

# طرفین حواله و لزوم رضایت محال علیه؛

## تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه

### با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه\*

- سیدحسین صفایی<sup>۱</sup>
- محمدهادی جواهرکلام<sup>۲</sup>

#### چکیده

در این مقاله، اطراف عقد حواله و لزوم رضایت محال علیه، به منظور استفاده از نتایج بحث برای تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، مورد بررسی و بازنگری قرار گرفته است. سؤال این است که چه اشخاصی طرف عقد حواله هستند؟ و آیا رضایت محال علیه برای انعقاد یا تأثیر عقد حواله ضرورت دارد؟ وانگهی، آیا از این بحث می‌توان نهاد انتقال دین و انتقال طلب به نحو مستقیم را در فقه امامیه و قانون مدنی استخراج نمود و بندهای دوم و سوم ماده ۲۹۲ ق.م. را بر اساس آن تحلیل کرد؟ با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با مطالعه متون فقهی و دکتربین حقوقی به این نتیجه رسیدیم که نظر قوی‌تر در فقه امامیه و حقوق ایران آن است که

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (hsafaii@ut.ac.ir).

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده

مسئول) (javaherkalam@atu.ac.ir).

رضایت محال‌علیه برای وقوع حواله لازم است و او طرف عقد محسوب می‌شود و فوت یا حجر هر یک از محیل یا محتال یا محال‌علیه در فاصلهٔ ایجاب تا آخرین قبولی، باعث زوال اعتبار تراضی می‌شود. افزون بر آن، از مقررات حواله و مباحثی که ذیل آن در متون فقهی و قانون مدنی مطرح شده، می‌توان اعتبار انتقال دین و طلب به صورت مستقیم را در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرفت. بنابراین، بر خلاف آنچه در حقوق روم و حقوق قدیم فرانسه معمول بود، «طلب» مانند اموال مادی، حتی بدون رضایت بدهکار نیز قابل انتقال به دیگری است. همچنین بر خلاف حقوق روم و حقوق قدیم و جدید فرانسه (تا قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸)، «دین» از شخصیت متعهد جداست و با عینیت بخشیدن به این موجود اعتباری، مدیون می‌تواند با رضای طلبکار، دین را به ثالثی منتقل سازد؛ امری که از دیرباز در فقه امامیه پذیرفته شده و قانون‌گذار فرانسه نیز پس از قرن‌ها مخالفت و تردید، بالاخره در سال ۲۰۱۶ آن را به رسمیت شناخت.

**واژگان کلیدی:** حواله، انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد، رضایت محال‌علیه، طرفین عقد.

### مقدمه

۱. طرح بحث، تبیین اختلاف‌نظرها و آثار و نتایج پذیرش نظریات گوناگون در اینکه چه اشخاصی طرف عقد حواله هستند و قصد انشاء و رضایت چه کسانی برای تحقق حواله لازم است، بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف‌نظرهای گسترده‌ای پدید آمده است. قانون مدنی نیز در مواد ۷۲۴ و ۷۲۵ به گونه‌ای تنظیم شده است که بر این اختلاف‌نظرها افزوده است و برای تحلیل آن، ناچار باید به تاریخ حقوق و ریشه‌های فقهی آن پرداخت. البته در اینکه محیل و محتال طرف عقد حواله‌اند، تردیدی وجود ندارد؛ اما در اینکه برای تحقق حواله، رضایت محال‌علیه نیز لازم است یا خیر، و در صورت لزوم، آیا او طرف عقد است، در متون فقهی اختلاف نظر فراوان است. یکی از مبانی این اختلاف، اثر عقد حواله است؛ آیا در اثر حواله، «انتقال دین» صورت می‌گیرد یا «انتقال طلب»؟ و افزون بر آن، آیا در انتقال طلب، رضای مدیون لازم است یا خیر؟ و آیا برای انتقال دین، در هر حال رضای مدیون جدید ضرورت دارد، حتی اگر مثل آن

دین را به انتقال‌دهنده بدهکار باشد؟ این مباحث آثار و نتایج فراوانی دارد؛ اگر محال‌علیه طرف عقد حواله باشد، لازم است که محال‌علیه پس از توافق محیل و محتال و تا زمان قبول، زنده و دارای اهلیت باشد و فوت یا حجر او اعتبار تراضی را زائل می‌سازد. همچنین اگر محیل یا محتال نیز در این فاصله فوت یا محجور شود، تراضی از بین می‌رود و قبول بعدی محال‌علیه سبب انعقاد عقد حواله نمی‌شود. در حالی که اگر رضایت محال‌علیه لازم باشد، ولی او طرف عقد به حساب نیاید، طبیعی است که فوت یا حجر محیل و محتال پس از ایجاب و قبول و نیز فوت محال‌علیه، مانع از تحقق حواله نمی‌شود و محال‌علیه می‌تواند پس از فوت یا حجر محیل یا محتال نیز حواله را قبول نماید و در صورت فوت او، ورثه‌اش می‌توانند حواله را بپذیرند یا رد نمایند. افزون بر آن، اگر محال‌علیه نیز طرف عقد باشد، توالی عرفی بین ایجاب و قبول برای تحقق حواله لازم است؛ اما اگر او شخص ثالثی باشد که تنها رضای او برای تأثیر عقد لازم باشد، ممکن است رضای او مدت‌ها بعد از انعقاد حواله ابراز شود و حتی ممکن است عدم رد او، نشانه رضای ضمنی وی به پذیرش حواله تلقی شود.

## ۲. تأثیر بحث بر نظریه انتقال دین و طلب در فقه امامیه و حقوق ایران

در قانون مدنی ایران به تبع قانون مدنی فرانسه، به جای پیش‌بینی نهاد «انتقال دین» و «انتقال طلب»، بابتی به «تبدیل تعهد» اختصاص یافته است (مواد ۲۹۲-۲۹۳)؛ هرچند در تفسیر بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲، اختلاف نظر گسترده‌ای بین حقوق‌دانان ایجاد شده و این پرسش و تردید اساسی مطرح گردیده است که آیا قانون‌گذار تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون و دائن را پیش‌بینی کرده یا امکان انتقال دین و طلب را جایگزین آن ساخته است؟ این در حالی است که از بحث‌های پراکنده در متون فقهی در باب حواله می‌توان اعتبار انتقال دین و انتقال طلب را در فقه امامیه استخراج کرد و از این رو، چه بسا نیازی به پیش‌بینی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و مدیون در قانون مدنی نبوده است. در حقیقت، خاستگاه اصلی این بحث در فقه امامیه، عقد حواله است. دقت نظر در آرای فقیهان امامیه درباره لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه و اطراف عقد حواله و استدلال‌های مطرح‌شده، افزون بر اینکه امکان انتخاب راهکار درست و تفسیر منطقی

مواد قانون مدنی در باب حواله را فراهم می‌سازد، از جهت تمهید قاعده عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران نیز کمال اهمیت را دارد؛ چرا که در قانون مدنی، «انتقال دین» و «انتقال طلب» به صورت مستقیم، به صراحت پیش‌بینی نشده و در متون فقهی نیز بحث مستقل و منسجمی در این باره صورت نگرفته است. بنابراین باید به استخراج نهاد انتقال طلب و انتقال دین از احکام حواله و تدارک نظریه عمومی در این باره از منظر فقه شیعه و حقوق مدنی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه پرداخت تا موقعیت فقه امامیه در این زمینه نسبت به تحولات جدید و اخیر حقوق غرب به ویژه فرانسه نمایان گردد و از این رهاورد بتوان به تفسیر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م.اقدام نمود.

### ۳. تحریر محل نزاع در مورد رضایت محال‌علیه و اطراف حواله

برای تحریر محل نزاع و زدودن شاخ و برگ‌های اضافی بحث و پیراستن زوائد آن، می‌توان فرض‌های زیر را که مورد اتفاق همه فقها و حقوق دانان است، از محل اختلاف خارج ساخت: ۱- در حواله بر بری، چنانچه آن را مشمول عقد حواله بدانیم، بی‌تردید توافق محیل و محتال و محال‌علیه برای تحقق حواله ضرورت دارد؛ زیرا محال‌علیه بری، تکلیفی به پرداخت دین شخص دیگر ندارد و مدیون ساختن او بدون رضایتش ممکن نیست. قانون مدنی هم در ماده ۷۲۷، «قبول» محال‌علیه را در این فرض لازم شمرده است (برای طرف عقد بودن محال‌علیه در این فرض، ر.ک: امامی، ۱۳۸۵: ۲/۲۸۵). فقها نیز به اتفاق در حواله بر بری، اراده محال‌علیه را ضروری شناخته‌اند؛ زیرا محیل سلطنتی بر محال‌علیه غیر مدیون و مشغول ساختن ذمه او ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۴۸-۴۹؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۵۸-۳۵۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷-۱۶۸؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۳ و ۱۸۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۱۸۷؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۶-۳۷۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۱۹۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۷۸۵-۷۸۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۳۶۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۸۵-۸۶؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶: ۳/۳۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲/۳۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۲/۱۲۱-۱۲۰). ۲- در حواله بر مدیون نیز چنانچه جنس دین یا اوصاف آن تغییر یابد،

بی‌شک رضایت محال‌علیه را باید شرط تحقق حواله دانست. فقیهان نیز به اجماع، قبول محال‌علیه را در این حالت ضروری شناخته‌اند؛ زیرا چنین حواله‌ای به معنای معاوضه جدید است و نیازمند رضایت طرفین آن خواهد بود (ر.ک: همان منابع)؛ برای نمونه، اگر محیل به محتال دلار بدهکار باشد و از محال‌علیه ریال طلبکار باشد و از محال‌علیه بخواهد که طلب محتال را به دلار بپردازد، تحقق حواله مستلزم قبول محال‌علیه است. همچنین اگر دین محیل به محتال حال بوده و دین محال‌علیه به محیل مؤجل باشد و محیل بر محال‌علیه به صورت حال حواله صادر کند، بی‌گمان رضایت او ضروری خواهد بود (برای تفصیل بحث ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۶/۴-۱۳۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸/۲۱-۴۹؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۸/۳). بنابراین، همچنان که خواهد آمد و بر خلاف نظر برخی از فقهای امامیه (ابروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۳/۲)، به نظر می‌رسد که در این موارد، حواله دارای سه طرف است و محال‌علیه نیز طرف عقد بوده و قبول او شرط وقوع عقد حواله خواهد بود. به عبارت دیگر، حواله در این فرض با یک ایجاب و دو قبول واقع می‌شود: یک قبول از سوی محیل، و قبول دیگر از سوی محال‌علیه (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲). اما چنانچه جنس و اوصاف دینی که محال‌علیه به محیل دارد، با جنس و اوصاف دین محیل به محتال برابر و یکسان باشد، مانند اینکه دین محیل به محتال به ریال و حال بوده و دین محال‌علیه به محیل نیز حال و به ریال باشد، لزوم رضایت محال‌علیه و طرف عقد بودن او محل اختلاف است و برای یافتن حکم درست، بررسی دیدگاه فقهای امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی در این باره ضرورت دارد.

#### ۴. پیشینه تحقیق

غالب فقیهان امامیه و حقوق‌دانان ایرانی در تألیفات خود، کم و بیش به بحث «طرفین عقد حواله» و «لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا نفوذ حواله» پرداخته‌اند که نقد و بررسی دیدگاه‌های گوناگون و استدلال‌های ارائه‌شده و تبیین و تشریح نظر برگزیده و تحلیل منتخب، مبنای نوشته حاضر را تشکیل می‌دهد. اما چند مقاله نیز در این زمینه نگاشته شده است که ضرورت دارد از حیث تاریخچه و سابقه پژوهش، تمایز نوشته حاضر با آثار موجود به اختصار تبیین، و نوآوری‌های پژوهش

حاضر توجیه شود. نخستین مقاله‌ای که به بحث «اطراف حواله» پرداخته، بر خلاف عنوانش، ماهیت حواله و چگونگی انعقاد آن و نقش قبول یا رضایت محال‌علیه در تحقق آن را تحلیل نکرده است؛ بلکه به صورت کلی به تمام احکام و آثار حواله در پنج صفحه پرداخته و بدون هیچ تحلیل و استنادی به منابع فقهی و حقوقی، تنها رضایت محال‌علیه را همانند قانون مدنی لازم دانسته است (اعتضاد بروجردی، ۱۳۲۹: ۲۰-۲۴). برخی مؤلفان نیز به موجب مقاله‌ای دیگر، محیل و محتال را طرفین عقد حواله دانسته و محال‌علیه را شخص ثالثی شمرده‌اند که طرف عقد نیست، بلکه رضایت او «شرط متأخر» محسوب می‌شود که می‌تواند مقارن یا متأخر از عقد اعلام شود. به این ترتیب، با ایجاب محیل و قبول محتال، حواله به صورت بالقوه ایجاد می‌شود؛ اما فعلیت و تحقق آثار آن (برائت ذمه محیل و اشتغال ذمه محال‌علیه)، به عنوان شرط متأخر و کاشف از تحقق آثار حواله از زمان انعقاد عقد است (نقیبی و خانی، ۱۳۹۶: ۱۸۲-۱۸۳). گروهی دیگر هم که به بررسی فقهی و حقوقی کیفیت انعقاد حواله پرداخته‌اند، به تبع نظر مشهور فقهای امامیه، محیل و محتال را طرف عقد شمرده و محال‌علیه را شخص ثالث نامیده‌اند. همچنین بر خلاف نظر مشهور فقها، رضایت محال‌علیه را به عنوان قاعده لازم ندانسته‌اند (مهیدیان و باقری، ۱۳۹۸: ۱۶۳-۱۸۸).

بر این اساس، تفاوت‌های نوشته حاضر با آثار موجود و نوآوری‌های این تحقیق را می‌توان بدین صورت خلاصه کرد: ۱- تمهید «نظریه عمومی انتقال دین و طلب» در فقه امامیه بر اساس قواعد حواله، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، مختص تحقیق حاضر است و در مقالات یادشده بدان پرداخته نشده است. ۲- در پژوهش‌های پیش گفته، از نظریه انعقاد حواله با اراده محیل و محتال (تحقق حواله با یک ایجاب و یک قبول) پیروی شده است؛ اما در این مقاله از نظریه انعقاد حواله با یک ایجاب و دو قبول، با تکیه بر استدلال‌های گوناگون و تبیین آثار بحث دفاع خواهد شد. ۳- در مقاله اخیر، اصل بر عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا نفوذ حواله گذاشته شده است؛ اما در پژوهش حاضر با تفکیک مفاهیم «انتقال دین» و «انتقال طلب» و تبیین جایگاه هر یک از این دو اثر در اقسام گوناگون حواله، نظریه لزوم اراده محال‌علیه برای تحقق حواله ارائه خواهد شد. ۴- از حیث سطح و عمق مطالعات صورت گرفته در تحقیق کنونی و

تمرکز آن بر فقه امامیه و مطالعه منابع متعدد فقه شیعه، اعم از آرای فقیهان متقدم و متأخر و معاصر نیز اثر کنونی تفاوت بارزی با آثار پیشین دارد. ۵- از جهت مطالعه موضوع در حقوق ایران نیز در مقالات یادشده، بسیار کوتاه و مختصر به «انعقاد حواله در قانون مدنی» پرداخته شده است؛ اما در مقاله حاضر، اولاً هم از حیث تحلیلی و هم از حیث اصول حقوقی و مواد قانون مدنی، طرف عقد بودن محال‌علیه به تفصیل و با ذکر ادله فراوان، موضوع بحث واقع شده، و ثانیاً از حیث نتیجه نیز نظر متفاوتی ابراز گردیده، و ثالثاً آثار طرف عقد بودن محال‌علیه هم تبیین شده است. بنابراین نوشته حاضر از جهات گوناگون دارای نوآوری بوده و دربردارنده تحلیل‌های بدیع و نظریه‌های نو است؛ به ویژه آنکه آخرین تحولات قانون‌گذاری فرانسه در سال‌های ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸ در زمینه انتقال دین و طلب، در نوشته حاضر تحلیل شده است.

## ۵. تقسیم مطالب

برای تبیین لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا تأثیر حواله و معلوم ساختن اطراف عقد حواله و تمهید قاعده عمومی برای انتقال دین و طلب، هر یک از این سه مسئله به ترتیب از موضع فقه امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی در حقوق ایران و فرانسه مورد مطالعه قرار می‌گیرد و تحلیل منتخب و نظر برگزیده نیز ارائه خواهد شد.

### ۱. لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در وقوع یا تأثیر حواله

غیر از حواله بر بری و حواله به غیر جنس یا اوصاف دین که بی‌تردید رضایت محال‌علیه در آنها لازم است و شرح آن پیش از این گذشت، در جایی که حواله بر مدیون بوده و دین محیل به محتال با دین محال‌علیه به محیل از هر حیث یکسان است، در اینکه رضایت محال‌علیه (خواه به عنوان طرف عقد یا به عنوان شرط نفوذ و تأثیر عقد)، لازم است و تا او به حواله رضایت ندهد، حواله در حق او اثری ندارد و او متعهد به پرداخت دین محیل به محتال نیست، یا اینکه رضایت محال‌علیه هیچ تأثیری در عقد ندارد و به صرف توافق محیل و محتال، عقد تمام است و محال‌علیه مکلف است دین محیل به محتال را بپردازد، در فقه امامیه و دکترین حقوقی اختلاف نظر مشهود است.

## ۱.۱. موضع فقه امامیه

### ۱.۱.۱. نظریه لازم بودن رضایت محال علیه

مشهور فقهای امامیه، رضایت محال علیه را ضروری دانسته‌اند؛ منتها جمعی از آنان، رضای محال علیه را به عنوان شرط تأثیر حواله و نه جزئی از سبب آن، و به عبارت دیگر به عنوان شرط نفوذ حواله لازم دیده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۵۰۱-۵۰۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۷۹/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۵-۳۰۶؛ همو، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۸۵-۸۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۳۶۱) و گروه دیگری، رضایت محال علیه را هم‌ردیف رضایت محیل و محتال قرار داده و رضایت هر سه را شرط حواله دانسته‌اند؛ بی‌آنکه تصریح نمایند که رضای محال علیه شرط تحقق عقد و جزئی از سبب تشکیل آن است یا شرط تأثیر و نفوذ آن محسوب می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۹۳؛ همو، ۱۴۱۸: ۱/۱۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۴۰۲؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳: الف/۱۶۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۴/۴۳۱، ۳۳۴ و ۴۴۲-۴۴۱؛ همو، ۱۴۲۰: ۲/۵۷۵ و ۵۷۹؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ همو، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۵-۳۰۶؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۷۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۱۹۷؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۱؛ ابن طمی فقعانی، ۱۴۱۸: ۱۳۵؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۶: ۳/۳۳).

مهم‌ترین دلایل این گروه عبارت‌اند از: ۱- اثر حواله، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه است و این انتقال دین و مدیون شدن محال علیه در برابر محتال، نیازمند رضایت محال علیه است. ۲- مردم از نظر سهولت یا سختگیری در معاملات خود متفاوت‌اند و از این رو نمی‌توان محال علیه را وادار کرد که بدهی‌اش به محیل را به محتال بپردازد. ۳- تحقق حواله با رضایت هر سه طرف، مورد اتفاق فقهاست و بدون رضایت محال علیه، محل اختلاف، و از این رو باید به قدر متیقن و مورد اجماع اکتفا کرد؛ زیرا دلیلی برای صحت حواله بدون رضای محال علیه وجود ندارد. ۴- اصل، بقای طلب محتال بر ذمه محیل است

۱. صاحب جوهر هم احتمال می‌دهد که «بعید نیست رضای متأخر محال علیه، کاشف از صحت عقد باشد، همانند رضایت در عقد فضولی؛ گرچه کسی به آن تصریح نکرده است»؛ ولی در نهایت، احتمال مخالف یعنی عدم لزوم قبول محال علیه را قوی‌تر می‌بیند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۲؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲/۱۶۷) (که این دیدگاه را به مشهور فقها نسبت داده و ادله آن‌ها را ذکر کرده‌اند)؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲/۳۲ (که در صورت مدیون بودن محال علیه به مثل دین محیل به محتال، احتیاطاً حکم به رضایت محال علیه داده‌اند).



و در صورت تردید در انتقال آن به ذمه محال علیه بدون رضایت وی، طبق اصل استصحاب، حکم می‌شود که حق محتال در ذمه محیل همچنان باقی است. وانگهی، در صورت تردید در بقای دین محال علیه به محیل یا سقوط آن، بقای دین استصحاب می‌گردد (ر.ک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۵۰۱-۵۰۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ برای نقل و نقد این دلایل ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۸۱ به بعد؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷).

در هر حال، بسیاری از فقهای طرفدار این گروه، که رضای محال علیه را لازم می‌بینند،<sup>۱</sup> تصریح کرده‌اند که رضایت محال علیه همسنگ قبول در سایر قراردادها نیست و احکام قبول درباره رضای محال علیه جاری نمی‌شود. مراد این است که فوری بودن اعلام رضای محال علیه و اتصال یا مقارن بودن آن با ایجاب، تأخر رضا بر ایجاب، لفظی بودن رضا و ابراز آن به زبان عربی (که فقهای متقدم قائل به آن بودند) و نظایر آن لازم نیست؛ بلکه رضای محال علیه می‌تواند همزمان، پیش یا پس از ایجاب و قبول حواله ابراز شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۲؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۷).

## ۱-۱-۲. نظریه لازم نبودن رضایت محال علیه

جمعی از بزرگان فقه امامیه، رضایت محال علیه را برای تحقق عقد لازم ندانسته و به صرف توافق محیل و محتال، حواله را محقق و کامل می‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۴۸-۴۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۳؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۵۸-۳۵۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۸۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶/۳-۴ (که به این نظر گرایش پیدا کرده است)؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۸-۱۶۹؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۱۸۷؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۵-۱۸۶؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۷-۳۷۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۲/۱۲۱؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲).<sup>۲</sup> بر مبنای این

۱. البته، حتی برخی از فقهای که رضایت محال علیه را لازم نمی‌دانند نیز از همین دیدگاه تبعیت کرده‌اند.  
 ۲. این دیدگاه به فخرالمحققین حلی (۱۳۸۷: ۲/۹۲ به بعد)، شیخ مفید (۱۴۱۳: ۸۱۴-۸۱۵)، ابوصلاح حلبی (۱۴۰۳: ۳۳۹-۳۴۰) و شیخ طوسی (۱۴۰۰: ۳۱۵-۳۱۶) هم نسبت داده شده است (ر.ک: فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱/۵۵۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۴۹۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶/۴-۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۳۹-۴۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷).

دیدگاه، نه تنها رضای محال علیه شرط نفوذ حواله نیست، بلکه حتی رد محال علیه نیز هیچ اعتباری ندارد. بر این اساس، پاره‌ای از فقها گفته‌اند: در حواله بر مدیون، محال علیه اختیار رد حواله را ندارد (ازاکی، ۱۴۱۴: ۶۱/۲). دلایل این گروه را به اختصار می‌توان این گونه دسته‌بندی کرد: ۱- اصل بر عدم اشتراط رضایت محال علیه است. وانگهی، اصل استصحاب که مورد قبول گروه مقابل قرار گرفته، با اصل عدم اشتراط متعارض است؛ به ویژه آنکه با وجود ادله‌ای مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» که شامل توافق بین محیل و محتال هم می‌شود، نوبت به اصل استصحاب یا اکتفا به قدر متیقن نمی‌رسد. اطلاق ادله باب حواله نیز شرط نبودن رضای محال علیه را اثبات می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۱/۲۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۴۸/۲۰).

۲- حواله به معنای انتقال دین به ذمه محال علیه نیست؛ بلکه به معنای پرداخت دین از مالی است که در ذمه دیگری قرار دارد. بنابراین، همان طور که فروش مالی که در ذمه دیگری قرار دارد، حتی بدون رضایت او مجاز است، تصرف محیل در طلب خود و حواله دین مزبور به شخص دیگر نیز مجاز خواهد بود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴-۲۱۳/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۶/۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲؛ برای بحث و استدلال دقیق ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۸-۱۶۸/۲۰). ۳- اینکه مردم از لحاظ سهولت یا سختگیری در گرفتن طلب متفاوت‌اند نیز لزوم رضایت محال علیه را ثابت نمی‌کند؛ زیرا مردم بر اموال خود (و از جمله طلب خویش از دیگران) مسلط هستند و می‌توانند در آن به نحو دلخواه تصرف نمایند؛ بی‌آنکه این امر نیازمند رضایت شخص دیگر (بدهکار) باشد. به همین خاطر است که می‌توان برای وصول طلب به دیگری وکالت داد و می‌توان آن طلب را با بیع و صلح و مانند آن به دیگری انتقال داد. بنابراین محیل می‌تواند محتال را قائم‌مقام خود سازد تا محال به را از او بگیرد و دلیلی وجود ندارد که چنین امری نیازمند موافقت محال علیه باشد. در نتیجه، تفاوت اشخاص در استیفای دین، مانع مطالبه مستحق و کسی که او تعیین می‌کند، نمی‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴-۲۱۳/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۷-۳۷۶؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۹۳/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۸-۱۶۸/۲۰؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۲-۶۱/۴). ۴- موافقت محیل و محتال در حواله، مانند انعقاد بیع قبل از تسلیم مبیع

است؛ یعنی همان طور که با توافق بائع و مشتری، مالکیت مبیع منتقل می‌شود و تسلیم آن از آثار بیع است، در حواله نیز طلب محیل از محال‌علیه به محال منتقل می‌شود و پرداخت دین از سوی محال‌علیه به محیل از آثار حواله است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۳-۱۶۲/۲۶).

## ۲-۱. موضع قانون مدنی و دکترین حقوقی

این اختلاف که آیا رضایت محال‌علیه در حواله بر مدیون لازم است یا خیر، در قانون مدنی به تبع بیشتر فقها بر طرف شده و ماده ۷۲۵، قبول محال‌علیه را لازم و شرط تحقق حواله شمرده است؛ چرا که انتقال دینی که محیل به محال دارد، بر ذمه محال‌علیه، نیازمند رضایت اوست. با وجود این، از نظر تحلیلی در لزوم رضایت محال‌علیه برای تأثیر عقد و انتقال دین به ذمه محال‌علیه، بین نویسندگان حقوق مدنی اختلاف وجود دارد.

### ۱-۲-۱. نظریه لازم نبودن رضایت محال‌علیه

برخی از استادان، در حواله بر مدیون، رضایت محال‌علیه را لازم ندانسته‌اند؛ چون آنچه از محیل به محال انتقال داده می‌شود، طلبی است که او از محال‌علیه دارد و از نظر طبیعت انتقال طلب نیز رضایت مدیون لازم نیست؛ چرا که مالک می‌تواند هر تصرفی در مال خود بنماید که از آن جمله، انتقال آن است (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۷/۲؛ در تأیید آن نیز ر.ک: مهدیان و باقری، ۱۳۹۸: ۱۸۶). لیکن ایشان لزوم رضایت محال‌علیه در قانون مدنی را بی‌اشکال می‌دانند؛ زیرا حواله یکی از عقود معین است که بر اساس انتقال دین قرار گرفته و می‌تواند دارای شرایط و احکام خاصی باشد (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۸/۲).

### ۲-۲-۱. نظریه لازم بودن رضایت محال‌علیه

گروهی از حقوق‌دانان از نظر تحلیلی معتقدند نظری که قبول محال‌علیه را لازم می‌بیند، با «سازمان حقوقی انتقال دین سازگارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا چگونه ممکن

۱. البته ایشان در این تحلیل، بین اتحاد دو دین از نظر جنس و وصف، یا اختلاف آن دو تمایزی نگذاشته‌اند (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۷/۲)؛ در حالی که در صورت تغییر در جنس یا اوصاف دین، تردیدی در لزوم رضایت محال‌علیه وجود ندارد.

است دینی را بر ذمه کسی نهاد و رضای او را جلب نکرد، هرچند که تحمیل دین جدید در برابر سقوط دین پیشین او باشد؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۱۴۷ و ۲۵۲؛ همو، ۱۳۸۹: ۱۷۸؛ در تأیید این دیدگاه نیز ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۱۳).

### ۱-۲-۳. نظریه مختار

به نظر می‌رسد در این اختلاف نظر که آیا رضایت محال‌علیه لازم است یا خیر، فقها و حقوق‌دانانی که رضایت محال‌علیه را لازم شمرده‌اند، بر جنبه منفی رابطه دینی، یعنی انتقال دین (یا تعهد) تأکید کرده‌اند و آنان که وقوع و اثر حواله را نیازمند رضای محال‌علیه نمی‌دانند، به جنبه مثبت رابطه تعهد، یعنی طلب نظر داشته‌اند. بنابراین برای ارزیابی این دو رویکرد باید دید که اثر حواله، انتقال دین است یا انتقال طلب یا هر دو. در پاسخ باید گفت که حواله همواره سبب انتقال دین می‌شود، خواه بر مدیون باشد یا بر بری؛ یعنی اثر اصلی و ثابت عقد حواله، که در تمام صور آن وجود دارد، «انتقال دین» است؛ زیرا حواله موجب می‌شود دینی که محیل به محتال دارد، بر ذمه محال‌علیه قرار گیرد. به عبارت دیگر با انعقاد حواله، محیل از دینی که به محتال داشته، بری می‌شود و آن دین به ذمه محال‌علیه انتقال می‌یابد (ماده ۷۳۰ ق.م.ا). پس اثر حواله، خواه حواله بر مدیون باشد یا بر بری، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است. به همین خاطر، صحت حواله منوط به این است که محیل به محتال بدهکار باشد (ماده ۷۲۶ ق.م.ا). همچنین اگر محال‌علیه به محیل بدهکار باشد، حواله، هم موجب انتقال دین محیل به محتال، بر ذمه محال‌علیه می‌شود و هم سبب انتقال طلب محیل از محال‌علیه به محتال می‌گردد؛ یعنی طلبی که محیل از محال‌علیه دارد، به محتال منتقل می‌گردد (در تأیید همین نظر ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۱۴۷، ۲۴۶ و ۲۵۱-۲۴۹؛ همو، ۱۳۸۹: ش ۱۷۱، ۱۷۸ و ۱۹۱؛ امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۵/۲). پس در حواله بر مدیون، هم انتقال دین صورت می‌گیرد هم انتقال طلب؛ اما در حواله بر بری تنها انتقال دین واقع می‌شود. بدین ترتیب در هر دو قسم از حواله (حواله بر مدیون و حواله بر بری)، «انتقال دین» صورت می‌گیرد؛ یعنی دینی که محیل به محتال داشته است، به ذمه محال‌علیه انتقال پیدا می‌کند و به همین جهت باید حق را به فقها و حقوق‌دانانی داد که در حواله، رضایت محال‌علیه را در هر حال لازم شمرده‌اند.

در مقابل، فقیهانی که بر انتقال طلب تکیه کرده‌اند، با این ایراد روبه‌رو هستند که نه تنها انتقال طلب تنها در یک قسم از حواله (حواله بر مدیون) وجود دارد، بلکه اثر اصلی حواله را که انتقال دین محیل به محتال است، نادیده گرفته‌اند؛ امری که قابل انتقاد می‌نماید. از این رو، لزوم رضایت محال‌علیه، اعم از حواله بر مدیون و حواله بر بری، به اعتقاد ما بدین نحو توجیه می‌شود که در حواله همواره «انتقال دین» از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه صورت می‌گیرد و به همین اعتبار، مدیون شدن محال‌علیه در برابر محتال، نیازمند رضایت اوست؛ حتی اگر مثل آن دین را به محیل (مدیون پیشین) بدهکار باشد.

## ۲. تعیین اطراف عقد حواله

بر اساس دیدگاهی که رضای محال‌علیه را به هیچ عنوان لازم نمی‌بیند، تردیدی نیست که محال‌علیه طرف عقد حواله نیست. اما بر مبنای نظری که رضای محال‌علیه را ضروری می‌شمرد، در اینکه محال‌علیه طرف عقد است و اراده او همانند قبول در سایر عقود محسوب می‌شود، یا اینکه او طرف معامله نیست و صرفاً رضای او شرط تأثیر یا نفوذ عقد است، در فقه امامیه و دکترین حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد.

### ۱-۲. موضع فقه امامیه

#### ۱-۱-۲. نظریه طرف عقد بودن محال‌علیه

گروه کثیری از بزرگان فقه امامیه به ویژه متقدمان، رضایت محال‌علیه را هم‌ردیف رضایت محیل و محتال قرار داده و «رضایت» هر سه را شرط حواله دانسته‌اند؛<sup>۱</sup> بی‌آنکه تصریح یا اشاره نمایند که عقد بین محیل و محتال واقع می‌شود و رضایت محال‌علیه شرط تأثیر آن است. از ظاهر عبارات این گروه چنین برمی‌آید که آنان محال‌علیه را همانند محیل و محتال، طرف عقد حواله شمرده‌اند. ممکن است ایراد شود که کفایت «رضای» محال‌علیه به معنای ضرورت «قبول» عقد از سوی او نیست و دلالت بر طرف عقد بودن محال‌علیه ندارد (برای ملاحظه چنین ایرادی ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف:

۱. طرفداران این دیدگاه در مطلب شماره ۱-۱-۱ آمده است.

ش ۶۲ و ۷۵). اما به این ایراد می‌توان پاسخ داد؛ زیرا قریب به اتفاق فقهای یادشده در مورد قبول محیل و محتال نیز واژه «رضایت» را به کار برده‌اند و از اینجا معلوم می‌شود که «رضا» در مورد محیل و محتال به هر معنا که باشد، در مورد محال‌علیه نیز همان معنا را خواهد داشت.<sup>۱</sup> صاحب جواهر نیز می‌گوید: مقتضای دلیل کسانی که رضایت محال‌علیه را لازم می‌دانند، همین است که قبول او در کنار قبول محتال، سبب تشکیل حواله شود؛ یعنی عقد با یک ایجاب و دو قبول واقع گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶).<sup>۲</sup> برخی از فقیهان مانند صاحب عروه نیز احتمال داده‌اند که حواله با یک ایجاب و دو قبول واقع می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۳/۲ (اگرچه این احتمال را بعید می‌داند)؛ نیز ر.ک: مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲-۱۲۰).

## ۲-۱-۲. نظریه طرف عقد نبودن محال‌علیه

جمعی از فقهای امامیه، که برخی این نظر را قول مشهور در فقه دانسته‌اند، بر این باورند که عقد حواله بین محیل و محتال واقع می‌شود و محال‌علیه طرف عقد حواله نیست؛ یعنی ایجاب حواله از سوی محیل و قبول آن از طرف محتال صورت می‌گیرد و با توافق آنان حواله واقع می‌شود؛ زیرا حتی اگر رضای محال‌علیه را شرط بدانیم، صرف لزوم رضای محال‌علیه بدین معنا نیست که او طرف عقد بوده و رضای او رکن عقد محسوب می‌شود؛ بلکه رضای او در حد رضای مالک در معامله فضولی اعتبار دارد. پس، نهایت آن است که رضایت محال‌علیه «شرط متأخر» یا شرط تأثیر حواله است، نه جزئی از سبب تشکیل دهنده آن (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱/۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۸۶-۸۵/۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۶۱/۲؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۷۳؛ نجفی، ۱۴۲۷: ۱۸۸-۱۸۷؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۳۶۱/۲؛ همچنین برای تفصیل بحث و دیدن

۱. به ویژه آنکه بعضی از فقیهان معاصر، ترکیب حواله از یک ایجاب و دو قبول را به برخی از فقهای طرفدار این گروه نسبت داده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۹/۲۰-۱۷۰). برخی حقوق‌دانان نیز گفته‌اند: از اطلاق عبارت فقهای سلف، همین مفهوم استنباط می‌شود که حواله با یک ایجاب و دو قبول واقع شده و قبول محال‌علیه جزو ارکان عقد است و امتیاز بین رضای محتال و محال‌علیه بعدها در فقه امامیه وارد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲).

۲. گرچه می‌گویند: «کسی را ندیدم که رضایت محال‌علیه را به عنوان قبول لازم بداند، به این معنا که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول باشد؛ ولی مقتضای دلیل آنان همین است».

وجوه و اقول گوناگون ر.ک: ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۱/۲-۱۸۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۰/۲۶-۱۶۳ و ۱۷۳؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۱/۴-۶۲؛ جعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۶/۴-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۱۴/۴.<sup>۱</sup>

اگرچه گروهی از فقها، طرف عقد نبودن محال علیه را به مشهور نسبت داده‌اند، اما چون بسیاری از فقهای بزرگ، رضایت محال علیه را به هیچ وجه لازم نمی‌دانند و غالب فقهای متقدم نیز رضای محال علیه را در کنار رضای محیل و محتال ضروری شمرده و ظاهراً رضایت محال علیه را همسنگ رضایت محیل و محتال و همانند قبول در سایر عقود لازم دانسته‌اند، انتساب این نظر به مشهور فقها خالی از اشکال نیست؛ نهایت آنکه بتوان این نظر را قول اشهر در فقه دانست.

## ۲-۲. موضع قانون مدنی و دکترین حقوقی

اختلاف پیش گفته در فقه امامیه درباره طرفین عقد حواله، در قانون مدنی نیز حفظ شده و نویسندگان این قانون نتوانسته‌اند خود را از قید این اختلاف برهانند؛ زیرا از یکسو، ماده ۷۲۵ ق.م. «قبول محال علیه» را لازم می‌داند و آن را شرط تحقق حواله می‌شمارد و از سوی دیگر، ماده ۷۲۴ ق.م. محال علیه را «شخص ثالث» می‌نامد و این اصطلاح نشان می‌دهد که قانون‌گذار گرچه رضای محال علیه را شرط دانسته، ولی در اینکه او طرف عقد حواله است یا شخص ثالثی است که رضای او شرط نفوذ حواله محسوب می‌شود، تردید دارد. بر همین اساس، در بین استادان حقوق مدنی نیز آرای متفاوتی ارائه شده است که باید ارزیابی شود.

### ۱-۲-۲. نظریه طرف عقد نبودن محال علیه

گروهی از حقوق‌دانان به تبع نظر عده‌ای از فقها و طبق ظاهر ماده ۷۲۴ ق.م.، حواله را عقدی بین محیل و محتال می‌دانند که با ایجاب محیل و قبول محتال واقع می‌شود و محال علیه طرف عقد نیست؛ ولی رضایت او شرط تحقق عقد است (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۵-۲۸۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۰، ۱۳، ۱۸، ۵۳ و ۱۰۰؛ در تأیید آن ر.ک: مهدیان

۱. بیشتر فقهای طرفدار این گروه، رضایت محال علیه را به عنوان «شرط» تأثیر حواله یا شرط «نفوذ» آن ضروری دانسته‌اند؛ بی‌آنکه او را طرف عقد بشمارند و «قبول» او را همسنگ ایجاب و مثل قبول در سایر عقود به حساب آورند.

و باقری، ۱۳۹۸: ۱۸۶)؛ چرا که ماده ۷۲۴ ق.م. آشکارا محال‌علیه را شخص ثالث دانسته و از آن برمی‌آید که عقد حواله بین محیل و محتال منعقد می‌شود. افزون بر آن، از ماده ۷۳۲ ق.م. که برای محال‌علیه نیز در عرض محیل و محتال، حق فسخ عقد حواله (خیار شرط) را پیش‌بینی کرده، نمی‌توان استنباط کرد که محال‌علیه طرف عقد است؛ زیرا خیار شرط ممکن است به نفع ثالث پیش‌بینی شود (ماده ۳۹۹ ق.م.) و در حواله نیز می‌توان برای شخص ثالث، خیار شرط مقرر نمود و شخص ثالث نیز ممکن است محال‌علیه یا شخص دیگر باشد. همچنین در این دیدگاه، توافق بین محیل و محتال، قبل از اعلام رضایت محال‌علیه لازم است و طرفین حق فسخ آن را ندارند و با فوت یا حجر یکی از محیل یا محتال نیز عقد بر هم نمی‌خورد. به علاوه، انعقاد عقد حواله بین محیل و محتال سبب می‌شود که حق مطالبه محتال از محیل، تا زمان قبول یا رد حواله از سوی محال‌علیه ساقط شود؛ یعنی با اینکه دین هنوز بر ذمه محیل باقی است، محتال نمی‌تواند طلبش را از محیل بخواهد؛ بلکه باید به توافق خود پایبند باشد و به محال‌علیه رجوع کند. به این ترتیب، حواله در این دیدگاه عقد معلق است؛ زیرا اثر آن، که اشتغال ذمه محال‌علیه و براءت ذمه محیل است (ماده ۷۳۰)، معلق بر رضایت محال‌علیه خواهد بود. همچنین توافق بین محتال و محال‌علیه (مراجعه طلبکار به او و تقاضای پرداخت طلب از سوی وی) نیز یک عقد دیگر است که نسبت به عقد حواله (بین محیل و محتال) یک عقد تبعی محسوب می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۵، ۲۲، ۱۰۰، ۱۰۲، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۲۲۳).<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۲. نظریه طرف عقد بودن محال‌علیه

برخی از استادان حقوق، بر این باورند که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است و محال‌علیه هم مثل محتال، طرف عقد به شمار می‌آید و از این رو باید حواله را بپذیرد تا عقد واقع شود و سبب انتقال دین گردد. در واقع، عقد حواله نهادی مرکب از دو عقد

۱. ایشان در شماره ۲۲ می‌گویند: فوت محیل در فاصله انعقاد حواله تا قبول محال‌علیه، تأثیری در آغاز عقد حواله که قبلاً واقع شده، ندارد و اگر محال‌علیه حواله را قبول کند، باید وجه حواله را به محتال بدهد. در صورت نکول، محتال به ترکه محیل مراجعه خواهد کرد و از ماده ۷۳۲ و قاعده عقود لازم هم همین دانسته می‌شود.



است که هر کدام منوط به وقوع دیگری است. ایجاب محیل نیز ترکیبی از دو ایجاب گوناگون است: ایجابی خطاب به محتال که طلب او باید بر ذمه محال‌علیه قرار گیرد، و ایجاب دیگر به محال‌علیه که موضوع حواله را بر عهده بگیرد و بپردازد. اگر این هر دو ایجاب مورد قبول قرار گیرد، اثر عقد نیز محقق می‌شود. ولی هر کدام از این دو عقد نیز آثار مقدماتی و خاص خود را دارد و طرفین را پایبند می‌کند. قانون مدنی نیز همین نظر را پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۷۲۵، رضای محتال و قبول محال‌علیه در عرض یکدیگر، شرط تحقق حواله قرار گرفته است. در ماده ۷۳۲ نیز محال‌علیه در کنار محیل و محتال از اطراف عقد حواله شناخته شده است. بنابراین از مفاد ماده ۷۲۴ که محال‌علیه را ثالث نامیده است، نباید چنین استفاده شود که نویسندگان قانون مدنی، او را در برابر دو طرف عقد (محیل و محتال) ثالث نامیده‌اند. قانون‌گذار بر مبنای طلب محیل از محتال، حواله را تعریف کرده است. بدیهی است که بر این مبنا، محال‌علیه نسبت به دو طرف دین (طلبکار و بدهکار) ثالث است که در نتیجه حواله، دین بر ذمه او قرار می‌گیرد. پس به کار بردن وصف ثالث برای محال‌علیه، به اعتبار رابطه دینی بین محیل و محتال است، نه بر مبنای تعیین اطراف عقد حواله (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱؛ همو، ۱۳۸۹: ش ۱۷۱ و ۱۹۰).<sup>۱</sup>

### ۳-۲-۲. نظریه برگزیده و تحلیل منتخب

به نظر می‌رسد اگر رضایت محال‌علیه را در حواله لازم بدانیم - همچنان که گفتیم - او را نیز باید طرف عقد بشماریم؛ یعنی عقد با یک ایجاب و دو قبول واقع شود. این دیدگاه را می‌توان از منظر قانون مدنی و تحلیل حقوقی با دلایل زیر اثبات کرد: یک) در قانون مدنی نشانه‌های فراوانی وجود دارد که قانون‌گذار محال‌علیه را طرف عقد دانسته است:

۱- ماده ۷۲۵ ق.م. از «قبول محال‌علیه» سخن گفته، نه از «رضایت» او، و افزون بر آن، قبول او را «شرط تحقق» حواله شمرده است؛ یعنی بدون موافقت محال‌علیه، عقد

۱. ایشان می‌نویسد: «عقد حواله بر خلاف معهود سه طرف دارد: ایجاب از سوی محیل است و قبول از محال‌علیه و محتال، که هر دو ذی‌نفع و طرف خطاب هستند؛ محتال از آن جهت که به انتقال طلب خود از محیل رضا دهد و محال‌علیه بدین اعتبار که دین محیل را در برابر سقوط دین خود عهده‌دار می‌شود».

حواله محقق و واقع نمی‌شود، بلکه تنها پس از قبول اوست که حواله منعقد می‌شود. بنابراین نمی‌توان بر توافق محیل و محتال، عنوان حواله نهاد.

۲- ماده ۷۳۰ ق.م. که صریح‌ترین موضع قانون‌گذار در این باره است، مقرر می‌دارد: «پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده، بری و ذمه محال‌علیه مشغول می‌شود».

این ماده نیز از تحقق حواله سخن گفته است که همان زمان قبول محال‌علیه و محتال، هر دو است، نه صرف قبول محتال. افزون بر آن، این نکته نیز مسلم است که تا زمان اعلام رضایت محال‌علیه، نه دین محیل به محتال از بین می‌رود و نه ذمه محال‌علیه به محتال مشغول می‌گردد. بنابراین به روشنی اثبات می‌شود که قانون‌گذار به توافق محیل و محتال، عنوان حواله نمی‌دهد و آثار و احکام حواله را بر آن، ولو به صورت معلق بر اعلام رضای محال‌علیه بار نمی‌کند؛ بلکه این آثار پس از تحقق حواله که همان زمان موافقت محال‌علیه است، مترتب می‌شود.

۳- ماده ۷۲۹ ق.م. نیز می‌گوید:

«هر گاه در وقت حواله، محال‌علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند».

از این ماده هم برمی‌آید که حواله، همان توافق بین محیل و محتال و محال‌علیه است، نه صرف توافق محیل و محتال؛ زیرا بدیهی است که اگر در زمان توافق محیل و محتال، محال‌علیه معسر باشد، اما در زمان مراجعه محتال به او، وی از اعسار خارج شده باشد و حواله را بپذیرد، محتال حق فسخ حواله را نخواهد داشت. بنابراین، این ماده نیز نشان می‌دهد که حواله عقدی است که بین محیل و محتال و محال‌علیه واقع می‌شود و اگر در زمان حواله که محال‌علیه حواله را می‌پذیرد، او معسر باشد، محتال حق فسخ دارد؛ ولی اعسار او قبل از این مرحله، به محتال حق فسخ نمی‌دهد، همان طور که بعد از این مرحله و پس از انعقاد حواله نیز محتال حق فسخ عقد ندارد.

۴- ماده ۷۳۲ ق.م. هم اعلام می‌دارد:

«حواله عقدی است لازم و [به همین دلیل]، هیچ یک از محیل و محتال و محال‌علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند».

این ماده نیز آشکارا نشان می‌دهد که «حواله» زمانی واقع می‌شود که هر سه طرف آن را قبول کرده باشند و به همین جهت، از حق فسخ هر سه طرف سخن می‌گوید. در حالی که اگر عقد حواله، همان توافق بین طلبکار و بدهکار بود، حق فسخ محال‌علیه نسبت به آن مفهومی نداشت و قانون‌گذار می‌بایست از حق فسخ محیل و محتال سخن می‌گفت؛ زیرا بدیهی است که حق فسخ عقد، اختصاص به طرفین آن دارد، مگر اینکه طرفین حق فسخ برای ثالث قائل شده باشند، و منظور قانون‌گذار در این ماده نیز حالتی نیست که شرط خیار به نفع محال‌علیه پیش‌بینی شده باشد؛ چون ماده اطلاق دارد و ظاهر آن، به کمک سایر مواد این باب نیز به روشنی نشان می‌دهد که محال‌علیه طرف عقد است و از همین رو، حق فسخ آن را دارد.

۵- سایر مواد قانونی در باب حواله، مانند مواد ۷۲۵ و ۷۳۳ ق.م. هم دلالت بر آن دارند که محال‌علیه نیز طرف عقد حواله است.

۶- درست است که در ماده ۷۲۴، قانون‌گذار محال‌علیه را شخص ثالث نامیده است، اما از این ماده نمی‌توان استنباط کرد که محال‌علیه نسبت به عقد حواله، شخص ثالث است؛ بلکه او نسبت به رابطه دینی، شخص ثالث محسوب می‌شود. در حقیقت، ماده فوق از دید طلبکار و بدهکار تنظیم شده است که در آن به اصطلاح قانون مدنی، «طلب طلبکار از ذمه بدهکار به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌شود». بنابراین چون محال‌علیه طرف «رابطه دینی» نیست، طبیعی است که قانون‌گذار از منظر بدهکار و طلبکار، او را شخص ثالث بداند؛ اما از این جهت که «طرف عقد» حواله است یا شخص ثالث، دیدیم که مواد دیگر این باب، او را طرف حواله می‌دانند نه شخص ثالث.

دو) از حیث تحلیلی هم می‌توان این دیدگاه را توجیه کرد. در اینکه چه عملی عقد و چه عملی ایقاع است و در صورت عقد بودن، چه اشخاصی طرف عقد هستند، به نظر می‌رسد ضابطه این است که اگر عمل حقوقی مورد نظر به ضرر شخص دیگر باشد و نوعی تجاوز یا تعدی به حقوق او به شمار آید، این عمل را باید عقد دانست (برای ملاحظه این ضابطه ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۵۰؛ همو، ۱۳۹۰ ب: ش ۱۲) و آن فرد را باید طرف عقد شمرد. بر اساس این ضابطه، در تعهد به «سود شخص ثالث»، چنان که در جای خود گفتیم، او طرف عقد نیست و قبول او، رکن عقد و شرط تحقق آن به شمار نمی‌آید

(صفایی، ۱۳۹۹: ۱۹۱-۱۹۲). همچنین در وصیت تملیکی نیز که به سود موصی له واقع می‌شود، طبیعت وصیت و عدم تجاوز به حقوق موصی له سبب می‌شود که وصیت تملیکی عقد نباشد؛ بلکه همچنان که در جای خود ثابت نمودیم، این قسم از وصیت از حیث ماهیت ایقاع است و قبول موصی له اعلام رضا به ورود موصی به در دارایی اوست و چه بسا عدم رد وصیت نیز برای تأثیر آن کافی باشد (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ش ۱۲-۱۵ و ۳۳). اما وصیت عهدی از این ضابطه خارج است؛ زیرا در آن، مصالح اجتماعی سبب شده است که شارع مقدس و قانون‌گذار مدنی، عملی را که به ضرر ثالث است، ایقاع شمرد و به شخص ثالث متضرر (وصی) تنها اختیار رد وصیت در زمان حیات موصی را بدهد (همان: ش ۱۶ و ۸۲). بر اساس این ضابطه به نظر می‌رسد که باید حواله را عقد و محال‌علیه را نیز طرف عقد شمرد؛ زیرا توافق محیل و محتال، به ضرر ثالث (محال‌علیه) است و دین محیل به محتال را به ذمه او انتقال می‌دهد؛ در حالی که هیچ شخص یا اشخاصی نمی‌توانند برای شخص ثالث دینی ایجاد نمایند یا تعهدی به ضرر او کنند. بر این اساس باید گفت که حواله عقد سه‌جانبه است و محال‌علیه نیز طرف عقد محسوب می‌شود. افزون بر آن، فقها و حقوق‌دانانی که حواله را عقدی بین محیل و محتال دانسته و محال‌علیه را شخص ثالثی شمرده و رضایت او را شرط تحقق انتقال دین یا شرط نفوذ یا تأثیر حواله دانسته‌اند، هیچ دلیل منطقی یا توجیه قانع‌کننده‌ای برای اثبات ادعای خود ارائه نداده‌اند. شاید به همین دلیل است که فقیه بزرگی چون صاحب جواهر می‌گوید مقتضای نظر آنانی که رضای محال‌علیه را لازم شمرده‌اند، این است که او طرف عقد باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶). وانگهی، اینکه حواله را عقد معلق بدانیم، یعنی عقد بین محیل و محتال واقع شود و نفوذ آن معلق بر قبول محال‌علیه باشد و یا حتی توافق محیل و محتال را معلق بر رضای محال‌علیه بدانیم یا اینکه حواله را متشکل از دو عقد (یکی عقد بین محیل و محتال و دیگری عقد بین محتال و محال‌علیه) بدانیم (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۵، ۲۲، ۱۰۰، ۱۰۲، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۲۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱)، با مفاد عرفی حواله سازگاری ندارد. بنابراین به نظر می‌رسد در تمام اقسام حواله، خواه حواله به غیر مدیون یا به غیر جنس دین واقع شود و یا حواله به مدیون برای همان جنس و وصف دین داده شود، محال‌علیه نیز طرف عقد است.

از جهت آثار و نتایج «طرف عقد بودن محال‌علیه» نیز به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه ادعا شده است،<sup>۱</sup> تا زمان قبول محال‌علیه، هیچ الزامی از توافق محیل و محتال بر نمی‌خیزد و فوت یا حجر هر یک از محیل و محتال و محال‌علیه به زوال تراضی می‌انجامد؛ زیرا نه تنها هیچ ضرورتی وجود ندارد که محیل و محتال را ملتزم به توافق خود بدانیم و فوت و حجر هر یک از آن‌ها را سبب زوال اعتبار تراضی محسوب نکنیم، در مورد محال‌علیه نیز هیچ توجیهی وجود ندارد که با فوت یا حجر او، حواله همچنان باقی بماند و وراثت او بتواند حواله را قبول یا رد نمایند؛ به ویژه آنکه محتال به شخصیت و توان مالی و اخلاقی محال‌علیه نظر دارد و ممکن است وراثت او به اندازه مورثان از نظر اقتصادی و اخلاقی ملائت نداشته و یا خوش حساب نباشند. در این صورت، ملزم دانستن محتال در رجوع به وراثت محال‌علیه (در صورت قبول حواله از سوی آن‌ها) و عدم اختیار رجوع او به محیل توجیهی ندارد. افزون بر آن، مفاد عرفی عقد حواله این است که طرحی که محیل و محتال ریخته‌اند، تنها در صورت قبول محال‌علیه کارساز شود و قبل از آن، الزام و التزامی برای طرفین به وجود نیارد.

### ۳. تمهید نظریه عمومی انتقال طلب و انتقال دین

برای پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان از قواعد حواله، قاعده عمومی انتقال دین و طلب را در فقه امامیه و حقوق ایران به دست داد، ابتدا موضع حقوق روم و فرانسه در زمینه تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب مطالعه می‌شود تا سیر تحولات قانون‌گذاری و دکترین حقوقی این کشور، که در قانون مدنی ما هم منعکس شده و سبب ایجاد اختلاف گردیده، روشن گردد و بتوان از تجربیات و تحولات این کشور در تفسیر مواد قانون مدنی ایران و رفع ابهام‌های آن استفاده برد؛ آنگاه به بررسی موضوع از دید فقه امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی پرداخته می‌شود و در نهایت تحلیل منتخب و نظر برگزیده ارائه خواهد شد.

۱. ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱، ولی در صورت فوت محال‌علیه قبل از قبول، حواله را منتفی و منحل می‌دانند. در مقابل، برخی نویسندگان، فوت محیل (یا محتال) پیش از قبول حواله از سوی محال‌علیه را بر اساس نظری که حواله را متشکل از یک ایجاب و دو قبول می‌داند، سبب زوال تراضی شمرده‌اند؛ زیرا هنوز یک جزء عقد حواله، یعنی قبول محال‌علیه، به وجود نیامده است (جعفری نگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۲۲).

### ۱-۳. موضع حقوق روم و فرانسه

در حقوق روم، تعهد (اعم از جنبه مثبت آن یعنی طلب، و جنبه منفی آن یعنی دین)، صرفاً رابطه شخصی بین دو طرف (متعهد و متعهدله) به شمار می‌آید و از شخصیت متعهد قابل تفکیک و جدا شدن نبود و وجود مستقلی نداشت. وانگهی، طلب بر خلاف اموال، جزء دارایی متعهدله نبود. بنابراین بر خلاف اموال که خود عینیت و وجود خارجی دارند و به همین دلیل قابل نقل و انتقال ارادی و قهری هستند، دین و طلب وابسته به شخصیت متعهد بوده و قابلیت نقل و انتقال نداشتند. به تدریج در اثر تحولاتی که در حقوق روم پدید آمد، امکان انتقال قهری تعهد (در اثر فوت متعهد یا متعهدله) در اثر قبول نظریه قائم مقامی پذیرفته شد؛ اما امکان انتقال ارادی تعهد از سوی طلبکار و بدهکار همچنان انکار می‌شد. در نتیجه در حقوق روم، «انتقال تعهد»<sup>۱</sup> شامل «انتقال طلب»<sup>۲</sup> و «انتقال دین»<sup>۳</sup> به رسمیت شناخته نشده بود. برای رفع این مشکل، حقوق دانان نهاد «تبدیل تعهد»<sup>۴</sup> را تأسیس کردند تا از طریق توافق بین اطراف تعهد و شخص جدیدی که دین یا طلب به او منتقل می‌شود، ابتدا تعهد سابق که وابسته به اطراف آن بود، از بین برود و سپس تعهد جدیدی با همان موضوع و شرایط و اوصاف به وجود بیاید. بنابراین انتقال دین و انتقال طلب به صورت مستقیم امکان‌پذیر نبود؛ بلکه «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون»<sup>۵</sup> و «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن»<sup>۶</sup> به عنوان نهادی که به صورت غیر مستقیم، نتیجه مشابهی را در پی دارد، مورد پذیرش قرار گرفت (Carbonnier, 1998: 466; Weill, 1971: 5-6 et 41; Terré et al., 2009: 1177-1178;

Jourdain et Wéry, 2019: 161 et ss. et 757 et ss.).

با تصویب کد ناپلئون که از حقوق روم الهام گرفته بود، نهاد تبدیل تعهد (از جمله تبدیل تعهد به اعتبار تغییر دائن و مدیون) وارد نظام حقوقی جدید فرانسه شد و مواد

1. La transmission des obligations.
2. La cession de créanc.
3. La cession de dette.
4. La novation.
5. La novation par changement de débiteur.
6. La novation par changement de créancier.

۱۲۷۱ تا ۱۲۸۱ ق.م. این کشور، اقسام و احکام و آثار تبدیل تعهد را بیان داشت. بدین ترتیب تا پیش از کد ناپلئون (که به حقوق قدیم فرانسه موسوم است)، همانند رومین، انتقال ارادی تعهد به رسمیت شناخته نشده بود؛ اما در حقوق جدید این کشور، از مفاد ماده ۱۶۹۲ ق.م. صحت «انتقال طلب» قابل استنباط بود.<sup>۱</sup> حقوق دانان فرانسوی نیز برای تعهد، همانند اموال، عینیت و وجود مستقلی از متعهد قائل شدند و در کنار «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن»، امکان «انتقال طلب» را به صورت مستقیم و بی آنکه نیازی به رضایت بدهکار باشد، پذیرفتند و بدین ترتیب تبدیل تعهد به اعتبار تغییر طلبکار اهمیت و فایده اصلی خود را از دست داد. اما از حیث جنبه منفی تعهد یا «انتقال دین»، قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ حکمی نداشت و حقوق دانان نیز در شناسایی آن تردید جدی داشتند؛ به طوری که برای استفاده از فواید عملی آن به ناچار به نهاد «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون» متوسل می شدند. به این ترتیب، حتی پس از تصویب کد ناپلئون نیز «انتقال دین» هنوز به رسمیت شناخته نمی شد؛ چرا که هنوز هم بر وابستگی تعهد به شخصیت و اوصاف اخلاقی و توانایی مالی متعهد تأکید فراوان می شد. وانگهی، طلب ملک طلبکار است و مدیون نمی تواند بدون رضایت مالک آن، در آن تصرف کند یا به دیگری واگذار نماید. حتی اگر طلبکار به این انتقال رضایت می داد، باز هم مشهور حقوق دانان فرانسه در «انتقال واقعی دین» و برائت ذمه مدیون تردید جدی داشتند و برای توجیه این امر، هنوز هم خود را نیازمند نهاد تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون می دانستند. بنابراین انتقال مستقیم دین، به این صورت که متعهد دینی را که به متعهدله دارد به شخص ثالثی واگذار کند، از سوی غالب نویسندگان فرانسوی پذیرفته نشده بود (Weill, 1971: 41 et 951-953; Terré et al., 2009: 1178-1181; Mazeaud, 1998: 1244 et s. et 1275; Ghestin et al., 2005: 414 et s. et 889; Jourdain et Wéry, 2019: 759 et ss.).

با وجود این، در اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶،<sup>۲</sup> تغییرات مهمی در

1. Article 1692 (abrogé): Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804; Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 5: "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque".

2. Code civil français: Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3.

این حوزه صورت گرفت. مواد ۱۳۲۹ تا ۱۳۳۵ به «تبدیل تعهد» اختصاص یافت و ماده ۱۳۳۲ در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون، رضایت او را لازم ندانست؛ اما ماده ۱۳۳۳ در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن، رضایت مدیون را ضروری شمرد. همچنین مواد ۱۳۲۱ تا ۱۳۲۶ ق.م. فرانسه در سال ۲۰۱۶ به «انتقال طلب» پرداخت<sup>۱</sup> و ضمن بیان تعریف و شرایط و احکام و آثار انتقال طلب نسبت به طرفین و اشخاص ثالث (مدیون)، رضایت بدهکار را به عنوان قاعده لازم نشمرد. «انتقال دین» نیز در مواد ۱۳۲۷ و ۱۳۲۸ ق.م. مصوب ۲۰۱۸ پیش‌بینی شد.<sup>۲</sup> ماده ۱۳۲۷ این قانون در حکمی جدید، به بدهکار اجازه می‌دهد که با توافق طلبکار، بدهی خود را به شخص دیگری واگذار نماید و بند دوم این ماده در صورت موافقت طلبکار، مدیون اصلی را پس از انتقال دین بری می‌داند؛ وگرنه هر دو در برابر طلبکار مسئولیت تضامنی دارند، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد. (Pour une discussion détaillée, voir: Jourdain et Wéry, 2019: 161 et ss. et 757 et ss.)

به این ترتیب در اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸، نهاد انتقال دین به معنای واقعی آن، علی‌رغم قرن‌ها تردید و مخالفت از سوی بسیاری از حقوق‌دانان به رسمیت شناخته شده و از این رو، فایده عملی تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون کاسته شده است. در نتیجه می‌توان گفت که در حقوق فرانسه، انتقال طلب از حدود دو قرن پیش (از سال ۱۸۰۴)، و انتقال دین از سال ۲۰۱۶ مورد پذیرش قرار گرفته است.

### ۲-۳. موضع فقه امامیه

#### ۱-۲-۳. انتقال طلب

از مباحثی که فقیهان امامیه درباره رضایت محال‌علیه در حواله بر مدیون مطرح کرده‌اند، به ویژه اینکه حواله موجب انتقال مافی‌الذمه محال‌علیه به محتال می‌شود، می‌توان گفت که مشهور فقها انتقال طلب را حتی بدون رضایت مدیون صحیح شمرده‌اند. توضیح اینکه برخی فقیهان درباره لزوم رضایت محال‌علیه گفته‌اند: مردم از نظر سهولت یا سختگیری در معاملات خود متفاوت هستند و به همین جهت، رضایت محال‌علیه در

1. Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3.

2. Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 12.



حواله لازم است؛ زیرا نمی‌توان محال‌علیه را بدون رضای او وادار ساخت که بدهی‌اش به محیل را به محتال بپردازد. اگر این نظر پذیرفته شود، باید پذیرفت که هر انتقال طلبی نیازمند رضایت بدهکار است. با وجود این، بسیاری از بزرگان فقه به این استدلال پاسخ داده، معتقدند که تفاوت مردم از لحاظ سهولت یا سختگیری در گرفتن طلب، ضرورت رضایت محال‌علیه را اثبات نمی‌کند؛ زیرا مردم بر اموال خود و طلبی که از دیگران دارند، مسلط هستند و می‌توانند در آن به هر نحو که بخواهند، تصرف نمایند؛ بی‌آنکه چنین امری نیازمند رضایت بدهکار باشد. از همین روست که طلبکار می‌تواند مافی‌الذمه بدهکار را از طریق عقد بیع یا صلح به دیگری منتقل سازد. بنابراین تفاوت اشخاص در استیفای دین خود و سختگیری عده‌ای و مدارای گروه دیگر، مانع از این نمی‌شود که طلبکار شخصاً یا از طریق دیگر بتواند طلب خود را از بدهکار بگیرد یا آن را به شخص ثالثی منتقل سازد و انتقال‌گیرنده بتواند آن را از همان مدیون مطالبه نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ جعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴-۲۱۳/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۹۳/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۹-۱۶۸/۲۰؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۶/۲؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۶-۳۷۷). از این دیدگاه به روشنی برمی‌آید که مطالبات همانند اموال مادی، طبق اصل تسلیط، در سیطره اقتدار و اختیار مالک (صاحب حق) است و تصرف در آن مستلزم رضایت شخص دیگر (بدهکار) نیست.

### ۲-۲-۳. انتقال دین

در عقد حواله، بدهکار (محیل) با رضایت طلبکار (محتال)، دینی را که به او دارد، به شخص ثالث انتقال می‌دهد؛ یعنی عقد حواله سبب انتقال دین از ذمه محیل (بدهکار) به ذمه محال‌علیه (شخص ثالث یا مدیون جدید) می‌شود و این جابه‌جایی با موافقت طلبکار (محتال) صورت می‌پذیرد. از این نظر، حواله به «انتقال مستقیم دین» شباهت دارد که در آن، مدیون بدهی خود را به شخص ثالثی واگذار می‌کند و این بحث مطرح است که آیا چنین انتقالی بدون موافقت طلبکار درست است یا در هر حال، نیازمند رضایت اوست؟ فقهای امامیه در پاسخ به این سؤال در عقد حواله گفته‌اند: طلبی که محتال بر ذمه محیل دارد، حقی برای محتال و دینی بر عهده محیل است و

اگر محیل بخواهد آن دین را بدون رضایت طلبکار به شخص ثالثی منتقل سازد، چنین امری با اصل سلطنت طلبکار بر طلب خود و قاعده عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت صاحب آن منافات دارد. پس محتمل ملزم به قبول حواله نیست و نمی‌توان او را مجبور به پذیرش انتقال طلب خود از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه نمود؛ بلکه چنین امری در هر حال نیازمند رضایت و موافقت طلبکار است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۲/۲؛ همو، ۱۴۰۷: ۳۰۶-۳۰۵/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۲/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۶۳/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۴-۴۴۱-۴۴۲؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۷۹/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۵۹/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۱-۱۶۰/۲۶ و ۱۶۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۰۸/۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۸۵/۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۷-۱۳۵/۴؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۴/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۴۲/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۸/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۶/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۷۰-۱۶۶/۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۶-۷۸۴/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۲-۵۰۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۷/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۸-۱۸۷/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۲-۶۱/۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۸۶-۸۵/۶ و ۸۹؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۳-۳۱/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۶۲-۳۶۱/۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۵-۱۸۶/۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲-۱۲۰). از این حکم به آسانی می‌توان فهمید که در فقه امامیه، انتقال دین بدون رضایت طلبکار امکان ندارد؛ اما اگر طلبکار به انتقال دین رضا دهد، مانعی در صحت قرارداد «انتقال دین» وجود نخواهد داشت.

### ۳-۳. تحلیل قانون مدنی و نظر برگزیده

از آنچه در فقه امامیه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که «انتقال دین» به صورت مستقیم با رضای طلبکار، مورد پذیرش فقها قرار گرفته است. بنابراین امری که در حقوق روم و حقوق قدیم و جدید فرانسه نفی می‌شد و قانون‌گذار فرانسه در اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸ آن را پذیرفت، در مذهب جعفری عمری به بلندای تأسیس فقه امامیه دارد. همچنین «انتقال طلب» در فقه شیعه به صورت مستقیم پذیرفته شده و نیاز به رضایت بدهکار نیز ندارد. در نتیجه، نهادی که در حقوق فرانسه حدود دو قرن پیش پذیرفته شده، از آغاز ظهور دین اسلام به ویژه از طریق نهادی چون بیع، صلح یا هبه طلب (به مدیون یا غیر او)، مورد پذیرش قرار گرفته است.

همچنین قانون‌گذار در مقررات حواله، انتقال طلب و انتقال دین را به نحو غیر مستقیم پذیرفته است. لزوم رضای محتال و محال‌علیه (ماده ۷۲۵ ق.م.ا) نشان می‌دهد که «انتقال دین» به ذمه دیگری، افزون بر اینکه نیاز به قبول بدهکار جدید دارد، طلبکار نیز باید آن را قبول نماید. مفاد بند ۲ ماده ۲۹۲ ق.م.ا هم با بیان اینکه «وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید»، شامل انتقال مستقیم دین با رضایت طلبکار می‌شود (برای مطالعه احکام و آثار انتقال دین ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۱-۲۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸۶-۱۹۶، به ویژه ش ۱۹۰ و ۱۹۶).

همچنین اینکه محیل می‌تواند طلبی را که از محال‌علیه (در حواله بر مدیون) دارد، به محتال انتقال دهد، نشان می‌دهد که انتقال طلب نیز در قانون مدنی و حقوق مدنی ایران پیش‌بینی شده است. در قانون اعسار ۱۳۱۳ هم قانون‌گذار انتقال طلب را مقرر نموده بود،<sup>۱</sup> ولی با نسخ قانون اعسار به موجب ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴، این حکم از نظام حقوقی ما حذف شده است؛ اما مفاد آن که امکان انتقال مستقیم طلب از سوی طلبکار به شخص دیگر است، از مقررات حواله نیز قابل استنباط است و اصول حقوقی و ماده ۱۰ ق.م.ا نیز آن را تأیید می‌کند. از این رو با حذف قانون اعسار نیز انتقال طلب در حقوق ما به صورت مستقیم معتبر است. افزون بر آن، بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م.ا نیز که می‌گوید: «وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید»، شامل انتقال مستقیم طلب نیز می‌شود، بی‌آنکه نیازی به رضای بدهکار داشته باشد (در این باره ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۳-۲۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۷۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ۳۷؛ برای مطالعه احکام و آثار انتقال طلب ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۹-۱۸۱). البته در قانون اعسار، مانند حقوق فرانسه، برای قابلیت استناد انتقال طلب در برابر بدهکار، آگاهی او لازم بوده است که قاعده‌ای معقول و منطبق با حسن‌نیت است و معنای این قاعده آن است که اگر بدهکار بدون اطلاع از انتقال طلب، دین خود را به طلبکار سابق بپردازد، براءت حاصل می‌کند. چون با نسخ قانون اعسار، قبول این قاعده در حقوق فعلی دشوار است، شایسته است که قانون‌گذار در این خصوص چاره‌اندیشی کند یا

۱. مطابق این ماده: «کسی که طلب خود را به غیر مدیون انتقال داده و بعد از انتقال آن را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد کلاهبردار محسوب می‌شود».

رویه قضایی تدبیری بیندیشد (ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۴-۲۸۵).

بر این اساس می‌توان گفت نیازی نبود که قانون مدنی با پیروی از حقوق فرانسه، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و مدیون را در بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ پیش‌بینی نماید؛ بلکه کافی بود به تبع فقه امامیه، انتقال طلب و انتقال دین را جایگزین آن دو می‌ساخت. در حال حاضر نیز ظاهر بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲، تاب چنین تفسیری را دارد که علی‌رغم عنوان این ماده، حمل بر انتقال طلب و انتقال دین شود. در این صورت، بر خلاف ظاهر ماده ۲۹۳ ق.م. باید بر این نظر بود که در انتقال دین و طلب، تضمینات و فروعات دین ساقط نمی‌شود؛ بلکه همان طور که در جای خود به تفصیل بحث کرده‌ایم، به همراه انتقال دین یا طلب، وثایق و امتیازها و ایرادها و دفاعیات مربوط به دین یا طلب نیز منتقل می‌شود (صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۳۶۵-۳۷۰)؛ همچنان که در مواد ۱۳۲۴ و ۱۳۲۸ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶ نیز همین راه حل پذیرفته شده است. بنابراین حکم مقرر در ماده ۲۹۳ ق.م. باید حمل بر موردی شود که قصد طرفین از تغییر طلبکار یا بدهکار، تبدیل تعهد به معنای واقعی آن (سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید) باشد.

### نتیجه‌گیری

۱. دستاوردهای تحقیق: عقد حواله به دلیل آنکه سه طرف در آن دخیل‌اند و غالباً انتقال دین و طلب و مبادله بین آن‌ها در قالب حواله صورت می‌پذیرد، عقدی پیچیده بوده و مباحث فنی و تحلیلی زیادی را در متون فقهی و دکترین حقوقی به خود اختصاص داده است. یکی از مباحث اصلی و چالش‌برانگیز در این زمینه، آن است که آیا رضایت محال‌علیه در انعقاد حواله یا برای تأثیر آن ضرورت دارد یا بدون نیاز به رضای او حواله واقع می‌شود و رضای او هیچ نقشی در حواله ندارد؟ در پاسخ به این پرسش، فقها و حقوق‌دانانی که بر جنبه انتقال طلب در حواله تکیه می‌کنند، رضای محال‌علیه را ضروری نمی‌دانند؛ زیرا انتقال طلب نیاز به رضای بدهکار ندارد. در حقیقت، محیل با صدور حواله در مال خود (طلب خویش از محال‌علیه) تصرف می‌کند و تصرف در مال خویش نیز نیازمند رضایت فرد دیگری نیست. در مقابل، فقیهان و نویسندگانی که بر جنبه انتقال دین تأکید دارند، رضای محال‌علیه را در هر حال لازم

شمرده‌اند؛ به ویژه آنکه اشخاص از حیث سهولت و سختگیری با هم تفاوت دارند و این امر اقتضا دارد که محال‌علیه بدون رضایت خویش تعهدی در برابر محتال نداشته باشد. در این اختلاف نظر بین فقها و دکترین حقوقی، به دلیل آنکه ما حواله را همواره موجب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه دانستیم، باید نظری را پذیرفت که انتقال دین به ذمه محال‌علیه را در هر حال نیازمند رضای او می‌بیند، هرچند که او همانند آن دین را به محیل بدهکار باشد. ماده ۷۲۵ ق.م. نیز به درستی همین راهکار را پذیرفته است.

اختلاف دیگر آن است که فقیهان امامیه و حقوق‌دانانی که رضای محال‌علیه را لازم می‌دانند، در اینکه او طرف عقد حواله است یا شخص ثالثی است که رضای او شرط تأثیر حواله (یا شرط تحقق انتقال دین) است، دو گروه شده‌اند: گروهی از آنان، که شاید بتوان گفت قول مشهورتر در بین فقها را تشکیل می‌دهند، بر این باورند که عقد حواله بین محیل و محتال واقع می‌شود و رضای محال‌علیه، رکن حواله و شرط وقوع آن نیست؛ بلکه همانند رضای مالک در معامله فضولی اعتبار دارد. در مقابل، جمعی از فقیهان، رضایت یا قبول محال‌علیه را هم‌ردیف و در عرض رضای محتال برای تحقق و انعقاد حواله لازم شمرده‌اند، بی‌آنکه تصریح نمایند که حواله متشکل از یک ایجاب و دو قبول است و قبول محال‌علیه نیز همسنگ قبول محتال است، یا اینکه محال‌علیه طرف عقد به حساب نمی‌آید و قبول او به عنوان «شرط» وقوع یا تأثیر حواله است و به معنای «رضایت» به چیزی است که قبلاً واقع شده است. در این اختلاف نظر، به نظر می‌رسد که چون توافق محیل و محتال برای انتقال دین بر ذمه محال‌علیه، نوعی تجاوز به حقوق وی و به زیان اوست، می‌توان او را طرف عقد شناخت و تمام قواعد مربوط به ایجاب و قبول در سایر عقود را در مورد ایجاب محیل و قبول محتال و محال‌علیه نیز جاری ساخت. مواد متعدد قانون مدنی نیز این رویکرد را تأیید می‌کنند. بنابراین برخلاف آنچه فقها و حقوق‌دانان گفته‌اند، نه تنها حواله ترکیبی از یک ایجاب و دو قبول است، بلکه فوت هر یک از طرفین پیش از قبول محتال یا محال‌علیه، مانع از حصول عقد است. پذیرش این دیدگاه، آثار فراوان دیگری نیز دارد؛ مانند لزوم بقای اهلیت طرفین تا زمان حاصل شدن آخرین قبول (علت تامه پیدایش عقد حواله).

به علاوه، از مباحثی که فقهای امامیه ذیل حواله مطرح ساخته‌اند، به ویژه این استدلال که طلب محتال بر ذمه محیل است و انتقال آن به ذمه دیگر بدون رضایت طلبکار، با قاعده عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت صاحب آن و اصل سلطنت طلبکار بر طلب خود مغایرت دارد، معلوم می‌شود که فقهای امامیه انتقال دین بدون رضایت طلبکار را امکان‌پذیر نمی‌دانند؛ اما اگر طلبکار به این انتقال رضایت دهد، مانعی در «انتقال دین» وجود ندارد. همچنین فقیهان امامیه بر این عقیده‌اند در فرضی که محیل از محال‌علیه طلبکار است، می‌تواند شخصاً یا از طریق دیگری (محتال)، طلب خود را از محال‌علیه مطالبه نماید و یا آن را به محتال منتقل کند و چنین امری نیازمند رضایت مدیون نیست؛ چرا که مردم بر اموال خویش و طلبی که از دیگران دارند، سلطه دارند و می‌توانند در آن به نحو دلخواه تصرف کنند، بی‌آنکه چنین امری نیازمند رضایت بدهکار باشد؛ به ویژه آنکه از آغاز پیدایش فقه امامیه پذیرفته شده است که طلبکار می‌تواند مافی‌الذمه بدهکار را از طریق عقد بیع یا صلح یا هبه به دیگری منتقل سازد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که نهاد انتقال طلب در فقه امامیه از دیرباز پذیرفته شده است.

از مقررات قانون مدنی ذیل عقد حواله و بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. نیز چنین برداشت می‌شود که انتقال مستقیم دین یا طلب در حقوق ما امکان‌پذیر است: انتقال طلب بدون رضای مدیون واقع می‌شود، ولی انتقال دین به موافقت دائن نیاز دارد. به این ترتیب، بر خلاف حقوق فرانسه که انتقال طلب پس از تصویب کد ناپلئون و انتقال دین از سال ۲۰۱۶ به رسمیت شناخته شده، در فقه امامیه انتقال طلب و دین از قرن‌ها پیش مورد قبول قرار گرفته است. در نتیجه، نیازی به پذیرش نهاد تبدیل تعهد از طریق تغییر دائن و مدیون در بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. به تبع فرانسویان نبوده است؛ بلکه قانون‌گذار می‌توانست به پیروی از فقه امامیه، انتقال طلب و دین را جایگزین آن نماید؛ امری که در وضعیت فعلی نیز از طریق تفسیر ظاهر ماده ۲۹۲، قابل انتساب به قانون‌گذار است و از این رو بر خلاف ماده ۲۹۳ باید بر این باور بود که در انتقال دین و طلب، تضمین‌ها و دفاعیات و فروع دین و طلب ساقط نمی‌شود.

۲. وجوه تمایز و تشابه نظام‌های مورد مطالعه: مهم‌ترین شباهت‌ها و تفاوت‌های نظام‌های مورد مطالعه را در زمینه موضوع مقاله بدین شرح می‌توان دسته‌بندی و

خلاصه نمود:

الف) لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در وقوع یا تأثیر حواله: ۱- در نظام فقهی در این زمینه دو نظر ارائه شده است: مشهور فقهای امامیه رضایت محال‌علیه را ضروری شمرده‌اند، اگرچه آن را همسنگ قبول در سایر قراردادها ندانسته‌اند. اما گروهی دیگر، رضایت محال‌علیه را برای تحقق عقد لازم ندیده و معتقدند به صرف توافق محیل و محتال، حواله منعقد می‌شود. ۲- این اختلاف در میان اساتید حقوق مدنی ایران نیز حفظ شده و برخی رضایت محال‌علیه را لازم نشمرده و گروه دیگر آن را ضروری پنداشته‌اند. ۳- قانون مدنی در ماده ۷۲۵، قبول محال‌علیه را لازم و شرط تحقق حواله شمرده است. ۴- از نظر تحلیلی با توجه به اینکه در تمام اقسام حواله، «انتقال دین» صورت می‌گیرد، از نظریه اخیر دفاع شده و از این رو، قول مشهور فقیهان امامیه با مبانی حقوقی سازگار است.

ب) تعیین اطراف عقد حواله: ۱- قول مشهور یا اشهر در فقه امامیه آن است که تنها محیل و محتال طرف عقد حواله بوده و محال‌علیه طرف عقد نیست؛ اما برخی هر سه را طرف عقد حواله پنداشته‌اند. ۲- در نظام حقوقی ایران نیز نظر مشهور آن است که محال‌علیه طرف عقد محسوب نمی‌شود؛ ولی بعضی او را هم طرف حواله شمرده‌اند. ۳- قانون مدنی در این باره موضع صریحی ندارد. ۴- از حیث تحلیلی با توجه به معیاری که برای «طرف عقد بودن شخص» ارائه گردید، محال‌علیه را نیز طرف عقد حواله شمردیم و آثار و نتایج این نظریه به صورت ابتکاری تحلیل و ارائه شد. بنابراین نظر مشهور یا اشهر فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران در این زمینه قابل انتقاد است.

ج) تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب: ۱- در حقوق روم و حقوق قدیم فرانسه (پیش از تصویب کد ناپلئون در سال ۱۸۰۴)، انتقال طلب و انتقال دین به صورت ارادی امکان‌پذیر نبود و برای این منظور از نهاد تبدیل تعهد استفاده می‌کردند. پس از تصویب قانون مدنی، در کنار تبدیل تعهد، انتقال طلب نیز پذیرفته شد؛ اما انتقال دین همچنان امکان‌پذیر نبود. در اصلاحات قانون مدنی در سال ۲۰۱۶، افزون بر حفظ نهاد تبدیل تعهد و پیش‌بینی انتقال طلب، بالاخره انتقال دین هم به رسمیت شناخته شد. ۲- در فقه امامیه، از مباحثی که ذیل عقد حواله درباره لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه و طرف

عقد بودن او مطرح شده، امکان انتقال دین و طلب فهمیده می‌شود. ۳- در قانون مدنی، انتقال دین و طلب از مقررات باب حواله و ماده ۲۹۲ قابل استنباط است. ۴- حقوق دانان ایران نیز انتقال طلب و انتقال دین را در کنار تبدیل تعهد پذیرفته‌اند. ۵- از حیث تحلیلی، دین و طلب با احکام و آثار مشخص، قابلیت نقل و انتقال دارند و بنابراین نیازی به پیش‌بینی مقررات تبدیل تعهد در قانون مدنی ما نبوده است و از این رو، درباره ماده ۲۹۳ ق.م. نیز تفسیر جدیدی ارائه شد. در نتیجه، امروزه تمام نظام‌های مورد مطالعه (فقه امامیه، حقوق فرانسه و حقوق ایران) در زمینه انتقال دین و طلب، رویکرد مشابهی دارند؛ با این تفاوت که امری که از دیرباز در فقه امامیه پذیرفته شده بود، با قرن‌ها تأخیر در حقوق فرانسه به رسمیت شناخته شد.





## کتاب شناسی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، وجیزة الاحکام، چاپ دوم، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء العامه، ۱۳۶۶ ق.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن طیّ فقحانی، زین الدین علی بن علی بن محمد، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات والایقاعات والعقود، قم، مکتبه مدرسه امام العصر علیه السلام العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۴. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۶. اراکی، محمدعلی، المسائل الواضحه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. اصفهانی، سیدابوالحسن، وسيله النجاة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۹. اعتضاد بروجردی، محمد، «بحث در اطراف حواله»، فصلنامه کانون وکلا، شماره های ۱۶-۱۷، شهریور و مهر ۱۳۲۹ ش.
۱۰. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۵. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد حواله، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (الف)
۱۷. همو، عقد کفالت، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (ب)
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. همو، منهاج الصالحین، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها، چاپ سسی و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.

۲۴. صفای، سیدحسین، و محمدهادی جواهرکلام، حقوق مدنی پیشرفته؛ جلد نخست: تضمین های دین (رهن و ضمان). چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰ ش.
۲۵. همان ها، حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹ ش.
۲۶. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، دانشگاه تهران، ۱۴۱۱ ق.
۳۶. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۳۷. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۹. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۴۰. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۱. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۲. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۴۴. همو، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۴۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۴۶. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۷. همو، نکت النهایه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴۸. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۴۹. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۰. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المفیده*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *جامع الاحکام الشرعیه*، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۵۵. مهدیان، محسن، و احمد باقری، «واکاوی چگونگی انعقاد حواله (با رویکرد نقد ماده ۷۲۵ قانون مدنی)»، *آموزه‌های فقه مدنی*، سال یازدهم، شماره ۱۹، شهریور ۱۳۹۸ ش.
۵۶. نجفی، بشیرحسین، *مصطفی‌الدین‌القیم*، نجف اشرف، دفتر آیه‌الله نجفی، ۱۴۲۷ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۸. نراقی، مولی محمد مهدی، *انیس التجار*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۵۹. نقیبی، سیدابوالقاسم، و محمد خانی، «شرط متأخر و کاربرد آن در حقوق ایران»، *دوفصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
60. Carbonnier, Jean, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 21e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998.
61. Ghestin, Jacques et Marc Billiau et Grégoire Loiseau, *Traité de droit civil: Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005.
62. Jourdain, Patrice et Patrick Wéry, *La transmission des obligations en droit français et en droit belge: Approches de droit comparé*, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2019.
63. Mazeaud, Henri et léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome 2, Obligations*, par: François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998.
64. Terré, François et Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>é</sup> édition, Paris, Dalloz - Précis, 2009.
65. Weill, Alex, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1971.