

شارع مقدس و به تبع آن، قانونگذار قانون مدنی، در ماده ۳۳۸ ق.م در تعریف عقد بیع، اینگونه مقرر داشته که: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» به تصریح مقنن (در قانون مذکور)، به واژه ی عین، برای فقها و حقوقدانان این ابهام حاصل شده که آیا بیع، صرفاً، مربوط به نقل اعیان می‌باشد؟ و یا اینکه برخلاف ماده مذکور حقوق نیز از این قابلیت بهره‌مند است که در جایگاه ثمن یا مثنی واقع شود. همچنین توجه به این امر نیز حائز اهمیت است که، در صورت پذیرش قابلیت مذکور در خصوص حق، ماده ۳۳۸ ق.م مذکور چگونه قابل توجیه می‌باشد؟ لازم است در راستای بررسی موضوع، ابتدا با به بررسی مفهوم و اقسام حق پرداخته شود:

۲- مفهوم حق

حق از عناوین فقهی است که در مقابل عین و منفعت قرار دارد، حق که مفرد حقوق است، در لغت به معنای ثبوت است. ابن منظور می گوید: حق نقیض باطل است و جمعش حقوق و حقایق است و معنایش ثبوت و وجوب است. (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ، ۱۰، ۴۹).

در قرآن مجید آمده است: "لقد حق القول علی اکثرهم" (یس/۳۶:۷) یعنی: ثبت القول، یا می‌فرماید: لیحق الحق و یبطل الباطل" (انفال/۳۶:۸) یعنی تا آنکه خداوند حق را اثبات کند و باطل را نابود گرداند. در کتاب تاج العروس نیز آمده: "الحق الموجود الثابت." به موجودی که ثابت شده و تحقق یافته حق گویند. (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴هـ ق، ۱۳، ۸۰).

در اصطلاح حقوقی نیز، حق اینگونه تعریف شده است: حق عبارت است از اقتداری که قانون به افراد می دهد تا عملی را انجام دهند، لذا آزادی عمل رکن اساسی حق است و در مقابل، هر حقی تکلیفی را ایجاد می کند مثلاً در مالکیت، مالک دارای حق ملکیت است. و تمام افراد در مقابل آن مکلف هستند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱هـ ق، ۳۹؛ گرجی، هـش ۱۳۷۲، ۲۱). و حتی در بیان شخصیت حقوقی نیز گفته شده قابلیت شخص برای طرف و صاحب حق و تکلیف شدن است (سرخوش، ناویان، ۱۴۰۰، ۹۶) از سوی فقها نیز تعاریف و تعابیر گوناگونی ذکر شده است؛ برخی از فقها حق را نوعی سلطنت بر عین، عقد یا شخص می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ هـ ق، ۱، ۵۵؛ خمینی، ۱۴۲۱هـ ق، ۱، ۳۹) و برخی آن را سلطنت بر فعل (اراکی، ۱۴۱۹هـ ق، ۶، ۱۴۰) و برخی دیگر نیز حق را مرتبه‌ی ضعیفی از ملک فرض می‌کنند. (نائینی، ۱۳۷۳هـ ق، ۱، ۴۲؛ نائینی، ۱۴۱۳هـ ق، ۱، ۹۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ هـ ق، ۲، ۲) در مقابل برخی دیگر حق را از آثار ملکیت و سلطنت دانسته و ماهیت آن را امری اعتباری می‌دانند که آثار خاصی مانند حق خیار، حق شفعه و حق تحجیر دارد.

(ایروانی، ۱۴۰۶هـ.ق، ۳) این در حالی است که عرف حق و ملکیت را متفاوت می‌دانند زیرا اشخاص خود را مالک حق می‌دانند و حق را مبادله می‌کنند در صورتی که ملکیت را نمی‌فروشند بلکه مملوک را می‌فروشند.

به طور کلی تمام صاحب نظرانی که، در خصوص حق به بحث پرداخته‌اند در این نکته متفق القول اند، هر چیزی که قابلیت اسقاط و نقل دارد را باید حق نامید حتی برخی از فقها پا را فراتر نهاده و قائل‌اند به اینکه باید هر حقی را قابل اسقاط بدانیم و اصولاً قوام حق به قابلیت اسقاط آن است و تمامی حقوق را باید قابل اسقاط فرض کرد به گونه ای که عدم اسقاط چیزی، کاشف از حق نبودن آن است. (نائینی، ۱۴۱۳هـ.ق، ۱، ۹۲). این در حالی است که برخی دیگر از فقها معتقدند هر چند اصل در حقوق این است که قابل اسقاط باشند. لیکن دایره حق تنها محدود به موضوعاتی که قابل اسقاط باشند، نبوده و برخی از مواردی را مانند حق ولایت پدر بر فرزند که قابلیت اسقاط ندارند را نیز باید حق دانست. (سبزواری، ۱۴۱۲هـ.ق، ۱۶، ۲۵۰). البته برخی قابلیت اسقاط حق را در حقوق با توجه به ماهیت آن دانسته و بیان می‌کنند که معنای حق یعنی مسلط بودن صاحب آن به گونه‌ای که هرچه اراده نمود بتواند انجام دهد. (حسن خانی و دیگران، ۱۴۰۰، ۶۳).

