# جهت چهارم بحث عقد: تقسیمات عقد

جهت چهارم از بحث عقد به عنوان امر مقدماتی چهارم، بحث از تقسیمات عقد است. در کتب قانون و معاملات، عقد را از زوایای مختلف، به اقسامی تقسیم کرده اند. در کتب عامه، این بحث در قسمت خصوصیات عقد بیان شده که عقد را می توان از جهات مختلفی تقسیم کرد، مثلا از جهت مضمون عقد و یا تکوين عقد و جهات دیگر. در کتاب المدخل الفقهی العام تقسیمات متعددی (بیش از ده تقسیم) برای عقد ذکر شده است. به برخی از این تقسیمات که دارای اثر و ثمره است اشاره می کنیم.

## تقسیم اول: تقسیم عقد به لحاظ اذنی یا عهدی بودن

یکی از این تقسیمات که در فقه ما نیز مطرح شده، تقسیم عقد به عقد اذنی و عقد عهدی است. توضیح این که اگر مضمون عقد را در نظر بگیریم، در مضمون عقد گاهی التزام و تعهد و به گردن گرفتنِ امری وجود دارد و گاهی در مضمون عقد، تعهد و التزام به امری نیست بلکه مضمون عقد، مجرد اذن و ترخیص نسبت به شخص دیگر است. قسم اول عقد عهدی و قسم دوم عقد اذنی نامیده می شود. ذکر این نکته لازم است که مراد از تعهد و التزام، لزوما ملتزم شدن به فعل خاصی نیست، بلکه همین که یک نحو تضیقی برای شخص به وجود آید و دائره ملکیت یا حقیت او ضیق شود، عقد عهدی خواهد بود، والا در بیع که مصداق یقینی عقد عهدی است، التزام به فعل وجود ندارد بلکه مضمون آن تملیک است.

در عقود مصطلحه نیز برای این دو قسم مصداق وجود دارد. برخی از این مصادیق، مصادیق واضح اند و برخی مصادیق مشتبه اند و در این که از کدام دسته از عقود قرار بگیرند نوعی خفاء وجود دارد که در ضمن کلام محقق نائینی به آنها اشاره می کنیم. اما مصادیق واضح:

در مثل بیع و اجاره، تعهد و تضیقی وجود دارد، اما در مثل عاریه و ودیعه، مضمون عقد صرفا این است که صاحب مال، اذن و ترخیص می دهد که مال در ید مستعیر یا مستودع باشد و در این مضمون، تعهد اخذ نشده است. بله لازمه عقد ودیعه، این است که ودعی ملزم به حفظ مال است و از این جهت تضیق و التزام وجود دارد، اما این تضیق، از احکام وقوع مال غیر در ید اوست که نباید نسبت به مال غیر، بدون اذن مالک، تصرف یا حتی امساک کند و ربطی به عقد ودیعه ندارد. امساک و بقاء مال غیر در ید شخص، فقط در محدوده ای جائز است که مالک اذن داده باشد، و این که ودعی حق ندارد در مال غیر تصرف کند یا آن را در معرض تلف قرار دهد، از این باب است که او اذن نداده است، نه این که مقتضای عقد ودیعه باشد. لذا مضمون عقد ودیعه، چیزی جز اذن به بقاء مال نزد ودعی نیست و امساک مال فقط به آن نحوی که مورد اذن مالک باشد جائز است.

اما در کتب عامه گفته اند عقد این طور تقسیم می شود که گاهی عقد ملزم جانبین است مثل بیع، و گاهی ملزم جانب واحد است و برای ملزم جانب واحد به ودیعه مثال زده اند. لکن گفتیم الزاماتی که در عقد ودیعه به وجود می آید، الزامات عقد ودیعه بنفسها نیست تا عقد را از جهت مضمون به این دو قسم تقسیم کنیم و عقد ودیعه را مثال برای ملزم جانب واحد بدانیم. البته این که عقد ملزم جانب واحد مثال دیگری دارد یا نه، بحث دیگری است و کلام در این است که مثال ودیعه مثال صحیحی نمی باشد.

پس عقد را می توانیم به دو قسم عقد عهدی و اذنی تقسیم کنیم.

در این جا دو مطلب وجود دارد که از کلمات محقق نائینی در این بحث استفاده می شود:

### کلمات محقق نائینی در بحث عقد اذنی و عهدی

**مطلب اول:**

آیا این تقسیم صحیحی است یا این که عقدی غیر از عقد عهدی نداریم؟ محقق نائینی فرموده عقد یک قسم بیشتر ندارد و آن عقد عهدی است و اطلاق عقد، بر عقود عهدی مثل ودیعه اطلاق مسامحی است. دلیل ایشان این است که عقد، از نظر لغوی و عرفی «عهد موکّد و مشدّد» است یا مرحوم آقای خوئی فرموده عقد «شدّ احد الالتزامین بالالتزام الآخر» است، یعنی باید یک تعهد به تعهد دیگر بسته شده و گره بخورد. لذا در مثل عاریه و ودیعه که تعهدی در بین نیست و مضمون آن اذن به بقاء ملک در يد ودعی و مستعیر است، موضوعا از تعریف عقد خارج است. لذا فرموده اند برای صحت و لزوم این موارد، نمی توانیم به اوفوا بالعقود تمسک کنیم چون حقیقتا عقد نیستند. پس طبق نظر ایشان این تقسیم صحیح نیست؛ چون از باب تقسیم الشیء الی نفسه و مباینه میشود.

**مطلب دوم:**

هر کدام از این دو قسم، مصادیق واضحی دارد اعم از عقود مالی و غیر مالی (مثل بیع و اجاره برای عقد عهدی و ودیعه و عاریه برای عقد اذنی) اما برخی از عقود مشتبه اند و دو حالت دارند که به لحاظ یک حالت داخل در عقود عهدی و به لحاظ حالت دیگر داخل در عقود اذنی می شوند. محقق نائینی در مورد این قسم به عقد وکالت مثال زده و فرموده وکالت به دو نحو تصویر میشود:

گاهی وکالتی است که مضمون آن مجرد اذن است و گاهی وکالتی است که از قسم عقود است. طبعا وکالتی که مصداق عقد است، مضمون آن مجرد اذن نیست. ثمره این دو نوع وکالت، این است که در وکالت قسم اول که مضمون آن در حد اذن است، فقط معامله ای که در زمان اذن واقع شده صحیح است و اگر موکّل از اذن خود رجوع کند، به صرف انتفاء اذن، وکالت و معامله باطل میشود. اما وکالت عقدی که از راه عقد الوکاله انجام ميگيرد مضمون آن مجرد اذن نیست، لذا با مجرد انتفاء اذن (تا زمانی که به وکیل ابلاغ نشده) منتفی نمیشود. ایشان فرموده چون دلیل داریم که در وکالت عقدی، به مجرد انتفاء اذن، معاملات باطل نمیشود تا زمانی که به وکیل ابلاغ نکند، معلوم میشود که مضمون وکالت عقدی مجرد اذن نیست و دو قسم از وکالت داریم (وکالت اذنی و عقدی).

ایشان به روایات وارده در بحث وکالت تمسک کرده است که در باب 2 از کتاب الوکاله (باب أن الوکیل اذا تصرّف بعد عزله قبل أن یعلم به مشافههً أو بخبر ثقهٍ کان تصرفه جائزا ماضیا فی النکاح...) در وسائل نقل شده است. باب این که معاملاتی که وکیل انجام می دهد صحیح است ولو موکل از اذن خود عدول کرده باشد. مثل اولین روایت:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ وَكَّلَ آخَرَ- عَلَى وَكَالَةٍ فِي أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ- وَ أَشْهَدَ لَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَيْنِ- فَقَامَ الْوَكِيلُ فَخَرَجَ لِإِمْضَاءِ الْأَمْرِ- فَقَالَ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُ فُلَاناً عَنِ الْوَكَالَةِ- فَقَالَ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ أَمْضَى الْأَمْرَ- الَّذِي وُكِّلَ فِيهِ قَبْلَ الْعَزْلِ- فَإِنَّ الْأَمْرَ وَاقِعٌ مَاضٍ عَلَى مَا أَمْضَاهُ الْوَكِيلُ- كَرِهَ الْمُوَكِّلُ أَمْ رَضِيَ- قُلْتُ فَإِنَّ الْوَكِيلَ أَمْضَى الْأَمْرَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ الْعَزْلَ - أَوْ يَبْلُغَهُ أَنَّهُ قَدْ عُزِلَ عَنِ الْوَكَالَةِ- فَالْأَمْرُ عَلَى مَا أَمْضَاهُ قَالَ نَعَمْ- قُلْتُ لَهُ فَإِنْ بَلَغَهُ الْعَزْلُ قَبْلَ أَنْ يُمْضِيَ الْأَمْرَ- ثُمَّ ذَهَبَ حَتَّى أَمْضَاهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِشَيْ‌ءٍ- قَالَ نَعَمْ إِنَّ الْوَكِيلَ إِذَا وُكِّلَ- ثُمَّ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ فَأَمْرُهُ مَاضٍ أَبَداً- وَ الْوَكَالَةُ ثَابِتَةٌ حَتَّى يَبْلُغَهُ الْعَزْلُ عَنِ الْوَكَالَةِ- بِثِقَةٍ يُبَلِّغُهُ أَوْ يُشَافَهُ بِالْعَزْلِ عَنِ الْوَكَالَةِ.[[1]](#footnote-1)

ایشان فرموده وکالت عقدی، وکالتی است که با مجرد رجوع موکل از اذنش باطل نمی شود. پس در مقابل وکالت اذنی که به مجرد رجوع موکل باطل می شود، نوعی از وکالت داریم که با مجرد رجوع، باطل نمی شود یعنی وکالت عقدی و قراردادی.

پس کلمات محقق نائینی به دو مطلب باز می گردد: انکار عقد اذنی؛ و تطبیق وکالت بر این تقسیم بندی.

#### بررسی کلام محقق نائینی

مناقشه قسمت اول فرمایش ایشان با توجه به مطالب سابق معلوم است؛ چون مبنای کلام ایشان یعنی این که قوام عقد به تعهد و التزام باشد، با مبنای مشهورسازگاری دارد. اما اگر در تعریف و بيان ماهیت عقد، نظر محقق اصفهانی را قبول کنیم (که عقد، مطلق قرار مرتبط به قرار آخر یا ایجاد قرار معاملی متقوم به طرفین است) طبعا این عنوان هم بر عقود عهدی حقیقتا صدق می کند و هم بر عقود اذنی.

اثر شمول عنوان عقد نسبت به دو قسم، این است که اگر در حکم عقدی از جهت لزوم و عدم لزوم شک کنیم، قاعده اولیه طبق اوفوا بالعقود لزوم عقد است و چنین نیست که لزوم، اختصاص به عقود عهدی داشته باشد. به عبارت دیگر، چنین نیست که عقد اذنی مساوق و مطابق با عقد جائز باشد، بلکه عقد اذنی قابل تقسیم است به این که جائز باشد یا لازم. لذا اذنی بودن ملازمه با جائز بودن ندارد؛ چون وقتی عنوان عقد ثابت بود، طبق اوفوا بالعقود اصل بر لزوم آن است.

اما قسمت دوم فرمایش ایشان (تقسیم وکالت به وکالت اذنی و عقدی) در کلمات برخی مثل فقه العقود مناقشه شده و حاصل مناقشه بتوضیح منّا این است که:

فی نفسه در مورد مضمون قراردادهایی مثل قرارداد وکالت، چه به لفظ وکالت تصریح نکند مثلا بگوید از طرف من ماذونی و چه از لفظ وکالت استفاده شده باشد، یعنی چه این وکالت به نحو ایقاع محقق شود که حاصلش اذن موکل به شخص در انجام عمل خاصی است و چه به نحو عقد محقق شود که احتیاج به قبول طرف مقابل دارد، علی أیّ حال مضمونی که از حقیقت وکالت می یابیم، مجرد اذنی است که از موکل صادر شده است. اگر وکالت به صورت ایقاعی ایجاد شود مثل این که به دیگری بگوید «تو از طرف من مأذون هستی» بدون این که منتظر قبول طرف مقابل باشد و احتیاج به قبول داشته باشد. اگر هم به صورت عقدی ایجاد شود مثل این که بگوید «تو را وکیل خود قرار دادم برای انجام فلان کار» و طرف مقابل هم قبول کند.

بله در بعضی موارد، مضمون وکالت طوری است که موجب الزام بر موکل می شود مثل جایی که زوج، زوجه خود را ماذون در امر طلاق کند؛ چون در اثر این وکالت، الزام و تضییقی بر زوج لازم می آید و حتی اگر زوج راضی به انتفاء زوجیت نباشد طلاق محقق می شود، اما این لازمه وکالت نیست. مضمون وکالت این است که موکل به جای این که خودش زحمت بکشد، دیگری را نائب خود می کند در انجام دادن اغراض و در حقیقت یک نحو استثماری است که نسبت به وکیل انجام می دهد. مقوم وکالت، حیثیت ماذون بودن است به این نحو که عمل وکیل عمل موکل حساب شود و از طرف او باشد که تعبیر استنابه در تصرف می شود، لذا حقیقت وکالت مجرد اذن است، نه این که وکیل یا موکل ملتزم به امری شده باشند. اگر هم در بعضی موارد وکالت الزام و التزام وجود داشته باشد، این خصوصیت بعض موارد است نه این که در ذات وکالت، الزام و التزام اخذ شده باشد.

مضمون وکالت بیش از اذن و نائب مناب قراردادن نیست، منتهی این که دیگری را نائب مناب قرار دهد، در قسم وکالت عقدی احتیاج به قبول طرف مقابل دارد. دلیل احتیاج به قبول، این است که همین که شخص وکیل و تابع دیگری حساب شود که فعل او به عنوان فعل دیگری نوشته شود، امری است که همه افراد راضی به آن نمی شوند و بعض نفوس نسبت به این جهت اباء دارند که نماینده هر کسی بشوند. همانطور که در باب وکالت مجتهدین، هر کس راضی نیست که وکیل و نائب هر مجتهدی حساب شود اگر اعتراف به جلالت او نداشته باشد. لذا سابقا هم بیان شد که عقد عبارت است از قرار معاملی متقوم به طرفین چون تصرف در شئون طرفین است، برخلاف ایقاع که تصرف در شئون طرف واحد است.

ذکر این نکته لازم است که: این که حقیقت وکالت بیش از اذن نیست و مشتمل بر تعهد نیست، قابل جمع است با این که وکالت عقد باشد و احتیاج به قبول داشته باشد. حقیقت وکالت هرچند بیش از اذن نیست، اما همین که شخص ماذون از شخص دیگری باشد، مستلزم یک نحو تبعیت است و همه افراد راضی به این تبعیت نیستند، لذا یک نحو تصرف درشئون طرف مقابل است و نیاز به قبول دارد.

محقق نائینی هم فرموده بر عقود اذنی، تسامحا اطلاق عقد می شود و وجه تسامح، همین احتیاج به قبول است که باعث شده مجازا بر عقود اذنی مثل عاریه اطلاق عقد شود. اما احتیاج به قبول، به این معنی نیست که حقیقت آن قرارداد، تعهد باشد، لذا خود محقق نائینی با این که حقیقت عاریه را اذن می داند، اما قبول دارد که عاریه عقد است.

اما آیا از روایاتی که در مورد وکالت وارد شده، استفاده می شود که عقد وکالت، عقد حقیقی است که حقیقتش مجرد اذن نباشد و مشتمل بر تعهد باشد، یا چنین مطلبی قابل استفاده نیست؟

آنچه که در این روایت بيان شده است اینست که امام (ع) در ذیل صحیحه هشام بن سالم فرموده است که : در مواردی که شخصی دیگری را وکیل در امری بکند تا زمانیکه عزل به وکیل نرسیده باشد وکالت او ثابت است. و معنای ثبوت وکالت الی بلوغ العزل و یا علم به عزل مشافهة همان مطلبی است که قبلاً امام (ع) فرموده بودند که : وکیل اگر دنبال انجام دادن کار مورد وکالت رفته است ، آن امری را که انجام داده نافذ است. با توجه به اینکه قبلاً امام (ع) فرموده بودند : این اموری را که وکیل بعد از تحقق عزل و قبل از بلوغ عزل انجام داده است این معاملاتش فی النکاح و غیره نافذ است ، این عبارت « الوکاله ثابتهٌ حتی یبلغه العزل » هم میخواهد بفرماید آن معاملاتی که انجام داده نافذ و صحیح است و به پای موکل نوشته میشود اما اینکه این عبارت امام (ع) نشان دهنده این باشد که در این مورد مضمون عقد وکالت تنها اذن نیست بلکه چیزی فراتر از اذن است ، نسبت به این امر دلالتی ندارد. بخاطر اینکه ممکن است که مضمون عقد تنها اذن باشد ولی همین اذنی که موکل برای وکیل ایجاد کرده است اثر داشته باشد ولو بعد از انتفاء ، وتا زمانیکه به وکیل ابلاغ نشده است تا آن زمان نافذ باشد و این امریست که با اعتبار عقلائی هم سازگاری دارد چرا که بحسب اعتبار عقلائی هم کار وکیل بر اساس اذنی است که موکل به او داده است ولی اگر بنا باشدکه صحت معاملات وکیل دائر مدار بقاء اذن باشد بگونه ایی که بعد از انتخاب وکیل و فرستادن وکیل بدنبال کارها موکل به دیگران رو کند و بگوید که من او را از وکالت عزل کردم ، اگر بنا باشد که معاملات وکیل در این موارد باطل باشد دیگر افراد هیچ وقت کار وکالت را انجام نمیدادند و امور مختلّ می شود و بالاخره میبایست به وکیل این مقدار اطمینان بدهیم که معاملات او صحیح است حداقل تا زمانی که عزل به او برسد. پس آنچه از روايت استفاده می شود اینست که: معاملات صادر از وکیل در فاصله بین تحقق عزل و بلوغ العزل نافذ و مستند به موکل است . ولی این عبارت روایت کاشف از این نیست که حقیقت وکالت بیش از اذن است و در آن یک نحوه تعهد و التزام هم وجود دارد چرا که این امر با مجرد اذن هم سازگاری دارد یعنی اگر مضمون وکالت مجرد اذن هم باشد مناسبت دارد که چنین حکمی برای آن جعل شده باشد و وقتی که مناسب با هر دو باشد دیگر نمیشود از وجود این حکم آن شق آخر را که میگوید در این موارد حقیقت وکالت تعهد و التزام است کشف کرد.

### ضابطه تطبیق عقود بر عقد اذنی یا عهدی

جهت مهم این بحث این است که اگر کبرویا تقسیم عقد به عقد عهدی و اذنی را پذیرفتیم و گفتیم ممکن است در حقیقت عقد، تعهد نباشد، از جهت تطبیق بر مصادیق متعدد عقد، باید مضمون هر عقد را با توجه به برداشت عرف و عقلاء در نظر بگیریم و ببینیم آیا عقد عهدی است یا اذنی. مثلا باید خصوصیت عقد ودیعه را به حسب آن چه در عرف عام و عقلاء رائج است و آن چه عقلاء در مقام انشاء انجام میدهند و غرضی که از این عقد دارند، در نظر بگیریم تا ببینیم ودیعه عقد اذنی است یا عهدی. به عنوان نمونه، در مورد مضاربه، باید ببینیم برخورد عرف عام با عقد مضاربه آیا این است که مضاربه، مجرد اذن صاحب سرمایه به عامل است که با سرمایه کار کند مقید به تقسیم سود، یا چیزی غیر از این است. برخی گفته اند مضاربه غیر از حیثیت اذنی، ممکن است به نحوی اجراء شود که مضمون عهدی داشته باشد و هرکدام از طرفین، تعهد داشته باشند (تعهد عامل به عمل، و تعهد صاحب سرمایه به در اختیار قرار دادن مال خود). اگر این مطلب صحیح باشد، مضاربه به دو نحو خواهد بود و گاهی آثار عقد اذنی را دارد و گاهی آثار عقد عهدی را.

همچنین مورد دیگر که محل اختلاف است عقد شرکت است که آیا عقد اذنی است یا این که به دو نحو قابل تحقق است.

پس از جهت تطبیقی، ضابطه عام این است که مضمون عقد را از نظر عرفی و عقلائی تحلیل کنیم که در حد اذن است یا تعهد.

یکی از نکاتی که باید در مقام تطبیق اذنی بودن و عهدی بودن دقت شود، این است که باید ذات عقد را ملاحظه کنیم. گاهی ادعا میشود که فلان عقد، عهدی است و در مقام شاهد به این استشهاد میشود که طرفین مطلق العنان نیستند که هر وقت خواستند عقد را به هم بزنند، بلکه ملزم به رعایت مضمون عقد تا مدت خاصی هستند. ولی اینگونه استدلال در تشخیص عهدی و یا اذنی بودن عقد صحیح نیست بلکه آنچه را که در تشخیص عهدی بودن و یا اذنی بودن میبایست در نظر بگیریم ذات معامله است و ذات معامله بلحاظ مضمونی که دارد ممکن است که مضمونش در حد اذن باشد اما مجرد اذنی بودن مانع از این نیست که الزام به عدم الفسخ و الزام به ابقاء عقد در مدت معین به عنوان شرط در متن عقد ذکر شده باشد. پس مجرد این که طرفین اختیار در فسخ ندارند و در بعضی موارد ملزم به ابقاء هستند، شاهد بر عهدی بودن عقد نیست بلکه ممکن است عقد ذاتا اذنی باشد و این الزام از ناحیه شرط آمده باشد. نتیجه این که الزامی شاهد بر عهدی بودن عقد است که ناشی از ذات عقد باشد نه از ناحیه شروط.

 اشکالی که در مورد شرکت ها یا مضاربه ها وجود دارد و این که برخی از شرکت ها یا مضاربه ها را عقد عهدی می دانند، این است که این عدم جواز ناشی از این است که الزام از ناحیه شرط وارد شده و چنین الزامی ماهیت و ذات عقد را از اذنی بودن خارج نمی کند. حقیقت وکالت هم چیزی جز اذن نیست اما این که در برخی موارد موکل نمیتواند وکیل را عزل کند، مضمون وکالت را تغییر نمی دهد و کاشف از عهدی بودن وکالت نیست.

پس هم در مورد وکالت، مضاربه و شرکت این اشکال وجود دارد که الزام به رعایت مفاد عقد کاشف از عهدی بودن عقد نیست و ممکن است این لزوم از ناحیه شرط آمده باشد.

اما در کنار این ضابطه عام، ممکن است در روایات و ادله، احکام خاصه ای برای عقد خاصی بیان شده باشد. فقط در صورتی که آن حکم، لازم اخص اذنی بودن یا عهدی بودن باشد می توان اذنی بودن یا عهدی بودن را نتیجه گرفت نه در صورتی که آن حکم لازم اعم باشد. و لذا اشکال فرمایش محقق نائینی این بود که حکم وارده در صحیحه هشام بن سالم (صحت معاملات وکیل تا زمان بلوغ عزل) لازم اعم عهدی بودن وکالت است و با اذنی بودن هم سازگاری دارد و از لازم اعم نمیتوان ملزوم را کشف کرد.

حاصل این که مجرد وجود تعهد در عقد، کاشف از عهدی بودن عقد نیست تا زمانی که تعهد در ذات عقد قرار نگرفته باشد.

حاصل بحث در تقسیم اول این است که تقسیم عقد به عقد عهدی و اذنی، تقسیمی صحیح است و ضابطه عام برای تطبیق آن تحلیل مضمون عقد از نظر عرف عام و عقلاء است و در بعضی از موارد هم ا میتوانیم از ادله شرعیه استفاده بکنیم چنانچه دلیل شرعی حکم را بعنوان لازم خاص بیان کرده باشد.

### ثمره تقسیم عقد به اذنی و عهدی

اثر مترتب بر این تقسیم، این است که اگر برخلاف محقق نائینی عقود اذنی را حقیقتا جزء عقود بدانیم آثار کلی عقد بر عقود اذنی مثل عاریه هم بار می شود. مثلا اگر بگوییم لزوم از آثار کلی مطلق العقود است این اثر را بر عقود اذنی بار می کنیم. از آثار کلی عقود میتوان به این موارد اشاره کرد: لزوم عقد، بطلان تعلیق در عقود، صحت عقد فضولی در فرض اجازه مالک. نوع فقهاء گفته اند این که عقد بیع فضولی علی القاعده نافذ است و با اجازه تصحیح می شود، اثر مطلق عقود در مقابل ایقاعات است و مختص به عقد بیع نیست.

همچینن فائده دیگر این تقسیم این است که در هر قسم، باید اثر مختص به همان قسم را بار کنیم و نمیتوان اثر قسم دیگر را بار کرد. در عقد عهدی مقتضای قاعده اولیه در تعهد و التزام، این است که حدوث التزام و تعهد کافی است برای لزوم عمل به تعهد و برای بقاء این لزوم. چنین نیست که در میان عقلاء بگویند عمل به تعهد تا زمانی است که متعهد باقی بر تعهد خود باشد، بلکه حدوث تعهد را کافی برای بقاء لزوم عمل می دانند. اما در مورد اذن، طبع اولی این است که بقاء اثر در عقود اذنیه، تابع بقاء اذن است. بله ممکن است در مواردی حدوث اذن کافی باشد برای حدوث عمل و برای بقاء عمل، اما این خلاف قاعده اولی و طبع اذن است. لذا اثر دوم این تقسیم این است که در هر کدام از دو قسم، متناسب با همان قسم باید اثر را بار کنیم.

## تقسیم دوم: تقسیم عقد به لحاظ ماهیت مضمون آن

تقسیم دوم عقد ازجهت مضمون به لحاظ نتیجه عقد یا حکم و مسبّب اعتباری حاصل از عقد است. مثلاً در مورد عقد بیع ، مضمون آن و یا غرض از آن اینست که : ملکیت مبیع برای مشتری باشد. و یا در اجاره هم غرض از آن تملیک است لکن تملیک منفعت. بعضی از عقود هم مضمون و غرضشان تنها مجرد اعطاء حق به طرف مقابل است و در آنها تملیکی در کار نیست. و یا در عقودی مانند رهن غرض از آنها اینست که توثیقی به میان بیاید و یک وثیقه ایی بدست طلبکار برسد. لذا گفته اند عقد به لحاظ ماهیت مضمون به اقسام مختلفی تقسیم می شود. برخی به صورت مختصر، برخی به صورت متوسط و برخی به صورت مفصل این اقسام را مطرح کرده اند:

**تقسیم مختصر**

تقسیم مختصر، تقسیم سنهوری درکتاب اصول القانون است ، که عقد را این طور تقسیم کرده است: عقد گاهی مشتمل بر معاوضه است و گاهی چنین نیست و تبرع (یعنی نفع رساندن یک طرفه) است. برای قسم اول (عقد معاوضی) به بیع مثال زده اند که در آن احدالمتعاقدین که به دیگری چیزی میدهد در مقابل از او چیزی هم طلب میکند لذا در اینجا معاوضه است. و برای قسم دوم (عقدتبرعی)هم مثال زده اند به عقد هبه که در آن تملیک صورت میگیرد ولی عوضی در مقابل در کار نیست. [[2]](#footnote-2).

**تقسیم متوسط**

اما در کتاب المدخل الفقهی العام، مصطفی زرقاء گفته است عقد را به لحاظ غایت و مضمون آن به پنج قسم می توان تقسیم کرد: عقد گاهی متضمن تملیک است و گاهی حاصل آن، شرکت است، و گاهی توثیق است و گاهی تفویض و انابه، و گاهی حفظ است. پس عقود تقسیم میشوند به عقود تملیکی، مشارکتی، استیثاقی، تفویضی و استحفاظی. ایشان این تقسیم را باز کرده است:

در قسم اول که مضمون عقد تملیک است، گاهی تملیک عین است مثل بيع و گاهی تملیک منفعت است مثل اجاره وعاريه.(و عاریه را مصداق تملیک منفعت دانسته است. اما اگر بگوییم عاریه تملیک نیست بلکه مجرد اباحه است این مثال صحیح نخواهد بود.)

قسم دوم مثل عقد شرکت، مضاربه و مزارعه که نتیجه ای که طرفین به دنبال آن هستند، شرکت در سود حاصله است.

در قسم سوم که غایت عقد توثیق است به رهن و کفالت مثال زده است که غرض ایجاد وثیقه ای برای دین است.

برای قسم چهارم که غایت عقد تفویض و انابه است به وکالت و وصایت مثال زده است که حقیقت این عقود این است که کاری به دیگری واگذار می شود، و شخص اغراض خود را به وسیله نائب انجام می دهد. توجه شود که ایشان برای قسم چهارم مثال به وصایت، و برای قسم اول (عقود تملیکی) مثال به وصیت زده است. این بر اساس اختلافی است که در فقه ما هم بین اقسام وصیت وجود دارد که وصیت را به وصیت تملیکی و وصیت عهدی تقسیم کرده اند. در وصیت عهدی، تملیک در کار نیست بلکه کاری بر عهده شخصی برای بعد از وفات موصی گذاشته می شود.

برای قسم پنجم به ودیعه مثال زده است؛ زیرا غایت و غرض از این عقد، حفظ مال است.

**تقسیم مفصل**

در برخی کتب، عقود به اقسام بیشتری تقسیم شده است و برخی از این تقسیمات پنج گانه را هم به شقوق مختلفی تقسیم کرده اند. از آنجایی که در تقسیم بندی پنجگانه، تقسیم به لحاظ معاوضی و تبرعی بودن (تقسیم سنهوری) دیده نمی شود، در تقسیم بندی سوم، این خصوصیت هم لحاظ شده و علاوه بر پنج قسم، دو قسم ديگر هم اضافه شده و عقود را به هفت قسم تقسیم کرده اند.

در کتاب فقه المعاملات دراسه مقارنه در تقسیم عقد به لحاظ موضوع و غرض عقد، عقد را به هفت قسم تقسیم کرده است:

قسم اول عقود تملیکی است که غرض این است که چیزی اعم از عین یا منفعت تملیک شود. خود این قسم، قابل تشقیق به دو شق است؛ زیرا گاهی این تملیک معاوضی است و گاهی تبرعی، لذا دو شق داریم یعنی عقود معاوضات و عقود تبرعات. و در مجموع، عقود تملیکی به چهار قسم تقسیم می شود:

تملیک عین به نحو معاوضی مثل بیع، تملیک عین تبرعا مثل هبه، تملیک منفعت به نحو معاوضی مثل اجاره، و تملیک منفعت تبرعا مثل عاریه (بنابراین که عاریه مشتمل بر تملیک باشد).

در این کتاب قرض را هم مصداق عقد معاوضی قرار داده اما باید توجیه شود که مراد از عوض، عوض خاص نیست بلکه اشاره به این است که قرض، تملیک مع الضمان است، یعنی این که در نتیجه، مقترض باید عوض مال را اداء کند و به نحو مجانی نیست. قبلا بیان شد که فرق بین بیع و قرض این است که در بیع، تعویض اخذ شده است و عوضین باید تغایر داشته باشند، اما در قرض تعویض مطرح نیست بلکه قرض تملیک شیء است مع الضمان که ممکن است همان مال را اداء کند یا مال دیگری را.

(در این جا از نظر مصداقی جای بحث وجود دارد مثلا مزارعه و مساقاه را از عقود معاوضی قرار داده برخلاف مصطفی زرقاء که از عقود شرکت قرار داده بود. یا این که وقف را از عقود تبرعی دانسته است در حالی که صحیح این است که وقف از مقسم خارج است و از ایقاعات است)

پس قسم اول که عقود تملیکی است، تقسیم شد به عقود معاوضی و تبرعی.

ایشان قسم دوم تا پنجم را حفظ کرده و همان مثال ها را مطرح کرده است. در مورد عقود توثیقی توضیح داده که مراد این است که وثیقه و دستگیره ای برای دین علی تقدیر الخطر به وجود آید. برای قسم پنجم (حفظ) غیر از ودیعه به عقد حراست مثال زده است که غرض این است که شخص حارس نگهبانی از محل خاصی را به عهده بگیرد. اما در حقیقت این عقد، از مصادیق عقد اجاره است؛ چون اجاره اعم است از اجاره اعمال و اجاره اعیان.

اما دو قسمی که ایشان اضافه کرده است:

قسم ششم: (غیر از این پنج قسم) عقودی وجود دارد که نتیجه و اثر آنها اسقاط است که تعبیر می کند به عقود اسقاطیه.

قسم هفتم: عقود تقییدیه است یعنی در حاليکه قبل از عقد، اباحه و اطلاقی در میان بود با وجود عقد آن اطلاق واباحه از بین می رود. در حقیقت با عقود تقییدات، منع و سد از تصرفات برای شخص ایجاد می شود.

يک مصداق برای عقود اسقاطیه را طلاق دانسته اند ؛ زیرا با طلاق در حقیقت آن حقی که زوج بر زوجه دارد اسقاط می شود، منتهی این اسقاط گاهی با مال است (خلع و مباراة) و گاهی بدون مال. مصداق دیگرعقود اسقاطيه را عفو از قصاص ذکر کرده اند . اگر ولیّ با جانی قراردادی مبنی بر عفو از حق قصاص ببنند، این قرارداد هم مصداق عقد اسقاطیه است و اسقاط می تواند با مال باشد و یا بدون مال.[[3]](#footnote-3)

اما این مطلب صحيح نيست؛ زیرا در جایی که طلاق یا عفو از قصاص انجام میشود حتی اگر با عوض باشد، مصداق عقد نیست بلکه قرارداد یک طرفه و ایقاع است منتهی ایقاع ممکن است به نحو مطلق محقق شود وممکن است به نحو مشروط انجام شود. تحقق امور ایقاعی به نحو مشروط، باعث نمیشود که آن قرارداد عقد حساب شود و احکام عقد بر آن بار شود.

مصداق عقود التقییدات را هم عزل از وکالت بیان کرده اند به این بیان که وقتی موکل وکیل را عزل می کند، برای وکیل منع و سد از تصرفات ایجاد می شود در حالی که قبلا اطلاق وجود داشت. همچنین در جایی که حکم به حجر می شود، و یا در مواردی که حکم به حجر میشود، و یا صبی ممیز اگر به آنها اذن در تصرف داده اند و بعد از اذنشان برمیگردند ، وهمچنین موارد عزل اوصیاء و یا عزل ناظر وقف اينها از سنخ عقود تقییدی هستند .

منتهی اشکال مطلب این است که همه این موارد از قبيل ایقاع هستند و از مقسم خارج هستند .

### مطالبی که در تقسيم عقد از جهت ماهيت مضمون بايد ملاحظه شوند :

در بحث تقسیمات عقد (مثل سایر تقسیمات) اموری باید در مورد هر تقسیم مطرح شود. مطلب اول این که تقسیم ذکر شده آیا تقسيم صحیح است یا از باب تقسیم شیء الی نفسه و مباینه است؟ مطلب دوم این که آن چه از اقسام شمرده شده، آیا حقیقتا از اقسام است یا این که چنین نیست و از مقسم خارج است؟ مطلب سوم این که آیا این تقسیمات با توجه به حیثیت تقسیم بندی، کامل است و اقسام حاصر است یا این که برخی موارد باقی میماند که این اقسام شامل آنها نمی شود؟ مطلب چهارم این است که آیا این تقسیم فائده ای دارد و اثر و فائده مترتب بر این تقسیم چیست؟

### مطلب اول (صحت تقسیم)

این مطلب در تقسیم قبلی هم مطرح بود و گفتیم طبق نظر محقق نائینی تقسیم عقد به عهدی و اذنی تقسیم صحیحی نیست. اما در این بحث، تقسیم به اعتبار مضمون و نتیجه العقد، عنوان جامعی است و به صورت فی الجمله این عنوان در اقسام وجود دارد. لذا تقسیم دو گانه یا پنج گانه تقسیم صحیحی است و مقسم در اقسام وجود دارد ولو فی الجمله، یعنی به ملاحظه حیثیت مضمون و نتیجه عقد، جا دارد که عقود را به اقسامی تقسیم بندی کنیم، برخلاف حیث عهدیت و اذنیت طبق نظر محقق نائینی و مرحوم آقای خوئی که فرمودند تقسیم عقد به لحاظ عهدیت و اذنیت جا ندارد چون عهدیت مقوم عقد است.

### مطلب دوم (صحت مصادیق ذکر شده برای اقسام):

هم تقسیم بندی سنهوری و هم تقسیم بندی مصطفی زرقاء تقسیم بندی صحیح است و هر کدام از اقسام، جزء مقسم حساب می شود. اما دو عنوان اضافه شده در تقسیم سوم یعنی عقود اسقاطات و عقود تقییدات، محل اشکال است؛ زیرا مصادیقی که برای این دو قسم از عقود بیان شد، از مقسم خارج اند. مواردی از قبیل طلاق و عفو از قصاص، یا عزل وکیل، مصداق ایقاع است یعنی اعتبار معاملی متقوم به طرف واحد. این موارد اگر بدون عوض باشند که واضح است از ایقاعات اند، بلکه در جایی که با عوض باشند هم گفته شد که جعل عوض به نحو شرط، امر ایقاعی را به امر عقدی تبدیل نمی کند. عقد چیزی است که مضمون آن به لحاظ ذات خود متقوم به طرفین باشد، لذا شامل مثل این موارد نمی شود.

پس اضافه شدن این دو قسم به اقسام پنجگانه صحیح نیست زیرا مقسم در این دو قسم وجود ندارد.

### مطلب سوم (حاصر بودن تقسیم)

آیا این تقسیم حاصر است یا این که مواردی از عقد وجود دارد که ذیل هیچ یک از اقسام پنجگانه قرار نمی گیرد؟

اشکال این است که هرچند این پنج قسم، نوع موارد عقود متعارف را شامل می شود اما برخی موارد را شامل نمی شود مثل عقد صلح. خصوصیت عقد صلح این است که از جهت اعتبار معاملی انشاء شده، باید عنوان تصالح و تراضی و تسالم به نحو حمل اولی انشاء شود، و وجود واقع تراضی کافی برای تحقق عقد صلح نیست. بر این اساس چنانچه خرید و فروش یک شیئی بنحو متعارف بر اساس وزن باشد مثلاً پرتقال را بصورت متعارف به وزن میفروشند حال اگر کسی بخواهد این پرتقال را بصورت کارتنی و جعبه ای بخرد ، این خریدن بعنوان بیع صحیح نیست چرا که خصوصیت مبيع بايد در زمان معامله معلوم باشد و اگر موزون است بايد وزنش معلوم باشد لذا این کارتنی که وزن پرتقالهایش معلوم نیست ، از موارد جهالت مبیع است وجهالت مبیع موجب بطلان معامله میشود. پس در اینجا بعنوان قرار داد بیع این معامله باطل است.

ولی آیا میشود گفت همین مورد که بعنوان بیع باطل است ، از باب صلح صحيح است ، چرا که در حقیقت فروشنده در اینجا راضی شده است که جعبه و کارتن پرتقالش در مقابل صدهزارتومان قرار بگیرد. لذا در اینجا واقع تراضی وجود دارد با توجه به این امر آیا میشود که این مورد را از باب مصداق عقد صلح تصحیح کرد یا نه؟

اشکالی که در اینجا وجود دارد اینست که : نمیشود این مورد را از باب صلح تصحیح کرد چون هرچند که قوام صلح بر تراضی و تسالم بر امری است ولی عقد صلح در مقابل عقود دیگر خصوصیتش اینست که تراضی بايد انشاء و ابراز شده باشد بر خلاف عقود دیگر مانند بیع و اجاره که در این موارد نیاز نیست که در متن عقد رضایت بیاید بلکه همین مقدار که بگوید من این کتاب را به تو فروختم کافی است. لذا این مثالی که شخصی کارتن پرتقال را به صد هزارتومان میخرد موردیست که ما وقع بیع است که شرائط صحت را ندارد و از جهت عقد صلح هم ما وقع مصداق عقد صلح نیست چرا که در تحقق عقد صلح انشاء التراضی و التسالم لازم است که در اینجا رخ نداده است.

با توجه به این که قوام عقد صلح به انشاء عنوان تراضی است نه وجود واقعی آن، مضمون عقد صلح تملیک یا شراکت یا توثیق نیست بلکه تراضی بر تملیک و شراکت و توثیق است، لذا هیچ کدام از اقسام پنجگانه شامل عقد صلح نمی شود و عقد صلح، از جهت مضمونی، عنوان مستقلی دارد.

**ان قلت:** عقد صلح هرچند عقد مستقل است زیرا مُنشأ در آن تسالم و تراضی است اما از جهت موردی، با اقسام پنجگانه توافق دارد؛ زیرا مورد عقد صلح، یا تملیک است یا شرکت یا تفویض یا توثیق و یا حفظ، و عقد صلح از جهت موردی ،واقعی جز یکی از این امور پنجگانه ندارد، هرچند از نظر عنوانی مستقل باشد.

**قلت:** عقد صلح حتی از جهت موردی هم منحصر به موارد پنجگانه نیست. یکی از مصادیق عقد صلح، مصالحه بر اسقاط حق یا مصالحه بر ابراء دین است در حالی که این مورد، مضمون هیچ یک از اقسام پنجگانه قبلی را ندارد. ، همچنین در عقد صلح گفته اند که لازم نیست که آنچه بر آن صلح میشود دين يا حق مسلم باشد بلکه صلح بر دين يا حق محتمل هم صحيح است حال یا با عوض و یا بدون عوض. ، و این مورد هم داخل در هیچ یک از اقسام پنجگانه گذشته نمیشود. لذا تقسیمات پنجگانه تقسیم حاصری نیست و عقد صلح هم باید به آنها اضافه شود.

### مطلب چهارم (ثمره تقسیم)

همانطور که گذشت در تقسیم اول یعنی تقسیم عقد به عقد اذنی و عهدی، دو اثر مترتب بود: یکی ترتیب آثار مطلق عقود و دیگری ترتیب اثر خاص هر قسم بر آن قسم و عدم تداخل احکام اقسام.

در مورد تقسیم دوم هم که تقسیم عقد از لحاظ مضمون و نتیجه به پنج قسم بود، از این دو ناحیه اثر مترتب می شود. از آنجایی که همه این پنج قسم از اقسام عقد هستند، آثار عامه عقد در مورد این تقسیمات مترتب می شود، مثل حکم به لزوم با استناد به آيه اوفوا بالعقود ،يا بطلان تعلیق یا جریان فضولیت.

از جهت دوم هم بر این تقسیم بندی اثر مترتب می شود؛ زیرا مثلا تفکیک عقود از حیث تملیکی یا تفویضی بودن باعث می شود که احکام و قواعد هر یک از این اقسام را در مورد قسم دیگر جاری نکنیم. اگر گفتیم قاعده این است که تملیک شیء متفرع و مبتنی بر این است که شخص قبلا مالک بوده باشد، این قاعده در مورد عقد وکالت که عقد تفویضی است تطبیق نمیشود. پس فائده این تقسیم این است که حکم یک عقد را بر عقد دیگری مترتب نکنیم و احکام را با توجه به مضمون عقد رعایت کنیم.

شاهد بحث، مطلبی است که قبلا هم بیان شد: بنا بر این که حقیقت وکالت، جعل ولایت باشد، جعل وکالت در مواردی که خود موکل صلاحیت ندارد صحیح است، مثل این که برای زن، در زمان جنون زوج وکالت در طلاق جعل شود. اما اگر حقیقت وکالت، تفویض و استنابه در تصرف باشد، وکیل قراردادن زوجه در زمان جنون زوج باطل است؛ چون نائب قرار دادن و "از طرف موکل بودن" در جایی معنی دارد که خود موکل صلاحیت انجام عمل را داشته باشد.

پس تقسیم بندی عقود از جهت مضمون و نتیجه عقد، بحث بی ثمری نیست بلکه در راستای این است که احکام هر کدام از اقسام به درستی مترتب شود.

## تقسیم سوم: تقسیم عقد از حیث تکوین آن

تقسیم سوم عقد، از جهت تحقق و تکوین عقد است یعنی از این حیث که عقد به وسیله چه امری ایجاد می شود. از این حیث، دو تقسیم مستقل در نوع کلمات ذکر شده است، اما در بعضی کلمات مثل کتب سنهوری (و در فقه العقود هم بر آن اساس مشی شده است) این دو تقسیم در هم مندرج شده و یک تفسیم ثلاثی الاطراف ارائه شده است. ابتدا به دو تقسیمی که در نوع کلمات مطرح شده اشاره می کنیم:

تقسیم اول: گفته اند عقود تقسیم می شوند به عقود عینیه و عقود غیر عینیه. عقود عینیه عقودی هستند که برای تحقق عقد وترتب اثر آن، علاوه بر تراضی و ایجاب و قبول، باید قبض و اقباض عین حاصل شود. برای عقود عینیه به عقد هبه یا عقد صرف می توان مثال زد. اما عقود غیرعینیه یا عقود رضائیه، مثل بیع است که برای تحقق اثر عقد، قبض و اقباض لازم نیست بلکه اثر به مجرد عقد حاصل می شود و لزوم قبض و اقباض از احکام عقد است.

تقسیم دوم: عقود تقسیم می شوند به عقود شکلیه (یا عقود تشریفاتی) که برای تحقق عقد، تشریفات و شرایط خاصی لازم است و مجرد تراضی کافی نیست، و عقود غیرشکلیه یا رضائیه که مراسم و شرایط خاصی برای تحقق اثر این عقود وجود ندارد. برای عقود شکلیه به عقد نکاح مثال می زنند؛ زیرا در ازمنه متقدمه نکاح نیاز به تشریفات و مراسم خاصی داشت. همچنین از جهت این که عامه صحت عقد نکاح را متوقف بر شهادت عدلین می دانند، می توان نکاح را عقد شکلی حساب کرد. و بحسب قوانين جديد هم نسبت به بعضی از موارد گفته اند که اینچنین هستند مثلاً در جایی که میخواهند ملک را به دیگری بفروشند تحقق ملکیت را متوقف بر این میدانند که در محضر ثبت بشود و ورقه محضری ارائه شود والا حتی اگر ایجاب و قبول با قبض و اقباض هم همراه شود، ملکیت تحقق پیدا نمیکند. همین طور در خرید و فروش اموال دولتی گفته اند تحقق ملکیت متفرع بر این است که برنامه مزایده و مناقصه صورت بگيرد.

نوعا این دو تقسیم را جداگانه مطرح کرده اند، اما هر دو تقسیم مربوط است به کیفیت تحقق و تکوّن عقد، یعنی تحقق عقد در عقود عینیه متفرع بر قبض و در عقود شکلیه متفرع بر مراسم خاص است. اما در کتب سنهوری و در فقه العقود، این دو تقسیم را ادغام کرده و یک تقسیم ثلاثی مطرح کرده اند باین بيان که :

عقد یا عقد رضائی است که برای تحقق اثر آن (علاوه بر شرایط عامه) مجرد ایجاب و قبول کافی است و نیاز به قبض و اقباض یا تشریفات خاصی ندارد، یا عقد عینی است که برای تحقق اثر عقد، علاوه بر ایجاب و قبول، قبض و اقباض لازم است، و یا عقد شکلی است که غیر از رضایت و توافق ارادتین، نیاز به تشریفات خاصی دارد.

اصل این تقسیم بندی سه گانه صحیح است و عملا هم در بین عقود مصادیقی برای هر کدام از این سه قسم در میان عقلاء و شرع وجود دارد. همچنین مسلم است که اکثر عقود در زمان های متاخره، عقود رضائی هستند. اما آن چه جای بحث دارد دو مطلب است:

### مطلب اول

آیا تقسیم عقود به این سه قسم، در ازمنه اخیره مطرح شده است یا در سابق الایام هم در میان عقلاء این سه نوع از عقد وجود داشت؟

آن چه از سنهوری نقل شده این است که به حسب آن چه از قانون روم به دست می آید در بدء امر، تنها عقدی که در میان عقلاء رائج بوده و موجب ترتب اثر می شده، عقد شکلی بوده است. سبب و ایجاب و قبول اهمیت و موضوعیت خاصی نداشت بلکه تمام الموضوع، مراسم و برنامه ها و حرکات خاصی بود که آثار عقود را (بالخصوص عقد نکاح) بعد از این مراسم مترتب می کردند، ولو رضایت طرفین احراز نمیشد. در مرحله دوم تاریخ، برای ترتب آثار عقود علاوه بر مراسم و تشریفات خاص عقد، به توافق طرفین و رضایت آنها هم توجه می شد؛ زیرا موکول شدن عقد بر انجام مراسم و تشریفات خاص، محذورات خاصی داشت. در این مرحله، حیثیت شکلی بودنِ عقد حذف نشده بود بلکه به عنوان يکی از اسباب برای تحقق اثر عقد مطرح بود. در مرحله سوم به تدریج حیثیت شکلیت و احتیاج به مراسم خاص، الغاء شده و به تراضی طرفین اکتفاء میشود، مگر در موارد خاص مثل خرید و فروش املاک که تحقق معامله از حیث قانونی متوقف بر ثبت محضری است. پس در اعصار متأخره، عکس زمان سابق اتفاق افتاده است، یعنی در نوع موارد، تمام الموضوع، رضایت طرفین است نه انجام مراسم و تشریفات خاص. در مواردی هم که جنبه شکلیت وجود دارد، کیفیت شکلیت در اعصار متأخره آسان تر از شکلیت در زمان های سابق است و به حد ثبت برگه محضری اکتفاء میشود و مراسم و تشریفات خاصی مطرح نیست.

### مطلب دوم

در مواردی که اکنون به عنوان عقود عینیه یا عقود شکلیه مطرح است، آیا اعتبار قبض یا اعتبار مراسم خاص، با توجه به ذات مضمون عقد است به طوری که اعتبار قبض شرط داخلی است، یا این که چنین نیست و اعتبار قبض از باب قرائن خارجی و تعبد خاص است نه این که مربوط به تقوّم ذات عقد باشد؟

برای جواب این سوال، هر یک از عقود عینیه یا شکلیه را به طور مستقل بررسی می کنیم. هرچند در بیع صرف و سلم هم قبض شرط تحقق عقد است اما مسلّم است که شرطیت قبض در صرف و سلم، شرط خارجی است و ماهیت صرف و سلم چنین اقتضائی ندارد. لذا این بحث در مورد سایر عقود مطرح می شود. همچنین وقف هم مشروط به قبض است و اصل این نزاع در مورد وقف هم مطرح است، اما در اصل عقد یا ایقاع بودن وقف جای بحث وجود دارد.

سنهوری گفته است در قانون جدید مصر فقط هبه از عقود عینیه است، اما در قانون قدیم مصر و در قانون فرانسه چهار عقد ديگربه عنوان عقود عینیه مطرح است که عبارت اند از قرض، عاریه ودیعه و رهن که تحقق مضمون عقد احتیاج به قبض دارد. ایشان بیان می کند که عينی بودن این چهار عقد که درقانون قديم مصر براساس قانون فرانسه آمده ارثی است که از قانون روم برده اند ، والا هیچ مبرّری برای این مطلب وجود ندارد، و عناوین این عقود چهارگانه به نحوی است که بدون قبض هم قابل تحقق است. تنها مبرّر اعتبار قبض در اين عقود این است که چون سابقا همه عقود شکلی بودند، در قانون روم در این شکلیت و مراسم، تخفیف داده شده و به قبض و اقباض در اين عقود اکتفاء شده است.

این مطلبی است که در فقه العقود از سنهوری نقل شده است و در مقام بررسی این مطلب که آیا مبرر برای اعتبار قبض در این عقود وجود دارد یا نه ؟ به کلام سنهوری اشکال کرده اند و حاصل اشکال اینست که : با تامل در مضمون این عقود چهارگانه می یابیم که مضمون این عقود به نحوی است که بدون قبض قابل تحقق نیست، لذا باید این عقود را از عقود عینیه قرار دهیم. به عبارت دیگر شرطیت قبض در این عقود، از باب این است که مقوّم این عقود، قبض است نه این که صرفا دلیل تعبدی بر اشتراط قبض باشد. دلیل ایشان بر این ادعاء (ذاتی بودن اشتراط قبض در این عقود) را در مورد هر عقد بررسی می کنیم:

#### کلام فقه العقود در عقد عاریه

ایشان فرموده طبق اصطلاح محقق نائینی عاریه عقد اذنی است، یعنی تمام مضمون آن اذن است و قوام عقد حدوثا و بقاءً به اذن مالک است، در مقابل عقود عهدیه که قوام آنها به تعهد است. خاصیت عقد اذنی این است که هر گاه شخص از اذن خود برگردد، عقد ملغی می شود. ادعاء ايشان این است که معنی ندارد بگوییم عقد عاریه قبل از تحقق قبض موجب اثر است؛ زیرا برای این قول، سه احتمال وجود دارد که هر سه آنها باطل است

اگر مراد این باشد که قبل از قبض، عاریه محقق شده به این معنی که مستعیر می تواند از مال مورد عاریه استفاده کند، این احتمال واضح البطلان است چون تا قبض اتفاق نیفتاده باشد استفاده کردن از مال معنی ندارد و انتفاع از مال، متوقف بر قبض و در اختیار داشتن مال است. احتمال دوم این است که مراد این باشد که عاریه قبل از قبض محقق می شود، به این معنی که بعد از ایجاب و قبول، بر مالک لازم است که بر این عقد باقی باشد و برای او جائز نیست که از اذنش رجوع کند. این احتمال هم باطل است؛ چون عاریه عقد اذنی است و عقود اذنی، حدوثا و بقاء متوقف بر اذن است و مالک می تواند از اذن خود رجوع کند و ملزم به بقاء بر اذن نیست. احتمال سوم این است که عاریه احتیاج به قبض ندارد به این معنی که نتیجه عاریه یعنی اباحه تصرف مستعیر که مسبّب از اذن مالک است، قبل از قبض هم حاصل است. به مجرد ایجاب و قبول عاریه، مضمون عاریه یعنی اذن مالک در تصرف مستعیر، محقق است ولو قبضی اتفاق نیفتاده. اشکال این احتمال هم این است که عاریه مجرد اذن در تصرف نیست، و مطلق موارد اذن را نمی توان عقد عاریه دانست، بلکه عاریه اذن خاص است. اذنی که حقیقت عاریه را تشکیل می دهد، اذن خاصی است که متوقف بر قبض است.

والحاصل این که تامل در مضمون عاریه ما را به این نتيجه میرساند که معنی ندارد عقد عاریه قبل از قبض و اقباض محقق شود، بلکه شرطیت قبض در عقد عاریه شرط ذاتی و داخلی است، و برای این شرطیت احتیاج به دلیل تعبدی خاص نداریم.

##### مناقشه

اشکال این فرمایش این است که می گوییم ملتزم به احتمال سوم می شویم یعنی این که مضمون عاریه که اذن مالک در تصرف مستعیر است حاصل است، ولو قبض اتفاق نیفتاده باشد. هرچند عاریه مطلق اذن نیست و در میان عقلاء هر اذنی را مصداق عاریه نمی دانند، اما نه از این باب که در عاریه قبض معتبر باشد. وجه این که مطلق اذن، عاریه را محقق نمی کند، این است که عاریه در میان عقلاء به عنوان یک امر معاملی متقوم به طرفین است در مقابل این که مجرد اذن باشد که ایقاع باشد. در میان عقلاء، عاریه عقدی است که متقوم به ایجاب و قبول طرفین است، و این که مطلق اذن نیست از این باب است که مضمون عاریه را مضمون عقدی و قرارداد متقوم به طرفین می دانند. پس چنین نیست که مضمون عاریه مضمونی باشد که بدون قبض قابل تحقق نباشد، بلکه مضمون عاریه مضمون مستقلی است و شرطیت قبض، شرط خارجی و تعبدی است نه این که قبض مقوّم عقد عاریه باشد.

#### کلام فقه العقود در عقد ودیعه

ایشان فرموده عقد ودیعه هم مثل عاریه، عقد اذنی است. عقد ودیعه عقدی است که متقوم به مضمون حفظ است و به عبارت دیگر طبق تقسیم قبلی مطرح شده، ودیعه جزء عقود استحفاظی است. وقتی ودیعه متقوم به مضمون حفظ شد، این مضمون قبل از قبض، قابل تحقق نیست؛ چون حفظ کردن در جایی معنی دارد که مال در ید و استیلاء شخص باشد و آن را حفظ کند. اگر بگویید معنای ودیعه معنایی است که قبل از قبض هم قابل تحقق است، این ادعا قابل التزام نیست.

در این جا هم (مثل عقد عاریه) جا داشت که ايشان همان سه احتمال را مطرح کند، اما عبارت ایشان مشتمل بر خلل است و صرفا دو احتمال را مطرح کرده که به طور مندمج و غیرمستقل مطرح شده است:

«فإن قصد بانعقاد الوديعة قبل القبض وجوب الحفظ على الودعيّ بمجرّد وقوع عقد الوديعة و قبل القبض فهذا لا معنى له، لأنّ الوديعة عقد إذنيّ و بإمكان الودعيّ التراجع عنه في أيّ لحظة[[4]](#footnote-4)»

قبل از عبارت لانّ الودیعه مربوط به احتمال اول است، در حالی که لانّ الودعیه... رد احتمال دیگری است (عدم امکان رجوع ودعی قبل از قبض) با اين که اصل این احتمال بیان نشده است.

لذا کلام ایشان را به طور صحیح تقریب میکنیم:

##### تقریب صحیح کلام فقه العقود و مناقشه در آن

تقریب صحیح این است که مضمون ودیعه، حفظ است و این مضمون قبل از قبض قابل تحقق نیست. اگر کسی بگوید قبل از قبض هم مضمون عقد وديعه قابل تحقق است، سه احتمال در کلام او وجود دارد که هيچکدام صحيح نيست :

اگر بگوید با تحقق عقد ودیعه و قبل از قبض، وجوب حفظ مال ایجاد می شود، این احتمال مردود است چون حفظ شیء، متوقف بر قبض و در طول آن است. احتمال دوم این است که به مجرد ایجاب و قبول، عقد ودیعه محقق است و حتی قبل از قبض، مستودع یا ودعی حق رجوع ندارند. این احتمال هم با اذنی بودن عقد ودیعه منافات دارد؛ زیرا خاصیت عقد اذنی این است که حدوثا و بقاء تابع اذن است. احتمال سوم هم این است که (همانطور که در عقد عاریه مطرح کردند) گفته شود حقیقت ودیعه این است که مستودع اذن می دهد که مال در ید ودعی باشد و مجرد اذن که مضمون ودیعه است، با ایجاب و قبول حاصل می شود ولو قبض محقق نشده باشد. اشکال ایشان به احتمال سوم عاریه، اینجا هم جاری است؛ زیرا ودیعه مجرد اذن نیست بلکه ودیعه اذن خاص است.

مناقشه ما نیز قابل تکرار است؛ زیرا هرچند ودیعه مطلق اذن نیست اما اخص بودن آن از مطلق اذن، از این جهت است که ودیعه اعتبار معاملی عقدی و متقوم به طرفین است، نه این که محتاج به قبض باشد. پس شرطیت قبض در ودیعه نیز، از باب قرینه و دلیل خارجی است نه این که مقوم ودیعه باشد.

#### کلام فقه العقود در عقد قرض و هبه

در مورد قبض و هبه، ایشان فرموده است که ذاتی بودن اشتراط قبض، بستگی به مبنای ما در حقیقت این دو عقد دارد.

رأی مشهور این است که حقیقت قرض تملیک است اما تملیک مع الضمان، نه تملیک مجانا برخلاف هبه که حقیقت آن تملیک مجانی است. به عبارت دیگر قرض از جهتی شبیه بیع و از جهتی شبیه هبه است. در همه این سه عنوان، تملیک وجود دارد. تفاوت این است که حقیقت بیع، تملیک تعویضی است و عنوان معاوضه در بیع اخذ شده است اما در قرض تملیک معاوضی نیست، هرچند تملیک مجانی هم نیست بلکه تملیک مع الضمان است.

فرق در این ظاهر می شود که در تملیک تعویضی طرف مقابل در مقام وفاء نمی تواند همان مالی را که گرفته به عنوان وفاء به معامله اداء کند، اما در قرض که تملیک غیرتعویضی است مقترض می تواند همان مالی که تملک کرده بود را از باب وفاء اداء کند. لذا در بحث معروف که آیا فروش پول به پول مع الزیاده به نسیه[[5]](#footnote-5) (مثلا یک میلیون به یک میلیون و نیم) صحیح است یا نه، مرحوم آقای خوئی و آقای تبریزی قائل به عدم صحت شده اند به این بیان که حقیقت چنین معامله ای قرض است ولو اسم و عنوان بیع مطرح شده است. فرموده اند فرق قرض و بیع این است که قرض تملیک مع الضمان است و بیع معاوضه است. شاهد این که معامله پول به زیاده به نسيه مصداق قرض است نه بیع، این است که اگر شخص عین همان یک میلیونی را که به اسم بیع گرفته، به همراه زیاده به عنوان ثمن اداء کند، طرف مقابل حق امتناع ندارد. در حالی که اگر این معامله تعویض بود و پول اول در عوض پول دیگر بود، شیء مصداق عوض خود نخواهد بود و اداء آن نباید وفاء به معامله حساب میشد؛ چون در مفهوم معاوضه تغایر اخذ شده است. پس مضمون این معامله قرض است ولو عنوان بیع را بیاورند. پس مشهور حقیقت قرض را تملیک مع الضمان می دانند همانطور که حقیقت هبه را تملیک مجانا می دانند.

در مقابل مبنای مشهور مرحوم آقای صدر قائل است به این که حقیقت قرض، تملیک نیست بلکه اذن است در تملک بالحیازه مع الضمان. در قرض شخص مال خود را تملیک نمیکند بلکه اذن می دهد در این که مقترض مال او را با حیازت تملک کند اما نه مجانا، کما این که طبق نظر ایشان هبه هم اذن در تملک بالحیازه است اما مجانا.

در فقه العقود فرموده است طبق نظر مشهور در حقیقت قرض و هبه، قبض دخالتی در تحقق مضمون عقد قرض و هبه ندارد؛ چون مضمون این دو عقد، تملیک است و مضمون انشائی تملیک، قابل تحقق است ولو قبض محقق نشده باشد. لذا اگر در قرض و هبه، قبض را شرط تحقق عقد بدانیم، این شرطیت مربوط به دلیل خارجی است، مثل شرطیت قبض در بیع صرف و سلم. اما طبق نظر مرحوم آقای صدر که حقیقت قرض و هبه، اخلاء بین مال و شخص ديگر به غرض تملک بالحیازه است، در ذات این مضمون، قبض اخذ شده است. طبق این نظر حقیقت قرض عبارت است از سه عنصر اذن، اخلاء و تملک بالحیازه و طبعا تا قبض محقق نشده باشد، حیازت محقق نشده است تا تملک بالحیازه محقق شود، لذا شرطیت قبض شرط داخلی میشود.

##### بررسی کلام فقه العقود در عقد قرض و هبه

به نظر ما اصل فرمایش ایشان صحیح است که باید بین مبانی در حقیقت قرض و هبه تفصیل داد. اما این که نظر صحیح در حقیقت قرض و هبه چیست، موکول به بحث در کتاب القرض و کتاب الهبه است. به نظر می رسد از دید عقلائی و عرفی، حقیقت قرض و هبه همان تملیک است و با تحقق عقد قرض و هبه، تملیک اتفاق می افتد نه این که مجرد اخلاء و اذن در تملک مال باشد. از نظر لغوی هم در نفس عنوان قرض دادن و بخشیدن، تملیک اخذ شده است نه این که قرض و هبه صرفا اذن باشد و امر ملکیت موکول به طرف آخر باشد، بلکه ظاهر این است که خود مالک متصدی امر تملیک می شود. پس حقیقت قرض و هبه که تملیک است، مضمونی است که برای تحقق احتیاج به قبض ندارد و شرطیت قبض، شرطیت خارجی است.

#### کلام فقه العقود در عقد رهن

گاهی از عقد رهن، تعبیر شده است به رهن الحیازه ولی مراد از آن معنای خاصی نیست بلکه همان عقد رهن است. وجه این تعبیر این است که در موارد رهن، مالک از ملکیتِ مال خود رفع ید نمی کند، بلکه فقط حیازت و استیلاء مال را به دیگری واگذار کرده است، لذا تعبیر به رهن الحیازه کرده اند.

در فقه العقود سه احتمال برای حقیقت عقد رهن مطرح شده، که نتیجه آنها متفاوت است. شکی نیست در این که غرض از عقد رهن، استیثاق است یعنی غرض رهن این است که وثیقه ای برای دین حاصل شود لذا در تقسیم سابق، رهن جزء عقود استیثاقی دانسته شد. اما کلام در این است که مراد از توثیق که غرض عقد رهن است چیست؟

احتمال اول این که مراد وثوق خارجی فعلی باشد، یعنی آرامش قلبی که طلبکار با عقد رهن پیدا می کند و این آرامش قلبی، بالفعل است. فرموده اند اگر مراد از وثوق این باشد، مضمون عقد رهن بدون قبض قابل تصور نیست؛ چون طبق بیان ایشان تا عین مرهونه قبض نشود ودر اختيار مرتهن وطلبکار قرار نگيرد، طلبکار آرامش قلبی پیدا نمی کند.

احتمال دوم این که نتیجه رهن، وثوق خارجی باشد اما نه وثوق خارجی بالفعل، بلکه امکان رسیدن به آرامش فعلی و امکان فعلی شدن وثوق. مراد از امکان وثوق این است که از نظر قانونی و تشریعی امکان این که طلبکار به وثوق فعلی برسد وجود داشته باشد.

احتمال سوم این است که اصلا مراد وثوق قانونی باشد نه وثوق خارجی، یعنی این که از راه اعتبار قانون و تشریع، برای شخص وثیقه ای قانونی حاصل شود و از نظر قانونی بتواند دین خود را از عين مرهونه استیفاء کند. طبق احتمال دوم و سوم، تحقق عقد رهن احتیاج به قبض ندارد؛ چون نه امکان آرامش و نه وثوق قانونی متوقف بر تحقق قبض خارجی نیستند، و از نظر قانونی همین که ایجاب و قبول محقق شود، کافی است تا شخص وثوق قانونی پیدا کند و بتواند از عین مرهونه استفاده کند.

##### مناقشه

به نظر می رسد توثیقی که غرض از رهن است، به هر کدام از سه معنی که باشد متقوم به قبض نيست. حتی بناء بر احتمال اول هم که مراد وثوق خارجی فعلی است، قبض نسبت به آن مقومیتی ندارد؛ چون آرامش قلبی خارجی با خود عقد رهن ایجاد می شود، ولو قبض محقق نشده باشد. به مجرد تحقق عقد رهن، توثیق قانونی حاصل می شود و شخص می تواند از نظر قانونی عين مرهونه را بفروشد و همین وثوق قانونی، تکوینا موجب آرامش و وثوق فعلی می شود. آن چه موجب دغدغه مرتهن می شود، این است که نتواند طلب خود را استيفاء کند ، و همین که از نظر قانونی چنین حقی داشته باشد( که عين مرهونه را در فرض امتناع بدهکار بفروشد) موجب رفع دغدغه می شود.

**نتیجه بحث**

نتیجه بحث این شد که در هیچ یک از عناوین پنجگانه (عاريه، وديعه، رهن، هبه وقرض)، قبض شرط داخلی و مقوّم ماهیت این عقود نیست.

اما ثمره این بحث این است که طبق نظر شرطیت خارجی، برای اشتراط قبض احتیاج به دلیل خارجی داریم برخلاف جایی که اشتراط قبض، اشتراط داخلی باشد. اما این که دلیل داریم یا نه، موقوف به بحث خاص در مورد هر کدام از این عقود است.

در باب هبه روایاتی وجود دارد که باید بررسی شود و از معارض های آن هم بحث شود. در مورد رهن هم در فقه العقود فرموده اند به دو دلیل خارجی برای شرطیت قبض تمسک کرده اند . مراد آیه شریفه "فرهان مقبوضه" است و همچنین روایات معتبره ای که در کتاب الرهن مطرح شده و بیان می کند که "لا رهن الّا مقبوضا". که البته در استدلال به آيه شريفه برای اثبات اين مدعا اشکال شده است .

در مواردی که قبض معتبر است و مقبوض هم شیئ خارجی است، این بحث وجود دارد که آیا تحقق قبض منوط به استیلاء خارجی و تکوینی است یا این که با استیلاء قانونی مثل داشتن سند محضری هم قبض محقق می شود ولو خارجا شخص در خانه سکونت نداشته باشد؟ قبلا گفته شد همانطور که بعض الاعلام هم فرموده اند احتمال دوم صحیح است؛ زیرا از نظر عرف، کسی که سند محضری دارد استیلاء او نسبت به استیلاء ساکن، اقوی حساب می شود و عقلاء هم استیلاء از راه سند محضری را اقوی و آکد از استیلاء خارجی می دانند.

#### عقود شکلی

برای عقود شکلی یعنی عقودی که غیر از تراضی نیاز به مراسم خاصی دارد، مثال هایی مطرح است. بحسب قوانین متداوله در ازمنه سابقه نوع عقود حالت شکلی داشتند و ترتب اثر آنها منوط به اجراء مراسم و تشریفات خاص بود (مثل ملامسه، منابذه، القاء حجر و امثال ذلک) اما شریعت اسلام به تعبیر مصطفی زرقاء این مراسم و تشریفات را الغاء کرده است. اما آیا مصداقی از عقد شکلی در شریعت اسلامی وجود دارد و اگر وجود دارد جنبه شکلیت در این عقود به نحو مقوم است یا نه؟ مثالهایی برای عقود شکلی در شریعت اسلام مطرح است:

یک مورد عقد نکاح است طبق مذهب عامه (خلافا للامامیه) که برای تحقق عقد نکاح شهادت عدلین را معتبر می دانند، لذا شهادت عدلین برنامه و شکل خاصی است که علاوه بر ایجاب و قبول ،عامه آن را در صحت نکاح معتبر می دانند. در فقه امامیه برای تحقق طلاق، حضور عدلین لازم است اما طلاق ایقاع است و عقد نیست. لکن طبق مبنای امامیه، عقد نکاح ممکن است از جهت دیگری (غیر از شهادت عدلین) عقد شکلی به حساب آید و آن جهت، احتیاج به اذن ولیّ است.

توضیح این که بنا بر شرطیت اذن ولیّ در نکاح بکر، دو نظر وجود دارد:

نظر اول این که ولیّ مستقل در اجراء عقد نکاح برای باکره است و دختر حق تصمیم گیری ندارد و در بعض روایات تعبیر شده است به «لیس لها مع ابیها امرُ». طبق این نظر شرطیت ولیّ از این باب است که اساسا ایجاب ولیّ است که معتبر است ، و جزء العقد، ایجاب ولیّ است والا ایجاب دختر اثری ندارد. پس طبق این نظر، اعتبار اذن ولیّ در نکاح باکره بر می گردد به اعتبار ایجاب او، و باعث شکلی شدن عقد نکاح نمی شود. نظر دوم این است که مُجری عقد و موجب، خود دختر است و اذن ولیّ شرط صحت عقد است. طبق این نظر، عقد نکاح مصداق عقد شکلی خواهد بود که در تحقق اثر نکاح، غیر از ایجاب و قبول، امر آخری شرط است یعنی اذن ولیّ.

اما بیع فضولی را نمیتوان مصداق عقد شکلی دانست؛ زیرا اذن مالک هرچند موجب تنفیذ معامله فضولی می شود اما این از باب تکمیل شرایط نفس ایجاب است. آن چه در عقد مهم است، این است که عقد مستند و منتسب به مالک باشد و در عقد فضولی، قبل از اذن مالک این استناد و انتساب وجود ندارد وبا اجازه مالک اين استناد حاصل می شود و عقد ايجاد شده واجد شرائط ومشمول ادله امضاء قرار می گيرد .

پس طبق نظر امامیه غیر از نکاح طبق مبنای مذکور در بحث اشتراط اذن ولیّ، عقدی که غیر از ایجاب و قبول نیاز به قید و شرط خاصی داشته باشد نداریم.

ادعاء شده است که نه تنها در شریعت اسلام، از جهت موردی عقد شکلی نداریم، بلکه در شریعت خطاباتی داریم که دلالت می کند بر این که شارع عقود شکلیه را نفی و الغاء کرده است، و مراسم و تشریفات را ردع کرده است. در کتاب المدخل الفقهی گفته شده روایات مربوط به نهی از بیع ملامسه و منابذه و القاء حجر، از ادله ای است که عقود شکلی را در شریعت ردع کرده است.

بیع ملابسه این است که بیع، با نفس لمس مبیع تحقق پیدا کند. بیع منابذه هم این است که بائع مبیع را بیندازد جلو مشتری و مشتری هم ثمن را بیندازد و با این کار بیع محقق شود. القاء حجر هم این بود که انداختن حجر روی مبیع را مصداق تحقق بیع می دانستند. گفته شده نهی رسول الله(ص) از این اعمال نشان می هد که آن چه در تحقق عقد معتبر است، همان ایجاب و قبول است و این اعمال و مراسم ارزش و اعتباری ندارد.

اما به نظر می رسد این مطلب صحیح نیست و از این خطابات، نفی شکلیت در عقود استفاده نمی شود . البته این روایات که در کتب حدیثی عامه وارد شده است ، به سند معتبردر کتب روایی ما نيامده است بله در کتاب دعائم الاسلام بصورت مرسل وارد شده است و نيز در معانی الاخبار به سند غيرمعتبر بعنوان روایت نبوی ذکر شده است.

ممکن است گفته شود محلّ نظر در این موارد، امر دیگری غير از نفی شکليت است ، وآن اينکه در جاهلیت این برنامه های خاص را انجام می دادند به جای معرفت تفصیلی عوضین و برای تحقق بیع اکتفاء به این اعمال می کردند و علم به عوضین را شرط نمی دانستند. لذا بعید نیست نهی از این امور، ناظر به نهی از بیع غرری باشد، مثل نهی از سایر مصادیق بیع غرری در بقیه روایات، نه این که ناظر به جهت شکلی بودن و نهی از برنامه و مراسم خاص باشد.اگر از اين روايات استظهاراين معنی نشود لااقل احتمال اين معنی در اين روايات وجود دارد ،وقتی در مفاد اين روايات دو احتمال وجود داشته باشد دیگر نمیتوانیم از این روایات الغاء الشکلیه در عقود را استفاده بکنیم. بله شارع در احکام شریعت اینها را عملاً معتبر قرار نداده است ولی اینکه بگوییم که خطابی وارد شده که مضمون آن الغاء الشکلیه است این صحیح و تمام نیست.

تا این جا برای عقد سه تقسیم بندی ذکر شد. در ادامه به تقسیمات دیگری که برای عقد در کلام سنهوری بیان شده اشاره می کنیم.

1. ج19 ص 162 [↑](#footnote-ref-1)
2. - اصول القانون ص248 - البته درکنار اين تقسيم دوتقسيم ديگر هم در آنجا بيان شده است يکی از آنها تقسيم عقد از جهت تکوين به عقد رضائی وعينی وشکلی است وتقسيم ديگر تقسيم عقد به مايکون ملزماً للجانبين ومايکون ملزماً لجانب واحد که توضيح اين تقسيمات بعدا خواهد آمد [↑](#footnote-ref-2)
3. -فقه المعاملات دراسة مقارنة(نوشته الدکتور محمدعلي عثمان الفقي)ص162-163 [↑](#footnote-ref-3)
4. فقه العقود ج1 ص 203 [↑](#footnote-ref-4)
5. اما در فروش پول به پول نقدا مواردی وجود دارد که حقیقتا مصداق بیع و تعویض است، مثل فروش پول نو در مقابل پول کهنه. [↑](#footnote-ref-5)