



کاوشی در حکم فقهی شرط های جزائی و تهدیدی در جریمه تأخیر در نظام بانک داری بدون ربا

پدیدآورنده (ها) : مصباحی مقدم، غلامرضا؛ جلالی، حسن

حقوق :: نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی :: پاییز و زمستان ۱۳۸۷ - شماره ۲۸ (ISC)

صفحات : از ۵ تا ۵۰

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/705752>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۶/۰۵

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.



- مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه
- الگوی مطلوب خانواده با تأکید بر خانواده در دوران دفاع مقدس
- جایگاه عدالت شاهد و راه های احراز آن در دعاوی با تأکید بر جرح و تعدیل
- جرم انتقال مال غیر در حقوق کیفری ایران
- توهین در رسانه از منظر حقوق بین‌الملل و حقوق ایران
- مطالعه و احصای عوامل مؤثر در ایجاد اقساط معوق بانک قوامین (مورد مطالعه: باک قوامین استان کرمانشاه)
- رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به خانواده
- بررسی مشروعیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه
- بررسی فقهی، حقوقی چگونگی حق حبس در نکاح
- حقوق پیش‌فروشنده در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با حقوق بایع در قانون مدنی
- بررسی برخی عوامل اجتماعی مؤثر بر خشونت خانوادگی
- عوامل ابتلا به لقمه حرام (در معاملات)

عناوین مشابه

- بررسی فقهی ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک در بانکداری بدون ربا ج.ا.ایران
- تحلیل چالش های جریمه تأخیر تأدیه در بانکداری بدون ربا و ارائه راهکار جایگزین
- بانکداری اسلامی: جریمه تأخیر تأدیه در بانکداری بدون ربا تحلیل مشکلات و ارائه راهکاری جدید
- بانک های تخصصی چه کرده اند؟: (تحلیلی بر عملکرد بانک های تخصصی، پس از اجرای قانون بانکداری بدون ربا در ایران) (۴)
- شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا
- شناسایی و اولویت بندی ریسک های راهبردی در بانکداری بدون ربا: (مطالعه موردی بانک ملت)
- بررسی فقهی حقوقی اصل قابل استناد در موارد تردید در مشروعیت شرط (ناشی از تردید در جعل یا کیفیت جعل حکم شرعی یا قانونی)
- حوزه فقه معاملات: درنگی در مبانی فقهی استثنائات حکم ربا
- بررسی شرط لزوم اتحاد مکانی و زمانی رفتار جنایی و فوت، جهت تغلیظ دیه (کاوشی در مبانی فقهی ماده ۵۵۵ ق.م.ا)
- بررسی فقهی حقوقی عقد شرکت در نظام بانکداری بدون ربا

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی در جرمه تأخیر در نظام بانک‌داری بدون ربا

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۰۶/۲۰

غلامرضا مصباحی مقدم*

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۰۹/۰۳

حسن جلالی**

چکیده

در این مقاله از نظر فقهی دو موضوع را بررسی می‌کنیم که همواره مشغله ذهنی محققان و پژوهشگران عرصه اقتصاد اسلامی مربوط به نظام بانک‌داری بدون ربا بوده است و آن دو عبارت‌اند از دریافت خسارت و جرمه تأخیر. در این مقاله هم اصل خسارت تأخیر و هم شرط خسارت و هم شرط جرمه تأخیر مورد بحث قرار می‌گیرد. آنچه مهم است کشف حکم فقهی دو پدیده ذکر شده و تمییز بین آن دو است. زیرا فتاوا و قوانین موضوعه در این خصوص دچار تشتت و ابهامات قابل توجهی است. این بحث به گونه‌ای با قراردادهای بانکی گره خورده که نمی‌توان این قراردادها را فارغ از آن مورد مطالعه قرارداد. چراکه بانک متقاضیان تسهیلات خود شرط می‌کند که با تأخیر در پرداخت هر قسط معادل ۱/۴۸ درصد مبلغ قسط از آن‌ها دریافت می‌کند صرف‌نظر از این‌که بانک در اثر این تأخیر دچار ضرر شده باشد. دریافت خسارت مانع از این نیست که هم‌زمان مشتری را ملزم به پرداخت اقساط تأخیری بنمایند. اغلب کاوش‌های انجام شده در این زمینه خسارت تأخیر را با توجه به پدیده تورم مورد بررسی قرار داده‌اند، اما در این نوشتار خسارت و جرمه تأخیر را صرف‌نظر از وجود تورم و بحران‌های اقتصادی بررسی می‌گردد همچنان که مسأله گرفتن خسارت از خسارت (خسارت مرکب) نیز بررسی می‌گردد. امید است این مقاله روزه‌ای برای محققان در زمینه بررسی مسائل بانک‌داری بگشاید.

واژگان کلیدی

خسارت تأخیر، خسارت مرکب، شرط جزائی، شرط تهدید مالی، عدم‌النفع

*عضو هیأت علمی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام m.moghadam@isu.ac.ir

**دکترای تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام h.jalali@isu.ac.ir

شرط جزایی

از موضوعات مطرح در عرصه حقوق و اقتصاد بحث شرط جزایی یا شرط کیفر مالی است که در بین فقها و حقوق‌دانان دارای موافقان و مخالفانی است. علت طرح این بحث این است که یکی از چالش‌های قراردادهای فروش اقساطی، شرط خسارت یا جریمه تأخیر یا جریمه تخلف از قرارداد است که در متن قرارداد از سوی بانک بر متقاضیان تسهیلات بار می‌گردد. در این جا به تفصیل در مورد شرط جزایی بحث خواهیم کرد، تا در نتیجه حکم فقهی هریک از خسارت و جریمه تأخیر را تبیین نماییم.

شرط جزایی و احکام آن

برای شرط جزایی یا کیفر مالی تعاریف گوناگونی ارائه شده است. یکی از محققان اهل سنت در تعریف این شرط می‌نویسد: «شرط جزایی عبارت است از توافق طرفین عقد در خود عقد یا طی تعهدی مستقل از عقد بر مقدار خسارت یا غرامتی که بر اثر تخلف متعهد از تعهد یا تأخیر در پرداخت دین ناشی از تعهد متوجه متعهد می‌شود»^۱. در بین فقهای شیعه کمتر کسی به تعریف شرط جزایی پرداخته است، در بین فقهای که در عرصه مباحث معاصر اقتصاد و حقوق دست به قلم شده‌اند می‌توان به آیت‌الله تسخیری و آیت‌الله جوهری اشاره کرد که تعریف زیر را ارائه کرده‌اند:

«شرط جزایی خسارت یا جریمه‌ای است که طرفین عقد در قبال اخلال یکی از آن‌ها در عقد یا تعهدات ضمن عقد بر آن توافق می‌کنند.» (التسخیری، ۱۳۸۲، ص ۱۵) در حقوق وضعی نیز شبیه تعاریف فوق ارائه شده است. (السنهوری، ۱۹۶۴م، ص ۸۵۱)

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزایی و تهدیدی... ۷

با توجه به تعاریف ارائه شده می‌توان شرط جزایی را این‌چنین تعریف نمود: «اتفاق و توافق طرفین یک عقد بر مقدار خسارت یا غرامتی که بر اثر اخلال یکی از آنها به عقد یا شروط ضمن عقد متوجه وی می‌شود اعم از این که التزام خود را با تأخیر به انجام برساند و یا اصلاً از انجام آن سر باز زند». بر این اساس می‌توان شرط جزایی را بر دو نوع دانست: ۱. شرط جزایی نکول ۲. شرط جزایی تأخیر.^۲

۱. شرط جزایی نکول: عبارت است از اتفاق بر پرداخت مقدار خسارت یا غرامت ناشی از عدم وفای به تعهد در انجام یا ترک یک فعل یا پرداخت دین به دائن.
۲. شرط جزایی تأخیر: عبارت است از اتفاق بر پرداخت مقدار خسارت یا غرامت ناشی از تأخیر در انجام تعهد یا وفای به دین.

مثال‌ها و نمونه‌های شرط جزایی به انواع مختلف آن

نمونه‌های شرط جزایی نکول عبارت است از التزام بایع به تحویل مبیع به مشتری و اگر نکول کرد، فلان مبلغ را به مشتری به عنوان غرامت بدهد و تعهد زوج به عدم ازدواج مجدد با زن دیگر یا عدم طلاق زن خود و الا فلان مبلغ را به زوجه خود بپردازد. یا تعهد پیمان‌کار ساختمان به ساخت و ساز برای کارفرما و در صورت نکول و انصراف، فلان مبلغ را به کارفرما بپردازد. یا تعهد کارگر به اشتغال در کارگاه کارفرما و در صورت انصراف، فلان مبلغ از حقوق وی کسر شود و بالاخره تعهد کشاورز مستأجر به تحویل زمین زراعی مورد اجاره پس از فصل برداشت، بدون آن‌که زراعت وی در زمین مانده باشد و اگر چیزی از زراعت وی در موقع تحویل زمین مانده باشد به تملک موجر درآید.

اما نمونه‌های شرط جزایی تأخیر عبارت است از تعهد اداره پست یا انبار توشه راه‌آهن به تحویل بار به گیرنده ظرف ۴۸ ساعت از تاریخ تحویل بار و در صورت تأخیر معادل ۱۰٪ قیمت بار به فروشنده یا گیرنده بپردازد و نیز تعهد مدیون

به باز پرداخت دین خود در اقساط معین ظرف مدت ۵ سال و در صورت تأخیر هریک از اقساط، معادل ۱٪ مبلغ دین را به طلبکار بپردازد. یا تعهد پیمانکار به انجام پروژه ساختمانی ظرف مدت یکسال و در صورت تأخیر، فلان مبلغ را به کارفرما بپردازد. هم‌چنین تعهد بازیکن به پیوستن به جمع افراد تیم در نخستین بازی فصل نخست لیگ و در صورت تأخیر، فلان مبلغ از قیمت قرارداد وی کسر شود. بر این اساس می‌توان هریک از شرط‌های جزایی نکول و تأخیر را از حیث تعیین مبلغ خسارت پرداختی یا کسر مبلغی از حقوق و دستمزد متعهد به شرط جزایی اثباتی و شرط جزایی سلبی تقسیم کرد. علاوه بر شرط جزایی مربوط به خسارت مالی، انواع دیگری از این شرط نیز وجود دارد که نتیجه آن خسارت مالی نمی‌باشد بلکه متعهد، یک فعل یا ترک فعل یا نتیجه‌ای را بر خود شرط می‌کند. نمونه‌های شرط جزایی فعل عبارت است از تعهد بایع به تحویل مبیع ظرف یک هفته و در صورت نکول یا تأخیر، کالای معینی را به مشتری هدیه کند. یا تعهد مؤسسه کرایه اتومبیل یا مؤسسه مسافربری به رساندن مسافر از اهواز به اصفهان در خلال ۱۲ ساعت و در صورت تأخیر، او را تا شهر تهران برساند. اما نمونه‌های شرط جزایی ترک فعل عبارت است از تعهد بایع به تحویل مبیع ظرف سه روز و الا از فروش کالای معینی به غیر مشتری متعهدله خودداری کند.

درخصوص شرط جزایی نتیجه نمونه ذیل قابل توجه است: تعهد زوج به عدم طلاق زن خود و الا نصف دارایی او به تملک زن او درآید. حال با توجه به مطلب فوق شایسته است که شرط جزایی را به‌طور کلی به‌شرح ذیل تعریف کرد که جامع کلیه موارد فوق باشد: «شرط جزایی عبارت است از التزام یکی از طرفین عقد یا توافق آنان بر مقدار خسارت یا غرامت یا انجام یا ترک فعلی یا حصول نتیجه‌ای معین در اثر اخلال به عقد یا شرط ضمن آن به‌واسطه تأخیر یا نکول در انجام تعهد».

