فصلنامه مطالعات حقوق
Journal of Legal Studies
شماره بیست و یکم. بهار ۱۳۹۷، صص۶۳-۴۷ Vol 2. No 21. 2018, p 47-63
شماره شاپا (۲۵۳۸-۶۳۹۵) ISSN: (2538-6395)

مطالعه‌ی تطبیقی استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا

دکتر حمید ابهری[1]. مهدی احمدی کوچکسرایی[2]
۱. عضو هئیت علمی دانشگاه. حقوق خصوصی. ایران
۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر. ایران

چکیده
یکی از اصول حاکم بر قراردها، اصل رضایی بودن عقود است. به موجب این اصل، اصولاً برای انعقاد هر عقد، صرف ایجاب و قبول کافی است و برای انعقاد عقد، تشریفاتی لازم نیست و قبض، شرط صحت معامله نیست. با وجود این، در برخی موارد خاص، انعقاد برخی عقود، تشریفات خاصی لازم دارد که این موارد، استثنائات اصل رضایی بودن عقد را تشکیل می دهند. بررسی موارد این استثنائات در حقوق ایران و کامن لا، از اهمیت زیادی برخوردار است. هم در حقوق ایران و هم در کامن لا، اصل رضایی بودن عقود با استثنائاتی مواجه است از جمله قرارداد انتقال حق کسب و پیشه و تجارت، قراردادهای انتقال املاک ثبت شده که در مقاله این استثنائات مورد بررسی قرار می گیرند.

واژه‌های کلیدی: اصل رضایی بودن عقود، عقود رضایی، عقود تشریفاتی، عقود عینی، ثبت

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

مقدمه

قاعده تکمیلی همچنان که از نام آن پیداست به معنای قاعده ای است که تنها در جهت تکمیل و تقسیم اراده یا اراده های دخیل در ایجاد یک عمل حقوقی از سوی قانونگذار وضع گردیده اند و به همین دلیل تراضی طرفین و حتی اراده یک طرفه در ایقاعات می تواند با آنها مخالفت ورزد و آنها را نادیده بگیرد. در مقابل قواعد تکمیلی، قواعد امری قرار دارند که فلسفه وجودی آنها ایجاد نظم و انتظام در روابط حقوقی و الزام به رعایت مصالح فردی و اجتماعی است. بدیهی است وجود یا فقدان این دسته از قواعد و مقررات، در حیطه اراده ها نیست و بدلیل ریشه داشتن در نظم عمومی یا اخلاق حسنه، نمی‌تواند با مخالفت اراده یک طرفه یا دو طرفه اشخاص مواجه گردد پس تراضی برخلاف آن امکان پذیر نیست. مفهوم قواعد تکمیلی وامری و تمایز میان این دو به خوبی در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران متجلی گردیده است زیرا آنجا که قانونگذار از اعتبار قراردادهای خصوصی سخن به میان می‌آورد، حتی مخالفت با قواعد تکمیلی را نیز می‌پذیرد اما در آن قسمت از ماده که اعتبار اینگونه قراردادهای خصوصی را مشروط به عدم مخالفت با قانون می‌سازد، قطعاً و قاعدتاً، قوانین امری را در نظر دارد.

با توجه به آنچه آمد، قوانین و قواعد تکمیلی اساساً نیازی به تصریح و اعلان ندارند بلکه خود به خود و به نفسه، جزیی از مفاد اعمال حقوقی مرتبط را تشکیل می دهند اما در عین حال، طرفین می‌توانند با تصمیم خویش، وجود این قواعد را نادیده بگیرند و آنچه را که خود می‌خواهند، جایگزین اراده تکمیلی قانونگذار کنند. به اعتقاد ما، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی نیز از لحاظ لازم الاجرا بودن با مفهوم قواعد تکمیلی انطباق دارد. نقطه مقابل این اصل، تشریفاتی بودن اعمال حقوقی است. به ویژه در جاهایی که ریشهٔ آن را قانون تشکیل می دهد. در این حالت، تشریفاتی بودن را قطعاً باید در گروه قواعدامری جای داد و ریشه آن را در نظم عمومی دانست بنحوی که ارداه یک طرفه یا دو طرفه حق مخالفت با آن را نداشته و گریزی از آن نخواهد داشت.

بخش اول: استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق ایران

با اینکه اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران پذیرفته شده است، در برخی موارد قانون‌گذار، رعایت تشریفات خاصی را شرط تحقق معامله قرار داده است و در نتیجه، عقد تشریفاتی محسوب می‌شود. برخی از این عقود در ذیل بررسی می شوند:

الف) انتقال حق کسب و پیشه و تجارت (سرقفلی)

مبنای نظری حقی که در کشورهای غربی معادل کلمه «سرقفلی» است، دقیقاً با مبنای نظری آن در کشور ایران متفاوت می‌باشد، در کشورهای غربی «سرقفلی» تابعی از گرایش مشتریان به محل کسب است، ناشی از تلاش کاسب یا بازرگان و مدیریت او برای جذب مشتری. در ایران ارزش «سرقفلی» از خصوصیات و

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

موقعیت ملک می باشد و اندکی هم از قدمت کسب در محل کسب تبعیت می‌کند. در نتیجه تغییر و نحوه مدیریت در محل کسب یا جذب مشتری اصولاً تأثیری ندارد یا اگر داشته باشد در افزایش یا کاهش بهای «سرقفلی» اثری نخواهد داشت. از جمله امتیازاتی که عملاً برای مالکین محل های کسب پذیرفته شده وجهی است که مالکین عرفاً در ازای موافقت خود با انتقال محل کسب از مستأجر دریافت می‌کنند که نوعاً معادل ده الی پانزده درصد قیمت روز «سرقفلی» است و چون قانونی در این مورد وجود ندارد، چه بسا مبلغ دریافتی موجر کمتر از ده یا بیش از پانزده درصد و تابع تراضی طرفین باشد.

اگر بخواهیم از سرقفلی به عنوان حقی متفاوت با حق کسب یا پیشه یا تجارت تعریفی ارائه دهیم، باید گفت سرقفلی عبارت است از وجوهی که مالکین در ازای تحمل محدودیت مالکیت خود در عقود اجاره تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ دریافت می‌کنند و چون عقد اجاره طبق این قانون منعقد شده، بلافاصله حق کسب یا پیشه یا تجارت به نفع مستأجر و به زیان مالک بر قرار می‌شود. محدودیت‌های مالک در این نوع عقود منحصر به برقراری حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست. محدودیت‌های دیگری نیز وجود دارد که در اینجا موضوع قابل بحث نیست.

در رابطه بین موجر و مستأجر تابع قانون مصوب۱۳۵۶، ترازویی برقرار می‌شود که در یک کفه آن حق کسب یا پیشه یا تجارت به نفع مستأجر محل کسب و در کفّه‌ی دیگر وجهی گذارده می‌شود معادل بهای حق کسب یا پیشه یا تجارت که عرف آن را تحت عنوان سرقفلی نام گذاری کرده و پذیرفته است. حال که قانون روابط موجر و مستأجر مصوب۱۳۷۶ نیز لفظ «سرقفلی» را در ازای امتیازاتی متداول تعریف کرده که مالک به مستأجر محل کسب در موارد و شرایط خاصی واگذار می‌کند، حقوقدانان نیز می توانند و باید آنچه را که مستأجر در برابر حق کسب یا پیشه یا تجارت، موضوع قانون مصوب سال۱۳۵۶ به موجر پرداخت می‌کند، بدون تردید و تزلزل « سرقفلی» بنامند و بپذیرند تا این لفظ مصطلح عرفی در روابط موجر و مستأجر، محل های کسب بطور مطلق به رسمیت شناخته شود، هر چند نامی از آن در قانون مصوب سال۱۳۵۶ برده نشده است. خصوصاً که در بسیاری از اسناد رسمی و عادی عملاً بین موجرین و مستأجرین محل های کسب لفظ سرقفلی بکار برده شده و لفظی متداول و مرسوم می باشد.

