عقد قرض، عقدی عینی یا رضایی؟
با رویکرد به آرای حضرت امام خمینی(س)

حسین داورزنی[1]
خسرو مؤمنی[2]

چکیده: *عقود و معاملات از جهات متفاوت دارای تقسیمات متعددی است. از جملهٔ آن تقسیم‌بندیها تقسیم براساس «تکوین» قرارداد است. بر این اساس عقود به رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم می‌شوند. منتها در خصوص مصادیق عقود بر اساس این معیار اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان مثال، برخی از عقود به عقیده گروهی از اندیشمندان رضایی و به عقیدهٔ برخی دیگر عینی هستند. از جملهٔ آن عقود، عقد قرض است. این اختلاف از آنجا ناشی می‌شود که مادهٔ ۶۴۸ قانون مدنی ایران که متضمن تعریف این عقد است به گونه‌ای تنظیم شده که امکان هردو برداشت را فراهم نموده و سبب شده تا برخی عقد قرض را عقدی رضایی و برخی دیگر آن را عینی تلقی نمایند.*

ما در این نوشتار بر آنیم تا با الهام از مبانی فکری حضرت امام خمینی و آرای فقهی ایشان و نیز بررسی نظریات مختلف و ادلهٔ آنها به تشخیص نظر صواب رسیده، با ابهام‌زدایی از این بخش از مواد قانون مدنی به یاری محاکم شتافته و از تشتت آرا و اختلاف رویهٔ قضایی بکاهیم.

کلیدواژه‌ها: *عقد قرض، قبض، عقد رضایی، عقد تشریفاتی، عقد عینی.*

مقدمه

هنگام مراجعه به قوانین و کتابهای حقوقی ملاحظه می‌کنیم که قراردادها به اعتبارهای مختلف، زیر دسته‌بندیهای گوناگونی مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند. ازجملهٔ آن دسته‌بندیها می‌توان به تقسیم عقود از نظر «ایجاد» آن اشاره نمود (سنهوری ۱۹۹۸ ج ۱: ۱۱۱).

---

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران. e-mail:davarzani@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران. e-mail:kh.momeni@yahoo.com
این مقاله در تاریخ ۱۳۸۸/۸/۳۰ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۹ مورد تأیید قرار گرفت.

براین مبنا عقود به سه دستهٔ رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم شده‌اند. عقد رضایی عقدی است که قطع نظر از شرایط اساسی برای صحت معامله، به صرف ایجاب و قبول تحقق یافته و وقوع یا اثر آن منوط به امر دیگری نیست. به عبارت دیگر، یگانه عامل تکوین چنین عقدی «تراضی» است (سنهوری بی تا ج۱: ۱۵۰) و از همین رو آن را رضایی خوانده‌اند. گرچه برخی از حقوقدانان در تسمیهٔ این دسته از عقود به «رضایی» خدشه وارد کرده و از آنجا که عنصر سازندهٔ عقد را «قصد انشا» می‌دانند نه «تراضی». لذا برای این دسته از عقود عنوان عقد «قصدی» را برگزیده‌اند (شهیدی ۱۳۸۰: ۸).

عقود «تشریفاتی» همان‌گونه که از نام آنها بر می‌آید عقودی هستند که برای تحققشان علاوه بر ایجاب و قبول نیاز به امر یا امور دیگری نظیر اجرای صیغه با الفاظ ویژه، حضور گواه، تنظیم سند رسمی و... نیز است که بدون آن عقد باطل بوده و در عالم اعتبار وجود پیدا نمی‌کند. در این دسته از عقود«صورت» عقد شرط وقوع آن است (کاتوزیان ۱۳۸۰ ج۱: ۸۸). برخی برای این قسم از عقود به انتقال املاک ثبت شده مثال زده‌اند که براساس مادهٔ ۲۲، ۴۷و ۴۸ قانون ثبت باید به وسیلهٔ سند رسمی انجام شده و در دفتر املاک ثبت شود (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۳۷).

لکن به نظر می‌رسد این سخن قابل انطباق با واقعیت نباشد. بدین معنی که مفاد مواد فوق الذکر ناظر به مقام اثبات بوده و هرگز در مقام بیان شرط صحت و وقوع آن قسم از معاملات در مقام ثبوت نیست. زیرا هرگاه خوانده به وقوع عقد اقرار کند یا در صورت نکول وی خواهان بر وقوع عقد سوگند یاد کند قرارداد قابل اثبات بوده و نمی‌توان به صرف عدم ثبت رسمی آن قائل به بطلان آن شد (سنهوری بی تا ج۱: ۱۵۰؛ ۱۹۹۸ ج۱: ۱۱۲؛ صفایی ۱۳۸۳ ج۲: ۴۲) همچنان‌که در رأی شمارهٔ ۱۲۵۲ مورخ ۱۳۲۶/۸/۲۷ که از شعبه ۴ دیوان عالی کشور صادر شده، آمده است: «در صورتی که خوانده در دادگاه به صدور سند عادی از ناحیهٔ خود اقرار کند استناد دادگاه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد علیه خواهان مجوزی ندارد.»

«عقود عینی» عقودی هستند که برای وقوع یا لزوم آنها علاوه بر ایجاب و قبول «تسلیم» مورد معامله نیز ضروری است. در فقه امامیه عقود رایگان از این دسته‌اند (آل کاشف الغطاء ۱۴۲۲ ج ۱: ۱۶۹). منتها در برخی از عقود عینی قبض شرط صحت عقد است، مانند هبه، بیع صرف، بیع سلم،... و در برخی از آنها همچون رهن، وقف و... قبض شرط لزوم عقد قلمداد شده است (شهید ثانی بی‌تا ج۴: ۵۶؛ مجاهد طباطبایی بی‌تا: ۴۷۱). اگرچه در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد. بدین معنی که برخی قبض

را شرط صحت عقد می‌دانند (شیخ مفید ۱۴۱۰: ۶۲۲). در حالی که به عقیدهٔ برخی دیگر اساساً قبض هیچ‌گونه اثری در همان عقد ندارد (علامه حلی ۱۳۸۷ ج ۲: ۲۵).

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت عقد عینی هم در واقع مصداقی از عقود تشریفاتی است و شاید دلیل جداسازی عقود عینی از سایر عقود تشریفاتی این باشد که در این دسته از عقود شرط ویژه ای به نام «قبض» مطمح نظر بوده که در موارد متعدد باعث تضارب آرای اندیشمندان شده است.

از استقراء در متون فقهی و قوانین موضوعه به این نتیجه می‌رسیم که اصل در عقود «رضایی» بودن آنهاست و برای پذیرفتن عینی یا تشریفاتی بودن عقدی خاص نیازمند دلیل هستیم. بنابراین، هنگامی که در عینی بودن عقدی تردید می‌شود باید به رضایی بودن آن حکم کرد، مگر اینکه خلافش اثبات شود.

طرح مسأله

از جمله عقودی که از جنبه عینی یا رضایی بودن آن اختلاف نظر وجود دارد عقد «قرض» است. ماده ۶۴۸ ق.م در تعریف این عقد مقرر داشته است:

قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذّر ردّ مثل، قیمت یوم الرد را بدهد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این ماده اشاره‌ای به لزوم قبض برای عقد قرض نکرده است. این سکوت سبب شده است تا برخی با استناد به اصل «رضایی بودن عقود» سکوت قانونگذار را ابداعی در این زمینه تلقی نموده و معتقد شوند به اینکه قانونگذار در مادهٔ مزبور با این هدف به لزوم قبض اشاره ننموده است که عقد قرض را عقدی رضایی معرفی کند (کاتوزیان الف ۱۳۸۱ ج ۱: ۶۰۵). شبیه به همین قضیه در قانونگذاری جدید کشور مصر نیز روی داده است. در حالی که در قانون مدنی قدیم کشور مصر عقد قرض عقدی عینی بود. در مادهٔ ۵۳۸ قانون مدنی جدید این کشور آمده است:

قرض عقدی است که به موجب آن مقرض ملتزم می‌شود که ملکیت مبلغی پول یا یک شئ مثلی دیگر را به مقترض منتقل کند و در مقابل نیز مقترض در پایان عقد قرض شیئی که از نظر مقدار، نوع و صفت مانند مال القرض است را به او رد کند.

از این رو، در حقوق این کشور نیز این برداشت به وجود آمده است که قرض عقدی رضایی است (سنهوری بی تا ج ۵ : ۴۲۱-۴۱۹). این در حالی است که برخی دیگر به ضرس قاطع قبض را در عقد قرض شرط دانسته و معتقدند عقد قرض از قبیل«احسانات» است و قاعده در باب احسانات این است که قبض مرز و سامان بین طرفین احسان است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰ ج ۱: ۱۵۹). دلیل عدم اشارهٔ قانونگذار به اشتراط قبض در مادهٔ ۶۴۸ ق.م نیز یا از جهت عدم تنبه قانونگذار و قصور در تعبیر بوده (بروجردی عبده ۱۳۸۰: ۳۵۰) یا از سر اشتباهی است که در ترجمهٔ دو ماده از قانون مدنی فرانسه، رخ داده است. وگرنه هرگز مقصود قانونگذار تغییر مبنا در این باب نبوده است (امامی ۱۳۷۷ ج ۲: ۲۸۲).

در چنین مواردی که قانون راجع به حکم قضیه سکوت کرده است برای یافتن راه حل باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر رجوع کرد. همچنان‌که اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز همین طریق را پیشنهاد کرده است (کاتوزیان ب۱۳۸۱ ج ۲: ۳۹۶، ۴۰۸؛ هادی ۱۳۷۸ : ۶۰).

اقوال مختلف راجع به سبب انتقال ملکیت در عقد قرض

تردیدی نیست که عقد قرض یک عقد تملیکی است (علامه حلی بی تا ج ۲: ۶)؛ یعنی مقرض مال خود را به مقترض تملیک می‌کند و در مقابل مقترض مثل یا قیمت آن را به او رد می‌کند. منتها تملیک در اینجا به شیوهٔ معاوضه نیست. زیرا قصد تعویض دو مال در آن مطرح نیست، بلکه تملیک بر وجه ضمان است. یعنی مقترض در مقابل تملک مال مورد قرض ضامن برگرداندان مثل یا قیمت آن به مقترض می‌شود. به عبارت دیگر، عوض در عقد قرض عوض جعلی نیست بلکه عوض واقعی است. بنابراین گویی عقد قرض مرکب است از یک تملیک و یک ضمان (نجفی خوانساری ۱۴۱۸ ج ۱، ۱۱۴؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۰ج ۱: ۱۵۸). از همین روست که آن را در شمار ضمانات دانسته‌اند (نجفی ۱۴۱۲ ج ۹: ۱۵).

آنچه محل بحث است زمان و سبب انتقال ملکیت است. در این خصوص سه نظر وجود دارد:

الف) برخی بر این عقیده‌اند که مقترض به محض انعقاد عقد مالک مال مورد قرض می‌شود اگرچه آن را قبض نکرده باشد (ابوالبرکات بی تا ج ۳: ۲۲۶؛ دسوقی بی تا ج ۳: ۲۲۶). از میان مذاهب اسلامی اعم از امامیه و فرق عامه تنها مالکیه به این نظر پای بندند (زحیلی ۱۴۲۹ ج ۴: ۵۱۳). بر این اساس عقد قرض عقدی رضایی است. چون برای وقوع و نفوذ آن ایجاب و قبول به تنهایی کافی است و در تعلیل آن به اصل رضایی بودن عقود استنادشده است.

ب) پرطرفدارترین عقیده پیرامون سبب انتقال ملکیت در عقد قرض این است که ملکیت در این عقد متوقف بر «قبض» مقترض است. قاطبهٔ فقهای امامیه بر این نظر اتفاق داشته و در موارد متعدد نسبت به آن ادعای اجماع و نفی خلاف شده است (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۶۰ ؛ بحرانی بی تا ج۲: ۱۲۳؛ نجفی ۱۴۱۲: ۱۹) جز اینکه برخی قبض را شرط صحت عقد قرض دانسته‌اند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج۱ و ۲: ۵۰۹؛ حسینی مراغی ۱۴۲۵ ج۲: ۲۵۷) که در این صورت عقد قرض همانند بیع صرف است که در آن قبض ارزشی همانند ایجاب و قبول داشته و یکی از ارکان وقوع عقد به شمار می رود و بدون آن اساساً عقد در عالم اعتبار وجود پیدا نمی‌کند. در مقابل، برخی دیگر قبض را هم پایه ایجاب و قبول ندانسته و آن را برای وقوع عقد ضروری ندانسته‌اند، بلکه معتقدند عقد قرض با ایجاب و قبول واقع می‌شود و تسلیم مورد قرض صرفاً شرط تحقق تملیک است (محقق حلی۱۴۲۵ ج۲: ۳۳۷؛ شهید اول بی تا: ۱۱۴).

در هرحال بر پایهٔ هر دو نظر عقد قرض عقدی عینی خواهد بود. چه اینکه همان‌طور که در ابتدای بحث بدان اشاره شد عقد عینی عقدی است که قبض در وقوع یا نفوذ آن دخیل باشد. این دسته برای اثبات مدعای خود مبنی بر توقف تملیک بر قبض به چند دلیل تمسک جسته‌اند:

۱) روایت: مهم‌ترین دلیلی که برای این نظر مطرح شده است روایتی است که زراره پیرامون زکات قرض از امام محمد باقر(ع) نقل کرده است (بحرانی بی تا ج ۲۰: ۱۲۵). در این حدیث امام(ع) مسئول پرداخت قرض را که یک سال از آن گذشته است مقترض دانسته و علت حکم را وجود مال در دست او اعلام فرموده است (حر عاملی بی‌تا ج۶: ۶۷).

۲)اجماع: همان‌طور که گذشت فقهای امامیه بر این معنا اتفاق نظر دارند. حتی از میان فقهای عامه حنابله و گروهی از شافعیه نیز بر این عقیده‌اند (ابن قدامه بی‌تا ج۴: ۳۵۴؛ بهوتی ۱۴۱۸ ج۳: ۳۶۶؛ رافعی بی‌تا ج ۹: ۳۹۱) منتها از آنجا که مستند اجماع فقها روایتی است که ذکر شد لذا این اجماع دلیل مستقلی به شمار نمی رود.

۳) «تبعیت ضمان معاوضی از ملکیت» قانون مدنی در ماده ۶۴۹ مقرر می‌دارد: «اگر مالی که موضوع قرض است بعداز تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است.» براساس مفهوم مخالف این ماده تلف موضوع قرض پیش از تسلیم بر عهدهٔ مقرض است. حال اگر «تبعیت ضمان معاوضی از ملکیت» را به عنوان قاعده بپذیریم آنگاه همین مفهوم مخالف دلیلی بر بقای موضوع قرض برملکیت مقرض پیش از تسلیم خواهد بود.

همان‌طور که می‌دانیم ضمان «تلف مبیع قبل القبض» در عقد بیع بر عهدهٔ بایع است.منتها در اینکه آیا این حکم اختصاص به عقد بیع دارد یا اینکه قاعده‌ای است کلی که در مورد سایر معاوضات نیز جاری و ساری است بین اندیشمندان اختلاف عقیده وجود دارد. به بیان دیگر، بحث بر سر این که آیا مدلول قاعدهٔ مزبور حکمی منطبق بر اصول اولیهٔ حاکم بر معاملات است یا اینکه حکمی است استثنایی و خلاف قاعده که باید به مورد نصّ محدود شود؟

منشأ اختلاف در این است که براساس قاعده به محض انعقاد عقد بیع هریک از ثمن و مثمن به ملکیت طرف مقابل منتقل می‌شود (ماده۳۶۲ ق.م) و چون علی‌القاعده تلف هر مالی بر عهدهٔ مالک آن است، لذا چنانچه مبیع پس از عقد و پیش از تسلیم به مشتری تلف شود باید برعهدهٔ مشتری باشد. چون فروشنده پس از وقوع عقد مبیع را به عنوان امین در دست دارد و جز در صورت تعدی و تفریط ضامن تلف قهری آن نیست. منتها دلیل خاص وارد شده است بر اینکه در چنین وضعیتی تلف بر عهدهٔ بایع است. همین امر زمینه بحثها و گفتگوهای فراوانی را در این خصوص پدید آورده و نظرهای گوناگونی از سوی صاحبان اندیشه ابراز گردیده است. فایدهٔ بحث در این است که اگر این حکم موافق قاعده باشد در مورد تلف ثمن پیش از تسلیم و نیز سایر معاوضات نیز اجرا می‌شود، ولی چنانچه استثناء بر قواعد کلی معاملات باشد اختصاص به تلف مبیع پیش از تسلیم خواهد داشت.

برخی از محققان پس از اینکه مدرک اصلی قاعده را بنای عقلا دانسته‌اند، بر این باورند که مفاد قاعدهٔ مورد بحث هیچ گونه برخوردی با قواعد اولیه حاکم بر معاملات نداشته و کاملاً منطبق بر آن اصول و ضوابط است. اینان برای اثبات مدعای خود یکی از دو توجیه را ارائه نموده‌اند:

الف) بنای عقلا بر این است که انشای عقود و مبادلات در عالم اعتبار و تشریع بر اخذ و اعطای خارجی استوار است به گونه‌ای که اگر مورد معامله قابلیت اخذ و اعطای خارجی نداشته باشد مبادله در عالم اعتبار و تشریع لغو و غیر عقلایی است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۴ج۲: ۹۲-۹۱). شبیه

به این مطلب چنین عنوان شده است که قبض و اقباض در معاملات از مکملات ملکیت است. به گونه‌ای که عرف عقلا اجمالاً پیش از قبض و اقباض حصول ملکیت را ناتمام دانسته و بدون تسلیم عقد را منحل می‌بیند (خویی بی‌تا ج۵: ۶۴۵).

ب) از آنجا که وجوب قبض جزء مقتضیات عقد است؛ لذا در صورت تلف احدالعوضین عقد به دلیل عدم وفا به تمام مقتضای عقد منفسخ می‌شود. توضیح این سخن این است که مقتضای عقد این است که هریک از متعاقدین باید طرف دیگر را بر آنچه نسبت به آن پیش از عقد سلطنت داشته است، مسلط گرداند. به سخن دیگر، به حکم مقتضای عقد هریک از متعاقدین همان‌گونه که در عالم اعتبار ملتزم به مبادله است در عالم خارج نیز ملتزم به مبادله خارجی است. این باعث ایجاد ارتباط بین عوضین شده به گونه‌ای که هرگاه یکی از عوضین به واسطهٔ تلف صلاحیت عوضیت را از دست بدهد به ملک مالک سابقش برمی‌گردد و در همین هنگام عوضی هم که در کفهٔ مقابل آن قرار داشت به ملک مالک سابقش باز می‌گردد و این همان معنای «انفساخ» است (آل بحرالعلوم ۱۴۰۳ ج ۱: ۱۵۶).

