

نقش قبض در عقد قرض

عبدالرضا علیزاده*

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران

چکیده

قانون مدنی ایران در مواردی مانند حبس، وقف و رهن، «قبض» را شرط صحت عمل حقوقی دانسته است. در این پژوهش، نقش «قبض» در «عقد قرض» بررسی شده است. پس از بررسی مفاهیم اصلی، به مطالعه‌ی فقه امامیه و حقوق فرانسه، مصر و ایران در خصوص نقشی که برای قبض در عقد قرض قایل شده‌اند، پرداختیم. نتیجه‌ی این بررسی‌ها این است که با توجه به این که تحقق و اعتبار اجماع ادعا شده مورد تردید است و شهرت محقق نیز با آشکار بودن مستند آن قابل اغماض است، و نیز ظهور مواد قانونی در تملیکی بودن عقد قرض به صرف ایجاب و قبول، و گرایش بسیاری از نظام‌های حقوقی به رضایی اعلام کردن عقد قرض، و سرانجام، توجه به نیازهای بازرگانی و معاملی، این ضرورت را ایجاب می‌کند که به رضایی بودن عقد قرض قایل شویم.

واژه‌های کلیدی: قبض، شرط صحت، قرض، قرض دهنده (مقرض)،
قرض گیرنده (مقترض)، عدم انتقال ملکیت، کفایت تراضی.

* پیش از هر چیز، باید این فرض را به انجام رسانم و از راهنمایی‌ها و اشارت‌های مشفقانه استاد گرانمایه دکتر ناصر کاتوزیان سپاسگزاری کنم که در این کار، پیش از همه و امداد اویم. در سرزمین مهر همیشه قبض شرط رضاست این شرط قبض را نه فقیهان کزو بیان کنند

مقدمه

از نظر تاریخ حقوق، عقود موجود در حقوق رُم به چهار دسته‌ی اصلی تقسیم می‌شدند: عقود شکلی (عقودی که با تشریفات خاص انجام می‌شد)، عقود عینی (عقودی که قبض مالی شرط تحقق آن بود)، عقود رضایی (عقودی که فقط با ایجاب و قبول انعقاد می‌یافت) و عقود نامعین (عقودی که دارای نام، شکل و چارچوب خاص و قانونی نبود). از این میان، عقود عینی با ایجاب و قبول کامل نشده، به انجام یک واقعه‌ی مادی معین (مانند تسلیم مال مورد معامله) نیازمند بود. (عبدالعال، ۱۹۹۸، ص ۱۸۲-۱۹۳)

در حقوق رُم، چهار نوع عقد عینی وجود داشت: «عقد قرض، عقد عاریه، عقد ودیعه و عقد رهن». عاریه و رهن عقود بودند که به شکلی مسأله‌ی امانت در آنها دیده می‌شد (همان، ص ۱۷۸-۱۸۸). اما «عقد قرض»^۱ هنگامی به کار می‌رفت که شخصی چیزی از اموال مثلی خود را به شخصی دیگر می‌داد و مقترض نیز متعهد می‌شد که مثل آن مال را به مُقرض (قرض‌دهنده) بازگرداند. در اصل، این نوع عقد در خصوص پول نقد (سگه‌های رایج)، یا مواد غذایی (مثل گندم و جو) انجام می‌گرفت و معمولاً میان دوستان و آشنایان منعقد می‌شد. برای انعقاد عقد قرض دو عنصر لازم بود: «تسلیم مال موضوع قرض»، «توافق و تراضی بر استرداد آن». با تحقق این دو عنصر، عقد قرض متولد می‌شد و آثار حقوقی آن - از جمله انتقال ملکیت مال به قرض‌گیرنده - رسمیت می‌یافت. (همان، ص ۱۸۸)

در فقه امامیه نیز نظریه‌ی مشهور یا اجماعی بر شرطیت قبض در تحقق عقد قرض تأکید ورزیده است. بیشتر صاحب‌نظران و استادان برجسته‌ی فقه امامیه در ردّ نظریه‌ی فقیهان اهل سنت که تصرّف را نیز افزون بر قبض، ضروری می‌دانستند، آثار عقد قرض را با ایجاب و قبول و تحقق قبض جاری دانستند. (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۳؛ حسینی عاملی، ص ۴۸-۴۹؛ مروارید، ۱۹۹۰، ص ۲۷، ۳۲، ۵۷؛ ۱۹۹۳، ص ۱۱۳)

در حقوق ایران، ماده ۶۴۸ قانون مدنی در مقام تعریف عقد قرض می‌گوید:

قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر

۱. در حقوق رُم آن را 'Mutuum' می‌نامیدند.

تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعدّر رد مثل قیمت یوم‌الرّد را بدهد.
ماده‌ی بعد (۶۴۹) مقرر می‌دارد که:

اگر مالی که موضوع قرض است، بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود، از مال مقترض است. با توجه به این که قانون مدنی ایران در مواردی به شرطیت قبض تصریح کرده (ماده‌ی ۵۹ در وقف، ماده‌ی ۷۷۳ در رهن، ماده ۷۹۸ در هبه) و در مواردی دیگر مانند قرض فقط به انتقال ضمان مال بعد از تسلیم و قبض اشاره کرده است، این پرسش به وجود می‌آید که این سکوت یا اشاره‌ی قانون‌گذار را چگونه باید تفسیر کرد؟ در این جا واقعیتی دیگر، لزوم تحقیق در این مسأله را نشان می‌دهد و آن، تحولات حقوقی و تجاری جهان امروز است؛ وجود نیازهای معاملی و تجاری، بسیاری از نظام‌های حقوقی را به سوی رضایی اعلام کردن عقد قرض سوق داده است. این جاست که باید پیشینه‌های حقوقی و تاریخی را دوباره کاوید و در صورت وجود مبانی محکم و تردیدناپذیر، موضعی مصلحت‌گرا و در عین حال، هنجارین اتخاذ کرد و در غیر این صورت، راهی از ادله و اجتهاد و شهرت به سوی رعایت تناسب قواعد حقوقی با مصالح و منافع اجتماعی گشود.

واژه‌شناسی تخصصی

۱. قبض: قبض در لغت به معانی گوناگونی آمده است؛ از جمله: گرفتن، با دست گرفتن، زیرنگین داشتن، ملکیت، تصرف، تحت سلطه درآوردن (خانه، ملک و چیزهایی مانند آن)، اندوه و گرفتگی، تنگی و سختی، جمع شدن، جدایی، خارج شدن روح از کالبد آدمی. (الخوری الشرتونی، ۱۴۰۳؛ الطریحی، ۱۳۶۲؛ معلوف، ۱۳۶۲؛ معین، ۱۳۷۵)

اما از نظر فقیهان و در قلمرو روابط حقوقی و معاملی، قبض در همان مفهوم عرفی آن به کار رفته و معنای جدیدی برای آن به وجود نیامده است. البته فقیهان اسلامی در کتاب‌های تخصصی تلاش کرده‌اند که مفهوم قبض را از زاویه‌های مختلف، مثلاً قبض اموال منقول و غیرمنقول، قبض عین معین، قبض اموال کلی و قبض منفعت را شرح دهند و نیز به تفاوت قبض ابتدایی و قبض به وسیله‌ی تداوم تصرف اشاره کنند. بدیهی است که

در هریک از این موارد، مصداق عرفی قبض متفاوت است؛ اما این تفاوتی است که به حسب وضعیت این اشیا در میان مردم و روابط حقوقی وجود دارد و شریعت در این باره تأسیس و اختراع جدیدی ندارد. (الحسینی المرعی، ۱۴۱۸، ص ۲۵۶-۲۶۹)

شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد که فقیهان اتفاق نظر دارند که قبض در غیر منقول، تخلیه‌ی آن مال غیر منقول است، ولی در مورد مال منقول اختلاف نظر ایجاد شده است. ایشان در ادامه هشت نظر را در خصوص مفهوم قبض در اموال منقول مطرح می‌کند. به عقیده‌ی شیخ انصاری تردیدی نیست که قبض عملی است که باید از سوی گیرنده (کسی که قبض او دارای تأثیر حقوقی است) انجام شود. به نظر شیخ انصاری، تفسیر درست اتفاق نظر فقیهان در مسأله‌ی قبض، آن است که آن را به معنای رفع همه‌ی موانع از سوی تسلیم‌کننده و اذن به مشتری در تصرف، تعبیر کنیم. در واقع، قبض مصدری است که به معنای تقبیض به کار رفته و مقصود از آن تخلیه است از طرف قبض دهنده، و نیز به گیرنده اذن در تصرف نیز می‌دهد. (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۰۹)