طبق مقررات قانون مدنی مربوط به عقد اجاره، مستأجر در طول مدت اجاره مالک منافع عین مستأجره است و مانند هر مالکی حق دارد منافع متعلق به خود را به غیر منتقل کند و نیازی به کسب رضایت از مالک مورد اجاره ندارد، مگر اینکه در عقد اجاره به عنوان شرط ضمن عقد صریحاً از انتقال مورد اجاره به غیر منع شده باشد، ولی در عقود اجاره محل های کسب مشمول قانون مصوب۱۳۵۶، به این علت که طبق امر قانون، مستأجر حق دارد بعد از انقضای مدت اجاره همچنان به تصرف و کسب خود در مورد اجاره ادامه دهد، مستأجر تنها در صورتی می تواند مورد اجاره را به غیر انتقال دهد که قبلاً موافقت کتبی مالک عین مستأجره را جلب نماید و یا در ابتدای امر، ضمن عقد اجاره، صریحاً به مستأجر اذن انتقال مورد اجاره توسط مالک تفویض گردد که در اینصورت:

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

اولاً، این اذن با توجه به لزوم عقد اجاره قابل عدول و انصراف نیست.

ثانیاً، در صورتی که در سند عادی یا رسمی اجاره، حق انتقال عین مستأجره، بدون محدودیت زمانی و بطور مطلق به مستأجر تفویض شده باشد، در واقع وجهی که موجر بابت انعقاد این عقد از مستأجر دریافت نموده، شامل بهای حق کسب یا پیشه یا تجارت و نیز شامل بهای امتیازاتی است که به مستأجر واگذار و به او حق انتقال مورد اجاره به غیر بطور مطلق داده شده است و مستأجر به موجب این شرط حق دارد بدون رضایت بعدی مالک و بدون پرداخت وجهی، مورد اجاره را به غیر منتقل کند و انتقال گیرنده، یعنی مستأجر بعدی نیز از این حق برخوردار بوده و می تواند مورد اجاره را با لحاظ همان شغل به غیر واگذار نمایند.

دفاتر اسناد رسمی نیز با ملاحظه شرط مزبور در سند رسمی اجاره، تا زمانی که اجاره نامه به قوت خود باقی است، موظفند سند انتقال مورد اجاره را بدون نیاز به موافقت مالک به غیر منتقل نمایند. بدیهی است در صورت امتناع از این تکلیف، سردفتر متخلف محسوب می‌شود.

به موجب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، حق کسب و پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل مورد اجاره اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی، معتبر است. چنانکه از این تبصره برمی‌آید، عدم ثبت معامله در این مورد، موجب بطلان قرارداد است. در نتیجه این قرارداد، تشریفاتی محسوب می‌شود (کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، ۱۳۷۷، ص ۲۴).

ب) انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسؤلیت محدود

به موجب ماده ۱۰۳ قانون تجارت، در شرکت با مسؤلیت محدود، انتقال سهم الشرکه بعمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی. در نتیجه این قرارداد تشریفاتی محسوب می‌شود.

هرگاه شرکت فاقد مجمع عمومی باشد (یعنی وقتی کمتر از ۱۲ شریک دارد و شرکا برای آن هیئت نظار معیین نکرده اند تا مجمع را برقرار کند) تصمیمات وفق مواد ۱۰۶ و ۱۰۷ قانون تجارت است.

مطابق بخش آخر ماده ۱۰۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱:" سهم الشرکه را نمی توان منتقل به غیر نمود مگر با رضایت عده ای از شرکا که لااقل سه ربع سرمایه متعلق به آنها بوده و اکثریت عددی نیز داشته باشد. "

به موجب ماده ۱۰۳ قانون تجارت:" انتقال سهم الشرکه به عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی. "

از نظر دکتر اسکینی شکل انتقال تاثیری در اجرای قاعده رضایت اکثریت موضوع ماده ۱۰۲ قانون تجارت ندارد. بنابراین انتقال ممکن است به صورت بیع باشد یا هبه یا غیره.

دکتر اسکینی در پاسخ به این سوال که چرا قانون گذار در مورد انتقال سهم الشرکه شریک در شرکت با مسئولیت محدود تاکید کرده که این انتقال به موجب سند رسمی باشد عنوان می دارد (اسکینی، ربیعا؛ حقوق تجارت (شرکت تجاری)، ۱۳۷۹، صص ۲۰۱-۲۰۷): این نکته مسلم است که قانون گذار حق داشته احراز انتقال را به طور کتبی مطالبه کند زیرا حق منتقله در واقع یک طلب است نه یک عین معین. به نظر

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

ایشان تنظیم سند رسمی انتقال از شرایط اساسی صحت انتقال است درست مانند شرایط ماهوی ماده ۱۹۰ قانون مدنی. در واقع قانون تجارت انتقال سهم الشرکه را محقق نمیداند مگر پس از تنظیم سند رسمی. به عبارت دیگر سند رسمی موجد حق است نه مثبت آن. بنا براین هرگاه سند رسمی انتقال تنظیم نشده باشد قرارداد میان انتقال دهنده و انتقال گیرنده فاقد هرگونه اثری می باشد. در نتیجه باطل است و افراد ذینفع برای بطلان آن نیاز به حکم دادگاه ندارند. زیرا در این مورد چون انتقال در سند رسمی صورت نگرفته شریک صاحب سهم الشرکه می تواند به موجب سند رسمی سهم خود را به دیگری انتقال دهد نه رضایت شرکت و نه رضایت شرکا اثری در انتقال ندارد بنا بر این هرگاه یکی از شرکا سهم الشرکه خود را با سند عادی به دیگری انتقال دهد حتی اگر شرکت رای مثبت دهد شخصی که با سند عادی سهم الشرکه با سند عادی به او منتقل شده شریک در شرکت نمی شود.

به نظر دکتر ستوده تهرانی انتقال سهم الشرکه به موجب سند عادی اعتبار ندارد اما موافقت با انتقال سهم الشرکه به شریک جدید ممکن است به موجب سند عادی به عمل آید ولی انتقال به موجب ماده ۱۰۳ باید حتما به وسیله سند رسمی انجام گیرد. به نظر ایشان در پاسخ به سوال آیا شرکا می توانند موافقت قبلی خود را مسترد نمایند: ایشان می فرمایند موافقت قبلی با انتقال سهم الشرکه به موجب سند جداگانه اشکال ندارد و چنانچه شرکا موافقت خود را مسترد نمایند مسئول خسارات شریکی می‌باشند که از این بابت به شریکی که قبلا موافقت را تحصیل کرده وارد شود (ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ص ۲۸۲-۲۵۷).

در حقوق اسلامی سند در مقام اثبات حق است نه موجد حق و فقط کاشف از وقوع عمل حقوقی در عالم خارج می باشد. و موجد حق بودن تنها در اسناد تجاری از قبیل برات و سفته و چک در برابر دارنده با حسن نیت می باشد. با توجه به اینکه در پرونده مورد نظر موافقت با انتقال توسط دارندگان ۸۰ ٪ از ۱۰۰٪ سهام شرکت حاصل گردیده و اکثریت مورد نظر با این موضوع در زمان انعقاد صورت جلسه موافق بوده‌اند و با توجه به تعداد شرکا تشریفاتی در خصوص اتخاذ تصمیم نیاز نبوده خواسته الزام به تنظیم سند رسمی انتقال فاقد اشکال می باشد (عرفانی، محمود، حقوق تجارت به زبان ساده، ۱۳۸۰، ص۱۶۳).

ج) قرارداد بیمه

به موجب مواد ۲ و ۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، تنظیم نوشته در قرارداد بیمه، شرط تحقق عقد به شمار آمده است و عدم تنظیم سند، موجب بطلان قرارداد می‌باشد.

ماده ۲ قانون بیمه می‌گوید: عقد بیمه و شرایط آن باید به موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه‌نامه خواهد بود. بیمه‌نامه، نمود و نمایش بیرونی و عملی قرارداد بیمه و وسیله اثبات پیوند حقوقی یا رابطه متقابل میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار به‌شمار می‌رود. بیمه‌نامه‌های گوناگون، که شرایط رشته‌های متنوع بیمه‌ای را بازتاب می‌دهند، شامل دو بخش هستند. شرایط عمومی و شرایط خصوصی یا اختصاصی. شرایط عمومی بیمه‌نامه دربر گیرنده موارد زیر است:

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

اساس قرارداد بیمه؛ تعریف‌ها اصطلاح‌ها و واژگان بیمه‌ای، خطرهای مشمول بیمه و موارد خارج از شمول بیمه یا بیرون از تعهد بیمه‌گر؛ تعهدهای بیمه‌گذار و بیمه‌گر؛ موارد انحلال (فسخ و تفاسخ و انفساخ) و بطلان و پایان قرارداد؛ مدت قرارداد؛ کارشناسی و تصفیه خسارت‌ها؛ انتقال بیمه‌نامه؛ جانشینی بیمه‌گر؛ حدود و گستره جغرافیائی؛ راه‌های حل اختلاف؛ صلاحیت دادگاه‌ها و مرور زمان از موارد مهم در قرارداد بیمه است.

برای همسازی و هماهنگی توافق دو طرف با شرایط عمومی بیمه‌نامه، مواردی زیر عنوان شرایط خصوصی یا جدول بیمه‌نامه پیش‌بینی می‌شود که بر پایه محتوای پیشنهاد بیمه تکمیل می‌شود.

د) عقود و معاملات راجع به املاکی که در دفتر املاک ثبت شده باشد

به موجب ماده‌ی ۴۶ قانون ثبت املاک و اسناد، کلیه‌ی عقود و معاملات راجع به املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده‌اند، باید رسماً ثبت شود. برخی از حقوقدانان این الزام را نشانه‌ی تشریفاتی بودن این عقود می‌دانند (هیات عمومی شعب حقوقی دیوان‌عالی کشور، رای اصراری شماره ۴ – ۱۳۷۴/۲/۱۹) و معتقدند که اگر انتقال این اموال در دفتر املاک ثبت نشود، باطل بوده و حتی در روابط بین دو طرف قرارداد نیز اثر ندارد.

در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان[1] معتقدند که الزامی بودن ثبت این معاملات در دفتر املاک، موجب تشریفاتی قلمداد شدن این عقود نمی‌باشد (امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، چ ۵، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۴، صص ۱۷۴ و ۱۷۵ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چ ۱، بنیاد راستا، ۱۳۵۷، ص ۵۳۹ - صفایی، سید حسین؛ دوره مقدماتی حقوقی مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۸۲، صص ۴۲، ۴۳ و ۶۸ - شهیدی، مهدی؛ مقاله «فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۱ – ۱۲، ۱۳۷۱ – ۱۳۷۲، ص ۱۱ به بعد».). چرا که به موجب ماده‌ی ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت معاملات مذکور، تنها از نظر اثبات دعوی مهم است. بدین توضیح که اگر چه تحقق این عقود را در محاکم نمی‌توان با سندی که در دفتر املاک ثبت نشده است ثابت کرد، ولی ثبت و تنظیم سند رسمی، شرط تحقق و صحت قرارداد نیست. فلذا در صورتی که طرف معامله به وقوع معامله اقرار نماید، دادگاه نمی‌تواند قرارداد را باطل اعلام کند. اگرچه تشریفات تنظیم سند رسمی انجام نشده‌باشد.

فروش نامه یا اجاره نامه ای که توسط خود طرفین، تنظیم و امضاء می‌شود از اسناد عادی است، همچنان که قولنامه و بیع نامه و اجاره نامه تنظیم شده در بنگاه معاملات ملکی، جزء اسناد عادی خواهد بود، زیرا

---

۱. برخی از شعب دیوان‌عالی کشور (حکم شماره‌ی ۶۶۱ – ۱۳۱۶/۳/۲۶ شعبه‌ی سوّم دیوان‌عالی کشور – شعبه‌ی چهارم دیوان‌عالی کشور در حکم شماره‌ی ۱۴۳۳- ۱۳۲۶/۸/۲۸ آورده است: «صرف قباله‌ی عادی و یا پیش‌نویس سند رسمی که به امضاء طرفین نرسیده است، مثبت وقوع بیع نخواهد بود». از سیاق عبارات رای مستفاد است که انشا کننده آن، تنها به عدم امکان اثبات وقوع بیع از طریق سند عادی نظر داشته است.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

متصدی بنگاه مذکور از مأمورین دولت نمی‌باشد. اگر طرفین اطلاعات حقوقی نداشته باشند و از وکیل یا مشاور حقوقی درخواست کنند که برای آن‌ها بیع نامه و یا اجاره نامه و یا هر سند دیگری تنظیم کند، این سند نیز عادی خواهد بود، اگر چه وکیل یا مشاور دادگستری و حتی سردفتر اسناد رسمی ذیل سند را به عنوان گواه امضاء نمایند، زیرا وکیل و مشاور حقوقی نیز مأمور رسمی دولت برای تنظیم سند نمی‌باشند، بنابراین تفاوتی بین سند تنظیمی توسط طرفین معامله یا متصدی بنگاه معاملات املاک یا وکیل و مشاور حقوقی از لحاظ عادی بودن سند وجود ندارد و همه این اسناد جزء اسناد عادی می‌باشد، در حالی که تصور عامه مردم این است که سندی که در بنگاه معاملات ملکی تنظیم می‌شود، اعتبار بیشتری از سند تنظیمی توسط طرفین و یا شخص دیگر دارد (ابهری، حمید و سرخی، علی، «نقش اسناد عادی در معاملات املاک»، چاپ دوم انتشارات فکر سازان، سال ۱۳۹۰، ص ۲۳).

ه) قرارداد پیش فروش ساختمان

بر اساس قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قرارداد پیش فروش آپارتمان، حتما باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. این الزام را قانون گذار برای جلوگیری از اختلافات احتمالی و سوءاستفاده افراد سودجو مقرر داشته است. بر این اساس، قرارداد پیش‌فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد.

بنا بر ماده ۲۳ قانون پیش فروش ساختمان، اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، به حبس از نود و یک روز تا یک‌سال یا جزاء نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند. یعنی پیش فروشنده ای که از تنظیم سند رسمی در این رابطه خودداری کند، مجرم محسوب می‌شود. این قانون به ویژه جهت حمایت از پیش خریدارانی است که ممکن است با کلاهبرداری افرادی مواجه‌شوند که با عنوان پیش فروش، مال افراد را به تاراج می برند. به این وسیله، پیش خریداران سرمایه خود را از دست می دهند و خسارات بسیاری را متحمل شوند. از این رو، قانون خواسته است به این وسیله راه را برای سوء استفاده های احتمالی ببندد و خریداران را مورد حمایت قرار دهد (سلسله پژوهش‌های فقهی حقوقی، اعتبارسند و تعارض آن با ادله دیگر در حقوق ایران و فقه امامیه، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه ص۱۳).

پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی:

به موجب ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان، قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق سند رسمی نزد دفاتر ثبت اسناد رسمی انجام شود، عدم رعایت این تکلیف موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ همان قانون خواهد شد. به موجب این ماده «

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

اشخاص که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند به حبس از ۹۱ روز تا یکسال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند» بنابراین عنصره مادی این بزه، ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف مورد نظر قانون‌گذار است و این نیز جرمی مطلق و مقید به نتیجه نیست. به عبارت دیگر همین که پیش فروشنده به طریقی غیر از طریق مورد نظر قانون گذار در تنظیم سند رسمی مبادرت به انعقاد قرارداد پیش فروش با دیگری نماید جرم موضوع این قسمت از ماده ۲۳ محقق شده و حصول نتیجه، شرط تحقق این بزه نیست. آنچه باید در مورد ماده ۳ بیان کرد اینکه ضمانت اجرای مربوط به تنظیم سند رسمی متوجه پیش فروشنده است و شامل پیش خریدار نمی‌باشد یعنی چنانچه پیش خریدار با تنظیم یک قرارداد عادی مبادرت به پیش خرید یک آپارتمان کند، گرچه به تکلیف قانونی مقرر در ماده ۳ قانون مزبور عمل نکرده است اما عدم رعایت این امر جرم نیست. دلیل این حکم قانون‌گذار آن است که قانون پیش فروش یک قانون حمایتی است و قانونی است که از پیش‌خریدار حمایت می‌کند و چون معمولا پیش فروشنده فردی قوی‌تر است، قانون‌گذار جهت حمایت از پیش‌خریدار برای او جرم انگاری نکرده است (تفکریان، محمو، حقوق ثبت شناخت دفاتر رسمی (مقررات ثبت عقود، تعهدات، ازدواج و طلاق)، ۱۳۸۵، ص ۱۲۵).

تنظیم قرارداد پیش فروش توسط مشاورین املاک:

به موجب ماده ۲۴ قانون پیش فروش ساختمان، مشاوران املاک نمی‌توانند راساً مبادرت به تنظیم پیش فروش نمایند و باید پس از انجام مذاکرات مقدماتی طرفین را جهت تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش به یکی از دفاتر اسناد رسمی هدایت کنند و مجازات استنکاف از این حکم قانونگذار برای بار اول تا یکسال و برای بار دوم تا دو سال تعلیق پروانه کسب و برای بار سوم ابطال پروانه کسب است با توجه به این ماده قانون‌گذار مشاورین املاک را از تنظیم قرارداد پیش فروش منع کرده است ولی برای حفظ حقوق مشاورین املاک به نظر می‌رسد که مشاورین املاک می‌توانند یک پیش قرارداد تنظیم کنند و این پیش قرارداد موضوع جرم نیست برای اینکه قانون‌گذار تنظیم قرارداد پیش فروش توسط مشاوران املاک را جرم شناخته و نه چنین پیش قراردادهایی را (صاحبی، مهدی، نقش ثبت سند در معاملات غیر منقول، چاپ اول ۱۳۹۱، ص ۸۸).

و) عقد نکاح

ماده‌ی ۱ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ برای اولین بار ثبت نکاح را اجباری نمود، در این ماده به لزوم وقوع نکاح در دفتر خانه توجه نگردید و بیشتر متوجه ثبت آن بود که در تاریخ ۲/۲۹/ ۱۳۱۶ ماده‌ی ۱ با اصلاح ماده و اضافه نمودن کلمه « واقع » در کنار ثبت امکان اجرای صیغه نکاح را قبل از ثبت آن در غیر از دفتر خانه ممنوع نمود و با حذف مهلت ۲۰ روزه برای زوج به منظور ثبت نکاح، مجازات مقرر در ماده‌ی ۱ را به

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

محض وقوع چنین عقدی قابل اجرا دانست. هم چنین الزام زوج به واقع نمودن صیغه نکاح در دفتر خانه رسمی موجب می‌شود عاقدی که بدون توجه به این الزام و بدون داشتن دفتر رسمی صیغه را بخواند، مجازات شود. منحصر نمودن ضمانت اجرای کیفری به زوج و عاقد و عدم جرم انگاری عمل زوجه که یکی از طرفین عقد نکاح محسوب می‌شود حمایتی بود که مقنن در آن سال‌ها از زنان که معمولاً، آنان نقشی در تشریفات نکاح و گاه اصل نکاح نداشت، نموده پس از پیروزی انقلاب اسلامی قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ اشاره به جرم انگاری ازدواج بدون ثبت نکرد و فقهای محترم شورای نگهبان نیز طی نظریه شماره ۱۴۸۸ مورخه ۱۳۶۳/۵/۹، مجازات متعاقدین و عاقد را در عقد ازدواج غیر رسمی در ماده‌ی ۱ قانون ازدواج و ماده‌ی ۱۷ قانون حمایت را خلاف شرع اعلام نمودند.

مشکلات ناشی از این نظریه موجب شد مقنن در سال ۱۳۷۵ در قانون مجازات اسلامی مجدداً به جرم انگاری نکاح بدون ثبت توجه نماید و ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:« به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است. چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تغریری تا یک سال محکوم می گردد».

این ماده با قید (هر مردی) مجازات عدم ثبت را صرفاً متوجه زوج نموده و عاقد را از مجازات معاف نموده. البته مطابق عاقد که به وکالت از طرف زوج اقدام به اجرای صیغه عقد دائم و غیر رسمی می‌نماید «معاون در بزه» محسوب می‌شود. این اما یک دیدگاه دیگر قائل به ازای است که لذا به تبع اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و در نظر گرفتن نظریه شورای نگهبان و اصل ۴ قانون اساسی، مجازات عاقد را غیرقانونی اعلام نمودند.

مشاهده می‌شود در لایحه حمایت از خانواده سال ۸۶ مجدداً فقط به عمل « مرد» توجه شده که مستحق مجازات می‌باشد و از مجازات مقرره ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی نیز سبک‌تر فرض شده است. مطابق این لایحه عاقد، زن، شهود و معرفین نکاح که در مجلس عقد حضور دارند مستحق مجازات نبوده و معاف از مجازات هستند در این لایحه مجدداً ثبت ازدواج دائم اجباری است و ازدواج موقت را عادی نیز قابل انعقاد می‌داند و می‌توان آن را قابل انتقاد دانست؛ زیرا بسیاری از آثار این دو نوع ازدواج شبیه به هم است. به ویژه احتمال تولد فرزند مشترک در هر دو ازدواج وجود دارد. اخذ شناسنامه، وضعیت عده زن، بذل مدت آثار مهمی در ازدواج بعدی زن دارد و عدم ثبت نکاح موقت باعث ایراد و اشکال می گردد.

ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی و لایحه خانواده مربوط به ثبت ازدواج مشروع است و جرم عدم اقدام به ثبت ازدواج وقتی تحقق پیدا می کند که از ازدواج، مشروع و قانونی و قابل ثبت در دفاتر باشد و بنابراین در صورتی که ازدواج بر خلاف مقررات قانونی مدنی باشد عدم ثبت آن جرم نخواهد بود.

درباره عدم امکان اثبات خلاف مندرجات سند رسمی با شهادت شهود، در نظریه ش۲۶۵۵- ۱۳۶۷/۸/۸ فقهای شورای نگهبان، آمده: «ماده ۱۳۰۹ ق. م. از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر،

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می گردد». مطابق این نظریه ماده ۱۳۰۹ ق. م. از این نظر که شهادت شرعی را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش می‌داند، خلاف موازین شرع و باطل شناخته شد. بنابراین امارات و شهادت فاقد شرایط شرعی، خلاف مندرجات سند رسمی را اثبات نمی کند و زوج نمی‌تواند با کمک امارات به رابطه زوجیت ثبت شده در سند رسمی، خدشه وارد نماید.

بخش دوم: استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق انگلستان و آمریکا

نظر به اینکه در حقوق انگلستان و آمریکا استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها دیده می‌شود، در این بخش به بررسی مصادیق آن از جمله قرارداد انحلال شرکت ها و سرقفلی پرداخته می‌شود.

الف) استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق انگلستان

در این قسمت به بررسی استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق انگلستان و مصادیق آن من جمله سرقفلی و قرارداد انحلال شرکت پرداخته می‌شود.

سرقفلی

در حقوق انگلستان سرقفلی حقی است که به موجب آن مستاجره متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود. حق کسب یا پیشه تعبیر به مایه تجارتی شده و اعم از سرقفلی قلمداد شده است در حالی که این برداشت از واژگان فوق در نظام حقوقی ما مبنایی ندارد صرف نظر از ایراد مربوط به تفکیک حق کسب یا پیشه از حق سرقفلی عیب دیگر تعریف اخیر آن است که اجزای تشکیل دهنده حق با خود حق یکی فرض شده است به نظر می رسد که تعریف زیر را می توان برای سرقفلی ارائه داد. سرقفلی حقی است مالی و قابل معامله که برای مالک یا متصرف قانونی محلهای کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعدد دارد .وجه سرقفلی از مصادیق دارای نامرئی است و درآمد اتفاقی محسوب نمی‌شود به شرط اینکه ناشی از کار کردن مستاجر و جمع آوری مشتریان باشد درآمد غیر از دارایی و سرمایه است درآمد قابل خرج است بدون آنکه به سرمایه لطمه بزند بنابراین مال التجاره ملک درآمد ولی سرقفلی دارایی به شمار می رود (Study Group on a (Eropean civil code and the Research Group on EC Private Law.Ibid Article4450)

قرارداد انحلال شرکت

انحلال داوطبانه با قصد و نیت شرکاء برای انحلال شرکت در مجمع عمومی برای این منظور تشکیل می گردد که شرکت نمی تواند مسؤولیت ادامه تجارت را بر عهده بگیرد و عملاً شرکاء هدف و نیت خاصی از انحلال شرکت تجارتی دارند که همین هدف و نیت است که موجب می‌شود شرکت تجارتی به

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

وسیله شرکاء منحل گردد و می توان این هدف را از عمده ترین اهداف دانست (Farrar,John, it, Furrey, N. H, Farrars, company law,london: oxford,1991,3thEd,p720.).

در انحلال داوطلبانه نیز دو صورت ممکن است که شرکت منحل شود: ۱- انحلال داوطلبانه توسط اعضاء (Members' coluntary winding up) ۲- انحلال به وسیله طلبکاران (Criditors' voluntary winding up).

در انحلال داوطلبانه به وسیلهٔ اعضاء، مجریان انحلال طبق قانون ورشکستگی ۱۹۸۶ (Insolvency Act 1986) توضیحاتی را مبنی بر این که شرکت قدرت پرداخت قرض های خود را دارد ارائه می‌دهند (مطابق ماده ۸۹) چرا که در این صورت انحلال داوطلبانه آن ها بدین صورت است که دیگر ضرری بر اشخاص ذی نفع ندارد و همچنین بیانیه می دهند که شرکت های در حال انحلال، توانایی پرداخت قرض خود را در طول حداکثر ۱۲ ماه از آغاز انحلال را خواهد داشت.

ب) استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق آمریکا

در این قسمت به بررسی جایگاه قائم مقامی بیمه گر و همچنین قرارداد **Pledge** و ارکان آن به عنوان نمونه‌هایی از استثنائات اصل رضایی بودن قراردادها در حقوق آمریکا پرداخته و مورد بررسی قرار می گیرد.

قائم مقامی بیمه گر

از آغاز قرن نوزدهم در آمریکا این سؤال مطرح شد که آیا بیمه‌گر می‌تواند به استناد اصول عمومی مسئولیت مدنی با این ادعا که تقصیر ثالث به میزان غرامت پرداختی به بیمه‌گذار، به بیمه‌گر خسارت وارد نموده است، در برابر ثالث اقامه دعوا کند؟ و آیا می‌تواند مطابق ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی جبران خسارت متحمل شده را بخواهد؟ رویه قضائی با حمایت دکترین اقامه این دعوا را اجازه داد؛ به این ترتیب که مسئول‌حادثه سبب ورود خسارت به بیمه‌گر شده است و این خسارت نتیجه بی‌واسطه و مستقیم تقصیر می‌باشد (Jacob, 1974: 209 & Picard et Besson, 1977: 495). این وضعیت در محاکم آمریکا تا سال ۱۹۱۴ ادامه داشت. دعوای مسئولیت‌مدنی به موجب ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی برای استناد در مواردی است که خسارت توسط یکی بر دیگری تحمیل شده باشد. اما به عقیده نویسندگان حقوق آمریکا این راه حل بیشتر به خاطر نگرانی از عدالت تأیید شد تا تحت تأثیر اصول کلی باشد. دعوای بیمه‌گر برای اجتناب از بری‌شدن ثالث‌مسئول و برای اجتناب از جمع میان دو خسارت برای بیمه‌گذار پذیرفته شد. (پیکار و بسون، همان) (Picard et Besson, Op. cit) به این دلایل به بیمه‌گر اجازه داده شد به عنوان مسئولیت در برابر ثالث اقامه دعوا کند؛ اما نویسندگان فرانسوی درباره اقامه دعوای مسئولیت در بیمه‌های غیرخسارتی می‌گویند رویه قضائی نباید تحت تأثیر دکترین آن را تأیید می‌نمود. ابتدا می‌بایست در

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

بیمه‌های گوناگون تفکیکی صورت می‌گرفت و بیمه‌هایی که تحت اصل جبران ضرر نیستند از سایر بیمه‌ها تفکیک می‌شدند. (زیرا در این بیمه‌ها شرایط بیمه‌نامه آزادانه و بی‌هیچ ارتباطی با مسئله خسارت توسط طرفین تعیین می‌شود.)

