

واکاوی احکام عقد حواله با رویکردی نقادانه به موضع قانون مدنی

دکتر خسرو مؤمنی*

چکیده

از جمله اعمال حقوقی که به عنوان ابزاری جهت ایجاد تحول در تعهد می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد «عقد حواله» است. مشهور فقیهان امامیه اثر عقد حواله را مانند عقد ضمان، «انتقال دین» دانسته و بر همین مبنا ساختمان و احکام آن را سامان داده‌اند. این وضعیت سبب شده تا این احکام از جهات متعددی مبتلابه اشکال باشند. همین وضع مورد پیروی قانون‌گذار در قانون مدنی نیز واقع شده و در نتیجه، به احکام مربوط به عقد حواله در قانون مدنی نیز همان اشکالها وارد است. این پژوهش با روشی معرفت‌شناسانه در پی یافتن تبیینی قابل دفاع درباره اثر و احکام عقد حواله است. به نظر می‌رسد با پذیرش انتقال «دین» به عنوان اثر عقد ضمان، شایسته است که عقد حواله به عنوان سازوکاری برای انتقال «طلب» باشد تا به این ترتیب، عمده اشکال‌های وارد بر احکام باب حواله در قانون مدنی مرتفع شود. لکن، حق مطلب آن است که برخلاف باور فقیهان امامیه و موضع قانون مدنی، عقد ضمان صرفاً نهادی «توثیقی» و عقد حواله نهادی جهت «انتقال» تعهد - به هر یک از چهره‌های مثبت یا منفی آن - باشد. افزون بر آنکه «وثایق» تعهد نیز با انتقال آن منتقل می‌شود.

واژگان کلیدی: انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد، تضمین، حواله، ضمان، وثیقه.

* استادیار دانشگاه سمنان، دانشکده علوم انسانی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی kh.momeni@semnan.ac.ir

سرآغاز

یکی از ابزارهای تحول در تعهد، عقد حواله است. احکام ناظر به این عمل حقوقی در ضمن ۱۰ ماده (مواد ۷۲۴ ق.م. تا ۷۳۳ ق.م.) بیان شده است؛ اما این احکام از جهات متعددی مبتلابه اشکال است. ریشه اشکال‌ها نیز در عدم شناخت صحیح «اثر» این عمل حقوقی است. به سخن دیگر، صاحب‌نظران درباره چستی «اثر» عقد حواله به شدت با یکدیگر اختلاف دارند و همین امر منشأ اختلاف آنان درباره ساختمان حقوقی عقد یادشده و سایر احکام آن شده است. مطالعه مواد مربوط به عقد حواله در قانون مدنی نشان می‌دهد که قانون‌گذار در این زمینه از نظر مشهور فقیهان پیروی کرده و همین امر سبب شده تا اشکال‌های متعددی متوجه آن احکام شود.

نگارنده در این پژوهش درصدد برآمده تا از رهگذر بیان و نقد اقوال مختلف درباره اثر عقد حواله به‌عنوان نقطه آغاز مطالعه در باب شناخت احکام این عمل حقوقی و نشان دادن اشکال‌ها و نقاط ضعف مواد مربوط به آن در قانون مدنی، با روشی تحلیلی و معرفت‌شناسانه^۱ تبیینی صحیح و قابل دفاع درباره اثر و احکام عمل حقوقی حواله ارائه دهد.

برای این منظور در مقام نخست، اقوال مختلف درباره اثر عقد حواله بیان و ارزیابی می‌شود. در مقام دوم به تبیین و ارزیابی موضع قانون‌گذار در قانون مدنی نسبت به اثر عقد حواله و نتایج آن پرداخته خواهد شد و سرانجام در مقام سوم، عقیده مختار ارائه می‌شود.

۱. اقوال مختلف درباره اثر عقد حواله

درباره اثر عقد حواله اقوال گوناگونی مطرح شده است. مهم‌ترین آن اقوال، سه قول است که در ذیل به تبیین آن‌ها می‌پردازیم.

۱. روش معرفت‌شناسانه روشی مبتنی بر تفکر نقادانه است که شخص را موظف می‌کند میزان پای‌بندی‌اش به یک باور را با قوت شواهد و دلایلی که به سود آن باور دارد هماهنگ کند.

۱-۱. انتقال طلب

گروهی از صاحب‌نظران معتقدند حواله از نظر ماهوی، نوعی «انتقال طلب» است (شهید ثانی، بی تا، ج ۴: ۱۳۶؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۳۵۸؛ مجاهد، بی تا: ۱۴۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲)؛ یعنی محیل از یک سو به محتال بدهکار است و از دیگر سو، از محال‌علیه طلبکار. آنگاه به منظور ایفاء دینش به محتال، طلبی را که از محال‌علیه دارد به محتال منتقل می‌کند. در مقابل، محتال نیز یا از طلبی که از محیل دارد، صرف‌نظر می‌کند (ابراء) یا آن را در عوض تملک طلب محیل به وی منتقل کرده و به این ترتیب در اثر وقوع مالکیت *مافی‌الذمه* برای محیل، ذمه وی در برابر محتال بری می‌شود.

بر پایه این تحلیل، اطراف عقد حواله منحصر است در محیل و محتال؛ یعنی ایجاب حواله را محیل انشاء می‌کند و قبول آن را محتال؛ اما محال‌علیه نه تنها در *انعقاد* عقد حواله هیچ‌گونه دخالتی ندارد، تأثیر عقد حواله نیز در حق او منوط به رضای وی نیست؛ زیرا مطابق این نظر، محیل از رهگذر انعقاد عقد حواله در دارایی خویش دست به تصرف می‌زند و در این مسیر، نیاز به رضای محال‌علیه ندارد. به سخن دیگر، طلب یکی از اجزای دارایی محیل است و هر مالکی حق دارد به هر ترتیب که بخواهد در دارایی خویش تصرف کند، بی آنکه به اذن یا اجازه دیگران نیازمند باشد (امامی، ۱۳۷۸: ۳۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۲۵۹؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۹۷؛ شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۰۴ و ۱۳۹۵: ۵۷۸؛ سنهوری، بی تا، ش ۲۶۰؛ رستم باز، ۱۹۹۸: ۳۲۱).

آری! در یک صورت رضایت محال‌علیه ضروری است و آن در فرضی است که جنس دین محیل به محتال با جنس طلبی که از محال‌علیه دارد یکسان نبوده و محیل قصد داشته باشد که از طریق انعقاد عقد حواله با محتال، تعهدش در قبال وی را با همان جنسی که بدهکار است ایفاء کند. در این حالت گریزی از جلب رضایت محال‌علیه نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۱). منتها، این به آن معنی نیست که در این فرض *انعقاد* عقد حواله دخالت پیدا می‌کند. بلکه از نظر تحلیلی چنین است که در کنار عقد حواله‌ای که میان محیل و محتال منعقد می‌شود، یک قرارداد «تبدیل تعهد» نیز به اعتبار تبدیل «موضوع» تعهد میان محیل و محال‌علیه منعقد می‌شود.

در صورت پذیرش این عقیده درباره ماهیت عقد حواله، حواله صرفاً بر «غريم»^۱ صحیح بوده و حواله بر محال‌علیه بریء قابل انجام نیست؛ زیرا در این فرض محیل طلبی از محال‌علیه ندارد تا بخواهد آن را به محتال منتقل کند. چنین فرضی در صورت فراهم بودن شرایط صحت قرارداد، مصداق عقد «ضمان» خواهد بود.

نتیجه دیگر التزام به ابتناء حواله بر انتقال طلب این است که تضمین‌های طلب محیل که به واسطه عقد حواله به محتال انتقال یافته است منحل نمی‌شود؛ زیرا بر پایه این عقیده حواله سبب «تبدیل تعهد» نمی‌شود تا گفته شود چون تعهد محال‌علیه در برابر محتال تعهدی «جدید» است که در نتیجه سقوط تعهد سابق پدید آمده است، پس تضمین‌های تعهد سابق را به همراه ندارد (ماده ۲۹۳ ق.م.)، بلکه حواله صرفاً سبب «انتقال» تعهد می‌شود؛ یعنی تعهد دقیقاً با همان ویژگی‌های سابقش به حیات خود ادامه می‌دهد. منتها، چهره مثبت آن صرفاً تغییر محل داده و از دارایی محیل به دارایی محتال «منتقل» شده است و این امر نباید سبب از بین رفتن وثیقه‌های آن شود. آری! چنانچه حواله به غیر جنس دین محال‌علیه به محیل باشد، تضمین‌های طلب ساقط می‌شود. منتها، این رویداد به دلیل «انقضاء عقد حواله» نیست. بلکه به دلیل قرارداد «تبدیل تعهد» است که به کیفیت پیش‌گفته میان محیل و محال‌علیه در کنار عقد حواله منعقد شده است؛ یعنی طلبی که از ناحیه محیل به محتال منتقل می‌شود، پیش از انتقال، فاقد هرگونه تضمین است.

۲-۱. انتقال دین

بیشتر اندیشمندان بر این باورند که حواله قالبی است برای انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۳۰۶؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۱۴۱۳؛ محقق حلی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۹۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۶۲ و ۱۴۱۰، ج ۱: ۴۰۲ و ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۸۲؛ آبی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۵۶۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲: ۹۲ و ۹۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۵۹۶؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۵؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۷۸۳؛ اصفهانی،

۱. واژه «غريم» اصطلاحاً از «اضداد» است؛ زیرا هم به معنای «بدهکار» است، هم «طلبکار». ولی مراد ما از این واژه در اینجا «بدهکار» است.

۱۴۲۲: ۵۰۰). بر پایه این باور، اشتغال ذمه محال‌علیه در مقابل محیل برای صحت حواله ضروری نیست؛ زیرا انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه هیچ‌گونه توقفی بر اشتغال ذمه محال‌علیه در مقابل محیل ندارد. در نتیجه، مطابق این نظر حواله بر شخص بری‌الذمه فاقد اشکال است. منتها، چنانچه ذمه محال‌علیه در مقابل محیل مشغول باشد در برابر اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محتال، علاوه بر این که ذمه محیل در مقابل محتال بری می‌شود، ذمه محال‌علیه نیز در مقابل محیل فارغ می‌شود.

طرفداران این نظر اطراف عقد حواله را محیل، محتال و محال‌علیه می‌دانند. لزوم دخالت محتال و محال‌علیه بر پایه این عقیده روشن است؛ زیرا مطابق این نظر فرض بر این است که در نتیجه عقد حواله طلب محتال از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه تغییر محل پیدا می‌کند و بدهکاران از جهت تمکن مالی، اعتبار و خوش حساب بودن یا نبودن با یکدیگر تفاوت دارند. لذا اراده محتال برای صحت حواله ضروری است. همچنین با توجه به این که به واسطه عقد حواله قرار است ذمه محال‌علیه در مقابل شخص دیگری به نام محتال مشغول شود و ذمه هیچ‌کس را نمی‌توان بدون اراده او مشغول ساخت، لذا اراده محال‌علیه نیز برای انعقاد عقد حواله امری ضروری است؛ اما لزوم دخالت اراده محیل برای انعقاد حواله همراه با پایبندی به ابتنا حواله بر انتقال دین، قدری دشوار است؛ زیرا اگر حقیقت حواله انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است چه نیازی به موافقت مدیون (محیل) وجود دارد؟! مگر نه این است که در عقد ضمان نیز که مبتنی بر انتقال دین است مدیون (مضمون‌عنه) هیچ نقشی در انعقاد عقد ندارد (ماده ۶۸۵ ق.م.ق.؟! کدام نص (آیه قرآن یا روایت)^۱ یا حکم عقلی چنین تفاوتی را میان آن دو با وجود وحدت مبنایشان توجیه می‌کند؟! به صرف این که مشهور فقیهان به این امر معتقدند نمی‌توان فقدان مبنایی منطقی برای این حکم را نادیده انگاشته و به آن ملتزم شد؛ زیرا نه «شهرت فتوایی» شرعاً حجیت دارد (خراسانی، ۱۴۲۴: ۳۳۶؛ مظفر، ۱۴۲۲: ۱۷۰؛ موسوی خویی، بی تا: ۸۹) تا بتوان به پشتوانه آن خویش را از کاوش درباره دلیل قول

۱. البته ما معتقدیم از آن‌جا که طبع موضوع مورد این پژوهش به گونه‌ای است که در زمره تعبدیات قرار نمی‌گیرد و اصطلاحاً در شمار احکام امضایی اسلام است نه احکام تأسیسی آن، لذا هنگام پاسخ به پرسش‌هایی که مطرح می‌شود، بیش از هر چیز می‌بایست در پی یافتن پاسخی منطقی و معقول باشیم.

مشهور بی‌نیاز دانست و نه اخلاق باورمندی این مشی را تأیید می‌کند. به سخن دیگر، اخلاق باورمندی اقتضاء می‌کند که روشی معرفت‌شناسانه در پیش گرفته و میزان پای‌بندی نظری و عملی خود به یک باور را با قوت شواهدی که به سود آن باور در دست داریم هماهنگ کنیم (فناپی، ۱۳۹۴: ۵۰۹).

ممکن است برای پاسخ به این اشکال فارقی مطرح شود مبنی بر این که همان‌طور که در بالا بیان شد، مفاد حواله این است که در برابر اشتغال ذمه محال‌علیه در قبال محتال، طلب محیل از محال‌علیه ساقط شود. همین امر ضرورت دخالت اراده محیل را توجیه می‌سازد.

ولی، باید توجه داشت که مطابق این نظر سقوط دین محال‌علیه در برابر محیل داخل در حقیقت حواله نیست. به دیگر سخن، مطابق این نظر هدف اصلی از انعقاد حواله ایفاء دین محیل از رهگذر انتقال آن به ذمه محال‌علیه است. شاهد بر این مدعا این است که طرفداران ابتناء عقد حواله بر انتقال دین، حواله بر شخص *بری‌الذمه* را نیز صحیح و مصداق عقد حواله دانسته و در دخیل بودن اراده انشایی محیل برای انعقاد عقد حواله تفاوتی میان این دو مصداق قائل نشده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۳۰۶؛ محقق حلی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۶۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۷۸۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۰). از این رو، برفرض که فارق مقدر در حواله بر غریم پذیرفته شود، در حواله بر *بری‌الذمه* عقلاً منتفی بوده و با وجود این که هیچ تفاوتی با عقد ضمان ندارد، اراده انشایی مدیون (محیل) را در تحققش لازم می‌دانند! وضعیتی که عدم امکان ترسیم مرزی روشن میان حواله و ضمان را موجب شده است.

برخی از فقیهان اشتغال و عدم اشتغال ذمه شخص ثالث را مایز این دو عقد دانسته‌اند. به این معنی که چنان چه مدیون از شخص ثالثی که قرار است در برابر طلبکار عهده‌دار تعهدش شود طلبکار باشد، عمل حقوقی مورد بحث معنون به‌عنوان «حواله» و در غیر اینصورت، «ضمان» خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۸۸ و شهید اول، بی‌تا: ۱۲۳ و ۱۲۴).

اما نخست، همان‌طور که در بالا نیز گفته شد چون طرفداران این عقیده حواله بر *بری‌الذمه* را نیز مصداق عقد حواله می‌دانند، لذا نمی‌توان با این ملاک، اشکال وارد بر نظر

آنان درباره تفاوت دو عقد ضمان و حواله را برطرف ساخت؛ دوم، مذاقه در حقیقت دو عقد مذکور و تلقی عرف از آن دو نشان می‌دهد که برات و اشتغال ذمه شخص ثالث نمی‌تواند ملاک تفاوت ضمان و حواله باشد. به سخن دیگر، همان‌طور که از معنای لغوی ضمان نیز برمی‌آید حقیقت عقد ضمان، «تعهد و التزام» است، اعم از این‌که از ناحیه شخص مشغول الذمه باشد یا بری الذمه^۱. ولی، حقیقت عقد «حواله» واگذاری و انتقال است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۳۵۸ به بعد و ج ۶: ۲۷۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۴: ۱۸۱ و ج ۱۸: ۳۴۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۴، ج ۲: ۲۳۷ و ۲۹۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ش ۱۴۲ و ۱۴۳). برخی دیگر از اندیشمندان تفاوت این دو عمل حقوقی در این وضعیت را این‌گونه نشان می‌دهند که ایجاب عقد در ضمان توسط ضامن و در حواله توسط محیل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۲۴۶).

ولی، این پاسخ نیز نمی‌تواند اشکال مذکور را برطرف کند؛ زیرا فرض بر این است که پیش‌بینی هر یک از اعمال حقوقی به منظور رفع نیازی در مراودات اقتصادی جامعه است. آنگاه با حفظ این نکته می‌پرسیم هنگامی که هدف، انتقال دین یک شخص بر عهده شخص ثالثی است که بری‌الذمه است و عقد ضمان به خوبی تأمین‌کننده این هدف است، دیگر چه نیازی به گسترش دامنه عقد حواله برای پوشش دادن این فرد وجود دارد؟! با چه توجیهی و بنا به کدام ضرورت، تقاضا یا پیشنهاد انتقال دین از ناحیه مدیون را دارای ماهیت «انشایی» تلقی می‌کنیم؟! به دیگر سخن، زمانی باید برای افعال اشخاص ماهیت «انشایی» قائل شویم که اثر حقوقی مورد نیاز بدون آن قابل تحقق نباشد (شهبازی، ۱۳۸۵: ۶۱). در حالی که همان‌طور که بیان شد اثر حقوقی موردبحث (انتقال دین)، با اراده انشایی طلبکار و شخص ثالث کاملاً قابل تحقق بوده و نیازی به اراده انشایی بدهکار وجود ندارد تا بتوان پیشنهاد وی برای انتقال دین را اراده انشایی او و مایز عقد حواله با عقد ضمان در فرض برائت شخص ثالث

۱. منتها، چنان چه ضامن در مقابل مضمون^۲ عنه مشغول الذمه بوده باشد، فقط در صورتی می‌تواند در مقابل وی به تهاتر دینش با آن چه به مضمون^۲ له می‌پردازد استناد کند که با اذن مضمون^۲ عنه مبادرت به انعقاد عقد ضمان کرده باشد (شهید ثانی، بی تا، ج ۴: ۱۲۱)؛ زیرا مطابق ماده ۲۶۷ ق.م امکان رجوع پرداخت‌کننده به مدیون متوقف بر اذن وی در پرداخت است. اگر چه این قاعده کلی نیز در موارد «اداره فضولی مال غیر»، «الزام قانونی» و نیز «ذی نفع بودن» پرداخت‌کننده با استثناء مواجه است. رک: (علامه، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۵۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۴، ش ۷۰۷، دارویی، ۱۳۹۲، ش ۱۵۶).

دانست.

