

عوض قرار دادن حقوق مالی غیرقابل انتقال قابل اسقاط

شهرام نیکو قوزچی اولن^۱، سجاد اولادی^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران

^۲ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه شهید بهشتی تهران

چکیده

در این پژوهش سعی بر این بوده است که آیا می توان در عقود معوضی همچون بیع، حقوق قابل اسقاط غیرقابل انتقال را به عنوان عوضی از معامله قرارداد یا خیر. چراکه امروزه در برخی معاملات طرفین قرارداد تمایل به عوض قرار دادن چنین حقوقی را به عنوان عوض قرارداد دارند لذا در این راستا به بررسی نظرات فقها و حقوق دانان پرداخته شده است و سعی بر این بوده که تا به یک نظر معقول و منطقی دست پیدا کنیم.

واژه های کلیدی: عوض، ذی حق، اسقاط، غیرقابل نقل.

۱. مقدمه

در نظام فقه و حقوقی ما، حقوق به معنای اخص آن، از ابعاد مختلف تقسیم شده است. یکی از ملاک‌های مورد توجه، تقسیم‌بندی حقوق با توجه به امکان نقل و انتقال و قابلیت اسقاط و یا عدم قابلیت اسقاط آن می‌باشد. در این تقسیم‌بندی، یکی از انواع حقوق، حق غیر قبل انتقال قابل اسقاط است. دارنده این دسته از حقوق می‌تواند از اعمال آن‌ها صرف‌نظر کند. منتهی این دسته از حقوق قابل انتقال نیستند. در خصوص این دسته از حقوق سؤالی که مطرح است، این است که اساساً آیا این نوع حقوق را می‌توان به‌عنوان عوض قراردادی قرارداد یا خیر. در پاسخ‌دهی به سؤال مطروحه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها معتقدند که نمی‌توان این دسته از حقوق را به‌عنوان عوض قرارداد. در مقابل برخی از فقها نظر مخالف داده و معتقدند که عوض قرار گرفتن این دسته از حقوق با مانعی روبه‌رو نمی‌باشد. حقوق دانان نیز به تبعیت از فقها به بررسی این موضوع پرداخته‌اند که در ادامه مورد بررسی قرار خواهیم داد. به‌طور کلی باید گفت که نباید در جواز عوض قرار گرفتن این دسته از حقوق تردید داشت؛ چراکه موضوع بحث حول محور مالیت می‌چرخد. لذا با توجه به مالیت داشتن این نوع حقوق، عوض قرار دادن آن‌ها اشکالی ایجاد نمی‌کند.

۲. اقسام حق از منظر فقه

فقها در یک تقسیم‌بندی کلی احکام را از حقوق جدا می‌کنند و معتقدند که حکم چیزی است که به‌حسب وضع شارع به فعل انسان تعلق می‌گیرد و لازم به ذکر است که در منظر فقها به شکل منع از چیزی و گاهی به شکل اجازه دادن چیزی جلوه می‌کند.^۱ در مواردی که به شکل منع از چیزی رخ می‌نمایند که قضیه مشخص است؛ اما در مواردی قالب اجازه دارد امکان خلط آن با حق وجود دارد. نقطه افتراق حق و حکم در اسقاط‌پذیری و نقل‌پذیری است. احکام با اسقاط یا نقل از سوی محکوم‌علیه ساقط یا منتقل نمی‌شوند؛ زیرا حکم به دست حاکم است نه محکوم‌علیه.^۲

اما حق به معنای تسلط اعتباری انسان بر مال، شخص یا هر دو است. فقها حق را مرتبه‌ای پایین‌تر از ملکیت می‌دانند.^۳ حقوق را می‌توان بر اساس سه متغیر اسقاط‌پذیری و نقل و انتقال‌پذیری و نظریه‌هایی که در این زمینه وجود دارد به شش دسته تقسیم کرد:^۴

۱- حقوقی که قابل نقل، انتقال و اسقاط نیستند؛ مانند حق ابوت، ولایت، وصایت و امثال آن.

۲- حقوقی که قابل اسقاط هستند اما قابلیت نقل و انتقال ندارند؛ بنا به نظر برخی مانند حق شفعه^۵ و حق الرهانه.

۳- حقوقی که قابل اسقاط و انتقال هستند اما قابل نقل نیستند؛ مانند حق شفعه.^۶

^۱ بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، (۱۴۰۳ ه ق) بلغه الفقیه، (جلد اول)، تهران، منشورات مکتبه الصادق (چاپ چهارم)، ص ۱۳

^۲ «... لأن أمر الحکم بید الحاکم لا بید المحکوم علیه...» همان

^۳ همان

^۴ خمینی، سید روح‌الله موسوی، (۱۴۱۸ ه ق). کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، (چاپ اول)، ص ۵۳-۵۴

^۵ هرچند در نظام حقوقی فعلی طبق ماده ۸۲۳ قانون مدنی انتقال‌پذیری حق شفعه پذیرفته شده است؛ اما در بین فقها افرادی هستند که اعتقاد دارند حق شفعه قابلیت انتقال نیز ندارد. در کتاب مصباح الفقاهه آیت‌الله خویی اعتقاد دارند که نسبت حکم حق شفعه به موضوع آن که شریک است مانند علت و معلول است و همان‌طور که محال است علت

از معلوم جدا شود، محال است که حق شفعه به دیگری نقل یا انتقال پیدا کند؛ خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، (جلد دوم)، ص ۴۱

^۶ برخی از فقها مانند سید کاظم طباطبایی یزدی به این موضوع اعتقاد دارند؛ به نقل خمینی، سید روح‌الله موسوی، (۱۴۱۸ ه ق). کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، قم، موسسه

تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، (چاپ اول)، ص ۵۴

۴- حقوقی که فقط به شخص خاصی قابل انتقال هستند؛ مانند حق القسم

۵- حقوقی که جز به من علیه حق قابل انتقال نیست؛ بنا بر قول برخی مانند شیخ طوسی و مرحوم نائینی مانند حق خیار

۶- حقوقی که قابلیت اسقاط، نقل و انتقال دارند؛ مانند حق تحجیر

در مورد قسم اول حقوق که اتفاق نظر وجود دارد که نمی‌توانند در بیع عوض قرار گیرد؛ زیرا مالیت ندارند و شاید بتوان گفت اساساً حق به معنای واقعی کلمه وجود ندارد بلکه برخی از آن‌ها در واقع حکم هستند و برخی دیگر اعتباراتی به‌غیر از حق هستند.^۷

