

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

### حقوق مصر (بخش دوم)

یاسر شاکری حسین آباد<sup>۱</sup>

چکیده:

همان طور که در مقدمه بخش نخست آمد، هدف از این مقاله، بررسی و تبیین ماهیت حقوقی انتقال اموال غیر مادی نظیر حق تألیف، سرقفلی، سهام شرکتها، امتیاز آب، برق و تلفن در مقابل عوض با در نظر گرفتن ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف بیع است. 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 می‌شود. حقوق مصر با تغییر قانون خود در تعریف بیع انتقال این اموال را در برابر وجه نقد بیع می‌داند. از این رو تأسی از اقدام مصریها در انقلابی که از تعریف بیع به وجود آورده اند، با توجه به اینکه زیربنای نظام حقوقی ایران و مصر هر دو فقه می‌باشد، می‌تواند نظام حقوقی ایران را در عقد بیع متحول سازد و حیطه شمول قواعد آن را به حقوق مالی نیز گسترش دهد.

در بخش نخست پس از بحث درباره مفهوم بیع و نیز مفهوم مال و انواع آن به «صحت بیع اموال غیر مادی و احکام آن پرداختیم و پس از آن دلایل موافقان و مخالفان بیع شمردن انتقال اموال غیرمادی در فقه را ذکر کردیم اکنون در این قسمت از مقاله موضوع را

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

## در حقوق ایران پی می‌گیریم.

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

## در حقوق ایران

در بخش اول به مفهوم بیع و تعاریفی که در آثار حقوق دانان آمده بود اشاره شد ولی به نظر می‌رسد تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه شده است کامل نیست و اشکالاتی بر آن وارد است. مهمترین اشکال این است که در این ماده بیع اختصاص به عین پیدا کرده است، حال آنکه امروزه در عرف شاهد بیع اموال غیر مادی نظیر حق سرقفلی، حق تألیف، حق اختراع و سهام شرکتها هستیم و از نظر عرفی بر این معاملات هم عنوان بیع اطلاق می‌شود، در حالی که این معاملات از شمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی خارج است و تعریف این ماده مضیق بوده و اگر ما باشیم و ماده ۳۳۸ قانون مدنی. این ماده شامل اموال غیر مادی نمی‌شود.

برای جامعیت این ماده در مقابل ایرادات وارد بر آن، به نظر می‌رسد باید ماده را بدین صورت که کلمه «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی. در مقابل منفعت بکار رفته است تا عقد اجاره را از شمول عقد بیع خارج نماید توجیه کرد. با این تفسیر، به نظر می‌رسد عین شامل اموال غیر مادی هم می‌شود. این تفسیر در فقه هم سابقه دارد.<sup>۱</sup>

پس از این مقدمه، آراء و دلایل حقوق دانانی که مخالف شمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی به اموال غیر مادی هستند و نیز دلایل موافقان بررسی می‌شود:

## مخالفان شمول ماده ۳۳۸ به اموال غیر مادی

در بخش اول ضمن بیان مفهوم بیع در نظام حقوقی ایران به ماده ۳۳۸ قانون مدنی اشاره شد و از زبان حقوق دانان بیان شد که این تعریف، عقد بیع را محدود به انتقال اعیان

۱. «... و المراد بالعین ما یقابل المنفعه». الشیخ محمد حسین الغروی الاصفهانی، پیشین، ص ۳؛ «و المراد بالعین هنا ما قابل المنفعه... و لیس فی المعنی المقابل لها مما یقبل النقل الا المنفعه فکانت هی المقابله للعین فتخرج الاجاره الموضوعه لنقل المنافع»، السید محمد جواد الحسینی العالمی، پیشین، ص ۱۴۷.

مادی و خارجی کرده است.<sup>۱</sup>

در برخی از آثار حقوقی استدلال شده است که در حقوق موضوعه ایران ظاهر ماده ۳۳۸ قانون مدنی دلالت بر لزوم عین بودن مبیع دارد و از مواد دیگری نظیر مواد ۳۲۵، ۳۲۶ و ۳۵۰ همان قانون نیز چنین استنباط می‌شود که مبیع فقط می‌تواند عین باشد، حال ممکن است این عین کلی فی الذمه، کلی در معین یا عین خارجی باشد.<sup>۲</sup>

برخی از استادان حقوق ماده ۳۳۸ قانون مدنی را ناظر به مبیع شخصی دانسته اند<sup>۳</sup> و برخی دیگر انتقال اموال غیر مادی مانند سرقفلی را تابع قواعد عمومی معاملات و پاره ای قواعد خاص که در قانون مالک و مستأجر آمده است، تلقی کرده‌اند هر چند که معتقدند کلمه فروش عرفاً در این مورد هم به کار می‌رود.<sup>۴</sup>

