

# اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله (گفتاری درباره ماده ۷۳۳ قانون مدنی)

محمود کاظمی\*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۸۹/۱۱/۹

دریافت: ۸۸/۸/۱۲

## چکیده

هرگاه منشأ دین موضوع عقد حواله، قرارداد باشد و بعد از انعقاد حواله، به واسطه اعمال خیار یا اقاله، فسخ شود، در این‌که فسخ قرارداد موجب انفساخ حواله می‌شود یا حواله به صحت و اعتبار خود باقی است و نیز در مورد آثار مترتب بر آن، اختلاف نظرهای جدی وجود دارد. قانون مدنی ایران این موضوع را در ضمن یکی از مصادیق آن، در ماده ۷۳۳ قانون مدنی بیان داشته است؛ اما نحوه نگارش این ماده که از فقه اقتباس شده، چنان مجمل و مبهم است که امکان تفسیر آن بر مبنای هر یک از دو نظریه انفساخ حواله یا صحت و بقای آن وجود دارد. تفسیر این ماده، محل تضارب اندیشه‌های مختلف قرار گرفته است. با بررسی پیشینه این ماده در فقه امامیه، نتیجه خواهیم گرفت که فسخ بیع تأثیری بر عقد حواله نداشته، حواله به صحت و اعتبار خود باقی است. نیز تلاش خواهیم کرد بر مبنای این نظریه، ماده ۷۳۳ ق.م. و نکات مجمل و مبهم آن روشن شود.

کلید واژها: محیل، محتال، محال‌علیه، حواله مشتری بر ثالث، انحلال حواله، استیفا، انتقال دین

## ۱. مقدمه

۱. یکی از موضوعات مهم در حقوق تعهدات، انتقال دین است. در حقوق رم به این دلیل که دین را یک رابطه شخصی بین داین و مدیون می‌شمردند و برای آن وجود مستقلی جدا از مدیون

قائل نبودند، انتقال دین را مجاز نمی‌دانستند. [۸، ص ۴۱۶] در حقوق قدیم فرانسه، به تبع حقوق رم، وضعیت چنین بود؛ اما به مرور این دیدگاه تغییر یافت و دین به‌عنوان یک موجود اعتباری و مستقل از شخصیت مدیون مورد شناسایی قرار گرفت و به‌عنوان یک مال می‌توانست موضوع قرارداد واقع شده، به دیگری منتقل گردد. به‌رغم این تحول، در حال حاضر در نظام حقوقی فرانسه، نسبت به امکان انتقال دین به معنای واقعی (یعنی توافقی که بین مدیون و شخص ثالث واقع می‌شود) تردید جدی وجود دارد. قانون مدنی فرانسه در این زمینه ساکت است. نویسندگان حقوقی نیز با اعتقاد به عدم امکان انتقال دین (بدون رضایت داین) راه‌حل‌هایی برای رسیدن به نتایج انتقال دین ارائه کرده‌اند و پذیرش انتقال دین، به‌طور کامل را جز با رضایت و اراده داین مجاز نمی‌دانند. [۲، ص ۴۱؛ ۳، ص ۴۱] حتی در فرضی که داین به انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ثالث رضایت می‌دهد، در این‌که انتقال دین به معنای واقعی اتفاق می‌افتد، یعنی ذمه مدیون بری می‌شود، در حقوق فرانسه تردید جدی وجود دارد و مشهور برای رسیدن به این نتیجه، آن را بر مبنای تبدیل تعهد تحلیل می‌کنند. [۳، ص ۴۱۴-۴۱۵] با توجه به این امر، هرگاه منشأ دین اصلی، قرارداد باشد و بعد از تبدیل تعهد، فسخ گردد، این امر تأثیری بر تبدیل تعهد واقع شده نخواهد داشت.

۲. در حقوق اسلام از ابتدای تاریخ فقه، موضوع انتقال دین و انتقال طلب، یک موضوع شناخته‌شده بوده و فقها در قالب عقد ضمان و حواله، آثار و احکام آن را مورد بررسی قرار می‌داده‌اند. در مورد عقد ضمان ماده ۷۰۸ ق.م. به تبع فقه تصریح دارد که با انحلال قرارداد منشأ دین مضمون‌بده، عقد ضمان نیز منفسخ می‌شود؛ اما در مورد حواله با توجه به اختلاف‌نظری که در خصوص ماهیت آن وجود دارد، چنین صراحتی وجود ندارد و این سؤال مطرح است که آیا با انحلال قرارداد منشأ دین، حواله منحل می‌شود یا خیر؟

۳. حواله بایع و مشتری در چند فرض کلی قابل تصور است: از یک جهت ممکن است مشتری محیل و بایع محتال، یا مشتری محال و بایع محیل باشد و در هر یک از این دو فرض احتمال دارد بعد از انعقاد حواله، بطلان بیع کشف یا بیع به واسطه خیابار یا اقاله فسخ شود. به‌علاوه در هر یک از این چهار مورد، ممکن است کشف بطلان بیع یا فسخ آن، قبل از قبض محال‌بده توسط محتال اتفاق بیفتد یا بعد از آن.

۴. در صورتی که بعد از انعقاد حواله کشف شود که عقد بیع منشأ دین باطل بوده، قرارداد

حواله نیز باطل خواهد بود. قانون مدنی در صدر ماده ۷۳۳ به این امر تصریح دارد. در این خصوص بین فروض مختلف حواله تفاوتی وجود ندارد. توجیه این حکم در فرضی که مشتری بایع را به ثالث حواله می‌دهد روشن است، زیرا در این فرض، مشتری محیل و بایع محال است و یکی از شرایط صحت عقد حواله این است که محیل مدیون محال باشد (ماده ۷۲۴ و ۷۲۶ ق.م). در فرض بطلان بیع، کشف می‌شود که در حین انعقاد عقد حواله، ذمه محیل در برابر محال مشغول نبوده و شرط صحت حواله وجود نداشته است. [۴، ص ۲۹۸؛ ۵، ص ۹۵؛ ۶، ص ۴۳۰] اما در فرضی که بایع، ثالث را به مشتری حواله می‌دهد، چون مدیون بودن محال‌علیه به محیل شرط صحت حواله نیست، حکم قانون مدنی تا حدودی مشکل می‌نماید. در توجیه بطلان حواله در این فرض باید گفت که محال‌علیه (مشتری) با این قصد حواله را قبول می‌کند که خود را نسبت به ثمن بیع مدیون محیل می‌پندارد. بنابراین، اراده او مقید بوده و با کشف بطلان بیع و عدم مدیونیت او، اراده وی معیوب بوده و عقد حواله به خاطر عیب اراده باطل است. [۶، ص ۴۳۱] برخی از استادان حقوق در این فرض عقد حواله را به دلیل فقدان محل، باطل دانسته‌اند؛ چون حواله نسبت به ثمنی که در ذمه مشتری است واقع شده و با بطلان بیع، کشف شده که ثمنی در ذمه او وجود نداشته است. [۵، ص ۹۷] در فقه درباره بطلان حواله در فرض بطلان بیع، اتفاق نظر وجود دارد. [۷، ص ۱۱۴؛ ۸، ص ۱۶۳؛ ۹، ص ۲۳۳؛ ۱۰، ص ۳۷۲؛ ۱۱، ص ۶۱؛ ۱۲، ص ۴۱۸؛ ۱۳، ص ۱۸۴؛ ۱۴، ص ۳۳۵؛ ۱۵، ص ۳۳۴] در این مورد، تفاوتی بین فروض مختلف قائل نشده‌اند. در توجیه این حکم گفته شده که صحت حواله فرع بر ثبوت ثمن در ذمه مشتری برای بایع است و با بطلان بیع، کشف می‌شود که ذمه مشتری مشغول نبوده و بنابراین، حواله باطل است. [۹، ص ۲۳۳] اگرچه این استدلال در فرضی که بایع محیل است، از سوی برخی از فقها مورد انتقاد قرار گرفته [۱۲، ص ۱۸۸] اما آن‌ها نیز با تحلیل دیگری به همین نتیجه رسیده‌اند. این گروه در توجیه بطلان حواله در این فرض گفته‌اند: اولاً اجماع وجود دارد. [۱۲، ص ۴۱۸؛ ۱۵، ص ۳۳۴] ثانیاً چون قصد بایع از حواله دادن ثالث به مشتری، حواله بر مافی‌الذمه مشتری بوده و مشتری با همین قصد آن را قبول کرده، با کشف خلاف آن، اراده محیل معیوب بوده، حواله واقع نمی‌شود. [۱۲، ص ۴۱۸؛ ۱۳، ص ۱۸۵؛ ۱، ص ۳۳۶] در این جا قصد بایع، حواله بر مشتری نبوده تا حواله بر بری به حساب آید، بلکه حواله بر مافی‌الذمه مشتری بوده است. [۱۳، ص ۱۸۵؛ ۱۴، ص ۳۳۶]

