

«به نام خدا»

عقد قرض

نویسنده: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

مجله حقوقی دادگستری، اسفند ۱۳۵۱.

استفاده با ذکر منبع، بلا مانع است.

در مورد عقد قرض، دو مساله دشوار و قابل بررسی جلب توجه می کند؛ یکی ماهیت حقوقی آن که آیا یک عقد معوض است یا نه و دیگری که مهم تر است لازم یا جائز بودن آن است و اگر جائز است چه فرقی با عقود جائز دیگر دارد؟

در این گفتار فقط از این دو مشکل بحث می شود نه از همه مسائل عقد قرض.

تعریف عقد قرض

۱- ماده ۶۴۸ ق.م می گوید: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین، مقدار معینی از مال خود را به

طرف دیگر تملیک می کند 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.

عقد بودن قرض در این ماده به صراحت بیان شده است. ملاک عقد بودن در قانون مدنی این نیست که ایجاب و قبول هر دو از جنس الفاظ باشند بلکه در هر مورد که تاثیر یک طرفی اراده به ضرر طرف مقابل باشد، در آنجا برای ایجاد آثار حقوقی، توافق دو اراده (ترازی) شرط است و این ترازی به مأخذ قانون مدنی ما عقد است به این مقیاس باید قرض، عقد باشد.

۲- در طبیعت عقد قرض مباحثی وجود دارد چه عقد قرض از یک طرف مبتنی بر تبرع و احسان است ولی

تبرع محض (مانند هبه غیر معوضه) هم نیست بلکه همان طور که ماده ۶۴۸ نشان می دهد یک عقد معاوضی است. اما آیا یک عقد معاوضی شبیه عقد بیع و عقد اجاره است که مالی را در مقابل مالی دهند؟ نه، زیرا قرض دهنده مالی را در مقابل مالی نمی دهد بلکه مالی می دهد که مقتضای رفع حاجت به آن کند و بعداً آن را بدهد و در واقع به وام گیرنده اذن تصرف در مال خود با شرط ضمان می دهد نهایت اینکه این کار بصورت عقدی است که آنرا عقد قرض می گویند. از همین رو گفته اند: قرض، از سنخ ضمانات است یعنی قرض برای قرض گیرنده مسؤولیت ناشی از عقد بوجود می آورد. در عقد بیع در قدم اول قصد طرفین به مبادله و معاوضه است و حال اینکه در عقد قرض چنین قصدی در بین نیست. قصد مهم مقتضی، تحصیل مال برای رفع حاجت است و قصد قارض، بر آوردن نیاز اوست نهایت اینکه طرفین نظر به رایگان ندارند بالتبلیغه مقتضی تعهد می کند که بدل مال قارض را به او بدهد.

۳- نتیجه- با وجود اینکه در بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی در باب شرایط عمومی صحت عقود گفته شده

که موضوع عقد باید معین باشد و در ماده ۶۴۸ هم با استعمال عبارت مقدار معینی از مال به همین معنی اشاره شده است، فقهاء نظر به طبیعت عقد قرض (که از جنس ضمانات است) معتقدند که:

اولاً - اگر مال القرض مثلی باشد صرف مشاهده ی آن حین العقد کافی است و تعیین اوصاف و مقدار آن حین عقد ضرورت ندارد. برای تعیین میزان تعهد مقترض بعد از عقد قرض هم می توان به ضبط اوصاف و مقدار مال القرض اقدام کرد.

ثانیاً - اگر مال القرض قیمی باشد، معلوم بودن قیمت در حین العقد ضرورت ندارد و می توان بعد از عقد قرض آنرا معلوم کرد پس بودن مال القرض در حداقل آن کافی است و به این طریق معنی معلوم بودن مال القرض در ضمن این بحث روشن شد و ماده ۶۴۸ محمول بر این بحث خواهد بود و ماده ۲۱۶ قانون مدنی (که مفسر ماده ۱۹۰ همان قانون است) به طور ضمنی با توجه به سوابق تاریخی ماده ۴۶۷ بحث بالا را تایید می کند یعنی علم اجمالی مذکور در ماده ۲۱۶ ق-م در مورد عقد قرض کافی است.

۴- با توجه به ماهیت قرض که با استفاده از طرز فکر عرف بیان شد مورد ذیل مصداق قرض نیست:

سؤال - شخصی در بلدی مبلغی به تاجر می دهد که معادل یا کمتر از آن در بلد دیگر حواله کند که بگیرد. این از باب قرض است یا نه؟

جواب - بلی از باب قرض است.... و اگر شرط از مستقرض باشد و نفعی بحال مقرض نداشته باشد... اشکالی ندارد و اگر بعنوان بیع معامله کند و از نقدین باشد بدون قبض مجلس باطل است اگر بعنوان صلح باشد ضرر ندارد ... (کتاب سؤال و جواب سید محمد کاظم طباطبائی - صفحه ۲۳۳).

به نظر ما این مورد از باب قرض و بیع نیست و احتمالاً با توجه به تعریف صلح و ماده ۷۵۴ قانون مدنی (و با توجه باینکه عقد صلح احتیاج به الفاظ خاصی ندارد و صرف تراضی بدون این که عنوان یکی از عقود معینه را داشته باشد، مصداق صلح است) این مورد صلح است.

تاریخ تملک مال القرض از طرف مقترض

۵- در این مورد سه احتمال را می توان مورد مطالعه قرار داد:

اول - مقترض از حین عقد قرض، مالک مال القرض می شود. ظاهر عبارت « قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند...»، این است که قانون مدنی همین نظر را اختیار کرده است. با اینکه این نظریه نه در فقه و نه در حقوق مدنی فرانسه سابقه ای ندارد. بعداً خواهیم دید که این تسامح در تعبیر است.

۶- دوم - مقترض از حین قبض (تسلیم) مال القرض، مالک می شود. این قول بین فقهاء مشهور است و اکثراً طرفدار آن هستند. حدیثی هم در فقه شیعه مطابق همین نظر وجود دارد که به نظر ما این حدیث ترجمان عمل عرف و عادت در مورد عقد قرض است زیرا عرفاً بعد از قبض مال القرض وام گیرنده خود را مالک آن دانسته و مثل مالک در آن رفتار می کند. علت اینکه عرف و عادت نظر اول را نپذیرفته این است که عقد قرض از عقود مبتنی بر احسان است و در این گونه عقود، از باب مماشات با احسان کننده سعی می شود که از تاریخ اقباض (نه از تاریخ تراضی) دستش را از مالش کوتاه کنند.

علت اینکه عرف و عادت نظریه سوم را اختیار نکرده این است که نظریه سوم علمی نبوده و مواجه با اشکالاتی است که ذیلاً گفته می شود:

۷ - سوم - مقترض از حین تصرف در مال القرض ملک آن می شود. اقلیتی از فقهاء تابع این نظرند.

اشکال این نظر فراوان است:

الف - تصرف باید مسبوق به ملک باشد نه اینکه تصرف، علت حصول ملک باشد. پاسخی که به این اشکال می دهند قابل توجه نیست.

