

تحولات حقوقی

دوره ۱، شماره ۱، پاییز ۱۴۰۴

The Developments of Formalism in Transactions of immovable Properties in Civil Law System, Jurisprudence and Iranian Law

Author: Ahmad Esfandiari

تحولات شکل‌گرایی در معاملات اموال غیر منقول

در نظام حقوق نوشته فقه و حقوق ایران

نویسنده: احمد اسفندیاری



دانشگاه شمال
(پیرانشهر - غیر دولتی)

LEGAL DEVELOPMENT

1 Volume ,1Autumn, Issue 2025



انجمن حقوق ایران

The Developments of Formalism in Transactions of Immovable Properties in Civil Law System, Jurisprudence and Iranian Law

Ahmad Esfandiari : Assistant Professor of Departement of Private Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran.

Esfandiari_ahmad@yahoo.com

Abstract

The opposition of formalism- which the registration of documents related to transaction is one of it's manifestations- to the principle of the consensualism in contracts, reveals only part of it's role in the contemporary law in civil law countries, and the allegation that a simple exchange of creative intention is sufficient to create a contract also accounts for only part of the positive law. To discover the importance of formalism, one must go beyond the analysis of the rules relating to the formation of contracts. Despite the establishment of the principle of consent in contracts, formalism plays an important role in contemporary law and is also a complementation to it. In Islamic jurisprudence, the focus of jurists was mainly on the expression of the intention of the contract by method other than writing, especially by words. Some even considered words to be a constituent element of the contract and something substantial that can be compared to the mandatory formalism in Roman law. However, only a group of later jurists, accepted the use of writing to express intention in rare cases without the parties being obliged to do so. Although there is no position for writing in legal acts in civil law, in negotiable instruments law, transactions made on a instrument must necessarily be in writing and the Registration of Documents and Real Estate act, as well as the Hesbi Affairs act, have also emphasized the need



to use writing in some legal acts such as peace agreements, gift agreements, wills, etc. In Iranian legal regulations, which it is emphasized on the writing of legal acts, the role of registration is a complementary aspect and the principle of consensuality of legal acts as well as the constructive role of the intention has never been denied in them.

Keywords: Necessity, Properties, Consensus, Registration, Formalism, Wording, Immovable



تحولات شکل‌گرایی در معاملات اموال غیرمنقول

در نظام حقوق نوشته، فقه و حقوق ایران

احمد اسفندیاری: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

Esfandiari_ahmad@yahoo.com

چکیده

تقابل شکل‌گرایی - که ثبت اسناد معاملات یکی از مظاهر آن محسوب می‌شود - با اصل رضایی بودن تنها بخشی از نقش آن در حقوق معاصر کشورهای حقوق نوشته را آشکار می‌سازد و این ادعا - که تلاقی قصدها به تنهایی برای ایجاد قرارداد کافی است - نیز فقط بخشی از حقوق موضوعه را به حساب می‌آورد. برای کشف اهمیت شکل‌گرایی، باید از تحلیل قواعد مربوط به تشکیل قراردادها فراتر رفت. با وجود تثبیت اصل رضایی بودن عقود، شکل‌گرایی، نقش مهمی در حقوق معاصر دارد و مکمل آن نیز می‌باشد. در فقه اسلامی، توجه فقها عمدتاً روی بیان اراده انشایی به غیر از طریق نوشتن، مخصوصاً از طریق لفظ متمرکز بود. حتی گروهی، لفظ را عنصر مقوم انشای معاملاتی دانستند و برای آن موضوعیت قائل بودند که می‌توان آنرا با شکل‌گرایی اجباری در حقوق روم مقایسه نمود با این حال فقط گروهی از فقهای متأخر استفاده از نوشته در بیان اراده را در موارد نادر پذیرفتند بدون اینکه طرفین به انجام آن، ملزم باشند. با اینکه در قانون مدنی، نوشته در اعمال حقوقی جایی ندارد، در حقوق اسناد تجاری معاملات انجام شده روی سند، لزوماً باید مکتوب باشد و قانون ثبت اسناد و املاک و همچنین قانون امور حسبی نیز لزوم استفاده از نوشته در برخی اعمال حقوقی مانند، صلحنامه، هبه نامه، وصیت - نامه و غیره را مورد تأکید قرار داد. در مقررات حقوقی ایران که بر مکتوب نمودن اعمال حقوقی تأکید شده است، نقش ثبت جنبه تکمیلی و ناظر بر اصل توافقی بودن اعمال حقوقی بوده و نقش اراده، هرگز نفی نشده است.

واژگان کلیدی: الزام، اموال، توافق، ثبت، شکل، لفظ، غیرمنقول.



۱. مقدمه

در حقوق کشورهای تابع نظام حقوق نوشته، شکل در تنظیم اعمال حقوقی، مسیر پر فراز و نشیبی را طی نموده است. در نظام حقوقی این کشورها، شکل‌گرایی در اعمال حقوقی به سه گونه داوطلبانه، تصوری و اجباری، قابل طرح می‌باشد:

غالباً طرفین معامله، قراردادهای کتبی را ولو اینکه قانون، آنرا الزامی ننماید، ترجیح می‌دهند. این کار، ممکن است با سه هدف با انجام شود: نخست اینکه بخواهند تشکیل قرارداد خود را منوط به تنظیم سند نمایند. دوم اینکه ادله اثبات را از پیش تعیین و فراهم سازند. در هر دوی این موقعیت‌ها، می‌توان از شکل‌گرایی داوطلبانه صحبت کرد.

علاوه بر این، طرفین قرارداد گاهی بر این باورند که به کاربردن شکل در اعمال حقوقی (مثلاً ثبت آن)، اجباری است بدون اینکه قانون بر چنین امری تصریح نموده باشد که آنرا می‌توان شکل‌گرایی تصوری نامید. در این مورد، رفتار طرفین با تمایل به رسمیت بخشیدن به اراده خود برای اطمینان از اثربخشی آن قابل توضیح نیست بلکه بیشتر با این احساس - که قانون انجام برخی تشریفات را تحمیل می‌کند - توضیح داده می‌شود: آنها نوشتن را برای تشکیل رابطه قراردادی ضروری می‌دانند. چنانکه در عمل مشاهده می‌شود که اطراف قرارداد، حداقل برای تعهدات مهم، تنها زمانی احساس تعهد واقعی را دارند که نشانه‌ای قوی از خود نشان داده باشند. به این ترتیب، استفاده از شکل در ذهن طرفین به ایجاد پیوند حقوقی کمک می‌کند. این کارکرد - که در شکل‌گرایی اجباری به طور سنتی وجود دارد - دارای جنبه نمادین می‌باشد. با این حال، در پی نهضتی که به ظهور توافق‌گرایی انجامید، رسمیت دادن به اراده به صورت مکتوب برای مقاصد اثباتی تحمیل شد. با اینکه در حقوق فرانسه - که وارث برجسته حقوق روم قدیم و نماینده اصلی نظام حقوق نوشته به شمار می‌رود - الزام به ثبت معاملات مربوط به املاک برای نخستین بار در سال ۱۷۹۸ در فرانسه مقرر گردید، این الزام به موجب قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه - که تا حدود زیادی تحت تأثیر دیدگاه توافق‌گرایی بود - لغو گردید. با این حال با تصویب قانون ثبت املاک ۱۸۵۵ شکل‌گرایی دوباره برقرار شد (Agarwal, ۲۰۲۳: ۱).