به نظر می‌رسد اگر تمامی حقوق را قابل اسقاط بدانیم آنچه می‌باشد؛ چرا که حق از مفاهیمی که دارای حقیقت شرعیه باشد، نیست. بلکه باید آن را از جمله مفاهیم دارای حقیقت عرفیه دانست. چرا که شارع مقدس، شناخت مفهوم آن را به عرف واگذار نموده است. از طرفی عرف جامعه نیز چیزی را حق می‌داند که قابل اسقاط باشد (خویی، بی‌تا، ۲، ۴۷) ملحوظ است که این تعبیر از حق در مقابل حکم قرار خواهد گرفت که آن را جعل تکلیف از سوی شارع نسبت به افعال انسان از حیث منع و رخصت است که فرد مکلف، موظف به رعایت کامل آن تکلیف بوده و نمی‌تواند آن را دستخوش تغییر نماید (بحرالعلوم، ۱۴۰۲هـ.ق، ۱، ۱۱) زیرا حکم تشریح قانونگذار می‌باشد لذا قابل نقل نیست. اما حق از جمله مواردی است که قانونگذار آن را به افراد اعطاء می‌کند.

تحلیل و بررسی: به نظر می‌رسد واژه حق در فقه و حقوق در دو معنا به کار می‌رود:

الف - توانایی قانونی: یعنی توانایی اعتباری، در مقابل توانایی واقعی و مادی. در این معنا، واژه حق در زبان فاری معمولاً همراه با فعل "داشتن" به کار می‌رود و بعد از این دو، یک فعل به کار می‌رود. به تعبیر دیگر متعلق حق در این معنا یک "فعل" است. البته در

این معنا ممکن است واژه حق به کلمه بعد از خود اضافه شود؛ اما مضاف الیه همواره معنای فعلی دارد؛ مانند حق طلاق یا حق فسخ که به معنای حق طلاق دادن یا حق فسخ کردن است.

ب - امتیاز یا برخورداری: در این صورت واژه حق به کلمه بعد از خود اضافه می شود؛ مانند حق مالکیت یا حق تحجیر و مقصود از آن، نوعی امتیاز است که شرع یا عرف به اشخاص داده است. بر خلاف معنای اول، واژه حق در این کاربرد اولاً معنای "توانستن" ندارد و ثانیاً اضافه "حق" به کلمه بعد از خود اضافه بیانی است؛ یعنی مضاف و مضاف الیه یک چیز است برای مثال "حق مالکیت" به معنای "حق مالک شدن" نیست، بلکه به معنای امتیازی است که بر اساس شرع یا عرف برای اشخاص وجود دارد. ثالثاً حق به معنای دوم، موضوع حق به معنای اول است و به تعبیر دیگر از حق به معنای دوم، یک یا چند حق به معنای اول ناشی می شود، برای مثال از حق مالکیت، حق انتقال عین و منفعت یا حق اعراض و امثال آن ناشی می شود.

۱-۲- اقسام حق

حق از جهات گوناگون در نگاه علماء فقه و حقوق مورد بررسی قرار گرفته است، که عموم این تقسیمات حسب برداشت هایی است که از سوی نامبردگان، از مفهوم حق وجود دارد. با این وجود در مورد امکان مبادله حق با عنوان ثمن یا مثنی، حقوق در کلام برخی از فقها به اقسام مختلفی تقسیم شده است (نائینی، ۱۴۱۳هـ.ق، ۱، ۹۲؛ خویی، بی تا، ۲، ۳۸؛ سبزواری، ۱۴۱۲هـ.ق، ۱۷، ۳۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸هـ.ق، ۱، ۵۷):

- ۱- آنچه که با موت منتقل نمی شود و اسقاط و نقل آن صحیح نیست مثل حق ولایت و سرپرستی و حق وصایت.
- ۲- آنچه که نقل و اسقاط، آن صحیح است و با موت منتقل می شود، مانند حق الخيار و حق الرهانه.
- ۳- آنچه که قابل اسقاط و نقل است ولی بدون عوض به شخص منتقل می شود: مثل حق قسم زوجه.
- ۴- آنچه که قابل اسقاط و نقل به عوض است مانند حق التحجیر.

۵- آنچه که در امکان اسقاط و نقل آن شک است.

همچنین از دیگر تقسیمات بسیار معروف حق، تقسیم آن به لحاظ مالیت داشتن یا نداشتن موضوع آن است؛ برای مثال در باب شهادت گفته‌اند که حق الناس منصرف به حق مالی است و حقوق غیر مالی از قبیل زوجیت، ابوت و بنوت به حکم شرعی بیشتر شباهت دارد تا به حق. (الحسینی حائری، ۱۴۱۵ هـ.ق، ۷۰۸) علاوه بر این، حق مالی را نیز به دو دسته تقسیم نموده‌اند، حق مالی ذاتی؛ یعنی حقی که خود آن ذاتا مقصود است و حق مالی تبعی. (گلپایگانی، ۱۴۰۱ هـ.ق، ۳۱، ۴۵).

پیرامون هر یک از تقسیمات مذکور مباحث متعددی مطرح شده است و محققان متعددی در موارد مطرح شده فوق تشکیک نموده‌اند. (الحسینی حائری، ۱۴۱۵ هـ.ق، ۱، ۱۷۳-۱۱۱)، ولی آنچه صحیح است، آن است که حق، امری است قابل اسقاط و نقل و انتقال، و اگر چنین قابلیت نداشتن باشد حکم وضعی شرعی می‌باشد. لذا اگر حق بودن امری نزد عرف اثبات گردد. انتقال و اسقاط با عوض و بدون عوض آن صحیح می‌باشد. همچنین اگر عرف در حق بودن امری شک کند نمی‌توان آن را قابل نقل و انتقال دانست، زیرا در هنگام شک در مصداق نمی‌توان به عمومات تمسک کرد.

البته اگر در قابلیت شرعی نقل و انتقال و اسقاط حق عرفی شک شود و عرف حق معینی را قابل نقل و انتقال بداند، می‌توان با عدم ردع شرع آن را تصحیح نموده و با عمومات صحت شرعی آن را اثبات کرد. البته اگر در شرایط شرعی نقل شک شود به گونه که موجب شک در معامله گردد از این نظر که آیا از نظر شرع قید یا شرطی در عوضین شرط است یا خیر؟ نمی‌توان به عمومات برای تصحیح معامله تمسک جست. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ۱، ۴۷-۵۲).

۳- ثمن و مثن واقع شدن

از جمله مباحث پر اهمیت در خصوص حق، بررسی این موضوع است که، آیا حق، این قابلیت را دارد که در جایگاه عوضین قرار بگیرد یا نه؟ البته با ملاحظه برخی از کتب موجود (نائینی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۱، ۸۸؛ غروری اصفهانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۱، ۲۰؛ خویی، بی تا، ۲، ۱۲؛ انصاری، ۱۴۲۰ هـ.ق، ۳، ۷) می‌توان به این موضوع پی برد که اکثر فقها، مبیع واقع شدن حق را منع نموده‌اند به این دلیل که که معوض باید عین باشد، اما در خصوص عوض واقع شدن حق بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

به طور کلی، در این خصوص، ۳ نظریه در بین فقها و حقوقدانان مطرح شده است که ذیلا مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

الف - نظریه قائلین به منع:

این دسته به طور کلی معاوضه حقوق را رد نموده اند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هـ.ق، ۱-۲؛ خوبی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۲، ۲۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ هـ.ق، ۱۸/۴۲۹؛ بهبهانی، ۱۳۱۰ هـ.ق، ۳۱-۳۲؛ کاشانی، بی تا، ۳، ۵۰).

از جمله صاحب نظران نظریه منع، شیخ انصاری می باشد (انصاری، ۱۴۲۰، ۶، ۲۲۶). از منظر این فقیه عالی مقام حقوق به ۳ دسته تقسیم می شود:

نخست: حقوقی که نه قابل نقل و انتقال و نه قابل اسقاط و نه قابل مصالحه اند مانند حق حضانت مادر بر فرزند خود.

به نظر می رسد که این دسته از حقوق نمی توانند که در جایگاه عوضین قرار گیرند؛ زیرا این دسته از حقوق، مال محسوب نمی شوند، لذا در صورت ثمن واقع شدن، مبادله مال به مال که تعریف بیع است (فیومی، بی تا، ۲، ۶۹؛ خوبی، ۱۳۷۴ هـ.ق، ۲، ۳۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ هـ.ق، ۲، ۹۳) صدق نمی کند. همچنین از منظر برخی از فقها (ایروانی، ۱۴۰۶ هـ.ق، ۱، ۱۶۵) عوضین در بیع باید مالیت داشته باشند؛ چرا که فقها در باب شروط عوضین می گویند که: از جمله شرایط آن است که عوضین در بیع مالیت داشته باشند. از سویی می دانیم که جمله شرطیه نیز دارای مفهوم می باشد (خراسانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۱۹۴؛ مظفر، بی تا، ۱۵۹)، یعنی اینکه، منحصرأ ثمن و مضمن باید مال باشند، در نتیجه اگر ثمن و مضمن مال محسوب نشود، معامله صحیح نمی باشد. از طرفی از دید عقلاء نیز عوضین باید مال باشد و گرنه معامله سفهی و نابخردانه پنداشته خواهد شد. (مامقانی، ۱۳۱۶ هـ.ق، ۳، ۴۲۵).

دوم: حقوقی که قابل نقل و انتقال نیستند اما قابل اسقاط می باشند، مانند: حق شفعه و حق خیار، حال یا مجاناً یا بلا عوض.

شیخ اعظم، در خصوص این دسته از حقوق اینگونه ایراد می نمایند که، بیع تملیک غیر است، لذا، چیزی که، قابل نقل نباشد، قابل تملیک هم نیست، در نتیجه چیزی که تملیک بردار نباشد، بیع هم در آن جاری نمی شود. (انصاری، ۱۴۲۰ هـ.ق، ۶، ۲۲).

در مقابل مرحوم صاحب جواهر، در این خصوص مدعی هستند که، حقوقی چون حق شفعه و حق خیار، قابل نقل و در نتیجه تملیک بردار می‌باشند. لذا می‌تواند عوض البیع واقع شوند. در واقع ایشان، این موضوع را با "بیع الدین علی من هو علیه"، قیاس نموده‌اند، بدین نحو که، همیشه در بیع تملیک طرفینی لزومی ندارد بلکه گاهی این امر نیز امکان پذیر که عوض به نحو اسقاط واقع شود. در نتیجه ملکیت ملازم لاینفک با بیع نیست (نجفی، ۱۳۶۷ هـ.ق، ۲۲، ۲۰۹). به نظر برخی از حقوقدانان (امامی، بی تا، ۱، ۴۹۹) عوضین واقع شدن اینگونه حقوق مورد اشکال است ولی به نظر بتوان حقوق مزبور را در مقابل بیع مال از طرف من علیه الحق ثمن قرار داد و آن را تملیک نمود.

سوم: حقوقی که هم قابل نقل و انتقال، هم قابل اسقاط وهم قابل مصالحه‌اند. مانند: حق تحجیر. (انصاری، ۱۴۲۰ هـ.ق، ۳، ۷).

در رابطه با حقوقی که قابلیت نقل را داشته و می‌تواند در مقابل مال قرار گیرد، در ثمن واقع شدن آن اشکال شده است و وجه عدم صحت این است که:

اولاً، به حسب عرف و لغت، عوض باید مالیت داشته باشد و مال محسوب گردد و از این روست که در تعریف بیع گفته شده است: بیع مبادله مال به مال است، در حالی که حق مرتبه ضعیفی از ملک بوده و به نظر عرف و لغت مال محسوب نمی‌شود.

ثانیاً، عبارت فقها، در بیان شروط عوضین و اجرت در اجاره، ظهور در مال بودن ثمن دارد بنابراین حقوق در مورد بحث، صلاحیت عوض واقع شدن را ندارند. (انصاری، ۱۴۲۰ هـ.ق، ۳، ۸).

لازم به ذکر است که شیخ انصاری در مورد قسم سوم فقط وجه عدم صحت را بیان نموده است و در مورد وجه صحت عوض واقع شدن، چیزی بیان نکرده است. از این رو بعید نیست که از دیدگاه شیخ هیچ یک از حقوق عوض واقع نشود.

برخی از فقها از عبارت شیخ همین منع را استفاده کرده است و بیان نموده‌اند که: "از همه آن چه بیان شد معلوم می‌شود که شیخ انصاری عوض واقع شدن همه اقسام حق را منع می‌کند. لکن در قسم اول و دوم علت آن آشکار است. اما در قسم سوم به این خاطر است که، در صورت شک در صحت عوض واقع شدن حق، به اصل مراجعه می‌کنیم و مقتضای اصل عدم صحت است." (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ هـ.ق، ۱۴۹).

از جمله صاحب نظران دیگری که، عوض قرار گرفتن حق را منع نموده، محقق نائینی می- باشد. به اعتقاد ایشان، اگر مبادله بین ملک و حق جایز باشد، انقلاب ملک به حق و حق به ملک می شود و این باطل است. (نائینی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۱، ۹۲).

بنابر مطلب ذکر شده، اگر ملک با حق مبادله شود آنچه از تحت علقه بایع خارج گردیده است ملک، و آنچه تحت علقه او در آمده، حق می باشد و از طرف دیگر بیع عبارت است از مبادله بین دو طرف علقه نه خود دو علقه. همچنین علقه بین بایع و مبیع علقه ملکیت و علقه بین مشتری و عوض، علقه دیگری است که به آن حق گفته می شود. بنابراین تبدیل دو طرف با بقاء دو علقه اقتضاء می کند. که آنچه طرف علقه ملکیت بوده است، طرف علقه سلطنت فعلی بین مشتری و ما قام به الحق شود و آن چه که طرف علقه موجود بین مشتری و ما قام به الحق بوده است طرف علقه ملکیت قرار گیرد، در نتیجه انقلاب حق به ملک و ملک به حق لازم می آید. و آن را از تعریف بیع خارج می کند.

همچنین حقوقی که قابلیت اسقاط مجانی را دارند ثمن قرار نمی گیرند زیرا معاوضه در مورد آنها امکان پذیر نیست. اما حقوقی که در برابر عوض قابل اسقاطند، ثمن واقع شدن آنها به دو صورت است:

الف: نفس اسقاط بدون انتقال به من علیه الحق، ثمن باشد.

ب: اسقاط و انتقال ثمن به من علیه الحق، ثمن باشد که در هر دو صورت ثمن واقع شدن درست نیست زیرا معقول نیست که اسقاط از مشتری به بایع منتقل شود. پس تحت بیع قرار نمی گیرد و مفهوم انتقال طرف اضافه مشتری به طرف اضافه بایع صدق نمی کند. هم چنین انتقال حق مشتری به بایع جایز نیست زیرا قوام ماهیت این گونه حقوق به این است که به غیر من علیه الحق تعلق گیرد. بنابراین سلطنت مدیون یعنی صاحب مال، در حقی مثل حق رهن بر عین مرهونه جایز نیست. (نائینی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۱، ۹۴).

ب - فائین به جواز

آنچه بیان شد نظریه معتقدان به منع بود، اما نظریه دوم مربوط به فقها و حقوقدانانی است که عوض واقع شدن حقوق را جایز می دانند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶ هـ.ش، ۱، ۷۳؛ نجفی، ۱۳۶۷ هـ.ق، ۲۲، ۲۰۸-۲۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ۴، ۲۵؛ طباطبائی، ۱۳۷۸ هـ.ق، ۱، ۵۷؛ جزائری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۱، ۱۷۳؛ خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ۱، ۳۲) اگرچه برخی از فقها و

قانون‌گذار در ماده ۳۳۸ ق. م عقد بیع را، "تملیک عین به عوض معلوم" تعریف نموده‌اند (عاملی (شهیدثانی)، بی تا، ۳، ۱۴۴؛ طوسی، ۱۳۱۷ هـ.ق، ۲، ۷۶؛ طوسی ۱۴۰۸ هـ.ق، ۱۴، ۲۳۶؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق، ۴، ۱۵۵) و بنابه تعریف مذکور، ظاهراً در بیع، معوض باید عینی از اعیان باشد، لذا این ظاهر ظهور در خروج حقوق از دایره ثمن یا مثن دارد؛ به عبارتی ماده مذکور بیع را محدود به انتقال اعیان مادی نموده است. قلمروی محدود که با گسترش دامنه اموال غیر مادی در جهان کنونی ما سازگار نمی باشد. اما با این اوصاف نباید فریفته ظاهر الفاظ شد و قصد واقعی مقنن را در نظر نگرفت. زیرا همین نگرش است که سبب طرح این نظر از سوی برخی از فقها و حقوقدانان شد (کاتوزیان، ۱۳۷۶ هـ.ش، ۱، ۳۰۶؛ ابن قدامه، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۴، ۳؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ۱، ۲۰۸) که، آنچه منطقی به نظر می رسد این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض اطلاق شود؛ خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بیدرنگ صورت پذیرد یا معلق به شرط شود و یا مدتی به تأخیر افتد. و آنچه متأخران ما را به تبدیل مال (مبادله مال بمال) به عین واداشته است (نائینی، ۱۳۷۳ هـ.ق، ۱، ۴۱؛ عاملی، بی تا، ۴، ۱۴۷؛ کاشانی، بی تا، ۳، ۵۰؛ نجفی، ۱۳۶۷ هـ.ق، ۲۲، ۲۰۹)، در واقع احتراز از شمول تعریف بیع به تعریف اجاره که "تملیک المنافع بالعوض المعلوم" (محقق حلی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۲، ۴۱۳؛ عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۲۰ ق، ۲، ۱۹۱) بوده است. پس به واسطه اینکه بیع از اجاره ممتاز شود، قید عین به تعریف آن افزوده شده است.

از طرفی به نظر می‌رسد که رویه قضایی نیز می‌تواند از همین سوء حرکت کند و قید واژه عین مذکور در ماده ۳۳۸ ق. م را ویژه خروج تملیک منفعت سازد و آن را وسیله عدم ثمن یا مثن واقع شدن حقوق قرار ندهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶ هـ.ش، ۱، ۳۰۷) به ویژه اینکه از قوانین دیگر نیز نشانه‌های تأیید این تعبیر به دست می‌آید.^۱ از طرفی در عرف داد و ستد، به انتقال حقوق مانند حق تألیف، حق سرقتی و نام تجاری و ... عنوان بیع صدق می‌کند. این موضوع تا حدی مورد توجه واقع شده که بعضی از نویسندگان حقوقی نسخ ضمنی ماده ۳۳۸ ق. م را مطرح نموده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱/۴۲۶، ۱۳۵۷ هـ.ش).

به نظر برخی از حقوقدانان اعتقاد به نسخ ضمنی ماده ۳۳۸ ق. م نه تنها با قواعد سازگار نیست، بلکه به مصلحت هم، به نظر نمی‌رسد؛ چرا که باعث اختلاط دو عقد بیع و اجاره می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶ هـ.ش، ۱، ۳۰۷).

^۱ - مواد ۳۴ تا ۳۶ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و مواد ۷۸ - ۷۹ ق. ت.

همان طور که ذکر شد، از جمله قائلین به جواز، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی می- باشند. ایشان نیز بیان می نمایند که: " اشکالی ندارد بیع از طرف مبیع تملیک باشد اما از طرف عوض دو نظر در آن مطرح است:

الف: بیع از طرف عوض نیز تملک و تملیک است تا در نتیجه تملیک عین در مقابل اسقاط صحیح نباشد.

ب: بیع از طرف عوض تملک و تملیک نیست بلکه هر چه که صلاحیت عوض واقع شدن را داشته باشد، کفایت می کند ولو قابل نقل نباشد. چنانچه در صلح در هردو طرف و در اجاره در جانب معوض این چنین است. همچنین مقتضای تعریف بیع در مصباح المنیر (فیومی، بی تا، ۲، ۷۰) و ظاهر عبارات فقها، نظر اول است. زیرا از نظر آنان بیع عبارت از تملیک و تملک است. اما ممکن است، گفته شود در بیع مجرد عوض کفایت می کند و بیع عبارت است از تملیک عین در مقابل عوض، اگرچه به صورت تملک نباشد و سلب معنای بیع از عوضی که به صورت تملک نیست صحیح نمی باشد و عمومات بیع شامل این گونه معامله ای هم می شود. علاوه بر این تعریف مصباح المنیر مبنی بر غلبه و مسامحه است. در نتیجه وقتی بیع بر این تعریف صدق کند، مانعی از تمسک به عمومات وجود ندارد. لذا با توجه به این توضیح معلوم می شود که، هر حقی که صلاحیت نقل و اسقاط در آن وجود داشته باشد جایز است که در بیع عوض قرار داده شود." (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸ هـ.ق، ۱، ۵۷).

از دیگر فقهای که قول به جواز عوض قرار گرفتن حقوق را پذیرفته اند، صاحب جواهر می- باشد. ایشان در این خصوص اظهار می نمایند که: بعضی از فقهای متأخر، عین بودن عوضین را شرط دانسته اند. ولی به نظر می رسد که، این سخن توهمی بیش نباشد که، از این عبارت مشهور، که بیع را، نقل اعیان دانسته اند، نشأت گرفته است. البته پر واضح است که این جمله به نحو عموم (عوض و معوض) نمی باشد، بلکه در خصوص معوض است. مانند کلام فقها در مورد اجاره که بیان نموده اند: اجاره برای نقل منافع است. و قطعاً مقصودشان معوض است نه عوض. (نجفی، ۱۳۶۷ هـ.ق، ۲۲، ۲۰۹؛ نائینی، ۱۳۷۳ هـ.ق، ۱، ۴۱) از طرفی در خصوص شرایط عوض، این که عوض نباید حق باشد را نیز نمی پذیریم زیرا اطلاق کلمات فقها گویای این مطلب می باشد که بیع همانند صلح، برای حقوق واقع می شود. بنابراین بعید نیست که حقوق در بیع، ثمن قرار نگیرد و فرقی نیست که مقتضای آن سقوط حق باشد مانند فروش عین در برابر حق خیار و حق شفعه، که مراد سقوط این دو

حق می باشد. و یا مقتضای ثمن واقع شدن آن، نقل حق باشد مانند حق تحجیر". (نجفی، ۱۳۶۷ هـ.ق، ۲۲، ۲۰۹).

همچنین به اعتقاد برخی "حقوق مطلقاً می توانند عوض از مبیع واقع شوند یعنی در حقوقی که قابل اسقاطند، اسقاط و در حقوقی که قابل انتقالند، انتقال به مالک مبیع، ثمن واقع می شوند." (جزائری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۱، ۱۷۳) ایشان در اثبات ادعای خود دو امر را بیان می نمایند.

۱- مال اختصاص به اعیان متموله ندارد بلکه بر منافع و عمل حر نیز صادق است. و این که صلح بر اسقاط برخی از حقوق واقع می شود کاشف از مالیت داشتن اسقاط حق و عدم اختصاص مال به عین است. همچنین قول اهل لغت در تفسیر مال به عین را حمل بر غالب می کنیم و بر فرض متعذر بودن این حمل، باز هم ادعای ما یعنی اتصاف حقوق به مالیت صحیح است زیرا مال صرفاً اعم از عین، منفعت و حق است و عرف هر چیزی را که عقلاً به آن تمایل داشته باشند، مال به حساب می آورد. (جزائری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۱، ۱۷۳).

۲- در بیع اگرچه متضمن نقل و تملیک از دو طرف نباشد و یا یکی از متبایعین از مال طرف مقابل نفعی نبرد، باز هم معاوضه صادق است و همین مقدار کافی است زیرا آنچه در بیع معتبر است یکی تحقق عنوان معاوضه و مبادله و وجود ثمن و مثن و دیگر این که بذل مال غرض عقلائی داشته باشد. اما سایر قیودی که در تعریف بیع ذکر شده است نظیر مبادله بین دو مال که مصباح المنیر آورده است. و در حقیقت عرفی بیع دخلی ندارد. و فقط عین بودن مبیع را می‌رسانند. اما عین بودن ثمن یا تحقق مبادله در ضمن اضافه ملکیه یا عین بودن مال، هیچ یک دلیل ندارد. حال بنا بر تمام بودن این دو مقدمه اگرچه مبیع واقع نمی شود اما همچون منافع و عمل حر صحیح است ثمن قرار گیرد. (جزائری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۱، ۱۷۳).

امام خمینی نیز یکی دیگر از معتقدان به جواز عوض قرار گرفتن حقوق می باشد. و نظر خود را اینگونه بیان داشته است:

"به نظر ما در ماهیت بیع تملیک و تملک شرط نیست. پس انصاف این است که نقل حقوق در برابر عوض، بلکه نقل حقوق در برابر حقوق و نقل املاک در برابر حقوق و بر عکس، همگی عرفاً بیع است. بنابراین فروش حق تحجیر در برابر ثمن در نزد عقلاء بیع محسوب

می‌شود. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ۱، ۳۲). همچنین ایشان در مورد عوض واقع شدن اسقاط حق، معتقد است که "اشکالی ندارد که اسقاط حق در مقابل عوض یا معوض قرار داده شود. زیرا عنوان بیع بر آن صدق می‌کند. در صورتی که اسقاط به معنی مصدری، عوض یا معوض قرار داده شود. یعنی عمل صاحب حق، ملک طرف مقابل و بر عهده صاحبش قرار گیرد مثل اینکه خیاطی و کتابت بر عهده خیاط و کاتب قرار داده شود." (خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ۱، ۳۲).

علاوه بر فقهای امامیه، برخی از فقهای اهل سنت نیز، عوض واقع شدن حقوق را جایز می‌دانند، زیرا به نظر آنان منافع و حقوق مالیت دارد و قابل قیمت گذاری است و در اعیان نیز آنچه مقصود اصلی است منافع اعیان است. لذا بعد از ثبوت مال بودن حقوق، تعریف بیع، یعنی، مبادله مال به مال نیز شامل آنها می‌شود. بنابراین مبادله آن صحیح می‌باشد. (زحیلی، ۱۴۲۳ ق، ۴۳۲).

ج - قائلین به تفصیل

آن چه بیان شد نظر اکثر فقها بود که تحت دو عنوان معتقدان به منع و جواز معاوضه حقوق ارائه گردید. نظریه سوم، قول به تفصیل است. بدین نحوکه بعضی از فقها میان معاوضه نفس حق و معاوضه براسقاط حق فرق گذاشته و معاوضه بر حق را رد کرده اما معاوضه بر اسقاط حق را می‌پذیرند.

از جمله قائلین این نظریه آیت الله خویی است. ایشان به عنوان نمونه به حق شفعه اشاره می‌کنند. و می‌گویند: "معاوضه بر حق شفعه از نظر اسقاط جایز است. یعنی می‌توان اسقاط حق شفعه را ثمن در بیع یا اجرت در اجاره یا عوض در صلح و هبه و یا مهریه ازدواج قرار داد. زیرا اسقاط فی نفسه، عمل است. و قبلا بیان شد که عمل حر در بیع و سایر عقود معاوضه‌ای، عوض واقع می‌شود. و این غیر معاوضه خود حق شفعه و عوض قراردادن آن است." (خویی، بی تا، ۲، ۴۱).

هم چنین ایشان در مورد حقوق قابل نقل و انتقال معتقد است که "این حقوق ثمن واقع نمی‌شود زیرا حق حکم شرعی است و قابلیت تعلق اضافه ملکیه را ندارد به طور کلی حق نمی‌تواند طرف قرار گیرد. بنابراین، بر مفهوم تبدیل حق به حق یا تبدیل حق به غیر آن، بیع صدق نمی‌کند. و به همین دلیل تبدیل حق به حق یا تبدیل حق به غیر حق جایز نیست و مانع این تبدیل، محال بودن تعلق ملکیت به حکم شرعی می‌باشد." (خویی، بی تا،

۲، ۴۱). ایرادی که به این نظر می‌توان وارد نمود این است که حکم شرعی دانستن تمام حقوق ثابت نیست بلکه حقوقی همچون حق رجوع و مانند آن در واقع حکم است هرچند به آن حق گفته می‌شود ولی خیلی از موارد حکم نیست.

د - نظریه مختار:

بعد از بیان اقوال مختلف در عوض شدن حقوق آن چه به نظر می‌رسد، این است که حقوق قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌تواند عوض مبیع واقع شود زیرا به نظر عرف مال معنای عامی دارد که هم شامل عین، منفعت و عمل می‌شود و هم حق را در بر می‌گیرد. و از طرف دیگر در تحقق معاوضه لازم نیست که مبادله مال صرفاً در خصوص ملکیت باشد.

همچنین با مراجعه به عمومات بیع مانند "احل الله البیع" (بقره/۲۷۵) دلیلی بر مقید بودن حلیت و صحت به عوض نبودن حق نداریم تا عوض بودن حق را رد کنیم.

همچنین با وجود اینکه برخی معتقدند (باقری، ۱۳۸۴ هـ.ش، ۱۸) اصرار و ابرام فقها بر لزوم عین بودن به جهت متمایز ساختن آن، از اجاره منطقی به نظر می‌رسد، اما با ملاحظه عرفی بودن بیع و نیز امضائی بودن آن، باید اینگونه اذعان نمود که در عرف حقوق مالی مانند حق اختراع، حق تألیف و امتیاز تولیدکنندگان کالا و ... همه و همه قابل خرید و فروش می‌باشند و همچنین در برخی از کشورها همچون کشورهای عربی، مال به گونه ای تعریف^۱ گشته که نشان از گستره‌ی مفهوم مال و پذیرش شمولیت تعریف آن، نسبت به حقوق می-باشد. (کاشف الغطاء، بی تا، ۲۶).

نتیجه

از آنچه بیان گردید موارد ذیل را می‌توان به عنوان ماحصل ذکر نمود:

- ۱- با وجود اختلاف نظرهای فقها و حقوقدانان در خصوص ثمن یا مثنم واقع شدن حقوق، آنچه منطقی به نظر می‌رسد و به نوعی حقوق ما را به خانواده جهانی نزدیک می‌کند، پذیرش این موضوع است که آنچه متأخران ما را به تبدیل مال به عین واداشته اند، در واقع احتراز از شمول تعریف بیع، نسبت به اجاره می‌باشد.

^۱ - ماده ۶۵ ق.م.ع: هو كل حق له قيمة المادیه

- ۲- رویه قضایی نیز می تواند از همین سوء حرکت کند و قید عین موجود در ماده ۳۳۸ ق.م. را ویژه خروج تملیک منفعت سازد و آن را وسیله دفع تملیک و تملک حق قرار ندهد. امری که از سوی عرف هم مورد پذیرش واقع گشته است. چرا که از دید عرف، بر خرید فروش حق، نیز، عنوان بیع صادق است.
- ۳- همچنین با توجه به قسمت دوم ماده مذکور، با به کار گیری اصطلاح "عوض المعلوم" از سوی مقنن، به نظر قانون گذار در خصوص عوض واقع شدن حقوق، نظر مخالفی نداشته است. گرچه غالباً ثمن، در عرف معاملات وجه نقد می باشد. اما این موضوع را نباید دال بر عدم پذیرش وقوع حقوق به عنوان ثمن دانست.
- ۴- همچنین با مراجعه به عمومات بیع مانند "احل الله البیع" (بقره/۲۷۵) دلیلی بر مقید بودن حلیت و صحت به عوض نبودن حق نداریم تا عوض بودن حق را رد کنیم.

منابع

- ۱) قرآن کریم
- ۲) ابن قدامه، عبد الله (۱۴۰۴ ق.). المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل بیروت لبنان: دار الفکر.
- ۳) ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ه.ق)، لسان العرب، بیروت - لبنان: دارالفکر.
- ۴) اراکی، محمد علی (۱۴۱۹ ق.). کتاب النکاح (چاپ اول). قم: نورنگار.
- ۵) امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات الاسلامیه.
- ۶) انصاری، مرتضی، مکاسب، (۱۴۲۰ ق.)، المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئوبه الثانيه لمیلادالشیخ الانصاری، قم: باقری.
- ۷) ایروانی، علی بن الحسین (۱۴۰۶ ق)، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۸) باقری، احمد، (۱۳۸۴ش)، فقه مدنی، تهران: انتشارات سمت.
- ۹) بحر العلوم، سید محمد، (۱۴۰۲ ق)، بلغه الفقهیة، تهران: مکتبه الصادق.
- ۱۰) بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ ه. ق)، حدائق الناضره، قم: دفتر انتشارات الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- (۱۱) بهبهانی، محمّد باقر بن محمد اکمل، (۱۳۱۰ ه.ق)، رساله عملیه متاجر (با تعلیقات میرزای شیرازی)، قم: دارالفکر.
- (۱۲) جزائری، محمد جعفر، (۱۴۱۶ ق)، هدی الطالب الی شرح المکاسب، نجف: دار الکتاب الجزائری.
- (۱۳) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۷ ش)، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت حقوق (تعهدات عقود و ایقاعات)، تهران: نشر بنیاد راستاد.
- (۱۴) حسنخانی؛ احمد، نقیبی، ابوالقاسم؛ صدری، محمد؛ باقری، احمد، (۱۴۰۰ ش)، بازپژوهی ماهیت اسقاط حق در فقه و حقوق، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، بابل: دوره ۱۷، شماره ۶۵، ص ۵۵-۸۲.
- (۱۵) الحسینی الحائری، السید کاظم، (۱۴۱۵ ق)، القضاء فی الفقه الاسلامی، قم: انتشارات اسلامی.
- (۱۶) الحسینی الحائری، السید کاظم، (۱۴۲۱ ق)، فقه العقود، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- (۱۷) حلّی، محقق، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ ه.ق)، شرایع الاسلام، تهران: انتشارات استقلال.
- (۱۸) خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۹ ق)، کفایه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- (۱۹) خوبی، ابو القاسم (۱۴۱۳ ق)، مصباح الفقاهه، گرد آورنده محمد علی توحیدی، نجف: الحیدریه.
- (۲۰) خوبی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۰ ق)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
- (۲۱) زحیلی، وهبه (۱۹۸۹ م)، الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت: دار الفکر.
- (۲۲) زحیلی، وهبه، (۱۴۲۳ ق)، المعاملات المالیه المعاصره بحوث و فتاوی و طول، دمشق: دارالفکر.
- (۲۳) سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۱۲ ق)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار.
- (۲۴) سرخوش، جواد؛ ناویان، سمیه، (۱۴۰۰ ش)، بررسی جایگاه حقوق تربیتی، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، بابل: دوره ۱۷، شماره ۶۳، ص ۹۲-۱۰۸.
- (۲۵) شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ ق) هدایه الطالب الی اسرار مکاسب، تهران: چاپخانه اطلاعات.

- ۲۶) طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ه.ق)، حاشیه مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ۲۷) طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۰۹ ق)، العروه الوثقی، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۲۸) طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۳۱۷ ه.ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتب المرتضویه لاحیاء الایثار الجعفریه.
- ۲۹) طوسی، محمد بن علی بن حمزه، (۱۴۰۸ ه.ق)، الوسیله الی نیل الفضیله، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مر عشی نجفی.
- ۳۰) عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ ه.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- ۳۱) عاملی، سید محمد جواد بن حسین، (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد علامه، بیروت - لبنان: دار الاحیاء التراث العربی.
- ۳۲) عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (بی تا)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۳۳) عاملی، محمد بن جمال الدین مکی، (۱۴۲۰ ه. ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۳۴) غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸ ق) حاشیه مکاسب، نجف: المحقق.
- ۳۵) غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۰۹ ه.ق)، الاجاره، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۳۶) فیومی، احمد بن محمد مقری، (بی تا)، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دارالرضی.
- ۳۷) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶ ه.ش)، حقوق مدنی (عقود معین)، تهران: انتشارات بهنشهر.
- ۳۸) کاشانی، فیض، محمد حسن، (بی تا)، مفاتیح الشرایع، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مر عشی نجفی.
- ۳۹) گرجی، ابو القاسم، (۱۳۷۲ ش)، مشروعیت حق و حکم آن با تکیه بر حقوق معنوی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران: شماره ۲۹، ص

- ۴۰) گلپایگانی، سید محمد رضا، (۱۴۰۱ ق)، کتاب القضاء، قم: مطبعه الخيام.
- ۴۱) مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله، (۱۳۱۶ ه.ق)، غایه الآمال فی شرح کتاب مکاسب، قم: مجمع الذخائر الاسلامی.
- ۴۲) محقق کرکی، شیخ علی بن الحسین، (۱۴۰۸ ه.ق)، جامع المقاصد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- ۴۳) محمدی، علی، (۱۳۷۶ ه.ش)، شرح مکاسب، تهران: انتشارات دارالفکر.
- ۴۴) مظفر، شیخ محمد رضا، (بی تا) اصول مظفر، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۵) مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ ه.ق)، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- ۴۶) موسوی خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۱ ق)، کتاب البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- ۴۷) موسوی خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا) تحریر الوسیله، قم: موسسه مطبوعاتی دارالعلم.
- ۴۸) موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۰۹ ق)، البیع، قم: اسماعیلیان.
- ۴۹) مومن قمی سبزواری، علی، (۱۴۲۱ ه.ق)، جامع الخلاف و الوفاق بین ائمه الامامیه و الحجاز و العراق، قم: زمینه سازان ظهور امام عصر (ع).
- ۵۰) نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، تهران: المکتب المحمدیه.
- ۵۱) نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۱۳ ه.ق)، مکاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات الاسلامی.
- ۵۲) نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت - لبنان، دار احیاء التراث العربی.
- ۵۳) نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، کاشف الغطاء، (۱۴۲۲ ه.ق)، البیع، نجف اشرف عراق، موسسه کاشف الغطاء.
- ۵۴) نجفی، محمد حسن (۱۴۰۹ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دار الکتاب

الاسلامیه ، تهران ، ۱۳۶۷ ه .

(۵۵) نجفی، کاشف الغطاء، عباس بن علی، (بی تا)، المال المثلی و القیمی فی الفقه الاسلامی، نجف،
موسسه کاشف الغطاء.

(۵۶) واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی، (۱۴۱۴ ه ق)، تاج العروس من جواهر القاموس،
بیروت - لبنان: دارالفکر.

(۵۷) یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، (۱۴۲۱ ه ق)، حاشیه مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان،

