



Rules Governing the Effect of the Dissolution of the Main Contract on the Secondary Contract with a Comparative Study in Egyptian Law

Abbas Najafi¹, Jamshid Nourshargh^{2*}, Hamid Reza Alikarami³, Ahmad Shams⁴

1. PhD Student in Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Assistant Professor of Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
3. Assistant Professor of Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran.
4. Assistant Professor of Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 241-260

Article history:

Received: 18 Apr 2023

Edition: 10 Jun 2023

Accepted: 3 Aug 2023

Published online: 9 Sep 2023

Keywords:

main contracts, secondary contracts, liquidation, Annulment of the contract, the parties to the contract, the third party.

Corresponding Author:

Jamshid Nourshargh

Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Department of Law.

Orchid Code:

0009-0006-6047-1316

Tel:

021-88830826

Email:

j_nourshargh@azad.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aims: One of the issues that arise in the relationship between the main and secondary contracts is the effect of the dissolution of the main contract on the secondary contract, which, due to the lack of clear and transparent general rules in the basic laws, sometimes leads to the violation of contractual ethics. The purpose of the current research is to study the comparative examples of the implementation of subordinate contracts to extract and explain the general rules governing the dissolution of the main contracts on the subsidiary in the laws of Iran and Egypt.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. The materials and data are also qualitative and data collection has been used.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

Findings: In the case of dissolution of the main contract in other ways, according to the parties and the subordination of the secondary contract to the main contract in the matter of obligation, with the dissolution of the main contract in terms of dismissal, rescission or termination, the secondary contract is also dissolved, except in cases where the subject of the secondary contract belong to the third party, which in terms of conflict with third party rights and the prohibition of agreement to the detriment of the third party by the main obligees, the secondary contract is valid with the dissolution of the main contract, and the parties to the main obligation refer to each other for the price and the appraiser.

Conclusion: In both Iranian and Egyptian laws, at the stage of concluding the contract, only the secondary contract follows the main contract, but after the conclusion of the secondary contract, the effects and dissolution of each of them is effective in the other, except in cases of nullity. The main contract, which in terms of the lack of cause, the secondary contract is also void.

Cite this article as:

Najafi A, Nourshargh J, Alikarami HR, Shams A. Rules Governing the Effect of the Dissolution of the Main Contract on the Secondary Contract with a Comparative Study in Egyptian Law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



قواعد حاکم بر اثر انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی، با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر

عباس نجفی^۱، جمشید نورشرق^{۲*}، حمیدرضا علی کرمی^۳، احمد شمس^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران.

۴. استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: یکی از موضوعاتی که در ارتباط میان عقود اصلی و تبعی مطرح می‌شود، اثر انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی است که به لحاظ فقدان قواعد عمومی صریح و شفاف در قوانین پایه، گاهی منتج به نقض اخلاق قراردادی می‌شود. هدف پژوهش حاضر مطالعه تطبیقی مصادیق اجرای عقود تبعی به استخراج و تبیین قواعد عمومی حاکم بر اثر انحلال عقود اصلی بر تبعی در حقوق ایران و مصر است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: در صورت انحلال عقد اصلی به جهات دیگر نیز با توجه به بنای طرفین و تبعیت عقد تبعی از عقد اصلی در موضوع تعهد، با انحلال عقد اصلی به لحاظ اقاله، انفساخ یا فسخ، عقد تبعی نیز منحل می‌شود؛ مگر در مواردی که موضوع عقد تبعی متعلق حق ثالث قرار گیرد که به لحاظ تعارض با حقوق ثالث و ممنوعیت توافق به ضرر ثالث توسط متعهدان اصلی، عقد تبعی با انحلال عقد اصلی معتبر بوده است و طرفین تعهد اصلی بابت ثمن و مئمن به یکدیگر مراجعه می‌کنند.

نتیجه‌گیری: هم در حقوق ایران و هم در حقوق مصر، در مرحله انعقاد عقد، صرفاً عقد تبعی از عقد اصلی پیروی می‌کند؛ اما پس از انعقاد عقد تبعی، آثار و انحلال هر یک از آن‌ها در دیگری مؤثر است، در غیر از موارد بطلان عقد اصلی که به لحاظ فقدان علت، عقد تبعی نیز باطل می‌شود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۴۱-۲۶۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۹

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹

واژگان کلیدی:

عقود اصلی، عقود تبعی، انحلال، بطلان عقد، طرفین عقد، ثالث.

نویسنده مسئول:

جمشید نورشرق

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، گروه حقوق.

کد ارکید:

0009-0006-6047-1316

تلفن:

۰۲۱-۸۸۸۳۰۸۲۶

پست الکترونیک:

j_nourshargh@azad.ac.ir

۱. مقدمه

با توجه به اینکه عقود تبعی به تبع عقود اصلی نقش بسیار مهمی در تنظیم روابط حقوقی اشخاص دارد، آشنایی با قواعد عمومی حاکم بر این عقود از حیث ایجاد، آثار و انحلال و تفکیک آن از مفاهیم مشابه امری ضروری است. بر همین اساس، حقوق مصر در راستای بررسی تطبیقی موضوع به لحاظ مدون بودن آن و اقتباس از فقه عامه و حقوق موضوعه فرانسه (حقوق رومی-ژرمنی) انتخاب شد تا با بررسی مصادیق اجرای عقود تبعی و تحلیل مفاهیم مشابه در هر دو نظام حقوقی، نسبت به استخراج قواعد عمومی حاکم بر عقود تبعی اقدام کرد. یکی از موضوعاتی که در این ارتباط ضرورت دارد بررسی ماده ۷۳۳ قانون مدنی در ارتباط با آثار انحلال عقد اصلی بر عقد حواله است که در اینجا ضرورت دارد مفاهیم به کار رفته از قبیل واژه‌های بطلان، منفسخ، محال علیه و مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود جداگانه مورد بررسی، تجزیه و تحلیل قرار گیرد و بررسی شود یا از مفاد ماده قانونی مذکور و سایر مواد قانونی و قوانین مشابه می‌توان قواعد مشخص بر اثر انحلال عقود اصلی بر عقود تبعی تعریف کرد یا نه؟

در خصوص بطلان عقد و آثار آن پژوهش‌های زیادی انجام شده است. بیگدلی (۱۳۸۴) در مقاله‌ای، ۷۳۳ قانون مدنی ایران را نقد و تأثیر بطلان یا اقاله و انفساخ بیع بر حواله ناشی از آن را بررسی کرده است. در حواله دو رابطه باید مد نظر گرفته شود. رابطه اول (محیل و محتال)، محیل باید به محتال بدهکار باشد تا حواله درست باشد. اگر محیل به محتال بدهکار نباشد و آن را حواله بدهد به محال علیه این

عقد دیگر حواله نیست، رابطه دوم (محیل و محال علیه)، یا محیل از محال علیه طلب دارد و به این اعتبار حواله می‌دهد که به این می‌گوییم حواله کامل یا حواله بر مدیون یا محیل از محال علیه طلب ندارد؛ ولی حواله می‌دهد که به این می‌گوییم حواله بربری. بنابراین حواله عقدی است تبعی و تابع دین است. از تبعی بودن این عقد نتیجه می‌گیریم که اگر دینی نبوده است این عقد باطل است و اگر هم دین از قبل بوده باشد بعد از بین برود این عقد منفسخ می‌شود. در نتیجه وضعیت ثمن معامله، پس از بطلان بیع و یا به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، چه می‌شود و یا مشتری جهت دریافت ثمن باید به چه کسی مراجعه کند. به نظر می‌رسد مشتری باید جهت دریافت ثمن به بائع یا محتال رجوع کند مبیع را به محتال عودت دهد و ثمن را از بائع (محتال) دریافت کند. صفایی و جواهرکلام (۱۴۰۰) نیز در مقاله‌ای، آثار انحلال عقد منشأ دین بر حواله با تحلیل فقهی و حقوقی بند دوم ماده ۷۳۳ قانون مدنی را بررسی کرده‌اند. مطابق نتایج این مقاله، انحلال عقد منشأ دین باعث انفساخ حواله نمی‌شود؛ بلکه محتال ثمن را از محال علیه می‌گیرد و محال علیه مدیون نیز دیگر تعهدی در برابر محیل ندارد؛ مشتری نیز برای استرداد ثمن به بائع مراجعه می‌کند. البته این حکم اختصاص به عقد بیع ندارد؛ بلکه هر دینی که بر اثر عمل یا واقعه حقوقی ایجاد شود و بر مبنای آن حواله صادر شود و سپس عقد مزبور، منحل و یا دین ساقط شود، احکام پیش‌گفته اجرا خواهد شد. همچنین صادقی مقدم و شکوهی‌زاده (۱۳۹۱) در مقاله‌ای، نظریه تبعیت در اعمال حقوقی را بررسی کرده‌اند. مطابق نتایج مقاله مذکور، هر یک از این مصادیق

تبعیت در عقود تبعی عینی و دینی در حقوق ایران و مصر بحث شده است و در ادامه، اثر انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی ضمان و حواله در حقوق ایران و مصر بررسی شده است.

۲. مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از روش فیش-برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها: در صورت انحلال عقد اصلی به جهات دیگر نیز با توجه به بنای طرفین و تبعیت عقد تبعی از عقد اصلی در موضوع تعهد، با انحلال عقد اصلی به لحاظ اقاله، انفساخ یا فسخ، عقد تبعی نیز منحل می‌شود؛ مگر در مواردی که موضوع عقد تبعی متعلق حق ثالث قرار گیرد که به لحاظ تعارض با حقوق ثالث و ممنوعیت توافق به ضرر ثالث توسط متعهدان اصلی، عقد تبعی با انحلال عقد اصلی معتبر بوده است و طرفین تعهد اصلی بابت ثمن و مثن به یکدیگر مراجعه می‌کنند.

۵. بحث

به دلیل وجود نوعی رابطه تبعیت بین عناصر مختلف رابطه مورد بررسی، به عنوان مصادیق تبعیت احصا شده‌اند. برای مثال، در رابطه کارگر و کارفرما، یک طرف رابطه، یعنی کارگر از طرف دیگر رابطه یعنی کارفرما تبعیت حقوقی دارد. از سوی دیگر در عقود تبعی، به عنوان یکی از مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی، انعقاد، اجرا و انحلال عقد تبعی از تعهد پایه تبعیت می‌کند. در سایر مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی نیز چنین وضعیتی قابل مشاهده است.

با بررسی پیشینه تحقیقات، ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی ایران و مصر تحقیقات جامعی با این رویکرد صورت نگرفته است. در واقع در هیچ یک از پژوهش‌های انجام شده به موضوع قواعد عمومی حاکم بر اثر انحلال عقود اصلی بر عقود تبعی توجه نشده است. در بیشتر این مقاله‌ها نتایج حاصله صرفاً ناظر بر اثر انحلال عقد بیع بر عقد حواله بوده است و در تفسیر مفاد ماده ۷۳۳ قانون مدنی، توجه کافی به الزامات اخلاقی حاکم بر قراردادهای که از عرف حاکم بر جامعه نشئت می‌گیرد، صورت نگرفته است و نوآوری این مقاله در بررسی همین موضوع است. در مقاله حاضر به این سؤال پاسخ داده می‌شود که قواعد حاکم بر اثر انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی در حقوق ایران و حقوق مصر چگونه است؟ فرضیه مقاله نیز به این شکل بیان شده است: هم در حقوق ایران و هم در حقوق مصر، در مرحله پیش از انعقاد قرارداد، عقد تبعی از عقد اصلی پیروی می‌کند؛ اما پس از انعقاد عقد تبعی، آثار و انحلال هر یک از آن‌ها در دیگری مؤثر است. به منظور بررسی سوال مورد اشاره ابتدا تبعیت در انحلال عقود تبعی بررسی می‌شود، سپس

در این بخش مبانی نظری و یافته‌های پژوهش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. تبعیت در انحلال عقود تبعی

تشخیص قواعد حاکم بر تبعیت عقود تبعی از اصلی مستلزم بررسی نظریات حاکم و ارکان تبعیت در این قسم عقود است که در این مقاله به اختصار از هر یک از آن‌ها بحث می‌شود.

۵-۱-۱. تبعیت در طرفین

تبعیت در طرفین به این معنی است که هر دو طرف عقد قصد و اراده لازم را برای انجام قرارداد داشته باشند. اراده یا قصد یک طرف برای عقد کافی نیست. هر یک از طرفین باید قصد آن را داشته باشند (صاحبی، ۱۳۸۶، ۷۲). تبعیت در طرفین، در حقیقت پیوند اعتباری اعتبارات و تعهداتی است که طرفین [عقد اصلی و تبعی] (موجب و قابل) در مقابل یکدیگر به وجود آورده‌اند و این اعتبارات و همین‌طور پیوند آن‌ها اموری هستند نفسانی و حقیقتی جز اراده و قصد ندارند (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۹۲).

در حقوق مصر تبعیت طرفین عقد یا قرارداد باید آگاهی نسبت به مفاد ذکر شده در عقد را داشته باشند. ماده ۷۷۶ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «ضمانت تنها وقتی صحیح است که تعهد موضوع ضمانت، صحیح باشد.» و ماده ۱۰۴۲ همان قانون مقرر می‌دارد: «راهن را نمی‌توان از دین مورد ضمانت جدا نمود؛ بلکه تابع صحت و انقضای دین است مگر اینکه، قانون، خلاف آن را مقرر کرده باشد...» ماده

۱۰۸۲ قانون مذکور نیز مقرر می‌دارد: «رهن با انقضای دین تضمین شده، منقضی می‌شود. اگر سببی که موجب انقضای دین بوده است، زایل شود، رهن اعاده می‌شود بی آنکه خللی به حقوق مکتسبه شخص ثالث با حسن نیت در فاصله بین انقضای حق و اعاده آن وارد شود.» با مذاقه در مواد قانونی فوق در ارتباط با دو فقره از مصادیق بارز عقود تبعی در حقوق مصر ملاحظه می‌شود که با انحلال عقد اصلی عقد تبعی نیز به لحاظ فقدان موضوع منحل می‌شود؛ مگر اینکه موضوع عقد پس از انحلال عقد تبعی متعلق حق ثالث باشد. عقد تبعی یعنی عقدی که بتوان آثار آن را در سبقه یک ارتباط حقوقی دیگر جست‌وجو کرد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۱۲۵).

«عقود تبعی از جنبه‌های متعدد از تعهد پایه تبعیت می‌کنند و اجمالاً اینکه انعقاد این عقود منوط به وجود تعهد پایه است. اثر این عقود با اثر تعهد پایه یکسان است؛ چرا که تعهد پایه موضوع این عقود است و اجرای عقود تبعی به منزله اجرای تعهد پایه است» (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ۱۲۳).

«یکی از مباحثی که در بحث از جایگاه اراده در عقود تبعی مطرح می‌گردد، تعلیق عقد تبعی است. در این رابطه باید دانست که عقد تبعی همیشه معلق بر وجود تعهد پایه است. درست است که با ایجاد سبب تعهد پایه، عقد تبعی قابل انعقاد است، اما تا زمانی که تعهد پایه صحیحاً ایجاد نگردد، اثری بر عقد تبعی بار نخواهد شد. بنابراین، در فرض عدم ایجاد تعهد پایه، در هنگام انعقاد عقد تبعی، عقد تبعی دچار نوعی تعلیق موضوعی خواهد بود. منظور از تعلیق موضوعی آن است که عقد به دلیل وضعیت خاص موضوع خود، معلق باشد، بدون آنکه طرفین معامله

معلق است و ایشان اعتقادی به تفکیک پیش گفته، به عنوان مبنای بطلان ضمان معلق نداشته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۳۸۸، ۶۰۴). یکی از آثار مهم اصل آزادی اراده در قراردادهای، تعیین طرف قرارداد توسط شخصی است که قصد وارد شدن به قرارداد دارد. در عقود تبعی، این اصل نمی‌تواند اثر پیش گفته را به طور کامل در بر داشته باشد. توضیح آنکه در عقود تبعی، مالکیت تعهد پایه است که تعیین می‌کند چه شخصی باید متعهدله عقد تبعی قرار گیرد. برای مثال، در عقد ضمان، ضامن نمی‌تواند برای تضمین دینی خاص، هر شخصی را که مایل باشد به عنوان مضمون له انتخاب کند؛ بلکه مالکیت دین اصلی تعیین می‌کند چه شخصی باید مضمون له قرار گیرد. به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که در عقود تبعی در رابطه با تعیین متعهدله عقد، از نظریه عینی تبعیت می‌شود. به بیان دیگر، مالکیت تعهد پایه، بر متعهد عقد تبعی تحمیل شده است و وی نمی‌تواند آزادانه شخص دیگری را متعهد عقد تبعی قرار دهد. در این خصوص، حتی احتمال پیروی از نظریه ذهنی را نیز نمی‌توان مطرح کرد؛ زیرا در هیچ فرضی نمی‌توان پذیرفت که اراده طرفین عقد تبعی، شخصی غیر از متعهدله تعهد پایه را متعهدله عقد تبعی قرار دهد.

۵-۱-۲. تبعیت در موضوع

«تعهد پایه، موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد. بنابراین، موضوع عقد تبعی اصولاً با موضوع تعهد پایه یکسان است؛ اما همان گونه که اشاره شد، پذیرش نظریه تبعیت ذهنی باعث تجویز افزایش یا

این امر را مستقیماً اراده کرده باشند» (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۸۹، ۵۸). در مقابل، تعلیق ذهنی عقود تبعی نیز ممکن است. به این معنا که اراده طرفین، عقد تبعی را معلق قرار داده باشد. البته تعلیق ذهنی عقود تبعی همانند تعلیق در دیگر عقود تنها در فرض تعلیق در منشأ صحیح است و تعلیق در انشا باطل محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۳۹). همچنان که صدر ماده ۶۹۹ قانون مدنی عنوان می‌دارد: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد». «مثالی که در این ماده ذکر شده، یکی از مصادیق تعلیق در انشا است. چرا که ضامن، انعقاد عقد و ضامن قرار گرفتن خود را معلق بر عدم پرداخت دین توسط مدیون اصلی کرده است. اگرچه این ماده، مثال فوق را با قید «مثل این» که ذکر کرده و از این نحوه بیان، این امر به ذهن متبادر می‌گردد که مطلق ضمان باطل است و نمونه‌ای که قانون‌گذار ذکر کرده، قابل مناقشه نیست. اما با توجه به ادامه ماده که تعلیق در التزام به تأدیه را که اثر اصلی عقد ضمان است، صحیح دانسته و با عنایت به قواعد عمومی قراردادهای در رابطه با تعلیق در عقد به نظر می‌رسد که قانون‌گذار تعلیق در ضمان را به طور مطلق مبطل ندانسته است» (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۹۲). «التزام به تأدیه اثر اصلی عقد ضمان و ایجاد دین برای ضامن است و عنوان عقد متفاوتی نیست. هم‌چنان که صاحب عروه بیان می‌کند که تعلیق در التزام به وفا، عین تعلیق در ضمان است و تفکیک بین این دو امر معقول نیست» (طباطبائی یزدی، ۱۳۸۸، ۶۰۴). دلیل اعتقاد بسیاری از فقها (نجفی، ۱۳۶۰، ج ۳۲، ۱۱۶) بر بطلان ضمان معلق، اعتقاد به بطلان همه انواع عقد

دانسته است و قائل به بطلان چنین ضمانتی شده‌اند. اگر برای موضوعی حکم وضع شود بعد از بین رفتن موضوع حکم نیز مرتفع می‌شود. قاعده تبعیت در فقه و حقوق مصادیق زیادی دارد. پس اگر تابع عوض شود متبوع هم عوض می‌شود. مثلاً برای خیار عیب وضع شده است؛ اما اگر عیب از بین رفت حق خیار او نیز از بین می‌رود. در فرض عدم ایجاد تعهد پایه، در هنگام انعقاد عقد تبعی، عقد تبعی دچار نوعی تعلیق موضوعی خواهد بود. منظور از تعلیق موضوعی آن است که عقد به دلیل وضعیت خاص موضوع خود، معلق باشد، بدون آنکه طرفین معامله این امر را مستقیم اراده کرده باشند.

۵-۲. تبعیت در عقود تبعی عینی و دینی در حقوق ایران و مصر

در این قسمت مبحث تبعیت تبیین می‌شود.

۵-۲-۱. تبعیت در عقود تبعی عینی

مطابق نظریه تبعیت عینی، مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که تعهد پایه، موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد. بنابراین، بدون آنکه اراده طرفین عقد تبعی، در اصل تبعیت و نحوه و شرایط آن دخالتی داشته باشد، موضوع تعهد پایه از حیث وجود، میزان و شرایط بر انعقاد، آثار و انحلال عقد تبعی تحمیل می‌شود. مطابق این نظریه، دلیل وابستگی انعقاد عقد تبعی به وجود تعهد پایه، اراده طرفین عقد تبعی نیست؛ بلکه آن است که تعهد پایه موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد و عقد بدون

تغییر موضوع عقد تبعی نسبت به موضوع تعهد پایه توسط طرفین عقد تبعی می‌گردد» (صاحبی، ۱۳۸۶، ۷۲). «قانون مدنی ایران در خصوص تبعیت موضوع عقد تبعی از تعهد پایه از حیث میزان ساکت است. به همین خاطر، نمی‌توان از ظاهر مواد این قانون به اعتبار یا عدم اعتبار توافق طرفین عقدی مانند ضمان، نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی پی برد. البته شاید ظاهر ماده ۷۱۴ این قانون مفید آن باشد که توافق ضامن و مضمون له نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی توسط ضامن، صحیح و معتبر است» (احمدی، ۱۳۹۴، ۶۷). ماده ۷۱۴ قانون مدنی می‌گوید: «اگر ضامن زیادتر از دین به دائن بدهد حق رجوع به زیاده ندارد، مگر در صورتی که به اذن مضمون‌عنه داده باشد». باین حال، به دلایل مختلف نمی‌توان به این ظهور اعتماد کرد. نخست آنکه این ماده در ذیل مبحث سوم از فصل چهاردهم از باب سوم از قسمت دوم قانون مدنی، تحت عنوان «در اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌عنه» آمده است. با توجه به این امر به نظر می‌رسد که این ماده در مقام تعیین احکام روابط ضامن و مضمون‌عنه وضع شده است و ناظر به روابط ضامن و مضمون‌له نیست. بنابراین، در این ماده قانون‌گذار در مقام بیان حکم توافق ضامن و مضمون‌له نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی نبوده است؛ چرا که اگر قانون‌گذار چنین قصدی داشت بایست این ماده یا ماده مشابهی را در ذیل مبحث دوم با عنوان در اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌له می‌آورد» (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۹۷). از سوی دیگر، فقها (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ۲۸۵) در مواردی که موضوع تعهد ضامن بیش از دین اصلی باشد، عقد را از مصادیق «ضمان ما لِم یجب

ممکن است شخص ثالث مال خود را برای تضمین بدهی شخص دیگری، نزد طلبکار وثیقه بگذارد» (سنه‌وری، ۱۳۷۹، ۲۶۱). البته در حقوق مصر، اعتقاد بر آن است که چنانچه متعهد عقد تبعی عینی، شخص ثالث باشد. به این معنی که شخصی غیر از مدیون اصلی، مال خود را جهت تضمین دین شخص اخیر، نزد طلبکار امانت گذارد، برای طلبکار نسبت به مال موضوع عقد، حق رجحان ایجاد نمی‌شود. حقوق دانان مصری (سنه‌وری، ۱۳۷۹، ۲۶۱) نه تنها ایجاد حق رجحان را منحصر به عقدی می‌دانند که شخص مدیون اقدام بهتر حین مال خود کرده است؛ ولی ایجاد حق رجحان نسبت به مال شخص ثالث را نیز مخالف نظم عمومی می‌دانند. البته، چنانچه شخصی، مال خود را بابت بدهی خود و شخص ثالث در رهن طلبکار قرار دهد، برای شخص اخیر نسبت به عین مرهونه حق رجحان ایجاد می‌شود.

۵-۲-۲. تبعیت در عقود تبعی دینی

دسته‌ای دیگر از عقود تبعی هستند که صرفاً وثیقه و تضمینی برای رسیدن به دین اصلی محسوب می‌شوند. عقد رهن و کفالت عقود هستند که سبب اسقاط دین نمی‌شوند؛ اما تضمینی برای پرداخت آن هستند. کفالت یک عقد تبعی است. در این عقد شخصی به‌عنوان کفیل متعهد می‌شود تا شخص ثالث را در زمان و مکان مقرر حاضر کند. یعنی کفیل احضار شخص ثالث را بر عهده می‌گیرد و به آن متعهد می‌شود. این عقد سبب از بین رفتن تعهد اولیه نمی‌شود؛ اما به‌عنوان تضمینی برای آن است. هم-

موضوع باطل است، هرچند اراده طرفین بر انعقاد چنین عقدی تعلق گرفته باشد. طرفداران این نظریه عنوان می‌کنند که سبب تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که تعهد پایه موضوع عقد تبعی قرار می‌گیرد و اراده طرفین عقد تبعی تنها شرط این تبعیت است. به همین دلیل، اراده طرفین عقد تبعی، به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای ایجاد و یا انتفای این تبعیت قرار گیرد. مطابق این نظریه، طرفین عقد ضمان نمی‌توانند بدون وجود دین اصلی، نسبت به انعقاد عقد ضمان توافق کنند؛ زیرا اراده ایشان، سبب تبعیت نیست تا همان‌گونه که در برخی موارد تبعیت را به‌وجود می‌آورد، در برخی موارد نیز آن را منتفی سازد. بنابراین، چنین عقدی باطل است. از سوی دیگر، مبنای انحلال عقد تبعی، در فرض انحلال تعهد پایه نیز اراده طرفین نیست تا همین اراده بتواند هر جا که خواست، این تبعیت را نفی و مقرر کند که انحلال تعهد پایه موجب انحلال عقد تبعی نمی‌شود؛ بلکه انحلال تعهد پایه به‌صورت قهری باعث انحلال عقد تبعی می‌شود. دلیل این امر آن است که در این فرض، عقد تبعی موضوع خود را از دست می‌دهد، عقد بدون موضوع قهراً منحل می‌شود، هرچند طرفین عقد خواستار استمرار آن باشند (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۸۹، ۵۷-۵۴).

در حقوق مصر، «عقود تبعی به دو دسته رهن رسمی و رهن حیازی تقسیم می‌گردد. رهن رسمی، یعنی رهنی که برای صحت آن قبض عین مرهون توسط مرتهن ضروری است. نیز به دو دسته رهن عینی منقول و رهن عینی غیر منقول طردا للباب منقول تقسیم می‌گردد. در عقود تبعی حیازی، متعهد عقد تبعی الزاماً همان متعهد تعهد پایه نیست؛ بلکه

نمی‌گیرد (سپردانی، ۱۳۸۰، ۶۷). در مقابل این دو رویکرد افراطی، رویه قضایی مصری، رویه‌ای میانه اتخاذ کرده است. به این ترتیب که این تفاهم‌نامه‌ها را به‌عنوان تعهد به فعل تفسیر کرده است و در نتیجه تخلف از آن را باعث استحقاق مخاطب به دریافت خسارت دانسته است.

«در برخی موارد ممکن است اعتقاد به همسانی ماهیت این‌گونه تفاهم‌نامه‌ها با عقد ضمان، موجه به نظر رسد. نحوه نام‌گذاری و عبارات متن تفاهم‌نامه‌ها، ممکن است به‌صورتی باشد که به نظر رسد چنین تفاهم‌نامه‌ای، موجد عقد ضمانی الزام‌آور و یا حتی ضمانتی مستقل است. در این رابطه، وجود یا عدم وجود اصطلاحات ضمان یا ضمانت در عنوان یا متن تفاهم‌نامه بی‌تأثیر است. هر گونه تعهد یا وعده‌ای مبنی بر جایگزینی به‌جای بدهکاری که از پرداخت بدهی خود عاجز است یا امتناع می‌نماید، می‌تواند از مصادیق ضمانت موضوع قانون تجارت محسوب گردد» (شکوهی‌زاده، ۱۳۸۶، ۴۵).

عقود تبعی دینی مانند عقد حواله، کفالت، رهن و ضمان وثیقه‌ای راه‌هایی برای دستیابی به موضوع تعهد اصلی هستند. «بنابراین با پرداخت دین موضوع تعهد اصلی یا سقوط آن به هر وسیله‌ای موضوع و مبنای عقود تبعی از جمله رهن و کفالت و ضمان وثیقه‌ای هم از بین می‌رود. اگرچه قانون‌گذار به‌عنوان مثال در ماده ۷۴۶ قانون مدنی در عقد کفالت به انحلال و زوال عقد اصلی نپرداخته؛ اما باید گفت ماده ۷۴۶ در مقام محصور کردن برائت کفیل نبوده است و مواردی که بر مبنای قواعد عام سقوط تعهدات باعث برائت کفیل می‌شود، می‌توان به این ماده قانون افزود» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۴۸۵).

چنین در عقد رهن که شخص مالی را به‌عنوان رهن نزد شخص دیگری قرار می‌دهد، این اقدام سبب سقوط دین نمی‌شود. با وجود این، تضمینی بابت پرداخت دین است؛ زیرا طلبکار اطمینان دارد اگر مدیون طلب خود را به او پرداخت نکند، می‌تواند با فروش مال مرهونه، طلب خود را وصول کند. «در عقود تبعی دینی، اموال متعهد مستقیماً مورد توثیق قرار نمی‌گیرد؛ بلکه شخص وی مسئول تضمین پرداخت طلب متعهدله بوده و کلیه اموال شخص نیز وثیقه بدهی وی است. این امر، نه‌تنها در خصوص عقدی چون ضمان صادق است، بلکه نسبت به دیگر مصادیق عقود تبعی دینی مانند کفالت و بیمه مسئولیت نیز صادق است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۴۵).

البته می‌توان تفاهم‌نامه‌ها را در کنار عقد ضمان و ضمانت‌های مستقل از مصادیق ضمانت‌های شخصی یا دین قلمداد کرد. تفاهم‌نامه‌ها تا آنجا که به عقد ضمان مربوط است، عبارت است از سندی که به‌موجب آن شخص ثالثی، قصد خود را مبنی بر تضمین تعهدات بدهکار در مقابل طلبکار اعلام می‌کند. به‌دلیل نامعلوم بودن اشکال و مصادیق موافقت‌نامه‌ها، حقوق‌دانان مصری در تعیین ماهیت حقوقی این اسناد اختلاف نظر دارند. تفاهم‌نامه‌های مربوط به عقد ضمان را می‌توان به انحای مختلف تفسیر کرد؛ به‌نحوی که واجد ماهیت‌های حقوقی گوناگون شوند. از یک‌سو، به نظر طبیعی می‌رسد که مخاطب این‌گونه تفاهم‌نامه‌ها، آن را به‌عنوان ضمانتی واقعی مد نظر قرار دهد. در مقابل، ابهام و عدم تعیین در عبارات این‌گونه تفاهم‌نامه‌ها، ممکن است در امضاکننده، این اعتقاد را به‌وجود آورد که به‌موجب چنین سندی، هیچ تعهدی را بر عهده

عقد تبعی است که با بررسی هر دو نظریه تبعیت عینی و دینی به لحاظ فقدان موضوع در تعهد تبعی و اینکه غالباً اراده اشخاص بر بقای تعهد تبعی تا زمان بقای تعهد اصلی حکایت دارد منحل می‌شود. در نظام حقوقی ما که اثر ضمان، نقل ذمه به ذمه است اصولاً وقوع عقد ضمان و بقای آن به طور متعارف با فراغ ذمه مضمون‌عنه از تعهد اصلی و انتفای آن ملازمه دارد (نجفی، ۱۳۶۰، ج ۳۲، ۱۱۶).

درباره ضمانت ضامنی با توجه به اینکه اساساً نقل ذمه صورت نمی‌گیرد و تعهد ضامن صرفاً تقویت‌کننده موقعیت متعهدله است با فسخ عقد اصلی عقد ضمان نیز به واسطه از دست دادن موضوع خود فاقد حیات مستقل و منحل می‌شود.

در حقوق مصر نیز بر اساس ماده ۷۷۶ قانون مدنی مصر که مقرر می‌دارد: «ضمانت وقتی صحیح است که تعهد موضوع ضمانت صحیح باشد» به تبعیت عقد ضمان از عقد اصلی به لحاظ وحدت موضوع تصریح شده است و بر اساس آن با انحلال عقد اصلی، عقد تبعی نیز به لحاظ فقدان موضوع و اینکه علت و جهت انعقاد قرارداد ضمانت وجود دین تعهد اصلی است منحل می‌شود.

در ضمانت مستقل دو دین ایجاد می‌شود: یکی دین متعهد اصلی که از قرارداد پایه نشئت می‌گیرد و دیگری دین ضامن که مبتنی بر قرارداد ضمانت مستقل است. هر دو دین اصالت دارد و دو بدهکار جدا از هم در مقابل طلبکار است. تعهد ضامن، بی قید و شرط است که به محض اولین تقاضا از سوی ذی‌نفع باید اجرا شود. بر همین اساس ضامن حق استناد به ایرادات معاملاتی مربوط به تعهد اصلی یا

عقود تبعی دینی دسته‌ای از عقود تبعی هستند که صرفاً کارآیی وثیقه را دارند و تضمین دریافت دین اصلی محسوب می‌شوند. عقد رهن و کفالت عقود هستند که سبب اسقاط دین نمی‌شوند، اما تضمینی برای پرداخت هستند.

۳-۵. اثر انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی ضمان در حقوق ایران و مصر

«در اثر تراضی طرفین، عقد ضمان می‌تواند باعث انتقال دین نشود؛ بلکه ذمه ضامن را ضمیمه ذمه مدیون کند. البته مشهور فقهای امامیه برخلاف فقهای عامه این نوع ضمان را به نحو استقلالی صحیح نمی‌دانند» (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۹، ج ۱، ۸۹).

در قانون مدنی با صراحت به بررسی آثار انحلال عقد اصلی بر عقد تبعی ضمان اشاره‌ای نشده است؛ ولی با توجه به مفاد ماده ۷۰۷ قانون مذکور که مقرر می‌دارد: «اگر مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود؛ مگر اینکه مقصود ابرا از اصل دین باشد» و ماده ۷۱۸ همان قانون که مقرر می‌دارد: «هرگاه مضمون‌له ضامن را از دین ابرا کند ضامن و مضمون‌عنه هر دو بری می‌شوند» استنباط می‌شود که عقد ضمان با از بین رفتن دین اصلی (موضوع تعهد پایه) منحل می‌شود. علاوه بر آن با استفاده از عمومات قانون مدنی در فرض بطلان عقد اصلی با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران نظریه تبعیت عینی غالب است و موضوع عقد اصلی همان موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد، عقد ضمان از عقد باطل نیز فاقد اثر و کان لم یکن است. آنچه محل اختلاف نظر بین فقها و حقوق دانان است اثر فسخ یا انفساخ عقد اصلی بر

عادات و قواعد بین‌المللی حسب مورد راه‌حل آن را بیابند. تعریف ضمانت‌نامه بانکی و ذکر پاره‌ای اوصاف و عناصر اساسی ضمانت‌نامه‌های بانکی از بند ۱ ماده ۳۵۵ قانون تجارت جدید مصر استنباط می‌شود. علاوه بر آن امکان اخذ تأمینات و وثایق در ازای صدور ضمانت‌نامه بانکی از متقاضی صدور و انواع اموالی که می‌توان به‌عنوان وثیقه اخذ کرد در ماده ۳۵۶ قانون صدرالذکر پیش‌بینی شده است. شرایط انتقال ضمانت‌نامه به غیر و استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد تقاضای صدور ضمانت‌نامه و از رابطه معاملات پایه در مواد ۳۵۷ و ۳۵۸ قانون مذکور مورد تأکید قرار گرفته است و در پایان حق بانک صادرکننده ضمانت‌نامه به مطالبه بازپرداخت اصل و فرع مبلغ پرداختی به ذی‌نفع ضمانت‌نامه در مواد ۳۵۵ تا ۳۶۰ قانون تجارت جدید مصر ذیل فصل «ضمانت‌نامه بانکی» آورده شده است (سنه‌وری، ۱۳۷۹، ۲۶۱).

۵-۴. اثر انحلال عقد اصلی بر عقد حواله

در این مبحث با توجه به وصف تبعی بودن عقد حواله، مبانی فقهی و حقوقی اثر انحلال عقد اصلی بر این عقد در دو فرض حواله بر مدیون و حواله بر بری بررسی می‌شود.

با توجه به تشبث نظریات فقهی و حقوقی در ارتباط با ماهیت عقد حواله که عده‌ای آن را انتقال دین و عده‌ای انتقال طلب می‌دانند در حقوق مصر نیز با تأسی به نظریات فقهای اهل سنت (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۳، ۸۹)، عقد حواله به‌عنوان عقد مستقل شناخته

پایه اعم از بطلان یا فسخ یا سایر ایرادات را ندارد؛ مگر آنکه ذی‌نفع آشکار از شرایط ضمانت‌نامه سوءاستفاده کند که بر اساس اصل ممنوعیت سوءاستفاده از حق (اصل ۴۰ قانون اساسی) ضامن حق استفاده از ایرادات معاملات پایه را خواهد داشت. در نتیجه با توجه به اوصاف مذکور درباره عقود تبعی ضمانت مستقل بانکی به‌لحاظ عدم تبعیت از تعهد اصلی در ایجاد و آثار، بقا و انحلال نمی‌تواند از مصادیق عقود تبعی به مفهوم مذکور در قبل باشد. با توجه به مراتب مذکور در نظرات حقوقی و رویه قضایی، مهم‌ترین فرق تعهد ناشی از ضمانت مستقل با تعهد ضامن سنتی، وصف استقلال ضمانت مستقل و وصف تبعی بودن تعهد ضامن است. بر اساس همین وصف استقلال است که تعهد ضامن مستقل پس از ایجاد وجود مستقل پیدا می‌کند و هیچ‌گونه وابستگی به تعهد اصلی و پایه ندارد و بطلان و فسخ و تهاتر تعهد اصلی تأثیری در تعهد ضمانت مستقل نمی‌گذارد (احمدی، ۱۳۹۴، ۳۷۲).

در قانون تجارت جدید مصر (مصوب سال ۱۹۹۹ میلادی) فصل مستقلی را به بیان احکام «ضمانت‌نامه بانکی» اختصاص داده‌اند و به‌لحاظ پاسخ‌گو نبودن «عقد ضمان» سنتی در قانون مدنی در رفع نیازهای تجاری اشخاص احکام خاصی در این خصوص پیش‌بینی شده است. قانون تجارت جدید مصر، حاوی احکام تفصیلی در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل نیست؛ بلکه به بیان احکامی اجمالی و تقریر اصول کلی ضمانت‌نامه‌های مستقل بسنده کرده است و مسائل جزئی این عمل حقوقی را بر تراضی طرف‌های ضمانت‌نامه محول کرده است و در صورت فقدان توافقات لازم مراجع رسیدگی بر اساس عرف،

نشده است و در مواد ۳۰۳ الی ۳۲۲ قانون مدنی مصر زیر عنوان انتقال دین و طلب مطرح شده است.

۵-۴-۱. تأثیر بطلان بیع بر حواله

اگر بعد از انعقاد حواله کشف شود که عقد بیع منشأ دین باطل بوده است، قرارداد حواله نیز باطل خواهد بود. قانون مدنی در صدر ماده ۷۳۳ به این امر تصریح دارد. در این باره بین فروع 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 محتال است و یکی از شرایط صحت عقد حواله این است که محیل، مدیون محتال باشد (مواد ۷۲۴ و ۷۲۶ ق.م). در فرض بطلان بیع کشف می‌شود که در حین انعقاد عقد حواله، ذمه محیل در برابر محتال مشغول نبوده است و شرط صحت حواله وجود نداشته است (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ۹۵). اما در فرضی که بایع، ثالث را به مشتری حواله می‌دهد، چون مدیون بودن محیل به محال علیه شرط صحت حواله نیست بر حکم مذکور خدشه وارد کرده‌اند. در رد این ایراد باید گفت که محال علیه با این قصد حواله را قبول می‌کند که خود را نسبت به ثمن بیع، مدیون محیل می‌پندارد. بنابراین اراده او مقید است و با کشف بطلان بیع و عدم مدیونیت وی، اراده وی معیوب است و عقد حواله به دلیل عیب اراده باطل است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ۴۳۰). برخی از استادان حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۹۷) در این فرض عقد حواله را به دلیل فقدان محل، باطل دانسته‌اند. چون حواله نسبت به ثمنی که در ذمه مشتری است واقع شده است و

با بطلان بیع، کشف شده است که ثمنی در ذمه او وجود نداشته است. در فقه درباره بطلان حواله در فرض بطلان بیع، اتفاق نظر وجود دارد (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۱، ۱۱۴). بطلان عقد بیع باعث بطلان حواله می‌شود، خواه مشتری برای پرداخت ثمن، بایع را به شخص دیگری حواله داده باشد، خواه بایه برای وصول ثمن، شخصی را به مشتری حواله کند.

۵-۴-۲. اثر انفساخ یا فسخ عقد اصلی بر عقد

حواله

در فرضی که بعد از حواله، بیع فسخ می‌شود، اختلاف نظر جدی بین فقها و حقوق دانان وجود دارد. بخشی از این اختلافات ناشی از برداشت‌های مختلف از ماهیت حواله است که قبلاً شرح آن گذشت. قانون مدنی در ماده ۷۳۳ این فرض را در ضمن یکی از مصادیق آن (بیع) بیان کرده است؛ اما متن ماده مبهم است که محل اختلاف فقها و حقوق دانان شده است.

به اعتقاد طرفداران نظریه بقای حواله، صحت حواله فقط در حین انعقاد، تابع وجود بیع (دین) است؛ ولی دوام و بقای عقد حواله تابع عقد بیع نیست. همان گونه که فسخ بیع اعتبار تصرف بعدی طرفین را از بین نمی‌برد، به نفوذ حواله نیز خللی وارد نمی‌آورد و آن را منحل نمی‌کند. طرفداران این نظریه ابهامات ماده ۷۳۳ را بر مبنای نظریه مذکور چنین تحلیل کرده‌اند:

در پاسخ به این سؤال که مقصود از عبارت «...حواله باطل نبوده...» چیست، بیان داشته‌اند: 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 یا بقای حواله یکی از مصادیق عدم بطلان حواله است. اما از قسمت بعدی ماده و عبارات بعدی از جمله «محال‌علیه بری...» چنین استنباط می‌شود که منظور از «عدم بطلان حواله» صحت و بقایان است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ۴۳۴).

اصطلاح «باطل نبوده» از فقه امامیه اقتباس شده است و به معنای عدم انفساخ است. زیرا قاطبه فقها به جای عبارت عدم انحلال یا منفسخ نشدن حواله در صورت فسخ یا اقاله بیع، از اصطلاح عدم «بطلان حواله» سخن گفته‌اند (طوسی، ۱۹۶۷، ج ۱، ۳۱۴).

چنان‌که گفته شد در حواله بیع بر مشتری، نظر مشهور فقیهان امامیه آن است که با انحلال بیع، حواله باطل نیست و در حواله مشتری بر شخص ثالث هم این نظر بین فقه‌های متأخر و معاصر به صورت قاطع پذیرفته شده است و دیدگاه فقه‌های متقدم هم که همراه با احتمال و اشکال بوده است نیز رد شده است و دیدگاه فقیهان متأخر و معاصر را می‌توان قول مشهور فقها دانست. قانون مدنی نیز اصولاً محمول بر نظر مشهور فقها است.

در تحلیل عبارت «... لکن محال‌علیه بری...» بیان داشته‌اند برای محال‌علیه در دو فرض قابل تصور است که یک فرض مستلزم صحت و بقای حواله (برایت در برابر محیل) و فرض دیگر ملازم با انحلال و فسخان است (برایت در برابر محتال). به اعتقاد طرفداران این نظریه، منظور از برایت محال‌علیه برایت او در برابر محیل است؛ البته در فرضی که محال‌علیه مدیون محیل باشد. چنانچه در

غالب موارد چنین است و قانون مدنی بر مورد غالب حمل می‌شود. بر این اساس، عبارت «...لکن محال‌علیه بری...» تأییدی بر نظریه صحت و بقای حواله است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۲، ۱۸۴). طرفداران این نظریه در تحلیل عبارت «... و با بیع یا مشتری می‌توانند به یکدیگر رجوع کنند...» بیان کرده‌اند که قانون مدنی در بند آخر ماده ۷۳۳ یکی دیگر از آثار حواله صحیح را بیان داشته است. در هر دو فرض حواله، چون ثمن از طرف مشتری در قالب حواله پرداخت شده است و با فسخ بیع، مشتری مستحق استرداد ثمن پرداختی به با بیع است و از سویی حواله که قالب پرداخت است، منحل نمی‌شود، او مجاز است برای استرداد ثمن به با بیع رجوع کند. اما اگر حواله به تبع فسخ بیع منفسخ می‌شد، در فرضی که مشتری با حواله بیع، ثمن را به ثالث می‌پردازد، بعد از انحلال حواله باید ثمن را از ثالث پس بگیرد، نه از با بیع. اما رجوع با بیع به مشتری، از سوی برخی از طرفداران نظریه صحت حواله، مورد انتقاد قرار گرفته است و مخالفان معتقدند که این امر در هیچ یک از فرض حواله قابل تصور نیست و اینکه منظور، رجوع با بیع نسبت به مبیع باشد، بعید دانسته شده است. زیرا این امر از آثار اقاله بیع است نه حواله. اما برخی دیگر، در توجیه آن گفته‌اند که این قسمت از ماده طرد اللباب ذکر شده است (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۹، ج ۱، ۷۹۴).

فسخ یا اقاله بیع، موجب بطلان حواله به معنای خاص نمی‌شود؛ اما سبب انفساخ آن می‌شود. طرفداران این نظریه در تحلیل عبارت «حواله باطل نبوده...» عقیده دارند بطلان در معنای خاص خود استعمال شده است و منظور از عدم بطلان، عدم انحلال عقد از اصل است؛ ولی با انحلال حواله از زمان فسخ بیع منافات

یا انفساخ یا اقاله عقد بیع در عقد حواله اقدام به تقسیم آن به سه دسته بر اساس زمان وقوع فسخ یا اقاله نموده است: ۱. فسخ یا (اقاله) بیع پس از عقد حواله و پیش از قبول محال علیه واقع شده است؛ ۲. فسخ یا (اقاله) بیع، پس از قبول محال علیه و پیش از دادن مال الحواله از طرف محال علیه به محتال (که با بیع است) صورت می گیرد؛ ۳. فسخ یا (اقاله) بیع پس از قبول محال علیه و دادن مال الحواله به محتال صورت گیرد».

فقهها (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۵، ۱۹۷) به ظاهر در هر سه صورت عقیده دارند که فسخ بیع لطمه به حواله وارد نمی کند؛ مگر در فرض سوم که برخی از آنان خدشه کرده اند. ایشان نظر بر این دارند: «چنانچه پیش از قبول محال علیه عقد بیع، فسخ یا اقاله شود، اثری بران مترتب نیست؛ خواه محال علیه در حین قبول حواله آگاه از فسخ یا اقاله بیع باشد؛ خواه نباشد. دلیل این نظرات است که رابطه محتال و محال علیه نسبت به عقد حواله یک عقد تبعی است و با فسخ عقد اصلی پیش از انعقاد عقد تبعی، انعقاد عقد تبعی ممتنع و محال است» (کازمی، ۱۳۸۹، ۱۴۸). هر چند اطلاق ماده ۷۳۳ قانون مدنی شامل هر سه فرض می شود که باید اصلاح شود.

۶. نتیجه گیری

عقد تبعی عقدی است که وجودش تابع رابطه حقوقی دیگری است که قبلاً واقع شده است. مثل عقد ضمان و عقد حواله؛ زیرا این دو عقد زمانی تحقق پیدا می کنند که قبلاً دینی وجود داشته باشد. هرگاه منشأ دین موضوع این عقود، قرارداد باشد و بعد از انعقاد

ندارد. با انعقاد حواله، دین محال علیه به محیل ساقط می شود و تنها دینی که بر ذمه او باقی است، دین به محتال است. پس وقتی مقنن اعلام می کند حواله باطل نیست؛ لکن محال علیه... ظاهراً به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۳۲۰). مطابق این نظریه منظور از «برایت محال علیه» برایت 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 می شود استثنایی بر آثار طبیعی بقای حواله است؛ نه صرفاً بیان اثر طبیعی آن. وانگهی با تحقق حواله، دین محال علیه به محیل از بین رفته، او در برابر محتال مدیون می شود. ثانیاً، آوردن وصف محال علیه برای مشتری بدهکار (در یکی از فروض حواله که با بیع محیل و مشتری محال علیه است) نیز به خوبی نشان می دهد که مقصود از برایت، برایت در برابر محتال است. به علاوه برایت در برابر فروشنده (محیل) نتیجه بدیهی اقاله بیع است و ارتباطی به بحث حواله ندارد. ثالثاً، برایت مذکور در ماده مطلق بوده، خلاف ظاهر ماده است که ادعا شود مقصود، برایت در اثر پرداخت است. ایا باعث تعجب نیست که قانون گذار در وضع پیچیده ماده ۷۳۳ قانون مدنی اعلام کند: محال علیه پس از پرداخت دینش بری می شود. رابعاً، قاعده مندرج در ماده ۷۳۳ در انتقال دین نیز رعایت نشده است. ماده ۷۰۸ قانون مدنی در مورد ضمان عهده با بیع و مشتری، در عقد بیع، فسخ بیع را سبب انفساخ ضمان می داند» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ۶۶).

طرفداران این نظریه درباره رجوع با بیع و مشتری به یکدیگر، بحثی نکرده اند. یکی از نویسندگان حقوق مدنی (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۶)، «در خصوص اثر فسخ

ماده ۷۳۳ قانون مدنی، از این مهم نباید غافل شد که قاعده مذکور ناظر بر تعهدات اصلی است و با ماهیت تعهدات تبعی که از حیث ایجاد و آثار و انحلال به- لحاظ وحدت موضوع تابع عقد اصلی هستند، متفاوت است؛ به نحوی که با انحلال عقد اصلی به لحاظ فقدان موضوع، عقد تبعی خودبه خود منحل می‌شود؛ مگر در مواردی که بنا بر اراده طرفین به تبع موضوع تعهد اصلی، حق ثالث نیز موضوع تعهد تبعی قرار گیرد که در این فرض بر اساس اصل ممنوعیت توافق طرفین تعهد اصلی به ضرر ثالث، عمل به عقد تبعی منطبق با قاعده است.

با توجه به تفصیل مطالب مطروحه پیرامون اثر انحلال عقود اصلی بر تبعی در نظام حقوقی ایران و مصر و نتایج حاصل از آنکه مؤید فقدان قواعد عمومی صریح و مشخص در ارتباط با موضوع در هر دو نظام حقوقی است و به منظور تسهیل روابط حقوقی اشخاص با احترام به قواعد اخلاقی حاکم بر قراردادها در جامعه، پیشنهاد می‌شود تا قانون‌گذار در باب سوم قانون مدنی ایران با موضوع عقود معینه مختلفه، عقود تبعی شامل رهن، ضمان، کفالت و حواله را در سرفصل جدا تعریف کنند و بدو بر اساس اصول قانون‌گذاری نسبت به تعیین قواعد عمومی حاکم بر همه عقود تبعی اقدام کنند و نیز بر اساس آن نسبت به تشریح احکام هر یک از عقود معین تبعی اقدام کنند تا ضمن تعیین قاعده مشخص در خصوص همه عقود تبعی معین و نامعین با رفع ابهامات موجود به تثبیت و کاربردی کردن این عقود در نظام حقوقی و رفع اختلافات موجود بر اساس نتایج حاصله در این پژوهش و دکتترین حقوقی حاکم بر موضوع پایان دهد. یا اینکه با اصلاح ماده ۷۳۳ قانون مدنی در باب

آن‌ها، قرارداد منشأ دین باطل و یا فسخ شود، این امر چه تأثیری بر عقود مذکور دارد؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که در صورت بطلان قرارداد اصلی، عقد حواله نیز باطل است، اما فسخ بیع، تأثیری بر حواله واقع شده بعد از آن ندارد. در خصوص عقد ضمان این بحث مطرح نشده است. با مقایسه نتایجی که درباره اثر انحلال عقد بیع بر حواله، به دست آمد، می‌توان گفت که در صورت بطلان قرارداد منشأ دین، عقد ضمان هم به دلیل انتفای موضوع باطل است؛ اما در صورت فسخ یا اقاله بیع، عقد ضمان به قوت خود باقی است. با توجه به تحلیل صورت گرفته از نظریات تبعیت ذهنی و عینی و قواعد حاکم بر عقد حواله، ضمان، رهن و کفالت به عنوان مصادیق اجزای عقود تبعی در نظام حقوقی ایران و مصر و مستنبط از مواد ۷۰۹، ۷۱۸، ۷۳۳ و ۷۷۶ قانون مدنی ایران و مواد ۱۰۴۲، ۱۰۸۲ قانون مدنی مصر و با عنایت به اینکه در بررسی مصادیق عقود تبعی همچون ضمان، رهن و غیره، نظریه تبعیت عینی در نظام حقوقی ایران و مصر غالب است و از طرفی بر اساس اصل حاکمیت اراده طرفین و بنای عقلی و عرفی حاکم در تنظیم عقود تبعی، با انحلال عقد اصلی، عقد تبعی نیز به- لحاظ از دست دادن موضوع، خودبه خود منحل می‌شود و اصرار بر بقای آن فاقد منطق حقوقی و عرفی و برخلاف اراده و بنای طرفین است؛ مگر در مواردی که به واسطه تنظیم عقود تبعی و با انحلال عقود اصلی، حقوق ثالث در معرض تضییع قرار گیرد که بر اساس اصل ممنوعیت توافق طرفین به ضرر ثالث و اینکه غالباً در این فرض، بنای طرفین به لحاظ مغایرت با اصول حقوقی، بر انحلال عقد تبعی نیست و از طرفی عقد تبعی در زمان انعقاد به لحاظ صحت عقد اصلی کماکان واجد اعتبار است. در تحلیل

حواله به عنوان یکی از مصادیق بارز عقود تبعی و تعمیمان به سایر عقود تبعی به شرح زیر مسئله را حل کند: «اگر در بیع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به ثالثی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از ثالثی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می‌گردد و اگر محال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد؛ ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله نیز منحل می‌گردد و در صورت اجرای تعهد، باید عین یا مثل یا قیمت آن حسب مورد به محال علیه مسترد گردد؛ مگر اینکه محال ثالث باشد. در این صورت عقد حواله اعم از اینکه اجرا شده یا نشده باشد به لحاظ عدم امکان توافق به ضرر ثالث معتبر تلقی می‌گردد و محال علیه در مقابل محیل بری و هر یک از بایع و مشتری بابت ثمن و مضمن به یکدیگر مراجعه می‌نمایند».

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

فارسی

- صادقی مقدم، محمدحسن؛ شکوهی‌زاده، رضا، «نظریهٔ تبعیت در اعمال حقوقی»، مجلهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی، شمارهٔ ۵۷، بهار ۱۳۹۱.
- صادقی مقدم، محمد؛ شکوهی‌زاده، رضا، «تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس»، فصلنامهٔ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شمارهٔ چهارم، ۱۳۸۹.
- صفایی، حسن، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ دهم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
- صفایی، سیدحسین؛ جواهرکلام، محمدهادی، «آثار انحلال عقد منشأ دین بر حواله؛ تحلیل فقهی و حقوقی بند دوم مادهٔ ۷۳۳ قانون مدنی»، مجلهٔ پژوهش‌نامهٔ حقوق اسلامی، شمارهٔ ۵۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد چهارم، چاپ هفدهم، تهران، نشر شرکت انتشار، ۱۳۹۲.
- کاتوزیان، ناصر، نظریهٔ عمومی تعهدات، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی دورهٔ عقود معین، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- کاظمی، محمود، «تأثیر انحلال قرارداد منشأ بدهی بر قرارداد حواله»، مجلهٔ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شمارهٔ چهارم، ۱۳۸۹.
- احمدی، محمدرضا، حقوق تعهدات ثانویه، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست‌وششم، تهران، نشر اسلامی، ۱۳۹۰.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
- بیگدلی، سعید، «نقدی بر مادهٔ ۷۳۳ قانون مدنی ایران (تأثیر بطلان یا اقاله و انفساخ بیع بر حوالهٔ ناشی از آن)»، مجلهٔ حقوقی گواه، دورهٔ جدید، شمارهٔ ۴ و ۵، تابستان و پاییز ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد حواله، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- سیردانی، سجاد، «بررسی تطبیقی اجاره به شرط تملیک و اجرای آن در قالب عقود اسلامی در ایران»، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- شکوهی‌زاده، رضا، «مطالعهٔ تطبیقی شرط تأخیر انتقال مالکیت»، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد رشتهٔ حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شرایط مندرج در قرارداد)، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۶.
- صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران، نشر ققنوس، ۱۳۸۶.

- محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق عقود در فقه امامیه، جلد دوم، چاپ چهارم، قم، مؤسسه پژوهشی حوزه دانشگاه با همکاری انتشارات نیمه، ۱۳۸۹.

عربی

- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، جلد سی و دوم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱

- سنهوری، احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني بیروت، منشورات الحلبي، ۱۳۷۹.

- نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد سی و دوم، تهران، دار إحياء الكتب الاسلامیه، ۱۳۶۰.

- طباطبائی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد سیزدهم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۶.

- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶.

- طباطبائی حکیم، سید محمد، منهاج الصالحین، چاپ اول، قم، دارالفقاهه للطباعه و النشر، ۱۴۱۵

لاتین

- O'Donovan (James), Phillips (John), The Modern Contract of Guarantee, Sweet & Maxwell, London, 2003, p;368.

- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹.

- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فقه الامامیه، جلد اول، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۹۶۷.

- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد اول، تهران، مؤسسه الاعلمی، ۱۳۸۹.

- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴.

- مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق علیه السلام، جلد چهارم، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱.