

[حقیقت قرض 1](#_Toc518168671)

[وجه مبنای دوم 1](#_Toc518168672)

[اشکال بر مبنای دوم 2](#_Toc518168673)

[وجه مبنای سوم 4](#_Toc518168674)

**موضوع**: مبانی در حقیقت قرض /بانکداری اسلامی /معاملات بانکی

**خلاصه مباحث گذشته:**

ظاهر صحّت قول مشهور است که حساب پس انداز به حسب مرتکز عرفی مردم در حال حاضر قرض به بانک است، و اگر چه مرحوم آقای صدر فرمودند: امکان این که این سپرده به شکل ودیعه در بانک قرار داده شود و در عین حال تمام أحکام و أهدافی که در ودیعه گذاری به بانک پی گیری می شود، مترتّب شود، وجود دارد.

##### حقیقت قرض

**عرض کردیم:**

باید ابتدا حقیقت قرض بررسی شود و سپس ملاحظه شود که آیا این حقیقت قابل انطباق بر پس انداز بانک است و یا نیست؟

حقیقت قرض مورد بحث و اختلاف بود که: آیا «التملیک مع الضمان» است و یا «هبة العین مع إیداع مالیّتها» و یا «الإذن فی حیازة المال مع الضمان»؟

به نظر ما مبنای صحیح همان مبنای أوّل است.

###### وجه مبنای دوم

و أمّا مبنای دوم که مختار مرحوم ایروانی بود؛

**ایشان در وجه این مبنی فرموده اند:**

مرتکز عرفی این است که قرض معاوضه نیست، و تفاوت است میان مبادله دو مال و میان قرض، به همین جهت عرف میان بیع نسیه و قرض تفاوت می گذارد؛ گاه شخص می گوید: (این سکّه را به تو در مقابل فلان مبلغ شش ماهه می فروشم)، این بیع نسیه خواهد بود، و گاه شخص می گوید: (این سکّه را به تو شش ماهه قرض می دهم)، این قرض است، که به نظر عرف میان این دو فرض تفاوت است، به همین جهت در فرض أوّل همه از تعبیر «خرید و فروش» استفاده می کنند و لکن کسی از این تعبیر در فرض دوم استفاده نمی کند، بر خلاف نظر مرحوم آقای خوئی که بازگشت فرض أوّل را به قرض می دانند و اگر چه صورت آن بیع است. و لکن به هر حال در إرتکاز عرف قرض مبادله میان دو مال نیست، و إلاّ تفاوت قرض با بیع چه خواهد بود؟!

و حال که قرض معاوضه نبوده و در إرتکاز عقلاء قرض از سنخ معاوضات نیست، بنابراین ضمان در این تعریف «التملیک مع الضمان» ضمان معاوضی نخواهد بود که مقترض ضامن عوض مال باشد، مثل در مثلیّات و قیمی در قیمیّات، (چرا که قرض قیمی مانند قرض گوسفند، اگر چه در میان عقلاء وجود ندارد و لکن شرعاً صحیح است و لکن قیمت یوم الإقتراض بر ذمّه مقترض ثابت می شود) و ذمّه او مشغول به آن بشود، بنابراین این ضمان توجیهی نخواهد داشت غیر از شرط در ضمن تملیک؛ «التملیک المجّانی مع اشتراط الضمان»، یعنی در ضمن تملیک مال شرط می شود که مقترض ضامن این مال باشد و لکن اشکال این است که این شرط صحیح نیست؛ چرا که این شرط بدین معنی است که مقترض که مالک این مال می شود، ضامن آن نیز باشد، و این در حالی است که معقول نیست که مالک ضامن مال خود باشد، حال چه ضمان ذمّه و چه ضمان ید؛ زیرا این ضمان بدین معنی است که شخص هم مالک این مال باشد و هم بدهکار این مال، و اگر این شرط معقول باشد، این شرط نیز معقول خواهد بود که شخص کتابی را به دیگری ببخشد، بدین شرط که او ضامن خانه خود باشد!!. بنابراین تعریف قرض به «التملیک مع الضمان» صحیح نیست، بلکه تعریف صحیح این است که: «القرض هو هبة العین مع ایداع المالیّة».

