

مشکلات اجرایی جعاله و جعالة ثانويه در بانکداری ایران و تحلیل حقوقی دستورالعمل اجرایی آن با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

محمد رضایی^۱

احمدرضا جمشیدی اوانکی^۲

چکیده: در نظام بانکی، از رایج‌ترین شیوه‌های اعطای تسهیلات، پرداخت در قالب جعاله و جعالة ثانویه است. با توجه به ماهیت جعاله در حقوق مدنی و فقه امامیه، این سؤال قابل طرح است که این ماهیت تا چه اندازه قابلیت دارد که در بانکداری مورد استفاده قرار گیرد؟ در حالی که بر طبق قواعد عمومی قراردادها معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی صحت هر عقدی است، در جعاله، علم اجمالی به عوضین کافی است. و حتی اجرت، می‌تواند به صورت مشارکت در سود حاصله مقرر شود. در این راستا از عبارات امام خمینی در *تحریرالوسیله* برمی‌آید که جعاله می‌تواند نتیجه مضاربه را داشته باشد بی آنکه محدودیت‌های مضاربه را دارا باشد. از طرف دیگر عدم تعیین مدت نیز اختلالی در شرایط صحت انعقاد جعاله ایجاد نمی‌کند. جعاله در هر عمل حلال و عقلاهی صحیح است، بنابراین در همه بخش‌های صنعت، تجارت، کشاورزی و خدمات قابل اجراست. و همین ویژگی باعث شده است که در قانون بانکداری بدون ربا جایگاهی ویژه پیدا کند. لکن جعاله به نحوی که در قانون بانکداری بدون ربا و دستورالعمل اجرایی جعاله مطرح گردیده است، دارای مشکلاتی است. این نوشتار در صدد شناسایی و تحلیل این مشکلات در مقام اجراست.

کلیدواژه‌ها: بانکداری اسلامی، عقد جعاله، جعاله ثانویه، آثار جعاله، امام خمینی

E-mail: rezaei1645@gmail.com

۱. استادیار گروه الهیات دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران

E-mail: Jamshidi.a609@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۱۸

پژوهشنامه متین/سال هجدهم/شماره هفتاد و دو / پاییز ۱۳۹۵/صص ۹۶-۷۵

مقدمه

به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی در ایران، ماده ۱۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانک‌ها اجازه داد تا از جعاله در نظام بانکداری استفاده شود. شورای پول و اعتبار ایران نیز در سال ۱۳۶۳ شمسی، دستورالعمل اجرایی جعاله را به تصویب رساند و پس از آن جعاله در نظام بانکی ایران مورد استفاده قرار گرفت. هم‌اکنون خرید و فروش سهام، گشایش اعتبارات اسنادی، تعمیر و احداث راه و ساختمان و صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌تواند در قالب جعاله در بانک‌ها انجام شود. در نخستین ماده این دستورالعمل، از جعاله به عنوان «قرارداد» نام برده شده که نشان می‌دهد این جعاله در نظام بانکداری تنها به شکل جعاله خاص منعقد می‌شود. در این جعاله، بانک طرف قرارداد، عامل است و انجام دادن کار مذکور در قرارداد را تعهد می‌کند و جاعل، جُعل قرارداد را طی اقساطی به بانک می‌پردازد.

برطبق ماده چهارم دستورالعمل اجرایی جعاله، بانک این اختیار را دارد که انجام دادن قسمتی از کار را با عنوان «جعاله ثانوی»، یا هر عنوان دیگر، به کسی دیگر واگذار کند، از جمله به طرف عقد در قرارداد نخست. بانک موظف است بر حسن اجرای این قرارداد نظارت نماید. به موجب این ماده، بانک نمی‌تواند انجام دادن تمام کار مورد جعاله را به دیگری واگذار کند؛ زیرا این کار ذاتاً با ماهیت جعاله اول منافات دارد. همچنین بستن قرارداد معامله صوری جعاله با بانک، مثلاً برای تعمیر ساختمان و سرمایه‌گذاری پول دریافتی در جایی دیگر (مثلاً در یک عمل تجاری)، ممنوع و موجب بطلان جعاله می‌گردد. در این فرض، بانک حق دارد علاوه بر استرداد جُعل، اجرت‌المثل کارهایی را که انجام داده است، بگیرد. اکراه بانک به واگذاری طرحی در قالب جعاله، هیچ مسئولیتی برای بانک در برابر عامل ایجاد نمی‌کند، مگر این که پس از رفع اکراه، جعاله را تنفیذ نماید.

بر طبق ماده ۷۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها اجازه دارند قسمتی از مبلغ قرارداد جعاله را به عنوان پیش‌دریافت یا پیش‌پرداخت، با رعایت ضوابط مقرر از سوی شورای پول و اعتبار، دریافت کنند یا پردازند. بانک‌ها معمولاً در قراردادهای نمونه از قبل تنظیم شده، اختیار برهم زدن جعاله را از طرف خود سلب می‌کنند. همچنین، حدود وظایف و مسئولیت‌های جاعل (چه بانک چه متقاضی تسهیلات) در سند جعاله قید می‌شود تا اختلاف نظری به وجود نیاید.

۱) مفهوم «بانکداری اسلامی»

در تعریف بانکداری اسلامی گفته‌اند: 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، شرط بندی‌های حرام و مانند اینها به دور باشد. بنابراین، تعبیر «بانک اسلامی» از تعبیر «بانک بدون ربا» کامل تر است؛ چون بانکی، اسلامی است که نه تنها در آن رباخواری نیست، بلکه دیگر مقررات شرع مقدس اسلام نیز رعایت می‌شود (معرفت ۱۳۷۴: ۳۰-۲۳؛ بهمند و بهمنی ۱۳۷۴: ۱۲).

در اینجا ممکن است کسی این سؤال را مطرح کند که آیا اساساً اصطلاح و تعبیر بانکداری اسلامی اصطلاح درستی است؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت بانکداری اسلامی چیزی نظیر فلسفه اسلامی است؛ یعنی به رغم اینکه بانکداری پدیده‌ای است که در غرب زاده شده و دست پرورده مغرب زمین است، اما می‌توان نکات منفی آن را کنار گذاشته، موارد مثبت آن را پذیرفت و با استفاده از فقه مترقی اسلام آن را پرورش داده و موارد نقصان آن را برطرف نمود؛ آن‌گاه پسوند «اسلامی» را هم برای آن به کار بریم، چنان که فلسفه یونان پس از پرورش و رشدش در دامن مسلمین و تطبیق ضوابط اسلامی و افزودن مسایل 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، چنان که در مکتب اهل بیت (ع) هم به آن تصریح شده است (کلینی ۱۳۶۲: ۱: ۱۶). گاهی از این دو حجت با تعبیر رسول ظاهری و رسول باطنی یاد می‌کنند. با توجه 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 ناپه‌جایی است (مطهری ۱۳۶۸: ۱۵۵؛ رک: مطهری ۱۳۷۳: ۱۰۰-۲۰). در برابر این گونه 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 نظام بانکداری مستقلی نیز می‌باشد (صدر ۱۳۶۹: ۱۶۷).

۲) معنای لغوی و اصطلاحی جعاله

از نظر لغوی، واژه «جعاله»، به فتح جیم [و به قولی: فتح و کسر و ضم آن] چیزی است که در ازای کاری برای کسی قرار داده می‌شود (طریحی ۱۴۱۶ ج ۵: ۳۳۸؛ ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۱۱: ۱۱۱؛ جوهری ۱۴۱۰ ج ۴: ۱۶۵۶).

