

واکاوی چگونگی انعقاد حواله (با رویکرد نقد ماده ۷۲۵ قانون مدنی)*

- محسن مهدیان^۱
- احمد باقری^۲

چکیده

عقد حواله از جمله عقود عهدی است که اثر آن انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه است. هرچند بر خلاف عقد ضمان، در اثر عقد حواله میان فقها اختلاف چندانی نیست و حواله را نقل ذمه می‌دانند، لیکن در ارکان این عقد و چگونگی انعقاد آن اختلافات زیادی وجود دارد. برخی حواله را مرکب از ایجاب و دو قبول می‌دانند و گروهی انعقاد حواله را در حواله به بریء متفاوت از حواله به مشغول‌الذمه دانسته‌اند. عده‌ای نیز بی‌آنکه قابل را مشخص کنند، رضایت هر سه طرف حواله را در انعقاد مؤثر می‌دانند. مقنن نیز متأثر از این اختلاف فقها، در ماده ۷۲۵ با مسلم دانستن طرف ایجاب که محیل است، رضای محال و قبول محال علیه را به عنوان طرف دیگر عقد، مؤثر در انعقاد حواله دانسته است. بر اساس یافته‌های این پژوهش، محیل و محال ارکان تحقق بخش عقد هستند

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (mahdian.lawyer@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (bagheri@ut.ac.ir).

و حواله در همه اقسام آن با ایجاب محیل و قبول محتال محقق می‌شود؛ با این تفاوت که در حواله به بریء و حواله به مشغول‌الذمه در فرض حواله به غیر جنس حق محیل، رضایت محال‌علیه شرط است؛ به این معنا که وی در تحقق حواله و انعقاد آن دخالتی ندارد، اما نفوذ و لزوم عقد متوقف بر رضایت اوست که می‌تواند هم‌زمان با عقد یا سابق بر آن یا پس از انعقاد ابراز گردد. در این دو فرض، حواله با ایجاب محیل و قبول محتال محقق می‌شود و با رضایت محال‌علیه تمامیت می‌یابد. بر این اساس، عقد حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول یا یک ایجاب و دو رضایت، یا سه رضایت نیست، بلکه مانند عقد فضولی است که از انعقاد تا استقرار آن، حاصل یک ایجاب، یک قبول و یک رضایت خواهد بود.

واژگان کلیدی: حواله، حواله به بریء، ایجاب و قبول، انتقال دین، رضایت.

طرح مسئله

عقد حواله در میان عقود عهدی جایگاه ویژه‌ای دارد و نقش مؤثری در تسهیل معاملات ایفا می‌کند. هرچند فقیهان در حقیقت آن اختلاف نظر دارند و برخی آن را اعتیاض و گروهی آن را استیفا می‌دانند، اما از این حیث که با انعقاد حواله، ذمه محیل بریء می‌شود و دین به ذمه محال‌علیه منتقل می‌گردد، اختلافی وجود ندارد، بر خلاف عقد ضمان که در نقل یا ضم بودن اثر آن، میان ایشان اختلاف نظر است. قانون مدنی اثر هر دو عقد را نقل دانسته و در مواد ۶۹۸ و ۷۳۰ به آن تصریح دارد. اما مسئله انعقاد حواله که موضوع ماده ۷۲۵ است، ابهام دارد و موضع مقنن در خصوص ارکان تشکیل‌دهنده آن صریح نیست. این ماده بیان می‌دارد: «حواله محقق نمی‌شود مگر با رضای محتال و قبول محال‌علیه». این تردید حتی در عبارات فقها نیز به چشم می‌خورد تا جایی که شهید اول در انعقاد حواله با استفاده از تعبیر «یشترط فیها رضاء الثلاثة» (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۷)، ابهام‌آفرینی کرده است و متعرض طرف موجب و قابل و مهم‌تر از همه کیفیت دخالت رضایت سه طرف در تحقق عقد حواله نمی‌شود، هرچند شهید ثانی (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۶۶/۱) بر مبنای مورد نظر خود آن را تبیین می‌کند و حد و اندازه رضایت هر کدام را تعیین می‌کند.

فحوای ماده اخیرالذکر نشان می‌دهد که ایجاب با محیل است و اتفاق نظر فقیهان

در این خصوص مؤید آن است. اما هرچند واژه «رضایت» و «قبول» برای افاده یک معنا به جای هم به کار می‌روند، ولی وقتی با هم استعمال می‌شوند، معنایی متفاوت پیدا می‌کنند. از این رو مشخص نیست که قانون‌گذار این دو را مترادف انگاشته که در این صورت عقد حواله با دو قبول یا دو رضایت محقق خواهد شد یا اینکه معنای متفاوتی از این دو را اراده کرده است که نتیجه آن رکن دانستن قصد انشای محال‌علیه خواهد بود. مسئله اصلی این تحقیق رفع ابهام از این ماده قانونی از طریق تبیین معنای رضایت و قبول از یک سو و بررسی پیشینه بحث در آرای فقیهان از دیگر سوست.

۱. مفهوم‌شناسی رضایت و قبول

به یقین اصلی‌ترین علت ابهام موجود در خصوص چگونگی انعقاد عقد حواله، الفاظ استعمال‌شده توسط قانون مدنی در ماده ۷۲۵ این قانون است. در این ماده دو لفظ قبول و رضایت در دو جایگاه متفاوت یکی برای محال‌علیه و دیگری برای محال استعمال شده است. این شیوه علاوه بر آنکه در نظریات فقهی در خصوص انعقاد عقد حواله بی‌سابقه است، مؤید این نکته نیز می‌باشد که مقنن دو معنای مختلف را مدنظر داشته است؛ چرا که اگر هدفی جز این داشت برای هر دو از یک لفظ استفاده می‌کرد. پیش از بررسی آرای مختلف در این خصوص، بازشناخت دو مفهوم رضا و قبول از یکدیگر امری ضروری به نظر می‌رسد.

الف) قبول

قبول در لغت به معنای پذیرش و پذیرفتن است. در اصطلاح قبول عبارت است از رضایت به ایجاب ابرازشده برای انعقاد قرارداد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۱۵۰۷/۳). به شخصی که ایجاب را می‌پذیرد «قابل» می‌گویند. در خصوص اینکه برای تمیز ایجاب و قبول از یکدیگر چه ملاکی باید در نظر گرفته شود، اقوال مختلفی بیان گردیده است. برخی هر کدام را که اول انشاء گردد، ایجاب و آنچه را پس از آن می‌آید، قبول می‌نامند. به عبارت دیگر ظرف زمانی را معیار تشخیص ایجاب از قبول می‌دانند. این قول به حنفیه نسبت داده شده است (سعدی، ۱۴۰۸: ۲۹۴/۱). در مقابل برخی نوع الفاظ به

کار برده شده و معنای آن را مبنا قرار داده و برای تقدم و تأخر آن اصالتی قائل نیستند، بلکه آنچه مهم می‌دانند الفاظ استعمال شده از سوی متعاقدین است. این نظر به شافعیه نسبت داده شده و در میان امامیه نامدارانی چون شهیدین به آن قائل می‌باشند (همان). صرف نظر از اینکه کدام یک از این دو معیار در عمل کاربرد بهتری داشته و با قواعد مطابقت بیشتری دارد باید گفت معیار دوم یعنی عدم اهمیت تقدم ایجاب بر قبول در عقودی مثل حواله که یکی از ملاک‌های اصلی شناخت آنها از دیگر عقود، تشخیص موجب است، امر را با صعوبت مواجه می‌نماید. به عبارت دیگر چنانچه ایجاب از ناحیه بدهکار انشا گردد، در صورت وجود سایر شرایط، بر آن عقد عنوان حواله اطلاق می‌گردد. اما اگر ایجاب از ناحیه طلبکار باشد و بدهکار آن را قبول نماید، چنین عملی از مصادیق حواله نبوده بلکه تحت عناوین دیگر مثل تبدیل تعهد قرار می‌گیرد.

همچنین در صورتی که موجب برای اعلام قبولی مهلتی معین نموده باشد، قبول باید در همان زمان معین اعلام شود. چنانچه برای اعلام قبولی مهلتی معین نشده باشد، قبول باید در زمانی اعلام شود که بتوان گفت بین ایجاب و قبول عرفاً ارتباطی برقرار است. در هر حال تعیین زمانی که قبول می‌تواند اعلام شود، در هر مورد بر اساس شرایط و اوضاع و احوال معلوم می‌شود (صفایی، ۱۳۸۴: ۷۲/۲). به هر تقدیر فاصله عرفی بین ایجاب و قبول باید به اندازه‌ای باشد که عرف آن قبول را مربوط به ایجاب بدانند. نکته دیگری که در خصوص قبول باید مورد توجه قرار گیرد، مطابقت آن با ایجاب است؛ با این توضیح که اگر قابل در عبارت خود شرطی را بیان کند یا قبولی را تخصیص زده یا تعمیم دهد، این انشا ایجاب تازه‌ای است که نیازمند قبول طرف مقابل می‌باشد.^۱ ویژگی دیگری که در خصوص قبولی لازم به ذکر است، امکان وقوع آن به صورت اکراهی یا از ناحیه کسی است که سمتی در عقد ندارد. در خصوص اکراه مواد ۲۰۳ و ۲۰۹ قانون مدنی، مبنی بر عدم نفوذ و نه بطلان چنین معامله‌ای، مؤید این ادعاست. همچنین در مورد معامله واقع شده توسط غیر اصیل یا نماینده و قائم مقام او می‌توان به ماده ۲۴۷ این قانون استناد نمود.

1. Counter offer.

ب) رضا

رضا، مصدر و در لغت به معنای سپاسگزاری، موافقت و برتر دانستن چیزی بر چیز دیگر آمده است (حسینی واسطی زبیدی، بی تا: ۱۵۷/۳۸). اما در اصطلاح گاه مقصود طیب خاطر است که به دنبال تصور، تصدیق و اشتیاق نسبت به امری مثلاً فروش چیزی به وجود می آید. در این صورت، رضا مرحله‌ای از فرایند قصد و اراده محسوب می شود. این معنا می تواند به عنوان توجیهی برای تعبیر به کاررفته از رضا در بند اول ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد؛ چه آنکه در کنار قصد استفاده شده است.

واژه رضا گاهی نیز مترادف با اختیار و در مقابل اکراه استفاده می شود. این معنا نیز می تواند توجیه دیگری برای مقصود مقنن از استعمال واژه رضا در بند اول ماده ۱۹۰ قانون مدنی تلقی شود؛ به ویژه آنکه در ماده‌های پسین در باب قصد و رضا در مبحث اول (مواد ۲۰۲-۲۰۹)، احکام اکراه را بیان کرده است.

در برخی موارد نیز در اصطلاح قانون گذار و فقها، رضا مترادف با قبول دانسته شده است. در ماده ۷۲۵ قانون مدنی، قطعاً مراد مقنن از تعبیر «رضای محتال» قبول محتال است؛ چه آنکه در این خصوص که در عقد حواله، محتال قابل است و محیل موجب، تردید و اختلافی وجود ندارد.

اما واژه رضا در معنای موافقت و پذیرفتن و اجازه دادن نیز در قانون مدنی و آموزه‌های فقهی کاربرد دارد که مطابق با معنای لغوی آن است. در این صورت رضا معنای عام و وسیعی پیدا می کند و همه معانی یادشده را در بر می گیرد. رضایت مالک یا اجازه او در بیع فضولی و رضایت ولی در نکاح دوشیزه، در همین راستا مورد استفاده مقنن و فقیهان قرار گرفته است.

ناگفته پیداست که رضا در کلام فقیهان متقدم، که برای لفظ در تحقق عقد و انشای ایجاب و قبول موضوعیت و مدخلیت قائلند، به معنای قبول غیر لفظی و فعلی و باطنی به کار رفته است. از این روست که برای تحقق عقود جایز مثل وکالت، در ناحیه قبول آن، دست از مبنای خود کشیده و با فعل نیز قابل تحقق می دانند.

حاصل آنکه رضا در آموزه‌های فقهی، هم در معنای اخص از قبول و هم در معنای اعم از آن کاربرد دارد. به همین جهت است که اگر این دو واژه در کنار هم و با هم

استفاده شوند، معنایی متفاوت پیدا می‌کنند و در صورتی که به تنهایی به کار روند، معنایشان یکی است و مترادف خواهند بود؛ مانند اذن و اجازه، تعدی و تفریط، اقرار و اعتراف، و فسخ و بطلان که برای تبیین مراد متکلم از قاعده «إذا اجتمعا افترقا وإذا افترقا اجتمعا» پیروی می‌شود.

با این گفته‌ها، ابهام در تعبیر مقنن از واژه‌های رضا و قبول در مواد ۷۲۵ و ۷۲۷ قانون مدنی آشکار می‌شود و تبیین آن را ضروری می‌نماید. آنچه که در متون فقهی در تفاوت قبول و رضایت مورد توجه قرار دارد این است که قبول رکن عقد محسوب می‌شود و از قواعد عمومی حاکم بر ایجاب و قبول مانند انشایی بودن، رکن بودن، تطابق و موالات، لفظی بودن - بنا بر مبنای متقدمین - پیروی می‌کند، حال آنکه رضا نقشی در تحقق عقد ندارد و نمی‌تواند رکن آن محسوب شود و بالتبع در بند قواعد خاص ایجاب و قبول نخواهد بود.

با این وصف آیا مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید ابهام یادشده را با ملاحظه نظر فقیهان برطرف کرد یا راه دیگری را برگزید؟

۲. انواع حواله

در انواع حواله، میزان دخالت و همچنین تأثیرپذیری هر یک از اطراف عقد متفاوت می‌باشد؛ برای مثال اگر در حواله بر بریء، رضا یا قبول محال‌علیه شرط نباشد، عقد نسبت به وی به واسطه مخالفت با اصل نسبی بودن قراردادها و آزادی قراردادی نافذ نمی‌باشد. از دیگر سو در حواله بر محال‌علیه مدیون، تصور جایگاه قابل برای وی، محیل را جهت تصرف در بخشی از دارایی خویش - که همانا طلب موجود در ذمه محال‌علیه می‌باشد - با محدودیت مواجه می‌کند.

شناخت انواع مختلف حواله و بررسی میزان دخالت اطراف حواله در انعقاد آن شاخص مهمی در اعتبار رضا یا قبول برای هر یک از اطراف آن است. تحلیل این امر که کدام یک از اطراف حواله در انعقاد آن نقش پررنگ‌تری داشته و باید متکفل امر ایجاب و قبول شناخته شوند، با توجه به ماده ۷۲۵ قانون مدنی که دو اصطلاح رضا و قبول را در کنار هم به کار برده و همچنین شیوه نگارش آن، که در آرای فقیهان

بی سابقه به نظر می‌رسد، امری ناگزیر می‌نماید.

تحلیل انواع حواله یکی از مهم‌ترین معیارها جهت ارائه راهکاری یکسان در اعتباردهی به میزان دخالت اراده هر یک از اطراف آن در انعقاد حواله می‌باشد.

الف) حواله حق

اگر در انتقال تعهد واقع شده در عقد حواله، داین را ملاک قرار دهیم، در این صورت حواله واقع شده حواله حق یا انتقال طلب است. یعنی حواله حق عبارت است از تحویل و انتقال تعهد از یک داین به داین دیگر. اطراف حواله حق سه نفر هستند. حواله‌دهنده یعنی طلبکار را که شخص ثالث را به حقی که بر گردن بدهکار دارد حواله می‌دهد محیل، شخص ثالث را که در حقیقت طلبکار جدید است محتال، و بدهکار را محال‌علیه نامند. با توجه به تعاریفی که امامیه از حواله ارائه داده‌اند، بعید به نظر می‌رسد که بر پایه عقیده ایشان بتوان حواله را انتقال طلب نامید. اما در میان مذاهب مختلف اهل سنت ظاهراً در مذهب مالکی که هبه دین به غیر مدیون و نیز بیع دین صحیح دانسته شده است، این نوع حواله پذیرفته است (سنه‌وری، ۱۹۷۰: ۴۳۴/۳).

بنابراین بر مبنای نظر فقیهانی که هبه دین به غیر مدیون و نیز بیع دین به غیر مدیون را درست نمی‌دانند، نمی‌توان حواله حق و طلب را پذیرفت. اما بر پایه نظر برخی که بیع دین به غیر مدیون را در مقابل ثمن حال پذیرفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۹/۴) می‌توان توجیهی برای انتقال طلب یا حواله حق از طریق معاوضه پیدا نمود (ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۵/۲).

ب) حواله دین

اگر در انتقال تعهد واقع شده در عقد حواله، مدیون را ملاک قرار دهیم، در این صورت حواله واقع شده، حواله دین یا انتقال دین است. یعنی حواله دین عبارت است از تحویل و انتقال تعهد از یک مدیون به مدیون دیگر. در حواله دین بر خلاف حواله حق که تبدیل در داین صورت می‌گیرد، تبدیل در بدهکار انجام می‌پذیرد و بدهکار داین به بدهکاری دیگر تغییر می‌یابد. ذیل ماده ۷۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال‌علیه می‌گویند»، گواهی است بر اینکه

قانون‌گذار، حواله را انتقال دین دانسته است نه انتقال حق و طلب.

۱. حواله به موافق دین

آنچه را که محیل موضوع حواله قرار می‌دهد و محتال را برای استیفای آن به محال‌علیه احاله می‌دهد، محال‌به یا موضوع و مورد حواله می‌نامند. در حواله، سه دین یا سه حق وجود دارد. حق محتال یعنی آن طلبی که محتال بر ذمه محیل دارد، حق محیل یعنی آن طلبی که محیل بر ذمه محال‌علیه دارد و حق محال‌به که از دو حالت خارج نیست. در حالت اول که هر سه حق از هر حیث (جنس، نوع، وصف، مقدار، زمان، مکان) با هم برابرند که در این صورت در صحت حواله واقع شده هیچ تردیدی وجود ندارد و فقیهان بر آن اتفاق نظر دارند. اما در حالت دوم این سه حق ممکن است از حیث قیود شش‌گانه (جنس، نوع، وصف، مقدار، زمان، مکان) با هم مختلف باشند. در حواله به موافق دین، محیل که ائشاکننده مقصد اصلی عقد است، انشای ایجاب را بر عهده دارد. به واسطه موافقت محال‌به با دینی که محیل به محتال و محال‌علیه به محیل دارد، انعقاد آن مستلزم تصرف در دارایی محتال و محال‌علیه نیست؛ زیرا محتال طلبش را با همان اوصاف اصلی دریافت می‌نماید و محال‌علیه نیز در تقابل با محتال همان وضعیتی را دارد که بدهکار در مقابل وکیل طلبکار دارد. این ویژگی حواله به موافق دین، برخی را بر آن داشته که آن را نوعی ایفای دین دانسته و ایقاع محسوب نمایند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۱۴/۲-۶۱۵).

در پاسخ باید گفت ممکن است که اثر حواله به نحوی اثر ایفا باشد، اما این بدان معنا نیست که حواله همان ایفاست. بلکه نهایت چیزی که می‌توان گفت آن است که حواله به منزله استیفا یا ایفاست و چنین شباهتی ملازمه‌ای با یکی بودن حواله و ایفا و در نتیجه ایقاع دانستن حواله ندارد. پس باید گفت در حواله به موافق دین، اراده محیل نقش اصلی را ایفا می‌کند. اما محتال و محال‌علیه از نظر میزان دخالت اراده در مرتبه‌ای ضعیف‌تر از محیل قرار دارند.

۲. حواله به مخالف دین

حقوق سه‌گانه موجود در حواله - یعنی حق محتال، حق محیل و حق محال‌به -

ممکن است با هم مختلف باشند. این اختلاف به اعتبار اینکه میان کدام یک از این حقوق و کدام یک از قیود شش‌گانه (جنس، نوع، وصف، مقدار، زمان، مکان) باشد، حالات متنوعی را پدید آورده و طبعاً میزان تأثیر اراده و تأثر هر یک از اطراف عقد در آن متفاوت می‌باشد که به اختصار هر کدام بیان می‌گردد.

۱-۲. حواله به غیر جنس حق محتال

مقصود از مخالفت در جنس، معنای عام آن یعنی اختلاف در هر یک از قیود شش‌گانه است که اختلاف در حداقل یکی از آنها نیز مقصود بحث را حاصل می‌نماید، هرچند ممکن است در همه آن قیود نیز تغایر وجود داشته باشد. فقیهان در صحت چنین حواله اختلاف کرده‌اند. مشهور امامیه چنین حواله‌ای را صحیح می‌دانند (علامه حلی، ۱۳۲۹: ۱۸۰/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۸: ۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۱۹/۴؛ حسینی عاملی، ۱۹۹۱: ۴۱۰/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۱۸/۲).

در برابر قول مشهور، برخی دیگر در صحت حواله به غیر جنس حق محتال قائل به تردید شده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۲) و گروهی دیگر که شیخ طوسی در رأس آنهاست به صراحت حکم به بطلان داده‌اند (طوسی، بی‌تا: ۳۱۳/۲؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۲۴/۲؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۳۴۷/۹).

در این نوع از حواله نیز مثل همه اقسام حواله دین، محیل متکفل امر ایجاب می‌باشد و اراده محال‌علیه نیز در فرض مدیون بودن به واسطه عدم تغییر در اوصاف دین واجد اثر نمی‌باشد؛ زیرا برای محال‌علیه تفاوتی نمی‌نماید که دین را به محتال به عنوان جانشین محیل بپردازد یا به وکیل محیل. اما در خصوص محتال، به واسطه اینکه الزام وی به استیفای طلب خویش به غیر جنس، مخالف با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده است، باید جایگاهی همسان محیل در نظر گرفته و وی متکفل امر قبول دانسته شود. نتیجه آنکه در این قسم از حواله، اراده محیل و محتال نقش اساسی را در انعقاد دارد.

