

## The Position of Form in Contracts with a Brief Analysis of the Developments of French Civil Law

Amir Zare\*<sup>1</sup>, Seyyed Amin Pishnamaz<sup>2</sup>

1. M.A. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

\*. **Corresponding Author:** Email: amirzare74@outlook.com

2. M.A. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

Email: pishnamaz96@gmail.com

### ABSTRACT

The consensuality of legal actions as one of the results of the principle of autonomy of will means the freedom of individuals in the way of expressing their will; However, sometimes the legislature, for a variety of purposes, obliges individuals to express their will in a specific way or to include certain formalities in their stated will And while ignoring the principle of consensuality of contracts, by silencing the sanction of breach of the prescribed form, it creates the ground for creating disagreement. As a result, it seems necessary to consider a solution that can be invoked in case of doubt. The amendments to the French Civil Code in 2016, while specifying the principle of Consensuality of contracts, provided for the status of invalidity as a general sanction in violation of the prescribed forms of contracts.



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e- Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2022.148306

**Received:**  
19 May 2020

**Accepted:**  
16 July 2020

**Published:**  
7 June 2022



#### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



Although in Iranian law, the consensuality of contracts as a principle is acceptable and therefore has a status similar to French law, however, in cases where the legal conditions governing the form of the contract are not observed, the contract cannot necessarily be considered void; Because the various goals that lead the legislature to set formalities are more diverse than to be able to invalidate any contract that lacks the necessary form. In addition, such an approach contradicts the need to support the principle of correctness and strict construction of exceptional laws. From this point of view, there seems to be a significant difference between Iranian law and French law.

**Keywords:** Autonomy of Will, The French Civil Code, Iranian Law, Form, The Principle of Correctness.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Amir Zare: Conceptualization, Methodology, Validation, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration

Sayed Amin Pishnamaz: Conceptualization, Methodology, Validation, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Zare, Amir & Sayyed Amin Pishnamaz. "The Position of Form in Contracts with a Brief Analysis of the Developments of French Civil Law" *Journal of Legal Research* 21, no. 49 (June 7, 2022): 243-272.

## Extended Abstract

Contracts play an undeniable role in human social relations, and from ancient times to the present day, human beings have not hesitated to use this efficient tool. However, it has not been the case that the method of concluding contracts has always been the same throughout history, and in accordance with the changes of time and place, a special method of concluding contracts has become popular. Historical developments eventually led to the formation of the principle of autonomy of will and the dominance of this principle over rival views.

One of the most important effects of the principle of autonomy of will is the principle of consensuality of contracts, according to which the method of expressing the will does not matter, and except in exceptional cases, as soon as the will of the person is expressed in any way, it will be enough to conclude a contract. In other words, in principle, in order to conclude a contract, except for expressing the will of the person, in any way, it is not necessary to perform any special action.

Despite is the principle of consensuality of contracts, sometimes the legislator imposes restrictions on the manner of expressing the will of individuals or, despite releasing individuals in the manner of expressing their will, obliges them to do certain things before or after expressing their will, and thus deviates from the principle of consensuality of contracts.

Despite the accepted and defensible principle of consensuality of contracts, restricting the expression of will or imposing duties that must be performed by a person before or after the expression of will requires good reasons and rational justification.

The reasons that strengthen the legislator's position in imposing these restrictions can be divided into two categories: supportive and supervisory. The first category of reasons refers to the fact that the legislator does not see the consensuality of the contract in the interest of the parties or one of them and determines a special way to express their will to support the parties or one of them, or imposes duties on them before or after the conclusion of the contract in order to strengthen the necessary foresight in them, to provide them with the necessary information, and in case of any dispute, to facilitate the proof of the conclusion of the contract. The second group of reasons does not pay much attention to the interests of the parties to the contract; Rather, in order to facilitate the performance of government duties, the method of concluding contracts is limited so that the government can monitor citizens' contracts.

When the legislature deviates from the principle of consensuality of contracts for any reason and clarifies the sanction of the implementation of legal obligations

regarding the form of the contract, little discussion remains. Confusion arises when the legislature deviates from the principle of consensuality of contracts and does not provide a specific sanction for violators. In this case, the fundamental question arises that what effect will the lack of legal conditions governing the form of the contract have on the status of the contract? In such a situation, it seems necessary to prepare a principle that can be invoked in cases of silence of the legislator regarding the sanction of the lack of legal conditions governing the form of the contract.

The amendments to the French Civil Code in 2016, while specifying the principle of Consensuality of contracts, provided for the status of invalidity as a general sanction in violation of the prescribed forms. Although in Iranian law, the consensuality of contracts as a principle is acceptable and therefore has a status similar to French law, however, the status of invalidity cannot be a general sanction in violation of the prescribed forms. Be accepted in Iranian law; Because the various goals that lead the legislature to set formalities are more diverse than to be able to invalidate any contract that lacks the necessary form. In addition, such an approach contradicts the need to support the principle of correctness and principle of restrictive construction of exceptional laws. The defensible principle of Iranian law is that the lack of legal requirements governing the form of the contract excludes the contract from that particular law and places that contract under Article 10 of the Civil Code. This means that the contract is recognized as a private contract and will be a valid contract. From this point of view, there seems to be a significant difference between Iranian law and French law.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

# جایگاه شکل در قراردادها با تحلیل مختصر تحولات حقوق مدنی فرانسه

امیر زارع\*<sup>۱</sup>، سید امین پشناماز<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

\* نویسنده مسئول: Email: amirzare74@outlook.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

Email: pishnamaz96@gmail.com

## چکیده:

رضایی بودن اعمال حقوقی به عنوان یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده، مفید آزادی اشخاص در شیوه ابراز اراده انشایی آنان است؛ باین حال، گاهی قانونگذار با اهداف گوناگون، اشخاص را مکلف به اظهار اراده خود در قالب‌های خاص قانونی یا انضمام برخی تشریفات به اراده اظهار شده آنها می‌کند و ضمن عدول از اصل رضایی بودن قراردادها، با مسکوت گذاشتن ضمانت اجرای تخطی از شکل مقرر، زمینه ایجاد اختلاف نظر را به وجود می‌آورد و از این رو، تمهید یک اصل که در موارد تردید بتوان در خصوص ضمانت اجرا به آن استناد کرد، ضروری به نظر می‌رسد. به دنبال اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ میلادی، ضمن تصریح به اصل رضایی بودن قراردادها، وضعیت بطلان به عنوان ضمانت اجرای عمومی تخطی از شکل‌های مقرر، پیش‌بینی شد.

## کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.148306

تاریخ دریافت:

۳۰ اردیبهشت ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۲۶ تیر ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۱۷ خرداد ۱۴۰۱



اگرچه در حقوق ایران نیز رضایی بودن قراردادهای به عنوان یک اصل، قابل پذیرش است و از این حیث، حقوق ایران و حقوق فرانسه در موضع یکسانی قرار دارند، باین حال، وضعیت بطلان نمی‌تواند به عنوان ضمانت اجرای عمومی تخطی از شکل‌های مقرر در حقوق ایران پذیرفته شود؛ زیرا اهدافی که قانونگذار را به سوی وضع تشریفات سوق می‌دهد، گوناگون‌تر از آن است که بتوان برای نقض تمام احکام قانونی در این خصوص، به ضمانت اجرای سنگین بطلان متوسل شد. به علاوه، چنین رویکردی با ضرورت صیانت از اصل صحت و تفسیر مضیق احکام استثنایی نیز مغایرت دارد. از این منظر، میان حقوق ایران و حقوق فرانسه تفاوتی چشمگیر به نظر می‌رسد.

### کلیدواژه‌ها:

اصل حاکمیت اراده؛ قانون مدنی فرانسه؛ حقوق ایران؛ شکل؛ اصل صحت.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

امیر زارع: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبار‌سنجی، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.  
سید امین پیش‌نماز: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبار‌سنجی، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

### تعارض منافع:

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

زارع، امیر و سید امین پیش‌نماز، «جایگاه شکل در قراردادهای با تحلیل مختصر تحولات حقوق مدنی فرانسه». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۱، ش. ۴۹ (۱۷ خرداد ۱۴۰۱): ۲۴۳-۲۷۲.

## مقدمه

قراردادها جایگاهی دیرینه در نظام‌های حقوقی و نقشی انکارناپذیر در روابط اجتماعی دارند. با این حال، نحوه انعقاد آنها در طول تاریخ روند یکسانی را نپیموده است. شکل‌گیری قراردادها در جوامع باستانی، به دلایل گوناگون، موقوف به رعایت برخی تشریفات بود و رعایت نکردن تشریفات مقرر، به بی‌اعتباری عقد منتهی می‌شد. در آن روزگار، جایگاه شکل در برابر اراده باطنی اشخاص به قدری بود که به عنوان مثال در حقوق قدیم رم، پدیده‌ای به نام اعمال حقوقی مجرد<sup>۱</sup> وجود داشت؛ بدین معنی که اعمال حقوقی از اراده اشخاص استقلال تام داشتند و در تشکیل اعمال حقوقی، شکل و فرم حکومت مطلق داشت. از این رو، اگر طرفین، قصد بیع داشتند و به اشتباه، الفاظ هبه را جاری می‌کردند، عمل آنها هبه توصیف می‌شد و اثبات خلاف آن نیز امکان‌پذیر نبود. چراکه شکل‌های مقرر، نه کاشف از اراده، که علت سازنده آثار حقوقی تلقی می‌شدند و بر این اساس، اثبات خلاف آنها نامعقول به نظر می‌رسید.<sup>۲</sup> این در حالی است که در نتیجه تحولات عصر جدید و در قرون ۱۸ و ۱۹ میلادی، اصل حاکمیت اراده به حقوق غرب و نظام حقوقی بسیاری از کشورها راه یافت که یکی از نتایج آن، رضایی دانستن قراردادها و بی‌اهمیت شمردن شیوه ابراز اراده است.<sup>۳</sup> نه تنها انعقاد و اعتبار عقد که اثبات آن نیز به هر وسیله‌ای ممکن است و وضع تشریفات به منظور اثرگذاری در مقام اثبات نیز خلاف اصل محسوب می‌شود.<sup>۴</sup>

با این حال، رضایی بودن قراردادها<sup>۵</sup>، اصلی نیست که دامان آن پیراسته از هرگونه استثنا باشد. چرا که گاهی ضرورت‌های اجتماعی، قانونگذار را ناگزیر می‌سازد تا از اصل رضایی بودن قراردادها عبور و تشریفات خاصی را برای برخی عقود، مقرر کند. این تشریفات، ممکن است مانند برگزاری مناقصه و مزایده، مربوط به قبل از انعقاد عقد باشد. در مواردی، رعایت تشریفات، مانند به‌کارگیری لفظ در عقد نکاح، مقارن انعقاد عقد است و در نهایت، برخی تشریفات، پس از انعقاد عقد ضرورت می‌یابد که بارزترین آن، ثبت برخی از اعمال حقوقی است.<sup>۶</sup> تشریفات میانی، شکل اظهار اراده را با محدودیت مواجه می‌سازد و تشریفات اول و اخیر، طرفین عقد را مکلف به رعایت برخی تشریفات و انضمام آن به اراده اظهارشده خویش می‌کند. در صورتی که قانونگذار هر قسم از تشریفات سه‌گانه را مقرر و

## 1. Acte Abstrait

۲. محسن قاسمی، شکل‌گرایی در حقوق مدنی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸)، ۶۸.

۳. سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۵۶؛ ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۵۷.

4. Ewan Mckendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 255.

۵. ناگفته پیداست که اصل رضایی بودن قراردادها صرفاً در خصوص قراردادهای حوزه حقوق خصوصی حاکمیت دارد. چراکه در قراردادهای اداری بنا به ملاحظات حقوق عمومی، اصل بر تشریفاتی بودن آنها است. نک: محمد شمعی، حقوق قراردادهای اداری (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵)، ۱۷۶.

۶. نک: عباس حامد قاسمی، حقوق مدنی (شرایط اساسی شکل‌گیری قراردادها) (تهران، انتشارات دراک، ۱۳۹۶)،



در خصوص ضمانت اجرای تخطی از آن سکوت اختیار کند، این پرسش به میان می‌آید که سکوت قانونگذار را در این خصوص، چگونه می‌توان جبران کرد؟ این امر در اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ مورد توجه قرار گرفت و کد ناپلئون را دستخوش برخی تغییرات در این خصوص نمود. با توجه به جایگاه مهم حقوق فرانسه در خانواده حقوق رومی - ژرمنی و سهم به سزای آن در تدوین قانون مدنی ایران، تبیین اصلاحات قانونی و تطبیق آن با وضعیت حقوق ایران، ضروری به نظر می‌رسد. در این مقاله، ضمن تبیین مفهوم شکل و کارکردهای آن، سابقه حقوق فرانسه بررسی می‌شود و پس از آن تلاش می‌شود تا قاعده عمومی قابل استفاده در حقوق ایران در این خصوص تمهید گردد.

## ۱- مفهوم‌شناسی

در حقوق معاصر، اراده، مهم‌ترین رکن اعمال حقوقی و به طور خاص، قراردادهای به حساب می‌آید و اثرگذاری آن در جهان حقوق، متوقف بر اظهار آن است. نه اراده و نه شکل ابراز آن، نمی‌توانند مستقل از یکدیگر واجد اثر باشند. وجود شکل و اراده در هر عمل حقوقی ضرورت دارد و فقدان هر کدام، عمل حقوقی را بی‌اثر می‌کند. چراکه اراده ابراز نشده، به ساحت اجتماع و جهان حقوق راه نمی‌یابد و ضرورت آگاهی طرفین از خواسته‌های یکدیگر در قراردادهای، مستلزم اظهار اراده باطنی آنهاست و از این رو، اراده‌ای که در باطن شخص وجود دارد، ولی اظهار نشده است، هیچ تأثیری از خود بر جای نمی‌گذارد.<sup>۷</sup> از طرف دیگر، اعتبار اظهارات اشخاص نیز منوط به کاشفیت آنها از اراده باطنی اشخاص به عنوان رکن عمل حقوقی است و این اظهارات به خودی خود و بدون وجود اراده باطنی، فاقد ارزش حقوقی محسوب می‌شود که در این خصوص، قاعده مشهور فقهی تبعیت عقد از قصد، همین مفهوم را افاده می‌کند.<sup>۸</sup>

با این حال، مقصود از شکل در قراردادهای، شکلهایی که فاعل عمل حقوقی به صورت کاملاً آزادانه و به قصد اظهار اراده باطنی خویش انتخاب می‌کند، نیست. بلکه مراد، اشکال خاصی است که به صورت استثنایی و در عدول از اصل رضایی بودن اعمال حقوقی از جانب قانونگذار در انجام برخی اعمال حقوقی مقرر می‌شود و اشخاص را مکلف می‌کند تا اراده باطنی خود را صرفاً در قالب تعیین شده اظهار نمایند و یا آن شکل و تشریفات خاص، پس یا پیش از ابراز آزادانه اراده، به آن ضمیمه گردد. در هر حال، رعایت این شکل و تشریفات، از جانب فاعلان عمل حقوقی، ضروری است؛ چراکه در نظام‌های حقوق نوشته، قانون، روشن‌ترین نمونه قواعد حقوقی محسوب می‌شود و وصف بارز هر قاعده حقوقی، الزام‌آوری است.<sup>۹</sup> در نتیجه، تشریفات مورد بحث نمی‌تواند تهی از

۷. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۲۴۸-۲۵۰؛ صفایی، پیشین، ۷۳-۷۴.

۸. اسدالله لطفی، قواعد فقه (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳)، ۲۰.

۹. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵)، ۳۹۰-۴۰۰؛ ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۱۲۰-۱۲۱؛ قدرت الله واحدی، مقدمه علم حقوق (تهران، نشر



وصف الزام‌آوری باشد. به بیان دیگر، امر قابل تأمل در خصوص شکل‌های مقرر از جانب قانونگذار، نه الزام‌آور بودن آنها، که ضمانت اجرای تخطی از حکم قانون است. از این رو، تمهید قاعده‌ای عمومی که جبران‌کننده سکوت قانونگذار در خصوص ضمانت اجرای تخطی از شکل‌های الزامی اعمال حقوقی باشد، ضروری به نظر می‌رسد.

آشنایی کامل با جایگاه شکل در قراردادهای و تحلیل وضعیت حقوقی کنونی و تمهید قواعد مناسب در این خصوص، مستلزم تبیین مفهوم مضیق و موسع شکل است که در این بخش به ترتیب مورد بررسی واقع می‌شود.

### ۱-۱- مفهوم مضیق شکل در اعمال حقوقی

شکل و تشریفات در مفهوم مضیق، اموری را شامل می‌شود که علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات، در تشکیل برخی عقود دخالت دارند و از این رو، رعایت نکردن آنها به بطلان عقد منتهی می‌شود. اکثر حقوق‌دانان ایرانی، مفهوم شکل را به این مفهوم مضیق تقلیل داده‌اند و آن را صرفاً مؤثر در انعقاد عقد قلمداد کرده‌اند.<sup>۱۰</sup> تعریف تشریفات به اموری که زائد بر شرایط عمومی صحت معاملات در تشکیل عقد دخالت دارد، برخی از حقوق‌دانان را به این نتیجه رسانده است که عقد عینی نیز نوعی عقد تشریفاتی محسوب می‌شود.<sup>۱۱</sup> حتی برخی از حقوق‌دانان، دامنه تضییق را اندکی تنگ‌تر کرده‌اند و عقود تشریفاتی را عقود دانسته‌اند که اظهار اراده باید در شکل خاصی به عمل آید و به این صورت، امور منضم به اراده اظهار شده را از دایره تشریفات و مفهوم شکل خارج کرده‌اند.<sup>۱۲</sup> به عنوان مثال، ورشکسته و طلبکاران او به عنوان طرفین قرارداد ارفاقی، در شیوه‌ای ابراز اراده‌اش با رعایت خود، محدودیتی ندارند. با این حال، پیش از توافق طرفین، تشکیل مجمع عمومی طلبکاران با رعایت تشریفات قانونی الزامی است و به تصریح ماده ۴۷۹ قانون تجارت، بدون اجرای این تشریفات، قرارداد منعقد نمی‌شود. اگر قراردادهای تشریفاتی را صرفاً قراردادهایی بدانیم که اولاً شیوه‌ای ابراز اراده در آنها با محدودیت مواجه است و ثانیاً، نقض تشریفات، به بی‌اعتباری عقد می‌انجامد، قرارداد ارفاقی، مصداق قرارداد تشریفاتی نخواهد بود. چرا که شیوه‌ای ابراز اراده طرفین این قرارداد، با محدودیت مواجه نیست. این در حالی است که اگر تشریفات را مطلق اموری بدانیم که زائد بر شرایط عمومی انعقاد

میزان، (۱۳۹۱)، ۳۴.

۱۰. سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱ (تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۳)، ۲۲۰؛ مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۳ (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵)، ۲۱؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶)، ۴۵۸؛ سید مرتضی قاسم زاده، مختصر قراردادهای و تعهدات (تهران: دادگستر، ۱۳۹۲)، ۳۸؛ سید حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا (تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۷)، ۷۴؛ سید مصطفی محقق داماد و دیگران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد ۱ (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۶)، ۲۲۰.

۱۱. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴)، ۸۴-۸۵.

۱۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، پیشین، ۸۸.

عقد، در اعتبار قرارداد تأثیر دارد، قرارداد ارفاقی نیز یک قرارداد تشریفاتی محسوب خواهد شد. چرا که اراده اظهار شده طرفین قرارداد، به انضمام تشریفات پیش از حصول توافق، خالق یک ماهیت حقوقی خواهد بود که می‌تواند با تصدیق دادگاه، به عنوان یک عقد، تمامیت یابد.

## ۱-۲- مفهوم موسع شکل در اعمال حقوقی

به رغم پذیرش اصل رضایی بودن قراردادهای، تمایل روزافزون مقنن به الزامی نمودن رعایت شکل‌هایی خاص در انجام اعمال حقوقی موجب شد که برخی از حقوق‌دانان از مفهوم مضیق شکل دست شسته و تعریفی وسیع‌تر برای آن بیان کنند؛ به گونه‌ای که بقای اصالت رضا و تحقق مراد مقنن، قابل جمع باشد. در نگاه این حقوق‌دانان، تمایل مقنن به شکل‌گرایی گسترده‌تر از آن است که بتوان تمام مصادیق را با یک عنوان توصیف کرد و رعایت نکردن هرگونه شکلی را صرفاً با یک ضمانت اجرا پاسخ گفت. در نتیجه، هرگاه مقنن در یک عمل حقوقی خاص، آزادی شخص را در اظهار اراده محدود سازد یا او را پیش و پس از اظهار آزادانه اراده خویش، به انجام پاره‌ای تشریفات وادار کند، عقد از حالت رضایی خارج می‌شود. در این معنا، عقودی که پس از انعقاد باید مکتوب شوند یا پیش و پس از انعقاد آنها باید به اخذ مجوز شخص ثالث مبادرت کرد نیز شکلی محسوب می‌گردد. توسعه قلمرو مفهومی شکل، موجب گستردگی مصادیق عقود شکلی می‌شود و ضمانت اجرای رعایت نکردن شکل‌های مقرر را نیز متنوع می‌سازد. بدین معنی که بر خلاف مفهوم مضیق شکل که رعایت نکردن آن صرفاً با ضمانت اجرای بطلان پاسخ گفته می‌شد، مفهوم موسع شکل، طیف وسیعی از ضمانت اجرای گوناگون را شامل می‌شود که هم می‌تواند دامن‌گیر عمل حقوقی و هم متوجه فاعل عمل حقوقی شود. بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد، دشواری در مقام اثبات از مصادیق حالت نخست، و مسؤلیت کیفری، مدنی، و انتظامی از مصادیق حالت دوم ضمانت اجرا محسوب می‌شود.<sup>۱۳</sup>

نمونه نسبتاً کامل مفهوم موسع شکل را می‌توان در خصوص معامله مدیران با شرکت سهامی در حقوق تجارت ایران مشاهده کرد. در این خصوص اولاً ماده ۱۳۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، صریحاً این معاملات را به رغم آزادی طرفین در نحوه اظهار اراده، «تشریفاتی» دانسته است و ثانیاً در صورتی که تشریفات مربوط به تصویب آنها توسط هیأت مدیره شرکت و مجمع عمومی صاحبان سهام رعایت نشود، معامله مذکور به استناد ماده ۱۳۰ قانون مذکور، نه باطل که صرفاً قابل ابطال خواهد بود. از طرفی، در صورت تأیید هیأت مدیره و رد مجمع عمومی، معامله مذکور معتبر و مدیران متخلف در برابر شرکت واجد مسؤلیت مدنی خواهند بود.<sup>۱۴</sup>

به عنوان نتیجه این تفکیک، می‌توان گفت که عقود شکلی یا تشریفاتی در دو معنای خاص و عام به کار می‌رود. نقض تشریفات در معنای نخست، انعقاد عقد را مختل و آن را با بطلان مواجه

۱۳. نک: قاسمی، پیشین، ۵۵.

۱۴. محمدرضا پاسبان، حقوق شرکتهای تجاری (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)،

۱۳۹۵)، ۲۳۲.

می‌کند. این در حالی است که نقض تشریفات در معنای دوم، می‌تواند ضمانت اجرای دیگری داشته باشد.

## ۲- کارکردهای شکل‌گرایی

هرگونه وضع تشریفات و الزام اشخاص به رعایت شکل‌های خاص در اعمال حقوقی، وقت‌گیر است و موجب صعوبت شهروندان می‌شود و از این رو باید دلیل قابل قبولی<sup>۱۵</sup> برای وضع تشریفات وجود داشته باشد. به علاوه، درک هدف قانونگذار از وضع تشریفات می‌تواند در یافتن ضمانت اجرای مناسب برای نقض قواعد مربوط به شکل اعمال حقوقی به کار آید. اهمیت درک کارکردهای شکل‌گرایی زمانی جدی‌تر می‌شود که تشریفات مقرر نه به دلیل سرکشی اشخاص که به دلیل چهل آنان نسبت به وجود تشریفات، رعایت نمی‌گردد و از این رو، بی‌اعتبار دانستن مطلق این عقود می‌تواند قابل انتقاد جلوه کند.<sup>۱۶</sup>

به طور کلی اهداف مقنن از وضع تشریفات در قراردادهای را می‌توان به دو دسته کلی اهداف حمایتی و اهداف نظارتی تقسیم‌بندی کرد. این اهداف در ادامه تبیین می‌گردد.

### ۲-۱- کارکردهای حمایتی شکل‌گرایی

شکل‌گرایی حمایتی با هدف حمایت از اراده فاعل عمل حقوقی، اشخاص ثالث و تسهیل فرایند اثبات توجیه می‌شود. این موضوعات در ادامه تبیین می‌گردد.

#### ۲-۱-۱- کارکرد اثباتی شکل‌گرایی<sup>۱۷</sup>

یکی از معایب رضایی بودن قراردادهای و امکان انعقاد آنها به هر شکل ممکن، گشوده شدن باب نزاع میان طرفین و افزایش شمار پرونده‌های دادگستری است. چرا که طرفین طی یک توافق معمولاً شفاهی اقدام به انعقاد عقد می‌کنند و تمهید خاصی از قبیل درج توافق در سند کتبی یا تلاش برای حضور شاهدان به منظور آسان شدن اثبات عقد و مفاد آن نمی‌اندیشند و از این رو، امکان انکار اصل انعقاد عقد یا بروز اختلاف در خصوص امر مورد توافق فراهم می‌شود. از این رو، مقنن با الزامی نمودن تشریفات همچون تنظیم سند عادی یا رسمی برای برخی عقود، در صدد تسهیل اثبات انعقاد عقد و تبیین شرایط آن و احراز قصد واقعی طرفین برمی‌آید.<sup>۱۸</sup> تأثیر این نوع از تشریفات بر پیشگیری از دعاوی نیز غیر قابل انکار است؛<sup>۱۹</sup> چرا که در صورت اختلاف نظر طرفین در خصوص مفاد توافق،

15. Good reason

16. Mckendrick, op.cit, 25273-2918.

17. Evidentiary Function

18. Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract* (New York: Oxford University Press, 2010), 76.

19. Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction* (Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014), 102-103.

امکان رجوع به سند مکتوب یا تمهیدی که به منظور ارائه در مقام اثبات فراهم شده است، وجود دارد و در بسیاری از موارد مانع از طرح دعوا می‌شود. به علاوه، رضایی بودن اعمال حقوقی زمینه حیل در دادرسی را نیز فراهم می‌کند. چرا که حذف تشریفات از قراردادهای این امکان را به وجود می‌آورد که اشخاص بتوانند با ادعای واهی و معرفی شاهدان ناهل، ادعای انعقاد عقدی را نمایند که اساساً وجود خارجی ندارد. در راستای پیشگیری از بروز این امر، قانونگذاران معمولاً دامنه امکان اثبات عقد به وسیله شاهدان را به شدت محدود می‌کنند و اجازه نمی‌دهند که مدعی بتواند با معرفی شاهد، وقوع قراردادهای سنگین را نیز به اثبات برساند.<sup>۲۰</sup> این امر به صورت غیرمستقیم، شهروندان را به سوی تمهید ادله‌ای دیگر برای تسهیل فرایند اثبات سوق می‌دهد که مهم‌ترین آن، درج توافق در یک سند کتبی است.

### ۲-۱-۲- کارکرد احتیاطی شکل‌گرایی<sup>۲۱</sup>

طبیعت خاص برخی از قراردادهای ایجاب می‌کند که انعقاد آنها به دور از شتاب‌زدگی و توأم با دوراندیشی باشد. از طرفی، برخی از قراردادهای به قدری مهم و به لحاظ اقتصادی، مخاطره‌آمیز هستند که انجام آنها به صرف تراضی طرفین و بدون رعایت پاره‌ای تشریفات، نمی‌تواند اشخاص را به دوراندیشی و احتیاط لازم وادار کند. در این خصوص، مقنن با وضع پاره‌ای تشریفات، به اشخاص در خصوص اهمیت عمل حقوقی مد نظر هشدار می‌دهد تا ضمن طولانی شدن فرایند انعقاد عقد، از هرگونه بی‌احتیاطی در انجام آنها پرهیز شود.<sup>۲۲</sup> از سوی دیگر، همواره این ترس وجود دارد که عقود رایگان در اثر غلبه احساسات اشخاص منعقد گردد که این امر با هدف اصلی وضع این عقود که رایگان‌بخشی و احسان در نتیجه تأمل کافی است، مغایرت دارد. در نتیجه، وضع پاره‌ای تشریفات به منظور وادار ساختن شخص به تأمل کافی و فروکش کردن احساسات او با گذشت زمان احساس می‌شود.

نمونه بارز این کارکرد از شکل‌گرایی را می‌توان در عقود عینی دید که تسلیم مورد معامله شرط صحت آنهاست. چرا که ضرورت قبض مورد معامله در این دسته از عقود نه به دلیل ناتوانی اراده اشخاص در ایجاد آثار حقوقی که به دلایلی از قبیل حفظ منافع اشخاص ثالث و آگاه ساختن طرفین از نتایج عقد است تا نتیجه عملی توافق خود را در عالم خارج ببینند و در اثر اشتباه یا غلبه عواطف اموال خود را از دست ندهند و از سوی دیگر، انتقال‌گیرنده نیز بتواند با ملاحظه تصرف انتقال‌دهنده به مالکیت او اطمینان یابد.<sup>۲۳</sup>

ضرورت تنظیم سند رسمی در برخی معاملات نیز در راستای همین هدف صورت می‌گیرد. چرا

20. Gill Mertens and Tony Weir, Trans., *European Contract Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 74.

21. Cautionary Function

22. Mertens and Weir, Trans., op.cit., 75.

۲۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ۸۹.

که این امر موجب طولانی شدن فرایند انجام معامله و تأمل بیشتر شخص می‌شود و از طرف دیگر، تنظیم سند رسمی مستلزم دخالت سردفتر است که باید از علم طرفین به نتایج عمل حقوقی مدنظر مطمئن شود و اطمینان یابد که آنها دچار اشتباه نیستند و تردیدشان در خصوص عمل حقوقی به کلی از بین رفته است.<sup>۲۴</sup> ضروری بودن رعایت تشریفاتمانند تنظیم سند رسمی اگرچه فرایند انعقاد عقد را اندکی طولانی‌تر می‌کند، موجب اخلال در زندگی حقوقی شهروندان نمی‌شود؛ چرا که لزوم تنظیم سند رسمی صرفاً در قراردادهایی مقرر می‌شود که هر انسان در طول زندگی خود، به انعقاد تعداد انگشت‌شماری از آنها مبادرت می‌کند و اهمیت وافر آنها، دخالت مأمور رسمی را توجیه می‌نماید.<sup>۲۵</sup>

## ۲-۱-۳- کارکرد اطلاع‌رسانی شکل‌گرایی<sup>۲۶</sup>

این تصور که طرفین قرارداد، جایگاه یکسانی دارند و قادرند اطلاعات لازم برای انعقاد عقدی که بر رضایت آزادانه آنها ابتدا دارد را شخصاً جمع‌آوری کنند، مدت‌هاست با واقعیت فاصله گرفته است. از این‌رو، در حقوق برخی کشورها و از جمله، در دستورالعمل‌های صادر شده از سوی اتحادیه اروپا، در راستای ایجاد تعادل میان طرفین قرارداد، تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان حرفه‌ای کالاها و خدمات مکلف شده‌اند برخی اطلاعات را پیش از انعقاد عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند که از جمله این عقود می‌توان به مالکیت زمانی<sup>۲۷</sup> و فروش از راه دور<sup>۲۸</sup> اشاره کرد.<sup>۲۹</sup> تعهد طرف حرفه‌ای قرارداد به دادن اطلاعات لازم به طرف دیگر عقد در حقوق کشورهای اروپایی نیز در همین راستا قابل تحلیل است.<sup>۳۰</sup>

امروزه بسیاری از قانونگذاران تمایل دارند تا قراردادهایی را که یکی از طرفین در موضع ضعف قرار دارد و از این‌رو، نیازمند حمایت ویژه‌ای است، در قالب نوشتاری تنظیم شود. به عنوان مثال می‌توان به قراردادهای اجاره مسکن و پیش‌فروش ساختمان و قراردادهای مصرف‌کنندگان کالاها و خدمات اشاره کرد. ممکن است اصرار قانونگذار در خصوص ضرورت نوشتن قرارداد عجیب به نظر برسد؛ چرا که در هر حال، اکثر این قراردادها بدون اینکه الزامی از جانب قانونگذار وجود داشته باشد، به صورت کتبی تنظیم می‌شوند. با این حال، نکته قابل تأمل این است که هدف قانونگذار از الزامی ساختن نوشتن، صرف مکتوب نمودن قرارداد نیست؛ بلکه مراد مقنن این است که اطلاعات خاصی پیش از انعقاد عقد یا هم‌زمان با آن در اختیار طرف ضعیف قرارداد قرار گیرد تا از طریق در اختیار نهادن این اطلاعات و مکتوب نمودن آنها تا اندازه‌ای از طرف ضعیف قرارداد حمایت شود.<sup>۳۱</sup>

24. Mertens and Weir, Trans., op. cit., 77.

25. Smits, op.cit., 103-104.

26. Information Function

27. Timeshare

28. Distance Selling

29. Smits, op. cit., 110 .

30. Ibid., 102 .

31. Mertens and Weir, Trans., op. cit., 75.

فقدان این الزام می‌تواند طرف ضعیف را از در اختیار داشتن برخی اطلاعات ضروری که مؤثر در تصمیم‌گیری وی خواهد بود، محروم کند.

البته همیشه این‌گونه نیست که ضرورت در اختیار نهادن اطلاعات ناشی از موقعیت نابرابر طرفین عقد باشد. بلکه دلایل دیگری نیز می‌تواند ضرورت ارائه اطلاعات خاصی را به فاعل عمل حقوقی ایجاد کند. به عنوان مثال، برخی از نویسندگان، ضرورت تنظیم سند رسمی در معاملات مربوط به بیع اموال غیرمنقول در حقوق کشورهای رومی - ژرمنی را در راستای دخالت سردفتر در زمینه ارائه اطلاعات ضروری به خریدار تحلیل کرده‌اند. بدیهی است در چنین معاملاتی ضرورتاً موقعیت طرفین نابرابر نیست.<sup>۳۲</sup>

### ۲-۱-۴- کارکرد صلاحیت بخش شکل‌گرایی به کمک دخالت اشخاص ثالث<sup>۳۳</sup>

می‌توان سه وضعیت را تصور کرد که اشخاص ثالث در انعقاد عقود دخالت می‌کنند و از آنجا که دخالت اشخاص ثالث، امری زائد بر شرایط اساسی اعتبار عقود محسوب می‌شود، عقد موصوف از حالت رضایی خارج و وصف شکلی و تشریفاتی می‌یابد. برخی از نویسندگان طی یک حکم کلی، دخالت اشخاص ثالث در مواردی که الزام قانونی در این خصوص وجود دارد را در اعتبار<sup>۳۴</sup> قرار داد مؤثر تلقی کرده‌اند و رعایت نکردن این تشریفات را موجب بطلان عقد دانسته‌اند.<sup>۳۵</sup> چنین رویکردی نمی‌تواند در حقوق ایران مقبول واقع شود و نمونه‌های گوناگونی می‌توان در نقض آن ارائه کرد. به عنوان مثال، دخالت نکردن سرپرست محجورین پیش یا پس از انجام عمل حقوقی در بسیاری از موارد نه موجب بی‌اعتباری مطلق که موجب عدم نفوذ می‌گردد.

حالت نخست دخالت اشخاص ثالث در وضعیتی معنا می‌یابد که طرف عقد، به جهتی قادر به دوراندیشی لازم نیست و در نتیجه، دخالت شخص ثالث برای ارزیابی عقد لازم است. مصداق این حالت، شخصی است که به لحاظ کمی سن یا ضعف قوای دماغی قادر به اداره صحیح امور خویش نیست و از این رو، قانونگذار تکمیل برخی از معاملات او را که احتمال نفع و ضرر در آنها وجود دارد، منوط به دخالت شخص ثالثی می‌نماید تا نسبت به مفید بودن معامله، اطمینان حاصل شود.<sup>۳۶</sup>

حالت دوم ضرورت یافتن دخالت اشخاص ثالث در انجام برخی از معاملات، مربوط به وضعیتی است که قانونگذار بنا به مصالحی، شخصی را بر اعمال حقوقی شخصی دیگر مسلط می‌کند و در عین حال، این بیم وجود دارد که مصلحتی که موجب نصب ولی به مفهوم عام آن بر یک شخص شده است، از جانب سرپرست مراعات نشود و از این رو، در عین اینکه شخصی بر انجام اعمال حقوقی دیگری مسلط می‌گردد، تکمیل برخی از اعمال او به جهت مخاطره‌آمیز بودن نفس عمل حقوقی و

32. Smits, op. cit., 102.

33. Formality of Authorisation or Approval by Third Persons

34. Validity

35. Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems* (Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2013), 453.



در معرض اتهام قرار گرفتن سرپرست، منوط به تأیید مقامات عمومی می‌شود که نمونه بارز آن، برخی از تصرفات مهم قیّم در امور مولی علیه، از جمله فروش و رهن اموال غیرمنقول اوست که باید با تصویب دادستان صورت گیرد. چرا که از طرفی، این ضرورت وجود دارد که مولی علیه شخصاً نسبت به انجام اعمال حقوقی خویش اقدام نکند و از سوی دیگر، اطمینانی که نسبت به اولیای خاص به جهت روابط عاطفی و خونی وجود دارد نسبت به قیّم موضوعیت ندارد.<sup>۳۷</sup>

حالت سوم ضرورت یافتن دخالت اشخاص ثالث در برخی عقود، هنگامی است که قرارداد مستقیماً با حقوق اشخاص ثالث ارتباط دارد و از این رو کسب نظر از آنان در انجام معامله ضروری است. این وضعیت که بیشتر در حقوق تجارت موضوعیت می‌یابد، خود دو حالت دارد. صورت نخست آن زمانی است که قانونگذار طی یک حکم استثنایی به دیگران مجوز داده است که تحت شرایطی خاص در حقوق او دخالت نمایند و از آنجا که دخالت در حقوق دیگران، آن هم نه با هدف رعایت مصلحت آنان که به جهت نفع‌رسانی به خویش، امری به شدت خطرناک است، قانونگذار تشریفات خاصی را وضع می‌کند که معمولاً یکی از این تشریفات، کسب اجازه از دارنده حق است. در صورتی که تصمیمات سهامداران شرکت سهامی واجد وصف قراردادی و نه سازمانی باشد،<sup>۳۸</sup> می‌توان به عنوان نمونه این وضعیت به ماده ۴۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در خصوص تغییر حقوق صاحبان سهام ممتاز اشاره کرد که علاوه بر تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده، کسب رضایت دارندگان بیش از نصف سهام ممتاز ضروری دانسته شده است؛ این حکم، منطقی به نظر می‌رسد. چرا که در غیر این صورت، شرکت می‌تواند بلافاصله پس از اعطای این امتیازات، صاحبان آنها را از امتیازات مذکور محروم نماید<sup>۳۹</sup> و از این رو، ضروری دانستن رضایت دارندگان این گونه سهام و به عبارت دیگر، تأیید تصمیم مجمع عمومی در خصوص این سهام توسط دارندگان آنها، در راستای حفظ حقوق دارندگان سهام ممتاز و جلوگیری از سوء استفاده مجمع عمومی از اختیارات خود توجیه می‌شود.<sup>۴۰</sup>

صورت دوم این امر، هنگامی است که اگر چه فاعل عمل حقوقی در حقوق خود تصرف می‌کند، باین حال، عمل حقوقی مد نظر او به طور مستقیم و انکارناپذیری بر حقوق و منافع دیگران تأثیر می‌گذارد و از این رو، قانونگذار کسب رضایت آنان را ضروری دانسته است. به عنوان نمونه می‌توان از انتقال سرمایه در شرکت‌های اشخاص یاد کرد که برخلاف شرکت‌های سرمایه، محتاج تشریفات اخذ رضایت همه شرکاست؛ چرا که در این دسته از شرکت‌ها نه سرمایه شریکان که شخصیت آنان محور اصلی شرکت را تشکیل می‌دهد<sup>۴۱</sup> و از این رو، ورود و خروج شریکان از طریق انتقال سرمایه

۳۷. ناصر کاتوزیان، *حقوق خانواده*، جلد ۲ (تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷)، ۲۳۷.

۳۸. برای دیدن اختلاف نظرها نک: ربیعا اسکینی، *حقوق شرکت‌های تجاری*، جلد ۲ (تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۶)، ۱۵؛ پاسبان، پیشین، ۶۵.

۳۹. اسکینی، پیشین، ۹۲.

۴۰. پاسبان، پیشین، ۳۰۴.

۴۱. همان، ۷۲-۷۳.



باید با اجازه سایر شریکان صورت پذیرد.<sup>۴۲</sup>

## ۲-۲- کارکرد نظارتی شکل گرای

با تجدید نظر در لیبرالیسم افراطی قرن ۱۸ و ۱۹ میلادی که مبتنی بر فرض موهوم آزادی و موقعیت یکسان همه اعضای جامعه در زندگی اجتماعی بود و با آشکار شدن شکاف‌های طبقاتی و بی‌عدالتی حاصل از تفوق مطلق اصل حاکمیت اراده، دولت‌ها در حوزه اقتصاد، از صرفاً تماشاگر بودن اعمال حقوقی خارج شدند و با توجه به نظریات مربوط به دولت رفاه<sup>۴۳</sup>، به صورت مستقیم به مداخله در این زمینه پرداختند. یکی از راه‌های مداخله دولت در اقتصاد، محدود کردن آزادی اشخاص در انتخاب شکل اعمال حقوقی است. چرا که با پیش‌بینی یک شکل معین و الزامی که اراده فردی باید در آن قالب اظهار گردد و یا حداقل در کنار آزادی اظهار اراده، آن شکل خاص را به همراه خود داشته باشد، امکان نظارت دولت بر اعمال حقوقی فراهم می‌شود. در نتیجه، نوعی شکل‌گرایی در حقوق معاصر پدیدار می‌شود که هدف اصلی آن اجرای اصول ارشادی دولت‌ها در زمینه‌های مختلف و به ویژه، اصول اقتصاد ارشادی و کنترل اعمال حقوقی و هدایت آنها به سوی سیاست‌های اقتصادی دولت است. این نوع از شکل‌گرایی را می‌توان در قرارداد ارفاقی مشاهده کرد.<sup>۴۴</sup>

## ۳- جایگاه تشریفات در حقوق فرانسه

در این بخش، جایگاه شکل در حقوق کشور فرانسه با مطالعه سیر تاریخی آن از روم باستان تا آخرین اصلاحات آن در سال ۲۰۱۶ تبیین می‌شود. بیان تاریخ روم باستان در این خصوص از این رو است که بیشتر مفاهیم و نهادهای حقوقی کشورهای دارای حقوق نوشته و از جمله، نظام حقوقی فرانسه ریشه در نظریات حقوق دانان روم باستان دارد.<sup>۴۵</sup>

## ۳-۱- جایگاه شکل اعمال حقوقی در روم باستان

بر خلاف حقوق مدرن که هرگونه توافق میان اشخاص در صورتی که واجد شرایط اساسی صحت معامله باشد، معتبر تلقی می‌گردد، در حقوق روم توافق اشخاص برای معتبر شناخته شدن، باید عنصری را که به آن علت<sup>۴۶</sup> گفته می‌شد، واجد می‌بود. در حقیقت، توافق اشخاص باید به لحاظ شکل یا محتوا در یکی از دسته‌های چهارگانه قراردادهای قرار می‌گرفت و در صورتی که برای توافق مذکور، جایی در این تقسیم‌بندی قابل تصور نبود، آن توافق به دلیل فقدان رکن علت، به لحاظ حقوقی،

۴۲. کورش کاپوینی، حقوق شرکت‌های تجاری (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۲۴۵.

43. Welfare State

۴۴. قاسمی، پیشین، ۲۴۵-۲۴۸.

۴۵. روح الله آخوندی، «اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان» (رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹)، ۱۷.

46. Causae

قراردادی لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شد.

چهار علت و در نتیجه، چهار دسته قراردادی که در حقوق روم باستان به رسمیت شناخته شده بود عبارت بودند از:

الف: عقود عینی<sup>۴۷</sup> قراردادهایی را در برمی‌گرفت که علاوه بر توافق اشخاص، مستلزم تسلیم مورد معامله بود.

ب: عقود شفاهی<sup>۴۸</sup> قراردادهایی را در برمی‌گرفت که علاوه بر توافق اشخاص، مستلزم ادای شفاهی برخی از الفاظ خاص بود.

ج: عقود کتبی<sup>۴۹</sup> قراردادهایی را در برمی‌گرفت که علاوه بر توافق اشخاص، مستلزم تنظیم سند کتبی و رعایت شکل نوشتاری بود.

د: عقود رضایی<sup>۵۰</sup> قراردادهایی را شامل می‌شد که به صرف توافق اشخاص و بدون رعایت تشریفات خاصی منعقد می‌شد. دسته اخیر در بین عقود، تنها چهار مصداق در حقوق روم داشت.<sup>۵۱</sup>

برخی از محققان ریشه این رویکرد حقوق روم باستان را در بین‌النهرین جستجو می‌کنند. در حقیقت، در اعصار بسیار دور که توتالیتاریزم در بین‌النهرین و مصر حاکم بود، عقود و معاملات را کاهنان برای مردمان ترتیب می‌دادند و فهرستی از عقود را در اختیار داشتند که هرگونه تراضی را در قالب‌های مذکور در آن فهرست می‌گنجاندند. این کار بعداً از بین‌النهرین به یونان و ایتالیا سرایت کرد؛ چندان که در حقوق رومی هم کاتالوگ عقود پدید آمد. کاتالوگ عقود، لیست عقود بود و سدّ راه آزادی اراده در قراردادها به شمار می‌رفت.<sup>۵۲</sup>

### ۲-۳- جایگاه شکل اعمال حقوقی در قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی

پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی، در فصل مربوط به شرایط اساسی اعتبار قراردادهای قانون مدنی فرانسه، هیچ مقرره‌ای در خصوص شکل قراردادها وجود نداشت و مقررات مربوط به شکل قرارداد، اغلب در فصل مربوط به اثبات و به طور پراکنده، در مقررات ناظر به تأثیر قرارداد بر اشخاص ثالث، بیان شده بود. به علاوه، تشریفات مربوط به اعتبار اعمال حقوقی نیز به طور جداگانه و در هر عمل حقوقی خاص ذکر شده بود و این تشریفات، شکل‌های گوناگونی از قبیل اسناد دست‌نویس، اسناد امضا شده و اسناد رسمی را در بر می‌گرفت. با این حال، هیچ تردیدی نیست که قانون مذکور،

47. Contractus Re

48. Contractus Verbis

49. Contractus Litteris

50. Contractus Consensu

51. George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition* (New York: Springer Publishing, 2015), 128-129

۵۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *الفارق*، جلد ۱ (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵)، ۲۰۱.

رضایی بودن اعمال حقوقی را اصل، و وجود تشریفات در اعمال حقوقی را استثنا تلقی کرده بود.<sup>۵۳</sup> در خصوص علت تصریح نکردن قانون مدنی فرانسه به اصل رضایی بودن قراردادهای میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. با اینکه برخی از حقوق دانان تصریح نکردن به رضایی بودن قراردادهای را بداهت این اصل در زمان تنظیم و تصویب قانون مدنی این کشور، یعنی قرن ۱۹ میلادی، می دانند<sup>۵۴</sup>، نویسندگان دیگری علت تصریح نکردن قانونگذار فرانسوی به اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای اصل رضایی بودن اعمال حقوقی را نه شدت بداهت که اختلاف قابل توجه در خصوص این اصل می دانند و معتقدند مقنن فرانسوی در این خصوص، آگاهانه سکوت کرده است تا از تیررس انتقادات مصون بماند.<sup>۵۵</sup>

در هر حال، اصل رضایی بودن قراردادهای در حقوق فرانسه حکومت مطلق ندارد و بخش قابل توجهی از قراردادهای را قراردادهای تشریفاتی تشکیل می دهند. پیش از اصلاحات اخیر، حقوق دانان فرانسوی، تشریفات را به دو دسته کلی تشریفات اثبات و تشریفات اعتبار قرارداد تقسیم می کردند. در صورتی که یک تشریفات جنبه اثباتی داشته باشد، تخلف از آن به کمک دلیل کتبی و در صورت ممکن نبودن ارائه دلیل کتبی، با ارائه هر دلیل دیگری قابل جبران تلقی می شد و به اعتبار عقد خللی نمی رسید. در مواردی که قانونگذار ضمانت اجرای تخلف از تشریفات را به روشنی بیان نمی کرد، از آنجایی که دادگاههای این کشور اصولاً جایگاه مهمی برای شکل عمل حقوقی در نظر می گرفتند، تشریفات مذکور را از قسم تشریفات مؤثر در اعتبار عقد تلقی می کردند و نقض تشریفات را با بطلان مطلق پاسخ می گفتند.<sup>۵۶</sup>

### ۳-۳- جایگاه شکل اعمال حقوقی در قانون مدنی فرانسه پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی

قانون مدنی فرانسه که ناپلئون بناپارت تدوین آن را از تمام فتوحات خود ارزشمندتر می دانست، با سپری شدن بیش از دو قرن از زمان تصویب، در بخش قراردادهای دست نخورده باقی مانده بود. با این حال، مقنن فرانسوی بنا به دلایلی پس از مدت‌ها به این نتیجه رسید که میراث ناپلئون را به دست پاره‌های اصلاحات بسپارد. نخستین دلیلی که اصلاح کد ناپلئون را ضروری می نمود، کهنگی و نقصان مقررات حقوق قراردادهای این کد بود که محاکم این کشور را در جهت تطبیق این مقررات با مقتضیات روزگار، ناگزیر از ارائه تفاسیری کاملاً متفاوت با ظاهر قانون مدنی کرده بود که این امر، خصوصیت بارز سیستم‌های حقوقی دارای حقوق نوشته مبنی بر تبیین قواعد حقوقی در پرتو

53. John Cartwright, Stefan Vogenauer, and Simon Whittaker, Edit., *Reforming the French Law of Obligations* (Oxford: Hart Publishing, 2009), 533-535.

54. Smits, op. cit., 101.

۵۵. عطاءالله بیگدلی، «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی- ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی- فلسفی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی ۴۱ (۱۳۹۵)، ۱۲۹.

۵۶. سیمون وایت تیکر، *اصول قراردادهای در حقوق فرانسه*، ترجمه حسن رهپیک (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۵)، ۷۴-۷۶.

قانون را نقض می‌کرد. دومین دلیل این بود که قانون مدنی فرانسه به رغم تأثیرگذاری گسترده در سطح جهان در سال‌های نخست تصویب، به جهت رکود چندین ساله دستگاه قانونگذاری این کشور و از طرف دیگر، تحولات روزافزون اجتماعی، اثرگذاری خود را در سطح جهان از دست داده بود. در نهایت، حقوق قراردادهای فرانسه که نوعی حقوق سنتی به حساب می‌آمد، در قیاس با حقوق کشورهایی مانند انگلستان و آمریکا در قرن بیست و یکم، جذابیت چندانی برای فعالان تجاری و اقتصادی نداشت و در معاملات بین‌المللی، انتخاب مطلوبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد محسوب نمی‌شد.<sup>۵۷</sup>

طی اصلاحات به عمل آمده در سال ۲۰۱۶ میلادی، در صدر ماده ۱۱۷۲ به اصل رضایی بودن قراردادها تصریح می‌شود و سپس در ادامه، بیان می‌شود که در صورتی که استثنائاً شکل خاصی برای قرارداد مقرر شده باشد، رعایت نکردن آن به بطلان قرارداد منتهی می‌شود. در ادامه ماده ۱۱۷۳ نیز عنوان می‌شود که شکل‌هایی که با هدف اثبات عقد یا قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث وضع می‌شود، تأثیری بر اعتبار قرارداد ندارد. در نتیجه، وضع تشریفات علی‌الاصول مؤثر در صحت عقد است و دخیل دانستن تشریفات در اثبات یا عدم قابلیت استناد محتاج تصریح مقنن است. اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه در این خصوص، موضوعی نیست که در سایر نظام‌های حقوقی فاقد سابقه تقنینی باشد و بتوان به عمل قانونگذار فرانسوی وصف نوآوری و ابتکار داد. چرا که چنین مقرره‌ای که ضمن تصریح به اصل رضایی بودن قراردادها، رعایت نکردن تشریفات را علی‌الاصول موجب بطلان عقد تلقی می‌کند، اولاً نوعی مهر تأیید زدن بر رویه قضایی این کشور پیش از اصلاح قانون مدنی است<sup>۵۸</sup> و ثانیاً، در همه نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای نظیر این مقرره وجود دارد.<sup>۵۹</sup> تمایل نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای به باطل دانستن قراردادهای فاقد تشریفات مقرر، به اندازه‌ای است که حتی اگر مقصود مقنن از وضع تشریفات به طریقی به جز رعایت تشریفات حاصل شده باشد نیز عمل حقوقی بی‌اعتبار محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، رعایت این تشریفات نه طریقتی، که موضوعیت دارد. به عنوان مثال، در صورتی که قرارداد ضمانت از وام‌گیرنده، به صورت کتبی تنظیم نشده باشد و در عین حال، کارمند بانک هشدارهای لازم را در خصوص اهمیت قرارداد و تعهدات ضامن به او داده باشد، طبق دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا، ضامن تعهدی در خصوص تأدیه دین وام‌گیرنده ندارد.<sup>۶۰</sup> پیداست که اگر وضع تشریفات، صرفاً به منظور آگاه‌سازی ضامن از خطرات ضمانت، صورت گرفته باشد، آگاه ساختن وی از طرق دیگر و از جمله، با هشدارهای کارمند بانک نیز می‌تواند این غرض را محقق کند. بی‌اعتبار دانستن ضمانت ضامن با وجود هشدارهای کارمند بانک، معنایی جز موضوعیت داشتن شکل انعقاد ضمانت ندارد و در نتیجه، ضمانت در هر حال، باید

57. Solene Rowan, "The new French law of contract", *International & Comparative Law Quarterly* 66 (2017), 806-08.

۵۸. وایت تیکر، پیشین، ۷۶.

59. Mckendrick, op.cit., 256.

60. Mertens and Weir, Trans., op. cit., 85.

به شکل کتبی منعقد گردد.

وضع این‌گونه مقررات مورد انتقاد برخی از حقوق‌دانان واقع شده است. به عقیده آنان، تردیدی نیست که وضع تشریفات در انجام پاره‌ای از قراردادهای توأم با مقاصدی خیرخواهانه از سوی مقنن بوده است. با این حال، اعمال هرگونه اصلاحات، اگر نتواند بی‌عدالتی‌ها را کاهش دهد، حداقل نباید به افزایش بی‌عدالتی‌ها دامن بزند. از این رو، اگرچه مطابق قاعده عمومی، رعایت تشریفات مقرر در اعمال حقوقی ضرورت دارد و نباید جایگاه تشریفات را تضعیف کرد، با این حال و به همین میزان، ضروری است که قانون به میزان کافی انعطاف‌پذیر باشد تا در صورت رعایت نکردن تشریفات، نتایج غیر قابل قبولی به بار نیاید.<sup>۶۱</sup> در حقیقت، اگر تشریفات در راستای حمایت از یکی از طرفین مقرر شده باشد، همیشه این‌گونه نیست که باطل دانستن عقد فاقد تشریفات بتواند منافع او را از معتبر دانستن عقدی که تشریفات مقرر را فاقد است، بهتر تأمین کند.

برخی از حقوق‌دانان، وضعیت‌هایی را تصور کرده‌اند که قرارداد به رغم فقدان تشریفات مقرر، از اعتبار نمی‌افتد:

نخست: در صورتی که تشریفات یک قرارداد در راستای حمایت از یکی از طرفین مقرر شده باشد و خود قانونگذار اجازه دهد که قرارداد فاقد تشریفات، در صورتی که منافع شخص مورد حمایت اقتضا نماید، یک قرارداد معتبر تلقی شود.

دوم: در صورتی که یکی از طرفین یا هر دو طرف قرارداد، بدون اینکه نگران تشریفات قرارداد باشند، تعهدات خویش را انجام دهند. در این صورت، نفس اجرای قرارداد، نقص مذکور را مرتفع می‌کند. قانونگذار نیز گاهی به این امر تصریح می‌نماید.

سوم: هنگامی که یکی از طرفین قرارداد تشریفات، آن را رضایی قلمداد می‌کند و طرف دیگر، با اعتماد قابل توجیه به گفته‌های او، اقدام به انعقاد عقد می‌نماید، شخص اول که به رضایی بودن عقد تصریح کرده است، نمی‌تواند به تشریفات بودن قرارداد استناد و خواهان بی‌اعتبار شمردن آن به دلیل رعایت نکردن تشریفات مذکور شود. این امر در محاکم فرانسه (پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶) تحت عنوان سوء استفاده از حق مورد استناد قرار می‌گیرد.<sup>۶۲</sup>

#### ۴- وضعیت حقوق ایران

اگرچه با وجود مقرراتی همچون مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ قانون مدنی تردیدی در خصوص به رسمیت شناخته شدن اصل رضایی بودن قراردادهای در حقوق ایران باقی نمی‌ماند، با این حال، مفهوم شکل و تأثیر آن بر قراردادهای در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ چرا که قانون مدنی ایران هیچ اشاره‌ای به این موضوع نکرده است و بسیاری از قوانینی که آزادی اشخاص در شکل اظهار اراده را به نوعی محدود نموده‌اند، سرشار از ابهام است و از این رو، تبیین جایگاه شکل در حقوق ایران ضروری به نظر می‌رسد.

61. See: Ben McFarlane, *Land Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 193.

62. Smits, op. cit., 117.

در این بخش، ابتدا موضع فقه امامیه در این خصوص به طور مختصر بررسی می‌شود و سپس تلاش می‌شود که ضمانت اجرای عمومی تخطی از تشریفات در حقوق ایران استخراج گردد. مرور موضع فقه امامیه از این رو است که اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در صورت سکوت، قضات را مکلف به رجوع به منابع فقهی و فتاوای معتبر نموده است و طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اصول حقوقی در صورتی می‌تواند مستند حکم دادگاه واقع شود که مغایرتی با شرع نداشته باشد.

#### ۴-۱- جایگاه شکل قراردادهای در فقه امامیه

شکل اظهار اراده در فقه امامیه مسیر پرفراز و نشیبی را پشت سر گذاشته است و از نوعی شکل‌گرایی شدید در میان متقدمین به سوی آزادی اظهار اراده در بین معاصران گرایش پیدا کرده است که مرور مختصر و فشرده این تحولات، می‌تواند راهگشا باشد.<sup>۶۳</sup> صرف نظر از اختلاف نظر در خصوص ماضویت و عربیت الفاظ، فقهای متقدم تأکید خاصی بر شکل لفظی اظهار اراده و مدخلیت آن در صحت عقود و بالخاص عقود لازم داشتند<sup>۶۴</sup> و ضمن تأکید بر مشهور بودن این امر و حتی ادعای اجماع<sup>۶۵</sup>، سایر اشکال اظهار اراده، از جمله داد و ستد، اشاره و نوشتار را جز در فرض ناتوانی متعاقد از ادای لفظ نمی‌پذیرفتند. به عبارت دیگر، سایر اشکال اظهار اراده نه مستقل از شکل لفظی و در عرض آن، که در طول آن قرار داشت و از این رو در فرض توانایی شخص نسبت به ادای الفاظ، سایر اشکال اظهار اراده مردود شمرده می‌شد.<sup>۶۶</sup> برخی از فقها، حتی در فرض قابلیت دادوستد در تبیین مقصود متعاقدین، استفاده از لفظ را ضروری تلقی می‌کردند.<sup>۶۷</sup> از این رو، می‌توان دلیل اصلی این امر را عقیده فقهای متقدم مبنی بر توقیفی بودن عقود و ایقاعات دانست. نتیجه این دیدگاه این است که فقدان دلیلی که بر امکان استفاده از غیر الفاظ دلالت نماید، موجب منتفی شدن استفاده از سایر روش‌های اظهار اراده می‌شود.<sup>۶۸</sup>

۶۳ برای دیدن گزارش جامع و کامل تحولات فقه امامیه در خصوص جایگاه اراده و شیوه ابراز آن نک: قاسمی، پیشین: ۱۲۴-۱۴۱.

۶۴ حسن بن یوسف بن مطهر حلی (العلامة الحلی)، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۰ (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۲۰ ه.ق)، ۷؛ حسن بن یوسف بن مطهر حلی (العلامة الحلی)، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*، جلد ۲ (بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا)، ۱۶؛ محمد بن حسن بن یوسف حلی (فخر المحققین)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، جلد ۳ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ه.ق)، ۱۲.

۶۵ زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (الشهید الثاني)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۲ (قم: دارالعلم، ۱۳۸۸)، ۱۷-۱۸؛ زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (الشهید الثاني)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۳ (بی‌جا: مؤسسه المعارف الاسلامیة، بی‌تا)، ۱۴۷.

۶۶ شمس‌الدین محمد بن مکی بن احمد عاملی (الشهید الأول)، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، جلد ۳ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین، بی‌تا)، ۱۹۱-۱۹۲.

۶۷ نجم‌الدین جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۲ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق)، ۷.

۶۸ علی بن عبد‌العالی جبل عاملی (المحقق الثاني)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۴ (قم: مؤسسه آل البيت ←



تأکید فقه‌های متقدم بر شکل لفظی اظهار اراده در سیر تاریخی فقه امامیه مورد تطور واقع شد و دیدگاهشان توسط فقه‌های متأخر مورد تعدیل قرار گرفت. متأخرین ضمن نفی توقیفی بودن عقود و ایقاعات،<sup>۶۹</sup> استقلال سایر اشکال را در اظهار اراده به رسمیت شناختند؛ چرا که از دیدگاه آنان، آنچه اهمیت دارد، نه لفظ که کشف مراد اشخاص است و این امر، به کمک هر وسیله‌ای که حاکی از قصد باطنی اشخاص باشد، امکان‌پذیر است.<sup>۷۰</sup> اگرچه این امر، موضع قاطع متأخرین نیست و همچنان برخی از آنان بر استفاده از الفاظ تأکید می‌کنند و ضمن ادعای اجماع نسبت به این موضوع، استعمال لفظ را در صورت توانایی متعاقدین، شرط صحت عقود می‌دانند.<sup>۷۱</sup>

گرایش متأخرین به سوی آزادی اظهار اراده توسط فقه‌های معاصر نیز ادامه پیدا می‌کند و در نهایت، موجب به رسمیت شناختن آزادی اشخاص در شکل اظهار اراده می‌گردد. این گروه از فقها معتقدند که تأکید بر الفاظ صرفاً به دلیل روشنی الفاظ در دلالت بر مقصود باطنی است. عقود و ایقاعات فاقد حقیقت شرعی هستند<sup>۷۲</sup> و تأکید متقدمین بر الفاظ، صرفاً محصول اجتهاد آنان و نه ناشی از ادله شرعی است<sup>۷۳</sup> و از این رو، آنچه اهمیت دارد، اظهار قصد باطنی است و در این خصوص، الفاظ خصوصیاتی ندارند تا استقلال را از سایر اسباب اظهار اراده سلب کنند. در نتیجه، قصد باطنی به هر وسیله‌ای اعم از لفظ و فعل که اظهار شود، معتبر است.<sup>۷۴</sup>

برخی از معاصرین نیز به قدری از نظر مشهور فاصله می‌گیرند که سایر اشکال اظهار اراده را در جایگاهی برتر نسبت به الفاظ می‌نشانند؛ به عقیده ایشان، اولاً با نگاهی به واقعیات جامعه مشخص می‌شود که انعقاد عقود اصولاً نه با ادای الفاظ که به صورت معاطاتی منعقد می‌شود<sup>۷۵</sup> و ثانیاً، به رغم تخفیف جایگاه شکل کتابت توسط مشهور فقها، امروزه مهم‌ترین اعمال حقوقی صرفاً به صورت نوشتاری قابل انعقاد است و با توجه به اینکه برخلاف عبادات، نمی‌توان عقود را توقیفی دانست، تردیدی در اعتبار عقودی که با این اشکال منعقد می‌شوند، وجود ندارد.<sup>۷۶</sup>

لازم به ذکر است که برخلاف حقوق روم باستان، هیچ‌گاه در حقوق اسلامی، اعمال حقوقی مجرد مجال ظهور نیافتند؛ چرا که بر اساس قواعد مهمی همچون تبعیت عقد از قصد، یکی از شرایط

علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه.ق، ۶۰.

۶۹. السيد مير عبد الفتاح الحسيني، *العناوين الفقهية*، جلد ۲ (قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۷ ه.ق)، ۷.

۷۰. الشيخ أحمد بن محمد الأردبیلی (المقدس الأردبیلی)، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد ۸ (بی‌جا: مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌تا)، ۱۴۴-۱۴۵.

۷۱. الشيخ محمد حسن النجفی الجواهری، *جواهر الکلام*، جلد ۲۲ (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۳۰ ه.ق)، ۲۲۰-۲۲۱.

۷۲. محمد جواد مغنیه، *فقه الإمام جعفر الصادق(ع)*، جلد ۳ (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۴ ه.ق)، ۱۱-۱۳.

۷۳. السيد أبو القاسم الخوئی، *مصباح الفقاهة*، جلد ۳ (بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا)، ۱۶.

۷۴. السيد روح الله الخمينی، *کتاب البیع*، جلد ۱ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، بی‌تا)، ۲۰۴.

۷۵. ناصر مکارم الشیرازی، *انوار الفقاهة (کتاب البیع)* (قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع)، ۱۴۲۵ ه.ق)، ۲۶-۲۷.

۷۶. ناصر مکارم الشیرازی، *بحوث فقهیه هامه* (قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع)، ۱۳۸۰)، ۱۱۸.



اساسی صحت عقود، وجود قصد باطنی طرفین عقد است و از این رو، عقد هازل و نائم و ... همواره نامعتبر محسوب شده است.<sup>۷۷</sup>

#### ۴-۲- جایگاه شکل قرارداد در حقوق موضوعه ایران

همان‌گونه که بیان شد، کد ناپلئون به عنوان یکی از مهم‌ترین الگوهای تدوین قانون مدنی ایران، در خصوص رضایی بودن قراردادها و جایگاه شکل در آنها سکوت اختیار کرده بود. شاید همین امر نیز مقنن ایرانی را به سوی سکوت در این زمینه خاص سوق داده است؛ در این خصوص، این پرسش مطرح می‌شود که همان مقصدی که قانون مدنی فرانسه پس از طی مسیری دویست ساله به آن واصل شد، می‌تواند در حقوق ایران نیز پذیرفته شود و به عنوان یک اصل حقوقی، تخطی از شکل قانونی اعمال حقوقی را با ضمانت اجرای بطلان پاسخ گفت؟

تحلیل این امر در حقوق ایران مستلزم توجه به جایگاه مهم قواعد اسلامی به عنوان اصلی‌ترین منبع مکمل قواعد حقوقی است. چه آنکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را در مواردی از جمله سکوت و ابهام قانون، مکلف به مراجعه به منابع فقهی و فتاوی معتبر می‌کند و حتی اصل ۴ قانون اساسی، ضرورت مطابقت قوانین با احکام اسلامی را بر اصول قانون اساسی نیز حاکم می‌داند. این امر در کشف مراد مقنن از وضع قوانین نیز مؤثر است. چرا که اصل این است که مقنن به وظیفه خود آگاه و در برابر آن خاضع است و قاعده‌ای را که با قانون اساسی مغایرت دارد، وضع نمی‌کند، و بنابراین ضرورت دارد قانون را به گونه‌ای تفسیر کرد که هماهنگی آن با قانون اساسی تأمین شود.<sup>۷۸</sup> در این راستا می‌توان به اصل صحت به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول پذیرفته شده در فقه امامیه اشاره کرد که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز ظهور یافته است. بر مبنای اصل صحت که مهم‌ترین تکیه‌گاه آن، بنای عقلاست و از این رو در همه‌جای جهان، اصل قابل قبولی محسوب می‌شود، اعمال حقوقی مردم مادامی که فساد آن به اثبات نرسیده است، محمول بر صحت است؛ چرا که در غیر این صورت، معاملات مردم دچار رکود می‌شود و در نهایت، به اختلال نظام منجر می‌شود.<sup>۷۹</sup> جایگاه رفیع اصل صحت در اعمال حقوقی به این نتیجه‌گیری قابل تأمل منجر شده است که حتی نهی از انجام معامله، ضرورتاً دلالتی بر فساد آن ندارد.<sup>۸۰</sup> با این تحلیل، روشن می‌شود که برخلاف حقوق فرانسه،

۷۷. نک: ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، جلد ۲ (قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰)، ۳۶۹-۳۷۰؛ الحسینی، پیشین، ۴۸؛ الشیخ اسدالله التستری، *مقابس الأنوار و نفائس الأسرار*، جلد ۱ (بی‌جا: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی‌تا)، ۱۱۴؛ الشیخ مرتضی الأنصاری، *کتاب المکاسب*، جلد ۳ (بی‌جا: تراث الشیخ الأعظم، بی‌تا) ۲۹۵.

۷۸. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، ۷۸-۷۹.

۷۹. صفایی، پیشین، ۶۹؛ سید مصطفی محقق داماد، *قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت، مسؤلیت)* (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۶)، ۲۷۶.

۸۰. الآخوند الشیخ محمد کاظم الخراسانی، *کفایة الأصول* (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بی‌تا)، ۱۸۷؛ ناصر مکارم شیرازی، *أنوار الأصول*، جلد ۱ (قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ه.ق)، ۵۸۹؛ محمد الفاضل اللنکرانی، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله* (کتاب المکاسب الحرمه) (قم: مرکز فقه الأئمة الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۷ ه.ق)، ۸.

در حقوق ایران در فرضی که طرفین قصد انعقاد یک عقد را دارند و عقد مذکور به رغم واجد بودن صورت عرفی عقد، فاقد برخی از شرایط شکلی است و قانونگذار نیز در خصوص ضمانت اجرای رعایت نکردن شکل مقرر، سکوت کرده است، ضمانت اجرای عمومی بطلان، حاکم نخواهد بود. چراکه عدول از اصل صحت جز با تصریح موردی قانونگذار امکان پذیر نیست.<sup>۸۱</sup>

علاوه بر یاری جستن از اصل صحت در تحلیل این مسأله، می توان از اصول حقوقی مربوط به تفسیر قراردادها نیز کمک گرفت که به موجب آن، تفسیر قواعد خاص و استثنایی نه به صورت موسع که باید به صورت مضیق صورت گیرد و از توسعه دامنه تشریفات یا تسری آن به سایر اعمال حقوقی اجتناب شود.<sup>۸۲</sup> در این راستا، اولاً در صورت تردید در تشریفات بودن یک عقد، به دلیل زائد بودن تشریفات باید عقد موصوف را رضایی دانست<sup>۸۳</sup> و ثانیاً، با توجه به اینکه در حقوق معاصر، شکل گرایی امری ذومراتب است، ضمانت اجرای آن نیز تکبافت نیست و مراتب مختلفی از بطلان عمل حقوقی تا صرف مجازات فاعل عمل حقوقی را به دنبال می آورد.<sup>۸۴</sup> در نتیجه، اقتضای منطق حقوقی در صورت سکوت قانونگذار در خصوص ضمانت اجرای عدول از شکل های مقرر، نه حاکم نمودن سنگین ترین ضمانت اجرا که اکتفا به قدر متیقن است.

برخی از حقوق دانان با تقسیم تشریفات به دو قسم تشریفات وجود و تشریفات اثبات عقد، سکوت قانونگذار را دال بر مدخلیت داشتن تشریفات در اثبات عقد دانسته اند.<sup>۸۵</sup> اگرچه این نتیجه گیری از منطق صحیح تفسیر مضیق احکام استثنایی پیروی می کند، با این حال، به دلیل تکیه داشتن بر این پیش فرض نادرست که تشریفات، صرفاً در وجود یا اثبات عقد مؤثر است، تا اندازه ای قابل انتقاد به نظر می رسد. چرا که این گونه نیست که نقض تشریفات، صرفاً با ضمانت اجرای بی اعتباری عمل حقوقی و محدودیت در مقام اثبات، پاسخ گفته شود و مواردی از قبیل عدم قابلیت استناد را نیز باید از ضمانت اجرای مؤثر در این خصوص دانست. به علاوه، گاهی نقض تشریفات، به هیچ وجه در خود عمل حقوقی مؤثر نمی افتد و صرفاً دامن گیر فاعل عمل حقوقی می شود.

با توجه به مراتب گوناگون شکل گرایی، استفاده از یک ضمانت اجرا برای نقض هر نوع تشریفات، عملی ناصواب به نظر می رسد و از این رو، باید اقدام به دسته بندی اعمال حقوقی در این خصوص کرد. دسته بندی پیشنهادی نگارندگان به قرار ذیل است:

الف: برخلاف نظر برخی نویسندگان که قدر متیقن عدم رعایت تشریفات در عقود تشریفات را موجب بی اثر شدن عقد دانسته اند،<sup>۸۶</sup> ضمانت اجرای بطلان و بی اعتباری عقد را فقط در صورت تصریح

۸۱. حسن ره پیک، «تقریرات درس حقوق مدنی تطبیقی»، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران، ۱۳۹۸، ۸۳ (جلسه یازدهم، ۲۸ اردیبهشت ۱۳۹۸)

۸۲. علی رفیعی مقدم، *اصل رضایی بودن اعمال حقوقی* (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰)، ۹۸-۹۹.

۸۳. حسن ره پیک، *حقوق قراردادها* (تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴)، ۶۰.

۸۴. قاسمی، پیشین، ۲۵۱.

۸۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *تاثیر اراده در حقوق مدنی* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲)، ۲۱۹.

۸۶. قاسمی حامد، پیشین، ۷۱.

قانون می‌توان اعمال کرد. تفسیر مضیق احکام استثنایی و ضرورت صیانت از اصل صحت، مؤید این استنباط است. تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر در خصوص بی‌اعتباری انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون تنظیم سند رسمی را می‌توان به عنوان مصداقی از این دسته ذکر کرد. بند ب ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در خصوص تشریفات مربوط به معاملات اوراق بهادار ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار نیز در همین دسته جای می‌گیرد. ب: در صورتی که قانونگذار، عدول از تشریفات را صریحاً با مسؤولیت کیفری، انتظامی، یا مدنی فاعل عمل حقوقی پاسخ گفته باشد، با پیروی از منطق تفسیر مضیق احکام استثنایی، به کیفر فاعل عمل حقوقی اکتفا می‌شود و عمل حقوقی با حصول سایر شرایط، معتبر تلقی می‌گردد؛ مگر اینکه شرایط سایر دسته‌ها نیز در خصوص آن عمل، موضوعیت یابد. به عنوان نمونه، می‌توان به ماده ۲۰ و ۴۹ قانون حمایت خانواده اشاره کرد که ثبت ازدواج دائم را الزامی کرده است و تخلف زوج از ثبت این عمل حقوقی را با ضمانت اجرای کیفری پاسخ گفته است. ثبت قراردادهای مشمول قانون پیش‌فروش ساختمان، مصداق دیگری در این خصوص است.

ج: با توجه به اینکه اصولاً امکان دخالت در حقوق دیگران، امری استثنایی است، در صورتی که تشریفات مقرر در خصوص اعمال حقوقی مستلزم دخالت در حقوق دیگران رعایت نشود، به اصل که منع از دخالت در حقوق دیگران است، رجوع می‌کنیم و نتیجه آن، بطلان عمل حقوقی است.<sup>۸۷</sup> اگر تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها را از مصادیق قراردادهای حقوق خصوصی بدانیم،<sup>۸۸</sup> تشریفات مذکور در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت را می‌توان مؤثر در اعتبار عقد دانست و نقض تشریفات را با ضمانت اجرای بطلان پاسخ گفت و عمل حقوقی مذکور را در این دسته جای داد.

ج: در صورتی که عمل حقوقی، علاوه بر دخالت در حقوق فاعل، در حقوق دیگران نیز مستقیماً مؤثر باشد، وضعیت عدم قابلیت استناد حاکم خواهد بود تا بین حق طرف عقد و اشخاص مورد حمایت، جمع شود. به عنوان مثال، می‌توان به نقل و انتقال سهام بانام در شرکت‌های سهامی عام اشاره کرد که به دلالت ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت، باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و در غیر این صورت، انتقال مذکور در برابر شرکت و اشخاص ثالث، معتبر نخواهد بود. در حقیقت، مالکیت سهام بانام، به موازات حقوقی که برای صاحب سهم ایجاد می‌کند، تکالیفی نیز بر دوش شرکت می‌گذارد. به علاوه، ثبت سهام در دفتر مذکور، انتظارات مشروعی نیز برای شهروندان ایجاد می‌کند که نمی‌توان آن را نادیده گرفت. این امر، بیشتر در خصوص معاملات مکرر و معارض سهامدار و همچنین، توقیف دارایی‌های ثبت‌شده او به دستور مراجع قضایی یا ثبتی موضوعیت

۸۷ همین منطبق را می‌توان در خصوص ایقاعات نیز جاری کرد. چرا که «استثنا بودن اعتبار ایقاعات» نیز مفید این نتیجه‌گیری است که در صورت نقض تشریفات یک ایقاع تشریفات، وضعیت بطلان بر ایقاع مذکور حاکم خواهد بود. نک: ناصر کاتوزیان، *ایقاع* (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳)، ۳۹-۴۵؛ عباس میرشکاری، *رساله عملی در حقوق قراردادهای*، جلد ۱ (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۶)، ۵۹-۶۱.

۸۸ نک: شمعی، پیشین، ۵۷-۶۲.

می‌باید. باطل دانستن نقل و انتقالی که در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نرسیده است، به حقوق منتقل‌الیه آسیب می‌رساند و معتبر و قابل استناد دانستن آن، امر اداره شرکت را دچار صعوبت و روابط حقوقی شهروندانی را که به ظاهر دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده‌اند، متزلزل و آکنده از بی‌اعتمادی می‌کند. صیانت از حقوق هر دو طرف این وضعیت، اقتضا می‌کند که نقل و انتقال سهام مذکور بدون ثبت، در روابط میان طرفین، معتبر و در رابطه با اشخاص ثالث و شرکت، غیر قابل استناد باشد.<sup>۸۹</sup> ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در خصوص معاملات مربوط به املاک ثبت‌شده نیز از همین منطق تبعیت کرده است.

د: در صورتی که یک عقد تشریفاتی، در هیچ‌یک از دسته‌های فوق، قابل درج نباشد، از حاکمیت قانون خاص خارج و یک توافق مدنی تابع ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب می‌شود. نتیجه این امر، معمولاً محرومیت از مزایایی است که در قانون خاص مقرر شده بود که نمونه این امر، ماده ۲ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ است که تنظیم سند عادی یا رسمی را برای عقد اجاره الزامی دانسته و در خصوص سند عادی، انضمام گواهی دو شاهد را نیز مقرر کرده است و در ماده ۳ مزایایی را در خصوص تسهیل تخلیه مقرر کرده است. با سکوت قانونگذار در خصوص ضمانت اجرای تخطی از این تشریفات، می‌توان معتقد بود که رعایت نکردن این تشریفات، متعاقد را از مزیت تسهیل در امر تخلیه محروم می‌کند. در صورتی که قانون خاصی که تشریفات را مقرر کرده است، فاقد هرگونه مزیتی باشد، مسؤلیت مدنی با حصول سایر شرایط، می‌تواند در جامه ضمانت اجرا ظاهر شود. چراکه یکی از مصادیق تقصیر، نقض حکم قانونگذار است. گفتنی است در تمام مصادیق عقود شکلی، در صورت نقض حکم قانونگذار، می‌توان علاوه بر ضمانت اجرای خاص، به مسؤلیت مدنی نیز با حصول شرایط آن توسل جست.

## نتیجه‌گیری

اراده و ابراز آن، ارکان ضروری انعقاد عقد در حقوق معاصر محسوب می‌شوند. با وجود به رسمیت شناختن آزادی اشخاص در شیوه اظهار اراده، گاهی قانونگذار از این اصل عدول می‌کند و در عین حال در خصوص ضمانت اجرای تخطی از شکل‌های مقرر، سکوت می‌کند. امری که به دلیل لازم‌الرعایه بودن حکم قانون به عنوان مصداق بارز قاعده حقوقی موجب اختلاف نظر شدید حقوق دانان و در نتیجه رویه قضایی می‌شود و پیش‌بینی‌پذیری دعاوی را با خطر مواجه می‌سازد. در نتیجه تمهید یک اصل که در صورت سکوت قانونگذار، با مراجعه به آن امکان از بین بردن تردید فراهم شود، ضروری به نظر می‌رسد.

در این خصوص، در حقوق بسیاری از کشورهای اروپایی و از جمله در آخرین اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ اصلی مقرر شده است که ضمن تصریح به رضایی بودن قراردادهای، ضمانت اجرای عمومی رعایت نکردن شکل‌های مقرر را بطلان عقد می‌داند.

با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در صورت سکوت قانون، دادرس مکلف است پاسخ مسأله را در ابتدا با رجوع به منابع معتبر اسلامی بیابد و بر اساس ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز اصول حقوقی در صورتی می‌تواند مستند رأی واقع شود که مغایرتی با شرع نداشته باشد. با توجه به اینکه یکی از اصول بنیادین در فقه امامیه، اصل صحت معاملات است و عدول از این اصل، حتی با نهی از انجام معامله نیز به رسمیت شناخته نشده است، ضمانت اجرای بطلان نمی‌تواند واکنش عمومی حقوق ایران به تخطی از شکل‌های قانونی دانسته شود. اهداف گوناگون شکل‌گرایی در حقوق معاصر که عمدتاً صبغهٔ حمایتی دارند و ضرورت تفسیر مضیق احکام استثنایی، به این نتیجه‌گیری منتهی می‌شود که طیف گوناگونی از ضمانت اجراها می‌تواند حسب مورد و بر اساس دسته‌بندی پیشنهادی در این مقاله، دامن‌گیر عمل حقوقی یا فاعل آن شود و در هر حال، نمی‌توان در این خصوص، گشاده‌دستی کرد. بدیهی است در صورت تصریح مقنن به بطلان عمل حقوقی یا هر حکم دیگر، مطابق با حکم قانون عمل خواهد شد.



## فهرست منابع

- (الف) منابع فارسی
- اسکینی، ربیعا. حقوق شرکتهای تجاری، جلد ۲. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۶.
  - امامی، سید حسن. حقوق مدنی، جلد ۱. تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۳.
  - آخوندی، روح الله. «اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان». رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
  - بیگدلی، عطاءالله. «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی- ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی- فلسفی». پژوهشنامه حقوق اسلامی ۴۱ (۱۳۹۵)، ۱۲۵-۱۵۰.
  - پاسبان، محمدرضا. حقوق شرکتهای تجاری. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۷.
  - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. الفارق، جلد ۱. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵.
  - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. تاثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
  - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
  - رفیعی مقدم، علی. اصل رضایی بودن اعمال حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
  - ره پیک، حسن. «تقریرات درس حقوق مدنی». گروه حقوق خصوصی. دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران، ۱۳۹۸.
  - ره پیک، حسن. حقوق قراردادها. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.
  - شمعی، محمد. حقوق قراردادهای اداری. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵.
  - شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
  - شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۳. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
  - صفایی، سید حسین. قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
  - صفایی، سید حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل، و اکبر میرزائزاد. حقوق بیع بین المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا. تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
  - قاسم زاده، سید مرتضی. مختصر قراردادهای و تعهدات. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
  - قاسمی حامد، عباس. تهران حقوق مدنی (شرایط اساسی شکل گیری قرارداد): انتشارات دراک، ۱۳۹۷.
  - قاسمی، محسن. شکل گرایی در حقوق مدنی. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
  - کاتوزیان، ناصر. اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
  - کاتوزیان، ناصر. ایقاع. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
  - کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، جلد ۲. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷.
  - کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
  - کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق، جلد ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
  - کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
  - کاویانی، کورش. حقوق شرکتهای تجاری. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.



- لطفی، اسدالله. قواعد فقه. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت، مسؤولیت). ویرایش ششم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۶.
- محقق داماد، مصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی. حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۶.
- میرشکاری، عباس. رساله عملی در حقوق قراردادها، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶.
- واحدی، قدرت الله. مقدمه علم حقوق. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
- وایت تیکر، سیمون. اصول قراردادها در حقوق فرانسه. ترجمه حسن ره پیک. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۵.
- (ب) منابع عربی
- الأردبیلی، الشیخ أحمد بن محمد (المقدّس الأردبیلی). مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۸. بی‌جا: مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌تا.
- الأنصاری، الشیخ مرتضی. کتاب المکاسب، جلد ۳. بی‌جا: تراث الشیخ الأعظم، بی‌تا.
- التستری، الشیخ اسدالله. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، جلد ۱. بی‌جا: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی‌تا.
- جبل عاملی، علی بن عبد العالی (المحقق الثانی). جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه.ق.
- الحسینی، السید میر عبد الفتاح. العناوین الفقهیة، جلد ۲. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۷ ه.ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (العلامة الحلی). تذکره الفقهاء، جلد ۱۰. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۲۰ ه.ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (العلامة الحلی). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۲. بی‌جا: بی‌تا.
- حلی، محمد بن حسن بن یوسف (فخر المحققین). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد ۳. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ه.ق.
- حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق.
- الخمینی، السید روح الله. کتاب البیع، جلد ۱. قم: مؤسسه اسماعیلیان، بی‌تا.
- الخوئی، السید أبو القاسم. مصباح الفقاهة، جلد ۳. بی‌جا: بی‌تا.
- عاملی، زین الدین ابن علی بن احمد (شهید ثانی). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد ۲. قم: دارالعلم، ۱۳۸۸ ه.ش.
- عاملی، زین الدین ابن علی بن احمد (شهید ثانی). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۳. بی‌جا: مؤسسه المعارف الاسلامیة، بی‌تا.
- عاملی، شمس الدین محمد بن مکی بن احمد (الشهید الأول). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، جلد ۳. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسین، بی‌تا.
- اللنکرانی، محمد الفاضل. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب المکاسب الحرمه). قم: مرکز فقه



- الأئمة الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۷ ه.ق.، ۸.
- مغنیه، محمد جواد. *فقه الإمام جعفر الصادق (ع)*، جلد ۳. قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۴ ه.ق.
  - مکارم الشیرازی، ناصر. *بحوث فقهیه هامه*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۰ ه.ش.
  - مکارم الشیرازی، ناصر. *القواعد الفقهیه*، جلد ۲. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰ ه.ش.
  - مکارم الشیرازی، ناصر. *انوار الفقاهه (کتاب البیع)*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ ه.ق.
  - النجفی الجواهری، الشیخ محمد حسن. *جواهر الکلام*، جلد ۲۲. بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۳۰ ه.ق.
- ج) منابع انگلیسی

- Beatson, Jack Andrew Burrows and John Cartwright. *Anson's Law of Contract*. 29<sup>th</sup> Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Cartwright, John, Stefan Vogenauer and Simon Whittaker. *Edit., Reforming the French Law of Obligations*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- Mackaay, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2013.
- McFarlane, Ben. *Land Law: Text, Cases, and Materials*. 2<sup>nd</sup> Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Mckendrick, Ewan. *Contract Law: Text, Cases and Materials*. 5<sup>th</sup> Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Mertens, Gill and Tony Weir, Trans. *European Contract Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Mousourakis, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. New York: Springer Publishing, 2015.
- Rowan, Solene. "The new French law of contract". *International & Comparative Law Quarterly* 66 (2017): 806-808.
- Smits, Jan M. *Contract Law: A Comparative Introduction*. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2014.