

ارزش الفاظ در انعقاد معاملات

مطالعه تطبیقی با تأکید بر نظریه محقق اردبیلی

(۱)

جلیل قنواتی

عقود رضایی و عقود شکلی و تشریفاتی

امروزه عقود به اعتباری به عقود رضایی و عقود تشریفاتی و شکلی تقسیم می‌شوند. عقود رضایی^۱، عقودی هستند که به صرف ایجاب و قبول حاصل شده و نیاز به تشریفات خاصی ندارند. بیشتر قراردادها - اعم از قراردادهای معین و غیر معین - در حقوق جدید عقود رضایی هستند. به طوری که امروزه عقود رضایی اصل و قاعده شده و عقود شکلی جنبه استثنا پیدا کرده است. البته این نکته امری نیست که حقوق دفعتاً به آن رسیده باشد، بلکه بعد از سیر و تحول تدریجی و طولانی در جریان تغییرات مختلف اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و... به چنین جایگاهی دست یافته است که به زودی به توضیح آن خواهیم پرداخت.

به این نکته باید توجه کرد که گاهی تشریفات و شکل خاص، شرط حصول عقد نیست، بلکه تنها ارزش اثباتی دارد. در این صورت نیز عقد، رضایی محسوب می‌شود؛ زیرا تمایز بین وجود عقد و طریق اثبات آن، امری روشن و لازم است؛ مثلاً عدم رعایت تشریفات قانونی (و نه شرعی) عقد نکاح موجب بطلان آن نیست^۲.

آیا در انعقاد معاملات و انتقال ملکیت و عملیات تبادل ناشی از معاملات، اراده افراد، آزادی کامل دارد؟ آیا طرفین قرارداد می‌توانند هر گونه که مایل باشند اراده خود را اظهار کرده، بدون اینکه مجبور باشند آن را به صورت معینی درآورند؟ آیا اراده متعاملین بدون نیاز به قالب خاص، می‌تواند آثار حقوقی و فقهی پدید آورد یا باید به شکل خاصی درآید تا بتواند اثر حقوقی و فقهی ایجاد کند؟ عقودی که بر اساس تفکر اول منعقد می‌شوند، «عقود رضایی» نام دارند و به معاملات که بر اساس تئوری دوم به وجود می‌آیند «معاملات شکلی و تشریفاتی» می‌گویند. این تقسیم اگرچه در فقه اسلام مطرح نشده، شایستگی طرح آن در چارچوب این فقه، روشن و آشکار است. در این مقاله، قبل از هر چیز به بیان مفاهیم عقود رضایی و شکلی و سیر تاریخی آن می‌پردازیم و پس از آن دیدگاه فقیهان امامیه از جمله محقق اردبیلی را در این زمینه بررسی خواهیم کرد.

1. Contrat consensuel
۲. سنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، ص ۱۱۲، ش ۱۱۵ و دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۶۰.
3. ad probatum
4. ad solennitatem
5. Contrat Solennel
۶. شکلیت امروزه با شکلیت قدیم متفاوت است. شکلیت در حقوق امروز، لازم است اما باید مقرون با اراده متعاقدين باشد و در واقع شکلیتی است که برای اراده وضع شده، نه برای عقد، در حالی که شکلیت در قدیم تنها عامل تکوین عقد بوده است.
7. Exnudo Pacto Aaion nin Nosuitre
۸. شایگان، حقوق مدنی، قره داغی، مبدأ الرضا فی العقود، ج ۱، ص ۲۶.
۹. صوفی ابوطالب، ابیات فی مبدأ سلطان الارادة، ص ۱۹، به نقل از: قره داغی، همان، ص ۲۶.
۱۰. همان.
۱۱. دکتر شفیق شحاته، الوجیز، ص ۱۲۷.
۱۲. صوفی ابوطالب، تطبیق الشریعة الاسلامیة، به نقل از قره داغی، ص ۳۲.
۱۳. عادل بسیونی، العلاقة بین الشریعة الاسلامیة و



پنج نفر شاهد و حمل کننده ترازو - که رمزی سنتی برای معامله بود - حاضر می شدند، سپس طرفین، الفاظ لاتینی مرسوم برای دلالت بر این عقد را بیان می کردند، به طوری که کم و زیاد کردن این الفاظ میسر نبود.

ب. اقرار به مالکیت متقل الیه و تسلیم در محکمه (In Jure Cessio).

ج. اشتراط شفاهی^۸ در دوران قدیم حقوق روم تعهد شفاهی، اسپانسیو (Sponsio) نام داشت. به این نحو که شخص به مقتضای عبارت خود ملتزم و متعهد می گشت و نه به سبب عبارت متعهدله. متعهدله می گفت: «آیا وعده می دهی و متعهد می شوی؟» متعهد می گفت: «بله، متعهد می شوم». بعد از ظهور و مطرح شدن عقود معین، تعهد رسمی یا اشتراط شفاهی (Stipulatio = استیپولاسیو) از قالبهای مرسوم بوده است که از طریق گفتگو و محاوره به وجود می آمد. تعهد در این مورد، از عبارت صادر از متعهد ناشی می شد و قانون این الفاظ را مؤثر می دانست.

بنابر این، بر اساس حقوق روم قدیم، در صورتی که اراده در قالب شکل مرسوم، نمود پیدا نمی کرد، فاقد هر گونه اثر قانونی بوده و اعلام اراده در این نظام حقوقی وجود نداشت، و اگر برخی از عقود به وسیله الفاظ خاص به طور کتبی یا شفاهی بیان می شد، انعقادشان به این جهت نبود که الفاظ وسیله اعلام اراده تلقی می شدند، بلکه الفاظ ارزش و قوت خود را از قانون می گرفتند. مثلاً قانون الواح دوازده گانه تأکید می کند که^۹:

در مورد عقد قرض با شهادت گرفتن، آنچه که شخص به طور رسمی به وسیله الفاظش اعلان کرده، او را متعهد می کند. بنابر این، به مجرد تحقق این شکل خاص، آثار حقوقی نیز بار می شد. یکی از حقوقدانان رومی می گوید: «در حقیقت، در حقوق روم قدیم، شکلیت دارای نوعی قداست بوده و الفاظ، اثری سحرآمیز داشته اند»^{۱۰}.