در هر حال در صورت پذیرش این نظریه نیز همانند نظریه انتقال طلب باید پذیرفت که تضمین‌های دین، پس از انعقاد عقد حواله به قوت خویش باقی است؛ زیرا بر پایه این نظر نیز عقد حواله سبب «تبدیل» تعهد محیل به تعهدی جدید نمی‌شود، بلکه صرفاً سبب «انتقال» آن می‌شود. جز این که بر اساس نظریه انتقال طلب، چهره مثبت تعهد و بر اساس این نظریه، چهره منفی آن تغییر محل می‌دهد. به سخن دیگر، چون هیچ‌یک از دو نظریه مذکور منجر به «سقوط» تعهد نمی‌شوند، لذا اصولاً دلیلی برای سقوط تضمین‌های آن نیز وجود نداشته و بر فرض شک در زوال و بقاء تضمین‌های تعهد، بقاء آن‌ها استصحاب می‌شود.^۱

۳-۱. انتقال دین و طلب

برخی از صاحب‌نظران عقد حواله را سبب انتقال هر دو چهره تعهد دانسته و معتقدند که حواله «ترکیبی از انتقال دین و طلب» است. توضیح این تعبیر چنین است که به عقیده ایشان، حواله در دو فرض اشتغال و برائت ذمه محال‌علیه در برابر محیل انجام می‌شود: فرض نخست را که «حواله کامل» نامیده‌اند، «ترکیبی از انتقال دین و طلب» دانسته‌اند؛ یعنی عقد حواله از آن جهت که ناقل دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است، سبب «انتقال دین» و از آن جهت که طلب محیل از محال‌علیه را به محتال منتقل می‌کند، سبب «انتقال طلب» است. ولی، در فرض دوم اثر حواله صرفاً انتقال دین محیل به محال‌علیه است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۲۴۶ و ۱۳۷۹:۲۵۱، ش ۱۷۱؛ ۱۳۹۰، ج ۳، ش ۶۳۴؛ امامی، ۱۳۷۷: ۳۶۴).

لازمه پذیرش این تعبیر آن است که پس از انعقاد حواله کامل، از یک سو محال‌علیه هم دین محیل به محتال و هم دین خویش به محیل را بر ذمه داشته باشد و

۱. گفتنی است در صورت انتقال طلب، همه وثیقه‌ها (اعم از عینی و شخصی) و در صورت انتقال «دین» صرفاً وثیقه‌های عینی که توسط شخص مدیون سپرده شده است منتقل می‌شود؛ اما وثیقه‌هایی که اشخاص ثالث سپرده‌اند (اعم از عینی یا شخصی) منتقل نمی‌شوند (ماده ۱۷۸ قانون تعهدات سوییس و ماده ۳۱۸ ق.م. مصر). در مقام سوم در این باره بیشتر توضیح داده خواهد شد.

از دیگر سو، محتال نیز هم طلب خود از محیل و هم طلب محیل از محال‌علیه را داشته باشد! وضعیتی که نامعقول بودنش کاملاً آشکار است. به منظور رفع این اشکال گفته شده است که در حواله، انتقال دین به‌طور مجرد انجام نمی‌شود، بلکه با دین پیشین محال‌علیه به محیل مبادله می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۲۵۱). ولی، این توضیح قادر به تصحیح تعبیر مورد بحث درباره اثر حواله نیست؛ زیرا مراد از این تعبیر از یکی از سه صورت ذیل خارج نیست:

۱. در مقابل انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه، طلب محیل از محال‌علیه به کلی ساقط می‌شود. در این صورت، دیگر انتقال «طلب» محیل به محتال معنا ندارد تا به این اعتبار قائل شویم که حواله مفید انتقال «طلب» نیز هست؛
۲. در مقابل انتقال طلب محیل به محتال، حق محتال از محیل به کلی ساقط می‌شود. در این صورت نیز دیگر انتقال «دین» معنا نخواهد داشت تا به این اعتبار قائل شویم که حواله مفید انتقال «دین» نیز هست؛
۳. در مقابل انتقال طلب محیل به محتال، حق محتال از ذمه محیل «ساقط» نمی‌شود، بلکه به ذمه محال‌علیه «منتقل» می‌شود. در این صورت، همان اشکال بالا (اجتماع دو تعهد در محل واحد) مطرح می‌شود.

۲. موضع قانون مدنی درباره اثر عقد حواله و نتایج آن

قانون مدنی مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳ را به تبیین ماهیت حواله، آثار و احکام آن اختصاص داده است. مطالعه این مواد به روشنی نشان می‌دهد که قانون مدنی در این باب از نظر مشهور فقیهان پیروی کرده و حواله را مبتنی بر انتقال «دین» دانسته است. البته در ماده ۷۲۴ ق.م. از تعبیر رهن انتقال طلب استفاده شده است. لکن، تفتن به این‌که آنچه از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث منتقل می‌شود دین است نه طلب، این توهم را که اثر حواله از منظر قانون‌گذار انتقال طلب است می‌زداید. به سخن دیگر، اگر اثر حواله در نگاه قانون‌گذار انتقال طلب بود، می‌بایست پس از تحقق حواله طلبکار تغییر می‌کرد نه بدهکار. در حالی که ماده ۷۲۴ ق.م حواله را سبب تغییر طلبکار نمی‌داند، بلکه آن را

سبب تغییر **بدهکار** می‌داند.

این موضع قانون‌گذار در قبال اثر عقد حواله مجال را فراهم آورده تا بتواند هم‌داستان با مشهور فقیهان حواله بر بریء را نیز صحیح و مصداق عقد حواله اعلام کند (ماده ۷۲۷ ق.م.). درحالی‌که اگر حواله را مبتنی بر انتقال **طلب** دانسته بود، امکان گستردن چتر حواله بر سر این فرد برای وی وجود نداشت.

قانون‌گذار به دنبال اتخاذ موضع فوق درباره اثر حواله نسبت به اطراف این عقد در ماده ۷۲۵ ق.م این‌گونه اظهارنظر می‌کند: «حواله محقق نمی‌شود مگر با رضای محتال و قبول محال‌علیه». منتها، حقوق‌دانان برداشت یکسانی از این ماده ندارند؛ برخی از آنان با تکیه بر ظاهر عبارات مندرج در ماده مذکور اطراف عقد حواله را صرفاً **محیل** و **محال‌علیه** دانسته و اراده محتال را در **انشاء** عقد دخیل نمی‌دانند، بلکه معتقدند صرفاً **رضایت** وی برای تحقق عقد^۱، لازم است (شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۹۶ و باریکلو، ۱۳۸۸: ۱۶۹).

در مقابل، برخی از حقوق‌دانان برخلاف ظاهر ماده مذکور اطراف عقد حواله را محیل و محتال دانسته و درباره محال‌علیه صرفاً **رضایت** وی را شرط دانسته‌اند! صرف‌نظر از مخالفت این برداشت با ظاهر ماده ۷۲۵ ق.م، آنچه مایه شگفتی است این است که اینان ضمن تفکیک دادن میان دو فرض اشتغال و برائت ذمه محال‌علیه در مقابل محیل و با وجود اعتراف به این‌که اصولاً در فرض اشتغال ذمه محال‌علیه در مقابل محیل، رضایت محال‌علیه و در فرض برائت وی رضایت محیل نباید لازم باشد، اما با این استدلال که حواله عقدی معین بوده و دارای احکام مختص به خود است، رضایت آن دو را در هر دو فرض بالا برای تحقق حواله ضروری اعلام کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۷: ۳۶۷). ولی، بیش از این توضیح نمی‌دهند که از کجا و بر چه اساسی فهمیده‌اند که رضایت محال‌علیه - در فرض اشتغال ذمه‌اش در برابر محیل - و رضایت محیل در فرض برائت ذمه محال‌علیه، در شمار احکام اختصاصی حواله است؟!

برخی دیگر صرفاً با تکیه بر سابقه فقهی موضوع و بدون جدی گرفتن تعابیر به کار رفته در ماده ۷۲۵ ق.م. و نیز بدون ارائه استدلالی در راستای توجیه لزوم دخالت

۱. تأثیر عقد نسبت به محتال.

هر یک از اطراف عقد حواله، اراده انشایی هر سه طرف را به صورت مطلق - چه در فرض اشتغال ذمه محال‌علیه در برابر محیل و چه در فرض براءت ذمه او - برای تکوین حواله لازم دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۲۵۲).

شبهه به این عقیده توسط برخی دیگر نیز مطرح شده است. با این تفاوت که اینان معتقدند با اراده انشایی محیل و محتال عقد حواله پدید می‌آید. لکن، تحقق اثر آن یعنی اشتغال ذمه محال‌علیه و براءت ذمه محیل در برابر محتال متوقف است بر انعقاد یک عقد تبعی میان محتال و محال‌علیه (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش ۱۰، ۱۱ و ۴۰). دلیلی که برای این عقیده ذکر کرده‌اند این است که چون در ماده ۷۲۴ ق.م. از محال‌علیه به «شخص ثالث» تعبیر شده است، لذا اراده انشایی وی در انعقاد عقد حواله دخیل نبوده و اطراف عقد حواله منحصر است در محیل و محتال (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش ۶۲). این عقیده علاوه بر این که با نص صریح ماده ۷۲۵ ق.م. که «قبول» محال‌علیه را در تکوین عقد حواله لازم می‌داند تعارض دارد^۱، حاوی این اشکال نیز هست که ماده ۷۲۴ ق.م. محال‌علیه را نسبت به «عقد حواله» به‌عنوان شخص ثالث تلقی نکرده تا این استنتاج صحیح باشد. بلکه ظاهر آن چنین است که وی را نسبت به رابطه بدهکار (محیل) و طلبکار (محتال) «پیش» از انعقاد عقد حواله، به‌عنوان شخص ثالث در نظر گرفته است.

