



## نقش شکل گرایی در اعمال حقوقی

### رامین دهقانی<sup>۱</sup>

جایگاه شکل گرایی در اعمال حقوقی به اندازه پیشینه اعمال حقوقی است. اصل رضایی بودن (اصل آزادی شکل اظهار اراده در عمل حقوقی) تا اواخر قرن نوزدهم به عنوان یکی از اصول حقوقی مسلم به شمار می رفت، اما در ابتدای قرن بیستم، شکل گرایی (اصالت تشریفات) روندی رو به رشد پیدا کرد که در نظام های حقوقی غربی از آن به عنوان نوزایی شکل گرایی یاد می شود. این تحول در حالی است که در جامعه حقوقی کشور ما هنوز از مزایا و ارزش های اصل رضایی بودن گفته می شود. تصورات مربوط به شکل گرایی در جامعه حقوقی ایران دارای مفهومی مضیق است که با مقتضیات و نیازهای صنعتی و تجاری امروزی هم سو نبوده و در مقابل آن قرار دارد. اما با توجه به مفهوم نوین شکل گرایی و مزایایی که در مقایسه با اصل رضایی بودن عقود در روابط معاملاتی امروزی دارد، با مذاقه در قوانین مختلف در می یابیم که قانونگذار هنگام قاعده گذاری بر برخی روابط حقوقی از اصل رضایی بودن عدول کرده و به سمت شکل گرایی پیش رفته است؛ به خصوص روابط حقوقی ای که نسبتاً نوظهور قلمداد می شوند.

واژگان کلیدی: شکل گرایی، اعمال حقوقی، عقود تشریفات.

<sup>۱</sup>. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی تهران

## مقدمه

اعمال حقوقی<sup>۱</sup>، رویدادهایی هستند که با اراده اشخاص ایجاد می شوند و آثار حقوقی آن منطبق با همان اراده است که به دو دسته عقود و ایقاعات تقسیم می شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۴). طبق اصل حاکمیت (آزادی) اراده و به عنوان یک قاعده کلی، برای تشکیل اعمال حقوقی معتبر کافیست که اشخاص اراده خود را اعلام کنند و اظهار اراده برای ایجاد اعمال حقوقی لازم نیست به شکلی متمایز و خاص باشد. اما در پاره ای از موارد قانونگذار بنابر دلایلی از این اصل بازگشته و آزادی شکل اظهار اراده را محدود کرده و رعایت شکل های خاصی را برای انجام اعمال حقوقی لازم دانسته است و بخش وسیعی از این محدودیت ها مربوط به فرآیند ایجاد اعمال حقوقی است و آنچه فرای اراده اشخاص در شکل گیری اعمال حقوقی باشند را باید از جمله تحدید آزادی قراردادی دانست. (اسماعیلی و همکاران، ۱۳۹۹) بنابراین شکل گرایی در اعمال حقوقی به معنی اشتراط شکل های معین انحصاری و آزاد نبودن شکل اظهار اراده است و از این جهت در مقابل اصل رضایی بودن عقود یا اصل آزادی شکل اظهار اراده قرار می گیرد (قاسمی، ۱۳۸۸). برجسته ترین عصر شکل گرایی سیستم های حقوقی را باید در حقوق رُم بررسی نمود که اعمال حقوقی با شکل گرایی آمیخته بودند و اراده واقعی شخص هیچ ارزشی در ایجاد اعمال حقوقی نداشت و اعمال حقوقی تنها می بایست در اشکال معین و خاص نمود پیدا می کرد تا اثر حقوقی داشته باشد؛ هرچند که اشخاص، فاقد اراده بودند یا اراده آنها معیوب می بود<sup>۲</sup>.

قانونگذار در ماده ۱۸۴ قانون مدنی<sup>۳</sup> در مقام بیان اقسام عقود، دسته بندی کاملی را از عقود ارائه نداده است. اما حقوقدانان به منظور نظام مند کردن قراردادهای خصوصی و بیان خصایص آن و دست یابی به قواعد حاکم بر آنها تقسیم بندی های مختلفی<sup>۴</sup> را از عقود بیان کرده اند. از جمله این تقسیم بندی ها، تقسیم عقود به لحاظ نحوه انعقاد به رضایی، عینی و تشریفاتی است. برخی از حقوقدانان از حیث ارکان این تقسیم بندی را بیان نموده اند (توکلی، ۱۴۰۰). عقد رضایی (قصدی) عقدی است که به صرف ایجاب و قبول ایجاد می شود و شکل اظهار اراده در آن آزاد است. در مقابل، عقد عینی عقدی است که مضافاً بر ایجاب و قبول طرفین، قبض هم نیاز هست و در نهایت، عقد شکل گرا (تشریفاتی یا شکلی) عقدی است که ایجاد آن مضاف بر تراضی طرفین، نیازمند رعایت اشکال خاصی است و اگر شکل مخصوص به خود را نداشته باشد، فاقد اثر حقوقی است و باطل تلقی می شود (امامی، ۱۴۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵؛ شهیدی، ۱۳۹۴). بر خلاف کثرت استعمال و شهرتی که این تقسیم بندی دارد، صحیح آن است که عقود را به رضایی و شکل گرا دسته بندی نمود،<sup>۵</sup> چرا که قبض در عقود عینی، خود از اقسام عقود شکل گرا محسوب می شود (بیات، ۱۳۹۵) و به جز عقد نکاح که در خصوص شکل گرا بودن یا نبودن آن از حیث تحقق، در بین حقوقدانان اختلاف است، در قانون مدنی عقود شکل گرا وجود ندارد و فقط ایقاعات شکلی یافت می شوند.<sup>۶</sup> در علم حقوق، اراده و شکل ابراز آن، دو عنصر قابل

۱. این اصطلاح در مواد ۹۶۲ و ۱۲۱۳ قانون مدنی تصریح شده است.

۲. چهار شکل انحصاری عمل حقوقی در حقوق رُم قدیم عبارت است از: ۱- نکسوم ۲- اعمال حقوقی لفظی ۳- اعمال حقوقی عینی ۴- اعمال حقوقی کتبی.

۳. ماده ۱۸۴ ق.م: «عقود و معاملات به اقسام ذیل تقسیم می شوند: لازم - جایز - خیاری - منجز و معلق».

۴. دیگر تقسیمات عقد که به طور ضمنی در قانون مدنی بیان شده عبارت است از تقسیم عقد به معین و نامعین، تملیکی و عهدی، معوض و مجانی، رضایی و عینی و تشریفاتی، محقق و احتمالی، فوری و تدریجی، معاوضات و مشارکات، معلق و مشروط، اصلی و تبعی، مغاینه ای و مسامحه ای؛ همچنین خارج از قانون مدنی دو تقسیم بندی دیگر برای عقود مطرح شده است که مورد نخست، تقسیم عقد به فردی و جمعی و مورد دوم، تقسیم عقد به الحاقی و تراضی آزادانه است و بطور کلی می توان به لحاظ ماهیت عمل، عقد را به قراردادهای تجاری و غیر تجاری تقسیم نمود.

۵. در ماده ۱۱۰۹ قانون جدید تعهدات فرانسه، این تفکیک تصریح شده است.

۶. ایقاعات شکل گرا در قانون مدنی عبارت است از: ۱- طلاق (ماده ۱۱۳۴ ق.م) ۲- حق شفعه (ماده ۸۰۸ ق.م) ۳- حق تحجیر (ماده ۱۴۲ ق.م).



توجه در اعمال حقوقی هستند که هر کدام برای اثر گذاری در عالم حقوق، نقش حیاتی دارند، بطوری که عدم وجود هر یک از این دو عنصر موجب بی اثر ماندن اعمال حقوقی می شود؛ چرا که تا زمانی که اراده در عالم خارج ظهور نیافته باشد نمی توان آن را واجد اثر حقوقی دانست حتی اگر عمل حقوقی، رضایی و غیر شکلی باشد. تعریفی که اکثریت حقوقدانان در بیان مفهوم شکل گزایی ارائه نموده اند مربوط به شکل گیری معاملات است و ضمانت اجرای عدم رعایت آن اشکال را بطلان عقد قرار داده اند (شهیدی، پیشین)، در صورتی که در حقوق موضوعه جلوه هایی از شکل گزایی وجود دارد که ضمانت اجرای عدم رعایت آنها محدود به بی اثر بودن و بطلان قرارداد نیست.

