



دانشکده حقوق
دانشگاه شهید بهشتی

پایان نامه
برای دریافت درجه کارشناسی ارشد
حقوق خصوصی

موضوع:

خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

استاد راهنما:

دکتر امیر حسین آبادی

استاد مشاور:

دکتر غلامعلی سیفی

نگارش:

مسعود رضا رنجبر صحرائی

سال ۱۳۷۷

به نام خدا

گل‌گذاری زگلستان جهان ما را بس
من و همصحبتی اهل ریا دورم باد
قصر فردوس بیاداش عمل می بخشند
بنشین بر لب جوی و گذر عمر ببین
نقد بازار جهان بنگر و آزار جهان
پار نا ماست چه حاجت که زیادت طلبیم
از در خویش خدا را به بهشتم مفرست
که سر کوی تو از کون و مکان ما را بس

حافظ از مشرب قسمت گله نا انصافیست

طبع چو آب و غزلهای روان ما را بس

یادداشت

در این ایام که موفق به دفاع از رساله کارشناسی ارشد خود شده ام موظفم از پدر و مادر کرامی ام که بسیار مدیون زحماتشان هستم قدردانی کنم. همچنین از اساتید معظم جناب آقای دکتر محقق، جناب آقای دکتر قدک، جناب آقای دکتر سیفی و جناب آقای دکتر خمایی زاده و به خصوص جناب آقای دکتر حسین آبادی کمال تشکر و سپاسگذاری خود را اعلام می دارم و در نهایت این اثر را به همسرم خانم زهره فرخی تقدیم می کنم.

مسعود رنجبر

۲۴۴۳۰

فهرست عنوانهای اصلی

| <u>صفحه</u> | <u>عنوان</u> |
|-------------|--|
| ۱ | مقدمه |
| ۹ | فصل اول - مفهوم، ماهیت و جایگاه خسارت تأخیر تأدیه |
| ۱۲ | مبحث اول - مفهوم و ماهیت خسارت تأخیر تأدیه |
| ۱۲ | گفتار اول - مفردات خسارت تأخیر تأدیه |
| ۶۲ | گفتار دوم - ماهیت خسارت تأخیر تأدیه |
| ۸۶ | گفتار سوم - مقایسه خسارت تأخیر تأدیه با ماهیتهای حقوقی مشابه |
| | مبحث دوم - نقش و جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در میان دیگر وسائل |
| ۹۴ | تضمین حق طلبکار |
| ۹۶ | گفتار اول - شیوه های تضمین حق طلبکار در فقه امامیه |
| ۱۱۹ | گفتار دوم - ضرورت توسل به جبران مالی خسارات ناشی از عهدشکنی |
| ۱۲۲ | گفتار سوم - ریشه یابی غلل عدم توجه به جبران مالی خسارات ناشی از عهد شکنی در فقه امامیه |
| ۱۲۹ | فصل دوم - جواز یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه |
| ۱۳۲ | مبحث اول - جنبه هایی تاریخی از خسارت تأخیر تأدیه |

صفحه

عنوان

| | |
|-----|---|
| ۱۴۲ | گفتار اول - تمایز سبب خسارت تأخیر تأدیه با ربح وام |
| ۱۴۶ | گفتار دوم - توجیه خسارت تأخیر تأدیه با توسل به پدیده تورم |
| ۱۶۷ | گفتار سوم - اعمال خسارت تأخیر تأدیه به وسیله حيله |
| ۱۷۰ | گفتار چهارم - تفاوت بين ربا و ربح مشروع |
| ۱۷۳ | مبحث سوم - بررسی فلسفه و ابعاد تأسیس حرمت ربا |
| ۱۷۸ | گفتار اول - دلایل تشریح حکم حرمت ربا در قرض |
| ۲۰۷ | گفتار دوم - ابعاد مختلف حرمت ربا در حقوق اسلام |
| ۲۵۶ | خاتمه |
| ۲۶۱ | فهرست تحلیلی عنوانها |
| ۲۷۰ | فهرست منابع |

مقدمه

۱- تعارض عقل و شرع:

حقوق در وضعیت کنونی کشور ما متأثر از دو جریان است: جریان اول جنبه مذهبی امر است که از گذشته مؤثر در حقوق این مملکت بوده است و بعد از انقلاب ۱۳۵۷ این اثرگذاری به نهایت خود رسید. تا آنجا که به عنوان یک اصل قانون اساسی تطبیق کلیه مقررات جاری در کشور با موازین اسلام لازم شناخته شد (اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). جریان دوم، لزوم منطقی بودن و برآورده کردن ضرورت‌های اجتماعی است. الزامی که منبث از ذات حقوق و اهداف آن است. حال هر گاه این دو جریان با هم تعارض پیدا کنند، حقوق را دچار معمای پیچیده می‌کنند. چگونه باید این معما را حل کرد؟:

شاید بتوان گفت این تعارض هیچگاه پیش نخواهد آمد. زیرا که "هرچه شرع به آن حکم می‌کند عقل نیز به آن حکم می‌کند و هرچه عقل به آن حکم می‌کند شرع نیز به آن حکم می‌کند".^۱ این ادعا در مواردی که هر یک از این دو جریان یک‌تازاند، با مشکلی روبرو نمی‌شود. هر گاه شرع در خصوص امری حکمی ندهد، حکم عقل محترم است و هرگاه عقل حکم شرع را نفی نکند ایرادی وجود نخواهد داشت. اما در مقام تعارض حکم دو منبع این ادعا

^۱ - "کَلِمَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ وَ كَلِمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ"

چگونه صدق می‌کند؟ یک راه این است که بگوییم عقل بشر چون ناقص است نمی‌تواند به حکمت شرع راه پیدا کند. اگر عقل دلیل حکم شرع را نمی‌فهمد به علت ناقص بودن آن است. روزی خواهد رسید که به منطقی بودن حکم شرع پی خواهد برد. اگر این سخن را بپذیریم، عجیب است که بتوان در موارد دیگر به حکم این عقل ناقص، اعتباری کرد و حتی مهر تأیید شرع بر آن نهاد. راه دیگر این است که بگوییم، امکان برداشت غلط از شرع وجود دارد. شرع با همه الهی بودنش در دست انسانهایی جایز الخطا است. همین انسانها آنرا تفسیر می‌کنند و فهم همینها است که شناخت ما را از شرع نشان می‌دهد. چه بسا در این راه به بی‌راهه رفته باشیم. مگر تمام امور شرع از بدیهیات است؟ اما اگر این جواب به معنی این باشد که هرگاه حکم شرعی غیر منطقی جلوه کرد، کناری نهاده شود، در حقیقت این انکار شرع است. پس چه باید کرد؟

در یک جواب کوتاه فلسفی می‌توان پیشنهاد کرد که در آن واحد، هیچ کدام از این احتمالات فراموش نشود، بی‌مهری به هیچ یک از این دو جایز نیست. عقل و شرع هر دو از اصلی واحدند و انسان را به عالم متعالی رهنمود می‌کنند. نباید یکی را به بهانه دیگری کنار گذاشت. باید باب گفتگو و مباحثه بین این دو باز شود باید گذاشت که این دو روی یکدیگر اثر گذارند و با یکدیگر تلاقی کنند. اما به چه شیوه‌ای؟ به نظر می‌رسد گاه حل یک مشکل کلی در یک مورد خاص به مراتب ساده‌تر از ارائه یک راه حل کلی برای تمام موارد آن است. چه بسا که تلاش برای حل یک مورد خاص آن مشکل کلی، منجر به استخراج روش کلی حل آن مشکل گردد. خسارت تأخیر تأدیه می‌تواند یک مورد از این مشکل کلی باشد و ایجاد تلفیقی پسندیده از این دو منبع ممکن است به عنوان الگویی برای دیگر موارد بکار آید.

۲- خسارت تأخیر تأدیه به عنوان یک نمونه:

این رساله یک نمونه از این گفتگو بین عقل و شرع است. آن هم در زمینه‌ای که این گفتگو در عمل به بن بست رسیده است. از یک طرف بدون آنکه یک نظام منطقی حاکم

باشد، مجموعه‌ای از احکام تحت عنوان حرمت ربا وجود دارد. احکامی که هر کس به خود حق می‌دهد در مورد تعداد زیادی از آنها تعجب کند و از فایده و منطقی آنها سؤال کند. مثلاً بپرسد چرا معامله نوع مرغوب و نامرغوب یک جنس باید با وزن مساوی باشد؛ چرا گندم و جو باید با وزن مساوی معامله شوند؛ چرا خسارت تأخیر تأدیه حرام است. آیا از طلبکاری که با عهد شکنی مدیون مواجه شده نباید حمایت کرد؟ و ضرر وارد به اوباید جبران شود؟ در مقابل این مجموعه احکام که هیچگاه سعی نشده در یک نظام منطقی بیان شود، مجموعه‌ای از تلاشها به چشم می‌خورد که تنها هدفشان منتفی کردن عملی این احکام است. فقها راههای "تخلص از ربا" را می‌آموزند و مردم آنها را در نهایت خود به کار می‌برند. احکام صادر شده فقهی در عمل به کناری نهاده می‌شود و با حيله هر آنچه مقصود نظر افراد است تأمین می‌شود. مجموعه‌ای شرعی که در استنتاج حکم محلی برای تعقل قائل نیست، در عمل تسلیم بی چون و چرای سطحی ترین سطح عقل می‌شود. عقلی که با یک احساس ساده نسبت به ضرورتها به حيله و ترفند دست می‌زند تا موانع شرعی را منتفی کند.

ادامه چنین حالتی به تناوب منجر به نفی و انکار یکی از این دو منبع می‌شود و این ضایعه‌ای بزرگ است. باید راه را برای احکامی جدید که برآمده از تلاقی این دو منبع است باز کرد. اما این تلاقی چگونه صورت می‌گیرد؟ در این تلاقی باید ضرورت منطقی بودن را تأمین کرد، لیکن به شیوه‌ای که قابل انتساب به شرع نیز باشد. هر حرفی را نمی‌توان به شرع استناد داد. در یک نظام حقوقی دینی اصل بر این است که آنچه باید تبعیت شود، حکم شرع است. به دنبال حکم شرعی معقول گشتن نتیجه این تفکر است که احکام شرعی عقلایی و منطقی خواهد بود. به همین دلیل هر قضاوت منطقی ارزش شرعی ندارد. باید به دنبال استدلالهایی گشت که به شکلی قابل قبول، آن قضاوتها را به شرع منسوب می‌کنند. این استدلالها که در یک موضوع استفاده می‌شود ممکن است در دیگر موارد نیز کارایی داشته باشد.

تحول یک نظام حقوقی گاه از تحول یک نهاد و یا حتی یک حکم حقوقی آغاز می‌شود. مهم این است که در تحول همین یک نهاد یا یک حکم، شیوه استدلال و نحوه تفکری جدید میدان پیدا کند. بعداً ممکن است این شیوه از استدلالها در عمده نهادهای حقوقی تأثیر گذارد و آنها را متحول کند. بهترین زمینه‌هایی که می‌تواند پیش‌تاز چنین تحولی باشد، زمینه‌های پرمناقشه‌ای است که فشار ضرورتها، تحمیل یک حکم را صرفاً به پشتوانه شرعی بودن اجازه نمی‌دهد بلکه، مرتب این فکر را پیش می‌آورد که احکام باید کارآمد و معقول باشد. در چنین زمینه‌هایی ضرورت گفتگو بین عقل و شرع بیشتر خودنمایی می‌کند و این امر گریز ناپذیر جلوه می‌کند. در همین زمینه‌ها است که آرام آرام، شیوه صحیح این گفتگوها کشف می‌شود. دستاوردی که فایده‌ای گسترده‌تر از سامان دهی احکام همان مورد خواهد داشت. موضوع خسارت تأخیر تأدیه را می‌توان یکی از این زمینه‌ها به حساب آورد.

۳- تمیز بین مباحث فنی خسارت تأخیر تأدیه و مسأله جواز و یا عدم جواز آن:

در اینجا باید تذکر داده شود که تصور نشود همه مباحث خسارت تأخیر تأدیه حول محور جواز یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه دور می‌زند. خسارت تأخیر تأدیه به عنوان یک ماهیت حقوقی دارای مباحث متنوع و ظریفی است. مسئولیت ناشی از دیرکرد پرداخت دین، پایگاه در هر دو بحث عمده حقوقی، یعنی قراردادهای و مسئولیت مدنی دارد. به همین دلیل، در بررسی مباحث آن به تناوب نظریه‌ها و مباحث این دو بحث عمده حقوقی به چشم می‌آید.

امتزاج مباحث این دو نهاد بزرگ حقوقی در بحث خسارت تأخیر تأدیه مباحث جالب و در خور توجهی را به وجود می‌آورد: در واژه مرکب خسارت تأخیر تأدیه، واژه تأدیه یا ادای دین بیان یک تعهد عمدتاً قراردادی است. مشخصات این تکلیف را باید در مباحث قراردادهای جستجو کرد. واژه تأخیر نیز با معلوم شدن حدود این تکلیف ارتباط کامل دارد. ولی واژه

خسارت، نشانگر مسئولیت مدنی فرد در صورت عدول از ادای به موقع دین است. هر یک از این نهادها قواعد خاص خود را دارد و امتزاج این قواعد با طبع متفاوت در موضوع خسارت تأخیر تأدیه باظرافت این نکته را تذکر می‌دهد که علاوه بر محتوای نظریه‌های حقوقی شیوه اثرگذاری این نظریه‌ها بر موضوعات نیز، تحت نظارت نهایی مفهوم عدالت صورت می‌گیرد.

اصالت و ارزش این مباحث فنی در کنار اهمیت و استقلال بحث جواز یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه به صورت منطقی^۱ مباحث این رساله^۲ به دو دسته تقسیم می‌گردد. هر دسته در یک فصل. فصل اول تحت عنوان «مفهوم، ماهیت و جایگاه خسارت تأخیر تأدیه» به مباحث فنی و فصل دوم به موضوع جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه اختصاص می‌یابد^۳.

اگر بخواهیم نمایی را از مباحث حقوقی خسارت تأخیر تأدیه نشان دهیم باید به مراحل یک دعوای جبران خسارت تأخیر تأدیه توجه کنیم: در هر دعوای جبران خسارت تأخیر تأدیه باید دینی وجود داشته باشد که در پرداخت آن تأخیر شده است. پس این سؤال طرح می‌شود که چه تعهداتی مشمول این مقررات می‌گردد؟ وجه نقد چیست؟ آیا تعهد باید ناشی از قرارداد باشد یا تکالیف ناشی از ضمان قهری هم که مستلزم پرداخت وجه نقد است مشمول این مقررات می‌شود؟ تأخیر از چه لحظه‌ای شروع می‌شود و در چه لحظه‌ای ختم می‌شود؟

برای اینکه مدیون را به جبران خسارت محکوم کنیم آیا نیاز به اثبات تقصیر او هست؟ و اگر نه، چه چیز این استثنا را توجیه می‌کند؟ اصولاً وجهی که از مدیون گرفته می‌شود برای برطرف کردن چه ضرری است؟ سپس در مرحله دادرسی نیز خصیصه فرعی بودن مسأله خسارت تأخیر تأدیه نسبت با اصل دین ویژگی‌هایی را در مقررات راجع به دعوای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به وجود می‌آورد: دادگاه صالح با توجه به دادگاهی که به اصل دین رسیدگی می‌کند تعیین می‌شود و شیوه طرح دعوای خسارت تأخیر تأدیه، رسیدگی و صدور حکم نیز، تحت تأثیر این مسأله قرار می‌گیرد.

برای جواب به اکثر این سؤاها و نشان دادن این مطالب می‌توان ماده‌ای را از مواد قانونی ذکر کرد. اما برای شناخت دلایل وضع این مواد و استدلالهای موجهه آن و ارائه یک نمای کامل از مسائل حقوقی این نهاد، به شیوه‌ای که نه فقط مفید طرح دعوا باشد بلکه مفید نقد نظام قانونی حاکم بر این تأسیس نیز باشد، مسأله را باید از مفهوم و ماهیت این تأسیس آغاز کرد؛ آنرا با تأسیسات مشابه حقوقی مقایسه کرد و بادست‌آورد این تحقیق به احکام منطقی و مطابق باروند طبیعی استدلال این موضوع پی برد و سپس به نقد مقررات مصوب این تأسیس نشست و درک کرد که کدام مقرره بیانگر اصلی از اصول کلی است و کدام یک بیانگر یک استثنا است. کدام استثنا موجه است و کدام یک عدول بی‌جهتی از اصول حقوقی است.

در میان این مباحث بحثی که بی‌نهایت اهمیت دارد، شناخت نقشی است که این نهاد در نظام حقوقی ایفا می‌کند. حتی اگر بخواهیم به کلی یک تأسیس را نفی کنیم و به کنار گذاریم، ابتدا باید نقش آنرا در نظام حقوقی بررسی کنیم. تا چه اندازه تأمین اهداف نظام حقوقی به این نهاد وابسته است و لغو آن تا چه حد تأمین اهداف نظام حقوقی را مختل می‌کند؟ اگر بخواهیم یکی از پایه‌های یک ساختمان را ویران کنیم، باید ببینیم وزن چه بخشی از ساختمان بر روی آن قرار دارد. سپس باید ببینیم که آیا قصد داریم آن بخش ساختمان را نیز خراب کنیم. اگر نه، چه چیز را می‌خواهیم به عنوان تکیه‌گاه جایگزین آن پایه کنیم. اگر بدانیم در عوض پایه‌ای که می‌خواهیم ویران کنیم، تنها تخته پاره‌ای داریم که می‌شود ساختمان را به آن تکیه داد، ممکن است از این کار صرف‌نظر کنیم؛ هر چند اصولاً معتقد باشیم که وجود این پایه نامطلوب است. به همین دلیل در این رساله به تفصیل بحث خواهد شد که نقش و جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در حقوق چیست و وسایل دیگری که برای جایگزینی آن داریم کدامند.

البته این بحث، یعنی جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در میان دیگر وسایل تضمین حق طلبکار با این مسأله تاریخی نیز گره می‌خورد که در فقه اسلام جبران مالی نقض عهد سابقه

مضبوطی ندارد و وسایل دیگری برای تضمین اجرای صحیح عقود و جبران خسارت متعهد له اندیشیده شده است و از این جهت ممکن است به نظر رسد که این بحث بیشتر از آنکه به جنبه فنی مسأله ربط داشته باشد به مسأله جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه مربوط است. منتها چون به نظر می‌رسد که در طول تاریخ این مشکل حل شده است و به موجب مقررات قانون مدنی (مواد ۲۲۶ به بعد) که تطابق آن با مقررات اسلام بعد از انقلاب و در جریان اصلاحات سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ قانون مدنی پذیرفته شده است، در این رساله این مسأله در زمره مباحث فنی خسارت تأخیر تأدیه و به تبع بررسی جایگاه این تأسیس در میان دیگر شیوه‌های تضمین حق طلبکار بررسی می‌شود و مباحث جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه فقط از جهت تعارض این تأسیس با حرمت ربا طرح می‌شود.

اما در فصل دوم، یعنی فصل جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه، تحقیق نسبت به این فکر که خسارت تأخیر تأدیه با احکام حرمت ربا تعارض دارد یا نه از سه زاویه قابل بررسی است. یک راه بررسی عمیق تر ماهیت و عوارض خسارت تأخیر تأدیه است. با این شیوه، معلوم خواهد شد که آیا درک صحیحی نسبت به آنچه به عنوان تعارض با حرمت ربا منع کرده ایم، داریم یا با یک سوء تفاهم نسبت به ماهیت این تأسیس به چنین قضاوتی دست یافته ایم. مباحث فصل اول در این زمینه کمک خواهد کرد. به همین دلیل، فصل "مفهوم، ماهیت و جایگاه خسارت تأخیر تأدیه" مقدم بر فصل "جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه" آورده شده است.

راه دوم، بررسی عمیق تر تأسیس فقهی حرمت ربا است. این تحقیق به منظور کشف این مطلب است که آیا قضاوت اولیه ما نسبت به حرمت یا جواز خسارت تأخیر تأدیه با شناختی صحیح و عمیق از احکام حرمت ربا بوده است یا نه. به اصطلاح فقها در این حالت به شبهات حکمیه می‌پردازیم و در حالت قبل شبهه موضوعیه را مدنظر قرار می‌دهیم. راه سوم، بررسی نکاتی است که نه در مفهوم خسارت تأخیر تأدیه و نه در مفهوم حرمت ربا بطور مستقیم دخالتی ندارد اما می‌تواند وارد مباحث شده و سیر طبیعی استدلال را عوض کند.

اموری مثل تأثیر تورم و یا ویژگی‌های اسکناس از این قبیل است. موضوع تحقیق در این عوارض و ویژگی‌ها به این شکل است که آیا این امور تأثیری در مفروضات و احکامی که در حالت عادی بدون توجه به این امور استخراج شده است، ندارد؟

به نظر می‌رسد برای ارائه یک تحقیق قابل قبول باید این هر سه راه طی شود تا نسبت به نتیجه بدست آمده اطمینان خاطر وجود داشته باشد. در این رساله در خصوص حرمت ربا و ابعاد آن مفصل سخن گفته خواهد شد. توجیه‌های بیان شده در خصوص خسارت تأخیر تأدیه که متضمن اشاره به ورود اموری مثل تورم و اسکناس به مفروضات قضیه است، بررسی خواهد شد. مفهوم و ماهیت خسارت تأخیر تأدیه که در فصل اول بیان می‌گردد نیز، در حکم مقدمه‌ای برای فصل دوم خواهد بود.

این نکته را باید در خصوص تمیز بیان کرد که در نهایت این تقسیم بندی نسبی است. همانطور که مباحث فصل اول در جریان استدلالهای فصل دوم مفید خواهد بود، این احتمال هم وجود دارد که مباحث فصل دوم، یعنی مباحث جواز و یا عدم جواز خسارت تأخیر تأدیه، منجر به پذیرش هیچ یک از این دو نشود بلکه محدودیتها و قیودی را به این مفهوم حقوقی عرضه کند و آثار و شرایط جدیدی به آن اضافه کند. این رساله در انتها به چنین سمتی سوق پیدا خواهد کرد.

فصل اول

مفهوم، ماهیت و جایگاه خسارت تأخير تأديه

۴- طرح مباحث:

قبل از ورود به مباحثی که به نزاع در حلیت و حرمت خسارت تأخیر تأدیه می‌پردازد، در این فصل باید به معرفی و شناخت دقیق خسارت تأخیر تأدیه نظر داشت تا با تصویری روشن از این ماهیت حقوقی، توانا تر وارد مباحث بعدی شویم.

این فصل به دو مبحث تقسیم می‌شود: مبحث اول به شناخت معنا و ماهیت حقوقی خسارت تأخیر تأدیه اختصاص دارد؛ بعلاوه در این مبحث خسارت تأخیر تأدیه با ماهیتهای حقوقی مشابه مقایسه می‌شود تا خصوصیات آن به روشنی معلوم گردد. در مبحث دوم، بررسی می‌شود که جایگاه این نهاد حقوقی در میان دیگر نهادهایی که برای تضمین حق طلبکار وجود دارد چیست؛ آیا دیگر شیوه‌های تضمین حق طلبکار برای تأمین این هدف کافی است؟ یا وجود نهاد خسارت تأخیر تأدیه برای این منظور ضرورت دارد؟ فایده این مبحث در این است که اگر تشخیص داده شود که با دیگر نهادهای حقوقی می‌توان حق طلبکار را به نحو مطلوب تأمین کرد، انگیزه‌ای برای سماجت بر این نهاد در یک سیستم حقوقی وجود نخواهد داشت و می‌توان بی‌شائبه تسلیم مقتضیات تاریخی شد که احتمالاً وجود چنین نهادی را در آن سیستم نفی می‌کند.

ولی اگر چنین نباشد، یعنی: دیگر شیوه‌های تضمین حق طلبکار منهای خسارت تأخیر تأدیه برای تأمین این هدف کافی نباشد، حق طلبکار بدون ضمانت باقی می‌ماند، مفهوم فلسفی عدالت تهدید می‌شود و ضررهایی جبران نشده باقی می‌ماند که حقوقدان را به

اندیشه رفع این نقیصه و می‌دارد. این وضع ناپسند در چهار چوب اصطلاحات حقوق اسلام با قاعده لزوم تدارک ضرر جبران نشده و یا نفی حکم ضرری مستخرجه از قاعده لاضرر تعارض دارد.

پس یا باید تعارض به شیوه‌ای حل گردد یا در نفی این نهاد، مصلحتی اجتماعی با چنان اهمیتی کشف شود که این وضع را توجیه کند. به عبارت دیگر، مفهوم اجتماعی عدالت بر مفهوم معاوضی عدالت ترجیح داده شود. در این حالت هم باید اندیشید که تا حدی که خللی به مصلحت اجتماعی واجب‌الحمایه وارد نشود از بی عدالتی حاصله در روابط حقوقی طرفین با تدابیر حقوقی کاسته شود.^۱

^۱ - چنین خط مشیی را می‌توان در برخی از نظریات شورای نگهبان مشاهده کرد: در یک مورد که شورای نگهبان در جواب شورای عالی قضایی موارد اخذ خسارت تأخیر تأدیه مذکور در مقررات قانون ثبت را خلاف شرع و ممنوع اعلام می‌کند در آخر اعلام می‌دارد: "لازم به تذکر است که تأخیر اداء دین حال پس از مطالبه طلبکار برای شخص متمکن شرعاً جرم و قابل تعزیر است" (نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ - رک: دکتر حسین مهربور، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۳، انتشارات کیهان، تهران ۱۳۷۱، ص ۱۹۴).