

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال نهم / شماره سی و سه / پاییز ۹۲ / صفحات ۷۸-۵۵

## بررسی تأثیر تغییر تعهدات اصلی بر عقود تبعی<sup>۱</sup>

نصراله جعفری خسروآبادی \*

پگاه سرمدی \*\*

### چکیده

بر مبنای دیون ناشی از قرارداد یا اسباب غیرقراردادی، عقود می‌تواند شکل گیرد که این عقود به عقود تبعی معروف است. برخی از این عقود تبعی، سبب اسقاط دین می‌شوند، مانند عقد ضمان، حواله و تبدیل تعهد و برخی از این عقود صرفاً وثیقه و اطمینان جهت حصول آن دین اصلی می‌باشند مانند عقد رهن و کفالت. پس از انعقاد این عقود تبعی ممکن است در دین اصلی یا عقد منشأ آن دین، تغییراتی از قبیل فسخ یا اقاله حاصل شود؛ در این صورت موضوع اساسی قابل طرح، تأثیر تغییرات دین اصلی بر این عقود است که در این تحقیق به بررسی نظریات موجود در این موضوع خواهیم پرداخت و بیان خواهیم داشت که مبنای مورد پذیرش قانونگذار این است که تغییرات دین اصلی بر خلاف عقود وثیقه‌ای، تأثیری بر عقود تبعی ساقط‌کننده دین نخواهد داشت.

**کلید واژه‌ها:** عقد اصلی، عقد تبعی، حواله، ضمان.

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۹۲/۳/۲۴

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم jafari@qom.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

## ۱- مقدمه

بر مبنای دیون ناشی از قرارداد و یا غیرقرارداد، عقودی می‌تواند شکل گیرد که به عقود تبعی معروف است. عقودی که از حیث نفوذ تابع دین دیگری است، بدون اینکه شرایط و آثار آن تابع عقد یا دین دیگری باشد (کاتوزیان، عقود معین ۲، ۱۰۹).

بنابراین عقود تبعی برخلاف عقودی که از حیث نفوذ هم تابع دین دیگری نیست، (عقود مستقل) ماهیت مستقل ندارد و مبنای شکل‌گیری آن دین دیگری است؛ برخی از این عقود دین اصلی را ساقط می‌کند مانند عقد ضمان و حواله و برخی از این عقود دین اصلی را ساقط نمی‌کند و صرفاً وثیقه و تضمینی در راه رسیدن به دین اصل است، مانند عقد رهن و ضمان وثیقه‌ای و کفالت. گروهی دیگر از نهادهای تبعی هم وجود دارند که نام عقدنهادن بر آنها شاید مشکل باشد، اما به هر حال بر اساس و مبنای دین یا عقد دیگری تشکیل می‌شود؛ مانند اسناد تجاری (صدور چک و یا صدور برات) که مبنای صدور این اسناد به طور معمول دین دیگری است و ماهیت تبعی دارند؛ اگرچه بررسی ماهیت این گونه ماهیت‌ها نیاز به بحث فراوان دارد و بحث مفصل آن خارج از موضوع تحقیق است، اما به دلیل تبعی بودن آن به بررسی مختصر این ماهیت‌ها نیز می‌پردازیم.

پس از ایجاد این عقود و نهادهای تبعی ممکن است در دین اصلی و عقد اصلی تغییراتی حاصل شود که این تغییرات هم ممکن است تأثیراتی بر این عقود داشته باشد. از جمله تغییرات در این دیون ساقط‌شدن آن بوسیله اقاله، ابراء، تهاتر و فسخ، انفساخ و یا کشف بطلان است که در این تحقیق به بررسی تأثیر این تغییرات بر عقود تبعی می‌پردازیم.

البته با توجه به اینکه این عقود تبعی، ماهیت یکسان ندارند (برخی صرفاً وثیقه‌ی دین می‌باشند و برخی منجر به سقوط دین اصلی می‌باشند) ابتدائاً به طور مختصر به بررسی ماهیت این عقود می‌پردازیم و سپس تأثیر تغییرات دین اصلی را بر این عقود بررسی می‌نمائیم.

## ۲- بیان انواع عقود و نهادهای تبعی

در این فصل و در بخش اول انواع عقودی که دین اصلی را ساقط می‌کنند (یا اینکه تعهد اصلی را تبدیل به تعهد دیگر می‌کنند) ذکر می‌شود و به طور مختصر ماهیت آنها را بررسی می‌نماییم چرا که تفاوتی که این عقود در ماهیت خود دارند بعضاً تفاوت‌هایی را پس از تغییر در دین اصلی در پی خواهند داشت.

همچنین در این بخش به ماهیت اسناد تجاری مانند چک و برات می‌پردازیم. به این سؤال پاسخ خواهیم داد که آیا صدور این اسناد، دین اصلی را ساقط می‌کند یا این که صرفاً نوعی وسیله پرداخت می‌باشد؟ و در بخش بعدی عقودی که صرفاً وثیقه دین می‌باشند را بررسی می‌نماییم.

## ۲-۱- عقود تبعی ساقط‌کننده دین

### ۲-۱-۱- عقد ضمان

در فقه عقد ضمان به دو معنی عام و خاص به کار می‌رود: معنی عام آن شامل عقد ضمان (به معنی خاص) و حواله و کفالت نیز می‌شود (علامه حلی، ۲، ۱۴۱۴، ۱۱۴)، اما معنی خاص عقد ضمان ناظر به «عقد ضمان» به مفهومی است که در قانون مدنی آمده است. ماده ۶۸۴ در تعریف این عقد بیان می‌دارد «عقد ضمان عبارتست از اینکه شخص مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد». متعهد را ضامن، طرف دیگر مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند. بدین ترتیب برای تحقق ضمان باید شخص در برابر طلبکار تعهد کند که دین اصلی بدهکار را بپردازد و این تعهد مورد قبول طلبکار واقع شود (کاتوزیان، بی تا، ۴، ۲۲۳).

عقد ضمان بین ضامن و طلبکار واقع می‌شود و اراده‌ی طلبکار یکی از ارکان آن است و اراده‌ی مدیون در آن تأثیری ندارد و حتی اگر مدیون مخالفت هم کند تأثیری در انعقاد عقد ندارد. عقد ضمان، عقد تبعی است ولی نه به این عنوان که شرایط و آثار آن تابع عقد دیگری باشد. بلکه از این نظر که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء تابع این است که مضمون عنه دینی به طلبکار داشته است و بنابراین ضمان در صورتی درست است که دین مبنای آن موجود و مشروع باشد. دین زمانی موجود است که بر ذمه مدیون قرار گرفته باشد.

البته قانون مدنی درباره شرط وجود دین سختگیری پاره‌ای از فقیهان را روا نمی‌دارد و دینی را که سبب آن ایجاد شده است در حکم موجود می‌داند، هرچند که شرایط ثبوت آن بر ذمه‌ی مدیون فراهم نیامده باشد (کاتوزیان، همان، ۴، ۲۴۵).

عقد ضمان در حقوق ما مفید نقل ذمه است و مضمون عنه را، از دین بری می‌کند و ضامن را مدیون می‌سازد. در این خصوص برخی بیان می‌دارند که دین ضامن به مضمون له، همان دین مضمون عنه است و باید ضامن را جانشین مضمون عنه در تحمل بار آن دین دانست و به همین دلیل تضمینات دین پس از

انتقال هم باقی می‌ماند و به عنوان مثال اگر در خصوص دین اصلی مدیون یا شخص ثالثی مالی را به عنوان رهن نزد طلبکار قرار داده باشد، پس از عقد ضمان تأثیری بر عقد رهن ایجاد نمی‌شود؛ چرا که همان دین به ضامن منتقل شده است (امامی، ۱۳۶۴، ۱، ۳۳۸) همانند انتقال دین یا انتقال تعهد. اما فقهای امامیه بیان می‌دارند که عقد ضمان انشاء مشغولیت ذمه در مقابل سقوط ذمه مدیون می‌باشد و دین ضامن همان دین مضمون عنه نیست و تعبیر نقل ذمه، مسامحه در تعبیر است و به همین خاطر تضمینات دین اصلی ساقط می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱، ۲۵۷؛ شیخ محمد حسن نجفی، ۲۶، ۱۵۰).

