

Late Payment Charge on the Basis of Liability for Profits

*Seïed Amrollah Hoseini**

Date of Received: 2016/12/06

Date of Accepted: 2017/08/08

One of the challenges of the banking system is the challenge of customer lag in repaying loans at maturity and as a result of an increase in non-current claims and damages arising from this issue. In Iranian banking system, the only basis for compensation is penalty clause, and it is facing with the usury problem and in practice has not been effective. Researchers offers some alternatives. Including Liability for profits and loss of profits, because of delaying in repaying debt of banks loses the opportunity of using from their capital and obtain anticipatory profits. But Liability for loss of profits has been facing challenges in shi'a Jurisprudence, and whether that could be the basis for receiving compensation for late payment, there is doubt. Root of doubts returns to whether it has Financial value or not. and is it loss or not. The present study has tried to discuss jurisprudential regarding the possibility of obtaining compensation for the delay of payment on the basis of the liability for loss of profits and profits. The results have opened up a new field for researchers in this releam.

Keywords: Late Payment Compensation, Loss of anticipatory profit, Non-Current Loans.

* Assistant Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at International Imam Khomeini University– hosseini156@yahoo.com

خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای ضمان منافع

سید امرالله حسینی*

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۹/۱۵

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۵/۱۸

چکیده

یکی از چالش‌های نظام بانکی، چالش تأخیر مشتریان در بازپرداخت اقساط تسهیلات در سررسید و در نتیجه افزایش حجم مطالبات غیر جاری و خسارت‌های ناشی از این مسئله است. در نظام بانکی ایران تنها مبنای جبران خسارت، وجه التزام است. این مبنا با چالش ربوی بودن روبه‌رو است و در عمل نیز کارآمد نبوده است. پژوهشگران در جستجوی راهکار جایگزین، پیشنهادهایی داده‌اند. از جمله ضمان منافع و عدم النفع؛ زیرا در اثر تأخیر در ادای دین بانک‌ها فرصت استفاده از سرمایه و کسب منافع احتمالی آن را از دست می‌دهند، اما ضمان عدم النفع در فقه امامیه با چالش‌های جدی روبه‌روست و اینکه می‌تواند مبنایی برای دریافت خسارت تأخیر تأدیه باشد، محل تردید است. ریشه تردید به مالیت عدم النفع و ضرر بودن آن از دست دادن آن برمی‌گردد. پژوهش حاضر کوشیده است امکان دریافت خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای ضمان منافع و عدم النفع را مورد بحث و بررسی فقهی قرار دهد.

واژگان کلیدی

خسارت تأخیر تأدیه، عدم النفع، ضرر، منفعت.

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) قزوین

مقدمه

یکی از چالش‌های نظام بانکی، چالش تأخیر مشتریان در بازپرداخت اقساط تسهیلات و دیون در سر رسید و در نتیجه افزایش حجم مطالبات غیر جاری است. در کشور ما این مسئله، به‌خصوص در سال‌های اخیر، به یکی از مهم‌ترین معضلات نظام بانکی تبدیل شده است. در نظام بانکی متعارف و ربوی، برای اطمینان از وصول به‌موقع مطالبات از روش «جریمه دیرکرد» بهره می‌گیرد که با مشکل «ربا» روبه‌رو بوده و در اسلام ممنوع و برخلاف اصول اخلاقی تأمین مالی اسلامی است. در بانکداری اسلامی بعد از انقلاب اسلامی، همین جریمه دیرکرد به صورت شرط ضمن عقد و تحت عنوان وجه التزام با استناد به تائید شورای نگهبان، از متخلفان دریافت می‌شود. لکن این مبنا نیز از نظر علمی مشکل تشابه با «ربا» را حل نکرده و از این نظر مورد بحث و گفتگو قرار گرفته، در عمل نیز کارآمد نبوده و نظام بانکی همچنان با مسئله مطالبات غیر جاری و افزایش روزافزون آن مواجه است. لذا پژوهشگران همواره در جستجوی راهکار جایگزین بوده‌اند که در عین مشروعیت، کارایی مناسب نیز داشته باشد. مسئله اصلی، مبنای فقهی وجه دریافتی در قبال تأخیر تأدیه است که بر اساس چه مبنایی باشد تا مشروعیت داشته باشد و مسئله ربوی بودن منتفی باشد. وجه التزام، تعزیر مالی، جبران کاهش ارزش پول و همچنین جبران خسارت ناشی از دست رفتن منافع احتمالی، به عنوان مبنا و راهکار مطرح است.

چون به‌هرحال تخلفی صورت گرفته و حقی از بین رفته است و عدالت اقتضا دارد که این حق بدون جبران باقی نماند. مدیون عهدشکن که با وجود توانایی و با وجوب ادای به‌موقع دین، بازپرداخت بدهی را به تعویق انداخته و با این عمل مجرمانه و از روی اختیار، موجب شده، بانک، فرصت تأمین مالی پروژه‌ها و قراردادهای با سررسید معین را از دست بدهد و از این راه منافع محتمل و بلکه موجود بسیاری را از دست بدهد و متضرر بشود. خواه خود از منافع آن سرمایه بهره‌مند شده باشد و خواه نه؟ که در

صورت نخست باید پرسید برچه اساسی آن را تملک کرده است؟ آیا همان‌گونه که شرع و انصاف حکم می‌کند به مدیون معسر که حسن نیت دارد مهلت عادلانه داده شود، عدالت اقتضا ندارد که از بدهکار متمکن متخلف، فرصت اکل مال بالباطل گرفته شود؟ احتیاط هم ممکن نیست زیرا احتیاط در این زمینه در واقع خلاف احتیاط است، هم گرفتن وجه جریمه تأخیر خلاف احتیاط است و هم نگرفتن آن خلاف احتیاط و عدالت است. برخی از پژوهشگران بر مبنای ضمان منافع و به‌طور مشخص ضمان عدم النفع حکم داده‌اند، به این بیان که در بانکداری اسلامی، عامل اساسی در سوددهی «زمان» است و تأخیر در ادای بدهی این فرصت را از بین می‌برد؛ زیرا فعالیت اساسی بانک‌ها، تأمین مالی است و تأمین مالی نیاز به برنامه‌ریزی دقیق دارد که این امر به شدت به زمان پیوند خورده است؛ لذا اگر مشتری در بازپرداخت دیون، تأخیر کند، سود مورد انتظار تحقق نمی‌یابد، اگرچه بعداً بدهی خود را به‌طور کامل بپردازد. در فعالیت‌های بازرگانی، معمولاً با احتساب درآمد حاصل از فروش‌های مدت‌دار، اقدام به انعقاد قراردادهای خرید در سررسیدهایی هماهنگ با زمان پیش‌بینی شده می‌شود، حال اگر بازپرداخت معاملات گروه اول با تأخیر همراه شود، معاملات گروه دوم نیز اختلال پیدا می‌کند و به دلیل اهمیت زمان، ضمانت‌ها و وثیقه‌ها نیز کارایی مناسبی در این زمینه ندارند، زیرا اجرای آن‌ها پروسه‌ای زمان‌بر و طولانی است و در تأمین مالی، نمی‌توان به آن تکیه و اعتماد کرد. به‌هرحال مدیون با تأخیر در ادای دین موجب می‌شود منفعی که از طریق به‌کارگیری پول در تجارت حاصل می‌شود در طول مدت تأخیر نصیب دائن نشود و دارایی شخص‌فزونی نیابد درحالی‌که اگر این واقعه رخ نمی‌داد بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آمار زندگی این افزایش انجام می‌گرفت. حال آیا قرض دهنده می‌تواند خسارت ناشی از محروم شدن خود از نفع مسلم که در اثر به‌کارگیری پول در تجارت حاصل می‌شد و در اثر تأخیر بدهکار از آن محروم شده است را از وی مطالبه کند؟ آیا مبنایی برای مسئولیت مدیون نسبت به این منافع وجود دارد؟

پژوهش حاضر کوشیده است امکان دریافت خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای ضمان منافع را مورد بحث و بررسی فقهی قرارداد.

