



بررسی تطبیقی نهاد انتقال ارادی طلب^۱

داود بزرگمهر *

علیرضا یزدانیان *

چکیده

در حقوق فرانسه پس از فراز و نشیب‌های بسیار، بالاخره با پذیرش تصور جدایی طلب (به‌عنوان جنبه مثبت تعهد) از شخصیت طلبکار و تلقی آن به‌عنوان یک حق دینی، امکان انتقال ارادی طلب فراهم گردید چنان‌که مواد ۱۶۸۹ تا ۱۶۹۵ قانون مدنی فرانسه به تعریف و توضیح مسائل مرتبط با این تاسیس حقوقی اختصاص یافته است. در حقوق ایران نیز با عنایت به وجود زمینه‌های فقهی انتقال ارادی تعهد چه به صورت معوض و چه به صورت غیر معوض در قالب عقود مانند بیع و هبه و امکان تصور جدایی تعهد از شخصیت طرفین آن، که در قالب عقود مانند ضمان و حواله متجلی گردیده، نه تنها مانع شرعی در پذیرش نهاد حقوقی انتقال ارادی طلب وجود ندارد، بلکه با توجه به وجود زمینه‌های قانونی از قبیل ماده ۳۸ قانون اعسار و برخی از مواد قانون مدنی و تجارت می‌توان جواز واگذاری و انتقال ارادی طلب را در قالب اشکال مختلفی از قبیل عقود معین، نامعین و... استنباط نمود.

کلید واژه‌ها

دائن، مدیون، تعهد، طلب، انتقال، انتقال ارادی طلب.

۱. مقاله‌ی مستخرج از پایان‌نامه‌ی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی شیراز با عنوان انتقال ارادی تعهد.

* . دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد شیراز و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بروجن.

** . عضو هیات علمی دانشگاه اصفهان.

مقدمه

انتقال طلب،^۱ چنان‌که از نام آن بر می‌آید، به جابجایی طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری گفته می‌شود.^(۱) در این جابجایی، انتقال گیرنده از هر حیث جانشین انتقال دهنده می‌شود و از همان مزایا برخوردار است چنان‌که در انتقال مال نیز، تملک کننده، قائم مقام خاص تملیک کننده است.^(۲) فایده‌ی مهم این نهاد، تصفیه‌ی قبل از سر رسید می‌باشد که برای تجار واجد اهمیت است.^(۳)

در آغاز، غالباً انتقال طلب با فوت دائن و به صورت قهری صورت می‌گرفت^(۴) و در نتیجه آن، ورثه‌ی متوفی، قهراً جانشین مورث خود در مطالبه‌ی طلب می‌شدند، اما دیری نپایید که شیوه‌های ارادی غیرمستقیم واگذاری طلب از قبیل «تبدیل تعهد به وسیله‌ی تغییر دائن»^۲ و «وکالت در قبض دین»^۳ و... رایج گشت و در نهایت به روش‌های مستقیم آن منجر گردید. این تحول به نوبه‌ی خود، ناشی از تغییر نگرش نسبت به مفهوم مال و شمول آن بر طلب و همچنین، پذیرش تصوّر جدایی دین از شخصیت مدیون و در نتیجه، امکان انتقال آن می‌باشد.^(۵) انعکاس دگرگونی‌های مذکور در قوانین بسیاری از کشورهای جهان، سرانجام به شناسایی تأسیس حقوقی خاصی با نام و عنوان انتقال طلب منتهی شد و منجر به وضع و تدوین قوانین ویژه‌ای درباره‌ی روش مستقیم انتقال ارادی طلب گردید. بررسی امکان انتقال ارادی طلب و همچنین موقعیت و مصادیق رایج این نهاد حقوقی در حقوق کشورمان مخصوصاً با عنایت به فواید ارزشمند این تأسیس حقوقی و همچنین لزوم اجتناب از روش‌های غیرمستقیم انتقال طلب در عرصه‌ی مبادلات و معاملات مدنی و تجاری با وجود امکان انتقال مستقیم طلب در قالب‌های مختلف حقوقی، موضوع و هدف این مقاله را تشکیل می‌دهد.

لازم به ذکر است با عنایت به ارتباط مبنایی قانون مدنی با مبانی فقهی اسلامی و همچنین تأثیرات انکارناپذیر حقوق فرانسه بر قانون مزبور، در بررسی وضعیت و موقعیت انتقال ارادی طلب، ضمن اشاره به حقوق فرانسه، نظریات فقهی نیز مد نظر قرار می‌گیرد.

الف) در فقه اسلام

خوشبختانه، امکان انتقال تعهد و تصوّر جدایی دین از شخصیت مدیون، هم در فقه امامیه و هم

1. La Cession de Créance.

2. La Novation Par Changement de Créance.

3. Procuration in Rem Suam.

در فقه مذاهب اربعه از همان ابتدا مطرح بوده و پذیرش نهادهای حقوقی مانند ضمان و حواله، مؤید این امر می‌باشد تا جایی که اندیشه‌ی امکان انتقال طلب به روش‌های گوناگون، به‌طور مستقیم نیز مطرح گردیده است. بر همین مبنا در ادامه، موضوع را در فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- در فقه امامیه

اصولاً انتقال ارادی طلب به دو صورت معوض و غیر معوض قابل تصور است و فقهای امامیه نیز بر همین مبنا، انتقال معوض را در کتاب دین و تحت عنوان بیع دین و انتقال غیر معوض را در ارتباط با عقد هبه مطرح نموده‌اند. در ارتباط با انتقال غیر معوض طلب و به اصطلاح هبه‌ی دین، بین هبه‌ی دین به مدیون و هبه‌ی دین به ثالث تفکیک وجود دارد به نحوی که با توجه به این که در عقد هبه، بنا بر قول مشهور فقهای امامیه، قبض، شرط صحت عقد تلقی گردیده و حتی در تذکره و ایضاح بر این امر دعوی اجماع شده است،^(۶) مشهور بر آنند که هبه‌ی طلب به غیر مدیون صحیح نمی‌باشد و تنها می‌توان آن را به شخص مدیون هبه نمود، آن هم به لحاظ اینکه در چنین حالتی، قبض، اعتباری است و نیازی به قبض مورد هبه نمی‌باشد. از طرفی در خصوص ماهیت همین عمل حقوقی نیز برخی از فقها، هبه‌ی دین را اگر چه به لفظ، هبه است، ماهیتاً ایقاع و در حکم ابراء دانسته و تبعاً مقررات هبه را در آن جاری نمی‌بینند.^(۷) به هر حال، صرف‌نظر از اختلاف نظرهای مربوط به هبه دین، باید گفت انتقال ارادی طلب به صورت غیر معوض، در چهار چوب هبه‌ی آن به مدیون، از دیرباز در فقه امامیه مورد قبول واقع شده و ماده‌ی ۸۰۶ قانون مدنی ایران که به موجب آن، دائن می‌تواند طلب خود را به مدیون ببخشد، بازتاب چنین دیدگاهی محسوب می‌شود.

اما در ارتباط با انتقال معوض طلب، فقهای شیعی و سنی بیشتر بر محور حدیث نبوی: «لا بیع الدین بالدین»^۱ به بحث و بررسی پرداخته‌اند^(۸) تا جایی که به نظر می‌رسد بر مبنای مفهوم مخالف حدیث مذکور در غالب قریب به اتفاق کتب فقهی شیعه با درج دو شرط اساسی قائل بر صحت بیع دین گردیده‌اند. توضیح اینکه یکی از شروط مذکور، علیرغم اختلاف نظرهای مربوط به آن در رابطه با حرمت بیع دین به دین است و دیگری شرطی است که برای پیشگیری از ربوی شدن چنین بیعی مطرح می‌گردد. بر همین مبنا، فقهای امامیه با درج عباراتی مانند: «یصح بیع الدین بالحاضر و ان کان اقل منه اذا کان من غیر جنسه او لم یکن ربویاً و لا یصح

۱. حدیث یکم: ... عن طلحه بن یزید، عن ابی عبدالله (ع) قال: قال رسول الله (ص) «لا بیع الدین بالدین».

بدین مثله» یا «يجوز بيع الدين بعد حلوله، على الذي هو عليه و على غيره...»^(۹)، یا «يصح بيعه بحال لا بمؤجل و بزيادة و نقيصة آلا أن يكون ربوياً...»^(۱۰) قائل به صحت بيع دين یا به تعبیر امروزی آن، فروش طلب شده‌اند مشروط بر اینکه هرگاه در چنین بیعی، مبيع و ثمن از یک جنس و مکيل یا موزون باشند، به منظور پرهیز از بيع ربوی، زیاده یا نقيصة در هیچ‌یک از عوضین وجود نداشته باشد.

۲- در فقه مذاهب اربعه

حدیث نبوی مذکور (لا یباع الدین بالدين) در فقه مذاهب اربعه نیز ملاک نظر فقهای اهل سنت واقع گردیده تا جایی که در غالب کتب فقهی مذاهب اربعه، بيع دين به دين تحت عنوان «البیوع المنهی عنها» درج گردیده و در تعریف چنین بیعی گفته شده: «... هو ما كان الثمن و المثلان فی مؤجلین معاً...»^(۱۱) با این حال، به جز مذهب مالکی که بيع دين و همچنین هبه‌ی دين را پذیرفته است، مذاهب ثلاثه‌ی دیگر درعمل به مفهوم مخالف حدیث مذکور،^(۱۲) یعنی جواز بيع دين به غير دين، راهی متفاوت را در پیش گرفته و به آن توجهی ننموده‌اند چنان‌که فقهای حنفیه، فروش طلب را جز به شخص مدیون جایز ندانسته‌اند و قاعده‌ی معروفی را نیز در این خصوص وضع نموده‌اند که در کتب اهل سنت تحت عنوان «لا يجوز تملیک الدین آلا مَمَّن علیه الدین» درج می‌شود. بدین توجیه که دين، مقدور التسليم نمی‌باشد. اما در مذهب شافعی، یکی از دو قول موجود این است که بيع دين به غير مدیون نیز به شرط آنکه دين و ثمن در مجلس عقد، قبض گردند مجاز است.^(۱۳)

به هر حال مذاهب سه گانه، ناگزیر به منظور انتقال طلب به روش‌های غیر مستقیم و طرقي همچون - وکالت در قبض دين - متوسل شده‌اند، اگر چه انتقال طلب را تا حدودی در قالب عقد حواله پذیرفته‌اند.

ب) در حقوق فرانسه

انتقال جنبه‌ی مثبت تعهد (طلب) در حقوق فرانسه تا اوایل قرن نوزدهم به تبعیت از حقوق رومی صرفاً از طریق روش‌های غیرمستقیم همچون وکالت در قبض انجام می‌شد، اما سرانجام با ظهور تحولات اساسی در حقوق فرانسه خصوصاً در زمینه‌ی «حقوق تعهدات» و «انتقال تعهدات»^۱، تأسیس حقوقی ویژه‌ای در زمینه‌ی انتقال طلب که بر مبنای مفهوم مالی - اقتصادی

1 . La Transmission Des Obligations.

تعهد بنا شده بود، به رسمیت شناخته شد و حقوق تعهدات فرانسه از حقوق روم کاملاً فاصله گرفت. با این وجود، در ارتباط با انتقال جنبه‌ی منفی تعهد، همچنان پای بندی خود به سنت‌های رومی را حفظ کرد تا جایی که تعهد را صرفاً به صورت یک رابطه شخصی مدّ نظر قرار داد و وابستگی دین به شخصیت مدیون را از نظر دور نداشت. به این ترتیب بر خلاف دین که انتقال آن در حقوق فرانسه به وسیله‌ی شیوه‌های غیرمستقیمی همچون «اشتراف به نفع ثالث»^۱ یا «نیابت در ایفاء تعهد»^۲ یا «تبدیل تعهد به وسیله تغییر مدیون»^۳ اعمال می‌شود یا اینکه بر اثر فوت مدیون،^۴ همراه با مجموعه‌ی دارایی متوفی به ورثه‌ی وی منتقل می‌گردد، طلب به عنوان سوی مثبت رابطه‌ی تعهد و بخشی از دارایی بستانکار، همچون مالی غیرمادی و غیرملموس که واجد ارزش مالی - اقتصادی مشخصی است، بجز در موارد استثنائی از قابلیت انتقال برخوردار است.^(۱۴)

خلاصه اینکه در حقوق فرانسه، طلب تدریجاً از شکل یک رابطه شخصی خارج شده و به صورت یک حق مالی که در مجموعه‌ی دارایی فرد، ارزش اقتصادی معین و مثبتی دارد به عنوان «حق دینی»^۵ تحلیل شد.^(۱۵) بر همین مبنا در قانون مدنی فرانسه، دارایی شخص به مجموعه‌ی اموال و تعهدات^۶ او که از دو بخش مثبت (طلب) و منفی (دین) تشکیل شده است اطلاق می‌گردد و پس از ملحوظ نمودن ارزش اقتصادی طلب در دارایی شخص، در مقایسه با حقی که فرد نسبت به اعیان اموال خویش دارد و قانون براساس چنین حقی، امکان همه گونه استفاده از آنها را به وی اعطاء می‌نماید و به «حق عینی»^۷ موسوم است، طلب را توانایی و امتیازی تلقی کرده‌اند که از حمایت قانون برخوردار است و براساس آن شخصی به نام دائن می‌تواند^۸ انجام کار، خودداری از انجام کار یا انتقال دادن مالی^(۱۶) را از شخص دیگری که مدیون نامیده می‌شود بخواهد.^(۱۷)

بر همین مبنا ماده ی ۱۲۴۰ قانون مدنی فرانسه^(۱۸) صراحتاً درباره «تصرف طلب»^۹ صحبت کرده و حتی فراتر از این در پاره ای موارد، طلب را مانند اموالی که موضوع حق عینی قرار

1 . La Stipulation Pour Autrui .

2 . La Délégation

3 . La Novation Par Changment de Débiteur

4 . Par Décès Du Débiteur.

5 . Droit Personnel.

6 . Art. 1240. Créé par: Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

7 . Droit Réel

8 . Obligation de Donner, de Faire, de ne Pas Faire.

9 . La Possession de la Créance.

می‌گیرند مورد توجه قرار داده و در نتیجه، درباره‌ی حق انتفاع از طلب یا مالکیت طلب و یا به وثیقه گذاردن آن^۱ و اینکه طلب می‌تواند موضوع عقد یا به طور کلی عملی حقوقی قرار گیرد سخن به میان آورده است.

نکته قابل توجه در حقوق فرانسه این است که اگرچه قانون‌گذار فرانسوی با قائل شدن ویژگی بیع برای انتقال طلب، مواد^۲ مربوط به آن را در کتاب سوم قانون مدنی فرانسه تحت عنوان «انتقال طلب‌ها و سایر حقوق مادی» و در قالب مواد ۱۶۸۹ الی ۱۶۹۵ تبیین نموده، اما آوردن آن در باب بیع با این استدلال که انتقال طلب می‌تواند با انعقاد هر عقد دیگری نیز که مبتنی واگذاری طلب به غیر باشد صورت پذیرد، مورد انتقاد بیشتر شارحین قانون مدنی فرانسه قرار گرفته است و به این ترتیب انتقال طلب، صرف نظر از شرایط شکلی ویژه‌ی آن می‌تواند علاوه بر بیع که در مقابل تأدیهِی ثمن^۳ صورت می‌پذیرد، با برخورداری از طبیعتی متفاوت با بیع، برای اجرای عملکردهای حقوقی دارای ماهیت‌های گوناگون به خدمت گرفته شود.^(۱۹) چنان که هرگاه واگذاری طلب به طور غیر معوض مورد تراضی طرفین انتقال واقع شود هبه^۴ محسوب می‌شود و چنان‌چه معوض باشد برای اعمال و اجرای عقود معاوضی گوناگونی به کار برده می‌شود^۵ مانند حالتی که دو طلب با یکدیگر مبادله شوند و منتقل الیه یک طلب، ناقل طلب دیگر گردد به نحوی که هر طلب ما به ازای طلب دیگر قرار گیرد که در واقع نوعی «معاوضه» تلقی می‌شود.^۶ در عین حال واگذاری طلب ممکن است به منظور ایفاء تعهد قبلی انتقال دهنده صورت پذیرد که در این صورت، انتقال دهنده با جلب موافقت انتقال گیرنده، طلب را به منظور حصول براثت ذمه‌ی خود نسبت به تعهدی که قبلاً در برابر او داشته به وی واگذار می‌کند که «ایفاء به غیر موضوع تعهد»^۷ نامیده می‌شود.^(۲۰) تأسیس حقوقی انتقال طلب گاهی نیز به منظور ایجاد تضمین به کار برده می‌شود که در چنین وضعی به واقع، موجد یک عقد رهن^۸ می‌باشد اما انتقالی واقعی تلقی نمی‌شود زیرا نتیجه‌ی چنین عقدی واگذاری ملکیت طلب به ثالث نمی‌باشد، بنابراین در حقوق فرانسه هم انتقال ممکن است معوض یا غیر معوض باشد.^(۲۱)

1. Donner en Gage.

2. Prix

3. Donation.

4. Contrat D' Alienation

5. Échange

6. Dation en Paiement

7. Nantissement

ج) در حقوق ایران

بر خلاف حقوق فرانسه که تأسیس حقوقی انتقال طلب در ضمن مواد ۱۶۸۹ تا ۱۶۹۵ قانون مدنی آن کشور درج گردیده، احکام و ضوابط انتقال طلب در حقوق ایران را ناگزیر باید از مواد پراکنده و متون مختلف قانونی استنباط کرد.

