

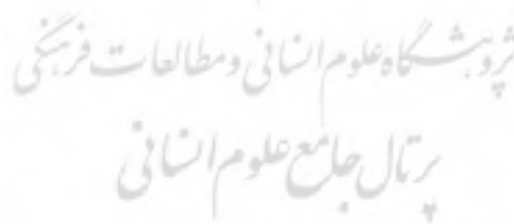
The Transition of Shi'a Jurists from Formalism

Sajjad Shahbaz Qahfarrokhi¹

Abstract

It has become known that Shiite jurists, possibly inspired by Roman law, have accepted the authenticity of form and formalism in contracts and considered the use of specific words for each contract as part of the nature of the contract. Although evidence of this notion can perhaps be found among some jurists, most jurists have passed over it with detailed critical arguments. In this article, by addressing three topics: the requirement of verbal formula in contracts, the analysis of the requirement of past-tense (māḍi awiyya) in contracts, and the issue of conformity and order of offer and acceptance, an attempt has been made to clarify the basis of the opinions of early jurists and to analyze the views of later jurists that have been organized on the same foundation. This article demonstrates that what has been central and foundational in juristic analyses is merely the clear and undeniable expression of intent; otherwise, from the perspective of juristic evidence, there is no reason for the necessity of using a specific form for the validation of a contract. At the end of this article, it is also briefly addressed that the registration of important and valuable contracts can be considered necessary based on the principle of rational construction, and accordingly, if social conditions change and new technologies emerge, it may be possible to move beyond this stage.

Keywords: Offer and Acceptance, Evolution of Jurisprudence, Formalism, Contract Formula, Legal Formalism



1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law; Faculty of Humanities; Shahrekord University; Shahrekord, Iran.
(Corresponding Author): sajjadshahbaz@sku.ac.ir



گذر فقهای شیعه از شکل‌گرایی

سجاد شهباز قهفرخی *

چکیده

معروف شده است که فقهای شیعه احتمالاً با الهام از حقوق رُم، اصالت شکل و فرمالیسم را در عقود پذیرفته و استفاده از الفاظ خاص را برای هر عقد، جزء ماهیت عقد تلقی نموده‌اند. اگرچه شاید بتوان شواهدی دال بر وجود این انگاره بین برخی فقهای یافت، اما اکثر فقها با طرح استدلالی انتقادات مفصل از این اندیشه گذر کرده‌اند. در این مقاله با طرح سه موضوع اشتراط صیغه لفظی در قراردادهای، تحلیل اشتراط ماضویت در عقود و مسئله تطابق و ترتیب ایجاب و قبول تلاش شده است، ضمن ارائه نظرات فقهای سلف، مبنای نظر ایشان روشن شده و نظرات فقهای متأخر را که بر همان اساس سامان یافته است، تحلیل شود. در این مقاله نشان داده شده است که آنچه محور و مبنای تحلیل‌های فقهی بوده صرفاً بیان قصد به نحو روشن و غیرقابل خدشه بوده است و الا از منظر ادله فقهی دلیلی بر ضرورت استفاده از شکل خاص برای تحقق عقد وجود ندارد. در پایان این مقاله نیز به صورت مختصر به این مسئله پرداخته شده است که ثبت قراردادهای مهم و باارزش را می‌توان با استناد به دلیل بنای عقلا، ضروری انگاشت و به تبع در صورت تغییر شرایط جامعه و ظهور فناوری‌های نوین می‌توان از این مرحله نیز گذر کرد.

واژگان کلیدی: ایجاب و قبول، تحول فقه، شکل‌گرایی، صیغه عقد، فرمالیسم حقوقی.

* استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی؛ دانشکده علوم انسانی؛ دانشگاه شهرکرد؛ شهرکرد، ایران. (نویسنده

مسئول)

مقدمه

تاریخ‌نگاران حقوق ایران با طرح این ادعا که مکتب اصولی فقهای مسلمان، احتمالاً با الهام از حقوق رُم، اصالت شکل (فرمالیسم) را در عقود پذیرفته بودند و لفظ (صیغه خاص هر عقد) را جزء ماهیت حقوقی عقد تلقی نموده بودند، موجب رواج این اندیشه شدند که فقهای مسلمان فرمالیسم بوده‌اند. ایشان با استناد به اختلافات مطروحه در بحث معاطات، به کار رفتن صیغه خاص را در شمار اجزاء تشکیل‌دهنده ماهیت عقد دانسته و به همین جهت عقود را صوری می‌انگاشتند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: صفحات ۲۶۷ تا ۲۶۹ و ۳۴۱) فروع فقهای که باعث تشدید این دیدگاه شده‌اند عبارت‌اند از اشتراط صیغه لفظی در مطلق عقود؛ اشتراط ماضویت و عربیت صیغه و اشتراط تطابق و ترتیب بین ایجاب و قبول. در این مقاله به بررسی برخی از این فروع پرداخته شده است و در مورد نقش بنای عقلا در تحول دیدگاه‌های فقهای نیز مورد تحلیل قرار گرفته است. این مقاله بر طرح مسئله با تأکید بر حقوق قراردادها استوار است و از طرح مسئله عقد نکاح که دارای حساسیت‌ها و احتیاط‌های خاص است پرهیز شده است.