با وجود اقبال اندک فقها و تصویب کنندگان جلد اول قانون مدنی به استفاده از نوشته در وقوع معاملات در قلمرو اموال غیرمنقول، نقش شکل در تشکیل اعمال حقوقی و از جمله در انتقال حقوق مربوط به اموال غیرمنقول، همواره در نظام حقوقی ایران مطرح بوده و دیدگاه‌های گوناگونی را در سطوح قانونگذاری از یک سو و دکترین حقوقی از سوی دیگر ایجاد نموده است. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ ثبوت مالکیت از طریق الزام به ثبت املاک در دفتر مخصوص و تشریفاتی نمودن انتقال آن، تحول مهمی در نظام مالکیت سنتی اموال غیرمنقول ایجاد نمود. با اینکه مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک بر لزوم ثبت معاملات مربوط به املاک به موجب سند رسمی دلالت دارد، نظریه مشورتی ۱۳۹۵/۸/۴-۹۵/۱۰۲/۲۶۶۴ شورای نگهبان، مفاد مواد مذکور را مغایر با شرع اعلام نمود و به فاصله کوتاهی، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، در این مورد، سیاستی دوگانه را پذیرفته است. این قانون، با اینکه به آن بخش از مقررات نظام ثبت املاک-که مبتنی بر تشریفاتی نمودن انتقال املاک در چهارچوب ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک می‌باشد- توجه نمود، برای اسناد عادی تصدیق شده در دادگاهها اعتبار قایل شده است. طولی نکشید که قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، جنبه های شکلی معاملات راجع به اموال غیرمنقول را تقویت نمود. در ماده ۱ قانون اخیر، قانونگذار، ضمانت اجرای معاملات ثبت نشده را به صراحت تعیین نکرده و صرفاً به بیان ضمانت اجرای شکلی، مانند عدم استماع دعاوی اثبات و تنفیذ معامله، الزام به تنظیم سند رسمی، ابطال سند، خلع ید و تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در معاملات غیررسمی و شکایت کیفری انتقال مال غیر، اکتفا نموده است.

در سال های اخیر، پژوهش هایی نیز در مورد قانون اخیر الذکر نوشته و منتشر شده است از جمله مقاله با عنوان «تحلیل حقوقی و اقتصادی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول»، علیجانی، محسن و جواهر کلام، محمد هادی، (۱۴۰۳)، فصلنامه حقوق اقتصادی، دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۸۴-۱۶۲ و همچنین مقاله با عنوان «جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه»، صفی زاده، سروش (۱۴۰۱)، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸، ص ۱۸۵-۲۰۶ که در این مقاله از دیدگاههای مطرح شده در آنها استفاده شده است. این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی انجام می‌شود.

در مورد ادله اثبات، هرچند نقش شکل‌گرایی محدودتر بوده و فقدان مدرک از پیش ثابت شده، یعنی سند مکتوب، کشنده نیست. زیرا سایر وسائل اثبات اگرچه کارایی کمتری دارند، در دادگاهها پذیرفته

خواهند شد: قرارداد را می‌توان با اقرار و مهمتر از همه با اسناد کتبی اثبات کرد. به‌ویژه که تصور رویه قضایی از آن به اندازه‌ای گسترده است که اثبات را در تعداد قابل توجهی از موقعیت‌ها ممکن می‌سازد (Ducharme, ۱۹۸۵: ۶۹۳) با این حال، این شکل‌گرایی در عمل، تأثیر غیرقابل انکاری دارد، زیرا پیروی از الزامات آن، تأثیری اطمینان بخش دارد. بنابراین، طرفین به طور کلی، توافق خود را به صورت مکتوب، ثبت می‌کنند تا خطر عدم امکان اثبات حقوق خود را - که در واقع به معنای نداشتن هیچ حقی است - از میان ببرند. با اینکه تأثیر اثباتی ثبت معاملات پس از وقوع انقلاب اسلامی از سوی برخی نهادهای رسمی مورد تردید قرار گرفته است، قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول این وجه را نیز تقویت نموده است.

۲. نقش شکل در اعمال حقوقی

در نظام حقوق نوشته، فقه و حقوق ایران، شکل در انعقاد اعمال حقوقی، مورد استفاده واقع شده است. به رغم پذیرش نقش شکل در تنظیم اعمال حقوقی در هر سه نظام حقوقی مذکور، در عمل، با توجه به تاریخ حقوق هر یک از آنها، این نقش تا حدودی به صورت متفاوت به کار رفته است:

۲-۱. نقش شکل در حقوق نوشته

با اینکه در حقوق روم قدیم - که منبعی الهام‌بخش در نظام‌های حقوق نوشته از جمله فرانس، آلمان، ایالت کبک کانادا و ... به شمار می‌رود - عمل حقوقی قرارداد از تلفظ ساده کلمات جدی در حضور شهود ناشی می‌شد و این شکل در خدمت انواع تعهدات بود (Jeancklos, ۱۹۸۷: ۳۳۷)، به تدریج، اشکال انعطاف پذیرتر جای آنرا گرفت که در انشاء و ایجاد اراده یا تکمیل آن مؤثر شناخته شد:

۲-۱-۱. نقش ایجاد شکل در حقوق نوشته

در حقوق روم پذیرفته شده بود که برخی از واقعیت‌های خارجی، موجب ایجاد تعهدات می‌شود، افزایش تجارت و تعدد قراردادها باعث شد که حقوق روم، قراردادهای شکل‌گرای انعطاف پذیرتری را به رسمیت بشناسد (Jeancklos, ۱۹۸۷: ۳۳۷). برخی حقوق‌دانان آلمانی قرن نوزدهم فقط اراده ظاهری (یعنی آنچه را که شخص ابراز می‌نماید) در حقوق مؤثر می‌دانستند اگرچه دلایلی وجود داشته باشد که قصد باطنی با آن مغایر می‌باشد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱: ۲۴۹).



سوال مطرح این است که مزایای شکل‌گرایی^۱ در مقایسه با معاملات رضایی^۲ چه بود که در حقوق روم تثبیت شد؟

آیرینگ، شکل‌گرایی را تضمین‌کننده حفاظت از آزادی معرفی نمود. به عقیده برخی، نظارت بر اراده طرفین قرارداد- یا حتی کنترل آن- با الزامات رسمی برای آنها بی‌فایده نیست. هنگامی که شاهدان باید فراخوانی شوند، احتمالاً برای محافظت از یکی از طرفین- که مایل به انعقاد قراردادی بر خلاف منافع خود است- مداخله می‌کنند. به این ترتیب، شکل‌گرایی در عین اینکه حمایت از طرفین را ارتقا می‌بخشد، صرفاً مجموعه‌ای از قوانین نیست که فرآیند تشکیل قرارداد را پیچیده می‌سازد، بلکه فراتر از آن، ابزاری است که جامعه، آنرا برای کنترل خود بر اراده طرفین، مورد استفاده قرار می‌دهد (Chapentier, ۲۰۰۲: ۲۷۰). شکل‌گرایی به طرفین قرارداد، امکان می‌دهد تا با آگاهی کامل از واقعیت‌ها خود را متعهد سازند. در واقع، هر یک از تعهدات آنها باید بیان شود. از این رو، شکل‌گرایی آنها را از هرگونه غافل‌گیری محافظت می‌کند، زیرا به شخص اجازه نمی‌دهد بدون اطلاع از محتوای دقیق آن، به قرارداد پایبند شود.

در مواقعی که برای انعقاد قرارداد، تشریفات لازم باشد، طرفین از دوره تأمل بهره‌مند می‌شوند، زیرا رسیدن به توافق به تنهایی، آنرا لازم‌الاجرا نمی‌نماید. از ساوینی نقل شده است: «به نفع شکوفایی روابط مدنی، مطلوب است که قراردادها با عجله منعقد نشوند، بلکه به عواقیبی که از آنها سرچشمه می‌گیرد، به دقت توجه گردد. ماهیت قرارداد جدی تمایل دارد که این توجه جدی را برانگیزد و در نتیجه این توجه جدی را برای آنها ایجاد کند.» با این حال، شکل‌گرایی، لزوماً به معنای اعمال محدودیت زمانی برای تأمل طرفین قرارداد یا حضور شهود- که به نحوی مشروعیت قرارداد را تضمین کند- نخواهد بود. علاوه بر موارد فوق، شکل‌گرایی، همچنان به عنوان نمادی از ثبت اراده طرفین قرارداد در چارچوبی اجتماعی، مورد توجه بوده و به طرفین هشدار می‌دهد که متعهد هستند و قانون می‌تواند در روابط آنها دخالت کند. به رغم مزایای فوق، شکل‌گرایی، مخصوصاً زمانی که طرفین از تشریفات مقرر آگاهی یکسانی نداشته باشند و گاهی رعایت آنها مشکل باشد، می‌تواند خطرناک باشد. به دلیل سنگینی برخی از الزامات آن، شکل‌گرایی با رشد تجارت و افزایش مبادلات برای جامعه نامناسب باشد. چنانکه به

^۱ - Formalism
^۲ - Consensualism

دلایل فوق در حقوق روم، شناسایی برخی قراردادها با حسن نیت و بدون شکل خاص و صرفاً مبتنی بر وفاداری و اعتماد، ضروری شد.

مطابق دیدگاه شکل‌گرایی ایجادی-که گاهی شکل‌گرایی اجباری نامیده می‌شود- هر اراده ای برای ایجاد آثار حقوقی، لزوماً باید شکلی ظاهری و محسوس به خود بگیرد. هنگامی که حقوق، استفاده از شکل خاصی را تجویز می‌نماید، این شکل در اصل نه تنها وسیله ابراز اراده بلکه موجب ایجاد قرارداد نیز می‌شود. در این زمینه، شکل‌گرایی را می‌توان به عنوان اصلی تعریف کرد که به موجب آن، تشکیل عمل حقوقی، منوط به انجام تشریفات خاصی است. چنانکه، بر اساس دیدگاه پذیرفته شده در نظام-های حقوقی آلمان و سوییس، حقوق عینی، نسبت به اموال غیر منقول نه صرفاً به واسطه تعهد به انتقال بلکه از طریق قرارداد ناقل حق عینی یعنی انعقاد و ثبت آن نزد سردفتر اسناد رسمی، تحقق می‌یابد (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ۱، ۳۸۷).

حقوق روم-که در طول دوره تکامل خود، اساساً حقوقی شکل‌گرا باقی ماند- به خوبی کارکرد شکل-گرایی را نشان می‌دهد. به عبارت دیگر، بر اساس این نظام حقوقی، در فرایند تشکیل قرارداد، شکل، غلبه داشت. در واقع، با وجود به رسمیت شناختن برخی از قراردادهای غیر رسمی، این قراردادها همیشه به عنوان استثنائاتی در نظر گرفته می‌شدند که فقط تا حدی که حسن نیت آنها ایجاب می‌کرد، به وسیله قانون به رسمیت شناخته می‌شد. به این ترتیب، نیروی الزام‌آور قرارداد، ناشی از انطباق آن با آشکالی خاص بود. از این رو، اگرچه اراده، لزوماً در تشکیل عقد نقش داشت- اگر طرفین نمی‌خواستند متعهد شوند و تشریفات را انجام نمی‌دادند- اراده به تنهایی هرگز مبنای نیروی الزام‌آور قرارداد نبود. در نظام شکل‌گرا، قرارداد به صورت انتزاعی تصور نمی‌شود. در این نظام، «قرارداد» (یعنی توافق به مفهوم ماده ۱۰ قانون مدنی ایران) به رسمیت شناخته نمی‌شود بلکه صرفاً عقود مانند بیع، اجاره، قرض و غیره موضوعیت دارد.

۲-۱-۲. نقش مکمل شکل در حقوق نوشته

در نظام حقوق نوشته، شکل‌گرایی ایجادی در رویارویی با توافق‌گرایی، تحولاتی را به خود دیده است؛ در طول قرون وسطی، با اینکه متکلمان و حقوقدانان کلیسایی به راه حل‌های رومی وفادار مانده بودند، به طور غیرقابل انکاری بر دگرگونی مفهوم قرارداد با بیان ایده‌هایی که به رسمیت یافتن اصل



رضایی بودن کمک می‌کرد، تأثیر گذاشتند بدون اینکه آنها را به صورت قانون موضوعه در آورند. دیدگاه‌های آنها بیشتر صبغه اخلاقی داشت تا حقوقی.

مدتها پیش از پذیرفته شدن این اصل - که توافق ساده اراده‌ها در حقوق، الزامی است - حقوقدانان کلیسایی به احترام به تعهد و الزام به رعایت تعهدات، اهمیت خاصی داده بودند. موضع آنها بر اساس برداشت آنها از حقوق سده‌های دوازدهم تا پانزدهم فرانسه بود. با این حال، در پایان سده شانزدهم و در طول سده هفدهم که مفهوم علت بیان شد، توافق‌گرایی بخشی از عرف قرار گرفت.

آثار گروسوس، لحظه مهمی را در دگرگونی مفهوم قرارداد رقم زد، زیرا در آنها ایده‌هایی مطرح گردید که به طور غیرقابل انکاری به تأیید توافق‌گرایی کمک می‌کنند. او بسته به اینکه به قرارداد در حقوق طبیعی یا در حقوق موضوعه نزدیک شود، مفاهیم متفاوتی ارائه می‌کند که اولی رضایی و دیگری شکل‌گرا می‌باشد. از نظر حقوق طبیعی، عقد را می‌توان عملی اختیاری دانست که به موجب آن، شخصی به دیگری تعهدی می‌دهد، به این منظور که شخص، آنرا بپذیرد و بتواند وفای به عهد را مطالبه کند (Grothius, ۱۹۵۳, ۱: ۲۹۵).

با اینکه گذار از شکل‌گرایی به اصل رضایی بودن به مکتب جدید حقوق طبیعی، به ویژه گروسوس نسبت داده می‌شود، بدون اینکه کار وی در این زمینه، کم اهمیت جلوه داده شود، این دوما بود که اصل رضایی بودن را در حقوق مدنی تثبیت نمود. علاوه بر این، توصیف دوما از قرارداد بسیار نزدیک به توصیف گروسوس است: «استفاده از قراردادها نتیجه طبیعی نظم جامعه مدنی و پیوندهایی است که خداوند میان انسان‌ها ایجاد می‌کند» زیرا همانطور که او برای همه نیازهای آنها، استفاده متقابل از صنعت و نیروی کارشان و تجارت متفاوت، اموری را ضروری کرده است، اساساً طبق قراردادهایی است که آنها خود را با آنها تطبیق می‌دهند (Domat, ۱۸۳۵: ۱۲).

دوما، نویسنده برجسته فرانسوی، واقعاً از طریق احراز توافق در موضوعات قراردادی، به رسمیت شناختن قدرت اراده را آغاز می‌کند. در قوانین مدنی نیز همین عقیده، هرچند با عبارات بسیار متفاوت بیان شده است: «قراردادها تعهداتی هستند که با توافق متقابل دو یا چند نفر شکل می‌گیرند که برای اجرای آنچه تعهد می‌دهند میان خود قانونی وضع می‌کنند» مدت‌ها پیش از اینکه قلمرو توافق در حقوق مدنی به رسمیت شناخته شود، ایده احترام گذاشتن به لفظ، تکامل حقوق قرارداد را از قرون

وسطی مشخص کرده بود. در فاصله سده های دوازدهم تا شانزدهم، حتی اگر قرارداد رسمی باقی می ماند، شکل مورد نیاز کمتر دست و پا گیر شده بود - که عموماً شامل سوگند بود - و شروع به انتزاعی شدن کرده بود.

در پایان رژیم باستانی، تحت تأثیر ترکیبی از حقوق شرعی، حقوق طبیعی مدرن و آثار دوما و پوتیه، حقوق مدنی، اصل رضایی بودن و در نتیجه دیدگاهی انتزاعی از قرارداد را پذیرفت. به رسمیت شناختن اصل رضایی بودن نه تنها منجر به دگرگونی در روش تشکیل قرارداد شد، بلکه تأثیر تعیین کننده ای بر مفهوم قرارداد داشت. برخلاف نظام شکل گرا - که در آن، قرارداد به صورت انتزاعی تصور نمی شود بلکه صرفاً عقودی مانند بیع، اجاره، قرض و غیره موضوعیت دارد - در مکتب توافق گرایی، از طریق اصل احترام به اراده، قرارداد را می توان توافق اراده ها تعریف کرد بدون اینکه نیازی به اشاره به تعهداتی باشد که موجب آن می شود.

در پایان سده نوزدهم نقطه عطف مهم پدید آمد و آن اینکه توافق گرایی دیگر، صرفاً به روش تنظیم قرارداد مرتبط نیست بلکه دکترین، آنرا به یکی از جنبه های اساسی نظریه استقلال اراده تبدیل نمود. این نظریه، اراده را به عنوان عنصر پایه تعهد قراردادی مطرح کرد و از طریق استقلال اراده، آزادی اعطا شده به طرفین قرارداد هم از نظر شکل قرارداد و هم از نظر محتوا آشکار می شود. در این راستا، ایده اراده آزاد - که به شخص اجازه انعقاد قرارداد را می دهد - نباید با مبنای نیروی الزام آور آن قرارداد، اشتباه گرفته شود. در این دوره، توافق گرایی به طور انکارناپذیری بر شکل گرایی غلبه پیدا نموده است. چنانکه قانون مدنی ایالت کبک کانادا - که از نظام حقوق نوشته الهام می گیرد - به صراحت مقرر می دارد: «قرارداد، صرفاً از طریق مبادله قصد میان اشخاصی که اهلیت انعقاد قرارداد را دارند، تشکیل می شود، مگر اینکه قانون نیز رعایت شکل خاصی را برای تشکیل آن الزامی کرده باشد». از آنجا که در حال حاضر، تشکیل قرارداد در اصل، توافقی است، شکل گرایی، امری استثنایی به شمار می رود. با وجود این، شکل گیری برخی قراردادها، هرچند به تعداد اندک، مشروط به رعایت الزامات رسمی است. وقتی تشکیل عمل حقوقی، منوط به انجام تشریفات باشد، رعایت الزامات رسمی ضروری است. با اینکه این نتیجه بدیهی به نظر می رسد، تأثیر توافق به حدی است که قانونگذار خود را موظف می داند که تصریح کند، وقتی تشکیل قرارداد را منوط به انجام رسمی می کند، باید به این رسمیت احترام گذاشت.



غلبه توافق‌گرایی به شرح مطالب قبلی تنها غلبه آن به عنوان اصل کلی است، زیرا این ادعا-که مبادله قصدهای ساده برای ایجاد قرارداد، کافی است- تنها بخشی از حقوق موضوعه را به حساب می‌آورد. به تدریج، نوع جدیدی از شکل‌گرایی در پایان سده بیستم در نظام‌های حقوق نوشته رواج یافته است که بر اساس آن، با اینکه در صورت عدم تلاقی قصدها، بدون تردید، قراردادی منعقد نمی‌گردد و احترام به اراده طرفین یکی از بزرگترین دغدغه‌های حقوق می‌باشد، نقشی را که تشریفات خاص در اثربخشی قرارداد توافقی ایفا می‌کند، نباید دست کم گرفت: از این نظر، آنها شاید مکمل‌های اساسی برای توافق‌گرایی باشند. اگر در واقع، مسئله شکل‌گیری قراردادها را بتوان با پذیرش شکل‌گرایی، توافق-گرایی یا اصولی که این دو راه‌حل را ترکیب می‌کند، حل کرد، تاریخ به ما می‌آموزد که سلطه مطلق توافق‌گرایی هرگز محقق نشده است. چنانکه ایهرینگ اشاره کرد: «حقوق، فقدان کامل اشکال را تحمل نمی‌کند، در حالی که می‌تواند تحت حاکمیت انحصاری شکل‌گرایی زندگی کند؛ حتی سخت‌گیری شدید را راحت‌تر از فقدان مطلق شکل تحمل می‌نماید».

این تحلیلی از شکل‌گرایی به معنای دقیق آن-که برای به وجود آمدن قراردادی باید به تشریفات احترام گذاشت- نیست، بلکه بیشتر از آن به معنای عام است که شامل تمام رسمی‌سازی اراده برای اطمینان از اثربخشی قراردادهای رضایی است. این شکل‌گرایی-که عموماً شکل استفاده از سندی مکتوب به خود می‌گیرد- فقط از الزامات حقوق عینی ناشی نمی‌شود زیرا جایگاه آن در حقوق بسیار بیشتر است و طرفین اغلب به آن متوسل می‌شوند.

به‌رغم جایگاه غالب توافق‌گرایی، شکل‌گرایی همچنان نقش مهمی ایفا می‌کند: در واقع، قانونگذار برای مدت بسیار طولانی تشریفات خاصی را تحمیل کرده است که اگرچه برای تشکیل قرارداد ضروری نیستند، اما هدف آن، تضمین اثربخشی آن است. علاوه بر این، توافق‌گرایی همراه با به رسمیت شناختن آزادی تقریباً مطلق قراردادی، منجر به افراط و تفریط شده است که به نوبه خود قانونگذار را به مداخله سوق داده است. از طریق این مداخلات قانونی، مقررات قانونی نظم عمومی-که هم شکل و هم محتوای قراردادها را تنظیم می‌کند-افزایش یافته است. ظهور مجدد شکل‌گرایی تصادفی نیست بلکه تا حد زیادی به نقش محافظتی-که عموماً به آن نسبت داده می‌شود-مرتبط می‌باشد.

تشریفات تعیین شده توسط قانونگذار در حالی که برای تشکیل عملی حقوقی ضروری نیست، از اهمیت قابل توجهی برخوردار است، زیرا در صورت رعایت آنها، اثبات وقوع آن عمل حقوقی را

تسهیل می‌کند و آنرا در برابر اشخاص ثالث قابل اجرا می‌سازد. این شکل‌گرایی به معنای دقیق آن نیست، زیرا قرارداد همچنان، توافقی باقی می‌ماند.

مفهوم اساسی همه این الزامات رسمی نشان می‌دهد که شکل‌گرایی، اغلب به عنوان ابزاری برای اطمینان از اثربخشی توافق‌گرایی استفاده می‌شود. تشریفات رسمی و عمومی که انتقال حقوق عینی را مشخص می‌کند، در حالی که اراده به تنهایی دارای قدرت انجام این نقل و انتقالات شناخته شده است، جای خود را به شکل‌گرایی داده است که اساساً مکتوب بوده و نقش مکمل را برای اراده ایفا می‌نماید (Pataul, ۱۹۸۹: ۲۱۴). این در واقع استفاده جدیدی از تشریفات است که اکنون در نظر گرفته شده است تا حمایت یکی از طرفین را از طریق اطلاع رسانی حقوق و تعهدات خود تضمین کند. بنابراین، حقوق گاهی به طور ضمنی مقرر می‌دارد که قرارداد باید به صورت مکتوب باشد و مشخص می‌کند که باید اطلاعات معینی در آن درج شود. قانونگذار همیشه خود را به تحمیل شروط رسمی، مانند کتبی یا اطلاع رسانی اجباری محدود نمی‌کند بلکه با تنظیم ماهیت و شکل قرارداد از نقشی که به طور سنتی از طریق شکل‌گرایی ایفا می‌کرد، فراتر می‌رود به این ترتیب، استفاده از شکل‌گرایی، در این زمینه، به اراده می‌افزاید، از آن محافظت می‌کند و اثربخشی آنرا تضمین می‌نماید.

۲-۲. نقش شکل در فقه

در طول تاریخ فقه، نقش شکل از یک سو در ابراز قصد انشاء و از سوی دیگر در ایجاد آن مورد توجه واقع شده است:

۲-۲-۱. نقش ابرازی شکل در فقه

در فقه اسلامی، شکل در ابراز اراده اشخاص در اعمال حقوقی به یکی از صورت‌های زیر نقش ایفا نموده است:

۲-۲-۱-۱. لفظ

یکی از روش‌های معمول تفاهم و انتقال معانی میان مردم، لفظ می‌باشد تا جایی که علمای منطق «وجود لفظی» را یکی از مراتب وجودی اشیاء معرفی نمودند (مظفر، ۱۳۷۳: ۴۳). گروهی از زبان‌شناسان نیز زبان را مخلوق واژه ملفوظ می‌دانند و به دلیل همراه بودن گفتار با لحن کلام از قبیل آهنگ، تکیه، مکث و مشهود بودن حالات صورت و حرکات بدنی، نقش متمایزی در ارتباط و انتقال



مفاهیم برای آن قایل می‌باشند (دوسوسور، ۱۳۸۲: ۳۶؛ باقری، ۱۳۸۳: ۲۲؛ دبیر مقدم، ۱۳۸۷: ۴۰). برخی از نویسندگان حقوقی، لفظ را در ابراز قصد و اراده به لحاظ تاریخی بر دیگر روش‌ها از جمله اشاره و کتابت، مقدم دانستند (سنهوری، ۱۳۸۸: ۸۴).

گفته می‌شود که در برخی مذاهب فقه حنفی بدون این که درباره خود اراده، بررسی تفصیلی صورت گرفته باشد، روش‌های ابراز آن، مورد توجه بیشتری واقع شده است (سنهوری، ۱۹۸۸: ۹۴). با این حال، در فقه اسلامی نیز یکی از روش‌های ابراز اراده انشایی، لفظ می‌باشد تا آنجا که عده‌ای از فقها به استناد اجماع (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۲؛ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۴)، آنرا در بسیاری از موارد تنها راه ابراز اراده اعلام نمودند (مکی عاملی، ۱۴۱۳: ۹۳؛ قزوینی، ۱۲۱۹ق؛ انصاری، ۱۳۷۵: ۹۵). به عبارت دیگر، اگرچه مفاد ایجاب و قبول، پیش از اعلام اراده در ضمیر شخص به وجود می‌آید، از آنجا که عقد مانند سایر امور حقوقی، پدیده‌ای اجتماعی می‌باشد و حقوق نمی‌تواند به درون ضمیر اشخاص راه یابد، آنچه در ضمیر اشخاص روی داده است، باید برای ورود به عالم حقوق به نحوی اعلام شود.

۲-۲-۱-۲. اشاره

فقها اگرچه لفظ را روش معمول و شایع ابراز یا حتی انشاء قصد اعلام کردند، با این حال در مواردی که شخص قدرت ادای لفظ را نداشته باشد مانند شخص لال می‌تواند با اشاره‌ای که مبین قصد باشد، معامله را انشاء نماید (مکی عاملی، ۱۴۱۳: ۹۳؛ جبعی عاملی، ۱۳۰۸ق: ۳۱۳؛ امامی، ۱/۱۳۷۳: ۱۸۱). منظور از اشاره، آن نوع از صیغه است که مسبوق به کلام نباشد (دهخدا، ۱۳۷۱، ۱: ۲۲۰۸). به این ترتیب عده‌ای بر این عقیده‌اند که در صورت تمکن از ادای لفظ، اشاره کافی نخواهد بود.

۲-۲-۱-۳. فعل

علاوه بر این، درباره دلالت فعل مادی به تنهایی و بدون به کاربردن الفاظ یا اشارات بر قصد انشاء-که در آثار فقهی، «معاطات» نامیده می‌شود- اختلاف نظر زیادی وجود دارد (مکی عاملی، ۱۴۱۳ق: ۹۳)، با این حال، جز عقد نکاح و همچنین طلاق-که طبق نظر فقها باید به صورت شفاهی با الفاظ مخصوص و به نظر برخی به زبان عربی (مکی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۶۱) باشد تا آثار حقوقی میان زن و شوهر برقرار گردد و در برخی موارد مانند ودیعه (مکی عاملی، ۱۴۱۳ق: ۱۳۳؛ جبعی عاملی، ۱۳۰۸ق: ۴۴۰) و رجوع نیز

ابراز قصد انشای عمل حقوقی از طریق فعل در کنار لفظ و اشاره تصریح شده است (مکی عاملی، ۱۴۱۳ق: ۱۸۱).

۲-۲-۲. نقش ایجاد شکل در فقه

عده ای از فقها لفظ را جزء عناصر مقوم و سازنده انشاء به حساب آورده اند و آنچه را که در ضمیر شخص می گذرد، نوعی طلب و شوق معرفی می کنند. بنابراین در صورت فقدان ابزار مادی همانند لفظ، عقد محقق نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ۱: ۲۶۶؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱: ۷۷). عده ای از فقهای حنفی و مالکی حتی اعتبار ماضی بودن، امری بودن و عربی بودن لفظ را نیز در انشاء و اعمال حقوقی لازم شمردند (سنهوری، ۱۳۸۸: ۹۴-۹۰). با این حال، فقها این نقش انحصاری را در مورد نوشته نپذیرفتند و بویژه در مورد لزوم ثبت معاملات در دفاتر مخصوص نظری ندارند.

۲-۳. نقش شکل در حقوق ایران

وجود اراده یا قصد از جمله ارکان هر عمل حقوقی است خواه این عمل از جمله عقود باشد یا ایقاعات، زیرا ماهیات حقوقی مانند بیع، اجاره، رهن، هبه، ابراء و... مخلوق اراده و قصد می باشند، بنابراین وقتی که خریدار و فروشنده، سند معامله را امضا می نمایند بدین وسیله تصمیم خود را بر فروش یا خرید به اجرا در می آورند و وضعیت ویژه ای را در عالم حقوق - که عالم اعتبار نیز نامیده می شود - ایجاد می نمایند. چنانکه در امور طبیعی و مادی، نقش نجار و بنا، سازندگی و ایجاد می باشد، در عالم حقوق نیز نقش معامله کننده، خلاقه و سازنده است. این امر، مستلزم وجود قصد انشاء می باشد. منتهی برخلاف مخلوقات و موجودات طبیعی که اموری مادی به شمار می روند، مخلوقات حقوقی، اموری، غیرمادی و اعتباری می باشند و نمی توان آنها را با حواس ظاهری احساس کرد. بنابراین، قصد انشاء یعنی اراده ماهیت حقوقی و شخص معامله کننده بدین وسیله با اراده خود موجود حقوقی می سازد.

۲-۳-۱. نقش ابرازی شکل در حقوق ایران

عقد، عبارت است از خلق ماهیتی حقوقی که جنبه ایجاد دارد و اراده انشایی نامیده می شود. به عبارت دیگر، آن چه عقد را می سازد، اراده باطنی یا همان اراده حقیقی است (محقق داماد، و دیگران، ۱۳۷۹، ۱: ۲۴۹) منتهی این اراده باطنی باید مبرز بیرونی داشته باشد که دلالت بر قصد کند، طبق ماده ۱۹۱



قانون مدنی: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» در این ماده بر لزوم وجود مبرز خارجی برای قصد انشاء تأکید شده است.

۲-۳-۱-۱. ابراز غیر نوشتاری

اگرچه ماده ۱۹۱ قانون مدنی، وجود قصد انشاء را-که دارای جنبه درونی است- رکن اصلی تحقق عمل حقوقی معرفی نموده است، در ماده ۱۹۲ قانون مدنی بر نقش لفظ و اشاره در ابراز قصد انشاء توجه شده است و ماده ۱۹۳ قانون مذکور انشاء عقد به وسیله فعل را -که حاکی از قصد باشد- به عنوان یک اصل پذیرفته است مانند قبض و اقباض. ماده ۱۹۴ قانون فوق نیز نیز سه مورد از چیزهایی را که کاشف از قصد باشد، به ترتیب ذکر نموده است: «الفاظ و اشارات و اعمالی که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می کنند باید موافق باشد...».

۲-۳-۱-۲. ابراز نوشتاری

با اینکه در باره دلالت نوشته بر قصد انشاء در کتاب‌های فقهی به ندرت اشاره شده است (جبعی عاملی، ۱۳۰۸ق، ۲: ۱۲۷؛ انصاری، ۱۴۱۰ق، ۱: ۲۴) و جلد اول قانون مدنی-که بخش مهمی از آن به چگونگی انشاء اعمال حقوقی اختصاص یافته است- در این مورد به سکوت برگزار نموده است، برخی نویسندگان حقوق مدنی، نوشته را در ردیف اشاره قرار دادند در این صورت، نوشته می تواند همانند لفظ، مقصود را به طور صریح تفهیم کند حتی اگر شخص، قدرت تلفظ هم داشته باشد (امامی، ۱۳۷۳: ۱/۱۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۱/۲۶۷). بنابراین، در کنار الفاظ، اشارات و افعال، اعلام اراده به وسیله نوشته نیز پذیرفته شده است. چنانکه به رغم تلقی وصیت به عنوان عمل حقوقی کاملاً رضایی در قانون مدنی، مواد ۲۷۶ به بعد قانون امور حسبی، آنرا به یکی از سه قسم خودنوشت، سری و رسمی قابل انشاء معرفی می نماید که در هر صورت باید مکتوب باشد. از این گذشته، قانونگذار علاوه بر مکتوب نمودن عمل حقوقی، امکان ثبت آنرا نیز پیش‌بینی نموده است. مطابق ماده ۲۷۷ قانون مذکور: «ترتیب تنظیم وصیت‌نامه رسمی و اعتبار آن به طوری است که برای اسناد تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی مقرر است». پذیرش امکان وقوع وصیت به موجب ثبت آن نزد دفاتر اسناد رسمی، حکایت از آن دارد که وقوع عمل حقوقی مذکور بدون ثبت آن در دفتر اسناد رسمی ممکن می‌باشد و ثبت آن، جنبه ابرازی داشته و استفاده از آن، جزو عناصر مقوم در انعقاد عمل حقوقی مورد نظر به شمار نمی‌رود.

۲-۳-۲. نقش ایجاد شکل در حقوق ایران

از برخی مواد قانونی و از جمله مواد ۲۲۳ به بعد قانون تجارت، انشای انحصاری برخی اعمال حقوقی از طریق نوشته به روشنی قابل استنباط می‌باشد. قانون، شرایط صوری الزامی در مورد هر یک از اسناد تجاری را مشخص نموده که عدول از هر یک از آنها ممکن است، موجب بطلان سند تجاری شود. از آنجا که تمام حقوق دارنده سند تجاری و همچنین کلیه تعهدات براتگیر و مسئولیت امضاکنندگان از نحوه انعکاس عملیات صدور، قبولی، ظهنویسی و ضمانت در آن حسب مورد، ناشی می‌شود و به لحاظ موضوعیت یافتن آن باید در انشاء ماهیت حقوقی هر سند اعم از برات، سفته و چک حد اقلی از شرایط رعایت شود (عبدالملکی، ۱۳۸۹: ۱۲۴). برای اینکه برات، سفته و چک، اسنادی تجاری شناخته شوند و قابلیت گردش و نقل و انتقال در قلمرو معاملات تجاری را پیدا کنند، لازم است شرایط صوری خاصی را دارا باشند. این شرایط در مواد ۲۲۳ قانون تجارت و بعد از آن، منعکس شده است.

قانون تجارت ایران- که هیچ تعریفی در خصوص برات ارائه نداده است، مواد ۲۲۳ تا ۳۰۶ این قانون، تردیدی در کتبی بودن رابطه براتی و رکن بودن آن باقی نمی‌گذارد، زیرا ماده ۲۲۳ قانون تجارت. ضمن اینکه ۲۲۳ شرایط صوری برات احصاء نموده است در سایر مواد از جمله ماده ۲۲۵ نیز «نوشته» بودن مندرجات آن را مورد تأکید قرار داده است: «تاریخ تحریر مبلغ برات با تمام حروف نوشته می‌شود اگر مبلغ بیش از یک دفعه با تمام حروف نوشته شود و بین آن‌ها اختلاف باشد مبلغ کم تر مناط اعتبار است و اگر مبلغ با حروف و رقم هر دو نوشته شود و بین آن‌ها اختلاف باشد، مبلغ به حروف معتبر است». علاوه بر این، صدر ماده ۲۲۳ قانون تجارت، امضا یا مهر برات دهنده را قبل از سایر شرایط صوری ذکر نمود که حاکی از کتبی بودن عملیات صدور برات می‌باشد. همین وضعیت با الفاظ دیگری- که حاکی از مکتوب بودن دارد- در مورد سفته و چک و عملیات صدور، ظهنویسی و ضمانت روی آنها تکرار شده است.

با اینکه در مورد صدور، قبولی، ظهنویسی و ضمانت روی اسناد تجاری همانند سایر اعمال حقوقی، وجود قصد انشاء لازم است، نحوه ابراز آن با اعمال حقوقی مربوط به حقوق مدنی، تفاوت‌هایی دارد. مواد مربوط به شرایط صوری اسناد مذکور، تردیدی باقی نمی‌گذارد که برخلاف عقود و ایقاعات مندرج در قانون مدنی که قصد انشاء در آن‌ها ممکن است از طریق لفظ، اشاره، یا فعل باشد در صدور اسناد براتی، قصد انشاء یا رکن مهم آن، کتبی بودن می‌باشد.



۲-۳-۲. نقش تثبیتی شکل در حقوق ایران

با وجود اقبال اندک فقها به استفاده از نوشته در وقوع اعمال حقوقی و سکوت جلد اول قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ در این مورد، در قلمرو معاملات اموال غیرمنقول، قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ ثبوت مالکیت با ثبت آن در دفتر ثبت املاک و تشریفاتی نمودن انتقال آن تحول مهمی در نظام مالکیت سنتی اموال غیرمنقول ایجاد نمود.

علاوه بر این، مطابق ماده ۱ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰ در حوزه‌هایی که وزارت عدلیه معین و اعلان می‌نماید هر ازدواج و طلاق که وقوع یابد در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود باید به ثبت برسد. چنانکه به موجب ماده ۳۲ قانون ثبت احوال و بند ۱ آن، ازدواج‌هایی که در دفاتر رسمی ازدواج به ثبت نرسیده باشد، در صورت ارائه اقرارنامه رسمی، مبنی بر وجود رابطه زوجیت میان متقاضیان ثبت واقعه ازدواج در اسناد سجلی زن و شوهر ثبت خواهد شد. پذیرش امکان اثبات واقعه ازدواج به موجب اقرارنامه رسمی، حکایت از آن دارد که وقوع عمل حقوقی مذکور بدون ثبت آن در دفتر ازدواج ممکن می‌باشد و ثبت آن جنبه ایجادی ندارد، بر اساس مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸، ۷۰، ۷۱ و ۷۲ قانون ثبت اسناد و املاک، راجع به برخی معاملات مربوط به اموال غیرمنقول همچنین هرگونه شرکتنامه، صلحنامه و هبه‌نامه نه تنها باید به شکل مکتوب باشد بلکه باید نزد دفاتر اسناد رسمی به ثبت نیز برسد.

پس از تصویب مقررات فوق، در مورد ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات مذکور، مخصوصاً عدم ثبت آنها میان حقوقدانان اختلاف نظرهایی بروز نموده است. به طوری که برخی عقیده داشتند که عدم رعایت تشریفات رسمی ثبت معاملات راجع به املاک، موجب بطلان آنها خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۱: ۶۰). با این حال، به نظر گروهی دیگر از نویسندگان حقوق مدنی ایران، نوشتن و ثبت معاملات مندرج در مقررات ثبتی، رکن عمل حقوقی نبوده و عدم رعایت آنها به تنهایی، موجب بطلان چنین معاملاتی نخواهد بود بلکه صرفاً تا زمانی که اعتبار این قبیل معاملات در محاکم صالح اثبات نشود، ادارات و محاکم نباید برای آنها در برابر سند رسمی اعتبار قایل شوند اما همین که اعتبار آنها به وسیله سایر دلایل و از جمله اقرار و شهادت احراز گردید، چنین معاملاتی با وجود اینکه با مفاد سند رسمی مغایر هستند، باید معتبر شناخته شوند (شهیدی، ۱۳۷۱: ۲۸-۱۳). نتیجه دیدگاه اخیر این است که ثبت اعمال حقوقی صرفاً جنبه تکمیلی دارد و حقوق طرفین را تثبیت می‌نماید.

نتیجه گیری

به بدون تردید، شکل گرایی در مفهوم دقیق خود، نقطه مقابل توافق گرایی است، اما این تقابل اهمیت شکل گرایی را پنهان می کند. حقوق موضوعه به وضوح مقرر می دارد که به جز چند استثنا، قرارداد، صرفاً با مبادله قصد (ایجاب و قبول) شکل می گیرد. با این حال، نقش شکل گرایی به مرحله تشکیل قرارداد محدود نمی شود، زیرا اثربخشی قراردادهای مورد توافق، اغلب به رعایت تشریفات تعیین شده توسط قانونگذار یا تشریفات تحمیلی توسط طرفین قرار بستگی دارد. اما زمانی که اثربخشی قرارداد، منوط به رعایت تشریفات باشد، اجرای آنها برای طرفین قرارداد ضروری است. برای آنها اهمیت چندانی ندارد که آیا قرارداد آنها به عنوان قراردادی توافقی یا رسمی مشخص می شود: طرفین قرارداد به این دلیل، تسلیم تشریفات می شوند که صرفاً نمی خواهند به قراردادی ملحق شوند بلکه می خواهند این قرارداد، آثار حقوقی مؤثری داشته باشد. شکل گرایی در قرارداد- که ثبت یکی از مظاهر آن است- به این خواسته پاسخ مثبت می دهد. با اینکه فقها روی انشای غیر کتبی قصد، تمرکز نموده بودند، گروهی از فقهای متأخر، نوشته را نیز مانند لفظ برای انشاء معامله کافی دانستند. با این حال در خصوص دلالت کتابت بر قصد در کتاب های فقهی به ندرت اشاره شده است، برخی نویسندگان حقوقی، نوشته را در ردیف اشاره قرار داده اند بنابراین در حقوق ایران، اعلام اراده به وسیله نوشته نیز در حکم بیان الفاظ پذیرفته شده است، زیرا نوشته نیز مانند لفظ وسیله عرفی و عادی انتقال معانی است، با این حال از روح ماده ۱۳۰۹ به بعد قانون مدنی، لزوم نوشته برای اثبات اعمال حقوقی (و نه به عنوان وسیله ابراز قصد) دریافت و از مواد ۲۲ تا ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک و مواد ۲۷۶ قانون تجارت و ۲۹۷ قانون امور حسبی نیز همین معنا بر می آید برخی از حقوقدانان در مواردی که حتی امکان تلفظ وجود داشته باشد، اشاره را به عنوان یکی از وسایل ابراز اراده پیشنهاد کرده اند..





منابع و مآخذ

- ۱) ازه ای، علی محمد (۱۳۷۳)، *مبانی منطق*، چاپ اول، اصفهان: انتشارات دانشگاه اصفهان.
- ۲) امامی، سیدحسن (۱۳۷۲)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ دهم، تهران: کتابفروشی اسلامیّه.
- ۳) امیری قایم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- ۴) انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق)، کتاب *المکاسب*، جلد اول، بی‌جا، بیروت: چاپ مؤسسه فَعّال.
- ۵) باقری، مه‌ری (۱۳۸۳)، *مقدمّات زبانشناسی*، چاپ هفتم، تهران: قطره.
- ۶) جبعی عاملی، زین‌الدین (۱۳۰۸ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد اول، ۱۳۰۸ق، تهران: به خط عبد‌الرّحیم.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۹۵۷)، *دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد اول، چاپ اول، تهران: بنیاد راستاد.
- ۸) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۹) دبیر مقدم، محمد (۱۳۸۷)، *زبانشناسی نظری*، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
- ۱۰) دوسوسور، فردینان (۱۳۸۲)، *زبانشناسی عمومی*، ترجمه کوروش صفری، چاپ دوم، تهران: انتشارات هرمس.
- ۱۱) سنهوری، احمد (۱۹۸۸)، *مصادر الحقّ فی فقه الاسلامی*، جلد اول، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- ۱۲) سنهوری، احمد (۱۳۸۸)، *نظریة العقد*، جلد اول، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- ۱۳) سنهوری، احمد (۱۹۸۸)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد اول، چاپ دوم، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- ۱۴) شهیدی، مهدی (۱۳۷۱)، «فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۱، ۹-۴۳.
- ۱۵) شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، *جزوه حقوق مدنی ۳*، بی‌جا، تهران: دانشکده حقوق دانشکده شهید بهشتی.

- ۱۶) شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، *حقوق مدنی ۳*، تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- ۱۷) شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *تشکیل قراردادها تعهدات*، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- ۱۸) عبدالملکی، مهدی (۱۳۸۹)، «*اوصاف اسناد براتی در نظریه های حقوقی*»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۴، شماره ۶۹، ۱۱۷-۱۷۵.
- ۱۹) قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۰)، *نقش سکوت در بیان اراده*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۱، ۶۵-۸۶.
- ۲۰) قزوینی، علی (۱۳۱۹ق)، *صیغ العقود*، بی جا، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- ۲۱) قنوتی، جلیل (۱۳۸۳)، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، چاپ اول، قم: بوستان کتاب قم.
- ۲۲) گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۸)، *مقالات حقوقی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۳) گروهی از نویسندگان (۱۳۷۴)، *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی*، جلد اول، ترجمه داراب پور، مهرباب، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۲۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *عقود معین*، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنشر.
- ۲۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *نظریه عمومی - ایقاع معین*، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
- ۲۷) مظفر، محمدرضا (۱۳۷۳)، *منطق*، ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی، چاپ اول، تهران: انتشارات حکمت.
- ۲۸) مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (۱۴۱۳)، *اللمعه دمشقیه*، چاپ دوم، قم: منشورات دارالفکر.
- ۲۹) محقق داماد، سید مصطفی، قنوتی، سید جلیل، وحدتی شیرازی، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.



References

- ١) Chapentier, E, (٢٠٠٢), **A paradox of contract theory: the opposition formalism / consensualism**. Les Cahiers de droit, ٤٣(٢), ٢٧٥-٢٩٧
- ٢) Domat, (١٨٣٥), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, dans J. REMY (dir.), Œuvres complètes de J. Domat, t. ١, Paris, Alex-Gobelet Libraire
- ٣) Ducharme, L (١٩٨٥), *Le contrat et les règles de preuve*, R.D.U.S.
- ٤) Grothius, H. (١٩٥٣), *The Jurisprudence of Holland*, t١, Oxford, Clarendon Press.
- ٥) Jeancklos, Y. (١٩٨٧), *Formalisme et consensualisme: la sempiternelle querelle du droit des contrats, dans Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'édition scientifique — Université de Nice, p. ٣٣٣.
- ٦) Pataut, M.(١٩٥٣), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, ١٩٨٩, p. ١٩٩-٢١٥

