

Chronology of Conflict between Consent Principle and Formalism in Legal Jurisprudential Literature

Samira chami¹, Hamed rostaminajafabadi^{2*},
Masoud Shirani³

1- Phd student, department of law, najafabad branch, university of Islamic azad, najafabad, iran.

2- Assistant professor, department of Imamiyah jurisprudence & law, Faculty of jurisprudence & Islamic law, university of Islamic demonination, Tehran, Iran.

3- Assistant professor, department of law, najafabad branch, university of Islamic azad, najafabad, iran.

Received Date: 2023/06/30

Accepted Date: 2023/10/12

Abstract

Formalism and the consent principle have been open to discussion in law for a long time. When speaking about the principle of consensualism encountering with formalism in law, it is usually concluded that the principle of consensualism is ranked as first and formalism as the second. However, today after going through extremes in implementing these principles in western law, it seems that the confrontation of originality with formalism has been significantly reduced due to new forms and goals. Therefore, it can be said that these two are implemented in law proceed without breaching each other and in line with elevating the science of law in the field of legal practices. Today, the forms that bind legal practice have appeared unprecedentedly, all of which have reasonable and expedient goals; for instance, western law protects consumers against professional sellers in request to establish a legal relation between a skilled worker and an amateur individual in a written form containing the necessary information. Based on the descriptive-analytical method, this research concludes that the synchronicity of the consent principle and modern formalism, in contrast to Western law, in contemporary jurisprudence and Iranian law, has not been well received by scholars in this field. Additionally, the consensualism of legal acts against the new formalism is considered as a principle.

Keywords: principle of consensualism, principle of freedom of contract, ceremonial contracts, formalism.

سیر تاریخی تقابل اصل رضا و شکل‌گرایی در ادبیات فقهی حقوقی

سمیرا چمی^۱، حامد رستمی نجف‌آبادی^{۲*}، مسعود
شیرانی^۳

۱- دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

۲- استادیار، گروه فقه و حقوق امامیه، دانشکده فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران.

۳- استادیار، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۶/۰۹

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۷/۲۰

چکیده

شکل‌گرایی و اصل رضا از جمله مباحثی است که از دیرباز در علم حقوق مطرح بوده‌اند. در علم حقوق، زمانی که صحبت از تقابل و رویارویی اصل رضایی بودن اعمال حقوقی با شکل‌گرایی می‌شود، به یک نتیجه دیرینه می‌رسیم که اصل بر رضایی بودن اعمال حقوقی است و شکل‌گرایی نسبت به این اصل در مرتبه دوم قرار دارد؛ اما امروزه در حقوق غرب، پس از طی دوران افراط و تفریط در زمینه اجرای دو اصل مذکور، به نظر می‌رسد که با تدوین اشکال نوین و با اهداف جدید و متفاوت، از تقابل اصل رضا و شکل‌گرایی به میزان قابل توجهی کاسته شده است تا جایی که می‌توان گفت اصل رضا و شکل‌گرایی بدون نقض یکدیگر، در راستای تعالی علم حقوق در حیطه اعمال حقوقی، پیش می‌روند. در عصر حاضر فرم‌هایی که عمل حقوقی را مقید می‌کنند به‌طور بی‌سابقه‌ای پدیدار گشته است که همگی دارای اهداف معقول و مصلحت‌جویانه هستند؛ برای مثال امروزه حقوق غرب، با لزوم پدید آوردن رابطه حقوقی بین کاردان ماهر و یک فرد ناشی در قالب فرم نوشتاری و حاوی اطلاعات لازم، به حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر فروشندگان حرفه‌ای می‌پردازد. این تحقیق که با روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی-تحلیلی تدوین شده است، به این نتیجه دست می‌یابد که همگامی اصل رضا و شکل‌گرایی نوین برخلاف حقوق غرب در فقه معاصر و حقوق ایران چندان مورد استقبال اندیشمندان این حوزه قرار نگرفته است و هم‌چنان رضایی بودن اعمال حقوقی در برابر شکل‌گرایی نوین یک اصل تلقی می‌گردد.

واژگان کلیدی: اصل رضا، اصل آزادی قراردادی، شکل‌گرایی، عقود تشریفاتی، فرمالیسم.

۱- مقدمه

حاکمیت اراده از اصول فلسفی مهمی است که مبنای نظریه تعهدات به‌شمار آمده و آزادی قراردادی و اصل رضایی بودن اعمال حقوقی از نتایج این اصل محسوب می‌گردند (شریفی، ۱۳۹۷، ۱۰۱). تا اواخر قرن ۱۹ میلادی، اصل رضا از اصول مهم حقوقی و به‌عنوان یکی از شاخص‌های پیشرفت حقوق در عصر جدید، محسوب می‌شد؛ اما در اوایل سده بیستم میلادی در نظام‌های حقوقی غربی، شاهد پدیده‌ای تحت عنوان نوزایی شکل‌گرایی^۱ هستیم که علم حقوق را به سمت حاشیه راندن آزادی شکل عمل حقوقی، کشانده است. این دگرگونی که در حقوق ایران غریب است، در مقالات و کتب حقوقی نیز چندان مورد بررسی قرار نگرفته است. در نظام حقوقی ایران و در آثار حقوقی منتشر شده، همچنان پذیرش اصل رضا از نشانه‌های مدرنیته محسوب می‌گردد و تصویری که از این اصل ارائه می‌شود همان مفاهیم ارائه‌شده در قرن ۱۸ و ۱۹ میلادی است. نویسندگان حقوقی در کتب خود با اصل قراردادن رضایی بودن اعمال حقوقی، شکل‌گرایی را استثنائی بر اصل رضا می‌دانند که می‌بایست در حد یک استثنا به این مقوله توجه داشت (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۲۰)؛ از این‌رو از شکل‌گرایی نوین و اهداف آن غافل مانده‌اند. همچنین در کتب و تحقیقات حقوقی تقابل اصل رضا در طول زمان مورد بررسی قرار نگرفته است؛ برای نمونه مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان در جلد اول کتاب وزین قواعد عمومی قراردادها ریشه‌های خارجی اصل رضایی بودن را مورد تحلیل قرار می‌دهد و مختصری از آثار آن را تبیین می‌نماید (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ۱۴۴/۱)؛ اما تقابل میان اصل رضا و اصالت شکل که در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفته را مورد مطالعه قرار نداده‌اند. درحالی‌که امروزه شکل‌گرایی به یکی از ابزارهای مؤثر حقوقی برای تحقق اهداف عقلانی حقوق معاصر تبدیل شده است که نقش متمرکز در تعدیل اراده فردی همگام با رعایت مصالح عمومی ایفا می‌کند و تحقیق پیش‌رو در راستای واکاوی این مهم، تدوین یافته‌است.

در فقه اسلامی نیز فقهای معاصر، از لفظ‌گرایی کم و بیش شدید فقهای متقدم و متأخر دوری می‌جویند؛ لذا بررسی این شکل‌گرایی نوین و مقایسه با حقوق ایران امری نوین است. در این تحقیق با تبیین این نهاد حقوقی و با توجه به اختلاط مفهومی میان اصل رضایی بودن اعمال حقوقی و شکل‌گرایی و وابستگی شناختی میان این دو مفهوم، ضمن تحلیل اصل حاکمیت اراده در مقام خاستگاه اصل رضا و

^۱ formalism

به‌عنوان مانع اصلی رواج شکل‌گرایی، به بررسی تعامل اصل رضایی بودن اعمال حقوقی و شکل‌گرایی می‌پردازیم.

۱- اصل رضایی بودن اعمال حقوقی و حاکمیت اراده

در دوره‌ای از تاریخ علم حقوق، عقود در طرح و شکلی از پیش ساخته شده، ارائه می‌شد و همین عقود طراحی شده تنها وسیله ایجاد الزام بین افراد از مسیر اعمال حقوقی بود. با گسترش افکار آزادی‌خواهی و رشد نظریات طرفداران اصالت فرد، اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی به منصفی ظهور رسید. پذیرش این اصل که از اساسی‌ترین و اصلی‌ترین قواعد در حقوق خصوصی محسوب می‌شود، در نظام‌های حقوقی از جمله نظام رومی-ژرمنی دارای قدمتی چندانی طولانی نیست. بررسی تاریخی نشان می‌دهد در منطقه بین‌النهرین و مصر، در دوران خودکامگی معبد، انعقاد اعمال حقوقی به واسطه کاهنان برای مردم انجام می‌گرفت، بدین‌سان که با تهیه فهرستی از عقود، هرگونه تراضی را در قالب یکی از این اعمال حقوقی منعقد می‌نمودند. تنظیم عقود و این‌که هر تراضی داخل در کدام عقد از پیش تهیه شده باشد، از وظایف کاهنان بود. تهیه این فهرست و شیوه تنظیم عقود این مناطق به ایتالیا و یونان نیز سرایت نمود (اسماعیلی، ۵، ۱۳۹۷).

این قالب‌های از پیش تهیه شده و تشریفات خاص انعقاد عقود، موجب گردید که اراده افراد فاقد هرگونه نقشی در علم حقوق باشد. لیکن سیر رشد تجارت و افزایش تنوع مبادلات میان شهروندان باعث جوانه زدن تفکر در باب حاکمیت اراده شد. به معنای دیگر، بعد از دوره حقوق کلاسیک که اوج شکل-گرایی در زمینه‌ی اعمال حقوقی بود، به دوره کاهش شکل‌گرایی و رشد آزادی در قراردادها می‌رسیم که قانون یکنواختی تجاری نشأت گرفته از این تحول است (charny, 1999,842).

به‌عبارتی از ربع آخر قرن ۱۸ گمانه‌زنی‌هایی توسط متفکرین آن دوره از جمله آدام اسمیت^۱ و جرمی بنتام^۲ به‌دنبال انقلاب مصرف‌کنندگی در انگلیس و رشد معاملات به منظور دستیابی به بازار داخل و خارج، وارد تفکرات علمی آن زمان گردید که پیش‌زمینه ظهور آزادی قراردادی و اثبات نظریه فردگرایانه در قرن ۱۹ را فراهم گردانید (Lieberman, 1998,89).

^۱. Adam Smith

^۲. Jeremy Bentham

فلسفه حاکمیت اراده به این ایده متکی است که انسان ذاتاً آزاد است؛ لذا این موجود آزاد را هیچ چیز نمی‌تواند مجبور به انعقاد قرارداد کند مگر اراده او (اسماعیلی، ۱۳۹۷، ۸). منظور از اراده که حاکمیت آن به‌عنوان یک اصل مورد بررسی قرار دارد، اراده انشایی است. این اصل در فقه اسلامی که اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران است با عبارت معروف «العقود تابعه للقصد» شناخته می‌شود و آزادی فرد در انشای عمل حقوقی یکی از مواردی است که در کنار موارد دیگر از جمله آزادی در انتخاب نوع عقد و شروط مندرج ضمن عقد از آن منتج می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸، ۱/۵۶-۵۷).

مطالعه پیشینه تاریخی این اصل نشان‌دهنده پیشگامی و تقدم زمانی گرایش حقوق اسلام به این اصل و پذیرش آثار آن نسبت به حقوق غرب است. به عقیده برخی نویسندگان می‌توان نشانه‌های گرایش به این اصل را به قرن چهارم هجری نسبت داد (اسماعیلی، ۱۳۹۷، ۱۵). به عبارتی فقهای نامدار امامیه چند قرن پیش از آنکه حقوقدانان اروپایی به پذیرش این اصل روی آورند، به صراحت این نظر را ابراز نموده بودند و با پذیرش صحت عقود بی‌نام، نسبت به دیگر نظام‌های حقوقی در پذیرش اصل حاکمیت اراده پیشتاز هستند.

این تحول فکری و فلسفی به دلیل آن‌که از نادیده گرفتن اراده انسان در قرون وسطی برمی‌خیزد با تدریج‌هایی نیز همراه شد که به تدریج این افراط مورد نقد قرار گرفت و این اصل و آثارش تعدیل یافت؛ چراکه نباید اصل حاکمیت اراده موجب شود افراد در انعقاد قرارداد رها شوند؛ زیرا احتمال نابرابری بین طرفین به دلیل موقعیت اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و... وجود دارد و اگر حاکمیت اراده را تنها ملاک تدوین قرارداد در نظر بگیریم حق دخالت در چنین قراردادی را نداریم (شریفی، ۱۳۹۷، ۱۰۲). با این همه این تحول نظری در حقوق خصوصی به‌ویژه در بحث قراردادهای آثار مهمی به‌جا گذاشت که رضایی بودن عقود و شکل‌گیزی از آن جمله می‌باشد.

۲-۱- مفهوم اصل رضایی بودن اعمال حقوقی

اصل رضایی بودن اعمال حقوقی توسط اصل آزادی قراردادی نیز مورد حمایت قرار گرفته و به‌عنوان یکی از قواعد حاکم بر قراردادهای نافذ تراضی بدون نیاز به تشریفات پذیرفته شده است. درک کامل اصل مذکور وابسته به دو چیز است: یکی مفهوم رضا در این اصل و دومی تبیین عبارت اعمال حقوقی.

۲-۱-۱- مفهوم رضا

در علم حقوق رضا به‌عنوان یکی از مراحل تشکیل اراده مورد بررسی قرار می‌گیرد. دانشمندان علم حقوق (کاتوزیان، ۱۴۰۱/۲۱۳؛ شهیدی، ۱۴۰۱، ۹۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۲؛ صفایی، ۱۴۰۱/۶۲) در تحلیل روانی اراده و تشکیل آن در نفس، چهار مرحله را مدنظر قرار داده‌اند: مرحله تصور، مرحله تدبیر، مرحله تصمیم، مرحله اجرا.

با این توضیح که پس از تشکیل صورتی از عمل حقوقی در ذهن انسان، عقل به تدبیر و ارزیابی صورت شکل‌گرفته پرداخته و با غلبه انگیزه انجام عمل حقوقی، شوق انعقاد این عمل که با تصمیم و عزم ملازمه دارد، در وی ایجاد می‌شود و انسان به‌سوی اجرای تصمیم می‌رود.

در باب مرحله سوم و چهارم تشکیل اراده، این اختلاف بین اندیشمندان علم حقوق وجود دارد که برخی مرحله سوم را مرحله نهایی تشکیل اراده دانسته و رضای حاصله را همان اراده محسوب می‌کنند (سبزواری، بی‌تا، ۱۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۰، ق، ۲۶۷/۲۲) در حالی که دسته دوم با اعتقاد به این‌که رضا با تحلیلی که از مراحل فعالیت دماغی طرفین عقد دارند، دارای قدرت خلاق و سازنده نیست، تشکیل اراده را موقوف به مرحله چهارم یعنی قصد انشا می‌دانند (صدرالدین شیرازی، بی‌تا، ۱۱۳/۴؛ خویی، ۱۳۸۳، ق، ۲۷۸/۳؛ طباطبایی، ۱۴۰۹، ق، ۱/۵۱۱-۵۱۲). این اختلاف منجر به ایجاد نظریه تفکیک و وحدت قصد و رضا شده است؛ لذا گروهی از فقها از جمله محقق اردبیلی و محمد حسن نجفی پیرو نظریه وحدت قصد و رضا، بر این اعتقادند که اراده یک حالت بسیط نفسانی است و تجزیه اراده به قصد و رضا امر صحیحی نیست. در همین راستا، محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفایده و البرهان با انتقاد از تصحیح عقد اکراهی با اجازه بعدی می‌گوید که معامله اکراهی فاقد رضا است و طبق آیه تراضی (نسا/۲۹) در یک عقد وجود رضا شرط است و نصی بر تحقق عقد اکراهی وجود ندارد؛ لذا با استناد به اصل استصحاب، فساد معامله اکراهی را بیان می‌دارد (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸، ق، ۸/۱۵۰-۱۵۶). در مقابل بیشتر فقها از جمله ابوالقاسم خویی، محمد کاظم طباطبایی یزدی معتقدند ملازمه‌ای بین قصد و رضا وجود ندارد و این دو از هم منفک هستند و با تقسیم رضا به رضای قلبی و رضای عقلی بر این باور هستند که رضایت عقلی در معامله

اکراهی وجود دارد، ولی رضایت قلبی که برای نفوذ و تأثیر عقد لازم است در این نوع عقد وجود ندارد، بنابراین عقد تأثیر و نفوذ ندارد (غروی اصفهانی، ۱۳۶۳ق، ۲/۴۰).