در سال ۱۳۱۳، قانون‌گذار با گنجانیدن ماده‌ای در قانون اعسار، صراحتاً از انتقال طلب سخن گفته است، اما جز مفاد برخی مواد قانون مدنی و قانون تجارت که از آنها می‌توان جواز واگذاری و انتقال طلب را دریافت، ماده‌ی دیگری در این باره مشاهده نمی‌شود.

ماده‌ی ۳۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «کسی که طلب خود را به غیر مدیون انتقال داده و بعد از انتقال، آن را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد، کلاهبردار محسوب می‌شود. هرگاه مدیون، بدهی خود را بعد از انتقال، به دائن سابق تأدیه نماید منتقل الیه، حق رجوع به او را نخواهد داشت مگر اینکه ثابت نماید که قبل از تأدیه دین، انتقال را به اطلاع مدیون رسانیده و یا اینکه مدیون به وسیله‌ی دیگری از انتقال مستحضر بوده است.» این ماده به وضوح حکایت از انتقال طلب توسط دائن (طلبکار) به شخص ثالث دارد.^(۲۲)

البته برخی نویسندگان حقوقی، مستند قانونی دیگری را نیز برای انتقال طلب ذکر کرده‌اند و آن ماده ۲۶ قانون بیمه، مصوب ۱۳۱۶ می‌باشد. این ماده بیان می‌کند که در تمام مدت اعتبار قرارداد بیمه‌ی عمر، بیمه‌گذار حق دارد وجه معینه در بیمه‌نامه را به دیگری منتقل نماید. انتقال مزبور باید به امضای انتقال دهنده و بیمه‌گر برسد و بیمه‌گر نسبت به این انتقال، شخص ثالث است. مع ذلک جلب رضایت او (نه به عنوان یکی از اطراف عقد) ضرورت دارد و این انتقال بدون تنفیذ او در حق وی اثر ندارد.^(۲۳)

در حقوق ما به دلیل اشتباهی که به عقیده‌ی برخی حقوقدانان^(۲۴) در رابطه با بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی صورت پذیرفته، ظاهر بند مذکور که به موجب آن متعهد له می‌تواند ما فی الذمه‌ی متعهد را به کسی دیگر منتقل کند، بیشتر افاده‌ی انتقال طلب می‌کند تا تبدیل تعهد زیرا انتقال ما فی الذمه‌ی متعهد به ثالث توسط متعهدله، مصداق انتقال طلب است در حالی که مقنن، چنین امری را تحت عنوان تبدیل تعهد ذکر نموده است و این امر از یک طرف با موضوع سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد لاحق و از طرف دیگر با موضوع عدم تعلق تضمینات تعهد ساقط شده به تعهد ایجاد شده در تبدیل تعهد، سازگاری ندارد. به همین جهت، برخلاف نظر برخی حقوقدانان نمی‌شود پذیرفت که قانون‌گذار، تأسیس حقوقی انتقال طلب را انشاء نموده،^(۲۵) زیرا جایگاه این ماده تحت عنوان تبدیل تعهد است و تبدیل تعهد در حقوق ما عنوانی است که از حقوق بیگانه عاریه گرفته شده و ناگزیر باید در تفسیر و توضیح آن بر پایه

همان مبانی عاریتی گام برداشت.^۱ به این ترتیب تنها ماده‌ای که در قانون مدنی ایران درباره‌ی واگذاری طلب به غیر سخن گفته است با ماهیت حقوقی کاملاً متفاوتی درهم آمیخته شده، آن هم به نحوی که یا باید برای استنباط انتقال طلب از آن، قائل به اشتباه قانون‌گذار شد و خواستار اصلاح آن گردید و یا باید از ظاهر آن دست برداشت و انتقال تعهد را در ارتباط با ماده‌ی مذکور، تبدیل تعهد به وسیله‌ی تغییر دائن تلقی کرد. به هر حال، صرف‌نظر از اسباب قهری انتقال طلب که موضوعاً خارج از عنوان این مقاله می‌باشد، انتقال ارادی طلب در حقوق ما گاهی در قالب برخی عقود معین صورت می‌پذیرد و گاهی بدون آن که نام عقدی از عقود معین را به خود بگیرد به صورت یک قرارداد بی نام منعقد می‌شود.

همچنین، انتقال طلب با واگذاری اسناد معرف طلب به دیگری امکان پذیر است و در برخی موارد از طریق نقل وانتقال سهم و سهام در شرکت‌های تجاری و تغییر و تبدیل نوع شرکت تحقق می‌یابد که ذیلاً به بررسی اجمالی موارد مذکور می‌پردازیم.

۱- انتقال طلب در قالب عقود معین

۱-۱- انتقال از طریق عقد بیع

در حقوق فرانسه،^(۲۶) مصداق بارز انتقال طلب می‌تواند در قالب بیع صورت پذیرد.^(۲۷) در قانون مدنی ایران، بارزترین نمونه‌ی انتقال طلب در قالب یکی از عقود معین، عقد بیع است. اگر این امر پذیرفته شود که موضوع عقد بیع می‌تواند طلب باشد، انتقال طلب، وقتی در قالب عقد مذکور محقق می‌شود که علاوه بر رعایت شرایط اساسی صحت معاملات و جمیع شرایط مربوط به درستی بیع، اولاً: مستنداً به ماده‌ی ۳۴۰ قانون مدنی، قصد طرفین انتقال طلب، صریح در معنی بیع باشد، در غیر این صورت، انتقال طلب می‌تواند بدون آنکه بیع محسوب شود بین طرفین تحقق یابد. ثانیاً: مبیع، کلی فی الذمه و مقدار و جنس و وصف آن معین باشد. توضیح اینکه هر چند به موجب ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»، اما ماده‌ی ۳۵۰ قانون مذکور، به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه^(۲۸) و در جهت رفع اشکال مربوط به قید «عین» در ماده‌ی ۳۳۸، برای مبیع اقسامی بر شمرده که از آن جمله

۱. در خصوص تفاوت ها و مقایسه ی شرایط و آثار انتقال طلب و تبدیل تعهد به اعتبار تغییر دائن در حقوق انگلیس مراجعه شود به:

Chitty on Contracts, N.19-085,p.1201,V.1,Swee& Maxwell,2004-C.F.Padfield, Law Made Simple, P.186.

می‌توان «کَلِّی فی الذمه» را نام برد. کلی فی الذمه که آن را کلی می‌گویند چنان‌که ماده‌ی ۳۵۱ قانون مدنی تعریف می‌نماید چیزی است که صادق بر افراد عدیده باشد مانند گندم و آهن که دارای افراد بسیاری در خارج است که به هر یک از آنها گندم و آهن گفته می‌شود.^(۳۹) ثالثاً: مصداق بیع دین به دین نباشد. یعنی در صورتی که مبیع و ثمن هر دو موجد و مدت‌دار باشند، بیع مذکور کالی به کالی محسوب می‌شود که بنابر اجماع فقها، مشمول حدیث «لایباع الدین بالدین» شده و در نتیجه باطل خواهد بود.^(۴۰) لازم به ذکر است اگرچه بعضی از نویسندگان حقوق مدنی، سکوت قانون مدنی ایران در مورد بطلان بیع کالی به کالی را، آن هم در مقام بیان حکم و با توجه به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت قراردادهای، دلیلی بر عدم بطلان چنین بیعی در قانون مدنی ایران می‌دانند،^(۴۱) اما چون به موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشند، به نظر می‌رسد بیع کالی به کالی قانوناً نیز محکوم به بطلان باشد.^(۴۲) بر این اساس چنان‌چه در انتقال طلب تحت عنوان بیع، ثمن، مدت‌دار باشد، چنین انتقالی باطل خواهد بود مگر آنکه با پیروی از نظری که حرمت بیع دین به دین را در صورتی که مبیع یا ثمن به سبب بیع دین شوند مورد تردید قرار می‌دهد، گفته شود که هرگاه ثمن به سبب بیع دین شود، انتقال طلب در قالب عقد بیع، باطل نخواهد بود. رابعاً: معامله ربوی نباشد. با توجه به ضرورت انطباق کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلامی و نظر به حرمت ربا در شرع اسلام، اگر متعلق موضوع طلب، مکمل و موزون باشد و ثمن آن از جنس مبیع، هر گونه زیادتی در هر یک از عوضین به ربوی شدن بیع و در نتیجه بطلان آن منجر خواهد شد.

لازم به ذکر است علاوه بر ماده ۳۵۰ قانون مدنی که به موجب آن، انتقال طلب در قالب عقد بیع پیش‌بینی گردیده،^۱ به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران در مصوبات دیگری نیز، صحبت از فروش طلب را به میان آورده که از آن جمله می‌توان به ماده‌ی ۲۲ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۴۵ و ماده‌ی ۵ قانون اصلاحات ارضی مصوب سال ۱۳۴۷ درباره‌ی فروش

۱. لازم به ذکر است که مبیع در دو فرض متفاوت ممکن است کلی فی الذمه باشد و تنها در یک صورت به آن اصطلاحاً بیع دین (فروش طلب) می‌گویند. توضیح اینکه گاه به نفس عقد، مال کلی فی الذمه ایجاد و منتقل می‌گردد مانند بیع سلف که تا قبل از عقد طلبی وجود نداشته و گاه قبل از عقد، یک مال کلی یا طلب موجود است و با عقد منتقل می‌گردد. مانند زنی که تعدادی سکه بابت مهر از همسر خود طلبکار است و بخواهد آن را به عنوان مبیع قرار داده و به دیگری منتقل کند. انتقال طلب یا بیع دین اصطلاحی ناظر به قسم اخیر است. ضمناً در بیع ممکن است طلب به عنوان ثمن قرار گیرد و هر چند باز مصداق انتقال طلب است اما عنوان بیع دین یا فروش طلب به آن گفته نمی‌شود.

قبوض اقساطی یا اوراق بهادار (که به خودی خود فاقد ارزش بوده اما متضمن طلبی هستند و مراد از فروش آنها، واگذاری طلبی است که معرف آن هستند) اشاره نمود.

۲- ۱- عقد حواله

در تحلیل ماهیت حقوقی حواله چنین گفته شده که:^(۳۳) در صورتی که حواله بر مدیون باشد (یعنی محال علیه به محیل مدیون باشد)، حواله عقدی است مرکب از انتقال طلب و انتقال دین به دو اعتبار مختلف. یعنی از نظر دینی که بر ذمه‌ی محیل است و به ذمه‌ی محال علیه منتقل می‌شود، حواله، انتقال دین می‌باشد و از نظر طلبی که محیل از محال علیه دارد و او را به محتال حواله می‌دهد، انتقال طلب است. بدین جهت بعضی از فقهای امامیه، قبول محال علیه را در این صورت لازم ندانسته‌اند.^(۳۴) اما در حالتی که محال علیه مدیون به محیل نباشد (حواله بر بری) چنین حواله ای فقط دارای یک جنبه و آن هم انتقال دین از ذمه‌ی محیل به محال علیه می‌باشد که به درخواست محیل به عمل می‌آید و به نظر می‌رسد به همین جهت است که ماده‌ی ۷۲۷ ق.م. اشعار می‌دارد: «محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.» از تعاریف فقها از حواله چنین برمی‌آید که اکثریت قاطع آنان، عقد حواله را مبتنی بر انتقال دین می‌دانند و آن را از اقسام ضمان به معنای عام می‌شمارند.^(۳۵)

۳- ۱- عقد معاوضه

در حقوق فرانسه بحث معاوضه‌ی طلب مطرح شده است.^(۳۶) براساس ماده‌ی ۴۶۴ قانون مدنی ایران: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.» به این ترتیب با توجه به درج لفظ مال در ماده‌ی مذکور، هر یک از عوضین می‌تواند دین یا چنان‌که با توجه به جنبه‌ی مثبت تعهد می‌گویند طلب باشد، زیرا مال، مفهومی است اعم از عین و دین و منفعت. بنابراین هرگاه در عقود معاوضه، یکی از عوضین یا هر دوی آنها، دین یا به تعبیری طلب باشد، قالب انتقال طلب، عقد معاوضه خواهد بود، نهایت اینکه چون در عقد معاوضه، عوض و معوض، بدون ملاحظه‌ی اینکه مبیع و ثمن باشند، در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، احکام خاصه‌ی بیع در مورد آنها جاری نمی‌باشد (ماده‌ی ۴۶۵ قانون مدنی ایران). بدین لحاظ در انتقال طلب از طریق عقد معاوضه، محدودیت‌های مربوط به انتقال طلب تحت عنوان عقد بیع وجود ندارد، لیکن در هر حال، چنانچه عوضین هم‌جنس و مکمل یا موزون

باشند برای جلوگیری از ربوی شدن معاوضه، هیچ‌گونه زیادتیی در ناحیه‌ی عوض یا معوض نباید وجود داشته باشد.

۴-۱- عقد صلح

مطابق با ماده‌ی ۷۵۸ قانون مدنی ایران، تنها عقدی که می‌تواند با داشتن نتیجه‌ی معاملات گوناگون، در مقام چنین معاملاتی واقع شود، بدون اینکه شرایط و احکام خاصی آن معاملات در آن جاری باشد، عقد صلح است. بنابراین، چنانچه انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده‌ی طلب، آن را به قصد صلح مورد انتقال قرار دهند، می‌توان گفت در چنین حالتی انتقال طلب در قالب عقد صلح محقق شده است. بر مبنای عقد صلح، دائن می‌تواند، طلب خود را هم به شخص مدیون صلح نماید و هم به غیر مدیون،^(۳۷) با این تفاوت که هرگاه به ثالثی صلح گردد، منتقل‌الیه طلب در مطالبه‌ی آن جانشین مصالح می‌گردد و ذمه‌ی مدیون همچنان مشغول باقی می‌ماند، اما اگر طلب به شخص مدیون صلح گردد، نتیجه‌ی آن مالکیت ما فی الذمه و نهایتاً اسقاط دین خواهد بود. لازم به ذکر است با عنایت به مفاد ماده‌ی ۷۵۷ قانون مدنی، صلح طلب به صورت بلاعوض نیز جایز است.

۵-۱- عقد هبه

از جمله عقود معینی که قانون مدنی، انتقال طلب را بر مبنای آن مطرح ساخته، عقد هبه می‌باشد. در این رابطه، ماده‌ی ۸۰۶ قانون مدنی، بخشش طلب به مدیون را علیرغم اختلافاتی^(۳۸) که در فقه در خصوص عقد یا ایقاع بودن آن وجود دارد، عقد تلقی نموده است.^۱ ماده‌ی مزبور مقرر نموده است: «هرگاه دائن، طلب خود را به مدیون ببخشد، حق رجوع ندارد». بنابراین چنانچه دائن، حقی را که بر ذمه‌ی و عهده‌ی مدیون دارد به او هبه کند، در صورتی طلب در قالب عقد هبه انتقال خواهد یافت که متَّهَب آن را مورد قبول قرار دهد. نکته‌ی حائز اهمیت اینکه در هبه‌ی دین به مدیون، بر خلاف هبه‌ی عین، نیازی به قبض مورد هبه وجود ندارد، چه آنکه در این حالت، قبض، اعتباری است و چون دینی در ذمه است و ذمه‌ی مدیون در تصرف خود اوست، به قبض نیازی ندارد. آنچه گفته شد، در خصوص هبه‌ی طلب به مدیون می‌باشد که به موجب ماده‌ی ۸۰۱ قانون مدنی می‌تواند به صورت معوض نیز صورت پذیرد و بر

۱. در رابطه با دیدگاه‌های اساتید حقوق مدنی ایران در مورد هبه‌ی طلب رجوع شوده: امامی، سید حسن،

حقوق مدنی، ج ۲، چاپ نوزدهم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۲، ص ۴۶۷- شهیدی، همان، ص ۱۲۶.

