

[مبانی در حقیقت قرض 1](#_Toc518228144)

[اشکال بر مبنای دوم 1](#_Toc518228145)

[فرمایش مرحوم آقای صدر در توجیه مبنای سوم 2](#_Toc518228146)

[صور عقلی حیازة مال الغیر 2](#_Toc518228147)

[اشکال بر فرمایش مرحوم آقای صدر 4](#_Toc518228148)

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

##### مبانی در حقیقت قرض

**عرض شد:**

**در مورد حقیقت قرض سه مبنی وجود دارد:**

**مبنی أوّل: القرض هو التملیک علی وجه الضمان**، که مبنای صحیح همین مبنی است، با توضیحی که خواهد آمد.

**مبنی دوم: القرض هو هبة العین مع إیداع المالیّة**، که این مبنای مرحوم ایروانی است.

###### اشکال بر مبنای دوم

**و لکن این مبنی تمام نیست:**

زیرا یا مقصود از مالیّت در «إیداع المالیّة»، مالیّة العین است و یا مالیّة محضه؛

أمّا إیداع مالیّة العین در قرض معنی ندارد؛ زیرا هنگامی که مقرض مالی مثل یک ملیون تومان را به مقترض قرض می دهد، او آن را مصرف و در نتیجه إتلاف می کند، و بالتبع مالیّت عین نیز به تبع آن صرف و تلف می شود، در حالی که ودیعه باید نزد ودعی محفوظ بماند، بنابراین قرض که از لوازم آن إتلاف عین است، با إیداع مالیّت عین سازگاری و تناسب ندارد.

و أمّا إیداع مالیّت محضه، که یعنی مالیّت بدون اضافه به وجود عین خاصّی، معنایی ندارد غیر از اینکه ظرف آن ذمّه شخص باشد؛ زیرا ظرف مالیّة العین عین خارجی است که بدین جهت از آن تعبیر می شود: «المالیّة فی العین» و یا «مالیّة العین»، و لکن در مالیّت محضه که مالیّت مضاف به عین نیست، ظرف آن عین و خارج نخواهد بود، بنابراین ظرف آن موردی نخواهد داشت جز ذمّه شخص، و این یعنی مقترض مالک این یک ملیون می شود و لکن در ذمّه او یک ملیون کلّی به عنوان ودیعه قرار می گیرد، و این مطلب معنای معقولی نخواهد داشت غیر از اینکه به واسطه قرض ذمّه مقترض مشغول به بدل بشود، نه اینکه مالیّت در ذمّه به ودیعه گذاشته شود؛ چرا که مالیّة فی الذمّه قبل از قرض در نزد مالک أصلی (مقرض) وجود نداشت تا گفته شود که حال ودیعه در نزد مقترض گذاشته شد، بلکه این مالیّت فی الذمّة با قرض إحداث می شود، و به همین جهت قرض التملیک علی وجه الضمان می باشد.

**مبنای سوم: القرض هو تملّک المال بالحیازة بإذن المالک مع الضمان بالید؛**

قرض یعنی (إعطاء خارجی مال): «أقرضه» أی أعطاه و ناوله؛ در حقیقت هنگامی که مالک این یک ملیون را در خارج به مقترض تحویل بدهد، آنچه رخ داده است، عبارت از این است که مقترض این یک ملیون را بالحیازة تملّک کرده است و لکن نه مجّاناً، بلکه همراه با ضمان ید.

###### فرمایش مرحوم آقای صدر در توجیه مبنای سوم

**و این مبنای مرحوم آقای صدر است که ایشان در توضیح آن فرموده اند:**

ارتکاز عرف بر این است که تا هنگامی که مقترض مال را قبض نکند، قرض واقع نشده و گفته نمی شود: «إقترضه»، پس دو مطلب روشن می شود: أوّلاً: تحقّق قبض شرط تعبّدی برای صحّت و تمامیّت قرض نیست، بلکه شرط عرفی آن است، و ثانیاً: قرض تملیک انشائی نیست، بلکه عبارت از گرفتن یک مال به نحو مذکور است که مصداق تملّک بالحیازة و ضمان بالید می باشد.

**ایشان سپس فرموده اند:** حیازت مال غیر حیازت ثانیه است که شخص دوم مال غیر را حیازت می کند و از آن تعبیر به «ید ثانیه» می شود، و در مقابل آن حیازت أوّلیه قرار دارد که سبب ملکیّت است: «من حاز ملک»؛

حال برای توضیح این مطلب صور عقلیه مسئله «حیازة ثانیه» را مطرح می کنیم:

صور عقلی حیازة مال الغیر

**صور عقلی مسأله «حیازة مال الغیر» چهار صورت است:**

**صورت أوّل:** حیازت و ید ثانیه که ید بر مال غیر است، نه سبب ملکیّت شخص ذوالید و نه سبب ضمان تلف او می باشد؛

و این صورت خود مشتمل بر دو قسم می باشد:

**قسم أوّل:** ذوالید دوم إعتبار می شود که گویا همان مالک و ذوالید أوّل است؛

ید ودعی و وکیل که خود یک نوع ودعی است، از این قسم است: ید ودعی و وکیل ید مستقلّه نیست، بلکه گویا همان ید مالک أوّل است، و به همین جهت که ید ودعی و وکیل ید مستقلّه نیست، نه موجب ملکیّت ذوالید دوم و نه موجب ضمان او می باشد.

**قسم دوم:** ید ذوالید دوم ید مستقلّه است؛

وجه اینکه این ید مستقلّه سبب ملکیّت نیست، این می باشد که ذوالید أوّل إذن در تملّک آن نداده است، و جه اینکه این ید سبب ضمان نیست، این می باشد که ذوالید أوّل راضی به عدم ضمان ذوالید دوم می باشد.

و ید مستعیر از این قسم است: در عاریه شخص عاریه گیرنده که مستعیر باشد، مالک عاریه نمی شود، چرا که ذوالید أوّل که مالک باشد، إذن در تملّک آن نداده است، و در عین حال مستعیر ضامن نسبت به تلف این مال نیز نیست، چرا که مالک راضی به تلف این مال توسّط او می باشد، پس مستعیر نه مالک می شود و نه ضامن.

البته مراد از ضمان در محلّ بحث ضمان تلف است و عدم ضمان در این دو باب به معنای ضمان تلف است، و أمّا ضمان إتلاف نه تنها در مورد مستعیر ثابت است، بلکه در مورد ودعی نیز ثابت است.

**نکته:**

**آقای صدر در تفاوت میان این دو قسم فرموده اند:**

یک تفاوت فنّی میان این دو قسم می باشد، و آن عبارت از این است که:

در قسم أوّل ضمان أصلاً موضوع ندارد؛ زیرا ید او إعتبار شده است که ید مالک أوّل باشد، بنابراین عدم ضمان ودعی از باب سالبه به إنتفاء موضوع است، و لکن در قسم دوم ضمان موضوع دارد؛ زیرا ید او ید مستقلّه است، و عدم ضمان مستعیر به جهت رضایت مالک به عدم ضمان اوست، بنابراین عدم ضمان او از باب سالبه به إنتفاء محمول است.

اثر و نتیجه این تفاوت این می باشد که: شرط ضمان در عاریه صحیح بوده و اگر در باب عاریه شرط ضمان بشود، مستعیر ضامن خواهد بود، و لکن شرط ضمان در ودیعه شرعی و صحیح نخواهد بود؛ زیرا ودعی أصلاً ید مستقلّه ندارد تا ضمان او شرط بشود و عدم ضمان سالبه به إنتفاء موضوع است.

**صورت دوم:** ید ثانیه سبب ملکیّت نبوده و لکن سبب ضمان است؛

ید غاصب از این صورت است؛ ید غاصب سبب ملکیّت نیست، چرا که مالک اذن در تملّک نداده است، و لکن سبب ضمان است، چرا که مالک راضی به عدم ضمان او نیست.

**صورت سوم:** ید ثانیه سبب ملکیّت بوده و لکن سبب ضمان نیست؛

ید متّهب در هبه از این صورت است؛ هبه به معنای تملیک نیست، بلکه هبه یعنی حیازت مال غیر به إذن او، و به همین جهت در هبه قبض معتبر است و تا قبض صورت نگیرد، هبه واقع نمی شود. و به جهت إذن و رضایت مالک (واهب) در هبه به حیازت مال توسّط متّهب است که او مالک می شود، و از آن جهت که واهب راضی به عدم ضمان متّهب است، ید او سبب ضمان نیست.

**صورت چهارم:** ید ثانیه هم سبب ملکیّت و هم سبب ضمان است؛

و قرض از قبیل این صورت می باشد: مقترض به مجرّد إنشاء قرض نه مالک می شود و نه ضامن، بلکه در صورت حیازت و قراردادن ید بر مال مالک می شود، بنابراین ید مقترض سبب ملکیّت است؛ چرا که مالک أوّل إذن در تملّک می دهد، و همچنین ید او سبب ضمان نیز است: زیرا مالک راضی به مجّانیّت و عدم ضمان نیست. و به همین جهت ضمان مقترض نسبت به مال مقروضه ضمان یدی است، نه ضمان إنشائی که به مجرّد قرض ضامن بشود، بر خلاف بیع که به مجرّد إنشاء بیع، مشتری ضامن ثمن می شود.

این مطالب ملخّص مدّعای مرحوم آقای صدر است که هم شرطیّت قبض در صحّت قرض را توجیه می کند و هم حقیقت قرض را بیان می کند که عبارت است از «حیازة مال الغیر علی وجه الضمان»، و این حیازت هنگامی که به مالک أوّل (مقرض) مستند می شود، از آن تعبیر به إقراض می شود و هنگامی که به وام گیرنده و مقترض مستند می شود، از آن تعبیر به إقتراض می شود. و لغت نیز همینگونه معنی کرده است: «أقرضه» أعطاه و ناوله منتظراً للمجازاة، یعنی إعطاء در قرض مجّانی نیست. بنابراین قرض ارتباطی به إنشاء تملیک و تملّک ندارد، بلکه یک فعل خارجی است که عبارت است از حیازت مال غیر.

اشکال بر فرمایش مرحوم آقای صدر

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

**مطلب أوّل: أمّا معنای لغوی «قرض»؛**

این مطلب که قرض به معنای إعطاء باشد، خلاف وجدان لغوی است، بلکه قرض به معنای قطع است: «قرض» أی قَطَع، و «أقرضه مالاً» أی قَطَع له مالاً، یعنی مالی را برای او جدا کرد. البته استعمال رایج در «أقرضه» عبارت از این است که چیزی را به انتظار پاداش برای دیگری قطع و جدا کند، نه مجّانی، و آیه شریفه ﴿من ذا الّذی یقرض الله قرضاً حسناً﴾ به همین معنی است که عمل نیک انجام داده و برای خداوند جدا کنید تا خداوند به إزاء آن پاداش بدهد.

بنابراین «إقراض» عرفاً به معنای إعطاء نیست، بلکه به معنای جدا کردن چیزی برای دیگری است که استعمال رایج آن این است که این جدا کردن به انتظار پاداش باشد. و باید توجّه داشت که مراد از جدا کردن مال برای دیگری، رساندن مال به اوست.

پس طبق این معنای لغوی «قرض الحسنه» این است که: انسان مالی را برای دیگری به صورت ضمان جدا کند.

**مطلب دوم:**

ما اگر چه قبول داریم که در معنای عرفی قرض قبض أخذ شده است، و اینکه اگر شخصی دفتر چه وام باز کرده و تقاضای وام کرده و ضامن معرّفی کند، و سپس به او گفته شود: زمان تحویل وام یک هفته بعد است، هر کسی از او سؤال کند، او می گوید: وام گرفتم و لکن یک هفته بعد نوبت تحویل آن می رسد، از باب مجاز به علاقه مشارفت است، و إلاّ هنوز وام نگرفته است و وام هنگامی می گیرد که آن را قبض کند، و به همین جهت اگر بخواهد از شخصی قرض بگیرد و تمام مقدّمات آن را انجام بدهد و لکن آن شخص فوت کند، گفته نمی شود: او وام گرفت!.

