

بیع اموال غیر مادی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و

حقوق مصر

یاسر شناکری حسین آباد^۱

چکیده:

هدف از این مقاله، بررسی و تبیین ماهیت حقوقی انتقال اموال غیر مادی نظیر حق تألیف، سرقتی، سهام شرکتها، امتیاز آب، برق و تلفن در مقابل عوض با در نظر گرفتن ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف بیع می باشد. با توجه به اهمیت این اموال و نیاز به روشن بودن قواعد حاکم بر این انتقالات در این مجال با بررسی تعریف بیع در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق مصر و اثبات عدم لزوم عین بودن مبیع، شمول بیع بر این انتقالات و محدودیت موجود در قانون مدنی ایران برای تعریف بیع اموال غیر مادی بیان می شود. حقوق مصر با تغییر قانون خود در تعریف بیع انتقال این اموال را در برابر وجه نقد بیع می داند. از این رو با تاسی به اقدام مصریها در انقلابی که از تعریف بیع به وجود آورده اند و با توجه به اینکه زیربنای نظام حقوقی ایران و مصر هر دو فقه می باشد، می تواند نظام حقوقی ایران را در عقد بیع متحول سازد و حیطه شمول قواعد آن را به حقوق مالی نیز گسترش دهد.

کلید واژگان: بیع، مال، اموال غیر مادی، حقوق مالی

مقدمه

بیع اموال غیرمادی نهادی تازه است و پدیده‌ای نو که از اقتصاد سرمایه داری مایه گرفته و جامعه آن را پرورانده است. «توده مردم آنچه را احتیاج دارد می‌آفریند و این نهال را باید حقوقدان آبیاری کند»^۱ در قانون مدنی احکام مربوط به عقود معین به صورت مفصل بیان شده است. از میان عقود معین، به تبعیت از فقه و شاید به خاطر طبیعت عقد بیع، این عقد به عنوان بارزترین مصداق عقود معین، توجه ویژه قانونگذار را به خود معطوف کرده است. جایگاه این عقد باعث شده است که بحث از قواعد و احکام راجع به آن تنها به نظام حقوقی داخلی کشورها منحصر نشود، تا آنجا که کنوانسیونهای متعددی برای نزدیک کردن اندیشه‌های حقوقدانان نظامهای حقوقی مختلف و ایجاد فضایی برای گسترش روابط معاملاتی در سطح بین‌المللی به تصویب برسد که با توجه به این اهمیت، مطالعه و شناخت هر چه بیشتر این عقد کمک شایانی به شناخت احکام و مسائل مربوط به سایر معاملات خواهد کرد.

در این مقاله به دنبال پاسخ گویی به این پرسشیم که بیع اموال غیر مادی مانند سرقتی، سهام شرکتها، حق مخترع و امتیاز آب، برق و تلفن در بین عرف و عقلا، امری متداول و معمول است و با اینکه در تمام این موارد فروشنده فقط صاحب «حق» است، در عرف این‌گونه معاملات را بیع تلقی می‌کنند. آیا می‌توان این معاملات را که در هیچ‌کدام از آنها، مبیع، عین نیست، بیع دانست یا اینکه باید گفت این موارد تابع قواعد عمومی معاملات و اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م) است؟

با اندک توجه به روابط و داد و ستد مردم در جامعه فعلی، در می‌یابیم که فروش سرقتی، حق تألیف، حق اختراع و نظایر آن رایج است ولی از نظر قانون مدنی به دلیل حصر مبیع به عین نمی‌توانیم این‌گونه انتقال را بیع بنامیم. این در حالی است که جامعه گرایش به بیع شناختن آن دارد. نفس این قبیل روابط در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم تهران، ۱۳۷۶، جلد ۳، ص ۶۲۵

تحت عنوان قراردادهای خصوصی معتبر و لازم‌الاتباع است.

با توجه به موارد فوق، در این مقاله ابتدا با تبیین مفهوم عقد بیع به عنوان ام‌العقود در حقوق ایران و ارائه معیارهای جامع و مانع برای تمییز آن از سایر قراردادهای و تبیین مفهوم اموال غیر مادی و اشاره به برخی از مصادیق آن به امکان بیع دانستن انتقال این‌گونه اموال در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر پرداخته می‌شود.

اهم سؤالاتی که مقاله در پی یافتن پاسخ برای آن است عبارتند از:

۱- مبنای فقهی و حقوقی ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف بیع به تملیک عین به عوض معلوم چیست؟

۲- آیا با وجود ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع اموال غیر مادی در حقوق ایران صحیح است؟

۳- آیا قواعد بیع اموال مادی و غیر مادی یکسان است؟

گفتار نخست: مفهوم بیع

بیع را به فروش، خرید، فروش و فروش تعریف کرده‌اند.^۱ کلمه بیع از نظر لغوی مصدر باع می‌باشد و «بیع» مبادله مال به مال را گویند.

این کلمه در لغت از اضداد است یعنی که هم در مورد خرید و هم در مورد فروش به کار می‌رود.

فقه‌های امامیه با توجه به ثبوت حقیقت عرفیه و عدم ثبوت حقیقت شرعیه و متشرعه در تعریف بیع به منظور تعریف آن به عرف نظر داشته‌اند بنابراین اگر چه در معنای بیع اختلافی ندارند، اما تعبیر و عبارات آنها در تعریف بیع مختلف است.

