



Conceptual Analysis of the Requirement of Receipt in the Validity of a Loan Contract from the Perspective of Jurisprudence and Comparative Law of Iran and Egypt

Mohammad Hassn Zadeh ¹, Narges Karimi ²

1. PhD in Jurisprudence and Law, University of Tehran, fourth level student of seminary, , Iran, Email: mohamadhasanzadeh1375@gmail.com

2 Master's student of Jurisprudence and Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran, Email: narges.karimi2224@gmail.com

Abstract

The Iranian Civil Law has stipulated receipt as a condition for validity in certain legal acts, such as mortgage and endowment. This research, focusing on the loan contract, examines the legal status of receipt in this contract and, through an analysis of Imami jurisprudence alongside the legal systems of France and Egypt, ultimately adopts the theory that the loan contract is consensual in nature. The comparative study reveals that, within Imami jurisprudence, the prevailing view considers receipt a condition for the validity of a loan contract, whereas in French and Egyptian law, a loan is regarded as a consensual contract. In contrast, Iranian Civil Law characterizes the loan contract as possessory, despite its apparent sufficiency of offer and acceptance. The findings of this research demonstrate that the alleged consensus underlying the well-known jurisprudential view is flawed, and that such notoriety lacks sufficient legal authority in light of the clarity of its evidentiary basis. Moreover, contemporary commercial necessities and the imperative of convergence with advanced legal systems further underscore the need to move toward recognizing the consensual nature of the loan contract.

Keywords: Receipt Condition of Validity Loan Contract Lender Borrower Transfer of Ownership Consent

Received: 17/06/2025; **Revised:** 03/08/2025; **Accepted:** 15/09/2025; **Published online:** 18/09/2025.

How To Cite: Hassn Zadeh, M & Karimi, N. (2025). Conceptual Analysis of the Requirement of Receipt in the Validity of a Loan Contract from the Perspective of Jurisprudence and Comparative Law of Iran and Egypt, *Private Low Doctrines of Islamic Countries*, 2(2), 1-18. <http://www.diplic.qom.ac>. doi.org/10.22091/diplic.2025.13905.1066

Published by: University of Qom

The Author(s)

Article type: Research





بازپژوهی اشتراط قبض در صحت عقد قرض از نگاه فقه و حقوق تطبیقی ایران و مصر

محمد حسن زاده^۱، نرگس کریمی^۲

۱. دکترای فقه و حقوق دانشگاه تهران، طلبه سطح چهار حوزه علمیه، ایران. رایانامه: mohamadhasanzadeh1375@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول): رایانامه: narges.karimi2224@gmail.com

چکیده

قانون مدنی ایران در پاره‌ای از اعمال حقوقی نظیر رهن، قرض و وقف، «قبض» را به عنوان شرط صحت عقود مذکور مقرر کرده است. این پژوهش با تمرکز بر عقد قرض، به واکاوی جایگاه قبض در این عقد پرداخته و با بررسی دیدگاه‌های فقه امامیه و نظام حقوقی ایران و مصر، در نهایت نظریه رضایی بودن عقد قرض را برگزیده است. مطالعه تطبیقی پیش‌رو نشان می‌دهد که در فقه امامیه، مشهور آن است که قبض شرط صحت عقد قرض است؛ حال آنکه در حقوق مصر، قرض از جمله عقود رضایی شمرده می‌شود. از سوی دیگر، قانون مدنی ایران نیز با تعریف تملیکی عقد قرض، ظهور در کفایت ایجاب و قبول دارد که نمایانگر غیرعینی بودن عقد قرض است. نتایج این تحقیق حاکی از آن است که ادعای اجماع در نظریه مشهور فقهی مخدوش بوده و شهرت فتوائیه مذکور نیز با توجه به آشکار بودن مستند (چنان‌که در فرض اجماعی بودن موضوع مذکور نیز اجماع مدرکی فاقد اعتبار است)، فاقد اعتبار لازم است. همچنین، ضرورت‌های نوین بازرگانی و همگرایی با نظام‌های حقوقی پیش‌رو، لزوم گرایش به سمت رضایی تلقی کردن عقد قرض را تقویت می‌نماید. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با اطلاعات ابزار کتابخانه‌ای سامان یافته و امید آن است مورد تأثیر واقع گردد.

واژگان کلیدی: قبض، شرط صحت، عقد قرض، رضایی بودن.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۲۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۵/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۴؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۶/۲۷.

استناد: حسن زاده، محمد و کریمی، نرگس (۱۴۰۴). بازپژوهی اشتراط قبض در صحت عقد قرض از نگاه فقه و حقوق تطبیقی ایران و مصر، *آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی*، ۲(۲)، ۱-۱۸. [http://www.](http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.13905.1066)

[doi.org/10.22091/dplic.2025.13905.1066](http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.13905.1066)



مقدمه

از منظر تاریخی، نظام حقوقی روم باستان، قراردادها را در چهار گروه اصلی دسته‌بندی می‌کرد: ۱. قراردادهای تشریفاتی که نیازمند آیین‌های مشخصی برای انعقاد بودند؛ ۲. قراردادهای عینی که تحقق آن‌ها مشروط به دریافت عین مال بود؛ ۳. قراردادهای توافقی که صرفاً با تراضی طرفین شکل می‌گرفتند؛ ۴. قراردادهای بدون نام که فاقد ساختار حقوقی تعریف‌شده بودند. در این تقسیم‌بندی، قراردادهای عینی تنها با توافق طرفین به وجود نمی‌آمدند، بلکه نیازمند یک رویداد عینی مانند تحویل مال بودند (عبدالعال، ۱۹۹۸: ۱۸۳). در حقوق روم، چهار نمونه از این قراردادها شناخته می‌شد: قرض، عاریه، امانتداری و گروگذاری. در این میان، عاریه و گروگذاری با مفهوم امانتداری مرتبط بودند (عبدالعال، ۱۹۹۸: ۱۷۸)، حال آنکه قرارداد قرض هنگامی کاربرد داشت که فردی مالی از اموال مثلی خود را به دیگری می‌سپرد و گیرنده متعهد می‌شد عین همان میزان را بازگرداند. این نوع توافق معمولاً درباره پول، مسکوکات یا کالاهای مصرفی مانند گندم و جو صورت می‌گرفت و عمدتاً در روابط شخصی و غیرتجاری منعقد می‌گردید.

برای تشکیل قرارداد قرض، دو شرط اساسی لازم بود: اول، تحویل مال و دوم، توافق بر بازگرداندن عین آن. با جمع این دو شرط، قرارداد قرض محقق شده و آثار حقوقی آن از جمله انتقال مالکیت اجرایی می‌شد (عبدالعال، ۱۹۹۸: ۱۸۸). در فقه امامیه نیز دیدگاه رایج و به ادعای برخی اجماعی بر این است که دریافت مال شرط اعتبار قرارداد قرض است. بسیاری از فقهای نامدار، در مقابل دیدگاه فقه اهل سنت که علاوه بر دریافت مال، بهره‌برداری از آن را نیز شرط می‌دانستند معتقدند که با توافق طرفین و وقوع دریافت مال، آثار قرارداد قرض جاری می‌شود (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳؛ حسینی عاملی، ۱۱۳). در حقوق ایران، ماده ۶۴۸ قانون مدنی قرض را قراردادی می‌داند که به موجب آن «مقدار معینی از مال» به دیگری انتقال مالکیت می‌دهد تا همانند آن بازگردانده شود. ماده ۶۴۹ نیز تصریح می‌کند که پس از تحویل، هرگونه آسیب یا نابودی مال به عهده دریافت‌کننده قرض خواهد بود. باین حال، برخلاف موادی چون ماده ۵۹ (وقف)، ماده ۷۷۳ (رهن) و ماده ۷۹۸ (هبه) که به روشنی دریافت مال را شرط اعتبار دانسته‌اند، در مورد قرض، قانون‌گذار تنها به انتقال مسئولیت پس از دریافت مال اشاره کرده و در خصوص شرطیت آن سکوت کرده است. این سکوت قانون‌گذار جای پرسش دارد، به‌ویژه با توجه به دگرگونی‌های حقوقی و نیازهای فزاینده تجاری در جهان امروز که بسیاری از نظام‌های حقوقی را به سمت توافقی دانستن قرارداد قرض سوق داده است. ازاین‌رو، ضروری است با نگاهی پژوهشی، با بازخوانی پیشینه‌های تاریخی و فقهی و همچنین با در نظرگیری مصالح اجتماعی و حقوقی معاصر، رویکردی هماهنگ با شرایط کنونی برگزید.