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزایی و تهدیدی... ۹

با عنایت به تعریف فوق به این نکته دقیق می‌رسیم که آنچه به عنوان «عربون» مرسوم است که به آن «بیعانه» نیز گفته می‌شود یک فرق اساسی با شرط جزایی دارد و آن این که عربون در اصطلاح حقوقی عبارت است از جواز عدول از وفای به عهد در قبال پرداخت مبلغ تعیین شده یا همان بیعانه به طرف مقابل و این بدان معنا است که طرفین از چنین عدولی منع نشده‌اند؛ اما در شرط جزایی، تأخیر یا نکول از تعهد یا عقد، همراه با عدم رضایت متعهدله است و در واقع وی تمایل ندارد که چنین تأخیر یا نکولی رخ دهد لذا شرط جزایی را برای پیشگیری از چنین رخدادی قرار می‌دهد. اما در عربون، از ابتدا طرفین حق نکول یا عدول را دارند گرچه مبلغی را به عنوان عربون در صورت نکول یا عدول به نفع طرفی که نکول یا عدول نکرده است تعیین می‌کنند. به همین دلیل است که بعضی از محققان شیعه در مورد صدق شرط جزایی بر عربون تردید و تأمل دارند. (التسخیری، ۱۳۸۲- الف، ص ۱) بلکه یکی از محققان شیعه صریحاً به فرق این دو اشاره کرده است. (الجواهری، ۱۳۸۷، ص ۵) البته غیر از این فرق اساسی، تفاوت‌های دیگری نیز بین شرط جزایی و عربون ذکر شده است که عبارت است از:

- ۱- عدم جواز کاهش مبلغ عربون پس از نکول، بر خلاف شرط جزایی.
- ۲- عربون مصداق واجب تخییری در اصطلاح علمای اصول است یعنی متعهد مختار است که به عقد وفا کند یا عربون را در اثر عدم وفای به عهد، بپردازد، بر خلاف شرط جزایی که جنبه تربیتی دارد. (الجواهری، ۱۳۸۷، ص ۱۲)

شرط جزایی یا تهدیدی؟!۱

علی‌رغم وحدت مؤدای شرط جزایی در تمامی مصادیق آن از حیث پرداخت غرامت یا خسارت یا انجام یا ترک فعل یا حصول نتیجه‌ای خاص در اثر

تأخیر یا نکول از وفای به تعهد، باید توجه داشت که در حقوق وضعی و مباحث فقهی معاصر، غیر از شرط جزایی، شرط دیگری به نام شرط تهدیدی نیز مطرح و مورد بحث قرار گرفته است. مثال‌های شرط تهدیدی عبارت است از تعهد شرکت هواپیمایی به استرداد درصد خاصی از مبلغ بلیت مسافر در صورت تأخیر پرواز، که علاوه بر پرداخت مبلغ فوق شرکت ملزم به انجام پرواز ولو با تأخیر خواهد بود و نیز تعهد شرکت لیزینگ خودرو به تحویل اتومبیل سفارشی در وقت معینی و الا فلان مبلغ را ضمن تحویل اتومبیل به مشتری پرداخت کند. گاه نیز شرط تهدیدی به نفع دولت و علیه شهروندان و بنابر قانون مصوب نمایندگان ملت تعیین می‌شود؛ نظیر این که قانون افراد را ملزم به اعلام ولادت یا وفات ظرف ۱۵ روز بکند و الا فلان مبلغ جریمه خواهند شد.^۲

شرط تهدیدی و وجه تمایز آن در فقه شیعه

از نگاه فقهی، شرط تهدیدی زیر مجموعه شرط جزایی یا همان شرط کیفر مالی است و تعریف شرط جزایی شامل آن نیز می‌باشد منتها رابطه منطقی شرط جزایی و تعریف آن با شرط تهدیدی، عموم و خصوص مطلق است چرا که شرط جزایی زمانی تهدید مالی تلقی می‌شود که شرط خسارت یا غرامت یا انجام فعل یا ترک آن و غیره، صرف نظر از وقوع ضرر یا عدم آن، مورد تعهد قرار گیرد که در این صورت هم شرط جزایی به معنای عام است و هم شرط تهدیدی. اما اگر تعیین موارد فوق با عنایت به وقوع ضرر تعیین شوند شرط جزایی به معنای خاص خواهد بود. با عنایت به مطلب فوق همان وجه تمایز مذکور در علم حقوق مطرح می‌شود اما به هر حال از لحاظ فقهی شرط تهدیدی خود از مصادیق شرط جزایی است.

تاریخچه فقهی شرط جزایی و منشأ شکل‌گیری آن

قبل از اشاره به تاریخچه شرط جزایی لازم به ذکر است که اصطلاح «شرط جزایی» یک اصطلاح وارداتی است که محققان معاصر شیعه و اهل سنت آن را از

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۱۱

حقوق وضعی غربی اقتباس کرده‌اند. «مصطفی احمد زرqa» از اقتصاددانان معاصر مسلمان در این باره می‌نویسد: «این‌گونه شرط در اصطلاح حقوق وضعی غربی، شرط جزایی نامیده می‌شود» (پایگاه: لواء الشریعة، اللجنة الدائمة للبحوث العلمیة و الافتاء، ص ۲) اما فقهای شیعه آن تحت عنوان «وجه التزام» یاد کرده‌اند (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲، استفتای پژوهشکده حوزه و دانشگاه قم) بعضی از محققان نیز از شرط جزایی به جبران توافقی یا خسارت توافقی تعبیر نموده‌اند. (التسخیری، ۱۳۸۲، الف، ص ۱) آیت‌الله تسخیری نیز عبارت شرط کیفر مالی را اطلاق نموده است. (التسخیری، ۱۳۸۲-ب، ص ۱) در فقه اسلامی شرط جزایی در مباحث شروط ابتدایی و ضمن عقد، بدون تصریح به این عنوان، مطرح شده است و ریشه و منشأ مصادیق شرط جزایی یا تهدیدی را می‌توان در خلال روایات مصادیقی شروط ملاحظه کرد. (الحر العاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۵، باب ۴۰، ح ۲)

هم‌چنین صاحب جواهر نمونه‌ای بارز از شرط جزایی تأخیری سلبی آورده است.^۴ در خصوص مسأله مذکور صاحب جواهر، محقق کرکی، قائل به بطلان چنین شرطی شده است. (الکرکی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، صص ۱۰۸-۱۰۷)

حکم فقهی شرط جزایی

از آن‌جا که شرط جزایی به تمامی اقسام آن، مصادیق شرط و التزام می‌باشد و در قراردادهای بانکی، شرط خسارت تأخیر و غالب شروط به صورت شرط ضمن عقد می‌باشد. ابتدا به شبهات وارده بر شرط جزائی اشاره می‌نماییم که با توجه به تقسیم‌بندی شرط جزایی به جزایی و تهدیدی جداگانه به شبهات وارده بر هر یک از دو قسم اشاره خواهیم داشت:

حکم فقهی و شبهات وارد بر شرط جزایی

هرچند که شرط جزایی دارای مصادیق متعدد می‌باشد، اما بحث ما در این نوشتار در ارتباط با قراردادهای رایج در نظام بانکی است و بانک‌ها طبق قانون

شرط خسارت تأخیر و جریمه تأخیر و خسارت تخلف از قرارداد و شرط حلول مطالبات خود را در ضمن این گونه قراردادها به عنوان شرط جزایی قید می‌کنند. لذا بحث خود را متوجه همین شروط می‌نماییم. به عنوان مقدمه باید به این نکته اشاره کرد که در سیستم حقوقی ایران برای جبران خسارت سه راه حل وجود دارد:

۱. تعیین صریح مبلغ خسارت در قرارداد، قبل از ورود خسارت.

۲. تعیین راه و روش ارزیابی میزان خسارت پس از ورود زیان:

این روش روشن‌ترین وضعیت را در سیستم حقوقی ایران دارد که براساس آن، هر نوع توافقی برای جبران خسارت پس از ورود تا وقتی مخالف قانون یا عرف نباشد معتبر است و در صورت عدم توافق نیز دادرسی راه‌گشای مشکل خواهد بود. این روش در قراردادهای پیمانکاری معمول است و در قراردادهای تیپ پیمانکاری و مشاوره‌ای سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی نیز از این روش استفاده می‌شود.

۳. تعیین میزان و چگونگی جبران خسارت توسط قانون (مانند حکم دادگاه) و یا عرف (تعیین ضمنی از سوی طرفین قرارداد) البته در ادبیات حقوق وضعی از این گونه شروط به عنوان وجه التزام یاد می‌شود.

خسارت تأخیر

جایگاه قانونی - مقرراتی خسارت تأخیر در نظام حقوقی ایران: مجموع مواد قانونی موجود در زمینه خسارت تأخیر به شرح ذیل است:

۱. با تأیید شورای نگهبان (مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۸) دریافت مبلغی به عنوان

جریمه تأخیر در قراردادهای بانکی، در صورتی که به عنوان شرط ضمن عقد، در متن قرارداد آمده باشد، مجاز است.

۲. مطابق مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام (مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵)، بانک‌ها

می‌توانند از قراردادهای بانکی سابق بر قانون عملیات بانک‌داری بدون ربا (که در

کاروشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۱۳

متن قرارداد آن‌ها جریمه تأخیر نیامده است)، در صورت تأخیر در پرداخت، خسارت تأخیر تأدیه دریافت کنند.

۳. مطابق آخرین اصلاح قانون چک (مصوب ۱۳۸۲/۲/۶) دارنده چک می‌تواند بر مبنای نرخ تورم اعلام شده از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، از بدهکار خسارت تأخیر بگیرد.

۴. طبق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱) طلبکار می‌تواند به اندازه نرخ تورم خسارت تأخیر دریافت کند مشروط بر این‌که دین را مطالبه کرده باشد و بدهکار با داشتن تمکن از پرداخت امتناع کند و نرخ تورم فاحش باشد.

۵. مطابق تأیید شورای نگهبان (مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۴) جایز است از دولت‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و اشخاص خارجی که بر حسب مبانی عقیدتی خود دریافت بهره و خسارت تأخیر را ممنوع نمی‌دانند، بهره و خسارت تأخیر گرفت.

خسارت تأخیر از منظر فتاوا

فتاوی خسارت تأخیر به شرح ذیل می‌آید که البته اگر بخواهیم آن‌ها را دسته‌بندی کنیم نکات ذیل قابل توجه است:

۱. عده‌ای همانند آیت‌الله فاضل لنکرانی، آیت‌الله جواد تبریزی به‌طور کلی و مطلق، مخالف خسارت تأخیر هستند.

۲. عده‌ای هم‌چون آیت‌الله سیستانی تنها در صورت از دست دادن ارزش پول به‌طور کامل، خسارت را جایز دانسته‌اند.

۳. عده‌ای مصالحه در این رابطه را احوط دانسته‌اند. آیت‌الله خامنه‌ای و آیت‌الله بهجت از این گروه می‌باشند. (بهجت، استفتا شماره ۵۶۹۰ مورخ ۱۳۷۹/۴/۴)

۴. عده‌ای نیز هم‌چون آیت‌الله نوری همدانی و آیت‌الله موسوی اردبیلی، صرفاً در صورتی که ارزش پول فرق فاحشی بکند، پرداخت خسارت را جایز

۵. عده‌ای هم مطالبه خسارت بر اساس نرخ تورم را جایز دانسته‌اند که از آن جمله می‌توان آیت‌الله مکارم شیرازی، آیت‌الله صافی گلپایگانی و آیت‌الله سید کاظم حائری را نام برد.

البته در فتوای دیگری از مقام معظم رهبری آمده است: «خسارت ناشی از تأخیر بدهی، اگر ثابت شود که مستند به تأخیر تأدیه است، در ضمان بدهکار است و حکم ربا را ندارد». (روزنامه اطلاعات ۱۳۷۸/۲/۲) فتوای مقام معظم رهبری در زمینه خسارت تأخیر تأدیه مطلق بوده و قید اشتراط یا کاهش ارزش پول را ندارد. در این نظر، بدون آن‌که از راهکار شرط ضمن عقد استفاده شود، خسارت تأخیر وجه نقد پذیرفته شده و آن را از حکم ربا خارج دانسته‌اند؛ ولی در زمینه قلمرو خسارت مزبور و چگونگی استناد آن به تأخیر تأدیه توضیح نداده‌اند؛ به‌طور مثال، معلوم نیست که آیا خسارت مزبور در صورت کاهش شدید قابل مطالبه است یا کاهش به میزان متعارف هم در ضمان بدهکار است؛ هرچند بعید نیست اطلاق عبارت، این صورت را در برگیرد. در مورد خسارت تأخیر، فقها و محققان به ادله ذیل تمسک نموده‌اند:

۱- قاعده علی‌الید: طبق این قاعده وضع ید بر عین مستلزم وضع ید بر منافع آن است بنابراین همان‌طور که ید سبب ضمان اعیان است بی شک ضمان منافع را در بر دارد. علت این امر بنا به استدلال مرحوم آیت‌الله بجنوردی و آیت‌الله مکارم شیرازی آن است که مراد از «ید»، ید جارحه نیست بلکه کنایه از استیلا است که هم بر اعیان صادق است و هم بر منافع. (البجنوردی، ۱۴۱۹ق.، ج ۴، ص ۵۷)

البته به این استدلال چنین پاسخ داده‌اند که اولاً این که «ید»، کنایه از مطلق استیلا باشد بسیار مشکل است ثانیاً مفهوم «اخذ» تنها در مورد اعیان صادق است اما منافع قابل «اخذ» نیست و صرف استیلا بر عین به معنی استیلا بر منفعت آن نیست.

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۱۵

ثالثاً ذیل روایت «حتی تؤذیه» آن را محدود به اعیان می‌کند زیرا استرداد تنها بر اعیان صدق می‌کند. (الموسوی‌الخویی، ۱۴۳۰ق.، ج ۱، ص ۲۶۰)

۲- قاعده احترام: طبق این قاعده که می‌گوید: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه». (النوری الطبرسی، ۱۴۰۸ق.، ج ۹، ص ۱۳۸) مال مسلمان محترم است و مال اعم است از اعیان و منافع آن و احترام مال، مستلزم آن است که بدون جبران نماند و این یعنی لزوم ضمان در صورت تلف یا فوت آن. (البجنوردی، ۱۴۱۹ق.، ج ۲، ص ۱۲۲)

به این استدلال چنین ایراد شده است که قاعده احترام دال بر حرمت تکلیفی تصرف در مال مسلمان و اتلاف بلاعوض آن است و معلوم است که تصرف و اتلاف زمانی قابل تصور است که مال مورد استیفا قرار گرفته باشد که این امر فقط در مورد منافع مستوفات صادق است. (الانصاری، ۱۳۷۰، ص ۱۰۵)

۳- قاعده الغنم بالغرم: معنای این قاعده که عبارت آن «من له الغنم فعلیه الغرم» است، این است که دستیابی به هر نفع و سودی باید به میزان قابلیت شخص در تحمل خسارات و ریسک‌های احتمالی باشد.

