# تقسیمات دیگر برای عقد در کتاب نظریه العقد سنهوری

غیر از این سه تقسیم مطرح شده یعنی دو تقسیم عقد به لحاظ مضمون (تقسیم به عقد اذنی و عهدی و تقسیم پنجگانه عقود که گذشت) و یک تقسیم به لحاظ تکوّن عقد (تقسیم به عقود عینیه، رضائیه و شکلیه)، عقد را در کتب قانون و حقوق از جهات مختلف دیگری تقسیم کرده اند. تعداد این تقسیمات، در کتب مختلف، متفاوت است. به عنوان مثال در قانون مدنی ایران ماده 184 عقد، تقسیم شده است به عقد لازم، عقد جائز و عقد خیاری؛ و همچنین تقسیم شده است به عقد معلّق و منجّز. این دو تقسیم بالصراحه در متن قانون آمده است. اما همانطور که در بعضی از کتب حقوقی مطرح شده، از مواد دیگر قانون مدنی، دو تقسیم دیگر برای عقد استفاده می شود: یکی تقسیم عقد به عقد معاوضی و عقد مجانی؛ و دوم تقسیم عقد به عقود معیّن و عقود غیر معیّن.

مراد از عقود معاوضی و مجانی واضح است، اما مراد از عقود معیّن (یا عقود مسمّی) عقودی است که بخصوصه و بعنوانه در دائره قانون یا شریعت مطرح شده و قانون و شریعت، احکام و خصوصیات آن را بیان کرده است. به تعبیر دیگر عقود غیرمستحدث که در زمان شارع وجود داشته و شارع به آنها اشاره کرده است. اما عقود غیرمعیّن عقودی هستند که سابقه دار نیستند یا از جهت قانونی، عنوان خاص آن عقد در قانون بیان نشده است، هرچند ممکن است قواعد عامه ای بیان شده باشد که بتوان حکم این عقود را از آنها استفاده کرد.

اما به حسب کلام سنهوری در کتاب نظریه العقد که در این کتاب به طور مفصل در مقومات و احکام و تقسیمات عقد بحث کرده است، مجموعا 9 تقسیم برای عقد ذکر کرده است که این 9 تقسیم به 4 جهت برمیگردد. در کلام مصطفی زرقاء هم تقسیمات عقد به حدود 15 تقسیم رسیده است.

هرچند بحث از همه این تقسیمات به طور مفصل وجهی ندارد؛ چون اثر بر همه این تقسیمات مترتب نیست ولی به اجمال تقسیماتی که عملاً در حقوق و کتب معاملات فقه عامه مطرح شده است را بیان میکنیم و به تقسیماتی که اثر بر آنها مترتب است اشاره می کنیم.

در کتاب نظریه العقد سنهوری بیان شده که عقد را از حیثیات مختلف می توانیم تقسیم کنیم:

از حیث تکوین عقد، از حیثیت موضوع عقد (مراد مضمون عقد است)، از حیث اثر عقد، از حیث طبیعت عقد. از مجموع این چهار حیث، 9 تقسیم به دست می آید:

**نکته** : آن چه مهم است اصل این تقسیمات نه گانه است، اما این که این تقسیمات به چهار جهت برمی گردد یا به جهات کمتری، اهمیت خاصی ندارد.

به طور کلی در مورد عقد یک سبب داریم، یک مسبّب و نتیجه که غرض و مضمون عقد است و یک حکم و اثر عقد یعنی احکامی که در موارد عقود خاص وجود دارد، لذا اگر تقسیمی انجام شود باید از جهت یکی از این امور سه گانه باشد، این که در مقابل سبب وموضوع (که مراد از آن غرض ومضمون عقد است) واثر وحکم ، امری بعنوان طبيعت عقد محور تقسيم قرار بگيرد توجيهی ندارد .

## الف) تقسیم از حیث تکوین عقد

از حیث اول (تکوین) عقد تقسیم می شود به عقد رضائی، عقد عینی و عقد شکلی.

مراد از این اقسام و ثمره تقسیم سابقا بیان شد.

## ب) تقسیم از حیث موضوع عقد

از حیث دوم (موضوع و مضمون) تقسیم می شود به عقد مسماه و عقد غیر مسماه که توضیح آن گذشت.

از همین حیث نیز، عقد تقسیم می شود به عقد بسیط و عقد مختلط.عقد بسیط عقدی است که مضمون آن شیء واحدی است و امور متعدد در قراداد مطرح نیست، مثل بیع و اجاره ، اما عقد مختلط عقدی است که مضمون قرارداد مشتمل بر امور متعددی است که هرکدام از آنها می تواند مصداق یک عقد قرار بگیرد. مثلا کسی که به هتل مراجعه می کند و قرارداد اقامت در هتل منعقد می کند، این قرارداد مشتمل بر امور متعدی است: به لحاظ مسکن، مصداق اجاره اعیان است. از لحاظ مأکل و غذایی که آن جا استفاده می کند، قرارداد خصوصیت بیع را دارد. از لحاظ خدماتی که خدمه هتل برای شخص انجام می دهند، مصداق اجاره اعمال یا مصداق جعاله بر عمل است. از جهت دیگر بر صاحب هتل لازم است که اسباب و وسائل شخص را حفظ کند که از این جهت مصداق عقد ودیعه خواهد بود. لذا چنین قراردادی مصداق عقد مختلط است که مشتمل است بر اموری که هرکدام مصداق یک عقد خاص است. مثال دیگری که برای عقد مختلط زده شده است، قراردادی است که شخص با تورهای مسافرتی منعقد می کند که مشتمل بر اموری متنوعی مثل تهیه مسکن، وسائل ایاب و ذهاب، خوراک وغیره است که به لحاظ هرکدام، مصداق عقد خاصی قرار می گیرد.

