

تئوری عمومی حق مالکیت (بخش دوم و پایانی)

خسروعباسی داکانی^۱

در شماره قبل بحث را از تعریف مال، حق و اقسام آنها و همچنین رابطه اشخاص با اموال (اشیاء) در قانون مدنی ایران آغاز کردیم و به اسباب ایجاد حق یا رابطه بین اشخاص و اموال و سپس تئوری عمومی حق مالکیت رساندیم؛ اینک ادامه بحث:

آیا انتقال اموال غیرمادی به وسیله عقد بیع میسر است؟

سفتزاراول - خلاصه مباحث

همان‌طور که ملاحظه شد از نظر حقوقی اشیاء و اعمالی که فایده عقلایی داشته و قابل تملک و تصاحب و استفاده و قابل مبادله و داد و ستد بوده و ارزش تجاری و اقتصادی داشته باشند و اشخاص درصدد تصاحب و یا تصرف یا استفاده از آنها برآیند اموال نامیده می‌شوند. همچنین ملاحظه شد که اشخاص می‌توانند نسبت به اموال مزبور حقوقی داشته و یا تعهداتی را عهده‌دار شوند. مانند حق مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق و حق مطالبه.

به علاوه روشن شد که حقوق مزبور به خصوص حق مالکیت به طرق و وسایل

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران، عضو کمیسیون حقوقی و کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران.

متفاوتی ممکن است برقرار یا منتقل شوند که یکی از آن طرق و وسایل عقود و تعهدات هستند. همچنین معلوم شد که در بین عقود برخی از آنها که عقود تملیکی نامیده می‌شوند اختصاص به انتقال حق مالکیت بر اموال دارند و سایر عقود از چنین امتیازی برخوردار نیستند. عقد بیع یا خرید و فروش نیز همان‌طور که ملاحظه شد یکی از عقود تملیکی است. عقد بیع با سایر عقود تملیکی تفاوت‌هایی به شرح زیر دارد:

۱- عقد بیع عقدی است که برای انتقال مستمر حق مالکیت کامل بر اموال به کار می‌رود بنابراین با عقد اجاره که تنها موجب انتقال موقت حق مالکیت بر منفعت اموال می‌شود تفاوت دارد.

۲- عقد بیع عقدی است که برای انتقال معوض حق مالکیت بر اموال به کار می‌رود بنابراین با عقد هبه که برای انتقال مجانی (به‌طور عموم) حق مالکیت به کار می‌رود تفاوت دارد.

۳- عقد بیع عقدی است که در آن حق مالکیت بر مال معینی به عنوان مبیع در مقابل عوض معینی به عنوان ثمن به خریدار با احکام و شرایط خاص منتقل می‌شود بنابراین با عقد معاوضه که دو مال با هم مبادله می‌شوند بدون آن که هر یک از عوضین و طرفین عقد عنوان خاص داشته و احکام و شرایط خاصی بر آنها حاکم باشد تفاوت دارد.

۴- عقد بیع عقدی است که برای انتقال حق مالکیت شخص بر مال معینی در طول حیات وی به کار می‌رود بنابراین با عقد وصیت که برای انتقال حق مالکیت شخص بر مال معین یا غیرمعینی در دوران پس از مرگ وی به کار می‌رود تفاوت دارد.

۵- عقد بیع عقدی اصلی است که برای انتقال حق مالکیت بر اموال به کار می‌رود و احکام و شرایط خاصی بر آن حاکم است بنابراین با عقد صلح که در مقام معامله یک عقد جایگزین تلقی می‌گردد و در برخی موارد خاص جانشین عقد بیع

می‌شود و لیکن از احکام و شرایط خاص آن تبعیت نمی‌کند تفاوت دارد.