در اصطلاح فقهی نیز جعاله به همان معنای لغوی آن به کار رفته است؛ یعنی جعاله یک حقیقت شرعیه نیست. فقها تنها کوشیده‌اند مشروع بودن یا عدم مشروعیت آن را ثابت نمایند امام خمینی ابتدا آن را چنین تعریف می‌کند: «جعاله عبارت است از التزام به دادن عوض معلوم در ازای کاری حلال و دارای مقصود عقلایی». ایشان سپس یک بار تعبیر «انشای التزام» را جنس تعریف قرار می‌دهد و دیگر بار «قرار دادن عوض» را جایگزین «التزام» می‌نماید (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲ و ۱: ۴۵۸) بسیاری از فقها جعاله را صیغه‌ای می‌دانند که فایده آن، تحصیل عین یا منفعت در ازای عوض است (فقعانی ۱۴۱۸: ۱۴۹؛ مصطفوی ۱۴۲۳: ۲۷۵؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۳۵: ۱۸۷). برخی نویسندگان نیز در جمع‌بندی سخنان فقها، جعاله را «تعهد به پرداخت مالی معین در برابر کاری حلال و در خور اعتنای عقلا» دانسته‌اند. همانطور که پیداست، تعریف اخیر، با تعریف نخست امام خمینی تفاوت مهمی ندارد (جمعی از پژوهشگران ۱۴۲۶ ج ۳: ۹۱).

۳) جعاله ویژه بانکی

در جعاله، گاهی جاعل پول ندارد که نقداً به پیمانکار پردازد تا کار مورد نظرش را انجام دهد. غالب پیمانکاران هم از انجام کار نسبه (اقساطی) خودداری می‌کنند؛ حال اگر در چنین حالتی شخص ثالثی، مثل بانک پیدا شود که کار را در قبال جُعل اقساطی انجام دهد، مشکل جاعل حل می‌شود. البته در بیش تر مواردی که بانک نقش عامل را پیدا می‌کند، به دلیل اینکه خود بانک امکانات انجام کار مورد جعاله (مثل حفر چاه عمیق، تعمیر ماشین، تعمیر یا احداث راه و ساختمان) را ندارد، با شخص دیگری جعاله دومی منعقد می‌کند؛ یعنی بانک که در جعاله اول عامل است در جعاله دوم، نقش جاعل را پیدا می‌کند. همچنین به دلیل صرفه جویی در وقت و هزینه، از خود استادکار خواسته نمی‌شود که به بانک بیاید، بلکه بانک به جاعل جعاله اول، وکالت می‌دهد که از طرف بانک با آن شخص ثالث که توان انجام کار مورد نظر را دارد، جعاله ثانوی منعقد کند. بنابراین، قراردادی که به امضا می‌رسد دست کم مشتمل بر دو انشا است: ۱. جعاله اولیه؛ ۲. وکالت.

۴) برخی موارد کاربرد جعاله

یکی از ویژگی‌های جعاله آن است که موضوع آن می‌تواند تا حدودی مجهول باشد و لازم نیست به طور دقیق مقدار کاری که عامل باید انجام دهد در هنگام انشای جعاله معلوم باشد. امام خمینی در این خصوص می‌فرماید: «يجوز أن يكون العمل مجهولاً في الجعالة بما لا يفتقر في الإجارة» (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۴۵۹). بعلاوه اینکه، در مورد معلوم بودن عوض نیز اختلاف نظر هست و برخی آن را شرط تحقق جعاله نمی‌دانند (شهیدثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۴۴۰) و حتی برخی نظیر شهید اول تحمل غرر در جعاله را از عقود دیگر - از جمله از اجاره - بیشتر دانسته‌اند (شهیدثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۳۳۵). امام خمینی نیز در مورد جعاله بر مال التجاره و جعل قرار دادن فلان درصد از سود حاصله - که در حین انشای جعاله، نامعلوم است - قائل به صحت جعاله شده و آن را در این فرض، مفید فایده مضاربه می‌داند، بدون اینکه شرایط مضاربه در آن شرط باشد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۴۸۴ م ۴۸؛ ۱۳۸۰: ۸۹۰؛ اصفهانی ۱۳۸۰: ۴۲۹). این ویژگی سبب شده که جعاله بستری مناسب برای انجام معاملات مجهول به حساب آید. از این رو، کارها و فعالیت‌هایی که بانک‌ها بتوانند در قالب جعاله انجام دهند بسیار است. به دلیل رعایت اختصار به چند مورد اکتفا می‌شود.

۴-۱) تعمیر و احداث راه و ساختمان

تعمیر و احداث راه و ساختمان، مانند هر کار عقلایی و مشروع دیگر می‌تواند موضوع جعاله قرار گیرد. جعاله‌هایی که در بانک‌های جمهوری اسلامی ایران منعقد می‌شود، بیش‌تر از این نوع است. دلیل آن هم این است که بر اساس اصل ۴۳ قانون اساسی دولت وظیفه دارد در تأمین مسکن، مردم را یاری دهد.

۴-۲) اعتبارات اسنادی وارداتی و صادراتی (LC)

اعتبارات اسنادی با همکاری بانکداران و بازرگانان به وجود آمده است. آغاز استفاده جدی از آن را در نیمه دوم قرن نوزدهم می‌توان یافت، ولی استفاده عمومی از آن تنها پس از جنگ جهانی اول هنگامی که تجار غربی سعی در گسترش فعالیت‌های تجاری خود داشتند به وقوع پیوست (مزینی و مهاجری تهرانی ۱۳۷۴: ۱۵۳). با توضیحی که در ادامه می‌آید، معلوم می‌شود که اعتبارات اسنادی نوعی جعاله است.

۴-۲-۱) تعریف اعتبار اسنادی

۱. اعتبار اسنادی به زبان ساده روش یا وسیله‌ای است برای پرداخت بهای کالا یا خدماتی که از خارج خریداری یا دریافت می‌شود؛
۲. اعتبار اسنادی یک تعهد پرداخت مشروط بانکی است؛
۳. اعتبار اسنادی یک روش به کار رفته بی نظیر جهانی است که راه رسیدن به یک توافق قابل قبول بازرگانی را ارائه می‌دهد و به وسیله آن پرداخت در مقابل اسنادی که نماینده کالا است، تأمین می‌شود و وسیله انتقال حقوق آن کالا را ممکن می‌سازد؛
۴. اعتبار اسنادی تعهدی است کتبی از سوی بانک بازکننده اعتبار بنا به تقاضا و دستور خریدار (مقتضای) برای فروشنده (ذی نفع) که ارائه می‌شود تا (پس از پرداخت کردن یا قبول کردن یا معامله کردن) تا میزان تعیین شده مبلغی پول (مبلغ اعتبار) را در خلال مدت معین (سر رسید اعتبار) و در مقابل اسناد معین (اسناد حمل) به فروشنده بپردازد.
۵. برابر ماده ۱ و ۲ UCP600، اعتبارات اسنادی، نوعی شیوه پرداخت و یکی از خدماتی است که بانک به درخواست خریدار، به منظور خرید یا سفارش کالا یا خدمات از یک فروشنده کشور خارجی و یا مناطق آزاد و مناطق ویژه و به نفع وی برقرار می‌نماید (مزینی و مهاجری ۱۳۷۴: ۱۵۵).

