

## نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه

نعمت الله الفت \*

فتح الله عطاردی \*\*

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۴/۲۶ - تاریخ تأیید: ۹۷/۱۱/۰۴

DOI: 10.22096/law.2019.36882

### چکیده

نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح، یکی از راهکارهای مهم و اساسی اعمال سیاست جهانی نجات عقود از بطلان است. این نظریه نخستین بار در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان شکل حقوقی به خود گرفت و در حال حاضر اکثر نظامهای حقوقی معاصر آن را پذیرفته‌اند، ولی متأسفانه هنوز در نظام حقوقی ایران شناخته شده نیست. شواهد و مصادیق زیادی در فقه امامیه وجود دارد که نشان می‌دهد پذیرش این نظریه در فقه امامیه و به تبع آن در نظام حقوقی ایران، خالی از ایراد است.

از نظر نگارندگان، عقل سلیم می‌پذیرد در مواردی که قرارداد موضوع توافق طرفین باطل است و در عین حال، آن قرارداد متضمن عناصر عقد دیگری است، به حکم دادگاه می‌شود آثار عقد جدید را بر آن عقد باطل بار کرد؛ بنابراین، بنای اکثر عقلای عالم در حال حاضر بر این نظریه قرار گرفته است. کاوش در متون حقوقی کشورهای چون مصر و فرانسه، به ما نشان می‌دهد که راه وصول به پذیرش نظریه مزبور در نظام حقوقی ایران چندان مشکل نیست؛ زیرا نظام حقوقی ایران و مصر، نظام حقوقی مدون و نوشته است و این دو نظام حقوقی از تعالیم شریعت اسلامی در قانونگذاری تبعیت می‌کنند و تأثیرگذاری حقوق فرانسه بر مقررات مدنی و تجاری هر دو کشور هم، آشکار است.

**واژگان کلیدی:** عقد باطل؛ عقد صحیح؛ تحول عقد؛ تفسیر عقد؛ توصیف عقد؛ حکم دادگاه.

Email: olfat@mofidu.ac.ir

\* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه مفید

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه مفید «نویسنده مسئول»

Email: atarodi.130Karaj@gmail.com



## مقدمه

بطلان قرارداد، به وضعیتی اطلاق می‌شود که عقد از نظر حقوقی معتبر نبوده و فاقد آثاری است که در صورت صحت عقد، از آن انتظار است و بطلان قرارداد به عنوان ضمانت اجرای مناسب، برای جلوگیری از تخلف از شرایط اساسی صحت قراردادها مورد قبول تمام نظامهای حقوقی است؛ ولی نظامهای حقوقی مختلف دنیا برای جلوگیری از اختلال در نظم اقتصادی و از بین بردن آثار سلبی و خطرناکی که ممکن است بر بطلان مترتب شود، اقدام به پیش‌بینی روش‌هایی کرده‌اند که حتی المقدور از بطلان قراردادها جلوگیری شود؛ از این رو، به وضع مقرراتی پرداخته‌اند که از نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح ناشی می‌شود.

این نظریه بیان می‌دارد: «تحول عقد، عملیاتی حقوقی است که از سوی دستگاه قضائی به هدف ایجاد عقد صحیح جدیدی انجام می‌گیرد که ارکان و عناصرش در همان عقد باطل فراهم است، بدون آنکه هیچ‌گونه تغییری در این عناصر رخ دهد و در این راه از اراده فرضی طرفین عقد کمک گرفته می‌شود.» (الشبانی، ۲۰۱۵: ۷۹)

اساساً بحث تحول عقد در زمانی مطرح است که یک طرف به دلیل باطل بودن عقد، متحمل ضرر شده و با طرف دیگر به توافق در خصوص عقد جدید نمی‌رسد. در این صورت، ضروری است قاضی اراده ایشان و شرایط مطرح شده را تفسیر نموده و عنوان عقد صحیح را معین نماید؛ و با عنایت به اینکه در تفسیر یک عقد به شیوه‌های متفاوت، منتج به نتایج گوناگون می‌شود، نوع تفسیر بسیار حائز اهمیت است. مثلاً در بیع بلائمن اگر قاضی معتقد به تفسیر محدود لفظی باشد، صرفاً به بطلان بیع به دلیل فقدان شرایط اساسی بیع حکم می‌دهد، اما اگر معتقد به حاکمیت مطلق قصد باشد و یا معتقد به حاکمیت قصد مشترک یا مصالح اجتماعی باشد، می‌تواند قصد طرفین را به عقد هبه تبدیل و تفسیر نماید.

این نظریه یکی از نظریات حال حاضر مطرح در حقوق قراردادهاست که به عنوان یک قاعده عمومی مستقل و مهم در قوانین موضوعه بیش از ۷۰ کشور دنیا پذیرفته شده است. در کشورهای پیشرفته‌ای مثل آلمان، ایتالیا، سوئیس و فرانسه، بازرگانان و به طور کلی طرفین قرارداد همواره در پی بطلان و فسخ قرارداد نیستند؛ لیکن آنان همیشه در انعقاد قرارداد، به دنبال موضوع و هدف اقتصادی آن هستند؛ از این رو، یا این نظریه را در قوانین خود به رسمیت شناخته‌اند و یا به موجب متن خاصی در قوانین خود اجرا کرده‌اند، مانند قانون موجبات و عقود لبنان و قانون مدنی فرانسه.

از بررسی مصادیق تحول عقد در فقه اسلامی و حقوق ایران به دست می‌آید که این تأسیس حقوقی، قرن‌ها در فقه اسلامی تحت عنوان نظریه انقلاب عقد به کار برده شده است و در برخی از فروع گفته شده است. مثلاً در بیع بلائمن، اراده حقیقی (ظاهری) بیع است، اما اراده مجازی هبه است. (حسنی، بی تا، ۳۳۶) بنابراین، می‌توان گفت که به کارگیری این نظریه در فقه اسلامی و حقوق ایران خالی از ایراد است. در این نوشتار، سعی بر آن داریم تا اثبات نماییم که نظریه مزبور با اصول کلی شریعت و ساختار نظام حقوقی ایران سازگار است و به قانونگذار توصیه می‌نماییم برای جلوگیری از تزلزل و بطلان قراردادهای راهکار نظریه تحول عقد را به رسمیت بشناسد.

#### ۱- سیر پیدایش و پذیرش نظریه تحول عقد

مفهوم تحول عقد قدمتی دیرینه دارد؛ ولی شکل‌گیری تحول عقد به عنوان یک نظریه، همراه با شکل‌گیری قانون مدنی آلمان است. تئوری تحول عقد در آلمان در قرن نوزدهم، توسط «موهلن بروخ» (Muhlenbruch)، «پوشتا» (Puchta) و «تیبوت» (Thibaut) به وجود آمد. قانون مدنی آلمان (B.G.B) در سال ۱۸۹۶ این نظریه حقوقی را در ماده ۱۴۰ مقرر کرد که در حال حاضر، خاستگاه اصلی تئوری تحول عقد را در آلمان شکل می‌دهد. (Bouaziz, 2017: 320)

#### ۱-۱- شکل‌گیری نظریه تحول عقد در آلمان و پاره‌ای از کشورهای عربی اسلامی همچون مصر

##### الف) در آلمان

در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان آمده است: «هر گاه یک عمل حقوقی دارای شروط یک عمل حقوقی دیگر باشد، این عمل دوم مد نظر قرار می‌گیرد؛ در صورتی که بشود فرض نمود که اگر طرفین عقد از بطلان عقدشان مطلع بودند، آن عمل دوم را می‌خواستند.» متن این ماده، اساساً بر چند قانون آلمان در قرن نوزدهم تکیه دارد. پروژه تعهدات «درسده» (Dresde) ۱۳ ژوئن سال ۱۸۶۶ به عنوان مبنای اساسی دو پروژه قانون مدنی آلمان (B.G.B) مورد استفاده قرار گرفت. اولین پروژه توسط کمیسیون ۱۲ عضو، در ۱۲ آگوست ۱۹۷۴ که توسط «بوندسرات» (Bundesrath) تعیین شده بودند، به راه افتاد. این کمیسیون، برای جلوگیری از به تأخیر افتادن کارها، به ماده ۱۴۱ پروژه درسده، بدون استفاده از اصطلاحات آن، ارجاع نمود. ماده ۱۴۱ پروژه مزبور به نظریه تحول عقد اختصاص داشت. بعداً شماره این ماده، به شماره ۱۱۱ تغییر کرد و اندکی مفاد آن هم، تغییر داده

شد. (Bouaziz, 2017: 322) پروژه دوم توسط کمیسیون دیگری که توسط «بوندسرات» در سال ۱۸۹۰ تعیین شده بود، شکل گرفت. این کمیسیون جدید تغییراتی در ماده ۱۱۱ که به ماده ۱۳۶ تغییر نام داد، ایجاد نمود: «اگر قرارداد حقوقی باطل شده، شرایط قرارداد حقوقی دیگری را بتواند تأمین کند و بتوانیم تصدیق کنیم که تأمین این شرایط در شناخت بطلان گنجانده شده است، باید قرارداد حقوقی دوم را ترجیح دهیم.» در نهایت، متن پیشنهادی کمیسیون مجلس «بوندسرات» تبدیل به ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان می‌شود. مفسرین این ماده تأیید می‌کنند که نگارش جدید این ماده کاملاً با نگارش سابق تفاوت دارد. «پرین» (Perrin) تصدیق می‌کند، در این معنا که «ما متوجه می‌شویم، اراده نمی‌تواند به سمت قرارداد حقوقی دوم تمایلی داشته باشد، از آنجایی که ما به صورت عادی، امکان بطلان قراردادی که در ابتدا تأیید شده بود را، مفروض نمی‌پنداشتیم، ما فقط نیاز به یک احتمال داریم و نه یک وجود واقعی، بلکه به وجودی مجازی از اراده نیازمندیم.» ایشان می‌افزاید: «ما متوجه قصدی می‌شویم که فکر می‌کردیم وجود ندارد، اما اگر طرفین شک می‌کردند که ممکن است تحول ضروری باشد، آنگاه احتمال اعتراف طرفین به این مسئله را نیز می‌توانستیم بدهیم.» (Bouaziz, 2017: 323)