اما صرف نظر از تفاوت‌های مذکور يك سؤال در رابطه با خود عقد بیع مدت‌ها است که مطرح گردیده و آن عبارت است از این که آیا عقد بیع اختصاص به انتقال حق مالکیت بر اموال خاصی دارد یا اینکه تمام اموال را شامل می‌شود؟ به عبارت دیگر آیا عقد بیع تنها برای خرید و فروش اعیان مادی و محسوس وضع شده یا آن که کلیه اموال را می‌توان به وسیله عقد بیع خرید و فروش نمود؟

با توجه به تعریف بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی «تملیک عین به عوض معلوم» به نظر می‌رسد بیع عقدی است که ظاهراً تنها به انتقال حق مالکیت بر اعیان مادی و خارجی ملموس و محسوس اختصاص دارد و سایر اموال را در بر نمی‌گیرد. هرچند در میان فقهاء و حقوقدانان تعاریف متعددی از عقد بیع به عمل آمده است ولی تعریف جامع و مانعی برای آن یافت نمی‌شود.^۱

برخی از فقهاء و علماء تشتت در تعریف بیع را ناشی از عدم تعریف آن به جنس و فصل (حد تام) می‌دانند.^۲ تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع نیز با اندکی تفاوت از تعاریف فقهای امامیه اخذ شده است^۳

برخی از حقوقدانان به استناد این ماده معتقدند که مبیع باید از اموال عینی باشد در نتیجه مبیع نمی‌تواند منفعت یا حق یا عمل باشد.^۴ برخی دیگر عین را در مقابل منفعت قرار داده و نظر داده‌اند که اگر موضوع تملیک منفعت باشد عقد مزبور اجاره خواهد

۱. نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۲، ص ۲۰۸، چاپ دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۸.

۲. نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، ص ۸۴، مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ ق ص ۸۴ تدوین توسط شیخ محمدتقی آملی.

۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی، عقود معین*، ص ۱۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، شهیدی، مرحوم دکتر مهدی، *حقوق مدنی*، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، چاپ اول، ص ۱۳.

۴. شهیدی، منبع سابق، ص ۲۸.

بود و بیع نخواهد بود.^۱ برخی نیز معتقدند که این تعریف تنها ناظر بر بیع عین معین است و تمام اقسام بیع را در بر نمی‌گیرد.^۲ بنابراین نظر، قانون مدنی در باب بیع سایر اموال ساکت است و حکمی ندارد.

گفتار دوم - پاسخ سؤال

در رابطه با این سؤال یافتن پاسخ صحیح و مناسب نیازمند توجه به مطالبی است که به ترتیب در این مقاله تدوین شده است ولیکن به طور خلاصه نتایجی که از این تحقیق و بررسی حاصل شده را به شرح زیر بیان می‌نماید:

الف - همان‌طور که در مبحث اول بیان شد مال چیزی است که مورد علاقه انسان واقع می‌شود و با انجام اقداماتی درصدد تصاحب یا تملک یا استفاده از آن برمی‌آید، و در نتیجه اقدامات مزبور حقوقی نسبت به آن مال برای او ایجاد می‌شود که حقوق مالی نامیده می‌شود. در مرحله بعد هرگاه شخص دیگری نسبت به آن مال که اکنون مملوک یا متعلق حق شخص اول می‌باشد علاقه‌مند شود و اراده نماید آن مال را به دست آورد بایستی با جلب رضایت صاحب آن، حقوق مزبور را تحصیل نماید. در واقع چیزی که در اموال مورد انتقال قرار می‌گیرد همین حقوق مالی می‌باشد و نه چیز دیگر. از سوی دیگر تملک یا تصاحب اوصاف اضافی هستند که بر اشیاء و اعمال تحمیل می‌شوند و وجود خارجی و مادی ندارند بلکه تنها اموری اعتباری هستند که در روابط بین انسان‌ها حیات و اعتبار و رواج می‌یابند ولیکن در عالم واقع تغییری در کمیت و کیفیت اموال ایجاد نمی‌نمایند و لذا تغییر مالک یا صاحب حق هیچ تغییری در وضعیت و شرایط مال نمی‌دهد و به همان حال سابق باقی می‌ماند و

۱. بروجردی، محمد عبده، *حقوق مدنی*، تدوین محمدرضا بندرچی، چاپ اول، انتشارات طه، ۱۳۸۰، ص ۱۸.

۲. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها*، ج ۲، ص ۷۹، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، چاپ اول.