ب - در فاصله بین قبض و تصرف باید ناگزیر مال القرض بطور امانت نزد مقترض باشد و مقترض امانت

داری کند و منافع آن را نگه دارد در صورتی که این زحمتی است که غالب مردم از آن روی گردانند.

۸- نکته - باتوجه به توضیح بالا می توان گفت که داعی و فلسفه ای برای ابتکار در نظر نویسنده ی قانون مدنی وجود نداشته است. ذکر کلمه به موجب در ماده ۶۴۸ برای این است که عقد قرض را منشاء تملیک معرفی کند نه علت تملیک. به همین جهت فقهاء هم همین مسامحه را مرتکب شده و در تعریف قرض گفته اند «هو التملیک بعوض فی الذمه» یعنی قرض، عبارت از تملیک در مقابل عوض در ذمه است. این تعریف ایراد دارد زیرا بعضی از نمونه های بیع هم، تملیک در مقابل عوضی است که در ذمه است یعنی ثمن، کلی در ذمه است مثل اینکه کسی یک من گندم بفروشد در مقابل پانصد تومان در ذمه مشتری که به وعده یک ماهه بدهد این تملیک به عوض در ذمه است و حال اینکه قرض نیست.

مالی که می توان آنرا به قرض داد:

۹- از ماده ۶۴۸ به خوبی دانسته می شود که مال مورد قرض باید مثلی باشد (که در ماده ۹۵۰ قانون مدنی تفسیر آن دیده می شود ولی در فقه علاوه بر این، اموال قیمی را هم به دو قسم ذیل تقسیم کرده و عقیده دارند که آنها را هم می توان قرض داد:

الف- مال قیمی که وصف و مقدار آن قابل ضبط باشد مانند حیوان. پس کسی که اسبی را قرض می گیرد باید اسبی با همان اوصاف بدهد. (برخی در این مورد گفته اند باید قیمت بدهد).

ب- مال قیمی که از لحاظ وصف قابل ضبط نباشد مانند جواهر و گوشت و نان. در این قسم بعضی عقیده دارند قرض درست است و قیمت باید داده شود و بعضی عقیده دارند قرض باطل است. در حقوق کنونی

ایران به استناد مواد ۱۰ و ۷۵۴ می توان نتیجه قرض را در این گونه اموال گرفت.

بدل مال القرض

۱۰- اول - مورد مثلی بودن مال القرض - از نظر مقنن قانون مدنی عقد قرض از طرفین لازم است و در شماره ۴ گفته شد که مال القرض از تاریخ قبض، ملک مقترض می شود. ماده ۶۴۸ می گوید که تعهد مقترض این است که مثل مال القرض را به وام دهنده بدهد. آیا این دستور وارد مورد اغلب است؟ یعنی چون غالباً بعد از وام گرفتن، مقترض مال القرض را به مصرف می رساند و عین آنرا از بین می برد به همین جهت مقنن گفته باید مثل آن را رد کند و الا اگر احياناً عین مال القرض از بین نرفته و به مصرف نرسیده باشد، رد همان عین به طریق اولی موجب برائت ذمه مقترض است و قارض مکلف به قبول آن است. عرف هم بر این است و هر قولی غیر از این خالی از دلیل و مطالعه در عرف و عادت است. این ضابطه حتی در موردی که مال القرض قیمی باشد نیز صدق می کند. در واقع تعلق حق قارض به بدل مال خود بطور ضمنی مشروط به هلاکت (و لا اقل ناقص گردیدن) مال او است.

۱۱- به هر حال در موقع اصلاح قانون مدنی خوب است این بحث از راه تصریح قانونی روشن گردد. هرگاه رد مثل، متعذر باشد (و عین مال القرض هم ناقص یا تلف شده باشد) به موجب ماده ۶۴۸ قیمت یوم الرد (نه روز انقضاء موعد قرض در قروض موجل) باید داده شود زیرا مثل مال القرض وقتی که در ذمه مستقر شد تعذر مثل و نیز مطالبه قرض از طرف قارض، موجب انقلاب ذمه از مثل به قیمت نمی شود پس مال القرض همچنان بر ذمه مدیون باقی است تا وقتی که از طریق دفع قیمت، ذمه فارغ گردد.

۱۲- دوم - مورد مورد قیمی بودن مال القرض - در این مورد هم به شرح بالا که در مورد مثلی گفته شد مادام که عین مال القرض موجود است می توان همان را بابت اداء، رد کرد ولو آن که روز رد آن به قارض،

تنزل قیمت پیدا کرده باشد(ماده ۶۵۰) زیرا همان طور که گفتیم تعلق حق قارض به بدل مال خود مشروط به هلاکت (یا نقصان) آن مال است. این قدر متیقن است و بر مازاد بر این دلیلی نیست و نباید به آراء بدون دلیل مغرور شد هر چند که رای جماعتی باشد که یکی از دیگری به تقلید و یا شتاب زده گفته باشند.

۱۳- نتیجه آنکه هر چند در قرض اموال قیمی مال القرض از تاریخ قبض، ملک مقروض می شود و بدل آن (یعنی قیمت یوم القبض) به ذمه مقروض تعلق می گیرد ولی نه بطور مستقر بلکه بطور متزلزل یعنی استقرار قیمت بر ذمه مقروض، موکول است به هلاکت (یا نقصان) عین مال القرض. بنابراین وقتی که عین مال القرض هلاک یا ناقص شد مقروض باید قیمت یوم القبض را بپردازد زیرا در یوم القبض، مال القرض از وام دهنده به وام گیرنده منتقل شد پس به اقتضاء طبع معاوضه (با رعایت ضمان قرض گیرنده) باید در همان روز قیمت مال القرض به حساب و به نفع وام دهنده به ذمه وام گیرنده تعلق گیرد هر چند که استقرار ذمه منوط به هلاکت یا نقصان مال القرض باشد.

شرط خلاف ماده ۶۴۸ :

۱۴- ماده مذکور که مال القرض را منحصر به مثلی کرده می گوید مقروض باید مثل را به دائن بدهد. آیا طرفین می توانند ضمن عقد قرض شرط کند که به جای مثل قیمت بدهد؟

این شرط درست است و فقهاء هم آنرا درست دانسته اند.

در شماره ۹ گفته شد که در فقه و در قانون ما مال قیمی را هم می توان به قرض داد آیا در این مورد می توان شرط کرد که به جای قیمت، نظیر مال القرض به دائن داده شود؟

این شرط هم درست است و در این مورد سؤال و جواب ذیل از کتاب جامع الشتات قابل ملاحظه است:

هرگاه زید صد توپ کرباس نزد عمرو به امانت گذاشته باشد بعد از آن بگوید کرباسها را خود بمصرف برسان

و بعد کرباس را عوض به من بده و در آن وقت کرباس هر توپی یک ریال سفید بود و عمرو کرباسها را بالتمام به مصرف رسانید. بعد از چند وقت کرباس ترقی کرده و توپی به نهصد دینار رسید. زید آمد و از عمر مطالبه کرباسها را کرد و گفت اگر کرباس نداری هر کرباسی را دو فروش بعد از چند وقت دیگر بمن بده و عمرو چون کرباس نداشت، قبول قیمت کرده و بعد از چند وقت پول کرباس را از قرار یکی دو فروش داد. آیا در این صورت که عمرو را کرباس موجود نبوده و قبول قیمت کرده این قیمت بر او لازم بوده یا اینکه این معامله فاسد بوده است؟

جواب - کرباس هائی که نزد عمرو به امانت بوده آنها را زید به او قرض داده و شرط کرده که کرباس به همان صفت بدهد و ... این شرط لازم است پس همان کرباس ها در ذمه او قرار گرفت. در ثانی هرگاه او را مخیر کرد بین اینکه یا کرباس را بده یا در عوض هر کرباسی دو فروش بده بعد از چند وقت دیگر، این سخن هم جائز است پس هرگاه عمرو اختیار دو فروش را کرد یا این است که آن کرباس هائی که در ذمه او است به او می فروشد... پس آن بیع نیز صحیح است... و اگر نهمقصود همان وفای عوض دین بوده پس آن از باب وعده است و لزوم ندارد و لکن بعد از آنکه وفا کرد ظاهر این است که بعد از دادن فروش ها ملک صاحب طلب می شود و رجوع به آن جائز نیست هر چند فروش ها باقی باشد.

۱۵- براساس بحث بالا عقد قرض در مورد سؤال ذیل که از مؤلف کتاب جامع الشتات شده است(صفحه ۲۲۷) درست است و مال القرض و بدل آن هم معلوم است و مجهول نیست: عمرو یک روز آب از نهری دارد. زید می گوید که یک روز آب خود را به من بده به قرض. در عوض، من فلان قطعه زمین تو را در روز آب خود مشروب می کنم.... .

بدل مال القرض در این عقد مرکب از دو قسمت است:

الف - مقدار آبی که صرف مشروب کردن قطعه زمین وام دهنده می شود و این مقدار در عرف کشاورزی محل بین طرفین و اهل محل معلوم است.

ب - عمل آبیاری آن قطعه زمین که کار وام گیرنده است و این هم روشن است. نظر مولف مذکور که موضوع عقد قرض بالا را مجهول و بالتبع عقد قرض را هم باطل دانسته است، وجهی ندارد.

۱۶- اگر مدیون بجای آنچه که باید به عنوان بدل مال القرض (به شرح فوق) بدهد مال دیگری بدهد و دائن هم راضی به آن باشد قیمت روز تسلیم این مال که می دهد در نظر گرفته می شود و از محل این قیمت، میزان بدهی او (که به شرح فوق معلوم گردیده است) احتساب خواهد شد.

شرائط وام دهنده:

۱۷ - علاوه بر شرایط عمومی عاقد (در عقد از جمله عقد قرض) در خصوص عقد قرض و نطائر آن (که مبتنی بر احسان هستند) وام دهنده باید اهلیت تبرع داشته باشد زیرا قرض تبرع است. لذا ولی صغیر و مجنون حق ندارند مال مولی علیه خود را به وام دهند مگر اینکه ضرورت (غبطه صغیر و مجنون) ایجاب کند که وام داده شود. ولی می تواند مال مولی علیه را برای خود قرض گیرد به شرط اینکه:

اولاً- در حین قرض توانائی رد قرض را داشته باشد.

ثانیاً - صرفه ی مولی علیه در این باشد.

تلف مورد قرض پس از قبض

۱۸- مقتضی از تاریخ قبض و تسلیم، مالک مال القرض می شود لذا هر عیب و نقصی که بعد از تاریخ مزبور به آن برسد به حساب وام گیرنده است.

۱۹- اگر مال القرض قبل از تسلیم، معیب باشد وام گیرنده مختار است که با همان وضع آن را پذیرفته و

مثل آن را موقع پرداخت وام بدهد ولی حق گرفتن ارزش (باستناد ماده ۴۲۲ قانون مدنی) ندارد.

به هر حال عقد صحیح است زیرا همان مال معیب موجود در خارج، مورد تراضی واقع شده است و آنچه که در داعی و غرض و قلب متعاقدين منعکس و جلوه گر نشده، اثری بر آن مترتب نیست.

۲۰- اگر مال القرض بعد از تسلیم ناقص شود، مقروض نمی تواند عین آن را به عنوان اداء قرض خود با

دادن ارزش به وام دهنده بدهد.

تنزل نرخ مال القرض بعد از قبض و تسلیم را نمی توان نقص بمعنی مصطلح در حقوق مدنی دانست تا مانع از رد عین مال القرض به وام گردد لذا اگر نان قرض کند و نرخ آن بعداً تنزل یابد می تواند عیناً مورد قرض را به او بدهد.

۲۱- تنزل نرخ مال القرض اگر به صفر برسد آیا مال مزبور عرفاً تالف است؟ و مشمول ماده بالا است؟

مثال: وام گیرنده چند سکه وام گرفت که بعداً از رواج افتاد و بدون ارزش گردید. در نظر عرف این سکه ها تلف شده محسوب است و مقروض نمی تواند در صورت وجود عین آن سکه ها عین آن را به عنوان اداء دین به وام دهنده بدهد و نیز در صورت فقدان عین نمی تواند مثل آنرا به عنوان پرداخت دین بدهد زیرا قدر متقین از غرض مقنن در دادن مثل (در ماده ۶۴۸) دادن مثلی است که آن را قیمتی باشد و گرنه چیزی که وجود و عدمش مساوی است و دادن آن به وام دهنده لغو و عبث است، اساساً مفهوم و عنوان پرداخت وام بر رد آن به وام دهنده عرفاً صادق نیست و ماده ۶۴۹ شامل این مورد است.

۲۲- فقهاء می گویند این بحث شامل مطلق دیون (اعم از قرض و غیره) است.

در مورد این ماده سؤال ذیل از مؤلف جامع الشتات شده است:

دو نفر به سفر مکه رفته اند. یکی از آنها پول خود را در کربلای معلی در نزد امینی می سپرد در وقت روانه شدن به مکه، آن رفیق دیگر هم خواسته بود قدری پول خود را نزد امین بسپرد آن رفیق به او می گوید که تو پول خود را به من بده که در راه خرج کنم و مساوی از آنچه من در نزد امین گذاشته ام مال تو باشد. در وقت معاودت امین را کشته بودند و پول تلف شده بود. الحال آن شخص که پول را گرفته بمجرد همین که گفته است مساوی آن از پول من مال تو باشد، بری الذمه است یا باید پول او را بدهد؟

به نظر ما تراضی مذکور صلح است به اینصورت که مقروض در برابر وام دهنده تعهد کرده از باب تسهیل در اداء قرض به مقداری که قرض کرده از پولی که نزد امین دارد برداشت نکند و این صلح درست است و این عمل، اداء قرض محسوب نمی شود. بنابراین تلف شدن موضوع تعهد مقروض، موجب شده که او نتواند به تعهد خود عمل کند والا وام همچنان بر عهده او است.

قرض مؤجل

۲۳- از ماده ۶۵۱ ق-م دانسته می شود که:

الف- در عقد قرض، تعیین اجل (برای پرداخت دین) ضرورت ندارد در این صورت قرض را قرض حال

(بدون مدت) می گویند که قارض هر وقت که اراده کند می تواند طلب خود را مطالبه کند و مقترض هر وقت که اراده کند می تواند دین خود را تحویل او بدهد و اگر او امتناع ورزد به حاکم بدهد.

ب- می توان برای عقد قرض (پرداخت دین) اجل معین کرد و تعیین اجل مخالف مقتضای ذات عقد قرض نیست.

اما قانون ما عقیده دارد که تعیین اجل باید ضمن تعهد لازمی باشد که آن تعهد ناشی از عقد دیگری (مانند بیع یا صلح و غیره) است مثلاً ضمن عقد بیعی برای قرض معینی اجلی تعیین کنند و مقصود از وجه ملزم

همین است.

سؤالی که باید کرد این است:

برای تعیین اجل قرض چه حاجت به وصله کردن عقد دیگری با عقد قرض است؟ آیا نمی شود در ضمن خود عقد قرض، اجل برای پرداخت دین معین کرد؟

جواب این سؤال بسته به حل این مسأله است که عقد قرض یک عقد لازم است یا جائز؟ بعد از حل این موضوع هم به سؤال بالا جواب داده می شود و هم معلوم می شود که مقنن قانون مدنی عقد قرض را عقد لازمی می داند یا عقد جائز و این یکی از مسائل دشوار عقد قرض است.

۲۴- قبل از اینکه نظر خود را راجع به جائز یا لازم بودن عقد قرض گفته باشیم، مناسب است که اصول آراء و عقاید فقهاء را به اختصار راجع به سؤالات بالا نقل کنیم:

الف- عده ای عقیده دارند که عقد قرض از طرفین جائز است بطوریکه قارض حق دارد عقد را هر لحظه بهم زده و عین مال القرض را بستاند این نظر اقلیت است و متروک است.

۲۵- ب- عده ای عقیده دارند که عقد قرض از طرفین لازم است پس قارض نمی تواند آنرا بهم زده و عین مال القرض را بگیرد. او همیشه حق دارد بدل مال القرض را بگیرد. مقترض هم نمی تواند عقد قرض را بهم زده و عین مال القرض را رد کند. اگر هم برای اداء دین، عین مال القرض را بدهد از باب این است که ذمه او به مثل آن مشغول است و ذمه امر کلی است و تعیین مصداق خارجی کلی، اختیار وام گیرنده است و عین مال القرض هم یکی از مصادیق کلی است و به عنوان مصداق آن کلی به قارض داده می شود نه به عنوان رد مال موضوع عقد قرض.

۲۶- ملاحظه- در فقه علاوه بر مال مثلی مال قیمی (از قبیل اسب و پارچه و نان) را هم می توان قرض داد

در اینگونه موارد هم عده ای عقیده دارند (و درست هم می باشد) که اگر مقترض از عقد منصرف شده و بخواهد عین مال القرض را پس بدهد دین او اداء می شود (عرف و عادت هم همین است) و حال اینکه در اینگونه موارد نمی توان گفت مقترض، مال القرض را بعنوان مصداق کلی در ذمه به قارض رد کرده است زیرا مثلاً کسی که یک توپ کرباس قرض کرده است یک توپ کرباس کلی در ذمه او به عنوان عوض و بدل قرار نگرفته تا در موقع پس دادن همان مال القرض به وام دهنده، گفته شود که بعنوان مصداق کلی در ذمه داده شده است.

علاوه بر این در همان مورد مثلی هم وقتی که به وجدان عمومی و اهل عرف مراجعه کنیم، مشاهده می شود که آنها قصد نمی کنند که مال القرض را به عنوان کلی در ذمه بدهند. بلکه عقیده آنها این است که از قرض منصرف شده و عین مال مالک (قارض) را به او رد می کنند.

۲۷- نتیجه- براساس این نظر که مقترض می تواند عقد قرض را بهیم زده و عین مال القرض را (خواه مثلی باشد خواه قیمی) به قارض رد کند، نظریه سوم به شرح ذیل پدید آمده است:

ج- عقد قرض از طرف قارض لازم و از طرف مقترض جائز است. این نظر به نظر ما از همه قوی تر است ولی قانون مدنی که از قول مشهور فقهاء غالباً پیروی می کند، پیرو قول دوم (شماره ۲۵) است.

۲۸- سؤالی که می توان کرد این است که وقتی بنا بر قول مشهور و نظر مقنن مدنی عقد قرض از طرفین لازم است و شرط ضمن عقد لازم هم لازم است چرا طرفین عقد قرض ضمن همان عقد شرط اجل نکنند و محتاج به وجه ملزم باشند؟

پاسخ این است که مشهور فقهاء عقیده دارند که:

اولاً - اساس عقد قرض غالباً در نظر عرف بر امهال طرف است که مدیون هر وقت که دلش بخواهد قرض

را اداء کند نه اینکه در رأس موعده معین آنرا بدهد.

ثانیاً - نسبت به وام دهنده هم اساس عقد قرض این است که او مردی است نیکوکار و متبرع لذا باید به او حق داد که هرگاه بخواهد از اقدام خود بازگردد نه اینکه ملزم باشد که به انتظار انقضاء موعده بماند تا به حق خود برسد.

تعیین اجل در عقد قرض (خواه بصورت شرط ضمن عقد قرض باشد خواه جزء متن عقد قرض باشد) با هر دو اساس مذکور فوق مغایرت دارد. به همین جهت اگر در عقد قرض، شرط اجل بکنند این شرط لغو بوده ولی عقد صحیح و از هر دو طرف لازم است (بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی) و به موت و جنون و سفه احد طرفین مضمحل نمی شود.

۲۹ - ملاحظه - بنظر ما دو ایراد بر این استدلال وارد است:

یک - مصالح بالا (که بعنوان دو اساس عقد معرفی شده است) آنقدر اکید نیستند که طرفین عقد قرض نتوانند برای وصول به مصلحت برتری از آنها چشم بپوشند. کسی که مدعی خلاف این است باید دلیل بدهد و الا آزادی اراده محفوظ است.

دو - معتقدین به پاسخ فوق می گویند: شرط اجل هرگاه در ضمن عقد لازم دیگری به منظور تعیین موعده برای پرداخت قرض بشود صحیح است اگر مصالحی که اساس عقد قرض را تشکیل می دهند آنقدر اکید بوده که اراده طرفین برخلاف آنها نافذ نبود چطور همان اراده در ضمن عقد لازم دیگر (و به تعبیر قانون مدنی: وجه ملزم) مؤثر تشخیص شد؟

این تناقضی است آشکار که قانون مدنی از آن پیروی کرده است و همین تناقض است که مقنن قانون مدنی را به وصله کردن عقد دیگری با عقد قرض در این ماده مجبور ساخته است و راه خلاصی از این

اشکالات در مطلب شماره ۳۱ بیان شده است.

۳۰- ذکر یک نکته هم از نظر تاریخ حقوق ما اشکالی ندارد که همان ها که عقیده به لازم بودن عقد

قرض نسبت به طرفین دارند در کتب خود نوعی جواز را به عقد قرض نسبت می دهند یعنی عقد قرض را

جائز می دانند. ولی این، جائز به معنی مصطلح بین حقوق دانان نیست زیرا جواز به معنی اصطلاحی دو

عنصر دارد:

الف- فکّ عقد

ب- رد عقد به مالک قبلی

اما جوازی که این دسته استعمال می کنند به این معنی نیست بلکه می گویند: مقصد مهم طرفین عقد

قرض مهلت دادن است و طرفین می توانند این مهلت را بهم بزنند یعنی قارض حق دارد طلب خود را از

مقترض بخواهد و مقترض می تواند هر وقت بخواهد طلب او را بپردازد.

۳۱- به نظر ما هر سه نظریه مزبور (شماره ۲۴-۲۵-۲۷) موجّه نیست زیرا:

اولاً- در فقه اسلام علی الاصول نص خاصی بر لزوم عقدی از عقود و یا جواز قراردادی از قراردادها وجود

ندارد و شارع اسلام راجع به لزوم و جواز عقود تأسیس خاص ندارد و صرفاً مقررات و اوضاع موجود در عرف

و عادات را امضاء کرده است. اساساً قانون گذاران لزوم یا جواز عقود و ایقاعات را خلق نمی کنند و بر عقود

و ایقاعات تحمیل نمی نمایند بلکه لزوم و جواز در هر مورد به خصوصیات مصالح متعاقدین بستگی دارد و از

روز پیدایش عقود و ایقاعات، تکلیف لزوم و جواز آنها هم روشن بوده است. حقوق دان باید با تجزیه و

تحلیل عرف و عادت بتواند لزوم و جواز عقود و ایقاعات را کشف کند.

ثانیاً- دلیلی ندارد که یک عقد اگر دارای دو یا چند صنف است همه اصناف آن لازم و یا همه اصناف آن

جائز باشند. ممکن است برخی از اصناف یک عقد لازم و برخی دیگر جائز باشند. این مطلب تا آنجا که تفحص کرده ام، به نظر قانون، فقهاء و حقوق دانان نرسیده است. درست می گویند بیع لازم است، اجاره لازم است، عقد قرض (مثلاً) جائز است و معلوم نیست که این مطلق گوئی را چرا تاکنون تعقیب کرده اند. نتیجه آن، اقوال و آراء متناقض است.

حقیقت امر این است که همه اقسام اجاره لازم نیست مثلاً عقد اجاره ای که در ماده ۵۰۱ قانون مدنی ذکر شده، از عقود جائز است و چون فقهاء قبلاً هر عقد اجاره ای را لازم دانسته اند برای حلّ اجاره موضوع ماده ۵۰۱ دچار چاره جویی های غیر مستدل شده اند.

۳۲- عقد قرض هم وضعی شبیه به اجاره دارد یعنی قرض دو قسم است:

الف- عقد قرض حال که مدت ندارد. این عقد از طرف قارض، لازم و از طرف مقترض جائز است (شماره ۲۷).

ب- عقد قرض مؤجل که در ضمن عقد برای پرداخت دین، اجل معین کنند خواه تعیین اجل به صورت شرط ضمن عقد باشد خواه به صورت متن عقد قرض باشد، چنین عقدی در عرف و عادت لازم الطرفین است و مصلحت طرفین عقد، اقتضاء می کند که نسبت به هر دو لازم باشد.

این امر از بدیهیات است ولی حقیقت این است که مطالعات حقوقی در مورد لزوم و جواز عقود و ایقاعات تا امروز پایه و اساس علمی نداشته است و نقص مطالعه در این باب موجب بسی تناقضات و اضطراب آراء شده است چنانکه در عقد اجاره و عقد قرض ملاحظه می شود.

۳۳- با این توضیح هیچ حاجت نیست که در عقد قرض به کمک وجه ملزم و در ضمن عقد لازم دیگر،

شرط اجل برای دادن قرض (ردّ وام) معین کنند و این راه حل های وصله پینه ای خود بخود حاکی از

سستی و بی اساسی خویش می باشد.

در اصلاح قوانین بهتر است ماده ۶۵۱ به این صورت تدوین شود:

در عقد قرض اگر ذکر اجل نشود از طرف وام دهنده لازم است و اگر ذکر اجل شود از طرفین لازم می گردد. در قرض موجل وام دهنده پیش از حلول اجل نمی تواند طلب خود را بخواهد.

۳۴- احسان عنصر عقد قرض است. علی هذا قرض هایی که به منظور اخذ بهره از طرف قارض داده می شود، فاقد عنصر احسان بوده و طبیعت قرض را از دست می دهند و عقد معاوضی مستقل دیگری محسوب می شوند و مباحث بالا مربوط به این نوع از قرض ها نمی باشد. در لزوم این نوع قرض ها (نسبت به طرفین عقد) تردید نشده است.

۳۵- نتیجه- از ماده ۶۵۱ قانون مدنی باید نتایج ذیل را گرفت:

اول- در عقد قرض تعیین اجل برای پرداخت دین ضرورت ندارد.

دوم- طرفین می توانند شرط اجل کنند ولی ضمن عقد لازم دیگر.

سوم- اگر شرط اجل در عقد قرض کنند، شرط فاسد است ولی مفسد عقد نیست.

چهارم- عقد قرض از طرفین لازم است. به همین جهت غیر از شرط اجل، شروط ضمن عقد قرض (خواه مؤجل باشد خواه نه)، از نظر قانون مدنی لازم الرعایه است.

۳۶- پنجم- نتیجه ی شرط اجل ضمن عقد خارج لازم این است که:

اولاً- وام دهنده پیش از سررسید حق مطالبه طلب خود را ندارد و ماده ۶۵۱ این را صریحاً بیان کرده است.

ثانیاً- مقتضی اگر بخواهد قبل از حلول اجل، دین را بپردازد قارض تکلیفی به گرفتن آن ندارد. ماده ۲۷۳

قانون مدنی هم منافاتی با این نظر ندارد و محمول به مواردی است که دین از اصل حال بوده و یا بعداً حال شده باشد. در این باب فرق نمی کند که استنکاف قارض از قبول دین موجب ضرر مدیون گردد یا نه، ولی اگر قارض رضایت بدهد می تواند در چنین وضعی قبل از حلول اجل آن را بگیرد.

شروط ضمن عقد قرض

۳۷- از نظر قانون مدنی عقد قرض مطلقاً عقدی است لازم و هر شرطی (غیر از شرط اجل) که در ضمن آن شود لازم الرعایه است. مثلاً اگر ضمن عقد قرضی شرط شود که مقترض خانه خود را به قارض اجاره دهد، مادام که عقد قرض باقی است مقترض مکلف به اجاره دادن خانه خود می باشد و اگر عمل به شرط نکند، قارض حق دارد به استناد ماده ۲۳۹ قانون مدنی عقد قرض را فسخ و عین مال القرض را استرداد کند. این است ثمره ی شرط و فسخ.

از این قبیل است شرط دادن کفیل و یا دادن رهن که لازم الرعایه است و شرط خیار در عقد قرض درست است زیرا قارض با فسخ عقد قرض می تواند عین مال القرض را بگیرد.

۳۸- هرگاه قارض شرط کند که مقترض بدهی خود را در شهر دیگری (غیر از محل قرض) بپردازد، شرط درست است و اگر شرطی نکند باید در همان محل وقوع عقد قرض، بدهی خود را بدهد.

اینکه در عقد قرض شرط می شود که مقروض دین خود را در شهر یا کشور دیگری (که معین بین طرفین است) بدهد، در واقع مستلزم نوعی از تأجیل است زیرا به تناسب وضع تمدن و فاصله شهری که باید در آنجا پرداخت به عمل آید، مدت معقول و مهلت متناسبی باید به مقروض داده شود تا بتواند در رأس آن مهلت، دین خود را بپردازد و تعیین اجل به همین مقدار هم صدق می کند. عجیب است که قانون مدنی (به پیروی از مشهور فقهاء) شرط تأجیل را در عقد قرض باطل می شمرد ولی شرط پرداخت در مکان دیگر

(غیر از محل انعقاد عقد قرض) را هر چند که نسبت به این مطلب ساکت است ولی چون در اساس بحث دنباله رو قول مشهور است، طبعاً قبول دارد. در تذکره اجماعاً این شرط را صحیح دانسته است.

***ویرایش گر: در متن اصلی که از یکی از سایت ها گرفته شده، متأسفانه مقصد ارجاعات**

(پاورقی ها) مشخص نشده است لذا در ذیل، پاورقی ها فقط جهت اطلاع بیشتر خوانندگان می

آید:

۱- در فقه چون غالباً تحقق عقد را موکول بایجاب و قبول لفظی دانسته اند و از طرفی عده ای درباب قرض عقیده دارند که قبول در عقد قرض ممکن است لفظی یا فعلی باشد از این رو در عقد بودن قرض تردید کرده اند (تذکره -جلد دوم- صفحه ۴) ولی براساس قانون مدنی فعلاً این بحث مورد ندارد. نظر شهید ثانی این است که اثر عقد قرض به محض ایجاب حاصل می شود (شرح لعمه-جلد دوم- صفحه ۴۰۰) این نظر روی ضابطه ای که گفته شد درست نیست. صاحب مناهل (صفحه یک) صریحاً آنرا از عقود دانسته است.

۱- از همین رو صاحب مسالک میگوید: (هذا العقد ليس تبرعا محضا اذ يجب فيه البدل و ليس على طريق المعاوضات فيكون كالاباحه بشرط العوض لايتحقق الملك معه الامع استقرار بدله) و صاحب کتاب دروس گفته است. (عقد القرض راجع الى الاذن في الاتلاف المضمون) (جواهر الکلام - صفحه ۲۸۳ کتاب متاجر) یعنی در عقد قرض وام دهنده به وام گیرنده اذن می دهد که مورد وام را مصرف کند اما نه بی قید و شرط بلکه مشروط به اینکه ضامن عوض آن باشد. در این تعریف و تعریف صاحب کتاب مسالک حد اعلاى باریک بینی و تحلیل حقوقی حقوق دانان ما را می توان دید آنکه عمر گرانمایه صرف دانش اندوزی می کند به این آثار ارج می نهد.

۲_ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۱ _ ۲۸۲_ تذکره_ جلد دوم_ صفحه ۶_ مفتاح الکرامه_ جلد پنجم_ صفحه ۵۸_ مناهج المتقین_ صفحه ۲۵۴ _ ۲۵۵

۳_ بعضی که عقیده دارند (قائل آن معلوم نشد) باید حین العقد بضبط اوصاف و مقدار (در مثلی) و تعیین قیمت (در قیمی) اقدام شود اینطور گفته اند: (القرض و ان كان من الضمانات الا انه من المعاوضات ایضا اذ هو دفع الشیء بقصد ثبوت عوض فی الذمه فوجب الضبط لمعرفة العوض) (جواهر الکلام _ متاجر_ صفحه ۲۸۱ _ ۲۸۲) اذن به شرط ضمان را که ماهیت عقد قرض است، اگر با اتلاف مال غیر و تصرف عدوانی قیاس کنیم ملاحظه می شود که در باب اتلاف و تصرف عدوانی بدون اذن ماهیت اقدام شده و موجب ضمان گردیده ولی درباب قرض با اذن مالک اقدام شده ولی چون به شرط ضمان بوده موجب ضمان شده است و این نوعی از مسئولیت عقدی است.

۱_ صحیحه زراره ... رجل دفع الی رجل مالا قرضا علی من زکوه؟ علی المقرض او علی المقترض؟ قال _ لابل زکوتها ان کنت موضوعه عند حوالا علی قال قلت _ فلیس علی المقرض زکوتها؟ قال _ لایزکی المال من وجهین فی عام واجد ولیس علی الدافع شیئی لانه لیس فی یده شیئی انما المال فی ید الاخذ فمن کان المال فی یدره زکاه. قال قلت افیزکی مال غیر من ماله؟ قال _ انه

ماله مادام فی یده و لیس ذلک المال لاحد غیره. ثم قال یا زرارہ _ ارایت و ضیعیہ ذلک المال او ربحه لمن هو و علی من هو؟ قلت _ للمقترض. قال _ فله الفضل و علیہ النقصان و له ان ینکح و یلبس منه ولا ینبغی له ان یزکیه فانه علیہ جمیعاً _ المغنی _ جلد چهارم _ صفحه ۲۸۱ _ المختصر النافع _ صفحه ۱۳۶

۱ _ جامع الشتات _ صفحه ۲۲۳ _ حدائق (متاجر) _ صفحه ۲۲۳ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۳ شرایع _ صفحه ۱۱۷ مفاتیح الشرایع صفحه ۳۸۵ _ مناهل _ صفحه ۱۲ _ مسالک _ صفحه ۲۲۰ (جلد اول) _ مفتاح الکرامه جلد ۵ صفحه ۴۸ _ ۴۹

۲ _ جواهر الکلام _ متاجر _ ۲۸۴

۱ _ تذکره _ جلد دوم _ صفحه ۴ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۱ _ حدائق (متاجر) صفحه ۲۲۶ (المغنی) _ جلد چهارم _ صفحه ۲۸۲ _ شرایع _ صفحه ۱۱۷ _ کفایه _ صفحه ۱۰۲ _ مناہل _ صفحه ۵ _ مفتاح الکرامه _ جلد ۵ صفحه ۴۶ _ مناهج المتقین _ صفحه ۲۵۴

۲ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۵ _ تذکره _ جلد دوم _ صفحه ۶ _ حائق (متاجر) صفحه ۲۲۶. المغنی جلد چهارم _ صفحه ۲۸۱. مناہل _ صفحه ۶ (سطر ۲۰) و صفحه ۸ (سطر ۲۲) جامع عباسی _ صفحه ۱۹۴ مسالک _ جلد اول _ صفحه ۲۲۱

۳ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۲ _ بعضی قیمت یوم المطالبه را صحیح می دانند و عقیده دارند که مطالبه موجب انقلاب ذمه از مثل به قیمت میشود ولی دلیلی ندارند: تذکره _ جلد دوم _ صفحه ۴ _ جامع الشتات صفحه ۲۲۲ _ کفایه _ صفحه ۱۰۲ _ مفاتیح الشرایع _ صفحه ۳۶۸ _ مناهل _ صفحه ۷۰۶ _ جامع عباسی _ صفحه ۱۹۴ _ مسالک _ جلد اول _ صفحه ۲۲۰ _ مفتاح الکرامه _ جلد پنجم _ صفحه ۴۸ _ مناهج المتقین صفحه ۲۵۵ _ مناهج الهدایه _ صفحه ۲۶۷ _ مختلف _ صفحه ۲۳۷

۱ _ جامع الشتات _ صفحه ۲۲۳ _ ۲۲۷ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۲ _ تذکره جلد دوم _ صفحه ۶ شرح لمعه _ جلد اول _ صفحه ۴۰۰۰ _ کفایه _ صفحه ۱۰۲ _ مفاتیح الشرایع _ صفحه ۳۸۶ _ مناهل _ صفحه ۷ _ ۸ مسالک _ جلد اول _ صفحه ۲۲۰ _ مناهج المتقین _ صفحه ۲۵۵

۲ _ صفحه ۲۲۲ (سطر ۲۷) و سطر ۲۶ از صفحه ۲۲۵

۳ _ کرباس قیمی است و مدیون باید قیمت یوم القبض را بدهد ولی شرط شد که بجای قیمت، نظیر مال القرض به دائن داده شود و این صحیح است.

۱ _ این یک عقد صلح است _ (ماده ۷۵۴ قانون مدنی) و در شرع هم لزوم ندارد که صیغه و لفظ خاصی در ایجاب و قبول آن ذکر شود.

۲ _ این سؤال مبنی بر بطلان معامله کالی به کالی (یعنی عوضین هر دو کلی در ذمه باشند) است که سائل تصور کرده صرف کلی بودن عوضین موجب بطلان معامله است و حال اینکه فقهاء معامله کلی وعده دار به کلی وعده دار را باطل شمرده اند به همین جهت در جواب گفته شد که این معامله صحیح است چون مبیع موجد نبود.

۳ _ این همان شرط دادن نظیر مال قیمی است که درست است.

۴ _ به نظر ما این تردید صحیح نیست و مساله وعده در بین نیست. علت اینکه محقق قمی پای عقد صلح را به میان نکشیده این است که او جزو کسانی است که معتقد است صیغه خاصی در عقد صلح لازم است.

۵ _ راجع به قرض آب بنگرید: المغنی _ جلد چهارم _ صفحه ۲۸۵

۱ _ تذکره _ جلد دوم _ صفحه ۳ _ حدائق (متاجر) صفحه ۲۳۵ _ کفایه _ صفحه ۱۰۳ _ مفاتیح الشرایع صفحه ۳۸۶ _ نهاییه _ جلد اول _ صفحه ۳۱۱ _ مفتاح الکرامه _ جلد ۵ صفحه ۶۲ _ انیس التجار _ صفحه ۲۸۸

۲ _ مفاتیح الشرایع _ صفحه ۳۸۹

۳ _ تصور اینکه ماده براساس قاعده تلف مبیع قبل از قبض (یعنی مدلول ماده ۳۸۷ قانون مدنی) تدوین شده، درست نیست زیرا:

اولاً _ مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ این است که قبل از تسلیم اگر تلف یا نقض شود از مال قارض است در هر دو صورت ذیل:
الف _ تلف یا نقص ناشی از تقصیر و اهمال قارض نبوده و قارض برای تسلیم مال القرض به حاکم مراجعه نکرده باشد.
ب _ تلف یا نقص ناشی از تقصیر و اهمال قارض نبوده ولی قارض قبلاً برای تسلیم مال القرض به حاکم مراجعه کرده باشد در
بیع در صورت اخیر بایع مسئول تلف و نقص قبل از اقباض نیست چگونه می توان در عقد قرض (که مبتنی بر احسان است) تلف و
نقص مزبور را بعهد قارض گذاشت؟

ثانیاً _ حکمت وضع ماده ۳۸۷ قانون مدنی در مورد قرض وجود ندارد.
ثالثاً _ احدی از فقهاء به مضمون تلف مبیع قبل از قبض درباب اشاره نکرده اند ولی گفته اند که مقتضی از تاریخ تسلیم مالک مال
القرض بوده و تلف و عیب بعد از این تاریخ به ضرر او است.

۱ _ مفتاح الکرامه _ جلد ۵ صفحه ۶۰ _ حدائق (متاجر) صفحه ۲۲۷ _ مناہج المتقین _ صفحه ۲۵۵ _ انیس التجار صفحه ۲۸۴
۲ _ تاثیر اراده در حقوق مدنی _ شماره ۱۶۸ بعد _ مناہل _ صفحه ۳۹
۳ _ المغنی _ جلد چهارم _ صفحه ۲۹۰ _ مناہل _ صفحه ۷
۴ _ مناہل صفحه ۹ _ حدائق (متاجر) صفحه ۲۲۷ _ تذکره _ جلد دوم _ صفحه ۶ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۹۴
شگفت اینکه اکثر فقهاء عقیده دارند که همان سکه غیر رائج را باید پرداخت وام بدهد و حال اینکه
اولاً _ عرفاً این عمل را پرداخت وام نمی گویند.

ثانیاً _ چنین عملی لغو است.
اعراض از دستور عقل گاهی نتایج شگفت می دهد و از این جا معلوم است نظر مفید و صدوق و شیخ طوسی و پیروان او که در
اقلیت قرار گرفته اند در حد خود معقول و استوار بوده است. سید محمد کاظم طباطبائی که در متأخرین، اقدام فقهاء است همین
نظر را در صفحه ۲۵۰ سؤال و جواب خویش اختیار کرده است.

۱ _ مناہل _ صفحه ۱۰ سطر ۱۴
۲ _ صفحه ۲۲۵ (نظر مولف مزبور که مورد را مصداق بیع شمرده درست به نظر نمی رسد).
۳ _ صاحب کتاب المحلی (ابن حزم اندلسی) قرض را به دو قسم حال و موجل تقسیم کرده است. جلد هشتم ص ۹۰
۴ _ اطلاق عقد قرض اقتضای اجل نمی کند ولی نسبت به آن لایشرط است نه بشرط لا. همین نظر را محقق قمی بیان کرده
است (جامع الشتات _ ص ۲۲۵). المغنی _ جلد چهارم _ صفحه ۲۸۲
۱ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۴ _ صاحب شرح لمعه طرفدار این نظر است (جلد اول _ صفحه ۳۹۹ _ ۴۰۰) مناہل _ صفحه
۸ (سطر ۳۱) و ۱۲ _ ۱۳ _ مسالک _ جلد اول _ صفحه ۲۱۸ _ ۲۲۱ _ انیس التجار صفحه ۲۸۲
۲ _ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۵ _ جامع الشتات صفحه ۲۲۴ (آقای دکتر امامی هم پیروی از همین نظر کرده است) جلد دوم
شرح قانون مدنی _ صفحه ۲۰۱ _ مفتاح الکرامه _ جلد پنجم _ صفحه ۵۵ بعد.

۱ _ المغنی _ جلد چهارم صفحه ۲۸۱
۲ _ صاحب کتاب المغنی می گوید: ((هو عقد لازم فی حق المقرض جائز فی حق المقرض)) جلد چهارم _ صفحه ۲۸۱ مولف جامع
الشتات در صفحه ۲۲۴ می گوید علامه حلی در کتاب تحریر خویش همین نظر را اختیار کرده است. مهناج الہدایه _ صفحه ۲۶۶
۳ _ جواهر الکلام (متاجر) _ صفحه ۲۸۵ سطر ۱_ ۳۱ در این باب به حدیثی استناد کرده است باین صورت: ((من اقرض اخاه
المسلم کان له بكل در هم وزن جبال احد من جبال رضوی و طور سیناء من حسنات. و ان رفق به فی طلبه تعدی به علی
الصراط...)) ذیل این حدیث به عکس نظر صاحب جواهر می رساند که شرط اجل در عقد قرض صحیح است.
۴ _ به استناد آیه ی ما علی المحسنین من سبیل (جواهر الکلام _ متاجر _ صفحه ۲۸۵)

- ۱_ جواهر الکلام _ متاجر _ صفحه ۲۸۶ سطر دهم
- ۲_ حتی در عقد قرض دیگر! یعنی در یک عقد قرض معین اگر شرط اجل برای خود آن قرض کنند لغو است ولی اگر شرط اجل برای عقد قرض دیگری کنند لازم الرعایه و معتبر است! (جواهر الکلام _ متاجر _ صفحه ۲۸۷ سطر ۳۳)
- ۳_ بنابر نظریه سوم (شماره ۲۷) اگر در عقد قرض، شرط اجل شود از طرف قارض، لازم است (زیرا عقد از طرف او لازم است شرط هم تبعاً از طرف او لازم می شود) ولی از طرف مقتضی جائز است زیرا عقد از طرف او جائز است پس شرط هم از طرف او جائز است لذا او میتواند قبل از حلول اجل، دین را بپردازد و اگر دائن از قبول آن امتناع کرد مدیون می تواند با استفاده از ماده ۲۷۳ قانون مدنی آنرا به حاکم بدهد. ولی مقروض حق ندارد با وجود عقد قرض و حلول اجل در پرداخت قرض خود تاخیر کند زیرا شرط اجل به او چنین حقی را نمی دهد (جواهر الکلام _ متاجر صفحه ۲۸۶ _ سطر ۱۳).
- ۴_ جواهر الکلام (متاجر) _ صفحه ۲۸۵ _ سطر اول _ دکتر امامی _ جلد دوم _ صفحه ۱۹۸ _ ریاض _ جلد اول _ صفحه ۴۶۲
- ۵_ چون اساس نظریه مشهور درست نیست (زیرا مقصد مهم قرض در قروض مؤجل چنین نیست) این تفسیر هم که برای جواز عقد قرض گفته اند درست نیست.
- ۱_ آیه ((وفوا بالعقود)) و نظائر آن ارشاد به عمل عرف است و در مقام تأسیس نیست مدعی تأسیس باید دلیل بدهد و دلیلی ندارد.

تأثیر اراده در حقوق مدنی _ شماره ۳۳۵

- ۲_ بهمین جهت صاحب کتاب حدائق گفته دلیلی بر لزوم عقد قرض در نصوص به دست نیامده و منظورش قرض حال است (حدائق _ متاجر _ صفحه ۲۲۴)
- در مورد این بحث به شماره ۳۴۴ تا ۳۵۱ کتاب تأثیر اراده در حقوق مدنی مراجعه شود.
- ۳_ وجود این نوع عقد قرض در ظاهر دو نص ذیل تأیید شده است:
الف _ اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبه (قرآن کریم)
ب_ روایت حسین بن سعید ((رجل اقرض رجلاً دراهم الی اجل مسمی ثم مات المستقرض أیحل مال القارض بعد موت المستقرض منه ام لورثته من الاجل مال المستقرض فی حیاته؟ فقال اذا مات فقد حل مال القارض)) عرف و عادت هم مؤید همین مضامین است مع ذلک آنها که راه دیگر اختیار کرده اند به تکلف این نصوص را تاویل می کنند و عرف را هم نادیده می گیرند (جواهر الکلام _ متاجر _ صفحه ۲۸۶)
- ۴_ لذا حاجت بشرط اجل ضمن عقد خارج لازم نمی باشد _ حدائق _ متاجر _ صفحه ۲۲۴ _ ۲۲۵)
- ۱_ شماره ۳۴۴ تا ۳۵۱ کتاب تأثیر اراده در حقوق مدنی.
- ۲_ لزوم عقد قرض مؤجل علاوه بر اینکه از حدیث مذکور و عرف و عادت استفاده می شود مورد قبول عده ای از فقهاء بزرگ است: حدائق (متاجر) _ صفحه ۲۲۵ _ مفاتیح الشرایع فیض _ صفحه ۳۸۵ _ کفایه سبزواری _ صفحه ۱۰۲ _ مناهل _ صفحه ۱۳
- (صاحب مناهل در لزوم و جو از عقد قرض بیش از هر کس مضطرب است گاهی آن را جائز و گاهی لازم الطرفین و گاهی از طرف قارض، لازم و از طرف مقروض جائز شمرده است) مناهج المتقین _ صفحه ۲۵۵ _ ذخیره العباد _ صفحه ۱۳۷ سؤال و جواب سید حسین _ صفحه ۱۳۰ _ حواشی انیس التجار از سید محمد کاظم طباطبائی _ صفحه ۲۸۲
- ۱_ علامه حلی در تذکره خود می نویسد: ((لایجب دفع الموجل قبل اجله... فان تبرع من علیه لم یجب علی من له الاخذ، سواء کان علی من علیه ضرر فی التأخیر اولاً... فاذا حل وجب علی صاحبه قبضه اذا دفعه من علیه. فان امتنع دفعه الی الحاکم فیکون من ضمان صاحبه. و الحاکم الزامه بالقبض او الالبراء...)) جلد دوم تذکره الفقهاء _ صفحه ۳ _ المحلی جلد هشتم _ صفحه ۹۴ _ مناهل _ صفحه ۴۰ _ مفتاح الکرامه _ جلد اول _ صفحه ۶۴

- ۲_ جامع الشتات _ صفحه ۲۲۴ سطر ۲۳_ جواهر الکلام (متارج) صفحه ۲۸۷ سطر ۳۱ مسالک _ جلد اول صفحه ۲۲۱_ مناهج المتقين_ صفحه ۲۵۵
- ۳_ جواهر الکلام (متاجر) صفحه ۲۸۸
- ۴_ تذکره_ جلد دوم_ صفحه ۶_ حدائق (متاجر) صفحه ۲۴۳_ مناهل _ صفحه ۲۷_ نهايه _ جلد اول_ صفحه ۱۵ جامع عباسی_ صفحه ۱۹۵_ مفتاح الکرامه_ جلد ۵ صفحه ۵۹_ سؤال و جواب طباطبائی_ صفحه ۲۳۱_ ۲۳۳_ مناهج المتقين صفحه ۲۵۷_ ذخيره العباد_ صفحه ۱۳۷
- ۱_ در قدیم به علت ناامنی راه ها رسم بود که کسی که می خواست مالی از اموال خود را به شهر دیگری منتقل کند، آنرا در شهر خود به شخصی که در آن شهر دیگر تمکن از پرداخت داشت به قرض می داد و شرط می کرد که در آن شهر مقروض قرض خود