در حقوق فرانسه تفکیک روانی میان قصد و رضا مشاهده نمی‌شود و برای رضایت و قصد تک واژه «consentement» استفاده می‌شود. در حقوق ایران با توجه به نقش متفاوت قصد و رضا و تفاوت وضعیت عقد فاقد هر یک از این دو، روشن است که قصد و رضا دارای ماهیتی متفاوت هستند و هر یک از این دو تشکیل‌دهنده یک عنصر لازم برای اعتبار عقد می‌باشند (شهیدی، ۱۳۸۸/۱۲۸).

براساس مقدمه بالا می‌توان رضا در عمل حقوقی را این‌گونه تعریف نمود:

«رضا عبارت است از میل به انجام عمل حقوقی که در مرحله تصمیم پس از سنجش حاصل می‌شود، از طرفی قصد انشا عنصر سازنده عقد است که در مرحله اجرای تصمیم محقق می‌گردد» (شهیدی، ۱۳۸۸/۱۳۰).

با این وجود از طریق بررسی اصل رضایی بودن اعمال حقوقی می‌توان دریافت که هر جا از این اصل سخن می‌گوییم، واژه رضا در این اصل مفهومی متفاوت از رضا در مقام تفکیک از قصد انشا دارد و در واقع رضا در اصل رضایی بودن اعمال حقوقی به مفهوم صرف اراده، بدون استفاده از شکل و یا تشریفات خاص است. رضا در این عبارت برگرفته از عقد رضایی است.

در دکتترین حقوق ایران (شایگان، ۱۳۷۵، ۲/۲۱؛ عدل، ۱۳۹۴-۹۶-۹۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۴۹۹-۵۰۶، امامی، ۱۴۰۱/۱۷۴؛ صفایی، ۱۴۰۱/۴۲؛ کاتوزیان، ۱۴۰۱/۴۵۵، امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸/۸۹-۹۰؛ شهیدی، ۱۳۸۸/۵۳) و فقه امامیه (انصاری، ۱۳۷۴ق، ۹۳-۹۶؛ خوبی، ۱۳۸۳ق، ۳/۱۱؛ پروانی غروی، بی‌تا، ۸۹) هرگاه عمل حقوقی تنها با تراضی طرفین عقد و بدون نیاز به استفاده از شکل و تشریفات خاص، منعقد شود، عقد رضایی است و رضایی بودن در عبارت «اصل رضایی بودن اعمال حقوقی» نیز به همین معناست.

۲-۱-۲- مفهوم اعمال حقوقی

هرگاه امری ارادی به منظور ایجاد اثر حقوقی مورد حمایت قانون، توسط شخصی صورت گیرد؛ یک عمل حقوقی شکل گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۷۹). اعمال حقوقی به دو گروه ممتاز تقسیم می‌شوند: عقود و ایقاعات.

عقد که در امور مالی، معامله نیز نامیده می‌شود، عملی است حقوقی که برای ایجاد آن حداقل به دو اراده انشایی نیاز داریم. رکن اساسی هر عقد، توافق دو اراده است یعنی مهم‌ترین عامل ایجاد یک قرارداد، اراده اشخاصی است که آن را واقع ساخته‌اند؛ لذا عقود با تراضی طرفین آن محقق می‌شود و نیازی به اعمال تشریفات خاص از جمله استفاده از الفاظ ویژه ندارد. این مورد در علم نوین حقوق با استثناهایی مواجه است و اصل آزادی قراردادها اهمیت پیشین خود را از دست داده است. بازرسی دولت‌ها در قراردادها افزایش یافته و قوانین امری از هر سو دامنه آزادی معاملات را محدود می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۸۳).

ایقاع نیز قسمتی از عمل حقوقی است که برخلاف عقد؛ با یک اراده انجام می‌پذیرد و در ایجاد آن نیازی به توافق نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۸۱) که این تعریف در برابر قرارداد واقع می‌شود. ایقاعات نیز به معین و نامعین تقسیم‌بندی می‌شوند. به عقیده برخی نویسندگان گروه سومی از ایقاعات نیز وجود دارد که میانه ایقاع معین و نامعین است؛ با این توضیح که صرفاً نام آن‌ها در قانون آمده است ولی احکام آن‌ها توسط مقنن تبیین نشده است و باید از قواعد عمومی استنباط شود مانند اجازه و رد در معامله فضولی (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۲۹).

۲-۱-۳- تعریف اصل رضایی بودن اعمال حقوقی یا اصل رضا

با عنایت به مطالب فوق و تبیین صورت گرفته در باب اجزای اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، می‌توان گفت: اصل رضایی بودن اعمال حقوقی یعنی ایجاد یک عمل حقوقی به‌صرف به‌کارگیری اراده انشایی، بدون نیاز به اعمال تشریفات یا شکل خاص جهت انعقاد عمل حقوقی.

۳- شکل‌گرایی

شکل‌گرایی لفظی پرکاربرد در علم حقوق است و توسط حقوق‌دانان مورد استفاده بسیار قرار می‌گیرد و استفاده از آن بسیار شایع و متداول است؛ اما برخی از حقوق‌دانان تلاش نموده‌اند تعریفی از این نهاد حقوقی ارائه دهند. آنچه اهمیت دارد این است که شناخت شکل‌گرایی وابسته به شناخت حیطه اعمال و کارکردهای آن است.

۳-۱- جایگاه اعمال شکل‌گرایی در علم حقوق

جایگاه بحث شکل حقوقی در وقایع حقوقی نمی‌باشد. وقایع حقوقی دارای صبغه مادی صرف هستند و هر آنچه درباره مفهوم اراده و اشتغال ذهنی حقوقی درباره اعمال حقوقی طرح می‌گردد، در وقایع حقوقی وجود ندارد؛ درحالی‌که مفهوم شکل حقوقی پدیداری اراده انشایی در قالب و صور خاص از پیش تعیین شده است که در وقایع حقوقی موضوعیت ندارد. مفهوم شکل در وقایع حقوقی همان تجلی تجربی و محسوس صورت معقول آنهاست که اساساً این مفهوم، فلسفی و عام‌الشمول بوده و خصیصه حقوقی ندارد (قاسمی، ۱۳۸۸، ۴۲)، برای مثال شکل اتلاف عبارت است از نابود کردن مال دیگری به‌طور مستقیم و تسبیب اتلاف مال دیگری به‌طور غیرمستقیم (محقق داماد، ۱۴۰۶، ق. ۱/۱۲۰). مستقیم یا غیرمستقیم بودن، شکل اتلاف یا تسبیب است؛ اما این شکل صورتی فلسفی دارد که براساس نظریه ارسطو یکی از علل چهارگانه تمام پدیده‌هاست، به‌گونه‌ای که فعلیت ماهیت موردنظر بسته به اجرای آن است (قاسمی، ۱۳۸۸، ۴۲). پس این شکل دارای مبدایی فلسفی و غیرحقوقی است برخلاف مفهوم شکل در اعمال حقوقی که دارای مبدایی حقوقی است.

۳-۲- مفهوم شکل‌گرایی

شکل در لغت عبارت است از ترکیب و ساختار بیرونی یک‌چیز که در مقابل ماده قرار دارد. شکل‌گرایی در مفهوم لغوی و عام خود به معنی اصالت شکل و یا دل‌بستگی به آن است (قنوتی و همکاران، ۱۳۹۷، ۱۵۷).

حقوق‌دانان حقوق خصوصی به‌طور مداوم با مفهوم شکل سروکار داشته و از آن در مقابل واژه ماهیت استفاده می‌نمایند؛ اما این کاربرد گسترده در علم حقوق موجب آن نگردیده است که تعریفی از این مفهوم ارائه شود، به‌طوری‌که حقوق‌دانان غالباً تعریفی از فرم یا شکل ارائه نمی‌کنند (nicod, 2001, 10).

با دقت در مباحث علم حقوق می‌توان دریافت که نه‌تنها شکل در علم حقوق نقش تعیین‌کننده دارد، بلکه شناخت آن در مواردی بسیار مهم و اثرگذار است که همین امر شناخت شکل و فهم مفهوم و جایگاه آن را دوچندان می‌کند؛ لذا عده‌ای از حقوق‌دانان به‌دلیل تأثیر شکل‌گرایی در علم حقوق در پی تعریف آن برآمدند. به‌طور کلی در علم حقوق در زمینه‌ی شکل‌گرایی دو دسته نظر وجود دارد:

در دسته اول برداشت حداقلی از شکل‌گرایی صورت گرفته است و شکل‌گرایی را به یک یا حداکثر چند موضوع محدود می‌کنند. جالب آنکه در همین برداشت حداقلی، اتفاق نظری بین علمای علم حقوق دیده نمی‌شود و برخی از آن‌ها تنها کاربرد شکل را در جانشینی اراده باطنی و در راستای ایجاد عمل حقوقی

مجرد، می‌دانند (levy et al, 2002, 85) و عده‌ای کارکرد شکل در علم حقوق را منحصر به اثبات عمل حقوقی می‌دانند (abdalla, 1974, 539).

نظریه‌ای که مورد پذیرش برخی از حقوقدانان برجسته ایرانی نیز واقع شده، آن است که شکل‌گرایی منحصر به دو مقام تشکیل و اثبات عمل حقوقی می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۳۹-۴۰؛ کاتوزیان، ۱۴۰۱، ۲۶۹/۱-۲۷۴).

دسته دوم که حقوقدانان معاصر هستند، عمدتاً برداشت موسعی از شکل‌گرایی ارائه نموده‌اند که این دسته نیز همانند حقوق‌دانانی که برداشت حدّ اقلی از شکل‌گرایی دارند نیز در زمینه‌ی ارائه کارکرد شکل‌گرایی در علم حقوق به صورت وسیع، اتفاق نظر ندارند.

برخی از ایشان معتقدند شکل‌گرایی عبارت است از لزوم رعایت شکل معین برای اظهار اراده به نحوی که تخلف از آن، نفس عمل حقوقی را مواجه با ضمانت اجرا می‌سازد (abdalla, 1974, 545) و گروه دیگر بر این اعتقادند که شکل‌گرایی جایی مصداق دارد که مقنن اشکالی را بدون معادل و جایگزین برای اظهار اراده مقرر نموده باشد به گونه‌ای که عدم رعایت آن‌ها، اراده اظهار شده را دچار مرتبه‌ای از بی‌تأثیری حقوقی کند (flour, 1950, 96).

در نظر اول هرچند ادعا شده است این برداشت موسع است؛ اما این چنین نیست و خود با محدودیت روبه‌روست. این تعریف جامع نیست و برای مثال شکل‌هایی را که ضمانت اجرایی آن‌ها مربوط به خود شخص فاعل است نه نفس عمل حقوقی را در بر نمی‌گیرد و تعریف دوم ضمانت اجرای جدای از نفس عمل حقوقی لحاظ نشده است.

۳-۳- نظر برگزیده

با استقرا در علم حقوق می‌توان دریافت که اشکال نوین حقوقی در تعامل با اراده حقوقی در پنج جایگاه جلوه می‌یابد:

- ۱- اظهارکننده و کاشف اراده باطنی در همه اعمال حقوقی، ۲- جانشین اراده باطنی در اعمال حقوقی مجرد، ۳- شرط وقوع یا اثرگذاری در برخی اعمال حقوقی، ۴- حمایت‌کننده که به صورت رفع تردید و اثبات عمل حقوقی متمر ثمر است، ۵- کارکرد کانالیزه شکل؛ لذا تعریفی که از شکل ارائه می‌گردد، باید شامل تمام تعاریف فوق باشد. پس شکل حقوقی عبارت است از: «عنصر

خارجی مادی در اعمال حقوقی به جهت کشف اراده باطنی یا انعقاد عمل حقوقی و یا در قالب

ابزار هدایتی و حمایتی و کنترل‌کننده برای اعضای جامعه حقوقی».

این عنصر خارجی همراه با اراده حقوقی بر فاعل عمل حقوقی تحمیل می‌شود و کاشف اراده باطنی و جانشین آن بوده و یا در برخی اعمال حقوقی با اشتراط شکل معین همراه با اراده شرط وقوع و یا اثرگذاری آن عمل می‌شود. در این تعریف از عبارت عنصر خارجی استفاده شده است تا حاوی این نکته باشد که وقتی از واژه شکل استفاده می‌شود ذهن به این خطا و لغزش دچار نگردد که در بررسی مصادیق شکل‌گرایی باید به دنبال صورت خاصی باشیم، در حالی که حقیقت این است که مصادیق شکل‌گرایی تنها به صورت اعمال شکل و فرم خاص نمی‌باشد و بعضاً غیر شکل برای نمونه انجام فعل را نیز در بر می‌گیرد.

۴- سیر تقابل اصل رضا و شکل‌گرایی در ادوار مختلف تاریخ فقه و حقوق

اصل رضا و شکل‌گرایی از دیرباز در تقابل با یکدیگر قرار داشتند. در عصری شاهد شکل‌گرایی حداکثری و افول اصل رضا هستیم و در عصری دیگر برخلاف آن را می‌بینیم. در ادامه به تبیین این تقابل پرداخته و بررسی می‌کنیم که در عصر کنونی این تقابل به یک اجرای مسالمت‌آمیز و عاقلانه هر دو نهاد تبدیل شده است.

۴-۱- عهد باستان (سال ۸۰۰ تا ۲۰۰ قبل میلاد)

در این عصر، اراده فردی فی‌نفسه و به‌تنهایی در تشکیل و ایجاد اعمال حقوقی اصالتی نداشت و افراط در شکل‌گرایی جایی برای خودنمایی و ابراز وجود اصل رضا باقی نگذاشته بود. اگر تشریفات خاص جهت انعقاد اعمال حقوقی که بعضاً هر عمل حقوقی تشریفات خاص خود را داشت رعایت نمی‌گردید، صرف اراده فردی نمی‌توانست، آثار حقوقی ایجاد کند. اراده ظاهری بر اراده باطنی برتری داشت، در نتیجه دعاوی مربوط به عدم مطابقت اراده ظاهری بر اراده باطنی قابلیت استماع نداشت. بنابراین اگر قصد طرفین بیع بود؛ اما به اشتباه الفاظ و تشریفات هبه استعمال می‌گردید، عمل این افراد هبه محسوب می‌گردید (قاسمی، ۱۳۸۸، ۶۸). آنچه موضوعیت داشت شکل و تشریفات بود که خود علت سازنده و خالق محسوب می‌شد؛ پس اثبات خلاف آنچه موضوعیت دارد، امکان‌پذیر نبود. اهمیت اعمال شکل و بی‌توجهی به اصل رضا نه تنها در شکل‌گیری اعمال حقوقی وجود داشت بلکه در انحلال این‌گونه اعمال نیز خودنمایی می‌نمود و پایان دادن به عمل حقوقی با صرف تراضی یا اقاله امکان‌پذیر نبود. برای مثال برای پایان یافتن و انحلال قرارداد کتبی با موضوع تعهد به پرداخت وجه نقد نیاز به ثبت الفاظ خاص در

دفتر درآمد و هزینه‌ی متعهد بود که انعقاد این قرارداد با الفاظ خاص و صیغه معین در آن درج شده بود (afia, 1947, 34).

بحث درباره شکل‌گرایی حداکثری در عهد باستان بیشتر پیرامون نظام حقوقی رم قدیم مطرح بود؛ زیرا منابع موجود در مورد حقوق سایر جوامع هم‌چون ایران بسیار ناچیز است. نظام «رم» دل‌بستگی زیادی به حرکات فیزیکی و نمادها داشته از همین‌رو به شدت تمایل به شکل‌گرایی رومیان رو به افراط گذاشت و خلق اعمال حقوقی تنها از طریق فرم و شکل امکان‌پذیر بود (gazzaniga, 1992, 37-38). همین بی‌توجهی به اراده‌ی فردی موجب گردید که صاحب‌نظران جامعه‌شناسی حقوق بر این باور باشند که چون عقد در این دوران به مفهوم تعهد ارادی ناشناخته بوده و مولد اراده افراد نبوده است، عقد واقعی نمی‌توانسته باشد (کوویلیه، ۱۳۸۵، ۵۶).

ابزار و روش فنی شکل‌گرایی در این دوران در سه گروه کلمات و الفاظ، اعمال و سمبل‌ها و دخالت اشخاص ثالث به‌ویژه مقامات مذهبی جلوه می‌نمود.

الف- الفاظ: الفاظ به‌صورت مشخص و جداسازی شده بودند، یعنی هر عمل حقوقی لفظ مخصوص به خود را داشت (قاسمی، ۱۳۸۸، ۷۲).

ب- اعمال و سمبل‌ها: طبع شاعری رومی‌ها همراه با فقر زبان، آنها را به سمت استفاده از نمادها سوق داد؛ برای مثال نیزه سمبل مالکیت بود؛ زیرا بیان نوعی قدرت و تسلط و احاطه مالک به‌شمار می‌رفت (قاسمی، ۱۳۸۸، ۷۳).

ج- دخالت اشخاص ثالث: برخی از اعمال حقوقی رم قدیم نیاز به دخالت و مشارکت اشخاصی غیر از طرفین معامله داشت. این اشخاص ثالث، یا مقامات مذهبی بودند یا مقامات دولتی و یا شهود که بسته به نوع عمل حقوقی نیاز به حضور هرکدام تبیین شده بود و جالب آنکه دسته‌ای دیگر از اعمال باید به اطلاع عموم می‌رسید (abdalla, 1974, 29-32).

براساس آنچه بیان شد می‌توان دریافت که شکل‌گرایی در این دوران در اوج قدرت خود بوده است و اثری از اصل رضا دیده نمی‌شود.

۴-۲- عصر پسا باستانی

این عصر در حقوق اروپا را می‌توان به دو دوره تقسیم نمود:

۱- حقوق کلاسیک روم که از سال ۲۰۰ قبل از میلاد شروع و تا سال ۵۶۵ بعد از میلاد ادامه داشت.

۲- قرون وسطی که از قرن ۵ میلادی آغاز و تا قرن ۱۵ میلادی ادامه یافت.

در کنار این دوران در اروپا، حقوق ایران و حقوق اسلام مقارن با این اعصار بررسی می‌گردد.

۴-۲-۱- عصر کلاسیک رم

در این دوره گرچه قراردادها اصولاً تشریفاتی بودند و تشریفات لفظی، نوشتار ویژه، تسلیم و قبض جهت انعقاد عمل حقوقی مورد نیاز بود؛ اما نشانه‌های بارزی از تمایل به اصل رضا و طرد شکل‌گرایی افراطی به چشم می‌خورد.

در این دوران برخی از عقود معین از زمره عقود تشریفاتی خارج شده و در قالب عقود رضایی ارائه گشتند که این عقود ابتدائاً چهار مورد بودند: ۱- بیع ۲- اجاره ۳- شرکت ۴- وکالت (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۳۳).

حقوق دانان بیزانسی و اصحاب مکتب بیروت، در این دوران، نظریه عقود نامعین را پایه‌گذاری کرده و عقد را متشکل از سه عنصر توافق اراده، سبب و اجرای تعهد حداقل از جانب یک طرف عقد، دانستند و هر توافقی که با عقود معین منطبق نبود، ولی این سه رکن را می‌داشت، همانند عقود معین، معتبر و الزام‌آور تلقی می‌گردید (Levy et al, 2002, 759-767). در این عصر مفهوم حسن نیت پدیدار شد و در قالب دعاوی مبتنی بر حسن نیت ظاهر گردید؛ لذا تدلیس و اکراه به عنوان اعمال مخالف حسن نیت در قرارداد استخراج و مفهوم عیوب اراده وارد حوزه حقوق قراردادها شد (قاسمی، ۱۳۸۸، ۹۹).

۴-۲-۲- قرون وسطی

این دوران پس از فروپاشی امپراطوری رُم غربی از فاصله زمانی قرن پنجم شروع شد و تا قرن پانزدهم میلادی ادامه یافت. این ده قرن را می‌توان به دو دوره تقسیم نمود: ۱- عصر فرانک‌ها، ۲- عصر فتودالیت‌ها.

۴-۲-۲-۱- عصر فرانک‌ها

در این دوره، حقوق با سیر قهقرایی در حقوق قراردادها روبه‌رو است. این سکون نه تنها در حوزه قراردادها دیده می‌شود بلکه در سایر حوزه‌های حقوق نیز وجود دارد. سیر قهقرایی حقوق قراردادها موجب رونق مجدد شکل‌گرایی محض گردید و همان فرم‌ها و نمادهای قدیمی مجدداً بر اعمال حقوقی حاکم شد.

علت این عقب‌ماندگی سلطه بربرهای ژرمن بر اروپا در قرون پنج و شش میلادی بود. آنان همانند رومی‌های عهد باستان؛ توجهی به اراده واقعی اشخاص نداشتند و تراضی بدون شکل معین، امری غیرممکن فرض می‌گردید (قاسمی، ۱۳۸۸، ۱۰۵). بنابراین در اثر دو سده تسلط بربرهای ژرمنی، شکل‌گرایی به اوج خود بازگشت و اصل رضا مجدداً افول نمود. هم‌چنین عقود رضایی و عقود نامعین که در دوره قبل شکل گرفته بودند، مجدداً منسوخ شدند (levy et al, 2002, 769-772).

۴-۲-۲- دوران فتوالمیته‌ها

از سده یازده تا پانزده میلادی، با ظهور شارحان متأخر در حقوق اروپا و طرح‌ریزی نظریه‌ی جدید در حقوق قراردادهای، در کنار شکل‌گرایی، اراده اشخاص رکن دیگری در انعقاد حقوق قراردادهای به‌شمار می‌رفت و توافق در قالب یکی از فرم‌های معین موجب پدیدآمدن یک تعهد حقوقی شد. این نظریه جامعه را به سمت اصل آزادی شکل و بیان اراده در قرارداد سوق داد و کفایت توافق در هر قالبی را موجب گردید.

نکته لازم به ذکر این است که پذیرش آزادی شکل اراده در اواخر قرون وسطی از جانب کلیسا براساس پذیرش اصل حاکمیت اراده نبود بلکه از دید حقوق کلیسایی نیروی الزام‌آور توافق اراده‌ها ناشی از تکلیف وجوب الهی است نه حاکمیت اراده. از نظر آنها، خداوند تفاوتی بین وعده و قول صرف با وعده در قالب شکل معین قائل نیست و تنها به قصد و نیت افراد توجه دارد؛ لذا برخلاف ابتدای قرون وسطی، در اواخر آن شاهد افول شکل‌گرایی و ظهور اصل رضا با ریشه در حاکمیت اراده شرعی خداوند، هستیم (abdalla, 1974, 140).

این سیر تحولات اگرچه پرفراز و نشیب است؛ اما برآیند آن، این است که در این دوران دیگر نمی‌توان گفت در یک عمل حقوقی، شکل، همه چیز است. در این عصر اراده فردی هنوز از قید شکل معین و انحصاری‌رهایی نیافته است؛ اما توانسته نقشی نسبتاً اصیل در فرآیند تشکیل عمل حقوقی ایفا نماید (abdalla, 1974, 61).

۴-۲-۳- حقوق ایران در عهد ساسانی

اعمال حقوقی در عصر ساسانی (۲۲۶ میلادی تا ۶۵۲ میلادی) که تا حدودی با قرون وسطی هم‌دوره است، در قالب اسناد کتبی و در حضور شاهد انجام می‌پذیرفت و در زمینه‌ی ایجاد تعهدات قراردادی،

اتیان سوگند از تشریفات مرسوم به شمار می‌رفت. همین امر موجب گردید که عده‌ای بر این باور باشند که ایرانیان عهد ساسانی قرارداد با ویژگی فوق را الزام‌آور می‌دانسته‌اند. برای مثال انتقال مالکیت ارادی اموال غیرمنقول پس از تهیه نقشه کاداستر (نقشه حدنگاری) و در قالب قرارداد کتبی و با امضای سه شاهد صورت می‌پذیرفته است (nasr, 1993, 333-334)؛ اما عده‌ای دیگر با استناد به مکتوبات صدر^۱ معتقدند تشریفات و شکل‌های مرسوم در زمان ساسانیان در اکثر موارد شرط صحت عمل حقوقی نبوده است.

در میان پارت‌ها قراردادهای شفاهی یا لفظی عمومیت بیشتری داشته و با جرم دانستن نقض قراردادهای شفاهی، شارع مزدایی در پی آن بوده است که قراردادهای شفاهی بدون تشریفات را الزام‌آور دانسته و واجد ضمانت اجرا گرداند. با این همه سوگند و دست‌دادن عموماً در کنار این قراردادها نه به‌عنوان شرط صحت بلکه جهت تشدید و تقویت این قراردادها استفاده می‌گردید (nasr, 1993, 333)؛ لذا به‌نظر می‌رسد ایرانیان عصر ساسانی جدای از شکل‌گرایی حداکثری عهد باستانی از میان رومیان زمان خویش به‌واسطه حرکت به‌سوی اصل رضا جلوتر بوده‌اند (امین، ۱۳۸۲، ۸۳). این حرکت به‌سوی اصل رضا که در ایرانیان با سرعت بیشتری صورت پذیرفت، نشان‌دهنده‌ی تعدیل شکل‌گرایی حداکثری جوامع باستانی و جوانه زدن اراده فردی و واقعی اشخاص در عرصه اعمال حقوقی است.

۴-۲-۴- حقوق اسلام در دوره متقدمین و متأخرین

با توجه به پدیدار شدن حقوق اسلام و انشعاب آن به دو شاخه اصلی اهل سنت و امامیه، فقهای اهل سنت در باب شکل‌گرایی در این دوران و به‌واسطه تقدس مردمان جوامع نخستین و باستانی برای الفاظ، اعتقاد به نوع خاصی از شکل‌گرایی داشتند و از آن تحت عنوان لفظ‌گرایی تعبیر می‌نمودند (شحاته، ۱۹۳۶م، ۱۲۷-۱۲۳). با این حال فقه اهل سنت در این دوران در حال گذر از شکل‌گرایی به‌سوی رضایی‌گرایی بوده است. پس از طی این دوره در فقه اهل سنت با گروهی مواجه هستیم که بر این باورند قاعده رضایی بودن اعمال حقوقی از اولیات احکام شرع محسوب شده و از دید مذاهب فقهی اربعه اهل سنت اصل بر رضایی بودن اعمال حقوقی و اراده است (محمضانی، ۱۹۴۸م، ۲۸؛ مغربی، ۱۹۸۸م، ۴۴). ایشان در این زمینه به آیه ۲۹ سوره مبارکه نسا و آیه ۱ سوره مبارکه مائده و آیه ۳۴ سوره مبارکه اسرا استناد

^۱. سد در نثر یا صد در نثر (sad-dar) نام کتابی است در حدود ۱۴۰۰۰ واژه در آموزه‌ها و آیین‌های و شایست و ناشایست دینی زرتشتی و برخی باورهای مردمی که ریشه در باورهای دینی دارد (شریفی، ۱۳۸۷، ۹۴۶).

می‌نمایند. ضمن آنکه بر این باور هستند که در سنت نبوی از تمامی اشکال جاهلی نهی شده و این‌گونه معاملات ابطال و فسخ گردیده‌اند (قره داغی، ۱۴۲۳ق، ۱/۲۱۸). این گذر از شکل‌گرایی به سوی اصل رضا در فقه اهل سنت برابر با تعدیل شکل‌گرایی است، نه پیروزی اصل رضا؛ چراکه در آرای بیشتر مذاهب فقهی اهل سنت، شکل‌های گوناگون اظهار اراده مورد توجه قرار گرفته است.

در فقه امامیه هم در دوره متقدمین، مشهور فقها توجه حداکثری به شکل‌گرایی در قالب لفظ‌گرایی در معاملات از خود نشان داده‌اند. در این دوره فقها با ردّ معاطات به‌عنوان وسیله اظهار اراده در مقام انشاء عقود و ایقاعات صیغه لفظی را پذیرفته و به‌عنوان یک اصل بر آن تأکید داشته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱۵۱؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸ق، ۶/۵۴؛ طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ۵/۵۷). در دوره متأخرین که از قرن ۱۰ هجری آغاز می‌گردد برخلاف متقدمین امامیه برای معاطات اعتبار قائل شده و در مقام انعقاد عقد بیع و دیگر عقود، معاطات را پذیرفته‌اند. کسانی چون محقق سبزواری و محقق اردبیلی معتقد بودند که در کتاب و سنت در خصوص اعتبار لفظ در اعمال حقوقی نقلی وجود ندارد و بر پایه‌ی موضوعیت داشتن قصد و رضای طرفین، اشتراط ماضویت و عربیت در صیغه لفظی را مردود دانسته و نپذیرفتند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸ق، ۸/۱۴۶-۱۳۸).

۳-۴- دوره نوزایی (رنسانس؛ قرن ۱۶ میلادی تا ۱۸)

در این دوره که چند دهه پایانی سده پانزده را نیز در بر می‌گیرد، تمایلات شدید نسبت به اصل رضا در فکر و عمل اندیشمندان دیده می‌شود. این تمایلات نتیجه بازگشت به آموزه‌های فلسفی و عقلانی یونان و رم عصر کلاسیک و رهایی از تفکرات تحت خدمت آموزه‌های دینی کلیسا است. نتیجه‌ی این تغییر طرز فکر، اعطای اصالت به اراده انسان به‌عنوان رکنی از اعمال حقوقی و پایه‌گذاری آزادی شکل اظهار اراده در کلیه اعمال حقوقی است که در قانون مدنی مصوب فرانسه و دیگر کشورهای اروپایی از قرن ۱۸ به بعد انعکاس یافت. اگرچه هنوز اندیشمندانی چون فرانسوا کونان^۱ آزادی شکل تراضی و رضایی شدن قراردادها را خطرناک می‌دانستند؛ اما به‌واسطه رشد عقد و تفکر و وسعت یافتن سطح فرهنگ در میان مردم، عرف و رویه قضایی در دادگاه‌های عرفی، گرایش شدید به اصل رضا داشتند و تجار و سردفتران نیز در عمل به این سوی روی می‌آوردند (levy at al, 2002, 536). دکترین حقوقی

^۱. François Conan

نیز بیش از پیش به اصل رضا روی آورد و به موازات عرف و رویه عملی در تجارت و دادگاه‌ها اشخاصی نظیر مولن،^۱ دوما،^۲ پوتیه،^۳ با الهام از آموزه‌های مکتب حقوق طبیعی، قاطعانه از اصل آزادی شکل و اظهار اراده در قرارداد دفاع کردند (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۴۷).

۴-۴- عصر خرد (قرن ۱۸ - ۱۹)

در قرن هیجدهم گمانه‌زنی‌های اجتماعی توسط متفکرین به‌ویژه آدام اسمیت و جرمی بنتام وارد تفکرات علمی آن دوره شد، که قاطعانه افکار و نظریه‌های فردگرایانه ارتودوکس را حمایت می‌کردند. همین امر موجب ظهور آزادی قراردادی گردید. اصل آزادی شکل اظهار اراده نیز به همراه دیگر مصادیق و آثار این اصل هم‌چون آزادی در تشکیل عمل حقوقی یا آزادی در تعیین محتوای عمل حقوقی به منصفه ظهور نشست؛ لذا در این عصر اراده بر شکل ارجحیت دارد و با اندک تسامحی می‌توان گفت علت تامه اعمال حقوقی در اراده فرد خلاصه می‌شود. آزادی در قراردادها و تعدیل شکل‌گرایی را در علل گوناگون می‌توان جست‌وجو نمود. برای نمونه وقوع انقلاب مصرف‌کنندگی در اروپا و میل به تجارت با دیگر کشورها و افزایش مبادلات املاک در قرن هیجدهم از جمله این علل است (Lieberman, 1998, 103). آنچه اهمیت دارد این است که رشد و حاکمیت یافتن اصل رضا منجر به زوال و نابودی شکل‌گرایی نشد، بلکه بعضی از مصادیق شکل‌گرایی گذشته در این عصر در کنار آزادی شکل و انعقاد اعمال حقوقی حفظ گردید و نمونه آن‌را در عقود تشریفاتی یا عقود عینی می‌توان مشاهده نمود.

۴-۵- عصر تحوّل شکل‌گرایی (قرن بیستم میلادی به بعد)

در قرن بیستم در کنار مظاهری از شکل‌گرایی قدیم که جایگاه خود را در حقوق حفظ کرده‌اند، اشکال جدیدی با مبانی و اهداف و آثار جدید و متفاوت پدید آمد. این اشکال در مدت کمی رو به فزونی گذاشت. در واقع شکل‌گرایی جدید یک شکل‌گرایی اصلاح شده است که از جهت مبنا، روح، هدف و تکنیک با شکل‌گرایی حداکثری کاملاً متفاوت است. از آنجا که امروزه اعمال حقوقی مجرد نیستند و اراده حقوقی نقش سازنده دارد؛ لذا شکل‌گرایی نه به مفهوم حداکثری گذشته خود بلکه در راستای اهداف

^۱. Charles du Moulin, 1500 -1566

^۲. Jean Domat, 1625 - 1696

^۳. Robert Joseph Pothier, 1699-1772

مصلحت‌جویانه مقنن و در قالب‌های جدید به نحو بی‌سابقه‌ای گسترش یافته است. این تحول در شکل-گرایی از شاخص‌های حقوق معاصر است که نقطه عطفی نسبت به جریان حاکم در قرن هیجده و نوزده میلادی بوده و هدف از آن مقابله با جوانب افراطی اصل رضا می‌باشد.

امروزه در حقوق اروپای غربی شکل‌گرایی نوین در انواع و مراتب متعددی پدیدار گشته و اهداف گوناگونی را جهت تعالی حقوق در زمینه‌ی اعمال حقوقی دنبال می‌کند. مقرر نمودن تنظیم سند رسمی به‌عنوان شرط صحت قراردادهایی نظیر انتقال حق اختراع،^۱ فرم انتشار عمل حقوقی با ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث،^۲ لزوم استفاده از فرم‌های ساختاری به‌منظور حفظ ماهیت تجاری اسناد^۳ از این اقسام هستند.

شکل‌گرایی در این عصر به معنای هرگونه ضرورت و لزوم شکل و فرم معین برای اثرگذاری کامل عمل حقوقی از صحت آن عمل گرفته تا قابلیت اثبات و قابلیت استناد در برابر ثالث می‌باشد. در عصر کنونی فرم‌هایی که عمل حقوقی را مقید می‌کنند به‌طور بی‌سابقه‌ای پدیدار گشته است که همگی دارای اهداف معقول و مصلحت‌جویانه هستند (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۵۰).

آنچه مسلم است شکل‌گرایی از ابزارهای ضروری و لازم در هر نظام حقوقی و در هر عصری است و رهایی از آن نشانه عقلانیت و پیشرفت نمی‌باشد. آنچه در گذشته تا اواخر قرن پانزده میلادی دیده می‌شد تمایل به امور محسوس بود که با پیروی کورکورانه از فرم‌های آیینی، مجموعه‌ای از شکل‌های متعدد را تشکیل می‌دهد و معایبی چون سختی، کندی و پیچیدگی را به همراه داشت؛ اما امروزه ذهنی‌گرایی و تعقل موجب گردیده است شکل‌گرایی در حقوق مدنی در زمینه‌های عقلانی چون آگاهی دادن، حفظ کردن اشخاص در برابر اشتباه و ... گام بردارد. برای مثال امروزه با شکل‌گرایی حمایتی رویه‌رو هستیم که هدف آن حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر فروشندگان حرفه‌ای است که با پدیدآوردن رابطه حقوقی بین کاردان ماهر و یک فرد ناشی، لزوم فرم نوشتاری حاوی اطلاعات لازم را پدید می‌آورد (gazzaniga, 1992, 97-98).

۱. بند ۵ ماده ۶۱۳ قانون مالکیت فکری فرانسه

۲. ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی فرانسه

۳. مانند فرم مقرر برای چک طبق قانون ۱۴ ژوئن ۱۸۶۵

۴-۵-۱- دوره معاصرین در فقه

در این دوره فقها به صورت آشکار تمایل خود را به اصل آزادی شکل اظهار اراده در مقام انشا عقود و ایقاعات نشان داده‌اند و آنچه تحت عنوان نوزایی شکل‌گرایی در حقوق غرب مطرح می‌گردد و تا حدی در حقوق ایران نیز مشاهده می‌شود، در دوره معاصر در فقه، فاقد سابقه است. در آثار فقهای این دوره ادله مربوط به شرطیت صیغه لفظی و اعتقاد به طریقیت وسایل اعلام اراده، رد شده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۲۴ق، ۸۲؛ خوبی، ۱۳۸۳ق، ۲/۱۶۳؛ خمینی، ۱۳۶۳ق، ۱/۲۲۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۴۱ق، ۱۹/۱)

۴-۵-۲- حقوق ایران

تا قبل از تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ شمسی، آنچه در قالب قانون بر روابط حقوقی افراد در حوزه حقوق خصوصی حاکم گشت، قواعد فقه شیعه بود (شایگان، ۱۳۷۵، ۲/۷)؛ لذا نفوذ شکل-گرایی از طریق صیغه مخصوص برای تشکیل اعمال حقوقی وجود داشت؛ اما در سال ۱۳۰۷ و با تصویب قانون مدنی طی مواد ۱۹۰ الی ۱۹۴ قانون مدنی رضایی بودن اعمال حقوقی به‌عنوان اصل مورد پذیرش واقع شده است. همین امر موجب گردیده است حقوق دانان معاصر بر پذیرش رضایی بودن اعمال حقوقی به‌عنوان یک اصل اتفاق نظر داشته باشند و شکل‌گرایی را از باب استثناء بپذیرند (شایگان، ۲/۱۳۷۵، ۲؛ عدل، ۱۳۹۴، ۹۶-۹۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۴۹۹-۵۰۶؛ امامی، ۱/۱۴۰۱، ۱۷۴؛ صفایی، ۲/۱۴۰۱، ۴۲؛ کاتوزیان، ۱/۱۴۰۱، ۴۵۵؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۲/۸۹-۹۰؛ شهیدی، ۱/۱۳۸۸، ۵۳). با این وجود امروزه نفوذ شکل‌گرایی نوین در کنار مصادیق کهن شکل در اعمال حقوقی که از فقه امامیه گرفته شده است همانند وجود شاهد در اجرای صیغه طلاق یا پذیرش قبض در عقود عینی، در قوانین دیگر می‌توان نفوذ شکل‌گرایی نوین با اهداف نوین را یافت، همانند نفوذ شکل‌گرایی در بیع کشتی در قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ و انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود در قانون تجارت. به‌نظر می‌رسد علی‌رغم پذیرش اصل رضا، شکل‌گرایی نوین در حقوق ایران گسترش یافته است و از تقابل میان این دو مقوله کاسته است.

نتیجه‌گیری

تقابل شکل‌گرایی با اصل رضا در اعصار گوناگون حقوقی در این مقاله بیان گردید و بحث شد که در دورانی هم‌چون عهد باستان یا همانند دوره فقهای متقدم، اراده فردی فی‌نفسه و به‌تنهایی در تشکیل

و ایجاد اعمال حقوقی اصالت و جایگاهی نداشته و افراط در شکل‌گرایی و عدم ابراز اصل رضا مشهود و غیرقابل انکار است. در حقوق ایران نیز شاهد شکل‌گرایی حداکثری در دورانی بودیم؛ لکن ایرانیان جدای از شکل‌گرایی حداکثری که در عهد باستان داشته‌اند؛ از حقوق رومیان زمان خویش به واسطه حرکت به سوی اصل رضا پیشتاز بوده‌اند؛ اما در دوران دیگر هم‌چون عصر خرد، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی بر شکل‌گرایی پیشی گرفت. به هر حال رشد و تکامل قوای فکری انسان و پیشرفت شرایط اقتصادی و اجتماعی، موجب گردید که زمینه مساعد و مهیایی برای نوزایی شکل‌گرایی در عصر کنونی فراهم گردد و با هدف ارشادی و حمایتی؛ شکل از جمله ابزارهای مهم حقوقی جهت تحقق اهداف عقلایی علم حقوق محسوب گردد. لذا در عصر کنونی، نه از اصل رضای افراطی خبری است، نه شکل‌گرایی افراطی؛ بنابراین باید پذیرفت که تعریف مضیق و افراطی در حقوق از شکل‌گرایی، ما را از واقعیت جامعه کنونی دور می‌کند؛ زیرا امروزه همان‌گونه که در مقاله بیان شد، اشکال گوناگون، جدید و پیشرفته شکل‌گرایی در اکثر اعمال حقوقی با اهداف و کارکردهای متعدد خود، تجلی یافته است؛ لذا گاه تشخیص کارکردهای شکل‌گرایی از یکدیگر نیز دشوار است؛ ولی نکته مهم آن است که رشد شکل‌گرایی در این عصر و همسو شدن آن با اصل رضا در مسیر رشد و پیشرفت نظام حقوقی، این فرضیه را تضعیف می‌نماید که در این دوره اصل رضا در رأس و شکل‌گرایی در رتبه دوم قرارداد دارد، در حالی که این امر برخلاف حقوق غرب در حقوق ایران و هم‌چنین در عصر کنونی در حقوق اسلام، نیز به چشم نمی‌خورد. بنابراین پیشنهاد می‌شود در حقوق ایران نیز به شکل‌گرایی نوین توجه ویژه گردد، تا از این طریق زمینه‌ی توسعه و پیشرفت نظام حقوقی مهیا گردد و مقنن و حقوق‌دانان با اتخاذ رویکرد عقلانی بر پایه‌ی تجربه‌ی واقع‌گرا و با هدف حمایت و ارشاد در حوزه عقود و ایقاعات به اعمال تغییر در قوانین مرتبط و رویه‌ی قضایی در نظام حاکم بر اعمال حقوقی در حقوق مدنی ایران پردازند.

منابع

- اسماعیلی، محسن. (۱۳۹۷). «اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام مبانی، آثار و پیشینه تاریخی». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. ۵(۱۶): ۲۶-۳.
- امامی، حسن. (۱۴۰۱). حقوق مدنی. ج ۴۰. تهران: اسلامیه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۷۸). حقوق تعهدات. ج ۲. تهران: میزان.
- امین، حسن. (۱۳۸۲). تاریخ حقوق ایران. ج ۱. تهران: دائرةالمعارف ایران شناسی.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۴ق). حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۱). تأثیر اراده در حقوق مدنی. ج ۱۴. تهران: گنج دانش.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۸۳ق). مصباح الفقاهه. بیروت: دارالهادی.
- خمینی، روح الله. (۱۳۶۳). کتاب البیع. قم: اسماعیلیان.
- رفیعی مقدم، علی. (۱۳۹۰). اصل رضایی بودن اعمال حقوقی. ج ۱. تهران: دانشگاه امام صادق.
- شایگان، علی. (۱۳۷۵). حقوق مدنی. ج ۲. قزوین: طه.
- شحاته، شفیق. (۱۹۳۶م). النظریه العامه للالتزامات فی الشریعه الاسلامیه. قاهره: مطبعه الاعتماد.
- شریفی، محمد. (۱۳۸۷). فرهنگ ادبیات فارسی. ج ۱. تهران: فرهنگ نشر نو و انتشارات معین.
- شریفی، علیرضا. (۱۳۹۷) «دخالت موازین حقوق بشر در اصل حاکمیت اراده»، دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب. ۱۱(۱): ۱۲۶-۱۰۰.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷). حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات. ج ۷. تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۴۰۱). حقوق مدنی ۶. ج ۲۷. تهران: مجد.
- شهید ثانی. (۱۴۱۴ق). مسالک الافهام. جلد سوم. قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- صدرالدین شیرازی. (بی تا). محمد، البیع. بی جا: بی نا.

- صفایی، حسین. (۱۴۰۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی. ج ۳۷. تهران: میزان.
- طباطبایی، علی. (۱۴۰۹ ه.ق.). ریاض المسائل. قم: آل البیت، چاپ سنگی.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۳۲۴ ه.ق.). حاشیه المکاسب. چاپ سنگی.
- عدل، مصطفی. (۱۳۹۴). حقوق مدنی. ج ۲. تهران: خرسندی.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۶۳ ق.). حاشیه المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- غروی ابراونی، علی. (بی‌تا). حاشیه المکاسب. چاپ سنگی.
- قاسمی، محسن. (۱۳۸۱). شکل‌گرایی در حقوق مدنی. ج ۱. تهران: میزان.
- قره داغی، علی محی‌الدین علی. (۱۴۲۳ ه.ق.). مبدأ الرضا فی العقود. بیروت: دارالبشائر الاسلامیه.
- قنوتی، جلیل و امید غلامعلی تبارفیروزجایی، (۱۳۹۷). «مبنای فلسفه تحقق قرارداد»، نشریه پژوهش‌های اعتقادی کلامی ۸ (۳۱): ۱۷۴-۱۵۵.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. ج ۵۰. تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان ناصر. (۱۴۰۱). قواعد عمومی قراردادها. ج ۷. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع. ج ۸. تهران: سهامی انتشار.
- کویلیه، آرمان. (۱۳۸۵). جامعه‌شناسی قضایی. ج ۱. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- محقق اردبیلی. (۱۴۱۸ ق.). مجمع الفایده و البرهان. قم: النشر الاسلامی.
- محقق ثانی. (۱۴۰۸ ق.). جامع المقاصد. بیروت: آل البیت.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳). قواعد فقه بخش مدنی مالکیت و مسئولیت. ج ۱۱. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق سبزواری. (بی‌تا). کفایه الاحکام. اصفهان: مدرسه صدرمهدوی.
- محمصانی، صبحی. (۱۹۴۸ م.). النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه. بیجا: بی‌نا.
- مغربی، محمود عبدالمجید. (۱۹۸۸ م.). احکام العقد فی الشریعه الاسلامیه. بیروت: المکتبه الحدیثه.
- مکارم‌شیرازی. (۱۴۴۱ ه.ق.). انوار الفقاهه. قم: موسسه الامام امیر المومنین.

میرفتاح. (۱۴۱۸ق). عناوین. قم: النشر الاسلامی.

نائینی و خوانساری. (۱۴۱۸ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب. قم: نشر الاسلامی.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۰ق). جواهر الکلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.

Abdalla, F. A. (1974). *Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils: étude comparative* (Doctoral dissertation, Publications de l'Université du Caire).

Afia. (1974), *l'acte juridique abstrait*, imp.universite found 1. Le caire.

Castaldo, A., & Lévy, J. P. (2002). Histoire du droit civil.

Charny, D. (1999). The new formalism in contract. *U. Chi. L. Rev.*, 66, 842.

Flour, J., Aubert, J. L., & Savaux, E. (2013). *Droit civil. Les obligations: 1. L'acte juridique*. Sirey.

Gazzaniga, J. L. (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. PUF.

Lieberman, D. (1998). Contract before „Freedom of Contract“. *The State and Freedom of Contract*, 89.

Naşr, T. (1933). Essai sur l'histoire du droit persan dès l'origine à l'invasion arabe. (No Title).

Nicod, M. (Ed.). (2001). *Les affres de la qualification juridique*. Presses de l'Université Toulouse Capitole.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی