

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال یازدهم، شماره بیستم، بهار و تابستان ۹۹، صفحات ۱۱۳ - ۱۴۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۵/۲۹

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۰/۱۹

ماهیت و شرایط تحول قرارداد

احمد حمیدزاده^۱

محمد صالحی مازندرانی^۲

چکیده

استحکام قراردادهای ارتباط مستقیمی با نظم اقتصادی جامعه دارد و بطلان قراردادها موجب زیان طرفین و اختلال در نظم اقتصادی جامعه می‌شود، لذا برخی از سیستم‌های قانون‌گذاری علاوه بر پیروی از سیاست‌های کلی در جهت استحکام معاملات و کاهش موارد بطلان، سازوکارهایی پیش‌بینی نموده‌اند که اگر با وجود همه تلاش‌ها قراردادی باطل شود، وصف بطلان را از آن برطرف نموده، آن را به چرخه حیات حقوقی جامعه بازگردانند. نظریه تحول قرارداد که ریشه در حقوق آلمان دارد یکی از این راه‌حل‌ها است؛ به این معنی که در صورتی که قرارداد باطل ارکان قرارداد صحیح دیگری را به‌طور کامل داشته باشد و اراده طرفین نیز به عقد جدید منصرف باشد به آن قرارداد تحول می‌یابد. چالش اصلی فراروی نهاد تحول قرارداد اینست که بعد از تحول، طرفین باید ملتزم به آثار قرارداد جدیدی باشند که حاصل اراده حقیقی آنها نبوده است. بر اساس این نظریه، تحول قرارداد تکیه بر اراده فرضی طرفین دارد که از سوی قاضی و بر اساس مفاد قرارداد و احوال حاکم بر آن و به‌خصوص اهداف اقتصادی که طرفین به دنبال آن بوده‌اند استنباط می‌شود. برخلاف حقوق آلمان و بیشتر کشورهای عربی، در حقوق ایران چنین نهادی به‌عنوان قاعده عام مطرح نشده است، ولی مصادیق متعددی از اعمال این قاعده در حقوق و فقه یافت می‌شود.

واژگان کلیدی: اراده حقیقی، اراده فرضی، تحول قرارداد، قرارداد باطل.

hamidzade.ahmad@yahoo.com
m-salehimazandarani@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت، تهران، ایران
۲. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

مقدمه

قراردادهای خصوصی یکی از مهم‌ترین ابزار ایجاد حق و تکلیف در زندگی اجتماعی افراد است و حجم قابل توجهی از روابط حقوقی اشخاص را قانونمند می‌نماید. قرارداد، قانون طرفین قرارداد و تعیین‌کننده حقوق و تکالیف آنهاست.

قانون‌گذار با واگذاری اختیار قانون‌گذاری در ساحت پر حجم و متنوع حقوق خصوصی به اشخاص، تصدی خود را به حداقل رسانده، با بیان قواعد عمومی قراردادها مدیریت کلان خود را در این زمینه اعمال می‌نماید با این هدف که بتواند از توانایی و دقت تخصصی افراد در جهت ارتقای کمی و کیفی نظم حقوقی این ساحت بهره‌بردارد.

گزاره نیست اگر بگوییم تدوین و نگارش قرارداد خصوصی به اندازه تدوین قانون نیاز به دانش و تخصص حقوقی دارد و لذا اشخاص عادی در بسیاری از موارد از پس این کار فنی و تخصصی بر نمی‌آیند؛ گاهی قالب حقوقی مناسبی را برای بیان خواسته خود به کار نمی‌گیرند و گاه از به کارگیری تعابیر و اصطلاحات درست و تخصصی ناتوان هستند.

جهت‌گیری کلی سیستم‌های قانون‌گذاری استحکام‌بخشی به قراردادها و جلوگیری از بطلان آنهاست. افزون بر این، در حقوق برخی از کشورها سازوکارهایی پیش‌بینی شده است که بر اساس آن تلاش می‌شود در حد ممکن به عقود که علی‌رغم همه این تمهیدات می‌توانند باطل تلقی شوند اعتبار بخشیده، آنها را به چرخه حیات حقوقی، اجتماعی و اقتصادی جامعه بازگردانند؛ از جمله این سازوکارها می‌توان به تحول قرارداد اشاره کرد.

فکر بازگرداندن اعتبار به عقود باطل از حیث تاریخی ریشه در حقوق آلمان، خاستگاه سنتی اراده‌ظاهری و اندیشه‌های اجتماعی حقوق دارد و البته با تفاوت‌هایی مورد پذیرش پیروان حقوق سایر کشورها که از مبانی متفاوتی تبعیت می‌نمایند نیز قرار گرفته است و این نهاد در کشورهای عربی، از جمله عراق و مصر و همچنین افغانستان پذیرفته شده است.^۱

در مورد فکر بازگرداندن اعتبار به قراردادهای باطل، دو دیدگاه کلی در مقررات

۱. عبدالواحد، افضل و دیگران، عبور از تفسیر قرارداد به تحول قرارداد، تأملی در اجتماعی شدن حقوق قراردادها، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲۷ (۱۳۹۸)، ص ۳۵.

کشورهای مختلف وجود دارد. برخی از کشورها تنها مصادیق اندک یا بسیاری از اعمال این قاعده را بیان کرده‌اند (همانند حقوق ایران و فرانسه) و دسته دیگر کشورهایی که این امر را به‌عنوان قواعد عمومی قراردادها بیان نموده‌اند (همانند حقوق آلمان و بسیاری از کشورهای عربی) و البته این امر تأثیر مستقیمی در صلاحیت اشخاص و قاضی در پرداختن به این مسئله به‌عنوان قاعده‌ای عام یا حقی استثنایی دارد.^۱

پرسش اصلی این مقاله که نگارنده در پی پاسخگویی به آن بوده، این است که با توجه به عدم تصریح قانون مدنی به نهاد تحول قرارداد و وجود موردی و مصادقی آن در حقوق ایران، مفهوم، ماهیت حقوقی و شرایط تحول قرارداد در حقوق ایران چیست؟

۱. پیشینه بحث

بسیاری از قواعد حقوقی و احکام موجود در مقررات معاصر ریشه در نظام‌های حقوقی قدیم دارند و درک درست و دقیق از کارکرد، جایگاه و احکام مترتب بر آنها بدون توجه به این ریشه‌ها و سیر دیگرگونی آنها امکان‌پذیر نیست.

احکام و مقرراتی در حقوق رم وجود داشته است که از آشنایی آنها با موضوع تحول قرارداد نشان دارد. در حقوق رم به مسئله بطلان قرارداد توجه شده بود، با این رویکرد که تا حد امکان از باطل اعلام کردن قراردادها اجتناب شود؛ به عبارت دیگر در حقوق رم برخلاف اصل اولیه که قرارداد باطل را فاقد هرگونه اثر حقوقی می‌دانست، برای برخی از عقود باطل آثاری شناخته می‌شد که می‌توان آنها را از مصادیق نظریه تحول دانست و این نظریه بر اساس مبانی فلسفی و حقوقی از جمله تبدل جوهری و حمایت از ظاهر توجیه می‌شده است.^۲

با وجود این، نظریه تحول قرارداد به شکل امروزی و مندرج در قوانین، حیات خود را مدیون حقوق آلمان و قانون مدنی آن کشور است که در قواعد عمومی قراردادها به آن پرداخته شده است.

۱. محمد، ترکمانیه غزال، «الإشکالیات التطبيقية لنظرية تحول العقد»، مجلة كلية العسكرية للعلوم ادارية والقانونية، ش ۱ (۲۰۱۴ م)،

ص ۶۴

۲. ایمان، صالح، «تحول عقد در حقوق ایران و فقه امامیه»، مجلة حقوق اسلامی، ش ۵۸ (۱۳۹۷)، ص ۳.

در مقررات دولت عثمانی موسوم به مجله احکام العدلیه کم‌وبیش به مصادیقی از تحول قرارداد پرداخته شده، بدون اینکه در قواعد عمومی قراردادها و به‌عنوان قاعده‌ای عام به آن پرداخته شود. نکتهٔ تعجب‌آور این است که بیشتر کشورهای عربی در دوران قانون‌نویسی معاصر (بعد از جنگ جهانی دوم) با اینکه نسبت به بسیاری از احکام مجله وفادار بودند و در مواردی نیز از حقوق فرانسه تبعیت می‌کردند، نهاد تحول قرارداد را از حقوق آلمان اقتباس و به‌عنوان قواعد عمومی مطرح نمودند!

مصر نخستین کشور عربی بود که نظریهٔ تحول قرارداد را در مقررات خود پیش‌بینی نمود و از آنجا که این کشور همواره نقشی پیشرو در میان کشورهای عربی داشته، این نظریه در مقررات اکثر کشورهای عربی با تفاوت‌هایی پذیرفته شده است و به همین اعتبار در این کشورها رویهٔ قضایی و دکتربین خوبی در این موضوع وجود دارد.