۱. واژه‌شناسی تخصصی

۱-۱. مفهوم قبض

واژه «قبض» در لغت دارای معانی متعددی است؛ از جمله در دست گرفتن، تحت کنترل درآوردن، مالکیت و تصرف، دارایی و املاک، اندوه و تنگی، جمع‌شدگی و خروج روح از بدن (الخوری الشرتونی، ۱۴۰۳؛ الطریحی، ۱۳۶۲؛ معلوف، ۱۳۶۲؛ معین، ۱۳۷۵). در حوزه فقه و حقوق، این اصطلاح بدون تغییر معنایی، همان مفهوم عرفی خود را حفظ کرده است. فقها در آثار تخصصی خود کوشیده‌اند تا مصادیق مختلف قبض از جمله قبض اموال منقول و غیرمنقول، عین معین، کلی و منفعت را تبیین و تمایز میان قبض ابتدایی و قبض ناشی از تداوم تصرف را روشن سازند. بدیهی است مصداق عرفی قبض در هر مورد متفاوت است، اما این تفاوت ناشی از اوضاع عینی اموال و روابط حقوقی است، نه ایجاد مفهوم جدید توسط شرع (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸: ۲۶۹).

شیخ انصاری در کتاب «مکاسب» اشاره می‌کند که فقها در تعریف قبض مال غیرمنقول که به معنی تخلیه ملک است اتفاق نظر دارند، اما در مورد اموال منقول اختلاف نظر وجود دارد. وی هشت دیدگاه مختلف در این زمینه را برمی‌شمارد. به باور شیخ انصاری، قبض عملی است که باید از سوی گیرنده صورت پذیرد و تفسیر درست اجماع فقها این است که قبض به معنای رفع موانع از سوی تسلیم کننده و اعطای اجازه تصرف به گیرنده است. درواقع، قبض به معنای تقبض (تحویل‌گیری) و به مفهوم تخلیه از سوی تسلیم کننده و اذن تصرف به گیرنده است (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۳۰۹). درنهایت، شیخ انصاری نتیجه می‌گیرد که بررسی دقیق آرای فقهی و ادله نشان می‌دهد قبض در اصل به معنای استیلای گیرنده بر مال و سلطه او به حدی است که در صورت عدم مشروعیت، عنوان غصب محقق شود. بنابراین، مفهوم قبض در اموال منقول و غیرمنقول یکسان است، اما نحوه تحقق آن به ویژگی‌های مال بستگی دارد (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۳۱۰).

حقوق دانان نیز بر عرفی بودن مفهوم قبض تأکید کرده‌اند و تصریح می‌کنند که تصرف مادی همیشه ضروری نیست؛ بلکه قبض با توجه به خصوصیات مال محقق می‌شود. همچنین برای وقوع قبض، لزوماً تصرف جدیدی لازم نیست؛ مثلاً اگر مال پیش از این به‌عنوان امانت در اختیار گیرنده بوده، با تغییر عنوان به قرض، همان تصرف سابق تداوم می‌یابد (امامی، ۱۳۷۱: ۴۴۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴). ماده ۳۶۸ قانون مدنی ایران نیز با الهام از عرف مقرر می‌دارد: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را عملاً تصرف نکرده باشد.» نکته پایانی درباره قبض، تفاوت آن در عقود رضایی و عقود عینی است. مطابق ماده ۳۷۴ قانون مدنی، در عقود رضایی قبض بدون نیاز به اذن طرف دیگر محقق می‌شود، اما در عقود که قبض شرط صحت است، مانند رهن یا وقف قبض باید از طریق تسلیم یا با رضایت صاحب مال صورت گیرد.

۲-۱. شرطیت

واژه «شرط» در حوزه‌های مختلفی از جمله ادبیات، منطق، فلسفه، فقه و حقوق به کار رفته و معانی گوناگونی دارد. در فقه و حقوق، وقتی از «شرط ضمن عقد» سخن می‌رود، مقصود تعهد فرعی است که در چارچوب یک عقد اصلی ایجاد می‌شود (محمدی، ۱۳۷۵: ۲۱۰-۲۱۱). در امور اعتباری مانند احکام حقوقی شرط به عاملی گفته می‌شود که وجودش برای تحقق یک امر اعتباری لازم است، هرچند به تنهایی کافی نیست. به عبارت دیگر، شرط علت ناقصه است، نه علت تامه. برای مثال، زنده بودن وارث در زمان فوت مورث، شرط تحقق ارث است، اما به تنهایی موجب ارث نمی‌شود و وجود نسب یا سبب نیز لازم است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۹۲).

قانون مدنی ایران در موارد متعددی قبض را شرط صحت عمل حقوقی دانسته است؛ از جمله در حبس (ماده ۴۷)، وقف (ماده ۵۹)، رهن (ماده ۷۷۲) و هبه (ماده ۷۹۸). در مقابل، در مواردی مانند وصیت تملیکی (ماده ۸۳۰) و صدقه (ماده ۸۰۷)، قبض تنها شرط لزوم عمل حقوقی شناخته شده، نه شرط صحت آن. حال با توجه به پیشینه فقهی و حقوقی، دو نکته حائز اهمیت است: الف. در تمام مواردی که قبض شرط صحت دانسته شده، مقصود قانون‌گذار این است که بدون قبض، عقد ناقص بوده و فاقد آثار حقوقی است؛ ب. قانون مدنی با توجه به اختلاف نظرهای موجود در فقه و حقوق تطبیقی به صراحت نقش قبض و آثار آن را مشخص کرده است. بنابراین، در این قانون سه حالت قابل مشاهده است: قبض به عنوان شرط صحت و قبض به عنوان شرط لزوم و سکوت قانون در مورد نقش قبض.

۲. اشتهاار لزوم قبض در تحقق عقد قرض از نگاه فقه‌های امامیه

فقیهان امامیه عموماً بر لزوم تحقق قبض در عقد قرض تأکید کرده‌اند و معتقدند مالکیت مال مورد قرض تنها پس از دریافت آن توسط قرض‌گیرنده منتقل می‌شود. به عنوان نمونه، آرای بسیاری از فقه‌های برجسته از جمله شیخ طوسی در «مبسوط» (ج ۲: ۱۶۱) و «خلاف» (ج ۳: ۱۷۷)، ابن زهره حلبی در «غنیه» (ص ۲۳۹)، ابن ادریس حلی در «سرائر» (ص ۶۰)، کیدری در «اصباح الشیعه» (ج ۲: ۲۸۳)، محقق حلی در «مختصر النافع» (ص ۱۳۶) و «شرایع الاسلام» (ص ۶۲)، یحیی بن سعید حلی در «الجامع للشرایع» (ص ۲۸۱)، علامه حلی در «ارشاد الازدهان» (ص ۳۹۰)، «قواعد الاحکام» (ص ۱۰۴)، «تذکره الفقهاء» (ص ۴۳) و «مختلف الشیعه» (ج ۱۰: ۴۰۹)، و نیز شهید اول در «الدروس الشرعیه» (ج ۱۱: ۳۲۰) و «لمعه» (به نقل از شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۱۵) حاکی از این دیدگاه است.

علاوه بر این، شارحان و متأخران نیز پس از پذیرش این نظریه آن را تبیین و ادله آن را نقد کرده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴: ۳۳۱؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴: ۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۱۵؛ همو، ۱۴۱۴: ۴۵۱؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۲۵؛ حسینی عاملی، ۴۸-۴۹). بخش قابل توجهی از مباحث فقهی معطوف به این پرسش بوده

است که آیا علاوه بر قبض، «تصرف» قرض گیرنده در مال نیز شرط صحت عقد است؟ در حالی که فقها در لزوم قبض اتفاق نظر دارند، در عدم ضرورت تصرف نیز همداستان هستند (الحسینی المرآی، ۱۴۱۸: ۲۵۷).
 باین حال، برای ارزیابی اعتبار ادعای اجماع، باید به نظرات دیگری نیز توجه کرد. برای مثال، سلار درالمراسم العلویة (ص ۱۹۶) صرفاً به ایجاب و قبول اشاره کرده و ذکر از لزوم قبض به میان نیاورده است. همچنین، ابن حمزه در الوسيلة إلى نیل الفضيلة (ص ۲۷۲) عقد قرض را تملیکی دانسته و تصریح می‌کند که مالکیت با انعقاد عقد محقق می‌شود.

جامع‌ترین طبقه‌بندی آرای فقهی در این زمینه در کتاب مفتاح الکرامة ارائه شده است. در این اثر، پس از نقل نظر علامه حلی در «قواعد» آمده است که آثار فقهایی چون غایة المرام، مسالک، روضة، کفایه و مجمع الفائدة والبرهان این دیدگاه (شرطیت قبض در انتقال مالکیت) را نظر مشهور دانسته‌اند و «مجمع البرهان» آن را قولی معتبر شمرده است. در مسالک ادعا شده که بسیاری از فقها به معتبر شمرده است. در مسالک ادعا شده بسیاری از فقها از هیچ مخالفتی یاد نکرده‌اند و گویا اصلاً مخالفتی نشده است. همچنین در ریاض آمده که عموم فقهای متأخر به این سمت گرایش یافته‌اند. ظاهر کتاب‌های غنیه، سرائر و بخش‌هایی از تذکره نیز حاکی از اجماع بر این نظر است. شیخ طوسی در مبسوط و خلاف صراحتاً به اجماع اشاره کرده است. به‌طور کلی، فقیهانی که قائل به عدم امکان استرداد عین مال توسط قرض‌دهنده بوده‌اند، معتقد بودند که مالکیت با قبض محقق می‌شود و می‌توان ادعا کرد که اجماعی در این زمینه وجود داشته است (حسینی عاملی: ۴۸).

از دیدگاه صاحب‌جواهر نیز در مسئله شرطیت قبض، هر دو نوع اجماع (منقول و محصل) وجود دارد (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳). در کتاب جامع المدارک نیز پس از نقل اجماع، اشاره شده است که حتی فقیهانی که معمولاً به اجماع‌های محققان اعتنای چندانی ندارند، این اجماع خاص را انکار نکرده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴: ۳۳۱). از این رو، از منظر ادله نقلی، با شهرت محقق و اجماع منقول مواجه هستیم. البته روایاتی نیز در این زمینه وجود دارد که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد. اما از جنبه تحلیلی و استدلالی، نخست لازم است دیدگاه فقیهان در قبال این مسئله، به دقت تحلیل و بررسی شود. از همان آغاز، مباحث فقهی به‌گونه‌ای شکل گرفت که گویی اصل شرطیت قبض مفروغ‌عنه بوده و تنها بحث اصلی، درباره لزوم تصرف بوده است. به همین دلیل، در عبارات فقها گاه به تعبیرهایی مانند اکتفا به قبض برمی‌خوریم (شهید ثانی، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ۱۵). این فضای فکری موجب شده تا در کتب فقهی، پس از بیان نظر مشهور، به نقد دیدگاهی پرداخته شود که تصرف را نیز شرط می‌داند. صاحب‌جواهر معتقد است بر اساس اصول حقوقی، ایجاب و قبول باید موجب انتقال مالکیت باشد و اگر شرط دیگری مانند قبض لازم باشد، دیگر جایی برای شرطیت تصرف باقی نمی‌ماند (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳). این دیدگاه در چارچوبی قابل درک است که اگر تردیدی در انتقال مالکیت وجود داشته باشد، باید به استصحاب عدم تعلق مالکیت توسل جست و نه تنها قبض که حتی تصرف را نیز شرط دانست؛ در غیر این صورت، باید از هر دو شرط گذشت و انتقال مالکیت را صرفاً به اراده قراردادی واگذار کرد.

به نظر می‌رسد این فضای حاکم بر گفتمان فقهی، در جهت‌گیری استدلال‌های ارائه شده بی‌تأثیر نبوده است؛ چراکه اگر فقها مسئله را به صورت بنیادین یعنی آیا اصلاً شرطیتی برای قبض لازم است یا خیر مطرح می‌کردند (همان‌گونه که مقدس اردبیلی بدان پرداخته)، پرسش اساسی آنان این می‌بود که آیا اصل اولی در عقود، رضایی بودن است یا عینی بودن؟ همین امر سبب شده تا بیشتر استدلال‌های ارائه شده در تائید نظریه مشهور، درواقع برای نفی شرطیت تصرف طراحی شده باشند. برای نمونه، استدلال محقق حلی در شرایع این اصل است که تصرف از آثار مالکیت است و بنابراین نمی‌تواند خود شرط تحقق مالکیت باشد. شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۴: ۴۵۱) این استدلال را نقد کرده و یادآور می‌شود که اسباب مجاز شمرده شدن تصرف در اموال، منحصر به مالکیت نیست. صاحب‌جواهر نیز به نقد همین دیدگاه شهید ثانی پرداخته است (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۵).

در گامی فراتر، با این دیدگاه برخی فقها مواجه می‌شویم که معتقدند اگر اجماعی در کار نبود، دلیلی برای شرطیت قبض وجود نداشت و عقد قرض مانند بیع و اجاره صرفاً با ایجاب و قبول موجب انتقال مالکیت می‌شد (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۴-۲۵؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ۳۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۶۰۵). این نظر نشان می‌دهد که حتی در میان قائلان به نظریه مشهور، التزام به اجماع، محور اصلی پذیرش شرطیت قبض بوده است. در تحلیل مسئله شرطیت یا عدم شرطیت قبض در عقد قرض، حقوق‌دانان و فقها با دو اصل متعارض روبه‌رو هستند: الف. اصل عدم انتقال مالکیت، یعنی استمرار مالکیت قرض‌دهنده تا پیش از تحقق قبض؛ ب. اصل کفایت تراصی، یعنی انتقال مالکیت به محض تحقق ایجاب و قبول.

در میان فقهای امامیه، مقدس اردبیلی به‌گونه‌ای مستقل و فارغ از شهرت فتوایی به تحلیل این مسئله پرداخته است. وی در مجمع الفائدة والبرهان تصریح می‌کند که عقد قرض، عقدی تملیکی است و اگر شرایط صحت عقد از جمله اهلیت موانع محقق شود، باید آثار عقد از جمله انتقال مالکیت بر آن بار شود. به باور او، قصد متعارف طرفین در عقد قرض، انتقال مالکیت است و این عقد دقیقاً برای همین هدف تشریع شده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴: ۷۳) بنابراین، به محض وقوع عقد، مالکیت باید منتقل شود و انتظار برای وقوع قبض ضروری نیست. وی تصریح می‌کند که نظریه مشهور که انتقال مالکیت را منوط به قبض می‌داند فاقد توجیه روشن است. باین حال، مقدس اردبیلی به صراحت متون فقهی مانند ارشاد الاذهان علامه حلی را نقل می‌کند که بر اساس آن‌ها، انتقال مالکیت پس از قبض صورت می‌گیرد، نه به صرف ایجاب و قبول. وی احتمال می‌دهد که شاید مقصود از این عبارات مواردی باشد که عقد به صورت لفظی منعقد نشده است. اما با توجه به تصریح کتاب‌هایی مانند دروس و تذکره بر اینکه انتقال مالکیت پس از قبض محقق می‌شود، مستند نظریه مشهور را اصل عدم انتقال مالکیت می‌داند؛ بدین ترتیب که تا پیش از قبض، یقین به انتقال مالکیت وجود ندارد و اصل، بقای مالکیت قرض‌دهنده است. تنها پس از قبض است که یقین به خروج مال از ملکیت قرض‌دهنده حاصل می‌شود. درنهایت، با وجود تحلیل مستقل و انتقادی، مقدس اردبیلی تحت تأثیر شهرت قول نظریه شرطیت قبض را

قول مشهور و معقول می‌خواند. تحلیل او نشان‌دهنده تقابل دو مبنا است: الف. استصحاب بقای مالکیت قرض‌دهنده (به‌عنوان مستند نظریه مشهور)؛ ب. کفایت تراضی برای انتقال مالکیت (به‌عنوان مبنای نظریه رضایی). تعیین اینکه کدام یک از دو اصل کفایت تراضی یا اصل عدم انتقال مالکیت باید مقدم شمرده شود، نیازمند تحلیل دقیق و توجه به مبانی هر یک است. ماهیت اصل عدم انتقال مالکیت که مبتنی بر اجرای استصحاب است به اندازه کافی روشن است؛ اما مبنا و دامنه اعتبار اصل کفایت تراضی در انتقال مالکیت نیاز به تبیین دارد. در اینجا دو فرضیه قابل طرح است که نحوه تعامل یا تعارض این اصل با استصحاب را روشن می‌کند:

فرض نخست، اگر قاعده کفایت تراضی و رضایی بودن عقود تنها مبتنی بر سیره عقلایی باشد، بدون پشتوانه نص شرعی صریح در این صورت، به دشواری می‌توان آن را بر استصحاب مقدم دانست. زیرا سیره عقلایی هرچند معتبر در مقام تعارض با اصول عملیه مانند استصحاب، معمولاً نیاز به تأیید و تقویت از ناحیه ادله شرعی دارد. این فرضیه با چالش‌های جدی مواجه است و حل آن مستلزم بررسی تفصیلی ادله و آرای اصولی است.

فرض دوم، اگر قاعده کفایت تراضی از عموم و اطلاق ادله شرعی، مانند «تَجَارَةً عَنْ تَرَضٍ» (نساء: آیه ۲۹)، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: آیه ۱) و «النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (به استناد روایات) استنباط شود، در این صورت، این قاعده از پشتوانه دلیل شرعی برخوردار خواهد بود. در چنین وضعیتی، به مقتضای قاعده «الْأَصْلُ الدَّلِيلُ حَيْثُ لَا دَلِيلٌ»، دیگر جایی برای اجرای استصحاب به‌عنوان یک اصل عملی باقی نمی‌ماند. زیرا ادله شرعی، انتقال مالکیت را به محض تراضی ثابت می‌کنند و هیچ‌گونه شک و تردیدی در آن باقی نمی‌گذارند. در نتیجه، استصحاب عدم انتقال مالکیت که تنها در فرض فقدان دلیل معتبر جریان می‌یابد در اینجا قابلیت اجرا ندارد.

بر این اساس، اگر فرض دوم اثبات شود یعنی کفایت تراضی مستند به ادله شرعی باشد، دیگر نیازی به تمسک به استصحاب نیست و انتقال مالکیت به محض ایجاب و قبول محقق می‌شود. اگر از استدلال‌هایی که فقها در ردّ نظریه شرطیت تصرّف ارائه کرده‌اند؛ مانند مسئله توقّف یا دور صرف نظر کنیم، مهم‌ترین مبنای تحلیلی برای نظریه مشهور (لزوم قبض)، اصل عدم انتقال مالکیت است. پس از این بحث، دو موضوع دیگر باقی می‌ماند:

۱. روایاتی که در این زمینه مورد استناد قرار گرفته‌اند؛

۲. ارزیابی این ادعا که آیا در این مسئله با شهرت محقق، اجماع منقول و حتی اجماع محصل مواجه

هستیم.

صاحب‌جواهر، پس از نقد و بررسی دیدگاه قائلان به شرطیت تصرّف (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳-۲۷)، می‌نویسد: علاوه بر استدلال‌های پیشین، برخی روایات نیز به ظاهر بر درستی نظریه ما که قائل به کفایت قبض

برای تحقق عقد قرض است، دلالت دارند. مراد او روایاتی است با این مضمون که زکات مال قرض داده شده، بر عهده قرض گیرنده است.

در «صحیح زراره» آمده است که وی از امام صادق (علیه السلام) پرسید: «اگر شخصی مالی را به دیگری قرض دهد، زکات آن بر عهده قرض دهنده است یا قرض گیرنده؟» امام پاسخ دادند: «اگر مال به مدت یک سال نزد قرض گیرنده باشد، زکات آن بر عهده اوست.» زراره بار دیگر پرسید: «آیا زکات بر عهده قرض دهنده نیست؟» امام فرمودند: «مال واحد در طول یک سال، فقط یک مرتبه مشمول وجوب زکات می گردد. افزون بر این، ادای زکات بر قرض دهنده واجب نیست؛ چراکه مالکیت عین مال از تصرف وی خارج شده و در اختیار قرض گیرنده است و زکات بر عهده کسی است که مال در دست اوست.» زراره پرسید: «آیا قرض گیرنده باید زکات مال دیگری را بپردازد؟» امام پاسخ دادند: «تا زمانی که مال در دست قرض گیرنده است، مال او محسوب می شود و به دیگری تعلقی ندارد.» سپس امام استدلال کردند و پرسیدند: زراره پاسخ داد: «متوجه قرض گیرنده.» امام فرمودند: «کاستی و فزونی این مال متوجه چه کسی است؟» پس افزایش مال، از آن قرض گیرنده است و کاهش آن نیز به زیان اوست. همچنین، قرض گیرنده می تواند از این مال برای ازدواج، پوشاک یا خوراک استفاده کند. چگونه سزاوار نیست که زکات آن را بپردازد؟ تمامی این تکالیف بر عهده گیرنده قرض است.» (الحر العاملی، ۱۳۹۱: ۶۷، حدیث ۱).

صاحب جواهر، پس از بیان این روایت، به صراحت اعلام می دارد که مفاد این حدیث از جهات متعدد نظریه انتقال مالکیت با قبض را تأیید می کند (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۶). با تدبیر در مجموعه روایات این باب به نظر می رسد، حدیث مذکور از جمله قوی ترین مستندات در این باب باشد. اما با تحلیل دقیق تر، تنها دلالت آن بر تملیکی بودن عقد قرض و انتقال مالکیت به قرض گیرنده استوار است که به تبع آن، تکالیف شرعی مرتبط با مال از جمله زکات به عهده مقترض قرار می گیرد. باین حال، این روایت هیچ اشاره ای به زمان دقیق انتقال مالکیت به محض عقد یا پس از قبض ندارد.

فقهایی چون صاحب جواهر و صاحب جامع المدارک، عمدتاً از این روایت در مقام ردّ نظریه شرطیت تصرف استفاده کرده اند، نه در تقابل با نظریه کفایت تراضی. به عبارت دیگر، استناد به این روایت برای اثبات کفایت قبض (در مقابل لزوم تصرف اضافی) بوده است، نه برای اثبات شرطیت قبض در برابر نظریه رضایی بودن عقد. از سوی دیگر، در مسئله زکات، فقها تصریح کرده اند که تکلیف زکات متوجه مالکی است که حق تصرف شرعی در مال دارد (شهید ثانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ۱۳). اگر روایت مذکور یا نظایر آن دلالتی بر شرطیت قبض در انتقال مالکیت داشت، فقیهی مانند مقدس اردبیلی که به عمق مبانی فقهی آگاه بود هرگز قول مشهور را فاقد وضوح نمی خواند.

در مورد ادعای شهرت محقق و اجماع منقول و محصل نیز با توجه به چند نکته نمی توان به آن ها استناد کرد:

