

چالش‌های نظری بیع حق

(تأملی بر امکان وقوع حق به عنوان مبیع یا ثمن در بیع)

محمد مهدی الشریف* نصرالله جعفری خسروآبادی**

چکیده

امروزه حقوق مالی همچون سرقفلی و حق اختراع در کنار اعیان و منافع، بخش قابل توجهی از اموال را تشکیل می‌دهند و امکان انتقال و مبادله آنان با سایر اموال از نیازهای بازار سرمایه است. عقد بیع بی‌گمان رایج‌ترین ابزار اعتباری مبادله اموال در بین مردم است. اما آیا برای نقل حقوق مالی نیز می‌توان از این قالب استفاده نمود؟ اغلب فقیهان بر بنیاد تعریف مشهور که بیع را تملیک عین به عوض می‌داند، با مبیع قرارگرفتن حق مالی مخالفت کرده‌اند و نقل حق را خارج از تعریف بیع شمرده‌اند. برخی از فقها بنا به دلایلی همچون عدم صدق مال بر حقوق و عدم تصور تملیک در باب حقوق، حتی وقوع حق مالی به عنوان ثمن در بیع را نیز ناممکن دانسته‌اند. اما اغلب فقهای معاصر، این دلایل را ناکافی دانسته و معتقدند نفس حق مالی یا اسقاط آن می‌تواند نقش ثمن را در بیع بازی کند و حتی شمار اندکی از فقها همچون مرحوم امام خمینی، وقوع حق به عنوان مبیع را نیز

Alsharaif46@yahoo.com

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

** استادیار حقوق خصوصی دانشگاه آیت الله حائری میبد (نویسنده مسئول)

nasrjafari@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۷/۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۳/۸

خالی از اشکال می‌دانند. به نظر می‌رسد در حقوق امروز ایران، وقوع حق یا اسقاط آن به عنوان ثمن با مانعی روبرو نبوده و حکم به صحت بیع حقوق نیز خالی از وجه نیست.

کلید واژه‌ها: بیع، حق مالی، عین، مالکیت، ثمن، مبیع.

۱. مقدمه

هر چند اهل لغت بیع را به مبادله مال به مال تعریف کرده‌اند (فیومی، بی‌تا: ۶۹؛ عبدالرحمان، بی‌تا: ۳۹۹؛ سعدی، ۱۴۰۸: ۴۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۱۲) اما در بین فقها تقریباً اختلافی وجود ندارد که مبادله‌ی هر مال با مال دیگر را نمی‌توان بیع نامید. بر بنیاد دیدگاه حاکم بر فقه، بیع مبادله‌ای است که بین عین، به عنوان معوض با مال دیگر، به عنوان عوض صورت می‌گیرد. به تعبیر دقیق‌تر بر اساس قول مشهور و بلکه نزدیک به اجماع، مبیع یا معوض در بیع، لزوماً باید از سنخ اعیان باشد^۱ (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۸). از همین رو در اغلب تعاریف فقهی بر این خصوصیت بیع تأکید شده و بیع به تملیک عین به عوض تعریف شده است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۰؛ طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۳؛ خویی، ۱۴۱۵: ۱۱). قانون مدنی ایران نیز از این سنت مسلم فقهی تبعیت کرده و تعریف مشابهی از بیع بدست داده است (ماده ۳۳۸ قانون مدنی). نتیجه‌ی روشن این اعتقاد این است که اموری جز عین همچون منفعت اعم از منفعت اشیاء یا منفعت اشخاص و نیز حقوق نمی‌توانند نقش معوض یا مبیع را در عقد بیع بازی کنند و برای انتقال این امور باید از قالب‌های دیگر استفاده نمود. بنابراین مفاهیمی همچون بیع منفعت یا بیع حق را باید از حقوق ایران کنار گذاشت. همان‌گونه که می‌دانیم بر خلاف مبیع، در خصوص قلمرو ثمن یا عوض در بیع تردید کمتری وجود دارد و بنا به تعریف، هر مالی می‌تواند به عنوان عوض یا ثمن قرار گیرد (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۹) و در تعریف بیع، عوض محدود به نوع خاصی از اموال نشده است. بنابراین قرار گرفتن منافع اعم از منفعت شیء یا منفعت شخص به عنوان ثمن با مانعی روبرو نیست؛ یعنی بر

خلاف مبیع که نمی توانست از جنس منافع باشد، عوض یا ثمن در عقد بیع می‌تواند منفعت یک شیء یا انجام عمل (منفعت شخص) باشد. اما در مورد حقوق و به‌طور خاص حقوق مالی، مسأله از پیچیدگی بیشتری برخوردار بوده و حتی وقوع حق به عنوان ثمن یا عوض نیز با مخالفت بسیاری از فقیهان روبرو شده است. هر چند مخالفت با این سوی مسأله یعنی وقوع حق به عنوان ثمن، از شهرت کمتری برخوردار بوده و گروهی از مخالفان با وقوع حق به عنوان مبیع، قرار گرفتن حق به عنوان ثمن را خالی از اشکال می‌دانند.

مخالفت با بیع حقوق یا معوض قرارگرفتن حقوق کاملاً طبیعی است؛ زیرا تقریباً در تمامی تعاریف بیع، به این نکته تصریح شده که بیع تملیک «عین» در مقابل عوض است و فقها در بحث از تعریف بیع تصریح نموده‌اند که مراد از عین، چیزی است که مقابل منفعت و حق قرار می‌گیرد (یزدی، ۱۴۱۸: ۵۳) و با این حساب، خارج ماندن «تملیک حق» به عوض از تعریف بیع، امر دور از انتظاری نیست. البته چنانکه خواهیم دید موافقان وقوع حق به عنوان مبیع، این برداشت از تعریف را مورد مناقشه قرار داده‌اند. به هر حال برخی از فقها پا را فراتر از این گذارده و نه تنها مبیع قرار گرفتن حق مالی را نادرست دانسته‌اند بلکه این امکان را برای عوض یا ثمن که به حسب ظاهر تعریف محدودیت و قیدی ندارد نیز منتفی دانسته‌اند.

در هر حال موضوع اصلی تحقیق، یعنی مسأله‌ی جواز و صحت بیع حق یا قرارگرفتن حق به عنوان مبیع که از قضا از مسائل بسیار مهم و مبتلا به روزگار ماست، طرفدار چندانی در بین فقها و حقوق‌دانان ندارد. با این وجود اندکی از فقها از جمله امام خمینی (ره) در اختصاص معوض به عین، در عقد بیع تردید کرده و به دلایلی که خواهیم دید، قلمرو مبیع را توسعه داده و حقوق را نیز داخل نموده‌اند و تنها مبیع قرارگرفتن منفعت را خارج از تعریف و قلمرو بیع دانسته‌اند. در صورت پذیرش این دیدگاه، رویه‌ی متداول عرف که در انتقال حقوقی همچون حق سرفقلى و حق تحجیر، از تعبیر بیع استفاده می‌کنند نیز تصحیح خواهد شد. موضوع مهم انتقال حقوق فکری که امروزه بخش مهمی از دارائی افراد جامعه را تشکیل می‌دهد نیز به این بحث گره خورده است و چنانچه بتوان دیدگاه قائل به جواز بیع حقوق را تقویت و در حقوق

امروز قابل قبول دانست، مسأله‌ی انتقال حقوق فکری دارای چهار چوب و ضوابط روشنی خواهد گردید. روشن است که شکستن انحصار مبیع به اعیان، برای تصحیح بیع حقوق کافی نیست و باید اشکالاتی که در باب ثمن قرارگرفتن حق مطرح می‌شود نیز برطرف گردد. به بیان روشن‌تر اگر حق نتواند به عنوان ثمن قرارگیرد، به‌طریق اولی نمی‌تواند مبیع قرار گیرد؛ زیرا در مبیع تمامی شرایط لازم در ثمن لازم است به اضافه این شرط اختصاصی که مبیع باید از مقوله‌ی اعیان باشد. بر همین اساس ما در این نوشتار برای بررسی موضوع بیع حقوق، تک تک این اشکالات را مورد نقد و ارزیابی قرار داده و در نهایت نسبت به جواز بیع حقوق در حقوق امروز ایران داوری خواهیم کرد.

۲. اشکالات وارد بر ثمن واقع شدن حقوق مالی و نقد آنها

همان‌گونه که بیان شد گرچه اغلب فقها قرارگرفتن حقوق به عنوان مثن یا مبیع را نمی‌پذیرند و در ثمن قرارگرفتن حقوق مالی تردیدی ندارند، با وجود این برخی از فقها حتی بر ثمن واقع شدن حقوق مالی هم اشکال گرفته‌اند که در ادامه به بیان این اشکالات و پاسخ به آن خواهیم پرداخت.

۲.۱. عدم اطلاق مال بر حق

نخستین اشکالی که بر وقوع حق به عنوان ثمن مطرح گردیده این است که حق، مال محسوب نمی‌شود؛ در حالی که مسلماً عوض در بیع می‌بایست مال باشد. در تلقی سنتی فقه، مال منحصر به عین و منفعت بوده و بر همین اساس در صدق عنوان مال بر حق (حتی حق مالی)، به شدت تردید شده است^۲ (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۵). از منظر برخی از فقها، ظاهر لفظ مال فقط اعیان را در بر می‌گیرد چرا که ظاهر کلام اکثر اهل لغت، این گونه است؛ در کتاب مجمع البحرین به این تصریح شده است که مال در اصل فقط شامل طلا و نقره بوده و بعدها به هر عینی اطلاق شده است و مال عرفاً اختصاص به اعیان دارد (حکیم طباطبایی، بی تا: ۳). بر این اساس اگر بیع را نوعی مبادله عین با مال بدانیم و در نوع مال قائل به هیچ محدودیتی نباشیم باز مسأله‌ی حقوق، که براساس این

دیدگاه مال نیستند، حل نمی‌شود. از همین رو برخی از فقها همچون مرحوم وحید بهبهانی، ثمن واقع شدن حقوق را با ماهیت و تعریف بیع ناسازگار دانسته‌اند؛ چرا که در مفهوم بیع مبادله مال با مال ذکر شده و حقوق، مال نیستند. (بهبهانی، بی تا: ۲۵؛ به نقل از تبریزی، ۱۳۷۵: ۱۴۶) البته برخی دیگر از فقها، علیرغم تأمل در صدق مال بر حقوق، عوض واقع شدن حقوق را پذیرفته‌اند و چنین تحلیل می‌کنند که آنچه در بیع ضروری است اینکه در مقابل عین، عوضی قرار گیرد و به اصطلاح، عقد بلاعوض نباشد؛ اما دلیلی بر اینکه این عوض لزوماً باید مالیت داشته باشد وجود ندارد و عرف انتقال عین در قبال یک حق مالی را نیز بیع به حساب می‌آورد. شاهد این مطلب را هم صحت بیع و صدق عنوان بیع به مبادله یک عین در قبال یک حبه گندم می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۱؛ طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۳). چنان‌که روشن است این فقیهان در واقع بر مال تلقی نشدن حق تردید نکرده‌اند؛ اما با تصرف در شرایط ثمن و حذف شرط مالیت عوض در بیع، راه را برای وقوع حق به عنوان ثمن گشوده‌اند. بنابراین بر اساس این دیدگاه، هر چند حق می‌تواند ثمن قرار گیرد اما بیع حق یعنی بیعی که مبیع آن حقی از حقوق است، امکان ندارد زیرا برخلاف ثمن، در مورد مبیع تردیدی در شرط مالیت وجود ندارد.

۲.۲. پاسخ به اشکال

حقوق برخلاف بسیاری دیگر از اموال ذاتاً جنبه اعتباری داشته و در عالم خارج قابل لمس و اشاره نیستند و شاید این امر نیز در بادی امر از جمله موانع پذیرش حق به عنوان مال، بوده است چرا که در عرف، مال چیزی است که در خارج وجود و تحقق داشته باشد. لیکن این تردید با وجود پذیرش اموال اعتباری از جمله اعیان کلی فی‌الذمه، حتی در تلقی سنتی از مال، روا نیست؛ چرا که در حقوق ما برخلاف حقوق فرانسه که تا چند دهه قبل و تا پیش از پذیرش نوعی از اموال به نام اموال فکری، مال را منحصر به مال موجود در خارج می‌دانستند، وجود اموال کلی بر ذمه که اموالی اعتباری‌اند سابقه‌ای به درازای فقه دارد و صحت بیع عین کلی در فقه و حقوق ما از مسلمات است. به این نکته باید اشاره نمود که در تقسیم فرانسوی حق به حق عینی و دینی

جایی برای اموال فکری نبود و بر همین اساس شق سومی به این تقسیم افزوده شد تا اموال فکری را که نه مصداقی از حق عینی بودند و نه مصداقی برای تعهد یا حق دینی، پوشش دهد. علت این امر نیز روشن است؛ زیرا حقوق عینی رابطه شخص است با مال موجود در خارج که در اموال فکری منتفی است چرا که مال خارجی نیستند؛ حق دینی نیز نیستند و سخن از تعهد کسی در مقابل دیگری نیست. مشکل دیگر این تقسیم حق به عینی و دینی این بود که مالکیت در زمره حقوق عینی یعنی علائق اشخاص نسبت به اموال موجود در خارج قرار گرفته و گفتیم که حقوق مالکیت فکری، قسم مستقلی در کنار حقوق عینی و دینی به حساب آمدند. با این وصف بیع که ثمره آن مالکیت است، نمی تواند برای انتقال حقوق فکری که قسمی حق عینی و دینی است به کار آید.

در ضمن این نکته را باید توجه داشت که بین اموال بر ذمه و اموال فکری در عین اشتراک از حیث اعتباری بودن این تفاوت وجود دارد که در اموال کلی، ذمه وجود دارد و مال بر ذمه مستقر است و کسی مدیون این مال به مالک آن است در حالی که اموال فکری مال بر ذمه نیستند و کسی مدیون آنها به حساب نمی آید.

لازم به ذکر است، از دیدگاه برخی از حقوق دانان در سیستم حقوق ایران هم، رابطه مالکیت به عنوان مهم ترین حق عینی، تنها ناظر به اعیان خارجی است و رابطه مالکیت نسبت به اعیان کلی برقرار نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۴؛ امامی، ۱۳۷۹: ۴۴۹) و به همین دلیل اشکالات و ایراداتی بر تعریف عقد بیع حتی نسبت به اعیان کلی وارد می دانند که مجال پرداختن به آنها نیست. البته جهت رفع این اشکالات در پی توجیه آن بر آمده اند؛ به عنوان مثال مرحوم شهیدی در خصوص بیع کلی این گونه بیان می دارند: «با کمی تسامح می توان ماده ۳۳۸ را چنین توجیه کرد که منظور از تملیک عین به عوض معلوم، تملیک ناشی از عقد بیع است، هر چند که با فاصله و با واسطه و دخالت تسلیم، موجب انتقال مالکیت باشد.» (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۴) و برخی هم بیع کلی را به دو عمل حقوقی مستقل تحلیل کرده اند و در این نوع عقد، تملیک را داخل در مفاد عقد ندانسته اند و آن را عمل حقوقی مستقلی که به وسیله قبض واقع می شود، پنداشته اند! (امامی، ۱۳۷۹: ۴۸۸)

اما مراجعه به متون فقهی معتبر، علاوه بر اینکه پاسخ به ایرادات بیان شده را آسان می‌نماید، فضل تقدم حقوق اسلام در پذیرش مفاهیم اعتباری را ثابت می‌نماید. بر اساس اجماع و اتفاق فقهای شیعه، رابطه‌ی اعتباری مالکیت، همان‌گونه که نسبت به اعیان خارجی قابل تصور است، نسبت به اعیان و اموال کلی نظیر ۳۰۰ کیلو گندم، ۱۰۰ هزار تومان پول و یا هر عین کلی دیگری نیز قابل تصور است و همان‌گونه که در بیع اموال خارجی به محض وقوع عقد، خریدار مالک مبیع خارجی می‌شود، در بیع کلی نیز، به محض وقوع عقد، مالک مال کلی و یا همان طلب می‌شود. (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۲)

از این منظر اموال کلی بر ذمه نظیر دین و طلب نیز مالیت دارند و قابلیت تملک پیدا می‌کنند و رابطه‌ای که دائن با مال کلی پیدا می‌نماید صرفاً یک رابطه‌ی شخصی و عهدی نیست بلکه یک رابطه‌ی موضوعی و عینی همانند اعیان خارجی است؛ تنها تفاوت این رابطه با رابطه‌ی مالکیت اعیان خارجی، این است که ظرف اموال خارجی، عالم خارج و ظرف اموال کلی، ذمه‌ی مدیون می‌باشد، که این ظرف اعتباری، دخالتی در اعتبار مالکیت ندارد. در این خصوص کلام امام خمینی (ره) گویای مطلب است:

«أَنَّ الْمَلَکِیَّةَ لَیْسَتْ مِنَ الْأَعْرَاضِ الْخَارِجِیَّةِ، بَلْ مِنَ الْأَعْتِبَارَاتِ الْعَقْلَانِیَّةِ، وَ لَا مَانِعَ مِنْ أَعْتِبَارِهَا فِی مَوْضِعِ أَعْتِبَارِی آخَرَ، وَ الْکُلِّیُّ فِی الذَّمَّةِ وَ کَذَا سَائِرِ الْأَمْثَلِ، لَیْسَتْ مَعْدُومَةٌ مُطْلَقًا حَتَّى فِی الْأَعْتِبَارِ، بَلْ هِيَ مَوْجُودَاتٌ أَعْتِبَارِیَّةٌ، مُورَدٌ أَعْتِبَارِهَا قَدْ یَکُونُ فِی الذَّمَّةِ، وَ قَدْ یَکُونُ فِی خَارِجِهَا وَ مَعَ مَوْجُودِیَّتِهَا یَعْتَبَرُهَا الْعَقْلَاءُ مُلْکًا وَ مَمْلُوکًا، فَلَا إِشْکَالَ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ... وَ حَالِ الذَّمَّةِ حَالَ الْخَارِجِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْأَعْيَانِ الْخَارِجِیَّةِ الْمَمْلُوکَةِ، فَکَمَا أَنَّ الْخَارِجَ ظَرْفًا لِلْمَمْلُوکِ مِنْ غَیْرِ دَخَالَةٍ لَهُ فِی أَعْتِبَارِ الْمَلَکِیَّةِ، کَذَلِكَ الذَّمَّةُ. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۴، ۴۴)

بر این اساس، رابطه‌ی اعتباری مالکیت، حتی در مالکیت مال کلی یا همان مالکیت ما فی الذمه، رابطه‌ی شخص با شیء است زیرا در این حالت، ذمه‌ی مدیون تنها ظرف و محفظه‌ای برای مال است و دخالتی در اعتبار مالکیت ندارد. به تعبیر دیگر وجود مدیون در این نوع از مالکیت، نشانگر این نیست که مالکیت ما فی الذمه یک رابطه‌ی کاملاً شخصی و دینی، به معنی آنچه در حقوق غرب تصور می‌شود، باشد. از این رو متعلق تملیک در عقد بیع یا اعیان خارجی هستند که ظرف آنها عالم خارج است و یا اموال

کلی که ظرف آنها ذمه‌ی مدیون است و از این حیث اشکالی بر تعریف قانون مدنی و مشهور وارد نیست.

همچنین فقهای امامیه بر خلاف حقوق دانان که عین را مال مادی و محسوس و خارجی تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، همان) عین را چیزی می‌دانند که اگر در خارج یافت شود جسمی دارای ابعاد سه‌گانه باشد^۳ (خویی، ۱۴۱۵: ۱۶؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۹). بنابراین اعیان کلی هم در تعریف عین قرار می‌گیرند؛ چرا که این نوع از اموال نیز اگر در خارج مصداق پیدا نمایند، همانند اموال و اعیان خارجی، دارای ابعاد سه‌گانه می‌باشند. از این حیث اعیان به سه قسم، اعیان خارجی، اعیان کلی و کلی در معین، تقسیم می‌شوند که قانون مدنی نیز به روشنی، مبیع یا همان عین بیان شده در تعریف عقد بیع را در ماده ۳۵۰ به سه صورت فوق، ممکن دانسته است.

این نکته لازم به ذکر است که شاید اشکالات بیان شده از سوی حقوق دانان ناشی از الفتی باشد که این دسته از حقوق دانان خواسته یا ناخواسته با حقوق غرب پیدا نموده‌اند؛ زیرا بر اساس حقوق غرب رابطه‌ی مالکیت یا «ownership» تنها نسبت به اموال خارجی برقرار می‌گردد. (هادسون^۴، ۲۰۰۴: ۸۸) و در خصوص اموال کلی نه تنها به کار برده نمی‌شود بلکه بر اساس مفاهیم آنها غیر قابل تصور است؛ از این رو حقوق مالی به دو دسته‌ی حقوق عینی و دینی تقسیم‌بندی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۸؛ حائری، ۱۴۲۸: ۱۴۵)؛ حقوق عینی مختص روابطی است که اشخاص نسبت به اموال خارجی برقرار می‌نمایند که مالکیت اشیاء مهمترین مصداق این دسته از حقوق است (فابر^۵، ۲۰۱۱، ج ۴: ۱۸) و سایر حقوق مالی همچون دیون و تعهدات در دسته‌ی حقوق دینی قرار می‌گیرد که این حقوق کاملاً شخصی هستند و فی نفسه مال محسوب نمی‌شوند. (حق دینی رابطه‌ی شخص با شخص است) و نشانی از رابطه‌ی اعتباری مالکیت در خود ندارند. (فابر، ۲۰۱۱، ج ۳: ۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۸؛ صفائی، بی تا: ۱۴۲) در حالی که این اموال، در سیستم حقوقی ما، در دسته‌ی حقوق عینی قرار می‌گیرد، چرا که اولاً اضافه‌ی رابطه‌ی ملکیت نسبت به اموال کلی نیز به سهولت قابل پذیرش است و ثانیاً لفظ عین محصور به اعیان خارجی نیست و اعیان کلی و دیون را هم در برمی‌گیرد، لذا حقوق عینی محصور به روابط اعتباری اشخاص نسبت به اموال خارجی نیستند. البته

لازم به ذکر است که رویکرد حقوق غرب نیز به تدریج تغییر پیدا کرده است و در حال حاضر با غلبه رویکرد مادی گرایان و بر اساس نیازهای اقتصادی عصر کنونی، حقوق دینی را نیز با عنوان حقوق مالی می‌پذیرند و حتی از لفظ مالکیت حقوق قراردادی به معنای مالکیت حقوق دینی یا مال دانستن این حقوق استفاده می‌شود (تولرست^۶، ۲۰۰۶: ۱۳۶). به این خاطر برخی از حقوقدانان غرب ادعای ناپدید شدن تقسیم‌بندی حقوق اموال و حقوق تعهدات یا همان حقوق دینی و عینی را نموده‌اند. (ورسینگتن^۷، ۲۰۰۵: ۹۲۰) و این در حالی است که حقوق اسلام از بدو امر، مالکیت اموال کلی و اعتباری (دیون) را پذیرفته است که عقد بیع یکی از اسباب ایجاد و انتقال این قسم از اموال است و این امر، حکایت از تقدّم حقوق اسلام در پذیرش مفاهیم اعتباری و اموال کلی دارد. در هر حال تصدیق به وجود اموال اعتباری همچون اعیان کلی در سیستم حقوقی ایران پذیرش حقوق مالی به عنوان مال را آسان می‌نماید.

به هر تقدیر در فقه، در وقوع حق به عنوان ثمن، کمتر تردید شده است و چنان‌که پیشتر اشاره شد برخی از فقها با حذف شرط مالیت از عوض، راه را برای وقوع حق به عنوان ثمن هموار کرده‌اند. اما راهکار دیگری که بسیاری از فقیهان موافق با وقوع حق به عنوان ثمن بدان متوسل شده‌اند، تعمیم در مفهوم مال و اندراج حق در قلمرو اموال است. از نظر اینان همین که در قبال حق، مال پرداخت می‌شود برای تصدیق به مالیت حق کفایت می‌کند؛ زیرا مال حقیقت شرعی و متشرعیه نداشته و به حسب تعریف به هر چیزی که عقلاء بابت آن مال می‌پردازند اطلاق می‌گردد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۶۵؛ بحرانی، ۱۴۲۸: ۲۵). بر همین اساس برخی از فقها بر شیخ انصاری که در عین اعتراف به اینکه در عقد صلح، ممکن است مال در مقابل حقوق قرار گیرد، بر مالیت حق اشکال کرده، اعتراض نموده و گفته‌اند: «یرد علی الشیخ قدس سره ایراد آخر، و هو ان قوله رحمه الله: «و قوبلت بالمال فی الصلح» اعتراف بأنها أموال، إذ لا نغنی بالمال الا ما یبذل بإزائه المال و یرغب فیہ العقلاء» (شیخ الشریعہ، بی تا: ۲۳۱).

از دیدگاه حقوق‌دانان هم گرچه در گذشته واژه‌ی «مال» ویژه‌ی کالای مادی بود، ولی پیشرفتهای زندگی کنونی به تدریج آن را از این معنی محدود و ابتدایی خارج

ساخته است، چنانکه امروز به تمام عناصر گوناگون دارایی مانند حقوق مالی نیز مال گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰)

۲.۳. عدم صدق مبادله و معاوضه

چنان‌که می‌دانیم همه‌ی حقوق یا اغلب آنها قابل اسقاط‌اند ولی تمامی آنها قابلیت انتقال به دیگری را ندارند. مثلاً برخلاف حق تحجیر یا حق سرفعلی که امکان نقل آن به دیگری ولو از طریق صلح وجود دارد، برخی از حقوق همچون حق شفعه یا حق خیار یا حق قصاص، قابلیت نقل به دیگری را ندارند و تنها می‌توان از اسقاط آنها سخن گفت. اشکال عدم صدق مبادله و معاوضه به‌طور خاص ناظر به دو مورد است: یکی موردی که حق موضوع ثمن از قسم اخیر از حقوق یعنی حقوق غیر قابل نقل است و «اسقاط حق» و نه خود حق به عنوان ثمن قرار گرفته است. مثلاً شخصی کالای خود را به دیگری می‌فروشد در قبال اینکه مشتری حق خیار یا حق شفعه یا حق قصاص خود را ساقط نماید. مورد دوم موردی است که هر چند حق موضوع ثمن از قسم حقوق قابل نقل همچون حق تحجیر و سرفعلی است اما طرفین بجای اینکه خود حق را به عنوان ثمن قرار دهند، اسقاط آن را به عنوان ثمن و عوض در بیع قراردادده‌اند. اشکالی که در قرارگرفتن اسقاط حقوق به عنوان ثمن مطرح گردیده این است که بیع، نوعی مبادله و معاوضه است و همان‌گونه که مالی از دارائی بایع کاسته شده و به دارائی مشتری افزوده می‌شود، متقابلاً باید مالی نیز از دارائی مشتری کاسته و به دارائی بایع وارد شود.^۱ به بیان دیگر بیع از نواقل است نه از مسقطات (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۹) بنابراین نمی‌توان اسقاط حق را به عنوان عوض قرارداد.

۲.۴. پاسخ اشکال

به این اشکال پاسخ‌های نقضی و حلی داده شده است. صاحب جواهر، بیع دین به خود مدیون را که شکی در صحت آن نیست به عنوان نقض این اشکال مطرح کرده است. زیرا در بیع دین به خود مدیون نیز مالی به دارائی مشتری افزوده نمی‌شود و نتیجه بیع مالکیت مافی‌الذمه و سقوط دین است (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۹). این پاسخ از

سوی شیخ انصاری مورد نقد قرار گرفته است. به گفته‌ی شیخ انصاری قیاس بیع دین به مدیون و بیع در قبال اسقاط حق، قیاس مع الفارق است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۲). زیرا در بیع دین، طلب برای یک لحظه به مشتری منتقل شده و به وی تملیک می‌شود و سپس به دلیل مالکیت مافی‌الذمه ساقط می‌شود اما در مورد حقوق، اسقاط مستقیماً حاصل می‌شود نه به دنبال انتقال آن به طرف مقابل. اما پاسخ حلی که بسیاری از فقها با استناد بدان، حکم به صحت جعل اسقاط حق به عنوان ثمن داده‌اند این است که آنچه مقوم بیع است این است که تملیک مبیع و انتقال آن به دارائی مشتری بلاعوض و مجانی نباشد اما اینکه این عوض باید لزوماً به بایع منتقل گردد، دلیلی بر آن وجود ندارد. به بیان روشن‌تر برای اینکه تملیک مبیع بلاعوض نباشد کافی است در قبال آن منفعتی عقلائی عائد بایع گردد و عرف تملیک مبیع در قبال اسقاط حقوقی همچون خیار یا شفعه یا تحجیر را تملیک بلاعوض تلقی نمی‌کند هر چند در مقابل تملیک مبیع، مالی به دارائی بایع افزوده نشده است (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۴؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۱۴).

۲.۵. عدم امکان تملیک متقابل

این اشکال بطور خاص ناظر به حقوقی همچون حق تحجیر است که از حیث قابلیت نقل به دیگری با مشکلی روبرو نیستند. مفاد این اشکال که در خصوص مبیع نیز قابل طرح است این است که بیع تملیک متقابل عوضین است یعنی هر کدام از طرفین چیزی را که بر آن مالکیت دارد به دیگری تملیک می‌کند. به دیگر سخن بیع تملیک عین در قبال تملیک عوض است و همان‌گونه که می‌دانیم سنخ مالکیت و حق با یکدیگر متفاوت است. مثلاً کسی که حق تحجیر دارد، رابطه‌ی او با زمین نوعی حق اولویت است نه مالکیت و از این رو تملیک متقابل از ناحیه‌ی صاحب حق امکان‌پذیر نیست (بهبهانی، بی تا: ۲۵؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۱).

۲.۶. پاسخ به اشکال

به این اشکال به چند نحو پاسخ داده شده است. نخست اینکه: اساساً بیع نه صرفاً تملیک مال به مال بلکه تبادل دو مال از حیث اضافه و نسبت اعتباری است خواه این اضافه، اضافه‌ی ملکی یا حقی باشد. به بیان روشن‌تر در بیع هر یک از طرفین اختصاص و علقه‌ای که با مال دارد را با دیگری جابجا می‌کند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۰) که این تبادل اضافات می‌تواند از یک طرف تبدیل ملکیت و از طرف دیگر تبدیل رابطه‌ی اعتباری از جنس حق و یا حتی از هر دو طرف تبدیل اضافه‌ی حقی باشد.

پاسخ دیگر اینکه بیع تملیک عین به عوض است نه تملیک عین در قبال تملیک عوض. به دیگر سخن آنچه مقوم بیع است، تملیک عین است و البته این تملیک مجانی و بلاعوض نیست اما تملیک متقابل مقتضای ذات بیع نیست. یعنی برای صدق بیع کافی است مبیع به مالکیت مشتری درآید اما اینکه مشتری نیز لزوماً باید مالی را به بایع تملیک کند، دلیلی بر آن وجود ندارد (طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۳) به بیان دیگر، ملاک در تحقق عنوان بیع این است که بیع خالی از ثمن و عوض نباشد و تملیک یا تبدیل اضافه، رایگان نبوده و مورد غرض عقلائی باشد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۱؛ طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۳) از همین رو قیود مأخوذه در تعریف بیع همانند عین بودن مبیع و یا تملیک متقابل، دخیل در حقیقت بیع نیستند. (موسسه دائره معارف الفقه اسلامی، ۱۴۲۳: ۳۱) بنابراین ضروری نیست از سوی هر دو طرف، نقل و تملیک صورت گیرد و به همین جهت مشهور فقها، ثمن واقع شدن حقوق را می‌پذیرند و تردیدی در صحت آن ندارند (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۹، حکیم طباطبائی، بی تا: ۲۳). نتیجه‌ی این تحلیل این است که در تمام مواردی که ثمن در بیع، یکی از حقوق قابل نقل همچون حق تحجیر یا سرقفلی است، بیع صحیح است؛ هر چند از سوی مشتری مالی به بایع تملیک نمی‌شود بلکه صرفاً حقی برای وی ایجاد می‌شود.

۳. اشکال ویژه‌ی وقوع حق به عنوان مبیع و پاسخ به آن

۳.۱. اختصاص معوض به اعیان به حسب ماهیت و تعریف بیع

مشهور فقهای امامیه، با وجود اذعان به این که در تعداد کثیری از اخبار و روایات، لفظ بیع در خصوص نقل و انتقال اموالی به جز عین نیز استعمال شده است و علیرغم اینکه برای لفظ بیع حقیقت شرعیه و یا مشرعه قائل نیستند و معنای آن را عرفی می‌دانند، همچنین با وجود اینکه تعریف لغوی بیع را مبادله‌ی مال با مال می‌دانند، ماهیت عقد بیع را تملیک عین به عوض تعبیر می‌کنند. (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۲؛ نجفی، ۱۴۱۸: ۲۰۸) و قید عین که مانع اغیاری همچون منافع و حقوق مالی است را در تعریف بیع ضروری می‌دانند. (خویی، ۱۴۱۵: ۱۴، روحانی، ۱۴۱۳: ۱۹۵). لازم به ذکر است که این گروه از فقها به کارگرفتن لفظ بیع در انتقال اموالی به جز عین را مسامحه در تعبیر می‌دانند. (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۲). و دلیل اختصاص مبیع به عین را ناشی از لفظ بیع به حسب مفهوم آن در عرف عام می‌دانند و الا بیع منافع (که مال محسوب می‌شده است) را نیز می‌بایست صحیح دانست؛ به بیان دیگر بیع، مبادله عین به مال است و نه مبادله مال به مال (میلانی، ۱۳۹۵: ۱۳، مامقانی، ۱۳۱۶: ۱۶۸) و از همین رو تعریف صاحب مصباح المنیر که بیع را مبادله مال به مال تعریف نموده، یک تعریف مسامحه‌ای می‌دانند چرا که مطلق مبادله مال به مال بیع نیست، بلکه بیع تملیک یا مبادله عین به مال دیگر است (یزدی، ۱۴۱۸: ۳۵).

برخی هم دلیل اختصاص را تبادل و صحت سلب (صحت سلب عنوان بیع از تملیک غیر اعیان) که از علائم حقیقت است می‌دانند و کاربرد بیع در غیر آن را مجاز می‌دانند (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۴؛ خویی، ۱۴۱۵: ۱۱) گروهی دیگر از فقها هم که بیع را مبادله‌ی مال با مال می‌دانند، مال را در این تعریف محصور به اعیان می‌دانند و منافع و حقوق را به دلایل مختلف خارج از گستره‌ی بیع می‌دانند (نائینی، ۱۴۱۳: ۳۵؛ حکیم طباطبائی، بی تا: ۳).

از این منظر، انتقال حقوق مالی همچون حق تحجیر، حق سر قفلی، حق اختصاص و حقوق مالکیت فکری بوسیله‌ی عقد بیع امکان پذیر نیست و گرچه عرف از لفظ بیع در خصوص انتقال این حقوق استفاده می‌نماید؛ لیکن ماهیتاً این نوع نقل و انتقالات تابع عقد بیع نیستند و آثار و احکام این عقد، بر آنها اعمال نمی‌شود؛ بلکه تابع عقد صلح یا ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرند. (صفائی، بی تا: ۲۷۵)

اما برخی از فقیهان معاصر از جمله امام(ره) با ذکر دلایلی، نظر مشهور را نمی- پذیرند و این گونه نقل و انتقالات را نیز تابع عقد بیع قرار می دهند که در بخش بعد به بیان و بررسی دلایل ایشان می پردازیم.

۲. ۳. رفع اشکال بر مبنای ماهیت بیع

هر چند اعتقاد به اختصاص بیع به تملیک عین، شهرت عظیمی در بین فقها دارد اما این قول، مخالفین سرشناسی در بین فقیهان معاصر دارد. مرحوم امام خمینی (ره) در مقابل کسانی که ماهیت عقد بیع را تملیک عین به عوض معلوم یا مبادله مال به مال می دانند، ماهیت بیع را تبدیل یا مبادله اضافات می دانند. از نظرایشان افراد نسبت به اموال، روابط اعتباری همچون مالکیت برقرار می نمایند که این روابط اعتباری به لسان فقهی اضافه‌ی مالکیت نامیده می شود و به وسیله‌ی عقد بیع، بایع این اضافه یا رابطه‌ی اعتباری خود با مال را در مقابل عوض به خریدار اعطا می نماید و این اعطا یا تبدیل اضافه می تواند اعطاء رابطه‌ی مالکیت باشد که از آن به «تملیک عین» تعبیر می کنیم. با وجود این از نظر ایشان وجود اضافه‌ی مالکیت در اغلب مصادیق بیع، سبب دخالت آن در ماهیت بیع نمی شود و اضافه‌ی مالکیت یا تبدیل اضافه‌ی مالکیت را نباید در تعریف بیع دخیل دانست. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱۹-۲۲)

به بیان دیگر بیع، تبادل اضافات است یعنی تبدیل اضافه‌ای که بایع با موضوع دارد با اضافه‌ای که مشتری نسبت به عوض دارد و ممکن است این اضافه، اضافه‌ی ملکی نبوده و اضافه‌ی حقی باشد و کثرت مصادیق اضافه ملکی نباید موجب محدودیت در ماهیت و اختصاص بیع به تبدیل اضافه ملکی گردد.

ایشان برای اثبات مدعای خود در مقابل مشهور که اضافه‌ی مالکیت را در تعریف بیع دخیل می دانند به چند مثال نقض، همانند صحت صدق بیع بر بیع موقوفات و صحت بیع اجناسی که حاکم به عنوان زکات گرفته است، استناد می نمایند. در خصوص موقوفات علیرغم این که مالکی وجود ندارد و اضافه‌ی رابطه‌ی اعتباری مالکیت نسبت به مال برقرار نیست و بلکه اعتبار خاصی بین مال و موقوف علیهم برقرار است، انتقال آن، چه در اخبار و روایات و چه در نظر اکثر فقها، تابع عقد بیع است؛ لذا صدق بیع بر

موقوفاتی که اضافه‌ی مالکیتی در مورد آنها وجود ندارد و یا صدق بیع بر انتقال اجناسی که حاکم به عنوان زکات گرفته است (در حالی که این اموال ملک کسی نیست)، خود دلیل بر اثبات مدعاست که تملیک در ماهیت بیع دخیل نیست بلکه ماهیت بیع تبادل اضافه‌ی موجود بین بایع و مال، با اضافه‌ی موجود بین خریدار و عوض است.^۹ (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲۵؛ موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳، ۳۰)

از این رو اگر شخصی نسبت به مال یا چیزی سلطه و رابطه‌ی اعتباری از جنس حق داشته باشد همانند حق اختصاص و حق سرقفلی، جهت تبادل این اضافات می‌تواند از عقد بیع استفاده کند چرا که ماهیت عقد بیع تبادل اضافات است چه اضافه‌ی مالکیت و چه اضافه‌ی از جنس حق (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲۶).

حتی اگر ما قائل به تعریف مشهور «مبادله مال با مال» باشیم، در عصر حاضر نیز می‌توانیم مبادله حقوق مالی را بیع بدانیم، زیرا همان‌گونه که بیان شد در تلقی سنتی از مال، فقط اعیان و در نهایت منافع مال محسوب می‌شود و حقوق مالی مال محسوب نمی‌شوند؛ از همین رو حتی برخی از فقها در جواز ثمن واقع شدن حقوق نیز اشکال گرفته‌اند. اما در عصر حاضر مفهوم مال تغییر پیدا کرد و بلاشک حقوق مالی نیز مال محسوب می‌شوند و بنابراین اگر بیع را مبادله مال به مال بدانیم نیز حقوق مالی می‌توانند به عنوان مبیع قرار گیرد.

۳.۳. رفع اشکال از طریق استناد به مفهوم عرفی بیع

از دیگر دلایلی که می‌توان جهت اثبات صحت بیع حقوق مالی بدان استناد نمود، مفهوم عرفی بیع است. لفظ بیع نه از حقیقت متشرعه برخوردار است و نه حقیقت شرعیه بلکه معنای آن عرفی است (گلپایگانی، ۱۳۹۹: ۱۶) لذا با توجه به صدق عنوان بیع بر حقوق مالی نظیر بیع سرقفلی و... و نظر به عدم وجود دلیلی بر بطلان آن، از نظر شرعی نیز بیع سرقفلی صحیح است. مرحوم امام خمینی با توجه به کاربرد آلی و ابزاری عرف در موضوع شناسی احکام، موضوع عقد بیع را به عرف واگذار می‌نمایند و بنای عرف و عقل را به شایستگی می‌پذیرند. همچنین از نظر ایشان تمسک مشهور به

اجماع جهت اثبات عینیت مبیع، با وجود این که اصحاب اتفاق بر این دارند که معنای بیع عرفی است، غیر قابل توجیه است. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۲)

در این خصوص نکته‌ی قابل توجه این که، برخی از فقهای که بیع را تملیک عین می‌دانند نیز عرفی بودن معنای بیع را پذیرفته و بیان می‌دارند: «عرفاً نقل غیر اعیان، بیع نامیده نمی‌شود لذا مبیع باید عین باشد!»^۱ (نایینی، ۱۴۱۳: ۸۸) که این بیان خود می‌تواند دلیل بر صحت بیع حقوق مالی در عصر حاضر باشد، چرا که در حال حاضر عرف تغییر کرده است و عرفاً انتقال غیراعیانی نظیر حق سرقفلی و حقوق مالکیت فکری نیز، بیع نامیده می‌شود.

بنابراین با توجه به اینکه اصالت و غلبه در معاملات در نظر شارع بر امضا و توشیح بنای خردمندان قرار گرفته است و زبان نصوص در معاملات بر خلاف روند حاکم بر عبادات، زبان ردع و نهی است و نه تاسیس و اثبات (علیدوست، ۱۳۸۸: ۱۳۰) و نظر به اینکه نسبت به صدق عرفی بیع بر نقل و انتقالات حقوق مالی، نهی و ردعی وجود ندارد، این دیدگاه خالی از قوت نیست.

به بیان دیگر احکام و آثار معاملات عمدتاً از امور عقلایی است و صحت شرعی معاملات تنها نیازمند احراز مطابقت آن‌ها با عمومات است مگر در مواردی که ردع و تخطئه‌ای وجود داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۱۶۳) از این رو با توجه به این که بنای عقلا و خردمندان بر صحت بیع حقوق مالی قرار گرفته است و ردع و نهی نیز وجود ندارد، نظر مشهور و به تبع آن قانون مدنی قابل نقد و اصلاح ماده ۳۳۸ قانون مدنی با توجه به نیاز جامعه به پذیرش قانونی صحت بیع حقوق مالی، امری ضروری است.

نکته‌ی لازم به ذکر دیگر اینکه به جز مرحوم امام خمینی (ره)، برخی از فقهای معاصر از جمله آیت اله مکارم شیرازی و آیت الله سبحانی نیز نظر به مفهوم عرفی عقد بیع و تاثیر زمان و مکان بر موضوعات احکام شرعی بالانحص احکام معاملات، بیع حقوق مالی را صحیح می‌دانند. آیت الله مکارم صحت بیع حقوق همچون بیع حق انشعاب آب و برق و تلفن و نیز بیع سرقفلی را که در زمان ما متداول است، غیر قابل انکار می‌دانند و معتقدند عمومات کتاب و سنت، این قسم از بیع‌ها را نیز شامل می‌شود^{۱۱} (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۵). آیت الله سبحانی نیز از دیگر موافقان مبیع قرار

گرفتن حقوق است و دیدگاه خود را بر مبنای تأثیر زمان و مکان در تغییر موضوعات احکام استوار نموده است. نقل کلام ایشان خالی از فایده نیست: «فقهای گذشته، بیع را به نحو مضیق تفسیر کرده و آن را به معنای نقل و انتقال اعیان می‌دانستند و از همین رو بیع منافع و حقوق را تجویز نمی‌نمودند؛ ولی پدید آمدن شرایط جدید و پیدایش حقوق و مالکیت‌های معنوی سبب شده که فهمی جدید از بیع پیدا شود که بر معاوضه‌ی حقوق نیز صادق باشد؛ مانند بیع «حق سرفعلی»، یا فروش «حق نشر»، «حق اختراع»، «حق تألیف» و مانند آن. شرایط جدید و پیدایش حقوق جدید در مجتمع انسانی، فقیه را وادار به بازنگری در حقیقت بیع می‌کند و در نتیجه سبب تجویز بیع حقوق و امتیازات می‌شود.» (سبحانی، بی تا: ۳۲۶).

۳.۴. رفع اشکال بر اساس اعتباری بودن تفاوت ثمن و مثن

از دیگر دلایل اثبات صحت بیع حقوق مالی، تفاوت اعتباری ثمن و مثن است. برخی از فقها همچون امام خمینی (ره)، برخلاف کسانی که بین مبیع و ثمن تفاوت قائل هستند (ایروانی، ۱۴۰۶: ۷۲؛ خویی، ۱۴۱۵: ۱۱) بیان می‌دارند: ثمن و مثن تفاوت واقعی با یکدیگر ندارند و صرفاً بر حسب انشای بایع یکی از عوضین به عنوان مثن قرار می‌گیرد و دیگری به عنوان ثمن، لیکن مبادله به صورت یکسان بین هردو برقرار می‌شود؛ به بیان دیگر، بر حسب واقع هر یک از عوضین عوض دیگری است و ماهیت بیع، مبادله‌ی بین آن‌ها و قرار گرفتن هریک از آنها به عنوان عوض دیگری است. بنابراین حال که تفاوت عوضین واقعی نیست می‌توان به کلام گروه مخالف جهت اثبات صحت حقوق مالی نیز استناد نمود.^{۱۲} (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۵) از نظر تعدادی از فقهای که بیع را تملیک عین به عوض می‌دانند، عینیت مال تنها در مبیع شرط است لیکن عوض می‌تواند حقوق مالی یا حتی منفعت هم باشد. (یزدی، ۱۴۱۸: ۵۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۵۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳، ۲۳) به بیان دیگر از این منظر در مبادله‌ی صورت گرفته به وسیله‌ی بیع یکی از طرفین مبادله می‌تواند حق مالی باشد. لذا حال که عوضیت حقوق مالی (ثمن واقع شدن حقوق مالی که در بخش قبل بیان شد) قابل قبول و صحیح است، با توجه به تفاوت اعتباری و نه تفاوت واقعی و حقیقی

عوضین، چه تفاوتی می‌کند که حقوق مالی در این مبادله و تبادل اضافات، ثمن باشد یا مثن؛ عوض باشد یا معوض. بنابراین حتی اگر ثمن و مثن هر دو از حقوق مالی باشد این تبادل اضافات و سلطه‌ی بین خریدار و فروشنده تابع عقد بیع است.

همچنین از نظر ایشان، بیع متقوم به این نیست که مبیع، اصل و ثمن بدل آن قرار گیرد به این معنی که مطلوب اصلی، مبیع باشد و ثمن مطلوب فرعی که صرفاً نقش بدلیت آن را داشته باشد. به بیان دیگر مراد از «تملیک عین به عوض» این نیست که مبیع، مطلوب اصلی و جوهری و ذاتی باشد و ثمن مطلوب فرعی به خاطر بدلیت، بلکه مراد از تعبیر «به عوض» این است که تملیک باید در مقابل تملیک یا عوضی باشد نه مجانی و بلاعوض و این بیان صرفاً جهت رفع شبهه بلاعوض بودن است نه این که قوام بیع به این باشد که مبیع پایه‌ی اصلی و ذاتی عقد بیع را شکل می‌دهد. بنابراین، عقد مبادله‌ی کالا با کالا یا معاوضه هم ماهیتاً عقد بیع است حتی اگر به صیغهی معاوضه منعقد شود. به بیان دیگر از منظر ایشان ماهیت معاوضه همانند عقد بیع تبادل اضافات است و ماهیت مستقلی نسبت به آن ندارد و حقیقت هر دو یکسان است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۰). از این رو احکام بیع بر معاوضاتی که حتی بر حسب انشا هم عوض و معوض متفاوت فرض نمی‌شود، جاری است. بنابراین باتوجه به این که مشهور، معاوضه‌ی حق را می‌پذیرند، پذیرش ادعای عدم صحت بیع حقوق مالی دشوار به نظر می‌رسد.

۴. نتیجه گیری

بحث از امکان وقوع حق به عنوان موضوع عقد بیع شامل دو بحث مختلف می‌گردد: یکی وقوع حق به عنوان مبیع و معوض در بیع و دیگر وقوع حق به عنوان ثمن و عوض. قریب به اتفاق فقها بیع را تملیک عین دانسته و بیع حقوق را خارج از تعریف بیع می‌دانند. براساس این دیدگاه رایج، بیع حق سرقفلی یا حق اختراع و امثال آن امکان ندارد و باید به دنبال قالب دیگری برای انتقال این حقوق برآمد. شمار اندکی از فقها همچون امام خمینی، آیت الله مکارم و آیت الله سبحانی در تعریف مشهور از بیع خدشه

کرده و معتقدند عموماً بیع در کتاب و سنت شامل انتقال حقوق نیز می‌گردد و تلقی عرف که انتقال این حقوق را بیع می‌شمارد، خلاف نظر شارع نیست. هر چند استدلال-های این گروه خالی از قوت نیست اما با توجه به اینکه قانون مدنی در تعریف بیع از قول مشهور تبعیت کرده و به صراحت بیع را تملیک عین شمرده و در قوانین متفرقه همچون تبصره ۲ ماده ۱۹ ق. روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ نیز از تعبیر بیع احتراز کرده و صرفاً از انتقال سرقفلی سخن گفته است، صحیح شمردن بیع حقوق در حقوق امروز ایران خالی از دشواری نبوده و مخالف با ظاهر قانون مدنی است. وقوع حقوق به عنوان ثمن نیز با مخالفت روبرو شده است؛ هر چند این مخالفت بسیار محدودتر از مخالفت با بیع حقوق است. برخی از فقها برای تعیین تکلیف نسبت به وقوع حقوق به عنوان ثمن در بیع، حقوق را به سه قسم حقوق غیر قابل نقل و غیر قابل اسقاط همچون حق حضانت و ولایت، حقوق غیر قابل نقل ولی قابل اسقاط همچون حق شفعه و خیار و حق قصاص و بالاخره حقوق قابل نقل و قابل اسقاط همچون حق تحجیر و حق سرقفلی تقسیم کرده‌اند. در عدم قابلیت حقوق غیر قابل نقل و غیر قابل اسقاط همچون حضانت اختلافی وجود ندارد. البته برخی از فقیهان بر اساس اینکه امکان اسقاط را ویژگی ذاتی حقوق می‌دانند، اساساً این موارد را از دایره حقوق خارج دانسته و از سنخ احکام می‌دانند. در وقوع حقوق قابل اسقاط و غیر قابل نقل به عنوان ثمن اشکال شده که اولاً حقوق، مال نیستند و مال منحصر به عین و منفعت است و ثانیاً بیع، مبادله و انتقال طرفینی است و در بیع باید ثمن به بایع منتقل شود در حالیکه اگر اسقاط حق مثلاً اسقاط حق شفعه ثمن قرار گیرد نمی‌توان گفت که مالی به بایع منتقل شده است. این اشکال‌ها قابل پاسخ است. زیرا نخست اینکه، مال منحصر به عین و منفعت نبوده و حقوق مالی نیز مال محسوب می‌شوند؛ زیرا مال چیزی است که در مقابل آن مالی داده شود و این تعریف شامل اسقاط حقوقی همچون خیار و شفعه می‌گردد و دوم اینکه، آنچه در بیع لازم است این است که تملیک عین بلا عوض نباشد و دخول عوض در دارائی بایع شرط تحقق بیع نیست. بنابراین همین که تملیک عین در قبال سقوط یک حق مالی قرارگیرد برای بلاعوض بودن آن کافی است. و اما در مورد حقوق قابل نقل همچون حق تحجیر و سرقفلی و حقوق فکری این اشکال مطرح گردیده که در بیع،

تملیک دو سویه است، یعنی همان‌طور که می‌باید از ملکیت بائع به ملکیت مشتری در می‌آید، ثمن نیز باید از ملکیت مشتری به ملکیت بائع درآید و چون به حسب فرض، ثمن از زمره‌ی حقوق است و نسبت مشتری با ثمن از مقوله‌ی مالکیت نیست، تملیک آن به بائع امکان ندارد. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت آنچه مقوم بیع است تملیک یک عین از ناحیه‌ی بائع است و البته این تملیک باید مجانی و بلاعوض نباشد. بنابراین همین که در قبال تملیک عین، بائع واجد حقی همچون سرقفلی یا تحجیر می‌گردد، برای صدق بیع کافی است، هر چند برای بائع مالکیت حاصل نشده باشد. به بیان دیگر بیع، تبادل دو مال از حیث اضافه و نسبت اعتباری است نه تملیک متقابل دو مال. با توجه به اعتبار و شهرت دیدگاه فقهای که وقوع حق یا اسقاط آن را به عنوان ثمن می‌پذیرند به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز وقوع حق یا وقوع اسقاط حق به عنوان ثمن با مشکلی روبرو نبوده و می‌توان یک حق مالی یا اسقاط یک حق مالی را به عنوان ثمن قرار داد و بر این اساس باید عبارت بند اول ماده ۳۶۲ ق.م.مبنی بر اینکه به مجرد وقوع بیع، بائع مالک ثمن می‌شود را حمل بر مورد قالب نمود. با وجود این پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار برای رفع هر گونه ابهام، نخست، به امکان وقوع حق یا اسقاط آن به عنوان ثمن در قانون مدنی تصریح نماید و دوم اینکه، نسبت به درستی یا نادرستی بیع حقوق تعیین تکلیف صریح نماید.

پی نوشت ها

^١ - لا خلاف و لا إشكال فی اعتبار كون المبيع عینا
^٢ - «أن فی جواز وقوعها عوضاً للبیع إشكالاً، من أخذ المال فی عوضی المبیعة لغه و عرفاً، مع ظهور
 كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضین و لما یصح أن یكون اجرة فی الإجارة فی حصر الثمن فی
 المال».

^٣ - المراد من العین ما إذا وجد فی الخارج كان جسمًا مشتملاً على الأبعاد الثلاثة: العرض، و الطول، و
 العمق. و لا شك فی أن هذا المعنی للعین یقابل المنفعة، و الحق.

^٤ - Hudson-

Faber-
 Tolhurst-
 Worthington-

٨- لا بد فی البیع أن یكون شیء ینتقل من كل إلى آخر (همدانی، ١٤٢٠: ١١)

٩- إن حقیقه البیع عبارة عن مبادلة مال بمال، و لا دخل فی الإضافة المالکة فیها، و وجود الإضافة
 المالکة بحسب الغالب، لا یوجب دخالتها فی الماهیة و تقوّمها بها، و الدلیل علیه صدق عنوان «البیع»
 على بیع الأعیان الموقوفة فیما یجوز بیعها، مع أنه لا مالک لها، و لا سیما الموقوفات العامة، فإذا ملکها
 ولی الأمر کالمتولی و الحاکم بالعوض، صدق علیه «البیع» عرفاً ولدی العقلاء بلا ریب. و کذا بیع الحاکم
 الأجناس الزکوئیة و أمثالها لو قلنا: بأنّها لیست ملکاً لأحد، بل عینها الشارع لمصارف خاصة (اموسوی
 خمینی، ١٣٧٩: ٢٥)

١٠- (اما فی المعوض) فیعتبر أن یكون عینا فی مقابل المنفعة و الحق و ذلك لعدم صدق البیع عرفاً على
 نقل غیر العین

١١- أما بیع الحقوق فهو ممّا لا ینبغی انکاره، مثل ما ذکرنا آنفا من بیع حق الانشعاب فی الکهرباء و
 الماء، و بیع حق التلیفون، ... ، و كذلك بیع «السرقفلیة» المتداول بین العقلاء فی عصرنا، إذا هو نوع من
 حقّ الأولویة. بالجملة لا یمکن منع إجراء أحكام البیع على بیع أمثال هذه الحقوق كما لا یخفی بعد
 شیوعها بین أهل العرف شیوعاً تاماً یعلمه الصغیر و الکبیر، و لا مانع من كونها بیعاً، و عمومات الكتاب و
 السنّة تشملها.

۱۲- أن العوض و المعوض يختلفان بالاعتبار حسب إنشاء البيع، و أما بحسب الواقع فكل من المثلن و الثمن عوض عن الآخر، فماهية البيع هي المبادلة بينهما، و جعل كل منهما عوضاً عن الآخر، و بدلاً عن صاحبه، فالعين بدل الثمن و عوضه، و الثمن بدل العين و عوضها، فكما لا يعتبر في العوض - بمعنى الثمن كونه عيناً، كذلك في العوض الآخر الذي هو مبيع؛ لعدم الفرق بينهما من جهة العوضيه و المعوضيه، و من وقوع التبادل عليهما.

منابع

الف. فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۷۶). حقوق مدنی، ج ۱. تهران: کتابفروشی اسلامیة .
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی ۶. تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سید حسین (بی تا). دوره مقدماتی حقوق مدنی، (تعهدات وقراردادها)، ج ۲. تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری .
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). حقوق مدنی، عقود معوض، بیع، اجاره، قرض. تهران: شرکت انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). حقوق مدنی، اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان .
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه.ق). دائره المعارف فقه مقارن . قم ° ایران: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). فقه و عرف، چاپ چهارم. تهران: سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ب. عربی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ه.ق). حاشیه المکاسب. تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- اراکی، محمد علی (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب البیع، ج ۱. قم: انتشارات در راه حق.
- اصفهانی (کمپانی)، شیخ محمد حسین (۱۴۱۸ ه.ق). حاشیه المکاسب، ج ۳. قم: موسسه طبیه لاحیا التراث .
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۸ ه.ق). کتاب المکاسب، ج ۳. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین (۱۴۰۶ ه.ق). حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، محمد سند (۱۴۲۸ ه.ق). فقه المصارف والنقود، چاپ اول. قم: مکتبه فذک.
- تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵ ه.ق). هدایه الطالب إلى أسرار المکاسب ج ۲، چاپ پنجم. تبریز: چاپخانه اطلاعات.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶ ه.ق). ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، ج ۲، چاپ سوم. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- حائری، آیت الله سید کاظم (۱۴۲۸ ه.ق). فقه العقود، ج ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حکیم طباطبایی، سید محسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۲۹). منهاج الفقاهه، ج ۱، چاپ پنجم. قم: انوار الهدی.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۵ه.ق). **مصباح الفقاهه**، ج ۲. قم: انتشارات دفتر آیت الله خوئی.
- سبحانی، جعفر (بی تا). **مصادر الفقه الاسلامی و منابعه**، چاپ اول. قم: موسسه الامام الصادق (ع).
- سعدی، ابو جیب (۱۴۰۸ ه ق). **القاموس الفقہی لغتا و اصطلاحا**. دمشق ° سوریه: دار الفكر .
- طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۱۳ ه ق). **عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب**، ج ۲. قم: کتابفروشی محلاتی.
- عبد الرحمان، محمود (بی تا). **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیہ**، ج ۱. بی جا. فیومی، احمد بن محمد مقری (بی تا). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**، ج ۲. قم: منشورات دار الرضی.
- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۳۹۹ ه ق). **بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب**. قم: چاپخانه خیام. گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
- الموسوی الخمینی، السید روح الله (۱۳۷۳ ش). **مناهج الوصول الی علم الاصول**. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- الموسوی الخمینی، السید روح الله (۱۳۷۹ ش). **البیع**، ج ۱، چاپ اول. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۳). **انوار الفقاهه**، ج ۱، چاپ دوم. قم: منشورات مدرسه امام امیر المومنین (ع).

- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ هـ ق). *فقه المعاملات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مظفر، شیخ محمد رضا (۱۳۸۳ هـ ق). *حاشیه البیع و الخيارات*، ج ۱. بی جا.
- مامقانی، محمد حسن (۱۳۱۶ هـ ق). *غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، ج ۲. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة .
- مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی (جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود شاهرودی) (۱۴۲۳ هـ ق). *موسوعه الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، ج ۲۲، اول. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
- نایینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۳ هـ ق). *المکاسب و البیع*، ج ۱ و ۲، چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی .
- نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ هـ ش). *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، ج ۱. قم: موسسه النشر الاسلامی .
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۸ هـ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۲. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی .
- همدانی، آقارضا (۱۴۲۰ هـ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. قم: چاپخانه ستاره .
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۸). *حاشیه المکاسب*، ج ۱. قم: موسسه اسماعیلیان .

ج. انگلیسی

- Alastair Hudson (, 2004).**NEW PERSPECTIVES ON PROPERTY LAW**. Cavendish Publishing.
- Wolfgang Faber / Brigitta Lurger (, 2011). **National Reports on the Transfer of Movables in Europe**, volume 4 and5, European law publisher.
- Greg Tolhurst (.2006). **The Assignment of Contractual Rights**. USA: Hart Publishing.
- Sara Worthington (2005).**The Disappearing Divide between Property and Obligation**, Texas International Law Journal, Vol.42:917,