سیستم قانون‌گذاری افغانستان هم نهاد تحول قرارداد را در قواعد عمومی قراردادهای خود پیش‌بینی کرده است.^۱

این نظریه به‌عنوان قاعدهٔ عمومی در حقوق ایران، فرانسه و سوئیس پذیرفته نشده و تنها مصادیق معینی از تحول قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲

در حقوق کشورهای اروپایی (مادهٔ ۱۳۹ قانون مدنی آلمان و مادهٔ ۱۴۲۴ قانون مدنی ایتالیا) و همچنین در حقوق بسیاری از کشورهای عربی (مادهٔ ۱۴۴ قانون مدنی مصر و مادهٔ ۱۴۰ قانون مدنی عراق) به نظریهٔ تحول قرارداد به‌عنوان یک قاعدهٔ عمومی پرداخته شده است.

اصولاً در کشورهایی که به نظریهٔ تحول قرارداد به‌عنوان قاعده‌ای عام پرداخته شده است رویهٔ قضایی و دکتربین قابل قبولی وجود دارد و برعکس در کشورهایی همانند ایران که در سیستم قانون‌گذاری آنها این نظریه تصریح نشده و تنها به مصادیقی از اعمال این قاعده به صورت پراکنده پرداخته شده، رویهٔ قضایی و دکتربین نیز رشد چندانی نداشته است.

۱. محمد، ترکمانیه غزال، پیشین، ص ۶۶.

۲. عبدالواحد، افضلی و دیگران، پیشین.

۳. مهدی، شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، (تهران: انتشارات عصر حقوق، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۷۸.

۲. مفهوم‌شناسی

تحول در لغت به معنای انتقال از موضعی به موضع دیگر و تغییر جهت دادن آمده و مترادف تبدل است.^۱ معنای اصطلاحی تحول نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده است و نوعی تبدل و تحول در آن دیده می‌شود.

در حقوق آلمان تحول قرارداد عبارت است از ضرورت تغییر عمل حقوقی به منظور رسیدن به مقصود و حفظ هدف معامله در شرایطی که هدف و قصد طرفین با عمل حقوقی دیگری مطابقت داشته باشد.^۲

در ادبیات حقوقی کشورهای عربی تحول عقد این‌گونه تعریف شده است:

هرگاه قرارداد باطلی دربرگیرنده ارکان و شرایط قرارداد صحیح دیگری باشد، قرارداد اخیر ملاک خواهد بود و توافق طرفین به آن متحول می‌شود؛ مشروط بر این فرض که اراده طرفین در صورت علم به بطلان قرارداد اولیه، منصرف به قرارداد دوم باشد.^۳

۳. یافته‌های تحقیق

نهاد تحول قرارداد در حقوق ایران به صراحت و به‌عنوان قواعد عمومی قراردادها بیان نشده است، و تنها مصادیقی از اعمال این نظریه در مقررات ایران وجود دارد. فقدان نص قانونی به‌طور طبیعی می‌تواند به محدود شدن رویه قضایی، کم‌توجهی نظریه‌پردازان و درنهایت فقر ادبیات حقوقی منجر شود.

بر این اساس، یافته‌های این تحقیق در جهت تقویت ادبیات حقوقی در زمینه نهاد تحول قرارداد در حقوق ایران است و در این مسیر مشخصاً به ماهیت حقوقی تحول و همچنین شرایط و ارکان نهاد تحول قرارداد می‌پردازیم.

همچنین به‌واسطه نبود نصوص قانونی در حقوق ایران، به مقررات سایر کشورهایی که بر تحول قرارداد به‌عنوان قواعد عمومی قراردادها تصریح نموده‌اند، اشاره می‌نماییم و البته از

۱. نجفعلی، میرزایی، فرهنگ اصطلاحات عربی فارسی، (تهران: نشر فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸)، ذیل واژه تحول.

۲ Zimmermann, Reinhard; *the Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*; (Johannesburg: Jute & Co, Ltd, 1990), p 638.

۳. فرج، توفیق حسن و سوار محمد، وحیدالدین، نظریه العامه لالتزامات، (بیروت: الدار الجامعیه، ۱۹۹۳ م)، ص ۱۹۷.

مبانی و ظرفیت‌های حقوق ایران نیز بهره می‌گیریم.

۱.۳. ماهیت حقوقی

شناخت ماهیت حقوقی یک پدیده حقوقی می‌تواند به درک درست آن و احکام مترتب بر آن کمک بسزایی نماید. در مورد ماهیت تحول قرارداد دو دیدگاه کلی وجود دارد:

اول، توصیف بر اساس نقش قاضی

دوم، توصیف بر اساس آثار قرارداد

۱.۱.۳. توصیف قرارداد بر اساس نقش قاضی

بر اساس نظر طرف‌داران توصیف تحول قرارداد بر اساس نقش قاضی، تجزیه و تحلیل پیشینه تاریخی و متون قانونی و همچنین دکترین مطرح‌شده در مورد تحول قرارداد به ما نشان می‌دهد که اراده و نقش مثبت و انشایی قاضی (البته به نیابت از طرفین) دارای بالاترین نقش در تحول قرارداد است و عناصر دیگر در نهایت باید از سوی قاضی ارزیابی شده، حکم قاضی به تحول قرارداد رسمیت و حیات حقوقی می‌بخشد.

طرف‌داران این نظریه در خصوص ماهیت حقوقی نقش قاضی به دو دیدگاه فرعی تقسیم می‌شوند:

دیدگاه اول، نقش قاضی را تفسیر قرارداد می‌دانند.

دیدگاه دوم، نقش قاضی را توصیف قرارداد می‌دانند.

برای درک این دو دیدگاه لازم است بدانیم که تفسیر یعنی روشن نمودن خواست مشترک طرفین از سوی قاضی بر اساس اراده آنها، و توصیف قرارداد به معنای شناسایی عنوان و طبیعت عمل حقوقی از سوی قاضی بر اساس مقررات قانونی برای تعیین گستره حقوق و تعهدات طرفین است.

۱.۱.۱.۳. نقش تفسیری قاضی

عملکرد قاضی در تحول قرارداد در واقع در ضمن صلاحیت‌های گسترده قاضی در

تفسیر قرارداد موردتنازع قابل توجیه است؛ یعنی وقتی قاضی دریافت که قرارداد موضوع بحث به صورت کامل باطل است و از طرف دیگر امکان تصحیح قرارداد (از طریق اضافه یا کم کردن چیزی به محتوای قرارداد، یعنی تصحیح و یا تجزیه قرارداد) نیز وجود ندارد، ناگزیر برای رهنیدن قرارداد از بطلان، قرارداد را به نحوی تفسیر می‌نماید که بر اساس آن، قرارداد صحیح تلقی شود. اینجا قاضی خود هیچ نقش انشایی ندارد و تنها اراده طرفین را به نحوی تفسیر نموده است که توافق آنها در قالب قرارداد جدیدی به صورت معتبر حیات حقوقی داشته باشد. برای مثال، اگر در قراردادی به انتقال حق شفعه تصریح بشود، چنانچه این امر به بیع تفسیر شود عقد باطل است، چراکه در عقد بیع میباید عین باشد. ولی اگر قاضی بر اساس شواهد و اوضاع و احوال این انتقال را در قالب عقد صلح تفسیر نماید، رابطه حقوقی طرفین در این قالب صحیح خواهد بود.

در نتیجه این تفسیر، اراده طرفین از قراردادی باطل به قراردادی صحیح از نوع دیگر متحول می‌شود؛ با این استدلال که اراده واقعی طرفین متوجه قرارداد صحیح دیگری است، نه قرارداد اصلی که باطل می‌باشد. بر اساس این دیدگاه نقش قاضی در اینجا فقط کشف حقیقت قصد طرفین است!

سنهوری، حقوق‌دان برجسته مصری، معتقد است هنگامی که قاضی حکم به تحول قرارداد باطل به قرارداد صحیح می‌دهد، درواقع با تفسیر قرارداد به دنبال کشف نیت واقعی طرفین است؛ به این ترتیب، عناصر قرارداد صحیح را در قصد مشترک طرفین شناسایی می‌نماید؛ عناصری که هر دو خواهان آن بوده‌اند و به احتمال زیاد اگر می‌دانستند که قرارداد موردنظرشان باطل می‌شود به آن رضایت می‌دادند. قاضی با استفاده از ابزارهای تفسیر و با مدنظر قراردادن عبارات و اوضاع و احوال قرارداد، آن را تفسیر و با جمع‌بندی مجموعه خواسته‌های صریح و یا تفسیرشده طرفین، قرارداد را متحول می‌کند و به شکل قراردادی صحیح ارائه می‌دهد.

ولی تفسیر مدنظر سنهوری به این معناست که قاضی در تفسیر قرارداد تنها به الفاظ و معانی کلمات بسنده نمی‌کند و در مقام تفسیر به اهداف اقتصادی و اوضاع و احوال حاکم بر

۱. علی کاظم، الشبانی، تحول العقد فی نطاق القانون المدنی، (لبنان: منشورات الحلبي، ج ۱، ۲۰۱۵ م)، ص ۸۲.

قرارداد نیز توجه می‌نماید. به عبارت دیگر، می‌توان گفت تفسیر قاضی از نوع تفسیرهای آزاد و اجتماعی است که معمولاً در نظام‌های حقوقی که به دیدگاه‌های اجتماعی حقوق توجه دارند مورد قبول است.^۱

بر اساس این دیدگاه، قرارداد باطل وجود شرعی و قانونی ندارد و در واقع توهمی بیش نیست و قاضی با صلاحیتی که در مورد تفسیر قرارداد دارد، خواست واقعی طرفین را در شکل و عنوانی که در عالم حقوق معتبر است، ارائه می‌دهد.^۲

در حقوق ایران نیز در باب آثار اصل صحت این‌گونه بیان می‌شود که اگر الفاظ عقد معانی مختلفی در عرف داشته باشد، قاضی باید تفسیری را انتخاب کند که به صحیح بودن رابطه حقوقی منجر شود، و معنایی که موجب فساد عقد بشود خلاف اصل تلقی می‌گردد. برای مثال، بیع قراردادی معوض است و لذا فروختن چیزی بدون آنکه عوضی در مقابل آن وجود داشته باشد موجب بطلان عقد می‌شود. اما هبه قراردادی غیرمعوض است و نیازی به عوض ندارد. بر اساس اصل صحت در مواردی که تردید وجود دارد که رابطه فی‌مابین هبه است یا بیع بلائمن، قاضی باید قرارداد را حمل بر هبه نماید.^۳

قانون مدنی فرانسه هم از همین مبنا پیروی نموده است. ماده ۱۱۵۷ این قانون مقرر می‌دارد: در صورتی که شرطی قابل حمل بر دو معنی باشد باید آن را به معنایی گرفت که بتواند اثر داشته باشد.

۳.۱.۱. نقش توصیفی قاضی

طرف‌داران این نظریه ماهیت حقوقی تحول قرارداد را اختیار قاضی در توصیف قرارداد و عمل قاضی را فراتر از تفسیر قرارداد می‌دانند؛ چراکه قاضی برای دور کردن قرارداد از بطلان باید توصیف جدیدی از قرارداد ارائه دهد و عنوان جدیدی را برای آن برگزیند، زیرا طرفین قرارداد در هنگام انعقاد قرارداد عنوان مناسبی را برای توافقشان انتخاب نکرده‌اند و

۱. عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط فی شرح قانون المدنی، (بیروت: منشورات الحلبي، ج ۱، ۲۰۰۸ م)، ص ۶۳۷.

۲. علی کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۸۴.

۳. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، (تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا، ج ۳، ۱۳۷۱)، ص ۴۰۱.

همین امر ضرورت دخالت قاضی در این دعوا و ارائه توصیفی جدید و مناسب مقررات را اقتضا نموده است و پس از دخالت قاضی و توصیف قانونی که نسبت به قرارداد جدید انجام داده، قرارداد از آثار قانونی صحیح بهره‌مند شده است.

از مهم‌ترین علت‌های پیدایش نظریهٔ پیش‌گفته، نزدیکی و قرابت بسیار زیاد مفهوم تحول قرارداد با مفهوم توصیف قرارداد است. واقعیت این است که عنوان تحول قرارداد به هیچ‌یک از عناوین مشابه خود به اندازهٔ توصیف قرارداد شباهت ندارد. این مسئله به‌خصوص در نظام‌های حقوقی مانند ایران و فرانسه که نص خاصی به‌عنوان تحول قرارداد را در قواعد عمومی قراردادها ندارند بیشتر به‌چشم می‌خورد و تشابه و اختلاط بین این دو بسیار زیاد می‌شود.

واقعیت این است که مفاهیم تفسیر، توصیف و تحول قرارداد مفاهیمی مرتبط و نزدیک به هم هستند و بعضاً هر مفهوم، خود، بخشی از فرایند دیگری است، به همین دلیل برخی دیگر از صاحب‌نظران نقش قاضی در تحول قرارداد را ترکیبی از تفسیر و توصیف می‌دانند و این به این معناست که شناسایی عناصر قرارداد جدید در قالب تفسیر انجام می‌شود. در مرحلهٔ بعد، قاضی به استناد عناصر تازه کشف‌شده توصیف جدیدی از قرارداد ارائه می‌دهد و درنهایت بر اساس اختیاری که قانون به او داده است و با تکیه بر ارادهٔ طرفین، قرارداد باطل به قرارداد جدید تحول می‌یابد.^۱

۳.۱.۲. توصیف بر اساس آثار قرارداد

برخلاف دیدگاه اول که ماهیت حقوقی تحول قرارداد را مربوط به صلاحیت قاضی در تفسیر و یا توصیف قرارداد می‌دانست، بیشتر حقوق‌دانان در تبیین ماهیت حقوقی تحول قرارداد به مسئلهٔ اثر قرارداد استناد می‌کنند و با وجود اختلاف نظری که در مورد ماهیت اثر قرارداد دارند، تحول قرارداد را از آثار قرارداد می‌دانند. برخی تحول قرارداد را از آثار فرعی

۱. محمدحسین، منصور، مصادر الالتزام، ج ۲، (مصر: الدار الجامعه، ج ۱، ۲۰۰۰ م)، ص ۲۶۶.

۲. جمیل، شرفاوی، نظریهٔ بطلان التصرف القانونی، (مصر: انتشارات جامعه القاهره، ج ۱، ۱۹۵۶ م)، ص ۲۷۹.

قرارداد و برخی دیگر تحول را از آثار استثنایی قرارداد می‌دانند!

۳. ۱. ۲. ۱. تحول اثر فرعی قرارداد باطل است

بسیاری از حقوق‌دانان عرب طرفدار این دیدگاه هستند، به این شرح که هرچند قرارداد باطل اصولاً در حکم عدم است و هیچ اثری در عالم حقوق ایجاد نمی‌کند، با وجود این، گاهی قانون‌گذار با هدف حمایت از اصل استحکام معاملات و کاستن از تبعات بطلان قراردادهای با شرایطی، برخی از آثار قانونی را به صورت فرعی بر قرارداد باطل مترتب می‌نماید؛ هرچند که این آثار نشئت گرفته از توافق طرفین نبوده باشد. یکی از این آثار فرعی، تحول قرارداد است؛ به این معنی که قانون‌گذار با هدف حمایت حداکثری از قراردادهای و رهنابیدن آنها از بطلان، با شرایطی امکان متحول شدن قرارداد باطل به قراردادی جدید را فراهم نموده است. طرفداران این دیدگاه خود در توجیه آثار فرعی قرارداد به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) مبنای واقعه حقوقی. تحول قرارداد به این اعتبار از آثار فرعی قرارداد باطل تلقی می‌شود؛ یعنی قرارداد باطل به اعتبار صورت خارجی خود یک واقعه قانونی (حقوقی) است و این امر موجب می‌شود که قانون‌گذار در صورت تحقق شرایط، آثاری را بر این واقعه قانونی (حقوقی) مترتب نماید؛ آثاری متفاوت با قرارداد اصلی که مقصود طرفین در قرارداد باطل بوده است.^۱

بر طبق این دیدگاه، اساس نظریه تحول قرارداد بر این منطبق استوار است که قرارداد باطل هیچ‌یک از آثار موردنظر قرارداد اول را ندارد، ولی این امر مانع از این نخواهد شد که قانون‌گذار با شرایطی نسبت به آنچه اتفاق افتاده و به این اعتبار که یک واقعه حقوقی است، آثار حقوقی دیگری (به صورت فرعی و متفاوت با قرارداد اصلی) را مترتب نماید و این آثار وقتی به وجود می‌آید که قرارداد اصلی علی‌رغم بطلان در درون خود ارکان قرارداد صحیح دیگری را داشته و اراده طرفین در صورت علم به بطلان قرارداد اصلی به آن منصرف باشد. این آثار نشئت گرفته از اراده قانون‌گذار است نه اراده اشخاص، و به همین دلیل واقعه

۱. حلمی بهجت، بدوی، «آثار التصرفات الباطله»، مجله القانون و الاقتصاد، دورة ۳، ش ۳ (۱۹۳۳ م)، ص ۳۸۴.

۲. انور، سلطان، نظریه العامه للانتزاعات، ج ۳، (مصر: انتشارات دارالمعارف، ج ۲، ۲۰۰۵ م)، ص ۱۶۹.

حقوقی تلقی می‌شود!