برخی از فقه‌های امامیه بیع را انتقال عین مملوک از شخصی به شخص دیگر در مقابل عوض بر وجه تراضی تعریف کرده‌اند.^۲

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۹۱۹.

۲. علامه حلی، *تذکره الفقهاء*، ج ۱، ص ۴۶۲، «البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی».

برخی دیگر بیع را نقل ملک از مالک به دیگری به صیغه مخصوص تعریف کرده اند.^۱ مرحوم شیخ انصاری (ره) در کتاب مکاسب بعد از نقل و نقد هفت تعریف از فقهای امامیه بیع را به انشاء تملیک عین به مال تعریف می‌کند.^۲ صاحب جواهر تعریف بیع را نتیجه استعمال الفاظی می‌داند که بر نقل ملک از مالک به دیگری به عوض معلوم دلالت دارد^۳ و صاحب مفتاح الکرامه بر این تعریف قید «بر وجه تراضی» را افزوده است.^۴

مرحوم شیخ محمد حسن نجفی در کتاب جواهر الکلام می‌فرماید که در کتب اصحاب تعریف جامع و مانعی از بیع نیافته است.^۵ همچنین مرحوم میرزای نایینی نیز عبارات فقها را در تعریف بیع به دلیل عدم تعریف به جنس و فصل (حد تام) متشتت می‌داند.^۶ بیع همان‌گونه که به انشاء تملیک اطلاق می‌شود فعل مشتری را نیز شامل می‌شود یعنی انشاء تملک را نیز در بر می‌گیرد. مانند لفظ شراء که از اضرار است. همچنین شایع است که از بیع معامله بین بایع و مشتری اراده می‌شود. این معنا با معنایی که از آیات «احل الله البیع»، «رجال لاتلهیهم تجاره و لا بیع عن ذکر الله» و «فاسعوا الی ذکر الله و ذروا البیع» و چگونگی استعمال فقها در تصانیفشان مانند کتاب البیع، اقسام البیع، احکام البیع و توصیف بیع به صحیح و فاسد نیز مطابقت بیشتری دارد پس بیع را می‌توان معامله‌ای دانست که موضوع آن تملیک عین به عوض معلوم و تملک ثمن و عوض

۱. المحقق الکرکی، جامع المقاصد، ج ۴، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۸ هـ.ق. ص ۲۰۳ «و الاقرب ان البیع هو نقل الملك من مالک الی الاخر بصیغه مخصوصه».

۲. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، تبریز، انتشارات تقی علامه، چاپ دوم، ۱۳۷۷، هـ.ش، ص ۷۹.

۳. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۶۸، ص ۲۰۸.

۴. عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۴، چاپ مصر، ۱۳۲۶، هـ.ق، ص ۱۴۸.

۵. نجفی، شیخ محمدحسن، پیشین، ص ۲۰۵.

۶. نایینی، میرزاحمد حسین، مکاسب و البیع، تدوین توسط شیخ محمد تقی آملی، موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۸۴.

است.^۱

برخی از فقهاء نظیر شهید ثانی و میرزای نایینی (ره) عبارات فقها را در تعریف بیع متشکلت می دانند و می فرمایند فقهاء در تعریف بیع عبارات مختلفی بیان کرده اند که همگی تعاریف تقریبی است و مبین حقیقت بیع نیست.^۲ ایشان برای بیان علت این اختلاف فرموده اند این تفرق از آنجا ناشی می شود که برای بیع فقها نتوانسته اند، چون دیگر مفاهیم جنس و فصل معینی پیدا کنند.^۳

مرحوم شیخ انصاری (ره) در ابتدای کتاب البیع، بیع را به مبادله مال به مال تعریف می کند.^۴ شیخ موسی نجفی خوانساری نیز در کتاب منیة الطالب حاشیه بر مکاسب نظر شیخ انصاری را تحلیل می کند و می فرماید به موجب تعریف بیع که مبادله مال به مال است، مال در ملکیت بایع با مال در ملکیت مشتری مبادله می شود.^۵

حضرت امام خمینی (ره) تعریف دیگری از بیع ارائه داده اند که با بیع اموال غیر مادی نیز سازگارتر است. ایشان فرموده اند که بیع از مقوله معنی است نه لفظ پس نمی توان آن را مطلق ایجاب و قبول دانست، چرا که ایجاب و قبول اسباب هستند و در بیع معاطات نیز آن تعاطی خارجی بیع نیست بلکه تعاطی قائم مقام لفظ است مانند اشاره که در جاهایی قائم مقام لفظ شده است. و در نهایت می فرمایند: «بیع عبارت از تملیک و تملک یا تبدیل و تبدل است».^۶

ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران در تعریف بیع می گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، پیشین، ص ۲۰۸.
۲. نایینی، میرزا محمدحسین، همان، «انهم ذکرُوا فی تعریف البیع عبارات مختلفه کلها تعاریف تقریبیه لا معرفات حقیقه».
۳. همان؛ «لعدم اشمال البیع علی الجنس و الفصل کسائر المہیات المحدوده بالحدود».
۴. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب *المکاسب*، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ دوم ۱۳۸۲، ص ۲۲۳. «البیع هو فی الاصل کما عن المصباح مبادله مال بمال».
۵. نجفی خوانساری، شیخ موسی، *منیة الطالب*، ج ۲، قم، ۱۳۷۶، ص ۷۳.
۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب *البیع*، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۴.

به عوض معلوم».

به نظر می‌رسد که این تعریف با اندکی تفاوت، از تعریف فقهای امامیه از بیع اتخاذ شده است، همان‌گونه که عده‌ای از حقوقدانان به این امر اذعان دارند.^۱

برخی حقوقدانان با استناد به این ماده که مبیع باید از اموال عینی باشد استدلال کرده‌اند که مبیع نمی‌تواند منفعت یا عمل یا حق نظیر حق ارتفاق و ... باشد و در مورد ثمن، چون هیچ قیدی در تعریف نیامده است پس عین و منفعت و عمل می‌تواند ثمن باشد.^۲

در آثار حقوقدانان نیز همانند آثار فقها تعریفهای متعددی از بیع ذکر شده است. برخی استادان حقوق، بیع را به تملیک عینی در مقابل عوض معینی تعریف کرده‌اند و در ادامه آورده‌اند که اگر مورد تملیک، منافع باشد این معامله اجاره است.^۳

مرحوم دکتر امامی در تعریف بیع آورده‌اند: بیع عبارت است از عقدی که به وسیله آن یکی از طرفین که بایع نامیده می‌شود، عین مالی را در مقابل مال دیگری به طرف خود که مشتری نامیده می‌شود به قصد بیع تملیک می‌کند.^۴ برخی دیگر از استادان بیع را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «بیع عبارت است از مبادله متعادل که در دارایی هر یک از طرفین عقد، دو جریان مالی معکوس ایجاد کند.»^۵ آقای دکتر صفایی ماده ۳۳۸ قانون مدنی را تعریف بیع جامع ندانسته و معتقدند که این تعریف فقط ناظر به بیع عین معین است و

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی دوره عقود معین ۱*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، هش، ص ۱۴، شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۸۲، هش، ص ۱۳.

۲. شهیدی، مهدی، همان.

۳. بروجردی، محمدعبده، *حقوق مدنی*، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، ۱۳۸۰، انتشارات طه، ص ۱۸.

۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۷۱، ص ۴۱۶.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، ج ۵، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۷۲، هش، ص ۲۳۶.

همه اقسام بیع را در بر نمی گیرد.^۱

قانون مدنی مصر متأثر از فقه عامه در ماده ۴۱۸ بیع را این گونه تعریف می کند:
«بیع عقدی است که به موجب آن بایع ملتزم می شود که مالکیت خود بر شیئی یا حق مالی را در مقابل ثمن نقد به مشتری منتقل کند.»^۲

تعریف مذکور با تعریف بیع مطلق در مذاهب حنفیه و مالکیه همسو است، با این تفاوت که قواعد بیع به حقوق مالی فراتر از عین تسری یافته است. همچنین بیع حقوقی مثل مالکیت معنوی از قبیل حق تألیف، حق اختراع و حق ثبت را مطرح می سازد. وجه ممیز این تعریف آن است که ثمن را نقد قرار داده است و این در حالی است که بعضی از فرق عامه همانند فقهای امامیه ثمن از جنس غیرنقد را هم جایز دانسته اند.^۳

همچنین تفاوت این تعریف با تعریفی که قانون مدنی ایران از بیع دارد نیز روشن شد که این تعریف قواعد بیع را به حقوق مالی فراتر از عین تسری می دهد و بیع حقوقی مثل حق تألیف، حق اختراع و حق ثبت و مانند آن را نیز شامل می شود و ثمن را نیز نقد قرار داده است.

گفتار دوم: مفهوم مال و انواع آن

برای بیان مفهوم مال در چهار بند مفهوم مال را از دیدگاههای لغوی، حقوقی، فقهی و مفهوم مال در حقوق مصر بررسی می کنیم.

۱- مفهوم مال از دیدگاه لغوی

«مال، لغتی تازی نیست. کلمه یونانی Mélon که Malom هم گفته می شود و لغت

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی تعهدات و قراردادهای، ج ۲، مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱ ه.ش، ص ۷۹.

۲. «أوردت المادة ۴۱۸ من التقنین المدنی تعریفاً لعقد البیع علی الوجه الآتی: «البیع، عقد یلتزم به البائع ان ینتقل للمشتری ملکیه شیء أو حقاً مالياً آخر فی مقابل ثمن نقدی»، عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۴، بیروت: منشورات الحلبي، چاپ سوم ۱۹۹۸ م، صص ۱۹ و ۲۰.

۳. امیرمعزی، احمد، مطالعه تطبیقی ماده ۳۳۸ قانون مدنی، مقاله منتشره در سایت www.gavanin.com، ۱۳۸۰.

لاتینی *Malum* اصل آن است، در عربی آن را از فعل ماضی (مال - یمیل - میلا) شمرده‌اند، چون مال طرف خواهش و میل است و به پاریسی هم خواسته نامیده می‌شود. تازیان آن را در آغاز به معنی اراضی به کار می‌بردند. به معنی طعام هم به کار گرفته شده است. سپس برده را گفته‌اند و آنگاه مال را در هر چه که به اکتساب به دست آید به کار برده‌اند، پس پول هم مال است و منافع و مطالبات و تعهدات هم مال است.^۱

واژه مال را به دارایی و آنچه که در ملک شخص باشد نیز تعریف کرده‌اند.^۲

و برخی دیگر مال را به چیزی که موضوع رغبت انسان است و مطلوب او باشد و نیز به معنای هر چیزی که به تملک انسان در آید، تعریف کرده‌اند.^۳

۲- مفهوم مال از دیدگاه حقوقی

در قانون مدنی و سایر قوانین ایران از مال تعریفی به عمل نیامده است. قانون مدنی ایران که جلد اول خود را به مبحث اموال اختصاص داده است مانند قانون مدنی فرانسه بدون ذکر تعریفی از مال به طور مستقیم به تقسیم‌بندی اموال پرداخته است.

