

محدودیت های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها

حمیدرضا اسمعیلی* / حمید ابهری** / ابوالفضل دنکوب*** / مریم آقایی بجنستانی****
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۴/۱۳

چکیده

با نگاهی اجمالی به حجم گسترده دعاوی راجع به معاملات عادی در محاکم قضائی کشور در می یابیم که قوانین موجود از ظرفیت و تأثیرگذاری لازم جهت تنسیق روابط قراردادی اشخاص برخوردار نیست؛ در نتیجه، بایستی به دنبال تعریف ضوابط و معیارهای نوینی در روابط قراردادی با حفظ اصول حاکم بر حقوق قراردادها بود. بررسی پیشینه محدودیت های شکلی در امر قانونگذاری در کشور ما، و واکاوی مبانی فقهی آن با ارائه مصادیقی از این نوع محدودیت ها در اندیشه های فقهی از جمله اهداف این مقاله می باشد. هرچند که تدوین مقررات ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت را بایستی سرآغاز اهتمام قانونگذار بر اعمال محدودیت هایی از این دست دانست ولی تجربه امروز نشان از آن دارد که مقررات مذکور حداقل برای جلوگیری از گسترش اینگونه دعاوی کافی نبوده، و می توان با اعمال ساز و کار های مؤثرتری در زمینه قراردادها از قبیل توسعه دامنه قراردادهایی که لزوماً می-بایستی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم گردد و تعیین ضمانت اجراهای مؤثر، بستر لازم جهت رفع چالش های موجود را فراهم ساخت.

کلیدواژه: محدودیت های شکلی، آزادی قراردادی، مرحله انعقاد، محاکم قضائی، حقوق قراردادها.

* دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

** استاد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول) hamidabhary@gmail.com

*** استادیار حقوق خصوصی دانشگاه گلستان، گرگان، ایران

**** دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

مقدمه

شارحین قانون مدنی و حقوقدانان در بیان محدودیت های آزادی قراردادی در انعقاد قرارداد به بخشی از این محدودیت ها پرداخته اند که عمدتاً ناظر بر نهی از انجام معامله یا الزام معامله بوده است؛ حال آن که به نظر می رسد بخش گسترده ای از این محدودیت ها در مرحله انعقاد، معطوف بر شکل و چگونگی تشکیل قرارداد و میزان تأثیر نحوه انعقاد در فرایند تحقق قرارداد است، زیرا آن چه که فراتر از اراده طرفین در تحقق عقد مؤثر باشد را بایستی در زمره محدودیت های آزادی قراردادی برشمرد.

هرچند از ملاحظه مواد ۱۰ و ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی می توان عدول قانونگذار از شکل گرایی و پذیرش اراده طرفین به عنوان عنصر اساسی سازنده قرارداد را استنباط نمود ولی با این وجود، در مواردی استثنایی اراده طرفین قرارداد با تعیین عناصر و شرایط دیگری همچون قبض و یا لزوم استعمال لفظ و یا لزوم انجام معامله از طریق مناقصه و مزایده و یا تنظیم در دفاتر اسناد رسمی محدود گردیده است. در این موارد، رعایت نظم عمومی موجب گردیده تا قانونگذار از اعمال قواعد حاکم بر مکتب حاکمیت اراده، اجتناب نموده و انعقاد عقد را وابسته به تشریفات خاص نماید.

این مقاله درصدد آن است که ضرورت توسل به شکل گرایی و ایجاد ساز و کار هایی در نحوه تشکیل قراردادها را در شرایط امروز جامعه تبیین نموده و لزوم توجه قانونگذار به استفاده از این ابزار جهت ایجاد نظم در روابط قراردادی را بررسی نماید. در این میان چند سؤال اساسی باقی است:

۱- ایجاد محدودیت از حیث نحوه تشکیل قرارداد و شکل گرایی از چه پیشینه

تقنینی و فقهی برخوردار است؟

۲- آیا پذیرش محدودیت های شکلی قراردادی، به معنای عدول از اصل رضایی

بودن قراردادها می باشد؟

۳- ضمانت اجرای مربوط به عدم رعایت شرایط نحوه تشکیل قرارداد چیست؟ آیا به مفهوم عدم تشکیل عقد است و یا صرفاً عقد مزبور را از حمایت ها و امتیازات مقرر قانونی مربوط به آن عقد محروم می سازد؟

۱- محدودیت های اصل حاکمیت اراده در قراردادها از نظر شکل و نحوه تشکیل

هرچند حسب ماده ۱۹۰ قانون مدنی، تلاقی دو اراده و عنصر ایجاب و قبول برای تشکیل عقد کافی است اما با سیر در مواد قانونی و ملاحظه ظاهر برخی از مواد، عقود را می یابیم که در مرحله انعقاد علاوه بر ایجاد و قبول نیاز به عناصری دیگری دارند؛ مانند قبض یا ثبت در دفتر املاک و یا انجام معامله از طریق تشریفات مزایده و مناقصه و یا لزوم مکتوب بودن قرارداد یا لزوم استعمال لفظ. به نظر می رسد در این قبیل عقود، قانونگذار از قواعد حاکم بر مکتب اصالت اراده فاصله گرفته و به مکاتب فرمالیسم و مداخله دولت نزدیک شده است. در واقع، رعایت نظم عمومی و ضرورت حفظ مصالح و اموال عمومی موجب گردیده است تا قانونگذار از اعمال قواعد حاکم بر مکتب حاکمیت اراده اجتناب نموده و انعقاد عقد را وابسته به تشریفات خاص نماید. همچنان که در حقوق سایر کشورها نیز قانونگذاران نسبت به نحوه و چگونگی تشکیل قراردادها مداخله نموده اند. برای مثال، در حقوق انگلستان قراردادها از نظر شکل قرارداد به چهار گروه تقسیم می شوند: برخی از این قراردادها باید با سند رسمی منعقد شوند^۱ و برخی دیگر باید مکتوب گردند،^۲ گروه سوم قراردادهایی هستند که باید سند نوشته داشته باشند^۳ و آخرین گروه، قراردادهایی هستند که به هر شکل می

