

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دانشگاه سید بنی
دانشکده حقوق دانشگاه سید بنی

عنوان:

نفس جدید جلاله در پیکاری روابط قراردادی

نقارنده:

سیما موسوی

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر قاسمی حامد

قاسمی ۸۵

تقدیم به:

پدر؛ مرحوم حاج میر محمود موسوی

و

مادر

که فرجه حسن و فرجه دل از ایشان است.

۱۳۸۶ / ۱۲ / ۲۵

۱۳۸۶ / ۱۲ / ۲۵

تعمیرات و احداثات
تعمیرات و احداثات
تعمیرات و احداثات

سپاسگزاری

وظیفه خود می‌دانم که ابتدا از زحمات بی دریغ و فراوان استاد بزرگوارم آقای دکتر قاسمی حامد که علیرغم مشغولیت‌های فراوان کاری و ارائه خدمات ارزشمند به دانشجویان دانشکده با حوصله و بذل توجه فراوان اینجانب را در تهیه پلان، تدوین و تهیه این پژوهش یاری نموده و نظرات و کمک‌های عالمانه خود را دریغ ننمودند، صمیمانه تشکر نمایم و همچنین از راهنمایی‌های استاد بزرگوار جناب آقای دکتر صفار که مشوق اصلی اینجانب در انتخاب موضوع پایان نامه بوده اند کمال تشکر را دارم و از ایزد منان توفیقات ایشان را طلب می‌نمایم.

من به سرمنزل عنقانه به خود بردم راه قطع این مرحله با مرغ سلیمان کردم

کتابخانه تخصصی مرکز آموزش عالی
تهران

۱۳۸۶ / ۱۲ / ۲۵

فهرست

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
بخش اول: جعاله وسیله برقراری روابط قراردادی	۱۰
فصل اول: ماهیت جعاله و سیر فقهی و حقوقی آن	۱۱
مبحث اول: تعریف جعاله، منابع و مبانی فقهی آن	۱۲
گفتار اول: ترمینولوژی جعاله و ماهیت حقوقی آن	۱۳
۱- تعریف جعاله	۱۳
۲- ماهیت حقوقی جعاله	۱۶
الف - عقد	۲۰
ب - ایقاع	۲۱
گفتار دوم: مبانی جعاله در فقه و سایر نظامهای حقوقی	۲۳
۱- مبانی فقهی	۲۳
۲- مبانی حقوقی	۲۸
الف - نظام حقوقی کامن لا	۲۸
ب - نظام حقوقی رومی ژرمن	۳۰
ج - نظام حقوقی کشورهای اسلامی	۳۳
گفتار سوم: منابع فقهی جعاله	۳۵
۱- قرآن	۳۵
۲- روایات	۳۶
۳- اجماع	۳۷
۴- دلیل عقلی	۳۷
۵- بنای عقلا	۳۸
مبحث دوم: چگونگی انعقاد و انحلال و آثار جعاله	۳۹
گفتار اول: ارکان انعقاد جعاله	۴۰
۱- صیغه جعاله	۴۰
۲- شرایط و عناصر اصلی جعاله	۴۳
الف - شرایط جاعل	۴۳
ب - شرایط عامل	۴۴
اول- عامل مشخص در جعاله خاص	۴۴
دوم- عامل نامشخص در جعاله عام	۴۴
ج - شرایط عمل	۴۵
د - شرایط جعل	۴۶
گفتار دوم: پایان جعاله	۴۷

مرکز اطلاعات و کتابخانه ملی
 وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

۹۸۵۰۹

۴۷	۱- فسخ
۴۷	الف - اثر فسخ از سوی جاعل
۴۸	ب - اثر فسخ از سوی عامل
۴۸	۲- انفساخ
۴۹	الف - فوت و جنون و سفه
۵۰	۳- اقاله در جعاله
۵۱	۴- بطلان
۵۱	الف - فقدان قصد و رضا
۵۱	اول- حجر جاعل
۵۲	دوم- جنون جاعل
۵۲	ب - جهل کامل به مورد جعاله
۵۳	ج - عدم مشروعیت عمل مورد جعاله یا جهت آن
۵۴	گفتار سوم: آثار جعاله در روابط متعاملین
۵۴	۱- حدود التزام جاعل و عامل
۵۴	الف - حدود التزام جاعل
۵۵	ب - حدود التزام عام
۵۵	۲- مفهوم عمل در جعاله
۵۵	الف - تحقق عمل
۵۶	ب - عمل معنوی
۵۶	ج - انجام کار پیش از آگاه شدن از عمل
۵۷	د - زمان استحقاق اجرت
۵۹	فصل دوم: نقش جعاله در روابط قراردادی
۶۰	مبحث اول: اشکال مختلف قراردادهای مشابه تجاری ، مدنی با جعاله
۶۱	گفتار اول: قراردادهای تجاری مشابه با جعاله
۶۱	۱- دلالی
۶۳	۲- حق العملکاری
۶۳	۳- بورس
۶۵	۴- تجارت الکترو نیک و بازاریابی شبکه ای
۶۵	۵- استصناع
۶۸	گفتار دوم: قراردادهای مدنی مشابه با جعاله
۶۸	۱- اجاره اشخاص ، مقاطعه کاری
۷۱	۲- بیمه
۷۲	۳- پیوند اعضاء بدن
۷۵	۴- مسابقات
۷۵	۵- التزامات یکطرفه
۷۶	مبحث دوم: چگونگی اثر گذاری جعاله در قراردادهای مشابه تجاری و مدنی

- گفتار اول: اثر گذاری جعاله در قراردادهای تجاری مشابه ۷۸
- ۱- دلالی ۷۸
- ۲- حق العملکاری ۷۹
- ۳- بورس ۷۹
- ۴- تجارت الکترونیک و بازاریابی شبکه ای ۸۰
- ۵- استصناع ۸۱
- گفتار دوم: اثر گذاری جعاله در قراردادهای مدنی مشابه ۸۵
- ۱- اجاره اشخاص ، مقاطعه کاری ۸۵
- ۲- بیمه ۸۶
- ۳- پیوند اعضاء بدن ۸۸
- ۴- مسابقات ۹۰
- ۵- التزامات یکطرفه ۹۱
- بخش دوم: جعاله در نظام بانکی ایران** ۹۳
- فصل اول: جعاله بانکی** ۹۶
- مبحث اول: قراردادهای بانکی بر مبنای قوانین ومقررات جاری** ۹۷
- گفتار اول: انواع قراردادهای بانکی** ۱۰۱
- گفتار دوم: کاربرد قراردادهای بانکی** ۱۰۶
- ۱- بر اساس بخشهای اقتصادی مورد کاربرد هر معامله ۱۰۶
- ۲- به لحاظ وجه اشتراک در کاربرد ۱۰۶
- مبحث دوم: ماهیت حقوقی قراردادهای بانکی و جعاله بانکی** ۱۱۳
- گفتار اول: ماهیت حقوقی قراردادهای بانکی** ۱۱۴
- گفتار دوم: ماهیت حقوقی جعاله بانکی** ۱۱۸
- فصل دوم: مصادیق جعاله بانکی** ۱۲۲
- مبحث اول: انواع جعاله بانکی و کاربرد آن وتحلیل مقررات مربوطه** ۱۲۲
- گفتار اول: انواع جعاله بانکی و کاربرد آن** ۱۲۳
- ۱- انواع جعاله بانکی ۱۲۳
- الف - جعاله اولیه ۱۲۵
- ب - جعاله ثانویه ۱۲۷
- ۲- کاربرد جعاله بانکی ۱۳۰
- الف - مواردی که بانک عامل جعاله است ۱۳۱
- اول- ارایه خدمات بانکی ۱۳۱
- دوم- اعتبارات اسنادی در قالب جعاله ۱۳۳
- سوم- صدور کارتهای اعتباری ۱۳۹
- چهارم- صدور ضمانت نامه بانکی در قالب جعاله ۱۴۰
- پنجم- خرید و فروش سهام در قالب جعاله ۱۴۱

۱۴۲.....	ششم - سرمایه گذاری مستقیم در قالب جعاله
۱۴۳.....	هفتم - جعاله ثانویه
۱۴۴.....	ب - مواردی که بانک جاعل جعاله است
۱۴۶.....	اول - سرمایه گذاری غیر مستقیم از طریق جعاله
۱۴۷.....	دوم - استفاده از جعاله به جای عقود دیگر
۱۴۹.....	گفتار دوم: تحلیل حقوقی دستورالعمل اجرایی جعاله و نقد آن
۱۵۶.....	مبحث دوم: شرایط ایجاد و زوال جعاله بانکی و آثار آن
۱۵۶.....	گفتار اول - شرایط ایجاد جعاله بانکی
۱۵۶.....	۱- ایجاب و قبول
۱۶۰.....	۲- اهلیت طرفین و شرایط عوضین
۱۶۰.....	الف - اهلیت طرفین
۱۶۱.....	ب - شرایط عوضین
۱۶۱.....	اول - موضوع جعاله
۱۶۳.....	دوم - جعل
۱۶۶.....	گفتار دوم - آثار و زوال جعاله بانکی
۱۶۶.....	۱- آثار
۱۶۶.....	الف - التزام دو طرف و شرط عدم فسخ جعاله
۱۶۶.....	اول - حدود التزام بانک و اسقاط حق فسخ مشتری
۱۶۸.....	دوم - حدود التزام مشتری و اسقاط فسخ از جعاله
۱۶۹.....	ب - قراردادهای جعاله بانکی
۱۷۴.....	۲- انحلال جعاله بانکی
۱۷۸.....	نتیجه گیری
۱۸۳.....	منابع و مأخذ

علائم اختصاری

ق.م	قانون مدنی
ج	جلد
ص	صفحه
ش	شماره
ر.ک	رجوع کنید
	(UCP500).....	(نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین المللی ICC) مجموعه عرفها و رویه‌های متحدالشکل مربوط به اعتبارات اسنادی
م	ماده قانونی
ب.م.ج	بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران
ق.ع.ب.ب.ر	قانون عملیات بانکی بدون ربا
ق.م	قانون مدنی

مقدمه

عصر حاضر، عصر فن‌آوری، عصر رقابت‌های تجاری و گسترش چشم‌گیر فعالیتهای اقتصادی است که حضور میکروها و گستره‌ی لایتنهای اطلاعات به عنوان بخشی از روند تکامل سرمایه‌داری، جزء لاینفک این عصر شناخته شده است. تغییر شیوه تولید و مناسبات مبتنی بر آن در جهان صنعتی و مدرن و خروج جهان از عصر الکترومکانیک و الکترونیک و ورود به دوران میکروها که متکی بر تولید و فروش اطلاعات که کالایی کاملاً کیفی، کم حجم، سبک و قابل حمل و نقل از طریق خطوط نامرئی ارتباطی است و متضمن ارزش افزوده‌ی بسیار، طیف وسیعی از تحولات را برای جهان به ارمغان آورده است. تحولاتی بسیار سریع که شمار زیادی از کشورها هنوز یارای همگامی با آن را ندارند.

اقتضای این تحولات، گسترش روابط تجاری و اقتصادی در بستر عقود، بسیار جدید و متنوع است. انواع معاملات و قراردادهای که به جرأت می‌توان گفت شاید حتی تا چند دهه قبل نظیر و مانندی نداشته‌اند. پیچیدگی این روابط و شمار رو به افزایش انواع روابط حقوقی که با تمام تنوع و تفاوت‌ها، افزایش بازده با حداقل کاریدی و فیزیکی را بعنوان عنصر مشترک خود دارند، نظامی هدفمند و پاسخگو از قوانین و ضوابط را می‌طلبد که پیکره‌ای قانونمند را تشکیل دهد که بتواند دامنه‌ی عظیم این قراردادها را تحت پوشش قرار داده و امنیت و ثبات روابط حقوقی را تضمین کند. در این بین درصد قابل توجهی از معاملات با هدف نقل و انتقال و جابجایی اموال صورت می‌پذیرد که پول^۱ بعنوان مهم‌ترین و اساسی‌ترین دارایی افراد دائماً در بستر این معاملات در حال گردش است. با ورود مسکوکات و بدنبال آن اسکناس بعنوان مصداق عینی واژه پول به جوامع، همزمان با گسترش روابط مالی و پولی، افراد، سازمانها و ارگانهای جدیدی پا به عرصه حیات گذاشتند که همه ما آنها را در قالب انواع بانکها یا کارکردهای متنوع شناخته ایم. ضرورت جابه جایی و گردش مبالغ عظیم در عرصه

^۱ رجوع کنید به خاوری، محمود رضا، حقوق بانکی، تهران مؤسسه عالی بانکداری چاپ چهارم، ایران ۱۳۷۵، ص ۱۴۸

تجارت داخلی و خارجی، نظام بانکداری نوینی را می‌طلبد که همگام با تغییرات سریع بخشهای مختلف اقتصادی و بازرگانی بتواند پاسخگوی نیاز تجار، تولید کننده و مصرف کننده باشد.

در عرصه ی رقابت‌های تجاری ملی و فراملی جایگاه کشور ما به دلیل اسلامی بودن جایگاهی ویژه، منحصر به فرد با مسائل و پیچیدگی‌های خاص خود می‌باشد. کشوری اسلامی که با توجه به باورها و اعتقادات دینی مردم بود و مفاهیم و دستورات شرع مقدس اسلام در تمام حوزه‌های زندگی، از شخصی ترین حوزه‌ها تا عمومی ترین آنها بکار گرفته است. در این بین عرصه ی تجارت و بازرگانی از جمله عرصه‌هایی است که فقه اسلامی و شریعت مقدس اسلامی در آن ردپایی پررنگ و حضوری فعال داشته و دارد و این مطلب در تمام ادوار تاریخی و سیاسی کشور ما مصداق داشته است. گواه این مدعا دقت نظر و تلاش بی وقفه فقهاء در خصوص دسته بندی، تعیین و تبیین مفهوم و ماهیت و ضابطه مند کردن انواع عقود در سایه مقررات و تعالیم اسلامی است که می‌تواند ما را در آشنایی با اصول و مبانی حاکم بر قراردادهای یاری رساند. به موازات توسعه سریع عرصه ی تجارت و تغییر ساختارهای اقتصادی و در کنار حوزه ی قراردادهای نظام بانکداری ایران بعد از انقلاب سال ۱۳۵۷ نظامی اسلامی شد که تمام قوانین و مقررات حاکم بر بانکداری را دستخوش تغییر نمود و به آن رنگ و بوی اسلامی بخشید؛ بانکداری ربوی در ایران که متجاوز از ۵۰ سال از عمر آن می‌گذشت ملغی گردید و با تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا در تاریخ ۱۳۶۲/۶/۸ و اجرای آن از ابتدای سال ۱۳۶۳ در راستای اجرای اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بانکداری بدون ربا برای اولین بار در تاریخ بانکداری ایران طی یک مرحله و به طور کامل در سراسر کشور به اجرا درآمده و مقرر شد انجام معاملات بانکی مبتنی بر قوانین شرع مقدس اسلام و بر اساس احکام الهی و قانون اساسی، قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین نامه‌ها و دستورالعملهای اجرایی آن صورت پذیرد. همانگونه که از عنوان قانون اخیرالذکر بر می‌آید دریافت و پرداخت بهره در این نظام برخلاف نظام بانکداری ربوی (بانکداری با بهره) ممنوع می‌باشد؛ زیرا گذشته از پذیرش تعبدی آیات و

روایات وارده در تحریم ربا می‌توان اینگونه استدلال کرد که بهره یک درآمد موهوم و مخلوق یک نظام غیرواقعی بنام بازار پول و سفته بازی است که خود زائده‌ای بر پیکر اقتصاد کشور است که از طریق هیچ تولید یا خدمت واقعی حاصل نمی‌شود و در نتیجه محاسبه و پرداخت بهره مصداق اکل مال به باطل و دارا شدن بدون جهت و غیرعادلانه می‌باشد و از طرفی مطابق با قوانین شرعی ما اجرای نظام بهره آثار و پیامدهای سوء اجتماعی به همراه دارد. لذا به منظور سامان بخشیدن به نظام بانکی مبتنی بر بانکداری اسلامی بایستی از قوانین و مقرراتی استفاده کرد که علاوه بر جواز فقهی، از حقیقت بهره به دور باشد تا بتواند اهداف اقتصادی اسلامی خصوصاً عدالت توزیعی را تحقق بخشد.^۱

مطابق نظام ایجاد شده به وسیله قانون عملیات بانکی بدون ربا، سرمایه بانکها و موسسات مالی و اعتباری می‌بایست در فعالیتهای اقتصادی واقعی وارد شوند و از محل سود حاصل از انجام طرحهای مختلف و کارمزد انجام خدمات بانکی تحصیل درآمد نمایند. نظام حقوقی اسلامی کشور ما نمی‌تواند در برخورد با تحولات سریع جامعه جهانی انفعالی عمل کند لذا در این میان به اصولی نظام مند نیاز است که بتواند نیازهای جدید حقوقی عصر حاضر را در قالب مفاهیم شرع مقدس اسلام و اصول حقوقی پاسخ گوید و از طرفی جامعه حقوقی و صاحب نظران عرصه اقتصاد در تجارت می‌باید بدنبال راهکارها و روش‌هایی برای پاسخ گویی به نیازهای رو به افزایش جامعه مدرن باشند. در این تنگنا به منظور ضابطه مند ساختن خیل عظیم قراردادهای نوین می‌باید سطوح مختلف فقه و شرع را مورد بررسی و بازبینی قرار داد تا بتوان به راهکارهای شرعی، عقلانی و از طرفی مفید و پاسخگو دست یافت. در حیطه ی قراردادهای چه در حقوق موضوعه و چه در شرع انور دو راه حل عملی پیش روی ما قرار دارد:

نخست: استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی و توجیه انواع قراردادهای نوین در قالب عقود

بی‌نام.

^۱ ماجدی، علی و گلریز، حسن، پول و بانک از نظریه تا سیاست‌گذاری، تهران بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مرکز آموزش

دوم: استفاده از عقود معین که با قالب‌ها و چارچوب‌های مختلف قانونی در فقه و قانون مدنی پیش بینی شده اند.

استفاده از هر یک از راه حل‌های پیش گفته، معایب، محاسن و عنداللزوم مشکلاتی را به همراه دارند که می‌بایست با بررسی دقیق و موشکافانه هر یک از این راه حل‌ها مورد سنجش و ارزیابی قرار گیرند و در نهایت دست به انتخابی شایسته زنیم. در بدو امر جای دادن قراردادهای جدید در قالب عقود بی نام راهی ساده و بی دردسر رخ می‌نماید و چنین بنظر می‌رسد که استفاده از قالب پیش بینی شده در ماده ۱۰ قانون مدنی بسیار راه گشا خواهد بود، اما در پرداخت به موضوع موانع و مشکلاتی ظاهر می‌شود که نمی‌توان بدون تأمل از آن گذشت.

بحث را با طرح موضوع در قالب مثالی ساده آغاز می‌کنیم: تجارت الکترونیک که امروزه شاهد گسترش چشمگیر دامنه‌ی فعالیت آن هستیم و اثر آن را در تمام جوانب زندگی به صورت کاملاً ملموس و عینی حس می‌کنیم در یک دنیای کاملاً مجازی شکل می‌گیرد دنیای مجازی که اساس آن سیگنال‌ها، یا همان داده پیام‌ها یا به عبارتی دسته‌های عظیم اطلاعات هستند که از کامپیوتر مبداء تنها با فشار یک دکمه به کامپیوتر مقصد ارسال شده و با سرعتی مافوق تصور قرارداد را منعقد خواهد ساخت.^۱ حال سخن بر سر آن است که آیا میتوان این دسته از قراردادها را با الگوی پیشنهاد شده در ماده ۱۰ قانون مدنی کشورمان تبیین نمود؟ در پاسخ به این پرسش چاره‌ای نخواهیم داشت جز آنکه در کنار پذیرش اصل آزادی قراردادها، پیش بینی شده در ماده ۱۰ قانون مدنی، کلیه احکام و اصول کلی حاکم بر قراردادها که آنها را در قالب قواعد عمومی قراردادها می‌شناسیم را نیز در نظر داشته باشیم. نکته حائز اهمیت این که تا هنگامی که بتوانیم عقدی را در قالب یکی از عقود رایج توجیه و تبیین نمائیم توسل به ماده ۱۰ قانون مدنی طریق صحیح و درستی نخواهد بود. اما هنگامیکه عقد چهره‌ای خاص به خود می‌گیرد و قالبهای رایج، در برگیرنده همه جهات آن نیست ماده

^۱ اقتباس از How Information technology creates "Competitive Advantage", leading the Revolution Harvard Business School Publishing, 2000.

۱۰ قانون مدنی طریق موثر و راه گشا خواهد بود چرا که در این شیوه قالبها شکسته شده و آزادی عمل جای آن را گرفته است، اما، مانعی که در این ماده نمایان می‌شود برخورد برخی قواعد شرعی و بعضاً حقوقی با این قالبها است چنانکه فرضاً در مثال فوق پرسشهایی مطرح میشود که پاسخگویی به آنها به راحتی در قالب ماده ۱۰ امکانپذیر نخواهد بود به عنوان مثال هنگامیکه در خصوص اعتبار امضاءها در تجارت الکترونیک پرسشی به میان می‌آید نظام سنتی قدرت پاسخگویی به این مقوله را ندارد. اما مطمئناً آزادانه تر از عقود معین میتوان در این عرصه به تکاپو پرداخت.

شیوه دوم که مورد پیشنهاد قرار گرفت استفاده از عقود معین با قالبها و چهارچوبهای مختص به خود می‌باشد چنانکه مثلاً در مثال فوق به جای توجیه تجارت الکترونیک در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی دست به دامان نهاد قدیمی و سنتی بیع شویم و سعی کنیم جهات مختلف تجارت الکترونیک را در قالب بیع سنتی توجیه و تبیین نماییم البته همانگونه که پیشتر بدان پرداخته شد قالبهای رایج معمولاً دارای محدودیتها و موانع بیشتری هستند اما این حسن را نیز دارند که به مدت طولانی در معرض آزمون و خطا قرار گرفته اند و به سنگ محک تجربه عیار آنها مشخص شده است. نکته بسیار ظریفی که میتواند پل ارتباطی بین این دو طریق باشد دست پیدا کردن به عقدی است که صرف نظر از دارا بودن اصول و چهارچوبهای معین دارای آزادی عمل ماده ۱۰ قانون مدنی نیز باشد. شاید بهترین قالبی که بتوان در این راه بدان دست پیدا نمود «جعاله» باشد. جعاله نهادی است که در آن هم چهره عقود معین نمایان است. وهم ویژگی‌های عقود نامعین، بنابراین نگارنده با درک این موضوع عنوان پژوهش خود را نقش جعاله در روابط جدید قراردادی قرارداده و بدان پرداخته است. بطور طبیعی بررسی مطالب مطروحه و پرداختن به آنها نیازمند تفکیکی مناسب و فرضیه‌هایی پاسخگو خواهد بود که براساس همین زمینه فکری مطالب ذیل بعنوان فرضیه‌های قابل طرح مطرح و و بتدریج به آنها پرداخته خواهد شد.

۱- آیا برخی از روابط حقوقی مشابه با جعاله اعم از تجاری و مدنی در قالب جعاله قابل

تبیین و توجیه است یا خیر؟

۲- آیا جعاله در قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا دارای کارکردی یکسان است؟ مقایسه و تطبیق طیف وسیع قراردادهای نوین به خصوص آنچه در نظام بانکی ایران مطرح می‌شود با عقد جعاله، فواید و آثار این فرآیند، در نهایت جایگاه ویژه این نهاد در رفع مشکلات و موانع موجود بر سر راه پذیرش قراردادهای جدید در بستر معاملات سنتی و نظام حقوقی، بن مایه و اساس کار این جستار را تشکیل خواهد داد. طبق قوانین نظام بانکداری بدون ربا، معاملات و فعالیت‌های بانکی بر اساس عقود اسلامی مندرج در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا انجام می‌گیرد. در تبصره ماده مذکور می‌خوانیم: «در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار که بانک در به کار بردن آن وکیل می‌باشد در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار می‌گیرد». در مورد رابطه حقوقی بانک و مشتریان به نظر برخی از نویسندگان، بانک اسلامی وکیل سپرده‌گذاران است تا سرمایه‌های آنان را به کار اندازد و سود حاصله را پس از کسر حق الوکاله به نسبت سرمایه‌ها و مدت آنها بین صاحبان آن تقسیم نماید. در میان فعالیت‌های متنوعی که بانک انجام می‌دهد و در میان انواع روابطی که بانک با سایر اشخاص دارد، یکی از رایج‌ترین و پرکارترین شیوه‌های این روابط که در واقع مهم‌ترین شیوه اعطاء تسهیلات در بانکها و موسسات اعتباری است، پرداخت در قالب عقد جعاله است از بررسی مقررات مربوط به جعاله در قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های آن چنین بر می‌آید که جعاله می‌تواند کاربرد وسیع و فراوانی در زمینه ارائه تسهیلات و خدمات بانکی داشته باشد^۱. مواد ۵۶۱ تا ۵۷۰ قانون مدنی، تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مواد ۶۶ تا ۷۰ آئین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی مصوب ۶۲/۱۰/۱۴ و دستورالعمل اجرای جعاله مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار به این عقد پرداخته اند که در ادامه بحث به مطالعه و بررسی آن پرداخته می‌شود. جعاله یکی از عقود معین است که تمامی شرایط

^۱ موسایی، میثم، بررسی عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران، موسسات تحقیقات پولی و بانکی، پژوهشکده بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۷۹، ص ۴۷.

اساسی برای صحت معاملات در آن نیز باید رعایت شود. در تعریف جعاله و در ماده ۵۶۱ قانون مدنی آمده است: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرفین معین باشد یا غیر معین». نزد فقیهان امامیه جعاله عبارت است از وعده دادن برای پرداخت مبلغ معینی به کسی که عملی را انجام دهد گر چه مقدار لازم برای تحقق آن عمل مجهول باشد. گاهی نیز جعاله در چهره مشارکت به معنی خاص خود ظاهر می‌شود در بیان همین فرض است که قانون مدنی ما در ماده ۵۶۳ اعلام می‌کند «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست، بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده ی او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن او خواهد بود جعاله صحیح است»^۱. مثلاً هر گاه کسی اعلام کند که کیف او گمشده است و هر کس آن را بیابد نصف اسکناس‌های موجود در آن به او داده می‌شود جعاله صحیح است شاید به همین جهت است که در قانون عملیات بانکی بدون ربا جعاله در کنار مضاربه و شرکت و مزارعه و مساقات آمده است.^۲

از مطالب فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که از طریق استفاده از عقد جعاله در اعطای تسهیلات بانکی، برای بانکها امکان گسترش و توسعه فعالیت در امور مربوط به تولیدات صنعتی، کشاورزی، بازرگانی، خدماتی، مشارکتی و به طور کلی تعهدات، با تنظیم قرارداد به عنوان عامل و یا عندالاقضاء به عنوان جاعل فراهم می‌گردد، بنابراین بانکها به دلیل کاربرد بیشتر و وسیع تر بودن قالب عقد جعاله نسبت به سایر عقود ذکر شده در قانون عملیات بانکداری بدون ربا می‌توانند تقاضای مشتریان خود را که از طریق سایر تسهیلات نمی‌توانند برآورده نمایند، با انعقاد قرارداد در قالب این عقد مورد اجابت قرار دهند.^۳ این روش اعطای تسهیلات در نظام بانکداری اسلامی به حق به نفع مشتریان بوده و می‌تواند گره از مشکلات ایشان را بدون شبهه ربا باز کند.

^۱ تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸

^۲ کاتوزیان، دکتر ناصر، مشارکتها و صلح، جلد دوم از دوره عقود معین، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۲۴۲ (بالهام از تحریر الوسیله که بیان می‌دارد: «می‌توان با جعاله مفاد مضاربه را انشاء نمود»).

^۳ موسایی، میثم: منبع پیشین ص ۴۷.

بانکداری و فعالیتهای عرصه نظام بانکی تنها گوشه ای از حجم عظیم معاملات و قراردادهایی است که جعاله در آن نقش مهمی را بر عهده دارد در این حجم عظیم، قراردادهایی بس متنوع متولد شده و میشوند که جعاله قالب مناسبی برای پوشش آنهاست، مثلاً پیوند اعضای بدن که عنوان فروش و قراردادن آن در قالب بیع با موانع و مسائل مختلف و پیچیده‌ای روبه روست که گاه ما را در تقابل با موازین شرعی و قانونی قرار می‌دهد اما در این بین نهاد حقوقی جعاله راهگشای خوبی ست که درهای بسته پیش روی را خواهد گشود و این امکان را فراهم خواهد ساخت. با جای دادن قراردادهایی از این دست در قالب عقد جعاله نه بیم مخالفت با شرع و قانون وجود دارد و نه موانع موجود بر سر راه دیگر عقود در اینجا مشاهده می‌شود. در ادامه بحث و در بخشهای مربوطه بصورت تفصیلی به قراردادهای پیوند اعضای بدن و بررسی آن و نیز مقایسه آن با جعاله پرداخته خواهد شد در نهایت باید خاطر نشان ساخت که آنچه پیش روی مشاهده می‌کنیم تلاشی است در جهت رسیدن به استانداردها و معیارهای جهانی از یکسو و همگرایی و سازگاری با سنت و شرع مقدس اسلامی از سوی دیگر به گونه‌ای که نه از پیشرفت‌های سریع جوامع جهانی باز بمانیم و نه حقوق اسلامی و سنتی که سابقه‌ای طولانی در پیوند با عادات، رسوم و عرفهای ایرانی اسلامی دارد را رها کنیم، عمده کار انجام شده در این برقراری ارتباط میان قراردادهای مدرن و حقوق سنتی ایران است و در این میان جعاله به عنوان نمونه‌ای مناسب و کارآمد برای رسیدن به این تلفیق برگزیده شده است که اساس بحث را به خود اختصاص می‌دهد تا در واقع با بررسی قراردادهای جدید مدنی و تجاری از یک طرف و نقش جعاله به عنوان یکی از ابزارهای موجود از طرف دیگر اثر جعاله در هر کدام را بررسی نموده و مقایسه‌ای بین جعاله و برخی از نهادهای حقوقی مشابه و موارد افتراق و اشتراک آنها داشته باشیم و جعاله را که از زمان صدر اسلام که معاملات بشکل ساده خود انجام گردیده تا به امروز که با پیشرفت جامعه بشری و پیچیده شدن روابط اجتماعی و اقتصادی و حقوقی مصادیق فراوانی برای استفاده و کاربرد آن پیدا شده را بررسی نمائیم زیرا که موارد متعددی وجود دارد که می‌تواند موضوع این بحث قرار گیرد از جمله مقایسه با عقود تجاری: مانند حق

العمل‌کاری، بورس، دلالی، استصناع، تجارت الکترونیک و عقود مدنی از جمله بیمه، اجاره اشخاص یا پیمانکاری، پیوند اعضای بدن یا در قراردادهای بانکی که امروزه ساختن بزرگراهها، مجموعه‌های آپارتمانی، احداث پلهای بزرگ و کوچک، تعمیر ساختمانها، گشایش اعتبارات اسنادی برای واردات، عرضه اوراق مشارکت و خدمات بیشمار دیگر را که در قالب جعاله انجام می‌دهند. تبیین مفهوم و ماهیت جعاله، ارکان و نحوه انعقاد جعاله و مستندات ما در اثبات جعاله در کنار آثار جعاله بخش عمده‌ای از متن را در بر خواهند گرفت، در ادامه نگاهی کوتاه به مفهوم جعاله در دیگر نظام‌های حقوقی جهان خواهیم داشت و در نهایت روابط قراردادی جدید که زائیده عصر مدرن و تحولات صنعتی و اجتماعی قرن حاضراند را بررسی نموده و ضرورت استفاده از جعاله در این قراردادهای فواید، آثار و موانع احتمالی به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرند در این راستا و با توجه به فرضیه‌های طرح شده هنگام تدوین این پژوهش، از طرفی به دلیل اهمیت ویژه این نهاد و کاربرد وسیع آن در بخشهای مختلف اقتصادی، حقوقی و بانکی ضرورت ایجاب می‌نماید که مباحث این پژوهش در دو بخش مجزا بررسی گردد بدین توضیح که بخش اول پایان نامه حاضر به بررسی جعاله و آثار آن و مقایسه موارد افتراق و اشتراک آن یا نهادهای مشابه تجاری و مدنی اختصاص یافته و با توجه به وسعت و اهمیت بانکداری بدون ربا و تحول عمده آن در بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و نمود عقود جدید بانکی بخش دوم به بررسی عقود بانکی و ماهیت آنها و جایگاه جعاله و نقش آن در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد.

لازم به ذکر است موضوع این پایان نامه غالباً براساس اعتقادات شخصی اینجانب نیز از بررسی و مقایسه قراردادهای مختلف در زمینه جعاله و آثار آن در قراردادهای بوده است نکته‌های پایانی این که روش تحقیقی بکار رفته در تهیه پژوهش استفاده از کتب مختلف در زمینه حقوقی مدنی و بانکی و بویژه قانون مدنی، قانون عمیات بانکی بدون ربا و نگاهی به قراردادهای بانکی و رویه‌های جاری بانکها بوده که بی تردید خالی از نقص نخواهد بود امید است تازگی قالب مطالب ارائه شده برای علاقمندان مفید فایده گردد.

بخش اول:

جعاله وسیله برقراری روابط قراردادی

بخش اول

افراد در بستر اجتماع به صورت مستمر مبادرت به برقراری ارتباط با یکدیگر می‌نمایند، این روابط در قالب‌های مختلفی ایجاد شده و هر یک تابع ضوابط، شرایط، اوضاع و احوال خاصی است، در این بین روابط مختلفی ایجاد شده که در قالب انواع قراردادهای، ایقاعات، مشارکت‌ها و... صورت می‌پذیرد، شایان توجه است این روابط همواره، بر مقررات و قواعدی استوار است که جامعه به آنها احترام می‌گذارد. هر یک از قواعد برگرفته از عوامل عدیده اجتماعی که زائیده عرف‌ها، سنن، مذاهب و آداب و رسوم متفاوت است می‌باشد. جعاله بعنوان یکی از ابزارهای ارتباطات حقوقی افراد در جامعه، موضوع اصلی این بحث در این بخش می‌باشد. در ابتدا باید خاطر نشان ساخت، جعاله به عنوان نهادی حقوقی مورد پذیرش حقوق ایران قرار گرفته است و در حوزه‌ها و منابع مختلف حقوقی آثار توجه به این نهاد مشهود است. اما سؤالی که مطرح می‌باشد این است که روابط قراردادی سنتی یا نوین تا چه حد در قالب جعاله قابل تبیین و توجیه است آیا جعاله می‌تواند جایگزین نهادهای مشابه گردد یا قالب جعاله یارای جایگزینی به جای سایر عقود را نخواهد داشت و در این بخش به بررسی این مطالب خواهیم پرداخت. لذا در فصل اول ابتدا چیستی جعاله و سیر فقهی و حقوقی آن بررسی و آثار آن تحقیق و سپس در فصل دوم مقایسه آن با نهادهای مشابه و اثر آن در قراردادهای تجاری و مدنی بررسی می‌گردد.

فصل اول: ماهیت جعاله و سیر فقهی و حقوقی آن

در بخش‌های مختلفی از مباحث فقهی، علمای اسلامی به بررسی جعاله پرداخته اند، قانون مدنی ایران با تکیه بر فقه اسلامی، ده ماده از مواد خود را به بیان تعریف، ماهیت، چگونگی انعقاد و آثار جعاله اختصاص داده است، در بیان نویسندگان حقوقی، کمتر فاضلی را پیدا خواهید کرد که فصلی از مطالب خود را به پرداختن به جعاله اختصاص نداده باشد ضرورت