۴-۲-۲) مراحل انجام کار در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

۱. ابتدا خریدار و فروشنده نسبت به عقد قراردادی که بر اساس آن اعتبار اسنادی باید گشایش شود، اقدام می‌کنند.
۲. خریدار از بانک خود درخواست می‌کند یک اعتبار اسنادی بر اساس شرایط مورد درخواست به نفع فروشنده گشایش کند؛
۳. بانک گشایش کننده اعتبار، اعتبار را گشایش کرده، برای بانک کارگزار در کشور فروشنده ارسال می‌دارد؛
۴. بانک کارگزار در کشور فروشنده، این گشایش اعتبار را به ذی نفع اعتبار (فروشنده) ابلاغ می‌کند؛
۵. ذی نفع اعتبار (فروشنده) پس از دریافت اعتبار، آن را به دقت با قرارداد منعقد شده مطابقت داده، در صورتی که آن را مطابق قرارداد یافت، نسبت به تهیه مقدمات صدور کالا اقدام می‌کند.

در غیر این صورت موارد اختلاف را بی‌درنگ به اطلاع خریدار می‌رساند، تا وی نسبت به اصلاح آن اقدام کند آنگاه فروشنده، کالا را حمل کرده، اسناد حمل را به بانک ابلاغ کننده اعتبار تحویل می‌دهد (مزینی و مهاجری ۱۳۷۴: ۱۵۵).

۳-۲-۴) اعتبارات اسنادی وارداتی و صادراتی

در قراردادهای بیع بین‌المللی که معمولاً کمتر می‌شود اطمینان کرد، برای کاهش خطرات احتمالی طرفین (در مورد عدم پرداخت قیمت کالا از سوی خریدار یا عدم پرداخت خود کالا از سوی فروشنده) لازم است که شخص یا نهاد ثالثی وارد شده و با دریافت اسناد حاکی از حمل کالا، قیمت مورد توافق را به فروشنده داده و سپس از خریدار دریافت دارد (بیداری ۱۳۷۱: ۱۹۳).

امروزه بانک‌ها این وظیفه را به عهده گرفته‌اند و چنین نحوه تجارتي، بدل به مهم‌ترین شیوه پرداخت در تجارت بین‌الملل گشته است؛ یعنی سفارش دهنده کالا به بانک می‌گوید که اگر عمل گشایش اعتبار را برای او انجام دهد، مبلغی را به عنوان کارمزد به بانک خواهد پرداخت و بانک پس از انجام عمل گشایش اعتبار، حق دارد که آن مبلغ را از او دریافت کند. به عبارت دیگر، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی یک قرارداد جعاله است (بختیاری فر ۱۳۷۸: ۱۲).

۴-۲-۴) ماهیت فقهی - حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

در خصوص ماهیت فقهی - حقوقی احتمالات زیر وجود دارد:

۱. ممکن است عمل گشایش اعتبار از باب جعاله باشد؛ که به تناسب رشد و توسعه تجارت، شرایط و ضوابط فراوانی پیدا کرده است و حتی بعضی از شرایط آن به صورت رمزی و اشاره‌ای در قرارداد جعاله گنجانده می‌شود. با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ۱۳۶۲ بانک‌های جمهوری اسلامی ایران تسهیلات اعطایی خود را در قالب عقود اسلامی و از جمله جعاله در اختیار مردم قرار می‌دهند. یکی از مصادیق آن، که در بانک سپه مورد استفاده قرار می‌گیرد و نمونه قراردادی برای آن به وسیله کارشناسان حقوقی بانک تنظیم شده، «قرارداد جعاله به منظور گشایش اعتبار اسنادی وارداتی» است.

۲. عقد مستقل باشد.

۳. می‌توان قرارداد گشایش اعتبار را در قالب عقد صلح انجام داد (ماده ۷۵۸ ق.م).

۴. قرارداد گشایش اعتبار را عقد اجاره هم می‌توان دانست؛ یعنی خریدار، بانک را برای این عمل اجیر می‌کند و کارمزد پرداختی متناسب با بهای کالای مورد سفارش که مورد توافق بانک و خریدار است، بابت اجرت این کار به بانک می‌پردازد.
۵. همچنین ممکن است عمل بانک را یک نوع معامله خرید و فروش بدانیم (خوبی ۱۴۰۸: ۴۰۹).

۳-۴) ضمانت نامه‌های بانکی

مصادیق دیگری که برای جعاله وجود دارد ضمانت نامه‌های بانکی است. شخصی، انجام کاری را چه از دولت و چه از اشخاص خصوصی، به صورت پیمانکاری قبول می‌کند (مثلاً احداث ساختمان مدرسه یا بیمارستان یا جاده و مانند اینها) و در ضمن قرارداد، صاحب کار به منظور اطمینان نسبت به حسن انجام کار، از پیمانکار ضمانت‌نامه بانکی به مبلغ معینی مطالبه می‌کند تا در صورت تخلف پیمانکار از انجام اصل کار یا تخلف از شرایط قرارداد، به عنوان جبران خسارت احتمالی آن تخلف، از ضمانت نامه استفاده کند و وجه‌الضمان را دریافت دارد. پیمانکار با مراجعه به بانک، صدور ضمانت نامه‌ای به مبلغ مورد تقاضای صاحب کار را درخواست می‌کند. بانک با تضمین لازم به نفع پیمانکار ضمانت نامه صادر می‌کند و برای صدور ضمانت نامه به نسبت وجه الضمان از پیمانکار کارمزد می‌گیرد. این کارمزد که بانک بابت صدور ضمانت نامه از پیمانکار دریافت می‌کند، ظاهراً جایز است؛ زیرا صادر کردن ضمانت نامه، عملی محترم و اجرت گرفتن بر آن جایز است. از نظر حقوقی پرداخت کارمزد به بانک در این مورد از باب جعاله است. پیمانکار مبلغ کارمزد را برای انجام عمل و صدور ضمانت نامه، جعل قرار می‌دهد. همچنین ممکن است از مصادیق اجاره باشد؛ یعنی پیمانکار، بانک را به این مبلغ برای انجام آن عمل اجیر می‌کند (خوبی ۱۴۰۸: ۴۱۰).

۴-۴) خرید و فروش سهام

یکی دیگر از مصادیق جعاله خرید و فروش سهام است. یکی از معاملات رایج، خرید و فروش سهام شرکت‌های سهامی است. سهام، جمع سهم و هر سهمی نشانگر و نماینده جزئی از اجزای متساوی سرمایه یک شرکت است. مالک سهم به میزان سهامی که دارد، در سود و زیان شرکت شریک است.

۴-۵) رفع خلأ موجود در عقود مشارکتی (در بخش صنعت و خدمات)

بانک به عنوان وکیل سپرده گذاران، صاحب سرمایه نقدی است، متقاضیان سرمایه نقدی در جامعه به دو گروه تقسیم می‌شوند: الف) کسانی که متقاضی شراکت در سرمایه لازم برای فعالیت اقتصادی هستند. ب) کسانی که متقاضی تأمین تمام سرمایه لازم برای فعالیت مورد نظر هستند. در همه بخش‌های اقتصادی، بانک به عنوان جاعل، سرمایه لازم را تأمین می‌کند و با عامل در سود برحسب توافق شریک می‌شود. در حال حاضر در قانون عملیات بانکی بدون ربا، با عقد شرکت، همان خصوصیتی که در این طرح مورد نظر است، وجود دارد، ولی عقد جعاله به این وسعت و خصوصیت طرح نشده است (میرمعزی ۱۳۸۱: ۲۹).