1. contracts required to be made by deed
2. contract required being in writing
3. contracts to be evidenced in writing

محدودیت های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها _____ ۶۰

توانند منعقد گردند (علوی یزدی؛ بابازاده، ۱۳۸۹: ۲۵۰)؛ لذا از این جهت قراردادها را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱-۱- مکتوب بودن قرارداد

در تبصره ماده ۱۴۰ قانون کار در پیمان دسته جمعی کار نیز ضرورت مکتوب بودن پیمان پیش‌بینی شده است. تبصره مذکور می گوید: «در صورتی که مذکرات دسته جمعی کار، منجر به انعقاد پیمان دسته جمعی کار شود، باید متن پیمان در سه نسخه تنظیم و به امضای طرفین برسد...».

ماده ۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ می گوید: «عقد بیمه و شرایط آن باید به موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه نامه خواهد بود.»

در بعضی از کشورها نظیر فرانسه، در برخی از عقود، تنظیم نوشته رسمی یا عادی مانند واگذاری پروانه اختراع و قرارداد چاپ الزامی گردید و قرارداد بدون تنظیم نوشته مزبور باطل اعلام شد (قانون ۲ ژانویه ۱۹۶۸ و قانون ۱۱ مارس ۱۹۵۷). این تشریفات به منظور پاسداری از حقوق طرفین و نیز اشخاص ثالث مقرر گردیده است. در حقوق برخی کشورها قوانین رعایت تشریفات ویژه از جمله کتبی بودن را در اعتبار اعلام اراده، شرط دانسته اند چنان که در قانون تجارت از اسناد تجاری به نوشته تعبیر شده است (مواد ۲۲۳، ۲۲۶، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون تجارت) و یا تشکیل شرکت، موکول به تنظیم اساسنامه می شود (مورد ۱ تا ۱۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت و مورد ۱۹۵ تا ۱۹۸ قانون تجارت). در حقوق دیگر کشورها نیز بسیاری از متون بر لزوم کتبی بودن اعلام اراده ها تصریح دارند.

در اسناد بین المللی نیز گاه بر لزوم مکتوب بودن اعلان های اشخاص یا ارسال اخطاریه های کتبی و امثال آن تأکید می شود. مثلاً ماده ۵ قانون کنوانسیون تجارت

حمل و نقل کشورهای محصور در خشکی، از کشورهای عضو می خواهد که از اسناد ساده و متدهای سریع در رابطه با حمل و نقل در کشور خود استفاده کنند.

همچنین از مواد ۳ و ۵ و ۲۳ و ۲۴ قانون پیش فروش ساختمان، ضرورت مکتوب و رسمی بودن قرارداد را می توان استنباط نمود. هرچند که قانونگذار، ضمانت اجرای عدم رعایت این تشریفات را تعیین ننموده و رویه قضایی هم هنوز فرصت اظهارنظر نکرده است. در نتیجه، این که عده ای عدم رعایت تشریفات مقرر در این قانون را موجب بطلان قرارداد دانسته و عده ای دیگر معتقدند که عدم رعایت این تشریفات، موجب عدم تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان می شود لیکن نه این که هیچ قرارداد یا رابطه حقوقی بین پیش فروشنده و پیش خریدار به وجود نیاید بلکه عدم رعایت این تشریفات سبب می شود که قرارداد طرفین صرفاً از شمول قانون پیش فروش ساختمان خارج شده و مشمول قواعد عام قانون مدنی گردد. در این صورت، پیش فروشنده و عمدتاً پیش خریدار از حمایت های این قانون محروم خواهد شد. راهی که قانونگذار تجارت برای عدم رعایت شرایط شکلی برات رفته است؛ به این ترتیب که ماده ۲۳ ق.ت شرایط شکلی یا مواردی که در برات باید ذکر شود را بیان کرده است و ضمانت اجرای عدم رعایت هر یک از این شرایط وفق ماده ۲۲۶ ق.ت این است که سند تنظیمی، مشمول مقررات بروات تجارتي نخواهد بود؛ یعنی یک سند مدنی بوده و مشمول قواعد عام حقوق مدنی خواهد بود؛ و یا در ماده ۲ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ آمده است که «قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستاجر برسد و به وسیله دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد.»

دکترین حقوقی و رویه قضایی معتقد است که عدم رعایت این تشریفات سبب می شود که قرارداد اجاره، مشمول این قانون نبوده و تابع قانون مدنی باشد.

عده ای از حقوقدانان معتقدند که عقد بیمه از عقود تشریفات است: «در مورد قرارداد بیمه نظر به اهمیت اینگونه قراردادها، تنظیم نوشته، شرط صحت به شمار آمده و عدم تنظیم سند، موجب بطلان قرارداد است» (صفایی، ۱۳۹۵: ۴۴/۲).

ولی مطالعه تطبیقی نشان می دهد که در کشورهایی که مهد بیمه محسوب می شوند و منشأ الهام قانون بیمه ایران بوده اند عقد بیمه، عقدی رضایی است و به صرف ایجاب و قبول و توافق طرفین بر سر اصل و شرایط، حتی به صورت شفاهی قرارداد منعقد شده و برای طرفین تعهد آور است. در این کشورها سند کتبی تنها وسیله اثبات وجود روابط بیمه ای و شرایط توافق شده است و چنان چه این امر به نحو دیگری نیز به اثبات برسد قرارداد معتبر تلقی می گردد.

در حقوق فرانسه علیرغم وجود ماده قانونی مشابه ماده ۲ قانون بیمه ایران، دیدگاه ها و دکتین بر اعتبار توافق شفاهی و عدم لزوم کتبی بودن قرارداد برای اعتبار عقد بیمه اتفاق نظر دارند. در واقع، ماده ۸ قانون بیمه سال ۱۹۳۰ فرانسه که مواد مختلف قانون بیمه ایران از آن اقتباس شده است، مقرر می داشت: «قرارداد بیمه به صورت کتبی و با حروف واضح منعقد می شود. این قرارداد می تواند به ثبت رسیده یا به صورت سند عادی باشد.»

ولی دکتین و دیوان عالی این کشور در آراء عدیده ای تأکید کرده اند که قرارداد بیمه، عقد رضایی است و به محض ایجاب و قبول منعقد می شود و بحث از کتبی بودن عقد فقط ناظر به اثبات عقد است و ارتباطی به اعتبار و اثر آن ندارد. قانون بیمه ۱۹۳۰ در پی کدینیکاسیون اصلاح شده و ماده ۸ فوق با تغییراتی در قانون جدید آمده است (ماده ۲ - ۱۱۲ به بعد) (بابایی، ۱۳۹۳: ۳۷).

۲-۱- رسمی بودن قرارداد

الف- نکاح

ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ثبت نکاح دائم، فسخ و انفساخ آن، طلاق، رجوع و اعلام بطلان نکاح یا طلاق را الزامی دانسته است؛ ولی با این وجود، رویه قضایی و دکترین حقوقی، نکاحی را که به ثبت نرسیده باشد به دلیل عدم ثبت در دفتر ازدواج باطل نمی دانند (عدم ثبت در دفترخانه ضمانت اجرای مدنی ندارد و خللی به ارکان عقد ازدواج وارد نمی گردد) (صفایی، ۱۳۹۵: ۲۸۰/۱).

الزام به ثبت واقعه نکاح با ماده ۱ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰ وارد حقوق موضوعه کشور ما شد ولی بعد از انقلاب با نظریه ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ شورای نگهبان (روزنامه رسمی شماره ۱۱۵۰۲ مورخ ۱۳۹۶/۶/۳) که صریحاً مجازات متعاقدين و عاقد در عقد ازدواج غیر رسمی مذکور در ماده فوق و همچنین در ازدواج مجدد مذکور در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده را شرعی ندانست لغو گردید؛ هرچند این نظریه در خصوص رفع مجازات کیفری عاقد وضع شده بود ولی به نحوی بر مسئولیت و نفوذ نکاح های غیر رسمی نیز دلالت داشت.

۱- در برخی اعمال حقوقی، تشریفات، شرط انعقاد است مانند تنظیم سند رسمی در انتقال حق کسب و پیشه و تجارت (تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر یا معاملات مربوط به املاک ثبت شده) (ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک).

۲- در برخی اعمال حقوقی، تشریفات جنبه اثباتی دارد؛ مانند تشریفات مربوط به تنظیم وصیت نامه به صورت رسمی، سرّی یا خودنوشت (ماده ۲۹۱ قانون امور حسبی). در تشریفات انعقاد عقد، قاعده این است که فقدان آن تشریفات موجب می شود که عقد اساساً به وجود نیاید؛ به عبارت دیگر، تشریفات شرط وقوع و نفوذ آن است و اراده در قالب شکل عقد ظهور می نماید. نتیجه عدم رعایت تشریفات، بطلان و بی اثر بودن عقد است؛ زیرا در واقع، تشریفات جزو شرایط اساسی صحّت عقد است؛ نظیر تشریفات مقرر در مورد ۲۲۲، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون تجارت برای تنظیم اسناد تجاری.^۱

۱. اسناد تجاری باید شروط مصرّح در این مواد را دارا باشند و الاً فاقد اعتبارند.

همچنین تشریفات خاصّ مربوط به تشکیل شرکت های تجاری و انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود (ماده ۱۰۳ قانون تجارت) و فروش اتومبیل و کشتی و رهن کشتی (ماده ۲۴، ۲۵ و ۴۲ قانون دریایی ایران) و فروش مال منقول محکوم علیه در اجرای حکم دادگاه (ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی) (ابهری؛ سرخی، ۱۳۹۰: ۱۵ و ۱۴).

ولی باید دید که نقش سند رسمی در انتقال املاک چیست؟ آیا تنظیم سند رسمی، جزو تشریفات انعقاد عقد است و عدم رعایت تشریفات مذکور بطلان و بی اثر بودن عقد رادر پی دارد یا صرفاً جنبه اثباتی دارد؟

در پاسخ به سؤال فوق، یکی از حقوقدانان برجسته طی بررسی مفصل و جامعی می گوید: «به نظر می رسد در مورد نقش سند رسمی در انتقال املاک باید بین سه مورد تفاوت قائل شد: املاک دارای سابقه ثبتی، املاک فاقد سابقه ثبتی که در نقاطی واقع است که وزارت دادگستری، ثبت مربوط به معاملات را در آن نقاط الزامی دانسته است و املاک فاقد سابقه ثبت واقع در سایر نقاط» (ابهری؛ سرخی، ۱۳۹۰: ۲۱۵-۲۰۶).

البته در این مورد، نظرات مخالفی هم وجود دارد؛ به نحوی که یکی از حقوقدانان می گوید: «در حقوق ایران نیز اصولاً عقود رضایی هستند حتی در مورد معاملات راجع به اموال غیر منقول و هبه و صلح و شرکت؛ با این که قانون ثبت این قراردادها و تنظیم سند رسمی را الزامی قرار داده است نمی توان آنها را تشریفات به شمار آورد، زیرا ثبت و تنظیم سند، شرط صحّت آنها نیست» (صفایی، ۱۳۹۵: ۴۲/۲).

۳-۱- لزوم انجام معاملات از طریق مناقصه و مزایده

ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ مقرر می دارد: «معاملات وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره و استیجاره و پیمانکاری

و اجرت کار و غیره به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می شود باید حسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود.»

