

تئوری محل در برات و عقد حواله

اسماعیل نعمت‌اللهی*

استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

(تاریخ دریافت: ۸۸/۱۱/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۸۹/۵/۱۲)

چکیده

یکی از مباحث مهم در زمینه برات، مسئله انتقال «محل» است؛ به این معنا که آیا مبلغی که برای پرداخت برات در سررسید اختصاص داده می‌شود یا خواهد شد، با صدور برات - یا انتقال آن از طریق ظهنویسی - به دارنده برات منتقل می‌شود یا نه؟ پذیرش یا رد انتقال محل، آثار مهمی در پی دارد. در مورد این مسئله، دیدگاه‌های مختلفی در میان حقوق‌دانان کشورمان و نیز در حقوق کشورهای مختلف به چشم می‌خورد. با توجه به شباهت نهاد تجاری برات با عقد فقهی حواله این مقاله درصدد بررسی مسئله انتقال محل در عقد حواله در فقه شیعه و تحلیل فقهی ماهیت برات و محل آن است. چنان‌که خواهیم دید، حکم این مسئله با توجه به صورت‌های مختلف حواله و برات متفاوت است.

واژگان کلیدی:

برات، حواله، محل، فقه شیعه، حقوق تجارت.

مقدمه

در حقوق برات، «محل، عبارت از وجهی است که به اتکای وجود فعلی آن یا وجودش در موعد پرداخت، برات‌کش مبادرت به صدور برات می‌کند» (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۶۲). به تعبیر دیگر، محل در واقع، طلبی است که صادرکننده در سررسید از برات‌گیر دارد (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۶۶؛ صقری، ۱۳۸۰، ص ۲۱۴).

یکی از مهم‌ترین آثاری که بر انتقال محل، مترتب می‌شود این است که هرگاه برات‌کش ورشکست شود، دارنده برات یا ذی‌نفع قرارنویس، جزء غرما محسوب نخواهد شد. زیرا محل برات جزو دارایی برات‌کش (ورشکسته) نیست تا بتوان آن را بین طلب‌کاران و از جمله طلب‌کار سند تجاری مورد بحث تقسیم کرد (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۶۷).

آثار دیگری نیز برای انتقال بر شمرده‌اند. از جمله: طلب‌کاران برات‌کش نمی‌توانند طلب او نزد برات‌گیر را توقیف کنند. پس از صدور برات و تسلیم آن به دارنده، برات‌کش نمی‌تواند از برات‌گیر تقاضا کند که از پرداخت برات خودداری کند و در صورتی که برات‌گیر وجه برات را پرداخت کند مسئولیتی در برابر برات‌کش نخواهد داشت. پس از قبولی برات، برات‌کش نمی‌تواند از برات‌گیر طلب خود را مطالبه کند یا با او تهاوتر نماید یا آن را به شخص دیگری منتقل کند. چون دیگر طلبی از برات‌گیر ندارد (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۶۷). هم‌چنین، اگر محل برات، وجه یا کالایی باشد که برات‌کش به برات‌گیر سپرده، برات‌کش نمی‌تواند قبل از سررسید، آن را برگرداند.

۲. دین و طلب از لحاظ فقهی دو امر وضعی‌اند. دین و طلب دو روی یک سکه‌اند که به اعتبار مدیون، دین نامیده می‌شود و به اعتبار دائن، طلب. دین مال کلی متعلق به دائن است که در ذمه مدیون قرار دارد (امام خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴۷). بنابراین، طلب، مالی کلی است که دائن در ذمه مدیون دارد. از این دو امر، دو عنصر تکلیفی ناشی می‌شود: تکلیف مدیون به پرداخت، و حق دائن نسبت به مطالبه. با توجه به این نکات از لحاظ نظری در نهاد حقوقی انتقال دین، دو احتمال وجود دارد:

الف) انتقال عنصر وضعی (دین) به شخص ثالث. در این صورت، عنصر تکلیفی یعنی لزوم پرداخت دین هم به ثالث منتقل می‌شود.

ب) انتقال عنصر تکلیفی صرف (تکلیف پرداخت). در این صورت، عنصر وضعی (دین) در ذمه مدیون باقی است؛ اما عنصر تکلیفی بر عهده شخص دیگری قرار می‌گیرد. در این حالت، از لحاظ نظری ممکن است تکلیف در عهده مدیون باقی باشد و در کنار آن، تکلیف دیگری هم در عهده ثالث قرار گیرد. بنابراین، تضامن صورت می‌گیرد. اما ممکن است تکلیف، کلاً به عهده ثالث منتقل شود و در ذمه مدیون، تنها دین باقی بماند.

در نهاد انتقال طلب نیز دو احتمال وجود دارد:

الف) انتقال عنصر وضعی (طلب) به شخص ثالث. در این صورت، عنصر تکلیفی (حق مطالبه دین) هم به ثالث منتقل می‌شود.

ب) انتقال عنصر تکلیفی صرف (حق مطالبه دین). در این صورت، عنصر وضعی (طلب)، متعلق به خود دائن است اما حق مطالبه دیگری برای ثالث ایجاد می‌شود. انتقال طلب به این معنا در واقع توکیل در استیفاء دین است.

۳. در فقه شیعه، حواله، موجب انتقال عنصر وضعی یا نقل ذمه به ذمه است (حلی، ۱۴۲۵، تذکره الفقهاء، ۱۴، ص ۴۲۹). بر عکس، به نظر برخی از فقهای اهل سنت، در حواله، انتقالی صورت نمی‌گیرد بلکه حواله موجب می‌شود که شخصی دیگر نیز علاوه بر مدیون اصلی، مکلف به پرداخت شود؛ اما دین در ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند (کاشانی، ۱۴۰۹، ص ۱۷). بر اساس این نظر و به تعبیر معروف، حواله نیز مانند ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه. بحث این است که برات با کدام یک از این دو نظام، سازگار است.

مقصود در این جا، بررسی مسئله انتقال محل، در برات و حواله است و تا جایی که به این بحث مربوط می‌شود، ماهیت حواله و برات نیز مطالعه می‌شوند.

الف) نظریات راجع به محل برات

در مورد انتقال یا عدم انتقال محل برات به دارنده، دو نظریه متفاوت در حقوق کشورهای مختلف ملاحظه می‌شود: در حقوق فرانسه، اصل بر این است که با صدور برات و تسلیم آن به دارنده و نیز انتقال بعدی برات به دارنده جدید از طریق ظهنویسی، مالکیت محل برات خود به خود به دارنده جدید منتقل می‌شود. این اصل حتی در مواردی که برات شرط قبولی ندارد نیز اعمال می‌شود. برخی از کشورهای دیگر مانند الجزایر، مصر، لبنان، مراکش، سوریه و تونس نیز همین اصل را پذیرفته‌اند. در مقابل، برخی کشورها مانند انگلیس، آمریکا، و کشورهای آلمانی تبار انتقال محل به دارنده برات را نپذیرفته‌اند (اسکینی، ۱۳۷۳، صص ۶۷-۶۸؛ صقری،

۱۳۷۳، صص ۲۲۱-۲۲۷). قانون تجارت ایران در زمینه محل، ساکت است (فخاری، ۱۳۸۷، ص ۴۱ و کاتوزیان، ۱۳۳۵، ص ۳۵) و در میان حقوق دانان کشورمان در مورد محل برات، دو نظر مختلف به چشم می خورد:

۱. عدم انتقال محل؛ بنابراین در صورتی که برات کش در فاصله بین تاریخ صدور و تاریخ سررسید ورشکسته شود، فقط اشخاصی به عنوان طلب کار ممتاز شناخته می شوند که قانون، تصریح کرده است. لذا آن قسمت از دارایی تاجر که عنوان محل برات را دارد و نزد برات گیر، تأمین شده، حق انحصاری هیچ یک از طلب کاران تاجر ورشکسته یعنی، دارنده برات محسوب نمی شود (فخاری، ۱۳۸۷، صص ۴۲-۴۹).

۲. تفکیک بین قبول برات توسط برات گیر و عدم قبول وی. اغلب حقوق دانان تجارت (فخاری، ۱۳۸۷، ص ۴۲)، مسئله انتقال مالکیت محل را به قبول یا عدم قبول برات توسط برات گیر وابسته کرده اند؛ یعنی در صورتی که برات به قبولی برات گیر رسیده باشد، محل برات از مالکیت برات کش خارج می شود و چون برات کش بعد از صدور برات، حق فسخ برات و استرداد محل آن را ندارد، طلب کاران برات کش ورشکسته، حقی بر محل برات ندارند و برات گیر باید آن را به دارنده برات تسلیم کند. ولی اگر برات به قبولی برات گیر نرسیده باشد، چون تعهد برات گیر برای پرداخت برات هنوز تحقق نیافته است؛ محل برات به صورت طلبی است که برات کش از برات گیر دارد و طلب کاران برات کش ورشکسته می توانند تقاضای استرداد آن را از برات کش بنمایند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۵، صص ۴۱-۴۰). قبول برات گیر به منزله انتقال قطعی مالکیت محل به دارنده برات است. اما در صورت عدم قبول برات گیر هیچ گونه حمایتی از دارنده نسبت به محل، ملاحظه نمی شود و با این که حق دارنده برابر حقوق براتی، کاملاً محفوظ است، حق ناشی از وجود محل به هنگام وعده یا پیش از آن کاملاً ناشناخته است. (صقری، ۱۳۸۰، صص ۲۲۷-۲۲۸).

برخی از صاحب نظران حقوق مدنی نیز در ضمن بررسی مسئله دیگری در مورد برات به موضوع محل برات نیز اشاره کرده اند و نظری که در نهایت پذیرفته اند، با نظر فوق سازگار است. مسئله این است که اگر برات کش، محل برات را به برات گیر رسانده باشد اما برات گیر بدون جهت آن را قبولی ننویسد، آیا دارنده برات می تواند وجه برات را از او مطالبه کند یا نه؟ (کاتوزیان، ۱۳۳۵، ص ۳۵). ایشان ابتدا بین موردی که برات کش، مدیون به دارنده برات باشد و موردی که مدیون نباشد، تفاوت قائل شده اند: در صورت اول، «چون از لحاظ حقوق مادی در

جایی که متن مخالفی نباشد، برات تابع قانون مدنی و مبحث حواله است و برای انتقال طلب و تحقق حواله، طبق ماده ۷۲۵ قانون مدنی، قبول محال‌علیه نیز شرط است، لذا دارنده برات، مسلماً نمی‌تواند قبل از قبولی محال‌علیه به او مراجعه کند. اما در صورت دوم «طبق ماده ۷۲۶ قانون مدنی، احکام حواله در قرارداد مزبور جاری نخواهد بود. بنابراین ممکن است استدلال شود که صدور برات، انتقال طلب ساده‌ای است که برطبق شق ۳ از ماده ۲۹۲ قانون مدنی احتیاجی به رضایت مدیون ندارد و دارنده می‌تواند راساً برای وصول طلبی که به او منتقل شده، به محال‌علیه مراجعه کند.» (کاتوزیان، ۱۳۳۵، ص ۳۶). اما این دلیل، مورد پذیرش ایشان نیست: «استدلال مزبور با قاعده‌ای که از مجموع مقررات مربوط به برات [استفاده می‌شود] که فقط قبول‌کننده را ملزم به پرداخت وجه آن می‌نماید، منافات دارد. مخصوصاً از مفهوم مخالف ماده ۲۳۰ [قانون تجارت] که مقرر می‌دارد: قبول‌کننده برات ملزم است وجه آن را سر وعده تادیه نماید، می‌توان نتیجه گرفت که محال‌علیه قبل از قبولی، تعهدی در پرداخت برات ندارد و چون در صورت مغایرت، مقررات قانون تجارت بر قانون مدنی رجحان دارد به نظر می‌رسد که دارنده برات قبل از قبولی در این مورد نیز حق مراجعه به محال‌علیه را ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۳۵، ص ۳۶). بنابراین، براساس این نظر، مدیون بودن یا مدیون نبودن برات‌کش، تأثیری در انتقال محل ندارد و در هر دو صورت، اگر برات‌گیر قبولی ننوشته باشد، محل به دارنده منتقل نمی‌شود.

ب) نظریه قابل پذیرش در زمینه محل برات

محل برات ممکن است یکی از این دو مورد باشد: طلب برات‌کش از برات‌گیر، یا وجه یا کالایی که برات‌کش قبل از سررسید، نزد برات‌گیر دارد یا برای او ارسال می‌کند. معیار انتقال محل به معنای اول، مدیون بودن یا نبودن برات‌گیر است نه قبول یا عدم قبول وی. در صورتی که برات‌گیر مدیون برات‌کش باشد با صدور برات، طلب به دارنده منتقل می‌شود و ماهیت برات (عقد یا ایقاع بودن) و قبول یا عدم قبول برات‌گیر، تأثیری در این زمینه ندارد، چون انتقال طلب، خواه در قالب ایقاع باشد، یا در قالب عقد، بیش از هر چیز، تصرف در دارایی دائن (محل) است، و به او ارتباط دارد نه به مدیون (محال‌علیه).

اما در صورتی که برات‌گیر مدیون نباشد، انتقال محل به معنای اول منتفی است چون طلبی وجود ندارد تا به دارنده منتقل شود. بنابراین، باید دید در موارد براءت برات‌گیر، انتقال دین به وی صورت می‌گیرد یا نه. به این منظور، ابتدا ماهیت برات در دو بند بررسی می‌شود و سپس

انتقال محل به معنای دوم، یعنی مالکیت کالا یا وجهی که برات کش برای برات گیر ارسال می‌کند در بند جداگانه‌ای مطرح می‌گردد:

۱. برات طبق تعریف سنتی، دستور پرداخت است؛ یعنی نوشته‌ای است که به موجب آن، برات کش به برات گیر دستور می‌دهد که در وعده‌ای معین، مبلغی را به دارنده برات یا به حواله‌کرد او پرداخت کند (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۱؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۵، ص ۲۱؛ عرفانی، ۱۳۷۳، صص ۱۷۹-۱۸۰). بنابراین، برات رابطه‌ای بین برات کش و برات گیر است.

از لحاظ فقهی، دستور پرداخت، یکی از مصادیق ضمان ما لم یجب است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۴۷۳)، و رابطه آمر (برات کش) با مأمور (برات گیر) از یک سو، و مأمور با گیرنده (دارنده برات) از سوی دیگر قابل تفکیک است.

رابطه آمر با مأمور:

در این مورد، اگر مأمور، مدیون آمر نباشد، دستور پرداخت تا قبل از پذیرش آن هیچ الزامی بر مأمور ایجاد نمی‌کند. در صورت پذیرش عملی دستور، یعنی پرداخت دین توسط مأمور، به نظر برخی از فقها، معامله‌ای بین آمر و مأمور واقع می‌شود که مشمول عمومات صحت معاملات، از قبیل «تجارة عن تراض» است. از احکام چنین معامله‌ای این است که مأمور، تنها پس از امتثال امر می‌تواند بدل را مطالبه کند و آمر هم تنها پس از استیفا، ضامن می‌شود و آمر ضامن بدل تعیین شده است و اگر بدل تعیین نشده باشد ضامن بدل واقعی است (نایینی، ۱۴۱۸، ص ۱۷۳). به طور خلاصه، دستور پرداخت، تنها در صورتی موجب ضمان آمر در قبال مأمور است که مأمور دستور را انجام دهد، و به تعبیر دیگر، آمر مال مأمور را استیفا کند. اما در صورت پذیرش لفظی دستور توسط مأمور، چند احتمال وجود دارد:

۱. معامله را نوعی ضمان و موجب انتقال دین به ذمه مأمور تلقی کنیم. این احتمال، قابل پذیرش نیست، چون در ضمان متداول، موجب و آغازگر معامله، ضامن است اما در این جا ابتکار عمل، در اختیار مدیون (آمر) است.

۲. معامله را از مصادیق حواله بدانیم و احکام آن از جمله، برائت آمر (محیل) را جاری کنیم. این احتمال را نیز نمی‌توان پذیرفت. زیرا در حواله، مدیون، دائن خود را به محال علیه حواله می‌کند و رابطه بین محیل و محتال است؛ در حالی که در این جا، آمر به شخص ثالث دستور پرداخت می‌دهد، و رابطه بین محیل و محال علیه است نه محیل و محتال.

۳. معامله را قراردادی مستقل و صحیح تلقی کنیم و آن را حواله یا ضمان ندانیم. برخی از

فقها حواله بر بری را نیز از مصادیق چنین قراردادی به شمار آورده‌اند (نایینی، ۱۴۱۸، ص ۱۷۳). در این صورت، مأمور پس از قبول معامله، مکلف می‌شود که دین را پرداخت کند، اما تکلیف مذکور، توأم با انتقال جنبه وضعی یعنی دین نیست و دین تا قبل از ادای آن توسط مأمور در ذمه آمر، باقی است. لذا انتقال دین و برات ذمه آمر، تحقق نمی‌یابد. دلیل این امر این است که از نظر فقه، اسباب ضمان، محدود و معین است و دستور پرداخت در صورتی موجب ضمان وضعی مأمور است که در قالب ضمان یا حواله باشد، یا لاقلاً مأمور، مدیون آمر باشد و در این جا بنا به فرض، هیچ یک محقق نیست. در این صورت، نوعی ضمان تضامنی پیدا می‌شود، و آمر تنها پس از پرداخت دین، مدیون مأمور می‌شود.

اما در صورتی که مأمور مدیون آمر باشد، امثال دستور بر وی لازم است و رضایت وی شرط نیست. چون بر خلاف صورت قبل، یعنی بری بودن مأمور، آمر در این حالت، در مال خود تصرف می‌کند نه در مال دیگری. با این کار، نوعی استیفای دین صورت می‌گیرد که البته رضای دائن به آن، ضروری است. در این حالت، انتقال طلب صورت می‌گیرد و مأمور مکلف است که طلب را به ذی‌نفع بپردازد. استیفاء دین، ایقاع و غیرقابل رجوع است و بنابراین هر سه طرف را به مفاد آن پای‌بند می‌سازد.

رابطه آمر با مأمور

در مورد رابطه بین مأمور با گیرنده مال، از بین صورت‌های فوق، فقط حالتی نیازمند بررسی است که مأمور، مدیون آمر نباشد، دستور را به طور لفظی بپذیرد، و معامله قراردادی مستقل تلقی شود نه ضمان یا حواله. در این حالت، هیچ نوع رابطه قراردادی بین وی و گیرنده به وجود نمی‌آید. بنابراین، قبول دستور پرداخت توسط مأمور و تحقق معامله نه تنها موجب انتقال دین یا طلب، و مدیون شدن وی در برابر گیرنده نمی‌شود، بلکه حتی موجب پیدایش تکلیف در برابر وی هم نمی‌شود. البته چنان‌که گفتیم، قرارداد، موجب پیدایش تکلیف بر عهده مأمور و حق مطالبه برای آمر می‌شود اما اولاً طرفین این حق و تکلیف، آمر و مأمورند نه مأمور و گیرنده (ذی‌نفع) و ثانیاً حق و تکلیف مذکور، صرفاً جنبه تکلیفی دارد نه جنبه وضعی. در نتیجه، و به تعبیر متداول، قرارداد مذکور قراردادی به نفع ثالث است و مانند موارد مشابه، ذی‌نفع ثالث هم می‌تواند اجرای تکلیف را مطالبه کند (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۴). اما از نظر فقه، این توانایی جنبه حقی ندارد، بلکه درخواست اجرای یک تکلیف وجوبی است که علاوه بر ذی‌نفع، دیگران نیز می‌توانند از باب امر به معروف آن را مطالبه کنند (یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۵).

از مطالب فوق معلوم می‌شود که وابسته کردن انتقال محل به قبول یا عدم قبول برات توسط برات‌گیر، دست کم در همه موارد، درست نیست. برخی از طرفداران این نظر، استدلال کرده‌اند که برات‌کش پس از قبول برات‌گیر نمی‌تواند محل آن را برگرداند یا برات دیگری از آن محل، صادر کند. زیرا برات‌گیر، با قبول، مدیون دارنده می‌شود. حال، چگونه ممکن است که برات‌گیر بار دیگر دین خود را پردازد و برای یک وجه، دو بار پرداخت به عمل آید؟ (عبادی، ۱۳۸۲، صص ۲۴۰ و ۲۳۵).

استدلال فوق قابل پذیرش نیست. قانون تجارت، در مواد ۲۳۰ و ۲۳۳ تنها از تکلیف و مسئولیت قبول‌کننده برات به تأدیة وجه آن در سررسید، سخن گفته است نه از مدیون‌شدن وی در برابر دارنده؛ و تکلیف پرداخت، ملازمه‌ای با انتقال دین به ذمه برات‌گیر ندارد؛ بلکه در مورد این تکلیف، سه احتمال وجود دارد:

۱. ممکن است ناشی از انتقال طلب برات‌کش، به دارنده برات باشد. این احتمال در موردی است که برات‌گیر، مدیون برات‌کش باشد.

۲. ممکن است ناشی از انتقال دین برات‌کش به ذمه برات‌گیر باشد. این امر در صورتی است که برات‌گیر مدیون نباشد، برات، رابطه بین برات‌کش و برات‌گیر تلقی شود و برات در حکم حواله بر بریء یا ضمان باشد، نه دستور پرداخت.

۳. ممکن است تفکیکی مستقل باشد. این امر، در صورتی است که برات‌گیر مدیون نباشد، برات رابطه بین برات‌کش و برات‌گیر تلقی شود، و برات، دستور پرداخت باشد.

در صورت اخیر، دین، در ذمه برات‌کش باقی است، اما علاوه بر برات‌کش، برات‌گیر هم مسئول پرداخت است. به تعبیر دیگر، بین دین و تکلیف پرداخت، تفکیک صورت می‌گیرد و مفاد برات، صرفاً پیدایش تکلیف به پرداخت بر عهده برات‌گیر است. حتی قانون مدنی هم که ضمان را به تبع فقه شیعه، نقل ذمه دانسته است، چنین تفکیکی را جائز می‌داند (ماده ۷۲۳). در ضمان تضامنی هم، چنین تفکیکی صورت می‌گیرد چون دین، در ذمه مدیون باقی است اما ضامن نیز مکلف به پرداخت است. پس برای قانون تجارت نیز که ضمان تضامنی را پذیرفته

۱. ماده ۷۲۳: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیة دین دیگری ملتزم شود در اینصورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیة دین مدیون معلق بعدم تأدیة او نماید.

است (ماده ۴۰۳ قانون تجارت^۱)، تفکیک دین و تکلیف پرداخت، ناشناخته نیست و در مورد برات گیر نیز می‌توان این مطلب را پذیرفت؛ چنان‌که ماده ۲۴۹ این قانون از «مسئولیت تضامنی» برات کش، قبول‌کننده برات، و ظهرویس‌ها در مقابل دارنده برات، سخن گفته است.

۲. ممکن است برات را رابطه‌ای بین برات‌کش و دارنده بدانیم. برخی از حقوق‌دانان تجارت، صدور اسناد تجاری را حتی در مواردی مانند چک و برات که شخص سوم به نام محال‌علیه نیز مطرح است، قراردادی بین صادرکننده و دارنده سند دانسته‌اند که محال‌علیه در آن نقشی ندارد (کاوینی، ۱۳۸۳، ص ۴۴). برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که تسلیم و قبض برات، ایجاب و قبول یک قرارداد تشریفاتی خاص حقوق تجارت است که با اقباض برگ برات حاوی مشخصات و شرایط قانونی به وسیله متعهد و قبض آن به وسیله متعهدله، و به منظور فراهم‌ساختن وسیله ایفای تعهد، تشکیل و موجب پیدایش حقوق و تعهداتی در روابط طرفین و نیز در روابط متعهدله و محال‌علیه می‌گردد (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۵۳).

بنابراین، هرچند قانون تجارت از «قبول» برات‌گیر سخن گفته است، اما این قبول به معنای مصطلح در عقود و یکی از دو رکن تشکیل قرارداد نیست بلکه به معنای رضایت برات‌گیر به مفاد قرارداد برات‌کش با دارنده یا رضایت به پرداخت وجه برات است. در فقه نیز برخی احتمال داده‌اند که مراد کسانی که قبول محال‌علیه را هم برای تحقق عقد حواله لازم دانسته‌اند، «وجود مُبرز ظاهری» برای رضای او باشد نه قبول اصطلاحی که در عقود لازم است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ۳۰۴).

همچنین حواله، عقدی بین محیل و محتال محسوب می‌شود و محال‌علیه، طرف عقد نیست بلکه تنها در صورتی که بریء یا حواله به غیر جنس باشد رضایتش شرط است (الجبعی العاملی، ۱۴۱۰، صص ۱۳۶-۱۳۷؛ و ۱۴۱۴، ص ۲۱۴؛ یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۴۷؛ خویی، ۱۴۰۹، صص ۲۴۷-۲۴۸). لزوم رضایت محال‌علیه در برخی موارد، موجب نمی‌شود که طرف عقد قرار گیرد. بلکه حداکثر این است که رضایت او همانند رضایت مالک در عقد فضولی، شرط صحت عقد است. (خویی، ۱۴۰۹، صص ۲۴۷-۲۴۸).

۱. ماده ۴۰۳: در کلیه مواردی که بموجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمار رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.

۲. فائنه [محال‌علیه] خارج عن المعاقده بالکلیه، فإن العقد إنما هو بین المحیل والمحتال خاصة ولا دور للمحال علیه فيه أصلاً

اگر برات را رابطه‌ای بین برات‌کش و دارنده، بدانیم، برات در حکم حواله خواهد بود، و مطالبی که در مورد حواله خواهیم گفت در مورد برات نیز جاری می‌شود و بر حسب مدیون‌بودن یا مدیون‌نبودن برات‌گیر، انتقال طلب یا دین صورت می‌گیرد.

۳. برات‌کش از برات‌گیر طلب‌کار نیست اما قبل از سررسید، وجه یا کالایی نزد برات‌گیر دارد یا برای او ارسال می‌کند. در این صورت، ممکن است بین برات‌کش و برات‌گیر، رابطه دیگری غیر از صدور برات وجود داشته باشد که حکم مالکیت وجه یا کالای مذکور با آن تعیین می‌شود. مانند آن که برات‌کش، کالایی را به عنوان بیع برای برات‌گیر ارسال کرده و مقصود وی این است که طلب وی از باب ثمن کالا، محل برات باشد. در این صورت، مالکیت کالا باید با توجه به مقررات بیع و قرارداد طرفین، تعیین شود، اما مسلماً دارنده برات هیچ حقی بر کالا ندارد.

ممکن است که بین برات‌کش و برات‌گیر رابطه‌ای غیر از صدور برات وجود نداشته باشد و ارسال کالا یا وجه به مناسبت صدور برات، انجام شود. در این صورت، مسئله این است که مالکیت وجه یا کالای مذکور پیش از سررسید به چه کسی تعلق دارد؟ برات‌کش، برات‌گیر، یا دارنده برات؟ این مسئله را می‌توان به گونه‌ای دیگر هم مطرح کرد و آن این‌که اقدام برات‌کش در ارسال کالا یا وجه برای برات‌گیر قبل از سررسید (و در نتیجه، تصرف برات‌گیر در آن وجه یا کالا)، چه عنوانی دارد؟ بدیهی است که تردید در صورتی است که برات‌کش، عنوان عمل خود را معین نکند، وگرنه به همان عمل می‌شود. در این‌جا احتمالات مختلفی قابل طرح است:

الف) ممکن است گفته شود که توکیل در ایفای دین یا توکیل در بیع و ایفای دین است. به این معنا که برات‌کش، وجه برات را به برات‌گیر می‌دهد تا برات‌گیر آن را به وکالت از وی به دارنده بدهد، یا کالا را به وی می‌دهد تا از محل فروش آن، وجه را پرداخت کند. در فرض دوم، توکیل در بیع و ایفای دین است. براساس این احتمال، مالکیت کالا یا وجه، پیش از سررسید و حتی قبل از پرداخت وجه برات، به برات‌کش تعلق دارد. لذا کالا یا وجه مذکور در دست برات‌گیر امانت است و برات‌گیر می‌تواند آن را مسترد کند.

اشکال این نظر این است که عقد وکالت نیازمند قصد است و چنین قصدی از ناحیه هیچ یک از دو طرف (برات‌کش و برات‌گیر)، محرز نیست.^۱

۱. مگر آن که عمل طرفین را دال بر ایجاب و قبول بدانیم و بگوییم به طور عملی وکالت محقق می‌شود.

ب) ممکن است گفته شود که برات کش، وجه مذکور را به برات گیر می سپارد تا وی آن را در سررسید به دارنده بدهد. بنابراین، ملکیت برات کش بر مال باقی است و لذا می تواند آن را مسترد کند. بر اساس این احتمال تا قبل از سررسید، سخن گفتن از انتقال مالکیت محل به دارنده برات، درست نیست. بلکه بهتر است مطابق اصطلاحات فقهی و به تعبیر برخی از حقوق دانان، از تعلق حق دارنده نسبت به مبلغ مذکور سخن گفت (اسکینی، ۱۳۷۳، صص ۶۶-۶۷). چنین حقی در فقه و حقوق، نظایری دارد از جمله، حق طلب کاران متوفی بر ترکه (ماده ۲۲۹ ق. ا. ح.)^۱ و حق طلب کاران بر اموال معسر و ورشکسته (ماده ۴۱۸ ق. ت.)^۲. بر اساس این نظر، صحیح تر این است که گفته شود دارنده برات، نوعی «حق اختصاص» نسبت به محل پیدا می کند، و به تعبیر دیگر، محل به دارنده اختصاص می یابد، نه این که به مالکیت وی درآید.

ج) ممکن است گفته شود که کالا یا وجه مذکور به عنوان تضمینی به نفع دارنده برات به برات گیر سپرده می شود. در این صورت، مالکیت وجه یا کالای مذکور به برات کش تعلق دارد. اما برات کش اگر مدیون دارنده باشد، کالا یا وجه مزبور به نفع وی در رهن خواهد بود و اگر مدیون نباشد دارنده برات، حقی شبیه به حق رهن بر آن پیدا می کند. تحقق چنین عنوان و قراردادی نیازمند قصد صریح است، و بدون وجود دلیل نمی توان به آن حکم کرد.

د) ممکن است گفته شود که برات کش، کالا یا وجهی معادل مبلغ برات به برات گیر قرض می دهد تا برات گیر بتواند به وسیله آن، دین مورد برات را پرداخت کند. بنابراین، کالا یا وجه مزبور به ملکیت برات گیر درمی آید و هدف از آن، تأمین اعتبار به سود برات گیر و تضمین پرداخت وجه برات است. اما تحقق عقد قرض نیز نیازمند قصد است و در مورد برات، وجود چنین قصدی از ناحیه برات کش و برات گیر بعید به نظر می رسد.

ه) ممکن است گفته شود که برات کش، وجهی معادل مبلغ برات به برات گیر تملیک می کند تا برات گیر معادل آن را به دارنده بدهد. این عمل را می توان تملیک به شرط عوض یا تملیک به شرط ضمان، دانست. در این صورت، وجه مذکور به ملکیت برات گیر درمی آید نه دارنده اما برات گیر، مکلف است معادل آن را به دارنده تملیک کند. نظیر چنین عملی در قرض، اتفاق

۱. ماده ۲۲۹: تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون.

۲. ماده ۴۱۸: تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است درمدمت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است...

می‌افتد: قرض‌دهنده مالی را به قرض‌گیرنده تملیک می‌کند تا وی مثل آن را به قرض‌دهنده پس دهد (ماده ۶۴۸ قانون مدنی). برخی از فقها این عمل را «تملیک به نحو ضمان» دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۰، صص ۱۵-۱۶؛ بحر العلوم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۴۱۳).^۲ البته بین قرض (که در صورت قبل مطرح شد) و مورد بحث، این تفاوت وجود دارد که قرض‌گیرنده باید بدل را به قرض‌دهنده بدهد اما برات‌گیر باید معادل را به کسی بدهد که برات‌کش تعیین کرده است. (و) ممکن است گفته شود که کالا یا وجه مذکور به منزله تضمین و به نفع برات‌گیر به او سپرده می‌شود تا وی با اطمینان خاطر از تأمین محل برات، وجه آن را پرداخت کند. از آن‌جا که با صدور برات و پیش از پرداخت وجه آن، برات‌کش به برات‌گیر مدیون نمی‌شود، نمی‌توان این عمل را رهن نامید. در این صورت، مالکیت وجه یا کالای مذکور، به برات‌کش تعلق دارد. آنچه که مسلم است این است که انتقال وجه یا کالا به برات‌گیر یا دارنده برات، نیازمند یکی از اسباب و عناوین ناقله و تملیکی است و در این مورد هیچ عنوانی که واجد چنین انتقالی باشد وجود ندارد. در نتیجه، به نظر می‌رسد که از احتمالات فوق، احتمال اخیر موجه است. زیرا با توجه به مالکیت سابق وجه یا کالا به برات‌کش و شک در تحقق یکی از عناوین ناقله و تملیکی، مالکیت سابق وی استصحاب می‌شود.

ج) محل حواله در فقه شیعه

قبل از بررسی مسئله انتقال محل حواله از دیدگاه فقه، نخست باید دو عامل مهم و مؤثر در این زمینه، مورد کنکاش قرار گیرد: کارکرد حواله از لحاظ نظری و فقهی و اقسام حواله.

کارکرد حواله از لحاظ نظری

از لحاظ نظری، محیل، می‌تواند یا در طلب خود از محال‌علیه یا در دین خود به محتال تصرف کند. لذا حواله، ممکن است یکی از دو کارکرد زیر را داشته باشد:

۱. انتقال طلب؛ یعنی انتقال طلب محیل از محال‌علیه به محتال. انتقال طلب، ممکن است به دو صورت واقع شود:

الف) در قالب ایقاعی توسط محیل که محتال باید بدان رضایت دهد. در این صورت، حواله

۱. ... بأن مفهومه [القرض] ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة

۲. وهو [القرض] عقد يفيد التمليك بالضمان، أي مضمون على المقرض بقرامة بدله

نسبت به محیل، نوعی پرداخت دین و نسبت به محتال، نوعی دریافت طلب است. یعنی محیل دین خود به محتال را با طلب خود از محال‌علیه پرداخت می‌کند؛ اما نه پرداخت واقعی و حقیقی. زیرا پرداخت واقعی دین با تعیین مصداق خارجی دین توسط مدیون تحقق می‌یابد. در حالی که در این جا چنین عملی صورت نمی‌گیرد و مدیون، تنها ظرف دین را تغییر می‌دهد. به همین دلیل است که در آثار فقهی، حواله را نوعی از وفا تلقی کرده‌اند (بزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۴۹) و آن را «قبض حقیقی» ندانسته‌اند (الحلی، ۱۴۲۵، ج ۱، صص ۳۳۹-۳۴۰).

ب) در قالب عقدی بین محیل و محتال، که در آن محیل، طلب خود از محال‌علیه را با طلب محتال از وی معاوضه می‌کند. در نتیجه، اولاً، طلب محتال از محیل به محیل منتقل می‌شود و با جمع شدن دو عنوان بده‌کار و طلب‌کار در محیل و مالکیت ما فی‌الذمه، دین وی به محتال ساقط می‌شود و ثانیاً، طلب محیل از محال‌علیه، به محتال منتقل می‌شود و به تعبیر دیگر، طلب‌کار دین محال‌علیه به محیل تغییر می‌کند. با توجه به نکته‌ی اخیر در این حالت، طلب‌کار هم جابجا می‌شود. بدیهی است که انتقال طلب تنها در موردی امکان‌پذیر است که دو طلب وجود داشته باشد. بنابراین، در صورتی که محال‌علیه بریء باشد، انتقال طلب، منتفی است.

۲. انتقال دین؛ یعنی انتقال دین محیل به محتال از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه. انتقال دین

ممکن است به سه صورت واقع شود:

الف) عقدی بین محال‌علیه به عنوان موجب، و محتال به عنوان قابل. این صورت در واقع ضمان است نه حواله (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۸۱)، و اگر حواله باشد حواله‌ای باطل است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۸۱؛ نجفی، ۱۳۹۴، صص ۱۶۰-۱۶۱).

ب) عقدی بین محیل و محتال. با توجه به این که هر دو موضوع عقد، یک امر منفی است، چنین معاوضه‌ای متعارف نیست.

ج) ایقاعی از ناحیه محیل، که محتال باید به آن رضایت دهد. علاوه بر این، در دو صورت اخیر، رضایت محال‌علیه نیز در صورت برائت، شرط است.

پس از تحقق حواله، اولاً ظرف دین محیل به محتال، از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه تغییر می‌کند و ثانیاً دین محال‌علیه به محیل ساقط می‌شود. چون محال‌علیه تنها یک دین بر ذمه دارد، و با آمدن دین دوم، دین اول ساقط می‌شود. با توجه به نکته‌ی اخیر، در انتقال دین، بده‌کار هم تغییر می‌کند.

تأثیر انتقال دین در رابطه بین محیل با محتال، و محیل با محال علیه، به این شرح است: در مورد اول، ذمه محیل در برابر محتال بری می شود. در مورد دوم، محال علیه اگر بری باشد، طلب کار محیل می شود و باید پس از پرداخت دین توسط محال علیه محاسبه شود و اگر مدیون باشد بین دین وی به محیل با طلبی که پس از حواله از وی و در نتیجه انتقال دین به ذمه او، حاصل می شود، تهاتر یا معاوضه قهری صورت می گیرد.

بین انتقال طلب و انتقال دین، سه تفاوت مهم وجود دارد:

الف) اگر حواله را انتقال دین بدانیم، هم با حواله بر مدیون سازگار است و هم با حواله بر بری. البته در صورت اخیر، رضایت وی شرط است. اما اگر انتقال طلب باشد، فقط شامل حواله بر مدیون می شود، چون در حواله بر بری، انتقال طلب صورت نمی گیرد.

ب) در انتقال طلب، طلب محیل از محال علیه، به صورت مستقیم به محتال منتقل می شود. در حالی که در انتقال دین، محل حواله و آنچه مستقیماً منتقل می شود، انتقال جنبه منفی دین به محال علیه است، و جنبه مثبت یعنی طلب محیل از محال علیه، مورد حواله قرار نمی گیرد. این که عملیات حواله بر روی جنبه مثبت واقع نمی شود، در حواله بر بری روشن است. اما حتی در حواله بر مدیون نیز طلب محیل از محال علیه به محتال منتقل نمی شود. زیرا حواله بر مبنای انتقال دین بودن، ایجاد طلب به نفع محتال است که در نتیجه آن، طلب محتال از محیل ساقط می شود، و محیل در برابر محتال برائت حاصل می کند.

ج) حواله چه انتقال دین باشد چه انتقال طلب، موجب برائت ذمه محیل در برابر محتال می شود، با این تفاوت که در انتقال طلب، برائت محیل، نتیجه مالکیت ما فی الذمه است، و در انتقال دین، برائت وی نتیجه نوعی پرداخت است. بنابراین، از لحاظ بحث ما، اگر حواله را انتقال طلب بدانیم، محل حواله، مستقیماً به محتال منتقل می شود؛ اما اگر آن را انتقال دین بدانیم، محل حواله به وی منتقل نمی شود بلکه طلبی به نفع وی ایجاد می شود که در نتیجه آن، محیل بری الذمه می شود و دیگر نمی توان محل حواله را از وی مطالبه کرد.

آنچه گفته شد، از لحاظ تحلیلی و نظری است. حال باید دید در آثار فقهی کدام یک از این دو نظریه پذیرفته شده است.

کارکرد حواله از لحاظ فقهی

در فقه شیعه، حواله عقد مستقل و عنوان جداگانه ای محسوب می شود و به سایر عقود و ایقاعات باز نمی گردد. هرچند برخی از احکام و آثار آنها را دارا است (نجفی، ۱۳۹۴،

ص ۱۷۲). بنابراین، مطالبی که در زیر می‌آید بیش‌تر از این جهت مهم است که دانسته شود آثار و احکام حواله در فقه به آثار و احکام چه عقد یا ایقاعی شباهت دارد. کارکرد حواله در فقه را باید با بررسی چند عامل مهم تعیین کرد: تعریف طرفین، و آثار حواله.

تعریف حواله

در مورد حواله تعاریف مختلفی ملاحظه می‌شود:

۱) حواله را از گذشته، به انتقال حق یا مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر تعریف کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۲؛^۱ الطوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۲/۲). ماده ۷۲۴ قانون مدنی در تعریف حواله نیز از انتقال طلب از ذمه مدیون، به ذمه ثالث سخن گفته است. فقهای اهل سنت نیز که حواله را بیع دانسته‌اند (رافعی، فتح العزیز، بی تا، ۳۳۸)، در واقع به جنبه مثبت دین توجه کرده و حواله را انتقال طلب، تلقی کرده‌اند.

پس ممکن است مقصود برخی از فقهای شیعه که حواله را به انتقال حق یا مال تعریف کرده‌اند، نیز انتقال طلب باشد. تقیید ذمه دوم به «مشغول» بودن نیز این احتمال را تقویت می‌کند (الحلی، ۱۴۰۹، ص ۳۶۱).^۲ چون انتقال طلب، فقط در حالتی است که محال‌علیه، مدیون محیل باشد و در حواله بر بری، محیل، طلبی از محال‌علیه ندارد تا به محال منتقل کند. به همین جهت، حواله بر بری را ضمان (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۵)^۳ یا شبیه به ضمان (الحلی، ۱۴۰۹، ص ۳۶۱) دانسته‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که این تعریف، ناظر به مصداق کامل و متعارف حواله، یعنی حواله بر مدیون است و تنها در این مورد است که انتقال طلب صورت می‌گیرد. اگر این نکته پذیرفته شود، ضمان و حواله در فقه، کارکرد متفاوتی خواهند داشت: اولی، انتقال دین است، و دومی، انتقال طلب.

با این حال، در برخی متون فقهی، اولاً عبارت انتقال حق از ذمه‌ای به ذمه دیگر در تعریف مذکور را به انتقال حق از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه تفسیر کرده‌اند (الجبعی العاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۱۲)^۴؛ و ثانیاً حواله بر بری را نیز با آن که در آن، انتقال طلب صورت نمی‌گیرد، حواله

۱. الحواله انتقال حق من ذمه إلى ذمه

۲. الحواله مشتقه من تحویل الحق من ذمه إلى ذمه

۳. فالحوالۃ عقد شرع لتحویل المال من ذمه إلى ذمه مشغولة بمثله

۴. صاحب جواهر این نظر را به کاشانی نسبت می‌دهد

۵. و نبه بقوله «تحویل»، علی انها ناقله للمال من ذمه المحیل إلى ذمه المحال علیه

تلقی کرده‌اند (همان، ۲۱۵-۲۱۶). از این گذشته، برخی از فقها برای داخل کردن حواله بر بریء در تعریف حواله، ذمهٔ دوم را مقید به «مشغول» بودن نکرده‌اند (الحلی، ۱۴۱۸، ص ۱۶۲)^۱. بنابراین، هرچند از لحاظ نظری، تصور حواله به صورت انتقال طلب، امکان‌پذیر است اما مقصود فقهای که حواله را به انتقال «مال» یا «حق»، تعریف کرده‌اند، انتقال جنبهٔ مثبت دین، یعنی طلب نیست.

۲. عده‌ای از فقهای معاصر، حواله را انتقال دین، از ذمهٔ محیل به ذمهٔ محال علیه، تعریف کرده‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص ۳۲۴؛ امام خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۱؛ خوبی، ۱۴۰۹، صص ۲۵۲-۲۵۳). در این تعریف به جنبهٔ منفی دین یعنی دین محیل به محتال توجه شده است. از این لحاظ، حواله، انتقال دین است. حقوق‌دانان کشورمان نیز، ماهیت حواله را انتقال دین دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۹، صص ۳۶۸ و ۳۷۱؛ شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۰۲).

تحلیل اقسام حواله نیز، همین نظر را تقویت می‌کند. زیرا از یک سو، در حواله بر مدیون، هم انتقال دین صورت می‌گیرد و هم انتقال طلب. اما در حواله بر بریء، صرفاً انتقال دین صورت می‌گیرد. زیرا بنا بر فرض، محیل از محال علیه طلبی ندارد تا به محتال منتقل کند. بنابراین، وجه اشتراک هر دو قسم حواله، انتقال دین است. از سوی دیگر، در فقه شیعه (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳) و قانون مدنی (مادهٔ ۷۲۷)، حواله بر بریء نیز جائز است و از اقسام حواله، به شمار می‌آید. از این رو، این تعریف هم شامل حواله بر مدیون می‌شود و هم شامل حواله بر بریء؛

۳. پرداخت دین. برخی از فقها، حواله را صرفاً پرداخت دین محیل به محتال به وسیلهٔ طلب محیل به محال علیه دانسته و ناقل بودن آن را انکار کرده‌اند (کرکی، ۱۴۰۸، ص ۳۵۸؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۱۳)^۲. توضیح این که: عده‌ای از فقها، رضای محال علیه به حواله را در صورتی که مشغول‌الذمه باشد لازم ندانسته و به چند دلیل تمسک کرده‌اند: الف) حواله، نقل

۱. هو عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى

۲. الحواله انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه

۳. ... و يمنع كون الحوالة تقتضى النقل

۴. ... مع أنا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل، بل هي إيفاء بما في ذمة الغير

دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه نیست؛ ب) محیل، محتال را جانشین خود در قبض دین می‌سازد؛ ج) حواله، پرداخت دین به وسیله مالی است که محیل در ذمه محال علیه دارد؛ د) حواله، به منزله توكیل محال علیه در پرداخت دین محیل است. (کرکی، ۱۴۰۸، ص ۳۵۸؛ الجبعی العاملی، ۱۴۰۸، ص ۲۱۳؛ حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۸۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص ۳۱۱؛ الحلی، ۱۴۲۵، ص ۴۴۳).

بر اساس این نظر، حواله، انتقال دین یا طلب نیست. اما در مورد این نظر دو نکته قابل ذکر است: نخست، این که حواله، توكیل در پرداخت است و این امر با حکم به ناقل بودن حواله منافات دارد (حکیم، ۱۴۰۴، صص ۳۸۳ و ۳۷۸). لذا جمع بین این دو حکم، تعجب برخی از فقها را برانگیخته است (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۴). ثانیاً، ادله فوق‌الذکر قابل اعتماد نیست. زیرا این که حواله ناقل نباشد بر خلاف اجماع است (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳). در نتیجه، دلیل دوم یعنی این که محیل، محتال را جانشین خود در قبض دین می‌سازد، نیز مخدوش است. چون اگر مفاد حواله جانشینی محتال به جای محیل باشد، ناقل نخواهد بود بلکه دین، تا زمانی که به محتال پرداخت نشده باشد در ذمه محال علیه باقی است. به این ترتیب، اشکال دو دلیل دیگر نیز ظاهر می‌شود (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۸۳).

بنابراین، حواله با توجه به تعریف فقهی آن، انتقال دین است.

طرفین حواله

در این که حواله، عملی حقوقی است تردیدی نیست اما در مورد ماهیت این عمل و ایجادکننده آن، ۳ نظر وجود دارد:

الف) عقد بین محیل و محتال، که محیل، موجب و محتال، قابل است. اما محال علیه طرف عقد نیست هر چند رضایت او مطلقاً یا در صورت بریء بودن، شرط است. این نظر مشهور فقها است (نجفی، ۱۳۹۴، صص ۱۶۱-۱۶۲؛ یزدی، ۱۴۲۵، ص ۴۵۳؛ امام خمینی، ۱۳۹۰، ص ۳۲).

ب) عقد، مرکب از ایجاب از سوی محیل و دو قبول، ابتدا از سوی محتال، و سپس از سوی محال علیه. قبول محال علیه یا به طور مطلق شرط است یا تنها در صورتی که مدیون نباشد. بنابراین، بر خلاف نظر اول، که رضایت وی کافی بود، طبق نظر دوم محال علیه در ایجاد عقد دخالت دارد. این احتمال به شخص خاصی منسوب نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۲).

ج) ایقاع توسط محیل. لذا محتال و محال علیه در ایجاد عمل حقوقی دخالتی ندارند. البته رضایت محتال، شرط است. هم چنین رضایت محال علیه نیز به طور مطلق یا در صورتی که

مدیون محیل نباشد، شرط است. در این صورت، حواله، نوعی پرداخت دین است هرچند موجب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه است. سید یزدی (ره) این نظر را انتخاب کرده است (یزدی، ۱۴۲۵، صص ۴۴۷-۴۴۸). اما هیچ یک از محشّین عروه (مانند اصفهانی، بروجردی، شیرازی، امام خمینی، خویی، فیروزآبادی، گلپایگانی، نایینی) آن را نپذیرفته‌اند (یزدی، ۱۴۲۵، صص ۴۴۷ و ۴۴۸).

با توجه به ارکان حواله در هر سه نظریه، انتقال دین امکان پذیر است. اما انتقال طلب تنها بر اساس دو نظر اول و در جایی که محال علیه مدیون باشد، ممکن است.

آثار حواله

اثر اصلی حواله، که در مورد آن ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳) این است که به محض تحقق حواله، دین محیل به محتال به ذمه محال علیه منتقل می شود. بنابراین، در فقه شیعه، حواله، موجب انتقال عنصر وضعی، یعنی دین است. در نتیجه این انتقال، ذمه محیل در برابر محتال، بری و ذمه محال علیه در برابر محتال، مشغول می شود. (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۶۴، مسئله ۲). با این که برخی از فقها (الحلی، ۱۴۱۸، ص ۱۶۳)، از انتقال حق محتال به ذمه محال علیه سخن گفته‌اند و برخی دیگر (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۶۴)، از انتقال دین به ذمه محال علیه، مقصود هر دو دسته یک چیز است. بنابراین، اگرچه، براءت ذمه محیل، در برابر محتال و اشتغال ذمه محال علیه در برابر محتال، هم با انتقال طلب سازگار است و هم با انتقال دین؛ اما مقصود، انتقال دین است؛ و انتقال طلب محتال از محیل، به ذمه محال علیه (روی دیگر انتقال دین محیل به محتال)، به ذمه محال علیه است. این اثر را حتی کسانی که حواله را استیفا دانسته (الجبعی العاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۱۴) یا آن را ایقاع می دانند (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۵۷) نیز پذیرفته‌اند.

فقههای شیعه آثار دیگری نیز برشمرده‌اند که در واقع، از نتایج اثر اصلی پیش گفته است:

۱. اگر محال علیه در وقت حواله، ثروتمند بوده ولی پس از حواله معسر شود، — یا محتال، به حواله بر محال علیه معسر، رضایت داده باشد — و محال علیه در حال اعسار بمیرد، طلب محتال از بین می رود (الحلی، ۱۴۲۵، صص ۴۳۵ - ۴۶۰).

۲. مالی که به عنوان وثیقه دین، رهن داده شده از رهن آزاد می شود و نیز اگر ضمانتی داده شده باشد بری الذمه می شود (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۲۸۵).

۳. در حواله بر مدیون، اگر قبل از ادای دین توسط محال علیه، محیل فوت کند و دیونش

بیش از ترکه باشد، طلب‌کاران وی در حق مورد حواله، با محتال شریک نمی‌شوند، زیرا حق مورد حواله، قبل از فوت محیل از دارایی وی خارج شده و به محتال انتقال یافته است (همان، ۲۸۷). اما یکی از آثاری که نیازمند دقت است این است که به نظر مشهور، محال‌علیه بری تنها پس از پرداخت وجه حواله به محال‌علیه، حق دارد به همان مقدار که پرداخته به محیل رجوع کند. علت این حکم را مشابهت حواله بر بری با ضمان دانسته‌اند که در آن ضامن تنها پس از پرداخت می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند (الکرکی، ۱۴۰۸، ص ۳۶۴؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۲۱؛ نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۷۳؛ خویی، ۱۴۰۹، ص ۲۸۱ و ص ۲۸۳). از این رو، با این که مشهور فقها حواله بر بری را هم مانند حواله بر مدیون و تابع احکام حواله می‌دانند، در این مورد از تمام نتایج نظر خود پیروی نکرده‌اند.^۱

به همین دلیل، برخی از فقهای معاصر بر مشهور خرده گرفته و گفته‌اند: مقتضای قواعد این است که محال‌علیه بری می‌تواند به محض تحقق حواله، و قبل از پرداخت طلب محتال برای گرفتن طلب به محیل رجوع کند. (یزدی، ۱۴۲۰، صص ۴۶۱-۴۶۲؛ الحکیم، ۱۴۰۴، ص ۴۰۳ و ص ۴۰۶؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۰ و ص ۱۳۲).

به هر حال، این اثر در رابطه بین محیل و محال‌علیه است و خدشه‌ای به اثر اصلی حواله، که در بالا گفته شد، وارد نمی‌کند. این که در برخی از مذاهب اهل سنت، قبول حواله موجب براءة محیل در برابر محتال نمی‌شود (شرینی، ۱۹۵۸، ص ۱۹۴)، به این دلیل است که نزد آنان حواله بر بری ضمان است و اثر ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه. با توجه به این اثر و نیز با توجه به عدم تفکیک حواله بر مدیون از حواله بر بری، جنبه انتقال دین بودن حواله، خصوصاً در مواردی که محال‌علیه بری است، تقویت می‌شود.

د) حکم انتقال محل

در فقه، حکم انتقال محل در مورد حواله بر بری و حواله بر مدیون، متفاوت است: الف) حواله بر بری. حواله بر بری در جایی است که محال‌علیه، مدیون محیل نیست، یا

۱. قانون مدنی نیز در این موارد از نظر مشهور پیروی کرده است: ضامن تنها پس از پرداخت دین حق رجوع به مضمون‌عنه دارد (ماده ۷۰۹ قانون مدنی)؛ حواله بر بری در حکم ضمان است (ماده ۷۲۷)؛ و محال‌علیه بری تنها پس از پرداخت وجه حواله حق دارد به محیل رجوع کند (ماده ۷۳۱).

۲. فقبوله ضمان لا یبرأ به المحیل

مدیون است، اما مقصود محیل، حواله بر دینی که در ذمه مدیون دارد، نیست. از نظر فقه، حواله بر بری جایز است اما در مورد ماهیت آن اختلاف است: به نظر برخی از فقها، حواله بر بری نوعی حواله است نه ضمان (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۶۵)، بلکه نظیر اقتراض است (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۵۲). اما به عقیده برخی دیگر، حواله بر بری به ضمان نزدیکتر است تا به حواله، زیرا چنین حواله‌ای مانند ضمان، موجب انتقال مال از ذمه مشغول، به ذمه بری می‌شود. پس به نظر می‌رسد محال‌علیه با قبول حواله، ضامن دین محتال بر محیل شده است (الکرکی، ۱۴۰۸، ص ۳۵۹). در صورت اخیر، حواله، انتقال دین است.

در نقد این نظر گفته‌اند: وجود این شباهت موجب نمی‌شود که از حواله خارج شود (المکی العاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۳۵). تفاوت عمده حواله و ضمان در این است که اولی، عقد بین دائن و مدیون و دومی، عقد بین دائن و ثالث است (خویی، ۱۴۰۹، صص ۲۵۲-۲۵۳). از این گذشته، حواله، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است اما ضمان، تعهد به دین است و از آثار آن، انتقال دین به عهده ضامن است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص ۳۲۴).

در حواله بر بری، حکم انتقال محل به شرح زیر است:

۱. اگر هنگام حواله، محیل نزد محال‌علیه مالی نداشته باشد و تا قبل از سر رسید، مالی برای او ارسال نکند، حواله، فاقد محل است و موضوع انتقال محل، منتفی است. زیرا نه طلبی در کار است و نه مال معینی برای پرداخت حواله به محال‌علیه تسلیم شده است.

۲. هنگام انعقاد حواله، محیل، کالا یا وجه نقدی نزد محال‌علیه دارد، و مقصود محیل، حواله بر ذمه محال‌علیه باشد اما به وی وکالت دهد که حواله را با مالی که در دست دارد، پرداخت کند. این عمل از نظر فقه، حواله محسوب می‌شود. اما کالا یا وجه مذکور بر حسب مورد یا به ملکیت محال‌علیه درمی‌آید یا در ملکیت محیل، باقی می‌ماند.

۳. هنگام انعقاد حواله، محیل، کالا یا وجه نقدی نزد محال‌علیه دارد، اما مقصود محیل، حواله بر آن کالا باشد نه بر ذمه محال‌علیه. این صورت، حواله یا حواله مصطلح نیست. از نظر فقه، محال‌به (مال مورد حواله) و محال‌علیه (مالی که حواله بر آن واقع می‌شود) هر دو باید دین باشد و حواله بر عین صحیح نیست.

۴. هنگام انعقاد حواله، محیل، کالا یا وجه نقدی نزد محال‌علیه ندارد، بنابراین، حواله را بر ذمه محال‌علیه واقع می‌سازد اما قبل از سر رسید، کالا یا وجه نقدی را برای تأمین محل حواله برای وی ارسال می‌کند. در چنین موردی مالکیت محل، مورد تردید است: آیا مال مذکور از

ملکیت محیل خارج می‌شود یا نه؟ و در صورتی که جواب مثبت باشد، به ملکیت محتال در می‌آید یا به ملکیت محال‌علیه؟ از یک سو، مال واحد نمی‌تواند همزمان در ملکیت محیل و محتال یا محال‌علیه باشد. از سوی دیگر، بقای ملک بدون مالک در فاصله زمانی بین وجود مال در دست محال‌علیه و سررسید، ممتنع است. به نظر می‌رسد مال از ملکیت محیل خارج می‌شود و به ملکیت محال‌علیه در می‌آید. از یک سو با تحقق حواله، ذمه محیل در مقابل محتال بری و در مقابل محال‌علیه، مشغول می‌شود. هم‌چنین، ذمه محال‌علیه در مقابل محتال مشغول شده است. از سوی دیگر، پس از حواله، محتال فقط می‌تواند از محال‌علیه دین خود را مطالبه کند و برای او تفاوتی ندارد که محل آن از چه طریقی تأمین می‌شود. بنابراین، مالی که به محال‌علیه پرداخت می‌شود تنها به مصلحت او و به منظور پرداخت دینی است که محیل به محال‌علیه پیدا کرده است. در نتیجه، هرچند ممکن است از مال مزبور نفعی به محتال برسد اما محتال از هیچ نوع حق عینی نسبت به آن مال، برخوردار نیست.

رابطه محتال با مال را حتی نمی‌توان «حق اختصاص» دانست. این نهاد، مصادیق زیادی در فقه دارد از جمله، اگر شخصی وصیت کند که مالی را پس از بلوغ فرزندش به وی تملیک کنند، رابطه فرزند با آن مال پس از فوت موصی و پیش از بلوغ، حق اختصاص است. اولاً موصی یا وصی را نمی‌توان مالک دانست ثانياً تحقق ملکیت منجز برای فرزند منوط به گذشت زمان است و قبل از بلوغ، چنین ملکیتی وجود ندارد. بنابراین، محیل و محتال نسبت به مال، مالکیت یا حقی ندارند.

لازم به ذکر است که از دیدگاه حقوقی، اگر صورت‌های فوق را در مورد برات مطرح کنیم، بحث انتقال محل و این که آیا مال مذکور قبل از سررسید موعد برات یا قبل از پرداخت، به ملکیت دارنده برات در می‌آید یا نه، مصداق می‌یابد. زیرا، برات از لحاظ حقوقی، صرفاً دستور پرداخت است و موجب انتقال دین نیست.

ب) حواله بر مدیون. در حواله بر مدیون، دو نوع مال وجود دارد: محال‌به یا مالی که حواله می‌شود، و محال‌علیه یا مالی که حواله بر آن واقع می‌شود. (نجفی، ۱۳۹۴، ۱۷۰؛^۱ یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۶۱؛ امام خمینی، ۱۳۹۰، ص ۳۲، مسأله ۳). محال‌به، دین محیل به محتال، و محال‌علیه، دین شخص محال‌علیه به محیل است (الجزیری، ۱۴۰۶، صص ۲۱۳-۲۱۹).

۱. (بشترط) فی صحة الحوالة (تساوی المالین) أی المحال به والمحال علیه

محال^{به} و محال^{علیه} باید هر دو دین باشند. در صورتی که مال محال^{علیه} عین خارجی باشد، از نگاه فقه شیعه، حواله بودن عقد، مورد اشکال است: بنا بر تعریف، حواله به نقل مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر، احاله دائن بر مال خارجی که محیل نزد محال علیه دارد، حواله^{مصطلح} نیست، چون دین از ذمه محیل به ذمه محال^{علیه} منتقل نمی‌شود (الحکیم، ۱۴۰۴، ص ۴۲۰؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص ۳۳۸). به عقیده برخی از فقها، چنین تأسیسی حکم حواله بر بریء هم ندارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص ۳۳۸)، بلکه اصلاً حواله نیست (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۷۷)، حاشیه گلپایگانی). این نوع حواله در واقع توکیل در پرداخت دین است. در این صورت بر وکیل یا امین واجب است مال را به محتال بدهد اما دین به ذمه محال^{علیه} منتقل نمی‌شود و تا زمانی که مال را پرداخت نکرده، محیل، مشغول‌الذمه باقی می‌ماند. لذا محتال می‌تواند در صورت عدم پرداخت مال به محیل رجوع کند. (یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۷۷؛ خویی، ۱۴۰۹، صص ۲۹۸-۳۰۰؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، صص ۲۷۴-۲۷۵).

اگر دو دین محال^{به} و محال^{علیه} از لحاظ جنس و نوع، یکی نباشد، حواله صورت نمی‌گیرد. مگر آن‌که ابتدا بین محیل و محتال، تبدیل جنس صورت گیرد و بعد حواله محقق شود، یا بین هر سه طرف و همزمان با حواله، تبدیل جنس هم صورت گیرد. با توجه به این نکته از لحاظ فقهی (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، صص ۲۷۴-۲۷۵؛ یزدی، ۱۴۲۰، صص ۴۵۵-۴۵۷)، در حواله بر مدیون، حکم محل حواله با توجه به محال^{به} و محال^{علیه} متفاوت است:

۱. مال مورد حواله (محال^{به}) با مالی که حواله بر آن واقع می‌شود (محال^{علیه}) از نظر جنس و نوع و وصف، یکسان باشند. به تعبیر دیگر، محال^{به} همان دینی است که در ذمه محال^{علیه} قرار دارد. این حالت، حالت حقیقی و اصلی حواله است و تمام عناصر حواله^{مصطلح} را دارا است. در این حالت، طلب محیل از محال^{علیه}، به محتال منتقل می‌شود.

۲. مورد حواله با دینی که در ذمه محال^{علیه} قرار دارد، متفاوت است، اما مقصود از مال مورد حواله (محال^{به})، همان مالی است که در ذمه محال^{علیه} قرار دارد. مانند آن که طلب محیل از محال^{علیه}، دینار باشد اما حواله بر درهم واقع شود (حواله بر مشغول‌الذمه به غیر جنس) و محال^{علیه}، قبول کند. در صحت چنین حواله‌ای تردید شده است (نجفی، ۱۳۹۴، صص ۱۷۰-۱۷۲). اما برخی (الجبعی العاملی، ۱۴۱۴، ص ۲۱۹؛ یزدی، ۱۴۲۰، صص ۴۵۵-۴۵۶) آن را صحیح و شبیه به پرداخت به غیر جنس، دانسته‌اند. مانند آن که شخصی چند دینار بده‌کار باشد و به جای آن‌ها درهم پرداخت کند. در واقع در چنین صورتی، یک معامله^{ضمنی} صورت می‌گیرد

که در آن، بدهکار درهم‌ها را به دینارهایی که در ذمه داشته فروخته است. در این جا نیز محیل، دینارها را با چند درهم مبادله کرده و محتال را به آن‌ها حواله داده است و محتال و محال‌علیه هم به این کار رضایت داده‌اند.

در این صورت، بنا بر دیدگاهی که چنین حواله‌ای را صحیح و مانند پرداخت به غیرجنس می‌داند، در واقع، محیل دینارها را با درهم مبادله کرده و محتال را به آن‌ها حواله داده است. بنابراین، مال محال‌علیه به محتال منتقل می‌شود. اما این احتمال هم وجود دارد که دین مورد حواله به دینی که در ذمه محال‌علیه است، تبدیل نشود. بلکه دین محال‌علیه به محیل باقی بماند و محال‌علیه، تکلیف دیگری به پرداخت دین مورد حواله به محتال پیدا کند (الجبعی العاملی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۱۹).

۳. مورد حواله، با دینی که در ذمه محال‌علیه است تفاوت دارد، و مقصود از مال مورد حواله همان مالی نیست که در ذمه محال‌علیه قرار دارد. این صورت، مانند حواله بر بری است و ملکیت مال محال‌به، به محتال منتقل نمی‌شود؛ چون انتقال دین است اما انتقال طلب نیست. لذا مالی که در ذمه محال‌علیه قرار دارد، همچنان به محیل تعلق دارد. بعد از حواله، محیل و محال‌علیه، به یکدیگر مدیون می‌شوند و باید محاسبه کنند: یا تهاتر صورت می‌گیرد یا یکی، مقدار زائد را به دیگری رد می‌کند.

۴. حواله به مالی است که از لحاظ جنس و اندازه مثل دینی است که در ذمه محال‌علیه قرار دارد. اما مقصود محیل، حواله بر دینی نباشد که در ذمه محال‌علیه است. این صورت نیز مانند حواله بر بری است، و پس از قبول محال‌علیه و پرداخت دین، بین دو دین، تهاتر قهری صورت می‌گیرد.

با توجه به مطالب فوق، از دیدگاه فقه، حواله، در صورتی موجب انتقال طلب است که چهار شرط زیر را واجد باشد:

۱. محیل به محتال بده‌کار باشد؛ در غیر این صورت، اگر محیل از محال‌علیه طلب‌کار باشد، توکیل، در استیفای دین است.
۲. محال‌علیه به محیل بده‌کار باشد؛ در غیر این صورت، حواله بر بری است و در آن، انتقال طلب صورت نمی‌گیرد. بلکه مانند ضمان است و در آن، انتقال دین صورت می‌گیرد.
۳. دینی که حواله می‌شود همان دینی باشد که بر ذمه محال‌علیه است؛ در غیر این صورت، چنین حواله‌ای مانند حواله بر بری است.

۴. دینی که حواله می‌شود از لحاظ جنس و نوع و وصف با دینی که در ذمه محال‌علیه است مساوی باشد؛ در غیر این صورت، به نظر برخی، حواله‌ای صورت نمی‌گیرد و به نظر برخی دیگر، پرداخت به غیر جنس است، و رضایت محتال و محال‌علیه به آن ضروری است.

ه) مقایسه انتقال محل در برات و حواله

انتقال محل در حواله و برات را می‌توان با توجه به مال محال‌علیه به دو دسته تقسیم کرد:

۱. محل، کالا یا وجه نقد است. از دیدگاه حقوقی، مالکیت محل، مورد تردید است. از یک سو، مال واحد نمی‌تواند همزمان در ملکیت برات‌کش و برات‌گیر باشد، از سوی دیگر، بقای ملک بدون مالک در فاصله زمانی بین وجود مال در دست برات‌گیر و سررسید، ممتنع است. اما از نظر فقهی، در صورتی که حواله بر مالی واقع شود که محیل در دست محال‌علیه به عنوان امانت دارد یا محیل مالی در دست محال‌علیه دارد و به او دستور می‌دهد که آن را بفروشد و با ثمن آن، طلب محتال را بپردازد، حواله یا حواله مصطلح نیست: مورد اول، در واقع توکیل در پرداخت و مورد دوم توکیل در بیع و پرداخت دین است و حتی در صورت قبول محال‌علیه نیز توسط وی و محیل، قابل فسخ است، چون وکالت عقدی جایز است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۲۸۸-۲۸۹). علاوه بر این تا زمانی که دین پرداخت نشده، ذمه مدیون بری نمی‌شود اما در حواله مصطلح، پس از تحقق حواله، ذمه محیل بری می‌شود (یزدی، ۱۴۲۰، صص ۴۵۱-۴۵۳).^۱ زیرا ید وکیل ید موکل محسوب می‌شود و تازمانی که قبض صورت نگرفته باشد، مال از ملکیت موکل خارج نمی‌شود.

۲. محل، دین محال‌علیه به محیل است. از لحاظ فقهی، ذمه محیل، از دینی که به محتال داشته بری می‌شود و پس از حواله، مسئولیتی در قبال محتال نخواهد داشت. اما از نگاه حقوقی، پس از صدور برات، برات‌کش نیز یکی از مسئولین پرداخت برات است. مسئولیت پرداخت برات‌گیر ممکن است تکلیفی مستقل و ناشی از صدور برات تلقی شود. بنابراین، برات نیز موجب انتقال دین است و مسئولیت مذکور، یک حکم قانونی است. اما این احتمال، قابل پذیرش نیست. زیرا ماهیت برات دستور پرداخت است نه انتقال دین. بنابراین، مسئولیت برات‌کش به پرداخت وجه برات، ناشی از بقای دین و نشانه ناقل نبودن برات است. در نتیجه، برات، مفید نوعی ضمان تضامنی است.

۱. ... بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحیل مشغولة إلى حين الأداء

نتیجه

۱. درباره انتقال محل برات، اگر برات گیر مدیون باشد، محل برات یعنی طلب برات کش از برات گیر به دارنده منتقل می‌شود. اما اگر مدیون نباشد، انتقال محل، به ماهیت برات وابسته است: اگر برات را نوعی حواله بدانیم انتقال محل به معنای دین صورت می‌گیرد. اما اگر آن را دستور پرداخت بدانیم، حتی با قبول برات نیز انتقال دین صورت نمی‌گیرد و دین هم‌چنان در ذمه برات گیر باقی می‌ماند. اثر برات نوعی تضامن است که به موجب آن، علاوه بر برات کش، برات گیر هم مکلف به پرداخت وجه برات می‌شود.
 ۲. در مواردی که برات کش، طلب‌کار برات گیر نیست اما به مناسبت صدور برات، وجه یا کالایی برای وی ارسال می‌کند، در مورد ملکیت این وجه یا کالا، احتمالات مختلفی وجود دارد. در صورتی که برات کش، عنوان عمل خود را معین نکند و عرف و عادت در این زمینه وجود نداشته باشد، با توجه به این که هیچ از عناوین تملیکی در این جا وجود ندارد، باید وجه یا کالا را در ملکیت برات کش باقی دانست.
 ۳. از نگاه فقه، در تمام حالات، دین محیل به محتال، به ذمه محال‌علیه منتقل می‌شود. اما این که انتقال طلب هم صورت می‌گیرد یا نه، بر حسب اقسام حواله متفاوت است: در حواله بر بری، محیل، طلبی از محال‌علیه ندارد تا به محتال منتقل کند، پس حواله صرفاً انتقال دین است اما در نتیجه حواله، طلبی به سود محتال ایجاد می‌شود.
در حواله بر مدیون، باید بین موارد زیر تفکیک قائل شد:
- الف) در مواردی که مال مورد حواله (محال‌به) با مالی که حواله بر آن واقع می‌شود (محال‌علیه) از لحاظ جنس و نوع و وصف یکسان باشند، طلب به محتال منتقل می‌شود.
 - ب) در مواردی که مال مورد حواله با مالی که به آن حواله می‌شود از لحاظ جنس و نوع و وصف یکسان نباشند اما با تراضی، حواله صورت گیرد، دین به محتال منتقل می‌شود. در این موارد، هرچند در ابتدا مال مورد حواله و مال محال‌علیه متفاوتند، اما پس از تراضی، بین دو مال وحدت صورت می‌گیرد و همان مالی که در ذمه محال‌علیه است به محتال منتقل می‌شود.
 - ج) مال مورد حواله با مال محال‌علیه یکی نیست و بین آن‌ها توافقی در مورد معاوضه مال مورد حواله با مال محال‌علیه صورت نگرفته است. این صورت، مانند حواله بر بری است. با این توضیح که ملکیت مالی که در ذمه محال‌علیه قرار دارد، هم‌چنان به محیل تعلق دارد.

منابع و مأخذ

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹ ق)، تحریر المجله، جلد ۱، چاپ اول، قسم ۲، نجف، المكتبة المرتضوية.
۲. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی تا)، المغنی، جلد ۵، بیروت، دارالکتب العربی.
۳. اسکینی، ربیعاً، (۱۳۷۳)، حقوق تجارت - برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل، و چک، چاپ اول، تهران، سمت.
۴. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ ق)، حاشیة المكاسب، ق. ذوی القربی، چاپ اول.
۵. امام خمینی، (۱۳۹۰ ق)، تحریر الوسیلة، جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۶. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، (۱۳۸۹)، جلد ۲، چاپ ۲۲، تهران، انتشارات اسلامی.
۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ ق)، کتاب المكاسب، جلد ۳، چاپ دوم، قم، کنگره شیخ انصاری.
۸. بجنوردی، سید محمدحسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، جلد ۶، چاپ اول، قم، نشر الهادی.
۹. بحر العلوم، سیدمحمد (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مکتبه الصادق.
۱۰. الجبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ ق)، شرح اللمعة، ج ۴، چاپ اول، قم، منشورات مکتبه الداوری.
۱۱. _____ (۱۴۱۴ ق)، مسالک الأفهام، ج ۴، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامی.
۱۲. الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ ق)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ ق)، العناوین، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۴. الحکیم، سید محسن (۱۴۰۴ ق)، مستمسک العروة، ج ۱۳، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی

۱۵. الحکیم، سید محمد سعید، (۱۹۹۶)، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، چاپ اول، بیروت، دارالصفوة.
۱۶. الحلّی، جعفر بن الحسن (محقق حلّی)، *شرائع الإسلام*، (۱۴۰۹ ق.)، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال.
۱۷. الحلّی، الحسن بن یوسف (علامه حلّی)، (۱۴۲۰ ق.)، *تحریر الأحکام*، جلد ۲، چاپ اول، قم، امام صادق (ع).
۱۸. _____ (۱۴۱۸ ق.)، *قواعد الاحکام*، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی.
۱۹. _____ (۱۴۲۰ ق.)، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۱، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
۲۰. _____ (۱۴۲۵ ق.)، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
۲۱. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۰۹ ق.)، *مبانی العروه الوثقی - کتاب المساقاة*، جلد اول، چاپ اول، قم، العلمیه.
۲۲. الرفاعی، عبد الکریم (بی تا)، *فتح العزیز*، جلد ۱۰، دمشق، دار الفکر.
۲۳. الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ ق.)، *الفقه الاسلامی و ادلته*، جلد ۵، دمشق، چاپ سوم، دار الفکر.
۲۴. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۵)، *حقوق تجارت*، جلد ۳، چاپ نهم، تهران، نشر دادگستر.
۲۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۸، دار احیاء التراث العربی.
۲۶. الشربینی، محمد بن أحمد، *معنی المحتاج*، (۱۹۵۸)، جلد ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۷. شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، *سقوط تعهدات*، چاپ سوم، تهران، کانون وکلای دادگستری.
۲۸. _____ (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی*، ۳، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات مجد.
۲۹. صقری، حقوق بازرگانی - اسناد، (۱۳۸۰)، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق.)، *المبسوط*، ۳، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية.
۳۱. طوسی، محمد بن علی (ابن حمزة)، (۱۴۰۸)، *الوسيلة*، قم، انتشارات آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول

۳۲. عبادی، محمدعلی، (۱۳۸۲)، حقوق تجارت، چاپ نوزدهم، تهران: گنج دانش.
۳۳. عرفانی، محمود، (۱۳۷۳)، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: جهاد دانشگاهی.
۳۴. فخاری، امیرحسین، (۱۳۸۷)، حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: مجد.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، عقود معین، جلد ۴، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۶. _____ (۱۳۳۵)، مرور زمان اسناد تجاری، کانون وکلا، سال هشتم، شماره ۳، شماره مسلسل ۴۸.
۳۷. الکاشارنی، أبو بکر (۱۴۰۹ق)، بدائع الصنائع، جلد ۶، پاکستان: المكتبة الحبيبية.
۳۸. کاویانی، کوروش (۱۳۸۳)، حقوق اسناد تجاری، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۳۹. الکرکی، علی بن الحسین، (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد، ج ۵، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۴۰. المرادوی، علی بن سلیمان، (۱۳۷۶ق)، الإنصاف، جلد ۵، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۱. الکرکی، محمدبن جمال الدین (شهید اول) (۱۴۱۱ق)، اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم: انتشارات دارالفکر.
۴۲. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۶ق)، مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۴۳. نایینی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، منیة الطالب، تقریر خوانساری، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۴. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۴ق)، جواهر الکلام، جلد ۲۶، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۵. یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۰ق)، العروة الوثقی، جلد ۵، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
۴۶. _____ (۱۳۷۸)، حاشیة المکاسب، جلد ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.