تنها به طور اعتباری صاحب آن عوض می‌شود.^۱

با توجه به این مقدمات باید گفت اصولاً کلیه حقوق غیرمادی و اعتباری و نسبی هستند و همان‌طور که گفته شد حقی که انسان نسبت به شیئی یا عمل خاصی می‌یابد آنرا تبدیل به مال می‌کند مشروط بر آن که دارای فایده عقلایی و ارزش تجاری و اقتصادی بوده و قابل تصاحب و تملك و نقل و انتقال باشد. بنابراین باید مفهوم و عنوان مال را از متعلق آن تفکیک نمود. همان‌طور که در ماده ۵۰ قانون مدنی نیز علاقه‌هایی که اشخاص نسبت به اموال می‌توانند داشته باشند تحت عنوان «حقوق» احصاء شده است. در نتیجه تنها این حقوق مالی که وجودی غیرمادی و غیرمحسوس و فرضی و اعتباری دارند و به موجب عرف یا قانون برای اشخاص نسبت به اموال شناخته و پذیرفته شده اند دارای ارزش مبادله و نقل و انتقال هستند و انتقال آنها هیچ تغییری در متعلق حق ایجاد نمی‌کند بلکه تنها موجب تغییر مالک مال می‌شود و با متعلق خود که ممکن است مادی و محسوس باشد تفاوت دارند.^۲ بنابراین تفکیک اموال به اموال مادی و غیرمادی به نظر نگارنده تفکیک صحیحی نیست زیرا کلیه اموال غیرمادی هستند هرچند متعلق برخی از آنها ممکن است اشیاء باشند.

ب - تعریف ماده ۳۳۸ از بیع تعریف ماهوی یا تعریف به اثر و نتیجه آن است بنابراین تعریف، اثر عقد بیع تغییر مالک اموال است. در واقع عقد بیع برای انتقال حق مالکیت اموال از شخصی به شخص دیگر «به نحو تراضی» وضع شده و مورد استفاده قرار می‌گیرد. وجه تمایز عقد بیع با سایر اسباب تملك نیز همین خصیصه می‌باشد زیرا

۱. «در حیات مباحات، بیع و اجاره اموال و غیره فرد هیچ تصرفی در مال نمی‌کند و تنها علاقه و ارتباط خود را با آن تغییر می‌دهد، پس آنچه مال یا ملکیت یا حق نامیده می‌شود همه از یک سنخ است و صورت مادی خارجی ندارد» نقل از: کاتوزیان، ناصر، منبع سابق، ص ۳۰۵.

۲. «کلیه حقوق مالی را می‌توان از اموال غیر مادی به شمار آورد، چه این حقوق قدرت‌ها و امتیازاتی هستند که قانون برای افراد شناخته و دارای ارزش مبادله اقتصادی و مالی هستند و بدیهی است که قدرت‌ها و امتیازات فردی مادی و محسوس نیست.» نقل از: صفایی، سیدحسین، منبع سابق، ص

در سایر اسباب تملک مثل ارث و اخذ به شفعه این حق به موجب قانون ایجاد و منتقل می‌شود و یا آن که اصلاً مالکی وجود ندارد در نتیجه جلب رضایت مالک نیز ضروری نبوده یا مصداق نمی‌یابد.

اما در تمام موارد اثر حقوقی استفاده از اسباب تملک که همانا ایجاد یا انتقال حق مالکیت بر اموال است به طور کامل و بدون استثناء حاصل می‌شود و تمام ذرات و اجزاء و عناصر و توابع و لواحق مال به منتقل الیه منتقل می‌شود. با این تفاوت که در عقد بیع که مبتنی بر تراضی و توافق اراده‌هاست ممکن است قبلاً تمام یا بخشی از حقوق و منافع مال «به طور موقت» به موجب توافقی به غیر منتقل شده باشد ولیکن خود مال با حفظ حقوق و منافع مزبور برای صاحب آن، به موجب قرارداد مزبور، به دیگری واگذار شود که در این صورت پس از اتمام مدت آن قرارداد حقوق و منافع یاد شده نیز در اختیار خریدار عین مال قرار خواهد گرفت و متعلق به ایشان می‌باشد در واقع خریدار با انشاء عقد به نحو مذکور جانشین فروشنده می‌شود و قرارداد قبلی به طرفیت او ادامه می‌یابد. هرچند عواید آن قرارداد در مدت مقرر به عنوان عوض معامله طبق توافق خریدار و فروشنده ممکن است متعلق به فروشنده قرارداد شده باشد و به خریدار نسبت به منافع و یا حقوق واگذار شده چیزی تعلق نگرفته و پرداخت نشود. این قرارداد و توافق تابع اصل حاکمیت اراده بوده و مغایرتی با قواعد آمره قانون مدنی نداشته و مطابق قواعد عمومی قراردادها بلامانع است.