در اینجا سؤال این است که آیا دستگاه های دولتی می توانند این تشریفات را رعایت نکنند و این عدم رعایت، چه تأثیری بر معامله دستگاه دارد؟

برخی معتقدند که دولت در اجرای مقررات مناقصه، صلاحیت تکلیفی دارد نه اختیاری؛ و این مقررات از جمله قواعد آمره هستند و دولت نمی تواند آنها را تغییر داده و یا رعایت نکند؛ حتی نمی تواند قراردادهایی را که در آن تشریفات مزایده و مناقصه رعایت نشده، تنفیذ کند. بنابراین، مطابق اصول کلی اگر این تشریفات در یک معامله دولتی رعایت نشود چنین معامله ای اساساً باطل است و برای متعاملین ایجاد تعهد نمی کند و در صورتی که اختلاف در مورد آن به دادگاه کشیده شود دادگاه باید حکم به بطلان آن بدهد. بر اساس این نظر، برای صحت معاملات دولتی علاوه بر وجود شرایط مقرر در ماده ۱۹۰ ق.م. باید شرایط مقرر در قانون محاسبات عمومی و سایر مقررات مربوطه رعایت شود و رعایت تشریفات مناقصه و مزایده، از شرایط صحت معامله بوده و عدم رعایت آنها موجب بطلان معامله است.

در مقابل عده ای می گویند: «علاوه بر شرایط عمومی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ ق.م. بیان شده، شرط دیگری لازم نیست و قراردادهای دولتی فرقی از این نظر با سایر عقود ندارند.» عدم رعایت قانون محاسبات و آئین نامه معاملات دولتی که به منظور حفظ منافع دولت است خللی در صحت معامله وارد نمی سازد؛ بلکه عدم رعایت آنها فقط تخلف اداری و انضباطی برای مسئولین مربوط محسوب می شود. بر این اساس، عده ای با استناد به یک رأی بر صحت چنین معاملاتی تأکید ورزیده اند (دیانی، ۱۳۹۵: ۵۶ و ۵۷).

در فصل سوم قانون اجرای احکام مدنی در خصوص فروش اموال توقیف شده، قانونگذار در ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی، فروش اموال توقیف شده را از طریق مزایده امکان پذیر دانسته است.

یکی از حقوقدانان در خصوص مواد مذکور می گوید: «به باور ما، بیع در زمان اجرای رأی تشریفاتی نیست و مشمول اصل رضایی یا قصدی بودن باقی می ماند، اما قالب حقوقی آن یعنی مزایده را باید اصولاً در مسیری که قانون معین می کند محقق نمود و انحراف از آن را سبب بطلان مزایده و تجدید بیع دانست» (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۴۲۹).

این در حالی است که یکی دیگر از حقوقدانان صریحاً فروش از طریق ماده ۱۱۴ قانون مذکور را از عقود تشریفاتی قلمداد نموده است (نوبین، ۱۳۹۳: ۴۶).

۴-۱- لزوم استعمال لفظ

در مورد نکاح با توجه به شرط کاربرد لفظ که در ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه مقرر شده است به نظر می رسد که می توان نکاح را یک عقد تشریفاتی به شمار آورد، هرچند که در حقوق امروز، لفظ خاصی برای وقوع نکاح شرط نیست و عدم ثبت فقط دارای ضمانت اجرای کیفری است (صفایی، ۱۳۹۶: ۸۴/۱).

مشهور فقها (هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۲۰۸) برای معاطات در عقد نکاح اثری قائل نیستند بلکه در این خصوص، اجماع وجود دارد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهای لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط دانسته و این مسأله در میان حقوقدانان نیز به صورت یک باور عمومی درآمده است. با وجود این، اجماع فقهای و حقوقی در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر وجود نداشته و فقها و حقوقدانان از این اصطلاح تلقی یکسان ندارند.

ماده ۱۹۳ قانون مدنی می گوید: «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» که از جمله موارد استثناء شده، عقد وقف است. مطابق ماده ۵۶ ق.م.

(وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنای آن کند و ...).

به نظر می رسد که یکی دیگر از موارد استثناء شده، عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است و در ماده ۱۰۶۲ می گوید: «نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید»؛ و در خصوص حالت عجز از تلفظ می گوید: «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو دلال باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می شود مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد.»

در مورد مفاد ماده ۱۰۶۶ ق.م. دو نکته مهم است: نخست آن که اعلام قصد انشاء به وسیله کتابت برای افراد عاجز از تلفظ صحیح است. این مطلب اگرچه در قانون نیامده است ولی به قیاس اولویّت از ماده ۱۰۶۶ ق.م. قابل استنباط می باشد؛ زیرا دلالت کتابت بر مقصود، نسبت به اشاره واضح است همان طور که بعضی فقها نیز این مطلب را متعرض شده اند. نکته دیگر این است که ظاهراً افراد لال می توانند از طریق اشاره یا کتابت اعلام اراده نمایند.

۵-۱- لزوم تحقّق قبض در عقود عینی

اصطلاح عقود عینی از حقوق روم به حقوق ما رسوخ کرده است و در فقه، عنوان عقد متبع یا عقد مجانی دیده می شود که با این مفهوم نزدیک است (صفار، ۱۳۹۱: ۱۴).

منظور از آن عقدی است که برای تشکیل و تحقّق و وقوعش (صحّت یا لزوم آن) دو عنصر توافق اراده و اعلام و ابراز آن (یعنی توافق قصد و رضای طرفین در اجرای تعهد) کافی نبوده، بلکه تحقّق عامل سوّمی (قبض) نیز ضرورت دارد. این عقود را که در حقوق کنونی ما وقوعش موقوف به تسلیم مال موضوع تعهد است به اعتبار صورت خارجی آن، عقود عینی می نامند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۳/۱؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۹۲: ۶۷/۲).

در عقود عینی، ایجاب و قبول به تنهایی موکد مقتضی نمی باشد و به طور استثناء، قانون قبض را نیز مؤثر دانسته است. مثل وقف، بیع صرف، رهن، هبه، و عمری و رقبی و سکنی (حبس). با این تفاوت که در بعضی، قبض جزو علت است و سبب پیدایش مقتضای عقد می شود؛ یعنی پس از حصول تمامی اجزاء سه گانه (ایجاب، قبول، قبض) مقتضای عقد حاصل می گردد و در بعضی دیگر، قبض شرط تحقق مقتضای می باشد؛ یعنی مقتضای به وسیله ایجاب و قبول حاصل می گردد به شرط آن که مورد به قبض داده شود و در بعضی دیگر، قبض شرط لزوم عقد می باشد (امامی، ۱۳۷۱: ۳/ ۷۱).

در حقوق کنونی هنوز هم وقوع بعضی از قراردادها موکول به تسلیم مال موضوع تعهد است که آنها را به اعتبار صورت خارجی آن، عقود عینی می نامند. تأثیر قبض در اینگونه معاملات به خاطر ناتوانی اراده اشخاص در ایجاد روابط حقوقی نیست بلکه حفظ منافع اشخاص ثالث و آگاه ساختن دو طرف از نتایج عقد، فلسفه اصلی آن است. قانونگذار خواسته است که دو طرف، نتیجه عملی توافق خود را در عالم خارج ببینند و در اثر اشتباه یا غلبه احساس زود گذر، اموال خود را از دست ندهند و در ضمن، انتقال گیرنده نیز بتواند با ملاحظه تصرف انتقال دهنده به مالکیت او اطمینان کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱/ ۸۹).

به نظر می رسد که شیوه قانون مدنی این است که با توجه به این که در فقه اسلامی و حقوق خارجی بر سر نقض قبض و آثار حقوقی آن اختلاف نظر فراوانی وجود دارد برای برطرف شدن هر گونه ابهام در معنای قانون، آشکارا نقش قبض و آثار آن را بیان کند؛ در نتیجه، در عبارات قانون مدنی یکی از این سه حالت حکمفرماست: ۱- قبض را شرط تحقق و صحت اعلان کرده است. ۲- قبض را شرط لزوم عقد قلمداد کرده است، ۳- قانون مدنی در خصوص نقش قبض ساکت است.

در عقود وقف و رهن و حبس و هبه صریحاً قانون مدنی به موجب مواد ۴۷ و ۵۹ و ۷۷۲ و ۷۹۸ قبض را شرط صحت عقود مذکور اعلام نموده است؛ ولی در وصیت

تملیکی و صدقه به موجب مواد ۸۳۰ و ۸۰۷ ق.م. قبض، شرط لزوم عمل حقوقی محسوب شده است.

در عقد قرض که از مواردی است که قانونگذار در خصوص نقش قبض ساکت است عده ای از حقوقدانان برای اثبات عینی بودن قرض به دو ماده از قانون مدنی استناد کرده‌اند:

۱- به نظر برخی، از مفاد ماده ۶۵۱ ق.م. به خوبی بر می آید که عقد قرض، عقدی است جایز؛ و چون با این حال مقرض می تواند به میل خود بدون خیار خاصی قبل از تسلیم موضوع قرض این عقد را فسخ نموده و از تسلیم عین مال خودداری نماید لذا نمی توان گفت که مالکیت مقرض نسبت به موضوع عقد، تحقق پیدا کرده است و الا عقد قرض بایستی از عقود لازمه بوده و مقرض، حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در صورت داشتن خیار مخصوص (عدل، ۱۳۸۵: ۴۰۸).

۲- برخی دیگر، از مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ چنین استنباط کرده اند که موضوع قرض، پیش از تسلیم به وام گیرنده منتقل نمی شود؛ به موجب ماده مذکور: «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مقرض است»، و مفهوم آن چنین می شود که تلف و نقص مال موضوع قرض پیش از تسلیم، از مال مقرض است. تلف و نقص هر مال، از دارایی مالک آن محسوب می شود؛ پس ناچار باید پیش از تسلیم، مال را در ملک وام دهنده فرض کرد تا نقص و تلف نیز بر عهده او قرار گیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۱: ۲۷).

ولی این دلایل برای اثبات ادعا کافی به نظر نمی رسد. ماده ۶۴۸ قانون مدنی، عقد قرض را تملیکی و معوض می داند؛ یعنی در اثر عقد، موضوع قرض به وام گیرنده تملیک می شود و او در برابر متعهد می شود که مثل یا قیمت آن چه را گرفته است به وام دهنده بدهد. این تملیک بدون این که منوط به تسلیم باشد با تراضی انجام می - شود، زیرا قانونگذار هیچ اشاره ای به نقش قبض در این راه نکرده است. بدون تردید، در نظام حقوقی کنونی، اصل رضایی بودن قراردادهاست و لزوم قبض نیاز به تصریح

محدودیت های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها _____ ۷۰

دارد. پس چگونه می توان گفت که اشاره نکردن به قبض، به دلیل مسامحه یا بدیهی بودن حکم بوده است؟

وانگهی، تحقق عرفی عقد قرض نیز هیچ ملازمه ای با تسلیم مال ندارد، زیرا معنای تعهد وام گیرنده این است که هرگاه مورد قرض به او تسلیم شود ملتزم به ردّ مثل یا قیمت آن است و ایجاد چنین دین معلق را نباید نامتعارف پنداشت؛ به ویژه که مفادّ پیمان مربوط به باز کردن اعتبار در بانک ها همین امر است و نیاز عمومی نیز ایجاب می کند که دو طرف پیش از تسلیم نیز به مفادّ قرارداد خویش پایبند باشند.

مفهوم ماده ۶۴۹ نیز بر عینی بودن عقد قرض دلالت ندارد، زیرا طبق قاعده مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م. که قاعده حاکم بر تمامی عقود معوّض است تلف مال معینی که موضوع انتقال قرار گرفته است هرگاه بدون اهمال انتقال دهنده و پیش از تسلیم رخ دهد از مال انتقال دهنده محسوب و باعث انفساخ تملیک می شود و بنابراین، تحمیل تلف و نقص مال موضوع قرض بر وام دهنده، برای اجرای همین قاعده در قرض است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۳/۱-۹۱).

۶-۱- محدودیت های ناظر بر قراردادهای الکترونیک

قانونگذار در ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوّب ۱۳۸۲ اشعار می دارد که سه مورد را نمی توان به عنوان موضوع قرارداد الکترونیکی اختیار نمود و این موارد عبارتند از:

الف- اسناد مالکیت اموال غیر منقول

ب- فروش مواد دارویی به مصرف کنندگان نهایی

ج- اعلام اخطار، هشدار یا عبارت مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می کنند و یا از بکارگیری روش های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می کند.»

عده ای علت این استثناء را به این دلیل تأویل نموده اند که قانونگذار، داده پیام را در آن مورد در حکم نوشته تلقی نکرده است مگر در موارد خاص. البته شایان ذکر است که این استثناء از طرف دکترین حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است؛ زیرا قانونگذار به طور ضمنی، امکان رفع موانع حقوقی در موارد مذکور را از بین برده و احتمال فراهم شدن زمینه حقوقی برای استفاده از این موارد به واسطه قراردادهای الکترونیکی را پیش بینی نموده است (السان، ۱۳۸۴: ۱۸۲ - ۱۴۱).

همچنین در ماده ۴۶ قانون مذکور، قانونگذار برای نخستین بار، عبارت شروط غیر منصفانه را وارد ادبیات حقوقی کشور نموده و آن را علیه مصرف کننده نیز مؤثر اعلام کرد. بر اساس این ماده، در شروط قراردادی بر خلاف مقررات فوق و شروط غیر منصفانه علیه مصرف کننده مؤثر نیست. با توجه به ناشناخته بودن لفظ غیر منصفانه در ادبیات حقوقی ما به نظر می رسد عبارت مذکور در اثر مسامحه قانونگذار ناشی از ترجمه لفظ به لفظ قانون خارجی (قانون نمونه آنسیترال) صورت گرفته باشد؛ زیرا در هیچ جای قانون، تعریفی از آن به عمل نیامده و مصادیق شروط غیر منصفانه ولو به طور تمثیلی احصاء نگردیده است که این امر نیز بر دشواری اجرای ماده ۴۶ قانون مذکور توسط دادگاه ها می افزاید و پرسشی که از لحاظ قلمرو این مقرره قابل طرح است این است که آیا این مقرره از آنجا که در قانون تجارت الکترونیکی آمده است مختص قراردادهای الکترونیکی و خرید از طریق اینترنت است یا در سایر قراردادهای مصرف نیز می تواند کاربرد داشته باشد؟

۲- پیشینه شکل گرایی در فقه

با نگرش به مبانی فقهی در می یابیم که جدال بین دو مکتب فکری طرفداران شکل گرایی و توثیقی بودن عقود و این که منشأ و مبنای صحّت و مشروعیت هر عقدی را بایستی از اراده شارع به دست آورد و تنها از راه عقود (عقود معین) که شارع مقدّس آنها را تأسیس و یا امضاء نموده است می توان به مشروعیت آن عقد

رسید و عقود و معاملاتی که خارج از عقود معین باشند نمی توانند از وجاهت شرعی برخوردار بوده و منشأ اثر حقوقی باشند و حتی عده ای از فقها وجود صیغه خاص هر عقد به زبان عربی، ماضویت صیغه و تقدّم ایجاد بر قبول را از شرایط قطعی شکل عقد می دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۴/۱۲؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۲/۲۲ - ۲۴۹).

در تعریف عقد نیز عقد به فرد اجلای شکل، یعنی الفاظ عقود تعریف می شد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۱۱۹/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۰۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۵/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۱/۳).

صاحب جواهر که از مدافعین قول مشهور در بین متأخرین است بر این که لفظ در تحقق ماهیت عقد لازم است حداقل در عقود لازم، امکان تحصیل اجماع نموده و حتی احتمال داده است که این بحث از ضروریات مذهب باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۹/۲۲).

فخرالمحققین در ایضاح الفوائد می گوید: «شارع برای عقود لازم، صیغه خاصّ جعل نموده است و عقود، اسباب شرعی و توثیقی هستند؛ لذا استعمال الفاظ منقول در لسان شارع، لازم و شرط صحّت عقود لازم است» (فخرالمحققین، ۱۳۷۸: ۱۲/۳). صاحب جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۱۴: ۸۳/۷) و صاحب مسالک نیز معتقد به همین نظر می باشند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۷۲/۵).

هرچند که عده ای از فقها همچون ملا احمد نراقی با اندک تصریحی در نظریه مذکور معتقدند که اگر نصّ یا اجماع بر لزوم صیغه خاصّ در عقدی منعقد باشد (مانند نکاح) تبعیت از آن لازم است؛ اما اگر نباشد - که غالباً نیست - هر نسخ مظهری برای تحقق عقد کافی است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۴).

مراغی نیز در این خصوص می گوید: «اصل در عقود و ایقاعات، کشف قصد طرفین است اما گاه شارع برای کشف قصد، طریق خاصی را تعیین نموده مانند

ایقاعاتی چون طلاق، لعان، اقرار و نیز عقد نکاح؛ اما غالباً طریق خاصی را معین ننموده است مانند وقف عام، وصیت عهدی، اذن، اسقاط ضمان و عقود مجانی مانند هبه حبس، کفالت، وقف خاص، عاریه، ودیعه و برخی عقود معاوضی همچون بیع و اجاره» (مراغی، ۱۴۱۷: ۹۴/۲) ولی با این وجود، ایشان به تبعیت از نظر مشهور، معاطات را در بیع و اجاره مفید ملکیت نمی داند (مراغی، ۱۴۱۷: ۹۴/۲).

متعاقباً با توسعه علوم جدید و پیچیدگی عرف تجاری گسترش مناسبات اقتصادی، فقهای عظام به سمت شکل زدائی پیش رفتند به نحوی که مشهور فقهای معاصر لفظ را در انعقاد عقد دخیل نمی دانند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۱۳۰).

اینجاست که در تقابل تفکر شکل گرایی در فقه، تفکر شکل زدایی و پذیرش اصل حاکمیت اراده در قالب عقود غیر معین تقویت شده و تبدیل به نظریه مشهور فقهای معاصر می گردد. عدم سازگاری و تعارض موجود میان تعریف صلح و کاربرد وسیع آن در کتب فقها از نوشته های آنها رخت بریست و تعریفی جدید از صلح ارائه شد که رفع خصومت را از ماهیت آن خارج و تسالم و تراضی با هم برآمدن را جایگزین آن نمود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳/۳؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۸۳/۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۹۳/۳؛ طباطبائی حکیم، بی تا: ۶۲؛ آل بحر العلوم، ۱۳۰۳: ۳۶۲/۲). بدین ترتیب، عقد صلح، تمام قراردادهایی که در خارج از عقود معین بودند را شامل گردید (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳-۹/۳؛ حسینی عاملی، بی تا: ۱۳/۱۳؛ ۵۲۵؛ صافی، ۱۴۱۴: ۵۷۵؛ مجلسی، ۱۳۶۳: ۲۱۲/۱۹).

برخی از فقها نیز برای جواز تراضی های خارج از عقود معین، نهاد مراعات را مطرح کردند. این نهاد در عین حال که عقد قلمداد نمی شد اما به تراضی اشخاص مسئولیت بخشید، هرچند لازم تلقی نشد و نمی توانست تحت ادگه لزوم قرار بگیرد (حلی، ۱۳۷۴: ۲۵۲/۵؛ حلی، ۱۳۷۳: ۱۱۸/۹؛ فخرالمحققین، بی تا: ۲۱/۱؛ خوئی، ۱۳۸۵: ۱۲۹/۱).

اما در نهایت، فقها بر اساس آیه نخست سوره مائده «أوفوا بالعقود»، آیه ۲۹ سوره نساء «تجاره عن تراض»، روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده «العقود تابعه للقصد»، اصل توثیقی و انحصاری بودن عقود را زیر پا نهادند و برای نفوذ لزوم تراضی به عنوان عقد بر اذن شارع تکیه نکرده و هر نوع توافق و تراضی که در عرف و سیره مسلمین، قراردادی مشروع تلقی شود را صحیح و لازم الوفاء دانسته اند؛ چراکه عناوین عقود، توثیقی و انحصاری نیست و شارع در معاملات، قالب و عنوان ویژه ای را اختراع نکرده و صرفاً معاملات متداول میان افراد جامعه را امضاء نموده است؛ در نتیجه، از لحاظ مفهوم و ماهیت، تفاوتی میان عقد شرعی و عقد عرفی نیست (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۲۸/۱۳؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۱۷/۲؛ خوئی، ۱۴۰۳: ۳۰/۳؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۲۹/۱-۱۳۹؛ مغنیه، بی تا: ۱۴/۳).

۳- تحلیل مبانی فقهی

با مراجعه به مبانی فقهی، به نظر می رسد نه تنها در پیشینه فقهی عمدتاً مخالفتی با شکل گرایی در قراردادها وجود نداشته بلکه در بسیاری از عقود در حال حاضر نیز توجه فقها به نحوه تشکیل قراردادها معطوف می باشد؛ مانند قبض در عقد رهن و وقف و یا لزوم استعمال لفظ در عقود نکاح و وقف. وقتی که مشهور فقهای متأخر، قائل به توثیقی بودن عقود شده اند به طریق اولی، ایجاد محدودیت از حیث شکل و نحوه انعقاد قرارداد با مانعی مواجه نخواهد بود.

آن چه که تحت عنوان شکل گرایی در پیشینه فقهی مطرح شده است ناظر بر توثیقی بودن عقود و پذیرش عقود در قالب عقود معین است، حال آن که مراد از پیشنهاد شکل گرایی در این مقاله به معنای پذیرش عقود غیر معین ولی با ساز و کارهایی است که امکان شفاف سازی قراردادها و جلوگیری از وقوع معاملات عادی معارض را فراهم می سازد.

نتیجه گیری

امروزه برکسی پوشیده نیست که پذیرش اصل رضایی بودن قراردادها بدون توجه به مصائب و مشکلاتی که از قبل چنین وسعت نظری بر جامعه تحمیل خواهد شد، نیازمند بازنگری جدی است. وجود دعاوی واهی فراوان و اطاله داوری 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 امروزه شاید بیش از هر زمان دیگری در نظام حقوقی ما ضرورت تعیین شرایط و تشریفات علاوه بر اراده طرفین در تحقق قراردادها انکارناپذیر باشد. هرچند که حقوقدانان برجسته ای در بررسی موانع آزادی قراردادی صرفاً نهی و یا الزام به انعقاد قراردادها را مورد توجه و اهتمام قرار داده اند ولی به نظر می رسد به جای سد و مانع در تحقق عقود بعضاً تحمیل شرایط و توجه به نحوه و چگونگی انعقاد قراردادها و ایجاد ساز و کارهایی جهت شفاف سازی و صیانت از حقوق طرفین قرارداد حداقل در معاملات مهم و پر مخاطره اجتناب ناپذیر است.

پذیرش عقود نامعین در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی با چنین وسعت نظری نه تنها به ایجاد دعاوی واهی و تصنعی و تبانی در معاملات عادی دامن می زند بلکه ممکن است بعضاً نظم قراردادی را به مخاطره انداخته و اعتبار اسناد رسمی را متزلزل سازد. دیگر امروزه حتی عرف نیز ممکن است از پذیرش معاملات راجع به املاک و یا معاملات پراهمیت به نحو شفاهی با توجه به توسعه سازمان ثبت اسناد املاک کشور و ایجاد دفاتر اسناد رسمی در هر کوی و برزن و توسعه دانش عمومی افراد جامعه دچار تردید شود.

لذا بستر لازم برای تصویب قوانین که فراتر از اراده طرفین قرارداد فرایند شکل گیری و نحوه تنظیم قراردادها را نیز مؤثر در سرنوشت قرارداد تلقی نماید، فراهم گردیده است. در پیشینه تقنینی کشور ما سرآغاز اهتمام قانونگذار به چنین شکل - گرایبی را می توان تدوین مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت دانست که علاوه بر اراده طرفین

قرارداد، لزوم ثبت در دفاتر اسناد رسمی بنا به نظر اکثر حقوقدانان از شرایط تحقق عقد محسوب می گردد. هرچند قوانین تصویبی پس از انقلاب اسلامی همچون پیش فروش ساختمان و یا قانون مؤجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ را باید تلاشی در این زمینه محسوب نمود ولی همچنان ماهیت قراردادهایی که بدون رعایت شرایط این قانون تنظیم گردیده است در هاله ای از ابهام بوده و به دلیل عدم تصریح قانونگذار نسبت به ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط مقرر در این قانون، خود موجبات تشتت آرای قضایی را فراهم ساخته است.

نهایتاً با مدافعه در نظریه حقوقدانان و رویه قضایی در می یابیم که عدم رعایت شرایط نحوه تشکیل در عقود مذکور صرفاً طرفین قرارداد از حقوق و مزایای مقرر در این قانون محروم شده اند و قرارداد مذکور را باید مشمول قواعد عامّ قانون مدنی دانست که در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی از اعتبار قانونی برخوردار است. چنین تفسیر و برداشتی از قراردادهای فوق نه تنها در تعارض با اصل رضایی بودن قراردادها نیست و به منزله عدول از اصل مذکور تلقی نمی گردد بلکه جامعه را به سمت و سوی توجه به نحوه تشکیل قراردادها و رعایت شرایط شکلی مقرر در قوانین مذکور برای برخورداری از حمایت های مقرر در قوانین یادشده سوق خواهد داد.

منابع

- آل بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقیه**، ج ۲، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد بن فهد (۱۴۰۷ق)، **المهذب البارع فی شرح المختصر المنافع**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابهری، حمید؛ سرخی، علی (۱۳۹۰)، **نقش اسناد عادی در معاملات املاک**، چ ۲، تهران: فکرسازان.
- السان، مصطفی، (۱۳۹۵)، **حقوق تجارت الکترونیکی**، چ ۲، تهران: سمت.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، **حقوق مدنی**، ج ۳، تهران: اسلامیّه.

۷۷ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۹۲)، **حقوق تعهدات (اعمال حقوقی - تشکیل عقد)**، ج ۲، چ ۲، تهران: میزان.

- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۳، چ ۶، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- بابایی، ایرج (۱۳۹۳)، **حقوق بیمه**، چ ۱۲، تهران: سمت.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۱)، **عقد قرض**، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸ و ۶.

- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حسینی عاملی، سید جواد (بی تا)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، تحقیق محمدباقر خالصی، ج ۱۳ و ۲۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۷۳)، **تذکره الفقهاء (چاپ جدید)**، ج ۹، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۷۴)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، قم: اسماعیلیان.

- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (بی تا)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، تصحیح علی اشتهاودی پناه، قم: علمیه.

- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم: اسماعیلیان.

- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، ج ۱، چ ۴، قم: اسماعیلیان.

- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۳، چ ۲، تهران: مکتبه الصدوق.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۳ق)، **مصباح الفقاهه**، تقریر: محمدعلی توحیدی، ج ۳، چ ۲، قم: مکتبه الداوری.

محدودیت های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها _____ ۷۸

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۵)، **فقه الشیعه (کتاب الاجاره)**، تقریر: سید محمد مهدی موسوی، ج ۱، تهران: منیر.
- صافی، لطف الله (۱۴۱۴ق)، **توضیح المسائل**، قم: دار القرآن الکریم.
- صفار، محمدجواد (۱۳۹۱)، **قبض و اثر آن در عقود**، ج ۲، تهران: جنگل.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۵)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۲۵، تهران: میزان.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۶)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۲۴، تهران: میزان.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (بی تا)، **نهج الفقاهه**، قم: ۲۲ بهمن.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ق)، **مستمسک العروه الوثقی**، ج ۳۰، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه**، بیروت: دار التراث، الدار الاسلامیه.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عدل، مصطفی (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی**، ج ۲، تهران: طه.
- علوی یزدی، حمیدرضا؛ بابازاده، بابک (۱۳۸۹)، **شیوه های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان**، پژوهش حقوق عمومی، ۲۹، ۲۲۵-۲۷۰.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، **شکل گرایی در حقوق مدنی**، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۷ و ۴، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۳۶۳)، **مرآه العقول فی شرح آل الرسول**، تحقیق: هاشم رسولی و مرتضی عسکری، ج ۱۱ و ۱۹، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مغنیه، محمدجواد (بی تا)، **فقه الامام جعفر الصادق (ع)**، ج ۳، منبع الکترونیکی، مؤسسه تحقیق و نشر اهل بیت (ع)، موجود در سایت: www.lib.ahlolbait.com
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، **کتاب المکاسب و البیع**، تقریر: محمدتقی آملی، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۷۹ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- نوین، پرویز (۱۳۹۳)، انعقاد و انحلال قراردادها، ج ۲، تهران: جنگل.

- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۷)، نکاح معاطاتی از منظر فقه، مطالعات راهبردی زنان، ۴۰، ۱۹۶-

۲۳۴.