ب) مبنای واقعه مادی. دیدگاه دیگر در بین طرفداران توصیف تحول قرارداد به‌عنوان اثر فرعی قرارداد اینست که این اثر فرعی نه در قالب یک واقعه حقوقی بلکه در قالب یک واقعه مادی قابل توجیه است که در درون اجزا و فرایند قرارداد باطل اتفاق افتاده است که موجب به‌وجود آمدن آثار عرضی برای قرارداد باطل شده است، درحالی که اصلاً مد نظر طرفین نبوده است. طرفداران این دیدگاه اعتقاد دارند موجبات بطلان در واقع باعث ازبین رفتن اعتبار قانونی آن عمل حقوقی می‌شود، زیرا شرایط لازم برای صحت قرارداد را نداشته است، ولی این امر به آن معنا نیست که ما اجزای این توافق نافرجام را در حکم عدم بدانیم. اینجا اراده‌هایی به صورت معتبر بیان شده که ممکن است در محدوده مقررات برای صاحبشان تعهداتی ایجاد نمایند و لذا نمی‌توان ارتباط آن‌ها را با صاحب اراده نادیده گرفت (چنان‌که در حقوق ایران نیز در مواردی ایجابی که مقرون به قبول نشده است برای صاحبش تعهداتی ایجاد می‌نماید). هرچند این ترکیب نتوانسته است تأیید قانون‌گذار را به‌عنوان عمل حقوقی مدنظر کسب نماید، ولی اجزای قرارداد معتبر و صحیح دیگری را داراست. قانون‌گذار با وضع آثار فرعی بر قرارداد باطل در صدد به مقصود رسانیدن این توافق و صیانت جامعه از آثار نامطلوب بطلان است.

به این منظور قانون‌گذار با وضع قواعد مربوط به تحول قرارداد در جهت جلوگیری از باطل شدن تلاش می‌نماید و قاضی با کنار هم قراردادن این اجزا در ترکیبی قابل قبول و البته در نزدیک‌ترین شکل به خواست واقعی طرفین می‌تواند به آن حیات حقوقی بدهد.

فصل مشترک هر دو نظر، فرعی بودن اثر قرارداد است؛ یعنی قانون‌گذار برای قرارداد باطلی که اصولاً هیچ اثر حقوقی ندارد به صورت فرعی آثاری را مترتب نموده است و این آثار نشئت گرفته از اراده افراد نیست.

هرچند در فقه امامیه در خصوص آثار عرضی قرارداد باطل به صورت صریح بحث نشده،

۱. همان، ص ۱۷۰.

۲. انور، سلطان، نظریه العامه لالتزامات، ج ۳، (مصر: انتشارات دارالمعارف، ج ۲، ۲۰۰۵ م)، ص ۱۷۱.

ولی این موضوع از حیث مصداقی و ضمنی مورد توجه قرار گرفته است؛ برای مثال، در صورت انعقاد عقد اجاره به صورت فاسد، عقد به طور کلی فاقد اثر نمی‌شود و برخی از آثار عقد همچون إذن، جواز تصرف و استحقاق اجرت‌المثل وجود دارد و آثار دیگر عقد صحیح همانند وجوب اجرای تعهد و استحقاق اجرت المسمی ساقط می‌شود.^۱

آثار فرعی قرارداد باطل در حقوق ایران نیز مورد توجه قرار گرفته است و در قوانین احکامی دیده می‌شود که نشانه برخی از آثار جنبی برای قراردادهای باطل است، از جمله این احکام می‌توان به ضمان درک (ماده ۳۶۲ ق.م) و عدم قابلیت استناد بطلان (مواد ۸۲ و ۱۰۰ ق.ت) اشاره کرد.^۲

۳.۲.۱. تحول اثر استثنایی قرارداد باطل است

طرف‌داران این دیدگاه برخلاف دیدگاه قبلی که تحول قرارداد را از آثار فرعی قرارداد باطل می‌دانستند، در مقام تبیین ماهیت حقوقی تحول قرارداد، آن را اثر استثنایی قرارداد باطل می‌دانند؛ به این شرح که قانون‌گذار با هدف حمایت از اشخاص ثالث که دارای حسن‌نیت‌اند و در راستای حمایت از مبانی عدل و انصاف و صیانت جامعه از آثار نامطلوب بطلان عقود، برخلاف قاعده اصلی در بطلان یعنی بلااثر بودن و بازگرداندن اوضاع به دوران قبل از بطلان، به طور استثنایی آثاری را بر قرارداد باطل مترتب می‌نماید که حتی گاهی می‌تواند آثاری مشابه و یا نزدیک به قرارداد اولیه در حالت صحت باشد.^۳

البته این دیدگاه مورد انتقاد بسیاری از صاحب‌نظران قرار گرفته است؛ به این شرح که مبنا و شاکله اساسی تحول قرارداد باطل، وجود اجزا و ارکان قرارداد صحیح دیگر در درون آنست که قانون‌گذار را مجاب کرده است تحول قرارداد را بپذیرد. شاکله و اساس قرارداد جدید واقعی است و تنها قانون‌گذار با هدف حمایت از اشخاص ثالث باحسن‌نیت و نیز حقوق عامه، فراتر از اصول کلی بطلان، آن را به رسمیت شناخته است و این امر در واقع رسمیت بخشیدن به واقعیات موجود است، نه اثر استثنایی قرارداد. جوهره و اساس قرارداد جدید ریشه در قرارداد سابق دارد و در فرایندی که قانون‌گذار پیش‌بینی کرده، به قرارداد جدید

۱. سید جواد، حسینی عاملی، *مفتاح الکراره فی شرح القواعد*، ج ۱۴، (قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۹ ق)، ص ۴۱۵.

۲. ناصر، کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، (تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا، ج ۳، ۱۳۷۱)، ص ۳۰۱.

۳. عبدالحفیظ، قلجی، «بطلان العقد فی الفقه الاسلامی»، *مجله حقوق دانشگاه کویت*، دوره ۲، ش ۱۸ (۲۰۰۴ م)، ص ۱۹۷.

متحول شده است.^۱

پس از مطالعه دیدگاه‌های متفاوتی که در مورد ماهیت حقوقی تحول قرارداد بیان شده است می‌توان به این جمع‌بندی رسید که هریک از این دیدگاه‌ها مقدماتی را برای تحول قرارداد بیان نموده‌اند، ولی درنهایت این دیدگاه‌ها در یک نقطه به هم می‌رسند و آن نقش تأثیرگذار و حیات‌بخش قاضی در امر تحول قرارداد است. مسیر ترسیم‌شده در تمام این نظریات و همچنین مواد قانونی کشورهای مختلفی که تحول قرارداد را در مجموعه مقررات خود پذیرفته‌اند، به این نقش مهم به‌عنوان عامل اصلی در تحول قرارداد پرداخته‌اند، و شارحان متون حقوقی نیز به این امر اشاره و تأکید کرده‌اند.

در مورد نقش قاضی می‌توان گفت، هرچند ارکان و شرایط اساسی قرارداد تحول‌یافته در توافق نافرجام اولیه موجود بوده است ولی درنهایت قاضی با استناد به اراده فرضی طرفین، به این ارکان و اجزا به‌عنوان قراردادی جدید حیات و اعتبار بخشیده و این صلاحیت به قاضی بر اساس سیاست کلی قانون‌گذار در جهت نجات قراردادهای از بطلان و استحکام معاملات اعطا شده است.

فرایند تحول از سوی قاضی و بر اساس خواست مشترک طرفین و با هدف کمک کردن به آنها در جهت تحقق اهداف اقتصادی که به‌دنبال آن بوده‌اند انجام می‌شود.

البته نظری هم که تحول قرارداد را از آثار قرارداد باطل می‌داند نیز خالی از حقیقت نیست و قاضی با تکیه بر همین آثار، وظایف خود را انجام می‌دهد.

با وجود این باید توجه داشت که ایرادات زیادی نسبت به اعطای نقشی این‌گونه برای قاضی وجود دارد و بسیاری از حقوق‌دانان این‌گونه اختیارات را مغایر با اصول حقوقی می‌دانند. در جمع‌بندی کلی، این ایرادات در دو محور به شرح زیر مطرح شده‌اند:

الف) اساسی‌ترین و مبنایی‌ترین ایرادی که به نظریه تحول قرارداد وارد می‌شود مربوط به اصل حاکمیت اراده است. اکثریت قریب به اتفاق سیستم‌های قانون‌گذاری اهمیت

۱. ولیم سلیم، قلاده، اعلان الاراده فی قانون المدنی المصری، (مصر: انتشارات جامعه قاهره، ج ۱، ۱۹۵۵ م)، ص ۵۰.

ویژه‌ای را برای اصل حاکمیت اراده و نقش اراده در ایجاد تعهد قائل هستند؛ اصلی که به اشخاص اختیار می‌دهد در محدوده حقوق خصوصی در قالب قرارداد روابط خود را با دیگران تنظیم نمایند و نسبت به بندبند آن تصمیم بگیرند و قانون‌گذار نیز خود را مکلف نموده است که از این توافقات همانند قانون حمایت کند. در نتیجه، بر اساس اصل حاکمیت اراده، قاضی حق ندارد به نیابت از دیگران و یا به هر عنوان دیگری قراردادی به وجود بیاورد. دادن چنین اختیاری به قاضی تجاوزی آشکار به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی اشخاص است و این امر می‌تواند کارایی روابط قراردادی را به مخاطره بیندازد!

ب) دومین ایرادی که به نقش انشایی قاضی گرفته می‌شود به صلاحیت‌های متعارف و شناخته‌شده قاضی مربوط است که تقریباً مورد اتفاق همه سیستم‌های حقوقی بوده که همانا فصل دعوی و خصومت بر اساس ضوابط و مقررات است، نه چیزی فراتر از آن. اعتقاد به اینکه قاضی خود صلاحیت قانون‌گذاری داشته باشد و یا اینکه بتواند در فرایند انعقاد قراردادهای خصوصی مشارکت کند و دارای نقشی انشایی باشد، روابط حقوقی اشخاص را با مشکلات عدیده‌ای مواجه می‌سازد و از اعتبار و استحکام معاملات می‌کاهد.^۲

در جواب این ایرادها می‌توان گفت:

نخست، فلسفه وجودی و هدف اساسی نظام تحول قراردادهای نجات آنها از بطلان است و این امر کاملاً در جهت منافع طرفین رابطه قراردادی و کمک به آنان است تا با آثار نامطلوب بطلان قراردادهای مواجه نشوند. تحول قرارداد موجب می‌شود طرفین به جای قرارداد باطل با قرارداد جدیدی روبه‌رو شوند که بیشترین قرابت را با خواست مشترک آنها دارد. درست است که این قرارداد از سوی قاضی تحول یافته، ولی قاضی با اشرافی که در روند رسیدگی به این دعوی پیدا کرده است، این فرایند را بر اساس مصلحت و خواست طرفین انجام می‌دهد.

در جریان تحول قرارداد، قاضی یک سؤال بسیار مهم و اساسی را برای خود مطرح می‌کند و آن این است که اگر طرفین می‌دانستند که این قرارداد باطل خواهد شد چه

۱. علی کاظم، الشبانی، تحول العقد فی نطاق القانون المدني، (لبنان: منشورات الحلبي، ج ۱، ۲۰۱۵ م)، ص ۱۰۶.

۲. همان، ص ۱۰۷.

تصمیمی می‌گرفتند و به چه قراردادی رضایت می‌دادند؟ پاسخ این سؤال به قاضی کمک می‌کند که بر اساس تشخیص خود قراردادی را جایگزین نماید که بتواند به بهترین شکل ممکن اهداف اقتصادی طرفین را محقق سازد؛ چراکه هدف نهایی طرفین قرارداد، نه عنوان رابطه حقوقی، بلکه اهداف اقتصادی بود که دنبال می‌کردند. بر همین اساس قاضی تلاش دارد که با توجه به شناختی که از مواضع طرفین پیدا کرده، خود را در جای آنها قرار دهد و برای آنها قرارداد جدیدی را به وجود بیاورد. بررسی نصوص قانونی و دکترین حقوقی در کشورهای مختلفی که تحول قرارداد را پذیرفته‌اند نیز نشان از وجود چنین ظرفیتی دارد و رضایت و اراده (اگرچه فرضی) طرفین یکی از شرایط اساسی تحول قرارداد است و بدون آن هیچ تحولی انجام نخواهد شد.^۱

با این دیدگاه، دیگر دخالت قاضی در توافقات طرفین را نمی‌توان نقض حریم حقوقی اشخاص و خدشه‌ای بر آزادی قراردادی آنها تلقی کرد و تا وقتی که هدف قاضی خدمت و کمک به اشخاص در فرایندی تعریف‌شده و قانونی باشد، نه تنها اصل حاکمیت اراده نقض نشده، بلکه به اجرای بهتر آن کمک مؤثری شده است و بخش قابل توجهی از قراردادهای باطل دوباره به چرخه حیات حقوقی جامعه بازگردانده می‌شود.

از جهت دیگر، دخالت قاضی در محدود کردن روابط قراردادی امر غریبی نیست و در عمل قضات در فرایند روابط قراردادی و به خصوص در نحوه اجرای قراردادها تأثیرگذار است. گاهی به اسم تفسیر و یا تکمیل قرارداد و یا به استناد اصل حسن نیت تعهداتی فراتر از متن قرارداد را برای اشخاص ایجاد می‌نماید.^۲

و اما در مورد ایراد دوم که نقش محدود و غیرموسعی برای قاضی در نظر می‌گیرد؛ به این شرح که قاضی موظف به اجرای قانون است و وظیفه تشریحی ندارد و تحول قرارداد از سوی قاضی به نوعی افزایش اختیارات وی است. این درحالی است که در اکثر قریب به اتفاق سیستم‌های قانون‌گذاری به قضات اختیار داده شد که در مواردی که حکم دعوایی را در قوانین موضوعه نمی‌یابند با استناد به اصول کلی حقوق به دعوی رسیدگی نمایند و

۱. حسن علی، الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج ۲، (اردن: انتشارات وائل لنشر، ج ۱، ۲۰۰۲ م)، ص ۷۹.
 ۲. ناصر، کاتوزیان، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۰ (۱۳۸۴)، ص ۲۳۳.

قاضی حق استتکاف از صدور حکم ندارد!

در بسیاری از سیستم‌های قانون‌گذاری به صورت صریح به قضات اختیار قانون‌گذاری داده شده است. مادهٔ یک قانون مدنی سوئیس به صراحت تمام به این مسئله اشاره می‌کند. چنانچه قاضی قانون قابل تطبیقی را با دعوای مطروحه نیافت باید به عرف و عادت مراجعه کند و اگر عرفی مربوط به این دعوی پیدا نشد باید بر اساس قواعدی حکم دهد که اگر خودش به‌جای قانون‌گذار بود، وضع می‌کرد.

این متن قانونی به روشن‌ترین شکل ممکن به نقش تقنینی قاضی اشاره دارد. شاید این نقش با این وسعت در تمامی سیستم‌های قانون‌گذاری به رسمیت شناخته نشده باشد. با وجود این و علی‌رغم دیدگاه‌های سنتی غالب در بین حقوق‌دانان که نقش قاضی را در تفسیر و تطبیق مقررات محدود می‌دانند، در تمامی این سیستم‌ها کم‌وبیش برای قضات نقش تقنینی دیده شده است، و گرنه چگونه می‌توان صلاحیت‌های گستردهٔ محاکم عالی در وضع قواعد الزام‌آور و یا استناد قضات به مبانی عدالت و انصاف و حقوق طبیعی را توجیه کرد.

در واقع، نقش قاضی در تحول قرارداد و همچنین نقش تقنینی قاضی در برخورد با خلأهای قانونی از مبنای واحدی تبعیت می‌نماید؛ به این معنی که قاضی فقط مجری خشک و بی‌اختیار نصوص قانونی و یا متن قرارداد نیست. وی با ابتکار عمل، علم و شاید هنر خود امکان اجرای قرارداد را فراهم می‌آورد و بر همین اساس می‌توان نقش قاضی را توجیه نمود.^۲

۲.۳. شروط تحول قرارداد

در این مبحث به شروط تحول می‌پردازیم که در واقع ارکان اساسی برای تحول است. در بسیاری از متون حقوقی مربوط به حقوق تعهدات کم‌وبیش به مفهوم تحول قرارداد و همچنین شروط اساسی و جوهری آن پرداخته شده است. همچنین نصوص قانونی متعددی مربوط به کشورهای مختلف، با تفاوت‌هایی جزئی به شروط اساسی تحول قرارداد

۱. ابراهیم، شحاته، فی/اجتهاد/قاضی، (مصر: انتشارات جامعه عین الشمس، ج ۲، ۱۹۸۸ م)، ص ۴۲۲.

۲. علی کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۱۱۲.

پرداخته‌اند. با تأمل در این نصوص قانونی به‌ویژه ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان که اصل و ریشه تاریخی تحول قرارداد به‌شمار می‌رود، شروط اساسی تحول قرارداد از این قرار است:

≠ بطلان قرارداد اصلی؛

≠ وجود اجزا و ارکان قرارداد صحیح دیگر؛

≠ انصراف اراده طرفین به قرارداد دیگر.

۳.۲.۱. بطلان قرارداد اولیه

اولین شرط برای تحول قرارداد بر اساس اصول حقوقی و مواد قانونی موجود در کشورهای مختلف، بطلان قرارداد اصلی به صورت کامل است. در این زمینه باید به این موارد توجه کرد:

الف) قرارداد صحیح به‌هیچ‌وجه قابل تحول به قرارداد دیگری نیست؛ حتی اگر طرفین قرارداد به تحول آن به قرارداد دیگری رغبت و تمایل داشته باشند و ارکان قرارداد موردنظر آنها هم در توافق اولیه آنها موجود باشد. برای مثال، چنانچه قرارداد هبه به صورت صحیح منعقد شود و در عین حال، ارکان وصیت نیز در آن موجود باشد، رغبت و تمایل طرفین برای اینکه رابطه حقوقی خود را به وصیت تغییر دهند، نمی‌تواند مجوزی برای تحول هبه به وصیت باشد.

ب) در صورتی می‌توان به بطلان قرارداد به‌عنوان شرط تحول استناد نمود که قرارداد به صورت کامل باطل باشد. در مواردی که بخشی از یک قرارداد باطل باشد قانون‌گذار با تحقق شرایطی بر اساس نظریه انتقاص (تجزیه) قرارداد سعی در حفظ بخش معتبر قرارداد و دور نمودن بخش باطل از آن دارد و مجالی برای تحول قرارداد باقی نمی‌ماند. البته بر اساس دیدگاه برخی از استادان، امکان اعمال تحول قرارداد در بخش باطل قرارداد بعد از انتقاص (تجزیه) وجود دارد.^۱

۱. صاحب عبید، الفتاوی، تحول العقد دراسه مقارنه، (اردن: انتشارات دارالثقافه، ج ۱، ۱۹۹۷ م) ص ۳۹.

۲. همان، ص ۱۱۰.

ج) یکی از شرایطی که از تجزیه و تحلیل و مقررات قانونی مربوط به تحول عقد استنباط می‌شود اینست که قرارداد باطلی قابل تحول است که صورت ظاهری و کامل شده قرارداد را دارا باشد و چنانچه قراردادی به واسطه اشتباهات مؤثر همانند اشتباه در نوع قرارداد، اشتباه مؤثر در موضوع و یا خارج بودن از محدوده حقوق خصوصی افراد، عدم توافق ایجاب و قبول و مواردی از این قبیل باطل باشد (یعنی اصلاً به وجود نیامده باشد)، امکان متحول شدن به قرارداد دیگر را ندارد. برای نمونه، باید قرارداد بیعی به وجود بیاید و مثلاً در اثر مالیت نداشتن مبیع و به شرط داشتن عناصر و ارکان قرارداد هبه و البته منصرف بودن اراده طرفین به آن، به قرارداد جدید متحول گردد. در حقوق سوئیس نیز گفته شده است که عقد باطل ممکن است به عقد درست متحول شود، ولی این امکان درباره عقد غیرموجود وجود ندارد!

د) قرارداد قابل ابطال از انواع عقد صحیح است، ولی پس از اعمال حق ابطال از سوی صاحب حق، در حکم قرارداد باطل قرار می‌گیرد. در صورتی که قرارداد قابل ابطال به قرارداد باطل تبدیل شود، امکان تحول قرارداد نسبت به آن وجود دارد. همین حکم در مورد قرارداد غیرنافذ هم صادق است و در صورت رد شدن و تبدیل شدن به قرارداد باطل می‌تواند در فرایند تحول قرار بگیرد.

۲.۲.۳. وجود ارکان قرارداد صحیح دیگر

یکی دیگر از شرایط لازم برای اعمال تحول قرارداد این است که قرارداد باطل دربرگیرنده اجزا و ارکان کامل قرارداد صحیح دیگر، متفاوت با قرارداد اولیه باشد.^۱ توافق طرفین باید دربرگیرنده تمام اجزا و ارکان قرارداد جدید به صورت کامل باشد، بدون آنکه چیزی اضافه یا کم شود که در این صورت، بحث تصحیح و انتقاص قرارداد مطرح می‌شود.^۲

۱. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، (تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا، ج ۳، ۱۳۷۱)، ص ۲۹۸؛ علی‌کاظم، الشیبانی، پیشین، ص ۱۲۰.

۲. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، دایر المعارف حقوق منی و تجارت، (تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۰.

۳. عبدالمجید، الحکیم، الوجیز فی نظریه الالتزام، ج ۱، (بغداد: مطبعه التعليم العالی، ج ۲، ۱۹۹۰ م)، ص ۴۸۲.

۴. علی کاظم، الشیبانی، پیشین، ص ۱۲۷.

در خصوص چگونگی تحقق این شرط در بین حقوق‌دانان مباحثی مطرح است، به این شرح که آیا قرارداد جدید باید دارای عنوان متفاوتی از قرارداد اولیه باشد یا اینکه ممکن است قرارداد جدید دارای همان عنوان سابق، مثلاً اجاره، باشد و فقط از حیث محتوا و مضمون با قرارداد باطل اولی تفاوت داشته باشد.

در این مورد دو دیدگاه وجود دارد:

۳.۲.۱. ضروری بودن موضوع متفاوت

در دیدگاه اول، برخی معتقدند همین که قرارداد جدید از حیث مضمون متفاوت با قرارداد اولیه باشد به‌گونه‌ای که از نظر قانون صحیح تلقی شود، شرط لازم برای تحول قرارداد محقق شده است و ضرورتی ندارد که قرارداد جدید عنوان جدیدی متفاوت با قرارداد اول داشته باشد. اینکه در بیشتر موارد، اعمال مقررات مربوط به تحول منجر به قرارداد جدیدی با عنوانی متفاوت می‌شود، قاعده کلی نیست و منافاتی ندارد با اینکه بتوان با قراردادی از نوع قرارداد قدیم، ولی متفاوت از حیث مضمون، قرارداد را متحول ساخت!

طرف‌داران این دیدگاه در اثبات مدعای خود به دو دلیل استناد می‌کنند:

نخست، اعمال قانون باید بر اساس مفاد قانون انجام شود نه فراتر از آن، و بررسی متون قانونی که به مفهوم تحول پرداخته‌اند به چنین شرطی اشاره نکرده‌اند و شرط قانون‌گذار به صورت عام رسیدن به قراردادی صحیح و نیز متفاوت با قرارداد باطل اولی است؛ به‌خصوص اینکه متحول کردن قراردادی که به‌ظاهر مورد توافق طرفین قرار گرفته به قراردادی دیگر، امری خلاف قاعده است و نمی‌توان با گشاده‌دستی قواعد آن را تفسیر نمود. برای مثال، در کشورهای که قانون نرخ بهره را تعیین می‌کند و توافقات فراتر از آن را باطل می‌داند، تحول قرارداد قرض باطل به قراردادی با همین عنوان و مضمونی متفاوت که نرخ بهره قانونی را رعایت نموده باشد، صحیح خواهد بود.^۱

دوم، یکی از مسائلی که در تحول قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد، دستیابی به اهداف

۱. احمد، یسری، تحول التصرف القانونی، (مصر: مطبعة الرسالة ج ۷، ۱۹۵۸ م)، ص ۱۴۷.

۲. عبدالفتاح، الباقی، مصادر الالتزام، (مصر: مطبعة النهضة، بی تا)، ص ۱۱۲.

اقتصادی است که طرفین در قالب قرارداد به دنبال تحقق آن هستند و معمولاً در انجام فرایند تحول، قراردادی انتخاب می‌شود که بهتر بتواند غرض اقتصادی مورد توافق طرفین را تأمین کند و طبیعی است که نوع بهتر قرارداد هم می‌تواند این هدف را حاصل نماید، در این باب احمد یسری، از استادان صاحب‌نظر مصری، در مبحث تحول قرارداد، می‌گوید: عمل حقوقی هم‌عنوان ولی متفاوت از حیث محتوا، در دید عرف عمل حقوقی جدیدی تلقی می‌شود و اگر این عمل حقوقی بتواند اهداف و اغراض اقتصادی طرفین را تأمین نماید، امکان تحول قرارداد وجود دارد!

۳.۲.۲. ضروری بودن عنوان متفاوت

در دیدگاه دوم، برخی صاحب‌نظران بر این باورند که شرط تحول قرارداد این است که قرارداد جدید باید دارای عنوانی متفاوت با قرارداد باطل باشد، طرف‌داران این دیدگاه گاهی به همان دلایلی استناد نموده‌اند که طرف‌داران عنوان واحد به آن استناد کرده بودند؛ به این شرح که از نصوص قانونی که در مورد تحول قرارداد وجود دارد برمی‌آید که قرارداد جدید باید دارای عنوان جدیدی باشد و عرف، تغییر در مضمون را قرارداد جدید تلقی نمی‌کند.

به نظر می‌آید دیدگاه دوم منطبق بر موازین حقوقی است و تحول قرارداد وقتی ممکن است که قرارداد صحیح دارای ماهیت حقوقی متفاوتی با قرارداد اولیه باشد، زیرا تغییر در مضمون و محتوای قرارداد بیشتر به مفهوم انتقاص و تجزیه قرارداد نزدیک است و تمهیدی است که قانون‌گذار برای رفع بطلان از قراردادی که بخشی از آن باطل شده، اندیشیده است.

۳.۲.۲. انصراف اراده طرفین به قرارداد جدید

شرط سوم تحول قرارداد که از آن به شرط ذاتی تحول تعبیر شده است، مربوط به اراده طرفین قرارداد در انجام فرایند تحول است؛ به تعبیر دیگر، شرط سوم برای تحول قرارداد،

۱. احمد، یسری، پیشین، ص ۱۵۰.

۲. حلمی بهجت، بدوی، پیشین، ص ۴۱۰.

انصراف اراده طرفین به قرارداد صحیح در صورت علم به بطلان قرارداد اولیه است!

این شرط تأمین‌کننده عنصر سازنده اراده در فرایند تحول است. عنصر اراده در اعمال حقوقی جایگاه خاصی دارد و بدون آن عمل حقوقی قابل تصور نیست. شرط اساسی برای انجام اعمال حقوقی، وجود و توافق اراده طرفین در قالب ایجاب و قبول است و عمل حقوقی محصول این تراضی است که بر اساس اراده حقیقی و واقعی طرفین شکل گرفته است. بر همین اساس، بسیاری از قواعد و مقررات مربوط به تعهدات بر اساس نقش اراده اعم از صریح، ضمنی و یا بنایی تحلیل و ارزیابی می‌شوند. نظام تحول قرارداد نیز از این قاعده مستثنی نیست و تکیه بر اراده طرفین دارد و این اراده مشترک است که می‌تواند تغییراتی این‌گونه را در رابطه حقوقی طرفین توجیه نماید.^۱

یکی از مهم‌ترین مباحث مطرح در موضوع تحول قرارداد، ماهیت اراده‌ای است که بر اساس آن فرایند تحول انجام می‌شود. این بحث فراتر از ارزش نظری، اثر مستقیمی در تجزیه و تحلیل احکام مرتبط به این موضوع دارد.

دسته‌ای از حقوق‌دانان این اراده را اراده احتمالی و گروهی دیگر آن را اراده فرضی یا تصویری می‌دانند که هریک از این دو مفهوم بار معنایی و آثار حقوقی خاص خود را دارد که باید به صورت دقیق مورد مطالعه قرار گیرد.

الف) اراده احتمالی

بیشتر حقوق‌دانانی که در مورد تحول قرارداد بحث کرده‌اند، معتقدند اراده‌ای که شرط اساسی تحول قرارداد است، اراده واقعی نیست. اراده واقعی همان اراده‌ای است که طرفین در جریان توافق خود آن را قصد نموده که به بطلان منجر شده است. آیا می‌شود باور کرد که طرفین در زمان تراضی نسبت به دو نوع قرارداد تراضی نموده و در کنار قراردادی که بدون علم و پیش‌بینی طرفین باطل شد، قرارداد دیگری را نیز قصد کرده بودند؟! مگر نه اینکه در

۱. نعمت‌الله، الفت و فتح‌الله عطاردی، «نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه»، دوفصلنامه

حقوق تطبیقی، ش ۱۱۱ (۱۳۹۸)، ص ۱۹۱.

۲. صاحب عبید، الفتلاوی، پیشین، ص ۳۳.

تعریف تحول قرارداد استدلال می‌شد که اگر طرفین قرارداد می‌دانستند قراردادهای باطل می‌شود اراده ایشان به قرارداد جدید متوجه می‌شد. بنابراین اراده‌ای که بر اساس آن وجود قرارداد جدید توجیه می‌شود، اراده احتمالی و یا نیت احتمالی مشترک است که تنها در سایه علم نداشتن طرفین به وجود آن قابل تصور است.

چنانچه طرفین می‌دانستند که قرارداد اصلی آنها باطل است و در کنار آن قرارداد دیگری را در نظر داشتند، به یقین از همان ابتدا اراده آنها به همان قرارداد دوم منصرف بود و توافق اول آنها پوسته بی‌مغز و فاقد ارزش حقوقی بوده است. بنابراین اراده واقعی و حقیقی طرفین منصرف به قرارداد اولیه‌ای بود که باطل شمرده شد و اراده احتمالی آنها متوجه قرارداد جدید و صحیح است!

مفهوم این نظریه این است که در روند ارتباط حقوقی طرفین دو اراده معاصر و هم‌زمان وجود دارد؛ اراده اول، اراده واقعی و حقیقی که محصول آن قراردادی باطل بود و در کنار آن، اراده احتمالی وجود دارد که بر اساس آن قرارداد صحیحی شکل می‌گیرد.

طرف‌داران این نظریه در مورد ماهیت و اوصاف اراده مورد نیاز برای تحول می‌گویند که این اراده احتمالی در چارچوب اهداف مشروع و خواسته‌های اقتصادی طرفین از رابطه حقوقی‌شان ارزیابی و تبیین می‌شود؛ یعنی وقتی وسیله و قالب قانونی که برای رسیدن به این اهداف انتخاب کرده‌اند از نظر قانون معتبر نبوده باشد، آنها می‌توانند نسبت به وسیله و قالب معتبر و قانونی دیگری برای رسیدن به همان اهداف و یا حداقل بخش قابل توجهی از آن توافق نمایند.

اراده احتمالی به‌عنوان مبنای تحول قرارداد در حقوق و مقررات برخی از کشورهای عربی مطرح شده است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی کویت بر همین اساس تدوین یافته است و همچنین برخی از دادگاه‌های مصر نیز به این دیدگاه تمایل داشته‌اند.^۱

برابر نظریه اراده احتمالی، هرگاه قاضی بر اساس اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد به این نتیجه رسید که طرفین در صورت علم به بطلان قرارداد، قرارداد جدیدی را قبول می‌کنند،

۱. عبدالرزاق، السنهوری، الوسيط فی شرح قانون المدني، (بیروت: منشورات الحلبي، ج ۱، ۲۰۰۸ م)، ص ۶۳۶.

۲. علی کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۱۲۶.

می‌تواند نسبت به تحول قرارداد اقدام نماید؛ البته حتی طرف‌داران این دیدگاه هم قبول دارند که قاضی در این موارد نمی‌تواند به قطع و یقین اعلام کند که طرفین در صورت علم به بطلان رابطه حقوقی‌شان به قرارداد جدید رضایت داشتند، با وجود این در انجام فرایند تحول قرارداد لازم نیست قاضی به اطمینان برسد و داشتن احتمالی معقول کفایت می‌کند و قاضی نیز در بررسی اوضاع احوال و نتیجه‌گیری مستقل است و به عبارتی می‌توان گفت که این کار جزء شئون قضاوت و وظایف اختصاصی وی است.^۱

نظریه اراده احتمالی با انتقادهای زیادی مواجه شد. اساسی‌ترین چالش این نظریه این است که امکان تصور یک رابطه حقوقی با دو قصد وجود ندارد. اراده احتمالی فقط در صورتی قابل تصور است که طرفین توقع داشته باشند که رابطه حقوقی‌شان باطل باشد و با توجه به این احتمال، قرارداد دیگری را به صورت احتیاطی قصد نمایند که در صورت باطل شدن قرارداد اولیه جایگزین آن شود، و این مسئله بی‌گمان نشان از مردد بودن اراده دارد؛ امری که می‌تواند به عدم تشکیل قرارداد و ناممکن بودن تحول قرارداد منجر شود. ایرادهای اساسی پیش‌گفته موجب مهجور ماندن این نظریه در نزد صاحب‌نظران و سیستم‌های قانون‌گذاری شده است.^۲

ب) اراده فرضی (تصوری)

طرف‌داران این دیدگاه معتقدند که تحول قرارداد باید بر اساس اراده فرضی تحقق پیدا کند. اراده فرضی برخلاف اراده احتمالی غیرحقیقی است و بر اساس فرض و تصور شکل می‌گیرد؛ به این شرح که طرفین رابطه قراردادی اصلاً به بطلان رابطه قراردادی خود فکر نمی‌کنند و اراده حقیقی آنها متوجه قرارداد اولیه‌ای است که در آن به این موضوع تصریح شده و معتقد به صحت آن بوده‌اند. منطق حقوق نمی‌پذیرد که آنها در همان زمان، اراده حقیقی دیگری نیز داشته‌اند که در صورت بطلان قرارداد اولیه مبنای رابطه حقوقی و قرارداد جدید باشد.^۳

بر اساس این دیدگاه در توافق طرفین فقط یک اراده واقعی وجود داشته است؛ همان

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ص ۵۸۴.

۲. علی‌کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۱۲۷.

۳. احمد، یسری، پیشین، ص ۱۸۲.

اراده بی‌ثمری که به قرارداد باطل منجر شده است و به‌جز این، اراده دیگری که به صورت واقعی منسوب به طرفین باشد وجود ندارد. اما اراده‌ای که می‌توان تحول قرارداد را بر اساس آن انجام داد، اراده‌ای است که بر اساس فرض و تصور قاضی شکل می‌گیرد که مسئول رسیدگی به اختلاف به‌وجودآمده است. به این ترتیب که خود را به‌جای طرفین قرارداد می‌گذارد و با توجه به اوضاع و احوال و محتوای توافق فرض می‌کند که آنها چه قراردادی را انتخاب می‌کردند که بهتر بتواند خواست و اهدافشان را تأمین نماید.

اما در خصوص حدود اختیارات و نحوه دخالت قاضی در فرایند تحول قرارداد بر اساس اراده فرضی باید گفت که قاضی نقشی مثبت و انشایی و البته غیرتحکمی دارد. این معنا از بررسی متون قانونی و دکترین حقوقی مطرح‌شده در این زمینه به‌دست می‌آید. پیش‌نویس قانون مدنی مصر که سندی مهم در این موضوع شمرده می‌شد، مقرر می‌داشت: باید در مورد منصرف بودن نیت طرفین به قرارداد جدید در صورتی که نسبت به بطلان قرارداد اصلی مطلع باشند، دلیل اقامه شود؛ یعنی سلطه قاضی در این مورد تحکمی نیست و قاضی از جانب طرفین قرارداد، دوباره آن را به شکل جدید بازسازی می‌کند. در این مسیر از اراده آنها راهنمایی می‌گیرد و عملکرد قاضی محدود به قصد و خواست طرفین است که باید برای آن دلیل اقامه نماید. به عبارت دیگر، قاضی در تشخیص دو شرط اولیه در تحول قرارداد یعنی باطل بودن قرارداد اصلی و موجود بودن عناصر و ارکان قرارداد صحیح، بدون هیچ محدودیتی و تنها بر اساس اصول حقوقی اعمال صلاحیت می‌نماید، ولی در شرط سوم، یعنی انصراف اراده طرفین به قرارداد جدید، محدود به خواست و اراده طرفین است و این قید می‌تواند جریان رسیدگی را به سمتی هدایت نماید که اراده فرضی اعلام‌شده از سوی قاضی تا بیشترین حد ممکن به اراده حقیقی طرفین نزدیک باشد.

در جمع‌بندی نهایی می‌توان گفت که اراده فرضی یا تصویری بهتر می‌تواند احکام تحول قرارداد را توجیه نماید و لذا بیشتر سیستم‌های قانون‌گذاری که به این مسئله پرداخته‌اند، از این مبنا تبعیت کرده‌اند و همین‌طور رویه قضایی و دکترین نیز به سمت پذیرش این نظر

۱. صاحب عبید، الفتلاوی، پیشین، ص ۶۸.

۲. علی کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۱۵۲.

گرایش داشته‌اند.^۱

با وجود این، باید اذعان داشت که بحث اراده فرضی از مباحث پیچیده و دارای زوایای مبهمی است و علت این امر نیز غیرواقعی و فرضی بودن آن است. از سوی دیگر، سیستم‌های قانون‌گذاری نیز معیارهای روشنی را برای قاضی معین نکرده‌اند تا بتواند با استناد به آنها اراده فرضی را تبیین نماید و فقط قاضی مکلف شده است که قراردادی را که نزدیک‌ترین قرابت را با خواست مشترک طرفین دارد به‌عنوان مبنای تحول در نظر بگیرد.

با این همه، قدر متیقن اینست که اهداف و اغراض اقتصادی حاکم بر قرارداد از مهم‌ترین معیارهایی است که قاضی بر اساس آن اراده فرضی طرفین قرارداد را تبیین و به‌عنوان مبنای تحول اعمال می‌نماید؛ هرچند فقط همین یک معیار نمی‌تواند تصویر روشن و قانونمندی از اختیارات قاضی ارائه بدهد و بهتر است معیارهای دیگری نیز تعیین شود و میزان اختیارات قاضی در این زمینه کاهش یابد.^۲

نتیجه

نهاد تحول قرارداد که ریشه در حقوق آلمان دارد سازوکار مفیدی برای کاستن از موارد بطلان قرارداد است؛ به این معنا که اگر قرارداد باطلی در برگیرنده ارکان و شرایط قرارداد صحیح دیگری باشد، قرارداد اخیر ملاک خواهد بود و توافق طرفین به آن متحول می‌شود؛ مشروط به این فرض که اراده طرفین در صورت علم به بطلان قرارداد اولیه، منصرف به قرارداد دوم باشد.

تحول قرارداد از آثار فرعی مترتب بر قرارداد باطل است، به این معنا که قانون‌گذار با وجود اصل اولیه که قرارداد باطل را فاقد اثر حقوقی می‌داند، با هدف کاستن از موارد بطلان قراردادها و صیانت از نظم اقتصادی جامعه این قابلیت را در قرارداد باطل پیش‌بینی کرده است که با شرایطی به عقد صحیح دیگری تحول پیدا کند و در کالبدی جدید به حیات حقوقی خود ادامه دهد و البته قاضی دارای نقشی کلیدی در تفسیر، توصیف و بازسازی

۱. مجموعه احکام صادره از دیوان عالی عراق در بخش مدنی، ج ۵، (۱۹۶۸ م)، ص ۱۸۰.

۲. علی کاظم، الشبانی، پیشین، ص ۱۶۰.

قرارداد بر اساس اراده فرضی طرفین است.

این نهاد در حقوق بسیاری از کشورها از جمله کشورهای عربی و افغانستان به عنوان قاعده‌ای عام پذیرفته شده است، ولی در حقوق ایران با اینکه مصادیق متعددی از اعمال تحول در قراردادها یافت می‌شود، ولی قانون‌گذار به عنوان قاعده‌ای عام به این نهاد تصریح نکرده است.



منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۸۸).
۲. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۲، (تهران: انتشارات عصر حقوق، چ ۱، ۱۳۹۷).
۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، (تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا، چ ۳، ۱۳۷۱).
۴. میرزایی، نجفعلی، *فرهنگ اصطلاحات عربی فارسی*، (تهران: نشر فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸) ذیل واژه تحول.

- مقالات

۵. افضلی، عبدالواحد؛ مهدی شهبابی؛ محمد مهدی شریف، «عبور از تفسیر قرارداد به تحول قرارداد، تأملی در اجتماعی شدن حقوق قراردادها»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۷ (۱۳۹۸).
۶. الفت، نعمت‌الله، و فتح‌الله عطاردی، «نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، ش ۱۱۱ (۱۳۹۸).
۷. صالح، ایمان، «تحول عقد در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مجله حقوق اسلامی*، ش ۵۸ (۱۳۹۷).
۸. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۷۰ (۱۳۸۴).

ب) عربی

- کتابها

۹. الباقي، عبدالفتاح، *مصادر الالتزام*، (مصر: مطبعة النهضة، بی‌تا).

۱۰. توفیق حسن، فرج و سوار محمد، وحیدالدین، *نظریه العامه للالتزامات*، (بیروت: الدار الجامعیه، ۱۹۹۳ م).
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح الكرامه فی شرح القواعد*، ج ۱۴، (قم: انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ ق).
۱۲. الحکیم، عبدالمجید، *الوجیز فی نظریه الالتزام*، ج ۱، (بغداد: مطبعه التعليم العالی، چ ۲، ۱۹۹۰ م).
۱۳. الذنون، حسن علی، *النظریه العامه للالتزامات*، ج ۲، (اردن: انتشارات وائل لنشر، چ ۱، ۲۰۰۲ م).
۱۴. سلطان، انور، *نظریه العامه للالتزامات*، ج ۳، (مصر: انتشارات دارالمعارف، چ ۲، ۲۰۰۵ م).
۱۵. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح قانون المدنی*، (بیروت: منشورات الحلبي، چ ۱، ۲۰۰۸ م).
۱۶. الشیبانی، علی کاظم، *تحول العقد فی نطاق القانون المدنی*، (لبنان: منشورات الحلبي، چ ۱، ۲۰۱۵ م).
۱۷. شحاته، ابراهیم، *فی اجتهاد القاضی*، (مصر: انتشارات جامعه عين الشمس، چ ۲، ۱۹۸۸ م).
۱۸. شرقاوی، جمیل، *نظریه بطلان التصرف القانونی*، (مصر: انتشارات جامعه القاهره، چ ۱، ۱۹۵۶ م).
۱۹. الفتلاوی، صاحب عبید، *تحول العقد دراسه مقارنه*، (اردن: انتشارات دارالثقافه، چ ۱، ۱۹۹۷ م).
۲۰. قلاده، ولیم سلیم، *اعلان الاراده فی قانون المدنی المصری*، (مصر: انتشارات جامعه قاهره، چ ۱، ۱۹۵۵ م).
۲۱. *مجموعه احکام صادره از دیوان عالی عراق در بخش مدنی*، ج ۵، (۱۹۶۸ م)، ص ۱۸۰.
۲۲. منصور، محمدحسین، *مصادر الالتزام*، ج ۲، (مصر: الدار الجامعه، چ ۱، ۲۰۰۰ م).
۲۳. یسری، احمد، *تحول التصرف القانونی*، (مصر: مطبعه الرساله، چ ۷، ۱۹۵۸ م).
- مقالات –
۲۴. بدوی، حلمی بهجت، «آثار التصرفات الباطله»، *مجلة القانون و الاقتصاد*، دوره ۳، ش ۳ (۱۹۳۳ م).
۲۵. ترکمانیه غزال، محمد، «الإشکالیات التطبيقیة لنظریه تحول العقد»، *مجلة كلية العسکریه للعلوم اداریه و القانونیه*، ش ۱ (۲۰۱۴ م).

۲۶. قلچچی، عبدالحفیظ، «بطلان العقد فی الفقه الاسلامی»، *مجلة حقوق دانشگاه کویت*، دورة ۲، ش ۱۸ (۲۰۰۴ م).

(ج) انگلیسی

۲۷. Zimmermann, Reinhard; *the Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*; (Johannesburg: Jute & Co, Ltd, 1990).