بنابراین، در حقوق آلمان اراده‌ای که باعث ایجاد خطا شده، جایگزین و تئوری تحول توسط اراده‌ای مفروض در عقد، ایجاد شده است. این اراده، اراده‌ای واقعی و روشن نیست، بلکه اراده‌ای مجازی و مفروض است؛ یعنی اگر طرفین احتمال بطلان عمل قانونی اولیه را می‌دادند، حتماً این اراده را می‌داشتند؛ پس این مسئله مربوط به تفسیر اراده نمی‌شود؛ زیرا، این اراده هرگز وجود نداشته، بلکه بیشتر مربوط به تشکیل یک فرضیه و حل مشکلی که به وجود می‌آورد، می‌شود. به این گونه، باید این سؤال را از خودمان بپرسیم که آیا اگر طرفین احتمال بطلان قرارداد را می‌دادند، باز هم این قرارداد را می‌خواستند یا نه؟ اگر جواب مثبت باشد، می‌توان تحول عقد را بررسی نمود. (Bouaziz, 2017: 324)

#### ب) در پاره‌ای از کشورهای عربی اسلامی همچون مصر

قانون مدنی سابق مصر مصوب ۲۸ اکتبر ۱۸۸۳، هر چند صریحاً متن خاصی در مورد نظریه تحول نداشت، ولی برخی موارد اجرایی آن را در خود جای داده بود. قانونگذار مصری این نظریه را از قانون مدنی آلمان اقتباس کرده و آن را در متن ماده ۲۰۳ پیش‌نویس مقدماتی قانون مدنی مصر آورده بود. از طرفی در دستگاه قضایی مصر هم آرای وجود داشت که قضات با تکیه بر اجتهادات

قضائی خود به شکل صریح، نظریه تحول عقد را پذیرفته و به آن حکم کرده‌اند.<sup>۱</sup> بعدها، قانونگذار مصر برای جلوگیری از حالات رو به رشد بطلان عقود، متن ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر را تدوین کرد؛ مقرره‌ای که پیشرفت مهمی در زمینه جلوگیری یا کاهش حالات بطلان به شمار می‌رود. این ماده، پس از بررسی‌های زیادی به شکل موجود فعلی (متن ماده ۱۴۴ ق.م. مصر) در آمد. این نظریه از همین‌جا به اکثر قوانین کشورهای عربی نیز راه پیدا کرد؛ حتی برخی از قوانین این کشورها، متن ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر را بدون هیچ تغییری در قانون خود، آورده‌اند؛ درحالی‌که، برخی کشورهای دیگر مانند لبنان، به شکل صریح و مستقیم این نظریه را نپذیرفته‌اند و تنها به اجرای قواعد کلی آن اکتفا کرده‌اند؛ به این شکل که صحت برخی از اقدامات حقوقی که ارکان حقوقی آن، به شکل کامل رعایت نشده را به این اعتبار که حامل توصیف دیگری غیر از آن چیزی است که طرفین عقد در پیش گرفته‌اند، صحیح دانسته‌اند. (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۰۴)

با این حال، راه‌حل ارائه شده در ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر، سختگیرانه‌تر از قانون آلمان است. در واقع، اگر ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان، با در نظر گرفتن اراده مجازی برای طرفین نسبت به قرارداد حقوقی جدید، نظریه تحول را تبیین کرده است، به نظر می‌رسد ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر، با مشخص کردن جهت نیت طرفین قرارداد برای عمل قانونی ثانوی، در صورت بطلان قرارداد اولیه، پا را از آن هم فراتر نهاده است.<sup>۲</sup> همین راه‌حل، توسط قانونگذاران سوریه، عراق، لیبی و الجزایر نیز اتخاذ شده است. (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۰۴)

## ۱-۲- بررسی وجود نظریه تحول عقد در متون فقهی اسلامی و متون حقوقی ایران

با نگاه به پاره‌ای از مصادیق نظریه تحول عقد در کتب فقهی اسلامی و متون حقوقی ایران به روش استقرایی، به اصولی دست می‌یابیم که ثابت می‌نماید، این تأسیس حقوقی قرن‌ها قبل در فقه

۱. به عنوان نمونه در حکم دادگاه منطقه‌ای «تسبیب الکون» آمده است: «هر چند که اصل در عقد باطل آن است که هیچ تأثیر حقوقی ایجاد نمی‌کند، ولی این عقد به عنوان یک واقعه حقوقی، وجود مادی دارد و گاهی برخی آثار عرضی ایجاد می‌کند که طرفین عقد، قصد و اراده تحقق آن را نداشته‌اند و در زمان انعقاد کسی توقع و انتظار حصول آنها را نداشته است.» (قرار محکمه تسبیب الکون الجزئیة ذی العدد ۲۷۷ الصادر فی ۲۶ نوفمبر ۱۹۳۴، مجله المحاماة المصریة، ع ۶ س ۱۶، مارس ۱۹۳۶، ص ۶۳۹)

۲. ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر: «اگر قراردادی باطل شود و یا بتوان آن را باطل نمود، ولی تمامی شرایط قرارداد دیگری را داشته باشد، اگر مشخص شود که نیت طرفین قرارداد به سمت قرارداد دوم مایل باشد، قرارداد دوم بر قرارداد اول رجحان خواهد داشت.»

اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران، تحت عنوان نظریه انقلاب عقد به کار برده شده است. (شوکت، ۱۳۹۰: ۷۴)

نظریه انقلاب عقد، نشان‌دهنده پذیرش سیاست نجات عقود از بطلان، در فقه اسلامی است. سیاستی که امروز به نظریه تحول عقد شناخته می‌شود. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۱۵) از نظر فقهای متقدم، تحول عقد، یک اثر استثنائی برای عقد باطل شمرده می‌شد. از این‌رو، فقهای مسلمان بسیار پیش از حقوقدانان غربی نظام تحول عقد را شناخته و آن را تحکیم بخشیده‌اند. در واقع چیزی که در این زمینه، برای فقها اهمیت داشته است، همان عقد باطل بوده است؛ به این اعتبار که، ملاک نظام تحول و شرط اساسی اعمال آن، بطلان عقد است. بطلان در فقه اسلامی به معنای تباہ شدن و از دست رفتن عقد به طور کلی نیست؛ زیرا، این عقد هرچند وجود شرعی ندارد، ولی حتماً وجود مادی دارد که نمی‌توان کلاً آن را نادیده گرفت. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۳۰) از این‌رو، فقها به مباحث عقد باطل خیلی اهتمام ورزیده‌اند تا بتوانند در حد امکان از آن استفاده و تا جایی که می‌شود از وجود مادی آن بهره برد؛ از این‌روست که، آنان تلاش زیادی کرده‌اند که حالات بطلان را کاهش دهند تا بتوان به شکلی مناسب از عقد استفاده و بهره‌برداری کرد، به گونه‌ای که به حقوق طرفین عقد آسیب و خللی وارد نیاید. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۳۰)

یکی از مصادیق به کارگیری نظریه تحول عقد در فقه اسلامی عمل حقوقی‌ای است که به بیع وفاء مشهور است؛ به طوری که فقها این بیع را رهن تلقی کرده‌اند. بیع وفا بدین شکل است که یک شخص کالای خودش را مبنی بر اینکه مشتری آن را حفظ کند و در آن تصرف نکند، می‌فروشد تا اگر مشتری قیمت را به طور کامل پرداخت، آن کالا به او اعاده شود؛ واضح است، فقهایی که این معامله را رهن به شمار آورده‌اند، اول حکم به بطلان آن عقد داده‌اند و بر این باورند که می‌توان این عقد باطل را به عقد صحیح رهن مقلوب (تحول) کرد؛ زیرا، می‌توان فراهم بودن شروط تحول را در چنین حالتی دید. (الحکیم، ۱۹۸۰: ۱۵۳)

مسئله معاوضه بدون عوض، یکی از کامل‌ترین مصادیقی است که می‌توان در فقه و همچنین در حقوق موضوعه برای توجیه فقهی و حقوقی نظریه تحول عقد بدان اشاره کرد. چنان‌که این مسئله را در حالت عقد بیع و عقد اجاره با تصریح به نفی عوض می‌توان دید؛ به این ترتیب که، عاقد بگوید: «این چیز را بدون هیچ قیمتی به تو فروختم» یا «این خانه را بدون هیچ اجاره‌ای به تو اجاره دادم»؛ ملاحظه می‌شود که این عقود فاقد یکی از ارکان اساسی خود، یعنی عوض معامله

است؛ به این اعتبار که، شرط صحت عقود معاوضی وجود عوضین است؛ در نتیجه اگر ثمن یا اجاره‌بها منتفی شود، حقیقت عقد در این دو فرض از بین رفته و در نتیجه باطل می‌شوند. فقها از دیرباز این نوع عقود را در بحث استثنا از قاعده ضمان در اثر عقد بیع فاسد مطرح نموده‌اند و در حالت تصریح به عدم ذکر عوض در عقد، اختلاف نظر پیدا کرده‌اند که آیا می‌توان این عقد را در چنین حالتی مقلوب به عقد صحیح از ماهیت دیگری کرد یا نه؛ آیا این بیع به هبه یا به عاریه مقلوب می‌شود، در حالتی که عقد با نفی عوض منعقد شده است؟ (الشبانی، ۲۰۱۵: ۳۵)

در پاسخ به این پرسش باید گفت، هر چند این عقود به خاطر نبود عوض باطل‌اند، ولی هم‌زمان در خود، ارکان عقد صحیح دیگری را دارند که در نتیجه بدان مقلوب می‌شوند؛ زیرا، طبق قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اگر معلوم شود که عقد بیع باطل است، قابض نسبت به تلف مال (مبیع) ضمان دارد. اما در موردی که با بیع بگوید: «بعتک بلا ثمن»، در صورتی که مال در ید قابض تلف شود، قابض مسئولیتی ندارد؛ زیرا، لفظ بلا ثمن قرینه‌ای است بر اینکه قصد حقیقی، هبه بوده است و در هبه مسئولیتی متوجه قابض نیست و این طبق عکس قاعده است؛ یعنی «مالا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده». (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲۳۹)

از شاخص‌ترین فقهای امامیه که قائل به امکان تحول عقد در چنین حالتی است، مرحوم حضرت آیت الله خوئی (ره) است که ایشان نظر خود را بر اساس قاعده عدم ضمان در چنین عقود بنا کرده است و می‌فرماید: «مقتضای ضمان، همان ید است و مانع آن، تسلیط (مسلط کردن) رایگان از سوی مالک است؛ درحالی که، قاعده عدم اقدام، این مطلب را می‌رساند که از جمله تسلیط (مسلط کردن) رایگان نیست؛ در صورتی که، (متصرف) در امری وارد شده باشد که مبنی بر ضمان است؛ زیرا اقدام، عقدی بر ضمان است و بر غیرضمان نیست. در اینجا ما معتقدیم که این دو، نه بیع است و نه اجاره، بلکه هبه و عاریه است که در آن دو، ضمانتی نیست.» (الخوئی، بی تا: ۱۵۰؛ الخوئی، بی تا: ۹۷) در حالی که برخی فقهای اهل تسنن، با این استدلال که عقد باطل معدوم است، به عدم جواز انقلاب عقد حکم داده‌اند. از این رو، نمی‌توان درباره مقلوب کردن عقد معدوم به عقد صحیح سخن گفت؛ زیرا، اصلاً وجود ندارد. (ابن عابدین، بی تا: ۳۸۰) فقهای حنفیه نیز قائل به نظریه اخیر هستند. قاضی علی‌حیدر در شرح مجله احکام گفته است که این عقود باطل هستند و مقلوب کردن آنها جایز نیست. (حیدر، بی تا: ۱۹)

دکتر مصطفی زرقاء، به استناد این قاعده حقوقی که «اعمال کلام از اهمال آن اولی‌تر است»

نظریه امکان مقلوب کردن عقد در چنین حالاتی را ترجیح داده است، (الزرقاء، ۱۹۶۱: ۶۱۹) وی نظر خودش را چنین توجیه می‌کند که «نگاه حقوقی جدید در حقوق بیگانه به این سمت رفته است که آنان آنرا نظریه تحول عقد می‌نامند، این نظریه در حقوق آلمان نظریه‌ای جدید به شمار می‌رود، حتی صاحبان این نظریه نیز در آن توسعه می‌دهند و می‌گویند که این مقلوب کردن عقد بیع به هبه است، هرچند که در عقد مذکور ثمن باشد؛ البته اگر این ثمن در قبال چیز فروخته شده (مورد بیع)، بسیار اندک و ناچیز باشد، به طوری که دال بر قصد تبرع و هدیه دادن باشد.» (الزرقاء، ۱۹۶۱: ۶۱۹)

مصادیق دیگر تحول عقد که فقه و حقوق اسلامی آنرا بررسی کرده، زیاد است، از جمله در مورد عقد کفالت، که اگر شخص، کفالت را در دینی به شرط برائتش برعهده گیرد، این عقد کفالت نیست، بلکه تنها به عقد حواله، تحول صورت می‌گیرد و برعکس، اگر عقد حواله باشد به شرط عدم برائت بدهکار، به عقد کفالت تحول صورت می‌گیرد و اگر هبه در مقابل عوض باشد، به بیع تحول می‌شود. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۳۷)

در حقوق موضوعه ایران، برخی از حقوقدانان در مبحث تفسیر قراردادها به طور غیرمستقیم به فرایند تحول عقد اشاره داشته‌اند، اما صراحتاً در خصوص تحول عقد سخنی به میان نیاورده‌اند. به عنوان نمونه، مرحوم استاد فقید دکتر کاتوزیان این سؤال را مطرح نموده‌اند که آیا دادرس می‌تواند با توجه به دلایل دیگری خارج از اراده‌های مذکور در عقد، برای اثبات قصد مخالف، استناد کند یا باید اماره‌های مخالف از درون سند استنباط شود؛ که در پاسخ گفته‌اند: «اگر دادرس محدود به دلایل درونی عقد باشد، باید پذیرفت که در صورت روشن بودن الفاظ عقد، جایی برای تفسیر باقی نمی‌ماند، مگر اینکه عبارتی با طبیعت عقد و یا با شرایط دیگر مندرج در آن، مخالف باشد؛ بر عکس، اگر استنباط از دلیل خارجی نیز برای احراز قصد مشترک ممکن باشد، دادگاه می‌تواند برای اصلاح یا حذف شروطی که به اشتباه یا از راه نیرنگ اعلام شده و با قصد واقعی مخالفت دارد، اقدام کند. رویه قضایی هنوز پاسخ قطعی به این پرسش نداده است، ولی به نظر می‌رسد که از نظر اصولی نمی‌توان دادگاه را از استنباط به دلایل خارجی و جستجوی قصد مشترک منع کرد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳/۲۵)

## ۲- شرایط اعمال نظریه تحول عقد

از تعریف نظریه تحول عقد، به دست می‌آید که نظریه تحول عقد در صورت احراز شرایطی، قابل اعمال است. این شرایط مشتمل بر شرایط موضوعی و شرط ذاتی است.



## ۲-۱- شرایط موضوعی

این شرایط اساساً متعلق به عقد اصلی از حیث بطلان و همچنین به عقد جدید از حیث موافقت عقد باطل با ارکان عقد جدید است.

### ۲-۱-۱- بطلان عقد اصلی به عنوان شرطی اساسی برای تحول عقد

بطلان عقد اصلی، اساس تطبیق نظریه تحول عقد محسوب می‌شود؛ زیرا، تحول، رها شدن از عناصر عقد اصلی است و قاضی تلاش می‌کند تا عقد جدید دیگری را شکل دهد؛ بنابراین، شرط بطلان عقد اصلی، شرط اساسی است و لذا در اعمال نظریه تحول، قاضی باید از بطلان کامل عقد اصلی، مطمئن شود. (خمار، ۲۰۱۶: ۵۰؛ البعلی، ۲۰۰۹: ۲۹)

### ۲-۱-۲- وجود ارکان عقد صحیح دیگر در عقد باطل

بر اساس این شرط، باید عقد باطل اصلی بدون اضافه کردن هرگونه عنصر جدیدی به آن، متضمن تمام عناصر و ارکان مورد نیاز برای اعمال عقد دیگر باشد؛ اما، اگر عقد جدیدی که برای تحول مدنظر است، فقط با اضافه کردن عنصر جدیدی به عقد باطل، متحول می‌شود، در این صورت تحول ممتنع است؛ زیرا، در این حالت، در صدد عمل تصحیح عقد باطل خواهیم بود که صحیح نیست.

لازم به ذکر است، باید بین دو عقد، رابطه‌ای وجود داشته باشد که عقد اصلی را در مجموع، شامل عناصر عقد جدید قرار دهد، اما شرط نیست که عقد اصلی به صورت عملی متضمن عناصر عقد دیگر باشد؛ مثلاً در عقد بیعی که ثمن در آن ناچیز است، به دلیل ناچیز بودن ثمن باطل است، اما این بیع متضمن عناصر هبه است و ایجاب و قبول و نیت تبرع در آن وجود دارد؛ بنابراین، بیع باطل به هبه صحیح متحول می‌شود. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱: ۶۶؛ البعلی، ۲۰۰۹: ۳۰)

### ۲-۲- شرط ذاتی

شرط سوم و لازم برای تحقق نظریه تحول عقد، انصراف اراده متعاقبین به عناصر عقد صحیحی است که عقد باطل اصلی مشتمل بر عناصر آن است.

باید گفت، اراده طرفین عقد، برای ایجاد عقد نخست که باطل بوده است، قطعاً قصد و اراده‌ای حقیقی بوده است و اراده مطلوب برای اعمال نظریه تحول عقد، بی‌شک نیت و اراده حقیقی نیست؛ زیرا، طرفین عقد هیچ‌وقت به ذهنشان هم خطور نمی‌کرد که عقد اصلی‌شان که به سبب آن با

هم ارتباط یافته‌اند، باطل بوده است و گرنه، بی‌شک اقدام به چنین کاری نمی‌کردند. پیرامون میزان تأثیر اراده متعاقدين در اعمال تحول عقد، آرای مختلفی وجود دارد که به ناچار و به اختصار آنها را شرح می‌دهیم.

#### الف) اراده احتمالی

یکی از نظریات در مورد شرط سوم (ذاتی) این است که، در اینجا اراده حقیقی شرط نیست، بلکه به اراده احتمالی اکتفا می‌شود؛ یعنی، اگرچه اراده حقیقی متعاقدين متوجه عقد باطل شده است، ولی اگر متعاقدين به باطل بودن عقد اصلی عالم بودند، عقد صحیح را اراده می‌کردند؛ اما اراده واقعی آنان به عقد اصلی منصرف شده و اراده احتمالی یا هدفی که ایشان از معامله در نظر دارند، به عقد صحیح منصرف است. در واقع، اگرچه متعاقدين عقد صحیح را مطابق با مقررات قانونی اراده نکرده‌اند، ولی آن‌را عملاً اراده کرده‌اند و اراده منبعث از قانون فقط وسیله‌ای است برای تحقق هدف عملی و چنانچه وسیله در تعارض با هدف باشد، ترجیح هدف بر وسیله واجب است. (الفتلاوی، ۱۴۱۸: ۶۵-۶۷؛ بسری، ۱۹۵۸: ۱۸۱-۱۸۲)

بسیاری از قوانین همین موضع را اتخاذ کرده‌اند و در رأس آنها، قانون مدنی آلمان است. در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان، سه شرط برای تحول عقد بیان شده است: ۱) معامله قانوناً باطل باشد؛ ۲) عناصر و شرایط عمل حقوقی (معامله) دیگر را داشته باشد؛ ۳) طرفین در صورت علم به بطلان عقد اول، آن‌را می‌خواستند.

#### ب) اراده احتیاطی

تعدادی از طرفداران نظریه اراده باطنی، در اعمال تحول عقد، شرط گذاشته‌اند که باید اراده متعاقدين به صورت احتیاطی به عقد صحیحی منصرف شود که عقد باطل به آن تحول می‌یابد. بنابراین اراده احتمالی کافی نیست، بلکه باید متعاقدين انتظار احتمال بطلان عقد اصلی را داشته باشند و اراده آنان در صورت تحقق این احتمال، به صورت احتیاطی به عقد دیگر منصرف شود. به این ترتیب متعاقدين در اصل، عقد باطل را اراده کرده‌اند و به صورت احتیاطی عقد صحیح را اراده کرده‌اند و در نتیجه عقد صحیح بنا به اراده حقیقی انجام می‌شود، نه اراده احتمالی. (السنهوری، ۱۹۹۹: ۶۳۷)

#### ج) عدم وجود اراده بر خلاف تحول عقد

طرفداران نظریه اراده ظاهری، کاملاً برعکس نظر دوم، معتقدند که اعمال تحول بدون نیاز به شرط گذاشتن اراده احتمالی یا حقیقی ممکن است و حتی عدم وجود اراده برخلاف، کفایت می‌کند؛

پس مادام که از ارکان عقد مشخص نباشد که قصد و اراده متعاقدين تمایلی به تحول عقد ندارد، عقد تحول می‌یابد؛ یعنی، تحول عقد با وجود سایر شرایط، اصل است و نیاز به اثبات اینکه قصد و اراده متعاقدين به تحقق آن منصرف شده است، نیست و تنها زمانی که مشخص شود قصد و اراده متعاقدين تمایلی به اعمال تحول عقد ندارد، نظام تحول عقد کنار گذاشته می‌شود. (السنهوری، ۱۹۹۹: ۶۳۷)

#### د) توقف تحول عقد بر موافقت قانون با اهداف اقتصادی و اجتماعی

در سایه پیشرفتهای اقتصادی و اجتماعی و مطابق نیازهای موجه اقتصادی، اراده، دیگر حاکمیت و سیطره مطلق خود را ندارد و نظریه حاکمیت اراده، مقید به قیودی شده است که قانون تعیین می‌کند و صحت عقود در سایه آن، در گرو عدم مخالفت آن با نیازهای اقتصادی و مصلحت جامعه و همگام با نظم عمومی و اخلاق حسنه است و این امر، برخی از شارحان حقوقی را بر این واداشته است که معتقد شوند، اساس نیروی الزام‌آور عقد، حاکمیت قانون است، نه حاکمیت اراده و در سایه این رویکرد اقتصادی، تحول عقد متوقف بر موافقت مقررات قانونی با اهداف و اغراض اقتصادی و اجتماعی خواهد بود. (الفتلاوی، ۱۴۱۸، ۶۸-۷۲)

#### هـ) نقش اراده، محدود به انعقاد عقد

موضع فقه اسلامی در برابر اعتبار اراده متعاقدين در تحول عقد، بر این اساس است که نقش اراده در شریعت اسلامی فقط در انشای عقود خلاصه می‌شود، اما احکام و آثار عقود را شارع تعیین می‌کند نه متعاقدين؛ بنابراین، اگر اراده متوجه انشای عقد گردد، آن عقد شکل می‌گیرد، اما مرجع آثار عقد شارع است، خواه متعاقدين این آثار را اراده کرده باشند یا نه. بر این اساس، تمام مقتضیات عقود از اعمال شارع است، نه متعاقدين. (الشجیری، ۲۰۱۶: ۴۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۶۶۹/۲؛ الحسینی المراحی، ۱۴۱۷: ۵۶/۲؛ البجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۴۶/۳)

در واقع، شریعت اسلامی دامنه اختیار اراده در زمینه ترتیب آثار عقود را بی‌نهایت محدود کرده است و این یعنی اینکه، اراده متعاقدين در تحول عقد باطل اساس نیست، بلکه به معیار موضوعی، همچون اساس تحول تکیه می‌شود؛ به این شکل که هرگاه آثار تحول با احکام و اوامر و نواهی شارع سازگار باشد، به تحول عمل می‌شود، اما اگر با خواسته‌های شارع سازگار نباشد، در این صورت به تحول عمل نمی‌شود، حتی اگر اراده متعاقدين به آن متمایل باشد. (السحیلی، ۱۴۲۵: ۱۱۲)

**(و) اراده فرضی**

برخی حقوقدانان نیز معتقدند که اراده لازم برای تحول عقد، تنها اراده فرضی است؛ یعنی، این قصد و اراده، یک اراده غیرحقیقی است که بر اساس فرض و تصور استوار است. (العززی، ۲۰۰۸: ۵۳۳)

بر این اساس، تنها یک اراده حقیقی هست و آن هم، قصد و اراده طرفین عقد است که متمایل به عقد نخست باطل بوده است؛ اما قصد و اراده‌ای که برای اعمال نظریه تحول لازم است، همان اراده‌ای است که فرضی است و این اراده‌ای است که منسوب به قاضی است که مستقیماً حکم قطعی را درباره نزاع صادر می‌کند و این کار را به نیابت از طرفین عقد انجام می‌دهد. این همان چیزی است که دادگاه عالی کشور آلمان در حکم صادره خود، آن را مورد تأکید قرار داده است. در این حکم آمده است که در تحول، بررسی پیرامون تفسیر اراده موجود و حقیقی طرفین نیست، بلکه تنها اراده فرضی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ آن هم بدین شکل که بررسی می‌شود، آیا دو طرف عقد اگر علم به بطلان داشتند، آیا آن را می‌خواستند یا نه. (یسری، ۱۹۵۸، ۱۸۶) از این حکم روشن می‌شود که مدار تحول، اراده حقیقی طرفین عقد نیست و گرنه این امر از باب تفسیر به شمار می‌آید که این امری غیرقابل قبول است؛ زیرا، تفسیر تنها در عقود صحیح امکان اجرا دارد و مجالی برای تفسیر عقود باطل وجود ندارد. (یسری، ۱۹۵۸: ۱۸۶) مطابق این نظر، قدرت قاضی در زمینه تحول، تنها صدور حکم نیست؛ بنابراین، اگر قاضی به نیابت از طرفین عقد، متولی ایجاد دوباره عقد باشد، قاضی در این مورد دقیقاً با کمک اراده آن دو، این کار را انجام می‌دهد و این شرایط، تنها قیودی است که قصد از وضع آنها، این است که از مطلق بودن ارزیابی قاضی به شکلی جلوگیری کند.

به نظر می‌رسد، نظریه‌ای که معتقد است قصد و اراده لازم برای اجرایی کردن نظام تحول عقد، همان اراده فرضی است که بر پایه تصور استوار است، نظریه متقن‌تری باشد. بر اساس این نظریه، قصد و اراده فرضی در ضمن اختیارات قاضی در ایجاد عقد جدید می‌گنجد. بر این اساس، قاضی در زمینه تحول عقد، یک نقش ایجادیه مهمی را داراست؛ اما سایر نظرات قابل قبول نیست؛ زیرا اولاً، نمی‌توان گفت که اراده لازم، همان اراده حقیقی است، چون این سخن از دامنه تحول خارج است؛ زیرا، نزد طرفین، علم به بطلان وجود ندارد، و گرنه آن دو اقدام به انعقاد عقدی نمی‌کردند که از قبل به بطلان آن آگاهی داشته باشند؛ ثانیاً، نمی‌توان معتقد به وجود اراده احتمالی بود؛ زیرا، معنای احتمال، به معنای توقع و انتظار طرفین عقد به بطلان است. در چنین حالتی آنان، دو اراده حقیقی دارند که یکی منصرف به عقد باطل است و دیگری منصرف به عقد صحیح. این چیزی

نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه / الفت و عطاردی ۲۲۱

است که در واقع غیرممکن است. در نتیجه نظریه تحول عقد منصرف به اراده‌ای است که دستگاه قضائی آنرا ایجاد می‌کند و وجودش مفروض برهدف اقتصادی طرفین عقد است؛ امری که در نجات عقد آن دو از بطلان، نقش اساسی دارد. (حجازی، ۱۹۵۵: ۳۳۷)

اما مسئله اراده فرضی، از جمله مسائل پیچیده حقوقی است که دستیابی به آن بسیار مشکل است؛ زیرا، یک اراده غیرحقیقی است که مبتنی بر تصور است. این دشواری دوچندان می‌شود، وقتی متون قانونی ناظر بر نظریه تحول، معیار مشخصی برای آن بیان نکرده‌است تا قاضی بتواند برای شناخت این اراده فرضی به آن ملاک استناد کند. با این وجود، می‌توان گفت که غرض اقتصادی طرفین عقد، مهم‌ترین ملاک در ترسیم اراده فرضی است. در نهایت اگر این شروط سه‌گانه فراهم باشد، نظریه تحول عقد قابل اعمال است. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۱۶۱)

### ۳- جایگاه نظریه تحول در نظامهای حقوقی مختلف و نحوه پذیرش آن

برخی نظامهای حقوقی این نظریه را به عنوان قاعده‌ای مستقل در زمینه حقوق قراردادهای پذیرفته‌اند و برخی دیگر صرفاً به پذیرش برخی مصادیق اجرایی این نظریه در قوانین خود اکتفا نموده‌اند.

#### ۳-۱- پذیرش نظریه تحول به عنوان یک قاعده مستقل و دارای نص خاص

قوانین وضع شده جدید، اندیشه تحول عقد باطل به صحیح را از قانون مدنی آلمان گرفته‌اند. قانون مدنی مجارستان اولین قانونی است که یک متن خاص درباره تحول در ماده ۱۴۰۱ خود دارد. قانون دیگر، قانون مدنی ۱۹۴۲م. ایتالیا است که در ماده ۱۴۲۴ خود بر نظام تحول تأکید دارد و می‌گوید: «عقد باطل می‌تواند آثار عقد دیگری را ایجاد کند که از حیث شکل و مضمون، شامل ارکان آن است؛ هرگاه که - با رعایت غرضی که طرفین عقد قصد آنرا داشتند - این فرض مشخص شود که اگر طرفین عقد، به بطلان کارشان علم داشتند، آنرا اراده می‌کردند.» قانون دیگر، قانون تعهدات سوئیس است که نظام تحول را از قانون آلمان اخذ کرده است. (الدسوقی ابواللیل، ۱۹۹۸: ۲۳)

قانون مدنی مصر، پیشقراول قوانین کشورهای عربی است که نظام تحول عقد را از قانون مدنی آلمان اخذ کرده است و به موجب ماده ۱۴۴ خود، آنرا پذیرفته است. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۴۰) ماده ۱۴۰ قانون مدنی عراق شماره ۴۰ مصوب ۱۹۵۱، مبتنی بر نظریه تحول است. این ماده قانونی

نیز، به سان قوانین دیگر از قانون مدنی آلمان و قانون مدنی مصر، نظریه تحول را اقتباس کرده است و تنها در یک مسئله با قانون مدنی مصر تفاوت دارد و آن در زمینه محدود کردن تحول بر عقودی که به شکل مطلق باطل هستند و شامل عقودی که قابلیت ابطال دارند، نمی‌شود. قانون مدنی کویت هم، نظریه تحول عقد را در ماده ۱۹۱ خود پذیرفته است. این قانون نیز تا حد زیادی متأثر از قانون مدنی مصر بوده است. ماده ۱۶۷ قانون مدنی قطر هم، این نظریه را پذیرفته است. همین‌طور، ماده ۱۴۵ قانون مدنی سوریه؛ ماده ۱۰۵ قانون مدنی الجزایر؛ ماده ۱۳۵ قانون مدنی سودان؛ ماده ۶۱۸ قانون مدنی افغانستان؛ ماده ۶۰ قانون مدنی گرجستان، به نظریه تحول اختصاص دارد و قوانین دهها کشور دیگر.

### ۲-۳- پذیرش نظریه تحول به صورت پاره‌ای از مصادیق آن

در کنار قوانینی که نظریه تحول عقد را به موجب نص خاصی در قانون مدنی خود پذیرفته‌اند، قوانین دیگری وجود دارند که به رغم اینکه در آنها هیچ نص خاصی در این باره نیست، ولی این نظریه را شناخته و آن را با پذیرش پاره‌ای از مصادیق، اجرا هم کرده‌اند؛ از جمله این قوانین، قانون موجبات و عقود لبنان و قانون مدنی فرانسه است. از بررسی مواد قانون موجبات و عقود لبنان، می‌توان برخی موارد اجرایی نظریه تحول عقد را در این کشور ملاحظه کرد. به عنوان مثال، در مواد ۹۴۲ و ۹۴۳ قانون مزبور که مربوط به بطلان تقسیم مال مشترک است، مقرر شده که تقسیم مال، به تقسیم منافع مال مشاع تحول می‌شود.

نظام حقوقی فرانسه نیز صرفاً مصادیقی از نظریه تحول عقد را پذیرفته و اجرا کرده است. پاره‌ای از این موارد اجرایی عبارت‌اند از:

الف) ماده ۸۴۰ قانون مدنی فرانسه است که تأکید دارد، هرگاه شرکا بر تقسیم نهایی توافق کردند و در میان این شرکا، فردی باشد که اهلیت او ناقص باشد، این تقسیم، تقسیم منافع شمرده می‌شود. به این اعتبار که، تقسیم باطل، شامل عناصر تقسیم منافع متقابل است و لذا با وجود سایر شروط تحول، تقسیم منافع محقق می‌شود؛ چنان‌که این معنا را می‌توان در بخش دوم ماده ۴۴۶ قانون مدنی فرانسه نیز ملاحظه نمود. (الشبانی، ۲۰۱۵: ۵۶)

ب) ماده ۱۳۱۸ قانون مدنی فرانسه مختص تحول سند رسمی باطل به سند عادی است، به طوری که این نوع سند به علت عدم انجام کامل تشریفات رسمی، باطل نمی‌شود، بلکه به سند عادی تحول می‌شود؛ البته در صورتی که از سوی طرفین عقد، امضا شده باشد. (الشبانی، ۲۰۱۵، ۵۷)

نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه / الفت و عطاردی ۲۲۳

ج) ماده ۹۷۹ قانون مدنی فرانسه، تأکید می‌کند که هرگاه وصیت محرمانه باشد و در آن شرایط شکلی قانونی رعایت نشود، این وصیت باطل است، ولی می‌تواند به یک وصیت دست‌نوشته تحول شود. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱: ۷۸)

#### ۴- بررسی امکان پذیرش نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در فقه امامیه و حقوق ایران

در حقوق ایران نص صریحی که در خصوص نظریه تحول عقد باشد، وجود ندارد. همان‌طور که در مباحث فقهی هم به این موضوع به عنوان یک مبحث مستقل پرداخته نشده است. اما بررسی مصادیق تحول عقد در فقه و حقوق ایران حکایت از آن دارد که این تأسیس حقوقی قرن‌هاست در فقه امامیه پذیرفته شده و در حقوق ایران به کار برده شده است. با بررسی موارد مزبور و تفکیک آن از موارد مشابه، می‌توان قائل به پذیرش نظریه تحول عقد در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران شد.

##### ۴-۱- بررسی پذیرش نظریه تحول عقد در فقه امامیه

در فقه امامیه، مبحث تحول عقد به صورت بحث فرعی در ضمن برخی عقود مانند اجاره بدون اجاره‌بها و بیع بلائمن مورد مباحثه و مذاقه قرار گرفته، اما به عنوان بحث مستقل به آن توجه نشده است. همچنین این موضوع، قابلیت کنکاش در فقه امامیه در مبحث قصد طرفین در انعقاد عقد یا در مبحث عقود فاسد نیز را دارد. (شوکت، ۱۳۹۰، ۷۴) تفاوت وضعیت نظریه مزبور در حقوق موضوعه با فقه، این است که این نظریه در حقوق بر اساس معیارهای ذاتی است و قصد و اراده طرفین عقد، نقش بارزتری را در ترتیب آثار عقد بازی می‌کند؛ درحالی‌که نظریه تحول در فقه اسلامی، بر اساس معیارهای موضوعی است؛ به این اعتبار که، قصد و اراده منحصر به ایجاد عقد است، اما آثاری که بر عقد مترتب است، ساخته شارع است و نه ساخته کسی که عقد را منعقد می‌سازد. (الشجیری، ۲۰۱۶، ۴۶؛ الجبعی عاملی، بی‌تا، ۲۲۷/۳؛ البحرانی، ۱۴۱۴: ۱۴۳/۱۹)

بدیهی است، اگر در مواردی به لحاظ فقهی پذیرفته شود، این امکان وجود دارد که قراردادی باطل بنا به مصالحی، به عقد صحیح متحول می‌شود؛ پس این امر به منزله پذیرش این نظریه در فقه امامیه است. برخی از این موارد عبارت‌اند از:

- در جواهرالکلام، دلیل تحول بیع بلائمن به هبه را توجه به معنا و عدول از لفظ می‌داند و به نقل از تذکره می‌فرماید: «لفظ بیع اقتضای ثمن دارد و شرط عدم اخذ ثمن، سبب فساد بیع

می‌شود و این قید عدم اخذ ثمن، قرینه‌ای بر اراده هبه به لفظ بیع است؛ زیرا، هبه همان تملیک بلاعوض است و از لحاظ معنا با آن برابری می‌نماید و علی‌ای‌حال، ملاک، قصد ایشان است. (نجفی، ۱۳۷۴: ۲۷۲/۲۴)

- در کتاب *نقد القواعد الفقہیہ* تصریح شده است، لفظ صریح را در غیر آنچه برای آن وضع شده است، به کار نمی‌برند، مگر قرینه‌ای وجود داشته باشد و مثال این مورد را بیع بلاثمن ذکر می‌کند. شیخ انصاری می‌فرماید: «اگر از نظر عقلی یا عرفی تحقق انشا حقیقی ممکن باشد، مانند اینکه بیع بلاثمن منعقد شود و مورد دارای دو وجه صحت و فساد باشد و حکم به فساد داده شود و شک شود عقدی که در خارج از آن وجود دارد، صحیح است یا باطل، حمل بر صحت می‌شود.» (فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۹۴)

- در کتاب *جاره* مرحوم میرزای رشتی در خصوص اجاره بدون اخذ اجاره‌بها آمده است: «ذکر عدم اخذ اجاره‌بها» به اشکال ذیل تعبیر می‌شود:

۱- این امر، ظهور در عاریه دارد؛ زیرا، مجانی بودن اساس عاریه را تشکیل می‌دهد، چنان‌که در مسالک به آن اشاره شده و از ظاهر لفظ به دست آمده است.

۲- این امر، کاشف از اراده مجازی قاصد می‌نماید که به صورت ناآگاهانه (غیر عمدی) و یا عمداً برای تملیک مجانی اعم از جایز یا لازم به کار رفته است.

۳- این امر، کشف از اسقاط عوض که معین نشده است، می‌نماید؛ لذا، به عقد دیگری متحول نمی‌شود و دلیلی بر تبرع و عاریه وجود ندارد. (رشتی گیلانی، بی‌تا: ۱۱۹)

هاشم معروف حسنی در کتاب *نظریة العقد فی فقه الجعفری* آورده است: «عاقدانی که اقدام به بیع بلاثمن می‌کنند، هر دو علم به این دارند که عقد بیع از معاوضات است و عقد واقع نمی‌شود، مگر با ذکر ثمن و از آنجا که هبه هم لفظ خاصی در آن شرط نیست، هر آنچه که از لفظ یا فعل دلالت بر وقوع هبه کند، کافی است؛ پس چون عناصر هبه در دل این عقد فاسد وجود دارد، مانعی برای تحول عقدی که به عنوان بیع انشا شده است و عناصر آن کافی نیست، به عقد هبه وجود ندارد.» (حسنی، بی‌تا: ۳۳۶)

این عبارات گویای آن است که، نظریة تحول عقد باطل به صحیح در فقه امامیه بوده، گرچه به این نام توصیف نشده است؛ بنابراین، مبنای پذیرش این نظریه در فقه امامیه وجود دارد؛



چون، برخی فقها وجود و تصور اراده فرضی و مجازی در معاملات را ممکن می‌دانند (رشتی گیلانی، بی‌تا: ۱۱۹) و حتی برخی از ایشان به تحول عقد باطل به صحیح تصریح دارند. (الخوئی، بی‌تا: ۱۵۰؛ الخوئی، بی‌تا، ۹۷)

#### ۲-۴- بررسی پذیرش نظریه تحول عقد در حقوق ایران

در متون حقوقی نظام حقوقی ایران هم، قاعده حقوقی‌ای مبتنی بر نظریه تحول عقد وجود ندارد، ولی می‌توان ردپای آن را در برخی مواد قانونی، از جمله ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ و ماده ۱۷۹ قانون دریایی و ماده ۲۲۰ قانون تجارت جست. هرچند که اصطلاحات «تحول عقد»، «تبدل عقد»، «انقلاب عقد»، «تغییر عقد»، مورد غفلت اکثر نویسندگان حقوقی واقع شده است و حتی دکترین حقوقی نسبت به مثال مشهور و سنتی (بیع بلائمن) که برای توجیه نظریه تحول عقد در حقوق کشورهای پذیرنده این نظریه مطرح شده است، راه‌حل‌هایی ارائه داده‌اند که به نظر می‌رسد به نظریه تحول عقد گرایش نداشته‌اند، (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۰۷) اما برخی حقوقدانان مانند دکتر کاتوزیان معتقدند: «در مواردی که الفاظ عقد در عرف معانی گوناگون دارد، عبارت آن باید حمل بر معنایی شود که عقد درست باشد و معانی که فساد عقد را دنبال دارد، خلاف عقد تلقی شود.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۰۱/۲) در واقع، بیع بلائمن را به عنوان مؤیدی برای نظر خود آورده‌اند. در ادامه نیز اشاره می‌کند که: «این نتیجه آثار مهمی در تفسیر قراردادها دارد و در حقوق سایر کشورها نیز پیش‌بینی شده است. برای مثال در ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه که بیان می‌دارد: «در صورتی که شرطی قابل حمل به دو معنا باشد، باید آن را به معنایی گرفت که بتواند اثری داشته باشد، نه به معنایی که هیچ اثری بر آن بار نشود.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۰۱/۲) در ادامه با آوردن نص ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر، اشاره می‌کند که این ماده به پیروی از نظریه تحول عقد در حقوق آلمان تصویب شده است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۰۱/۲) هرچند از عبارات بعدی ایشان، به نظر می‌رسد که ایشان به تبعیت از حقوق‌دانان فرانسوی معتقد است، توصیف مجدد قرارداد می‌تواند راه‌حل حقوقی برای مشکل قراردادهایی چون بیع بلائمن باشد. این درحالی است که، دکترین حقوقی و آرای محاکم قضایی فرانسه به شدت به نظریه تحول عقد گرایش دارند، به نوعی که در طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه در ماده ۱۱۴۳ نظریه تحول عقد را پیشنهاد داده‌اند. (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۳: ۳۳۸)

اما دکتر شهیدی با طرح مسئله تبدیل عقد صحیح به باطل و عقد باطل به صحیح معتقدند، در

حقوق ایران نه طبق قانون و نه به اراده طرفین، عقد صحیح به عقد باطل مبدل نمی‌شود و معتقدند در حقوق ایران مقرراتی که در بردارنده موردی از تصحیح عقد باطل باشد، وجود ندارد و در اثبات این نظر فرموده‌اند: «به‌طور کلی می‌توان گفت پیدایش عمل حقوقی (منشأ) و جریان آثار آن در ظرف زمانی آینده و پس از انشای عمل حقوقی تحقق می‌یابد، خواه آن منشأ، ماهیت حقوقی باشد یا انحلال آن و همان‌طور که نمی‌توان عقدی را که از ابتدا باطل بوده، به عقد صحیح (نافذ یا غیرنافذ) مبدل ساخت یا با تصرف عنصر زمان، آن را در گذشته تصحیح کرد، عقدی را که از زمان انشا صحیح و نافذ بوده است را نمی‌توان از ابتدا منحل، یعنی در زمان گذشته باطل ساخت.» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۷۸-۷۶)

##### ۵- جایگاه قاضی در اجرای نظریه تحول عقد

در نظام‌های حقوقی‌ای که نظریه تحول عقد را به عنوان یک قاعده عمومی در زمینه حقوق قراردادهای پذیرفته‌اند، صلاحیت قاضی در تحول عقد بسیار گسترده است؛ حتی اگر طرفین عقد آن را درخواست نکرده باشند و حتی اگر که یکی از طرفین عقد متوسل به بطلان عقد شده باشد، قاضی حق دارد رأساً نظریه تحول عقد را اجرا نماید؛ در حالی که، قاضی در نظام‌های دیگر تنها در حالاتی می‌تواند به تحول عقد اقدام کند که قانون بر آن تصریح کرده باشد و در دیگر حالات، تنها می‌تواند به بطلان این تصرف باطل حکم نماید؛ از این‌روست که فایده حقوقی پذیرفتن نظریه تحول عقد به عنوان یک اصل و نه فقط به رسمیت شناختن برخی موارد اجرایی خاص آن، خودش را نشان می‌دهد؛ زیرا، تفاوت میان دو نظام، همان تفاوت میان اصل و استثنا است.

از سویی دیگر، کاوش در نصوص قانونی کشورهای که نظریه تحول عقد را به عنوان یک نظریه مستقل در زمینه حقوق قراردادهای پذیرفته‌اند، مثل آلمان؛ ایتالیا و مصر، نشانگر آن است که اعمال نظریه تحول عقد، مستلزم احراز شرایط موضوعی و ذاتی نظریه تحول عقد است، در حالی که در برخی نظام‌های حقوقی مثل تونس، اجرای نظریه تحول عقد، صرفاً مستلزم وجود شرایط موضوعی آن نظریه است. از این‌رو، در این کشور اختیارات قاضی در اعمال این نظریه بسیار گسترده است، ولی معیار ذاتی که اغلب قوانین عربی و غربی مثل مصر و آلمان آن را پذیرفته‌اند، سبب شده که اعمال نظریه تحول عقد، مناسب‌تر و نزدیک‌تر به واقعیت و منطق باشد و حفاظت بیشتری از اصل استقرار معاملات نماید. این اختلاف نظر در نظام‌های حقوقی مختلف، اشکالات عملی‌ای را که مستقیماً مربوط به نقش قاضی و اختیارات او در تحول عقد باطل به عقد صحیح است را به وجود آورده است.

با نگاهی ابتدایی به مسئله، میزان قدرت و اختیار قاضی در تصحیح عقد باطل، به دست می‌آید. در این مسئله دو اصل با هم درگیرند: اصل اول، قدرت ارزیابی است که قانونگذار به قاضی داده است و در حق وی در تعیین ماهیت عقد مورد نزاع، خودش را نشان می‌دهد و اصل دوم، نیروی الزام‌آور عقد است؛ یعنی نیرویی که اصولاً باید نه تنها خودش را بر طرفهای عقد، بلکه بر قاضی نیز تحمیل نماید، ولی در عقد باطل این گونه نیست؛ زیرا، طرح مسئله نیروی الزام‌آور عقد، تنها در صورتی درست است که عقد صحیح باشد. تنها در این صورت است که عقد صحیح خودش را بر قاضی و طرفهای عقد به شکل یکسان تحمیل می‌کند؛ به این اعتبار که، عقد صحیح قانون طرفین عقد است. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱: ۷۳) بنابراین لازم است که از هر دو جهت، نقش قاضی در این مسئله بررسی شود.

#### ۱-۵- جایگاه قاضی در تحول عقد باطل در نظامهای پذیرنده نظریه تحول به عنوان قاعده مستقل

در نظامهای حقوقی که به صراحت این نظریه را پذیرفته‌اند و تحقیق در مورد اراده احتمالی یا احتیاطی یا فرضی متعاقدين و انصراف اراده آنان به عقد جدید را شرط کرده‌اند یا به عبارتی معیار ذاتی (شخصی) در اعمال این نظریه را پذیرفته‌اند، نقش قاضی صرفاً محدود و منحصر در کشف و تفسیر اراده متعاقدين می‌شود؛ یعنی، قاضی از تحول و اطمینان از کامل شدن شرایط آن، پرده برمی‌دارد؛ به عبارتی، قاضی در این حالت حیات را در عقد ایجاد نمی‌کند، بلکه از این حیات پرده برمی‌دارد. (سفیان، ۲۰۱۷: ۱۴۴) در واقع، در اجرای عملیات تحول عقد، قاضی باید از نبود هرگونه اراده برعکس که عمل حقوقی دیگر را بعید کند، اطمینان حاصل کند. البته نقش قاضی در اعمال نظریه تحول عقد در این گونه نظامها به هر حالتی که شرایط سه‌گانه اجرای این نظریه برای آن فراهم است، منحصر نیست، بلکه صلاحیت و اختیار قاضی به تحقیق در مصادیق تصریح شده در نصوص قانونی نیز قابل تعمیم است. (سفیان، ۲۰۱۷: ۱۴۴)

لازم به ذکر است، وقتی قاضی در اجرای نظریه تحول عقد، عقد را تصحیح می‌کند، وصف عقد را نیز تغییر می‌دهد. این امر باعث می‌شود که توصیف عقد و تحول عقد با یکدیگر خلط شود. اما باید دانست در توصیف عقد، عقد اصلی صحیح است و قاضی فقط نام آن را تبدیل می‌کند، ولی در تحول عقد، مادامی که بدو بطلان عقد روشن نشود و وجود عناصر عقد جدید ضمن عقد باطل ثابت نشود، قاضی نمی‌تواند عقد را متحول کند. تحول عقد باطل یک عملیات حقوقی فراگیرتر از تعیین ماهیت و توصیف دوباره عقد است؛ زیرا، تعیین ماهیت گاهی یکی از مراحل تحول عقد است؛ به این شکل که، قاضی در اثبات انجام تحول عقد، وقایع و الفاظ به کار رفته و نیت و اراده

طرفین عقد را بررسی می‌کند تا ببیند که آیا توصیف عقد با وصف جدیدی امکان دارد تا به موجب آن، وصف عقد باطل تبدیل به عقد صحیح دیگری شود، بدون آنکه هیچ عنصری از عناصر قدیم را به آن بیفزاید. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱: ۷۲)

اما، بررسی نقش قاضی در نظریه تحول از جهت اصل نیروی الزام‌آور عقد از لوازم اصل نیروی الزام‌آور عقد در قبال قاضی، این است که قاضی باید عقد را به همان شکلی اجرا نماید که طرفین بدان رضایت دارند؛ زیرا، عقد، قانون طرفین عقد است و در حالت اختلاف میان طرفین عقد، برای قاضی، قرارداد، یک دلیل برای حل اختلاف است. گاهی برای اجرای عقد برخی اشکالات به وجود می‌آید که در دادرسی مستلزم دخالت قاضی برای تعیین مفاد و محتوای عقد است. این ایرادات یا به خاطر نقصان یکی از عناصر عقد است یا به خاطر ابهام در محتوای آن. در حالت دوم، مأموریت قاضی همان تفسیر محتوای عقد است؛ اما در حالت نخست، گاهی نقصان یک عنصر اساسی عقد منجر به بطلان آن می‌شود، به طوری که قاضی می‌تواند عقد باطل را به عقد صحیح دیگر متحول نماید؛ ولی اگر یکی از طرفین متوسل به بطلان شود چطور؟ آیا قاضی اختیارش را در تحول عقد باطل به صحیح از دست می‌دهد؟

برای پاسخ، باید به این موضوع از دریچه نیروی الزام‌آور عقد و نتایجی که بر این نیرو مترتب است، نگاه شود. درست است که بر عقد باطل اثری مترتب نیست، زیرا بود و نبود آن، یکی است؛ اما این هم درست است که قاضی یک نیروی ناظر بر محتوا یا عناصر عقد را در اختیار دارد؛ پس اگر ببیند عناصر عقدی که صحت آن مورد نزاع است و از سوی طرفین عقد وصف نادرستی به آن داده شده است، دارای ماهیتی صحیح نیز هست، او حق دارد ماهیت عقد واقع شده را تعیین و صفتی که قانون بدان می‌دهد، بدهد و سپس آثار حقوقی را بر اساس وصف حقیقی‌اش، بر آن مترتب نماید. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱: ۷۴)

به گفته دکتر سنهوری، در نظامهای حقوقی که صراحتاً نظریه تحول عقد را پذیرفته‌اند، قاضی قدرتی بسیار فراتر از تعیین ماهیت عقد دارد؛ زیرا، نقش قاضی در این نظامها در حد بررسی قصد و اراده حقیقی طرفین عقد متوقف نمی‌شود، بلکه نقش وی فراتر رفته و شامل بررسی اراده احتمالی یا فرضی طرفین عقد هم می‌شود که جوهر کار قاضی در نظریه تحول عقد است. (السنهوری، ۱۹۹۹: ۶۳۷)

به یقین، قاضی در تفسیر خود بر اساس اراده ظاهری و بر اساس عباراتی که متعاقبین در انعقاد

عقد به کار می‌گیرند، تفسیر می‌کند؛ پس اگر نتواند به اراده باطنی، یعنی به آنچه که متعاقدين در حين تعبيرشان از الفاظ عقد قصد کرده‌اند، متوسل شود، در مورد نیت مشترک متعاقدين تحقيق می‌کند. به این ترتیب، قاضی که عقد اصلی متعاقدين را تبدیل به عقدی جدید می‌کند، خود را در برگزیدن راه حل صحیح قانونی، در جایگاه آنان قرار داده است. شروط تحول به مثابه قیودی است که به طور مطلق از جانب قاضی تعیین می‌شود، به نحوی که آنچه را که می‌تواند بین اراده محتمل متعاقدين و اراده حقیقی آنان باشد، به هم نزدیک می‌کند. (الفتلاوی، ۱۴۱۸، ۷۳)

## ۲-۵- جایگاه قاضی در تحول عقد باطل در نظامهای پذیرنده به عنوان پاره‌ای از مصادیق

اما نقش قاضی در نظامهای حقوقی که این نظریه را به صراحت نپذیرفته است و تنها به برخی از موارد اجرایی عملی آن اکتفا شده است، متفاوت است. به عنوان مثال، در نظام حقوقی فرانسه، چنین است که قاضی تنها در صورتی می‌تواند عقد را تحول دهد که قانون بر آن تصریح کرده باشد، اما در غیر این صورت، تنها می‌تواند به بطلان تصرف طرفین حکم نماید؛ به این دلیل که، تحول عقد استثنا است و قاضی مجاز نیست که بر آن مصداق، قیاس نماید. (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۱، ۷۹) بنابراین، در حقوق کشورهایی که نظریه تحول عقد را با پذیرش مصادیق عملی آن پذیرفته‌اند، صلاحیت قاضی منحصر به همین موارد اجرایی است؛ یعنی، قاضی صرفاً در صورت رخ دادن مصادیق منصوص قانونی، رأساً می‌تواند نسبت به تحول عقد باطل به عقد صحیح اقدام نماید. (سفیان، ۲۰۱۷، ۱۴۶)

## نتیجه‌گیری

افزایش روابط تجاری و بازرگانی بین مردم، گستردگی، پیچیدگی و تنوع انواع قراردادهای در سطح جهانی و گوناگونی کالاهای مورد معامله و خدمات مورد نیاز بشر، ایجاب می‌نماید تا حتی الامکان از بطلان و یا فسخ قراردادهای جلوگیری شود؛ زیرا، بطلان قرارداد باعث هدر رفتن هزینه‌های زیاد و از دست رفتن اوقات بسیار و بیهوده‌شدن زحمات طاقت‌فرسایی می‌شود که در انعقاد قرارداد به کار برده شده است. از سوی دیگر، امروزه تجار در معاملات به دنبال هدف اقتصادی خود از انعقاد قراردادهای هستند و ضمانت اجرای سنتی، مثل بطلان یا فسخ قرارداد، لزوماً و همیشه منافع آنان را تأمین نمی‌کند. به این دلایل، نظریه تحول عقد باطل به صحیح یا به عرصه نهادهای حقوقی عقلایی گذاشته است و در قوانین کشورهای مختلف از جایگاه برجسته‌ای برخوردار شده است؛ با این تفاوت که، برخی نظامهای حقوقی چون آلمان، ایتالیا، سوئیس، مصر، عراق، کویت، افغانستان

و مجارستان این نظریه را به عنوان یک قاعده عمومی مستقل در زمینه حقوق قراردادها پذیرفته‌اند، ولی نظامهای حقوقی دیگری چون لبنان، فرانسه، عربستان این نظریه را به عنوان یک قاعده عمومی و مستقل قبول نکرده‌اند و تنها در قوانین آنها، برخی موارد اجرایی از این نظریه آمده است. مطالعه انجام شده به خوبی نشان می‌دهد، اجرای عملی برخی مصادیق این نظریه از دیرباز در فقه امامیه و حقوق ایران، امکان‌پذیر بوده است؛ اما، از نظر نگارندگان، قبول نظریه تحول عقد، به عنوان یک قاعده عمومی مستقل و راهکاری اساسی برای جلوگیری از بطلان عقود در حقوق قراردادها، به هیچ‌وجه با اصول و ساختارهای حقوق قراردادها در ایران و فقه امامیه تعارض ندارد. قدرت و اختیارات قاضی در تحول عقد باطل به عقد صحیح دیگر، در قوانینی که به صراحت این نظریه را پذیرفته‌اند، ناظر بر این است که این نظریه، یکی از اصول نظام حقوقی آنهاست، به طوری که نمی‌توان قاضی را متهم کرد که برخلاف اصل بی‌طرفی عمل کرده و سبب دعوا را تغییر داده است یا به بیشتر از خواسته‌ای که خواهان طلب کرده، حکم داده است. اما در نظامهایی که این نظریه را نپذیرفته‌اند و تنها به قبول برخی موارد اجرایی خاص این نظریه بسنده کرده‌اند، تنها از زاویه آثار عرضی عقد باطل می‌توان به مسئله تحول عقد نگریست، به طوری که قاضی نمی‌تواند تحول را خارج از دامنه مصادیق خاص قانونی آن، اجرا نماید.

## منابع

### الف - فارسی

۱. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات (مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی)، چ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲. شوکت، حمید (۱۳۹۰)، نظریه تحول عقد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.
۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، اصول قراردادهای و تعهدات، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد.
۵. رشتی‌گیلانی، میرزا حبیب‌الله بن محمدعلی (بی تا)، کتاب‌الاجاره، چاپ اول، قم: بی نا.
۶. فاضل‌مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق)، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشارات.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)، قواعد فقه بخش منی (۲)، جلد ۲، چ ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق)، قواعد فقه، چاپ سوم، قم: مدرسه امیرالمؤمنین.

### ب - عربی

۱۱. البعلی، عبدالحمید محمود (۲۰۰۹)، دراسة تمهیدية فی تحول العقود فی الفقه و القانون دراسة مقارنة و مؤزنة، چاپ اول، دبی: دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخیری.
۱۲. البحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (بی تا)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم: الجماعة المدرسين فی الحوزة العلمية، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۳. البجنوردی، السید محمد حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، مصححین: محمدحسین الدرایتی و مهدی المهریزی، چاپ اول، قم: نشر الهدی.
۱۴. السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸)، مصادر الحق فی الفقه الإسلامی؛ دراسة مقارنة بالفقه العربی، المجلد ۴، الطبعة الثانية، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
۱۵. السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۹)، نظریة العقد، المجلد ۲، الطبعة الثانية، بیروت: المجمع العلمی العربی الإسلامی.
۱۶. الشبانی، علی کاظم (۲۰۱۵)، تحول العقد فی نطاق القانون المدني، الطبعة الاولى، بیروت: منشورات الحلبي.
۱۷. الشجیری، ندی (۲۰۱۶)، آثار بطلان العقد؛ دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، بیروت: مكتبة السنهوری.
۱۸. ابن‌عابدین، ابو عبدالله محمد احمد الحوت (بی تا)، رد المحتار علی الدرر المختار، المجلد ۴، بیروت: مطبعة بولاق.
۱۹. ترکمانیه‌غزال، محمدعمار (۲۰۱۱)، «الأشکالیات التطبيقیه لنظریه تحول العقد؛ دراسة مقارنة»، مجله کلیه احمد بن محمد العسكري للعلوم الإدارية و القانونیه، جامعه القطر، عدد الاول، صص ۵۹-۸۶.
۲۰. الحکیم، عبدالمجید؛ البکری، الباقي و البشیر، محمدطه (۱۹۸۰)، الوجیز فی نظریة التزام فی القانون المدنی العراقی، المجلد ۱، بغداد: مطابع وزارة التعليم العالی و البحث العلمی.

٢١. الحسيني المراغي، سيدمير عبدالفتاح (١٧٤١ق)، *العناوين الفقهية*، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
٢٢. الخوئي، السيد ابوالقاسم (بي تا)، *محاضرات في الفقه الجعفري*، المجلد ٣، الطبعة الاولى، لندن: مؤسسة الإمام الخوئي.
٢٣. الخوئي، السيد ابوالقاسم (بي تا)، *مصباح الفقاهة في المعاملة*، المجلد ٣، الطبعة الاولى، لندن: مؤسسة الإمام الخوئي.
٢٤. حجازي، عبدالحى (١٩٥٥)، *النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي*، المجلد ١، كويت: بي تا.
٢٥. حسنى، هاشم معروف (بي تا)، *نظرية العقد في الفقه الجعفري*، الطبعة الاولى، بيروت: منشورات مكتبة الهاشم.
٢٦. حيدر، على (بي تا)، *دُرر الأحكام في شرح مجلة الأحكام*، بغداد: منشورات مكتبة النهضة.
٢٧. الجبعي عاملى (شهيد ثاني)، زين الدين بن على (بي تا)، *مسالك الأفهام*، الطبعة الاولى، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٢٨. الدسوقي ابوالليل، ابراهيم (١٩٩٨)، *البطلان الجزئى للعقود و تصرفات القانونيه؛ دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الإنتقاص*، الطبعة الثانية، كويت: مطبوعات جامعة الكويت، مجلس النشر العلمى.
٢٩. الزرقاء، مصطفى (١٩٦١)، *الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد؛ المدخل الفقهي العام*، المجلد ١، الطبعة الثانية، دمشق: مطبعة جامعة دمشق.
٣٠. خمار، نريمان (٢٠١٧-٢٠١٦)، *تحول العقد فى القانون المدنى الجزائرى*، مذكرة ماجستير فى العقود والمسئولية، الجزائر: كلية الحقوق، جامعة قسطنطينيه.
٣١. سفيان، سولام (٢٠١٧)، «نظرية تحول العقد فى القانون المدنى الجزائرى»، *مجلة دراسة و أبحاث (المجلة العربية فى العلوم الإنسانية و الإجتماعية)*، العدد ٢٩، صص ١٣٤-١٥٠.
٣٢. السحيلي، ابراهيم بن عبدالرحمن بن سعد (١٤٢٥-١٤٢٤ق)، *تحول العقد المالى اثره دراسة مقارنة*، السعودية: جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالى للقضاء.
٣٣. الفتلاوى، صاحب عبید (١٤١٨ق)، *تحول العقد*، الطبعة الاولى، عمان - الاردن: مكتبة دار الثقافة.
٣٤. العنزى، عبدالمجيد خلف (٢٠٠٨)، *بطلان عقود فى القانون المدنى الكويتى - الأسباب و الآثار - دراسة مقارنة*، اطروحه لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية - الفرع الأول، الجامعة اللبنانية.
٣٥. نجفى، شيخ محمد حسن (١٣٧٤)، *جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام*، المجلد ٢٢، چاپدهم، تهران: دارالكتب الإسلامية.
٣٦. يسرى، احمد (١٩٥٨)، *تحول التصرف القانونى؛ دراسة مقارنة للمادة (١٤٤) مدنى مصرى على اساس المادة (١٤٠) آلمانى*، بي جا: مطبعة الرسالة.

### ج- لاتين

37. Bouaziz, Hafedh (2017). *la Conversion des Actes Juridiques*, these de Doctorat De L' Universite Delyon.