بر این اساس حکم انفساخ عقد در اثر تلف مبیع قبل از قبض اختصاص به مبیع نداشته و در مورد تلف ثمن پیش از تسلیم، و نیز در سایر معاوضات جاری است؛ زیرا در صورتی که مبنای حکم، سیرهٔ عقلا باشد عقلا حکم را مختص به مبیع نمی دانند و اگر هم مبنای آن عدم وفا به مقتضای عقد باشد منحصر به تلف مبیع نخواهد بود، بلکه در همهٔ عقود معاوضی این قاعده جاری است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۴ ج ۲: ۹۲ـ۹۱).

در مقابل، برخی دیگر معتقدند حکم انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض حکمی خلاف قاعده است (آخوند خراسانی ۱۴۰۶: ۲۷۹). براساس این تفکر مدرک قاعده مورد بحث حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» (نوری ۱۴۰۸ ج۱۳: ۳۰۳) یا روایت عقبة بن خالد از امام صادق(ع) بوده (شیخ طوسی ۱۳۶۵ ج۷: ۲۱؛ کلینی ۱۳۶۳ ج۵: ۱۷۱) و ادعای عقلایی بودن حکم انفساخ قابل قبول نیست، زیرا چنین بنایی به‌گونه ای که بتوان با آن یک حکم خلاف قاعده را اثبات نمود ثابت نشده است. بنابراین، تجاوز از مورد نص توجیهی ندارد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج۵: ۵۹۱). ضمن اینکه محال است سلطنت فعلیه یا قبض که به عقیده برخی جزء مقتضای عقد است با سببی انشایی وجود پیدا کند. آری، اگر مراد ایشان این باشد که حصول ملکیت شرعی منوط به حصول

سلطنت فعلی باشد چنین چیزی معقول است جز اینکه دلیلی بر آن وجود ندارد (غروی اصفهانی ۱۴۰۹: ۱۷۱).

معروف بین فقیهان این است که مدلول مطابقی عقد بیع چیزی جز تملیک عین در مقابل عوض نیست و وجوب تسلیم از لوازم ملکیتی است که در اثر عقد بیع حاصل شده است؛ زیرا به حکم «الناس مسلطون علی اموالهم» هر شخصی می‌تواند مالش را از کسی که در دست اوست مطالبه کند و بر شخص ذوالید نیز لازم است درخواست او را اجابت کند (غروی اصفهانی ۱۴۱۸ ج ۵: ۳۹۸، ۳۷۱).

حاصل آنکه مفاد قاعده خلاف قاعده بوده که صرفاً مستند به روایت و اجماع است و لذا باید به مورد نصّ محدود شود. براین اساس «تبعیت ضمان معاوضی از ملکیت» قاعده‌ای است کلی که به کمک آن و از رهگذر مفهوم مخالف مادهٔ ۶۴۹ ق.م می‌توان بقای موضوع قرض بر ملکیت مقترض را پیش از تسلیم نتیجه گرفت.

۴. چهارمین دلیلی که برای اثبات توقف تملیک بر قبض ابراز شده است، اصل عدم انتقال تا هنگام قبض است. بدین معنا که تا زمانی که مال مورد قرض به مقترض تسلیم نشده است، شک داریم در اینکه آیا به صرف ایجاب و قبول مال به مقترض منتقل شده است یا خیر؟ در این صورت اصل عدم انتقال را جاری نموده و حکم به بقای مال در ملک مقترض می‌کنیم (مقدس اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۹: ۷۳).

ج) نظر دیگری که البته در اقلیت بوده و از سوی گروهی از پیروان مذهب شافعی ابراز شده است ملکیت مقترض را متوقف بر تصرف وی در مال مورد قرض می‌داند (شربینی ۱۳۷۷ ج۲: ۱۲۰). بر این اساس عقد قرض عقدی تشریفاتی است. زیرا ایجاب وقبول به تنهایی برای وقوع عقد و ترتب آثار آن کافی نیست. طرفداران این نظریه برای اثبات مدعای خود دو دلیل اقامه کرده‌اند:

۱. عقد قرض نه تبرع محض است، بدان سبب که در آن باید بدل مال مورد قرض پرداخت شود و نه یک معاوضهٔ حقیقی. پس ناگزیر مال مورد قرض پس از استقرار بدل آن بر ذمّهٔ مقترض به ملکیت وی در می‌آید (رافعی بی تا ج ۹ : ۳۹۲).

۲. مادام که عین در دست مقترض باقی باشد و او در آن تصرف نکرده باشد مقرض می‌تواند نسبت به آن رجوع کند و مقترض نیز می‌تواند عین همان مال را به مقرض برگرداند. در حالی که

اگر مقترض با قبض مالک آن شده بود نه مقرض می‌توانست نسبت به آن رجوع کند و نه بر مقترض جایز بود عقد را فسخ نموده و عین مال را برگرداند (نووی بی تا: ج۱۳: ۱۶۶).

در پاسخ به دلیل نخست می‌گوییم ما قبول نداریم که برای تحقق تملیک لزوماً نیاز باشد بدل آن بر ذمه مقترض قرار گیرد، بلکه معتقدیم می‌تواند تملیک صورت پذیرد و پس از تحقق تملیک بدل آن بر ذمه مقترض قرار گیرد، و اتفاقاً این تحلیل باماهیت غیر تبرعی و غیر معاوضی عقد قرض سازگارتر است. در پاسخ به دلیل دوم هم یادآور می‌شویم که بر مبنای مختار امامیه مبنی بر حصول ملکیت با قبض دیگر توجیهی برای جواز رجوع مقرض نسبت به عین پس از قبض وجود ندارد و او تنها می‌تواند نسبت به بدل به مقترض رجوع کند. پرداخت عین مال مورد قبض از سوی مقترض در مقام برائت ذمه هم با مانعی روبرو نیست. زیرا این مانند این است که او بدل آن را برگردانده است (علامه حلی بی تا ج ۲: ۶). بنابراین غیر از اصل بقای ملک دلیل واضحی برای این قول نیست و همان‌گونه که می‌دانیم اصل قادر به معارضه با دلیل نیست. (قمی ۱۳۷۱ ج۳: ۱۹).

در ردّ قول سوم دلیل دیگری نیز مطرح شده است. بدین ترتیب که گفته‌اند تصرف فرع بر ملکیت است، آنگاه اگر در عقد قرض بپذیریم که ملکیت متوقف بر تصرف است دور لازم می‌آید (محقق حلی ۱۴۲۵ ج ۲: ۳۳۷). این دلیل از این جهت نقض شده است که چنین نیست که تصرف همیشه تابع ملکیت باشد. برای جواز تصرف در مال اذن مالک کافی است و روشن است که مالک (مقرض) در اینجا با انشای ایجاب به مقترض اذن داده است. این اذن سبب تام جواز تصرف است اگرچه سببیتش برای افادهٔ ملکیت ناقص است که آن هم پس از تصرف کامل می‌شود، بنابراین دوری در کار نیست (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج۳: ۴۵۰).

اشکالی که بر این سخن وارد است این است که: اولاً، مفاد اذن مقرض این است که عین ملک مقترض شود و در مقابل بدلش در ذمّهٔ او ثابت شود و چنین نیست که او به صورت مطلق به مقترض اذن داده باشد. ثانیاً، اگر اذن مقرض را به شیوهٔ مستدل تحلیل کنیم بسیاری از تصرفاتی که اجماع بر جواز آنها وجود دارد با اشکال مواجه می‌شود. به عنوان مثال، جواز وطی کنیز متوقف است بر ملک یا تحلیل. فرض بر این است که در ما نحن فیه تحلیلی در کار نیست. حال اگر تحقق ملکیت را هم نپذیریم سببی برای جواز باقی نمی‌ماند. زیرا اذن به تنهایی برای این حکم کافی نیست، در حالی که به اتفاق علما وطی چنین کنیزی جایز است (طباطبایی ۱۴۰۴ ج۱: ۵۷۷).

رفع یک توهم

گفتیم فقهای امامیه اتفاق نظر دارند براینکه ملکیت در عقد قرض متوقف است بر قبض نه تصرف. منتها معروف شده است که شهید اول در بعضی از تحقیقاتش قول سوم، یعنی توقف ملکیت برتصرف را به شیخ طوسی نسبت داده است (بحرانی بی‌تا ج ۲۰: ۱۲۵) همچنان‌که برخی دیگر از فقها نیز به صراحت این نظر را تأیید نموده‌اند (فاضل مقداد ۱۴۰۴ ج۲: ۱۵۶). اما با قدری تحقیق در این خصوص بی اساس بودن این نسبت آشکار شده و درمی‌یابیم که شیخ طوسی نیز همانند سایر هم‌کیشان خود ملکیت را در عقد قرض متوقف بر قبض می‌داند نه تصرف. زیرا اولاً، خود شهید اول در کتابش به صراحت قول مشهور مبنی بر توقف ملکیت بر قبض را به شیخ نسبت داده و قول سوم را اصطلاحاً به صورت «قیل» مطرح می‌سازد. بدین ترتیب هرگونه شائبه‌ای را در این خصوص می‌زداید (شهید اول ۱۴۱۲ ج۳: ۳۲۲). ثانیاً، هنگام مراجعه به تألیفات شیخ طوسی ملاحظه می‌کنیم که وی صریحاً خویش را طرفدار قول مشهور اعلام نموده و قول سوم را به گروهی از اصحاب شافعی نسبت می‌دهد (شیخ طوسی بی تا ج۲: ۱۶۱؛ ۱۴۰۷ ج۳: ۱۷۷).

ثمرهٔ اقوال

گفته شد که در خصوص زمان و سبب ملکیت در عقد قرض سه نظر وجود دارد: گروهی قائل به ملکیت مقترض از هنگام تقارن ایجاب و قبول هستند (مالکیه). گروهی معتقد به حصول ملکیت از هنگام قبض هستند (امامیه و معظم فقهای عامه). در نهایت، گروهی هم عقیده به انتقال ملکیت از زمان تصرف مقترض دارند (برخی از شافعیه). ثمرهٔ این اقوال در دو مورد ظاهر می‌شود: یکی در مورد رجوع مقرض نسبت به عین و همچنین فسخ عقد از سوی مقترض. دوم در خصوص نماءات مال مورد قرض.

در صورتی که قائل به قول نخست شویم به محض لحوق قبول به ایجاب، عقد تمام شده و هیچ یک از طرفین مجاز به فسخ عقد نیستند. ضمن اینکه نماءات مال مورد قرض نیز از آن مقترض خواهد بود.

چنانچه قول دوم را بپذیریم آثار مزبور از هنگام قبض مترتب می‌شود. بنابراین، مادام که مال به مقترض تسلیم نشده است هریک از طرفین می‌توانند عقد را فسخ کنند. نماءات مال نیز به مقرض تعلق دارد (محقق سبزواری بی‌تا: ۱۰۳).

اما اگر قائل به قول سوم شویم مسأله دو وجه پیدا می‌کند:

الف) تصرف را ناقل ملکیت می‌دانیم. به این معنا که بگوییم یک لحظه پیش از تصرف ملکیت حاصل می‌شود. در این صورت تا آن هنگام هریک از طرفین حق فسخ عقد را دارند. اگرچه مال به قبض مقترض نیز داده شده باشد. همچنان‌که نماءات مال نیز تا آن لحظه از آن مقرض است (قمی ۱۳۷۱: ۲۱).

ب) تصرف کاشف از ملک سابق است. از این سخن دو گونه برداشت شده است: یکی اینکه مراد کاشفیت تصرف نسبت به ملکیت از هنگام قبض است و دیگری کاشفیت آن از یک لحظه پیش از تصرف (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ج ۵: ۴۹). اگر مراد برداشت اول باشد برگشتش به قول توقف ملکیت بر قبض بوده و نظر مستقلی به شمار نمی‌رود. بنابراین طبیعتاً ثمرات همان قول را به دنبال خواهد داشت (مقدس اردبیلی ۱۴۰۳: ۷۴). اگر هم مراد برداشت دوم باشد در این صورت برگشتش به همان نظری است که تصرف را ناقل می‌داند و ثمرات آن نظر را در پی‌دارد.

نتیجه گیری

پیرامون سبب انتقال ملکیت در عقد قرض سه نظر وجود دارد: مالکیه نفس عقد(ایجاب و قبول) را سبب تام برای انتقال ملکیت دانسته‌اند. براین اساس عقد قرض عقدی رضایی است. امامیه و معظم فقهای عامه انتقال ملکیت را متوقف بر قبض دانسته‌اند که در این صورت، عقد قرض عقدی عینی است. برخی از شافعیه هم به دو عامل عقد و قبض بسنده ننموده و تصرف مقترض در مال موضوع عقد را نیز در انتقال ملکیت سهیم دانسته‌اند. بر پایه این نظر عقد قرض عقدی تشریفاتی است.

از میان اقوال موجود، قول امامیه که انتقال ملکیت را در عقد قرض متوقف بر قبض دانسته و عقد قرض را عقدی عینی تلقی کرده است از پشتوانهٔ مستحکم تری به لحاظ مستند و استدلال برخوردار است. به ویژه که حضرت امام خمینی نیز در کتاب ***تحریرالوسیله*** به صراحت این عقیده را برگزیده است.

اگرچه مادهٔ ۶۴۸ ق.م. در خصوص رضایی یا عینی بودن عقد قرض به ظاهر ساکت است، لکن به چهار دلیل باید پذیرفت که عقد قرض عقدی عینی است:

الف) روایت؛

ب) اجماع (که البته با وجود روایت مدرکی بوده و دلیل مستقلی به شمار نمی‌رود)؛

ج) قاعده کلی «تبعیت ضمان معاوضی از ملکیت» که براساس آن می‌توان مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ ق. م را نشانهٔ عینی بودن عقد قرض دانست؛