### ثمره تقسیم از حیث موضوع

اما تقسیم به عقد مسمی و غیر مسمی عامه گفته اند اثری بر این تقسیم مترتب نمیشود؛ چون از اوفوا بالعقود استفاده می کنیم که هر عقدی صحیح است چه مصداق عقود سابقه دار باشد چه مصداق عقود غیرمسماه. اما به نظر میرسد این تقسیم دارای اثر است؛ چون این که مستفاد از اوفوا بالعقود امضاء جمیع عقود باشد، محل بحث و اشکال است و چنین نیست که واضح باشد که کلمه عقود شامل عقود مستحدث هم می شود. لذا این تقسیم فی الجمله اثر دارد چون اگر اوفوا بالعقود را ناظر به عقود معهوده در زمان شارع و اشاره به قضیه خارجیه بدانیم، کما اینکه بعضی از فقهاء امامیه به این نظر قائل بوده اند تقسیم عقد به مسماه و غیرمسماه دارای اثر است. بر اين اساس اگر مضمون عقد بیمه به یکی از عقود متعارف برگردد (مثل هبه مشروطه، یا صلح) حکم به صحت آن می شود اما اگر به عقود متعارف برنگردد طبق این مبنی عقد بیمه دلیلی بر صحت ندارد.

اما اثر تقسیم به عقد بسیط و عقد مختلط، از این جهت است که اگر در مورد عقد مختلط قائل شویم به این که مجموع این قرارداد بما هو مجموع، عقد مستقلی حساب میشود، در اثبات صحت و لزوم و سایر احکام عقد باید مجموع بماهو مجموع را لحاظ کنیم. مثلا در مورد قرارداد اقامت در هتل، اگر این مجموع بما هو مجموع غرری نباشد و سایر شرایط را داشته باشد حکم به صحت این قراداد می کنیم، ولو از جهت یکی از بندهای قرارداد، شرایط صحت آن معامله‌ی خاص موجود نباشد مثلا از جهت بیع اغذیه مقدار مکیل و موزون معلوم نباشد چون در مکیل و موزون، لازم است مقدار وزن وکيل معلوم باشد هرچند که غرری هم در بين نباشد ولی مجهول بودن مانع از صحت بیع میشود ، پس اگر شرایط مطلق العقد رعایت شود که يکی از آنها عدم الغرر است کافی است و این مجموع عقد صحیحی است ولو شرایط عقود خاص جزئی رعایت نشده باشد. پس طبق این مبنی که در عقود مختلط ملحوظ، مجموع بما هو مجموع باشد این تقسیم اثر دارد. البته از نظر حکمی جای این بحث مهم وجود دارد که اگر در ضمن یک قراردادی بندهای مختلفی گنجانده شود که هریک از این بندها مصداق یک عقد باشد آیا با ترکیب و مخلوط کردن این بندها با همدیگر یک عقد جدیدی درست میشود تا اینکه اگر شرائط مطلق العقد را داشته باشد صحیح باشد و یا اینکه اینچنین نیست و بايد هر یک از این بندها جداگانه ملاحظه شود؟

این بحثی است که در بعضی از عقود مستحدث ازجمله در عقد استصناع و سفارش ساخت یک وسیله مطرح شده است که آیا این یک عقد مستقلی است و یا اینکه مرکب از عقد اجاره و بیع است؟ و نوع فقهاء هم همین نظر را دارند که در این موارد آنچه را که بايد به آن نگاه بکنیم و شرائط را در آن بسنجیم خود آن زیر مجموعه ها و بندهای قرار داد است نه مجموع بما هو مجموع ، چون مجموع بما هو مجموع که وجود منحاذی ندارد و آنچه که واقعیت دارد بندهای قرار داد است که هرکدام مصداق یک قرارداد جداگانه است. این قول صحيح در حکم مساله است ولی اگر کسی در این عقود مختلط قائل به این امر شد که مجموع بما هو مجموع ملاک ملاحظه احکام و شرائط است بنا بر این قول بر تقسیم عقد به عقد بسیط و مختلط اثر پیدا میشود وآن اينکه در موارد عقد مختلط هرچند که بندهای آن واجد شرائط نباشد ولی اگر مجموع بما هو مجموع واجد شرائط باشد در اینصورت با تمسک به اطلاق « اوفوا بالعقود » حکم به صحت عقد می شود.

پس در نتیجه در این تقسیم از حيث دوم که تقسیم من حیث الموضوع بود هر دو نوع تقسیم اثر دارند هم تقسیم عقد به مسمی و غیر مسمی و هم تقسیم عقد به بسیط و مختلط.