خلاف هبه‌ی عین که در شرایطی قابل رجوع است، غیر قابل رجوع می‌باشد. اما در خصوص هبه‌ی طلب به شخص غیر مدیون، با توجه به اینکه قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه، قبض را شرط صحت هبه می‌داند^(۴۹) دائن نمی‌تواند طلب خود را تحت عنوان هبه به شخص غیر مدیون واگذار کند و علت این امر نیز آن است که طلب را نمی‌توان به قبض دیگری داد. بنابراین، در حقوق ایران، انتقال طلب صرفاً در صورتی هبه محسوب می‌گردد که طلب به شخص مدیون واگذار گردد و انتقال بلاعوض آن به شخص غیر مدیون را باید در قالب‌های حقوقی دیگر، از جمله قراردادهای خصوصی موضوع ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی جستجو نمود.

۶-۱- عقد قرض

در فقه امامیه، از نظر برخی از فقها، علاوه بر هبه، از دیگر عقود که به جهت لزوم قبض موضوع عقد، نمی‌توان طلب را موضوع آن قرار داد، عقد قرض است،^(۴۰) چه همان‌گونه که پیش از این اشاره شد، طلب از قابلیت قبض برخوردار نبوده و در مورد هبه‌ی دین به شخص مدیون هم، قبض موضوع عقد، اعتباری تلقی می‌شود نه واقعی. به همین لحاظ، فقهای امامیه، قرض طلب را باطل دانسته‌اند.^(۴۱) اما نویسندگان قانون مدنی در تعریف قبض به لزوم قبض اشاره‌ای نکرده‌اند و چون از استقراء در مجموع قواعد قراردادهای، اصل بر رضایی بودن قراردادها است؛ لذا باید عقد قرض را در زمره‌ی عقود رضایی قرار داد؛ از طرفی، چون با توجه به ماده‌ی ۶۴۸ قانون مدنی، قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین، مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند^(۴۲) چنین به نظر می‌رسد که قانون مدنی ایران، انتقال طلب در قالب عقد قرض را نیز به رسمیت شناخته باشد، زیرا در ماده‌ی مذکور، درباره‌ی تملیک مال به موجب عقد قرض سخن به میان آمده و همانطوری که گفته شد مال، اعم است از عین و دین و منفعت و تملیک آن به موجب عقد در ازاء رد مثل یا قیمت يوم الرد، با توجه به مفهوم عام مال، جای تردیدی در مورد قابلیت انتقال طلب به استناد ماده‌ی مذکورباقی نمی‌گذارد. به‌ویژه آنکه برخی از اساتید حقوق مدنی ایران^(۴۳) بر قابلیت انتقال طلب به وسیله‌ی عقد قرض صحه گذاشته‌اند و بر فرض آن که ماده‌ی مذکور، ناظر بر چنین امری نباشد، به استناد ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، آن را قرارداد مستقلی تلقی نموده‌اند که نسبت به طرفین و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع

می‌باشد.^۱ در عین حال باید گفت بلا تغییر ماندن ماده‌ی ۶۴۸ قانون مدنی ایران، علیرغم اصطلاحات قانون مدنی در سال‌های اخیر نیز نظر مذکور را قوت می‌بخشد. از این رو با عنایت به ضرورت انطباق کلیه‌ی قوانین و مقررات با موازین اسلامی بر مبنای اصل چهارم قانون اساسی، اصلاح ماده‌ی مذکور به نحوی که وضعیت قرض دادن طلب در آن روشن گردد ضروری به نظر می‌رسد.

۷-۱- وصیت

در حقوق فرانسه انتقال می‌تواند در قالب وصیت باشد^(۴۴) مستفاد از ماده ۸۲۶ قانون مدنی، به طور کلی مال می‌تواند مورد وصیت قرار گیرد^(۴۵) و بر همین مبنای، وصیت می‌تواند راجع به طلبی^(۴۶) که موصی از دیگری دارد^(۴۷) همچنین حقوق مالی نظیر حق ارتفاق، حق انتفاع،^(۴۸) حق تحجیر و بسیاری از حقوق مالی دیگر در قالب وصایای تملیکی باشد. وانگهی، با استناد به ماده‌ی ۸۲۶ قانون مدنی، امکان وصیت طلب به مدیون،^(۴۹) وصیت به اعیان و وصیت به مضاربه^(۵۰) نیز در قالب وصایای عهدی، اساساً با مانع ورادعی مواجه نیست.

۲- انتقال طلب در قالب یک عقد بی نام

غالباً انتقال دهنده و انتقال گیرنده، بدون آنکه محدودیت‌های ناشی از انتخاب قالب یک عقد معین را بر خود هموار کنند یا برای فرار از چنین محدودیت‌هایی، بدون انتخاب عنوان برای عقدی که انتقال بر مبنای آن صورت می‌پذیرد، ما بین خود، نسبت به انتقال طلب، تراضی می‌کنند. در این صورت، طلب دائن از مدیون، صرفاً بر مبنای یک قرارداد خصوصی به شخص ثالث منتقل می‌شود. قراردادی که در واقع از نوع عقود نامعین است و به منظور انتقال ما فی‌الذمه‌ی مدیون، بین صاحب حق دینی و منتقل‌الیه آن منعقد می‌گردد و بر اساس مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی، مادام که مخالفت صریح آن با قانون احراز نگردد و یا فسادش معلوم نشود از نفوذ و صحت برخوردار است.

۱. برای دین نظر مخالف رجوع شود به: بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۰، ص ۲۷۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقاله‌ی عقد قرض، مجله‌ی حقوقی وزارت دادگستری، اسفند ۵۱، ص ۵۳-۵۲.

در هر حال جهت وقوع انتقال طلب باید میان دائن قبلی (انتقال دهنده) و دائن جدید (انتقال گیرنده) در این مورد تراضی باشد. طلبکار قبلی باید انتقال را انشاء نموده و طلبکار جدید باید این تحول را بپذیرد و انتقال عوض را انشا کند. حتی زمانی که انتقال، غیر معوض است، انتقال گیرنده نیز باید در انشا این جابجایی سهیم باشد، زیرا هیچ کس را نمی‌توان بدون رضایت او صاحب حق کرد و تغییر در هر دارایی- هر چند به سود صاحب آن باشد- جز با خواست و رضای او امکان ندارد و نفوذ ایقاع را در این زمینه باید امری استثنایی شمرد.

۳- انتقال طلب با واگذاری اسناد معرف آن

قابلیت انتقال یا واگذاری، ویژه‌ی قسمتی از اسناد معرف طلب است که به «اسناد قابل معامله» موسوم شده‌اند. چنین اسنادی در حقوق تجارت، جنبه‌ی موضوعی یافته و نسبت به وجه یا کالای مندرج در خود موضوعیت پیدا کرده‌اند. و با گردش خود، گردش طلب یا مال منعکس در آنها را متروک و منزوی ساخته است،^(۵۱) بارزترین نمونه‌ی چنین اسنادی، اسناد تجارתי هستند که به آسانی قابل انتقال بوده و تشریفات حقوق مدنی در آنها رعایت نمی‌گردد.^(۵۲)

در هر حال، صرف‌نظر از ویژگی‌های متعددی که اسناد قابل معامله به طور کلی و اسناد تجاری به مفهوم اخص دارا هستند که آنها را کاملاً از انتقال طلب مدنی متمایز می‌سازد، این دو خصیصه که اسناد تجاری، جملگی قابل ظهرنویسی‌اند و نماینده‌ی یک تعهد نقدی‌اند،^(۵۳) آنها را تا جایی که انتقال طلب مربوط می‌سازد که واگذاری و نقل و انتقال آنها به عنوان مصداق و شکل خاصی از انتقال طلب مطرح می‌گردد. اسناد مذکور را با توجه به شکل خاص واگذاری و نقل و انتقال هر یک، به سه دسته تقسیم نموده‌اند. یکی، اسنادی که از طریق ظهرنویسی منتقل می‌شوند که چون چنین اسنادی اغلب به نام شخص معینی صادر می‌گردند و به حواله کرد یا به دستور او در سر رسیدی معین قابل تأدیه هستند، به «اسناد به حواله کرد»^۱ معروف می‌باشند. معروف‌ترین اسنادی که در امکان صدور آنها به صورت اسناد به حواله کرد اختلاف نظری وجود ندارد و طلب مندرج در آنها وجه نقد است که از طریق ظهرنویسی به شخص ثالثی انتقال می‌یابد عبارتند از: برات، سفته و چک.

دیگر، اسنادی که نام شخص معینی در آنها درج نمی‌گردد و اسناد «در وجه حامل»^۲ نامیده می‌شوند که انتقال طلب مندرج در آنها با تسلیم و قبض و اقباض سند صورت می‌پذیرد. از

1. Titres á ordre.

2. Titres au Porteur

مهمترین اسنادی که می‌توانند در وجه حامل صادر شوند می‌توان به سفته، چک، سهام بی‌نام شرکت‌ها (موضوع ماده ی ۳۹ لایحه قانون اصطلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷) و اوراق قرضه بی‌نام اشاره کرد.

بالاخره دسته‌ی سوم به اسناد با نام یا اسناد اسمی^۱ موسوم هستند که نقل و انتقال آنها با ثبت در دفاتر مخصوص انجام می‌شود. سهام با نام شرکت‌ها و اوراق قرضه‌ی با نام، معروف ترین نوع اسناد با نام هستند که بر خلاف اسناد در وجه حامل یا اسناد به حواله کرد، انتقال و واگذاری آنها، از طریق ظهرنویسی یا قبض و اقباض صورت نمی‌پذیرد، بلکه با ثبت در دفاتر مخصوصی انجام می‌شود.

لازم به ذکر است ازجمله بارزترین مصادیق پذیرش انتقال ارادی طلب از طریق واگذاری اسناد معرف آن در قوانین داخلی می‌توان به آئین‌نامه‌ی تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) مصوب ۱۳۶۱/۸/۲۸ شورای پول و اعتبار بانک مرکزی جمهوری اسلامی اشاره کرد که نهاد مشابه آن در حقوق فرانسه نیز وجود دارد^(۵۴) که مطابق با مفاد آن، بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت واحدهای تولیدی و بازرگانی و خدماتی، اسناد و اوراق تجاری (سفته و برات) متعلق به این قبیل واحدها را طبق ضوابط و آئین‌نامه‌های بانک مرکزی، مشروط بر اینکه سر رسید آنها از یک سال تجاوز ننماید تنزیل نمایند. بانک‌ها با تنزیل اسناد بازرگانی، مبلغی کمتر از مبلغ اسمی که در متن سفته و برات نوشته شده و حاکی از میزان دین متعهد است به واگذارنده‌ی اسناد می‌پردازند.^(۵۵)

مفاد این آئین‌نامه که به اعتبار خریدار (بانک)، موسوم به خرید دین گردیده و اصولاً می‌تواند به اعتبار واگذارنده‌ی سند تجاری (فروشنده طلب)، فروش طلب نیز تلقی گردد با حفظ اعتبار خود در دستور العمل اجرائی اعتبار در حساب جاری در قالب خرید دین مصوب ۱۳۸۵/۶/۴ شورای پول و اعتبار بانک مرکزی منعکس گردیده است.^(۵۶)

۴ - سایر مصادیق

۱ - ۴: قرارداد کار

ماده‌ی ۱۲ قانون کار ایران که با اندک تفاوتی متضمن قانون ۱۸ ژوئیه ۱۹۲۸ فرانسه است، مقرر می‌دارد: «هر نوع تغییر حقوقی در وضع مالکیت کارگاه از قبیل فروش یا انتقال به هر شکل، تغییر نوع تولید، ادغام در مؤسسه‌ی دیگر، ملی شدن کارگاه، فوت مالک و امثال این‌ها

1. Titre Nominatifs

در رابطه‌ی قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است موثر نمی‌باشد و کارفرمای جدید، قائم مقام تعهدات و حقوق کارفرمای سابق خواهد بود.»

در خصوص این ماده باید گفت که تغییر حقوقی در وضعیت مالکیت کارگاه، هر نوع انتقال، اعم از قهری یا قراردادی، جزئی یا کلی، معوض یا غیر معوض را در بر می‌گیرد. به عبارت دیگر، تغییر حقوقی را باید تفسیر موسع کرد، هم‌چنان که حکم مندرج در ماده‌ی ۱۲ قانون کار ایران و قوانین مشابه خارجی (از جمله قانون ۱۹۲۸ فرانسه) مبنی بر این که کارفرمای جدید، قائم مقام حقوق و تعهدات کارفرمای سابق است، می‌تواند دارای مصادیق فراوانی باشد. به عنوان مثال در برخی از موارد، کارفرمای اول به سبب مشکلات مالی، کارگاه خود را واگذار می‌کند^(۵۷) که در هر حال مطابق ماده ۱۲ قانون کار، کارفرمای جدید، قائم مقام کارفرمای سابق بوده و همان حقوق و تعهدات را در برابر کارگران داراست.

۲- ۴: نقل و انتقال سهم الشرکه و سهام در شرکت‌های تجاری

قانون تجارت در ضمن مواد مختلفی، شرایط و ضوابط انتقال سهم در شرکت‌های تجاری را بیان کرده است، چنان که نقل و انتقال سهام بی نام یا با نام شرکت‌های تجاری حسب مورد در ضمن مواد ۳۹ و ۴۰ لایحه‌ی اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ تبیین گردیده است. بدین توضیح که نقل و انتقال سهام بی نام را با قبض و اقباض آن ممکن دانسته و همچنین انتقال سهام با نام را موکول به ثبت در دفتر ثبت سهام شرکت نموده است. انتقال سهم‌الشرکه‌ی شرکای شرکت با مسئولیت محدود نیز با عنایت به مفاذ مواد ۱۰۲ و ۱۰۳ قانون تجارت موکول به دو امر گردیده: اول اینکه رضایت عده‌ای از شرکاء که لااقل سه چهارم سرمایه متعلق به آنها بوده و اکثریت عددی نیز داشته باشند جلب گردد و دوم اینکه انتقال با اطلاع شرکاء به موجب سند رسمی صورت پذیرد. اگرچه به عقیده‌ی برخی از اساتید حقوق تجارت و رعایت مقررات قبل‌الذکر مخصوص انتقال به غیر بوده و انتقال سهم‌الشرکه، بین شرکاء محتاج به تشریفات مذکور نبوده و آزاد است،^(۵۸) اما اکثر نویسندگان حقوقی معتقدند که در هر حال برای انتقال سهم‌الشرکه، رضایت شرکاء مطابق با ماده ۱۰۲ قانون تجارت ضروری است.^(۵۹) به طریق مشابه، قانون‌گذار شرایط مختلفی را در انتقال سهم‌الشرکه شرکت‌های تضامنی، مختلط سهامی و غیرسهامی پیش‌بینی نموده که به جهت رعایت اختصار از ذکر آنها خودداری می‌شود اما قدر متیقن از تمام مطالبی که در این خصوص وجود دارد اینکه حصول چنین نقل و انتقالی، قطعاً انتقال حقوق و تعهدات شریک را به منتقل‌الیه به همراه داشته و اوست که باید

در برابر اشخاص ثالث جوابگوی دیون و تعهدات شرکت باشد و انتقال سهم‌الشرکه، مفهومی جز این نمی‌تواند داشته باشد.

۳-۴: تبدیل و تغییر نوع شرکت‌های تجاری

اگر چه تغییر نوع شرکت‌های سهامی به شرکت‌های دیگر در قانون تجارت ایران پیش‌بینی نشده است و تنها ماده‌ای که در قانون تجارت، تبدیل نوعی شرکت را به شرکت دیگر پیش‌بینی کرده، ماده‌ی ۱۳۵ است که تبدیل شرکت تضامنی را به شرکت سهامی تجویز نموده، اما با در نظر گرفتن مفاد مواد قانون تجارت که فقط تغییر تابعیت و افزایش تعهدات صاحبان سهام را ممنوع می‌سازد، می‌توان نتیجه گرفت که چون تبدیل شرکت سهامی منع نشده است، تبدیل آن به شرکت با مسئولیت محدود با تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده جائز است، زیرا در این صورت به تعهدات شرکاء چیزی اضافه نمی‌شود ولی درمورد تبدیل شرکت سهامی به شرکت تضامنی یا نسبی، با توجه به این که این تبدیل متضمن افزایش تعهدات صاحبان سهام است، رضایت کلیه صاحبان سهام لازم می‌باشد.^(۶۰)

پر واضح است که تبدیل شرکت موجود و تغییر آن به شکل و قالبی دیگر با حقوق و وظایف و مقرراتی متمایز از قالب پیشین، انتقال حقوق و تعهدات شرکت سابق را به شرکت جدید التأسیس به همراه دارد و این شرکت در برابر اشخاص ثالث و سایر افراد ذی نفع ضامن است. مسأله‌ی دیگر، اختلاط و ادغام شرکت‌ها با یکدیگر است که یا به وسیله‌ی تأسیس شرکت واحدی از چند شرکت انجام می‌گیرد و یا به وسیله‌ی انحلال یک یا چند شرکت و واگذاری امور آنها به یک شرکت دیگر صورت می‌پذیرد. در این صورت، شخصیت حقوقی کلیه شرکت‌ها از بین می‌رود و شخصیت حقوقی جدیدی به وجود می‌آید که تمام اموال و دارائی‌ها و تعهدات شرکت‌های منحل شده و یا در هم ادغام شده را به حساب خود قبول می‌کند و قائم مقام آنها می‌گردد، به‌نحوی که پاسخگوی همه ارقام منفی (دیون) آنها خواهد بود. به‌عنوان مثال، مجمع عمومی فوق‌العاده‌ی شرکت‌های تعاونی می‌توانند طبق آئین‌نامه‌ی اجرایی قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، ادغام شرکت‌های تعاونی را با یکدیگر تصویب نمایند.^(۶۱)

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد که امکان انتقال ارادی تعهد و اساساً تصور جدایی آن از شخصیت طرفین تعهد،

هم در فقه امامیه و هم در فقه مذاهب اربعه از ابتداء مطرح بوده است، چنان‌که پذیرش نهادهای حقوقی مانند ضمان و حواله موید این امر می‌باشد. بر همین مبنا، انتقال ارادی طلب به صورت غیر معوض، در چهار چوب هبه‌ی آن به مدیون، از دیرباز در فقه امامیه مورد قبول واقع شده و ماده‌ی ۸۰۶ قانون مدنی ایران را باید بازتاب چنین دیدگاهی دانست. اما در ارتباط با انتقال معوض طلب نیز، فقهای شیعی با تکیه بر مفهوم مخالف حدیث نبوی «لا یباع الدین بالدين» و با درج شریطی، در اکثر کتب فقهی، قائل بر صحت بیع دین گردیده‌اند.

بر خلاف حقوق فرانسه که مقنن ضمن پذیرش تأسیس حقوقی انتقال ارادی طلب، احکام و ضوابط آن را در ضمن مواد ۱۶۸۹ الی ۱۹۹۵ قانون مدنی فرانسه تبیین نموده، در حقوق ایران، سیر تکاملی و موقعیت کنونی انتقال طلب را ناگزیر باید از مواد پراکنده و متون مختلف قانونی جستجو کرد، چنان‌که صرف‌نظر از مفاد ماده‌ی ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ که صراحتاً از انتقال طلب سخن گفته، در حال حاضر به نظر می‌رسد انتقال ارادی طلب در قالب موارد ذیل قابل تحقق می‌باشد.

الف - از طریق عقود معین از قبیل بیع، هبه و...

ب - از طریق عقود نامعین بر مبنای اصل آزادی قراردادی (موضوع ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی).

ج - از طریق واگذاری اسناد معرف طلب.

د - سایر طرق از قبیل تغییرات موضوع ماده ۱۲ قانون کار، نقل و انتقال سهم‌الشرکه و سهام و همچنین تغییر و تبدیل نوع شرکت‌های تجاری.

در پایان باید گفت، علیرغم امکان انجام انتقال ارادی طلب در قالب عناوین متعدد، طلب، قانون‌گذاران برخی کشورهای خارجی مانند مصر با پشت سر گذاشتن فراز و نشیب‌هایی، انتقال طلب را تحت عنوان عقد یا قرارداد انتقال طلب به رسمیت شناخته و نسبت به تدوین و وضع قوانین ویژه‌ای در ارتباط با این نهاد حقوقی خاص، اقدام نموده‌اند که ضرورت این امر در حقوق کشور ما نیز با توجه به فواید ارزشمند این تأسیس حقوقی به صورت جدی احساس می‌شود.

1. <http://www.lawperationnel.com/EncyclopedieJur/Cessioncreance.html>: Opération juridique par laquelle un créancier (cédant) transfère à un tiers (cessionnaire) sa créance contre son débiteur (débiteur cédé).

۲. کاتوزیان، ناصر «نظریه‌ی عمومی تعهدات» نشر میزان، ۱۳۸۵، چاپ سوم، ص ۲۴۸.

3. Cabrillac, Remy(2006) «**Droit Civil obligations**», Sirey Dalloz, 7^é. éd, p.289

4. <http://www.conseils-avocats.com/droit-famille/succession-heritage-legs/la-cession-des-dettes-32-586>.html:es dettes sont transmissibles à cause de mort

5. <http://www.glose.org/th001-intro.htm>:La transmission des créances perd en effet son originalité lorsque la créance est assimilée à un bien: Comme les autres biens, la créance se transmet par l'effet des conventions

۶. امامی، سید حسن «حقوق مدنی» انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲، چاپ نوزدهم، جلد دوم، ص ۴۶۵.

۷. شهید ثانی «الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه» ج ۳، دارالعلم الاسلامی، ص ۱۹۲.

۸. حرعاملی «وسائل الشیعه» ۱۴۱۶، جلد ۱۸، باب پانزدهم، از ابواب دین حدیث اول.

۹. علامه ی حلی «تبصره المتعلمین» ۱۴۱۱، کتاب الدیون، فصل اول، ص ۱۱۵- محمدی، علی «شرح تبصره المتعلمین» ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۷۲- شیرازی، سیدصادق «شرح تبصره المتعلمین» ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸.

۱۰. شهید اول (ره) «اللمعة الدمشقیه» کتاب الدین، مؤسسه ی فقه الشیعه، بیروت- لبنان، ۱۴۱۰، ص ۱۲۵.

۱۱. الجزیری، عبدالرحمن «الفقه علی المذاهب الاربعه» ۱۴۰۶، چاپ هفتم، الجزء الثانی، ص ۱۵۲.

۱۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد «الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید» ۱۹۵۲، جلد سوم، ص ۴۳۳-۴۳۴.

۱۳. الجزیری، همان.

14. Carbonnier, Jean (1998) «**Droit Civil:les biens**»:T.3-, presses universitaires de France:18 e.ed., p.2.

15. Flor, Jacques&Aubert, Jean-luc & Savaux, Eric «**les obligations:lacte juridiae**». sirey Dalloz200: T1. Droit Civil.13^é.éd _p.5.

16. Mazeauds et Chabas(1985) «**Lecons de Droit Civil**» Montchrestien, T.2, Septieme Editions,. N.350

17. http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_de_cr%C3%A9ance :Le droit de créance (ou obligation) est un droit qui porte sur une personne, le débiteur, et que détient le créancier. Ce droit permet au créancier d'exiger du débiteur l'exécution d'une obligation.

Du point de vue du créancier, il s'agit à proprement parler de droit de créance. Du point de vue du débiteur, il s'agit d'obligation.

18. <http://www.google.fr/search?hl=fr&defl=fr&q=define:Patrimoine+&sa=X&ei=X-ANTLb3OoSmOMbSke8M&ved=0CBUQkAE>: Le patrimoine est l'ensemble des droits et des obligations d'une personne juridique. C'est donc l'ensemble des biens extérieurs, des choses inanimées ou même animées (végétaux, animaux), mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles qui appartiennent à une personne physique

19. Mazeauds et Chabas, **Ibid**, N.1257.

20. <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dation-en-paiement.php> :La "dation en paiement" est une opération juridique par laquelle, en paiement de tout ou partie du montant de sa dette, un débiteur cède la propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens lui appartenant. On en trouve un exemple dans l'article 2038 du Code civil.

21. Weill, Alex&Terré, Francois(1975) «**Droit Civil Les obligations**» Dalloz, 2é éd p.994.

۲۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر «**حقوق تعهدات**» گنج دانش، ۱۳۷۲، چاپ سوم، جلد ۱، ص ۳۳۱، ۲۸۵.

۲۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر «**عقد ضمان**» شرکت سهامی کتاب های جیبی، ۱۳۵۲، چاپ اول، ص ۲۴.

۲۴. امامی، سید حسن «**حقوق مدنی**» کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۱، جلد اول، ص ۳۳۷- شهیدی، مهدی «**سقوط تعهدات**» نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، چاپ چهارم، ص ۱۴۵.

۲۵. شیوا رضوی، کاظم «**مطالعه ی تطبیقی گردش چک**» چاپ گیلان، ۱۳۴۸، ص ۱۵.

26. Carbonier, Jean, Droit Civil, les obligations. T. -4, presses universitaires de France: 21 e. ed: 1998 p.524.

27. <http://www.oodoc.com/37524-creance-transfert-debiteur-significations.php>: Le code civil considère la cession de créance comme une véritable vente de créance.

۲۸. ایروانی غروی، حاج میرزا علی «**حاشیه بر مکاسب**» منشورات دار ذوی القربی، ۱۴۲۶، چاپ اول، ج ۲، ص ۱۶- اصفهانی، محمدحسین «**حاشیه علی المکاسب**» منشورات سلمان فارسی، ۱۴۲۵، چاپ اول، ج ۱، ص ۵۴- نجفی، شیخ محمد حسن «**جواهر الکلام**» دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸، چاپ نهم، ج ۲۲، ص ۲۰۸ و ۲۰۹.

۲۹. امامی، سید حسن «**حقوق مدنی**» اسلامیه ۱۳۸۱، چاپ بیست و دوم، جلد اول، ص ۴۲۶.
۳۰. کرکی، علی بن حسین «**جامع المقاصد**» مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴، چاپ دوم، ج ۵، ص ۱۹، - کرکی، علی بن حسین «**جامع المقاصد**» مؤسسه ی آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴، چاپ دوم، ج ۴، ص ۲۰۲- علامه حلی «**مختلف الشیعه**» مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۲۳، چاپ دوم، ج ۵، ص ۳۸۸، مسأله ۵- نجفی، محمد حسن «**جواهر الکلام**» دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸، چاپ نهم، ج ۲۳، ص ۹۸.
۳۱. امامی، همان، ص ۴۴۳- کاتوزیان، ناصر «**قواعد عمومی قراردادها**»، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، چاپ سوم، جلد دوم، ص ۲۰۶ و «**حقوق مدنی، عقود معین**» انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱، چاپ هشتم، جلد ۱، ص ۴۲.
۳۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر «**ترمینولوژی حقوق**» انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵، چاپ شانزدهم، ص ۱۲۰ و ۱۲۱- شهیدی، مهدی «**حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱**»، مجد، ۱۳۸۶، چاپ هفتم، ص ۳۸ - حسینی، سید محمد «**فرهنگ لغات واصطلاحات فقهی**» انتشارات سروش، ۱۳۸۲، چاپ اول، ص ۴۰۹- فیض، علیرضا «**مبایذ فقه واصول**»، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، چاپ هجدهم، ص ۲۹۹ و ۳۶۶.
۳۳. امامی، سید حسن «**حقوق مدنی**»، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۲، چاپ نوزدهم، ج ۲، ص ۳۶۴.
۳۴. شهیدی، همان، ص ۸۳.
۳۵. کاتوزیان، ناصر «**حقوق مدنی، عقود مدنی و وثیقه های دین**» شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸، چاپ سوم، ص ۴۰۲.
36. <http://www.becompta.be/modules/dictionnaire/glossaire-S.html>: Le swap est un échange de créance de devises différentes, à des termes différents, à un taux d'intérêt.
۳۷. الموسوی الخمينی، روح الله «**تحریر الوسیله**» انتشارات جامعه ی مدرّسین حوزه ی علمیّه قم، ۱۴۰۶، چاپ دوم، ج ۱، ص ۵۱۶.
۳۸. الموسوی الخمينی، روح الله «**تحریر الوسیله**»، انتشارات جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، ۱۴۰۶، چاپ دوم، ج ۲، ص ۵۰.
۳۹. امامی، همان، ص ۴۶۵.
۴۰. شهید اول، همان، ص ۱۲۵- شهید ثانی، الرّوضه البهیّه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد سه، کتاب الدّین، دارالعلم الاسلامی، ص ۱۵-۱۶.

۴۱. امامی، همان، ص ۲۷۴- زارعی، فاطمه، «مقاله‌ی عقد قرض»، نشریه‌ی شماره‌ی ۴، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، خرداد ۵۶، ص ۳۸.
۴۲. الموسوی الخمينی، روح الله «تحریر الوسیله» انتشارات جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، ۱۴۰۶، چاپ دوم، ج ۱، ص ۵۹۹.
۴۳. امامی، همان، ص ۲۷۳- کاتوزیان، ناصر «حقوق مدنی، دوره‌ی عقود معین (۱)» شرکت انتشارات همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱، چاپ هشتم، ص ۶۱۱ و ۶۱۰.
44. Starck و Boris (1972) «Droit Civil: Obligations». Librairie Techniques, 1^è éd, p.697.
۴۵. امامی، سیدحسن «حقوق مدنی» اسلامیه، ۱۳۸۶، چاپ نوزدهم، جلد سوم، ص ۹۵ و ۱۰۰.
۴۶. الموسوی الخمينی، روح الله، پیشین، ص ۸۵، مسأله ۱۷.
۴۷. کاتوزیان، ناصر «وصیت در حقوق مدنی ایران» کانون وکلای مرکز، ۱۳۶۹، چاپ دوم، ص ۱۵۷-۱۵۸.
۴۸. الموسوی الخمينی، همان، ص ۷۸، مسأله‌ی ۲- کرکی، علی بن حسین «جامع المقاصد»، مؤسسه‌ی آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵، چاپ دوم، ج ۹، ص ۱۱۸- علامه‌ی حلی «مختلف الشیعه» انتشارات دفتر تبلیغات حوزه‌ی علمیه قم، ۱۴۲۳، چاپ دوم، ج ۶، ص ۲۹۴، مسأله ۷۸- شیخ حرّعاملی «وسائل الشیعه»، مؤسسه‌ی آل البيت (ع) لاحیاء التراث، جمادی الاولی ۱۴۱۶ هـ.ق، چاپ سوم، جلد ۱۹، باب دوم، حدیث اول، ص ۲۱۸- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۵۶.
۴۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر «وصیت» گنج دانش، ۱۳۸۴، چاپ دوم، ص ۱۴۸، ۱۵۱ و ۱۵۲.
۵۰. الموسوی الخمينی، روح الله «تحریر الوسیله» انتشارات جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، ۱۴۰۶، چاپ دوم، ج ۱، ص ۵۵۸- شیخ حرّعاملی «وسائل الشیعه» مؤسسه‌ی آل البيت (ع) لاحیاء التراث، جمادی الاولی ۱۴۱۶ هـ.ق، چاپ سوم، جلد ۱۹، ص ۱۵- علامه‌ی حلی «تبصره المتعلمین» انتشارات وزارت ارشاد، ۱۴۱۱، چاپ اول، الفصل السادس فی المضاربة، ص ۱۰۹- الموسوی الخمينی، روح الله «زبدہ الاحکام» انتشارات مهر، ۱۴۰۲، چاپ چهارم، ص ۱۶۵- شهید اول «اللمعه چاپ چهارم» انتشارات مهر، ۱۴۰۲، ص ۱۶۵- شهید اول «اللمعه الدمشقیه»، مؤسسه‌ی فقه الشیعه، ۱۴۱۰، چاپ اول، کتاب المضاربة، ص ۱۴۵.
۵۱. صقری، محمد «حقوق بازرگانی، اسناد»، شرکت انتشار، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۲۶.
۵۲. عرفانی، محمود «حقوق تجارت» نشر میزان، ۱۳۸۵، چاپ دوم، ج ۳، ص ۱۸.

۵۳. اسکینی، ربیعا «حقوق تجارت، اسناد تجاری» سمت، ۱۳۷۹، چاپ پنجم، ص ۷.
54. <http://www.netpme.fr/banque-entreprise/69-escompte.html>: L'escompte est une opération qui consiste pour une banque à racheter à une entreprise les effets de commerce (billets à ordre et traites) dont elle est porteuse (bénéficiaire final) avant l'échéance et ce moyennant le paiement d'agios, le cédant (le bénéficiaire du crédit) restant garant du paiement.
۵۵. بهمنی، محمود و بهمند، محمد «بانکداری داخلی ۱» مؤسسه‌ی عالی بانکداری ایران، چاپ چهاردهم، ص ۴۱۷-۴۱۶.
۵۶. پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی «مجموعه‌ی بخشنامه‌های مدیریت نظارت وامور بانک‌های بانک مرکزی» ۱۳۸۷، چاپ اول، جلد دوم، ص ۲۳-۲۲.
۵۷. عراقی، عزت ا...، «مقاله‌ی تغییر کارفرما و آثار آن در رابطه کارگری و کارفرمایی»، نشریه‌ی دانشکده‌ی حقوق، آذرماه ۱۳۷۱، شماره‌ی ۲۸.
۵۸. ستوده‌ی تهرانی، حسن «حقوق تجارت» دادگستر، ۱۳۸۶، چاپ دهم، ج ۲، ص ۲۶۴.
۵۹. کاتبی، حسینقلی «حقوق تجارت» گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ دهم، ص ۱۱۱.
۶۰. ستوده‌ی تهرانی، حسن، پیشبن، ص ۲۴۵.
۶۱. عرفانی، محمود، پیشین، ص ۱۵۸.