بنابراین بقای تضمینات دین، بر ماهیت ضمان استوار است؛ اگر آن را انتقال دین بدانیم، دین با همه‌ی توابع خود چنانکه هست، به ذمه ضامن منتقل می‌شود و از بین نمی‌رود تا به تابعیت آن وثایق نیز آزاد گردد، اما اگر نوعی تبدیل تعهد باشد دین پیشین به همراه تضمین‌ها ساقط می‌شود و دین جدیدی جای آن را می‌گیرد. البته برخی نیز نهاد سومی را پیش‌بینی نموده‌اند که منطبق با ضمان مورد نظر در فقه امامیه است و آن انتقال دین اصلاح شده است یعنی انتقال دین توأم با زوال و سقوط تضمینات دین (کاتوزیان، بی‌تا، ۳۳۴) که به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قانون‌گذار عقد ضمان را «بر عهده‌گرفتن مالی که بر ذمه‌ی دیگری است» تعریف نموده است (ماده ۶۴۸ ق.م) گویا در بیان انتقال دین بوده است، همچنین بر اساس استصحاب، حکم به باقی ماندن وثائق و تضمینات صحیح‌تر است.

## ۲-۱-۲ - عقد حواله

به موجب م ۷۲۴ ق.م حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال و شخص ثالث را محال علیه می‌گویند. حواله عقدی تبعی است و تنها در صورتی واقع می‌شود که محیل مدیون به محتال باشد. این وصف هم از مفاد م ۷۲۴ استفاده می‌شود و هم از تأکید ماده ۷۲۶ که مقرر می‌دارد «اگر در مورد حواله، محیل مدیون محتال نباشد، احکام حواله در آن جاری نخواهد بود» (همان، ۳۹۳).

قانون مدنی در تعریف این عقد، از مبنای مشهور فقه امامیه تبعیت نموده است و فقها در تعریف این عقد بیان می‌دارند «هی تحویل المال من ذمته الی ذمته» (بجنوردی، بی‌تا، ۶، ۱۲۴) یا «احاله المدیون دائنه الی غیره، او احاله المدیون دینه من ذمته الی ذمته غیره» (یزدی، ۱۴۰۹، ۲، ۲۰۰).

تفاوتی اساسی که بین عقد ضمان و عقد حواله وجود دارد این است که در عقد حواله عقد بین طلبکار و مدیون واقع می‌شود و ابتکار عمل با این دو نفر است، در حالی که در عقد ضمان عقد بین طلبکار و شخص ثالثی واقع می‌شود (خویی، ۱۴۱۴، ۲، ۲۴۳).

در خصوص ماهیت حواله، دو بیان عمده در فقه امامیه وجود دارد: ۱- صرفاً استیفای دین به معنی وسیله وفای عهد است، زیرا مدیون به واسطه و به طور غیرمستقیم دین خود را می‌پردازد (یزدی، ۱۴۰۹، ۴۵۵) ۲- نوعی معاوضه است، زیرا محتال در برابر سقوط طلب خود از محیل، طلب خود را از محال‌علیه بدست می‌آورد یا به تعبیر دیگر محیل طلب خود از محال‌علیه را با سقوط دین اصلی (دین محیل) معاوضه می‌کند که فقها از این نوع از معاوضه با نام اعتیاض نام می‌برند و برخی هم نوعی بیع دین به دین می‌دانند (بجنوردی، بی‌تا، ۱۲۷).

اما به هر حال از تعاریف فقها از حواله چنین بر می‌آید که اکثریت قاطع عقد حواله را مبتنی بر انتقال دین می‌دانند و آن را یکی از اقسام ضمان به معنای اعم می‌شمارند که منجر به سقوط دین اصلی محیل به محتال می‌شود (کاتوزیان، همان، ۴۰۲). در ماده ۷۳۰ به صراحت بیان شده است که «پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده است بری و ذمه محال‌علیه مشغول می‌شود».

### ۲-۱-۳- تبدیل تعهد

یکی از عقود تبعی دیگر که منجر به سقوط دین سابق می‌شود و در قانون مدنی هم جزء اسباب سقوط تعهدات آمده است تبدیل تعهد است و اگرچه به صراحت جزء عقود معین نیامده است، اما از آنجا که تبدیل تعهد متضمن پیدایش تعهد جدید است با اراده یک طرف انجام نمی‌پذیرد و نیازمند اراده دو طرف خواهد بود. بدین جهت در بین اعمال حقوقی ماهیت قراردادی دارد و با در نظر گرفتن اینکه تعهد جدید جانشین تعهد سابق می‌شود باید پذیرفت که تبدیل تعهد نوعی قرارداد معوض است که دو عوض آن یکی سقوط تعهد سابق و دیگری پیدایش تعهد جدید است (شهیدی، سقوط تعهدات، ۱۳۴).

البته بیان خواهیم داشت که برخی از موارد تبدیل تعهد به عقود معین در قانون مدنی شبیه و به نظر می‌رسد اصلاً همان عقود معین است که به بررسی این موارد هم می‌پردازیم.

با توجه به اینکه تعهد دارای چهار رکن (موضوع، منشأ یا سبب، متعهد و متعهدله) می‌باشد. تبدیل تعهد در چهار مورد صورت می‌گیرد (همان، ۱۳۲).

تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهد: م ۲۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل است.

۱- «وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند»، مانند متعهدی که به طلبکار ۵ تن برنج بدهکار است و با تراضی این تعهد را تبدیل به تعهد دیگری با موضوع پرداخت ۱۰ تن گندم می‌نماید. در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود که قانونگذار به صراحت در این ماده بیان داشته است که تعهد اصلی و دین اصلی ساقط می‌شود و دین جدیدی شکل می‌گیرد.

با توجه به اینکه شکل‌گیری دین جدید و عقد جدید بر اساس دین موجود می‌بوده است این نوع از عقد تبدیل تعهد جزء عقود تبعی محسوب می‌شود.

۲- یکی دیگر از موارد تبدیل تعهد که قانونگذار بیان نداشته است، اما طبق اصول کلی حقوقی نمی‌توان در صحت آن تردید داشت تبدیل تعهد از طریق تبدیل منشأ می‌باشد. به عنوان مثال شخص خانه‌ای را به دیگری اجاره می‌دهد و سپس مال‌الاجاره که از عقد اجاره ناشی شده است را برای مدتی به مستأجر قرض می‌دهد که در این صورت تعهد نسبت به مال‌الاجاره از بین رفته و تعهد جدیدی که منشأ آن عقد قرضی می‌باشد به وجود می‌آید (همان، ۱۳۵) و به هر حال چون تعهد جدید بر اساس عقد دیگری به وجود آمده و منجر به سقوط دین سابق شده جزء عقود تبعی محسوب می‌شود که تغییرات عقد اصلی (اجاره) مانند فسخ یا اقاله و یا انفساخ آن می‌تواند تأثیراتی بر عقد جدید داشته باشد که بیان می‌نماییم.

۳- یکی دیگر از موارد تبدیل تعهد، تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون می‌باشد. در این وضعیت هم تعهد متعهد اصلی از بین می‌رود و ذمه‌ی او در برابر متعهدله آزاد می‌شود و به جای آن تعهد مشابه دیگری شکل می‌گیرد که قانونگذار ایران در بند ۲ م ۲۹۲ به این صورت بیان داشته است که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.

ماهیت این نوع تبدیل تعهد ماهیتی شبیه به عقد ضمان و حواله قانون مدنی است زیرا در این عقود هم شخص ثالثی که در عقد ضمان، ضامن و در عقد حواله محال‌علیه می‌باشد دین دیگری را بر عهده می‌گیرد و پس از تحقق این عقد این ذمه ثالث است که همانند این نوع تبدیل تعهد مشغول می‌شود و ذمه مدیون اصل بری می‌شود.

اما برخی حقوقدانان، ماهیت هر دو را یکسان نمی‌دانند و بیان می‌دارند که در عقد ضمان تعهد سابق از بین نمی‌رود، بلکه انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگر صورت می‌گیرد بدون اینکه رابطه حقوقی تعهد زائل گردد و رابطه حقوقی جدیدی به وجود آید(امامی، همان)).

بنابراین از نظر این دسته از حقوقدانان که با همین استدلال سعی در بیان ماهیت متمایز این عقود از یکدیگر دارند؛ در تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط می‌شود اما در عقود ضمان و حواله ساقط نمی‌شود بلکه جابه‌جا می‌شود که اثر آن هم باقی ماندن تضمینات و وثائق آن دین می‌باشد.