## ج) تقسیم از حیث اثر عقد

محور و لحاظ سومی که ایشان عقد را تقسیم کرده اند ، حیث اثر است. یعنی وقتی اثر عقد را نگاه کنیم بلحاظ اثر برای عقد تقسیماتی درست میشود. در این محور ایشان سه تقسیم بیان کرده اند:

### عقد ذاتی و اتفاق منظم

تقسیم اول در این محور اینست که عقد یا ذاتی است یا اتفاق منظم. مراد از این دو اصطلاح این است که در عقد ذاتی، هر یک از متعاقدین مصلحتی دارد که مصلحت او در تنافی و تعارض با مصلحت شخص دیگر است، همچنین خصوصیت دیگر عقد ذاتی این است که اثر و نتیجه عقد فقط شامل متعاقدین است و ارتباطی به دیگران غیر از متعاملین ندارد، مثل بیع که مصلحت بائع گرفتن ثمن و مصلحت مشتری گرفتن مبیع است. اما در عقد اتفاق منظم مصحلتان متناقضان وجود ندارد بلکه مصلحت واحده ای است که هر کدام از متعاملین غرض رسیدن به آن را دارند. برای عقد اتفاق منظم به عقد مشارکت و عقد نکاح مثال زده اند. در عقد مشارکت چنین نیست که هر کدام از طرفین، مصلحت متناقضه ای داشته باشد بلکه طرفین، غرض واحد دارند که تنافی با غرض آخر ندارد. همچنین چنین نیست که مصلحت ایجاد شده در عقد مشارکه یا عقد نکاح، مختص به متعاملین باشد بلکه شامل هر کسی که با شرکاء ارتباط دارد می شود.[[1]](#footnote-1)

اما وجه تسمیه شاید این باشد که با توجه به این که حقیقت عقد این است که هر کدام از طرفین تعهدی در مقابل تعهد طرف دیگر داشته باشد و دو تعهد به یکدیگر گره بخورد، معنای حقیقی عقد در موارد عقد ذاتی تحقق پیدا می کند. لذا تعبیر به عقد ذاتی کرده اند به خاطر این که منطبق با ذات و ماهیت عقد است. اما عقد اتفاق منظم مثل عقد مشارکه و نکاح از معنای عقدی فاصله دارد و چنین نیست که طرفین تعهد در مقابل هم داده باشند لذا گفته اند عقد اتفاق منظم اقرب به قانون است تا عقد.

#### ثمره تقسیم عقد به ذاتی و اتفاق منظم

اثر این تقسیم را گفته اند از این جهت است که در قسم عقد ذاتی، احکام عامه عقود مترتب می شود و ترتیب احکام عامه نیاز به دلیل خاص ندارد، اما در قسم دوم احکام عامه مترتب نمی شود بلکه خود مقنن باید از جهت خصوصیات و احکام، مستقیما وارد شود و بخصوصه احکام را بیان کند. منشأ این فرق، این است که عقد اتفاق منظم در حقیقت از عنوان عقد خارج است و اقرب به قانون است تا عقد؛ چون در عقد که گره خوردن التزام ها به یکدیگر است، باید تناقضی بین مصالح وجود داشته باشد که هر کس به دنبال مصلحت مورد نظر خود باشد و در آخر این التزام ها به هم گره بخورد، اما در عقد اتفاق منظم تعهد متقابل وجود ندارد لذا حقیقتا مصداق عقد نیست؛ چون حقیقت عقد تعهد متقابل است.

اما به حسب فقه امامیه این ثمره بار نمی شود؛ چون هرچند در اتفاق منظم مصلحت متناقضه ای نیست اما اين امر مانع از صدق عنوان عقد نیست، بلکه عقد بمفهومه العرفی شامل عقود قسم دوم هم میشود لذا در ترتیب احکام و آثار، تمسک به اطلاقاتی مثل اوفوا بالعقود در هر دو قسم کافی است و این ثمره تقسیم، ثمره صحیحی نیست.

اما ممکن است تقسیم عقود به لحاظ وجود مصلحت واحده یا مصالح متناقضه را قائل بشویم اما با تقریب دیگری به طوری که به حسب فقه ما هم بر این تقسیم اثر مترتب شود. توضیح ذلک این که در برخی عقود بحثی مطرح شده است در مضاربه بخصوص و همچنین در عقد نکاح. مرحوم آقای حکیم در شرط اول در شروط صحت مضاربه که بحث شرطیت ایجاب و قبول برای عقد مضاربه است، فرموده آیا در عقدی مثل مضاربه، در همه جا ایجاب و قبول شرط است به معنای اعلام رضایت طرفین، یا این که در مواردی ایجاب و قبول معتبر نیست؟ مثلا در جایی که مُجری عقد مضاربه، ولیّ متعاقدین است ويا در نکاح عبيد ، عقد را مولای زن و شوهر جاری کند یا این که جدّ پدری یکی از نوه های پسری خود را به نوه دیگری تزویج کند و هردو صغیر باشند یا مثل این که اجراء عقد از ناحیه وکیل من کلاالطرفین باشد. ایشان فرموده در این موارد لازم نیست که عاقد هم زوّجت و هم قبلت بگوید بلکه همین که بگوید زوجت موکلتی لفلان کافی است. در نکاح هم در این موارد، ممکن است بگوییم با یک بار انشاء کردن، حقیقت عقد محقق می شود؛ چون حقیقت عقد نکاح با هم بودن و زوج بودن است و این معنی عنوانی است که باید به رضایت هر دو طرف انشاء شود. منتهی در موارد دیگر، رضایت مرد با ایجاب و رضایت زن با قبول ابراز می شود اما در این موارد (مثل وکالت یا ولایت) رضایت هر دو با همین انشاء ابراز میشود. بله ممکن است در مقام اجراء عقد، زن شخص را وکیل کند فقط در این که ایجاب بخواند که در این صورت نیاز به قبول مستقل دارد، اما اگر زن و مرد، در انشاء عقد زوجیت وکالت دهند، یک بار خواندن عقد توسط وکیل کافی است، و لفظ واحد آنچه از ایجاب و قبول متوقع بود را تامین می کند .[[2]](#footnote-2)

اما در مقابل فرمایش مرحوم آقای حکیم ممکن است گفته شود که هرچند فی حد نفسه می توانیم قراردادهایی را تصویر کنیم که مضمون آن قرارداد، برای تحقق فقط به توافق و تراضی طرفین احتیاج داشته باشد یعنی مضمون مشترکی باشد که نسبتش به طرفین علی حد سواء باشد، و در این قسم از عقود فرمایش آقای حکیم تمام است (کفایت تحقق مضمون به لفظ واحد به جای ایجاب و قبول) اما همه عقود از این قبیل نیستند. عقود بر دو قسم اند. خصوصیت مشترک بین همه عقود، معنای اعتباری متقوم به طرفین است اما این معنای اعتباری گاهی ولو مضمون آن متقوم به طرفین است اما این مضمون نسبت به طرفین علی حد سواء نیست، بلکه یکی از دو طرف، اصیل حساب میشود که پیشنهاد و اقتراح از ناحیه اوست و شأن طرف دیگر، شأن پذیرش و قبول است. مثلا در عقد بیع، قبلا در بحث ضابطه تشخیص مبیع از ثمن مرحوم آقای خوئی فرمود مبیع چیزی است که طالب دارد و مقصود اصلی از معامله است و ثمن را برای اینکه به آن دست رسی پیدا بکنند میدهند ، لذا بائع کسی است که مطلوب اصلی را دارد و می خواهد آن را به دیگری تملیک کند و مشتری کسی است که برای رسیدن به مقصود اصلی (مبیع) مال خود که مقصود تبعی است را پرداخت می کند. لذا اگر یک طرف کالا و طرف دیگر نقد رایج داشت، اولی مبیع و دومی ثمن است. پس در مضمون عقد بیع، یک طرف نسبت به مقصود از عقد، اصیل حساب می شود و طرف دیگر تبعی حساب می شود. اجاره هم همین طور است.

بله گاهی مضمون عقد نسبتش به طرفین علی حد سواء است، مثل عقد مشارکه که دو نفر بناء بر شرکت میگذارند به خاطر تحصیل مصلحت واحده در بین. در این قسم از عقود، ولیّ یا وکیل طرفین می تواند در مقام اجراء عقد، از لفظ واحد استفاده کند و تعدد انشاء به ایجاب و قبول لازم نیست. اما در قسم اول که یک طرف اصیل و طرف دیگر قابل است، چون مضمون نسبت به طرفین علی حد سواء نیست و نسبت به یک طرف اصیل است، این دو جهت باید در عقد ابراز شود. در این عقود، نمی توان به انشاء واحد اکتفاء کرد؛ چون ایجاب مضمونش پیشنهاد است ، و همانطور که این پیشنهاد احتیاج به ابراز دارد قبول و فرعیت و تبعیت هم احتیاج به ابراز و اظهار دارد حتی اگر مجری عقد، ولیّ یا وکیل طرفین باشد .

اما این که نکاح از قبیل قسم اول است یا قسم دوم که مضمون آن نسبت به دوطرف مساوی باشد، باید مضمون عقد نکاحی که موضوع ادله قرار گرفته است را لحاظ کنیم. آیا مضمون نکاح، صرف زوجیت و با هم بودن است، یا این که نکاح این است که زن بضع خود را به مرد تملیک می کند در مقابل مهر، يا اين که خود را در حیطه سلطنت زوج و حباله زوج قرار میدهد علی حد مشروع؟

اگر حقیقت نکاح، زوجیت و اجتماع و شرکت دو نفر در زندگی باشد، از قسم دوم میشود و در موارد ولایت و وکالت، انشاء ایجاب کافی است، اما اگر از قبیل دوم باشد کافی نیست. عناوینی که در ادله برای نکاح به کار رفته مختلف است، اما از مجموع آنها استفاده میشود حقیقت نکاح همان مضمون «متّعت» است، یعنی این که زن خود را در اختیار زوج قرار میدهد و تملیک بضع است، لذا اثر مذکور بار نمیشود. بنابراین اگر فقیهی فتوی داد که ولیّ یا وکیل در عقد نکاح میتواند به لفظ واحد اکتفاء کند، نشان می دهد که نکاح را به معنای اول می داند ، و فقهایی هم که اشکال میکنند این نشان میدهد که آنها نکاح را به معنای دوم و یا سوم میدانند.

حاصل این که تقسیم عقد به ذاتی و اتفاق منظم طبق توضیح عامه دارای اثر و ثمره نیست، اما میتوان این تقسیم را با تعبیر و بیان دیگری قبول کرد که در این صورت، منشأ اثر و نتیجه صحیح باشد. به این بیان که مراد از مصلحت واحده اين است که نسبت مضمون عقد به طرفین علی حد سواء باشد. در این صورت در فقه امامیه هم این تقسیم اثر دارد و آن عبارت است از کفایت ایجاب واحد از وکیل یا ولیّ متعاقدین.

### تقسیم عقد از حیث لزوم (به دو معنی)

تقسیم دوم عقد از حیث اثر، تقسیم عقد است به عقد ملزم للجانبین و عقد ملزم لجانب واحد، یعنی از جهت لزوم عقد به دو قسم تقسیم می شود. در کتاب سنهوری این تقسیم از جهت نتیجه عقد یعنی التزام و تعهد، مطرح شده که یا تعهد از دوطرف است یا از یک طرف، پس مرادش از لزوم، تعهد و التزام است. لذا برای ملزم جانبین به عقد بیع و برای ملزم جانب واحد به ودیعه مثال زده؛ چون در ودیعه فقط ودعی مامور به حفظ است اما مودع تعهدی ندارد.

اما به ملاحظه همین عنوان لزوم، تقسیم دیگری مطرح است که در کتب دیگر فقه معاملات عامه مثل کتاب المدخل الفقهی العام مصطفی زرقاء ونيز در کتب فقهي امامیه و قوانین مدنی کشورها از جمله ایران بیان شده، و آن تقسیم عقد است از جهت لزوم، به عقد لازم، عقد جائز و عقد خیاری. در این تقسیم مراد از لزوم این است که آیا معامله باید باقی بماند یا قابل فسخ است، یعنی لزوم در مقابل از بین بردن و ازاله عقد است که ازاله یا به خاطر جواز ذاتی است مثل هبه، یا به خاطر جعل خیار است مثل بیع خیاری.

#### ثمره تقسیم از حیث لزوم

آیا تقسیم سنهوری (عقد ملزم لجانب واحد و ملزم للجانبین) تقسیم صحیحی است و اثر دارد؟ این تقسیم صحیح است اما اثر خاصی بر این تقسیم، مترتب نیست، بلکه تقسیم ناقصی است به لحاظ تقسیم عقد به لحاظ مضمون عقد که قبلا گذشت (عقد تملیکی، مشارکتی، تحفیظی و...) که گفتیم هرکدام از این قسم ها خود انواعی دارد. پس تقسیم سابق، کامل و جامع تر از این تقسیم است.

اما تقسیم عقد به حسب لزوم به معنای دیگر که در کتب دیگر فقه عامه و قوانین مدنی کشورها بیان شده، اصل این تقسیم صحیح است و دارای اثر است، اما جا ندارد که در بحث قواعد عامه مطرح شود. اشکال این است که این تقسیم به لحاظ حکم و نتیجه عقد است، ولذا باید موکول به بحث هر عقدی در باب مناسب با خودش شود و مناسبتی ندارد که در بحث قواعد کلی عقود مطرح شود.

### تقسیم عقد به عقد معاوضه و عقد تبرع

تقسیم سوم در محور سوم (تقسيم از حيث اثر) که در کلام سنهوری هم درکتاب نظریه العقدش و هم در کتب دیگرش مانند اصول القانون وارد شده است این است که عقد یا عقد معاوضه است و یا عقد تبرع.

این تقسیم بیان ناقصی است از تقسیم عقد به لحاظ مضمون و نتیجه مورد توقع عقد، که سابقا بیان شد. قبلا بیان شد که عقد از حیث مضمون تقسیم می شود به عقود تملیکی، عقود مشارکتی، عقود استیثاقی، عقود استنابی و عقود استحفاظی به علاوه عقد صلح (که در تکمیل این تقسیم بیان شد). آن تقسیم شامل این دو قسم می شود؛ چون توضیح داده شد که عقود تملیکی دارای شقوق و انواعی بود و یکی از این شقوق، تقسیم به عقد معاوضی و تبرعی بود، لذا وجهی برای ذکر مجدد ندارد.

## د) تقسیم عقد از حیث طبیعت آن

محور چهارم از تقسیم عقد در کتاب نظرية العقد ، تقسیم عقد من حیث الطبیعه است و ایشان گفته است که از این حیث ما میتوانیم عقد را در چند تقسیم به اقسامی تقسيم کنیم.

### عقد محدد و احتمالی

تقسيم اول عقد از حیث طبیعت اين است که عقد تقسیم می شود به عقد محدد و عقد احتمالی. مراد از عقد محدد این است که طرفین می دانند که به چه چیزی نائل می شوند و آن چه قرار است بدهند و آن چه قرار است به دست آورند، معیّن و مشخص است. لذا مثال به بیع زده اند چون آن چه بائع به مشتری می دهد و ثمنی که مشتری به بائع می دهد مشخص و معیّن است. گفته اند قرض هم عقد محدّد است، بلکه حتی قرض ربوی اگر مقدار زیاده مجموعا معلوم باشد عقد محدد است.

عقد احتمالی عقدی است که حداقل در یکی از دو طرف، آن چه اعطاء می شود معین و محدود نیست، زیرا مشروط به حادثه ای است که آن حادثه ممکن است اتفاق نیفتد، لذا طرفین در زمان عقد علم به تمام ما حصل عقد ندارند. مثال واضح عقد احتمالی، عقد تامین یا عقد بیمه است؛ زیرا ولو آن چه بیمه گذار باید بدهد مشخص است، اما از طرف دیگر فقط در صورتی که حادثه ای اتفاق بیفتد و خسارتی وارد شود، اداره بیمه متعهد به پرداخت خسارات است و همانطور که اصل پرداخت هزینه معلوم نیست، مقدار هزینه هایی که اداره بیمه باید بدهد نیز مشخص نیست. در برخی از موارد عقد بیمه، مقداری که از جهت هر دو طرف پرداخت می شود معلوم نیست مثل موارد بیمه عمر.

