Archive of SID

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2021S4D16SH5M7754 ISSN-P: 2538-

عقد جعاله از منظر بانکداری اسلامی در ایران و مالزی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

دکتر علیرضا بابا محمدی[۱]

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران

دکتر مهدی ذوالفقاری

استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان

دکتر احمدرضا بهنیافر

استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان

چکیده

هدف از مقاله حاضر با شیوه تحلیلی و توصیفی به بیان چارچوب های حاکم بر عقد جعاله از منظر بانکداری اسلامی و با رویکرد تطبیقی با حقوق کشور مالزی پرداخته شده است. در بانکداری اسلامی روابط اقتصادی مردم بر اساس قراردادهای اسلامی است. از جمله روابط اقتصادی دو جانبه که بین مردم با یکدیگراز یک سو و از سوی دیگر با بانک‌ها در جامعه اسلامی وجود دارد؛ عقد جعاله می‌باشد. اعطای تسهیلات در بانک‌ها به مردم تحت عناوین عقود اسلامی می‌باشد که یکی از این عقود، عقد جعاله می‌باشد. جعاله یک معامله فقهی بوده که در قانون ایران به عنوان یکی از عقود معین معرفی شده است. در حقوق مالزی، تسریع در آزاد سازی مجوز جهت انجام فعالیت‌های بانکی مطابق با قوانین اسلام، مالزی را به یک قطب رقابتی در نظام بانکداری اسلامی تبدیل کرده است. بررسی نحوه عملکرد بانک های این کشور در زمینه های مختلف با استفاده از روش های منطبق بر عقود شریعت می تواند نقش موثری در بهبود روش‌ها و عملکرد صنعت بانکداری اسلامی در ایران داشته باشد. در قرارداد

[۱]. Alireza.BabaMohamadi@gmail.com نویسنده مسئول

www.SID.ir

Archive of SID

جعاله، علم اجمالی طرفین به عوضین کافی است و از سوی دیگر طرف مقابل جاعل نیز می‌تواند نامعین باشد. جعاله نسبت به دیگر قراردادهای معین از این امتیازات برخوردار است و با توجه به این ویژگی‌ها در قانون بانکداری بدون ربا تاکید شده است که بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد قابلیت‌های متعدد از این عقد استفاده کنند.

واژگان کلیدی: عقد، جعاله، بانکداری اسلامی، جاعل، جعل، حقوق ایران، حقوق مالزی.

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

جعاله در قانون مدنی ایران به عنوان یکی از عقود معین معرفی شده و در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب سال ۱۳۶۲مجلس شورای اسلامی به عنوان یکی از عقود اسلامی و قالبی معتبر برای اعطای تسهیلات بانکی به مردم در نظر گرفته شده است و طی آیین نامه فصل سوم قانون مذکور مصوب سال ۱۳۶۲ هئیت وزیران و همچنین دستور العمل اجرایی جعاله مصوب سال ۱۳۶۳ شورای پول و اعتبار شرایط و احکام آن به تفصیل بیان شده است. به عبارتی جعاله به‌عنوان یکی از نهادهای قانون مدنی (مواد ۵۶۱ تا ۵۷۰) و دارای ریشه‌ای عمیق در فقه اسلام است که قبل از انقلاب اسلامی کمتر از آن یاد می‌شد ولی با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ۱۳۶۲ کاربرد وسیعی پیدا کرد. گرچه تحقیقات فقهی – حقوقی در خصوص جعاله از سوی دانش‌پژوهان کم و بیش انجام شده است لکن جای خالی مجموعه‌ای که جعاله را از جوانب مختلف و از جمله کاربرد آن در بانکداری اسلامی مورد بررسی قرار دهد؛ احساس می‌شود. مسئله مهم در این بحث این است که آیا اساساً جعاله به این سبکی که در بانک‌ها منعقد می‌شود از نظر شرعی صحیح است؟ و بر فرض اینکه اشکالی وجود داشته باشد در ناحیه قوانین و آیین‌نامه‌ها است یا اشکالات تنها مربوط به مرحله اجرا است؟ آیا بانک با اینکه خودش به ظاهر، کاری انجام نمی‌دهد و تنها واسطه در رساندن سرمایه به عامل ثانوی است می‌تواند در جعاله نقش عامل را داشته باشد؟ نگارنده که خود در بانک فعالیت داشته و در حال حاضر مدیریت شعبه را به عهده دارم در این نوشتار ثابت می‌کند که قوانین مربوط به جعاله هیچ عیب و اشکالی ندارد، تنها در دستورالعمل اجرایی و برخی از بخشنامه‌های مربوط به جعاله مواردی وجود دارد که باید اصلاح شود. نگارنده همچنین در ضمن بحث‌ها، پس از بیان اشکالات، پیشنهادهای اصلاحی خود را ارائه می‌دهد. در مورد عامل بودن بانک در جعاله با اینکه بانک به ظاهر کاری انجام نمی‌دهد؛ اشکالی وجود ندارد زیرا اولاً، جاعل (متقاضی تسهیلات)، مباشرت بانک را در اجرای عمل، شرط نمی‌کند، ثانیاً، همین تأمین سرمایه و نظارت فنی بر حسن اجرای کار، نوعی کار است که می‌توان در قبال آن اجرت گرفت، ثالثاً، به نظر نگارنده، جعاله ایقاع است و به قبول نیازی ندارند، بنابراین، مشمول

www.SID.ir

Archive of SID

روایاتی که از واگذارکردن کار به مبلغ کمتر به شخص ثالث منع می‌کند، می‌شود؛ و از این جهت، اشکالی وارد نیست. عمده اشکال در مقام اجرا است. به‌طور مثال، جعاله ثانویه یا معامله دیگری که آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی جعاله پیش‌بینی کرده‌اند در بیشتر موارد منعقد نمی‌شود یا از تسهیلات جعاله در غیر از موارد تعیین شده استفاده می‌شود، یا اصلاً کسی که عنوان جاعل دارد (مشتری بانک) نمی‌داند جعاله چیست یا تصور غلطی از آن دارد. از این رو، نگارنده پیشنهاد می‌کند برای برطرف کردن مشکلات اجرایی، اولاً باید در مورد چگونگی انعقاد و آثار معاملات بانکی از جمله جعاله، در رسانه‌های گروهی به ویژه صدا و سیما آموزش همگانی داده شود ثانیاً نظارت بانک بر اجرای مفاد قراردادها بیشتر و جدی‌تر شود و ثالثاً با فعالان اقتصادی که تسهیلات بانکی از جمله تسهیلات جعاله را در مسیری که تعیین شده به‌کار نمی‌گیرند به شدت برخورد شود، چنانکه در کشورهای پیشرفته جهان چنین می‌کنند و حتی طبق قوانین، این تخلفات را جرم می‌دانند و متخلف را به عنوان مجرم و اخلال‌گر اقتصادی تعقیب و به مجازات حبس و جزای نقدی یا محرومیت از امتیازات اقتصادی محکوم می‌کنند. بانکداری اسلامی به یک روش و شیوه در کشورهای مختلف اجرا نشده است و کشور مالزی با داشتن قابلیت‌های عظیمی در زمینه بانکداری اسلامی کاملاً استوار و پر رونق بوده است. لذا با توجه به رشد روزافزون موفقیت‌های صنعت بانکداری اسلامی در مالزی و اقبال عمومی این شیوه بانکداری، بررسی عملکرد بانک‌های این کشور در زمینه‌های مختلف علی‌الخصوص در جعاله، می‌تواند نقش مؤثری در بهبود روش‌ها و عملکرد صنعت بانکداری اسلامی در ایران داشته‌باشد. اهمیت این موضوع در آن است که گاه جهت گرفتن تسهیلاتی که بانک در اختیار مشتریان قرار می‌دهد، روش‌هایی صرفاً برای رسیدن به این تسهیلات، توسط مشتریان و گاه حتی با راهنمایی‌های بانک برای انطباق با قراردادهای تدوین شده بانکی، بدون توجه به درخواست واقعی مشتری، پیشنهاد می‌شود و مورد استفاده مشتریان قرار می‌گیرد از آنجا که بیشتر مشتریان تقید به رعایت موازین اسلامی در عقود بانکی دارند همواره به بانک اعتماد می‌کنند و در همه مراحل، اعم از تدوین قرارداد توسط بانک، و سایر مواردی که بانک به ایشان راهنمایی می‌کند از قوانین و آیین‌نامه‌های بانکی و حتی دستورات عاملین و مجریان

www.SID.ir

Archive of SID

بانکی پیروی می‌کنند. بنابراین شایسته و بایسته است که عموم مردم از این گونه قراردادها از جمله عقد جعاله آشنایی پیدا کرده و به این واسطه درستی عقود مطروحه مورد تأیید واقع شود. در این پژوهش، شیوه انعقاد جعاله بانکی، آثار آن و روابط حقوقی طرفین جعاله در صورت انحلال یا بطلان را بررسی شده و در پایان به تحلیل حقوقی مواد دستورالعمل اجرایی جعاله و توضیح برخی موارد کاربرد جعاله در بانکداری اسلامی و تطبیق آن با حقوق کشور مالزی پرداخته شده است.

بخش اول: مبنا و تعریف جعاله

در بررسی فقهی – حقوقی هر مسئله ای، موضوع شناسی جایگاه رفیعی دارد. هر موضوعی به درستی شناسانده و تعریف شود، تحلیل فقهی احکام مربوط به آن آسانتر انجام می‌گیرد. به علاوه، آدمی علاقه مند است در برخورد با هر پدیده‌ای مادی یا اعتباری، پیشینه و سیر تاریخی آن، معادل‌ها و نظیرهای آن در دیگر کشورهای جهان و تفاوت آن‌ها با یکدیگر را بداند. به‌طور مثال وقتی کسی برای اولین بار با عنوان عقد جعاله از منظر بانکداری اسلامی برخورد می‌کند، تمایل دارد تعریف عقد، عقد جعاله، تعریف بانکداری و تاریخچه مختصری از این‌ها را بداند. هنگامی که تعریف جعاله را دانست که نوعی معامله برای انجام کار است، این پرسش برایش مطرح می‌شود که اساساً با وجود معاملات مشابهی مثل اجاره، چه دلیلی برای پدید آمدن این نهاد حقوقی وجود داشته است؟ از این رو، قبل از ورود به بحث‌های اصلی، لازم است کلیاتی در پاسخ به این نیازها بیان شود.

بند اول: مبنای جعاله

از مباحث مهم اقتصاد اسلامی که در معاملات کاربرد فراوانی دارد جعاله نام دارد. این را خوب می‌دانیم که هر گاه شخصی بخواهد خدمتی برای دیگری انجام دهد و در برابر آن اجرتی بگیرد موضوع این توافق باید معین باشد یعنی باید به وسیله‌ی تعیین مدت و چگونگی کاری که باید انجام شود دو طرف بدانند که چه خدمتی را با پول مبادله می‌کنند؛ چه چیزی می‌دهند و در برابر آن چه چیز می‌گیرند. (بحث اجاره اشخاص) امّا تعیین چگونگی و مقدار

www.SID.ir

Archive of SID

کاری که باید انجام شود، گاه امکانپذیر نیست و از پیش به درستی نمی‌توان پیش‌بینی کرد که برای رسیدن به نتیجه مطلوب چه باید کرد. مثلا اتومبیل شخصی مفقود گردیده است و این شخص می‌خواهد برای یافتن آن پاداشی را تعیین کند. حال سؤال مطرح می‌شود که این پاداش در مقابل چه کاری داده می‌شود؟ آیا مشخص هست که شخصی که این خدمت را به عهده گرفته است چه مدت باید کار کند و چه نوع کاری را باید انجام دهد؟ از این نوع مثال‌ها زیاد است ولی در همه‌ی آن‌ها کسی که ملتزم به دادن پاداشی می‌شود تنها به نتیجه مورد نظر توجه دارد و در برابر آن پول می‌پردازد و دشواری یا سادگی راه رسیدن به این مطلوب سهمی در میزان التزام ندارد.[1]

بند دوم: تعریف جعاله در لغت

واژه جعاله مشتق از مصدر جعل است که برای این واژه و مشتقات آن، معانی مختلفی در لغت عرب آمده است ما در اینجا با استفاده از منابع معتبر، تعدادی از آن‌ها را نقل می‌کنیم و آنگاه معنی خاصی را که واژه‌ی جعاله بر آن دلالت دارد؛ آورده می شود. زمخشری آورده است: «ماده جعل به معنی بیان کردن مقدار اجرت برای انجام کاری.»[2] همچنین ابن منظور می‌گوید: «جعل به معنی ساختن، تبدیل کردن، نسبت دادن است.»[3] در زبان فارسی جعل به معنی تقلب کردن (در اسناد و غیره) نیز می‌آید. جعل به معنی وضع قانون کردن. جعاله به معنی حق العمل، اجرت عامل است. جعاله به معنی مژدگانی که از طرف شخصی که چیزی را گم کرده به کسی داده می‌شود. جعاله به معنی تعهد پرداخت مال به کسی که عمل معینی را انجام دهد و این همان معنایی است که ما در صدد شرح آن و بیان احکام آن می‌باشیم. در بیان معنی لغوی واژه جعل شاید بتوان ادعا کرد که همه این معنی‌هایی که استادان لغت‌شناس آورده‌اند به یک معنی برمی‌گردد. مثلاً بگوییم که جعل به معنی نهادن و قراردادن است یعنی معنی اصلی جعل، نهادن است و دیگر معنی‌ها هر کدام به نوعی به این معنی برمی‌گردد. امّا بیان موارد

---

[1]. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح، چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۱۹۳.

[2]. زمخشری، ابوالقاسم محمد بن عمر، اساس البلاغه، بی‌جا، دار مطابع الشعب، بی تا، ص ۱۷۲.

[3]. ابن منظور الافریقی المصری، محمد ین مکرم، لسان العرب، جلد دوم، چاپ اول، بیروت، لبنان، احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸، ص ۳۰۰.

www.SID.ir

Archive of SID

استعمالی که در کتب لغت ذکر شده خالی از فایده نیست مضافاً بر اینکه توجیه کردن همه موارد کاربرد در قالب یک معنی، کار بسیار مشکلی است. [1]

بند سوم: جعاله در فقه

فقها جعاله را عبارت از التزام عوض معلوم در مقابل عمل دانشته اند.[2] برخی دیگر نیز آن را عبارت از انشاء التزام به عوض در مقابل عمل حلال مقصود که به وسیله صیغه‌ای که بر آن دلالت دارد؛ منعقد می گردد، می‌دانند.[3] جعاله در این نگاه اخص از اجرت است چرا که اجرت شامل اجرت المسمی و اجرت المثل می گردد در حالیکه جعاله فقط اجرت المسمی خواهد داشت. لذا فقها معتقدند اگر در جعاله میزان جعل دقیقاً معلوم نگردد و مجهول باشد بر جاعل لازم است تا اجرت‌المثل را به عامل پرداخت نماید.[4] از این کلام معلوم است بر خلاف لغویین که استعمال اجر و جعاله را به جای یکدیگر جایز می‌دانستند، در این معنا این استعمال جایز نخواهد بود. پس باید بیان داشت که معنای اصطلاحی جعاله اخص از اجرت در ادبیات فقهی می‌باشد. جعاله در لغت از نظر فقها این است که به هر سه اعراب فتحه و ضمه و کسره خوانده می‌شود[5] و از ریشه جعل که درلغت به معنای قراردادن چیزی برای انسان در مقابل کاری که انجام می‌دهد، اخذ شده است.[6] برخی نیز جعیله را به همان معنا بیان کرده‌اند.[7] جمع آن جعالات و جعائل می‌باشد.[8] برخی از علمای اهل لغت مانندحسین بن محمد راغب اصفهانی، جعل را از اجرت دانسته‌اند. گروهی دیگر جعاله را به اجرت بر چیزی معنا نموده‌اند.[9] طبق نظر فقیهان امامیه، جعاله عبارت است از وعده دادن بای پرداخت مبلغ معینی به کسی که عملی را

---

[1]. مظاهری، رسول،جعاله در بانکداری اسلامی، تک جلد، صص ۱۱-۱۲

[2]. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۱، ص ۱۴۹.

[3]. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۵، ص ۱۸۵.

[4]. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد سوم، ص ۱۲۷.

[5]. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۱، ص ۱۴۹.

[6]. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح- تاج اللغه و صحاح العربیه، جلد چهارم، ص ۱۵۶.

[7]. همان.

[8]. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد ۱۱، ص ۱۱۰.

[9]. جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، جلد اول، ص ۲۷۶

www.SID.ir

Archive of SID

انجام دهد، گرچه مقدار کار لازم برای تحقق آن عمل مجهول باشد. بنابر تعریف محقق حلی «جعاله آن است که کسی بگوید: «هر کس گمشده مرا بیابد و به من برگرداند یا فلان کار را انجام دهد، فلان مبلغ را به او می‌دهم» و نیاز به قبول هم ندارد. بر هر عمل حلالی که مورد توجه عقلا باشد، می تواند واقع شود و آن عمل می‌تواند مجهول باشد؛ چرا که جعاله مانند مضاربه یک عقد جایز است.»[1] هر یک از فقهای متقدم و متأخر نیز تعریف‌های مشابهی ارائه کرده‌اند. محقق اردبیلی می‌گوید: « هیچ دلیلی بر لزوم معلوم بودن پاداش وجود ندارد، جز اینکه شرط معلوم بودن در کلام فقهای بزرگ آمده است. بنابراین هیچ منعی برای مجهول بودن پاداش وجود ندارد، مشروط بر اینکه به گونه‌ای باشد که نزاعی پیش نیاید.»[2] پس اگر جاعل بگوید هر کس فلان کار را انجام دهد پاداش خواهم داد، جعاله صحیح است و برای تعیین جعل باید از نظر کارشناس استفاده شود. فخرالمحقّقین و شهید اول نیز همین نظر محقق اردبیلی را داشته‌اند. از سوی دیگر، آقای کمره‌ای در تعریف جعاله گفته است: «جعاله التزام به اجرت عملی است که تعیین مقدار اجرت و شخص عامل اختیاری است و در صورت عدم تعیین اجرت، عامل مستحق اجرت‌المثل است چنانکه در صورت عدم تعیین عامل، هر کس عمل معهود را انجام دهد، مستحق اجرت می‌گردد.» تفاوت این تعریف با آنچه محقق حلی فرموده این است که تعریف اخیر صرف التزام به پرداخت اجرت را جعاله می‌داند، یعنی لازم نیست اجرتی معلوم برای آن کار در نظر گرفته شود بلکه کسی که وعده می‌دهد که اجرت آن عمل را بپردازد، جعاله محقق شده است. در حالی که محقق حلّی مجهول بودن عوض جعل را، مانند برخی فقهای دیگر، مبطل جعاله می‌داند. در تمام رساله های توضیح المسائل علمای معاصر، با تأیید نظر مشهور و با داشتن اختلاف جزئی تعریف جعاله چنین آمده است: جعاله آن است که انسان قرار بگذارد در مقابل کاری که برای او انجام می‌دهند، مال معینی بدهد، مثلاً بگوید هر کس گمشده مرا پیدا کند، فلان مبلغ را به او می دهم؛ به کسی که این

[1]. جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، جلد سوم، ص ۱۶۳.

[2]. احمد مقدس (محقق اردبیلی) مجمع الفائده و البرهان، جلد ۱۰، ص ۱۴۹.

www.SID.ir

Archive of SID

قرار را می‌گذارد، جاعل و به کسی که کار را انجام می‌دهد، عامل می‌گویند.[1] در کتب فقهی تقسیم جعاله به جعاله عام و خاص نیز دیده می‌شود.[2]

بند چهارم: جعاله در قانون مدنی

مطابق قوعد عمومی قراردادها یکی از شرایط اساسی صحت معاملات، معین بودن موضوع معامله یا عوضین است. (بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و بر طبق ماده ۲۱۴ همان قانون مورد معامله مال یا عمل می‌باشد. بنابراین اگر کسی در مقابل دیگری تعهد به انجام کاری نماید دو طرف باید بدانند که چه خدمتی را با پول مبادله می‌کنند، چه می‌دهند و در برابر چه می‌گیرند. ولی تعیین چگونگی و مقدار کاری که باید انجام شود گاه امکان‌پذیر نیست و از پیش به درستی نمی توان پیش بینی کرد که برای رسیدن به نتیجه مطلوب چه باید کرد: فرض کنیم مالکی حیوان مورد علاقه‌ی خود را گم کرده است و اکنون می‌خواهد برای یافتن آن پاداشی معین کند. این پاداش در برابر چه کاری داده می‌شود؟ آیا معلوم هست کسی که این خدمت را بر عهده گرفته است چه مدت باید کار کند و چه نوع کاری را باید انجام دهد؟ مثال دیگر اینکه: ثروتمندی برای کشف داروی بیماری سرطان مبلغی جایزه معین می‌کند ولی آیا معلوم است که در برابر چه مقدار کار این پول را می‌پردازد یا در برابر چه کسی تعهد می‌کند؟ در این مثال‌ها کسی که ملتزم به دادن پاداش می‌شود تنها به نتیجه مورد نظر توجه دارد و در برابر آن پول می‌پردازد، و دشواری یا سادگی راه رسیدن به این مطلوب سهمی در میزان التزام ندارد یعنی تعهد عامل تعهد به نتیجه است نه فراهم کردن وسیله. (ماده ۵۶۷ قانون مدنی) مردم به چنین توافقی نیاز دارند و همیشه نمی‌توان انتظار داشت که دستمزد در برابر کار معین پرداخته شود. قانون مدنی ما هم در ماده ۲۱۶ پس از اعلام لزوم معلوم بودن مورد معامله موارد خاصه را که علم اجمالی به آن کافی است؛ استثناء کرده است. جعاله نیز یکی از این استثنائات است که ضرورت زندگی اجتماعی قانونگذار را بر آن داشته که آن را در زمره‌ی عقود معین بیاورد. افراد برای پیدا کردن گم شده‌ی خود پاداش معین می‌کنند و لی نه عامل و انجام‌دهنده‌ی کار

[1]. مظاهری، رسول، جعاله در بانکداری اسلامی، ص ۲۵.

[2]. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب‌الاحکام، ج ۱۸، ص ۲۰۴.

www.SID.ir

Archive of SID

معین است و نه چگونگی و مدت عمل. ماده ۵۶۴ قانون مدنی در تأیید فایده‌ی آن می‌گوید: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.» در تعریف جعاله در ماده ۵۶۱ قانون مدنی چنین می‌خوانیم: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.» ماده ۵۶۲ قانون مدنی نیز در مقام بیان واژه‌های اصطلاح شده در این عمل حقوقی، می‌افزاید: «در جعاله، ملتزم را جاعل، طرف را عامل و اجرت را جعل (به ضمّ جیم) می‌گویند.» این تعریف ماهیت جعاله را در برابر اجاره اشخاص، که با آن شباهت دارد، معین نمی‌سازد. زیرا دراجاره اشخاص نیز مستأجر ملتزم می‌شود که اجرت معلومی را در برابر کار معین بپردازد: همانگونه که اشاره شد بین جعاله و اجاره این تفاوت اساسی وجود دارد که در عقد اجاره، اجرت و میان کار باید معلوم باشد و طرف ایجاب نیز شخص معینی است که به عنوان اجیر آن‌را می‌پذیرد و ملتزم به کارمی‌شود؛ ولی، در جعاله، نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست، اجرت نیز ممکن است به طور کامل معلوم نباشد. (ماده ۵۶۳ قانون مدنی) و ایجاب ممکن است خطاب به عموم شود یعنی جاعل اعلان کند که ملتزم است به هر کس که کار مورد نظر را انجام دهد فلان پاداش را بدهد. بنابراین در جعاله نسبت به شرایط درستی التزام سختگیری کمتری شده است تا نیاز مردم به اینگونه معاملات برآورده شود. پس عقد جعاله با عبارات مختلفی تعریف شده است که برخی از آن‌ها بیان می‌گردد: جعاله عبارت است از التزام شخص (جاعل) یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معین (جعل) درمقابل عملی معین طبق قرارداد اعم از اینکه طرف معین باشد یا نامعین. بنابراین دو گونه جعاله داریم: جعاله عام و جعاله خاص؛ اگر عامل شخص معینی باشد به آن جعاله خاص و اگر نامعین باشد به آن جعاله عام گویند.[1] جعاله التزام به پرداخت عوض معلوم در مقابل عمل مباح و معقول است. این عقد در همه‌ی بخش‌های اقتصادی کاربرد دارد و از انجا که جعل می‌تواند اجرت ثابت یا سهمی از سود باشد، می‌توان مفاد عقود مضاربه، مساقات، مزارعه و اجاره را به جعاله انشاء کرد، در

[1]. جندقی میبدی، رابطه عقود اسلامی در سیستم بانکی با کاهش فقر، ۱۳۸۷، ص ۱۱.

www.SID.ir

Archive of SID

نتیجه از این عقد می‌توان به نحو مطلوبی در اجاره‌ی عوامل و نیروی کار خدماتی و مشارکت کار و سرمایه، استفاده کرد. [1] جعاله به معنی التزام شخص به ادای مبلغ یا اجرت معلوم در مقابل عملی معین است که در ان طرفی که عمل را انجام می‌دهد را عامل یا پیمانکار و شخصی که تعهد پرداخت اجرت یا کارمزد را می‌نماید را جاعل یا کارفرما و مبلغ پرداختی به عامل را جعل یا عوض گویند. بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی به عنوان عامل یا عند الاقتضاء به عنوان جاعل اقدام به جعاله نمایند. [2]

بند پنجم: جعاله- قرارداد مبادله‌ایی

ازآنجا که عقد جعاله از عقود مبادله ای به حساب می‌آید لازم به نظر رسد ویژگی‌های قرارداد مبادله‌ای بیان گردد. بنابراین قراردادهای مبادله ای ویژگی های خاصی دارند که آن ها را از سایر قراردادها متمایز می کند. برخی از آن ها بدین قرار است:

۱-انتفاعی بودن قرارداد: قراردادهای مبادله ای به استثنای قرض و هبه معوض همگی انتفاعی هستند. بانک از محل انجام این قراردادها کسب سود می کند.

۲-معیّن بودن سود قرارداد: افزون بر انتفاعی بودن قرارداد مبادله‌ای، نرخ سود بانک از محل این قراردادها می‌تواند از پیش تعیین شود. برای مثال، بانک می تواند تصمیم بگیرد تمام قراردادهای مبادله ای خود را برای سال خاص یا فصل خاصی با نرخ های معیّن قرارداد ببندد؛ چنان که می تواند برای هم بخش ها یا هم قراردادها از یک نرخ یا چند نرخ معیّن به صورت ترجیحی استفاده کند.

[1]. میر معزی، جعاله و صلح، بدیل‌های مناسب برای عقود بانکی با بهره‌گیری از دیدگاه‌های فقهی امام خمینی (ره) و قانون اساسی، ۱۳۷۸، ص ۶۳.

[2]. سهیلی، مقایسه نظری کارایی بانکداری غیر ربوی و ربوی در تجهیز و تخصیص منابع، ۱۳۸۷، ص ۱۲۵.

www.SID.ir

Archive of SID

۳-تملیکی بودن قرارداد :در قراردادهای مبادله ای بعد از پایان قرارداد، طبق ضوابط هر قرارداد، عوضین به ملکیت طرفین در می آید و رابطه‌ی بانک با گیرندهٔ تسهیلات، رابطه‌ی بستانکار و بدهکار است.

۴- عدم نیاز به نظارت و کنترل: در قراردادهای مبادله ای مسئولیت بانک در احراز صحت قرارداد خلاصه می شود و بعد از آن به نظارت و کنترل چگونگی بهره برداری از تسهیلات گرفته شده از بانک نیازی نیست. بانک فقط مسئولیت دارد با دریافت تضمین کافی از بازگشت منابع مطمئن شود.[۱]

۵-مقطعی بودن معاهده ها: معاهده‌های مبادله‌ای، پس از پایان قرارداد به پایان می رسند و دو طرف قرارداد، مسئولیتی در برابر فعالیت‌های اقتصادی و معامله های همدیگر ندارند.[۲]

بخش دوم: مقایسه جعاله با نهادهای حقوقی مشابه (سایر عقود اسلامی)

مطالعه نقاط اشتراک و افتراق معاملات، به بهتر فهمیدن وضعیت و آثار آن‌ها کمک می‌کند. از این رو، به طور مختصر به مقایسه جعاله با قراردادهای دیگر می‌پردازیم.

بند اول: مقایسه جعاله و عقد اجاره‌ی اشخاص

در عقد اجاره و جعاله اشخاص که موضوع هر دو استفاده از عمل دیگری است، تفاوت‌هایی وجود دارد.

اولاً: در عقد اجاره اشخاص که به صورت مطلق منعقد می‌شود از زمان انعقاد عقد، اجیر استحقاق مطالبه اجرت مقرر را از طرف مقابل پیدا می‌کند زیرا اجاره عقدی است تملیکی. در صورتی که در جعاله علمل پس از اجرای مفاد عقد جعاله می‌تواند جعل را مطالبه کند. (ماده ۵۶۷ قانون مدنی) ثانیاً: موضوع عقد اجاره باید به نحو تفصیلی معلوم و معین باشد، درحالیکه در جعاله معلوم بودن مورد عقد به طور اجمالی هم کفایت می کند (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی). ثالثاً: اجاره به طور مسلم از عقود است، اما در مورد عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف

---

۱. موسویان، ۱۳۸۴، ص ۵۰، جندقی میبدی، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

۲. موسویان، ۱۳۸۴، ص ۶۸.

www.SID.ir

Archive of SID

نظر وجود دارد. رابعاً: عقد اجاره از هر دو طرف لازم است درحالیکه جعاله جایز است (ماده ۵۶۵ قانون مدنی). خامساً: در اجاره اجیر باید معین باشد، ولی در جعاله عامل می تواند معین یا نامعین باشد.

بند دوم: مقایسه جعاله و حق العمل کاری

حق العمل کاری که عبارت است از انجام معامله به نام خود و به حساب دیگری در مقابل دریافت حق العمل (اجرت)، طبق بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت یکی از اعمال تجاری ذاتی است، با جعاله این تفاوت را دارد که مورد آن فقط وکالت یا نیابت در معاملات تجاری است درحالی که مورد جعاله هر کاری اعم از تجاری و غیرتجاری است و دامنه بسیار وسیعی دارد.

بند سوم: مقایسه جعاله با شرط ابتدایی

شرط ابتدایی که عبارت از التزام یک طرفه به دادن پاداش است، طبق نظر مشهور فقها الزام آور نیست، با جعاله این تفاوت را دارد که جعاله یک عمل حقوقی معوض است ولی در شرط ابتدایی معاوضه ای صورت نمی گیرد.

بند چهارم: مقایسه جعاله با سبق و رمایه

سبق به معنی مسابقه سوارکاری و رمایه به معنای مسابقه تیراندازی است که در هر دو نوعی گروبندی و شرط بندی وجود دارد که هرکس پیش افتاد یا بهتر به هدف زد به او مبلغ یا شی معین شده یا گرو نهاده شده از ناحیه هر دو طرف یا طرف های مسابقه را بدهند. بنابراین وجه شباهت آنها این است که موضوع آنها انجام کار مشخصی در مقابل دریافت جعل یا جایزه می باشد و هر دو ممکن است جعل و جایزه را شخص دیگری بدهد و تفاوت آنها این است که موضوع سبق و رمایه فعالیت هایی است که نیروی دفاعی و رزمی جامعه را تقویت می کند ولی موضوع جامعه را تقویت می کند ولی موضوع جعاله وسیع تر است و می تواند هر کار با منفعت جامعه را تقویت کند ولی موضوع جعاله وسیع تر است و می تواند هر کار با منفعت عقلائی و مشروع باشد.

www.SID.ir

Archive of SID

بخش سوم: عقد جعاله در بانکداری کشور ایران و مالزی

اگرچه در کشور ایران و مالزی اصول شرعی متفاوتی را در مؤسسات بانکداری خود اجرا می نمایند، اما هدف هردو کشور حذف ربا از فعالیت های بانکی است. اصول شرعی قابل اجرا در بانکداری کشور ایران و مالزی در مورد عقد جعاله به این صورت است که مبادلاتی که موجب دریافت هزینه و کارمزد می‌شود در کشور مالزی، مضاربه، فروش اقساطی، خرید دین، اجاره به شرط تملیک، وکالت، کفالت، حواله و غیره است که در مقابل در حقوق ایران سلف، فروش اقساطی، جعاله و اجاره به شرط تملیک می‌باشد.[1] ابزارهای تأمین مالی و مفاهیم موجود در نظام بانکداری اسلامی مالزی با آنچه که در عقود اسلامی در ایران به‌کار می‌رود، با اندکی مسامحه مطابقت می‌نماید. مفاهیمی چون فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیکی، اجاره، قرض الحسنه، مسلم(سلف)، کفالت (ضمان)، رهن، وکالت، حواله و هبه مطابق مفاهیم موجود در نظام بانکداری اسلامی ایران است. سایر مفاهیم مورد استفاده در نظام بانکداری اسلامی مالزی عبارتند از: ودیعه با ضمانت، مضاربه، مشارکت، مرابحه، بیع دین و استیجار. بررسی عملکرد بانک اسلامی برهاد مالزی در سال ۲۰۰۸ نشان می‌دهد، پنجاه و سه درصد از روش های تأمین مالی از طریق فروش اقساطی، هجده درصد از طریق عقد مرابحه، پنج درصد از طریق استصناع و سه درصد از طریق اجاره و اجاره به شرط تملیک صورت گرفته است. علاوه بر این به رغم به کارگیری سیستم مضاربه دوسویه و تجهیز وجوه در قالب سپرده های سرمایه گذاری و ابزارهای قابل انتقال اسلامی سپرده‌ها که هر دو ابزار بر مبنای مفهوم مضاربه هستند، مشاهده می‌گردد. اعطای تسهیلات در قالب عقد مضاربه در بانکداری اسلامی مالزی به دلیل ریسک بالای آن از جایگاه مناسبی برخوردار نیست و عقد جعاله نیز در نظام بانکداری اسلامی مالزی کاربردی ندارد.

[1]. فرجی، فتحی آشتیانی، بررسی مقایسه‌ای ابزارهای تأمین مالی در بانکداری اسلامی ایران و کشور مالزی، ۱۳۸۴، ص ۵۳.

www.SID.ir

Archive of SID

نتیجه‌گیری

نتیجه این مقاله را می‌توان به صورت ذیل خلاصه کرد و پیشنهادهایی در این راستا ارائه نمود:

۱-جعاله یک تأسیس حقوقی ریشه دار در فقه اسلام است. جعاله بانکی همان جعاله مدنی است امّا به گونه‌ای محدودتر؛ از جمله اینکه در هر دو جاعل می تواند شخصی غیر از مالک باشد و اینکه جاعل مالک باشد از ضروریات نیست به این قرار که در جعاله اولیه بانک به عنوان عامل قرار می‌گیرد و با توجه به حق واگذاری انجام قسمتی از جعاله با انعقاد قرارداد جدید جاعل قرار گرفته و بر عملیات اجرایی و نحوه واریز و مصارف وجوه نظارت می‌نماید. در قانون عملیات بانکی و برای اینکه سودهای بانکی جنبه شرعی پیدا کند، نوزده عقد شرعی پیش‌بینی شده که چند قرارداد دیگر به آن‌ها اضافه شده و عقد جعاله یکی از این قراردادها است. در قرارداد جعاله، علم اجمالی طرفین به عوضین کافی است و از سوی دیگر طرف مقابل جاعل نیز می‌تواند نامعین باشد. جعاله نسبت به دیگر قراردادهای معین از این امتیازات برخوردار است و با توجه به این ویژگی‌ها در قانون بانکداری بدون ربا تاکید شده است که بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد قابلیت‌های متعدد از این عقد استفاده کنند. در کلیه‌ی بانک‌های اسلامی تجهیز سپرده‌های مشتریان، به طور کلی در قالب سه نوع؛ حساب جاری، حساب پس‌انداز و حساب سرمایه‌گذاری صورت می‌پذیرد. اکثر بانک‌های اسلامی از جمله مالزی، علاوه بر عقد وکالت این حساب‌ها را در قالب عقد مشارکت و به طور عمده مضاربه نیز به کار می‌گیرند.

۲-تسریع در آزادسازی مجوز جهت انجام فعالیت‌های بانکی مطابق با شریعت، مالزی را به یک قطب رقابتی در نظام بانکداری اسلامی تبدیل کرده است. اما در حقوق کشور مالزی سخنی از عقد جعاله نشده است. به عبارتی در زمینه عقد جعاله از منظر بانکداری اسلامی و تطبیق آن با حقوق کشور مالزی باید گفت که بانکداری اسلامی به یک روش، در این دو

www.SID.ir

Archive of SID

کشور(ایران و مالزی) که موضوع بحث ما می‌باشد؛ اجرا نشده است چنانکه از میان بانک‌های متعدد اسلامی تنها در برخی از آن‌ها جعاله بانکی به کار گرفته می‌شود.

۳-جعاله در سیستم بانکداری ایران به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی بانک‌ها اجازه داد تا از جعاله در نظام بانکداری استفاده شود. بنابراین با توجه به پیچیدگی‌های خاص بانکداری اسلامی و نظر به مسائل اقتصادی مختص کشورمان، پیشنهاد می‌شود با نگاهی دقیق تر و عمیق تر به موضوع‌های مذکور و بهره‌گیری از تجارب دیگر کشورها از جمله مالزی در زمینه بانکداری اسلامی، در جهت تعالی هر چه بیشتر در این مسیر، گام برداشت. بنابراین یکی از مسائلی که تا به حال در کشور کمتر انجام گرفته؛ همایش ها و کنفرانس‌های بانکداری اسلامی و استفاده از تجربیات دیگر کشورها نظیر کشور اسلامی مالزی است. نیاز به این امر وقتی مشخص می‌شود که بسیاری از محققین اسلامی بانکداری اسلامی اطلاعی از بانکداری اسلامی در سایر کشور های اسلامی ندارند. لذا پیشنهاد می‌شود در این زمینه لازم است بین حوزه و دانشگاه و بانک مرکزی و وزارت اقتصاد و دارایی هماهنگی و همکاری بیشتری صورت گیرد.

در پایان پیشنهاد می شود که برای آنکه قوانین و آیین نامه ای مصوب، واقعاً جامه عمل بپوشد و به تدریج به قوانین مرده و لاشه‌های بی خاصیت تبدیل نشود پیشنهاد می کنم که ترتیبی دهند که نظارت بانک بر اجرای مفاد قراردادها و از جمله جعاله، بیشتر و جدی‌تر شود و با متخلفان اقتصادی که تسهیلات بانکی از جمله تسهیلات جعاله را در مسیری غیر آنچه در قرارداد پیش بینی شده به کار می‌گیرند و کارمندان متخلفی که در این زمینه همدستی می کنند، به شدت برخورد شود چنانکه در کشورهایی که از نظر اقتصادی و صنعتی پیشرفته‌اند چنین می‌کنند.

www.SID.ir

Archive of SID

منابع و مآخذ

۱-ابن اثیر، مبارک بن محمد،(۱۳۸۴ش)، النهایه فی غریب الحدیث والاثر (جلد ۱)، نشر دارالتفسیر، چاپ اول.

۲- ابن منظور الافریقی المصری، محمد ین مکرم،(۱۴۰۸ق)، لسان العرب، جلد دوم، بیروت، لبنان، احیاء التراث العربی، چاپ اول.

۳- ابن منظور الافریقی المصری، محمد بن مکرم، (۱۳۶۹ ش)، لسان العرب، جلد یازدهم، بیروت، لبنان، دارالفکر و النشر و التوزیع، چاپ اول.

۴- مقدس‌اردبیلی (محقق اردبیلی)، احمد بن محمد، (۱۳۷۹ش)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشادالاذهان، جلد دهم، قم، جماعه‌المدرسین فی‌الحوزه‌العلمیه بقم، موسسه‌النشرالاسلامی، چاپ سوم.

۵- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۳۶۹ش)،الصحاح(تاج اللغه و صحاح العربیه)، جلد چهارم، ناشر امیری، چاپ اول.

۶- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۳۹۱ش)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد سوم، نشر فقاهت، چاپ چهارم.

۷-جندقی میبدی، فرشته، (۱۳۸۷ش)، رابطه عقود اسلامی در سیستم بانکی با کاهش فقر، مشهد، دانشگاه فردوسی، دانشکده علوم اداری و اقتصادی.

۸- زمخشری، ابوالقاسم محمد بن عمر، (۱۳۹۵ش)،اساس البلاغه، بی‌جا، دار مطابع الشعب، بی تا.

۹-کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۷ ش)، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح،، تهران، گنج دانش، چاپ یازدهم.

۱۰- عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد، (۱۴۱۷ق)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد یازدهم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.

www.SID.ir

Archive of SID

۱۱- نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۷ش)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۳۵)، نشر الجماعه المدرسین بقم المشرفه، موسسه النشر الاسلامی، چاپ سوم.

۱۲- سهیلی، کیومرث،(۱۳۸۷ش)، مقایسه نظری کارایی بانکداری غیر ربوی و ربوی در تجهیز و تخصیص منابع، مطالعات اقتصاد اسلامی، سال اول، شماره یک، پاییز و زمستان.

۱۳- فرجی، یوسف ؛ فتحی آشتیانی، حمید،(۱۳۸۴ش)، بررسی مقایسه‌ای ابزارهای تأمین مالی در بانکداری اسلامی ایران و کشور مالزی، شانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، تهران،مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران.

۱۴- مظاهری، رسول، (۱۳۸۱ش)، جعاله در بانکداری اسلامی، قم، نشر بوستان کتاب قم، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ اول.

۱۵- موسوی سبزواری، عبد الاعلی، (۱۴۱۶ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد هجدم،، قم، مکتب آیت اله العظمی سید سبزواری، چاپ چهارم.

۱۷- میرمعزی، سید حسین، (۱۳۷۸ش)، مجله فقه اهل بیت، جعاله و صلح، بدیل های مناسب برای عقود بانکی با بهره گیری از دیدگاه های فقهی امام خمینی (ره) و قانون اساسی، شماره ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان.

www.SID.ir