۲-۲. حواله به غیر جنس حق محیل

در این نوع حواله، محال‌به همان حقی است که محتال بر ذمه محیل دارد؛ برای مثال اگر محیل به محتال دلار آمریکا بدهکار و از محال‌علیه ریال طلبکار باشد و محتال را

حواله دهد که از محال‌علیه دلار استیفا کند، به چنین حواله‌ای حواله به غیرجنس حق محیل گفته می‌شود. در این مورد باید میان نظر کسانی که رضایت محال‌علیه را در انعقاد حواله شرط نمی‌دانند و کسانی که رضایت وی را مطلقاً یا در شرایط خاص شرط می‌دانند، قائل به تفکیک شد. بر مبنای کسانی که رضایت محال‌علیه را اساساً در عقد حواله شرط نمی‌دانند، یقیناً چنین حواله‌ای صحیح نخواهد بود. اما آنان که در حواله به طور مطلق رضایت محال‌علیه را شرط می‌دانند یا استثنائاً در این حالت و نیز حواله بر بری رضایت محال‌علیه را لازم دانسته‌اند، به صحت چنین حواله‌ای حکم می‌کنند.

از نظر تحلیل حقوقی، حواله واقع شده، همراه با تبدیل تعهد محال‌علیه نسبت به محیل است؛ یعنی وقتی که محال‌علیه رضایت می‌دهد به جای پرداخت ریال به محیل، دلار به محتال بپردازد، ابتدا میان محیل و محال‌علیه تراضی بر تبدیل تعهد صورت می‌گیرد و آنگاه به محتال دلار می‌پردازد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳/۴۱۰).

نتیجه آنکه در چنین حواله‌ای شرطیت اراده محال‌علیه به استناد اصل نسبی بودن قراردادها الزامی است؛ مضافاً آنکه شرط ندانستن اراده محال‌علیه در چنین فرضی با حاکمیت اراده و آزادی قراردادی نیز در تعارض آشکار می‌باشد.

۳-۲. حواله به غیرجنس حق محتال و حق محیل

در این حالت که مزوجی از دو حالت قبلی است، محیل محتال را که از وی دلار طلبکار است، به محال‌علیه حواله می‌دهد که از وی مثلاً فرانک سوییس بگیرد؛ در حالی که محال‌علیه به وی ریال بدهکار است. از حیث تحلیل حقوقی در این فرض نیز باید به صحت حواله حکم داد؛ چرا که چنین حواله‌ای که واجد رضایت هر ۳ طرف عقد است، هم عموم «أوفوا بالعقود» و هم ماده ۱۰ قانون مدنی آن را شامل می‌شود.

در این نوع از حواله علاوه بر ایجاب که مثل همه انواع دیگر از سوی محیل انشا می‌گردد، اراده محتال و محال‌علیه هر دو باید به شکلی ابراز گردد؛ زیرا عدم شرطیت اراده این دو در این نوع از حواله، مستلزم دخالت در دارایی آنها بدون اذن و اجازه است. نتیجه آنکه علاوه بر محتال که هدف از انعقاد حواله، تأدیه دین محیل به وی می‌باشد و باید اراده خود را در قالب قبول اعلام کند، محال‌علیه مدیون نیز که محل

پرداخت این دین است، می‌بایست اراده خود را جهت استقرار عقد و انتقال دینی با اوصافی متفاوت از آنچه بر ذمه دارد، به ذمه خویش اعلام نماید. لذا به نظر می‌رسد در این قسم از حواله، میزان تأثیر اراده محال‌علیه در انعقاد عقد بسیار بیشتر از فرض حواله به موافق دین است تا جایی که موهم قابل بودن وی در کنار محتال می‌باشد.

در پایان بحث از حواله به غیر جنس حق باید گفت هرچند برخی از حقوق‌دانان (باریکلو، ۱۳۸۸: ۱۷۲/۲) به طور کلی چنین عقدی را حواله ندانسته‌اند، سکوت قانون‌گذار را در این مورد -چنانچه ناشی از مسامحه نباشد- می‌توان به رضایت او به چنین حواله‌ای و تأیید نظر مشهور فقهای امامیه (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۸: ۹۳/۲-۹۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۱: ۳۲۱/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۳۳۶/۱-۳۳۷؛ حسینی عاملی، ۱۹۹۱: ۴۰۹/۵-۴۱۰) تفسیر نمود.

۴-۲. حواله دین حال به مؤجل و برعکس

در فقه عامه، حواله زمانی صحیح است که دین موجود بر ذمه محیل و دین موجود بر ذمه محال‌علیه هر دو از حیث حال و مؤجل بودن مثل هم باشند. حتی اگر هر دو حال باشند و در عقد حواله میان محیل و محتال شرط شود که محتال حق خود را یک ماه دیگر از محال‌علیه بگیرد، باز هم حواله واقع شده نمی‌تواند صحیح باشد (ابن قدامه، ۱۴۰۵: ۳۳۶/۲؛ شربینی، ۱۳۷۷: ۱۹۵/۲). شاید بطلان چنین حواله‌ای بر مبنای مکتب فقهی اهل سنت که هم حواله بر بریء را صحیح نمی‌دانند و هم حواله به غیر جنس حق را، قابل توجیه باشد. اما بر مبنای مکتب فقهی امامیه که حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را تا جایی که ضرر شخص ثالث نشود، پذیرفته است و به همین جهت حواله بر بریء و حواله به غیر جنس حق را صحیح می‌داند، قطعاً باید به صحت چنین حواله‌ای رأی داد (عاملی کرکی، ۱۴۱۱: ۳۵۹/۵).

در این قسم از حواله چنانچه تغییر زمان به ضرر محتال یا محال‌علیه باشد، اعلام اراده ایشان جهت انعقاد امری اجتناب‌ناپذیر است. نتیجه آنکه پس از انشای ایجاب از سوی محیل و قبول آن از سوی محتال، می‌بایست رضای محال‌علیه نیز به آن ضمیمه گردد تا حواله واجد آثار گردد. میزان تأثیر اراده محال‌علیه در چنین حواله‌ای به همان قسمی می‌باشد که در حواله به غیر جنس حق محیل بیان شد؛ زیرا اگر در این نوع از

حواله، اراده محال‌علیه در انعقاد حواله نادیده گرفته شود، با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده در تضاد خواهد بود.

ج) حواله به بریء

منظور از حواله به بریء این است که معیل، محتال را به شخصی حواله دهد که از وی طلبی ندارد. علی‌رغم اختلافات فقیهان و به تبع آن حقوق‌دانان در ماهیت چنین حواله‌ای، فقیهان امامیه به صحت حواله بر بریء حکم کرده‌اند (طوسی، ۱۳۴۴: ۱۹۲/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۴۰۸/۵؛ حسینی عاملی، ۱۹۹۱: ۴۰۶/۵) و حتی بر آن ادعای نفی هر گونه اختلافی شده است^۱ (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۷۹/۲).

اصل جواز، اصل عدم اشتراط اشتغال ذمه محال‌علیه و اطلاعات ادله حجیت حواله، سه دلیلی هستند که فقیهان بر نظر خویش ارائه کرده‌اند.

در مکتب حقوقی اهل سنت چنین حواله‌ای پذیرفته نشده است و تنها بر اساس مذهب حنفی‌ها که حواله مطلق را پذیرفته‌اند، می‌توان گفت که چنین حواله‌ای صحیح خواهد بود (زحیلی، بی‌تا: ۱۶۸/۵).

در میان فقها نقل شده است که برخی ضمان بودن چنین حواله‌ای را اظهر دانسته (ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ۳۹۹/۱۳) و برخی نیز به صراحت اعلام داشته‌اند که چنین حواله‌ای حقیقتاً حواله نیست. بنابراین در حواله محال‌علیه باید همانند آنچه که بر او حواله شده است، مشغول‌الذمه باشد و اگر مثلاً زید، عمرو را به یک بریء‌الذمه حواله داد و او قبول کرد، چنین حواله‌ای افاده ضمان می‌کند (اشرفی، ۱۳۸۵: ۴۶۲/۱).

اما همان‌طور که مشهور فقیهان شیعه گفته‌اند، چنین شباهتی مجوز خارج نمودن حواله از اصل خود نیست؛ زیرا که ادله حجیت حواله آن را عقدی مستقل می‌دانند و صحیح‌تر آن است که گفته شود حواله خود اصل است نه تابع عقد یا عقود دیگر (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۴۴/۹). به همین دلیل است که برخی از حقوق‌دانان چنین عقدی را حائز عنوان حواله دانسته و تصریح ذیل ماده ۷۲۷ ق.م. را فقط در رابطه بین معیل و

۱. ولی شیخ طوسی در کتاب مبسوط در آخر بحث حواله، قول به عدم صحت چنین حواله‌ای را اختیار می‌کند (ر.ک: طوسی، بی‌تا: ۳۲۱/۲).

محال علیه جاری دانسته و آن را به درستی به سایر ارکان عقد تسری نداده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۹۵/۳؛ امامی، ۱۳۸۰: ۲/۲۸۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۷-۱۰۸).

در خصوص دخالت اراده محال علیه بری نیز باید گفت همان گونه که در حواله به غیر جنس حق محیل، اعلام اراده محال علیه شرط استقرار عقد است، به طریق اولویت باید اراده وی در حواله بر بری نیز شرط دانسته شود؛ چرا که عدم شرطیت اراده وی در این قسم از حواله، مستلزم دخالت در دارایی وی از طریق مدیون نمودن بدون اراده است که بطلان آن به واسطه مخالفت با اصل آزادی قراردادی امری واضح است. میزان تأثیر اراده محال علیه در این قسم از حواله نیز موهم تصور جایگاه قابل برای وی است.

۳. بررسی آرای مختلف در کیفیت انعقاد حواله

در اینکه در عقد حواله ایجاب از سوی محیل انشا می‌گردد، اختلاف نظری وجود ندارد؛ اما اینکه کدام یک از محتال یا محال علیه متکفل امر قبول هستند، محل تضارب آرای فقیهان است؛ اختلافی که قانون‌گذار قانون مدنی نیز از آن در امان نمانده و آشفته‌گی ماده ۷۲۵ را موجب شده است.

پس از بازساخت مفهوم دو واژه رضا و قبول و همچنین انواع مختلف حواله و میزان تأثیر هر یک از اطراف در انعقاد آن، نظریات مختلف فقیهان جهت دستیابی به راه‌حل این آشفته‌گی مورد بررسی تحلیلی قرار خواهد گرفت.

الف) حواله با ایجاب محیل و قبول محتال تحقق می‌یابد

طبق این نظریه (علامه حلی، ۱۴۱۶: ۴۹۱/۵؛ شریینی، ۱۳۷۷: ۱۹۳/۳-۱۹۴؛ ابن‌حاجب، بی‌تا: ۳۹۰؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۳۶/۴)، که برخی از امامیه و شافعی‌ها و مالکی‌ها از قائلین آن می‌باشند، محیل و محتال رکن عقد محسوب شده و محال علیه در حقیقت بیگانه از عقد است. معتقدین به این نظریه برای اثبات رکن بودن محیل و محتال چنین استدلال می‌کنند: محیل به عنوان بدهکار محتال هرچند که ملزم است دین را به او تأدیه کند، اما نمی‌توان وی را وادار ساخت که از فلان مال مشخص خود دین را ادا نماید؛ زیرا مدیون در تأدیه دین خود به بستانکار اختیار دارد از میان هر یک از اموال و دارایی خود

که بخواهد پرداخت کند و از آنجا که حق وی بر گردن محال‌علیه، از جمله دارایی‌های وی محسوب می‌شود، حق دارد به واسطه ایجابی که واقع می‌سازد، بستانکار را به آن حواله دهد و در حقیقت دین را به وی منتقل نماید. علاوه بر اینکه مقصد اصلی حواله انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است و در هر عقدی انشاکننده مقصد اصلی عقد، موجب خواهد بود؛ در عقد حواله نیز محیل به عنوان ایجاب‌کننده و رکن عقد، قصد اولیه را انشا می‌کند. اما اینکه محال رکن به حساب می‌آید به این جهت است که وی بر ذمه محیل حق ثابتی دارد که مالک آن است و هنگامی که محیل اراده خود را بر انتقال آن به شخص ثالث انشا می‌کند، به واقع در مال محال تصرف کرده است و تصرف در مال غیر، زمانی اثر حقوقی دارد که وی به آن رضایت دهد. پس در قبول محال نباید تردید کرد.

این فقیهان برای عدم اشتراط رضایت محال‌علیه نیز دلایلی ارائه کرده‌اند از جمله:

۱. وقتی گفته می‌شود حواله انتقال دین است، به این معنا نیست که محیل آنچه را که در ذمه خود دارد به ذمه شخص ثالث تحمیل می‌کند، بلکه به بستانکار خود اجازه می‌دهد دین را از فلان محل استیفا کند. به عبارت دیگر محال‌علیه محل و موضع حق و تصرف است و قهراً نیازی به رضایت او وجود ندارد؛ درست مانند زمانی که محیل به شخص ثالثی وکالت دهد که دین را از محال‌علیه استیفا کند. بدیهی است که وکالت در قبض و استیفاء مال، هیچ نیازی به رضایت بدهکار ندارد. در حواله نیز محال قائم‌مقام محیل در قبض محال به است (شریینی، ۱۳۷۷: ۱۹۰/۳).

۲. همان‌طور که در بیع دین به غیر مدیون، رضایت مدیون مورد لحاظ قرار نمی‌گیرد، در حواله نیز وضعیت به همین صورت است (علامه حلی، ۱۴۱۶: ۴۹۱/۲)؛ با این تفاوت که در آنجا مافی‌الذمه مدیون در حکم مبیع و عقد تابع احکام بیع است، ولی در اینجا در حکم منتقل‌الیه و عقد تابع احکام حواله است.

۳. عمومات و اطلاعات ادله‌ای مثل «أوفوا بالعقود» مقتضی صحت چنین حواله‌ای است و دلیلی که بخواهد بر بطلان آن ارائه شود، وجود ندارد. بنابراین باید گفت اصل صحت دلیلی است بر عدم اشتراط رضایت محال‌علیه و زمانی این اصل غیر قابل استناد خواهد بود که دلیلی ارائه گردد و موضوع را از اصل و قاعده کلی خارج کند.

به عقیده صاحبان این نظریه هرچند اصل اولیه معتبر نبودن رضایت محال‌علیه در تحقق حواله است، اما در دو مورد به صورت استثنا بر اصل مذکور، رضایت وی را لازم می‌دانند. الف) موردی که محیل، محتال را به شخص بری‌الذمه حواله داده باشد. در این فرض محال‌علیه بی‌آنکه پیشتر تعهدی داشته باشد، ابتدا به ساکن ذمه خود را به محتال مشغول می‌سازد؛ زیرا نمی‌توان تصور نمود که فردی به اجباز دیگری را مدیون خود سازد یا به سبب توافق و تراضی دو نفر با هم برای شخص ثالثی ایجاد تعهد شود؛ مگر آنکه وی به آن رضایت دهد. بنابراین در چنین موردی رضایت محال‌علیه قطعاً لازم است (ابن عسکر بغدادی، بی‌تا: ۹۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۳۸/۴).

ب) موردی که محیل محتال را به غیر جنس حقی که بر گردن محال‌علیه دارد، حواله دهد. در این فرض نیز هرچند که محال‌علیه مدیون به محیل است، اما نمی‌توان وی را به پرداخت چیزی غیر از آنچه بدهکار است، ملزم نمود. بنابراین تحصیل رضایت وی در این مورد نیز ضرورت دارد.

با وجود این، رضایت محال‌علیه در دو مورد فوق را نمی‌توان در حد و اندازه رضایت محیل و محتال دانست؛ زیرا این دو رکن حواله محسوب می‌شوند و حواله هم دو طرف دارد؛ یکی طرف ایجاب که محیل متکفل آن است و دیگری طرف قبول که محتال آن را انشا می‌کند. نتیجه آنکه در دو مورد مذکور، عقد حواله به محض ایجاب محیل و قبول محتال تحقق می‌یابد و نفوذ حقوقی آن متوقف بر رضایت محال‌علیه است که بر خلاف ایجاب و قبول نه تنها نیازمند تشریفات خاصی نیست، بلکه هر وقت حاصل شود مؤثر خواهد بود؛ اعم از اینکه پیش از عقد یا مقارن با آن یا پس از عقد فراهم آید.

ناگفته نماند که برخی از فقیهان در یک مورد، حتی رضایت محیل را استثنا کرده و معتقدند که عقد حواله با دو رکن یعنی محال‌علیه و محتال تحقق می‌یابد، بی‌آنکه محیل در آن دخالتی داشته باشد. فرض مذکور زمانی است که محال‌علیه تبرعاً بخواهد ایفای دین کند و مثلاً خطاب به محتال بگوید تو را به دینی که بر گردن فلانی داری به خودم حواله دادم. در این صورت ایجاب را محال‌علیه (که به نوعی محیل هم قلمداد می‌شود) و قبول را محتال انشا می‌کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۱۴/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۸۱/۹). اما برخی از فقیهان به درستی این سخن اشکال کرده و می‌گویند چنین

حواله‌ای صحیح نیست؛ زیرا محیل رکن حواله است و فقدان محیل در حواله غیر قابل تصور است و نمی‌توان عقدی را بدون رکن آن ایجاد نمود. بنابراین چنین استثنایی وجود ندارد (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۴۱/۹). واضح است که چنین عمل حقوقی نمی‌تواند موسوم به حواله باشد، هرچند ممکن است آن را ضمان در معنای عرفی یا احتیال نامید (برای مطالعه بیشتر درباره احتیال ر.ک: باقری و مهدیان، ۱۳۹۶: ۱۷۹) که یقیناً مشمول عمومات و اطلاعاتی مانند «أوفوا بالعقود» واقع می‌شود؛ بی‌آنکه احکام حواله بر آن مترتب باشد. ایراد اساسی که بر این نظر وارد است، محدود کردن موارد تمامیت عقد با رضایت محال‌علیه به دو مورد بری‌الذمه بودن و حواله به غیر جنس حق محیل - به معنای اخص آن - می‌باشد؛ در حالی که همین ملاک در تمامی مواردی که در نتیجه حواله، امکان ورود ضرر به محال‌علیه وجود دارد، موجود می‌باشد.

ب) حواله با رضایت محیل، محال‌علیه و محتال تحقق می‌یابد

این نظریه (علامه حلی، بی‌تا: ۱۲۲/۲؛ زحیلی، بی‌تا: ۱۶۴/۵؛ کاسانی حنفی، ۱۴۰۶: ۱۵/۶-۱۶) بر خلاف قول اول، محال‌علیه را در تحقق عقد حواله دخالت می‌دهد. ولی در اینکه آیا او هم مانند محیل و محتال رکن است یا خیر، دو فرض قابل تصور است:

فرض اول: حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است. در این فرض محیل ایجاب را واقع می‌سازد و محال‌علیه و محتال هر دو متکفل قبول هستند. در فقه امامیه چنین فرضی را هیچ یک از فقیهان مطرح نکرده و تنها برخی از فقیهان که اتفاقاً خود به ایقاع بودن حواله نظر دارند، آن را محتمل دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲). در میان مذاهب اهل سنت نیز تنها حنفی‌ها حواله را مرکب از یک ایجاب و دو قبول دانسته‌اند (فرغانی مرغینانی، بی‌تا: ۹۹/۳؛ ملاخسرو، بی‌تا: ۳۰۸/۲).

دلیل این گروه از فقیهان بر اشتراط رضایت محیل و محتال همان است که پیش از این بیان گردید. اما در مورد رضایت محال‌علیه می‌گویند که حواله در حقیقت به نوعی تصرف بر محال‌علیه محسوب می‌شود؛ زیرا حق به ذمه او منتقل می‌شود. بنابراین انتقال تمامیت نمی‌یابد مگر با قبول و رضایت وی (زحیلی، بی‌تا: ۱۶۴/۵).

برخی از حقوق‌دانان نیز ظاهراً همین نظر را پذیرفته و قانون مدنی را نیز تابع همین

نظر دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۷۶/۲). اما برخی دیگر در این زمینه قائل به تفکیک شده و قبول محال‌علیه را تنها در صورتی لازم دانسته‌اند که مدیون نباشد و در این نظر خود تا جایی پیش رفته‌اند که چنین اظهارنظر نموده‌اند:

«... می‌توان قدم فراتر گذارده و گفت که عقد حواله بین محتال و محال‌علیه واقع می‌گردد، همچنان که عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود و مدیون اصلی هیچ گونه نقشی در عقد ضمان بازی نمی‌کند» (امامی، ۱۳۸۰: ۲۸۷/۲).

از دیدگاه ایشان در فرضی که محال‌علیه به محیل مدیون نیست، به مجرد ایجاب محیل و قبول محتال عقد حواله محقق نمی‌گردد؛ بلکه عقد زمانی محقق می‌گردد که محال‌علیه قبولی خود را اعلام کند. به عبارت دیگر، قبول محال‌علیه شرط تحقق عقد است نه شرط نفوذ آن. این فرض گرچه در برخی موارد موجه به نظر می‌رسد اما با سؤالات و اشکالاتی مواجه است که مبنای این نظریه را با تردید مواجه می‌کند، از جمله:

۱- آیا دو قبول باید با هم و در جلسه واحد انشا شود؟ اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، می‌توان گفت که محیل باید در هنگام اجرای صیغه عقد، هر دو را در یک مجلس جمع کند و قبول آن‌ها را احراز کند. یقیناً در این صورت قبول یکی از آن‌ها برای تحقق عقد حواله بی‌ثمر است ولو اینکه ایجاب محیل هم صادر شده باشد. در این صورت تصور اینکه دو ابراز اراده و اظهار آن، امری مهمل و رها قلمداد گردد، قدری مشکل و نامأنوس به نظر می‌آید؛ مگر آنکه حواله عنوان تبدیل تعهد یا معاوضه پیدا کند.

۲- اگر گفته شود که دو قبول می‌تواند جدای از هم و در دو مجلس جداگانه انشاء گردد، در این صورت باید پرسید در فاصله‌ای که ایجاب صادر شده از سوی محیل با قبول اول پذیرفته شده و هنوز قبول دوم ابراز نشده است، عقد حواله چه وضعیتی دارد؟ قواعد عمومی حاکم بر عقود مثل توالی ایجاب و قبول چه صورتی پیدا می‌کنند؟

۳- اگر هر یک از اطراف حواله، رکن و مقوم عقد محسوب شوند، آن وقت با توجه به نامأنوس بودن ترکیب یک عقد با سه رکن، بسیاری از قواعد کلی مربوط به عقود باید به نحوی با عقد متشکل از سه رکن سازگار شوند که امری بس دشوار می‌نماید؛ مثلاً آیا در فاصله میان قبول اول و قبول دوم، رضای متقابل محیل و قبول اول لازم و غیر قابل برگشت است، چون قابل به ایجاب موجب رضایت داده است؟ یا هم محیل و هم قابل

اول، تا پیش از حصول قبول دوم می‌توانند از حواله رجوع کرده و آن را باطل نمایند؟ چون هنوز قبول کامل نگشته است. آیا آن چنان که برخی پنداشته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۱)، دو رضای محیل و قابل اول پیش از اظهار قبول محال‌علیه مانند عقد غایب در عصر ماست؟ آیا میان دو قبول ترتیب وجود دارد؟ و چندین سؤال دیگر که بی‌پاسخ بودن آن‌ها از سوی قائلین به نظریه اخیر، پذیرش آن را با توجه به قواعد حقوقی دشوار می‌کند.

فرض دوم: حواله با ایجاب محیل و قبول محتال و رضایت محال‌علیه تحقق می‌یابد. در این فرض محیل و محتال ارکان عقد محسوب می‌شوند. اما بر خلاف نظریه‌ای که تمامیت حواله را با ایجاب محیل و قبول محتال محقق می‌داند، رضایت محال‌علیه را شرط تمامیت عقد حواله می‌داند؛ حتی اگر حواله به همان حقی باشد که محیل بر گردن محال‌علیه دارد. بنابراین تحقق حواله و انعقاد آن با ایجاب محیل و قبول محتال و تمامیت آن، متوقف بر رضایت محال‌علیه است.

درست مانند بیع فضولی که به محض ایجاب بایع فضول و مشتری تحقق می‌یابد و رضایت بعدی مالک آن را نافذ می‌گرداند. به عبارت دیگر رضایت محال‌علیه شرط نفوذ و لزوم حواله است نه اینکه رکن آن محسوب گردد. تفاوتی نمی‌کند که محیل محتال را به محال‌علیه بریء حواله دهد یا مدیون. همچنان که فرقی نمی‌کند که حواله به جنس حق محیل باشد یا مخالف آن؛ زیرا این حق محال‌علیه است که بستانکار خود را انتخاب کند. چه بسا وی نخواهد بدهکار فردی سختگیر در مطالبه دین باشد. در این فرض از آنجا که رضایت رکن محسوب نمی‌شود و در حد و اندازه قبول نیست، تفاوتی نمی‌کند که چه وقت حاصل شود. هم می‌توان رضایت وی را پیش از عقد گرفت و هم می‌تواند همزمان با عقد ابراز شود و هم ممکن است پس از عقد به وجود آید که غالباً چنین است. در این صورت، رضایت وی کاشف از لزوم و نفوذ عقد است و عدم رضایت وی موجب انحلال حواله و بازگشت دیون و ذمه‌ها به وضعیت قبل از عقد خواهد گردید.

این اعتقاد گرچه در بادی امر معقول به نظر می‌رسد، اما از جنبه تحلیلی با ایراداتی مواجه است از جمله:

۱- چگونه می‌توان لزوم اعلام رضایت محال‌علیه را در حواله ساده - یعنی حواله‌ای

که در آن محیل محتال را به همان دینی حواله می‌دهد که بر ذمه محال‌علیه دارد. توجیه کرد؟ به عبارت دیگر با این وصف که دین موجود بر ذمه محال‌علیه، جزئی از دارایی محیل است، با چه استدلالی می‌توان تصرف وی در دارایی خویش را منوط به اعلام رضایت دیگری کرد؟

۲- قائلین به این نظریه می‌بایست به این سؤال پاسخ دهند که وضعیت حقوقی عقد حواله در فاصله میان ایجاب محیل و قبول محتال تا اعلام رضایت محال‌علیه به چه شکلی است؟ آیا محیل و محتال در چنین حالتی مقید به انشای خود هستند یا تا زمانی که رضایت محال‌علیه به عقد ضمیمه نشده، می‌توانند از انشای خود رجوع نمایند؟ در صورتی که طرفین عقد نتوانند پس از ایجاب و قبول، عقد واقع شده را به حالت اولیه برگردانند، چنانچه محال‌علیه برای مدت طولانی از اعلام نظر مبنی بر رضایت یا عدم رضایت امتناع کند، محیل و به ویژه محتال تا چه زمانی به اراده انشایی خویش پایبند بوده و چگونه می‌توانند خود را از این ضرر رهایی بخشند؟ برای مثال اگر در یک بیع سلف موازی (برای مطالعه بیشتر درباره سلف موازی ر.ک: باقری و مهدیان، ۱۳۹۶: ۱۴۱)، خریدار اول در مقام فروشنده دوم، خریدار ثانوی را به فروشنده اول حواله دهد و محیل و محتال هر دو رضایت خود را اعلام نموده ولی محال‌علیه از اعلام رضایت امتناع نماید، محتال (خریدار دوم) چگونه می‌تواند طلب خود را از محیل دریافت نماید در حالی که حواله را قبول کرده و به آن پایبند می‌باشد؟

ج) حواله به صرف ایجاب محیل انعقاد می‌یابد

در این نظریه (ابن تیمیه حرانی، ۱۴۰۴: ۳۳۸/۱؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵: ۳۹۰/۴ و ۳۹۴؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸: ۲۵۴/۴) که توسط حنابله بیان شده است، دلیل لزوم رضایت محیل همان است که سابقاً بیان گردید. در خصوص عدم نیاز به رضایت محال‌علیه، قائلین به این نظر چنین استدلال می‌نمایند که از آنجا که حواله معاوضه است (مراد معاوضه میان دو دین است؛ یعنی محیل در مقابل بری شدن از دینی که در مقابل محتال بر ذمه دارد دین محال‌علیه به خود را به محتال منتقل می‌نماید) و آنچه در حواله بر بری اتفاق می‌افتد صرفاً اقتراض است نه معاوضه؛ پس نمی‌توان حواله را بر بری منعقد نمود (ابن قدامه، ۱۴۰۵: ۳۹۲/۴) و

در فرض مدیون بودن نیز نیازی به رضایت محال‌علیه نیست. این امر گرچه با نظر مشهور امامیه مبنی بر جواز حواله بر بریء مخالفت دارد، اما در خصوص عدم نیاز به اعلام رضایت محال‌علیه با برخی از نظریات پیش گفته مطابقت دارد. اما پیرامون اعلام اراده محتال در مذهب حنبلی نظری مطرح گردیده است که در هیچ کدام از مذاهب دیگر سابقه ندارد و آن هم زمانی است که حواله بر محال‌علیه ملیء صادر می‌شود، که در این حالت قبول حواله بر محتال واجب است و نیازی به رضایت وی نیست. این دیدگاه در فقه امامیه سابقه نداشته و اشتراط رضای محتال امری اجماعی است؛ زیرا حواله نقل دین است نه ادای دین و آنچه واجب است، ادای دین می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۶۶/۱؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۲۴/۲). قائلین این نظر مقصود از ملائت را در این فرض، ملائت در مال و گفتار و بدن دانسته و آن را چنین تعبیر می‌نمایند: مراد از ملائت در مال قادر بودن به ایفای دین، ملائت در گفتار یعنی محال‌علیه اهل دفع الوقت و بدقولی نباشد و مراد از ملائت در بدن، امکان حضور محال‌علیه می‌باشد (زرکشی، ۱۴۱۳: ۱۱۴/۴).

پس با جمع بودن شرایط اخیر در محال‌علیه، محتال به قبول چنین حواله‌ای اجبار می‌شود. در خصوص اینکه در این فرض چه زمانی ذمه محیل از دین بری می‌شود، دو پاسخ مختلف داده شده است. قاضی یعقوب ذمه محیل را پیش از اجبار حاکم بری دانسته و حتی بیان می‌دارد که در صورت فوت محال‌علیه در حالت اعسار، محیل بری شده و محتال نیز حق رجوع به وی را ندارد. اما زرکشی و خرقی بریء الذمه شدن محیل را منوط به اجبار حاکم دانسته و تا پیش از آن ذمه وی را به محتال مشغول می‌دانند (همان: ۱۱۴/۴). بر این دیدگاه سؤالات متعددی وارد است؛ از جمله:

۱- چگونه می‌توان حواله را در زمره عقود محسوب نمود (همان: ۱۰۹/۴)، ولی برای انعقاد آن صرفاً یک اراده را کافی دانست؟

۲- قائلین به این نظر، مستند خود را حدیثی در صحیحین (صحیح مسلم و صحیح بخاری) بیان کرده‌اند که ابوهریره از پیامبر ﷺ نقل نموده است. آنچه در این خصوص لازم به ذکر است، فارغ از وثاقت یا عدم وثاقت راوی آن، دلالت فعل امر بر

۱. أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع».

وجوب یا استحباب است که از موارد مورد اختلاف میان اصولیان بوده و در حدیث حاضر، حکم به ندب و استحباب آن صحیح‌تر به نظر می‌رسد (شربینی، ۱۳۷۷: ۱۸۹/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۶۶/۱).

۳- مبنای تفاوت محیل و محتال در عدم امکان الزام محیل به انعقاد حواله و حکم به اجبار محتال به قبول حواله چیست؟ وقتی دلیل شرطیت رضایت محیل، عدم امکان الزام وی به اینکه دین را از کدام بخش از دارایی خویش تأدیه نماید (ابن ضویان، ۱۴۰۹: ۳۶۵/۱) است، با چه استدلالی می‌توان محتال را ملزم به پذیرش حواله و انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه نمود؟ چرا که بر فرض ملائت در مال و کلام و بدن نیز افراد در ادای دین با یکدیگر متفاوت‌اند و شاید منفعت محتال در طلبکار ماندن از محیل باشد؛ برای مثال فروشنده خودرویی را که محصولات کارخانه اصلی را برای ۱۰ سال آینده پیش‌خرید کرده و اعتبار تجاری وی نیز وابسته به اخذ محصولات از ناحیه وی است، چگونه می‌توان از این امتیاز محروم و به صرف ملائت، کارخانه دیگری را که همان محصول را در کشور دیگر مونتاژ می‌نماید، ملزم به قبول حواله صادره توسط شرکت اصلی عهده شرکت ثانی نمود؟

۴. انعقاد حواله در قانون مدنی

در میان نظرات مختلف فقها، قانون‌گذار از سویی محال‌علیه را بیگانه از عقد می‌داند و وی را به عنوان شخص ثالث نام می‌نهد. در ماده ۷۲۴ قانون مدنی آمده است:

«حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال‌علیه می‌گویند.»

از سوی دیگر در ماده ۷۲۵ اعلام می‌دارد: «حواله محقق نمی‌شود، مگر با رضای محتال و قبول محال‌علیه». بدیهی است وقتی سخن از قبول محال‌علیه به میان می‌آید، بدان معناست که وی رکن حواله است؛ در حالی که در ماده ۷۲۴ وی شخص ثالث و بیگانه از عقد معرفی شده است.

برخی از حقوق‌دانان در توجیه مواد ۷۲۴ و ۷۲۵ می‌گویند: قانون مدنی این نظر را که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۷۲۵ رضای محتمل و قبول محال‌علیه در عرض یکدیگر شرط تحقق عقد حواله قرار گرفته است. در ماده ۷۳۲ نیز محال‌علیه در کنار محیل و محتمل 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 محتمل) ثالث نامیده‌اند. نویسندگان قانون مدنی بر مبنای طلب محتمل از محیل، حواله را تعریف کرده‌اند. بدیهی است بر این مبنای 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 محتمل است نه بر مبنای تعیین اطراف عقد حواله (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۷۶/۲).

اما این توجیه نمی‌تواند تعارض ماده مذکور را با فقه مرتفع سازد؛ زیرا نظر قانون‌گذار از دو حالت بیرون نیست؛ یا حواله را مرکب از یک ایجاب و دو قبول می‌داند یا اینکه مرکب از یک ایجاب و قبول و رضایت. حالتی که در آن محال‌علیه هیچ دخالتی نداشته باشد قابل تصور نیست؛ زیرا قدر متیقن از مواد ۷۲۴، ۷۲۵، ۷۲۷ و ۷۳۲ این است که محال‌علیه در تحقق عقد حواله بی‌تأثیر نیست و اختلاف در میزان اثرگذاری او در عقد حواله است. بنابراین برای پی بردن به مقصود مقنن نیاز به تحلیل دو حالت قابل تصور برآمده از عبارات استعمال‌شده در قانون مدنی است.

حالت اول: یقیناً مقصود قانون‌گذار این نبوده که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است؛ زیرا در این صورت دلیلی ندارد که در ماده ۷۲۵ تعبیر «رضای محتمل» و «قبول محال‌علیه» را به کار ببرد؛ چه آنکه اگر هر دو رکن عقد هستند و حواله بدون ابراز اراده آنها تحقق نمی‌یابد - که منطوق ماده نیز همین است - نباید موافقت یکی را با تعبیر رضا و موافقت دیگری را با تعبیر قبول بیاورد. ناگفته پیداست که رضا غیر از قبول است. قبول رکن است و از اهمیتی مانند ایجاب برخوردار است و باید بلافاصله پس از ایجاب انشاء شود، در حالی که رضا هر زمان که حاصل گردد مؤثر خواهد بود. بنابراین با توجه به مفهوم متفاوت این دو نباید پنداشت که قانون‌گذار مسامحه در تعبیر دارد و

هر دو را یکی انگاشته است.

پس این حالت قطعاً منتفی است. علاوه بر اینکه با توجه به تبعیت قانون‌گذار از فقه امامیه، همان طور که پیش از این گذشت، چنین نظری در فقه شیعه ابراز نشده است. سرانجام اینکه چنانچه قانون‌گذار حواله را عقدی می‌داند که مرکب از یک ایجاب و دو قبول است، باید به صراحت اعلام می‌کرد که «حواله محقق نمی‌شود مگر با قبول محتال و محال‌علیه»؛ زیرا چنین تعبیری هم گویاتر است و هم با اصل شفاف‌گویی در قانون سازگارتر است، به گونه‌ای که هر گونه ابهام و احتمال را منتفی می‌سازد.

حالت دوم: وقتی حالت اول منتفی شود با توجه به اینکه فقط دو حالت متصور دانسته شد، حالت دوم تعیین پیدا می‌کند. یعنی حواله از ایجاب و قبول و رضایت مرکب است. در بررسی تطبیقی آرای فقیهان روشن می‌گردد که در میان قائلین به عقد بودن حواله در اینکه ایجاب با محیل است و قبول با محتال، هیچ اختلاف نظری وجود ندارد و تنازع فقط در محال‌علیه است که برخی رضایت او را اساساً شرط نمی‌دانند، جز در موارد مخصوص و برخی دیگر رضایت محال‌علیه را در هر حال در تحقق حواله شرط می‌دانند. بنابراین با ملاحظه تبعیت قانون مدنی از فقه امامیه و عبارات به کار گرفته شده در خصوص عقد حواله که محیل و محتال و محال‌علیه را به عنوان اطراف عقد حواله معرفی کرده، باید گفت که قانون‌گذار حواله را عقدی می‌داند که با ایجاب محیل و قبول محتال و رضای محال‌علیه محقق می‌شود و یقیناً مقصود وی از تعبیر «محقق نمی‌شود» در ماده ۷۲۵ معنای عام آن یعنی «تمام نمی‌شود» و «نافذ نمی‌گردد» می‌باشد. با این برداشت و روح حاکم بر قانون مدنی و مقررات مربوط به حواله، تعبیر رضا برای محتال و قبول برای محال‌علیه می‌بایست اصلاح گردد؛ زیرا وقتی پذیرفته شد که رضا و قبول، دو واژه متفاوت با بار حقوقی مختلف هستند و از سویی قانون‌گذار هم به آن توجه داشته و از آن غفلت نکرده است، ناگزیر باید گفت که مقنن در تدوین ماده ۷۲۵ دچار سهو در تعبیر شده است و بهتر بود که این ماده را به این شکل تدوین می‌نمود: «حواله محقق نمی‌شود مگر با قبول محتال و رضای محال‌علیه»؛ امری که با توجه به ایرادات مترتب بر نظر مختار قانون مدنی کافی نبوده و در بخش آتی نظر صحیح‌تر اعلام خواهد گردید.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از بررسی تحلیلی نظرات ارائه‌شده در خصوص چگونگی انعقاد حواله مشخص گردید که هر یک دارای ایرادات و کاستی‌هایی است و در این میان باید نظری را تقویت نمود که کمترین تعارض را با اصول پذیرفته‌شده حقوقی داشته باشد. انعقاد حواله با دو قبول به واسطه نامأنوس بودن ایجاد یک عقد با سه رکن، اشتراط رضای محال‌علیه در تمامی موارد به دلیل غیر ضروری بودن آن در غالب فروض و عدم اشتراط رضای وی به نحو مطلق و انعقاد عقد به صرف اراده محیل و محتال به دلیل دخالت در دارایی محال‌علیه در برخی موارد، پذیرش این نظریات را با تردید مواجه می‌نماید.

به نظر می‌رسد فرضی که حواله را مرکب از ایجاب محیل و قبول محتال می‌داند و قائلین معتبری نیز در میان فقها دارد، با اندکی تغییر به واسطه کمترین مغایرت با مسلمات حقوقی قابل پذیرش‌تر باشد. نتیجه آنکه در انعقاد حواله باید اصل را بر عدم اشتراط اراده محال‌علیه قرار داد و آن را به صورت استثنایی محدود به حواله بر بری‌الذمه و حواله به مخالف جنس دین محال‌علیه و مواردی نمود که به واسطه حواله منفعتی از محال‌علیه تقویت شده یا حقی سلب می‌شود.

پس از آنکه نظریه انعقاد حواله با ایجاب محیل و قبول محتال پذیرفته شد و علی‌رغم آنکه ظاهراً قانون‌گذار میان رضا و قبول اختلافی قائل نشده است، در حالی که میان فقیهان و در آموزه‌های فقهی دو مفهوم متفاوت از یکدیگر می‌باشند، لازم است که آشفتگی ماده ۷۲۵ قانون مدنی نیز که در مغایرت با این نظر بوده و شیوه تقنین آن به شکل حاضر در همه مکاتب فقهی بی‌سابقه می‌باشد، به شرح ذیل اصلاح گردد: «حواله با ایجاب محیل و قبول محتال محقق می‌گردد، لکن در صورت بری بودن یا مغایرت در اوصاف دین یا تضرر محال‌علیه، رضایت وی شرط تمامیت عقد حواله خواهد بود».

کتاب‌شناسی

۱. ابن ادریس حلی، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن تیمیہ حرانی، عبدالسلام بن عبدالله، *المحرر فی الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل*، چاپ دوم، ریاض، مکتبه المعارف، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن حاجب، عثمان بن عمر بن ابی بکر بن یونس، *جامع الامهات*، بی‌جا، بی‌تا.
۴. ابن ضویان، ابراهیم بن محمد بن سالم، *منار السبیل فی شرح الدلیل*، چاپ هفتم، ریاض، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۵. ابن عسکر بغدادی، عبدالرحمن بن محمد، *ارشاد السالک الی اشرف المسالک فی فقه الامام مالک*، چاپ سوم، مصر، شرکت مکتبه و مطبعة مصطفی البابی الحلبي و اولاده، بی‌تا.
۶. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد، *المغنی*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۵ ق.
۷. ابن مفلح، ابراهیم بن محمد بن عبدالله، *المبدع فی شرح المقنع*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۸. اشرفی، ملا محمد، *شعائر الاسلام*، تصحیح و تعلیق احمد باقری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ ش.
۹. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۸۰ ش.
۱۰. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.
۱۱. باریکلو، علیرضا، *عقود معین ۲*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۲. باقری، احمد و محسن مهدیان، *حواله و نهادهای مشابه در حقوق ایران*، گرگان، نوروزی، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *عقد حواله*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۴. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۱ م.
۱۵. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بی‌جا، بی‌تا.
۱۶. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، بی‌جا، بی‌تا.
۱۷. زرکشی، شمس‌الدین محمد بن عبدالله، *شرح الزرکشی*، مصر، دار العیکان، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. سعدی، ابوجیب، *القاموس الفقهی لغه و اصطلاحا*، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰ م.
۲۰. شربینی، شیخ محمد، *معنی المحتاج الی معرفه الفاظ المنهاج*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.
۲۱. صفایی، حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن سیدمحمد، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۴ ش.
۲۶. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بیروت، دار الکتب الاسلامی، بی‌تا.
۲۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقیه*، بیروت، دار الناصر، بی‌تا.

۲۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ ق.
۲۹. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ ق.
۳۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، رحلی، بی جا، بی تا.
۳۲. همو، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، رحلی، ۱۳۲۹ ق.
۳۳. همو، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۴. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، بی جا، ۱۳۸۸ ق.
۳۵. فرغانی مرغینانی، ابوالحسن برهان الدین علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل، *الهدایة فی شرح بداية المبتدی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۳۷. همو، *عقود معین*، تهران، به نشر، ۱۳۶۴ ش.
۳۸. کاسانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، چاپ دوم، حلب، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ق.
۳۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۸ ق.
۴۰. ملاخسرو، محمد بن فرامرز بن علی، *درر الاحکام شرح غرر الاحکام*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، بی تا.
۴۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

موجز المقالات

الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية دراسة مقارنة في الفقه الإمامية والقانون الإيراني والمصري

- سيّد عليّ رضويّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- سيّد محمّد رضويّ (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)
- محمّد رضا باسبان (أستاذ مشارك بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

اندماج الشركات التجاريّة هي عمليّة تنتج اتّحاد الشركة أو الشركات، مع شركة موجودة أخرى أو تشكيل شركة جديدة من اتّحاد شركتين أو شركات وانقضاء المبرتر للشركة التجاريّة المندمجة من دون التصفية. الاندماج كظاهرة حديثة في القانون الإيرانيّ يؤدّي إلى تجميع رأس المال، زيادة في القوّة الاقتصاديّة والقوّة الإنتاجيّة لشركات التجاريّة. هناك خلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونيّة لاتّفاق الاندماج. رغم أنّ بعض الكتّاب القانونيين يعتبرون الاندماج، مشروعاً تمهيدياً وغير ملزمة، إنّ الاندماج له طبيعة تعاقدية بناء على الرأى السائد بين خبراء القانون التجاريّ. مع ذلك، لا يوجد نهج واحد في توصيف طبيعة عقد الاندماج بين فقهاء القانون واعتبره البعض عقداً تمهيدياً، ووصفه آخرون بأنّه عقد معلق. على الرغم من محاولات تكييف الاندماج مع أحد

العقود المعيّنة، هناك بعض الشكوك حول نوع العقد الذي يتطابق معه الاندماج ووصفوها ببيع، حوالة، عقد مركّب من البيع وتجديد الالتزام والصلح كما يعتبر البعض أنّها عقد من العقود الخاصّة بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدني. في هذا المقال الوصفى التحليلي، أثناء مراجعة هذه الآراء، استنتجنا استنادًا إلى المبادئ القانونيّة والقضائيّة، رغم أنّ اندماج الشركات له طبيعة تعاقدية، إلاّ أنّه لا يمكن مطابقتها مع أيّ عقد من العقود المعيّنة، وهي عقد خاصّ بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدنيّ وبما أنّ شمول آثاره إلى أطراف ثالثة هو أيضًا بموجب القانون، فلا يوجد أيّ تضارب بينها وبين مبدأ نسبية العقود.

المفردات الرئيسة: اندماج الشركات، العقد المعين، العقد الخاصّ، طبيعة الاندماج.

تأثير الإفلاس في معاملات المعاوضة في القانون الإيراني

- عليرضا فصیحی زادة (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)
- أميد حفيظي (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة أصفهان)
- محمود جلالی (أستاذ مشارك بجامعة أصفهان)
- مرتضى طيبي (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)

لم تتفق كلمة القانونيين فيما يتعلق بتأثير إفلاس أحد المتعاقدين في مصير العقد. فمنهم من عدّ ذلك من عوامل انفساخ العقد. وهذا الرأي يستند إلى اختلال التوازن المنشود في جميع عقود المعاوضة التي توافر القدرة على تسليم أحد العوضين. إلاّ أنّ أغلب الكتاب بيّنوا الأحكام المندرجة في المادّة رقم ۳۸۰ للقانون المدنيّ، واختيار البائع في استرجاع المبيع من المشتري أو حقّه في حبس البضاعة عند إفلاس المشتري، بيّنوها على أساس اختيار البائع في فسخ المعاملة، معبرين عنه بخيار التفليس. ليست هذه النظرية مدعومة ببعض الآراء الفقهيّة، وإنّما يعبر عنها بأنها إحدى القواعد العامّة في المعاملات، لكنّها أوّلًا لا ينصّ القانون المدنيّ إليها بصراحة، والأغلب في تعابير فقهاء الشيعة أنّهم يعبرون عنها بـ «حقّ الاسترجاع» وليس «خيار التفليس». ثانيًا إنّ هذه النظرية لا تنسجم مع بعض القواعد المماثلة لهذا الموضوع في قانون التجارة. ثالثًا في إطار التحليلات القانونيّة المدنيّة البحتة يمكن جمع مبادئ هذه النظرية بشكل أمثل مع الحفاظ على لزوم العقد وفي الوقت نفسه مع اعتبار البائع «دائنًا مقدّمًا على سائر

المفردات الرئيسة: خيار التفليس، حقّ التقدّم، نظريّة التوازن، الفسخ، الإفلاس .

الاعتبارات العقلانيّة في تحليل أساس الشخصية القانونيّة

□ قاسم نخعي بور (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)

□ محمّد علىّ سعيديّ (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

اعتبار الشخصية القانونيّة للأشخاص الاعتباريّة أو المعنويّة حظى بقبول واسع في أوساط العقلاء وكثير من الفقهاء المعاصرين، وإنّما الخلاف والنقاش يتركز على أساس قبول هذه الشخصية وهي التي نعتبرها للقضايا غير الواقعيّة. فقد طُرحت آراء متعدّدة في هذا المجال أشهرها رأيان وهما: نظريّة الشخصية الحقيقيّة والأخرى نظريّة الشخصية الافتراضيّة للشخص الاعتباريّ، وبالطبع ينحاز القانونيون إلى أحدهما. كما وُجّهت انتقادات كبيرة إلى كلتا النظريّتين، لذلك نحن في هذا المقال بصدد إثبات كون الشخصية الاعتباريّة شخصيّة متفقًا عليها، وهذا ما يستفاد من كلام الفقهاء. وعلى وفق هذا الرأي إنّنا نضفي طابعًا قانونيًا على موضوعات غير إنسانيّة، انطلاقًا من الاتفاق الذي أبرم بين الأشخاص الطبيعيّين، وهو اعتبار عقلائيّ.

المفردات الرئيسة: أساس الشخصية الاعتباريّة (المعنويّة)، نظريّة الواقع والافتراض، الاتفاق، الاعتبار العقلائيّ.

المبادئ الفقهيّة - القانونيّة للخيار الناجم عن تفكيك التزامات العقد،

ووظائفه

□ أحمد مرتاضيّ (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

□ مهديّ صفرخانيّ (ماجستير في الفقه والقانون الإسلاميّ)

أحد المباحث المدروسة في الكتب الفقهيّة والقانونيّة، هو الخيار الناجم عن تفكيك العقد، فقد تناوله القانونيّ المدنيّ الإيرانيّ ضمن الموادّ التالية: ٤٤١، و٤٤٢، و٤٤٣. والمهمّ في هذا المضمّار هو دراسة المبادئ الفقهيّة والقانونيّة التي تُثبِت هذا الخيار. ويمكن القول باختصار أنّ خيار تبعض الصفقة في الحالات التي يبطل فيها عقد البيع

على سبيل المثال بالنسبة إلى بعض المبيع لجهة؛ ففي هذه الحالة يمكن للمشتري فسخ البيع، أو أن يكون راضياً بالبيع ويسترد ثمن الجزء الباطل في البيع. وبالطبع ينبغي الالتفات إلى أن هذا الخيار لا يخص البيع، بل يجري في جميع عقود المعاوضة. وفي خيار تبعض الصفقة شرطان أساسيان: أحدهما بطلان بعض من المبيع، والآخر هو جهل المشتري بالبطلان المذكور أثناء الصفقة. هذا وقد طرحت مبادئ فقهية - قانونية متعدّدة لخيار تبعض الصفقة؛ لكن يمكن في مقام التحقّق والإثبات، الاستناد إلى «نظرية عدالة المعاوضة» و«نظرية الخطر» باعتبارهما مبدئين قانونيين لخيار تبعض الصفقة، وفقهياً يمكن الاستناد إلى «مصادق كون تبعض الصفقة عيباً»، و«مصادق إهمال الشرط القائل بكون تبعض الصفقة ضمنياً»، و«قاعدة نفي الغرر»، و«قاعدة لا ضرر».

المفردات الرئيسة: المبادئ، الخيار، تبعض الصفقة، الانحلال، تفكيك العقد، الفقه الإمامي، القانوني.

نظرية كون طبيعة التنفيذ واقعا قانونيا في الفقه والقانون الإيراني

□ سيد أبو القاسم نقيبى (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهرى)
 □ إلهام مغزى نجف آبادى (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة طهران)

العقد غير النافذ من العقود غير الصحيحة، ويُعدّ ناقصاً من المنظور القانوني، وإذا نُفِّدَ في وقت لاحق، عاد صحيحاً ومعتقفاً به، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية والقانونية اللازمة. ثمة خلاف يدور بين الفقهاء والقانونيين حول وصف وتحليل الطبيعة القانونية للتنفيذ. فبعض يعدّه واقعا قانونياً بينما البعض الآخر يراه فعلاً قانونياً. تركّز هذا البحث على تعزيز النظرية القائلة بكون طبيعة التنفيذ واقعا قانونياً؛ لأنّ طبيعة العقد يتمّ إنشاؤه في العقود غير النافذة، والحلقة المفقودة هي رضا المالك، فإذا حصل هذا الشرط (رضا المالك)، حصل المشروط أيضاً؛ بل من المستحيل عقلاً إنشائية (كون التنفيذ فعلاً قانونياً) التنفيذ؛ لأنّ الرضا كيفية نفسانية ومن الأمور الحقيقية والواقعية وليس اعتبارياً؛ في حين أنّ الإنشاء يرتبط بالأمور الاعتبارية. ينبغي التنبّه إلى أنّ مجرد الرضا الباطني لا يفى بالغرض في حصول التنفيذ؛ بل يجب في منظور العقلاء إظهار الرضا لتنفيذ العقد.

المفردات الرئيسة: التنفيذ، الرضا الباطني، الواقع القانوني، الفعل القانوني، الإنشاء.

الشرط الفاسخ في عقد الوقف، دراسة تحليلية فقهية وقانونية

٣٣٣

- سيّد مهديّ قريشي (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- محمّد حسن جوادى (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- حامد رحمانى (طالب دكتوراه فى الفقه والقانون الإسلامى بجامعة أورمية)

لم يُبدِ الفقه رأياً خاصاً فيما يتعلّق بصحة الوقف المشروط بالشرط الفاسخ أو بطلانه؛ إلا أنّ الفقهاء تطرّقوا إلى نوع من الوقف يشترط فيه الواقف إعادة المال الموقوف إليه فى حال الحاجة إلى المال، وأدلوّ بأراء متباينة تراوح بين الصحة، والبطلان، والصحو تحت عنوان الحبس. ولما كان استجلاء الرأى الصحيح يترك تأثيراً مباشراً فى «إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف»، فسُلّطت هذه الدراسة الضوء على الآراء الفقهية، سعياً لإثبات الرأى القائل بـ«صحة الوقف المشروط بإعادة المال الموقوف إلى الواقف عند الحاجة» ومن خلال دراسة قانونية فى دلالة الشرط الفاسخ، اعتبرته منطبقاً على الشرط المذكور فى عقد الوقف، ولذلك خلصت إلى إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف، وأنّ شرط «إعادة الموقوف إلى الواقف عند الحاجة»، مظهر من مظاهره البارزة. المفردات الرئيسية: الشرط الفاسخ، عقد الوقف، إعادة الموقوف، شرط الرجوع.

تحليل كفيّة انعقاد الحوالة

(دراسة نقدية فى المادة رقم ٧٢٥ من القانون المدنى)

- محسن مهديان (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة طهران)
- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)

عقد الحوالة من العقود العهديّة التى ينتقل فيها الدين من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه. على الرغم من عقد الضمان، فلا خلاف فى أثر عقد الحوالة بين الفقهاء حيث يعدّون الحوالة نقل الذمّة، لكن هناك خلافات كثيرة فى أركان هذا العقد وكفيّة انعقادها. فمن الفقهاء من عدّ الحوالة مكوّنة من إيجاب واحد وقبولين، ومنهم من ميّز بين انعقاد الحوالة للبرىء ومشغول الذمّة. وهناك آخرون يرون رضا الأطراف الثلاثة مؤثّراً فى انعقاد الحوالة دون تحديد القابل. وتأثّر المشرّع أيضاً باختلافات الفقهاء، فقد عدّ رضا المحتال وقبول المحال عليه باعتبار الطرف الآخر فى العقد، مؤثّراً فى انعقاد

الحوالة، وذلك في المادة رقم ٧٢٥ حيث عدّ بما لا يقبل الجدل والمراء طرف الإيجاب بأنّه هو المحيل. وعلى أساس نتائج هذه الدراسة، إنّ المحيل والمحتال من الأركان التي بها يتمّ العقد، والحوالة بجميع أقسامها تتحقّق بإيجاب المحيل وقبول المحتال. بيد أنّه يشترط رضا المحال عليه في الإحالة إلى البريء ومشغول الذمّة إذا افترضنا الحوالة بغير جنس الحقّ الذي للمحيل. وذلك يعني أنّه لا دخل له في انعقاد الحوالة وتحققها، لكن نفوذ العقد ولزومه يتوقّفان على رضاه، ويمكن أن يعبر عن رضاه تزامناً مع العقد أو قبله أو بعده. وفي هذين الفرضين، تتحقّق الحوالة بإيجاب المحيل وقبول المحتال، وتتمّ برضا المحال عليه. وعليه فإنّ عقد الحوالة ليس متركّباً من إيجاب واحد وقبولين أو إيجاب واحد ورضا اثنين أو ثلاثة، بل إنّ مثل العقد الفضوليّ الذي يُعدّ من انعقاده حتّى استقراره، حصيلة إيجاب واحد، قبول واحد ورضا واحد.

المفردات الرئيسية: الحوالة، الحوالة للبريء، الإيجاب والقبول، انتقال الدين، الرضا.

نقد على نظرية الماهية المعاوضيّة لنفقة الزوجة

- مرتضى حاجي بور (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)
- أصغر زيرك باروقّي (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)

على الرغم من أنّ النفقة تُعدّ من الحقوق القانونيّة المعترف بها للزوجة، إلّا أنّها ستُحرّم منها في حال نشوزها بحيث تفقد استحقاقها لاستلام النفقة. الأمر الذي أفضى إلى غلبة الرأي الفقهيّ المشهور القاضي بكون النفقة عوضاً عن التمكين. سعت هذه الدراسة إلى تقييم هذا الموقف الفقهيّ المشهور بالمنهج الوصفيّ - التحليليّ مع الأخذ بعين الاعتبار المواقف الفقهيّة والقانونيّة وكذلك الآراء القضائيّة ومخرجات استشارات الدائرة الحقوقية للسلطة القضائيّة في إيران الإسلاميّة. والدراسة تقوم على الفرض القائل بأنّ النكاح عقد غير ماليّ، وعليه فيمكن القول بأنّه أولاً: النفقة ليست عوضاً عن تمكين الزوجة في ضوء فقدان الشرائط والأحكام المعاوضيّة في النفقة، وعلى وجه الخصوص فقدان حقّ الحبس للزوجة بشأن استحقاقاتها من النفقة، وغياب حقّ الفسخ عند إعسار الزوج و...، وثانياً: حرمان الزوجة الناشرة بسقوط نفقتها، يُعدّ ضماناً للتّنصّل من واجباتها تجاه زوجها.

المفردات الرئيسية: النفقة، النشوز، التمكين، حقّ الحبس والفقهاء.

٣٣٥

دراسة في قاعدتي التسليط ولا ضرر في حيازة ثكنات الجيش للعقارات المجاورة

- جمال نيك كار (ماجستير في القانون الخاص)
 - محمود إمامي نميني (أستاذ مساعد بجامعة العلامة المحدث النوري)
- ممارسة حقّ الملكية في القانون الإيراني تخضع لقواعد وشروط وضّحتها المادة رقم ١٣٢ للقانون المدني. فعلى أساس هذه المادة إذا أفضت ممارسة حقّ الملكية إلى إلحاق ضرر بالآخر، يجب ممارستها في «الحدود المألوفة» ولـ «سدّ الحاجة أو دفع الضرر»، تفادياً لأيّ مسؤوليّة لصاحب الحقّ. واليوم تثير مجاورة ثكنات الجيش للعقارات ووقوعها في أحضان المدن قضية يُعبّر عنها باعتيادية أو عدم اعتيادية حيازة الأراضي من جانب ثكنات الجيش ومسؤوليتها. ومن جهة أخرى سببت المادة ١١ من قانون المسؤولية المدنية حصانة ثكنات الجيش وقواعده إزاء حيازتها الضارة لأنها لا تحمّل الجهات الحكومية أيّ مسؤوليّة. هدفت هذه المقالة إلى دراسة تصرفات قواعد الجيش في ضوء قيود المادة ١٣٢ وكيفية حماية المشرّعين عن المتضرّرين بتصرفات الجيش. خلصت الدراسة إلى أنّ حيازة الجيش للمناطق السكنية أمر غير متداول مع الأخذ في الحسبان المادة ١٣٢ وعند مجاورة ثكنات الجيش لتلك المناطق، ويجب على قواعد الجيش وثكناته أن تتحمّل مسؤولياتها عن حيازتها.
- المفردات الرئيسية: ثكنات الجيش وقواعده، الحيازة الضارة، عدم الاعتيادية، المسؤولية المدنية، ممارسة السيادة.

الشكّ في موضوع الصفقة

- علي رضا عالي بناه (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)
 - عباس ماجدي (طالب ماجستير في القانون الخاص بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)
- يعترينا «الشكّ في موضوع الصفقة» عادة حينما يتعلّق الإنشاء المؤكّد لطرفي الصفقة ببعض المرذد من شيئين أو أكثر. فقد منع مشهور فقهاء الإمامية وأيضاً بعض القانونيين

الشكّ في موضوع الصفقة واعتبروه قاذحاً في صحّة الصفقة بناء على جملة أدلّة، ومنها: الإجماع، والاستناد إلى بعض الروايات، استحالة الشخص الشاكّ المتردّد، الإبهام، الغرر، عدم قابليّة هذه الصفقات للتنفيذ، السفهية، القياس بصلح المرّدّد وكون الإنشاء مخدوشاً. والقانون المدنيّ الإيرانيّ أيضاً، بتأثر من القول المشهور، عدّ «تعيّن موضوع الصفقة» لصحّتها شرطاً أساسياً. هذا المقال، أثبت صحّة الصفقة التي موضوعها مشكّك من خلال نقد أدلّة منع الشكّ في موضوع الصفقة، والاستناد إلى أدلّة أخرى كالإطلاقات والعمومات، والروايات المأثورة في باب النكاح، ووصيّة المرّدّد ونذره، كما أنّ الباحث توصل إلى إمكان تسرّي حكم الصحّة إذا كانت المجموعة، مكوّنة من أفراد بأسعار مختلفة، وانتهى الباحث إلى اقتراح آليتين لتحديد موضوع الصفقة، وهما: الاشتراط والقرعة.

المفردات الرئيسة: الشكّ، موضوع الصفقة، الكلّي في المعين، الفرد المتردّد، الغرر، القرعة.

اعادة دراسة في قاعدة حقّ الحبس

(تقييم مدى فاعليّة حقّ الحبس مع أخذ إطاره التنفيذيّ بنظر الاعتبار)

- مصطفى شاهبازيّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- عباس قاسميّ حامد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتيّ)
- محسن جهانگيريّ (أستاذ مشارك بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- رضا حق پناه (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)

لقد تمّ التنبّي لكفالات تنفيذيّة في القانون المدنيّ الإيرانيّ المقتبس من الفقه وذلك للحيلولة دون خرق القرارات المعقودة. وتنقسم هذه الكفالات إلى قسمين: القانونيّة والمعقودة بين الجانبين، فقد عدّ حقّ الحبس من الكفالات التنفيذيّة من منظار القانون المدنيّ الإيرانيّ للوقاية من نقض الكفالات المعقودة. فالسؤال الأساس أمام هذه الدراسة هو أنّه هل كان استخدام حقّ الحبس من قبل ذويه ناجحاً في الحيلولة دون خرق القرارات أم لا؟ يمكن الردّ على هذا السؤال بعد ذكر الميزات الأصليّة للكفالات التنفيذيّة المرمومة إلى جانب دراسة النطاق التنفيذيّ لحقّ الحبس ونتيجة الأمرين هي

أولاً أنّ حقّ الحبس فاقد لعدد من الضمانات التنفيذية المعقودة، وثانياً أنّ نطاقه لم يشمل إلا بعض العقود فحسب، وثالثاً أنّه صار في بعض العقود حقاً لطرف واحد من الطرفين لا لكليهما. فحصيلته الدراسة هذه أنّ حقّ الحبس ليس من القواعد العامة ولا يليق بأن يُعتبر من الضمانات التنفيذية المعقودة. ومن الجدير بالذكر أنّه تمّ تحليل المسألة وتحقيقها في هذه الدراسة عبر علم الاجتماع القانوني.

المفردات الرئيسية: حقّ الحبس، الكفالات التنفيذية القانونية، تسليم الثمن والتمن، ميزات الضمانات التنفيذية المعقودة المرموقة، إمكانية خرق القرار، القبض.

المبادئ الفقهية للمسؤولية المدنية؛ نظرة تقويمية

- حسين هوشمند فيروز آبادي
- أستاذ مساعد بجامعة آية الله بروجردي

هناك مبداءان فقهيان في أساس المسؤولية المدنية: الاستناد العرفي للتلف إلى الضار، واحترام المتضرر. السؤال الذي ينقدح هو: أيّ المبدئين الفقهيين يمكنه تبرير الضمان الذي هو حكم وضعي وتبني عليه المسؤولية المدنية؟ رفض الكاتب في هذا المقال الرأي القائل بوضعية ضمان العاقلة، معتبراً إياه مبطلاً لنظرية الاستناد العرفي، وبالتالي أكد إلزامية ضمان العاقلة، وعزا رفض نظرية الاستناد العرفي بوصفه مبدأ فقهيًا، إلى عدم تحديد الصواب والمعايير الثبوتية والخلط بين مبدأ المسؤولية المدنية وأحد أركانها (علاقة السببية). وبالتالي أيد الباحث في ضوء الأدلة النقلية المرتبطة بالاحترام، استخراج الحكم الوضعي للضمان من بعض الآيات القرآنية كمنع أكل المال بالباطل، وبعض الروايات مثل: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»، وأثبت حدود نظرية الاحترام في الخسائر البدنية، والمالية والمعنوية بالنسبة إلى المسلم وغير المسلم، وتبني «الاحترام» مبدأ فقهيًا للمسؤولية المدنية.

المفردات الرئيسية: الاستناد العرفي، الضمان، الاحترام، الحكم الوضعي، الحكم الإلزامي، العاقلة، مبدأ المسؤولية المدنية.