

## قواعد حاکم بر انحلال جعاله با رویکردی بر جعاله بانکی

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

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۹

### چکیده:

اهمیت کاربرد جعاله در بانکداری اسلامی به حدی است که ام‌العقود نامیده می‌شود. دلیل این گستردگی 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 بر اساس قراردادهای اسلامی نظیر جعاله است. اعطای تسهیلات بانکی با رعایت حدود و مقررات اسلامی امری واجب و درخور توجه است؛ بنابراین در این پژوهش سعی بر آن شده است که در دو بخش کلیات و جعاله بانکی، این عقد در قالب رویکردی فقهی و حقوق موضوعه تحلیل و بررسی و اختلافات موجود در آن تبیین شود. در این میان، بطلان قراردادی می‌تواند منجر به انحلال کلیه توابع و شروط آن نیز گردد؛ که این امر خود موجب معضلات جدی در توافقات فی‌مابین طرفین است. پژوهش حاضر از طریق مطالعه توصیفی \_ تحلیلی و با استفاده از اطلاعات کتابخانه‌ای و مصادیق قانونی، مبنای معضلاتی که ممکن است انحلال عقد جعاله را موجب شود، تحلیل نموده و پاسخی در خصوص امکان انحلال شروط ضمن عقد جعاله ارائه گردید.

واژگان کلیدی: جعاله، تعهدات، عملیات بانکی، ربا، جُعل، اجرت‌المثل، بانکداری اسلامی؛

<sup>۱</sup> - دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی، استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

<sup>۲</sup> دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری و مدرس دانشگاه

## مقدمه

در نظام بانکی، قراردادهای تحت عناوین مختلف وجود دارند؛ مانند: «قرض الحسنه‌ی مشارکت مدنی»، «مضاربه»، «مزارعه» و «جعاله» و غیره. در این میان، جعاله یک معامله‌ی فقهی بوده که در قانون مدنی ایران به‌عنوان یکی از عقود معین معرفی شده است؛ اما امروزه از عمل حقوقی جعاله برخلاف گذشته که منحصرأً برای امور جزئی مانند اشیای گم‌شده استفاده می‌شد، برای فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی مانند ساختن بزرگراه‌ها، گشایش اعتبار اسنادی در رابطه با تجارت خارجی، صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی، عرضه‌ی اوراق مشارکت و سهام شرکت‌ها، تعمیر ساختمان‌ها و غیره استفاده می‌شود. لذا، ضرورت دارد که با شناخت کامل این تأسیس حقوقی ریشه‌دار در فقه اسلامی به سؤالات و نیازهای امروزی جامعه پاسخی درخور داده شود. در این راستا، می‌توان گفت که انسان با تولد خویش از همه‌ی حقوق الهی برخوردار می‌گردد، حقوقی که هر انسانی به‌طور ذاتی و بالفطره، حق بهره‌مندی از آن را دارا است؛ نظیر حقوق مدنی و طبیعی که در قالب دین مبین اسلام برای افعال و اعمال مسلمانان قرار داده شده است.

این‌گونه حقوق، روابط انسان‌ها را با خدا و انسان‌ها را با یکدیگر (از جمله روابط عاطفی، اجتماعی، اقتصادی و غیره) تنظیم می‌نماید. حال، به‌موجب این روابط اقتصادی میان انسان‌ها، اسلام با تأسیس بانک مخالف نیست، بلکه با فعالیت‌های ربوی و اعمال سیاست‌های پولی که موجب گسترش فقر عموم مردم می‌شود، به‌شدت مخالف است. پس از پیروزی انقلاب اسلامی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی اصلاحاتی به عمل آمد و این اصلاحات می‌بایست تا تطبیق کامل قوانین بانکی با شرع مقدس اسلام ادامه یابند. در قانون اساسی، نقش بانک‌ها پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع هرگونه فقر و برطرف نمودن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و غیره از جامعه تعیین شده است.

### گفتار اول: فسخ جعاله‌های بانکی

جعاله‌های بانکی تفاوت چندانی با جعاله‌های معمولی ندارد. تنها فرق این جعاله‌ها در این است که بانک به‌منظور حفظ ثبات در معاملات خود، معمولاً حق فسخ را از طرف مقابل خود (چه جاعل باشد و چه عامل) سلب می‌کند، مثلاً ماده ۷ نمونه جعاله بانک ملی ایران (شماره ۴۲۱۶) مقرر می‌دارد: «جاعل در تمام مدت قرارداد، حق فسخ قرارداد جعاله را نخواهد داشت» و حال آنکه در ماده ۹ همین نمونه قرارداد، حق فسخ برای بانک (عامل) پیش‌بینی شده است.

در جعاله‌های بانکی که گاهی بانک عامل است (مثلاً در جعاله اولیه) و گاهی جاعل (مثلاً در جعاله ثانویه)، در اغلب موارد بانک حق فسخ خود را ساقط نمی‌کند. از این رو، در بحث‌های مختلف درباره جعاله بانکی باید جعاله را به‌طور کلی (و نه فقط جعاله ویژه بانکی) بررسی و احکام قانونی آن را بیان کرد تا بتوان پاسخگوی فرض‌های مختلف وقوع جعاله در بانک‌ها بود.

### بند اول: آثار فسخ توسط جاعل

۱) در صورتی که جعاله قبل از شروع به عمل فسخ شود، عامل حقی بر جاعل پیدا نمی‌کند؛ زیرا پاداش تعیین‌شده در برابر انجام کار است و عامل کاری نکرده تا مستحق پاداش آن باشد.

۲) در صورتی که کار مورد درخواست مرکب از اجزایی باشد که هر کدام به‌طور مستقل منظور جاعل باشد و پس‌ازاینکه پاره‌ای از آن اجزاء، جعاله فسخ شود، «عامل اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود، اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل» (ماده ۵۶۶ ق.م.)؛ زیرا فرض این است که کار مورد درخواست تجزیه‌پذیر است و انجام هر جزء به‌طور مستقل سهمی در میزان پاداش دارد و اثر هر فسخی نسبت به آینده است؛ بنابراین، عامل به نسبت کار انجام‌شده استحقاق گرفتن پاداش مورد التزام را دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۵۶).

به‌عبارت‌دیگر، جعاله در این فرض به جعاله‌های متعدد تجزیه می‌شود و هر یک از آن

اجزا در مقابل سهمی از اجرت قرار می‌گیرد که در صورت انجام هر یک از آن اجزا، استحقاق پاداش نسبت به آن به وجود می‌آید، مثلاً هرگاه کار موضوع جعاله آسفالت صد کیلومتر از جاده تهران - قم باشد و پس از انجام نیمی از کار، جاعل جعاله را فسخ کند، عامل مستحق نیمی از پاداش تعیین شده خواهد بود. شایان ذکر است که به احتمال قوی مواد ۵۶۵ و ۵۶۶ قانون مدنی ایران مستفاد از تحلیل صاحب جواهر است که به لحاظ اهمیت بحث عین عبارت او را نقل می‌کنیم:

«ضابطه کلی در مورد آثار فسخ جعاله این است که اگر کار موضوع جعاله، عملی است که تجزیه پذیر نیست (مثل پیدا کردن چیز گم شده و مانند آن) و یا تجزیه پذیر است، لکن جاعل، جعل و پاداش را تنها برای حصول نتیجه معینی در نظر گرفته است. در این دو فرض، چنانچه جعاله به طریقی غیر از فسخ جاعل بر هم بخورد مثل آن که عامل منصرف شود یا بر اثر حوادثی، موضوع جعاله به طور کلی از بین برود [عامل مستحق دریافت چیزی نخواهد بود، اما اگر جاعل فسخ کند، عامل مستحق اجرت المثل مقدماتی که انجام داده خواهد بود، به ویژه، اگر برخی از نتایج کار هم حاصل شده باشد. دلیل این حکم، قاعده غرور (الْمَعْرُورُ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ غَرَّهُ)، قاعده احترام عمل مسلم و قاعده نفی ضرر (لا ضَرَرَ و لا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَام) است، چنانکه در مضاربه نیز این گونه است که اگر مالک، قبل از به اتمام رسیدن معاملات تجاری، مضاربه را فسخ کند باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد، حتی در صورت انفساخ جعاله به فوت جاعل و مانند آن نیز علمای اسلام چنین حکمی کرده اند تا چه رسد به صورت فسخ آن، اما چنانچه عمل تجزیه پذیر (و دارای اجزا) باشد و قصد شده باشد که جُعَل تعیین شده، مانند اجاره بر اجزا توزیع شود، حکم به تقسیط جُعَل، مانند قسطهای اجاره (تا این که عامل از اجره المسمی به نسبت کار انجام شده استحقاق داشته باشد) حکم درستی است که در این فرض هم تفاوت ندارد فسخ از ناحیه جاعل باشد یا عامل» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۰۰).

این حکم که در صورت تجزیه پذیر بودن عمل، عامل به نسبت کار انجام شده از اجرت المسمی مستحق خواهد بود، اولین بار از ناحیه فقهای شیعه مطرح شده است و سپس برخی از علمای اهل سنت نیز آن را پذیرفته اند.

در پایان، صاحب جواهر تأسیس اصل کرده، می‌گوید: «و مع الاطلاق، فالظاهر الاول فی الجعاله، فیجری علیه ما سمعت فتأمل جيداً»؛ یعنی در صورتی که قرینه‌ای بر نحوه اراده جاعل نباشد، ظاهر آن است که جاعل، جُعَل را برای همه کار (به شرط این‌که به‌طور کامل انجام شود) قرار داده است و خلاف آن نیاز به اثبات دارد؛ بنابراین، در چنین مواردی اگر توسط جاعل در حالی که کار ناتمام است، جعاله فسخ شود، عامل تنها حق دریافت اجرت‌المثل را دارد.

۳) درجایی که کار مورد جعاله تجزیه‌ناپذیر و جاعل تنها به یک نتیجه معین نظر داشته باشد و در اثنای عمل، جعاله از طرف جاعل فسخ شود، عامل مستحق اجرت‌المثل عملی که انجام داده است؛ زیرا آن عمل به پیشنهاد و اذن جاعل انجام شده و عمل انسان محترم است و جاعل موجب به نتیجه نرسیدن عمل عامل است، خواه عامل معین باشد، خواه غیر معین. مؤید این بیان ذیل ماده ۵۶۵ ق.م است که مقرر می‌دارد: «... ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع کند، باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد.» (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ص ۲۸۸).

مبنای مسئولیت جاعل در این مورد خطای او نیست؛ زیرا تنها بر پایه حقی رفتار کرده که قانون به او داده است و حتی اگر دلیل مشروعی هم برای انصراف خود داشته باشد باید اجرت‌المثل عامل را بپردازد. در واقع، قانون‌گذار به منظور جبران ضرر عامل، برای جاعل مسئولیت عینی به وجود آورده است و سببیت عرفی را کافی شمرده، بی‌آنکه در اندیشه احراز تقصیر جاعل باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۵۸).

۴) اگر جاعل، جعاله را بر هم زند ولی عامل از آن باخبر نشود و در نتیجه، کار را به اتمام برساند، استحقاق دریافت همه اجرت تعیین شده را دارد؛ بنابراین، امکان فسخ عقد از سوی جاعل، ناظر به موردی است که عامل از آن آگاه شود و گرنه وضع او مانند وکیلی است که پیش از آگاه شدن از خبر عزل خود، مورد وکالت را انجام دهد که به‌طور طبیعی باید او را مستحق اجرت مقرر شناخت (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۲۵۸).

ابن جنید که از فقیهان قرن چهارم هجری است، در این باره می‌گوید: «اگر جاعل

(به صورت جعاله عام) به عموم مردم اعلام کرده باشد که هر کس فلان فراری را پیدا کند و بیاورد، فلان مبلغ پاداش می‌دهم و مردم به منظور رسیدن به پاداش از پی یافتن او بروند، اما جاعل از تصمیم خود منصرف شود و در حضور شاهدانی اعلام کند که جعاله خود را فسخ کرده است، جعاله فسخ نمی‌شود...» (ابن محمد الأعرج، ۱۴۱۶، ص ۷۷).

در حقوق آلمان نیز همین نظر پذیرفته شده است. ماده ۶۵۸ ق.م این کشور تصریح می‌کند: «... رجوع از وعده در صورتی مؤثر است که به همان ترتیبی که وعده جایز به اطلاع عموم رسیده، رجوع نیز به اطلاع عموم برسد و یا با ارتباط خاص (با عامل یا عاملان) این اطلاع (از رجوع) حاصل شود» (هدایتی، ۱۳۷۳، ص ۲۰۲).

ماوردی از فقهای شافعی قرن پنجم هجری دقیقاً همین نظر را داشته و به محتوا و مضمون ماده فوق تصریح کرده است (هدایتی، ۱۳۷۳، ص ۲۰۰).

برخی از فقها بر این نظر خرده گرفته و گفته‌اند: «الزام موکل بر عملی که وکیل پیش از رسیدن خبر عزل به او انجام داده است، حکمی است خاص و ویژه وکالت. قاعده این است که فسخ عقد و ایقاع جایز به علم و جهل طرف قرارداد بستگی نداشته باشد و تنها به اراده فسخ کننده منحل شود. پس در فرضی که عامل بدون آگاهی از فسخ جعاله به مفاد آن عمل کرده است، حقی برگرفتن اجرت معهود ندارد ولی می‌تواند اجرت‌المثل بگیرد.» (ابن منظور الافریقی المصری، ۱۴۰۸، ص ۱۹۸).

چنین اختلافی در میان فقهای شافعی نیز وجود دارد. آن‌ها پاسخ این پرسش را بر وضعیتی مبتنی ساخته‌اند که موکل وکالت را در غیبت وکیل فسخ می‌کند. (آیا تصرفات وکیل قبل از علم به عزل نافذ است یا نه؟)؛ آن‌ها در آنجا تصرفات وکیل را نافذ می‌دانند، در اینجا هم عامل را مستحق اجرت مقرر می‌شناسند و آن‌ها که تصرفات وکیل را نافذ نمی‌دانند در اینجا عامل را تنها مستحق اجرت‌المثل می‌دانند.

به استناد قاعده غرور و قاعده تسبیب، همان قول اول (نظر ابن جنید و علامه حلی که معتقدند تا قبل از اعلام به عامل، جعاله فسخ نمی‌شود) صحیح است؛ چون اگر اعلام به

عامل یا عاملان را در فسخ جعاله شرط ندانیم، اسباب سوءاستفاده برخی افراد را فراهم کرده‌ایم؛ کارهای کم‌ارزشی که کسی رغبت به انجام آن نمی‌کند، موضوع جعاله قرار خواهد گرفت و پس از روی آوردن مردم به آن و تحقق مقصودشان، در حضور شاهد یا شاهدانی جعاله را فسخ می‌کنند و بدین طریق عامل را مجبور می‌کنند که به همان اجرت‌المثل قناعت کند. این، نوعی سلب آزادی است و حال آن‌که خدا انسان را آزاد آفریده است.

۵) در مواردی که عامل مبالغی متحمل شده است؛ برخی از نویسندگان معتقدند که چنانچه جاعل قبل از خاتمه عمل از وعده خود رجوع کند، باید علاوه بر اجرت‌المثل عمل عامل، مخارجی را که او برای انجام عمل متحمل شده بپردازد. استدلال آن‌ها چنین است:

گرچه ماده ۵۶۵ ق.م.نسبت به این مخارج ساکت است، لیکن این سکوت معلول بدیهی بودن آن است. علاوه بر این، به استناد ماده ۶۷۵ ق.م. و توسل به وحدت ملاک وضع حقوقی جاعل مشابه وضع حقوقی موکل است. لذا، همان‌طوری که «موکل باید تمامی مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و هم‌چنین اجرت وکیل را بدهد...»، جاعل نیز ملزم به پرداخت مخارج صاحب اجرت‌المثل خواهد بود. حقوقدانان فرانسه نیز باوجود سکوت قوانین فرانسه وضع حقوقی عامل را با وضع حقوقی وکیل و یا وضع حقوقی مستأجر کارگاه، مشابه دانسته، عقیده دارند که اگر وعده دهنده (جاعل) قبل از خاتمه عمل از وعده خود رجوع کند، مانند موکل و موجر ملزم به پرداخت خسارت (مخارجی که عامل متحمل شده و اجرت‌المثل عمل او) خواهد بود (اصفهانی، ۱۳۳۹، ص ۲۰۳).

قانون تعهدات سوئیس نیز این نظر را پسندیده و به آن تصریح کرده است. بند دوم ماده ۸ آن قانون می‌گوید: «اگر قبل از اجرای عمل و عهده دهنده از وعده خود رجوع کند، ملزم به پرداخت مخارجی (در اینجا مخارج به مفهوم وسیع موردنظر بوده و شامل اجرت‌المثل هم می‌شود) خواهد بود که با حسن نیت بکار رفته و حدود این تعهد مبلغی معادل جایزه است...» (ابن رشد القرطبی، ۱۴۰۸، ص ۲۰۰).

بعید نیست از باب تسبیب این نظر را بپذیریم، اما این که فقها حکم مخارج افزون بر اجرت‌المثل را بیان نکرده‌اند، شاید بدین جهت بوده که این مخارج را در صورت ضروری بودن برای انجام کار، داخل در اجرت‌المثل می‌دانسته‌اند. ناگفته نماند، پرداخت مخارج و اجرت‌المثل مشروط به این است که اعمال انجام‌شده باهدف وعده دهنده ارتباط داشته و برای رسیدن به مقصود جاعل مفید باشد.

ماده ۸ قانون تعهدات سوئیس در این باره مقرر می‌کند: «اگر وعده دهنده یعنی جاعل ثابت کند که از اعمال انجام‌یافته امید موفقیتی نمی‌رفته، خواهد توانست از تعهد پرداخت مخارج شانه خالی کند.»

۶) همان‌گونه که جاعل می‌تواند پیش از پایان کار، جعاله را فسخ کند، حق دارد بر میزان اجرت (جُعَل) بیفزاید یا از آن بکاهد. این اقدام به‌منزله فسخ جعاله پیشین و انشای پیشنهاد جدید است. به همین جهت عامل آخرین اجرت را استحقاق دارد، خواه کمتر و خواه بیشتر از اجرت‌های پیشین باشد. البته هرگاه اجرت‌المثل کار پیشین او بیش از اجرت جدید باشد، باید گفت او حق گرفتن اجرت‌المثل کار خود را دارد؛ زیرا مانند فرضی است که جاعل پیش از پایان کار جعاله را فسخ کرده باشد. در موردی هم که کار سابق، جزئی از کار مطلوب مورد جعاله و دارای ارزش مستقل باشد، عامل به نسبت کاری که انجام داده، از اجرت پیشین استحقاق دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۶۰).

اشکال در موردی باقی می‌ماند که عامل تنها از اجرت تعیین‌شده در نوبت اول آگاه شود و بر مبنای آن کار را انجام دهد. در این فرض، گروهی از فقها و حقوقدانان او را مستحق اجرتی می‌دانند که بر آن آگاهی یافته است.

چنین سخنی به شرط این که کوتاهی جاعل در اطلاع‌رسانی سبب عدم آگاهی عامل بوده باشد صحیح است. در غیر این صورت، به دلیل تأثیر اراده اخیر جاعل در فسخ جعاله سابق، باید پذیرفت که هرگاه عامل بر این فسخ جاهل بماند، تنها استحقاق اجرت‌المثل را خواهد داشت.

دکتر کاتوزیان در فرض اخیر چنین اظهارنظر کرده است: «هرگاه او (عامل) بر این فسخ



جاهل بماند، استحقاق بیش‌ترین مبلغ از اجرت‌المثل و پیشنهاد جدید را دارد»، البته این نظر بر فرض ایقاع بودن جعاله می‌تواند درست باشد، نه با مبنای ایشان (کاتوزیان) که جعاله را عقد می‌دانند، مثلاً اگر پیشنهاد جدید مبلغی بیشتر از اجرت‌المثل باشد، طبق مبنای عقد بودن جعاله، می‌بایست پرسید که چگونه عقد تشکیل شده است، در حالی که عامل، اساساً از پیشنهاد جدید بی‌خبر بوده است؟

### بند دوم: آثار فسخ توسط عامل

بانک‌ها معمولاً به صورت شرط ضمن عقد، حق فسخ طرف خود را ساقط می‌کنند و در صورت کوتاهی در انجام تعهدات، مطالبات خود را از محل وثیقه‌هایی که گرفته‌اند وصول می‌کنند یا از طریق دستگاه قضایی او را به انجام تعهداتش ملزم می‌سازند ولی از آنجاکه بانک همیشه جاعل نیست و هر یک از این دو حالت را ممکن است پیدا کند و نیز شیوه عمل بانک‌ها در اسقاط حق فسخ طرف معامله بر اساس قانون خاصی نیست و احتمال تغییر در آن وجود دارد، لازم است حکم همه فرض‌های محتمل بیان شود.

پیش از بیان آثار فسخ صورت گرفته توسط عامل، لازم است این نکته یادآوری گردد که «مقصود از نسبت فسخ به عامل در ذیل ماده ۵۶۶ ق.م. این است که عامل مکلف به اتمام عمل و ادامه دادن به آن نیست و هر وقت بخواهد می‌تواند از آن دست بکشد، اگرچه جعاله به واسطه دست کشیدن او منفسخ نشود» (ابن العابدین، ۱۴۰۷، ص ۲۰۶).

نتیجه انصراف عامل پیش از آغاز کار، در دوران انجام کار و پس از آن را جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱) در صورتی که عامل پیش از شروع کار، از انجام آن منصرف شود، حقی بر جاعل پیدا نمی‌کند؛ زیرا اجرت در برابر انجام کار است و عامل کاری نکرده تا مستحق اجرت باشد (ابن رشد القرطبی، ۱۴۰۸، ص ۲۱۵).

۲) در صورتی که عامل پس از آغاز کار ولی پیش از اتمام آن رجوع کند وضع او وابسته به چگونگی کار مورد جعاله است. «هرگاه کار مورد نظر تجزیه پذیر باشد و عامل بخشی از

نتیجه مطلوب را به دست آورد، به نسبت کاری که انجام داده مستحق اجرت است (بخش اخیر ماده ۵۶۶ ق.م. ولى در موردی که تنها برای نتیجه معهود مقدماتی فراهم کرده باشد، نه تنها حقی بر اجرت ندارد بلکه نمی‌تواند اجرت‌المثل کار خود را نیز بگیرد؛ زیرا الزام جاعل به پرداختن اجرت‌المثل برای جبران زیانی است که به عامل وارد آورده، اما در این فرض، عامل خود باعث این ضرر شده است.» و با میل خود از ادامه کار صرف نظر کرده است. پاداش در نظر گرفته شده در جعاله در مقابل نتیجه معهود است و کارهای مقدماتی که عامل برای رسیدن به نتیجه انجام داده، جنبه مقدماتی دارد و به ازای آن مستحق اجرتی نیست. از این رو، ماده ۵۶۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.»

۳) درجایی که عامل پس از انجام کار از تسلیم شیء مورد جعاله به جاعل منصرف شود، به استناد ظاهر ماده ۵۶۵ ق.م. امکان رجوع به دلیل تمام شدن کار مورد جعاله، برای هر دو طرف پایان پذیرفته است، عامل نمی‌تواند از تسلیم مالی که پیدا کرده و اکنون در اختیار اوست خودداری کند و چنانچه به این سبب، زیانی به جاعل برسد، مسئول جبران آن است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۲۷).

با وجود این، اگر در این فرض نیز مالی از جاعل نزد عامل نباشد و زیانی از مراجعه نکردن عامل به او به بار نیاید، عامل می‌تواند از اجرت خود بگذرد و آن را مطالبه نکند؛ برای مثال هرگاه موضوع جعاله، کشف دارو برای نوعی بیماری باشد و پزشکی پس از انجام تحقیقات فراوان موفق به کشف و ساخت آن دارو بشود، حق دارد از خبر دادن به جاعل منصرف شود. البته این کار عامل را نمی‌توان فسخ جعاله نامید؛ این نوعی گذشت از حقوق به دست آمده است.

به طور کلی، در همه مواردی که عامل حق دارد در اثناى عملیات مقدماتی از کار منصرف شود، اگر در نتیجه انصراف او زیانی متوجه جاعل گردد، از جهت تسبیب، مسئول زیان‌های وارده خواهد بود. این بدان جهت است که عامل، امین جاعل محسوب می‌شود و باید در نگهداری و پس دادن اموال او به مقتضای امانت رفتار کند وگرنه مسئول زیان‌های ناشی از تقصیر خویش است، برای مثال هرگاه موضوع جعاله، تعمیر ماشین

جاعل در کنار جاده باشد و عامل پس از آنکه تعمیر را شروع کرده، پشیمان شود، در این صورت نباید بدون اطلاع دادن به جاعل، ماشین را در بیابان رها کند تا دستخوش هجوم سارقان شود و گرنه مسئول خسارات احتمالی وارده به جاعل خواهد بود؛ چون کسی نمی‌تواند به دیگری زیان وارد آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۶۳).

۴) این که گفته شده، عامل، در هر زمانچه پیش از شروع به کار و چه پس از آن درائین کار می‌تواند از انجام کار رجوع کند، درجایی است که با ناتمام گذاردن کار، ضرری بر جاعل وارد نیاید و گرنه بر عامل واجب است که یا اصلاً کار را شروع نکند و یا اگر شروع کرده به پایان برساند؛ برای مثال همه فقها فتوا داده‌اند اگر مورد جعاله، انجام عملیات جراحی بر روی چشم یا عضوی دیگر از اعضای بدن بیماری باشد، جایز نیست که پزشک (عامل) پس از آغاز کار از ادامه و اتمام آن خودداری کند؛ و چون معالجه بیمار متوقف بر تکمیل عمل است و اگر در وسط کار رها شود، خسارات زیادی از جمله معیوب شدن عضو مورد جراحی به بار می‌آورد؛ چنانچه کار را رها کند، علاوه بر این که مستحق چیزی (به نسبت عمل انجام شده) نخواهد بود، از عهده خسارت‌های وارده آمده بر جاعل نیز می‌بایست برآید. دلیل آن این است که جاعل اولاً، جُعل را برای همه عمل با این قید که به نحو کامل انجام شود در نظر گرفته، لذا با انجام بخشی از کار، عامل مستحق چیزی از اجرت نخواهد شد و ثانیاً، به دلیل قاعده لا ضرر عامل موظف است زیان‌ها را جبران کند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۱۷).

بعضی از فقهای معاصر در مورد میزان حقوق عامل پس از انصراف درائین کار، نظریه جدیدی مطرح کرده‌اند که شاید همه آنچه تاکنون بیان کرده‌ایم منافاتی با این نظریه نداشته باشد، بلکه مصداقی از آن باشد. ایشان می‌گویند: بهتر است حدود استحقاق عامل را به عرف و اهل خیره واگذار کنیم و چون نظر عرف و اهل خیره در مکان‌ها و زمان‌ها و موارد مختلف وجود دارد، حکم بر این است که عامل مستحق چیزی نیست و دادرسی نیز به عدم استحقاق حکم می‌دهد و اگر حکم شود که باید اجرت‌المسمی به نسبت کار انجام شده تقسیم شود، دادرسی باید چنین کند و اگر عرف به پرداخت اجرت‌المثل نظر دهد، بر جاعل لازم است که آن را بپردازد و اگر عرف در مواردی نظر روشنی نداشته باشد، باید طرفین بر سر اصل بود یا نبود اجرت و نیز مقدار آن با یکدیگر

به توافق برسند؛ به دلیل آن که چنین مسئله‌ای از مسائل عرفی است، نه تعبدی (ابن محمد الأعرج، ۱۴۱۶، ص ۱۹۱).

دیدگاه عرف و تشخیص اهل خبره از آن جهت دارای اهمیت است که حاکی از اراده ضمنی طرفین جعاله است.

### گفتار دوم: اثر فوت و جنون و سفه

هر عقد یا ایقاع جایز در اثر فوت<sup>۱</sup>، جنون و سفه هر یک از طرفین منفسخ می‌شود. جعاله نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست. مهم بررسی این مطلب است که چه آثاری بر انفساخ جعاله در این حالات بار می‌شود. در بحث‌های مربوط به فسخ جعاله از طرف جاعل و یا انصراف عامل گفته شده که باید بین موردی که پاره‌ای از نتیجه‌های مطلوب جاعل به دست آمده و موردی که عامل تنها مقدمه نتیجه نهایی را فراهم آورده است، تفاوت گذارد؛ چراکه هر یک از این دو مورد نیز به نوبه خود دو حالت دارد و هر یک از حادثه‌های سه‌گانه (فوت، جنون و سفه) نیز گاهی برای جاعل رخ می‌نماید و گاهی برای عامل. مجموع این حالت‌ها چهار صورت به شرح زیر است:

(۱) مورد نخست از حالت اول این است که در اثنای کار یکی از این حادثه‌ها برای جاعل رخ دهد و کار نیز تجزیه‌ناپذیر باشد و در نتیجه بخشی از نتیجه نهایی هم به دست آید، در این صورت عامل بر اساس مفاد جعاله و به حکم قانون (ماده ۵۶۶ ق.م) استحقاق دریافت سهمی از اجرت مقرر را دارد؛ چون پیش از انحلال عقد بر سهمی از اجرت حق پیدا کرده است، موت و حجر جاعل نمی‌تواند این حق ثابت را از بین ببرد؛ زیرا فسخ و انفساخ نمی‌تواند تأثیری در گذشته داشته باشد و آثار آن تنها درباره آینده است؛ بنابراین، عامل می‌تواند از اجرت المسمی به نسبت کار انجام شده مطالبه و دریافت کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۶۰).

<sup>۱</sup> بانک‌ها برای اینکه بعد از مرگ جاعل یا عامل طرف قرارداد با مشکلی مواجه نشوند، می‌توانند در هنگام انعقاد جعاله، از جاعل یا حسب مورد از عامل بخواهند که بانک را جهت پیگیری امور مربوط به جعاله وصی خود قرار دهد تا بانک (وصی) از حساب‌های بانکی و دارایی‌هایی که وثیقه جعَل است، مطالبات خود را دریافت کند یا چنانچه متوفای عامل است، بانک بتواند شخص دیگری را برای اتمام کار به استخدام درآورد تا هم کار به پایان برسد و هم حقوق ورثه متوفای محفوظ بماند.

۲) مورد دوم از حالت اول؛ یعنی جایی که تنها، مقدمه نتیجه نهایی فراهم آید و دراثنای عمل به موت یا جنون و یا سفه جاعل، جعاله منفسخ شود، عامل حقی بر جاعل پیدا نمی‌کند و نمی‌توان موت و جنون و سفه جاعل را طبق ماده ۳۳۱ ق.م. سبب توجه خسارت دانست؛ زیرا شرط مسئولیت در مورد تسبیب وجود سببیت عرفی و مادی بین کار مسبب و زیان است، درحالی‌که در صورت فوت، جنون و سفه، این رابطه عرفی و مادی بین کار جاعل و زیان عامل وجود ندارد؛ چون «حادثه‌ای رخ داده و رابطه حقوقی بین آن دو را از بین برده است و در این قطع رابطه، جاعل هیچ‌گونه دخالتی ندارد»، اما در موردی که جاعل با اختیار خود جعاله را فسخ می‌کند، به‌رغم آن‌که از حق قانونی خود استفاده می‌کند (و حتی ممکن است دلیل مشروعی برای فسخ خود داشته باشد) باز باید اجرت‌المثل عمل عامل را بپردازد. این بدان جهت است که قانون‌گذار رابطه سببیت عرفی و مادی بین کار جاعل و زیان عامل را کافی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۶۱).

۳) حالت دوم (که آن نیز به‌نوبه خود دو مورد دارد) جایی است که این حادثه‌های سلب‌کننده اهلیت (مانند فوت) برای عامل رخ می‌دهد و موجب انفساخ جعاله شود، در این مورد باید فرض موت عامل را از فرض جنون و سفه او جدا کنیم؛ چراکه هر کدام احکام ویژه خود را دارند. اگر فوت عامل پیش از آغاز به کار باشد، بدیهی است ورثه او استحقاق چیزی ندارند.

اما اگر پس از شروع به کار باشد، دو صورت دارد: نخست، صورتی است که کار تجزیه‌پذیر باشد، در این صورت استحقاق ورثه عامل نسبت به اجزایی که انجام داده، از بین نمی‌رود و دوم، صورتی است که عمل تجزیه‌پذیر نیست که خود دو فرض دارد: یکی این‌که جعاله خاص باشد و جاعل مباشرت عامل را قید کرده باشد، در چنین فرضی وارثان عامل حقی به گرفتن اجرت‌المثل پیدا نمی‌کنند<sup>۱</sup> چون مقصود جاعل حاصل نشده است.

البته برخی از فقهای عامه معتقدند که اگر عامل معین بمیرد و وارث عامل کار را تمام

<sup>۱</sup>. سید حسن امامی، همان، ص ۱۲۸.

کند (مثلاً مال پیداشده را به مالک (جاعل) برساند) استحقاق دریافت اجرت المسمی مقدار کاری که مورث او انجام داده را پیدا می‌کند، اما کاری که خود وارث انجام داده اجرتی ندارد؛ چون کسی برای کار وی پاداش در نظر نگرفته بود.

۴) فرض دوم، موردی است که جعاله عام و عامل غیر معین باشد. در اینجا، به نظر همه فقها وراثت عامل با اتمام کار استحقاق دریافت همه اجرت تعیین شده را پیدا می‌کنند. چه عمل مورد جعاله تجزیه پذیر باشد و چه نباشد. درست مانند موردی است که دو نفر با اشتراک یکدیگر کار مورد جعاله را انجام دهند (والی نژاد، ص ۱۲۲).

به نظر ما در جعاله‌های خاص نیز اگر شرط مباشرت نشده باشد (مانند بیشتر جعاله‌های مورد استفاده در بانک‌ها که چنین شرطی در آن‌ها وجود ندارد، بلکه بعضاً تصریح می‌کنند که عامل می‌تواند قسمتی از کار را به دیگری واگذار کند)، در صورت فوت عامل یا انحلال شرکت عامل وراثت و جانشین‌های عامل حق دارند کار را به پایان ببرند و همه اجرت تعیین شده را دریافت کنند؛ چون در اغلب جعاله‌ها، آنچه اهمیت دارد انجام کار است، اما گفتگوی جاعل با این عامل خاص به این دلیل است که خیال می‌کرده او قادر به انجام کار است یا عامل این‌گونه ادعا می‌کرده است. حال، پس از فوت عامل اگر وراثت و جانشین‌های او نیز این کار را انجام دهند، مقصود جاعل حاصل می‌شود؛ بنابراین، می‌توان گفت: قاعده کلی این است که وراثت عامل، جانشین او می‌شوند، مگر این که تصریحی برخلاف و یا قرینه‌ای مبنی بر شرط مباشرت عامل وجود داشته باشد.

مطالب گفته شده فوق مربوط به جایی است که عامل بمیرد، اما اگر جنون و یا سفه بر او عارض شود، جعاله منفسخ نمی‌شود، مگر این که (بر اثر جنون یا سفه) از ادامه انجام کار بازماند.

علی بن محمد ماوردی از علمای بزرگ شافعی می‌گوید: «اگر عامل معین نباشد، مستحق جعل است، اگرچه صغیر یا مجنون باشد؛ چون اهلیت در عامل شرط نیست». برخی از علمای مالکی نیز تصریح کرده‌اند به این که رشد تنها در جاعل شرط است، نه در عامل.

ما نیز پیش‌تر در بحث اهلیت عامل همین نظر را پذیرفتیم و گفتیم: تنها لازم است عامل بتواند کار را انجام دهد؛ بنابراین، صرف عارض شدن جنون یا سفه، تأثیری در استحقاق عامل به وجود نمی‌آورد، مگر این‌که به جهت پدید آمدن این حالات نتواند کار مورد جعاله را انجام دهد، حتی بسیاری از کسانی که جعاله را عقد می‌دانند، معتقدند: «جعاله عقدی است که در آن سخت‌گیری زیادی نشده و عامل می‌تواند صغیر ممیز و یا سفیه نیز باشد» (ابن العابدین، ۱۴۰۷، ص ۴۳۳).

### گفتار سوم: اثر بیهوشی

برخی از فقهای عامه معتقدند: بیهوشی (اغما) همانند جنون و فوت یکی از اسباب انفساخ جعاله است. در مورد بیهوشی‌های غیرارادی و طولانی چندهفته‌ای و بعضاً چندماهه ممکن است این نظر را بپذیریم، اما در مورد بیهوشی‌های چند ساعته‌ای که معمولاً برای انجام عمل جراحی در بیمارستان‌ها انجام می‌شود، به‌هیچ‌روی نمی‌توان این نظر را پذیرفت؛ چون از منظر عرف عقلاً تغییری در اهلیت چنین شخصی پدید نمی‌آید. درست مانند یک خواب ارادی چندساعته است.

### گفتار چهارم: خیار و اقاله در جعاله

خیار به معنای اختیار و توانایی بر هم زدن معامله لازم است و اقاله به معنای منحل ساختن و بر هم زدن معامله لازم با تراضی طرفین آن است (ماده ۲۸۳ ق.م). از این‌رو، خیار و اقاله از ویژگی‌ها و آثار عقود لازم است و در معاملات جایز راه ندارد، اما از آنجاکه در بسیاری از موارد، طرفین با شروط ضمن عقد، مفاد جعاله را علیه خودشان الزام‌آور و غیرقابل فسخ می‌سازند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا طرفین می‌توانند در این موارد با تراضی، آن را اقاله و تفاسخ کنند؟

به نظر می‌رسد در چنین مواردی اقاله جعاله و تراضی طرفین بر فسخ آن بی‌اشکال باشد، چنانکه می‌توانند بر انفساخ قسمتی از آن تراضی کنند (ماده ۲۸۵ ق.م) و یا اختیار فسخ آن را به یکی از طرفین واگذار کنند. درباره آثار اقاله به دلیل این‌که با آثار فسخ تفاوت چندانی ندارد و معمولاً طرفین درباره دیگر آثار اقاله به توافق می‌رسند، نیازی به بحث بیشتر احساس نمی‌شود. مواد ۲۸۳ تا ۲۸۸ ق.م قواعد کلی مربوط به

اقاله را آورده است.

### گفتار پنجم: روابط طرفین در صورت کشف بطلان جعاله

روابط طرفین جعاله در چند مورد به طور جداگانه قابل بررسی است:

اول: در صورت انجام عمل مورد جعاله که طبق ماده ۵۶۷ قانون مدنی عامل مستحق جُعَل بوده، می‌تواند آن را از جاعل مطالبه و دریافت کند.

دوم: روابط طرفین در صورت عدم انجام کامل مورد جعاله و یا در صورت انحلال جعاله در اثنای عمل (ماده ۵۶۶ قانون مدنی).

سوم: روابط طرفین در صورتی که علت انحلال جعاله، فوت یا جنون و یا حجر یکی از طرفین باشد.

چهارم: روابط طرفین در صورت کشف بطلان جعاله، هر یک از سه مورد اول را پیش‌تر به اختصار توضیح دادیم و آثار فقهی - حقوقی مترتب بر آنها را بیان کردیم. اکنون به بررسی مورد چهارم می‌پردازیم. در صورتی که در اثنای عمل مورد جعاله یا پس از انجام آن معلوم شود که جعاله، به علت نبود یکی از شرایط، باطل بوده، روابط بین طرفین چگونه خواهد بود؟ (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۸۰).

امور مختلفی از جمله نبود قصد و رضا، حجر جاعل، مجهول بودن کامل مورد جعاله، عدم مشروعیت کار و عدم مشروعیت جهت جعاله می‌تواند منشأ بطلان جعاله باشد. در اینجا، به ترتیب روابط بین طرفین جعاله را در صورت وجود هر یک از اسباب و منشأهای بطلان بررسی می‌کنیم.

#### بند اول: نبود قصد و رضا

**الف) نبود قصد:** یکی از شرایط اساسی برای صحت هر معامله قصد انشای طرفین آن است (ماده ۱۹۰ ق.م)، حتی گاهی گفته می‌شود که اطلاق شرط بر قصد، صحیح نیست؛ چراکه قصد علت به وجود آورنده معامله و رکن اساسی هر انشای حقوقی است؛ بنابراین، در هر جا قصد انشای جعاله وجود نداشته باشد، جعاله‌ای به وجود نمی‌آید.



در اینجا ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر بانک موظف شده است تا بودجه تخصیص یافته برای جعاله را در زمینه خاصی (مثل تعمیرات ساختمانی و کمک به کشاورزان) استفاده کند، در این صورت کسی که به دروغ اظهار می‌کند برای ساختمان یا کشاورزی می‌خواهد، اما در واقع برای خرید ماشین یا تجارت یا کار دیگر استفاده می‌کند، آیا چنین جعاله ای منعقد می‌شود یا نه؟ در اینجا تنها این نکته را متذکر می‌شویم که اگر کسی این‌گونه جعاله‌ها را باطل بداند، به دلیل این که بانک (عامل) به استناد دستور جاعل (متقاضی تسهیلات بانکی) متضرر شده و مبالغی پرداخته است، باید علاوه بر برگرداندن مبالغ دریافتی، به استناد ماده ۳۳۶ ق.م. اجرت‌المثل کارهایی را که بانک انجام داده است نیز بدهد.

ب) **نبود رضا:** هرگاه جاعل تحت تأثیر اکراه، پیشنهاد انجام کار در برابر مبلغی را داده باشد و به دیگر سخن، انشای جعاله در حالت اکراه واقع شود، هیچ‌مسئولیتی در برابر عامل نخواهد داشت؛ بنابراین، چنانچه شخصی رئیس شعبه بانکی را تهدید کند و از او بخواهد که انجام پروژه‌ای خاص را در قالب جعاله به او واگذار کند و حتی سند محضری (رسمی) تنظیم کنند، بانک هیچ‌مسئولیتی در قبال او پیدا نمی‌کند. البته پس از تنظیم سند رسمی، بر عهده رئیس بانک است که وجود اکراه و تهدید را ثابت کند تا بتواند از مسئولیت معاف شود.

از آنجاکه عقد ایقاع اکراهی غیر نافذ است، نه باطل، اگر جاعل پس از برطرف شدن اکراه جعاله را تنفیذ کند، همه آثار صحت جعاله بر آن بار می‌شود و بانک (جاعل) موظف خواهد بود که پس از انجام کار توسط عامل، مبلغ جُعَل را به همان ترتیب مقرر شده بپردازد.

همه مطالب مذکور در مورد اکراه جاعل، در مورد اکراه عامل نیز جاری است، با این تفاوت که در اینجا چون عامل اکراه شده، در نهایت کار را انجام داده است، اگر پس از زوال اکراه، جعاله را رد کند، طبق نظر کسانی که جعاله را عقد می‌دانند، می‌تواند اجرت‌المثل کار خود را از جاعل بگیرد (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۸۲). به نظر ما در این مورد، عامل استحقاق دارد که از اجرت‌المثل و جُعَل تعیین شده هر کدام را که بخواهد

مطالبه کند. دلیل استحقاق اجرت‌المثل آن است که جاعل سبب این خسارت بوده و امر به انجام کار کرده است. دلیل استحقاق نسبت به جعل هم این است که اساساً جعاله به وسیله جاعل به وجود می‌آید و جاعل در انشای خود هیجاکراهی نداشته و در نتیجه باید به آثار آن ملتزم باشد.

پیش‌تر زیر عنوان «کاربرد و فواید بحث از ماهیت جعاله» گفته شد که اگر پس از ایجاب جاعل، عامل بدون قصد تبرع و بدون قصد اخذ اجرت (بلکه مثلاً از روی اکراه) کار را انجام دهد، بنابر نظریه ایقاع بودن جعاله و ی مستحق اجرت تعیین شده خواهد بود؛ چون مقتضی برای استحقاق که عبارت از انشای التزام و ایجاد سببیت باشد و جود پیدا کرده و عمل مطلوب هم حاصل شده است، اما بنابر آن نظریه که جعاله از عقود بوده نیاز به قبول عامل دارد، گرچه قبول قولی لازم نیست و قبول فعلی هم کفایت می‌کند ولی فعل تنها بدون انضمام رضا و رغبت به آنچه جاعل انشا کرده، قبول محسوب نمی‌شود و به وسیله آن، عقد جعاله تحقق پیدا نمی‌کند. از این رو، عامل مستحق اجرت تعیین شده نخواهد بود و تنها می‌تواند اجرت‌المثل عمل خود را مطالبه کند (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۱۹۱).

### بند دوم: جهل کامل به مورد جعاله

در صورتی که موضوع جعاله به طور کامل مجهول باشد، به دلیل غرری بودن، جعاله باطل است و عامل استحقاق دریافت اجرت مقرر را ندارد؛ چون معامله‌ای در کار نیست ولی از آنجاکه عمل را به دستور جاعل انجام داده، به جهت استیفا، حق مطالبه و دریافت اجرت‌المثل کار خود را خواهد داشت. ماده ۳۳۶ ق.م.درا این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت‌المثل عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود که قصد تبرع داشته است.» (ابن العابدین، ۱۴۰۷، ص ۱۹۴).

برخی از فقها برای اثبات استحقاق عامل نسبت به اجرت‌المثل به قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» استدلال کرده و گفته‌اند: همان طور که جعاله صحیح موجب ضمان است، جعاله فاسد هم ضمان آور است (ابن محمد الأعرج، ۱۴۱۶، ص ۲۲۲).

### بند سوم: عدم مشروعیت عمل مورد جعاله یا جهت آن

گفته شد، کار مورد جعاله باید مشروع و عقلایی باشد (ماده ۵۷۰ ق.م) و از این نظر بین جعاله و اجرت تفاوتی نیست؛ بنابراین، اگر شخصی در برابر ارتکاب جرم یا انجام کاری که برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است، ملتزم به پرداخت اجرتی شود، جعاله باطل است و نمی‌توان عامل را مستحق دریافت چیزی دانست، چنانکه هرگاه کار پیشنهادی جاعل خردمندانه نباشد نیز همین حکم بطلان برقرار است؛ زیرا اولاً، نمادها و مقرات فقهی- حقوقی وسیله‌ای برای تنظیم روابط اجتماعی معقول است، نه تأمین هوس‌های فردی و ثانیاً، عمل نامشروع یا عملی که جهت آن نامشروع باشد، از دیدگاه فقه و حقوق، دارای ارزش اقتصادی نیست و عامل نمی‌تواند اجرتی از این بابت مطالبه کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۵۵).

دلایل بطلان جعاله در فرض عدم مشروعیت عمل مورد جعاله یا جهت آن، در بحث از موضوع و جهت جعاله بیان شد.

### بند چهارم: تسهیلات بانکی در قانون عملیات بانکی بدون ربا

مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین و مقررات حاکم بر نظام جمهوری اسلامی ایران باید منطبق بر موازین شرعی باشد؛ بنابراین، قوانین حاکم بر عملیات بانکی به‌عنوان بخشی از نظام اقتصادی جامعه‌ی اسلامی ایران می‌بایست به‌سوی سیستمی نزدیک به اصول اسلامی طراحی و تصویب می‌شود.

فصل دوم از قانون عملیات بانکی بدون ربا ناظر بر چگونگی اعطای تسهیلات بانکی از محل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مردم است. سپرده‌گذارانی که علاوه بر تمایل به پس‌انداز، قصد سودآوری و انتفاع از سپرده‌های خود را دارند و بانک‌ها طبق قانون و به وکالت از سپرده‌گذاران وجوه این قبیل سپرده‌ها را در عملیات بانکی بدون ربا مورد استفاده قرار می‌دهند و به اعطاء تسهیلات می‌پردازند.

اعطای تسهیلات بانکی از محل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مردم فقط در قالب عقود اسلامی میسر است. این عقود متضمن روش‌های اجرایی است که بانک‌ها می‌توانند

تسهیلات مالی موردنیاز مشتریان را در اختیار آنان قرار دهند. در این میان، یکی از عقود مورد استفاده جعاله است.

از طریق استفاده از عقد جعاله در اعطای تسهیلات بانکی، برای بانک‌ها امکان گسترش و توسعه در امور مربوط به تولیدات صنعتی و کشاورزی و بازرگانی و خدماتی با تنظیم قرارداد، به‌عنوان عامل و یا بعضاً جاعل فراهم می‌گردد؛ بنابراین، بانک‌ها می‌توانند تقاضای مشتریان خود را که از طریق سایر تسهیلات قابل اجابت نیست از طریق جعاله مرتفع نمایند، لیکن پرداخت و اعطای تسهیلات در قالب جعاله همراه با یکسری مشکلات در نظام بانکی و جامعه همراه بوده است.

جعاله‌های عادی برای هیچ‌یک از دو طرف الزام‌آور نیست. جاعل و عامل می‌توانند هرگاه که بخواهند بدون اینکه نیاز به دلیل مشروعی داشته باشند آن را بر هم زنند. ولی در جعاله‌های بانکی نوعاً بانک در قراردادهای از قبل تنظیم شده اختیار برهم زدن جعاله را از طرف خود سلب می‌کند. در جعاله‌ی اولیه که بانک عامل است حق فسخ را از جاعل و در جعاله‌ی ثانویه که بانک جاعل است حق فسخ را از عامل سلب می‌کند؛ یعنی سند جعاله این‌گونه تنظیم شده که طرف بانک با اختیار خودش حق فسخ خود را ساقط می‌کند، ماده‌ی ۷ نمونه‌ی جعاله‌ی بانک ملی ایران مقرر می‌دارد: جاعل در تمام مدت قرارداد حق فسخ قرارداد جعاله را نخواهد داشت و آن را برای بانک پشتیبانی کرده است و در اغلب موارد بانک حق فسخ خود را ساقط نمی‌کند.

بانک همان مؤسسه‌ی صرافی به روش کهن به تدریج سازمان یافته است و مرکز کلیه‌ی فعالیت‌های پولی و اعتباری است. در تعریفی می‌توان گفت که بانکداری اسلامی به شیوه‌ی اطلاق می‌شود که در آن ضوابط تعیین شده از طرف شرع مقدس اسلام رعایت شود؛ یعنی بانک از ربا و قمار و غیره دور باشد. در این صورت، تعبیر بانک اسلامی کامل است، زیرا نه تنها در آن رباخواری نیست، بلکه دیگر مقررات شرع اسلام نیز رعایت می‌شود. به‌رغم اینکه بانکداری پدیده‌ای غربی 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 به شیوه‌ی اسلامی اداره کنیم. در مورد بانکداری اسلامی کسی مدعی نیست که پیامبر

اکرم (ص) قواعد علم بانکداری را آورده است. اسلام یک مکتب است و چهارچوب روابط مالی مسلمانان را مشخص کرده است؛ مانند آیهی (احل الله البیع و حرم الربوا) از سال ۱۳۶۲ که قانون بانکداری بدون ربا تصویب و به مرحله‌ی اجرا درآمده بیش از دو دهه می‌گذرد گرچه گام‌های مؤثر و محکمی در اجرای این قانون برداشته شده است و پرداخت تسهیلات اعطایی در چارچوب عقود اسلامی از میانگین رشد بالایی برخوردار بوده است و سال به سال رو به افزایش نهاده است ولی عملاً سیستم بانکی کشور در قالب عملیات بانکی بدون ربا با مشکلاتی همراه بوده است، لذا می‌توان مشکلات بانکداری بدون ربا را تا حد توان شناسایی و معرفی کرد:

۱- عدم آگاهی مردم از قوانین بانکی موجب شده است تا اکثریت افرادی که با بانک‌ها در ارتباط می‌باشند تصور کنند که تنها چارچوب آن‌ها عوض شده است و روش عملی آن‌ها همانند بانک‌های ربوی است. چون در بانک‌ها در زمان اعطای تسهیلات سود قطعی و نرخ سود سپرده‌گذاران معین می‌شود و برای مردم چنین نمایانده شده است که امور بانکی بر پایه‌ی ربا است و این یکی از مشکلات حل نشده‌ی بانک‌های ایران است.

۲- عده‌ای از مشتریان بانک‌ها اظهار می‌دارند که بعضی از معاملات بانک‌ها صوری است که با استفاده از عقود اسلامی مانند عقد جعاله تسهیلاتی پرداخت می‌شود، درحالی که موضوع عینیت ندارد.

۳- مشتریان بانک و حتی عده‌ای از کارکنان سیستم بانکی آگاهی و آشنایی کامل با شرایط معامله و مسائل بانکداری بدون ربا ندارند، چون شرط معامله در اقتصاد اسلامی علم به معامله است و تا علم نباشد قصد ایجاد نمی‌شود، زیرا عقود تابع قصد می‌باشند، این نیز مشکل بانک‌هاست.

۴- مشکلات عملی دیگر، خود عقود اسلامی در بانک‌ها می‌باشند. تمام امور بانکداری بدون ربا از طریق عقود اسلامی باید عملی شود. یکی از مشکلات بانک‌ها تعدد عقود و مقررات و قوانین پیچیده آن‌هاست.

به نظر می‌رسد برای برطرف نمودن نظام بانکداری اسلامی، اولین قدم باید درراه آموزش

کارکنان و کارگزاران نظام بانکی برداشته شود. این دسته از افراد با مبانی فقهی و حقوقی عقود اسلامی به طور کامل آشنا شوند تا در صورت بروز شبهه از جانب مشتریان بتوانند عقود اسلامی را به طور صریح جاری نمایند. همچنین در طرف دیگر این قضیه آشنا نمودن مشتریان با نحوه اجرای عقود اسلامی است که این مهم از چند طریق به دست می‌آید: آموزش از طریق وسایل ارتباط جمعی، سخنان ائمه‌ی جمعه و جماعات که تأثیر بسزایی خواهد داشت. برگزاری همایش‌های عمومی برای مردم و همایش‌های تخصصی برای کارگزاران بانک، آگاهی‌بخشی جوانان و نوجوانان از سنین پایین. همچنین اصلاح و بازنگری نظام بانکداری اسلامی بدون ربا مورد تجدیدنظر قرار گیرد و از پیچیدگی‌های آن کاسته شود و برای مردم ایجاد انگیزه گردد تا سرمایه‌گذاری نمایند که این‌گونه سرمایه‌گذاری در روند رشد و توسعه کشور سهم بسزایی خواهد داشت.

## 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:

الف) 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 جعاله‌ی خاص، تردید کمتری وجود دارد، زیرا اگر کسی به شخصی انجام عملی را در مقابل گرفتن مال معینی پیشنهاد دهد و او این پیشنهاد را بپذیرد و کار موردنظر را انجام دهد، توافق طرفین منشأ تعهدات آن‌هاست و نمی‌توان ادعا کرد که فقط اراده‌ی جاعل موجب التزام او شده و قصد عامل در آن مؤثر نبوده است. تردید در عقد یا ایقاع بودن جعاله، بیشتر در جعاله‌ی عام مطرح است.

ب) در کشور ما تسهیلات اعطایی با توجه به شکل حقوقی و نحوه‌ی عمل در قالب ابزارهای تعبیه‌شده 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 آئین‌نامه‌ی فصل سوم قانون مذکور و همچنین دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای عالی پول و اعتبار تعیین شده است.

ج) وضعیت حقوقی جعاله‌های بانکی در قانون بانکداری بدون ربا و آئین‌نامه‌ی اجرایی آن بالأخص ماده ۶۷ به صورت عقدی جایز تبیین شده است که به نظر می‌رسد خلاف قول مشهور فقهای امامیه چون حضرت امام خمینی باشد.

د) در جعاله‌های بانکی شرط عدم فسخ وجود ندارد و حال آن‌که عده قلیلی از فقهای امامیه که جعاله را عقد می‌دانند آن را جایز دانسته‌اند، به طوری که جاعل و عامل هر دو می‌تواند 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 سفر منفسخ می‌شود ولی بانک‌ها با اخذ وثیقه در صورت حجر و ارث متوفی را ملزم به انجام تعهد می‌کنند.

ه) در بین تسهیلات اعطایی بانک، مشارکت مدنی با طیف وسیع کاربردی خود، مناسب‌ترین ابزاری است که در تأمین 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 مطالبه‌ی خسارت تأخیر و نظارت اعتباردهنده و سادگی اعتبار در فهم و آموزش و کاهش هزینه‌ها و تأمین سرمایه به دفعات برای متقاضی که از مشکلات جعاله است مرتفع می‌گردد.

و) 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 عملکرد ناشی از ناآشنایی با قوانین و مقررات بانکی کاهش یابد.

## منابع

۱. اداره آموزش بانک ملت، «مبانی فقهی بانکداری اسلامی»، چاپ اول: تهران، اداره آموزش بانک ملت، ۱۳۶۸، (این کتاب ۷۵ صفحه‌ای با استفاده از بحث‌های آقای مصدرالامور توسط آن اداره تدوین شده است).
۲. امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد اول، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶.
۳. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، «حقوق تعهدات»، جلد دوم (اعمال حقوقی - تشکیل عقد)، ۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، چاپ اول: تهران، بنیاد راستاد، خرداد ۱۳۶۳.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)»، جلد اول، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، آبان ۱۳۶۳.
۸. حسین زاده بحرینی، محمدحسین، «بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین‌شده» (۴)، اندیشه خوزه، ش ۸، دوره اول، بهار ۷۶.
۹. دادگر، یدالله، «پیش درآمدی بر توجیهات معاصر پیرامون ربا» (۲)، نامه مفید، ش ۹، بهار ۷۶.
۱۰. شهیدی، مهدی، «جزوه درس حقوق مدنی ۶»، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۰-۷۱.
۱۱. شهیدی، مهدی، «جزوه درس حقوق مدنی (۳)»، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۰-۷۱.
۱۲. شهیدی، مهدی، «سقوط تعهدات»، چاپ دوم: تهران، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۱۳. صدر، سیدمحمد باقر، «بانک اسلامی»، ترجمه ح.الف.خنجی، چاپ اول: تهران، انتشارات الفت، ۱۴۰۰ ق.



۱۴. طاهری، حبیب‌الله، «حقوق مدنی (۶ و ۷)»، جلد ۴، چاپ اول: قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۳۶۹.
۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، «سؤال و جواب، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد»، چاپ اول: تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۱۶. علی احمدی، حسین، «ربا و منفعت در عقود بانکی، مسائل مستحدثه (مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره))»، جلد اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی (مشارکت‌ها - صلح) جلد دوم (از دوره عقود معین)»، چاپ سوم: تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)»، جلد اول، چاپ سوم: تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، «دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)»، چاپ دوم: تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی (دوره عقود معین)»، ج ۴، چاپ دوم: تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری دیگران، ۱۳۷۶.
۲۱. مجلسی اول، (علامه مولی) محمدتقی، «یک دوره فقه کامل فارسی»، چاپ سنگی: تهران، مؤسسه انتشارات فراهانی، ۱۰۳۹ ق.
۲۲. مزینی، مسعود و محمدحسن مهاجری تهرانی، «عملیات بانکی بین‌المللی» - ۲، چاپ دوم: تهران، مؤسسه بانک داری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران)، ۱۳۷۴.
۲۳. مطهری، مرتضی، «مسئله ربا (به‌ضمیمه بیمه)»، چاپ دوم: تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸.
۲۴. مطهری، مرتضی، «نظری بر نظام اقتصادی اسلام»، چاپ دوم: تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۳.
۲۵. والی نژاد، مرتضی، «مجموعه قوانین و مقررات بانکی»، چاپ اول: تهران، مرکز آموزش

بانک داری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بی تا.

۲۶. ویژه نامه هشتمین سمینار بانک داری اسلامی، تهران، مؤسسه عالی بانکداری - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۶.

۲۷. هدایتی، علی اصغر، علی اصغر سفری و حسن کلهر، «عملیات بانکی داخلی ۲۰۰»، چاپ پنجم: تهران، مؤسسه بانک داری ایران وابسته به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳.

### منابع عربی:

۲۸. آل بحر العلوم، السید محمد، «بُلغه الفقیه»، ج ۲، مع شرح و تعلیق السید محمد تقی آل بحر العلوم، ط ۴: تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.

۲۹. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، «تحریر المجله»، ج ۱، چاپ دوم: نجف اشرف، المکتبه المر تظویه، ۱۳۵۹ ق.

۳۰. ابن محمد الأعرج، السید عمید الدین عبدالمطلب، «کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد»، ج ۱ (من ثلثه مجلدات)، ط. الاولی: قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۶ ق.

۳۱. ابن منظور الافریقی المصری، محمد بن مکرم، «لسان العرب»، ۱۸ مجلدی، ج ۲، چاپ اول: بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.

۳۲. اصفهانی، سید ابوالحسن الموسوی، "وسيله النجاه (مع تعالیق السید محمدرضا الموسوی الکلپایگانی)", الجزء الثانی، الطبعة الاولی: قم، مطبعة مهر استوار، ۱۳۳۹ ش.

منابع فقهی و حقوقی اهل سنت:

۳۳. ابن حزم الاندلسی، ابو محمد علی بن احمد بن سعید، «المُحلی بالآثار (فی فقه المذهب الظاهری)»، ج ۷، ط. الاولی: فی ۱۲ مجلداً، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۵ ق (التاریخ نقل من مقدمه المحقق - القاهره).

۳۴. ابن رشد القرطبی، محمد بن احمد، «المقدمات الممهدهات»، تحقیق سعید احمد اعراب، فی مجلدين، ج ۲، ط. الاولی: بیروت، دار الغرب الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.

۳۵. ابن العابدین، محمد امین بن عمر، «رد المختار علی الدر المختار علی متن تنویر

الابصار» (المعروف بـ «حاشیه ابن عابدین»)، فی سبعة مجلدات، ج ۵، ط. الثانية: بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۷ ق.

۳۶. ابن قدامه، «المغنی ویلیه الشرح الکبیر لابن قدامه المقدسی «شمس الدین ابی الفرج»، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۶.

۴. بهمند، محمد و بهمنی، محمود، «بانکداری داخلی - ۱ (تجهیز منابع پولی)»، چاپ پنجم: تهران، موسسه بانکداری ایران (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران)، ۱۳۷۴.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، چاپ اول: تهران، بی نا، ۱۳۴۰.



## **The rules of governing on liquidation of Ja'aleh; Given an approach under banking Ja'aleh**

**Ahmad Pourabrahim<sup>1</sup>, Mohammad Ismailzadeh<sup>2</sup>**

Received: 2022/02/16 Accepted: 2022/05/09

### **Abstract**

The significance of the application of "Ja'ala" (agency) in Islamic banking is to the extent that it is referred to as the "mother of contracts." The reason for its widespread use lies in the ease of its conditions compared to other contracts, as well as the broad range of transactions it can facilitate. In Islamic banking, people's economic relationships are based on Islamic contracts such as "Ja'ala." Providing banking facilities while adhering to Islamic limits and regulations is obligatory and worthy of attention. This research aims to analyze and clarify the Ja'ala contract in the broader context of Islamic jurisprudence and legal perspectives, addressing existing differences. The nullity of a contract can lead to the dissolution of all its functions and conditions, posing serious challenges in agreements between parties. Through a descriptive-analytical study and using library information and legal examples, this research analyzes the problems that may lead to the dissolution of the Ja'ala contract and provides insights into the possibility of dissolving conditions during the Ja'ala contract. Key terms: Ja'ala, operational commitments in banking, usury, agency, Islamic banking.

**Key words:** Ja'ala, obligations, banking operations, usury, forgery, Ojratol mesl (Reward), Islamic banking;

---

<sup>1</sup>. Ph.D. in criminal law and criminology, assistant professor of law department, Islamic Azad University, Rasht, Iran

<sup>2</sup>. PhD candidate in public law at Islamic Azad University, Sari branch and lecturer at the university