۵. اما در فرضی که بعد از حواله، بیع فسخ می‌شود، اختلاف نظر جدی وجود دارد. منشأ این اختلاف به این برمی‌گردد که آیا حواله را باید به منزله پرداخت دین دانست؛ یعنی مدیون به وسیله حواله، دین خود را به محتال پرداخت کرده است و در نتیجه با فسخ قرارداد و از بین رفتن دین، پرداخت آن نیز باید از بین برود یا این‌که حواله را باید نوعی قرارداد تلقی کرد که موضوع آن دین است و با انعقاد حواله، این دین به دیگری منتقل می‌شود و چون حواله عقدی مستقل و لازم است، فسخ قرارداد منشأ دین هیچ تأثیری بر آن ندارد، همانند موردی که دین به وسیله یکی از عقود دیگر، مانند معاوضه به دیگری منتقل می‌شود؛ چه در این فرض، فسخ عقد، اثری بر معاوضه ندارد. قانون مدنی در ماده ۷۳۳ این فرع را در ضمن یکی از مصادیق آن (بیع) بیان کرده است؛ اما متن ماده مبهم است و نمی‌توان حکم واحدی از آن استنباط کرد. به این دلیل، تفسیر این ماده محل برخورد اندیشه‌های مختلف واقع و نظریه‌های متفاوتی از سوی استادان حقوق مطرح شده است:

اولاً مفهوم عبارت «حواله باطل نبوده» چیست؟ برای این عبارت دو معنا قابل تصور است: «بطال» در معنای عام استعمال شده که شامل انفساخ هم می‌شود و منظور از «عدم بطلان»، «عدم انحلال حواله» (بقای حواله) است. ممکن است «بطال» در معنای خاص خود استعمال شده، شامل انفساخ نشود. در این صورت، منظور از «عدم بطلان» این است که حواله از ابتدا بی‌اثر نشده، ولی بعد از فسخ بیع، نسبت به آینده منفسخ می‌شود.

ثانیاً عبارت «لکن محال علیه بری...» نیز مجمل است. یک احتمال این است که منظور، برائت او در برابر محتال، نسبت به دینی که به واسطه عقد حواله به نفع محتال در ذمه او ایجاد شده است. البته این امر در صورتی معنا پیدا می‌کند که محال علیه هنوز محال به را به محتال نپرداخته باشد. به علاوه، این فرض، فرع بر این است که حواله با فسخ بیع منفسخ شود و الا با فرض بقا و صحت عقد حواله، ذمه محال علیه همچنان در برابر محتال مشغول است، مگر این‌که به سببی از اسباب سقوط تعهد، دین ساقط شود. از سنوی دیگر، این احتمال وجود دارد که منظور از برائت محال علیه، برائت او در برابر محیل نسبت به دین اصلی قبل از حواله باشد. البته این امر در صورتی است که محال علیه مدیون محیل باشد. این حکم در دو فرض صحت و انفساخ حواله صادق است.

ثالثاً معنای رجوع هر یک از بایع یا مشتری به یکدیگر چیست؟ فرض رجوع مشتری به بایع

قابل تصور است؛ زیرا او بعد از فسخ بیع، حق دارد ثمنی را که در قالب حواله پرداخته است، مسترد دارد؛ اما فرض رجوع بایع به مشتری قابل تصور نیست، مگر این‌که منظور، رجوع او نسبت به مبیع باشد که بعید است. هدف از نگارش این مقاله برطرف کردن ابهامات فوق است. ابتدا این مسأله را در حقوق موضوعه بررسی می‌کنیم و سپس به پیشینه ماده ۷۳۳ در فقه امامیه می‌پردازیم.

## ۲. اثر فسخ یا اقاله بیع بر عقد حواله در حقوق موضوعه ایران

### ۲-۱. بقا و اعتبار عقد حواله

به موجب این نظریه، فسخ بیع اثری بر عقد حواله ندارد. [ ۱۶، ص ۳۶۸؛ ۴، ص ۲۹۹؛ ۵، ص ۹۵؛ ۱۷، ص ۴۷۲ ] در توجیه این نظر گفته شده که چون در زمان انعقاد حواله، تمام شرایط صحت آن وجود داشته و عقد حواله عقدی مستقل و لازم است و اثر فسخ بیع هم نسبت به آینده است، فسخ بیع اثری بر عقد حواله ندارد و حواله همچنان به اعتبار خود باقی است. [ ۱۶، ص ۳۶۸ ] به اعتقاد طرفداران این نظریه، صحت حواله فقط در حین انعقاد، تابع وجود بیع (دین) است، ولی دوام و بقای عقد حواله تابع عقد بیع نیست. در حقیقت، حواله در این مورد مانند این است که خریدار یا فروشنده در آنچه در نتیجه عقد بیع به دست آورده، تصرف کند و پس از آن، عقد بیع فسخ شود. همان‌گونه که فسخ بیع اعتبار تصرف بعدی طرفین را از بین نمی‌برد، به نفوذ حواله نیز خللی وارد نمی‌رساند و آن را منحل نمی‌کند. [ ۶، ص ۴۳۴ ] طرفداران این نظریه بین فروض مختلف حواله تفکیک قائل نشده و تلاش کرده‌اند ابهامات ماده ۷۳۳ ق.م. را بر مبنای نظریه پذیرفته شده توجیه کنند:

### ۲-۱-۱. «حواله باطل نبوده ...»

مطابق این نظریه، عقد حواله به صحت و اعتبار خود باقی است؛ خواه «بطلان» به معنای خاص خود باشد یا شامل «فسخ» هم بشود، زیرا در احتمال دوم (بطلان به معنای اعم)، صحت و بقای حواله، معنای مطابقی «عدم بطلان» است (عدم بطلان حواله به معنای عدم انحلال آن، یعنی صحت و بقای آن است). در احتمال اول (بطلان به معنای خاص خود)، صحت و بقای حواله یکی از مصادیق عدم بطلان حواله است، اما از قسمت بعدی ماده و عبارات بعدی، از جمله

«محال علیه بری ...» چنین استنباط می‌شود که منظور از «عدم بطلان حواله» صحت و بقای آن است. [۴، ص ۲۹۹؛ ۱۶، ص ۳۶۸]

#### ۲-۱-۲. «... لکن محال علیه بری ...»

چنان‌که گفته شد براءت محال علیه در دو فرض قابل تصور است که یک فرض مستلزم صحت و بقای حواله (براءت در برابر محیل) و فرض دیگر ملازم با انحلال و فسخ آن است (براءت در برابر محتال). به اعتقاد طرفداران این نظریه، منظور از «براءت محال علیه» براءت او در برابر محیل است؛ البته در فرضی که محال علیه مدیون محیل باشد، چنان‌که در غالب موارد چنین است، و قانون مدنی بر مورد غالب حمل می‌شود. بر این اساس، عبارت «... لکن محال علیه بری...» تأییدی بر نظریه صحت و بقای حواله است.

#### ۲-۱-۳. «... و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند»

به اعتقاد طرفداران این نظریه، قانون مدنی در بند آخر ماده ۷۳۳ یکی دیگر از آثار حواله صحیح را بیان کرده است. [۴، ص ۳۰۰] در هر دو فرض حواله، چون ثمن از طرف مشتری در قالب حواله پرداخت شده و با فسخ بیع، مشتری مستحق استرداد ثمن پرداختی به بایع است و از سویی حواله که قالب پرداخت است، منحل نمی‌شود، او مجاز است برای استرداد ثمن به بایع رجوع کند. اما اگر حواله به تبع فسخ بیع، منفسخ می‌شود، در فرضی که مشتری با حواله بایع، ثمن را به ثالث می‌پردازد، بعد از انحلال حواله باید ثمن را از ثالث پس بگیرد، نه از بایع. [۴، ص ۳۰۰؛ ۱۶، ص ۳۶۸] اما رجوع بایع به مشتری، از سوی برخی از طرفداران نظریه صحت حواله، مورد انتقاد قرار گرفته و معتقدند که این امر در هیچ‌یک از فروض حواله قابل تصور نیست و این‌که منظور، رجوع بایع نسبت به مبیع باشد، بعید دانسته شده است. [۱۶، ص ۳۶۸] زیرا این امر آثار اقاله بیع است، نه حواله. اما برخی دیگر، در توجیه آن گفته‌اند که این قسمت از ماده طرداً للباب ذکر شده است. [۴، ص ۳۰۱]

#### ۲-۲. انفساخ عقد حواله

برخی از استادان حقوق معتقدند که فسخ یا اقاله بیع موجب بطلان حواله به معنای خاص نمی‌شود، اما سبب انفساخ آن می‌گردد. [۶، ص ۴۳۵؛ ۱۸، ص ۲۵۹] در توجیه این نظر گفته شده

که چون به موجب عقد حواله، تبدیل تعهد صورت نمی‌گیرد، بلکه دین با همان وضعیتی که دارد جابه‌جا و از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود، اگر خيار فسخی وجود داشته باشد، پس از انتقال نیز ناپایدار است و به سبب انحلال عقدی که منشأ آن بوده، از بین می‌رود. [۱۸، ص ۲۵۶] به بیان دیگر، دینی که بعد بر عهده محال‌علیه قرار می‌گیرد، همان دینی است که محیل به محتال داشته و با همان موقعیت قراردادی به او انتقال یافته است. در نتیجه، هرگاه طلب محتال (دین محیل) در اثر فسخ یا اقاله از بین برود، محال‌علیه نیز از دین خود در برابر محتال بری می‌شود. [۱۸، ص ۲۵۶] در فرضی که بایع ثالث را به مشتری حواله می‌کند، اگر بپذیریم که طلب محتال از محال‌علیه (مشتری) همان طلبی است که بایع (محیل) قبل از حواله با موقعیت قراردادی از مشتری داشته است و تنها طلبکار آن تغییر یافته است (بدون این‌که تبدیل تعهد صورت پذیرد) باید قبول کنیم که اقاله و فسخ منبع طلب نیز از زمان وقوع، طلب را که اکنون به محتال انتقال یافته از بین می‌برد. [۱۸، ص ۲۵۹] طرفداران این نظریه سعی کرده‌اند قسمت دوم ماده ۷۳۳ را بر مبنای این نظریه توجیه کنند.

#### ۲-۲-۱. تفسیر قسمت اخیر ماده ۷۳۳ ق.م. بر مبنای این نظریه

۲-۲-۱-۱. «حواله باطل نبوده ...»

به اعتقاد طرفداران این نظریه، «بطلان» در معنای خاص خود استعمال شده و منظور از عدم بطلان، عدم انحلال عقد از اصل است، ولی با انحلال حواله از زمان فسخ بیع (انفساخ)، منافات ندارد. [۶، ص ۴۳۵] با انعقاد حواله، دین محال‌علیه به محیل ساقط شده و تنها دینی که بر ذمه او باقی است، دین به محتال است. پس وقتی مقنن اعلام می‌کند «حواله باطل نبوده لکن محال‌علیه بری ...» ظاهراً به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد. [۶، ص ۴۳۵]

#### ۲-۲-۲. «لکن محال‌علیه بری...»

مطابق این نظریه، منظور از «برائت محال‌علیه» برائت وی در برابر محتال، نسبت به دین ناشی از عقد حواله است؛ زیرا:

اولاً قید «لکن» در ماده ۷۳۳ نشانه این است که آنچه گفته می‌شود استثنایی بر آثار طبیعی بقای حواله است، نه صرفاً بیان اثر طبیعی آن. وانگهی با تحقق حواله، دین محال‌علیه به محیل

از بین رفته، او در برابر محتال مدیون می‌شود. [۶، ص ۴۳۵]

ثانیاً آوردن وصف «محال‌علیه» برای مشتری بدهکار (در یکی از فروض حواله، که بایع محیل، و مشتری محال‌علیه است) نیز به‌خوبی نشان می‌دهد که مقصود از براءت، براءت در برابر محتال است. به علاوه، براءت در برابر فروشنده (محیل) نتیجه بدیهی اقاله بیع است و ارتباطی به بحث حواله ندارد. [۱۸، ص ۲۵۹]

ثالثاً «براءت» مذکور در ماده مطلق بوده، خلاف ظاهر ماده است که ادعا شود مقصود، براءت در اثر پرداخت است. آیا باعث تعجب نیست که قانونگذار در وضع پیچیده ماده ۷۳۳ ق.م. اعلام کند «محال‌علیه بعد از پرداخت دینش بری می‌شود». [۱۸، ص ۲۵۹]

رابعاً قاعده مندرج در ماده ۷۳۳ در انتقال دین نیز رعایت شده است. ماده ۷۰۸ ق.م. در مورد ضمان عهده بایع و مشتری، در عقد بیع، فسخ بیع را سبب انفساخ ضمان می‌داند. [۱۸، ص ۲۶۰] طرفداران این نظریه راجع به رجوع بایع و مشتری به یکدیگر، بحثی نکرده‌اند.

## ۲-۲-۲. نقد و تحلیل این نظریه

بر نظریه «انفساخ حواله» و دلایلی که در توجیه آن ذکر شده، ایرادات زیر وارد است:

او طرفداران این نظریه برای اثبات ادعای خود گاه ماهیت عقد حواله را «انتقال دین» و گاه «انتقال طلب» می‌دانند، در حالی که این تحلیل دوگانه از ماهیت حواله پذیرفته نیست. یا در اثر عقد حواله، دین محیل به محتال به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود (انتقال دین)، یا طلب محیل از محال‌علیه منتقل می‌گردد (انتقال طلب). در هر دو فرض حواله (مشتری محیل یا محال‌علیه باشد)، باید از یک مینا پیروی شود. طرفداران این نظریه برای اثبات ادعای خود در فرضی که مشتری محیل است، حواله را به انتقال دین، و در فرضی که محال‌علیه است، به انتقال طلب تحلیل می‌کنند.

ثانیاً طرفداران این نظریه، برای توجیه باور خود به واژه «لکن» در ماده ۷۳۳ ق.م. تمسک جسته و اظهار می‌دارند: «قید لکن، در ماده ۷۳۳ ق.م. نشانه این است که آنچه بعد از آن است، استثنایی بر آثار طبیعی بقای حواله است، نه این‌که صرفاً اثر طبیعی آن را بیان نماید». [۶، ص ۴۳۵] ایشان ابتدا از این عبارت ماده برای اثبات انفساخ حواله استفاده و این‌گونه استنباط کرده‌اند که وقتی گفته می‌شود «محال‌علیه بری می‌شود» منظور، براءت او در برابر محتال است



و این، یعنی انفساخ عقد حواله و نتیجه گرفته‌اند که منظور از «عدم بطلان» عدم انحلال از اصل و انفساخ حواله است؛ اما مجدداً در قسمت دیگر برای اثبات این‌که منظور از «برائت محال‌علیه» برائت او در برابر محتال است، نه محیل، به «انفساخ حواله» استناد می‌کنند (البته به طور ضمنی) که نوعی مصادره به مطلوب است.

ثالثاً استناد به ماده ۷۰۸ ق.م. درست به نظر نمی‌رسد. ضمان درک در ماده مزبور یکی از مصادیق ضمان مال‌موجب (ضمان به معنای عام) است؛ زیرا در زمان انعقاد عقد ضمان، دینی ایجاد نشده است تا با عقد ضمان، به ذمه ضامن منتقل شود و سپس در اثر فسخ یا اقاله بیع، عقد ضمان نیز منفسخ گردد. به علاوه از ملاک آن در مورد حواله نیز استفاده شود که ضمان درک ناظر به فرضی است که میبایست مسحوقاً لغیر درآید و ای بسا که هیچ‌گاه چنین چیزی محقق نشود. بنابراین اگر مقنن در ماده ۷۰۸ مقرر داشته که بعد از اقاله بیع، ضمانت از درک میبایست منفسخ می‌شود، نه از باب این است که چون قرارداد منشأ دین مضمون‌بیه فسخ شده، آن هم منفسخ می‌شود، بلکه به این دلیل است که اصلاً موضوع ضمان منتفی شده است. بنابراین، قیاس حواله در ماده ۷۳۳ به ضمان در ماده ۷۰۸ درست نیست. ضمن اثبات نظریه صحت و بقای عقد حواله، اشکالات این نظریه بیش‌تر آشکار خواهد شد. برای این‌که حکم ماده ۷۳۳ روشن شود باید سابقه تاریخی آن در فقه امامیه بررسی شود.

### ۳. اثر فسخ یا اقاله بیع بر عقد حواله در فقه اسلامی

در خصوص اثر فسخ بیع (قرارداد منشأ دین) بر عقد حواله در فقه سه دیدگاه کلی وجود دارد. در بررسی این اقوال برای سهولت، نظریه اول را تحت عنوان «نظریه شیخ طوسی» [۱۹، ص ۳۱۳؛ ۲۰، ص ۳۱۳؛ ۷، ص ۱۱۴؛ ۹، ص ۲۳۱-۲۳۲؛ ۱۳، ص ۱۸۵-۱۸۶] و نظریه دوم را به عنوان «نظریه علامه حلی» [۲۱، ص ۴۵۹؛ ۸، ص ۱۶۳-۱۶۴؛ ۱۰، ص ۳۶۵؛ ۱۱، ص ۵۷-۵۸؛ ۱۲، ص ۴۱۳ به بعد؛ ۲۲، ص ۹۵] بررسی می‌کنیم، چون مبتکر این دو نظریه بوده‌اند؛ و نظریه سوم را تحت عنوان «نظریه صحت و بقای عقد حواله» [۲۳، ص ۷۹۴؛ ۲۴، ص ۴۱۵؛ ۱۴، ص ۳۴۰-۳۴۱؛ ۲۵، ص ۹۲-۹۳] مورد بررسی قرار می‌دهیم.



### ۳-۱. نظریه شیخ طوسی

مطابق این نظریه باید بین فرضی که مشتری محال‌علیه یا محیل باشد تفاوت قائل شد:

#### ۳-۱-۱. مشتری محال‌علیه است

به عقیده شیخ طوسی، در این فرض، فسخ بیع اثری بر عقد حواله ندارد. در اثبات این نظریه، گفته شده که چون در این فرض، مورد حواله متعلق حق ثالث قرار گرفته، انفساخ حواله با این حق منافات دارد و نمی‌توان بدون اراده صاحب حق، حق او را از بین برد. شخص ثالث (محتال)، قبل از انعقاد حواله از محیل (بایع) طلبکار بوده که با انعقاد عقد حواله، طلب او از ذمه محیل (بایع) به ذمه محال‌علیه (مشتری) منتقل می‌شود و بنا به فرض، تمام شرایط صحت آن در زمان انعقاد حواله موجود بوده است. حال طرفین عقد بیع، یعنی محیل و محال‌علیه نمی‌توانند با اقاله عقد بیع حقی را که برای ثالث ایجاد شده است، بدون رضایت او از بین ببرند. [۱۹، ص ۳۱۴؛ ۲۰، ص ۳۱۳؛ ۷، ص ۱۱۴؛ ۹، ص ۲۳۰ به بعد؛ ۱۳، ص ۱۸۴] به علاوه، چون مدیون بودن محال‌علیه به محیل (مشتری به بایع) شرط صحت حواله نیست، فسخ بیع و براءت ذمه مشتری در برابر بایع اثری بر عقد حواله ندارد. [۱۲، ص ۴۱۷] شیخ در کتاب مبسوط ادعای نفی خلاف می‌کند اما شهید ثانی در مسالک نقل اجماع را به شیخ نسبت می‌دهد [۹، ص ۲۳۳] و علامه در شرح ارشاد نیز نقل اجماع می‌کند. [۲۶، ص ۴۱۷] صاحب جواهر نیز بر این نظر ادعای عدم خلاف می‌کند. [۱۳، ص ۱۸۴]

#### ۳-۱-۲. مشتری محیل است

در فرضی که مشتری محیل است، هرگاه بعد از انعقاد حواله، عقد بیع به دلیلی فسخ شود، عقد حواله هم به تبع آن منفسخ می‌شود. برخی از طرفداران این نظریه، در مقام اثبات این ادعا به این اکتفا کرده‌اند که بگویند: حواله در بقا و عدم تابع بیع است. [۱۹، ص ۳۱۳؛ ۷، ص ۲۷۹؛ ۹، ص ۲۳۰] برخی دیگر این‌گونه استدلال کرده‌اند که چون موضوع حواله، ثمن معامله است، یعنی مشتری با انعقاد حواله ثمنی را که به واسطه بیع بر ذمه او قرار گرفته به ذمه شخص ثالث (محال‌علیه) منتقل می‌کند، هرگاه بعداً بیع فسخ شود، حواله هم منفسخ می‌شود؛ [۲۷، ص ۲۷۲؛ ۲۰، ص ۳۱۴] زیرا طلبی که محتال (بایع) به واسطه عقد حواله از محال‌علیه پیدا می‌کند،

همان طلبی است که قبلاً از محیل (مشتری) داشته، با همان اوضاع و احوال و شرایط. پس طلب متزلزل، به طور متزلزل منتقل می‌شود و در اثر فسخ بیع و از بین رفتن طلب (دین)، موضوع حواله نیز از بین می‌رود و حواله منفسخ می‌گردد.

### ۳-۱-۳. نقد این نظر و دلایل آن

بر این نظر، این اشکال وارد شده که تبعیت حواله از بیع و لزوم مدیونیت محیل از محتال فقط در زمان انعقاد حواله است، ولی همین‌که حواله به صورت صحیح واقع شد، فسخ بیع منشأ دین نباید نسبت به آن اثری داشته باشد، زیرا اثر فسخ نسبت به آینده است. [ ۹، ص ۲۳۰؛ ۲۶، ص ۴۱۳ ] به علاوه، حواله عقدی لازم است و استصحاب بقای آن اقتضا دارد که با فسخ بیع منفسخ نشود و متابعت حواله از بیع در همان حد است که حواله نسبت به ثمنی واقع شده که یکی از ارکان بیع است، ولی این‌که در انحلال هم تابع آن باشد، قابل پذیرش نیست. [ ۱۳، ص ۱۸۳؛ ۲۵، ص ۹۲؛ ۲۳، ص ۷۹۴؛ ۱۵، ص ۳۳۶ ] حتی اگر ماهیت حواله را نوعی استیفا بدانیم، باز هم فسخ بیع بر آن اثری ندارد، زیرا این استیفا از طریق یک عقد لازم صورت گرفته است؛ برخلاف موردی که استیفا از طریق پرداخت و یا امثال آن صورت می‌گیرد. [ ۱۳، ص ۱۸۳ ] انعقاد حواله در این فرض به مثابه این است که یکی از بایع یا مشتری نسبت به آنچه در نتیجه بیع به او منتقل شده است، تصرفی انجام دهد (مثلاً مشتری مبیع را به ثالثی انتقال دهد) و بعداً بیع فسخ شود. این فسخ اثری در تصرف او ندارد و تصرف او صحیح و معتبر است. [ ۲۳، ص ۷۹۴؛ ۱۴، ص ۳۴۰؛ ۲۵، ص ۹۲ ] به همین دلیل فقهای بنام متأخر در صحت این قول اظهار تردید کرده‌اند. [ ۷، ص ۱۱۴؛ ۹، ص ۲۳۰؛ ۲۶، ص ۴۱۳ ]

### ۳-۲. نظریه علامه حلی

به اعتقاد علامه و موافقان او باید بین دو فرض حواله (مشتری محال‌علیه یا محیل باشد) از یک سو و این‌که ماهیت حقوقی حواله را چه بدانیم، از سوی دیگر، تفکیک قائل شد. در فرضی که بایع ثالث را به مشتری حواله می‌کند و مشتری محال‌علیه است، در موافقت با مشهور فقها، طرفداران این نظریه، فسخ بیع را مؤثر در حواله نمی‌دانند؛ اما در فرضی که مشتری محیل است و بایع را به ثالث حواله می‌دهد، برحسب ماهیت حواله و این‌که استیفا یا معاوضه باشد، تفکیک قائل می‌شوند. [ ۸، ص ۱۶۳-۱۶۴؛ ۱۰، ص ۳۶۵؛ ۱۱، ص ۵۷؛ ۲۶، ص ۴۱۳ ]

### ۳-۲-۱. ماهیت حواله استیفا باشد

اگر ماهیت حواله نوعی استیفا باشد، استیفا تابع بیع است و با انحلال بیع، اثر استیفا هم از بین می‌رود و منحل می‌شود. البته حواله استیفای ساده نیست، بلکه نوعی استیفای خاص است. در واقع ارفاقی است که به نفع پرداخت‌کننده (مدیون - مشتری) صورت گرفته؛ زیرا اشتغال ذمه ثالث (محال علیه) به عنوان وفای مافی الذمه مدیون (محیل) پذیرفته شده است. [۱۰، ص ۳۶۵؛ ۱۱، ص ۵۸] پس هرگاه اصل دین از بین برود، هیأت ارفاقی هم که تابع آن است از بین می‌رود. [۱۰، ص ۳۶۵] هیأت ارفاقی، از این جهت تابع دین است که شکل و هیأت ایفا است و به طور قطع ایفای تعهد تابع دین است و تابع تابع هم تابع است. این فرض همانند موردی است که شخص کالایی را در مقابل نوع پایینی از یک جنس بخرد و بعداً با طیب نفس، نوع بالای آن جنس را به بایع بدهد. هرگاه به واسطه خیار، بیع فسخ شود، او مستحق استرداد نوع بالای جنس پرداخت شده است، نه نوع پایینی آن. [۱۰، ص ۳۶۵؛ ۱۲، ص ۴۱۴؛ ۱۱، ص ۵۸] نمی‌توان گفت در این فرض مشتری باید بعد از فسخ بیع به نوع پایینی آن جنس رجوع کند، چون نوع پایین، عوض قراردادی بوده و مشتری تبرعاً نوع بالای آن را پرداخته و این تبرع هنوز هم باقی است؛ هرچند اگر بیع فسخ نمی‌شد وی حق استرداد نوع بالای آن جنس را نداشت [۱۰، ص ۳۶۵؛ ۲۶، ص ۴۱۴؛ ۱۱، ص ۵۸] زیرا اراده او در پرداخت نوع بالا به جای نوع پایین، مقید به صحت بیع بوده، و بیع فسخ شده است. [۱۱، ص ۵۸]

### ۳-۲-۲. نقد این نظر و دلایل آن

هرچند در رابطه با ماهیت حقوقی پرداخت و ایفای تعهد، اختلاف نظر است، ولی نظریه قوی این است که وفا به عهد، نوعی واقعه حقوقی است، نه عمل حقوقی. بنابراین از لحاظ بقا و اعتبار، تابع منبع و منشأ تعهد است و با از بین رفتن تعهد، پرداخت هم بی اعتبار می‌گردد. این امر در فرضی است که پرداخت به طور ساده باشد؛ اما در فرضی که پرداخت در قالب یک قرارداد خاص صورت می‌گیرد نمی‌توان آن را با پرداخت و ایفای تعهد ساده قیاس کرد و با فسخ قرارداد اصلی آن را منحل دانست، زیرا در آن فرض، پرداخت یک قرارداد لازم و مستقل است و تابع قرارداد اصلی هم نیست. پرداخت ثمن از طریق حواله از این موارد است و چون حواله یک

عقد لازم و مستقل است، نمی‌توان با فسخ بیع قائل به انفساخ حواله شد. به همین دلیل برخی از فقها معتقدند حتی اگر ماهیت حواله را نوعی استیفا بدانیم، با فسخ بیع، حواله منفسخ نمی‌شود.

[۱۳، ص ۱۸۳؛ ۲۳، ص ۷۹۴؛ ۱۴، ص ۳۴۳؛ ۲۵، ص ۹۲؛ ۱۵، ص ۳۳۷]

### ۳-۲-۳. حواله نوعی معاوضه باشد

به اعتقاد طرفداران این نظر، در صورتی که ماهیت حواله را نوعی معاوضه بدانیم، فسخ بیع اثری بر آن نخواهد داشت؛ زیرا بنا به فرض، حواله یک معاوضه مستقل و جدا از قرارداد بیع است و تابع آن هم نیست. پس فسخ بیع نباید اثری بر آن داشته باشد. [۸، ص ۱۶۴؛ ۱۰، ص ۳۶۶؛ ۲۶، ص ۱۴؛ ۱۱، ص ۵۸] این وضع همانند موردی است که بعد از انعقاد بیع، با بیع ثمن را معاوضه کند و به جای ثمن، کالایی دیگر (مثل لباس) از مشتری بگیرد. در این فرض هر گاه بعد از بیع و معاوضه ثمن، قرارداد بیع فسخ گردد، مشتری مستحق استرداد ثمن و یا بدل آن است و نمی‌تواند کالایی را که به جای ثمن به بیع داده است، مطالبه کند؛ زیرا مشتری در برابر میبوع ثمن را مبادله کرده است و کالای عوض ثمن در اثر معاوضه‌ای مستقل تحصیل شده که هنوز هم به اعتبار خود باقی است. [۸، ص ۱۶۴؛ ۱۰، ص ۳۶۶؛ ۲۶، ص ۱۴؛ ۱۱، ص ۵۸] بر این اساس، فسخ متعاقب بیع که اثر آن نسبت به آینده است، نباید اثری بر حواله داشته باشد. چنان‌که اگر بعد از بیع، با بیع ثمن را به ثالثی منتقل کند به طور قطع فسخ بیع اثری در آن نخواهد داشت.

### ۳-۲-۴. تحلیل مفهوم معاوضه در عقد حواله

نکته درخور بررسی و توضیح، مفهوم «معاوضه» در عقد حواله است. اگر ماهیت حواله را معاوضه بدانیم، عوضین چه چیزی هستند؟ این تحلیل از ماهیت عقد حواله اولین بار توسط علامه حلی در کتاب *قواعد و تذکره ارائه* شده و ظاهراً منشأ آن نیز فقه شافعی است. ایشان در این باره می‌نویسد: «عامه در خصوص ماهیت حواله، اختلاف نظر دارند. در فقه شافعی در این زمینه دو نظر وجود دارد: یکی این‌که ماهیت عقد حواله نوعی استیفا است؛ به این معنا که با انعقاد حواله، محتال طلب خود را از محیل استیفا می‌کند و به محال‌علیه قرض می‌دهد و در نتیجه از محال‌علیه طلبکار می‌شود...». اما قول ظاهرتر، در نزد شافعیه این است که ماهیت حواله، بیع است، زیرا در عقد حواله، تبدیل مال به مال صورت می‌گیرد، چرا که هریک از محیل و محتال به واسطه عقد حواله، مالک چیزی می‌شود که قبلاً مالک آن نبوده و این همان معنای

معاوضه است». [۲۱، ص ۴۲۹] ایشان به صراحت راجع به مفهوم «معاوضه» توضیح نمی‌دهند. صاحب کتاب *ایضاح الفوائد* (که شرح کتاب *قواعد* است) معاوضه در عقد حواله را این‌گونه تحلیل می‌کند: «محتال در مقابل مافی‌الذمه محیل، مالک مافی‌الذمه محال‌علیه می‌شود». [۲۲، ص ۹۵] بر مبنای این تحلیل، عوضین عبارتند از طلب محیل از محال‌علیه که به محتال منتقل می‌شود و در مقابل، طلب محتال از محیل به خود او منتقل شده، در نتیجه مالکیت مافی‌الذمه، دین محیل ساقط می‌شود.

صاحب کتاب *جامع المقاصد* (که شرح دیگری بر کتاب *قواعد* علامه است)، راجع به مفهوم «معاوضه» به صراحت توضیحی نمی‌دهد، اما در بخشی از مطالب خود، حواله را به «معاوضه محال» با مافی‌الذمه مدیون (محیل) تحلیل می‌کند. [۱۰، ص ۳۶۵] وی در ادامه ضمن این‌که «استیفا» را قوی‌تر می‌داند، در رد نظریه «اعتیاض» می‌نویسد: «اگر ماهیت حواله را اعتیاض و نوعی بیع بدانیم، بیع دین به دین می‌شود که در مورد نقود (صرف) لازمه صحت آن، قبض در مجلس است». [۱۰، ص ۳۶۶] از این عبارت محقق فهمیده می‌شود که منظور ایشان از عوضین «دین محیل» و «دین محال‌علیه» است که با یکدیگر معاوضه می‌شود. شهید ثانی در کتاب *مسالك*، بعد از بیان نظر علامه، اعتیاض را این‌گونه معنا می‌کند: «محتال به جای طلب خودش که در ذمه محیل است، دینی را که در ذمه محال‌علیه است، می‌گیرد». [۹، ص ۲۳۱]

از دقت در عبارات فقها در تحلیل معاوضه، این‌گونه استنباط می‌شود که آن‌ها عوضین را طلب محتال از محیل و طلب محیل از محال‌علیه می‌دانند که با یکدیگر معاوضه می‌شوند. با انعقاد حواله، محیل طلب خود از محال‌علیه را به محتال منتقل می‌کند و در نتیجه، محتال طلبکار محال‌علیه می‌شود. در مقابل، محتال طلب خود از محیل را به او منتقل می‌کند. در نتیجه محیل طلبکار خود شده، مالک مافی‌الذمه خود می‌گردد و در نهایت دین او به محتال ساقط می‌شود. اما این تحلیل با ماهیت حواله (از جهات دیگر) سازگار نیست، زیرا به موجب عقد حواله، دین محیل به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود و طلبی که محتال بعد از عقد حواله از محال‌علیه پیدا می‌کند (دین محال‌علیه به محتال) همان طلبی است که قبل از انعقاد حواله از محیل داشته است. به همین دلیل، حواله بر بری هم صحیح است؛ در حالی که اگر حواله را بر مبنای انتقال طلب تحلیل کنیم، در فرضی که محال‌علیه به محیل مدیون نیست (حواله بر بری) این تحلیل صادق نیست، زیرا محیل از محال‌علیه طلبی ندارد که به محتال منتقل سازد. بنابراین، مافی‌الذمه

محال‌علیه همان است که قبل از انعقاد حواله در ذمه محیل بوده است. این ایراد به‌درستی مورد توجه یکی از فقیهان تیزبین قرار گرفته است. شیخ محمد حسین اصفهانی در حاشیه مکاسب به مناسبت بحث بیع سلم، از ماهیت حواله و این‌که آیا ماهیت آن استیفا یا معاوضه است، یاد می‌کند. ایشان در تحلیل مفهوم معاوضه در عقد حواله می‌نویسد: «اگر منظور از معاوضه [در عقد حواله] این باشد که مافی‌الذمه محال‌علیه در مقابل مافی‌الذمه محیل معاوضه می‌شود، ... در این صورت، حواله نوعی بیع است که به لفظ حواله واقع شده است؛ اما گمان نمی‌کنم کسی از خواص (شیعه)، این تصور را از حواله داشته باشد». [۲۸، ص ۴۱۹] وی در ادامه در رد این تحلیل از حواله، آن را منافی تعریف حواله و ماهیت آن دانسته، می‌نویسد: «زیرا تعریفی که آنان از حواله دارند، این است که حواله عبارت است از انتقال از ذمه‌ای به ذمه دیگر؛ بدین معنا که مافی‌الذمه محیل به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود». [۲۸، ص ۴۱۹] ایشان در ادامه بحث، تحلیل جدیدی از مفهوم «معاوضه» در خصوص ماهیت حواله ارائه می‌دهند و می‌نویسند: «مفهوم «معاوضه» که در مقابل «استیفا» [در عقد حواله] بیان شده و آثاری بر آن مترتب می‌داند، این است که آنچه در ذمه محیل [برای محتال] است، به ذمه محال‌علیه منتقل شود، در عوض مافی‌الذمه محال‌علیه که برای محیل بوده است». [۲۸، ص ۴۱۹] متقابلاً مفهوم «استیفا» عبارت است از این‌که «آنچه برای محتال بوده به ذمه محال‌علیه منتقل شود، به منظور وفا به آنچه برای او در ذمه محیل بوده است». [۲۸، ص ۴۱۹] مطابق این تحلیل، منظور از معاوضه، در عقد حواله مبادله بین دو دین یا دو طلب، یا یک دین و طلب نیست، شبیه آنچه در بیع یا معاوضه به معنای خاص اتفاق می‌افتد؛ چه اگر این بود، تفاوتی بین حواله و بیع وجود نداشت. آنچه در عقد حواله اتفاق می‌افتد، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است، خواه ماهیت حواله را «معاوضه» بدانیم، خواه «استیفا». تفاوت این دو، در نوع تحلیل و اعتباری است که در این انتقال صورت می‌گیرد. گاه دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود، در عوض دینی که در ذمه محال‌علیه برای محیل بوده است؛ یعنی محال‌علیه در عوض دینی که به محیل داشته است، اکنون در برابر محتال [نسبت به دینی که قبلاً در ذمه محیل برای او بوده است] مدیون می‌گردد. در این فرض، «استیفا» به معنای واقعی صورت نگرفته، بلکه دینی ساقط شده است (دین محال‌علیه به محیل) و به عوض آن، دین دیگری به جای آن نشسته است؛ یعنی دین محیل به محتال که اکنون به ذمه محال‌علیه منتقل شده و محال‌علیه به همان دین در برابر محتال

مدیون شده است.

اما گاهی محیل در مقام پرداخت دین خود به محتال، آن را به ذمه محال علیه منتقل می‌کند، اما در مقام انشا، آن را عوض مافی الذمه محال علیه قرار نمی‌دهد. البته در نتیجه انتقال دین محیل به محال علیه، دین او به محیل ساقط می‌شود؛ زیرا معقول نیست که محال علیه دارای دو دین باشد (دینی در برابر محتال در نتیجه عقد حواله، و دینی در برابر محیل که از قبل وجود داشته است). ولی این سقوط دین محال علیه به محیل، در مقابل و عوض انتقال دین از ذمه محیل به ذمه او نیست و این تقابل و معاوضه مورد انشا قرار نگرفته است.

### ۳-۳. نظریه بقا و صحت عقد حواله

مطابق این نظریه که در بین فقهای متأخر و معاصر طرفداران زیادی دارد، فسخ بیع اثری بر عقد حواله ندارد و حواله به اعتبار خود باقی است. همچنین تفاوتی بین فروض مختلف حواله وجود نداشته، ماهیت حواله نیز بر این امر تأثیری ندارد. [۱۳، ص ۱۸۳؛ ۲۳، ص ۷۹۴؛ ۱۴، ص ۳۴۰ به بعد؛ ۲۵، ص ۹۲ به بعد؛ ۱۵، ص ۳۳۵؛ ۲۹، ص ۳۲۰]

طرفداران این نظریه برای اثبات ادعای خود اظهار می‌کنند که حواله قراردادی مستقل است، اصاله اللزوم که بر قراردادهای حاکم است و استصحاب بقای عقد، اقتضا می‌کند که با فسخ بیع، حواله منحل نشود، به ویژه از آن رو که اثر فسخ نسبت به آینده است. متابعت حواله از بیع تا این حد است که حواله نسبت به ثمنی واقع شده که یکی از ارکان بیع است، ولی این که حواله در انحلال و فسخ نیز تابع بیع باشد، قابل پذیرش نیست، هر چند معتقد باشیم که ماهیت حواله نوعی استیفا است؛ زیرا در این فرض، استیفا از طریق عقد لازم صورت گرفته و با فسخ بیع منحل نمی‌شود، به خلاف موردی که استیفا از طریق پرداخت معمولی صورت می‌گیرد. [۱۳، ص ۱۸۳؛ ۱۴، ص ۳۴۱؛ ۱۵، ص ۳۳۵] به این ترتیب، ادعای متابعت حواله از بیع در فرض بحث، مصادره به مطلوب است. [۱۳، ص ۱۸۳؛ ۱۴، ص ۳۴۱؛ ۱۵، ص ۳۳۵] به علاوه، چون در زمان انعقاد عقد حواله، ذمه مشتری در برابر بایع مشغول بوده، حواله به صورت صحیح منعقد شده و فسخ بعدی بیع اثری در آن ندارد. این فرض همانند موردی است که یکی از متبایعین بعد از انعقاد بیع در آنچه به او منتقل شده است، تصرفی کند و بعداً بیع فسخ شود. این فسخ، اثری در تصرف قبلی ندارد و این تصرفات به اعتبار خود باقی است. [۱۴، ص ۳۴۰؛ ۲۵، ص ۹۲] اگر انحلال عقد



منشأ دین (ثمن) و از بین رفتن آن باعث انحلال حواله باشد، باید در هر دو فرض، حواله منحل گردد و اگر موجب انحلال نیست در هر دو فرض نیست. [۱۴، ص ۳۴۱] خاطر نشان می‌سازد بررسی کتب فرق مختلف فقه عامه (مالکی، حنبلی، حنفی و شافعی) نشان می‌دهد فقهای عامه در این خصوص اختلاف نظر دارند. [۳۰، ص ۳۲۹؛ ۳۱، ص ۹؛ ۳۲، ص ۱۹۴؛ ۳۳، ص ۳۲۹] اما نظری که بیشترین طرفدار را در بین فرق مختلف فقه عامه دارد این است که فسخ بیع اثری بر عقد حواله ندارد، زیرا دلیلی برای آن وجود ندارد. [۳۴، ص ۴۲۴؛ ۳۵، ص ۲۹؛ ۳۶، ص ۴۵۳-۴۵۴]

#### ۴. نتیجه‌گیری

با توجه به پیشینه ماده ۷۳۳ ق.م. در فقه امامیه باید بر آن بود که فسخ یا اقاله قرارداد منشأ دین (بیع) اثری بر عقد حواله نداشته، حواله همچنان به اعتبار خود باقی است. دلایل این نظر در تحلیل و نقد نظریه صحت و اعتبار حواله به طور مفصل ذکر شد. در تأیید آن و توجیه ماده ۷۳۳ ق.م. باید گفت:

۱. در فرضی که بایع، ثالث را به مشتری حواله می‌دهد، در بقای اعتبار حواله بعد از فسخ بیع بحثی وجود ندارد و فقها بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند. [۹، ص ۲۳۳؛ ۲۶، ص ۴۱۷] اما در فرضی که مشتری بایع را به ثالث حواله می‌دهد، در گذشته، فقها (از جمله شیخ طوسی) قائل به انحلال حواله بودند، اما به مرور این نظر مهجور ماند و برخی از متأخرین شیخ، تحت تأثیر و نفوذ شیخ، با وجود تردید در صحت آن، به نقل و بیان آثار آن پرداختند. [۷، ص ۱۱۴]
۲. اگرچه در قرن هفتم هجری علامه حلی در کتاب قواعد بر حسب ماهیت حواله (استیفا یا اعتیاض) قائل به تفکیک شده و با فرض استیفا بودن ماهیت حواله معتقد به انحلال آن بود [۸، ص ۱۶۳-۱۶۴] اما علامه معتقد بود که ماهیت حواله نوعی معاوضه (اعتیاض) است. بنابراین بعد از فسخ بیع، حواله به اعتبار خود باقی است. [۲۶، ص ۴۱۴-۴۱۵؛ ۲۴، ص ۴۱۷]
۳. صرف نظر از این که بیش‌تر بزرگان معتقدند که حواله نوعی معاوضه است، حتی بر فرض این که ماهیت حواله را نوعی استیفا بدانیم، باز هم باید معتقد به بقای حواله بود؛ زیرا حواله عقدی مستقل است و همانند یک استیفا ساده نیست که تابع بیع باشد. به علاوه، برخی از فقهای متأخر و معاصر از قول به صحت و اعتبار حواله به طور مطلق (در هر دو فرض حواله) طرفداری کرده و اظهار داشته‌اند که دلیلی برای انحلال حواله وجود ندارد. [۲۳، ص ۷۹۴؛ ۱۴،

ص ۳۳۵؛ ۲۵، ص ۹۲] بنابراین اگر بگوییم فسخ بیع منشأ دین، اثری بر عقد حواله ندارد، از نظر فقهی نامشروع نیست، بلکه فقهای بزرگی طرفدار این نظریه‌اند و می‌توان گفت که قول مشهور است؛ اما باید دید آیا ماده ۷۳۳ ق.م. را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که با قول صحت و بقای حواله سازگار باشد. در این ماده آمده: «...اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده، لکن محال‌علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند».

۴. «بطلان» یک معنای خاص دارد و آن از بین رفتن و بی‌اثر شدن عقد از اصل است؛ ولی گاهی به معنای فسخ هم استعمال می‌شود و این کاربرد در فقه بسیار متداول است و در قانون مدنی نیز مثال‌هایی از آن وجود دارد. در این‌جا اگرچه احتمال دارد منظور از «بطلان» در عبارت «عدم بطلان» معنای خاص آن باشد، که در این صورت با هر دو فرض بقای اعتبار حواله و فرض انفساخ آن سازگار است، اما به نظر می‌رسد که منظور از «عدم بطلان» در این ماده، عدم انحلال حواله است که شامل «عدم انفساخ» هم می‌شود؛ یعنی عقد حواله به صحت و اعتبار خود باقی است. در توضیح باید گفت: این ماده از فقه امامیه اقتباس شده و در فقه هم در این مورد، واژه «بطلان» به معنای «انفساخ» استفاده شده و حتی در فرضی که قائل به انفساخ حواله به تبع فسخ بیع هستند، باز هم با لفظ «بطلت» از آن تعبیر کرده‌اند، در حالی که بطلان حواله (به معنای خاص خود) در مورد فسخ یا اقاله بیع بی‌معنا است.

۵. در کتاب شرایع می‌خوانیم: «اذا احال المشتري البائع بالثمن، ثم رد المبيع بالعيب السابق، بطلت الحواله لانها تتبع البيع...». [۷، ص ۱۱۴] در این‌جا منظور از رد مبیع، فسخ بیع به واسطه اعمال خیار عیب است و منظور از «بطلان» هم انفساخ حواله است. در ادامه عبارت صاحب شرایع می‌خوانیم: «اما اذا احال البائع اجنبياً بالثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب او بامر حادث، لم تبطل الحواله...». [۷، ص ۱۱۴] در این‌جا «عدم بطلان» به معنای عدم انحلال حواله است که شامل «عدم انفساخ» نیز می‌شود.

۶. همچنین علامه حلی در قواعد می‌نویسد: «لو احوال البائع، ثم ردت السلعه بعيب سابق فان قلنا: الحواله استيفا، بطلت، لانها نوع ارفاق، فاذا بطل الاصل، بطلت هيئه الارفاق...». [۸، ص ۱۶۳] در این‌جا هم منظور از «بطلان»، «انفساخ» است. وی در ادامه می‌فرماید: «وان قلنا انها اعتياض، لم تبطل...». [۸، ص ۱۶۳] منظور از «لم تبطل» عدم انحلال حواله است که شامل «عدم انفساخ» هم می‌شود؛ یعنی صحت و بقای حواله. نیز در جای دیگر از کتاب قواعد می‌خوانیم: «لو احوال

- البائع رجلاً على المشتري فالاقرب عدم بطلان الحواله بتجدد الفسخ...» [۸، ص ۱۶۳]
۷. متنی که به طور واضح بر این ادعا دلالت می‌کند عبارت شهید ثانی در مسالک است. وی به هنگام بیان آثار صحت یا انفساخ حواله می‌نویسد: «ولو قلنا بعدم بطلان الحواله و كان قد قبضه، بری المحال علیه و رجع المشتري على البائع...» [۹، ص ۲۳۲] در این جا منظور از عدم بطلان، عدم انفساخ و در نتیجه صحت و بقای حواله است؛ چه با صحت و بقای حواله، برائت محال علیه در برابر محیل (مشتري) تحقق پیدا می‌کند و نه انفساخ آن؛ زیرا در صورت انفساخ حواله، برائت محال علیه در برابر محتال معنا می‌یابد، نه محیل.
۸. دلیل دیگری که بر این ادعا دلالت می‌کند عبارت علامه حلی در تذکره است که صاحب مفتاح هم آن را نقل کرده است. [۲۶، ص ۴۱۴] وی در فرضی که مشتری بایع را به ثالث حواله می‌دهد می‌نویسد: «و لو احوال المشتري البائع بالثمن، ثم فسخ بالعيب، فان قلنا لا تبطل الحواله، بری المحال علیه و لم يكن للمشتري مطالبه المحال علیه بشيء بحال، لانه قبض منه باذنه، بل يرجع الى البائع فيطالبه ان كان قد قبض مال الحواله و لا يتعين حق المشتري فيما اخذه البائع من المحال علیه بل للبائع ان يدفع اليه عوضه، لبقاء الحواله صحيحه...» [۲۶، ص ۴۶۳] این عبارت به صراحت بیان می‌دارد که منظور از «عدم بطلان حواله»، صحت و بقای حواله و در نتیجه، عدم انفساخ آن است. صریح‌تر از این، عبارت صاحب عروه است. وی می‌نویسد: «مسأله ۱۶. اذا وقعت الحواله باحد الوجهين ثم انفسخ البيع ... فالحواله صحيحه، لوقوعها في حال اشتغال ذمه المشتري بالثمن». [۲۳، ص ۷۹۴؛ ۳۷، ص ۲۹۶]
۹. آنچه مسلم است نویسندگان قانون مدنی، ماده ۷۳۳ را از فقه ترجمه و همان اصطلاحات فقهی را استعمال کرده‌اند و عبارت «لم تبطل الحواله» که در متون فقهی وجود داشته، به «حواله باطل نبوده» ترجمه شده و منظور «عدم انفساخ» آن است. اگر «بطلان» در عبارت «عدم بطلان» را به معنای خاص خود بدانیم و منظور انفساخ حواله باشد، در یکی از فروع حواله (حواله بایع به مشتری) با اجماع فقها در فقه مخالف است و بعید است نویسندگان قانون مدنی برخلاف اجماع فقها نظر داده باشند. به علاوه، چون عقد حواله با اراده سه نفر (محیل، محتال و محال علیه) منعقد می‌شود و بایع و مشتری تنها دو نفر از این سه هستند، صرف اراده دو نفر (بایع و مشتری) در فسخ بیع نباید مؤثر در انحلال حواله باشد.
۱۰. با توجه به تفسیری که از جزء اول ماده ۷۳۳، یعنی «عدم بطلان حواله» صورت گرفت

(صحت و بقای حواله)، تفسیر قسمت بعد نیز روشن می‌شود، زیرا با فرض بقای حواله، برائت محال علی‌الدر برابر محال بی‌معنا است. پس منظور برائت وی در برابر محیل است. عبارت فقها هم این استنباط را تأیید می‌کند. صاحب حدائق در توضیح فرضی که مشتری بائع را به ثالث حواله می‌کند، ضمن بیان عدم تأثیر فسخ بیع بر عقد حواله می‌نویسد: «... ومتی قلنا بصحه الحواله كما هو الوجه الاخر، فان كان البایع قد قبض، برأ المحال علیه و رجع المشتري على البایع...» [۱۱، ص ۵۹] چون در این فرض، مشتری محیل است، پس مشتری، حق رجوع به محال علیه را ندارد، بلکه باید به بائع (محال) رجوع کند و این، معنای برائت محال علیه در برابر محیل است. در سایر متون فقهی نیز عبارات مشابه وجود دارد.

۱۱. تنها اشکالی که بر این تفسیر وارد است، واژه «لکن» است که در ماده ۷۳۳ ق.م.آ آمده؛ زیرا «لکن» برای استدراک است و معمولاً ما بعد آن با ما قبلیش متفاوت و نوعی استثنا بر آن است؛ در حالی که مطابق نظریه پذیرفته شده، ما بعد «لکن» در راستای ما قبل آن است و در حقیقت، بیان یکی از آثار صحت حواله است. لذا اگر در ماده آمده بود: «حواله باطل نبوده، محال علیه بری و بائع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند» این اشکال وجود نداشت. اما با توجه به پیشینه فقهی این ماده، به صرف وجود چنین اشکال لفظی، نمی‌توان از این تفسیر دست کشید و می‌توان گفت نویسندگان، این ماده را به طور نارسا از فقه ترجمه کرده‌اند.

۱۲. فرض رجوع مشتری به بائع قابل تصور است، زیرا بعد از فسخ بیع، او مستحق استرداد ثمن است و در تمام فروض و احتمالات، مشتری از این حق برخوردار است، چه محالیه پرداخت شده باشد یا خیر. اما اگر قائل به انحلال حواله باشیم، در فرض حواله بائع به مشتری، هرگاه مشتری به عنوان محال علیه هنوز ثمن را به محال (ثالث) نپرداخته باشد، دیگر نباید بپردازد و چون ثمنی را نپرداخته، طبعاً حق رجوع به بائع را هم نخواهد داشت. در حالی که اگر معتقد به صحت حواله باشیم، مشتری باید در راستای اجرای حواله، ثمن را (به عنوان محالیه) به ثالث (محال) بپردازد و بعداً برای استرداد بدل ثمن به بائع رجوع کند. اما چنان‌که یکی از استادان حقوق به درستی اظهار داشته‌اند [۱۶، ص ۳۶۸؛ ۴، ص ۳۰۰]، فرض رجوع بائع به مشتری قابل تصور نیست، مگر این‌که بگوییم وی نسبت به استرداد میب، حق رجوع به مشتری را دارد، ولی این، از آثار اقاله (یا فسخ) بیع است و ربطی به انحلال یا بقای حواله ندارد.

## ۴. منابع

- [۱] سنهوری، احمد، الوسیط فی شرح القانون المدني، ج ۳، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۰.
- [2] WEILL, Alex, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 1971.
- [3] Ghestin, Jacques et Marc Billian et Gre'goire Loiseau, *Traite' de droit civil, le re'gime des cre'ances et des dettes*, Paris, L.G.D.J, 2005.
- [۴] امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۲.
- [۵] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد حواله، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- [۶] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین)، ج ۴، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- [۷] محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱ و ۲، تحقیق عبدالحسین محمد علی، تهران، مؤسسه الاعلمی، ۱۳۸۹ ه.ق.
- [۸] علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۴۱ ه.ق.
- [۹] شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ه.ق.
- [۱۰] محقق کرکی، نورالدین ابوالحسن، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ ه.ق.
- [۱۱] بحرانی، یوسف، الحدائق الناطره فی احکام العترة الطاهره، ج ۲۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۱ ه.ق.
- [۱۲] حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۵، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- [۱۳] صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، تهران، دارالکتب اسلامیة، ۱۴۰۳ ه.ق.
- [۱۴] حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، موسوعه فقهیه استدلالیه، ج ۵۱، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
- [۱۵] موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۱، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۶ ه.ق.

- [۱۶] عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تحقیق محمد رضا بندرچی، قزوین، انتشارات بحر العلوم، ۱۳۷۳.
- [۱۷] صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۲.
- [۱۸] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- [۱۹] شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمد تقی الکشفی، ج ۱، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸ ه.ق.
- [۲۰] کیدری، قطب الدین بیهقی، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۶ ه.ق.
- [۲۱] علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- [۲۲] فخر المحققین، محمد بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- [۲۳] طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- [۲۴] حکیم، سید محسن، مستمسک العرود الوثقی، ج ۱۳، قم، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- [۲۵] حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج ۱۶، قم، انتشارات مهر استوار، بی تا.
- [۲۶] حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۵، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- [۲۷] ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، مندرج در علی اصغر مروارید، سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۵، بیروت، دار التراث، ۱۳۴۱ ه.ق.
- [۲۸] اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، تحقیق شیخ محمد آل سبغ القطیفی، ج ۲، قم، نشر ذی القربی، ۱۴۲۷ ه.ق.
- [۲۹] سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین (المعاملات)، قم، مکتبه آیت ا. سیستانی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- [۳۰] دردیر، سید احمد ابی برکات، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر علی مختصر خلیل، ج ۴، بیروت، دار احیاء کتب العربیه، بی تا.
- [۳۱] مزنی، اسماعیل بن یحیی، مختصر المزنی، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.
- [۳۲] شربیتی الخطیب، محمد، مغنی المحتاج، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ه.ق.

[۳۳] دسوقی، شمس الدین محمد بن عرفه، *حاشیه الدسوقی*، ج ۳، بیروت، دارالاحیاء الکتب العربیه، بی تا.

[۳۴] مصری المحقق، ابن نجیم، *شرح کنز الدقائق*، ج ۹، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ه.ق.

[۳۵] خطاب الرعیتی، *مواهب الجلیل*، ج ۹، تحقیق شیخ زکریا عمیرات، بیروت، دارالکتب الفقهیه، ۱۴۱۰ ه.ق.

[۳۶] بهوتی، منصور بن یونس، *کشف القناع*، ج ۳، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ه.ق.

[۳۷] خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی عروه الوثقی*، تقریر سید محمد تقی خویی، دوره دو جلدی، بی جا، بی تا.