مثال دیگر عقد احتمالی بیع است، اگر ثمن را چیزی قرار دهند که به طور تدریجی ودر طول حيات يرداخت می شود مثل این که ثمن را ثمره باغ در طول حیات شخص قراردهند. پس گاهی ما یصل الی الطرفین معلوم و مشخص است و گاهی چنین نیست. [[3]](#footnote-3)

اما آیا این دو قسم از عقود هر دو صحیح است ، یا این که اطلاقات صحت عقود شامل عقود غیرمحدد نمیشود، بحث دیگری است. ممکن است گفته شود اگر عقد غیرمحدد مندرج در یکی از عقود متعارف باشد، تابع شرایط آن عقد مسمی و معهود است، لذا عقد بیع غیرمحدد صحیح نخواهد بود. اما اگر عقد غیرمحدد، مصداق عقد غیرمسمی باشد و عقد مستقلی باشد مثل عقد بیمه، کافی است که شرایط مطلق العقود را داشته باشد. یکی از شرایط مطلق العقود این است که معامله در نظر عقلاء غرری نباشد و عقلاء بر آن اقدام داشته باشند.

### عقد فوری و عقد مستمر

تقسيم دوم از محور چهارم اینست که عقد یا عقد فوری است و یا عقد مستمر است.عقد فوری عقدی است که تنفیذ و به نتیجه رسیدن آن، احتیاج به گذشتن زمان ممتدی ندارد، بلکه در همان زمان انجام ایجاب و قبول، فورا نتیجه حاصل می شود، مثل عقد بیع ، هبه و امثال ذلک. ولو در بیع، ثمن یا مثمن موجل باشد اما این اداء عوضین است که موجل است، والا ملکیت نسبت به هر کدام از عوضین در زمان بیع حاصل می شود.

اما عقود مستمره عقودی است که نتیجه دادن عقد، محتاج به گذشت مقدار ممتدی از زمان است به طوری که نفسِ گذشت زمان از عناصر عقد حساب می شود لذا تعبیر به عقود زمانی هم می کنند، یعنی در طول زمان نتیجه ایجاد می شود. مثال عقود مستمره عقد اجاره است؛ زیرا در اجاره الاعیان مضمون عقد، تحقق سکنی برای ساکن است و سکنی به تدریج و در طول زمان ایجاد می شود نه فورا، و کذا العاریه. مشارکت در عقد هم همین است، یعنی اعمالی که در مورد شرکت محقق می شود، شیئا فشیئا محقق میشود. وکالت هم از عقود مستمره است؛ چون تنفیذ وکالت به انجام دادن عمل مورد وکالت است که امری زمان بَر است.

#### ثمره تقسیم عقد به عقد فوری و مستمر

در کتاب نظریه العقد دو اثر برای این تقسیم ذکر کرده اند:

اثر اول این است که در عقد فوری، فسخ موجب زوال عقد من اول الامر شده و تراجع و برگشت به حالت قبل ایجاد می شود، اما در عقود مستمره، فسخ موجب زوال عقد از حین فسخ می شود. مثلا فسخ اجاره در اثناء مدت موجب زوال عقد من حین الفسخ است و نسبت به زمانهایی که سکونت کرده اجرت المسمی که اثر عقد است از بین نمی رود، لذا در عقود زمانیه تراجع به حالت قبل معنی ندارد.

اثر دوم این است که در عقود مستمره، التزامات متقابل به صورت «متناظر بین الطرفین» ثابت است؛ چون در طول زمان ممتد اگر طرف مقابل وفاء به التزام داشته باشد، بر طرف دیگر هم التزام لازم است و هر طرف به مقداری که طرف مقابل به تعهدش پایبند باشد لازم است که به تعهد خود وفاء کند. لذا در مثال اجاره گفته اند این که مستاجر اجاره بها را پرداخت کند، متوقف بر این است که موجر خانه را در اختیار او قرار دهد، لذا مقدار اجاره متفرع بر میزان انتفاع تدریجی از عین مستاجره است، والا اگر انتفاع در برخی قطعات زمان صورت نگرفته، طبعا نسبت به آن زمان ها اجرتی بر عهده مستاجر ثابت نیست. اين دو اثر وثمره در کتاب نظریه العقد سنهوری بیان شده و در کتاب المدخل الفقهی مصطفی زرقاء هم این دو ثمره ذکر شده است.[[4]](#footnote-4)

آیا این دو ثمره به همین نحوی که بیان شد بر این تقسیم مترتب است یا نه؟

به حسب آنچه در فقه امامیه عنوان شده (همانطور که بعدا بیان می شود) قاعده اولی در هر عقدی این است که فسخ موجب ابطال عقد من اوّل الامر می شود، یعنی عقد کأن لم یکن می شود و فسخ موجب می شود که عقد از زمان فسخ نسبت به زمان اول هم ملغی شود. بله، نسبت به زمانی که استفاده شده و از بین رفته از این باب که تصرف در ملک خود کرده جائز بوده، اما اگر نمائاتی در بین باشد مبیع با همه توابع به ملک بائع برمیگردد.

این قاعده اولیه ای است که در نوع کلمات فقهاء امامیه وارد شده است.اما در کلمات برخی فقهاء آمده است که در موارد فسخ بالخیار که برای یکی از طرفین شرط فسخ قرار داده شده، باید قائل به زوال عقد من حین الفسخ شویم نه من اوّل الامر. لذا در عقود مستمره که تنفیذ عقد در طول زمان است، باید تفصیل دهیم بین جواز فسخ و خیار به طبع اولی وبه حکم شرع، و بین خیاری که به شرط متعاقدین حاصل می شود. دلیل این تفصیل، ظهور و انصراف شرط خیار در تاثیر از زمان فسخ است. لذا در خصوص اجاره اینگونه تطبیق شده است که : اگر شخص خانه ایی را به مدت یکسال اجاره کرده بود و ظرف شش ماه صاحب خانه يا مستأجر بخاطر خیارش اجاره را فسخ کرد در اینصورت چنانچه حق خیار بواسطه شرط و جعل متعاقدین حاصل شده باشد دیگر این فسخ حاصل بالخیار المشترط نهایت چیزی که اقتضاء دارد اینست که از حالا به بعد یعنی در شش ماه دوم اجاره باطل بشود. اما نسبت به شش ماه قبل که سکنای خانه استیفاء شده نسبت به آن عقد سابق سرجایش باقی است. در حقیقت این شرط بین الطرفین برمیگردد به تفکیک و انحلال اجاره بسته شده ، کأنّ اجاره های متعددی بسته شده است به تعداد ماههای سال و حق خیاری که بحسب اشتراط متعاقدین برای یک طرف قرار داده شده ، این حق خیار موجب فسخ عقد و از بین بردن آن در مدت باقی از عقد میشود. بر این اساس در موارد اجاره نسبت به شش ماه سابق اجرت المسمی ثابت است چرا که عقد نسبت به آنها اثر خودش را دارد ولی نسبت به بعد از آن دیگر عقد منتفی میشود و طبعاً دیگر مستاجر نمیتواند تصرف در خانه بکند و اگر هم تصرف کرد میبایست اجرت المثل را بپردازد نه اجرت المسمی.[[5]](#footnote-5)

اما چنین نیست که در همه موارد عقود مستمره فسخ به معنای ازاله عقد از زمان فسخ باشد، بلکه قاعده اولی با توجه به معنای فسخ (که به مجموع عقد تعلق گرفته و اقتضاء می کند عقد را بذاته از بین ببرد) این است که فسخ من اول الامر باشد مگر در حق خیار ثابت بالشرط.

اما نسبت به اثر و فارق دوم یعنی متناظر بودن تعهدات در عقود مستمره، اشکال این است که در عقد یک مضمون عقد داریم و یک ترتیب اثر نسبت به مضمون عقد. در مثل بیع و اجاره مضمون عقد تملیک است (تملیک عین یا منفعت) و این مضمون به وسیله انشاء ایجاد می شود چه عقد فوری باشد چه مستمر. اما بعد از حصول ملکیت، این که بر بائع یا مشتری لازم باشد که فورا مال را تسلیم کند چه در عقود فوری و چه در عقود مستمر، این ترتیب اثر به مضمون عقد است نه خود مضمون عقد . التزام و پایبندی به نتیجه و ترتیب اثر به مضمون عقد، همان طور که در عقود مستمر، به صورت متناظر است، در عقود فوری هم به همین صورت است، لذا در بیع که عقد فوری است، در صورتی تسلیم مبیع بر بائع لازم است که مشتری ثمن را تحویل دهد اگر ثمن حال است.

پس متناظر بودن التزامات به همان نحوی که در عقود مستمره ثابت است، در عقود فوری هم وجود دارد. بله در عقود مستمره چون ترتیب اثر دادن به آن زمان ممتدی را اقتضاء دارد، طبعا التزام در هر قطعه ای از زمان متناظر با التزام در طرف آخر است، اما چنین نیست که این خصوصیت عقد مستمر باشد. فرق بین عقد مستمر و فوری، در اصل متناظر بودن التزامات نیست، بلکه فرق در این جهت است که در عقود فوری تناظر دفعی است و در عقود مستمر تناظر تدریجی است.

### تقسیم عقد به عقد اصلی و تبعی

تقسیم آخری که در کتاب نظریه العقد سنهوری از جهت طبیعت ذکر شده ، تقسیم عقد به عقد اصلی و عقد تبعی است. برای عقد اصلی و تبعی، در کتاب نظریه العقد تعریفی شده که در کلمات مصطفی زرقاء مورد اشکال قرار گرفته است. سنهوری گفته است عقد اصلی عقدی است که مستقل در وجود باشد و تابع عقد آخر نباشد مثل بیع و اجاره، اما عقد تبعی تابع عقد دیگری است که قبل از آن موجود شده مثل عقد رهن و عقد کفالت. عقد رهن به معنای وثیقه گذاشتن بر دین است، لذا باید در مرتبه سابق عقد دیگری که موجب دین است (مثل شراء یا قرض) انجام شده باشد تا عقد رهن موضوع پیدا کند.

ثمره این تقسیم را گفته اند این است که وقتی وجود عقد تبعی، تابع عقد دیگر شد، در مرحله بقاء هم مثل مرحله حدوث، تابع آن عقد است، لذا اگر عقدی که موجب دین شده از بین برود، عقد رهن هم از بین می رود.

اشکال مصطفی زرقاء به تعریف سنهوری: هرچند رهن و کفالت از مصاديق عقد تبعی است، اما آن چه عقد رهن و کفالت برای تحقق به آن احتیاج دارد، اصل وجود دین است و این که آن دین از چه راهی محقق شود مهم نیست. همانطور که دین ممکن است از راه عقد حاصل شود، ممکن است از راه دیگری مثل اتلاف حاصل شود که باز هم می تواند موضوع عقد رهن قرار بگیرد. لذا گفته اند صحیح این است که بگوییم عقد اصلی عقدی است که مستقل در وجود است و مرتبط به امر آخر نیست، و عقد تبعی عقدی است که غیرمستقل در وجود است و تابع حق آخر است (نه عقد آخر تا اشکال وارد شود).

اشکال دیگر به تعریف سنهوری: حتی اگر رهن و کفالت مختص به دین حاصل بالعقد باشد و دین حاصل از اتلاف را موضوع رهن و کفالت ندانیم، اما باز هم عقد رهن تابع عقد قبلی نیست بلکه تابع حق حاصل از عقد قبلی است. شاهد مطلب این است که اگر عقد قبلی باقی باشد ولی طلبکار مدیون را ابراء کرده باشد، رهن هم منتفی می شود چون رهن تابع دین است ولو اصل عقد سابق از بین نرفته و باقی است.

اشکال سوم: اين است که در عبارت سنهوری بیان شده که عقد تبعی عقدی است که تابع عقد دیگری است که قبل از آن موجود شده (وُجد قبله) این تقیید به وُجِدَ قبله ، در صورتی صحیح است که ما صحت عقد رهن و کفالت را متوقف بر وجود دین فعلی بدانیم ولی اگر دین فعلی در صحت رهن و کفالت دخالت نداشته باشد بلکه کفالت و رهن نسبت به دینی که در آینده موجود می شود هم صحیح باشد، این تقييد محل اشکال میشود. اما اگر عقد تبعی تعریف شود به عقدی که تابع حق آخر است و مرتبط با حق آخر است و قيد « وُجد قبله » را نیاوریم ، این مشکل حل میشود.[[6]](#footnote-6)

اينها اشکالات سه گانه ای است که به تعريف سنهوری از عقد تبعی شده است ، اشکال اول ودوم اشکال واردی است ، اما آيا اشکال سوم وارد است یا نه؟ این امر متوقف بر اینست که در صحت رهن وکفالت دین فعلی شرط نباشد ولی اگر گفتیم که اساساً مورد رهن وکفالت ، دین فعلی است در اینصورت تا وقتیکه دینی حاصل نشده باشد ، عقد واقع شده رهن يا کفالت نیست ، و بر اين مبنی عقد رهن قبل از حصول دین شبیه اسقاط ما لم یجب میشود همانطور که اگر شخص قبل از ثبوت حق ، آن را ابراء و اسقاط بکند میگویند که این ابراء و اسقاطش اثر ندارد چرا که اساساً موضوعی برای آن محقق نشده است نسبت به عقد رهن و کفالتی که قبل از حصول دین باشد هم این اشکال وجود دارد. بر این اساس این مناقشه سوم تمام نیست چرا که مبتنی بر این است که در صحت عقد رهن وکفالت دین فعلی شرط نباشد و این هم امر تمامی نیست.

1. - نظريظ العقد ص126-128 [↑](#footnote-ref-1)
2. - المستمسک ج12ص240-241 [↑](#footnote-ref-2)
3. - نظرية العقد ص139-140 [↑](#footnote-ref-3)
4. - نظرية العقد ص142-143 ، المدخل الفقهي العام ص645 [↑](#footnote-ref-4)
5. - این مطلب درفصل مسائل لزوم اجاره درمنهاج الصالحين مطرح شده است مرحوم آقای خوئی درمسأله401 فرموده اند: «إذا حصل الفسخ في عقد الإيجار ابتداء المدة فلا إشكال و إذا حصل أثناء المدة فالأقوى كونه موجبا لانفساخ العقد في جميع المدة فيرجع المستأجر بتمام المسمى و يكون للمؤجر أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى.» منهاج الصالحين (للخوئي)ج2ص85 . وآقای وحيدحفظه الله درتعليق براين مسأله می فرمايند :« هذا إذا كان سبب الخيار من الأول- كالغبن و نحوه- و أما إذا كان حاصلا في الأثناء- كما لو استأجر دابة إلى مسافة فاعيت و نحو ذلك- أو كان من جهة شرط الخيار لنفسه متى شاء فالأظهر الانفساخ من حين الفسخ.» منهاج الصالحين (للوحيد) ج‌3 ص 101 . وآقای سيستاني حفظه الله هم مسأله را به اينصورت تغيير داده اند:« مسألة 398: إذا حصل الفسخ في عقد الإيجار ابتداء المدة فلا إشكال و إذا حصل أثناء المدة فإن لم يكن الخيار مجعولًا للفاسخ على نحو يقتضي التبعيض و بطلان الإجارة بالنسبة إلى ما بقي خاصة كما هو الحال في شرط الخيار غالباً فالأقوى كونه موجباً لانفساخ العقد في جميع المدة فيرجع المستأجر بتمام المسمى و يكون للمؤجر أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى. منهاج الصالحين (للسيستاني) ج‌2 ص 118 .

   [↑](#footnote-ref-5)
6. - المدخل الفقهي العام ص647 [↑](#footnote-ref-6)