بنابراین منظور از تملیک عین در ماده مرقوم تغییر مالکیت «عین مال» یا «خود مال» می‌باشد که شامل تمام توابع و لواحق آن نیز خواهد بود مگر آن که چیزی از آن استثناء شده باشد. به عبارت دیگر هرگاه انتقال حق مالکیت بر مالی به طور کامل و بدون استثنای چیزی از آن مورد نظر باشد از عقد بیع استفاده می‌شود در این صورت اگر عقد بیع به طور مطلق منعقد شود تمام اجزا و عناصر مال شامل عین و منفعت و سایر حقوق متصوره آنرا در بر می‌گیرد. اما در صورتی که منظور طرفین تنها «انتقال

موقت حق مالکیت بر منفعت مال» باشد و اصل مال برای مالک آن باقی بماند از عقد اجاره باید استفاده شود زیرا عقد اجاره بنا بر تعریف ماده ۴۶۶ قانون مدنی برای انتقال آن وضع شده است.

از آنجا که عقود بیع و اجاره هر دو از عقود تملیکی هستند که برای انتقال حق مالکیت بر اموال تأسیس شده‌اند برای آن که تفاوت آنها در تعریف برای مخاطبین قانون روشن شود و آنها را با هم اشتباه نکنند و به جای یکدیگر استعمال ننمایند قانون‌گذار ناگزیر شده است به جای استفاده از واژه مال در تعریف بیع که هم شامل عین وهم منفعت می‌شود و این شبهه را ایجاد می‌کند که منفعت نیز مستقلاً و به تنهایی قابل فروش می‌باشد و دیگر نیاز به استفاده از عقد اجاره با شرایط و احکام خاص آن نمی‌باشد از واژه عین استفاده کند تا مشخص نماید که هرگاه قصد انجام معامله نسبت به عین مال باشد باید از عقد بیع استفاده نمود خواه همراه با منفعت یا سایر حقوق مال باشد یا آن که منفعت آن برای مدتی از قبل به دیگری واگذار شده باشد ولیکن هر گاه اشخاص تنها قصد انجام معامله نسبت به منفعت مال داشته باشند باید از عقد اجاره استفاده کنند و لذا در تعریف اجاره به واژه منفعت تصریح نموده است تا این تفاوت ظریف را آشکار نموده و یادآور شود.

ج - این نتیجه به نظر صحیح می‌رسد و دلایل زیر نیز آن را تقویت می‌کند:

۱ - اول آن که ماده ۳۳۸ در غیر این صورت جامعیت خود را از دست می‌دهد و تنها شامل انتقال حق مالکیت بر اعیان مادی می‌شود و تکلیف سایر اموال در قانون مدنی مبهم می‌ماند در حالی که ارتکاب این امر از قانون‌گذار در مقام بیان قبیح بوده و بعید به نظر می‌رسد. اما اگر این اشکال را وارد بدانیم این سؤال ایجاد می‌شود که چرا قانون‌گذار در مقام تشریح سکوت نموده است و عقدی را به انتقال مالکیت سایر اموال اختصاص نداده است؟ و اشیاء چه ویژگی دارند که قرارداد خرید و فروش یا بیع به آنها اختصاص یافته است؟

ممکن است پاسخ داده شود که قانونگذار در مقام بیان سکوت ننموده بلکه ماده ۱۰ قانون مدنی را به این گونه اموال اختصاص داده است، و یا اینکه حق مالکیت بر این گونه اموال را با عقد صلح می توان منتقل نمود.

اما بر این پاسخ نیز دو اشکال وارد است:

اولاً، ماده ۱۰ قانون مدنی اختصاص به انجام معامله و انتقال حق مالکیت بر اموال ندارد و کلیه قراردادهای خصوصی را در هر زمینه‌ای در برمی گیرد و لذا پاسخ مستقیم و روشن و صریحی به سؤال مذکور نمی باشد بلکه یک راه چاره یا راه فرار نهایی برای تمام مواردی است که قانونگذار پاسخی بدان نداده است و تنها برای حل مشکلات عموم مخاطبین از هر قبیل و بابت و دسته در باب قراردادها و روابط بین اشخاص چنین قاعده‌ای را به طور عمومی وضع نموده است. عمومیت این قاعده تا آنجا گسترده است که تمام انواع قراردادها را پوشش می دهد تا حدی که می توان کلیه قراردادها و عقود مختلف را از قانون مدنی حذف نمود و به جای آنها تنها ماده ۱۰ قانون مدنی را حفظ نمود زیرا پاسخگوی تمام نیازهای مخاطبین می باشد و قواعد عمومی قراردادها در تمام موارد به طور یکسان حاکم و کافی خواهد بود.

ثانیاً، عقد صلح نیز اصولاً در راستای جلوگیری از تنازع یا رفع آن و فصل خصومت بین افراد وضع و تأسیس شده است و در مرحله بعد تنها به عنوان جایگزین پیش‌بینی شده است که در موارد خاص از این عقد می توان در مقام معامله نیز به جای عقود دیگر از آن استفاده نمود. لیکن همان‌طور که در ماده ۷۵۸ قانون مدنی مقرر شده است صلح در مقام معامله هر چند نتیجه و اثر معامله‌ای که به جای آن واقع شده را می بخشد لیکن تابع احکام و شرایط خاص آن معامله نخواهد بود. این حکم نیز به نوبه خود موجب چند اشکال و ایراد می گردد:

اول آنکه از یک طرف چنانچه اشخاص مایل باشند که همان احکام و شرایط عقد بیع بر قرارداد آنها حاکم باشد این امر میسر نخواهد بود زیرا ماده ۷۵۸ چنین اجازه‌ای

را نمی‌دهد در نتیجه اشخاص مجبور می‌شوند برخلاف اراده واقعی خود قراردادی را منعقد نمایند که میل و رغبتی به آن ندارند و تنها به اجبار قانون و ادار به انعقاد چنین قراردادی می‌شوند که قصد و نظر آنها را تأمین نمی‌کند و برخلاف اراده آنها می‌باشد.

دوم آنکه چنانچه برای انتقال اموال دیگر (به جز اشیاء) طرفین طبق ماده ۷۵۸ عقد صلح بین خود منعقد کنند ولیکن اجازه داشته باشند که احکام و شرایط عقد بیع را بر معامله خویش حاکم سازند در این صورت تنها عنوان عقد از بیع به صلح تغییر یافته ولیکن در ماهیت عقد تفاوتی ایجاد نشده است و این همان عقد بیع است که تنها با استفاده از يك واژه سرنوشت آن تغییر یافته است.

سوم، همان‌طور که قبلاً نیز گفته شد عقد بیع از جمله عقود شرعی نیست بلکه عقدی عرفی است و ماهیت عرفی دارد و تعریف و معنی آن را در عرف باید جستجو نمود^۱ و در نتیجه استناد به ادله شرعی همچون اجماع یا تسالم اصحاب و عدم خلاف و یا انصراف ادله یا شك در اطلاق از سوی فقهاء در اثبات لزوم عین مادی بودن میباید که امری عرفی است موجه نمی‌باشد^۲ و لذا تغییر در تعبیر و تفسیر و تعریف بیع نیز لطمه‌ای به اعتقادات دینی اشخاص وارد نمی‌سازد همان‌طور که با تغییر عرف در جوامع مختلف تأسیسات حقوقی نیز تغییر می‌یابند و هیچ اتفاقی نمی‌افتد و اشکالی ایجاد نمی‌شود.

د - همان‌طور که گفته شد در بین فقها و حقوقدان‌ها تعریف واحدی از بیع وجود ندارد ولیکن درباره ماهیت و اثر حقوقی آن اختلافی بین ایشان وجود ندارد. همچنین می‌دانیم که بیع يك مفهوم عرفی است بنابراین چگونه ممکن است تنها به سبب اختلاف علمای حقوق در تعریف بیع از دایره شمول و قلمرو آن کاست و اشخاص را

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ دوم، ۱۳۶۷، ص ۷۹.

۲. امام خمینی (ره)، البیع، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۵.

