

اغتفار از ربا در توابع عقود با تأملی نو بر وجه التزام قراردادی^۱

علی اصغر گل محمدی *

علی تولایی **

سیدجعفر هاشمی باجگانی ***

چکیده

بر اساس قاعده اصطیادی اغتفار (یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها)، هم‌تراز نبودن متبوع و تابع، اصلی مسلم و غیر قابل انکار می‌باشد. قاعده عقلایی مذکور رابطه میان تابع (فرع) و متبوع (اصل) را تشریح می‌نماید؛ به این ترتیب که آنچه رعایت آن در متبوع الزامی است، ممکن است در تابع ضروری نباشد. یکی از آثار مهم و کاربردی قاعده اغتفار، چشم‌پوشی از ربا در توابع عقود می‌باشد. از این رو، هرچند رعایت شرایطی مانند تماثل (همانندی) و تقابض (قبض و اقباض) در مجلس عقد در متبوع ضروری بوده، اما با این وجود در صورت تبعیت، برخی از این شرایط، مورد چشم‌پوشی قرار خواهند گرفت. موضوع وجه التزام قراردادی را می‌توان به عنوان یک نمونه در این مقوله بررسی نمود با این توضیح که عده‌ای، شرط وجه التزام قراردادی را در صورت مازاد بودن از مبلغ اصلی قرارداد، مصداق ربا و باطل دانسته‌اند، در این مقاله با استناد به قاعده اغتفار این امر مورد تردید قرار گرفته و ثابت شده است که وجه التزام قراردادی نمی‌تواند از مصادیق ربا و در نتیجه باطل باشد.

کلید واژه‌ها: قاعده اغتفار، ربای تبعی، وجه التزام، تابع و متبوع.

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۸/۱۱/۱۳) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۹/۰۴/۰۴)

* دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران (نویسنده مسؤول)

gol.aliasghar76@yahoo.com

** دانشیار، دانشکده الهیات، دانشگاه یزد، یزد، ایران

*** استادیار، گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران

۱- مقدمه

در این که معاملات روزمره افراد مبتنی بر کسب سود می‌باشد، شکی نیست و این یک غرض عقلایی در معاملات و اصل اصیلی است که مبادله اموال و معاوضه کالا با کالا بر اساس آن صورت می‌گیرد. با این حال، شارع مقدس، قوانین و مقرراتی را در زمینه معاملات وضع نموده تا زیاده‌خواهی مردم در سودجویی موجب اخلال در نظام اقتصادی نگردد و طبقه ضعیف و محروم جامعه از این حیث مورد ظلم قرار نگیرند؛ به گونه‌ای که منجر به اختلاف طبقاتی شدید در جامعه شده و طبقه ضعیف، هر روز ضعیف‌تر و طبقه مرفه، هر روز غنی‌تر گردند. به همین مناسبت شارع، حدود و قیودی را در معاملات مقرر نموده و تجاوز از این حدود شرعی را منع کرده است؛ از جمله این حدود و قیود، احکام ریاست.

ربا در اسلام با قاطعیت حرام دانسته شده و یکی از گناهان کبیره می‌باشد و اسلام مجازات رباخواران را بسیار سخت قرار داده است؛ زیرا گرفتار شدن به ربا، سبب ایجاد مشکلات و تباهی‌های بسیار می‌شود. به همین خاطر در قرآن، رباخواری اعلام جنگ با خدا معرفی شده است (یعقوبی و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۴۹).

ادله اربعه قرآن، سنت، اجماع و عقل، بر تحریم ربا خواری و اهمیت این گناه بزرگ گواهی می‌دهد. با وجود تمام سخت‌گیری‌ها در حرمت ربا و شرایط لازم‌الرعايه در مبادله مال ربوی با مال دیگر در عقد بیع، در صورت تبعیت، از اعمال برخی از این شرایط چشم‌پوشی می‌گردد. قاعده «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها» که از روایات به دست آمده است، متضمن همین معنا می‌باشد. به این صورت که چشم‌پوشی از عناصر و شرایطی که رعایت آنها در متبوع لازم و ضروری است، در توابع آن چیز، قابل گذشت و مسامحه می‌باشد.

با توجه به این که برخی هر نوع زیاده‌ای را در معاملات چه به صورت تابع باشد یا متبوع، ربوی دانسته‌اند، استناد به قاعده اغتفار، نظریه مذکور را تعدیل خواهد نمود. بنابراین ابتدا دیدگاه فقیهان اهل سنت و امامیه در خصوص اغتفار از ربا در توابع عقود و سپس نقش قاعده اغتفار در مورد یکی از مصادیق مورد اختلاف (وجه التزام قراردادی) بررسی خواهد شد.

۲- دیدگاه فقیهان اهل سنت و امامیه در زمینه اغتفار از ربا در توابع عقود

قاعده اعتقار در اغلب کتب فقهی فقیهان اهل سنت به همراه مبانی و کارکردهای آن در ابواب مختلف بیان گردیده، در حالی که فقیهان امامیه به صورت پراکنده به این قاعده اشاره و گاه بدان استناد نموده‌اند ولی در منابع قواعد فقهی امامیه به عنوان قاعده فقهی از آن یاد نشده است. از این رو پس از بیان مفهوم قاعده به بررسی نظریات فقیهان اهل سنت و امامیه در خصوص اعتقار از ربای تبعی و ادله آنها پرداخته خواهد شد.

۱-۲- مفهوم قاعده اعتقار

قاعده اعتقار اغلب با صیغه «یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها» در کتب مختلف فقهی (سیوطی، ۱۴۱۵، ۱۳۳؛ ابن نجیم، ۱۴۲۶، ۱۳۵/۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ۶۴/۱؛ ضیاء‌الدین عراقی، ۱۴۱۴، ۲۷۰/۵) بیان شده است.

قاعده اعتقار علاوه بر صیغه فوق با تعابیر دیگری نیز وارد شده است که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌گردد:

- «یغتفر فی الشیء ضمنا ما لایغتفر قصدا» (ابن نجیم، همان)

- «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۰۷)

- «ما جاز تبعا لایجوز قصدا» (خطیب شربینی، ۱۴۱۵، ۱۴۶/۲)

محتوای تمام موارد مذکور بیانگر یک مفهوم می‌باشد: آنچه در متبوع مورد اغماض واقع نمی‌گردد در تابع مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد؛ زیرا آنچه مورد قصد قرار گرفته، متبوع است و نه تابع. ثبوت شرایط، برای شیئی که مورد قصد قرار گرفته است با چیزی که به عنوان تابع قرار می‌گیرد، همانند نیست. بنابراین هرگاه چیزی مقصود اصلی قرار گیرد، شرایطی برای آن شرط می‌شود که لازم است در آن رعایت گردد؛ زیرا آن، مقصود بالذات است ولی اگر چیزی به عنوان تابع، برای دیگری ثبوت یابد در اعمال برخی از آن شرایط تساهل می‌گردد؛ چون آن شرایط برای متبوعش ثابت می‌گردد (شیر، ۱۴۲۸، ۳۰۸).

«یغتفر» یعنی تساهل و تساهل در «تابع» یعنی آنچه غیر از خودش آن را شامل می‌شود؛ خواه متبوع از حقوق باشد یا لوازم آن یا عقد یا فسخ یا متضمن آن یا از حقوق عقد متعلق به آن ... پس «ما لایغتفر فی المتبوع» یعنی در تابع تا زمانی که تابع است چشم‌پوشی می‌شود و هرگاه متبوع باشد،

در آن چشم‌پوشی صورت نمی‌گیرد؛ زیرا مقصود و اصیل خواهد بود (زرقا، ۱۴۲۲، ۲۹۱).
به نظر می‌رسد شارع مقدس نیز در آنچه که به صورت ضمنی و تابع برای شیء دیگری قرار گرفته، تساهل و تسامح می‌کند، بر خلاف آنچه مقصود اصلی و بالذات می‌باشد. به همین دلیل گفته شده است:

«اهتمام شارع به اصل مقتضیات، بیشتر از اهتمام به توابع می‌باشد و این یکی از معانی قاعده مشهور یغتفر فی الثوانی ما لا یغتفر فی الاوائل است» (مراغی، ۱۴۱۷، ۸۷/۲).

بدیهی است که حاکمیت قاعده اغتفار زمانی است که چیزی تابع شیء دیگری قرار گیرد و از آن پیروی نماید. به عبارت دیگر زمانی قاعده مذکور قابل اعمال است که رابطه تابع و متبوع محرز باشد. بنابراین در صورت احراز رابطه مذکور، نیازی به رعایت تمام شرایط متبوع، برای تابع نخواهد بود؛ زیرا سخت‌گیری‌هایی که در مورد متبوع می‌شود، در تابع به علت فرع بودن ضروری نخواهد بود.

۲-۲- نظریات و ادله فقیهان اهل سنت جهت اغتفار از ربا در توابع عقود

احادیث صحیحی از پیامبر اکرم (ص) روایت شده است که بیانگر ضرورت تماثل و تقابض دو مال، در صورت فروش آن دو در مقابل هم می‌باشد؛ از جمله حدیث پیامبر (ص) که می‌فرمایند: «لاتبیعوا الذهب بالذهب الا مثل بمثل، و لاتشیفوا بعضها علی بعض، و لاتبیعوا الورق بالورق الا مثلا، و لاتشیفوا بعضها علی بعض، و لاتبیعوا منها غائبا بناجز» (مسلم نیشابوری، بی‌تا، ۴۲/۵؛ جزیری، غروی و مازح، ۱۴۲۹، ۳۰۰/۲). یعنی؛ طلا را در برابر طلا نفروشید مگر به شرط تماثل و یکی را نسبت به دیگری فزونی ندهید و سکه را در مقابل سکه نفروشید، مگر به شرط تماثل و یکی را نسبت به دیگری فزونی ندهید و جنس غایب را به جنس حاضر نفروشید.

همچنین حدیث عبادة بن صامت از رسول اکرم (ص) که فرمودند: «لاتبیعوا الذهب بالذهب و لالورق بالورق و لالبر بالبر و لالشعیر بالشعیر و لالتمر بالتمر و لالملح بالملح الا سواء بسواء، عینا بعین، یدا بیدا، فمن زاد و ازداد فقد اربی، و لکن بیعوا الذهب بالورق، و الورق بالذهب، و البر بالشعیر، و التمر بالملح، و الملح بالتمر یدا بیدا کیفما شئتم» (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ۵۱). یعنی؛ طلا را در برابر طلا و پول را در مقابل پول و گندم را در برابر گندم و جو را در مقابل جو و خرما را در برابر خرما و نمک را در برابر نمک نفروشید مگر به صورت مساوی و عین در مقابل عین و به صورت فی‌المجلس. پس اگر

زیادی گرفته شود، ربا انجام شده است ولی طلا را در برابر پول و پول را در برابر طلا و گندم را به جو و خرما را به نمک و نمک را به خرما به صورت فی‌المجلس و هرگونه که خواستید بفروشید.

حدیث با مضمون فوق در فقه امامیه و اهل سنت با اشکال متفاوتی بیان شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۶۶/۱۸؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۳۱۵/۷؛ ابن‌بطلال، ۱۴۲۲، ۹۷؛ مسلم نیشابوری، بی‌تا، ۴۸/۵).

درباره شروط تماثل (هماندی) و تقابض (قبض و اقباض) در مجلس عقد نسبت به فروش دو مال ربوی هم‌جنس در برابر هم، با توجه به احادیث مذکور میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد؛ همانند فروش طلا در برابر طلا یا گندم و امثال آن. همچنین در فروش دو مال ربوی ناهم‌جنس، تقابض عوضین در مجلس عقد شرط است؛ همانند فروش طلا در برابر نقره و گندم در برابر جو. اما با این وجود در صورت تبعیت، برخی از این شروط، مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرند، یعنی «شرایط شرعی مطلوب، می‌بایست در محل اصلی موجود باشند، اما در توابع مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرند» (زحیلی، ۱۴۲۷، ۴۴۷).

فقیهان اهل سنت در زمینه اعتقار از ربا در توابع عقود، اختلاف نظر داشته و بر سه عقیده‌اند: نظر اول: عده‌ای معتقدند که بخشودگی ربا در تابع، مطلقاً جایز است. مالکی‌ها (مالک بن انس، ۱۴۰۶، ۳۲۶) و شافعی در قول قدیم (عراقی، ۱۴۲۶، ۱۲۲/۶) این نظر را پذیرفته‌اند. در ادامه به بیان برخی از این نظرات پرداخته می‌شود:

مالکی‌ها به دلیل اطلاق حدیث «من باع عبداً و له مال فماله للذی باعه الا ان یشرط المبتاع» (ابن‌بطلال، ۱۴۲۲، ۴۹؛ مسلم نیشابوری، بی‌تا، ۱۸۶/۵) - که از مبانی قاعده اعتقار می‌باشد - قائل بر صحت معامله هستند. ایشان معتقدند که اگر عبد را به شرط اموالش در عوض مبلغی از درهم بفروشند و اموال عبد هم درهم باشد، بیع و شرط صحیح است؛ زیرا در این عقد، بیع بر این درهم (مال عبد) واقع نشده و هیچ بخشی از ثمن عبد به دارایی او (درهم) تعلق نگرفته است و تابع فروش عبد است. مالک این نکته را این‌گونه بیان می‌کند:

«اجماع ما بر آن است که اگر خریدار عبد، مال او را شرط کند، از آن او خواهد بود، چه نقد باشد یا نسیه یا کالای معلوم یا نامعلومی و هرچند عبد به بیش از قیمت خود مال داشته باشد خواه ثمنش نقد یا دین یا کالا باشد» (مالک بن انس، ۱۴۰۶، ۳۲۶).

یکی از فقیهان مالکی در بیان تأثیر قاعده اعتقار در این مورد می‌گوید:

«اگر شیئی در معامله، تابع باشد، حکم حرمت ثابت شده برای آن مرتفع می‌گردد. پس بیع آن به تنهایی به خاطر ربوی بودن جایز نیست ولی هرگاه تابع قرار گیرد، بیع آن جایز خواهد بود، مثال آن تزئینات شمشیر است که نمی‌توان آنها را جداگانه در برابر عوض هم‌جنس فروخت؛ زیرا طلا جزء اموال ربوی است ولی اگر تابع غیر خود مانند شمشیر باشد، می‌توان آن را در برابر مال هم‌جنس فروخت؛ زیرا تابع است و مقصود اصلی در بیع نیست. پس حکم حرمت از آن برداشته می‌شود» (مازری، ۱۴۳۷، ۴۳۳/۱).

علمای مالکی به قواعد قلت و کثرت در توابع اموال توجهی ندارند. از دیدگاه ایشان اگر قیمت تابع یا مقدار آن، بیشتر از متبوع باشد تا زمانی که در تابعیت است، تمامی شرایط مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد.

شافعی نیز در قول قدیم خود موافق ورود مال عبد در عقد بیع به صورت تبعی بود. البته بعدها از آن دست کشید و در قول جدید خود به عدم جواز فتوا داد (مزنی، ۱۴۱۰، ۱۸۱).

نظر دوم: جواز بخشودگی ربا در توابع به شرط اعتبار قصد است، بنابراین اگر قصد طرفین معامله، مال متبوع باشد و مال ربوی به تبع آن و بدون قصد حاصل شود، عقد صحیح خواهد بود. حنابله و برخی از فقیهان مالکی، این نظر را پذیرفته‌اند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۱۳۰/۴-۱۲۹). ایشان معتقدند اگر قصد مشتری و رغبت او در بیع، عبد باشد و نه مال او، شرط کردن آن صحیح است و مال عبد به تبع بیع عبد به مشتری منتقل می‌شود، خواه مال معلوم باشد یا مجهول، از جنس ثمن باشد یا نه، عین باشد یا دین، با میزان ثمن برابر باشد یا کمتر یا بیشتر؛ زیرا مال عبد در بیع مقصود نبوده است (همان).

خلاصه این که در بیع، دخول مال ربوی در برابر مال ربوی دیگر به صورت تبعی، مشروط به عدم قصد از سوی مشتری صحیح است، مانند فروش گوسفند در برابر گوسفند که هر یک شیر و پشم دارند یا فروش گوسفند شیرده در برابر شیر یا بیع خانه طلاکاری شده و بیع زینت نقره‌ای که با طلای ناچیزی تزئین شده در برابر طلا و صحت ورود میوه پیش از بدو صلاح آن در عقد بیع به صورت تبعی (ابن تیمیه، ۱۴۲۲، ۴۶۵).

بنابراین، صحت یا عدم صحت منوط بر قصد یا عدم قصد، نسبت به مال ربوی موجود در تابع است. به همین جهت ضروری است بررسی گردد، مقصود از قصد معتبر شرعی در عقد چیست؟

برخی میزان ارتباط قصد با تبعیت را این‌گونه بیان می‌کنند که آنچه مقصود یا مطلوب یا مورد رغبت و توجه در عقود نیست، غالباً تابع است (خطیب شربینی، ۱۴۱۵، ۲۸/۳).

برخی در خصوص قصد معتبر شرعی و آنچه هدف متعاقدين است، گفته‌اند:

«ضابطه تشخیص مقصود عقد و تابع عقد، آن است که مراد از مقصود اصیل در معامله، غالباً آن چیزی است که هدف معامله است که این تیمیه از آن به (مقصود اکبر) و (مقصود اعظم) و (معظم مقصود) تعبیر نموده است. البته در این جا قصد بالذات عاقد مدنظر نیست؛ زیرا معیار و ملاک تبعیت نوعی است و نه شخصی، یعنی وابسته به نظر عاقد و نیت او نیست؛ زیرا قصد و نیت از امور مخفی است که نمی‌توان احکام قراردادهای را بر آنها بنا نمود یا علت آن قرار داد. بلکه مقصود از آن، غرض از عقود است، یعنی غرضی که تمامی یا اغلب متعاقدين آن را می‌خواهند. لازم به ذکر است این عنوان از عرف و معاملات تجاری و کارشناسان اهل فن و متخصص دانسته می‌شود» (حماد، ۱۴۲۸، ۲۸).

بدون تردید حنا بله قائل به اعتبار قصد هستند و صحت عقد بیع و بطلان آن را به قصد مشتری وابسته می‌دانند. با این توضیح که اگر قصد و نیت او مال ربوی تابع عقد باشد، عقد باطل خواهد بود؛ زیرا در این مورد، مال ربوی مقصود بوده است و مقصود در عقد مؤثر است و آن را باطل می‌کند. پس شرعاً مورد بخشودگی قرار نمی‌گیرد، چه اصیل باشد چه تابع و این امر آن را از دایره تبعیت و ضوابط آن خارج می‌کند.

مالکیه و حنا بله برای اثبات مدعای خود به احادیث صحت بیع نخل پس از تلقیح و عبد به همراه مالش استناد کرده‌اند: حدیث «من باع نخلاً قد ابرت فثمره للبایع، الا ان یشرط المبتاع» دال بر آن است که اگر مشتری، میوه تلقیح شده را شرط کند، میوه‌ای را شرط کرده که به بدو صلاح نرسیده بنابراین فروش آن جایز نیست در حالی که بیع آن در صورت تبعیت جایز است. در فروش عبد نیز نباید مقصود خریدار، مال عبد یا نوع آن باشد، خواه ربوی باشد یا خیر، نقد باشد یا دین؛ زیرا مال عبد و ثمن او ممکن است طلا باشد که رسول خدا (ص)، حکم به صحت اشتراط مال او کرده‌اند. پس نه قواعد ربا و نه احکام صرف در چنین مواردی رعایت نمی‌شود. مفهوم حدیث، در خصوص بخشودگی در مال عبد که همراه اوست، می‌باشد؛ زیرا آنچه که تابعی برای اصل باشد، مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد؛ در حالی که اگر به طور مستقل مورد معامله قرار می‌گرفت، بخشودگی در آن ممکن نبود. (حصین، ۱۴۲۲، ۹/۳). این مطلب از اطلاق حدیث دانسته می‌شود. همان‌گونه که بیان شده است: «به

دلیل اطلاق حدیث منعی نیست؛ زیرا گویی عقد مختص عبد بوده و مال او مدخلیتی در عقد نداشته است» (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۹، ۵۰/۵).

نظر سوم: منع مطلق اغتفار از ربا در توابع عقود و عدم صحت آن عقد است که حنفیه (ابن نجیم، بی‌تا، ۳۸۱/۵) و شافعی در قول جدید خود (مزنی، ۱۴۱۰، ۱۸۱) بر این نظر هستند که علت حکم از دیدگاه ایشان، عدم بخشودگی ربا در شرع است، خواه در تابع باشد یا در متبوع.

این گروه برای اثبات نظر خود، دو دلیل به شرح زیر ذکر کرده‌اند:

دلیل یکم: حدیثی که مسلم از طریق علی بن رباح لخمی نقل می‌کند که: شنیدم که فضاله بن عبید انصاری گفت: «آتی رسول الله (ص) و هو بخیر بقلاده فیها خرز و ذهب و هی من المغانم تباع، فأمر رسول الله (ص) بالذهب الذی فی القلاده فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله (ص): الذهب بالذهب وزناً بوزن» (مسلم نیشابوری، بی‌تا، ۱۲۱۳/۳) یعنی؛ در جنگ خیبر گردنبندی مزین به جواهرات و طلا برای رسول خدا (ص) آورده شد در حالی که از غنایم و برای فروش بود، رسول خدا (ص) امر به جدا کردن طلا از گردنبند کردند و سپس فرمودند: طلا در برابر طلا باید هم وزن باشد. در روایت دیگری از مسلم آمده است: «لاتباع حتی تفصل» (همان) یعنی؛ تا زمانی که جدا نشده، فروخته نشود.

روایت مذکور با الفاظ دیگری از ابی‌داود از ابی‌حنس صنعانی از فضاله بن عبید انصاری نیز نقل شده است (ابوداود سجستانی، بی‌تا، ۲۴۹/۳).

روایت مذکور دلالت دارد بر نهی فروش طلا در برابر طلایی که همراه آن چیزی غیر از طلا باشد، خواه قیمت طلایی که اصالتاً فروخته شده بیشتر از طلای تابع جنس دیگر باشد یا نباشد. این معامله به دلیل ربوی بودن جایز نمی‌باشد (عظیم‌آبادی، ۱۴۱۵، ۱۴۴/۱۴).

دلالت حدیث، نزد حنفیه نیز عدم صحت این معامله و عدم اغتفار از مال ربوی در تمامی حالات می‌باشد، خواه بداند که وزن کدام یک بیشتر از دیگری است یا بداند که مقدار وزن طلای گردنبند بیشتر از طلای جداگانه است (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۱۴-۱۱). علت عدم بخشودگی ربا در تابع آن است که حکم ربا از اصل به فرع سرایت می‌کند. پس همان‌طور که حکم ربا و احکام قواعد صرف در اصل ثابت می‌باشد، در فرع نیز ثابت است؛ زیرا حکم اصل به فرع منتقل می‌شود؛ یعنی از متبوع به تابع، مانند طلا و نقره که شرط برابری و احکام صرف و شرایط آن به صرف اطلاق عقد در اصل عقد

ثابت می‌شود، همچنان که در فرع نیز ثابت می‌شود (همان، ۵۵).

از این رو حنفیه و شافعی در نظر اخیر خود، تنها به یک شرط، قائل به صحت بیع عبد همراه با مالش گشته‌اند و آن احتراز از ریاست. پس اگر مال عبد، مال ربوی باشد، بیع آن در برابر مال ربوی دیگر جایز نیست. به عبارت دیگر بیع عبد دارای درهم در برابر درهم یا دینار در برابر طلا یا گندم در مقابل گندم صحیح نیست؛ زیرا ربا پیش می‌آید. این دو اموال ربوی هستند که منجر به جهل به تماثل یا علم به تفاضل میان آنها می‌گردد، به همین دلیل شرعاً از این معاملات نهی شده است (نووی، ۱۳۹۲، ۱۰/۱۹۲-۱۹۱).

لازم به ذکر است گروهی از فقیهان حنفی معتقدند:

«اگر ثمن عبد از جنس مال او باشد، باید از مال عبد بیشتر باشد تا بخشی از ثمن در مقابل مال عبد قرار گیرد و باقیمانده در ازای شخص عبد باشد» (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۴/۵۵۰).

دلیل دوم: بیع مال ربوی در مقابل مال ربوی دیگری که مال ناهم‌جنس دیگری به همراه دارد، بدون جداسازی، منجر به جهل به شرط برابری شده که همانند علم به فزونی یکی نسبت به دیگری است و باعث بطلان عقد می‌شود (همان).

۳-۲- نقد و بررسی نظریات فقیهان اهل سنت

مالکی‌ها و حنبلی‌ها و برخی از شافعیه برای اثبات مدعای خود به احادیثی توسل جسته‌اند که از متقن‌ترین آنها که دارای سند قوی می‌باشد، همان حدیث عبد صاحب مال است که مورد اتفاق شیعه و سنی می‌باشد. وجه دلالت حدیث آن است که اگر مال یک عبد به همراه او فروخته شود، تمامی مال فروخته شده حکم واحد را دارد بدون این‌که مال عبد یا جنس یا نوع آن در نظر گرفته شود. بنابراین ورود اموال ربوی ضمن این معامله، لطمه‌ای به عقد نمی‌زند؛ زیرا توجه اصلی به عبد بوده و هم اوست که مورد عقد واقع گردیده است (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۹، ۵/۵۰).

استدلال فوق مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا مفهوم این حدیث محمول بر قصد مشتری و قرار داشتن مال ربوی در تابع است. پس اگر مقصود، عبد باشد و مالش به تبعیت از وی وارد معامله گردد، دخول این مال در معامله صحیح بوده اگرچه ربوی باشد. بنابراین، به خاطر تبعیت از شروط تقابض و تماثل چشم‌پوشی می‌گردد؛ زیرا عقد بر آن واقع نگردیده است و این همانند ورود پایه‌های

دیوار در معامله دیوار و طلاق‌های سقف به تبع معامله خانه است. اما اگر مالی که همراه عبد است، مقصود مشتری باشد، به شرطی که تمام شرایط بیع از جمله علم به آن را داشته باشد، شرط کردن آن توسط مشتری جایز است و در این حالت، ربا و سایر موانع شرعی مورد تسامح قرار نخواهند گرفت؛ زیرا به عنوان مبیع، مورد قصد واقع گردیده است (ابن‌قمامه، ۱۳۸۸، ۱۲۵/۴). پس زمانی ربا مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد که در موقعیت تابع بوده و به طور مستقیم در معامله، مورد نظر مشتری نبوده باشد.

حدیث فضاله نیز از دو جهت قابل تردید می‌باشد:

الف- جهت ثبوت راوی حدیث: همان‌طور که قبلاً بیان گردید، روایت مذکور از دو طریق نقل شده است: طریق علی بن رباح لخمی از فضاله بن عبید و حنش صنعانی از فضاله بن عبید. طریق اول مورد اتفاق علمای سنی بوده و اختلافی در آن نیست ولی روایت حنش صنعانی مورد اختلاف فقیهان بوده و به خاطر تردید در آن شاذ به شمار می‌آید (بیهقی، ۱۴۲۴، ۴۷۸/۵).

البته برخی به ایراد فوق پاسخ داده‌اند که اختلاف دو حدیث، ناقض مفهوم حدیث نمی‌باشد و

بیان نموده‌اند:

«تمامی این اختلافات منافاتی با مقصود حدیث ندارد؛ زیرا روایات همگی بر منع بیع طلا در برابر طلا که چیز دیگری به همراه دارد، اتفاق دارند. بنابراین اگر جمع بین روایات ممکن نباشد، اختلاف میان آنها مشکلی ایجاد نمی‌کند» (ابن حجر عسقلانی، ۱۴۰۴، ۷۹۴/۲).

ب- روایت با الفاظ متعدد و مختلفی بیان شده است: در روایت علی بن رباح از مسلم لفظ «فیها خرز و ذهب» (مسلم نیشابوری، بی‌تا، ۱۲۱۳/۳) و در روایت حنش از مسلم لفظ «فیها ذهب و ورق و جوهر» (همان) آمده است.

در پاسخ به ایراد فوق نیز گفته شده است:

«سیاق این احادیث به علاوه عدالت راویان آنها دلالت بر این امر دارد که این روایات، در مورد معاملاتی بوده که فضاله شاهد آنها بوده در حالی که پیامبر (ص) آنها را نهی می‌کرده و همگی را روایت کرده است و حنش صنعانی به صورت جداگانه آنها را روایت کرده است» (بیهقی، ۱۴۲۴، ۴۷۹/۵).

از حدیث فضاله استنباط می‌گردد که مقصود اصلی مشتری، اصالتاً طلا بوده است و نه جواهر

(سنگ‌های قیمتی) و جواهر است که به تبع طلا وارد معامله شده است و بدیهی است که دلالت این حدیث، نهی از فروش نابرابر طلا در برابر طلاست؛ زیرا عقد بر طلا واقع شده است و طلا اصالتاً مقصود بوده که باید قواعد صرف و احکام ربا در آن رعایت گردد.

از اقوال و نظریات فقیهان اهل سنت نتیجه می‌شود که اعتبار قصد در تمامی مسائل، نزد آنان امری بدیهی و روشن است. پس هر چیزی که مقصود نباشد و در توابع از اموال ربوی باشد مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد ولی اموال ربوی که در بیع مقصود باشد نه اصالتاً و نه تبعاً مورد بخشودگی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا ربای مقصود چه در حالت تبعیت چه اصالت حرام است و مورد نهی قرار گرفته است.

۲-۴- نظریات فقیهان امامیه در مورد چشم‌پوشی از ربا در توابع عقود

فقیهان شیعه کمتر در زمینه چشم‌پوشی از ربا در توابع عقود بحث نموده‌اند ولی در این خصوص مسائلی را مطرح نموده‌اند که می‌توان از آنها اعتقار از ربا در توابع عقود را استنباط نمود. برخی در این زمینه بیان داشته‌اند:

«اگر همراه عبد صد درهم باشد و او را در مقابل صد درهم بفروشد، بیع صحیح نیست ولی اگر او را در برابر صد و یک درهم بفروشد، صحیح است و دلیل ما آن است که خداوند بیع را حلال نموده است و منح از آن نیازمند دلیل است» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۳/۱۲۵-۱۲۴).

در تذکره‌الفقها نیز آمده است:

«اگر عبد را به همراه کل اموالش خریداری کند، بیع به دو شرط صحیح خواهد بود: علم به مقدار آن مال به علاوه این که متضمن ربا نباشد. پس اگر صد درهم همراه او باشد و عبد به همراه مالش به صد درهم خریداری شود، بیع صحیح نیست؛ زیرا متضمن ریاست. اما اگر او را در برابر صد و یک درهم خریداری کند، بیع صحیح است؛ زیرا صد درهم ثمن در مقابل صد درهم اموال عبد است و یک درهم در برابر عبد. همچنین است اگر عبد در مقابل ثمنی غیر هم‌جنس خریداری گردد یا این که ثمن یا مال همراه عبد ربوی نباشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۰/۳۲۰).

از استدلال‌ات فوق، اعتقار از ربا در توابع حاصل نمی‌آید؛ زیرا اگر مال عبد با ثمن معامله یکسان باشد، بیع باطل خواهد بود درحالی که اگر ثمن معامله بیش از مال عبد باشد، بیع صحیح دانسته شده

است. این نوع استدلال نشانگر آن است که عبد و مالش، مبیع در نظر گرفته شده‌اند که اگر قصد واقعی خریدار نیز همین باشد این حرف صحیح می‌باشد ولی اگر آنچه مدنظر خریدار است فقط عبد باشد و نه مالش این استدلال صحیح نخواهد بود و حتی در صورت برابری مال عبد و ثمن باید قائل بر صحت عقد گردید؛ زیرا در توابع عقود، چشم‌پوشی‌هایی صورت می‌گیرد که در خود عقود انجام نمی‌پذیرد.

لازم به ذکر است در رد استدلال‌ات فوق حدیثی نیز از زراره از امام صادق (ع) بدین مضمون نقل گردیده است: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ ذَرَّاجٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَشْتَرِي الْمَمْلُوكَ وَ مَالَهُ قَالَ لِأَبَاسٍ بِهِ قُلْتُ فَيَكُونُ مَالُ الْمَمْلُوكِ أَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ بِهِ قَالَ لِأَبَاسٍ بِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۱۳/۵). یعنی؛ از زراره نقل شده که گفته است: از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی عبدی را به همراه اموالش خریداری می‌کند، ایشان فرمودند: اشکالی ندارد. گفتم: اگر مال عبد بیشتر از آن چیزی باشد که در برابر خود عبد پرداخته شده است؟ فرمودند: اشکالی ندارد. این حدیث مؤید استدلال فوق می‌باشد؛ زیرا امام (ع) بیعی را که در آن مال عبد بیش از ثمن خود او باشد صحیح و فاقد اشکال دانسته‌اند. البته مسلم است منظور حدیث مواردی است که مال عبد اصالتاً مدنظر نباشد.

در شرح حدیث فوق آمده است:

«این حدیث مخصوص موردی است که ثمن از غیر جنس مال عبد باشد یا این که بیع عبد و اشتراط مال او به گونه‌ای باشد که مال عبد جزئی از مبیع به شمار نیاید» (همان).

در نقد قسمت اول نظر فوق می‌توان گفت: اطلاق حدیث مبین آن است که حتی اگر ثمن هم-جنس مال عبد باشد، منعی نیست و باز هم بیع صحیح خواهد بود. در مورد قسمت دوم نظریه مذکور هم می‌توان اظهار نمود، منظور از این که «مال عبد جزئی از مبیع به شمار نیاید» آن است که مال عبد مقصود اصلی از بیع عبد نباشد و گرنه نمی‌توان مال عبد را جزئی از مبیع ندانست. به نظر می‌رسد مشهور فقیهان امامیه نیز مانند حنفیه و شافعی در قول جدید خود، به منع مطلق اغتفار از ربا در توابع عقود و بطلان عقد معتقد باشند. البته در این خصوص نظر مخالف نیز وجود دارد؛ زیرا بعضی بیان داشته‌اند:

«با منتقل شدن مال همراه برده به مشتری، خواه به صورت فروش آن به طور صریح یا فروش

آن به صورت تبعی یا با شرط کردن از جانب مشتری باشد، ضرورت ندارد که اگر آن ربا بود و قیمت یکسان بود و آن دو از یک جنس بودند، چیزی در مقابل عبد به ثمن، اضافه گردد یا چیزی به برده یا هردو ضمیمه گردد. . . .» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۵۰).

از آنجا که در فقه امامیه به احادیث فضاله بن عبید و حنس صنعانی که مورد استناد فقیهان حنفی و شافعی جهت اثبات منع مطلق ربا قرار گرفته بود، اشاره‌ای نگردیده است که همین موضوع، دلیل بر ضعف و عدم اعتبار آن احادیث، نزد شیعه می‌باشد، می‌توان با استناد به احادیث «من باع عبدا . . .» و نیز حدیث زراره از امام صادق (ع) و دیدگاه برخی از فقیهان امامیه به چشم‌پوشی از ربا در توابع قائل شد آن هم در صورتی که تابع، مقصود اصلی از عقد نباشد.

۳- نقش قاعده اغتنفار در وجه التزام قراردادی

قانون‌گذار بر اساس اصل آزادی و حاکمیت اراده در قراردادها، اجازه داده است که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد، رأساً و به طور توافقی پرداخت مبلغ مقطوع و معینی را پیش‌بینی و به عنوان شرط، ضمن عقد درج کنند تا چنانچه مشروط‌علیه از اجرای تعهد خود امتناع کرد و یا در اجرا تأخیر داشت و یا اجرا منطبق با شرایط قرارداد نبود، آن مبلغ را به مشروط‌له بپردازد. این ابزار حمایتی در ماده ۲۳۰ ق.م.پیش‌بینی شده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند».

اصطلاحات متعددی توسط حقوق‌دانان برای وجه التزام در نظر گرفته شده است که از جمله می‌توان به «شرط جزایی یا شرط کیفری» (تسخیری، ۱۳۸۴، ۷۱)، «خسارت توافقی» (عادل، ۱۳۸۰، ۷۷) و «کیفر مدنی» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۲۱۳/۴) اشاره کرد.

کامل‌ترین تعریف از وجه التزام به شرح زیر بیان گردیده است:

«وجه التزام مبلغی است مقطوع و غیر قابل تعدیل از سوی دادگاه که طرفین قرارداد، به نحو شرط، توافقاً پیش از وقوع نقض تعهدات قراردادی و با یکی از اهداف تعیین پیشاپیش خسارت نقض - بدون آن که میزان آن معلوم باشد - یا تحدید میزان مسؤلیت یا تشدید التزام تعیین می‌کنند تا چنانچه متعهد، نقض تعهد کرد، این مبلغ را به متعهد له بپردازد» (محقق داماد، ۱۳۹۳، ۴۷۵).

لازم به ذکر است که ماده ۲۳۰ ق.م. از ماده ۱۱۵۲ سابق قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است

و هیچ‌گونه سابقه فقهی برای آن وجود ندارد. لیکن پذیرش آن توسط قانونگذار و عرف ما، به دلیل عدم تعارض و مغایرتش با حقوق اسلامی و انطباقش با مبانی فقهی و حقوقی است. این مبانی عبارتند از: قاعده تسلیط، اصل صحت، اصل لزوم وفای به شرط، بیع اربون و سیره عقلا (رنجبر و سالاری پور، ۱۳۹۰، ۱۰؛ محقق داماد، ۱۳۹۳، ۴۸۰؛ سادات حسینی، ۱۳۹۶، ۱۵۹؛ عادل، ۱۳۸۰، ۸۴).

علیرغم عدم وجود سابقه فقهی برای وجه التزام، می‌توان از برخی فتاوی فقیهان، صحت وجه التزام را استنباط نمود که در ادامه به دو مورد از آنها اشاره می‌شود:

«در ضمن عقد لازمی شرط می‌کند که هرگاه مستحقاً للغير برآید، مبیعی که در عقد سابق به او منتقل نموده، الی پنجاه سال پنجاه تومان مثلاً مشغول الذمه باشد از برای مشتری و مجانا به او بدهد. آیا با ظهور استحقاق غیر در مبيع در مدت مزبوره، مشروطاً علیه مشغول الذمه می‌شود یا خیر؟» جواب: «بلی ظاهر، صحت شرط مذکور است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ۱۶۷).

«زید، خانه یا ملک دیگر خود را منتقل می‌نماید به عمرو به یکصد تومان معین مثلاً و بعد در ضمن عقد لازم علی‌حده ملتزم می‌شود بر اینکه یکصد تومان موصوف دادنی باشد به عمرو، در صورت کشف فساد در مصالح عنه بعضاً او کلاً الی مدت پنجاه سال. غرض از سوال این است که بعد از دو صیغه مذکوره، در ضمن عقد لازم دیگر، عمرو شرط می‌نماید به زید که حق داشته باشد در مدت پنجاه سال مرقوم که در صورت کشف فساد، وجه التزامی و مصالح به را از مایملک او ... بردارد». ایشان در پاسخ می‌فرمایند: شرط مزبور مانعی ندارد (همان، ۲۲۴).

برخی معتقدند شرط وجه التزام ممکن است از مصادیق ربا و در نتیجه باطل باشد. در همین زمینه گفته شده است:

«شرط جزایی نباید مستلزم امر باطلی مانند ربا باشد؛ زیرا در ضمن عقد، لازمه امر باطل، باطل است» (تسخیری، ۱۳۸۴، ۸۳-۸۲).

در مورد درج شرط وجه التزام در قراردادهای بانکی نیز گفته شده است:

«گنجاندن شرط جریمه تأخیر در قراردادهای مالی، این اجازه را به بانک می‌دهد که در صورت عدم پرداخت به موقع اقساط و بدهی‌ها، مبلغی را افزون بر مبلغ اصلی دین به عنوان جریمه تأخیر از مشتریان دریافت کنند. به عبارت دیگر بانک‌ها با دریافت این مبلغ به گیرندگان تسهیلات اجازه می‌دهند که بازپرداخت اقساط خویش را به تعویق انداخته و در مقابل، بدهی خود را همراه با مبلغی

اضافه‌تر در تاریخی دیرتر از موعد مقرر پرداخت کنند. رویه بانک‌ها در این باره مصداق تمدید مدت پرداخت در برابر افزایش بدهی است و یکی از اقسام ربا شمرده می‌شود؛ بنابراین مشروعیت ندارد. این نوع ربا که به ربای جاهلی معروف است و طبق نصوص شرعی، دریافت آن حرام است در میان اعراب زمان جاهلیت مرسوم بوده است به این صورت که وقتی کسی طلبی داشت و موعد آن فرا می‌رسید به بدهکار می‌گفت: بدهیت را می‌پردازم یا بر آن می‌افزایم تا سررسید آن تمدید شود (تعطی او تربی)، بدهکار هم اگر تمکن مالی داشت، بدهی خود را بدون زیاده پرداخت می‌کرد و اگر معسر و ناتوان بود به مبلغ بدهی می‌افزود تا سررسید دین به تعویق افتد و مهلت بیشتری برای تأدیه دین داشته باشد» (جواهری، ۱۴۰۵، ۱۴).

برخی از نویسندگان در زمینه تعهدهای پولی چنین استدلال کرده‌اند که:

«واقعیت این است که وجه التزام در تعهدهای پولی به هر شکلی که در آید و هر نامی که بر آن گذاشته شود ربوی بودن خود را حفظ می‌کند خواه شرط ضمن عقد خارج نام گیرد یا جریمه» (محقق احمدآبادی و رضایی نژاد، ۱۳۹۸، ۲۸۶).

همچنین تجویز توافق بر وجه التزام به صورت شرط ضمن عقد در توافق های پولی را به معنای ارائه جلوه‌ای حلال (شرط) از ماهیتی حرام (توافق ربوی) پنداشته‌اند (همان، ۲۸۵).

«اما آنچه امروزه در بانکداری ایران درباره جریمه دیرکرد و وجه التزام رخ می‌دهد اشکال‌هایی دارد: در عقود مبادله‌ای؛ مانند فروش اقساطی که رابطه بین بانک و مشتری به صورت بدهکار و بستانکار تنظیم می‌شود و سرانجام موضوع عقد به دین تبدیل می‌شود با افزایش مدت پرداخت با همان نرخ پیشین، ربح اضافی در طول مدت منظور می‌شود و نرخ تسهیلات به اضافه شش درصد به عنوان جریمه مقرر می‌شود. ربح اضافی نسبت به بدهی مصداق روشن رباست و مقدار جریمه تأخیر (نرخ تسهیلات به اضافه شش درصد) هم از نظر عرفی بازدارنده نیست، بلکه به صورت مشوق تأخیر است؛ بنابراین اگر شرط جریمه تأخیر با نرخ اندک در قرارداد گنجانده شود، الزام‌آور نیست و شرط منافی شرط شمرده می‌شود؛ چرا که بسیاری از مشتریان متخلف، ترجیح می‌دهند که پول برای مدت زمانی طولانی‌تر نزد آنها بماند و در عوض مقدار ناچیز جریمه را پرداخت کنند. در این حالت در حقیقت وی اختیار انتخاب دارد: پرداخت در سر موعد و نپرداختن جریمه یا نپرداختن در سر موعد و در نتیجه پرداخت جریمه.

در عقود مشارکتی بانک‌ها هم از آنجایی که به صورت موقت هستند و پس از پایان مدت، بانک حاضر به استمرار مشارکت نیست، بعد از سررسید، ماهیت دین پیدا می‌کنند؛ بنابراین دریافت جریمه در این عقود هم با شبهه ربا روبروست. در حقیقت در عقدهای مشارکتی، نظر به سود و زیان نمی‌شود، همین‌که زمان سررسید فرا رسیده جریمه آغاز می‌شود چه کار تمام شده باشد یا نشده باشد، چه سود و چه زیان کرده باشد. این عملکرد بانک‌ها صحیح نیست.

با این توضیحات روشن می‌شود که شرط جریمه از حیث ربوی و ظالمانه بودن، شرطی باطل و مخالف کتاب و سنت شمرده می‌شود» (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹، ۲۰۰-۱۹۹).
عده‌ای نیز معاملات دارای شرط وجه التزام را به دو دسته به شرح زیر تقسیم نموده‌اند (عادل، ۱۳۸۰، ۱۰۲):

الف- وجه التزام در معاملاتی که موضوع تعهد در آنها پرداخت وجه نقد نیست:

این همان نوع مرسوم و متداول خسارت توافقی است که طرفین یک عقد در مذاکرات خویش آن را پیش‌بینی کرده و استحقاق آن را مشروط به وقوع تخلف می‌نمایند که مشمول ماده ۲۳۰ ق.م. بوده که اختیار تعیین مبلغ را بر عهده طرفین گذاشته است.

ب- خسارت توافقی در معاملاتی که موضوع تعهد در آنها پرداخت وجه نقد است (خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد):

در حقوق ایران، وضعیت قراردادی که تخلف در آن نپرداختن وجه نقد باشد از اهمیت خاصی برخوردار است و مبنای آن نیز به نفی ربا باز می‌گردد. دلیل خسارت تأخیر تأدیه نام‌گذاردن این پرداخت آن است که اصولاً در این گونه معاملات، دادن خسارت برای عدم انجام تعهد (که پرداخت وجه نقد است)، شباهت زیادی به اجرای تعهد (که همان پرداخت مبلغی پول می‌باشد) دارد. بنابراین، از آن نه به خسارت عدم انجام تعهد بلکه به خسارت تأخیر در انجام تعهد تعبیر می‌شود.

نحوه برخورد قانون‌گذار قبل و بعد از پیروزی انقلاب در این زمینه متفاوت بوده است. در قانون آئین دادرسی قدیم ایران مصوب ۱۳۱۸ ماده‌ای وجود داشت که بیان می‌داشت: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است . . . خسارت تأخیر تأدیه معال صدی دوازده محکوم به در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی به عنوان وجه التزام یا . . . شده باشد در هیچ موردی بیش از صدی دوازده در سال، نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد. لیکن اگر میزان خسارت، کمتر از صدی

دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود».

آنچه از جمع این ماده با ماده ۲۳۰ ق.م. به دست می‌آید آن بود که اگر تعهد اصلی قراردادی پرداخت وجه نقد باشد (مانند قرض مبلغی پول) و در آن طرفین، شرط خسارتی را درج و برای تأخیر در پرداخت اصل مبلغ، خسارتی بیش از دوازده درصد پیش‌بینی نموده باشند، مثلاً هیجده درصد، دادگاه به هیچ وجه این شرط را تنفیذ ننموده و آن را به دوازده درصد کاهش می‌داد ولی اگر مبلغ وجه التزام کمتر از دوازده درصد می‌بود، دادگاه آن را به همان صورت تنفیذ می‌کرد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تقویت اثرگذاری مقررات اسلامی در همه بخش‌های جامعه این نوع پرداخت نیز ممنوع شده و ربای قرضی تلقی گردید. یعنی مدیونی که متعهد به پرداخت مبلغی در وجه متعهد له می‌باشد، ملزم شود بر روی آن مبلغ، مبلغی اضافه نیز بپردازد. بر مبنای نظر اسلام و با استناد به مفاد اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان قانون اساسی به طور عموم کلیه مواد مربوط به دریافت بهره پول را در مقررات کشور، مخالف شرع دانسته و ابطال نمود. به نظر این شورا، شرط خسارت توافقی در معاملات مربوط به وجه نقد (مانند قرض) که در آن برای تأخیر در پرداخت اصل، خسارت تعیین شده باشد، از مصادیق ربا بوده و بی‌اثر و باطل می‌باشد و دادگاه‌ها حق خواهند داشت در دعاوی مربوط به آنها، شرط را نادیده بگیرند به استثنای معاملات بانکی که طبق نظر شورای نگهبان، حداکثر تا دوازده درصد را مجاز می‌باشند.

این رویه تا پایان دوره حکومت قانون آئین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ همچنان ادامه داشت. قانون مذکور از ۱۳۷۹/۱/۲۱ ملغی و «قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب - در امور مدنی» در ۵۲۹ ماده به تصویب رسید. در قانون مذکور در نحوه برخورد با خسارت تأخیر تأدیه و توافق بر خسارت در قراردادهایی که موضوع تعهد، پرداخت وجه نقد می‌باشد، تحولی اساسی پیش آمد و یک گام به جلو برداشته شد.

در قانون مذکور پذیرفته شد که شخص بتواند به عنوان خواهان یک دعوی و بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، خسارت «تأخیر انجام تعهد» و یا «عدم انجام تعهد» را مطالبه نماید. برای جزئیات این امر هم طرفین می‌توانند قراردادی میان خود منعقد کرده و نحوه جبران خسارت را تعیین نمایند و هم در صورت نبودن قرارداد، آن را به دادگاه محول نموده تا حسب قوانین میزان آن را تعیین کند.

تأخیر در انجام تعهد می‌تواند تأخیر در تأدیه دین (قراردادی که موضوع تعهد آن پرداخت وجه نقد است) نیز باشد که حسب تصریح تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م مطالبه خسارت آن در موارد قانونی امکان‌پذیر است. در ماده مذکور اشاره‌ای به میزان و سقف این خسارت نشده و روشن نیست که با توجه به الغای قانون قدیم آئین دادرسی مدنی، دادگاه چه روش و میزانی را باید برای این خسارت به کار گیرد. در مقابل ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م جهت مطالبه خسارت در دوره تورم اقتصادی و کاهش ارزش پول، ملاکی برای محاسبه خسارت ارائه نموده که از سه بخش تشکیل می‌شود: تمکن مدیون، مطالبه دائن و تغییر فاحش شاخص قیمت‌ها بین زمان سررسید تا زمان مطالبه.

با توجه به تصریح قسمت آخر ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م مبنی بر امکان توافق بر خسارت میان طرفین، مشخص نیست که این عبارت را می‌توان به خسارت تأخیر تأدیه هم تسری داد و با جمع این بخش از ماده ۵۱۵ با ماده ۲۳۰ ق.م، توافق بر خسارت تأخیر تأدیه را هم مجاز دانست یا خیر و اگر پاسخ مثبت است چه سقفی را می‌توان برای این توافق قرار داد؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال مثبت باشد و مستند آن نیز ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م است. بر اساس این ماده در دعوی مطالبه وجه، دائنی که متمکن باشد و از پرداخت دین امتناع نماید، می‌بایست علاوه بر اصل دین، خسارتی برای تأخیر در پرداخت دین بپردازد که همان خسارت تأخیر تأدیه است. البته قانون از تعیین نصاب و درصد معینی برای این خسارت، اجتناب نموده و تعیین آن را در موارد غیر توافقی بر عهده دادگاه گذارده است. اما همین ماده به طرفین نیز اختیار داده است که خود به نحوی بر روی میزان این خسارت مصالحه نمایند. از اطلاق این جواز استنباط می‌شود که طرفین می‌توانند به هر روشی که مقتضی بدانند، تعیین خسارت کنند یا درصد معینی از اصل را برای تأخیر تعیین نمایند و یا مبلغی معین یا قطعی را به عنوان خسارت قرار دهند.

به نظر می‌رسد استدلال‌ات فوق و ربوی دانستن شرط وجه التزام، نتیجه عدم توجه به ماهیت حقوقی وجه التزام و تابع و ضمنی بودن آن است که در زیر بدان پرداخته خواهد شد.

۳-۱- ماهیت حقوقی وجه التزام

برخی از نویسندگان حقوقی در مورد ماهیت وجه التزام معتقدند:

«ماهیت وجه التزام، ماهیت خسارت است، خسارتی که به توافق طرفین قبلاً تعیین شده است»

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ۲۳۹).

این نظر، مبتنی بر این واقعیت است که هدف از مسئولیت قراردادی، جبران زیان متضرر در هنگام نقض قرارداد است مشروط به این که از نقض قرارداد، ضرری ناشی شده باشد. از این رو اصولاً، ناقض قرارداد در جایی ملتزم به جبران خسارت می‌شود که در اثر نقض او، خسارتی به وجود آمده باشد و بدیهی است که اگر نقض، صورت گرفته ولی خسارتی ایجاد نشده باشد، بحث جبران خسارت منتفی است؛ علاوه بر این که در صورت بروز خسارت، میزان جبران باید منطبق با میزان خسارت باشد نه کمتر و نه بیشتر. این نظریه قابل پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا:

«تعیین وجه التزام، طلبکار را از اثبات ورود خسارت و دادرسی مربوط به تعیین میزان آن بی‌نیاز می‌کند؛ فرض می‌شود که خسارت وارد آمده و میزان آن همان است که در شرط مقرر شده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۲۱۴/۴).

اصل آزادی و حاکمیت اراده در قراردادها که در حقوق ما صریحاً در ماده ۱۰ ق.م.پیش‌بینی و پذیرفته شده است، اجازه داده بر اصل «لزوم جبران خسارت به شرط وجود خسارت» استثنایی مبتنی بر توافق طرفین قراردادها وارد شود؛ بدین نحو که در این استثنا، شرط وجود خسارت نادیده گرفته شده، نفس نقض تعهد به عنوان خسارت تلقی می‌گردد. این استثنا در حکم ماده ۲۳۰ ق.م. با شهرت وجه التزام، متبلور شده است؛ زیرا خسارت مورد نظر این ماده قانونی که به محض نقض تعهد، تحقق می‌یابد، ماهیتاً خسارتی است که بر خلاف اصل اخیرالذکر توسط طرفین تعیین می‌شود، بدون توجه به میزان زبانی که ممکن است از تخلف متعهد به وجود آید و البته علی‌رغم این که ممکن است در مواردی وجه تعیین شده، چندین برابر خسارت واقعی و حتی فراتر از مبلغ قرارداد بوده و یا برعکس از خسارت واقعی بسیار کمتر و نسبت به آن ناچیز باشد. با وجود این، اصل آزادی اراده و حاکمیت آن در قراردادها این استثنا را پذیرفته و به علاوه، حاکم هم مجاز به تعدیل مبلغ تعیین شده به موجب این استثنا نیست (محقق داماد، ۱۳۹۳، ۴۷۶).

پس وجه التزام، نسبت به مشروط‌علیه، تعهد به تأدیه است ولی ضمان‌آور نیست؛ یعنی با درج شرط وجه التزام در قرارداد، مشروط‌علیه، مدیون مشروط‌له نمی‌شود، بلکه متعهد می‌گردد اگر تخلف از تعهد کرد، مبلغ تعیین شده را بپردازد.

۳-۲- تبعی بودن شرط وجه التزام

وجه التزام تعیین شده در ضمن قرارداد، نوعی شرط و تابع عقد می‌باشد. وجه التزام بر اساس نص ماده ۲۳۰ ق.م، ضمن معامله تعیین و شرط می‌شود و نسبت به قرارداد اصلی جنبه تبعی دارد. در ماده ۵۰۹ ق.م نیز به همین موضوع (شرط و تبعی بودن) اشاره گردیده است. در این ماده آمده است: «در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین، محمول را به مقصد نرساند، مقدار معینی از مال الاجاره کم شود». در این مورد لازم است اضافه شود «اولاً این ماده اختصاص به اجاره حیوان ندارد و مفاد آن بر اساس ماده ۵۱۷ ق.م در مورد متصدیان حمل و نقل نیز قابل اجرا است و به علاوه از ملاک و قواعد فقهی مستند آن می‌توان در همه اقسام مقاطعه کاری استفاده کرد؛ ثانیاً چنانچه این ایراد مطرح شود که ویژگی وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ ق.م (عدم امکان تعدیل از سوی حاکم) در ماده ۵۰۹ پیش‌بینی نشده و بنابراین نمی‌توانیم بگوییم این همان حکم ماده ۲۳۰ است. در پاسخ باید گفت نظر به این که شرط ماده ۵۰۹ نیز از نوع التزام به معنای مطلق عهد و شرط است که بنا به دلایل ارائه شده مطلقاً واجب‌الوفا است، امکان تعدیل آن از سوی حاکم وجود ندارد حتی اگر غیر منصفانه باشد» (همان، ۴۸۵-۴۸۴).

در قانون ثبت اسناد و املاک نیز پیش از اصلاحات سال ۱۳۸۷ در ذیل تبصره ۴ ماده ۳۴ آمده بود: «... ولی به طور کلی زیان دیرکرد در صورتی تعلق می‌گیرد که وجه التزامی بین طرفین در ضمن معامله اصلی یا ضمن هر نوع قرارداد و معامله دیگری به طوری که التزام مزبور راجع به معامله اصلی باشد، مقرر نشده و بدهکار در صورت دیرکرد به طور مستقیم به تأدیه آن ملزم نگردیده باشد». همان‌گونه که واضح است بر اساس مفهوم مخالف این بخش از تبصره مذکور، اگر وجه التزام بین طرفین، ضمن معامله اصلی یا هر نوع قرارداد یا معامله دیگر، راجع به معامله اصلی مقرر شده بود، زیان دیرکرد تعلق نمی‌گرفت بلکه در صورت دیرکرد، مطابق شرط وجه التزام عمل می‌شد، همانند حکم مندرج در ماده ۲۳۰ ق.م.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت: «وجه التزام تعهد تبعی و فرعی است و تعیین مبلغ مقطوع آن به نیروی الزام‌آور عقد صدمه نمی‌زند، همچنان که طلبکار نیز نمی‌تواند در حالی که بدهکار به تعهد اصلی وفا می‌کند از آن بگذرد و وجه التزام را بخواهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۲۱۷/۴).

۳-۳- نقد و نظر

با در نظر گرفتن ماهیت وجه التزام - که لزوم جبران خسارت در صورت عدم انجام تعهد می- باشد - و فرعی و تبعی بودن آن می‌توان با استناد به قاعده اغتنفار از ربوی بودن آن در صورت مازاد بودن بر موضوع تعهد چشم‌پوشی نموده و آن را مبلغ مقطوع خسارت عدم انجام تعهد دانست؛ زیرا مقصود اصلی طرفین از انعقاد عقد، مطالبه مبلغ وجه التزام نبوده تا در صورت اضافه بودن نسبت به تعهد اصلی، ربا به شمار آید. البته باید به این نکته نیز توجه نمود که اگر مقصود اصلی از انعقاد عقد، اخذ وجه التزام مذکور در عقد باشد، شکی در ربوی بودن آن شرط و بطلان آن نخواهد بود.

با توجه به این که اصولاً درج شرط التزام در قرارداد، تنها به جهت ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات قراردادی بوده و نه دریافت مبلغی مازاد بر موضوع قرارداد، نمی‌توان آن را معامله‌ای ربوی دانست؛ زیرا در هنگام انعقاد عقد، هدف اصلی طرفین از درج چنین شرطی دریافت مبلغی زیادتر از موضوع معامله نبوده است در حالی که در عقود ربوی، دریافت مبلغ اضافه، مقصود اصلی طرفین از انعقاد آن معامله بوده و مبلغ مذکور به عنوان ضمانت عدم اجرای تعهدات قراردادی تلقی نمی‌گردد. احادیثی که بر حرمت ربا تأکید دارند نیز موید همین استدلال می‌باشند. از جمله روایت علی بن ابراهیم از قاسم بن محمد از منقری از حفص بن غیاث از حضرت امام صادق (ع) که فرمودند:

«... ربای حرام عبارت است از اینکه کسی قرض دهد و در آن شرط کند که بدهکار بیشتر از آنچه گرفته است برگرداند، پس این همان ربای حرام است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۶۱/۱۸)

همچنین علی بن جعفر از امام موسی بن جعفر (ع) نقل می‌کند که فرمودند:

«از آن حضرت پرسیدم: مردی صد درهم به دیگری می‌دهد تا با آن کار کند به شرط اینکه پنج درهم یا کمتر یا بیشتر به او بپردازد آیا این حلال است؟ امام (ع) فرمودند: این ربای محض است» (عریضی، ۱۴۰۹، ۱۲۵).

در همین زمینه یکی از مراجع عظام تقلید فتوا داده‌اند:

«... در این صورت اگر در ضمن عقد شرط کنند که اگر در پرداخت قسط تاخیر کند فلان مبلغ معین را بدهد جایز است...» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ۳۰۶/۲).

از این رو برای عدم پرداخت مبلغ وجه التزام در صورتی که نسبت به خسارت واقعی و حتی نسبت به مبلغ تعهد اصلی بسیار بیشتر و یا برعکس نسبت به خسارت واقعی یا مبلغ موضوع تعهد،

بسیار ناچیز باشد، هیچ مبنایی وجود ندارد، بلکه چون بنا بر تصریح ماده ۲۳۰ ق.م.، تأسیس حقوقی وجه التزام، شرط ضمن معامله است که تابع عقد اصلی می‌باشد با استناد به قاعده عام اغتفار می‌بایست، تمام مبلغ مورد توافق طرفین، محاسبه و پرداخت گردد. ضمن اینکه با مذاقه در روایات مربوط به بیع عبد صاحب مال - که با تعابیر گوناگون مطرح شده است - نیز همین نتیجه حاصل می‌گردد؛ زیرا معصوم (ع) یا مازاد بودن مال عبد نسبت به ثمن معامله را جایز دانسته - که پیشتر بیان گردید - یا به آن اشاره‌ای نموده‌اند که همین امر نیز دلیل بر جواز چنین بیعی می‌باشد که در اینجا به چند روایت اشاره خواهد شد:

علی بن ابراهیم از پدرش از ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج از زراره از حضرت امام صادق (ع) نقل می‌کند:

«به حضرت امام صادق (ع) گفتم: مردی عبدی خریداری کرده در حالی که عبد مالی دارد، آن مال از آن کیست؟ فرمودند: اگر فروشنده می‌دانسته که مالی دارد، از آن مشتری خواهد بود و اگر نمی‌دانسته، از آن فروشنده است» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۱۳/۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۵۳/۱۸).

محمد بن علی بن حسین از جمیل از زراره از امام باقر و امام صادق علیهما السلام نقل می‌کند: «پرسیدم درباره مردی که عبدی را فروخته در حالی که عبد مالی داشته است. فرمودند: اگر مولایی که او را فروخته، می‌دانست که مالی دارد، مال از آن مشتری است و اگر نمی‌دانسته، مال از آن فروشنده است» (حرعاملی، همان).

در اسناد احادیث مذکور به معصوم دو دلیل را می‌توان ذکر کرد؛ اولاً احادیث با مضمون فوق در اکثر کتب فقیهان امامیه و اهل سنت بیان گردیده است. ثانیاً راویان احادیث مذکور (زراره بن اعین و جمیل بن دراج) از جمله «اصحاب اجماع» می‌باشند.

وجه دلالت احادیث مربوط به عبد صاحب مال، آن است که نوع و میزان مال عبد (تابع) اهمیتی ندارد؛ در واقع عقد بر روی عبد (متبوع) صورت گرفته و مال عبد به تبع معامله او منتقل شده است؛ به همین دلیل، صیغه بیع بر عبد جاری شده و اموال عبد به تبع او در عقد وارد گردیده است، پس حتی در صورت کثرت مال عبد نسبت به ثمن قرارداد، معامله ربوی نخواهد شد؛ زیرا ظاهر احادیث، دال بر صحت این معامله بدون توجه به میزان مال عبد و ثمن پرداخت شده است و این مطلب از اطلاق احادیث و عدم تقیید یا تخصیص آنها بر می‌آید؛ زیرا هرگاه مطلبی عام یا مطلق باشد بی دلیل نمی‌-

توان آن را تخصیص یا تقیید زد. بنابراین مفهوم احادیث، تسامح شارع در مال همراه عبد است؛ زیرا رعایت شرایط ضروری در تابع، مورد بخشودگی قرار می‌گیرد در حالی که اگر مستقلاً و به عنوان اصل مورد معامله واقع می‌شد، آن شرایط مورد چشم‌پوشی قرار نمی‌گرفت.

این روایات که در آن امام (ع) بین علم فروشنده و عدم علم او تفاوت قائل شده‌اند، ظهور در آن دارد که در صورت علم فروشنده، انتقال مال عبد به خریدار از قبیل شرط ضمنی است، اما در صورت عدم علم او، شرطی در کار نیست؛ پس مال عبد، ملک فروشنده باقی می‌ماند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۰۹/۷). حال با توجه به اینکه در تمام روایات مرتبط با عبد صاحب مال، فقط در مورد انتقال یا عدم انتقال مال عبد - که جنبه تبعی دارد - سؤال شده است و از پاسخ معصوم (ع) نیز این نکته بر می‌آید که انتقال مال عبد به خریدار، منوط به وجود شرط صریح یا ضمنی می‌باشد، می‌توان گفت: انتقال مال عبد (تابع) دارای شرایط خاصی مانند قلت و کثرت نمی‌باشد؛ زیرا اگر غیر از این بود، به طور قطع در حدیث معصوم (ع) ذکر می‌گردید در حالی که نه تنها احادیث به صورت مطلق بیان گردیده و فاقد چنین قیدی می‌باشند؛ بلکه روایت حضرت امام صادق (ع) که در پاسخ به زراره فرمودند: حتی اگر مال عبد، بیش از ثمن معامله خود عبد باشد اشکالی ندارد، گویای این واقعیت است که در توابع و از جمله شروط ضمن عقد، چشم‌پوشی‌هایی صورت می‌گیرد که در متبوعات قابل چشم‌پوشی نیستند. از این رو با توجه به اینکه در عبد ویژگی خاصی وجود ندارد که احادیث منحصر به وی گردد و نیز چون در زمان معصوم (ع) یکی از رایج‌ترین معاملات، مربوط به عبد صاحب مال بوده و در همین مورد نیز از معصوم (ع) سؤال شده است، به نظر می‌رسد که علت حکم در احادیث مذکور، تسامح شارع در توابع بر خلاف اصول می‌باشد که می‌توان همین حکم را به موارد مشابه نیز تسری داد. به عبارت دیگر، مدلول روایات مذکور مبین این نکته است که اهتمام شارع به اصل و متبوع بیشتر از اهتمام به فرع و تابع می‌باشد و این نکته را نمی‌توان خاص مال عبد دانست و می‌توان آن را به سایر توابع و از جمله شروط ضمن عقد نیز تعمیم داد. از این رو، وجه التزام قراردادی نیز که به صورت شرط ضمن عقد (تابع) درج می‌گردد، در صورت زیاده بودن از میزان خسارت واقعی یا مبلغ تعهد اصلی ربوی نبوده و قابل مطالبه است.

البته شاید گفته شود احادیث مرتبط با اغتفار از ربا (حدیث من باع عبداً و حدیث زراره از امام صادق (ع) و حتی احادیث منقول از اهل سنت) همگی اشاره به موردی دارند که موضوع معامله کالا

باشد و نه پول. به عبارت دیگر، احادیث مذکور، قراردادهایی که موضوع اصلی آنها پرداخت وجه نقد می‌باشد را در بر نمی‌گیرند؛ زیرا در تمام آنها عبد و گردنبند، موضوع اصلی عقد بوده و طلا و جواهرات و وجوه نقد، تابع آنها بودند. بنابراین، اگر مورد معامله عین باشد و در ضمن آن شرط وجه التزام درج گردد، تردیدی در بخشودگی آن شرط نبوده و عمل به آن واجب‌الوفا است ولی اگر موضوع اصلی قرارداد وجوه نقد باشد، چشم‌پوشی از شرط وجه التزام به عنوان تابع عقد ممکن نبوده و شائبه ربوی بودن آن به میان می‌آید.

در پاسخ به ایراد فوق می‌توان گفت احادیث مذکور مطلق بوده و اشاره به مورد غالب داشته‌اند و بعید به نظر می‌رسد که فقط ناظر به موردی باشند که مورد معامله کالا باشد؛ زیرا خصوصیتی در کالا وجود ندارد که حکم حدیث منحصر به آنها در نظر گرفته شود. بنابراین حکم حدیث هم شامل اعیان خارجی و هم وجوه نقد می‌گردد. ضمن این‌که در قوانین موضوعه ایران چنین ممنوعیتی پیش‌بینی نگردیده است. با این توضیح که اولاً ماده ۲۳۰ ق.م.ا.ق. داشته و در این زمینه قائل به تفکیک بین کالا و وجوه نقد نگشته است. ثانیاً در قسمت اخیر ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. آمده است: «... در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت، بین طرفین منعقد شده باشد، برابر قرارداد رفتار خواهد شد». در منطبق بودن بخش انتهایی این ماده با حکم ماده ۲۳۰ ق.م. تردید نیست به ویژه با عنایت به این‌که از نحوه نگارش ماده استنباط می‌شود که قانون‌گذار تلویحاً دادگاه را از تغییر و یا اعمال تعدیل در مبلغ تعیین شده برای خسارت، توسط طرفین به موجب قرارداد، منع کرده است؛ زیرا در ابتدای ماده در مواردی که قراردادی در این خصوص نیست، بیان شده دادگاه تعیین خسارت می‌کند و بلافاصله اعلام داشته، اگر قراردادی باشد مطابق آن رفتار خواهد شد. ثالثاً حذف تبصره ۴ ماده ۳۴ ق.ت. که در تعهدات پولی حداکثر میزان خسارت را صدی دوازده اعلام نموده بود مبین آن است که قانون‌گذار و قاضی در تعیین حداقل و حداکثر میزان خسارت نقشی نخواهند داشت و آنچه طرفین قرارداد تعیین نموده‌اند لازم‌الاتباع و غیر قابل تغییر می‌باشد.

عده‌ای بر خلاف آنچه گفته شد معتقدند تعیین وجه التزام در تعهدات پولی با نظم عمومی اقتصادی در تضاد قرار می‌گیرد (محقق احمدآبادی و رضایی نژاد، ۱۳۹۸، ۲۸۲) در پاسخ به این ایراد باید اظهار نمود: لازمه مخالفت یک امر با نظم عمومی اقتصادی این است که قانونگذار قاعده آمرانه-ای را در آن مورد وضع نموده باشد و سپس افراد خلاف آن قاعده امری توافق نمایند. به همین دلیل

گفته شده است: «نظم عمومی اقتصادی را قانونگذار برقرار می‌سازد و در راه اجبار اشخاص مانعی پیش رو نمی‌بیند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۶۷/۱). حال آنکه در بحث وجه التزام، قانون‌گذار در مورد تعهدات پولی و غیر پولی نه تنها تفکیکی قائل نگردیده بلکه مطابق آنچه پیشتر بیان شد تعیین آن را نیز جایز دانسته است و تا زمانی که قانون‌گذار در این زمینه به صراحت قاعده‌ای را وضع ننماید نمی‌توان تعیین وجه التزام توسط طرفین را مخالف نظم عمومی اقتصادی دانست. ضمن این که در قلمرو قراردادهای، قوانین امری و نظم عمومی استثنایی هستند و اصولاً اراده افراد حاکم و نافذ است (صفایی، ۱۳۸۳، ۵۲/۲).

با توجه به آنچه بیان شد، نمی‌توان بین معاملات پولی و غیر پولی از جهت تعیین میزان وجه التزام، تفاوت قائل شد لیکن باید توجه داشت در مواردی که قصد اصلی مشروط‌له وجه التزام از انعقاد قرارداد، درج چنین شرطی بوده به خصوص در مواردی که یقین به عدم انجام تعهد در سر موقع توسط مشروط‌علیه دارد، دیگر استناد به قاعده اغتنفار و چشم‌پوشی از ربا جایگاهی نخواهد داشت. البته قاعده اغتنفار یک اماره است که شخص مدعی، باید خلاف آن را اثبات نماید. به عبارت دیگر مطابق قاعده مذکور می‌توان از ربای تبعی در معاملات چشم‌پوشی نمود مگر این که خلاف آن به اثبات برسد.

۴- نتیجه

یکی از آثار قاعده اغتنفار را می‌توان در چشم‌پوشی از ربا در توابع عقود مشاهده نمود. با مطالعه متون فقهی، این نتیجه حاصل می‌آید که حرمت ربا از نظر شدت و سخت‌گیری همانند دیگر محرمات نیست. بنابراین معامله ربوی، نه به مقدار اندک و نه از روی نیاز اگر اصالت داشته و مقصود اصلی طرفین معامله باشد، مطلقاً جایز نیست. احادیث متعددی از معصوم (ع) روایت گردیده که بیانگر ضرورت تماثل و تقابض دو مال، در صورت فروش آن دو در مقابل هم می‌باشد از جمله حدیث «لا تبیعوا الذهب بالذهب الا مثل بمثل...». درباره شروط تماثل و تقابض در مجلس عقد، در صورت وجود رابطه تابعیت، برخی از این شروط مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد، البته با رعایت ضوابط زیر:

- مال ربوی در تابع باشد نه متبوع.

- قصد مشتری متعلق به مال غیر ربوی بوده و مال ربوی به تبع آن آمده باشد و مقصود اصلی نباشد.

یکی از موضوعات حقوقی که در مورد ربوی بودن آن تردید وجود دارد، بحث وجه التزام

قراردادی است در جایی که میزان وجه التزام از موضوع معامله بیشتر باشد. با توجه به این که اصولاً درج شرط التزام در قرارداد، تنها به جهت ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات قراردادی بوده و نه دریافت مبلغی مازاد بر موضوع قرارداد، نمی‌توان آن را معامله‌ای ربوی دانست؛ زیرا در هنگام انعقاد عقد، هدف اصلی طرفین از درج چنین شرطی دریافت مبلغی زیادتر از موضوع معامله نبوده است در حالی که در عقود ربوی، دریافت مبلغ اضافه، مقصود اصلی طرفین از انعقاد آن معامله بوده و مبلغ مذکور به عنوان ضمانت عدم اجرای تعهدات قراردادی تلقی نمی‌گردد. از این رو برای عدم پرداخت مبلغ وجه التزام در صورتی که نسبت به خسارت واقعی و حتی نسبت به مبلغ تعهد اصلی بسیار بیشتر و یا برعکس نسبت به خسارت واقعی یا مبلغ موضوع تعهد، بسیار ناچیز باشد، هیچ مبنایی وجود ندارد، بلکه چون بنا بر تصریح ماده ۲۳۰ ق.م. تأسیس حقوقی وجه التزام، شرط ضمن معامله است که تابع عقد اصلی می‌باشد با استناد به قاعده عام اغتفار می‌بایست تمام مبلغ مورد توافق طرفین، محاسبه و پرداخت گردد و در این زمینه تفاوتی میان موضوع معامله از جهت نقد یا کالا بودن وجود ندارد.

فهرست منابع

۱. آهنگران، محمدرسول؛ ملاکریمی خوزانی، فرشته (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی وجه التزام بانکی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۴۰، ۱۷۹-۲۰۹.
۲. ابن بطلال، علی (۱۴۲۲). شرح صحیح البخاری. به کوشش: ابوتیمیم، یاسر. عربستان سعودی: مکتبه‌الرشد.
۳. ابن تیمیه، تقی‌الدین (۱۴۲۲). القواعد النورانیة الفقهیة. به کوشش: احمد بن محمد الخلیل. عربستان سعودی: دار ابن الجوزی.
۴. ابن حجر عسقلانی، احمد (۱۴۰۴). النکت علی کتاب ابن صلاح. به کوشش: ربیع بن هادی عمیر المدخلی. جلد ۲، مدینه: عماده البحث العلمی بالجامعه الاسلامیه.
۵. ابن حجر عسقلانی، احمد (۱۳۷۹). فتح الباری شرح صحیح البخاری. جلد ۵، بیروت: دارالمعرفه.
۶. ابن قدامه، عبدالله (۱۳۸۸). المغنی. جلد ۴، مصر: مکتبه القاہره.
۷. ابن نجیم، زین‌الدین (۱۴۲۶). الاشباه و النظائر فی فقه الحنفیة. جلد ۱، بیروت: دارالفکر.
۸. ابن نجیم، زین‌الدین (بی‌تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. جلد ۵، بیروت: دارالکتب الاسلامی.
۹. ابوداود سجستانی، سلیمان (بی‌تا). سنن ابی‌داود. به کوشش: محمد محیی‌الدین عبدالحمید. جلد ۳، بیروت:

المکتبه العصریه.

۱۰. بیهقی، احمد، السنن الکبری (۱۴۲۴). به کوشش: محمد عبدالقادر. جلد ۵، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۱. تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۴). شرط جزایی در عقود. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، دوره ۱۱، شماره ۴۴، ۷۱-۸۹.
۱۲. جزیری، عبدالرحمن و غروی، سیدمحمد و مازح، یاسر (۱۴۱۹). الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل- البیت وفقاً لمذهب اهل البیت (ع). جلد ۲، بیروت: دارالثقلین.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۴. جواهری، حسن (۱۴۰۵). الربا فقہیاً و اقتصادياً. قم: انتشارات خیام.
۱۵. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه. جلد ۱۸، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۱۶. حصین، عبدالسلام (۱۴۲۲). القواعد و الضوابط الفقہیہ للمعاملات المالیہ عند ابن تیمیہ جمعاً و دراسته. جلد ۳، قاهره: دارالتأصیل.
۱۷. حماد، نزیه (۱۴۲۸). فی فقه المعاملات المالیہ و المصرفیه المعاصره. دمشق: دارالقلم للطباعه و النشر و التوزیع.
۱۸. خطیب شربینی، شمس الدین (۱۴۱۵). معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج. جلد ۲ و ۳، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۹. رنجبر، رضا؛ سالاری پور، اسماعیل (۱۳۹۰). بررسی ماهیت و مبانی فقہی حقوقی وجه التزام. فصلنامه علمی- پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۳، شماره ۸ و ۹، ۳۷-۶.
۲۰. زحلی، محمدمصطفی (۱۴۲۷). القواعد الفقہیہ و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعه. دمشق: دارالفکر.
۲۱. زرقا، احمد محمد (۱۴۲۲). شرح قواعد الفقہیہ. بیروت: دارالقلم.
۲۲. سادات حسینی، سیدحسین (۱۳۹۶). حدود اعتبار شرط وجه التزام از حیث میزان در تعهدات پولی. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۱۷، ۱۵۶-۱۳۱.
۲۳. سرخسی، محمد (۱۴۱۴). المبسوط. جلد ۱۴، بیروت: دارالمعرفه.
۲۴. سیوطی، عبدالرحمان (۱۴۱۵). الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیہ. بیروت: دارالفکر.
۲۵. شبیر، محمد عثمان (۱۴۲۸). القواعد کلیه و الضوابط الفقہیہ. عمان: دارالنفائس.
۲۶. شیخ طوسی، محمد (۱۴۰۷). الخلاف. جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷). جامع الاحکام. قم: انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها.

۲۸. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۲، تهران: نشر میزان.
۲۹. ضیاء‌الدین عراقی، علی (۱۴۱۴). شرح تبصره المتعلمین. جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۵). سوال و جواب. تهران: مرکز نشر العلوم الاسلامی.
۳۱. عادل، مرتضی (۱۳۸۰). توافق بر خسارت در قراردادها. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۵۳، شماره ۵۳، ۷۷-۱۱۲.
۳۲. عراقی، زین‌الدین (۱۴۲۶). طرح التثریب فی شرح التقریب. به کوشش: حمدی الدمرداش محمد. جلد ۶ مکتبه نزار مصطفی الباز.
۳۳. عریضی، علی بن جعفر (۱۴۰۹). مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
۳۴. عظیم‌آبادی، محمد اشرف (۱۴۱۵). عون المعبود شرح سنن ابی‌داود و معه حاشیه ابن‌القییم. جلد ۱۴، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳۵. علامه حلی، حسن (۱۴۱۴). تذکره الفقها (ط - الحدیثه). جلد ۱۰، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۸. کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲). انوارالفقاهه - کتاب‌البيع. نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۳۹. کاشف‌الغطاء، عباس (بی‌تا). المعاملات المصرفیه. نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۴۰. کاشف‌الغطاء، علی (۱۴۲۲). شرح خيارات لمعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. کاشف‌الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریر المجله. جلد ۱ و ۵، نجف: المکتبه المرتضویه.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی (ط - الاسلامیه). جلد ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۳. مازری، محمد بن علی (۱۴۳۷). شرح التلقین فی فقه المالکی. جلد ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۴۴. مالک بن انس (۱۴۰۶). الموطأ. به کوشش: محمد فؤاد عبدالباقی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۵. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶). روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه. جلد ۷، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشان‌بور.
۴۶. محقق احمدآبادی، مصطفی؛ رضایی نژاد، همایون (۱۳۹۸). تاخیر در اجرای تعهد پولی و آثار آن (تحلیل حقوق موضوعه و نقد رویه قضایی). فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۲۶، ۲۷۱-۳۰۰.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر

علوم اسلامی.

۴۸. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقہیہ. جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. مزنی، اسماعیل بن یحیی (۱۴۱۰). مختصر المزنی. بیروت: دارالمعرفه.
۵۰. مسلم نیشابوری، مسلم بن حجاج (بی تا). صحیح مسلم. به کوشش: محمد فؤاد عبدالباقی. جلد ۳ و ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹). القواعد الفقہیہ. جلد ۷، قم: نشر الہادی.
۵۲. نووی، یحیی بن شرف (۱۳۹۲). المنہاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج. جلد ۱۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۳. یعقوبی، جواد؛ صابری، حسین؛ گودرزی، سیاوش (۱۳۹۷). کاوشی در زمینه تاریخی مستثنیات ربا، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۵۲، ۱۷۴-۱۴۹.