

**Comparative Studies  
in Jurisprudence,  
Law, and Politics**

## **The Legal Nature of the Commitment Fee in Islamic Banking with Emphasis on Judicial Precedents**

1. Hadis Hatami: Ph.D. Student, Department of Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran
2. Hamid Rustaei Sadrabadi\*: Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Legal Fundamentals, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran. Email: Rustaeihamid@yahoo.com (Corresponding Author)
3. Nasrollah Jafari Khosrow Abadi: Associate Professor, Department of Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran

### **ABSTRACT**

The legitimacy of compensation for delayed payment, following the non-payment or delay in the payment of monetary debts, has long been a subject of dispute. Serious doubts about the presence of usury, the legal scholars' inclination toward justice and fairness, the protection of vulnerable customers against the more powerful party (the bank), as well as the harm suffered by the creditor due to delay in the debtor's payment, have further complicated the issue. The background of research in this area and the pathway that jurists and legal scholars have taken to address this problem has somewhat resolved the issue. As a result, under current legislation, to avoid the pitfall of usury, banks have no choice but to resort to a commitment fee clause within contracts. The economic and social advantages and disadvantages of the commitment fee, along with the misinterpretation of its nature, have turned it into one of the economic and legal challenges. Judicial courts have not applied consistent rulings when dealing with such clauses, resulting in conflicting judgments stemming from incorrect interpretations and ongoing disagreements. This study aims to critique the current judicial approach and, by utilizing jurisprudential and legal principles related to delay compensation and the commitment fee clause in banking contracts, to reassess the nature of the commitment fee and propose a balanced approach. According to the authors, given that the nature of the commitment fee is a duty-bound obligation, the general conditions of obligations, including the ability to perform them, are relevant. The commitment fee should never be considered as a debt on the borrower's shoulders, which has been overlooked in judicial practice.

**Keywords:** *Commitment fee, granting facilities, compensation for delay, usury, settlement*

How to cite: Hatami, H., Rustaei Sadrabadi, H., & Jafari Khosrow Abadi, N. (2024). The Legal Nature of the Commitment Fee in Islamic Banking with Emphasis on Judicial Precedents. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 6(3), 147-165.

© 2024 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 03 July 2024  
Revise Date: 08 October 2024  
Accept Date: 19 October 2024  
Publish Date: 28 November 2024



پژوهش‌هاک تطبیقی فقه،

حقوق و سیاست

## روائی وجه التزام در بانکداری اسلامی با تاکید بر رویه قضائی

۱. حدیث حاتمی: دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران
۲. حمید روستایی صدر آبادی\*: استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران. پست الکترونیک: [Rustaeihamid@yahoo.com](mailto:Rustaeihamid@yahoo.com) (نویسنده مسئول)
۳. نصراله جعفری خسرو آبادی: دانشیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران

### چکیده

مشروعیت جبران خسارت تاخیر تادیه به دنبال عدم یا تاخیر در پرداخت دیون پولی از دیرباز محل ستیز بوده است. شک و گمان جدی وجود ربا و گرایش حقوقدانان به عدالت و انصاف، حمایت از مشتریان ناتوان در برابر طرف توانا (بانک) همچنین ضرری که داین با تاخیر در پرداخت بدهی مدیون متحمل می‌شود، مشکل را پیچیده‌تر ساخته است. پیشینه پژوهش در این زمینه و گذرگاهی که فقها و حقوقدانان برای پاسخ به این مشکل پیش برده‌اند تا حدودی گره‌گشای بوده‌است؛ بگونه‌ای که هم اکنون مطابق قوانین موضوعه برای رهایی از دام ربا، بانک‌ها چاره‌ای جز یاری جستن از شرط وجه التزام ضمن عقد ندارند. مزایا و معایب اقتصادی و اجتماعی وجه التزام و درک نادرست از ماهیت آن را به یکی از چالش‌های اقتصادی حقوق تبدیل نموده است. محاکم دادگستری نیز در برخورد با این شروط همسان عمل ننموده و آراء متعارض ناشی از برداشت‌های نادرست و ادامه اختلاف نظر را در بر داشته‌است. این پژوهش برآن است ضمن نقد رویه قضایی موجود با بهره‌مندی از مبانی فقهی- حقوقی در مورد خسارت تاخیر تادیه و شرط وجه التزام در عقود بانکی، به بازپژوهی ماهیت وجه التزام پردازد و از این نظرگاه، راه میانه‌ی را برگزینند. به زعم نگارندگان، با توجه به این که ماهیت وجه التزام، حکم تکلیفی است، شرایط عامه تکلیف از جمله تمکن در آن مدخلیت دارد و هیچ‌گاه به صورت دین بر ذمه وام‌گیرنده قرار نمی‌گیرد که این امر در رویه قضایی مغفول مانده است.

**واژگان کلیدی:** وجه التزام، اعطای تسهیلات، خسارت تاخیر تادیه، ربا، مصالحه.

نحوه استناددهی: حاتمی، حدیث، روستایی صدر آبادی، حمید. و جعفری خسرو آبادی، نصراله. (۱۴۰۳). روائی وجه التزام در بانکداری اسلامی با تاکید بر رویه قضائی. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۶(۳)، ۱۶۵-۱۴۷.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به‌صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۱۳ تیر ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۷ مهر ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۲۸ مهر ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۸ آذر ۱۴۰۳



## مقدمه

در جوامع امروزی فعالیت بانک‌ها با زندگی روزمره بشر پیوند ناگسستنی دارد. اشخاص همه روزه از خدمات این نهاد اقتصادی بهره مند می‌شوند؛ پهنا و گستره‌ی کارکرد بانک‌ها تا آنجا پیش رفته که نابسامانی در سیستم عملکرد بانکی موجب پریشانی زندگی اجتماعی و سرانجام پس رفت جامعه می‌گردد. بنیان عملیات بانکی بر پایه وجوه و دادو ستد آن استوار است از اینرو پیدایش هر کاستی در این عملیات بانی برپایی آشفتگی در نظام بانکی و در پی آن پریشانی نظام اقتصادی کشور است. دیرکرد در پرداخت دیون و تعهدات بانکی از دیر باز پیچیده‌ترین مشکل نظام بانکی بوده است.

وارسی پیشینه قانونگذاری در موضوع خسارت تاخیر تادیه نمایانگر کشمکش‌های دیرینه و عدم یکپارچگی و اتفاق نظر در این موضوع است؛ در حال حاضر وجود کاستی‌های بیان شده، قانونگذار و شورای نگهبان را بر آن داشته تا با در نظر گرفتن راهکار شرط وجه التزام ضمن عقد، مبادرت به گشایش مشکلات یاد شده نمایند؛ این راهکار گرچه مورد پشتیبانی شورای نگهبان است اما بکارگیری آن ضمن عقد قرض به دلیل شباهت با ربای جاهلی و مخالفت با کتاب، محل پرسش است و اختلاف نظر پژوهشگران همچنان باقی است (Vahdati Shabiri, 2003). این نا هماهنگی و اختلاف نظر به محاکم دادگستری نیز کشیده شده و برخی محاکم دادگستری که می‌بایست آئینه تمام عیار قوانین و در پی اجرای بی چون و چرای آن باشند، به جهاتی از جمله امری بودن مطالبه خسارت تاخیر تادیه مذکور در ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی، خسارت تاخیر تادیه توافق شده ضمن عقد (وجه التزام) را خلاف موازین شرعی دانسته‌اند و در پی آن، حق مورد حمایتی برای ذینفع آن نمی‌شناسند.

پژوهش حاضر به نقد و بررسی نظر موافقان و مخالفان در این زمینه پرداخته است؛ چنانچه گفتنی است سازگاری فقه با شرط وجه التزام ضمن عقد به خاطر آزادی حاکمیت اراده افراد در بستن پیمان‌ها است؛ از جمله دلایل می‌توان به آیات «تجاره عن تراض» (نساء، ۲۹)، «اوفوا بالعقود» (مائده، ۱)، «احل الله البيع» (بقره، ۲۷۵) و روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» (Ibn Abi Jumhur, 1982) اشاره نمود که با اطلاق و عموم خود بر صحت هر عقدی که شرایط عمومی قراردادها را داشته باشد دلالت دارند؛ از اینرو به اعتقاد فقیهان هر قرارداد عرفی و عقلایی که دارای شرایط عمومی قراردادها باشد، نافذ و معتبر شناخته می‌شود و لزومی به انحصار در عقود معین و شناخته شده نیست (Khomeini, 2000). شروط ضمن عقد نیز بنابر قاعده فوق صحیح و لازم الوفاست؛ گستره‌ی این آزادی تا جایی ادامه دارد که توافق موجود منافی احکام و مقررات شرع مقدس نباشد. بنابراین عقیده فقها جهت نفوذ و اعتبار قراردادها و شروط قراردادی عدم مخالفت با کتاب و سنت است (Ansari, 1994).

این رویکرد بانی مشروعیت اشتراط وجه التزام ضمن قرارداد بانکی از سوی شورای نگهبان و به رسمیت شناخته شدن آن است ( [Khavari, 1992](#) ) و این پژوهش بنا دارد ضمن واکاوی ضوابط پیش گفته در مخالفت وجه التزام با احکام شرعی؛ وجه التزام بانکی را از دید ماهیت بررسی نموده و در پی آن به برخورد سلیقه‌ای و بدون پشتوانه قانونی محاکم پردازد و رویه موجود را از جهت انطباق با قوانین و وظایف محاکم به نقد کشاند؛ چرا که از دیدگاه نگارندگان برخورد برخی محاکم، بلا توجیه و عاری از درک ماهیت وجه التزام می‌باشد. مشروعیت وجه التزام در عقد قرض اگر چه مورد اختلاف است اما به نظر می‌رسد تخلف از شرط و اخذ وجه التزام مورد توافق با ربای جاهلی دارای تفاوت ماهوی است. بانک‌ها با گنجاندن چنین عهدی در ضمن عقد اصلی در الزام مشتریان به ایفای به موقع تعهداتشان می‌کوشند ( [Mousavian, 2006](#) )؛ در عین حال نظر به اینکه اغلب عقود بانکی و وام‌های پرداختی به مشتریان و شرط وجه التزام در قالب سایر عقود شرعی از جمله مرابحه، مضاربه، جعاله و مشارکت است، تحقیق حاضر با تاکید بر این عقود سامان یافته است که در ادامه به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

### وجه التزام در عقود بانکی

شائبه ربوی بودن شرط وجه التزام صرفاً در مورد عقد قرض جاری است و در سایر عقود دیگر از جمله سلف، نسیه و... شرط پرداخت مبلغ وجه التزام در صورت تاخیر، جریان نمی‌یابد و تحت عموم المومنون عند الشروطهم باقی می‌ماند؛ بطور مثال در بیع با بیع می‌تواند شرط کند در صورت تاخیر در پرداخت ثمن در راس مدت مقرر ماهانه مبلغی را به وی تملیک کند ( [Sadr, 1983a, 1983b](#) ). در این هنگام شرط مورد بحث مشروعیت و نفوذ خود را از لزوم بیع و ادله نفوذ شرط می‌گیرد نه از قرض، تا ربا پدید آید. از آنجا که عقد قرض حدود پنج در صد تسهیلات بانکی را فرا می‌گیرد و دامنه گسترده‌ای از تسهیلات بر اساس پیمان‌های فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله و... بسته می‌شوند، شبهه ربای قرض اساساً مطرح نیست ( [Mesbahi Moqaddam & Jalali, 2008](#) )؛ از اینرو چنین شرطی اگر چه ضمن انشاء عقد قرض نباشد، بلکه ضمن عقد بیع باشد؛ گرفتن آن حرام نیست و شرط آن مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود ( [Araki, 1994](#) ).

این دیدگاه مورد تایید فقهای شورای نگهبان نیز می‌باشد و راهکاری جهت مشروعیت مطالبه خسارت تاخیر تادیه محسوب می‌شود که در ادامه به تحلیل آن می‌پردازیم.

### روائی وجه التزام در نظر فقیهان شورای نگهبان

پیش از انقلاب اسلامی بیشتر بانک‌های کشور خصوصی بوده و میزان بهره قابل پرداخت به سپرده مشتریان همچنین بهره دریافتی بانک‌ها بابت وام‌های اعطایی، هر ساله از سوی شورای پول و اعتبار بر اساس سیستم‌های جاری مشخص و به بانک‌ها اعلام می‌گردید (مواد ۷۱۲ الی

۷۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی مشمول ۱۲ درصد خسارت تاخیر تادیه می‌شدند). این خسارت به کل بدهی اعم اصل و بهره تعلق می‌گرفت و با وجود چنین ضمانت اجرای قوی، بانک‌ها معمولاً مطالبات بلاوصول چندانی نداشتند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی نظام بانکی ایران بکلی از هم پاشیده شد و سلب اعتماد مردم نسبت به بانک‌ها و هجوم آنان برای باز پس گرفتن سپرده‌های خود و لاوصول ماندن مطالبات بانک‌ها همچنین نامشخص بودن وضع بدهکاران عمده مضاف بر آن منع بانک‌ها از دریافت خسارت تاخیر تادیه (ربوی دانستن آن) مایه‌ی تعطیلی بسیاری از فعالیتهای اقتصادی گردید، به گونه‌ای که اغلب بانک‌ها در آستانه ورشکستگی قرار گرفتند (Behmand & Bahmani, 1991).

شورای نگهبان نیز در پی استفتائات صورت گرفته قوانین مربوط به اخذ خسارت تاخیر تادیه را غیر شرعی اعلام نمود. دیوان عالی کشور نیز مستند به اصل ۴۹ قانون اساسی، خسارت ناشی از تاخیر تادیه را به عنوان معامله ربوی باطل اعلان کرد (Eskini, 1988). نظریه‌های شماره ۹۴۹۹ مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۵، ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و ۷۶/۲۱/۵۱۲ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱ شورای نگهبان نیز روشنگر این پیامد می‌باشند، این در حالی است که شورای نگهبان در پاسخ به پرسش بانک مرکزی به شماره ۴۰۹۵/ه مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۸ خسارت تاخیر تادیه را در قالب شرط ضمن عقد پذیرفته بود.

پس از تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا در شهریور سال ۱۳۶۲، نظام بانکی با اتکا به موافقت شورای نگهبان، در انواع قراردادهای بانکی، ماده‌ی به عنوان شرط ضمن عقد گنجانده که در پی آن مشتری به مقتضای شرط ضمن عقد متعهد می‌گردد در صورت تاخیر در پرداخت بدهی، مبلغ معادل ۱۲ درصد اصل بدهی را به عنوان جریمه تاخیر به بانک پرداخت نماید اما در گذر زمان همواره بحث پیرامون جواز و یا عدم جواز اخذ جریمه دیرکرد و نحوه مطالبه آن مطرح بوده است. برخی از مراجع تقلید نیز در جواب استفتائات در خصوص حلیت و یا حرمت اخذ جریمه دیرکرد، حکم به حرمت آن داده‌اند (Mousavian, 2010).

این امر موجب بالا گرفتن مجدد کشمکش شد تا آنجا که در صورت جلسه مورخ ۱۳۶/۱۰/۳۰ هیات وزیران آیین نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول موسسات اعتباری تصویب گردید که در پی آن دریافت جریمه دیرکرد توسط موسسات اعتباری شامل کلیه بانک‌های دولتی، غیر دولتی و سایر موسسات اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی، برای تسهیلاتی که پس از ۶ ماه از ابلاغ این آیین نامه بررسی می‌شود ممنوع گردید.

دیری نپایید که مسئولان بانک مرکزی از برقراری مجدد جرائم دیرکرد و حتی تشدید آن‌ها خبر داده و بدین ترتیب این مساله چالش برانگیز دوباره در کانون توجه قرار گرفت. همچنین هیات وزیران آیین‌نامه جدیدی به تاریخ ۱۳۸۸/۷/۱ به تصویب رساند که جایگزین (آیین نامه مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۳۰) شد و دوباره جواز اخذ جریمه دیرکرد را برای کلیه موسسات اعتباری اعلام نمود. طبق ماده ۱۴ این

آیین نامه «موسسات اعتباری موظف‌اند به منظور کاهش مطالبات معوق و افزایش امکان وصول اقساط، از تاریخ ابلاغ این آیین نامه، قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را به گونه‌ی منعقد نمایند که مشتری، افراد تحت تکفل وی، ضامن و یا ضامنین با شرط ضمن عقد به طور غیر قابل رجوع به موسسه اعتباری، اختیار دهد که هر گونه مطالبات خود اعم از مستقیم و یا غیر مستقیم را پس از سررسید و در صورت عدم پرداخت، از موجودی هر یک از حساب‌ها (ریالی و ارزی)، اموال و اسناد آنان نزد موسسه اعتباری و یا سایر موسسات اعتباری راساً و بدون نیاز به حکم قضایی یا اجرایی برداشت نموده و به حساب بدهی مشتری منظور نماید...». سخنان یاد شده گویای میزان دوگانگی نگرش در موضوع است؛ قانونگذار در گذر زمان بارها به تغییر اساسی قوانین دست زده و به چالش برانگیز شدن هر چه بیشتر کشمکش دامن زده است. مراجع قضایی نیز از این اختلاف نظر جا نمانده‌اند و در برخورد با وجه التزام خسارت تاخیر تادیه سر در گم مانده‌اند.

#### نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه

کارکرد سلیقه‌ی در رسیدگی به اینگونه دعاوی صدور آراء ناهماهنگ و ضد و نقیض از محاکم را در بر داشته و در راستای از میان بردن کاستی‌های موجود، اداره حقوقی برای ارشاد محاکم نظراتی داده است که در ادامه به آنان اشاره خواهیم نمود. نظریه مشورتی شماره ۲۴۸۵/۷ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۳ تصریح می‌نماید: «چنانچه در ضمن قرارداد بین طرفین در تعیین میزان خسارت تاخیر تادیه در صورت تخلف از مفاد قرارداد توافق شده باشد طرفین ملزم به رعایت آن بوده و با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی قاضی نمی‌تواند به کمتر از آنچه که مورد توافق طرفین در مورد خسارت تاخیر تادیه قرار گرفته است، حکم صادر کند» اما پس از آن اداره حقوقی بر خلاف نظر پیشین خود در سال ۱۳۹۲ به موجب نظریه مشورتی (شماره ۷/۹۲/۱۷۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۹) توافق نسبت به مازاد بر شاخص تورم را نامعتبر اعلام نمود. همچنین انتهای ماده‌ی ۵۲۲ ق.آ.د.م را چنین تفسیر نمود: «توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تاخیر تادیه دین فقط در چارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک‌ها پیش بینی شده است، ولی در تمام دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است مطالبه و پرداخت خسارت تاخیر تادیه بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به امکان مصالحه طرفین به نحوه دیگر ناظر به مصالحه به کمتر از شاخص تورم است، زیرا مقررات یاد شده تا سقف شاخص تورم امری بوده و توافق بر بیشتر از آن بی اعتبار است».

در واقع اداره حقوقی قوه قضائیه بر خلاف نص ماده ۲۳۰ قانون مدنی و نظر فقهای شورای نگهبان، به دلیل توهم ربای قرضی وجه التزام بیشتر از شاخص تورم را خلاف شرع تصور کرده‌اند و بر اساس آن بر خی از محاکم به تبعیت از آن، مطالبه وجه التزام بیشتر از نرخ تورم را نامشروع دانسته و اقدام به صدور رای بر بی حقی یا رد دعوی نموده‌اند که در ادامه به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

اما در نقد نظریه اداره حقوقی نکاتی قابل ذکر است از جمله اینکه اولاً چه امری بانک‌ها را از سایر اشخاص متمایز می‌سازد، اگر ردعی از شارع رسیده باشد فراگیر بوده و مخالفت با کتاب نیز شامل هر شخص می‌گردد. پس بانک‌ها هیچ خصوصیتی نداشته‌اند که از دیگر اشخاص متمایز گردند.

ثانیاً وجه التزام را همسان با شرط زیاده در عقد قرض و ربای قرضی محسوب نموده، این در صورتی است که وجه التزام ناشی از نقض عهد بوده و طرفین قصد امهال به شرط زیاده را ندارند. اداره حقوقی نیز راه صواب شناخت چیستی وجه التزام را رها نموده و روی به روایات دیرینه ربا آورده است.

ثالثاً اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی موید این است که در صورت تخلف از شرط مشروط علیه ملتزم به پرداخت مبلغ معین شده است و هر گونه تعهدی اعم از پولی و غیر پولی را دربر می‌گیرد. از اینرو تاخیر در پرداخت دین نیز مشمول اطلاق حکم می‌گردد و ویژگی خاصی که متمایز کننده سایر تعهدات باشد در اینجا دیده نمی‌شود. تا آنجا که در قوانین موضوعه نه تنها قید و استثنائی برای جدا ساختن تعهدات پولی از سایر تعهدات درج نگردیده است و حکم ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مبنی بر تعلق خسارت عدم تادیه در دیون ریالی یک الزام قانونی است نه قراردادی. در واقع الزام قانونی خسارت تاخیر تادیه موضوع این مقرر جنبه قانونی دارد و شرط وجه التزام و خسارت قابل مطالبه ناشی از آن جنبه قراردادی دارد و صرفاً در مواردی این شرط باطل است که مخالف شرع باشد و این امر توسط فقهای شورای نگهبان اعلام گردد نه اداره حقوقی قوه قضائیه.

رابعاً اختلاف نظر فقهای در باب مشروعیت وجه التزام، صرفاً در عقد قرض است و در سایر عقود هر چند موضوع آن وجه نقد باشد، همچون مضاربه، اختلافی در خصوص مشروعیت وجه التزام وجود ندارد در حالی که اداره حقوقی، با وجود اینکه اغلب عقود بانکی، عقدی به جز عقد قرض است، منشاء همه مطالبات بانک‌ها را عقد قرض تصور نموده است.

#### آراء محاکم در برخورد با شرط وجه التزام تاخیر تادیه

با اندیشه در سخنان پیشین پی می‌بریم، اداره حقوقی خود نیز در مورد این مشکل نظر یکسانی نداشته و با ارائه نظریه‌های دوگانه به سردرگمی محاکم در برخورد با مساله دامن زده است. به همین مناسبت، محاکم دادگستری در برخورد با شرط وجه التزام عدم یا تاخیر در پرداخت دین ضمن قراردادهای بانکی به دو گروه تقسیم می‌شوند، برخی مطابق با قواعد بانکی و با استناد به قوانین مربوطه رای موافق داده؛ دسته دیگر به مخالفت با آن برخاسته و پذیرای حقی برای ذینفع شرط نمی‌باشند؛ از اینرو خسارت را بر طبق شاخص بانک مرکزی احتساب نموده و توافق بیش از آن را بی اثر تلقی می‌نمایند. ما نیز در دو بخش جداگانه به شرح آراء موافق و مخالف خواهیم پرداخت:

عدم پذيرش شرط وجه التزام ضمن قرارداد بانكي (آراء مخالف)

همانگونه كه بيان شد گروهی از محاكم به تبع نظريه اداره حقوقی قوه قضائيه، شرط وجه التزام در قرارداد بانكي را به دليل شبه ربای قرضی و امری بودن ماده ۵۲۲ قانون آيين دادرسی مدنی، بی اثر دانسته كه ذیلا به چند نمونه از آرای صادره از محاكم اشاره خواهد شد:

دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۳۰۱۵۰۱۲۵ تاريخ تنظيم ۱۳۹۳/۹/۱۵ مرجع رسيدگی شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان يزد در خصوص دعوی مطالبه خسارت تعيين شده قراردادی موضوع قرارداد ارائه شده علی رغم اينكه خوانده هيچگونه دفاعی بعمل نياورده نظر به اينكه شرط زياده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می شود و وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غير پولی است و تعهدات مرقوم صرفاً در حد شاخص نرخ تورم و مطابق ضوابط مربوط قابل اجرا و معتبر می باشد (نظريه ارشادی شماره ۷/۹۲/۱۷۴۷ مورخ ۹۲/۹/۹ اداره حقوقی قوه قضائيه) و اينكه خسارت تاخير تاديه برابر ضوابط مقرر در ماده ۵۲۲ قانون آيين دادرسی مدنی به شرح فوق مورد حكم قرار گرفته است؛ لذا اين قسمت از خواسته خواهان وارد و ثابت نمی باشد و حكم بر بی حقی وی صادر و اعلام می دارد.

دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۳۶۳۷۱۰۰۳۲۳ تاريخ تنظيم ۱۳۹۷/۳/۳ مرجع رسيدگی دادگاه عمومی شهرستان خوانسار در خصوص دعوی صندوق مالی به خواسته مطالبه وجه.... همچنين خسارت تاخير تاديه مندرج در قرارداد دادگاه با عنایت به اينكه خواندگان دفاع موثری بعمل نياورده اند دعوی خواهان را نسبت به قسمت اول خواسته با موضوع مطالبه اصل تسهیلات با محاسبه پرداختی خوانده ردیف اول محق تشخیص داده و مستندا به ماده ۵۱۹ و ۵۱۵ و ۱۹۸ قانون آيين دادرسی مدنی و مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۶۵۰ قانون مدنی رای بر محكومیت تضامنی خواندگان صادر و اعلام می نماید. در خصوص مطالبه وجه التزام تاخير در پرداخت اقساط و وجه التزام عدم اجرای طرح طبق قرارداد با توجه به اصل ۴ قانون اساسی و اصل ۴۳ آن قانون (منع ربا) و لزوم تفسير قوانين مطابق با موازين اسلامی و حرمت اخذ جریمه تاخير با لحاظ درصد مشخص و معین بدون توجه به نرخ شاخص تورم كه منطبق بر واقعیت اقتصادی حاكم بر جامعه می باشد دادگاه اين قسمتها از خواسته خواهان را صحيح تشخیص نداده و مستندا به مادهی ۱۹۷ قانون آيين دادرسی مدنی حكم بر بطلان صادر و اعلام می نماید.

همانگونه كه پيدا است در آراء بالا خسارت قراردادی تاخير در انجام تعهد (وجه التزام) پذيرفته نشده است. اين نگرش بيانگر يكسان پنداشتن شرط وجه التزام عدم يا تاخير در پرداخت دين ناشی از عقود اسلامی با شرط زياده در عقد قرض و متعاقب آن نامشروع شناختن آن از سوی محاكم است. در واقع اين دیدگاه نتیجه عدم دقت نظر و عدم تفكيك ماهيت عقود منعقد و در پی آن قواعد و احكام قانونی شرط وجه التزام است؛ چرا كه در برخورد با عقود بانكي و شرط وجه التزام، ابتدا می بایستی ماهيت آن بدرستی شناسایی شود. شرط وجه التزام و شرط زياده



همانگونه که پیش تر بیان شد ماهیتا متفاوت هستند، آنچه در فقه منع شده زیادت در دین بدون وجود سبب مستقل آن هم در عقد قرض است؛ در وجه التزام با انجام به موقع تعهد هیچ گونه مسئولیت قراردادی بر پرداخت خسارت بوجود نمی‌آید؛ بنابراین پرداخت وجه التزام نتیجه ترک فعل از جانب متعهد است نه زیادت دین در ازای امهال، از اینرو برخورد این گروه از محاکم مورد نقد پژوهش حاضر است.

#### پذیرش شرط وجه التزام ضمن قرارداد بانکی (آراء موافق)

گروه دیگر از محاکم، شرط وجه التزام تاخیر در پرداخت دین ضمن قراردادهای بانکی را مشروع شمرده و موافق با قانون عملیات بانکی بدون ربا، قانون مدنی و منابع فقهی به آن حکم داده اند که ذیلاً به تعدادی از آن اشاره می‌کنیم:

دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۹ تاریخ تنظیم ۱۳۹۱/۹/۱۳ مرجع رسیدگی شعبه ۲۸ دادگاه عمومی تهران در خصوص دادخواست بانک خواهان، خسارت قراردادی را نادیده گرفته و حکم بر خسارت طبق شاخص سالانه بانک مرکزی داده است. اما شعبه ۵۱ دادگاه تجدید استان تهران، ضمن نقض دادنامه در مورد خسارت اقدام به اصدار رای ذیل نموده است: «در قرارداد اجاره به شرط تملیک مقرر شده است که در صورت تاخیر در پرداخت اقساط مال الاجاره خسارتی معادل ۵۵/۱۰ واحد بر مبنای ۱۰۰۰۰ در روز پرداخت گردد. به عبارتی، به نحو دیگر غیر از مصادیق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصالحه کرده‌اند. برابر مستفاد قانون الصاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا خسارت مورد نظر باید به ترتیبی که در قرارداد تنظیمی طرفین مقرر شده پرداخت گردد. نظر به مراتب، این قسمت از دادنامه بدوی را واجد اشکال دانسته با استناد به ماده ۳۴۸ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض دادنامه در این مورد تجدید نظر خوانندگان را متضامناً به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۰ لغایت اجرای حکم بر مبنای مفاد قرارداد تنظیمی در حق تجدید نظرخواه محکوم می‌کند.

دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۳۵۰۱۰۰۸۳۶ تاریخ تنظیم ۱۳۹۷/۵/۱۴ مرجع رسیدگی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اصفهان در خصوص دعوی بانک به خواسته مطالبه وجه... و خسارت تاخیر تادیه قراردادی دادگاه با ملاحظه رونوشت قرارداد اعطای تسهیلات و اینکه خوانندگان هیچ دفاع موجهی بعمل نیاورده‌اند دعوی خواهان را وارد تشخیص مستنداً به مواد ۵۱۹ و ۸۱۹ و ۱۹۴ آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۷ قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی مصوب ۱۳۸۶ حکم بر محکومیت به مبلغ... بابت اصل خواسته به انضمام خسارت تاخیر تادیه طبق قرارداد فی مابین به میزان ۱۷ درصد از مبلغ تسهیلات لغایت وصول در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد.

دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۳۵۰۴۰۱۹۰۲ تاريخ تنظيم ۱۳۹۶/۱۱/۲۶ مرجع رسيدگي شعبه ۴ دادگاه عمومي حقوقي شهرستان اصفهان در خصوص دعوي بانك به خواسته مطالبه وجه... و خسارت تاخير تاديه قراردادي دادگاه با عنايت به اينكه خواندگان علي رغم ابلاغ در جلسه حاضر نشده و دفاعي مبني بر براءت ذمه بعمل نياورده‌اند دعوي خواهان را وارد تشخيص و مستنداً به مواد ۱۹ و ۵۱۹ ق.آ.د.م و ماده ۲۲۱ قانون مدني حكم بر محكوميت به مبلغ... اصل خواسته همچنين خسارت تاخير تاديه قراردادي وفق قرارداد في مابين و روزانه به مبلغ... تا زمان تاديه اصل خواسته در حق خواهان صادر و اعلام مي‌دارد.

در سه راي بالا، دادگاه توافق دو طرف قرارداد در تعيين خسارت تاخير تاديه را مطابق با قانون دانسته و با عدم پذيرش نظريه اداره حقوقي اقدام به صدور راي نموده‌اند. بدين جهت راه خطايي كه ديگر محاكم پيش گرفته‌اند تكرر نشده است.

اما با وجود عدم اشكال در بحث مشروع شمردن درج وجه التزام ضمن قرارداد بانكي ايراد ديگري در اين آراء به چشم مي‌خورد كه اهميت كم‌تري نسبت به ايراد نامشروع بودن شرط وجه التزام ندارد و آن عدم توجه به ماهيت تكليفي بودن شرط وجه التزام است كه در ادامه به نقد و بررسي آن خواهيم پرداخت.

#### نقد رويه قضائي

نيروي دادرسي بر پا دارنده عدل و داد در جامعه و برقرار كننده عدالت و مقام احقاق حق ستمديدگان پس از درخواست ذي نفع مي‌بايستي به مورد دعوي رسيدگي و فصل خصومت نمايد. قضات دادگاهها موظفند موافق قوانين به دعاوي رسيدگي نموده و حكم مقتضي صادر نمايند (ماده ۲ ق.آ.د.م). در بخش پيشين نظاره‌گر آراء نا هماهنگ صادره از محاكم بوده‌ايم چه بسا اين آراء نمونه‌اي كوچكي از جامعه بزرگ محاكم دادگستري سراسر كشور است. پرسش اينجاست چگونه از قانون يگانه چنين برداشت‌هاي نا هماهنگ جلوه‌گر مي‌شود؟ دادگاه‌ها با همسان پنداشتن ربا و وجه التزام در ديون پولي در راستاي آسودگي وجدان قلم بر داوري قانون برده و مفاهيم آن را دگرگون ساخته‌اند. اين موضوع تا حدي پيش رفته كه بانك خواهان هنگام ارائه دادخواست مطالبه وجه التزام تاخير تاديه دچار سردرگمي است كه آيا محكمه خسارت مورد درخواست را پذيرا است يا ضمن تلقى به عنوان شرط خلاف شرع اصرار بر بي حقي وي نمايد. عملکرد محاكم در رويارويي با قانون و شرع بنحو مورد اشاره، سبب لجام گسيختگي هر چه تمام تر آراء قضايي و پيرو آن نا معلوم بودن وضع درخواست‌هاي مشابه و تضييع حق قانوني و شرعي است.

شايدان ذكر است در بسياري از آراء ديگر هر چند قضات در متن راي به ربا و انتساب آن به وجه التزام قراردادي اشاره نموده‌اند؛ اما گويا در ضمير خود آن را نا مشروع دانسته و بدنبال بهانه جويي‌هاي گوناگون بدون استناد به ربوي بودن سعي بر عدم صدور راي وجه التزام داشته‌اند اين عملکرد محاكم بنا بر دلایلي كه در ادامه به آن‌ها اشاره مي‌نماييم بشدت مورد نقد مي‌باشد.

## عدم توجه به تفکیک قوا

در عهد قدیم پاسداری از حقوق افراد در گرو کشف احکام موضوعات از منابع شرعی بوده است. این رسالت بر دوش مجتهد یا فقیه گذارده شده بود (Al-Shawkani, 1997) اما در عهد حاضر تفکیک قوا و جداسازی وظایف و تکالیف هر یک مساله را بگونه‌ای دیگر رقم زده چنانچه قانونگذاری تنها بر عهده قوه مقننه (اصل ۷۱ ق.ا) و اجرای قانون و رسیدگی به اختلافات وظیفه قوه قضا می‌باشد (اصل ۱۵۶ ق.ا). (Bushehri, 1976) پس هر یک از شاخه‌های قدرت بایستی وظیفه مشخصی داشته باشد (Starr, 2009). یادآور می‌شود اختیار قضات در حد انطباق موضوع مورد خواسته با قوانین موجود است. پس به هنگام وجود قانون، قضات حقی به جستجو و استناد به منابع اسلامی یا فتاوی و اصول حقوقی را ندارند (م.آ.د.م). بلکه تقدم قانون بر سایر منابع از جمله منابع فقهی و عرف و عادت ناشی از اراده‌ی ملی بر زندگانی اجتماعی است (Katouzian, 2011). این عملکرد مخالف نص قانون و اجتهاد علیه نص محسوب می‌گردد.

## عدم توجه به صلاحیت انحصاری شورای نگهبان

سه قوه در عرض یکدیگر و هم سطح می‌باشند اگر یکی از قوا بر وظایف دیگری نظارت نماید توازن بین آنان بهم خواهد ریخت (Ghazi, 2001)؛ بنابراین، شورای نگهبان به عنوان نهاد سیاسی مستقل وظیفه خطیر انطباق قانون با شرع مقدس را عهده دار است (اصل ۹۴ ق.ا). (Katouzian, 2005).

از اینرو تشخیص ربوی و خلاف شرع بودن وجه التزام از سوی محاکم قضاوتی شایسته نیست. چرا که تمامی قوانین برای تصویب بایستی از مرز انطباق با شرع بگذرند. بر جوینده‌ی دادگری پوشیده نیست؛ پذیرش وجه التزام ضمن عقود بانکی از سوی شورای نگهبان به عنوان مرجع نظارتی صحه‌ای بر مشروع بودن این روش می‌گذارد. بدین دلیل که اگر مغایرت با شرع احراز می‌گردید بمنظور تجدید نظر به مجلس بازگردانده می‌شد. این شورا نه تنها قوانین مربوطه را نا مشروع ندانسته ضمن نظریه (شماره ۴۰۹۵/ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۸) در پاسخ به سوال بانک مرکزی راهگشای مشکل را شرط وجه التزام ضمن عقد دانسته است. عموم و اطلاق نظریه یاد شده خود تاییدی بر انگاره‌های پیش گفته پژوهش است.

همچنین این شورا در نظریه (۹۷/۱۰۲/۷۲۰۱ مورخ ۹۷/۷/۱۴) در مقام انطباق مصوبه با موازین شرع در خصوص مصوبه (جلسه مورخ ۱۳۹۷/۵/۱۶ موضوع طرح اصلاح قانون صدور چک) مطالبه خسارت تاخیر تادیه بدون وجود شرط شرعی را خلاف موازین شرع دانسته «آیت الله رضوانی: بانک‌ها به دو طریق می‌توانند علاوه بر مبلغ بدهی مبلغی به عنوان جریمه یا به هر اسم که بنامند بگیرند. الف: در قرارداد وام با طرف شرط کنند که هر گاه از قرارداد تخلف کرد و در راس موعد مقرر وام را نپرداخت مبلغی که مورد نظر است اضافه بر اصل بدهی اول بدهد. ب: در قرارداد شرط کنند که اگر نسبت به وام قبلی از موعد مقرر در پرداخت تاخیر شد مبلغی علاوه بر اصل بدهی اول بپردازد. این

گفته بدرستي بر يافته‌هاي اين پژوهش صحه مي‌گذارد. از اينرو كه اراده نوين شوراي نكهبان همچنان بر مشروعيت شرط مطالبه خسارت تاخير تاديه است. بي گمان نبايد شك و شبهه‌اي در مشروعيت وجه التزام در ديون پولي باقي بماند. بنا بر گفته‌هاي فوق تجويزي براي دادگاه‌ها جهت تشخيص خلاف شرع بودن قانون نيست، تنها استثناء جايي است كه قاضي مجتهد بوده و قانون را خلاف بين شرع بداند كه در اين صورت نيز تنها مي‌تواند از رسيدگي امتناع نمايد (تبصره م ۳ ق.آ.د.م)؛ نه اينكه بر خلاف قانون مبادرت به صدور راي نمايد. (Shams, 2006).

#### اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدني

قانون در شرط وجه التزام عدم و تاخير در انجام تعهد از اطلاق دارد (م ۲۳۰ ق.م). آنجايي كه تعهد به پرداخت دين بصورت استثناء از حكم ماده جدا نشده بر پايه اصاله الاطلاق داراي اعتبار است (Muzaffar, 1998) و حكايت از تمامي صورت‌هاي تخلف از انجام تعهدات دارد. چه اداي دين چه انجام و چه ترك فعل دادگاه نيز حق دخل و تصرف در تعيين ميزان و همچنين نوع تعهد را ندارد (Maqсуди, 2011). تشخيص انصراف نيز نیازمند قرينه مي‌باشد كه در اينجا نه تنها مفقود است بلكه پذيرش درج شرط ضمن عقد و پذيرش خسارت تاخير تاديه بطور كلي، قرينه‌اي بر خلاف نظريه اداره‌ي حقوقی مبني بر شمول ديون پولي است.

#### اقتضای اصل صحت

در صورتی كه مخالفت عقد و شرط ضمن آن با قانون و يا شرع مورد تردید باشد اقتضای اصل صحت عدم مخالفت است تا صحت قراردادها حفظ گردد (Gorji, 1993, 2000). همانگونه كه اگر مخالفت عقد با قانون محرز باشد ولي شك و گمان نسبت به امری يا تكميلي بودن قانون رود اصل صحت اقتضاء مي‌كند قانون تكميلي فرض شود (Katouzian, 2000). همچنين گفتار و كردار مومن را بايد درست نداشت اين امر بناي خردمندان است كه مورد ردع شارع نيز قرار نگرفته است. مبناي اين سيره غلبه، حفظ نظام يا مصلحت جامعه و اقتضای طبع اولی امور است. در اينجا با توجه به قاعده صحت همانگونه كه برخی فقها آن را دنباله اصل صحت مي‌دانند ديگر نيازي به بازگویی «حمل فعل مومن بر صحت» نيست.

#### شرط وجه التزام تضمين وفای به عهد و مانع پيمان شكني

آنچه مایه كشيده شدن اين اختلاف دیدگاه تا محاكم دادگستری شده است. پشتيباني از حق ناتوان و جلوگيري از ستم نارواست. پرسش اينكه چگونه عقل تا بدین جا چنین شرطی ستم نارواست، اندیشه برخی فقها، حقوقدانان و قضات را در گير نموده بگونه‌اي كه به ايستادگي در برابر آن برخاسته‌اند؛ اما از طرف مقابل كه در پی اين پيمان شكني تا چه اندازه دستخوش زيان و ستم است غافل مانده و حق او را به بوته

فراموشی سپرده‌اند. از اینرو «قاعده لاضرر» که بیانگر نهی از ورود زیان می‌باشد (Mohiqiq Damad, 1987, 2009). همانگونه که بانی پاسداری از حق مشتری در برابر بانک‌ها است. برای مشتری نیز پرهیز از پیمان شکنی که موجب زیان بانک‌ها می‌باشد و پایبند بودن به انجام تعهد در موعد را در پی دارد.

با توجه به اینکه وجه التزام از شروط قرارداد و مورد توافق طرفین عقد است. قانون نیز اشترای آن را مجاز دانسته (م ۲۳۰ ق.م) و به محاکم اجازه ورود به اصل آزادی قراردادی را نداده است. از اینرو طرفین تا آنجا که قرارداد تفاسخ یا فسخ نگردد به آن ملتزم هستند (م ۲۱۹ ق.م). با نگاهی دیگر در هنگام انعقاد قرارداد اخذ تسهیلات بانکی، مشتری خود تمامی شرایط پیمان را پذیرا شده است. بنابراین دیگر نمی‌توان به ناعادلانه بودن آن استناد نمود. به عقیده برخی حتی اگر مبلغ گزاف باشد چه برسد به جایی که مبلغ وجه التزام متعارف باشد. بنابراین قاعده اقدام در حق مشروط علیه جاری است.

نکات پیشین پاره‌ی از خرده‌هایی است که بر رویه محاکم وارد است. از آن جهت که این انتقادات در راستای عدم شناخت حق برای ذینفع بوده در یک گفتار بیان شدند. این پایان کار نیست گاه محاکم گرچه وجود شرط را قانونی دانسته‌اند و در پی آن حقی برای ذینفع می‌شناسند. اما با عدم شناخت ماهیت وجه التزام که نیازمند شفاف سازی است به بیراه رفته‌اند. از اینرو در گفتار آتی به آن می‌پردازیم.

#### ماهیت وجه التزام: حکم تکلیفی یا حکم وضعی؟

در موارد پیش گفته به بررسی رویه در برخورد با وجه التزام بانکی و نقد رویه نا بسامانه خصوص در رابطه با محاکمی که این شرط را صحیح نمی‌دانند پرداخته‌ایم. اما رویه دادگاه‌هایی که این شرط را صحیح می‌دانند نیز قابل نقد است. در واقع این دسته از محاکم اگر چه به دلایل پیش گفت، شرط وجه التزام را صحیح می‌دانند اما به ماهیت آن توجه نداشته و با شرط وجه التزام که یک حکم تکلیفی است همانند یک دین (حکم وضعی) رفتار می‌نمایند.

بر اساس مبانی حقوق اسلامی، مهمترین ملاک تشخیص آثار احکام تشخیص ماهیت آن است. کلیه احکام اسلامی در یک تقسیم بندی به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شوند (Gorji, 1993, 2000; Montazeri Najafabadi et al., 1988). نه تنها ماهیت متفاوتی نسبت به یکدیگر دارند؛ بلکه آثار و شرایط آنها نیز متفاوت می‌باشد.

با جستجو در منابع فقهی پی می‌بریم وجه التزام شرط ضمن عقد از نوع تعهد و التزام محسوب می‌شود؛ تعهد در زبان عربی از ریشه عهد گرفته شده و مصدر باب تفعیل و به معنای ضمانت، بر عهده گرفتن، پیمان بستن و... خود را موظف کردن آمده است (Shahidi, 2005). همچنین لغت عهد، به معنای امان سوگند، ذمه یا حفاظت و وصیت (Johari, 1989) و در برخی منابع به معنای حفظ شیء و نگهداری و

مراعات آن آمده است (Ragheb Isfahani, 1991). پس اصل عهد، نگهداري و مراعات است و پيمان را از جهت لازم المراعات بودن، عهد گفته‌اند و اگر به معني امر و توصيه و غيره آيد، از جهت لازم الحفظ بودن است (Qurashi, 1991).

از زاويه ديگر، تعهد، رابطه حقوقی بين دو شخص است که یک طرف را قادر می‌سازد از دیگری چیزی بخواهد (Abdipur, 2012; Saad, 1998). از این‌رو، گفته می‌شود جوهره اصلی تعهد، همان «رابطه حقوقی شخصی» است (Abdipur, 2012). با یک نیروی الزام آوری که اجرای اجباری تعهد را ممکن می‌سازد (Ghestin, 2001). دکترین حقوق ایران نیز، بر اساس دیدگاه برخی از حقوقدانان و با در نظر گرفتن خاستگاه آن در حقوق نوشته، تعهد را دارای جنبه مثبت و منفی دانسته که جنبه مثبت تعهد را حق دینی یا طلب می‌گویند و جنبه منفی آن، که شخص متعهد را ملزم می‌سازد را دین نامیده‌اند (Katouzian, 2005).

لیکن در لسان فقهی تعهد در معنای اسم مصدری خود ماهیتاً حکم تکلیفی است و با اشتغال ذمه یا مدیونیت کاملاً متفاوت می‌باشد. در واقع بر خلاف اشتغال ذمه که حکم وضعی است و اثر آن التزام به پرداخت دین می‌باشد، نفس التزام و تعهد حکم تکلیفی است که بعضاً واجد اثر وضعی محدود همچون حق الشرط یا حق مطالبه یا حق الزام می‌باشد (Eshtahari; Kashif al-Ghita, 1940; Yazdi, 2009). اثر وضعی تعهد، طلب محسوب نمی‌شود و همه احکام مالکیت را نمی‌توان بر آن بار کرد هر چند حق مطالبه و حق الزام در پی داشته و قابل ارزیابی به پول باشد (Mohiqiq Damad, 2009). چنانچه گفته شد تعهد ناظر بر انجام فعل یا ترک فعل است که ریشه در حکم تکلیفی داشته و ناظر بر اعمال مکلفین است. مطابق با فقه امامیه ضمانت انجام فعل دارای سه دیدگاه متفاوت است: ۱- عدم وجوب تکلیفی بر مشروط علیه و صرف ایجاد حق فسخ برای مشروط له (Amili, 1985) ۲- صرف وجوب تکلیفی بر مشروط علیه (Tusi) ۳- وجوب تکلیفی بر مشروط علیه و امکان الزام یا اجبار او در صورت امتناع (Karki, 1987; Najafi, 1986) دیدگاه دوم چنین التزامی را صرفاً یک حکم تکلیفی محض دانسته است؛ اما دیدگاه سوم که مورد پذیرش اکثریت فقیهان امامیه قرار گرفته، علاوه بر جنبه تکلیفی شرط؛ یعنی وجوب وفای به آن حق تعقیب نیز برای آن قائل است.

ضمن نقد رويه به دلایل پیشین متذکر می‌شود؛ محاکم دادگستری در تعیین ماهیت وضعی و تکلیفی وجه التزام نیز سردرگم هستند. به نحوی که شرط وجه التزام را بسان احکام وضعی پنداشته و بر آن اساس رفتار نموده و حکم بر اشتغال ذمه صادر نموده‌اند. در حالی که بایستی حکم بر الزام متعهد به پرداخت مبلغ مبلغ مورد تعهد صادر نمایند. همانگونه که با دیگر تعهدات قراردادی رفتار می‌گردد. ضمن حکم، متعهد بایستی محکوم به ایفای تعهد گردد نه پرداختن دین بصورت اشتغال ذمه؛ این مهم نه تنها ماهیت احکام را دگرگون نموده؛ بلکه بکلی آثار تعهدات را زیر سوال می‌برد چرا که تعهد به پرداخت وجه التزام تعهد، اشتغال ذمه و مدیونیت نیست؛ بلکه سبب التزام به پرداخت است. بنابراین ثمره‌ی صدور حکم محکومیت دگرگون نمودن احکام و قواعد قانونی است. اگر چه در تحلیل و توجیه آن اختلاف نظر است. بحث دیگر اینکه تعهد،

به ویژه تعهدات قانونی، اصولاً بر افراد فاقد شرایط تکلیف بار نمی‌شود؛ زیرا بر اساس مبانی فقه امامیه و حدیث رفع، احکام تکلیفی فقط در صورتی بر مکلفین بار می‌شود که مکلف از شرایط عامه تکلیف؛ یعنی بلوغ، عقل، قدرت و (در تکالیف مالی) بهره‌مند باشد (Sadr, 1983a, 1983b)؛ اما در حکم وضعی نیازی به وجود این شرایط احساس نمی‌شود. با تکیه بر فقه امامیه از آنجایی که وجه التزام حکم تکلیفی است نخست اینکه در آن شرایط عامه تکلیف مجری است. بنابر این دادگاه می‌بایست در برخورد با وجه التزام نخست شرایط عامه تکلیف را واریسی نموده و اگر متعهد را دارای آن ویژگی دانسته آنگاه به صدور رای ایفای تعهد مبادرت نماید. متأسفانه نه تنها در آراء نامبرده بلکه در صدها رای دیگر که پذیرای وجه التزام بوده‌اند این مشکل به چشم می‌خورد که نکته حکم وضعی یا تکلیفی بودن از اساس نادیده گرفته شده که باعث بارکردن آثار وضعی بر احکام تکلیفی است.

این تفاوت ماهیت موجب می‌شود در فرض اعسار، شخص متخلف از پرداخت وجه التزام معاف باشد زیرا تخلف از شرط مستند به اراده‌ی وی که ناتوان از تادیه است نمی‌باشد و شرط عامه تکلیف یعنی تمکن را ندارد. این نتیجه در مورد ورشکستگی به طریق اولی مجری است و در صورت صدور حکم ورشکستگی ورشکسته از تاریخ توقف از پرداخت خسارت تاخیر تادیه معاف است. لذا با توجه به ماهیت ترمیمی وجه التزام و خسارت تلقی کردن آن ورشکسته از دادن وجه التزام معاف است.

نکته لازم به ذکر دیگر این‌که حتی در التزاماتی نظیر شرط ضمن عقد که واجد اثر وضعی هستند و از نظر برخی، حق الشرط نامیده می‌شوند، اغلب فقها در خصوص تعلق این حق به ترکه در صورت فوت مشروط‌علیه، یا سکوت اختیار کرده‌اند یا تلویحاً فتوا به عدم تعلق این حق به ترکه داده‌اند (Hosseini Sistani, 2008).

در حقوق اسلام، فقها صراحتاً بیان می‌دارند که تنها دیون و حقوقی که به اعیان ترکه تعلق گرفته، از محل ترکه ایفامی‌شود (Naeini, 1992) و می‌دانیم که حقوقی نظیر حق الشرط، نه دین هستند و نه به عین ترکه تعلق می‌گیرند. به بیان دیگر، اگرچه مشهور فقها جنبه مثبت التزام شرطی را حق می‌نامند و قائل به انتقال به ورثه مشروط‌له هستند (Hosseini Shahroudi; Yazdi, 2009) و این امر دلالت بر مال انگاری التزامات شرطی می‌نماید، اما آنچه مانع تکمیل مال انگاری التزام است و کار را دشوار می‌سازد این است که فقها نسبت به وضعیت جنبه منفی التزام و تعلق حق الشرط به ترکه (در صورت فوت مشروط‌علیه)، ساکت مانده‌اند. به ادعای برخی، اتفاق فقها بر این است که حقوق متعلق به ترکه تنها تجهیز میت، دیون و حقوق متعلق به اعیان ترکه است. به بیان دیگر، آنچه به ترکه تعلق می‌گیرد یا دیونی است که به ذمه میت تعلق گرفته و یا حقوقی که به عین ترکه تعلق می‌گیرد و در این بین، جای حقوقی نظیر حق الشرط خالی است.

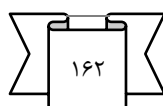
نتیجه‌گیری

دریافت خسارت تاخیر تادیه در انجام تعهدات پولی به هر شیوه همواره با شائبه ربا همراه بوده است. مخالفت احکام شرعی و دستورات حکومتی به ممنوعیت مطالبه خسارت تاخیر در انجام دیون پولی دامن زده است. اما از دیر باز حیل، گذرگاهی برای پرهیز از ربا در عین دریافت مبلغ اضافی محسوب می شده؛ چنانچه اقسام حیل حتی در منابع شرعی نیز ستوده و مجاز به شمار می آمده اند. در نظام بانکداری بدون ربا طبق نظر شورای نگهبان تنها راهکار در زمینه وصول خسارت تاخیر تادیه درج وجه التزام ضمن عقد است؛ گرچه بنابر نظر برخی فقها در قرض به دلیل زیاده و نفع حاصله و در قراردادهای دیگر به دلیل تمدید مهلت دیون در مقابل افزایش آن و مخالفت با کتاب بوده و فاقد مشروعیت است؛ زیرا به هر حال اشتراط در عقد اثر گذار است و در مجموع زیاده نتیجه اثر عقد و شرط است. از اینرو ربا محسوب می شود. در عین حال در سایر عقود بانکی که اغلب وام های بانکی را تشکیل می دهد، اختلافی در مشروعیت شرط وجه التزام وجود ندارد اما رویه قضایی که دیدگاه اصلی این تحقیق است انبوهی از آراء ضد و نقیض و ناهماهنگ است گاهی به پذیرش کامل توافق پرداخته و گاه آن را از اساس نمی پذیرد و رای بر ربوی و باطل بودن توافق صادر می نماید و گاهی با صدور رای بر رد دعوی خواهان و نادیده گرفتن کامل توافق او را به طرح دعوی مجدد وا می دارد و موجب اتلاف زمان و هزینه برای دادگاه و اصحاب دعوی خواهد بود. در حال حاضر هر چند قانونگذار به حلیت شرط وجه التزام ضمن تعهدات پولی صریحا اشاره ننموده است اما بسیار فقها آن را پذیرفته و قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز بر پایه آن استوار شده است؛ بگونه ای که آن را گره گشای کشمکش های دیرینه دانسته اند. ایراد دیگری نیز که در بسیاری از آراء صادره به چشم می خورد در نظر نداشتن ماهیت وجه التزام که عبارت از شرط فعل (حکم تکلیفی) ضمن عقد است. دادگاه صدور حکم مدیونیت (حکم وضعی) مرز بین احکام وضعی و تکلیفی را بر هم زده و آثار وضعی بر شرط وجه التزام با نموده که به دور از اراده قانونگذار است. به امید حفظ کیان و دادگستر بودن هر چه بیشتر محاکم لازم است ابتدا نخست قوانین موضوعه را در نظر گیرند؛ ماده ۲۳۰ قانون مدنی بیانگر تعهد بودن وجه التزام است. همچنین آخرین اراده شورای نگهبان همچنان تایید مشروعیت شرط وجه التزام ضمن قرارداد برای دیون پولی است (نظریه شماره ۹۷/۱۰۲/۷۲۰۱ مورخ ۹۷/۷/۱۴). از اینرو محاکم در آغاز باید شرط وجه التزام را قانونی دانسته دوم اینکه با پذیرش وجه التزام می بایست مطابق با ماهیت آن رای صادر نمایند. همانگونه که بیانگر شدیم ماهیت وجه التزام حکم تکلیفی البته همراه با حق الزام برای ذینفع است بنابراین محاکم می بایستی این حق را مشروع قلمداد و با در نظر گرفتن شرایط عامه تکلیف حکم بر الزام متعهد به ایفای تعهد نمایند.

### تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ گونه تضاد منافی وجود ندارد.

### مشارکت نویسندگان





در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

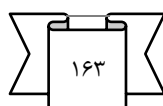
این پژوهش حامی مالی نداشته است.

## EXTENDED SUMMARY

The legitimacy of the commitment fee in Islamic banking has been a pivotal topic in the intersection of jurisprudence, law, and economic practices. Historically, the notion of charging for delayed payments or monetary debts has been surrounded by controversy due to its association with usury (riba). This issue intertwines with legal and ethical concerns, including fairness, justice, and the economic burden on borrowers. The judiciary's inconsistent approach to interpreting commitment fees and compensatory mechanisms adds complexity, reflecting diverse interpretations of Islamic principles and contractual obligations (Vahdati Shabiri, 2003). The present study critically analyzes the judicial perspectives on commitment fees in Islamic banking, proposing a nuanced understanding rooted in jurisprudential and legal principles to balance economic needs with ethical integrity.

Commitment fees, when embedded within banking contracts, are designed to ensure timely payments by borrowers while avoiding the appearance of riba. Islamic jurisprudence supports the inclusion of contractual stipulations, provided they align with principles of fairness and mutual consent. The Qur'anic verses, such as "Trade by mutual consent" (Al-Nisa: 29), "Fulfill your contracts" (Al-Ma'idah: 1), and "God has permitted trade" (Al-Baqarah: 275), serve as the foundational framework for validating contracts containing such terms (Ibn Abi Jumhur, 1982; Khomeini, 2000). However, debates persist, particularly concerning whether commitment fees within loan agreements conflict with traditional Islamic rulings on interest, a contention further complicated by judicial interpretations that oscillate between acceptance and rejection (Mousavian, 2006).

The judiciary's divergent rulings reflect broader tensions in reconciling Islamic principles with contemporary banking practices. While some courts align with the Council of Guardians' view that commitment fees under non-loan contracts (e.g., murabaha, mudaraba) are permissible, others equate these fees with riba, especially in loan contracts (Araki, 1994; Mesbahi Moqaddam & Jalali, 2008). The Council of Guardians' decisions, including the pivotal ruling in response to the Central Bank's queries, acknowledge the legitimacy of commitment fees under specific conditions, emphasizing their alignment with Islamic teachings (Khavari, 1992). This acknowledgment highlights the judiciary's need for a unified interpretation to mitigate inconsistencies in rulings.



An essential critique of current judicial practices is the misclassification of commitment fees as debts rather than conditional obligations. Islamic jurisprudence delineates between taklifi (duty-bound) and wad'i (position-based) rulings, with the former referring to obligations contingent upon specific actions or omissions (Eshtahari). By misinterpreting commitment fees as a debt, some judicial rulings inadvertently impose undue financial burdens on borrowers, neglecting the fees' conditional nature and their role in deterring contractual breaches (Gorji, 1993, 2000; Mohiqqiq Damad, 1987, 2009). Addressing this misinterpretation requires judicial training and a more nuanced understanding of Islamic contractual principles.

From an economic perspective, commitment fees serve as a practical solution to mitigate losses incurred by creditors due to borrowers' delays. This mechanism ensures financial stability within banking systems while protecting borrowers from exploitative practices. However, its implementation must consider broader socio-economic impacts, particularly on vulnerable populations. The study underscores the necessity of balancing economic imperatives with ethical and legal considerations, advocating for a middle ground that aligns judicial practices with Islamic jurisprudential principles (Sadr, 1983a, 1983b). Such an approach would enhance the consistency of judicial rulings and foster trust in Islamic banking practices.

In conclusion, this study identifies the critical need for harmonized judicial interpretations of commitment fees within Islamic banking. By emphasizing the conditional and ethical nature of these fees, courts can avoid the pitfalls of misclassification and ensure adherence to Islamic principles. A comprehensive reevaluation of judicial practices, informed by jurisprudential and legal analyses, is imperative for addressing the inconsistencies in current rulings. As Islamic banking continues to evolve, aligning its practices with both traditional jurisprudence and modern economic realities remains crucial.

## References

- Abdipur, E. (2012). *Analytical Discussions on Commercial Law* (Vol. 2). Research Institute of Seminary and University.
- Al-Shawkani, M. b. A. (1997). *Irshad al-Fuhul* (Vol. 2). Dar al-Kitab al-Arabi.
- Amili, M. b. M. (1985). *Al-Lum'a al-Dimashqiyya*. Dar al-Nasir.
- Ansari, M. (1994). *Kitab al-Makasib* (Vol. 6). Sheikh Azam Ansari Congress.
- Araki, M. A. (1994). *Kitab al-Bay'*. Institute Dar Rah Haq.
- Behmand, M., & Bahmani, M. (1991). *Domestic Banking* (Vol. 1). Higher Institute of Banking.
- Bushehri, J. (1976). *Constitutional Law* (Vol. 1). University of Tehran Press.
- Eshtahari, A. *Madarik al-Urwah* (Vol. 22). Dar al-Uswah lil-Tiba'a wa al-Nashr.
- Eskini, R. (1988). Penalty Clauses in International Commercial Contracts. *Legal Journal*, 9, 41-88.
- Ghazi, A. (2001). *Constitutional Law and Political Institutions* (Vol. 7). University of Tehran Press.
- Ghestin, J. (2001). *Traité de droit civil. Les obligations*. LGDJ.

- Gorji, A. (1993). *Collection of Legal Articles* (Vol. 2). University of Tehran Press.
- Gorji, A. (2000). *History of Jurisprudence and Its Developments* (Vol. 3). SAMT Publications.
- Hosseini Shahroudi, S. M. *Kitab al-Hajj* (Vol. 2). Matba'at al-Qadha'.
- Hosseini Sistani, S. A. (2008). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 2). Madin Publications.
- Ibn Abi Jumhur, M. b. Z. a.-D. (1982). *Awali al-Li'ali* (Vol. 2). Dar Sayyid al-Shuhada.
- Johari, I. b. H. (1989). *Al-Sihah Taj al-Lugha wa Sihah al-Arabiyya* (Vol. 2). Dar al-Ilm lil-Malayin.
- Karki, A. b. H. (1987). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (Vol. 4). Al al-Bayt Institute.
- Kashif al-Ghita, M. H. (1940). *Tahrir al-Majalla* (Vol. 2). Maktab al-Murtadawiyya.
- Katouzian, N. (2000). *General Rules of Contracts* (Vol. 2). Sherkat Sahami Enteshar.
- Katouzian, N. (2005). *Civil Law: Property and Ownership* (Vol. 10). Nashr-e Mizan.
- Katouzian, N. (2011). *Philosophy of Law* (Vol. 2). Sherkat Sahami Enteshar.
- Khavari, M. (1992). *Banking Law* (Vol. 2). Financial and Banking Institute.
- Khomeini, R. M. (2000). *Kitab al-Bay'*. Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Maqsudi, R. (2011). Adjustment of Penalty Clauses and Their Consequences in French, English, and Iranian Law. *Legal Studies Quarterly*, 2(2), 103-129.
- Mesbahi Moqaddam, G., & Jalali, H. (2008). Exploration of the Jurisprudential Rulings on Penalty Conditions and Delay Fines in the Non-Usury Banking System. *Islamic Legal Studies Quarterly*, 28, 5-50.
- Mohiqqiq Damad, S. M. (1987). *Rules of Jurisprudence* (Vol. 2). Ministry of Culture and Islamic Guidance.
- Mohiqqiq Damad, S. M. (2009). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*. Islamic Sciences Publication Center.
- Montazeri Najafabadi, H. A., Solati, M., & Shokouri, A. (1988). *Foundations of Islamic Government Jurisprudence* (Vol. 2). Kayhan Institute.
- Mousavian, S. M. (2006). Examining Solutions to Address Delay Damages in Non-Usury Banking. *Fiqh and Law Journal*, 2(8), 105-124.
- Mousavian, S. M. (2010). *Delay Damages*. Monetary and Banking Research Institute.
- Muzaffar, M. R. (1998). *Usul al-Fiqh* (Vol. 1). Esmaeeliyan Publications.
- Naeini, M. H. (1992). *Al-Makasib wa al-Bay'* (Vol. 2). Jameat al-Mudarrisin.
- Najafi, S. M. H. (1986). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam* (Vol. 23). Islamiyya Publications.
- Qurashi, S. A. A. (1991). *Qamus al-Quran* (Vol. 5). Dar al-Kutub al-Islamiyya.
- Ragheb Isfahani, H. b. M. (1991). *Mufradat Alfaz al-Quran*. Al-Dar al-Shamiya.
- Saad, N. I. (1998). *Al-Nadhariyah al-Ammah lil-Iltizam*. Dar al-Nahda al-Arabiya.
- Sadr, S. M. B. (1983a). *Fatawa al-Wadihah* (Vol. 8). Dar al-Taaruf lil-Matbu'at.
- Sadr, S. M. B. (1983b). *The Non-Usury Bank in Islam* (Vol. 8). Dar al-Taaruf.
- Shahidi, M. (2005). *Formation of Contracts and Obligations*. Majd Publications.
- Shams, A. (2006). *Civil Procedure* (Vol. 2). Darak Publications.
- Starr, P. (2009). *The Power of Freedom*. Nashr-e Saless.
- Tusi, M. b. H. *Al-Tibyan fi Tafsir al-Quran* (Vol. 2). Islamic Media Library.
- Vahdati Shabiri, S. H. (2003). Comparative Study of Delay Damages in Iranian Law and Imami Jurisprudence. *Islamic Economy Quarterly*, 3(12), 93-110.
- Yazdi, S. M. K. (2009). *Urwat al-Wuthqa* (Vol. 2 & 5). Al-Sibtain International Institute.