بر اساس این قاعده که اساس و پایه فکری تمامی معاملات را تشکیل می‌دهد، حقوق ناشی از معامله، معادل تعهدات و التزام‌های او می‌باشد، حال اگر قرار است پول یا مالی در زمان معینی به صاحب آن پرداخته شود، لیکن طرف متعهد در آن زمان خاص به این امر اقدام ننموده و آن را به تأخیر انداخت، چون در طول مدت تأخیر، خود به جای صاحب آن، از این پول یا مال بهره برده است؛ لذا در برابر این بهره‌برداری می‌بایست خسارت وارده به طرف را تحمل کند که از آن تعبیر به خسارت تأخیر می‌شود. روایاتی وجود دارد که می‌تواند مستند این قاعده قرار گیرد. (الحر العاملی، ۱۴۰۳ق.، ج ۱۲، باب ۸، ح ۱-۳)

۴- قاعده الخراج بالضمنان: این قاعده مستند به روایت نبوی «الخراج

بالضمان» است که بیشتر توسط عامه روایت شده و در قالب روایات متعددی آمده است. از جمله روایت عروة بن زبیر از عایشه که رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم حکم کرد که: «خراج العبد بضمانه». (النوری الطبرسی، ۱۴۰۸ق.، ج ۱۳، ص ۳۰۲)

حال چون بنا به تفسیری خراج همان غنم و ضمان به معنای غرم است، استدلال به این قاعده در اثبات جواز خسارت تأخیر، نظیر استدلال به قاعده غنم و غرم می‌باشد. البته فقهای شیعه از جمله مرحوم آیت الله خوئی و آیت الله مکارم شیرازی در سند و دلالت روایت فوق خدشه وارد کرده‌اند. (الموسوی الخوئی، ۱۴۳۰ق.، ج ۱، ص ۲۵۶)

۵- آیه «لا تظلمون و لا تظلمون»: از آن‌جا که بر اساس آیات ربّ، فلسفه تحریم ربّا و یا یکی از علل تحریم آن، نفی ظلم اقتصادی افراد به یکدیگر در جامعه است و از سوی دیگر، دریافت خسارت وارده بر فروشنده‌ای که اقساط ثمن وی به تأخیر افتاده است و ستاندن این خسارت از مشتری، مصداق ظلم نمی‌باشد، لذا آثار ربای واقع تحت عنوان ظلم را نخواهد داشت و نهایت چیزی که اتفاق می‌افتد این است که بایع مذکور حق خود را می‌ستاند و برعکس اگر خسارت تأخیر را برای وی به رسمیت نشناسیم، به وی ظلم می‌شود و مجدداً آیه «لا تظلمون و لا تظلمون» مورد استناد قرار می‌گیرد؛ چراکه «مطل الغنی ظلم» یا «لیّ الواجد ظلم». (البخاری، ۱۴۱۴ق.، ج ۲۲۷۰)

۶- قاعده غصب (مرکز الاقتصاد الاسلامی، ۱۴۱۸ق.، ص ۱۲۷): عده‌ای با استناد به این قاعده معتقدند که عدم پرداخت بدهی در سررسید و محروم کردن طلبکار از آن بدون عذر شرعی نظیر اعسار یا حالت فوق‌العاده، بدهکار را در حکم غاصب قرار می‌دهد، زیرا نگه داشتن مبلغ طلب نزد وی پس از سررسید، مصداق تعدی و غصب است که سبب ضمان قهری است، به‌ویژه اگر بدهکار به تجارت و شغل درآمدزا اشتغال داشته باشد و مبلغ بدهی را در آن فعالیت‌ها به‌کار انداخته

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۱۷

باشد، نظیر ماشین‌آلات تولیدی یا خدمات یا مواد اولیه، سود حاصل از این فعالیت‌ها به حسب سهم دائن، باید برای همان دائن لحاظ شود. (پایگاه «اسلامی اف ان»، بخش فتاویٰ مرابحه، ص ۱۰) به استناد «الغاصب یؤخذ بأشدّ الأحوال» منعی ندارد که اگر تأخیری در پرداخت ثمن یا اقساط آن رخ دهد، همین امر، مشتری را تحت عنوان غاصب قرار می‌دهد و باید مسؤول خسارت وارده به عنوان خسارت تأخیر باشد که چون قاعدهٔ غصب، یک قاعدهٔ مسلم شرعی است و به عبارتی از زمان سررسید، قاعدهٔ «علی‌الید» قد مورد استناد قرار می‌گیرد و خسارت تأخیر را پشتیبانی می‌کند، زیرا از تاریخ سررسید، مشتری ملزم به پرداخت ثمن یا قسط آن می‌شود و به محض تخلف، ذمهٔ او به مبلغ دین مشغول می‌شود که تأخیر در پرداخت آن باعث ضرر بر بایع می‌شود و باید جبران شود. مرحوم آیت‌الله خوئی (قده) در مورد منافع غیر مستوفات قطعی الحصول از جمله کسانی است که به قاعدهٔ غصب استناد کرده‌اند، ایشان در کتاب «تفیح»، ضمان این‌گونه منافع را چنین توجیه می‌کند که غاصب بین مالک و منافع مال وی حائل و مانع شده است بنابراین سبب اتلاف آن‌ها به ضرر مالک شده است. اما عدم ضمان منافع محتمل الحصول به این دلیل است که مقتضی برای استیفای آن‌ها حتی در فرض عدم غصب وجود ندارد لذا نمی‌شود فوت آن‌ها را به غاصب منتسب نمود. (الموسوی الخویی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، صص ۲۵۹-۲۵۸) البته عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که خسارت تأخیر وجه نقد، غصب نیست و بدهکار با تأخیر در پرداخت دین، عین مالی را غصب نمی‌کند. درحالی‌که نگاه عرف خاص و آنچه در واقع هست این قول را مخدوش می‌سازد، زیرا استیلای عدوانی ضرورت ندارد که به صورت محسوس و فیزیکی رخ دهد و اتفاقاً حبس مال یا پول از صاحب آن در زمان استحقاق، مصداقی خفی از غصب است و در تعریف غصب به «استقلال در تصرف عدوانی نسبت به مال غیر» هیچ قیدی دال بر لزوم اخذ مال و سپس حبس

آن برای صدق غصب وجود ندارد. بلکه اگر شخص مالی از دیگری و لو به امانت در اختیار داشته باشد، پیرو مطالبه آن مال توسط مالک از تحویل آن خودداری نماید از لحظه استنکاف، غاصب یا لأقل در حکم غاصب تلقی می‌شود و کلیه احکام غصب بر او بار می‌شود.

۷- لزوم وفا در مقام پرداخت کل ثمن به بایع: مطابق آیات و روایات، هر مدیونی باید دین خود را به‌طور کامل ادا کند و به تصریح برخی مراجع، ادای دین امری عرفی است و در شرایط تورمی به ویژه زمانی که نرخ تورم شدید باشد عرف پرداخت مبلغ اسمی بدهی را ادای دین به حساب نمی‌آورد. آیت‌الله مکارم شیرازی در تبیین این استدلال می‌گوید: «گر تورم در زمان کوتاه و مقدار معمولی باشد محاسبه نمی‌شود، چراکه همیشه تغییراتی در اجناس و قدرت خرید پول پیدا شده و می‌شود و سیره مسلمین و فقها بر عدم محاسبه تغییرات جزئی بوده است. ولی اگر تورم شدید و سقوط ارزش پول زیاد باشد تا آن حد که در عرف، پرداختن آن مبلغ ادای دین محسوب نگردد باید بر اساس وضع حاضر محاسبه کرد و در این مسأله تفاوتی میان مهریه و سایر دیون نیست. مثلاً در یکی از استفتانات آمده بود که شخصی در سی سال قبل اجرت بنا را نپرداخته، در حالی که بنا برای او ده روز کار کرده و اجرت بنا در آن روز ۱۸ تومان یعنی ۱۸۰ ریال بوده، به یقین اگر کسی بخواهد اجرت بنا را به قیمت اسمی آن روز، یعنی ۱۸ تومان برای هر روز بپردازد، در هیچ عرفی ادای دین محسوب نمی‌شود و هم‌چنین در مورد اتلاف قیمیات، بنابراین که قیمت سابق را بپردازد، هیچ عرفی آن را جبران خسارت نمی‌شمرد.

بنابراین نه در دیون و نه در خسارات دیگر، پرداختن قیمت سابق در این‌گونه موارد مصداق ادای دین یا جبران خسارت نیست و به همین دلیل باید به نرخ روز حساب کرد... نتیجه این‌که در مواردی که تغییرات قیمت‌ها در کوتاه‌مدت

کاوشی در حکم فقهی شرطهای جزائی و تهدیدی... ۱۹

یا دراز مدت کم باشد عرف آن را مصداق ادای دین می‌داند و پذیرا می‌شود، اما تفاوت‌های شدید و فاحش قابل قبول نیست و ادای دین محسوب نمی‌شود.»

۸- قاعده لاضرر:° طبق این قاعده مستفاد از روایت موثقه زراره از امام باقر

علیه‌السلامکه پیامبر(ص) فرموده‌اند:

«إنك يا سمره رجل مضار، و لاضرر و لاضرار علی مؤمن.» (الحرالعاملی،

۱۴۰۳ق.، ج ۲۵، باب ۱۲، ح ۴)

علاوه بر آن که اسلام عاری از هرگونه حکم ضرری است، به پیروان خود، اجازه ضرر رسانی به یکدیگر را نداده است و چون محروم کردن شخص برای مدتی از تصرف در مال خود، سبب محرومیت وی از منافع و فواید آن می‌باشد، لذا ابزار خسارت تأخیر برای جبران ضرر وارده، بلاشکال است و موافق قاعده لاضرر است و البته فرق نمی‌کند که در مدت تأخیر، شرایط تورمی حادث شود یا خیر. زیرا در شرایط تورمی، زمانی که مدیون پرداخت بدهی خود را به تعویق می‌اندازد به میزان تورم از افزایش دارایی و قدرت خرید دین کاسته می‌شود و این از دیدگاه عرف ضرر به حساب می‌آید و از آنجا که مدیون با تأخیر در پرداخت و نقض عهد موجبات این ضرر را فراهم کرده، از دید عرف ضرر مستند به او است و چون طلبکار راضی به این ضرر نیست، به مقتضای قاعده نفی ضرر باید ضرر او جبران شود و حکم به اکتفا به مبلغ اسمی دین با قطع نظر از کاهش ارزش آن، حکم به ضرری است که در اسلام نفی شده است.

اما در موارد نبود تورم، باز در اثر تأخیر در پرداخت، مالک و ذیحق از بکارگیری پول و مال خود در طول مدت تأخیر باز می‌ماند و این در حالی است که می‌توانست آن را در فعالیت‌های سودآور به کار گیرد منتها مدیون او را از این فرصت باز داشته است. لذا در موارد تورم برخی از مراجع چون آیت‌الله نوری

همدانی، آیت‌الله صافی گلپایگانی و آیت‌الله سیدکاظم حائری به دلیل لاضرر استناد کرده‌اند؛ برای مثال، آیت‌الله نوری همدانی در این باره می‌فرماید:

«...لازم است به‌طور کلی در باب دیون و جنایات و ضمانات، ارزش‌ها و قدرت خریدها- که در زمان‌های مختلفی متفاوت می‌شود را همیشه در نظر بگیریم و به حساب بیاوریم تا راه توجه ضرر و زیان را نسبت به داین و مجنی‌علیه و مضمون‌گه مسدود سازیم، البته تعیین کمیت و مقدار آن در زمان تأدیه با نظر متخصصین باید باشد.»

اگر گفته شود که انگیزه و علت دریافت خسارت تأخیر، صرفه‌نظر از اشتراط آن در ضمن معاملات بانکی، تورم ناشی از کاهش ارزش پول است و با قاعده نفی ضرر، نمی‌توان کاهش ارزش پول را بر عهده متعهد گذاشت. زیرا کاهش مزبور ربطی به اراده و افعال متعهد ندارد بلکه ناشی از تحولات پولی و مالی سیستم اقتصادی است و متعهد چه تقصیری کرده است که باید خسارت ناشی از تورم را بپردازد. در پاسخ گفته می‌شود که در زمان سررسید، مبلغ ثمن یا اقساط آن که دارای ارزش معین است و متعلق حق متعهدگه می‌باشد بر ذمه مشتری متعهد قرار گرفته است که البته تأخیر در ادای آن به دلیل امتناع متعهد در پرداخت به‌موقع، باعث کاهش ارزش آن در یوم‌الاداء گردیده است و مسبب این امر باید از عهده جبران بر آید، این‌جاست که کاربرد دقیق قاعده لاضرر متجلی می‌شود. با عنایت به این مطلب است که یکی از معاصران می‌نویسد:

«حیثیت ضرر و اضرار در خسارت تأخیر، حیثیت تقییدی نیست، بلکه تعلیلی است. بنابراین حتی اگر در اثر تأخیر پرداخت، ضرری حاصل نشود، باز شرط‌کننده مستحق مطالبه خسارت مورد شرط است؛ چراکه ضرر در این‌گونه موارد، غالبی است نه همیشگی. اما با این وجود بین فقها و محققان در خصوص صدق ضرر و خسارت در غیر شرایط تورمی و میزان جواز آن اختلاف است. قول

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۲۱

مشهور در فقه امامیه آن است که عدم‌النفع ضرر نیست، لذا از شمول قاعده «لاضرر» خارج است. شهید ثانی، علامه حلی، صاحب جواهر و مرحوم فاضل لنکرانی قائل به این نظر هستند؛ اما بعضی دیگر از فقهای امامیه مانند مرحوم میرزای نایینی عقیده دارند عدم‌النفع در صورتی که مقتضی آن موجود باشد، عرفاً ضرر به‌شمار می‌آید. مراد از مقتضی در کلام این بزرگوار همان منافع قطعی‌الحصول است. از میان فقهای قدیم، مرحوم نایینی در «منیة الطالب»، عاملی در «مفتاح‌الکرامه»، بجنوردی در «قواعد فقه» به‌علاوه وحید بهبهانی، صاحب ریاض و شهید سیدحسن مدرس و از فقهای معاصر آیات عظام مکارم شیرازی در «قواعد فقه» و جعفر سبحانی در «قاعدتان فقهیتان» به این نظر معتقدند. (الطباطبائی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۳۰۲)

نگارنده با عنایت به مباحث فوق بر این باور است که منشأ ضرر ندانستن «عدم‌النفع» یا همان خسارت تأخیر نوع نگاه فقها به این قضیه است. به عبارت دیگر آن‌ها عرف عام را ملاک صدق ضرر می‌دانند و چون عرف عام، عرف غیر تخصصی و فاقد دقت لازم در امور است نمی‌تواند دقایق امور را تشخیص دهد. درخصوص خسارت تأخیر که از مصادیق بارز عدم‌النفع است و با عنایت به ماهیت سیستم بانکی که ۱۰۰ درصد دارای صبغه پولی است و هیچ پولی در بانک راکد و بدون فعالیت اقتصادی نمی‌ماند، می‌باید به عرف خاص حاکم بر بانک‌ها و عرصه اقتصاد و فعالیت‌های مبتنی بر آن رجوع کرد و بدیهی است که چنین عرفی در ضمان خسارت مزبور تردید نمی‌کند، زیرا بانک‌ها در زمان تأخیر تأدیه از این‌که نمی‌توانند مبلغ طلب خود را بکارگیرند بی شک دچار ضرر می‌شوند و این ضرر باید جبران شود صرف‌نظر از این‌که شرایط تورمی حادث شده باشد یا خیر.

۹- قاعده اتلاف: عین عبارت مشهور این قاعده عبارت است از «من أتلّف

مال الغير بلا إذن منه فهو له ضامن» و مورد اتفاق شیعه و اهل سنت است تا جائی که

عده‌ای آن را از ضروریات دین دانسته‌اند و مستندات از کتاب و سنت و سیره عقلا و اجماع برای آن ذکر کرده‌اند. (البقره، ۱۹۴؛ النوری الطبرسی، ۱۴۰۸ق.، ج ۱۷، ص ۸۷) حال بحث در این است که آیا مطالبه خسارت تأخیر پرداخت دین بدون آن که قبلاً شرط شده باشد آن هم به استناد قاعده اتلاف جایز است یا خیر؟ در واقع کسانی که قاعده اتلاف را برای اثبات خسارت تأخیر به میان کشیده‌اند منظورشان این است که وقتی مدیون در سررسید دین، در پرداخت بدهی تعلل نماید یا در اساس از پرداخت آن نکول کند، در واقع از لحظه تعلل به تدریج مال مورد طلب دائن را اتلاف می‌نماید که البته این اتلاف نسبت به عین مال نیست چراکه هر وقت مدیون اراده کند عین مال به لحاظ مبلغ آن قابل پرداخت است بلکه تلف، متوجه منافع را کد مبلغ طلب است زیرا با تأخیر پرداخت، دائن از انواع تصرفات در مال مذکور محروم می‌شود و از جمله این تصرفات، به‌کارگیری مال مذکور در فعالیت‌های سودآور می‌باشد. بنابراین در واقع مدیون، متلف منافع مال به حساب می‌آید و منافع مال را بر مالک آن تقویت کرده است. بنابراین عدم‌النفع در این جا مصداق منافع غیر مستوفات است. در مورد خسارت تأخیر، اکثر پژوهش‌های انجام شده توسط محققان، آن را به استناد تورم و کاهش ارزش پول اثبات می‌کند، در حالی که هدف ما اثبات جواز دریافت چنین خسارتی صرف‌نظر از تورم است. یعنی حتی اگر تورمی در کار نباشد و ارزش مبلغ دین از زمان تحقق قرارداد منشأ آن، تا زمان سررسید ثابت و یکسان بماند باز دریافت خسارت به استناد اتلاف منافع جایز باشد. در این باره نظرات فقها و محققان متفاوت است. عده‌ای آن را تجویز کرده‌اند و عده‌ای آن را منع نموده‌اند و ریشه بحث بر می‌گردد به اختلاف در مورد ضمان یا عدم ضمان عدم‌النفع یا همان منافع غیر مستوفات در بحث مقبوض به عقد فاسد. اقوال در این زمینه به شرح ذیل است:

۱-۹- ضمان منافع غیر مستوفات در مقبوض به عقد فاسد که قول مشهور

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۲۳

است و مرحوم بجنوردی آن را برگزیده است. (الانصاری، ۱۳۷۰، صص ۱۰۵-۱۰۴) ۹-۲
عدم ضمان آن که قول فخر المحققین و آیت‌الله خوئی در تنقیح
است. (الانصاری، ۱۳۷۰، صص ۱۰۵-۱۰۴)

۹-۳- تفصیل بین علم بایع به فساد عقد که ضمان ثابت نیست و عدم علم او
که سبب ضمان است. (الانصاری، ۱۳۷۰، صص ۱۰۵-۱۰۴)

۹-۴- قول به توقف در فرض علم بایع که محقق کرکی و سید عمید آن را
ظاهر عبارت علامه در قواعد دانسته‌اند. (الانصاری، ۱۳۷۰، صص ۱۰۵-۱۰۴)

۹-۵- قول به توقف مطلقاً همچنان‌که در دروس و تنقیح و مسالک آمده
است. (الانصاری، ۱۳۷۰، صص ۱۰۵-۱۰۴)

البته اقوال فوق ناظر به بحث مقبوض به عقد فاسد است و الا بعضی از
قائلین به عدم ضمان در این بحث، نسبت به همین منافع غیر مستوفات در بحث
غصب قائل به ضمان منافع محقق الحصول شده‌اند که مرحوم خوئی از جمله آنها
است. (الموسوی الخویی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، صص ۲۵۹-۲۵۸)

نظر جناب شیخ اعظم در این باره مضطرب است، ایشان ابتدا قائل به عدم
ضمان شده و در ادامه بحث، قول به توقف را برگزیده اما در نهایت قول به ضمان
را قوی دانسته است: «و علی هذا فالقول بالضمان لا یخلو عن قوة». (الانصاری، ۱۳۷۰،
صص ۱۰۵-۱۰۴)

مخالفین ضمان عدم‌النفع به دو دلیل عمده ذیل تمسک کرده‌اند:

۱. اولاً قاعده اتلاف تنها مال و ضمان آن را نشانه رفته است، ثانیاً بر منافع
تفویت شده و استیفا نشده، عنوان مال صدق نمی‌کند بنابراین معنا ندارد که برای
ضمان این‌گونه منافع به اتلاف استناد شود. (النجفی، ۱۲۶۶ق، ج ۳۷، ص ۴۰)
۲. اتلاف عبارت است از نابود کردن شیئی موجود نه جلوگیری از تحقق
وجود چیزی. درحالی‌که در عدم‌النفع، شخص سبب جلوگیری از تحقق منفعت

می‌شود زیرا منفعت، امر معدوم است و چیز معدوم که قابل اتلاف نیست و به عبارت دیگر عدم‌النفع، محروم شدن از کسب مال است که نسبت به قاعده اتلاف اجنبی است. (النجفی، ۱۲۶۶ق.، ج ۳۷، ص ۴۰) صاحب جواهر در بحث منع مالک از فروش مال خود و نقصان قیمت کالا در نتیجه این امر می‌نویسد: «شایسته نیست که در عدم ضمان، تأمل کرد. زیرا، تفویت مال به صورت مباشرت یا تسبیب صورت نگرفته است.» (النجفی، ۱۲۶۶ق.، ج ۳۷، ص ۱۵) وی در جای دیگر می‌نویسد: «تسبیب در صورتی مقتضی ضمان است، که به تلف مال تعلق بگیرد، ولی منفعت انسان آزاد معدوم است. در نتیجه، فرض تسبیب برای آن متصور نیست.» (النجفی، ۱۲۶۶ق.، ج ۳۷، ص ۴۰)

۳. اتلاف حتی اتلاف حکمی در صورتی محقق است که منافع استیفا شود، در حالی که در منافع غیر مستوفات، استیفائی رخ نداده است. (الموسوی الخویی، ۱۴۳۰ق.، ج ۱، ص ۲۵۹)

۴. ثابت نشده است که سیره (عقلا یا متشرعه) به صرف تلف شدن منفعت در نزد یک شخص بدون استناد آن به او قائل به ضمان شده باشد. (الموسوی الخویی، ۱۴۳۰ق.، ج ۱، ص ۲۵۹)

اما در مقابل، موافقین با ضمان منافع غیر مستوفات چنین استدلال نموده‌اند که اولاً مال یک مفهوم عرفی است و این عرف هر زمان و مکان است که مرجع تشخیص مال از غیر مال است ثانیاً در نظر عرف، مال هر چیزی است که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادلاتی داشته باشد. ثالثاً چون منافع تحت مفهوم عرفی مال قرار می‌گیرد و عقلا و عرف به آن‌ها به دید مال نگاه می‌کنند آن هم بدون فرق بین این که منفعت، موضوع قرارداد و تعهد باشد یا نباشد، بنابراین نباید تردید نمود که منافع هم در چارچوب ضمان می‌گنجد و در این باره فرقی بین تفویت منفعت و عدم‌النفع وجود ندارد زیرا استیفای منفعت یا انعقاد

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۲۵

قرارداد در مورد آن نمی‌تواند منشأ مالیت آن قرارگیرد بلکه منافع در دید عرف ذاتاً و به تبع اعیان، واجد مالیت هستند.

دکتر محقق داماد در بحث ضمان در محرومیت از کار می‌نویسد:

«مال چیزی است که عقلاً در مقابل آن مال پرداخت کنند و بی‌گمان نیروی کار انسان در بازار اقتصاد با پول مبادله می‌شود و اعتبار و مالیت نیازی به استیفا و یا انعقاد قرارداد ندارد. پیروان مشهور، خود تصدیق دارند که چنانچه کارگر اجیر شده‌ای بازداشت شود و موجب محرومیت او از کار گردد، بازداشت‌کننده، ضامن اجرت او خواهد بود و لذا، جای این سؤال است که آیا صرف انعقاد قرارداد اجاره می‌تواند به امری که مالیت ندارد، مالیت ببخشد؟» مرحوم آیت‌الله بجنوردی و آیت‌الله صانعی همین تحلیل را در مورد مالیت مال دارند. (النجفی، ۱۲۶۶ق، ج ۳۷، ص ۴۰؛ البجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۱۷)

به نظر می‌رسد با توجه به آنچه گذشت بر این باور است که ادله غضب و علی‌الید و لاضرر و اتلاف، هر کدام قابلیت دارد که مستند ضمان منافع غیر مستوفات محقق‌الحصول قرار گیرد. منتها باید دقت کرد که در این رابطه، دو نوع عرف وجود دارد که البته می‌باید بین آنها تفکیک نمود؛ بدین معنا که گاهی در ارزیابی و بررسی یک موضوع عرف عام مردم را مدنظر قرار می‌دهیم و گاهی عرف یک صنف و طبقه خاص را لحاظ می‌نماییم. آنچه در اینجا از آن غفلت گردیده عرف خاص است، در واقع علت حکم بسیاری از فقها به عدم ضمان منافع غیر مستوفات و به تبع آن خسارت تأخیر، همین مطلب است. این بزرگواران ملاک در صدق اتلاف را دید و نگاه عرف عام می‌دانند هرچند که در استدلال خود صریحاً به آن اشاره نکرده‌اند و چون چنین عرفی فاقد تخصص و دقت لازم در قضاوت‌های خود است طبعاً در مورد منافع غیر مستوفات قدرت تشخیص موارد تفویت منافع و زمینه‌های تحصیل در آمد از آن را ندارد. در حقیقت می‌باید در هر زمینه‌ای به

متخصص آن رجوع کرد؛ اگر موضوع اقتصادی است باید به اقتصاددانان و فعالان این عرصه مراجعه نمود و اگر موضوع دیگری است می‌باید به متخصص همان موضوع رجوع نمود. در بحث خسارت تأخیر که از مصادیق عدم‌النفع یا همان منافع غیر مستوفات است می‌باید به تجربه و کارشناس معاملات که موارد بکارگیری منافع را می‌داند و به موارد منافع قطعی و تمیز آن از غیر قطعی واقف است مراجعه نمود، حال با مراجعه به این‌گونه اهل‌خبره مسلم شده است که این گروه در ضمان خسارت تأخیر و منافع محقق‌الحصول شک و تردید نمی‌کنند. اصولاً امروزه که معمولاً خسارت تأخیر بیشتر مرتبط به پول و از آنجا که موارد بکارگیری پول بی‌حد و حصر است و هیچ پولی راکد و بدون فعالیت نمی‌ماند به دور از انصاف است که خسارت تأخیر و منافع غیر مستوفات در فرض قطعی بودن آن را مشمول ضمان ندانیم. با عنایت به مطالب فوق روشن می‌شود که به نظر عرف متخصص، در طول مدت حبس عین مال یا پول از مالک یا مستحق آن در شرایطی که منافع محقق‌الحصول داشته باشد، اتلاف منافع آن توسط حابس، صدق می‌کند و ضرورت ندارد که اتلاف به صورت فعل مثبت رخ دهد بلکه ممکن است صرف ترک فعل، سبب اتلاف گردد همان‌طور که در مورد حبس پول چنین است. مضافاً این‌که شخص حابس به‌ویژه در خسارت تأخیر، غاصب مال و پول می‌باشد زیرا می‌بایست در سررسید آن را به مالک بدهد اما استنکاف نموده است و همین مقدار برای بار شدن احکام غصب کفایت می‌کند به‌خصوص که بعضی فقهای نافی ضمان منافع غیر مستوفات بر اساس اتلاف در مورد غصب، قاعده غصب را شایسته استناد در ضمان می‌دانند. (الموسوی الخویی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، صص ۲۵۹-۲۵۸) ایشان در جای دیگری که به استدلال بر ضمان منافع غیر مستوفات اشکال می‌کند، در بحث ضمان منافع غیر مستوفات در اجاره می‌نویسد: «اگر ظالمی مستاجر را از بهره‌وری مال