ولی این استدلال قابل انتقاد است و برخلاف آنچه ادعا شده است تمهید قانونگذار ایران را که به جای نهاد قدیمی و بی‌فایده‌ی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون، تعریف ضمان را نهاده است نباید حمل بر اشتباه نمود. در نظام حقوقی که انتقال دین و طلب پذیرفته شده است، تبدیل تعهد تنها در موردی به کار می‌رود که دو طرف تعهد بخواهند موضوع یا سبب آن را تغییر دهند و گرنه برای تبدیل مدیون نیازی به این وسیله قدیمی که زاده‌ی تاریخ فرانسویان است و از رومیان به میراث برده‌اند وجود ندارد(کاتوزیان، بی-تا، ۳۳۲).

۴- چهارمین نوع تبدیل تعهد، تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهدله است. بدین ترتیب که مدیون و متعهدله توافق می‌کنند که تعهد مدیون در برابر متعهدله ساقط شود و به جای آن تعهد جدید در برابر ثالث به وجود آید، اما قانونگذار ایران برخلاف حقوق فرانسه این نهاد را به این شکل نپذیرفته است و در بند ۳ م ۲۹۲ق.م بیان داشته است که «وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کس دیگری منتقل نماید» و همان گونه که معلوم است مفاد این بند با حقیقت تبدیل تعهد سازگار نیست و بر انتقال طلب انطباق دارد (شهیدی، ۱۳۷۳، ۱۳۹). زیرا در بند سوم ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی فرانسه این قسم تبدیل تعهد این گونه تعریف شده است: «هنگامی که در نتیجه‌ی یک تعهد جدید، بستانکار جدیدی، قائم مقام بستانکار سابقی شود که بدهکار در برابر او بری شده است» که آشکارا بند ۳ ماده ۲۹۳ قانون مدنی ایران با این مفهوم متفاوت است. بنابر این به نظر می‌رسد در قانون ما نهاد تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله، پذیرفته نشده است به همین خاطر تعهد سابق از بین نمی‌رود و به جای آن تعهد جدیدی در برابر ثالث به وجود نمی‌آید و فقط انتقال طلب صورت می‌پذیرد و طلبکار طلب خود را مانند هر نوع مال دیگری که حق هر گونه تصرفی در آن دارد، به دیگری منتقل می‌نماید(صفایی، ۱۳۵۷، ۲۶۴).

بنابراین این نوع عقد تبعی (اگر بتوان نام عقد بر آن نهاد) جزء عقود نیست که تعهد سابق را از بین ببرد و تأثیرات و تغییرات دین اصلی در این نوع برخلاف عقود تبعی سابق که بیان شد به نظر اثر متفاوت دارد.

## ۲-۱-۴- اسناد تجاری

از دیگر عقود تبعی که ابتدائاً در عقد بودن آن تردید وجود دارد و ثانیاً در اینکه آیا تعهد اصلی را ساقط می‌کند و نوعی تعهد جدید به وجود می‌آورد اختلاف وجود دارد صدور اسناد تجاری (برات و سفته و چک) است. صورت معمول صدور و انتقال این اسناد جهت ایجاد یا انتقال دین و تعهدی مورد استفاده قرار می‌گیرد که در ماهیت این نوع اسناد اختلاف وجود دارد.

این نکته قابل ذکر است که این نوع اسناد صرف‌نظر از تفاوت‌هایی که با همدیگر دارند به نظر ماهیت یکسانی دارند و اکثر حقوقدانان در بررسی ماهیت این نوع اسناد فقط به بررسی برات که مهمترین نوع این اسناد می‌باشند پرداخته‌اند و در خصوص سفته و چک از این حیث، تفاوتی قائل نیستند. بنابراین در این تحقیق صرفاً به بررسی ماهیت برات می‌پردازیم.

برخی از حقوقدانان برات را یک نوع حواله می‌دانند که در قانون مدنی تعریف شده است، ولی چون عمل تجاری است، مقررات خاصی در مورد آن وضع شده است (عبادی، ۱۳۸۶، ۲۳۹).

بنابراین از دیدگاه این گروه از حقوقدانان به محض صدور (یا قبولی برات‌گیر) برات، دین اصلی ساقط می‌شود و دین دیگری جایگزین آن می‌شود و بنابراین تضمینات دین اصلی هم ساقط می‌شود و طلبکار صرفاً بر اساس تعهد و دین ایجاد شده ناشی از این سند حق مطالبه دارد.

برخی هم صدور برات را نوعی انتقال حق یا انتقال طلب می‌دانند. اما به نظر می‌رسد گرچه این فکر از نظر اقتصادی درست است اما از نظر حقوقی قابل توجیه نیست و معامله براتی را نمی‌توان با تأسیس مدنی انتقال طلب یا حواله منطبق کرد. زیرا اولاً در برات برخلاف انتقال طلب، حقوق منتقل‌الیه از انتقال‌دهنده بیشتر است؛ چرا که در انتقال طلب انتقال‌دهنده فقط ضامن موجود بودن طلب است، اما ضامن ملائت مدیون و پرداخت حتمی نیست در حالی که در برات، دارنده اگر به هر دلیل نتواند مبلغ را از مدیون اصلی بگیرد حق مراجعه به انتقال‌دهنده (براتکش) را خواهد داشت (اسکینی، ۱۳۸۱، ۲۳).

همچنین در انتقال طلب، مسؤولیت تضامنی وجود ندارد حال آنکه در برات وجود چنین مسؤولیتی پذیرفته شده و در واقع استحکام حق دارنده برات نیز ناشی از همین امر است.



بنابراین ماهیت حقوقی برات را نمی‌توان با هیچ یک از ماهیت‌های سنتی منطبق دانست و باید آن را ماهیت مستقل و جدا و ناشی از نیازهای اقتصادی جامعه حاضر دانست که برخی آن را نوعی تعهد یکجانبه یا قرارداد انتزاعی می‌دانند (همان، ۲۷).

اما به هر حال سؤال اساسی دیگری که مطرح است اینکه صرف‌نظر از ماهیت حقوقی این اسناد آیا صدور این اسناد منجر به تبدیل تعهد اصلی و سقوط آن و ایجاد تعهد جدید می‌شود یا خیر؟ تأثیر اساسی که نتیجه این پاسخ دارد این است که اگر سند منتهی به پرداخت نگردد آیا امکان رجوع دارنده به قرارداد اولیه و استفاده از تضمینات آن وجود دارد یا خیر؟ و ثانیاً اگر در قرارداد اصلی تغییر از جمله فسخ و اقاله یا انفساخ رخ دهد در سرنوشت سند تأثیری دارد یا خیر؟

چنانچه قائل به تبدیل تعهد باشیم عدم پرداخت سند مجوزی برای رجوع دارنده آن به قرارداد اولیه و استفاده از تضمینات آن نخواهد بود و مشارالیه تنها می‌تواند از طریق سند و امکانات حقوقی آن طلب خود را وصول کند و همچنین تغییرات قرارداد اولیه و دین اصلی تأثیری در آن ندارد، اما برعکس، اگر تبدیل تعهد را نپذیریم و صدور و واگذاری سند را به ذی‌نفع صرفاً وسیله‌ای برای ایفای تعهد و پرداخت دین موجود بدانیم در این صورت، عدم پرداخت آن ذی‌نفع را از رجوع به معامله اصلی و استفاده از وثائق آن، محروم نخواهد کرد و همچنین تغییرات عقد اصلی در آن مؤثر خواهد بود که در بخش بعدی به آن می‌پردازیم (نیک‌فرجام، ۱۳۸۳، ۱۱۷).

پاسخ به این سوال ابتدائاً مستلزم احراز قصد طرفین در صدور و انتقال سند تجاری است که اگر صراحتاً قصد خود را در مورد تبدیل تعهد بیان می‌دارند که اشکال چندان پیش نمی‌آید (همان، ۱۱۷)، ولی گاهی به علت عدم تصریح، احراز این قصد، مشکل است و اصل، عدم تبدیل تعهد است، بنابراین تبدیل تعهد اثبات نمی‌شود مگر اینکه قصد طرفین نسبت به آن احراز گردد و اعمال یا گفتاری که دلالت بر آن روشن نباشد نمی‌تواند مثبت تبدیل تعهد گردد (شهیدی، ۱۳۷۳، ۱۴۴) و همچنین در این موارد، می‌توان با تحلیل حقوقی موضوع و استفاده از اصول و ضوابط حقوقی، قصد مشترک را احراز نمود و حکم موضوع را مشخص کرد.

