



## تحليل امکان توافق بر دریافت خسارت تاخير تاديه مازاد بر نرخ تورم

پديدآورنده (ها) : آذربايجانى، عليرضا؛ افضل، سيدفريدالدين

حقوق :: نشریه حقوق اسلامی :: بهار ۱۳۹۶ - شماره ۵۲ (ب/ISC)

صفحات : از ۹۷ تا ۱۲۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1276693>

تاریخ داندود : ۱۴۰۲/۰۲/۰۹

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- نقد یک رای؛ نقدی بر رای نقد وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص توافق بر خسارت تاخیر تادیه
- شرط وجه التزام غیرمنصفانه در حقوق ایران و انگلیس
- مشروعیت خسارت تأخیر تادیه
- توافق بر خسارت تاخیر تادیه با تاکید بر رویه قضایی
- بررسی تطبیقی خسارت تاخیر تادیه با ربا
- خسارت عدم النفع در نظام حقوق کنونی ایران
- بررسی مشروعیت مطالبه خسارت تأخیر تادیه
- نقد یک رأی: اثبات مالکیت آری یا نه؟!
- بررسی تطبیقی ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی (خسارت تأخیر تادیه) با مبنای فقهی آن
- بررسی و مطالعه تطبیقی وبگاه سازمان اسناد و کتابخانه ملی ایران و کتابخانه و آرشیو ملی کانادا
- ولایت فقیه در اندیشه سیاسی آخوند خراسانی
- امتیاز نفت شمال و نقش شرکت های آمریکایی

## عناوین مشابه

- قوانین و مقررات: نحوه محاسبه خسارت تاخیر چک بر مبنای نرخ تورم
- توافق بر خسارت تاخیر تادیه با تاکید بر رویه قضایی
- نقد یک رای؛ نقدی بر رای نقد وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص توافق بر خسارت تاخیر تادیه
- موارد امکان جبران خسارت مازاد بر دیه و قصاص
- کاربرد مدل خودرگرسیون برداری آستانه‌ای (TVAR) در تحلیل غیرخطی عبور نرخ ارز بر تورم در ایران
- درآمدی بر خسارت تاخیر تادیه در عقود اسلامی
- تحلیل: اثر نرخ تورم بر عملکرد بازار سهام در ایران
- امکان سنجی مشروعیت دریافت ربح متناسب با نرخ تورم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه
- تحلیل تاثیر دموکراسی بر نرخ تورم: مطالعه موردی کشورهای خاورمیانه و شمال آفریقا (MENA)
- دستاوردهای علمی درباره نرخ بهره و تحلیل تأثیر آن بر تورم و وضعیت اقتصاد ایران

# تحلیل امکان توافق بر دریافت خسارت تأخیر تأدیه مازاد بر نرخ تورم

علیرضا آذربایجانی\*  
سیدفریدالدین افضل\*\*

تاریخ تأیید: ۹۶/۳/۱۱

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۱/۵

## چکیده

هرچند بسیاری از فقها دریافت مبلغی بیش از اصل طلب را، به سبب شبهه ربا، حرام دانسته‌اند؛ اما برخی نیز شرط دریافت مبلغی به عنوان جریمه تأخیر در پرداخت دین را مجاز دانسته و منصرف از ادله ربا تلقی نموده‌اند. موضع مقنن شفاف نیست، هرچند منعی منطقی جهت توافق بر دریافت این خسارت، اگرچه بیش از نرخ تورم، وجود نداشته است؛ زیرا هدف از این راهکار اصولاً الزام مدیون به پرداخت به موقع دین و نه تمدید مهلت پرداخت می‌باشد و حتی در برخی نظریات شورای نگهبان نیز به جواز دریافت خسارت مزبور از طریق شرط اذعان گردیده است؛ اما اعتبار توافق مزبور از رویکرد مقنن، مورد اشکال و حداقل محل چالش است؛ زیرا سوابق قانونگذاری، برخورد استثنائی با موضوع و به ویژه تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، که با تفکیک خسارت تأخیر تأدیه از احکام کلی سایر خسارات، امکان مطالبه آن را به عنوان یک حکم خاص، به موارد قانونی محدود نموده، مؤید آن است که مفهوم و روح قانون، هنوز دریافت وجهی مازاد بر نرخ تورم را تحت هر عنوان و جز در موارد مصرح، مجاز نمی‌داند؛ موضعی که نیازمند اصلاح و شفافیت است.

**واژگان کلیدی:** خسارت، تأخیر تأدیه، توافق، وجه التزام، نرخ تورم.

\* استادیار پردیس فارابی دانشگاه تهران / نویسنده مسئول (azarbaijani@ut.ac.ir).

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران (farid.afzal@uc.at.ir).

## مقدمه

«خسارت تأخیر تأدیه» به خسارت ناشی از تأخیر در اجرای تعهدی اطلاق می‌گردد که موضوع آن پرداخت وجه نقد است. این زیان از دو جهت قابل تصور است: نخست اینکه «قدرت خرید» یا «ارزش پول»، به‌ویژه پول اعتباری امروزی، به گونه‌ای ملموس در معرض کاستی قرار دارد و تأخیر مدیون در صورت عدم جبران آن می‌تواند سبب تضییع دائن گردد؛ دوم اینکه تأخیر مزبور سبب محرومیت طلبکار از کمترین سود و بهره احتمالی پول خواهد بود که هر دو علت زمینه‌چالش و بحث قرار گرفته است\* (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۲۳۷/ وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۹۱-۹۲).

گفتنی است هرچند مشهور فقیهان به‌ویژه در اعصار گذشته، اصولاً با دریافت هرگونه مبلغی که ظاهراً مازاد بر اصل طلب باشد، مخالف و ورزیده‌اند، ولی قوانین موضوعه کاهش ارزش پول را تحت شرایطی ضمان‌آور دانسته است؛ همانند قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام که به این ضمان، خسارت تأخیر تأدیه اطلاق کرده و نیز ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که با وصف به رسمیت شناختن ضمان کاهش ارزش پول، تحت شرایط مقرر، از اطلاق اصطلاح خسارت تأخیر تأدیه در این خصوص پرهیز نموده است.

از سویی در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون پیش‌گفته تصریح شده است که خسارت تأخیر تأدیه «در موارد قانونی» قابل مطالبه می‌باشد که طبق یک دیدگاه، مقصود از «موارد قانونی» یعنی جمع شرایط مندرج در ماده ۵۲۲ قانون مزبور و به عبارتی حداقل

\* در زمان حکومت قانون آیین دادرسی مدنی قدیم، برخی استادان ماهیت «خسارت» مورد نظر در عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» را همان عدم‌النتفع و به تعبیری از دست‌رفتن منافع مستوفات و ضرر مادی که در مال دائن بر اثر تأخیر مدیون در پرداخت بدهی ایجاد شده است، دانسته بودند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۹). برخی نیز متذکر شده‌اند که بخشی از این خسارت می‌تواند ناشی از سود از دست‌رفته و بخش دیگر از ضررهای متعارف همچون کاستی توان خرید پول ناشی شده باشد، ولی ماده ۵۲۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مبنای قدرت خرید پول قرار داده. خسارت تأخیر تأدیه به مفهوم تازه خود از سنخ ضرر یا مال تفویض شده است، نه عدم‌النتفع (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۳۷، ج ۴، ص ۲۳۸).

خسارت تأخیر تأدیه، همان کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ تورم است که مطالبه مازاد بر آن نیز نیازمند تصریح قانونی می باشد. در مقابل، برخی معتقدند این اصطلاح به جبران کاهش ارزش پول قابل اطلاق نیست؛ زیرا با اعمال شاخص تورم، دائن فقط به معادل اصل طلب دست می یابد و حال آنکه خسارت باید چیزی مازاد بر اصل دین باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۳)، ولی شکی نیست قدر مسلم در جایی که هیچ گونه توافق و شرطی در مورد دریافت خسارت تأخیر تأدیه به معنای اخص، یعنی چیزی بیش از آنچه شاخص تورم به آن حکم می کند، وجود نداشته باشد و قانون خاصی نیز دریافت آن را مجاز نداند، دریافت این خسارت به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون موصوف، اصولاً ممنوع بوده، نیازمند تصریح قانونی است؛ صرف نظر از آنکه جبران کاهش ارزش پول نیز مشمول عنوان خسارت تأخیر تأدیه باشد یا خیر.

از سویی ابهامی که زمینه ساز مسئله اصلی مقاله حاضر است، وضعیت توافق یا شرط ضمن عقد به منظور دریافت مبلغی مازاد بر نرخ تورم به عنوان خسارت تأخیر تأدیه است که آیا حقوق موضوعه اصولاً از چنین توافقی حمایت می کند؟ قابل ذکر است تعیین مبلغی مقطوع در خود قرارداد، که متعهد می باید در صورت تخلف از اجرای تعهد به طرف مقابل بپردازد و به آن «وجه التزام» یا «شرط جزایی» نیز گفته می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۱۲)، همانگونه که در مورد ضمانت اجرای تعهدات غیرپولی مطرح می گردد، به عنوان ضمانت اجرای تأخیر در اجرای تعهدات راجع به وجه نقد نیز قابل طرح و بررسی است؛ بنابراین هنگامی که موضوع توافق درباره پرداخت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر در تأدیه دین مطرح می گردد، تعبیر دیگر آن «تعیین وجه التزام برای تأخیر در تأدیه دین پولی» است\* که صرف نظر از موضع مقنن

\* در برخی مقررات از جمله مواد ۳۵ و ۳۶ قانون ثبت اسناد و املاک و ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و ماده ۳۶ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۵۵ به اصطلاح وجه التزام در مورد دیون مربوط به وجه نقد، در کنار حکم ممنوعیت دریافت آن بیش از نرخ قانونی تصریح شده است، ولی مقررات جدیدتر همچون قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و آیین نامه جدید اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۸۷، اشاره روشنی به عنوان وجه التزام یا موارد مشابه و چگونگی اعتبار توافق در این باره نکرده اند و قابلیت مطالبه «خسارت تأخیر تأدیه» را به «موارد قانونی» یا «مراجعی که قانوناً حق دریافت آن را دارند» مقید کرده اند (تبصره ۲ ماده

در مورد اعتبار آن، ممکن است «مازاد بر نرخ تورم» و به تعبیر دیگر، بیش از میزان «کاهش ارزش پول» نیز تعیین شده باشد.\*\*

چنانچه معتقد باشیم مقنن اصولاً جز در چهارچوب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و آن هم در حد شاخص تورم، تعهد به پرداخت هیچ مبلغی دیگر افزون بر اصل دین را قانونی نمی‌داند، مگر آنکه طبق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون مزبور دریافت آن تصریح قانونی داشته باشد، قاعدتاً اعتبار توافق نسبت به مبلغ مازاد بر نرخ تورم نیز به عنوان یک اصل منتفی می‌نماید؛ از سوی دیگر، ممکن است به این امر قائل گردیم که مقنن راهکار توافق و شرط ضمن عقد را در این باره منع نکرده است و محدودیت منصرف به مواردی است که قرارداد یا شرطی میان طرفین وجود نداشته باشد و مواد ۱۰ و ۲۳۰ قانون مدنی نیز پشتوانه این استدلال قرار گیرد.

نوشتار حاضر نخست به ملاحظه برخی نظریه‌ها و فتاوی فقہی و جمع‌بندی آنها و سپس به بررسی دلایل موافق و مخالف با اعتبار توافق مزبور، از منظر قوانین موضوعه و نیز نظریات شورای نگهبان و نتیجه‌گیری از هر یک از منابع مزبور خواهد پرداخت.

۵۲۲ق.آ.د.م. جدید و بند ۴ ماده ۳ و تبصره ذیل بند ۴ از ماده ۴ آیین‌نامه موصوف) که شاید دلیل آن تغییر موضع مقنن و تأکید بر این امر باشد که توافق بر دریافت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه به معنای اخص، مشروعیت خود را در درجه نخست از تصریح خاص قانونی و نه مستقیماً توافق اشخاص می‌گیرد؛ هرچند راهکار مندرج در مقررات اخیر نیز ممکن است به همان وجه التزام قراردادی بازگردد (ر.ک: تیترا ۲-۲ مقاله حاضر).

\*\* از آنجاکه ماهیت وجه التزام، به عنوان مبلغ مقطوع خسارت توصیف شده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۲۱۵) و از سویی موضوع این مقاله به «تأخیر در تأدیه دین» مربوط است، عنوان مقاله نیز به «امکان توافق بر دریافت خسارت تأخیر تأدیه مازاد بر نرخ تورم» معطوف گشت تا هم بر منشأ خسارت مورد نظر یعنی «تأخیر در تأدیه دین» تأکید کنیم و هم حیطة پژوهش را با توصیف آن در عنوان، به‌طور خاص‌تری تبیین کرده باشیم؛ چنان‌که استفاده از عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» یا «جریمه تأخیر تأدیه» مبتنی بر «شرط» یا «توافق» که ماهیت آن با عنوان کلی «وجه التزام» نیز منطبق است، در کنار دیگر اصطلاحات مرتبط، در آثار حقوقدانان مشهود است (ر.ک: شیروی، ۱۳۸۰، ص ۳۸-۴۳/ رضائی، ۱۳۸۰، ص ۲۸-۳۰/ وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، صص ۸۰-۸۲ و ۹۲/ موسویان، ۱۳۸۴، ص ۲۵-۳۰).

## ۱. دیدگاه فقهی

در متون فقهی گذشتگان، توافق بر دریافت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر در ادای دین، کمتر به چالش کشیده شده است؛ هرچند منابع تاریخی مؤید وجود تورم در دوران قدیم دست کم در کوتاه مدت است (یوسفی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۵-۱۰۶)، ولی تورم فاحش و کاهش ارزش پول امروزی، چاره اندیشی نسبت به دریافت خسارت تأخیر را در دوران فعلی بیش از پیش افزایش داده است. به علاوه در متون فقهی، ممنوعیت شرط دریافت نفع و سود، به خصوص در عقد قرض و ممنوعیت دریافت هرگونه وجه مازاد بر اصل طلب، آن هم بدین جهت که مصداقی از ریاست، تأکید شده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ص ۳۵۶/ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۲۵/ حلی، ۱۴۱۴، ص ۶/ قمی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۳۷۵/ موسویان، ۱۳۸۶، ص ۶۹-۷۰). در برخی دیدگاه‌ها علت ممنوعیت دریافت خسارت تأخیر تأدیه نیز همین امر اعلام شده است که داخل در عنوان ریاست و بسیاری از فقهای متأخر نیز با وصف آنکه تورم را معزلی آشکار دیده اند، حتی دریافت دیرکرد را نیز برای وام‌دهنده جایز ندانسته‌اند. البته به‌ویژه در میان متأخران، برخی دریافت جریمه تأخیر در ادای دین را جایز دانسته‌اند که در جای خود به این نظریات خواهیم پرداخت.

### ۱-۱. ارتباط ربا با شرط دریافت خسارت

نظر عموم فقیهان این است که شرط دریافت زیاده یا نفع در عقد قرض، حرام و باطل است (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۴۴/ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۹/ حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۵۱/ محقق ثانی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۸۸/ بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۳۱۱). برخی آن را مبطل عقد ندانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۳۰۲/ مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ص ۱۲۹/ خمینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۶۵۵/ خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۳۷۴)، در حالی که برخی شرط را مبطل عقد تلقی کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۳/ گیلانی فومنی، ۱۴۲۶، ص ۵۸۸/ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۱) و بعضی نیز بطلان عقد را اجماعی دانسته‌اند (شعرانی، ۱۴۱۹، ص ۳۸۰/ عاملی، ج ۵، [بی تا]، ص ۳۴). همچنین مدت دارکردن دین یا ثمن حال در برابر افزایش مبلغ بدهی نیز ربا تلقی شده است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۲۱/

خویی، [بی تا]، ج ۷، ص ۵۵۷-۵۸۰ / خمینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۵۳۶) و صاحب جواهر علت آن را ربوی شدن بیع به استناد کتاب، سنت و اجماع دانسته است (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۲۳، ص ۱۲۰) و تأکید شده است که این وضعیت در مورد دین ناشی از عقد قرض و سایر عقود دارای حکمی مشابه است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۲۷).

گفتنی است با برداشت خاصی که قالب فقها از موضوع ربا و به ویژه در عقد قرض داشته‌اند، مشهور حتی تأخیر مدیون در پرداخت دین را هرچند به عمد و با وصف تمکن، ضمان آور ندانسته‌اند و دریافت خسارت تأخیر تأدیه را نیز نامشروع تلقی کرده‌اند و به نظر می‌رسد دلیل ایشان این استنباط باشد که پرداخت هرگونه مبلغی زاید بر اصل دین، ربوی تلقی می‌گردد و عمدتاً در این باره تفاوتی میان عقد قرض یا غیر آن قائل نشده‌اند؛ اگرچه بر عقد قرض تأکید بیشتری به چشم می‌خورد (جمعی از مؤلفان، [بی تا]، ص ۲۶).

## ۲-۱. بررسی فتاوا و نظریات فقهی

مرور فتاوا و نظریات فقهی مؤید این امر است که فقها در عین اتفاق نظر بر حکم حرمت دریافت ربا، در خصوص تطبیق عنوان ربا بر وجه التزام یا جریمه تأخیر در پرداخت دین و در نتیجه جواز یا عدم جواز دریافت مبلغی اضافه تحت عناوینی از قبیل جریمه و دیرکرد اتفاق نظر ندارند؛ ظاهر برخی فتاوا مبین حرمت مطلق هرگونه دریافت زیاده بر اصل دین، صرف نظر از قالب حقوقی آن بوده، لکن برخی دیگر، خصوصاً با جایز دانستن راهکار شرط ضمن عقد، دریافت مبلغی مازاد بر اصل دین را تحت شرایطی مجاز دانسته‌اند که در ذیل، تحت عنوان نظر مخالفان و موافقان، به نقل و بررسی نظریات ایشان خواهیم پرداخت.

### ۱-۲-۱. نظر مخالفان

امام خمینی در یکی از فتاوای خود حتی شرط ضمان نسبت به کاهش ارزش پول را نیز جایز ندانسته که ممکن است حرمت دریافت خسارت تأخیر تأدیه، مازاد بر نرخ تورم نیز به خصوص در کنار دیگر نظریات ایشان از این فتوا قابل استنباط باشد (خمینی،



۱۴۲۲، ج ۲، ص ۲۹۱). همچنین ایشان آشکارا طی پاسخ به استفتای دیگری با بیان اینکه «بهره پول و بهره دیرکرد وام، ربا و حرام است» (همان، ص ۱۲۸)، دیرکرد را نیز هم‌ردیف بهره و حرام می‌دانند. البته به نظر می‌رسد از این فتاوا با قطع و یقین، حکم ممنوعیت تعیین وجه التزام یا شرط پرداخت خسارت تأخیر تأدیه مقطوع، قابل استنباط نباشد؛ زیرا هرچند در فتوای دوم به ممنوعیت دیرکرد نیز اشاره شده است، ولی احتمال دارد مقصود ایشان از دیرکرد، وجه التزام مورد نظر نباشد یا برخلاف ظاهر اصطلاح، مقصود همان مبلغی باشد که در بدو امر توافق شده است و هدف از آن عملاً تمدید مهلت باشد، نه اجبار به پرداخت به‌موقع دین؛ به‌خصوص که هم‌ردیف کردن آن با «بهره پول» این احتمال را تقویت می‌کند، ولی از سویی ممکن است بگوییم این هم‌ردیفی و بیان حکم مشابه میان بهره پول و دیرکرد، اتفاقاً تأکیدی بر این امر است که از نظر ایشان، دریافت هرگونه مبلغی مازاد بر اصل طلب، هرچند در قالب جریمه عدم پرداخت به‌موقع دین، ممنوع است و مقصود از دیرکرد نیز همان وجه التزام قراردادی مورد نظر ما می‌باشد که به نظر می‌رسد این احتمال و برداشت دوم با ظاهر عبارت ایشان سازگارتر است؛ به‌ویژه که ایشان برخلاف برخی دیگر از فقها که در پاسخ به استفتائات، خصوصاً در مورد بانک‌ها، راهکار شرط ضمن عقد را هرچند در عقود غیر از قرض، مجاز اعلام کرده است، دریافت دیرکرد را به‌طورمطلق ممنوع دانسته است. از سویی در زمان صدور این‌گونه فتواها نیز مبنای دریافت دیرکرد به وسیله بانک‌ها، عمدتاً قرارداد یا شرط ضمن عقد قرض و اعطای تسهیلات بوده است. به هر حال، فتوای ذیل ظاهراً هرگونه ابهام را درباره تفسیر نظر ایشان رفع می‌کند؛ کارکنان انجمن اسلامی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور طی استفتایی از ایشان این‌گونه پرسیده اند: «... چون اعضای انجمن اسلامی کارکنان سازمان ثبت اسناد در وقتی که با اجرای مفاد مادتین ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا که فتوکپی آن به پیوست می‌باشد، به‌جهت منطبق‌نبودن با روح قانون اساسی و احکام اسلام، تکلیف شرعی خود را پرسش و اظهار می‌دارند و ما نمی‌توانیم از اجرای مفاد عدول نماییم، تکلیف شرعی ما چیست؟...». امام خمینی پاسخ داده‌اند: «بسمه تعالی، مبلغی که بابت تأخیر تأدیه گرفته می‌شود، ربا و حرام است» (مهرپور، ۱۳۷۱، ص ۱۹۲).

آیت الله بهجت نیز شرط دریافت دیرکرد در صورت تأخیر در پرداخت اقساط وام را محل اشکال (گیلانی فومنی، ۱۴۲۸، ص ۱۹۱) و اضافه کردن بر طلب را هرچند در صورت تأخیر بدهکار، حرام دانسته‌اند (همان، ص ۲۷۹). همچنین آیت الله تبریزی شرط گرفتن مبلغ در صورت تأخیر در ایفای دین را حتی در عقد مضاربه نیز باطل دانسته است (تبریزی، [بی تا]، ص ۲۶۸) و آشکارا شرط غرامت تأخیر را باطل اعلام کرده است (همان).

اساساً برخی معتقدند تعلق عنوان جریمه، مانع از تعلق عنوان ربا نیست؛ زیرا عنوان جریمه و ربا تباین ندارند، بلکه قابل جمع‌اند. آنچه به صورت خسارت و جریمه گرفته می‌شود، به دلیل زیادشدن به اصل قرض، عنوان ربا را یافته و حرام می‌شود؛ بنابراین بر فرض که جریمه از جهتی جایز باشد، از جهت دیگری ربا و حرام خواهد بود و ملاک حرمت ربا به‌طور قطع، اقوا از جواز دریافت آن به صورت جریمه است (رضائی، ۱۳۸۱، ص ۴۶).

## ۲-۲-۱. نظر موافقان

از دیدگاه دیگر، حکم ربوی بودن خاص موردی است که طرفین قصد افزایش مبلغ دین را در ازای تمدید مهلت پرداخت، داشته باشند که ممکن است توافق ایشان بدو بر این امر واقع شده باشد یا پس از حال شدن دین، تمدید مهلت در ازای افزایش مبلغ آن صورت گیرد،\* ولی هدف از شرط لزوم پرداخت جریمه یا همان «وجه التزام»، تمدید مهلت نیست، بلکه هدف ایجاد اهرم فشار برای وادار کردن مدیون به پرداخت به‌موقع دین است.

از نظر صاحب جواهر این‌گونه استنباط شده است که چنانچه نفع حاصله در خسارت تأخیر تأدیه از عقد خارج لازم باشد، چون عقد مذکور طبق قاعده انحلال عقود، عقدی جدا از قرض است، چنانچه از این ناحیه نفعی حاصل شود، از خود عقد

\* در این باره فتوای امام خمینی قابل اشاره است: «اگر معامله نقد انجام شود و برای دادن وجه به‌طور اقساط بهره قرار داده شود، ربا و حرام است، ولی چنانچه از اول معامله به‌طور نسیه و اقساط باشد، اشکال ندارد...» (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۱۲۳).

قرض سرچشمه نگرفته، بلکه از خارج آن به وجود آمده است؛ پس نفع حاصله نمی‌تواند به عنوان نفع در قرض به حساب آید؛ زیرا شرط نفع نشده، بلکه شرط فعلی شده که به صورت عقد خارج لازم درآمده است. چنین شرطی صرفاً تقیید بر اعاده مال قرض و استرداد حق بوده، مقرض را به پرداخت دین وامی دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۶-۱۱۷).

آیت الله صافی گلپایگانی در پاسخ به استفتائی درباره موضوع حلیت یا عدم حلیت جریمه بانکی، کارمزد و... بیان داشته است:

شرط زیاده اگرچه به عنوان حق الزحمه و سایر مذکورات در سؤال باشد، ربا و حرام است و جریمه نیز حرام است، ولی اگر مدیون به نحو شرعی در ضمن عقد خارج لازم ملتزم شده باشد که اگر از موعد مقرر تأخیر انداخت، مبلغ معینی مجاناً بدهد، اشکال ندارد (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۹۱)

۱۰۵

حقوق اسلامی / تحلیل امکان توافق بر دریافت خسارت...

در این فتوا جریمه حرام اعلام شده است، ولی شرط پرداخت مبلغ معینی در صورت تأخیر، جایز به شمار رفته است که ظاهراً مقصود ایشان از جریمه، وجه تخلفی است که در خود عقد قرض پیش‌بینی شده و دلیل اینکه ایشان «جریمه» را حرام، ولی شرط دریافت مبلغی ضمن عقد خارج لازم را صحیح می‌داند، احتمالاً این است که در نظر ایشان نیز در مورد عقد قرض - و وام بانکی که مشمول عنوان قرض است - مطلق شرطی که منجر به دریافت مبلغی افزون بر اصل طلب شود، ربوی و باطل است؛ هرچند جریمه واقعاً نیز در ازای تمدید مهلت نبوده باشد، ولی چنانچه ضمن عقد دیگری شرط شود که در صورت تأخیر، مبلغی به شکل رایگان پرداخت شود، با توجه به اینکه منشأ این پرداخت، عقد قرض نیست، اشکالی بر آن مترتب نیست (وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۸۴). البته مقصود از جریمه در نظر همه فقیهان و همه موارد یکسان نیست؛ چنان‌که در ذیل نظر برخی دیگر از فقها نقل خواهد شد که به نظر می‌رسد ظاهراً مفهومی متفاوت از «جریمه» را در ذهن داشته‌اند. قید مجانی نیز از این روست که اگر تملیک در ازای اعطای مهلت باشد، مشمول منع روایات می‌گردد (همان، ص ۸۸).

برخی دیگر نیز با وجود آنکه همچنان به عدم ضمان کاهش ارزش پول معتقدند، ظاهراً برای شرط ضمان در عقود غیر از قرض، مانعی ندیده‌اند و آن را به‌طور مطلق یا

در فرض معلوم بودن میزان ضمان، صحیح دانسته‌اند. آیت الله مکارم شیرازی از فقهای است که ضمن آنکه کاهش ارزش پول را در فرضی که تورم و تفاوت قیمت بسیار زیاد باشد، حتی در فرض عدم اشتراط، ضمان آور می‌داند و دریافت خسارت تأخیر را نیز در فرضی که فاصله زمانی و در نتیجه کاهش ارزش پول فوق‌العاده شدید باشد، صحیح دانسته است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۹۱)،\* در پاسخ به این پرسش که «اگر خسارت تأخیر پرداخت دین به صورت شرط ضمن عقد لازم باشد، اخذ آن جایز است؟»، به روشنی پاسخ داده است: «اگر در ضمن عقد خارج لازم شرط بشود، جایز است» (همان، ص ۱۹۲). همچنین فتوای آیت الله صانعی این گونه است:

ضامن بودن بدهکار، قدرت خرید دین را از روز ماطله و تأخیر، بعید به نظر نمی‌رسد، کما اینکه می‌توان برای جلوگیری از ماطله و تأخیر در ادا، در ضمن عقد، شرط نمود که هرگاه بدهکار در زمان ادا تأخیر در پرداخت نمود، برای هر روز مثلاً فلان مقدار به عنوان خسارت در تأخیر بپردازد (صانعی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۲۸۰)

هرچند در فتوای دیگری شرط اضافه شدن نرخ تورم به میزان قرض داده شده را ظاهراً حرام دانسته، علت آن را این گونه بیان کرده است: «... نرخ تورم هنوز در بین مردم عنوان زیاده دارد» (همان، ص ۲۸۰). البته می‌توان استنباط کرد که در نظر ایشان تعیین وجه تخلف و خسارت تأخیر تأدیه به موجب قرارداد یا شرط صحیح است، ولی افزایش مبلغ دین به لحاظ کاهش ارزش پول، حرام است و علت آن صدق عرفی عنوان ربا بر دریافت مبلغ زیاده است.

آیت الله صافی گلپایگانی نیز معتقد است: «... جرایم دیرکرد اقساط جایز نیست، مگر اینکه ضمن عقد شرط شده باشد و برای مهلت و تأخیر در مطالبه نباشد» و «اگر در ضمن عقد شرط کنند که اگر در پرداخت قسط تأخیر کند، فلان مبلغ معین را بدهد، جایز است به شرط اینکه به اذن در تأخیر و تأجیل معجل در مقابل پرداخت زیاده برگشت نکند» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۰۶). ایشان در پاسخ به این پرسش که آیا این شرط که «در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد در سررسید

\* به نظر می‌رسد مقصود ایشان از خسارت تأخیر تأدیه، همان ضمان کاهش ارزش پول باشد. همچنین احتمالاً مبنای شرط فاحش بودن تورم که در ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. بدان اشاره شده است، همین دست فتاواست.