مورد اجاره باز دارد بی آن‌که ظالم بر اصل عین تسلط پیدا کند، ضامن منافع غیر مستوفات مستاجر است». لذا علامه حلی در تذکره می‌نویسد:

«منافع اموالی هم‌چون عبد و لباس و زمین و غیره در اثر تفویت، مورد ضمان است خواه توسط ید متجاوز استیفا شده باشد یا خیر و این مورد اجماع فقهای ماست.» (الانصاری، ۱۳۷۰، ص ۱۰۵) مضافاً این‌که پیروان نظر مشهور، خود تصدیق دارند که چنان‌چه کارگر اجیر شده‌ای بازداشت شود و موجب محرومیت او از کار گردد، بازداشت‌کننده، ضامن اجرت او خواهد بود. (النجفی، ۱۲۶۶ق، ج ۳۷، ص ۴۰) البته جای این سؤال است که آیا صرف انعقاد قرارداد اجاره می‌تواند به امری که مالیت ندارد، مالیت ببخشد؟ (محقق داماد، ۱۳۷۰، ص ۸۸)

مرحوم علامه حلی نیز، در کتاب تذکره، در حبس انسان آزاد عقیده دارد که هرگاه، شخصی فرد آزادی را در مدتی که برای او اجرت باشد، حبس نماید، در صورتی ضامن است که آن شخص اگر حبس نمی‌شد، آن اجرت را تحصیل می‌نمود، ولی حبس، سبب تفویت منفعت او شد. البته، اگر محبوس در صورت عدم حبس، آن نفع را به دست نمی‌آورد، حبس‌کننده از آن‌جا که سبب تفویت منفعت نبوده است، ضامن نیست. البته اگرچه عده‌ای اتفاق بر ضمان منافع کارگر محبوس - با وجود اختلاف در ضمان منافع غیر مستوفات در موارد دیگر - را چنین توجیه کرده‌اند که بین تفویت منفعت و عدم‌النفع فرق است زیرا تفویت منفعت در جایی است که منفعت به خاطر این‌که موضوع تعهد و قرارداد واقع شده است قابل تقویم و داد و ستد است بر خلاف عدم‌النفع که مربوط به مواردی است که منافع فوت شده موضوع تعهد و قرارداد نبوده و منافع تفویت شده کارگر به این علت مضمون است که موضوع تعهد است، لذا فقها بر ضمان آن متفق‌القولند. اما با این وجود باید به این توجیه پاسخ داد که در دید عرف اقتصاددانان و اهل خبره فرقی بین منافع مورد تعهد و منافع مورد انتظار بدون وجود تعهد وجود ندارد زیرا قبلاً گذشت که

انعقاد قرارداد نمی‌تواند به منافع مالیت ببخشد چراکه مالیت امری جعلی نیست بلکه میزان در صدق مالیت نیاز عقلاً به چیزی و نقش آن در رفع احتیاجات است خواه مورد تعهد باشد یا خیر. نتیجه این‌که خسارت تأخیر و عدم‌النفع در موضوع مورد بحث که همان معاملات فروش اقساطی در بانک‌ها است چون اولاً در نگاه اهل خبره مورد ضمان است ثانیاً مصداق ضرر و اتلاف و استیلاهی غصبی است، و ثالثاً با عنایت به این‌که ماهیت کار بانک‌ها ارتباط ۱۰۰ درصد با به‌کارگیری پول دارد و تأخیر یا نکول در پرداخت دیون بانکی فعالیت‌های پولی این بنگاه‌های اقتصادی را مختل می‌کند بنابراین نباید در ضمان خسارت تأخیر حتی در فرض عدم شرط آن تردید داشت. بنابراین مبلغی که طلبکار به‌صورت خسارت عدم‌النفع مطالبه می‌کند، مشروعیت خود را از عقد نگرفته و در برابر اعطای مهلت پرداخت نمی‌شود تا عنوان «ربا» بر آن صادق باشد؛ بلکه از تعهدی ناشی است که بر اثر ایراد خسارت، به حکم شارع بر دوش مدیون آمده است.

اما از منظر قانون وضعی ایران از جمله قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ حسب مواد ۵۲۲ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ خسارت تأخیر و مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النفع با مشکل روبرو است. زیرا از یک‌سو ماده ۵۲۲ مطالبه خسارت تأخیر در غیر مورد شرط آن را بسیار محدود کرده و مقرر می‌دارد که:

«طلبکار می‌تواند به اندازه نرخ تورم خسارت تأخیر تأدیه دریافت کند مشروط بر این‌که دین را مطالبه کند و بدهکار با داشتن تمکن امتناع از پرداخت کند و نرخ تورم فاحش باشد». بنابراین اگر نرخ تورم ثابت باشد طلبکار نمی‌تواند به صرف تأخیر در پرداخت، استناد و خسارت را مطالبه کند چراکه قانون‌گذار در وضع این ماده، متأثر از قول به ربوی بودن این‌گونه خسارت می‌باشد. از سوی دیگر، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ مقرر داشته است:

«خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد».

بعضی از محققان معتقدند که حمل قانون مزبور بر خسارت ناشی از عدم‌النفع احتمالی بر خلاف ظاهر ماده است و قابل پذیرش نیست. لذا حقوق‌دانان چنین نظر داده‌اند که راهکار شورای نگهبان مبنی بر امکان مطالبه خسارت تأخیر در قالب شرط ضمن عقد، با آنچه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده قابل جمع است؛ یعنی اگر طرفین، شرطی را در ضمن عقد، به‌منظور الزام طرف به رعایت دقیق سررسید بگنجانند، آن شرط نافذ است و شرایط ذکر شده در ماده ۵۲۲ لازم‌الرعايه نیست و اگر شرط ضمن عقد به ترتیبی که گفته شد نباشد، خسارت تأخیر را فقط می‌توان در قالب ماده یاد شده مطالبه کرد؛ یعنی با فرض تمکن مدیون از ادای دین در سررسید و مطالبه دائن می‌توان خسارت تأخیر را در فرض کاهش شدید ارزش پول، بر اساس شاخص قیمت سالانه که بانک مرکزی آن را اعلام می‌کند مطالبه کرد. نظر این حقوق‌دانان به این دلیل قابل قبول است که حسب ماده ۲۲۸ قانون مدنی در صورتی که موضوع تعهد وجه نقد باشد، حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱، مدیون را به جبران خسارت حاصل از تأخیر محکوم نماید در این ماده قانونی، خسارت تأخیر پذیرفته شده؛ ولی صدور حکم بر اساس آن را به رعایت ماده ۲۲۱ قانون مدنی منوط ساخته است. ماده اخیر می‌گوید: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسؤول خسارت طرف مقابل است مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد» از منظر حقوق‌دانان علت این‌که ماده ۲۲۸ پیش‌گفته، امکان مطالبه خسارت تأخیر وجه نقد را به رعایت ماده ۲۲۱ منوط ساخته، این است که خسارت مزبور نوعی خسارت قراردادی است و از نظر قانون

مدنی، خسارت قراردادی به خودی خود قابل مطالبه نیست، مگر آن که ضمن عقد، شرط صریح یا ضمنی مبنی بر ضمان برای خسارت ناشی از تخلف یا حکم قانون‌گذار به‌طور جداگانه در ارتباط با اصل خسارت و میزان آن وجود داشته باشد و این همان تفسیری است که در جمع بین مواد آیین داری مدنی قبلاً به آن اشاره شد. آنچه گذشت ناظر به موردی است که خسارت تأخیر مورد شرط قرار نگرفته باشد خواه شرایط تورم ایجاد شده باشد یا خیر و چون مطالبه اصل خسارت تأخیر را جایز دانستیم طبیعتاً نمی‌توان شرط آن را مخالف کتاب یا سنت دانست اما به هر حال در توجیه جواز شرط خسارت تأخیر فقها و محققان فریقین - علاوه بر ادله پیش گفته در مورد اصل خسارت تأخیر - به ادله و مستندات تمسک جسته‌اند که تفصیل آن به شرح ذیل می‌آید:

شرط خسارت تأخیر

ادله ذیل به عنوان مستمسک برای شرط خسارت تأخیر مطرح شده است:

۱. قاعده شروط

۲. روایات خاص از فریقین

البته گرچه ادله فوق در مورد خسارت تأخیر به طور عام ارائه شده است اما در این بحث ما تنها خسارت تأخیر در معاملات فروش مرابحه اقساطی یا نقدی را مورد لحاظ و استدلال قرار می‌دهیم:

قاعده شروط: این قاعده مسلم و معروف در بین فقهای فریقین در قالب دو روایت نقل شده است که یک روایت، نبوی است و دیگری از امام صادق علیه‌السلام می‌باشد که متن هر دو روایت ذیلاً می‌آید:

۱. روایت نبوی(ص):

«المؤمنون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» مؤمنان پایبند به تعهدات خود هستند مگر تعهد و شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال

کند. (الحر العاملی، ۱۴۰۳ق.، ج ۱۲، باب ۶، ح ۵)

۲. صحیحہ عبدالله بن سنان به روایت از امام صادق علیه‌السلام:

«المسلمون عند شروطهم، إلا کل شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز». مسلمانان پایبند به تعهدات خود هستند مگر تعهد و شرطی که بر خلاف کتاب خدا باشد که چنین شرطی جایز نمی‌باشد. (الحر العاملی، ۱۴۰۳ق.، ج ۱۲، باب ۶، ح ۳) بر اساس فقه اسلامی هر شرطی که دارای شرایط صحت باشد به حکم «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» وفای به آن لازم است و هر یک از متعاقدین می‌تواند بر طرف مقابل، هرگونه شرط حلال از جمله شرط خسارت تأخیر را مقرر کند مگر آن‌که مرتکب تأخیر، معسر باشد که در این صورت، مانع از استقرار مبلغ خسارت بر ذمه او خواهد بود. زیرا کسی نمی‌تواند ادعا کند که گیرنده وام و تسهیلات در هنگام اخذ آن متوجه شرایط بحرانی پیش‌بینی نشده است تا تعهد او را مطلق تلقی کنیم! معمولاً این‌گونه تعهدها ناظر به شرایط عادی و غیر فوق‌العاده است و در موارد پیدایش بحران‌ها مانند جنگ، قحطی و حالت‌های فوق‌العاده دیگر از جمله اعسار باید به اقتضاء احکام خاص آن شرایط عمل کرد. در مورد اعسار نیز باید گفت که یک عنوان ثانوی است که بر احکام اولی عارض می‌شود. بر این اساس به نظر می‌رسد حق با قائلین به خروج حالات بحرانی از دایره شمول جریمه می‌باشد.

روایات فریقین: در بین روایات اهل بیت علیه‌السلام می‌توان روایات حلبی را مؤید جواز محاسبه خسارت تأخیر و شرط آن در فرض تأخیر در انجام فعل مورد معامله نظیر قراردادهای پیمانکاری و مانند آن دانست. روایت به شرح زیر است: صحیحہ محمد حلبی:

«نزد یکی از قضات به همراه امام باقر علیه‌السلام بودم که دو نفر آمدند و یکی از آن دو به قاضی گفت: من شتران این آقا را برای حمل بار به سمت معدن

کرایه نمودم، بر او هم شرط کردم که فلان روز مرا به معدن برساند و الا بازار فروش آن روز را از دست خواهم داد. پس اگر در آن روز مرا نرساند مقداری از مبلغ کرایه را کسر نمایم. اتفاقاً او نتوانست مرا به موقع برساند، چه حکمی می‌دهی؟ قاضی پاسخ داد که این شرط فاسد است. تمام کرایه را به او بده. اما بعدها امام باقر علیه‌السلام به من گفتند که این شرط جایز است مادامی که کل مبلغ کرایه را در بر نگیرد». (الحر العاملی، ۱۴۰۳ق.، ج ۱۲، باب ۶، ص ۲۵)

محققان اهل سنت نیز با تنقیح مناط از روایت ابن‌سیرین که در مورد شرط تهدیدی وارد شده است، شرط خسارت را تأیید کرده‌اند. شورای افتای علمای عربستان در این زمینه در تجویز خسارت تأخیر نیز فتوایی صادر کرده است.

علاوه بر این اهل سنت به روایت منسوب به خلیفه دوم در زمینه صحت شروط تمسک بسته‌اند که در خلال آن وی گفته است که:

«مقاطع الحقوق عند الشروط» یعنی حقوق افراد تا زمانی محفوظ است که

شرط بر خلاف آن نشود.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

شرط جریمه تأخیر

این شرط که از آن به شرط تهدیدی یا تهدید مالی تعبیر کردیم، همان است که در قراردادهای فعلی بانکها قید می‌شود مثل قرارداد فروش اقساطی مسکن (ناشی از مشارکت مدنی) - ماده چهار، قرارداد فروش اقساطی مسکن (ناشی از تسهیلات خرید) - ماده ۵ و ۷، قرارداد فروش اقساطی (در قبال تعهد شخص ثالث) - ماده ۲، قرارداد فروش اقساطی (در قبال توثیق سپرده سرمایه‌گذاری) ماده ۲.

بعد از پیروزی انقلاب و حذف بهره دیرکرد وامها و اعتبارات از قوانین بانکی، نظام بانکی با مشکل تأخیر بازپرداخت وامها و اعتبارات مواجه شد. برای حل مشکل در چهارصد و هفتاد و نهمین جلسه شورای پول و اعتبار ماده‌ای تصویب شد که به موجب آن گیرنده تسهیلات بانکی به عنوان شرط ضمن عقد،

متعهد می‌شود در صورت تأخیر، جریمه بپردازد. رئیس وقت بانک مرکزی در تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۸ طی نامه‌ای افزودن چنین ماده‌ای را از شورای نگهبان استعلام کرد. متن ماده مورد نظر و جواب شورای نگهبان در خلال بحث خسارت تأخیر گذشت. بعد از تصویب قانون عملیات بانک‌داری بدون ربا در شهریور ۱۳۶۲، نظام بانکی با استناد به موافقت شورای نگهبان، متناسب با انواع قراردادهای بانکی ماده‌ای را به‌صورت شرط ضمن عقد، در متن قراردادهای بانکی گنجانده که در نتیجه آن مشتری به مقتضای شرط ضمن عقد متعهد می‌شود در صورت تأخیر در پرداخت بدهی مبلغ معادل دوازده درصد بدهی به عنوان جریمه تأخیر به بانک بپردازد. این راه‌کار گرچه مورد تأیید شورای نگهبان بوده و نظام بانکی ایران به استناد آن عمل می‌کند، لکن از جهت فقهی محل بحث است و فقها به آن پاسخ‌های متفاوت داده‌اند. راه‌کار گرفتن جریمه به‌صورت شرط ضمن عقد که از جهت فقهی محل اختلاف است، از جهت معیار دوم یعنی تفکیک بین عوامل تأخیر نیز محل اشکال است؛ چراکه در این روش تفاوتی بین علل و عوامل تأخیر گذاشته نمی‌شود و همه به عنوان تخلف از پرداخت در سررسید جریمه می‌شوند.

شبهات فقهی وارد بر شرط جریمه دیرکرد

اساسی‌ترین شبهه‌ای که ممکن است بر جریمه دیرکرد وارد شود، شبهه مخالفت شرط مذکور با کتاب و سنت است. این مخالفت از آن حیث است که تصور ربوی بودن آن می‌رود. قبل از ورود به بیان شبهه مذکور لازم است بدانیم که ربا بر سه نوع است:

۱. ربای معاملی
۲. ربای قرضی
۳. ربای جاهلی (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۳۸)

در میان انواع ربا، ربای معاملی قطعاً در مورد شرط جریمه دیرکرد صدق نمی‌کند و احدی از مستشکلین آن را ایراد نکرده است، زیرا جریمه تأخیر از مصادیق مبادله دو کالای هم جنس نیست. اما دو نوع دیگر یعنی ربای قرضی و ربای جاهلی، احتمال صدق آن بر جریمه دیرکرد می‌رود.

شبهه ربای قرضی

شبهه ربای قرضی تنها در فرضی قابل طرح است که قرارداد متضمن شرط، قرض باشد نه معامله بیع و غیره، چون اولاً بحث ما تنها منصرف به قراردادهای فروش اقساطی است. ثانیاً: اکثر تسهیلات بانکی بر اساس قراردادهای فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله و غیره می‌باشد و قراردادهای قرض تنها ۵ تا ۱۰ درصد تسهیلات بانکی را تشکیل می‌دهد، بنابراین جای طرح این شبهه در موضوع مورد بحث، نیست. اما به هر حال حتی در فرض قرارداد قرض، در شرط جریمه دیرکرد، قرض‌دهنده شرط نمی‌کند که قرض‌گیرنده در سررسید، مبلغی بیش از آنچه قرض کرده، بپردازد بلکه قرض‌دهنده، همان‌طور که برای اطمینان از وفای دین گاهی ضامن و گاهی وثیقه و کفیل مطالبه می‌کند، در موضوع مورد بحث نیز ممکن است مقترض را متعهد کند که در صورت تخلف از پرداخت دین یا تأخیر از پرداخت آن در سررسید، مبلغی را به عنوان جریمه بپردازد که چنین امری مصداق «کل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» نخواهد بود و به قول آیت‌الله تسخیری در چنین فرضی خود قرارداد قرض ذاتاً منجر به زیاده نمی‌شود، بلکه تنها در حالت تخلف به یک زیاده شرط شده منجر می‌گردد. سپس این مورد را به حلول دین ناشی از قرض به محض وفات مدیون تشبیه می‌نماید که البته مورد قبول کلیه فقها است و با وجود آن که حلول دین قطعاً برای طلبکار نفع اقتصادی دارد اما هیچ‌کس نگفته که این مورد مصداق «کل قرض جرّ نفعاً» می‌باشد. (التسخیری، ۱۳۸۲ - الف، ص ۴) البته

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۳۵

محققان، شرط جریمه دیرکرد را زمانی در قرارداد قرض موجب ربا دانسته‌اند که یکی از حالات ذیل داشته باشد:

۱. اگر هدف قرض‌دهنده - بانک - این باشد که در سررسید، مبلغی به عنوان جریمه بگیرد، بدون آن‌که تخلفی در بین باشد.

۲. قصد قرض‌دهنده این باشد که قرض گیرنده در مقابل پرداخت جریمه، مجاز به تأخیر در پرداخت باشد. آیت‌الله صافی گلپایگانی می‌گوید: «اگر مفهوم شرط مذکور، مجاز بودن مدیون در تأخیر ادای دین در مقابل ۱۲ درصد باشد ربا و حرام است».

۳. دو طرف - مقرض و مقترض - از همان لحظه انعقاد قرارداد، بنا بر تأخیر و پرداخت جریمه داشته باشند.

بنابراین، استثنای عقد قرض از جواز شرط جزایی یا تهدیدی، به استناد تحقق ربا از سوی بعضی از محققان (الجواهری، ۱۳۸۷، ص ۱۱) آن هم به‌طور مطلق غیر قابل دفاع می‌نماید. سلیمان الماجد و عبدالله بن عبدالرحمن الجبرین از فقهای معاصر اهل سنت در بیان ربوی بودن شرط جریمه دیرکرد و این که سبب وقوع در ربای قرضی است می‌نویسند: «شرط جریمه دیرکرد جایز نیست، زیرا زیاده بر مبلغ ما فی الذمه و مصداق رباست»^۶ مشخص است که اگر تفکیک بین عقد قرض و بیع نسبه شود، دیگر فرض اخذ زیاده بر مبلغ دین، نباید مطرح شود، زیرا ربای قرضی مذکور در بیع اساساً قابل طرح نیست.

شبههٔ ربای جاهلی (ربای نسبه)

بعضی فتاوی صادره مفید تصور ربای نسبه در جریمه تأخیر می‌باشد. به عنوان نمونه حضرت امام «ره» در این باره می‌نویسد:

«بحثی نیست در این که تأجیل ثمن حال بلکه مطلق دین به زیادتیر جایز نیست، زیرا همانند زیادی در قرض ربا است و دلیل آن، علاوه بر صدق ربا،

روایات وارد در شأن نزول «أحل الله البيع و حرم الربا» است که آن را در مورد زیادی مال، در مقابل تأخیر در دین حال دانسته‌اند و نیز روایاتی که طبق آن امام باقر علیه‌السلام در تأجیل و تعجیل دین به آیه ربا تمسک می‌نماید». (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ق.، ج ۵، ص ۵۲۷)

پر واضح است که مؤدای این فتاوا حاکی از این است که مخالفان شرط جریمه دیرکرد، تنها جنبه تأخیر در برابر زیادت اجل را در نظر گرفته‌اند و همان را مستمسکی برای حکم به ربوی بودن و تحریم قرار داده‌اند. حال باید دید که آیا همین قدر برای صدق ربا کافی است؟ در پاسخ، موافقین شرط جریمه تأخیر استدلال‌های ذیل را ارائه کرده‌اند:

۱. تفاوت جریمه دیرکرد با ربای نسیه به لحاظ هدف و انگیزه: توضیح این که مفاد ربای نسیه به توافق استمرار بدهی در مقابل مبلغی بیش‌تر بر می‌گردد. در حالی که در شرط جریمه تأخیر، هدف طلبکار از آوردن چنین شرطی، الزام بدهکار به پرداخت به موقع و ارائه راه‌کاری برای جلوگیری از استمرار بدهی است و عملاً نیز زمانی مبلغی به عنوان جریمه گرفته می‌شود که نقض تعهد رخ دهد و الا در صورت پرداخت قسط یا دین در سررسید، هیچ زیاده‌ای گرفته نمی‌شود. بنابراین در شرط تهدیدی، طلبکار در پی دریافت اصل دین ناشی از قرارداد است و شرط را به عنوان اهرم فشار بر مدیون جهت انجام این مهم به‌کار می‌برد، اگرچه در مورد عمل امروز بانک‌ها با توجه به میزان ناچیز جریمه دیرکرد که در حد ۶ درصد است، مدیون، فشار جریمه را احساس نمی‌کند بلکه آن را به عنوان یک فرصت مغتنم می‌شمرد زیرا می‌داند که اگر بدهی خود را تسویه کند به چنین تسهیلات ارزانی دست پیدا نمی‌کند در واقع تحمل جرایم تأخیر بسیار باصرفه‌تر از دریافت تسهیلات جدید و تحمل درصد سود آن‌ها است لذا پیشنهاد می‌شود که مبلغ جریمه یا درصد آن معادل حداقل سود مورد انتظار بازار از مبالغ تأخیری تعیین شود تا

بدهکاران تشویق به تأخیر نشوند. اما در ربای نسبه، طلبکار هرچه پرداخت دین به تأخیر افتد به نفع او خواهد بود و در اساس گویی از ابتدای انعقاد عقد، وی در پی این زیادت بوده است. آری در این‌جا این سؤال مطرح می‌شود که اگر همین جریمه تأخیر ولو به خاطر مبلغ ناچیز آن به گونه‌ای شکل گیرد که نتیجه آن، استمرار بدهی و پرداخت بیشتر باشد چه حکمی خواهد داشت؟ به عبارت دیگر اگر شرط جریمه به نفع طلبکار، برای مشتری این انگیزه را ایجاد کند که پرداخت دین را به تأخیر اندازد، مورد چه حکمی خواهد داشت؟ در پاسخ به این سؤال، نگارنده معتقد است که ایجاد چنین انگیزه‌ای نمی‌تواند جریمه تأخیر را تحت عنوان ربا قرار دهد. زیرا نهایت چیزی که بر عمل ارتكابی مدیون بار می‌شود این است که به خاطر تعلل در پرداخت، مرتکب گناه ماطله و تأخیر شده است و این چیزی غیر از ربا است. زیرا در ربا گناه متوجه طلبکار و مدیون می‌شود اما در موضوع بحث، وجود انگیزه تأخیر برای مدیون نمی‌تواند گناه را متوجه طلبکار نماید. اما به هر حال پیشنهاد می‌شود که مبلغ جرایم تأخیر بانکی به میزانی تعیین شود که انگیزه تأخیر برای مشتری ایجاد نشود. جرایم بانکی باید به نحوی تعیین شود که از میزان سود احتمالی ناشی از نگهداری دین نزد مدیون، بیشتر باشد.

۲. بانک‌ها و مؤسسات مالی به دلیل ساختار مالی آن‌ها، ترجیح می‌دهند که طلب‌هایشان در سررسید و بدون تأخیر پرداخت شود تا طبق برنامه‌ریزی مالی خود، اهداف و فعالیت‌های خود را در موعد پیش‌بینی شده به انجام برسانند و الا چه بسا ممکن است ضرر و خسارت ناشی از تأخیر برای آن‌ها به مراتب بیش از جریمه دریافتی باشد. از این‌رو معمولاً بانک‌ها اگر یک مشتری در لیست سیاه باشد یا بفهمند که قرار نیست دیون خود را سر موعد، پرداخت کند، از ارائه تسهیلات به او خودداری می‌کنند و همین امر نقطه تمایز جریمه تأخیر از ربای نسبه می‌باشد.

۳. در شرط جریمه تأخیر، موضوع شرط، تخلف از پرداخت در سررسید

است، در حالی که در ربای نسیه، از همان ابتدا توافق بر این می‌شود که تأخیر به شرطی جایز است که مبلغی بر بدهی افزوده شود و اصلاً در صورت تأخیر مدیون مرتکب تخلف نشده است.

۴. در شرط جریمه، چون به نگاه شرع و حتی متعهدله، ارتکاب تأخیر، عملی حرام و ناپسند و همانند جرم است که گناهی دارای جریمه نقدی است، بر این اساس، تخلف از پرداخت در سررسید، هم گناه است و هم جریمه تأخیر در پی دارد. اما در ربای نسیه، تخلف رخ نداده و گناهی هم متوجه مرتکب تأخیر نیست.

شبهه حيله ربا

از دیگر اشکالاتی که بر شرط جریمه تأخیر وارد کرده‌اند این است که از جمله حيله‌هایی که برخی ربا خواران اروپایی در مقابل کلیسا ابداع کردند، گرفتن ربا به عنوان جریمه تأخیر بود؛ به این صورت که مال خود را برای مدت زمانی کوتاه حتی یک روزه قرض بدون بهره می‌دادند اما با قرض‌گیرنده شرط می‌کردند که اگر بدهی خود را در سررسید مقرر نپردازد به ازای هر روز یا هر ماه تأخیر فلان مبلغ جریمه خواهد شد. به تدریج این روش تبدیل به راه‌کاری برای دریافت ربا گردید. روشن است که چنین جریمه‌ای هرچند به ظاهر مشمول عنوان ربا نباشد در واقع ربا و حرام خواهد بود. در قراردادهای بانکی نیز جای این نگرانی هست که بانک برای مدت زمان معینی قرض بدون بهره یا تسهیلات بانکی بدهد و در آن قرارداد، شرط جریمه را پوششی برای گرفتن ربا قرار دهد.

پاسخ شبهه:

در این باره پاسخ‌های مختلفی داده شده است که ذیلاً می‌آید:

۱. قراردادهای بانکی به تناسب موضوع قرارداد برای مدت زمان متناسب بسته می‌شود به طوری که معمول افراد می‌توانند در آن زمان بدهی خود را بپردازند؛

تسهیلات قرض‌الحسنه سه تا پنج‌ساله، فروش اقساطی یک تا پانزده ساله، مشارکت‌های مدنی دو تا چند ساله بوده و حتی مضاربه‌های شش‌ماهه به‌گونه‌ای طراحی می‌شوند که گیرنده تسهیلات به اهداف خود برسد و امکان پرداخت را داشته باشد. نتیجه عمل کرد چند سال گذشته بانک‌ها نیز حکایت از آن دارد که بیش از ۹۰٪ استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی می‌توانند طبق زمان‌بندی بانک، بدهی خود را پرداخت کرده و متحمل هیچ جریمه‌ای نشوند.

۲. حداکثر ۱۰ درصد از تسهیلات اعطایی بانک‌ها از طریق قرارداد قرض بدون بهره است که بانک ممکن است شرط جریمه تأخیر را پوششی برای دریافت ربا قرار دهد و بیش از ۹۰ درصد تسهیلات بانک بر اساس سایر قراردادها به ویژه فروش اقساطی است که بانک می‌تواند از همان ابتدا به تناسب مبلغ و مدت پرداخت، قیمت بالاتری مطرح کند و نیازی به شرط جریمه برای پوشش ربا نیست؛ برای مثال، کالایی را که قرار بود بانک اقساط دو ساله به قیمت پنج میلیون بفروشد، با اقساط چهارساله به قیمت شش میلیون می‌فروشد. بنابراین در غالب قراردادهای بانکی زمینه‌ای برای حيله ربا از طریق شرط جریمه وجود ندارد.

۳. در بیشتر قراردادهای بانکی نرخ جریمه تأخیر به اندازه‌ای تعیین می‌شود که گیرنده تسهیلات آن را راه‌کار مناسبی برای تمدید و استمرار قرار داد نمی‌بیند. برای مثال، در قراردادهای فعلی بانک‌های ایران نرخ جریمه تأخیر شش درصد بیشتر از نرخ تسهیلات متعارف است و این باعث می‌شود در شرایط طبیعی هیچ گیرنده تسهیلاتی شرط جریمه را جایگزین پرداخت به موقع بدهی نکند.

البته این پاسخ صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا بسیاری از گیرندگان تسهیلات، جریمه شش درصدی را ناچیز تلقی می‌کنند و آن را جریمه به شمار نمی‌آورند. به نظر می‌رسد که نه متن فرم‌های قرارداد فروش اقساطی و نه سیر پرونده‌های تسهیلات مبتنی بر این‌گونه قراردادهای حکایت از چنین حيله مورد ادعای مخالفین

ندارد. چراکه در خلال بررسی مستقیم و میدانی پرونده‌ها، ملاحظه گردید که قسمتی از جرائم مورد شرط در قراردادها یا کلاً از جانب بانک بخشیده شده و یا قسمتی از آن استرداد شده است و دیگر این که قسمت قابل ملاحظه‌ای از قراردادهای مربوط به کالاها و ماشین‌آلات و مواد اولیه گاهی تا پانزده سال قسط بهای آن‌ها طبق قرارداد تعیین می‌شود و هیچ قرض‌دهنده‌ای به امید آن که مقترض یا مدیون از سررسید تخلف کند تا در اثر چنین تخلفی مبلغی به عنوان ربا که احتمالی و غیر قطعی است، دریافت بدارد، اقدام به معامله نمی‌نماید، بسیاری از تخلفات از طریق دخالت دولت یا استمهال مشتریان یا ضامن آن‌ها مورد چشم‌پوشی واقع می‌شود و بانک‌ها طبق مطالعه میدانی پرونده‌ها توسط نگارنده، مستقیماً و به محض تخلف از سررسید، اقدام به وصول جریمه نمی‌نمایند.

اما ربوی بودن این جریمه از متن قرارداد قابل استفاده نیست، به عبارت ذیل در ماده ۲ قرارداد فروش اقساطی در قبال توثیق سپرده سرمایه‌گذاری توجه شود:

«در صورت عدم تصفیه کامل بدهی در سررسید به علت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تصفیه کامل بدهی مبلغی به ذمه خریدار تعلق خواهد گرفت...»

بدیهی است که دریافت جریمه منوط به تحقق تأخیر از سررسید است و مشخص است که متعامل (بانک) را زمانی می‌توان متهم به قصد ربا یا به کار بردن حيله نمود که:

اولاً: در حین شرط جریمه، علم و یقین داشته باشد که زیاده شرط شده، حتماً به او خواهد رسید.

ثانیاً: اگر بداند که آن زیاده (جریمه) نصیب وی نخواهد شد و یا احتمال بدهد که به او نخواهد رسید، هیچ‌گاه قرارداد را منعقد نمی‌کند. در حالی که فعالیت

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۴۱

بانک‌ها در طول سال‌های اخیر این حقیقت را ثابت کرده است که اکثر قراردادهای بدون تخلف از سررسید تصفیه می‌شوند و تنها بخشی از آن‌ها منجر به وصول جریمه می‌شوند، کدام رباخوار حاضر است مال و سرمایه خود را به صرف احتمال دریافت ربا، به فردی از افراد بدهد؟ در واقع، حيله زمانی قابل صدق است که نتیجه مراد از آن به نحو قطعی عاید حيله‌گر شود یا لأقل حيله‌گر مطمئن باشد که نتیجه‌ای عاید وی خواهد شد و این در حالی است که بانک صریحاً قید کرده است که جریمه تأخیر تنها در صورت تخلف از سررسید، وصول خواهد شد.

به‌علاوه نگارنده در مصاحبه‌هایی که با مشتریان این‌گونه قراردادها داشته، تنها تصور بعضی از آن‌ها در مورد ربا بودن جریمه را احراز کرده است؛ اما احدی از آنان مدعی نشده است که به بانک اطمینان داده باشد که مرتکب تخلف خواهد شد یا جریمه را خواهد داد تا بانک به استناد قول یا تعهد وی، حيله ربوی را در قالب شرط جریمه به‌کار ببرد!

خسارت از خسارت یا ربح مرکب

اگر تأخیر نسبت به پرداخت خود خسارت تأخیر رخ دهد، آیا بانک حق مطالبه خسارت ناشی از تأخیر خسارت را خواهد داشت؟ این نوع خسارت را «خسارت مرکب» یا «خسارت از خسارت» می‌نامند. در خصوص خسارت از خسارت می‌باید در مورد چهار فرض بحث نمود:

۱. مطالبه خسارت ناشی از تأخیر جریمه تأخیر، بدون شرط قبلی آن.
۲. مطالبه خسارت ناشی از تأخیر جریمه تأخیر، با فرض شرط قبلی آن.
۳. مطالبه خسارت ناشی از تأخیر خسارت تأخیر، بدون آن‌که خسارت از خسارت قبلاً شرط شده باشد.
۴. مطالبه خسارت ناشی از تأخیر خسارت تأخیر، با فرض این‌که خسارت از خسارت، قبلاً شرط شده باشد.

در مورد فرض نخست ممکن است تصور شود که چون ورود خسارت یا زیان به طلبکار در آن موضوعیت ندارد و صرفاً جنبه جرمه و مجازات مالی دارد، لذا قطعاً تأخیر در ادای آن نمی‌تواند مجوزی برای مطالبه ضرر ناشی از این تأخیر باشد؛ در حالی که چنین تصویری صحیح نیست زیرا اگرچه اصل جرمه مورد استحقاق فارغ از ضرر و زیان ثابت می‌شود، اما به هر حال به محض استقرار آن بر ذمه، مانند دیگر مطالبات به صورت یک دین در آمده و مادامی که فرد مشغول‌الذمه آن را ندهد مدیون به شمار می‌آید و این به معنی امکان طرح خسارت ناشی از تأخیر پرداخت چنین جرمه‌ای می‌باشد. بنابراین در هر چهار فرض پیش‌گفته بحث خسارت از خسارت قابل طرح و بررسی است.

حکم فقهی خسارت از خسارت

شکی نیست که مطالبه اصل خسارت تأخیر یا جرمه تأخیر در صورت شرط آن طبق استدلالی که برای تجویز آن در مباحث گذشته آوردیم و تحت عنوان شرط جزائی یا تهدیدی مالی مطرح کردیم بلاشکال است و در راستای همین مطلب نیز مطالبه خسارت از خسارت یا همان خسارت ناشی از تأخیر در پرداخت اصل خسارت آن هم در صورت شرط قبلی آن، جایز است، زیرا ادله‌ای که در مورد اصل شرط ذکر کردیم عام بوده و به خصوص که عموم ادله شروط، مورد بحث را هم در بر می‌گیرد. به علاوه چون اصل شرط جرمه تأخیر را جایز دانستیم طبیعتاً شرط خسارت ناشی از تأخیر در پرداخت چنین جرمه‌ای نیز جایز می‌باشد. علت این امر آن است که اولاً مبلغ جرمه تأخیر به محض استحقاق آن، به عنوان یک دین بر ذمه مشروط علیه مستقر می‌شود؛ ثانیاً قبلاً ثابت کردیم که شرط خسارت ناشی از تأخیر یا نکول از پرداخت آن جایز است. بنابراین چون تأخیر در پرداخت جرمه مورد شرط، مصداق تأخیر در دین می‌باشد هم‌چنان‌که نکول از پرداخت جرمه مذکور مصداق نکول از پرداخت دین است بنابراین شرط خسارت ناشی از

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جرئتی و تهدیدی... ۴۳

چنین تأخیری بلاشکال است و استدلال در این باره همان استدلال در اثبات جواز شرط خسارت تأخیر یا نکول است. با عنایت به این مطلب روشن می‌شود که فرض دوم و چهارم از چهار فرض خسارت از خسارت جایز می‌باشد. اما در خصوص مطالبه خسارت ناشی از نکول یا تأخیر اصل خسارت در فرضی که چنین مطالبه‌ای قبلاً شرط نشده باشد لازم است که قبل از بیان جواز یا عدم جواز آن به این نکته اشاره شود که گرچه در ظاهر امر چنین می‌نماید که خسارت از خسارت نظیر اصل خسارت تأخیر بوده و هر حکمی که بر خسارت تأخیر بار می‌شود لاجرم خسارت از خسارت را هم در بر می‌گیرد، اما به دو قرینه به نظر می‌رسد که قانون‌گذار این دو خسارت را دو روی یک سکه ندانسته و از لحاظ جواز مطالبه بین آن‌ها تفکیک قائل شده است.

قرینه نخست این که ربح مرکب تا قبل از ماده ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم مبهم بود، گرچه تا آن موقع دیوان عالی کشور آرای صادر و اعلام کرده بود که «خسارات ناشی از خسارت» را نمی‌توان مطالبه نمود اما با وضع قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ در ماده ۷۱۳ به صراحت اعلام شد که خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست. بنابراین کسی نمی‌توانست بابت دیرکرد پرداخت خسارت تأخیر، مطالبه خسارت کند؛ هم‌چنان که بابت دیرکرد پرداخت خسارت دادرسی و دیگر خسارات نیز حق مطالبه خسارت وجود نداشت و این در حالی بود که همین قانون‌گذار مطالبه اصل خسارت تأخیر را تجویز کرده بود.

قرینه دوم، این که قانون‌گذار طی تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی به سال ۷۹ به‌طور ابهام‌آمیزی مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النتفع را منتفی دانسته و همین ابهام در تعبیر قانون‌گذار، عده‌ای از حقوق‌دانان را واداشت تا عدم جواز مطالبه خسارت از خسارت را استنباط نمایند و این در حالی است که همین

قانون‌گذار و این گروه از حقوق‌دانان قائل به جواز مطالبه اصل خسارت تأخیر شده‌اند اعم از این‌که قبلاً شرط شده باشد یا خیر.

یکی از حقوق‌دانان در این خصوص می‌نویسد: «در قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست و حتی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ نیز تأکیدی بر آن است زیرا خسارت ناشی از عدم‌النتفع با تفسیری که ارائه شد، قابل مطالبه نیست».