د) اصل عدم انتقال تا هنگام قبض.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶) ***حاشیه بر مکاسب***، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- آل بحرالعلوم، سید محمد. (۱۴۰۳) ***بلغة الفقیه***، تهران: مکتبه الصادق، چاپ چهارم.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۲۲) ***تحریر المجلة***، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، چاپ اول.
- ابن ادریس، احمد. (۱۴۱۰) ***السرائر***، قم: بی‌نا، چاپ دوم.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (بی‌تا) ***المغنی***، بیروت: دارالکتب العربی.
- ابوالبرکات، سیدی احمد الوردیر. (بی‌تا) ***الشرح الکبیر***، بیروت: داراحیاء الکتب العربیه.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹) ***البیع***، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (چاپ و نشر عروج)، چاپ اول.
- ـــــــــ . (۱۴۲۱) ***تحریر الوسیله***، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (چاپ و نشر عروج)، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۷) ***حقوق مدنی***، تهران: کتابفروشی اسلامیه، چاپ چهاردهم.
- بحرانی، یوسف. (بی‌تا) ***الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة***، قم: جامعه مدرسین.
- بروجردی عبده، سیدمحمد. (۱۳۸۰) ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
- بهوتی، منصور بن یونس. (۱۴۱۸) ***کشف القناع***، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰) ***فلسفه حقوق مدنی***، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حر عاملی، محمدبن الحسن. (بی تا) ***وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه***، بیروت: داراحیاءالتراث العربی.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (۱۴۱۹) ***مفتاح الکرامه***، قم: جامعه مدرسین مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۲۵) ***العناوین***، قم: جامعه مدرسین، چاپ دوم.
- دسوقی، شمس الدین محمد بن عرفه. (بی تا) ***حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر***، بیروت: دار احیاء الکتب العربیه.
- رافعی، عبدالکریم بن محمد. (بی تا) ***فتح العزیز فی شرح الوجیز***، بیروت: دارالفکر.
- زحیلی، وهبه. (۱۴۲۹) ***الفقه الاسلامی و ادلته***، دمشق: دارالفکر،چاپ ششم.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۹۸) ***نظریة العقد***، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه، چاپ دوم.
- ـــــــــ . (بی تا) ***الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید***، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

- شربینی الخطیب، محمد. (۱۳۷۷ ق) ***مغنی المحتاج***، بیروت: داراحیاءالتراث العربی.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۲) ***الدروس***، قم: جامعه مدرسین، چاپ اول.
- ـــــــــ . (بی تا) ***اللمعة الدمشقیه***، قم: انتشارات دارالفکر.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (بی تا) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ دوم.
- ـــــــــ . (۱۴۱۳) ***مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام***، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰) ***تشکیل قراردادها و تعهدات***، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمدبن الحسن. (۱۳۶۵) ***تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه***، قم: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- ـــــــــ . (۱۴۰۷) ***الخلاف***، قم: جامعه مدرسین.
- ـــــــــ . (بی تا) ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران: المکتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- شیخ مفید، محمدبن محمد بن نعمان. (۱۴۱۰) ***المقنعه***، قم: جامعه مدرسین، چاپ دوم.
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۳) ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۰۴) ***ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل***، قم: مؤسسه آل البیت(ع) .
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی تا) ***تذکرة الفقها***، تهران: مکتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ـــــــــ . (۱۳۸۷) ***ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد***، قم: المطبعة العلمیه، چاپ اول.
- غروی اصفهانی،محمد حسین. (۱۴۰۹) ***الاجاره***، قم: جامعه مدرسین، چاپ دوم.
- ـــــــــ . (۱۴۱۸) ***حاشیه مکاسب***، محقق، چاپ اول.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴) ***التنقیح الرائع لمختصر الشرائع***، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- ***قانون مدنی***. (۱۳۸۴) به کوشش سید عباس حسینی نیک، تهران: انتشارات مجد، چاپ هشتم.
- قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱)***جامع الشتات***، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹) ***اعمال حقوقی***، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- ـــــــــ . (۱۳۸۰) ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
- ـــــــــ . (الف۱۳۸۱) ***عقود معین***، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم.
- ـــــــــ . (ب ۱۳۸۱) ***فلسفه حقوق***، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۳۶۳) ***اصول کافی***، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم.
- مجاهد طباطبایی، سید محمد. (بی تا) ***المناهل***، بی جا، بی نا.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۲۵) ***شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، بیروت: دارالقاری، چاپ یازدهم.

- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. (بی تا) ***کفایة الاحکام***، اصفهان: مدرسه صدر مهدوی.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳) ***مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان***، قم: جامعه مدرسین.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، (۱۴۲۴) ***القواعد الفقهیه***، قم: انتشارات دلیل ما، چاپ اول.
- خویی، ابوالقاسم. (بی تا) ***مصباح الفقاهه***، قم: مطبعهٔ سیدالشهدا(ع)، چاپ دوم.
- نجفی خوانساری، موسی. (۱۴۱۸) ***منیة الطالب فی شرح المکاسب***، قم: جامعه مدرسین.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۱۲)، ***جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام***، بیروت: مؤسسه المرتضی العالمیه، چاپ اول.
- نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸) ***مستدرک الوسائل***، بیروت: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث، چاپ اول.
- نووی، محیی الدین بن شرف. (بی تا) ***المجموع فی شرح المهذب***، بیروت: دارالفکر.
- هادی، اسماعیل. (۱۳۷۸) ***منابع حقوق در اسلام***، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم.

This document was created with Win2PDF available at http://www.daneprairie.com.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.