

قرارداد انتقال حق فروش جایگزینی برای وکالت بلاعزل

لطیف عبادپور*، سید محمدصادق موسوی**

چکیده

وکالت استنباه است و وکالت بلاعزل از نظر اغلب فقهای شیعه و قانون مدنی ایران وکالتی است که وکالت وکیل یا عدم عزل او به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. امروزه وکالت بلاعزل رواج فراتر از لیاقت خویش در میان معامله‌کنندگان یافته است و عرف معاملاتی دهه‌های اخیر وکالت بلاعزل را عقدی شناخته است که طی آن شخص (موکل) با اخذ بهای مال یا حقی از حقوق خویش و امضای سند وکالت، آن مال یا حق را تماماً در اختیار دیگری (وکیل) می‌گذارد و دیگر نمی‌تواند بر آن مال یا حق، ادعایی داشته باشد؛ لکن شرط وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازم به نحو فعل یا نتیجه، ماهیت وکالت را تغییر نمی‌دهد و موجب قلب ماهیت وکالت از اذن و استنباه به اثری لایزال نمی‌گردد. با وجود چنین شرطی، موکل فقط نمی‌تواند وکیل را عزل کند و در احکام دیگر عقد جایز، مانند انحلال آن به فوت و جنون احد طرفین تأثیری نخواهد داشت. مقاله حاضر به روش توصیفی تحلیلی درصدد است با نگاهی نو ایرادات وکالت بلاعزل را بیش از پیش نمایانده و الگویی جدید برای جایگزینی آن ارائه کند. قالب پیشنهادی «قرارداد انتقال حق فروش» است که می‌تواند صلاحیت تن‌آزمایی با فوت و جنون را هم داشته باشد. «حق فروش» به عنوان یکی از اجزاء حق مالکیت قابلیت‌های لازم را داراست تا جانشین اذن و نیابت گردد. در متن تمرکز بر این بوده است که این قابلیت با در نظر گرفتن ظرفیت‌های قانونی موجود به اثبات برسد تا اگر کاستی‌هایی در بین باشد، با دخالت مقنن مرتفع گردد.

واژگان کلیدی: وکالت، وکالت بلاعزل، حق فروش، وکیل، انتقال، حق فروش

latif.ebadpoor@yahoo.com

* مربی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی اردبیل (نویسنده مسئول)

mousavi4535@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق دانشگاه شهید مطهری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۴/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

مقدمه

وکالت عقدی است که یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند. این عقد جایز است و هر یک از موکل و وکیل می‌توانند گره آن را بگشایند. وکالت به فوت و جنون و در مواردی سفته و چندین اسباب دیگر نیز از هستی ساقط می‌شود. موانع عدیده بر سر راه عقود ناقله سبب شده است وکالت در دید مردم از مفهوم اصلی خود دور شده و در عرف آن‌ها به عنوان عقدی شناخته شود که به موجب آن موکل با اخذ بهای مال یا حقی از حقوق خویشان و امضای سند وکالت، آن مال یا حق را تماماً در اختیار وکیل می‌گذارد (معامله وکالتی). بدین سان وکالت، قائم مقام عقد دیگری قرار می‌گیرد که ثبوتاً از دالان نفس طرفین وکالت گذر کرده است.

چون این جامعه عاریتی براننده آن موجود پنهان در ضمیر نیست، آن‌ها سعی می‌کنند با اندراج شروطی به نحو شرط فعل یا نتیجه (شرط وکالت یا شرط عدم عزل) به آن استحکام و پایداری بخشند تا بلکه نقشش را به درستی ایفاء کند. این نوع وکالت که بین جماعت به «وکالت بلاعزل» شهره گشته، ممکن است شروط دیگری را هم دربرداشته باشد. شروطی چون عدم انجام بالمباشرة وکالت از سوی خود موکل یا شرط عدم ضم امین و وکیل و ناظر؛ با این حال همواره به همان اسمی نامیده می‌شود که گفته شد. انتظار سوداگران بر این است که وکالت بلاعزل حتی با فوت و جنون اصحاب آن نیز قامت خم نکند. تلقی مردم بر ذهنیت خواص هم غالب آمده و دادرسان را نیز بر آن داشته تا برخی از این وکالت‌نامه‌ها را نه وکالت بلکه بیع یا تعهد به بیع توصیف کنند و اثر لزوم بعد از مرگ موکل یا وکیل بر آن بار کنند. با این حال بیش تر اوقات تجاهل جامعه حقوقی نسبت به وکالت‌های بلاعزل صوری تنظیمی و چشم‌پوشی از معامله پنهانی و تحمیل احکام عقد و نمود شده بر معامله واقعی، حقوق برخی از اشخاص را دست‌خوش تضییع می‌کند و امنیت روابط معاملاتی را با خطر جدی روبه‌رو می‌سازد. در این میان قانون‌گذار هم بدون آنکه در صدد چاره‌اندیشی برآید، از این تأثیرپذیری ناخودآگاه مصون نمانده و در برخی قوانین از اصطلاح معامله وکالتی استفاده کرده و هزینه تنظیم این نوع اسناد را برابر با اسناد قطعی اعلام نموده است؛ بدون اینکه بخواهد اعتبار یک معامله قطعی را بدان اعطاء کند.

در این مقاله در صدد آنیم بی‌کفایتی وکالت بلاعزل را بیش از پیش نمایانده و قالبی که بتواند جایگزین مناسبی بر وکالت بلاعزل در تسجیل اراده‌های واقعی طرفین معاملات باشد عرضه داریم تا دیگر شاهد نابسامانی‌هایی نباشیم که وکالت بلاعزل در نظام قضایی کشور ایجاد کرده است. برای نیل به مقصود باید ماهیت وکالت و مقتضای آن را شناخت و دریافت که آیا شرط عدم عزل موجب قلب ماهیت وکالت می‌شود. اگر نه، چه تدبیری باید اندیشید تا اراده‌های طرفین معاملات به درستی تسجیل شود و فوت و جنون‌گزندی بر آن نباشد؟

۱. تعریف وکالت

نظر مشهور فقها این است که وکالت «استنابه در تصرف» است (شهید اول، ۱۴۱۱: ۱۴۷؛ شهید ثانی، ۱/۱۴۲۵: ۲۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵؛ نجفی، ۲۷/۱۳۹۲: ۳۴۷؛ طباطبائی یزدی، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۸؛ بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۳)

نراقی نیز وکالت را نوعی اذن می‌شمارد. برخی نیز آن را نه استنابه و نه اذن شمرده و گفته‌اند وکالت مسلط ساختن غیر است بر تصرفی (نراقی، ۱۴۲۲: ۲۰۷). ابن حمزه آن را تفویض امر به دیگری معرفی نموده است (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۸۲) و مرحوم امام نیز با ابن حمزه موافق و هم‌سو بوده و بیان کرده که: «هی تفویض امر الی الغير لیعمل له حال حیاته، او ارجاع تمشیه امر من الامور الیه له حالها» (خمینی، ۲/۱۴۰۸: ۳۹). در مجموع دیدگاه‌های فقهای امامیه را در تعریف وکالت به چهار دسته می‌توان تقسیم کرد:

الف) اعطای نیابت در تصرف که مشهور بین فقهاست؛

ب) اعطای اذن در تصرف؛

ج) اعطای سلطنت در تصرف؛

د) تفویض امر به دیگری.

ماده ۶۵۶ قانون مدنی ایران مقرر نموده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.» حقوق‌دانان با مبنا قرار دادن این تعریف قانونی و قول مشهور فقها تعاریف مشابهی از آن ارائه داده‌اند و بیان کرده‌اند که صفت متمایز وکالت، «استنابه» است؛ به این معنی که وکیل قائم مقام موکل است و هر آنچه انجام دهد باید نه تنها به حساب موکل بلکه باید به نام او باشد.

۱-۱. مقتضای عقد وکالت

در عقود اذنی که وکالت یکی از آنهاست، اثر مستقیم عقد اذن است (حسینی عاملی، بی تا/۲۱: ۲۸؛ محمد صدقی آل بورنو، ۱۱/۱۴۲۴: ۱۰۸۱). اذن برخلاف سایر آثار حقوقی، مانند تملیک و تعهد، وابسته به اراده است. به این توضیح که در عقود تملیکی و عهدی پس از انعقاد قرارداد و تحقق حق عینی و دینی، حق به دارایی منتقل الیه می‌پیوندد و بقای آن محتاج به اراده طرفین عقد نیست. به همین جهت هرگونه اختلال در اراده اصولاً تأثیری بر حق مزبور نمی‌گذارد؛ حال آنکه اذن اثری است که به تدریج و مستمراً از اراده می‌تراود. به بیان دیگر در عقد اذنی توافق دو اراده اذن‌دهنده و مأذون موجب اذن است و تا زمانی که این دو اراده موجود و سالم هستند، اذن به تدریج از آن‌ها ناشی می‌شود. بنابراین اثر حقوقی عقود اذنی رابطه‌اش با اراده‌های سازنده آن قطع نمی‌شود (شهبازی، ۱۳۹۳: ۷۶-۷۵).

۱-۲. لزوم یا جواز وکالت

اذنی بودن وکالت سبب شده است فقهای امامیه وکالت را عقد جایز بدانند (محقق حلی، ۲/۱۴۰۸: ۱۵۱؛ شهید اول، ۱/۱۴۱۱: ۱۴۱؛ شهید ثانی، بی تا/۲: ۱۶؛ حسینی عاملی، بی تا/۲۱: ۲۸۹؛ شیخ طوسی، بی تا/۲: ۲).

۲۶۷؛ علامه‌حلی، ۱/۱۴۱۰: ۴۱۷؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۹؛ ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۲۷؛ خمینی، ۲/۱۴۰۸: ۴۵). تمامی مذاهب چهارگانه اهل سنت نیز مانند فقهای امامیه در جایز بودن عقد وکالت اتفاق نظر دارند (ابن هبیره، ۱۴۲۲: ۴۵۲؛ الزحیلی، بی‌تا/۵: ۴۱۱۴). مستفاد از مواد ۶۷۸ و ۶۷۹ و ۶۸۲ و ۶۸۳ قانون مدنی نیز این است که وکالت جایز است. اگر مواد اشاره شده هم نبودند، باز هم وکالت عقدی جایز بود. این عقد بر مبنای اعتماد و تکیه بر شخصیت دو طرف بسته می‌شود. پس طبیعی است که به خواسته هر یک از طرفین یا فوت و حجرشان منحل شود (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۱۹۶). از سوی دیگر وکالت یک عقد اذنی است و سرنوشتش به زلف آن گره خورده است و هست و نیستش بسته به بقای اذن یا به فناء آن است.

جواز وکالت و اذنی بودن آن ایجاب می‌کند که این عقد به اسبابی چند منحل شود؛ این سبب‌ها را می‌توان در سه گروه دسته‌بندی کرد: اسباب ارادی، اسباب قهری و اسباب دو وجهی. عزل موکل و استعفای وکیل سبب‌های ارادی‌اند که گره وکالت را می‌توانند بگشایند. فوت و جنون و سفه اسباب قهری انحلال وکالت است. فوت موکل و وکیل در فقه اسلام و حقوق ایران موجب بطلان وکالت است. با این حال در شرط بودن علم وکیل از فوت موکل اختلاف نظر وجود دارد. حنفیان و شافعیان نقشی برای علم وکیل قائل نیستند (الکاسانی، ۶/۱۴۰۶: ۳۶؛ الزیلمی‌الحنفی، ۱۳۱۳: ۲۰۴). مالکیان و حنبلیان دو نظر متفاوت دارند؛ برخی علم وکیل را شرط می‌دانند و بعضی نمی‌دانند (ابن‌رشد، ۴۱/۱۴۲۵: ۸۶؛ الدسوقی‌المالکی، بی‌تا/۳: ۳۹۶، المقدسی، ۵/۱۳۸۸: ۸۹).

از نظر مشهور فقهای امامیه فوت موکل یا وکیل موجب بطلان وکالت است. از دیدگاه صاحب‌عروه مرگ موکل موجب بطلان وکالت نیست؛ لیکن برای اینکه با ایراد مواجه نشوند، می‌گویند نهایت امر این است که نسبت به بعد از مرگ، داخل در عنوان وصیت می‌گردد (طباطبائی‌یزدی، ۶/۱۴۲۳: ۱۹۱). در قانون مدنی ایران مرگ موکل یا وکیل موجب بطلان وکالت است و آگاهی طرفین شرط تأثیر آن نیست (مواد ۶۷۸ و ۶۸۰ و ۹۵۴ قانون مدنی).

در خصوص تأثیر جنون بر وکالت نظرات متفاوت است: برخی جنون را اطباقی باشد یا ادواری موجب بطلان وکالت می‌دانند (نجفی، ۲۷/۱۳۹۲: ۳۶۲). بعضی معتقدند که موکل می‌تواند در حالت سلامت و افاقه، دیگری را وکیل کند که متصدی امورات او در زمانی که دیوانه و بی‌هوش گردد، باشد. (طباطبائی‌یزدی، ۶/۱۴۲۲: ۱۹۲) و برخی بطلان وکالت بعد از برطرف شدن دیوانگی را محل اشکال می‌دانند. در حقوق ایران جنون موکل یا وکیل نیز بدون قید و شرط موجب بطلان وکالت است (ماده ۶۷۸ قانون مدنی ایران). از مذاهب اهل سنت، شافعیه جنون را به‌طور مطلق و حنفیه و حنابله و مالکیه فقط جنون اطباقی را موجب بطلان وکالت می‌دانند (الجزیری، ۳/۱۴۲۴: ۱۸۳-۱۸۲).

از نظر غالب فقهای امامیه عروض سفاقت بر موکل، وکالت را باطل می‌کند؛ البته در مواردی که رشد معتبر است (علامه حلی، ۲/۱۴۱۸: ۳۶۲؛ نجفی، ۲۷/۱۳۹۲: ۳۶۳).

در رد این نظر برخی گفته‌اند که اگر اجماع نبود، انصاف نه مقتضی بطلان وکالت در صورت سفیه موکل، بلکه موجب عدم نفوذ تصرف وکیل بود و با زوال حجر نیازی به تجدید وکالت نبود (طباطبائی یزدی، ۱۳۹۳: ۶/۱۴۲۳). بعضی از فقها سفاهت را مانع وکالت سفیه نمی‌دانند. از نظر آن‌ها او می‌تواند در همه عقود مالی و غیرمالی وکیل شود (شهید ثانی، بی‌تا/۲: ۱۹۵؛ علامه حلی، ۱/۱۴۱۰: ۳۹۶؛ نجفی، ۲۶/۱۳۹۲: ۵۸). سفیه به اتفاق مذاهب اربعه موجب خروج موکل یا وکیل از اهلیت و در نتیجه نقطه پایان وکالت است (الزحیلی، بی‌تا/۵: ۴۱۱۷).

در حقوق ایران سفیه می‌تواند برخی از اعمال را بدون دخالت نماینده قانونی خود انجام دهد و برای همین، ماده ۶۸۱ قانون مدنی ایران سفیه را موجب بطلان وکالت در «اموری که حجر مانع از توکیل» یا «مانع از اقدام» در آن‌ها نیست، ندانسته است.

فقه‌های مذاهب خمسسه تلف متعلق وکالت را در زمره اسباب قهری انحلال وکالت دانسته‌اند (علامه حلی، ۲/۱۴۱۸: ۳۶۴؛ مقدس اردبیلی، ۹/۱۴۱۲: ۵۵۶؛ حسینی عاملی، بی‌تا/۲۱: ۳۱۰؛ الزحیلی، بی‌تا/۵: ۴۱۱۹-۴۱۱۸) و انجام متعلق وکالت و اعمال ناسازگار با آن را نیز از جمله اسباب دووجهی آورده‌اند (الزحیلی، بی‌تا/۵: ۴۱۱۶؛ السرخسی، ۱۹/۱۴۱۴: ۵۰). ماده ۶۸۳ قانون مدنی نیز در این باره صراحت دارد.

۲. تعریف وکالت بلاعزل

وکالت بلاعزل وکالتی است که ماده ۶۷۹ قانون مدنی به دو صورت متعرض آن شده است: الف) وکالت وکیل، ضمن عقد لازمی شرط شده باشد؛ ب) عدم عزل وکیل ضمن عقد لازمی شرط شود (جعفری‌لنگرودی، ۵/۱۳۸۱: ۳۸۳۵)؛ اعم از اینکه به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل باشد که وکالت شرطی و وکالت لازم هم نام نهاده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۵/۱۳۸۱: ۳۸۴۰-۳۸۳۹). قاطبه فقهای امامیه اندراج شرط وکالت را و آن هم به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد رهن یا عقد لازم دیگر جایز دانسته و آن وکالت را بلاعزل معرفی کرده‌اند (شهید ثانی، بی‌تا/۴: ۳۶؛ حلی، ۲/۱۴۱۰: ۴۲۸).

۲-۱. اثر وکالت بلاعزل

بنا به آنچه بیان گردید وکالت استنباه‌ای بیش نیست و از اذن برای انجام امری حاصل می‌شود. شرط وکالت ضمن عقد لازم یا شرط عدم عزل ماهیت آن را دگرگون نمی‌سازد؛ بلکه تنها اثر وکالت بلاعزل این است که موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند. این امر مانع توصیف دیگر از وکالت نیست که برای این کار باید رجوع به شروط مقرر بین طرفین کرد. هرگاه صاحب ملک به دیگری وکالت فروش دهد تا ثمن را نگه دارد و دیون او را به خود یا دیگری بپردازد، در این صورت عقد انعقادی وکالت خواهد بود؛ ولی اگر تصریح بر حق وکیل بر فروش و انتقال با حق وصول ثمن کند و موکل اقرار کند که ثمن مقرر بین او و وکیل را به تاریخ وکالت نقداً قبض کرده است، این اتفاق بیع است و آثار عقد بیع بر آن جاری خواهد بود. لکن تردیدی نیست که

مرجع صالح این کار قاضی پرونده است و اوست که می‌تواند وصف قانونی مناسب را به عقد انعقادی طرفین اعطاء کند (طویبا، ۱۹۹۸: ۴۲-۴۰).

۲-۲. دلایل ناکارآمدی وکالت بلاعزل

ماهیت حقوقی وکالت بر پایه استنباط نهاده شده است؛ پس با فوت و جنون یا سفه یکی از طرفین منحل می‌شود ولو آنکه بلاعزل بوده باشد؛ زیرا استنباط را خاصیت همین است و این امر از مسلمات حقوق کشور ما و به تبع حقوق اسلامی است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۵۲). در وکالت بلاعزل موکل حق دارد خود در مورد وکالت اقدام کند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵: ۳۵۱؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۶۲)؛ چراکه ماده ۶۸۳ قانون مدنی این حق را به او داده است و قراردادن وکالت به صورت شرط نتیجه یا فعل و همچنین شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم در حق مزبور مؤثر نخواهد بود. نیازی به تکرار نیست که همه اسباب انحلال وکالت، وکالت بلاعزل را نیز از بین می‌برند و شرط وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازم تنها اثرش این است که موکل نمی‌تواند وکیل را از وکالت عزل کند.

دوگونه‌ای بودن وکالت بلاعزل را نیز باید به حساب ناکارآمدی وکالت بلاعزل در نیل به اهدافی تلقی کرد که این نوع وکالت برای آن ابداع شده است. وکالت بلاعزل را باید از مصادیق بارز عقد دوگونه یا عقد وانمودشده تلقی کرد. دوگونگی امتیاز نیست؛ بلکه یکی از منابع تولید خصومت و اختلاف است.

وقتی شخصی به دیگری وکالت می‌دهد که ملک او به هر بهایی و به هر قید و شرط و به هر شخصی ولو به نفس خود بفروشد و ثمن را نیز به نفع خویش وصول کند و شرط هم می‌شود که حق عزل و انجام بالمباشرة مورد وکالت یا عمل منافی با آن را ندارد و ضم امین و وکیل و ناظر هم نتواند کرد، دادرس را به تردید می‌اندازد که آنچه از دالان نفس و اراده آن‌ها گذر کرده است چیست؟ وکالت است یا عقدی دیگر؟ حکمت تشریح وکالت نه آن است که جای عقود ناقل گیرد بلکه رعایت مصلحت و سد حاجت و دفع حرج از مردمان است. چنانکه دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۵/۲۲-۵۸/۳/۱۰ از توجه به متن وکالت‌نامه و اختیار اعطایی به وکیل راجع به تهاتر ثمن با مطالبات خود و دادن زمین به تصرف وی وکالت را تعهد به بیع تلقی کرده و رأی دادگاه استان را که در تأیید رأی دادگاه بدوی مبنی بر انحلال وکالت به فوت موکل صادر شده بود، نقض کرد و تجدید رسیدگی را به شعبه دیگر ارجاع نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۳۷۶-۱۲۴-۱۲۳).

شیوع وکالت بلاعزل در نزد سوداگران را نباید به حساب کارآمدی آن در میان قالب‌های تسجیل اراده‌های آن‌ها تلقی کرد. آنگاه که دادرسی، وکالت‌نامه‌ای را بیع یا تعهد به بیع یا حداقل وعده بیع توصیف می‌کند تا آن را از گزند فوت طرفین مصون سازد با این توصیف خود، مسجّل این واقعیت است که وکالت ولو بلاعزل آنی نیست که در تصور همگان است.

آرای متعددی از دادگاه‌های عمومی و تجدیدنظر نیز می‌توان سراغ گرفت که احتجاج بر بیع بودن وکالت بلاعزل نموده‌اند؛ از جمله شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۲۳۵۰۰۱۸۴ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ مهر تأیید بر استدلال دادگاه بدوی مربوطه زده مبنی بر اینکه «در موقعیت زمانی کنونی،

شود. اما اگر مفاد شرط فقط وکیل بودن بدون عزل (چه به صورت شرط فعل و چه شرط نتیجه) باشد، نتیجه آن منافاتی با مقتضای ذات وکالت ندارد تا باطل باشد. چون معنای این شرط بازنگردیدن موکل از اذن خود است نه وکالت بدون اذن (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۴-۱۳۸۲: ۲۸).

۲-۳. ضرورت چاره‌اندیشی

حقوق زائیده نیاز است. حقوق‌دان باید منطق را در خدمت نیازها قرار دهد و تا جایی که قوانین، تاب تفسیر دارد گره‌گشایی کند، از حرمت قواعد نکاهد ولی آن‌ها را به گونه‌ای انعطاف‌پذیر «در راستای عدالت» به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۷۶/۵: ۲۰۸). چنانچه قانون‌گذار پایه‌پای نیاز گام بردارد و حقوق‌دانان نیز اسیر وضع موجود باشند، عرف عامه ره خود می‌رود و چه بسا بد راهی برای رفع نیاز اختیار کند و معضلات عدیده‌ای را در جامعه موجب گردد. رواج وکالت بلاعزل در حالی که آن را چندان تفاوتی با وکالت عادی نیست محصول همین وضع است.

آنان هم که خواسته‌اند راهی نشان دهند، در پی تغییر علت رفته‌اند؛ بدون آنکه خاصیت ذاتی معلول (اذن) را مدنظر قرار دهند. آنکه بقای اهلیت وکیل را در بقای اذن شرط نمی‌دانست، خود در گفته‌های خویش آن‌قدر مردد بود که گفت نهایت وکالت برای پس از مرگ عنوان وصایت به خود می‌گیرد (طباطبائی‌یزدی، بی‌تا/۱: ۱۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۲۱۲). آن دیگر با اذعان به اینکه خاصیت استتبابه این است که به فوت و جنون و سفه از بین می‌رود، می‌گوید که اگر طرفین می‌خواهند چنین نشود باید اختیار را در قالب صلح دهند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۳۵).

برخی هم وکالتی را که یکی پولی می‌دهد تا وکالت دیگری را داشته باشد، وکالت غیراذنی می‌نامد تا فوت و جنون در آن کارگر نیفتد؛ ولی اینان نیز وقتی می‌بینند با این حرفشان وکالت ماهیت عوض می‌کند و چیزی غیر از آنچه به عنوان وکالت مطرح است در می‌آید، می‌گویند: اینجا برخلاف وکالت متعارف، معاوضه بوده و نمی‌توان باطل بودن آن را به مشهور فقیهان نسبت داد؛ چون متعرض این قسم نشده‌اند (معصومی‌نیا و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۶۸).

برخی هم وکالت مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی را پیشنهاد نموده‌اند (باقری‌مقدم، ۱۳۸۰: ۷). باید در نظر داشت اگر اذن شایستگی بقا را ندارد، شکل قرارداد ماهیت آن را تغییر نخواهد داد و هیچ‌اکسیری آن را زوال‌ناپذیر نخواهد ساخت. حتی عقود لازم مستمر نیز در معرض زوال و نیستی خواهند بود؛ اگر موضوع آن‌ها شایستگی بقا را نداشته باشد. مدرک مدعا عقد اجاره است که چون عین مستأجره کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود.

۲-۴. حق به‌جای اذن

گفته شد که اذن وابسته به اراده است و صلاحیت بقا ندارد و شکل قرارداد هم در این میان کارساز نیست. چاره آن است که اختیار به گونه‌ای اعطا شود که صلاحیت قرار در میان اقالام مثبت و منفی دارایی داشته باشد

تا جزء ماترک به وراثت رسد؛ این دارایی است که اگر زنجیر ارتباطش با صاحبش به سبب مرگ پاره شود، زنجیری دیگر بر گردشش آویخته گردد. برای همین وقتی از انتقال وکالت به ورثه بر اساس ماده ۷۷۷ قانون مدنی سخن رانده می‌شود، می‌گویند چنین سلطه‌ای را باید «ایجاد حق» تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۲۱۲). برخی هم آن را «جعل ولایت در فروش برای مرتهن» دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۸: ۲۶۸).

همان اراده‌ای که اذن در تصرف را برای وکیل به وجود می‌آورد، می‌تواند آن را به حق و تعهد نیز تبدیل کند؛ یعنی، اختیار وکیل را چنان مقرر کند که با فوت و حجر هم از بین نرود. علت اینکه فوت و جنون نیابت ایجادشده را از بین می‌برد، این است که آنان خود نخواستند وکالت به طور کامل از شعور و حیانتشان مستقل بماند. معنی نیابت و وکالت نیز در عرف همین است. ماده ۶۷۸ قانون مدنی بر همین معنی عرفی و اراده مفروض طرفین وکالت استوار است. ولی، همان اراده که می‌تواند اذن را در برابر فراموشی جاوید سازد یا حق عزل و استعفا را از طرفین بگیرد، می‌تواند نیابت را چنان به وجود آورد که با فوت و جنون نیز از بین نرود (کاتوزیان، ۱/۱۳۷۴: ۴۹).

۲-۵. حق فروش به جای اذن فروش

به نظر می‌رسد حقی که می‌تواند جانشین «اذن» و «نیابت» شود، «حق فروش» به عنوان یکی از حقوق ناشی از مالکیت است که چنانچه قابلیت انتقال آن احراز شود در اینکه این انتقال به کدامین سبب انجام شود با مشکل آن چنانی روبرو نخواهیم بود؛ زیرا این احتمال هست که اولاً، حق فروش، حق به معنای اخص نباشد بلکه از احکام شرعی‌ای باشد که مختص موضوعات خود هستند؛ یعنی همان طور که جایز است انسان آب بیاشامد و غذای مباح بخورد و این جواز حقی برای او محسوب نمی‌شود که برای او جعل شده است، بلکه عبارت دیگری از اباحه شرعی است که یکی از احکام خمس الهی شمرده می‌شود و در محدوده سلطنت عبد قرار ندارد، همین طور بر او جایز است ملک خود را بفروشد و هر چه می‌خواهد بخرد. از این رو محتمل است حق فروش به معنای جواز فروش که از مقوله احکام شرعی است باشد که در این صورت قابل نقل و انتقال نبوده و از محدوده سلطنت عبد برون خواهد بود. ثانیاً اگر پذیرفته شود که حق فروش مال معین از قبیل حقوق است نه احکام باز این احتمال هست که حق مزبور از مصادیق حقوق غیرقابل انتقال باشد (مؤمن‌قمی، ۱۳۸۲: ۵۹).

در صورت تحقق هر یک از این دو احتمال، راهی برای انتقال حق فروش مال معین به هیچ‌یک از اسباب قانونی نخواهد بود. بنابراین پیش از آنکه به دنبال سببی مناسب برای انتقال حق فروش باشیم لازم است ماهیت حق فروش را معین کنیم که آیا حق فروش حقی است به معنای اخص یا از مقوله احکام شرعی است که نمی‌تواند مورد نقل و انتقال قرار گیرد؟

۳. مبانی جواز انتقال حق فروش

گرچه معامله «حق فروش» یا «اختیار فروش» در فقه سابقه ندارد و به طور خاص مورد توجه و بحث فقها قرار نگرفته است، ولی این بدان معنی نیست که نتوان منابع حقوق را به استخدام گرفت و بر صحت معامله آن حکم راند. در میان متون حقوقی اعم از متون قانونی، فقهی و متون حاوی دکترین حقوقی مطالب متقن خوبی یافت می‌شود که می‌توانند به ما جرأت دهند تا جامعه حکمیت از تن «اختیار فروش» به در کنیم و لباس «حقیقت» بر تنش نماییم.

۳-۱. متون قانونی

در لابه‌لای متون قانونی می‌توان موادی را سراغ گرفت که قانون‌گذار به اختیار فروش صبغه حقیقت داده و واگذاری با اسقاط آن را جایز شمرده است. برخی از این مواد قانونی که صریح در مقصود و استنادپذیر در این گفتار هستند، در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۳-۱-۱. جواز قرارداد اختیار معامله

بند ۱۱ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ گرچه تعریفی از قرارداد اختیار معامله نکرده، این قرارداد را به عنوان یکی از ابزارهای مشتقه مالی معرفی کرده است و در عمل در بازارهای بورس اوراق بهادار توافق طرفین در قالب آن صورت می‌پذیرد.

در تعریف قرارداد اختیار معامله گفته‌اند: «قراردادی است میان خریدار و فروشنده اختیار که به سبب آن خریدار با پرداخت وجهی به فروشنده، حق (و نه التزام به) خرید یا فروش دارایی مشخص را با قیمت معین در آینده به دست می‌آورد.» این قرارداد نیز مانند دیگر قراردادها، معوض است و عوض دارد. خریدار اختیار به فروشنده وجهی پرداخت می‌کند که در واقع قیمت اختیار معامله است و فروشنده اختیار نیز حق خرید یا فروش دارایی مشخصی را با قیمت معین به خریدار اعطا می‌کند (حسین‌زاده و دیگران، ۱۳۸۶: ۱۰۴-۱۰۳).

گرچه انتقال حق فروش مورد پیشنهاد با قرارداد اختیار معامله به خصوص در بازار اولیه و حتی بازارهای ثانویه تفاوت‌های اساسی با هم دارند و قرارداد اختیار معامله بیشتر ایجاد حق تقدم خرید یا حق فروش کالا است برای خریدار حق که او را محق می‌کند کالای معینی در طول مدت تعیینی یا پایان مدت به قیمت معین از فروشنده اختیار خریداری نماید یا به قیمت معین به او بفروشد و در معامله‌ای که بعداً انجام خواهد شد، طرفین معامله خود فروشنده اختیار و خریدار اختیار خواهند بود؛ بدون اینکه یکی بتواند به نمایندگی از دیگری عمل کند. حال آنکه انتقال حق فروش مدنظر ما به انتقال‌گیرنده این حق را می‌دهد که مال موضوع حق را به خود یا شخص دیگر منتقل کند؛ بدون آنکه مالک مال اصالتاً در معامله دخالتی داشته باشد. بنابراین نقطه اشتراک قرارداد اختیار با قرارداد انتقال حق فروش در این است که در هر دو، اختیار فروش مالیت پیدا می‌کند و در قبال آن عوض در نظر گرفته می‌شود. اگرچه برخی در توجیه قرارداد اختیار به قالب وکالت بلاعزل هم متوسل شده‌اند (معصومی‌نیا و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۷۸).

۲-۱-۳. مالیت حق اجاره کردن در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶

ماده ۷ و ۸ قانون روابط مؤجر و مستأجر حاوی حکمی است که به موجب آن در سایه تعهد مؤجر به اجاره دادن عین مستأجره صرفاً به مستأجر محل کسب، برای مستأجر حق تقدم در اجاره نمودن ایجاد می شود. قانون گذار نام این حق را سرقفلی نهاده و به مستأجر اجازه داده است در قبال اسقاط یا واگذاری آن مبلغی به عنوان سرقفلی بگیرد.

در مقابل تعهد مؤجر به اجاره دادن بدون افزایش اجاره بها هم، حق اجاره کردن مکرر برای مستأجر ایجاد می شود که وی می تواند برای اسقاط آن مبلغی از مؤجر بگیرد یا با دریافت مبلغی آن را به غیر واگذارد. همچنین در برابر تعهد مؤجر به اجاره دادن با اجاره بهای متعارف، حق اجاره کردن به مال الاجاره متعارف برای مستأجر ایجاد می شود که برای اسقاط یا واگذاری آن می تواند مبلغی به عنوان سرقفلی دریافت دارد. این احکام قانونی بیانگر این است که مرز بین حق و حکم بسیار باریک است. آنچه در جایی حکم محسوب می شود در جای دیگر می تواند حق تلقی شده و مالیت پیدا کند. به ویژه که حق اجاره نمودن اگر قیود مدنظر قانون گذار را نداشته باشد، از مقوله احکام خواهد بود؛ حال آنکه در حکم نبودن حق فروش مال معین از آن رو که تعلق به مال معین یافته است، تردید نشده است.

۲-۳. متون فقهی

مواد ۷ و ۸ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ بی پیشینه فقهی نیست. این مواد در واقع ترجمه مسئله ۶ و ۷ از مسائل سرقفلی کتاب تحریر الوسیله امام خمینی است (خمینی، ۱۳۸۰/۲: ۶۱۵). بیان صاحب جواهر در انتقال حق فروش مقرر برای مرتهن در صورت فوت او به وراثت نیز امری است که نباید از نظرها دور بماند. ایشان بعد از اینکه انتقال وکالت مرتهن در فروش عین مرهونه را به وراثت او بی معنی می داند، آنچه راهن برای مرتهن و وراثت می شناسد، حق فروش معرفی می کند: «فالشروط علیه هو البیع عنه، و هو صحیح بالنسبه إلى المرتهن و وارثه...» البته ایشان پس از ذکر اینکه ممکن است شرط وکالت وراثت به طور مستقل شده باشد، نظر اول را که راهن برای مرتهن حق فروش قرار می دهد اولی و نظر دقیق تر اعلام می کند (نجفی، ۱۳۹۴/۲۵: ۱۶۸).

۳-۳. نظریات حقوق دانان**۱-۳-۳. انتقال پذیری حق فروش**

دکتر جعفری لنگرودی بعد از آنکه جمیع احکام وکالت را در مورد وکالتی که به شرح ماده ۷۷۷ قانون مدنی ضمن عقد رهن واقع می شود جاری می داند، خواه وکیل مرتهن باشد یا ورثه اش یا شخصی ثالث، بنابراین آن را به فوت، جنون و سفه از بین رفته می شناسد، بیان می دارد که: «ممکن است راهن، مرتهن را (حق فروش رهینه) دهد که در صورت تأدیه نکردن دین در موعدهش رهینه را فروخته و طلب خویش بردارد یا معادل

طلب از عین رهینه تملک کند و مقصودشان این باشد که این هدف در خارج از قلمرو «استثنا» تحقق یابد؛ در این صورت فوت و جنون و سفه، حق مذکور را نتواند از بین برد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۸۱-۷۹)

۳-۳-۲. اسقاطپذیری حق فروش

یکی از نویسندگان، حقوق جزئی مدنی و اجرای حق مدنی را به دو دسته غیرقابل سلب و اسقاط و حق سلب‌شدنی و اسقاط‌پذیر تقسیم کرده است و حق فروش و حق رهن‌گذاران یا حق استیفای از حق فروش یا رهن‌گذاران مال معین را یک حق به معنی اخص و وابسته به ملک می‌داند که ابقاء یا اسقاط آن در اختیار مالک مال قرار دارد؛ اما حق خریدن مال معین یا شرکت در مزایده مشخص را از آن رو که مال معین هنوز متعلق حق او نیست، از مقوله احکام و غیرقابل اسقاط معرفی می‌کند (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۴۴-۱۴۳).

بنابراین حق فروش به‌طور کلی اگر از مقوله احکام باشد، حق فروش مال معین در زمره حقوق به معنای خاص است و برای همین اسقاط‌شدنی است.

۳-۳-۳. مالیت هر یک از اجزاء حق مالکیت

مالکیت یک رابطه اعتباری است که بین شخص و مال برقرار می‌شود و به مالک اختیار می‌دهد تا هرگونه تصرفی را در حدود مقررات در آن مال بنماید و از جمیع منافع آن استفاده کند؛ به‌نحوی که کسی نتواند مانع او شود و او بتواند دیگران را از تصرف در آن مانع شود. حق مالکیت شامل سه نوع حق می‌شود: الف) حق استعمال؛ ب) حق استثمار؛ ج) حق اخراج از مالکیت (اعم از تلف مال یا انتقال آن) (عباسی‌داکانی، ۱۳۸۵: ۷۷-۷۶).

حق استعمال اختیار به‌کارگیری و استفاده از ملک است و حق استثمار بیشتر استعمالش در مواردی است که مال را ثمره‌ای است و صاحب مال می‌تواند از ثمره آن بهره‌مند گردد و به‌موجب حق اخراج، مالک را این حق است که مملوک خویش به هر گونه‌ای که مصلحت و ضروری تشخیص می‌دهد، منتقل یا تلف کند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۰۳).

وقتی در ضمن عقد اجاره یا قرارداد حق انتفاع قید می‌شود که مستأجر یا منتفع حق واگذاری به غیر دارد در واقع مؤجر و مالک به انضمام واگذاری منفعت و حق انتفاع، حق واگذاری منفعت و حق انتفاع را نیز به او منتقل می‌کند و قطعاً منفعت و حق انتفاعی که با چنین حقی واگذار شود، ارزشمندتر از موردی خواهد بود که این حق سلب گردیده باشد. کما اینکه منفعت و حق انتفاع هم که همان «حق استفاده از اموال» است، مالک به اعتبار حق استثمارش از مال خود به دیگری واگذار می‌کند. همچنین این حق که مالک می‌تواند مال خود را در قبال دینی وثیقه نهد، از آثار حق اخراج از مالکیت (حقی فرعی از حق مالکیت) است که در تقسیم حقوق به مالی و غیرمالی در جرگه حقوق مالی عینی تبعی قرار می‌گیرد.

در مشروح مذاکرات کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس به مطالبی می‌توان دست یافت که مؤید نتیجه فوق است که ذکر بخشی از آن خالی از وجه نیست: «... قانون مدنی در ماده ۹۵۹ مقرر می‌دارد که هیچ‌کس

نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند و مفهوم مخالف آن این است که به‌طور جزئی می‌تواند. بنابراین جایی که مالکی وجود دارد و در واقع حق فروش را مورد معامله قرار می‌دهد از نظر حقوقی این‌طور تحلیل می‌شود که این، یکی از اجزای اختیارات حقوقی نسبت به مایملک خودش است. حق بیع در آینده را از آن تفکیک می‌کند که مابه‌ازاء دارد و در مقابل دریافت مابه‌ازاء این را به دیگری واگذار می‌کند.» (نقل از کشتکاری و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۳۹)

۳-۳-۴. امکان تملیک حق استثمار

امکان تجزیه حق استثمار از سایر اجزای حق مالکیت و تملیک آن نیز که در کنار حق اخراج از مالکیت یکی از حقوق منشعب از حق مالکیت است که می‌تواند دلیل دیگری بر جواز تجزیه حقوق ناشی از حق مالکیت و انتقال حق اخراج از مالکیت و حق فروش باشد. یک مؤلف حقوقی برای اینکه اجاره، تملیک معدوم و باطل محسوب نشود، معتقد است موجود اعتباری ناشی از عقد اجاره، تسلیط مستأجر بر بهره‌کشی از عین مستأجره در طول مدت اجاره است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۹-۲۸) و صد البته منظور ایشان از تسلیط مستأجر بر بهره‌کشی، همانا تملیک حق استثمار است که از حقوق برخاسته از حق مالکیت و جزئی از این حق تلقی می‌شود. چنانکه در تألیفی دیگر می‌گوید: «اجاره اعیان، تملیک منافع نیست، بلکه واگذاری حق استیفاء مالک از منافع عین به دیگری است در برابر عوض معین.» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۳۸)

گرچه توجه این مؤلف ایرادات وارد بر تعریف عقد اجاره را مرتفع می‌سازد و در صورت نبود ماده ۴۶۶ قانون مدنی نظری متین و سازگار با ذوق حقوقی بود ولی این تحلیل با صراحتی که ماده ۴۶۶ قانون مدنی در تملیک منفعت شناختن اجاره دارد، تعارض آشکار دارد؛ اگرچه ماده ۴۶۶ قانون مدنی مانع از انتقال حق استثمار بنا بر تحلیلی که گردید نمی‌تواند باشد و چنان‌عقدی را نباید باطل دانست.

۳-۳-۵. جواز انتقال سرقفلی

برای تجویز انتقال حق فروش می‌توان به جواز انتقال سرقفلی هم متوسل شد که حقی است هم‌شان با آن. گفته‌اند گاه حصول حقی در خود عین، به‌لحاظ فروش یا اجاره آن فرض می‌شود؛ همانند سرقفلی که مالک، آن را به دیگری می‌فروشد. این خود نوعی عقد و بلکه بیع است، با این تفاوت که متعلق آن خود عین نیست؛ بلکه حق فروش یا حق اجاره‌دادن آن است و این از حقوق عینی است که نقل آن یکی از مصداق‌های عقد و بلکه به‌طور خاص بیع است نه آنکه تعهدی به انجام‌دادن یا انجام‌ندادن یک کار باشد. بر این اساس، در قرارداد فروش حق سرقفلی چنانچه مالک حق خود را در برابر بدل یا قیمتی معین به خریدار یا مستأجر بفروشد، کارش صحیح و الزام‌آور و نتیجه آن این است که خود او پس از این قرارداد، حق فروش یا اجاره‌دادن آن را ندارد و این حق به خریدار انتقال می‌یابد (هاشمی‌شاه‌رودی، ۱۳۷۸: ۵/۷۱).

۳-۳-۶. رواج ابزارهای مالی مشابه در بازارهای مالی

در بازارهای مالی، ابزارهایی برای تسهیل مراودات تجاری و اقتصادی ابداع شده است که حقوق حاصل از این ابزارهای مالی، حقی است هم‌شأن با حق و اختیار فروش که در بازار بورس و حتی خارج از بورس مورد معامله قرار می‌گیرند. خرید و فروش اختیار معامله و گواهی حق تقدم خرید سهام و همین‌طور گواهی حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن از جمله ابزارهایی است که در اقتصاد کشور ما در سال‌های اخیر رایج شده است و عقلاً به انجام آن همت می‌گمارند. چنانچه معاملات انجامی صحیح باشد، معامله حق فروش هم به‌عنوان یکی از اجزای حق مالکیت منعی نخواهد داشت؛ چراکه انجام معامله در بورس اوراق بهادار خصوصیتی ندارد تا اگر معامله‌ای در بورس انجام شود، صحیح تلقی گردد و اگر خارج از آن بازار انجام گیرد، مهر بطلان بر پیشانی آن کوبیده شود.

۳-۳-۶-۱. صحت قرارداد اختیار از نظر حقوق دانان فارغ از قانون بورس اوراق بهادار

برخی معتقدند که عقد اختیار می‌تواند نوعی وکالت باشد اما نه وکالت متعارف که استنباه‌ای بیش نیست؛ بلکه وکالتی که برخلاف وکالت متعارف به مصلحت وکیل است و به این امید صورت می‌گیرد که وکیل به این وسیله به مبلغی دست یابد که هم ثمن اختیار و هم سود را پوشش دهد. از این‌رو، سود این نوع وکالت به وکیل باز می‌گردد. بنابراین عقلاً پرداخت مال برای آن را توسط وکیل صحیح می‌شمارند و به همین دلیل، آن را از عنوان «اُکل» و «ایکال مال به باطل»، خارج می‌دانند؛ همچنان که آن‌ها در وکالت‌های متعارف، دریافت اجرت را صحیح می‌دانند و آن را از شمول اکل مال به باطل خارج می‌دانند (مؤمن‌قمی، ۱۳۸۲: ۵۶).

استناد به قرارداد اختیار معامله صرفاً بدین منظور است که در عرف تجار حق خرید یا حق فروش مالیت دارد و در قبال آن پول پرداخته می‌شود و آنچه پرداخت می‌شود از مصادیق اکل مال به باطل محسوب نمی‌گردد. حال هر توجیهی که برای صحت عقد اختیار ارائه دهند، تأثیری در این امر نخواهد داشت؛ چنانچه از فروش اختیار خرید یا فروش نفعی عاید خریدار گردد.

۳-۳-۶-۲. صحت خرید و فروش حق تقدم خرید (وارانت)

یکی دیگر از مواردی که در انتقال حق فروش می‌توان از آن استعانت جست، مجاز بودن خرید و فروش حق تقدم خرید است که در بورس اوراق بهادار به وارانت معروف است. این لفظ «تقدم» نیست که بر خرید مالیت می‌بخشد؛ چراکه حق تقدم خرید چیزی نیست جز حق خرید که تفاوتش با حق خرید در این است که به دارنده‌اش اولویت در خرید نسبت به کسان دیگر اعطاء می‌کند. به‌سان سرقفلی به معنای منظور در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ که به مستأجر حق تقدم در اجاره‌نمودن اعطاء می‌کند. پس آنچه در این میان مالیت پیدا می‌کند، امکان خرید مال معین است.

وارانت، اوراق بهاداری است که به دارنده اش، حق خرید سهام عادی را به قیمت ثابت (معین) در یک مقطع زمانی مشخص می‌دهد و در عین حال برای دارنده آن، خرید سهام الزام‌آور نیست. هر حق تقدم، تعداد سهامی که فرد دارنده می‌تواند بخرد، قیمت اعمال (خرید) و تاریخ انقضای آن را مشخص می‌نماید (شهرآبادی، ۱۳۸۵: ۲۷). گواهینامه‌های حق خرید سهام که طبق ماده ۱۷۰ قانون تجارت صادر و در اختیار سهام‌داران قرار می‌گیرد، اوراقی قابل معامله هستند که دارندگان آن‌ها چنانچه خود نخواهند از حق تقدم خرید سهم استفاده کنند، می‌توانند با فروش آن به اشخاص دیگر از عوض آن بهره‌مند گردند.

۳-۳-۶-۳. قابلیت نقل و انتقال گواهی حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن

گواهی حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن اوراقی است که از سوی بانک مسکن صادر و به دارندگان حساب سپرده‌های کوتاه مدت خاصی تسلیم می‌شود. این اوراق که قابلیت نقل و انتقال داشته و در فرابورس می‌توانند مورد معامله قرار گیرد، به دارنده اش حق استفاده از تسهیلات بانک مسکن تا مبلغ معین برای ساخت یا خرید مسکن اعطاء می‌کند (بزرگ‌منش، ۱۳۸۴: ۳۲).

حقی که این اوراق برای دارنده آن ایجاد می‌کند، حق انعقاد قرارداد مشارکت مدنی یا فروش اقساطی است و الزامی که برای بانک ایجاد می‌شود، در واقع تعهد به انعقاد این قراردادهاست. پس از انعقاد قرارداد است که دارنده اوراق مستحق تصرف در تسهیلات اعطایی می‌شود.

بنابراین آنچه خریداران این اوراق در خرید آن تحصیل می‌کنند، حق انعقاد قرارداد با بانک مسکن برای اخذ تسهیلات احداث یا خرید مسکن است و همین حق است که مورد معامله دارندگان اوراق با اشخاص ثالث قرار می‌گیرد و خریداران اوراق با پرداخت مبلغی می‌توانند به استناد آن طرف قرارداد بانک قرار گرفته و از تسهیلات مسکن جهت احداث یا خرید بهره‌مند شوند.

۳-۳-۷. انطباق ویژگی‌های سه‌گانه حق بر «حق فروش»

در بیان تفاوت حق و حکم و ویژگی‌های سه‌گانه بر حق به معنای خاص شمرده شد: الف) اسقاط‌پذیری؛ ب) نقل‌پذیری؛ ج) انتقال‌پذیری.

هر سه ویژگی بر حق فروش منطبق است. وقتی از ماده ۹۵۹ قانون مدنی سخن گفته می‌شود، امکان سلب و اسقاط حق فروش به‌طور جزئی جزء مثال‌های مفهوم مخالف این ماده اعلام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۰) یا در اجاره‌های مشمول قانون روابط مؤجر و مستأجر که حق انتقال به غیر به مستأجر داده شده است، این حق با فوت مستأجر به وراث وی منتقل می‌شود و احدی در این باره تردید ننموده است. ادله‌ای که برای اثبات مالیت «حق فروش» بیان گردید نیز راه را بر نقل‌پذیری این حق هموار می‌سازد. کما اینکه در اجاره‌نامه‌های توأم با سرقفلی که حق انتقال به غیر از مستأجر سلب گردیده است، مؤجر در قبال دریافت مبلغی به او حق انتقال به غیر می‌دهد یا در چنین اجاره‌نامه‌هایی گاهی قید می‌شود چنانچه مستأجر بخواهد سرقفلی را به دیگری منتقل کند، باید مبلغ معینی که به‌طور مقطوع یا درصدی از بها تعیین می‌گردد، به مؤجر

بپردازد. در تحلیل مبلغ پرداختی می‌توان گفت که مبلغ مزبور چیزی نیست جز اینکه در عوض اعطای حق انتقال به مستأجر در اختیار مؤجر قرار می‌گیرد.

۱-۷-۳. تطبیق حق فروش با ملاک‌های مال

محقق نراقی می‌گوید: «معنای ملکیت و مالیت و ملک و مال، عرفی یا لغوی است که شناخت آن متوقف بر توقیف شرع و همین‌طور دلیل شرعی نیست. بلکه برای آن‌ها رجوع به عرف و لغت ضروری است؛ چنانکه درباره دیگر الفاظی که حقیقت شرعی در مورد آن‌ها ثابت نشده است، نیز چنین است.» (نراقی، ۱۴۰۸: ۲۸) سیدابوالقاسم خوئی می‌فرماید: «از نظر شرع مالیت هر چیز به اعتبار وجود منافع حلال برای آن است و فاقد منفعت حلال، مال نیست.» (خوئی، ۱۳۷۷: ۴) از نظر سیدمحسن طباطبائی حکیم: «مالیت، اعتباری عقلایی است، برخاسته از غرض و رغبت مردم بدان، به گونه‌ای که به آن تنافس و تفاخر کنند و برای به‌دست‌آوردنش، بر یکدیگر پیشی گیرند و کشمکش کنند.» (طباطبائی حکیم، بی‌تا: ۳۲۵) از نظر امام خمینی مال چیزی نیست جز آنچه عقلاً بدان میل و رغبت کنند و مورد خواستشان باشد و در برابر آن بها بپردازند (خمینی، ۱۴۱۰: ۲۰).

قانون مدنی ایران تعریفی از مال نکرده است. با وجود این از مقررات مربوط به اموال (مواد ۱۷ تا ۳۰) می‌توان فهمید که از نظر مقنن، حقوق هم از مصادیق اموال در معنای کلی است. حقوق‌دانان نیز تعریفی مشابه تعریف فقها از مال ارائه کرده‌اند. گفته‌اند: از نظر حقوقی، به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی باشد: الف) مفید و برآورنده یک نیاز مادی یا معنوی باشد؛ ب) قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۹).

یا برخی معتقدند که: «مال چیزی است که دارای منفعت عقلایی و مشروع بوده و قابلیت دادوستد در بازار معاملات را داشته و برحسب نیازهای فردی و اجتماعی قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا اشخاصی را دارد.» (حیاتی، ۱۳۸۹: ۱۴)

از ضوابط و معیارهایی که برای مال در فقه و حقوق بیان شده است، می‌توان نتیجه گرفت که منعی در مالیت قائل شدن برای «حق فروش» وجود ندارد. به‌ویژه که مال در دوره‌ها و زمان‌های مختلف و مکان‌های متفاوت مفهومش دگرگون و بر گستره شمول آن افزوده شده است؛ به نحوی که امروزه عرف، حقوق مالی را نیز مال می‌شناسد. گذشته از آن ممکن است عقلاً از چیزی که پیش از آن برایش ارزش قائل نبودند، اکنون به علت نیاز یا پیشرفت علم و فن‌آوری و... آن را ارزشمند بدانند و آن را مال بشناسند (معصومی‌نیا و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۶۳). مضاف بر آن گرچه معیار تمییز مالیت، نظر نوعی و متعارف است و باید در بازار چیزی دارای ارزش باشد و بتوان در برابر انتقال آن پول گرفت، تحلیل مفهوم «ارزش» نشان می‌دهد که باید آن را ناظر به مورد غالب دانست و از آن شتاب‌زده نتیجه نگرفت که معامله چیزی که در نظر عموم ارزشی ندارد ولی رغبت خاصی را به خود جلب کرده، باطل است.

«ارزش» نتیجه رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی در خود احساس می‌کنند. این رغبت ممکن است ناشی از رفع نیاز طبیعی یا عارضی یا اجتماعی و عاطفی یا حتی ناشی از عامل شخصی باشد. آنچه از نظر حقوق اهمیت دارد، عقلایی و مشروع بودن انگیزه است نه منشأ آن. منتها، چون خواسته‌ها و نیازهای مردمی که با هم در اجتماع زندگی می‌کنند با هم شباهت دارد، به طور معمول ارزش، چهره نوعی و همگانی دارد، ولی گاه نیز رغبت و مسابقه در تملک را عامل شخصی به وجود می‌آورد و برای همین می‌توان گفت «ارزش» مفهومی اعتباری و نسبی است و همین اندازه که در رابطه دو طرف معامله بر پایه نیاز معقول و اخلاقی به وجود آید، برای درستی معامله درباره آن کافی است (کاتوزیان، ۲/۱۳۷۶: ۱۶۴-۱۶۳). پس اگر طرفین معامله یا یکی از آن‌ها به معامله چیزی اقدام نماید که مالیت ندارد لیکن اقدام‌کننده از معامله خود غرض منطقی و عقلایی دنبال کند، معامله او را نمی‌توان باطل دانست (خمینی، ۲/۱۳۹۰: ۶).

«حق فروش مال معین» که از اجزای حق مالکیت است، معیارهای برشمرده برای مال را داراست و رواج قرارداد اختیار در بازار بورس و پرداخت پول در قبال فروش یا خرید اختیار نشان می‌دهد که حداقل عرف خاص برای آن مالیت قائل است و خارج از آن بازار هم حداقل در روابط خصوصی آنان که مبادرت به خرید و فروش اموال به شیوه عادی می‌کنند، ارزشی را داراست که حاضرند در قبال آن پول بپردازند؛ به شرط آنکه رابطه‌ای استوار برای آنان فراهم گردد. به خصوص که هدف از پدیدآوردن چنین حقی، برآوردن نیازهای مادی خریداران اموال است، نه تأمین نیازهای عاطفی و اخلاقی آنان (حسین‌زاده و دیگران، ۱۳۸۶: ۱۱۷). بنابراین از آن‌جا که حق فروش برآورنده نیاز مادی خریداران اموال است، می‌تواند با پول ارزیابی و یک حق مالی محسوب گردد.

۲-۷-۳-۳. حکم تردید در قابلیت انتقال حق فروش

ممکن است گفته شود که اگر بیان‌شده‌ها تردید در قابلیت عرفی انتقال یا اسقاط چنین حقی را مرتفع کند، تردید در انتقال و اسقاط‌پذیری آن از نظر شرع باقی است و دلیلی بر مشروعیت انتقال آن در شرع وجود ندارد؛ اگر از دلایل شرعی حقوق هم‌شأن با آن (حق اجاره‌نمودن) چشم‌پوشیم. در پاسخ گفته شده است: چنانچه حق بودن امری مسلم باشد، عاقلان هر اثری در عرف بر آن حق مترتب کنند، شرع هم همان را بر حق مزبور بار می‌کند؛ مشروط بر اینکه شرع از آن منع نکرده باشد. لذا اگر منشأ شک در قابلیت انتقال یا اسقاط حقی، شرعی باشد می‌توان با تمسک به عمومات تنفیذ صلح و شرط و سلطنت مردم بر اموالشان معامله آن را صحیح دانست (اصفهان‌ی، ۱/۱۴۱۸: ۵۰).

درخصوص امکان انتقال حق فروش اگر شکی هم باشد، شک در قابلیت شرعی آن است که با تمسک به عمومات می‌توان قابلیت آن را احراز نمود.

۴. شکل انتقال حق فروش

هر آنچه تاکنون بیان شد در اثبات مالیت حق فروش بود. اینک وقت آن رسیده است قالب انتقال حق فروش معین گردد. نظر سنتی این است که تنها عقودی را می‌توان صحیح دانست که نوع و احکام و آثار آن شرعاً ثابت شده باشد. در غیر آن صورت، آثاری بر آن عقد مترتب نمی‌شود و مال تملک‌گشته به موجب عقد مزبور در حکم مقبوض به عقد فاسد خواهد بود که باید به صاحبش مسترد گردد (حائری، بی‌تا: ۱۴۷؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۵۲).

در مقابل آن، نظری دیگر که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی نظر حاکم است، معتقد است که هر عقدی صحیح است جز آنکه صریحاً و به موجب دلیل معتبر منع شده باشد. طرفداران این نظر مستندات اصل اباحه را مستمسک «اصل حریت اراده» در عقود قرار داده و می‌گویند: نظر به اصل اباحه هر معامله و هر قرارداد درست است؛ پس آیه «او فوا بالعقود» هرگونه قرارداد را دربرمی‌گیرد و آن‌ها را لازم می‌گرداند. بعد از آنچه در خصوص انتقال‌پذیری «حق فروش» بیان گردید و اصل صحت قراردادها، به نظر می‌رسد حق فروش با هر عقد ناقله‌ای به جز بیع از قبیل صلح یا قراردادی نامعین انتقال‌پذیر باشد. برای همین در این مقاله برای انتقال حق فروش از ماده ۱۰ قانون مدنی استعانت جسته و قالب قرارداد نامعین را اختیار و مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۴-۱. تعریف قرارداد انتقال حق فروش

قرارداد انتقال حق فروش را می‌توان چنین تعریف کرد: قراردادی است مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی که به موجب آن مالک مال معین، حق فروش آن را که از اجزای حق مالکیت اوست، از آن تفکیک کرده و در قبال مبلغی معین به طرف دیگر منتقل می‌کند. به موجب این عقد حق فروش از حق مالکیت انتزاع و به انتقال‌گیرنده منتقل می‌شود و در مقابل مبلغی به عنوان بهای حق فروش در ظرف دارایی انتقال‌دهنده قرار می‌گیرد.

۴-۲. اهداف قرارداد انتقال حق فروش

هدف از انعقاد این قرارداد این است که مالک که قبلاً به موجب قولنامه‌ای ملک خود را به دیگری فروخته و ثمن را به‌طور کامل دریافت کرده است و اینک امکان انتقال قطعی آن وجود ندارد، حقی به خریدار واگذارد که او بتواند مورد معامله را پس از ارتفاع موانع قانونی به خود یا هر شخص دیگر انتقال قطعی دهد. آنچه گفته شد به کمک وکالت هم شدنی است؛ بنابراین هدف اصلی این است که خریدار حقی به دست آورد که حتی در صورت فوت و جنون واگذارنده حق، یا فوت منتقل‌الیه لطمه‌ای به حق مزبور وارد نیاید. دیگر اینکه حق فروش از واگذارنده ساقط شود و او دیگر نتواند خود آن را مورد انتقال قرار دهد یا عملی منافی با اختیار فروش منتقل‌الیه انجام دهد.

۳-۴. تفاوت قرارداد انتقال حق فروش با وکالت

در وکالت، حتی از نوع بلاعزل، موکل پس از تشکیل وکالت حقی در انجام عملی که به وکالت داده است، محفوظ است و تا زمانی که وکیل اجرای وکالت نکرده است، وی خود نیز می‌تواند مباشرتاً آن کار را انجام دهد؛ مگر اینکه صریحاً یا ضمناً این حق از او سلب شده باشد. ولی در قرارداد انتقال حق فروش مراد انتزاع حق فروش از ناقل و انتقال آن به طرف مقابل است؛ چنانکه در قرارداد اختیار نیز چنین است (مؤمن قمی، ۱۳۸۲: ۶۵-۵۲).

این تفاوت زدودنی است و با اندراج شرط اسقاط حق انجام بالمباشرة مورد وکالت توسط موکل هر دو این قرارداد هم‌سان می‌شوند. بارزترین تفاوت آن دو این است که اثر وکالت اذن است و به فوت و جنون و سفه احد طرفین منفسخ می‌شود، وانگهی منتقل‌الیه حق فروش، سلطه بر فروش پیدا می‌کند و در صورت فوت هر یک از طرفین به‌عنوان بخشی از ماترک منتقل به وراثت طرفی می‌شود که فوت نموده است. جنون انتقال‌دهنده حق فروش در سرنوشت آن بی‌تأثیر است و در صورت جنون منتقل‌الیه هم نماینده قانونی او می‌تواند اختیار مزبور را به نمایندگی از محجور به کار گیرد.

۵. ادله صحت قرارداد انتقال حق فروش

حال که برای حق فروش مالیت قائل شدیم و مرادمان را از انتقال حق فروش بیان کردیم، گرچه این حق، حقی مستحدثه نیست و اختلاف در حقیقت یا حکمیت آن بوده است، انتقال آن به‌موجب قرارداد می‌تواند یک امر مستحدث باشد که ضروری است صحت یا عدم صحت آن به کمک اصول حاکم بر قراردادها مورد مطالعه قرار گیرد.

۱-۵. اصالة الصحة

بعد از مالیت قائل شدن بر «حق و اختیار فروش» چون قرارداد انتقال این حق، قراردادی رایج نیست، باز ممکن است در صحت چنین قراردادی تردید شود؛ چنانکه در اوان رواج قراردادهایی چون بیمه و انتقال حق سرقلمی و انتقال حقوق معنوی با همین تردیدها مواجه بودیم. حال آنکه امروز به یاری اصل صحت، در درستی آن‌ها هیچ شک و تردیدی وجود ندارد. با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی نظریه توقیفی بودن عقود (نجفی، ۲۰۲: ۱۳۶۸؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۷-۸؛ حسینی عاملی، بی‌تا/۴: ۱۷۴) چنان مهجور افتاده است که امروز دیگر کوچک‌ترین توجهی به آن نمی‌شود. صاحب‌عناوین معتقد است که معاملات از مخترعات شرع نیست بلکه این احتیاج مکلفین بوده است که سبب ایجاد آن‌ها شده است. مکلفین به نقل اعیان و منافع با عوض و بی‌عوض و مشارکت و نیابات و ازدواج و مانند آن نیاز پیدا کرده‌اند و در پی این احتیاجات، بیع و صلح و هبه و اجاره و عاریه و وکالت و شرکت و مضاربه و نکاح و مزارعه و مساقات و جعاله و مانند آن پا به عرصه وجود گذاشته است (حسینی مراغی، بی‌تا/۲: ۷). بنابراین هرگونه تراضی که به‌دنبال یک نیاز ایجاد شود، چنانچه از نظر عرف قرارداد تلقی شود، مشمول عموم و اطلاق ادله اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض و المؤمنون عند

شروطهم قرار گرفته و حکم بر صحت آن داده می‌شود؛ چراکه اصل صحت یک اصل ثانوی است که پای بر دوش ادله مرقوم گذارده و درستی عقود و ایقاعات را فریاد می‌زند.

۲-۵. عرف

در صحت قرارداد انتقال حق فروش می‌توان به عرف نیز استناد کرد. رواج قراردادهایی چون اختیار معامله، خرید و فروش حق تقدم خرید سهام و حق تقدم استفاده از تسهیلات و حق سرقتی که حقوقی هم‌شأن با حق خرید یا فروش هستند در میان مردم، راه را بر پذیرش چنین قراردادی در عرف معاملات هموار کرده است.

۶. ضمانت اجرای انتقال حق فروش مال معین

چنانچه حق فروش مالی از حق مالکیت انتزاع و به دیگری منتقل شود و مالک پس از این انتقال عملی حقوقی انجام دهد که حق فروش واگذار شده را بی‌اثر و بی‌ثمر کند، وضعیت حقوقی امر حقوقی انجامی، موضوعی است که باید مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد. امری که ممکن است ناکارآمدی این نوع قرارداد را رقم زند و به سرنوشت وکالت دچار گردد. مالک در مقابل حق فروش اعطائی به موجب قرارداد انتقال حق فروش می‌تواند به دو صورت رفتار کند:

الف) مال موضوع حق فروش را خود به دیگری بفروشد. با انتقال حق فروش مال، آنچه برای مالک باقی مانده است، مالکیت بدون حق فروش مال است؛ نظیر آنکه حق فروش مال را ساقط می‌کند. چنین اشخاصی اهلیت تمتع برای فروش آن مال ندارند و بنابراین اگر مال موضوع قرارداد انتقال حق فروش را بفروشند، عقد غیرنافذ خواهد بود؛

ب) عمل دیگری منافی با حق فروش انجام دهد. به نظر می‌رسد انتقال حق فروش مال معین مانع اعمال حقوق دیگر بر روی مال موضوع حق نباشد؛ مگر اینکه قرینه خاصی در میان باشد که دلالت نماید مالک با انتقال آن حق، به طور ضمنی اسقاط انجام هر نوع عمل حقوقی را اراده نموده است.

برای رفع ایراد می‌توان شرط اسقاط اعمال منافی با حق فروش منتقل‌الیه شود؛ یا اینکه انتقال‌دهنده پیش از انتقال حق فروش، متعهد به تشکیل عقد بیع گردد و در ضمن قرارداد تشکیل بیع، حق فروش مال موضوع تعهد به انتقال را منتقل به متعهدله سازد. چون در این گونه موارد مورد تعهد تسلیم و تمام ثمن اخذ می‌شود، این نشانه بارزی است بر اینکه متعهد فروش و انتقال‌دهنده حق فروش، حق انتقال به غیر را از خود سلب نموده است (کاتوزیان، ۱/۱۳۷۴: ۲۹۱).

بعید نیست که حق ایجاد شده برای متعهدله و منتقل‌الیه، یک حق عینی باشد؛ چراکه طبق ماده ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی اجرای عقود که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، قراردادهای مزبور نیز از اقسام عقودند و معنی لازم‌الاجرا بودن عقد، ثبوت تعهد و تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است که چون موضوع تعهد و تکلیف مزبور، مال معین است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهدله ثابت

می‌شود، یک حق دینی خالص نیست؛ بلکه حقی است که ارتباط به مال معین دارد و این حق مرتبط به مال معین، نوعی حق عینی است که طبق آن متعهدله می‌تواند متعهد را به فروش آن مال به خود ملزم کند و چون متعهدله حق فروش مال را نیز انتقال گرفته است نیازی به الزام او از طریق مراجع قضایی هم نخواهد داشت و می‌تواند رأساً اقدام به انتقال آن نماید.

به‌علاوه، اگرچه مقررات قانون مدنی از فقه اقتباس شده است، از آن‌جا که این مقررات منحصرماً برای تنظیم روابط مالی و معاملاتی افراد جامعه وضع گردیده است، بی‌تردید مقررات مزبور صرفاً متضمن بیان آثار وضعی قراردادها نظیر صحت، بطلان، اعتبار، ثبوت تعهد و ثبوت حق است و هرگز دربرگیرنده آثار تکلیفی از قبیل وجوب و حرمت برای قراردادها نیست؛ بدین جهت هنگامی که قانون، اجرای قرارداد را لازم اعلام می‌کند، این لزوم یک لزوم وضعی است نه لزوم تکلیفی. بنابراین به‌موجب قرارداد تشکیل عقد بیع توأم با انتقال حق فروش به متعهدله، گونه‌ای حق عینی برای وی به‌وجود می‌آید که بر اساس آن هر نوع معامله‌ناسازگار با تعهد و حق یادشده به‌لحاظ تجاوز به حق ثابت‌شده او غیرنافذ خواهد بود (شهیدی، ۱۳۷۵: ۳۲-۳۴) که متعهدله و منتقل‌الیه حق فروش می‌تواند آن را رد کرده و مال موضوع تعهد و حق فروش را به خود یا هر شخصی انتقال دهد.

نتیجه

۱. وکالت عقدی است وابسته به شخصیت طرفین، اذن هم که اثر آن است قائم به اراده موکل و وکیل است. برای همین جواز وکالت را چاره در برابر فوت و جنون نیست.
 ۲. عقد لازم نیز بقای اذن و مالاً وکالت را سبب نمی‌شود.
 ۳. همان اراده‌ای که اذن در تصرف برای وکیل به وجود می‌آورد، می‌تواند آن را به حق و تعهد نیز تبدیل کند و اختیار وکیل را چنان مقرر کند که با فوت و حجر هم از بین نرود؛ به شرط آنکه حق، ویژگی‌های حق به معنی خاص را دارا باشد.
 ۴. از میان حقوق «حق فروش» به‌عنوان یکی از اجزای حق مالکیت است که قابلیت‌های لازم را داراست تا جانشین اذن و نیابت گردد. رواج ابزارهای مالی مشابه در بازارهای مالی از قبیل قرارداد اختیار معامله، خرید و فروش حق تقدم خرید، نقل و انتقال گواهی حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن که شأنی برابر با حق فروش دارند، در بازارهای بورس اوراق بهادار و مالیت حق اجاره‌نمودن (سرقفلی) طبق قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ و همین‌طور بر اساس کتب فقهی، بیان صاحب جواهر مبنی بر قابلیت انتقال حق فروش مقرر برای مرتهن به وراثت او از جمله مواردی است که می‌توان به کمک آن‌ها لباس حقیقت بر اختیار فروش پوشاند و وصف نقل و انتقال‌پذیری بر آن داد. این در حالی است که حقوق‌دانان نیز در انتقال‌پذیری حق فروش رهینه و اسقاط‌پذیری حق فروش مال معین، تردید روا نداشته‌اند.
- علاوه بر آن، امکان تجزیه هر یک از اجزاء حق مالکیت (حق استعمال، حق استئمار و حق اخراج از مالکیت) و قیمت‌گذاری مستقل هر یک از آن‌ها همگی گواهند که حق فروش می‌تواند به‌عنوان یک حق

خاص مورد معامله قرار گیرد. انطباق ویژگی‌های سه‌گانه حق بر حق فروش (اسقاط‌پذیری و نقل و انتقال‌پذیری) و تطبیق حق فروش با ملاک‌های مال نیز خود مزید بر علت است؛ به‌ویژه که مال در دوره‌ها و زمان‌های مختلف و مکان‌های متفاوت مفهومش دگرگون و هر آن بر گستره شمول آن افزوده می‌شود.

گذشته از آن ممکن است چیزی واجد مالیت باشد ولی مالیتش به مرور زمان کشف گردد. مضاف بر آن گرچه معیار تمییز مالیت، نظر نوعی و متعارف است، تحلیل مفهوم «ارزش» نشان می‌دهد که باید آن را ناظر به مورد غالب دانست. گاه رغبت و مسابقه در تملک را عامل شخصی به‌وجود می‌آورد و برای همین می‌توان گفت «ارزش» مفهومی اعتباری و نسبی است و همین اندازه که در رابطه دو طرف معامله بر پایه نیاز معقول و اخلاقی به‌وجود آید، برای درستی معامله درباره آن کافی است. پس اگر طرفین معامله یا یکی از آن‌ها به معامله چیزی اقدام کند که مالیت ندارد لیکن اقدام‌کننده از معامله خود غرض منطقی و عقلایی دنبال کند، معامله او را نمی‌توان باطل دانست.

۵. اگر باز تردیدی در قابلیت انتقال حق فروش باشد، تردید فقط در انتقال‌پذیری آن از نظر شرع خواهد بود که در پاسخ باید گفت چون شرع منع از انتقال حق فروش نکرده است، در چنین مواردی می‌توان با تمسک به عموماًت تنفیذ صلح و شرط و سلطنت مردم بر اموالشان معامله آن را صحیح دانست.

۶. با پذیرش انتقال‌پذیری حق فروش، انتقال آن به هر عقدی ناقل صحیح خواهد بود. قرارداد انتقال حق فروش به‌عنوان یک قرارداد مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی گزینه پیشنهادی در این نوشتار است که می‌تواند جایگزین وکالت بلاعزل گردد.

۷. قرارداد انتقال حق فروش، قراردادی است مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی که به‌موجب آن مالک مال معین، حق فروش آن را که از اجزاء حق مالکیت اوست، از آن تفکیک کرده و در قبال مبلغی معین به طرف دیگر منتقل می‌کند.

۸. هدف اصلی این قرارداد آن است که منتقل‌الیه معامله قولنامه‌ای حقی به دست آورد که پس از رفع موانع قانونی، موضوع قولنامه را به خویش منتقل کند. حقی که حتی در صورت فوت و جنون واگذارنده حق، یا فوت منتقل‌الیه لطمه‌ای به آن وارد نشود.

۹. با انتقال حق فروش یک مال، مالکیت بدون حق فروش مال برای مالک باقی می‌ماند و برای همین اگر اقدام به فروش آن مال کند، غیرنافذ خواهد بود. به نظر می‌رسد انتقال حق فروش مانع مالک در انجام اعمال منافی با حق فروش نباشد؛ مگر اینکه شرط اسقاط اعمال منافی با حق فروش منتقل‌الیه شود یا انتقال‌دهنده متعهد به تشکیل بیع گردد که در این صورت به‌طور ضمنی ملتزم به حفظ مال در وضعیتی خواهد بود که دارنده حق فروش بتواند مال موضوع حق فروش را بفروشد. حتی اگر حق فروش را یک حق عینی تلقی کنیم که دارنده‌اش حق تقدم و تعقیب نسبت به آن دارد، ناصواب نخواهد بود؛ چراکه تعریف حق عینی می‌تواند شامل آن گردد.

بنا به آنچه در صحت قرارداد انتقال حق فروش بیان شد جا دارد:

الف) سردفتران اسناد رسمی، رسم معهود در تنظیم وکالت‌نامه‌های بلاعزل را رها نمایند و قرارداد مزبور را جایگزین آن کنند؛

ب) کمیسیون‌های وحدت رویه کانون‌های سردفتران و دفتریاران با تحصیل موافقت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور زمینه ترویج شتابناک این قالب را فراهم سازند؛

ج) اقدامی به‌سان قانون پیش‌فروش ساختمان هم از سوی قوه قانون‌گذاری لازم است تا کاستی‌های آنچه مطرح شد، مرتفع گردد.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، ج ۳، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- باقری مقدم، منوچهر (۱۳۸۰)، وکالت در حقوق ایران، تهران: نشر جابر.
- بزرگ‌منش، غلامحسین (۱۳۸۴)، «اوراق گواهی حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن»، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۶۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، المدونه، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، فلسفه اعلی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- حسین‌زاده، جواد (۱۳۸۶)، «وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۷.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ ۲، تهران: نشر میزان.
- سعادت مصطفوی، سیدمصطفی (۱۳۸۴-۱۳۸۳)، «بررسی فقهی و حقوقی تأسیس وکالت بلاعزل»، مجله رهنمون، شماره ۹ و ۱۰.
- شهبازی، محمدحسین (۱۳۸۴)، «نقدی بر ماده ۶۷۹ قانون مدنی»، مجله کانون، سال چهل و هشتم، شماره ۵۹.
- شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۳)، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران: نشر میزان.
- شهرآبادی، ابوالفضل (۱۳۷۷)، «حق تقدم خرید (وارانت) و اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام عادی»، مجله حسابدار، سال سیزدهم، شماره ۱۲۷.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، مجله تحقیقات حقوقی (دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، شماره ۸.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، مجموعه مقالات حقوقی، قرارداد تشکیل بیع، تهران: نشر حقوق‌دان.
- عباسی داکانی، خسرو (۱۳۸۵)، «بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی «تحلیل حقوقی حق انتفاع» (بخش نخست)»، مجله کانون، دوره دوم، شماره ۶۱.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، تهران: بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ج ۱۰، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، ج ۲، ج ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معصومی نیا، علی (۱۳۸۹)، «بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۴۰.
- مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۲)، «عقد اختیار»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۳.
- مکارم شیرازی، آیت الله ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتائات جدید، ج ۳، ج ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۷۸)، فرهنگ فقه فارسی، ج ۵، قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی.

عربی

- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق)، الوسيله الى نيل الفضيله، قم: مکتبه آیه الله مرعشی.
- ابن رشد، الحفید (۱۴۲۵ق)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج ۴، قاهره: دارالحدیث.
- ابن زهره حلبی (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع، قم: مؤسسه امام الصادق (ع).
- ابن هبیره، یحیی بن محمد (۱۴۲۳ق)، اختلاف الاثمه العلماء، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- اراکی، شیخ محمدعلی (۱۳۷۱)، توضیح المسائل، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۴۱۸ق)، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم: انوارالهدی.
- ایروانی، شیخ محمدباقر (۱۴۲۲ق)، دروس التمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، ج ۲، ج ۲، بی جا: مرکز العالمی للدراسات الإسلامی.
- بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ق)، حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، بیروت: دارالفکر.
- حائری، سید کاظم (بی تا)، تعلیق بر منهاج الصالحین سید محسن طباطبائی حکیم، بی جا.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴، بی جا: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۲۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم ا.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (بی تا)، العناوین الفقهیة، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق)، السرائر، ج ۲، چاپ ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۰ق)، البیع، ج ۱، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۰۸ق)، تحریرالوسیله، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۷۷ق)، مصباح الفقاهه، ج ۲، قم: داوری.
- الدسوقی المالکی، محمد بن احمد بن عرفه (بی تا)، الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشیه الدسوقی، ج ۳، بی جا.
- الزحیلی، وهبه (بی تا)، الفقه الاسلامی و أدلته للزحیلی، ج ۵، دمشق: دارالفکر.
- الزحیلی، وهبه (بی تا)، الفقه الاسلامی و أدلته للزحیلی، ج ۵، دمشق: دارالفکر.

- الزیلمی الحنفی، عثمان بن علی (۱۳۱۳ق)، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق و حاشیه الشلبی، ج ۴، قاهره: المطبعة - الكبرى الأميریه.
- السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الأئمه (۱۴۱۴ق)، المبسوط، ج ۱۹، بیروت: دارالمعرفه.
- الشهید اول، محمد بن جمال الدین مکی (۱۴۱۱ق)، اللمعة الدمشقیه، ج ۱، قم: دارالفکر.
- الشهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۱۲ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- الشهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۲۵ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- الشهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی (بی تا)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۴، بی جا.
- شیخ طوسی، شیخ الطائفه ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی (بی تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، بی جا: مکتب المرتضویه.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (بی تا)، نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا)، تکمله العروه الوثقی، ج ۱، قم: مکتبه الداوری.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ق)، العروه الوثقی، ج ۶، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- طویبا، بیار امیل (۱۹۹۸م)، الوکاله غیرقابلہ للعزل، لبنان: طرابلس: مؤسسه الحدیقه للکتاب.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، ارشاد الاذهان الی أحكام الایمان، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق)، قواعد الاحکام، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۶ق)، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۶، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محمد صدقی آل بورنو (۱۴۲۴ق)، موسوعة القواعد الفقهیه، ج ۱۱، لبنان: بیروت: مؤسسه الرساله.
- مقدس اردبیلی، مولی احمد (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة فی شرح إرشاد الاذهان، ج ۹، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- المقدسی، موفق الدین (۱۳۸۸ق)، المغنی لابن قدامه، ج ۵، قاهره: مکتبه القاهره.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۲ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۵، ج ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۲ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۶۸)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، ج ۹، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق)، عوائد الایام، چاپ ۳، قم: مکتبه بصیرتی.
- نراقی، ملا محمد بن احمد (۱۴۲۲ق)، مشارق الأحکام، چاپ ۲، بی جا: مؤتمر المولی مهدی النراقی.