در این مقاله داده‌ها با روش مراجعه مستقیم به منابع اصیل فقه شیعه جمع‌آوری شده است و سپس با روش توصیفی-تحلیلی به بیان، نقد و بررسی اندیشه‌ها پرداخته شده است.

۱. مفهوم شکل‌گرایی

برخی نویسندگان، خاستگاه نخستین شکل‌گرایی را به فیلسوفانی چون افلاطون و ارسطو نسبت می‌دهند. این دو متفکر در زمینه فلسفه هنر و زیبایی‌شناسی به رابطه میان «شکل» و «محتوا» در آثار هنری و تأثیرات متقابل آن‌ها توجه داشته‌اند. با این حال، تاریخ دقیق کاربرد اصطلاح «شکل‌گرایی» در علم حقوق مشخص و مستند نیست. برخی پژوهشگران حقوق عرفی (کامن‌لا) آغاز استفاده از این اصطلاح را به سده دوازدهم میلادی در انگلستان نسبت می‌دهند. در آن زمان، برای سامان‌دهی بهتر دعاوی و کاهش اطاله دادرسی، برگه‌هایی از پیش طراحی شده بود تا اشخاص بتوانند خواسته‌های خود را در قالب آن‌ها به محاکم ارائه کنند. دادگاه‌ها ابتدا براساس شکل و قالب درخواست‌ها، ماهیت دعوا را شناسایی کرده و سپس قواعد حقوقی مربوطه را اعمال می‌کردند. با گذشت زمان، دستگاه قضا در استفاده از این برگه‌ها دچار افراط شد و به تدریج محتوا در سایه توجه افراطی به ظاهر قرار گرفت. (راسخ و پورسیدآقایی، ۱۳۹۵، ۷۰)

شکل‌گرایی حقوقی اغلب به معنای غلبه کامل ظاهر قاعده حقوقی بر محتوای آن درک می‌شود؛ به‌گونه‌ای که متن و ظاهر ماده قانونی، بدون توجه به اهداف یا ارزش‌های زیربنایی، مبنای اصلی تفسیر و اجرا قرار می‌گیرد. از منظر شکل‌گرایان، حقوق یک نظام بسته است که در نهایت به اراده قانونگذار وابسته بوده و از ملاحظات ارزشی، اخلاقی و محتوایی فاصله می‌گیرد. در عرصه قضاوت، این رویکرد منجر به حاکمیت قیاس‌گرایی می‌شود و در قلمرو قانونگذاری نیز به تفسیر متن محور و ظاهری می‌انجامد. (راسخ، ۱۳۸۱: ۳۸) ضمانت اجرای شکل‌گرایی در مفهوم مضیق، بر اصل «همه یا هیچ» استوار است. در این دیدگاه، عمل حقوقی در صورتی معتبر شناخته می‌شود که تمام شرایط شکلی مقرر رعایت شده باشد و در غیر این صورت، به‌طور کامل باطل خواهد بود. این رویکرد در جوامع باستانی حاکمیت گسترده‌ای داشت و هیچ‌جاگاهی برای اراده و قصد فردی باقی نمی‌گذاشت. در چنین نظامی، علت‌های مادی، فاعلی و غایی عمل حقوقی، در نهایت به اشکال معین و انحصاری باز می‌گشت. از نظر تاریخی، همواره «شکل‌گرایی مضیق» مورد توجه بخشی از حقوق‌دانان بوده است. این گروه معتقد بودند در نظام‌های حقوقی‌ای که شکل و تشریفات حاکم است، صرف انجام تشریفات از پیش تعیین شده، برای تحقق عمل حقوقی کافی است و قصد و اراده فاعل نقش محوری ندارد. گفته‌اند حقوق‌دانان کلاسیک و برخی از نویسندگان معاصر بر این باورند که شکل‌گرایی صرفاً در جایی محقق می‌شود که رعایت یک شکل خاص و انحصاری شرط صحت و اعتبار عمل حقوقی باشد. در این صورت، تمام تأکید بر تشریفات متمرکز می‌شود و دیگر عناصر، به‌ویژه قصد و اراده، در حاشیه قرار می‌گیرند. در مقابل، برخی دیگر تعریف گسترده‌تری از شکل‌گرایی ارائه کرده‌اند که دامنه وسیع‌تری از اعمال و قواعد را در بر می‌گیرد. (قاسمی، ۱۳۸۵: ۴۳-۴۶)

در این مقاله، تعریف ارائه‌شده توسط دکتر محسن قاسمی در رساله دکتری ایشان با عنوان «شکل‌گرایی در حقوق مدنی» معیار قرار گرفته است. ایشان معتقدند: «شکل‌گرایی یا فرمالیسم یعنی اصالت شکل‌های معین انحصاری و فاقد معادل الزام‌آور و دارای ضمانت اجرا که به نوعی بر اراده فردی تحمیل می‌گردند و وقوع و صحت یا یکی از مراتب اثرگذاری عمل حقوقی یا عدم مجازات و تنبیه یا مسئولیت مدنی فاعل آن را مقید و مشروط می‌سازد.»