در این رابطه دو نظریه مطرح است و برخی معتقدند وقتی سند تجاری صادر یا ظهرونی‌سازی شد و در اختیار ذی‌نفع قرار گرفت در عوض طلبی است که ذی‌نفع در معامله اصلی دارد و تعهد ناشی از سند تجاری سبب سقوط تعهد اولیه و تضمینات آن می‌گردد (صقری، ۱۳۸۳، ۱۳۸۰).

اثر قبول این نظریه این است که تعهد براتی با همه‌ی مزایای قانونی آن، جایگزین تعهد قراردادی و تضمینات آن، در معامله اولیه می‌گردد و طلبکار به عنوان دارنده یا ذی‌نفع سند تجاری، فقط باید از طریق سند مذکور، طلب خود را مطالبه نماید و تغییرات دین اصلی و قرارداد اصلی تأثیری در تعهدات براتی ندارد (نیک‌فرجام، همان، ۱۲۵).

اما نظریه‌ای که طرفداران بیشتری دارد، نظریه مبنی بر عدم تبدیل تعهد می‌باشد و در دعوی تبدیل تعهد مدعی کسی است که به تحقق چنین انشاء مشترکی تکیه کند. در مقام تردید نسبت به وقوع تبدیل تعهد باید اصل عدم را جاری دانست که این اصل در م ۱۲۷۳ ق.م.فرانسه به صراحت اعلام شده است، ولی در حقوق ما نیز از اصول کلی برمی‌آید، در مصداق‌های مشتبه مورد استفاده قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۲۳) و برای اینکه قصد تبدیل تعهد واضح باشد باید تعهد جدید با تعهد قدیم در یکی از ارکان مهم مغایر باشد. مثلاً تغییر موضوع با منشأ دین، اضافه یا الغاء شرط و تغییر داین یا مدیون متضمن تغییرات اساسی است که به وضوح حاکی از تبدیل تعهد است، اما اضافه کردن مدت، تغییر مکان و ... مفید قصد تبدیل تعهد نیست. مگر آنکه قرائن دلالت بر آن نماید و صدور برات یا سفته بابت ثمن تبدیل تعهد در مورد ثمن تلقی نمی‌گردد، بلکه نوعی تضمین برای پرداخت ثمن است و حق امتیاز بایع حتی بعد از صدور برات یا سفته نیز باقی است مگر اینکه توافقی بر خلافشان شرط شده باشد (نیک‌فرجام، همان، ۱۲۸).

در خصوص چک هرچند از م ۳۱۰ ق.ت.چنین برداشت می‌شود که چک حواله است، اما باید گفت نمی‌توان آن را با حواله یکسان و احکام حواله را جاری دانست و مستفاد از م ۳۱۰ و ۳۱۱ ق.ت.چک «نوشته‌ای است که صادرکننده وجوهی را که نزد دیگری دارد کاملاً یا بعضاً مسترد می‌دارد و یا آن را به دیگری واگذار می‌کند». بنابراین مطابق قانون ایران چک به لحاظ روابط میان صادرکننده و طرف (محال علیه یا بانک) دستور پرداخت و به لحاظ روابط صادرکننده و گیرنده، نوشته‌ای است که دال بر وجود «دین بدون وعده» او به گیرنده و به منزله وسیله پرداخت است (شیوا، بی‌تا، ۱۲۶). بنابراین چک نیز مانند برات، منجر به تبدیل تعهد سابق به تعهد جدید نمی‌شود و صرفاً وسیله پرداخت است و تضمینات دین اصلی، باقی است و تغییرات دین اصلی بدون تردید در آن مؤثر است که بیان می‌داریم.

همچنین م ۳۰ اکتبر ۱۹۳۵ فرانسه به صراحت بیان داشته است که «واگذاری چک در مقام پرداخت و قبول آن از طرف طلبکار موجب تبدیل تعهد نمی‌شود و در نتیجه، طلب اصلی با کلیه تضمینات مربوطه تا هنگامی که چک پرداخت شود به حال خود باقی می‌ماند» که در ایران هم گرچه ماده صریحی

وجود ندارد، اما با توجه به این که صدور چک و اسناد تجاری با هیچ یک از شقوق م ۲۹۲ ق.م منطبق نیست و بخصوص نمی‌توان واگذاری چک را دلیل بر تراضی طرفین به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن شود دانست، مگر قصد و رضای طرفین صریحاً دلالت بر آن کند (همان، ۲۰۴).

بنابراین صدور اسناد تجاری را گرچه با مسامحه می‌توان عقد تبعی نامید، اما صرفاً نوعی وسیله‌ی پرداخت دین اصلی و تضمین برای آن می‌باشند.

با این حال همان گونه که بیان شد اگر قصد طرفین تبدیل تعهد باشد باید از این قصد تبعیت نمود و آن را جاری دانست. همچنان که برخی اوقات این اراده از اعمال حقوقی صورت گرفته قابل استخراج می‌باشد. به عنوان مثال اگر چکی به حواله کرد متعهدله معامله ابتدایی صادر و یا ظهرنویسی شود و نامبرده با ظهرنویسی آن را به دیگری منتقل نماید در اینجا متعهدله مذکور از امکانات معاملاتی سند استفاده برده و در واقع عملاً با واگذاری سند قصد و اراده خود را بر قبول آن به جای طلبش اعلام داشته است و یا اینکه اگر طلبکار بر اساس چکی که وصول نشده اقدام به توقیف اموال بدهکار کند در اینجا نیز قصد تبدیل تعهد محرز است. همانگونه که در بند اول م ۲۹۲ ق.م در مقام بیان تبدیل تعهد به اعتبار تغییر موضوع تعهد می‌گوید «وقتی متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند که در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود» (صقری، ۱۳۸۰، ۴۷۸).

### ۳- عقود تبعی وثیقه‌ای (که دین اصلی را ساقط نمی‌نمایند)

برخی از عقود تبعی وجود دارند که تأثیری در سقوط دین اصلی ندارند و صرفاً وثیقه‌ای برای تضمین آن محسوب می‌شوند. این عقود، ذاتاً وثیقه و تضمین دین اصلی است و تعهد طرفین نمی‌تواند آن را جایگزین دین اصلی و ساقطکننده آن بدانند.

### ۳-۱- ضمان وثیقه‌ای و تضامنی

در اثر تراضی طرفین عقدضمان می‌تواند باعث انتقال دین نشود بلکه ذمه‌ی ضامن را ضمیمه‌ی ذمه‌ی مدیون سازد. البته مشهور فقهای امامیه بر خلاف فقهای عامه این نوع ضمان را به نحو استقلالی صحیح نمی‌دانند (یزدی، ۱۴۰۹، ۵، ۴۱۱)

در هر حال بر فرض صحت این نوع ضمان، ضم ذمه به دو گونه ممکن است انجام شود:

- ۱- تعهد ضامن به عنوان وثیقه دین باشد، بدین ترتیب که مضمون له در ابتدا برای وصول طلب خود به مدیون اصلی رجوع کند و اگر به نتیجه نرسد به مدیون تبعی رجوع کند (تضامن طولی).
  - ۲- تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یکدیگر قرار گیرد، مضمون عنه و ضامن مسؤول دین باشند و طلبکار بتواند به هر کدام که بخواهد برای تمام یا بخشی از دین رجوع کند که در این صورت می‌گویند ضامن و مضمون عنه مسؤولیت تضامنی دارند. (تضامن عرضی) (کاتوزیان، بی‌تا، ۳۴۰).
- در هر دو حالت فوق، تعهد ضامن فرع بر دین اصلی و وثیقه‌ای آن است و از هر ایراد و دفاعی که برای مدیون، جنبه شخصی ندارد، مانند مرور زمان ضامن نیز می‌تواند استفاده کند و تضمینات دین اصلی نیز باقی است.

ضمان وثیقه‌ای یا تضامنی به طور معمول در حقوق تجارت وجود دارد و در خارج از امور تجاری، ضمان تضامنی برخلاف اصل است و تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که در عقد تصریح کنند، در حقوق ما که اثر ضمان مطلق نقل ذمه است در موارد عادی، ضمانی که در آن ذمه مضمون عنه باقی بماند، خلاف قاعده می‌باشد (همان، ۳۴۵).

