

## عبور از تفسیر قرارداد به تحول قرارداد تأملی در اجتماعی شدن حقوق قراردادهای

عبدالواحد افزلی\* - مهدی شهابی\*\* - محمدمهدی الشریف\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۶

### چکیده

در روابط قراردادی اصل بر حفظ و استمرار روابط قراردادی است تا از وقوع ضررهای اقتصادی و اجتماعی جلوگیری شود. نظریه «تحول قرارداد» نیز بر مبنای توجه به «اراده فرضی»، به دنبال چنین هدفی است که دادرسی، آن را بر اساس «غایت عملی» یعنی اهداف اقتصادی متعاقدین اما در چارچوب «مصالح اجتماعی» بررسی می‌کند. لذا، تحول قرارداد مفهومی بیش از تفسیر داشته و بر مبنای رویکرد «اجتماعی شدن حقوق» توجیه پذیر است؛ چون، اجتماعی شدن حقوق را در سطح «هدف قرارداد» می‌داند و به دنبال آن نیست تا مبنای اعتبار قرارداد را در وجدان اجتماعی باز یابد، با فقه نیز تعارضی ندارد؛ چنانکه، در فقه عامه، پذیرفته شده است و به تبع آن، مواد ۱۴۴ و ۶۱۸ قوانین مدنی مصر و افغانستان نیز آن را به عنوان قاعده‌ای حقوقی معرفی کرده‌اند. اما در نظام حقوقی ایران، با وجود مصادیق عملی آن، این نظریه شناسایی نشده است؛ در حالی که دارای منافع اقتصادی و اجتماعی روشنی بوده و با فقه نیز تعارضی ندارد و می‌تواند وارد قانون مدنی گردیده و مصادیق متعدد آن را تابع عنوان واحدی قرار دهد.

**واژگان کلیدی:** تفسیر قرارداد، تحول قرارداد، اجتماعی شدن حقوق قرارداد، قرارداد باطل، قرارداد صحیح

## مقدمه

در بعضی موارد ملاحظه می‌شود متعاقدين، با وجود اطلاع از بطلان قرارداد، سکوت کرده و هر یک به تصرفات خود ادامه می‌دهند که ظاهراً این موضوع، حکایت از اراده متعاقدين بر استمرار رابطه حقوقی دارد. به این ترتیب، این پرسش قابل طرح خواهد بود که آیا قرارداد باطل تبدیل به قرارداد صحیح شده؟ اگر پاسخ مثبت است، مبنای آن چیست؟ روشن است که قرارداد باطل، به دلیل تعارض با «نظم اجتماعی» که قانون حامی آن است، نمی‌تواند استمرار داشته یا تبدیل به قرارداد صحیح گردد؛ حتی اگر تأمین منافع خصوصی متعاقدين اقتضا کند؛ در غیر اینصورت، باید تالی فاسدهای تعارض اصالت اراده و فردگرایی با اصالت اجتماع و جمع‌گرایی را متحمل شد. گرچه امکان رفع تعارض با توسل به «تفسیر قرارداد»، وجود دارد، اما نکته این است که تفسیر، با توجه به ماهیت آن، نمی‌تواند مبنای چنین تصرفاتی را توجیه کند و به عنوانی بیش از تفسیر نیاز است؛ به عبارتی، باید راهکاری را جستجو کرد که در چارچوب آن، علاوه بر حفظ قواعد حقوقی، هم منافع متعاقدين و هم منافع جامعه تأمین شود.

به این منظور، زمانی که اندیشه‌های فردگرایی از جایگاه برتری برخوردار بوده، نظریه «تحول قرارداد»<sup>۱</sup> در آلمان مطرح شده است که بعد از تکمیل جوانب مختلف آن، با توجه به منافع اقتصادی و اجتماعی که دارد با استقبال اجتماع گرایان نیز مواجه شده و به عنوان «نهاد حقوقی» وارد نظام حقوقی این کشور گردیده تا توجیه‌گر استمرار روابط قراردادی باطل در قالب جدیدی باشد. این نظریه، امروزه با گسترش افکار «اجتماعی شدن قراردادها»<sup>۲</sup>،<sup>۳</sup> به دلیل همگامی با آن، اهمیت بیشتری یافته و از سوی قوانین کشورهای متعددی اقتباس شده است؛ از جمله، می‌توان به ماده ۶۱۸ قانون مدنی افغانستان اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «هرگاه در قرارداد باطل، ارکان صحیح قرارداد دیگری موجود گردد، قرارداد مذکور به اعتبار قرارداد دوم صحیح پنداشته می‌شود، مشروط بر اینکه عاقدین آن را اراده نموده باشند». به نظر می‌رسد این موضوع، در نظام حقوقی ایران نیز قابل طرح است و نمی‌توان اهمیت آن را نادیده انگاشت؛ به این دلیل که شناسایی این نهاد حقوقی،

۱. Conversion of Contract.

۲. Socialization of Contract.

۳. Deguillem, Henri, La socialisation du contrat, Etude de sociologie juridique, Thèse pour le doctorat d'université, université de Paris, (Paris : Niort, imprimerie soullisse-Martin, 1944), pp. 19 et s.



می تواند از دامنه بطلان قراردادها کاسته و زمینه ساز استمرار بیشتر روابط قراردادی گردد تا از این طریق، علاوه بر تأمین منافع خصوصی متعاقدين، منافع اقتصادی و اجتماعی جامعه نیز تأمین شود؛ افزایش تعداد روابط حقوقی و کاستن از نزاع های ناشی از بطلان قراردادها را، می توان از جمله این آثار و منافع، به ویژه در قراردادهای تجاری که سرعت و استمرار روابط، از اهمیت بیشتری برخوردار است، دانست. وانگهی، به نظر می رسد برخی از مصادیق نهاد حقوقی «تحول قرارداد» را، می توان در قوانین و نظریات حقوقی مشاهده کرد: مطابق ماده ۲۲۰ قانون تجارت، اگر شرکتی به ثبت نرسیده باشد، با آنکه منجر به تشکیل شخصیت حقوقی نمی شود و باطل است، اما برای حمایت از حقوق افراد ذینفع، شرکت تضامنی محسوب می گردد؛<sup>۱</sup> در اسناد تجاری مانند برات و سفته، اگر شرایط اساسی مقرر در ماده ۲۲۳ رعایت نشده باشد، تبدیل به یک سند عادی می گردد؛ هر سند رسمی که به دلیلی باطل است، می تواند در مواردی به عنوان یک سند عادی قابل استناد باشد؛<sup>۲</sup> بیع یا اجاره ای که باطل است اما مالک با وجود اطلاع از آن و مشاهده استعمال عین از سوی متصرف، معترض نمی شود، مفهوم تحول قرارداد را، درون خود دارد و به همین دلیل است که مالک می تواند تقاضای اجرت المثل را مطرح کند.

در این پژوهش، ابتدا، مفهوم تحول قرارداد و کارکرد آن مورد بررسی قرار می گیرد. سپس، به دلیل نزدیکی کارکرد تفسیر قرارداد با نظریه تحول، ارتباط آن ها با یکدیگر تحلیل می شوند؛ در نهایت، مبنا یا چارچوب نظری تحول قرارداد مورد واکاوی قرار خواهد گرفت تا امکان پذیرش آن در حقوق ایران مورد تحلیل قرار گیرد.

## ۱- نظریه تحول قرارداد

### ۱-۱- مفهوم تحول قرارداد

با توجه به اقتضات زمان، حقوق متحول و با نیازهای جامعه بشری هماهنگ شده و مفهوم اجتماعی نیز یافته است.<sup>۳</sup> حقوق خصوصی نیز در حوزه قراردادها با توجه به تحولات اقتصادی و

۱. اسکینی، ربیعاً، حقوق تجارت، ج ۱، (تهران: سمت، ۱۳۸۳)، ص ۹۳.

۲. احمدالسنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، جلد ۲، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸)، ص ۶۳۵.

الحکیم، عبدالمجید و البکری، عبدالباقی، الوجیز فی نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراقی، جلد ۱، (بغداد: وزارة التعليم العالی و البحث العلمی، ۱۹۸۰)، ص ۱۲۷.

۳. علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، (تهران: سمت، ۱۳۸۷)، ص ۲۱۶.

اجتماعی، در بسیاری عناوین، متحول و سازگار شده است که یکی از این تحولات، شناسایی نظریه «تحول قرارداد» است. با توجه به اینکه «بطلان قرارداد»، علاوه بر ضررهای خصوصی، سبب ضررهای اقتصادی و اجتماعی جامعه از قبیل افزایش تعداد بطلان قراردادها و فقدان ثبات قراردادها و طرح دعاوی متعددی می‌گردد، مفهوم تحول قرارداد در ارتباط با آن مطرح می‌شود. به عبارتی، بطلان قرارداد، سبب تضرر طرفین می‌شود و حتی بطلان مکرر، نظم اجتماعی را که حتی بطلان قرارداد نیز برای حفظ آن شناسایی شده است، در معرض تهدید قرار می‌دهد. لذا، یافتن راه‌حل‌های حقوقی که بتواند مانع آن گردیده و «ستایش» قرارداد را به «اداره» آن نزدیک و سبب منصفانه شدن قرارداد گردد، ضروری است.

اصولاً قرارداد باطل وجود قانونی نداشته و معدوم است و به تبع آن، باید وضعیت تصرفات متعاقدين به حال سابق بازگردد.<sup>۱</sup> به سخن دیگر، قرارداد باطل، اصولاً آثار حقوقی اصلی ایجاد نمی‌کند، مگر اینکه به عنوان یک عمل مادی یا واقعه حقوقی، واجد آثار عرضی گردد؛<sup>۲</sup> چنانکه ماده ۶۱۹ ق.م.افغانستان می‌گوید: «عقد باطل منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث حادثه عادی مستوجب ضمان می‌گردد». باین حال، قرارداد باطل قابل اصلاح و اجازه نیست تا تصرفات طرفین بر مبنای آن ادامه یابد. اما، به دلیل اینکه بطلان قرارداد مخالف استمرار رابطه قراردادی است و نتایج منفی در پی دارد، لازم است در حد امکان، از دامنه آن کاسته و به نحوی منعطف گردد که علاوه بر تأمین منافع خصوصی متعاقدين، منافع جامعه نیز تأمین گردد؛ یعنی قرارداد «منصفانه و عادلانه» گردد؛ نباید فراموش کرد هدف اصلی هر قانونی، برقراری توأمان نظم و عدالت و انصاف است و مقدمه حصول این هدف، سازگاری قانون با مقتضیات اقتصادی و اجتماعی است.<sup>۳</sup>

یکی از راه‌هایی که می‌تواند قراردادها را از بطلان خارج و زمینه‌ساز استمرار روابط قراردادی گردد و اهداف اقتصادی و اجتماعی متعاقدين و جامعه را تأمین کند، نظریه «تحول

۱. احمدالسنهوری، عبدالرزاق، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج ۳، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸)، ص ۱۰۹.  
 ۲. احمدالسنهوری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدني، ج ۱، (بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۲۰۰۲)، ص ۴۰۵؛ السنهوری، نظریه العقد، ج ۲، صص ۶۰۶ و ۶۱۷؛ سعد، نیل ابراهیم، النظریه العامه للالتزام، ج ۱، (اسکندریه: دارالجامعه الجدیده، ۲۰۰۱)، ص ۱۷۱.

۳. Ripert, Georges; Les forces créatrices du droit, (Paris : L.G.D.J., 1998, Réimpression de 2e édition (1955), p. 84.

قرارداد است؛<sup>۱</sup> چراکه هدف و غایت نظریه، حمایت از منافع خصوصی متعاقدین است که اهداف اقتصادی آن‌ها به سبب جهل به حقایق قانونی، عقیم مانده است که تحول قرارداد، این خواسته آن‌ها را، با لحاظ منافع و مصالح اجتماعی به سرانجام می‌رساند.<sup>۲</sup> در این نظریه، قرارداد منعقد باطل و به همین دلیل، فاقد آثار اصلی است، اما اگر واجد ارکان قرارداد صحیح دیگری باشد، بر مبنای این قرارداد جدید، رابطه قراردادی استمرار می‌یابد؛<sup>۳</sup> چراکه در این نظریه، این فرض وجود دارد که متعاقدین در یک اراده ضمنی، قصد انعقاد قرارداد جدیدی را داشته‌اند و به همین دلیل، تحول رابطه قراردادی از عنوان قبلی به عنوان جدید رخ می‌دهد و رابطه قراردادی صحیح برقرار می‌شود؛<sup>۴</sup> اما، هدف مشابه هدف قبلی را دنبال می‌کند؛ به همین دلیل، در مفهوم تحول قرارداد، علاوه بر فرض وجود اراده قرارداد دوم، یک هدف و غایت عملی<sup>۵</sup> نیز برای دفع ضرر و جلب منفعت خصوصی متعاقدین در کنار تأمین منفعت اجتماعی وجود دارد.

واژه «تحول» به معنای انتقال از یک نقطه به نقطه دیگر، انقلاب، تغییر و تبدیل می‌باشد<sup>۶</sup> که مفهوم اصطلاحی «تحول قرارداد» نیز نزدیک به همان معنای لغوی بوده و عبارت است از: یک عمل قانونی که با تفسیر قاضی از اراده‌های فرضی متعاقدین بر مبنای رفتار عملی آن‌ها انجام می‌شود با این هدف که قرارداد جدید صحیحی که موافق ارکان قرارداد باطل است، بدون هیچ نوع زیادتی در ارکان آن، برقرار گردد؛ به این صورت که اراده حقیقی منتهی به قراردادی شده است که به دلایلی باطل است اما می‌توان اراده فرضی را در این رابطه یافت که دارای عنوان قرارداد صحیح دیگری است که رفتار عملی متعاقدین نیز مبتنی بر آن ادامه یافته است.

سابقه نظریه تحول قرارداد در برخی مذاهب اسلامی وجود دارد؛ چنانکه مبتنی بر استحسان و مصلحت، آرای متعددی از فقهای عامه که مرتبط با مفهوم تحول قرارداد است، ارائه گردیده

۱. المعموری، ضمیر حسین و زوین، نبیل مهدی، «فکره الاثر الاقوی للعقد»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی کوفه (عراق)، ش ۷، (۲۰۰۸)، ص ۲۷۳.

۲. عبیدالفتلاوی، صاحب، تحول العقد در اسسه مقارنه، (عمان: مکتبه الثقافه النشر، ۱۹۹۷)، ص ۷۵.

۳. احمد السنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، ج ۲، ص ۶۳۴.

۴. سعد، پیشین، ۲۴۳ و ۲۴۴؛ شهب السعداوی، احمد سلمان و جواد سمیس، جواد کاظم، مصادر الالتزام، (بیروت: منشورات زین الحقوقیه، ۲۰۱۷)، ص ۱۵۳.

۵. احمد السنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، ص ۶۳۷.

۶. قیم، عبدالنبی، فرهنگ معاصر، (تهران: مؤسسه فرهنگ معاصر، ۱۳۸۷) ص ۲۵۸.

است؛ از جمله: اگر مضاربه فاسد باشد، حکم مضارب، حکم اجیر است<sup>۱</sup>؛ تصریح ماده ۷۷۳ مرشد الحیران در مورد حواله که مدیونیت معیل به محتال لازم است که در غیر آن، قرارداد مذکور و کالت خواهد بود؛ تصریح مواد ۶۴۸ و ۶۴۹ المجله در مورد کفالت و حواله که اگر در کفالت برائت اصیل شرط شده باشد، منقلب به حواله می شود و عکس آن، که شارحین آن را تحویل قرارداد دانسته اند<sup>۲</sup>؛ در صورت اختلاف در بیع الخیار، قرارداد متحول به رهن می شود<sup>۳</sup>؛ اَبی الفرج حنبلی نیز اجاره زمین را در برابر ثلث محصول آن اگر باطل باشد، متحول به مزارعه می داند<sup>۴</sup>؛ مضاربه مشروط به مالکیت تمام سود توسط مضارب، تبدیل به قرض می شود<sup>۵</sup>. باین حال، به نظر می رسد این نظریه عملاً از نظام حقوقی «رم» اقتباس گردیده است<sup>۶</sup> و در قرن هجدهم<sup>۷</sup> مورد تجزیه و تحلیل حقوقدانان آلمانی قرار گرفته، سپس وارد نظام حقوقی این کشور شده است<sup>۸</sup> و در ماده ۱۴۰ ق.م آلمان چنین معرفی شده: «چنانچه قرارداد حقوقی باطل، شرایط قرارداد دیگری را داشته باشد، در صورتی که بتوان فرض کرد قصد متعاقدين در صورت آگاهی از بطلان قرارداد، اعتبار قرارداد (دیگر) بوده، (قصد متعاقدين) منصرف (به) قرارداد اخیر است»<sup>۹</sup>.

به دلیل اینکه نظریه تحول قرارداد اصولاً (حداقل بر مبنای فقه عامه که استحسان و مصلحت از ارکان آن است) با شریعت اسلامی مخالفتی ندارد<sup>۱۰</sup>، ابتدا قانون مدنی مصر<sup>۱۱</sup> به آن پرداخته و سپس بسیاری از قوانین کشورهای اسلامی از آن اقتباس کرده اند؛ چنانکه مواد ۱۶۷ ق.م قطر و

۱. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، (بیروت: دارالکتاب العربی، ۲۰۰۵) ص ۲۲.

۲. حیدر، علی، دررالحکام فی شرح مجله الاحکام، ج ۱، (ریاض: دار عالم الکتب، ۲۰۰۳)، صص ۸۰۱-۸۰۳.

۳. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، ج ۱، (تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، ۱۴۲۲ق)، ص ۱۴۹.

۴. اَبی الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلی، القواعد فی الفقه الاسلامی، (القاهره: مکتبه الکلیات الأزهریه، ۱۹۷۲)، ص ۵۰؛ به نقل از: الحکیم، عبدالمجید و البکری، عبدالباقی، پیشین، ص ۱۲۶.

۵. وزارت الوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعه الفقهيّه، ج ۸، (کویت: وزارت الاوقاف، ۱۹۸۶)، ص ۱۱۶.

۶. یسری، احمد، تحول التصرفات القانونیه، (قاهره: مطبعه الرساله، ۱۹۵۸)، ص ۳۹.

۷. احمد السنهوری، عبدالرزاق، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۱؛ احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۴.

۸. فرج الصده، عبدالمنعم، نظریه العقد فی قوانین بلاد و العربیه، (بیروت: دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴)، ص ۴۴۶.

۹. Section 140: "If a void legal transaction fulfils the requirements of another legal transaction, then the latter is deemed to have been entered into, if it may be assumed that its validity would be intended if there were knowledge of the invalidity".

۱۰- شوکت، حمید، نظریه تحول عقد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، به راهنمایی دکتر سید حسن وحدتی شیرینی و مشاوره دکتر حسین سیمایی صراف (دانشگاه قم، ۱۳۹۰)، ص ۸۳ به بعد.

۱۱. مواد ۱۴۴ ق.م مصر، ۱۶۷ ق.م قطر و ۱۰۵ ق.م الجزایر: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و توافرت فيه ارکان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبارها العقد الذي توافرت اركانه إذا نيه المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد».

۱۰۵ ق.م. الجزایر آن را عیناً مقرر کرده و مواد ۱۴۰ ق.م. عراق<sup>۱</sup>، ۱۹۱ ق.م. کویت<sup>۲</sup> و ۲۰۹ قانون معاملات مالی امارات عربی متحده<sup>۳</sup> با اندکی تفاوت شناسایی کرده‌اند. قانون مدنی افغانستان نیز با اقتباس از قانون مدنی مصر، نظریه تحول قرارداد را شناسایی و پیش‌بینی مشابهی در ماده ۶۱۸ دارد. به دلیل مزایای نظریه تحول قرارداد، با آنکه در قانون مدنی لبنان نصی در این مورد وجود ندارد، استناد به آن در نظام حقوقی این کشور متداول است<sup>۴</sup> و چنین رویکردی در نظام حقوقی لهستان نیز وجود دارد<sup>۵</sup>.

همانطور که اشاره شد، تحول قرارداد نوعی مراجعه به اراده فرضی مشترک متعاقدين بر مبنای «غرض عملی» آن‌ها است که از این طریق، قرارداد از بطلان رهایی یافته و علاوه بر تأمین منافع متعاقدين، منافع جامعه نیز لحاظ می‌شود؛ چرا که، در تحول قرارداد، علاوه بر اراده فرضی (نه حقیقی) که بُعد «حقوقی» قرارداد جدید را توجیه می‌کند، یک هدف و غایت عملی، یعنی استمرار و ثبات روابط قراردادی نیز وجود دارد که بُعد «اقتصادی و اجتماعی» آن را توجیه می‌کند و به همین دلیل، مبنای شناسایی آن، مصالح اقتصادی و اجتماعی است<sup>۶</sup>. با توجه به این موضوع، اگر قالب حقوقی که متعاقدين برای نیل به این غایت انتخاب کرده‌اند، باطل باشد، می‌توان گفت قالبی که به‌طور صحیح تأمین‌کننده آن غایت است، جایگزین می‌شود؛ چنانکه اگر هبه معوض باطل باشد، اما واجد ارکان بیع باشد، در این صورت، هبه مذکور به بیع متحول می‌شود؛ هبه، بیع و وقف از سوی مبتلا به مرض رو به موت، به وصیت متحول می‌شود و بیع با ثمن

۱. ماده ۱۴۰ ق.م. عراق: «إذا كان العقد باطلاً و توافرت فيه ارکان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيت هما تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

۲. ماده ۱۹۱ ق.م. کویت: «۱- إذا بطل العقد أو أبطل، وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره، قام هذا العقد الآخر. ۲- ويعتبر الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه، لو علما ببطان العقد الذي قصدا في الأصل إبرامه».

۳. ماده ۲۰۹ ق. معاملات مالی امارات: «العقد الباطل في صورته إذا توافرت فيه أركان عقد آخر فإنه ينعقد به ذلك العقد الآخر إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه».

۴. فرج‌الصدّه، عبدالمنعم، پیشین، ص ۴۵۱.

۵. Zmij, Grzegorz and Heierhoff, Bettina (Ed), Interpretation in Polish, German and European Private Law (Iuris cogentis and iuris dispositivi provisions in contract law and in corporate law), Grzegorz Gorczyński, (Munich: Sellier. European Law Publisher, 2011), p.98.

۶. سیری، احمد، پیشین، ص ۶۳.

۷. احمدالسنهوری، الوسيط في شرح القانون المدني، ص ۴۰۸.

بسیار ناچیز به هبه متحول می‌گردد؛<sup>۱</sup> اگر عاریه با اجازه استعمال از اموال مستهلک‌شدنی باشد، منقلب به قرض می‌شود (ماده ۱۴۵۷ ق.م.افغانستان)؛ حق شخصی به حق عینی منقلب می‌شود مانند اینکه مدیون، محجور یا به مرض رو به موت مبتلا یا فوت گردد. در این صورت، داین برای دیون شخصی، اموال عینی مدیون را تعقیب می‌کند و در استیفای آن تقدم دارد.<sup>۲</sup>

## ۲-۱- شرایط اساسی تحول قرارداد

### ۱-۲-۱- بطلان قرارداد اصلی

اولین و اساسی‌ترین شرط برای تحقق تحول قرارداد، «بطلان قرارداد» اصلی است که این بطلان باید در هنگام انعقاد باشد.<sup>۳</sup> اگر قرارداد در هنگام انعقاد صحیح باشد، اما سپس باطل گردد مانند اینکه قانون آن را باطل بداند، متحول نمی‌شود. همچنین، اگر قرارداد اصلی صحیح باشد، اگرچه واجد ارکان قرارداد دیگری بوده و اراده فرضی نیز منصرف به آن باشد، تحول صورت نمی‌گیرد، بلکه طرفین متعهد به قرارداد مذکور خواهند ماند<sup>۴</sup>؛ چنانکه، هبه صحیح به وصیت تبدیل نمی‌شود حتی اگر متضمن ارکان وصیت بوده و متعاقبین نیز آن را اراده کرده باشند.<sup>۵</sup> البته، برای تحول قرارداد لازم است اراده حقیقی انعقاد قرارداد باطل، وجود داشته باشد و الاً بطلان ناشی از عدم وجود قصد در اشخاص فاقد قصد انشاء مانند مجانین یا نائم یا قرارداد به مزاح و صوری، قابل تحول نیست؛ چه اینکه چنین قراردادی، به دلیل فقدان اراده، اصلاً وجود ندارد.

منظور از بطلان، اصولاً «بطلان نهایی»<sup>۶</sup> در برابر «بطلان نسبی»<sup>۷</sup> است، به نحوی که قابل اصلاح نباشد. باین حال، برخی قائل به تحول «قرارداد قابل ابطال» هستند<sup>۸</sup> با این استدلال که چنین قراردادی قابلیت ابطال را داشته و اراده روشنی مبنی بر عدم تحول در آن وجود ندارد؛ به همین دلیل، در

۱. احمد السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۱.

۲. همان، ۳۷.

۳. احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ص ۴۰۴؛ عبدالدائم، احمد، شرح القانون المدنی، ج ۱، (دمشق: مدیریه الکتب و المطبوعات الجامعیه، ۲۰۰۳)، ص ۱۵۰.

۴. Saleilles, Raymond, De la déclaration de volonté, (Paris: Pichon, 1901), p.319.

۵. احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ص ۴۰۵.

۶. Absolute Nullity.

۷. Relative Nullity.

۸. احمد السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۲.





قوانین برخی کشورها مانند مواد ۱۰۵ و ۱۴۴ قوانین مدنی الجزایر و مصر قابل تحول است. البته، می‌توان این استدلال را نیز مطرح کرد که قرارداد قابل ابطال، از آنجا که اصلاً قرارداد صحیحی است (چنانکه قرارداد غیر نافذ (موقوف)<sup>۱</sup> صحیح است)، قابل تحول نیست؛ چه اینکه طبیعت حقوقی این قراردادها تحول را نمی‌پذیرند و به همین دلیل در مواد ۲۰۹ قانون معاملات امارات، ۱۴۰ ق.م.عراق و ۱۴۰ ق.م.آلمان به تحول قرارداد قابل ابطال، تصریح نشده است. همچنین، قرارداد «فاسد» که از دیدگاه حنفیه مستقل از باطل شناخته شده است<sup>۲</sup>، مشمول تحول نمی‌گردد؛ به دلیل اینکه وظیفه اصلی و شرعی طرفین قرارداد فاسد، فسخ آن است و عدول از این وظیفه پذیرفتنی نیست<sup>۳</sup> و به همین دلیل، طبیعت آن با تحول قرارداد منافات دارد. ماده ۶۱۸ ق.م.افغانستان نیز فاسد و قابل ابطال را مشمول تحول نمی‌داند؛ زیرا قرارداد فاسد تا هنگامی که فسخ نشده است، به دلیل ممنوعیت شرعی فاقد آثار حقوقی است<sup>۴</sup> و قرارداد قابل ابطال را به دلیل اینکه باطل نهایی نیست و قابل تصحیح است، قابل تحول نمی‌داند. البته، در قرارداد قابل ابطال، کشف اراده فرضی متعاقدين در صورت بطلان نیز ممکن نیست؛ چرا که با رد تأیید قرارداد، نمی‌خواهند اثری بر قرارداد حادث شود و تبعاً اراده قرارداد جدید را نیز نداشته‌اند.

برای تحول قرارداد، لازم است تمام آن باطل باشد. اگر بخشی از قرارداد «قابل تجزیه»، باطل باشد، محل تحول نخواهد بود، اما در صورتی که «غیر قابل تجزیه» باشد، امکان خواهد داشت<sup>۵</sup>. همچنین، اگر قرارداد صحیح معلق بر شرطی شده باشد و با تحقق شرط مذکور قرارداد فسخ گردد، امکان تحول نیست؛ چرا که قرارداد صحیح بوده و اراده متعاقدين به این شروط تعلق گرفته است و آن‌ها اراده نکرده‌اند که اگر قرارداد بر اثر تحقق شرط، فسخ گردد به قرارداد دیگری

۱. قانون مدنی افغانستان قراردادهای غیر نافذ را تحت عنوان «موقوف» شناسایی کرده است و مطابق بند دوم ماده ۶۳۷ عبارتند از: فضولی، بائعی که عین مال را بار دیگر به شخص غیر مشتری بفروشد، غاصب، نایب یا وکیل نایب که از حدود معینه نیابت عدول نماید، مالک عین مرهونه، مالک اراضی به زراعت داده شده در حالی که مالک بذر زارع باشد....

۲. ر.ک: شهابی، مهدی و افضل، عبدالواحد، «تحلیل تطبیقی عقد باطل و فاسد در قانون مدنی ایران و افغانستان»، فصلنامه حقوق خصوصی، ش ۴، (۱۳۹۴)، صص ۵۸۳-۶۰۳.

۳. همان، ۵۹۴.

۴. همان، ۵۹۲.

۵. Saleilles, Op.Cit, p.323.

-احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۵.

متحول شود؛<sup>۱</sup> چه اینکه طبیعت درج شروط مذکور با تحول قرارداد در تضاد قرار می‌گیرد؛ همچنین، در چنین قراردادی، کشف اراده فرضی مبنی بر تأیید تحول، حتی بعد از رد نیز ممکن نیست. باین حال، برخی قوانین مانند ماده ۱۳۵ قانون احکام شریعت اسلامی در معاملات مدنی مصر<sup>۲</sup> و عیناً ماده ۹۵ قانون معاملات مدنی سودان آن را نیز مشمول تحول دانسته‌اند.

### ۲-۱- اشتراک ارکان قرارداد باطل با قرارداد جدید

برای تحقق تحول قرارداد، لازم است ارکان تشکیل دهنده قرارداد جدید با ارکان تشکیل دهنده قرارداد باطل، مشترک باشند<sup>۳</sup> که در مواد ۱۴۰ و ۶۱۸ قوانین مدنی آلمان و افغانستان نیز تصریح شده است. البته، منظور این نیست که قرارداد باطل و جدید مشابه باشند یا همان قرارداد باطل اصلاح گردد مانند اینکه بایع عین معینی را بفروشد و سپس آشکار شود که متعلق به غیر است و او مالک عین دیگری است که در این صورت، تحول قرارداد واقع نمی‌شود حتی اگر آن‌ها رضایت به آن داشته باشند؛ چراکه اشتراک در ارکان قرارداد باطل و قرارداد جدید، وجود ندارد.<sup>۴</sup> شرط مذکور به این مفهوم است که بین ارکان قرارداد جدید و باطل باید نوعی اشتراک به مفهوم هماهنگی وجود داشته باشد مانند اینکه در بیع باطل به دلیل مستحیل بودن تسلیم مبیع، مشتری با علم به این بطلان، ثمن را به بایع تسلیم و دعوایی را مطرح نکند؛ از آنجایی که تمام ارکان هبه در هنگام انعقاد بیع باطل موجود است، بیع باطل قابل تحول به هبه است. اما، در صورتی که در بیع به دلیل مستحیل بودن تسلیم موضوع، مبیع عوض شود، تحول رخ نمی‌دهد به دلیل اینکه موضوع قرارداد که یکی از ارکان آن‌ها است، تغییر می‌کند.<sup>۵</sup> بنابراین، منظور از اشتراک ارکان، شرایط اساسی صحت قراردادها مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.ایران و مواد ۵۰۵، ۵۷۹ و ۵۹۲ ق.م. افغانستان نیست، بلکه منظور نوعی هماهنگی بین اجزا و عناصر قرارداد باطل و صحیح است که مطابق آن، نباید عنصر جدیدی اضافه گردد که حاوی تکالیف بیشتری

۱. احمد السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۲.

۲. ماده ۱۳۵ قانون احکام شریعت اسلامی در معاملات مدنی مصر: «إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً و توافرت فيه ارکان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

۳. عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۵۰.

۴. احمد السنهوری، الوسيط فی شرح القانون المدني، ص ۴۰۶.

۵. احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۴۳۶.



بر یکی از طرفین باشد؛ مانند اینکه قرارداد جدید برخلاف قرارداد باطل، شکلی باشد یا اینکه موضوع قرارداد تغییر کند یا اینکه در اثر تحول هبه به بیع، ثمن اضافه گردد، به دلیل اضافه شدن عنصر جدید، نه عنوان تحول، بلکه عنوان دیگری از جمله توصیف یا تصحیح قرارداد خواهد داشت.

بنابراین، مطابق شرط مذکور، نباید رکن جدیدی که واجد التزام شدیدتری است، به ارکان قرارداد باطل اضافه شود<sup>۱</sup>؛ چراکه تحول قرارداد یک رویکرد عملی به منظور رهایی قرارداد از بطلان است؛ یعنی، تحول قرارداد نمی‌تواند خارج از حدود اراده فرضی متعاقدين عمل و مصالح آن‌ها را نادیده بگیرد و بر غرض آن‌ها از قرارداد بیفزاید و چنین فرض کند که می‌خواستند التزام شدیدتری را ایجاد کنند. به عبارتی، این نظریه در مقام ایجاد تعهد بیشتر از تعهد مذکور در قرارداد باطل در جهت حمایت از معاملات نیست؛ به این ترتیب، نمی‌توان با تأسی از نهاد حقوقی تحول قرارداد، سند عادی باطل را، متحول به سند رسمی یا تجاری کرد یا قرارداد فروشی را که تشریفاتی نیست، به هبه که تشریفاتی است، متحول نمود<sup>۲</sup>. اما، عکس این مورد صحیح است؛ به این صورت که قرارداد جدید، التزام و تعهد کمتری را نسبت به قرارداد باطل داشته باشد؛ حتی اگر مضیق شدن دایره تعهدات موجب شود که تنها بخشی از غرض عملی متعاقدين محقق گردد؛ چنانکه محکمه تمیز عراقی حکم به تحول بیع باطل به اباحه در انتفاع داده است<sup>۳</sup>؛ همچنین، در قضیه‌ای که زوج به مناسبت ازدواج، زمینی را بدون ثبت آن به مالکیت زوجه منتقل کرده بود، دادگاه آلمانی انتقال را باطل تلقی کرده، اما متحول به حق انتفاع به مدت عمر زوجه دانسته است<sup>۴</sup>؛ دادگاه عالی مونیخ نیز وصیت را، به لحاظ عدم رعایت شکل، باطل و آن را متحول به اقرار به دین دانسته است<sup>۵</sup>. در قضیه دیگری، دادگاه، انتقال مالکیت مجموعه کامل اموال را متحول به التزام به انتقال بخشی از اموال مربوط به همان مجموعه کرده است که جنبه شخصی داشته و متعلق به همسر بوده است<sup>۶</sup>. طبیعی است اگر التزام ناشی از

۱. یسری، احمد، پیشین، صص ۱۴۴-۱۴۵.

۲. البته، برخلاف نظام حقوقی آلمان، در نظام حقوقی مصر، غالباً چنین تحولی را پذیرفته‌اند (رک: یسری، احمد، پیشین، ص ۱۷۳).

۳. ر.ک: الکاظم الشبانی، علی، تحول العقد فی نطاقة القانون المدنی، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۵)، ص ۲۵۲.

۴. ر.ک: یسری، احمد، پیشین، ۱۴۵.

۵. همان، ۱۴۶.

۶. همان، ۱۴۲.

قرارداد جدید برابر با التزام موجود در قرارداد باطل باشد، امکان تحول وجود دارد و به همین دلیل دادگاه عالی فدرال آلمان وصیت را که مستلزم ثبت است، به دلیل عدم رعایت این موضوع، باطل دانسته اما حکم به تحول آن به هبه که آن هم شکلی است، داده است.<sup>۱</sup>

### ۳-۲-۱- انصراف قصد فرضی به قرارداد جدید

همانطور که اشاره شد، در تحول قرارداد، دو نوع اراده وجود دارد؛ یکی اراده حقیقی و واقعی که با بطلان مواجه شده است و دیگری اراده فرضی که مبتنی بر عمل طرفین بوده و منصرف به قرارداد صحیح جدید است.<sup>۲</sup> برای تحقق تحول قرارداد لازم است، در هنگام انعقاد قرارداد اصلی، به صورت فرضی اراده آن‌ها به قرارداد دیگری نیز منصرف شده باشد؛ یعنی، اگر آن‌ها می‌دانستند قرارداد اصلی باطل است، به غرض حفاظت از تصرف انجام شده، آن قرارداد دیگر را اراده می‌کردند؛<sup>۳</sup> برای تقریب به ذهن، می‌توان کارکرد اراده فرضی در تحول قرارداد را مشابه «فرض تقصیر» در مسئولیت مدنی<sup>۴</sup> دانست.

کارکرد اراده فرضی به این صورت است که قرارداد باطل، قرارداد ناشی از اراده حقیقی است و قرارداد جدید یک قرارداد عملی و فرضی به شمار می‌رود که قاضی از ابرام تصرف باطل به عنوان یک واقعه مادی، آن را بر اساس اراده فرضی متعاقدين استنتاج و به عنوان اثر عرضی بطلان تصرف اصلی، جایگزین می‌کند؛<sup>۵</sup> چرا که، تحول قرارداد، به دنبال هدف نهایی متعاقدين است که آن را محقق کند؛ یعنی قانون فرض می‌کند، قصد متعاقدين، اگر از بطلان قرارداد اصلی آگاهی می‌داشتند، منصرف به این قرارداد جدید بوده است.

بنابراین، با توجه به اینکه در تحول قرارداد، دو اراده حقیقی و فرضی وجود دارد، از

۱. همان، ۱۷۳.

۲. احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۷؛ عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۵۰.

۳. احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۶؛ المعموری و زوین، پیشین، ص ۲۷۴؛ شهب السعداوی و جواد سمیسم، پیشین، ص ۱۵۴.

۴. ر.ک: بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ص ۲۱۲.

۵. احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدني، ص ۴۰۷.

۶. محمد البعلی، عبدالحمید، درسه تمهیدیه فی تحول العقود فی الفقه و القانون درسه مقارنه و موازنه، (امارات عربی متحده: دائرة الشؤون الاسلامیه و العمل الخیری، ۲۰۰۹)، ص ۳۳.

«توصیف قرارداد» متمایز می‌شود. در توصیف، قاضی با یک اراده حقیقی سروکار دارد و فقط عنوان صحیح را بر قرارداد گذاشته و آن را تفسیر می‌کند مانند ودیعه گذاشتن وجوه نزد بانک که بر اساس اراده حقیقی حمل بر قرض می‌شود.

#### ۴-۳-۱- مشروعیت قرارداد باطل و جدید

نظریه تحول قرارداد برای حمایت از متعاقدینی است که حصول اغراض قانونی آن‌ها به سبب جهل به حقایق قانونی، متعذر شده است و به همین دلیل، شامل قراردادهایی می‌شود که واجد آثار قانونی‌اند نه آن‌هایی که فاقد چنین اثری هستند.<sup>۱</sup> لذا، برای تحول قرارداد، لازم است علت بطلان قرارداد به دلیل عدم مشروعیت آن نباشد<sup>۲</sup> که در غیر این صورت، چنین قراردادی قابل تحول نخواهد بود؛ چراکه اراده نامشروع متعاقدین، حسن نیت را که لازمه تحول است، معدوم می‌کند و قانون نیز چنین اراده‌ای را محترم ندانسته، اغراض عملی را در نظر نمی‌گیرد تا اراده نامشروع مبنای قرارداد مشروع باشد<sup>۳</sup>؛ مانند اینکه قرارداد به دلیل مخالفت بانظم عمومی و اخلاق حسنه باطل یا اصلاً فاسد باشد. لذا، وجود حسن نیت در تحول قرارداد، رکنی اساسی است؛ به همین دلیل، اگر بایع عالمأ مال غیر را بفروشد، تحول قرارداد ممکن نخواهد بود؛ حتی اگر سپس مالک گردد.<sup>۴</sup> در بیع فاسد (از دیدگاه فقه حنفی) نیز پس از فسخ، امکان تحول آن وجود ندارد به دلیل اینکه ممنوعیت شرعی سبب فساد قرارداد بوده است. با این حال، دیدگاه غالب در آلمان چنین است که اگر بطلان به دلیل مخالفت با قانون خاصی باشد، امکان تحول وجود دارد و حتی در رویه قضایی این کشور مطلوب تلقی می‌شود.<sup>۵</sup> البته، در حقوق آلمان نیز اگر متعاقدین با علم به چنین بطلانی، اقدام به انعقاد قرارداد کنند، قابل تحول نیست؛<sup>۶</sup> چراکه قانون به اغراض نامشروع احترام نمی‌گذارد. ماده ۶۱۸ ق.م.افغانستان در مورد قرارداد باطل اطلاق دارد و با وجود این اطلاق، چنین قراردادی به دلیل اینکه فاقد اثر قانونی است، در حکم هیچ بوده

۱. احمدالسنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۵.

۲. Saleilles, Op.Cit, pp.321-322.

۳. احمدالسنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۵.

۴. احمدالسنهوری، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۳.

۵. سیری، احمد، پیشین، ص ۲۱۵.

۶. همان، ص ۲۱۷.

و قابل تحول نیست؛ به دلیل اینکه وقتی قانون خاصی حصول غرض خاصی را منع می‌کند، حصول آن از طریق دیگری معقول نیست.

قرارداد دوم نیز باید صحیح باشد که در غیر آن، اگر قرارداد مذکور باطل یا فاسد باشد، تحول قرارداد ممکن نخواهد بود. به عبارتی، لازم است قرارداد جدید علاوه بر صحت باید در چارچوب قانون و اخلاق حسنه نیز باشد؛ چراکه شناسایی حاکمیت اراده در چارچوب قانون و شرع است و نمی‌تواند برخلاف آن باشد؛ چنانکه، بیع باطل قابل تحول به بیع ربوی نیست. البته، اگر قرارداد دوم قابل ابطال باشد، با توجه به اینکه آن را صحیح یا باطل تلقی کنیم، نتایج متفاوتی خواهد داشت.

### ۳-۱- نقش قاضی در تحول قرارداد

از جمله مسائل مهم در تحول قرارداد، بررسی نقش قاضی است؛ چراکه او اقدام به کشف اراده می‌کند و در این راستا قرارداد جدیدی انشا نمی‌شود. قاضی برای تحول قرارداد، هدف و غایت عملی را که قصد متعاقدين به آن تعلق یافته، در نظر می‌گیرد<sup>۱</sup> که عبارت از اراده فرضی است.<sup>۲</sup> به این منظور، او باید قرائنی را در نظر بگیرد که از طریق تصرف دوم مشخص می‌شود مانند اینکه آیا متعاقدين با وجود اطلاع از بطلان قرارداد، سکوت کرده و به تصرفات خود ادامه داده‌اند یا خیر که اگر مثبت باشد، این قرینه حکایت از غایت عملی آن‌ها دارد و بر اساس آن، اراده فرضی متصور می‌شود. اما در این خصوص که قاضی مکلف به اعلام تحول است یا خیر، با توجه به اینکه تحول قرارداد باید مبتنی بر حکم قانون انجام شود یا مستقل از تصریح قانون، دو دیدگاه وجود دارد. در دیدگاه اول، نیازی به تصریح قانون نیست و قاضی در بررسی اراده فرضی متعاقدين مختار است؛ یعنی اگر شرایط تحول قرارداد نیز وجود داشته باشد، مکلف به حکم نیست و فقط می‌تواند حکم بر بطلان دهد<sup>۳</sup>؛ چنانکه در لبنان قانون تصریحی ندارد اما در رویه حقوقی و قضایی این کشور به آن استناد می‌شود<sup>۴</sup> و اعلام تحول نیز جنبه کشفی دارد<sup>۵</sup>. اما به

۱. Saleilles, Op.Cit, p.316.

۲. احمدالسنهوری، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ص ۱۰۶.

۳. دسوقی، رأفت، تحولالعقد الباطل الی تصرف صحیح، (قاهره: دارالعلوم، ۲۰۰۵)، ص ۴۷.

۴. فرح‌الصدده، عبدالمنعم، پیشین، ص ۴۵۱.

۵. Saleilles, Op.Cit, p.321.



دلیل اینکه پذیرش چنین اختیاری با اهدافی که از نظریه تحول قرارداد انتظار می‌رود، منافات دارد، باید قاضی مکلف باشد با تحقق شرایط قانونی، با مراجعه به اراده فرضی، حکم به تحول دهد<sup>۱</sup> که در این صورت، نیاز به تصریح قانون دارد؛ چنانکه در اغلب کشورهای که نظریه تحول قرارداد شناسایی شده است، قانون حکم به تحول می‌دهد. لذا، تحول قرارداد صرفاً با عمل قاضی نیست<sup>۲</sup> بلکه به حکم قانون بوده و تصمیم او فقط جنبه اعلامی دارد؛ لذا، با تحقق شرایط، نمی‌تواند فقط حکم به بطلان دهد<sup>۳</sup>. از تصریح ماده ۶۱۸ ق.م افغانستان نیز چنین استنباط می‌شود که با تحقق شرایط، قرارداد متحول شده است و حکم قاضی فقط نقش اعلامی دارد؛ یعنی، قاضی با ملاحظه قرائن، مکلف به اعلان تحول است و لزومی به تقاضای متعاقدین نیست<sup>۴</sup>.

#### ۴-۱- تحول قرارداد به عنوان اثری از آثار قرارداد باطل

برخی تحول قرارداد را یک اثر استثنایی برای قرارداد باطل می‌دانند؛ چراکه اصل بر این است که قرارداد باطل فاقد اثر حقوقی است و آنچه در اثر قرارداد مبادله شده است، باید به وضعیت قبل از قرارداد بازگردد. اما با توجه به مصلحت عمومی و حمایت از طرفین دارای حسن نیت و تحقق عدالت و انصاف، به صورت استثنایی تحول قرارداد به عنوان اثر قرارداد باطل شناخته می‌شود؛ چنانکه سایر آثار مربوط به قرارداد باطل، به صورت استثنایی در قانون ذکر می‌شود مانند ماده ۱۱۹۱ ق.م افغانستان<sup>۵</sup>. لذا، نمی‌توان به عنوان یک «قاعده حقوقی» به آن استناد کرد و در موارد دیگر نیز تسری داد. از دیدگاه دیگر که دیدگاه غالب نیز به حساب می‌آید، تحول قرارداد اثر عرضی قرارداد باطل یا به عبارتی یک قاعده است نه اثر استثنایی<sup>۶</sup>. با توجه به هدف اقتصادی و اجتماعی که از تحول قرارداد وجود دارد و اینکه اصل در قراردادها، نفوذ و استواری آنها است، اگر تحول قرارداد یک قاعده باشد، این هدف نیز محقق و تحول قرارداد به این مفهوم، بهتر سبب استقرار معاملات و تعامل منافع فردی و جمعی می‌شود؛ چراکه نیازی به ذکر مصادیق تحول در قانون نیست بلکه قاضی آن را به عنوان

۱. عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۴۹.

۲. بسری، احمد، پیشین، ص ۲۱۱.

۳. عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۴۹.

۴. احمد السنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۷؛ محمد البعلی، پیشین، ص ۳۲.

۵. ماده ۱۱۹۱ ق.م افغانستان: «هبة شخص در حال مرض موت، حکم وصیت را دارد».

۶. عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۴۹.

یک «قاعده حقوقی» به حکم قانون، بر تمام مصادیق اعمال می‌کند؛<sup>۱</sup> چنانکه ماده ۶۱۸ ق.م.افغانستان نیز آن را به عنوان یک قاعده حقوقی در قسمت قواعد عمومی قراردادها ذکر کرده است.

### ۵-۱- آثار تحول قرارداد از حیث زمان و طرفین

#### ۵-۱-۱- از حیث زمان

به دلیل اینکه در تحول قرارداد به همان اراده فرضی موجود در هنگام انعقاد قرارداد اصلی مراجعه می‌شود نه اراده جدید، اثر تحول قرارداد از حیث زمانی، «رجعی» است و اثر قهقرایی دارد<sup>۲</sup> که متفاوت از تأیید قرارداد باطل (ماده ۱۴۱ ق.م.آلمان)<sup>۳</sup> بوده که انشای تعهد جدید است.<sup>۴</sup> بنابراین، اثر تحول از هنگام وقوع آن نخواهد بود؛ چراکه در این هنگام عمل جدیدی از سوی متعاقدين صورت نمی‌گیرد. در تحول قرارداد، به دلیل اینکه به اراده‌ای مراجعه می‌شود که در هنگام انعقاد قرارداد اصلی وجود فرضی داشته، تصرفاتی که در اثر قرارداد اصلی با بطلان مواجه شده است، استمرار خواهد یافت که این موضوع، از اهداف و اغراض تحول قرارداد و نجات از بطلان است که در غیر آن، با این اهداف متعارض می‌شود. لذا، اگر اجاره به شرط تملیک باطل و سپس متحول به بیع گردد، اثر آن از هنگام انعقاد قرارداد باطل خواهد بود.

#### ۵-۱-۲- از حیث طرفین

در تحول قرارداد باطل، امکان تسری قرارداد جدید به ثالث وجود دارد؛ چراکه تحول قرارداد اثر رجعی داشته و به اراده موجود در هنگام انعقاد بازمی‌گردد؛ مانند اینکه در تحول قرارداد شرکت تجاری باطل به شرکت عملی، به دلیل متأثر شدن اشخاص ثالث، منافع اقتصادی آنها نیز لحاظ می‌شود. لذا، در صورتی که قرارداد اصلی باطل باشد، علاوه بر متعاقدين، اشخاص ثالث ذینفع نیز می‌توانند دعوای تحول را مطرح کنند.<sup>۵</sup> در رویه قضایی آلمان نیز در قضیه‌ای که

۱. احمدالسنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۸.

۲. یسری، احمد، پیشین، ص ۲۰۹.

۳. Article 141, Confirmation of a void legal transaction: "(1) If a void legal transaction is confirmed by the person who entered into it, the confirmation is demed to be a renewed undertaking".

۴. Saleilles, Op.Cit, p.321.

۵. الکاظم الشبانی، علی، پیشین، ص ۲۴۶.



قرارداد ارث باطل بوده، دادگاه آن را متحول به وصیت دانسته و شامل وراثتی که طرف قرارداد ارث باطل نبوده‌اند نیز دانسته است.<sup>۱</sup>

## ۲- ارتباط تفسیر قرارداد با تحول قرارداد

### ۲-۱- تفسیر قرارداد بر مبنای فردگرایی

تردید نیست که برای رفع ابهام از قرارداد، باید به «تفسیر» آن روی آورد. فردگرایی مبتنی بر مکتب حقوق طبیعی، با توجه به ارزش بنیادین آزادی فردی، و با عنایت به اینکه از منظر این مکتب، قرارداد، تأمین‌کننده منافع خصوصی طرفین رابطه قراردادی است، اصل حاکمیت اراده را اساس تفسیر قرار داده و تفسیر قرارداد را چیزی جز «کشف قصد مشترک» متعاقدين نمی‌داند.<sup>۲</sup> اما در نحوه رسیدن به این قصد، دیدگاه‌های متفاوتی دارند.<sup>۳</sup>

طرفداران اراده باطنی، قصد و «اراده باطنی» متعاقدين را ملاک تفسیر قرار داده، تأکید می‌کنند که قاضی نیز برای تفسیر قرارداد، باید سعی در احراز همین اراده داشته باشد و این اراده را بر الفاظ قرارداد مقدم بدارد.<sup>۴</sup> این نگرش، در فقه اسلامی نیز قابل ملاحظه است؛ چنانکه قاعده مشهور «العقد تابعه للقصد» نشان از ارزش اراده باطنی در اجرای اثر قراردادی دارد<sup>۵</sup> که به تبع آن، در قانون مدنی ایران نیز موارد متعددی از این معیار وجود دارد، مانند ماده ۴۶۳ که مقرر می‌دارد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». قانون مدنی افغانستان نیز چنین رویکردی دارد و در ماده ۷۰۶ می‌گوید: «در عقود با رعایت اراده ظاهر متعاقدين، به مقاصد و معانی اعتبار داده می‌شود، نه به الفاظ و حروف».

با توجه به اینکه در تفسیر قرارداد، قاضی برای رعایت منافع خصوصی متعاقدين به اراده حقیقی آن‌ها مراجعه می‌کند و مقصود مشترک آن‌ها را کشف می‌کند، برخی تحول قرارداد را

۱. ر.ک: پیری، احمد، پیشین، ص ۱۱۰.

۲. ر.ک: کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵)، ص ۱۴.

۳. همان، ۱۸.

۴. همان، ۱۸.

۵. البجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، الطبعه الثالث، المجلد الثالث، (قم: منشورات دلیل ما، ۱۳۸۶ ه. ش.)، صص ۱۳۶ و ۱۳۷؛ صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶)، ص ۷۱.



نیز «تفسیر» می‌دانند؛<sup>۱</sup> قاضی وقتی حکم به تحول قرارداد باطل به قرارداد صحیح می‌دهد یعنی قصد مشترک متعاقدين را تفسیر کرده است. به همین دلیل، موافقان اراده باطنی، برای تحول قرارداد، «اراده احتیاطی» را معیار قرار می‌دهند؛ چراکه منظور از اراده احتیاطی همان اراده حقیقی است که منجر به انعقاد قرارداد می‌گردد نه اراده فرضی؛<sup>۲</sup> به این مفهوم که متعاقدين به صورت احتیاطی قرارداد دوم را اراده کرده‌اند که اگر قرارداد اصلی باطل باشد، قرارداد صحیح جایگزین آن گردد.<sup>۳</sup>

این دیدگاه که ناشی از خلط تفسیر با تحول قرارداد است<sup>۴</sup> با این ایراد مواجه است که برای تحول قرارداد نمی‌توان به اراده باطنی متعاقدين مراجعه کرد؛ چراکه در این صورت، دو اراده حقیقی (اراده انعقاد قرارداد باطل و اراده انعقاد قرارداد دوم) هم‌زمان برای انعقاد قرارداد واحد وجود خواهند داشت که معقول نیست؛<sup>۵</sup> ثانیاً در نظر گرفتن اراده احتیاطی به مفهوم اراده حقیقی نشان از عدم قصد جدی به هر دو قرارداد است که در این صورت، اصلاً تحول قرارداد مطرح نمی‌شود؛ در حالی که در اراده فرضی، قصد متعاقدين جدی فرض می‌شود؛ ثالثاً اراده احتیاطی به دلیل ذهنی بودن، قابل کشف نیست در حالی که اراده فرضی بر اساس غایت عملی متعاقدين، انصاف و حسن نیت ممکن است. لذا، تحول قرارداد متفاوت از تفسیر آن است؛<sup>۶</sup> خصوصاً که در جریان تفسیر قرارداد، همان یک قرارداد از ابتدا تا انتها وجود دارد و فقط در پناه تفسیر، تکالیف متعاقدين روشن می‌شود اما در تحول قرارداد، قاضی با دو قرارداد باطل و صحیح سروکار دارد و اقدامی بیش از تفسیر انجام می‌دهد.<sup>۷</sup>

عده‌ای دیگر، کشف اراده مشترک را صرفاً از طریق اراده باطنی به دلیل اینکه امری ذهنی

۱. سعد، نبیل ابراهیم، پیشین، ۲۵۹؛

۲. Saleilles, Op.Cit, p.316.

۳. Saleilles, Op.Cit, p.315.

۴. احتمالاً به همین دلیل، برای عنوان ماده ۱۴۰ ق.م آلمان از اصطلاح «تفسیر مجدد»

(Re-Interpretation/Umdeutung) به جای «تحول» (Konversion) استفاده شده است.

۵. احمدالسنهوری، نظریه العقد، صص ۶۳۶-۶۳۷.

۶. المعموری و زوین، پیشین، ص ۲۷۴.

۷. حتی در آلمان که اندیشه «احتیاطی بودن» اراده دوم قوی‌تر است، اما در رویه قضایی، اراده «فرضی» غلبه دارد و حتی دادگاه عالی فدرال در قضیه‌ای تصریح کرده است: در تحول قرارداد، نباید سراغ تفسیر اراده متعاقدين که حقیقی است، رفت (ر.ک: بسری، پیشین، ص ۱۸۲).

۸. الحکیم، عبدالمجید و البکری، عبدالباقی، پیشین، ص ۱۲۷.



است، ممکن نمی‌دانند مگر اینکه در عالم خارج ظاهر گردد.<sup>۱</sup> به این ترتیب، با استناد به ظهور اراده و با تأسی از عرف و عادت و اصول حقوقی چون اصل لاضرر، اصل نفی عسر و حرج و یا اصل حسن نیت، سعی در تفسیر قرارداد به صورت عینی دارند.<sup>۲</sup>

برخی از فقهای امامی نیز همین نگرش را در تفسیر دنبال می‌کنند و در کنار اراده باطنی، به اراده ظاهری که ممکن است در قالب لفظ و یا فعل تحقق یافته باشد، توجه می‌کنند.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد، قانون مدنی ایران نیز همین رویکرد را ترجیح داده است؛ چنانکه در ماده ۱۹۱ می‌گوید: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در قانون مدنی افغانستان نیز چنین است و ماده ۷۲۴ می‌گوید: «حقیقت به دلالت عادت، ترک می‌شود» و ماده ۵۰۲ ذکر الفاظ مخصوص را از شروط انعقاد می‌داند.

با توجه به کاشفیت اراده «ظاهری» از قصد مشترک متعاقدين، احتمال وحدت تحول قرارداد و تفسیر قرارداد بیشتر است.<sup>۴</sup> با این حال، تحول قرارداد متفاوت از تفسیر آن بر مبنای اراده ظاهری است: این تفاوت، اولاً مربوط به گستردگی نظریه تحول است به این مفهوم که تحول قرارداد، مفهومی بیشتر از تفسیر دارد.<sup>۵</sup> به این صورت که اگر نیازی به تفسیر قرارداد باشد، بعد از وقوع تحول انجام می‌شود.<sup>۶</sup> در تفسیر قرارداد، قاضی بر مبنای اراده ظاهری متعاقدين پی به اراده حقیقی آنها می‌برد و با همان یک اراده سروکار دارد اما در تحول قرارداد، قرار نیست به اراده حقیقی مراجعه شود؛ چراکه در این صورت اجتماع دو اراده حقیقی فراهم می‌شود؛ ثانیاً در تفسیر قرارداد، قاضی با یک قرارداد واحد سروکار دارد و بعد از پایان تفسیر نیز همان قرارداد اولی است که جریان دارد. در حالی که در تحول قرارداد، بعد از اعلام تحول، قرارداد جدیدی استمرار یافته و حق و تکلیف متعاقدين را مشخص می‌کند؛ به همین دلیل، در تحول قرارداد، برخلاف تفسیر، قاضی با دو اراده حقیقی و فرضی سروکار دارد.<sup>۷</sup> قانون مدنی افغانستان نیز با آنکه بخشی را به تفسیر قرارداد اختصاص داده، اما تحول

۱. ر.ک. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۰، (۱۳۸۴)، ص ۲۹۱.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۹.

۳. بجنوردی، سیدمحمدحسن، پیشین، صص ۱۳۶-۱۳۷.

۴. احمدالسنهوری، نظریه العقد، ص ۶۳۶.

۵. الحکیم، عبدالمجید و البکری، عبدالباقی، پیشین، ص ۱۲۷.

۶. عبدالدائم، احمد، پیشین، ص ۱۴۹.

۷. دسوقی، رأفت، پیشین، ص ۹۰.

قرارداد را در عنوان جداگانه مربوط به قواعد عمومی قراردادها ذکر کرده است و اعتقاد به دوگانگی تحول و تفسیر دارد.

## ۲-۲- تفسیر قرارداد بر مبنای اجتماع گرایی

از منظر رویکردهای تحقیقی و جامعه‌شناختی به حقوق، قرارداد صرفاً مرتبط با اراده‌های متعاقدین نیست، بلکه ماهیتی اجتماعی دارد و می‌توان آن را بر مبنای همبستگی اجتماعی یا تعاون اجتماعی تحلیل کرد؛<sup>۱</sup> به سخن دیگر، قرارداد پس از وقوع، نهادی اجتماعی است و اگرچه توافق طرفین، زمینه ساز اجرای این نهاد اجتماعی در موضوع مشخص و در رابطه‌ای مشخص است، اما مبنای اعتبار قرارداد، اراده متعاقدین نیست و این مبنا را در همان همبستگی اجتماعی باید جستجو کرد؛<sup>۲</sup> می‌دانیم که به مقتضای نیاز جوامع معاصر، برخی قراردادها مانند قراردادهای الحاقی، مبتنی بر توافق اراده‌های واقعی طرفین منعقد نمی‌شوند و فقط ظاهری از اراده مشتری وجود دارد. به همین دلیل، تفسیر قرارداد نیز فقط بر مبنای حصول قصد مشترک انجام نمی‌شود؛ چه اینکه سخن از احراز قصد مشترک در قرارداد الحاقی معنا ندارد؛<sup>۳</sup> بلکه، برای رفع ابهام از مفاد قرارداد، باید مصالح اجتماع را نیز لحاظ کرد؛<sup>۴</sup> یعنی، قصد مشترک را باید بر این مبنا تفسیر کرد.<sup>۵</sup> با توجه به اینکه در تفسیر اجتماع گرایانه از قرارداد، به رعایت مصالح اجتماعی توجه می‌شود،<sup>۶</sup> به نظر می‌رسد آن را به تحول قرارداد نزدیک‌تر می‌سازد و شاید بتوان تعبیر دیگر تحول قرارداد را، «تفسیر اجتماعی قرارداد» دانست.

با این حال، با توجه به اینکه تفسیر اجتماعی از قرارداد نیز از چارچوب‌های حقوقی مربوط به «تفسیر» خارج نمی‌شود و به این مفهوم نیست که قرارداد باطلی با لحاظ مصالح اجتماعی متحول به قرارداد صحیح دیگری می‌گردد، در این مورد نیز قاضی در تمام فرایند تفسیر با همان قرارداد اصلی سروکار دارد که باطل نیست حتی اگر مصالح اجتماعی را لحاظ می‌کند؛ یعنی، با آنکه

۱. Lokiec, Pascal, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé, des rapports contractuels*, (Paris: L.G.D.J, 2004), p.113; Demogue, René, *Traité des obligations en général*, (Paris: Librairie Arthur, Rousseau, T.6, 1931), pp.9-10.

۲. ر.ک: کاتوزیان، تفسیر قرارداد، ص ۲۹۲.

۳. همان، ۲۸۶.

۴. ر.ک: کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، صص ۲۳-۲۶.

۵. کاتوزیان، تفسیر قرارداد، ص ۲۹۲.

۶. شهابی، مهدی، «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، فصلنامه حقوق خصوصی، ش ۱، (۱۳۹۰)، ۲۶۶.

قاضی مصالح اجتماعی را در تفسیر قرارداد در نظر می‌گیرد، اما حیات قرارداد باطلی را بر مبنای قرارداد صحیح دیگری به جریان نمی‌اندازد؛ حال آنکه ماهیت نظریه تحول قرارداد، بر مبنای بطلان قرارداد اصلی و ادامه غرض متعاقدين بر مبنای قرارداد صحیح جدید است که به این ترتیب، تفسیر قرارداد مبین هویت این نظریه نیست.

#### ۴- اجتماعی شدن قراردادها، مبنای نظریه تحول قرارداد

از دیدگاه فردگرایان و بر اساس اندیشه حقوق طبیعی، قراردادها به دلیل اینکه منافع خصوصی متعاقدين را تأمین می‌کند، تابع اراده آنها است<sup>۱</sup> و از آنجایی که آنها با «اراده آزاد» قرارداد را منعقد می‌کنند<sup>۲</sup>، حتماً «عادلان» است<sup>۳</sup>. به همین دلیل، قرارداد «مقدس» و نیازمند ستایش بوده<sup>۴</sup> و از دخالت، مصون است؛ یعنی، قاضی در برخورد با قرارداد، باید به اراده متعاقدين احترام بگذارد و بر مبنای قواعد حقوقی و ارزش «آزادی» عمل کند و نمی‌تواند بر مبنای اراده عملی، از اراده اعتباری عبور کند.

به نظر می‌رسد، اداره قرارداد، می‌تواند دیدگاه افراطی فردگرایی تعدیل کند؛ چراکه به قاضی اجازه می‌دهد تا «مصالح اجتماعی» را در تحلیل قرارداد مورد توجه قرار دهد و هدف این است که نظم اجتماعی و صلح اجتماعی مختل نشود<sup>۵</sup>. در رویکرد اجتماعی به حقوق<sup>۶</sup> که مکتب مطالعات انتقادی حقوق نیز مصداقی از آن است<sup>۷</sup>، اندیشه «اجتماعی شدن قراردادها»، بر مبنای

۱. T. Critchlow, Donald and R. Wandermeer, Philip (Ed), The Oxford Encyclopedia of American Political and Legal History, Vol.1, (New York: Oxford University, 2012), p.188.

۲. Putman, E. «Kant et la théorie du contrat», RRJ. Droit prospectif, n° 3, (1996), pp.685-686.

۳. کاتوزیان، ناصر، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۲، (۱۳۸۰)، ۱۱۶؛ شهبابی، مهدی، «قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کانتی؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی شیراز، ش ۴، (۱۳۹۳)، صص ۶۰-۶۱؛

Chazal, Jean Pascal, «De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1e du code civil», In.RTD. Civ, n° 2, (2001), pp.267-268.

۴. کاتوزیان، تفسیر قرارداد، ص ۱۸۹.

۵. همان، ص ۲۹۲.

۶. علیزاده، عبدالرضا، پیشین، ص ۲۲۴.

۷. شهبابی، مهدی و جلالی، مریم، «نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرتو آنگر»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲، (۱۳۹۵)، ص ۲۴۵.

همان اداره قرارداد، در این مقام است که با نزدیک کردن ارزش (متافیزیک) به واقعیت<sup>۱</sup>، قراردادی منعطف تر و منصفانه تر و در یک کلمه، اجتماعی را نتیجه بدهد<sup>۲</sup>، تا به تبع آن، قاضی بتواند به مسائلی مانند عرف و الزامات اجتماعی نیز توجه کرده<sup>۳</sup> و خود را محدود به اراده اعتباری متعاقدین نسازد<sup>۴</sup>. نظریه تحول قرارداد به عنوان یکی از مصادیق روشن «اجتماعی شدن حقوق قراردادها»، نماد همین دخالت قاضی است. این نظریه نه مبتنی بر اراده اعتباری، بلکه مبتنی بر غرض عملی یا همان اغراض اقتصادی و اجتماعی است؛ بر این اساس، «اراده فرضی»، مستند تحول قرارداد باطل به قرارداد صحیح قرار می گیرد تا قرارداد منصفانه گردد؛ به همان ترتیبی که نظریه «فرض تقصیر» در مسئولیت مدنی در مسیر انصاف قرار دارد. به این ترتیب، باید پذیرفت که تحول قرارداد به عنوان یک واقعیت حقوقی-اجتماعی، سبب عبور از مفهوم ذهنی و شخصی قرارداد<sup>۵</sup> به مفهوم عینی و نوعی قرارداد<sup>۶</sup> می شود تا به این طریق، مصالح اجتماعی نیز در تحلیل قرارداد نقش ایفا کند و صرفاً آزادی قراردادی ملاک نباشد.

البته، باید توجه داشت اجتماعی شدن حقوق در دو سطح «مبنا» و «هدف» قابل تحقق است<sup>۷</sup>. در سطح مبنا باعث می شود اراده اجتماعی، مبنای اعتبار مفاد قرارداد باشد که در این صورت با فقه اسلامی که اعتقاد به اراده شارع در اعتبار مفاد قرارداد دارد<sup>۸</sup>، منافات خواهد داشت و به همین دلیل، تحول قرارداد در سطح مبنا مورد نظر نیست. اما در سطح هدف که باعث می شود وجدان و الزامات اجتماعی نیز مورد توجه قرارداد قرار بگیرد، تعارضی با فقه، خصوصاً فقه امامیه ندارد<sup>۹</sup> که این جنبه از مفهوم اجتماعی نظریه مذکور مورد نظر است؛ با این توجیه که اراده

۱. شهابی، فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی، ص ۲۶۰.

۲. T. Critchlow and R. Wandermeer, Op.Cit, p.188.

۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲۷.

۴. شهابی، مهدی، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهاى ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲، (۱۳۹۴)، ص ۶۱۸.

۵. Subjective.

۶. Objective.

۷. شهابی، فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی، ص ۲۶۴.

۸. بجنوردی، سیدمحمدحسن، القواعد الفقهیه، المجلد الثالث، (قم: منشورات دلیل ما، ۱۳۸۶)، صص ۱۳۶-۱۳۷؛ شهابی، مهدی، فلسفه حقوق، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶)، ص ۴۳۷؛

. Chehata, Chafik, «Le concept de contrat en droit musulman», In. Archives de philosophie du droit, Sirey, n° 13, (1968), pp.136, 140.

۹. شهابی، فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی، ص ۲۶۴.

متعاقدين، نه مبنای اعتبار مفاد قرارداد که منبع آثار قراردادی یا ابزار بیان و اجرای آثار قراردادی است<sup>۱</sup> و تحول قرارداد نه در سطح مبنای اعتبار، بلکه در سطح همان اراده متعاقدين که ابزار بیان و اجرای آثار قراردادی است، مطرح می‌شود. بنابراین، مبنای تحول قرارداد، تغییر مبنای اعتبار مفاد قرارداد و عبور از اراده شارع به وجدان اجتماعی نیست؛ حتی لزوماً منتهی به عبور از عقود معین نیز نمی‌شود. لذا، قرارداد باطل اصلاح و واجد آثار حقوقی نمی‌گردد؛ بلکه بر مبنای کارکرد اراده که ابزار ایجاد قرارداد است، از رفتار عملی متعاقدين، ارکان قرارداد صحیحی آشکار می‌شود که ادامه روابط حقوقی متعاقدين را مشخص می‌سازد؛ به همین دلیل، می‌توان مواردی را در قانون مدنی ایران ملاحظه کرد که قابلیت طرح نظریه تحول قرارداد را دارند؛ چنانکه می‌توان ماده ۴۹۴ ق.م. را در ارتباط بطلان قرارداد اجاره چنین تحلیل کرد: اگر قرارداد اجاره‌ای به دلیلی باطل باشد، اما مالک با وجود مشاهده انتفاع بردن متصرف، تقاضای تخلیه عین مستأجره را مطرح نکند، قرارداد اجاره باطل تبدیل به اذن در انتفاع شده است و مالک، مستحق اجرت‌المثل می‌گردد؛ مشابه آن، قرارداد بیعی که به دلیلی باطل است و مالک نیز با وجود اطلاع از آن، شاهد استعمال مبیع بوده و استرداد آن را مطرح نمی‌کند، می‌تواند حکایت از اذن در انتفاع، در قبال دریافت اجرت‌المثل باشد؛ همچنین، حواله‌ای که به دلیلی باطل است، اما محیل با اطلاع از چنین بطلانی، اقدام به رجوع نمی‌کند، تحول حواله مذکور به هبه، دور از انتظار نیست؛ مثال دیگری که مؤید تحول قرارداد است، بطلان ودیعه‌ای است که مالک با وجود اطلاع از آن، نه تنها استرداد عین را مطالبه نمی‌کند، بلکه شاهد استفاده امین نیز است که این رفتار عملی، حکایت از اراده‌ای فرضی، مبنی بر قصد عاریه دارد. به نظر می‌رسد مثال‌های فوق‌الذکر، می‌توانند در یک عنوان کلی‌تر، در چارچوب نظریه تحول قرارداد مطرح شوند؛ چراکه اراده واقعی متعاقدين با بطلان مواجه شده و وجود ندارد، اما رفتار عملی آن‌ها مانند سکوت یک طرف در برابر تصرفات طرف دیگر، حکایت از اراده‌ای فرضی دارد که کارکرد اراده متعاقدين را به عنوان ابزار بیان و اجرای آثار قراردادی به خوبی نشان می‌دهد.

## نتیجه‌گیری

۱. شهابی، قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)، ص ۶۱۳.



نظریه تحول قرارداد، سال‌هاست که توسط نظام‌های حقوقی برای کاستن از موارد بطلان قراردادها شناسایی شده و بسیاری از کشورهای اسلامی از جمله افغانستان آن را وارد قوانین خویش کرده‌اند که در پرتو آن، تصرف باطل، بر مبنای اراده فرضی که از غایت عملی متعاقبین مشهود است، به قرارداد جدیدی متحول و حیات آن ادامه می‌یابد. نظریه تحول قرارداد، مفهوم حقوقی-اجتماعی دارد و به همین دلیل، می‌تواند به تفسیر قرارداد بر مبنای اجتماع‌نگری کمک کند. با این حال، تحلیل تحول قرارداد بر مبنای تفسیر صرف، ممکن نیست و نمی‌تواند تمام ابعاد آن را مشخص و نحوه عملکرد آن را روشن کند؛ چراکه، نظریه مذکور از عناوین مستقلی است که تحلیلی بیش از تفسیر نیاز دارد؛ به این دلیل که این نظریه ناشی از تلفیق دو نظریه اراده‌گرایی (حاکمیت اراده و اراده دولت به عنوان خالق قاعده حقوقی) و اجتماع‌گرایی است؛ تلفیقی که ابعاد «اجتماعی شدن» حقوق را، در سطح «هدف حقوق قراردادها» و نه در سطح مبنای اعتبار مفاد قرارداد، بر اساس مصلحت به مفهوم تعامل منافع فردی و اجتماعی از یک سو و تعامل اراده حقیقی و فرضی از سوی دیگر، به خوبی نشان می‌دهد. به این ترتیب، نظریه تحول به دنبال محو حقوق طبیعی یا ارزش در برابر مصالح اجتماعی یا واقعیت نیست بلکه در صدد ایجاد تعامل آن‌ها است.

با آنکه منافع اقتصادی و اجتماعی نظریه تحول قرارداد روشن است، اما در نظام حقوقی ایران وارد نشده است؛ چراکه در فقه امامیه چنین موضوعی مطرح نبوده و پاره‌ای از مصادیق مشابه آن، در قالب «توصیف» تحلیل می‌شود؛ حال آنکه توصیف قرارداد، متفاوت از تحول است. به نظر می‌رسد از آنجایی که نظریه تحول، مصالح اجتماعی و فردی را در سطح «هدف قرارداد» مورد نظر دارد، اصولاً با فقه نیز تعارض ندارد؛ چنانکه در فقه عامه احکام فقهی متعددی در چارچوب مفهوم تحول مطرح شده‌اند. اما در فقه امامیه که استحسان و مصلحت حجیت ندارد، ظاهراً توجه فقهی تحول قرارداد، مشکل می‌شود. با این حال، از آنجایی که در نظریه تحول قرارداد، قرار نیست، قرارداد باطل اصلاح یا دارای آثار حقوقی گردد، با فقه امامیه نیز منافات ندارد؛ حتی می‌توان گفت برای پذیرش آن، استناد به استحسان و مصلحت ضرورتی ندارد؛ چراکه قرار است، به اراده به عنوان ابزار بیان و اجرای آثار قرارداد توجه شود نه مبنای اعتبار قرارداد. همچنین، یکی از ظرفیت‌های موجود در فقه و حقوق ایران برای پذیرش نظریه تحول قرارداد، حداقل در برخی موارد، توجه به رفتار عملی طرفین، پس از قرارداد است. با توجه به



اینکه در نظام حقوقی ایران، افعال نیز می‌توانند مبین قصد انشا باشند، در مواردی که پس از وقوع قرارداد باطل، طرفین آگاهانه رویه‌ای را بین خود حاکم کرده‌اند، ممکن است از این رویه، قرارداد جدیدی استنباط گردد. برخی از فقها، هرچند معاطات را به دلیل فقدان صیغه باطل دانسته و موجب نقل ملکیت نمی‌دانستند، اما از آنجا که طرفین با رضایت خود، مال را در اختیار طرف مقابل قرار می‌دادند، عمل آن‌ها را اباحه تصرف تلقی کرده<sup>۱</sup> و با این تمهید، از وقوع مردم در عسر و حرج ناشی از تصرف فاقد سبب مشروع در مال غیر، جلوگیری می‌کردند. پس می‌توان قائل بود که نظریه مذکور با قواعد فقهی و حقوقی تعارضی ندارد و عملاً نیز مصادیقی از آن، در قوانین مختلف وجود دارند یا قابل وقوع هستند اما به دلیل اینکه این نظریه به صرف اراده قاضی اجرا نمی‌شود، نیازمند پیش‌بینی قانون‌گذار است تا با شناسایی آن در نظام حقوقی ایران، به‌عنوان نهادی حقوقی، قاضی را الزام به اجرای آن کند و تمام مصادیق متعدد آن را نیز تابع قاعده‌ای عام قرار دهد تا به این طریق، سبب استمرار بیشتر روابط قراردادی گردد.

۱. ر.ک: انصاری، مرتضی، مکاسب، (قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۱۳ق)، ج ۶، ۳۰-۴۰، ۵۱، ۶۶-۷۲، ۸۰-۹۰.

## منابع

### فارسی و عربی

- احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۱، (بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۲۰۰۲).
- احمد السنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، جلد ۴، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸).
- احمد السنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، جلد ۲، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸).
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، جلد ۱، (تهران: سمت، ۱۳۸۳).
- افتخار جهرمی، گودرز و خراسانی، سیدعلی، «تیین اصول و قواعد دادرسی تجاری و ارزیابی کارایی آن از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱، ۱۳۹۶، صص ۴۵-۶۵.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد ۶، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق).
- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۲).
- البجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۳، (قم: منشورات دلیل ما، ۱۳۸۶ ق).
- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، (بیروت: دارالکتب العربی، ۲۰۰۵).
- الحکیم، عبدالمجید و البکری، عبدالباقی، الوجیز فی نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراقی، جلد ۱، (بغداد: وزارة التعليم العالی و البحث العلمی، ۱۹۸۰).
- حیدر، علی، درر الحکام فی شرح مجله الاحکام، جلد ۱، (ریاض: دار عالم الکتب، ۲۰۰۳).
- دسوقی، رأفت، تحول العقد الباطل الی تصرف صحیح، (قاهره: دارالعلوم، ۲۰۰۵).
- سعد، نبیل ابراهیم، النظریه العامه للالتزام (مصادر الالتزام)، جلد ۱، (اسکندریه: دارالجامعه-الجديده، ۲۰۰۱).
- شوکت، حمید، نظریه تحول عقد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، قم: دانشگاه قم، به راهنمایی دکتر سید حسن وحدتی شبیری و مشاوره دکتر حسین سیمایی صراف، ۱۳۹۰.

- شهابی، مهدی و افضل‌ی، عبدالواحد، «تحلیل تطبیقی عقد باطل و فاسد در قانون مدنی ایران و افغانستان»، فصلنامه حقوق خصوصی، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۵۸۳-۶۰۳.
- شهابی، مهدی و جلالی، مریم، «نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرو تو آنگر»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۴۵-۲۶۳.
- شهابی، مهدی، «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، فصلنامه حقوق خصوصی، ش ۱، ۱۳۹۰، صص ۲۵۹-۲۷۷.
- شهابی، مهدی، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲، ۱۳۹۴، صص ۶۰۱-۶۲۵.
- شهابی، مهدی، «قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کنتی؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی شیراز، ش ۴، ۱۳۹۳، صص ۵۵-۹۴.
- شهابی، مهدی، فلسفه حقوق (مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن)، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۷).
- شهیب‌السعداوی، احمدسلیمان و جوادسمیسم، جواد کاظم، مصادر الائتزام، (بیروت: منشورات زین‌الحقوقیه، ۲۰۱۷).
- صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، (تهران: ققنوس، ۱۳۷۶).
- عبدالدائم، احمد، شرح القانون المدنی، جلد ۱، (دمشق: مدیریه الکتب و المطبوعات الجامعیه، ۲۰۰۳).
- عبیدالفتلاوی، صاحب، تحول العقد دراسه مقارنه، (عمان: مکتبه الثقافه النشر، ۱۹۹۷).
- علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، (تهران: سمت، ۱۳۸۷).
- فرج‌الصدده، عبدالمنعم، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، (بیروت: دارالنهضه العربیه، ۱۹۷۴).
- قیم، عبدالنبی، فرهنگ معاصر، (تهران: مؤسسه فرهنگ معاصر، ۱۳۸۷).
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۸).
- کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۰، ۱۳۸۴، صص ۲۷۷-۳۰۸.
- \_\_\_\_\_، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۲، ۱۳۸۰، صص ۱۱۱-۱۳۵.

- \_\_\_\_\_، فلسفه حقوق، جلد ۱، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۰).
- کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، جلد ۱، (تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه. ۱۴۲۲ ق).
- الكاظم الشباني، علي، تحول العقد في نطاقه القانون المدني، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ۲۰۱۵).
- محمد البعلی، عبدالحمید، دراسه تمهيديه في تحول العقود في الفقه و القانون دراسه مقارنه و موازنه، (امارات عربي متحده: دائره الشؤون الاسلاميه و العمل الخيري، ۲۰۰۹).
- المعموري، ضمير حسين و زوين، نبيل مهدي، «فكرة الأثر الأقوى للعقد»، فصلنامه دانشكده حقوق و علوم سياسي دانشگاه كوفه، ش ۷، ۲۰۰۸، صص ۲۶۵-۲۸۲.
- وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، الموسوعه الفقيهه، جلد ۸، (كويت: وزارت الاوقاف، ۱۹۸۶).
- يسرى، احمد. (۱۹۵۸). تحول التصرفات القانوني، (قاهره: مطبعه الرساله، ۱۹۵۸).

#### English Sources

- Chazal, Jean Pascal, «De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1e du code civil», In. RTD. Civ, n° 2, 2001 pp.265-285.
- Chehata, Chafik, «Le concept de contrat en droit musulman», In. Archives de philosophie du droit, Sirey, n° 13, 1986, pp.129-141.
- Deguillem, Henri, La socialisation du contrat, Etude de sociologie juridique, Thèse pour le doctorat d'université, université de Paris, Paris : Niort, imprimerie soullisse-Martin, 1944
- Demogue, René, Traité des obligations en général, T.6, (Paris : Librairie Arthur, Rousseau, 1931)
- Lokiec, Pascal, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé, des rapports contractuels, (Paris, L.G.D.J. 2004)
- Putman, E., «Kant et la théorie du contrat», RRJ. Droit prospectif, n° 3, 1996, pp.685-696.
- Ripert, Georges, Les forces créatrices du droit, (Paris : L.G.D.J., 1998, Réimpression de 2<sup>e</sup> édition (1955), 1998)
- Saleilles, Raymond, De la déclaration de volonté, (Paris, Pichon, 1901)
- T. Critchlow, Donald and R. Wandermeer, Philip (Ed), The Oxford Encyclopedia of American Political and Legal History, Vol.1, (New York, Oxford University. 2012)
- Zmij, Grzegorz and Heiderhoff, Bettina (Ed). (2011). Interpretation in Polish, German and European Private Law (Iuris cogentis and iuris dispositivi provisions in contract law and in corporate law), Grzegorz Gorczynski, (Munich,