همان‌گونه که دکتر قاسمی تأکید کرده‌اند، در مقابل این دیدگاه، نظریه «اصالت رضا» قرار می‌گیرد. اصالت رضا به معنای آزادی در انتخاب شکل و تجلی اراده است و بر این باور استوار

است که تحقق آثار حقوقی وابسته به شکل خاصی نیست و شکل صرفاً وسیله‌ای برای بروز اراده می‌باشد، نه شرط انحصاری صحت. (قاسمی، ۱۳۸۵، ۵۰-۵۵)

بدین‌سان در این مقاله مفهومی از شکل‌گرایی مورد بررسی است که معیار اصلی خود را بر «در نظر نگرفتن قصد واقعی» و تکیه صرف بر ضرورت رعایت «لفظ» یا «شکل خاص» جهت تحقق عمل حقوقی قرار داده است.

۲. تطور اشتراط صیغه لفظی در قراردادها

فقه‌های متقدم در تحقق عقود و ایقاعات برای صیغه لفظی ارزش و جایگاه خاصی قائل بودند. تعریف بیع^۱ به «لفظ» دال بر نقل ملک به عوض معلوم^۲ و تأکید بر عنصر «لفظ» در تحقق بیع، این اهمیت را نشان می‌دهد. برخی دیگر نیز در تعریف بیع، آن را عبارت از «ایجاب و قبول دال بر نقل ملک» دانسته‌اند. (عاملی، ۱۴۱۲: ج ۱، ص ۲۷۵ و همو، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۴۳) صاحب‌جوهر لزوم صیغه لفظی را از ضروریات مذهب اعلام نموده است. (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۲، ۲۰۹ و ۲۱۰) البته برخی دیگر از فقها ضمن تصریح به لزوم استعمال لفظ در تحقق عقد بیع، فلسفه آن را جنبه کاشفیت صیغه از رضایت باطنی اعلام داشته‌اند. (حلی، ۱۳۸۷: ج ۱، ص: ۴۱۲) البته همو در ذیل بحث نکاح^۳ گفته: «با استقراء متوجه می‌شویم که شارع برای هر عقد لازمی، صیغه مخصوص وضع کرده است». (حلی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۲) از آنجا که وجود لفظ برای تحقق عقود ضروری انگاشته می‌شد،^۴ «معاطات»^۵ معرکه آراء شده و در مورد لزوم وجود صیغه لفظی در تحقق بیع و انتقال

۱. لازم به ذکر است در کتب فقهی قواعد عمومی قراردادها عموماً در ذیل بحث بیع مطرح می‌گردد. از این‌رو اشاره به بیع به‌عنوان محوری‌ترین عقد در مباحث فقهی، بیانگر دیدگاه‌های فقهای عظام است.
۲. «العقد هو اللفظ الدال علی نقل الملک من مالک الی آخر بعوض معلوم»
۳. این گفته در ذیل بحث نکاح آمده است و به دلیل حساسیت موضوع، حتی فقهای معاصر نیز به لزوم بیان صیغه در نکاح و طلاق فتوا داده‌اند.
۴. این ضروری‌دانستن تا بدانجا رسیده است که در مقدمه کتاب صیغ العقود و الایقاعات نگاشته شده است: «عقد عبارت است از صیغه شرعیه که لابد است از برای آن صیغه از وجود متخاطبین... تا اینکه مترتب شود بر آن صیغه نقل ملک یا سقوط حقی یا...» نگاه شود به صیغ العقود و الایقاعات، ص ۲۴.
۵. همان‌گونه که شیخ انصاری فرموده است: معاطات به دو گونه ممکن است محل بحث واقع شود. گاه مراد طرفین از دادوستد صرفاً ایجاد اباحه تصرف برای دیگری است و گاهی مراد ایشان از این فعل-دادوستد- تملیک و تملک است. (انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۲۳) اما آنچه محور مباحث است فرضی است که طرفین تمام شرایط عقد بیع را داشته باشند و صرفاً الفاظ عقد بیع را به‌کار نبرده باشند.

مالکیت بحث‌های زیادی مطرح گردید. تغییر نظرات فقهی در مورد معاطات از عدم صحت مطلق تا صحت کامل، نشانه اثرگذاری رفتار عقلا بر نظر فقهی است. برخی قائل به فساد و بی‌اثری آن بوده‌اند؛ (ابن‌زهره، ۱۴۱۷: ص ۲۱۴) برخی دیگر آن را مفید ملکیت جائز و متزلزل انگاشته که با تلف احدالعوضین ملک لازم می‌شود؛ (حلی، ۱۴۲۰: ج ۱، ۱۶۴ و محقق کرکی، ۱۴۱۴: ج ۴: ۵۸) مشهور آن را مطلقاً مفید اباحه تصرف دانسته‌اند، به نحوی که بعد از تلف احدالعوضین، مالکیت مستقر می‌شود؛ (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۲۵۰ و حلی، ۱۴۰۸: ج ۱: ۲۷۶ و شهید اول، بی‌تا: ص ۱۷۸؛ انتساب این قول به مشهور توسط شیخ انصاری در: انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۲۴) برخی دیگر نیز معاطات را صرفاً اباحه تصرف دانسته که هیچ مالکیتی را سبب نمی‌شود؛ (طوسی، ۱۴۱۷: ج ۲: ۵۲۲ و شهید اول، ۱۴۱۷: ۳۴۳) فقهای متأخر پا را فراتر نهاده و معاطات را سبب مالکیت لازم دانسته و فرقی بین بیع معاطاتی و بیع با صیغه نگذارده‌اند. ایشان تراضی و قصد را در تحقق ماهیت حقوقی شرط دانسته و انشای لفظی و فعلی را یکسان دانسته‌اند. (فیض‌کاشانی، بی‌تا: ج ۳: ۴۸؛ انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۱۰۵؛ یزدی، ۱۴۲۱: ج ۱: ۶۸؛ حکیم، ۱۴۱۰: ج ۲: ۲۲؛ خوانساری، ۱۴۱۲: ج ۳: ۷۱؛ خمینی، ۱۴۱۸: ج ۱: ۴۶۵؛ خویی، ۱۴۳۰: ج ۲: ۲۰ و ۲۱) فقهای معاصر نیز معاطات را معامله‌ایی مستقل و لازم اعلام کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ج ۲، ۳۷۹)

اگرچه باید پذیرفت که دلالت افعال بر مقصود کمتر از صراحت و دلالت افعال بر قصد است و یکی از اغراض شارع در تشریح عقود، قطع نزاعات احتمالی آینده و از بین بردن ریشه اختلافات است؛ (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱) لیکن معیار در تحقق ماهیت عمل حقوقی، قصد است. به عبارت دیگر مدلول مهم است نه دال. آنچه باعث گردید تا بحث از معاطات و اثر آن کم‌رنگ‌تر شود همین نکته است که فقها به مرور با استقبال از فهم متعارف و رویه عملی عقلایی جامعه، از اصرار خود بر وجود شکل و فرم خاص برای تحقق عقد گذر نمودند و برخی نیز دلیل آن را نیز صراحتاً به سیره و بنای عقلا مستند نموده‌اند.^۱

شیخ انصاری با استناد به سیره عقلا اثر مملک بودن را برای معاطات به رسمیت شناخته و می‌نگارد: «سیره مستمره این است که اشخاص مأخوذ به معاطات را ملک خود دانسته و آثار

۱. و تکلیف فهمه من لفظ البیع من قبیل الألغاز و التعمیه الغیر اللائق بالشارع و اللفظ لم یکن سبباً للنقل بعینه بل لدلالته و الفعل أيضاً دال علی المقصود دلالة مستمرة فی العادة، فانضم الیه مسیس الحاجة و سیره الأولین. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی مفاتیح الشرائع؛ ج ۳، ص: ۴۸

مالکیت بر آن مترتب می‌سازند.» (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۴۰) از ظاهر کلام شیخ استفاده می‌شود که ایشان با متصل نمودن سیره عقلا از زمان خود به زمان معصومین تلاش داشته تا از بنای عقلا به عنوان مشرّع بهره ببرد و از این رو در ادامه به بحث از اثبات استمرار این سیره تا زمان معصومین و همچنین خاستگاه سیره پرداخته است^۱ که محل مباحث فقهی حاشیه‌نویسان قرار گرفته است.^۲ فقیه دیگری نیز در استناد به بنای عقلا تلاش دارد تا با اثبات وجود سیره و استمرار آن تا زمان معصومین، سببیت معاطات در ایقاعات را اثبات نماید. (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲: ۱۰۰)

اما به نظر می‌رسد نیازی به این تلاش نیست؛ بلکه اگر گفته شود بنای عقلا فعل موضوع معاطات را «دال بر قصد» دو طرف دانسته و در نتیجه «احراز قصد» حکم به انتقال مالکیت داده است، بنای عقلا به نحو تنقیح ثبوتی در موضوع مداخله نموده و بنای عقلا در این مورد از طریق شناسایی روشی نوین - دادوستد بدون لفظ - ابراز قصد را به گونه‌ای دیگر ممکن دانسته است.

فقیه دیگری ابتدا ادله صحت بیع معاطاتی را منحصر در ادله لفظی عام نموده و سپس با گسترش دایره موضوع انشاء و تصریح به اینکه انشاء معاملات دایر مدار اسباب خاصی نیست، هر امری را که نزد عقلا موجب انشاء قصد باشد، سبب تحقق ماهیت حقوقی دانسته است.^۳ با همین استدلال می‌توان در مواردی که اشاره مفهوم و دال بر قصد انشاء انتقالی است حکم به بیع بودن عمل داد و احکام و آثار بیع را جاری و ساری دانست.

۱. أمّا ثبوت السيرة واستمرارها على التورث، فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم، كما لا يخفى. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثية)؛ ج ۳، ص: ۴۲

۲. برای نمونه نگاه کنید به: امامی خوانساری، محمد، الحاشیه الثانیه علی المکاسب، ص ۸۴ و جزائری، محمدجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۳۷۲ و یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۶۸.

۳. فإنّ دليل صحة المعاطاة إن كانت هي الأدلة اللفظية المتقدمة فإطلاقها كما ينفي اعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي اعتبار الفعل فكل ما حصل به إنشاء المعاملة صح بمقتضى تلك الأدلة وإن كانت هي السيرة والإجماع فكل أحد يعلم أنّ السيرة لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصة بل كل ما حصل به إنشاء المعاملة من قول أو فعل أو إشارة كفي في ترتيب أثر المعاملة عند العقلاء. حاشية المكاسب (للایروانی)؛ ج ۱، ص: ۸۳

توجه به نقش بنای عقلا در این موارد باعث کاهش مباحث لفظی و اختلافات فقهی خواهد شد و به‌عنوان نمونه بحث از لزوم عربیت صیغه عقد منتفی خواهد بود.^۱ چه اینکه هیچ فقهی در تحقق ماهیت حقوقی با قصد طرفین تردید ندارد و صرفاً محل بحث در چگونگی دلالت «دال» است؛ که آیا صرفاً الفاظ چنین قدرتی دارند یا فعل و اشاره همچنین قدرت دلالتی را دارند.

۳. تحلیل شرط ماضویت در قراردادها

یکی از شروطی که برای صحت صیغه لفظی عقود توسط فقها مطرح شده، شرط ماضی بودن صیغه است. (شهید اول، ۱۴۱۷: ج ۳، ۱۹۱؛ المحقق الأردبیلی، ۱۴۰۳: ج ۸: ۱۴۵ و فیض کاشانی، بی تا: ج ۳: ۴۹ و عاملی، ۱۴۱۹: ج ۴: ۱۶۲) صیغه ماضی، بیانگر اراده انشایی عاقد است؛ اما از صیغه امر یا مستقبل نمی‌توان حرکت اراده و انشاء را استنباط نمود. از صیغه امر، تقاضا و دستور فهمیده می‌شود نه حرکت اراده. همچنین صیغه آینده نیز به وعده‌دادن شباهت دارد نه ایجاب یا قبول قطعی که حاکی از اراده قطعی فعلی باشد. ضمن اینکه اراده قصد انشاء از فعل در صیغه آینده، برخلاف متعارف است. (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۱۳۸)

از این رو نباید شرط ماضی بودن صیغه را به حساب شکل‌گرا بودن فقها گذارد؛ بلکه مراد ایشان از تأکید بر لزوم ماضویت صیغه، دلالت صریح فعل بر اراده متعاملین است. کما اینکه شیخ انصاری در پاسخ به نظر برخی فقها^۲ و برخی روایات^۳ در مورد عدم اشتراط ماضویت تأکید می‌نماید که آنچه مهم است صراحت فعل در انشاء اراده است به نحوی که برای فهم مراد استعمالی جدی به قرینه مقامی نیاز نباشد. (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۱۴۰)

عقلا فهم متعارف از الفاظ عقود را معیار قرار می‌دهند. به‌عنوان نمونه عقلا بین دو جمله ذیل تفاوت عمیق قائل هستند: ۱. خانه‌ام را فروختم. ۲. خانه‌ام را خواهم فروخت. صرفاً در جمله نخست حرکت اراده و قصد به سوی بیع را می‌توان استنباط نمود تا با جمع سایر شرایط حکم به

۱. لازم به تصریح است که در خصوص نکاح و طلاق و به‌طور کلی ماهیات حقوقی راجع به بحث نکاح به دلیل پررنگ بودن عنصر احتیاط باید بحث را به نحو مستقل مطرح نمود. گفتگوها در اینجا صرفاً ناظر بر سایر قراردادها و اعمال حقوقی است.

۲. شیخ انصاری این نظر را به قاضی ابن جنید اسکافی منتسب نموده است، اما در کتب ایشان این نظر یافت نشد. البته علامه حلی در مختلف الشیعه جلد ۵، ص ۵۳ این نظر را بیان کرده است.

۳. نظیر الوسائل ۱۲: ۲۵۹، الباب ۸ و ۱۱ من أبواب أحكام العقد.

تحقق بیع صادر گردد. فلذا این شرط منطبق با بنا و روش عقلایی حاکم بر نحوه گفتگوهای بشری است.

۴. تحلیل شرط تطابق و ترتیب ایجاب و قبول در قراردادها

دیگر شرطی که توسط فقها مطرح شده است، شرط تطابق بین ایجاب و قبول است. (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳: ۱۷۵) مراد این است که قبول‌کننده در بیع، باید دقیقاً همان ایجابی را بپذیرد که توسط طرف دیگر پیشنهاد شده است و در صورتی که شرطی یا قیدی بر آن بیفزاید، شرط تطابق منتفی شده و عقدی ایجاد نمی‌شود.^۱ در مواردی که ایجابی به‌نحو متقابل مطرح می‌شود ایجاب سابق معدوم شده و امکان بازگشت به آن وجود ندارد.^۲

این شرط را می‌توان با مفهوم «ایجاب متقابل» که در کامن‌لا و در بند نخست ماده ۲۰۸-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا و ماده ۱۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و ماده ۱۱-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی آمده، مقایسه نمود. در این اسناد نیز پاسخ به ایجاب که به ظاهر حاوی قبول اما در واقع حاوی اضافات، محدودیت‌ها یا اصلاحات دیگری است، رد ایجاب محسوب می‌شود.^۳

تفاوت در این است که از منظر اسناد پیش‌گفته «پاسخ حاوی اضافات»، ایجاب متقابل است اما فقها عنوان خاصی به آن نداده و از آن بحث نکرده‌اند. البته پذیرش «پاسخ حاوی اضافات» به‌عنوان ایجاب جدید خالی از اشکال به‌نظر می‌رسد؛ خصوصاً اینکه از نظر فقها تعابیر بائع و مشتری اعتباری است.

ملاحظه می‌گردد که در این مورد نیز سخن و دغدغه فقها ناظر بر تحقق و توافق دو قصد به‌عنوان عنصر سازنده ماهیت حقوقی است و این سخن نیز منطبق با بنای عقلا است.

۱. ماده ۱۹۴ قانون مدنی نیز همین شرط را بیان داشته است.

2. Teacher, Law. (November 2013). Hyde v Wrench - 1840. Retrieved from <https://www.lawteacher.net/cases/hyde-v-wrench.php?vref=1>

۳. در کامن‌لا نیز قبول باید منعکس‌کننده ایجاب باشد. از این موضوع در قاعده Mirror Image Rule یاد می‌شود.

See, Newspaper Readers Serv. Inc. v. Canonsburg Pottery Co. 146 F.2d 963 (3d Cir. 1945); Richardson v. Greensboro Warehouse & Storage Co. 223 N.C. 344, 26 S.E.2d 897 (1943); J. R. Stone Co. Inc. v. Keate, 576 P.2d 1285 (Utah 1978); see also Pickett v. Miller, 76 N.M. 105, 412 P.2d 400 (1966).

اما در مورد اشتراط ترتیب و توالی ایجاب و قبول با یکدیگر نیز فقها طرح بحث داشته‌اند. در مورد ضرورت ترتیب و تقدم ایجاب و قبول از قول شیخ طوسی ادعای اجماع شده است؛ اگرچه صاحب جواهر تأکید نموده که چنین اجماعی در کتب شیخ طوسی یافت نشده است؛ (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲: ۲۵۴) باین وجود، برخی از فقها قائل به لزوم تقدم ایجاب بر قبول شده‌اند.^۱ از آنجا که قبول «امر اضافی» است و فرع بر ایجاب است، این نظر تقویت می‌شود؛ اما بسیاری از فقها این توالی را ضروری ندانسته و گفته‌اند معوض بودن مبیع و ثمن از امور اضافی متعکس است و فرقی نمی‌کند که کدام زودتر بیان شود. البته الفاظی که در قبول مقدم گفته می‌شود باید بعد از انضمام به ایجاب مؤخر معنا داشته باشند. فلذا کلمه «قبلت» را نمی‌توان مقدم بر ایجاب بیان کرد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲: ۲۵۵ و انصاری، ۱۴۱۵: ۳: ۱۴۳ و ۱۵۲) در اینجا معیار معناداشتن عبارت حاصله از ترکیب دو رکن عقد است و اینکه قصد طرفین به صورت صریح قابل استنتاج باشد. از این رو این شرط نیز منطبق با رفتار و بنای عقلا است. هرگاه انشاء قبول مشتمل بر انشاء نقل و انتقال مالکیت-در بیع- و حاکی از رضایت به انشاء مؤخر باین باشد، معتبر بوده و در تقدم و تأخر آن تفاوتی نیست. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳: ۱۵۲) در خصوص بیع و قراردادهای معوض باید گفت که مغایرت بین ایجاب و قبول اعتباری است. بدین بیان که هر یک از بائع و مشتری ملتزم به انتقال مالکیت خود به دیگری در برابر عوضی هستند و هر یک در برابر تملیک مال خود به دیگری، شی جدیدی را به مالکیت خود وارد می‌کنند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳: ۱۵۶) از این رو این تغایر اعتباری باعث می‌شود تا تقدیم قبول بر ایجاب خالی از اشکال باشد.

اتصال و توالی عرفی بین ایجاب و قبول نیز مورد تأکید فقها بوده است. توالی و اتصال عرفی بین ایجاب و قبول باعث می‌گردد تا هیئت عرفی عقد رعایت گردد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲: ۲۵۵) برای تحقق موضوعی که دارای ماهیتی متدرج و چندبخشی است باید صورت اتصالی عرفی آن رعایت گردد. همان‌گونه که نماز دارای اتصالی عرفی است، بیع نیز که مرکب از دو رکن ایجاب و قبول است صورت اتصالی عرفی داشته و بروز فاصله غیرمتعارف در بین دو رکن آن باعث می‌گردد عنوان موضوعی ادله‌ای نظیر «احل الله البیع» ایجاد نشود. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳: ۱۵۸)

۱. نگاه شود به شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۹؛ همو، الوسيله، ص ۲۳۷؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص

۲۴۳؛ حلی، تذکره الفقها، ج ۱۰، ص ۸ و محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۰

رعایت توالی عرفی بین ایجاب و قبول در بند دوم ماده ۲-۲۰۶ اصول حقوق قراردادهای اروپا آمده است و مقرر شده چنانچه زمانی از سوی ایجاب‌کننده معین نشده باشد، قبول باید در مدتی متعارف به ایجاب‌کننده برسد.

۵. شکل به عنوان اثبات‌کننده اراده

یکی از آثار پذیرش تفاوت بین عالم ثبوت و اثبات این است که بتوان تصور نمود عمل حقوقی در عالم ثبوت و تحقق، واقع شده باشد، اما نتوان این تحقق و عینیت یافتن را به دیگران شناساند و نشان داد. شکل در کارکرد اثباتی خود نقشی بیش از این ندارد که در مرحله بروز اختلاف و اقامه دعوا ذی‌حق را یاری رساند. ایجاد امنیت حقوقی، جلوگیری از ایجاد اختلاف، تسریع در اثبات حق و جلوگیری از تزیاد دعاوی را می‌توان به عنوان فواید این‌گونه کارکرد شکل برشمرد. عقلاً در پی بهره‌بردن از نقش اثباتی این‌گونه کارکرد هستند و از این رو مانع ماهوی وجود ندارد.

ناگفته نماند روش عقلایی مرسوم امروز باعث شده تا برخی فقهای معاصر برخلاف فقهای سلف که نهایتاً نقش اثباتی برای کتابت قائل بودند، پا را فراتر گذاشته و برای کتابت عقد ارزش ثبوتی قائل شوند. ایشان مستند به عرف جامعه امروز و باتوجه به روش عقلاً که انشاء عقود مهم را با کتابت دانسته و حتی تنها راه انشاء را نگاشتن و انعقاد کتبی قرارداد دانسته‌اند، رأی بر جواز انشاء کتبی عقود داده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۹۷)

در اینجا نیز فتوای فقیه معاصر منطبق با بنای روش عقلایی مرسوم بوده و بنای عقلاً موجبات بازاندیشی در ادله شرعی و فتوا و عدول از نظرات مشهور فقهای سلف را فراهم نموده است. بسیاری فقها تحقق عقد با کتابت را صرفاً در مواردی جواز دانسته بودند که تکلم مقدور نباشد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۶۰) باید به این مطلب اندیشید که در زمان صدور آن فتاوی اکثر مردم جامعه بی‌سواد بوده و کتابت به‌عنوان روش ثبوت و تحقق و انشاء عقد مورد توجه و عمل اکثر جامعه نبوده است؛ اما اکنون که عموم مردم باسواد شده و به دلیل ملاحظات و احتیاطاتی (نظیر سهولت اثبات) بیع مهم خود را فقط هنگامی قطعی می‌دانند که مکتوب شده باشد، در واقع بنا و سیره عقلایی شکل گرفته است که موجب تغییر در فتوای فقهای معاصر گردیده است.

برهمن بنا باید افزود که مکتوب و رسمی شدن معاملات مهم - صرف نظر از اینکه راجع به اموال منقول باشند یا غیر منقول - امری عقلایی است که شرایط و وضعیت اجتماعی - تجاری و

اقتصادی موجب آن شده است. چه بسا با تغییر در فناوری و یا شرایط جامعه، روزی فرارسد که نیاز به ثبت معاملات نباشد.

نتیجه‌گیری

مقاله حاضر با بررسی سه محور اصلی در فقه شیعه-اشتراط صیغه لفظی، شرط ماضویت در الفاظ و تطابق ایجاب و قبول-تلاش کرده است تا گذر فقها از رویکرد شکل‌گرایانه به سمت تأکید بر قصد و نیت به‌عنوان محور تحقق ماهیت حقوقی عقود را تبیین کند. یافته‌ها نشان می‌دهد اگرچه فقهای متقدم با تکیه بر ظواهر ادله، اصالت شکل و فرمالیسم را در عقود ضروری می‌دانستند، فقهای متأخر با نقد این رویکرد، معیار اصلی را «احراز قصد متعاملین» قرار داده‌اند. این تحول به‌ویژه در تحلیل مسئله معاطات آشکار است؛ جایی که فقها از انکار اولیه معاملات بدون صیغه لفظی، به تدریج به پذیرش آن به‌عنوان عقدی مستقل و لازم رسیدند. این تغییر، ناشی از تعامل فقه با بنای عقلا و رفتارهای عرفی جامعه بود که دلالت افعال و ترازی عملی را بر قصد طرفین کافی می‌شمرد. در موضوع شرط ماضویت و تطابق ایجاب و قبول نیز نشان داده شد که دغدغه فقها نه پیروی کورکورانه از شکل، بلکه تأکید بر صراحت دلالت بر اراده بوده است. به‌عنوان مثال، ماضویت صیغه نه به‌عنوان فرمالیسم، بلکه به‌مثابه ابزاری برای اطمینان از قطعیت قصد تحلیل شده است. افزون‌براین، تطابق ایجاب و قبول- با وجود تشابهاتش با نظام‌های حقوقی مدرن- نشانگر تلاش فقها برای تضمین توافق واقعی دو اراده است. نکته کلیدی این است که فقه شیعه با تکیه بر انعطاف‌پذیری ادله و هماهنگی با سیره عقلا، همواره توانسته است خود را با نیازهای متغیر جامعه تطبیق دهد. نمونه بارز این انعطاف، پذیرش انشاء کتبی عقود در دوران معاصر است که با تغییر شرایط اجتماعی- مانند گسترش سواد- از نقش صرفاً اثباتی به نقشی ثبوتی ارتقا یافته است. این رویکرد ثابت می‌کند که فرمالیسم نه به‌عنوان هدف، بلکه به‌مثابه ابزاری برای تحقق عدالت و امنیت حقوقی در پرتو قصد طرفین، همواره قابل بازنگری است. درنهایت، مقاله پیش‌بینی می‌کند که با تحول فناوری‌ها و روش‌های نوین معاملات اجتماعی، حتی الزامات کنونی مانند ثبت رسمی نیز ممکن است جای خود را به سازوکارهای کارآمدتر مبتنی بر اعتماد و شفافیت بدهد.

منابع:

۱. ابن‌ادریس، محمدبن احمد (۱۴۱۰). *السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی*، به تصحیح الموسوی، حسن بن احمد و ابن مسیح، ابوالحسن، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲. اردبیلی، احمدبن محمد (۱۴۰۳). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، محقق/ مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی پناه اشتهااردی - آقاحسین یزدی اصفهانی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳. حلبی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، قم.
۴. حلّی، جعفر بن حسن محقق حلّی (۱۴۰۸). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، محقق/ مصحح: عبدالحسین محمدعلی بقال، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۵. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)*، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، قم.
۶. حلّی، فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۷. حکیم، سیدمحسن طباطبایی (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین (المحسّی)*، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت.
۸. خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۹. راسخ، محمد و پورسید آقایی، سیدحمید. (۱۳۹۵). *نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق*. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۷۴(۱۹)، ۶۹-۸۴.
۱۰. راسخ، محمد (۱۳۸۱). *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق*، فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد اول، طرح نو، تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸). *تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز عصر مشروطه*، نشر کتابخانه گنج دانش، تهران.
۱۲. عاملی، شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۷). *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

۱۳. عاملی، شهید اول، محمدبن مکی (بی‌تا). القواعد و الفوائد، کتاب‌فروشی مفید، قم.
۱۴. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰). الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه - مع الحواشی الکلاتر، کتاب‌فروشی داوری، تهران.
۱۵. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم.
۱۶. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثه)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۱۷. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام)، قم.
۱۸. طوسی، جعفر بن محمد بن الحسن (۱۴۱۷). الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۱۹. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی‌تا). مفاتیح الشرائع، انتشارات کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی (ره)، قم.
۲۰. قاسمی، محسن. (۱۳۸۵). شکل‌گرایی در حقوق مدنی، رساله دکتری، دانشگاه تهران، به راهنمایی سید حسین صفایی، با مشاوره عباس کریمی و حسن جعفری تبار، دانشگاه تهران.
۲۱. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲). أنوار الفقاهة - کتاب البیع، مؤسسه کاشف‌الغطاء، نجف.
۲۲. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). القواعد الفقهیة، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام)، قم.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲). بحوث فقهیة هامه، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابي طالب (علیه‌السلام)، قم.
۲۵. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۸). تحریر الوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.

۲۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۳۰). *موسوعة الامام الخوئي: منهاج الصالحين*، مؤسسه احیاء آثار امام خوئی، قم.
۲۷. نجفی، صاحب‌الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، به تحقیق: قوچانی، عباس و آخوندی، علی؛ دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
۲۸. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۲۱). *حاشیة المکاسب (للیزدی)*، مؤسسه اسماعیلیان، قم.

1. *Hyde v. Wrench*, 1840. Retrieved from: <https://www.lawteacher.net/cases/hyde-v-wrench.php?vref=1>
2. *J. R. Stone Co. Inc. v. Keate*, 576 P.2d 1285 (Utah 1978).
3. *Newspaper Readers Serv. Inc. v. Canonsburg Pottery Co.* 146 F.2d 963 (3d Cir. 1945).
4. *Pickett v. Miller*, 76 N.M. 105, 412 P.2d 400 (1966).
5. *Richardson v. Greensboro Warehouse & Storage Co.* 223 N.C. 344, 26 S.E.2d 897 (1943)