برخی استادان^۴ عدم تعریف مال را نقص قانون مدنی عنوان کرده‌اند در حالی که با توجه به عرفی بودن مفهوم مال، این تعریف با پیشرفت و گسترش روابط اجتماعی و تغییر و تحول زمان و مکان دستخوش تغییر و تحول می‌شود بنابراین قانونگذار کاملاً آگاهانه و به درستی از تعریف این واژه خودداری ورزیده است و نباید از آن به نقص قانون مدنی تعبیر کرد.

هرچند قانون مدنی از تعریف مال به دلیل مصالحی که ذکر شد خودداری کرده است ولی در آثار حقوقی تعاریفی از مال شده است که در ذیل ذکر می‌شود.

۱- مال در اصطلاح حقوقی به چیزی گفته می‌شود که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۵.

۲. فرهنگ عمید، واژه مال.

۳. دهخدا، علی اکبر، *نعت‌نامه*، چاپ اول از دوره جدید، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۳۴.

از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد.^۱

۲- مال آن چیزی است که قابل استفاده بوده و ارزش مبادله اقتصادی و دادوستد داشته باشد.^۲

۳- مال عبارت است از چیزی که دارای ارزش اقتصادی باشد.^۳

۴- از نظر حقوقی به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

الف) مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی.

ب) قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد.

اشیایی، مانند دریاها، آزاد و هوا و خورشید، از ضروری‌ترین وسایل زندگی است، ولی چون هیچ‌کس نمی‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت انحصاری کند، مال محسوب نمی‌شود. احتمال دارد اشخاص بخشی ناچیز از هوا یا انرژی خورشیدی را به خود اختصاص دهند و تملک کنند، ولی این تملک که چهره‌ای از انتفاع از این نعمتهای خداداد و همگانی است، باید به گونه‌ای باشد که مزاحم بهره‌برداری عموم از آنها نباشد. ولی بر خلاف آنچه در ابتدا به نظر می‌آید، لازم نیست که مال دارای مالک خاص باشد چنان که قانون مدنی فصل سوم از باب اول را اختصاص به بیان اقسام و احکام اموالی داده است که مالک خاص ندارد. مانند آبهای مباح و زمین موات و شکار.^۴

با دقت در تعاریف فوق در می‌یابیم که مال دارای مفهوم عرفی است و در تعاریف حقوقدانان چیزی بر خلاف این تلقی که مال تنها بر اعیان صادق است مشاهده نمی‌شود. بنابراین لازم نیست مال محسوس باشد؛ بلکه حقوقی که ارزش مالی و اقتصادی داشته باشند نیز جزء اموال به شمار می‌آیند، هر چند که موضوع آنها شیء معین مادی نباشد. بنابراین حق مخترع و مؤلف نسبت به آثار خود یا طلبی که کسی از دیگری دارد جزء اموال

۱. امامی، سیدحسن، پیشین، ص ۱۹.

۲. صفایی، سیدحسین، *اشخاص و اموال*، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۳.

۳. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۳۰۲.

۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت*، چاپ ۲، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ص ۹.

محسوب می‌شود.^۱

۳- اموال مادی و غیر مادی

الف) اموال مادی

اموال مادی اموالی است که در فضای سه بعدی جایی را اشغال می‌کند یا با حواس ظاهره انسان درک می‌شود نظیر هواپیما، برق و فرش.^۲

در این تقسیم‌بندی اموال مادی دارای عینیت خارجی است و در مقابل اموال غیرمادی قرار می‌گیرد که فاقد عینیت خارجی می‌باشد.

در حقوق مصر نیز اموال مادی به چیزی که دارای عینیت خارجی و قابل لمس باشد تعریف شده است.^۳

ب) اموال غیرمادی

اموال غیرمادی اموالی است که به صورت جسم نیست و حس نمی‌شود اما از نظر حقوقی رقمی از دارایی شخص را تشکیل می‌دهد و دارای ارزش داد و ستد بوده و قابل تقویم به پول است مانند مطالبات، حق مؤلف و حق طلب.^۴

کلیه حقوق مالی را می‌توان از اموال غیرمادی به شمار آورد، چه این حقوق قدرتها و امتیازاتی هستند که قانون برای افراد شناخته و دارای ارزش مبادله اقتصادی و مالی می‌باشند و بدیهی است که قدرت و امتیازات فردی، مادی و محسوس نیست.^۵

در قانون مدنی مصر تعریفی از اموال غیرمادی به عمل نیامده است و ماده ۸۶ این قانون حقوق مربوط به اشیای غیرمادی را به قوانین خاص ارجاع می‌دهد.^۶

۱. صفایی، سیدحسین، پیشین، ص ۱۲۳.

۲. صادقی نشاط، امیر، پیشین، ص ۴۹.

۳. «ان الاشياء المادية هي ما كان لها حيز مادي محسوس و هي كثره متنوعه بل هي الاصل»، عبدالرزاق احمد السنهوري، پیشین، ص ۱۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، تهران، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸، ص ۴۸.

۵. صفایی، سیدحسین، پیشین، ص ۱۲۷.

۶. ماده ۸۶ ق م مصر: «الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة».

در مصر حقوقی که بر اموال مادی مترتب است مال محسوب می‌شود^۱ این حقوق خود به حقوق عینی و حقوق شخصی تقسیم می‌شود.

برخی شارحان^۲ قانون مدنی مصر معتقدند اینکه در بعضی آثار گفته می‌شود که حق یا مادی است یا غیر مادی^۳ است یا غیرمادی^۴ سخنی بی اساس است چرا که حق همیشه غیر مادی است خواه بر شیء مادی و خواه بر شیء غیرمادی تعلق گرفته باشد. پس این تقسیم بندی باید روی اموال صورت بگیرد نه حقوق. یک قسم اشیاء مادی و یک قسم غیر مادی. اما اشیاء غیر مادی اشیائی است که با حواس قابل حس نیست، بلکه با ذهن درک می‌شود و بیشتر اشیاء غیر مادی محصول ذهن است. لذاست که اشیاء ذهنی^۵ نامیده شده‌اند و حقوقی که بر این اشیاء مترتب می‌شود حقوق ذهنی^۶ گفته می‌شود.

گفتار سوم: صحت بیع اموال غیر مادی و احکام آن

۱- لزوم یا عدم لزوم عین بودن مبیع

برای بررسی امکان بیع دانستن انتقال اموال غیر مادی ابتدا باید لزوم یا عدم لزوم عین بودن مبیع بررسی شود. از آنجا که غالب حقوقدانان در پاسخ به این سوال به عرف متوسل شده‌اند لذا ابتدا به نقش عرف در بیع پرداخته می‌شود. سپس تحلیل نهایی نگارنده از لزوم یا عدم لزوم عین بودن مبیع ارائه می‌شود.

الف) نقش عرف در بیع

در رد دلائل فقهایی که حقوق را مال نمی‌دانند، برخی از فقهای معاصر معتقدند که این نحو استدلال امروز دیگر قابل پذیرش نیست چرا که مناط مالیت، نظر عرف و عقلاست

۱. «الحقوق التي ترد على الاشياء المادية هي الاموال»، عبدالرزاق احمد السنهوري، پیشین، ص ۱۸۰.

۲. عبدالرزاق احمد السنهوري، پیشین، ص ۲۷۴.

3. corporal.

4. incorporeal.

5. choses intellectuelles.

6. droit intellectuels.

و در هر زمانی باید به عرف و نیازهای مردم در همان زمان مراجعه کرد.^۱ و در عرف امروزی حقوق قابل نقل و انتقال را «مال» می‌دانند.

بسیاری از فقیهان بنا به عرف به جواز بیع سرقفلی فتوا داده اند.^۲ و گفته‌اند از نظر عرف این حق مال شده و ممکن است مشتری بسیاری هم داشته باشد.

برخی از فقها، با توجه به حقیقت عرفیه بیع، به درستی از تعریف بیع (تملیک عین به عوض معلوم) انتقاد کرده‌اند و در لزوم عین بودن مبیع تردید نموده اند^۳ و به همین جهت با توجه به ارتکاز عرفی در تعریف بیع تجدید نظر نموده و آن را «مبادله مال به مال» دانسته‌اند.^۴

ب) عدم لزوم عین بودن مبیع

فقه‌های متقدم نظر بر این دارند که مبیع باید عین باشد و نمی‌تواند منفعت باشد و صاحب جواهر (ره) نیز تصریح فرموده‌اند که اشکال و تردیدی در اعتبار عین بودن مبیع وجود ندارد.^۵ ایشان در ادامه می‌فرماید فرقی بین عین معین، کلی مستقر در ذمه مانند دین و مبیعی که حالا توصیف شده و کلی مشاع، نیست چرا که همه از اعیان است، روایاتی که بر خلاف این مطلب است و آن را منحصر به عین بالفعل کرده است سندشان ضعیف، دلالتشان قاصر و با آنچه که صحیح و واضح است مغایرت دارد.^۶ ولی در بعضی از کلمات فقها از قبیل شیخ طوسی، اطلاق بیع به نقل خدمت عبد را نسبت داده اند^۷ و همچنین نه

۱. الروحانی، السید محمدصادق، *منهاج الفقاهه*، ج ۱ قم: انتشارات علمیه، چاپ چهارم ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۳۸.
۲. الحسینی، هاشم معروف، *الولایه و الشفعه و الاجاره من الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید دارالقلم، بیروت، الطبعه الاولی، صص ۳۲۸ - ۳۳۰*، به نقل از سلمان، حسن، پیشین، ص ۸۶.
۳. و اما من نحو قوله «البيع هو تملیک العین بالعوض» فالتزموا فی المبیع ان یکون عیناً دون العوض و فیه ان صحه هذا التعریف اول الکلام»، سیدروح‌الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۱۸.
۴. «فالحق ان البیع مبادله مال بمال و لیس عباره عن تملیک العین بالعوض». همان، ص ۱۰.
۵. «لا خلاف و لاشکال فی اعتبار کون المبیع عیناً، و لذلک اشتهر بینهم انه لنقل الاعیان کاشتہار ان الاجاره لنقل المنافع»، شیخ محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۰۹.
۶. همان.
۷. محمدی، علی، *تسرح مکاسب*، ج ۴، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۶، ص ۷۱.

تنها در کلمات فقهاء بلکه در طوایفی از اخبار هم کلمه بیع در نقل منافع به کار رفته است که در مکاسب به سه طایفه از این اخبار اشاره شده است:

۱- بیع خدمه المدبر.

۲- بیع سکنی الدار التي لا يعلم ساکنها

۳- بیع الارض الخراجیه و شرائها

مرحوم شیخ انصاری(ره) پس از بیان مطلب فوق این استعمال را مسامحه در تعبیر می‌داند.^۱ بنابراین در نظر ایشان منفعت نمی‌تواند مبیع باشد و در روایات از باب مسامحه به انتقال منافع بیع گفته شده است.

پس از این مقدمه در ذیل دلایل موافقان و مخالفان توسعه موضوع بیع به غیر عین بیان می‌شود.

دلایل مخالفان بیع شمردن انتقال اموال غیر مادی در فقه

آقای دکتر ناصر کاتوزیان با ارجاع به کتاب فقه امامیه اثر سید محمد کاظم خلخالی بیان داشته‌اند: «هنوز هم گروهی بر این نظر قدیمی پا می‌فشارند که مال باید صورت مادی و خارجی وجود داشته باشد» و بر همین پایه نیز در وجود اموال و حقوقی مانند سرقتی و حق تألیف و اختراع و علامت تجاری و صنعتی، تردید می‌کنند و مطالبه و نفوذ و انتقال آن را روا نمی‌دارند.^۲

در فقه امامیه برخی لزوم عین بودن مبیع را مسلم شمرده‌اند و آن را بدون اشکال و خلاف دانسته و ادعا کرده‌اند که اصطلاح فقها بر آن استقرار یافته است.^۳

در این باره به ادله زیر استناد شده است:^۴

۱. «والظاهر انها مسامحه فی التعبير كما ان لفظ الاجاره يستعمل عرفاً فی نقل بعض الاعیان کائمه علی الشجره»، شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۲۳.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، پیشین، ص ۳۰۵.

۳. «والظاهر اختصاص المعوض بالعين... و علیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع»، الشیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۷۹.

۴. محمدی، علی، شرح مکاسب، ج ۴، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۶، ص ۷۱.

۱ - اجماع و تسالم اصحاب

۳ - انصراف ادله بیع به تملیک عین

۳ - تبادل و صحت سلب

مرحوم شیخ انصاری (ره) استدلال می کند که به خاطر تبادل عرفی و صحت سلب می توان گفت که معوض در بیع باید عین باشد یعنی متبادر از مفهوم بیع تملیک عین است و سلب تملیک منافع و حقوق از مفهوم بیع صحیح است.^۱ لذا بیع حقیقت در تملیک عین است و در غیر آن مجاز و به عبارت دیگر از لفظ بیع عند الاطلاق، نقل و تملیک عین متبادر است.

۴ - مجرد شک در اینکه مفهوم بیع تملیک منافع را در بر می گیرد کفایت می کند تا قائل به عدم شمول ادله امضای بیع بر آن شویم.^۲ (اصالة العدم)

۵- مال نبودن حقوق

در بخش اول ذیل تعاریف حق بیان شد که گروهی از فقها حقوق را جزء اموال به حساب نمی آورند. آن دسته از فقهای امامیه که «حق» را در مقابل «عین» قرار داده و آن را از شمول «مال» خارج کرده اند، دو دلیل داشته اند:

الف) «حق» را از نظر عرفی «مال» نمی دانسته اند و به همین دلیل با عوض قرار گرفتن «حق» هم مخالفت کرده اند. از جمله فقهای که قائل به عدم مالیت از نظر عرفی بوده است، مرحوم میرزا حبیب الله رشتی است^۳ و برخی از فقها نیز در تعریف «مال» گفته اند: «مال، آن چیزی است که به طور معمول احتمال حیات، احراز و انتفاع از آن وجود داشته باشد»، که بنابراین تعریف هر آن چیزی از قبیل دانش، شهرت، شناخت و...

۱. همان.

۲. السید ابوالقاسم الخوئی، پیشین، ص ۳۰۸.

۳. «... و المنفعة لیست بمال حقیقه لعدم كونها موجودة و انما هی مال حکما ای تکنون جاریه عند اهل العرف مجری المال، و یترتبون علیها حکم الاموال. و بذلک یتظهر عدم صدق البیع علی نقل الحق بطریق اولی، لخروجه عن الاموال حقیقه و حکماً، فأنه لا یجری عندهم مجری المال»، السید محمد کاظم الخلیلی، فقه الامامیه قسم المعاملات [تقریر ابیاح آیه الله العظمی الحاج میرزا حبیب الله الرشتی «قدس سره»] تهران: مطبه الحیدری، چاپ اول ۱۳۹۵ هج، ص ۱۵.

که امکان حیات آن وجود ندارد مال نیست. بر همین اساس فقهای که این تعریف را ارائه داده اند، تنها اعیان مادی را مال می‌دانند و منافع و حقوق را مال نمی‌شمارند چرا که منافع و حقوق حیات پذیر نیستند.^۱ این نوع نگرش نسبت به «مال» در میان حنفیه، که از مذاهب اهل سنت است، نیز وجود دارد.^۲

ب) «حق» را از این جهت که در تقابل با ملکیت و مالیت قرار دارد، «مال» نمی‌دانسته‌اند با این بیان که: «فالتحقیق أن یقال: انه لوقیل باعتبار المالیه فی العوض و المعوض، كما یظهر من المصباح، فلا اشکال فی عدم صحه جعل الحق عوضاً و ان کان قابلاً للنقل و الانتقال، فان الحقیه و ان کانت من الاعتبارات کالمالیه و المملکيه الا انها غیرهما».^۳

۶- مجاز بودن استعمالات خلاف نظر مشهور

گفته شده در سخنان فقیهان و روایات، بیع در نقل منافع هم به کار رفته است پس استعمال بیع در تملیک منافع توقیفی نیست مانند روایاتی که در مورد بیع خدمت عبد مدبر، بیع سکنا دار، بیع اراضی خراجیه و شراء آن وارد شده است.^۴ همچنین لفظ «شراء» هم در برخی از احادیث^۵ بر غیر از نقل اعیان اطلاق شده است.^۶

۱. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۳، تهران: انتشارات محراب فکر، چاپ اول ۱۳۸۴ هـ.ش، ص ۱۶۴۵.

۲. «والمنافع و الحقوق المتعلقه بالمال و الحقوق المحضه کحق المدعی فی تحلیف خصمه الیمین لیست أموالاً عند الحنفیه لعدم امکان حیاتها بذاتها و إذا وجدت فلا یبقی و لا استمرار لها لأنها معنویه و تنتهی شیئاً فشیئاً تدریجاً»، و هبه الزحیلی، *الفرق الاسلامی و أدلته*، ج ۴ بیروت: دارالفکر، چاپ سوم ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۴۲.

۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم، پیشین، ص ۴.

۴. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۷۹.

۵. «المرویه عن محمد بن مسلم، قال: سألت ابا جعفر ع عن الرجل یرید ان یتزوج المرأه أینظر الیهما؟ قال: نعم انما یرید ان یشتریهما بأغلی الثمن»، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق الکلبینی الرازی، *الکافی*، ج تهران: درالکتب الاسلامیه، چاپ سوم ۱۳۶۷ هـ.ش، ص ۳۶۵.

۶. السید ابوالقاسم الخوئی، پیشین، ص ۳۱۰.

فقه‌های مخالف مبیع بودن غیر عین به این شبهه پاسخ داده‌اند و فرموده‌اند که در این موارد به صورت مجازی و مسامحه، لفظ در غیر معنای موضوع له خود استعمال شده است همان طور که در مورد اجاره هم از روی مسامحه می‌گویند اجاره ثمره درخت، در حالی که ثمره درخت خودش عین است.^۱ و شیخ انصاری (ره) نیز می‌فرماید ظاهر از عرف و لغت این است که مبیع به عین اختصاص دارد و مبادله منفعت با غیر آن را شامل نمی‌شود.^۲

دلایل موافقان بیع شمردن انتقال اموال غیر مادی در فقه

۱ - در رد دلایل فقهایی که حقوق را مال نمی‌دانستند، برخی از فقه‌های معاصر اظهار نظر کرده‌اند که این نحو استدلال امروز دیگر قابل پذیرش نیست چرا که مناط مالیت، نظر عرف و عقلاست و در هر زمانی باید به عرف و نیازهای مردم در همان زمان مراجعه کرد.^۳ و در عرف امروزی حقوق قابل نقل و انتقال را «مال» می‌دانند. برخی از فقه‌های معاصر به صراحت فرموده‌اند که «حقوق» را می‌توان ثمن و مئمن قرار داد با این بیان که: «حقوق از اموال است، چون نسبت به آن رغبت وجود دارد و در برابر آن مال پرداخته می‌شود، و اگر قابل نقل باشد در عوض قرار گرفتن آن اشکالی وجود ندارد، و مثل این است که کتاب یا لباسی در مقابل حق انشعاب آب، برق و تلفن یا در مقابل حق تحجیر زمین یا غیر آن خریداری شود و مانعی برای شمول عمومات بیع برای آن وجود ندارد ... بنابراین جواز وقوع این حقوق به عنوان مئمن نیز ظاهر می‌شود هر گاه این حقوق مانند حق سرقفلی قابل تملیک باشد».^۴ بدیهی است که مفهوم حق، امروزه شامل مصادیق عرفی آن مانند حق سرقفلی، حق انشعاب آب و برق و ... نیز می‌شود.

۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۷۹.
 ۲. «و الظاهر عرفاً و لغه بضمیمه اصاله عدم النقد، اختصاص المعوض بالعین فلا یعم ابدال المنافع بغيرها»، همان.

۳. السید محمد صادق الروحانی، منهج الفقاهه، ج ۱ قم: انتشارات علمیه، چاپ چهارم ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۳۸.
 ۴. «و ثانیاً: الحقوق من الاموال لأنها مما یرغب فیها و یبذل بأزائها المال، فلو كانت قابله للنقل فلا اشکال فی وقوعها عوضاً و ذلك کمن یبئع کتیباً أو ثیاباً له، فی مقابل حق انشعاب الماء و الکهرباء و التلیفون أو فی قابل حق تحجیر أرض له، أو غیر ذلك، و لا مانع من شمول عمومات البئع له... و من هنا یظهر جواز وقوعها مئمناً ایضاً اذا کان قابلاً للتملیک کحق «السرقفلیه» و حق انشعاب الماء و الکهرباء فتدیر جيداً فأن المقام من مزال الأقدام»، ناصر المکارم الشیرازی، پیشین، ص ۳۳.

در پاسخ به استدلالی که حق را در تقابل ملکیت و مالیت قرار می‌دهد نیز می‌توان گفت که اگر چه «حق» در تقابل با ملکیت و مالیت قرار دارد، اما این تقابل، تقابل مفهومی است نه تقابل وجودی.^۱

۲- اصل عدم مجاز

برخی از فقها حتی بیع خدمت عبد مدبر را از قبیل بیع منافع دانسته و گفته‌اند که دلیلی بر مجازی بودن اطلاق بیع بر منافع وجود ندارد، اگر چه اطلاق بیع منصرف از بیع منافع است.^۲ همچنین بیع سکناى دار و اراضى خراجیه را شبیه‌ترین چیز به بیع سرقفلی دانسته‌اند.^۳

۳- تعریف عرفی از بیع

چنان که بیان شد برخی از فقها، بدرستی با توجه به حقیقت عرفیه بیع، از تعریف بیع (تملیک عین به عوض معلوم) انتقاد کرده و در لزوم عین بودن مبیع تردید نموده‌اند^۴ و به همین جهت هم در تعریف بیع تجدید نظر کرده و آن را «مبادله مال به مال» دانسته‌اند.^۵ باید توجه داشت که بیع یک حقیقت عرفیه است و لذا باید معنای عرفی آن به دست آید و موضوع آن با رجوع به عرف تبیین شود.

خداوند در آیه شریفه^۶ ۲۷۵ سوره بقره فقط تصریح به امضای بیع کرده است و این امضا به نحو قضیه حقیقیه است نه خارجی و تحدید آن به عرف واگذار شده است، زیرا اگر شارع نظری غیر از آنچه در عرف معهود است داشت اهمال و عدم بیان آن در وقت حاجت جایز نبود لذا معلوم است که طریق شارع همان طرق عرف عقلا است.^۷ و شیخ انصاری (ره)

۱. الشیخ محمد حسین الغروی الاصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱ قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث، چاپ اول ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۱۴.

۲. «نعم بیع خدمه العبد من قبیل المنافع و لادلیل عی ان اطلاق البیع علیها من قبیل المجاز، نعم اطلاقه منصرف عن مثله فتامل، و لاتستعمل الاجاره هنا لعدم معلومیه مقدار عمر العبد و لا یعتبر فی البیع ذلک، ناصر المکارم الشیرازی، پیشین، ص ۳۳.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، همان.

۴. «و اما من نحو قوله «البیع هو تملیک العین بالعوض» فالتزموا فی المبیع ان یکون عیناً دون العوض و فیه ان صحه هذا التعریف اول الکلام»، الامام الخمینی، پیشین، ص ۱۸ و ۱۹.

۵. «فالحق ان البیع مبادله مال بمال و لیس عباره عن تملیک العین بالعوض»، همان، ص ۱۰.

۶. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین ۷ ص ۲۳.

نیز به این مطلب با این بیان که «... ثمّ الظاهر أنّ لفظا البیع لیس له حقیقه شرعیه و لا متشرعیه، بل هو باق علی معناه العرفی...»^۱ صریحاً اشاره کرده است.

با مراجعه به عرف معلوم می‌شود که در مواردی مبیع عین نیست و صدق عنوان بیع بر تملیک آن در مقابل ثمن نزد عقلا و عرف ثابت است همانند بیع حق عقلایی، چون سرقفلی و بعید است که کسی از اهل عرف این معاملات را بیع نداند و شک در صدق مفهوم بیع بر معامله وجود ندارد.

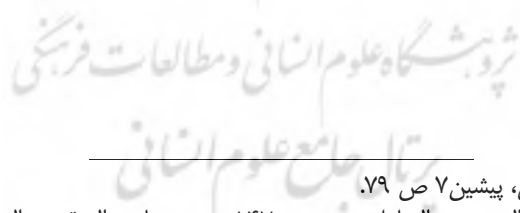
بنابراین با توجه به دلالت عرف، استناد به اجماع و تسالم اصحاب و عدم خلاف و انصراف ادله و شک در اطلاق آنها در جهت اثبات لزوم عین بودن مبیع صحیح نیست، چون مفهوم عرفی باید تحصیل شود و ملاک قرار گیرد.

۴ - منظور فقها از تعریف بیع به تملیک «عین»، احتراز از شمول تعریف به اجاره است.^۲

از اهل سنت مالکیه گفته‌اند که اطلاق بیع به نقل منافع صحیح است و حنا بله نیز می‌گویند همانا معنای بیع در شرع مبادله مال به مال یا مبادله منفعت مباح با منفعت مباح است.^۳

به علاوه شمول عمومات کتاب و سنت و عدم مانع، دلایل دیگری است که عدم انحصار مبیع در اعیان و شمول آن بر منافع و حقوق را ثابت می‌کند.^۴

ادامه دارد



۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین ۷ ص ۷۹.
۲. السید محمد جواد الحسینی العاملی، پیشین، ۱۴۷، محمد هادی المقدس النجفی، تقریر بحث الکلپایگانی، ج ۲، ص ۶، السید علی الحسینی السیستانی، المسائل المنتخبه، قم: انتشارات مهر، چاپ اول ۱۴۱۳ ه.ق. ص ۲۶۵؛ الامام الخمینی، پیشین، ص ۱۵.
۳. محمدی، علی، پیشین، ص ۷۱.
۴. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۲۳.