۱. جهت‌گیری تاریخی بحث: چارچوب فقهی این مسئله عمدتاً در تقابل با دیدگاه قائلان به شرطیت تصرف شکل گرفته است، نه نفی مطلق کفایت تراضی؛
 ۲. تأثیرپذیری از اصل استصحاب: احتمال قوی وجود دارد که مستند نظریه مشهور، «اصل عدم انتقال مالکیت» و استصحاب بقای ملکیت قرض‌دهنده باشد، نه ادله نقلی صریح؛
 ۳. مدرکی بودن اجماع: به احتمال زیاد، اجماع ادعا شده در صورت تحقق مبتنی بر تفسیر خاصی از همان روایات است، نه اجماع مستقل کاشف از رأی معصوم.
- در نتیجه، این اجماع به دلیل احتمال مدرکی بودن فاقد اعتبار لازم است و شهرت فتوایی نیز با آشکار بودن مستندانش تابعی از همان ادله خواهد بود. اگرچه رویه مشهور فقهای امامیه، احتیاط در خلاف نظر مشهور است. چنان‌که صاحب «جامع‌المدارک» خاطرنشان ساخته، حتی آن دسته از اعلام فقهی که معمولاً به اجماع‌های ادعا شده اعتنای چندانی ندارند، این اجماع خاص را مورد مناقشه قرار نداده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴: ۳۳۱). لیکن، خود این اجماع به تنهایی نمی‌تواند جایگزین دلیل استوار و محکم گردد. با مذاقه در مستندات فقهی، علت رویکرد تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران آشکار می‌شود که آنان با در نظرگیری دقیق همین ظرایف حقوقی، نه «قبض» را به صراحت به‌عنوان شرط صحت عقد قرض ذکر کرده‌اند و نه صراحتاً «ایجاب و قبول» را برای انعقاد آن کافی دانسته‌اند. درواقع، آنان عمداً مسئله را باز گذاشته و از تعیین موضع قطعی در این خصوص اجتناب کرده‌اند.
- این رویکرد هوشمندانه احتمالاً از چند عامل نشئت گرفته است:
۱. اختلاف نظر فقهی عمیق: وجود دیدگاه‌های متعارض در میراث فقهی میان قائلان به شرطیت قبض و طرفداران کفایت تراضی، قانون‌گذار را بر آن داشته تا با پرهیز از جانب‌داری آشکار از ایجاد تنش در مبانی حقوقی جلوگیری کند؛
 ۲. انعطاف‌پذیری در تفسیر: با خودداری از تصریح به یکی از دو نظریه، امکان تفسیر پویا و انطباق با شرایط متغیر اقتصادی و اجتماعی فراهم شده است. این سکوت، به قضات و حقوق‌دانان اجازه می‌دهد با توجه به اوضاع و احوال هر پرونده تصمیم‌گیری کنند؛
 ۳. اجتناب از تعارض با نیازهای تجاری: با توجه به لزوم سرعت و سهولت در مبادلات اقتصادی به‌ویژه در حوزه قرض‌های تجاری، تصریح به شرطیت قبض می‌توانست مانعی عملی ایجاد کند. از سوی دیگر، تأکید بر رضایی بودن نیز ممکن بود با برخی احکام فقهی ناسازگار تلقی شود.
 ۴. تأثیرپذیری از حقوق خارجی: قانون مدنی ایران تا حدی تحت تأثیر نظام‌های حقوقی مدرن به‌ویژه حقوق فرانسه قرار دارد که عموماً قرض را عقدی رضایی می‌دانند. اما از آنجاکه این قانون هم‌زمان می‌کوشید با فقه امامیه هماهنگ باشد، میانه‌روی را برگزید.
- در نتیجه، این سکوت قانون‌گذار که می‌توان آن را «سکوت آگاهانه» خواند نه از روی غفلت، بلکه ناشی از

ملاحظات عمیق حقوقی، فقهی و اجتماعی بوده است. این رویکرد، هم‌زمان که از تعارض با اصول فقهی اجتناب می‌کند، امکان توسعه رویه قضایی و تحول اعتقادی را نیز فراهم می‌سازد.

۳. رضایی بودن قبض در عقد قرض از نگاه حقوق مصر

بر اساس ماده ۵۳۸ قانون مدنی مصر، قرض عقدی رضایی است که به موجب آن، قرض‌دهنده مال مثلی یا پول را به قرض‌گیرنده منتقل می‌کند و او موظف است مثل آن را در موعد مقرر بازگرداند. در قانون مدنی سابق، قرض از عقود عینی و منوط به تسلیم مال بود (ماده ۵۶۶)؛ اما در قانون جدید، صرف تراضی طرفین برای تحقق آن کافی است و تنها با ایجاب و قبول محقق می‌شود و در مورد قراردادهای منعقد، تاریخ انعقاد عقد، زمان توافق طرفین محسوب می‌شود. این تعریف جدید با مواد ۵۰۶ قانون مدنی سوریه و ۵۳۷ قانون مدنی لیبی هماهنگی دارد، درحالی‌که ماده ۶۸۴ قانون مدنی عراق، ظاهراً قرض را همچنان عقدی عینی می‌داند. به هر صورت، از مفاد ماده ۵۳۸ قانون مدنی مصر فهمیده می‌شود که موضوع عقد قرض همواره مالی مثلی است که مصداق غالب آن پول است. در این عقد، قرض‌دهنده مالکیت مال مثلی را به قرض‌گیرنده منتقل می‌کند بر این اساس که قرض‌گیرنده متعهد به بازگرداندن مثل آن در سررسید مدت است و این عمل بدون عوض یا بدون دریافت هرگونه فایده مادی انجام می‌پذیرد.

در حقوق فرانسه و کشورهایی که از آن الهام گرفته‌اند (مصر)، اصل بر رضایی بودن عقود است. عقد قرض هم به عنوان یک عقد تملیکی رضایی تعریف می‌شود: صرف توافق قرض‌دهنده و قرض‌گیرنده برای انتقال مال و تعهد به بازگرداندن مثل آن کافی است. قبض در این نظام‌ها اثر عقد است، نه شرط تحقق آن. یعنی اگر مال هنوز تسلیم نشده، عقد موجود است و فقط در مرحله اجرا قرار دارد. بر این اساس در مبانی حقوق مصری، عقد قرض از همان لحظه توافق سبب ایجاد تعهد می‌شود، یعنی قرض‌دهنده ملزم است مال را تحویل دهد و قرض‌گیرنده متعهد به بازپرداخت. به همین دلیل قبض صرفاً اجرای تعهد است، نه شرط تشکیل عقد.

در توضیح عقود رضایی باید بیان داشت که عقد رضایی یعنی قرارداد از لحظه توافق اراده‌ها (ایجاب + قبول) حاصل می‌شود؛ تسلیم یا قبض جزو اجرای تعهد است، نه شرط تشکیل عقد. اما در مقابل آن عقود عینی یعنی علاوه بر توافق اراده‌ها، تسلیم موضوع عقد (قبض یا دلپوری) شرط تحقق و پیدایش اثر حقوقی عقد است. درنهایت باید توجه داشت که این تمایز، مبنای اختلاف بین نظام‌هاست. متن سنتی قانون مدنی فرانسه (قانون مدنی ۱۸۰۴) در ماده‌ای مانند ماده ۱۸۹۲ «prêt de consommation» را به گونه‌ای بیان می‌کند که واژه تحویل دادن به چشم می‌آید؛ ازاین‌رو در سنت کلاسیک، قرض مصرفی (mutuum/prêt de consommation) به عنوان یک «عقد واقعی» شناخته شده است. اما رویه قضایی و حکم‌های دیوان عالی و رویه بازار اعتباری (بانک‌ها) باعث شده که در عمل و در برخی تصمیمات قضایی، قرض‌هایی که توسط مؤسسات اعتباری و بانک‌ها داده می‌شوند، به عنوان عقود رضایی تلقی شوند؛ یعنی خود توافق (پیش‌نویس یا

پیشنهاد و پذیرش) برای ایجاد تعهدات کافی دانسته شده و پرداخت واقعی پول مسئله‌ای جدا (اجرا) قلمداد می‌شود. این رویه قضایی قبلاً و به‌ویژه نسبت به عقود بانکی تثبیت شده است (السهنوری، ۱۴۴۴: ۵۵). حال با توجه به مبنای پذیرش عدم اشتراط قبض به‌عنوان شرط صحت در قرض در دکترین حقوقی مصر ثمراتی را می‌توان متصور شد.

زمان ایجاد عقد: عقد از لحظه توافق ایجاد می‌شود و تسلیم پول موضوع اجرای عقد است، نه شرط وجود عقد. همچنین وقتی عقد رضایی است، کسی که می‌خواهد مطالبه بازپرداخت کند (طلبکار) باید ثابت کند که هم قرارداد موجود بوده و هم (در مواردی که طلب او منوط به تحویل وجه است) که وجه به وام‌گیرنده داده شده است. در عمل دادگاه‌ها تأکید کرده‌اند که برای مطالبه مبلغ بازپرداخت، بانک یا مؤسسه باید مدارک دال بر تحویل وجه را ارائه کند؛ یعنی قرارداد ممکن است موجود باشد، ولی برای اجرای مطالبه باید نشان داد که تعهد تسلیم انجام شده است. درنهایت وقتی قرض رضایی تلقی شود، رابطه علتی بین «تسلیم وجه» و «تعهد بازگرداندن» پیچیده‌تر می‌شود. بعضی نویسندگان می‌گویند دیگر بازپرداخت صرفاً معلول تحویل نیست، بلکه هر یک از دو تعهد (تحویل و بازپرداخت) ممکن است علت وقوع تعهد مقابل باشند (البدراوی، ۱۴۴۰: ۴۰۷).

بر اساس نظر مفسران قانون مدنی مصر، ماده ۵۳۸ این قانون دلالت بر این دارد که عقد قرض یک عقد رضایی است. به این معنی که صرفاً با ایجاب و قبول منعقد می‌شود و انتقال مالکیت و تحویل مال به قرض گیرنده، تعهدات ناشی از عقد محسوب می‌شوند و جزو عناصر تشکیل دهنده عقد قرض نیستند. این در حالی است که در قانون مدنی سابق مصر، عقد قرض به‌عنوان یک عقد عینی در نظر گرفته می‌شد و تحقق کامل آن منوط به انتقال مالکیت و تسلیم مال به قرض‌گیرنده بود. مفهوم عینی بودن عقد قرض در قانون مدنی قدیم مصر و فرانسه برگرفته از حقوق رم است. در آن نظام حقوقی، قراردادهای اساساً دارای شکل خاصی بودند که با توسعه حقوق، نیاز به آن برطرف شد. بالاین حال، قراردادهای عینی، از جمله قرض، همچنان تنها با تسلیم مال محقق می‌شدند.

در حقیقت باید توجه داشت که عدم اشتراط قبض به‌عنوان شرط صحت در عقد قرض بر اساس عدم تصریح آن در قوانین مدنی کشور مصر و جاری ساختن اصالة العدم می‌باشد (مقرس، ۱۴۴۰: ۲۳۹). قانون مدنی کشور مصر شرطی بودن قبض مال قرضی برای صحت عقد قرض را تصریح نمی‌کند. یعنی قانونی که بگوید بدون تحویل مال قرضی به قرض‌گیرنده، عقد قرض تماماً محقق نمی‌شود، پیدا نکرد (السهنوری، ۱۴۴۴: ۶۵). در متون حقوقی مصر، فرض بر آن است که وقتی قرض داده می‌شود، که مال به مالکیت و تصرف قرض‌گیرنده برسد، اما قانون مدنی مصر این را به‌عنوان شرط صحت عقد قرض بیان نکرده است. بر اساس دکترین حقوق

مدنی مصر قرارداد قرض^۱ در مصر همانند سایر عقود تعهدی است: قرض مصرفی^۲ که قرض دهنده مبلغی پول یا مال مصرف‌شدنی می‌دهد و قرض‌گیرنده متعهد می‌شود مثل آن را بازگرداند. در قرض برای استفاده (loan for use) مال خاصی قرض داده می‌شود که باید همان مال بازگردانده شود (البدراوی، ۱۴۴۰: ۴۳۲). در حقوق روم، برخلاف حقوق امروز، صرف تراضی برای تشکیل قرارداد کافی نبود، مگر در مورد عقود رضایی. اما در حال حاضر، اصل بر کفایت توافق است؛ بنابراین، نه نیازی به شکل خاصی وجود دارد و نه به تسلیم و قبض مال. به همین دلیل قوانین جدید، عقد قرض را رضایی در نظر گرفته‌اند. برای مثال، قانون تعهدات سوئیس در مواد ۳۱۲ تا ۳۱۶ خود و قانون مدنی جدید مصر، هر دو قرض را عقدی رضایی می‌دانند. این رویکرد تفاوت اساسی با حقوق فرانسه دارد. در حقوق فعلی مصر، عقد قرض برای هر دو طرف تعهدآور است؛ به این صورت که قرض‌دهنده باید مال را پرداخت کرده و تحویل دهد و قرض‌گیرنده نیز متعهد است که مثل آن را بازگرداند. این موضوع در ماده ۵۳۹ قانون مدنی مصر تصریح شده است. قانون مدنی پیشین، تعهد به تسلیم مال به قرض‌گیرنده را بخشی از ارکان عقد قرض می‌دانست، نه نتیجه آن. باین وجود، قرض دهنده موظف است تا قبل از پایان مدت قرارداد، مثل مال را مطالبه نکند. این تعهد صرف‌نظر از اینکه عقد را رضایی یا عینی در نظر بگیریم، برعهده او قرار دارد. ازاین‌رو، حقوق‌دانان مصری دیگر از تسلیم یا قبض به‌عنوان ارکان عقد قرض یاد نمی‌کنند و تنها بر تراضی، ایجاب و قبول تأکید دارند که این خود از نتایج رضایی بودن عقد قرض به شمار می‌رود.

۴. رضایی بودن قبض در عقد قرض از نگاه حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران، ماده ۶۴۸ قانون مدنی به تعریف عقد قرض پرداخته و مقرر می‌دارد: «قرض عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌نماید به این شرط که طرف اخیر مثل آن را از حیث مقدار و جنس و اوصاف بازگرداند و در صورت عدم امکان رد عین، قیمت روز پرداخت را بپردازد.» مفاد این ماده حاکی از آن است که عقد قرض دارای ماهیت تملیکی است و مالکیت موضوع قرض به محض انعقاد عقد به قرض‌گیرنده (مقترض) منتقل می‌گردد. در ادامه، ماده ۶۴۹ قانون مدنی تصریح می‌کند: «در صورتی که مال موضوع قرض پس از تسلیم، تلف یا ناقص گردد، زیان‌های وارده به حساب مقترض محسوب خواهد شد.»

حقوق‌دانان و صاحب‌نظران حقوقی با استناد به مفاهیم و عبارات این مواد قانونی و با توجه به سوابق تاریخی آن، دو دیدگاه متمایز را ارائه نموده‌اند: دیدگاه اول، دریافت و قبض مال را شرط اعتبار و صحت عقد قرض دانسته و در نتیجه این عقد را در زمره عقود عینی طبقه‌بندی می‌نماید. مهم‌ترین استناد این گروه به پیشینه فقهی موضوع در فقه امامیه باز می‌گردد که در آن اکثریت قاطع فقها، قبض را شرط لازم برای تحقق عقد و انتقال مالکیت تلقی

^۱ . loan

^۲ . loan for consumption

کرده‌اند. همچنین این گروه ماده ۶۴۹ قانون مدنی را مؤید دیدگاه خود می‌دانند، چراکه این ماده قبض را موجب انتقال مالکیت قلمداد می‌کند.

علاوه بر این، طرفداران این دیدگاه برای تأیید نظر خود به ماده ۶۵۱ قانون مدنی نیز استناد می‌جویند و استدلال می‌کنند که مفاد این ماده نشان دهنده جایز بودن عقد قرض است و بر این اساس، قرض دهنده می‌تواند به اراده خود و بدون نیاز به وجود هیچ‌گونه خیار خاصی، پیش از تسلیم موضوع قرض، اقدام به فسخ عقد نموده و از تحویل عین مال خودداری ورزد. در ادامه استدلال‌های مربوط به ماهیت عقد قرض، طرفداران نظریه عینی بودن این عقد برای اثبات ادعای خود به ماده ۶۵۱ قانون مدنی نیز تمسک جسته‌اند. استدلال ایشان مبتنی بر این است که از مفاد این ماده چنین استنباط می‌گردد که عقد قرض از جمله عقود جایز محسوب می‌شود و بر این اساس، قرض دهنده این اختیار را دارد که به صورت یک‌جانبه و بدون نیاز به استناد به هیچ خیار خاصی، پیش از تسلیم موضوع قرض، اقدام به فسخ این عقد نموده و از اجرای تعهد خود مبنی بر تسلیم عین مال خودداری ورزد (عدل، ۱۳۷۳: ۳۲۷).

در نقطه مقابل، دیدگاه دوم با قوت تمام اعلام می‌دارد که انتقال مالکیت در عقد قرض صرفاً به واسطه خود عقد محقق می‌گردد و عمل قبض و دریافت مال، هیچ تأثیری در ایجاد مالکیت ندارد (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۷؛ کاتوزیان (ب)، ۱۳۷۴: ۶۰۵؛ عدل، ۱۳۷۳: ۷۰۲). صاحب‌نظران این دیدگاه در تبیین و دفاع از موضع خود استدلال می‌کنند که از منظر انطباق با موازین فقه امامیه، با وجود اینکه فقهای بزرگی همچون مقدس اردبیلی، صاحب‌جواهر و شهید ثانی (در مسالک)، بر این باور بوده‌اند که توافق صرف برای انعقاد عقد کافی است، ولی درنهایت نتوانسته‌اند از اجماع و شهرت فقها فراتر بروند (کاتوزیان (ب)، ۱۳۷۴: ۶۰۴).

از منظر تفسیر حقوقی ماده ۶۴۸ قانون مدنی نیز باید اذعان داشت که این ماده «عقد قرض را تملیکی و معوض می‌داند، به این معنا که در نتیجه عقد، مالکیت مال به قرض گیرنده انتقال می‌یابد و او موظف به بازگرداندن مثل یا قیمت آن است. این تملیک، بدون اینکه متوقف بر تسلیم باشد، صرفاً با تراضی حاصل می‌شود؛ چراکه قانون‌گذار هیچ اشاره‌ای به نقش قبض در این انتقال نکرده است» (کاتوزیان (الف)، ۱۳۷۴: ۹۲؛ همچنین ر.ک: امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۷).

از سویی دیگر، رویه تقنینی قانون‌گذار در مواردی که قصد داشته قبض را شرط صحت عقد بداند، همواره بر تصریح به این شرطیت بوده است (همان‌گونه که پیش‌تر بدان اشاره رفت) و از سوی دیگر، با بررسی جامع قواعد حاکم بر قراردادهای به خوبی آشکار می‌گردد که اصل اولیه بر رضایی بودن قراردادها استوار است. این سکوت قانون‌گذار در ماده مربوطه حاکی از آن است که در این زمینه دست به ابتکار عمل مفیدی زده و به نظر می‌رسد با تأثیرپذیری از قانون مدنی سوئیس، عقد قرض را همانند عاریه، ودیعه و سایر معاملات، یک عقد رضایی به شمار آورده است (کاتوزیان (ب)، ۱۳۷۴: ۶۰۵-۶۰۶؛ (الف) ۱۳۷۴: ۹۲). بالاین وجود، برخی حقوق‌دانان معتقدند که این رویکرد قانون‌گذار ناشی از تدبیر کامل نبوده است؛ چراکه قانون مدنی ایران نه از

حقوق رم تبعیت کرده و نه از فقه امامیه، و شرطیت قبض را نیز به صراحت بیان نکرده است. دکتر امامی پس از بررسی حقوق رم و فقه امامیه (امامی، ۱۳۷۲: ۲۰۳-۲۰۵) معتقد است که قانون مدنی ایران در ماده ۶۴۸ از هیچ‌یک از این دو نظام حقوقی پیروی نکرده است. به باور او، در عقد قرض، مالکیت با خود عقد منتقل می‌شود. ایشان این دیدگاه را نوین می‌داند و احتمال می‌دهد که قانون‌گذار ایران، تحت تأثیر دو ماده از قانون مدنی فرانسه و به دلیل اشتباه در ترجمه، آن را پذیرفته و قصد تغییر مبانی حقوقی قرض را نداشته است (امامی، ۱۳۷۲: ۲۰۵).

با این حال، نسبت دادن این رویکرد به اشتباه در ترجمه منطقی نیست. دلایل این امر متعدد است؛ از جمله اینکه مواد قانونی مورد نظر در خود حقوق فرانسه و همچنین در حقوق کشورهای عربی‌زبان مانند مصر مورد نقد حقوق‌دانان قرار گرفته بودند. از طرفی، نظام‌های حقوقی برخی کشورها مانند سوئیس، شرط قبض را برای صحت عقد قرض ضروری نمی‌دانند. علاوه بر این، در فقه امامیه نیز شرطیت قبض برای انتقال مالکیت به قرض‌گیرنده شهرت گسترده‌ای دارد. با توجه به این مطلب، قطعاً این انتظار وجود داشت که قانون‌گذاران به هر شکل ممکن این شرط اساسی را در متن قانون بگنجانند یا در قالب ماده‌ای جداگانه همان‌گونه که در موارد دیگری مانند هبه و وقف و حبس عمل کرده بودند، به صراحت آن را بیان نمایند. در نتیجه، عدم تصریح به این شرط را باید عامدانه و آگاهانه تلقی کرد، نه ناشی از سهو و اشتباه در ترجمه.

در پاسخ به استدلال مبتنی بر ماده ۶۵۱ قانون مدنی، برخی از نظریه‌پردازان چنین استدلال می‌کنند که با این حال، باید میان استقرار و لزوم مالکیت قرض‌گیرنده و ایجاد این مالکیت تمایز قائل شد. بر این اساس، حتی اگر قرض‌دهنده بتواند به اراده خود از تسلیم موضوع قرض خودداری نموده و عقد را فسخ کند، این امر دلالت بر عدم تحقق عقد قرض ندارد. علاوه بر این، امکان مراجعه به قرض‌گیرنده برای اجرای تعهد ناشی از رد مثل یا قیمت مال، ناظر بر اجرای مفاد عقد است و نه فسخ آن. بنابراین، نمی‌توان از این امر نتیجه گرفت که عقد قرض از جمله عقود جایز محسوب می‌شود. برعکس، عقد قرض لازم است و برخلاف ادعای برخی، قرض‌گیرنده این حق را دارد که قرض‌دهنده را به تسلیم موضوع تعهد ملزم نماید.

در خاتمه باید متذکر شد که تفسیر ارائه شده از ماده ۶۴۹ قانون مدنی نیز صحیح به نظر نمی‌رسد. به‌طور کلی در معاملات تملیکی معوض، بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی، اگر مالی قبل از تحویل به طرف مقابل از بین برود، زیان آن متوجه انتقال‌دهنده خواهد بود. در این شرایط، حتی با وجود انتقال مالکیت، مسئولیت معاوضی همچنان بر عهده انتقال‌دهنده باقی می‌ماند و تنها با انجام تسلیم به طرف دیگر منتقل می‌شود. اگر در حقوق ایران مسئولیت معاوضی تابع مالکیت بود و با انتقال مالکیت منتقل می‌شد، در آن صورت می‌توانستیم از مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ قانون مدنی نتیجه بگیریم که مالکیت مال مورد قرض تا زمان تسلیم و قبض نزد قرض‌دهنده باقی می‌ماند. اما در نظام حقوقی ایران، مسئولیت معاوضی تابع تسلیم است. (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۷؛ کاتوزیان (الف)، ۱۳۷۴: ۹۲-۹۳؛ (ب)، ۱۳۷۴: ۶۰۶-۲۱۰-۲۱۱).

نتیجه‌گیری

مطالعه در فقه امامیه نشان می‌دهد که بسیاری از فقهای بزرگ، مانع اصلی پذیرش رضایی بودن عقد قرض را شهرت و ادعای اجماع دانسته‌اند. در غیر این صورت، قاعده اولیه اقتضا می‌کند که قبض، شرط تحقق قرض نباشد. مقدس اردبیلی حتی رأی مشهور را مبهم و غیر مستدل قلمداد کرده است. همان‌طور که بیان شد، تحقق اجماع در این مسئله محل تردید است؛ زیرا احتمال مدرکی بودن آن بسیار قوی است و با وجود قواعدی چون استصحاب و نیز برخی روایات مخالف، چنین اجماعی فاقد ارزش اثباتی خواهد بود. در خصوص شهرت نیز می‌توان گفت که اولاً شهرت فتوایی به فقهای پیش از شیخ طوسی باز نمی‌گردد و ثانیاً در مواردی که مستند رأی مشهور روشن باشد، چنین شهرتی چندان اعتباری نخواهد داشت. البته باید توجه داشت که رویه فقها غالباً بر این بوده است که برخلاف شهرت محقق فتوا صادر نکنند، هر چند از نظر مبانی نظری، استدلال‌های محکمی در تأیید آن وجود نداشته باشد.

در عرصه تطبیقی، تحولات حقوقی معاصر و نیازهای روزافزون تجاری و اقتصادی موجب شده است بسیاری از نظام‌های حقوقی همچون مصر با کنار گذاشتن سنت‌های حقوق رومی، عقد قرض را به‌عنوان عقدی رضایی شناسایی کنند. این گرایش، بیانگر حرکت حقوق معاصر به سوی تسهیل روابط اقتصادی و سازگاری بیشتر با نیازهای عملی جامعه است. در حقوق ایران نیز هرچند نظر مشهور در فقه بر لزوم قبض تأکید دارد، قانون‌گذار در موارد مشابه، مانند برخی از عقود تملیکی، شرط قبض را صریحاً ذکر کرده است. اما باید توجه داشت که تمسک برخی از نویسندگان به مواد ۶۴۹ و ۶۵۱ قانون مدنی برای اثبات ضرورت قبض در عقد قرض، با ضعف جدی روبه‌روست. چراکه مطابق اصول کلی حقوق ایران، اصل بر رضایی بودن عقود است و تنها در مواردی که قانون‌گذار تصریح کرده باشد، قبض شرط تحقق عقد خواهد بود. بر همین اساس، می‌توان گفت در حقوق موضوعه ایران، تحقق عقد قرض منوط به ایجاب و قبول و صرف تراضی طرفین است و قبض، شرط صحت محسوب نمی‌شود. البته تفکیک میان قرض عین معین و قرض مال کلی نیز ضروری است. در فرضی که موضوع قرض، عین معین باشد، انتقال مالکیت با انعقاد عقد صورت می‌گیرد؛ اما اگر موضوع قرض، کلی باشد، مالکیت تنها پس از تعیین و تسلیم مال محقق می‌شود (امامی، ۱۳۷۲: ۱۹۷).

باین حال، چنانچه عقد قرض را تملیکی و رضایی بدانیم، قاعده اقتضا دارد که به محض تعیین مصداق کلی، مالکیت منتقل گردد و قبض در تحقق انتقال نقشی ایفا نکند. زیرا حتی اگر همه اموال کلی از بین برود و تنها مقدار توافق شده باقی بماند، همان مقدار به‌طور خودکار به ملک قرض‌گیرنده درمی‌آید و نیازی به تسلیم جداگانه نخواهد بود (کاتوزیان (ب)، ۱۳۷۴: ۳۳-۳۵). بنابراین، چه در فرض قرض عین معین و چه در فرض قرض مال کلی (پس از تعیین)، انتقال مالکیت تحقق می‌یابد و قبض، صرفاً جنبه اجرایی و تعهدی خواهد داشت. از این منظر، حقوق موضوعه ایران نیز با جریان حقوق تطبیقی همسو است و پذیرش رضایی بودن عقد قرض، با اصول حاکم بر نظام حقوقی معاصر و نیازهای اقتصادی جامعه امروز سازگاری بیشتری دارد.

فهرست منابع

- ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۷ق). کتاب الاسرار جامع لتصحيح الفتاوى، چاپ چهارم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره الحلبي، سيد حمزه بن علي (۱۴۱۷ق). غنای گرایش به علوم اصول و فروع، چاپ اول، جلد ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- امامی، سيد حسن (۱۳۷۲). حقوق مدنی، چاپ هشتم، جلد ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- البدراوى، عبدالمنعم (۱۹۶۸). النظرية العامة للالتزامات، بيروت: النهضة العربية.
- البهقي الكيدري، قطب الدين (۱۴۱۶ق). صبح الشيعة بمصباح الشريعة، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- پلانیول، مارسل (۱۹۵۹). معاهدات حقوق مدنی چاپ یازدهم، جلد ۲، بتن روژ: مؤسسه حقوق ایالت لونیزیانا.
- التراحي، شيخ فخرالدين (۱۳۶۲). مجمع البحرين، جزء چهارم، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
- حائري شاهباغ، سيد علي (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی، چاپ اول (ویرایش جدید)، جلد ۱، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- الحر العاملي، شيخ محمد بن الحسن (۱۳۹۱). وسائل الشيعة الشريعة، جلد ۲، چاپ چهارم، قم: دار احیاء التراث العربی.
- الحسيني المراغي، سيد ميرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوين، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر اسلامي.
- حسيني عاملي، سيد محمد جواد (بی تا). مفتاح الكرامة في شرح اصول علامه، جلد ۵، بيروت: دار احیاء التراث العربی.
- خميني، امام روح الله (۱۳۵۸). تحرير الوسيلة، چاپ دوم، جلد ۱، قم: انتشارات علوم.
- خوانساری، سيد احمد (۱۳۶۴). جامع المدرك في شرح المختصر النافع، چاپ دوم، جلد ۲، قم: بنیاد اسماعیلیان.
- الخوري الشرتوني اللبناني، سعيد (۱۴۰۳ق). اقرب الموارد في العربي الكلاسيك و الضلال، قم: انتشارات دفتر آیت الله العظمة المرعشي النجفی.
- سار، ابی یعله حمزه بن عبدالعزيز الديلمی التبرستانی (۱۴۱۴ق). مناسك علويه في احكام النبوي، تصحيح: سيد محسن الحسيني الاميني، قم: مجمع جهاني اهل بيت (علیهم السلام).
- السنهوري، دكتور عبدالرزاق احمد (۱۹۶۴). الوسيط في شرح القانون المدني المصري، جلد ۱، بيروت: دار احیاء التراث العربی.
- شایگان، سيد علي (۱۳۷۵). حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات طه.
- شهيد اول، شيخ شمس الدين محمد بن مكی العاملي (۱۴۱۴ق). دروس حقوقيه في فقه الاماميه، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
- شهيد دوم، زين الدين (۱۴۱۴ق). مسالك الافهام في تنقيح شرايع الاسلام، چاپ اول، جلد ۳، قم: بنیاد معارف اسلامي.
- شهيد دوم، زين الدين (۱۴۱۶ق). الروضة البهيه في شرح اللمعة الدمشقيه، جلد ۱، قم: دارالهادی للمطبوعات.
- شيخ طوسي، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علي (۱۴۱۱ق). المبسوط في فقه الاماميه، تصحيح: سيد محمد تقی الكشفي، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
- طوسي، ابن حمزه ابوجعفر محمد بن علي (۱۴۰۸ق). وسائل الوصول الفضيلت، تصحيح: محمد الحسن، چاپ اول، قم: کتابخانه سيد المرعشي.
- عبدالعال، عكاشه محمد (۲۰۰۷). تاريخ النظم القانونيه والاجتماعيه، بيروت: دارالمطبوعات الجامعيه.
- عدل (منصور السلطنه)، مصطفى (۱۳۷۳). حقوق مدنی، قزوین: انتشارات بحر العلوم.

- علاءالدین، احمد (۱۹۸۲). قرارداد قرض در شریعت اسلامی و قانون مثبت، چاپ اول، بیروت: بنیاد نوفل.
- علامه حائری، علی (بی تا). آثار قبض در حقوق مدنی ایران، تهران: چاپخانه آذر.
- علامه حلی، الحسن بن یوسف بن المطهر (۱۴۱۸ق). اصول الاحکام، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۱ق). خلاصه المقاصد فی معرفة الاحکام، تصحیح: هادی القیسی، چاپ اول، قم: مرکز انتشارات دفتر اعلانات اسلامی.
- علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۳ق). تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت للحیاء التراث.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). دوره عقود معین، چاپ ششم، جلد ۱، تهران: شرکت انتشار (ب).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار (الف).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). دوره عقود معین، چاپ دوم، جلد ۴، تهران: شرکت انتشار (الف).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی ارث، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر (ب).
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسن (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، جلد ۵، قم: مؤسسه آل البيت.
- مجلس اعلاى امور اسلامی (۱۹۹۰). دائرةالمعارف فقه اسلامی (معروف به دائرةالمعارف فقهی جمال عبدالناصر)، جلد ۲۱، قاهره.
- محقق آل ابی (کشف الرموز)، زین الدین ابوعلى الحسن بن ابی طالب ابوبن المجد الیوسفی (۱۴۱۴). کشف الرموز فی شرح المختلّف المفید، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۸). شرایع اسلام، چاپ دوم، جلد ۲، قم: مؤسسه انتشارات اسماعیلیان.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵). مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- مرقس، سلیمان (۱۹۶۳). الموجز فی شرح القانون المدنی المصری، بغداد: شرکه الطبع و النشر الاهلیه.
- معلوف، لويس (۱۳۶۲). المسجد فی اللغة والاعلام، چاپ اول، تهران: انتشارات اسماعیلیان.
- معین، محمد (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی، جلد دوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مقدس اردبیلی، مولا احمد (۱۴۱۴ق). مجمع الفیضه و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، چاپ دوم، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر اسلامی.
- منصور، جهانگیر (۱۳۹۴). قانون مدنی، چاپ ۱۰۲، تهران: انتشارات دالوز.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام فی شرح شریعت الاسلام، چاپ شانزدهم، جلد ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- واحدی، جواد (۱۳۷۸). قانون تعهدات سویس، چاپ اول، تهران: نشر المیزان.
- هذلی حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). مجمع القوانين، تهران: مؤسسه سید الشهداء - الامیه.