

مقاله علمی پژوهشی

تبیین ابعاد مفهومی نظریه تحول عمل حقوقی در دکترین‌های حقوقی معاصر

سید ابوالقاسم نقیبی^۱، ابوذر اسماعیلی^{۲*}

۱. دانشیار فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

(دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۲۵ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳)

Explaining the Conceptual Dimensions of the Theory of Conversion of Juridical Act in Contemporary Juridical Doctrines

Seyed Abolghasem Naghibi¹, Abouzar Esmaeli^{2*}

1. Associate Professor of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

2. Ph.D. Student in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

(Received: 14/Jun/2020

Accepted: 04/Oct/2020)

Abstract

According to Article 140 of the German Civil Code, if the void legal act includes the elements of valid legal act, if the virtual will of the parties is fulfilled by the judge, the invalid legal act will be transformed into the valid legal act. In order to clarify the concept and different definitions of the institution of conversion and to express its independent nature, the distinction of this institution with similar institutions in contemporary legal doctrine is examined. To clarify the concept and different definitions of the institution of transformation and at the same time to express its independent nature, the distinction of this institution with similar institutions in contemporary juridical doctrine is examined. To achieve these goals, a descriptive-analytical approach has been used. Reduction of the transformation process and prevention of the entry of foreign elements into the legal practice are the two main features of this institution that distinguish it from similar institutions such as partial invalidity, Novation, corrections of the contract and qualification. It can be said that the institution conversion legal act is a genuine institution and despite its similarity to some legal institutions, it has a distinct and independent concept.

Keywords: Nullity, Conversion, Partial Nullity, Novation, Qualification.

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 دکترین‌های حقوقی معاصر است. برای دستیابی به اهداف مزبور، تلاش شده با استفاده از رویکرد توصیفی-تحلیلی و استفاده از روش کتابخانه‌ای ابعاد مفهومی و مکانیسم نظریه تحول تشریح شود. بنابر یافته این تحقیق، کاهش بودن فرایند تحول و مانع 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 می‌شود. با در نظر گرفتن نتایج این پژوهش می‌توان گفت که نهاد تحول عمل حقوقی، نهادی اصیل و به‌رغم مشابهت با برخی از نهادهای حقوقی، دارای مفهومی متفاوت و مستقل است.

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

*Corresponding Author: Abouzar Esmaeli

E-mail: abouzar.esmaeli@gmail.com

نویسنده مسئول: ابوذر اسماعیلی

مقدمه

شخص تحمیل می‌گردد. بنابراین، جهت ایجاد واقعه حقوقی نیازی به تحول نیست تا به وسیله آن متولد شود. بدین جهت به لحاظ منطقی رابطه میان نظریه تحول و واقعه حقوقی به منزله قضیه سالبه به انتفای موضوع است. در بخش نخست مفهوم و تعریف نهاد مزبور بیان شده و در بخش دوم نقش اراده در نهاد تحول عمل حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است. بخش سوم اختصاص به تبیین ویژگی‌های عملکردی نهاد تحول و تمایز میان نهاد مزبور با نهادهای مشابه دارد.

مفهوم نهاد تحول عمل حقوقی «conversion»

۱. معنای لغوی

اصطلاح تحول بیانگر انتقال از یک وضعیت به وضعیت دیگر است (Couret, 1981: 221). اصطلاح مزبور از واژه لاتینی «Conversio» گرفته شده است که به معنای «عمل چرخش یا تغییر» است (Bouffartigue, 1996: V°). 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-Maynard, 2015: V° Conversion).

۲. معنای اصطلاحی در دکترین حقوقی

۱-۲. دکترین حقوقی اروپایی

فرهنگ واژگان حقوقی هنری کاپیتان، تحول را این‌گونه 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, 2016: V° Conversion par réduction d'un acte nul). نویسنده آلمانی متعلق به قرن گذشته، آقای رومر، تحول را این‌گونه 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

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 می‌شود. «تحول 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 تحول 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 بر خلاف عدم وجود نصی در قانون مدنی سوئیس و فرانسه در قانون مدنی اغلب کشورهای عربی به آن تصریح گشته است. تا کنون 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 تحول در دکترین حقوقی معاصر تشریح شود. با توجه به مطالب فوق و عنوان تحقیق پیش رو، موضوع نظریه تحول 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

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: شماره ۵۸۵: ۱۷۶)

3. Acte Juridique

4. Fait Juridique

عقد بوده است، بنابراین آنچه واقع شده است صحیح قلمداد می‌گردد» (Simler, 1969: 13) ^۵.

با دقت در تعریف فوق مشخص می‌شود که این تعریف نسبت به تعاریف قبل از وضوح بیشتری برخوردار می‌باشد؛ زیرا در این تعریف به شرایط و روش تحول عمل حقوقی اشاره گردیده است؛ از جمله اینکه اولاً عمل حقوقی اولیه که واقع شده است، باطل باشد. ثانیاً ارکان و شرایط عمل حقوقی دیگری فراهم باشد. ثالثاً هدف از عمل حقوقی اولیه در ضمن عمل جدید مهیا باشد و یا در واقع اراده ضمنی طرفین به این هدف گرایش داشته باشد.

فلیپ مینوود^۶ نیز از این نهاد حقوقی یک تعریف غایی ارائه نموده است: « تحول عمل حقوقی یک روش و مکانیزم قانونی است که برای رهایی از بطلان عقد به کارگیری می‌شود» (Malinvaud, 2007: 274) ^۷. در تعریف فوق هیچ گونه اشاره‌ای به روش و شرایط تحول عمل حقوقی نشده است و فقط به علت و هدف «رهایی عقد از بطلان»^۸ اشاره شده است.

۲-۲. دکترین حقوقی عربی

قانون مدنی مصر اولین^۹ نظام حقوقی میان کشورهای عربی است که این نظریه را از حقوق آلمان اخذ نموده و ماده معینی را به آن اختصاص داده است. ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر در این خصوص بیان داشته است: «اگر عقد باطل بوده و یا قابلیت ابطال داشته باشد و در این میان ارکان عمل حقوقی دیگری وجود داشته باشد، عقد به اعتبار ارکان موجود عقد صحیح معتبر است. این در صورتی است که نیت متعاقدين به چنین عقدي گرایش داشته باشد»^{۱۰}. در پیش‌نویس قانون مدنی جدید

اعتبار و ارزش است» (perrin, 1911: 2). آقای رنه چاپیوت تحول را این‌گونه 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» (Japiot, 1909: 672) ^۱.

به‌رغم اینکه در قانون مدنی فرانسه، نص معینی در خصوص تئوری تحول عقد وجود ندارد، اما حقوقدانان فرانسوی در صدد تبیین این نظریه بوده‌اند. فرهنگ واژگان حقوقی هنری کاپیتان که تحت نظارت دین جرارد کورنو منتشر شده، در خصوص تعریف اصطلاح «تحول»^۲ چنین آمده است: «این اصطلاح عنوانی است که به یک فرایند عقلانی داده شده است که در آن یک عمل حقوقی اعاده می‌گردد. این عملیات مشتمل است بر انتقال از یک عمل حقوقی باطل به یک عمل حقوقی معتبر که مطابق آن عمل حقوقی باطل به عمل حقوقی دوم تبدیل می‌شود. بدین ترتیب عمل حقوقی به واسطه اعطای تأثیر به آن از بطلان رهایی می‌یابد؛ البته این به شرطی خواهد بود که اثر مزبور با قصد طرفین مطابقت داشته و شرایط اعتبار عمل صحیح هم فراهم باشد». (V^o Conversion par (Cornu, 2016: réduction d'un acte nul) ^۳

در تعریف مزبور به توازن عقود و نقش آن در ثبات معاملات اشاره شده است، اما به روش و مکانیزم تحول اشاره‌ای نشده است.

سیملر^۴ از دیگر حقوقدانانی است که به تعریف این نهاد حقوقی پرداخته است. بنابر نظر او تحول عمل حقوقی: «عملیات قانونی است که به موجب آن، عقد باطل، واجد عناصر و شروط قانونی عمل حقوقی دیگری است که در چنین حالتی نتیجه مشابه عمل حقوقی باطل به دست آمده است. علاوه بر این، نتیجه حاصله از عمل باطل مورد انتظار طرفین

5. «La conversion comme le phénomène juridique grâce auquel un acte nul, remplissant cependant les conditions requises par la loi pour un autre acte, ayant un résultat semblable et conforme au but envisagé par les parties, sera valable dans cette mesure.»

6. Philippe Malinvaud

7. «la conversion est une technique tendant à sauver un acte de la nullité.»

8. saurer un acte de la nullité

۹. در حقوق کشورهای دیگر عربی از جمله ماده‌ی ۱۴۵ قانون مدنی سوریه، ماده‌ی ۱۴۰ قانون مدنی عراق، ماده‌ی ۱۴۴ قانون مدنی لیبی و ماده‌ی ۱۰۵ قانون مدنی الجزایر و ماده ۳۲۸ حقوق تعهدات تونس به این نهاد حقوقی اختصاص پیدا کرده است.

۱۰. «اذا كان العقد باطلا او قابلا للابطال و توافرت فيه ارکان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد.»

1. « l'opération qui consiste, lorsqu'un acte juridique, tel qu'il a été passé en fait par les parties, est inefficace, mais renferme les éléments nécessaires à la formation d'un acte valable, à tirer de cet acte nul un acte nouveau qui réponde au but économique que les parties avaient en vue»

2. conversion

3. «le nom donné à un procédé intellectuel de revalorisation des actes nul, qui consiste à faire sortir d'un acte juridique nul un autre acte juridique valable auquel le premier peut être ramené (réduit), c'est-à-dire à sauver l'acte inclus de la nullité en lui donnant effet, si ses effets correspondent bien à l'intention des parties et si ses conditions de validité se trouvent réunies... »

4. philippe simler

عمل حقوقی خود را می‌دانستند، به عقد جدید گرایش پیدا می‌کردند» (مرقس، ۱۹۶۰: ۳۲۵).^۳

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 می‌کند: «زمانی که دادرسی تحول عقد باطل را به عقد صحیح مورد حکم قرار می‌دهد، 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 نموده‌اند و هر گاه طرفین می‌دانستند که آنچه واقع کرده‌اند باطل و ناکارآمد است، هر آینه عقد صحیح را اراده می‌نمودند. بنابراین این اراده احتمالی طرفین است که به عقد جدید گرایش داشته است بدین وسیله تفسیری که دادرسی ارائه داده است جایگزین اراده اعلام‌شده طرفین می‌شود و عقدی که دارای اثر قانونی است همان عقد صحیحی است که عقد باطل به آن متحول گشته است» (سنهوری، ۱۹۹۸: ۶۳۶ و ۶۳۷؛ سعد نبیل، ۲۰۰۱: ۲۹۵/۱). در ادامه ضروری است نقش اراده در نظریه تحول را در دکترین حقوقی مورد بررسی قرار دهیم.

نقش اراده در تحول عمل حقوقی

نویسندگان فرانسوی که نظریه تحول عقد را بر مبنای اراده احتمالی توجیه نموده‌اند، نظر خود را به وضوح یکسانی ابراز نکرده‌اند. در این خصوص نظر سه تن از حقوقدانان فرانسه در زمینه چگونگی نقش اراده در نهاد تحول عمل حقوقی را تبیین می‌نماییم.

۱. خاویر پیرین

در تنها تألیفی که او در حقوق فرانسه در این زمینه نگاشته است، بیان می‌دارد: «ممکن است عمل حقوقی دوم فی نفسه، بدون وجود هیچ‌گونه اراده‌ای 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 می‌آید، باید این مسئله فرض شود که اگر طرفین عقد، بطلان عمل حقوقی که واقع کرده‌اند را می‌دانستند، به

مصر در خصوص این نظریه آمده است: «... نظریه تحول صرف تفسیر اراده متعاقبین نمی‌باشد، بلکه دادرسی خود را جانشین طرفین عقد می‌نماید و عقد سابق آنها را به عقد صحیحی تبدیل می‌کند. شرایط چنین تحولی عبارت است از اینکه اولاً عقد باطل باشد؛ زیرا در صورت صحت عقد، دادرسی به هیچ وجه مجاز نخواهد بود که عقد دیگری را جایگزین آن نماید. ثانیاً ارکان عقد جدیدی که دادرسی به آن حکم می‌کند در ضمن عقد باطل وجود داشته باشد. ثالثاً قصد طرفین به عقد جدید گرایش داشته باشد. بنابراین شروط، اختیاری که دادرسی در اعمال این نظریه دارد یک اختیار لجام گسیخته و مطلق نخواهد بود و در واقع طرفین عمل حقوقی را به سمت قصدشان هدایت نموده و از فاصله‌ای که میان قصد فرضی و قصد حقیقی آنها به وجود آمده است می‌کاهد» (مجموعه اعمال التحصیریه للقانون المدنی المصری، ۱۹۵۰، ۲/۲۶۷-۲۶۲). سنهوری حقوقدان مصری در خصوص این نهاد حقوقی می‌گوید: «تحول عقد عبارت است از تبدیل عقد قدیمی به عقد جدید بدون اضافه کردن عنصر جدیدی به عقد سابق به شکلی که عناصر عقد سابق همان‌طور که بوده، به حال خود باقی است؛ چنانچه عقد جدید به گونه‌ای متفاوت از عقد اول توصیف می‌گردد...» (سنهوری، ۲۰۰۸: ۵۵۰).^۱ مصطفی احمد الزرقاء از این نظریه این چنین یاد می‌نماید: «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 نموده‌اند باطل است، اما قصدشان به همان عقد دیگر (که صحیح است و با قصد طرفین منافات ندارد) انصراف پیدا می‌کند» (الزرقاء، ۱۹۶۱: ۶۶۷).^۲

دکتر سلیمان مرقس از جمله دیگر حقوقدانان مصری است که به تعریف نظریه تحول پرداخته است. ایشان در این زمینه بیان داشته‌اند: «تحول عقد عبارت است از تبدیل عقد باطلی که طرفین خواهان آن بوده‌اند، 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

۱. «استبدال عقد جدید بعقد قدیم من غیر ادخال ای عنصر جدید، بل تبقی عناصر العقد القدیمه کما هی، و انما تکلیف تکلیفا قانونیا غیر التکلیف الاول فیقع بذلک الاستبدال العقد جدید بالعقد القدیم...».

۲. «انقلاب العقد یعنی ان العقد الذی یعتبر باطلا فی موضوعه الخاص قد یتضمن عناصر عقد آخر لا یتنافی مع غرض المتعاقبین فیصرف الیه و ان اعتبر باطلا فی موضوعه المتعاقد علیه».

۳. «هو تحول العقد الباطل الذی قصد الطرفان ابرامه الی عقد من نوع آخر تكون عناصره متوافره فی تمامها فی حطام ذلك العقد الباطل اذا ثبت ان نية الطرفين كانت تنصرف الی هذا العقد الاخر لو علما وقت ابرام العقد الاول بطلانه».

پرین و پیدلیو 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 پیدلیو 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 بر می‌گزیند. اگر چنین فرضیه‌ای مبنای عملکرد قاضی نباشد تحول عمل حقوقی امکان‌پذیر نخواهد بود» (Bouaziz, 2017: 279).

۳. 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, 1901: 315).^۳ سالی در پاسخ به این پرسش که قاضی چگونه می‌تواند چنین اراده احتمالی (یا فرضی) را احراز کند؟ می‌گوید: چنین اراده‌ای زمانی موجود خواهد بود که معلوم شود، فرایند قانونی که طرفین برای تحقق اهداف اقتصادی خویش به کار بسته‌اند، به واسطه بطلان آن (فرایند قانونی) از بین رفته و بلا اثر شده است. (Bouaziz, 2017: 280) نظریه سالی به نظریه پیدلیو 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»^۴ یا «مطلع‌تر»^۵ می‌شدند، به عمل حقوقی

این هدف اقتصادی (که اکنون حاصل است) رضایت می‌دادند. او سپس می‌افزاید هرچند جهت ایجاد عمل حقوقی، اراده لازم است، اما آنچه که ما را به این فرایند فنی (تحول عقد) رهنمون می‌سازد، هدف اقتصادی قرارداد است که از اراده اقتصادی طرفین به وجود می‌آید (Perrin, 1911: 115). همچنین اگر اراده واقعی آنها بر این عمل حقوقی که واقع شده است تعلق گرفته بود، دیگر تحول عمل حقوقی بی‌معناست (Bouaziz 2017: 276).

۲. پیدلیو

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 نتیجه‌گیری می‌کند 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, 1966: 118).^۱ به این ترتیب نویسنده اذعان دارد که عملکرد تحول عقد به نوعی خارج از اراده طرفین واقعی طرفین است (Bouaziz, 2017: 277). بنابراین این تئوری بر اساس یک اراده احتمالی (فرضی) استوار خواهد بود. این نویسنده در خصوص اینکه که قاضی چگونه می‌تواند اراده مزبور را احراز کند، چنین توضیح می‌دهد: «دادرس می‌بایست 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 هر گونه نتایج و آثار به دست آمده محروم نمود، بلکه باید آنچه که واقع شده است را احیا نمود» (Piedelievre, 1966: 119).^۲

1. «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».

2. «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».

3. «...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».

4. informées

5. instruites

اصلی است. تحول توسط دکترین به عنوان «تحول از راه کاهش»^۳ 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 که اصطلاح «تحول» یک معنای بیش از حد موسع دارد و احتمال دارد با «انتقال»^۴ اشتباه گرفته شود. به گفته وی، بهتر است واژه «کاهش»^۵ را نیز به آن بیفزاییم؛ زیرا اصطلاح «تحول» به تنهایی و به اندازه کافی نشانگر کاهش در عمل حقوقی نیست. (Perrin, 1911: 24) در راستای همین ویژگی، نهاد انتقال از یک شکل بزرگ به یک شکل کوچک را به همراه دارد. عمل حقوقی اولیه جهت ایجاد یا بقای نیاز به عناصر بیشتری دارد، درحالی که عمل حقوقی دوم به آن عناصر نیاز ندارد و به همین دلیل عمل حقوقی دوم هر آنچه در جهت حیانتش نیاز دارد اکنون برایش موجود است تحول با توجه به ابعاد عینی آن حتی تا آنجا می‌تواند عمل کند که توسط طرفین قرارداد هم پیش بینی نشده باشد (Perrin, 1911: 11-12)؛ زیرا منشا و منبع تحول را می‌توان در قانون یا اراده دادرس یافت. بنابراین تحول از یک سو با کاهش و از سوی دیگر با جایگزینی یک عمل یا فرم حقوقی عمل می‌نماید. فرایند کاهش که به عنوان ویژگی اصلی نهاد تحول ذکر شده است، یک معیار انحصاری تلقی نمی‌گردد، بلکه نهاد بطلان جزئی نیز از این معیار پیروی می‌نماید. بنابراین لازم است تمایز میان این دو نهاد مورد بررسی قرار گیرد. تمایز و تفکیک میان اینها از این جهت اهمیت دارد که ممکن است در دکترین حقوقی میان آنها خلط گردد.

۱-۱. تمایز نهاد تحول با بطلان جزئی^۶

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 شده که این دو نهاد یکسان دانسته شوند. این ایده جدیدی نیست. در قرن نوزدهم میلادی، دو نویسنده آلمانی (Puchta, 1828: 62; Thibaut, 1890: 105) تحول را یکی از موارد بطلان جزئی به عنوان

جدید (ثانوی) روی می‌آوردند و اراده خود را به نحو صحیح اعلام می‌نمودند. (Piedelievre, 1966: 118-119) حقوقدانان 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 غیر حقیقی 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.

ویژگی‌های عملکرد نهاد تحول

در خصوص نحوه کارکرد تحول، دادرس در رابطه‌ی 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, 1911: 82). در مرحله دوم این سؤال مطرح می‌گردد که آیا می‌توانیم از طریق عناصر پراکنده اثر خاصی را به اراده طرفین اعطا نماییم؟ (Gout, 1999: 421:488). یکی از نویسندگان در این خصوص با تشبیه جالبی خاطر نشان می‌کند که «اگر ساختمانی تخریب شود، هنوز مصالح قابل استفاده‌ای وجود دارد» (Piedelievre, 1966: 645)؛ 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 احياناً با «بقایا»^۱ یا «قطعات»^۲ (Laurent-Bonne, 2014: 1747) عمل حقوقی اول ساخته شده است. به نظر می‌رسد که دادرس در این باره عملکرد مضاعفی دارد که اولاً از بین بردن عمل اولیه باطل و ثانیاً بازسازی یک عمل جدید است (Bouaziz, 2017: 5). 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 کاهش محسوب می‌گردد و از سوی دیگر تحول مانع ورود عناصر دیگری به عمل اولیه است.

۱. فرایند کاهش، معیار مشخص نهاد تحول

نخستین ویژگی اساسی تحول تقلیل یا کاهش عناصر عمل

3. conversion par reduction
4. transformation
5. reduction
6. La nullité partielle

1. restes
2. débris

خاص خودش است: «در حالت اول یا همان بطلان جزئی با یک عملیات سلبی^۳ مواجه هستیم، درحالی که در نهاد تحول خودمان را در یک موقعیت کاملاً متفاوت می‌یابیم که با یک تمایل ایجابی^۴ برای بازسازی وضعیت ناقص اولیه مشخص می‌گردد». همین نویسنده می‌افزاید: «بطلان جزئی تمایل به کاستن دارد، اما تحول از طریق بازسازی عملیات اولیه تمایل به اضافه کردن و جمع کردن دارد» (Courret, 1981: 243)، 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 ضروریست تا نهاد تحول از نهادهای دیگر که مکانیزم نسبتاً نزدیک با نهاد تحول دارد و توسط قانون یا دادرسی اعمال می‌گردد، متمایز گردد. نهاد توصیف^۵ یا باز توصیف^۶ عمل حقوقی از این جهت مشابه با تحول است.

۲-۱. تمایز نهاد تحول با نهاد باز توصیف قرارداد

تحول عمل حقوقی با نهاد «باز توصیف» عمل حقوقی دارای تشابه ظاهری است. در روند دادرسی ارائه امور موضوعی^۷ و یا همان تعیین سبب دعوی به عهده اصحاب دعواست. بنابراین این اصحاب دعوی هستند که امور موضوعی را تعیین یا توصیف نمایند (شمس، ۱۳۹۳: ۱۳). حال چنانچه اصحاب دعوا، امور موضوعی را توصیف نمایند و دادرسی توصیف هر یک را دقیق نداند، می‌تواند امور موضوعی را بازتوصیف کند. در حقوق فرانسه اصحاب دعوا می‌توانند امور موضوعی را توصیف نمایند، اما توصیف اصحاب دعوا دادرسی را پایبند نمی‌نماید و دادرسی نیز توانایی یافتن و اجرای قاعده حقوقی متناسب، بر امور موضوعی و توصیف و باز توصیف را نیز داراست، اما در حقوق ایران نصی در این خصوص نداریم، اما نهاد باز توصیف در حقوق ما نیز با شرایطی که برخی از اساتید ذکر نموده‌اند و از موضوع این نوشتار خارج است قابل پذیرش است (همان: ۱۴).

هر دو عملیات تحول و باز توصیف 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 باز توصیف یا تحول می‌تواند به یک قرارداد هبه تبدیل شود

معتبر بودن جزئی می‌دانستند. به باور نویسندگان مزبور «با یک کاهش ساده، با هرس قسمت‌های بی‌فایده، عناصر باقی‌مانده می‌تواند عمل دیگری را شکل دهد که یا از همان گونه است یا گونه‌های مختلف دیگری داشته باشد». شباهتی که میان این دو نهاد است (تحول و بطلان جزئی) این گونه توضیح داده می‌شود که هر دوی این نهادها در اجرای خود از یک عملیات فنی کاهشی استفاده می‌نمایند (Mazeaud, 1997: 58). در واقع عملکرد بطلان جزئی این گونه است که مطابق تعریف آن یک عمل با قطعات باقی‌مانده آن، همان طور که هست عمل می‌کند (Simler, 1969: 8). 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 می‌گردند (Boujeka, 2002: 238). 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 کرده است (Simler, 1969: 13). با این حال اگرچه آنها 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 می‌کند، در این واقعیت است که در بطلان جزئی زمانی که قسمت باطل از عمل جدا می‌شود عمل باقی‌مانده معتبر است، درحالی که در تحول، عمل اولیه مورد نظر طرفین به‌طور کلی ساقط می‌شود و عمل دیگری جای آن را می‌گیرد. (Tandogan, 1952: 112). در نتیجه تحول اساساً مسئله توصیف را به وجود می‌آورد، در صورتی که این مطلب تماماً در بطلان جزئی وجود ندارد (Simler, 1969: 13). بطلان جزئی در یک عمل حقوقی اساساً باعث از بین رفتن ترتیب و نظم کمی^۱ آن عمل می‌گردد. درحالی که در تحول از طریق کاهش عناصر عمل حقوقی، اساساً در سطح کیفی^۲ آن عمل حقوقی تأثیر می‌گذارد (Bouaziz, 2017: 12). به همین جهت می‌توانیم مانند برخی نویسندگان بگوییم که بطلان جزئی بر یک تغییر نسبتاً کمی دلالت دارد، اما تحول بر یک تغییر کیفی دلالت می‌کند (Simler, 1969: 13; Piededlievre, 1966; Tandogan, 1952: 112; 120; Ghestin, 1988: 242-243). بر همین منوال پروفیسور آلن کورت معتقد است که هر دو نهاد دارای مکانیزم

3. opération negative
4. une volonté positive
5. qualification
6. requalification
7. Les faits

۱. مربوط به کمیت: l'ordre quantitative

۲. مربوط به کیفیت: plan qualitative

(Plamour, 2001: 331).

به جهت همین تشابه بعضی از نویسندگان نهاد توصیف و تحول را با یکدیگر درآمیخته‌اند. طبق نظر ایشان تحول همان تصحیح نام‌گذاری غلط^۱ است. به عبارت دیگر، نهاد تحول نهادی فراتر از تصحیح توصیف غیر صحیح و غیر مطابق با واقع نیست (دسوقی، ۲۰۰۵: ۴۶). بر اساس همین گرایش برخی از نویسندگان در حقوق فرانسه اختصاص نص قانونی خاصی را در خصوص نهاد تحول بی فایده دانسته‌اند؛ زیرا بر این باورند که نهاد تحول ضمن نهاد توصیف وجود دارد. بدین جهت نهاد مزبور را معادل عنوان «تصحیح توصیف» (Delmas, 2000: 272-273) یا «تغییر توصیف» (Larroumet, 2007:n 575) دانسته‌اند. چنانچه در حقوق برخی از کشورهای عربی نیز به این مطلب اشاره گردیده است (الحکیم، ۱۹۶۷: ۴۸۴)^۲، اما با این حال این دو عملیات در یک نکته اساسی تفاوت دارند که ملاک تمیز این دو اساساً ذهنی است، در واقع همان‌طور 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، در حالی 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, 1999: 148)^۳.

در «بازتوصیف» این مطلب مفروض است که شخص با نوع عمل حقوقی که ایجاد کرده‌اند، آگاهی و بصیرت کامل دارند و در این عنصر هیچ‌گونه اشتباهی نکرده منتها طرفین به سادگی مرتکب اشتباه ناچیزی شدند و عنوان عمل خود را نام عمل حقوقی دیگری نهاده‌اند. نقش شخص تفسیرکننده که در اینجا همان دادرس 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.

1. Disqualification

۲. «... والقاضی انما یستعین فی ذلک بسلطته فی تفسیر العقود، و هی سلطه واسعه یکیف بمقتضاها العقد الذی یفسره التکیف القانونی الملائم مادام لاینحرف فی هذا التکیف عن الغایه الاقتصادیه الی قصد الیها المتعاقبان».

3. «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 (...)».

(Terre, 2004: 419؛ Ghestin, 2001: 77) 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 اراده‌ای قراردادی نیست» (Perrin, Pancrazi-tian, 1996: 37) (1911: 41). 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 (سهنوری، 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, 1999: 479-487). هدف دنبال شده توسط دادرس صرفاً و به سادگی این نیست که فقط چارچوب و قالب مناسب با اراده طرفین تعیین شود، بلکه هدف اصلی دادرس 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 اینکه به خاطر نابودی عمل حقوقی بلاثر، عمل حقوقی اصلاحی یا جایگزین به جای آن می‌آید (Gout, 1999: 480, 482).

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 (سهنوری، ۲۰۰۸: 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)، در حالی 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. تمایز نهاد تحول و نهاد تبدیل تعهد^۱

باید از یکسان پنداشتن «تحول» و «تبدیل تعهد» 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 این‌گونه تعریف کرده‌اند: «تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است، که به موجب آن تعهد قدیم منتفی 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 پیش‌بینی 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 (Marty, 1988: 385; Cholet, 2006: 467). 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 (Perrin, 1911: 15 Flour et al, 2014: no 415). طرفین قرارداد ممکن است تصمیم بگیرند که اجازه به عنوان عقد عاریه باقی بماند. در نمونه تبدیل تعهد اجازه به عقد عاریه با دو ویژگی تحول نیز روبه‌رو هستیم: تبدیل و کاهش یا حذف عنصر مال‌الاجاره در اجازه؛ زیرا حذف مال‌الاجاره از قرارداد لزوماً آن را به عقد عاریه مجانی تبدیل می‌کند (Perrin, 1911: 15). 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. دکنترین حقوقی بر این مطلب متفق است که شرط ضروری تبدیل تعهد صحت عقد اول است. (Carbonnier, 2000: no 348 Marty et al 1988, n° 411; Pactet, 1975: 439; Rieg, 2003: V° Novation: 1.) 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: ۲/۲۶۱). بدین ترتیب تبدیل تعهد طبق تعریف، عملیاتی ارادی و یک تکنیک کاملاً قراردادی یا ناشی از قرارداد^۲ 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.

۲. تحول مانع ورود عناصر خارجی به عمل اصلی است

مفهوم تحول ویژگی کاهشی 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, 1981: 252). به طور خاص، تحول نباید با تصحیح قرارداد^۳ اشتباه گرفته شود. ممکن است تحول با «افزایش یا تکمیل»^۴ یا «تقویت»^۵ نیز انجام شود. بنابراین «تصحیح قرارداد» را با «تحول» مقایسه می‌کنیم تا از یکسان پنداشتن این دو نهاد جلوگیری شود.

۱-۲. تمایز میان تحول با نهاد تصحیح عقد^۶

سنهوری در تعریف نهاد تصحیح عقد 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، ۲۰۰۸: ۱۰۵؛ Terre et al, 2002: 395). تعریف مزبور از این جهت مورد انتقاد قرار گرفته که فقط یک حالت تصحیح اشاره شده است و شامل همه حالات آن نمی‌گردد؛ در حالی 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

2. contractuelle
3. correction du contrat
4. ampliation
5. augmentation
6. correction du contrat

۷. «تصحیح العقد یکون بأدخال عنصر جدید علیه یؤدی قانوناً الی جمله صحیحاً».

1. novation

در تحول، قاضی بر اساس اراده فرضی، عمل جدید را از بقایای عمل اولیه استخراج می‌کند (الفتلاوی، ۱۹۹۷: ۱۲۵). برخی نویسندگان معتقد هستند که دو نوع تحول وجود دارد: یکی ارادی که براساس اراده‌ای خاص انجام می‌شود و دیگری غیر ارادی است، فرایندی که حتی توسط طرفین پیش-بینی 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 دامنۀ تأثیرات اعمال اولیه دارد، در حالی 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 (Courret, 1981: 225-228).

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 باقی مانده 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 اراده‌ایی را جهت جلوگیری از آثار بطلان، فرض می‌نماید.

۳. در دکترین حقوقی معاصر، اصیل بودن مفهوم تحول بدین معناست که نهاد مزبور به‌رغم 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.

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، در حالی 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

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, 2004: no 1106: 589). تحول، مانند تصحیح، امکان نجات اعمال باطل را می‌دهد، اما چنانچه گفته شد، در حالت تصحیح، به وسیله تغییر، عمل حقوقی به اعتبار می‌رسد (Dypeyron, 1973: 9). 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 در می‌آید (Ghestin, 1988: n° 800; Marty et Raynaud, 1988: n° 227). از این رو، تصحیح و قانونی کردن عمل را این‌گونه تعریف نمود که کامل شدن دیر هنگام عمل با افزودن عنصر جدید، بدون تغییر در توصیف یا نام عمل حقوقی است (Dypeyron, 1973: 207)، 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، بی ارتباط 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، سنه ۶۳ القضاویه، المکتب الفنی، ۱۹۹۴: ۷۱۲-۷۱۳). بنابراین در تصحیح عمل حقوقی نیاز به اراده حقیقی طرفین است تا عمل حقوقی را مجدداً اصلاح کند (سنه‌وری، ۲۰۰۸: ۵۵۰؛ منصور حاتم، ۲۰۰۶: ۷۱)، در حالی که

۱. «...فقد یدهب المشرع الی تصحیح العقد الباطل و یکون ذلک بادخال عنصر جدید علیه یودی قانونا الی جمله صحیحا و هو ما یسمی بنظریه التصحیح العقد الباطل و هی تخرج عن نطاق تحول العقد الباطل الی تستلزم عدم اضافه ای عنصر جدید علی هذا العقد فاذا ما سلک المشرع نهج التصحیح فلا محل للتمسک بالقواعد العامه فی القانون المدنی و منها نظریه تحول العقد الباطل ورد المتعاقدان الی ما قبل التعاقد».

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 می‌رود. بدین جهت محتوی و مضمون التزامات قراردادی مورد توقع آنها تغییر و یا به عبارتی کاهش پیدا می‌کند، در حالی که در توصیف عمل حقوقی، به این دلیل که طرفین در انتخاب عنوان آنچه واقع نموده‌اند، مرتکب اشتباه شده‌اند، دادرسی صرفاً چارچوب مناسب با اراده طرفین را تعیین می‌نماید. بنابراین توصیف از دو جهت با تحول متفاوت است: اولاً از این جهت که تحول یک عملیات کاهش است و ثانیاً اینکه در تحول به خاطر بلااثر شدن عمل حقوقی، عمل اصلاحی، جایگزین آن می‌گردد.

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 بر خلاف 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] متمایز می‌گردد. تشابه نهاد مزبور با نهاد تحول در این است که دو نهاد مذکور یک روند بازسازی قرارداد را دارند. تصحیح عقد می‌تواند از راه «افزایش یا تکمیل» [ampliation] یا «تقویت» [augmentation] نیز انجام شود. در حالی که در تحول این خصوصیت وجود دارد که مانع تغییر در عمل حقوقی اولیه می‌گردد. 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 می‌کند.

منابع

احمد، یسری (۱۹۵۸). تحول التصرف القانونی دراسه مقارنه للماده ۱۴۴ من القانون المدنی المصری علی اساس ماده ۱۴۰ من القانون المدنی الالمانی. مطبعه الرساله: عابدين. بدوی، حلمی بهجت (۱۹۳۳). «آثار التصرفات الباطله». القسم الاول، مجله القانون والاقتصاد، القاهرة، سنة الرابعة. جعفری لنگرودی. جعفر (۱۳۸۶) الفارق. تهران: گنج دانش. الحکیم، عبدالمجید (۱۹۶۷). الوسيط فی نظریه العقد مع المقارنه و الموازنه بين النظريات الفقه الغربی و ما بقابلها

فی الفقه الاسلامی و القانون المدنی العراقی. الجزء الاول فی انعقاد العقد. بغداد: شرکه الطبع و النشر الاهلیه. رافت، دسوقی (۲۰۰۵). تحول العقد الباطل الی تصرف صحیح. بیروت: دار العلوم للنشر والتوزیع. الزقاء، مصطفی احمد (۱۹۶۱). الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید. جلد ۱. جامعه دمشق: المدخل الفقهی العام. سعد نبیل، ابراهیم (۲۰۰۱). النظریه العامه للالتزام. جلد ۱. مصادر الالتزام. بیروت: دار النهضه العربیه. السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸). نظریه العقد. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

_____ (۲۰۰۸). الوسيط فی شرح القانون المدنی. جلد ۱. نظریه الالتزام بوجه العام. مصادر الالتزام. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

شمس، عبدالله (۱۳۹۳). «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعوی مدنی». تحقیقات حقوقی. شماره ۶۵. شهیدی، سیدمهدی (۱۳۷۳). سقوط تعهدات. تهران: مجد.

_____ (۱۳۹۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد. صفایی، سیدحسین (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.

عبدالظاهر، محمد (۲۰۰۰). الدور المنشی للقاضی فی اطار الروابط العقدیه. قاهره: دار النهضه العربیه. علی کاظم، الشبانی (۲۰۱۵). تحول العقد فی نطاق القانون المدنی. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

الفتلاوی، صاحب عبید (۱۹۹۷). تحول العقد. عمان: مکتبه دارالثقافه للنشر و التوزیع.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۳ (آثار قرارداد). تهران: شرکه سهامی انتشار.

_____ (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات. چاپ اول. تهران: نشر یلدا.

_____ (۱۳۸۵). حقوق مدنی وقایع حقوقی. تهران: شرکه سهامی انتشار

محسن، منصور حاتم (۲۰۰۶). فکرة تصحیح العقد. جامعه بغداد: اطروحه دکتوراه الی کلیه القانون.

محمد امین، ابراهیم (۱۸۸۳). البطلان فی الشریعه الاسلامیه و القانون المدنی. رساله دکتوراه. جامعه القاهرة.

مرقس، سلیمان (۱۹۶۰). اصول الالتزامات. جلد ۱. فی مصادر الالتزام. قاهره: مطابع دارالنشر للجامعات المصریه.

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

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 می‌رود. بدین جهت محتوی و مضمون التزامات قراردادی مورد توقع آنها تغییر و یا به عبارتی کاهش پیدا می‌کند، در حالی که در توصیف عمل حقوقی، به این دلیل که طرفین در انتخاب عنوان آنچه واقع نموده‌اند، مرتکب اشتباه شده‌اند، دادرسی صرفاً چارچوب مناسب با اراده طرفین را تعیین می‌نماید. بنابراین توصیف از دو جهت با تحول متفاوت است: اولاً از این جهت که تحول یک عملیات کاهش است و ثانیاً اینکه در تحول به خاطر بلااثر شدن عمل حقوقی، عمل اصلاحی، جایگزین آن می‌گردد.

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 بر خلاف 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] متمایز می‌گردد. تشابه نهاد مزبور با نهاد تحول در این است که دو نهاد مذکور یک روند بازسازی قرارداد را دارند. تصحیح عقد می‌تواند از راه «افزایش یا تکمیل» [ampliation] یا «تقویت» [augmentation] نیز انجام شود. در حالی که در تحول این خصوصیت وجود دارد که مانع تغییر در عمل حقوقی اولیه می‌گردد. 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 می‌کند.

منابع

احمد، یسری (۱۹۵۸). تحول التصرف القانونی دراسه مقارنه للماده ۱۴۴ من القانون المدنی المصری علی اساس ماده ۱۴۰ من القانون المدنی الالمانی. مطبعه الرساله: عابدين. بدوی، حلمی بهجت (۱۹۳۳). «آثار التصرفات الباطله». القسم الاول، مجله القانون والاقتصاد، القاهرة، سنة الرابعة. جعفری لنگرودی. جعفر (۱۳۸۶) الفارق. تهران: گنج دانش. الحکیم، عبدالمجید (۱۹۶۷). الوسيط فی نظریه العقد مع المقارنه و الموازنه بين النظريات الفقه الغربی و ما بقابلها

- 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.
- Carbonnier, J. (2000). Les obligations, 22e refondue. P.U.F.
- Cholet, D. (2006). «la novation du contrat». R.T.D.civ. p. 467 et s.
- Cornu, G. (2016). Vocabulaire juridique, 11e éd. Paris: P.U.F.
- Couret, A. (1981). «La notion juridique de conversion» Toulouse.
- DE Jeuge-Maynard (2015). Le petit Larousse illustré, Paris: L.G.D.J.
- Dypeyron Ch. (1973). «La régularisation des actes nuls», Paris: L.G.D.J.
- Flour, Aubert J.-L. Savaux E. (2015). t.3, «Le rapport d'obligation» 9e éd., Paris: Sirey.
- Flour, J. Aubert J.- L. et Savaux É. (2014). «Les obligations» t.1: «L'acte juridique». 16ème éd. Par J.- L. Aubert et É. Savaux, Paris: Dalloz .
- GHESTIN, J. (2001). «Traité de droit civil, Les effets du contrat» par Ghestin J. Jamin Ch, et Billiau M. 3e éd, 2ème éd. Paris: L.G.D.J.
- 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.
- Grillet-Ponton, D. (1982). «Essai sur le contrat innomé» Thèse, Lyon.
- 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.
- Marty, G. Raynaud, P. (1988). «Droit civil, Les obligations» t.1, Les sources, 2e éd, Paris: Sirey.
- 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.
- Pactet, Ch. (1975). «De la réalisation de la novation», R.T.D.Civ. p.439
- Pancrazi-Tian, Marie-Eve. (1996). «La protection judiciaire du lien contractuel». P.U.A.M.
- Perrin, X. (1911). «La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques, Essai d'une théorie en droit français» th. Dijon.
- 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.
- Piette, G. (2004). «la correction du contrat» tom2, P.U.A.M.
- Piotet, (1995). «La formation du contrat en droit général et en droit privé suisse». Beren.
- 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.
- 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, F. (2004). «Retour sur la qualification». in Mélanges en l'honneur de Jean-Bufferet. Paris, L.P.A.
- Terre, Simler et Lequette (2002). droit civil les obligations. 8 e. édition, Paris: DALLOZ.