

تبیین ابعاد مفهومی نظریه تحول عمل حقوقی در دکترین‌های حقوقی معاصر

سید ابوالقاسم نقیبی^۱
ابوذر اسماعیلی^۲

تاریخ دریافت: ۹۹/۳/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۱/۲۶

چکیده

طبق ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان که بیانگر نظریه تحول است؛ در صورتی که عمل حقوقی باطلی، متضمن ارکان عمل حقوقی صحیح دیگری باشد، در صورت احراز اراده فرضی طرفین توسط دادرس، عمل حقوقی باطل به عمل حقوقی صحیح متحول می‌گردد. هدف از مقاله پیش رو روشن شدن مفهوم نهاد تحول و تمایز آن با نهادهای مشابه در دکترین حقوقی معاصر است. برای دستیابی به اهداف مزبور، تلاش گردیده با استفاده از رویکرد توصیفی-تحلیلی و استفاده از روش کتابخانه‌ای ابعاد مفهومی و مکانیسم نظریه تحول تشریح شود. بنا بر یافته این تحقیق، کاهش بودن فرایند تحول و مانعیت ورود عناصر خارجی به عمل حقوقی دو ویژگی اصلی این نهاد است که به سبب آنها از نهادهای مشابه، همچون بطلان جزئی، تبدیل تعهد، تصحیح عقد و توصیف عمل حقوقی متمایز می‌گردد. با در نظر گرفتن نتایج این پژوهش می‌توان گفت نهاد تحول عمل حقوقی، نهادی اصیل و علیرغم مشابهت با برخی از نهادهای حقوقی، دارای مفهومی متفاوت و مستقل است.

کلیدواژه‌ها: بطلان، بطلان جزئی، تبدیل تعهد، تحول، توصیف عمل حقوقی

مقدمه

زمانی که عمل حقوقی به شکل صحیح منعقد گردد دارای آثار قانونی در رابطه طرفین و اشخاص ثالث عمل حقوقی است. آثار مزبور زمانی است که عمل حقوقی با تمام ارکان و شرایط لازم آن منعقد گردد؛ اما اگر احیاناً عمل مزبور دارای نقصی باشد که موجب بطلان آن گردد باعث سلب آثار مزبور نسبت به طرفین و اشخاص ثالث می‌گردد. «تحويل عمل حقوقی» از جمله نهادهایی است که از آثار بطلان جلوگیری و یا موارد آن را به حداقل می‌رساند. نهاد مزبور یک روش عملی مهم جهت کاهش آثار سلبی بطلان اعمال حقوقی است و در راستای ثبات معاملات و توازن عقود عمل می‌نماید. نظریه تحويل در قرن نوزدهم میلادی توسط حقوقدانان آلمان مطرح و در ماده ۱۴۰ قانون مدنی این کشور منعکس شده است. این ماده بیان می‌دارد: «اگر عمل حقوقی باطل متضمن عناصر لازم عمل حقوقی دیگری باشد، عمل اخیر معتبر شمرده می‌شود. البته این مطلب در صورتی خواهد بود که اگر طرفین به بطلان عملی که واقع می‌نمایند آگاهی می‌داشتند به این عمل حقوقی رضایت می‌دادند.»^۱ نظریه مزبور برخلاف عدم وجود نصی در قانون مدنی سوئیس و فرانسه در قانون مدنی اغلب کشورهای عربی به آن تصریح گشته است. تاکنون در حقوق ایران مفهوم دقیق نهاد مزبور تبیین نگشته است؛^۲ بدین جهت ضروری است مفهوم و ماهیت این نهاد کمتر شناخته شده در دکترین معاصر خارجی مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد. بدین جهت در این پژوهش تلاش می‌گردد تا با رویکرد توصیفی-تحلیلی و استفاده از روش کتابخانه‌ای ابعاد مفهوم نظریه تحويل در دکترین حقوقی معاصر تشریح شود. با توجه به مطالب فوق و عنوان تحقیق پیش رو، موضوع نظریه تحويل صرفاً عمل حقوقی^۳ می‌باشد؛ زیرا اولاً وصف بطلان مختص این اعمال است و ثانیاً واقعه حقوقی^۴ رویدادی است که آثارش خارج از اراده است (شهیدی، ۱۳۹۰: ۴۵) و به حکم قانون معین می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۹). در واقع آثار مزبور خارج از اراده بر شخص تحمیل می‌گردد؛ بنابراین جهت ایجاد واقعه حقوقی نیازی به تحويل نیست تا به وسیله آن، متولد شود. بدین جهت به لحاظ منطقی رابطه میان نظریه تحويل و واقعه حقوقی به منزله قضیه سالبه به انتفاء موضوع

است. در بخش نخست مفهوم و تعریف نهاد مزبور بیان گردیده و در بخش دوم نقش اراده در نهاد تحويل عمل حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است. بخش سوم اختصاص به تبیین ویژگی‌های عملکردی نهاد تحويل و تمایز میان نهاد مزبور با نهادهای مشابه دارد.

۱- مفهوم نهاد تحويل عمل حقوقی «con- version»

۱-۱- معنای لغوی

اصطلاح تحويل بیانگر انتقال از یک وضعیت به وضعیت دیگر است (Couret ۱۹۸۱: ۲۲۱). اصطلاح مزبور از واژه لاتینی «Conversio» گرفته شده است که به معنای «عمل چرخش یا تغییر» است ((Bouffartigue, ۱۹۹۶: V^o Conversion. مطابق آنچه در دانشنامه لاروس در خصوص معنای لغوی واژه مزبور آمده است؛ استعمال آن بیشتر مربوط به حوزه دین می‌باشد که به معنای رها کردن یک دین جهت پذیرش دین دیگر و یا گذر از عدم ایمان به ایمان استعمال می‌گردد (Jeuge-May- (nard, ۲۰۱۵: V^o Conversion).

۱-۲- معنای اصطلاحی در دکترین حقوقی

۱-۲-۱- دکترین حقوقی اروپایی

فرهنگ واژگان حقوقی هنری کاپیتان، تحويل را این گونه تعریف نموده است: «نامی که به یک فرایند فکری تجدید اعتبار اعمال حقوقی باطل داده شده است که این فرایند متشکل از جدا کردن یک عمل حقوقی صحیح از عمل حقوقی باطل می‌باشد، بدین صورت که عمل حقوقی اولیه را می‌توان کاهش داد؛ به این معنا که به وسیله اعطای تأثیر به عمل حقوقی که دچار بطلان شده است آن را حفظ نماییم البته این در صورتی خواهد بود که آثار چنین عملی با اراده طرفین سازگار باشد و شرایط اعتبار آن عمل حقوقی نیز فراهم باشد...» (Cornu, ۲۰۱۶: V^o Conversion par réduction d'un acte nul). نویسنده آلمانی متعلق به قرن گذشته آقای رومر ت‌حول را این گونه تعریف می‌نماید: «اگر عمل حقوقی که طرفین گمان می‌کردند آن را تشکیل داده‌اند به دلیل عدم وجود یک عنصر باطل باشد، ممکن است همین عمل در حد خودش متضمن عمل حقوقی دیگری باشد که این عمل دارای اعتبار و ارزش است» (۲: Perrin, ۱۹۱۱). آقای رنه چاپیوت تحويل را این گونه توصیف می‌کند: «هنگامی که یک عمل حقوقی ناکارآمد واقع شده توسط طرفین، حاوی عناصر لازم برای تشکیل عمل حقوقی معتبر دیگری باشد، عمل اخیر می‌تواند هدف اقتصادی که طرفین در نظر داشته‌اند را برآورده سازد» (۱۹۰۹: ۶۷۲ Japiot).^۵

1. § 140: Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.»

۲. در میان آثار حقوقدانان ایرانی تنها مرحوم کاتوزیان در یکی از تألیفاتش در خصوص این نظریه به کتاب الوسیط سنهوری ارجاع داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۶/۵۸۵)

5. «l'opération qui consiste, lorsqu'un acte juridique, tel qu'il a été passé en fait par les parties, est inefficace, mais renferme

3. Acte Juridique
4. Fait Juridique

است از تبدیل عقد قدیمی به عقد جدید بدون اضافه کردن عنصر جدیدی به عقد سابق به شکلی که عناصر عقد سابق همان طور که بوده، به حال خود باقی است؛ چنانچه عقد جدید به گونه ای متفاوت از عقد اول توصیف می گردد...» (سنهوری، ۲۰۰۸: ۵۵۰).^{۱۵} مصطفی احمد الزرقاء از این نظریه این چنین یاد می نماید: «انقلاب یا تحول عقد به این معناست که عقدی که باطل است، متضمن عقد دیگری باشد که با قصد طرفین عقد منافات نداشته باشد؛ بنابراین هر چند آنچه متعاقبین واقع نموده اند باطل است اما قصدشان به همان عقد دیگر (که صحیح است و با قصد طرفین منافات ندارد) انصراف پیدا می کند» (الزرقاء، ۱۹۶۱: ۶۶۷).

دکتر سلیمان مرقس از جمله دیگر حقوقدانان مصری است که به تعریف نظریه تحول پرداخته است. ایشان در این زمینه بیان داشته اند: «تحول عقد عبارت است از تبدیل عقد باطلی که طرفین خواهان آن بوده اند- به عقد دیگری که تمام عناصر و ارکان آن ضمن آن عقد باطل موجود است؛ البته این در حالی است که ثابت شود اگر طرفین عقد هنگام انعقاد عقد، بطلان عمل حقوقی خود را می دانستند، به عقد جدید گرایش پیدا می کردند» (مرقس، ۱۹۶۰: ۳۲۵).^{۱۶}

گروهی از حقوقدانان بر این باورند که تحول عمل حقوقی نوعی از تفسیر اعمال حقوقی است. در واقع دادرسی در مقام تفسیر قصد مشترک طرفین قرارداد است. در همین راستا سنهوری بیان می کند: «زمانی که دادرسی تحول عقد باطل را به عقد صحیح مورد حکم قرار می دهد، او در این فرایند به تفسیر اراده مشترک طرفین پرداخته است؛ زیرا مجموع عناصر عقد جدید موجود است و طرفین هم این مجموعه را به طور مستقل اراده نموده اند و هرگاه طرفین می دانستند که آنچه واقع کرده اند باطل و ناکارآمد است، هرآینه عقد صحیح را اراده می نمودند؛ بنابراین این اراده احتمالی طرفین است که به عقد جدید گرایش داشته است بدین وسیله تفسیری که دادرسی ارائه داده است جایگزین اراده اعلام شده طرفین می گردد و عقدی که دارای اثر قانونی است همان عقد صحیحی است که عقد باطل به آن متحول گشته است» (سنهوری، ۱۹۹۸: ۶۳۶ و ۶۳۷؛ سعید نیسل، ۲۰۰۱: ۲۹۵). در ادامه ضروری است نقش اراده در نظریه تحول را در

دکترین حقوقی مورد بررسی قرار دهیم.

۲- نقش اراده در تحول عمل حقوقی

نویسندگان فرانسوی که نظریه تحول عقد را بر مبنای اراده احتمالی توجیه نموده اند نظر خود را به وضوح یکسانی ابراز نکرده اند. در این خصوص نظر سه تن از حقوقدانان فرانسه در زمینه چگونگی نقش اراده در نهاد تحول عمل حقوقی را تبیین می نماییم.

۲-۱- خاویر پرین

در تنها تالیفی که او در حقوق فرانسه در این زمینه نگاشته است بیان می دارد: «ممکن است عمل حقوقی دوم فی نفسه، بدون وجود هیچ گونه اراده ای عمل معتبری تلقی گردد. در واقع ممکن است عمل حقوقی جدید دارای اثرات اقتصادی مساوی و یا کمتر از عمل حقوقی اول باشد». به اعتقاد این نویسنده زمانی که اثر اقتصادی قرارداد تا حد زیادی از آنچه واقع شده است به دست می آید، باید این مسئله فرض شود که؛ اگر طرفین عقد، بطلان عمل حقوقی که واقع کرده اند را می دانستند به این هدف اقتصادی (که اکنون حاصل است) رضایت می دادند. او سپس می افزاید هر چند جهت ایجاد عمل حقوقی، اراده لازم است؛ اما آنچه ما را به این فرایند فنی (تحول عقد) رهنمون می سازد هدف اقتصادی قرارداد است که از اراده اقتصادی طرفین به وجود می آید (Perrin, ۱۹۱۱: ۱۱۵). همچنین اگر اراده واقعی آنها بر این عمل حقوقی که واقع شده است تعلق گرفته بود دیگر تحول عمل حقوقی بی معناست (Bouaziz ۲۰۱۷: ۲۷۶).

۲-۲- پیدیلو

ایشان در تحقیق خود با عنوان «اثرات ناشی از بطلان اعمال حقوقی» فصلی را تحت عنوان نظریه تحول و کاربرد آن در حقوق فرانسه اختصاص داده است. او در این تحقیق نتیجه گیری می کند که: «در حقوق آلمان جهت تبدیل و جایگزینی ضروری نیست طرفین آمادگی کامل و قصد قبلی داشته باشند؛ بلکه صرف احتمال آنها، برای تبدیل عمل حقوقی باطل به عمل حقوقی صحیح کافی است.» (Piedelievre, ۱۹۶۶: ۱۱۸).^{۱۸} به این ترتیب نویسنده اذعان دارد که عملکرد تحول عقد به نوعی خارج از اراده طرفین واقعی طرفین است؛ (Bouaziz, ۲۰۱۷: ۲۷۷) بنابراین این تئوری بر اساس یک اراده احتمالی (فرضی) استوار خواهد بود. این نویسنده در خصوص اینکه که قاضی چگونه می تواند اراده مزبور را احراز کند؛ چنین توضیح می دهد: «دادرسی می بایست

۱۵. «استبدال عقد جدید به عقد قدیم من غیر ادخال ای عنصر جدید، بل بقی عناصر العقد القدیمه كما هی و انما تکلیف تکلیف قانونیا غیر التکییف الاول فیقع بذلک الاستبدال العقد جدید بالعقد القدیم...»

۱۶. «انقلاب العقد یعنی ان العقد الذی یعتبر باطلا فی موضوعه الخاص قد یضمن عناصر عقد آخر لا یتنافی مع غرض المتعاقدين فیصرف الیه و ان اعتبر باطلا فی موضوعه المتعاقدين علیه»

۱۷. «هو تحول العقد الباطل الذی قصد الطرفان ابرامه الی عقد من نوع آخر تكون عناصره متوافره فی تمامها فی حطام ذلک العقد الباطل اذا ثبتان نیة الطرفين کانت تنصرف الی هذا العقد الاخر لو علما وقت ابرام العقد الاول بطلانه»

18. «dans le système allemand, il n'est pas nécessaire que les parties aient prévu cette substitution. Il suffit qu'il y ait quelque probabilité qu'elles l'eussent admise, si elles avaient prévu la nullité»

که طرفین برای تحقق اهداف اقتصادی خویش به کار بسته‌اند، به واسطه بطلان آن (فرایند قانونی) از بین رفته و بلااثر شده است. (Bouaziz, ۲۰۱۷: ۲۸۰) نظریه سالی به نظریه پدیلیو نزدیک است؛ خصوصاً از این جهت که چنانچه هدف اقتصادی طرفین از آنچه واقع نموده‌اند (عمل باطل) معلوم باشد؛ به احتمال زیاد عمل حقوقی ثانوی همان هدف اقتصادی آنها را فراهم می‌کند؛ بنابراین فرض بر این است که اگر طرفین «آگاه‌تر»^{۲۱} یا «مطلع‌تر»^{۲۲} می‌شدند، به عمل حقوقی جدید (ثانوی) روی می‌آوردند و اراده خود را به نحو صحیح اعلام می‌نمودند. (Piedelievre) et ۱۱۸ ۱۱۹: ۱۹۶۶؛ ۱۹۸۳: ۵۷؛ بنا بر این اراده لازم در تحول، عرب نیز به این نظر گرایش داشته‌اند (الشبانی، ۲۰۱۵: ۱۵۰؛ یسری، ۱۹۵۸: ۱۸۱ و ۱۸۲؛ ملوکی، ۱۹۸۸: ۱۹۸؛ ابراهیم، ۱۹۸۳: ۵۷)؛ بنابراین اراده لازم در تحول، یک اراده غیرحقیقی است که مبتنی بر فرض و تصور می‌باشد؛ زیرا طرفین عمل حقوقی اصلاً به بطلان فکر نمی‌کردند و اراده حقیقی آنها به عمل حقوقی اولیه گرایش داشته است.

۳- ویژگی‌های عملکرد نهاد تحول

در خصوص نحوه کارکرد تحول، دادرس در رابطه این فرایند طی دو مرحله استدلال می‌نماید. در ابتدا از دادرس خواسته می‌شود تا عمل حقوقی باطل را از بین ببرد؛ عمل حقوقی باطلی که اکنون عناصر آن بدون انسجام و پیوندی پراکنده شده‌اند (Perrin, ۱۹۱۱: ۸۲). در مرحله دوم این سؤال مطرح می‌گردد که آیا می‌توانیم از طریق عناصر پراکنده اثر خاصی را به اراده طرفین اعطا نماییم؟ (Gout ۱۹۹۹: ۴۸۱؛ Terre, ۱۹۵۷: ۱). یکی از نویسندگان در این خصوص با تشبیه جالبی خاطرنشان می‌کند که «اگر ساختمانی تخریب شود هنوز مصالح قابل استفاده‌ای وجود دارد» (Piedelievre, ۱۹۶۶: ۶۴۵)؛ در این حین دادرس جهت احیای عمل حقوقی و دوباره به هم پیوستن آن عناصر که بطلان باعث سلب اثر از عمل حقوقی شده بود مداخله خواهد کرد؛ بنابراین عمل جدید احیاناً با «بقایا»^{۲۳} یا «قطعات»^{۲۴} Laurent-Bonne, ۱۷۴۷: ۲۰۱۴) عمل حقوقی اول ساخته شده است. به نظر می‌رسد دادرس در این باره عملکرد مضاعفی دارد که اولاً، از بین بردن عمل اولیه باطل و ثانیاً، بازسازی یک عمل جدید است (Bouaziz, ۲۰۱۷: ۵). اکنون ضروری است ویژگی‌های نهاد تحول را جهت وضوح بیشتر مفهوم آن تبیین نماییم. مطابق دکترین حقوقی تحول دارای دو ویژگی اصلی است؛ از یک سو نهاد مزبور یک فرایندی کاهشی محسوب می‌گردد و از سوی دیگر تحول مانع ورود عناصر دیگری به عمل اولیه است.

21. informées
22. instruites
23. restes
24. débris

هدفی را که طرفین به دنبال محقق کردن آن هستند را به طور مستقل از فرایند قانونی مورد استفاده آنها در نظر بگیرد. در واقع اگر فرایند قانونی مورد استفاده طرفین به هر علتی ناکارآمد و باطل باشد، نباید به دلیل این مشکل عارض بر عمل حقوقی؛ طرفین را از هرگونه نتایج و آثار به دست آمده محروم نمود، بلکه باید آنچه واقع شده است را احیا نمود» (Piedelievre, ۱۹۶۶: ۱۱۹).

پرین و پدیلیو در این مطلب با یکدیگر اشتراک دارند که: «در تفسیر اعمال خصوصی بیشتر باید به دنبال اهداف اقتصادی طرفین باشیم تا هدف قانونی آنها؛ اما پدیلیو پا را از این نیز فراتر می‌نهد، او مدعی است که قاضی این مسئله را فرض می‌کند که اگر طرفین قرارداد اطلاع بیشتری می‌داشتند، عمل ثانوی (که جزئی از آن عمل اولیه باطل است) را برمی‌گزینند. اگر چنین فرضیه‌ای مبنای عملکرد قاضی نباشد تحول عمل حقوقی امکان پذیر نخواهد بود» (Bouaziz, ۲۰۱۷: ۲۷۹).

۳-۲- سالی

سالی از دیگر حقوقدانان به نام فرانسه در زمینه تحول عمل حقوقی می‌گوید تحول از نهاد تفسیر اراده به معنای موسعی که دارد متمایز نیست. به نظر ایشان متعلق تفسیر، نه تنها اراده واقعی طرفین، بلکه اراده احتمالی (مجازی) آنها نیز می‌شود البته قاضی در انجام این عملیات از حدود صلاحیات خویش تجاوز نمی‌کند. وی می‌افزاید: «... عمل حقوقی ثانوی نه هدف و نه خواست و نه حتی پیش‌بینی طرفین قرارداد بوده است و قاضی رأساً نمی‌تواند با جایگزینی عمل حقوقی ثانوی به جای عمل حقوقی باطل اراده و خواست خود را مفروض بگیرد؛ اما بدون شک اگر طرفین چنین بطلانی را پیش‌بینی می‌نمودند، عمل حقوقی ثانوی را اراده می‌کردند» (Saleille, ۱۹۰۱: ۳۱۵). سالی در پاسخ به این پرسش که قاضی چگونه می‌تواند چنین اراده احتمالی (فرضی) را احراز کند؛ می‌گوید: چنین اراده‌ای زمانی موجود خواهد بود که معلوم شود، فرایند قانونی

19. «s'attacher au but poursuivi, indépendamment du procédé technique employé pour le réaliser. Le procédé technique, dit-il, échappe très souvent à la compétence des intéressés; si ce procédé est inefficace et aboutit à une nullité, il ne faut pas que leur volonté se trouve, à raison de ce fait accidentel, dépourvue de tout effet, et l'on doit refaire l'acte, tel que les parties mieux instruites l'auraient fait, tel qu'il aurait dû résulter de leur volonté plus correctement exprimée»

20. «...l'acte nouveau n'a pas été l'objet, ni de la volonté, ni même des prévisions, des parties; et que le juge en le substituant au premier ne peut pas prétendre présumer ce que les parties peuvent avoir voulu, mais ce qu'elles auraient, sans doute, voulu, si elles eussent prévu la nullité»

۳-۱- فرایند کاهش، معیار مشخص نهاد تحول

نخستین ویژگی اساسی تحول تقلیل یا کاهش عناصر عمل اصلی است. تحول توسط دکترین به عنوان «تحول از راه کاهش»^{۲۵} توصیف شده است. این اصطلاح با توجه به تأثیر اصلی این تکنیک که همان کاهش عناصر عمل اولیه است، مطرح شده است. آقای پرین، یکی از طرفداران این نظر، معتقد است اصطلاح «تحول» یک معنای بیش از حد موسع دارد و احتمال دارد با «انتقال»^{۲۶} اشتباه گرفته شود. به گفته وی، بهتر است واژه «کاهش»^{۲۷} را نیز به آن بیفزاییم، زیرا اصطلاح «تحول» به تنهایی و به اندازه کافی نشانگر کاهش در عمل حقوقی نیست. (Perrin, ۱۹۱۱: ۲۴) در راستای همین ویژگی، نهاد انتقال از یک شکل بزرگ به یک شکل کوچک را به همراه دارد. عمل حقوقی اولیه جهت ایجاد یا بقاء نیاز به عناصر بیشتری دارد در حالی که عمل حقوقی دوم به آن عناصر نیاز ندارد به همین دلیل عمل حقوقی دوم هر آنچه در جهت حیاتش نیاز دارد اکنون برایش موجود است تحول با توجه به ابعاد عینی آن حتی تا آنجا می تواند عمل کند که توسط طرفین قرارداد هم پیش بینی نشده باشد (Perrin, ۱۹۱۱: ۱۱) et ۱۲؛ زیرا منشأ و منبع تحول را می توان در قانون یا اراده دادرسی یافت؛ بنابراین تحول از یک سو با کاهش و از سوی دیگر با جایگزینی یک عمل یا فرم حقوقی عمل می نماید. فرایند کاهش که به عنوان ویژگی اصلی نهاد تحول ذکر شده است یک معیار انحصاری تلقی نمی گردد، بلکه نهاد بطلان جزئی نیز از این معیار پیروی می نماید؛ بنابراین لازم است تمایز میان این دو نهاد مورد بررسی قرار گیرد. تمایز و تفکیک میان این ها از این جهت اهمیت دارد که ممکن است در دکترین حقوقی میان آن ها خلط گردد.

۳-۱-۱- تمایز نهاد تحول با بطلان جزئی

تحول یک فرایند کاهش است و بدین جهت ممکن است با بعضی از نهادهایی که به نوعی دارای عملکرد و عملیات کاهش هستند مشابهت داشته باشد از جمله این نهادها، نهاد بطلان جزئی است. در دکترینی که به خصوص با نهاد تحول عمل حقوقی مخالف است تلاش گردیده که این دو نهاد یکسان دانسته شوند. این ایده جدیدی نیست؛ در قرن نوزدهم میلادی، دو نویسنده آلمانی (Thibaut, ۱۸۲۸: ۶۲) (Puchta, ۱۸۹۰: ۱۰۵) تحول را یکی از موارد بطلان جزئی^{۲۸} به عنوان معتبر بودن جزئی می دانستند. به باور نویسندگان مزبور

«با یک کاهش ساده، با هرس قسمت های بی فایده، عناصر باقی مانده می تواند عمل دیگری را شکل دهد که یا از همان گونه است یا گونه های مختلف دیگری داشته باشد.» شباهتی که میان این دو نهاد است (تحول و بطلان جزئی) این گونه توضیح داده می شود که هر دو این نهادها در اجرای خود از یک عملیات فنی کاهش استفاده می نمایند (Mazeaud, ۱۹۹۷: ۵۸). در واقع عملکرد بطلان جزئی این گونه است که مطابق تعریف آن یک عمل با قطعات باقی مانده آن، همان طور که هست عمل می کند (Simler, ۱۹۶۹: ۸). همچنین در نهاد تحول هم یک قطع عضو وجود دارد. این دو نهاد همچنین دارای آثار یکسانی هستند: هر دو نهاد منجر به کاهش اثربخشی عمل اولیه می گردند (۲۰۰۲: ۲۳۸, Boujeka) بنابراین قانون گذار به واسطه این دو نهاد از توالی فاسدی متعددی که بطلان عمل حقوقی دارد، در جهت حفاظت از اصل حسن نیت و اعتماد مشروع در قراردادها استفاده نموده است (Simler, ۱۹۶۹: ۱۳)؛ با این حال اگرچه آن ها در برخی نقاط شباهت دارند؛ اما تحول با بطلان جزئی متفاوت است. تمایز اساسی که این دو مفهوم (تحول و بطلان جزئی) را از همدیگر جدا می کند در این واقعیت است که در بطلان جزئی زمانی که قسمت باطل از عمل جدا می شود عمل باقی مانده معتبر است در حالی که در تحول، عمل اولیه مورد نظر طرفین به طور کلی ساقط می گردد و عمل دیگری جای آن را می گیرد. (Tandogan, ۱۹۵۲: ۱۱۲). در نتیجه تحول اساساً مسئله توصیف را به وجود می آورد در صورتی که این مطلب تماماً در بطلان جزئی وجود ندارد (Simler, ۱۹۶۹: ۱۳). بطلان جزئی در یک عمل حقوقی اساساً باعث از بین رفتن ترتیب و نظم کمی^{۲۹} آن عمل می گردد. در حالی که در تحول از طریق کاهش عناصر عمل حقوقی، اساساً در سطح کیفی^{۳۰} آن عمل حقوقی تأثیر می گذارد (Bouaziz, ۲۰۱۷: ۱۲). به همین جهت می توانیم مانند برخی نویسندگان بگویم که بطلان جزئی بر یک تغییر نسبتاً کمی دلالت دارد اما تحول بر یک تغییر کیفی دلالت می کند (Sim-ler, ۱۹۶۹: ۱۱۲؛ Tandogan, ۱۹۵۲: ۱۲۰؛ Piede-dlievre, ۲۴۳-۲۴۲: ۱۹۸۸). بر همین منوال پروفیسور آلن کورت معتقد است که هر دو نهاد دارای مکانیسم خاص خودش است: «در حالت اول یا همان بطلان جزئی با یک عملیات سلبی^{۳۱} مواجه هستیم، در حالی که در نهاد تحول خودمان را در یک موقعیت کاملاً متفاوت می یابیم که با یک تمایل ایجابی^{۳۲} برای بازسازی وضعیت ناقص اولیه مشخص می گردد». همین نویسنده می افزاید: «بطلان جزئی تمایل به کاستن دارد،

29. l'ordre quantitative مربوط به کمیت؛

30. plan qualitative مربوط به کیفیت؛

31. opération negative

32. une volonté positive

25. conversion par reduction

26. transformation

27. reduction

28. La nullité partielle

را معادل عنوان «تصحیح توصیف» (Delmas, ۲۰۰۰) یا «تغییر توصیف» (Larroumet, ۲۰۰۷: n. ۵۷۵) دانسته‌اند. چنانچه در حقوق برخی از کشورهای عربی نیز به این مطلب اشاره گردیده است (الحکیم، ۱۹۶۷: ۴۸۴)؛^{۳۷} اما باین حال این دو عملیات در یک نکته اساسی تفاوت دارند ملاک تمیز این دو اساساً ذهنی است، در واقع همان طور که آقای اولیور کات به درستی اشاره کرده است: «در خصوص تحول از طریق کاهش عمل حقوقی اولیه که از ابتدا مورد نظر طرفین بوده است جایگزین می‌گردد درحالی که در «بازتوصیف» عمل واقعی را کشف می‌کنیم، این بدان معناست که قرارداد واقعی که طرفین آن را می‌خواستند و به دنبال آن بودند را معلوم می‌نماییم...» (Gout, ۱۹۹۹: ۴۸۱).^{۳۸} در «بازتوصیف» این مطلب مفروض است که شخص با نوع عمل حقوقی که ایجاد کرده‌اند آگاهی و بصیرت کامل دارند و در این عنصر هیچ گونه اشتباهی نکرده‌اند. متنها طرفین به سادگی مرتکب اشتباه ناچیزی شدند و عنوان عمل خود را نام عمل حقوقی دیگری نهاده‌اند. نقش شخص تفسیرکننده که در اینجا همان دادرسی است این است که توصیف اشتباهی را که طرفین برای عمل حقوقی خود نموده‌اند با رعایت عناصر واقعی آن بنماید تا این عمل لباس حقوقی واقعی خود را بیابد. (Ghestin, ۲۰۰۱: ۷۷; Terre, ۲۰۰۴: ۴۱۹) بنابراین «بازتوصیف» اصولاً به این معنا نیست که عمل حقوقی اولیه طرفین از بین برود یا به تعبیر خانم ژانگ رازی تیان در خصوص نهاد مزبور «هیچ‌گونه کاهش اراده قراردادی نیست» (Pancrazi-tian, ۱۹۹۶: ۳۷)؛ Per-^{۳۹} (Fin, ۱۹۱۱): برعکس در تحول به عنوان عمل حقوقی اکتفا نمی‌گردد لکن محتوا و مضمون التزامات قراردادی که در ابتدا توسط طرفین مورد انتظار بوده است تغییر می‌کند (سنهوری، ۲۰۰۸: ۴۹۶)؛ در نتیجه یک تغییر و تحول مادی در ماهیت عمل حقوقی رخ می‌دهد. از این طریق به یک وضعیت حقوقی جدید منجر می‌شود و بنابراین تحول از یک خطای ساده در نام‌گذاری عمل حقوقی فراتر است (Gout, ۱۹۹۹: ۴۷۹ et ۴۸۷). هدف دنبال شده توسط دادرسی صرفاً و به سادگی این نیست که فقط چارچوب و قالب مناسب با اراده طرفین تعیین شود بلکه هدف اصلی دادرسی نجات قرارداد باطل است تحول از دو جهت از «بازتوصیف» متمایز است، اولاً با این واقعیت که این امر مستلزم کاهش عناصر و اثرات عمل حقوقی اولیه است و ثانیاً، این که به خاطر نابودی

۳۷. «... والقاضی انما یستعین فی ذلک بسلطه فی تفسیر العقود و هی سلطه واسعہ یکیف به مقتضاها العقد الذی یفسره التکیف القانونی الملائم مادام لا ینحرف فی هذا التکیف عن الغایه الاقتصادیه الّتی قصد الیها المتعاقدان»

38. «dans le cadre de la conversion par réduction on remplace l'acte initialement voulu par les parties, alors que dans le cadre de la requalification, on révèle l'acte réel, c'est-à-dire celui qui a été voulu dans sa substance par les contractants (...).»

اما تحول از طریق بازسازی عملیات اولیه تمایل به اضافه کردن و جمع کردن دارد» (Courret, ۱۹۸۱: ۲۴۳). اما از سوی دیگر چنانچه گفته شد، نهاد تحول علاوه بر ویژگی کاهش، همراه با انتقال از حالتی به حالت دیگر است. به همین دلیل ضروری است تا نهاد تحول از نهادهای دیگر که مکانیسم نسبتاً نزدیک با نهاد تحول دارد و توسط قانون یا دادرسی اعمال می‌گردد، متمایز گردد. نهاد توصیف^{۳۳} یا بازتوصیف^{۳۴} عمل حقوقی از این جهت مشابه با تحول است.

۲-۱-۳- تمایز نهاد تحول با نهاد بازتوصیف قرارداد

تحول عمل حقوقی با نهاد «بازتوصیف» عمل حقوقی دارای تشابه ظاهری است. در روند دادرسی ارائه امور موضوعی^{۳۵} و یا همان تعیین سبب دعوی به عهده اصحاب دعواست؛ بنابراین این اصحاب دعوی هستند که امور موضوعی را تعیین یا توصیف (شمس، ۱۳۹۳: ۱۳) نمایند. حال چنانچه اصحاب دعوا، امور موضوعی را توصیف نمایند و دادرسی توصیف هر یک را دقیق نداند می‌تواند امور موضوعی را بازتوصیف نماید در حقوق فرانسه اصحاب دعوا می‌توانند امور موضوعی را توصیف نمایند اما توصیف اصحاب دعوا دادرسی پای بند نمی‌نماید و دادرسی نیز توانایی یافتن و اجرای قاعده حقوقی متناسب، بر امور موضوعی و توصیف و بازتوصیف را نیز داراست؛ اما در حقوق ایران نصی در این خصوص نداریم اما نهاد بازتوصیف در حقوق ما نیز با شرایطی که برخی از اساتید ذکر نموده‌اند و از موضوع این نوشتار خارج است قابل پذیرش است (شمس، ۱۳۹۳: ۱۴).

هر دو عملیات تحول و بازتوصیف این شباهت ظاهری وجود دارد که هر دو منجر به دسترسی مجدد به نوع دیگری از قرارداد می‌گردند؛ بنابراین فروش مالی به قیمت بسیار کم در اثر بازتوصیف یا تحول می‌تواند به یک قرارداد هبه تبدیل گردد (Plamour, ۳۳۱۲۰۰۱).

به جهت همین تشابه بعضی از نویسندگان نهاد توصیف و تحول را با یکدیگر درآمیخته‌اند. طبق نظر ایشان تحول همان تصحیح نام‌گذاری غلط^{۳۶} می‌باشد. به عبارتی نهاد تحول فراتر از تصحیح توصیف غیر صحیح و غیر مطابق با واقع نمی‌باشد (دسوقی، ۲۰۰۵: ۴۶). بر اساس همین گرایش برخی از نویسندگان در حقوق فرانسه اختصاص نص قانونی خاصی را در خصوص نهاد تحول بی‌فایده دانسته‌اند زیرا بر این باورند که نهاد تحول ضمن نهاد توصیف وجود دارد بدین جهت نهاد مزبور

33. qualification
34. requalification
35. Les faits
36. Disqualification

عمل حقوقی بلااثر، عمل حقوقی اصلاحی یا جایگزین به جای آن می آید (۴۸۲، ۴۸۰: Gout, ۱۹۹۹). از دیگر تفاوت‌ها اراده لازم برای این دو نهاد است. در نهاد توصیف یا بازتوصیف، دادرس در پی یافتن اراده مشترک طرفین است تا بدین وسیله بتواند نام دقیق آنچه را که طرفین واقع نموده‌اند را تعیین نماید این اراده مشترک همان اراده حقیقی طرفین است (سنهوری، ۲۰۰۸: ۴۹۶؛ منصور حاتم، ۲۰۰۶: ۷۱)؛ بنابراین آثار عقد موصوف به دلیل اینکه از اراده واقعی طرفین پیروی می‌کند، الزاماً با قصد طرفین مطابقت دارد اما نظام تحول مبتنی بر اراده فرضی است. بدین معنی که قاضی چنین اراده‌ای را فرض می‌نماید اگر طرفین بطلان آنچه را که واقع نموده‌اند را می‌دانستند به عمل جدید گرایش پیدا می‌نمودند (الفتلاوی، ۱۹۹۷: ۱۲۵). تمایز دیگر در این است که فرایند توصیف عمل حقوقی اختصاص به اعمال حقوقی صحیح دارد (منصور حاتم، ۲۰۰۶: ۷۰)، درحالی که مطابق تعریفی که از تحول عمل حقوقی شده است این نهاد مختص عمل باطل است. از دیگر نهادهایی که از جهت ویژگی انتقال به وضعیت دیگر به نهاد تحول شباهت دارد نهاد حقوقی تبدیل تعهد است؛ لذا بررسی تمایز میان این دو نهاد نیز ضروری است.

۳-۱-۳- تمایز نهاد تحول و نهاد تبدیل تعهد

باید از یکسان پنداشتن «تحول» و «تبدیل تعهد»^{۳۹} نیز اجتناب نمود. تعاریف مختلفی از تبدیل تعهد ارائه شده است. برخی از اساتید تبدیل تعهد را عبارت از تبدیل تعهد سابق به تعهد دیگری که جایگزین آن می‌گردد، به گونه‌ای که تعهد پیشین نابود می‌شود و تعهد جدید به جای آن می‌آید، تعریف کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۳). برخی دیگر تبدیل تعهد را این گونه تعریف کرده‌اند: «تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است که به موجب آن تعهد قدیم منقضی و عهد جدید جایگزین آن می‌گردد» (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۲۹). تحول مانند تبدیل تعهد به نوعی ایده تغییر را بیان می‌کند، انتقال از یک وضعیت حقوقی به وضعیت حقوقی دیگر، چنانچه در قانون مدنی ایران هم تغییر تعهد پیشینی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۰۸). احتمالاً در حالتی ممکن است میان تحول و تبدیل تعهد در آمیختگی شود که نهاد اخیر منجر به جایگزینی یک قرارداد شود (۴۶۷: Cholet, ۲۰۰۶: ۳۸۵; Marty et al, ۱۹۸۸). در تبدیل تعهد از طریق تغییر طلبکار یا بدهکار، یا تغییر یکی از عناصر عینی تعهد، مانند تبدیل تعهد از طریق تغییر در موضوع و تغییر در سبب تعهد، تحول به شکل واضح از تبدیل

تعهد متفاوت است؛ زیرا تعهد جدیدی که بر تعهد سابق تأثیر می‌گذارد مستلزم ایجاد یک عمل جدید نیست (۴۲۰: no ۲۰۱۴; Flour et al, ۱۹۱۱: ۱۵ Perrin, ۱۹۱۱: ۱۵ n° ۴۱۵; Marty et al, ۱۹۸۸). طرفین قرارداد ممکن است تصمیم بگیرند اجاره به عنوان عقد عاریه باقی بماند. در نمونه تبدیل تعهد اجاره به عقد عاریه با دو ویژگی تحول نیز روبرو هستیم: تبدیل و کاهش یا حذف عنصر مال الاجاره در اجاره؛ زیرا حذف مال الاجاره از قرارداد لزوماً آن را به عقد عاریه مجانی تبدیل می‌کند (Perrin, ۱۹۱۱: ۱۵). وجوه اشتراک بین دو مفهوم تحول و تبدیل تعهد نباید تفاوت‌های میان آن‌ها را تحت تأثیر قرار دهد؛ زیرا تمایزات مزبور موجب جلوگیری از تشویش و خلط مفاهیم حقوقی می‌گردد. دکترین حقوقی بر این مطلب متفق است که شرط ضروری تبدیل تعهد صحت عقد اول است. (Marty et, ۲۰۰۰: no ۳۴۸; Carbonnier) V°: ۲۰۰۳; Rieg, ۲۰۰۳: ۴۳۹; Pactet, ۱۹۷۵: ۴۱۱; al ۱۹۸۸, n° ۴۱۱; Novation: ۱). این بدین معناست که یک قرارداد باطل نمی‌تواند مورد تبدیل تعهد قرار گیرد. اساساً ملاک تشخیص این دو نهاد امری ذهنی است. تبدیل تعهد بر این فرض استوار است که اراده مشترک طرفین قرارداد با ایجاد یک تعهد جدید تعهد سابق را از بین می‌برد. اراده در تبدیل تعهد باید واضح و صریح باشد. تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است و قصد و رضا از شرایط آن محسوب می‌گردد (صفایی، ۱۳۵۱، ۲: ۶۶۱)؛ بدین ترتیب تبدیل تعهد طبق تعریف، عملیاتی ارادی و یک تکنیک کاملاً قراردادی یا ناشی از قرارداد^{۴۰} است. از طرف دیگر این مطلب را هم نباید فراموش کنیم که توافق اراده‌ها نمی‌تواند تحول را تحقق بخشد؛ بلکه موافقت قانون یا قاضی یک ضرورت مطلق برای تولد «تحول» است.

۳-۲- تحول مانع ورود عناصر خارجی به عمل اصلی است

مفهوم تحول ویژگی کاهش دارد. علاوه بر این خصوصیت، تحول از هر عملیاتی که با اضافه کردن عنصری به وضعیت حقوقی قبلی که فاقد آن بوده است، متمایز می‌گردد (Couret, ۱۹۸۱: ۲۵۲). به طور خاص، تحول نباید با تصحیح قرارداد^{۴۱} اشتباه گرفته شود. ممکن است تحول با «افزایش یا تکمیل»^{۴۲} یا «تقویت»^{۴۳} نیز انجام شود؛ بنابراین «تصحیح قرارداد» را با «تحول» مقایسه می‌کنیم تا از یکسان پنداشتن این دو نهاد جلوگیری شود.

40. contractuelle

41. correction du contrat

42. ampliation

43. augmentation

39. novation

۱-۲-۳- تمایز میان تحول با نهاد تصحیح عقد

سنهوری در تعریف نهاد تصحیح عقد^{۴۴} بیان می‌دارد «تصحیح عقد عبارت است از اضافه کردن عنصر جدیدی به عقد به نحوی که به وسیله آن، عقد به لحاظ قانونی صحیح می‌گردد» (سنهوری، ۲۰۰۶: ۱۰۵)^{۴۵} (Terre et al, ۲۰۰۲: ۳۹۵). تعریف مزبور از این جهت مورد انتقاد قرار گرفته که فقط یک حالت تصحیح اشاره شده است و شامل همه حالات آن نمی‌گردد؛ درحالی که تصحیح، علاوه بر اضافه کردن؛ می‌تواند به وسیله حذف کردن و جایگزینی عنصر فاسد هم صورت پذیرد (منصور حاتم، ۲۰۰۶: ۱۲). به همین جهت زمانی که شرط اساسی نهاد تصحیح عقد که همان تغییر (به شکل اضافه کردن، از بین بردن عنصر فاسد، جایگزینی عنصر فاسد) یکی از عناصر عقد باطل است وجود داشته باشد تصحیح از تاریخ انعقاد اثرگذار است (Piettet, ۲۰۰۴: ۵۸۹). تحول، مانند تصحیح، امکان نجات اعمال باطل را می‌دهد؛ اما چنانچه گفته شد، در حالت تصحیح، به وسیله تغییر، عمل حقوقی به اعتبار می‌رسد (Dyp- ۹، ۱۹۷۳: eyron)؛ بنابراین، به عنوان نمونه، سفته باطلی که به دلیل فقدان یکی از اطلاعات الزامی در آن، می‌توان با درج آن در سند پس از صدور، به صورت قانونی تنظیم کرد. در واقع عمل حقوقی باطل به واسطه اضافه شدن عنصری که فاقد آن بوده است به شکل قانونی درمی‌آید (Marty et Ray- n° ۸۰۰؛ ۱۹۸۸: Ghestin n° ۲۲۷، ۱۹۸۸: naud). از این رو، تصحیح و قانونی کردن عمل را این‌گونه تعریف نمود که کامل شدن دیرنگام عمل با افزودن عنصر جدید، بدون تغییر در توصیف یا نام عمل حقوقی است (Dypeyron, ۱۹۷۳: ۲۰۷)؛ اما در تحول عمل حقوقی، فرض بر این است که عمل دوم باید عناصر خود را فقط از میان عمل اولیه پیدا کند و نه در جای دیگر بنابراین در نهاد تحول عمل حقوقی هیچ‌گونه تغییری نمی‌کند. عمل حقوقی اول برای تبدیل به یک عمل معتبر دیگر باید خودش کافی باشد و لازم نباشد چیزی به آن اضافه نمود. هر جا که عناصر، بی‌ارتباط با عمل اصلی نباشند، ممکن است عمل حقوقی دوم یکی از موارد تحول باشد؛ بنابراین در نهاد تصحیح عقد اولاً اراده شخص طرف عقد است که تصحیح را اعمال می‌نماید و ثانیاً؛ عمل متعاقد موجب تغییر در یکی از عناصر عقد می‌شود و بدون تغییر عنصر، تصحیح امکان‌پذیر نیست؛ چنانچه دقیقاً به همین تمایز میان نهاد تصحیح و تحول در یکی از آرای دیوان عالی کشور مصر تصریح شده است (نقض

مدنی رقم ۷۴۴۸؛ المکتب الفنی، ۱۹۹۴: ۷۱۲)؛^{۴۶} بنابراین در تصحیح عمل حقوقی نیاز به اراده حقیقی طرفین است تا عمل حقوقی را مجدداً اصلاح کند (سنهوری، ۲۰۰۶: ۵۵۰؛ منصور حاتم، ۲۰۰۶: ۷۱)، درحالی که در تحول، قاضی بر اساس اراده فرضی، عمل جدید را از بقایای عمل اولیه استخراج می‌کند (الفتلاوی، ۱۹۹۷: ۱۲۵).

برخی نویسندگان قائل هستند که دو نوع تحول وجود دارد؛ یکی ارادی که بر اساس اراده‌ای خاص انجام می‌شود و دیگری غیرارادی است، فرایندی که حتی توسط طرفین پیش‌بینی نشده باشد. علاوه بر این، فراتر تمایز مزبور، تمایز دیگری بین تحول از طریق کاهش از یک سو و تحول از راه «افزایش» یا «تقویت» از سوی دیگر وجود دارد. تأسیس اول تمایل به کاهش دامنه‌ی تأثیرات اعمال اولیه دارد، درحالی که نهاد تصحیح تمایل به تقویت اثرات عمل حقوقی اولیه دارد. به گفته این نویسندگان چنین وضعیتی، موجب می‌گردد تا تحول ویژگی‌های مختلف یا ناهمگونی را داشته باشد (Co-uret, ۱۹۸۱: ۲۲۵ et ۲۲۸).

بحث و نتیجه‌گیری

۱- نهاد تحول یکی از سازوکارهای مهم حقوقی است که در دکترین حقوقی مورد توجه بوده است. نهاد مزبور دارای اصالت بوده و منظور از آن فرایندی است که با استفاده از عناصر باقی‌مانده عمل حقوقی باطل، بدون تغییری در عناصر مزبور و در راستای هدف اقتصادی طرفین، از سوی دادرسی منجر به ایجاد عمل حقوقی جدیدی می‌گردد.

۲- نهاد تحول مبتنی بر اراده فرضی است. به این معنا که دادرسی وجود چنین اراده‌ای را جهت جلوگیری از آثار بطلان، فرض می‌نماید.

۳- در دکترین حقوقی معاصر، اصیل بودن مفهوم تحول بدین معناست که نهاد مزبور علیرغم مشابهت با برخی از نهادهای حقوقی، دارای مفهومی متمایز و مستقل است.

۴- مفهوم نهاد تحول دارای دو ویژگی اصلی است. کاهش بودن فرایند تحول اولین خصوصیت نهاد مزبور به شمار می‌رود. به همین جهت برخی نویسندگان اصطلاح تحول از راه کاهش [conversion par reduction] را به کار برده‌اند.

۴۶. «...فقد یدهب المشرع الی تصحیح العقد الباطل و یكون ذلك به ادخال عنصر جدید علیه یودی قانوناً الی جعله صحیحاً و هو ما یسمى به نظریه التصحیح العقد الباطل و هی تخرج عن نطاق تحول العقد الباطل الی تستلزم عدم اضافه‌ای عنصر جدید علی هذا العقد فذا ما سلك المشرع نهج التصحیح فلا محل للتمسك بالقواعد العامه فی القانون المدنی و منها نظریه تحول العقد الباطل ورد المتعاقدان الی ما قبل التعاقد»

44. correction du contrat

۴۵. «تصحیح العقد یكون بأدخال عنصر جدید علیه یودی قانوناً الی جعله صحیحاً»

۵- نهاد بطلان جزئی [La nullité partielle] نیز در این ویژگی با نهاد تحول تشابه دارد اما نوع کاهش در هر یک از این دو نهاد با دیگری متفاوت است. کاهش در تحول؛ از نوع کاهش سطح کیفی [réduction qualitative] است، درحالی که در نهاد بطلان جزئی با کاهش کمی [l'ordre quantitatif] مواجهیم.

۶- تحول و توصیف عقد [qualification] نیز از این جهت که هر دو نهاد موجب دسترسی مجدد به نوع دیگری از قرارداد می شوند با یکدیگر تشابه دارند اما وجه تمایز دو نهاد مذکور این است که در نهاد تحول، عمل حقوقی اولیه مورد انتظار طرفین از بین می رود بدین جهت محتوی و مضمون التزامات قراردادی مورد توقع آنها تغییر و یا به عبارتی کاهش پیدا می کنند.

درحالی که در توصیف عمل حقوقی، به این دلیل که طرفین در انتخاب عنوان آنچه واقع نموده اند مرتکب اشتباه شده اند، تمایز می گردد. دادرسی صرفاً چارچوب مناسب با اراده طرفین را تعیین می نماید؛ بنابراین توصیف از دو جهت با تحول متفاوت است اولاً از این جهت که تحول یک عملیات کاهشی است و ثانیاً اینکه در تحول به خاطر بلااثر شدن عمل حقوقی، عمل اصلاحی، جایگزین آن می گردد.

۷- شباهت تحول و تبدیل تعهد [novation] نیز از این جهت است که در هر دو نهاد ویژگی انتقال از وضعیتی به وضعیتی دیگر وجود دارد اما برخلاف تحول که ناشی از قانون یا اختیار قاضی است؛ تبدیل تعهد یک تکنیک کاملاً قراردادی یا ناشی از قرارداد است.

۸- دومین ویژگی نهاد تحول این است که نهاد مزبور مانع ورود عناصر خارجی به عمل اصلی است به سبب این خصوصیت از نهاد تصحیح قرارداد [correction du contrat] تشابه نهاد مزبور با نهاد تحول در این است که دو نهاد مذکور یک روند بازسازی قرارداد را دارند. تصحیح عقد می تواند از راه «افزایش یا تکمیل» [ampliation] یا «تقویت» [augmentation] نیز انجام شود. درحالی که در تحول این خصوصیت وجود دارد که مانع تغییر در عمل حقوقی اولیه می گردد. در تصحیح عمل حقوقی وجود اراده جدیدی ضروری است تا عمل حقوقی را مجدداً اصلاح کند، درحالی که در تحول، این دادرسی است که بر اساس اراده فرضی عمل جدید را از بقایای عمل اولیه استخراج می کند.

منابع

- ابراهیم، محمد امین (۱۸۸۳). «البطلان فی الشریعه الاسلامیه و القانون المدنی». رساله دکتورا. جامعه القاهره.
- ابراهیم، سعد نبیل (۲۰۰۱). النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، جلد ۱. بیروت: دار النهضة العربیة.
- بدوی، حلمی بهجت (۱۹۳۳). «آثار التصرفات الباطله. القسم الاول». مجله القانون و الاقتصاد. القاهره سنة الرابعة.
- الحکیم، عبدالمجید (۱۹۶۷). الوسيط فی نظریه العقد مع المقارنه و الموازنه بین النظریات الفقه الغربی و ما یقابلهما فی الفقه الاسلامی و القانون المدنی العراقی. الجزء الاول فی انعقاد العقد. بغداد: شركة الطبع و النشر الاهلیه.
- رأفت، دسوقی (۲۰۰۵). تحول العقد الباطل الی تصرف صحیح. بیروت: دارالعلوم للنشر والتوزیع.
- الزقاء، مصطفی احمد (۱۹۶۱). الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید. جلد ۱. المدخل الفقهی العام. جامعه دمشق.
- السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸). نظریة العقد. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- (۲۰۰۸). الوسيط فی شرح القانون المدنی. جلد ۱. نظریه الالتزام به وجه العام، مصادر الالتزام. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- شهیدی، سید مهدی (۱۳۷۳). سقوط تعهدات. تهران: نشر مجد.
- (۱۳۹۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: نشر مجد
- الشبانی، علی کاظم (۲۰۱۵). تحول العقد فی نطاق القانون المدنی. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳). «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعوی مدنی». مجله تحقیقات حقوقی. شماره ۶۵.
- صفایی، سید حسین (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.
- جعفری لنگرودی. جعفر (۱۳۸۶). الفارق. تهران: نشر گنج دانش.
- عبدالظاهر، محمد (۲۰۰۰). الدور المنشی للقاضی فی اطار الروابط العقدیه. قاهره: دار النهضة العربیة.
- الفتلاوی، صاحب عبید (۱۹۹۷). تحول العقد. عمان: مکتبه دارالثقافه للنشر و التوزیع.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر یلدا.
- (۱۳۹۰). قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد). جلد ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۸۵). حقوق مدنی وقایع حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار
- مرقس، سلیمان (۱۹۶۰). اصول الالتزامات، فی مصادر الالتزام. جلد ۱. قاهره: مطابع دارالنشر للجامعات المصریه.

GHESTIN, J.(1988). (sous la dir.), «**Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: formation**»²e éd, par GHESTIN J. Paris: L.G.D.J.

GOUT, O.(1999). «**Le juge et l'annulation du contrat**»préf. ANCEL (P.) P.U.A.M.

JAPIOT, R.(1909). «**Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie d'ensemble**»th. Dijon.

LAMOURM,-P(2001). «**Le sauvetage du contrat**»th. Grenoble.

LAURENT-BONNE, N.(2014). «**La conversion par réduction du testament authentique défectueux**», note sous Cass. civ, Paris: Dalloz.

MAZEAUD, D. (1997). «**La réduction des obligations contractuelles**», in Que reste-il de l'intangibilité du contrat? Actes du colloque organisé à la faculté de droit et d'économie de Chambéry.

MARTY, G. RAYNAUD, P. (1988). «**Droit civil, Les obligations**»t.1, Les sources, 2e éd, Paris: Sirey.

RIEG, A. (2003). «**Novation**», Rép. civ. Paris, Dalloz.

SIMLER Ph. (1969). «**La nullité partielle des actes juridiques**»préf. Alex WEIL, Paris : L.G.D.J.

PERRIN, X. (1911). «**La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques, Essai d'une théorie en droit français**»th. Dijon.

PIOTET, (1995). «**La formation du contrat en doctorin general et en droit prive suisse**». Beren.

TANDOGAN, H. (1952). «**La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats: contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques**». Genève.

TERRE F. (1957). «**L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications**»Paris : L.G.D.J.

TERRE, SIMLER et LEQUETTE. (2002). «**droit civil les obligations**. 8 e, édition, Paris : DALLOZ.

TERRE, F. (2004). «**Retour sur la qualification**». in Mélanges en l'honneur de Jean-Buffer.

ملوکی، ایاد (۱۹۸۸). «تحول العقد». بحث منشور فی مجله العلوم القانونیه. الصادره عن جامعه البغداد. مجلد ۷.

یسری، احمد (۱۹۵۸). «تحول التصرف القانونی دراسه مقارنه للماده ۱۴۴ من القانون المدنی المصری علی اساس المادة ۱۴۰ من القانون المدنی الألماني». مطبعه الرساله. عابدين.

منصور حاتم، محسن (۲۰۰۶). «فكره تصحيح العقد». اطروحه دكتوراه الی كليه القانون. جامعه بغداد.

PIEDEDLIEVRE, A. (1966) «**Quelques réflexions sur la maxime «Quod nullum et nullum producit effectum**», in Mélanges offerts à Monsieur le Professeur P. VOIRIN, Paris: L.G.D.J.

Bouaziz, Hafedh, (2017) «**La conversion des actes juridiques** »Université de Sfax

BOUJEKA, A.)2002(«**La conversion par réduction: contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels**», R.T.D.com.

CARBONNIERJ. (2000). «**Les obligations**, 22e refondue. P.U.F.

COURET, A. (1981). «**La notion juridique de conversion**» Toulouse.

CORNU, G. (2016). «**Vocabulaire juridique**, 11e éd:Paris: P.U.F.

CHOLET D. (2006). «**la novation du contrat**»R.T.D.civ. p. 467 et s.

DE JEUGE-MAYNARDI.(2015). Le petit Larousse illustré, Paris: L.G.D.J.

DYPEYRON Ch.)1973(, «**La régularisation des actes nuls**», Paris: L.G.D.J.

FLOUR, J. AUBERTJ.- L. et SAVAUX É.)2014(. «**Les obligations**»t.1.»L'acte juridique16»ème éd. Par J.- L. AUBERT et É. SAVAUX, Paris: Dalloz.

FLOUR, AUBERT J.-L. SAVAUX E.(2015). t.3, «**Le rapport d'obligation**»e éd., Paris: Sirey. -»**la correction du contrat**».)2004 (.PIETTE, G .tom2,P.U.A.M

GRILLET-PONTON, D.(1982). «**Essai sur le contrat innomé**»Thèse, Lyon.

GHESTIN, J.)2001 (. «**Traité de droit civil, Les effets du contrat**»par GHESTIN J. JAMIN Ch, et BILLIAU M.3 e éd, 2ème éd. Paris: L.G.D.J.

PACTET, Ch. (1975). «De la réalisation de la novation», R.T.D.Civ. p.439

Paris, L.P.A.

PANCRAZI-TIAN, Marie-Eve. (1996). «La protection judiciaire du lien contractuel» P. U. A. M.