۳. دیدگاه‌های فقهی در مورد امکان عوض قرار گرفتن حقوق قابل اسقاط و غیرقابل انتقال

شیخ محمدحسن نجفی معتقد است که ای حقوق را می‌توان به‌عنوان ثمن در عقد بیع قرار داد؛ زیرا از اطلاق ادله چنین برمی‌آید که صرف این که در مقابل مبیع، مالی قرار بگیرد کافی است و عبارتی که برخی از متأخران در خصوص عینیت عوضین آورده‌اند، مبتنی بر این است که: (البيع لنقل الاعیان)؛ اما این عبارت فقط در مورد معوض صدق می‌کند. همان‌طور که حقوق می‌توانند در عقد صلح مورد معامله قرار بگیرد، صحت واقع شدن این نوع از حقوق به‌عنوان ثمن در عقد بیع نیز دور از ذهن نیست؛ زیرا هر دو عقد، در این حالت اقتضای سقوط حق را دارند؛ مانند این که عینی در برابر سقوط حق خیار و شفعه تملیک شود. همچنین در قیاس با تملیک مال در برابر سقوط دین نیز می‌توان به این نتیجه رسید که مسئله مورد بحث ما مانند تملیک مال در برابر سقوط دین (بیع دین علی من هو علیه) است و همانند آن چنین بیعی صحیح است.^۸ در مقابل ایشان، مرحوم شیخ انصاری بر این نظرند که در بیع عوض باید منتقل شود. به عبارتی دیگر در عقد بیع مبیع به مشتری و ثمن به فروشنده منتقل می‌شود. چون این دسته از حقوق قابل انتقال نیستند و صرفاً قابل اسقاط می‌باشند، لذا نمی‌توان آن‌ها را به‌عنوان عوض قرارداد و قیاس این فرض با فرض بیع دین علی من هو علیه، قیاس مع الفارق است؛ زیرا دین، قابل نقل و انتقال از ذمه‌ای به ذمه‌ای دیگر است. این امر که شخصی مالک فی الذمه خود گردد، امر معقولی است و در این مورد تملیک موجب مالکیت مافی الذمه و سقوط دین می‌شود؛ اما اگر حقوق غیرقابل انتقال قابل اسقاط از سوی مشتری به بایع تملیک شود، این امر موجب مسلط شدن بایع بر خودش می‌شود که امر نامعقولی است.^۹

برخی از حاشیه نویسان کتاب مکاسب به طرفداری از شیخ برخاسته و نظر ایشان را تأیید کرده‌اند. صاحب کتاب منیه الطالب در خصوص این که آیا چنین حقوقی می‌تواند به‌عنوان عوض معلوم در بیع قرار گیرد یا خیر، بیان داشته‌اند که در این باره دو نظر وجود دارد. اقوی این است که چنین حقوقی را نمی‌توان به‌عنوان عوض قرارداد. «... الاقوی عدم قابلیت الحق لوقوعه ثمنا البیع قابلیت وقوعه مثمنا، سواء جعل نفس الاسقاط و السقوط ثمنا او جعل نفس الحق، لان الثمن لا بد من دخوله فی ملک البایع...»^{۱۰}. سید محمدکاظم طباطبایی یزدی نیز پس از تأیید نظر شیخ، تأکید می‌نماید که دلیل عدم قابلیت عوض قرار

^۷ «... لیست من الحقوق، بل بعضها اعتبار خاص فی قبال الحق...» همان، ص ۵۵

^۸ نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، (جلد بیست و دوم)، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، (چاپ هفتم) ص ۲۰۹

^۹ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۱۵ ه ق)، کتاب مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط - الحدیث)، (جلد سوم)، انتشارات کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ

اعظم انصاری (چاپ اول) ص ۸-۹

^{۱۰} خوانساری شیخ موسی، (۱۴۱۸ ه ق)، منیه الطالب فی الشرح مکاسب، تقریرات میرزا محمدحسن نائینی، (جلد اول)، انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ص ۱۱۱

گرفتن این حقوق به ثمن، مالیت نداشتن آن‌ها نیست.^{۱۱} شیخ جواد آقا پیری پس از رد قیاس بیع چنین حقی با بیع دین و غیرمعقول دانستن تسلط بر نفس درازای تملیک مبیع، قوام بیع را به تملیک عوض توسط صاحب معوض درازای تملیک مبیع اعلام می‌نماید.^{۱۲} مرحوم آخوند خراسانی ظاهراً به دلیل فاقد ارزش مالی بودن چنین حقی، با عوض قرار گرفتن آن مخالفت می‌کند.^{۱۳} در مقابل برخی از فقها نظری متفاوت با شیخ انصاری ارائه کرده‌اند و تعلیماتشان مؤید نظر صاحب جواهر مبنی بر جواز قرار گرفتن این دسته از حقوق به‌عنوان ثمن بیع می‌باشد. آیت‌الله خوبی قابلیت انتقال را در عوض لازم نمی‌داند و صرف قابلیت اسقاط را واجد را مالیت دانسته و قائل به صحت قرار گرفتن این حقوق به‌عنوان عوض بیع شده‌اند. بدین شرح که «... نعم تجوز المعاوضه علی حق الشفعه من حیث الاسقاط بأن يجعل اسقاطه ثمناً فی البیع، او اجره فی الاجاره، او عوضاً فی الصلح و الهبه، او صداقاً فی النکاح، ولكن هذا أجنبي عما نحن فيه، فان مورد بحثنا انما هو جواز المعاوضه علی حق الشفعه و جعله عوضاً فی العقود المعاوضیه، لا معاوضه علی إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل...»^{۱۴}

در مقام داور می‌باید دیدگاه‌های فقهایی که برخی نظر بر جواز و برخی نظر بر عدم جواز عوض قرار گرفتن چنین حقوقی را به‌عنوان عوض مطرح کرده‌اند باید گفت که جان‌مایه دیدگاه‌های مخالف بر این مبنا استوار است که چون یک نفر نمی‌تواند هم «ذی‌حق» باشد و هم «من علیه‌الحق»، پس حق نمی‌تواند عوض در بیع واقع گردد و علت صحت «بیع الدین علی من هو علیه» در این است که با انتقال مالکیت مواجه هستیم درحالی‌که در مورد حقوق این مسئله منتفی است و لذا نباید در بیع، قائل به انتقال حق به «من علیه‌حق» باشیم؛ اما انتقادی که به این دیدگاه‌ها وارد است این است که اگر با دقت به مسئله نگاه شود متوجه می‌شویم که در بیع الدین علی من هو علیه نیز محتاج «من علیه‌الملکيه» خواهیم بود درحالی‌که این امر مانع از صدور حکم به صحت چنین بیعی نشده است پس چرا باید در مورد حق مانع باشد؟ اگر انسان نمی‌تواند هم‌زمان هم ذی‌حق باشد و هم «من علیه‌الحق»، نمی‌تواند هم طلبکار باشد و هم نسبت به همان دین بدهکار باشد. پس می‌توان نتیجه گرفت که عوض می‌تواند گاهی به‌صورت سقوط حق قرار گیرد. به‌عنوان نمونه امام خمینی (ره) در این زمینه تفکیک دقیقی را در زمینه ی حق شیعیه قائل شده‌اند.^{۱۵} که البته قابل تسری به سایر موارد این دسته از حقوق می‌باشد: قسم اول حالتی است که مشتری (من علیه‌حق) با شفیع نسبت به شفعه صلح کند اعم از اینکه صلح معوض باشد یا غیر معوض و نتیجه این صلح اسقاط حق شفعه باشد و حکم آن را صحت دانسته‌اند. قسم دوم حالتی است که در صلح به اسقاط حق شفعه اشاره گردد و به عبارتی اسقاط را انشاء نمایند که حکم این حالت را نیز صحت دانسته‌اند. در این مورد ظاهراً همان موردی است که محل بحث ما می‌باشد. قسم سوم اینکه در صلح نسبت به عدم اعمال حق شفعه (نه اسقاط آن) توافق نمایند که در این حالت نیز نظر به صحت معامله دارند.

با توجه به اینکه نزاع بر سر موضوع در حالتی بررسی شده که طرفین، در قراردادی که قرار بود حق به‌عنوان عوض در آن مطرح شود، «ذی‌حق» و «من علیه‌الحق» باشند، لذا این سؤال ممکن است مطرح شود که تکلیف حالتی که طرفین قرارداد «غیر من علیه‌الحق» و «ذی‌حق» باشند چه خواهد بود؟ با در نظر داشتن عمده استدلال دیدگاه مخالفین که عبارت بود عدم امکان جمع میان عناوین «ذی‌حق» و «من علیه‌الحق» در شخص واحد و همچنین با توجه به اینکه غایت امر آن‌گونه که توضیح

^{۱۱} طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ ه ق)، حاشیه‌المکاسب، جلد اول، ناشر، موسسه اسماعیلیان، ص ۵۷

^{۱۲} تبریزی، شیخ جواد، (۱۳۷۴)، ارشاد الطالب الی تعلیق علی‌المکاسب، جلد دوم، قم، انتشارات موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ص ۵۷

^{۱۳} «... لو قیل باعتبار المالیه فی العوض کالمعوض، کما ینظر من المصباح، فلا إشکال فی عدم صحه جعل الحق عوضاً...»، آخوند خراسانی، محمد، کاظم بن حسن، (۱۴۰۶ ه

ق) حاشیه‌المکاسب، تهران، ناشر، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول

^{۱۴} موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، المکاسب- مصباح‌الفقاه، جلد دوم، منشورات مکتب‌الدواری، ص ۴۱

^{۱۵} موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، جلد اول، (کتاب الشفعه، مسئله ۲۴)، ص ۵۶۰

خواهیم داد به مالیت داشتن ختم می‌گردد، لذا به نظر می‌رسد که چنین نتیجه‌ای را بتوان در مورد این حالت نیز گرفت و حکم به صحت معامله در این حالت صادر نمود مشروط بر اینکه بتوان چنین مالیتی برای غیر من علیه الحق تصور نمود.

۴. بررسی امکان عوض قرار گرفتن حقوق قابل اسقاط و غیرقابل انتقال از منظر حقوق دانان

برخی از حقوق دانان نیز مباحثی را در خصوص موضوع محل بحث مطرح کرده‌اند. مرحوم امامی در این مورد در ذیل شرایط مربوط به ثمن بیان می‌دارند که «... چنانچه از اطلاق کلمه عوض در ماده ۳۳۸ قانون مدنی که می‌گوید «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» فهمیده می‌شود دایره اموالی که می‌تواند ثمن قرار گیرد وسیع‌تر است و طبق مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مدنی هر مالی یا عملی که منفعت عقلایی مشروع داشته باشد می‌توان ثمن قرارداد؛ بنابراین علاوه بر عین خارجی و کلی، منفعت، عمل و حق قابل نقل و انتقال می‌تواند ثمن قرار گیرد. در حق قابل اسقاط و غیرقابل نقل و انتقال مانند حق خیار و شفعه اشکال است ولی به نظر می‌رسد که حق مزبور را بتوان در مقابل بیع مال از طرف «من علیه الحق» ثمن قرارداد و آن را به او تملیک نمود...»^{۱۶} از ظاهر کلام ایشان برمی‌آید که بیع چنین حقی به غیر من علیه الحق صحیح نباشد. مرحوم دکتر کاتوزیان نیز در این زمینه بیان داشته‌اند که «قانون مدنی درباره ثمن هیچ قیدی ندارد؛ بنابراین هر چه مال باشد، اعم از عین و منفعت و حق، می‌تواند عوض مبیع قرار بگیرد».^{۱۷} بنا بر نظر ایشان تردیدی در امکان عوض قرار گرفتن حقوق غیرقابل انتقال قابل اسقاط وجود ندارد.

۵. دلایل صحت قرار دادن حقوق قابل نقل به عنوان عوض

با بررسی دیدگاه‌های فقها و حقوق دانان که هر کدام برای عدم جواز و یا جواز چنین عملی دلایلی را بیان کرده بودند در این قسمت به بررسی دلایلی خواهیم پرداخت که جواز عوض قرار دادن چنین حقوقی را توجیه می‌کند.

۵-۱. استنباط صحت از قواعد عمومی

قاعدتاً لزومی ندارد که عوض حتماً عین معین باشد بلکه می‌تواند منفعت یا حقوق مالی باشد. عموماً به‌طور کلی هر چه ارزش اقتصادی داشته باشد را قابل عوض قرار دادن می‌داند. اصل صحت و عموماً عمل به عقود و شروط اقتضا دارد که توافق طرفین پیرامون عوض قرار دادن حقوق غیرقابل نقل محترم شمرده شود. همان‌طور که شیخ انصاری در مکاسب بیان می‌دارد بعید نیست که بتوان گفت در قرار دادن منفعت به عنوان عوض مخالفتی در بین فقهای شیعه وجود ندارد. البته وقتی شیخ انصاری به بحث حقوق مالی می‌رسد نمی‌پذیرد که این حقوق صلاحیت قرار گرفتن به عنوان عوض را داشته باشند. ایشان معتقدند به لحاظ لغوی و عرفی بیع عبارت است از معاوضه مال در مقابل مال و از طرف دیگر ظاهر عبارت فقها نیز حکایت از این دارد که در دو عقد بیع و اجاره عوض حتماً باید مال باشد و حقوق مالی مال به حساب نمی‌آیند.^{۱۸}

^{۱۶} امامی، سید حسن، (۱۳۷۶) حقوق مدنی، تهران، ناشر، کتابفروشی اسلامی، ص ۴۲۶

^{۱۷} کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲) عقود معین، جلد اول، انتشارات سهامی انتشار، (چاپ دوازدهم)، ص ۴۳

^{۱۸} ذرفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۰ ه ق) کتاب المکاسب (المحشی)، جلد ششم، قم موسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم، ص ۲۰

۵-۲. قرار داشتن حق در مرتبه‌ای ضعیف‌تر از حق

از دید شیخ انصاری مقتضای ذات عقد بیع تملیک است و در حقوق مالی چیزی وجود ندارد تملیک شود چراکه اولاً حقوق مالی مالیت ندارند، ثانیاً رابطه‌ی حق و ذی‌حق متفاوت با رابطه ملک و مالک است و حق، مملوک ذی‌حق نیست تا به اراده وی به ملکیت بایع منتقل شود. ثالثاً با فرض اینکه حقوق مالی قبل انتقال باشند، در موضوع متنازع‌فیه، فرض مسئله این است که حقوق مالی غیرقابل نقل، عوض قرار بگیرند؛ بنابراین اگر انتقال مالکیت شرط باشد بنابراین لاجرم عوض قرار دادن این دسته از حقوق ممکن نیست؛ بنابراین این چون حقوق مقوله‌ای جدا از ملکیت است و لذا تملیک در آن‌های منتفی است و از طرف دیگر انتقال ملکیت مقتضای ذات عقد بیع است و در مورد حقوق غیرقابل نقل فرض مسئله غیرقابل نقل بودن است و این با مقتضای ذات عقد بیع تعارض دارد.^{۱۹} این در حالی است که برخی از فقها به درستی معتقدند که حقوق مالی نوعی از ملکیت هستند. سید یزدی معتقد است حق مرتبه‌ای ضعیف‌تر از ملکیت است و در واقع مالکیت نیز نوعی حق مالی است؛ اما مرتبه‌ای بالاتر از سایر حقوق مالی.^{۲۰} با این اوصاف ایراد وارد شده مرتفع است و هیچ منعی در عوض قرار گرفتن این حقوق وجود ندارد. از طرف دیگر در خصوص رد استدلال شیخ انصاری در مورد اینکه انتقال ملکیت ذات عقد بیع است و فرض عوض قرار گرفتن حقوق غیرقابل نقل مخالف مقتضای ذات عقد بیع است، باید گفت که معقول‌تر است که این موضوع را با تملیک دین به من هو علیه قیاس نکنیم زیرا آشکارا می‌دانیم در تملیک دین به من هو علیه مالکیت ما فی الذمه صورت می‌گیرد اما در مسئله متنازع‌فیه اساس امکان نقل حق وجود ندارد تا وضعیتی مشابه تملیک دین به من هو علیه پدید آید. امام خمینی در مقابل استدلال شیخ این چنین استدلال کرده‌اند که حق مالکیت و سایر حقوق هر دو به نوعی اضافه اعتباری هستند. در مورد بیع غلات زکوی یا بیع مال موقوفه ثمن به ملکیت کسی در نمی‌آید اما همگی اتفاق نظر دارند که بیع محقق است؛ با این اوصاف می‌بینیم که اساساً موضوع یک بحث فلسفی نیست بلکه اموری اعتباری اساساً منطبق خاص خودشان را دارند و نمی‌توان از مقدمات امور واقعی در امور اعتباری استفاده کرد.^{۲۱}

می‌توان با کمک این استدلال موضوع را حل کرد. در واقع صاحب حق اسقاط حق خود را عوض قرار می‌دهد. هر چند به ظاهر چیزی مستقیماً به ملکیت طرف مقابل در نیامده است؛ اما این عمل یک ارزش اقتصادی و یک اضافه سلطه‌ای برای بایع به ارمغان می‌آورد. اصولاً بیع یک امر اعتباری است و نباید پنداشت که با انعقاد آن در عالم خارج تغییر حادث می‌شود. وقتی عوض عین معین باشد به بایع حق مالکیت بر ثمن اضافه می‌شود و وقتی اسقاط یک حق مالی عوض قرار بگیرد نیز یک ارزش اقتصادی برای بایع به ارمغان می‌آورد که این مشکل را حل می‌کند.

۵-۳. عرفی بودن مالیت

فقها در تعریف مال بیان داشته‌اند که هر آن چیزی که درازای مالک شدن آن حاضر باشند عوضی بدهند و جزو مواردی که شارع به ملکیت درآمدن آن‌ها را حرام دانسته نباشد.^{۲۲} به عبارت دیگر هر آنچه عرفاً مردم حاضر باشند درازای آن چیزی بپردازند مال تلقی می‌شود. به نظر می‌رسد ملاک در تشخیص مالیت نوعی شخصی می‌باشد به این معنا که ترکیبی از اغراض شخصی

^{۱۹} همان منبع پیشین، ص ۱۸

^{۲۰} یزدی سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۲۱ ه ق)، حاشیه المکاسب، جلد اول، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ص ۵۵

^{۲۱} خمینی، سید روح‌الله موسوی، (۱۴۱۸ ه ق)، کتاب البیع، (التقریرات، للخرم آبادی)، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ص ۵۶-۵۷

^{۲۲} حائری، سید کاظم حسینی، (۱۴۲۳ ه ق)، فقه العقود، جلد اول، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ص ۱۰۷

افراد و عقل نوعی جامعه باشد. اگر فردی حاضر باشد در برابر حق مالی غیرقابل نقل، مبیع را به‌عنوان معوض بدهد و عرفاً چنین غرض شخصی مورد تأیید جامعه باشد دلیلی وجود ندارد که ما مالیت حق را نپذیریم.

۵-۴. عدم منع عقلی

اگر از دید عقلی به موضوع توجه کنیم متوجه می‌شویم که تفاوتی بین فرضی که مالکیت فی الذمه رخ می‌دهد و یک شخص در آن واحد هم داین و مدیون قرار می‌گیرد با فرضی که یک شخص در آن واحد هم ذی حق و هم علیه من الحق قرار بگیرد وجود ندارد. گذشته از این‌ها همان‌طور که گفتیم در مورد حقوق مالی غیرقابل نقل اساساً فرض مذکور اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا اسقاط حق عوض قرار می‌گیرد و این ایراد عقلی اساساً مجالی برای عرض‌اندام پیدا نمی‌کند. مضافاً باینکه اساساً امور اعتباری منطق خاص خودشان را دارند و دخالت دادن امور واقعی و فلسفی در آن‌ها صحیح نیست.

۶. نتیجه‌گیری

با توجه به جمیع استدلال‌های پیش‌گفته به نظر می‌رسد قرار گرفتن اسقاط حقوق مالی غیرقابل نقل به‌عنوان عوض صحیح است؛ زیرا اولاً قواعد عمومی معاملات در این باره ساکت است و اصل صحت و عمومات وفای به عقد لازم می‌دارد که توافق طرفین مبنی بر عوض قرار دادن اسقاط حقوق غیرقابل نقل محترم شمرده شود. ثانیاً مقوله حق و ملکیت دو مقوله جدای از هم نیستند و در واقع حق مرتبه‌ی ضعیف‌تر از ملکیت است؛ بنابراین استدلال کسانی که ملکیت را مقوله‌ای جدای از حق دانسته‌اند و بدین جهت قرار دادن حقوق به‌عنوان عوض را ممکن ندانسته‌اند، صحیح نیست. ثالثاً آنچه لازم است که آنچه لازم است در عوض قرار گرفتن، مالیت داشتن آن است و مالیت یک بحث عرفی است و تشخیص آن با عرف است. از آنجاکه بنا به ملاکات عرف می‌توان برای عوض قرار دادن مال منفعت عقلایی تصور کرد عوض قرار دادن آن صحیح است. رابعاً این ایراد که در بیع حتماً باید انتقال صورت بگیرد قابل دفاع نیست؛ زیرا مسئله انتقال ملکیت یک امر اعتباری است. اساساً به‌موجب بیع یک چیزی به سلطه بایع اضافه می‌شود گاهی این چیز درجه‌ی شدیدی دارد و حق مالکیت نامیده می‌شود و گاهی در مرتبه پایین‌تری قرار دارد و حق نامیده می‌شود؛ اما در هر دو مورد تردیدی نیست که آن چیز ارزش اقتصادی دارد و از این حیث صلاحیت عوض قرار گرفتن را دارد. خامساً از لحاظ عقلی نیز می‌توان گفت که با اسقاط حق درست است که چیزی به بایع منتقل نمی‌شود ولی به‌واسطه اسقاط چیزی به سلطه بایع افزوده می‌شود.

منابع:

۱. بحر العلوم، محمد بن محمدتقی، (۱۴۰۳ ه ق)، بلغه الفقیه، (جلد اول)، تهران، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم
۲. خمینی، سید روح‌الله موسوی، (۱۴۱۸ ه ق)، کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول
۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷)، المکاسب- مصباح الفقاهه، (جلد دوم)، منشورات مکتب الدواری
۴. نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، (جلد بیست و دوم)، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ هفتم

۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۱۵ ه ق)، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط - الحدیثه)، (جلد سوم)، انتشارات کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول
۶. خوانساری شیخ موسی، (۱۴۱۸ ه ق)، منیه المطالب فی الشرح المکاسب، تقریرات میرزا محمدحسن نائینی، (جلد اول)، انتشارات موسسه النشر الاسلامی
- ۷- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۲۱ ه ق) حاشیه المکاسب، (جلد اول)، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم
۸. تبریزی، شیخ جواد، (۱۳۷۴)، ارشاد الطالب الی تعلیق علی المکاسب، (جلد دوم)، قم، انتشارات موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم
۹. موسوی خمینی، (۱۳۷۹)، روح‌الله، تحریر الوسیله، کتاب الشفعه، مسئله ۲۴، (جلد اول)، قم، انتشارات دارالعلم
۱۰. امامی، سید حسن، (۱۳۷۶) حقوق مدنی، تهران، ناشر: کتابفروشی اسلامیة
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، عقود معین، (جلد اول)، انتشارات سهامی انتشار، چاپ دوازدهم
۱۲. دزفولی انصاری، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۱۰ ه ق)، کتاب المکاسب (المحشی)، (جلد ششم)، قم، موسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم
۱۳. حائری، سید کاظم حسینی، (۱۴۲۳ ه ق)، فقه العقود، (جلد اول)، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم