

شکل‌گرایی در حقوق مدنی

www.ketab.ir
دکتر محسن قاسمی



سرشناسه : قاسمی، محسن
 عنوان و نام‌پدیدآور : شکل‌گرایی در حقوق مدنی / محسن قاسمی.
 مشخصات نشر : تهران، میزان، ۱۳۸۸.
 مشخصات ظاهری : ص ۵۱۲
 فروست : نشر میزان ۳۷۹
 شابک : 978-964-511-178-4
 وضعیت فهرست‌نویسی : قییا
 موضوع : حقوق مدنی — فرانسه
 موضوع : حقوق مدنی — فلسفه — تاریخ
 موضوع : حقوق مدنی — ایران — فلسفه
 رده‌بندی کنگره : ۱۳۸۸ ش ۸۱۳/ق۲ K۶۲۳
 رده‌بندی دیویی : ۳۴۲/۰۸۵۰۱
 شماره کتابشناسی ملی : ۱۷۵۴۷۶۱

۳۷۹

نشر میزان

شکل‌گرایی در حقوق مدنی

دکتر محسن قاسمی

چاپ اول: پاییز ۱۳۸۸

قیمت: ۹۵۰۰ تومان

شمار: ۱۰۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۵۱۱-۱۷۸-۴

فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، روبروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ فخررازی، پلاک ۸۳، تلفن ۶۶۴۶۷۷۷۰

واحد پخش و فروش: خیابان سمیه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۴، تلفن ۸۸۳۴۹۵۲۹-۳۱

دفتر مرکزی: خیابان ایرانشهر جنوبی، جنب مسجدجلیلی، بن‌بست قره‌گزلو، پلاک ۱، واحد ۶، تلفن ۸۸۳۰۶۲۰۲

فهرست نشانه‌های اختصاری

الف) فارسی و عربی

ج = جلد

چ = چاپ

س = سال

ش = شماره

ص = صفحه

ط = طبع (چاپ)

ق م = قانون مدنی - قبل از میلاد

ق م ف = قانون مدنی فرانسه

م = میلادی

هـ ش = هجری شمسی

هـ ق = هجری قمری

ب) لاتین

ibid = ibidem (منبع پیشین)

n = Numéro (شماره)

op.cit = ouvrage précité (همان منبع)

P = Page (صفحه)

R.T.D.civ = Revue trimestrielle du droit civil

T = Tome (جلد)

V = Volume (مجلد)

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱۵	مقدمه
۲۱	بخش اول - مفهوم شکل و شکل‌گرایی در حقوق مدنی و فراز و فرود آن در طول تاریخ تا عصر جدید
۲۴	فصل اول - مفاهیم بنیادین
۲۴	مبحث اول: مفهوم و ماهیت شکل و نسبت آن با اراده در حقوق مدنی
۲۴	گفتار اول: مفهوم و ماهیت شکل از حیث ذات و جوهر
۲۴	الف- مفهوم فلسفی شکل
۲۹	ب- مفهوم حقوقی شکل
۳۶	گفتار دوم: مفهوم شکل در حقوق از حیث کارکرد در تعامل با اراده حقوقی
۳۶	الف- شکل به عنوان جانشین اراده (کارکرد سازنده)
۳۸	ب- شکل به عنوان کاشف اراده
۳۹	ج- شکل به عنوان حمایت‌کننده از اراده
۴۰	د- شکل به عنوان ارشادگر و هدایت‌کننده اراده
۴۱	ه- شکل به عنوان اثبات‌کننده اراده
۴۱	گفتار سوم: تعریف برگزیده
۴۸	مبحث دوم: مفهوم شکل‌گرایی در حقوق مدنی
۴۸	گفتار اول: برداشت‌های موجود

۴۹	الف: برداشت‌های مضیق
۵۲	ب: برداشت‌های موسع
۵۴	گفتار دوم - مفهوم برگزیده:
۵۴	الف: تبیین این مفهوم
۵۶	ب- شکل‌گرایی، نظریه ظاهر و نظریه اصالت اراده ظاهری (اظهار اراده)
۵۶	ب-۱- شکل‌گرایی و نظریه ظاهر
۶۰	ب-۲- شکل‌گرایی و نظریه اظهار اراده (اصالت اراده ظاهری)
۶۳	فصل دوم - فراز و فرود شکل‌گرایی در طول تاریخ تا عصر جدید
۶۵	مبحث اول: شکل‌گرایی حداکثری در عهد باستان
۶۵	گفتار اول- نسبت شکل و اراده در حقوق قدیم رُم: مجرد عمل حقوقی
۶۵	الف- ویژگیهای نظام حقوقی حاکم بر اعمال حقوقی در رُم قدیم
۷۱	ب- ابزارها و روش‌های فنی شکل‌گرایی حداکثری در حقوق رُم قدیم
۷۴	ج- چهار شکل انحصاری عمل حقوقی در حقوق رُم قدیم
۷۹	گفتار دوم: مبانی، زمینه‌ها و علل شکل‌گرایی حداکثری در عهد باستان
۸۰	الف- ساختار ذهنی انسان در جوامع باستانی
۸۸	ب- ساختار عینی جوامع باستانی
۸۸	۱- ساختار فرهنگی: حاکمیت مذاهب جادویی
۹۱	۲- ساختار اجتماعی و سیاسی
۹۳	۳- ساختار اقتصادی
	گفتار سوم: محاسن و معایب شکل‌گرایی حداکثری جوامع باستانی در
۹۵	اعمال حقوقی
۹۵	الف - محاسن شکل‌گرایی حداکثری
۹۶	ب- معایب و خطرات شکل‌گرایی حداکثری
۹۷	مبحث دوم: تعدیل نسبی شکل‌گرایی حداکثری در عصر پسا باستانی

۹۷	گفتار اول: عصر کلاسیک حقوق رُم و حقوق عصر ساسانی در ایران.....
۹۷	الف- حقوق کلاسیک رُم.....
۹۸	۱- دگرگونی های رخ داده در سه نوع عقد تشریفاتی مرسوم.....
۹۹	۲- پدیدار شدن مفهوم حسن نیت و عیوب اراده.....
۱۰۰	۳- پیدایش دو دسته عقد جدید.....
۱۰۱	۴- افول قاعده لزوم همسخی.....
۱۰۲	ب- حقوق پادشاهی ساسانی.....
۱۰۴	گفتار دوم: قرون وسطی.....
۱۰۴	الف- اروپای بزری.....
۱۰۴	۱- عصر فرانک ها.....
۱۰۷	۲- دوران فئودالیت (تئود داری- امپراطوری ملوک الطوائفی).....
۱۱۳	ب- حقوق انگلیس در عصر فئودالیت (کامن لا).....
۱۱۴	۱- دعوای Debt: عقود عینی.....
۱۱۵	۲- دعوای Covenant: عقود کتبی رسمی (deed).....
۱۱۶	۳- دعوای Assumpsit.....
۱۱۶	ج- حقوق ایران در قرون وسطی.....
۱۱۷	د- حقوق اسلام.....
۱۱۸	۱- فقه اهل سنت.....
۱۲۴	۲- فقه امامیه.....
.....	گفتار سوم: زمینه ها و علل تعدیل نسبی شکل گرایی حداکثری در عصر.....
۱۴۲	کلاسیک و قرون وسطی.....
۱۴۳	الف- زمینه ها و علل ذهنی:.....
۱۴۶	ب- زمینه ها و علل عینی.....
۱۵۰	مبحث سوم- واکنش علیه شکل گرایی: حاکمیت اصالت رضادر قرون ۱۸ و ۱۹.....
۱۵۰	گفتار اول: سیر تحول.....

