

Research Article

Mortgagor's responsibility for the damage of late payment of bank facilities; According to the theory dated ۱۱/۲۳/۱۳۹۹ of the jurists of the Guardian Council

Yaser arabnejad^۱, katayoun kiasoroush^۲

Received: ۲۰۲۲/۱۱/۱۲

Accepted: ۲۰۲۲/۱۲/۲۰

Abstract

Banks demand the compensation for delayed payment related to the facilities in the same way, from the three groups of facility receivers, guarantors and mortgagors. The prevailing practice in the judicial authorities and registration departments is that there is no difference between the responsibility of the mortgagor and the recipient of the facility, and the damage of late payment from the mortgagor is also subject to judgment or execution. The origin of this procedure goes back to the interpretation of Article ۷۷۵ of the Civil Code and Note ۱ of the Law on Banking Operations without Usury (Interest) approved in ۱۳۶۴. According to the legal and jurisprudential reasons stated in this research, which was obtained based on the library research method, the basis for calculating the damages for late payment in partnership contracts is from the time of violation or excess of the recipient's facilities, and in exchange contracts, this basis is the due date of the debt. . The reason for the damage of late payment at the time of the conclusion of the contract is due to a condition included in the contract, but because the fulfillment of this condition, both in partnership contracts and in exchange contracts, is possible and deferred to the future; Therefore, according to Article ۷۷۵ of the Civil Code and the recent theory of the supreme jurists of the Guardian Council, if the mortgage contract was concluded before the confirmation and establishment of the debt due to the damage of late payment, it is void and the mortgagor has no responsibility for it.

Keywords: *Late fine, bank damage, compensation, mortgage, fixed debt, non-fixed debt.*

^۱ - PhD student in private law, Department of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. yaser.arabnzhad@gmail.com (corresponding author)

^۲ - Master's student in financial and economic law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. kiasorooshkatayoon@gmail.com

مسئولیت رهن نسبت به خسارت تأخیر تأدیه تسهیلات بانکی؛ با توجه به نظریه مورخ

۱۳۹۹/۱۱/۲۳ فقهای شورای نگهبان

یاسر عرب نژاد^۳ کتایون کیاسروش^۴

چکیده

بانک‌ها، خسارت تأخیر تأدیه مربوط به تسهیلات را به صورت یکسان، از سه گروه تسهیلات گیرنده، ضامنین و رهنین مطالبه می‌کنند. رویه غالب در مراجع قضایی و دوائر ثبتی نیز این‌گونه است که میان مسئولیت رهن و تسهیلات گیرنده فرقی قائل نبوده و خسارت تأخیر تأدیه از رهن نیز موضوع حکم یا اجرائیه قرار می‌گیرد. منشأ این رویه به نحوه تفسیر ماده ۷۷۵ قانون مدنی و تبصره ۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲ بر می‌گردد. بر اساس دلایل حقوقی و فقهی بیان شده در این پژوهش که بر مبنای شیوه تحقیق کتابخانه‌ای حاصل شده است، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در عقود مشارکتی، از زمان تعدی یا تفریط تسهیلات گیرنده و در عقود مبادله‌ای، این مبدأ، اجل دین سررسید شده است. سبب خسارت تأخیر تأدیه در زمان انعقاد قرارداد به موجب شرط ضمن عقد ایجاد شده است، لیکن چون تحقق این شرط، چه در عقود مشارکتی و چه در عقود مبادله‌ای، احتمالی و موکول به آینده است؛ بنابراین مستفاد از ماده ۷۷۵ قانون مدنی و نظریه اخیر فقهای معظم شورای نگهبان در صورتی که عقد رهن، پیش از ثبات و استقرار دین ناشی از خسارت تأخیر تأدیه منعقد شده باشد، باطل و رهن هیچ‌گونه مسئولیتی نسبت به آن ندارد.

واژگان کلیدی: جریمه دیرکرد، خسارت بانک، جبران خسارت، رهن، دین مستقر، دین غیرمستقر.

^۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. yaser.arabnzhad@gmail.com

^۴- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی اقتصادی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. kiasorooshkatayoon@gmail.com

حتماً با شیوه یکسان بانک‌ها در رجوع به تسهیلات گیرنده، ضامنین و راهنین برای وصول مطالبات آشنا هستید. اگر بانک قصد داشته باشد از طریق مراجع قضایی مطالبات خود را وصول کند، اصولاً دادخواست را به طرفیت تسهیلات گیرنده، ضامنین و راهنین تنظیم و از دادگاه درخواست می‌کند خواندگان دعوی را به صورت تضامنی به پرداخت اصل تسهیلات، سود و خسارت تأخیر تأدیه محکوم نماید و اگر قصد داشته باشد از طریق دوایر اجرای ثبت نسبت به وصول مطالبات اقدام نماید، همین کار مشابه را در فرم تقاضانامه صدور اجرائیه انجام می‌دهد تا با صدور اجرائیه بتواند هم‌زمان اصل تسهیلات، سود و خسارت تأخیر تأدیه را از متعهد اصلی، ضامنین و راهنین وی دریافت کند. بررسی‌های صورت گرفته بیانگر آن است که اصولاً مراجع قضایی و اداره اجرای اسناد رسمی میان نوع قرارداد و مسئولیت تسهیلات گیرنده، ضامنین و راهنین فرقی قائل نیستند و علت آن شاید تفسیر ماده ۷۷۵ قانون مدنی و همچنین تبصره ۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲ باشد که مقرر نموده است: «کلیه وجوه و تسهیلات اعطائی که بانک‌ها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرائی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار، قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضائی و دوایر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند». سوابق پژوهشی در این خصوص نیز حکایت از آن دارد که در خصوص حدود مسئولیت راهن در عقود بانکی، تحقیقات جزئی انجام نشده است. در خصوص مبانی شرعی و قانونی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه توسط بانک‌ها؛ نظریه فقها و حقوق دانان، مقاله‌ای به قلم تحریر درآمده که در آن تلاش شده است مفهوم و ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در شرع مقدس اسلام، دیدگاه‌های فقهی موافقان و مخالفان مشروعیت این خسارت و آثار و نتایج هر یک از این نظرات، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد همچنین در این تحقیق به بحث در خصوص مبانی مشروعیت این خسارت با توجه به نظریات فقهی شورای نگهبان پرداخته شده است (درویشی، ۱۳۷۸). اثر دیگر با عنوان کاربرد عقد رهن در عملیات بانکی می‌باشد که در آن عقد رهن و سایر وثایق ماخوذه در عملیات بانکداری مورد مقایسه قرار گرفته و به ضرورت آن پرداخته است (رحمانی، ۱۳۸۲). همچنین در مقاله‌ای با عنوان «نقدی بر رای وحدت رویه شماره ۷۸۸ دیوان عالی کشور در سایه نقض استقلال حقوق تجارت در برابر حقوق مدنی» عدم مسئولیت ضامن تاجر ورشکسته به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را مورد نقد قرار داده است (رمضان زاده بادل و حسینی مقدم، ۱۴۰۱). تفاوت‌های عقود مبادله‌ای با مشارکتی در مقاله با عنوان مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آنها در نظام بانکداری اسلامی بیان شده است اما در خصوص تفاوت این عقود در مانده بدهی و مبدأ احتساب آن سخنی به میان نیامده است (اکبرزاده، ۱۳۹۲). لذا در این تحقیق قصد داریم در وهله اول بدهی تسهیلات گیرنده در عقود مشارکتی و مبادله‌ای را به صورت کلی با یکدیگر مقایسه کنیم و سپس با بیان نحوه محاسبه میزان بدهی و مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه در هر یک از این عقود، مسئولیت راهن را نسبت به خسارت