اشکال بر مبنای دوم

**و لکن به نظر ما این وجه ناتمام است:**

زیرا اگر چه قرض در ارتکاز عقلاء از سنخ معاوضات نیست و میان این یک ملیون تومان که مثلاً به مقترض قرض داده می شود و میان آن یک ملیون تومان که ذمّه مقترض به آن مشغول می شود، معاوضه ای صورت نمی گیرد، و لکن این بدین معنی است که قرض معاوضه بین العینین و المالین که این مال در إزاء آن مال باشد، نیست و لکن این منافات ندارد که قرض معاوضه بین التملیکین باشد، بدین معنی که در مقابل تملیک یک ملیون تومان توسّط مقرض، عوضی می باشد و آن این است که مقترض نیز بدل این مال را به مقرض تملیک کند، پس مقابله میان دو تملیک می باشد، نه مقابله میان دو عین.

و به همین جهت در باب ربای معاوضی گفته اند: ربای معاوضی در موردی است که معاوضه بین العینین باشد، حال معاوضه چه به عقد بیع باشد و چه به عقد صلح، و لکن اگر معاوضه بین التملیکین باشد، محذوری نخواهد داشت:

گاه گفته می شود: (این یک منّ گندم خوب به ازاء دو منّ گندم بد)، حال یا به صیغه «بعتُ» و یا به صیغه «صالحتک»؛ این معاوضه بین العینین است که ربا و حرام است، و لکن گاه گفته می شود؛ (تملیک این یک منّ گندم خوب به إزاء تملیک دو منّ گندم بد)، حال یا به صیغه «بعتُ» و یا به صیغه «صالحتک»؛ این معاوضه بین التملیکین و مصالحه بر تملیک می باشد که فقهاء آن را بدون محذور دانسته اند؛ چرا که أدلّه تحریم ربای معاوضی مختصّ به فرض مبادله مکیل و موزون به إزاء همجنس خود همراه با زیاده می باشد، بنابراین شامل موردی که معاوضه بین المالین نیست، بدینصورت که گفته شود: «صالحتک أن تملّکنی منّاً من الحنطة الجیّدة بأن أملکّک منّین من الحنطة الرّدیئة» نخواهد بود.

بنابراین اگر چه معاوضه در قرض خلاف إرتکاز است و لکن این بدین معنی نیست که ضمان در آن شرط باشد، بلکه قرض یک نوع و یک سنخ خاصّ از تملیک است و آن تملیک در مقابل تملیک، که در این فرض ضمان در قرض ضمان ذمّه خواهد بود. بنابراین اگر چه معقول نیست که انسان در عین حال که مالک یک مال است، ضامن آن نیز باشد،

و لکن قرض تملیک به إزاء ضمان ذمّه مقترض می باشد که در بدل آن را به مقرض تملیک کند، که این یک سنخ خاصّ از تملیک است که در مقابل تملیک مجّانی است، نه اینکه ضمان در قرض خارج از حقیقت آن و مستفاد از شرط باشد.

بنابراین ضمان در قرض ضمان ذمّه است، نه عهده؛

ضمان عهده بدین معنی است که مسؤولیت این مال بر دوش شخص باشد بدون اینکه به بدل آن بدهکار باشد، مانند غاصب قبل از تلف عین که ضامن این مال است که «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی»، که ضمان عهده است که در قبال این مال مسؤول است که تا این عین موجود است، باید آن را بازگرداند، نه ضمان ذمّه که بدهکار به بدل آن باشد، مگر بعد از تلف مال مغصوب که در اینصورت ضامن بدل آن می شود. و ضمانت های بانکی که الآن رایج است که شخص ضامن وام گیرنده می شود، ضمان عهده است؛ چرا که ضامن بدهکار نیست، بلکه فقط متعهد می شود که من نسبت به پرداخت اقساط این وام توسّط وام گیرنده مسؤول باشد.

و ضمان ذمّه بدین معنی است که شخص بدهکار نسبت به بدل این مال می شود، مثل در مثلی و قیمت در قیمی.

حال در برخی از موارد فقط ضمان ذمّه وجود دارد: مانند ضمان ثمن قبل از تحویل مبیع؛ یعنی مشتری قبل از تحویل گرفتن مبیع از بایع، هیچ تعهّد و إلزامی نسبت به پرداخت ثمن ندارد و لکن بدهکار به ثمن است که ضمان ذمّه است، و ضامن عهده نیست مگر بعد از تحویل مبیع توسّط بایع که در اینصورت مشتری ملزم است که ثمن را تحویل دهد. و در بسیاری از موارد ضمان عهده و ضمان ذمّه جمع می شوند: مانند غاصب قبل از تلف عین که هم مسؤولیّت دارد و هم بدهکار است. و در برخی از موارد فقط ضمان عهده وجود دارد؛ مانند ضمانت های بانکی.

حال در قرض أصل ضمان، ضمان ذمّه است که به دنبال آن ضمان عهده نیز ثابت می شود؛ مقرض این مال را به مقترض علی وجه الضمان تملیک می کند که ضمان ذمّه است. و اشتباه مرحوم ایروانی این است که تملیک در قرض را مجّانی فرض کرده و به همین جهت ضمان را به عنوان شرط در ضمن عقد قرار داده و در نتیجه آن را غیر معقول دانسته است.

به هر حال ما هیچ محذوری احساس نمی کنیم که مال از ناحیه مقرض به مقترض تملیک بشود بدون اینکه مبادله بین العینین باشد، بلکه یک سنخ از تملیک است که در إزاء آن مقترض قبول کند که مقرض مالک بدل این مال در ذمّه او باشد.

###### وجه مبنای سوم

أمّا مبنای سوم در حقیقت قرض که «القرض هو الإذن فی الحیازة علی وجه الضمان»؛

**مرحوم آقای صدر می فرماید:**

در إرتکاز عقلاء دو أمر را ملاحظه می کنیم؛

**أمر أوّل:** عقلاء قرض را از سنخ معاوضات نمی دانند.

**أمر دوم:** تحقّق قبض از جانب مقترض را شرط صحّت آن می دانند و تا قبض صورت نگیرد، قبض را محقّق نمی دانند؛ یعنی تا مبلغ را مثلاً تحویل نگیرد، عقلاء نمی گویند: از او قرض گرفت. و این بر خلاف بیع است که به مجرّد إیجاب و قبول، گفته می شود: از او خرید، و اگر چه هنوز قبض مبیع صورت نگرفته باشد.

حال این دو ارتکاز نشانگر این مطلب می باشد که قرض صرف تملیک انشائی مع الضمان نیست، بلکه حقیقت قرض إذن است، یعنی «القرض هو حیازة المقترض للمال بإذن المقرض حیازةً علی وجه الضمان»؛ پس قرض گرفتن و قرض دادن یعنی حیازت وام توسّط وام گیرنده، حیازتی که به إذن صاحب مال علی وجه الضمان می باشد.

**نکته:**

هم آقای صدر و هم مرحوم ایروانی معتقد می باشند که: منشأ و مصدر تمام مالکیّت ها حیازت است؛

یک حیازت دسته أوّل و یک حیازت دسته دوم می باشد:

حیازت دست أوّل این است که مثلاً از بیابان شیئی را به دست می آورند و یا از معدن استخراج می کنند که «من حاز ملک». حال انتقال این مال به دیگران توسّط این شخص که به واسطه این حیازت مالک شد، گاه از طریق انشاء معاوضه مانند بیع است و گاه از طریق ارث و گاه از طریق حیازت دسته دوم، بدین معنی که شخص جدید و منتقل إلیه حیازت ثانیه می کند. و این حیازت ثانیه خود گاه بدون اذن مالک أوّل است، که در اینصورت غصب خواهد بود، و گاه همراه با إذن مالک أوّل است که او إذن می دهد که شخص حیازت کرده و استیلاء مالکانه نسبت به این مال پیدا کند، و این إذن گاه إذن در حیازت مجّانیه است، که در اینصورت هبه خواهد بود، و گاه إذن در حیازت علی وجه الضمان است، که در اینصورت قبض خواهد بود، و در هر دو قبض شرط است.

بنابراین در قرض مقرض تملیک نمی کند، بلکه فقط إذن در حیازت و تملّک مال خود با استیلاء بر آن به صورتی که او ضامن آن بشود، می دهد.