

Research Paper

Historical Course of Ritual Sale in Iran

Mohammad Qandali¹, Rahim Pilwar^{*2}, Abdul Rahim Moradi³

1. PhD student, Department of Private Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

ARTICLE INFO

PP: 426-449

Use your device to scan and
read the article online



Keywords: *Historical
Course, Ceremonial Sale,
Iran*

Abstract

The purpose of the current research was historical course of ceremonial sale in Iran. Formalism, although partial, has always existed in different societies. The formation of contracts in ancient societies, for various reasons, was dependent on the observance of certain rituals, and not observing the prescribed rituals led to the invalidity of the contract. In those days, the position of the form was so much against the inner will of individuals that, for example, in the ancient laws of Rome, there was a phenomenon called single legal acts. This means that legal actions were completely independent from the will of individuals and in the formation of legal actions, there was an absolute government. Therefore, if the parties had the intention of selling and mistakenly used the words of gift, their action would be described as gift and it would not be possible to prove otherwise. In connection with the evolution of consent or the formality of contracts in Iranian law, it has been said that consent means freedom of contract in two ways, the first one comes from our traditional and jurisprudential system. In these articles, the will must be expressed in the form of "condition" or "contract" and the concluded contract will be titled. The second category of materials are the materials that entered Iran's law from the Roman-Germanic system.

Citation: Qandali, M., Pilwar, R., Moradi, A.R. (2024). **Historical Course of Ritual Sale in Iran.** *Geography (Regional Planning)*, 13(50), 426-449
DOI: 10.22034/jgeoq.2024.283074.3035

* **Corresponding author:** Rahim Pilwar, **Email:** rahimpilvar@ut.ac.ir

Copyright © 2024 The Authors. Published by Qeshm Institute. This is an open access article under the CC BY license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Extended Abstract

Introduction

One of the most important practical contracts between people and society is the sale contract. Carefully in the legal articles and also by examining the jurisprudential background, it is determined that the principle of the consent of the contracts, including the sale contract, but in some cases the legislator has prevented this principle, and the conclusion of the sale or the ability to invoke it in the courts, government or other subjecting third parties to perform formalities; Among other things, regarding the sale of immovable property, the legislator has explicitly included in articles 22, 47 and 48 of the Real Estate Registration Law, the registration of the sale contract in notary offices and according to the real estate registration offices among the formalities of this contract, and non-acceptance. Such sale has been considered in the courts and offices as a guarantee of non-observance of these formalities. In addition to this, other cases have been considered as sale formalities in the articles of different laws in different years.

Methodology

The purpose of the current research is to investigate the historical course of ritual sale in Iran. In this research, it has been tried to count the various examples of ceremonial sales mentioned by the legislator in various laws and to investigate in a specialized way what was the purpose of the legislator in establishing such ceremonies. Is the purpose of creating formalities only to defend the rights of the person performing the legal act in question, or is the purpose of requiring the parties to perform formalities, to protect and protect the rights of third parties, or is it generally to maintain order in society and prevent conflicting transactions or other purposes. After examining this goal, it is necessary to examine the guarantee of various executions in each case, stating that the guarantee of non-compliance with the formalities will invalidate the said legal act and sale, or that it will simply make it impossible to invoke that sale against third

parties. And the contract between the parties of that contract is valid even if the formalities are not followed. Finally, after examining these examples and comparing them, the goal of the legislator should be achieved in a general way by establishing formalities in some sales and finally, a general theory regarding ceremonial sales should be obtained.

Results and Conclusion

Legal transactions, especially real estate and immovable property, should be taken into consideration in any legal system, and the legislator should ensure the security of such transactions by establishing effective laws. The transaction is possible at the will of the parties.

In the legal system of Iran, according to Article 338 of the Civil Law, Articles 191, 339, 363 and paragraph 1 of article 362, the principle of ownership and the consent of the sale contract are accepted, however, the acceptance of the principle of sovereignty of will and the principle of validity of contracts, the consent of contracts is not absolute. It comes with exceptions. Ceremonial contracts, in addition to demand and acceptance, also require other formalities, and ceremonial sales also follow the same rule. Accepting the consent of the contracts regardless of the sufferings and problems that are imposed on the legal system and the society, needs a serious review.

According to the reviews of some sales, there are formalities that are foreseen for some sales with the purposes of protecting the rights of the parties to the contract and third parties, preventing false lawsuits, protecting public interests, observing social order, etc. are

After the approval of Article 62 of the Law on Permanent Decrees of the Development Programs of the Country, which has established the creation effect of the formalities, and while accepting the authenticity of such transactions for registration, it has only considered the confirmation effect, and with the approval of the plan, the obligation to officially register real estate transactions and Non-registration and non-observance of

formalities is considered as invalidity of the concluded transaction.

In the pre-sale contract of the building, in the beginning, it cannot be considered as a consent agreement in any way, but according to the explicitness of the legislator regarding the presentation of special documents and also its regulation according to the official document and other conditions, it is definitely a pre-contract. The sale of an apartment is

classified as a formal contract, and failure to comply with the prescribed formalities will result in its cancellation. Unfortunately, this guarantee of implementation has not been explicitly determined by the legislator, but the relevant implementation guarantee should be determined by considering the bases and goals of the legislator for the establishment of such regulations.

References

1. Akhundi, Ruhollah and Karimi, Abbas and Almasi, Nejad Ali, mistakes in the subject of the contract with a comparative study of French and English law, first chapter, Imam Sadegh University Publications, Tehran, 2019[In Persian].
2. Ali bin Hussain bin Abdul Ali Karki, Sheikh Nuruddin (Moghaghig Karki), Jami al-Maqasad fi al-Sharh al-Qasas Mohaghig al-Thani, Al-Al-Bayt Institute against Islam, Qom, Ch. 3, Vol. 5, 1414 A.H. [In Persian].
3. Al-Mousavi Al-Khoei, Seyyed Abul-Qasim, Misbah al-Faqaha fi al-Maamalat, second volume, Islamic publication, Qom, 1419 A.H. [In Persian].
4. Ansari, Masoud and Taheri, Mohammad Ali, Encyclopaedia of Private Laws, Chapter 1, Volume 3, Jangal Publications, Tehran, 2008[In Persian].
5. Ansari, Morteza bin Muhammad Amin, al-Makasab, vol. 3, ch 8, Majmaal al-Fikr al-Islami Publications, Qom, 2015[In Persian].
6. Ansari, Waliullah, Law of Administrative Contracts, 4th edition, Hokhudaan Publication, Tehran, 2017[In Persian].
7. Bahrami, Zahra, The Right to Goodwill: The Right to Business, Profession and Trade, Chapter 6, Negah Bineh Publications, Tehran, 2012[In Persian].
8. Emami, Mohammad and Astvar Sangri, Korosh, Administrative Law, Vol. 2, Ch. 5, Mizan Publications, Tehran, 1401[In Persian].
9. Emami, Seyyed Hassan, Civil Rights, Volume 1, Ch 40, Islamia Publications, Tehran, 1401
10. Esfahani, Ragheb, Al-Mufardat Fi Gharib al-Qur'an, second chapter, Al-Katab Publishing House, 1404 AH, Tehran[In Persian].
11. Fadaei Iraqi, Gholamreza, an introduction to the recognition of archival documents, Samit Publications, Tehran, 2017[In Persian].
12. Fallah, Mohammad Reza, proof and proof in the Law of Landlord and Tenant Relations 1376, Vol. 2, Ch. 2, Jangal Publications, Tehran, 1388[In Persian].
13. Fani. Manochesar, the nature of the auction and its related ceremonies in jurisprudence and the law on the execution of civil orders, first chapter, Jangal Publications, Tehran, 2014[In Persian].
14. Faraj al-Sadah, Abdul Moneim, Theory of contract in the laws of the Arab countries, Dar al-Nahdah al-Arabiya, Beirut, 1974. [In Persian].
15. Ghasemi, Mohsen; formalism in civil rights; Ch 1, Tehran: Neshramizan, 1388. [In Persian].
16. Hayati, Ali Abbas, civil rights 2, property and ownership, 2nd chapter, Mizan Legal Foundation, Tehran, 2019[In Persian].
17. Hosni, Hassan, Business Law, Mizan Publications, Ch 5, Tehran, 2015[In Persian].
18. Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadegh, Al-Masal Mustadhdeh, Dar al-Katab Institute, fourth quarter, Qom, 1414 Qomri[In Persian].
19. Hosseini Zubeidi, Mohammad Morteza, Taj al-Arus Man Jawaher Al-Qamoos, Vol. 13, Dar al-Hidayeh Publications, Beirut, 2014[In Persian].
20. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Encyclopaedia of Civil and Business Laws: Laws of Obligations, Contracts and Events, Chapter 1, Ganj Danesh Publications, Tehran, 2018[In Persian].
21. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Expanded Law Terminology, Volume 3, Chapter 3, Ganj Danesh Publications, Tehran, 2016[In Persian].

22. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Mediator in Legal Terminology, 8th Ch., Ganj Danesh Publications, Tehran, 1402[In Persian].
23. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, property rights, 6th chapter, Ganj Danesh publishing house, Tehran, 2018[In Persian].
24. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Registration Laws, Chapter 5, Ganj Danesh Publications, Tehran, 2013[In Persian].
25. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, The Effect of Will in Civil Rights, Fourth Chapter, Ganj Danesh Publications, Tehran, 1401[In Persian].
26. Khodabakhshi, Abdullah, Laws Governing the Implementation of Civil Votes, 8th Ch., Publishing Company, Tehran, 1400[In Persian].
27. Omid, Hassan, Farhang Omid, Ch 17, Amir Kabir Publishing House, Tehran, 1379[In Persian].
28. Rafiei Moghadam, Ali, The Consensual Principle of Legal Actions, Vol. 1, Imam Sadegh University Publications, Tehran, 2019[In Persian].
29. Safaei, Seyyed Hossein, Introductory Course of Civil Rights: Persons and Property, Vol. 1, Ch. 28, Naşramizan,1 Tehran, 2019[In Persian].
30. Safai, Seyyed Hossein, General Rules of Contracts, Volume 2, Chapter 13, Mizan Publications, Tehran, 2011[In Persian].
31. Salehi, Hamid, Rights to register documents and properties in Iran, first edition of Sharq Publications, Tehran, 1375[In Persian].
32. Shahid Thani, Zain al-Din bin Ali, Al-Rawzah al-Bahiyyah fi Sharh al-Ma'ah Al-Mashqiyya, Vol. 3, Ch. 12, Dar al-Tafsir Publications, Qom, 2013[In Persian].
33. Shahidi, Mehdi, Civil Rights 6 (Specific Contracts 1), Ch 22, Majd Publications, Tehran, 2018[In Persian].
34. Shahidi, Mehdi, collection of legal articles: civil law, commercial law, criminal law, private international law, 3rd chapter, Majd Publishing House, Tehran, 2011[In Persian].
35. Shahidi, Mehdi, formation of contracts and obligations; 16th edition, Majd Publishing House, Tehran, 1401. [In Persian].
36. Shahidi, Mehdi, Principles of Contracts and Obligations, Volume 2, Chapter 5, Majed Publications, Tehran, 2018 [In Persian].
37. Shahri, Gholamreza, Laws of Registration of Documents and Real Estate, Ch. 18, Jihad University Press, Tehran, 2015 [In Persian].
38. Shiravi, Abdul Hossein, Laws of Contracts, Chapter 1, Samet Publications, Tehran, 2016 [In Persian].
39. Skini (A), Rabia, Trade Laws, Commercial Companies, Vol. 1, Semt Publications, Vol. 2, 2017 [In Persian].
40. Skini (B), Rabia, Trade Laws of Commercial Companies, Vol. II, Vol. I, Semat Publications, Tehran, 1377 [In Persian].
41. Sotoudeh Tehrani, Hassan, Trade Laws, Vol. 1, Judicial Gazette, Vol. 1, Tehran, 1374[In Persian].
42. Tabatabai Motmani, Manouchehr, Administrative Law, Ch 25, Semit Publishing House, Tehran, 1401[In Persian].
43. Taheri Fard, Mohammad Reza, Alavi Seyed Abuzar, and Bahrami Bahram, Rights of litigants and third parties in the execution of civil judgments auction, third edition, Negah Bineh Cultural and Publishing Institute, Tehran, 2014[In Persian].
44. Tahir Mousavi, Youssef, Landlord and Tenant Rights in the Law of Landlord and Tenant Relations approved in 1376 (Evacuation of Commercial and Residential Premises - Goodwill in Iranian Law), third chapter, Majd Publications, Tehran, 1394[In Persian].
45. Zargosh, Mushtaq, civil responsibility of the government; Theoretical foundations, first volume, second edition, Tehran, Mizan Publishing House, 1400[In Persian].
46. Zarkalam, Sattar, Literary and Artistic Property Rights, Ch. 2, Samet Publications, Tehran, 2018[In Persian].



فصلنامه جغرافیا (برنامه ریزی منطقه ای)

دوره ۱۳، شماره ۵۰، بهار ۱۴۰۲

شاپا چاپی: ۶۴۶۲-۲۲۲۸ شاپا الکترونیکی: ۲۱۱۲-۲۷۸۳

Journal Homepage: <https://www.jgeoqeshm.ir/>



مقاله پژوهشی

سیر تاریخی بیع تشریفاتی در ایران

محمد قندالی - دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

رحیم پیلوار* - استادیار، گروه حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

عبدالرحیم مرادی - استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

اطلاعات مقاله	چکیده
شماره صفحات: ۴۴۹-۴۲۶ از دستگاه خود برای اسکن و خواندن مقاله به صورت آنلاین استفاده کنید  واژه‌های کلیدی: مفهوم صلاحیت نوع صلاحیت، مراجع رسیدگی، بخش تعاون.	هدف از پژوهش حاضر، سیر تاریخی بیع تشریفاتی در ایران بود. شکل‌گرایی هر چند به صورت جزئی، اما همواره در جوامع مختلف وجود داشته است. شکل‌گیری قراردادهای 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 به‌عنوان مثال در حقوق قدیم رم، پدیده‌ای به نام اعمال حقوقی مجرد 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. در ارتباط با سیر تحولات رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران گفته شده است که رضایی بودن یعنی آزادی قراردادی در دو سنخ وجود دارد، دسته اول برآمده از نظام سنتی و فقهی ماست. در این مواد اراده باید در شکل و قالب «شرط» یا «عقد» ابراز شود و قرارداد منعقدۀ عنوان‌دار خواهد بود. دسته دوم مواد، موادی هستند که از نظام رومی- ژرمنی وارد حقوق ایران شده‌اند.

استناد: قندالی، محمد؛ پیلوار، رحیم؛ مرادی، عبدالرحیم (۱۴۰۲). سیر تاریخی بیع تشریفاتی در ایران. فصلنامه جغرافیا (برنامه‌ریزی منطقه ای)، ۱۳(۵۰)، صص: ۴۴۹-۴۲۶

DOI: 10.22034/jgeoq.2024.283074.3035

مقدمه

یکی از انواع تقسیم بندی میان عقود تقسیم آن ها به عقود رضایی و تشریفاتی می باشد. عقود رضایی عقودیه هستند که انعقاد آنها به صرف وقوع ایجاب و قبول میان دو طرف عقد وابسته می باشد. به بیان دیگر به محض وقوع ایجاب از سوی یکی از طرفین عقد و قبول آن ایجاب از سوی طرف دیگر منجر به وقوع عقد می گردد و نیاز به هیچ اقدام دیگری از سوی طرفین نمی باشد بر عکس در عقود تشریفاتی قانونگذار بنا به مصالحی علاوه بر وقوع ایجاب و قبول از سوی طرفین انعقاد عقد را منوط به تحقق تشریفات خاصی نموده است و تا زمانی که تشریفات مد نظر قانونگذار انجام نگیرد، عقد واقع نمی شود و در برخی موارد علی رغم وقوع نمی تواند اثری از خود بر جای بگذارد.

یکی از مهم ترین عقود کاربردی بین مردم و جامعه عقد بیع می باشد. با دقت در مواد قانونی و همچنین با بررسی پیشینه فقهی مشخص می گردد که اصل بر رضایی بودن عقود از جمله عقد بیع می باشد ولی در برخی موارد قانونگذار از این اصل عدول نموده و انعقاد بیع یا قابلیت استناد آن در دادگاه ها، دولت و یا سایر اشخاص ثالث را منوط به انجام تشریفات نموده است؛ از جمله در خصوص بیع اموال غیر منقول قانونگذار صراحتاً در مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت عقد بیع در دفاتر اسناد رسمی و به تبع ادارات ثبت اسناد و املاک را در زمره تشریفات این عقد قرار داده است و عدم پذیرش چنین بیعی در محاکم و ادارات را به عنوان ضمانت اجرای عدم رعایت این تشریفات در نظر گرفته است. علاوه بر این مورد موارد دیگری نیز در مواد قانون های مختلف در سنوات گوناگون به عنوان تشریفات بیع در نظر گرفته است که در این تحقیق سعی بر آن خواهد شد که مصادیق مختلف از بیع های تشریفاتی که قانونگذار در قانون های مختلف به آن ها اشاره نموده است، احصاء و به صورت تخصصی بررسی شود که هدف قانونگذار از وضع چنین تشریفاتی چه بوده است. آیا هدف از ایجاد تشریفات صرفاً دفاع از حقوق انجام دهنده عمل حقوقی مد نظر می باشد و یا اینکه هدف از الزام طرفین به انجام تشریفات، حراست و حفاظت از حقوق اشخاص ثالث می باشد و یا اینکه به طور کلی حفظ نظم جامعه و جلوگیری از انجام معاملات معارض و یا اهداف دیگری می باشد و پس از بررسی این هدف به بررسی ضمانت اجرای مختلف در هر مصداق باید پرداختیم بر اینکه ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات، باعث بطلان عمل حقوقی و بیع مزبور خواهد شد و یا اینکه صرفاً موجب عدم امکان استناد به آن بیع در مقابل اشخاص ثالث خواهد شد و قرارداد مزبور میان طرفین آن قرارداد حتی در صورت عدم رعایت تشریفات نافذ و معتبر باشد. نهایتاً پس از بررسی این مصادیق و مقایسه آن ها باید هدف قانونگذار را به صورت کلی از وضع تشریفات در برخی از بیع ها به دست آورده و نهایتاً یک نظریه عمومی در خصوص بیع تشریفاتی به دست آورد.

لازم به ذکر است قانون مدنی در تعریف بیع به تبعیت از سنت فقه شیعه، در ماده ۳۳۸ خود از تملیک عین به عوض معلوم سخن گفته است و چون عین اعم از معین و کلی است قلمرو بحث پژوهش، هم حقوق عینی خواهد بود هم تا حدی حقوق دینی، همچنین به اموال غیر ملموس و غیر مادی یعنی اموال فکری و حق کسب یا پیشه و سرقتی هم خواهیم پرداخت زیرا از لحاظ حقوقی ممکن است تمام موارد فوق الذکر مشمول عنوان بیع واقع شوند.

ادبیات پژوهش

تعریف بیع

به قطعیت می توان گفت کاربردی ترین عقد معین در میان تمامی عقود، عقد بیع می باشد که مردم از ابتدای تاریخ بشریت با آن سر و کار داشته اند و برای رفع نیازهای خود اقدام به خرید و فروش می نمودند و در ادامه اساس معاملات و روابط تجاری بر اساس همین بیع بنا گردیده است و این امر نیز باعث گردیده حتی در کتب فقهی بحث بیع پیش از سایر عقود مطرح و احکام راجع به آن بیان گردد. بسیاری از حقوقدانان آن را کاملترین قسم از اقسام عقود معوض می دانند. (امامی، ۱۴۰۱: ۴۱۶)

۳- بیع اموال غیر مادی شامل فروش سرقفلی، فروش سهام شرکتها و فروش حق تالیف و آثار هنری. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: صص ۲۵۵-۳۰۵). لذا همانگونه که فوقاً بیان شد با توجه به آنچه در این پژوهش مدنظر ما می باشد که مطلق یا مشروط بودن تاثیر اراده است، صرفاً عقود را از نظر رضایی و تشریفاتی بودن بررسی نموده و در مصادیق مختلف آن بررسی خواهیم نمود.

بند اول: بیع رضایی

در بیع رضایی، عقد مورد نظر به صرف توافق طرفین در مبيع و ثمن و به محض ایجاب و قبول منعقد می گردد و نیاز به هیچ عنصر دیگری برای تحقق نخواهد داشت و قصد انشاء به انضمام سایر شرایط اساسی صحت معاملات سازنده بیع مد نظر خواهد بود. برای تحقق بیع مقنن اقدام به پیش‌بینی شرایطی نموده است. این شرایط به دو دسته‌ی؛ عمومی و اختصاصی تقسیم‌بندی می‌شوند. شرایط عمومی، شرایطی هستند که صرفاً مختص عقد بیع نبوده و همه عقود و قراردادهای باید برخوردار از آن باشند؛ در واقع، هر عقدی که به نحو صحت واقع شود، الزاماً باید واجد شرایط عمومی باشد. این شرایط در نظام حقوقی ایران در ماده «۱۹۰» قانون مدنی پیش‌بینی شده‌اند.^۱ البته خود قانون برخی از عقود را از تعدادی از شرایط مندرج در ماده «۱۹۰» معاف دانسته است. برای مثال در عقد جعاله، قانون‌گذار علم تفصیلی به عمل و اجرت جعاله را لازم ندانسته است.^۲ در مقابل شرایط اختصاصی، شرایطی هستند، که برای انعقاد برخی از بیع ها و در موارد مشخص پیش‌بینی شده است. بنابراین وجود شرایط عمومی همان گونه که از نام آن نیز پیدا است، در تمامی عقود ساری و جاری است، در حالی که شرایط اختصاصی در برخی از بیع های تشریفاتی وجود دارد.

بنابراین؛ در تحقق عقود رضایی (بیع رضایی) به تشریفات خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین، کتبی بودن، لزوم تنظیم سند و ... نیاز نیست و به محض توافق طرفین، عقد کامل می‌شود چراکه در اثر گذاری قرارداد، نیاز به تشریفات خاص دیگری نیست. مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اصولاً عقود با تراضی واقع می‌شود و نیاز به تشریفات خاص ندارد. این نوع از بیع را به اعتبار کافی بودن رضای دو طرف در وقوع آنها، بیع رضایی می‌نامند.

بیع تشریفاتی

اما در بیع تشریفاتی علاوه بر قصد طرفین نیاز به تشریفات دیگری می باشد که مقنن نظر به مصالحی آنها را تعیین و رعایت آنها را الزامی دانسته است و چنانچه در ادامه این پژوهش بدان خواهیم پرداخت تاثیر عدم رعایت این تشریفات را در برخی از مصادیق بیع های تشریفاتی ملاحظه خواهیم نمود. در عقد رضایی هرگاه قصد انشاء در آن مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد نماید، صحیح شناخته می‌شود و احتیاج به الفاظ و عبارات مخصوص و یا تشریفات خارجی دیگری ندارد. در مقابل، عقد تشریفاتی افزون بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا بتواند دارای آثار قانونی شود" (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۱۸۱). در هر عمل حقوقی علتی تامه برای ایجاد وجود دارد که متشکل از مقتضی و عدم مانع است. مقتضی نیز متشکل از سبب و شرط است. در عقود تشریفاتی که سببی خاص برای ایجاد لازم است در واقع به نوعی مانع است که باید رفع شود و وقتی مقتضی عقدی که همان اشراط آن در ضمن عقد اصلی به عنوان شرط نتیجه است ایجاد شد، تکلیفی برای مشروط علیه با عنوان رفع مانع ایجاد میشود؛ مثلاً با توجه به نظر کسانی که انتقال مال غیر منقول ثبت شده را تشریفاتی میدانند ثبت معامله در دفتر اسناد مانعی برای مالکیت است که باید مشروط علیه آن را رفع کند و با توجه به ایجاد مقتضی میتوان مشروط علیه را مجبور به رفع مانع نمود. (باقری و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۸۴) هر چند برخی از اساتید معتقدند جزء برخی از عقود که علاوه بر ایجاب و قبول تسلیم مورد عقد در آنها لازم شمرده شده است، نظیر بیع صرف (ماده ۳۶۴ ق.م. عقد تشریفاتی که بدون اجرای تشریفات باطل باشد به نظر نمی رسد. (شهیدی، ۱۴۰۱: ۸۵)

۱. ماده ۱۹۰ ق. م: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله دارد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله.»

۲. ماده ۵۶۳ ق. م: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست. بنابراین، اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است». همچنین ماده ۵۶۴ ق.م مقرر می دارد: «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد».

ولی به نظر می‌رسد که این استدلال صحیح نیست و در ادامه به مصادیقی از بیع‌های تشریفاتی خواهیم پرداخت که با توجه به هدف مقنن نتیجه عدم رعایت تشریفات مقرر حتی بطلان بیع منعقد خواهد بود و رعایت تشریفات جزئی از ارکان بیع در نظر گرفته می‌شوند.

تشریفات

بررسی معنی و مفهوم تشریفات امری ضروری است و در این بین برخی از تشریفات به قدری مهم و دارای اهمیت است که بدون رعایت آنها عمل حقوقی واقع نمی‌شود بنابراین باید معلوم باشد که تشریفات چیست و اهمیت آن از چه لحاظ است و اقسام و انواع آن کدام است. لذا در این مبحث ابتدا به تعریف واژه تشریفات و شکل‌گرایی خواهیم پرداخت و پس از آشنایی با این مفهوم‌های اولیه به اهمیت تشریفات در طول تاریخ خواهیم پرداخت و پس از آشنایی با اقسام تشریفات در نظام حقوقی داخلی انواع تشریفات بر حسب نوع اثر بر بیع را بررسی خواهیم نمود.

تعریف تشریفات^۱

با توجه به تعاریفی که در مقابل واژه تشریفات در کتب لغت بیان شده می‌توان به این نتیجه رسید که دو نوع تعریف متفاوت از آن توسط نویسندگان ارائه گردیده است. در معنای اول و با در نظر گرفتن ماهیت مصدری آن، تشریفات از ریشه شرف می‌باشد و به معنای بزرگی ذاتی، مرتبه و قدر می‌باشد و در مقابل در معنای دیگر، ماهیت شکلی آن در نظر گرفته شده و به معنای آرایش و زینتی که جهت پذیرائی میهمان محترم در خانه دهند و آنچه از ماکول و مشروب برای وی حاضر نمایند و تکلفی که میزبان جهت خوشگذرانی میهمان کند، بیان شده است.^۲ معنای حقوقی تشریفات با معنای لغوی آن بی‌مناسبت نیست. از نظر حقوقی تشریفات به چیزی گفته می‌شود که آزادی اراده اشخاص را برای انشای عمل حقوقی دچار محدودیت می‌کند (گلین مقدم، ۱۳۷۶: ۱۰۴). در عالم حقوق تشریفات به مجموعه‌ای از رعایت ترتیبات، انجام اعمال و رفتار و حتی گفتار خاص و مواردی گفته می‌شود که در شرع، قوانین، مقررات و کنوانسیون‌های داخلی و بین‌المللی مقرر گردیده است که عدم رعایت آن‌ها می‌تواند حتی منجر به بطلان عمل حقوقی مورد نظر گردد.

می‌توان تشریفات را چنین تعریف کرد: اموری که حسب قانون یا عرف با قرارداد رعایت آنها در شکل ایجاد عمل حقوقی کامل و تمام ضروری است. تشریفات به هر درجه از اهمیت باشد اعتقاد به این که جزء ماهیت عقد یا ایقاع می‌گردد مبالغه آمیز به نظر می‌رسد و همچنین تشریفاتی که دلیل اثبات ادعا قرار می‌گیرند چنین نیست که ضرورتاً دلیل اثبات ادعا را افزایش داده باشند. تشریفات جزء ارکان و ماهیت عقد نمی‌گردند بلکه شرایط و مقتضی را برای ایجاد ماهیت مورد نظر فراهم می‌آورند (نوعی، ۱۳۷۷: ۴۰).

تعریف تشریفات به اموری که زائد بر شرایط عمومی صحت معاملات در تشکیل عقد دخالت دارد، برخی از حقوق دانان را به این نتیجه رسانده است که عقد عینی نیز نوعی عقد تشریفاتی محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۴۰۱: ۸۵-۸۴) برخی، دامنه تضییق را تنگ‌تر کرده 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 (کاتوزیان، ۱۴۰۱ الف: ۸۸).

در واقع تشریفات اموری است که بر ماهیت عمل حقوقی یا دلیل اثبات آن بیفزاید، نظر به مصلحتی که مقنن ضروری بداند پس تشریفات دو قسم است: اول - تشریفات اعتبار عقد یا ایقاع مانند تنظیم سند رسمی در انتقال سرقفلی دوم - تشریفات اثبات عقد یا ایقاع مانند سند رسمی در عقد نکاح و بیمه نامه اعم از رسمی یا عادی در عقد بیمه در این مورد عقد با وجود عدم تنظیم سند صحیح است ولی بر عدم رعایت تشریفات دلیل اثبات آثاری از نظر جزائی یا آیین دادرسی مدنی مترتب می‌شود. در مورد نکاح اثر کیفری مترتب است. در مورد بیمه اثر از نظر آیین دادرسی مدنی مترتب می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۸۱۶)

آنچه باعث شمرده شدن تشریفات در زمره ارکان و ماهیت عمل حقوقی می‌گردد، اهمیت این تشریفات است و اهمیت تشریفات وابسته به اهمیت عمل حقوقی است؛ بدین توضیح که هر عمل حقوقی که برای مقنن دارای اهمیت بالاتری باشد تشریفات ویژه‌ای نیز برای آن مقرر می‌نماید.

1. Formalism

2. <https://dehkhoda.ut.ac.ir>

تشریفات در عقود عبارت از شرایطی علاوه بر شرایط اساسی معامله است که قانونگذار جهت ایجاد یا استحکام عقد رعایت آن را الزامی دانسته و یا افراد بر رعایت آنها توافق نموده باشند یا بر اساس عرف مسلم رعایت آن چهره الزامی به خود گرفته باشد و بدون رعایت آنها عقد ایجاد نمی شود یا از کلیه آثار و نتایج یک عقد معمولی و عادی و کامل برخوردار نمی شود. ممکن است گفته شود تشریفات در عقد معنایی اخص از آنچه گفته شد دارد به این معنی که فقط شامل اموری است که عدم رعایت آنها موجب بطلان عقد میشود این معنای تشریفات خاص است. ولی تشریفات به معنای عام می تواند دارای ضمانت اجرایی غیر از بطلان باشد.

از نظر این پژوهش، در واقع تشریفات، به معنای ترتیبات خاصی هستند که مقنن و یا حتی طرفین قرارداد برای اثرگذاری و تحقق عقد، آنها را به عنوان شرایط اختصاصی ذکر می کنند و عدم رعایت آن ها دارای ضمانت اجرای مختلف حسب مورد و در برخی موارد حتی به بطلان عمل حقوقی منعقد نیز منجر گردد.

انواع تشریفات بر حسب نوع اثر بر بیع

هر کدام از تشریفات که توسط قانونگذار تعیین و رعایت آنها بر خلاف اصل رضایی بودن عقود، در برخی از آنها الزامی می گردد را می توان بر حسب اینکه چه تاثیری بر بیع تشریفاتی خواهند داشت تقسیم بندی نمود. لذا در این گفتار به تفکیک در بند اول به تشریفات به عنوان شرط صحت بیع که به آن تشریفات به معنای خاص نیز گفته می شود می پردازیم و سپس در بند دوم و سوم به ترتیب به تشریفات به عنوان شرط قابلیت استناد بیع در مقابل شخص ثالث و در انتها و بند سوم تشریفات موثر در تحقق عمل حقوقی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

تشریفات به عنوان شرط صحت بیع

بعضی از تشریفات که در نظام حقوقی ایران توسط مقنن تعیین گردیده است را می توان یکی از ارکان بیع مدنظر و شرط تحقق آنها دانست که نمونه آن در قوانین سایر کشورها نیز یافت می گردد.

در حقوق آلمان، سه نوع شکل نوشتاری به عنوان شرط صحت دسته ای از اعمال حقوقی مقرر شده است:

۱- سند عادی^۱ در قراردادهایی نظیر اجاره غیر منقول با مدت بیش از یکسال (مواد ۵۶۶ و ۵۸۱ ق م (B.G.B) و عقد ضمان (ماده ۷۶۶ ق م)

۲- سند عادی دارای گواهی امضاء از سوی سردفتر اسناد رسمی^۲ (بند ۱ ماده ۱۲۹ ق م و مواد ۳۹ به بعد قانون ثبت آلمان) که علاوه بر اینکه بطور کلی برای ثبت معاملات در دفاتر رسمی^۳ لازم است در قرارداد انتقال طلب، شرط صحت عمل حقوقی به شمار می رود. (مواد ۴۰۳، ۴۱۱ و ۱۱۵۴ ق. م) و در آن، سر دفتر به کنترل مفاد و محتوای سند نمی پردازد.

۳- سند رسمی تنظیمی توسط سردفتران^۴ که طی آن، سر دفتر باید طرفین را مورد راهنمایی و مشاوره در خصوص ماهیت و آثار عمل حقوقی مورد نظر قرار دهد و سپس اظهارات و اراده اعلامی ایشان را اخذ و تحریر کرده و پس از کنترل مفاد و محتوای آن متن سند نوشته شده را برای آنها خوانده و در نهایت آنها را به امضای ایشان رسانده و خود نیز آن را امضا نماید (ماده ۱۲۸ ق. م و مواد ۶ تا ۳۵ قانون ثبت آلمان).^۵ این نوع فرم در دسته ای از اعمال حقوقی نظیر بیع غیر منقول (ماده ۳۱۳ ق. م)، قراردادهای مربوط به ارث^۶ (مواد ۳۱۲، ۲۰۳۳، ۲۳۴۸ و ۲۳۷۱ ق م) و توافق بر انتقال مالکیت مال غیر منقول ماده ۹۲۵ ق م) به عنوان شرط صحت عمل حقوقی مقرر شده است. (به نقل از: قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۵۶)

بند ۱ و ۲ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوییس^۷ نیز مقرر نموده اند عقد بیع اموال غیرمنقول و قرارداد مقدماتی و قراردادی که حق تقدم در خرید یا بازخرید را در رابطه با اموال غیرمنقول اعطا می کند تنها در صورتی معتبر است که به صورت سند رسمی انجام شده باشد.

1. Schriftform.

2. öffentliche Beglaubigung.

3. Immatriculation - Inscription.

4. Notarielle Beurkundung.

5. Beurkundungsgesetz= BeurkG.

6. Contrats en Matière Successorale.

7. 1-A Contract for the Sale of Immovable Property Is Valid Only if Done as a Public Deed.

2-A preliminary contract and an agreement conferring a right of pre-emption, purchase or repurchase in relation to immovable property is valid only if done as a public deed

این نوع از تشریفات که رکن محسوب می‌شوند غالباً به منظور از حمایت از نظم حقوقی جامعه معین گردیده‌اند. این تشریفات، به جهت مصلحت جامعه و ضرورت رعایت نظم عمومی، از جمله قواعد «آمره» هستند. بر همین اساس توافق بر خلاف آن امکان‌پذیر نبوده و ملزم به رعایت آنها می‌باشند و بدیهی است عدم رعایت آنها در واقع عدم تحقق یکی از ارکان بیع تشریفاتی و نتیجتاً عدم وقوع بیع می‌باشد که مصداق بارز آن در حقوق داخلی مناقصه و مزایده می‌باشد که عدم رعایت تشریفات در آنها منجر به عدم تحقق بیع و نهایتاً اعلام بطلان آن توسط مرجع ذیصلاح خواهد شد. تنظیم سند رسمی در بیع سرقفلی موضوع تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ و همچنین در مورد انتقال اموال غیر منقول وفق مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ نیز بحث اختلافی میان نویسندگان و اساتید حقوق مطرح گردیده است و برخی تنظیم سند رسمی را شرط تحقق عقد بیع می‌دانند که در این مورد به طور مفصل بحث خواهیم نمود و نظرات اساتید مختلف بیان خواهد شد.

تشریفات به عنوان شرط قابلیت استناد بیع در مقابل ثالث

برخی از تشریفاتی که توسط مقنن در بیع‌های تشریفاتی وضع می‌گردد به هیچ وجه رکن و یا شرط صحت بیع منعقد نخواهد بود بلکه بیع مزبور هرچند میان متعاقدين معتبر و دارای آثار می‌باشد ولی در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست و عدم رعایت تشریفات منجر به غیر قابل استناد شدن آن بیع در مقابل اشخاص ثالث خواهد شد.

مقصود از قابلیت استناد، وضعیت حقوقی یک عمل حقوقی یا یک سند است که بر اساس آن میتوان اشخاص ثالث را وادار به رعایت آن عمل یا سند و خودداری از رفتار مادی یا عمل حقوقی منافی و معارض با آن نمود چنانکه عمل حقوقی یا سند قابل استناد به مثابه یک واقعیت اجتماعی خود را بر تمام اشخاص ثالث تحمیل میکند و همه ملزم به رعایت آنند. برعکس اگر یک عمل حقوقی و یا یک سند غیر قابل استناد باشد، اشخاص ثالث می‌توانند وجود آن را نادیده انگارند و چنان رفتار کنند که گویی اساساً وجود ندارد.

باید توجه داشت که اصل بر قابل استناد بودن اعمال حقوقی و اسناد است با این همه در مواردی قانونگذاران قابل استناد بودن برخی اعمال حقوقی مهم را مشروط به رعایت دسته‌ای از الزامات شکلی کرده‌اند با این هدف که از اشخاص ثالث در برابر وضعیت‌های خطرناکی که ممکن است در اثر اینگونه اعمال حقوقی رضایی بدید آید، حمایت موثری صورت گیرد. (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۷۰)

نمونه بارز این گونه تشریفات در نظام حقوقی کشورمان را می‌توان در بحث تشریفات انتقال و بیع سهام با نام در شرکت‌های سهامی ملاحظه نمود که در مباحث بعدی به آن به طور مفصل خواهیم پرداخت. مطابق ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت انتقال سهام بانام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی او باید انتقال را در دفتر مزبور امضا کند... و هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است. در این ماده به وضوح قانونگذار به عدم قابلیت استناد چنین بیعی در مقابل اشخاص ثالث از جمله شرکت به لحاظ عدم رعایت تشریفات تصریح نموده است.

بنا به عقیده برخی ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات مربوط به انتقال اموال غیر منقول وفق مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، عدم قابلیت استناد چنین بیعی در مقابل اشخاص ثالث از جمله دولت و محاکم است. دکتر شهیدی معتقد است قانونگذار در ماده ۲۲ قانون ثبت درباره معاملات مربوط به اموال غیرمنقول که با اسناد عادی صورت می‌گیرد، اساساً در مقام بیان وضعیت وضعی معامله مزبور از حیث صحت و بطلان نیست، بلکه می‌گوید معامله به موجب سند عادی در مقابل دولت قابل استناد نیست. بدین ترتیب هیچ بیانی درخصوص رابطه اطراف عقد ندارد و به این جهت نباید نظر قانونگذار را حمل بر بطلان کرد. به عبارت دیگر، منظور این است که صرف ارائه سند عادی بر وقوع معامله نمی‌تواند در ادارات دولتی مثبت مالکیت خریدار مذکور در سند عادی باشد (شهیدی، ۱۳۹۸: ۶۲).

همچنین برخی دیگر معتقدند با عنایت به اینکه هدف از وضع چنین تشریفاتی در بدو امر مالکین و سپس اشخاص ثالث خارج از معامله می باشد لذا نهایتاً می توان قائل به عدم قابلیت استناد معامله انجام شده بدون رعایت تشریفات مقرر بود (نهرینی، ۱۳۸۴: ۳۳۷). بدین ترتیب گرچه عمل حقوقی مورد نظر میتواند به صورت رضایی منعقد شود و به لحاظ برخورداری از شرایط اساسی صحت معاملات ماده ۱۹۰ ق م ایران نسبت به طرفین عمل و قائم مقام قانونی آنها موثر بوده و ایجاد حق و تکلیف نماید (ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران) اما اشخاص ثالث تنها در صورتی موظف به رعایت آن هستند که بواسطه انجام شکل های مقرر موسوم به تشریفات انتشار، از وجود آن آگاه شده یا دست کم امکان آگاهی از آن را داشته باشند. (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۷۲) البته پس از وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور^۱ قانونگذار صراحتاً ضمانت اجرای غیر قابل استناد بودن بیع هایی که می بایست مطابق قانون به ثبت برسند را مقرر نمود. به موجب این ماده، هر چند اشخاص مکلف به تنظیم سند رسمی در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده هستند و اسناد عادی در برابر اشخاص ثالث استناد ناپذیر است ولی اگر اعتبار شرعی سند عادی به عنوان یک دلیل اثباتی برای دادگاه احراز گردید از حجیت کافی اثباتی برخوردار خواهد بود. (قنوتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۳).

بررسی و تحلیل مقررات حوزه ثبت مالکیت های صنعتی در ایران نشان می دهد مقنن ایرانی حمایت از اشخاص ثالث طرف معامله با دارنده حقوق مالکیت صنعتی سیستم تاییدی را اتخاذ کرده و ثبت نزد اداره مالکیت صنعتی را شرط قابلیت استناد و تاثیر قرارداد در برابر اشخاص ثالث قرار داده است. (طباطبایی حساری، ۱۳۹۶: ۳۰۵)

لذا با توجه به قوانین موجود در حوزه مالکیت صنعتی می توان گفت بیع حق اختراع، طرح صنعتی و علامت تجاری، در زمره بیع های تشریفاتی است که قانونگذار به هیچ وجه به دنبال ایجاد سیستم ایجاد و به تبع بطلان معامله ناشی از عدم رعایت تشریفات نبوده است. بلکه عدم رعایت چنین تشریفاتی را غیر قابل استناد بودن چنین معاملاتی در مقابل اشخاص ثالث تعیین کرده است.

تشریفات به عنوان شرط قابلیت اثبات بیع

در برخی موارد قانونگذار تشریفاتی را در انواع بیع های تشریفاتی مقرر نموده است که رعایت آنها به عنوان شرط قابلیت اثبات بیع مد نظر می باشد و بنا بر نظر مقنن حسب مورد اثبات آن از سایر طرق امکان پذیر نمی باشد. شاید بتوان بیع پیشفروش ساختمان را که قانون گذار به موجب قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ در زمره بیع های تشریفاتی درآورده است از سنخ تشریفات به عنوان شرط قابلیت اثبات ذکر نمود و اگر متعاقدين تشریفات مقرر در این خصوص را رعایت نمایند نمی توانند از سند منعقد به عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان استفاده نمایند و به تبع امکان استفاده از مزایای قانونی مندرج در قانون پیش فروش ساختمان را نیز نخواهند داشت بلکه از سند موجود به صورت عادی و یک تعهد مدنی می تواند استفاده نمایند. نا گفته نماند در این خصوص نیز متأسفانه به علت عدم تعیین ضمانت اجراء صریح توسط مقنن و صرفاً تعیین مجازات برای مشاورین املاک تهیه کننده چنین قراردادهایی، رویه قضایی و دکترین در این خصوص مردد است که راجع به آن بحث خواهد شد. همچنین برخی دیگر از اساتید تشریفات مندرج در مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت را از این نوع تشریفات (قابلیت اثبات) می دانند و معتقدند در این گونه عقود توافق و ایجاب و قبول موجد عقد است و سند رسمی در عقود موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ ق. ت جنبه طریقیّت بلا معارض دارد نه جنبه موضوعیت (هاشمی نژاد، ۱۳۷۷: ۱۴۸)

در انتها و به عنوان نتیجه می توان بیان داشت: تشریفات مربوط به اراده، تشریفات مربوط به اثبات و تشریفات مربوط به انتشار (قابلیت استناد)، ضمانت های اجرایی مختلفی را دارا هستند. در میان این تشریفات سه گانه، تنها تشریفات مربوط به اراده است که موجبات بطلان عمل حقوقی را فراهم می سازد. تشریفاتی بودن اثبات عمل حقوقی قاعداً بر اعتبار آن عمل تأثیرگذار نیست اما در مرحله اثبات در نهادهای قضایی و اداری، اثبات و در نتیجه وجود و اجرای آن را قطعاً دچار مشکل می سازد به عبارت دیگر، در صورت عدم رعایت تشریفات اثباتی، و در صورت انکار طرف مقابل، حق موجود و معتبر است اما مطالبه و اجرای آن متعسر خواهد بود (قدیری، ۱۳۹۴: ۵۱).

۱. کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.

تشریفات انتشار نیز تأثیری در اعتبار و اجرای عقد میان طرفین ندارند بلکه تنها در امکان یا قابلیت استناد به عمل در برابر اشخاص ثالث موثرند فلذا، عمل حقوقی مورد نظر تنها میان طرفین اعتبار خواهد داشت و به دلیل عدم رعایت تشریفات، در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست.

بحث دیگر آن است که آیا نمی‌توان ضمانت اجرای عدم ایجاد را جایگزین بطلان نمود؟ از آنجا که در حقوق ایران نهادهی تحت عنوان عدم ایجاد تعریف نشده است نمی‌توان این اعتقاد را نفعاً یا اثباتاً مورد تحلیل قرار داد فلذا باید به قدر متیقن که همانا ضمانت اجرای بطلان است اکتفا کنیم. با این وجود برخی حقوقدانان فرانسوی با استناد به اصلی بجا مانده از قرن نوزدهم که مطابق آن «بدون وجود منطوق خاص، بطلانی وجود نخواهد داشت» از ضمانت‌اجرای عدم ایجاد حمایت کرده‌اند. تحلیل دیگر حقوقدانان این است که این راه حل را باید صرفاً در هنگامی معتبر دانست که تشریفات صرفاً با ریشه قانونی همراه باشد نه در اثر تراضی (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۲۶).

به نظر می‌رسد معضل حقوقی مهم در راستای اعمال این ضمانت‌های اجرایی، یک معضل مصداقی است تا حکمی. توضیح آن که گاه در تشخیص نوع تشریفات مدنظر قانونگذار دچار شبهه می‌شویم و همین امر، گاه اشتباه در جریان حکم را نیز به همراه خواهد داشت. نمونه بارز این معضل را در باب تشریفات انتقال رسمی املاک ثبت شده مورد بحث قرار می‌گیرد.

سیر تاریخی تشریفات

با عنایت به مطالعات صورت گرفته، شکل‌گرایی هر چند به صورت جزئی، اما همواره در جوامع مختلف وجود داشته است. شکل‌گیری قراردادهای 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 به‌عنوان مثال در حقوق قدیم رم، پدیده‌ای به نام اعمال حقوقی مجرد^۱ 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 این‌رو، 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. چرا که شکل‌های مقرر، نه کاشف از اراده، که علت سازنده آثار حقوقی تلقی می‌شدند و بر این اساس، اثبات خلاف آنها نامعقول به نظر می‌رسید (قاسمی، ۱۳۸۸: ۶۸). 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 قراردادهای بی‌اهمیت شمردن شیوه ابراز اراده است. 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 (Mckendrick, 2012: 255). با این مختصر در ارتباط به اهمیت شکل‌گرایی در جوامع باستانی و معاصر، در ادامه ابتدا به پیشینه و سیر تاریخی شکل‌گرایی در فقه اسلامی و سپس غرب و در انتها به ایران می‌پردازیم.

* سیر تاریخی در فقه

فقه‌های اولیه حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را مطلقاً نمی‌پذیرند و با تأکید بر دو وجه شرعی بودن عقود و اصالت شکل (شکل-گرایی، تشریفات بودن) عقود را به مثابه تنها راه ایجاد آثار حقوقی و شرعی می‌پذیرفتند. به عبارتی مشروعیت و مبنای صحت عقد، اراده شارع است و نه انسان. نتیجه نگاه شرعی به عقود آن بود که نتایج حقوقی و شرعی مانند حلیت و حرمت تصرف، مالکیت، محرمیت، انتقال مالکیت و... همگی تنها از راه عقود معین که شارع آنها را تأسیس یا به نحوی امضاء نموده است، ممکن است و مکلفین نمی‌توانند از پیش خود سبب ایجاد مالکیت (عینی، کلی و ذمی و ایجاد تعهد) شوند و ذمه خود را با عقود مخترعه مشغول سازند (به نقل از بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۳۷).

این تفکر پس از مدتی مورد چالش فقه‌های بعدی قرار گرفت و آنها در پی تعدیل شکل‌گرایی موجود بر آمدند از جمله ملا احمد نراقی در کتاب عوائد الایام فی بیان قواعد الحکام بیان داشته است اگر نص یا اجماع بر لزوم صیغه خاص در عقدی مانند نکاح وجود داشت تبعیت از آن لازم است اما اگر نبود که غالباً نیز نیست؛ هر سنخ مظهری برای تحقق عقد کافی است (نراقی،

۱۴۱۷ق: ۱۳۴). شیخ انصاری نیز مشهور را علی رغم انتقاداتی در لزوم اصل صیغه لفظی تأیید می کند اما ماضویت و عربی بودن را شرط نمیداند (انصاری، ۱۳۸۵: ۱۳۵)

بعد از شیخ بحث شکل در عقود با تأکید بر لزوم یا عدم لزوم صیغه، عربیت و ماضویت ادامه یافت و تحت تأثیر حقوق جدید و مشکلات و عرف تجاری روزمره مدرن به سمت شکل‌زدایی پیش رفت و اصولاً اشتراط لفظ با چالش مواجه شد و به خصوص این محور بحث که عقود توقیفی و شرعی هستند، مدام مورد ایراد قرار گرفت ولذا مشهور فقهای معاصر لفظ را در انعقاد عقد دخیل نمی‌دانند از جمله آیت‌الله خویی که عقد را امضایی و نه تأسیسی می‌دانند (الموسوی الخوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۱۰۴) و صدق عرفی عقد با هر نوع مظهر و مبرز را در تحقق عقد فهم کافی می‌نماید (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۰)

البته با وجود این تحولات به سمت رضایی بودن، بدلیل اهمیتی که تشریفات در برخی از عقود دارند، شکل‌گرایی یا تشریفاتی بودن مورد توجه قرار گرفته است. بدین توضیح که در فقه امامیه به پیروی از قرآن کریم و سنت اهل بیت، اعمال حقوقی تابع اراده بوده و آنچه ملاک اصلی وقوع اعمال حقوقی است، قصد انشاء است. بدون شک اراده در فقه امامیه و به طور کلی در حقوق اسلام جایگاهی والا دارد. قاعده «العقود تابعه للقصد» و همچنین روایات «انما لكل امرء و انما الاعمال بالنيات» و آیه شریفه «لا تأكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» بر این امر دلالت کامل دارد. به همین دلیل است که عقد هاذل و نائم از سوی فقها نادرست دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۳۹۳: ۲۲۷). چون این امر از مسلمات فقهی است بنابراین، تشریفات «در مواردی که پیش بینی شده است» نقش درجه دوم دارد و نقش اصلی با اراده است. در فقه امامیه، در موضوع عقود و ایقاعات سه نوع تشریفات وجود دارد:

الف: گفتن صیغه برای انشای عقود و ایقاعات،

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

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

نتیجه اینکه: نزد فقهای متقدم مراتب قابل‌توجهی از توجه به شکل اعلام اراده، در قالب «لفظ‌گرایی» در معاملات، ظهور یافته و به‌عنوان یک اصل، بر لزوم استفاده از صیغ لفظی و به‌صورت ماضی و عربی و عدم کفایت سایر طرق اعلام اراده، همچون اشاره و کتابت تأکید شده است. اهمیت «صیغه» تا بدان حد بوده که برخی از فقها دست به گردآوری الفاظ مجاز در هر یک از قراردادهای تحت عنوان «صیغ العقود و الايقاعات» زده‌اند.^۱ و محقق کرکی نیز در کتاب رسائل خود که شامل ۲۸ رساله می باشد، رساله چهارم آن را به "رساله صیغ العقود و الايقاعات" اختصاص داده است. ضمن آنکه، وجود عقود عینی که در آن‌ها تسلیم مورد معامله شرط صحت آن است، نمونه بارز دیگری از وجود تشریفات در فقه است. روند تحول «لفظ‌گرایی فقهی» نیز در طول اعصار و توسط فقهای متأخر و معاصر، طی شده و به‌تدریج با تعدیل اعتقادات شکل‌گرایانه و دست کشیدن از موضوعیت لفظ و اشتراط عربیت و ماضویت در صیغ لفظی تا پذیرش اصل آزادی اعلام اراده در مقام انشاء اعمال حقوقی، استمرار یافته است.

هر چند در این میان برخی معتقدند: تعلیمات عالیه اسلام مضیقہ سیاسی یا اقتصادی ایجاد نکرده بود تا برای از بین بردن آن مضیقہ ها حاجت به توسل به اصل آزادی اراده باشد، عقود هم به شهادت تاریخ فقه در صدر اسلام تشریفاتی و شکلی نبود تا برای حذف تشریفات آنها چنگ در اصل آزادی اراده زده شود بنابراین در فقه ما اصل اباحه که متکی بر نصوص متعدد از قبیل «کل شیئی مطلق حتی یرد فیہ النهی» می باشد کاملاً در محیط حقوقی به وجود آمد و فقط از نظر محاسبه حقوق و تکلیف به آن نگاه می کردند. (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱: ۲۵).

* سیر تاریخی در غرب

«شکل‌گرایی» در طول تاریخ، فرازو فرود بسیاری، به خود دیده است، ریشه وابستگی افراطی به شکل در اعمال حقوقی را، در حقوق رم قدیم دانسته‌اند که در آن اراده فردی جز در قالب شکل‌های خاص و معین آئینی و مقدس، فاقد ارزش جهت تشکیل اعمال حقوقی بوده است. زیرا حقوق رم قدیم اساساً حقوقی مذهبی و مورایی بوده و توجه به انجام تشریفات و آیین‌ها، جایگاهی برای اصل آزادی اراده و رضایی بودن اعمال حقوقی، باقی نمی‌گذارد است. لذا اراده ظاهری بر اراده باطنی چیره و دعوای

۱. کتاب ارزشمند «صیغ العقود» تألیف مرحوم آیت‌الله ملا علی قزوینی زنجانی (معروف به قارپوزآبادی) است، که آن را به زبان فارسی عصر خود نگاشته است. ایشان در این کتاب مسائل و مباحث مربوط به «عقود و ایقاعات» و شیوه اجرای آنها را بیان فرموده است.

مربوط به وجود عیوب اراده و عدم مطابقت اراده ابرازشده، با اراده باطنی نیز غیرقابل استماع بوده و در نتیجه، مجرد عمل حقوقی از اراده واقعی اشخاص کاملاً رعایت می‌شده است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۳۳/ صفائی، ۱۳۹۱: ۴۲/ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱: ۱۷). اهمیت حقوق رم، بدان جهت است که حدود چهارده قرن بر قسمت مهمی از ممالک دنیا حکومت کرده و تأثیر شگرف آن را بر حقوق سایر کشورها نمی‌توان منکر شد.

تأکید بر صورت و شکل تا جایی بوده است که بنا به نقل برخی در کد ژوستینین تصریح شده بوده است مالکیت با تسلیم یا تحویل محقق می‌شود و صرف تراضی و توافق برای این منظور کافی نیست (آخوندی و همکاران، ۱۳۹۰: ۳۹). رومیان تا سال‌ها کلمه «عقد» را در واژگان حقوقی خود نداشتند و چون تمام اعمال حقوقی خود را باید در قالب‌های خاصی انجام می‌دادند این اعمال را acta یا gesta می‌نامیدند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۶۸).

با ظهور رنسانس و اختراع سوژه آزاد و مختار در دکارت و اوج آن در کانت و هگل، آزادی در سطوح مختلف مبنای ماهیت و وجود حقوق شد و مبنای سرعت در تبدلات تجاری و اصالت یافتن سرمایه‌داری، اصل لیبرالیسم حقوقی را در مبادلات به‌عنوان محور پذیرفت و با تکیه بر آرای جان لاک و ژان ژاک روسو و سایر فیلسوفان قرن هجدهمی و با وساطت افرادی چون پوتیه به قانون مدنی فرانسه راه یافت. این آزادی افراطی با مارکسیسم تعدیل شد و در دنیای حقوق، حقوق‌دانانی که گرایش‌های چپ داشتند مانند دوگی این اصل را مورد هجوم قرار دادند (Mazeaud, 1955: 99). مبنای فردگرایی اکنون مبنای بسیاری از قوانین مدنی کشورهاست و هنوز نیز پیروان زیادی دارد. پس از آن این تغییرات در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه متجلی شده و به‌عنوان اصلی بی‌بديل در نظام رومی-ژرمنی وجود دارد. به‌طوری که به رغم تولد و احیای دوباره تشریفات «شکل‌گرایی» در حقوق معاصر و ازدیاد شیوه‌های تشریفاتی در انعقاد قرارداد، قابلیت استناد و اثرگذاری برخی اعمال حقوقی و دخالت دولت در این زمینه و تحدید قلمرو حاکمیت اراده افراد، رضایی بودن اعمال حقوقی کماکان به عنوان یک «اصل» و قابل تمسک در نظام‌های حقوقی جایگاهی مستحکم دارد.

از سوی دیگر، اهمیت بیش از اندازه به اراده‌ی انسانی و اصالت فرد در این ایام و تأکید بر آزادی بی‌قید و شرط آن، در عین وجود مزایای بسیار، خود، عامل بروز جلوه‌هایی ناخوشایند از جمله اجحاف طرف توانا برطرف ناتوان قرارداد، به بهانه آزادی قراردادی، و یا آسیب به منافع اشخاص ثالث می‌گردید، که مخالف مصالح اجتماعی و اقتصادی بود و در نتیجه، واکنش دیگری نیز در مقابل آن برانگیخته شد که از آن به «نوزایی شکل‌گرایی» تعبیر می‌شود (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۴۹). در یک جمع بندی موجز میتوان گفت اصل حاکمیت اراده اصل و مبنای مشروعیت عقود را اراده طرفین میداند و در موارد قید تعهد به قانون قانون را نیز در درجه ای عام تر و برتر اراده افراد دانسته و مبنای مشروعیت و صحت قوانین را نیز بر اساس اراده عمومی تحلیل میکند و این نظریه کلان ریشه در مبانی فلسفی ذهنیت‌گرایی سوژکتیویستی قرن هجدهم دارد. (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۳۶)

از آن‌جا که آغاز قرن بیستم را می‌توان بازگشتی دگرباره به ایام حاکمیت شکل و نظارت قانون بر قراردادهای خصوصی دانست. نمونه‌هایی که در نظام حقوقی ایران نیز به پیروی از سایر نظام‌های حقوقی، در حقوق مدنی می‌توان به‌وفور یافت؛ به گونه‌ای که دخالت قانون‌گذار در ایجاد اشکال جدید برای اعلام اراده به‌منظور تأمین مصالح فردی و اجتماعی روزبه‌روز گسترده‌تر شده است.

* سیر تاریخی در ایران

در ارتباط با سیر تحولات رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران گفته شده است که رضایی بودن یعنی آزادی قراردادی در دو سنخ وجود دارد، دسته اول برآمده از نظام سنتی و فقهی ماست (مانند ماده ۲۳۴ ق.م و یا مواد ۷۵۲ ق.م به بعد در صلح به خصوص ماده ۷۵۴ ق.م). در این مواد اراده باید در شکل و قالب «شرط» یا «عقد» ابراز شود و قرارداد منعقدۀ عنوان‌دار خواهد

1. Article 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

قراردادهایی که به طور قانونی شکل گرفته اند، جای قانون را برای کسانی که آنها را تنظیم کرده اند می‌گیرد. آنها فقط با رضایت طرفین یا به دلایلی که توسط قانون مجاز اعلام شده قابل تعدیل یا فسخ هستند. آن‌ها بایستی با حسن نیت اجرا شوند.

بود. دسته دوم مواد، موادی هستند که از نظام رومی- ژرمنی وارد حقوق ایران شده‌اند (مانند ماده ۹۵۷ و ماده ۱۰ ق.م). ماده ۱۰ قانون مدنی مهمترین ماده برآمده از نظام غربی، است که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». با پذیرش ماده ده، قانون مدنی ایران پذیرفت تا «شکل»، به جز در موارد استثنایی در ماهیت و صحت قراردادها دخیل نباشد و طرفین بتوانند هر نوع تعهدی را که خود بخواهند فارغ از شرط یا صلح یا هر عقد معین و مسمای دیگر، بین خود برقرار نمایند. (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۲)

با دقت در مفاد قانون مدنی^۱ که بخش عمده آن از قانون مدنی فرانسه گرفته شده است مشخص می‌گردد که صرفاً مواردی شامل قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌توانند محدود کننده اراده باشند می‌باشد و امکان توافق بر خلاف آنها وجود ندارد و در صورت انجام توافق نیز قابلیت اجراء از طریق محاکم را نخواهد داشت.

با وجود حاکمیت اصل رضایی بودن عقود و تعهدات در نظام حقوقی ایران، در دوره معاصر شاهد نفوذ شکل در اعمال حقوقی یا شکل‌گرایی هستیم که، قبلاً در فقه و حقوق غرب، رگه‌هایی از این رویکرد پیش‌بینی شده بود. در نتیجه، امروزه؛ شکل‌گرایی یا تشریفاتی بودن عقود نظام حقوقی ایران را بی‌نصیب نگذاشته است به‌طوری که مصادیق متعددی از شکل‌گرایی در قوانین مختلف و از جمله قانون مدنی پیش‌بینی شده است. 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.

در انتها می‌توان گفت با عنایت به مطالعات صورت گرفته، شکل‌گرایی همواره به درجاتی در جوامع مختلف وجود داشته است. تا قبل از شکل‌گیری و حکومت پارادایم حاکمیت اراده در قرون اخیر، شکل‌گیری قراردادها در جوامع گذشته، 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 به‌عنوان مثال در حقوق قدیم رم، پدیده‌ای به نام اعمال حقوقی مجرد (Acte Abstrait) 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 این‌رو، 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. چرا که شکل‌های مقرر، نه کاشف از اراده، که علت سازنده آثار حقوقی تلقی می‌شدند و بر این اساس، اثبات خلاف آنها نامعقول به نظر می‌رسید (قاسمی، ۱۳۸۸: ۶۸).

این در حالی است که در نتیجه تحولات عصر جدید و از حدود قرن ۱۷ 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 (صفایی، ۱۳۹۱: ۵۶). زیرا آنچه اصالت دارد و سازنده است اراده افراد است نه چیز دیگر در حالی که ستون فقرات رویکرد فرمالیسم حقوقی توجیه‌پذیری است. در رویکرد فرمالیسم حقوقی، عالم حقوق صرفاً مجموعه‌ای از هنجارها و مقررات حقوقی نیست؛ هنجارها و مقررات یاد شده در پاسخ به تامین یک نیاز طراحی شده‌اند (برجی و قاسمی حامد، ۱۳۹۹: ۵۹). البته در اثر تحولات در نظام‌های حقوقی مدرن نص قانون و فرمالیته حقوقی به عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های مدرنیته حقوقی بر تمامی شئون فردی و اجتماعی حاکم گشته که می‌توان از آن به عنوان نظم ساختگی بر مبنای حکومت قانون تعبیر نمود (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱: ۹)

قانون مدنی ایران بین این دو رویکرد سرگردان است و با غلبه دادن به اصل حاکمیت اراده و پذیرش صورت مدرن در قالب ماده ده و ماده ۷۵۹ ق.م، تمامی مواد فقهی و شکل‌گرایی قانون مدنی را بی‌وجه و عملاً نظام مدرن را بر قانون ایران مسطیر کرده است. (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۴)

لذا در انتها می‌توان به این نتیجه رسید که در نظام حقوقی ایران اصل بر رضایی بودن عقود می‌باشد ولی با توجه به تحولات صورت گرفته و تمایل نظام حاکم جهت اطلاع از انواع معاملات صورت پذیرفته میان افراد جامعه گرایش قانونگذار به

۱. ماده ۹۷۵ قانون مدنی در این خصوص بیان می‌دارد: محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

تشریفاتی نمودن انواع عقود بوده است تا با مقرر نمودن حداقل تشریفات مربوط به ثبت معاملات به سوی شکل‌گرایی حرکت نماید و از نسبت به اصل رضایی بودن عقود که در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است رویه میانه‌ای را در پیش بگیرد. مصوبات اخیر که در این پژوهش نیز به آن خواهیم پرداخت حکایت از این حرکت قانونگذار به سمت تشریفاتی نمودن انواع عقود از جمله بیع دارد.

بررسی مصادیق بیع‌های تشریفاتی در حقوق ایران

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

در تألیفات حقوقی، این بحث در دو جا مطرح می‌گردد. نخست در بحث کلیات قراردادها در باب تقسیم عقود و همچنین در بحث از نحوه ابراز قصد انشاء. دوم، پژوهش‌هایی که در مورد پاره‌ای از مصادیق تشریفات انجام می‌گیرد، مانند مقالاتی که در مورد نقش ثبت سند در معاملات راجع به املاک ثبت شده نوشته شده است. با وجود ارزشمند بودن کارهای صورت گرفته، نیاز به یک نظریه جامع در خصوص بیع‌های تشریفاتی داریم.

در ارتباط با سیر تحولات رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران می‌توان گفت که رضایی بودن یعنی آزادی قراردادی در دو سنخ وجود دارد، دسته اول برآمده از نظام سنتی و فقهی ماست (مانند ماده ۲۳۴ ق.م.و یا ماده ۷۵۲ ق.م.ب به بعد در صلح به خصوص ماده ۷۵۴ ق.م.ب). در این مواد اراده باید در شکل و قالب «شرط» یا «عقد» ابراز شود و قرارداد منعقد عنوان‌دار خواهد بود. دسته دوم مواد، موادی هستند که از نظام رومی-ژرمنی وارد حقوق ایران شده‌اند مانند ماده ۱۰ قانون مدنی که مهمترین ماده برآمده از نظام غربی، است (البته می‌توان گفت عقد صلح در فقه همان کارکرد ماده ۱۰ را داشته است که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». با پذیرش ماده ده، قانون مدنی ایران پذیرفت تا «شکل»، به جز در موارد استثنایی در ماهیت و صحت قراردادها دخیل نباشد و طرفین بتوانند هر نوع تعهدی را که خود بخواهند فارغ از شرط یا صلح یا هر عقد معین و مسمای دیگر، بین خود برقرار نمایند (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۲).

موارد استثنایی در واقع نتیجه عوامل محدودکننده آزادی هستند این عوامل محدود کننده در نظام حقوقی ایران به تبعیت از فرانسه؛ قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد.

با وجود حاکمیت اصل رضایی بودن عقود و تعهدات در نظام حقوقی ایران، در دوره معاصر به علت تحولات اجتماعی و پیچیده شدن روابط حقوقی شاهد نفوذ شکل در اعمال حقوقی یا شکل‌گرایی و فرمالیسم هستیم که قبلاً در فقه و حقوق اروپایی، رگه‌هایی از این رویکرد پیش‌بینی شده بود. در نتیجه، امروزه شکل‌گرایی یا تشریفاتی بودن عقود نظام حقوقی ایران را بی‌نصیب نگذاشته است به‌طوری که مصادیق متعددی از شکل‌گرایی در قوانین مختلف پیش‌بینی شده است. 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 مانند انتقال املاک موضوع مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت است.

با توجه به بررسی‌های به عمل آمده در بندهای پیشین قاعده کلی در مورد شکلی یا تشریفاتی بودن قراردادهای مرتبط با انتقال و بیع حقوق عینی، شخصی و مالکیت فکری (معنوی) را ملاحظه کردیم. به عنوان قاعده عمومی می‌توان گفت در قراردادهایی که موجب انتقال حق عینی یا فکری می‌شوند چون این حقوق در برابر دیگران هم قابل اعمال است بنابراین ثبت آنها و امکان مطلع شدن افراد ثالث لازم است. ولی در قراردادهای موجب انتقال حق دینی چون در برابر جامعه قابل اعمال نیست تشریفات هم علی‌القاعده ضروری نیست.

مصادیق نقل و انتقال حقوق عینی

بعد از آشنایی با مفاهیم و کلیاتی در ارتباط با بیع تشریفاتی، اهمیت آنها و اصول حاکم پیرامون این دسته از بیع‌ها، در این فصل به تفکیک با مصادیق بیع‌های تشریفاتی آشنا خواهیم شد.

بیع اراضی و املاک

یکی از قدیمی‌ترین مصادیق انتقال حق عینی، بیع اموال غیرمنقول می‌باشد که مقنن تشریفاتی از جمله ثبت سند معامله را در قانون ثبت پیش بینی نموده است و از این تشریفات اهدافی را دنبال می‌کند که از جمله مهمترین این اهداف می‌توان خدشه ناپذیری اطلاعات و قابلیت صدور مجدد، ممانعت از انجام معامله معارض و امنیت معاملات افزایش، قدرت اجرایی و اثباتی، حمایت از اشخاص ثالث کاهش دعاوی و تسریع در رسیدگی‌های قضایی و همچنین قضاء زدایی اشاره کرد. توضیح اینکه: اطلاعات مربوط به معاملات رسمی در دفاتر املاک اداره ثبت و امروزه در دیتا بیس (مرکز داده) سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و همچنین دفاتر اسناد رسمی ثبت و نگهداری می‌شود، بنابراین هرگونه اقدام برای تغییر یا جعل در اسناد رسمی قابل تشخیص بوده و در صورت از بین رفتن سند رسمی مالکیت، به دلایلی از قبیل مفقودی، سرقت، آتش سوزی، بلایای طبیعی و نظایر آن امکان تهیه نسخه المثنی برای سند مالکیت وجود دارد. در مقابل، برای معاملات عادی، قابلیت بازایی یا صدور نسخه المثنی وجود ندارد.

یکی از آثار ثبت تنظیم اسناد رسمی این هست که مفاد آنها بدون احتیاج به حکمی از دادگاه‌های دادگستری لازم الاجرا است و عموم ضابطین دادگستری و سایر قوای دولتی مکلف هستند که در مواقعی که از طرف مأمورین اجراء به آنها مراجعه می‌شود در اجراء مفاد سند اقدام کنند و حتی ادعای مجعولیت سند مانع اجراء آن نیست مگر اینکه بازپرس قرار مجرمیت متهم به جعل را صادر و دادستان با آن موافقت کرده باشد (شهری، ۱۳۸۵: ۱۳۴) تأثیر صرف اراده در انتقال مالکیت در قالب اعمال حقوقی متعدد، انتقال دهنده را قادر می‌ساخت که ملک را به راحتی به چند نفر منتقل کند و از اعتماد خریداران نسبت به تصرفی که ظاهراً حکایت از مالکیت وی دارد سوءاستفاده نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۴) تصویب قوانین ثبتی حقوق معاملات را دچار انتقال از مفهوم «امنیت ایستا» به سوی مفهوم «امنیت پویا» نموده است. امنیت پویا به وسیله قواعدی قانونی فراهم می‌شود که انتظارات معقول کسانی که کالایی را با حسن نیت خریداری می‌کنند، فراهم می‌سازد. این امنیت خطر رویارویی حق مالکیت خریدار با ادعاهای ناشناخته پیشین و عیوب حق مالکیت را کاهش داده یا حذف می‌کند و به کاهش هزینه‌های معامله به وسیله محدود کردن بررسی‌هایی که خریدار نیاز به انجام آن دارد منجر می‌شود. (طباطبایی حصار، ۱۳۹۳: ۴۸۹)

بنابراین یکی دیگر از اهداف مقنن، جلوگیری از سوءاستفاده مالکین از راه انجام معاملات معارض نسبت به مال غیرمنقول و دریافت مکرر وجه به‌عنوان ثمن یا قسمتی از آن، از طرف‌های متعدد معاملات می‌باشد.

هدف دیگر از تنظیم سند و تبدیل اسناد عادی به رسمی، فراهم آوردن امکان استناد به آن بدلیل قدرت اثباتی مورد حمایت قانون است؛ سند رسمی نه‌تنها در رابطه طرفین قرارداد و قائم مقام آنها، بلکه در مقابل اشخاص ثالث نیز قابلیت استناد دارد. بنابراین اسناد رسمی در مقایسه با اسناد عادی دارای قدرت اثباتی یکسانی نبوده و از اعتبار و قدرت اثباتی خاصی برخوردار است به طوری که برخی معتقدند: «تقسیم سند به عادی و رسمی بر مبنای همین قدرت اثباتی آنها صورت می‌پذیرد» (کاتوزیان ب، ۱۴۰۱: ۲۸۰). تشخیص حق مالکانه افراد و جلوگیری از تعدی و افراط در این زمینه وظیفه دولت به مفهوم اعم و به ویژه قوه قضاییه است اما باید به این نکته توجه داشت که اعمال این وظیفه مهم نیاز به ابزاری کارآمد و دقیق دارد که اسناد مالکیت به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در این میان نقش مهمی ایفا می‌کنند زیرا یکی از ارکان مهم در طرح دعوا یا دفاع از آن، اقامه دلیل و یا ابراز ادله اثباتی و قانونی است این رکن از چنان اهمیت والا و خطیر برخوردار است که مدعی یا خواهان را بدون ابراز آن از وصول به حق مورد ادعای خویش محروم می‌سازد. هر گاه سخن از ملک و مالکیت است داشتن سند مالکیت قانونی و ثبتی در ذهن شنونده متبادر می‌شود که پشتوانه آن قدرت دولت است (صابر و طباطبایی حصار، ۱۳۹۰: ۱۱۶) با ثبت اسناد و املاک فرصت بحث و گفتگو در مورد صحت تاریخ و اصالت مندرجات و امضای ذیل سند، از بین می‌رود، (ماده ۷۰ قانون

ثبت^۱ و سند رسمی به عنوان یک دلیل روشن و خالی از بسیاری از ابهامات به تحقق یک معامله و تعهد و یا تعلق مال معین به شخص خاص دلالت می‌کند. (شهیدی، ۱۳۷۱: ۱۲)

طبق ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت فقط ملک شخصی را مال می‌داند که ملک به اسم او در دفتر املاک ثبت شده باشد و نیز طبق ماده ۴۸ این قانون، سندی که درخصوص اموال غیرمنقول به ثبت نرسیده باشد (سند عادی)، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. به بیان دیگر، بر اساس قانون ثبت، اسناد عادی از لحاظ قدرت اثباتی، قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند. بنابراین از جمله اهدافی که در تبدیل اسناد عادی به رسمی متصور می‌باشد، اعتباربخشی به اسناد و افزایش قدرت اثباتی این اسناد با تبدیل آنها به اسناد رسمی و تشریفاتی نمودن آنها است. همچنین اجباری شدن ثبت املاک و اسناد راجع به نقل و انتقال آنها اعمال نظارت بر انتقال سرزمین ملی و توزیع عادلانه زمین را ممکن می‌سازد و از این لحاظ با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد.

برخی معتقدند مقرر نمودن تنظیم سند توسط مقنن حداقل دو فایده عمده دربر دارد؛ یک فایده فردی که افراد متحمل هزینه های مادی و معنوی در مراجعات مکرر و طولانی به مراجع قضایی برای اثبات حق خود و یا دفاع از اتهامات منتسب به خود نخواهند شد و فایده مهمتر در واقع منافع عمومی جامعه میباشد به این ترتیب که با کاسته شدن از مراجعات به محاکم؛ در ابتدا، هزینه های عمومی کاهش خواهد یافت. در گام بعدی، این مراجع با فرصت ایجاد شده به سایر مسایل و مشکلات و نارسایی های اجتماعی سریعتر رسیدگی خواهند نمود و نتیجه آن افزایش آرامش و امنیت در جامعه خواهد بود. (سعیدی کیا و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۹).

اسناد رسمی مالکیت با نظارت و تایید حاکمیت تنظیم و صادر می‌شوند، اما حاکمیت بر منعقد شدن اسناد غیر رسمی هیچ نظارتی ندارد. بنابراین امکان جعل و کلاهبرداری در اسناد غیر رسمی شایع است. همچنین، زمانی که معاملات به صورت رسمی ثبت می‌شوند، نظم عمومی از طریق حمایت از طرفین معامله و اشخاص ثالث با حسن نیت تامین می‌شود. با عنایت به اینکه اکثر معاملاتی که اشخاص انجام میدهند صرفاً در حضور خریدار و فروشنده و نهایت بنگاه املاک صورت می‌پذیرد، قطعاً با توجه به کثرت افراد و معاملات صورت پذیرفته عملاً امکان اطلاع اشخاص دیگر از معاملات دیگران غیر ممکن می‌باشد. لذا با ایجاد تشریفات برای اینگونه نقل و انتقالات از طریق قانون گذاری افراد را مکلف نمودند که در خصوص معاملات املاک آنها را در دفاتر اسناد رسمی منعقد نموده و به تبع آن معاملات در دفتر املاک اداره ثبت اسناد و املاک ثبت و امکان اطلاع افراد از مالک رسمی ملک وجود داشته باشد.

انگیزه برخی از معامله گران عادی، تقلب در برابر قانون است. آنها به منظور نپرداختن حقوق و عوارض مراجع عمومی یا مخفی کردن اموالشان از دید طلبکاران یا... مبادرت به نقل و انتقال املاک، در قالب اسناد عادی میکنند؛ لذا قانونگذار با سلب اعتبار از اسناد عادی نقل و انتقال مربوط به اموال غیرمنقول، عملاً از تقلب در قبال قانون پیشگیری میکند. حقوق و مقررات هر کشوری یک مجموعه به هم پیوسته است و وصول به هدف کلی در پرتو پیوستگی و یکپارچگی آن حاصل میشود. بر این اساس، قائل شدن آثاری برای ثبت قرارداد، زمینه ساز ثبت آن و کارکرد صحیح سایر مقررات خواهد بود (قنوتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۴۰).

از طرفی دولت با شناسایی مالکین املاک به راحتی قادر به دریافت و اخذ عوارض و همچنین پیاده سازی نظام جامع مالیاتی خواهد بود. چرا که افراد در هنگام انتقال رسمی مکلف به اخذ مفاسد حساب مالیاتی بوده و ناچار به پرداخت کلیه دیون مالیاتی خود می‌باشند. همچنین از طریق شناسایی مالکین از تملک غیر قانونی املاک توسط مهاجرین و اتباع و اشخاص ممنوع معامله نیز جلوگیری به عمل می‌آید.

این موارد از جمله مزیت های سند رسمی در تمامی زمینه ها از جمله مالکیت اموال غیرمنقول است که بدین وسیله حقوق مشروع افراد جامعه تثبیت و تحکیم می‌گردد و نتیجتاً اعتمادی که اسناد رسمی به جامعه منتقل و القاء میکنند منجر به ایجاد حس امنیت و آرامش در جامعه خواهد شد

۱. سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجموعیت آن سند ثابت شود. انکار مندرجات اسناد رسمی راجع به اخذ تمام یا قسمتی از وجه یا مال و یا تعهد به تادیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست. مامورین قضایی یا اداری که از راه حقوقی یا جزایی انکار فوق را مورد رسیدگی قرار داده و یا به نحوی از انحاء مندرجات سند رسمی را در خصوص رسید وجه یا مال یا تعهد به تادیه وجه یا تسلیم مال معتبر ندانند به شش ماه تا یک سال انفسال موقت محکوم خواهند شد. (اصلاحی مصوب ۱۳۱۲)

یکی دیگر از اهداف مقنن در پیش بینی نظام ثبتی و تشریفاتی نمودن نقل و انتقال املاک حمایت از اشخاص ثالث می باشد. در ابتدای امر منظور از شخص ثالث به معنای هر شخصی غیر از طرفین معامله در نظر تداعی می گردد ولی با نگاهی کلی تر می توان گفت هر شخصی که قصد خرید ملکی را داشته باشد نسبت به مالک ملک شخص ثالث محسوب می گردد و می تواند با مراجعه به دفتر املاک از وضعیت مالکیت و حدود و متراژ دقیق زمین مطلع و به صورت آگاهانه و با شناخت هویت مالک رسمی با خیال راحت نسبت به انجام معامله اقدام نماید. از طرف دیگر ثالث شامل افرادی نیز می گردد که به هر نحو دارای حق عینی بر ملک مانند رهن هستند که با در نظر گرفتن تشریفات جهت نقل و انتقال این املاک، عملاً امکان سوء استفاده مالکین و نادیده گرفتن افراد ذی حق امکان پذیر نمی باشد. ناگفته نماند حمایت از اشخاص ثالث در بسیاری از بیع های تشریفاتی یکی از اهداف مقنن در وضع تشریفات در چنین عقود می باشد.

قراردادهای پیش فروش آپارتمان

یکی دیگر از قراردادهایی که در مباحث مرتبط با عقود تشریفاتی مورد توجه و بررسی قرار می گیرد، قراردادهای پیش فروش ساختمان است؛ چرا که؛ در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ تشریفات متعددی از جمله کتبی بودن و لزوم ثبت رسمی اسناد این نوع از قراردادها پیش بینی شده که همین امر موجب گردیده برخی از حقوق دانان، این نوع از قراردادها را از انواع عقود تشریفاتی به شمار آورند. با این حال، برخی دیگر از حقوق دانان نظر مخالفی داشته و با توجه به عدم تاثیر ثبت رسمی سند در صحت و بطلان عقد، همچنان به رضایی بودن این دسته از عقود نظر دارند.

تا قبل از تصویب قانون پیش فروش ساختمان، سوءاستفاده های متعددی با توجه به خلأهای قانونی در قراردادهای پیش فروش انجام می یافت؛ علاوه بر این، کهنه و غیر کاربردی بودن قوانین و مقررات عمومی موجب شده بود تا تشتت آراء و رویه های قضایی متفاوت ایجاد شود. بنابراین هدف اصلی مقنن از تصویب قانون پیش فروش جلوگیری از سوءاستفاده پیش فروشندگان از طرف ضعیف قرارداد یعنی پیش خریداران می گردد و جلوگیری از انجام معاملات معارض و رونق معاملات و خدشه ناپذیری اطلاعات و قابلیت دسترسی مجدد به قرارداد در صورت مفقودی و عدم دسترسی به هر علت و افزایش قدرت اثباتی و به تبع کاهش دعاوی مرتبط و تسریع در رسیدگی های قضایی می باشد.

ناگفته نماند اهداف مقنن از تشریفاتی نمودن قراردادها در بسیاری از موارد و مصادیق مشترک و صرفاً در برخی اهداف دارای تفاوت می باشند. از جمله مهمترین این اهداف می توان به موارد ذیل اشاره کرد

در قراردادهای پیش فروش ساختمان همیشه، پیش خریدار به عنوان طرف ضعیف قرارداد در نظر گرفته می شود چرا که پیش خریدار در ازای ساختمانی که هنوز ساخته نشده است مبالغی را تحت عنوان ثمن از پیش خریدار دریافت می نماید. از طرف دیگر پیش خریدار هیچ اطلاعی از وضعیت ملک مورد ساخت اعم از اینکه در بازداشت می باشد یا خیر یا در رهن قرار دارد یا سایر اشخاص نسبت به آن حقوقی دارند یا خیر اطلاعی ندارد. مضافاً اینکه ملک مورد ادعا دارای معارض ثبتی بوده یا دارای بدهی مالیاتی باشد. لذا مقنن در اینجا با وضع تشریفات و منوط نمودن تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش به ارائه مدارک از جمله استعلام ثبتی، اخذ پروانه ساخت و سایر موارد به دنبال حمایت از طرف ضعیف می باشد و به نظر می رسد اگر این قانون در عمل اجرا گردد فی الواقع برای حفظ منافع پیش خریدار بسیار کاربردی است.

همچنین وجود قوانین و مقررات حقوقی مدون و دارای ضمانت اجرای کافی و در نهایت وجود سیستم ثبت اسناد دقیق و منظم موجب مدون شدن روابط حقوقی و مالکانه ی اشخاص می گردد و وقتی با تنظیم سند رسمی حق مالکانه ی اشخاص به میزان کافی مورد حمایت قرار میگیرد و امنیت مورد نیاز ایجاد گردد زمینه ی لازم جهت سرمایه گذاری و افزایش نقل و انتقال اموال و در نهایت رشد اقتصادی یک کشور فراهم خواهد شد (دهقان نمشادی، ۱۳۹۵: ۳۲)

در ادامه خواهیم دید که قرارداد پیش فروش باید به موجب سند رسمی انجام و مراتب در سند مالکیت ثبت و خلاصه معامله نیز به اداره ثبت مربوطه جهت درج در سوابق ملک ارسال گردد. بدیهی است وقتی مشخصات پیش خریداران و واحدهای فروخته شده به تفکیک مشخص و ثبت گردد عملاً امکان سوء استفاده از پیش فروشندگان گرفته و امکان فروش یک واحد به چند نفر امکان ندارد. چرا که علاوه بر ثبت موضوع در سند مادر ملک، یکی از مقدمات تنظیم قرارداد مزبور، استعلام از اداره ثبت می باشد که در استعلام واصله از اداره ثبت کلیه اطلاعات و واحدهای پیش فروش شده ثبت می گردند فلذا امکان تنظیم سند

پیشفروش در مورد یک واحد به نام اشخاص متعدد وجود نخواهد داشت. برای مثال در پروژه نگین غرب شخصی به نام غلامرضا فروغی با تبلیغات گسترده در سال ۱۳۷۹ اقدام به فروش ۱۵۰۰ واحد به ۱۳۰۰۰ نفر نمود که جزء پرونده‌های پرحاشیه دستگاه قضایی بوده است که جریان اجرای آن همچنان ادامه دارد. در صورتی که قانون مزبور در آن زمان وجود داشت و اجرایی می‌گردید چنین موضوعی پدید نمی‌آمد.

تنظیم و ثبت اسناد رسمی به خاطر مزایای آن و عمدتاً تسهیل و تسریع در اجراء و امنیت حقوقی گسترده و روانی اقتصاد و امنیت مالی در روابط بین مردم و در نهایت تأمین نیازها و منافع جامعه است و برای اجراء این وظیفه مهم از افرادی که شایستگی علمی و اخلاقی داشته باشند (سردفتر اسناد رسمی) باید کمک گرفته شود. (حبیب زاده، ۱۳۸۷: ۲۱۸) یکی از بزرگترین مزیت‌های تنظیم سند رسمی نزد سر دفتر این است که اولاً: هویت طرفین معامله توسط سردفتر بررسی و پس از احراز هویت و اخذ اثر انگشت به صورت الکترونیک قرارداد تنظیم می‌گردد فلذا هویت طرفین کاملاً مشخص و امکان جعل هویت توسط افراد کلاهبردار وجود ندارد. ثانیاً: با توجه به اینکه این اطلاعات در دفترخانه و دفاتر مربوطه (امروزه به صورت الکترونیک) درج و ضبط می‌گردد لذا امکان جعل در محتویات قرارداد و یا هرگونه تغییر در مفاد آن وجود ندارد و از طرف دیگر تاریخ تنظیم آن به وضوح مشخص است. ثالثاً: در صورت از بین رفتن فیزیکی قرارداد یکی از طرفین یا هر دو طرف به علت سرقت، آتش سوزی و سایر موارد، امکان بازیابی آن و دریافت المثنی از دفترخانه مربوطه و حتی اداره ثبت وجود دارد که از این باب نیز اطمینان خاطر را برای طرفین قرارداد به وجود می‌آورد.

رواج اسناد رسمی در مقام حل معضل بزرگ اختلافات و دعوای، نقش پیشگیری و البته نقش حل اختلاف دارد اسناد رسمی از دلایل محکم اثبات دعوا معرفی شده اند، اما حوزه تأثیر گذاری آن محدود به مقام دعوا یا دفاع نمی‌باشد. شفاف سازی روابط حقوقی افراد حمایت از حقوق افراد و تعیین منجز تکالیف آنان به وسیله اسناد رسمی سبب قضا دایی و پیشگیری از اختلافات و ایجاد نظام عادلانه حقوقی است. اشکالات و اختلافات حاصل از روابط حقوقی که به موجب اسناد رسمی تنظیم شود بسیار نادر است و مشکلاتی که در اسناد عادی ظهور و بروز پیدا می‌کند غالباً در آن راه ندارد و مالاً نیاز به مراجعه و مداخله مراجع قضائی کمتر خواهد بود و کاهش اختلافات و دعاوی ناشی از تنظیم اسناد عادی که اغلب توسط افراد غیر متخصص صورت گرفته و مبنای طرح پرونده‌های بیشمار در مراجع قضائی است (حبیب زاده، ۱۳۸۷: ۲۱۹)

اختلافات مربوط به قراردادهای پیش خریدی که بدون توجه به قانون پیش فروش ساختمان و با اسناد عادی توسط دلالان و بنگاه‌های املاک منعقد گردیده اند هزینه‌های بسیاری را هم برای طرفین و هم برای سیستم قضایی به وجود آورده اند. حال آنکه اگر پیش خریداران با توجه به مفاد قانون مزبور و به موجب سند رسمی اقدام به پیش خرید می‌نمودند در صورت بروز اختلاف در این راستا، سندی که به ثبت رسیده باشد، دلیل محکم و محکمه پسندی جهت اثبات مندرجات آن است. در واقع ثبت حقوق، به سبب جنبه اثباتی آن و به دست دادن ابزار و وسایلی برای اثبات وقایع و اعمال حقوقی است. متأسفانه حجم بسیار زیادی از پرونده‌های ورودی به دستگاه قضایی ناشی از تنظیم اسناد عادی پیشفروش میان طرفین می‌باشد حال آنکه در صورت تنظیم سند رسمی نزد مرجع ذیصلاح از یک طرف و عدم پذیرش اسناد عادی از سوی محاکم و ضمانت اجرای بطلان چنین عقود که بدون تشریفات مقرر منعقد گردیده اند می‌تواند باعث کاهش ورودی پرونده‌ها و جلوگیری از بروز اختلافات گردد. و برای مثال در پرونده نگین غرب که گفته شد سیزده هزار شاکی و به تبع همین تعداد شکایت گریبان دستگاه قضایی را نمیگرفت.

نتیجه گیری

۱) معاملات حقوقی که افراد در طول زندگی خود می‌نمایند به خصوص در مورد املاک و اموال غیر منقول با توجه به ارزش روزافزون اینگونه اموال بسیار حائز اهمیت می‌باشد و در هر نظام حقوقی می‌بایست به شدت مورد توجه قرار گیرد. امروزه به دلیل افزایش بیش از حد بهای اموال منقول و غیر منقول و حتی حقوق معنوی قانونگذار می‌بایست با وضع قوانین کارآمد امنیت این گونه معاملات را تضمین نماید و در کنار حراست از حریم مالکیت اشخاص، دولت بتواند به اهداف از پیش تعیین شده خود

دست یابد. بدیهی است دستیابی به این اهداف صرفاً با وضع نمودن تشریفاتی زائد بر اراده طرفین معامله امکان پذیر است چنانکه عمده تشریفات مقرر توسط مقنن در مورد بیع های تشریفاتی ثبت معاملات صورت پذیرفته می باشد.

۲) در نظام حقوقی ایران مطابق صراحت ماده ۳۳۸ قانون مدنی و همچنین مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ و ۳۶۳ و بند یک ماده ۳۶۲ اصل تملیکی و رضایی بودن عقد بیع پذیرفته شده و نزد حقوقدانان معاصر ایران امری مسلم است. با وجود پذیرش اصل حاکمیت اراده و اصل صحت قراردادها در نظام حقوقی ایران، رضائی بودن قراردادها مطلق نبوده و با استثنائاتی همراه می باشد. قراردادهای تشریفاتی، قراردادهایی هستند، که علاوه بر ایجاب و قبول، نیازمند تشریفات دیگری نیز هستند و بیع تشریفاتی نیز از همین قاعده پیروی می کند. در برخی موارد این تشریفات به درجه ای از اهمیت قرار دارند که عدم رعایت آنها منجر به بطلان یا غیر قابل استناد بودن بیع مورد نظر می گردد. امروزه مبرهن است که پذیرش رضایی بودن قراردادها بدون توجه به مصائب و مشکلاتی که از قبل چنین وسعت نظر و دیدگاهی بر نظام حقوقی و جامعه تحمیل خواهد شد، نیازمند بازنگری جدی است. وجود دعای واهی فراوان در محاکم به موجب مباحثه نامه ها و اسناد عادی و اطاله دادرسی به علت طرح انکار و تردید نیست به اسناد عادی و طی فرایند زمان بر کارشناسی علیرغم توسعه دستگاه قضایی و محاکم و تحمیل هزینه های سنگین ناشی از آن به دستگاه قضایی کشور در سال های اخیر باعث شده است که بیش از هر زمان دیگری در نظام حقوقی ما ضرورت تعیین شرایط و تشریفاتی علاوه بر اراده طرفین در تحقق قراردادها غیر قابل انکار باشد.

۳) با عنایت به آنچه که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت؛ برخی از بیع ها تشریفاتی هستند. این تشریفات با اهدافی همچون حمایت از حقوق طرفین قرارداد و اشخاص ثالث، جلوگیری از طرح دعای واهی، حمایت از منافع عمومی، رعایت نظم جامعه و ... برای برخی از بیع ها پیش بینی شده اند. با توجه به اهمیت این تشریفات، ضمانت اجرای عدم رعایت آن ها بسته به نوع قرارداد متفاوت خواهد بود.

۴) در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات در خصوص بیع املاک در این پژوهش ملاحظه نمودیم که برخی بیع املاک بدون تنظیم سند رسمی را معتبر می دانند ولی بیع واقع شده را با سند عادی را قابل استناد و یا قابل اثبات نمی دانند. در مقابل؛ برخی دیگر تنظیم سند رسمی را یکی از ارکان بیع دانسته و بدون این سند، بیع را کامل نمی دانند و به عبارت دیگر، تشریفات مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ت. (تنظیم سند رسمی) را برای تحقق بیع، یک الزام قانونی می دانند که علیرغم اصل حاکمیت اراده، به علت مخالفت با قوانین آمره و نظم عمومی، عبور از خط قرمز منع قانونی مذکور دانسته و نه تنها تنظیم این گونه اسناد بدون رعایت تشریفات را فاقد اثر اثباتی و ثبوتی می دانند، بلکه به علت مخالفت با قوانین امری باطل نیز تلقی می کنند.

پس از تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور که آخرین اراده مقنن محسوب می شود همانگونه که بیان شد اثر ایجاد را از تشریفات مقرر گرفته است و ضمن پذیرش صحت چنین معاملاتی برای ثبت صرفاً اثر تاییدی را در نظر گرفته است که این ضمانت اجراء امروزه قادر به تامین اهداف مورد نظر که پیش از این بحث شد شامل قضاء زدایی، کاهش پرونده های ورودی به مراجع دادگستری و همچنین صیانت از نظم حقوقی جامعه و سایر اهداف نمی باشد و امید است با تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول که در مجمع تشخیص مصلحت نظام در جریان رسیدگی است و ضمانت اجرای عدم ثبت و عدم رعایت تشریفات را بطلان معامله منعقد در نظر گرفته است، اهداف مد نظر نیز محقق گردد.

۵) در خصوص قرارداد پیش فروش ساختمان برخی معتقد به رضایی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان بوده که از دید قانون پیش فروش ساختمان، تنظیم سند رسمی کارکرد ثبوتی ندارد. زیرا عدم رعایت آن موجب بطلان قرارداد معرفی نشده و قانون گذار، در مقام بیان، از تعیین ضمانت اجرای حقوقی امتناع کرده است ولی با دقت در مفاد قانون مزبور می توان به این نتیجه رسید که در بدو امر قرارداد مزبور به هیچ وجه نمی تواند به عنوان قرارداد رضایی در نظر گرفته شود بلکه با توجه به صراحت قانونگذار مبنی بر ارائه مدارک مخصوص و همچنین تنظیم آن به موجب سند رسمی و سایر شرایط، بلاشک قرارداد پیش فروش آپارتمان در زمره عقود تشریفاتی قرار می گیرد. از طرفی با توجه به جوانب و اهداف مد نظر قانونگذار از تشریفاتی نمودن چنین عقدی که عمده آن جلوگیری از انجام معاملات معارض و فروش یک واحد به چند نفر توسط سازنده و حفظ نظم جامعه و پیشگیری از وقوع جرم است می توان گفت عدم رعایت تشریفات مقرر منجر به بطلان آن خواهد شد و قرارداد منعقد اثری نخواهد داشت. در واقع با بررسی قانون پیش فروش ساختمان و هدف مقنن از وضع مقررات مزبور و همچنین از آنجایی که

پیش‌فروش ساختمان نیز می‌تواند از مصادیق بند ۱ ماده ۴۶ قانون ثبت باشد لذا می‌توان گفت ثبت قرارداد پیش‌فروش ساختمان دارای اثر ایجاد است و عدم ثبت آن وفق مقررات قانونی منجر به بطلان قرارداد منعقد خواهد شد و بدون این ضمانت اجراء عملاً هدف مقنن تامین نخواهد شد. حتی بر فرض صحت عمل حقوقی منعقد میان طرفین، در صورت عدم تنظیم سند رسمی، طرفین علی‌الخصوص پیش‌خريدار نمی‌تواند از مزایای مندرج در قانون پیش‌فروش ساختمان استفاده نماید. هر چند متأسفانه این ضمانت اجراء توسط مقنن صراحتاً تعیین نشده است ولی می‌بایست با در نظر گرفتن مبانی و اهداف مقنن از وضع چنین مقرراتی ضمانت اجراء مربوطه را معین نمود.

منابع

۱. آخوندی، روح الله و کریمی، عباس و الماسی، نجاد علی، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و انگلستان، چ اول، انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۰
۲. اسکینی(الف)، ربیعا، حقوق تجارت، شرکتهای تجاری، ج اول، انتشارات سمت، چ دوم، ۱۳۷۷
۳. اسکینی(ب)، ربیعا، حقوق تجارت شرکت های تجاری، ج دوم، چ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۷
۴. اصفهانی، راغب، المفردات فی غریب القرآن، چ دوم، انتشارات دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۴ ق، تهران
۵. الموسوی الخویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج دوم، نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق
۶. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چ ۴۰، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۴۰۱
۷. امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش، حقوق اداری، ج ۲، چ ۵، انتشارات میزان، تهران، ۱۴۰۱
۸. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، چ اول، ج ۳، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸
۹. انصاری، ولی الله، حقوق قراردادهای اداری، چاپ چهارم، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۸۷
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ج ۳، چ هشتم، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۳۸۵
۱۱. بهرامی، زهرا، حق سرقفلی: حق کسب و پیشه و تجارت، چ ۶، انتشارات نگاه بینه، تهران، ۱۳۹۲
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، چ سوم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت: حقوق تعهدات عقود و ایقاعات، چ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، چ ششم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق ثبت (ثبت املاک)، چ پنجم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۹۳
۱۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چ هشتم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۴۰۲
۱۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، چ چهارم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۴۰۱
۱۸. حسینی، حسن، حقوق تجارت، انتشارات میزان، چ پنجم، تهران، ۱۳۸۵
۱۹. حسینی روحانی، سید محمد صادق، المسائل مستحدثه، موسسه دارالکتاب، چ چهارم، قم، ۱۴۱۴ قمری
۲۰. حسینی زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳ انتشارات دارالهدایه، بیروت، ۱۳۹۴ ق
۲۱. حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی ۲ اموال و مالکیت، چ دوم، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۸۹
۲۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی، چ هشتم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۴۰۰
۲۳. رفیعی مقدم، علی، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، چ اول، انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۰
۲۴. زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، چ ۲، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۸
۲۵. زرگوش، مشتاق، مسئولیت مدنی دولت؛ مبانی نظری، ج اول، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۴۰۰
۲۶. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج اول، نشر دادگستر، چ اول، تهران، ۱۳۷۴
۲۷. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، چ ۱۸، انتشارات جهاد دانشگاهی، تهران، ۱۳۸۵

۲۸. شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ج ۲، چ ۵، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۸
۲۹. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، چ ۲۲، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۸
۳۰. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات؛ چاپ ۱۶، انتشارات مجد، تهران، ۱۴۰۱.
۳۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی: حقوق مدنی، حقوق بازرگانی، حقوق کیفری، حقوق بین‌الملل خصوصی، چ سوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۱
۳۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، چ سوم، چ ۱۲، انتشارات دارالتفسیر، قم، ۱۳۹۳
۳۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادهای، چ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۶
۳۴. صالحی، حمید، حقوق ثبت اسناد و املاک در ایران، چاپ اول انتشارات شرق، تهران، ۱۳۷۵
۳۵. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، ج اول، چ ۲۸، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۹
۳۶. صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، چ دوم، چ سیزدهم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۱
۳۷. طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، چ ۲۵، انتشارات سمت، تهران، ۱۴۰۱
۳۸. طاهری فرد، محمد رضا و علوی سید ابوذری و بهرامی بهرام، حقوق اصحاب دعوا و شخص ثالث در مزایده اجرای احکام مدنی، چاپ سوم، موسسه فرهنگی و انتشاراتی نگاه بینه، تهران، ۱۳۹۴
۳۹. طاهر موسوی، یوسف، حقوق موجر و مستاجر در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ (تخلیه اماکن تجاری، مسکونی - سرقفلی در حقوق ایران)، چ سوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۴
۴۰. علی بن حسین بن عبدالعالی کرکی، شیخ نورالدین (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی الشرح القواعد محقق الثانی، موسسه آل البیت علیه اسلام قم چ ۳، ج ۵، ۱۴۱۴ ق
۴۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید، چ ۱۷، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۹
۴۲. فانی. منوچهر، ماهیت مزایده و تشریفات مربوط به آن در فقه و قانون اجرای احکام مدنی، چ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۴
۴۳. فدایی عراقی، غلامرضا، مقدمه ای بر شناخت اسناد آرشیوی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۷
۴۴. فرج الصده، عبدالمنعم، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیة، دار النهضة العربیة، بیروت، ۱۹۷۴.
۴۵. فلاح، محمدرضا، ثبوت واثبات در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶، ج ۲، چ ۲، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸
۴۶. قاسمی، محسن؛ شکل‌گرایی در حقوق مدنی؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.