به نظر می‌رسد که به چند دلیل برداشت حقوق‌دانان قابل تخطئه می‌باشد. زیرا اولاً نظرات دیوان عالی کشور مربوط به دوران قبل از انقلاب اسلامی بوده و معلوم است که تفسیر قضات آن دوران نمی‌تواند منعکس‌کننده برداشت و تلقی قانون‌گذار پس از انقلاب اسلامی باشد. ثانیاً حکم قانون‌گذار در سال ۱۳۱۸ نمی‌تواند قرینه بر تفسیر قانون جدید باشد. زیرا قوانین مؤخر به ویژه قوانین شکلی ناسخ قوانین قبلی است و قانون آیین دادرسی ۷۹ تصریحی به «خسارت از خسارت» ندارد و بر خلاف قانون سال ۱۳۱۸، اصطلاح «خسارت از خسارت» را نقیماً یا اثباتاً صریحاً نیاورده است، تا این‌که همان حکم سابق دائر بر عدم مطالبه آن را قائل شویم. ثالثاً اگر نظر قانون‌گذار جدید بر تبعیت از مقنن در سال ۱۳۱۸ می‌بود پس چرا تعبیر خود را تغییر داده و همان تعبیر خسارت از خسارت را نیاورده است؟ به نظر می‌رسد همین تغییر در تعبیر قانون‌گذار، قرینه بر عدم اراده تلقی قانون‌گذار سال ۱۳۱۸ در قانون جدید است و با عنایت به استدلال فقهی که در مورد تجویز خسارت از خسارت آوردیم و این‌که چنین خسارتی قابل مطالبه است، مانعی ندارد که تغییر در تعبیر از «خسارت از خسارت» به «خسارت عدم‌النتفع» را به دید مثبت تلقی نمود و بنابراین طبق قانون آیین دادرسی جدید خسارت از خسارت را قابل مطالبه بدانیم و در نتیجه بگوییم مراد او از «خسارت عدم‌النتفع» همان منافع احتمالی یا محتمل‌الحصول است نه محقق و ممکن‌الحصول.

نتیجه‌گیری

ثابت کردیم که خسارت تأخیر در مورد بانک‌ها که هرگز راكد نمی‌مانند از مصادیق منافع غیر مستوفات است و از سوی دیگر، ادله غصب و علی‌الید و لاضرر و اتلاف، هر کدام قابلیت دارد که مستند ضمان چنین منافع غیر مستوفات محقق‌الحصول قرار گیرد و با توجه به این‌که می‌باید در هر زمینه‌ای به متخصص آن رجوع کرد؛ اگر موضوع اقتصادی است باید به اقتصاددانان و فعالان این عرصه مراجعه نمود و اگر موضوع دیگری است می‌باید به متخصص همان موضوع رجوع نمود. خسارت تأخیر نیز از این امر مستثنا نیست و با مراجعه به اهل خبره مسلم شده است که این گروه در ضمان خسارت تأخیر و منافع محقق‌الحصول شک و تردید نمی‌کنند و لذا می‌باید نحوه نگاه مشتریان به خسارت یا جریمه دیرکرد را اصلاح نمود، چراکه بر اساس مطالعه میدانی نگارنده در این خصوص از بین ۴۲ نفر مشتریان تسهیلات بانکی، ۲۸ نفر خسارت و جریمه دیرکرد را ربا و ۵ نفر آن را سود بانکی و ۷ نفر آن را جبران ضرر وارده به بانک دانسته‌اند در حالی‌که ۲ نفر از ماهیت آن اظهار بی‌اطلاعی نموده‌اند. در مورد شرط جریمه یا خسارت تأخیر نیز به این نتیجه رسیدیم که گیرنده وام و تسهیلات در هنگام اخذ آن متوجه شرایط بحرانی پیش‌بینی نشده نمی‌باشد تا تعهد او را مطلق و دربرگیرنده حالات اعسار یا بحرانی تلقی کنیم. به علاوه این‌که ایرادات و شبهات وارد بر این شرط خدشه‌ای به آن وارد نمی‌کند. لذا برای پیشگیری از ایجاد انگیزه برای تأخیر پرداخت پیشنهاد می‌شود که مبلغ جریمه یا درصد آن معادل حداقل سود مورد انتظار از مبالغ تأخیری تعیین شود تا بدهکاران تشویق به تأخیر نشوند. در مورد خسارت از خسارت نیز چون اصل خسارت تأخیر را جایز دانستیم طبیعی است که خسارت از خسارت یا همان خسارت مرکب نیز جایز می‌شود و دلیلی بر تفکیک بین اصل خسارت و

سایر خسارت‌های مترتب بر آن وجود ندارد. همچنان‌که ممکن است خسارت از خسارت، ناشی از تأخیر پرداخت خسارت باشد یا جریمه.

یادداشت‌ها

- ۱ - مرکز فتوای اسلام ویب به نقل از بحوث فقهیه فی قضایا اقتصادیه معاصره.
- ۲ - این دو اصطلاح را نگارنده از خلال مباحث مطرح در زمینه شرط جزایی ابداع نموده است.
- ۳ - برای ملاحظه مثال‌های بیان شده از سوی محققان به الجواهری، ص ۶ مراجعه شود.
- ۴ - «لو استأجره لیحمل له متاعاً إلی موضع معین بأجره معینه و اشترط علیه وصوله فی وقت معین، فإن قصر من أجرته شیئاً معیناً، جاز وفاقاً للأكثر نقلاً و تحصیلاً، بل المشهور کذا لک...» (النجفی، ۱۲۶۶ق، ج ۲۷، ص ۲۳۰)
- ۵ - برای دیدن تفصیل مطلب ر.ک: الجلف، صص ۱۲۱ و ۱۱۶ و ۱۱۲
- ۶ - ابن جبرین، پایگاه افتایی، فتوای شماره ۲۰۴۸.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

منابع

منابع فارسی

۱. باطنی، سید محمد (۱۳۷۷)، *بررسی فقهی و حقوقی تأثیر تورم در باز پرداخت دیون (تورم و خسارت تأخیر تأدیه)*، تهران: انتشارات ساجد، چاپ سوره.
۲. رشتی، میرزا حبیب (بی تا)، *کتاب غصب*، بی جا، چاپ سنگی.
۳. مکارم الشیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق.)، *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام.

منابع عربی

۱. ابن حنبل، احمد (۱۳۱۳ ق.)، *المسند*، القاهرة: داراحیاء التراث العربی.
۲. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی (۱۳۵۲ ق.)، *السنن*، تحقیق: محمد فؤاد عبدالباقی، القاهرة: داراحیاء التراث العربی.
۳. الانصاری، مرتضی (۱۳۷۰)، *المکاسب*، قم: مؤسسه مطبوعات دینی غدیر.
۴. البجنوردی، السید محمد حسن (۱۴۱۹ ق.)، *القواعد الفقهیه*، محمد حسین الدرایتی، مهدی المهریزی، قم: نشر الهادی.
۵. البخاری، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم (۱۴۲۱ ق.)، *الصحيح*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۶. التسخیری، محمد علی، «حکم الشرط الجزائی المالی فی البنوک اللاربویه»، *مجلة فقه اهل البيت (عربی)*، شماره ۳۳.
۷. تسخیری، محمد علی، «شرط کیفری مالی در بانک داری بدون ربا»، *فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت*، شماره ۳۵.
۸. الجبعی العاملی، الشهید زین الدین (۱۳۷۲)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی.
۹. الجلف، احمد (۱۹۹۶ م.)، *المنهج المحاسبی لعمليات المراجعة (سلسلة دراسات فی الاقتصاد الاسلامی)*، بیروت: المعهد العالمی للفکر الاسلامی.

۱۰. حائری، سیدکاظم، «بررسی فقهی اوراق نقدی»، فقه اهل بیت علیه السلام، سال پنجم، شماره ۱۹ و ۲۰.
۱۱. الحر العاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۳ق.)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تحقیق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران: انتشارات مکتبه الاسلامیه، چاپخانه اسلامیه.
۱۲. سراج محمد احمد(بی تا)، نظریه العقد فی الفقه الاسلامی، القاهرة: سعد سمک للنسخ.
۱۳. السنهوری عبدالرزاق(بی تا)، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۱۴. الطباطبائی، السید علی(۱۴۰۴ق.)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البیت علیه السلام ج ۲، رحلی، مطبعة الشهد.
۱۵. الطوسی، محمد بن الحسن (۱۳۶۵)، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید، تحقیق و تعلیق: السید حسن الموسوی الخرسان، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپخانه خورشید.
۱۶. العلامة الحلی، جمال الدین حسن بن یوسف(بی تا)، تذکرة الفقهاء، تهران: مکتبه المرتضویه.
۱۷. الکاظمی، محمدجواد، مسالك الأفهام الی آیات الاحکام، تهران: انتشارات مرتضوی، چاپ دوم ۱۳۶۷ش، ج ۳، چاپخانه حیدری.
۱۸. الکرکی، علی بن الحسن(۱۴۱۰ق.)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، تحقیق و نشر مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، قم: مطبعة مهر.
۱۹. اللجنة الدائمة للبحوث العلمیة و الافتاء، «الشرط الجزائی»، مجلة البحوث الاسلامیة، شماره ۲، پایگاه لواء الشریعة، بخش مقالات (۲۰۰۹م.).
۲۰. الماجد، سلیمان بن عبدالله، پایگاه رسمی شیخ سلیمان بن عبدالله الماجد - بخش فتاوا - فتاواى بیوع - عنوان فتوا: الشرط الجزائی فی بیع الاقساط ۱۴۲۹/۱۲/۵ق.

کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزائی و تهدیدی... ۴۹

۲۱. المتقی الهندی علاء‌الدین علی بن حسام‌الدین (۱۳۹۹ق.)، *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، بیروت.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۰)، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، تهران: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
۲۳. مدرس سیدحسن (۱۴۰۸ق.)، *الرسائل الفقهیه*، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس.
۲۴. المراغی السید میر عبدالفتاح (بی‌تا)، *عناوین الاصول*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۲۵. مرکز الاقتصاد الاسلامی (۲۰۰۱م.)، *دلیل الفتاوی الشرعیة فی الاعمال المصرفیه*: اهم ما صدر من فتاوی عن الربا و الفوائد و المضاربات و المشاركات و المراجحات، بی‌جا: مرکز الاقتصاد الاسلامی و المصرف الاسلامی الدولي للاستثمار و التنمية.
۲۶. الموسوی‌الخمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۷. الموسوی‌الخمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۸)، *کتاب البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۸. الموسوی‌الخویی، السید ابوالقاسم (۱۴۳۰ق.)، *التنقیح فی شرح المکاسب (موسوعة الامام الخویی ج ۴۰)*، تقریرات خویی - تألیف آیه الله شهید میرزا علی الغروی، بی‌جا: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۲۹. النجفی، محمد حسن (۱۲۶۶ق.)، *جواهر الکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، مطبعة حیدریان.
۳۰. التراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق.)، *عوائد الايام*، قم: بصیرتی.
۳۱. النوری الطبرسی، میرزا حسن (۱۴۰۸ق.)، *مستزاد الوسائل و مستنبط المسائل*، قم: مؤسسه آل‌البیته علیه‌السلام لاحیاء التراث.
۳۲. النوری، الشیخ فضل‌الله (۱۴۱۴ق.)، *رسالة قاعدة ضمان اليد*، تحقیق: الشیخ قاسم شیرزاده، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة: الاولى.

۵۰ غلامرضا مصباحی مقدم و حسن جلالی

۳۳. الوحید البهبهانی، محمداقبر (۱۴۱۷ق.)، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.

منابع الکترونیکی

۱. آق مشهدی، فخرالدین اصغری، خسارت عدم النفع در حقوق ایران، پایگاه اینترنتی قضاوت www.ghazavat.com.

۲. احمدوند، ولی الله، آثار و احکام شرط تعیین خسارت ناشی از تأخیر و عدم اجرای تعهد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس، پایگاه اینترنتی سراج نت، بخش بانک اطلاعات مقالات اسلامی، www.seraj.ir.

۳. صافی گلپایگانی: پاسخ مورخ ۸۲/۱/۱۲ به استفتای پژوهشکده حوزه و دانشگاه قم.

۴. ابن الجبرین، عبدالله بن عبدالرحمن، پایگاه رسمی شیخ عبدالله بن عبدالرحمن الجبرین - بخش فتاوا - عنوان فتاوا: الشرط الجزائی - شماره فتاوا: ۲۰۴۸.

۵. روزنامه اطلاعات: پاسخ به سؤال رئیس کل دادگستری تهران، ۱۳۷۸/۲/۲.

۶. عزیزپور، محمد، بی تا، قاعده اتلاف در فقه، وبلاگ تخصصی حقوق، بخش مقالات حقوقی، www.azizpoor.blogfa.com.

۷. بلادی، سید وحید (۱۳۸۸)، عدم النفع و منافع ممکن الحصول، وبلاگ اندیشکده حقوقی، شماره متن ۳۹۲.

۸. بهجت، محمدتقی (۱۳۷۹)، استفتا شماره ۵۶۹۰ مورخ ۱۳۷۹/۴/۴، وبگاه پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره پاسخ ۵۶۹۰/۱.

۹. حکیمی، اسماعیل (بی تا)، قاعده اتلاف در فقه و حقوق، پایگاه وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، بخش مقالات.