و لکن شرطیّت عرفی قبض در تحقّق قرض تلازم با عدم إنشاء تملیک علی وجه الضمان در قرض ندارد، بلکه به نظر ما در قرض چنین إنشائی صورت بگیرد و لکن در عین حال تا قبض صورت نگیرد، إقراض صدق نمی کند، و این مشابه آن است که فقهاء در رهن فرموده اند که شرط صحّت رهن قبض عین مرهونه توسّط مرتهن است، و یا برخی در بیع سلم فرموده اند که معنای این بیع این است که ثمن در مجلس به بایع تحویل داده شود، و شرطیّت قبض در آن بدین معنی نیست که توسّط این بایع و مشتری إنشاء تملیک شیء بعوض نشده است، بلکه انشاء صورت گرفته است، حال قرض نیز از همین قبیل است؛ متفاهم عرفی از اینکه گفته می شود: (من موافقت کردم که این یک ملیون تومان را به شما وام و قرض بدهم) این است که من تملیک این یک ملیون تومان را به مقترض علی وجه الضمان إنشاء می کنم، بنابراین إنشاء تملیک در قرض صورت می گیرد و لکن مقترض به حمل شایع مالک نمی شود إلاّ بعد از قبض، و قبل از قبض فقط به حمل أوّلی و در عالم إنشاء تملیک صورت گرفته و مالک شده است، و این مانند «داد و ستد» است که تا زمانی که مال خارجی ردّ و بدل و تبادل نشود، از نظر عرف صادق نیست، و لکن این منافات ندارد که مفهوم عرفی «بیع» إنشاء تملیک مثمن و ثمن المسمّی باشد که قبل از داد و ستد حاصل می شود.

همچنین در هبه نیز اگر چه قبض شرط تمامیّت آن است و لکن این بدین معنی نیست که اگر شخصی بگوید: (من این کتاب را به تو بخشیدم)، انشاء تملیک نمی کند، بلکه متفاهم عرفی این است که (من این کتاب را به تو مجّانی تملیک کردم)، و فقط تا او قبض نکند، این هبه تمام نخواهد بود.

بنابراین صحیح نیست که گفته شود که بازگشت هبه و قرض به حیازت مال غیر است، بلکه ظاهر قرض إنشاء التملیک مع الضمان است.

**مطلب سوم:**

برخی از مطالب ایشان در حکم این صور أربعه ناتمام است:

**أمّا صورت أوّل:**

**أوّلاً:** چه ارتکاز عرفی بر این است که ید ودعی ید مستقلّه نباشد و چه دلیلی می باشد بر اینکه در ودیعه و وکالت إعتبار می شود که ودعی و وکیل کأنّه هو المالک و یده ید المالک؟!، اگر چنین إعتباری بود، صحیح نبود که ودعی در قبال حفظ ودیعه أجرت بگیرد، چرا که انسان برای حفظ مال خود أجرت نمی گیرد، بنابراین وکیل فقط وکیل در إنشاء عقد و شراء است، و این توجیهاتی که ایشان در این صورت بیان کردند، موافق با إرتکاز عرف نیست.

و أمّا عدم ضمان ودعی از این جهت است که ودیعه در نزد عقلاء مقتضی ضمان ندارد و إلاّ اگر شرط ضمان بشود، عدم ضمان ودعی حتّی عرفاً أوّل الکلام است، و اگر چه ممکن است این ضمان خلاف شرع باشد، و لکن ظاهر کلام صاحب عروه این است که این شرط خلاف شرع هم نیست و فقط مقتضای أوّلی ودیعه عدم ضمان است، و ظاهر کلام ایشان این است که در صورتی که در ودیعه شرط ضمان بشود، مانند مواردی که شخص از ودیعه پذیری دیگران سود ببرد، حال یا به جهت دریافت أجرت و یا به جهت إعتباری که برای او از اینکه أمانت داری برای شخصیّت های بزرگ به دست می آورد، که این نفع موجب می شود که او شرط ضمان را بپذیرد، در چنین فرضی ودعی ضامن است.

و در آینده خواهد آمد که آقای صدر خود می فرماید: ممکن است ضوابط بانکی را به گونه ای تغییر داد که پول هایی که در بانک گذاشته می شود، ودیعه باشد، نه قرض، و در عین حال شرط ضمان هم بشود و این چنین شرطی محذور ندارد؛ زیرا این ودیعه بانکی ودیعه محضه نیست، بلکه ودیعه ای است که سپرده گذار إذن تصرّف در آن به بانک داده است، بنابراین اشکالی ندارد که شرط ضمان در آن شود.

و أمّا آنچه ایشان در مورد عاریه فرمودند که أصل در عاریه عدم ضمان است مگر اینکه شرط ضمان شود؛

طبق روایات عاریه ذهب و فضّه با عاریه غیر آن تفاوت دارد؛ در عاریه غیر ذهب و فضّه مستعیر ضامن تلف نیست مگر اینکه شرط ضمان شود و لکن در عاریه ذهب و فضّه مستعیر ضامن تلف است مگر اینکه شرط عدم ضمان شود، و این ضمان در عاریه ذهب و فضه با توجیه آقای صدر تناسب ندارد.

علاوه بر اینکه روشن نیست که از نظر عقلاء أصل در عاریه بر عدم ضمان باشد، بلکه عدم ضمان مستعیر حکم شرعی است که شارع میان عاریه ذهب و فضه و عاریه غیر آن تفصیل داده است.

**أمّا صورت دوم:**

کلام ایشان در این صورت مشکلی ندارد.

**أمّا صورت سوم:**

عرض کردیم این مطلب که حقیقت هبه حیازة مال الغیر مجّاناً بإذنه است، خلاف متفاهم عرفی است؛ از نظر عرف هبه یعنی تملیک مجّانی، نه إذن در حیازت مجّانی و إلاّ تفاوت آن با إعراض در چه خواهد بود؟!

بله، در إعراض سه مبنی وجود دارد:

**مبنای أوّل:** به مجرّد إعراض مال از ملک خارج شده و از مباحات می شود؛

و این مبنی مشهور است که طبق آن شخصی که این مال را أخذ کرده و بر آن استیلاء پیدا می کند، حیازت مال غیر نکرده است، پس نقض ما بر طبق این مبنی وارد نخواهد بود.

**مبنای دوم:** مجرّد إعراض سبب خروج از ملک نیست، بلکه در صورتی که شخص دیگر آن مال را حیازت کند، از ملک او خارج می شود.

**مبنای سوم:** مجرّد إعراض و حیازت مال توسّط شخص دیگر موجب خروج مال از ملک مالک سابق نیست، بلکه در صورتی که آن شخص تصرّف مقیّدی در مال انجام دهد، از ملک او خارج می شود.

و این مبنای آقای خوئی در بحث استدلالی در کتاب الإجاره است.

و لکن به نظر ما مبنای صحیح همان مبنای دوم است که استیلاء غیر سبب ملکیّت است و لکن نه ملکیّت لازمه، بلکه ملکیّت جائزه، و تا زمانی که تصرف مقیّدی از جانب ذوالید انجام نشود، مالک أوّل حقّ رجوع خواهد داشت، بنابراین إعراض إذن در حیازت مجّانی مال است، و به همین جهت صحیح است که مالک إعراض حیثی کند که مثلاً من فقط راضی هستم که گروه خاصّی اموال من را أخذ کرده و تصرّف کنند.

بنابراین هبه از قبیل إذن در حیازت نیست و إلاّ چه تفاوتی با إعراض خواهد داشت؟!

**و أمّا صورت چهارم:**

مطلب ایشان در این صورت نیز روشن شد که توضیح بیشتر آن را در جلسه آینده بیان می کنیم.