سرانجام، شیخ انصاری معتقد است که تحقیق در اندیشه‌های فقهی و ادله، این نتیجه را به بار می‌آورد که قبض به طور کلی عبارت است از استیلا‌ی مشتری بر مال مورد نظر و سُلطه‌ی مشتری (قبض‌گیرنده) بر آن مال به طوری که مفهوم «ید» تحقق یابد؛ به دیگر سخن، استیلا به حدی باشد که در صورت نامشروع بودن، عنوان غصب بر آن صدق کند. در این صورت، مفهوم قبض در اموال منقول و غیر منقول یکسان است؛ اما باید توجه داشت که گرفتن و قبض هر مالی به لحاظ تحقق عرفی آن به فراخور وضعیت آن مال است. (همان، ص ۳۰۹-۳۱۰)

حقوق دانان نیز به این امر تأکید ورزیده‌اند که در حقوق نیز، مفهوم عرفی قبض، معیار تصمیم‌گیری است و همواره تصرف محسوس و مادی مقصود نیست^۱ و قبض هر مالی با توجه به خصوصیات و ویژگی‌های آن مال، شیوه‌ای مختص به خود دارد. از طرفی، هیچ لزومی ندارد که برای تحقق قبض، تصرف بر مال نیز صورت گیرد؛ زیرا ممکن است که با اطلاع خریدار، مال مورد معامله به انبار او منتقل شود، یا مالی که از قبل به عنوانی دیگر (مثل امانت) در اختیار او بود، اکنون به او قرض داده شود و قبض در این حال، استمرار یافتن همان تصرف پیشین است (امامی، ۱۳۷۱، ص ۴۴۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ب،

۱. با توجه به وحدت ملاک ماده ۳۶۹ ق.م. که در مورد تسلیم، معیار نهایی را عرف می‌داند.

ص ۱۶۶-۱۶۷). به همین علت است که ماده‌ی ۳۶۸ قانون مدنی می‌گوید:
تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

آخرین نکته در مورد قبض این است که حکم ماده‌ی ۳۷۴ قانون مدنی که می‌گوید:
«در حصول قبض، اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن قبض کند»،
به عقود رضایی اختصاص دارد؛ اما در عقودی که قبض شرط صحت و تحقق آنهاست،
یا وقتی که قبض، شرط لازم آنها باشد، قبض حتماً باید از طریق اقباض و تسلیم حاصل
آید، یا دست‌کم، طرف دیگر به آن قبض و استیلا بر مالش، رضایت دهد. این خود
یکی از تفاوت‌های عقود رضایی و عینی است.

۲. شرطیت: شرط معانی گوناگونی دارد و در لغت و ادبیات، منطق و فلسفه و حقوق
و فقه مطرح است. در حقوق و فقه وقتی از شرط ضمن عقد سخن به میان می‌آید،
مقصود یک تعهد فرعی و تبعی است که در ضمن یک تعهد یا عقد به وجود می‌آید
(محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲۱۰-۲۱۱). اما شرط در امور اعتباری و غیرحقیقی، اعتبار داشتن
چیزی در تحقق چیزی دیگر است، البته نه به صورت علیت تامه بلکه به صورت علیت
ناقص. به این توضیح که فقه و حقوق، وجود آن شرط را برای تحقق آن اعتبار حقوقی
لازم می‌داند، هرچند مشروط صرفاً با وجود آن شرط تحقق نمی‌یابد و به عناصر و
عوامل دیگری نیز نیاز دارد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲۱۰)؛ برای مثال، در فقه و قانون
مدنی، زنده بودن وارث در زمان فوت مورث، شرط ارث بردن دانسته شده است.
بنابراین، در ارث، نسب و سبب هر یک به طور جداگانه موجب وراثت می‌شود، ولی
زنده بودن وارث در زمان فوت مورث، شرط وراثت محسوب می‌شود. (کاتوزیان،
۱۳۷۶، ص ۹۲)

۳. شرط صحت: قانون مدنی، در مواردی قبض را شرط صحت عمل حقوقی دانسته
است؛ از جمله در حبس، اعم از عمری و غیر آن، قبض شرط صحت اعلام شده است
(ماده‌ی ۴۷ قانون مدنی)؛ هم‌چنین در وقف ماده‌ی ۵۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:
اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض
داد، وقف تحقق پیدا می‌کند.

در عقد رهن قبض مال مرهون، شرط صحت معامله قلمداد شده است (ماده‌ی ۷۷۲

قانون مدنی؛ ماده‌ی ۷۹۸) و در هبه نیز قبض را شرط دانسته‌اند. در مقابل، با مواردی روبه‌رو می‌شویم (مانند مواد ۸۳۰ در وصیت تملیکی و ۸۰۷ در صدقه) که قبض شرط لزوم عمل حقوقی محسوب شده است، نه شرط تحقق و وقوع آن. با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به پیشینه‌ی فقهی و حقوقی این بحث، باید دو نکته را در نظر داشت:

الف) در همه‌ی مواردی که قبض شرط صحت دانسته شده، مقصود قانون‌گذار آن است که بدون قبض، عقد مزبور تکمیل نشده است و دارای آثار حقوقی نخواهد بود.

ب) شیوه‌ی قانون مدنی این است که با توجه این‌که در فقه اسلامی و حقوق‌های خارجی بر سر نقش قبض و آثار حقوقی آن اختلاف نظر فراوانی وجود دارد، برای برطرف شدن هرگونه ابهام در معنای قانون، آشکارا نقش قبض و آثار آن را بیان کند. در نتیجه، در عبارات قانون مدنی یکی از این سه حالت حکم فرماست: قبض را شرط تحقق و صحت اعلام کرده، قبض را شرط لزوم عقد قلمداد کرده و یا قانون در خصوص نقش قبض ساکت است.

فقه امامیه^۱

فقیهان امامیه به طور کلی به لزوم قبض در عقد قرض اشاره و همگی بر این مضمون تأکید کرده‌اند که مالکیت مال قرض گرفته شده، فقط پس از قبض آن توسط قرض گیرنده به او منتقل می‌شود؛ برای نمونه می‌توان به دیدگاه فقیهان نامور امامیه اشاره کرد: شیخ طوسی در مبسوط^۲ (۴۶۰ هـ، ص ۱۶۱) و خلاف^۳ (۱۴۱۱، ص ۱۷۷)؛ ابن‌زهرة الحلبي در غنیه^۴

۱. چون هدف این جستار، بررسی تفصیلی آرای فقیهان امامیه است، در این‌جا دیدگاه‌های دیگر مذاهب اسلامی را در باب انتقال ملکیت مال در عقد قرض، به اجمال بیان می‌کنیم:

الف) نویسندگان مذاهب مالکی، حنبلی و ظاهری، انتقال مال قرض را با عقد (ایجاب و قبول) می‌دانند و برخی تصریح کرده‌اند که حتی اگر هنوز قبض نکرده است، مالک است.

ب) نویسندگان مذاهب شافعی (البته به شافعی دو نظریه نسبت داده شده) و زیدیه، قبض را شرط انتقال ملکیت می‌دانند.

ج) از ابی‌یوسف در کتاب نوادر نقل شده است که: «ان القرض لا یملک بالقبض مالم یتهلک». بنابراین باید نظر مذهب حنفی را لزوم تصرفی که موجب استهلاك مال شود، دانست. در منابع فقه امامیه نیز یکی از دو قول شافعی، همین لزوم تصرف دانسته شده است (موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۲، ص ۱۷۰-۱۷۱).

۲. «والمستقرض یملک مال القرض بالقبض».

۳. «المستقرض یملک القرض بالقبض».

۴. «و هو مملوک بالقبض».

(۱۴۱۷، ص ۲۳۹)؛ ابن ادریس حلّی در سرائر^۱ (۱۴۱۷، ص ۶۰)؛ کیدری در اصباح الشیعه^۲ (۱۴۱۶، ص ۲۸۳)؛ محقق حلّی در مختصر النافع^۳ (۶۷۶ هـ، ص ۱۳۶) و شرایع الاسلام^۴ (۱۴۰۸، ص ۶۲)؛ یحیی بن سعید حلّی در الجامع للشرایع^۵ (۱۴۰۵، ص ۲۸۱)؛ علامه حلّی در ارشاد الاذهان^۶ (۱۴۱۰، ص ۳۹۰) و قواعد الاحکام^۷ (۱۴۱۸، ص ۱۰۴) و تلخیص المرام^۸ (۱۴۲۱، ص ۱۱۱) و تذکرة الفقهاء^۹ (۱۴۲۳، ص ۴۳) و مختلف الشیعه^{۱۰} (۱۳۷۴، ص ۴۰۹) و شهید اول در الدروس الشرعیة^{۱۱} (۱۴۱۴، ص ۳۲۰) و لمعه^{۱۲}. (به نقل از: شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۱۱-۱۵)

افزون بر فقیهان و آثار پیش گفته، شارحان آنان نیز این حکم را پذیرفته و به شرح و نقد و ذکر مستندات آن پرداخته‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۳۱؛ نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۳-۲۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۷۳؛ شهید ثانی ۱۴۰۳، ص ۱۵؛ همو، ۱۴۱۴، ص ۴۵۱؛ کرکی، ۱۴۱۴، ص ۲۵؛ حسینی عاملی، ص ۴۸-۴۹). البته بخش عمده‌ای از بحث‌های فقهی به این مطلب اختصاص یافته است که آیا افزون بر شرطیت قبض - که بیشتر فقیهان آن را مسلم انگاشته‌اند - «تصرف» مقترض در مال مورد قرض نیز شرط تحقق عقد قرض است؟ به همان اندازه که فقیهان امامیه بر شرطیت قبض اتفاق نظر دارند، بر عدم شرطیت تصرف نیز وفاق دارند. (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸، ص ۲۵۷)

در این جا ناگزیر باید چند نظر فقهی دیگر را نیز بیان کرد، تا معلوم شود که تحقق اجماع تا چه اندازه قابل اعتماد است و آیا می‌توان همانند ابن ادریس حلّی گفت که در میان ما فقیهان امامیه مخالفی وجود ندارد؟ سلاّر^{۱۳} در کتاب المراسم العلویة (۱۴۱۴، ص ۱۹۶) فقط از ضرورت ایجاب و قبول سخن به میان می‌آورد و چیزی درباره‌ی قبض و

۱. «لان المستقرض عندنا یملک القرض بالقبض بغير خلاف بیننا».