گوناگونی اشکال حقوقی و تنوع ضمانت اجرای آن موجب شده است که تبیین مفهوم شکل گزایی را با مشکل مواجه کند. در این حالت یاری جستن از نظریه عناصر شماری می تواند کمک شایانی باشد. عناصر شماری یکی از نظریه های نسبتاً جدید در علوم انسانی و علوم اجتماعی است که به بررسی و تحلیل ماهیت و ویژگی های امور و حوزه های مختلف از جمله فلسفه، علوم سیاسی و جامعه شناسی می پردازد. نظریه عناصر شماری بر این اصل است که هر پدیده ای از عناصر یا اجزای سازنده تشکیل شده است. این عناصر می توانند مفاهیم، مقولات، عوامل، ویژگیها یا واحدهای دیگری باشند که در تشکیل آن دخیل هستند. با تحلیل و بررسی این عناصر می توان روابط و ارتباطات بین این عناصر را بررسی نمود. یکی از کاربردهای مهم نظریه فوق، استفاده از آن در حوزه حقوق است که به جز برخی از حقوقدانان که از این نظریه یاد کرده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰)، در سایر مباحث حقوق مخصوصاً حقوق خصوصی، عده ای از حقوقدانان بدون آوردن نام این نظریه، از طریق شمارش اجزا به بیان ماهیت امور پرداخته اند (شمس، ۱۳۸۱؛ کریمی و همکار، ۱۳۹۵) در خصوص شکل گزایی، این تئوری به ما در تحلیل مفهوم، قلمرو و اجزای شکل گزایی کمک می کند.

## ۱- تحلیل مفهوم شکل گزایی در اعمال حقوقی

قانونگذار با وضع ماده ۱۹۱ قانون مدنی<sup>۱</sup> که به اصل رضایی بودن عقود شهرت دارد، تحقق عقد را منوط به ابراز اراده به هر نحوی (آزادی شکل اعلام اراده) پذیرفته است؛ به بیان دیگر اظهار اراده علی الاصول موضوعیت ندارد بلکه طریقیست دارد. شکل گزایی یا تشریفاتی بودن اعمال حقوقی به معنی عدم آزادی شکل اظهار اراده است که در خصوص استثنا بودن یا نبودن آن میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد.<sup>۲</sup> سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که به چه علت قانونگذار از اصلی که آن را بیان نموده، عدول کرده است؟ به بیان دیگر چه تفاوتی بین اصل رضایی بودن و شکل گزایی بودن عقود وجود دارد که در برخی از معاملات جلوه های شکل گزایی حیات دارد؟

پیش از پرداختن به مفهوم شکل گزایی باید با مفهوم شکل آشنا شد. شکل در لغت به معنای ترکیب و ساختار ظاهری و خارجی یک چیز است (انوری، ۱۳۸۲) که در برابر ماده آن قرار دارد. در خصوص مفهوم شکل در حقوق باید گفت که علمای حقوق خصوصی گرچه همواره واژه شکل را بکار می برند و آن را در مقابل ماهیت قرار می دهند، اما کراراً تعریفی از آنها ارائه نمی دهند؛ شاید عدم ارائه تعریف به این علت است که به اعتقاد برخی هر کسی می داند که شکل، وجه ظاهری یک شیء و ماهیت، گوئی ای از بطن و نهان است (corun, 1989). در مقابل برخی معتقدند که عدم تعریف مشخص از شکل به جهت دارا نبودن ثمره حقوقی است (delaporte, 1974). اما نظر اخیر نادرست است، چرا که مفهوم شکل در حقوق خصوصی بر نوع سیستم حقوقی عمل مورد نظر اثر

۱. ماده ۱۹۱ ق.م: «عقد محقق می شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.»

۲. برای دیدن نظریات ر.ک: بهرامی احمدی، حمید، پیشین، صص ۳۵-۳۶؛ صفایی، سید حسین، دوره **مقدماتی حقوق مدنی**، میزان، جلد دوم، چاپ

بیست و دوم، سال ۱۳۹۴، صص ۵۱-۴۹؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق تعهدات**، گنج دانش، چاپ هفتم، سال ۱۴۰۱، ص ۵۸.



گذار است و نقش تعیین کننده ای در آن دارد. به عنوان مفهوم برگزیده شکل در حقوق باید شکل را این چنین تعریف کرد: شکل در حقوق عبارت است از عنصر خارجی ملموسی که تجلی گاه و گذرگاه، همراه یا جایگزین اراده حقوقی درونی بوده و جوهره، نفس یا درجه ای از درجات اثر گذاری عمل حقوقی یا عدم مجازات یا مسئولیت مدنی شخص فاعل را مقید و مشروط می سازد (قاسمی، پیشین). با تعریفی که از مفهوم شکل در حقوق ارائه شد مشخص است که این مفهوم، مفهومی وسیع تر از مفهوم فلسفی شکل است و جوهره عملکرد شکل حقوقی را در چهار حالت می توان بیان کرد: ۱- اظهار کننده و کاشف از اراده باطنی در همه اعمال حقوقی ۲- جانشین اراده باطنی در اعمال حقوقی مجرد ۳- شرط وقوع (صحت) یا اثر گذاری برخی از اعمال حقوقی ۴- شرط عدم مجازات یا مسئولیت مدنی شخص فاعل عمل حقوقی.

حال که با مفهوم شکل در حقوق آشنا شدیم، نوبت آن است که به بیان مفهوم شکل گرایي پردازیم.

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

شکل گرایي در لغت به معنای دلبستگی به شکل یا اصالت شکل است. در فلسفه، عنوان نظریه ای است که بر اساس آن، حقایق دانشهای گوناگون کاملاً صوری اند و صرفاً بر پایه اعتبارات یا تعاریف نمادها استوارند. همچنین در ادبیات و هنر به معنی رویکرد زیباشناسانه که وجه ممیزه آن، جدایی شکل از محتوا در آثار ادبی و هنری و اصالت و توفیق زیبایی های صوری است. اما در حقوق، مفهوم و مدلول مورد اتفاق و متعینی ندارد، با این حال می توان مفاهیم پدید آمده در خصوص شکل گرایي را در دو دسته کلی مضیق و موسع تحلیل نمود. بنابراین نخست، برداشت های مضیق از مفهوم شکل گرایي را بررسی می کنیم (بند نخست) و سپس برداشت های موسع آن را بیان می کنیم.

### ۱-۱-۱ برداشت های مضیق از شکل گرایي

عده ای از حقوقدانان استنباطی کمینه از شکل گرایي دارند و آن را به یک یا دو موضوع محصور کرده اند: برخی بر این عقیده اند که برای شکل گیری عمل حقوقی و حصول آثار ناشی از آن، انجام قالب های خاص مشخص شده برای تشکیل اعمال حقوقی بسنده می کند (Abdallah, 1974). به بیان دیگر این دسته از حقوقدانان شکل های معین شده را حاکم بر ماهیت عمل حقوقی می دانند. این مفهوم از شکل گرایي فقط جایی مصداق پیدا می کند که شکل، جانشین اراده می شود و اعمال حقوقی را مجرد می سازد. ولی باید گفت که امروزه به استثنای اسناد تجاری، وصف تجرد به مفهومی که بیان شد کاربرد و محلی ندارد و به طور کلی ماهیت عمل حقوقی مجرد، متحول شده و مراد از آن، اعمالی هستند که در عین حفظ اراده درونی شخص، مستغنی از وجود سبب است که اگر این مفهوم محدود را برای شکل گرایي قائل شویم در حقوق امروزی مصادیق بسیار نادری خواهد داشت، حال آنکه اکثر حقوقدانان معاصر از نوزایی شکل گرایي سخن به میان آورده اند (colin, 1957).

شماری دیگر از علمای حقوق، شکل گرایي را تنها در رده اثبات اعمال حقوقی می دانند و این عقیده را دارند که دلیل اثبات به مانند فُرم و قالب، ملاک به قاعده بودن یک عمل حقوقی و همتایی آن با اراده عمومی است (Iarmbiere, 1885). اما مشخص است که شکل تنها برای رفع نیاز به اثبات خلق نشده است و اتفاقاً بعضی از دلایل اثباتی هستند که یکی از مصادیق گوناگون شکل را پدید می آورند.

چندی دیگر بیان می دارند هنگامی که نظام حقوقی یا تراضی طرفین، نحوه مشخص و خاصی را برای اظهار و اعلام اراده تعیین می کند، شکل گرایي در دو مفهوم متفاوت، یعنی شکل الزامی اثباتی و شکل تشریفاتی به وقوع می پیوندد (engel, 1973). به بیان

ساده تر شکل گرایی را به دو بخش شرط صحت و شرط اثبات عمل حقوقی دسته بندی می نمایند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱). ایرادی که به این نظر وارد است، نبود دلیل قانع کننده ای بر تحدید شکل گرایی به دسته بندی فوق است.

بسیاری از حقوقدانان ایرانی نیز رعایت نکردن آشکالی که مضافاً بر شرایط عمومی صحت معاملات برای تشکیل اعمال حقوقی لازم است را منتهی به بطلان می دانند. عده ای از حقوقدانان محدوده تضییق را کمی محدودتر تعریف کرده و قراردادهای شکل گرا را به عنوان قراردادهایی می شناسند که اظهار اراده باید به یک شکل خاص صورت گیرد و این باعث می شود که اموری که ملحق به اظهار اراده است، خارج از حوزه شکل گرایی قرار گیرد (کاتوزیان، پیشین). بطور مثال، طبق قوانین در قراردادهای ارفاقی بین ورشکسته و طلبکاران، طرفین محدودیتی در شیوه ابراز اراده خود ندارند؛ با این وجود، رعایت شکل گرایی تعیین شده برای تشکیل مجمع عمومی طلبکاران، قبل از توافق طرفین، الزامی است و بدون رعایت شکل گرایی تصریح شده در قانون تجارت<sup>۱</sup> انعقاد نمی یابد. اما اگر به قراردادهای شکل گرا تعبیر کنیم، آنها در اصل قراردادهایی هستند که اراده طرفین در آنها محدود شده است و هر نقضی از شرایط شکلی آن، به بی اعتباری قرارداد منجر می شود. این بدان معنا است که قرارداد ارفاقی، یک قرارداد شکل گرا نخواهد بود؛ زیرا شیوه ابراز اراده طرفین در آن با محدودیت مواجه نیست. در صورتی که اگر شکل گرایی موجود را اینگونه در نظر بگیریم که از شرایط اساسی انعقاد قرارداد فراتر می رود و در اعتبار قرارداد مؤثر است، قرارداد ارفاقی نیز به عنوان یک قرارداد شکل گرا در نظر گرفته می شود زیرا اراده اعلام شده توسط طرفین قرارداد، به همراه شکل گرایی قبل از توافق، یک ماهیت حقوقی را ایجاد خواهد کرد که با تصدیق دادگاه، عقد تکمیل می شود (پیش نماز، ۱۴۰۱).

اگر نظر حقوقدانانی که معتقدند شکل گرایی فقط در دو حوزه اثبات و ثبوت جلوه پیدا می کند، را بپذیریم، این سؤال به ذهن متبادر می شود که اگر مقنن یک شکل خاص را برای یک عمل حقوقی قرارداده باشد، اما ضمانت اجرای عدم رعایت آن را بیان نکرده باشد یا متن ماده دارای ابهام باشد و موجب اختلاف باشد، شکل معین شده را باید ناظر بر صحت عمل حقوقی تلقی کنیم یا ناظر بر اثبات آن بدانیم؟

همانطور که پیشتر بیان شد، اگر این مفهوم مضیق را برای شکل گرایی قائل باشیم به جز عقد نکاح که شکل گرا بودن آن در میان حقوقدانان محل اختلاف است، در قانون مدنی مصداقی از عقود شکل گرا نیست، مگر بنا بر استدلال برخی از حقوقدانان که به درستی استدلال کرده اند، قائل شویم که عقود عینی موجود در قانون مدنی مصداقی از شکل گرایی است (شهیدی، پیشین). پس از بررسی برداشت های مضیق از مفهوم شکل گرایی نوبت به آن رسیده که برداشت های موسع شکل گرایی را مورد تحلیل قرار دهیم.

## ۱-۲: برداشت های موسع از شکل گرایی

در برابر حقوقدانانی که طرفدار برداشتی مضیق از شکل گرایی بودند، شماری دیگر که جز تعداد کمی از آنها بیشتر در جمع معاصر هستند، مفاهیمی وسیع از شکل گرایی بیان نموده اند: به عقیده برخی، شکل گرایی به معنای رعایت یک قالب مشخص برای بیان اراده تلقی می شود که نقض آن، ذات عمل حقوقی را با ضمانت اجرا مواجه می سازد (Ihering, 1881). ولی با وجود گستردگی ای که این تعریف دارد، نه شامل شکل هایی می شود که با وجودی که در ذات اظهار اراده نقشی ندارد، اما به اراده شخص منضم می شود و نه شکل هایی که عدم رعایت آن ها توسط شخص فاعل، ضمانت اجرای مجازات و جریمه را در پی دارد را شامل نمی شود. تعدادی دیگر از حقوقدانان می گویند شکل گرایی زمانی وجود دارد که قانونگذار، آشکال و روش هایی قابل قبول برای ابراز اراده را مشخص و بدون امکان معادل گیری یا جایگزینی تعیین کرده باشد، طوری که عدم رعایت این آشکال، ابراز اراده را دستخوش بی اثر بودن درجه ای از درجات حقوقی می سازد (Floue, 1950).

۱. ماده ۴۷۱ ق.ت: «قرارداد ارفاقی تاجر ورشکسته و طلبکارهای او منعقد نمی شود مگر پس از اجرای مراسمی که در فوق مقرر شده است».

همانطور که پیداست نظر اخیر نیز مانند دیدگاه قبلی، اشکال دارای ضمانت اجرای کیفری و جریمه های نقدی را از قلم انداخته است. چنین وضعیتی در آثار اکثر حقوقدانانی که مفهوم گسترده ای از شکل گرایی را در دوران معاصر پذیرفته اند، دیده می شود؛ به گونه ای که بسیاری از آنها بر خلاف اینکه شکل های دارای ضمانت اجرای کیفری را در زمره اشکال حقوقی، هنگام تبیین مفهوم شکل گرایی، آنها را مدنظر قرار نداده و به این توضیح که اشکال حقوقی فُرم های معینی در تشکیل یا اثرگذاری کامل اعمال حقوقی اند، بسنده نموده اند. این وضعیت ممکن است ناشی از کمبود یا عدم تطابق شکل های دارای ضمانت اجرای کیفری با سایر انواع شکل های حقوقی در حقوق نوین باشد، اما در هر صورت منجر به نقیصه و ناکامل بودن تعاریف ارائه شده از شکل گرایی در حقوق مدنی می شود. برای ارائه تعریفی از شکل گرایی باید عناصر آن را که از تحلیل لفظی و استقراء در مصادیق مختلف آن به دست می آید، مورد توجه قرار داد. مواردی که عناصر شکل گرایی در آن وجود دارد به این شرح است: ۱- وجود اشکال تعیین شده ۲- غیر قابل جایگزین بودن و انحصاری بودن این اشکال ۳- الزام آور بودن ۴- ورود در ماهیت، وجود یا اثرگذاری عمل حقوقی در یکی از درجات آن یا مجازات شخص فاعل حقوقی.

اکنون با مذاقه در این عناصر، شکل گرایی را می توان این چنین تعریف نمود:

«شکل گرایی یا فرمالیسم یا اصالت تشریفات عبارت است از اصالت اشکال تعیین شده، انحصاری و فاقد معادل، الزام آور و دارای ضمانت اجرا که به نوعی بر اراده فردی تحمیل می گردند و تحقق و صحت یا یکی از مراتب اثرگذاری عمل حقوقی یا مجازات و تنبیه یا مسئولیت مدنی فاعل آن را مقید و مشروط می سازند.» (قاسمی، پیشین)

بدین صورت معلوم می شود که شکل گرایی همچون حسن نیت در قراردادهای<sup>۱</sup> مفهومی ذومراتب و مشکک است، زیرا آثار حقوقی اشکال معین، مراتب گوناگون دارد؛ بدین صورت که از وقوع تا اثبات و مجازات شخص فاعل عمل حقوقی را دربر می گیرد و این مفهوم در مقابل اصل رضایی بودن معاملات قرار دارد. همچنین وسعت فضای مفهومی شکل، منجر به گسترش مصادیق عقود شکل گرا می شود و ضمانت اجرای عدم رعایت فرم های مشخص را گوناگون می سازد؛ به این معنا که بر خلاف مفهوم محدود شکل که ضمانت اجرای بطلان عدم رعایت آن بطلان بود، مفهوم گسترده شکل، شامل دامنه گسترده ای از ضمانت های اجرایی می باشد؛ به عنوان مثال، در مورد موضوع ماده ۱۲۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت که معامله مدیران با شرکت را بیان می کند، ماده ۱۳۱ همین قانون از شکل گرا بودن این معاملات سخن می گوید و ضمانت اجرای عدم رعایت شکل گرایی وضع شده را در ماده ۱۳۰ قانون فوق بیان کرده است به این صورت که معامله را قابل ابطال دانسته و در صورت رد مجمع عمومی و تأیید هیأت مدیره معامله مدیران دارای اعتبار است، اما مدیرانی که تخلف نموده اند در برابر شرکت مسئولیت مدنی دارند (پاسبان، ۱۳۹۵). با جمع مفهوم مضیق و موسع شکل گرایی می توان به این نتیجه رسید که بطور کلی، شکل گرایی دارای دو مفهوم عام و خاص است؛ شکل گرایی در معنای خاص همان است که بنابر اطّراد، ضمانت اجرای بطلان را دربر دارد و مفهوم عام آن جایی هست که عدم رعایت شکل گرایی، دارای ضمانت اجرای دیگری غیر از بطلان است.

گفته شد که با وجود اصل رضایی بودن عقود در معاملات، مصادیقی را در حقوق موضوعه می توان یافت که شکل گرایی دارای مفهومی گسترده تر از چیزی است که در آثار بیشتر حقوقدانان اطّراد دارد و قانونگذار در موارد مختلفی به وضع انواع شکل گرایی پرداخته است و سؤالی که به ذهن متبادر می شود این است که چه تفاوتی بین اصل رضایی بودن عقود و شکل گرایی وجود دارد که

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: انصاری، علی، تئوری حسن نیت در قراردادهای (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر)، مجد، چاپ



موجب آن گشته که قانونگذار در مواردی از اصل رضایی بودن معاملات رجوع کند؟ برای پاسخ به این پرسش باید به بیان مبانی شکل‌گرایی بپردازیم (بخش دوم).

## ۲- مبانی شکل‌گرایی

اصل رضایی بودن عقود به معنای آزادی شکل‌ظهور و تجلی اراده است. بر اساس این معنا، همین بس که اراده حقوقی به نحوی اظهار گردد که به طور قابل درک، اثر حقوقی معمول را بر جای بگذارد بدون اینکه لازم باشد در قالب یک شکل خاص اظهار شود یا به آن منضم گردد. در مقابل، شکل‌گرایی که اصل آزادی اراده را محدود می‌کند، به معنای رعایت شکل‌های معین است که عدم رعایت آن‌ها ضمانت اجرای متعددی را دربر دارد.

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به عنوان اساس حقوقی، همواره مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. آزادی شخص در عمل حقوقی، اگرچه یک ایده آرمانی است و می‌بایست به تأمین مصالح فردی و اجتماعی منتهی گردد، اما در واقعیت این گونه نیست بلکه تضادهایی وجود دارد که جلوی تحقق آن را می‌گیرد. این امر نشان از این دارد که آزادی، فرصت‌ها و توانایی‌های برابر برای همه افراد هنوز به طور کامل در جامعه واقعی تحقق نیافته است و این یک چالش جدی برای حقوق و عدالت اجتماعی است. مشخص است که تعامل بین شخص و حاکمیت اراده او، در مواجهه با واقعیاتی از قبیل اضطراب، عدم آگاهی، کم‌دقتی و نداشتن تجربه منجر به ضعف و آسیب‌پذیری بسیاری از اشخاص در جامعه می‌شود. این واقعیات باعث تبدیل اکثریت اشخاص به اشخاصی ضعیف و محتاج به حمایت می‌شود. در نتیجه، اتکا بر حاکمیت اراده شخص به تنهایی برای دفاع از منافع فردی، ممکن است کافی نباشد و نیاز به حمایت و سازماندهی اجتماعی برای مقابله با چالش‌هایی چون قدرت و ثروت دیگران و بحران‌های اقتصادی و حوادث طبیعی و اجتماعی، ضروری است. تحولات و دگرگونی‌های سریع و پیچیده در اقتصاد، اجتماع، علم و فناوری، باعث تداوم ناتوانی حتی برای افراد با توانمندی‌های بسیار بالا در پیش‌بینی و آینده‌نگری می‌شود. اعتماد تنها به قابلیت اشخاص برای اعمال آزادانه و آگاهانه اراده خود، در فرایند تشکیل عمل حقوقی کافی نیست. بطور کلی، در شرایط پیچیده و نامطمئن، افراد نمی‌توانند به تنهایی مسئولیت تصمیم‌گیری و اجرای عمل‌های حقوقی را برعهده بگیرند، زیرا این امر ممکن است به ایجاد بی‌نظمی در جامعه منجر شود و بی‌عدالتی را افزایش دهد. حاکمیت اراده شخص و آزادی حداکثری آن در تأمین و حفظ مصالح و منافع عمومی، برخی ناتوانی‌ها و تضادها را با خود به همراه دارد. هر چند اشتراک و همسویی در منافع می‌تواند به توافق و تراضی منجر شود، اما ممکن است عمل حقوقی اشخاص به نحوی با مصالح و منافع عمومی در تضاد باشد. به عنوان مثال، طرفین در شرایط قحطی یا کم شدن برخی کالاهای پر مصرف، ممکن است برای خرید و فروش آن کالاهای به قیمت‌های بالا توافق کنند که منجر به افزایش قیمت‌ها و گسترش محرومیت و بی‌عدالتی در جامعه می‌شود. این نشان می‌دهد که تنها اعتماد به اراده فردی برای تضمین منافع عمومی کافی نیست و نیاز به مکانیسم‌ها و سیاست‌های مناسب برای تضمین حفظ منافع عمومی و جلوگیری از تضادهای احتمالی است. بنابراین، توازن لازم بین حقوق و آزادی فردی و حفظ منافع عمومی بسیار حیاتی و اساسی است تا به جوامع عادلانه و پایداری دست یابیم. موضوع حاکمیت اراده‌های فردی نشان می‌دهد که وقتی تصمیمات و اقدامات افراد برای تولید، توزیع و مصرف کالاهای و خدمات براساس منافع شخصی و بازتابی از اراده شخصی بوده، ممکن است منجر به اختلال در این فرایندها شود؛ به این معنا که افراد ممکن است به دنبال حفظ منافع شخصی خود باشند و در نتیجه، ممکن است تصمیماتی اتخاذ کنند که به نقض عدالت و عدم توزیع منصفانه منابع منجر شود. بنابراین، این نشان می‌دهد که در فرایند تصمیم‌گیری و انجام اقدامات مرتبط با تولید، توزیع و مصرف، نیاز به توازن میان مصالح شخصی و عمومی و تلاش برای تضمین عدالت و توزیع منابع منصفانه و عادلانه وجود دارد. از آنجا که قراردادها در اجتماع به عنوان ابزاری برای تنظیم

روابط حقوقی شناخته شده‌اند، تأثیر آنها بر عدالت و انصاف و مصالح عمومی بسیار اساسی است. تحولی که در رویکرد نظریه عمومی قراردادهای رخ داده است به معنای این است که نظریه عمومی قراردادهای دیگر تنها به ارتباطات بین افراد محدود نیست، بلکه به بازایی اهمیت حقوقی جامعه و مصلحت‌های عمومی نیز پرداخته است. حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، به جای همیاری با اصول عالی اخلاقی مانند حسن نیت، عدالت و انصاف، گاهی به نوعی می‌تواند به ابزاری خطرناک برای نقض این اصول تبدیل شود. به عبارت دیگر، به جای کمک به ترویج عدالت و انصاف، آزادی قراردادی در برخی موارد ممکن است برای تخریب اصول اخلاقی استفاده شود. این موضوع نشان از این دارد که اجرای قوانین و قراردادهای باید با توجه به ارزش‌ها و اصول اخلاقی صورت گیرد تا از بروز ناپسندی‌های اخلاقی جلوگیری شود. به نتیجه رسیده‌ایم که حاکمیت اراده و آزادی قراردادی نه تنها معنای عدالت را نشان نمی‌دهد و تطابق اجتماعی را به تصویر نمی‌کشد، بلکه بیشتر به عنوان یک عامل برتری و کنترل توسط نیروهای اقتصادی قدرتمند در محیطی نابرابر و محدودیت آزادی عاملان در همان محیط عمل می‌کند. قانون‌گذاران، حقوقدانان و دادرسان هم اکنون بیشتر از پیش به انصاف و اصول اخلاقی چون حسن نیت تکیه می‌کنند و در تلاش اند قراردادهای مرتبط با اراده اشخاص را به گونه‌ای محدود و وابسته کنند که قابل کنترل باشند و با توجه به وقایع اقتصادی و اجتماعی متغیر، در یک تعادل و توازن مطلوب قرار گیرند. تأثیرات اخلاق قراردادی جدید در عصر حاکمیت اراده و آزادی قراردادی منجر به ایجاد رژیم‌های حمایتی جدیدی شده است که تأثیر قابل توجهی بر آزادی قراردادی داشته‌اند. این رژیم‌ها با افزایش دامنه نظم عمومی حمایتی، به نحوی باعث کاهش قابل ملاحظه‌ای از آزادی قراردادی شده‌اند. به عنوان مثال، به دلیل درجات و مراتب مختلف شکل گزایی، دامنه اصل رضایی بودن معاملات نیز به نحو محسوسی کاهش یافته است و این سؤال را با خود به همراه می‌آورد که به چه علت شکل گزایی رواج پیدا کرده و به سخنی دیگر مبنای شکل گزایی چیست؟

در بیان مبنای شکل گزایی عده‌ای از حقوقدانان چهار دسته حمایتی، اثباتی، درآمدی و نظارتی را به عنوان مبنای شکل گزایی در اعمال حقوقی برشمردند (عارفعلی، ۱۳۹۹)، در صورتی که بیان مبنای شکل گزایی در چهار دسته فوق صحیح نیست، چراکه شکل گزایی اثباتی جزئی از شکل گزایی حمایتی و شکل گزایی درآمدی (مالیاتی) در زیر مجموعه شکل گزایی نظارتی جای می‌گیرد. در جوامع پیشرفته امروزی، گامی بزرگ در جهت تحول اندیشه‌ها و عملکردها به وقوع پیوسته است. این گام برگرفته از اصول عقلانی و آرمان‌خواهانه است و به سمت رویکردهای عقلانی معطوف به هدف سوق داده شده است. این رویکردها بر اساس تجربه‌ها و تعقل ماهرانه، با توجه به ارزش‌ها و اصولی که در جامعه حاکم است، هدف‌های مشخص و منطقی را تعیین می‌کنند. هدف از این تحول شکل‌گزایی، گرایش جدیدی است که بر پایه نظریه اهداف و تعلیل مبتنی بر غایت‌شناسی در حقوق ایجاد شده است. این نظریه با استفاده از ابزارها و روش‌های مناسب و مؤثر به دستیابی نتایج مطلوب در اقدامات مورد نظر می‌انجامد. این شکل‌گزایی جدید بر عکس شکل گزایی سنتی که فقط ضمانت اجرای بطلان را به همراه داشت، دارای درجات مختلف بوده و بر مبنای اصول و ارزش‌های نظریه اهداف و تعلیل ساخته شده است. از این جهت می‌توانیم بگوییم که شکل‌های مشخص و محدود، نه جانشین اراده فردی هستند و نه آن را کاملاً از بین می‌برند؛ در واقع آنها به عنوان هدایت‌کننده و همراه اراده در جهت رشد و متناسب در حوزه اعمال حقوقی عمل می‌کنند. شکل‌گزایی جدید براساس مبنای عقلانی و اجرای معطوف به هدف، مفهومی مشکک است و به هیچ عنوان در حصار دو حالت صحت و بطلان که در شکل‌گزایی سابق حاکم بود، قرار نمی‌گیرد. تضمین دستیابی به اهداف گوناگون حمایتی و ارشادی شکل‌های جدید این اقتضا را به همراه دارد که ضمانت اجراهایی متناسب و متنوع برای هر یک از آنها تعیین شود. هدایت و حمایت از اراده، دو هدف اصلی و کلیدی تشکیل‌دهنده شکل‌گزایی جدید اند. این رویکرد، نه تنها اراده‌های فردی یا توانایی آنها را در فرآیند تشکیل یا تعدیل عمل حقوقی کنار گذاشته، بلکه با هدایت این اراده‌ها به سوی اهداف اجتماعی و مصالح عمومی و حمایت از آنها از یک طرف اراده حقوقی فردی را در برابر انحراف و نقض مصالح جمعی و مصالح فردی دیگران حفظ می‌کند و از



طرفی دیگر، از خطراتی مانند اشتباه، تدلیس و ناآگاهی محافظت می‌کند. بنابراین می‌توان بر اساس هدفی که در پس شکل‌گرایی نوین قرار دارد، دو عنصر کلی برای مبانی شکل‌گرایی معرفی نمود: ۱. حمایتی ۲. نظارتی و ارشادی.

در شکل‌گرایی حمایتی، هدف از وضع شکل‌های خاص، حمایت از اراده فاعل عمل حقوقی و مصالح او یا حمایت از منافع و حقوق اشخاص ثالث است. شکل‌گرایی اثباتی به این معناست که قانونگذار تنها یک دلیل خاص را نسبت به اثبات اعمال حقوقی می‌پذیرد. این اقدام مقنن در جهت حمایت از طرفین قرارداد است و باید این قسم شکل‌گرایی را از شاخه‌های شکل‌گرایی حمایتی دانست، بدین صورت که مقنن علاوه بر تسهیل اثبات عمل حقوقی از بروز اختلاف ممانعت به عمل می‌آورد و با آهسته ساختن روند انجام اعمال حقوقی و تشویق طرفین به مشورت با متخصصان، توجه آنان به اهمیت و پیامدهای حقوقی محتمل افزایش می‌یابد و از تصمیمات عجولانه و بی‌فکر و همچنین زیان‌های احتمالی معنوی و مادی جلوگیری می‌شود. اعمال حقوقی ای که برای اعتبار یافتن نیاز به تنظیم سند رسمی دارند از این قبیل شکل‌گرایی هستند.

در شکل‌گرایی نظارتی و ارشادی، هدف اصلی از وضع شکل‌گرایی، اجرای اصول ارشادی دولت‌ها در زمینه‌های مختلف نظیر اقتصاد و نظارت بر اعمال حقوقی است. نقش اصلی این فرآیند نظارت و مدیریت اراده اشخاص در انجام اعمال حقوقی و هدایت آن‌ها به سمت اهداف از پیش تعیین شده توسط دولت‌ها می‌باشد. شکل‌گرایی مالیاتی، که معمولاً شامل ثبت معاملات در دفاتر یا ابطال تمبر مالیاتی است، به منظور تضمین درآمدهای مالیاتی دولت وضع شده و بنابراین باید آن را زیرمجموعه‌ای از شکل‌گرایی نظارتی و ارشادی در نظر گرفت.

با پذیرش نظریه نظم عمومی حمایتی و ارشادی، قوانین آمره متعددی تصویب شدند که نتیجه آن، محدودیت قابل توجهی در حاکمیت اراده و آزادی قراردادی بود. با مداخله دولت‌ها عمل حقوقی از یک عمل ارادی و آزاد فردی برای ایجاد اثر حقوقی به یک عمل مشروط تبدیل شد؛ این تغییرات موجب شد که حقوق خصوصی جنبه اجتماعی برجسته‌ای به خود بگیرد. در واقع، دو اصل کلی ارشادگری و حمایتگری که به دنبال اهداف عالی عدالت و مصلحت فردی و جمعی هستند، به شدت اصل حاکمیت اراده را محدود و تعدیل کردند. تعامل بین شکل و اراده در اعمال حقوقی به شکل جدیدی تغییر یافته است به طوری که دیگر نمی‌توان از رقابت و تضاد بین آنها و تسلط یکی بر دیگری صحبت کرد و یکی را اصلی و دیگری را فرعی یا استثنا تلقی کنیم. در واقع، آشکال الزام آور جدید به منظور حمایت و ارشاد اراده‌های فردی در حوزه اعمال حقوقی تدوین شده‌اند و در نتیجه، در تحلیل نهایی به عنوان تکمیل‌کننده آنها در نظر گرفته می‌شوند. این به معنای مشارکت و هماهنگی شکل و اراده برای دستیابی به اهداف متنوع حمایتی و ارشادی در رژیم‌های حقوقی نوین است و در نهایت، برای رسیدن به عدالت، نظم، امنیت، رفاه فرد و جامعه گام برمی‌دارد. در انتها باید گفت که نمی‌توان رضاگرایی یا آزادی شکل اعلام اراده را به عنوان یکی از نمادها و عوامل پیشرفت، توسعه و عقلانیت در یک نظام حقوقی در نظر گرفت. این آزادی اراده نیز باید همانند سایر باورهای مجرد و بی‌ارتباط با واقعیت‌های زندگی انسان‌ها که تحسین می‌شوند، کنار گذاشته و برای پیشروی سریع‌تر و کامل‌تر به سوی امنیت، نظارت، نظم و عدالت فرد و جامعه مسیر را هموار سازد.

## ۲-۱ جلوه‌های شکل‌گرایی در فقه و حقوق موضوعه

با توجه به اینکه بخش قابل توجهی از احکام اعمال حقوقی در نظام حقوقی ایران ریشه در فقه دارند، بررسی تطبیقی این احکام در فقه و حقوق موضوعه می‌تواند گامی مؤثر در جهت درک عمیق‌تر مبانی فقهی و حقوقی این قواعد و همچنین روشن‌تر شدن نسبت میان این دو نظام حقوقی باشد. بنابراین ابتدا شکل‌گرایی در فقه مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ادامه، جلوه‌های آن در حقوق موضوعه تبیین می‌شود.



## ۲-۱-۱ شکل‌گرایی در فقه

بررسی درباره اسباب انشا عقود و ایقاعات نشان می‌دهد که دیدگاه فقها علی‌رغم توجه به اراده باطنی اشخاص و اولویت آن بر اراده ظاهری، به دو دسته شکل‌گرا و رضا‌گرا تقسیم می‌شوند. دسته اول، بیشتر در بین فقهای متقدم و بعضی از متأخرین مشاهده می‌شود، در صورتی که دسته دوم، شمار قابل توجهی از متأخرین و معاصرین را تشکیل می‌دهند. در فقه، مجموعاً سه نوع شکل‌گرایی وجود دارد که به تبیین آن می‌پردازیم:

### ۲-۱-۱-۲ شکل‌گفتاری (صیغه لفظی)

در بررسی آثار فقهای متقدم مشاهده می‌شود که بیشتر آن‌ها به صورت قاطع بر اهمیت استفاده از صیغه لفظی در عقود و ایقاعات تأکید کرده‌اند. آن‌ها استفاده از لفظ را جهت صحت معاملات، لازم دانسته و سایر روش‌های بیان اراده (اشاره یا کتابت) را صرفاً در صورت عدم امکان استفاده از صیغه لفظی و بودن قرائنی که دلالت صریح این نوع شیوه بیان اراده بر اراده انشایی قطعی شخص را محقق سازد، پذیرفته‌اند. همچنین، نظر مشهور فقهای متقدم این است که صیغه لفظی باید به صورت ماضی باشد و به بکار بردن صورت دیگر مانند مضارع یا امر، فاقد اعتبار است. شماری از متأخرین و معاصرین نیز با نظر فوق، موافقت و حتی اشتراط لفظ در عقود لازم را احتمال داده‌اند که از ضروریات مذهب امامیه باشد (نجفی اصفهانی، ۱۴۰۰). در زمان متأخرین، شماری دیگر از فقها بر خلاف نظر مشهور قدما، اشتراط ماضی و عربی بودن صیغه لفظی را مردود دانسته و نپذیرفته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۸ ه.ق). در دوره معاصرین، تعدادی آرا مشهور فقهای متقدم را بطور صریح رد نموده و به صورت آشکارا تمایل خود به اصل آزادی شکل اعلام اراده در مقام انشا عقود و ایقاعات بیان نموده و به دنبال آن‌ها، رویکرد بیشتر فقهای معاصر نیز بر این اصل، استقرار یافته است (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵؛ خوئی، ۱۳۷۷). البته نباید فراموش کرد که تا کنون، برخی از عقود و ایقاعات در فقه وجود دارند که شکل‌گرا (تشریفاتی) محسوب می‌شوند و همه فقهای متقدم، متأخر و معاصر بر لزوم رعایت برخی اشکال خاص برای انشاء آن‌ها تأکید نموده‌اند: عقد نکاح آشکارترین عقد شکل‌گرا در فقه به شمار می‌آید که رعایت صیغه لفظی را لازم دانسته‌اند. در خصوص ماضویت و عربیت صیغه لفظ<sup>۱</sup> و امکان انعقاد نکاح به شیوه معاطات اختلاف نظر وجود دارد<sup>۲</sup>. همچنین طلاق، ایقاعی است که نیاز به صیغه لفظی خاص دارد؛ به علاوه برای تحقق آن حضور دو شاهد مرد الزامیست.

### ۲-۱-۲ وجود شرایط خاص

گاهی برای ایجاد اثر حقوقی باید شرایطی فراهم باشد تا آن عمل نفوذ کامل را داشته باشد و تا آن شرایط تحقق نیابد آن عمل حقوقی شکل نخواهد گرفت. این شرایط را در دو حالت می‌توان بیان نمود:

## الف\_ وجود شهود

۱. برای دیدن نظرات ر.ک: سبزواری، مولی محمد باقر (فاضل خراسانی)، *کفایة الاحکام (کفایت الفقه)*، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد دوم، چاپ ششم، سال ۱۳۸۱، صص ۸۹-۹۰؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، مؤسسه النشر الاسلامیه، جلد پنجم، چاپ اول، سال ۱۴۲۰ ه.ق، صص ۵۹۶-۶۰۰.

۲. برای دیدن نظرات ر.ک: قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم، پیشین، صص ۲۸۰-۲۸۱؛ نائینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب فی شرح المکاسب تقریرات درس به قلم شیخ موسی نجفی خوانساری*، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد اول، چاپ چهارم، سال ۱۴۱۸ ه.ق، صص ۱۸۸-۱۸۹؛ طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، دارالهادی، جلد ششم، چاپ اول، سال ۱۴۱۲ ه.ق، صص ۳۳۸-۳۴۵.



انشاء طلاق مضاف بر اینکه نیاز به صیغه لفظی خاص دارد، باید در حضور دو شاهد عادل مرد انجام پذیرد و بدون حضور این شهود، طلاق تحقق نمی یابد. در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیز این موضوع تصریح شده است.<sup>۱</sup>

#### ب- حق شفعه

ایجاد حق شفعه نیازمند تحقق شرایطی است که در صورت عدم وجود آن شرایط این حق شکل نخواهد گرفت.<sup>۲</sup> خارج از اختلافاتی که در شرایط ایجاد حق شفعه وجود دارد، آنچه مسلم است این است که اعمال حق شفعه رضایی نبوده، بلکه در صورت فراهم بودن شرایط آن امکان برخورداری از این حق وجود دارد.

#### ۲-۱-۳ شکل رفتاری (قبض - تجویز)

در اعمال حقوقی که نیاز به مجوز دارند، مجوز شخص ثالث که معمولاً یک مقام عمومی قضایی یا اداری و گاهی از اشخاص خصوصی است، به عنوان یک عنصر خارجی به اراده حقوقی افزوده می شود و عمل حقوقی را به نحوی به یک قالب مشخص محدود می کند. همچنین برخی از عقود برای تحقق نیاز به قبض دارند و بدون انجام قبض، عقد به وقوع نمی پیوندد. این نوع تنظیم رفتاری از مصادیق رایج در حقوق معاصر است و در حقوق مدنی ایران نیز نمونه های زیادی دارد.

#### الف- تجویز

در خصوص اذن پدر یا جد پدری برای نکاح دختران (صغیره یا کبیره غیر رشیده یا رشیده)، آنچه مورد اختلاف است، دختر باکره ای است که بالغ و رشیده می باشد. خارج از اختلاف نظری که در میان فقها در لزوم اجازه پدر یا جد پدری برای عقد نکاح (دائم و موقت) وجود دارد، تعداد قابل توجهی از فقیهان برای نکاح دختر به اجازه از پدر یا جد پدری اشاره نموده اند که بررسی اقوال مطرح شده از حوصله این نوشتار خارج است.<sup>۳</sup> همچنین ازدواج مرد با خواهرزاده یا برادرزاده همسر خود نیازمند تجویز زن است و اگر پس از نکاح، آن عقد توسط زن اجازه نشود، نکاح اخیر باطل خواهد بود.

#### ب- قبض

در عقود عینی قبض شرط صحت یا وقوع یا تحقق عقد است. در خصوص لزوم قبض برای تشکیل عقد رهن به عنوان یک عقد عینی، فارغ از فقیهانی که قبض را مؤثر در تحقق رهن نمی دانند (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ ه.ق؛ طوسی، بی تا)، اکثر فقها قبض را به جهت صحت<sup>۴</sup> یا لزوم رهن<sup>۵</sup> لازم دانسته اند و آن را از دایره عقود رضایی خارج می دانند.

۳. ر.ک: ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی.

۴. ر.ک: ماده ۸۰۸ قانون مدنی.

۱. ر.ک: سیستانی، علی، **المسائل المنتخبة**، دفتر حضرت آیت الله سیستانی، چاپ نهم، سال ۱۴۲۲، ص ۳۸۲؛ ابن ادریس، محمد بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، جلد دوم، سال ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۵۶۲؛ بهجت، محمدتقی، **جامع المسائل**، دفتر آیت الله بهجت، جلد دوم، چاپ دوم، سال ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۳۷۸؛ سبزواری، محمدباقر بن مؤمن، پیشین، ص ۱۶۶.

۲. ر.ک: حلی، ابوالقاسم نجم الدین (محقق حلی)، **شرایع الاسلام**، مؤسسه اسماعیلیان، جلد دوم، چاپ دوم، سال ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۶۶؛ طباطبایی یزدی، سید علی، **ریاض المسائل**، مؤسسه آل البيت، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۱۹۱؛ جیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، **جامع الشتات**، مؤسسه کیهان، جلد دوم، چاپ اول سال ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۳۲.

۳. ر.ک: نجفی، پیشین، ص ۱۰۱.

## ۲-۲ شکل‌گرایی در حقوق موضوعه

با مذاقه و بررسی در حقوق موضوعه، می‌توان جلوه‌های متنوعی را از شکل‌گرایی بدست آورد. جلوه‌های گردآوری شده از شکل‌گرایی در قوانین به شرح زیر است:

۱. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸: مواد ۴۷-۵۹-۳۶۴-۷۷۲-۷۸۹-۸۰۷-۸۰۸-۸۰۹-۸۳۰-۸۴۳-۱۰۴۳-۱۲۴۲-۱۲۴۱-۱۰۶۰-۱۰۶۲-۱۰۷۶-۱۱۳۴.
۲. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳: مواد ۱۰۲-۱۰۳-۲۲۲-۲۲۳-۲۲۶ تا ۳۰۸-۳۱۷-۵۸۴.
۳. قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴: مواد ۳۹-۴۰-۱۰۰-۱۲۱ تا ۱۳۲.
۴. قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱: مواد ۱۱۴-۱۱۸-۱۲۰-۱۲۲-۱۲۵-۱۳۶.
۵. قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶: مواد ۲۲-۴۶-۴۷-۴۸-۷۵ تا ۸۰.
۶. قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷: مواد ۲-۳.
۷. قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱: ماده ۷۹.
۸. قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲: مواد ۸۳-۸۸-۲۷۶ تا ۲۸۲-۲۹۱.
۹. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲: تبصره ۲ ماده ۱۹.
۱۰. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶: ماده ۱ و ۲.
۱۱. آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶: بند ۵ ماده ۲.
۱۲. قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸/۴/۲۴: ماده ۴۰.
۱۳. قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹: ماده ۱۴۰.
۱۴. قانون تأمین اجتماعی: ماده ۳۷.
۱۵. قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲: مواد ۳-۵-۲۳-۲۴.
۱۶. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱: مواد ۲۰-۲۴-۴۹.
۱۷. قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹: مواد ۲۴-۲۵-۴۲.
۱۸. قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷: مواد ۶-۴۶.
۱۹. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۲/۱۱: ماده ۳۳۵.
۲۰. لایحه قانونی اصلاح تبصره‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۸/۰۶/۲۷: تبصره ۸.
۲۱. قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰/۰۴/۱: ماده ۴۰.
۲۲. قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵/۰۵/۲۴: ماده ۵.
۲۳. قانون داورى تجارى بين المللى: مواد ۷-۱۳-۳۰.
۲۴. قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۲/۸/۱۱ با اصلاحات بعدی: تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر و بند ۱ ماده ۲۴.

۲۵. قوانین و دستورالعمل های تصویب شده در خصوص معاملات بازار سرمایه: ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه- بند ب ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور- قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴- آیین نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار تهران و لواحق آن مصوب ۱۳۸۵- دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران ۱۳۸۹- دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۸- دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا مصوب ۱۳۸۹.

اگر چه ممکن است فهرست فوق، تمام شکل گرایی ها در قوانین مختلف را پوشش نداده باشد و موارد دیگری نیز وجود داشته باشد، اما با رجوع به مفهومی که توضیح داده شد، می توان مصادیق شکل گرایی را تشخیص داد. تبیین فهرست فوق نمایانگر مفهوم موسع شکل گرایی و تنوع گستره آن است که با توجه به اهمیت اهداف و مبانی حمایتی و نظارتی و ارشادی در هر یک از اعمال حقوقی نقش های متنوعی را از صحت (حد اعلی) تا مسئولیت مدنی و کیفری (حد ادنی) ایفا می کند.

## نتیجه گیری

مشخص شد که شکل گرایی، مفهومی وسیع تر از آنچه تاکنون در میان اکثر حقوقدانان رواج داشته است بر اساس این برداشت موسع، انواع گوناگونی از شکل گرایی ارائه شده است که مهمترین آن، تقسیم شکل گرایی بر اساس ضمانت اجراست که طبق آن، ضمانت اجرای هر یک از شکل های تعیین شده در اعمال حقوقی، دارای نقشی تعیین کننده بوده و نیز دارای مراتب و درجات گوناگونی چون شکل های شرط نفوذ، شرط صحت، شرط قابلیت اثبات، شکل های دارای ضمانت اجرای کیفری یا مسئولیت مدنی و ... می باشد که حد اعلای مرتبه آن آشکالی هستند که رکن یا شرط صحت عمل حقوقی را تشکیل داده و ضمانت اجرای بطلان عمل حقوقی را به همراه دارند و حد ادنای مرتبه آن شکل هایی هستند که ضمانت اجرای عدم رعایت آنها منجر به مسئولیت مدنی یا ضمانت اجرای کیفری فاعل عمل حقوقی می شود. دنیای امروزی و روابط پیچیده حقوقی بین اشخاص به خصوص روابط تجاری، بهره جستن از شکل گرایی به جای اصل رضایی بودن عقود بهتر می تواند پاسخگوی نیازهای حقوقی اشخاص باشد و در مواردی که به حمایت بیشتر از اشخاص یا نظارت یا مصالحی دیگر لازم بوده، اصل رضایی بودن یا همان آزادی اراده کنار گذاشته شده است. شکل گرایی جدید براساس مبنای عقلانی و اجرای معطوف به هدف، مفهومی مشکک است و به هیچ عنوان در حصار دو حالت صحت و بطلان که در شکل گرایی سابق حاکم بود، قرار نمی گیرد. تضمین دستیابی به اهداف گوناگون حمایتی و ارشادی شکل های جدید این اقتضا را به همراه دارد که ضمانت اجراهایی متناسب و متنوع برای هر یک از آنها تعیین شود. هدایت و حمایت از اراده، دو هدف اصلی و کلیدی تشکیل دهنده شکل گرایی جدید اند. این رویکرد، نه تنها اراده های فردی یا توانایی آنها را در فرآیند تشکیل یا تعدیل عمل حقوقی کنار نگذاشته، بلکه با هدایت این اراده ها به سوی اهداف اجتماعی و مصالح عمومی و حمایت از آنها از یک طرف اراده حقوقی فردی را در برابر انحراف و نقض مصالح جمعی و مصالح فردی دیگران حفظ می کند و از طرفی دیگر، از خطراتی مانند اشتباه،

۱. با توجه به تنوع معاملات بازار سرمایه و تعدد مقررات و دستورالعمل های مربوطه، در این بخش صرفاً به مصادیقی از آن ها اشاره شده است.



تدلیس و ناآگاهی محافظت می‌کند. بنابراین می‌توان بر اساس هدفی که در پس شکل‌گرایی نوین قرار دارد، دو عنصر کلی حمایتی و نیز نظارتی و ارشادی را برای مبانی شکل‌گرایی معرفی نمود؛ بررسی مصادیقی از شکل‌گرایی در فقه و حقوق موضوعه، خود بیانگر این مطلب است. جلوه‌های شکل‌گرایی در فقه شامل شکل‌های گفتاری و رفتاری و وجود شرایط خاص است و در حقوق موضوعه می‌توان مصادیق شکل‌گرایی را در قوانین مختلفی از جمله قانون مدنی، قانون تجارت، قانون بیمه، قانون کار، قانون تجارت الکترونیک، قانون حمایت خانواده، قانون داوری تجاری بین‌المللی و ... مشاهده نمود.

## منابع

۱. اسماعیلی، حمیدرضا؛ ابهری، حمید؛ دنکوب، ابوالفضل؛ آقایی بجستانی، مریم، «محدودیت‌های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۲۲، بهار و تابستان سال ۱۳۹۹.
۲. افتخاری، جواد، *کلیات عقود و تعهدات (نظری و کاربردی)*، میزان، چاپ اول، سال ۱۳۸۲.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ چهارم، سال ۱۴۰۱.
۴. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، اسلامی، جلد چهارم، چاپ بیست و ششم، سال ۱۴۰۱.
۵. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر)*، مجد، چاپ دوم، سال ۱۳۹۲.
۶. انوری، حسن، *فرهنگ فشرده سخن، سخن*، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۳۸۲.
۷. بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، دفتر آیت الله بهجت، جلد دوم، چاپ دوم، سال ۱۴۲۶ ه.ق.
۸. بهرامی احمدی، حمید، *کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی (۳)*، میزان، چاپ دوم، سال ۱۳۸۶.
۹. بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین؛ شرح جامع قانون مدنی بر اساس نظریات علمای برجسته حقوق، ارشد، چاپ نهم، سال ۱۳۹۵.





۱۰. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکتهای تجاری**، سمت، چاپ دوازدهم، سال ۱۳۹۵.
۱۱. توکلی، محمد مهدی، **آموزش جامع حقوق مدنی**، نشر مکتوب آخر، جلد اول، چاپ هفتم، سال ۱۴۰۰.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق مدنی: حقوق خانواده**، گنج دانش، چاپ چهارم سال ۱۳۸۶.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، گنج دانش، چاپ چهارم، سال ۱۴۰۱.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق تعهدات**، گنج دانش، چاپ هفتم، سال ۱۴۰۱.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **فلسفه حقوق مدنی**، گنج دانش، چاپ جلد اول، اول، سال ۱۳۹۰.
۱۶. جیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، **جامع الشتات**، مؤسسه کیهان، جلد دوم، چاپ اول سال ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۷. حلی، ابوالقاسم نجم الدین (محقق حلی)، **شرایع الاسلام**، مؤسسه اسماعیلیان، جلد دوم، چاپ دوم، سال ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه فی المعاملات (تقریرات درس بقلم محمد علی توحیدی)**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، جلد دوم، چاپ دوم، سال ۱۳۷۷.
۱۹. زارع، امیر؛ پیش نماز، سید امین، «جایگاه شکل در قراردادها با تحلیل مختصر تحولات حقوق مدنی فرانسه»، **مجله پژوهش های حقوقی** ۲۱، شماره ۴۹، سال ۱۴۰۱.
۲۰. سبزواری، مولی محمد باقر (فاضل خراسانی)، **کفایة الاحکام (کفایت الفقه)**، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد اول، چاپ ششم، سال ۱۴۲۳ ه.ق.
۲۱. سبزواری، مولی محمد باقر (فاضل خراسانی)، **کفایة الاحکام (کفایت الفقه)**، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد دوم، چاپ ششم، سال ۱۳۸۱.
۲۲. سیستانی، علی، **المسائل المنتخبه**، دفتر حضرت آیت الله سیستانی، چاپ نهم، سال ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۳. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، میزان، جلد دوم. چاپ دوم، سال ۱۳۸۱.
۲۴. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۳: تعهدات**، مجد، چاپ نوزدهم، سال ۱۳۹۴.
۲۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایة الطالب الی اسرار المکاسب**، دارالکتاب، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۳۷۵.
۲۶. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، میزان، جلد دوم، چاپ بیست و دوم، سال ۱۳۹۴.
۲۷. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسد الله، **حقوق خانواده**، دانشگاه تهران، جلد اول، چاپ چهاردهم، سال ۱۴۰۱.
۲۸. طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل**، دارالهادی، جلد ششم، چاپ اول، سال ۱۴۱۲ ه.ق.
۲۹. طباطبایی حکیم، محمد سعید، **منهاج الصالحین**، دار الصفوه، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۴۱۵ ه.ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی**، مؤسسه النشر الاسلامیه، جلد پنجم، چاپ اول، سال ۱۴۲۰ ه.ق.
۳۰. طباطبایی یزدی، سید علی، **ریاض المسائل**، مؤسسه آل البيت، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۴۱۸ ه.ق.

۳۱. طوسی، ابوجعفر (شیخ طوسی)، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، جلد سوم، چاپ دوم، بی تا.

۳۲. عارفعلی، مجید، «مفهوم و مبانی شکل گرایی در اعمال حقوقی در فقه امامیه و حقوق ایران»، اولین کنفرانس بین المللی حقوق و علوم قضایی، سال ۱۳۹۹.

۳۳. فیض کاشانی، ملا محسن، مفاتیح الشرایع، مجمع الذخائر الاسلامیه، جلد سوم، چاپ اول، سال ۱۴۰۱ ه.ق.

۳۴. قاسمی، محسن، شکل گرایی در قانون مدنی، نشر میزان، چاپ اول، سال ۱۳۸۸.

۳۵. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم، پیشین،

۳۶. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی - خانواده، گنج دانش، جلد اول، چاپ هفتم، سال ۱۴۰۲.

۳۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، سال ۱۳۹۴.

۳۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ سی ام، سال ۱۳۹۵.

۳۹. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا، آیین دادرسی مدنی (طرح و جری دعوا - ختم دعوا)، شرکت سهامی انتشار، جلد دوم، چاپ اول، سال ۱۳۹۵.

۴۰. مقدس اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائدة و البرهان، فی شرح ارشاد الازدهان، جلد هشتم، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، سال ۱۴۱۸ ه.ق.

۴۱. نائینی، میرزا محمد حسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب تقریرات درس به قلم شیخ موسی نجفی خوانساری، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد اول، چاپ چهارم، سال ۱۴۱۸ ه.ق.

نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، چاپ بیست و چهارم، جلد بیست و دوم، دارالکتب الاسلامیه، سال ۱۴۰۰ ه.ق.

۴۲. نجفی، محمد حسن (جواهر الکلام)، دار احیا التراث العربی، جلد بیست و پنجم، چاپ هفتم، سال ۱۴۰۴ ه.ق.

43. Abdallah, Fathi abd al-Rahim, Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, Publication de l'universite du Caire a Khartoum, Le Caire, 1974.

44. Colin et capitant, Traite de droit civil, par L.Julliot de la Morandiere, T.1, Dalloz, Paris, 1957.

45. Corun, G "Le fond et la forme dans le droit de la famille", in Annales de droit de Louvain, T.XLIX, 1989.

46. Delaporte, Victor, Recherche sur la forme des actes j uridiques en droit international prive, these dactyl. paris, 1974.

47. Engel, Pierre, Traite des obligations en droit Suisse, Editions Ides et Calendes, Newchatel, 1973.

48. Floue, J, Quelques sur l'evolution du formalisme in le droit prive fraçais au milieu du siècle, (etudes offertes a Georges Ripert), Paris, 1950

7. Ihering, Rudolf von, L'esprit de droit romain, Traduit par Meulenacre, T.3, Paris, 1881

The role of formalism in legal acts is as old as the history of legal acts themselves. The principle of consent (the principle of freedom of expression of will in legal acts) was considered one of the fundamental legal principles until the late ۱۹th century. However, at the beginning of the ۲۰th century, formalism (emphasis on formality) gained momentum, leading to what is referred to in Western legal systems as a renaissance of formalism. This transformation contrasts with the Iranian legal community, where the advantages and values of the principle of consent are still emphasized. The concept of formalism in the Iranian legal community has a narrow interpretation, that does not align with contemporary industrial and commercial needs. Nevertheless considering the modern concept of formalism and its benefits compared to the principle of consent in today's transactional relationships, a careful review of various laws reveals that the legislator has deviated from the principle of consent and moved towards formalism in some legal relationships, especially those considered relatively novel

Key words: formalism. Legal acts. Ceremonial contracts.