تأخیر تأدیه ناشی از تسهیلات بانکی را با توجه به نظریه مورخ ۲۳/۱۱/۱۳۹۹ فقهای محترم شورای نگهبان مورد بررسی قرار دهیم.

۱. خسارت تأخیر تأدیه

وجه التزام قبل از آنکه ضرری متوجه متضرر شود قرار داده می‌شود و آن در حقیقت مقدار خسارت احتمالی است که بعداً ایجاد می‌گردد (امامی، ۱۳۹۷/۱: ۷۲۷) و خسارت تأخیر تأدیه، مالی است که بابت ضرر وارده در نتیجه تأخیر در ادای دین از طرف مدیون به داین داده می‌شود که با توجه به موضوع تحقیق این دو عنوان مترادف و یکسان انگاشته می‌شود (پنج تنی، ۱۳۹۰: ۱۹).

خسارت تأخیر تأدیه که در قراردادهای بانکی موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی آن مطرح است، به خسارتی گفته می‌شود که به تجویز قانون^۵ و با تراضی و توافق طرفین عقد، معین و در قرارداد درج می‌گردد تا تسهیلات گیرنده در صورت تأخیر و کوتاهی در بازپرداخت تسهیلات و تعهداتش، متناسب با مدت زمان سپری شده از تاریخ سررسید و نسبت به وجوه پرداخت نشده ملزم به پرداخت آن شود. باتوجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۷۹۴ و ۷۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نرخ آن را بانک مرکزی معین می‌کند. نرخ خسارت تأخیر تأدیه در زمان تنظیم این مرقومه و مطالبه آن چه از طریق دوایر اجرای ثبت مطالبه شود و چه مورد حکم دادگاه قرار گیرد طبق ماده ۱۷ آیین‌نامه وصول مطالبات غیرجاری مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی) مصوب یک هزار و دویست و ششمین جلسه مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۰ شورای پول و اعتبار و تبصره آن، برای تمامی تسهیلات ریالی و ارزی از تاریخ سررسید و نسبت به مانده بدهی، علاوه بر نرخ سود مندرج در قرارداد تسهیلات اعطایی در قالب عقود غیر مشارکتی یا نرخ بازده مورد انتظار تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکتی معادل شش درصد (۶٪) است. به‌عنوان نمونه اگر نرخ سود قرارداد منعقد شده ۲۱ درصد باشد، نرخ خسارت تأخیر تأدیه این قرارداد ۲۷٪ است.

باتوجه به تبصره یک از ماده واحده قانون الحاقی دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) و ماده ۱۷ آیین‌نامه مار البیان و ماده ۲۳۰ قانون مدنی^۸، بانک زمانی مجاز به اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه دین از متعهد

^۵ تبصره ۱ الحاقی ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره): کلیه وجوه و تسهیلات اعطایی که بانک‌ها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرائی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضائی و دوایر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند.

^۶ مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه امره دارد.

^۷ تعیین وجه التزام قراردادی به‌منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.

^۸ اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند.

۱-۱. مانده بدهی در عقود مشارکتی (با بازدهی متغیر)

است که در قرارداد منعقد فی مابین بانک و مشتری، اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه دین به صورت شرط ضمن عقد ذکر و نرخ آن به طور صریح و دقیق مشخص و به امضای طرفین رسیده باشد؛ البته در موارد استثنا، دریافت خسارت تأخیر تأدیه از تسهیلات گیرنده و ضامنین ممنوع است که به دلیل عدم ارتباط با تحقیق حاضر به آن نمی‌پردازیم.

مبانی فقهی حقوق اسلامی

مسئولیت راهن نسبت به خسارت تأخیر تأدیه تسهیلات بانکی؛ با توجه به نظریه مورخ ۱۳۹۹/۱/۳۳ فقهی شورای نگهبان

بر اساس مقررات امری و مانع در حوزه پولی و بانکی کشور، اعطای تسهیلات در قالب عقود مشارکتی، از لحاظ حقوقی، مبتنی بر شراکت و آثار مترتب بر آن است. یکی از ویژگی‌های اصلی عقود مشارکتی بنابر ذات و ماهیت عقود مزبور، آن است که رابطه بانک و مشتری، رابطه شراکت است و نه بدهکار و بستانکار. از این رو آورده بانک و آورده مشتری به عنوان سهم‌الشرکه آن‌ها به حساب می‌آید. لذا در زمان مراجعه تسهیلات گیرنده به بانک و ارائه درخواست انجام مشارکت، چنانچه عواید احتمالی و برآوردی حاصل از اجرای موضوع مشارکت، بازده مورد انتظار یا همان سود مورد انتظار بانک را تأمین نماید، بانک می‌تواند با تسهیلات گیرنده وارد شراکت شود و نهایتاً در خاتمه مشارکت، از تفاضل ارزش روز طرح و هزینه‌های انجام آن، سود حاصله (ارزش افزوده طرح)، محاسبه و سهم طرفین شراکت، به تناسب سهم‌الشرکه و آورده خود تقسیم می‌گردد (عرب نژاد و ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۵۴-۵۳). این فرایند منطبق با قوانین و مقررات حاکم بر عقود مشارکتی (عقود با بازدهی متغیر) است؛ زیرا قانون‌گذار در تبصره ۱ قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی (با تأکید بر قانون عملیات بانکی بدون ربا) مصوب ۱۳۸۵ مقرر نموده است: «در باره عقود با بازدهی متغیر بانک‌ها مکلف‌اند بدون تعیین نرخ سود مورد انتظار بر اساس مفاد قانون عملیات بانکی بدون ربا، در حاصل فعالیت اقتصادی مورد قرارداد شریک شوند»، همچنین در بند ۲-۲ قسمت الف بسته سیاستی - نظارتی شبکه بانکی کشور در سال ۱۳۸۷ تأکید شده است: در عقود مشارکتی، بدون تعیین سود قطعی از پیش تعیین شده، (تسویه حساب بر اساس سود واقعی حاصل از اجرای پروژه) و با حضور و نظارت بانک به مثابه یک شریک در امور مربوط به موضوع مشارکت انجام می‌گیرد. بند ۱ ماده ۱۹ ضوابط سیاستی - نظارتی شبکه بانکی کشور در سال ۱۳۸۸ نیز متضمن همین امر مقنن است. عقود مشارکتی در قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) احصاء شده است که شامل مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات می‌شود.

بانک مرکزی در خصوص نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در عقود مشارکتی بیان داشته است: «از آنجایی که تسهیلات گیرنده در عقود مشارکتی بدهکار بانک نمی‌باشد بلکه شریک آن است و عین مبلغی که از بانک دریافت می‌نماید (اصل سهم‌الشرکه بانک) کماکان متعلق به بانک می‌باشد؛ لذا هرگونه ارزش افزوده و یا تبدیلی که به اصل سهم‌الشرکه بانک ایجاد شود، متعلق به بانک است. از این رو خسارت تأخیر تأدیه نسبت به مبلغ تسهیلات و فوائد مترتب بر آن قابل محاسبه می‌باشد» (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۵۹۹، ۶۱۳، ۶۱۴). به نظر می‌رسد مقرر اخیر در تمامی عقود مشارکتی قابل اعمال نباشد. به عنوان نمونه در عقد مشارکت مدنی که به منظور احداث یک واحد تولیدی منعقد می‌شود، شرکت مدنی، با درآمیخته شدن سرمایه بانک و تسهیلات گیرنده اعم از نقدی و غیرنقدی تشکیل می‌شود؛ زیرا هدف این آمیزش رسیدن به یگانگی است (عرب نژاد و ابراهیمی، ۱۳۹۹: ۲۴). در واقع شکل تحول یافته و کامل شرکت در حقوق کنونی، صورتی است که در آن مالکیت‌های جزء، اصالت خود را از دست می‌دهد و در یک مالکیت جمعی و مشترک ادغام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹/۲: ۱۳). یا به عبارتی دیگر تحلیل رابطه شرکا با یکدیگر و با شرکت نشان می‌دهد که شرکا به دلیل پرداخت مبلغ سهام، طلبکار یکدیگر نمی‌شوند، بلکه اموال ایشان به شخصیت حقوقی شرکت منتقل شده و در مقابل حقی برای ایشان به وجود آمده که در صورت وجود منافع، نسبت به آن ذی‌حق خواهد بود (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۹۳-۲۹۲).

در مثال مذکور اگر بانک و تسهیلات گیرنده به نسبت ۸۰ درصد و ۲۰ درصد سرمایه‌ای در این اجتماع گذارند، پس از انجام موضوع مشارکت، مالکیت خصوصی هر کدام نسبت به آورده خود، به مجرد امتزاج سرمایه از بین می‌رود و تمامی مالکیت به اجتماع ایجاد شده، یعنی «شرکت مدنی» تعلق می‌یابد. به همین علت در ماده ۱۲ فرم یکنواخت قرارداد مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۲۲۵-۲۲۴) بیان شده است: «در پایان مدت قرارداد، پس از وضع تمامی هزینه‌های مشارکت، مانده حساب مشترک مشارکت مدنی پس از برداشت سرمایه هریک از شرکاء، نشان‌دهنده سود مشارکت است» بنابراین در مثالی که بیان شد، اصل سهم الشرکه بانک پس از درآمیخته شدن با سهم الشرکه شریک به واحد تولیدی تبدیل شده است و چون رابطه بانک با تسهیلات گیرنده، مبتنی بر شراکت است بنابراین، مادام که این رابطه بر اساس شروط قراردادی به رابطه بدهکار و بستانکار تبدیل نشود، مانده بدهی در عقود مشارکت منتفی می‌باشد و بانک به نسبت سهم‌الشرکه خود در واحد تولیدی احداث شده شریک است و می‌تواند سهم‌الشرکه خود را ارزش گذاری کند و آن را به شریک یا هر شخص ثالث، بفروشد.

۱-۲. مانده بدهی در عقود مبادله‌ای (با بازدهی ثابت)

مبنای اخذ خسارت تأخیر تأدیه، در عقود مبادله‌ای مبلغ هر قسط می‌باشد به نحوی که عدم بازپرداخت هر قسط در سررسید مقرر موجب می‌شود تا بانک مبلغ هر قسط را پایه محاسبه وجه التزام قرار دهد. بدیهی است در صورتی که به علت عدم ایفای تعهد تسهیلات گیرنده، کل اقساط آتی به دین حال تبدیل گردد، پایه محاسبات کل مبلغ پرداخت نشده قرارداد می‌باشد (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۵۹۹). آنچه بیان شد مقرر بانک مرکزی است که به نظر صحیح است؛ زیرا عقود مبادله‌ای یا عقود با بازدهی ثابت، در برابر «عقود مشارکتی» قرار دارند. در این عقود که از آن با عنوان «قراردادهای معاوضه‌ای» نیز یاد می‌شود، دو طرف قرارداد بر مبادله یک کالا یا خدمت با قیمتی معین توافق می‌کنند (توکلی، ۱۳۹۲: ۱۸۲) و عوضین به ملکیت دو طرف در می‌آید و به همین علت رابطه بانک با تسهیلات گیرنده مبتنی بر رابطه بستانکار و بدهکار است (سلطانی، ۱۳۹۸: ۱۹۰). به عنوان نمونه در عقد سلف، بانک محصولات تولیدی را به قیمت معین پیش‌خرید می‌کند یا در فروش اقساطی، بانک عین معینی را به بهای معلوم به تسهیلات گیرنده واگذار می‌کند. نکته مهم در عقود مبادله‌ای این است که سود بانک در این عقود به صورت مجزا در قرارداد درج نمی‌شود؛ بلکه ما با یک مبلغ واحد، روبرو هستیم که سود بانک در آن نهفته شده است (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۴۴۱، ۴۴۸، ۵۱۱، ۵۴۴). با توضیحی که بیان شد مشخص گردید که در عقود با بازدهی ثابت، سود بانک و بدهی تسهیلات گیرنده و زمان و نحوه بازپرداخت آن، در زمان انعقاد قرارداد، مشخص است و می‌توان بر اساس مفاد قرارداد، میزان تأخیر تسهیلات گیرنده در بازپرداخت بدهی را مشخص نمود. اجاره به شرط تملیک، خرید دین، مرابحه و استصناع از دیگر عقود هستند که در زیر گروه عقود مبادله‌ای قرار دارند.

۱-۳. مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه در عقود مشارکتی و مبادله‌ای

از جمله اسباب مسقط ضمان در فقه، قاعده استیمان است (سنگلجی، ۱۳۵۳: ۶۸). مطابق این قاعده، شریک امین بوده و ضامن تلف مال الشرکه نیست؛ مگر آنکه در حفاظت آن تعدی یا تفریط کرده باشد. مقصود از «امانت^۹ شریک» آن

^۹ امانت بر دو قسم است مالکیه و شرعیه. امانات مالکیه عبارت از تسلیط و اذن مالک است در اثبات ید بر مال مانند ید وَدَعَى (مُسْتَوْدَع) نسبت به ودیعه؛ و ید شریک نسبت بمال الشرکه؛ و عامل مضاربه نسبت به مال المضاربه؛ و ید مستعیر نسبت به عاریه؛ و ید عامل مزارعه و مساقات نسبت به اعیانی که در آن مزارعه و مساقات واقع می‌شود؛ و ید وکیل نسبت به مال موکل که در تصرف اوست. امانات شرعیه عبارت از اثبات ید بر مال غیر است به اذن شارع بدون اطلاع مالک مانند ید ملتقط؛ و ید اولیا از قبیل حاکم و وصی و پدر و جد... (سنگلجی، ۱۳۵۳: ۶۸)

است که مال مشترک و اموال شرکاء که در تحت اختیار او است و وی در وضع ید و تصرف در آنها از ناحیه دیگران مأذون است نزد او امانت بوده و در صورتی که بدون تعدی و تفریط در حفاظت و نگهداری تلف شوند وی ضامن نیست؛ زیرا لیس علی الامین الا الیمین، کنایه از این دارد که شخص امین ضمانی در عهده ندارد و از وی غرامت تلف مطالبه نمی‌نمایند. و اما مقصود از «تعدی^{۱۰}» در این عبارت این است که کاری که عملش جایز نیست شریک مرتکب شده و در مال انجام دهد که موجب تلف و از بین رفتن آن گردد چنانچه منظور از «تفریط^{۱۱}» تقصیر در حفاظت مال و مراعات نکردن آنچه در صلاح آن دخیل است می‌باشد (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶/۱۴: ۳۵). حال سوالی که باید به آن پاسخ داده شود این است که در عقود مشارکتی مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه، چه زمانی است؟ به عبارت دیگر بانک چه زمانی می‌تواند خسارت تأخیر تأدیه را از تسهیلات گیرنده مطالبه کند؟

بر اساس بند ۳ ماده ۱۳ فرم یکنواخت قرارداد مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۲۲۵) تسهیلات گیرنده متعهد شده است در صورت تخلف از مفاد قرارداد، از تاریخ تخلف و به محض اعلام بانک، اصل سهم الشرکه پرداختی بانک را به همراه جریمه‌ای معادل نرخ سود مورد انتظار، به تناسب مدت سپری شده به بانک پرداخت نماید. در بند ۴ این ماده نیز تسهیلات گیرنده به عنوان شریک بانک متعهد شده است در صورت عدم پرداخت وجوه در سر رسید مقرر، از تاریخ سر رسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک و همچنین در مواردی که شریک در اثنای مدت این قرارداد به تشخیص بانک از مفاد این قرارداد تخلف نماید، از تاریخ اعلام تخلف اخیر توسط بانک، مبلغی علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین، و بر اساس مفاد «آیین نامه مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول موسسات اعتباری»، موضوع تصویب نامه هیأت وزیران پرداخت نماید. در تبصره ۲ این ماده نیز مبنای محاسبه وجه التزام تأخیر تأدیه دین در خصوص مواردی که تخلف شریک ناشی از ارایه اطلاعات نادرست مؤثر در انعقاد و اجرای این قرارداد و یا مصرف تسهیلات در محلی خارج از موضوع قرارداد باشد، تاریخ انعقاد قرارداد، عنوان شده است.

در فرم یکنواخت قرارداد مضاربه، مزارعه و مساقات مصوبات شورای پول و اعتبار (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۳۲۱، ۳۰۰، ۲۷۲) نیز تعهدات مشابه وجود دارد که وجه اشتراک جملگی آنان تخلف تسهیلات گیرنده است یعنی از زمان تخلف و اعلام، تسهیلات گیرنده متعهد به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است. به عنوان نمونه، در عقد مضاربه، عامل (تسهیلات گیرنده) باید کلیه وجوه حاصل از فروش را بلافاصله پس از فروش و حداکثر تا تاریخ انقضای قرارداد به بانک پرداخت و قرارداد مضاربه را تسویه نماید. همچنین متعهد شده است که در صورت عدم پرداخت وجوه در سر رسید مقرر، از تاریخ سر رسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک، علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، مبلغی به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین پرداخت نماید. یا در عقد مزارعه و مساقات عامل (تسهیلات گیرنده) متعهد شده است پس از ظهور محصول، به تعهد خود مبنی بر تحویل آن به بانک، حداکثر تا موعد مقرر در قرارداد عمل کند در غیر اینصورت، موظف است از تاریخ تسویه کامل، علاوه بر پرداخت بهای محصول، در زمان و محل تعیین شده در قرارداد، مبلغی را به عنوان وجه التزام به بانک پرداخت نماید.

باتوجه به مطالب معنونه و مستفاد از مواد ۵۵۶، ۵۸۴، ۶۱۴ و ۶۳۱ قانون مدنی به نظر می‌رسد، در عقود مشارکتی با نقض تعهدات از سوی تسهیلات گیرنده در بازپرداخت اقساط از پیش تعیین شده مواجه نیستیم بلکه مبدأ احتساب خسارت

^{۱۰} ماده ۹۵۱ قانون مدنی: تعدی تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت بمال یا حق دیگری.

^{۱۱} ماده ۹۵۲ قانون مدنی: تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

تأخیر تأدیه در این عقود از زمانی تعدی یا تفریط تسهیلات گیرنده است و منظور از «سررسید مقرر» در فرم‌های یکنواخت قرارداد، صرفاً تاریخ پایان قرارداد نیست؛ بلکه تاریخ تعدی یا تفریط است که حسب مورد می‌تواند متفاوت باشد. مضافاً اینکه باتوجه به مفاد قرارداد، در مواردی، مبدأ خسارت، زمان اعلام تخلف به تسهیلات گیرنده است و نه زمان تعدی یا تفریط. به دیگر سخن؛ مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه در عقود مشارکتی زمانی است که ید تسهیلات گیرنده به‌عنوان شریک بانک، از امانی به ضمانی تبدیل می‌شود و از این زمان است، رابطه بدهکار و بستانکار بین او و بانک به وجود می‌آید.

در مباحث قبلی مطالبی در خصوص عقود مبادله‌ای یا همان عقود با بازدهی ثابت بیان شد. در این عقود رابطه تسهیلات گیرنده و مشتری از ابتدا مبتنی بر رابطه بدهکار و بستانکار بوده و نه شراکت؛ بنابراین مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ سررسید هر قسط است و نسبت به اقساط آتی که به دین حال تبدیل می‌شود، تاریخ تبدیل، مبدأ احتساب خسارت قرار می‌گیرد.

۲. حقوق بانک که می‌توان برای آن رهن داد

رهن یا گروگذاری به معنای آن است که بدهکار مقداری از مال خود را نزد طلبکار می‌گذارد تا اگر طلب او را نداد، از مالش بردارد (اسلامی، ۱/۱۳۸۴: ۲۱۷) در ماده ۷۷۱ قانون مدنی نیز در تعریف این عقد بیان شده است: «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد...». سند وثیقه، بر اساس مقررات پولی و بانکی کشور، سندی است که دلالت بر عقد رهن یا معامله با حق استرداد یا بیع شرط کند که به موجب آن شخصی (اعم از اینکه مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیر منقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد، خواه آن عمل، رد طلب باشد یا عمل دیگر^{۱۲}. در برخی از عقود مانند عقد مرابحه، بانک مکلف است به منظور حصول اطمینان از ایفای تعهدات متقاضی، تضامین و وثایق کافی اخذ نماید (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۵۱۴)؛ در مواردی اخذ وثیقه به منظور تضمین بازپرداخت اعتبارات غیر ملکی الزامی ولی اخذ وثیقه ملکی خارج از طرح بدون رضایت گیرنده اعتبار ممنوع می‌باشد^{۱۳}؛ در مواردی نیز به منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی (اعم از کالا یا خدمت) دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات که توان مجری و توجیه اقتصادی، فنی و مالی و قابل ترهین طرح آن‌ها به تأیید بانک می‌رسد، توسط بانک‌های عامل ممنوع است اما بانک‌ها می‌توانند در ازاء اصل تسهیلات پرداختی مازاد بر سرمایه ثابت و آورده متقاضی وثایق خارج از طرح مطالبه نمایند^{۱۴}. یا در عقود امور مشارکت برای تولید، مذکور در تبصره بند ب ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، بانک نمی‌تواند از شریک وثیقه خارج از طرح بخواهد^{۱۵}.

در حال و صرف‌نظر از ممنوعیت یا عدم ممنوعیت اخذ وثیقه در تسهیلات بانکی، اسناد وثیقه که در ارتباط با تسهیلات بانکی به منظور تضمین حسن انجام تعهدات تسهیلات گیرنده، تنظیم و منعقد می‌شود دو گونه است. در روش اول، بانک

^{۱۲} بند ج ماده ۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۰۶/۱۱

^{۱۳} ماده واحده قانون عدم سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد

اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۰۳/۲۷

^{۱۴} ماده ۱ و تبصره ۳ ماده ۱ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و

کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶/۰۴/۰۵

^{۱۵} تبصره ۱ ماده واحده قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی (با تأکید بر قانون عملیات

بانکی بدون ربا) مصوب ۱۳۸۵/۰۲/۳۱

جهت اعطای تسهیلات، مبادرت به انعقاد قراردادهای تسهیلاتی موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) با تسهیلات‌گیرنده می‌نمایند و به‌منظور تدارک تأمین مناسب جهت تضمین بازپرداخت مطالبات خود، مبادرت به اخذ وثایق در قالب اسناد رهنی می‌کند که این اسناد رهنی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد و باتوجه به حکم ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، سند رسمی و لازم‌الاجراست. گاهی وثایق، ضمن قرارداد داخلی بانک که در بانک تنظیم و منعقد می‌گردد، اخذ می‌شود که با توجه نص ماده ۱۵ اصلاحی قانون اخیر، در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن، طرفین اختلافی نداشته باشند، لازم‌الاجرا بوده و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی است.

در دو روشی که برای اخذ وثیقه بیان شد، بانک برای تمامی حقوقی که برای خود متصور است از تسهیلات‌گیرنده مطالبه رهن می‌کند که صحیح نمی‌باشد؛ زیرا «حق ثابت بر رهن» (دین) یکی از ارکان عقد رهن است و مراد از حق، چیزی است که مرهون در ازای آن گرفته می‌شود و بدون شک، رهن بر دین ثابت در ذمه صحیح است؛ خواه دین نقد (حال) باشد یا مدت دار (مؤجل) و خواه قبل از رهن بر ذمه ثابت باشد یا مقارن آن، مانند اینکه فروشنده بگوید: این جنس را به صورت نسیه به ده هزار تومان به تو فروختم به شرط آنکه این مال را به من رهن بدهی. اما رهن بر دینی که هنوز بر ذمه نیامده صحیح نیست (هاشمی شاهرودی و موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۳۸۲/۴ [الف]: ۲۰۳). بر اساس ماده ۷۷۵ قانون مدنی نیز «برای هر مالی که در ذمه باشد» ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد. از این ماده سه شرط مهم برای حقی که به منظور تضمین آن رهن داده می‌شود به دست می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۹۸/۴: ۴۹۸): اول اینکه، حق باید جنبه مالی داشته باشد. شرط دوم این است که، حق باید در ذمه باشد، بدین معنی که شخص باید در برابر دیگری مدیون باشد تا بتوان برای ایجاد اطمینان در طلبکار، مالی را به رهن داد. از همین جا است که می‌گویند رهن عقد تبعی است و در صورتی اعتبار دارد که مسبوق به دین باشد. سومین شرط نیز به دست می‌آید و بدین گونه خلاصه می‌شود که «دین باید پیش از رهن وجود داشته باشد».

۲-۱. مالی بودن حق بانک

وثیقه و دین باید از یک سنخ باشد تا طلبکار با حبس وثیقه اطمینان یابد که به حق خویش می‌رسد. پس، وثیقه مالی برای حقی که رهن گذارده می‌شود که جنبه مالی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸/۴: ۴۹۸). بنابراین بانک برای حقوق غیرمالی خود نمی‌تواند رهن بگیرد. به عنوان نمونه مطابق شرط ضمن عقد در قرارداد مشارکت مدنی، اداره امور شرکت مدنی به عهده شریک (تسهیلات‌گیرنده) می‌باشد و شریک متعهد و ملتزم گردید اجرای طرح مشارکت را طبق اسناد، مدارک و مجوزهای لازم، رأساً انجام دهد. همچنین متعهد شده است در زمانی که بانک گزارش مربوط به نحوه فعالیت شریک را مطالبه نماید، گزارش فعالیتش را تهیه و به بانک تسلیم نماید. در موارد اینچنینی، هرچند تکلیف اداره شرکت یا تهیه گزارش عملکرد، برای تسهیلات‌گیرنده ایجاد شده است اما امکان استیفای آن از محل بهای مال مرهونه وجود ندارد چون وثیقه و تکالیف مذکور از یک سنخ نیستند.

۲-۲. قرار گرفتن دین بر ذمه تسهیلات‌گیرنده

اساساً رهن و گرفتن گرو بر غیر دین همچون عین جایز و مشروع نیست اگرچه مورد ضمان واقع بشود (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶/۱۲: ۱۲۷). همانگونه در مباحث قبلی بیان شد در عقود مشارکتی، تسهیلات‌گیرنده شریک بانک می‌باشد و در حکم امین است و در صورت تلف یا نقص مالی که در ید قرار دارد، ضامن مثل یا قیمت آن نیست، مگر اینکه مرتکب

تفریط یا تعدی شود. درست است که هرگاه امین، در نگاهداری مرتکب تعدی و تفریط شود، مسئول تلف مال است؛ لیکن پیش از این تقصیر، دینی بر عهده ندارد تا بتواند برای آن رهن گرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۸/۴: ۴۹۹). همچنین است در زمانی که تسهیلات گیرنده بعد از تحقق شرط متعهد به پرداخت مالی می‌شود؛ به عنوان مثال، در ماده ۹ فرم یکنواخت قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۲۷۲) شرطی درج شده است مبنی بر اینکه چنان چه به تشخیص بانک، عامل (تسهیلات گیرنده) بنا به دلایلی خارج از اراده، قادر به انجام موضوع قرارداد و یا اتمام آن نباشد؛ بانک می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. در این صورت عامل مکلف به بازپرداخت سرمایه مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک از سود مکتسبه می‌باشد. یا به موجب ماده ۸ قرارداد اخیر، عامل متعهد گردیده است، در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک منظور نماید. در وضعیت اول، بعد از فسخ قرارداد است که تسهیلات گیرنده باید سرمایه مضاربه و سود احتمالی تحصیل شده را به بانک پرداخت نماید. در وضعیت دوم نیز تعهد تسهیلات گیرنده منوط به این است عملیات مضاربه منجر به زیان شود. بنابراین در موارد مذکور و سایر موارد مشابه چون مال، در آینده بر ذمه تسهیلات گیرنده قرار می‌گیرد نمی‌توان برای آن رهن گرفت و در نتیجه از محل وثیقه قابلیت استیفاء را ندارد.

۲-۳. وجود دین مستقر تسهیلات گیرنده قبل از رهن

باتوجه به احکام فقهی و با عنایت به مواد ۱۶۷۱ و ۱۷۷۵ قانون مدنی، برای تحقق عقد رهن، وجود دین ضروری است و نمی‌توان مالی را برای دین آینده رهن گذاشت؛ اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا دینی که سبب آن به وجود آمده است و هنوز بر ذمه تسهیلات گیرنده قرار نگرفته است در زیرگروه دین حال تسهیلات گیرنده قرار دارد و می‌تواند به وسیله رهن تضمین شود یا اینکه از مصادیق دیون آینده است و نمی‌توان برای آن رهن گذاشت؟

اداره بررسی‌های حقوقی بانک مرکزی در سال ۱۳۹۸ در ارتباط با سؤال مذکور چنین پاسخ داده است: «... هر چند قراردادهای رهنی از عداد قراردادهای مربوط به اعطای تسهیلات که در قانون عملیات بانکی بدون ربا احصاء شده‌اند، خارج می‌باشند، لیکن قراردادهای رهنی که به تبع قراردادهای اعطایی تسهیلات، منعقد و مبادله می‌گردند، در راستای اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا ارزیابی می‌گردند. براین اساس و باتوجه به حکم مقرر در تبصره ۱ الحاقی ماده ۱۵ قانون مذکور چنانچه در قراردادهای رهنی بانک‌ها، مقرر شده باشد که تسهیلات گیرنده در سررسید معین وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و کارمزد و خسارت متعلقه بابت کلیه بدهی‌ها را به بانک پرداخت نماید، صدور اجرائیه در ارتباط با قراردادهای مزبور امکان‌پذیر به نظر می‌رسد» (عرب نژاد، ۱۳۹۹: ۶۵۳). این نظر اداره حقوقی در خصوص اصل تسهیلات، کارمزد، سود و خساراتی که بدل تعهد اصلی باشد، با نظر آقای دکتر ناصر کاتوزیان همخوانی دارد. ایشان بیان داشته‌اند: «بانک‌ها می‌توانند، پس از دادن اعتبار، از مشتریان خود برای تضمین مبالغی که آن مشتری از محل اعتبار وام می‌گیرد وثیقه بگیرند و قراردادی که در این زمینه بسته می‌شود تابع عقد رهن است. زیرا، پیمان مربوط به اعطای اعتبار، خود سبب دین مشتری و مبنای تعهد او به بازگرداندن وام است و شرط تحقق این دین و ثبوت آن بر ذمه مشتری استفاده از اعتبار مورد توافق است. همچنین، دادن رهن به عنوان تضمین حسن اجرای قرارداد، بدین معنی که هرگاه مدیون از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد از آن محل وسیله اجرای تعهد فراهم آید، درست است. ولی، دادن

^{۱۶}. رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.

^{۱۷}. برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

وثیقه برای جبران خسارات ناشی از عهدشکنی، بر این مبنا که مسئولیت مربوط به جبران این خسارت، بدل تعهد اصلی نباشد، تابع احکام رهن نیست و باید بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۸/۴: ۵۰۳)؛ آقای دکتر حسن امامی یکی دیگر از حقوقدانان برجسته کشور نظری مخالف را مطرح کردند و بیان داشته‌اند: «دینی که سبب آن بوجود آمده ولی هنوز دین بر ذمه تعلق نگرفته و ممکن است بعداً محقق گردد، مانند مال الجعالة قبل از انجام عمل، نمی‌توان رهن در مقابل آن قرار داد؛ زیرا ماده ۷۷۵ قانون مدنی می‌گوید: (برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود و لو عقدی که موجب اشتغال ذمه است، قابل فسخ باشد) و در فرض بالا دین در زمان عقد رهن در ذمه مدیون نمی‌باشد. از مفهوم ماده ۶۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: (ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است) صحت رهن در مورد مزبور استنباط نمی‌شود. بدین جهت توسعه دادن دایره رهن بطوری که گفته شود: هر دینی که بتواند مورد ضمان قرار گیرد می‌توان رهن برای آن قرار داد، مشکل بنظر می‌رسد» (امامی، ۱۳۹۳/۱: ۷۲۷). این اختلاف در رویه قضایی نیز مشاهده می‌شود. برخی مطابق نظر آقای دکتر کاتوزیان وجود سبب دین را شرط صحت رهن می‌دانند^{۱۸} و برخی دیگر از قضات، مطابق دیدگاه آقای دکتر امامی، وجود دین در زمان تشکیل عقد رهن، را شرط صحت عقد رهن دانسته و علی‌رغم وجود سبب دین، در زمان عقد رهن، حکم بر اعلان بطلان این عقد صادر نموده‌اند.^{۱۹} نظر اخیر با فقه امامیه مطابقت دارد؛ زیرا بیان شده است: شرط است در صحت رهن که بدهکاری، فعلاً به ذمه بدهکار ثابت باشد و اگر بعدها بدهکاری پیدا می‌کند، رهن آن در حال حاضر صحیح نیست (خراسانی و خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲: ۲۸۲). به عبارت دیگر رهن باید بر حق ثابت، در ذمه باشد (فیاض، ۱۴۲۶. ه. ق. ۴۶۰)، نه بر آنچه ثابت نشده در ذمه؛ «اگر چه سببش موجود شده باشد» (علامه حلی، ۱۳۹۰: ۲۳۵) پس باید سبب ثبوت در ذمه و وجوب تأدیه محقق شده باشد و رهن برای دینی که سبب ثبوت و وجوب در آن محقق نگردیده صحیحی نیست. (بهجت، ۱۳۸۴/۳: ۲۶) فتوای امام خمینی (قدس سره شریف) نیز همین است، ایشان فرموده‌اند: «چیزی که برایش رهن قرار داده می‌شود، شرط است که دین ثابت در ذمه باشد؛ به این صورت که سبب ثبوت دین از قبیل قرض گرفتن یا سلف دادن مال یا خریدن یا اجاره نمودن عینی به مالی در ذمه و غیر اینها، تحقق پیدا کرده باشد؛ چه دین حال باشد یا مدت‌دار، پس بر آنچه که بعداً قرض می‌گیرد یا بر ثمن آنچه که می‌خرد، رهن دادن صحیح نیست. بنابراین، اگر چیزی را بر آنچه که قرض خواهد نمود رهن بگذارد سپس قرض نماید، با این کار رهن حاصل نمی‌شود همچنین رهن بر مال جعالة قبل از اتمام نمودن عمل صحیح نیست» (کیائی، ۱۳۸۸/۲: ۹۶). فقهای معظم شورای نگهبان نیز در جلسه مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۳، وجود سبب دین، برای عقد رهن را کافی ندانسته و در مقام اظهار نظر نسبت به بخشنامه شماره ۱۵۴۰/۳۴۷۹/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۸ مدیر کل تصفیه امور ورشکستگی قوه قضاییه به موجب نظریه شماره ۳۱۵۴۸/۱۰۲ مورخ ۱۴۰۱/۰۴/۱۵ اعلام نموده‌اند: «... مسئولیت راهنین به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، خلاف شرع شناخته شد؛ چون رهن صرفاً شامل دین مستقر است». استقرار نیز به معنی ثبات و قرار داشتن و مراد از استقرار دین، ثبوت دین بر ذمه بدهکار است (هاشمی شاهرودی و موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر

^{۱۸} دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۹۰۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۴ شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۵۱۶۰۰۰۱۰۴ مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۸ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قم و دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۳۸۷۰۹۰۰۸۱۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۸ شعبه سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی

شهرستان کرمان و دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۳۴۱۰۳۰۱۷۳۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۰۹ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کرمان

^{۱۹} دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۶۶۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۳ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۷۵۷۶۰۰۱۲۵۰ مورخ

۱۳۹۷/۰۹/۲۸ شعبه دهم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان مشهد

مذهب اهل بیت (ع)، ۱/۱۳۸۲ [ب]: ۴۴۹-۴۴۸؛ بنابراین دین مستقر تسهیلات گیرنده، دینی است که نه تنها بر ذمه او قرار گرفته است؛ بلکه به مرحله ثبات و استقرار رسیده باشد.

از آنجایی که وفق اصول چهارم و هفتاد و دوم قانون اساسی، نظر شورای نگهبان در تشخیص منطبق بودن یا نبودن قوانین، با موازین شرعی حاکم است و قانون-گذار نمی‌تواند قوانینی مغایر اصول و احکام مذهب رسمی کشور وضع نماید؛ لذا به نظر می‌رسد، نظر این شورا نسبت به نظر حقوق‌دانان ارجحیت دارد. به دیگر سخن، نظر فقهای شورای نگهبان مبنی بر محدود نمودن مسئولیت رهن، به دین مستقر، در تمامی عقود اعم از عقود بانکی و غیربانکی، فصل الخطاب است.

نتیجه

مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از سوی بانک با فرض اینکه نرخ آن در قرارداد به صورت مشخص درج شده باشد و مازاد بر مقررات پولی نباشد در عقود مشارکتی و مبادله‌ای بانکی یکسان نبوده و تابع شرایط خاص است. در عقود مشارکتی (عقود با بازدهی متغیر) که رابطه بانک و تسهیلات گیرنده مبتنی بر شراکت است، دین و به تبع آن مانده بدهی تسهیلات گیرنده، زمانی ایجاد می‌شود که وی تعدی یا تفریط کند. در آن زمان است که ید او از امانی به ضمانی تبدیل می‌شود و موجبات مطالبه خسارت تأخیر تأدیه فراهم می‌گردد. اما در عقود مبادله‌ای (عقود با بازدهی ثابت) چون میزان دین و زمان سررسید آن در زمان انعقاد عقد به صورت قطعی معین شده است، در صورت سررسید شدن اجل دین، بانک می‌تواند خسارت تأخیر تأدیه را نسبت به همان دین سررسید شده مطالبه نماید. در زمان انعقاد قرارداد، سبب دین ناشی از خسارت تأخیر تأدیه ایجاد شده است ولی ثبات و استقرار آن، چه در عقود مشارکتی و چه در عقود مبادله‌ای، احتمالی و موکول به آینده است.

مستفاد از ماده ۷۷۵ قانون مدنی و با عنایت به اینکه مطابق اصول چهارم و هفتاد و دوم قانون اساسی، نظریه فقهای معظم شورای نگهبان نسبت به نظرات سایر حقوق‌دانان ارجحیت دارد؛ بنابراین در صورتی که عقد رهن، قبل از اجل دین، یا به عبارت دیگر پیش از ثبات و استقرار دین ناشی از خسارت تأخیر تأدیه منعقد شده باشد، باطل و رهن هیچ‌گونه مسئولیتی نسبت به آن ندارد.

جهت تکمیل بحث خسارت تأخیر تأدیه در تسهیلات بانکی و موارد مربوطه ضرورت دارد در پژوهش‌های بعدی، موانع دریافت خسارت تأخیر تأدیه، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از تسهیلات گیرنده با وجود مال مرهون، زمان تبدیل رابطه شرکا در عقود مشارکتی به رابطه بدهکار و بستانکار و اثر اختلاف طرفین قرارداد بانکی در لازم‌الاجرا بودن قرارداد، تبیین و مورد بررسی قرار گیرد. پژوهش حاضر با همکاری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی کرمان و شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی استان کرمان انجام شده است لذا از مسئولین و دست‌اندرکاران به خصوص ریاست محترم اتاق تشکر و قدردانی می‌شود.

منابع و مأخذ

۱. اسلامی، رضا، (۱۳۸۴)، مدخل علم فقه ادوار، منابع، مفاهیم، کتابها و رجال فقه مذاهب اسلامی، جلد اول، قم: حوزه علمیه قم، مرکز مدیریت.
۲. اکبرزاده، معین، (۱۳۹۲)، «مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آنها در نظام بانکداری اسلامی»، اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره دوم، شماره چهارم و پنجم.
۳. امامی، حسن، (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سی و هشتم، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. امامی، حسن، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ بیست و پنجم، تهران: انتشارات اسلامی.
۵. بهجت، محمدتقی، (۱۳۸۴)، جامع المسائل، جلد اول، قم: دفتر حضرت آیت‌الله‌العظمی بهجت.
۶. پنج‌تنی، سید محسن، (۱۳۹۰)، «خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه»، کانون، سال ۵۳، شماره ۱۱۸.
۷. توکلی، محمدجواد، (۱۳۹۲)، سازوکار بانکداری اسلامی، قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).
۸. خراسانی، محمد هاشم؛ و خمینی، روح‌الله، رهبر انقلاب و بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۹۲)، رساله نجاه العباد و حاشیه بر رساله ارث ملا هاشم خراسانی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
۹. ذهنی‌تهرانی، محمدجواد، (۱۳۶۶)، المباحث الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، جلد دوازدهم، قم: وجدانی.
۱۰. ذهنی‌تهرانی، محمدجواد، (۱۳۶۶)، المباحث الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، جلد چهاردهم، قم: وجدانی.
۱۱. رحمانی، راشین، (۱۳۸۲)، کاربرد عقد رهن در عملیات بانکی، گنج پایگاه اطلاعات علمی ایران، (۱۴۰۱/۰۵/۲۶)
۱۲. رمضان‌زاده بادلی، ام‌البنین؛ و حسینی مقدم، سید حسن، (۱۴۰۱)، «نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۸۸ دیوان عالی کشور در سایه نقض استقلال حقوق تجارت در برابر حقوق مدنی»، حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸.
۱۳. سلطانی، محمد، (۱۳۹۸)، حقوق بانکی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات میزان.
۱۴. سنگلجی، محمد، (۱۳۵۳)، دلائل السداد در قواعد فقه و اجتهاد، تهران: مطبوعه مجلس.
۱۵. عرب‌نژاد، یاسر، (۱۳۹۹)، قوانین و مقررات عقود بانکی، تهران: نشر میزان.
۱۶. عرب‌نژاد، یاسر؛ و ابراهیمی، امیرعباس، (۱۳۹۹)، کارشناسی در دعاوی مبتنی بر قرارداد مشارکت مدنی، تهران: انتشارات میزان.
۱۷. عرب‌نژاد، یاسر؛ و ابراهیمی، امیرعباس، (۱۳۹۸)، مشارکت مدنی بانک جهت تسویه تسهیلات سابق، تهران: انتشارات میزان.
۱۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۳۹۰)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان (ترجمه)، (مهدی باقری سیانی و محمود نعمتی، مهدی نجفی اصفهانی، مترجم)، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی.
۱۹. فیاض، محمد اسحاق، (۱۴۲۶.ق.ه)، توضیح المسائل (فیاض)، قم: مجلسی.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۹)، حقوق مدنی: عقود معین، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران: نشر گنج دانش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۸)، عقود معین: دوره حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۲۲. کیانی، عبدالله، (۱۳۸۸)، قانون مدنی و فتاوی امام خمینی قدس سره، جلد اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).

۲۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ داوودی، سعید؛ جمعی از محققین؛ کنگره بین‌المللی نقش شیعه در پیدایش و گسترش علوم اسلامی؛ و گروه علمی فقه و اصول، (۱۳۹۷)، نقش فقهای شیعه در حل مسائل مستحدثه، قم: امام علی بن ابی طالب (ع).

۲۴. درویشی، ابراهیم، (۱۳۷۸)، «مبانی شرعی و قانونی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه توسط بانک‌ها: نظریه فقها و حقوق دانان»، تازه‌های اقتصاد، دوره ۱۱، شماره ۸۴.

۲۵. هاشمی شاهرودی، محمود؛ و مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد چهارم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

۲۶. هاشمی شاهرودی، محمود؛ و مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).