مرحله دوم: رضایی بودن به عنوان استثنا

در قرن دوم قبل از میلاد، جامعه دچار تطور و تحول عظیم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی شد و این، بعد از جنگهایی بود که سبب شد رومیها پیروز شوند و بر بخش عظیمی از جهان - که تمدنهای خاصی داشتند - دست یابند. فرهنگ جوامع فتح شده از جمله فرهنگ یونانیان، بر آنان اثر گذاشت و از طرفی دیگر، جامعه رومی جامعه ای تجاری شد که شکلیت خاص در انعقاد عقود تجاری موجب کندی و سختی در امر تجارت می شد. این وضعیت سبب تحولی در حقوق روم شد. افکار جدید فرهنگ یونانی، مثل امانت، اطمینان و عدالت، موجب

بنابر این، در صورتی که برای تحقق عقد، رضایت متعاقدين لازم باشد، عقد رضایی است اگرچه برای اثبات آن کتابت یا الفاظ خاص و مانند آن شرط شده باشد؛ و معلوم است در صورتی که کتابت و مانند آن برای اثبات در محکمه لازم باشد^۳، اثبات عقد غیر مکتوب با اقرار و سوگند میسر است؛ اما در صورتی که کتابت، رکن عقد باشد^۴، با فقدان کتابت، عقد به وجود نمی آید و از اقرار و سوگند هم کاری ساخته نیست.

عقود شکلی و تشریفاتی^۵، عقود هستند که به صرف اقراران ایجاب و قبول حاصل نشده و تحقق و تکوین آنها، منوط به رعایت تشریفات و شکل خاصی است که قانون ترسیم کرده است. امروزه تنها برای انعقاد تعداد اندکی از عقود، شکل خاص لازم است. مثلاً در حقوق امروزی، عقود مانند نکاح، هبه و رهن از این دسته اند^۶.

با توجه به مطالب بالا، موضع حقوق وضعی را در خصوص رضایی یا شکلی بودن عقود، بررسی می کنیم و با ملاحظه سیر تاریخی موضوع، برخی از سیستمها و نظامهای حقوقی را مطالعه خواهیم کرد. آن گاه نظریه فقه اسلامی و مذهب امامیه را روشن می سازیم.

رضایی بودن معاملات در نظامهای لاتینی (از حقوق روم تا امروز)

رضایی بودن عقود در نظامهای لاتینی، مراحل تاریخی طولانی را طی کرده است و سابقه آن به حدود هجده قرن می رسد که می توان آن را به چند مرحله تقسیم کرد:

مرحله اول: مرحله شکلیت محض (عدم اعتبار رضایی بودن عقود)

حقوق روم از ابتدا بر این اعتقاد بود که «صرف توافق، موجب حق نمی شود»^۷، و از این رو شکلیت خاص را شرط می دانست و بدون توجه به ارزش اراده و رضا، تنها شکلیت را برای نقل ملکیت یا انتفاع ناشی از آن ضروری تلقی می کرد. اراده نمی توانست موجب تصرف حقوقی شود و هرگونه خدشه ای در مورد شکل خاص، مبطل عقد و آثار آن بود. این شکلیت، به شیوه های زیر نشان داده می شد:

الف. روش تصرف به وسیله (Per Aes Et Libram) ترازو و شهادت گرفتن از مهمترین امور این طریق بود؛ مثلاً برای انعقاد عقد قرض (Nexum) دو طرف معامله و

القوانین الاوروبیه، ص ۱۸۷ - ۱۸۸.

۱۴. همان.

۱۵. همان.

۱۶. همان.

۱۷. همان.

۱۸. موننگری وات، برتری اسلام بر تمدن غرب، ص ۴۱ و عادل بسیونی، همان، ص ۱۲۶.

۱۹. ساوینی، نظام حقوق روم معاصر، ص ۷ به نقل از: قره داغی، همان، ص ۶۱.

۲۰. چیستی، حقوق قراردادهای لندن، ۱۹۶۱، ص ۳.

۲۱. همان.

۲۲. جلیل فتوانی، همین نوشتار، بحث اعلام اراده از طریق الفاظ.

۲۳. همان.

۲۴. همان.

۲۵. نساء: ۲۹.

۲۶. نساء: ۴.

۲۷. مائده: ۱.

۲۸. اسراء: ۳۴.

۲۹. مشهور فقه امامیه، معامله معاطاتی یا لزوم آن را محل اشکال می دانند و شافعیه نیز در یک قول بیع معاطات را جایز نمی دانند، اگرچه «ابن صباغ» که از علمای بنام شافعی است، می گوید: «بیع به هر چیزی که مردم آن را بیع می دانند واقع



شد که احکام حقوقی خاصی بر مبنای آنها پیدا شود. از جمله آثار این افکار، احترام شخص به مورد تعهد خود است و کسی که تعهد خود را نقض می‌کرد، مخل و ناقض اطمینان و امانت تلقی می‌شد. نظریهٔ حُسن نیت از همین جا مطرح شد. به این طریق، از توافق دو اراده، بدون توجه به شکل خاص اعلام آن، حمایت شد و اراده بر عنوان جوهر و اساس عقود خاصی به حساب آمد. این عقود عبارت بودند از: بیع، اجاره، شرکت و وکالت.

ژوستین می‌گوید: «انعقاد تعهدات ناشی از بیع و اجاره و شرکت و وکالت با صرف تراضی محقق می‌شود و نیازی به کتابت و حضور متعاقدین و به کارگیری الفاظ و غیر آن نیست». این عقود چهارگانه استثناً بر قاعدهٔ کلی و عامی بود که صرف توافق را موجد تعهد نمی‌دانست.^{۱۱} البته این عقود دفعتاً به این مرحله نرسیدند، بلکه ابتدائاً عقد شرکت، سپس عقد وکالت و بعد از آن عقد بیع و سرانجام عقد اجاره به این جایگاه نائل آمدند. نکتهٔ مورد توجه این است که شارحان حقوق روم، در تعیین زمانی که اراده، نقش عمدهٔ خود را در انشای عقود یافته است، اختلاف کرده‌اند. برخی آن را به حقوقدانان دورهٔ علمی (۲۰۰-۲۸۴ م) برمی‌گردانند؛ اما بیشتر شارحان معتقدند رضایی بودن عقود به عنوان اصل کلی، حتی در زمان ژوستین مطرح نبود و به صورت استناد وجود داشت. گروه سوم معتقدند بعد از قرن دوم میلادی، چنین نقشی برای اراده مطرح شد؛ و از زمان صدور دستور امپراتور لیون در سال ۴۷۲ میلادی، معنی بر لفظ غالب گشت.^{۱۲} اما در این زمان، هنوز اصل حاکمیت اراده و آزادی اراده در قانون‌گذاری‌های غربی مطرح نشده و در قرن پانزدهم یا شانزدهم بود که چنین امری مطرح شد.

مرحله سوم: پیدایش رضایی بودن عقود در چارچوب اخلاق در پرتو حقوق مسیحی

از جمله مبادی اخلاقی دین مسیحیت - که دین حاکم بر مردم بود - احترام به تعهدات و سوگندها و نذرها بود و دروغ و خیانت در این دین از رذایل اخلاقی تلقی می‌شد. در کتاب مقدس (عهد قدیم و جدید) چنین تصریحی وجود دارد. ارباب کلیسا نیز بر این امر تصریح می‌کردند. اسقف یونانی کلمنت دوالکساندر (Clement d'alexandre) گفته است: «اساس احترام به تعهد، ضرورت دوری گزیدن از کذب است که از گناهان مطرح در دین مسیحی است»^{۱۳}.