از حاکمیت اراده و توافق مشروع خویش درباره انتقال حق مالکیت بر اموالی که متعلق آنها به جز اشیاء می باشد محروم نمود. آیا تعابیر مختلف از عقد بیع می تواند موجب شود که فایده اصلی آن که همانا انتقال حق مالکیت بر اموال بر اساس احکام و شرایطی جامع و مانع می باشد به فراموشی سپرده شود و سرنوشت مالکیت بر اموال به عقود و قراردادهایی واگذار شود که از ویژگی های ممتاز عقد بیع برخوردار نیستند در حالی که عمومات کتاب و سنت نیز شمول عقد بیع را بر منافع و حقوق اثبات می نماید.^۱

بنابراین همان طور که گفته شد اگر بپذیریم قانونگذار عقد بیع را تنها به انتقال حق مالکیت بر اشیاء اختصاص داده اشکالات پیش گفته نمایان می شود. مگر آن که بپذیریم عقد بیع تنها به انتقال حق مالکیت بر اشیاء اختصاص ندارد بلکه همان طور که گفته شد عقد بیع يك وسیله حقوقی است که برای انتقال حق مالکیت بر اموال مختلف به کار می رود و تنها يك مورد از شمول آن مستثنا شده است که آن هم مربوط به انتقال موقت و مستقل حق مالکیت بر منافع می باشد که در این مورد استثنائاً باید از عقد اجاره استفاده نمود زیرا نمی توان با استفاده از عقد بیع منافع را به طور موقت به فروش رساند ولیکن در سایر موارد استفاده از عقد بیع راه حل مناسب و قطعی است.

هـ- دیگر آن که اگر عقد بیع را مختص انتقال اعیان مادی بدانیم، هرگاه حق مالکیت بر اعیان مادی را همراه با حق مالکیت بر منافع و حقوق دیگر آن بخواهیم به غیر منتقل نماییم ناگزیر خواهیم بود که چند قرارداد منعقد کنیم ۱- عقد بیع برای انتقال حق مالکیت بر عین مال ۲- عقد اجاره برای انتقال موقت منفعت آن ۳- قراردادی برای انتقال سایر حقوق و امتیازات آن. در حالی که چنین ترتیبی در طول تاریخ حقوق این کشور مشاهده نشده و مرسوم نبوده است بلکه همواره منافع و حقوق و

امتیازات مورد معامله نیز همراه با عین مادی آن به موجب عقد بیع به خریدار منتقل گردیده و نیاز به انعقاد چند قرارداد جداگانه نبوده است زیرا همواره اعتقاد بر این بوده که عقد بیع اساساً برای انتقال یکپارچه و کامل مورد معامله به خریدار تأسیس شده و هیچگاه مختص انتقال حق مالکیت بر عین مادی و فیزیکی اموال نبوده است.

و- از سوی دیگر بنابر تعریف عقد اجاره در قانون مدنی انتقال حق مالکیت بر منافع به خریدار نیز «به طور دائم» به موجب عقد اجاره امکان پذیر نمی‌باشد. تنها در مواردی که حق مالکیت بر «اصل مال» منتقل نمی‌شود «به طور موقت» می‌توان حق مالکیت بر منافع آن را به دیگری به موجب عقد اجاره منتقل نمود. اگر توصیه شود که از عقد صلح یا قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی باید برای این منظور استفاده نمود پاسخ این خواهد بود که چه مانعی بر سر راه استفاده از عقد بیع بدین منظور وجود دارد که می‌باید از عقود جایگزین استفاده نمود و با ایجاد دشواری برای مخاطبین آنها را وادار نمود که از چند عقد برای انتقال یک مال استفاده کنند و حال آن که عقود تنها وسیله تسهیل رابطه حقوقی بین اشخاص هستند.

ز- از آنجا که عقد بیع جزء عقود عرفی است که سابقه دیرین در طول تاریخ بشر دارد و شرع اسلام نیز آن را امضاء نموده است، بنابراین باید معنا و مفهوم و اثر آن را در عرف جستجو نمود. از بررسی تاریخی این نتیجه حاصل می‌شود که عقد بیع در طول تاریخ همواره به منظور انتقال حق مالکیت بر عین مادی و منافع و حقوق و امتیازات اموال مورد معامله به کار گرفته شده است و هیچ کس در درستی آن تردید ننموده و تاکنون نیز موضوع به همین منوال ادامه دارد. به عبارت دیگر از دیدگاه عرف هرگاه عقد بیع به طور مطلق بین اشخاص منعقد شود بنابر مقتضای اطلاق عقد بیع حق مالکیت بر اصل مال و سایر حقوق متعلقه و منافع آن بلافاصله به خریدار منتقل می‌شود مگر آن که حقوق یا منافع آن از قبل به دیگری موقتاً منتقل شده باشد که در این صورت با حفظ حقوق مستأجر یا صاحب حقوق مزبور عقد بیع واقع می‌شود و

پس از اتمام مدت قرارداد مذکور منافع یا حقوق مزبور متعلق به خریدار بوده و لذا بلافاصله باید در اختیار او قرار گیرد. این در حالی است که منافع و حقوق و امتیازات دیگر مبیع، عین مادی تلقی نمی‌شوند و ظاهراً در تعریف عقد بیع مندرج در ماده ۳۳۸ نمی‌گنجد. اما همان‌طور که ملاحظه شد عرف بر این گونه انتقالات مهر تأیید زده و مراجع اداری و قانونی نیز با پذیرش و اعتبار دادن به این گونه معاملات و قراردادهای بر صحت معامله بیع مذکور تأکید نموده‌اند.

ح - در قانون مدنی و شرع اسلام بیع «کلی فی الذمه» نیز مانند عین معین صحیح و مجاز شناخته شده است در حالی که با تعریف ماده ۳۳۸ منافات دارد و عمل تملیک نیز در مورد آن در هنگام وقوع عقد میسر نمی‌باشد در نتیجه این سؤال مطرح می‌شود که چگونه این مورد مشمول عقد بیع و صحیح دانسته شده ولیکن انتقال اموال غیر مادی به موجب عقد بیع اجازه داده نمی‌شود؟ مگر کلی فی الذمه چه ویژگی دارد و آیا معامله مزبور یک معامله عهدی محسوب نمی‌شود؟

پاسخ آن است که عرف و رویه مسلم در مورد صحت انجام معامله نسبت به اموال غیرمادی به موجب عقد بیع تردیدی ندارد و مشروعیت آن را پذیرفته است تنها برخی از علما و حقوقدانان هستند که در این باره تردید دارند ولیکن بایستی خود را با تحولات و پیشرفت‌های علمی و مادی و اقتصادی و حقوقی دنیای مدرن کنونی تطبیق دهند.

ط - اینکه برخی از فقها تنها عین مادی را مشمول تعریف بیع دانسته‌اند به این دلیل بوده که آنها منفعت و حقوق را مال نمی‌دانسته‌اند تنها به این دلیل که آنها قابل حیات نیستند ولیکن اعیان مادی قابل حیات هستند.^۱ اما امروزه که حقوق و منافع با ابداع و اختراع وسایل و لوازم و روش‌های علمی و فنی و عملی جدید قابل حیات و

۱. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۳، ص ۱۶۴۵، انتشارات محراب فکر، چاپ اول، ۱۳۸۴.

ثبت و ضبط هستند و می‌توان از آنها با استفاده از اهرم‌ها و وسایل و امکانات قانونی و قضایی حمایت و حفاظت نمود دیگر چنین ادعایی مقرون به صحت و حقیقت نمی‌باشد.

دیگر آن که اساساً برخی از حقوق مانند شهرت علمی و هنری و کسبی و حقوق سرقتی و کسب و پیشه و حق اشتراك و امتیاز تلفن و آب و برق و گاز و حق تألیف و حقوق مربوط به پروانه کسب و بهره‌برداری در گذشته وجود نداشته و اصلاً قابل تصور نبوده‌اند بنابراین مسئله مال بودن یا نبودن آنها هم سالبه به انتفاء موضوع بوده و لذا درباره امکان یا عدم امکان نقل و انتقال آنها به موجب عقد بیع یا غیر آن نیز بحثی به میان نیامده است. بنابراین به نظر می‌رسد اگر در تعریف بیع از واژه عین استفاده شده نه برای خارج ساختن سایر اموال از تعریف بیع بوده بلکه بدین دلیل بوده که اموال دیگری که در ابتدای این بند اشاره شد و امثال آنها در روزگار قدیم شناخته نشده بودند و همچنین برای تفکیک نمودن تعریف عقد اجاره از عقد بیع بوده است. به نظر بنده اگر فقهای مزبور نیز در این روزگار می‌زیستند مطمئناً با ما هم نظر می‌شدند چرا که ملاك و معیار مالیت اموال نظر عرف و بنای عقلای جامعه است که از زمانی تا زمان دیگر حتی در يك جامعه نیز تفاوت می‌یابد.^۱

ی - برخی از علمای بزرگ عین را در مقابل حق قرارداده‌اند به دلیل آن که حق را از نظر عرفی مال نمی‌دانسته‌اند و حق را در تقابل با ملکیت و مالیت می‌پنداشته‌اند^۲ به نظر می‌رسد با توجه به مطالبی که در مباحث گذشته مطرح شد این امر صحیح نمی‌باشد زیرا همان‌طور که ملاحظه شد حق عنوان رابطه و علاقه‌ای است که بین

۱. روحانی، سید محمد صادق، *منهاج الفقاهه*، انتشارات علمیه چاپ چهارم، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۱، ص ۳۸.

۲. خوئی، آیت‌اله سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، انتشارات دارالهادی، بیروت ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۲، ص ۳۱۲، خلخالی، سید محمد کاظم، *فقه الامامیه*، قسم المعاملات «تقریر مباحث آیت‌اله میرزا حبیب‌اله رشتی، چاپخانه حیدری، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ.ق، ص ۱۵.

اشخاص و اموال ایجاد می‌شود و «عین» مورد نظر چیزی به جز متعلق حق مزبور نمی‌باشد یعنی همان چیزی که اراده اشخاص به آن تعلق یافته و به همین سبب عنوان «مال» بر آن اطلاق شده است و سپس به تملک یا تصاحب شخصی درآمده که از این پس «مالك یا صاحب» آن خوانده می‌شود به عبارت دیگر کسی که حق مالکیت بر آن یافته است. بنابراین «عین»، «متعلق حق» می‌باشد و با خود «حق» تفاوت دارد و لذا نمی‌تواند با آن یکی شناخته شود یا مترادف آن باشد.

از سوی دیگر نیز همان‌طور که گفته شد این حقوق ناشی از اموال یا حقوق اشخاص نسبت به اموال است که به موجب عقد بیع مورد نقل و انتقال واقع می‌شود نه خود مال. حتی اگر معتقد باشیم که تنها عین مادی می‌تواند موضوع عقد بیع واقع شود باز هم این حق مالکیت بر عین مادی است که به موجب عقد بیع به خریدار منتقل می‌شود و نه عین مال مزبور، در حقیقت با انتقال حق مالکیت هیچ تغییر مادی (کمی یا کیفی) در خود مال ایجاد نمی‌شود بلکه به طور شفاهی و یا بر روی کاغذ و به طور صوری تنها مالك آن تغییر می‌یابد در نتیجه باید مجدداً به تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی توجه نمود تا معنای آنرا به درستی درک نمود.

در ماده صحبت از «تملیک عین» در میان است منظور از تملیک عین همانا «انتقال حق مالکیت بر عین» می‌باشد و نه انتقال فیزیکی آن. بنابراین اکنون که حق مالکیت مورد انتقال قرار می‌گیرد و نه خود مال و حق نیز جزء امور اعتباری و غیرمادی است پس چه تفاوتی میان اشیاء و غیراشیاء در این خصوص می‌تواند وجود داشته باشد؟

در نتیجه نگارنده اعتقاد دارد با توجه به دلایل فوق‌الذکر منظور از عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی اصل مال می‌باشد و نه شیئی مادی و لذا هرگاه انتقال حق مالکیت بر اموال به طور کامل و دائم (شامل تمام اجزا و عناصر و توابع و لواحق آن) مورد نظر باشد از عقد بیع باید استفاده شود، مگر آن که منفعت یا برخی از حقوق مال قبلاً به طور موقت به غیر منتقل شده باشد، و فرقی نمی‌نماید که متعلق حق یا موضوع عقد

شییی مادی یا مالی غیرمادی باشد زیرا عقد بیع تنها يك وسیله و ابزار یا عمل حقوقی است که برای انتقال حق مالکیت بر اموال به کار می‌رود و اعتباری بیش از آن ندارد که بخواهد همچون يك امر قدسی الزامات خود را بر مردم تحمیل نماید و مردم نیز چاره‌ای به جز تطبیق اراده خود با آن نداشته باشند بلکه این اشخاص و اجتماع هستند که مقرر می‌نمایند وسیله مزبور چه فایده‌ای دارد و چه استفاده‌ای از آن می‌توان نمود و چه اموری را در برمی‌گیرد. امیدوارم این مطالعه و بررسی برای خوانندگان ارجمند سودمند واقع شود.