مقرر، علاوه بر اصل بدهی، مبلغی معادل دوازده درصد مانده بدهی برای هر سال بر ذمه متعهد این قرارداد تعلق خواهد گرفت، با مشکل ربا و غیر آن مواجه می‌باشد یا خیر؟ و آیا میان عقد قرض و غیر آن، همچون بیع نسبه یا سلف، فرقی هست یا نه؟» پاسخ می‌دهد: «اگر مفهوم شرط مذکور مجازبودن مدیون در تأخیر ادای دین در مقابل دوازده درصد باشد، ربا و حرام است و اگر مقصود الزام مدیون بر ادای دین در رأس مدت مقرر باشد که مفهوم وجه التزام در مقابل عدم ادا باشد، ظاهراً اشکال ندارد...». گفته شده است که تفاوت میان ربا و وجه التزام در این فتوا آشکار است؛ به گونه‌ای که ربا افزودن بر مبلغ بدهی در ازای اعطای مهلت است، ولی وجه التزام برای اداکردن مقترض به پرداخت وام در رأس مدت است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۸۷).

همچنین آیت‌الله نوری همدانی در تبیین تفاوت میان جریمه دیرکرد و ربا، این‌گونه بیان می‌دارد:

اگر ضمن عقد قرض، برای تأخیر در ادای دین، مبلغ و زمانی معین مشخص شود، این اشکالی ندارد، ولی اگر برای تأخیر، به صورت روزانه و ماهیانه بر اساس یک نرخ معین، مبلغ جریمه اضافه شود، این ربا و حرام است (جنبش ممانعت از جنگ در برابر خدا، ۱۳۹۱، ص ۳۹).

از نظر این فقیه که با جریمه مخالف است، ولی شرط خسارت تأخیر تأدیه را صحیح می‌داند، «جریمه» مبلغی در ازای تمدید مهلت است، نه وجه التزامی که در ضمن عقد و به نیت اجبار به ادای به‌موقع دین مقرر شده باشد. البته احتمال دارد جریمه در نظر ایشان دربرگیرنده عنوان عام مبلغ اضافی باشد که بسته به هدف و مقصود طرفین، می‌تواند مشروع یا نامشروع باشد.

آیت‌الله رضوانی که از فقهای شورای نگهبان بوده نیز با اشاره به اینکه جریمه تأخیر داخل در هیچ یک از عناوین ربا نیست، شرط دریافت جریمه را خواه ضمن عقد قرض یا عقد دیگری صحیح دانسته است (به نقل از وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۸۷).

ملاحظه می‌شود برخی فقها - همچون آقایان صانعی، صافی گلپایگانی و نوری همدانی - که به حلیت شرط دریافت مبلغ اضافی نظر داده‌اند، تفاوتی میان شرط ضمن عقد اصلی و شرط به موجب عقد لازم دیگر قائل نشده‌اند؛ حال آنکه برخی

دیگر - همچون آقایان صافی گلپایگانی و مکارم شیرازی - حکایت شرط را به حالتی که ضمن عقد خارج لازم دیگری درج گردد، اختصاص داده‌اند. البته شاید از دید این دسته از فقها - آقایان صافی گلپایگانی و مکارم شیرازی - نیز شرط جریمه تأخیر در غیر عقد قرض، نیاز به درج در ضمن عقد دیگری نداشته باشد و این ضرورت مختص عقد قرض باشد و دلیل این تمایز نیز تعبیری است که از اخبار وارده درباره عقد قرض داشته‌اند و هر گونه شرط یا توافقی را که به دریافت مازاد منجر گردد، در این عقد صحیح ندانسته‌اند و در نتیجه معتقدند باید ضمن عقد دیگری برای آن چاره‌اندیشی شود.

### ۱-۳. نتیجه‌گیری از منابع فقهی

ملاحظه شد که منابع فقهی نظر یکسانی ندارند و در این مقال نیز مجال بررسی بیشتر آنها وجود ندارد، ولی آشکار است که قدر مسلم بسیاری فقها معتقدند که ادله ربا از شرط ضمن عقد جهت دریافت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه منصرف می‌باشد؛ زیرا ربای قرضی که ممکن است شمول آن بر این موضوع محل شبهه باشد، قدر متیقن ناظر بر دریافت مبلغ به قصد تمدید مهلت پرداخت دین است؛ حال آنکه شرط دریافت مبلغ در صورت تأخیر در پرداخت به موقع دین، نوعی جریمه و به هدف اجبار شخص به پرداخت دین، رأس موعده است که این نتیجه با منطقی نیز سازگارتر می‌باشد.

به نظر می‌رسد چنانچه شرط دریافت خسارت تأخیر و نه تمدید مهلت دین در برابر زیاده، مشمول حکم ربا باشد، نباید تفاوتی میان وضعیتی که شرط ضمن خود عقد قرض یا ضمن عقد دیگری درج گشته، وجود داشته باشد. به عبارت دیگر چنانچه شرط دریافت وجه التزام، ماهیتاً با شرط «نفع» مذکور متفاوت باشد، نباید از امکان درج آن حتی ضمن خود عقد قرض نیز واهمه‌ای داشت. چه بسا فقهایی که با تفکیک حکم میان موضع شرط ضمن عقد قرض و عقد خارج لازم، صرفاً راهکار شرط ضمن عقد خارج لازم را برای دریافت چیزی که ما به آن خسارت تأخیر تأدیه یا وجه التزام می‌گوییم، مجاز می‌دانند و عملاً مبنای حکایت چنین شرطی را مجدداً به چالش می‌کشند و دچار لغزش می‌کنند؛ زیرا چنانچه مبنای حکایت شرط مزبور به هدف آن مربوط باشد

که همانا وادار کردن مدیون به پرداخت به موقع دین است، قاعدتاً نباید تفاوتی میان موضع شرط که ضمن خود عقد یا عقدی خارج لازم درج گردد، وجود داشته باشد و برعکس، چنانچه هدف از آن ایجاد نفع باشد و درج آن ضمن خود عقد سبب ربوی‌گشتن موضوع تلقی شود، منطقی درج آن ضمن عقد خارج لازم نیز نباید تفاوتی در حکم ایجاد کند؛ زیرا در صورت اعتقاد به تفاوت حکم در دو حالت مزبور، ممکن است راهکار استفاده از عقد خارج لازم، نوعی حيله شرعی برای دریافت ربا تلقی گردد که هرچند برخی آن را صحیح دانسته‌اند، برخی نیز توسل به حيله را جهت فرار از حکم شرعی ربا مؤثر نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۵۴۴). اکنون جدا از اختلاف نظری که درباره این شرط ضمن عقد قرض ممکن است وجود داشته باشد، به نظر می‌رسد می‌توان به‌طور کلی با استناد به اصالةالصحة و قدر متیقن جریان اصل مزبور در موضع شک، نظر به صحت شرط از نظر فقهی داشت و دست کم مخالفت با شرع را در این باره مسلم ندانست.

## ۲. دیدگاه قوانین موضوعه

با وصف آنکه قوانین موضوعه به‌طور کلی، به امکان مطالبه خسارات ناشی از تخلف از ایفای تعهدات تصریح نموده (از جمله مواد ۲۲۱، ۲۲۶، ۲۲۸ ق.م و ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م) و همچنین نفوذ وجه التزام، یا به تعبیری توافق بر لزوم پرداخت مبلغی مقطوع به عنوان ضمانت اجرای عدم ایفا یا طبعاً تأخیر در اجرای تعهدات، مورد اشاره مقنن قرار گرفته (ماده ۲۳۰ قانون مدنی)، لکن وضع ضوابطی خاص در مورد خسارت تأخیر در تأدیه دیون مربوط به وجه نقد، در قالب جبران کاهش ارزش پول مطابق با نرخ تورم (ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م)، موجب ابهام در اعتبار توافق بر پرداخت خسارت تأخیر تأدیه مازاد بر نرخ تورم، از منظر حقوق موضوعه گشته است؟ از یک طرف ممکن است به اصل آزادی قراردادها، اطلاق برخی مواد قانونی و حتی بعضی نظریات شورای نگهبان در جهت نافذدانستن چنین توافقی استناد نمود و از سویی دیگر ممکن است سیاق و روح قوانین و جهت‌گیری مقنن مستندی بر عدم نفوذ چنین توافقی قلمداد گردد. مباحث ذیل به ذکر ادله موافق و مخالف و نتیجه‌گیری از آنها اختصاص یافته است.

## ۲-۱. دلایل موافق

عمده دلایلی که در تأیید توافق مورد بحث، استناد می‌شود، اصل آزادی قراردادهای و به‌خصوص مواد ۱۰ و ۲۳۰ق.م. و همچنین برخی نظریات شورای نگهبان است که به‌طور جداگانه به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

### ۲-۱-۱. اصل آزادی قراردادهای

به موجب اصل آزادی قراردادهای و ماده ۱۰ق.م. توافق افراد در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، معتبر است و قانون نیز به‌طور آشکار با توافق در مورد خسارت تأخیر تأدیه، هرچند مازاد بر شاخص تورم، مخالفتی نکرده است و حتی ذیل ماده ۵۱۵ق.آ.د.م. به‌طور مطلق تصریح شده است: «در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد، برابر قرارداد رفتار خواهد شد». مفهوم ماده ۲۳۰ق.م. نیز که مقرر می‌کند: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند» و نیز عبارت پایانی ماده ۵۲۲ق.آ.د.م. که اشعار می‌دارد: «... مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند»، ممکن است مستند قرار گیرد. در حقیقت ماده ۵۱۵ق.آ.د.م. حاوی حکم عامی درباره امکان مطالبه تمامی خسارات تأخیر در انجام تعهدات است که خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد نیز از اقسام آن به شمار می‌رود. اکنون حتی به فرض انصراف عبارت ذیل ماده ۵۱۵ از موضوع بحث، «موارد قانونی» مورد اشاره تبصره ۲ ماده ۵۱۵ می‌تواند شامل توافق افراد نیز باشد یا به تعبیری، محدودیت مزبور، منصرف به مواردی است که طرفین پیش‌تر توافقی در این باره نکرده باشند؛ به‌خصوص که اطلاق ماده ۲۳۰ق.م. شامل تعهدات غیر وجه نقد نیز می‌باشد.

اشاره مقنن به مصالحه طرفین در انتهای ماده ۵۲۲ق.آ.د.م. نیز به‌ویژه اینکه شاید در تقابل با حکم ماده ۷۱۹ق.آ.د.م. سابق قرار گرفته که به نوعی توافق طرفین را در مورد مبلغ مازاد بر نرخ مقرر، فاقد اعتبار تلقی کرده بود، می‌تواند دلیل دیگری بر این امر باشد. در نهایت چنانچه موضع مقنن با این توافق محل تردید باشد، به دلیل



صریح نبودن مخالفت، باید به اصل رجوع و حکم بر صحت توافق نماییم. گفتنی است راهکار صحت توافق یا شرط ضمن عقد، مورد تأیید برخی حقوقدانان نیز قرار گرفته است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۸۱ / موسویان، ۱۳۸۴، ص ۳۰ / عادل، ۱۳۸۰، ص ۱۰۷ / انصاری، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶ / بادینی و حسامی، ۱۳۹۱، ص ۷۷).\*

از سویی در صورت نفوذ توافق، طرفین در تعیین میزان آن نیز آزادند و علاوه بر امکان فسخ قرارداد در صورت حصول شرایط خیار غبن، گزاف بودن مبلغ تعیینی و غیرمنصفانه یا سفیهانه بودن شرط مزبور نیز تأثیری در امر ندارد؛ زیرا در حقوق ایران، صرف غیرمنصفانه بودن نمی تواند به عنوان یک قاعده، دلیلی برای بطلان یا تعدیل توافق باشد\*\* (قنواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴ / تقی زاده و احمدی، ۱۳۸۹، ص ۳۵). همچنین سفهی بودن نیز اصولاً دلیلی بر بی اعتباری شرط نخواهد بود؛ زیرا عقلایی بودن، از شروط اساسی معاملات به شمار نمی رود (حکمت نیا و زمانی، ۱۳۹۲، ص ۳۱).

از سوی دیگر، برخی در صورتی که وجه مندرج در شرط بسیار گزاف و نامتناسب با خسارت واقعی باشد، بطلان آن را با این استدلال که اساساً چنین شرطی خارج از شمول ماده ۲۳۰ ق.م. می باشد، قابل دفاع دانسته اند؛ زیرا در چنین وضعیتی شرط مزبور عرفاً وسیله ای برای تعیین و تخمین خسارات وارده نبوده، حال آنکه وجه التزام طبق ماده ۲۳۰ ق.م. وسیله ای برای تعیین خسارت است (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۱۹).

به نظر می رسد این تعبیر برخلاف مقصود مقنن از تدوین ماده ۲۳۰، آزادی طرفین در مورد تعیین میزان خسارت است؛ زیرا اگر قرار باشد اعتبار میزان وجه التزام منوط به ارتباط آن با میزان خسارت واقعی باشد، تدوین این ماده امری لغو خواهد بود، مگر اینکه منظور معتقدان این نظر، لزوم ملاحظه این امر باشد که آیا عرفاً می توان قصد واقعی طرفین را از درج چنان شرطی، دریافت خسارت تعبیر کرد یا خیر؟ و تعیین مبلغ نامعقول که در نظر ایشان ارتباطی با خسارت ندارد، از شمول ماده ۲۳۰ خروج

\* البته شاید استدلال این محققان بیشتر بر مبانی فقهی و منطقی متکی باشد که ما نیز با آن موافقیم، ولی در ادامه، تعبیر دیگری که از روح و سیاق قوانین نیز قابل استنتاج است، بیان خواهد شد.  
\*\* ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک که طی آن به مؤثر نبودن شروط غیرمنصفانه اشاره شده است، موردی استثنایی است.

موضوعی خواهد داشت که البته این دیدگاه منصفانه نیز با مقصود مقنن سازگار نیست؛ زیرا منظور مقنن، اعلام نفوذ توافق بوده و اینکه خسارت دیگری به جز وجه التزام، خواه بیشتر یا کمتر از خسارت واقعی، مورد حکم قرار نگیرد، نه نفوذ توافق در صورت ارتباط با میزان واقعی خسارات.

در مقابل، برخی توافق بر پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف را حتی بدون عنوان خسارت نیز نافذ دانسته‌اند و آن را با دریافت خسارت نیز قابل جمع می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۹-۲۹۰). به علاوه بعضی استادان معتقدند هرچند در ماده ۲۳۰ ق.م. به وجه التزام به منظور خسارت اشاره شده، ولی این امر دلالت صریح بر بطلان وجه التزام کیفری ندارد، خصوصاً که طبق ماده ۱۰ ق.م. تراضی دو طرف برای ایجاد التزام کفایت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۷۷). از سوی دیگر، چنانچه به هر ترتیب استنباط شود که اساساً پرداخت مبلغ موصوف به واقع مورد قصد طرفین نبوده است، در نتیجه بطلان شرط مستند به ماده ۲۳۰ ق.م. نخواهد بود، بلکه به لحاظ قاعده تبعیت عقد از قصد و اینکه التزام مزبور مورد قصد قرار نگرفته است، می‌باشد.

## ۲-۱-۲. جمع نظریات شورای نگهبان

جواز راهکار شرط ضمن عقد مجموعاً از نظریات شورای نگهبان نیز قابل استنباط است.\* در برخی نظریات شورای نگهبان به‌طور کلی به خلاف شرع بودن خسارت تأخیر تأدیه، بدون اشاره به حکم شرط ضمن عقد، تصریح شده و در برخی دیگر، راهکار شرط ضمن عقد از این حکم کلی مستثنا شده است؛ برای مثال نظریه شماره ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ به خلاف شرع بودن مواد ۷۱۹ تا ۷۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق اشاره کرده است که بعضاً به وجه التزام که اصولاً قالب آن شرط ضمنی است نیز اشاره داشته است؛ مانند بخشی از ماده ۷۱۹ قانون مزبور. همچنین آن شورا در پاسخ به پرسش شورای عالی قضایی و طی نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ اعلام داشت: «... تمام مواد و تبصره‌های موجود در قوانین و آیین‌نامه‌ها و مقرراتی که اجازه اخذ مبلغی

\* هرچند نظرات شورای نگهبان نوعی نظریات فقهی است، ولی با توجه به تأثیر این نهاد بر قانونگذاری، نظریات وی نیز ضمن عنوان حقوق موضوعه بررسی می‌شود.

به عنوان خسارت تأخیر تأدیه می‌دهد (که حقیقت آن اخذ مبلغی مازاد بر بدهی طلبکار است)، باطل است...» و اضافه کرد: «آن قسمت از ماده ۳۴ و تبصره ۴ و ۵ ماده ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرای ثبت که اخذ مازاد بر بدهی بدهکار را به عنوان خسارت تأخیر تأدیه مجاز شمرده است، خلاف موازین شرع و باطل اعلام می‌شود...» که این مقررات نیز از جمله دربرگیرنده خسارت تأخیر تأدیه در قالب وجه التزام می‌بود و شورا بدون استثنا به حرمت دریافت این خسارت نظر داد.

همچنین شورای نگهبان پیش‌تر طی نظریات دیگری، دریافت خسارت تأخیر تأدیه را در مواردی از راه شرط ضمن عقد بدون محدودیت در میزان آن، صحیح دانسته بود؛ با این توضیح که در سال ۱۳۶۱ درج شرط ضمن عقد برای دریافت وجه التزام به لحاظ تأخیر در پرداخت دیون پولی برای بانک‌ها را مجاز تلقی کرد، با این مضمون:

در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، مبلغی به ذمه امضاکننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت؛ از این رو وام یا اعتبارگیرنده با امضای این قرارداد، ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدیه‌نشده، مبلغی معادل ۱۲ درصد مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور برحسب قرارداد به بانک پرداخت نماید.

گفتنی است آن شورا طی نامه شماره ۷۷۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۱ عمل به ترتیب یادشده را مشروط به اصلاح عبارت «تسویه کامل بدهی» به عبارت «تسویه کامل اصل بدهی»، فاقد اشکال دانست. البته این نظریه در مورد بانک‌ها اظهار شده است، ولی مبنای آن اصولاً باید در مورد همه اشخاص صدق کند و نکته اینکه این نظریه درباره عقود از سنخ عقد قرض ارائه شده است که صحت شرط مزبور در مورد آن بیش از دیگر عقود محل اشکال قرار گرفته است. از سویی چون صحت شرط فقط منوط به درج شدن ضمن عقد شده است، قاعدتاً از نظر آن شورا دریافت مبلغی مازاد بر دوازده درصد مورد اشاره نیز مجاز تلقی می‌شده است؛ چنان‌که قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها را طبق قرارداد نسبت به دریافت جریمه تأخیری به مراتب بیش از آنچه طبق شاخص تورم قابل محاسبه است، مجاز کرد.

گفته شده است این گونه نظریات ممکن است باعث این استنباط گردد که دلیل غیرشرعی بودن خسارت تأخیر تأدیه از نظر آن شورا، ربا تلقی شدن آن نیست، بلکه عدم درج آن به گونه شرط ضمن عقد است؛ پس این تحلیل با ربا تلقی کردن این خسارت منافات دارد؛ زیرا اگر دریافت آن ربا باشد، توافق طرفین در مشروعیت آن نقشی ندارد و صرف تغییر کلمات، سبب جواز امر نخواهد بود و نظر امام خمینی در *تحریر الوسیله* شاهد کلام است: «اگر برای تأخیر بدهکاری، طلبکار، چه بانک‌ها یا غیر آن، چیزی از بدهکار بگیرد، حرام است؛ اگرچه بدهکار راضی باشد» (خمینی، ۱۴۲۴، ص ۷۸۹، به نقل از شیروی، ۱۳۸۰، ص ۳۸).

حال هرچند شرط ضمنی، دارای مبنایی قراردادی است که باید بتواند به وسیله عموم اشخاص استفاده شود، ولی قوانین بعدی که از جمله ناظر به این خسارت می‌باشد، یعنی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها در سال ۱۳۶۸ نیز عملاً برای جلوگیری از زیان دیدن بانک‌ها تصویب شده، سبب این گمان است که شاید به لحاظ دولتی بودن بانک‌ها و مصلحت وقت، راهکار شرط ضمنی فقط برای بانک‌ها جایز بوده و عمومیت نداشته است؛ اگرچه تصویب قوانین مصلحتی بر عهده مجمع تشخیص مصلحت و نه شورای نگهبان است. با این حال، نظریه شورا درباره امکان دریافت بهره از غیرمسلمانان به طور عام به جواز راهکار شرط ضمن عقد نیز اشاره دارد:

اکثریت [داشتن] سهامداران غیرمسلمان شرکت‌های خارجی مجوز دریافت بهره از سایرین نمی‌شود؛ چنان‌که دریافت جریمه نیز اگر به صورت التزام و شرط در ضمن عقد نباشد از مسلمان و غیرمسلمان از اقلیت‌های رسمی ساکن ایران جایز نمی‌باشد (مهرپور، ۱۳۷۱، ص ۳۳۶).

از این نظریه می‌توان استنباط کرد که استفاده از شرط ضمن عقد برای همه اشخاص امکان‌پذیر است و بانک‌ها خصوصیتی در استفاده از آن ندارند و احتمالاً مقصود آن شورا از حرمت خسارت تأخیر تأدیه در برخی نظریات دیگر، شامل راهکار شرط ضمن عقد نبوده و چه بسا تسامح شورا و اینکه در مقام بیان حکم کلی عدم مشروعیت خسارت مزبور در قوانین پیش از انقلاب بوده، دلیل عدم تفکیک حکم در آن نظریات باشد.

## ۲-۲. دلایل مخالف

مفهوم و دست‌کم روح قانون، صحت چنان توافقی را محل تأمل می‌سازد؛ به‌ویژه که بطلان یک عمل صرفاً نیازمند نص قانونی نیست، بلکه مخالفت با روح قانون نیز سبب بی‌اعتباری آن خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ۱۵۸). در واقع با اینکه راهکار شرط ضمن عقد حتی در برخی نظریات شورای نگهبان نیز با استقبال روبه‌رو شده است، ولی در هیچ یک از قوانین عام‌الشمول بعدی مانند قانون صدور چک و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به عنوان منابع قانونی این خسارت استفاده نشده است و به‌علاوه، سوابق قانونگذاری نیز در این باره از توافق نامحدود بیش از نرخ قانونی، حمایت نکرده است (ماده ۷۱۹ ق.آ.د.م. سابق) که نشان می‌دهد مقنن اصل آزادی اراده را در این باره به عنوان یک قاعده عام حاکم نمی‌دیده است.\* از سویی جواز مطالبه دین به میزان نرخ تورم، آن هم ذیل فصل دوم قانون مربوطه با عنوان «خسارت»، این احتمال را تقویت می‌کند که مقنن احتمالاً تحت تأثیر برخی نظریات فقهی، همچنان دریافت خسارت به مبلغی بیش از کاهش ارزش پول را ربا تلقی می‌کرده، ولی از آنجاکه پرداخت دین با احتساب تورم، نهایتاً به پرداخت چیزی بیش از معادل واقعی اصل دین منتهی نخواهد شد، آن را ربا ندانسته است. همچنین وقتی مقنن در تصویب ماده‌ای که کارکرد اصلی آن جبران کاهش ارزش پول است، این گونه احتیاط کرده و آن را به قید و شرط منوط می‌کند، دور از ذهن است که با راهکار توافق یا شرط، دریافت مبلغی مازاد را مجاز بداند.

درباره عبارت ذیل ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. نیز می‌توان گفت متن ماده حاوی حکم عام امکان مطالبه خسارات تأخیر در انجام تعهد بوده، عبارت ذیل آن نیز حاکی از حکم عام اعتبار توافق در مورد این گونه خسارات است که به موجب مفهوم تبصره دوم آن در

\* اگرچه در ماده ۷۲۶ قانون پیشین مقرر شده بود: «هرگاه به عنوان خسارت بیش از مبلغی که قانون معین کرده است، تأدیه شده باشد، دعوای استرداد آن مسموع نخواهد بود». چنانچه مقصود، پرداخت مبلغ اضافی به اتکای توافق اولیه و نه نوعی مصالحه و توافق پس از نقض عهد باشد، نشان می‌دهد مبلغ مازاد نوعی دین طبیعی تلقی و از اساس غیرقانونی لحاظ نمی‌شده است، ولی مانند دیون دیگر نیز مورد حمایت نبوده است.

مورد خسارات تأخیر تأدیه، تخصیص خورده است، ولی از آنجا که خسارات تأخیر تأدیه خود اعم از خسارتی است که مبتنی بر قرارداد باشد یا نباشد و فقط بر مبنای قانون مطالبه می‌شود، در اینجا با چند راهکار روبه‌رو هستیم: نخست، اینکه چون مشخص نیست دامنه مخصص شامل خسارات تأخیر تأدیه مشروط یا مبتنی بر قرارداد نیز هست یا خیر، مخصص را مجمل بدانیم که حکم مشهور اصولیون در این باره سرایت اجمال مخصص به عام و عدم قابلیت استناد به حکم عام در موارد تردید است (حیدری، ۱۳۸۹، ص ۱۵۷)؛ دوم، اینکه بگوییم مخصص دارای اجمال نیست، بلکه به موجب حکم روشن تبصره، خسارت تأخیر تأدیه به طور مطلق فقط در موارد قانونی قابل مطالبه معرفی شده است و مفهوم آن غیر قابل مطالبه بودن در دیگر موارد می‌باشد - هر چند مبتنی بر قرارداد باشد - و از سویی جمع ماده و تبصره به گونه پیش گفته صحیح‌تر است تا جمع آن بدین شکل که قرارداد در مورد خسارات تأخیر تأدیه را از مصادیق «موارد قانونی» مذکور در تبصره بدانیم؛ زیرا این نتیجه اولاً، بر خلاف اطلاق این اصطلاح در تبصره است؛ ثانیاً، چنانچه مقصود مقنن از موارد قانونی، قرارداد افراد بود، منطقیاً قید می‌کرد «در موارد قانونی یا طبق قرارداد»؛ افزون بر اینکه ارجاع «موارد قانونی» به قرارداد، مخالف هدف معمول و شأنیت تبصره ماده قانونی است؛ زیرا در این صورت حکم تبصره (به عنوان حکم خاص) مجدد به خود ماده، یعنی حکم عام ذیل ماده ۵۱۵ درباره اعتبار قرارداد در مورد خسارت، ارجاع شده است.

گفتنی است برخی اساتید آشکارا توافق بر دریافت مبلغی بیش از کاهش قدرت خرید را از منظر قانون نافذ ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۲۴۸). از استدلال برخی نیز که «موارد قانونی» مذکور در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ را شامل قرارداد ندانسته‌اند و مطالبه این خسارت را مطابق قاعده ندیده‌اند، مردود بودن راهکار توافق در حقوق موضوعه قابل استنباط است (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۰ به بعد). بعضی اساتید نیز که امکان چنان استنباطی را از عبارت ذیل آن ماده مطرح کرده‌اند، با این استدلال که ماده ۵۱۵ به خسارات ناشی از قرارداد مربوط است، نه ناظر به خسارت ناشی از تأخیر تأدیه، خود اضافه کرده‌اند که از این بخش از ماده مزبور نمی‌توان به طور قاطع در مورد جواز شرط خسارت تأخیر تأدیه اظهار نظر کرد (شیروی، ۱۳۸۰، ص ۴۳).

نکته دیگر اینکه شبیه عبارت ذیل ماده ۵۱۵ قانون جدید، در ماده ۷۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق نیز در فصل اول ذیل عنوان «در کلیات» از باب دهم، با عنوان «در خسارت و اجبار به انجام تعهد» به چشم می‌خورد و در عین حال، در فصل سوم از همان باب - مواد ۷۱۹ به بعد - به طور جداگانه موادی را به عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» و بیان احکام آن اختصاص داده بود؛ چنان‌که در قانون جدید نیز ماده ۵۱۵ در فصل کلیات قرار دارد و بلافاصله در فصل بعدی و در ماده ۵۲۲ به ضمان کاهش ارزش پول اشاره شده است که شاید از نظر مقنن فعلی، معادل یا جایگزینی برای همان خسارت تأخیر تأدیه سابق بوده باشد و این امر نشان می‌دهد که منظور از قاعده اعتبار توافق که ذیل ماده ۷۱۲ درج شده است، به تعهدات غیر وجه نقد مربوط بوده است؛ بنابراین احتمال اینکه مقصود مقنن جدید نیز از عبارت ذیل ماده ۵۱۵ که به نوعی معادل همان ماده ۷۱۲ سابق است، به همین شکل باشد، تقویت می‌گردد.

افزون بر این، ممکن است عبارت پایانی ماده ۵۲۲ درباره «امکان مصالحه طرفین» به عنوان دلیل اعتبار توافق بر میزان خسارت تأخیر تأدیه عنوان شود. روشن است چنانچه به بی‌ارتباط بودن این ماده با خسارت تأخیر تأدیه به معنای اخص معتقد باشیم، این استدلال چندان محلی از اعراب ندارد، ولی این استدلال عموماً از سوی کسانی قابل طرح است که معتقدند ماده ۵۲۲ نیز مقوم همان حداقل خسارت تأخیر تأدیه قانونی است. در هر حال، به نظر می‌رسد مقصود از این عبارت، امکان مصالحه بعدی طرفین باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۲۴۸-۲۴۹) و احتمالاً به تبع حکم احتیاطی برخی مراجع درباره احوط بودن مصالحه در این باره، گنجانده شده است. اگرچه منطقی‌اً امکان مصالحه بعدی نیاز به تصریح نداشته است، ولی سیاق عبارت انصافاً به «تسالم» و مصالحه بعدی طرفین هنگام نقض عهد تناسب دارد، و گرنه مقرر می‌شد: «... مگر اینکه طرفین در قرارداد به شکل دیگری توافق کرده باشند»؛ چنان‌که ماده ۷۱۹ قانون قدیم به روشنی به حکم توافق قبلی طرفین اشاره کرده بود. از سوی دیگر، در لسان فقها نیز استعمال عباراتی همچون «مصالحه نمایند» و مواردی از این دست، معمولاً به ارشاد به سازش درباره اتفاقات گذشته اشاره دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۸-۱۴۹). با توجه به اینکه شورای نگهبان نیز در نظریاتی که به جواز راهکار شرط ضمنی اشاره

کرده است، همه جا به نفوذ التزام و شرط ضمن عقد یا نهایتاً قرارداد اشاره کرده است، نه اصطلاح مصالحه، دست کم قرینه‌ای است مبنی بر اینکه ذیل این ماده درصدد ارائه راهکار توافق پیشنهادی شورای نگهبان نبوده است.

در مورد ماده ۲۳۰ ق.م. نیز حتی چنانچه وضع اولیه آن به لحاظ اطلاق ظاهری، منصرف از تعهدات پولی نباشد، با وضع تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید و خلاصه با همان استدلال‌های پیشین می‌توان به غیرقابل استناد بودن این ماده در مورد موضوع نظر داد؛ چنان که این ماده حتی در زمان حکومت قانون سابق آیین دادرسی مدنی نیز مجوز مطالبه خسارت تأخیر مازاد بر نرخ قانونی تلقی نمی‌شد.

گفتنی است آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷ مصوب قوه قضائیه نیز مبنی همین تعبیر است؛ زیرا بند ۴ از ماده ۳ آیین‌نامه مزبور، یکی از موارد لازم در تقاضانامه اجرای اسناد را «تصریح به مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در مورد بانک‌ها و مراجعی که قانوناً حق دریافت آن را دارند» می‌داند و تبصره ذیل بند ۴ از ماده ۴ نیز مقرر کرده است: «محاسبه سود و خسارت تأخیر تأدیه فیما بین متعهد و متعهدله (در مورد بانک‌ها و مراجعی که قانوناً حق دریافت آنها را دارند) تا تاریخ صدور اجرائیه انجام می‌شود و...». اکنون با توجه به اینکه آیین‌نامه موصوف اصولاً به اجرای قراردادهای رسمی می‌پردازد و مبنای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در آنها همان راهکار شرط ضمنی است، با این وصف حق مطالبه آن امری استثنایی و در اختیار اشخاص خاص قرار گرفته است که به نظر می‌رسد این نوع تلقی در جهت برداشت مزبور از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. می‌باشد؛ بنابراین از نظر این آیین‌نامه نیز جواز راهکار شرط ضمنی عمومیت ندارد. البته در مواد دیگری از آیین‌نامه، همچون ماده ۳۶، به امکان مطالبه «وجه التزام» و... اشاره شده است، ولی وجه التزام مندرج در این ماده فقط می‌تواند به تعهدات دایر بر انجام فعل و از این دست مربوط باشد، نه وجه نقد؛ در غیر این صورت، مقصود از اصطلاح خسارت تأخیر تأدیه مجهول می‌ماند؛ زیرا مقصود از آن نمی‌تواند ضمان کاهش ارزش پول نیز باشد؛ چون ضمان کاهش



ارزش پول، استثنایی و محدود به «مراجع خاص و بانک‌ها» نیست.\* بر این اساس، مقصود از خسارت تأخیر تأدیه فقط می‌تواند به چیزی بیش از ضمان کاهش ارزش پول ناظر باشد که مبنائی جز توافق و وجه التزام برای آن متصور نیست. البته به تصریح مواد پیش‌گفته از آیین‌نامه، امکان دریافت آن نیز در دسترس همگان قرار نگرفته است؛ بنابراین وجه التزام مذکور در ماده ۳۶ آیین‌نامه باید منصرف از تعهدات مربوط به وجه نقد باشد.

در رویه قضایی نیز اتفاق نظر وجود ندارد، تا جایی که اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نظریات متعارضی ارائه کرده است،\*\* ولی در مجموع تمایل به نافذندانستن توافق،\*\*\* ملموس است.

### ۳. داوری و نقد نظریات

ابهام در مقررات، داوری قطعی را درباره موضوع دشوار کرده است؛ از یک سو می‌توان گفت اطلاق ماده ۲۳۰ق.م. و عبارت ذیل ماده ۵۱۵ق.آ.م. به جواز توافق مورد بحث حکم می‌کند و حتی در صورت عدم امکان استناد به این ماده نیز اصولاً منع و محدودیت است که نیازمند تصریح می‌باشد، وگرنه اصل بر جواز و آزادی اراده هاست و تخصیصی که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ق.آ.د.م. به اصل ماده ۵۱۵ وارد آورده است، قدر

\* هرچند آیین‌نامه مزبور احتساب ضمان کاهش ارزش پول را نیز احتمالاً به دلیل نیازمندبودن به احراز شرایط و رسیدگی قضایی، در صلاحیت مرجع ثبتی ندانسته است.

\*\* این اداره در نظریه شماره ۱۷۴۷/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۹ بیان داشته است: «توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تأخیر تأدیه ذین فقط در چهارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک‌ها پیش‌بینی شده است، ولی در تمامی دعاوی که موضوع آن ذین و از نوع وجه رایج است، مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده ۵۲۲ق.آ.د.م. انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی، ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام ماده ۲۳۰ق.م. ناظر به تعهدات غیر پولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد امکان مصالحه طرفین به شکل دیگر، ناظر به مصالحه به کمتر از شاخص تورم است؛ زیرا مقررات یادشده تا سقف شاخص تورم امری بوده و توافق بر بیشتر از آن بی‌اعتبار است» (ر.ک: روزنامه رسمی، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۶، ش ۲۰۰۷۷).

\*\*\* نظر اکثریت قضاوت در نشست قضایی دادگستری کرمان، مؤید این امر است (ر.ک: نشست قضایی دادگستری‌های کشور، ۱۳۸۹/۱/۱۸).

متیقن به حالت کلی و موردی مربوط است که توافقی وجود نداشته باشد. آنچه پذیرش چنان توافقی را از منظر حقوق موضوعه محل تأمل می‌سازد، بیان مقنن در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. است که خسارت تأخیر تأدیه را فقط به «موارد قانونی» محدود کرده است که خود به اندازه کافی وضعیت استثنایی آن را یادآور می‌شود؛ زیرا از آنجاکه مطالبه هر طلبی فقط در مواردی که مبتنی بر قانون باشد، میسر است و نیازی به بیان آن نیست، قاعداً مقصود مقنن باید چیزی ورای این امر روشن، بلکه اشاره به وضعیت استثنایی خسارت مزبور باشد؛ به خصوص که خسارت تأخیر تأدیه نیز ماهیتاً نوعی خسارت است و مقنن حکم عام خسارات قابل مطالبه و اینکه اصولاً می‌توانند مبتنی بر قرارداد باشند را در خود ماده ۵۱۵ بیان کرده بوده، ولی خسارت تأخیر تأدیه را با بیانی استثنایی و طی تبصره‌ای مجزا ذکر کرده که نشان می‌دهد وضعیت این خسارت از مابقی موارد متفاوت است.

افزون بر این، چنانچه مقصود، وضع حکم مشابه برای این خسارت در ردیف سایر خسارات بود، اصولاً به خسارت تأخیر تأدیه نیز در متن ماده ۵۱۵ و در کنار دیگر خسارات تصریح می‌شد یا دست کم هیچ حکم جداگانه‌ای در مورد آن بیان نمی‌شد و نیازی به قید جواز آن «در موارد قانونی»، آن هم طی تبصره‌ای مجزا وجود نداشت؛ به ویژه که شأنیت تبصره نیز در چنین شرایطی، محدود کردن موضوع یا بیان حکمی خاص است. از سوی دیگر، دور از ذهن است که مقصود مجلس از وضع تبصره مزبور و قید «موارد قانونی»، جواز راهکار شرط ضمن عقد که در گذشته مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته یا تأکید بر آن بوده باشد؛ زیرا در این صورت، به سادگی با اشاره به راهکار توافق و شرط، نسبت به مباح بودن آن تأکید می‌شد، نه آنکه ذیل حکم عام متن ماده که به نفوذ توافق نیز اشاره کرده است، حکم خاصی ذیل یک تبصره وضع گردد. در واقع قانونگذار حکم عامی را در مورد حرمت این خسارت انشا کرده است که فقط موارد قانونی از آن خارج می‌باشد و شاید مجلس وقت که برخی مخالفت‌های مکرر شورای نگهبان طی سالیان متمادی و در عین حال استثناشدن مراجعی چون بانک‌ها در برخی نظریات آن شورا و نیز تصویب قوانینی همچون قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها که مصوب مجمع تشخیص مصلحت نیز می‌باشد را ملاحظه کرده، در

زمان تدوین تبصره ۲ ماده ۵۱۵ این حکم را مفروض داشته است که دریافت خسارت مزبور جز در موارد استثنایی، اصولاً غیرشرعی بوده و جواز آن تابع مصلحت‌اندیشی خود مقنن است؛ در غیر این صورت، نیازی به برخورد استثنایی با موضوع نبود؛ به‌ویژه که مگر نه آنست که پیش از تصویب آن قوانین استثنایی نیز مبنای مطالبه این خسارت توسط بانک‌ها، معمولاً شرط ضمنی و قرارداد با مشتریان بوده و درعین حال شورای نگهبان به گونه‌ای ابهام‌برانگیز دریافت آن را نامشروع دانسته بود.

اکنون با توجه به اینکه نظریات سابق شورای نگهبان پیش از تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی ابراز گشته و به موجب ماده ۵۲۹ قانون جدید در سال ۱۳۷۸، قانون آیین دادرسی مدنی سابق و دیگر قوانین در موارد مغایر نسخ شده و شورای نگهبان نیز تبصره مزبور را به همین شکل تأیید کرده است؛ بنابراین موضع فعلی، آخرین موضع آن شورا تلقی می‌گردد و در هر حال استناد به دیدگاه‌های گذشته وی صحیح به نظر نمی‌رسد. همچنین آن شورا در نهایت امکان تأیید یا رد مصوبات مجلس را دارد و فی‌نفسه امکان انشای قانون و حتی تفسیر قوانین عادی را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۳۲). افزون بر این، اعتبار توافق مزبور به موجب قوانینی که شورا آنها را خلاف شرع دانسته بود نیز محدود بود و از سویی علت مخالفت شورا، محدودیت اعتبار وجه التزام طبق آن قوانین نیز نبود؛ بنابراین راهکار شرط ضمنی برای دریافت خسارات بدون محدودیت که تا آن تاریخ مجاز یا مورد حمایت کامل مقنن نبود، بدون تصویب ابتدایی مجلس، جنبه قانون نمی‌یافت و این دست نظریات، جز در قسمت اعلام انطباق یا عدم آن با شرع، فقط جنبه ارشادی داشت.

## نتیجه

به نظر نویسندگان مقاله حاضر، از نظر منطقی و صرف نظر از رویکرد قانون آیین دادرسی مدنی، اصولاً نباید منعی شرعی و قانونی برای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از راه توافق - اگرچه بیش از میزان تورم - وجود داشته باشد، ولی عملکرد مقنن، از جمله تصویب استثنایی قوانینی که به راهکار شرط ضمن عقد اشاره می‌کنند و به‌ویژه مفهوم و سیاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. که امکان مطالبه این خسارت را به موارد قانونی

محدود کرده است و در کنار این امر که حتی جبران کاهش ارزش پول نیز به احتمال قوی فقط بدین خاطر که منتهی به پرداخت مبلغی بیش از ارزش واقعی دین نمی‌گردد، مجاز دانسته شده است - آن هم در شرایط متعدد - مؤید این نتیجه است که امکان توافق بر دریافت مبلغی بیش از شاخص، چه در قالب شرط یا هرگونه قرارداد، با مفهوم و روح آخرین قوانین موضوعه سازگار به نظر نمی‌رسد، بلکه اعتبار چنان توافقی بدواً موکول به تصریح قانونی است؛ کماینکه آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرای مصوب ۱۳۸۷ نیز همین برداشت را از موضوع، به شکلی روشن دربردارد؛ اگرچه موضع‌گیری مقنن یا دست کم نگارش مواد قانونی به صورت فعلی که مؤید چنان تعبیری است، به شدت محل انتقاد است. حتی چنانچه به صحت توافق مزبور معتقد باشیم، بازهم شکی نیست موضع مقنن در این باره شفاف نبوده و جای تجدیدنظر دارد.

به نظر ما راهکار توافق یا شرط ضمن عقد جهت دریافت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه، ولو متجاوز از نرخ تورم، در صورت وجود چهارچوبی عقلانی و منصفانه، راهکاری است مفید و قابل حمایت، که در حال حاضر به دلایلی که از نظر گذشت، امکان استفاده از آن ممنوع یا لاقابل با تردید مواجه است. لکن جهت نیل به مقصود پیشنهاد می‌گردد که قانونگذار علاوه بر تصریح به اصل نفوذ چنین توافقی، اعتبار آن را برای مثال تا میزان حداقل سود مربوط به سپرده‌های بانکی، به عنوان کم‌ترین میزان بهره قابل تصور و ممکن‌الحصول پول، محدود سازد تا در عین احترام به اصل حاکمیت اراده، مانع نفوذ توافقات غیرمنصفانه و سوء استفاده احتمالی افراد گردد. ضابطه‌ای که فقدان آن ملموس است.

## منابع

۱. اصفهانی (مجلسی دوم)، محمدباقرین محمدتقی؛ مرآة العقول؛ تحقیق سیدهاشم رسولی؛ ج ۱۹، چ ۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ق.
۲. —؛ ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار؛ تحقیق سیدمهدی رجایی؛ ج ۱۱، چ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق.
۳. انصاری، علی؛ «دریافت خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی با تکیه بر وضعیت بدهکار»؛ مجله اقتصاد اسلامی، ش ۴۱، بهار ۱۳۹۰.
۴. بادینی، حسن و محمدعزیز حسامی؛ «مبانی فقهی قابلیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از دیدگاه مذاهب اسلامی»؛ مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، تابستان ۱۳۹۱.
۵. بهبهانی، محمدباقرین محمدبن اکمل؛ حاشیة المجمع الفانده والبرهان؛ چ ۱، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ق.
۶. بهجت (گیلانی فومنی)، محمدتقی؛ استفتانات؛ ج ۳، چ ۱، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ق.
۷. تبریزی، جوادبن علی؛ استفتانات جدید؛ ج ۱، چ ۱، قم: دفتر مؤلف، [بی تا].
۸. تقی زاده، ابراهیم و افشین احمدی؛ «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۱۰، بهار ۱۳۹۴.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات؛ چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۰. حکمت نیا، محمود و جعفر زمانی؛ «وضعیت حقوقی معاملات سفهی در فقه امامیه و حقوق ایران»؛ فصلنامه حقوق اسلامی، ش ۳۶، بهار ۱۳۹۲.
۱۱. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ تحریر الأحکام الشرعی علی

- مذهب الإمامية؛ تصحيح ابراهيم بهادری؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۲. —؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۳. حیدری، علی نقی؛ أصول الإستنباط فی أصول الفقه و تاریخه بأسلوب جدید؛ ترجمه عباس زراعت و حمید مسجدسرائی؛ چ ۸، قم: پیام نوآوران، ۱۳۸۹.
۱۴. خامنه‌ای، سیدعلی بن جواد حسینی؛ أجوبة الإستفتاءات؛ چ ۱، قم: دفتر آیت الله خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق.
۱۵. خمینی، سیدروح الله؛ استفتاءات؛ ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۱۶. —؛ تحریرالوسیلة؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا].
۱۷. —؛ کتاب البیع؛ ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۲۱ق.
۱۸. خویی، سیدابوالقاسم موسوی؛ مصباح الفقاهة؛ تقریرات محمد علی توحیدی، ج ۷، [بی جا]، [بی تا].
۱۹. رضائی، مجید؛ «بررسی فقهی - حقوقی جرمه تأخیر»، مجله اقتصاد اسلامی؛ ش ۶، تابستان ۱۳۸۱.
۲۰. شعرانی، ابوالحسن؛ تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین؛ ج ۲، چ ۵، تهران: منشورات اسلامیة، ۱۴۱۹ق.
۲۱. شهیدی، مهدی؛ آثار قراردادها و تعهدات؛ چ ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۲۲. —؛ سقوط تعهدات؛ چ ۵، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱.
۲۳. شیروی، عبدالحسین؛ «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، مجله مجتمع آموزش عالی قم؛ ش ۹، بهار و تابستان ۱۳۸۰.
۲۴. صافی گلپایگانی، لطف الله؛ جامع الأحكام؛ ج ۲، چ ۴، قم: انتشارات حضرت معصومه، ۱۴۱۷ق.
۲۵. صانعی، یوسف؛ استفتاءات قضائی؛ ج ۲، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.

۲۶. عابدیان، میرحسین؛ «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها؛ لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»؛ مجله هیات و حقوق، ش ۱۹، بهار ۱۳۸۵.
۲۷. عادل، مرتضی؛ «توافق بر خسارت در قراردادها»؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ش ۵۳، پاییز ۱۳۸۰.
۲۸. عاملی (حرّ عاملی)، محمدبن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى مسائل الشریعة؛ ج ۱۸، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
۲۹. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ حاشیه سیدمحمد کلانتر؛ ج ۳ و ۴، چ ۱، قم: کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ق.
۳۰. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ رسائل المحقق الکرکی؛ تحقیق محمد حسون؛ ج ۱، چ ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله نجفی مرعشی و دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۳۱. عاملی، سیدجواد بن محمدحسینی؛ مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۵، چ ۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].
۳۲. فاضل‌آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی؛ کشف الرموز فی شرح مختصر النافع؛ ج ۱، چ ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۳۳. قمی (صدوق)، محمدبن علی بن بابویه؛ من لایحضره الفقیه؛ ترجمه علی‌اکبر غفاری و محمدجواد صدر بلاغی؛ ج ۴، چ ۱، تهران: نشر صدوق، ۱۴۰۹ق.
۳۴. قنوتی، جلیل؛ «اصل آزادی قراردادی، قراردادها و شروط غیرعادلانه»، مجله مطالعات اسلامی (فقه و اصول)؛ ش ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
۳۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۳۶. —؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۳۷. —؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران؛ چ ۲۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.

۳۸. گلپایگانی، سیدمحمدرضا موسوی؛ *مجمع المسائل*؛ ج ۲، چ ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر؛ *استفتانات جدید*؛ ج ۱، چ ۳، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۳۸۱.
۴۰. —؛ *ربا و بانکداری اسلامی*؛ چ ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۳۷۶.
۴۱. مهرپور، حسین؛ *مجموعه نظریات شورای نگهبان*؛ چ ۱، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
۴۲. موسوی بجنوردی، محمد؛ «مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه»، *مجله حقوق عمومی*؛ ش ۵، تابستان ۱۳۸۸.
۴۳. موسویان، سیدعباس؛ «بررسی فقهی - حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، *مجله فقه و حقوق*؛ ش ۴، بهار ۱۳۸۴.
۴۴. «نشست قضائی دادگستری‌های کشور»، *نشریه مأوا* (نشریه داخلی قوه قضائیه)؛ فروردین ۱۳۸۹.
۴۵. *مواضع اعلام شده پیرامون ربا، توسط مراجع، متفکرین، مسئولین و... [بی‌جا]*: جنبش ممانعت از جنگ در برابر خدا، ۱۳۹۱.
۴۶. نجفی، محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*؛ ج ۲۵، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۷. وحدتی شبیری، سیدحسن؛ «خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد»، *مجله روش‌شناسی علوم انسانی*، ش ۳۶، پاییز ۱۳۸۲.
۴۸. یوسفی، احمدعلی؛ «دگرگونی قیمت‌ها در عصر تشریح»؛ *مجله فقه و اصول*، ش ۲۵ و ۲۶، پاییز و زمستان ۱۳۷۹.