قراره‌های صادرشده از مجامع کلیسایی - که از منابع عمدهٔ حقوق کلیسایی بود - نیز بر این امر تأکید

ورزیده‌اند. البته این آثار کلیسایی و مسیحی در خصوص قوهٔ الزام‌آور صرف توافق، نکتهٔ جدیدی مطرح ننموده و تنها در چارچوب امور اخلاقی توصیه‌هایی می‌کردند و اثر حقوق بر این امر بار نمی‌نمودند. از این رو، می‌توان گفت تأثیر آن بر نقش حاکمیت اراده در قلمرو حقوق، عمده نبوده است.

مرحله چهارم: انتقال رضایی بودن عقود از قلمرو اخلاق به قلمرو حقوق

از قرن دوازدهم میلادی مواردی یافت می‌شود که سیستم قضایی کلیسایی کسی را که به تعهدش وفا نمی‌کرد، مشمول مجازات دینی دانسته و او را از رحمت کلیسا طرد می‌کرد. این امر اگرچه به اجرای اجباری تعهد نمی‌انجامید و صرف ورود فشار بر متعهد بود، برای اولین بار اثری بر عدم اجرای تعهد بار کرد. قراری از مجمع کلیسایی پلپله به این مضمون صادر شد: «تعهد لازم نیست در قالب الفاظ خاصی ریخته شود، بلکه صرف اتفاق کافی است»^{۱۴}.

برای اولین بار در قرن سیزدهم یوهان توتنسیوس (Johannes Teutencius)^{۱۵} از توافق مجرد حمایت کرد و گفت: «توافق به تنهایی می‌تواند سبب اقامه دعوی شود». این گرایش در کلیسای مسیحی سبب شد، حقوقدانان حقوق رومی تحت تأثیر قرار گیرند؛ مثلاً بالابوس دو بالدیس (Balabus De Ubaledis) گفته است: «صرف توافق می‌تواند سبب اقامهٔ دعوا شود»^{۱۶}. بدین ترتیب بود که نظریهٔ رضایی بودن عقود و اصل حاکمیت اراده از قرن شانزدهم در حقوق روم مطرح و حاکم شد. حقوقدانان فرانسوی از جمله دوما (۱۶۲۵-۱۶۹۶ م) و پوتیه (۱۶۹۹-۱۷۷۲ م) نقش عمده‌ای در ابراز این اصل داشته‌اند.

بنابر این، اصل حاکمیت اراده و رضایی بودن عقود به عنوان اصلی قانونی و دارای آثار حقوقی - که در دین مسیح وجود نداشت - در حقوق روم هم مطرح نبوده است. البته در حقوق کلیسایی نخست این اصل، تنها در قلمرو اخلاق مطرح شد و آثار حقوقی و قانونی از آن ناشی نمی‌شد؛ اما بعدها در حدود قرن سیزدهم به بعد این اثر قانونی به «توافق صرف» داده شد و به این ترتیب حقوق کلیسایی، حقوق روم را تحت تأثیر قرار داد.

به نظر می‌رسد حقوق کلیسا در این خصوص تحت تأثیر حقوق اسلام قرار گرفته است و این امری است که برخی از حقوقدانان و مورخان به آن اعتراف دارند. در شریعت اسلام که از قرن هفتم میلادی در بسیاری از

می‌شود. نووی گفته است: «قول ابن صباغ از نظر استدلال قوی و همین قول مختار من است؛ زیرا در شرع الفاظ شرط نشده است و لذا باید به عرف مراجعه کنیم» (نووی، روضه، ج ۳، ص ۲۳۶).
 ۳۰. دکتر شفیق شحاته، النظرية العامة للالتزامات فی الفقه الحنفی، قاهره، ج ۱، ص ۱۳۱.
 ۳۱. نظیر محقق اردبیلی، سیدحسن بن سیدجعفر فقه‌های معاصر امامیه.
 ۳۲. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۸۲؛ مرغینانی، هدایه، ج ۵، ص ۱۹۶.
 ۳۳. رسنم بازلینانی، شرح‌المجله، ماده ۱۶۸ و نیز رک: مواد ۱۷۳ و ۱۷۴.
 ۳۴. مصطفی شلی، المدخل فی التعریف بالفقه الاسلامی و قواعد الملكية و العقود فیہ، ص ۴۰۴.
 ۳۵. صبحی محمصانی، النظرية العامة للموجبات و العقود، ص ۳۰۲؛ ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۱۰۵.
 ۳۶. محمصانی، همان.
 ۳۷. ابن تیمیہ، الفتاوی الکبری، ج ۳، ص ۴۸۵.
 ۳۸. ذکر این نکته مفید است که اصل رضایی بودن در



رضایی بودن عقود را پذیرفته اند. در حقوق آلمان، الفاظ مانند دیگر وسایل اعلام اراده، یکی از طرق اعلام اراده است و بجز موارد استثنایی، اصل رضایی بودن در این سیستم حقوقی حاکمیت دارد.

در حقوق فرانسه نیز اراده سالم را با وسیله ای که عرفاً دلالت بر تراضی طرفین دارد، می توان اعلام کرد. قاعده کلی این است که، شکل خاصی از وسایل اعلام اراده، خصوصیتی نداشته و اصل در تحقق هرگونه عقدی است که از روی رضا منعقد شده باشد. در حقوق انگلیس، زمانی که قبایل «سلت» در جزایر بریتانیا بودند و نیز زمانی که حقوق روم بعد از فتح آن سرزمین به دست رومیها در آنجا حاکم شد و سپس دوران انگلوساکسون ها (که حقوق انگلیس تحت تأثیر حقوق مسیحی قرار گرفت) و نیز در دوران نورماندیاها شکلیت، حاکمیت داشت؛ اگرچه این شکلیت با شکلیت حقوق روم متفاوت بود. قاعده کلی در حقوق انگلیس لزوم وجود عوض (Consideration) در عقود شفاهی و شکل یا رسمیت در عقود مکتوب بوده است. لرد بارون در پرونده های "Hughes Rv" می گوید: عقود به دو قسم تقسیم می شود:

عقود رسمی و عقود شفاهی، و نوع ثالثی وجود ندارد. البته با وجود این، حقوق انگلیس آزادی اراده در انعقاد معاملات را در قرن نوزدهم اذعان کرده است. قاضی لرد بارون در سال ۱۸۷۱م می گوید: «ضرورت دارد رضا، در عقود واضح و روشن باشد»^{۲۰}. قاضی دیگری در پرونده "Household" رأی داده است که، معامله به دلیل فقدان رضا باطل است^{۲۱}. به این ترتیب، رضا شرط اساسی برای موجود شدن آثار حقوقی تلقی شد. در پرونده "Dickenson V. Dodds" قاضی لرد جیمز می گوید: برای انعقاد عقد باید رضای طرفین با هم ظاهر گردد^{۲۲}.

در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰م نیز هیچ گونه وسیله خاصی برای انعقاد قرارداد بیع توصیه نشده است. بر اساس بند اول ماده ۱۴: پیشنهاد قرارداد به یک یا چند فرد معین چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده، در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب می شود^{۲۳}.

در بند اول ماده ۱۸ مقرر شده است^{۲۴}: الفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاب (که دال بر رضا به مفاد ایجاب باشد) قبول محسوب می شود... در ماده ۱۱ این کنوانسیون نیز مقرر شده است: لازم نیست قرارداد بیع به طور کسبی منعقد یا مستند شود و از نظر شکلی محتاج به رعایت هیچ شرط دیگری نیز نمی باشد و وجود قرارداد به وسیله شهود نیز قابل اثبات است.

آنچه از مطالب بالا نتیجه می شود این است که در تمام

مناطق کره زمین از جمله اندلس (سال ۷۱۱م) حاکم بود، اصل «وفای به عهد و انجام تعهدات ناشی از تراضی» دارای آثار قانونی و حقوقی بود. از طرفی، متعاقب نهضت ترجمه - که توسط اسقف ریمون (۱۱۱۶-۱۱۵۲م) در اروپا به راه افتاد- بسیاری از کتب علمای اسلام ترجمه شد و به این ترتیب، حقوق اسلام، نقش عمده ای در افکار حقوقی اروپا ایفا کرده است^{۱۷}.

اسپانیا - که مهمترین منبع حقوق آن، مجموعه قانون الفونس^{۱۸} حکیم (۱۲۵۶-۱۳۶۲م) بود- اگرچه متأثر از حقوق روم قدیم و حقوق کلیسایی بود؛ از عرفهای حاکم آن زمان غافل نمانده و تحت تأثیر قرار گرفت که بخشی از آن، مجموعه عرفهای «گشتاله» بود که از جمله آنها، اصل رضایی بودن، غبن فاحش، غش، تدلیس و بسیاری از عقود، مثل عقد مضاربه، مزارعه و رهن را باید برشمرد. و این نهادهای حقوقی از تأسیسات فقه اسلامی بوده است.

مرحله پنجم: اوج اصل رضایی بودن عقود

بعد از تثبیت اصل حاکمیت اراده در عقود، شکلیت حقوق رومی رخت بریست و اراده، اساس انشای التزامات شد. نقش دوما و پوتیه، حقوقدانان فرانسوی و ژان ژاک روسو در قراردادهای اجتماعی در این خصوص، پوشیده نیست. انقلاب فرانسه این افکار را درک کرده و آثار آن در کُد ناپلئون مشاهده می شود. این کُد بر اساس احترام به آزادی افراد و احترام به اراده بنا نهاده شد، اگرچه برخی از ضوابط آن، آزادی اراده را مقید و محدود می کرد. مانند مواردی که به نظم عمومی و اخلاق حسنه مربوط می شد.

در قرن هفدهم، دو حقوقدان آلمانی (ساوینی و برناردونند شاید) نیز مکتب اراده آزاد را مطرح ساختند^{۱۹}.

مرحله ششم: تقیید و تمديد اصل رضایی بودن

عقود

سوءاستفاده هایی که از اصل حاکمیت اراده می شد، زندگی تجاری و اجتماعی و اقتصادی مردم را دچار مشکل ساخت. از این رو، حاکمیت اراده را در صورتی که منافعی با مصلحت اجتماع و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد محدود ساخته اند.

اصل رضایی بودن عقود در سیستمهای حقوقی

برخلاف حقوق روم باستان، قوانین جدید، اصل

حقوق وضعی با حقوق اسلام متفاوت است. در حقوق اسلام عقد رضایی، عقدی است که با تحقق قصد انشا و رضای طرفین عقد به وجود می آید. اما در حقوق وضعی بخصوص سیستم هایی که ریشه لاتینی دارند، عقد رضایی، عقدی است که با وقوع ایجاب و قبول حاصل می شود و در تحقق ایجاب و قبول صرف رضایت کافی است (ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه). در حقوق کشورهای اروپایی مانند فرانسه، بین قصد و رضا برخلاف آنچه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه وجود دارد، تفکیک قائل نشده اند. در جایگاه شرط روانی طرف عقد فقط از رضایت (Consentement) نام برده شده است که در نوشته های حقوقی گاهی با کلمه "Le Volante" یاد می شود. در نوشته های حقوقی فرانسه ژاک استن از رضایت با کلمه "Intention" تعبیر کرده است که نشانه تأثیر نظریه قصد انشا در این نویسنده حقوقی است. بنابر این، قانون مدنی فرانسه به جای دو عنصر قصد و رضا، فقط عنصر رضا را لازم شمرده است. اما در پاره ای نوشته های حقوق غربی، مثل



قوانین جدید شرط اساسی برای انعقاد معاملات، وجود قصد و رضای باطنی معامله گران است؛ به شرطی که مقرون به امری باشد که بر آن امر درونی دلالت کند. هیچ یک از قوانین جدید، استعمال الفاظ خاصی را برای معاملات ضروری ندانسته و هر وسیله متعارفی را - که انشای معامله به وسیله آن میسر باشد - برای انشای عقود و معاملات صالح می دانند. هر چند که در موارد استثنایی مقنن، خصوص الفاظ یا نوع دیگری از وسایل اعلام اراده را لازم بداند.

اصل رضایی بودن عقود از دیدگاه قرآن کریم

قرآن کریم حلیت تصرف در اموال مردم را به تحقق تراضی منوط دانسته و این را به مثابه یک قاعده کلی مطرح نموده است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^{۲۵}.

این آیه دلیل بر این است که هر معاوضه ناشی از رضایت طرفین حلال بوده و تصرف در مورد آن صحیح است. در آیه دیگری هم طیب نفس و رضایت، اساس حلیت تصرف در اموال تلقی شده است: ﴿وَأْتُوا النَّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَةً فَان طَبِن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^{۲۶}.

آیات دیگری نیز وجود وفای به عهد و عقد را متذکر شده اند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^{۲۷} و ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^{۲۸}.

بنابر این اصل تراضی، اصلی حاکم و اساسی در فقه اسلامی است که مبنای تعامل میان افراد دانسته شده است. محکمه اسلامی از تمام قراردادهایی که به موجب تراضی منعقد شده حمایت کرده بدون اینکه شکل خاصی را شرط بداند. اما این امر روشن است که قصد و رضا، امری مخفی و پنهان است که باید به نحوی ابراز و اعلام شود و ممکن است این وسیله اعلام و ابراز لفظ یا هر وسیله مناسب دیگری باشد. از این رو در تشریح اسلامی، انعقاد عقود و تعهدات بدون نیاز به هر گونه شکلیتی محقق می شود. و اگر در بعضی از مذاهب در انعقاد عقود توجه عمده ای به الفاظ می شود دلیل بر اعتقاد به نوعی شکلیت و تقدیس الفاظ نبوده و تنها نشانه ای است بر اینکه، الفاظ بهترین و قویترین و ساده ترین دلیل و کاشف از امر درونی بوده و رضایت باطنی را اعلام می نمایند^{۲۹}.

با این توجیه، واضح می شود که بیان یکی از دانشمندان حقوق اسلامی در خصوص اینکه برخی از فقها، الفاظ را تقدیس کرده اند، صحیح به نظر نمی رسد. وی می گوید: در فقه اسلامی نوع خاصی از شکلیت یافت می شود که ما آن را لفظیت (لفظ گرایی) می نامیم و این امر

حقوق انگلیس، مطالبی به چشم می خورد که نشان دهنده توجه علمی نویسندگان جدید آنها به گونه ای از مفهوم قصد انشاست. این در حالی است که مفهوم قصد انشا از ویژگیهای مهم و چشمگیر فقه اسلام بویژه فقه امامیه است و این امر نشان دهنده عمق و قوت این فقه عظیم و ماندگار است.

۳۹. این امر سبب شد که برخی از دانشمندان حقوق اسلامی دلیل این امر را تعصب خاص (تعصب نژادی و قومی) بدانند، مانند: جعفر لنگرودی، «کلیات عقود»، مقالاتی در مجله حقوق دادگستری.

۴۰. وحیدالدین سوار به نقل از هاشم معروف الحسینی، نظریة العقود فی الفقه الجعفری، ص ۱۱۳.

۴۱. سنهوری، مصادر الحق، ج ۱، ص ۱۲۴ و نیز رذ: وهبه زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۱۵۲ و علی قره داغی، مبدأ الرضا فی العقود، ج ۲، ص ۹۱۹. وی می گوید: ظاهر امامیه در یکی از اقوال، فساد معامله معاطاتی است.

قول به فساد معامله معاطاتی را فقط علامه حلی مطرح کرده ولی پس از آن عدول کرده

از آثار اعتقاد عصور اولیه و باستان است که برای لفظ نوعی قداست قائل بوده و معتقد بودند الفاظ تأثیر سحرآمیزی دارند^{۳۰}.

به نظر می رسد این بیان، از عدم درک صحیح فقه اسلامی ناشی می شود. اسلام هیچ گاه برای الفاظ قداستی قائل نبوده و هیچ فقهی این مطلب را نگفته است، بلکه همه متفقند که لفظ به منظور دلالت بر امر درونی و باطنی، بهترین کاشف است. علاوه بر اینکه فقیهان بسیاری حتی این خصوصیت را در لفظ منحصر ندانسته اند^{۳۱}. در نظر فقیهان اسلام، الفاظ یا هر وسیله اعلام اراده جنبه طریقت داشته و موضوعیت ندارند؛ و این برخلاف آن چیزی است که در عصور اولیه بوده که الفاظ و مانند آن موضوعیت داشته اند. این در حالی است که شریعت غرای اسلام تمام انواع شکلیت حاکم در عصر جاهلیت، مانند بیع منابذه، ملاسه و بیع الحصة را مردود اعلام کرد^{۳۲}.

اصل رضایی بودن در فقه عام

در مذاهب مختلف اهل سنت قاعده کلی در عقود و معاملات این است که مقاصد و اغراض طرفین معامله از اهمیت و اعتبار اصلی برخوردارند و الفاظ و سایر شیوه های اعلام اراده تنها جنبه طریقت و کاشفیت دارند. اما با وجود این، فقها ضوابط و ملاکهای ویژه ای برای الفاظ عقود و ایقاعات ذکر کرده و تفصیلاً در خصوص آنها سخن گفته اند. اما نمی توان این امر را به عنوان نوعی اعتقاد به نظریه شکلی بودن عقود و ایقاعات تلقی نمود، بلکه در حقیقت فقیهان، تنها مترجم و بیانگر عرف و عادات مردم زمان خود بوده اند. با نظری اجمالی به مجله الاحکام - که بر اساس فقه حنفی است - می توان این ادعا را تأیید کرد. در ماده ۱۶۸ آمده است: «ایجاب و قبول در بیع عبارت است از: هر دو لفظی که برای انشای بیع در عرف آن شهر به کار رفته است^{۳۳}». در ماده ۶۲۲ نیز آمده است: ایجاب کفیل با الفاظ کفالت، آنهایی هستند که دلالت بر تعهد و التزام در عرف و عادت دارند و ...

علاوه بر اینکه تحقیق و تتبع در آثار فقهی اهل سنت نشان می دهد که در نظر جمهور - غیر از شافعیها - برای انعقاد معاملات به الفاظ نیازی نیست، بلکه معاطات، اشاره و حتی سکوت خاص را نیز از وسایل اعلام اراده دانسته اند^{۳۴}. در برخی از آثار فقهی مذاهب مختلف اهل سنت این جمله را مشاهده می کنیم که: «صیغه (یعنی لفظ) در تحقق بیع دخالتی ندارد^{۳۵}».

بنابر این، قاعده کلی در فقه اهل سنت این است که: «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی لا للالفاظ و



داده شود که در تحقق و یا عدم تحقق ماهیت اعتباری دخیل باشد. منتقدین همچنین می گویند: بنای عقلای هر جامعه بر آن بوده و هست که برای انجام معاملاتشان از شیوه های مختلفی بهره می گیرند و شارع نیز هیچ گونه ردع و منعی از این شیوه ها، ابراز نکرده است از این رو، به چه دلیل باید خود را گرفتار دلالی ساخت که از نظر دلالت و سند ضعیفند؟ به عبارت دیگر در نظر عقلا، عقد با تحقق قصد انشا و تراضی محقق می شود و برای تحقق قصد انشا بر اساس هر مبنایی (چه بنای مشهور که تسیب است، به این معنا که عناوین عقود و ایقاعات مترتب بر صیغ انشایی از باب ترتب مسبب بر سبب هستند؛ و چه بر مبنای محقق نائینی که ترتب عناوین معامله بر صیغ انشایی از باب ترتب ذوالآله بر آلت است؛ و چه بر مبنای محقق عراقی که اشتراك اخبار و انشا در حکایت از نسبت ایقاعیه است و افتراق آن دو در محکی است؛ و چه بر اساس مبنای آیت الله خوئی که انشا، اعتبار نفسانی و ابراز آن به واسطه مبرز است؛ و چه بر مبنای محقق اصفهانی که انشا ایجاد، امر اعتباری به وجود لفظی در قبال وجود در افق اعتبار است) لفظ تنها کاشف و دلیل بر امر باطنی است و خود موضوعیت ندارد. چرا بر کاشف که چیزی جز طریق نیست این همه تأکید و اصرار می شود؟

دکتر عبدالرزاق سنهوری، حقوقدان مشهور عرب، در این زمینه می گوید: «مذهب شیعه جعفری، تعاقب به معاطات را اجازه نمی دهد؛ زیرا در مفتاح الکرامه آمده است: ولا بد من الصیغة الدالة علی الرضا الباطن»^{۴۱}.

بدون شک در متون فقهی امامیه، الفاظ بهترین وسیله اعلام اراده تلقی شده اند و این امر تا آنجا تأکید شده که ادعای اجماع و شهرت نیز در آن نشده است. شیخ انصاری می گوید: «لقد دلّ الاجماع و الشهرة علی اعتبار اللفظ فی العقود». در جای دیگر می گوید: «قد عرفت أن اعتبار اللفظ فی البیع، بل فی جمیع العقود مما اتفق علیه الاجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة مع الاشارة الیه فی بعض النصوص».

همچنین می گوید: «لکن الظاهر فیما نحن فیہ، قیام الاجماع علی عدم لزوم المعاطاة، بل ادعاه صریحاً بعض الاساطین فی شرح القواعد و بعضه الشهرة المحققة، بل لم یوجد به قائل، الی زمان بعض مستأخری المتأخرین»^{۴۲}. مؤلف مفتاح الکرامه می گوید: «انه لا بد من الصیغة الدالة علی الرضا الباطن»^{۴۳}.

به همین دلیل، در کتب فقهی امامیه مباحث گسترده ای در خصوص الفاظ عقود و ایقاعات در دو زمینه صیغه و ماده الفاظ مطرح شده است: آیا عقود شرعی باید به طور

المبنای^{۳۶}. و ابن تیمیه از عالمان برجسته حنبلی می گوید: «الأصل فی العقود رضی المتعاقدين و نتیجتها هو ما أوجبه علی أنفسهما بالتعاقد»^{۳۷}.

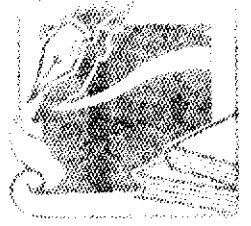
اصل رضایی بودن عقود در فقه امامیه^{۳۸}

از میان مذاهب مختلف فقهی، فقه امامیه تأکید زیادی بر لزوم اعلام اراده از طریق الفاظ، جهت انعقاد عقود و ایقاعات دارد. در این مسأله ادعای اجماع و شهرت نیز شده است و در نظر بدوی این مطلب به معنای اعتقاد به نوعی شکلیت در فقه امامیه است. این در حالی است که برخی از فقیهان امامیه نه تنها لفظ را برای انعقاد عقود لازم می دانند، بلکه الفاظ مخصوصی را نیز ضروری دانسته اند. برخی دیگر معتقد بوده اند که ایجاب و قبول در عقود باید به زبان عربی باشد^{۳۹}. استفاد از این مطلب، آن است که فقیهان امامیه پیش از سایر مذاهب فقهی و سیستمهای حقوقی بر لزوم به کارگیری الفاظ اصرار داشته اند و این خود مبین اعتقاد به نوعی شکلیت و لفظ گرایی در اقوال فقیهان این مذهب است. این نظریات فقهی سبب شده است که برخی از نویسندگان حقوقی، بر فقه امامیه خرده گرفته و آن را ملامت کنند.

وحیدالدین سوار، یکی از نویسندگان حقوقی در کتاب خود التبعیر عن الإرادة می گوید: «فقیهان امامیه از اولین کسانی هستند که در تقدیس الفاظ غرق شده اند، زیرا برخی از آنان حتی عربی بودن الفاظ را برای اعلام اراده شرط می دانند»^{۴۰}.

بنابر این فقه امامیه از یک طرف متهم به تقدیس الفاظ و از طرف دیگر، مستهزم به نوعی تعصب گرایی عربی می شود. در نظر منتقدان، دینی که برای هدایت و سعادت تمام انسانها پا به عرصه وجود گذاشته است و داعیه قدرت اداره تمام جوامع بشری در تمام زمانها و مکانها را دارد و جامعیت و خاتمیت را مدعی است، به چه دلیل باید این چنین محصور در الفاظ، آن هم الفاظ عربی باشد. پیشرفت ارتباطات، پیچیدگی روابط انسانی، معاملات بین المللی کلان، عقود مکاتبه ای بین غایبین و مسائل بی شمار دیگر که دخالت الفاظ در تحقق معاملات را موضوعاً منتفی ساخته است، مستلزم راه حل دیگری است. زمانی که بیشتر معاملات با حضور طرفین انجام می گرفت و مورد معاملات از نظر ارزش اقتصادی قابل توجه نبود، شاید الفاظ بهترین وسیله اعلام اراده بود، اما امروزه این حرف معنایی نخواهد داشت. بعلاوه اگر اصل در عقود، تابعیت عقد از قصد است و اراده قابلیت خلق یک ماهیت اعتباری را دارد، به چه دلیل باید به یک وسیله اعلام اراده و کاشف از امر درونی و باطنی، آن قدر اهمیت

- است.
۴۲. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۸۵.
۴۳. سیدمحمدجواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۴۹.
۴۴. وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۳۱ من ابواب یکتب به الحدیث.
۴۵. همان.
۴۶. همان.
۴۷. همان، ج ۱۳، باب ۳ از ابواب بیع الثمار، ج ۱.
۴۸. همان، ج ۱۲، باب ۸ از ابواب التجارة، ج ۴.
۴۹. امام خمینی، البیع، ج ۱، ص ۱۴۷؛ ناصر مکارم، انوار الفقاهه، ج ۱، ص ۶۵؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ص ۷۳.
۵۰. شهید اول، القواعد و الفوائد، ص ۷۳.
۵۱. سیدمحمدجواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۴۹.
۵۲. رك: همین نوشتار.
۵۳. رك: همین نوشتار.
۵۴. صحیفه نور، ج ۲۱، ص ۶۱.
۵۵. همان، ص ۳۴.
۵۶. رك: همین نوشتار.
۵۷. این مطلب نیاز به تحقیق جداگانه ای دارد و پذیرش آن در حد گسترده محل تردید است.



توفیقی و فقط از جانب شارع تجویز شوند و آیا تنها بر الفاظ منقول از جانب شارع باید اکتفا کرد؟ آیا در الفاظ عقود، حقیقی بودن شرط است یا مجاز و کنایه نیز کفایت می‌کند؟ آیا باید دلالت الفاظ عقود به نحو دلالت وضعی لفظی باشد؟ آیا باید از الفاظی که عناوین عقود و ایقاعات را تشکیل می‌دهند برای انشای معامله استفاده کرد؟ آیا الفاظ عقود باید به صیغه عربی و ماضی باشند، یا چنین شروطی الزامی نیستند؟ و...

این مباحث گسترده و فراوان در آثار فقهی امامیه، بخش عمده‌ای را تشکیل می‌دهد و هر یک طرفدارانی نیز دارد.