بالأخره بعد از مدتی تحول جدیدی ایجاد شد. رأی ۶ ژانویه ۱۹۱۴ از شعبه مدنی واگذاری حق اقامه دعوای بیمه‌گر در برابر ثالث را رد نمود. این رأی اعلام می‌نمود که بیمه‌گر هیچ خسارتی را در اثر عمل ثالث متحمل نمی‌گردد. در بیمه‌های خسارت، اختصاص یک دعوا علیه ثالث مسئول می‌تواند برای بیمه‌گر منفعت مجانی محضی فراهم نماید و این امر به طور آشکاری با ویژگی احتمالی بودن عقد بیمه در تضاد خواهد بود. شرکت بیمه با دریافت حق‌بیمه از بیمه‌گذار جبران خسارت ناشی از خطر را تحت پوشش قرار می‌دهد و تقصیر ثالث هیچ تغییری در شروط قرارداد بیمه ایجاد نمی‌کند (Jacob, Op. cit: 209 & Picard et Besson, Op. cit & Groutel, Op. cit: 1019).

دکترین و رویه‌قضائی به اتفاق، استفاده بیمه‌گر را از موضوع قائم‌مقامی‌عمومی (به استناد ماده ۱۲۵۱. ۳) که به مدت بیش از یک قرن انجام گرفته بود، رد نمودند. به این وسیله قائم‌مقامی‌عمومی ویژه کسی دانسته شد که دین دیگری را می‌پردازد. و به گفته برخی چون بیمه‌گر دین دیگری را ادا نمی‌نمود و بلکه منشأ دین او عقد بیمه بود، پرداخت او ایفای دین شخصی بود نه پرداخت دین دیگری. (گروتل، ۲۰۰۸، ص۱۰۳۱) (Groutel, Op. cit:1031) بیمه‌گر با پرداخت غرامت به بیمه‌گذار دین ثالث مسئول را نمی‌پردازد. او دین را نه برای او و نه با او عهده دار شده است. او دین خاص خود را که نتیجه مستقیم قرارداد بیمه است پرداخته؛ دینی که به طور کامل نسبت به تعهد ثالث‌مسئول در برابر زیان‌دیده مشخص است. پس بیان شد که شرایط بند سه ماده ۱۲۵۱ قانون‌مدنی فراهم نبود. امکان استناد به قائم‌مقامی‌مدنی سی‌سال بود که ممنوع شده بود و دیوان‌عالی بدون آن که اصلی را بنیان نهد اعلام کرده بود قائم‌مقامی قانونی و بیمه با هم ناسازگاری ندارند. اما اندیشه‌ی جدیدی پیدا شد که می‌گفت در وضعیت‌هایی و به خصوص با اراده طرفین بیمه‌گر می‌تواند برای ثالث یا با او مبلغی را از باب قائم‌مقامی مدنی دریافت نماید. این تغییر سبب گسترش قائم‌مقامی قانونی موجود در قواعدعمومی مدنی گردید. از زمان صدور رأی ۱۹۴۳ نمی‌توان رجوع بیمه گران را مانند سایر موارد پیشین (قائم‌مقامی مدنی) دانست (Picard et Besson, 1977: 497-498). به علاوه این که به گفته برخی دیگر، این نوع انتقال‌دعوا به بیمه‌گذار زمانی صورت می گرفت که او هنوز جبران خسارت نشده بود و به این ترتیب اجرای دعوای واگذار شده تابع پرداخت قبلی بیمه‌گر نبود و بیمه-گذار پیش از دریافت خسارتش از حق اقامه‌ی دعوای مسئولیت‌مدنی متعلّق به خود محروم می‌شد. وانگهی انتقال حقوق به بیمه‌گر، محدود به میزان پرداختی نبود و نتیجه‌ای به زیان بیمه‌گذار به دنبال داشت به این ترتیب که خسارت بیمه‌شده در بخشی جبران می‌شد و بیمه‌گر مبلغ بیشتر از آن میزان را از مسئول‌حادثه دریافت می‌کرد و از این طریق نفع بیشتری می‌برد که قابل توجیه نبود (Groutel, 2008: 1020).

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

ماده ۳۶ برای نخستین بار قائم‌مقامی قانونی بیمه‌گر را مطرح نمود و در نهایت با تصویب قانون بیمه جدید در سال ۱۹۷۶ ماده ۳۶ جای خود را به ماده ۱۲۱. ۱۲ قانون بیمه داد و دوباره مقنن، قائم‌مقامی صریح قانونی را به نفع بیمه‌گران مقرر نمود (Lambert-Faivre, 1995: 432).

به موجب ماده ۳۶ قانون بیمه ۱۹۳۰ بیمه‌گر تا میزان غرامت پرداختی در حقوق و دعاوی بیمه‌گذار در برابر ثالث‌مسئول قائم‌مقام می‌گردید. قانون حقوق بیمه‌گذار را برای بیمه‌گر به رسمیت می‌شناسد. به گفته نویسنده فرانسوی قانون مشکل دیگری را نیز حل کرد. مشکل آن بود که از یک سو بیمه‌گذار که دعوای خود را با حقوق کامل به بیمه‌گر واگذار نموده نمی‌تواند بیمه و نفع حاصل از دعوای مسئولیت را جمع کند از سوی دیگر ثالث نمی‌تواند از نتیجه این مسئولیت بگریزد (Picard et Besson, 1977: 494).

در نهایت قانون جدید بیمه نیز جانشینی را برای بیمه‌گر در نظر گرفت. ماده ۱۲۱. ۱۲ قانون بیمه آمریکا مصوب۱۹۷۶ مقرر نمود: «بیمه‌گری که خسارت مندرج در بیمه نامه را پرداخته است در حدود خسارت پرداختی نسبت به حقوق و دعاوی بیمه شده در مقابل اشخاص ثالثی که فعل آن ها موجب ورود خسارت و در نتیجه تحقق مسئولیت بیمه‌گر شده قائم مقام می‌باشد» (Jacob, 1974: 210).

قرارداد Pledge و ارکان آن در حقوق آمریکا

مفهوم رضایی بودن قراردادها در حقوق آمریکا، چندان مورد استقبال حقوقدانان و قانونگذاران قرار نگرفته است، بطوری که تنها یک شکل از عقود توثیقی تحت عنوان **Pledge** که اختصاص به توثیق اموال مادی دارد، نیازمند قبض و تصرف وثیقه گیرنده قلمداد شده است که اصطلاحاً عقد عینی نامیده می‌شود (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۵، ج ۴، ۹۳).

قرارداد مزبور به معنای یک عقد وثیقه ای عبارت است از: وثیقه گذار مال مادی و موجودی را بعنوان تضمین انجام یک تعهد مالی در استیلاء وثیقه گیرنده قرار دهد تا در صورت عدم بازپرداخت تعهد، حقوق بستانکار از محل مال معین، استیفاء گردد و در صورت ایفای تعهد، وثیقه گیرنده تصرف و اختیار مال را به وثیقه گذار بازگرداند. بنابراین عقد **Pledge** حاوی دو رکن عینیت مورد وثیقه و قبض آن می باشد که در ذیل توضیح خواهیم داد.

حقوقدانان آمریکا، اموال را به دو دسته ی اموال منقول و غیرمنقول تقسیم می کنند که اموال منقول، خود به دو دسته ی اموال منقول مادی نظیر کتاب و هر مال ملموس قابل تصرف مادی دیگر (مورد تصرف یا **choosen in possession**)و نیز اموال منقول غیرمادی، نظیر اسناد براتی و بسیاری از مصادیق حقوق مالکیت های فکری (حقوق موضوع دعوا یا **chooses in action**) تقسیم می شوند (کمال نیک فرجام، "رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس"، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۷، (بهار ۱۳۹۱): ۲۲۴-۲۲۳). عقد مزبور در حقوق آمریکا، مختص اموال غیر منقول (**real property**)و نیز اموال شخصی یا منقول (**Personal property**) از نوع اموال عینی و مادی مورد تصرف است، ولی حقوق

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

موضوع دعوا یعنی اموال منقول و غیرمنقولی که غیرمادی هستند (**Incorporeal or Intangible assets**) ولی دارای ارزش مالی هستند، اعم از غیرمادی مطلق و غیرمادی اسنادی را دربر نمی‌گیرد (همان، ۲۲۴). عقد یاد شده در سرتاسر اروپا، مترادف با وثیقه تصرفی (**Possessory security**) می‌باشد[۲] که وثیقه گیرنده را محق می‌کند تا از دارایی توقیف شده بصورتی که حق تقدم و ارجحیت داشته باشد، جبران خسارت و استیفاء حق نماید. لذا قرارداد **pledge** اصولاً در دارایی های غیرمنقول و منقولی که جنبه مادی و خارجی داشته باشند (3Objective collateral) ایجاد استیثاق می نماید. لذا عقد مزبور محدودیت هایی درخصوص مورد وثیقه **(Pawn)**در صورتی که غیرمادی و اعتباری باشند، نظیر دیون و اموالی که در آینده بدست می آیند، بوجود آورده است. به همین خاطر از قرن ۱۹ میلادی به بعد که انواع متنوعی از وثایق خاص غیر تصرفی معرفی شد، وثیقه تصرفی در حقوق آمریکا و دیگر کشورهای صنعتی کاربرد خود را از دست داد و کمتر مورد استفاده اشخاص قرار گرفت (**Ibid**).

در عقد **Pledge** مالکیت مال مورد وثیقه به وثیقه گیرنده انتقال نمی یابد، لیکن مال مزبور می بایست به تصرف و قبض متعهدله درمی آید تا در صورتی که وثیقه گذار از ایفای تعهد خود در زمان معقول پس از سررسید، امتناع نماید وثیقه گیرنده حق فروش مال مورد وثیقه را داشته باشد (Bijan Izadi، A Brief Comparative Introduction to Pledge Contract(Mortgage) in Islamic Law common law and Roman-Germanic law legal Families، Tehran: Jungel Publication، March 2010، P37).

در قرارداد یاد شده حکم لزوم قبض مورد وثیقه از چنان اهمیتی برخوردار است که اگر وثیقه گیرنده قبل از پرداخت دین از سوی متعهد و یا مأذون از جانب وی، مال موضوع قرارداد وثیقه را به وثیقه گذار بازگرداند، متعاقب عدم ایفای دین در سررسید، حق فروش مال مورد وثیقه را از دست می‌دهد و همانند طلبکار عادی و بدون داشتن حق عینی، می بایست بر اساس سند ذمه ای برای وصول طلب خود اقدام نماید (علی محمودی، رهن حقوق مالکیت معنوی در حقوق ایران و انگلیس، (پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، به راهنمایی مصطفی فضائلی، ۱۳۸۸)، ۶۳). فلذا پس از حکم به لزوم عینیت مورد وثیقه که در خصوص اموال منقول و غیرمنقول مادی صدق می‌کند، توثیق آن‌ها زمانی دارای اعتبار و اثر حقوقی خواهد بود که در خصوص اموال منقول به قبض واقعی و فیزیکی وثیقه گیرنده داده شوند و در خصوص اموال غیرمنقول به قبض حکمی یا معنوی با اقباض اسناد و مدارک آن ها صورت پذیرد.

در حقوق آمریکا نیز یکی از مهم ترین مؤلفه های عقد وثیقه ای، امکان استفاده از دارایی های توثیق شده (**Collateral**)وثیقه گذار برای در امنیت قرار دادن طلب بستانکار می باشد؛ برای این منظور با انعقاد عقد مزبور براساس ماده ۱۱۰ قانون حقوق اموال آمریکا مصوب ۱۹۲۵، مالکیت مال مورد وثیقه که محدودیتی

---

۱. ممکن است گفته شود گاه وثیقه غیرتصرفی مشمول **Pledge** نیز وجود دارد، لیکن **non-possessory pledge** غیرمحتمل است.
(Study Group on a Eropean civil code and the Research Group on EC Private Law(Acquis Group) Ibid Article4450)

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

از نظر نوع و مصادیق آن، جهت وثیقه گذاری وجود ندارد به وثیقه گیرنده انتقال می یابد، گرچه وی تعهد و التزام قانونی دارد تا در صورت پرداخت دین در موعد، مالکیت مال مزبور را مجدداً به وثیقه گذار بازگرداند.[۳]لیکن در صورت عدم ایفای تعهد در سررسید، وثیقه گذار حقی نسبت به آن نخواهد داشت و وثیقه گیرنده ولو بدون دستور دادگاه حق فروش مورد وثیقه را خواهد داشت؛ مگر در صورت ورشکستگی متعهد که فروش مال مورد وثیقه از طریق دادگاه با نصب امین صورت می‌گیرد. بنابراین در عقد توثیقی **Mortgage** تا زمانی که تعهد اصلی و متفرعات آن پرداخت نشده باشد، مورد وثیقه نسبت به وثیقه گذار حکم یک شیء مرده و بدون اعتبار فعلی را خواهد داشت و به همین خاطر است که «در حقوق آمریکا بر چنین قراردادهایی نام **"Mortgage"** نهاده شده است؛ زیرا **"Mort"** به معنی مُرده و **"Gage"** به معنی گرو یا مورد وثیقه است» (علی محمودی، همان، ۶۲).

نتیجه گیری:

عقد رضایی عقدی است که با توافق طرفین واقع می‌شود بدون اینکه تشریفات خاصی مثل تنظیم سند مدنظر قانون‌گذار باشد مانند بیع اموال منقول همانند آنکه مثلاً برای خرید یک بطری شیر صرفاً وجه پرداخت می‌شود و شیر تسلیم می گردد و این عقد تابع هیچ تشریفاتی نبوده و چه بسا طرفین معامله بدون صحبت کردن با یکدیگر نسبت به انجام معامله اقدام نمایند همانند آنکه شخصی با پرداخت وجه، روزنامه مورد نظر را از پیشخوان روزنامه فروشی بردارد (بیع معاطاتی) ویا عقد وکالت یا اجاره، با این توضیح که در اجاره، تنظیم سند اعم از رسمی یا عادی ضروری نیست و وقوع اجاره را با ادله‌ی دیگری ازجمله شهادت شهود نیز می‌توان اثبات کرد، درواقع آنچه مهم است رضایت و قصد طرفین است؛ اما عقد تشریفاتی نیازمند رعایت تشریفات خاصی است که اگر رعایت نشود عقدی واقع نمی‌شود؛ درواقع برای تحقق عقد حتما باید تشریفات خاصی که قانون‌گذار معین کرده است رعایت شود؛ مانند انتقال سهام شرکت‌هایی با مسئولیت محدود که این نقل و انتقال حتما باید با تنظیم سند رسمی صورت گیرد در غیر این صورت این انتقال باطل است و یا مانند عقد اجاره املاک موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ که مستلزم انعقاد قرار داد کتبی اعم از رسمی یا عادی بوده و در صورت عادی بودن ضروری است که قرارداد علاوه بر امضاء طرفین به امضاء دو نفر شاهد مورد وثوق ایشان برسد.

عقد عینی عقدی است که علاوه بر ایجاب و قبول طرفین نیازمند قبض مورد معامله است؛ مانند هبه و رهن. قبض در عقود عینی شرط صحت و تحقق معامله است؛ اما از دیگر اکثر حقوقدانان قبض در عقود عینی

---

۱. این مقرره می تواند یکی از معایب عقد وثیقه ای در حقوق انگلیس باشد؛ چراکه واگذاری مجدد و رسمی ملک به وثیقه گذار که می بایست پیش از آن در دفتر ثبت املاک، مالکیت موقت وثیقه گیرنده به ثبت رسد، مستلزم صرف هزینه و وقت است و همچنین برای وثیقه گذار ایجاد تکلّف می نماید؛ چراکه می بایست از وثیقه گیرنده درخواست نماید در زمان مقرر برای واگذاری مجدد، در دفتر ثبت، حضور بهم رساند و وثیقه گیرنده ممکن است در انجام این عمل کوتاهی یا تأخیر نماید .

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

جزو تشریفات محسوب نمی‌شود و عقود عینی رضایی هستند. هرچند که در این باره اختلاف عقیده وجود دارد.

با اینکه اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران پذیرفته شده است، در برخی موارد قانون‌گذار، رعایت تشریفات خاصی را شرط تحقق معامله قرار داده است و در نتیجه، عقد تشریفاتی محسوب می‌شود. برخی از این عقود عبارتند از:

ـ انتقال حق کسب و پیشه یا تجارت (سرقفلی) (تبصره ۲ م ۱۹ قانون روابط موجرو مستاجر ۱۳۵۶)

ـ انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسؤلیت محدود (م۱۰۳ قانون تجارت)

ـ قرارداد بیمه (مواد ۲ و ۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶)

ـ عقود و معاملات راجع به املاکی که در دفتر املاک ثبت شده باشد

به موجب ماده‌ی ۴۶ قانون ثبت املاک و اسناد، کلیه‌ی عقود و معاملات راجع به املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده‌اند، باید رسماً ثبت شود. برخی از حقوقدانان این الزام را نشانه‌ی تشریفاتی بودن این عقود می‌دانند و معتقدند که اگر انتقال این اموال در دفتر املاک ثبت نشود، باطل بوده و حتی در روابط بین دو طرف قرارداد نیز اثر ندارد. در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که الزامی بودن ثبت این معاملات در دفتر املاک، موجب تشریفاتی قلمداد شدن این عقود نمی‌باشد. چرا که به موجب ماده‌ی ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت معاملات مذکور، تنها از نظر اثبات دعوی مهم است. بدین توضیح که اگر چه تحقق این عقود را در محاکم نمی‌توان با سندی که در دفتر املاک ثبت نشده است ثابت کرد، ولی ثبت و تنظیم سند رسمی، شرط تحقق و صحت قرارداد نیست. فلذا در صورتی که طرف معامله به وقوع معامله اقرار نماید، دادگاه نمی‌تواند قرارداد را باطل اعلام کند. اگرچه تشریفات تنظیم سند رسمی انجام نشده باشد. به نظر می رسد که با توجه به حکم مندرج در ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک که در املاک ثبت شده، دولت فقط کسی را مالک می شناسد که ملک در دفتر املاک به نام او ثبت شده و بدون تنظیم سند رسمی، ملک در دفتر املاک به نام منتقل الیه ثبت نمی‌شود، لذا قرارداد مربوط به انتقال املاک ثبت شده از عقود تشریفاتی است.

به موجب ماده‌ی ۱۰۶۲ ق.م، برای انعقاد عقد نکاح حتماً باید از الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج دارد، استفاده نمود. به نظر برخی از حقوق‌دانان، لزوم به‌کار بردن لفظ در انعقاد عقد نکاح موجب تشریفاتی شدن این عقد می‌باشد. لیکن در مقابل، گروهی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که استفاده‌ی از لفظ برای بیان قصد طرفین، موجب تشریفاتی شدن عقد نکاح نمی‌شود و نکاح از جمله‌ی عقود رضایی است.

ثبت نکاح و تنظیم سند رسمی نیز، اگر چه به موجب ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی الزامی است، لیکن شرط درستی عقد نکاح نمی‌باشد و عدم ثبت، فقط دارای مجازات کیفری است.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

در حقوق انگلستان سرقفلی یکی از موارد استثنا در اصل رضایی بودن قراردادها است در حقوق انگلستان سرقفلی حقی است که به موجب آن مستاجره متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود. همانطور که ملاحظه می‌شود در تعریف مزبور فقط به تقدم مستاجر متصرف اجاره محل کسب تاکید شده و به دیگر مفاهیم سرقفلی، بالاخص به سرقفلی شخص در غیر رابطه استیجاری یعنی حق مالک سازنده مغازه توجهی معطوف نگردیده است. نقص دیگر این تعریف عدم تاکید بر قابلیت معامله بودن حق است در حالی که این ویژگی به مستاجر اجازه معامله و یا اسقاط حق را در قبال اخذ مال می‌دهد .مطابق تعریف برخی از حقوق دانان (سرقفلی پولی است که مستاجر ثانی (به معنی اعم) به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستاجر اول به موجر مالک می‌دهد).

از مصادیق دیگر استثنا اصل رضایی بودن در حقوق انگلستان می توان به قرارداد انحلال شرکت اشاره کرد.

انحلال داوطبانه با قصد و نیت شرکاء برای انحلال شرکت در مجمع عمومی برای این منظور تشکیل می‌گردد که شرکت نمی تواند مسئولیت ادامه تجارت را بر عهده بگیرد و عملاً شرکاء هدف و نیت خاصی از انحلال شرکت تجارتی دارند که همین هدف و نیت است که موجب می‌شود شرکت تجارتی به وسیله شرکاء منحل گردد و می توان این هدف را از عمده ترین اهداف دانست.

مفهوم رضایی بودن قراردادها در حقوق آمریکا، چندان مورد استقبال حقوقدانان و قانونگذاران قرار نگرفته است، بطوری که تنها یک شکل از عقود توثیقی تحت عنوان **Pledge** که اختصاص به توثیق اموال مادی دارد، نیازمند قبض و تصرف وثیقه گیرنده قلمداد شده است که اصطلاحاً عقد عینی نامیده می‌شود.

قرارداد مزبور به معنای یک عقد وثیقه ای عبارت است از: وثیقه گذار مال مادی و موجودی را بعنوان تضمین انجام یک تعهد مالی در استیلاء وثیقه گیرنده قرار دهد تا در صورت عدم بازپرداخت تعهد، حقوق بستانکار از محل مال معین، استیفاء گردد و در صورت ایفای تعهد، وثیقه گیرنده تصرف و اختیار مال را به وثیقه گذار بازگرداند.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-17]