۲. «و هو مملوک بالقبض».

۳. «ویملک الشیء المقترض بالقبض».

۴. القرض یملک بالقبض لابلتصرف».

۵. «ویملک الشیء المقترض بالقبض».

۶. «ویملک المقترض بالقبض».

۷. «ویملک المقترض بالقبض».

۸. «لاخلاف فی أن المستقرض یملک القرض، و فی الموجب للملک خلاف. فعندنا أنه یملکه بالقبض...».

۹. «أنه ملکه بالقرض والقبض».

۱۰. «ویملک بالعقد مع القبض».

۱۱. «ویملک بالعقد مع القبض».

۱۲. «وکل ماتساوی اجزاؤه ینبت قیمته یوم القبض و به یملک».

۱۳. ابی یعلی حمزة بن عبدالعزیز الدیلمی الطبرستانی (متوفی ۴۴۸ هـ) معروف به سلاّر، از فقیهان برجسته امامیه محسوب می‌شود.

لزوم آن نمی‌گوید.^۱ هم‌چنین ابن‌حمزه در کتاب الوسيلة الى نيل الفضيلة (۱۴۰۸، ص ۲۷۲) عقد قرض را تملیکی دانسته و تصریح می‌کند که قرض‌گیرنده به سبب خود عقد قرض، مالک مالی می‌شود که قرض گرفته است.^۲

شاید در هیچ کتاب دیگری، جامع‌تر و دقیق‌تر از مفتاح الكرامة آرای فقیهان امامیه در خصوص شرطیت قبض در تحقق عقد قرض طبقه‌بندی نشده باشد. در این کتاب، پس از نقل سخن علامه در قواعد چنین آمده است که کتاب‌های غایة المرام، مسالك، روضه، کفایه و مجمع الفائدة والبرهان این نظر (یعنی شرطیت قبض در انتقال ملکیت مال) را نظر مشهور دانسته‌اند و مجمع البرهان آن را قول معقول نیز قلمداد کرده است. مسالك می‌گوید که بسیاری از فقیهان از هیچ مخالفی یاد نکرده‌اند و گویا که اصلاً مخالفتی نشده است. در کتاب ریاض آمده است که عموم فقیهان متأخر به همین رأی گرایش یافته‌اند. ظاهر کتاب غنیة و سرائر و دو قسمت از کتاب تذکرة، اجماع بر این نظر است. شیخ طوسی در مبسوط و خلاف بر وجود اجماع تصریح کرده است.^۳ نویسندگان کتاب‌های غنیة، سرائر، جامع الشرائع، شرایع، نافع، تذکرة، تحریر، ارشاد، مختلف، دروس، لمعة و کتاب‌های متأخران و هر فقیهی که معتقد بود قرض دهنده نمی‌تواند عین مال مورد قرض را پس بگیرد، هم‌چنین باور داشت که مقترض، به سبب قبض، آن مال را مالک می‌شود. پس فقیهان بر این نکته اتفاق نظر داشته‌اند. (حسینی عاملی، ص ۴۸-۴۹)

صاحب جواهر نیز می‌گوید که بر شرطیت قبض، هر دو قسم اجماع (منقول و محصل) وجود دارد (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۳). در کتاب جامع المدارک پس از نقل اجماع آمده است که برخی از فقیهانی که به طور معمول به اجماع‌های محقق اعتنا نمی‌کنند، این اجماع را انکار نکرده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۳۱). بنابراین، از لحاظ دلیل نقلی با شهرت محقق و اجماع منقول روبه‌رو می‌شویم. البته روایاتی نیز در همین مورد وجود دارد که به آنها نیز اشاره خواهد شد.

اما از حیث تحلیلی و بررسی استدلالی، نخست باید نگرش فقیهان را به این مسأله

۱. «القرض افضل من الصدقة؛ و هو یفتقر الی ایجاب وقبول ویلزم المقترض ان یعزم علی الاداء اذا تسهل له».
 ۲. «القرض: کل مال لزم فی الذمة بعقد عوضاً عن مثله وهو ضربان: مطلق ومشروط؛ فالمطلق لا یدخله الربا، فاذا أخذ قرضاً علی أن یرد مثله ملکه بنفس عقد القرض وصار مثل سائر امواله».
 ۳. البته ما در این کتاب‌ها تصریحی بر اجماع نیافته‌ایم و فقط ظاهر کتاب خلاف که گفته است «دلینا...» اتفاق نظر را می‌رساند. از سوی دیگر، می‌دانیم که اجماعات کتاب خلاف مورد اعتماد فقیهان امامیه نیست.

وارسی کرد. از آغاز، بحث فقهی در این مسأله به گونه‌ای شکل گرفت که گویا باید دست‌کم شرطیت قبض را پذیرفت و فقط بحث و گفت‌وگو در خصوص «تصرف» است. به همین جهت، در سخنان فقیهان گاه به تعبیری چون «اکتفا به قبض» برمی‌خوریم (شهید ثانی ۱۴۰۳ ب، ص ۱۲؛ مروارید ۱۹۹۳، ص ۱۵). همین وضعیت سبب شده است که در کتاب‌های فقهی، پس از بیان نظر مشهور به نقد نظری پرداخته‌اند که «تصرف» را نیز شرط دانسته است. صاحب جواهر می‌گوید: براساس اصول حقوقی باید ایجاب و قبول را موجب انتقال مالکیت دانست و اگر بنا باشد که انتقال ملکیت را بر چیز دیگری مشروط کنیم، در این صورت به قبض مال موضوع قرض، انتقال ملکیت انجام می‌شود و دیگر تصرف هیچ نقشی نخواهد داشت (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۳). این سخن صاحب جواهر نیز در چارچوبی که اشاره شد، قابل فهم است، زیرا اگر قرار باشد به تردید خود ترتیب اثر بدهیم و به اصل عدم انتقال ملکیت (استصحاب حالت عدم انتقال ملکیت) توجه کنیم، باید حصول تصرف را نیز شرط بدانیم، زیرا تا حصول «تصرف» تردید باقی و اصل عدم انتقال ملکیت، جاری است. در غیر این صورت، باید از هر دو شرط (قبض و تصرف) درگذریم و خلاقیت را در وادی نقل و انتقال اموال، به اراده‌ی قراردادی واگذاریم.

به نظر می‌رسد که این فضای حاکم برگزیده فقهی در مسأله‌ی قبض در عقد قرض، بر جهت‌گیری استدلال‌های فقهی بی‌تأثیر نبوده است؛ زیرا اگر فقیهان مسأله را در اصل شرطیت قبض نیز مطرح می‌کردند و به بررسی این نکته می‌پرداختند که آیا چیزی افزون بر ترازی (ایجاب و قبول) در تحقق عقد قرض لازم است - همان‌طور که مقدس اردبیلی بحث را مطرح می‌کند - در این صورت، پرسش بنیادین آنان این بود که آیا اصل بر رضایی بودن عقود است یا عینی بودن آنها.^۱

۱. توجه به عوامل بیرونی و فراعلمی که بر شکل و محتوای نظریه‌های علمی و حقوقی تأثیرگذار است، از مباحث نوینی است که از اواخر قرن بیستم، محققان حقوقی و جامعه‌شناسان حقوقی مطرح کرده‌اند. برای نمونه، در این جا بدون آن‌که بر درستی سخن خود پافشاری کنیم، نشان داده‌ایم که چگونه جهت‌گیری همگانی عالمان حقوقی می‌تواند بر محتوای استدلال دیگران و سرنوشت و تحول نظریه‌ی حقوقی مؤثر باشد. به سخنی فنی، این رویکردها در چارچوب «جامعه‌شناسی معرفت‌های حقوقی» قرار می‌گیرد. به نظر ما، این که گفته‌اند علامه حلی برای به دست آوردن حکم شرعی «آب چاه»، نخست دستور داد تا چاه منزلش را پُر کنند، نشانی است آشکار از توجه فقیهان بزرگ امامیه به تأثیر عوامل فراحقوقی بر نظریه‌های فقهی و حقوقی؛ بنابراین نباید به بهانه‌ی تقدیس فقیهان بزرگ از بررسی انتقادی اندیشه‌های آنان روی گرداند.

