

بررسی فقهی و حقوقی نقش تشریفات در اعمال حقوقی

عیسی گلین مقدم*

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۸/۱۵ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۱۰)

چکیده

با وجود آنکه موضوع تشریفات در فقه و حقوق موضوعه مصادیق زیادی دارد، ولی احکام کلی آن در قانون پیش‌بینی نشده است که این امر می‌تواند باعث اشکال شود. زیرا در بسیاری از موارد، به دست آوردن راه حل قضیه جزئی، از خود آن امکان پذیر نیست، بلکه نیاز به احکام کلی‌تری است که حکم قضیه از آن گرفته شود. پرسش این است که آیا می‌توان با بررسی مصادیق تشریفات احکام کلی‌تری به دست آورد، به گونه‌ای که این مصادیق پراکنده تحت پوشش آن قرار گیرد؟ هدف اصلی این پژوهش یافتن پاسخ این مساله است.

کلید واژه‌ها: تشریفات، اعمال حقوقی، ضمانت اجرا، اراده.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

طرح بحث:

تشریفات در لغت به معنای خلعت یا جامه است (معین، ۱۳۸۴: ۳۳). معنای حقوقی تشریفات با معنای لغوی آن بی‌مناسبت نیست. از نظر حقوقی، تشریفات به چیزی گفته می‌شود که آزادی اراده اشخاص را برای انشای عمل حقوقی دچار محدودیت می‌کند.

بدون تردید تشریفات یک قسمت مهم از فقه امامیه و نظام حقوقی ما است و امروزه در روابط حقوقی مردم نیز از اهمیت زیادی برخوردار است. در فقه امامیه هر چند مصادیق تشریفات مورد بررسی قرار گرفته است، ولی تا کنون عنوان مستقلی با این نام طرح نشده است. در حقوق نیز علاوه بر پژوهش‌هایی که در مورد یکی از مصادیق تشریفات صورت گرفته است، در کلیات عقود و قراردادهای در بحث از انواع عقود و نحوه ابراز اراده، مطالب کلی در این زمینه گفته شده است که از آنجا که در این قبیل موارد، مجال بحث تفصیلی وجود ندارد، لذا مطالب گفته شده با وجود ارزشمند بودن، کافی به نظر نمی‌رسد. در قوانین موضوعه نیز مصادیق فراوانی از تشریفات وجود دارد، ولی هیچ‌گونه قاعده کلی در مورد آن پیش‌بینی نگردیده است. این امر خود باعث ایجاد اشکال می‌شود؛ زیرا در بسیاری از موارد به دست آوردن راه حل قضیه جزئی از خود قضیه امکان‌پذیر نیست، بلکه نیاز به قاعده کلی است که حکم قضیه از آن گرفته شود. در این تحقیق، موضوع تشریفات به عنوان یک امر کلی مورد بررسی قرار خواهد گرفت و با بررسی مصادیق قانونی و تحقیقات فقهی و حقوقی، احکام کلی مربوط به آن انتزاع شده و به جامعه علمی کشور تقدیم می‌گردد.

گفتار اول: فقه امامیه

در فقه امامیه به پیروی از قرآن کریم و سنت اهل بیت، اعمال حقوقی تابع اراده بوده و آنچه ملاک اصلی وقوع اعمال حقوقی است، قصد انشاء است. بدون شک اراده در فقه امامیه و به طور کلی در حقوق اسلام جایگاهی والا دارد. قاعده «العقود تابعه للقصود» و همچنین روایات «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء مانوی» و آیه شریفه «و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم»، بر این امر دلالت کامل دارد. به همین دلیل است که عقد هاذل و نائم از سوی فقها نادرست دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۳۷۰: ۲۷۶). چون این امر از مسلمات

فقهی است، از توضیح بیشتر خودداری می‌شود. بنابراین، تشریفات - در مواردی که پیش‌بینی شده است- نقش درجه دوم دارد و نقش اصلی با اراده است.^۱

در فقه امامیه، در موضوع عقود و ایقاعات سه نوع تشریفات وجود دارد:

الف: گفتن صیغه برای انشای عقود و ایقاعات.

ب: شرط بودن قبض برای تحقق بعضی عقود مانند وقف و هبه و رهن.

ج: حضور شهود هنگام انشای عمل حقوقی (این مورد مخصوص طلاق است).

الف. گفتن صیغه^۲:

منظور از صیغه، کلمه‌های مخصوص عربی بوده است که برای انشای اعمال حقوقی در نظر گرفته می‌شد و اشخاص می‌بایست هنگام انشای یک عمل حقوقی، صیغه مخصوص آن را تلفظ می‌کردند. برای مثال، ایجاب بیع باید به کلمه‌های «بعث» یا «شریت» و یا «ملکت» گفته می‌شد و قبول آن نیز با کلمه‌های «اشتریت» یا «تملکت» و یا «قبلت» بیان می‌گردید (محقق حلی، ۱۴۱۳: ۱۶، ابن ادریس: ۲۱۳). لزوم به کار بردن لفظ به جای نوشته این بوده است که از نظر فقهای گذشته، نوشته صلاحیت ابراز مافی الضمیر را ندارد (شهید ثانی، ۱۳۷۰: ۱۷۵)، زیرا از روی نوشته نمی‌توان فهمید که آیا او قصد انشای عقد را داشته یا از روی تفنن این کار را کرده است. هر چند دقت نظر صورت گرفته در زمینه ترجیح لفظ بر نوشته را نمی‌توان کاملاً نادیده گرفت، زیرا اینگونه دقت‌ها لازمه استحکام معاملات است^۳، ولی نوعی دقت نظر افراطی در اینجا وجود دارد که دلیل آن تاریخی است. زیرا فرهنگ حقوقی آن دوره شفاهی بوده است و نه کتبی.

۱. محققان در کشور رم قدیم از معاملاتی به نام مانسیپاسیو (Mancipatio) نام می‌برند که همراه با تشریفات خاصی صورت می‌پذیرفت و به صرف رعایت این تشریفات معامله منعقد می‌گردید ولو اینکه طرفین فاقد قصد بوده یا اراده آنها معیوب می‌بود. این تشریفات عبارت بوده است از:

اول: حضور ناقل و منتقل الیه، پنج نفر شاهد و شخصی که ترازویی به نام "Libripens" را حمل می‌کرد. این افراد می‌بایست اهل رم، مرد و بالغ می‌بودند. دوم، آوردن موضوع معامله به محل انعقاد معامله، علت آن شرط بودن قبض فی المجلس در مانسیپاسیو بوده است. در مورد اراضی ابتدا انتقال در محل وقوع آنها صورت می‌گرفت، ولی بعدها مقداری از خاک زمین را به مجلس عقد می‌آوردند. سوم، گفتن کلمات مخصوص، این کلمات ثابت بوده و با گذشت زمان تغییر نمی‌کردند (البرازی، ۱۳۵۴: ۴، محمصانی: ۲۷۹، Buck land: 111, Monier, 1934: 130).

۲. امروزه در فقه امامیه لزوم گفتن صیغه، جز در طلاق وجود ندارد.

۳. امروزه نیز صرف نوشته حاکی از قصد انشاء نیست، بلکه امضای ذیل نوشته نشان دهنده اراده قطعی شخص به انشای عمل حقوقی است.

همچنین، علت این که الفاظ خاصی را لازم می‌دانستند، این بوده که فقهای مذکور، قائل به توقیفی بودن الفاظ عقود و ایقاعات بوده‌اند. یعنی همان گونه که در عبادات باید الفاظ تعیین شده از سوی شارع مقدس اسلام را به کار برد، در معاملات نیز فقط از کلماتی می‌توان استفاده کرد که شارع اسلام آن را تعیین کرده است. برای مثال در قرآن کریم آمده است که «احل الله البیع»، پس کلمه بیع صلاحیت دارد که برای انشای عقد بیع مورد استفاده قرار گیرد. به عقیده یکی از فقها: «اصل در انشای عقد بیع کلمه «بعث»، در صلح «صالحه» و ... است. بنابراین اگر بنا به دلالی، برخی کلمه‌های دیگر نیز استثنائاً برای این منظور درست شناخته شده باشد، این امر به معنای آن نیست که هر لفظی که دلالت بر عقد کند کافی باشد» (نجفی، ۱۳۷۱: ۲۱۲).

فقهایی که عقیده بر لزوم گفتن صیغه در انشای عقود داشته‌اند، برای عدم استفاده از آن، ضمانت اجرا در نظر می‌گیرند. در صورتی که عقدی واقع شود که دارای همه شرایط باشد به غیر از صیغه، از نظر فقهی به آن معاطات گویند (انصاری: ۸۷، میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۳۶۱). به عقیده مشهور فقهای قبل از محقق ثانی، معاطات فقط مفید اباحه تصرف است، حتی تصرفاتی که متوقف بر ملکیت است. ولی مفید ملکیت نیست. یعنی تا زمانی که عین مالی باقی است، انتقال دهنده می‌تواند آن را مسترد کند (شهید اول، ۱۳۶۸: ۱۰۵، شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۷، ابن ادریس: ۲۱۳). بنابراین طبق نظر مشهور فقهای این دوره، گفتن صیغه شرط صحت عقد است.

به نظر محقق ثانی و مشهور فقهای بعد از او تا شروع دوره فقهی که اساساً گفتن صیغه را الزامی نمی‌دانند، معاطات مفید ملکیت جایز برای انتقال گیرنده است و نه لازم. در واقع، گفتن صیغه شرط لزوم عقد است و نه صحت آن (محقق ثانی، ۱۴۱۱: ۵۸، میرزای قمی، ۱۳۷۳، ۳۷۳).

خاطر نشان می‌گردد آخرین تحول صورت گرفته در فقه امامیه در این زمینه، نفی لزوم گفتن صیغه یا حتی مطلق لفظ برای انشای عقود و ایقاعات است و ابراز قصد به هر وسیله‌ای ممکن دانسته شده است. این عقیده از سوی گروهی از فقها مانند فیض، محقق اردبیلی و فاضل مقداد طرح و از سوی سایرین مورد پیروی قرار گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۵۰۰). زیرا «ادله عامه و خاصه صحت و لزوم عقود مانند آیات «احل الله البیع» و «اوفوا بالعقود» و «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم» و استصحاب بقاء آثار عقد و غیره هیچ کدام به انشاء لفظی مقید نیست و معاطات را هم شامل می‌شود و اجماع قابل اعتمادی هم بر توقف صحت یا لزوم عقود بر انشاء لفظی وجود ندارد» (گرچی، ۱۳۷۲: ۵).

ب. قبض مال:

در فقه امامیه، در بعضی از عقود مانند وقف و رهن و هبه، علاوه بر ایجاب و قبول، قبض مال نیز مؤثر دانسته شده است. البته در فقه برای این عقود عنوان کلی در نظر گرفته نشده است. به نظر مشهور، قبض شرط صحت این عقود است (شهید ثانی، ۱۳۷۰: ۲۶۰). محقق حلی در عقد وقف، قبض را شرط لزوم می‌داند و نه صحت (محقق حلی، ۱۳۷۳: ۴۴۲). موسوی بجنوردی با توجه به قاعده «لا رهن الا مقبوضا» قبض را جزء ماهیت عقد رهن می‌داند و شأن قبض را در رهن بالاتر از شرط صحت دانسته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۹). به عقیده او، پیش از قبض، توافق طرفین عرفاً و لغتاً رهن محسوب نمی‌شود، برخلاف شرط صحت که بدون قبض نیز عقد واقع می‌گردد، ولی آثار شرعی آن تنها پس از حصول قبض محقق می‌گردد. زیرا شأن لای نفی جنس، نفی حقیقت رهن بدون قبض است.

همچنین بعضی از فقها از آنجا که قبض را جزء ماهیت این دو عقد نمی‌دانند، اعتقاد بر کاشف بودن قبض دارند. یعنی با قبض کشف می‌شود که مال از تاریخ عقد به طرف مقابل منتقل گردیده است (شهید ثانی، ۱۳۷۰: ۲۶). یکی از فقها ضمن رد این نظر معتقد است منافاتی ندارد که امری جزء ماهیت عقد نباشد ولی در تحقق آن تأثیر داشته باشد (نائینی: ۲۳۴).

همان گونه که ملاحظه می‌شود، بحث‌های مختلفی در خصوص موضوع یاد شده در فقه طرح گردیده است که در جای خود قابل استفاده است، ولی آنچه از نظر این تحقیق مورد توجه است این است که عقود مورد بحث به صرف ایجاب و قبول واقع نمی‌گردند، بلکه نیاز به عامل دیگری دارند که همان قبض است. پس قبض را باید جزء تشریفات محسوب کرد.

ج. حضور شهود هنگام انشای عمل حقوقی:

در فقه امامیه، هنگام انشای صیغه طلاق باید دو شاهد مرد عادل حضور داشته باشد و گرنه طلاق واقع نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۰: ۱۴۷، محقق حلی، ۱۳۷۳: ۵۸۷). همان گونه که ملاحظه می‌شود این امر مخصوص طلاق است و علت اصلی آن نیز دشوار کردن شرایط وقوع طلاق و جلوگیری از تصمیم‌گیری‌های احساسی است. نتیجه مطالب گفته شده این است که در بحث عقود و ایقاعات، فقه امامیه با موضوع تشریفات بیگانه نیست و آنرا- البته در حدودی که در فقه آمده است- به رسمیت می‌شناسد.

گفتار دوم: حقوق

به موجب ماده ۱۹۱ ق.م. «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در این ماده، قصد انشاء عنصر سازنده عقد تلقی گردیده است و تنها محدودیتی که برای آن در نظر گرفته شده است این است که قصد انشاء باید همراه با چیزی باشد که دلالت بر آن کند، ولی از جهت نحوه ابراز یا جهات دیگر برای آن محدودیتی در نظر نگرفته است. ماده یاد شده را باید به عنوان قاعده عام محسوب کرد.

جایگاه طرح موضوع تشریفات در حقوق، نخست قوانین موضوعه، دوم تألیفات حقوقی و سوم رویه قضایی است. در قوانین موضوعه فقط مصادیق تشریفات و گاهی ضمانت اجرای آنها پیش‌بینی شده است ولی قاعده کلی در این زمینه از سوی قانون‌گذار وضع نگردیده است.^۱

در تألیفات حقوقی، این بحث در دو جا مطرح می‌گردد. نخست در بحث کلیات قراردادها در باب تقسیم عقود و همچنین در بحث از نحوه ابراز قصد انشاء. دوم، پژوهش‌هایی که در مورد پاره‌ای از مصادیق تشریفات انجام می‌گیرد، مانند مقالاتی که در مورد نقش ثبت سند در معاملات راجع به املاک ثبت شده نوشته شده است. با وجود ارزشمند بودن کارهای صورت گرفته، از آنجا که آنچه در کلیات قراردادها گفته می‌شود ناظر به موارد کلی است و آنچه در خصوص مصادیق نوشته می‌شود، جنبه موردی پیدا می‌کند، کارهای انجام شده نمی‌تواند در برگیرنده کلیه مسائل مربوط به تشریفات باشد.

رویه قضایی، ناظر به مواردی است که اختلافی نزد مراجع قضایی طرح گردیده باشد و قاضی در آن زمینه مبادرت به صدور رأی کرده باشد. کار قاضی اگرچه تطبیق موضوعات جزئی با احکام قانونی و اصول حقوقی و شرعی است، ولی در این تطبیق و بویژه در موارد فقدان حکم قانونی یا شرعی، نقش سازنده او غیر قابل انکار است. در این تحقیق از قوانین موضوعه و تألیفات حقوقی و رویه قضایی بهره برده شده است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

تالار جامع علوم انسانی

۱. این امر را باید از ضعف‌های قوانین ما محسوب کرد. با توجه به کاربرد فراوان تشریفات، تدوین ضوابط کلی در این زمینه توسط قانونگذار ضروری است. در قوانین بعضی از کشورها، مانند قانون تعهدات سوئیس، در این زمینه احکام کلی وضع گردیده است.

الف. مصادیق تشریفات:

با بررسی قوانین موضوعه، مصادیق تشریفات گردآوری شده و در اینجا آورده می‌شود. هر چند ممکن است این گردآوری کامل نبوده و مصادیق دیگری نیز وجود داشته باشد. در هر حال، با توجه به ضابطه‌ای که گفته شد، (قسمت طرح بحث این مقاله) تشخیص تشریفات امکان پذیر خواهد بود.

۱. تنظیم سند رسمی یا عادی:

- ماده ۱۰۳ قانون تجارت: «انتقال سهم شرکت به عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی».
- ماده ۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶: «عقد بیمه و شرایط آن باید به موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه‌نامه خواهد بود».

۲. گفتن صیغه:

- ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق باید به صیغه طلاق واقع گردد»

۳. استفاده از روش مزایده و مناقصه:

- ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی: «فروش اموال توقیف شده از طریق مزایده به عمل می‌آید».
- ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور: «معاملات وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود».

۴. حضور اشخاصی تحت عنوان شاهد یا عناوین دیگر هنگام انشای عمل حقوقی:

- ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق باید در حضور دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد»
- ماده ۱۲۵ قانون اجرای احکام مدنی: «فروش با حضور دادورز (مأمور اجرا) و نماینده دادرز به عمل می‌آید و صورت مجلس فروش به امضای آنها می‌رسد».

۵. انتشار یا الصاق آگهی:

- ماده ۱۱۸ قانون اجرای احکام مدنی: «آگهی فروش باید در یکی از روزنامه‌های محلی یک نوبت منتشر شود».
- ماده ۱۲۰ قانون اجرای احکام مدنی: «در نقاطی که روزنامه نباشد، همچنین در مورد اموالی که قیمت آنها بیش از دویست هزار ریال نباشد، آگهی به جای انتشار روزنامه به تعداد لازم در معابر الصاق و تاریخ الصاق در صورت جلسه قید می‌شود».

۶. انجام عمل در زمان و مکان خاص:

- ماده ۱۲۲ قانون اجرای احکام مدنی: «در آگهی فروش مال منقول نکات ذیل تصریح می‌شود: روز و ساعت و محل فروش.
- ماده ۱۰۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت: «در آگهی دعوت صاحبان سهام برای تشکیل مجمع عمومی دستور جلسه و تاریخ و محل تشکیل مجمع با قید ساعت و نشانی کامل باید قید شود».

۷. گرفتن اجازه از مرجع خاص:

- ماده واحده اصلاح قانون مقررات مربوط به طلاق: «از تاریخ تصویب این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند حل و فصل نگردد، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد».

۸. قبض موضوع معامله:

- ماده ۵۹ قانون مدنی، «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند».

۹. استعمال از مراجع رسمی:

- ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی: «هنگام نقل و انتقال عین یا منافع مؤسسات و کارگاههای مشمول این قانون... دفاتر اسناد رسمی مکلفند در موقع تنظیم سند از سازمان راجع به بدهی واگذارنده استعمال نمایند».

از مصادیق گفته شده دو نتیجه حاصل می‌شود. نخست آن که تشریفات از جهت مصداق محدود به مورد یا موارد معینی نیست، بلکه هر چیزی می‌تواند مصداق آن قرار گیرد، هر چند بعضی از آنها مانند تنظیم سند از کاربرد و اهمیت بیشتری برخوردار است. دوم آن که تشریفات ممکن است پیش از انشای عمل حقوقی باشد یا هم زمان با آن یا پس از آن. حتی در بعضی از اعمال حقوقی ممکن است چند مورد با هم جمع شود. مانند طلاق که هم اخذ اجازه دادگاه لازم است و هم گفتن صیغه و حضور دو شاهد و هم تنظیم سند رسمی.

ب. انواع تشریفات:

یکی از تقسیماتی که حقوقدانان در بحث از انواع عقود مطرح می‌کنند، تقسیم عقود به رضایی، تشریفاتی و عینی است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۸۴، کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۸). منظور از عقود رضایی، عقودی است که برای بستن آنها قصد انشاء به ضمیمه سایر شرایط اساسی مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی کافی است و نیاز به عامل دیگری ندارد. عقد تشریفاتی، عقدی است که علاوه بر شرایط اساسی صحت قراردادها، برای تحقق آن تشریفات در نظر گرفته شده باشد. عقد عینی عقدی است که تحقق آن منوط به قبض مال موضوع معامله باشد.

این تقسیم‌بندی هر چند از نظر بیان انواع عقود صحیح است ولی از حیث بیان انواع تشریفات نارسا است. زیرا از نقطه نظر تشریفات، عقود عینی نیز یکی از اقسام عقود تشریفاتی محسوب می‌شود. بعلاوه، این تقسیم‌بندی فقط ناظر به عقود است و ایقاعات را در بر نمی‌گیرد. همچنین، تعریف ارائه شده از عقود تشریفاتی، فقط ناظر به آنهایی است که تشریفات شرط تحقق آن است و شامل سایر تشریفات نمی‌شود. در حالی که - همان گونه که خواهیم دید- تشریفات هم شامل آنهایی است که شرط وقوع عمل حقوقی است و هم آنهایی که شرط وقوع عمل حقوقی نیست.

دکتر کاتوزیان در بحث از اعلام اراده، تقسیم‌بندی کامل‌تری ارائه داده‌اند. ایشان تشریفات را به دو نوع تقسیم کرده است. نخست، تشریفات لازم در بستن قرارداد، یعنی آنهایی که شرط وقوع قرارداد است و بدون آن قرارداد واقع نمی‌شود. دوم، تشریفات لازم در اثبات قرارداد، یعنی، مواردی که حتی در صورت عدم رعایت آن قرارداد بسته می‌شود ولی مراجع رسمی مانند دادگاه‌ها، قرارداد را به جهت آنکه بدون رعایت تشریفات منعقد گردیده است، نمی‌تواند بپذیرد. در واقع، اثبات قرارداد دچار محدودیت می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۶۷). مبنای این تقسیم‌بندی ضمانت اجرایی است که در قانون برای عدم رعایت تشریفات پیش‌بینی گردیده است.^۱

این تقسیم‌بندی هر چند نسبتاً جامع است و اغلب تشریفات داخل آن قرار می‌گیرد، ولی این ایرادات را می‌توان بر آن وارد کرد. نخست آنکه فقط ناظر به قرارداد است، در حالی که موضوع مورد بحث مربوط به ایقاعات نیز می‌شود.

۱. در واقع، فرض پیشینی در این تقسیم‌بندی وجود ضمانت اجرا برای تشریفات است. یعنی بدون ضمانت اجرا، تشریفات موضوعیت پیدا نمی‌کند. ناقض این فرض، آن تشریفات است که با وجود اینکه در قانون آمده است ولی ضمانت اجرایی برای آن پیش‌بینی نگردیده است. به نظر می‌رسد این ایراد پیش از آنکه به این تقسیم‌بندی وارد باشد، به قانونگذار وارد است. زیرا منطق حقوقی اقتضاء می‌کند وقتی قانونگذار تشریفات را اعلام می‌کند، ضمانت اجرای آن را نیز بیان کند.

دوم آنکه در قوانین موضوعه مواردی وجود دارد که داخل هیچ یک از آن دو قرار نمی‌گیرد. لذا با مبنا قرار دادن این تقسیم‌بندی، تقسیم‌بندی دیگری ارائه می‌شود که ایرادات مذکور در آن وجود نداشته باشد. این تقسیم‌بندی به شرح ذیل است:^۱

۱. تشریفات لازم برای وقوع عمل حقوقی
۲. تشریفات لازم برای اثبات عمل حقوقی
۳. تشریفات لازم برای قابل استناد شدن عمل حقوقی
۴. تشریفات با ضمانت اجرای دیگر

اینک به تشریح این موارد می‌پردازیم:

۱. تشریفات لازم در وقوع عمل حقوقی :

منظور آن مواردی است که ضمانت اجرای عدم رعایت آن، بی اعتباری عمل خواهد بود. منظور از بی اعتباری، علی القاعده بطلان است. مگر این که قانونگذار ضمانت اجرای عدم نفوذ را در مورد خاصی پیش‌بینی کرده باشد. این امر که ضمانت اجرای رعایت نکردن این شرایط، بی اعتباری عمل حقوقی است، هم در قوانین پیش‌بینی شده است و هم مورد قبول علمای حقوق است و هم اینکه دادگاه‌ها به آن عمل می‌کنند. در اینجا موضع قوانین، عقیده علمای حقوق و رویه قضایی جداگانه آورده می‌شود.

۱.۱. موضع قوانین :

در قوانین موضوعه در مواردی به این ضمانت اجرا تصریح شده است. برای مثال بندهای ۱ و ۳ ماده ۱۳۶ قانون اجرای احکام مدنی می‌گوید: «در موارد زیر فروش از درجه اعتبار ساقط و مزایده تجدید می‌شود:

۱. هرگاه فروش در غیر روز و ساعت معین یا در غیر محلی که به موجب آگهی تعیین گردیده به عمل آید.
 ۲. در صورتی که مزایده بدون حضور نماینده دادسرا باشد».
- یا تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط مالک و مستأجر سال ۵۶ مقرر داشته است: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با

۲. این تقسیم‌بندی نیز بر مبنای ضمانت اجرای پیش‌بینی شده صورت گرفته است و به همین دلیل فایده عملی آن زیاد است. از جهت دیگر نیز تشریفات را می‌توان تقسیم‌بندی کرد. برای مثال، تشریفات پیش از انشای عملی حقوقی، همزمان با انشای عمل حقوقی و پس از انشای عمل حقوقی، ولی فایده عملی آن زیاد نیست.

تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود». با توجه به مفهوم مخالف تبصره، انتقال بدون تنظیم سند رسمی معتبر نخواهد بود.

۲.۱. عقیده دانشمندان حقوق :

دانشمندان حقوق، ضمانت اجرای رعایت نکردن تشریفات یاد شده را بطلان عمل حقوقی می‌دانند و در این زمینه اتفاق نظر وجود دارد (امامی، ۱۳۷۹: ۱۷۴، امیری قائم مقامی، ۱۳۵۶: ۶۶، جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۵۷، شهیدی، ۱۳۸۰: ۸۴، صفایی، ۱۳۵۱: ۴۴، کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۸۸). برخی حقوقدانان کشورهای عربی و فرانسه نیز بر همین عقیده‌اند (السنهوری، ۱۴۱۰: ۱۵۳، مرقس، ۱۹۵۶: ۶۸، الزرقاء: ۳۴، ۲۱۲، Ghestin, 1980: 572, planiol).

۳.۱. رویه قضایی :

برای دانستن موضع رویه قضایی، دو نمونه از آرای صادره در این زمینه آورده می‌شود، رأی اول از شعبه ۱۳ دادگاه استان مرکزی و در مقام رسیدگی به درخواست ابطال عملیات مزایده نسبت به یک قطعه زمین صادر گردیده است (مجموعه رویه قضایی کیهان، ۱۳۴۶: ۲۶). در این رأی آمده است: «به موجب صورت مجلس مزایده ۳۴/۱/۲۰، جلسه مزایده از ساعت ۸ صبح روز ۳۴/۱/۲۰ تا آخر وقت اداری مزبور (ساعت ۱۴) تشکیل شده بود که بر خلاف مواد ۷۰۵ و ۷۲۵ قانون اصول محاکمات حقوقی است. مدافعاتی که از طرف وکیل پژوهش خواه راجع به یک سره- بودن کار ادارات به عمل آمده موجه نیست، زیرا فروش ملک و مزایده، عمل اداری نیست تا ساعت اداری در آن مداخلت داشته باشد و فروش ملک طبق ماده ۷۰۵ بایستی از دو ساعت به ظهر شروع و یک ساعت به غروب مانده ختم شود و این فاصله زمانی به سود مدیون و به احتمال اینکه ملک به قیمت بیشتر به فروش برسد مقرر گردیده و تخلف از آن به حقوق مدیون لطمه می‌زند و به صراحت ماده ۷۲۵ قانون اصول محاکمات، اگر ملک زودتر از موعد فروخته شده باشد از درجه اعتبار ساقط است...».

رأی دوم در مقام رسیدگی به دعوی ابطال صورت جلسه مجمع عمومی فوق العاده شرکت سهامی خاص صادر گردیده است (بازگیر، ۱۳۸۰: ۱۴۲). به موجب این رأی: «با توجه به مستندات طرفین و اظهارات آنها در جلسات دادرسی... صورت جلسه زیر به جهات زیر بر خلاف اساسنامه و قانون تجارت است. اولاً مقررات ماده ۱۰۱ قانون تجارت در مورد تشکیل مجمع عمومی رعایت نشده زیرا برای مجمع هیأت رئیسه و ناظر تعیین نشده. ثانیاً مقررات ماده ۱۶ اساسنامه در خصوص انتخاب یا عزل مدیران رعایت نشده، چون مطابق ماده مذکور انتخاب مدیران از اختیارات مجمع عمومی

عادی است، در حالی که مجمع عمومی فوق العاده مبادرت به انتخاب هیأت مدیره کرده است، لذا به استناد ماده ۲۷۰ قانون اصلاح قانون تجارت، حکم بر بطلان صورت جلسه موضوع دعوی صادر می‌گردد».

۲. تشریفات لازم برای اثبات عمل حقوقی:

منظور مواردی است که بدون رعایت آن اثبات عمل حقوقی با محدودیت مواجه می‌شود. چرا که مراجع رسمی در صورتی می‌توانند عمل حقوقی را بپذیرند که مطابق شکل پیش‌بینی شده انجام شده باشد. با وجود این، عمل حقوقی واقع شده محسوب می‌شود. برای مثال، مطابق مواد ۲۷۶ تا ۲۸۹ قانون امور حسبی، وصیت نامه باید به صورت خاصی تنظیم شود. ماده ۲۹۱ آن قانون در مورد ضمانت اجرای رعایت نکردن آن می‌گوید: «هر وصیتی که طبق شرایط مذکور در این فصل واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست، مگر آنکه اشخاص ذینفع در ترکه به صحت آن اقرار کنند». امکان اقرار به وصیت توسط اشخاص ذینفع حاکی از وقوع وصیت است.

در این زمینه همچنین می‌توان به ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک که ثبت معاملات مربوط به املاک ثبت شده را اجباری کرده است اشاره کرد. به نظر برخی حقوقدانان، ضمانت اجرای عدم ثبت این معاملات با توجه به ماده ۲۲ آن قانون بطلان معامله است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۷۱). ولی بعضی دیگر از حقوقدانان به استناد ماده ۴۸ آن قانون این معاملات را باطل ندانسته و فقط قابل پذیرش در مراجع رسمی نمی‌دانند (صفایی، ۱۳۵۱: ۷۵). پس طبق این نظر، ثبت این معاملات جزء تشریفات لازم برای اثبات آنها است.

خاطر نشان می‌شود که دادگاهها اسناد عادی انتقال را برای اثبات مالکیت انتقال گیرنده قبول نمی‌کنند. اکثریت قضاات دادگاههای حقوقی دو تهران در تاریخ ۶۶/۸/۱۴ چنین اظهار نظر کرده‌اند: «دعوی خریدار قولنامه به طرفیت متصرف مبنی بر خلع ید غاصبانه که مسبوق به قرارداد بین طرفین نبوده و رابطه حقوقی میان آنها منتفی است مسموع نمی‌باشد. زیرا استماع دعوی خلع ید لزوماً موکول به ارائه سند مالکیت از ناحیه خواهان و اثبات مالکیت او است» (نویخت، ۱۳۷۰: ۲۷۰).

ولی سند عادی را به عنوان دلیل وقوع معامله و الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی انتقال می‌پذیرند. در این مورد، اکثریت قضاات دادگاههای حقوقی دو تهران در تاریخ ۱۳۶۵/۷/۱۷ این گونه اظهار نظر کرده است: «چنانچه از مفهوم و منطوق سند رضای طرفین و ایجاب و قبول آنها به وقوع معامله مستفاد گردد، فرضاً فروشنده و خریدار و مورد معامله معلوم و مشخص بوده و تمامی

ثمن معامله پرداخت و مبیع تحویل و به تصرف خریدار داده شده باشد به نظر اکثریت حسب مواد ۱۰ و ۱۹۰ و ۲۱۹ قانون مدنی و مطابق شرع انور، سند مزبور مبیعه‌نامه و مملک و نافذ است ولو عادی باشد و این امر منافاتی با مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت ندارد. زیرا مواد مذکور مشعر بر این است که اسناد عادی در محاکم به عنوان سند مالکیت پذیرفته نمی‌شود، در صورتی که در ما نحن فیه، دارنده سند آن را به عنوان سند مالکیت ابراز نمی‌نماید، بلکه به عنوان دلیلی بر وقوع معامله ارائه می‌کند و از محکمه الزام خوانده را به حضور در دفترخانه برای انجام تشریفات تنظیم سند رسمی در مقام اعمال مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت خواستار می‌شود» (نویخت، ۱۳۷۰: ۳۱۰).

۳. تشریفات لازم برای قابل استناد شدن عمل حقوقی در مقابل اشخاص ثالث:

یکی از ویژگی‌های عمل حقوقی، قابل استناد بودن آن در مقابل اشخاص ثالث است. با وجود این، ممکن است عمل حقوقی در مواردی این ویژگی را از دست بدهد. یعنی در همان حال که نسبت به اشخاص انجام دهنده عمل اعتبار دارد، نسبت به اشخاص ثالث فاقد اعتبار باشد.^۱ نمونه‌ای از آن، ماده ۲۱۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت است. به موجب این ماده: «انحلال شرکت مادام که به ثبت نرسیده و اعلام نشده باشد نسبت به اشخاص ثالث بلااثر است». نمونه دیگر، قسمت پایانی ماده ۴۰ قانون یاد شده است که در مورد ضمانت اجرای ثبت نشدن انتقال سهام با نام در دفتر ثبت سهام شرکت گفته است: «هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است». با توجه به مفهوم مخالف ماده، انتقال نسبت به طرفین عقد دارای اعتبار خواهد بود. در رأی شماره ۹/۷۵ تاریخ ۷۴/۱۲/۱۲ دادگاه عمومی اسلامشهر در همین زمینه آمده است: «... نظر به اینکه صدر ماده ۴۰ لایحه اصلاح قانون تجارت می‌گوید انتقال سهام با نام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی باید انتقال را در دفتر مزبور امضاء کند و در ذیل ماده ادامه می‌دهد که هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است.

نتیجه‌ای که از جمع بین دو قسمت فوق از ماده ۴۰ اصلاح قانون تجارت حاصل می‌شود به نظر دادگاه این است که قانونگذار اساساً در مقام ایراد و خدشه به اصل نقل و انتقال سهم بدون رعایت تشریفات قانونی نبوده و در نظر نداشته که مادامی که رابطه قراردادی بین سهامدار واگذارنده و منتقل الیه محصور است، معترض آن گردد و صرفاً بی‌اعتباری چنین نقل و انتقالی را

۱- این امر از حقوق اروپا وارد حقوق ایران شده است و در مقررات تجاری مصادیق زیادی از آن وجود دارد..

به محض اینکه از حصار بین واگذارنده و واگذار شونده فراتر رفت و در برابر شرکت یا اشخاص ثالث قرار گرفت اعلام داشته است...» (بازگیر، ۱۳۸۰: ۸۳).

۴. تشریفات با ضمانت اجرای دیگر:

منظور تشریفات است که داخل هیچ یک از سه گروه یاد شده قرار نمی‌گیرد، ولی در عین حال، نوعی از تشریفات محسوب می‌شود. برای مثال، مطابق ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی: «هنگام نقل و انتقال عین یا منافع مؤسسات و کارگاههای مشمول این قانون... انتقال گیرنده مکلف است گواهی سازمان را مبنی بر نداشتن بدهی معوق بابت حق بیمه و متفرعات آن از انتقال دهنده مطالبه نماید. در صورت انجام معامله بدون ارائه گواهی مذکور، انتقال دهنده و انتقال گیرنده برای پرداخت مطالبات سازمان دارای مسئولیت تضامنی خواهند بود». پس، ضمانت اجرای عدم اخذ گواهی از سازمان تأمین اجتماعی، مسئولیت تضامنی انتقال دهنده و انتقال گیرنده است، بدون این که هیچ گونه خدشه‌ای بر اصل انتقال وارد شود.

همان گونه که دیده شد، تقسیم‌بندی یاد شده بر مبنای ضمانت اجرای پیش‌بینی شده صورت گرفته است. از نظر منطبق حقوقی، درست این است که یا قانونگذار در هر مورد که تشریفات را اعلام می‌کند، ضمانت اجرای آن را نیز بیان کند یا این که احکام کلی در این زمینه وضع کند. هر چند حالت نخست بهتر است. زیرا هنگام وضع تشریفات، برای قانونگذار این امکان بیشتر فراهم است که با توجه به هدف از وضع آن، ضمانت اجرای متناسب با آن را پیش‌بینی کند، ولی چون در نظر گرفتن ضمانت اجرا برای یک یک موارد امری بعید است، از این رو وضع احکام کلی می‌تواند راهگشای مواردی باشد که قانون نسبت به آنها ساکت است.

ج. چگونگی شناسایی تشریفات لازم در وقوع عمل حقوقی از انواع دیگر:

این موضوع از اهمیت زیادی برخوردار است. چون اشتباه در آن ممکن است عمل حقوقی صحیح را باطل یا باطل را صحیح کند. به ویژه، دشواری در جایی است که قانونگذار امری را لازم دانسته ولی ضمانت اجرای آن را بیان نکرده است.

معیارهای زیر در این زمینه می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد:

۱. آمدن کلمه «باطل» یا مشابه آن نشان می‌دهد که تشریفات پیش‌بینی شده جزء موارد لازم برای وقوع عمل حقوقی است. برای مثال، ماده ۱۳۶ قانون اجرای احکام مدنی می‌گوید: «در موارد زیر فروش از درجه اعتبار ساقط و مزایده تجدید می‌شود».

یا تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط مالک و مستأجر سال ۱۳۵۶ گفته است: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود». کلمه «معتبر» نشان می‌دهد که تنظیم سند رسمی شرط تحقق انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت است. همچنین، مطابق ماده ۱۱۳۴ ق. م: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». کلمه «واقع گردد» نشان می‌دهد که بدون رعایت شرایط یاد شده، طلاق واقع نخواهد گردید. یا در ماده ۱۰۳ قانون تجارت آمده است: «انتقال سهم الشرکه به عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی». که عبارت «به عمل نخواهد آمد» بیانگر این معنا است.

۲. پیش‌بینی ضمانت اجرای دیگری غیر از بطلان، نشان می‌دهد که تشریفات پیش‌بینی شده جزء تشریفات لازم برای وقوع عمل حقوقی نیست. برای مثال، ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک می‌گوید: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». یا ماده ۲۹۱ قانون امور حسبی که مقرر داشته است: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست، مگر آنکه اشخاص ذینفع در ترکه به صحت وصیت اقرار کنند».

۳. در نظر گرفتن مجازات کیفری برای رعایت نکردن تشریفات، به معنای آن است که آن امر جزء تشریفات لازم برای وقوع عمل حقوقی نیست، مگر آنکه دلیل دیگری بر این امر دلالت کند. زیرا پیش‌بینی مجازات، فقط در این حد دلالت دارد که ترک آن فعل، باعث مجازات می‌شود، نه این که خود آن فعل نیز شرط وقوع عمل است. بلکه این امر نیازمند دلیل اضافی است. برای مثال، مطابق ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی: «به منظور حفظ کیان خانواده، ثبت ازدواج دائم، طلاق و رجوع الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید، به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌شود» این ماده فقط در مقام بیان جرم بودن عدم ثبت نکاح دائم، طلاق و رجوع است و نه شرط بودن ثبت برای تحقق آنها.

۴. در مواردی قانونگذار شرایطی را الزامی کرده است، ولی ضمانت اجرایی برای آن بیان نکرده است. نمونه این امر در قانون زیاد است. برای مثال، به موجب ماده ۲ قانون بیمه: «عقد بیمه و شرایط آن باید به موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه‌نامه خواهد بود». یا مطابق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور: «معاملات وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی ... باید از طریق مزایده یا مناقصه انجام شود». همچنین ماده ۳۸ قانون تجارت می‌گوید: «فته طلب علاوه بر امضاء یا مهر باید دارای تاریخ و متضمن مراتب ذیل باشد: ۱. مبلغی که باید تأدیه شود با تمام حروف ۲. گیرنده وجه ۳. تاریخ پرداخت»

در این موارد آیا ضمانت اجرای عدم رعایت این شرایط را باید بطلان عمل دانست یا اینکه چون ضمانت اجرا در قانون پیش‌بینی نشده است، پس رعایت نشدن این موارد، تأثیری در عمل نخواهد داشت.

در این مورد دو گونه استدلال می‌توان کرد، نخست آنکه گفته شود چون اصل بر رضایی بودن اعمال حقوقی است و علی‌القاعده برای تأثیر اراده انشائی چیز دیگری نباید مؤثر باشد، مگر اینکه دخالت آن قطعی باشد، بنابراین شرایط پیش‌بینی شده را نباید جزء تشریفات لازم برای وقوع عمل حقوقی به حساب آورد. استدلال دوم توجه به هدف قانونگذار از وضع تشریفات برای یک عمل حقوقی است. به بیان دیگر، قانونگذار به طور قطع با توجه به مصلحتی، تشریفات را مقرر می‌کند. اگر در صورت رعایت نشدن آن، هیچگونه ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته نشود، این امر نقض غرض قانونگذار و لغو و بیهوده کردن اقدام او برای وضع آنها است. از نظر منطق حقوقی، استدلال دوم قابل قبول است و این قبیل تشریفات را باید در وقوع عمل حقوقی مؤثر دانست. بنابراین، در صورتی که معاملات وزارت‌خانه‌ها یا مؤسسات دولتی از طریق مزایده یا مناقصه انجام نگیرد، باید آنها را باطل دانست. یا توافقات شفاهی بیمه گر و بیمه شده بی‌اعتبار است. به همین دلیل است که حقوقدانان ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۳۰۸ قانون تجارت را موجب بی‌اعتباری سفته می‌دانند. (اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۷۱)

معیار گفته شده هر چند صحیح به نظر می‌رسد، ولی چون کلی است از دقت لازم برخوردار نیست. در اینجا سعی می‌شود معیارهای جزئی‌تری در این زمینه ارائه گردد. معیارهای جزئی همیشه بر اصول کلی ترجیح دارد، زیرا از طریق آنها، بهتر می‌توان اراده قانونگذار را به دست آورد:^۱

- تشریفات همزمان با انشای عمل حقوقی را باید مؤثر در وقوع آن دانست. اغلب این تشریفات، مربوط به شکل عمل حقوقی است. مانند تنظیم سند رسمی یا عادی، مزایده یا مناقصه. در این زمینه می‌توان به ماده ۱۱ قانون تعهدات سوئیس اشاره کرد. (واحدی، ۱۳۷۸: ۱۵) به موجب این ماده: «اعتبار قراردادها منوط به رعایت شکل مخصوصی نیست، مگر این که قانون، مقررات خاصی در این مورد پیش‌بینی کرده باشد. با فقد مقررات خاص در مورد وسعت و آثار شکل پیش‌بینی شده در قانون، قرارداد فقط در صورتی معتبر است که شکل مزبور رعایت شده باشد».

- در مورد تشریفات پیش از انشای عمل، باید بین آنهايي که موضوع مستقیم آن عمل حقوقی است و آنهايي که این گونه نیست، تفاوت قائل شد. برای مثال، گرفتن مفاصاحساب مالیاتی،

۱. به همین دلیل گفته شده است: «لاصل دلیل حیث لا دلیل»

ناظر به معامله نیست، بلکه فقط برای فراهم آوردن امکان گرفتن مالیات، توسط قانون لازم دانسته شده است. بنابراین، عدم اخذ آن تأثیری در معامله نخواهد داشت، ولی شرایطی که موضوع مستقیم آن عمل حقوقی است را باید شرط لازم برای تحقق آن دانست. برای مثال، مطابق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بکند». پس مراجعه به دادگاه از آن جهت که ناظر به طلاق است را باید شرط وقوع آن محسوب کرد.

تشریفات پس از انشای عمل حقوقی، علی‌القاعده تأثیری در تحقق آن نخواهد داشت، مگر آن که خلاف آن احراز گردد. مواد ۱۲۹ و ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت نمونه مناسبی برای آن است. ماده ۱۲۹ می‌گوید در صورتی که اعضای هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت سهامی بخواهند با خود شرکت طرف معامله قرار گیرند، باید اجازه هیأت مدیره را اخذ کنند و هم چنین مجمع عمومی عادی نیز باید آن را تصویب کند. ماده ۱۳۰ می‌گوید اگر برای معامله اجازه هیأت مدیره اخذ شده باشد ولی مجمع عمومی آن را تصویب نکند معامله معتبر خواهد بود. ولی اگر هیأت مدیره اجازه نداده باشد معامله غیر نافذ خواهد بود. علت این امر روشن است. اجازه هیأت مدیره مربوط به قبل از انشای عمل است، در حالی که تصویب مجمع عمومی ناظر به بعد از انشای آن است. البته این امر در صورتی است که دلیل خلاف آن در قانون وجود نداشته باشد. برای مثال، مطابق ماده ۵۹ مدنی: «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند». که با وجود آنکه قبض پس از انشای عقد وقف است ولی شرط وقوع وقف دانسته شده است.

د. بررسی امکان تشریفات در اعمال حقوقی رضایی و عکس آن:

پرسش این است که آیا اعمال حقوقی رضایی با اراده اشخاص می‌تواند به صورت تشریفات درآید و یا اعمال حقوقی تشریفات می‌تواند با توافق اشخاص به رضایی تبدیل شود؟ در خصوص موضوع اول، به نظر می‌رسد که چون هدف از اصل رضایی بودن اعمال حقوقی حمایت از آزادی فردی در روابط حقوقی است و از قواعد امری و مربوط به نظم عمومی محسوب نمی‌شود، تشریفات کردن اعمال حقوقی رضایی امکان پذیر خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۸۹، مرقس، ۱۹۵۶: ۶۵). برای مثال، ایجاد کننده اعلام کند که قبول بایستی از طریق خاصی مانند پست سفارشی صورت گیرد. یا طرفین در ضمن عقد شرط کنند که اعمال حق فسخ باید از طریق اظهارنامه دادگستری صورت گیرد. چنین مواردی به معنای تشریفات کردن عمل حقوقی رضایی بوده و عمل انجام شده در صورتی معتبر است که از همان روش خاص صورت گیرد.

ولی برای اشخاص، این امکان وجود ندارد که با تراضی، عمل حقوقی تشریفاتی را به صورت رضایی در آورند. زیرا تشریفات پیش‌بینی شده با توجه به حالت استثنایی آنها، مربوط به نظم عمومی بوده و جزء قواعد امری محسوب می‌شود، مگر آنکه در خود قانون صریحاً چنین امری اجازه داده شده باشد. برای مثال، مطابق ماده ۴۰ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی: «اموال متوقف به ترتیب مزایده فروخته می‌شود. در موارد زیر ممکن است به طریق غیر مزایده اقدام به فروش کرد:

۱. اگر هیأتی از بستانکاران که دارای شرایط مذکور در ماده ۴۸۰ قانون تجارت باشند به این ترتیب رضایت بدهند.
۲. وقتی که مال در بورس یا بازار قیمت معینی دارد».

نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

با وجود اهمیتی که تشریفات در زندگی کنونی پیدا کرده است، فقدان احکام کلی در این زمینه می‌تواند باعث اشکال شود. صرف نظر از این که پیش‌بینی تشریفات در قوانین موضوعه، با توجه به سابقه فقهی آن، - مشروط به اینکه حالت استثنایی خود را حفظ کند - امری مغایر شرع محسوب نمی‌گردد، پژوهش‌های صورت گرفته می‌تواند پشتوانه خوبی برای تدوین یک قانون جامع در این زمینه باشد. در اینجا احکام کلی حاصل از این پژوهش در قالب چند ماده پیشنهاد می‌گردد که می‌تواند برای قانونگذاری در این زمینه مورد توجه قرار گیرد.

ماده ۱: برای انشای اعمال حقوقی تشریفات خاصی لازم نیست، مگر این که طبق قانون یا توافق اشخاص لازم شده باشد.

ماده ۲: تشریفات، عبارت از هر عامل بیرونی است که آزادی اراده برای انشای عمل حقوقی را دچار محدودیت کند.

ماده ۳: تشریفات، ممکن است برای وقوع عمل حقوقی لازم باشد یا برای اثبات آن و یا این که دارای اثر دیگری باشد.

هم چنین، ممکن است مربوط به پیش از انشای عمل حقوقی باشد یا هم زمان یا پس از آن.

ماده ۴: در صورتی که قانون، نسبت به اثر تشریفات پیش‌بینی شده ساکت باشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

- در مورد تشریفات هم زمان با انشای عمل حقوقی، فرض بر لازم بودن آن برای تحقق عمل است.

- در مورد تشریفات پیش از انشای عمل حقوقی، فقط آن تشریفات شرط تحقق عمل است که موضوع مستقیم آن خود عمل باشد.
- در مورد تشریفات پس از انشای عمل حقوقی، فرض بر بی‌تأثیر بودن آن در تحقق عمل است.

ماده ۵: توافق اشخاص برای نادیده گرفتن تشریفات پیش‌بینی شده در قانون بی‌اعتبار است، مگر این که در خود قانون چنین اجازه‌ای داده شده باشد.

منابع و مأخذ:

الف. فارسی و عربی:

۱. ابن ادریس، (بی تا)، **السرائر**، چاپ سنگی، در یک جلد.
۲. اسکینی، ربیعاً، (۱۳۷۳)، **حقوق تجارت**، برات، سفته، قبض انبار، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی**، ج ۱، چاپ دهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
۴. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۵۶)، **حقوق تعهدات**، ج ۲، تهران.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، (بی تا)، **مکاسب**، چاپ دوم، مؤسسه نشر اسلامی.
۶. بازگیر، بدالله، (۱۳۸۶)، **موازین حقوق تجارت در آرای دیوان عالی کشور**، چاپ دوم، تهران، انتشارات بازگیر.
۷. البرازی، محمد محسن، (۱۳۵۴ ه.ق)، **محاضرات فی حقوق الرومانیه**، ج ۲، دمشق، مطبعه الجامعه السوریه.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۹)، **حقوق تعهدات**، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۴۰)، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چاپ اول، تهران.
۱۰. الذنون، حسن علی، (بی تا)، **النظریه العامه للالتزام**، ج ۱، بی نا.
۱۱. الزرقاء، مصطفی احمد، (بی تا)، **الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید**، ج ۱، بی نا.
۱۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۴۱۰ ه.ق)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی**، ج ۱، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۳. شهید اول، (۱۳۶۸)، **اللمعه دمشقیه**، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات ناصر.
۱۴. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، (۱۳۷۰)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ۱ و ۲، چاپ پنجم، مکتب الاعلام اسلامی.

۱۵. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، ج ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف الاسلاميه.
۱۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۷. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.
۱۸. علامه حلی، حسن ابن یوسف، (۱۴۱۳ هـ ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس.
۲۰. گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۷۲)، مقالات حقوقی، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، (۱۳۷۳)، شرایع الاسلام، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات استقلال.
۲۲. محقق ثانی، علی ابن الحسین الکرکی، (۱۴۱۱ هـ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، چاپ اول، بیروت، مؤسسه آل البيت.
۲۳. محمضانی، صبحی، (۱۴۰۸ هـ ق)، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، ج ۱، چاپ دوم، بیروت.
۲۴. مرقس، سلیمان، (۱۹۵۶)، نظریه العقد، قاهره، دارالنشر للجامعات المصریه.
۲۵. معین، محمد، (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی (یک جلدی کامل)، چاپ سوم، تهران، انتشارات ساحل.
۲۶. موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، (۱۳۷۱)، قواعد الفقهی، ج ۶ چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. میرزای قمی، میرزا ابی القاسم بن حسن، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات کیهان.
۲۸. نائینی، میرزا حسن، (بی تا)، منیة الطالب، ج ۱، چاپ سنگی، تهران.
۲۹. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۷۰)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، چاپ هشتم، دار الکتب الاسلامیه.
۳۰. نوبخت، یوسف، (۱۳۷۰)، اندیشه های قضایی، چاپ سوم، تهران، انتشارات کیهان.

۳۱. واحدی، جواد، (۱۳۷۸)، ترجمه قانون تعهدات سوئیس، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

ب. انگلیسی:

1. Buck Land, **Roman law and Common Law**, second ed.
2. Ghestin, Jacques, (1980), **Traits de droit civil**, Paris.
3. Planiol, Marcel, (with the collaboration of George Ripert), **Treatise on the Civil Law**, Vol. two, translated by the Louisiana state Law institute, 11th ed.
4. Monier, Raymond, (1934), **Manuel de droit romain**, Paris.

