

## بررسی بانکداری اسلامی با نگاهی به جعاله بانکی

احمد پورا بر ابراهیم<sup>۱</sup>، محمد اسماعیل زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

جعاله در همه بخش‌های اقتصادی کاربرد دارد و از این رو می‌تواند بعنوان مکمل برای عقد مضاربه (که صرفاً مربوط به بخش تجاری است قرار گیرد) کاربرد جعاله در بانکداری اسلامی به حدی است که آن را ام‌العقود می‌نامند. دلیل این گستردگی کاربرد از سویی به علت سهولت شرایط این عقد نسبت به سایر عقود و همچنین گستره موضوعات قابل انجام به وسیله آن است. در بانکداری اسلامی روابط اقتصادی مردم براساس قراردادهای اسلامی است از جمله روابط اقتصادی دوجانبه همین جعاله می‌باشد اعطای تسهیلات بانکی با رعایت حدود و مقررات اسلامی امری واجب و در خور توجه است. بنابراین بانک می‌تواند بعنوان هریک از طرف‌های عقد جعاله (بانک عامل جعاله است و مواردی که بعنوان جاعل ظاهر می‌شود) و قرارداد جعاله منعقد کند. احکام موضوع‌های بحث شده در جعاله بانکی با وجود اختلاف‌های جزئی تقریباً مطابق با قواعد و احکام عمومی جعاله در قانون مدنی است. در این مقاله تحقیقی سعی شده است تا به بررسی جعاله بانکی پرداخته شود.

واژگان کلیدی: جعاله، تعهدات، عملیات بانکی بدون ربا، جُعَل، بانکداری اسلامی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، مدرس دانشگاه غیرانتفاعی راهبرد شمال گیلان purebrahim.ahmad@yahoo.com

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ساری، مدرس دانشگاه علمی کاربردی اهواز

## مقدمه

در نظام بانکی قراردادهای تحت عناوین مختلف وجود دارند. مانند قرض الحسنه مشارکت مدنی، مضاربه مزارعه و جعاله و غیره، جعاله یک معامله فقهی بوده که در قانون مدنی ایران بعنوان یکی از عقود معین معرفی شده است. اما امروزه از عمل حقوقی جعاله برخلاف گذشته که منحصرأً برای امور جزئی مانند اشیای گم شده استفاده می‌شود. برای فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی مانند ساختن بزرگراه‌ها، گشایش اعتبار اسنادی در رابطه با تجارت خارجی، صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی، عرضه اوراق مشارکت و سهام شرکت‌ها، تعمیر ساختمان‌ها و غیره استفاده می‌شود. لذا ضرورت دارد که با شناخت کامل این تاسیس حقوقی ریشه‌دار در فقه اسلامی سوال‌ها و نیازهای امروزی جامعه مناسب داد. انسان با تولد خویش از همه حقوق الهی برخوردار می‌گردد حقوقی که بنابه انسان بودن، هر انسانی حق بهره‌مندی از آنان را دارا می‌شود. حقوق مدنی و طبیعی که در قالب دین مبین اسلام برای افعال و اعمال مسلمانان قرار داده شده است. روابط انسان‌ها را با خدا و انسان‌ها را با یکدیگر تنظیم می‌نماید. روابط مدنی انسان‌ها شامل روابط عاطفی اجتماعی، اقتصادی و غیره می‌باشد. اسلام با تاسیس بانک مخالف نیست بلکه با فعالیت‌های ربوی و اعمال سیاست‌های پولی که موجب گسترش فقر عموم مردم می‌شود به شدت مخالف است. پس از پیروزی انقلاب اسلامی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی اصلاحاتی به عمل آمد و این اصلاحات باید تا تطبیق کامل قوانین بانکی با شرع مقدس اسلام ادامه یابند. در قانون اساسی نقش بانک‌ها پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه برطبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و غیره از جامعه مشخص شده است.

۵۶

## ۱- تعاریف: بانکداری اسلامی

## ۱-۱- تعریف لغوی بانک

کلمه «بانک» اصطلاحی قدیمی است که از واژه آلمانی BANK به معنای نوعی شرکت گرفته شده و شاید هم از کلمه ایتالیائی BANCO که به معنای نیمکت صرافان است مشتق شده باشد. به هر حال، بانک همان موسسه صرافی آن روز، با همان نام و روش کهن به تدریج سازمان یافته و امروزه مرکز فعالیت‌های پولی و اعتباری است از این‌رو، در زبان عربی گاهی به جای بانک از واژه «مَصْرِف» استفاده می‌کنند که به معنای صراف‌خانه و محلی است که عملیات صرافی و امور مربوط به پول در آن انجام می‌شود (بهمن‌د و بهمنی، ۱۳۷۴: ۴۱).

## ۲-۱- تعریف بانکداری اسلامی

در تعریف بانکداری اسلامی می‌توان گفت: بانکداری اسلامی به شیوه‌ای اطلاق می‌شود که در آن، ضوابط تعیین شده از طرف شرع مقدس اسلام رعایت شود؛ یعنی معاملات بانک از ربا، قمار، شرط‌بندی‌های حرام و مانند اینها به دور باشد. بنابراین، تعبیر «بانک اسلامی» از تعبیر «بانک بدون ربا» کامل‌تر است؛ چون بانکی، اسلامی است که نه تنها در آن رباخواری نیست، بلکه دیگر مقررات شرع مقدس اسلام نیز رعایت می‌شود. در اینجا ممکن است کسی این سوال را مطرح کند که آیا اساساً اصطلاح و تعبیر بانکداری اسلامی اصطلاح درستی است؟ در پاسخ به این سوال می‌توان گفت: بانکداری اسلامی چیزی نظیر فلسفه اسلامی است؛ یعنی به‌رغم اینکه بانکداری پدیده‌ای است که در غرب زاده شده و دست پرورده مغرب زمین است، اما می‌توانیم نکات منفی آن را کنار گذاشته، موارد مثبت آن را بپذیریم و با استفاده از فقه مترقی اسلام آن را پرورش داده و موارد نقصان آن را برطرف کنیم؛ آنگاه پسوند «اسلامی» را هم برای آن بکار ببریم، چنانکه فلسفه یونان پس از پرورش و رشدش در دامن مسلمین و تطبیق ضوابط اسلامی و افزودن مسائل بسیاری بر آن، فلسفه اسلامی نامیده شده است. بنابراین، به دلیل آنکه احکام عقلی جزء احکام الله است، بهره‌گیری از این تعبیرات کاملاً صحیح است، چنانکه در مکتب اهل بیت (ع) هم به آن تصریح شده است، مانند این روایت از کاظم (ع) که ما را به حکم عقل ارشاد می‌کند: «إِنَّ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجَّتَيْنِ حُجَّةَ ظَاهِرَةً وَ حُجَّةَ بَاطِنَةً، فَأَمَّا الظَّاهِرَةُ فَالرُّسُلُ وَالْأَنْبِيَاءُ وَالْأَثْمَةُ (ع)، وَ أَمَّا الْبَاطِنَةُ فَالْعُقُولُ؛ خداوند دو حجت برای مردم قرار داد (که وظیفه دارند از آن دو تبعیت کنند) یکی، حجت آشکار و دیگری، حجت پنهان، اما حجت آشکار، همان رسولان، پیامبران و امامانند- که درود خدا بر ایشان باد. اما حجت پنهان، نعمت عقل است (که به آنها ارزانی داشته است)» (حسین‌زاده بحرینی، ۱۳۷۶: ۳۵). گاهی از این دو حجت با تعبیر رسول ظاهری و رسول باطنی یاد می‌کنند.

باتوجه به توضیحات بیان شده در می‌یابیم که اصرار بعضی بر صحیح نبودن تعبیر بانکداری اسلامی و اینکه بانکداری یک پدیده غربی و ناسازگار با دستورات دین اسلام است، اصرار نابجایی است. در برابر اینگونه اشخاص و جهت پاسخ به این پرسش که آیا اساساً اسلام برای خود بانکداری دارد یا نه، لازم است به تفاوت میان مکتب اقتصادی و علم اقتصاد توجه شود و چون اسلام دارای مکتب اقتصادی مستقل از دیگر مکاتب است، دارای سیستم و یا نظام بانکداری مستقلی نیز می‌باشد. از این‌رو، این دو اصطلاح را به میزان مورد نیاز توضیح می‌دهیم:

اقتصاد اسلامی، عبارت از یک مکتب اسلامی است، نه علم اقتصاد. هنگامی که می‌گوئیم اسلام دارای مکتب اقتصادی است، منظور این نیست که دارای قوانین و ضوابطی به نام علم اقتصاد است؛ زیرا اولاً، پرداختن به این قبیل اعمال در شمار وظایف و مسئولیت‌های دین نیست و ثانیاً، اسلام با ظهور خود، به دنبال کشف

رویدادهای زندگی اقتصادی و روابط و علل آن نبوده است بلکه اسلام، به جای کشف پدیده‌های زندگی اقتصادی، در جهت تدوین و تنظیم آن براساس بینش کلی خود از عدالت بوده است. برهمن اساس، اقتصاد اسلامی، بیانگر موازین و ضوابط عدالت جهت تنظیم زندگی اقتصادی از دیدگاه اسلام است و هیچگاه در پی کشف‌های علمی و شناخت ضوابط و رابطه‌های اقتصادی، بگونه‌ای که جریان دارند نیست. پس اقتصاد اسلامی، مکتب است، نه علم (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۴۲).

بعبارت دیگر، اگر اسلام با آمدن خود از چگونگی روابط پدیده‌های اقتصادی در حجاز و عللی که سبب افزایش بهره‌های ربایی در آن جامعه می‌شد سخن می‌گفت، بدون تردید سخن علمی و در شمار بحث‌های مربوط به علم اقتصاد بود، ولی اسلام به جای ذکر این علل به ارزیابی بهره‌های ربایی پرداخته و آنها را حرام اعلام کرده است، چنانکه به جای رباخواری، روابط میان سرمایه و صاحب کار را براساس قانون مضاربه تنظیم کرده است. مسائل اقتصادی خود را در چارچوب مکتب اقتصادی بیان داشته است، نه علم اقتصاد. پس، عامل مهم برای انکار اقتصاد اسلامی فرق نگذاشتن میان علم اقتصاد و مکتب اقتصادی است. ممکن است کسی که تفاوت میان علم و مکتب را در نیافته، در مقابل این گفته که در اسلام اقتصاد هست بی‌درنگ بگوید: چگونه ممکن است اسلام حاوی اقتصاد باشد و حال آنکه هیچ بحثی از بحث‌های اقتصادی نظیر بحث‌های اقتصاددانان معروف در اسلام یافت نمی‌شود.

۵۸

منکران اقتصاد اسلامی می‌پندارند که ما اسلام را دارای بحث‌های اقتصادی می‌دانیم و حال آنکه چنین نیست؛ زیرا منظور از وجود مکتب اقتصادی در اسلام این نیست که اسلام از قوانین عرضه و تقاضا سخن می‌گوید، بلکه منظور آن است که اسلام، طرح و نظم ویژه این جهت زندگی اقتصادی ارائه داده تا براساس آن، سیستم اقتصادی نوینی پی‌ریزی شود. مردم به تنظیم و سر و سامان بخشیدن به زندگی اقتصادی خویش و پیروی از آن اقدام کنند. باتوجه به این مطلب می‌گوئیم: «ایمان به وجود اقتصاد اسلامی، نه تنها امری ناممکن و غیرمنطقی به نظر نمی‌رسد، بلکه از حیث رعایت تمام جنبه‌های زندگی و در نظر گرفتن مصالح عموم، اقتصاد اسلامی، نظام اقتصادی برتر شناخته می‌شود (مجلسی، ۱۰۳۹: ۴۹).

در مورد بانکداری اسلامی نیز عیناً همین مباحث مطرح است؛ کسی مدعی نیست که پیامبر اکرم (ص) قواعد علم بانکداری را آورده است. اسلام، یک مکتب است و تنها چارچوب روابط مالی مسلمانان را مشخص کرده است، مثل آیه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا»؛ خداوند، معامله در قالب بیع و مانند آن را حلال و ربا را حرام کرده است، اما اینکه بانک چه ضوابط و فرمول‌هایی را باید بکار گیرد تا مثلاً سود بیشتری نصیب مشتریان خود کند و ضرر کمتری ببیند و در مجموع بازده و کارایی بانک را بالا ببرد، مربوط به دانش بانکداری است و از قلمرو دین و مکتب خارج است.

## ۲- تاریخچه بانکداری

گرچه بیان تاریخچه، ارتباط چندانی با موضوع این نوشتار ندارد، اما به نظر می‌رسد ذکر تاریخچه مختصری از بانک‌های قبل و بعد از انقلاب اسلامی خالی از فایده نباشد. بانکداری به شکل ساده‌اش در زمان‌های بسیار قدیم هم وجود داشته است، حتی در قوانین حمورابی، برای وام دادن و قبول سپرده‌های تجارتهای مقررتهی نیز ذکر شده و دستوراتی درباره سرمایه‌گذاری آمده است. در ایران قبل از دوره هخامنشی، بانکداری به طرز ابتدایی وجود داشت، ولی در انحصار معابد و شاهزادگان بود. در زمان هخامنشیان، بازرگانی رونق یافت و پول مسکوک رواج پیدا کرد. بانک‌ها به کلیه امور بانکی از قبیل قبول سپرده و اعطای وام و رهن گرفتن املاک می‌پرداختند و سرمایه آن برای خرید و فروش منازل، احشام، غلامان و کشتی‌های حامل کالا بکار می‌افتاد (مزینی و مهاجری تهرانی، ۱۳۷۴: ۹۱).

عملیات بانکی بانکداران رومی در بیشتر جهات شبیه به عملیات بانکی کنونی بود و آن عبارت بود از: افتتاح حساب جاری و مدت‌دار، پرداخت بهره به سپرده‌های مدت‌دار، برات تجارتهای، پرداخت وام مصرفی و تجارتهای با بهره‌های متفاوت، صدور اعتبارنامه تجارتهای و ... .  
اختراع کاغذ در حدود ۱۰۵ سال قبل از میلاد در کشور چین، تاثیر زیادی در رواج عملیات بانکی داشته است؛ زیرا برای اولین بار تهیه اسناد بانکی، تنظیم محاسبات، نگهداری حساب‌ها و نقل و انتقال اسناد به صورتی ارزان و ساده آسان شد (همان، ۹۹).

### ۲-۱- بانکداری در ایران قبل از انقلاب اسلامی

همانطور که اشاره شد در ایران، از پیش از دوره هخامنشیان بانکداری به شکل ساده‌اش وجود داشته، ولی در اصطلاح بانکداری بر آن اطلاق نمی‌شده است، مثلاً گروهی از مردم به حرفه صرافی اشتغال داشتند و کلیه عملیات مربوط به امور پول و بانکی را انجام می‌دادند. البته این تشکیلات را از جهت دامنه و قلمرو فعالیت می‌توان به سه قسم تقسیم کرد: برخی از آنها تنها در محیط کوچک شهر خود فعالیت می‌کردند؛ برخی دیگر در شهرهای دیگر نمایندگی یا طرف قرارداد هم داشتند و در سطح کل کشور فعالیت می‌کردند و برخی از آنها که از قدرت مالی و معروفیت بیشتری برخوردار بودند با گشایش حساب در بانک‌های بزرگ خارجی یا تعیین کارگزار در خارج و فرستادن نماینده به مراکز عمده تجاری دامنه فعالیت خود را توسعه می‌دادند. عمده‌ترین عملیات صرافی عبارت از تسعیر پول‌ها، معاملات بروات و صدور بیجک بود. بیجک که واژه‌ای هندی است، سندی بوده که صرافان ضمن صدور آن، وصول مبلغی را اعلام می‌کردند و متعهد می‌شدند که در کوتاه مدت یا عندالمطالبه آن مبلغ را بپردازند. رواج بیجک در صرافی به خاطر توسعه و رونق بازرگانی و

عدم نشر اسکناس بود؛ زیرا تا سال ۱۲۶۶ که در ایران اسکناس منتشر نشده بود، سکه‌های فلزی تنها وسیله مبادله و دادوستدهای پولی بود. بیجک علاوه بر آنکه سود سرشاری عاید صرافان می‌کرده، وسیله‌ای برای رفع مضیقه پولی بازار نیز بوده است (مطهری، ۱۳۷۳: ۲۴).

اولین بانکی که در ایران تاسیس شده، «بانک جدید شرق» بود که مرکز آن در لندن و حوزه عملیات‌اش مناطق جنوبی آسیا بود. این بانک بدون تحصیل هیچگونه امتیازی در سال ۱۲۶۶ (۱۸۸۸م) در شمال شرق میدان توپخانه در محل بانک تجارت فعلی فعالیت خود را آغاز کرد. در آغاز فعالیت، برای جلب مشتریان خود به حساب‌های جاری، معادل ۲/۵ درصد، سپرده‌های ثابت به مدت ۶ ماه، ۴ درصد و یک سال، ۶ درصد بهره می‌داد. برای اولین بار نوعی پول کاغذی به صورت حواله، عهده خزانه بانک برای مبالغ بیش از ۵ قران و قابل پرداخت در وجه حامل منتشر کرد. در سال ۱۲۶۷ در مقابل دریافت بیست هزار لیره انگلیس کلیه شعب و اثاثیه بانک را به «بانک شاهی» واگذار کرد. بانک شاهی دومین بانکی بود که به وسیله خارجیان هدایت می‌شد و یکی از کارهای عمده آن، نشر اسکناس بود که بطور انحصاری امتیاز آن به این بانک داده شده بود. در سال ۱۲۶۹ با تأسیس بانک استقراضی ایران به وسیله یکی از اتباع دولت روسیه، به نام ژاک بولیاکوف موافقت شد. این بانک تا سال ۱۳۰۱ که به دولت ایران واگذار شد، بیشتر در نواحی شمالی ایران به فعالیت بانکی می‌پرداخت.

اولین بانک ایرانی، بانک سپه است که در چهاردهم اردیبهشت ۱۳۰۴ با سرمایه اولیه ۳/۸۸۳/۹۵۰ ریال (که موجودی صندوق باننشستگی درجه‌داران ارتش بود)، تشکیل شد، ولی همچنان امتیاز نشر اسکناس در دست بانک شاهی بود. در اثر نارضایتی مردم از بانک شاهی و مخالفت با وجود آن در ایران سرانجام در جلسه چهاردهم اردیبهشت ماه ۱۳۰۶ قانون تأسیس بانک ملی از تصویب مجلس دوره ششم گذشت. بدین ترتیب بانک ملی ایران با سرمایه‌ای معادل دو میلیون تومان که تنها هشتصد هزار تومان آن پرداخت شده بود، از ۱۷ شهریور ۱۳۰۷ کار خود را آغاز کرد. یکی از اقدامات مهم بانک ملی برای خارج ساختن کنترل اقتصادی پولی ایران از دست بانک‌های خارجی، تحصیل امتیاز نشر اسکناس در ازای پرداخت مبلغ دویست هزار لیره انگلیس به بانک شاهی ایران بود و بدین وسیله مقرر شد که کلیه اسکناس‌های بانک شاهی تا پایان خرداد ۱۳۱۰ از اعتبار ساقط شود (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶: ۸۸).

پس از گذشت ۷۴ سال از آغاز فعالیت‌های بانکی و درست ۳۲ سال بعد از تأسیس بانک ملی، بانک مرکزی ایران در سال ۱۳۳۹ با سرمایه ۳/۶ میلیارد ریال تأسیس شد. هدف از راه‌اندازی این بانک، نیاز کشور به وجود یک بانک مستقل و به دور از مسائل اعتباری، تجاری و خدماتی بود تا بعنوان بانک مادر ناظر بر اعمال سیستم بانکی باشد و بدین طریق سیستم پولی و اعتباری کشور را تنظیم کند و ضمن حفظ ارزش پول و تسهیل مبادلات بازرگانی، به رشد اقتصادی کشور کمک کند.

در ۱۸ تیر ماه سال ۱۳۵۱ قانون پولی و بانکی کشور از تصویب مجلس گذشت. به موجب بند الف ماده (۱۰) این قانون، «بانک مرکزی ایران مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری براساس سیاست کلی اقتصادی کشور می‌باشد». به موجب مواد ۱۱ تا ۱۴ قانون پولی و بانکی، وظایف بانک مرکزی به این شرح تعیین شد: «انتشار اسکناس و سکه‌های فلزی رایج کشور، نظارت بر بانکها و موسسات اعتباری، تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و نظارت بر آنها، نظارت بر معاملات طلا، نظارت بر صدور و ورود پول رایج ایران - نگهداری حساب‌های وزارت‌خانه‌ها و موسسات دولتی و وابسته به دولت و بازپرداخت اوراق قرضه دولتی، نگهداری ذخایر ارزی و طلای کشور - دادن وام و اعتبار به وزارت‌خانه‌ها و نظارت بر حسن اجرای نظام پولی کشور با ابزار تعیین شده در این قانون».

به علت سودآور بودن کار بانکداری، پیوسته بانک‌های جدید با سرمایه‌های خصوصی داخلی و خارجی و دولتی تاسیس می‌شد، بگونه‌ای که تا سال ۱۳۵۷، ۳۶ بانک افتتاح شد، ولی این بانک‌ها برای دستیابی به منافع بیشتر به جای سرمایه‌گذاری در امور تولیدی، سرمایه خود را بیشتر برای امور بازرگانی و واسطه‌ای بکار می‌گرفتند و توجهی به رشد و توسعه اقتصادی کشور نداشتند. لذا کشور روز به روز وابسته‌تر می‌شد. با اوج‌گیری انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ صاحبان سهام بانک‌ها و سرمایه‌داران اقدام به انتقال سرمایه خود به خارج از کشور کردند و نیز وسیله انتقال ثروت‌های کلان به خارج شدند و در ادامه با هجوم مردم به بانک‌ها ۶۱ و تقاضای بازپرداخت سپرده‌هایشان، وضع پولی و نقدینگی بانک‌ها بطور جدی در هم ریخت (امیری قائم مقامی، ۱۳۵۶: ۱۰۱).

## ۲-۲- بانکداری در ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی

همانطور که اشاره شد در آستانه پیروزی انقلاب اسلامی، نظام بانکی ایران از هم پاشید و در نتیجه این از هم پاشیدگی (که معلول عوامل متعددی از جمله انتقال سپرده‌ها به خارج سرمایه‌گذاران وابسته، سلب اعتماد از بانک‌ها و هجوم آنان برای استرداد سپرده‌های خود و وصول نشدن مطالبات بانک‌ها بود)، اغلب بانک‌های خصوصی در وضعی قرار گرفته بودند که علیرغم کمک‌های بانک مرکزی قادر به ادامه فعالیت نبودند و یا در معرض خطر ورشکستگی قرار داشتند. لذا به منظور حفظ حقوق مردم، راه‌اندازی چرخ‌های تولید، تضمین بازپرداخت سپرده‌ها و پس‌اندازهای مردم در بانک‌ها، دستیابی به استقلال اقتصادی سیاسی و قطع وابستگی به سرمایه‌های خارجی، لایحه ملی شدن بانک‌ها در تاریخ ۱۷ خرداد ۱۳۵۸ به تصویب شورای انقلاب رسید. براساس این قانون ۲۸ بانک خصوصی و ۱۶ شرکت پس‌انداز و وام مسکن در ۲ شرکت سرمایه‌گذاری از تملک بخش خصوصی خارج و به تملک دولت جمهوری اسلامی درآمد.

با از بین رفتن انگیزه‌های سودجویانه فردی در فعالیت‌های بانکی و جایگزین ساختن فعالیت‌های صحیح اقتصادی زمینه مناسبی برای هدایت منابع حاصل از پس‌اندازها در مسیر اجرای برنامه‌های ملی و توسعه اقتصادی فراهم آمد، ولی روشن است صرف انتقال بانک‌های خصوصی به دولت و ملی نمودن آنها برای تجهیز نظام بانکی کشور و سوق دادن آنها در جهت تامین هدف‌های اقتصادی کشور کافی نبود. از این‌رو، به دلایل مختلف از جلوگیری از ائتلاف نیروهای انسانی، تعداد بانک‌های کشور به استثنای بانک مرکزی از ۳۶ بانک در پایان سال ۱۳۵۷ به ۹ بانک (۶ بانک تجاری و ۳ بانک تخصصی) تقلیل یافت؛ یعنی تا آنجا که ممکن بود بانک‌ها در یکدیگر ادغام شدند.

اینک به جزء بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، شش بانک تجاری و چهار بانک تخصصی به ترتیب زیر در کشور فعالیت می‌کنند. بانک‌های تجاری کشور عبارتند از: (۱) بانک ملی، (۲) بانک سپه، (۳) بانک رفاه کارگران، (۴) بانک تجارت، (۵) بانک ملت و (۶) بانک صادرات. بانک‌های تخصصی عبارتند از: (۱) بانک صنعت و معدن، (۲) بانک مسکن، (۳) بانک کشاورزی و (۴) بانک توسعه صادرات (که به منظور ترویج صادرات غیرنفتی در تیرماه ۱۳۷۰ اساسنامه آن به تصویب رسید) (ابن‌منظور، ۱۴۰۸: ۲۴).

## ۲-۳- پیشینه بانکداری اسلامی در ایران

۶۲

### - خارج از ایران

در خارج از ایران، نخستین تجربه در مورد موسسات بانکداری به صورت بانک‌های پس‌انداز در مصر در سال ۱۹۶۳م به دست آمد پس از آن، در پاکستان به مرحله اجرا در آمد، سپس در سال ۱۹۷۴م بانک توسعه اسلامی در عربستان سعودی، در سال ۱۹۷۵م بانک اسلامی دوبی، در سال ۱۹۷۷م بانک اسلامی فیصل اردن و بانک اسلامی مالی کویت و بانک اسلامی فیصل در مصر، و در سال ۱۹۷۸م بانک اسلامی و سرمایه‌گذاری در اردن، تاسیس شد (اداره آموزش بانک ملت، ۱۳۶۸: ۷۷).

### - ایران

در ایران سنت اسلامی قرض‌الحسنه از صدر اسلام به شکلی فردی و در قالب نوعی عقد بین قرض دهنده و قرض گیرنده انجام می‌شده است، چنانکه در دیگر کشورهای اسلامی هم وجود داشته، اما از حدود ۳۰ سال پیش شکل کار به کلی دگرگون شده، انجام عمل قرض‌الحسنه از صورت فردی خارج و در قالب تشکیلات خاصی به نام صندوق قرض‌الحسنه درآمد.

نخستین صندوق قرض‌الحسنه در تهران در سال ۱۳۴۸؛ یعنی درست در هنگامی که بانک‌ها و موسسات ربوی هر روز قارچ‌گونه در گوشه و کنار مملکت ایجاد و گسترش می‌یافتند و سرمایه‌ها و دسترنج کارگران و کشاورزان تهی‌دست را تاراج می‌کردند، شکل گرفت. این صندوق (در فضای چند متری حجره‌ای) در یکی از



مساجد جنوب شرقی تهران به وجود آمد. در آن روز شاید کسی تصور نمی‌کرد که روزی الگو و سرمشق هزاران صندوق کوچک و بزرگ قرض‌الحسنه در سراسر میهن اسلامی ما بشود و ظرفیت پرداخت میلیون‌ها فقره وام به وجود آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۴۰). اگر صندوق‌های قرض‌الحسنه را نوعی بانک بدانیم (که می‌دانیم)، اولین تجربه از بانک اسلامی در ایران بود. این مربوط به قبل از انقلاب اسلامی است، اما بعد از انقلاب، نتیجه اولین تلاش‌های انجام شده برای تطهیر نظام بانکی کشور از پدیده شوم ربادهی و رباخواری، در قالب مصوبه سوم دی ماه ۱۳۵۸ شورای پول و اعتبار، چهره قانونی یافت و به شبکه بانکی کشور ابلاغ شد. براساس این مصوبه، عنوان «نرخ بهره» از عملیات بانکی حذف و به جای آن، عنوان «حداقل سود تضمین شده» برای سپرده‌های ثابت و پس‌انداز و «کارمزد» برای وام‌ها و تسهیلات اعطایی بانک‌ها برقرار گردید. در بخش‌هایی از این مصوبه آمده است:

#### ۱) حداقل سود تضمین شده برای سپرده‌ها

به سپرده‌های غیردیداری (سپرده ثابت و پس‌انداز) سودی بعنوان حداقل سود تضمین شده با نرخ ۸/۵ درصد در سال، برای سپرده‌های ثابت و برای سپرده‌های پس‌انداز حداقل سود معادل ۷ درصد در سال تعلق می‌گیرد. از اول سال ۱۳۵۸ به این سپرده‌ها علاوه بر حداقل سود مزبور در پایان هر سال نیز در صورتی که بانک سود اضافی داشته باشد به نسبت سپرده، سود اضافی به صاحبان سپرده‌ها پرداخت خواهد شد.

۶۳

#### ۲) کارمزد اعطای وام‌ها و سایر تسهیلات اعتباری

از اول سال ۱۳۵۸ احتساب و دریافت بهره از انواع اعتبارات و وام‌ها و سایر تسهیلات اعتباری حذف و برای جبران هزینه‌های بانک، کارمزد و سهم سود تضمین شده به شرح زیر منظور و دریافت خواهد شد...».

این حرکت، یک تغییر اساسی در نظام بانکی کشور نبود و تنها می‌توانست واژه «بهره» را از دفاتر و صورت حساب‌های بانکی بردارد و دو واژه جدید و عملاً مترادف با آن؛ یعنی حداقل سود تضمین شده و کارمزد را جایگزین سازد. به همین دلیل، در سال ۱۳۵۹ مجلس شورای اسلامی در ضمن تبصره ۵۴ قانون بودجه سال ۱۳۶۰ کل کشور، دولت جمهوری اسلامی ایران را ملزم ساخت که برای حذف واقعی ربا از سیستم بانکی کشور، راه‌حلی اساسی ارائه دهد. پس از تصویب تبصره فوق‌الذکر، تحقیق، مطالعه و نظرخواهی از صاحب‌نظران بطور جدی آغاز شد و دو گروه مطالعاتی، همزمان و به موازات هم در وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی تشکیل شد و نتایج مطالعات دو گروه در جلسات با حضور حضرات آیات محمدرضا مهدوی‌کنی و غلامرضا رضوانی مورد بررسی قرار گرفت. سرانجام طی نشست‌هایی که با شرکت دو گروه، طرح یک لایحه قانونی به نام «حذف بهره و انطباق عملیات بانکی با موازین اسلامی» تهیه و در تاریخ پانزدهم اردیبهشت ۱۳۶۰ به هیأت دولت ارائه شد. پس از تصویب در هیأت دولت، به مجلس شورای اسلامی رفت. این لایحه

کمیسیون ویژه‌ای مرکب از نمایندگان علاقه‌مند و آشنا به مسائل اقتصادی و بانکی، مسئولان دولتی، اقتصاددانان و متخصصان فن بانکداری در مجلس شورای اسلامی بررسی شد و در نهایت، در هشتم شهریور ماه یک هزار و سیصد و شصت و دو با عنوان «قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)» به تصویب نمایندگان و در تاریخ ۱۳۶۲/۰۶/۱۰ به تایید شورای نگهبان رسید و از فروردین ۱۳۶۳ بانک ملزم به اجرای آن شده‌اند (اداره آموزش بانک ملت، پیشین: ۹۰).

### ۳- مقایسه جعاله با نهادهای حقوقی مشابه

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

#### ۳-۱- مقایسه جعاله و عقد اجاره اشخاص

ماده (۴۶۶) قانون مدنی در تعریف اجاره می‌گوید: «اجاره، عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود...» و ماده (۵۱۲) همان قانون اظهار می‌دارد: «در اجاره اشخاص کسی که اجاره می‌کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود». در فقه امامیه که این مواد قانونی نیز از آنجا گرفته شده، اجاره اشخاص یکی از انواع اجاره است که براساس آن، اجیر تمام منافع خود یا منفعت خاصی را برای مدت معینی به مستأجر تملیک می‌کند یا در برابر اجرت معینی انجام کاری را برعهده می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۹). پس اجاره اشخاص هم مثل جعاله، نوعی قرارداد برای انجام کار است از این‌رو، این سوال مطرح می‌شود که چه تفاوت یا شباهتهایی میان این نهاد حقوقی و جعاله وجود دارد؟

۶۴

#### ۱) موارد اشتراک

۱) از جهت مورد و موضوع قرارداد؛ از عمده‌ترین شباهت این است که هر دو قرارداد بر انجام کار منعقد می‌شوند؛ یعنی هر دو، کسی یا کسانی دیگر می‌خواهند کاری را در مقابل دستمزد معینی انجام دهند، حتی موارد بسیاری یافت می‌شود که هم می‌تواند در قالب اجاره انجام گیرد و هم در قالب جعاله، مانند کرایه کردن کشتی به شرط اینکه صاحب کشتی مستحق دریافت اجرت و کرایه نشود، مگر پس از اینکه بار را به مقصد برساند. چنین قراردادی را اجاره مضمونه هم می‌گویند (الاعرج، ۱۴۱۶: ۱۲۶).

۲) از حیث زمان استحقاق مطالبه اجرت؛ هریک از عامل و اجیر تنها پس از اتمام کار می‌توانند اجرت خود را مطالبه کنند. البته از حیث زمان حصول ملکیت با یک دیگر تفاوت دارند. در جعاله، ملکیت پس از اتمام کار تحقق پیدا می‌کند، اما در اجاره، نظر مشهور فقهای امامیه آن است که به صرف عقد اجاره، موجر (در

اجاره اعیان) و اجیر (در اجاره اشخاص) مالک اجرت می‌شوند، لکن هیچ یک از موجر و اجیر حق مطالبه آنچه را مالک شده‌اند ندارند، مگر پس از تسلیم آنچه متقابلاً تملیک کرده‌اند. در اجاره اعیان تسلیم منفعت، به تسلیم عین مستأجره است، اما در اجاره اشخاص که متعلق اجاره، شخص اجر می‌باشد منفعت، به اتمام کار موردنظر است، مثل حمل بار از نقطه‌ای به نقطه دیگر، حفر چاه در خانه مستأجر و ... پس قبل از اتمام عمل، اجیر حق مطالبه اجرت را ندارد، چنانکه بعد از انجام عمل، مستأجر هم حق تأخیر در پرداخت اجرت را ندارد (آل کاشف، ۱۳۵۹: ۴۲).

در ماده (۳۷) قانون کار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۹/۰۸/۲۹، باتوجه به همین مبنای فقهی آمده است: «... الف) چنانچه براساس قرارداد یا عرف کارگاه، مبلغ مزد به صورت روزانه یا ساعتی تعیین شده باشد، پرداخت آن باید پس از محاسبه در پایان روز یا هفته یا پانزده روز یکبار به نسبت ساعات کار و یا روزهای کارکرد صورت گیرد. ب) در صورتی که براساس قرارداد یا عرف کارگاه، پرداخت مزد به صورت ماهانه باشد، این پرداخت باید در آخر هر ماه صورت گیرد...».

بر این مطلب که اجیر تا پایان انجام عمل موضوع اجاره، حق مطالبه اجرت را ندارد، مویدهایی در قرآن و روایات وجود دارد. آیه شریفه: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ<sup>۱</sup>؛ و اگر زنان مطلقه برای شما شیر دادند اجرت و مزدشان را بدهید»، ظهور دارد در اینکه پرداخت اجرت به آنها پس از شیر دادن واجب می‌شود، نه قبل از آن.

#### دو روایت زیر هم می‌توانند موید باشند:

۱) پیامبر (ص) فرمود: «در روز قیامت با سه نفر مانند دشمن رفتار می‌کنم یکی از سه، مردی است که شخصی را اجیر می‌کند و از کار او استفاده می‌برد، اما دستمزدش را پیش از آنکه عرقش بخشد به او نمی‌پردازد.

۲) یکی از یاران امام صادق (ع) می‌گوید: عده‌ای را برای کار باغبانی در باغ امام صادق (ع) بکار گرفته بودیم و پایان کارشان تا هنگام عصر بود. به محض اینکه وقت تمام شد و آنها دست از کار کشیدند، امام (ع) به خادم خود فرمود: دستمزد آنها را قبل از اینکه عرق بدنشان بخشد بپرداز.

البته صرف اینکه اجیر خودش را برای انجام کار در اختیار مستأجر قرار دهد (بدون انجام کار)، سبب به وجود آمدن امر جدیدی برای مستأجر نمی‌شود، به خلاف تسلیم عین در اجاره اعیان که عرفاً با دادن عین مستأجره،

<sup>۱</sup> سوره طلاق، آیه ۶.

تسلیم عوض تحقق یافته و موجر می‌تواند اجاره‌اش را مطالبه کند. بنابراین، در اجاره اشخاص، اجیر پس از انجام کار استحقاق مطالبه اجرت را پیدا می‌کند (الاعرج، ۱۴۱۶: ۱۶۶)، همچنان که در جعاله چنین است.

## ۲) موارد افتراق

بین عقد جعاله و عقد اجاره اشخاص تفاوت‌های زیادی وجود دارد. فقهیان و حقوقدانان اسلامی در کتاب‌های خود در بحث جعاله آنها را بیان کرده‌اند این موارد بطور فشرده ذکر می‌شوند:

۱) مستأجر در عقد اجاره اشخاص به محض انعقاد عقد، مالک اجیر می‌شود و اجیر نیز ممالک اجرت می‌شود، درحالی‌که در جعاله عامل تنها پس از انجام عمل، استحقاق دریافت جُعَل را پیدا می‌کند (ماده ۵۶۷ ق.م). البته - همانگونه که قبلاً اشاره شد - در اجاره اشخاص، اجیر به صرف انعقاد عقد مالک اجرت می‌شود، لکن تا زمانی‌که عمل موضوع قرارداد اجاره را انجام ندهد، حق مطالبه اجرت را ندارد.

۲) اجاره از عقود است، اما جعاله به نظر اکثر فقها از ایقاعات است، گرچه قول به عقد بودن جعاله هم دلایل محکمی دارد (مطهری، پیشین: ۱۰۱).

۳) عقد اجاره از هر دو طرف لازم است، یعنی هیچیک از آن دو نمی‌توانند آن را بر هم بزنند، درحالی‌که جعاله تعهدی است جایز و تا زمانی که عمل به اتمام نرسد، هریک از دو طرف می‌توانند رجوع کنند. البته اگر جاعل جعاله را قبل از شروع عامل بکار، فسخ کند لازم نیست که چیزی بدهد، ولی چنان چه جاعل در اثنای عمل رجوع کند باید اجرت‌المثل عمل عامل را بپردازد (ماده ۵۶۵ ق.م).

۴) در اجاره، اجیر باید معین باشد، اما در جعاله می‌تواند معین یا نامعین باشد.

۵) در اجاره، لازم است که عمل بطور تفصیلی معلوم باشد، درحالی‌که در جعاله، عمل می‌تواند مجهول باشد، مثلاً اگر شخصی بگوید: هر کس ماشین دزدیده شده مرا پیدا کند فلان مبلغ به او می‌دهم، جعاله بطور صحیح واقع شده است، گرچه جاعل نمی‌داند که چقدر باید جستجو کنند تا ماشین او را پیدا کنند و نیز نمی‌داند که برای جستجو از چه روش‌هایی استفاده خواهند کرد. البته مقصود، جهل مطلق بگونه‌ای که عامل نداند چه کار باید انجام دهد نیست، منظور این است که مورد عقد جعاله لازم نیست به تفصیل معلوم باشد (ماده ۵۶۴ ق.م).

۶) طبق بند ۳ ماده (۱۹۰) ق.م یکی از شرایط اساسی صحت معاملات و از جمله اجاره این است که مورد معامله، موضوع معینی باشد، درحالی‌که در جعاله، مورد معامله می‌تواند مردد بین دو یا چند چیز باشد، مثلاً اگر وزیر آموزش و پرورش اعلام کند: هر کس بهترین طرح ساختمانی برای این کتابخانه یا آن مجتمع ورزشی ارائه دهد ده میلیون ریال پاداش خواهد داشت، این از باب جعاله صحیح است، اما از باب اجاره نمی‌تواند صحیح باشد.

۷) در اجاره لازم است که اجیر بالغ و عاقل باشد، و حال آنکه در جعاله، عامل می‌تواند صغیر ممیز (و حتی ممیز و مجنون) باشد (ابن‌منظور، ۱۴۰۸: ۹۴).

### ۳-۲- مقایسه جعاله با سبق و رمایه

سبق در اصطلاح فقها به معنای مسابقه سوارکاری (اسب‌دوانی، شتردوانی، فیل‌دوانی و استر و حماردوانی) است و رمایه به معنای مسابقه تیراندازی است؛ مقصود از اصطلاح سبق و رمایه، گرویندی و شرط‌بندی است که هرکس پیش افتاد یا بهتر به هدف زد به او جایزه، مبلغ یا شیء معین شده یا گرو نهاده از ناحیه دو طرف یا طرف‌های مسابقه را بدهند. بعید نیست که مسابقه با جمیع آلات و ادواتی که در زمان ما در جنگ‌ها بکار می‌رود و نیز در مسابقاتی که آمادگی انسان را برای دفاع شخصی زیاد می‌کند، صحیح باشد. در مقایسه جعاله با سبق و رمایه ابتدا شباهت این دو و سپس تفاوت آنها را بیان می‌کنیم.

#### ۱) موارد شباهت

شباهت جعاله و سبق و رمایه در این موارد است:

۱) موضوع هر دو (و یا هر سه در صورتی که سبق و رمایه را در دو عقد جداگانه بدانیم) انجام کار مشخصی است، مثل ترسیم بهترین نقشه ساختمانی (در جعاله)، بهتر از همه اسب‌سواری کردن و بهتر از همه تیراندازی کردن.

۲) در هر دو پس از انجام کار استحقاق دریافت جُعَل و جایزه حاصل می‌شود.

۳) در هر دو نوعی «غرر» وجود دارد و معاملات غرری هم به دلیل نهی پیامبر (ص) از آنها باطل‌اند مگر اینکه مصلحتی خاص وجود داشته باشد که بطور استثنایی اجازه داده می‌شود، چنانکه مصلحت تقویت نیروهای نظامی و انجام بعضی از کارها که علم و آگاهی دقیق از چند و چون آن مشکل است، ایجاب می‌کنند که مسابقات سوارکاری، تیراندازی و شنا و نیز جعاله در موارد مجهول صحیح باشد.

۴) همانطور که در جعاله ممکن است جُعَل را کسی بدهد که مستقیماً از عمل مورد جعاله سودی نمی‌برد، در مسابقه نیز ممکن است جایزه را شخصی غیر از آنها که در مسابقه شرکت کرده‌اند، بپردازد. شهید ثانی چهار حالت برای پرداخت کننده جایز تصویر می‌کند. وی می‌گوید همه این حالت‌ها جایز است: ۱) امام یا دولت بپردازد؛ ۲) افراد دیگر جامعه که در مسابقه شرکت ندارند، بپردازند؛ ۳) یکی از مسابقه دهندگان بپردازد و ۴) طرفین یا طرف‌های مسابقه دهنده به نسبت مساوی یا غیرمساوی بپردازند (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۲۱۴).

## ۲) موارد تفاوت

۱) به گفته برخی از فقها، قول مشهور این است که: سبق و رمایه عقد بوده، به ایجاب و قبول نیاز دارد و همه شرایط اساسی معاملات باید در آن رعایت شود، به خلاف جعاله که چنین شهرتی در مورد آن ادعا نشده است.

۲) تفاوت دیگر آن است که در جعاله همیشه جُعَل و پاداش برای انجام دهنده کار در نظر گرفته می‌شود، در حالیکه سبق و رمایه می‌تواند دوستانه باشد، چنانکه در روایتی نقل شده پیامبر (ص) با ابوقتاده بدون تعیین جایزه مسابقه اسب‌سواری برگزار کردند. در مورد ماهیت حقوقی سبق و رمایه (مسابقه و تیراندازی) بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد: برخی مثل علامه در کتاب مختلف آن را نوعی جعاله می‌دانند و از آن نتیجه می‌گیرند که سبق و رمایه در زمره ایقاعات است و برخی دیگر، مانند ابن‌ادریس آن را مانند اجاره در شمار عقود لازم ذکر کرده‌اند، ولی آنچه بیشتر شهرت دارد این است که مسابقه تیراندازی عقد مستقلی است و ممکن است برخلاف جعاله و اجاره، عوضی در آن معین نشود.

درباره لزوم یا جواز مسابقه بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد. به نظر می‌رسد باتوجه به سکوت قانون در این مورد، برای احراز لزوم یا جواز گرو بندی و مسابقه بایستی به داروی عرف مراجعه کرد، زیرا مبنای واقعی لزوم یا جواز قرارداد، احترام به بنای طرفین و خواسته آنان است و عرف هم بیانگر این خواست مشترک است، زیرا سکوت در برابر آن نشان می‌دهد که این نهاد عرفی را، آنچنان که هست، پذیرفته‌اند. پس در قراردادی که احکام ویژه آن در قانون معین نیست، ظاهر این است که دو طرف به تبع آنها قانون نیز از عرف پیروی می‌کنند. در عرف چنین ورزش‌ها و مسابقه‌ها، شخص به انجام مسابقه الزام نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۹۲). و اگر به گرو عوضی نداده باشد، تا قبل از شروع مسابقه می‌تواند مسابقه را بر هم بزند و این خود دلیل بر جایز بودن مسابقه تا این مرحله است.

البته اگر در گرو بندی عوضی در میان باشد تا به برنده داده شود، به دلیل آنکه در عرف خودداری از شرکت در حکم باخت است، عوض به طرف مقابل پرداخت خواهد شد و این یعنی اسقاط حق فسخ مسابقه و کسی حق بر هم زدن آن را ندارد و در پایان مسابقه هم مفاد آن بایستی اجرا شود.

عقد مسابقه در عین حال که مستقل است، در شمار عقود معین نیست، زیرا احکام و آثار ویژه آن در قانون نیامده است و بایستی برطبق قواعد عمومی معاملات، عرف و ماده (۱۰) ق.م. آن را بررسی کرد. در عرف، اینگونه مسابقه‌ها تا آغاز مسابقه، جایز و قابل فسخ است، اما پس از شروع مسابقه، لازم می‌شود، چون اگر جزء این باشد هر طرف که نشانه‌های پیروزی را در طرف مقابل خود ببیند، اقدام به فسخ مسابقه می‌کند. از این‌رو، لازم بودن عقد مسابقه پس از شروع، قطعی می‌شود.

۳) موضوع جعله می‌تواند هر کاری با منفعت عقلایی باشد، مشروط بر اینکه حرام نباشد، در حالیکه موضوع سبق و رمایه (مسابقه)، تنها فعالیت‌هایی می‌تواند باشد که نیروی دفاعی و رزمی جامعه را تقویت می‌کند، مثل اسب‌سواری، شترسواری، شنا، راندن و هدایت قایق‌ها، کشتی‌ها و هواپیماهای جنگی، تیراندازی سلاح سبک و نشانه‌گیری با موشک و توپ‌های ضدهوایی و هوا به زمین و نیز گذر از موانع و دیگر فنون رزمی عصر ما. از این‌رو، موارد فراوانی یافت می‌شود که جعله در آنها صحیح است اما شرط‌بندی باطل، مثلاً در فوتبال یا پینگ‌پنگ می‌توان جایزه‌ای در قالب جعله برای برنده آن تعیین کرد، اما در شرط‌بندی و بردو باخت در آنها باطل است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۸۷).

### ۳-۳- مقایسه جعله و حق‌العمل‌کاری

واژه حق‌العمل‌کاری از لحاظ لغوی معنای وسیعی دارد، چون حق‌العمل به معنای مزد کار یا کارمزد است و هر کاری در مقابل مزد انجام گیرد می‌تواند از مصادیق حق‌العمل‌کاری باشد، اما در اصطلاح حقوق ایران، نوعی وکالت یا نیابت در امور تجاری است. ماده (۳۵۷) قانون تجارت مقرر می‌دارد: «حق‌العمل کار کسی است که به اسم خود، ولی به حساب دیگری (أمر) معاملاتی کرده و در مقابل، حق‌العملی دریافت می‌دارد»؛ یعنی حق‌العمل‌کار مانند دلال واسطه معامله است، با این تفاوت که دلال در معامله دخالت نمی‌کند و طرف قرارداد واقع نمی‌شود، ولی حق‌العمل‌کار شخصاً معامله را انجام می‌دهد، لکن نتیجه عمل او متوجه آمر است و حتی ممکن است طرف معامله از این موضوع که معامله به حساب دیگری است بی‌اطلاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱۷). پس، حق‌العمل‌کاری در حقوق ایران به همین معنای اصطلاحی خاص بکار می‌رود، به خلاف جعله که لزومی ندارد مورد آن تجارت باشد، بلکه هر کار تجاری یا غیرتجاری می‌تواند مورد جعله قرار گیرد. شایان ذکر است پس از آنکه واژه‌ای تعریف قانونی پیدا کرد، از نظر ادبیات حقوقی باید در همه موارد به همان معنا بکار رود تا خلط بین معنای لغوی و اصطلاحی پیش نیاید، بعنوان مثال در ترجمه متون فقهی و حقوقی به زبان عربی نباید به جای دو واژه جُعِل و جعله از واژه‌های دیگر استفاده شود. این دو واژه بیش از هفتاد سال است که بدون ترجمه، از فقه وارد قانون ایران شده و جزء اصطلاحات حقوقی ماست. بنابراین، ترجمه جعله به حق‌العمل‌کاری توسط برخی از مترجمان و بکار بردن این دو اصطلاح به جای یکدیگر کار درستی نیست، چون همانطور که اشاره شده، قرارداد جعله دامنه بسیار وسیعی دارد و موضوع آن هر کاری می‌تواند باشد و حال آنکه حق‌العمل‌کاری ویژه وکالت یا نیابت در معاملات تجاری است (شهیدی، ۱۳۷۰: ۱۷۰).

## ۳-۴- جعاله و التزام یکطرفه (شرط ابتدایی)

شبهات جعاله و شرط ابتدایی (التزام یکطرفه) در این است که در هر دو، کسی وعده پرداخت مبلغ یا مال معینی را می‌دهد، اما تفاوت‌شان در این است که جعاله تعهد پرداخت پاداش برای انجام کار در آینده است، ولی شرط ابتدایی (التزامی ابتدایی)، وعده پاداش برای کار یا صفتی است که در گذشته انجام شده یا تحقق یافته و یا اگر مربوط به آینده باشد در برابر انجام کاری نیست.

جعاله یک نهاد حقوقی معاوضی است که جاعل ضمن انشا و ایجاد آن، به اهداف خود می‌رسد، اگرچه لزومی ندارد فایده کاری را که عامل انجام می‌دهد حتماً به جاعل برگردد. البته جعاله یک عمل جایز است و جاعل هر وقت بخواهد می‌تواند انشای خود را لغو و بی‌اعتبار سازد، اما از آنجا که دو عوض در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند، به محض انجام کار توسط عامل، جعاله خاتمه یافته محسوب می‌شود و جاعل موظف به پرداخت جُعَل (اجرت معین) خواهد بود؛ این در حالی است که در وعده پاداش برای کارهایی که در گذشته انجام شده است، در هنگام وعده دادن معاوضه‌ای در کار نیست؛ تنها یک التزام یکطرفه و به اصطلاح معروف یک شرط ابتدایی است که طبق نظر مشهور فقها الزام‌آور نیست.

از این‌رو، اگر رئیس دانشکده‌ای اعلام کند: کلیه دانشجویانی که سال آینده معدل نمره‌هایشان بالای ۱۷ باشد، یک دوره تفسیرالمیزان جایزه خواهند داد، یک جعاله انشا کرده است و اگر تا هنگام امتحانات از التزام خودش برنگردد و آن را فسخ نکند، وفای به آن بر او لازم می‌شود، بگونه‌ای که در صورت تخلف، دانشجویان ذینفع می‌توانند رئیس را تعقیب قضایی کنند، ولی اگر رئیس اعلام کند: همه دانشجویانی که سال گذشته معدل بالاتر از ۱۷ داشته‌اند در شب عید غدیر یک دوره کتاب‌الغدیر خواهند داد، جعاله نخواهد بود، بلکه کار و فعالیت در گذشته انجام شده و اکنون رئیس به منظور تشویق آنها می‌خواهد بخشی انجام دهد. لذا طبق نظر مشهور فقها، این یک وعده یکطرفه (شرط ابتدایی) است و الزام‌آور نمی‌باشد.

در اینجا ممکن است این سوال طرح شود که تفاوت اساسی جعاله و شرط ابتدایی در چیست؟ چرا پس از انجام موضوع جعاله بر جاعل لازم می‌شود که جعل را بپردازد، اما در شرط ابتدایی بر کسی که بطور یکطرفه وعده پرداخت مبلغی پول یا اهدای کالایی را داده چنین الزامی وجود ندارد؟

مرحوم نائینی - از فقهای بزرگ امامیه - معتقد است: «از حکم شارع به جایز و قابل فسخ بودن عقدهای مجانی، مثل هبه و عاریه به دست می‌آید که هیچ یک از تعهدات مجانی واجب الوفا نیست ... شاید اینکه فقها اجماع دارند بر لازم‌الوفا نبودن شروط ابتدایی و متوقف بودن لزوم آنها بر اینکه حتماً به منزله جزئی از عوضین در آید ناشی از همین استنباطی است که از جواز عقدهای مجانی داشته‌اند. بنابراین می‌توان گفت: دلیل لازم‌الوفا نبودن شروط ابتدایی، مجانی بودن آنهاست، نه ابتدایی بودن آنها. از این‌رو، اگر شخصی در مقابل عوضی ملتزم به چیزی (تملیک عینی یا تملیک منفعتی) بشود و معتقد به این باشیم که تملک آن چیز،



توقف بر لفظ خاصی ندارد، بعید نیست که معتقد به لازم‌الوفا بودن چنین التزامی بشویم؛ چون تعهد به تحویل دادن چیزی در مقابل عوض، بازگشت به بیع دارد و تعهد به انجام کاری (تملیک منفعت) در برابر عوض معین هم بازگشت به اجاره دارد (و در واقع نوعی اجاره است) یا اینکه التزام در هر دو مورد به صلح بر می‌گردد که یک عقد لازم‌الوفاست». از میان عبارات فقها و حقوقدانان می‌توان شواهدی در تأیید نظریه مرحوم نائینی به شرح ذیل ارائه داد:

(۱) جمله «ما لا کفله فیہ لا یُقابَلُ بِالْعَوْضِ»؛ کاری که بدون هیچ زحمتی انجام شود، عوض و اجرتی ندارد. علامه حلی در قرن هشتم، شربینی شافعی در قرن دهم، صاحب جواهر در قرن سیزدهم هجری و برخی دیگر از فقها به این جمله استناد کرده‌اند. گویا مضمون این جمله بعنوان یک قاعده پذیرفته شده و مورد اتفاق بوده است. پاره‌ای از عبارات فقیهان را برای آشنایی با شیوه استنادشان به این قاعده می‌آوریم:

علامه حلی می‌گوید: «اگر جاعل اعلام کند: هرکس مال گم شده مرا به من برگرداند مالکِ فلان مبلغ می‌شود، پس، کسی که مالِ موردنظر در دستش بود به او برگرداند، بررسی و دقت می‌شود در اینکه اگر عامل در برگرداندن آن متحمل زحمت و هزینه شده ... (مانند برگرداندن بچه گم شده) مستحق جعل خواهد بود و اگر زحمتی نداشته، مانند برگرداندن درهم و دینار استحقاق اجرت پیدا نمی‌کند؛ چون آنچه در انجام آن زحمتی نیست، اجرت و عوضی در برابر آن قرار نمی‌گیرد».

۷۱

محمد شربینی از فقهای شافعی می‌گوید: «یُشْتَرَطُ فِي الْعَمَلِ، كَوْنُهُ فِيهِ كَلْفَهُ ... لِأَنَّ مَا لَا كَلْفَهُ فِيهِ لَا يُقَابَلُ بِعَوْضٍ ...»؛ یعنی یکی از شرایط عمل مورد جعله آن است که برای عامل همراه با زحمت باشد؛ چون کار بدون زحمت عوض ندارد.

(۲) شاهد دوم در تأیید نظریه مرحوم نائینی، بند دوم ماده (۸۰۳) قانون مدنی است که دلالت دارد بر اینکه هبه یک عقد جایز است، مگر در صورتی که معوض باشد و عوض هم داده شده باشد؛ یعنی قابل فسخ بودن هبه به احتمال قوی به این دلیل است که عوضی در برابر آن نیست.

ناگفته نماند که ممکن است کسی الزام‌آور بودن جعله را از باب ضمان قهری بداند؛ به این معنا که اگر جاعل چنین وعده‌ای را اعلام نکرده بود، عامل وقت خودش را صرف انجام این کار نمی‌کرد. لذا عدم استحقاق عامل موجب ضرر بر او است و ضرر ناروا در اسلام نفی شده است.

در برابر این نظر می‌توان گفت: اگر این استدلال درست باشد، بر جاعل لازم می‌آید که اجرت‌المثل عامل را بپردازد درحالی‌که هیچ فقیهی در فرض تعیین اجرت از سوی جاعل، چنین چیزی نگفته است؛ همه آنها پرداخت اجرت تعیین شده را لازم می‌دانند. همچنین بسیاری از فقها، از جمله علامه حلی تصریح کرده‌اند که پس از شروع عامل بکار مورد نظر، اگر جاعل جعله را فسخ کند، لازم است به نسبت کار انجام شده، اجرت

عامل را بپردازد. این نظریه فقها نشان دهنده آن است که لزوم جعاله پس از شروع به کار، از باب ضمان قهری نبوده، بلکه بدان جهت است که جعاله عقد ایقاع حقوقی الزام‌آور است (یعنی پس از انجام کار، جاعل نسبت به پرداخت اجرت تعیین شده ملزم است).

### نتیجه‌گیری

بعد از بررسی و مطالعه تطبیقی عقد جعاله در فقه و همچنین حقوق موضوعه اعم از قانون مدنی و نگاهی به قوانین اختصاصی همچون قانون عملیات بانکی بدون ربا به نتایج ذیل دست پیدا شد که بدان اشاره می‌شود. - جعاله دارای دو خصوصیت است: الف) عمل حلال است نه حرام و نامشروع و مقصود عندالعقلا است نه بی‌فایده بدین منظور قانون مدنی در ماده (۵۷۰) بیان می‌دارد جعاله در عمل نامشروع یا بر عمل غیرعقلایی باطل است همچنین برکارهای نابخردانه مگر اینکه همان کار در مورد خاصی مفید باشد.

- جعاله دارای اقسامی است، جعاله خاص: که جاعل به شخص یا اشخاصی که قابل احصاء هستند گفته می‌شود و جعاله عام: طرف جاعل نسبت به ایجابی که می‌کند مشخص نیست عقدجعاله مانند هر عقد جایز دیگری با درج ضمن عقد لازم، به صورت غیرقابل انحلال، نسبت به مشروط علیه در خواهد آمد.

۷۲ - به نظر می‌رسد که از میان نظریات معرفی شده فوق نظریه عقد بودن جعاله در حقوق موضوعه ایران از قوت و استحکام بیشتری برخوردار باشد. در عقد بودن جعاله خاص تردید کمتری وجود دارد زیرا اگر کسی به شخصی پیشنهاد انجام عملی را در مقابل گرفتن یا مال معینی بنماید و او پیشنهاد را بپذیرد و کار موردنظر را انجام دهد، توافق طرفین منشاء تعهدات آنهاست و نمی‌توان ادعا کرد که فقط اراده جاعل موجب التزام او شده و قصد عامل در آن موثر نبوده است. تردید در عقد یا ایقاع بودن جعاله، بیشتر در جعاله عام مطرح است.

- در کشور ما تسهیلات اعطایی باتوجه به شکل حقوقی و نحوه عمل در قالب ابزارهای تعبیه شده است که یکی از این ابزارها جعاله است. کاربرد جعاله در تسهیلات بانکی ضمن ماده (۱۶) قانون بانکداری بدون ربا تجویز شده و مقررات آن ضمن مواد (۶۶ الی ۷۰) آئین‌نامه فصل سوم قانون مذکور و همچنین دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۶۳/۰۱/۱۹ شورای عالی پول و اعتبار تعیین شده است.

- وضعیت حقوقی جعاله‌های بانکی در قانون بانکداری بدون ربا و آئین‌نامه اجرایی آن بالاخص ماده (۶۷) به صورت عقدی جائز تبیین شده است که به نظر می‌رسد خلاف قول مشهور فقهای امامیه چون حضرت امام خمینی باشد.

- در جعاله‌های بانکی شرط عدم فسخ وجود ندارد و حال آنکه عده قلیلی از فقهای امامیه که جعاله را عقد می‌دانند آن را جائز دانسته‌اند بطوریکه جاعل و عامل هر دو می‌تواند بدون دلیل موجه عقد را به هم بزنند

لیکن در جعله‌های بانکی حق مشتری خواه جاعل باشد یا عامل ساقط شده است و علیرغم اینکه عقود جائز با فوت و جنون و سفر منفسخ می‌شود ولی بانک‌ها با اخذ وثیقه در صورت حجر وارث متوفی را ملزم به انجام تعهد می‌کنند.

در بین تسهیلات اعطایی بانک، مشارکت مدنی با طیف وسیع کاربردی خود، مناسب‌ترین ابزاری است که در تامین نیازهای مالی تولیدی، بازرگانی و خدماتی به سادگی و آسانی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و با این وصف مشکل تمدید اعتبار و اخذ وثیقه از متقاضی و مطالبه خسارت تاخیر و نظارت اعتبار دهنده و سادگی اعتبار در فهم و آموزش و کاهش هزینه‌ها و تامین سرمایه به دفعات برای متقاضی از مشکلات جعله است مرتفع می‌گردد.

آموزش بانکداری موجب می‌شود که تفاوت بین بانکداری اسلامی و بانکداری ربوی روشن شود و این تصور که بانکداری کنونی چیزی شبیه بانکداری ربوی است زایل گردد و اقدامات نادرستی مثل صوری، عملکرد ناشی از ناآشنایی با قوانین و مقررات بانکی کاهش یابد.

## فهرست منابع

- ۱- ابن‌محمد الأعرج، السید عمیدالدین عبدالمطلب (۱۴۱۶)، **کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد**، ج ۱، قم: مؤسسه ۷۳ النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۲- ابن‌منظور الافریقی المصری، محمدبن مکرم (۱۴۰۸)، **لسان العرب**، ج ۲، چ ۱، بیروت: احیاء التراث العربی.
- ۳- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۶)، **حقوق تعهدات**، ج ۲، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴- بهمند، محمد و بهمنی، محمود (۱۳۷۴)، **بانکداری داخلی (تجهیز منابع پولی)**، چ ۵، تهران: مؤسسه بانکداری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران).
- ۵- بی‌نا (۱۳۶۸)، **اداره آموزش بانک ملت**، مبانی فقهی بانکداری اسلامی، چ ۱، تهران: اداره آموزش بانک ملت.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۰)، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: انتشارات بی‌نا.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، **دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)**، چ ۱، چ ۲، تهران: دانشگاه تهران.
- ۸- حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین (۱۳۷۶)، «بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین شده»، **مجله اندیشه حوزه**، ش ۸.
- ۹- شهیدی، مهدی (۱۳۷۱)، «جزوه درس حقوق مدنی»، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- ۱۰- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، **سوال و جواب**، به اهتمام سید مصطفی محقق داماد، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، **حقوق مدنی (مشارکت‌ها - صلح)**، چ ۲، چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.

- ۱۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، ج ۴، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری دیگران.
- ۱۵- مجلسی اول، محمد تقی (۱۰۳۹)، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران: موسسه انتشارات فراهانی.
- ۱۶- مزینی، مسعود و مهاجری تهرانی، محمدحسن (۱۳۷۴)، عملیات بانکی بین‌المللی، چ ۲، تهران: موسسه بانکداری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران).
- ۱۷- مطهری، مرتضی (۱۳۷۳)، نظری بر نظام اقتصادی اسلام، چ ۲، تهران: انتشارات صدرا.