این نکته قابل ذکر است که گرچه ضمان وثیقه‌ای در قانون مدنی به صراحت وجود ندارد، اما نهادی در قانون مدنی وجود دارد که کاملاً شبیه به ضمان وثیقه‌ای و ضمان تضامنی به معنی به کار رفته در قانون تجارت است (یعنی ضم ذمه به ذمه) می‌باشد که م ۷۲۳ ق.م بیان شده است «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود» که در این صورت هیچ نقل ذمه‌ای صورت نمی‌گیرد و شخص صرفاً، ملتزم به پرداخت دین دیگری می‌شود.

### ۳-۲- عقد کفالت

در م ۷۳۴ ق.م کفالت بدین گونه تعریف شده است «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند». متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می‌گویند.

مستفاد از مواد قانون مدنی (۷۳۶ و ۷۴۰ ۷۴۵ و ۷۵۱) و پیشینه تاریخی این نهاد حقوقی به خوبی برمی‌آید که کفالت از وثایق و تضمینات دینی است و مکفول له باید طلبی داشته باشد یا دعوی مربوط به

طلبی را آغاز کند تا برای اطمینان خاطر او و جلوگیری از فرار احتمالی مدیون، گرفتن کفیل معنی پیدا می‌کند(همان، ۴۴۱).

بنابراین ابتدائاً باید حق یا دینی وجود داشته باشد که بر اساس آن و جهت تضمین وصول آن شخص (کفیل) تعهد به احضار آن را بنماید و بر این اساس کفالت هم نوعی عقد تبعی است و وجود حق یا ادعای آن بر مکفول از عناصر اساسی نفوذ کفالت است که اگر وجود نداشته باشد عقد کفالت هم باطل می‌باشد. با اینکه ضمان به معنی خاص و کفالت از افراد ضمان به معنی عام است و گاه این دو اصطلاح به جای یکدیگر بکار می‌رود بین کفالت و ضمان این تفاوت مهم وجود دارد که در ضمان از مدیون دین به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مدیون در برابر طلبکار بری می‌گردد، ولی در کفالت دین همچنان بر ذمه مدیون باقی می‌ماند و کفیل احضار او را عهده‌دار می‌شود؛ همچنین برخلاف ضمان همه‌ی عوارض و اوصاف تضمین‌های دین باقی است.

### ۳-۳- عقد رهن

عقدی را که به موجب آن مال مدیون وثیقه طلب قرار می‌گیرد، رهن می‌نامند. چنانکه ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف آن می‌گوید «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد». رهن‌دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند و به مال وثیقه نیز رهن می‌گویند. عقد رهن نیز یک عقد تبعی است، بدین معنی که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد که برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ م.ق) (همان، ۴۹۷).

هدف از رهن هم این است که طلبکار برای وصول به حق خود وثیقه‌ی عینی پیدا کند و بتواند از راه فروش آن به طلب خود برسد. بنابراین تأثیری در دین اصلی ندارد و دین اصلی را ساقط نمی‌کند، بلکه تضمینی در راه رسیدن آن می‌باشد.

### ۴- تأثیر تغییرات تعهدات اصلی بر عقود تبعی

همانطور که بیان شد عقود تبعی بر مبنا و بر اساس دین یا عقد دیگری به وجود می‌آید که ممکن است، تغییراتی در آن عقد اصلی ایجاد شود که ما در این تحقیق در مقام بیان آن هستیم و همانگونه که بیان شد به دلیل تفاوت اثر بر عقود که دین اصلی را ساقط می‌کند و عقود که این اثر را ندارد و

وثیقه‌های دین می‌باشد، در این فصل ابتدا تأثیر تغییرات دین اصلی را بر عقود تبعی که دین اصلی را ساقط می‌کند بررسی می‌نماییم و سپس تأثیر تغییرات حادث در دین اصلی را بر عقود دیگر بررسی می‌کنیم.

#### ۴-۱- تأثیر تغییرات حادث در دین اصلی بر عقود تبعی ساقط‌کننده ی دین اصلی

همانگونه که در فصل اول بیان شد عقود همچون ضمان، حواله و تبدیل تعهد و برخی از اسناد تجاری منجر به سقوط دین اصلی می‌شوند و با وقوع این عقود دین جدیدی به وجود می‌آید که ممکن است طرفین این دین و این رابطه همان طرفین قبلی باشند. مانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد ممکن است که طرفین متفاوت باشند مانند عقد ضمان که این تفاوت به طور معمول تأثیری در قضیه ندارد و تغییرات دین اصلی بر هر دو گروه به نظر یکسان می‌باشد. اما تغییراتی که ممکن است بر دین اصلی ایجاد شود نیز متفاوت می‌باشد که در این تحقیق به اصلی‌ترین این تغییرات می‌پردازیم و مواردی که اثر یکسان دارد از جمله اکثر موارد سقوط تعهدات مانند ابراء، تهاتر و مالکیت مافی‌الذمه را با یک عنوان بررسی می‌کنیم قابل ذکر است که برخی از این تغییرات، عقد اصلی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و به تبع آن بر دین ایجاد شده از آن هم اثر می‌گذارد و در برخی از موارد فقط دین اصلی مورد تغییر قرار می‌گیرد. همچنان که در برخی از موارد دین اصلاً منشأ عقدی ندارد و دینی است که منشأ آن قانون (مانند نفقه زوجه) یا ضمان قهری (مانند ائتلاف) است.

#### ۴-۱-۱- تأثیر تغییرات حادث در دین اصلی بدون تغییر در عقد

همان طور که بیان شد برخی از تغییرات تأثیری در عقد اصلی ندارد و یا اینکه اصلاً دین اصلی منشأ عقدی ندارد مانند مواردی از سقوط تعهدات مانند ابراء، تهاتر و مالکیت مافی‌الذمه، که برخلاف اقاله، فسخ و انفساخ، تأثیری بر عقد اصلی ندارد.

با انعقاد عقود همچون حواله، ضمان و تبدیل تعهد، ذمه‌ی مدیون از دین اصلی بری می‌شود و دین جدیدی ایجاد می‌شود. همانگونه که در ۶۹۸م در خصوص عقد ضمان اینگونه بیان شده «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود» و ملاک بند ۱ م ۲۹۳ با این بیان که «وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی کنند که در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود» و

در م ۷۳۰ در خصوص عقد حواله «پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود».

بنابراین موارد سقوط تعهدات دین اصلی همچون ابراء، تهاتر و مالکیت مافی‌الذمه کاری بیهوده است و هیچ اثری در روابط حقوقی طرفین ندارد (همان، ۳۲۴).

ماده ۷۰۷ قانون مدنی نیز که مقرر می‌دارد «اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود» که این مقررهمگام با قاعده‌ی کلی نقل ذمه است که اثر اصلی آن سقوط دین اصلی و ایجاد دین جدید می‌باشد و این امر منطقی است که ابراء و موارد سقوط تعهدات در خصوص دین ساقط‌شده بی‌معنا باشد و نویسندگان قانون مدنی در مقام بیان مردود دانستن نظریه «ضم ذمه» و قبول نظریه «نقل ذمه» در عقد ضمان بوده‌اند.

#### ۴-۱-۲- تأثیر تغییرات حادث در عقد اصلی بر عقود تبعی

پس از انعقاد عقود تبعی ساقط‌کننده دین اصلی در مواردی که منشأ دین اصلی عقد می‌باشد ممکن است تغییراتی در عقد اصلی ایجاد شود که بر عقود تبعی تأثیراتی دارد. به عنوان مثال پس از عقد بیع مشتری برای پرداخت ثمن بایع را به شخص ثالث حواله دهد که ثمن را از او بگیرد و یا بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخص دیگری بدهد، اما پس از وقوع عقد حواله ممکن است در عقد بیع تغییراتی ایجاد شود، مانند کشف بطلان عقد بیع، اقاله، فسخ یا انفساخ عقد بیع که در این بخش به بررسی این تغییرات و تأثیر آن بر عقود تبعی خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱-۲-۱- کشف بطلان

گرچه که خود کشف بطلان تغییر حادث محسوب نمی‌شود چرا که عقد یا از ابتدا باطل بوده یا صحیح اما به هر حال طرفین بعد از عقد بیع و بر اساس و فرض اینکه عقد صحیح بوده نسبت به ثمن ممکن است حواله دهند که اگر پس از آن، بطلان عقد بیع کشف شود، بدون تردید در عقد حواله تأثیرگذار است که بررسی می‌نماییم.

با توجه به اینکه بر اساس عقد بیع به دو صورت می‌تواند عقد حواله منعقد شود و شاید تأثیرات این کشف بطلان بر این دو نوع حواله می‌تواند متفاوت باشد جداگانه بررسی می‌کنیم.

### الف: تأثیر کشف بطلان بر حواله مشتری

منظور از حواله مشتری، حواله‌دادن بایع به ثالث برای اخذ ثمن از مشتری است و از مشتری خواسته می‌شود، اینگونه ثمن را پرداخت کند. در این فرض مشکل چندانی وجود ندارد و پس از انعقاد حواله معلوم می‌شود بایع به علت فقدان یکی از شرایط صحت معاملات از ابتدا باطل بوده و بطلان بایع در واقع کاشف بطلان حواله هم خواهد بود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ۱۳، ۴۱۳؛ کاتوزیان، بی‌تا، ۴۳۱) و بنابراین بر اساس این بطلان، مبتنی بر م ۷۳۳ اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد و اگر پرداخت نشده باشد چون بایع باطل بوده بر اساس حواله پولی پرداخت نمی‌شود.

برخی از حقوقدانان معاصر علاوه بر دلیل فوق بیان داشته‌اند: «در این فرض در واقع اشتباه در محرک اصلی تراضی و قصد رخ داده است. امری که طرفین بر مبنای آن با هم توافق کرده‌اند، پس تخلف از چنین حرکتی را نمی‌توان در سلامت اراده بی‌تأثیر دانست و کشف بطلان باعث می‌شود تا جهت قصد مشترک طرفین اشتباه درآید و معلوم شود که آنان دچار پنداری نادرست بوده‌اند (کاتوزیان، بی‌تا، ۴۳۱).

### ب: تأثیر کشف بطلان بر حواله بایع

مقصود از حواله بایع این است که وی ثالث را به عنوان محتال برای اخذ ثمن به خریدار حواله می‌دهد و از خریدار می‌خواهد به میزان ثمن در وجه ثالث کارسازی کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۹۲). در این فرض، بطلان بایع نشان می‌دهد بر محال‌علیهی حواله صادر شده است که در واقع مدیون نبوده؛ چرا که بایع باطل بوده و بنابراین ذمه او نسبت به ثمن هم مشغول نبوده است، اما به هر حال رکن اصلی عقد حواله که دین محیل به محتال بوده وجود دارد و با توجه به اینکه دین محال‌علیه به محیل از شرایط درستی حواله نیست و حواله بر بری هم صحیح است، بنابراین برخی گفته‌اند دلیلی بر بطلان حواله در این صورت وجود ندارد (میرزای نائینی، ۱۴۱۳، ۲، ۳۴۱).  
بر خلاف حواله مشتری که مدیون بودن مشتری، شرط صحت حواله است (القواعد الفقهیه، ۶، ۱۲۴؛ المغنیه، ۱۴۲۱، ۴، ۶۷).

اما به نظر می‌رسد در این صورت هم حواله را باید باطل دانست؛ چرا که در این صورت هم عقد حواله مبنی بر اشتغال ذمه‌ی مشتری، نسبت به ثمن منعقد شده است که با بطلان بایع معلوم شده که ذمه مشتری مشغول نبوده است (همان، ۶۸). در واقع اشتباه در محرک اصلی تراضی و قصد رخ داده است، امری



که طرفین بر مبنای آن با هم توافق کرده‌اند و تخلف از چنین محرکی را نمی‌توان در سلامت اراده بی‌تأثیر دانست (کاتوزیان، بی‌تا، ۴۳۱).

به بیان دیگر علت عمده عقد و انگیزه اصلی مشتری از قبول حواله گمان و تصور دینی بوده که بابت بیع به بایع داشته است که با کشف بطلان اشتباه او نیز آشکار می‌شود و با توجه به این که این نوع اشتباه، اشتباه در علت عمده‌ی عقد است، عقد حواله باطل می‌باشد؛ همانند صورت بیان شده در ماده ۲۰۱ ق.م. که اشتباه در شخصیت طرف در صورتی که علت عمده عقد باشد موجب بطلان است، در دیگر موارد اشتباه در علت عمده‌ی عقد هم باید عقد را باطل دانست که فرض بیان شده در ماده ۷۳۳ مصدق‌ی از اشتباه در جهت عقد است و در سایر موارد نیز قابل تسری می‌باشد.

#### ۴-۱-۲- تأثیر فسخ و اقاله و انفساخ عقد اصلی بر حواله

در این قسمت از تحقیق به تأثیر تغییرات عقد اصلی بر عقود تبعی‌ای که منجر به سقوط دین می‌شوند، می‌پردازیم.

تغییراتی که می‌تواند در عقد اصلی ایجاد شود فسخ به هر سببی، اقاله و انفساخ عقد می‌باشد و برخلاف کشف بطلان تغییر به معنای واقعی محسوب می‌باشد و با توجه به اینکه در م ۷۳۳ به تغییرات دین اصلی بر اصلی‌ترین و مهمترین عقد تبعی یعنی حواله پرداخته، ما هم به بیان این ماده‌ی قانونی می‌پردازیم که ملاک این ماده در دیگر عقود تبعی هم قابل استفاده است.

#### الف- تأثیر فسخ یا اقاله عقد اصلی بر حواله بایع

همانگونه که بیان شد مراد از حواله بایع این است که بایع ثالث را به عنوان محتال برای اخذ ثمن به خریدار حواله دهد. در این فرض چون اگر قائل به انحلال حواله باشیم به حقوق محتال زیان می‌رساند و وجه حواله متعلق به شخص دیگری (محتال) غیر از خریدار و فروشنده قرار گرفته است.

در بقای حواله با وجود فسخ بیع تردید مهمی نشده است حق نیز همین است. زیرا اگر دین محال علیه در برابر محیل از بین برود صدمه‌ای به حواله نمی‌زند (کاتوزیان، بی‌تا، ۴، ۴۳۵) که این نظر، عقیده اکثریت قریب به اتفاق فقها نیز می‌باشد؛ چرا که حواله پس از انعقاد عقد مستقل محسوب می‌شود و لازمه این استقلال این است که با انفساخ بیع عقد حواله منفسخ نشود (یزدی، ۱۴۰۹، ۴۷۶).

اما به هر حال در این فرض هم با توجه به ابهام مقرر قانونی م ۷۳۳ ق.م و لفظ «لیکن محال علیه بری...» برخی احتمال این را داده‌اند که در این صورت حواله منفسخ می‌شود و وقتی قانونگذار اعلام می‌دارد «حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری می‌شود» ظاهر این است که به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد نه دین سابق خود به محیل زیرا آن دین به محض انعقاد حواله ساقط شده است و بری شدن نسبت به آن دین بی‌معنا است. بر این مبنا اگر محال علیه وجه حواله را نپرداخته باشد، دیگر نمی‌پردازد و محتال باید به محیل رجوع کند و این خود به معنی انحلال حواله می‌باشد (کاتوزیان، بی‌تا، ۴۳۵).

اما به نظر می‌رسد، باید همان نظر مشهور فقها را مورد متابعت قرار داد و بیان داشت که تغییرات عقد اصلی بر این عقود تبعی یعنی حواله، ضمان، تبدیل تعهد که منجر به سقوط دین اصلی می‌شوند تأثیری ندارد و ابهامات ماده ۷۳۳ ناشی از نگارش نامناسب این ماده از سوی نویسندگان این قانون می‌باشد و قانونگذار درصدد بیان همان عقیده مشهور فقها بوده است.

همچنین که بر اساس اصول حقوقی، فسخ و اقاله و انفساخ اثر قهقرایی ندارند و نسبت به آینده اثر دارند، از این رو تأثیر فسخ و اقاله نسبت به عقدی که سابقاً صحیحاً منعقد شده، خلاف اصل است و استناد به ظاهر مقرر قانونی با وجود مخالف آن با مشهور فقهای امامیه، خالی از وجه است.

### ب- تأثیر فسخ و اقاله بیع (عقد اصلی) بر حواله مشتری

اگر بعد از انعقاد عقد اصلی که می‌تواند عقد بیع باشد بین بایع و حواله دادن بایع به ثالث برای اخذ ثمن توسط مشتری، مشتری یا بایع به هر دلیلی بیع را فسخ یا اقاله کنند یا به هر دلیلی بیع منفسخ شود آیا این تغییر تأثیری هم بر عقد تبعی دارد؟

برخی رابطه‌ی بین دو عقد را رابطه‌ی تنگاتنگ و از نوع تبعیت و ملازمه کامل در وجود و صحت (ایجاد و بقای عقد) دانسته‌اند و بیان داشته‌اند انحلال حواله نتیجه‌ی طبیعی و قهری انحلال بیع می‌باشد. زیرا اگر بیع و مسأله پرداخت ثمن مطرح نبود، اساساً عقد حواله‌ای منعقد نمی‌گردید (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۲۳) و بنابراین فسخ بیع و بازگشت ثمن به خریدار و از بین رفتن طلب محیل باید سبب از بین رفتن دین محال علیه که چیزی جز طلب محیل نیست، نیز بشود.

اما گروهی دیگر از فقها که اکثریت آنان را تشکیل می‌دهند این ملازمه را با استدلال‌های گوناگون نپذیرفته‌اند؛ چرا که مقتضای فسخ یا اقاله، رفع آثار عقد از حین فسخ یا اقاله می‌باشد نه رفع اثر از ابتدا، بنابراین فسخ در عقود سابقه اثر نمی‌کند و همانگونه که هنگام وقوع صحیح واقع شده، صحیح هم باقی می‌ماند. همچنان که نقل و انتقال بمجرد عقد حواله صورت می‌گیرد و عقد حواله پس از انعقاد، معامله مستقل از معامله اولی محسوب می‌شود، حتی اگر طرفین آن با عقد اصلی یکی باشند (خویی، ۱۴۱۴، ۲، ۲۹۷).

البته اگر حواله را نوعی استیفا بدانیم نه اعتیاض (تعویض نفس حق یا بدل آن) برخی بیان داشته‌اند که در این صورت باید عقد حواله را نیز منفسخ بدانیم؛ چرا که در این صورت عقد حواله یک عقد تبعی در وقوع و بقا باقی می‌ماند و اگر عقد اصلی زائل شود عقد تبعی آن هم به تبع از بین می‌رود (اشتبهاردی، ۱۴۱۷، ۲۸، ۲۶۸).

اما مشهور فقها نظر اقوی را این می‌دانند که حتی اگر حواله نوعی استیفا باشد با فسخ عقد اصلی عقد تبعی از بین نمی‌رود، زیرا که عقد حواله پس از انعقاد، عقدی مستقل و لازم است (یزدی، ۱۴۰۹، ۲).  
چرا که حواله و عقود همانند آن نوعی تصرف در ثمن محسوب می‌شود مانند فروش ثمن که در این صورت، پس از فسخ عقد بیع، بایع باید بدل ثمن را برگرداند نه خود ثمن را؛ از این رو فسخ عقد بیع هیچ تأثیر بر این تصرفات و عقود تبعی ندارد (خویی، ۱۴۱۴، ۲، ۲۹۸).

بنابراین حتی اگر حواله را استیفا بدانیم که ظاهر از حواله هم همین است، باید قائل شویم که با فسخ عقد اصلی، حواله از بین نمی‌رود و همچنان به قوت خود باقی است، چرا که داین در طلب استیفای طلبش می‌باشد خواه مدیون طلبش را بدهد خواه شخص ثالثی و متعارف بین مردم بازار و معاملات هم همین می‌باشد و داین در صدد معامله جدید نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۲۷) به محض وقوع حواله، داین دینش را به نوعی به نفس حواله استیفا می‌کند (همانند هنگامی که ثمن معامله را قبل قبض به دیگری منتقل می‌کند)؛ چرا که ذمه‌ی محال‌علیه مشغول می‌شود و دلیلی بر انفساخ حواله وجود ندارد (همان، ۱۲۸).

رویکرد قانونگذار در این خصوص هم به نظر می‌رسد، همان نظریه مشهور فقها است، زیرا در ماده ۷۳۳ بیان داشته است، «... ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده ...» که عدم بطلان حواله دلالت بر صحیح باقی ماندن و بقای آن است.

اما برخی از حقوقدانان با توجه به شیوه نگارش این ماده و لفظ «لیکن محال علیه بری» بیان می‌دارند که باید پذیرفت که با فسخ بیع و عقد اصلی بر مبنای دلیلی که در زمان حواله نیز وجود داشته است حواله نیز منحل می‌شود و محال علیه پیش از پرداخت دین نیز در برابر محتال و از دینی که به موجب حواله بر عهده گرفته است بری می‌شود؛ چرا که محال علیه با قبول حواله خود به خود در برابر محیل بری و به محتال مدیون می‌شود و فسخ بیع باید او را از دین موجود به محتال بری سارزد والا بری شدن در مقابل محیل معنی ندارد. بنابراین تعهد جدید ماهیتی مستقل نیست که با تعهد سابق مبادله شود.

زیرا اگر تعهد جدید رابطه‌ای بیگانه با وضع پیشین باشد باید بطلان یا ابطال و فسخ دین سابق در تعهد جدید اثر نکند و سقوط و ایجاد تعهد حتی در عقد تبدیل تعهد تجزیه‌ناپذیر است و وضع هر کدام در دیگری اثر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۱۱).

لیکن دلائل ارائه شده از جانب ایشان قانع کننده نیست و استناد به نگارش ماده، در مقابل دلایل محکم و متیقن گروه مقابل و با توجه به اینکه مسلماً قانون گذار در وضع قانون مدنی از مشهور فقهای امامیه متابعت نموده است خالی از وجه است و باید قائل به این بود که قانونگذار در م ۷۳۳ ق.م از نظر مشهور تبعیت نموده است و نگارش صورت گرفته ناشی از سهل‌انگاری و مسامحه می‌باشد و قابل توجیه است. همچنین که لفظ «بری» در انتهای این ماده می‌تواند در نظر نویسندگان صفت محال علیه باشد نه فعل جمله نگارش یافته که در این صورت هیچ اشکال محتوایی بر ماده ی قانونی وارد نیست.

#### ۴-۲- تأثیر تغییرات دین اصلی بر عقود تبعی وثیقه‌ای

بیان داشتیم که برخی عقود تبعی تأثیری بر دین اصلی ندارند و تغییر، تبدیل و یا اسقاطی در دین اصلی ایجاد نمی‌کنند، مانند عقد کفالت و رهن و ضمان وثیقه‌ای که این عقود راهی جهت دستیابی به دین اصلی و تضمینی و اطمینانی جهت دستیابی به آن می‌باشند.

بنابراین برخلاف عقود تبعی که منجر به سقوط تعهد اصلی و ایجاد دین جدید می‌شوند در این عقود بدون تردید تغییر در دین اصلی منجر به تغییر در تضمینات و وثیقه‌های دین اصلی نیز می‌شود.

تغییراتی که ممکن است در عقد اصلی یا دین اصلی حاصل شود به نظر اثر یکسان دارد؛ چرا که ممکن است صرفاً دین اصلی به سبب یکی از اسباب سقوط تعهدات مانند ابراء، تهاتر و مالکیت ما فی‌الذمه و... ساقط شود یا اینکه خود عقد اصلی فسخ یا اقاله یا منفسخ شود و به تبع آن دین ناشی از آن هم بدین

وسيله ساقط شود. همانگونه که قانونگذار در م ۲۶۴ ق.م اقاله را نیز جزء اسباب سقوط تعهدات آورده است و بر اساس ملاک اقاله، فسخ یا انفساخ هم اسباب سقوط تعهدات می‌باشد.

بنابراین با پرداخت دین یا سقوط آن به هر وسیله‌ای مبنای عقود تبعی از جمله رهن و کفالت و ضمان وثیقه‌ای هم از بین می‌رود (کاتوزیان، همان، ۴۹۸).

اگرچه که قانونگذار به عنوان مثال در ماده ۷۴۶ ق م در عقد کفالت به انحلال و زوال عقد اصلی نپرداخته اما باید گفت ماده ۷۴۶ در مقام محصور کردن براءت کفیل نبوده است و مواردی که بر مبنای قواعد عام سقوط تعهدات باعث براءت کفیل می‌شود، می‌توان به این ماده قانونی افزود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۴۸۵).

در عقد رهن هم قانونگذار در م ۷۹۰ ق.م بیان داشته است که: «بعد از براءت ذمه مدیون رهن در ید مرتهن امانت است» که نشان‌دهنده‌ی منفسخ شدن عقد رهن به تبع براءت ذمه مدیون می‌باشد که این براءت ذمه به هر طریقی مانند اسباب سقوط تعهدات یا اسباب زوال عقد می‌تواند باشد.

نکته قابل ذکر در این بخش این است که گرچه اکثر تغییرات در دین اصلی یا عقد اصلی منجر به سقوط تعهدات ناشی از آن می‌باشد مانند ابراء، تهاتر یا اقاله، فسخ و انفساخ، اما برخی از این تغییرات گرچه دین اصلی را ساقط می‌کند اما مقتضی آن ایجاد دین جدید می‌باشد مانند تبدیل تعهد که پس از وقوع عقد تبدیل تعهد دین اصلی ساقط می‌شود و بر این اساس همانگونه که م ۳۹۳ ق.م بیان داشته است «در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت»، بنابراین به عنوان مثال اگر بر اساس دین سابق عقد رهنی نیز منعقد شده باشد و سپس بر اساس تبدیل تعهد دین موضوع حق رهن تبدیل به تعهد جدید می‌شود قاعده اولیه این است که عقد رهن که مخصوص دین اصلی و بر اساس آن بوده منفسخ می‌شود.

اما قانونگذار در ادامه این ماده بیان داشته در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله صراحتاً شرط کنند.

پس در تبدیل تعهد فرض این است که دو طرف بر انحلال توابع و پیراستن دین نظر دارند مگر اینکه

خلاف آن را به صراحت بیان کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۲۹).

بنابراین گرچه مقتضای قاعده اولیه این است که تبدیل تعهد مانند سایر اسباب تغییر یا سقوط دین اصلی منجر به زوال عقود تبعی شود، اما اگر طرفین شرط خلاف کردند باید عقود تبعی که وثیقه‌های آن دین می‌باشند را باقی دانست.

این نکته قابل ذکر است که در خصوص عقد ضمان و حواله که مفهوم سنتی عقد تبدیل تعهد می‌باشد و به نظر برخی، در قانون مدنی مفهوم یکسانی دارند.

برخی از فقها هم قائل به این هستند که اگر طرفین شرط ابقای تضمینات را کنند این تضمینات باقی است (یزدی، ۱۴۰۹، ۳۲۵).

## ۵- نتیجه‌گیری

برخی از عقود تبعی منجر به سقوط تعهد سابق می‌شود و دین جدیدی را ایجاد می‌کند، مانند عقد حواله، ضمان و تبدیل تعهد که پس از انعقاد این عقود ممکن است تغییراتی در دین اصلی یا عقد اصلی ایجاد شود.

برخی از این تغییرات صرفاً اسباب سقوط تعهدات می‌باشند مانند ابراء، تهاتر و... که رد این صورت با توجه به اینکه دین اصلی با انعقاد این گونه عقود تبعی ساقط می‌شود تغییراتی چون ابراء و... در خصوص آنها بی‌معنا است؛ چرا که تعهد و دینی (دین اصلی) دیگر وجود ندارد که ساقط شود و نوعی اسقاط مال مجب محسوب می‌شود و بنابر این تأثیری در این عقود تبعی ندارند، اما برخی از تغییرات در عقد اصلی ایجاد می‌شود مانند کشف بطلان، اقاله یا فسخ یا انفساخ که منجر به از بین رفتن مبنای ایجاد عقود تبعی نیز می‌شوند؛ اما با توجه به اینکه بهر حال این عقود تبعی معامله مستقل می‌باشند نظر مشهور فقها بر این است که این تغییرات تأثیری بر این عقود قبلی ندارد لکن برخی از حقوقدانان با توجه به نگارش نامناسب ماده ۷۳۳ قانون مدنی نظر متفاوتی دارند که به نظر می‌رسد دلایل ارائه شده از جانب ایشان قانع کننده نیست و استناد به نگارش ماده، در مقابل دلایل محکم و متیقن گروه مقابل و با توجه به اینکه مسلماً قانون گذار در وضع قانون مدنی از مشهور فقهای امامیه متابعت نموده است خالی از وجه است و باید قائل به این بود که قانونگذار هم در م ۷۳۳ ق.م از نظر مشهور تبعیت نموده است و نگارش صورت گرفته ناشی از سهل‌انگاری و مسامحه می‌باشد و قابل توجیه است.

برخی از عقود تبعی نیز مانند کفالت، عقد رهن و ضمان وثیقه‌ای، دین اصلی را ساقط نمی‌کنند و صرفاً تضمینی در دستیابی به دین اصلی می‌باشند. در خصوص این عقود، با توجه به تبعی بودن آنها و اینکه تضمینی در راه دستیابی به دین می‌باشند، اگر به هر طریقی دین اصلی زائل شود این عقود تبعی هم منحل می‌شوند که در این خصوص اختلاف نظر و تردیدی وجود ندارد، مگر اینکه سبب سقوط تعهد دین اصلی، عقد تبدیل تعهد باشد و طرفین شرط ابقای این تضمینات را نمایند که در این صورت تغییر صورت گرفته در عقد اصلی در این عقود بی‌تأثیر است و همچنان باقی می‌مانند.

### فهرست منابع

- ۱- اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۱، حقوق تجارت، ۳، انتشارات سمت، تهران.
- ۲- اشتهازدی، علی، ۱۴۱۷، مدارک العروه، ۲۸، دار الاسوه للطباعه و النشر، تهران، چاپ اول.
- ۳- امامی، سید حسن، ۱۳۶۴، حقوق مدنی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیه، تهران.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقد حواله، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۵- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۴، مبانی العروه الوثقی، ج ۲، قم.
- ۶- شهید ثانی، زین الدین ابن علی، ۱۴۱۳، مسالک الافهام، ج ۱، مؤسسه المعارف اسلامیه، قم.
- ۷- شهیدی، مهدی، ۱۳۷۳، سقوط تعهدات، کانون وکلای دادگستری، تهران، چاپ سوم.
- ۸- صقری، محمد، ۱۳۸۰، حقوق بازرگانی، اسناد، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- ۹- شیوا، کاظم، بی‌تا، مطالعه تطبیقی چک، چاپ گیلان.
- ۱۰- صفایی، حسین، ۱۳۵۷، قواعد عمومی قراردادها، چاپ میهن، تهران.
- ۱۱- طباطبایی حکیم، سید محسن، ۱۴۱۶، مستمسک العروه الوثقی، مؤسسه دار التفسیر، قم، چاپ اول.
- ۱۲- علامه حلی، ۱۴۱۴، تذکره، ج ۲، مؤسسه آل البیت علیهم اسلام، قم.
- ۱۳- عبادی، محمدعلی، ۱۳۸۶، قوق تجارت، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ بیست و ششم.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، عقود معین ۴، شرکت انتشار، تهران، چاپ دوم.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، نظریه عمومی تهدات، نشر میزان، تهران، چاپ ششم.

- ۱۶- کرکی، محقق ثانی، ۱۴۱۴، جامع المقاصد، ج ۱، مؤسسه آل البيت عليهم اسلام، قم، چاپ دوم.
- ۱۷- موسوی بجنوردی، حسن، ۱۴۱۹، قواعد الفقهیه، ج ۶، نشر الهادی، قم، چاپ اول.
- ۱۸- مغنیه، محمدجواد، ۱۴۲۱، فقه الامام الصادق (ع)، ج ۴، مؤسسه انصاریان، قم، چاپ دوم.
- ۱۹- نایینی، میرزا محمدحسین، ۱۴۱۳، حاشیه العروه الوثقی، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ سوم.
- ۲۰- نیک‌فرجام، ۱۳۸۳، معاملات اسناد تجاری، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی شماره ۳۲.
- ۲۱- نجفی، شیخ محمدحسن، بی‌تا، جواهر الکلام، ج ۲۶، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- ۲۲- یزدی، سیدکاظم، ۱۴۰۹، عروه الوثقی، ۲، مؤسسه علمی للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم.