

# The Theory of Reception the Immaterial Property

Abbas Karimi  
Morteza Najafabadi Farahani

## Abstract

The object of reception the immaterial property is one of the new subjects that has been raised with regard to the expansion of the use of immaterial property in the present era. Although there is no explicit rule in the Iranian law and Imamie jurisprudence about how to make a reception the immaterial property, but it is possible to present a new theory on this subject based on the general theory of reception in Imamieh jurisprudence and Iranian law. In this regard, the present article attempts to describe the conditions under which the general theory of reception in Imamie jurisprudence and Iranian law. Finally, this article proposes a “theory of dominance over property” on immaterial property reception.

**Keywords:** Reception, Immaterial property, Material property, The theory of dominance over property, Dominate.



## تئوری قبض اموال غیرمادی<sup>۱</sup>

عباس کریمی<sup>۲</sup>

مرتضی نجف آبادی فراهانی<sup>۳</sup>

### چکیده

مسئله قبض اموال غیرمادی، از جمله مسائل نوپدایی است که با توجه به گسترش کاربرد اموال غیرمادی در عصر حاضر مطرح گردیده است. اگرچه در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه حکم صریحی پیرامون نحوه تحقق قبض اموال غیرمادی به چشم نمی‌خورد، اما می‌توان با تکیه بر نظریه عمومی قبض در فقه امامیه و حقوق ایران، نظریه جدیدی را در این باره ارائه نمود. در همین راستا مقاله حاضر کوشیده است تا با روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر رویه قضایی، شرایطی که براساس آن می‌توان نظریه عمومی قبض در فقه امامیه و حقوق ایران را نسبت به اموال غیرمادی نیز اعمال کرد تشریح نماید و در نهایت «نظریه استیلا بر مال» را در مورد قبض اموال غیرمادی پیشنهاد دهد.

واژگان کلیدی: قبض، اموال غیرمادی، اموال مادی، نظریه استیلا بر مال، ید.

۱- تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۸/۰۲/۲۷، تاریخ پذیرش مقاله ۱۳۹۹/۱۲/۰۶

۲- استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران؛ نویسنده مسئول:

## درآمد

اگرچه خاستگاه تقسیم بندی اموال به دو دسته مادی و غیرمادی حقوق روم بوده (امامی، ۱۳۵۳، ص ۲۰) و در آن نظام حقوقی اموالی را که قابلیت لمس داشت اموال مادی می نامیدند، و اموالی که قابل لمس نبود اموال غیرمادی می خواندند (Ourliac et De malafosse, 1971: 16)، اما نظام حقوقی ایران و فقه امامیه نیز با این تقسیم بندی بیگانه نیست. به طوری که همواره حقوق دانان و فقها در آثار خود به بحث پیرامون مصادیق کهن اموال غیرمادی - هم چون حق ارتفاق، حق انتفاع، حق عمری و حق سکنی - و مصادیق نوظهور آن - مانند حق سرقتی، حق چاپ و حق تألیف - پرداخته اند. (رک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۳۰۲-۲۵۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۵۲۶-۵۱۶؛ صفایی، ۱۳۵۰: ۳۵۵-۳۲۵؛ فاضل لنگرانی، بی تا: ۴۲۳-۴۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۴: ۲۵۹-۲۵۷)

در میان مسائل مربوط به اموال غیرمادی، مسأله قبض این اموال در زمره مسائل مهم حقوقی قرار دارد، زیرا تبیین کیفیت قبض اموال غیرمادی و آثار ناشی از آن، علاوه بر فایده نظری، واجد ثمره عملی می باشد. لذا ضروری است که در نظام حقوقی ایران به این پرسش پاسخ داده شود که قبض اموال غیرمادی چگونه محقق می گردد؟

پیرامون مسأله فوق، نه در قوانین موضوعه و نه در آثار فقیهان امامیه حکم صریحی وجود ندارد، و آن چه از تتبع در آرای حقوقدانان و فقها به دست می آید این است که اقوال آنان در باب قبض، تنها ناظر به قبض اموال مادی بوده، و در این آرا به مسأله نحوه قبض اموال غیرمادی التفاتی نشده است. این در حالی است که با توجه به گسترش چشم گیر مصادیق اموال غیرمادی در قرن اخیر، نمی توان به راحتی از کنار این مسأله گذشت و حکم آن را مسکوت گذاشت. بنابراین مقاله حاضر می کوشد تا در راستای برطرف ساختن این خلأ، نظریه ای را پیرامون کیفیت قبض اموال غیرمادی ارائه دهد.

لازم به ذکر است، هرچند پیش از این توسط برخی از مؤلفان به صورت ضمنی و در خلال طرح موضوعاتی از قبیل بیع، وقف، رهن و توثیق اموال غیرمادی، به مسأله قبض اموال مذکور نیز اشاره شده است (رک. نیکوند، ۱۳۹۱: ۱۱۴؛ آقاسی، ۱۳۹۵: ۱۴۸؛ شکری، ۱۳۹۰: ۸۱-۸۲؛ انصاری

و ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۵، کریمی و معین اسلام، ۱۳۸۷: ۳۲۲) اما نقطه تمایز مقاله حاضر آن است که کوشیده تا پس از ارائه تفصیلی و نظام‌مند آرای فقها و حقوق دانان در قالب نظریه‌ای عمومی، نحوه اعمال این نظریه در خصوص اموال غیرمادی را تشریح نماید و آن را با رویه قضایی ایران نیز تطبیق دهد. در واقع می‌توان چنین اقدامی را در ادامه مسیری دانست که با همت برخی از حقوق دانان آغاز شده و نتیجه آن در چارچوب انتشار آثاری هم‌چون «نظریه عمومی تعهدات» تبلور یافته است. (رک. کاتوزیان، ۱۳۷۴)

بنابراین، در نوشتار پیش رو، نخست به تبیین نظریه عمومی قبض در فقه امامیه و حقوق ایران و سنجش میزان کارایی آن نسبت به اموال غیرمادی می‌پردازیم (بخش اول) و سپس نظریه عمومی قبض را در مورد اموال غیرمادی اعمال می‌کنیم. (بخش دوم)

#### ۱. تبیین نظریه عمومی قبض و سنجش کارایی آن نسبت به اموال غیرمادی

فقیهان امامیه درباره نحوه تحقق قبض اموال مادی آرای مختلفی را بیان داشته‌اند. حقوق دانان نیز غالباً همان آرا را مطرح نموده و با مواد قانونی تطبیق داده‌اند. در قسمت حاضر، حاصل این آرا را تحت عنوان «نظریه عمومی قبض» مورد بررسی قرار می‌دهیم، و میزان کارایی هرکدام از آن‌ها را در بحث قبض اموال غیرمادی می‌سنجیم.

##### ۱-۱. تحقق قبض با تخلیه

برخی از فقیهان امامیه، ملاک تحقق قبض را تخلیه دانسته‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۹؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۴۷۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۵۰۶؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۵۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۱۲۰) عده‌ای نیز ادعا کرده‌اند که فقهای امامیه در تحقق قبض اموال غیرمنقول با تخلیه اتفاق نظر دارند. (عاملی غروی، ۱۴۱۸: ۱۱۹۷)

این اشکال بر دیدگاه فوق وارد است که در آن، فعل مشتری با فعل بایع خلط شده است؛ توضیح این‌که، قبض فعل مشتری است و تخلیه فعل بایع می‌باشد و هرگز نمی‌توان فعل بایع را فعل مشتری دانست و قبض را به تخلیه تفسیر و آن را

قبض حقیقی محسوب نمود. (محمدی خراسانی، ۱۳۹۱: ۵۱۹)

قائلان به دیدگاه تحقق قبض با تخلیه، به روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) تمسک جستند. در روایت عقبه بن خالد آمده است که از امام صادق (ع) درباره مردی سوال می‌شود که متاعی را از دیگری خریده و عقد بیع را منعقد نموده ولی متاع را قبض نکرده و به بایع گفته است که ان شاءالله فردا به نزد تو می‌آیم و آن را قبض می‌کنم، اما قبل از آمدن او به نزد بایع، متاع به سرقت رفته است. از امام (ع) پرسیده می‌شود که سرقت از مال چه کسی بوده است؟ و حضرت (ع) در جواب می‌فرماید تا زمانی که متاع در خانه بایع است از مال اوست، ولی بعد از این که مشتری متاع را قبض می‌کند و از خانه بایع خارج می‌سازد، مشتری ضامن حق بایع است تا این که ثمن را به وی رد نماید. (عاملی، ۱۴۱۶: ۲۴) چنانچه در این روایت، منظور از «خراج مال از خانه» را اخراج مادی آن بدانیم، دیدگاه تحقق قبض با تخلیه، کاربردی در بحث قبض اموال غیرمادی نخواهد داشت، ولی اگر مانند برخی از فقیهان در مورد روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) برداشت دیگری داشته باشیم و بگوییم که منظور از اخراج مال از خانه، اخراج مادی مبیع نیست، بلکه معنای کنایی - یعنی «خراج مبیع از تحت سلطه بایع» مدنظر است (اراکلی، ۱۴۱۵: ۳۷۲) - در این صورت می‌توان از دیدگاه فوق در بحث قبض اموال غیرمادی بهره مند شد.

## ۲-۱. تحقق قبض با نقل

گروهی از فقهای امامیه بر این باورند که قبض اموال منقول با نقل از مکانی به مکان محقق می‌شود. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۶۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۹۸؛ شهید اول، ۱۴۰۶: ۱۳۲؛ ابن زهره، ۱۴۰۴: ۲۲۹) و برای توجیه دیدگاه خود به دو دلیل اجماع و عرف تمسک نموده‌اند. (صفار، ۱۳۹۰: ۴۷)

با توجه به عدم امکان نقل اموال غیرمادی به صورتی که در دیدگاه مزبور مطرح است، باید گفت که این دیدگاه در بحث قبض اموال غیرمادی کاربردی ندارد. لازم به ذکر است که اگرچه در حقوق ایران، بنا به اعتباری اموال غیرمادی در ذیل اموال منقول قرار می‌گیرد، ولی منقول دانستن این اموال به لحاظ اموری هم‌چون صلاحیت محاکم است.

### ۳-۱. تحقق قبض با گرفتن در دست

بعضی از فقهای امامیه، ضابطه تحقق قبض در مورد چیزهایی که معمولاً با دست اخذ می‌شود را، در دست گرفتن آن دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۱۲۰) چنان که برخی از اهل لغت نیز گفته‌اند که قبض عبارت است از «گرفتن با دست» (فیروزآبادی، بی تا: ۳۴۱) یا «گرفتن با تمام کف دست» (طریحی، ۱۳۶۵: ۲۲۶-۲۲۵) مسلماً از آن رو که اموال غیرمادی قابلیت لمس و در دست گرفته شدن را ندارند، نمی‌توان از چنین دیدگاهی در بحث قبض اموال غیرمادی استفاده کرد.

### ۴-۱. تحقق قبض با کیل، وزن یا شمارش

عده‌ای از فقیهان امامیه معتقدند که قبض نسبت به اموال مکمل و موزون و معدود، حسب مورد با کیل، وزن یا شمارش محقق می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۱۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۹؛ ابن حمزه، ۱۴۰۴: ۲۵۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۱۳؛ شهید ثانی، بی تا: ۲۳۹) و تا زمانی که این اقدامات صورت نگیرد، قبض و احکام آن جاری نخواهد شد.

بدون شک از دیدگاه فوق نیز نمی‌توان در بحث قبض اموال غیرمادی بهره جست؛ چه این که اموال غیرمادی در زمره اموال مکمل، موزون یا معدود قرار نمی‌گیرد تا بتوان قبض آن را به کیل، وزن یا شمارش دانست.

### ۵-۱. تحقق قبض با احراز ید و استیلا

اگرچه جماعتی از فقیهان امامیه قائلند که قبض اموال منقول با استیلا بر مال به وسیله ید، صورت می‌پذیرد. (رک. اردبیلی، ۱۳۶۲: ۵۱۲؛ محقق سبزواری، بی تا: ۹۶؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸: ۳۹۲-۳۹۱) ولی شیخ انصاری (ره) معتقد است که این ضابطه تنها به قبض اموال منقول اختصاص ندارد و به طور مطلق، قبض اموال منقول و غیرمنقول را شامل می‌شود، و در مورد هر دو دسته از اموال مذکور، با استیلا و تسلط مشتری بر مال -به گونه‌ای که معنای ید محقق گردد و مفهوم استیلا در غصب قابل تصور باشد- قبض صورت می‌پذیرد. (انصاری، ۱۴۲۰: ۲۴۴) بعد از مرحوم شیخ انصاری، بسیاری از فقیهان امامیه نظر او را پذیرفته و از سایر

دیدگاه‌ها اعراض نموده‌اند. (رک. نائینی، ۱۴۲۴: ۳۵۲؛ امام خمینی، ۱۳۶۳: ۳۶۶؛ خوئی، ۱۴۱۲: ۵۲۸؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۳۷۱؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۶۸۸) نکته جالب توجه این است که قانون گذار فرانسوی نیز در ماده ۱۶۰۴ قانون مدنی، در دیدگاهی شبیه به دیدگاه شیخ انصاری (ره)، ملاک «تحقق استیلا و تصرف» را در بحث تسلیم پذیرفته است.<sup>۱</sup>

برای درک بهتر دیدگاه شیخ انصاری (ره) پیرامون ضابطه تحقق قبض، ارائه توضیح درباره دو عبارت «ید بر مال» و «استیلا بر مال در غصب» ضروری است.

### ۱-۵-۱. منظور از ید بر مال

به اعتقاد عده‌ای، مفهوم ید یک سیر تاریخی دور و درازی را پشت سر گذاشته است و اگرچه روزگاری، منظور از ید، فقط وجود رابطه حقیقی و با کیفیت فیزیکی میان شخص و مال بود، ولی امروزه رابطه اعتباری و قراردادی میان شخص و مال نیز در تحت مفهوم ید گنجانده شده است. (محقق داماد، ۱۳۹۱: ۲۸) بنابراین اگرچه در گذشته، قبض و اقباض فقط با ید، به معنای تسلط فیزیکی بر مال قابلیت تحقق داشت، ولی امروزه در برخی از نظام‌های حقوقی، این عمل در مواردی با صرف تراضی نیز ممکن است. (رک. ماده ۱۶۰۶ قانون مدنی فرانسه؛ ماده ۳۶۷ قانون مدنی الجزایر؛ ماده ۴۳۵ قانون مدنی مصر؛ ماده ۴۰۳ قانون مدنی سوریه؛ ماده ۴۷۳ قانون مدنی کویت؛ ماده ۴۳۹ قانون مدنی قطر؛ ماده ۳۹۹ قانون مدنی بحرین)

### ۱-۵-۲. منظور از استیلا در غصب

برخی از فقیهان امامیه برای تحقق غصب، وجود استیلا بر مال را شرط می‌دانند. (شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۱۲۸؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۷) منظور از استیلا بر مال در غصب، رفع ید مالک از مال و وضع ید غاصب به طور علنی و از روی عنف بر آن است. البته ممکن است نحوه تحقق استیلا نسبت به اموال، با یکدیگر تفاوت داشته باشد، چنان که برای مثال استیلا بر حیوان با سوار شدن بر آن یا گرفتن افسارش محقق می‌شود، در حالی که استیلا بر خانه با سکونت در آن صورت می‌پذیرد. (حائری شهاباغ، ۱۳۷۶: ۲۸۹-۲۹۰)

1- Article 1604 (Création Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804): «La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. »

پیرامون دیدگاه مذکور که تحقق قبض را منوط به احراز ید و استیلا بر مال می‌داند باید گفت که، اگرچه این دیدگاه در واقع برای بیان شیوه انجام قبض در مورد اموال مادی ارائه شده، ولی در عین حال این قابلیت را دارد که درباره اموال غیرمادی نیز اعمال گردد؛ زیرا از نظر حقوقی برای استیلا بر مال، لزومی ندارد که آن مال حتماً مادی باشد، بلکه استیلا بر اموال غیرمادی نیز امری ممکن و قابل تحقق است.

## ۲. اعمال نظریه عمومی قبض در مورد اموال غیرمادی

با توجه به این که در میان دیدگاه‌های مطرح شده در مبحث پیشین، دیدگاه «تحقق قبض با احراز ید و استیلا بر مال»، بیش‌تر از سایرین در بحث قبض اموال غیرمادی قابل استفاده بود؛ بنابراین در مبحث حاضر می‌کوشیم تا این دیدگاه را براساس بایسته‌های نظام حقوقی ایران تکمیل، و در قالب نظریه‌ای حقوقی ارائه نماییم. در همین راستا ابتدا شرایط لازم جهت اعمال آن در مورد اموال غیرمادی را برخواهیم شمرد (موضوع قسمت اول) و سپس به تطبیق رأی دیوان عالی کشور با آن می‌پردازیم. (موضوع قسمت دوم)

### ۲-۱. شرایط اعمال نظریه عمومی قبض در مورد اموال غیرمادی

نظریه «تحقق قبض با احراز ید و استیلا بر مال» که به اختصار آن را «نظریه استیلا بر مال» می‌خوانیم، مبتنی بر چهار محور اساسی است که در این قسمت به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۲-۱-۱. تفسیر ماده ۳۶۷ قانون مدنی به طور مطلق

چنان‌چه در مقام تفسیر ماده ۳۶۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «... قبض عبارت است از استیلا مشتری بر مبیع»، قائل به اطلاق ماده شویم، مفاد آن علاوه بر قبض اموال مادی، شامل اموال غیرمادی نیز می‌شود.

توضیح بیش‌تر این که برای اطلاق‌گیری از ماده ۳۶۷ قانون مدنی، احراز مقدمات حکمت ضروری است، و بنابر نظر مشهور اصولیین منظور از مقدمات حکمت موارد زیر می‌باشد: ۱- متکلم در مقام بیان باشد؛ ۲- امکان اطلاق و تقیید وجود داشته باشد؛



۳- قرینه ای بر تقیید در کار نباشد. (قبله ای خوئی، ۱۳۸۶: ۹۶-۹۷) با توجه به مقدمات مذکور امکان استناد به اطلاق واژه قبض در ماده ۳۶۷ قانون مدنی به طوری که هم قبض اموال مادی و هم قبض اموال غیرمادی را در بر بگیرد، وجود دارد؛ زیرا اولاً- با فرض حکمت قانون‌گذار، او مطابق عقل و اراده و بدون سهو و غفلت، حکم خود را صادر نموده و در مقام بیان همه مقصود خویش بوده است؛ ثانیاً- مفهوم قبض در ماده مورد نظر امکان اطلاق و تقیید دارد بدین ترتیب که هم می‌تواند مطلق باشد و شامل قبض اموال مادی و غیرمادی شود، و هم این که مقید باشد و تنها ناظر به یکی از این دو حالت محسوب گردد؛ ثالثاً- در قانون هیچ قرینه‌ای وجود ندارد که نشان دهد کلام قانون‌گذار صرفاً اختصاص به قبض اموال مادی دارد، در حالی که اگر قید خاصی در مراد او دخالت داشت یا وی فقط بعضی از مصادیق و افراد مطلق را اراده نموده بود، باید به اقتضای حکمت خویش مخاطبان را از تمام مراد خود آگاه می‌ساخت و همه خصوصیات و قیودی که در مقصودش مدخلیت داشت را بیان می‌کرد. (رک. قافی، حسین و شریعتی، سعید، ۱۳۸۹: ۲۷۵)

## ۲-۱-۲. تحلیل قبض اموال غیرمادی با توجه به مفهوم ید در ماده

### ۳۵ قانون مدنی

همان طوری که آن دسته از فقیهان امامیه که قائل به نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال» بودند، صدق مفهوم ید بر مال را به عنوان اماره‌ای بر اثبات قبض می‌دانستند، می‌توان در نظام حقوقی ایران نیز جهت تحلیل کیفیت قبض اموال غیرمادی، از ماده ۳۵ قانون مدنی که پیرامون اماره ید است بهره جست، امری که پس از بررسی مواد ۳۵ و ۳۷۳ قانون مدنی در کنار یکدیگر، بیش تر توجیه پذیر به نظر می‌رسد.

توضیح این که، قانون‌گذار که در ماده ۳۵ در مقام بیان اماره ید مقرر داشته است: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است مگر خلاف آن ثابت شود»، در ماده ۳۷۳ در بحث قبض گفته: «اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و هم‌چنین است در ثمن». آن چه که از بررسی مواد فوق به دست می‌آید این است که قانون‌گذار در هر دو ماده، از واژه «تصرف» استفاده کرده،

و از آن رو که اولاً- بی شک واژه تصرف در ماده ۳۵ قانون مدنی به اماره ید اشاره دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۹۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۱: ۵۷) و ثانیاً- اصل بر اینست که واژگان در متن واحد، در یک معنا به کار می روند؛ بنابراین می توان چنین احتمال داد که قانون گذار در ماده ۳۷۳ قانون مدنی نیز، تصرف را به معنای ید بکار برده و برای تحقق قبض، به لزوم صدق عنوان ید بر مال التفات داشته است.

### ۲-۱-۳. تحلیل قبض اموال غیرمادی با توجه به مفهوم استیلا در

#### ماده ۳۰۸ قانون مدنی

ضابطه دیگری که فقهای قائل به نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال»، برای احراز قبض بیان کرده‌اند عبارت است از وقوع استیلا بر مال به صورتی که در باب غضب مطرح می‌باشد. بر همین اساس در مباحث حقوقی مربوط به قبض اموال غیرمادی نیز می‌توان مطابق مفهوم استیلا در مبحث غضب قانون مدنی - که در ماده ۳۰۸ این قانون آمده است- تحقق یا عدم تحقق قبض را تشخیص داد. البته باید به این نکته توجه داشت که به اعتقاد صاحب‌نظران، دو مفهوم «استیلا» و «تصرف حسی» با یکدیگر تفاوت دارند و از نظر وجودی میان آن‌ها ملازمه نیست، پس ممکن است بدون تصرف حسی نیز استیلا بر مال حاصل شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۵۶-۵۷) لذا بر اساس نکته مذکور می‌توان مدعی شد که نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال» که در آرای فقیهان امامیه مطرح شده، منحصر به قبض حسی که ناظر به اموال مادی می‌باشد نبوده و می‌تواند قبض اموال غیرمادی را نیز شامل شود.

### ۲-۱-۴. رجوع به ضابطه عرف در احراز قبض اموال غیرمادی

از آن رو که اصطلاح قبض حقیقت شرعیه ندارد و بر معنای لغوی و عرفی خود باقی مانده است و هر جا اعم از کتاب، سنت و یا اجماع این لفظ استعمال شده، در واقع به معنای عرفی آن که عبارت است از استیلای عرفی رجوع می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۱۹۸) بنابراین برای تعیین کیفیت تحقق قبض اموال غیرمادی نیز باید به ملاک عرف مراجعه کرد.

ضوابطی نیز که در قوانین برخی از کشورها پیرامون کیفیت قبض اموال غیرمادی ذکر شده، چیزی جز ملاک‌هایی که از رجوع به عرف حاصل می‌شود نیست. چنان که برای مثال مواردی از قبیل در اختیار گرفتن اسناد یا استعمال حقوق توسط مشتری، صرفاً مصادیقی از استیلای عرفی محسوب می‌گردد. (رک. ماده ۱۶۰۷ قانون مدنی فرانسه)

در رویه قضایی هم، به لزوم رجوع به ضابطه عرف جهت احراز قبض توجه شده، و به عنوان نمونه در رأی شماره ۴۴۷/۹۲ صادره از شعبه ۸۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران تصریح گردیده است که نحوه تحقق قبض به اعتبار منقول و یا غیرمنقول بودن موضوع معامله و یا سایر ویژگی‌های آن، مطابق داور عرف متفاوت خواهد بود. گفتنی است رأی فوق، طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۴۳۳ مورخ ۱۴/۱۲/۱۳۹۲ توسط شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران ابرام شده است. (جهت دسترسی به رأی مذکور رک. سامانه آرا و رویه‌های قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QktqRWVRWfjU3M9>. last visited: 2020/09/18)

## ۲-۲. تطبیق رأی دیوان عالی کشور با نظریه قبض در مورد اموال غیرمادی

در محاکم قضایی برخی آرا پیرامون اموال غیرمادی صادر شده است. در یکی از این آرا، دیوان عالی کشور به طور ضمنی به موضوع قبض اموال غیرمادی نیز پرداخته است که در قسمت حاضر به تحلیل و توجیه آن بر اساس نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال» می‌پردازیم.

### ۲-۲-۱. خلاصه پرونده

اشخاصی به عنوان خواهان، علیه اداره اوقاف و امور خیریه شهرستان بوکان طرح دعوی می‌کنند و مطابق مواد ۵۵ و ۵۹ قانون مدنی، صدور حکم به بطلان وقف نامه عادی سرقفلی یک باب مغازه را درخواست می‌نمایند.

در جلسه رسیدگی، وکیل خواهان اظهار می‌دارد که بر اساس مواد ۵۵ و ۵۷ قانون مدنی، مال موقوفه باید عین باشد و طبق ماده ۵۸ قانون مدنی مالی که قابلیت بقا داشته باشد قابل وقف است، و چون سرقفلی قابلیت دوام ندارد و مطابق ماده ۶۷ قانون مدنی قابل قبض و اقباض نیست؛ بنابراین وقف آن باطل است.

وکیل اداره اوقاف هم در مقام دفاع بیان می‌کند که می‌توان هر مالی را که قابل نقل و انتقال باشد وقف کرد و قانون‌گذار در ماده ۵۸ قانون مدنی چنین وقفی را صحیح دانسته و ماده ۶۴ قانون مدنی هم مؤید آن است. مضافاً این که سرقفلی قابل قبض و اقباض است و اگر قابل قبض و اقباض نبود اصلاً استفاده از آن امکان نداشت.

سرانجام دادگاه در رأی خود مقرر می‌دارد: چون اولاً- تنها وقف مالی جایز است که طبق صراحت ماده ۵۸ قانون مدنی عین بوده و با بقا آن بتوان از آن منتفع شد؛ ثانیاً- سرقفلی عین تلقی نمی‌شود؛ بنابراین مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۰ و ۵۵ و ۵۸ قانون مدنی و نظریه اداره حقوقی دادگستری حکم به بطلان وقف نامه صادر می‌شود.

اگرچه در مرحله بعدی دادرسی نیز، دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی را تأیید می‌کند، اما در مرحله فرجام‌خواهی، شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۳۸ بیان می‌دارد: «سرقفلی مغازه مورد نزاع یک مال ثابت موجود و مسلم است و ثمره آن حق تسلیط مستأجر بر عین مستأجره می‌باشد و ولو حق اختصاصی هم تلقی گردد طبق موازین شرعی وقف آن بلا اشکال است، و ایراد به قبض و اقباض هم با توجه به حق تسلیط منتفی است و تعلیلات محکمه بدوی از عوارض تبعی است و در حکم و اصل قضیه مداخلیتی ندارند؛ لذا دادنامه صادره خلاف قوانین موضوعه و موازین شرعیه است.» (جهت دسترسی به رأی مذکور رک. سامانه آرا و رویه‌های قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Uk9UZV>

dvUHNNoeVk9. last visited: 2019/04/03)

## ۲-۲-۲. تحلیل رأی

چنان که در پرونده فوق مشاهده می‌شود، از جمله مواردی که محل اختلاف طرفین بوده، مسأله امکان یا عدم امکان قبض و اقباض حق سرقفلی به عنوان یکی از مصادیق اموال غیرمادی می‌باشد. به طوری که یکی از طرفین دعوا به طور کلی منکر امکان قبض و اقباض حق سرقفلی است، و طرف مقابل با این استدلال که اگر حق سرقفلی قابل قبض و اقباض نباشد استفاده از آن نیز امکان نخواهد داشت، مدعی است که اموال غیرمادی نیز قابلیت قبض و اقباض دارد.

شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی خود، با استناد به حق تسلیط، ایراد قبض و اقباض را منتفی دانسته است. به نظر می‌رسد که منظور از حق تسلیط در رأی مذکور، اشاره به قاعده فقهی تسلیط است که مطابق آن مالک اصولاً نسبت به اموال خود اختیار کامل دارد و می‌تواند هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی در آن انجام دهد مگر به موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت شود. (رک. محقق داماد، ۱۳۹۱: ۲۲۷) در این صورت می‌توان مدعی شد که رأی دیوان عالی کشور نیز هم‌سو با نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال» که در بالا مطرح شد می‌باشد؛ زیرا از نظر عرف و لغت تسلیط بر مال، چیزی جز استیلا و چیرگی بر مال نیست. (ابن فارس، ۱۳۹۹: ۹۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۰)

شایان ذکر است، افزون بر مواردی که بیان شد، در رویه قضایی آرای دیگری در خصوص امکان قبض و اقباض حق سرقفلی به عنوان مصداقی از مصادیق اموال غیرمادی مشاهده می‌گردد که هرچند صریحاً به نظریه «تحقق قبض با استیلا بر مال» اشاره ندارد، ولی به طور ضمنی بر آن صحه گذاشته است. از جمله این آرا می‌توان به رأی شماره ۵۱۷ مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۳۰ شعبه ۱۸۵ دادگاه حقوقی تهران، رأی شماره ۴۷۲/۲۲۱۵۰۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰ مورخ ۲۲/۰۴/۱۳۹۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، رأی شماره ۵۱۹/۲۲۷۸۰۰۵۱۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۵/۲۸ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران و رأی شماره ۱۰۰۱۰۳ مورخ ۲۲/۰۴/۱۳۹۲ شعبه ۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران، اشاره نمود. (جهت دسترسی به آرای مذکور رک. سامانه آرا و رویه‌های قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WnV4QTVDbXpDZ0k9>. last visited: 2020/09/18)

## برآمد

با وجود آن که در اثر گسترش ارتباطات میان اشخاص و توسعه اسباب اقتصادی در دنیای امروز، اموال غیرمادی جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است، اما دکتربین هنوز توجه جدی به مسأله کیفیت تحقق قبض اموال غیرمادی نشان نداده‌اند. این در حالی است که از نظر حقوقی آثار مهمی بر قبض مترتب می‌شود. لذا در همین راستا و برای رفع خلأ موجود، می‌توان با تکیه بر پشتوانه فقهی قانون مدنی، نظریه «تحقق قبض اموال غیرمادی با استیلا بر مال» را مطرح نمود.

در نظریه مذکور ضمن تأکید بر لزوم مراجعه به ملاک‌های عرفی، به تفسیر ماده ۳۶۷ قانون مدنی به طور مطلق اقدام می‌گردد تا حکم آن علاوه بر اموال مادی، اموال غیرمادی را نیز شامل شود. این نظریه که ریشه در فقه امامیه داشته و براساس دیدگاه مرحوم شیخ انصاری ارائه گردیده است، قابلیت تطبیق کامل با مواد قانون مدنی و مبانی نظام حقوقی ایران را داراست. مضافاً آن که واجد این امتیاز است که با استناد به آن می‌توان بدون نیاز به اصلاح قوانین حاضر یا وضع قانون جدید، نظام حقوقی ایران را با شرایط جدید سازگار نمود و خلأ حقوقی موجود را برطرف ساخت.

## منابع

- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چ ۵، ۱۳۵۳.
- انصاری، علی و ذوالفقاری، سهیل، *توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران*، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶، ۱۳۹۱.
- آقاسی، محسن، *وقف اموال غیر مادی در حقوق ایران و فقه امامیه با مطالعه تطبیقی بر فقه اهل سنت و حقوق انگلیس*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق اموال*، تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *نصب*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳، ص ۵۱-۶۷، ۱۳۴۹.
- حائری شاهباغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
- شکر، فریده، *رهن دین در نظام حقوقی ایران*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، صص ۷۵-۱۱۲، ۱۳۹۰.
- صفار، محمد جواد، *قبض و اثر آن در عقود*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: انتشارات موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰.
- فاضل لنگرانی، محمد، *جامع المسائل*، ج ۲، قم: چاپ مهر، بی تا.
- قافی، حسین و شریعتی سعید، *اصول فقه کاربردی*، ج ۱، تهران: سمت، چ ۵، ۱۳۸۹.
- قبله ای خوئی، خلیل، *علم اصول در فقه و قوانین موضوعه*، تهران: انتشارات سمت، چ ۲، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، تهران: میزان، چ ۲۸، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، *معاملات معوض - عقود تملیکی*، تهران: شرکت انتشار، چ ۲، ۱۳۷۱.
- کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: انتشارات یلدا، ۱۳۷۴.
- کریمی، عباس و معین الاسلام، محمد، *رهن اموال فکری*، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، صص ۳۱۵-۳۲۴، ۱۳۸۷.

- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (مالکیت/مسئولیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۳۶، ۱۳۹۱.
- محمدی خراسانی، علی، *شرح مکاسب*، ج ۹، قم: انتشارات الامام الحسن بن علی علی‌علیهما السلام، چ ۳، ۱۳۹۱.
- مکارم شیرازی، ناصر، *زبدۀ الأحکام*، قم: انتشارات نسل جوان، ۱۴۱۴هـ.ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، *نقش قبض در عقد رهن*، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، صص ۱۸۹-۲۰۶، ۱۳۷۴.
- نیکوند، شکراله، *رهن اموال غیرمادی در حقوق ایران*، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۱۷، صص ۱۰۵-۱۲۴، ۱۳۹۱.
- ابن ادریس، ابی جعفر محمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چ ۲، ۱۴۱۰هـ.ق.
- ابن حمزه، عمادالدین ابی جعفر، *الوسیله إلى نیل الفضیله*، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی، ۱۴۰۸هـ.ق.
- ابن زهره، ابی المکارم، *الغنیة*، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی، ۱۴۰۴هـ.ق.
- ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، ج ۳، بیروت: دارالفکر، ۱۳۹۹هـ.ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۷، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چ ۳، ۱۴۱۴هـ.ق.
- اراکی، محمدعلی، *کتاب البیع*، ج ۲، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵هـ.ق.
- اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان*، ج ۸، تصحیح و تعلیق مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۳۶۲.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۶، إعداد لجنة تراث الشيخ الأعظم، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۰هـ.ق.
- خمینی، (امام) سید روح الله، *کتاب البیع*، ج ۵، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چ ۳، ۱۳۶۳.



- خوئی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، ج ۷، به قلم میرزا محمد علی توحیدی، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲هـ.ق.
- سبحانی، جعفر، **المختار فی احکام الخیار**، قم: اعتماد، ۱۴۱۴هـ.ق.
- شهید اول، ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی، **اللمعة الدمشقیة**، قم: دار ناصر، ۱۴۰۶هـ.ق.
- شهید اول، ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی، **الدروس الشرعیة فی الفقه الإمامیة**، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۴هـ.ق.
- شهید ثانی، زین الدین، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۳، حاشیه سلطان العلماء و تصحیح حسن القاروبی التبریزی، قم: انتشارات دارالتفسیر، ۱۳۸۴.
- شهید ثانی، زین الدین، **مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۳، قم: دار الهدی للطباعة و النشر، بی تا.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، ج ۲، تصحیح و تعلیق محمد تقی الکشفی، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۵۱هـ.ق.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی، **الخلاف**، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۰۷هـ.ق.
- طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرين**، ج ۴، تهران: المكتبة الرضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۶۵.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الكرامة فی شرح القواعد العلامة**، ج ۸، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۸هـ.ق.
- عاملی، محمد بن حسن حر، **تفصیل وسائل الشیعه**، ج ۱۸، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۶هـ.ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۳هـ.ق.

- فاضل آبی، زین الدین آبی علی الحسن بن أبی طالب، **كشف الرموز فی شرح المختصر النافع**، ج ١، تصحیح علی پناه اشتهاردی و حسین حسینی یزدی، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ١٤٠٨ هـ.ق.
- فاضل مقداد، جمال الدین، **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**، ج ٢، تحقیق السید عبداللطیف الحسینی الكوهکمری، قم: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی، ١٤٠٤ هـ.ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، ج ١، قم: اسماعیلیان، ١٣٨٧ هـ.ق.
- فیروز آبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب، **القاموس المحيط**، ج ٢، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
- محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**، ج ٢، بیروت: منشورات دارالأضواء، ١٤٠٣ هـ.ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر، **کفایه الاحکام**، اصفهان: چاپ سنگی، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ٤، قم: موسسه آل البيت لإحياء التراث، ١٤٠٨ هـ.ق.
- نائینی، محمدحسین، **منیة الطالب فی شرح المکاسب**، ج ٣، المقرّر الشیخ موسی بن محمد النجفی الخوانساری، قم: موسسه النشر الإسلامی، ج ٢، ١٤٢٢ هـ.ق.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ٣٧، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ١٩٨١ م.
- **القانون المدني المصري** لسنة ١٩٨٤ م.
- **القانون المدني البحريني** لسنة ٢٠٠١ م.
- **القانون المدني الجزائري** لسنة ١٩٧٥ م.
- **القانون المدني السوري** لسنة ١٩٤٩ م.
- **القانون المدني القطري** لسنة ٢٠٠٤ م.
- **القانون المدني الكويتي** لسنة ١٩٨٠ م.
- **القانون المدني الليبي** لسنة ١٩٥٣ م.
- **قانون الالتزامات والعقود السوداني** لسنة ١٩١٣ م.

- *Code civil français* (1804).
- Ourliac, P. et De malafosse, J., *Histoire du droit privé (Les Biens)*, Paris: Presses universitaire de France, 2 e édition, 1971.

- سامانه آرا و رویه های قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx>. last visited:

2020/09/18