مراجعة به اقوال فقها، لااقل به اقوالی که مرحوم شیخ انصاری در بحث معاطات آورده است، نشان می‌دهد که فقیهان بزرگی چون شیخ طوسی در خلاف، ابن زهره در غنیه، محقق در شرایع، علامه در تذکره و قواعد، مرحوم حلی در سرائر و دیگر فقیهان امامیه، بر وجود الفاظ تأکید بیش از حدی داشته‌اند و این امر مشعر به پذیرش نوعی شکلیت در انعقاد عقود است که در فقه امامیه به نحو افراطی مطرح شده است.

عمده‌ترین دلیلی که قائلین به لزوم استعمال الفاظ مورد استناد قرار داده‌اند، اجماع و شهرت است و پس از آن به ادله روایی استدلال شده که از جمله آنها این روایات است:

۱. روایت عبدالرحمان بن سیاه از امام صادق(ع): «قال سمعته يقول: ان المصاحف لن تشتري فاذا اشترت فقل انما اشترى منك الورق^{۴۴}». (الحديث)

۲. روایت عثمان بن عیسی: «قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كلام الله و لكن اشتر الحديد و الجلود و الدفتر، و قل اشترى منك بكذا و كذا^{۴۵}».

۳. روایت عبدالله بن سلیمان: «قال: سألته عن شراء المصاحف؟ فقال: إذا أردت أن تشتري، فقل: اشترى منك ورقة و اديمه و عمل يدك بكذا و كذا^{۴۶}».

۴. روایت سماعة (در باب بيع الثمار قبل بدو الصلاح مع الضميمة): «قال: سألته عن بيع الثمره هل يصلح شرائها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: لا، الا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة او بقلأ، فقال: اشترى منك هذه الرطبة... بكذا و كذا...^{۴۷}».

۵. روایت یحیی بن حجاج (یا یحیی بن نجیح) از خالد بن حجاج از ابی عبدالله: «قال: قلت لابی عبدالله - علیه السلام - الرجل یجیء فیقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا؟ قال - علیه السلام -: أليس ان شاء ترك، و ان شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال - علیه السلام -: لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام^{۴۸}».

بدون تردید تمام این روایات، مشکل ضعف دلالت یا سند دارند که فقیهان بسیاری بر این امر متفقند^{۴۹}. دلایل دیگر، اجماع و شهرت است که آنها را نیز بررسی خواهیم کرد.

یک نکته اساسی که باید به آن توجه داشت، این است که: اگرچه قائلین به شرطیت الفاظ یا عربیت یا ماضویت در تحقق عقود، مدعی اجماع و شهرت شده و به ادله روایی استناد کرده‌اند، اما نه آنها و نه ادله استنادی آنها در تعارض با اصل رضایی بودن عقود و قراردادهای نبوده و نتیجه این نظریات، شکلیتی مانند آنچه در عصور اولیه در حقوق روم باستان بوده است، نیست، به این معنا که تمام فقیهان امامیه برای الفاظ تنها نوعی کاشفیت و دلالت بر رضای باطنی قائل بوده‌اند. دو جمله زیر از مرحوم شهید اول و صاحب مفتاح الکرامة گواه روشنی بر این امر است. شهید اول، در القواعد و الفوائد می‌گوید: «العمدة فی العقود هو الرضا الباطن و الانشاء وسیلة الی معرفة^{۵۰}». صاحب مفتاح الکرامة در همین خصوص چنین اظهار می‌کند: «انه لابد من الصیغة الدالة علی الرضا الباطن^{۵۱}». بدون شک این مطلب، عقیده تمامی فقیهان امامیه است. تفاسیر مختلف این فقیهان از قصد انشا، مبین چیزی جز طریقت الفاظ نیست^{۵۲}. بنابراین، توجه اصلی در انعقاد معاملات به قصد و رضای باطنی است و الفاظ، معبر و بیان‌کننده این امر درونی هستند. مباحث عمیق و استدلالی فقیهان امامیه در دو بخش قصد و رضا و استدلال به آیه ﴿لَتَأْكُلُوا مَوَالِكُمْ بَاطِلًا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ در بخش‌های مختلف فقه‌المعاملات و بررسی آنها در مورد اکراه و اجبار و معامله فضولی، همه بر این امر اشعار دارند که فقهای امامی، اصل و اساس در عقود را قصد و رضا می‌دانند و الفاظ تنها وسیله‌ای برای ابراز و اعلام و ایجاد آن عوامل درونی هستند. و این مطلب به مراتب با عقیده حقوق روم که صرف شکلیت و تشریفات خاص را موجب انعقاد عقود می‌دانست، تفاوت دارد. بین این عقیده فقه امامیه و تقدیس الفاظ، بسیار فرق است و دانشمند بصیر و دقیق، با مطالعه فقه امامیه به ناچار به این نتیجه خواهد رسید.

از این رو، عبارات منتقدان مذکور^{۵۳}، ناشی از عدم درک صحیح و مناسب این فقه زنده و فعال است. البته ما نیز چاره‌ای جز این نداریم که به این نکته اعتراف کنیم که فقه امامیه بیش از تمام مسالک و مذاهب بر الفاظ تأکید و اصرار داشته و این خود، نوعی اعتقاد به شکلیت در انعقاد معاملات و فاصله گرفتن از اصل رضایی بودن عقود و معاملات است. زیرا منظور از عقد شکلی، عقدی است که علاوه بر ایجاب و قبول به تشریفات خاص دیگری

۵۸. مرحوم نائینی لفظ عقد در آیه ﴿أو فوا بالعقود﴾ را مختص به عقد لفظی دانسته است. ایشان می‌گویند: «با لفظ بعث» دو امر انشائی می‌شود: ۱. مدلول مطابقی لفظ که تبدیل دو طرف اضافه به مانند خود است. و این مدلول با فعل نیز انشائی می‌شود؛ زیرا عقد فعلی نیز مصداق عنوان بیع به حمل شایع صنایع خواهد بود. ۲. مدلول التزامی لفظ، که التزام و تعهد طرفین است به آنچه انشا کرده‌اند. و این مدلول، مختص به صورتی است که تبدیل با لفظ صورت گیرد، نه با فعل؛ زیرا دلالت التزامی به نحوی که عرف بین تبدیل دو طرف اضافه با مثل خود، ملازمه‌ای بیند (یعنی بین التزام با بیع به اینکه مبیع بدل از ثمن و التزام مشتری به اینکه ثمن عوض از مبیع است) تنها در صورتی محرز می‌شود که عقد، لفظی باشد؛ اما فعل از افاده این معنا قاصر و ناتوان است. بنابراین این ثبوتاً، فعل نمی‌تواند مفید التزام عقیدی باشد، بلکه تخصصاً از عموم آیه ﴿أو فوا بالعقود﴾ خارج است، زیرا عقد آن است که مفید عهد مؤکد و میثاق و تعهد باشد و فعل از افاده این معنا ناتوان



مصارف به صدها مقابل آن رسیده است، راهی نیست و «رهان» در «سبق» و «رمایه» مختص است به تیر و کمان و اسب دوانی و امثال آن که در جنگهای سابق به کار گرفته می شده است و امروز هم تنها در همان موارد است و انفال که بر شیعیان تحلیل شده است، امروز هم شیعیان می توانند بدون هیچ مانعی با ماشین های کذایی جنگل را از بین ببرند و آنچه را که باعث حفظ و سلامت محیط زیست است، نابود کنند و جان میلیونها انسان را به خطر بیندازند و هیچ کس هم حق نداشته باشد، مانع آنها باشد. منازل و مساجدی که در خیابان کشی ها برای حل معضل ترافیک و حفظ جان هزاران نفر مورد احتیاج است، نباید تخریب گردد و امثال آن. و بالجمله آن گونه که جناب عالی از اخبار و روایات برداشت دارید، تمدن جدید به کلی باید از بین برود و مردم کوخ نشین بوده و یا برای همیشه در صحراها زندگی نمایند^{۵۵}. این گونه استنباط و اجتهاد است که می تواند فقه را قادر بر اداره جامعه گرداند.

به نظر می رسد، دیدگاه مشهور فقیهان امامیه در مورد الفاظ، اگرچه شکلیت از نوع رومی آن نیست، نوعی بازگشت به همان نظریه است و این امر به گونه ای عدول از اصل اساسی ترسیم شده قرآنی است که در آیه «لَا تَأْكُلُوا...» و آیه «وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَهُ...»^{۵۶} ابراز شده است. این در حالی است که حقوق وضعی - که خود در ابتدا به شکلیت محض اعتقاد داشت - به اصل رضایی بودن عقود، به نحوی مطلوب دست یازیده و تحت تأثیر فقه اسلامی به چنین جایگاهی رسیده است. البته این احتمال را نباید از نظر دور داشت که وجود ارتباط بین مذاهب مختلف، یعنی ارتباط مذهب امامیه با فقه اهل سنت - که فقه شیعه به خاطر انزوای از حاکمیت به منزله حاشیه بر فقه اهل سنت و ناظر به آن فقه بوده است^{۵۷} - سبب شده که فقهای شیعه چنین گرایشی در مورد الفاظ پیدا کرده و این چنین دچار نوعی شکلیت شوند.

این مطلب را باید اذعان کرد که بعد از دوره متأخرین، این اعتقاد در بین فقیهان امامیه ضعیف شده و اعتقاد فقیهان این دوره و دوره معاصر، بر عدم لزوم یا شکل خاص دیگر در انعقاد عقود قرار گرفته است. اگرچه از معاصرین نیز فقیهانی بر لزوم الفاظ و عدم کفایت معامله معاطاتی استدلال کرده اند^{۵۸}.



نیازمند است و در فقه امامیه وجود الفاظ، شرط دانسته شده است و این نوعی دوری و جدایی از اصل رضایی بودن عقود است؛ یعنی در واقع نوعی دوری از بنای عقلاست، بدون اینکه دلیل مستحکمی بر آن اقامه شده باشد. این اعتقاد و مانند آن است که فقه را از هدف اصلی اش دور نگه داشته و سبب انتقاد منتقدان می شود.

در اینجا شایسته است که نظر امام خمینی (ره) را - که به حق باید او را مجددی در فقه امامیه دانست - ملاحظه کنیم. ایشان در یکی از جملات خود به اعضای شورای نگهبان می گویند: «تذکری پدرانه به اعضای عزیز شورای نگهبان می دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند... و این بحثهای طلبگی مدارس که در چارچوب تئوری هاست نه تنها قابل حل نیست که ما را به بن بست هایی می کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می گردد. شما در عین اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیابد - باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ و خمهای اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد»^{۵۹}.

عبارت یادشده به معنای کنار زدن مبانی استنباط و اجتهاد نیست، بلکه هشدار است مبنی بر اینکه تنها بر اساس یافته های ذهنی و مدرسه ای به اجتهاد نپردازیم، بلکه با ملاحظه عینیتها و واقعیات، استنباط و اجتهاد کنیم. فقهی که می خواهد فلسفه عملی حکومت باشد و برنامه زندگی انسان از گهواره تا گور را تنظیم کند و درصدد حل مشکلات پیچیده انسان قرن حاضر باشد، باید فقهی باشد که با عنایت به واقعیات و عینیات پی ریزی شود.

امروزه با اختراع وسایل و ابزار ارتباطی جدید، الفاظ نه تنها وسیله ساده و آسان اعلام اراده نیست، بلکه اصولاً اعلام اراده از طریق الفاظ امکان ندارد و این امر به جایی رسیده است که در قوانین متحدالشکل جهانی، استفاده از نوشته، فاکس و دیگر وسایل اعلام اراده از مسلمات انگاشته می شود. برای جهانی با این وضعیت آیا می توان فتوا به لزوم الفاظ برای اعلام و ابراز اراده داد؟ فقهی که چنین فتوایی دهد، ناتوان از اداره جامعه است و مورد اتهام منتقدان خواهد بود. اما اگر فقهی واقع نگر به ادله معتبر مراجعه کند، چنین نظر می دهد (امام خمینی در پاسخ به نامه یکی از علما): «... این جانب لازم است از برداشت جناب عالی از اخبار و احکام الهی اظهار تأسف کنم. بنا بر نوشته جناب عالی، زکات تنها برای مصارف فقرا و سایر اموری است که ذکرش رفته است و اکنون که

است. (رک: محقق نائینی، منیه الطالب، ج ۱، ص ۶۴) نقد این نظریه: لفظ «بعت» نه به واسطه ماده و نه هیات، دلالتی بر التزام به بقای بدلیت مبیع برای ثمن ندارد، زیرا معنای ماده «بعت» تبدیل یا تملیک است. بنا بر این، ماده چیزی غیر از تبدیل دو طرف اضافه نیست و هیات نیز دلالت بر نسبت بیع به متکلم دارد و التزام به استمرار بدلیت بین دو مال معنایی اسمی است که خارج از مدلول ماده و هیات است. بنا بر این، حق این است که بگوییم: اگر التزام مزبور از لوازم عرفی تبدیل دو طرف اضافه است، به مجرد تحقق تبدیل، لازم آن نیز محقق می شود، بدین دلیل که از لوازم خود تبدیل است، نه به لحاظ مفاد لفظ. وقتی که تبدیل با لفظ یا فعل ثابت شد لازم آن نیز ثابت می شود. بنا بر این، تفکیک محقق نائینی بین تبدیل ناشی از لفظ یا فعل و بین التزام به بقای بدلیت، صحیح به نظر نمی رسد و فرقی بین لفظ و فعل در دلالت بر التزام مذکور نیست و معامله معاطاتی و غیرلفظی نیز مشمول آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خواهد بود.