دکتر مهدی شهیدی با استناد به ماده ۳۳۸ قانون مدنی و محدودیت این ماده نسبت به شمول اموال غیر مادی به مبیع معتقدند که مبیع نمی‌تواند منفعت، عمل یا حق نظیر حق ارتفاق و ... باشد. و در مورد ثمن، چون هیچ قیدی در تعریف نیامده پس عین و منفعت و عمل می‌تواند ثمن باشد.<sup>۵</sup> بنابراین با این استدلال در نظر ایشان مبادله دو حق یا حق و منفعت را نمی‌توان بیع دانست.

عده ای از حقوق دانان هم با خارج دانستن حق و منفعت از مفهوم «عین»، بیع اموال غیر مادی را تابع قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، تلقی کرده اند.<sup>۶</sup> اما شاید بتوان بر خلاف این ظاهر حکم کرد و حقوق مالی و منافع را قابل فروش دانست. در ذیل به دلائل معتقدان به این نظر اشاره می‌شود.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، ۱۳۷۸، ص ۳۰۵.
۲. قاسمی، محسن، پیشین، ص ۲۵.
۳. امامی، سیدحسن، پیشین، ص ۴۱۹.
۴. صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۳، ص ۲۷۶.
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۳.
۶. نوری، رضا، *عقود و ایقاعات در حقوق مدنی*، تهران: انتشارات پازنگ، چاپ اول، بی تا، ص ۹۳.

### دلایل موافقان توسعه ماده ۳۳۸ قانون مدنی به اموال غیر مادی

بسیاری از حقوق دانان نظر بر این دارند که اموال غیر مادی نیز می‌توانند مبیع واقع شوند. از تعریف برخی استادان که بیع را «مبادله متعادل که در دارایی هر یک از طرفین عقد، دو جریان مالی معکوس ایجاد کند.»<sup>۱</sup> نظریه توسعه مفهوم مبیع از اموال مادی به اموال غیر مادی استنباط می‌شود.

برخی دیگر از استادان نیز ماده ۳۳۸ قانون مدنی را در تعریف بیع جامع ندانسته و معتقدند که این تعریف فقط ناظر به بیع عین معین است و همه اقسام بیع را در بر نمی‌گیرد.<sup>۲</sup>

دلایل موافقان توسعه ماده ۳۳۸ قانون مدنی به اموال غیر مادی بدین شرح است:

۱- قلمرو محدود ماده ۳۳۸ قانون مدنی با گسترش دامنه اموال غیر مادی در جهان کنونی سازگار نیست.<sup>۳</sup>

۲- بعضی از حقوق دانان بر این عقیده اند که با تحولات قانونگذاری در ایران درحال حاضر ماده ۳۳۸ قانون مدنی. منسوخ است و قانونگذار در مواد فراوان که پس از سال ۱۳۰۷ هجری شمسی تصویب کرده است، در مورد تعریف بیع خود را پایبند ماده ۳۳۸ قانون مدنی نمی‌داند یعنی عین بودن مبیع را عنصر سازنده بیع نمی‌شمرد، بنابراین بیع اختصاص به تملیک اعیان ندارد.<sup>۴</sup>

۳- امروزه حقوق مالی فراوانی وارد بازار شده که پایه مادی خارجی ندارد، لیکن دارای ارزش فراوان است و حقوق باید با استفاده از قواعد کهن، این نهادهای نوپا را به سازمانهای پا

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، ج ۵، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۲۳۶.

۲. صفایی، دکتر سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تعهدات و قراردادهای، ج ۲، ص ۷۹.

۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، پیشین، ص ۳۰۵.

۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، ص ۲۶۴ و ۲۶۵ و *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، ص ۴۶۲.

گرفته و سنتی پیوند زند.<sup>۱</sup>

۴- اینکه چرا اعیان قابل بیع است ولی حقوقی، چون حق تالیف یا سرقتی قابل بیع نمی‌باشند؟ پاسخ محکمه پسندی ندارد. و مخالفان بیع اموال غیر مادی دلیل محکمی ارائه نکرده اند.<sup>۲</sup>

۵- با دقت در رابطه‌ای که انسان با اشیای گوناگون دارد، در می‌یابیم که در واقع این، حقوق غیر مادی و اعتباری است که موضوع حق و تکلیف قرار می‌گیرد و مورد معامله واقع می‌شود و به ملکیت فرد در می‌آید، لکن به واسطه ابتدای این حقوق بر پایه‌های مادی آنها با موضوع خود ذکر می‌شوند. بنابراین در انتقال مالکیت در واقع حق مالکیت و ارتباط اعتباری و معنوی با شیء است که منتقل می‌شود لذا از این حیث هیچ فرقی بین حق مالکیت بر عین که وجودی محسوس و مادی دارد و حق مالکیت بر اموال غیر مادی نظیر سرقتی و حق مؤلف وجود ندارد و هر دو دسته را باید بتوان مورد بیع قرار داد.<sup>۳</sup>

برای مثال 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 و خارجی ندارد.<sup>۴</sup>

۶- در عرف معاملات به انتقال اموال غیر مادی و حقوقی مانند حق سرقتی، حق تألیف، نام تجاری و سهام شرکتها، فروش گفته می‌شود و موادی نظیر مواد ۳۴، ۳۵، و ۳۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت، تأییدی بر این مدعاست که اموال غیر مادی نیز در تعریف بیع داخل می‌شود.

۷- عرف امروزی جامعه ما به این سو تمایل دارد و انتقال حق در مقابل عوض را بیع به شمار می‌آورد و پیشتر بیان شد که ملاک در تحدید معاملات و موضوع آنها عرف است.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان.

۲. پیشین، ص ۳۰۶.

۳. قاسمی، محسن، پیشین، ص ۲۵.

۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، پیشین، ص ۳۰۵.

حقوق دانان نیز تصریح کرده اند که رهایی از قید عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی نوعی پیشرفت و نزدیکی به عرف و معقول شدن قواعد است که اینها غایت مطلوب هر نظام حقوقی است و باید گفت که این رهایی گامی به سوی عدالت و معقول شدن نیز دانسته می‌شود.<sup>۱</sup>

بنابراین می‌توان عقد بیع را تملیک مال یا انتقال مالکیت در مقابل عوض دانست مفهومی که در میان فقها نیز سابقه دارد. پس می‌توان گفت آن دسته از فقها که لفظ عین را به جای مال در تعریف بیع اخذ کرده اند خواسته اند از شمول تعریف بر اجاره احتراز کنند.<sup>۲</sup>

حال اگر قائل به این باشیم که عقد بیع تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض است خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بی‌درنگ صورت پذیرد یا معلق به شرط شود یا مدتی به تأخیر افتد، در این صورت حقوق ما به خانواده جهانی نزدیک می‌شود<sup>۳</sup> چرا که در حقوق بیشتر کشورها، انتقال اموال غیر مادی به صراحت در مفهوم بیع گنجانده شده است.<sup>۴</sup>

#### د) عدم لزوم عین بودن مبیع در حقوق مصر

بسیاری از فقیهان به جواز دادن عوض در برابر حق شخصی فتوا داده اند.<sup>۵</sup> حقوق دانان در شرح قانون مدنی مصر، در تأیید فتوای فوق تصریح کرده اند: «سخن برخی که گفته‌اند امروزه اموال معنوی مانند سرقتی، حقوق مؤلفان و مبتکران و مخترعان و نشانه‌های

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، پیشین، ص ۳۰۶.

۲. قاسمی، محسن، پیشین، ص ۲۵.

۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان.

۴. برای مثال ر.ک: ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر که در تعریف بیع اینچنین مقرر می‌دارد: «البیع، عقد يلتزم به البائع ان ينتقل للمشتري ملكيه شي أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي».

۵. غمز عیون البصائر حموی، ج ۱، ص ۳۲۳. شیخ شهاب الدین قلیوبی و شیخ عمیره بُرُسی در حاشیه‌شان بر شرح جلال الدین محلی بر کتاب منهج الطالبین همین نظر را دارند. احمد بن حجر هیثمی در کتاب *تحفه المحتاج بشرح المنهاج* چاپ شده با حواشی شروانی و عبادی. دارالفکر بیروت، ج ۶، ص ۲۶۱ نیز همین نظر را دارد. به نقل از حسن سلمان، پیشین، ص ۹۳.

بازرگانی و ... که حیازت و تصرف در آنها متصور نیست در دایره مضیق فقه اسلامی داخل نمی‌شود، سخن نادرستی است»<sup>۱</sup>.

ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر که قبلاً بدان اشاره شد در مقام تعریف بیع این‌گونه مقرر می‌نماید: «بیع عقدی است که بایع را ملزم به نقل مالکیت شیء یا حق مالی دیگر به مشتری در مقابل ثمن نقدی می‌سازد»<sup>۲</sup>. همان‌طور که در تعریف بیع در قانون مدنی مصر آمد این قانون در تعریف بیع به حق مالی تصریح کرده است. بنابراین موارد زیر از این ماده مذکور استنباط می‌شود:

اول- تملک حقوق مالی همانند تملک عین و انتقال آن با بیع جایز است مثل حق انتفاع، حق ارتفاع، حق مستأجر در مال موقوفه، و همچنین حقوق شخصی مانند حقوق مالکیت‌های ادبی، فنی، صنعتی و نظیر آن با بیع به دیگری منتقل می‌شوند.

دوم- ثمن لازم است نقد باشد، فقه عامه ثمن را اعم از نقد و غیرنقد می‌داند و قانون مدنی با حصر خود در ثمن نقد از این قاعده عدول کرده و از اختلاط قواعد معاوضه و تهاتر با بیع پرهیز نموده است.

#### گفتار چهارم: احکام بیع اموال غیر مادی

در بیع این اموال به نظر می‌رسد خیار مجلس جریان داشته باشد. چرا که در صورت اثبات امکان مبیع واقع شدن اموال، احکام بیع نیز بر این انتقالات ثابت خواهد بود. علاوه بر اینکه دلیلی برای عدم جریان خیار مجلس در این عقود وجود ندارد. پس هر یک از متبایعین بعد از عقد در مجلس و مادام که متفرق نشده اند اختیار فسخ معامله را دارند.

در مورد خیار تأخیر ثمن مطابق ماده ۴۰۲ قانون مدنی ایران این خیار مختص معاملاتی است که مبیع عین خارجی یا در حکم عین باشد. بنابراین نمی‌توان قائل به جریان خیار تأخیر ثمن در بیع اموال غیر مادی شد.

۱. عرفه، محمدعلی، *شرح القانون المدنی الجدید*، به نقل از سلمان، حسن، پیشین، ص ۱۱۹.

۲. «البیع عقد يلتزم به البایع ان ينقل المشتري ملكيه شیئی او حقاً مالياً اخر فی مقابل ثمن نقدی».

البته ممکن است گفته شود حکم اخیر با توجه به بیعی بوده که تملیک عین به عوض معلوم بوده نه بیع کنونی که توسعه یافته و وقتی با توجه به عرف امروزی معنای بیع به تملیک غیر اعیان توسعه داده می‌شود احکامی هم که مختص اعیان بوده باید به غیر اعیان توسعه داده شود.

در مورد تسلیم مبیع در این قبیل فروشها همان‌گونه که ماده ۳۶۷ قانون مدنی مقرر داشته، تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت از استیلاء مشتری بر مبیع است. حقوق دانان<sup>۱</sup> گفته‌اند عنصر اصلی تسلیم در اختیار نهادن و مستولی کردن خریدار بر مبیع است و گاه تسلیم تنها با تراضی دو طرف انجام می‌شود و نیاز به هیچ اقدام خارجی ندارد مانند تسلیم میوه‌هایی که بر درخت فروخته می‌شود. ماده ۳۶۹ قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که در عرف آن را تسلیم گویند» بنابراین هرگونه استیلائی که عرف آن را تسلیم بداند نظیر اجازه نشر و تکثیر در تسلیم این حقوق کفایت می‌نماید.

در مصر نیز ماده ۴۳۱ قانون مدنی آن کشور مقرر داشته: «بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری می‌باشد به حالتی که در زمان عقد بیع بوده است»<sup>۲</sup> و در مورد نحوه تسلیم مبیع، ماده ۴۳۵ قانون اخیر الذکر مقرر نموده است: «تسلیم در اختیار نهادن و مستولی کردن مشتری بر مبیع است به نحوی که متمکن از حیازت و انتفاع بدون مانع باشد هر چند که استیلاء به صورت مادی نباشد. و این تسلیم بر اساس طبیعت مبیع می‌باشد»<sup>۳</sup>

حقوق دانان<sup>۴</sup> در شرح این ماده گفته اند: «و همانا از این ماده استنباط می‌شود که

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، پیشین، ش ۱۱۴.

۲. «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحاله التي كانت عليها وقت البيع».

۳. «يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع بدون عائق و لو لم يستول عليه استيلاء مادياً. مادام البائع قد اعلمه بذلك و يحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعه الشيء المبيع».

۴. السنهوري، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۵۸۸.

تسلیم یا فعلی و یا حکمی می باشد». خلاصه اینکه در مصر نیز قاعده معروف «تسلیم کل شیء حسب» اجرا می شود.

در مورد حق حبس نیز نظر به اینکه ماده ۳۷۷ قانون مدنی مقرر می دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود» فروشنده اموال غیر مادی، حق دارد که از تسلیم مبیع خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم ثمن شود و همچنین خریدار هم از حق حبس ثمن تا زمان تسلیم مبیع از طرف فروشنده برخوردار می باشد.

در مورد قاعده تلف مبیع قبل از قبض ماده ۳۸۷ قانون مدنی بیان می دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» اگر حکم این ماده چنانکه فقهای امامیه بیان کرده اند فقط ناظر به مبیعی باشد که عین معین است قاعده تلف مبیع قبل از قبض در مورد بیع اموال غیر مادی جاری نیست ولی در فرضی که محدود نمودن این قاعده را به عین معین ناشی از عدم فرض وجود انتقال این حقوق در زمان متقدم بدانیم و قائل به توسعه این قاعده به بیع این اموال نیز بشویم بیان موارد زیر ضروری است:

اول اینکه حکم این ماده اختصاص به مبیع و عقد بیع ندارد و باید آن را در مورد تلف ثمن پیش از قبض در اجاره، معاوضه، صلح و همچنین انتقال اموال غیر مادی به عوض معلوم در حالتی که آن را بیع ندانیم نیز اجرا کرد. ولی هرگاه این قاعده استثناء بر قواعد معاملات باشد، ویژه مبیع است و تنها در حالتی می توان این قاعده را به انتقال اموال غیر مادی به عوض معلوم تعمیم داد که ما این انتقال را بیع بدانیم.

دوم اینکه اگر قاعده تلف مبیع پیش از قبض بر طبق قواعد عمومی قراردادها و نتیجه پیروی از قصد مشترک دو طرف باشد، قاعده ای است تکمیلی که شرط خلاف آن نافذ

است. زیرا همان دو اراده ای که مبنای اجرای این قاعده قرار گرفته است می تواند بر خلاف آن هم تصمیم بگیرد. ولی هر گاه حکمی امری باشد دو طرف نمی توانند برخلاف آن تراضی کنند. بنابراین اگر انتقال اموال غیر مادی را به عوض معلوم بیع بدانیم بر مبنای اول شرط خلاف قاعده نافذ و بر مبنای دوم شرط خلاف قاعده تلف مبیع پیش از قبض غیر نافذ می باشد.

شایان است برخی از فقها با وجود اینکه حکم تلف مبیع پیش از قبض را موافق قاعده دانسته اند، به دلیل ارتباط آن با مقتضای معاوضه و حکم قانونگذار، تراضی برخلاف آن را صحیح و مجاز نشمرده اند.<sup>۱</sup>

در مورد ضمان درک نیز به حکم ماده ۳۹۱ قانون مدنی، در صورت مستحق للغير در آمدن اموال غیر مادی، بایع ضامن ثمنی که از مشتری اخذ نموده است می باشد.

#### نتیجه گیری و پیشنهادات

بشر در گذشته نیازهای خود را با مبادله کالا با یکدیگر تأمین می کرد. در آن دوران تبادل حقوق مالی یا گرفتن پول به عنوان عوض هنوز جای خود را به دست نیاورده بود. گرچه پول رفته رفته جای ثمن را گرفت ولی هنوز تسلیم کالا هم به عنوان ثمن پذیرفته می شود. آنچه که متعارف است تأدیه وجه نقد در بیع است و مردم تبادل کالا را معاوضه می دانند، ولی مطابق تعریف بیع در قانون مدنی نمی توان تبادل کالا را مختص معاوضه دانست.

از سوی دیگر آنچه که برای مبادله مهیا می شود، مشخص و دارای وجود فیزیکی ملموس و قابل رؤیت است. ولی آیا بیع به همین محدود می شود؟  
در پاسخ به این سؤال گفته شد که برای تحصیل معنای بیع، باید به عرف مراجعه نمود، زیرا بیع نه حقیقت شرعیه دارد و نه حقیقت متشرعیه، بلکه بیع دارای حقیقتی عرفیه

۱. خوانساری، شیخ موسی، پیشین، ص ۱۹۰.

است.<sup>۱</sup> بنابراین با مراجعه به عرف می‌بینیم که بیع اموال غیر مادی، نظیر آنچه که گفتیم داخل در مفهوم بیع است و با اینکه در بیع این گونه اموال، مبیع، عین نیست، اما هیچ شبهه‌ای در صدق مفهوم بیع بر آنها وجود ندارد. بنابراین بیع منافع و حقوق، از نظر عرف و لغت، بیع است اگر چه بیع آن باطل باشد.<sup>۲</sup>

بر همین اساس برای به دست آوردن مفهوم بیع، باید متمسک به عرف شد و به خاطر حقیقت عرفیه بیع است که برخی از فقها استناد به اجماع، تسالم اصحاب، عدم خلاف و انصراف ادله یا شک در اطلاق آنها را برای اثبات لزوم عینیت مبیع خالی از وجه دانسته‌اند.<sup>۳</sup> در هر حال عین بودن مبیع یادگار دوران معاوضه کالا به کالا است که در آن عصر پول رواج نداشت. امروزه، بیع حقوقی نظیر حق انشعاب برق و آب و امتیاز تلفن را نمی‌توان انکار کرد در حالی که در هیچ کدام از این موارد خود تلفن و یا سیمهای برق فروخته نمی‌شود بلکه خود حق انشعاب یا امتیاز تلفن است که مورد بیع واقع می‌شود، همچنین بیع سرقفلی هم امروزه بین عقلاً متداول است چرا که نوعی حق اولویت است. برخی از فقها جواز مبیع قرار گرفتن منافع و خصوصاً حقوق را خالی از قوت ندانسته‌اند<sup>۴</sup> چنان که عموماً کتاب و سنت هم شمول منافع و حقوق در مفهوم بیع را اثبات می‌کند.<sup>۵</sup> اما همان طور که گفته شد اطلاق بیع منصرف از بیع منافع است و همین امر هم موجب تمایز بیع و اجاره می‌باشد.

۱. انصاری(ره)، شیخ مرتضی، پیشین، ص ۷۹.

۲. «... فبیع المنافع و الحقوق بیع عرفاً و لغهً و لو فرض بطلانه»، الامام الخمینی، پیشین، ص ۱۶؛ الشیخ محمد حسن القدیری، کتاب البیع، ص ۷ و ۸.

۳. «... و علیه لایتنجه التمسک بالاجماع او تسالم الاصحاب و عدم الخلاف و لا بانصراف الادله أو الشک فی إطلاقها اذ کل ذلك اجنبی عن المقصود، الا ان یتشبه باتفاق الاصحاب لتحصیل معناه العرفی»، الامام الخمینی، پیشین، ص ۱۵.

۴. «الاول: یشترط فی الجمیع ان یکون عیناً علی الاحوط... فلا یجوز - علی الاحوط - ان یکون منفعه کمنفعه الدار أو الدابه، أو عملاً کخیاطه الثوب أو حقاً، و ان کان الجواز - خصوصاً فی الحقوق - لایخلو من قوه»، الامام الخمینی، تحریرالوسیله، ج ۱ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ.ش، ص ۴۹۰.

۵. المکارم الشیرازی، ناصر، پیشین، ص ۲۳.

در ماده ۳۳۸ قانون مدنی. که بر گرفته از فقه امامیه است، بیع به تملیک عین به عوض معلوم تعریف شده است. با مراجعه به کلمات فقها در مورد واژه «عین»، بخوبی روشن می‌شود که «عین» شامل حق و منفعت نمی‌شود، بر همین اساس به نظر نگارنده در حال حاضر و با تعریفی که اکنون از بیع در قانون مدنی وجود دارد نمی‌توان انتقال اموال غیر مادی را مشمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی دانست، و هر چند که در عرف به انتقال این اموال هم فروش می‌گویند، اما نمی‌توان این گونه انتقالات را بیع اصطلاحی تلقی کرد و در نتیجه این نوع از قراردادها باید در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی. و با توجه به اصل آزادی قراردادها بررسی شود، چرا که کلمه «عین» در فقه امامیه در مقابل حق و منفعت قرار می‌گیرد و گسترش معنای «عین» برای شمول حق و منفعت، با مفهوم «عین» سازگار نیست. بنابراین در مقام چاره جویی دو راه بیشتر نداریم: یکی اینکه مطابق نظر برخی از حقوق دانان<sup>۱</sup> در تفسیر «عین» گفته شود کلمه «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی. در مقابل منفعت و اعم از اموال مادی و غیر مادی است. یعنی قانونگذار با اثبات عین قصد نفی ما عدا را نداشته است.

در حقوق ما مواردی وجود دارد که می‌تواند مؤید این مطلب باشد از جمله مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت و مواد ۳۴ و ۳۷ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ که در آنها مقنن به صراحت پذیرفته است که مبیع می‌تواند سهم (حق) باشد<sup>۲</sup> و موارد دیگری که در مقاله بدانها اشاره شد در عمل نیز برای این راهکار باید رویه قضایی را به سویی کشاند که انتقال مالکیت حق و اموال غیر مادی را نیز بیع بدانند و قید «عین» را تنها برای خروج اجاره از تعریف بیع به کار برد.<sup>۳</sup>

راه دوم اینکه از آنجا که بیع حقیقتی عرفیه است و باید برای تحدید مفهوم آن در هر زمان به عرف مراجعه نمود، به علت عدم انطباق مفهوم عرفی بیع با ماده ۳۳۸ قانون مدنی.

۱. قاسم‌زاده، مرتضی، و دیگران، تفسیر قانون مدنی اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی، ص ۱۳۳ و ۱۳۴.

۲. قاسمی، محسن، پیشین، ص ۲۵.

۳. کاتوزیان، دکترناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۴۲.

گفته شود این ماده جامع نیست و باید اصلاح شود و به جای کلمه «عین»، کلمه «مال» جایگزین شود.

اگر معنی موسع مبادله مال به مال را برای بیع لحاظ کنیم، حصار عین فرو می‌ریزد و قواعد بیع قادر خواهد شد شمول خود را بر حقوق مالی حفظ کند و انواع موارد فروش رایج کنونی می‌تواند قالب حقوقی معین به خود گیرد و قانونمند شود. گرچه در شرایط کنونی ماده ۱۰ قانون مدنی با قلمرو وسیعی که دارد نظم قرارداد خصوصی را بر آنها حاکم می‌کند ولی قراردادن آنها در شمول قواعد بیع و تخصیص ثمن به وجه نقد که برخی کشورها، همچون مصر در انتخاب آن از ما پیشی گرفته‌اند، نظم مناسبی به اینگونه انتقالات در جامعه می‌دهد. با پذیرش این تغییر اولاً: اختلاط بیع و معاوضه پیش نخواهد آمد تا قاضی به دنبال قصد مشترک متعاملین، وقت خود را صرف یافتن عنصر روانی کند. ثانیاً: اوصاف ملموس و قابل رؤیت بودن عوض یا مبیع نیز از حصار عین عبور کرده و به نادیدنیهای عصر حاضر که ارزش مالی و مبادله و منفعت عقلایی مشروع دارد تسری می‌یابد.

از این رو تأسی از اقدام مصریها در انقلابی که از تعریف بیع به وجود آورده‌اند، با توجه به اینکه زیربنای نظام حقوقی ایران و مصر هر دو فقه دو فقه می‌باشد، می‌تواند نظام حقوقی ایران را در عقد بیع متحول سازد و حیطة شمول قواعد آن را به حقوق مالی نیز گسترش دهد.

در هر حال اصلاح ماده ۳۳۸ قانون مدنی. راه حل بهتری برای شمول بیع اموال غیر مادی در تعریف اصطلاحی بیع است، زیرا در این صورت حقوق، ذاتاً، در مفهوم «مال» وجود دارد و یکی از اقسام آن است، اما با اختصاص قید «عین» به خروج از منفعت اگر چه اشکال بر طرف می‌شود، اما این امر گسترش مفهوم «عین» را در پی دارد در صورتی که «حق» و تمام اموال غیر مادی که به هیچ وجه وجود خارجی ندارند، قطعاً در تقابل با «عین» قرار دارند و با توجه به تعاریف فقها و حقوق دانان از «عین»، «حق» مشمول آن

نمی‌شود. <sup>۱</sup>مضافاً اینکه بر قانونگذار نیز ایراد عدم بیان تعریف جامع وارد نخواهد شد. به علاوه همان طور که پیش از این بیان شد اگر انتقال اموال غیر مادی در مقابل عوض هم، بیع اصطلاحی تلقی شود، باعث یکسان و روشن شدن احکام مربوط به این انتقال می‌شود و از تشتهها و قیاسهای بی پایه و پراکندگی نظرها می‌کاهد. برای مثال در انتقال سرقفلی اگر این انتقال بیع باشد، تکلیف تشریفات انعقاد و آثار آن تا اندازه ای روشن است. ولی چنانچه به قواعد عمومی محول شود. مشکلاتی ایجاد می‌شود. برای مثال حکم ضمانت اجرای تأخیر در تأدیه بهای سرقفلی، حکم تلف حق و بیهوده شدن آن پیش از تسلیم و ضمان درک فروشنده و توقیف و انتقال دوباره آن و بسیاری از امور دیگر مبهم می‌ماند.

### منابع فارسی

- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۱۱، ۱۳۷۱  
انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۳ تهران:  
انتشارات محراب فکر، چاپ اول ۱۳۸۴.  
جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق اموال*، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.  
جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، انتشارات گنج  
دانش، تهران، ۱۳۸۱، ج ۲.  
شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ اول، نشر حقوق دان، ۱۳۷۷.  
شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲.  
شریعتمداری، جعفر، *شرح و تفسیر لغات قرآن*، ج ۲، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی  
آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۳۷۴.  
صادقی نشاط، امیر، *حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای کامپیوتری*،  
تهران: سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۶.

۱. «... و لا شك فی أن هذا المعنى للعین یقابل المنفعة و الحق و جمیع الاعراض المقولیه»، الخوئی، السید ابوالقاسم، پیشین، ص ۳۱۲.

- صفایی، سید حسین، *اشخاص و اموال*، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
- صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱، مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱.
- صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تعهدات و قراردادها، ج ۲، مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱.
- عبده بروجردی، محمد، *حقوق مدنی*، به کوشش محمد رضا بندرچی، چاپ اول، ۱۳۸۰، انتشارات طه.
- قاسم زاده، مرتضی و دیگران، *تفسیر قانون مدنی اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی*، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول ۱۳۸۲.
- قاسمی، محسن، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی دوره عقود معین ۱*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم ۱۳۷۶، جلد ۳.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، *مقدمه علم حقوق*، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۷۸.
- محمدی، علی، *شرح مکاسب*، ج ۴، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۶.
- نوری، رضا، *عقود و ایقاعات در حقوق مدنی*، تهران: انتشارات پازنگ، چاپ اول، بی تا.
- عربی
- الخلخالی، السید محمد کاظم، *فقه الامامیه قسم المعاملات* [تقریر ابحات آیه الله العظمی الحاج میرزا حبیب الله الرشتی «قدس سره»]، تهران: مطبعه الحیدری، چاپ اول ۱۳۹۵ هـ.ق.

الروحانی، السيد محمد صادق، *منهاج الفقاهه*، ج ۱ قم: انتشارات علمیه، چاپ چهارم ۱۴۱۸ هـ.ق.

الزحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وأدلته*، ج ۴ بیروت: دارالفکر، چاپ سوم ۱۴۰۹ هـ.ق.  
السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۴ بیروت: منشورات الحلبي، چاپ سوم ۱۹۹۸ م.

السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۸ بیروت: منشورات الحلبي، چاپ سوم ۱۹۹۸ م.

السیستانی، السيد علی الحسینی، *المسائل المنتخبه*، قم: انتشارات مهر، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ.ق.

الطباطبائی الیزدی، السيد محمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، ج ۱، چاپ تهران، ۱۳۷۷ .  
العلامة الحلّي، *تذکره الفقهاء*؛ ج ۱ نجف: الرضويه لاحياء الآثار الجعفریه، بی تا.  
الغروی الاصفهانی، الشيخ محمد حسین، *حاشیه کتاب مکاسب*، ج ۱ قم: دارالمصطفی لاحياء التراث، چاپ اول ۱۴۱۸ هـ.ق.

الکلینی الرازی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، *الکافی*، ج ۵ تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم ۱۳۶۷ .

الحسینی السیستانی، السيد علی، *المسائل المنتخبه*، قم: انتشارات مهر، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ.ق.

الکرکی، علی بن الحسین معروف به محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ هـ.ق.

المکارم الشیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه*، کتاب البیع ج ۱، انتشارات هدف.  
انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب مکاسب*، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ دوم ۱۳۸۲ .

حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، شرح بر مکاسب شیخ انصاری، چاپ سربی،

۱۳۷۰ هـ.ق، نجف، ج ۱.

خمینی، السید الروح الله، *کتاب البیع*، ج ۱، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۳.

خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ هـ.ق ج ۲.

خیاط، عبدالعزیز، *نظریه العرف*، مکتب الاقصی، الطبعة الاولى ۱۳۹۷ هـ.ق.

زین الدین بن علی العاملی، معروف به شهید ثانی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع*

*الاسلام*، ج ۳، قم، موسسه المعارف الاسلاميه، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.

عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الكرامه*، ج ۴، چاپ مصر، ۱۳۲۶ هـ.ق.

منصور، محمد حسین، *شرح العقود المسماة*، الجزء الاول البیع و المقایضه: بیروت، دار

النهضة العربيه، ۱۹۹۵ م.

منصور، محمد حسین، *شرح العقود المسماة*، الجزء الثالث، بیروت، دارالنهضة العربيه،

۱۹۹۵ م.

نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب و البیع*، تدوین توسط شیخ محمد تقی آملی،

موسسه النشر الاسلاميه، ۱۴۱۳ هـ.ق. ۸۴.

نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام*، ج ۲۲، تهران، دارالکتب

الاسلاميه، چاپ نهم، ۱۳۶۸.