به همین دلیل است که اکثر استدلال‌هایی که به سود نظریه‌ی شرطیّت قبض مطرح شده، برای مقام نفی شرطیّت تصرّف طراحی شده است؛ یک نمونه، استدلال صاحب شرایع است، مبنی بر این که وقتی تصرّف خود از آثار ملکیت است، چگونه ممکن است که ملکیت نیز بر همان تصرّف متوقف باشد. شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۴، ص ۴۵۱) در نقد این استدلال می‌گوید: اسبابی که تصرّف در اموال را مجاز و مشروع می‌کند، منحصر در ملکیت نیست. صاحب جواهر همین استدلال شهید ثانی را نیز در جواهر الکلام نقد و بررسی می‌کند. (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۴-۲۵)

اکنون یک قدم پیش‌تر می‌نهییم و با این سخن فقیهان روبه‌رو می‌شویم که اگر اجماعی در کار نبود، عقد قرض سبب انتقال ملکیت بوده و نباید سخنی از قبض به میان می‌آمد؛ یعنی مقتضای قاعده این است که ملکیت با خود عقد (ایجاب و قبول) برای مقترض حاصل آید، همان‌طور که در عقود چون بیع و اجاره نیز پذیرفته شده است. (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۴-۲۵؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۶۰۵)

نویسندگان در مقام تحلیل مسأله‌ی شرطیّت یا عدم شرطیّت قبض، دو قاعده یا اصل متعارض را مطرح کرده‌اند:

الف) اصل عدم انتقال ملکیت (اصل عدم تبدیل مال موضوع قرض از عنوان «مال قرض دهنده» به عنوان «مال قرض‌گیرنده»؛

ب) اصل (قاعده) انتقال ملکیت به صرف ایجاب و قبول (اصل کفایت تراضی در انتقال ملکیت).

در میان فقیهان امامیه، شاید مقدس اردبیلی کمتر از همه تحت تأثیر شهرت و اجماع قرار گرفته و فارغ از فضای حاکم بر این گفتمان فقهی، به تحلیل حقوقی این مسأله پرداخته است. وی در کتاب مجمع الفائدة والبرهان می‌گوید که عقد قرض مملک (تملیکی) است. اگر عقد قرض از کسانی که اهلیت انشای عقد را دارند صادر شده و شرایط صحت عقد حاصل باشد و مانعی نیز در کار نباشد، در این صورت سزاوار است که بر آن اثر عقد را مترتب کنیم، چنان‌که در مورد سایر عقود نیز چنین است؛ و اثر عقد قرض، تملک و انتقال مالکیت از مالک به مقترض است. به نظر می‌رسد که قصد مقترض نیز تملک مال موضوع قرض است و اساساً عقد قرض به همین منظور تشریح (ایجاد) شده است. پس وقتی عقدی نام قرض را داشته باشد، باید اثری را که به خاطر آن ایجاد شده،

به بار آورد؛ بنابراین، تملک باید به محض صدق قرض واقع شود و نباید بر قبض موقوف باشد. به نظر او نظریه‌ای که تملک را بر قبض متوقف می‌داند، روشن نیست، هرچند می‌توان برای آن توجیهی نیز ارائه داد. مقدس اردبیلی در ادامه می‌گوید: ظاهر متن کتاب ارشاد الاذهان علامه و متون دیگر فقه این است که انتقال مالکیت پس از قبض حاصل می‌آید، نه به مجرد انعقاد عقد و تحقق ایجاب و قبول. شاید بتوان گفت که در این جا مقصود آن است که هرگاه ایجاب و قبول لفظی وجود نداشته باشد، انتقال ملکیت از زمان قبض خواهد بود. ولی در کتاب‌هایی چون دروس و تذکره تأکید کرده‌اند که انتقال ملکیت به سبب قبض بعد از انعقاد عقد، حاصل می‌شود. دلیل این قول (قول مشهور) که ملکیت بعد از قبض، به مقتضی انتقال می‌یابد، «اصل عدم انتقال ملکیت» است. اما بعد از قبض، یقین داریم که آن مال از مالکیت مُقرض (قرض دهنده) خارج شده است و به مالکیت مقتضی در آمده است، در حالی که پیش از قبض، اصل عدم انتقال حاکم است.^۱ با وجود این، مقدس اردبیلی سرانجام می‌گوید که نظریه‌ی شرطیت قبض در انتقال ملکیت، قول مشهور و معقول است. (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۷۳)

مشاهده می‌شود که در سخنان مقدس اردبیلی نیز به اصل و قاعده‌ی پیش گفته اشاره می‌شود: یکی به عنوان مستند قول مشهور (اصل عدم انتقال ملکیت) و دیگری به عنوان دلیل نظر مخالف با قول مشهور (قاعده‌ی کفایت تراضی در انتقال ملکیت). گویا اصل عدم انتقال ملکیت، نتیجه‌ی استصحاب بقای ملکیت مال برای قرض دهنده یا استصحاب عدم انتقال ملکیت به قرض گیرنده است؛ زیرا پس از انعقاد عقد و قبل از تحقق قبض، تردید داریم که آیا مال موضوع قرض، بر مالکیت قرض دهنده (که تا قبل از این زمان به آن یقین داشته‌ایم) باقی است یا نه؛ در این صورت، باید یقین سابق را استصحاب کنیم. نتیجه‌ی این استصحاب، عدم انتقال ملکیت است، تا زمان حصول یقین است. البته می‌توان به طور مستقیم، عدم انتقال ملکیت را استصحاب کرد، چنان‌که تحلیل مقدس اردبیلی ظاهراً همین گونه است.

بررسی این امر که کدام یک از این دو اصل و قاعده باید بر دیگری تقدم یابد، نیازمند

۱. نویسنده‌ی کتاب مجمع الفائدة والبرهان در این جا می‌گوید: فتأمل. شاید مقصود او این بوده است که با وجود ایجاب و قبول، دیگر چگونه می‌توان اصل عدم انتقال ملکیت را جاری ساخت؟ زیرا اگر چنین باشد باید در عقود دیگر، مانند ودیعه و عاریه، نیز به مجرد احتمال شرطیت قبض، تراضی را مؤثر ندانیم و آن را موکول به تحقق قبض یا چیز دیگری بدانیم.

دقت کافی و توجه وافی است و بیشتر به ماهیت اصل کفایت تراضی مربوط می‌شود؛ زیرا ماهیت آن اصل دیگر واضح و روشن است. مبنای اصل عدم انتقال، اجرای اصل استصحاب است. اما بنای اصل یا قاعده‌ی انتقال ملکیت به صرف ایجاب و قبول (تحقق تراضی) چیست؟ در این جا به اجمال دو فرض ممکن را مطرح و چگونگی تعارض استصحاب را با هر یک از آنها بررسی می‌کنیم:

فرض نخست: قاعده‌ی کفایت تراضی در انتقال ملکیت (قاعده‌ی رضایی بودن عقود) مبتنی بر سیره‌ی عقلا باشد. در این صورت، مشکل بتوان آن را بر استصحاب مقدم کرد و دشواری‌هایی دارد که نیازمند بحث تفصیلی است.

فرض دوم: قاعده‌ی مذکور از اطلاق و عموم ادله استخراج شود. می‌توان گفت که این قاعده از ظاهر و اطلاق ادله‌ای چون: «تجارة عن تراض» و «أوفوا بالعقود» و «الناس مسلطون علی اموالهم» قابل استفاده است. در صورت اثبات آن اطلاق و عموم و صحّت استناد به آن، قاعده‌ای که از آن مستفاد می‌گردد، قاعده‌ای مبتنی بر دلیل شرعی است و به مقتضای «الاصل دلیلٌ حیث لا دلیل»، دیگر استصحاب به عنوان اصل عملی - در صورتی که آن را اصل عملی بدانیم - نمی‌تواند در مقام معارضه با آن واقع شود. در نتیجه، نوبت به استصحاب عدم انتقال ملکیت نمی‌رسد و به دلالت دلیل شرعی، انتقال ملکیت پس از تحقق ایجاب و قبول (تراضی) محرز بوده، محل تردید و شک نیست.

اگر از دلایلی که فقیهان در محاجّه با قول به شرطیت تصرّف اقامه کرده‌اند (مانند مسأله‌ی توقف) بگذریم، مهم‌ترین مستند تحلیلی قول مشهور، همین اصل عدم انتقال ملکیت است. بعد از این، دو مطلب باقی می‌ماند: یکی روایاتی که در این بحث مورد استفاده واقع شده است و دیگری ارزیابی این امر که آیا در این جا با شهرت محقق و اجماع منقول و حتی اجماع محصل روبه‌رو می‌شویم؟

صاحب جواهر پس از بحث و نقد نظریه شرطیت تصرف در انتقال ملکیت (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۳-۲۷)، می‌گوید: افزون بر استدلال‌هایی که مطرح گردید، برخی روایات نیز ظاهراً به نظریه‌ای که ما برگزیده‌ایم (کفایت قبض در تحقق عقد قرض) دلالت دارند. مقصود او روایاتی هستند با این مضمون که زکات مال موضوع قرض، بر عهده‌ی مقترض است. در صحیح‌های زرارة آمده است که زرارة از امام صادق (ع) پرسید:

کسی مالی را به دیگری قرض داده است، زکات این مال بر عهده‌ی قرض‌دهنده

است یا قرض گیرنده؟ امام پاسخ داد: «اگر یک سال نزد قرض گیرنده بوده است، زکات بر عهده‌ی قرض گیرنده است. دوباره زراره پرسید: آیا زکات بر عهده‌ی قرض دهنده نیست؟ امام فرمود: «یک مال در یک سال واحد، به دو طریق تزکیه نمی شود». از طرفی زکات بر عهده‌ی قرض دهنده نیست، زیرا مال در دست او نیست، مال در دست قرض گیرنده است و هر که مال در دست او باشد، زکات آن نیز بر عهده‌ی اوست»^۱. زراره پرسید آیا قرض گیرنده باید مال متعلق به دیگران را تزکیه کند و زکات آن را پردازد؟ امام پاسخ داد: «مادامی که مال در دست قرض گیرنده است، مال اوست و این مال متعلق به هیچ شخص دیگری نیست». آنگاه امام استدلال می کند و از زراره می پرسد که «کاستی و سود این مال متوجه چه کسی است؟» زراره پاسخ داد: متوجه قرض گیرنده است. امام فرمود: «پس افزایش در مال، متعلق به قرض گیرنده است و نقصان در آن نیز به ضرر اوست و این قرض گیرنده است که می تواند از آن مال نکاح کند یا خود را بیوشاند یا از آن تغذیه کند. چگونه برای او سزاوار نیست که زکات آن را پردازد؟ همه‌ی این امور به عهده‌ی قرض گیرنده است» (الحرّ العاملی، ۱۳۹۱، ص ۶۷، حدیث ۱). صاحب جواهر پس از نقل این روایت می گوید: تعابیر این روایت از جهات گوناگون بر مطلوب دلالت دارد. (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۶)

به نظر می رسد که با ملاحظه‌ی روایات باب، این روایت بیشترین دلالت را می تواند داشته باشد، اما با دقت در این روایت، فقط این نکته از آن برمی آید که عقد قرض، عقدی تملیکی است و موجب انتقال مالکیت به قرض گیرنده می شود، پس حقوق و تکالیف شرعی متعلق به مال نیز بر عهده‌ی مقترض است؛ اما درباره‌ی این که مالکیت از چه زمانی به مقترض انتقال می یابد، در آن نمی توان نشانی یافت. البته می دانیم که فقیهان -از جمله صاحب جواهر و صاحب جامع المدارک- برای احتجاج در مقابل کسانی که تصرف را نیز لازم می دانند، به این روایت استناد جسته اند. در واقع، از این روایت برای قول کفایت قبض در انتقال ملکیت بهره برده اند، نه برای شرطیت قبض در تحقق عقد قرض در مقابل نظریه‌ی کفایت تراضی در انعقاد عقد. از طرفی، فقیهان در مورد زکات نیز گفته اند: کسی باید زکات مال خود را پردازد که بتواند به لحاظ شرعی در آن مال تصرف کند (شهید ثانی، ۱۴۰۳ الف، ص ۱۳). از سوی دیگر، اگر این روایت و مانند آن

۱. لانه لیس فی یده شیء ائما المال فی ید الاخذ فمن کانت المال فی یده کان الزکاة علیه...

بر شرطیت قبض، در انتقال مال موضوع قرض به مقتضای دلالت داشت، فقیهی مانند مقدس اردبیلی نمی‌گفت که قول به شرطیت قبض (قول مشهور) واضح نیست.

اما در مورد شهرت محقق و اجماع منقول و محصل، به نظر می‌رسد که با وجود چند نکته نمی‌توان به این شهرت و آن اجماع استناد کرد:

الف) توضیح دادیم که نگرش فقیهان در این جهت چگونه شکل گرفت؛ در واقع آنان در برابر نظریه‌ای که تصرف را نیز لازم می‌دانست، به کفایت قبض برای انتقال ملکیت نظر دارند.

ب) با وجود اصل عدم انتقال ملکیت (استصحاب بقای مالکیت قرض دهنده) و این احتمال که مستند نظریه مشهور همین اصل باشد).

ج) این احتمال وجود دارد که شهرت و اجماع، به همین روایات و تفسیر آنها مستند باشد.

در نتیجه، اجماع به دلیل احتمال مدرکی بودن، قابل استناد نیست^۱ و شهرت نیز با معلوم بودن مستند آن، چندان قابل پیروی نیست. با وجود این، شیوه‌ی فقیهان برجسته این است که برخلاف شهرت محقق، فتوا ندهند. افزون بر این، اشاره کردیم که در این مورد خاص، صاحب جامع المدارک می‌گوید: حتی برخی فقیهانی که معمولاً به اجماع‌های محقق اعتنا نمی‌کنند، این اجماع را انکار نکرده‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۳۱).

پس از این بررسی‌ها، معلوم می‌شود که چرا تدوین کنندگان قانون مدنی ایران، با آن ظرافت خاص، نه به صراحت قبض را شرط صحت و تحقق عقد اعلام کرده‌اند و نه بیانی در کفایت ایجاب و قبول در انعقاد این عقد از خود اظهار داشته‌اند. در واقع، بحث را باز گذاشته و از کنار آن گذشته‌اند.

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، دو نوع قرض^۲ از هم متمایز می‌گردد. نوع اول همان عاریه (قرض برای

۱. زیرا در نظریه امامیه، مجرد احتمال مدرکی بودن اجماع، آن را از حجیت (کاشفیت از قول معصوم «ع») ساقط می‌کند.

استعمال^۱) است؛ اما نوع دوم، عقدی است که قرض گیرنده به موجب آن می‌تواند چیزی را که به او تسلیم می‌شود، از بین ببرد و فقط باید مثل آن را به قرض دهنده بازگرداند. البته باید آنچه را بازمی‌گرداند، از حیث مقدار و کیفیت مانند همان مال موضوع قرض باشد. این نوع از قرض را «قرض برای مصرف»^۲ یا فقط «قرض» می‌گویند (قانون مدنی فرانسه، ماده‌ی ۱۸۷۴). در حقوق رُم، آن را "Mutuum" می‌نامیدند (پلنیول، ۱۹۵۹، ص ۲۰۳، ش ۲۰۴۳). عقود قرض و عاریه در حقوق فرانسه از عقود عینی محسوب می‌شوند؛ در نتیجه، تحقق عقد متوقف بر تسلیم مال موضوع قرض به مقترض است و در عقد قرض، انتقال مالکیت به مقترض، از زمان تسلیم مال به اوست. (پلنیول، ۱۹۵۹، ص ۲۰۳ و ماده ۱۸۹۳ قانون مدنی فرانسه)

اثر عینی بودن عقد قرض این است که تعهد قرض دهنده به تسلیم مال موضوع قرض به مقترض، از عقد ناشی نمی‌شود، زیرا عقد هنوز کامل نیست. در واقع، قرض دهنده سرانجام با شرطی که متعلق به شکل قرض است، متعهد می‌شود. افزون بر این، قانون برای قرض دهنده مسئولیتی در نظر گرفته است (ماده‌ی ۱۸۹۸ قانون مدنی فرانسه)؛ از طرفی، قرض دهنده متعهد است که تا قبل از انقضای مدت قرض، بازگرداندن مال را تقاضا نکند (ماده‌ی ۱۸۹۹ قانون مدنی فرانسه). این تعهد را باید اثر تعلیقی شرطی دانست که بستانکار را از عمل باز می‌دارد، اما نمی‌توان گفت که موجب استمرار تعهد می‌گردد. (پلنیول، ۱۹۵۹، ص ۲۰۸)

در اثر نفوذ حقوق رومی و آثار حقوقی قرن نوزدهم فرانسه، دادگاه‌های این کشور هنوز از نظریه‌ی شرطیت قبض پیروی کرده و عقود عاریه و ودیعه و قرض و رهن اموال منقول را از عقود عینی قلمداد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۴-۹۵). استدلال موافق با قانون مدنی فرانسه می‌گوید: وقتی قرض گیرنده هنوز چیزی قبض نکرده است، چگونه می‌توان او را به بازگرداندن مثل آن متعهد دانست، یعنی چگونه متعهد به باز پس دادن مالی شود که هنوز به او تسلیم نشده است؛ برای مثال، نویسندگانی چون پوتیه، گودمه، پلنیول و ریبر از همین نظر پیروی کردند. (کاتوزیان ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۴؛ سنهوری، ۱۹۶۴، ص ۴۲۱-۴۲۲)

انتقادات و پاسخ‌های گوناگونی مطرح شده است؛ از جمله گفته‌اند: چه عیبی دارد که

1. pret a usage

2. pret de Consommation (pret).

عقد قرض را تکمیل شده فرض کنیم، اما تعهد به بازگرداندن مال، معلق به قبض و تسلیم باشد و وقتی فعلیت پیدا کند که تسلیم واقع شده باشد؟ همان طور که در عقد اجاره نیز چنین است و مستأجر وقتی تعهد به رد عین مستأجر پیدا می‌کند که موجر با تسلیم آن، تعهد او را تنفیذ کند. با این حال، عقد اجاره قبل از تسلیم نیز تحقق یافته است و بی‌تردید، عقدی رضایی است. (کاتوزیان ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۴؛ سنه‌وری، ۱۹۶۴، ص ۴۲۲)

از طرفی، می‌توان استدلال کرد که اگر عقد پیش از تسلیم موضوع آن التزام به بار نیاورد، اثر اعتبارهای بازرگانی از بین می‌رود و روابط بازرگانی مختل می‌شود؛ در نتیجه، برای از میان برداشتن این اشکال، همه پذیرفته‌اند که می‌توان درباره‌ی قرض قرارداد مقدماتی بست. این قرارداد، رضایی است و پیش از تسلیم موضوع قرض نیز ایجاد التزام می‌کند و در عرف بانکی گشایش اعتبار نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۴-۶۰۵). افزون بر این، برخی گفته‌اند تا وقتی که اصل بر رضایی بودن قراردادهاست، نظریه‌ی عینی بودن عقد قرض در عمل هیچ اهمیتی ندارد؛ مثلاً در حقوق فرانسه می‌توان به جای عقد قرض عینی، از قرارداد تعهد به قرض که عقدی رضایی است، بهره برد. در این صورت، قرارداد به مجرد تراضی طرفین، منعقد شده، تحقق می‌یابد و تکمیل می‌شود؛ زیرا اصل در تعاقد (قرارداد دوجانبه) بر رضایی بودن آنهاست، بنابراین متعهدله می‌تواند متعهد را به اجرای وعده‌اش مجبور کند و با این کار، چیزی را که وعده‌ی قرض دادن آن را داده بود، از قرض دهنده بستاند (سنه‌وری، ۱۹۶۴، ص ۴۲۲؛ کاتوزیان ۱۳۷۴ الف، ص ۹۴-۹۵). افزون بر این، بیشتر حقوق‌دانان جدید فرانسه، از مفهوم عقود عینی به شدت انتقاد کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۴)

حقوق مصر

ماده ۵۳۸ قانون مدنی مصر می‌گوید: عقد قرض، عقدی است که به موجب آن قرض دهنده متعهد می‌شود که ملکیت مبلغی پول نقد یا مال مثلی دیگری را به قرض گیرنده انتقال دهد تا در مقابل، قرض گیرنده، مالی مانند آن را از حیث مقدار و نوع و صفت در پایان مدت قرض به قرض دهنده بازگرداند. در قانون مدنی سابق مصر، عقد قرض،

عقدی عینی دانسته می‌شد که برای تکمیل آن باید تسلیم مال نیز انجام شود (ماده ۵۶۶)؛ اما قانون جدید، قرض را عقدی رضایی می‌داند که با ایجاب و قبول، تحقق می‌یابد و در مورد قراردادهای انجام شده، باید تاریخ انعقاد عقد را در نظر گرفت (سنه‌وری، ۱۹۶۴، ص ۴۱۹). مواد ۵۰۶ قانون مدنی سوریه و ۵۳۷ قانون مدنی لیبی با تعریف جدید قانون مدنی مصر منطبق است، ولی ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی عراق علی‌الظاهر، قرض را عقدی عینی دانسته است. به هر صورت، از ماده‌ی ۵۳۸ قانون مدنی مصر فهمیده می‌شود که مورد عقد قرض همیشه مالی مثلی است و مصداق غالب آن، پول است. قرض دهنده مالکیت مالی مثلی را به قرض گیرنده منتقل می‌کند، بر این اساس که قرض گیرنده مثل آن را در پایان مدت قرض به قرض دهنده برگرداند و این کار بدون عوض یا بدون عوضی که فایده‌ی مادی داشته باشد، انجام می‌شود. (سنه‌وری، ۱۹۶۴، ص ۴۲۰)

شارحان قانون مدنی مصر می‌گویند: از ظاهر ماده ۵۳۸ قانون مدنی مصر برمی‌آید که قرض با ایجاب و قبول تکمیل می‌شود و انتقال دادن ملکیت مال و تسلیم آن به قرض گیرنده، التزامی است که از عقد ناشی می‌شود؛ در نتیجه، انتقال ملکیت و تسلیم مال از جمله ارکان عقد قرض نیست. اما در قانون مدنی سابق، عقد قرض، عقدی عینی محسوب می‌شد و بنابراین، تمامیت عقد بر انتقال ملکیت مال و تسلیم آن به قرض گیرنده متوقف بود. قانون مدنی قدیم، از این جهت از قانون مدنی فرانسه تقلید کرده و هر دو قانون این مطلب را از حقوق رُم ارث برده‌اند. شاید عینی بودن عقد قرض در حقوق رُم موجه بود؛ زیرا در آن نظام حقوقی، عقود در اصل شکلی بودند. سپس این عقود از شکلی بودن به این وسیله بی‌نیاز شدند که عقود عینی از جمله قرض، فقط با تسلیم مال تحقق می‌یافت. در حقوق رُم زیربار نمی‌رفتند که تراضی به تنهایی بتواند برای انعقاد عقد کافی باشد، مگر در مورد عقود خاصی که به عقود رضایی موسوم بودند، اما امروزه دیگر اصل بر کفایت تراضی است؛ بنابراین، دیگر نه نیازی به شکل داریم و نه نیازی به تسلیم و قبض. به همین دلیل، قوانین جدید، عقد قرض را رضایی محسوب کرده‌اند. برای نمونه، قانون تعهدات سوییس در مواد ۳۱۲ تا ۳۱۶ قرض را عقدی رضایی اعلام کرد و قانون مدنی جدید مصر نیز به همین صورت عمل کرده است (همان، ص ۴۲۱؛ کاتوزیان ۱۳۷۴ الف، ص ۹۵؛ قانون تعهدات سوئیس، ۱۳۷۸، ص ۱۱۰-۱۱۱)

برخلاف حقوق فرانسه، عقد قرض در حقوق فعلی مصر، برای هر دو طرف ایجاد التزام می‌کند؛ یعنی قرض دهنده را به پرداخت و تسلیم مال ملتزم می‌کند و قرض گیرنده را به بازگرداندن مثل آنچه دریافت داشته متعهد می‌گرداند (ماده ۵۳۹ قانون مدنی مصر)؛ اما التزام به تسلیم مال به قرض‌گیرنده در قانون مدنی سابق، رکنی از عقد قرض محسوب می‌شد نه تعهدی که از عقد قرض سرچشمه گیرد. اما تعهد به امتناع از مطالبه‌ی مثل مال پیش از پایان یافتن مدت قرض، التزامی است که بر عهده‌ی قرض دهنده است، چه عقد قرض را عقدی رضایی بدانیم و چه عقدی عینی (سنه‌وری، ص ۴۲۳). از این روست که حقوق دانان مصری، دیگر سخنی از تسلیم (یا قبض) در ارکان عقد قرض به میان نمی‌آورند و فقط از تراضی (ایجاب و قبول) سخن می‌گویند و این نیز از نتایج رضایی بودن عقد قرض محسوب می‌شود. (سنه‌وری، ۱۹۶۴، ص ۴۳۵-۴۳۴).

حقوق ایران

ماده ۶۴۸ قانون مدنی ایران در تعریف عقد قرض می‌گوید:

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 تعذر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد.

ظاهر این ماده دلالت دارد که عقد قرض تملیکی است و به وسیله‌ی خود عقد، مال موضوع قرض به مقتضای انتقال می‌یابد (امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۷). آنگاه ماده ۶۴۹ قانون مدنی می‌گوید که اگر مالی که موضوع قرض است، بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود، از مال مقتضی است.

حقوق دانان و نویسندگان حقوقی، از این مواد به دو صورت برداشت کرده و با توجه به منطوق و مفهوم این مواد و پیشینه‌ی تاریخی آنها، دو تفسیر جداگانه را ابراز داشته‌اند:

۱- قبض شرط صحت عقد قرض است. در نتیجه، عقد قرض عقدی عینی محسوب می‌شود (محمد بروجردی عبده ص ۳۶۵؛ جعفری لنگرودی، «عقد قرض»، مجله‌ی حقوق وزارت دادگستری، اسفند ۱۳۵۱، ص ۵۲ و ۵۳ [به نقل از: کاتوزیان ۱۳۷۴ الف، ص ۶۰۶]؛ حائری شاهیباغ، ۱۳۷۶، ص ۵۸۲). مهم‌ترین دلیل این نویسندگان، پیشینه‌ی این مسأله در فقه امامیه است که در آنجا، اکثر قریب به اتفاق فقیهان، قبض را شرط

تحقق و انتقال مالکیت دانسته‌اند. از طرفی ماده ۶۴۹ قانون مدنی را نیز مؤید نظر خود می‌پندارند؛ به این بیان که این ماده قبض را سبب انتقال ملکیت قلمداد کرده است. (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ص ۵۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۱)

هم‌چنین برای اثبات عینی بودن قرض به ماده‌ی ۶۵۱ قانون مدنی نیز استناد کرده و می‌گویند: از این ماده فهمیده می‌شود که عقد قرض عقدی جایز است و بدین سان قرض دهنده می‌تواند به میل خود و بدون خیار خاصی، قبل از تسلیم موضوع قرض، این عقد را فسخ و از تسلیم عین مال نیز خودداری کند. (عدل، ۱۳۷۳، ص ۳۲۷)

۲- تملیک در عقد قرض به سبب عقد حاصل می‌گردد و قبض هیچ اثری در تملیک ندارد (امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۷؛ کاتوزیان ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۵؛ و عدل، ۱۳۷۳، ش ۷۰۲). این نویسندگان در دفاع از نظر خود می‌گویند: از نظر پیروی از حقوق امامیه، مذکور افتاد که فقیهانی چون مقدس اردبیلی و صاحب جواهر و به تحلیلی شهید ثانی در مسالک، تمایل خود را به کفایت تراضی در انعقاد عقد قرض نشان دادند، ولی سرانجام نتوانستند از کمند اجماع و شهرت رهایی یابند (کاتوزیان ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۴). از نظر تفسیر ظاهر ماده‌ی ۶۴۸ قانون مدنی نیز باید گفت که این ماده «عقد قرض را تملیکی و معوض می‌داند: یعنی در اثر عقد، موضوع قرض به وام‌گیرنده تملیک می‌شود و او در برابر متعهد می‌شود که مثل یا قیمت آنچه را گرفته است به وام‌دهنده بدهد. این تملیک، بدون این‌که منوط به تسلیم باشد، با تراضی انجام می‌شود؛ زیرا قانون‌گذار هیچ اشاره‌ای به نقش قبض در این راه نکرده است» (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۲؛ هم‌چنین رک: امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۷). از طرفی، روش قانون‌گذار در مواردی که قبض را شرط صحت می‌دانست این بوده است که به این شرطیت تصریح کند (چنان‌که قبلاً به آن اشاره شد) و از سوی دیگر، از استقرا در مجموع قواعد مربوط به قراردادهای به خوبی بر می‌آید که اصل، رضایی بودن قراردادهاست. این سکوت قانون‌گذار، دلیل بر این است که در این باب به ابداعی مفید دست زده و شاید به تقلید از قانون مدنی سوییس، قرض را مانند عاریه و ودیعه و سایر معاملات در زمره‌ی عقود رضایی آورده است. (کاتوزیان ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۵-۶۰۶؛ ۱۳۷۴ الف، ص ۹۲)

اما برخی از حقوق‌دانان معتقدند که هرچند قانون مدنی نه از حقوق رُم پیروی کرده و نه از حقوق امامیه، و قبض را شرط صحت اعلام نکرده است، اما این کار قانون‌گذار،

کاری آگاهانه نبود. مرحوم دکتر امامی پس از آن که به طور اجمالی، موضع حقوق رُم و حقوق امامیه را مطرح می‌کند (امامی، ۱۳۷۲، ص ۲۰۳-۲۰۵)، در این مورد چنین می‌نویسد:

چنان‌که از ظاهر ماده‌ی ۶۴۸ قانون مدنی معلوم می‌شود، قانون مدنی ایران در مورد قرض از هیچ‌یک از دو حقوق بالا / رُم و امامیه / پیروی ننموده و بر آن است که در قرض، مانند بیع، ملکیت به وسیله‌ی عقد حاصل گردد. تصور می‌رود که ماده‌ی ۶۴۸ قانون مدنی ایران از حیث عبارت و مضمون با توجه به دو ماده‌ی قانون مدنی فرانسه تنظیم گردیده و اتخاذ تئوری نوین در اثر اشتباه در ترجمه حاصل شده و قانون‌گذار ایران مقصودی در تغییر مبنای حقوقی قرض نداشته است. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۲۰۵)

اما با توجه به این که هم در حقوق فرانسه مواد قانونی توسط دانشمندان حقوق مورد انتقاد قرار گرفته بود و هم در کتاب‌های عرب‌زبان - مانند مصر - نسبت به آن انتقاد شده بود و از طرفی، حقوق برخی از کشورها هم چون سوییس، در عقد قرض، قبض را شرط ندانستند، نسبت دادن اشتباه در ترجمه به قانون‌گذاری که در این کار دقت فراوان مبذول می‌داشته است، درست به نظر نمی‌رسد. افزون بر این، با آن شهرت درخشانی که شرطیت قبض برای انتقال ملکیت به مقتض، در فقه امامیه داشت، قطعاً این توجه را باید برای قانون‌گذاران ایجاد می‌کرد که به هر صورت، آن شرط اساسی را به گونه‌ای در آن بگنجانند، یا در ضمن ماده‌ای دیگر - چنان‌که در برخی موارد دیگر مثل هبه، وقف و حبس چنین کرده بودند - به صراحت آن را بیان کنند. در نتیجه، در این جا عدم بیان را باید عمدی و آگاهانه دانست، نه از سر اشتباه‌کاری و سهو در ترجمه.

برخی از نظریه‌پردازان، در پاسخ به استدلال به ماده ۶۵۱ قانون مدنی چنین می‌نویسد:

استقرار و لزوم مالکیت وام‌گیرنده را نباید با ایجاد آن مخلوط کرد؛ بنابراین، بر فرض که وام‌دهنده بتواند به‌میل خویش از تسلیم موضوع قرض امتناع کند و عقد را برهم زند، این حکم دلیل بر این نمی‌شود که قرض محقق نشده است. علاوه بر این، امکان رجوع به وام‌گیرنده برای اجرای تعهدی است که او درباره‌ی رد مثل یا قیمت مال پیدا کرده است؛ یعنی، برای اجرای مفاد عقد است نه فسخ آن. پس نباید از آن نتیجه گرفت که قرض عقدی جایز است. عقد قرض لازم است و برخلاف آنچه ادعا شده است، وام‌گیرنده می‌تواند

وام‌دهنده را اجبار به تسلیم موضوع آن کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۲)

سرانجام، باید خاطر نشان کرد تفسیری که از ماده‌ی ۶۴۹ قانون مدنی شده است نیز درست نیست؛ زیرا به طور کلی در معاملات تملیکی (ماده‌ی ۳۸۷) و معوض، قاعده این است که اگر مال قبل از تسلیم به طرف مقابل، تلف شود، آن تلف از مال انتقال دهنده محسوب می‌شود؛ در این صورت، هرچند ملکیت مال به طرف مقابل انتقال یافته، ولی ضمان معاوضی هنوز بر عهده‌ی ناقل است و این ضمان فقط با تسلیم انتقال می‌یابد. البته اگر در حقوق ایران، ضمان معاوضی تابع مالکیت بود، به گونه‌ای که همراه با انتقال مالکیت، ضمان نیز منتقل می‌شد، در این صورت از مفهوم مخالف ماده‌ی ۶۴۹ قانون مدنی چنین برداشت می‌شد که ملکیت مال موضوع قرض، برای قرض دهنده تا زمان تسلیم و قبض باقی می‌ماند. اما می‌دانیم که در حقوق ایران، ضمان معاوضی تابع تسلیم است. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف، ص ۹۲-۹۳؛ ۱۳۷۴ ب، ص ۶۰۶ و ص ۲۱۰-۲۱۱)

نتیجه

با بررسی‌هایی که در فقه امامیه صورت پذیرفت، این واقعیت آشکار شد که چند تن از فقیهان بزرگ، مانع اصلی را وجود شهرت و اجماع دانسته و در غیر این صورت، مقتضای قاعده را عدم شرطیت قبض در تحقق عقد قرض اعلام کرده‌اند و حتی مقدس اردبیلی قول مشهور را مبهم قلمداد می‌کند. پیش از این گفته شد که تحقق اجماع در این‌جا مورد تردید است و افزون بر این، با احتمال مدرکی بودن - با وجود استصحاب و برخی روایات - چنین اجماعی از درجه‌ی اعتبار ساقط و غیر قابل استناد است. در مورد شهرت نیز، اولاً، این شهرت مربوط به قدما (قبل از شیخ طوسی) نیست، ثانیاً، وقتی مستند رأی مشهور معلوم باشد، می‌توان به آن شهرت فتوایی اعتنا نکرد. با وجود این، باید دانست که شیوه‌ی فقیهان آن بوده است که خلاف شهرت محقق فتوا ندهند.

اما به لحاظ تحوّل حقوق در جهان امروز و وجود نیازهای تجاری و معاملی، می‌بینیم که بسیاری از قوانین - مانند سوییس، لهستان، مصر، سوریه و لیبی - به سوی رضایی اعلام کردن عقد قرض گام برداشته و سنت‌های رومی را کنار گذاشته‌اند.

آخرین نکته این است که شیوه‌ی قانون مدنی، با توجه به مشهور بودن قول به

شرطیت قبض در فقه، در موارد مشابه بدین نحو بوده است که شرطیت قبض را به صراحت بیان کند. از سویی، با توجه به ضعف ادله‌ی حقوق دانانی که با استناد به برخی مواد قانون (۶۴۹ و ۶۵۱ قانون مدنی) درصدد اثبات شرطیت قبض برآمده‌اند و نیز با پذیرش اصل رضایی بودن عقود و قراردادها در حقوق کنونی ایران، می‌توان به این نتیجه رسید که باید در حقوق موضوعه، به رضایی بودن عقد قرض و تحقق آن به صرف ایجاب و قبول (تحقق تراضی) قایل شد.

البته همان‌طور که برخی نویسندگان اشاره کرده‌اند، این حکم در صورتی صادق است که مال موضوع قرض، عین معین باشد و الا اگر کلی باشد، در صورتی مالکیت آن به قرض گیرنده انتقال می‌یابد که تعیین شده و به قرض گیرنده تسلیم گردد (امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۷). نکته‌ی شایان توجه این است که در این مورد نیز اگر عقد قرض را تملیکی و رضایی بدانیم، مقتضای قاعده آن است که به محض تعیین شدن آن، مالکیت به قرض گیرنده انتقال یابد و تسلیم در این جا نیز مداخلت نخواهد داشت؛ زیرا اگر همه‌ی افراد کلی از بین برود و فقط به تعداد و مقداری که به مشتری فروخته شده در انبار فروشنده باقی بماند، آن مال خودبه‌خود تملیک می‌شود و نیازی به تسلیم نیز ندارد (کاتوزیان ۱۳۷۴، ب، ص ۳۳-۳۵). پس در این جا نیز تعیین - یا حتی تعیین - مبیع یا مال موضوع قرض، موجب انتقال مالکیت خواهد شد و تسلیم و قبض، فقط در تحقق تعهد منتقل الیه، مؤثر است.

منابع

- ابن ادريس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد؛ کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، الجزء الثاني، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ابن حمزة، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی؛ الوسيلة الى نيل الفضيلة، تحقيق: محمد الحسون، مكتبة السيد المرعشي، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۰۸ هـ.
- ابن زهره الحلبي، السيد حمزة بن علی؛ غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع، ج ۱، مؤسسة الامام الصادق؛ قم، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- البيهقي الكيدري، قطب الدين؛ اصباح الشيعة بمصباح الشريعة، مؤسسة الامام الصادق، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
- الحر العاملي، شيخ محمد بن الحسن؛ وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة، ج ۶؛ دار احياء التراث العربي، الطبعة الرابعة، ۱۳۹۱.
- الحسيني المراغي، السيد مير عبدالفتاح؛ العناوين، ج ۲، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- الخوري الشرتوني اللبناني، سعيد؛ اقرب الموارد في فصح العربية والشوارد، الجزء الثاني، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
- السنهوري، دكتور عبدالرزاق احمد؛ الوسيط في شرح القانون المدني، ج ۷؛ دار احياء التراث العربي، المجلد الاول، بيروت، ۱۹۶۴.
- الطريحي، الشيخ فخرالدين؛ مجمع البحرين، الجزء الرابع، كتابفروشي مرتضوي، تهران، ۱۳۶۲.
- المحقق الابي (كاشف الرموز)، زين الدين ابی علی الحسن بن ابی طالب ابی ابن المجد اليوسفي؛ كشف الرموز في شرح المختصر النافع، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثالثة، قم، ۱۴۱۷ هـ.
- امامی، سيد حسن؛ حقوق مدنی، ج ۲؛ كتابفروشي اسلاميه، چ هشتم، ۱۳۷۲.
- حائري شاهباغ، سيد علی؛ شرح قانون مدنی؛ ج ۱، انتشارات كتابخانه ي گنج دانش، چاپ اول (ويرايش جديد)، ۱۳۷۶.

- حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامة؛ ج ٥، دار احیاء التراث العربی، [بی تا]، [بی جا].
- خروفه، علاء الدین؛ عقد القرض فی الشریعة الاسلامیه والقانون الوضعی، مؤسسة نوفل، بیروت، الطبعة الاولى، ١٩٨٢.
- خمینی. امام روح الله؛ تحریر الوسیله، ج ١، چاپ دوم، انتشارات العلم، قم، [بی تا].
- خوانساری، سید احمد؛ جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ٣؛ مؤسسه اسماعیلیان، قم، الطبعة الثانيه، ١٣٦٤.
- سلار، ابی یعلی حمزة بن عبدالعزیز الدیلمی الطبرستانی؛ المراسم العلویة فی الاحکام النبویة، التحقیق: السید محسن الحسینی الامینی، المعاونة الثقافیة للمجمع العالمی لاهل البيت(ع)، قم، ١٤١٤ هـ.
- شایگان، سید علی؛ حقوق مدنی، انتشارات طه، چاپ اول، ١٣٧٥.
- شهید اول، الشیخ شمس الدین محمد بن مکی العاملی؛ الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، قم، ١٤١٤ هـ.
- شهید ثانی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، ج ٢؛ دار الهادی للمطبوعات، قم، ١٤٠٣ هـ. (الف).
- _____، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، ج ٤؛ دار الهادی للمطبوعات، قم، ١٤٠٣ هـ. (ب).
- _____، مسالك الافهام فی تفتیح شرایع الاسلام، ج ٣؛ مؤسسة المعارف الاسلامیة، الطبعة الاولى، ١٤١٤ هـ.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی؛ المسوط، الجزء الثاني، تحقیق: سید محمد تقی الکشفی؛ المكتبة المرتضویة، [بی تا].
- _____، کتاب الخلاف، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ١٤١١ هـ. ق.
- عبدالعال، عکاشه محمد؛ القانون الروماني؛ الدار الجامعیة، ١٩٨٨.
- عدل (منصور السلطنة)، مصطفی؛ حقوق مدنی؛ انتشارات بحر العلوم، قزوین، چ اول، ١٣٧٣.
- علامه حائری، علی؛ آثار قبض در حقوق مدنی ایران؛ چاپ چاپخانه ی آذر، [بی تا]، [بی جا].

- علامه حلی، الحسن بن یوسف بن المطهر؛ قواعد الاحکام، الجزء الثاني، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۸ هـ.
- _____، تذكرة الفقهاء، الجزء الثالث عشر، مؤسسة البيت (ع) لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۲۳ هـ.
- _____؛ تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، تحقیق: هادی القیسی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۲۱ هـ.
- _____؛ مختلف الشيعة فی احکام الشريعة، ج ۵، مكتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۳۷۴.
- قانون تعهدات سويس، ترجمه ی جواد واحدی (همراه با متن اصلی)؛ نشر المیزان، چ اول، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر؛ دورة عقود معین، ج ۴، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶. (الف).
- _____؛ دورة عقود معین، ج ۱، شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۷۴ (ب).
- _____؛ دورة مقدماتی حقوق مدنی: ارث، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶ (ب).
- _____؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴ (الف).
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسن؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، مؤسسة آل البيت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ هـ.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن؛ المختصر النافع، مؤسسة مطبوعات دینی، قم، ایران، [بی تا].
- _____؛ شرایع الاسلام، ج ۲، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۰۸ هـ.
- محمدی، ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۷۵.
- مروارید، علی اصغر؛ سلسله ینایع الفقهية، ج ۱۵، مؤسسة الشيعة - الدار الاسلامية، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰.
- _____؛ سلسله ینایع الفقهية، ج ۳۷، مؤسسة فقه الشيعة، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۹۹۳.

- معلوف، لويس؛ المسجد في اللغة والاعلام، انتشارات اسماعيليان، چاپ اول، ١٣٦٢.
- معين، محمد؛ فرهنگ فارسي، جلد دوم، انتشارات اميركبير، تهران، ١٣٧٥.
- مقدس اردبيلي، مولى احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الازهان، ج ٩، مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ.
- موسوعة الفقه الاسلامي، المعروف بموسوعة جمال عبدالناصر الفقيهي، يصدرها المجلس الاعلى للشئون الاسلامية، ج ٢١، القاهرة، ١٩٩٠.
- نجفي، شيخ محمد حسن؛ جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام، ج ٢٥، دار الكتاب الاسلامي، الطبعة السادسة، ١٣٩٤ هـ.
- يحيى بن سعيد الحلّي الهذلي؛ الجامع للشرايع، مؤسسة سيدالشهداء - العمية، ١٤٠٥ هـ.
- Code Civil; 102 edition, Dalloz, 2003.
- Planiol , Marcel; *Treaties On Civil Law*; (With the Collebration of Goerge Ripert) ; Louissiana State Law Institute, Eleventh edition, Vol.2 , Part 2, 1959.