۵) عملکرد و مشکلات فقهی و اجرایی جعاله در نظام بانکی

قانونگذار در جهت شرعی نمودن قوانین بانکی در یک اقدام عاجل، قانون بانکداری بدون ربا را تصویب کرد. این قانون در حل مسائل فراروی نظام بانکداری اسلامی با چالش‌هایی مواجه بوده است و در وصول به اهداف مصرح در ماده یک قانون مزبور به دلیل نگرش مدیریت سود دهی به جای مدیریت کارآیی و استفاده بیش‌تر از تسهیلات کوتاه مدت در تخصیص منابع مالی، ناموفق بوده است (هدایتی ۱۳۷۳: ۲۱۵).

به طوری که در مجموع، عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران از همه کشورهای توسعه یافته ضعیف‌تر است و در مقایسه با کشورهای مشابه نیز از وضعیت مطلوبی برخوردار نیست (موسایی ۱۳۷۹: ۱۳۹).

از این دیدگاه اهم ویژگی‌های نظام بانکی جدید را در موارد ذیل می‌توان خلاصه کرد:

۱. تسهیلات اعطایی وام و اعتبار فقط در قالب قرض الحسنه محملی قانونی دارد و چنانچه تسهیلات مذکور به نحوی از انحاء در قالب سایر عقود قرار گیرد، در واقع تحریف و نقض غرض آشکار در شالوده و بنیان بانکداری اسلامی شکل گرفته است و در این مورد، به عنوان نمونه، کافی است به فاکتورهای صوری در برخی از مضاربه‌ها یا سفته‌های صوری در خرید دین و غیره اشاره کرد.

۲. در کشور ما تسهیلات اعطایی با توجه به شکل حقوقی و نحوه عمل در چهارده ابزار مالی تعبیه شده است که یکی از این ابزارها جعاله است این چهارده ابزار در سه گروه اصلی مشارکت‌ها

(مضاربه، مشارکت مدنی و حقوقی، سرمایه گذاری‌های مستقیم، مزارعه و مساقات) مبادلات (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف و خرید دین) و تعهدات (جعاله و L.C و صدور ضمانتنامه) مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در حال حاضر، اعطای تسهیلات در قالب جعاله در نظام بانکی از جهاتی محل اشکال است که خلاصه‌ای از این اشکالات به شرح زیر است:

۱) تصور حاکم بر جامعه بر ربوی بودن تسهیلات اعطایی در قالب عقد جعاله و غیره است و سیستم بانکداری جدید با سنتی تفاوتی ندارد بلکه فقط اسم و عنوان و قالب تغییر کرده است و این تصور نادرست در جامعه باعث کم‌رنگ یا زایل شدن حرمت ربا گردیده است و عامه مردم استدلال می‌کنند که اگر ربا واقعاً حرام است؛ چرا در عملیات بانکی بالأخص جعاله حرام نیست (مصباحی ۱۳۷۱: ۸۸).

۲) در بسیاری موارد جعاله اصلاً منعقد نمی‌شود و توافق بین اراده طرفین محقق نمی‌گردد؛ زیرا ظاهر امر نشان می‌دهد که در بیش‌تر موارد هدف مشتری استفاده از تسهیلات و هدف اصلی بانک اطمینان از بازدهی چند درصد سود است و به قصد و رضای طرفین هیچ توجهی نمی‌شود. مثلاً مشتری احتیاج به پول دارد و تعمیر منزل بهانه است و بانک هم مطلع است که شخصی که بر طبق قرارداد جعاله تسهیلات اعطا می‌کند قصد تعمیر منزل ندارد و قرارداد به صورت صوری امضا می‌شود (رئسی ۱۳۷۳: ۲۴۱).

۳) وضعیت حقوقی جعاله‌های بانکی در قانون بانکداری بدون ربا و آیین‌نامه اجرایی آن بالأخص ماده ۶۷ به عنوان یک عقد، تبیین شده است (خاوری ۱۳۷۱: ۳۵۳) ولی فقهای امامیه در عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف نظر دارند (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۱۱: ۱۴۹؛ محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۳: ۱۲۶) و چه بسا نظریه ایقاع بودن آن قوی‌تر و بلکه مشهور باشد (طباطبایی حکیم ۱۴۱۰ ج ۲: ۱۵۱؛ سیفی مازندرانی ۱۴۲۷: ۳۲۳) امام خمینی در *تحریر الوسیله* در ضمن بیان فرق‌های جعاله با اجاره، می‌گوید: «هی من الا یقاعات علی الاقوی» (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۴۵۸).

۴. هزینه بانک در تسهیلات اعطایی جعاله سنگین است؛ زیرا بانک قطع نظر از هزینه فرصت سرمایه باید هزینه نیروهای انسانی و اجاره ساختمان و مصارف آب و برق و گاز و تلفن را پرداخت نماید و در صورتی که جعاله ثانویه را منعقد کرد باید نظارت بر عمل عامل داشته باشد و این امور موجب هزینه بالای تسهیلات اعطایی در قالب جعاله می‌گردد (صدر ۱۳۵۸: ۷۵).

۵. نظارت و کنترل کافی جهت تحقق و سلامت جریان تسهیلات اعطایی بانک‌ها بالأخص در مورد جعاله وجود ندارد و تعداد بازرسان بانک مرکزی محدود است به طوری که در سال ۱۳۷۸ در مقابل ۱۴۰۰۰ شعبه بانکی تنها ۵۰ نفر بازرس بوده است (مهدوی نجم آبادی ۱۳۷۴: ۷۱).
۶. امکان تمدید مدت در بسیاری از تسهیلات اعطایی جعاله‌ای وجود ندارد و این یکی از مشکلات نظام بانکداری بدون ربا است.
۷. بانک‌ها برای تأخیر در پرداخت مطالبات ناگزیر به تعیین خسارت تأخیر تأدیه هستند و این امر شبهه ربوی بودن را از دیدگاه شرعی به ذهن متبادر می‌کند که عده‌ای از فقها دریافت آن را مجاز و برخی دیگر آن را غیر جایز می‌دانند (مهدوی نجم آبادی ۱۳۷۴: ۷۴).
۸. اعطای تسهیلات در قالب جعاله را در قالب سایر عقود هم می‌توان پرداخت کرد و تعدد عقود در قانون بانکداری بدون ربا که یکی از آنها هم جعاله است باعث پیچیدگی مقررات بانکی شده که آثاری از جمله کاهش سرعت عملکرد بانک‌ها و افزایش هزینه عملکرد بانک‌ها و عدم تفهیم مقررات عملیات بانکی بدون ربا به متقاضیان تسهیلات را به همراه داشته است.
۹. تعیین اجرت معلوم در قبال عمل معین، شرط جعاله‌های بانکی است. حال آنکه از نظر فقها علم به عمل و عوض شرط نیست (شهیدثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۴۳۹).
۱۰. مطابق نظر فقهای امامیه و قانون مدنی تعیین میزان جعل بر عهده جاعل است و اراده عامل نقشی در آن ندارد، لیکن در جعاله‌های بانکی اگر بانک عامل باشد مطابق بند ۸ دستورالعمل میزان جعل را عامل تعیین می‌کند و تعیین جعل به وسیله عامل برخلاف مقتضای عقد است (خاوری ۱۳۷۱: ۳۵۴).
۱۱. در جعاله‌های بانکی شرط فسخ وجود دارد. حال آنکه فقهایی که جعاله را عقد می‌دانند آن را جایز دانسته‌اند. به طوری که جاعل و عامل هر دو می‌توانند بدون دلیل موجه عقد را به هم بزنند. لیکن در جعاله‌های بانکی حق مشتری خواه جاعل باشد یا عامل، ساقط شده است و علی‌رغم اینکه عقود جایز با فوت و جنون و سفه منفسخ می‌شود ولی بانک‌ها با اخذ وثیقه، در صورت حجر یا فوت، وارث متوفی را ملزم به انجام تعهد می‌کنند (میرآخور ۱۳۷۰: ۲۸۷).
۱۲. بانکداری بدون ربا مفهومی است برای آن نوع از بانکداری که بدون بهره اداره می‌شود و یک بانکداری اسلامی نیست؛ زیرا بانکداری اسلامی به عنوان بانکداری هماهنگ با ویژگی‌های اخلاقی نظام ارزشی اسلام تعریف شده است و در حد ایده‌آل، نظام بانکداری اسلامی نظامی است

که اولاً کلیه معاملات بانک بر مبنای مشارکت بازده و ریسک و رعایت عدالت بین کلیه شرکا استوار باشد؛ ثانیاً هر معامله بانکی برقراری رابطه شراکت بین بانک و مشتری باشد نه رابطه داین و مدیون، از میان روش‌هایی که امکان مشارکت در ریسک و بازده را بین تأمین‌کنندگان و استفاده‌کنندگان سرمایه مالی فراهم می‌سازد می‌توان به مضاربه و مشارکت اشاره نمود و جعاله جزء آن نیست.

۱۳. کسی که انجام کاری را متقبل شده است، جایز نیست انجام آن را به مبلغ کم‌تری به شخص دیگر واگذار کند (علامه حلی ۱۳۹۰: ۲۲۲).

۶) تحلیل حقوقی و نقد و بررسی اشکالات دستورالعمل اجرایی جعاله

ماده ۱۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند، به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی مبادرت به جعاله نمایند.»

به استناد ماده ۲۷ همین قانون، وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف شد آیین‌نامه اجرایی این قانون را با پیشنهاد بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تهیه و پس از تصویب هیأت دولت به مرحله اجرا بگذارد. پس از تصویب آیین‌نامه، شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۶۳/۱/۱۹ دستورالعمل اجرایی جعاله را به تصویب رساند. از آنجا که به استناد ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) و مواد ۶۶ تا ۷۰ آیین‌نامه فصل سوم آن قانون، همه بانک‌های جمهوری اسلامی ایران موظفند نمونه قراردادهای جعاله خود را بر اساس همین دستورالعمل تنظیم کنند. لازم است مواد آن از نزدیک مورد نقد و بررسی قرار گیرد:

ماده ۱ می‌گوید: «منظور از جعاله در این دستورالعمل عبارت است از التزام شخص (جاعل یا کارفرما) به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جُعل) در مقابل انجام عمل معین «طبق قرارداد»؛ طرفی که عمل را انجام می‌دهد «عامل» یا «پیمانکار» نامیده می‌شود.»

دستورالعمل اجرایی جعاله در ماده ۱ جعاله را به شکلی تعریف کرده که مطابق فتاوی مشهور فقها نیست:

الف) در تعریف فوق ذکر نشده که این قرارداد عقد است یا ایقاع، تا در صورت عقد یا ایقاع بودن احکام مربوط به خودش بر آن بار شود.

ب) اینکه اجرت و عمل باید معلوم باشد قول مشهور فقها نیست. و همان گونه که پیش تر گفته شد، از نظر امام خمینی - که نظام جمهوری اسلامی ایران از نظرات ایشان پیروی می کند - نیز جایز است که در جعاله، عمل، مجهول باشد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۴۵۹ م ۵) حتی بعضی از فقها معتقدند که باید عمل حتماً مجهول باشد. گرچه امام می فرماید، عمل هم می تواند معلوم باشد در صیغه های خاص با اجرت معلوم که برای افراد معین خوانده می شود (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۴۶۰).

ماده ۲: «بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی و خدماتی با تنظیم قرارداد به عنوان «عامل» یا عند الاقتضا به عنوان «جاعل» مبادرت به جعاله نمایند.»

الف) اشکال اساسی به این نوع قراردادها آن است که گرچه کارگزار بانک از مفاد قرارداد جعاله آگاه است، ولی عامه مردم از ماهیت جعاله اطلاعی ندارند، از سوی دیگر با توجه به اینکه بعضی مردم بیسواد یا کم سواد هستند، تفهیم این دو قرارداد جعالة اولی و جعالة ثانوی به آنها مشکل یا در بعضی موارد غیر ممکن است. همچنین به علت اینکه افراد توجه کافی به قراردادها ندارند و یا دیده شده که در مواردی افراد احتیاج به پول دارند و تعمیر منزل بهانه است و کارگزار بانک هم به علل مختلف - آشنایی با صاحبخانه یا عدم توجه کارمند بانک - به شخصی بر طبق قرارداد جعاله وام می دهد در حالی که قصد او تعمیر منزل نیست و وام گیرنده حتی مفاد قرارداد بانک را مطالعه نمی کند یا لاف توجه زیادی به آن ندارد چون در حقیقت منظور او گرفتن وام است نه قرارداد جعاله؛ بنابراین یکی از اصول قرارداد جعاله که قصد و رضای طرفین است در فرض مذکور محقق نیست. این قرارداد به طور حتم باطل و سود حاصل از آن حرام است.

ب) مشکل اساسی دیگر این نوع قراردادها شرط عدم فسخ در قرارداد است به طوری که طبق نظر مشهور فقها، جعاله ایقاع یا طبق نظر بعضی از فقها - به خصوص فقهای عامه - عقد جایز است، که در هر دو صورت از خواص ایقاع و عقد جایز، فسخ و رجوع جاعل یا عامل است. اگر شرط عدم فسخ در قرارداد باشد مخالف مقتضای عقد است و شرط خلاف مقتضای عقد باطل است یا اینکه در این نوع قراردادها در عمل چون صاحبخانه - که مالک اصلی و طرف اصلی قرارداد است - حق اضافه کردن هیچ شرطی را ندارد، در حقیقت بانک حاکم و صاحبخانه محکوم است.

ماده ۳: «بانک ها موظفند، قبل از اقدام به انعقاد قرارداد، عملیات موضوع جعاله را در حد نیاز بررسی و از اجرای قرارداد و برگشت جُعل اطمینان حاصل نمایند...»

احتیاط کردن بانک‌ها در معاملات امر پسندیده‌ای است؛ چرا که در غیر این صورت بیت‌المال مسلمین تضییع می‌شود. تنها یک نکته راجع به این ماده گفتنی است و آن اینکه تنظیم کنندگان دستورالعمل‌ها و نمونه قراردادها باید از به کار بردن تعبیرهایی که موهم جدی نبودن قرارداد است، به شدت اجتناب کنند؛ به عنوان مثال در این ماده، تعبیر «برگشت جُعل» تعبیر خوبی نیست؛ چون فرض بر این است که بانک قبول کرده، مثلاً در تعمیر ماشین یا ساختمان با هزینه خودش تعمیرات را انجام دهد و سپس جُعل را به طور اقساط از جاعل دریافت کند. بنابراین بانک هیچ گاه در این قرارداد جُعلی نپرداخته است، ولی از ظاهر تعبیر «برگشت جُعل» این گونه فهمیده می‌شود که گویا متقاضی تسهیلات برای انعقاد جعاله با شرکت پیمانکار، جُعل مورد نیاز را از بانک قرض می‌گیرد و سپس به صورت اقساط ماهانه با بهره‌اش به بانک برمی‌گرداند که این همان ربای حرام است و قطعاً مورد نظر قانونگذار نیست. اگر به جای آن از تعبیر «برگشت هزینه‌ها» یا «برگشت جُعل در جعالة ثانویه» استفاده می‌شد، این اشکال وارد نبود.

ماده ۴: «در مواردی که بانک عامل جعاله است، باید در قرارداد جعاله، اختیار بانک برای واگذاری انجام قسمتی از عمل معین به غیر تحت عنوان جعالة ثانوی یا هر عنوان دیگر قید شود. در صورت انعقاد قرارداد جعاله ثانوی، بانک مکلف است بر حسن اجرای قرارداد نظارت نماید.» تبصره - در مواردی که بانک، جاعل جعاله باشد عامل می‌تواند با موافقت بانک انجام قسمتی از کار را به دیگری واگذار نماید.»

اگر بانک خود را موظف به انجام هیچ کاری نکند و همه کار موضوع جعاله را در قالب وکالت یا عنوان دیگری به جاعل (متقاضی تسهیلات بانکی) واگذار کند، اشکال اساسی بر آن وارد است؛ چرا که برخلاف مقتضای ذات جعاله عمل کرده است.

ماده ۴ نمونه قرارداد جعالة بانک صادرات شماره (ن ۱۳۹ - ۵۰۰۰ د ۱۰۰ ب ۷۳ ش - چ) این اشکال را دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «بانک برای انجام موضوع جعاله، به جاعل نمایندگی داد و جاعل با قبول نمایندگی بانک، متعهد شد موضوع جعاله را در مدت و تحت شرایط مقرر در این ماده انجام دهد. بر این اساس مبلغی به عنوان هزینه انجام موضوع جعاله متناسب با پیشرفت عملیات جعاله، حسب تشخیص خود در اختیار جاعل قرار خواهد داد. اقدام جاعل به نمایندگی بانک تبرعاً می‌باشد...»

برای برطرف کردن این اشکال و اشکالات مشابه در نمونه قراردادهای جعاله دیگر بانک‌ها، بانک مرکزی طی بخشنامه‌ای واگذاری انجام عملیات جعاله از طریق وکالت به جاعل را ممنوع اعلام کرد.

ماده ۵: «تدارک مقدمات و تهیه مواد و مصالح و سایر لوازم مورد نیاز برای انجام عمل می‌تواند طبق قرارداد بر عهده جاعل یا عامل باشد.»

جعاله از نوع معاملات معوض است ولی نه در فقه و نه در قانون مدنی ترتیب خاصی برای انجام کار موضوع جعاله معین نشده است. در عمل، آنچه در همه جعاله‌ها وجود دارد، حالت تعادل عرفی بین وظایف طرفین (از نگاه جاعل) است. از این رو، هر چه مسئولیت‌های عامل بیش تر باشد، به طور طبیعی میزان جُعلی که جاعل در نظر می‌گیرد بیش تر خواهد بود. البته تعادل واقعی لازم نیست؛ بلکه منظور این است که جاعل با در نظر گرفتن چنین محاسباتی، جُعل را پیشنهاد می‌کند.

ماده ۶: «دریافت یا پرداخت قسمتی از مبلغ قرارداد جعاله به عنوان «پیش دریافت» و یا «پیش پرداخت» توسط بانک‌ها مجاز می‌باشد. حداقل یا حداکثر «پیش دریافت» و «پیش پرداخت» توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.»

همان‌طور که گفته شده، استحقاق عامل نسبت به دریافت مبلغ جُعل پس از انجام کار موضوع جعاله است. (ماده ۵۶۷ ق.م) (علامه حلی ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۸۸) که این مقتضای اطلاق جعاله است، اما طرفین می‌توانند بر خلاف آن توافق کنند، چه بسا برای جلب اعتماد عامل یا تهیه مصالح مورد نیاز، لازم باشد که بخشی از جُعل، همان ابتدای کار به عامل پرداخت شود.

ماده ۷: «مدت انجام و تصفیه مطالبات ناشی از جعاله حداکثر دو سال تعیین می‌گردد.»
تبصره - مدت انجام جعاله در مورد طرح‌های تولیدی و خدماتی از شمول این ماده مستثنی و به تشخیص هیأت مدیره هر بانک تعیین خواهد شد.

این ماده بانک‌ها را مکلف کرده که مدت انجام کار موضوع جعاله و مدت پرداخت اقساط جُعل را به جز در مورد طرح‌های تولیدی و خدماتی حداکثر دو سال تعیین کنند. تعیین مدت اگر چه در پاره‌ای معاملات، مثل اجاره اشیاء از ارکان آن به حساب می‌آید (ماده ۴۶۸ ق.م)، اما در جعاله چنین ویژگی وجود ندارد و از این نظر مطلق است. بدین جهت در قانون مدنی هیچ اشاره‌ای به مدت جعاله نشده است. جاعل می‌تواند برای انجام کار، مدت تعیین کند یا نکند.

صاحب جواهر می گوید: «در جعاله، جمع بین مدت و کار جایز است؛ یعنی هم کار را معین کند و هم بخواهد که در ظرف مدت مشخصی انجام شود» (نجفی ۱۳۶۹ ج ۲۷: ۱۹۶).

علامه حلی نیز تصریح کرده است به اینکه: «اگر جاعل بگوید هر کس گم شده مرا تا یک ماه دیگر به من برگرداند فلان مبلغ به او می‌دهم، جعاله صحیحی انشا کرده است و نتیجه‌اش این است که اگر کسی توانست تا یک ماه دیگر گم شده او را بیاورد، استحقاق دریافت مبلغ را پیدا می‌کند و اگر تا آخر ماه نیاورد، دیگر اجرتی نخواهد داشت؛ چون نتوانسته است به شرط جاعل عمل کند» (علامه حلی ۱۴۱۶ ج ۶: ۲۸۹).

روشن است که این سخن نادرستی است؛ چون هدف جاعل را خود او بهتر از دیگران می‌فهمد، چه بسا انجام آن کار تنها در مدت مشخصی برای جاعل مفید باشد و پس از آن در نظر او ارزش ناچیزی داشته باشد؛ برای مثال دانشجویی که خود را برای آزمون ورودی مقطع تحصیلی بالاتری آماده می‌کند و بدین جهت همه منابع مربوط به آزمون را مطالعه و در دفتری خلاصه‌نویسی کرده، اگر این دفتر را که برایش خیلی ارزش دارد گم کند، ممکن است در یک اعلان عمومی در جمع مردم و دانشجویان بگوید هر کس دفتر خلاصه‌های مرا تا یک هفته قبل از آزمون به من برساند، فلان مبلغ به او می‌دهم؛ تعیین مدت در این مورد امر معقول و خردمندانه‌ای است و به طور قطع یک جعاله صحیح انشا کرده است.

ماده ۸: «جعل دریافتی از طرف بانک‌ها باید علاوه بر پوشش هزینه‌های انجام شده مربوط، حاوی سود معین برای بانک باشد، حداکثر یا حداقل میزان سود توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.»

با توجه به اینکه اموال و دارایی‌های مورد استفاده بانک‌ها یا از بیت المال مسلمین یا از اموال خصوصی اشخاص است که به عنوان قرض یا کالت در سرمایه گذاری یا عناوین دیگر در اختیار بانک‌ها قرار گرفته، لازم است بانک مراقبت‌های لازم را در جهت حفظ آنها به عمل آورد. از این رو، این ماده بانک‌ها را موظف ساخته در انعقاد جعاله‌ها، جعلی را بپذیرند که علاوه بر پوشش هزینه‌های انجام شده مربوط، در بردارنده سود معین برای بانک باشد. از نظر اسلام، مردم بر اموال خود مسلط می‌باشند. هر کس هر گونه بخواهد می‌تواند در اموال خود تصرف کند. بانک نیز، وکیل و نماینده مردم در بهره برداری از اموال و تسهیلات بانکی است و باید غبطه و مصلحت موکلان خود را رعایت کند. بنابراین صدور چنین دستوری از ناحیه شورای پول و اعتبار به شعب

بانک‌ها هیچ منع شرعی ندارد. از آن جا که شعبه‌های بانک‌ها ممکن است خودشان قدرت تشخیص و برآورد میزان جعل مناسب را نداشته باشند، راه آن را در ماده ۸ مقرر کرده است: «حداکثر یا حداقل میزان سود از طرف شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.»

یکی از منتقدان به آن خرده گرفته و آن را شرطی بر خلاف مقتضای عقد پنداشته است. وی می‌گوید: «اشکال مهمی که در این دستورالعمل اجرایی به نظر می‌رسد، مضمون ماده ۸ است که در آن قید شده (زمانی که بانک عامل است) تعیین اجرت به عهده بانک می‌باشد.» علی‌الظاهر این شرط خلاف مقتضای عقد است و شرطی اعتبار دارد که با مقتضای عقد یا قرارداد مغایر نباشد. در قرارداد جعاله مقدار اجرت از طرف جاعل تعیین می‌گردد، نه عامل و این شرط مخالف اصول قرارداد جعاله است (رئسی ۱۳۷۳: ۲۳۹).

ممکن است کسی نسبت به تعبیر «سود معین برای بانک» اشکال کند که چطور در جعاله سخن از سود معین به میان آمده است، در حالی که جعاله تعیین پاداش برای انجام کاری است. این اشکال با توجه به اینکه مربوط به دستورالعمل است، نه نمونه قرارداد، برطرف می‌شود. این دستورالعمل مانند آن است که پدری به وسیله نامه‌ای به فرزندش دستور دهد یا سفارش کند در معاملاتش با دیگران دقت داشته باشد و تنها کاری را قبول کند که در مجموع با توجه به هزینه‌هایی که می‌کند، سود خوبی برایش داشته باشد.

ماده ۹: «دریافت یا پرداخت جُعل طبق قرارداد، توسط بانک‌ها دفعاتاً واحده و یا به دفعات به اقساط مساوی یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معین پلامانع است.»

در هیچ یک از متون فقهی شیعه یا غیر شیعه و نیز در هیچ یک از مواد قانون مدنی تصریحی وجود ندارد بر اینکه جُعل باید بلافاصله پس از انجام کار و به صورت نقد پرداخت شود. آنچه مورد تصریح واقع شده این است که استحقاق عامل نسبت به جُعل پس از انجام کار است و در مورد کارهایی که دارای بخش‌های مستقل است و هر یک برای جاعل دارای ارزش است، عامل پس از تحقق هر یک از بخش‌های آن به همان نسبت استحقاق پیدا می‌کند (شهیدثانی ۱۴۱۰ج ۴: ۴۴۵).

این مقتضای اطلاق جعاله است، ولی جاعل می‌تواند با توجه به اطمینانی که به انجام کار از طرف عامل دارد، از همان ابتدای شروع به کار، جعل را به صورت اقساط مساوی یا غیر مساوی به عامل بپردازد.

ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی جعاله به بانک‌ها اختیار داده در مواردی که عامل‌اند جهت حصول اطمینان از انجام تعهدات جاعل، بتوانند تأمین کافی از جاعل اخذ کنند.

ماده ۱۱ نیز از بانک‌ها خواسته است ترتیبی دهند تا در صورت لزوم، اموال موضوع عملیات جعاله بیمه شود؛ یعنی بر حسب مورد، خود بانک هزینه بیمه را پردازد یا از متقاضی تسهیلات بانکی بخواهد که این کار را انجام دهد (مظاهری ۱۳۸۱: ۱۵۹).

با توجه به ماده ۱۱ و فحوای مجموع مواد، به نظر می‌رسد که آنها بیش تر به سود بانک است. و تصویب کنندگان دستورالعمل بیشتر منافع بانک‌ها را در نظر گرفته‌اند تا مردم را. چون از آنجا که فردی که با بانک قرارداد می‌بندد، مجبور است بر طبق این مصوبات قرارداد منعقد کند، حتی یک شرط از طرف مردم قابل طرح و اجرا نیست.

اشکال دیگر: طبق ماده ۹۵۴ ق.م. کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته، دیوانگی در مواردی که رشد معتبر است.

در یازده ماده دستورالعمل جعاله هیچ اشاره‌ای به این موضوع نشده است. اما طبق عملکرد بانک که در قراردادها وثیقه ملکی از صاحبخانه گرفته می‌شود، در صورت فوت، سفته یا دیوانگی صاحبخانه که هم جاعل و هم عامل است، وراثت متوفی ملتزم به انجام تعهد می‌باشند.

اشکال دیگر آنکه: تمامی فقهای امامیه متفق القول هستند که جاعل نمی‌تواند کافر ذمی باشد. و به آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء: ۱۴۱) «خداوند برای کافران تسلطی بر مسلمانان قرار نداده است» استناد کرده‌اند.

حتی بعضی از فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که کافر ذمی، عامل هم نمی‌تواند باشد. به جهت تسلط ضعیفی که کافر بر مسلمان در این مورد پیدا می‌کند. اکنون با توجه به اینکه در کشور اسلامی ایران عده‌ای از مردم غیر مسلمان هستند [اقلیت‌های مذهبی از قبیل مسیحی، یهودی، زرتشتی و...] و قانون بانکداری اسلامی هم تفاوتی بین ایرانیان قائل نشده است، تکلیف این موارد، مطابق قانون مزبور روشن نیست.

نتیجه‌گیری

۱. در اسلام، نظام بانکداری به گونه‌ی مکتب، نه فقط علم، وجود دارد؛ یعنی همان‌طور که مکتب اقتصادی اسلامی داریم، بانکداری اسلامی نیز که زیر مجموعه‌ای از مکتب اقتصادی اسلام است،

وجود دارد. بانکداری اسلامی آن شیوه از بانکداری است که در آن، ضوابط تعیین شده از طرف شرع مقدس اسلام رعایت شود؛ یعنی معاملات بانک مشتمل بر ربا، قمار، غرر، شرط‌بندی‌های حرام و دیگر عناوین مجرمانه و ممنوع نباشد؛ لذا می‌توان گفت از تفاوت‌های عمده بانک اسلامی و بانک غیر اسلامی این است که بانک اسلامی، اگر چه واسطه اعتبارات مالی می‌شود و تقریباً جز پرداخت پول کاری نمی‌کند، اما پول را مستقیماً به کسی می‌دهد که در جهت تولید یا تجارت مصرف می‌کند و بانک به نوعی بر این مصرف نظارت دارد. و این برخلاف بانک‌های غیر اسلامی است که نوعاً برگشت پول و سود آن برای آنها مهم است، نه چیز دیگر.

۲. بسیاری از اشکالات وارد بر جعاله ویژه بانکی، بر این اساس است که جعاله مزبور به عنوان مصداقی از جعاله معهود فقه، تلقی شده است. لذا با قائل شدن به اینکه ماهیت حقوقی مزبور، نوعی قرارداد جدید و مشمول آیه شریفه «أوفوا بالعقود» است، بسیاری از موارد جعاله بانکی، بدون مشکل خواهد بود. البته مشروط بر اینکه از جهت قواعد عمومی فاقد اشکال باشد.

۳. بر اساس نظریه ایقاع بودن جعاله که نظریه اقوی و بلکه مشهور است، در جاهایی که شرط مباشرت عامل نشده باشد، انشای جعاله ثانوی به جعل کم‌تر، بی اشکال است، هر چند عامل در جعاله اولیه هیچ کاری انجام ندهد. ولی طبق نظریه عقد بودن جعاله، انشای جعاله ثانوی به مبلغ جعل کم‌تر اشکال دارد، مگر اینکه عامل مقداری (هر چند اندک) از کار مورد جعاله را انجام دهد.

۴. جعاله چیزی شبیه صلح است که هر یک از معاملات می‌تواند در قالب آن گنجانده شود؛ با این تفاوت که صلح به وسیله دو طرف انشا می‌شود، ولی جعاله تنها با اراده جاعل به وجود می‌آید. از این رو، بسیاری از خدمات بانکی‌ها از جمله گشایش اعتبار اسنادی، صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی، اعطای تسهیلات برای تعمیر مسکن یا وسایط نقلیه موتوری، تحصیل و نقد کردن سفته و بروات، قبول برات (در موردی که بانک از قبل بدهکار نیست) و فروش سهام می‌تواند تحت عنوان جعاله انجام شود.

۵. بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی آن، جعاله‌های بانک تنها در قالب قرارداد و جعاله خاص منعقد می‌گردد و هیچ‌گاه در قالب جعاله عام صورت نمی‌پذیرد. حال آنکه هیچ دلیل منطقی برای این محدودیت وجود ندارد. و هر کاری که در عرف دارای ارزش باشد می‌تواند موضوع جعاله قرار گیرد. خواه جعاله عام و خواه خاص..

۶. مقتضای ذات عقد جعاله، قرار گرفتن جعل در مقابل انجام عمل مورد جعاله است حال اگر بانک در جعاله، به عنوان عامل قرار گیرد و با اندراج شرط یا شروطی عملاً خود را موظف به انجام هیچ کاری نکند و همه موضوع جعاله را در قالب وکالت یا عناوین دیگری به خود جاعل واگذار کند، ممکن است این شروط به عنوان شرط خلاف مقتضای عقد جعاله تلقی شود چون اصل و ذات جعاله این است که جاعل کارش را به عامل واگذار کند. اساسی ترین و بهترین راه آن است که بانکها حداقل بخش کوچکی از کار مورد جعاله را انجام دهند، حتی اگر این کار، نظارت فنی و مراقبت بر حسن اجرای عملیات باشد

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق) *لسان العرب*، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۵ جلد.
- اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۸۰) *وسيلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی (قدس سره).
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۸۰) *العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمينی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- بختیاری فر، قاسم. (۱۳۷۸) «مطالعه تطبیقی جعاله در حقوق اسلام و ایران و کاربرد آن در امور بانکی». *رساله کارشناسی ارشد*، دانشگاه امام صادق (ع).
- بهمند، محمد و محمود بهمنی. (۱۳۷۴) *بانکداری داخلی - تجهیز منابع پولی*، تهران: مؤسسه بانکداری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران)، چاپ پنجم.
- بیداری، حسین. (۱۳۷۱) *اعتبار اسنادی وارداتی و صادراتی*. تهران: اداره آموزش و مدیریت بانک ملی ایران، چاپ اول.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ ق) *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام .
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ ق) *تاج اللغة و صحاح العربية*، بیروت: دار العلم للملایین، الطبعة الاولى.
- خاوری، محمود رضا. (۱۳۷۱) *حقوق بانکی*، تهران: مؤسسه بانکداری ایران، چاپ دوم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۸ق) *مبانی العروة الوثقی*، الجزء الثالث، قم: مطبعة العلمیه.
- رئیس، مصطفی. (۱۳۷۳) *جعاله در اقتصاد اسلامی*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۷ ق) *دلیل تحریر الوسیله- المضاربه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱ جلد.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ ق) *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتابفروشی داوری، ۱۰ جلد.
- . (۱۴۱۳ ق) *مسالك الأفهام إلى تفحیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۵ جلد.
- صدر، سید کاظم. (۱۳۵۸) *بنیادهای عمومی بانک در جامعه اسلامی*، تهران: انتشارات روزبه.
- . (۱۳۶۹). *مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ارائه شده به دومین سمینار بانکداری اسلامی*، تهران. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ ق) *منهاج الصالحین*، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الأولى، ۲ جلد.
- طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ ق) *مجمع البحرین*، تهران: کتابفروشی مرتضوی، الطبعة الثالثة.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۹۰ ق) *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین (به انضمام فقه فارسی)*، با تعلیق ابوالحسن شعرانی، تهران: کتابفروشی اسلامی، چاپ اول.
- . (۱۴۱۰ ق) *ارشاد الأذهان إلى احکام الايمان*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، الطبعة الأولى.
- . (۱۴۱۶ ق) *مختلف الشیخه فی احکام الشریعه*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول.
- فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طی. (۱۴۱۸ ق) *الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود*، قم: مکتبه إمام العصر (عج) العلمیة، ۱ جلد.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۲) *الاصول من الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیة، الطبع الخامسة.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۸ ق) *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسة اسماعیلیان، الطبعة الثانية.
- مزینی، مسعود و محمد حسن مهاجرى تهرانی. (۱۳۷۴) *عملیات بانکی بین المللی (۲)*، تهران: مؤسسة بانکداری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران)، چاپ دوم.
- مصباحی، غلامرضا. (۱۳۷۱) *مجموعه مقالات سومین کنفرانس بانکداری اسلامی*، تهران: مؤسسة عالی بانکداری ایران.
- مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ ق) *فقه المعاملات*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱ جلد.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸) *مسأله ربا (به ضمیمه بیهمه)*، تهران: انتشارات صدرا، چاپ دوم.
- . (۱۳۷۳) *نظری بر نظام اقتصادی اسلام*، تهران: انتشارات صدرا، چاپ دوم.
- مظاهری، رسول. (۱۳۸۱) *جعاله در بانکداری اسلامی*، قم: بوستان کتاب.

- معرفت، محمد هادی. (زمستان ۱۳۷۴) «نقش زمان و مکان در فرآیند اجتهاد در نظرخواهی از دانشوران»، *میزگرد*، مجله نقد و نظر (فصل نامه)، سال دوم، شماره ۵.
- موسایی، میثم. (۱۳۷۹) *بررسی عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران*، موسسه تحقیقات پولی و مالی.
- مهدوی نجم آبادی، سید حسین. (۱۳۷۴) *مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ارائه شده به ششمین سمینار بانکداری اسلامی*، تهران.
- میرمعزی، سید حسین. (۱۳۸۱) «صلح و جعاله بدیل‌های مناسب برای عقود بانکی، با بهره‌گیری از دیدگاه‌های فقهی امام خمینی و قانون اساسی»، *فقه اهل بیت*، شماره‌های ۱۹ و ۲۰.
- میرآخور، عباس. (۱۳۷۰) *مطالعات نظری در بانکداری و مالیه اسلامی*، ترجمه محمد ضیایی مؤسسه بانکداری اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ ق) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- _____ . (۱۳۶۹ق) *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۴۳ جلد.
- هدایتی، علی اصغر، علی اصغر سفری و حسن کلهر. (۱۳۷۳) *عملیات بانکی داخلی ۲۰۰*، تهران: مؤسسه بانکداری ایران وابسته به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، چاپ پنجم.