۱. ادبیات پژوهش

نتیجه بررسی ادبیات موضوع به‌ویژه در پژوهش‌های صورت گرفته در زمینه تأخیر تأدیه و راهکارهای وصول مطالبات، علاوه بر وجه التزام راهکارهایی پیشنهاد شده است که مهم‌ترین آن‌ها تعزیر مالی مدیون مماتل، جبران کاهش ارزش پول و ضمان عدم النفع است. در مورد ضمان منافع و عدم النفع، راهکارهایی توسط پژوهشگران پیشنهاد شده است. موسوی بجنوردی بر این باور است که تأخیر در ادای بدهی مانع تحقق منافع می‌شود که ضرر است و باید جبران شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶، ص ۳۳). رضایی با استناد به اینکه عدم النفع ضرر نیست و عرف استناد آن به تأخیر مدیون را موجه نمی‌داند و نیز به استناد نظر مشهور فقها مبنی بر عدم ضمان منافع کارگر محبوس و عدم پذیرش منافع دین، در این مسئله تردید کرده است (رضایی، ۱۳۸۱، ص ۳۷). موسوی بجنوردی با استناد به نظر برخی فقها که عدم النفع درجایی که مقتضای آن کامل باشد را عرفاً ضرر می‌دانند، نظر مشهور را ناظر به جایی می‌داند که عرف آن را ضرر نمی‌داند، لذا قائل به ضمان است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ص ۱۷). وحدتی شبیری، با تکیه بر آراء فقیهانی که عدم النفع را ضرر می‌دانند، خسارت عدم النفع ناشی از تأخیر تأدیه را به شرط آنکه رسیدن نفع در آینده از نظر عرفی محقق‌الوقوع باشد، بر مبنای قاعده لا ضرر قابل مطالبه می‌داند (وحدتی شبیری، ۱۳۸۲، ص ۱۰۷).

مصباحی مقدم و جلالی بر این باورند که در مورد بانک‌ها که سرمایه هرگز راکد نمی‌ماند، خسارت تأخیر از مصادیق منافع غیر مستوفات است و ادله غصب و لا ضرر و اتلاف هر یک قابلیت دارد که مستند ضمان قرارگیری (مصباحی مقدم و جلالی،

۱۳۸۷، ص ۴۵). انصاری دریافت خسارت تأخیر ناشی از عهدشکنی بدهکار را مطابق قواعد ضمان قهری، قاب جبران می‌داند (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۱۶۵). بادینی و حسامی، با نگاه تطبیقی مسئله را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده‌اند مطالبه عدم النفع ناشی از تأخیر تأدیه حتی در فرض عدم تمکن مدیون به عنوان حکم اولی و با تمسک به مبانی فقهی متعدد مشروعیت دارد (بادینی و حسامی، ۱۳۹۱، ص ۶۱-۸۲).

۲. تحریر محل نزاع

«منفعت» گاه در مقابل «عین»، است، به معنی استفاده بالقوه‌ای که در اعیان وجود دارد که یا به صورت تدریجی الحصول است مثل سکونت برای خانه که منفعت آن است و یا به صورت تبلور یافته مثل میوه درخت؛ و گاه در مقابل «ضرر» به کار می‌رود به معنی سود و ربح، چنانکه در محاورات عرفیه معمولاً مقصود از منفعت همان است؛ مثلاً گفته می‌شود در این سرمایه‌گذاری و یا در این تجارت، منفعت سرشاری نهفته است. بحث در محرومیت مالک از منافع سرمایه است. هم منافع و هم نحوه محرومیت از آن صور گوناگونی دارد که اگرچه باهم شباهت‌هایی دارند ولی در احکام باهم متفاوت‌اند. محرومیت از منفعت، گاهی به صورت «فوت منفعت» است یعنی به خودی خود و بدون دخالت عامل انسانی اتفاق می‌افتد و گاهی با ارتکاب فعل زیان‌بار و یا ترک فعل توسط انسان اتفاق می‌افتد که در این صورت «تفویت منفعت» یا «اتلاف منفعت» است (اسماعیلی، ۱۳۷۷، ص ۹۵).

تفویت و اتلاف منفعت نیز گاهی به صورت بهره‌مند شدن از منافع دیگران است که «استیفای منفعت»، نامیده می‌شود و گاه به صورت مانع شدن از حصول منفعت برای دیگری است بر این اساس منافع را به «مستوفات» و «غیر مستوفات» تقسیم می‌کنند. «منافع مستوفات» منافی است که شخصاً از آنها بهره برده است، مثلاً خانه‌ای را غصب کرده و در آن سکونت کرده است و «منافع غیر مستوفات»، منافی است که غاصب از

آن استفاده نکرده ولی مانع استفاده مالک از آن شده است. در مثال مذکور خانه را غصب کرده ولی خود نیز در آن سکونت نکرده است.

ولی گاه غاصب مانع از به وجود آمدن منفعتی می‌شود که حسب جریان عادی امور، امید وصول به آن معقول، مقدور و مورد انتظار است که به آن «عدم النفع» گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۰۷، شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۷۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۸؛ شیروی، ۱۳۸۰، ص ۲۵). فقها این اصطلاح را برای جداسازی موارد ضرری که موجب ضمان است با مواردی که ضرر صدق نمی‌کند و شخص‌نفعی نبرده است به کار گرفته‌اند. عدم النفع از این جهت با منافع غیر مستوفات مشترک است. با این تفاوت که منافع غیر مستوفات مربوط به گذشته است و عدم النفع معمولاً به آینده نظر دارد. بعلاوه منافع غیر مستوفات معمولاً به منافع اعیان اموال گفته می‌شود در حالی که عدم النفع اعم از بهره نبردن از اعیان اموال است و کاربردهای متفاوت از آن نیز دارد مثل محروم کردن شخص‌ساز کار کردن. اصطلاح دیگری که با عدم النفع شباهت دارد، «اتلاف وصف» است. گاهی شخص‌صدر مال موجود نقصی وارد می‌کند یا وصفی را زایل می‌کند که نتیجه کار او محقق نشدن منفعت است در این صورت سخن از اتلاف وصف است. اتلاف وصف اتلاف یک امر موجود است در مقابل عدم النفع که منع از به وجود آمدن یک امر محتمل است، اگرچه ممکن است محقق شدن منفعت در ارزیابی ارزش وصف کارایی داشته باشد و در برآورد میزان خسارت ناشی از اتلاف وصف، به منافع ممکن الحصول توجه شود، ولی این مسئولیت در برابر عدم النفع نیست (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۳۳۱-۳۳۲)؛ مثلاً اگر در یک مزرعه به واسطه تقصیر عامل در پرورش زرع، محصول زمین از مقدار انتظار کمتر شود، با اینکه می‌توان مسئله عدم النفع را مطرح کرد ولی پاره‌ای از فقها آن را از قبیل اتلاف وصف و موجب ضمان دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۳۴۰).

خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای ضمان منافع ۱۲۱

در ضمان منافع اختلافی نیست، زیرا منافع جزء اموال محسوب می‌شوند و می‌تواند مورد معامله قرار بگیرد و در ازای آن عوض پرداخت شود و لذا از بین بردن آن دارای ضمان و مسئولیت است، این مطلب در بیان آثار غصب در کتاب‌های فقهی تصریح شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۷، ج ۱۲، ص ۲۱۷). در مورد اوصاف نیز برخی تصریح کرده‌اند که مقتضای قاعده ضمان ید و اتلاف، ضمان اوصافی است که در مالیت دخالت دارد مانند اتلاف عین (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۲۲؛ صدر، ۱۳۹۱، ج ۴، ص ۳۲۳)؛ اما در مورد ضمان عدم النفع در بین فقها اختلاف نظر است.

خسارت تأخیر تأدیه، می‌تواند یکی از مصادیق عدم النفع باشد و لذا جبران خسارت عدم النفع به عنوان یکی از مبانی فقهی راهکارهای وصول مطالبات مطرح شده است. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد، «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه است». برخی حقوق‌دانان گفته‌اند اگر مقصود از بند دوم این تبصره را به خسارت تأخیر به مفهوم قانونی و اصطلاحی آن منحصر کنیم که در ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م منعکس شده است، معنایش همان جبران کاهش ارزش پول در شرایط تورمی است ولی اگر مقصود از خسارت را کلیه خسارات وارده بدانیم، شامل خسارت عدم النفع نیز می‌شود، اگرچه در حالت اول نیز اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند یعنی اگرچه مراد، مفهوم عرفی و قانونی خسارت تأخیر باشد در صورت اثبات، خسارت‌های دیگر ناشی از تأخیر تأدیه را نیز می‌توان مطالبه کرد، زیرا نظم عمومی ایجاب می‌کند که هیچ خسارتی جبران نشده باقی نماند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۲۷۷-۲۸۰).

البته باید به این نکته اشاره کرد که مورد اختلاف در عدم النفع جایی است که سود بالقوه و مورد انتظار «محقق الحصول» است و حصول آن به نظر عرف قطعی است و اگر فعل زیان‌بار نبود به حسب جریان عادی امور امید به وصول به آن معقول و ممکن بود؛ مثلاً اگر کسی کارگر یا صنعتگر را حبس نمی‌کرد و مانع کار روزانه او نمی‌شد، یا

ماشین مسافرکشی و یا کامیون باربری او را سرقت نمی‌کرد از این طریق به منفعت روزانه و عادی خود می‌رسید و در ما نحن فیه اگر بدهکار در سررسید، دین یا اقساط خود را پرداخت می‌کرد، بانک در تأمین مالی تسهیلات جدید و یا سرمایه‌گذاری‌هایی که کرده و قراردادهایی که بسته با کمبود مالی روبه‌رو نمی‌شد، اما این امور زیان‌بار مانع رسیدن به منفعت مُسَلَّم شده است.

ولی در جایی که منفعت بالقوه، «محتمل الحصول» است نه قطعی، به عوامل و شرایط گوناگونی بستگی دارد و معلوم نیست که اگر فعل زیان‌بار رخ نمی‌داد این منفعت حتماً عاید صاحب آن می‌گشت. در عدم ضمان آن اختلافی بین فقها نیست؛ زیرا رابطه سببیت میان فعل انجام گرفته و عدم حصول منفعت محرز نیست و تقویت منفعت را نمی‌توان منحصرأ متوجه عامل فعل زیان‌بار دانست.

لذا بحث در مورد ضمان خسارت ناشی از عدم النفع است که آیا از نظر فقهی می‌توان از طریق ضمان عدم النفع، خسارت ناشی از تأخیر تأدیه را قابل مطالبه دانست یا خیر؟ تردید در ضمان عدم النفع و خسارت تأخیر تأدیه بر این مبنا، از تردید در مالیت و زیان بودن آن نشأت می‌گیرد؛ زیرا مدلول ادله ضمان (اتلاف و علی الید)، مالیت است و مدلول قاعده لا ضرر هم ضرر بودن. اگر بخواهیم ضمان منافع را با این ادله به اثبات برسانیم، نیازمند اثبات این دو امر هستیم. لذا این پرسش مطرح می‌شود که آیا عدم النفع یا به‌طورکلی منفعت مال است یا خیر؟ و آیا عدم النفع ضرر است یا خیر؟ و آیا منافع از دست‌رفته از طریق تأخیر تأدیه مصداق عدم النفع است یا خیر؟ و گرنه اگر روشن شود که عدم النفع ضرر است هیچ فقهی در جبران‌پذیر بودن آن تردید نمی‌کند.

۳. مالیت منافع

مالیت یعنی مطلوبیت، هر چیز که نزد عرف عقلاً مطلوب باشد و در مقابل آن مال پرداخت کنند، مالیت دارد و مال است، این خصوصیت در اشیاء گاه ذاتی است یعنی

به خاطر نقشی که در برآوردن یکی از نیازهای انسان دارند و مورد استعمال و مصرف قرار می‌گیرند، مطلوبیت دارند؛ و گاه به خاطر نقشی است که در تبادل اموال بازی می‌کنند، یعنی ارزش مبادله‌ای دارند و آنچه در فقه و حقوق مطرح است همین ارزش مبادله‌ای اشیاء است (آملی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۶۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۵). در مورد منافع اعیان، یا منافع در برابر اعیان، چنانکه قبلاً گفته شد قطعاً مالیت دارند و مردم نسبت به آن رغبت و تمایل دارند و در قبال آن عوض می‌پردازند و در قالب عقود چون اجاره به مبادله آن اقدام می‌کنند. اساساً قصد مردم از تحصیل اعیان غالباً با رسیدن به منافع آن است، بنابراین منافع در اینکه مال باشند نسبت به اعیان احقیت دارند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۱۲۹). از نظر شارع اسلام، مالیت هر چیز به وجود منافع محله در آن است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۸، ۱۲۵ و ۱۲۷) و اشتغال به کسب چیزی که منفعت ندارد جایز نیست (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۵). لذا برخی فقهایان بر مالیت منافع تصریح دارند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۹).

اما مسئله اصلی ما درباره منفعتی است که در برابر ضرر قرار دارد، یعنی منفعت به معنای سود و ربح انتظاری و البته محقق الحصول (عدم النفع). در این قسمت بین فقها اختلاف نظر است. ولی از آنجا که مالیت امری عرفی است، به نظر می‌رسد این قسم از منفعت نیز ملاک مالیت را دارا است و از نظر عرف از دست رفتن چنین منفعتی، نقصان در مالیت و ضرر محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد کسانی که منافع را مال ندانسته‌اند، به این دلیل بوده که تحقق مالیت را به عینیت (وجود خارجی) آن دانسته‌اند (اسماعیلی، ۱۳۷۷، ص ۷۷)، درحالی که این ملاک پذیرفته نیست.

به علاوه اگر این ملاک را بپذیریم در مورد همه انواع منفعت و از جمله منفعت در برابر عین نیز صادق است. یا مقصودشان منافع محتمل الحصول بوده که از نظر عرف منفعت حساب نمی‌شوند. آنچه ما نحن فیه را از موارد مشابه آن متمایز می‌سازد، سیستم مالی بانک است، پول در هیچ بانکی را کد نمی‌ماند و اساساً فلسفه وجود بانک این است که

پول‌ها و سرمایه‌های راكد را به جریان بیااندازد و در پروژه‌های تولیدی و سازندگی به کار بگیرد، لذا آغاز و پایان هر قراردادی به دقت در نظر گرفته می‌شود، تسویه مالی به هنگام قراردادهای پیشین نقش بسیار اساسی در تأمین مالی قراردادهای آتی دارد، لذا منع و حبس اموال و دارایی‌های بانك موجب از دست دادن فرصت‌های سرمایه‌گذاری و تأمین مالی آتی می‌شود که به دنبال خود ضرر غیر قابل اغماضی را به دنبال خواهد داشت که گاه به ورشکستی مؤسسات اعتباری و بنگاه‌های تولیدی می‌انجامد. شهید مطهری در مورد ارزش داشتن این منافع می‌گوید، مال دارای دو نوع منفعت است، منفعت بالفعل و منفعت بالقوه. در قرض‌های مصرفی غرض، انتفاع به منافع بالفعل است، مثلاً گندم را قرض می‌کند برای آنکه بخورد ولی در قرض‌های تولیدی، مقصود، انتفاع به منافع بالقوه است، یعنی منفعی که به تجارت یا صنعت روی آن پیدا می‌شود، مال قابلیت جرّ چنین منفعی را دارد و به همین سبب هم ارزش دارد، این قابلیت «ارزش علاوه» ایجاد می‌کند، پس خود قابلیت امر ارزش‌داری است و خود این امر ارزش‌دار به فروش می‌رسد خواه به فعلیت برسد یا نرسد (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۳۱۵).

قابلیت پول برای کسب اموال دیگر صفتی است که موجب ارزش پول شده است و صاحب پول هم از همین خاصیت منتفع می‌شود و همین استعداد و ارزش آن ملاک مالیت پول است، صاحب پول می‌تواند از پول خود استفاده کند و منفعت ببرد (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۳۰۰-۳۰۵)، به‌خصوص صاحب پولی مثل بانك. با چنین مبنایی وقتی که مدیون در ادای دین تأخیر می‌کند و موجب از دست رفت منافع انتظاری و در نتیجه ضرر طرف مقابل می‌شود این سؤال مطرح می‌شود که آیا در قبال از دست رفتن منافع و ایراد ضرر ضامن است یا نه؟

۴. ضرر بودن عدم النفع

برخی از محققان مبنای جبران خسارت عدم النفع را قاعده لا ضرر دانسته‌اند، به این بیان که در اثر تأخیر در ادای دین، بانک فرصت به دست آوردن منافع محقق الحصول که در اثر به‌کارگیری حتمی پول و سرمایه به آن می‌رسید را از دست داده است؛ و این قطعاً ضرر است و مدیون مماطل، گذشت زمان را که مقدمه ورود این ضرر است، فراهم آورده است و فعل مدیون سبب مستقیم و یا مؤثر و مقدم در ایجاد زیان بوده است، لذا ورود خسارت به او منتسب است و باید جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۷۴-۳۸۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶، ص ۲۹-۳۵).

لکن آنچه سبب شده تا محققان در جواز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه تردید کنند این است که مشهور فقها امامیه بر این اعتقادند که خسارت‌های ایجاد شده از ناحیه تأخیر تأدیه، ضرر نیست، بلکه عدم النفع است و عدم النفع ضرر نیست تا مشمول قاعده لا ضرر بشود و قابل جبران باشد بنابراین مطالبه آن، ربا و حرام است (ر.ک: صغروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۳۶۳؛ نائینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۷۱؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۱۰؛ موسوی خویی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۳۰؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۵۹). در مقابل عده‌ای بر این باورند که عنوان ضرر بر عدم النفع نیز صدق می‌کند و مشمول لا ضرر می‌شود البته به شرط آنکه از نظر عرفی محقق الوقوع و در معرض وصول باشد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۳۰۲؛ مدرس، ۱۴۰۸، ص ۱۱۹). به تعبیر دیگر مقتضای آن تمام باشد (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۷۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۱۴). با توجه به این نظر برخی از محققان قول مشهور را ناظر به مواردی می‌دانند که عرف آن را ضرر نمی‌داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ص ۱۷). اساساً ضرر مفهومی عرفی دارد و فهم آن به عرف موکول می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۵۵). شاید بر همین مبنا باشد که فقها در جایی که عامل شروع به اقدامی کرده که احتمال به دست آوردن سود در آن وجود دارد و

مالک پیش از اتمام آن اقدام، مضاربه را فسخ نموده، عامل را مستحق گرفتن اجرت المثل دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۲۶، ص ۳۸۹). در قوانین و نوشته‌های حقوقی نیز آمده است که؛ کاستن از دارایی شخص و پیشگیری از فزونی آن به هر عنوانی که باشد، ضرر به او محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۱۹)، یکی از حقوقدانان می‌گوید به رسمیت شناختن بیمه در عرف عقلاً به عنوان قراردادی مشروع و الزام‌آور نشانه به حساب آوردن ضرر و منفعت احتمالی است، احتمال از دست دادن منفعت، امکان منفعت را از بین نمی‌برد و مانع از آن نیست که از دست رفتن آن ضرر به حساب آید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۸۱).

با توجه به اینکه ضرر نقصان مالی است، نقصان در هر چیز که مالیت داشته باشد و عرفاً مال نامیده شود، ضرر است و اگر ما عدم النفع را مال دانستیم نقصان در آن را هم باید ضرر بدانیم. چنانکه عرف امروز به‌خصوص عرف خاص کارشناسان حرفه‌های مختلف، در ضرر دانستن عدم النفع قطعی الحصول، تردید ندارند. اساساً در این‌گونه موارد یقین دست‌نیافتنی است و ظن قوی به ورود خسارت کافی است و در موضوع بحث این ظن و بلکه یقین حاصل است و در این مورد باید عرف خاص کارشناسان بانکی و پولی را در نظر گرفت، از نظر این عرف هیچ پولی در نظام بانکی راکد و بدون فعالیت اقتصادی نمی‌ماند و لذا حبس پول بانک و منع از به‌کارگیری آن عرفاً ضرر حساب می‌شود.

۵. عدم النفع در فقه امامیه

درباره عدم النفع بحث مستقلی در فقه انجام نگرفته است، ولی فقها در خلال بررسی ضمان در برخی مصادیق به آن پرداخته و مشهور از آنجاکه عدم النفع را مال و از دست رفتن آن را ضرر نمی‌شمارند، لذا آن را موجب ضمان نمی‌دانند. این نظر به‌طور مشخص در دو فرع مطرح شده است، در منافع مال مغضوب و منافع انسان حر.

در هر دو مورد، دلیل بر عدم ضمان، این است که منافع مالیت ندارد و تحت ید و استیلا در نمی‌آید و صرف ممانعت هم الزاماً به معنی تصرف و استیلا در مال غیر نیست و لذا غصب تحقق نمی‌یابد (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۶۱)؛ و در جایی که غصب محقق نیست اصل برائت حاکم است (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۳۷، ص ۱۴ و ۳۹). در برابر مشهور، شماری از فقها در این مسئله و فروعی از این دست قائل به ضمان گشته‌اند (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۳۰۲؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۴؛ مدرس، ۱۴۰۸، ص ۱۱۰).

به نظر می‌رسد عدم النفع در این موارد به معنی منفعت بالقوه‌ای است که قابلیت بالفعل شدن دارد و لذا قابل مبادله است، گاهی افراد در قبال منافع خود بیشتر پول می‌گیرند. لذا اختلاف نظر در ضمان حابس مربوط به عدم مالیت و عدم صدق ضرر نیست بلکه مربوط به ادله ضمان آن است؛ زیرا اگرچه صحیح است که منافع تحت ید و استیلاء قرار نمی‌گیرد و لذا غصب صدق نمی‌کند ولی ضرر صدق می‌کند و ادله دیگر و در رأس آن‌ها لا ضرر برای ضمان قابل استدلال است. لذا برخی از فقها که قائل به عدم امکان غصب در این موارد هستند، به دلایل دیگری چون عموم لا ضرر، و سیره عقلا ضمان را نیکو دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۲۵۵ و ۲۶۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۵۱۳، طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۰؛ موسوی خویی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۱).

۶. ادله ضمان عدم النفع در مسئله تأخیر تأدیه

به نظر نگارنده توجه به اثبات مالیت منافع و ضرر بودن از دست رفتن آن، به ادله متعددی می‌توان در مسئله قائل به ضمان شد.

۶-۱. ضمان ید

نخستین گام برای طرح دعوی خسارت علیه مدیون مماطل قاعده ضمان ید و غصب است. مطابق این قاعده، غاصب و کسی که بر مال دیگری استیلا نامشروع پیدا کرده است، ملزم است علاوه بر رد عین مغضوب یا در صورت تلف، قیمت آن، منافع تلف شده را نیز جبران کند. در حدیث شریف نبوی آمده است، «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ» (قشیری، ۱۹۷۲، ج ۵، ص ۳۴؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۸۰)؛ یعنی مماطله و تأخیر در ادای دین ظلم است، نگه داشتن مبلغ طلب پس از سررسید، بدون رضایت مالک مصداق تعدی و غصب است و سبب محرومیت طلبکار از منافع احتمالی است، به‌ویژه اگر طلبکار به تجارت و شغل درآمدزایی اشتغال داشته و بتواند با سرمایه خود منافی کسب کند. در این‌گونه موارد به استناد «الغاصبُ یؤخذ بأشد الاحوال»، مشتری مسئول خسارت وارده از این ناحیه است و این مسئولیت به مراتب شدیدتر از مسئولیت ناشی از اضرار است. به عبارتی از زمان سررسید، «علی الید» دامن او را گرفته و باید دین را تأدیه کند و حالا که تأدیه نکرده ضامن خسارت و ضرر حاصل از آن است. البته با در نظر گرفتن این نکته که «ید» در «علی الید» کنایه از مطلق استیلاست و نه ید جارحه، و استیلا بر منافع را هم شامل می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۵۷). به نظر ما این مسئله یک مسئله موضوعی و عرفی است، دلیل حجیت قاعده ید هم بناء عقلاست و عقلا حائل شدن و مانع شدن بین صاحب مال و مال را نوعی استیلا می‌دانند حاکمیت ید بر منافع قابل تصور است هرچند به تبع اعیان و به تبع منع و حیلولة شدن بین منافع. از طرف دیگر هرچند در غصب عنصر عمد و قهر و عدوانی بودن ملحوظ است ولی در ترتب آثار آن چنین عنصری ملحوظ نیست؛ یعنی حتی اگر تصرف عدوانی نباشد بلکه امانی باشد مثل مأخوذ بالسوم و مأخوذ به عقد فاسد، هرچند غصب صدق نمی‌کند ولی ضمان است و آثار غصب مترتب می‌شود. فقها این موارد را از نظر احکام ملحق به غصب نموده‌اند (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۷۷). قانون

مدنی ایران نیز به پیروی از این نظر فقهی اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز را در حکم غصب می‌داند (ماده ۳۰۸ ق.م). اساساً در نظام حقوقی اسلام آنچه مهم است ورود ضرر است نه نامشروع بودن تصرف، لزوم عدوانی بودن کار نیز به لحاظ احراز رابطه علیت میان کار او و ایجاد ضرر است (کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ج ۳، ص ۱۴۸). به علاوه در صدق استیلائی عدوانی ضرورت ندارد که تصرف فیزیکی و محسوس باشد، حبس سرمایه و پول، مصداقی از غصب است و در تعریف غصب (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 و با وجود مطالبه مالک از تحویل آن خودداری کند از لحظه استنکاف، غاصب و یا لاقفل در حکم غاصب به شمار می‌آید و کلیه احکام غصب در موردش جریان می‌یابد.

همچنان‌که در ماده ۳۱۰ قانون مدنی، در زمینه استیلائی نامشروع بر عاریه، ودیعه و غیره، این مطلب به صراحت آمده است که از تاریخ انکار، تصرف منکر، در حکم غصب است؛ زیرا اصل بر این است که هر کس مالی را تحت استیلائی خود در آورد ضامن منافع زمان تصرف است مگر امانی بودن ید به اثبات برسد. از زمان وقوع دین تا زمان سررسید ید امانی و در بعض موارد مالکانه است ولی پس از آن اگر بدون اجازه دائن باشد مصداق تعدی است و یدش عدوانی می‌شود و در حکم غصب است به خصوص اگر دائن مطالبه کرده و مدیون از بازپرداخت سرباز بزند. به فرض صوری نبودن قراردادهای بانکی، در عقود مثل اجاره و مضاربه و... با سپری شدن سررسید، مدیون اذن بر نگه داشتن دین ندارد بلکه دائن مطالبه نموده و واجب است ادا کند، با نگه داشتن سرمایه نزد خود، تعدی نموده و یدش از امانی بودن تبدیل به عدوانی شده و لذا ضامن خسارات وارده است. البته در برخی موارد عملکرد بانک به منزله اجازه

تأخیر دادن است که باید این موارد تفکیک شود. به‌هرحال استناد به غصب برای مطالبه خسارت عدم النفع با چالش مخالفت با قول مشهور روبه‌رو است.

۶-۲. اتلاف

استناد به قاعده اتلاف نیز با چالش روبه‌رو است، زیرا موضوع اتلاف «مال» است و صدق «مال» بر عدم النفع دشوار است. محقق خویی می‌گوید، قاعده اتلاف یک قاعده اصطیادی است یعنی مضمون و مفاد ادله دیگر است، لذا باید در آن به قدر متیقن اکتفا شود و قدر متیقن جایی است که اصل مال یعنی عین، تلف شود (موسوی خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۶). به‌علاوه اتلاف ناظر به از بین بردن مال موجود است نه جلوگیری از تحقق وجود آن، (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۱۰). در مقابل می‌توان گفت، مال یک مفهوم عرفی است و این عرف هر زمان و مکان است که مرجع تشخیص مال از غیر مال است و در نظر عرف، مال عبارت است از چیزی که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و از نظر نظام اقتصادی ارزش مبادلاتی داشته باشد و از این نظر منفعت مال است. پیروان نظر مشهور خود می‌پذیرند که اگر کارگر اجیر شده‌ای بازداشت شود و موجب محرومیت او از کار گردد، بازداشت‌کننده ضامن اجرت او خواهد بود (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۳۷، ص ۴۰). اگر منافع حر که موجود نیست و مالیت ندارد چگونه موضوع عقد معاوضی همچون اجاره قرار می‌گیرد درحالی‌که شرط صحت عقد معاوضی مالیت مورد معامله است؟ چگونه می‌توان پذیرفت که صرف انعقاد قرارداد اجاره بتواند به امری که مالیت ندارد مالیت ببخشد (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۸۸)؟ مالیت امری مجعول نیست، مالیت یعنی مطلوبیت استعمالی و مبادله‌ای. به نظر ما اصرار بر مالیت به دلیل اینکه در روایت یا در قاعده، لفظ مال آمده است نوعی جمود بر الفاظ است. درحالی‌که امروزه مفهوم مال عوض شده و چه‌بسا اعیان مالیتی کمتر از اموال اعتباری و منافع آن داشته باشند. آیا اگر کسی مثلاً یک خودکار را تلف کرد طبق این مبنا ضامن است ولی اگر

صدها میلیارد ریال سرمایه بانک که در واقع سرمایه ملی است را از جریان خارج کرد و معطل نگه داشت اتلاف مالیت نیست.

۶-۳. تسبیب

با همه این اوصاف ممکن است کسی بگوید که در اتلاف مباشرت شرط است و نمی‌توان از دست رفتن منافع سرمایه در اثر تأخیر مدیون را اتلاف بدانیم ولی می‌توان اتلاف بالتسبیب را مطرح کرد، با مراجعه به روایات منقول در باب تسبیب (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۲۴۳ و ۲۴۵)، دانسته می‌شود که معیار مسئولیت و لزوم جبران خسارت این است که شخص مقدمات ورود خسارت را فراهم کرده باشد و زیان وارده عرفاً به او منتسب باشد. لذا اگر سود انتظاری ناشی از به‌کارگیری سرمایه طبق نظر کارشناسان مالی قطعی الحصول باشد و مدیون با تأخیر در بازپرداخت آن، مانع تحقق آن و موجب محرومیت دائن از آن شده باشد، می‌توان حکم به ضمان کرد. همان‌طور که برخی فقها به همین دلیل، در حکم مشهور به عدم ضمان حابس مناقشه کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۲۶۳). تفاوت تسبیب با اتلاف در این است که در اتلاف کار شخص به حکم عادت منجر به ایجاد علت تلف می‌شود ولی در تسبیب فراهم آوردن زمینه است که احتمال اتلاف وجود دارد، در اتلاف تقصیر عامل شرط نیست ولی در تسبیب تقصیر او برای احراز رابطه علیت میان فعل زیان‌بار و ضرر، ضروری است. همچنین در اتلاف احسان نقشی ندارد و حتی اگر به قصد نیکوکاری باشد ضامن است ولی در تسبیب احسان مانع ضمان است و کار زیان‌بار باید نکوهیده باشد تا ضمان به دنبال بیآورد. نکته دیگر اینکه در تسبیب ترک فعل هم اگر موجب زیان بشود ضمان دارد، و به‌طور کلی زمینه ضرر به هر طریقی فراهم شود ضمان دارد. آنچه مهم است ورود ضرر و ایجاد رابطه سببیت و قابلیت اسناد است (کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ج ۳، ص ۱۴۸).

۶-۴. دلیل ضرر

استدلال به لا ضرر در اثبات مدعا، در صورتی صحیح است که ثابت شود، اولاً، عدم النفع ضرر است. ثانیاً، لا ضرر اثبات حکم نیز می‌کند. در مورد نخست در بحث‌های پیشین آمد که در زمینه صدق ضرر اختلاف نظر وجود دارد، قول مشهور در فقه امامیه، عدم النفع را ضرر نمی‌داند ولی به نظر برخی از فقها عدم النفع در صورتی که مقتضی آن موجود باشد، در عرف ضرر به شمار می‌آید و ما نتیجه گرفتیم که عدم النفع در ما نحن فیه عرفاً ضرر است.

اما در مسئله دوم، عده‌ای قائل‌اند لا ضرر تنها بر نفی حکم شرعی دلالت دارد نه وضع آن، و حکم به ضمان برای جبران خسارت، اثبات حکم است، ضمان مالی در واقع قرار دادن مسئولیت بر عهده شخص است (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۳۷، ص ۴۰؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۳۶۳؛ نائینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۲۰). در مقابل عده‌ای از فقها برای ضمان مالی به قاعده لا ضرر استناد کرده‌اند (ن.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۵۱۳؛ طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۳۰۲؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۴؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۱۹ و ج ۲، ص ۴۳۴؛ نراقی، ۱۴۲۲، ص ۲۷۰، ۲۸۱ و ۲۸۲). شیخ اعظم می‌گوید؛ حکم عدمی خود مستلزم حکم وجودی است، مثلاً عدم ضمان منافع از دست رفته مستلزم حرمت مطالبه آن است که این نیز ضرری است و نفی می‌شود. به علاوه از مورد روایت سمره استفاده می‌شود که پیغمبر اکرم (ص)، آن فرد انصاری را بر کندن نخل سمره مسلط نمود به این علت که ضرر را نفی کند، زیرا عدم تسلط او بر این کار ضرر بود همچنان‌که تسلط سمره بر مالش و رفت و آمد در خانه انصاری بدون اذن او ضرر بود (انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۱۹-۱۲۰). به تعبیر یکی از فقهای معاصر، در واقع پیامبر اکرم (ص) با این عمل و سخن خویش سبب‌سازی می‌کند برای اینکه ضرری در بیرون تحقق نیابد؛ زیرا اولاً، حکم تکلیفی به حرمت اضرار در بطن خویش، هم عذاب اخروی، هم عقوبت دنیوی به تعزیر و مانند آن و هم ضمان در موارد اتلاف را در

بردارد. ثانیاً، اتخاذ ابزارهای جلوگیری کننده از پیدایش ضرر همچون آتش زدن مسجد ضرار را طبق قوانین نهی از منکر و ایجاد عدالت اجتماعی و نفوذ احکام قضایی، مشروع می‌سازد. ثالثاً، احکام برطرف‌کننده موضوع اضرار همچون حق شفعه را چنان‌که در حدیث آمده تشریح می‌نماید؛ بنابراین، حدیث با بیان «لا ضرر» بر نفی جعل حکم ضرری و با بیان «لا اضرار» بر تحریم ضرر و تشریح مانعیت از وقوع آن در خارج و در بعض موارد رفع موضوع ضرر دلالت دارد (سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۱۵۰-۱۵۱)؛ بنابراین محدود ساختن قلمرو حدیث با هدفی که از بیان آن وجود داشته سازگار نیست. محیط تشریح و قانون‌گذاری، به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد و یا جامعه زیان باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسا زیان و خسران وارد سازد. حکومتی که نظام جامعه و ملتی را به دست دارد، هرگونه سوء جریان در روابط حقوق اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر اوست، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد یا ناشی از وضع نکردن مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم باشد، علاوه بر آن‌که امر عدمی را می‌توان به امر وجودی برگرداند، زیرا عدم ضمان عبارت اخرای برائت ذمه است و برات ذمه امر وجودی است که بی‌تردید می‌تواند مشمول لا ضرر قرار گرفته و توسط آن برداشته شود (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۶۷).

از مفردات حدیث نیز همین معنا استظهار می‌شود، «ضرر» اسم مصدر است در برابر «منفعت» و «ضرار» مصدر است به معنای اراده ضرر رسانیدن و قیام برای اضرار به دیگران؛ زیرا باب مفاعله در جایی به کار می‌رود که اراده نافرجام کاری صورت بگیرد. در حدیث ضرر، سمره اقدام به ضرر مرد انصاری کرده است و پیغمبر عملاً او را از این عمل بازداشته است. «لا» نیز نافیه است و چون شئون پیغمبر گرامی (ص)، اعم از ابلاغ شریعت و اجرای آن در روابط فردی و اجتماعی است، باید قلمرو حدیث را اعم از احکام شرعی و حکومتی دانست؛ یعنی پیغمبر می‌فرماید در شریعت اسلامی زیان و

زیان رسانیدن نیست و در قلمرو حکومت خویش نیز اجازه نمی‌دهند افراد به زیان دیگران قیام و اقدام کنند چنانکه در مورد سمره چنین کردند. در اولی نفی حقیقی است و در دیگری نفی ادعایی و به انگیزه نهی است. فقه اهل سنت نیز در این مسیر گام برداشته است، قاعده «الضرر لا یزال» که در کتب معتبر فقهی اهل سنت مورد بحث قرار گرفته است (سیوطی، بی‌تا، ص ۵۹؛ ابن نجیم، ۱۴۰۵، ص ۳۴)، به این معنی است که هر ضرری باید جبران شود. ماده ۲۰ «مجله الاحکام العدلیه» که بر نفی ضرر تصریح شده از قاعده لا ضرر گرفته شده است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۴). بیشتر فقهای اهل سنت مفهوم قاعده را نهی از اضرار (حکم تکلیفی) دانسته‌اند و جبران ضرر را نتیجه طبیعی آن می‌دانند؛ بنابراین ملاک و معیار، تنها نفی ضرر است، هرچه که عرفاً ضرر باشد باید جبران شود، ماهیت ضرر در اسلام نفی شده است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۹). با توجه به موارد مذکور تردیدی در دلالت حدیث لا ضرر بر مسئولیت مدنی و ضمان عامل زیان باقی نمی‌ماند. به همین دلیل برخی از فقها که در مسئله توقیف صنعت‌گر یا کاهش قیمت بازار مطابق مشهور فتوا داده‌اند، در فروع دیگر صدق عنوان اضرار را در اثبات مسئولیت کافی دانسته‌اند و نتوانسته‌اند از فتوا به ضمان عدم النفع خودداری کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۱). وحید بهبهانی نیز به فقها و محدثان متقدم نسبت می‌دهد که در باب ضمان ناشی از غصب و اتلاف، تنها به حدیث لا ضرر استناد کرده‌اند چنانکه متأخران نیز در موارد گوناگون به این قاعده استدلال می‌کنند، هرچند در باب غصب، قاعده مزبور از نظر آنان دور مانده است. به نظر وی ضمان اعلی‌القیم در اموال قیمی یا در مال مثلی که مثل آن یافت نمی‌شود دلیلی به جز حدیث لا ضرر نمی‌تواند داشته باشد، بنابراین مقتضای حدیث لا ضرر آن است که هرگونه ضرری باید تدارک شود و از زیان‌دیده برطرف گردد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۸). به نظر می‌رسد قاعده لا ضرر در اثبات ضمان خسارت عدم النفع کافی است. به‌خصوص که مضمون آن با روایات دیگری نیز مورد تأیید قرار گرفته است که در

آن‌ها عنوان «اضرار» مستند حکم به ضمان قرار گرفته است نه صرف اتلاف مال، و زیان رسانیدن به هر شکل را موجب ضمان می‌دانند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۰). با دقت در برخی روایات باب نفی ضرر به نظر می‌رسد عدم النفع حتی در مراتب ضعیف آن پذیرفته شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۹۴).

در پایان اینکه؛ اگر معیار، «صدق انتساب» باشد، این معیار از نظر عرف تجاری موجود است. ما باید ورود ضرر و انتسابش به تأخیر مدیون را اثبات کنیم و این در مورد معوقات بانکی دشوار نیست. به خصوص با در نظر گرفتن طول زمان تأخیر که معمولاً بسیار زیاد است. می‌توان گفت به‌طور کلی به موجب عموم آیات و روایات شارع از مردم خواسته است مرتکب کاری نشوند که موجب تضرر دیگران می‌شود و شارع در این امر با عقلا متحد المسلك است. از جمله آیات می‌توان به آیات ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲ بقره، ۶ و ۱۲ نساء، اشاره کرد؛ و از روایات، حدیث منع فضل ماء (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۹۴) که پیش‌تر مورد اشاره قرار گرفت.

۶-۵. تفویت

تفویت ناظر به صورتی است که شخص بدون وضع ید ناروا بر مال دیگری جلوی تحقق منفعت را بگیرد، و لذا اشکالات پیشین از قبیل صدق عنوان استیلا، عنوان مالیت، عنوان ضرر و... در اینجا ورود ندارد، از آنجاکه بر اساس هریک از قواعد فوق اثبات ضمان عدم النفع با اشکالاتی روبه‌رو است، برخی از «تفویت» به عنوان یک قاعده مستقل یاد کرده و آن را موجب ضمان دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۰؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۲۷). مستند آن را هم بنای عقلا و قاعده لا ضرر دانسته‌اند. به این بیان که عرف عقلا کسی را که فردی و یا اموال او را در بازداشت نگه دارد و مانع دسترسی او به اموال و استفاده از منافع آن بشود، ضامن می‌دانند و بنای شارع در ابواب ضمانات نیز امضای شیوه عقلا است؛ بنابراین در این‌گونه موارد باید حکم به

ضمان داد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۸۴)؛ و اگر ضمان در این‌گونه موارد نزد عرف و عقلا ثابت شود و قوانین تشریحی اسلام بخواهد آن را نفی کند، این ضرر ناشی از اسلام شمرده می‌شود، قاعده لا ضرر عدم امضای قانون عرفی را نفی کرده و در نتیجه وجود قاعده عرفی مبنی بر ضمان تفویض منافع ثابت می‌شود. تفویض منفعت یا به صورت استیفای آن است مثل سکونت در خانه و یا به صورت ممانعت مالک از استیفا است که در هر دو صورت مورد بحث ما قابل تطبیق است، مدیون مامل با ممانعت از بازپرداخت دین هم آن را به کار گرفته و از منافع آن استفاده کرده است و هم اگر خود استیفا نکرده مانع استیفای مالک شده است.

۶-۶. حکم عقل و سیره عقلا

دلیل دیگر بر ضمان خسارت عدم النفع، سیره و بنای عقلا است. برخی از فقها که در مالیت عرفی و ملکیت اعتباری شخص بر عمل خود قبل از وقوع معامله تردید کرده و لذا جریان اتلاف را با مشکل روبه‌رو می‌دانند ولی معتقدند در این‌گونه موارد می‌توان به سیره قطعی عقلا استدلال کرد، چنانکه سیره قطعی عقلایی بر آن است که اگر شخص، فرد شاغلی را که هرروزه به تجارت، بنایی، خیاطت و مانند این‌ها اشتغال داشته، از رفتن به سر کار مانع شود ضامن است و عدم ردع شارع دلیل بر امضای این سیره عقلاییه است (موسوی خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۸۵).

حکم به عدم ضمان به صورت مطلق ظلم است و ظلم عقلاً قبیح است، بنابراین باید عامل زیان را نسبت به منافع از دست رفته ضامن دانست و عقلا نیز در این موارد به باز پس دادن عین مال مغضوب اکتفا نمی‌کنند (مدرس، ۱۴۰۸، ص ۱۱۰). برخی از فقها در این زمینه به آیاتی از قرآن که ظلم را تحریم می‌کند (بقره: ۲۷۹) و جزای بدی را بدی

می‌داند (نحل: ۱۲۶) و نیز به آیه قصاص (بقره: ۱۹۴ و شوری: ۴۰)، استدلال کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۵۲۸).

جمع‌بندی

۱. در نظام حقوقی اسلام، هیچ ضرری جبران نشده باقی نمی‌ماند، هرچند عامل آن مقصر نباشد، آنچه مهم است، «ورود ضرر» است نه نامشروع بودن تصرف، لزوم عدوانی بودن کار مسبب نیز به لحاظ احراز رابطه علیت میان کار او و ایجاد ضرر است. در حقوق اسلام مسئولیت مبتنی بر نفي ضرر است و تنها مبنای آن قابلیت استناد آن به فعل یا ترک ضار است.

۲. از نظر عرف عقلا، ظن قوی به از دست دادن منفعت، ضرر است و در این‌گونه موارد، علم و یقین و مسلم بودن ضرر لازم نیست، و حکم به ضمان در جهت جبران ضرر احتمالی موجه است. به نظر می‌رسد از دیدگاه عرف به‌خصوص عرف تجاری و مالی و بانکی، در مالیت منافع وعدم النفع نمی‌توان تردید کرد و ادله غصب، اتلاف و لا ضرر هرکدام قابلیت دارد مستند ضمان در این زمینه قرار بگیرد. نکته بحث در این است که باید بین عرف عام و عرف خاص تجاری به‌خصوص در بانک تفکیک قائل شد. آنچه در اینجا مورد غفلت قرار گرفته است، عرف خاص است، علت حکم به عدم ضمان از جانب فقها عدم توجه به عرف خاص است. آری در عرف عام که قدرت تشخیص در این موارد را ندارند، عدم النفع مالیت ندارد. ولی کارشناسان بازار پول و سرمایه به‌خوبی می‌دانند که فرصت‌های از دست رفته در اثر تعویق مطالبات، بانک‌ها را از دست‌یابی به چه منافع محروم می‌کند و از این راه چه زیان‌های سنگینی به نظام مالی کشور وارد می‌آید و لذا تردیدی در ضمان خسارت تأخیر و منافع محقق الحصول ندارند.

به‌علاوه امروزه ماهیت مال عوض شده است. مال یک مفهوم اعتباری پیدا کرده است و در مورد آن اخذ و تصرف، و از بین بردن و اتلاف فیزیکی، ملاک نیست، اگر ما بخواهیم مال را در اموال منقول و فیزیکی منحصر کنیم، دایره مال بسیار محدود خواهد بود. امروزه مال و دارایی مفهوم وسیع‌تری دارد. خسارت تأخیر نیز بیشتر مرتبط به پول است و موارد به‌کارگیری پول بی حد و حصر است و هیچ پولی را کد و بدون فعالیت نمی‌ماند، به‌خصوص در بانک که دائم با پول کار می‌کند و اساساً کارش تجهیز پول و سرمایه‌های سرگردان و به‌کارگیری آن در فعالیت‌های اقتصادی است؛ بنابراین تأخیر ادای بدهی مانع تحقق منافع می‌شود و بدهکار متخلف ضامن آن است. به نظر عرف متخصصین، حبس پول از مالک یا مستحق آن در شرایطی که منافع محقق‌الوصول داشته باشد، اتلاف منافع آن از طرف حابس، صدق می‌کند و ضرورت ندارد اتلاف به صورت فعل مثبت رخ بدهد بلکه صرف ترک فعل نیز می‌تواند سبب اتلاف گردد و این ضرری است که باید جبران شود. به‌علاوه غصب نیز به شمار می‌آید، همین‌که مشتری پول را در سررسید نمی‌دهد کافی است تا احکام غصب بر او بار شود و از جمله اینکه به اشد الأحوال مؤاخذه شود. با این‌همه مسئله جای تأمل بیشتری دارد. به‌هرحال از نظر مشهور فقها امامیه دلیل بر ضمان خسارت عدم النفع وجود ندارد و بر آن «تلف مال» صدق نمی‌کند تا قواعد عمومی اتلاف و تسبیب مصداق داشته باشد، چنانکه قاعده ضمان ید نیز درباره نفع از دست رفته مصداق ندارد. ولی بنا بر نظر غیر مشهور، چنانچه نفع از نظر عرفی مسلم بوده و خسارت به‌طور مستقیم مستند به تأخیر تأدیه باشد، در ضمان بدهکار است و حکم ربا هم ندارد؛ زیرا مبلغی که طلبکار به صورت خسارت عدم النفع مطالبه می‌کند مشروعیت خود را از عقد نگرفته و در برابر اعطای مهلت نیز 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 (بر مبنای ضمان قهری) و یا عدم اجرای تعهد و محروم شدن متعهد له از منافع آن است (بر

مبنای ضمان قراردادی). به خصوص با توجه به اینکه تسهیلات بانکی منحصر به قرض نیست و در قالب عقود مبادله‌ای و مشارکتی انجام می‌شود که در هر مورد نقض عهد دلیل بر ضمان هست. به خصوص در مورد ابوابی چون اجاره و مضاربه دلیل روایی هم داریم که اگر عامل کوتاهی کرد ضامن است. در برخی روایات اجیر را به صرف عدم اجرای تعهد، ضامن می‌داند و ضمانت را منوط به تقصیر یا اتلاف ندانسته است. در ما نحن فیه مدیون، متعهد به تحویل مال در سررسید بوده است و با تخلف از این تعهد هرگونه زیانی را ضامن است. هر جا که قراردادی وجود دارد در اثر تخلف از قرارداد ضمان بر عهده می‌آید، و شخص باید تمام احتیاط‌های لازم را اعمال نماید تا تعهد به نحو صحیح انجام شود و خسارتی به متعهد له وارد نیاید؛ بنابراین بر مبنای ضمان قراردادی، طرفین قرارداد به صرف قرارداد هرگونه ضرر و زیانی را که به فعل یا ترک فعل آن‌ها در رابطه با تعهدات قراردادی، مستند باشد، ضامن جبران آن هستند؛ و ما نحن فیه از مصادیق بارز این موضوع است. مدیون طبق قرارداد متعهد به ادای دین در سررسید بوده است و ملاحظه وی تخلف قراردادی است که زیان و ضررهای زیادی را به دنبال داشته و نسبت به جبران آن ضامن است. در این مینا چالش‌های مبنای ضمان قهری وجود ندارد.

۳. البته در مسئله ما یکی از چالش‌ها این است که بانک‌ها خود در به وجود آمدن تأخیر نقش دارند و این مانع از تحقق ارکان مسئولیت است، زیرا یکی از ارکان مسئولیت مدنی این است که ضرر به وجود آمده حاصل اقدام و یا عدم اقدام زیان‌دیده نباشد، درجایی که زیان‌دیده توان احتراز از خطر و جلوگیری از گسترش ضرر را دارد ولی در دفع ضرر از خود کوتاهی می‌کند، حق مطالبه جبران ضرر را ندارد. اقدام یکی از اسباب معافیت مسئول و انتساب ضرر به زیان‌دیده است، و چنان‌که تحقیقات میدانی و نظر کارشناسان تأیید می‌کند عمل بانک‌ها در این زمینه مصداق «قاعده اقدام» است؛ و ما

۱۴۰ دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، سال ششم، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۷، پیاپی ۱۲

نباید کوتاهی بانک‌ها در ارائه بدون ضوابط تسهیلات و بدون نظارت و نیز کوتاهی در مطالبه تسهیلات را نادیده بگیریم.

کتاب‌نامه

قرآن کریم

- آملی، محمد تقی (۱۴۱۳)، المکاسب والبیع، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷)، نظریه خسارت، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ اول.
- انصاری، علی (۱۳۹۰)، دریافت خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی، اقتصاد اسلامی، سال یازدهم، ش ۱.
- بادینی، حسن و عزیز حسامی، محمد (۱۳۹۱)، بررسی مبانی فقهی قابلیت خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد از دیدگاه مذاهب اسلامی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و پنجم، ش ۱.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه، قم: آل البیت، چاپ اول.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم.
- رضایی، مجید (۱۳۸۱)، بررسی فقهی جرمه تأخیر تأدیه، اقتصاد اسلامی، سال دوم، ش ۶.
- سیستانی، سید علی (۱۴۱۴)، قاعده لا ضرر و لا ضرار، بیروت: دار المؤرخ العربی، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، سؤال وجواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰)، العروه الوثقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۲۲)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.

- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹)، حاشیه‌المکاسب، بیروت: دارالمصطفی، چاپ اول.
- قشیری، مسلم بن حجاج (۱۹۷۲)، الصحیح، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، ضمان قهری، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹)، تحریر المجله، نجف: حیدری، چاپ اول.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹)، شرائع الاسلام، تهران: استقلال، چاپ دوم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰)، قواعد فقه، تهران: سمت، چاپ هشتم.
- مدرس، سید حسن (۱۴۰۸)، الرسائل الفقهیه، تهران: ستاد بزرگداشت مدرس، چاپ اول.
- مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷) العناوین الفقهیه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- مصباحی مقدم، غلامرضا و جلالی، حسن (۱۳۷۸)، کاوشی در حکم فقهی شرط‌های جزایی و تهدیدی در جریمه تأخیر در نظام بانکداری بدون ربا، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ش ۲۸.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، یادداشت‌های استاد مطهری، تهران: صدرا، چاپ چهارم.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲)، مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۶)، خسارت تأخیر تأدیه از دیدگاه فقهی و حقوقی، هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران: مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران.

خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای ضمان منافع ۱۴۳

- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۲)، مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه، پژوهش - نامه متین، ش ۱۹.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهه، قم: انصاریان، چاپ اول.
- نائینی، میرزا حسین (۱۴۱۸)، منیة الطالب، تقریرخوانساری، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن، (۱۴۱۵) جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷)، عوائد الایام، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۲)، مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه، اقتصاد اسلامی، سال سوم، ش ۱۲.
- وحید بهبهانی، محمد باقر (۱۴۱۷)، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم: کنگره مقدس اردبیلی، چاپ اول.