



### بسم الله الرحمن الرحيم

بحث در بررسی مشروعیت اوراق مالی بود که تا کنون برخی از این اوراق بررسی شده اند. یکی دیگر از اوراقی مالی «اوراق حق تقدم در استفاده از تسهیلات در بخش مسکن» است که به بررسی آن می پردازیم: این اوراق با سه عنوان در تعابیر به کار رفته است:

۱. اوراق حق تقدم در استفاده از تسهیلات در بخش مسکن
۲. اوراق تسهیلات مسکن
۳. اوراق مسکن

فلذا ما نیز در مباحث آینده، از همین تعبیر خلاصه تر استفاده می کنیم و مقصودمان همان «اوراق حق تقدم در استفاده از تسهیلات در بخش مسکن» می باشد.

### بررسی ماهیت اوراق مسکن

قبل از هر بحثی باید ماهیت این اوراق مشخص شود؛ با توجه به مصوبات و ... مشخص می شود که مراد از این اوراق این است که: کسی که می خواهد تسهیلاتی از بانک مسکن بگیرد و مثلاً بر اساس عقد مشارکت یا اجاره به شرط تملیک یا بیع نقد و نسیه یا بر اساس عقدی دیگر، می خواهد تسهیلاتی را در بخش مسکن، از بانک مسکن بگیرد، که اگر بخواهد این تسهیلات را به صورت عادی از بانک دریافت کند، مراحل طولانی دارد و مثلاً باید در نوبت صبر کند و یا اینکه بانک الزامی به پرداخت تسهیلات به او ندارد ولی معنای اوراق مسکن این است که:

شخص اوراقی را از بانک مسکن تحویل می گیرد - روش تهیه این اوراق بعداً توضیح داده می شود - که این اوراق حق تقدم، به این معنا است که این شخص نسبت به دیگران، اولویت پیدا می کند در گرفتن تسهیلات و همچنین بانک نیز ملزم است که این تسهیلات را به این شخص بدهد (یعنی مثل افراد دیگر نیست که بانک اختیار داشته باشد که به او تسهیلات ندهد). به طور مثال: شخصی می خواهد منزلی به قیمت ۲۰۰ میلیون تومان بخرد، فلذا به بانک مسکن برای گرفتن اوراق تسهیلات مسکن مراجعه می کند و به روشهایی که وجود دارد این اوراق را تهیه می کند و به بانک می دهد، بعد از این کار بانک آن منزل به صورت نقداً به ۲۰۰ میلیون می خرد و سپس به آن شخص به صورت نسیه به قیمت ۲۵۰ میلیون به صورت اقساطی می فروشد. این شخص چون اوراق مسکن داشته است، بانک ملزم بوده است که این کار را برای او انجام بدهد.

### روش تهیه اوراق مسکن:

به سه روش می توان اوراق مسکن را تهیه کرد:

**روش اول:** شخص بر اساس دستورالعمل هایی که در بانک داری اسلامی بدون ربا وجود دارد، یک حساب سپرده سرمایه گذاری در بانک مسکن باز کند (که سود آن روزانه حساب می شود) مثلاً ۲۷ میلیون در بانک حساب سپرده ثابت باز می کند و بعد از گذشت سه ماه، بانک سه ورقه مسکن به این مشتری می دهد که هر کدام به مبلغ ۵ میلیون ریال اعتبار دارد. (یعنی در مقابل هر ورقه ۵۰۰ هزار تومان، بانک تسهیلات می دهد) و بعد از آن هر ماه، یک ورقه مسکن دیگر به او می دهد و لذا اگر ۲۰۰ میلیون تومان ورقه مسکن می خواهد، باید ۴۰۰ ماه صبر کند تا ورقه مورد نیاز خود را تهیه کند.

**البته** باید توجه داشته که اینجا خرید از بانک رخ نداده است بلکه سپرده ثابتی که تحت یکی از عقود اسلامی در بانک قرار داده



است، در ضمن آن عقد شرط می شود که هر ماه یک ورقه مسکن به مشتری داده شود و بانک به این کار متعهد می شود؛ که بعد از اینکه اوراق مسکن او به حد کافی رسید، می تواند به میزانی که اوراق مسکن دارد، از بانک تسهیلات دریافت کند.

**روش دوم:** به بانک مستقیماً مراجعه نمی کند بلکه از به شرکت کارگزاری مراجعه می کند و از آن شرکت، ورقه مسکن را خریداری می کند، مثلاً ۴۰ میلیون تومان به کارگزاری می دهد و ۲۰۰ میلیون تومان اوراق مسکن از کارگزاری خریداری می کند.

**روش سوم:** از بازار اولیه این اوراق را تهیه نمی کند بلکه از طریق بازار ثانویه این اوراق را تهیه می کند یعنی به سراغ افرادی می رود که اوراق مسکن تهیه کرده اند و خودشان نمی خواهند استفاده کنند، و در فرابورس آن اوراق را از آن ها خریداری می کند.

پس با این سه راه می توان اوراق مسکن را تهیه کرد و البته باید توجه داشت که این اوراق، محدودیت زمانی دارند یعنی مدت زمانی آن ها دو سال است و یک سال هم قابل تمدید است که در مجموع می شود سه سال یعنی تا سه سال، دارنده این اوراق، می تواند از حق تقدم تسهیلات مسکن استفاده کند ولی بعد از سه سال، این اوراق اعتباری ندارند و دارنده این اوراق، هیچ گونه حقی بر بانک ندارد و بانک نیز دیگر متعهد نیست که به او تسهیلات بدهد.

با توجه به مطالبی که در مورد ماهیت این اوراق بیان شد، اموری باید مورد بررسی قرار بگیرد:

۱. در جایی که از طریق حساب سپرده ثابت، این اوراق مسکن را تهیه می کند؛ صرفاً تعهد رخ داده است؟ یعنی شرط ضمن عقدی شده است که بانک به این شخص، اوراق مسکن بدهد و از آن جایی که تعهد نفسانی است، می تواند عمل کند یا نکند و اگر عمل نکرد، شخص مقابل حق فسخ دارد؛ گر چه برای فسخ سپرده ثابت نیازی به تخلف بانک از شرط نیست، زیرا که سپرده ثابت در هر لحظه قابل فسخ است زیرا که سپرده ثابت از آن مواردی نیست که نتوان آن را فسخ کرد بلکه به این صورت است که در هر زمانی که سپرده گذار خواست، می تواند آن را فسخ کند، پس اولین شبهه این است که: اگر این شرط، شرط ضمن عقد است باید توجه داشت که این شرط، ضمن عقد لازمی قرار داده نشده است زیرا که کیفیت حساب سپرده گذاری ثابت به همین نحو است؛ فلذا با توجه به اینکه مشهور فقها می گویند که شرط ضمن عقد جائز، لازم الوفاء نیست، پس این تعهد که داده شده است لازم الوفاء نخواهد بود.

۲. با صرف نظر از اشکال قبلی، در فرضی که متقاضی اوراق مسکن، قصد خرید این اوراق از بانک یا کارگزار یا شخص دیگر در بازار ثانویه دارد؛ سوال می شود که حقیقت این اوراق مسکن چیست؟ یعنی این اوراق سند و معرف یک حق تقدم استفاده از تسهیلات می باشند، ولذا باید مشخص شود که این حق تقدم، صرفاً یک تعهد است (یعنی بانک ملتزم شده است که هر کسی این اوراق را آورد، به او تسهیلات اعطا کند) یا اینکه یک حق عقلانی مثل حق تحجیر، حق شفعه و... است؟ پس باید مشخص شود که این اوراق معرف یک حق هستند یا معرف یک تعهد هستند؟

آنچه که در بین آقایان فن مطرح است، این است که این اوراق، معرف «حق» هستند ولی اینکه «التزام بانک به دادن تسهیلات» حق باشد جای بحث دارد، زیرا که باید بحث کنیم که آیا اگر بانک ملزم شود که تسهیلاتی را به شخصی بدهد، عقلاً و عرفاً گفته می شود که آن شخص دارای یک «حق» شده است مثل حق شفعه یا حق تحجیر و مثل سایر حقوق مالی؟ یا اینکه صرفاً یک تعهد و التزام نفسانی از طرف بانک است؟ و تا وقتی که این مسأله در بین عقلا به یک حق مالی تبدیل



نشده است یعنی تا وقتی که عقلاً به خود این امر، گفته نشود که «مال» و «حق» است، بحث خرید و فروش این اوراق با شبهه مواجه خواهد شد. بنابراین نکته اساسی این است که باید احراز کنیم که این اوراق، معرّف یک حق مالی هستند و به عبارت دیگر: عقلاً، عرف و مردم این اوراق را یک حق مثل حق الخيار، حق السبق می دانند ولی تا وقتی که در نزد عرف به عنوان حق محسوب نشده است، صرف اینکه بانک و مشتری آن را حق بدانند، این امور، حق نمی شوند بلکه باید از تعهد صرف خارج بشود و حقیقت آن تبدیل به حق شود.

بنابراین شبهه اول در اوراق مسکن عبارت است از اینکه: مشخص نیست که در عرف مردم به این امور، حق گفته شود و اگر هم شک در این جهت داشته باشیم، همچنان این اشکال پابرجاست و خرید و فروش این اوراق با مشکل مواجه خواهد شد. ۳. با صرف نظر از اشکالات قبل و با فرض اینکه این امور «حق» باشند، یعنی مفروض ما این است که اوراق مسکن، معرّف یک حق مالی هستند و لذا صاحب این اوراق، ذو حق است یعنی حق مالی دارد؛ شبهه مطلبی که برخی در بحث سهام گفته بودند که سهام عبارت است از یک حق مالی و صاحب سهام دارای حق مالی است: در این صورت، جای این بحث است که «بیع حق» مشروعیت دارد یا خیر؟ فلذا در اینجا دو بحث مطرح است:

**بحث اول:** آیا قوام بیع، به این است که مبیع، عین باشد و شامل حق نمی شود؟ یا اینکه قوام آن به عین بودن مبیع نیست و لذا در اینجا نیز صدق بیع می کند؟ پس یکی از شبهات این است که کسی که می خواهد «حق» خود را به واسطه بیع به دیگری منتقل کند، صدق بیع و خرید و فروش می کند یا خیر؟ گفته شده است که اختلافی در مسأله نیست که حقیقت بیع این است که مبیع باید «عین» باشد و اگر مبیع، عین نباشد (مثل اینکه منفعت یا حق باشد) اصلاً به این نقل و انتقال، بیع گفته نمی شود. این مطلب را شیخ انصاری و عده‌ی زیادی از فقها بیان کرده اند، تا جایی که در تعبیر امام خمینی (ره) چنین آمده است:

قالوا: لا إشكال و لا خلاف في اعتبار كون المبيع عيناً، فلا يعم المنافع و الحقوق!

بنابراین اگر این مطلب ثابت شود، وجهی برای صحت خرید و فروش اوراق مسکن باقی نخواهد ماند زیرا که اصلاً بیع آن‌ها محقق نمی شود و بیع آن‌ها باطل است و چیزی منتقل نمی شود؛ البته ممکن است به واسطه سایر عقود بتوان حق یا منفعتی را منتقل کرد ولی بیع آن‌ها باطل است. البته برخی از بزرگان در مقابل این قول، فرموده اند که «حق» نیز می تواند مبیع قرار بگیرد گرچه احتیاط مستحب این است که مبیع، عین باشد ولی با این حال صحت بیع حق، خالی از قوت نیست. حال به بررسی ادله طرفین پردازیم:

### مهمترین دلیل طرفین در مورد صحت یا بطلان بیع حق: تبادل عرفی

مهمترین دلیلی که طرفین یعنی چه کسانی که قائل به صحت بیع حق شده اند و چه کسانی که قائل به عدم صدق بیع در مورد حق، شده اند، «تبادل عرفی» است یعنی گفته اند که مفهوم عرفی بیع همین است مثلاً مرحوم شیخ انصاری و تابعین ایشان و حتی قبل از ایشان فرموده اند که متبادر از بیع، بیع اعیان است و بیع حق، عرفاً

۱. کتاب بیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۳۱، جواهر الكلام ۲۲: ۲۰۸، منية الطالب ۱: ۳۹/السطر ۱۵.



بیع محسوب نمی‌شود؛ مرحوم خویی می‌فرمایند:

الظاهر أنه لا ريب في اشتراط كونه من الأعيان، بداهة اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان، فلا يعم تملك المنافع... و حينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تملك العين فقط، و أن هذا المفهوم يصح سلبه عن تملك المنفعة دعوى صحيحة. و لا ريب في أن التبادر و صحة السلب من علائم الحقيقة. و عليه فيكون البيع حقيقة في تملك العين و مجازاً في غيره<sup>۱</sup>.

پس ادعا این است که متبادر از بیع در نزد عرف این است که معوض در بیع باید از اعیان باشد و دلیل بر اینکه حقیقت بیع در نزد عرف، بیع اعیان است، تبادر و صحت سلب است. فلذا بیع در حال حاضر حقیقت در این معنا می‌باشد، لکن چون شک داریم که در عصر تشریع نیز چنین معنای حقیقی‌ای برای بیع بوده است، به اصل عدم نقل تمسک می‌کنیم، به این معنا که اگر در گذشته معنای دیگری برای بیع وجود داشته است، باید به ما می‌رسید و چون به ما نرسیده است، پس در گذشته نیز همین معنا برای بیع وجود داشته است، که در اصطلاح اصولی از این اصل به استصحاب قهقرایی تعبیر می‌شود، فلذا در ادامه می‌فرمایند:

و إذا ثبتت هذه الدعوى في العصر الحاضر ثبتت في محاورات أبناء الأزمنة السالفة أيضا بأصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري و قد ذكرنا في مبحث الاستصحاب من علم الأصول، أنه لا دليل على حجية هذا الاستصحاب إلا في مورد واحد، و هو أن يكون المتبادر الفعلي من اللفظ معنى خاصا، و شك في كونه كذلك في العهود البائدة، و الأيام السالفة، فإن الاستصحاب القهقري يقتضي بقاء اللفظ على معناه الأولي، و عدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغيره<sup>۲</sup>.

البته لازم به توضیح است که مقصود از «عین» اعم از موجود در خارج یا کلی فی الذمه است، بلکه مقصود عبارت است از: «چیزی که اگر در خارج موجود شود، دارای حیث و ابعاد ثلاثه می‌باشد»

**مناقشه از طرف کسانی که عین بودن مبیع را قوام صدق بیع نمی‌دانند:**

کسانی که بیع را نسبت به غیراعیان نیز صادق می‌دانند، در مقابل دلیل تبادر فرموده اند که چنین تبادری وجود ندارد، فلذا مرحوم امام خمینی (ره) می‌فرمایند:

و فيه: منع التبادر، و التبادر الناشئ من الغلبة غير مفيد، و أمّا صحّة السلب، فمع رجوعها إلى التبادر على ما حَقَّق في محلّه، فهي ممنوعة أيضاً؛ ضرورة تعارف البيع لدى العقلاء و العرف في موارد بيع غير الأعيان، كما

۱. مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۰.

۲. مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۱.



یتعارف بین الزرع بیع آثار الأعمال فی الأرض مثل «الشیار» و حفر الجداول و تصفیه الأراضي إلى غیر ذلك إذا أرادوا ترک الزرع أو الهجرة من قریتهم، و لا أظنّ بأحد منهم التردّد فی صدق «البیع» علیه. و قد تعارف فی عصرنا بیع حقّ عقلائی أو اعتبار كذلك، یتخیّلونه فی الدکاکین و غیرها، یسمّونه: «سرقفلی» أو «حق الماء و الطین» و لا أظنّ بأحدهم عدّ ذلك غیر البیع، و لا الشبهة فی صدق مفهوم «البیع» علیه.<sup>۱</sup>

یعنی: دلیلی بر این تبادر نداریم بلکه مفهوم بیع، اعم از معوض اعیان و غیره می‌باشد. سپس در مورد صحت سلب نیز می‌فرمایند که: بازگشت صحت سلب نیز حقیقتاً به همان تبادر است، فلذا وقتی تبادر در اینجا رخ ندهد و ممنوع باشد و بالتبع بر تملیک منفعت و یا حق نیز بیع صادق باشد، دیگر نمی‌توان از تملیک منفعت و حق، عنوان بیع را سلب کرد. همچنین متعارف بین عقلا این است که به بیع غیرعین نیز تعبیر «بیع» می‌کنند و حتی در زمان ما نسبت به حق های عقلائی نیز متعارف است که تعبیر بیع شود مثل بیع حق سرقفلی و...؛ پس شک و شبهه ای نیست که مفهوم بیع بر این موارد صادق است.

بعید نیست که قول صحیح، قول حضرت امام خمینی باشد که لفظ بیع اختصاصی به بیع اعیان نداشته باشد. پس مهمترین دلیل بر بطلان بیع حق، این بود که «بیع» صادق نباشد و مهمترین دلیل بر اینکه بیع صادق نیست، تبادر و صحت سلب به ضمیمه استصحاب قهقرائی است؛ که پاسخ این مورد داده شد.

فلذا اگر کسی احراز کند که بیع در این موارد صادق نیست، پس «احلّ الله البیع» و «أوفوا بالعقود» شامل این موارد نمی‌شود و در مقابل کسی که احراز کند که بیع در این موارد صادق است، پس ادله نفوذ بیع، شامل این موارد نیز می‌شود ولی اگر کسی در صدق مفهوم بیع، در تملیک منفعت و حق به عوض، شک داشته باشد، شبهه مفهومی بیع می‌شود و از آنجایی که تمسک به دلیل در شبهه مفهومی خود دلیل جایز نیست، پس نمی‌تواند به این ادله برای مشروعیت بیع حق، تمسک کند.

البته در برخی روایات بیع بر غیر عین نیز اطلاق شده است، که کسانی مثل مرحوم خوئی که معنای حقیقی بیع را منحصر در تملیک عین، می‌دانستند، این روایات را حمل بر مجاز کرده اند؛ ولی این ادعا بر خلاف ظاهر روایات است.

**دلیل دوم بر بطلان بیع حق:** بر فرض که مفهوم بیع، در موارد تملیک حق به عوض، صادق باشد، اشکال می‌شود که اجماع داریم که برای صحت بیع، شرط است که مبیع، عین باشد، یعنی از ظرف برخی ادعا شده است که در اینجا اجماع داریم «تملیک عین، بیع مشروع است».

**که پاسخ این دلیل روشن است:** اولاً استقرای نظر فقها از قدما در مورد اینکه در نزد فقها، بیع مشروع اختصاص به «تملیک عین» داشته است، قابل اثبات نیست. پس اطمینان پیدا می‌کنیم که ادعای اجماع در این موارد حدسی است نه حسی. ثانیاً بر فرض که اطمینان پیدا نکنیم که اجماع حدسی است، باید توجه داشته باشیم که این اجماع، منقول است و

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخمينی)، ج ۱، ص: ۳۲.



علی المینا اجماع منقول حجت نیست. ثالثاً حتی اگر این اجماع ثابت باشد، کاشف از قول معصوم نمی‌باشد زیرا که چه بسا دلیل این فتوا، همین بحث مفهومی باشد به این معنا که مفهوم عرفی بیع را منحصر در تملیک عین می‌دانسته اند، فلذا نمی‌توان ادعا کرد که این اجماع تعبدی و کاشف از قول معصوم است و چه بسا بر اساس قول لغویین که بیع را تملیک مال بمال، تعریف کرده اند، و فقها نیز مال را منحصر در «عین» می‌دانستند، فلذا اینچنین فتوایی داده اند. و یا اینکه همچون مرحوم خوئی قائل بوده اند که حق، عرفاً و عقلاً چیزی جز «حکم» نیست و لذا اصلاً چیزی نیست که قابل خرید و فروش باشد، فلذا فقها متعرض، حق نشده اند و اینکه برخی شبهه مفهومی داشته اند و لذا در مورد بیع غیرعین، اصالت الفساد جاری کرده اند و حکم به بطلان بیع حق داده اند و یا اینکه اگر شبهه مفهومی نداشته است، شبهه حکمی داشته است و اطلاقات ادله را قبول نکرده است یعنی شبهه داشته اند که «أحلّ الله البیع» و... شامل انواع بیع همچون بیع حق و... نیز می‌شود، فلذا اصالت الفساد جاری کرده است؛ بنابراین با وجود احتمال این وجوه برای حکم به بطلان بیع حق، نمی‌توان ادعا کرده که اجماع بر این فتوا، حجت است فلذا نمی‌توان به اجماع تمسک کنیم.

پس با توجه به اینکه مفهوم بیع، بر بیع حق ثابت است و اجماع نیز در مقام، مانع نیست، پس باید به سراغ ادله مشروعیت معاملات برویم:

با این فرض که «أحلّ الله البیع» در مقام بیان باشد و اطلاق داشته باشد و شامل همه انواع بیع بشود، و از طرف دیگر، اوراق مسکن معترف حق باشند، این ادله شامل بیع حق می‌شوند.

### دلیل سوم بر بطلان بیع حق: حکم بودن حق

به فرض که بیع اختصاص به عین نداشته باشد ولی مسلماً برای صدق بیع، مبیع باید «مال» باشد، در حالی که حقیقت حق، چیزی به جز حکم نیست پس عرفاً و عقلاً و شرعاً حق، مال نیست بلکه حق و حکم حقیقتاً یکی هستند. مرحوم خوئی در این باره می‌فرماید:

لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقة، لأن قوامهما بالاعتبار الصرف<sup>۱</sup>.

تنها تفاوت حکم و حق این است که حکمی که قابل اسقاط نباشد، به آن «حکم» اطلاق می‌شود و حکمی که قابل اسقاط باشد، از آن به «حق» تعبیر می‌شود. مثلاً «حق تحجیر» عبارت است از اینکه: جایز است برای شخص در فلان زمین تصرف کند و جایز نیست برای دیگران مزاحمت برای این شخص ایجاد کنند؛ پس حق تحجیر چیزی جز دو حکم جواز و حرمت (جواز نسبت به ذوالحق و حرمت نسبت به دیگران) نیست. یا مثلاً «حق الفسخ» به معنای این است که شخصی که دارای این حق است، جایز است که بیع را فسخ کند و بر طرف مقابل حرام است که مبیع را تحویل ندهد، البته این حق قابل اسقاط است فلذا اگر شخصی حق الفسخ خود را اسقاط کند، دیگر جایز نیست که بیع خود را فسخ کند. و یا اینکه اگر قائل شویم که حق تحجیر قابل اسقاط است، بعد از اسقاط، دیگران جایز است که مانع تصرف آن شخص شوند.

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۴۵.



دلیلی که مرحوم خوبی برای این ادعای خود فرموده اند، عبارت است از اینکه:

و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) في اللغة بمعنى الثبوت<sup>۱</sup>.

حق به معنای ثبوت است و لذا حکم و مجعول شرعی ثابت است، فلذا اگر این مجعول شرعی، قابل اسقاط نباشد، نام آن را حکم می‌گذارند و اگر قابل اسقاط باشد، نام آن را «حق» می‌گذارند.

حال با توجه به این مطلب، اگر این مطلب ثبوت شود، باید بگوییم که در مانحن فیه چیزی به عنوان مال وجود ندارد که مورد معامله قرار بگیرد، زیرا حداقل چیزی که در مفهوم بیع وجود دارد این است که «مالی که قابل نقل و انتقال است» باید به عنوان مبیع وجود داشته باشد ولو عین نباشد، ولی در اینجا صرفاً یک حکم وجود دارد و فرقی هم ندارد که این حکم و مجعول، حکم شرعی یا عقلانی باشد (حق شرعی یا حق عقلانی<sup>۲</sup>) یا اینکه حکم تکلیفی<sup>۳</sup> باشد یا وضعی<sup>۴</sup>، مهم این است که مالی که قابل نقل و انتقال باشد، وجود ندارد. بنابراین بیع حق، باطل است، در نتیجه مشروعیت بیع اوراق مسکن مخدوش می‌شود زیرا که حق تقدم ولو عقلانی باشد به این معنا است که عقلاً برای آن شخص جایز می‌دانند که از تسهیلات بانک استفاده کند و بر بانک هم لازم می‌دانند که به او تسهیلات اعطا کند و این احکام عقلانی قابل خرید و فروش نیستند. زیرا که چیزی وجود ندارند.

#### مناقشه:

در پاسخ به این دلیل باید گفت که عقلاً و عرفاً، حق را غیر از حکم می‌دانند و باید توجه داشت که حق دارای انواعی می‌باشد، برخی حقوق غیرمالی هستند و برخی مالی هستند... و اینکه حقیقت حق سلطنت یا ملکیت و یا چیز دیگری است جای بحث دارد ولی قدر مسلم این است که حق، غیر از حکم است.

شارع نیز اصطلاح جدیدی نیاورده است که حق، در نگاه شارع حکم باشد!

البته باید توجه داشت که دو نوع حق داریم:

۱. حقوق مالی

۲. حقوق غیر مالی

که اگر حقی، جزو حقوق مالی باشد، برای آن حق معاوضه مال به مال صادق است و لذا اگر کسی در بیع، عین بودن را شرط نداند، در این صورت تملیک حق مالی، بیع محسوب می‌شود و اشکال مرحوم خوبی وارد نیست.

بنابراین در این موارد صدق عرفی بیع وجود دارد و عقلاً نیز حق را مال می‌دانند و حق را صرفاً حکم تکلیفی یا وضعی نمی‌دانند، بلکه احکامی مثل جواز تصرف یا جواز فسخ و یا نفوذ فسخ را از آثار و تبعات آن حق می‌دانند، نه اینکه حقیقت حق را همان حکم بدانند.

#### نتیجه:

بنابراین تنها مسئله اساسی که در مورد حق تقدم باید حل شود، این است که «آیا در حال حاضر، از نظر عقلاء حق تقدم تبدیل به

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۴۷.

۲. عقلاً فلان تصرف را برای ذوالحق جایز می‌دانند و دیگران را منع می‌کنند که مانع از تصرف ذوالحق شوند.

۳. حق فسخ: جایز است که ذوالحق معامله را فسخ کند.

۴. حق فسخ: در صورتی که ذوالحق، معامله را فسخ کند، فسخ او نافذ است و معامله از بین می‌رود.



حق شده است یا خیر؟» یعنی در زمان ما، عرف این حق تقدم را چیزی به جز آن تعهد بانک، می‌داند و آن را به عنوان یک حق مالی به حساب می‌آورد یا خیر؟ البته ممکن است که منشأ حق، تعهد باشد؛ این مطلب مشکل ساز نیست بلکه مهم این است که بعد از تعهد بانک، عقلاً برای این فرد، اعتبار حق کرده باشند. اگر این اشکال برطرف نشود، دیگر نمی‌توان مشروعیت این اوراق را اثبات کرد زیرا که اصلاً چیزی وجود ندارد و یا حداقل شبهه مصداقیه بیع در مورد آن وجود دارد، پس صدق بیع نمی‌کند. ولی اگر به این نتیجه برسیم که این امر، تبدیل به حق شده است و عقلاً به این امر، حق مالی می‌گویند، فلذا مفهوم بیع در مورد آن صادق می‌شود، حال نوبت به بررسی شمول ادله همچون احلّ الله البیع و اوفوا بالعقود و... می‌رسد که دلیل بر جواز بیع این اوراق شوند.

### بررسی شمول ادله صحت بیع نسبت به بیع حق

فلذا باید به بررسی این مطلب بپردازیم که: آیا فی نفسه عموم و اطلاق ادله ای همچون احلّ الله البیع و اوفوا بالعقود و... شامل بیع حق نیز می‌شود یا خیر؟ برخی در مورد «احلّ الله البیع» ادعا کرده اند که در مقام بیان همه خصوصیات نیست بلکه یا در مقام اصل تشریح بیع است و یا در مقام بیان وجه فارق بین بیع و ربا است، فلذا نمی‌توان تمسک به اطلاق آن کنیم و نتیجه بگیریم که هر بیعی جایز است فلذا تنها شامل قدر متیقن بیع، که تملیک عین است، می‌گردد. قبلاً به تفصیل این آیه مورد بررسی قرار گرفت و به این نتیجه رسیدیم که بعید نیست که «احلّ الله البیع» در مقام بیان باشد فلذا به نظر ما می‌توان به اطلاق احلّ الله البیع تمسک کنیم و صحت بیع حق را اثبات کنیم.

همچنین در رابطه با اوفوا بالعقود، به نظر ما این آیه شامل هر عقدی می‌شود زیرا که جمع محلی به ال است ولذا عموم دارد و موضوع آن «عقود عرفی» است نه عقود که شرعاً صحیح است و با توجه به اینکه تملیک حق نیز بیع محسوب می‌شود، فلذا مشمول «اوفوا بالعقود» می‌باشد، و از طرف دیگر این آیه یا ارشاد به صحت است و یا دالّ بر صحت بیع است، فلذا شامل بیع حق می‌شود.

پس اگر حق تقدم، یا به تعبیر دیگر اوراق مسکن، در نزد عقلاء تبدیل به حق شده باشند، خرید و فروش و بیع آن ها مشکلی ندارد و جایز خواهد بود.

تا اینجا انتقال اوراق مسکن به روش بیع، مورد بررسی قرار گرفت، ان شاء الله سایر روش های انتقال در جلسات بعدی بررسی می‌گردد.