به این ترتیب، از میان تفاسیر متعددی که از ماده ۷۲۵ ق.م. ارائه شده است، تفسیر نخست بیشترین انطباق را با ظاهر ماده مذکور داشته و سایر تفاسیر یا فاقد دلیل‌اند یا دلیلشان مردود است! آنگاه در صورت پذیرش این تفسیر، اشکالی که به فقیهان طرفدار ابتناء حواله بر انتقال دین درباره اطراف عقد حواله وارد کردیم برطرف می‌شود؛ زیرا دخالت اراده انشایی محیل در صورتی ناموجه جلوه می‌کند که اراده انشایی محتال و محال‌علیه را نیز هم‌زمان برای «انعقاد» حواله ضروری بدانیم. ولی، اگر «انعقاد» عقد حواله را صرفاً به اراده محیل و محال‌علیه وابسته دانسته و اراده محتال را صرفاً برای

۱. مواد ۱۳ و ۱۴ مجله الاحکام نسبت به این گونه تفسیر به ترتیب مقرر داشته‌اند: «لا عبره بالدلاله فی مقابله التصریح» و «لا مساع للاجتهاد فی مورد النص» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۳۵ و ۱۳۶).

«تأثیر» حواله در حق وی دخیل بدانیم با اشکالی مواجه نخواهیم بود. این همان سازوکاری است که در حقوق برخی کشورها از آن با عنوان «قرارداد انتقال دین» یاد می‌شود (ماده ۴۱۵ ق.م.آلمان).

به هر روی، نکته مهمی که در قانون مدنی درباره احکام عقد حواله مغفول مانده این است که قانون‌گذار در ضمن موادی که برای بیان احکام این عقد وضع کرده، تکلیف «وثائق دین» را روشن نکرده است؛ یعنی مقرر نکرده است که آیا پس از تحقق حواله، وثائق دین ساقط می‌شوند یا همچنان باقی می‌مانند؟! این سکوت قانون‌گذار اختلاف دیگری را میان حقوقدانان در این زمینه رقم زده است؛ برخی سقوط وثائق دین را مختص به «تبدیل» تعهد دانسته و آن را شامل ضمان و حواله که مبتنی بر «انتقال» تعهد هستند نمی‌دانند (امامی، ۱۳۷۸: ۳۳۷، ۱۳۷۷: ۳۵۰ و ۳۴۹، کاشانی، ۱۳۹۴: ۳۰۸). در مقابل، برخی دیگر معتقدند پس از تحقق ضمان و حواله، وثائق دین ساقط می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۸۱؛ ۱۳۸۲، ش ۱۹۴ و ۲۶۲ و قرائت و تمرین ۶: ۲۳۵).

ریشه این اختلاف به اختلاف دیگری درباره تفسیر بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م. برمی‌گردد؛ یعنی در حالی که قائلین به نظر اخیر معتقدند بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م شامل ضمان و حواله نیز شده و در نتیجه، ضمان و حواله نیز مشمول حکم مقرر در ماده ۲۹۳ آن قانون می‌شوند، قائلین به نظر نخست چنین برداشتی از بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م را نپذیرفته و در نتیجه، شمول ماده ۲۹۳ بر دو عقد ضمان و حواله را نیز رد کرده‌اند. اینان بر این باورند که قانون‌گذار در بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م دچار اشتباه شده و به جای تعریف «تبدیل تعهد» از طریق تغییر مدیون، به تعریف «انتقال دین» پرداخته است (امامی، ۱۳۷۸: ۳۳۷؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۹۵). در نتیجه، اجرای مفاد ماده ۲۹۳ ق.م. درباره این بند را خلاف منطق حقوقی و اقتضای «انتقال دین» می‌دانند^۲. به عقیده آنان همین

۱. همین اشکال در باب «عقد ضمان» نیز به چشم می‌خورد!

۲. در توضیح این نظر باید گفت اقتضای تبدیل تعهد از طریق تغییر مدیون این است که ذمه مدیون جدید در مقابل طلبکار به تعهدی «جدید» مشغول شود نه به همان تعهد مدیون سابق. به سخن دیگر، در «تبدیل تعهد» ما فی الذمه متعهد سابق به ذمه متعهد جدید منتقل نمی‌شود، بلکه تعهد موجود ساقط شده و تعهدی جدید به جای آن ایجاد شده و در ذمه متعهد جدید می‌نشیند. آن‌گاه، چون بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م. ظهوری در «سقاط» تعهد سابق و «ایجاد» تعهد جدید ندارد، بلکه ظهورش در این است که شخص ثالث نسبت به همان تعهدی که در ذمه مدیون است التزام پیدا می‌کند، لذا بند دوم ماده

وضعیت درباره بند سوم ماده ۲۹۲ ق.م. نیز صادق است؛ یعنی بند مذکور نیز به جای بیان تبدیل تعهد از طریق تغییر طلبکار، «انتقال طلب» را پیش‌بینی کرده است؛ زیرا اگر قرار بود بند مذکور مبین تبدیل تعهد از راه تغییر طلبکار باشد می‌بایست رضای بدهکار را نیز برای بر عهده گرفتن تعهد جدید در قبال طلبکار جدید ضروری اعلام می‌کرد. در حالی که در این بند به رضای بدهکار اشاره‌ای نکرده است. ضمن این‌که به صراحت از «انتقال» ما فی‌الذمه متعهد به ذمه شخصی دیگر سخن می‌راند. در حالی که در تبدیل تعهد، از «سقوط» تعهد سخن گفته می‌شود نه از انتقال آن (امامی، ۱۳۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۲۵۹؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۹۷)؛ اما قائلین به نظر دوم بر این باورند که قانون‌گذار در این بند دچار اشتباه نشده، بلکه آگاهانه دست به تغییر اصطلاح زده تا «انتقال مستقیم دین» را به جای نهاد «تبدیل تعهد رومی» بنشانند. در نتیجه، ماده ۲۹۳ ق.م. در مورد سقوط تضمین‌های تعهد، ناظر به «تبدیل تعهد در اصطلاح قانون‌گذار» است؛ یعنی مفهومی عام که علاوه بر نهاد «تبدیل تعهد رومی» شامل «انتقال دین» نیز می‌شود و چون عقد حواله در قانون مدنی همانند عقد ضمان مبتنی بر انتقال دین است، لذا پس از تحقق هر یک از این دو عقد، تضمین‌های دین به حکم ماده ۲۹۳ ق.م ساقط می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۸۱، ۱۹۵ و ۱۳۸۲:۲۰۲، ش ۲۶۲ و قرائت و تمرین ۶: ۲۳۵).

۳. عقیده مختار

اگر قانون‌گذار اثر عقد ضمان مدنی را بسان عقد ضمان تجاری^۱ و نیز حقوق سایر کشورها و مذاهب اسلامی (ماده ۲۰۱۱ ق.م فرانسه، ماده ۴۴۶ ق.م ژاپن، ماده ۷۷۲ ق.م مصر، ماده ۶۴۴ ق.م عراق، ماده ۶۴۳ مجله الاحکام، ...) «ضم‌ذمه به ذمه» می‌دانست، پذیرش ابتناء عقد حواله بر انتقال دین با اشکالی روبرو نبود، اما در شرایطی که قانون‌گذار اثر عقد ضمان مدنی را در ماده ۶۹۸ ق.م به پیروی از فقیهان امامیه «تقل ذمه به ذمه» دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۳۱۴؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۲۵، ج ۲:

۲۹۲ ق.م. بیش از آن که بر نهاد «تبدیل» تعهد از طریق تغییر مدیون منطبق باشد، بر «انتقال» تعهد (دین) انطباق داشته و بالتبع نمی‌تواند مشمول حکم مقرر در ماده ۲۹۳ ق.م باشد.

۱. ر.ک: (مواد ۲۴۹، ۴۰۲ و ۴۰۵ ق.ت. و اسکینی، ۱۳۸۴، ص ۱۱۴ و حسینی، ۱۳۸۹، ش ۱۳۲۱).

۸۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۵۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۱۸۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۲: ۵۲۲)، مبتنی کردن عقد حواله نیز بر انتقال دین، آن‌هم به همان نحوی که فقهای طرفدار این قول معرفی کرده‌اند با اشکال‌های عدیده‌ای به شرح ذیل مواجه است:

۱. قانون‌گذار با این اقدام، برای انتقال دین دو ابزار معین (عقد ضمان و عقد حواله) پیش‌بینی کرده است. ولی برای انتقال طلب، صرفاً ابزارهای عامی چون ماده ۱۰ ق. م قابل استفاده است!

۲. صرف‌نظر از اشکال فوق که از نظر **مبنایی** به موضع قانون‌گذار در قبال حواله وارد است، اشکال دیگری که از جنبه **بنایی** به احکام حواله در قانون مدنی وارد به نظر می‌رسد این است که قانون‌گذار، هم‌داستان با مشهور فقیهان حواله بر **بریء‌الذمه** را صحیح و مصداق عقد حواله معرفی کرده است. در حالی که حواله قلمداد کردن «انتقال دین به ذمه شخص بریء‌الذمه»:

۱. سبب درهم‌ریختگی و ابهام در مرز میان دو عمل حقوقی ضمان و حواله می‌شود!

۲. با اصل «عدم ارفاقی بودن عقود» مقرر در ماده ۲۱۶ ق.م. منافات دارد؛ زیرا سبب می‌شود که حواله در فرضی که بر عهده بریء‌الذمه صادر می‌شود **عقدی ارفاقی** محسوب می‌شود. در حالی که هیچ لزومی برای نقض اصل مذکور از طریق توسعه عقد حواله برای پوشش دادن این مصداق وجود ندارد.

گفتنی است در صورتی که نسبت به تفسیر ماده ۷۲۵ ق.م. نظر آن دسته از حقوقدانانی را بپذیریم که معتقدند برای «انعقاد» عقد حواله اراده انشایی هر سه طرف (محیل، محتال و محال‌علیه) لازم است، آنگاه علاوه بر اشکال‌های بالا، اشکالی که به فقیهان قائل به ابتناء عقد حواله بر انتقال دین درباره اطراف عقد حواله وارد کردیم، به قانون‌گذار در قانون مدنی نیز وارد خواهد بود.

با عنایت به مطالب فوق، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در اصلاحات بعدی قانون مدنی یکی از دو اقدام ذیل را به ترتیب اولویت انجام دهد:

۱. هم چنان که ماده ۷۲۷ ق.م. نیز محال‌علیه در چنین حواله‌ای را «در حکم ضامن» اعلام کرده است.

۱. شایسته‌ترین اقدام این است که از موضع خویش در قبال عقد ضمان که اثر آن را «نقل» ذمه به ذمه دانسته است، عدول کرده و همگام با سایر سیستم‌های فقهی-حقوقی و در راستای پاسخگویی به نیاز اقتصادی جامعه به این عقد پرکاربرد از طریق منطبق کردن کارکرد آن با واقعیت‌های عملی موجود، اثر آن را «ضمم» ذمه به ذمه اعلام کند؛ زیرا مهم‌ترین دلیل این موضع قانون‌گذار در قبال اثر عقد ضمان، پیروی از موضع فقیهان امامیه در این زمینه است و عمده دلیل فقیهان امامیه نیز روایاتی است که در این باب وجود دارند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۳۱۴ و ۳۱۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸: ۴۲۲، ح ۲۳۹۶۴).

در حالی که، در این رابطه باید توجه داشت که عقود، ابزارهایی هستند که به اقتضای نیازهای اقتصادی جوامع و به منظور رفع آن نیازها توسط اعضای جوامع شکل گرفته‌اند. شارع مقدس نیز در قریب به اتفاق موارد، آن سازوکارها را تأیید کرده و جز در موارد بسیار نادر مخالفتی با احکام مرسوم معاملات از خود اعلام نکرده است. عقد ضمان نیز یکی از ابزارهایی است که طبع آن به گونه‌ای نیست که شائبه مفسده‌ای درباره اثر آن برود تا نیاز بوده باشد شارع مقدس درباره آن دست به تأسیس بزند و در نتیجه بر آن شویم که روایات مستند فتوای فقیهان امامیه را به گونه‌ای مورد توجه قرار دهیم که گویی وجود مقدس معصوم (ص) در مقام اعلام موضع شرع در قبال اثر عقد ضمان بوده است. به سخن دیگر، آنچه به نظر می‌رسد در این روایات هدف اصلی معصوم (ص) بوده است توجه دادن متشرعین به میزان اهمیت حقوق‌الناس است نه بیان حکمی «تأسیسی» درباره «اثر» عقد ضمان. هم‌چنان‌که روایتی دیگر به روشنی گویای این مدعاست که هدف اصلی وجود مقدس حضرت رسول (ص) از نماز نخواندن بر جنازه کسی که دینی بر ذمه داشت، بیان همین نکته و توجه دادن متشرعین به اهمیت بالای حقوق‌الناس بوده است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۸۳، ح ۳۶۸۳).^۱

۱. برخی از حقوق‌دانان نیز ضمن انتقاد از موضع فقیهان در قبال اثر عقد ضمان به دلیل عدم توجه به واقعیات اجتماعی درباره نحوه تلقی و توقع عرف از این عقد، ضمان از میت را که مورد اشاره روایات مستند فتوای فقیهان امامیه است، ضمان حقیقی ندانسته و به این ترتیب معتقدند نمی‌توان به این روایات برای اظهار نظر درباره «اثر» عقد ضمان استناد جست (کاشانی، ۱۳۹۴: ۲۷۸ و ۲۷۹). گروهی دیگر از اندیشمندان هم ضمن اشاره به وجود روایاتی دال بر اینکه اثر عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است، معتقدند بر اساس قرائن موجود، دلیل این که روایات باب ضمان که عموماً هم درباره ضمان از میت هستند دلالت بر «نقل» ما فی الذمه میت می‌کنند این است که ضمانت در شرایطی واقع شده که هدف از آن احسان

بر این اساس هنگام اظهارنظر درباره اثر عقد ضمان، ضمن در نظر گرفتن خطوط قرمز کلی شرع در زمینه معاملات، می‌بایست به واقعیت‌های اجتماعی و نیازهای اقتصادی مرتبط با این ابزار (عقد ضمان) که همانا ایجاد اطمینان بیشتر برای طلبکار نسبت به وصول طلبش (توثیق) است توجه ویژه داشته باشیم. چه، عدم توجه به واقعیت‌های موجود و نیازهای روز اقتصادی جامعه هنگام استناد به روایات و پافشاری بر راه‌حلی که هیچ تناسبی با مشکلات اقتصادی افراد جامعه نداشته و هرگز پاسخ‌گوی نیازهای آنان در موارد اقتصادی‌شان نیست سبب می‌شود نهادهای حقوقی موردبحث عملاً مهجور و بی‌استفاده باقی مانده و توضیح و تحلیل آن‌ها محدود به کتب فقهی - حقوقی شود. تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد هیچ موردی ندیده و نشنیده‌ایم که کسی به نحو مقرر در قانون مدنی به‌عنوان اثر عقد ضمان از دیگری ضمانت کرده باشد! بر این اساس و با عنایت به این‌که هیچ نصی ضمیمه شدن ذمه ضامن به مضمون عنه را ممنوع اعلام نکرده است^۱، پافشاری بر موضع فقیهان توسط قانون‌گذار و عدم توجه به نیازهای اقتصادی جامعه نسبت به استفاده از این نهاد حقوقی مهم و بسیار پرکاربرد به‌عنوان ابزاری جهت تضمین وصول طلب چه منطقی دارد؟! وانگهی، اگر این حکم، حکمی تعبدی و غیرقابل عدول بوده، چگونه در قانون تجارت از آن عدول شده است؟! (رک: مواد ۲۴۹، ۴۰۲ و ۴۰۵ ق.ت).

چنان‌چه این پیشنهاد درباره اثر عقد ضمان مقبول افتاده و آن را به‌عنوان نهادی توثیقی مورد پذیرش قرار دهیم، مجال برای اصلاح دیگری درباره عقد حواله از طریق پیش‌بینی هر دو کارکرد انتقال «طلب» و انتقال «دین» برای آن فراهم شده^۲ و هر دو عمل حقوقی (ضمان و حواله) بر کارکردهای بایسته و مورد ابتلا جامعه کاملاً منطبق

به میت و رفع عقاب از اوست. لذا طبیعی است که این روایات حاکی از این باشند که پس از وقوع عقد ضمان، ذمه مضمون عنه بری می‌شود. به دیگر سخن، اوضاع و احوال موجود درباره قضیه مذکور در این روایات حاکی از آن است که براءت ذمه میت در اثر عقد ضمان، به دلیل «شرط ضمنی» میان ضامن و طلبکار بوده است، نه اقتضای ذات آن (محقق داماد و گندم کار، ۱۳۸۰: ۱۴۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۸).

۱. چون بر فرض هم که اشکالات دلالی وارد بر روایات مستند فتوای امامیه درباره اثر عقد ضمان را نپذیریم، اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند.

۲. در حقوق مصر نیز این دو کارکرد برای حواله پیش‌بینی شده است. رک: (مواد ۳۰۳ به بعد ق.م. مصر و سنه‌وری، بی تا، ش ۲۳۶ به بعد).

می‌شوند.

الف. در این صورت، چنانچه هدف از حواله، انتقال «طلب» باشد: طرف عقد حواله عبارت‌اند از محیل (طلبکار) و محتال (شخص ثالث). ولی، نیازی به قبول محال‌علیه (مدیون) نیست؛ زیرا، همان‌طور که بیان شد برای انتقال طلب نیازی به دخالت یا رضایت مدیون نیست؛

ب. برای تحقق حواله مبتنی بر انتقال طلب، اشتغال ذمه محیل به محتال ضرورتی ندارد؛ زیرا دلیلی ندارد که کارکرد حواله مبتنی بر انتقال طلب را محدود به پرداخت بدهی محیل به محتال کنیم. بلکه حواله مبتنی بر انتقال طلب می‌تواند علاوه بر آن ابزاری باشد جهت هبه طلب، اقراض و

و چنانچه هدف از حواله، انتقال «دین» باشد، اطراف عقد حواله عبارت خواهند بود از محیل (بدهکار اصلی) و محال‌علیه (شخص ثالث بری‌الذمه). در این وضعیت، محتال (طلبکار) در انعقاد عقد حواله نقشی ندارد. لکن، برای این‌که حواله منعقدشده میان محیل و محال‌علیه در حق او مؤثر باشد، رضایتش ضروری است. حواله مبتنی بر انتقال دین به همین ترتیب در حقوق برخی از کشورها نیز پیش‌بینی شده است (رک: ماده ۳۱۵ قانون مدنی مصر و سنه‌وری، بی‌تا، ش ۳۱۲). لکن، در حقوق برخی کشورها شیوه دیگری نیز برای «انتقال دین» پیش‌بینی شده است که بر پایه آن، قرارداد انتقال دین میان «شخص ثالث» و «طلبکار» منعقد می‌شود و در اثر آن، دین به ذمه شخص ثالث منتقل شده و مدیون اصلی بری‌ء می‌شود.^۱ این سازوکار با آنچه در موقع کنونی حقوق ما

۱. چنان‌چه ایجاب این قرارداد توسط شخص ثالث و قبول آن توسط طلبکار صورت گیرد، مساوی است با همان ماهیتی که در فقه از آن با عنوان «حتیال» یاد شده و فقیهان امامیه درباره صدق عنوان «حواله» بر آن و حتی «صحت» چنین قراردادی اتفاق نظر ندارند (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۱۴؛ بی‌تا، ج ۴: ۱۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۰). دلیل قائلین به عدم صحت چنین قراردادی این است که آیه «أوفوا بالعقود» فقط شامل عقود متعارف (عقود معین) شده و این مصداق را در برنمی‌گیرد. دلیل عدم صدق عنوان «حواله» بر آن نیز این است که/جماع داریم بر اینکه محیل از ارکان عقد حواله محسوب می‌شود، در حالی که او در انعقاد این قرارداد دخالتی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۱۶۱). ولی، در فقه عامه قرارداد مذکور به‌عنوان مصداق عقد حواله مورد پذیرش واقع شده است (رک: ماده ۶۸۱ مجله الاحکام).

گفتنی است ادله مخالفین برای اثبات مدعیاتشان ناتمام است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد که آیه «أوفوا بالعقود» اختصاص به عقود «معین» داشته باشد. بلکه علاوه بر «عمومیت» آیه مذکور که شامل قرارداد مورد بحث نیز می‌شود، اصل عقلایی «حاکمیت اراده» نیز که به نحو مقرر در ماده ۱۰ ق.م.تبلور یافته است خلاف این استظهار است. درباره/جماع فقیهان نیز باید توجه داشت که ملاک حجیت اجماع، کاشفیت آن از رأی معصوم (ع) است. در حالی که همان‌طور که بیان شد، طبع

تحت عنوان عقد ضمان شناخته می‌شود منطبق است (رک: ماده ۱۷۶ قانون تعهدات سوئیس و ماده ۴۱۴ قانون مدنی آلمان). در حقوق ما نیز مانعی وجود ندارد که برای انتقال دین، به جای «حواله مبتنی بر انتقال دین» از این شیوه استفاده شود.^۱

به هر روی، بر پایه این پیشنهاد، میان دو عقد ضمان و حواله مرزی آشکار و تفاوتی روشن (از جهت اثر و شکل) پدید خواهد آمد؛ یعنی بر پایه این دو اصلاح، عقد ضمان به‌عنوان نهادی توثیقی شناخته خواهد شد، در حالی که عقد حواله نهادی به منظور ایجاد تحول موردنیاز در چهره مثبت یا منفی تعهد به شمار خواهد رفت. در نتیجه، برخلاف آنچه در برخی آثار حقوقی مشاهده می‌شود، جایگاه شایسته و بایسته طرح و مطالعه آن، ذیل مبحث ناظر به «انتقال تعهد» خواهد بود نه مبحث ناظر به «وثیقه‌های دین». همچنین که عدم تناسب موقع کنونی مطالعه عقد ضمان با مبحث «وثیقه‌های دین» نیز مرتفع خواهد شد؛

۲. چنانچه پیشنهاد نخست مقبول نیفتد و قانون‌گذار بر موضعش در قبال اثر عقد ضمان (نقل ذمه = انتقال دین) اصرار ورزد، پیشنهاد دیگر این است که قانون‌گذار دست‌کم از موضعش در قبال اثر عقد «حواله» عدول کرده و احکام آن را به‌عنوان سازوکاری مبتنی بر انتقال «طلب» سامان دهد. در این صورت، علاوه بر نتایجی که در بالا برای حواله مبتنی بر انتقال طلب برشمردیم، طبیعی خواهد بود که چنانچه محال‌علیه در مقابل بدهکار مشغول الذمه نباشد، حواله‌ای محقق نخواهد شد. به سخن دیگر، بر پایه این مبنا برای عقد حواله، حواله بر شخص بری‌الذمه مصداق عقد ضمان - بنا بر موضع کنونی قانون‌گذار در قبال اثر عقد ضمان مدنی (قول نقل) - خواهد بود نه مصداق عقد حواله، هرچند تقاضای انتقال تعهد از ناحیه «بدهکار» باشد؛ زیرا

موضوع مورد پژوهش ما در زمره تعبدیات (توقیفیات) نیست تا نیاز باشد معصوم (ع) درباره آن دست به تأسیس بزند. بلکه از سنخ امور عرفی است که بیان آن‌ها از وظایف امام (ع) و شئون امامت نیست (به‌عنوان تأیید این مطلب درباره قلمرو مجاز برای استفاده از اجماع رک: انصاری، ۱۴۲۸، ج ۱: ۵۴۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۰، ج ۱: ۳۲۲).

۱. بدین ترتیب برای انتقال دین از دو روش می‌توان استفاده کرد: در یک روش که به آن «حواله دین» می‌گوییم محیل و محال‌علیه مبادرت به انعقاد عقد کرده و «رضا»ی محتال شرط تأثیر آن در حق اوست و در روشی دیگر شخص ثالث و طلبکار با یکدیگر توافق می‌کنند بر انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث، بی‌آنکه اراده انشایی یا رضای مدیون در انعقاد عقد یا تأثیر آن دخالتی داشته باشد.

همان‌طور که پیش‌تر گذشت صرف تقاضای بدهکار، الزاماً دارای ماهیت/نشایی نیست تا مایزی میان دو عقد حواله و ضمان قلمداد شود. به این ترتیب، هرچند به سبب عدم پذیرش پیشنهاد نخست به کمال مطلوب نمی‌رسیم، اما به حکم قاعده «المیسور لایترک بالمعسور» دست‌کم بخشی از اشکال‌های مذکور در این پژوهش درباره احکام مقرر در باب حواله برطرف می‌شود.

با فراغت از مسائل بالا نکته پایانی درباره وضعیت «تضمین‌های تعهد» پس از تحقق حواله است. به نظر می‌رسد حواله چه مبتنی بر انتقال طلب باشد چه مبتنی بر انتقال دین، پس از تحقق تضمین‌های تعهد ساقط نمی‌شود؛ زیرا همان‌طور که تاکنون توضیح داده شد، صرف‌نظر از این اختلاف که آیا حواله مبتنی بر انتقال دین است یا طلب، صاحب‌نظران اتفاق دارند که حواله سبب «انتقال» تعهد (به یکی از چهره‌های مثبت یا منفی آن) است نه سبب «سقوط» آن^۱. نتیجه منطقی این تحلیل آن است که پس از تحقق حواله، تضمین‌های تعهد ساقط نشوند؛ زیرا تضمین‌های تعهد نسبت به خود تعهد به منزله فروع نسبت به اصل هستند و تا زمانی که اصل باقی باشد، فروع نیز علی‌القاعده باقی خواهند بود (ماده ۴۷ مجله الاحکام)، مگر این‌که دلیل دیگری غیر از تحقق حواله سبب سقوط تضمین‌ها شود. منتها، طرفداران سقوط تضمین‌های تعهد در صورت تحقق حواله ادله‌ای دارند که نیازمندیم در ذیل به ارزیابی آن‌ها بپردازیم:

۱. بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م. به گونه‌ای تنظیم شده که علاوه بر «تبدیل تعهد» به مفهوم رومی، شامل «انتقال دین» نیز می‌شود. بند سوم نیز به روشنی مبین «انتقال طلب» است. این به این معناست که قانون‌گذار در این ماده دست به تغییر اصطلاح زده و انتقال مستقیم دین و طلب را به جای تبدیل تعهد رومی نشانده است؛ بنابراین، ماده ۲۹۳ ق.م. در مورد سقوط تضمین‌های تعهد، ناظر به «تبدیل تعهد در اصطلاح جدید آن» است که شامل انتقال دین و طلب نیز می‌شود. در نتیجه، انتقال دین یا طلب به هر ترتیبی که رخ دهد تضمین‌های آن ساقط خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۸۱، ۱۹۵ و ۱۳۸۲:۲۰۲، ش ۲۶۲ و قرائت و تمرین ۶: ۲۳۵).

۱. برخلاف حواله در حقوق فرانسه که متأثر از نظریه «شخصی بودن تعهد»، مفید «تبدیل» تعهد است نه «انتقال» آن (کاتوزیان، ۱۳۷۹، قرائت و تمرین ۴: ۲۹۴).

اشکال این عقیده این است که نخست، ماده ۲۹۲ ق.م. ذیل عنوان «تبدیل تعهد» به عنوان یکی از اسباب «سقوط» تعهد ذکر شده است. در حالی که هر یک از قراردادهای انتقال دین و طلب چنان که از نامشان پیداست سبب «انتقال» تعهد می شوند نه «سقوط» آن؛ دوم، ماده ۲۹۳ ق.م. نیز که در مقام بیان سقوط تضمین های تعهد در صورت تحقق تبدیل تعهد است، به صراحت و همسو با مفهوم «رومی» تبدیل تعهد از دو تعهد (تعهد سابق و تعهد لاحق) سخن می گوید. در حالی که در قرارداد «انتقال» تعهد، بیش از یک تعهد در کار نیست. اگر قانون گذار در ماده ۲۹۲ ق.م. واقعاً در پی تغییر اصطلاح تبدیل تعهد رومی بوده باشد، نمی بایست ماده ۲۹۳ ق.م. را همسو با مفهوم «رومی» نهاد تبدیل تعهد مقرر می کرد.

با عنایت به این مطالب به نظر می رسد همان طور که برخی از استادان نیز معتقدند باید پذیرفت که قانون گذار در بندهای دوم و سوم ماده ۲۹۲ ق.م. دقت کافی به خرج نداده است (امامی، ۱۳۷۸: ۳۳۷ - ۳۳۹؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ش ۹۵ و ۹۷)، نه این که بنای تغییر اصطلاح داشته است. در نتیجه، نمی توان ماده ۲۹۳ ق.م. را که ناظر به سقوط تضمین های تعهد در صورت وقوع «تبدیل» تعهد است شامل «انتقال» تعهد نیز دانست؛

۲. مهم ترین اثر نقل ذمه، براثت مدیون اصلی است. ولی، وثیقه نگاه داشتن اموال مدیون اصلی یا تضمین کسانی که از شخص مدیون در برابر طلبکار ضمانت^۱ یا کفالت کرده اند با مفهوم انتقال کامل دین و براثت مدیون تعارض دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۲۰۲). در پاسخ به این اشکال می گوئیم نخست، ما ادعا نمی کنیم با انتقال دین، همه تضامین آن منتقل می شود. بلکه همان طور که پیش تر نیز بیان شد، معتقدیم پس از انتقال دین صرفاً تضامین عینی که توسط خود مدیون سپرده شده منتقل می شود. ولی، تضامین عینی سپرده شده توسط اشخاص ثالث (ضمان عینی) و نیز همه تضامین شخصی آن (ضمان شخصی و کفالت) ساقط می شوند؛ زیرا تضمین عینی سپرده شده توسط خود مدیون (رهن) وثیقه خود تعهد بوده^۲ و تا زمانی که تعهد - صرف نظر از محلش - باقی

۱. به نحو «ضم»

۲. در متون فقهی نیز از «رهن» به این ترتیب تعبیر شده که: «و هو وثیقه للدين» (شهید اول، بی تا: ۱۱۷).

باشد، وثیقه نیز باقی خواهد بود. از همین روست که گفته می‌شود با انتقال دین، وثیقه آن ساقط نمی‌شود، بلکه با اصل دین منتقل می‌شود. ولی، تضامین سپرده‌شده از سوی اشخاص ثالث، فرع بر خود تعهد نیستند، بلکه فرع بر «اشتغال ذمه» متعهد هستند. لذا، در صورت برائت ذمه متعهد، منتفی می‌شوند، اعم از اینکه خود تعهد نیز ساقط شود یا فقط منتقل شود. نمونه این مدعا در بند سوم ماده ۷۴۶ ق.م منعکس شده است؛ یعنی اگر کفالت کفیل در فرض برائت ذمه مکفول منتفی می‌شود، این واقعه صرفاً در صورت «سقوط» تعهد رخ نمی‌دهد، بلکه در صورت «انتقال» آن نیز کفالت کفیل منحل می‌شود؛ زیرا موضوع اصلی تعهد کفیل، «احضار شخص مدیون اصلی» است نه «پرداخت دین او». آنگاه، چنان چه به هر دلیلی - اعم از سقوط تعهد یا انتقال آن - ذمه او از دینی که در برابر طلبکار داشت فارغ شود، چون دیگر تعهدی به حضور نزد طلبکار ندارد، تعهد کفیل به احضار وی نیز سالبه به انتفاء موضوع می‌شود. همین وضعیت درباره ضمان (بنا بر قول ضم) نیز صادق است؛ زیرا بنا بر قول به ضم، ذمه ضامن به «ذمه» مدیون اصلی ضمیمه می‌شود نه به «ما فی الذمه» او. در نتیجه، چنانچه دین منتقل شود، چون ذمه مدیون بری می‌شود، ذمه ضامن نیز که فرع بر آن است بری می‌شود؛ دوم، هیچ ملازمه عقلی، عرفی یا شرعی میان انتقال کامل دین و سقوط تضامین آن وجود ندارد. به سخن دیگر، مفهوم «انتقال» دین جز این نیست که دین از یک ذمه خارج و در ذمه دیگر بنشیند. در این وضعیت عرف مدیون اصلی را کاملاً بری‌الذمه می‌داند، حتی اگر تضمین‌های دین ساقط نشوند.

وانگهی، اگر این استدلال درست است و در عقد ضمان و حواله - که به عقیده اینان مبتنی بر انتقال دین است - تا زمانی که تضمین‌های دین ساقط نشوند انتقال کامل دین رخ نمی‌دهد، چرا همین استدلال را درباره قرارداد «انتقال دین» مطرح نکرده و معتقدند که در این قرارداد، تعهد با تمام توابع و تضمین‌های آن بر عهده ثالث قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۸۹؛ سید احمدی سجادی و دهقانی دهج، ۱۳۹۷: ۹۹)؛

۳. ادعا شده که سقوط تضمین‌های دین پس از تحقق عقد ضمان، دارای شهرتی عظیم در فقه است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۲۱۹؛ ۱۳۸۲، ش ۱۹۴). آنگاه چون حواله نیز مانند

ضمان مبتنی بر انتقال دین است، پس این شهرت مؤید سقوط تضمین‌های دین پس از تحقق حواله نیز هست (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۲۶۲)؛ اما همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد، «شهرت فتوایی» حجت نیست تا پشتوانه سقوط تضمین‌های دین پس از تحقق ضمان یا حواله باشد (خراسانی، ۱۴۲۴: ۳۳۶؛ مظفر، ۱۴۲۲: ۱۷۰)؛

۴. طرفداران سقوط تضمین‌های دین پس از تحقق حواله و ضمان، این ادعا را حتی در صورت وقوع انتقال «طلب» نیز دارند. به سخن دیگر، حتی اگر حواله مبتنی بر انتقال «طلب» باشد باز هم باید قائل به سقوط تضمین‌های تعهد پس از تحقق حواله بود. اینان برای اثبات مدعای خود، علاوه بر تفسیر ویژه‌ای که از موضع قانون‌گذار در قبال مفهوم تبدیل تعهد در بند سوم ماده ۲۹۲ ق.م. دارند، به بند پنجم ماده ۷۴۶ ق.م. ۱ نیز استناد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۱۸۱ و ۲۰۲).

درباره نقد تفسیر آنان از بندهای دوم و سوم ماده ۲۹۲ ق.م. توضیح کافی داده شد؛ اما درباره بند پنجم ماده ۷۴۶ ق.م. باید گفت:

۱. اساساً حکم مقرر در این بند، یکی از اشکال‌های وارد بر قانون‌گذار بوده و نمی‌تواند مثبت ادعای آنان باشد؛ زیرا از آنجا که پس از انتقال طلب - برخلاف انتقال دین - نه در «ذمه» مدیون تغییری رخ می‌دهد و نه در «ما فی الذمه» او، لذا دلیلی ندارد که در وضعیت وثیقه‌ها^۲ تغییری رخ دهد؛

۲. پیوند زدن کفالت به «شخصیت» مکفول^۳ له و باور به انحلال آن در صورت انتقال «طلب» وی، به معنای پیوند زدن «طلب» به «شخصیت» طلبکار است. آنگاه لازمه پذیرش این امر آن است که در انتقال طلب، رضای «مدیون» ضروری باشد! زیرا طبق این مبنا پس از انتقال طلب، تعهد مدیون در قبال طلبکار جدید، عین تعهد سابقش نبوده و به همین جهت نیازمند به رضایت وی است.^۳ در حالی که همان‌طور که در مقام

۱. ماده ۷۴۶ ق.م. «در موارد ذیل کفیل بری می‌شود: ۵- در صورتی که حق مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود ...»

۲. از جمله کفالت کفیل

۳. این باور شبیه به باور رومیان قدیم است که تعهد را رابطه میان دو «شخصیت» می‌دانستند، نه رابطه میان دو «دارایی». از همین رو، «انتقال» تعهد برای آن‌ها قابل تصور نبوده و هرگاه نیاز به تغییری در تعهد، از جمله «انتقال» آن احساس می‌کردند، چاره را در «اسقاط» تعهد موجود و «ایجاد» تعهدی جدید می‌دیدند! ولی، امروزه که طلب، عنصری از «دارایی»

نخست بیان شد برای انتقال طلب، لزومی به دخالت یا رضایت مدیون نیست (ماده ۱۶۴ قانون تعهدات سوئیس)؛

۱. اگر انتقال طلب مکفوله به دیگری سبب برائت کفیل می‌شود، چرا فوت مکفوله نیز که سبب انتقال طلب به ورثه مکفوله می‌شود سبب برائت کفیل اعلام نشده است (ماده ۷۴۸ ق.م.ا.ق)؟! چه تفاوتی میان انتقال ارادی طلب و انتقال قهری آن وجود دارد که در فرض نخست کفیل بری می‌شود، ولی در فرض دوم خیر؟! برخی در توجیه این تفاوت به حکم «عرف» استناد جسته‌اند. به این ترتیب که عرفاً در انتقال ارادی حق، کفالت تابع حق نیست و به حکم ماده ۲۲۵ ق.م.ا.ق این داوری عرف در حکم تصریح در عقد است (امامی، ۱۳۷۷، ص ۳۹۳). ولی، وجود چنین عرفی توهمی بی‌اساس و تصنعی است که صرفاً به منظور توجیه اقدام قانون‌گذار در فرق-گذاری میان انتقال ارادی و قهری طلب مطرح شده^۱ و دلایلی که در بالا برای عدم برائت کفیل در فرض انتقال طلب گفتیم مانع انتساب چنین حکمی به عرف است. از همین روست که در قانون مدنی مصر نیز کفالت کفیل، فقط در صورت انتقال دین منتفی می‌شود. ولی، در صورت انتقال طلب، کفالت کفیل هم چنان باقی است (رک: ماده ۳۰۷ و بند دوم ماده ۳۱۸ قانون مدنی مصر).

فرجام سخن

۱. قانون‌گذار در قانون مدنی احکام ذیل را برای عقد حواله مقرر کرده است:

۱-۱. عقد حواله مانند عقد ضمان مبتنی بر «انتقال دین» است.

۱-۲. حواله بر بری نیز مصداق عقد حواله است. لکن، محال‌علیه در حکم

ضامن است!

۱-۳. درباره مفاد ماده ۷۲۵ ق.م.ا.ق که ناظر به اطراف عقد حواله است میان

حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد. مستفاد از ظاهر این ماده این است که اطراف عقد

اشخاص به شمار رفته و به شخصیت صاحب آن وابسته نیست انحلال کفالت به دلیل تغییر طلبکار نیز پذیرفتنی نیست.

برای مطالعه بیشتر در این باره رک: (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ش ۱۴-۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش ۴۰ و ۱۹۸).

۱. در تأیید این مدعا رک: (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۳۱۴).

حواله از منظر قانون گذار عبارت‌اند از: محیل و محال‌علیه. لکن، اراده انشایی محتال در «انعقاد» عقد حواله دخالت ندارد. بلکه صرفاً رضایت وی جهت «تحقق» حواله و مؤثربودنش در حق وی لازم است.

۲. سومین حکم از احکام بالا که ظاهراً برخلاف موضع مشهور فقیهان طرفدار ابتناء عقد حواله بر انتقال دین مقرر شده است، کاملاً منطقی بوده و با اصول حقوقی سازگار است. لکن، دو حکم نخست که به پیروی از مشهور فقیهان امامیه مقرر شده است، به ترتیب مبتلا به اشکال‌هایی به شرح ذیل هستند:

- با وجود عقد ضمان به‌عنوان سازوکاری جهت انتقال «دین»، پیش‌بینی عقد دیگری تحت عنوان «حواله» با همین کارکرد، تحصیل حاصل است!

- با وجود موضع کنونی قانون‌گذار در قبال اثر عقد ضمان، حواله محسوب کردن «حواله بر بری» و سپس بار کردن احکام عقد ضمان بر آن بسیار نامعقول، غیرمنطقی و بی‌فایده است.

۳. به منظور برطرف شدن این اشکال‌ها، اصلاحات ذیل به ترتیب اولویت پیشنهاد می‌شود:

- از یک سو، اثر انتقال دین از عقد ضمان سلب شده و این عقد همانند سایر سیستم‌های فقهی - حقوقی و منطبق بر نیازها و واقعیات جامعه، کارکردی «توثیقی» پیدا کند. از سوی دیگر، عقد حواله به‌عنوان سازوکاری جهت «انتقال» تعهد - به هر یک از چهره‌های مثبت و منفی آن - معرفی شود.

- در صورت مقاومت در برابر تغییر کارکرد عقد ضمان، دست‌کم عقد حواله به‌عنوان نهادی جهت انتقال «طلب» پذیرفته و معرفی شود.

۴. قانون مدنی وضعیت تضمین‌های تعهد را در صورت «انتقال» آن به سکوت برگزار کرده است. شایسته است مقرر شود در صورت انتقال «طلب»، همه وثائق آن (اعم از شخصی و عینی) و در صورت انتقال «دین»، وثیقه‌های عینی که از ناحیه شخص متعهد سپرده شده است همراه با اصل تعهد منتقل می‌شود. بر این اساس، بند پنجم ماده ۷۴۶ ق.م نیز که برائت کفیل (سقوط تضمین شخصی تعهد) را به‌عنوان یکی

از آثار انتقال «طلب» معرفی کرده است لازم است حذف شود.

منابع

الف. فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴) حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، چاپ نهم، تهران: سمت.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۸) حقوق مدنی، ج ۱، چاپ بیستم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۷) حقوق مدنی ج ۲، چاپ چهاردهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۸) عقود معین ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰) عقد حواله، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶) ضمان عقدی در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حسنی، حسن (۱۳۸۹) حقوق تجارت، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
- دارویی، عباسعلی (۱۳۹۲) قائم مقامی با پرداخت: مطالعه‌ای جامع در پرداخت دین دیگری، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- سید احمدی سجادی، سید علی و دهقانی دهج، ایمان (۱۳۹۷) «عقد ضمان: زوال یا بقای تضمینات تعهد (با نگاهی به حقوق فرانسه)»، دوفصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۱، صص ۸۷-۱۰۶.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۴) انتقال قرارداد: نظریه عمومی - عقود معین، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۵) حقوق تعهدات، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

شمس، منصور (۱۳۹۵) *آشنایی با معرفت شناسی*، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نقد.

شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵) *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، چاپ اول، تهران: مؤلف.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۱) *سقوط تعهدات*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد. صفایی، سید حسین (۱۳۸۳) *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

فناپی، ابوالقاسم (۱۳۹۴) *اخلاق دین شناسی: پژوهشی در باب مبانی اخلاقی و معرفت شناسانه فقه*، چاپ اول - ویرایش سوم، تهران: نگاه معاصر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) *عقود معین*، ج ۴، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰) *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳ و ۴، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹) *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر. کاشانی، سید محمود (۱۳۹۴) *حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

محقق داماد، سید مصطفی و گندم کار، رضا حسین (۱۳۸۰) «ماهیت - مبانی و آثار تضامن (تضامن منفی)»، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهرا س، سال یازدهم، شماره ۴۰، صص ۱۴۱-۱۶۷.

موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۹) «عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی»، فصلنامه فرهنگی - تحقیقی - اجتماعی و تاریخیمیراث جاویدان، شماره ۳۲-۳۱، سال هشتم، صص ۱۲-۲۴.

ب. عربی

آبی (فاضل)، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ ق) *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*،

- چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اردبیلی (مقدس)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق) **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۱۰، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ ق) **وسيله النجاه (مع حواشی الامام الخمينی ره)**، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ ق) **فرائد الاصول**، چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ ق) **الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية**، ج ۸، چاپ چهارم، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا) **الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه**، ج ۷ و ۱۰، چاپ دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق) **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۱۲ و ۱۵، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی تا) **مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامة**، ج ۱۰، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلبی (ابن زهره)، حمزه بن علی (۱۴۱۷ ق) **غنيه النزوع الى علمي الاصول و الفروع**، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق ع.
- حلی (ابن فهد)، احمد بن محمد (۱۴۰۷ ق) **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ق) **ارشاد الاذهان الى احكام الايمان**، ج ۱، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق) **تحریر احکام الشرعيه علی مذهب الاماميه**، ج ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق ع.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق) **تذکره الفقهاء**، ج ۷، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت ع.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق) قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم: مؤسس اسماعیلیان.

حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۲۵ ق) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، چاپ یازدهم، بیروت: دارالقاری.

خراسانی (آخوند)، محمدکاظم (۱۴۲۴ ق) کفایه الاصول، چاپ هشتم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

رستم باز، سلیم (۱۹۹۸ م) شرح المجله، چاپ سوم، بیروت: دارالعلم للجميع.

زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴ ق) تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

الزحیلی، وهبه (۱۴۲۹ ق) الفقه الاسلامی و أدلته، ج ۹، چاپ ششم، دمشق: دارالفکر.

سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ ق) کفایه الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.

سنهوری، عبد الرزاق احمد (بی تا) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

سنهوری، عبد الرزاق احمد (۱۹۹۸ م) نظریه العقد، ج ۱، چاپ دوم، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ ق) ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، ج ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت ع.

طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ ق) العروة الوثقی فی ما تعم به البلوی، ج ۲، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ ق) مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

- طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی (۱۴۰۸ ق) **الوسيله الى نيل الفضيله**، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق) **الخلافا**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- قمی (گیلانی)، ابوالقاسم (۱۴۱۳ ق) **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق) **من لا يحضره الفقيه**، ج ۴، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، (۱۴۱۴ ق) **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: مؤسسه آل البيت ع.
- کیدری، قطب الدین محمد بن حسین (۱۴۱۶ ق) **اصباح الشیعه بمصباح الشریعه**، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق ع.
- مجاهد طباطبایی، سید محمد (بی تا) **مناهل**، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت ع.
- مظفر، محمد رضا (۱۴۲۲ ق) **اصول الفقه**، ج ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین (بی تا) **اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه**، قم: دارالفکر.
- موسوی خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا) **تحریر الوسیله**، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- موسوی خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۰ ق) **معتمد الاصول (تقریرات محمد فاضل موحدی لنکرانی)**، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا) **مصباح الفقاهه**، ج ۳، بی جا.
- نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ق) **أنوار الفقاهه - کتاب الحواله**، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۱۲ ق) **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۶، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین بن علی (۱۴۲۴ ق) **تحریر المجله**، ج ۲، چاپ اول، قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.

نراقی، محمد مهدی بن أبی ذر (۱۴۲۵ ق) **انيس التجار**، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علمي قم.

وحيد بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۷ ق) **حاشية مجمع الفائدة والبرهان**، چاپ اول، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی