





پایان نامه دوره کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

**عنوان:**

# **بررسی فقهی – حقوقی عقود بانکی جعاله، مضاربه و مشارکت مدنی در نظام بانکی ایران**

**استاد راهنما:**

**دکتر خسرو مؤمنی**

**استاد مشاور:**

**دکتر حمید مسجد سرائی**

**پژوهشگر:**

**مهدیه کلویی**

**زمستان ۱۳۹۴**

**کلیه حقوق مادی و معنوی مترتب بر نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های  
ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه (رساله) متعلق به دانشگاه سمنان است.**

## **\*\*\*تعهد نامه\*\*\***

اینجانب **مهديه كلوئی** دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی گرایش ..... دانشگاه سمنان، دانشکده علوم انسانی گروه ..... تعهد می‌نمایم که محتوای این پایان نامه نتیجه تلاش و تحقیقات خود بوده و از هیچ منبعی کپی برداری نشده و به پایان رسانیدن آن نتیجه تلاش و مطالعات مستمر اینجانب و راهنمایی و مشاوره اساتید محترم بوده است. در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق، به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، ضوابط و مقررات آموزشی، پژوهشی و انضباطی ...) با اینجانب رفتار خواهد شد و حق هر گونه اعتراضی در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می‌نمایم. در ضمن، مسئولیت هر گونه پاسخگویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی مراجع ذی صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده‌ی اینجانب خواهد بود و دانشگاه هیچ گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت.

امضاء

نام و نام خانوادگی: **مهديه كلوئی**

تاریخ: ...../...../۱۳۹۴

## تقدیم به:

پدر و مادر عزیزم که بودنشان تاج افتخاری است بر سرم و نامشان دلیلی است بر بودنم

## و تقدیم به

همسرم، بهترینی که واژه هایش برایم دلگرمی بود و در سایه همیاری و همدلی ایشان به این منظور نائل شدم.

## و تقدیم به

تک ستاره‌ی زندگی‌ام **بردی‌ا** که هستی‌ام در کنار او معنا شد.

## تشکر و قدردانی

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود. در اینجا بر خود لازم می‌دانم از تمامی اساتید بزرگوار، به ویژه اساتید دوره کارشناسی ارشد که در طول سالیان گذشته مرا در تحصیل علم و معرفت و فضائل اخلاقی یاری نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

از استاد گرامی و بزرگوار **جناب آقای دکتر خسرو مؤمنی** که راهنمایی اینجانب را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش این پایان نامه تقبل نموده‌اند، نهایت تشکر و سپاسگزاری را دارم.

از **جناب آقای دکتر حمید مسجدسرای** به عنوان مشاور، که با راهنمایی خود مرا مورد لطف قرار داده‌اند، کمال تشکر را دارم.

از **پدر و مادر عزیزم**، این دو معلم بزرگوارم که همواره بر کوتاهی و درستی من، قلم عفو کشیده و کریمانه از کنار غفلت‌هایم گذشته‌اند.

از **همسر مهربان و دلسوزم** که با صبر و فداکاری مرا یاری کرده و با سختی‌های موجود همواره مشوق من بودند.

و برای **فرزندم** که رنج تحصیل من بر چهره ایشان بیشتر نمایان بود توفیقات الهی آرزمندم.

و **همه بزرگوارانی** که به زبان و قلم، دلگرمی ام بخشیدند.

امید است این رساله مقبول درگاه حق تعالی و مفید حال بندگان خدا باشد.

## چکیده

در نظام بانکداری بدون ربا، توزیع منابع بانک ها از طریق عقود اسلامی صورت می گیرد. این عقود، متضمن روشهای اجرایی است که بانک ها میتوانند تسهیلات مورد نیاز مشتریان را در چارچوب قراردادهای و معاملات اسلامی تنظیم کنند و در اختیار آنان قرار دهند.

چالشها و مشکلات موجود در نظام بانکی کشور حاکی از آن است که در مواردی عملکرد بانکها در کشور منجر به همگرایی و مشابهت نظام بانکداری بدون ربا با نظام بانکداری ربوی گردیده است و به عبارت دیگر، نظام بانکداری اسلامی در کشور در مواردی عملکردی شبه ربوی داشته است.

عمومیترین مفاهیم مورد استفاده بانکداری اسلامی شامل قرارداد مضاربه (تقسیم سود)، ودیعه (به امانت گذاردن)، جعاله، مشارکت مدنی (سرمایه گذاری مشترک)، مرابحه (قرارداد مبتنی بر قیمت تمام شده) و اجاره به شرط تملیک (لیزینگ) است، که در این رساله بر آن شدیم تا به بررسی ماهیت فقهی - حقوقی عقود بانکی و به خصوص تاکید و بررسی ماهیت سه قرارداد مضاربه، جعاله و مشارکت مدنی پرداخته و از جهات مختلف فقهی حقوقی مورد تحلیل، نقد و بررسی قرار دهیم.

**واژگان کلیدی:** مضاربه، مشارکت مدنی، جعاله، قرارداد، بانک، نظام بانکی.

## فهرست مطالب

### فصل اول: کلیات تحقیق

۱-۱	مقدمه	۲
۲-۱	بیان مسأله	۴
۳-۱	پیشینه و تاریخچه موضوع	۶
۴-۱	پرسش اصلی تحقیق	۷
۱-۴-۱	فرضیه‌ها یا سؤال‌های تحقیق	۷
۵-۱	اهداف تحقیق	۸
۶-۱	کاربرد نتایج تحقیق	۸
۷-۱	روش تحقیق	۸
۱-۷-۱	ابزار گردآوری اطلاعات	۸
۲-۷-۱	روش تجزیه و تحلیل اطلاعات	۹
۳-۷-۱	جامعه آماری	۹
۸-۱	تعریف مفاهیم نظری	۹
۱-۸-۱	عمل حقوقی	۹
۱-۸-۱-۱	قرارداد (یا عقد)	۹
۲-۸-۱-۱	ایقاع	۱۰
۲-۸-۱	بانک اسلامی	۱۰
۳-۸-۱	مفهوم بانکداری	۱۱
۴-۸-۱	چارچوب نظری بانکداری اسلامی	۱۱
۵-۸-۱	ویژگی های بانک های اسلامی	۱۸
۶-۸-۱	مقایسه نظام بانکداری اسلامی و ربوی	۱۹



۷-۸-۱) ضوابط و معیارهای اساسی اعطای تسهیلات ..... ۲۱

## فصل دوم: بررسی فقهی - حقوقی عقد مضاربه در نظام بانکی ایران

۱-۲ مفهوم مضاربه ..... ۲۴

۱-۱-۲ مضاربه در لغت ..... ۲۴

۲-۱-۲ مضاربه در قرآن ..... ۲۴

۱-۲-۱-۲ آیه اول ..... ۲۵

۱-۲-۲-۲ آیه دوم ..... ۲۵

۱-۲-۳-۲ آیه سوم ..... ۲۵

۳-۱-۲ مضاربه در اصطلاح ..... ۲۷

۱-۳-۱-۲ فقهی ..... ۲۷

۲-۳-۱-۲ در قانون مدنی ..... ۲۷

۲-۲ اوصاف عقد مضاربه ..... ۲۷

۱-۲-۲ تملیکی و عهدی بودن مضاربه ..... ۲۷

۱-۱-۲-۲ صحت شرط ضمان در مضاربه ..... ۳۱

۲-۱-۲-۲ دلایل لزوم شرط ضمن عقد جایز ..... ۳۶

۱-۲-۱-۲-۲ استدلال حلی ..... ۳۷

۲-۲-۱-۲-۲ استدلال نقضی ..... ۳۷

۳-۲-۱-۲-۲ نظر برگزیده ..... ۳۸

۲-۲-۲ صحت شرط تعیین مدت در عقد مضاربه ..... ۳۹

۳-۲-۲ معوض بودن مضاربه ..... ۴۱

۴-۲ شرایط صحت عقد مضاربه ..... ۴۱

۱-۴-۲ موارد منجر به بطلان عقد ..... ۴۲

۱-۱-۴-۲ فقدان قصد انشای طرفین ..... ۴۲

- ۴۳ ..... ۲-۱-۴-۲ وجوه افتراق قصد و رضا
- ۴۵ ..... ۳-۱-۴-۲ فقدان اهلیت
- ۴۶ ..... ۴-۱-۴-۲ فقدان شرایط مربوط به مورد معامله
- ۴۶ ..... ۵-۱-۴-۲ جهت نامشروع
- ۴۷ ..... ۲-۴-۲ موارد عدم نفوذ اعمال حقوقی
- ۴۷ ..... ۱-۲-۴-۲ معامله اکراهی
- ۴۹ ..... ۲-۲-۴-۲ معامله فضولی
- ۵۰ ..... ۳-۲-۴-۲ معاملات که جنبه حمایتی دارد
- ۵۱ ..... ۴-۲-۴-۲ معاملات تاجر ورشکسته
- ۵۱ ..... ۵-۲-۴-۲ معاملات به ضرر حقوق اشخاص ثالث
- ۵۲ ..... (۵-۲) ارکان عقد مضاربه
- ۵۲ ..... ۱-۵-۲ سرمایه مضاربه
- ۵۳ ..... ۱-۱-۵-۲ بررسی شرایط نقد بودن سرمایه در فقه امامیه
- ۵۷ ..... (۱-۱-۱-۵-۲) ادله صحت
- ۵۷ ..... (۱-۱-۱-۱-۵-۲) عموم «اوفوا بالعقود»
- ۵۹ ..... (۲-۱-۱-۱-۵-۲) آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ»
- ۶۱ ..... (۲-۱-۱-۵-۲) بررسی شرط نقد بودن سرمایه در حقوق ایران
- ۶۳ ..... (۲-۱-۵-۲) معین و معلوم بودن سرمایه
- ۶۳ ..... (۲-۵-۲) کار عامل
- ۶۵ ..... ۱-۲-۵-۲ وضع حقوقی عامل نسبت به سرمایه
- ۶۵ ..... ۶-۲ احکام عقد مضاربه
- ۶۵ ..... ۱-۶-۲ سود
- ۶۷ ..... ۷-۲ احتساب و تملک سود

- ۶۸ ..... ۱-۷-۲ شرط عدم توجه زیان به سود
- ۷۰ ..... ۲-۷-۲ لزوم جبران کسر سرمایه از ربح
- ۷۴ ..... ۸-۲ حساب به مدت و حساب جاری با شرط تضمین سرمایه
- ۷۶ ..... ۹-۲ مضاربه عامل با عامل دیگر
- ۷۸ ..... ۱۰-۲ شرط سود به نفع ثالث
- ۸۰ ..... ۱۱-۲ انحلال مضاربه
- ۸۱ ..... ۱-۱۱-۲ آثار فسخ و انحلال عقد مضاربه
- ۸۴ ..... ۱۲-۲ نحوه اجرای عقد مضاربه در بانک‌های کشور
- ۸۷ ..... ۱-۱۲-۲ مشکلات فقهی - حقوقی و ضعف‌های اجرایی در نحوه عملکرد عقد مضاربه
- ۸۹ ..... ۱-۱-۱۲-۲ اخذ نرخ سود ثابت و تزلزل مفهوم اشاعه و ایجاد شبهه ربا
- ۹۲ ..... ۲-۱-۱۲-۲ صوری شدن معامله مضاربه
- ۹۳ ..... ۱۳-۲ نتایج بحث

### فصل سوم: بررسی فقهی - حقوقی مشارکت مدنی در نظام بانکی ایران

- ۹۶ ..... ۱-۳ مفهوم شرکت
- ۹۶ ..... ۱-۱-۳ شرکت در لغت
- ۹۶ ..... ۲-۱-۳ شرکت در قرآن
- ۹۷ ..... ۳-۱-۳ شرکت در اصطلاح
- ۹۷ ..... ۱-۳-۱-۳ شرکت در اصطلاح فقهی
- ۹۸ ..... ۲-۳-۱-۳ شرکت در اصطلاح حقوقدانان و قانون مدنی
- ۹۸ ..... ۲-۳ اقسام شرکت
- ۹۹ ..... ۱-۲-۳ شرکت غیر عقدی
- ۹۹ ..... ۲-۲-۳ شرکت عقدی
- ۹۹ ..... ۳-۲-۳ شرکت اموال

- ۴-۲-۳) شرکت ابدان ..... ۱۰۰
- ۵-۲-۳) شرکت وجوه ..... ۱۰۰
- ۶-۲-۳) شرکت مفاوضه ..... ۱۰۰
- ۳-۳) سبب شرکت ..... ۱۰۱
- ۱-۳-۳) شرکت اختیاری ..... ۱۰۱
- ۲-۳-۳) شرکت قهری ..... ۱۰۱
- ۴-۳) اوصاف عقد شرکت ..... ۱۰۲
- ۱-۴-۳) جایز بودن عقد شرکت ..... ۱۰۲
- ۲-۴-۳) معوض بودن عقد ..... ۱۰۳
- ۳-۴-۳) تملیکی بودن عقد ..... ۱۰۴
- ۴-۴-۳) مستمر بودن عقد ..... ۱۰۴
- ۵-۳) احکام شرکت مدنی ..... ۱۰۴
- ۱-۵-۳) اداره مال مشاع ..... ۱۰۵
- ۱-۵-۳) وضع حقوقی شریک ماذون ..... ۱۰۵
- ۲-۵-۳) پایان اذن در تصرف ..... ۱۰۶
- ۳-۵-۳) تقسیم اموال شرکت ..... ۱۰۶
- ۱-۳-۵-۳) تقسیم به تراضی ..... ۱۰۷
- ۱-۳-۵-۳) تقسیم اجباری ..... ۱۰۸
- ۶-۳) انحلال شرکت ..... ۱۱۰
- ۷-۳) مشارکت بانکی ..... ۱۱۰
- ۱-۷-۳) مشارکت مدنی ..... ۱۱۰
- ۲-۷-۳) مشارکت حقوقی (تجاری) ..... ۱۱۱
- ۳-۷-۳) ویژگی های اصلی قراردادهای مشارکتی ..... ۱۱۲

- ۱۱۳ ..... ۳-۷-۱) ویژگیهای مشارکت مدنی.....
- ۱۱۴ ..... ۳-۷-۴) ماهیت مشارکت مدنی.....
- ۱۱۵ ..... ۳-۷-۵) تفاوت مشارکت مدنی در نظام بانکی با معادل آن در قانون مدنی.....
- ۱۱۶ ..... ۳-۸-۸) خاتمه قراردادهای مشارکت مدنی.....
- ۱۱۷ ..... ۳-۸-۱) فروش اقساطی در قانون مدنی.....
- ۱۱۷ ..... ۳-۸-۲) فروش اقساطی در نظام بانکداری.....
- ۱۱۸ ..... ۳-۸-۲-۱) فروش اقساطی مسکن.....
- ۱۱۸ ..... ۳-۸-۲-۲) فروش اقساطی مواد اولیه لوازم یدکی و ابزار کار.....
- ۱۱۹ ..... ۳-۸-۲-۳) فروش اقساطی وسایل تولید، ماشین آلات، وسائل حمل و نقل، کالاهای مصرفی  
بادوام و تاسیسات.....
- ۱۱۹ ..... ۳-۹) مشکلات فقهی حقوقی مشارکت مدنی.....
- ۱۲۸ ..... ۳-۱۰) بیان مؤلفه های اصلی مشارکت مدنی و تحقق نیافتن آنها.....
- ۱۲۹ ..... ۳-۱۱) نتایج بحث.....

### فصل چهارم: بررسی فقهی - حقوقی جعاله در نظام بانکی ایران

- ۱۳۲ ..... ۴-۱ مفهوم جعاله.....
- ۱۳۲ ..... ۴-۱-۱ جعاله در لغت.....
- ۱۳۲ ..... ۴-۱-۲ جعاله در اصطلاح.....
- ۱۳۲ ..... ۴-۱-۲-۱ فقهی.....
- ۱۳۳ ..... ۴-۱-۲-۲ حقوقدانان و قانون مدنی.....
- ۱۳۴ ..... ۴-۲ ادله مشروعیت جعاله.....
- ۱۳۴ ..... ۴-۲-۱ قرآن.....
- ۱۳۷ ..... ۴-۲-۲ روایات.....
- ۱۳۷ ..... ۴-۲-۳ اجماع.....

- ۱۳۸ ..... ۴-۲-۴ دلیل عقلی
- ۱۳۸ ..... ۴-۲-۵ بنای عقلا
- ۱۳۸ ..... ۴-۳-۳ ارکان جعاله
- ۱۳۸ ..... ۴-۳-۱ جاعل
- ۱۳۹ ..... ۴-۳-۲ عامل
- ۱۴۰ ..... ۴-۳-۳ وجود اجرت (جُعل)
- ۱۴۰ ..... ۴-۳-۴ صیغه
- ۱۴۰ ..... ۴-۴ انواع جعاله
- ۱۴۰ ..... ۴-۴-۱ جعاله عام
- ۱۴۱ ..... ۴-۴-۲ جعاله خاص
- ۱۴۱ ..... ۴-۵ عقد یا ایقاع بودن جعاله
- ۱۴۲ ..... ۴-۵-۱ نظریه ایقاع بودن جعاله
- ۱۴۳ ..... ۴-۵-۲ نظریه عقد بودن جعاله
- ۱۴۳ ..... ۴-۵-۱-۲ تفصیل بین جعاله عام و خاص
- ۱۴۵ ..... ۴-۵-۳ نظریه نهاد مختلف الماهیه
- ۱۴۶ ..... ۴-۵-۴ نظریه نهاد برزخ بین عقد و ایقاع
- ۱۴۶ ..... ۴-۵-۵ نظریه تسبیب عرفی
- ۱۴۷ ..... ۴-۵-۶ جواز جعاله در قانون
- ۱۴۸ ..... ۴-۵-۶ نظریه منتخب و دلایل آن از نظر حقوقی
- ۱۵۰ ..... ۴-۶ اوصاف عقد جعاله
- ۱۵۲ ..... ۴-۷ ثمره اختلاف در ماهیت
- ۱۵۲ ..... ۴-۷ فسخ عقد جعاله
- ۱۵۲ ..... ۴-۷-۱ فسخ جعاله قبل از انجام عمل

- ۲-۷-۴ فسخ جعاله حین انجام عمل از طرف جاعل ..... ۱۵۳
- ۳-۷-۴ فسخ جعاله در حین انجام عمل از طرف عامل ..... ۱۵۳
- ۴-۷-۴ اسباب فسخ ..... ۱۵۴
- ۹-۴ ضمان عامل ..... ۱۵۴
- ۱۰-۴ بطلان قرارداد جعاله ..... ۱۵۵
- ۱۱-۴ جعاله بانکی و آثار آن ..... ۱۵۶
- ۱-۱۱-۴ انعقاد جعاله در نظام بانکی غیر ربوی ..... ۱۵۷
- ۱-۱-۱۱-۴ جعاله اولیه و جعاله ثانویه ..... ۱۵۷
- ۲-۱-۱۱-۴ جعاله اولیه به انضمام و کالت جهت انعقاد جعاله ثانویه با شخص ثالث ..... ۱۵۸
- ۳-۱-۱۱-۴ جعاله اولیه و انعقاد جعاله ثانویه با خود شخص ..... ۱۵۸
- ۲-۱۱-۴ تحلیل مواد دستورالعمل اجرایی جعاله ..... ۱۶۰
- ۳-۱۱-۴ اشکالات و ضعف‌های اجرایی در نحوه عملکرد عقد جعاله ..... ۱۶۵
- ۱۴-۴ نتایج بحث ..... ۱۷۰
- نتیجه‌گیری ..... ۱۷۱
- پیشنهادات و راهکارها ..... ۱۷۳

## منابع و مأخذ

- منابع عربی ..... ۱۷۵
- منابع فارسی ..... ۱۷۹
- مقالات و پایان نامه‌ها ..... ۱۸۳
- پیوست ۱: قرارداد مضاربه ..... ۱۸۶
- پیوست ۲: قرارداد مشارکت مدنی ..... ۱۹۸
- پیوست ۳: قرارداد جعاله ..... ۲۱۰
- چکیده انگلیسی ..... ۲۱۱

# فصل اول

## کلیات تحقیق



## ۱-۱) مقدمه

اسلام، دین کاملی است و در تمام زمینه‌ها دستورات خاص و کاربردی ارائه کرده است. یکی از این زمینه‌ها مربوط به اقتصاد است. اسلام بر اقتصاد اسلامی، معاملات و روابط اقتصادی سالم و غیرربوبی تاکید بسیار دارد و بر عهده دولت اسلامی است تا زمینه‌های چنین معاملاتی را بر اساس موازین شارع مقدس فراهم سازد.

از آنجایی که بانک‌ها در اقتصاد هر جامعه نقش بسیار مؤثری دارند و رشد و توسعه اقتصادی بدون دخالت نهادهایی چون بانک‌ها و مانند آن ناممکن است، از این رو، باید برای رسیدن به اقتصاد کاملاً اسلامی در تمام سطوح جامعه، اول از بانک‌ها شروع کرد، چه این که اسلامی شدن کامل بانک‌ها در نهایت به اسلامی شدن اقتصاد جامعه منجر خواهد شد.

بر همین اساس، در سال ۱۳۶۲ قانونی تحت عنوان «قانون عملیات بانکی بدون ربا» تهیه، تنظیم و تصویب شد که شامل دستورالعمل‌ها و قواعد اجرایی برای انجام عملیات و معاملات اسلامی و غیرربوبی در کلیه بانک‌های کشور می‌باشد. در این قانون که کاملاً منطبق با موازین اسلامی است - معاملات و عقود ارائه شده که در صورت انجام آن‌ها به صورت واقعی توسط بانک‌ها، شاهد اقتصادی سالم و کاملاً اسلامی و به دور از هر گونه استثمار خواهیم بود.

اما مشکل اصلی در اینجاست که متأسفانه امروزه با گذشته بیش از سه دهه از بانکداری اسلامی و گذشت سی سال از زمان ارائه قانونی جامع در این رابطه، هنوز هم ضعف‌هایی در رابطه با انجام عقود و معاملات مندرج در قانون مذکور توسط بانک‌ها وجود دارد.

از جمله عقود که موضوع این تحقیق است، مضاربه، جعاله و مشارکت مدنی است. واقعیت قضیه این است که در عمل بانک‌ها آنقدر از مفهوم و ماهیت اصلی این عقود دور افتاده‌اند که ماهیت اولیه آن‌ها زیر سؤال رفته است. و بسیاری از جلوه‌ها و اثرات زیبای این عقود اسلامی را در اقتصاد اسلامی دگرگون کرده‌اند.

این مسأله در برخی موارد شبیه ربا را در جامعه ایجاد کرده و حتی معاملات ربوبی را ترویج نموده است. و این مسأله به ذهن خطور می‌کند که چرا با وجود قانون مدون و متقنی که توسط اندیشمندان اسلامی و کارشناسان حقوقی و اقتصادی و ... تهیه و ارائه شده است، هنوز هم بسیاری از بانک‌ها بعضی اعمال صوری و حساب‌سازی‌ها را مبنای عمل خود قرار می‌دهند. چرا که این موضوع موجب تضعیف عملی قانون فوق‌الذکر است.

در این تحقیق سعی شده است تا ابتدا به طور خلاصه تصاویری از عقود مضاربه، جعاله و مشارکت مدنی ارائه شود و سپس نحوه عملکرد بانک‌ها را در انعقاد، اجرا و نظارت این عقود با معیارهای مالیه اسلامی مقایسه نموده و برخی از ضعف‌های اجرایی و چالش‌های موجود را برشماریم.

نگارنده در پایان راهکارهایی را پیشنهاد می‌کند تا این چالش‌ها رفع شوند تا حداقل نقطه تأملی برای کارشناسان و مسوولان ذیربط باشد و سیستم بانکی کشور کاملاً و عملاً با اصول و موازین اسلامی منطبق شود و شاهد اجرای کامل بانکداری اسلامی باشیم.

## ۱-۲) بیان مسأله

اسلام یک دین کامل است و در تمامی زمینه‌ها برای مردم احکام و دستورات خاص آورده و قوانینی را وضع نموده است. یکی از این زمینه‌ها مربوط به اقتصاد است. اقتصاد اسلامی یک واژه‌ی عام است که همه‌ی موارد را در بر می‌گیرد و بر معاملات و روابط اقتصادی سالم و غیر ربوی تاکید بسیار زیادی دارد و بر عهده‌ی دولت اسلامی است تا زمینه‌ی چنین معاملاتی را بر اساس موازین شرع مقدس فراهم کند. قانون مدنی که به اجماع حقوقدانان متخذ از فقه امامیه است در ماده‌ی ۱۸۳ تعریفی از عقد به دست داده است بر طبق این ماده قرارداد یا عقد یک عمل حقوقی است که برای ایجاد آن نیاز به توافق حداقل دو اراده است.

امروزه تحولات عظیمی در احتیاجات مادی و معنوی مردم که تحت نظام حاکم این قانون زندگی می‌کنند پدیدار گشته و موجبات تفاسیر گوناگونی را از مواد این قانون که در زمان خود بسیار جامع و کامل تلقی شده ایجاد کرده است. همچنین با پیشرفت صنایع، فرهنگ و سطح زندگی مردم عقودی پیدا شدند که علمای حقوق نسبت به تطبیق آن‌ها با یکی از عقود معینه در قانون مدنی موافقت زیادی ندارند.

حقوق مدنی ایران در فصل هفتم از ماده ۵۶۱ الی ۵۷۰ به بحث جعاله اختصاص دارد و از فقه امامیه اقتباس نموده، ماده ۵۶۱ در تعریف جعاله مقرر می‌دارد: «جعاله عبارتست از التزام شخص به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین» چنانکه از سیاق تعریف بر می‌آید جعاله را یکی از معاملات معوض می‌شناسد لذا قانونگذار در این تعریف از نظر مشهور فقها تبعیت نموده است.

بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی، با تنظیم قرارداد و به عنوان عامل یا عند الاقتضاء به عنوان جاعل مبادرت به انعقاد قرارداد جعاله نمایند. برای اهمیت موضوع کافی است نگاهی به عملکرد بانک‌ها بیاندازیم که ماهانه هزاران قرارداد جعاله منعقد می‌شود که برای تنظیم چنین قراردادی و همچنین وضعیت حقوقی آن پرسش‌های فراوانی مطرح است که توسط اندیشمندان و علاقمندان و متخصصین علم حقوق برای تبیین موضوع گام‌های فراوانی برداشته شده است، پرسش‌هایی که مطرح است عبارتند از اینکه جعاله عقد است یا ایقاع؟ لازم است یا جایز و اینکه از نظر ماهیت حقوقی در کدام یک از دسته بندی‌های اعمال حقوقی قرار می‌گیرد؟ به نظر می‌رسد که از میان نظریات معرفی شده در 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.<sup>۱</sup>

قانونگذار جهت دوری جستن از اختلاف فقهای امامیه در عقد یا ایقاع بودن جعاله در این خصوص به طور کلی می گوید: جعاله تعهدی است جایز. که جمع بین کلام هر دو دسته از فقها را نموده باشد. قدر متیقن کلام فقها و التزام آن است و اگر منظور قانونگذار عقد بودن جعاله بود صریحاً بیان می نمود همچنان که در مضاربه صریحاً می گوید.

ماده «۵۴۶» ق. م. میگوید: «مضاربه عقدیست که بموجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می شود».<sup>۲</sup>

«این شرکت از شخصیت حقوقی بی بهره بوده و همه دادوستدها به نام «عامل» و به وسیله او انجام می شود ولی نتیجه معامله به صاحب سرمایه می رسد؛ چنانکه زیانهای ناشی از معامله را نیز او متحمل شده و تعهدات مالی و پیمانهای عامل را از دارایی خود اجرا می کند. همین دو نکته است که این شرکت را از سایر شرکتهای تجارتی متمایز می سازد؛ زیرا در همه شرکتهای پیش بینی شده در قانون تجارت، شخصیت حقوقی مستقل از شرکا به وجود می آید جز در این شرکت. در قرارداد مضاربه در بانکها نیز اگر مشتری و نماینده بانک بر اساس قانون مضاربه با هم قرار دادی را امضاء کنند و بانک مکلف شود که تا رسیدن زمان پایان قرارداد مبلغی را ماهانه و به صورت علی الحساب به سرمایه گذار تقدیم کند؛ چنین توافقی ضروری به اصل قرارداد نزده و در این فرض اگر سایر شروط مضاربه را هم رعایت کنند مضاربه صحیح بوده و سود دریافتی حلال خواهد بود».<sup>۳</sup>

قانون مدنی در ماده ۵۷۱ شرکت را چنین تعریف کرده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدّد در شیئی واحد به نحو اشاعه». این تعریف مستقیماً از فقه امامیه گرفته شده، بلکه ترجمه فارسی تعریف عربی شرکت است؛ چنانکه محقق در شرایع در تعریف شرکت می گوید: «و هی اجتماع حق مالکین فصاعدا فی الشیء علی سبیل الشیاع»<sup>۴</sup>

۱ - کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۸، حقوق مدنی - درس‌هایی از عقود معین، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، صص ۲۷۰ - ۲۸۰.

۲ - امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی، ج ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ص ۹۸.

۳ - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹). حقوق مدنی (مشارکت‌ها - صلح): عقود معین، ج ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ص

۴ - حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، (۱۴۰۴ ه. ق). التنیقح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۲، قم: کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، ص ۲۰۷.