- الف - دورهٔ رنسانس (نوزایی) ۱۵۰
- ب - عصر روشنگری (قرن ۱۸) به بعد ۱۵۴
- گفتار دوم: مبانی و علل حاکمیت اصالت رضا در قرون ۱۸ و ۱۹ ۱۶۵
- الف - اصل حاکمیت اراده ۱۶۶
- ۱ - مبانی فلسفی ۱۶۶
- ۲ - مبنای سیاسی اصل حاکمیت اراده: نظریه قرارداد اجتماعی ۱۸۰
- ۳ - مبنای اجتماعی: جامعه پیچیده صنعتی ۱۸۱
- ۴ - مبنای اقتصادی: زوال فئودالیسم و ظهور سرمایه داری لیبرال ۱۸۴
- ۵ - مبنای اخلاقی اصل حاکمیت اراده ۱۸۶
- ب - لیبرالیسم حقوقی ۱۸۷
- ج - علل فنی، مصلحت جویانه (عملی) و ارزشی تفوق اصالت رضا ۱۹۱
- گفتار سوم: نسبت شکل و اراده در مکتب اصالت رضا ۱۹۴
- خلاصه و نتیجه بخش اول: ۱۹۷
- الف) مفهوم و ماهیت شکل ۱۹۷
- ب - شکل‌گرایی ۱۹۸
- ج - فراز و اوج شکل‌گرایی به مفهوم مضیق را در عصر باستان و ۱۹۹
- جوامع باستانی می‌توان دید ۱۹۹
- د - کاسته شدن از اوج شدت شکل‌گرایی و تعدیل نسبی آن را در عصر ۲۰۰
- کلاسیک (از ۲۰۰ قبل از میلاد به بعد) و قرون وسطی (۱۵-۵ میلادی) ۲۰۰
- می‌توان به وضوح دریافت ۲۰۱
- ه - واکنش علیه شکل‌گرایی و حاکمیت اصالت رضا در عصر جدید ۲۰۴

بخش دوم: نوزایی شکل‌گرایی در قرن بیستم.....	۲۰۹
---	-----

فصل اول - مفهوم و روند نوزایی شکل‌گرایی و انواع و مراتب

شکل‌گرایی جدید.....	۲۱۰
مبحث اول: مفهوم و روند نوزایی شکل‌گرایی.....	۲۱۰
گفتار اول: مفهوم نوزایی شکل‌گرایی.....	۲۱۰
گفتار دوم: روند نوزایی شکل‌گرایی.....	۲۱۴
الف- حقوق اروپای غربی.....	۲۱۷
ب- حقوق شوروی سابق.....	۲۲۳
ج- حقوق ایران و کشورهای عربی.....	۲۲۵
مبحث دوم: انواع و مراتب شکل‌گرایی جدید.....	۲۲۷
گفتار اول: نظرات موجود.....	۲۲۸
الف- نظر «ژنی».....	۲۲۸
ب- نظر «مالوری».....	۲۳۱
ج- نظر «گستن».....	۲۳۱
د- نظر «فلور».....	۲۳۲
گفتار دوم: تقسیم‌بندی برگزیده.....	۲۳۳
الف- تقسیم‌بندی به اعتبار هدف: انواع شکل‌گرایی معاصر.....	۲۳۳
۱- فرمالیسم حمایتی.....	۲۳۴
۲- فرمالیسم نظارتی و ارشادی.....	۲۴۵
ب- تقسیم‌بندی شکل‌گرایی براساس ضمانت اجرا: درجات و مراتب.....	۲۵۱
شکل‌گرایی.....	۲۵۱
۱- شکل‌های رکن یا شرط صحت.....	۲۵۲
۲- شکل‌های شرط نفوذ.....	۲۶۱
۳- شکل‌های شرط لزوم.....	۲۶۳

۲۶۴	۴- شکل‌های دارای ضمانت اجرای توصیف مجدد.
۲۷۰	۵- شکل‌های شرط قابلیت استناد
۲۷۳	۶- شکل‌های شرط قابلیت اثبات.
	۷- شکل‌های دارای ضمانت اجرای کیفری و انتظامی و یا مسئولیت مدنی.
۲۸۲	(ضمان قهری).

فصل دوم- مبانی و علل نوزایی شکل‌گرایی در قرن بیستم و نسبت شکل و اراده

۲۸۷	در حقوق مدنی معاصر
۲۸۷	مبحث اول - مبانی و علل نوزایی شکل‌گرایی در قرن بیستم
۲۸۷	گفتار اول- تعدیل اصل حاکمیت اراده.
۲۸۹	الف- نقد فلسفی
۲۹۳	ب- عوامل اقتصادی و اجتماعی
۲۹۹	ج- اخلاق
۳۰۲	گفتار دوم - تثلیث‌الایسم (اراده‌گرایی اجتماعی)
۳۰۹	گفتار سوم- عوامل فنی و عملی: معایب اصالت رضا و محاسن شکل‌گرایی
۳۱۰	الف- معایب اصالت رضا (اصل آزادی شکل عمل حقوقی)
۳۱۰	۱- از لحاظ اخلاقی
۳۱۲	۲- از لحاظ حقوقی
۳۱۳	۳- از لحاظ اقتصادی
۳۱۳	ب- مزایا و محاسن شکل‌گرایی
۳۱۳	۱- عامل امنیت حقوقی: حمایت‌گر
۳۱۸	۲- عامل ساده سازی و سرعت بخشی
۳۲۱	۳- عامل هدایت‌گری و ارشاد: ابزار اعمال سیاست‌های عمومی
۳۲۳	مبحث دوم: نسبت شکل و اراده (اصالت رضا و فرمالیسم)
۳۲۳	در حقوق مدنی معاصر

۳۲۴	گفتار اول - نفی حاکمیت اصالت رضا
۳۲۶	گفتار دوم - تعدیل اصالت رضا: همزیستی و مشارکت همدلانه
۳۲۸	فصل سوم - منطق شکل‌گرایی جدید و ویژگی‌های آن
۳۲۹	مبحث اول - منطق شکل‌گرایی جدید: رویکرد انتقادی - غایت شناختی ...
	گفتار اول - مفهوم و جایگاه منطق انتقادی - غایت شناختی در حقوق معاصر ...
۳۲۹	و بکارگیری آن در شکل‌گرایی جدید
	الف - گذار از کنش سنتی به کنش عقلانی معطوف به هدف و جایگاه
۳۲۹	محوری ایده هدف در حقوق معاصر
۳۲۹	۱- کنش سنتی
۳۲۹	۲- کنش عاطفی یا انفعالی
۳۳۰	۳- کنش عقلانی معطوف به ارزش
۳۳۰	۴- کنش عقلانی معطوف به هدف
۳۴۳	ب: انواع و مراتب اهداف و مقاصد
۳۴۳	ب-۱- نظریه شاطبی و همفکران وی
۳۴۷	ب-۲- نظریه روسکو پاند
۳۴۸	ب-۳- ارزیابی
	ج- نمونه‌هایی از بکارگیری منطق انتقادی - غایت شناختی در
۳۵۸	شکل‌گرایی جدید
۳۵۸	۱- عقود عینی بطور کلی
۳۶۱	۲- عقد هبه
	۳- انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود و سهام با
۳۶۳	نام شرکت‌های سهامی
	۴- وعده عقود تشریفاتی و توکیل، فسخ، اصلاح (تعدیل) و اقاله در این ...
۳۶۵	عقود

- ۵- تردید بین شرط اثبات و شرط صحت ۳۶۷
- مبحث دوم: ویژگی‌های شکل‌گرایی جدید ۳۷۰
- گفتار اول: عقلانیت معطوف به هدف ۳۷۱
- گفتار دوم: جلوگیری از سوءاستفاده از الزامات شکلی ۳۷۴
- گفتار سوم: گوناگونی و ذو مراتب بودن شکل‌گرایی جدید ۳۷۹
- گفتار چهارم: منشأ قراردادی در کنار منابع قانونی و عرفی ۳۸۱
- گفتار پنجم - تفوق شکل‌های نوشتاری (سند) ۳۸۴

فصل چهارم بررسی شکل‌گرایی در حقوق مدنی ایران معاصر براساس

- منطق شکل‌گرایی جدید ۳۸۶
- مبحث اول - شکل‌های نوشتاری (سند کتبی) ۳۸۶
- گفتار اول - سند رسمی ۳۸۷
- الف - معاملات موضوع مواد ۴۱ - ۴۶ قانون ثبت ۳۸۷
- الف - ۱- معاملات راجع به عین اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۸۸
- ۱- بیع و معاوضه اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۸۸
- ۱- ۱- بیع اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۸۸
- بند اول - مروری بر نظرات موجود ۳۸۸
- بند دوم - نظر برگزیده ۳۹۲
- ۱- ۲- معاوضه اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۹۴
- ۲- اخذ به شفعه ۳۹۴
- ۳- رهن اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۹۵
- الف - ۲- معاملات راجع به منافع اموال غیرمنقول ثبت شده ۳۹۶
- الف - ۳- معاملات راجع به حقوق عینی ثبت شده، عین و منافع اموال ۳۹۶
- غیرمنقول ثبت نشده و صلحنامه، هبه‌نامه و شرکت‌نامه در نقاطی که ۳۹۸
- وقضائیه ثبت رسمی آنها را الزامی اعلام کرده است ۳۹۸

ب - انتقال حق سرقفلی (حق کسب و پیشه و تجارت):	۳۹۹
ج - معاملات و اقاله راجع به عین و منافع کشتی های مشمول قانون دریایی ..	
ایران (مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹)	۴۰۰
د - معامله وسایل نقلیه موتوری زمینی	۴۰۲
ه - معاملات راجع به ورقه اختراع و علامت تجاری	۴۰۳
و - ثبت ازدواج، طلاق و رجوع	۴۰۴
ز - انتقال سهم الشرکه در شرکت های تجاری با مسوولیت محدود	۴۰۵
ح - نقل و انتقال ماشین های چاپ، لیتوگرافی و صحافی	۴۰۷
گفتار دوم - سند عادی	۴۰۹
الف - انتقال سهام با نام شرکت های سهامی	۴۰۹
ب - عقد بیمه	۴۱۰
مبحث دوم - شکل های گفتاری بیع لفظی	۴۱۲
گفتار اول - عقد نکاح	۴۱۲
گفتار دوم - طلاق	۴۱۵
گفتار سوم - عقد وقف	۴۱۶
مبحث سوم: شکل های رفتاری (قبض، تجویز)	۴۱۸
گفتار اول - عقود عینی	۴۱۸
الف - فلسفه عینی بودن حبس، وقف، هبه، رهن و بیع صرف	۴۲۰
الف - ۱ - سه عقد حبس، وقف و هبه	۴۲۰
الف - ۲ - عقد رهن	۴۲۳
الف - ۳ - بیع صرف	۴۲۵
ب - بررسی مصادیق مورد اختلاف عقود عینی	۴۲۸
ب - ۱ - بیع سلف	۴۲۸
ب - ۲ - عقد قرض	۴۳۱
ب - ۳ - انتقال سهام بی نام شرکت های سهامی	۴۳۲

ب - ۴ - اخذ به شفعه	۴۳۳
ب - ۵ - ودیعه و عاریه	۴۳۵
گفتار دوم - اعمال حقوقی نیازمند به تجویز	۴۳۶
الف - برخی اعمال حقوقی راجع به محجورین	۴۳۷
ب - ازدواج دختر بالغ باکره	۴۳۸
ج - اجازه دادگاه برای ازدواج مجدد	۴۳۹
د - اجازه دولت در ازدواج زن ایرانی با بیگانگان	۴۴۱
هـ - ازدواج مرد با خواهرزاده یا برادرزاده همسر خود	۴۴۳
و - گواهی عدم امکان سازش در طلاق	۴۴۴
ز - فروش اموال منقول ثبت شده در فهرست آثار ملی	۴۴۶
مبحث چهارم: شکل‌های تخییری (وصیت)	۴۴۷
مبحث پنجم: وعده عقود تشریفاتی، توکیل در این عقود و فسخ، اقاله و	
اصلاح آنها	۴۴۹
خلاصه و نتیجه بخش دوم:	۴۵۶
فهرست منابع	۴۷۶
الف) منابع فارسی	۴۷۶
ب) منابع عربی	۴۸۵
ج) منابع فرانسوی	۴۹۱
د) منابع انگلیسی	۵۰۰

تا اواخر سده نوزده میلادی، اصالت رضا یا همان اصل آزادی شکل اظهار اراده و عمل حقوقی، یکی از اصول حقوقی مسلمی بود که عموماً به عنوان یکی از شاخص‌های عقلانیت و پیشرفت در حقوق عصر جدید و گذار از دوران حقوق ماده‌گرای مبتنی بر حاکمیت تام قواعد حقوقی بر اراده فردی به دوران حقوق معناگرای مبتنی بر حاکمیت اراده فردی به شمار می‌آمد، اما از اوایل سده بیستم، نظام‌های حقوقی غربی با پدیده‌ای روبرو شدند که تحت عنوان «رنسانس یا نوزایی شکل‌گرایی در حقوق مدنی» موضوع رساله‌ها، کتابها و مقالات متعدد و پرشماری قرار گرفته و روند روبه رشد این پدیده تا بحال چنان بوده که برخی را به حاکمیت و تفوق شکل‌گرایی به مثابه یک اصل در حقوق معاصر و به حاشیه رفتن آزادی شکل عمل حقوقی، معتقد ساخته است.

این دگرگونی عمیق در حالی است که در جامعه حقوقی کشوری همچون ایران، هنوز از فضائل و محاسن اصالت رضا می‌گویند و می‌نویسند و پذیرش آن در نظام حقوقی ایران و بطور خاص قانون مدنی را یکی از نشانه‌های پیوستن حقوق این سرزمین به کاروان تجدد و مدرنیته و تمدن عقلانی بشری در عصر جدید قلمداد می‌کنند و حتی تلاش می‌شود که نشان دهند فقه اسلامی و بویژه فقه امامیه نیز در دوران معاصر، اصل آزادی شکل اظهار اراده در تشکیل عمل حقوقی را مورد شناسایی قرار داده و از لفظ گرای کم و بیش شدید فقهاء متقدم و متأخر، دوری می‌جوید.

بطور کلی مفهوم شکل و شکل‌گرایی در حقوق در سه مقام مطرح می‌شود که کاملاً با یکدیگر متفاوت اند:

- ۱- در مقام تشخیص قاعده حقوقی از دیگر هنجارهای اجتماعی
 شکل‌گرایی در این مقام به مفهوم تبیین ماهیت و اعتبار^(۱) قاعده حقوقی براساس معیارهای شکلی و صوری صرف، یعنی صدور از یک مرجع صالح تقنینی (دولت به مفهوم عام) با رعایت کامل آئین‌ها و تشریفات مقرر طبق اصول حقوق اساسی و سلسله

مراتب هرم هنجاری در یک نظام حقوقی است که بدون ارزیابی محتوا، پیامدها، کارایی و مقبولیت هنجار مورد نظر، صورت می‌گیرد و مکاتب تحقیقی دولتی (بوزیتیویسم تحلیلی) طرفدار آن بوده و از این جهت در مقابل مکاتب حقوق طبیعی، واقع‌گرایان و کارکردگرایان قرار می‌گیرند^(۱).

۲- در مقام استدلال حقوقی^(۲) در فرآیند استنباط و دادرسی

در این مقام، شکل‌گرایی به معنی جمود و اکتفا بر جوانب صوری استدلال قیاسی^(۳) در منطق صوری، یعنی چینش صحیح مقدمات کبری و صغری از حیث شکل قضایا بدون هیچگونه بررسی و ارزیابی نتیجه قیاس استنباط و قیاس قضایی از جهت انطباق با اصول عدالت، انصاف، فایده و مصلحت فردی و جمعی است و در مقابل مکاتبی چون جنبش حقوق آزاد و مکاتب جامعه‌شناسی حقوق قرار می‌گیرد^(۴).

۳- در مقام انجام عمل حقوقی (عقود و ایقاعات) و تنظیم اسناد در حقوق مدنی
شکل در این مقام در برابر اراده فردی اشخاص مطرح می‌شود و شکل‌گرایی به مفهوم اشتراط شکل‌های معین الحظاری و الزام‌آور در اعمال حقوقی و تنظیم و صدور

۱- برای مطالعه تفصیلی در این خصوص رک به:

- دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۷۶-۹۰ و ۱۵۲-۱۳۹ - جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه دکتر محمد راسخ، ص ۵۵۶ به بعد.

H.Kelsen, Théorie pure du droit, Traduit par. Eisenmann, p.255 ets-
H.Batiffol, La philosophie du droit, pp.22-28- Starck, Roland et Boyer,
Introduction au droit, n. 379 ets.

2_ Argumentation juridique.

3_ Syllogisme.

۴- برای مطالعه تفصیلی در این مورد رک به:

- دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ش ۵۳۳ - دکتر حسن جعفری نیار، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، ص ۴۳ به بعد

L.Husson, Nouvelles études sur la pensée juridique, pp.197-251 - H.L.A.Hart,
The Concept of Law, pp.120-150 - J-L.Bergel, Théorie générale du droit,
p.261 ets.

اسناد و آزاد نبودن شکل عقود و ایقاعات و اسناد است که در مقابل اصالت رضا یا اصل آزادی شکل اظهار اراده قرار می‌گیرد.

موضوع کتاب حاضر، شکل‌گرایی در مفهوم اخیر است و دو مفهوم اول و دوم شکل‌گرایی را که از مباحث فلسفه حقوق در مفهوم عام آن است، در بر نمی‌گیرد زیرا اساساً آنچه در طول تاریخ تابحال دچار فراز و فرود و سپس نوزایی در حقوق معاصر شده و به عنوان یکی از پدیده‌های مهم حقوقی - که به سیر تحول و رشد و توسعه خود در قرن بیست و یکم نیز ادامه می‌دهد - قابل توجه بسیار بوده و بررسی و تبیین آن ضروری و لازم جلوه می‌کند و جای خالی آن در جامعه حقوقی ایران احساس می‌شود، شکل‌گرایی در همین مفهوم است.

از این رو در کتاب حاضر به بررسی، تحلیل، تبیین و نقد نظریه‌های ارائه شده در مورد شکل‌گرایی و اصالت رضا در حقوق مدنی و توصیف و تبیین سیر تحول شکل‌گرایی و فراز و فرود و نوزایی آن در حقوق معاصر با رویکردی انتقادی پرداخته شده است تا سرانجام به نظریه‌ای مطلوب در این حوزه رهنمون گردیم و ضمن پر کردن بخشی از خلاء موجود در منابع نظری و دکترینال، معلومات و دانش نظری لازم برای اصلاح و جرح و تعدیل و ارتقاء وضع موجود در نظام حقوقی ایران در مقوله شکل و اراده در اعمال حقوقی و اسناد را فراهم سازیم.

باید توجه داشت که امروزه شکل‌گرایی جدید به عنوان یکی از ابزارهای مؤثر نیل به اهداف و مقاصد حمایتی و ارشادی دولت‌ها در حوزه‌های گوناگون اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و زیست محیطی و تأمین مصالح و منافع گوناگون فردی و جمعی شناخته شده و جایگاه پراهمیتی در دکتترین حقوقی و حقوق موضوعه کشورهای غربی پیدا کرده است این در حالی است که در کشورهایی همچون ایران، جامعه حقوقی هنوز در حال و هوای ستایش از اصل آزادی شکل در اعمال حقوقی و بی توجه یا کم توجه به فواید و مزایای بسیار مهم شکل‌گرایی جدید در مصادیق و نمونه‌های امروزی عقلانی و هدفمند آن است و چه بسا مصالح و منافع فردی و جمعی بسیاری در نتیجه فقدان الزامات شکلی مناسب - همچون لزوم تنظیم سند عادی یا رسمی در معاملات مهم مربوط به مصرف کنندگان یا معاملات راجع به اموال غیرمنقول - به خطر می‌افتد و دولت‌ها در تعقیب اهداف حمایتی و ارشادی خود چنانکه باید موفق نمی‌شوند، در حالیکه وجود چنین

تشریفات و الزامات شکلی می‌تواند مقاصدی همچون اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان، درج شرط‌های حمایتی و جلوگیری از شروط اجحاف‌آمیز در عقود مربوط به مصرف، وادار کردن اشخاص به تفکر و تأمل و مشورت خواهی از مقامات صالح قبل از اقدام به عمل حقوقی و مصون نگاه داشتن ایشان از خطر اشتباه، تدلیس، تقلب و اکراه از سوی دیگران، حفظ منافع اشخاص ثالث در مقابل خطر معاملات معارض و اعمال و اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های گوناگون دولت‌ها در حوزه‌های مختلف برای تأمین مصالح اجتماعی و ملی را برآورده سازد.

تصویری که جامعه حقوقی ایران از شکل‌گرایی در ذهن خود دارد، غالباً همان تصویر و مفهوم است مضییقی که در مقابل عقلانیت جدید و مقتضیات تمدن صنعتی و تجاری غرب عصر تجدید در قرون ۱۸ و ۱۹ تاب‌نیاورد و از میان رفت، حال آنکه در همین جوامع غربی که زمانی فتح‌نمایان لیبرالیسم حقوقی مبتنی بر اصالت فرد و حاکمیت اراده فردی را می‌ستودند، امروزه شکل‌گرایی در مفهوم جدید و عقلانی معطوف به هدف را که انواع و مراتب گوناگونی بر حسب هدف‌های حمایتی و ارشادی و ماهیت ضمانت اجراهای مقرر برای هر یک از شکل‌های معین شده، پیدا کرده است - عموماً مورد تمجید و تأیید قرار داده و قانونگذاران و دادگاه‌ها به تدریج توسعه آن اهتمام جدی دارند.

از این رو ضروری می‌نماید که مفهوم، ماهیت و انواع و مراتب، مبانی و فواید و مزایای شکل‌گرایی جدید در حقوق مدنی به عنوان یکی از دست‌آوردهای عقلایی جوامع پیشرفته مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد و با طرح و تبیین نظریه‌ای منطقی و مطلوب در مورد این جنبش حقوقی، معلومات و دانش نظری لازم برای بهره‌مندی از این ابزار حقوقی کارا و موثر در نظام حقوقی ایران نیز فراهم شود.

موضوع این نوشتار از یک سو محدود به حقوق خصوصی است و حقوق عمومی را که شکل‌گرایی در آن، مبانی و ویژگی‌ها و اهداف خاص خود را دارد در برنمی‌گیرد و از سوی دیگر، از میان شاخه‌های گوناگون حقوق خصوصی، به حقوق مدنی اختصاص یافته است که اصل و اساس و مهمترین و گسترده‌ترین این شاخه‌ها است و نوزایی شکل‌گرایی اصولاً در این حوزه پدیدار گشته و اهمیت شایانی یافته است. با این همه، مصادیق شکل‌گرایی در حقوق تجارت، حقوق کار، حقوق بیمه و مانند آن نیز به مناسبت

نقشی که در روابط حقوقی اشخاص در زندگی خصوصی از حیث عضویت در جامعه (مدینه) دارند و ماهیت آنها که در اصل به مقولات حقوق مدنی بازگشت می‌کند، مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است.

در این راستا سعی شده است بنا به اقتضاء موضوع و هدف مورد نظر، تحلیل و تبیین و استدلال حقوقی با رویکردی فلسفی، تاریخی و جامعه‌شناختی در زمینه‌ای تطبیقی بین نظام‌های مهم حقوقی صورت گیرد و مفهوم و ماهیت و انواع و مراتب شکل‌گرایی سنتی (کلاسیک) و جدید، مبانی، علل و زمینه‌های ذهنی و عینی فراز و فرود شکل‌گرایی در طول تاریخ و نوزایی آن در حقوق معاصر، معایب و خطرات شکل‌گرایی قدیم در مقایسه با اصالت رضا و مزایا و محاسن شکل‌گرایی جدید و اهداف و منطق عقلانی آن با چنین رویکردی مورد بررسی و مطالعه واقع شود.

کتاب حاضر در دو بخش کلی نگارش یافته است:

در بخش اول، فصل اول به بررسی و تبیین مفاهیم بنیادین «شکل» و «شکل‌گرایی» در نسبتش با اراده فردی در حقوق مدنی از حیث ذاتی و کارکردی اختصاص یافته است و در فصل دوم مطالعه و تبیین فراز شکل‌گرایی در جوامع باستانی قدیم و بررسی مبانی، علل و آثار و نتایج آن، بررسی و تبیین تعدیل نسبی شکل‌گرایی در عصر کلاسیک و قرون وسطی، و سرانجام مطالعه و بررسی مبانی و علل، پیامدها و آثار واکنش علیه شکل‌گرایی و حاکمیت اصالت رضا در عصر جدید مورد توجه قرار گرفته است.

در بخش دوم که اختصاص به نوزایی شکل‌گرایی در قرن بیستم و حقوق معاصر دارد، مفهوم و روند نوزایی شکل‌گرایی در حقوق مدنی معاصر و انواع و مراتب شکل‌گرایی جدید در فصل اول و مبانی و علل نوزایی شکل‌گرایی در قرن بیستم و نسبت شکل و اراده در حقوق مدنی معاصر در فصل دوم، مورد بررسی و تبیین قرار گرفته، در فصل سوم به بررسی و تبیین منطق شکل‌گرایی جدید و ویژگیها و خصائص آن در مقایسه با شکل‌گرایی قدیم پرداخته شده و سرانجام در فصل چهارم، شکل‌گرایی در حقوق مدنی ایران معاصر براساس منطق شکل‌گرایی جدید مورد بررسی و مطالعه انتقادی واقع شده است.

امید است نتیجه تلاش نویسنده، مقبول نظر جامعه حقوقی ایران قرار گیرد.