

توسعه بیع با گسترش قلمرو مبیع از اموال مادی به اموال غیر مادی با رویکرد به کنوانسیون بیع

بین‌المللی ۱۹۸۰

سید کاظم حسینی<sup>۱</sup> - عبدالحمید مرتضوی<sup>۲</sup>\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۳

### چکیده:

یکی از محورهای توسعه بیع، ناظر به قلمرو مبیع از اموال مادی به اموال غیر مادی است. کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا تعریفی از "بیع" ارائه نداده و بر اساس مقررات قانون متحد الشكل تجاری امریکا، عقد بیع، عقدی تملیکی بوده و خریدار در ازای پرداخت ثمن، مالک کالا می‌شود. روش تحقیق تحلیلی - توصیفی است و سوال این است، آیا توسعه قلمرو مبیع از اموال مادی به اموال غیر مادی، با نظام حقوقی کشور ما تعارض دارد؟ به نظر می‌رسد توسعه مفهوم بیع با گسترش قلمرو مبیع از اموال مادی به اموال غیر مادی، بدون اینکه با نظام حقوقی کشور ما تعارض داشته باشد، قابل توجیه بوده و از لحاظ مفهوم تفاوت دارد در نتیجه از لحاظ تعارض و مفهوم که تفاوت دارد قابل توجه است.

واژگان کلیدی: بیع، کنوانسیون بیع، قانون تجاری، اموال

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> - گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری، ساری، ایران

Seyedkazemhosseini39@gmail.com

<sup>۲</sup> - گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری، ساری، ایران: نویسنده مسئول

Amortazavi94@gmail.com

## مقدمه

تحول و توسعه چشمگیر تجارت در سده اخیر، وضع قواعد و مقررات جدید یا دست‌کم بازنگری و تجدیدنظر در بسیاری از قواعد و مقررات، به حدی بوده که دیگر بسیاری از قواعد و مقررات گذشته نمی‌تواند پاسخگوی نیازها و مطالبات فعالان تجاری امروز باشد باید جای خود را به قواعد و مقررات تازه بدهد. همان گونه که خواهیم دید، اصل لزوم در قراردادها، یکی از قواعد اصلی در معاملات به حساب می‌آید. اصل مزبور که به قرارداد به عنوان پیمانی مقدس، که هرگز نباید خدشه دار شود، نگاه می‌کند در پاره‌ای موارد با استثناء روبرو شده و تزلزل عقد بیع را به عنوان شاه مصداق قراردادها ممکن می‌سازد.

در گذشته "مال" منحصرأ به اشیای مادی و ملموس اطلاق می‌شد و صرفاً همین دسته از اموال مورد داد و ستد مردم قرار می‌گرفت، لیکن با تکامل و پیشرفت زندگی و تحولات اقتصادی و سرمایه‌گذاری، مفهوم اولیه مال نیز توسعه و گسترش یافته است. چنانکه می‌دانیم اموال از جهت قابلیت لمس و داشتن ابعاد فیزیکی و پایگاه مادی به اموال مادی و غیر مادی تقسیم می‌شود. اموال غیر مادی بر خلاف اموال مادی، در خارج وجود مادی نداشته ولی جامعه و قانون وجود آن را اعتبار کرده و مورد داد و ستد مردم قرار می‌گیرد مثل حق تألیف، حق اختراع، سهام شرکت‌ها. قابل ذکر است در دسته‌ای از اموال غیر مادی، فکر و ابتکار در ایجاد آنها نقش مهم و اساسی دارد مثل حق تألیف، دانش فنی و اسرار تجاری، حق اختراع و در دسته‌ای دیگر از این اموال مانند حق سرقفلی و سهام شرکت‌ها امتیاز آب، برق و ... فکر و ابتکار در ایجاد آنها نقش اساسی ندارد. از این حیث اموال غیر مادی به دو دسته غیر مادی فکری و غیر مادی غیر فکری تقسیم می‌گردد.

امروزه صاحبان فکر و اندیشه در تمام نظام‌های حقوقی نسبت به محصولات فکری خود در حوزه‌های مختلف ادبی، هنری، صنعتی و ... از حق مالکیت فکری برخوردارند. حقوق مالکیت فکری در واقع حقوقی هستند که دارای ارزش اقتصادی بوده ولی موضوع آنها فعالیت و اثر فکری انسان است که شیء معین مادی نیست و از این روی در زمره اموال غیر مادی محسوب می‌گردد.

حقوق مالکیت فکری بر اساس موضوع آن خود به دو حوزه تقسیم می‌شود؛ حقوق مالکیت ادبی و هنری مثل حق تألیف یا حق سازنده اثر هنری و حقوق مالکیت صنعتی مانند حق اختراع، علائم تجاری، اسرار تجاری.

شایان توجه است آنچه از "اموال فکری" در این پژوهش مقصود نظر است، حق مادی مالکان

آثار فکری است که قابل انتقال است، نه حق معنوی که حقی وابسته به شخصیت پدید آورنده اثر بوده و طبعاً غیر قابل انتقال می‌باشد، کما اینکه ماده ۴ قانون حمایت از حقوق مؤلفین و مصنفین و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ که ناظر به حقوق معنوی است، تصریحاً آن را غیر قابل انتقال دانسته است.

با توجه به اینکه مطابق مواد ۳۳۸ و ۳۴۸ قانون مدنی مالیت داشتن، قابلیت تملیک و عین بودن مبیع از شرایط ضروری برای وقوع بیع می‌باشد و از سویی ماهیت و ویژگی‌های خاص اموال غیر مادی اعم از اموال غیر مادی فکری و غیر مادی غیر فکری به نحوی است که در خصوص مالیت، عینیت و قابلیت تملیک و نحوه تسلیم آنها شبههاتی مطرح می‌باشد، در این قسمت از پژوهش، با در نظر داشتن ماهیت خاص این اموال تلاش گردیده با وصف نارسایی‌های قانونی، با نگرشی نو و واقع بینانه، بیع اموال غیر مادی در نظام حقوقی ما توجیه و تبیین گردد.

#### ۱- بررسی وضعیت مالیت اموال غیر مادی

برای شناسایی مفهوم مال و تشخیص مالیت اشیا ضمن اشاره به معنای لغوی کلمه "مال" معنا و مفهوم مال از نظر فقهی و حقوقی نیز مورد اشاره قرار گرفته، سپس مالیت داشتن اموال غیر مادی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### ۱-۱- تعریف فقهی و حقوقی مال

یکی از فرهنگ نویسان در بیان معنی مال، آن را اینگونه تعریف نموده است: "دارایی، آنچه در ملک شخصی باشد، اموال جمع" (عمید، ۱۳۶۰). در لغتنامه دهخدا "مال" کلمه عربی دانسته شده و در تعریف آن آمده است: "خواسته و آنچه در ملک کسی باشد و هر چیز که در تملک کسی باشد و جمع آن اموال است". (دهخدا، ۱۳۷۳) برخی از فرهنگ نویسان عرب از نظر لغوی معنی آن را واضح دانسته و آن را به چارپایان و تمامی اشیایی که تملک پذیر است، تطبیق داده‌اند: المال: معروف. و جمعه: أموال. و کانت أموال العرب: أنعامهم. (فراهیدی، ۱۴۱۰ق) المال: معروف ما مَلَکته من جمیع الأشياء. (ابن منظور، ۱۴۱۴) البته در کتاب **مبسوط در ترمینولوژی حقوق** با یونانی دانستن ریشه کلمه مال آمده است: "مال معرب malon یا melon یونانی است و ربطی به لغت میل ندارد. اعراب مال را نخست در مورد اراضی به کار بردند ولی بعداً توسعه بخشیدند. مال را در فارسی قدیماً به منقول می‌گفتند. در ادوار بعد تاکنون اسب و دام و مواشی را مال گویند که یادگار دوران غلبه دامداری است. در زبان اعراب مال را به معنی مالیات به کار برده‌اند و اسم کتاب "اموال" ابوعمید گواه است و در معنی خراج

هم به کار رفته است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸) همچنین گفته شده است که نخست به طلا و نقره مال می‌گفتند و سپس به هر چیز عینی ذخیره شدنی و تملک پذیر مال گفتند. اعراب شتر را مال می‌خواندند، زیرا دارایی را بر آن می‌نهادند. (تقی زاده و هاشمی، ۱۳۹۱) قابل ذکر است که در علوم مختلف برای هر لغت معنا و مفهومی در نظر گرفته شده است که در مواردی ممکن است از معنای لغوی آن فاصله بسیار زیادی داشته باشد، لذا شناخت مفهوم مال از نظر فقهی و حقوقی حائز اهمیت است.

### - تعریف فقهی مال

در هیچیک از آیات و روایات، مال تعریف نشده است. اما فقها تعاریف متعددی از مال به عمل آورده‌اند. در فقه در تعریف مال گفته‌اند: "ما یمیل الیه الناس" و همچنین گفته‌اند: "المال ما یبذل بازائه المال". (محقق داماد، ۱۳۸۸) مطابق تعریف اول، مال چیزی است که مردم نسبت به آن میل و رغبت داشته باشند، لیکن در تعریف دوم، مال به چیزی تعبیر شده است که در مقابل آن مال داده می‌شود و در این تعریف دور وجود دارد.

برخی مال را اینگونه تعریف می‌کنند:

- المال ما یبذل فی مقابله شیء فی الأسواق (رشتی، ۱۴۰۷ق) مال یعنی آنچه که در مقابل آن در بازار (داد و ستد) چیزی داده می‌شود.

- المراد من المال کل شیء یكون مطلوباً و مرغوباً عند الناس لأجل قضاء حوائجهم به و یكون دخیلاً فی معاشهم. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق) یعنی منظور از مال، هر چیزی است که در رفع نیازهای ضروری مردم، مطلوب و مرغوب است و در معاش و زندگی مردم نقش دارد.

درباره مال و شیء می‌توان گفت که بین آنها تفاوت وجود دارد. مال همیشه دارای ارزش اقتصادی و قابل ارزش گذاری با پول می‌باشد ولی شیء ممکن است ارزش اقتصادی داشته باشد یا اینکه دارای ارزش اقتصادی نباشد. از سوی دیگر لازم نیست که مال محسوس و مادی باشد، بر خلاف شیء که مادی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰)

برخی فقها برای مالیت داشتن اشیاء معتقدند که منافع شیء باید مشروع و حلال باشد تا بتوان به آن مال گفت. بنابراین مشروبات الکلی، تریاک و نظایر آن مال نیستند و خرید و فروش آنها نیز باطل و حرام است. (شهید اول، ۱۴۱۲ق) چنانکه آیت الله خوئی پس از تعریف مال که در سطور قبلی اشاره شد، داشتن منافع حلال را از شاخصه‌های مال بودن اشیاء دانسته و معتقد است: "و اما نزد شرع، مالیت هر چیزی بسته به وجود منافع حلال در آن است و هرگاه منافع آن شیء حلال نباشد (مثل شراب و خوک) پس مال نیست" یکی از فقها در تعریف

مال چنین می‌گوید: "مقصود ما از مال در اینجا آن چیزی است که میل به مالک شدن آن در مقابل عوض باشد و ذاتاً مالک شدن آن حرام نباشد و در مورد آن تمایل عقلانی عموم شرط نیست". (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق)

بر اساس دیدگاه اندیشمندان مذهب حنفی، مال منحصر به اشیاء و اعیان مادی و محسوس بوده و منافع و حقوق جزء اموال محسوب نمی‌شوند؛ چرا که معنوی هستند و ذاتاً امکان حیازت ندارند؛ اما از دیدگاه عده‌ای از اندیشمندان سایر مذاهب فقهی اهل سنت، مال هر چیزی است که دارای ارزش بوده و تلف کننده آن ضامن جبران خسارت باشد. از این دیدگاه، منافع و حقوق مثل حق مالکیت و حق ارتفاق مال محسوب می‌شوند؛ چرا که هدف از اشیاء، منافع است و اگر اینطور نبود، مردم هیچ رغبتی به اعیان نداشتند و امکان حیازت منافع و حقوق از طریق حیازت اصل و مصدر آنها وجود دارد. (رضایی دوانی و قبولی درافشان، ۱۳۹۵) در فقه امامیه مال را به پنج گروه تقسیم کرده‌اند: ۱- عین خارجی و اشیاء مادی نظیر گوسفند، کتاب ۲- منفعت یا نفع عین، اعم از اینکه مادی باشند، مثل شیر گوسفند یا پشم آن، مادامی که از آن جدا نشده یا غیر مادی، نظیر بهره خانه که مستأجر از آن منتفع می‌شود ۳- انتفاع که از نوع غیر مادی است ۴- حقوق از قبیل حق شفعه، حق خیار، حق حاصل از تحجیر ۵- دین یا ذمه. (ولویون، ۱۳۸۲)

به نظر می‌رسد از دیدگاه فقهای امامیه مالیت یک امر اعتباری است و وجود خارجی ندارد و مفهومی غیر از مفهوم عرفی خویش ندارد و در واقع یک حقیقت عرفیه است که از میل و رغبت مردم ناشی می‌شود و به هر چیزی که در رفع نیازهای ضروری و کمالی انسان نقش داشته و مورد رغبت و مطلوب مردم (عقلاً) است، مال گفته می‌شود. به علاوه اینکه انتزاع مالیت صرفاً از عین خارجی صورت نمی‌گیرد و در کلام فقها قیدی از این جهت مشاهده نمی‌شود. (صادقی نشاط، ۱۳۸۹)

#### - تعریف حقوقی مال

از دیدگاه حقوقدانان گرچه در گذشته، واژه مال ویژه کالاهای مادی بود ولی پیشرفت‌های زندگی کنونی به تدریج آن را از این معنای محدود و ابتدایی خارج ساخته است. چنانکه امروزه به تمام عناصر گوناگون دارایی مانند حقوق مالی نیز مال گفته می‌شود. قانون مدنی با اینکه در مورد اقسام اموال سخن گفته است، ولی در تعریف آن سخنی نگفته است. با این وجود از ملاحظه مصداق‌های این واژه به خوبی بر می‌آید که نویسندگان قانون، معنی گسترده مال را در نظر داشته‌اند. از دیدگاه ایشان، تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است، مال محسوب می‌گردد.

(کاتوزیان، ۱۳۸۵)

برخی از حقوقدانان در تعریف مال معتقدند که مال آن چیزی است که پرداخت پول یا یک کالای با ارزش دیگر در مقابل آن، هم از نظر عرف و هم از نظر شرع جایز شناخته شود. (میر محمد صادقی، ۱۳۸۸) برخی برای شناسایی مفهوم مال، آن را چیزی می‌دانند که به علت منافع واقعی یا اعتباری آن، مورد رغبت عقلا واقع شده و در مقابل آن نقدینه یا چیز دیگری می‌پردازند. (گرچی، ۱۳۶۹)

در یکی از تقسیم بندی‌های انجام شده از طرف حقوقدانان در مورد تقسیم مال به اموال مادی و غیر مادی، اموال مادی اموالی هستند که قابل احساس با یکی از حواس ظاهره باشند مانند کتاب، و اموال غیر مادی اموالی هستند که نمی‌توان آنها را با یکی از حواس ظاهره احساس کرد ولی دارای ارزش اقتصادی و داد و ستد و قابل تقویم به پول است مانند حق سر قفلی، حق مؤلف. (صفایی، ۱۳۹۰) تفاوت بارزی میان اموال مادی و اموال غیر مادی وجود دارد. بدین صورت که وجود مال مادی قائم به وجود ذی حقی نسبت به آن مال نیست، در حالی که اموال غیر مادی وجودشان، قائم به وجود صاحب حق است. به عبارتی تصور مال مادی بدون مالک امکانپذیر است ولی غالباً تصور مال غیر مادی بدون صاحب حق امکانپذیر نیست. (حیاتی، ۱۳۸۹)

## ۲- مالیت داشتن اموال غیر مادی

به تصریح ماده ۲۱۵ قانون مدنی، مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی و مشروع باشد و مطابق ماده ۳۴۸ همین قانون، بیع چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد، باطل است. به این ترتیب روشن است که اولین شرط برای مبیع، دارا بودن مالیت است. پرسش این است آیا اموال غیر مادی فکری چون حقوق صنعتی یا ادبی هنری در مفهوم حقوق مادی که اشاره شد و اموال غیر مادی غیر فکری مانند سهام شرکتها، حق سرقفلی، حق زارعانه، در زمره اموال قرار می‌گیرند تا بتوان نقل و انتقال آن را در قالب عقد بیع توجیه و تبیین نمود؟ چنانکه در بیان مفهوم "مال" آمده است، شارع و قانونگذار از مال تعریفی به عمل نیاورده، لیکن فقها و حقوقدانان تعاریف متعددی از مال به عمل آورده‌اند که با دقت در تعاریف به عمل آمده، روشن و مشخص گردید که مال دارای مفهوم عرفی بوده و تلقی قدیمی و سنتی که مال تنها بر اعیان صادق بوده، امروزه دیگر جایگاهی نداشته و لازم نیست که مال، لزوماً محسوس و مادی باشد، بلکه حقوقی که ارزش اقتصادی داشته و قابل داد و ستد باشد، می-

تواند در زمره اموال به شمار آید. در نتیجه برای تشخیص مالیت چیزی باید ملاک عرف را مدنظر قرار داد.

در این باره ملاک‌های ذیل تقریباً مورد قبول فقها و حقوقدانان است: ۱- چیزی که دارای نفع و ارزش اقتصادی باشد. البته نفع و ارزش اقتصادی نیز خود مفهوم عرفی و نسبی است که در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، ممکن است متفاوت باشد. ۲- به دست آوردن آن مورد رغبت عقلاً باشد. ۳- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد. زیرا چیزهایی وجود دارند که از لوازم ضروری زندگی بوده و دارای منافع و ارزش می‌باشد، لیکن چون کسی نمی‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت انحصاری نماید، مال محسوب نمی‌گردد مثل اکسیژن موجود در هوا. (عباسی و نوده، ۱۳۹۳)

از آنجایی که در حوزه مالکیت فکری علاوه بر حق مادی ناشی از آفرینه‌های فکری مثل حق تألیف، حق اختراع و ... یا تولیدات فکری سروکار داریم که آثار عینی و خارجی پدیده‌های فکری است مثل انواع کتاب، فیلم‌ها و محصولات ناشی از اختراعات که در کارخانه‌ها تولید می‌شوند، شایان توجه است آنچه از حق مالکیت فکری مقصود نظر است، حق مادی پدید آورنده اثر و آفرینه فکری است که این حق در واقع چیزی غیر از تولیدات فکری است که محسوس و ملموس بوده و در مال محسوب شدن آنها تردیدی نیست.

اینک در تطبیق مال و مالیت با حق مالکیت فکری، با در نظر داشتن پیش فرض مذکور، می‌توان گفت هر صانعی مالک مصنوع خود می‌باشد و به طور طبیعی از حقوق مترتب بر آن برخوردار خواهد بود. اینکه حق مالکیت فکری دارای نفع و ارزش اقتصادی می‌باشد، تردیدی نیست. به طوری که در تمامی جوامع، صاحبان اثر و اختراع با انتقال حق ناشی از تألیف و اختراع، سود برده و منتفع می‌شوند. به علاوه اینکه برای به دست آوردن حق مالکیت فکری یک اثر و اختراع، رغبت و تمایل وجود دارد. چنان که امروزه انتشارات و تولیدکنندگان و سرمایه‌گذاران فراوانی وجود دارند که برای خرید حق تألیف و حق اختراع مؤلفین و مخترعین مشهور از یکدیگر سبقت می‌گیرند. همچنین در قابلیت انحصاری حقوق ناشی از مالکیت فکری و اختصاص آن به شخص یا ملت، نیز شبهه‌ای نبوده و از این حیث مال محسوب نمودن حق مالکیت فکری با مانعی مواجه نمی‌باشد.

در هر حال هر چیزی که مفید باشد و بتواند نیازی از نیازهای مادی و معنوی انسان را برطرف کند و قابل اختصاص یافتن نیز باشد، عقلاً مالیت را برای آن اعتبار می‌کنند. در مورد حق مالکیت فکری، عقلاً مالیت را برای آن اعتبار نموده و به وفور شاهد آن هستیم که عرف

با شناسایی این دسته از حقوق به عنوان "مال" نقل و انتقال آن را با قرار دادن عوض در قبال آن، پذیرفته است.

بدین ترتیب، حق مالکیت فکری چون حق تألیف و حق اختراع و ... می‌تواند در زمره مال قرار گرفته و عدم وجود مادی این حقوق، مانعی برای اعتبار مالیت آنها نمی‌باشد و در نتیجه می‌توان این دسته از حقوق را به عنوان اموال فکری، معتبر دانست و تعیین مادی نداشتن اموال فکری همانند بسیاری از اموال غیر مادی دیگر نباید موجب گردد که این اموال را فاقد مالیت قلمداد نمود.

در مورد مالیت داشتن گونه دیگر از اموال غیرمادی که غیر فکری است مثل حق کسب و پیشه، سهام شرکت‌ها، حق زارخانه، نیز نباید شبهه نمود. چرا که این اموال در قوانین متعدد مورد شناسایی قرار گرفته است که از جمله می‌توان به شناسایی حق کسب و پیشه در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و شناسایی نقل و انتقال سهام در لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و قانون اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ اشاره نمود. به علاوه، عرفی بودن مفهوم مالیت و داد و ستد این گونه اموال در بین مردم و همچنین انطباق این اموال با ملاک‌های ارائه شده برای تشخیص مالیت چیزی، تماماً مؤید آن است که تعیین مادی نداشتن اموال غیر مادی غیر فکری نیز همانند اموال فکری موجب نمی‌گردد تا این اموال فاقد مالیت قلمداد گردد.

به هر حال، گرچه در گذشته واژه "مال" ویژه 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 زمین و اموال منقول و مطالبات و حقوق مالی و حتی حق تألیف و اختراع و سرقتی نیز مال گفته می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) به طوری که امروزه بیع حقوقی همچون حق تألیف، اختراع، سهام شرکت‌ها، سرقتی، حق انشعاب آب، برق، گاز و امتیاز تلفن و اینترنت را به لحاظ مالیت داشتن آنها نمی‌توان انکار نمود.

## ۲-۱- تطبیق مفهوم عین با اموال غیر مادی

مطابق تعریف عقد بیع در قانون مدنی، مبیع باید "عین" باشد. در این قسمت به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا مفهوم "عین" با اموال غیر مادی قابل تطبیق است؟ به عبارت دیگر، آیا اموال غیر مادی اعم از اموال غیر مادی فکری و اموال غیر مادی غیر فکری در گستره مفهوم عین قرار می‌گیرند یا خیر؟

قانونگذار تعریفی از عین به عمل نیاورده است تا معلوم شود قلمرو عقد بیع از نقطه نظر مبیع تا کجاست. آیا مبیع صرفاً اختصاص به اموال مادی دارد یا اموال غیر مادی مثل حق اختراع، سهام شرکت‌ها، حق سرقفلی نیز می‌تواند به عنوان مبیع در قالب عقد بیع مورد انتقال قرار گیرند؟ عموم فقها تعریفی از عین ارائه نکرده‌اند و فقط به بیان مصادیق آن پرداخته‌اند و چنانکه در مفهوم شناسی واژه "عین" ملاحظه شد، آنچه که اجمالاً از مفهوم عین در اصطلاح فقها به دست می‌آید، این است که منظور از عین در تعریف بیع، لزوماً شخصی و جزئی بودن مبیع نیست و علاوه بر اعیان شخصی، بر کلی مشاع، کلی در معین و کلی فی الذمه نیز عنوان "عین" صدق می‌کند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق، خمینی، ۱۴۱۰)

همچنین برای تحقق مفهوم عینیت، فقها وجود خارجی فعلی را لازم نمی‌دانند، بلکه چنانچه بعداً هم به صورت ملموس و مادی وجود خارجی پیدا کند، در واقع عینیت محقق شده است. چنانکه آیت الله خوئی در تعریف عین اظهار داشته است: "مراد از عین آن چیزی است که اگر در عالم خارج یافت شود دارای ابعاد سه گانه عرض و طول و ارتفاع باشد. (خوئی، ۱۴۱۲ق)

برخی از حقوقدانان معاصر به این موضوع توجه داشته و منظور از عین در تعریف بیع مذکور در ماده ۳۳۸ قانون مدنی را به مفهوم اصل مال در مقابل منفعت دانسته و عین را به معنای خارجی بودن و تعیین داشتن مال نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که گرچه تجسم خارجی و دارای ابعاد سه گانه بودن از واژه عین بیشتر به ذهن متبادر می‌شود، لیکن در تعاریف عقود چون بیع، وقف و هبه واژه عین در مقابل منفعت و به معنای اصل مال استفاده شده است. آنچه از عین در آثار فقیهان متقدم در نظر بوده و نیز مقصود از عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی می‌باشد، اصل خود مال است که در مقابل منفعت قرار می‌گیرد، نه آنچه در معنای فلسفی، ذات قائم به نفس دارای وجود خارجی خوانده می‌شود؛ به دیگر کلام گاهی عین به معنای وجود مادی به کار می‌رود که در این مفهوم، عین در مقابل اشیاء غیر مادی نظیر حق اختراع قرار می‌گیرد. اما گاه عین در مقابل منفعت مال به کار می‌رود که منظور، اصل خود مال است. (کریمی و موسوی، ۱۳۹۰) این اشتباه (که عین در تعریف بیع به معنای تعیین مادی و خارجی داشتن است) در واقع ناشی از مشترک لفظی بودن واژه عین می‌باشد. عین در تعریف بیع به مفهوم اصل مال است در مقابل منفعت آن و نه به معنای خارجی بودن مال و تعیین داشتن آن. به مرور به لحاظ این اشتراک لفظی، مفهوم اول آن جای خود را به مفهوم دوم داده است. (کریمی و معین الاسلام، ۱۳۸۷)

در واقع از زاویه دیگر می‌توان گفت اگر عین در مقابل منفعت به کار رود به معنای شیء یا

همان جسم است و موجود بودن قید آن نیست. بنابراین عین به معنای شیء و جسم موجود نیست و به همین دلیل است که فقها بیع کلی را برخلاف نظر حقوقدانان، تملیکی می‌دانند. اما چنانچه عین در برابر کلی به کار رود به معنای جسم موجود خواهد بود که تشخیص و تعیین پیدا می‌کند که اصطلاحاً به آن عین معین می‌گویند. به این ترتیب اینکه ماده ۳۵۰ قانون مدنی اقسام مبیع را به عین معین و کلی در معین و کلی فی الذمه تقسیم می‌نماید، - در واقع با در نظر داشتن دیدگاه فقها، مصادیق و منظور از عین مذکور در ماده ۳۳۸ را بیان کرده است. - چنانکه می‌دانیم در واقع "کلی" هرگز در عالم خارج یافت نمی‌شود و وجودی جز در ذهن ندارد و آنچه در خارج وجود دارد، افراد و مصادیق کلی است نه خود کلی. در نتیجه با ملاحظه ماده ۳۵۰ قانون مدنی، روشن می‌گردد که قانونگذار عین را به معنای ظاهری و لغوی آن، که صرفاً اموال مادی را در بر می‌گیرد، اختصاص نداده است.

در این راستا برخی از حقوقدانان معتقدند همان گونه که فقه اسلامی برای اعیان کلی (به اتکای وجود خارجی آنها) و منافع که فی نفسه وجود خارجی و ملموس ندارند، بدون هیچگونه تردیدی رابطه اعتباری مالکیت را پذیرفته است، پذیرش اعیان و اشیاء غیرمادی به عنوان موجودی کاملاً اعتباری، با مانع چندانی روبرو نبوده و به سادگی می‌توان با توسعه مفهوم عین که سابقاً به عین خارجی، کلی و کلی در معین تقسیم می‌شدند، اعیان غیر مادی و اعتباری را نیز عین دانست. (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴) برخی دیگر از حقوقدانان نیز در این باره بر این اعتقادند "اگرچه از ظاهر ماده ۳۳۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که مبیع اختصاص به اعیان دارد، ولی با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۳۵۰ قانون مدنی مبیع را به مفروز و مشاع و کلی در معین و کلی فی الذمه تقسیم می‌کند، معلوم می‌شود که قانونگذار از عین در ماده ۳۳۸ یاد شده، معنای لغوی یا عرفی آن را اراده نکرده و نباید آن را به معنای لغوی یا عرفی حمل کرد و عین را به اموال مادی اختصاص داد؛ زیرا وقتی در زبان قانونگذار واژه‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد، ابتدا باید معنی واژه را از خود قانونگذار استفاده کرد و چه بسا قانونگذار آن را در معنای لغوی خود به کار نبرده باشد و چنانکه این مطلب از زبان قانونگذار، به طور صریح یا ضمنی قابل استفاده نباشد، در این صورت باید آن را حمل به معنای لغوی یا عرفی کرد و نتیجه گرفت که در قانون نیز به همان معنای لغوی یا عرفی مورد استفاده قرار گرفته است و در این مورد نیز با دقت و ملاحظه ماده ۳۵۰ قانون مدنی روشن می‌شود که قانونگذار آن را در معنای لغوی خود استفاده نکرده است؛ زیرا هرگز به کلی فی الذمه مال مادی گفته نمی‌شود و از طرف دیگر، اطلاق فروش بر انتقال سهام در لایحه قانونی اصلاح قسمتی

از قانون تجارت (از قبیل مواد ۲۱، ۳۵، ۳۶ و ...) نیز دلیل بر نسخ ماده ۳۳۸ قانون مدنی نمی‌باشد، بلکه مؤید این است که قانونگذار در ماده ۳۳۸ قانون مدنی عین را اختصاص به اموال مادی نداده است و به همین دلیل از انتقال سهام تحت عنوان "فروش سهام" یاد کرده است، و این نشانگر آن است که عین در ماده یاد شده، اعم از اموال مادی و غیر مادی است و عین معنوی را نیز در بر می‌گیرد. (تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳)

به نظر ما نیز برخلاف معنای ظاهری و مفهوم عرفی واژه عین می‌توان گفت اموال غیرمادی اعم از اموال غیرمادی فکری و اموال غیرمادی غیر فکری می‌توانند مانند اموال مادی در گستره مفهوم عین و مآلاً به عنوان مبیع قرار گیرند. همان طور که برخی از حقوقدانان معاصر اظهار داشتند چنانچه در نظر قانونگذار واژه عین در تعریف بیع، صرفاً به مفهوم مال مادی و متجسم بوده باشد، دیگر ذکر کلی فی الذمه و کلی در معین در ماده ۳۵۰ قانون مدنی به عنوان اقسام و مصادیق مبیع منطقی و عقلایی نبوده است. چرا که بدیهی است کلی اعم از کلی فی الذمه و کلی در معین، مفهومی ذهنی است که وجود خارجی ندارد و آنچه در خارج وجود دارد، در واقع افراد و مصادیق کلی است نه خود کلی. به علاوه رویه قانونگذار نیز بر این قرار گرفته که هرگاه علقه یک شخص نسبت به اصل مال به طور کلی به دیگری منتقل گردد، آن را بیع نامیده است. از این دست است استعمال بیع در قانون تجارت (مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ لایحه اصلاحی و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت) که از بیع سهام شرکت‌ها سخن به میان آمده است و یا بیع موضوع قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر مصوب ۱۳۴۷، ناظر به فروش قبوض اقساطی دریافتی بابت کل بهای املاک خود از زارعین خریدار. با توجه به چنین رویه‌ای است که می‌توان گفت چنانچه در برخی قوانین ناظر به انتقال اموال فکری، قانونگذار عنوان بیع را به کار نبرده و از لفظ واگذاری استفاده کرده است، در واقع بیع، مد نظر وی بوده است و واگذاری حق تألیف آثار ادبی و هنری مذکور در ماده ۴ قانون حمایت مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ از این جمله است. (کریمی و موسوی، ۱۳۹۰)

### ۳- بررسی قابلیت تملیک اموال غیر مادی و نحوه تسلیم آن

با توجه به تعریف بیع در قانون مدنی، مبیع باید از جمله اموالی باشد که قابلیت تملک داشته باشد و همچنین تسلیم مبیع نیز از آثار و توابع عقد بیعی است که به نحو صحیح و قانونی منعقد می‌شود. از آنجایی که حقوق مالی که در واقع اموال غیرمادی محسوب می‌شوند و وجود مادی و ملموس در خارج ندارند، در نگاه اول قابلیت تملیک و نحوه تسلیم این دسته

از اموال چالش برانگیز است، از این روی این قسمت از نوشتار به بررسی این موضوع اختصاص داده شده است.

### ۳-۱- قابلیت تملیک اموال غیر مادی

مسئله پیش رو آن است آیا رابطه مالکیت که ثمره بیع است، صرفاً ناظر به اعیان خارجی و ملموس است یا این رابطه را در مورد اموال غیر مادی نیز می‌توان قابل تصور دانست؟ برای درک بهتر موضوع و روشن شدن پاسخ مسئله لازم است راجع به حق عینی و حق دینی به اختصار توضیح داده شود.

چنانکه می‌دانیم حقوقی را که انسان بر اشیاء دارد به دو دسته تقسیم کرده‌اند: حق عینی و حق دینی. منظور از حق عینی حقی است که شخص به طور مستقیم و بی واسطه نسبت به چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند. پس در حق عینی تنها دو عنصر وجود دارد: ۱- شخصی که صاحب حق است (اعم از شخص طبیعی یا حقوقی) ۲- چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد. حق عینی به طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود و لازم نیست که اجرا و رعایت آن از اشخاص دیگری مطالبه شود. البته هر گاه موضوع حق (شیئی مادی) در تصرف دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می‌تواند رد مال را از متصرف بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) حق دینی حقی است مالی که شخص نسبت به دیگری دارد. حق مزبور دارای چهار رکن است: اول- صاحب حق که متعهد له یا طلبکار یا دائن نامیده می‌شود. دوم- مکلف و آن کسی است که در مقابل متعهدله ملزم به دادن چیزی یا انجام عملی و یا خودداری از عملی می‌باشد که آن را مدیون یا متعهد و یا بدهکار گویند. سوم- رابطه حقوقی و آن امری است اعتباری که قانون در اثر آن به بستانکار و متعهدله اختیار می‌دهد که از بدهکار مطالبه ایفاء تعهد را بنماید و مورد تعهد را بخواهد. رابطه حقوقی مزبور به اعتبار متعهدله، طلب و به اعتبار متعهد، دین گفته می‌شود. چهارم- جزاء که همان حمایت قانون از طلبکار است که هرگاه مدیون یا متعهد به میل خود، تکلیف قانونی را ایفاء نکند، متعهد مجبور به انجام آن می‌گردد. (امامی، ۱۳۵۳)

به این ترتیب در تقسیم حق به عینی و دینی، مالکیت در زمره حق عینی که همان رابطه شخص با مال موجود در خارج است، قرار می‌گیرد. این در حالی است که مصادیق اموال غیر مادی نظیر دانش فنی و اسرار تجاری، طرح‌های صنعتی، سرقفل، حق تألیف و ... وجود مادی و محسوس ندارند. از همین رو است که به اعتقاد عده‌ای از حقوق دانان، رابطه مالکیت به

عنوان مهمترین حق عینی، تنها ناظر به اعیان خارجی است و رابطه مالکیت نسبت به اعیان کلی برقرار نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۹۴)

به نظر می‌رسد تقسیم بندی مرسوم حق مالی به حق عینی و حق دینی، تقسیم بندی دقیقی نبوده و نمی‌تواند تمام حقوق مالی را در بر گیرد. چنانکه تحولات زندگی کنونی حقوقی را به وجود آورده است که موضوع آن شیئی مادی و ملموس موجود در خارج نیست بلکه حقوقی ناظر به اموال غیر مادی است مانند طرح‌های صنعتی، علائم تجارتي و نظایر آن که در واقع این دسته از اموال نه مصداقی از حق عینی به مفهومی که گفته شد، می‌باشند و نه مصداقی از حق دینی. چرا که حقوق عینی رابطه شخص با مال موجود در خارج است و موضوع این حق، شیئی مادی و عین خارجی است، در حالی که در اموال غیر مادی چنین رابطه و خصوصیتی موجود نیست. در حقوق دینی نیز سخن از تعهد شخص در مقابل دیگری است لیکن در حقوق مالی غیر مادی، این امر منتفی است.

از آنجایی که در تقسیم بندی حق به عینی و دینی، اموال غیر مادی جایی نداشته، گفته شده است که طبیعت این حقوق (اموال غیر مادی) ایجاب می‌کند که گروه خاصی به شمار آید و حق مالی به سه دسته عینی و دینی و معنوی تقسیم شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) ممکن است گفته شود با توجه به اینکه رابطه مالکیت به عنوان مهمترین حق عینی تنها ناظر به اعیان خارجی است، در نتیجه نمی‌توان برای اموال غیر مادی رابطه مالکیت قائل شد و به کلام دیگر تملیک برای اموال غیر مادی قابل تصور نیست. لیکن با تأمل در مفهوم مالکیت می‌توان بر این اعتقاد بود که هیچ ضرورتی ندارد که متعلق رابطه مالکیت، مال مادی و خارجی باشد، بلکه یک مال اعتباری هم به سادگی متعلق رابطه مالکیت قرار می‌گیرد.

بر اساس مبانی فقه امامیه، حقیقت مالکیت عرض خارجی نیست بلکه از اعتبارات عقلایی است. (خمینی، ۱۴۱۰ق؛ خوئی، ۱۴۱۲ق؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق) در واقع ملکیت رابطه‌ای اعتباری میان شخص و موضوع حق مالکیت است. لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. حقوقدانان نیز با اعتباری دانستن مفهوم مالکیت، بر این اعتقادند که در عقد بیع، در واقع بایع حق مالکیت و رابطه اعتباری و قراردادی و معنوی خود را با موضوعش به خریدار منتقل می‌نماید. (ولویون، ۱۳۸۲)

بدین ترتیب با اعتباری بودن مفهوم مالکیت، می‌توان بر این عقیده بود که بین تحقق تملیک و وجود متعلق آن در عالم خارج ملازمه‌ای وجود ندارد و بر همین مبناست که از نظر فقهای امامیه، بیع کلی فی الذمه، با وصف اینکه کلی که متعلق عقد بیع است، در زمان انعقاد عقد،

وجود خارجی ندارد، عقد تملیکی محسوب می‌شود و از این روی می‌توان گفت اموال غیر مادی اعم از فکری و غیر فکری که وجود اعتباری دارند، قابلیت تملیک داشته و می‌توانند متعلق رابطه مالکیت قرار گیرند.

عمده اشکالی که در این مورد مطرح است، ناظر به اوصاف مالکیت است و گفته می‌شود ماهیت بسیاری از مصادیق اموال غیر مادی (به ویژه غیر مادی فکری) به گونه‌ای است که رابطه این دسته از اموال با دارنده آن، صرفاً یک حق مالی محسوب می‌شود و به لحاظ فقدان اطلاق، انحصار و دوام که از اوصاف اساسی مالکیت است، رابطه مالکیت بین اموال غیر مادی و دارنده آن بر قرار نمی‌گردد.

با بررسی اجمالی روشن خواهد شد که ایراد و اشکال مطروحه قابل دفع بوده و می‌توان ثابت نمود که رابطه بین اموال غیر مادی با دارنده آن، مالکیت است نه صرفاً یک حق مالی. لازم به ذکر است در مورد دسته‌ای از اموال غیر مادی که از آن به عنوان اموال غیر مادی غیر فکری مانند سهام شرکت‌ها، سرقفلی و امتیاز آب، برق و نظایر آن، ایراد و اشکال مذکور اساساً قابل طرح نیست و دارنده این دسته از اموال غیر مادی مثل سهامدار شرکت‌های تجاری و صاحب امتیاز آب، برق و نظایر آن به طور انحصاری، می‌تواند از حقوق خود استفاده نماید و کسی جز او نمی‌تواند بدون اذن وی از این حق استفاده کند. به علاوه این قبیل از اموال غیر مادی واجد دیگر اوصاف مالکیت یعنی اطلاق و دوام نیز می‌باشند و دارنده آن علی‌الاصول می‌تواند به هر نحو و تا هر زمان که طبیعت آن مال اقتضا می‌کند از آن استفاده و بهره‌برداری نماید و محدودیت‌های قانونی در نحوه استفاده یا محدودیت‌های ناشی از ذات و طبیعت مال را نباید موجب زوال وصف اطلاق و دوام این دسته از اموال دانست.

در مورد اموال غیرمادی فکری مانند دانش و اسرار تجاری، طرح‌های صنعتی، حق اختراع، حق تألیف و ... که عمدتاً اشکال و ایراد عدم مطابقت اوصاف مالکیت ناظر به این دسته از اموال غیر مادی است، هر چند ایراد مربوط به وصف دوام قابل تأمل است، با این حال معلوم خواهد شد که در رابطه اموال فکری و دارنده آن، اوصاف مالکیت قابل تطبیق است.

در خصوص وصف انحصاری مالکیت راجع به اموال غیرمادی فکری کافی است به قوانین مربوط، نظری افکند. در مواد متعددی از قانون از جمله در ماده ۳ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ به صراحت به حق انحصاری نشر، پخش، عرضه و اجرای اثر (ادبی و هنری) پدید آورنده آن اشاره شده است. همچنین در مواد ۲ و ۳۳ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ به ویژگی انحصاری حق اختراع اشاره شده است و در قانون

جدید ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ نیز در ماده ۳ و قسمت الف ماده ۵ به انحصاری بودن حق اختراع برای مخترع تصریح شده است. در ماده ۳۱ این قانون نیز حق استفاده انحصاری از علامت تجاری مورد تصریح واقع شده و مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته است.

وصف اطلاق مالکیت در مورد اموال فکری با این ایراد مواجه بوده که دارنده این دسته از اموال، آنگونه که دارنده عین مادی می‌تواند از آن استفاده کند، نمی‌تواند از این اموال بهره برداری نماید و به عبارتی دارنده اموال فکری در استفاده از آن محدودیت دارد. در پاسخ باید گفت از هر مالی با توجه به خصوصیات و طبیعت آن مال می‌توان بهره برداری نمود، کما اینکه از یک حیوان سواری نمی‌توان به عنوان یک خودروی سواری استفاده کرد. همین ترتیب نیز در اموال فکری به معنای خاص وجود دارد.

این اموال با توجه به ماهیت و طبیعتی که دارند فقط می‌توانند مورد استفاده خاص واقع شوند و این دلیلی بر آن که وصف اطلاق در مورد مالکیت این اموال وجود ندارد، نیست. (عباسی و نوده، ۱۳۹۳) اینکه حق کسب جایزه و هدایا مطابق تبصره ماده ۱۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفین، مصنفان و هنرمندان متعلق به پدیدآورنده می‌باشد و حق مذکور با واگذاری آثار ادبی هنری به خریدار منتقل نمی‌شود، این امر مابینتی با مالکیت خریدار ندارد. جوایز و امتیازات تعلق گرفته به مبتکر و آفریننده در جهت قدردانی از تلاش‌های شبانه روزی و ستایش قدرت ابتکار و آفرینندگی خالق آن است و از این جهت است که این حق بایع منتقل نمی‌شود. به دیگر کلام، مالکیت خود اثر به خریدار منتقل می‌شود ولی جوایز و امتیازات نه تابعی از حق فکری، که به خاطر تلاش است که خود پدیدآورنده به عمل آورده و از این روی به وی تعلق می‌گیرد. (کریمی و موسوی، ۱۳۹۰)

از دیگر اوصاف مالکیت، وصف دوام می‌باشد، به این معنی که با انتقال مبیع به خریدار، انتقال مالکیت به نحو دائمی صورت می‌گیرد. در حالی که در پاره‌ای از اموال فکری مانند حق اختراع، حق تألیف، حق تصنیف، حق اثر هنری، به لحاظ محدودیت زمانی در انتقال مالکیت، وصف دوام با تردید رو به رو است. در ماده ۱۲ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مقرر شده است: "مدت استفاده از حقوق مادی پدید آورنده موضوع این قانون که به موجب وصایت یا وراثت منتقل می‌شود از تاریخ مرگ پدید آورنده سی سال است و اگر وارثی وجود نداشته باشد یا بر اثر وصایت به کسی منتقل نشده باشد برای همان مدت به منظور استفاده عمومی در اختیار وزارت فرهنگ و هنر قرار خواهد گرفت". مطابق ماده ۱۴ این قانون انتقال

گیرنده حق پدید آورنده نیز می‌تواند تا سی سال پس از واگذاری از این حق استفاده نماید. به موجب ماده ۱۶ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجارتي مصوب ۱۳۸۶ اعتبار گواهینامه اختراع نیز پس از ۲۰ سال منقضی می‌شود و مطابق بند "د" ماده ۲۸ همین قانون، مدت اعتبار طرح صنعتی پنج سال و دو دوره پنج سال قابل تمدید است. یعنی اعتبار مالکیت طرح‌های صنعتی حداکثر ۱۵ سال می‌باشد. به این ترتیب ملاحظه می‌شود مطابق قانون، مالکیت برخی از اموال فکری، موقت و محدود به زمان‌های تعیین شده در قانون بوده و دائمی نمی‌باشد. به منظور توجیه و حل ایراد مطروحه، نظریات متفاوتی ارائه شده است. برخی اساساً وصف دوام را از اوصاف مالکیت ندانسته و با تکیه بر فقه که مالکیت موقت را در مواردی از جمله در اجاره پذیرفته است، موقت بودن مالکیت فکری را با اشکال مواجهه نمی‌دانند. (حکمت‌نیا، ۱۳۸۷)

به نظر می‌رسد موقتی بودن مالکیت پاره‌ای از اموال فکری، استثنایی بر اصل دوام مالکیت است و از این حیث حق مالکیت فکری با مشکل مواجه نمی‌باشد و ماهیت رابطه اموال فکری با دارنده آن، رابطه مالکیت است نه صرفاً یک حق مالی. از همین رو گفته شده است که حکم اولیه پیرامون اموال فکری مانند سایر اموال، دوام مالکیت است اما مصلحت اجتماعی به مثابه حکم ثانویه، مانع اجرای این حکم اولیه می‌شود. تعبیری که به ویژه آن هنگام که سخن از حمایت آفرینش‌های ادبی و هنری می‌رود، جلوه‌ای خاص می‌یابد. (حیدری، ۱۳۸۹)

به علاوه صرف محدود بودن مدت بقاء اموال هیچ خدشه‌ای به اصل دائمی بودن مالکیت وارد نمی‌کند. هر مالی دارای یک مدت عمر محدود است و هیچ تفاوتی وجود ندارد بین اینکه حیات مالی به طور مادی و طبیعی خاتمه یابد یا به طور قانونی. بنابراین اگر یک کالای سریع الفساد که ماندگاری بسیار کمی دارد، قابل تملیک و خرید و فروش است، به طریق اولی اموال فکری هم از قابلیت تملیک و انتقال به وسیله بیع را برخوردارند. (کریمی و موسوی، ۱۳۹۰)

#### ۴- نحوه تسلیم اموال غیر مادی

به موجب بند ۳ ماده ۳۶۲ قانون مدنی، یکی از آثار بیعی که صحیحاً واقع شده، این است که عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید. در بیع اموال غیر مادی یا حقوق مالی به لحاظ غیر مادی بودن مبیع، تسلیم آن از اموری است که چالش برانگیز می‌باشد. با توجه به اینکه قانونگذار طی مواد متعددی در قانون مدنی ضمن تعریف از "تسلیم"، مقرراتی در باره آن وضع نموده است، با در نظر گرفتن آنها، روشن و مشخص خواهد شد که حقوق مالی و اموال غیر مادی، قابلیت قبض و تسلیم را دارند و در صورت معامله این اموال از

طریق بیع، تسلیم مبیع از اموری نیست که مانع تحقق بیع این دسته از اموال باشد. ماده ۳۶۷ قانون مدنی در تعریف تسلیم مقرر می‌دارد: "تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع". چنانکه ملاحظه می‌گردد در اختیار نهادن و مستولی کردن خریدار بر مبیع، عنصر اصلی تسلیم است به نحوی که برای انحاء تصرفات و انتفاعات مشتری در مبیع مانعی نباشد و هر زمان که او بخواهد بتواند از آن منتفع شود.

تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم و به اعتبار گیرنده، قبض یا تسلیم نامیده می‌شود. (امامی، ۱۳۵۳) منظور از تسلیم در ماده مذکور، تنها مفهوم مادی و محسوس آن نیست. یعنی نه فقط ضرورت ندارد که در همه جا مورد معامله به دست خریدار داده شود، قبض مادی هم، اگر همراه با تسلط خریدار بر مبیع نباشد و او را "متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات" نسازد تسلیم محسوب نمی‌شود. مفهوم تسلیم بیشتر جنبه معنوی و عرفی دارد و مقصود این است که مبیع چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بداند، مثلاً دادن خودنویس به دست خریدار، دادن کلید خانه یا اتومبیل یا دادن سند مالکیت زمین غیر محصور به خریدار تسلیم محسوب می‌شود. گاه نیز تسلیم تنها با تراضی دو طرف انجام می‌شود و نیاز به هیچ اقدام خارجی ندارد مانند تسلیم میوه‌هایی که بر درخت فروخته می‌شود یا مبیعی که پیش از عقد در اختیار خریدار بوده است. به همین دلیل است که ماده ۳۶۸ قانون مدنی تصریح می‌کند که "تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری هنوز عملاً تصرف نکرده باشد". (کاتوزیان، ۱۳۹۵)

معیار قبض و تسلیم یک امر عرفی است و همین که عرف، خریدار را مسلط بر مبیع بداند به نحوی که امکان تصرف آن اعم از تصرفات مادی و معنوی را داشته باشد، می‌توان تسلیم را محقق دانست. از همین روست با وصف اینکه مقنن در ماده ۳۶۷ قانون مدنی تسلیم را تعریف نموده، با این حال در ماده ۳۶۹ همین قانون چنین مقرر کرده است: "تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند"، که در واقع مقنن ضمن اینکه کیفیات و نحوه تسلیم را به تناسب مبیع، مختلف دانسته است، در نهایت تسلیم را یک مفهوم عرفی دانسته و تشخیص تحقق آن را به عرف واگذار نموده است. هرچند در اغلب موارد، قبض و تسلیم مادی مبیع شایع است، لیکن همان طور که گفته شد منظور از تسلیم تنها مفهوم مادی و محسوس آن نیست و در مواردی تسلیم بدون هیچ اقدام مادی و

خارجی و تنها با تراضی دو طرف حاصل می‌گردد. بدین ترتیب در مورد اموال غیر مادی نیز هرگونه استیلائی که عرف آن را تسلیم بداند، کفایت می‌کند، نظیر اجازه نشر و تکثیر آثار ادبی و هنری که به صرف انعقاد عقد و تراضی طرفین در مورد آنها، عرفاً می‌توان تسلیم این حقوق را محقق دانست. برخی در مورد قبض اموال غیرمادی گفته‌اند که قبض این اموال امکان‌پذیر می‌باشد و ایرادی هم وجود ندارد؛ چرا که قابض با دستیابی به بروز خارجی این اموال یا هر چیزی که حق وی را بر آن اموال ثابت کند، می‌تواند تصرف مورد نظر خود را در آن انجام دهد. (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱)

#### ۵- مفهوم بیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰

این علی‌رغم اینکه برای تعیین مقررات و تحدید حدود قراردادهای بین‌المللی تصویب شده و منتشر گردیده است، تعریفی از "بیع" به عنوان بنیادین‌ترین مفهوم کنوانسیون ارائه نداده است. دلیل این امر آن است که تنظیم‌کننده کنوانسیون نمی‌خواست در مناقشات مربوط به مفهوم و تعریف بیع وارد و بدین دلیل آن را به حقوق و قوانین داخلی کشورهای عضو موکول کرده است.

#### ۵-۱- تملیکی بودن بیع در کنوانسیون ۱۹۸۰

مفهوم مالکیت در حقوق اروپا امری است نو که هنوز هم پاره‌ای از کشورها آن را قبول نکرده‌اند در حقوق رم، خرید و فروش تنها بوسیله توافق انجام نمی‌گردید، در اثر عقد، فروشنده متعهد می‌گردید که مبیع را به خریدار منتقل و تسلیم کند و انتقال زمانی تحقق می‌یافت که فروشنده مبیع را به تصرف خریدار بدهد. در حقوق سوئیس هنوز هم بیع در زمره عقود عهدی است و ماده ۱۸۴ قانون تعهدات در تعریف آن می‌گوید: "قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند در برابر پولی که خریدار تعهد به پرداختن آن نکرده است، مبیع را به او منتقل و تسلیم کند."

در خصوص تملیکی یا عهدی بودن عقد بیع در حقوق داخلی به نسبت حقوق اروپایی مناقشه کمتری وجود دارد. در بررسی حقوق اروپایی نگاه قانونگذار فرانسوی به مقوله تملیکی و یا عهدی بودن بیع دارای اهمیت بسزایی است. در حقوق فرانسه نیز هر چند در قدیم الایام بیع عقدی، عهدی به شمار می‌آمد، اما قانون مدنی فرانسه این سنت را شکسته و در ماده ۱۱۳۴ به صراحت بیع را در زمره عقود تملیکی دانسته است. بنابراین در حقوق کنونی فرانسه مبیع به عقد بیع منتقل می‌شود نه با تسلیم. (کاتوزیان، ۱۳۸۵)

در حقوق انگلیس با اینکه زمان انتقال مبیع معین منوط به مفاد تراضی است در صورتی که شرط ویژه‌ای در قرارداد نباشد، چنین فرض می‌شود که مبیع با عقد انتقال می‌یابد. از مطالب برخی از اصول آن می‌توان چنین استنباط نمود که این کنوانسیون نیز بیع را عقدی عهدی می‌داند. در فصل دوم از مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی و طی مواد ۳۰ الی ۴۴ تعهدات بایع بیان می‌گردد. به طور مثال ماده ۳۰ کنوانسیون مقرر می‌دارد: "فروشنده مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر گردیده، کالا را تسلیم کند، هرگونه مدارک مربوط به کالا را تحویل نماید و مالکیت کالا را انتقال دهد" به طوری که ملاحظه می‌شود، این ماده، فروشنده را مکلف و به تعبیری بهتر "متعهد" می‌داند که مالکیت کالا را منتقل سازد و این امر ظاهر در این است که از نظر نویسندگان کنوانسیون، بیع، خود اثری در انتقال مالکیت ندارد. همچنین مطابق ماده ۳۰ می‌توان تعهدات بایع را ذیل سه دسته تقسیم نمود:

۱- انتقال مالکیت کالا ۲- تسلیم کالا ۳- تسلیم اسناد مربوط به کالا. (ناظم، تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)

یکی از تعهداتی که کنوانسیون در ماده ۳۰ بر عهده بایع قرار می‌دهد انتقال مالکیت کالا است. علت وضع چنین مقرره‌ای در زمره تکالیف بایع آن است که با مسأله انتقال مالکیت کالا به خریدار در نظام‌های مختلف حقوقی برخوردهای متفاوتی شده است. در برخی نظام‌های حقوقی انعقاد قرارداد موجب انتقال مالکیت می‌شود و در بعضی دیگر، صرف انعقاد قرارداد برای انتقال مالکیت کافی نیست؛ بعنوان مثال در حقوق ایالات متحده مالکیت زمانی منتقل می‌شود که قرارداد تاریخ آن را معین می‌کند و در غیر اینصورت زمانی که بایع کالا را تحویل مشتری نماید. از آنجا که در حقوق ایران انتقال مالکیت مبیع در لحظه انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد خواه مبیع معین، کلی در معین یا کلی فی الذمه باشد. بنابراین در خصوص مطابقت ماده ۳۰ کنوانسیون با حقوق ایران به نظر می‌رسد برخلاف کنوانسیون در حقوق ایران انتقال مالکیت جزء تعهدات بایع قرار ندارد. زیرا به مجرد انعقاد عقد مالکیت انتقال می‌یابد. لذا تعارض بین حقوق ایران و کنوانسیون در این مورد آشکار است. لیکن به منظور حل این تعارض می‌توان از قواعد تعارض قوانین در رابطه با انتقال مالکیت از کشوری به کشور دیگر استفاده نمود.<sup>۱</sup> اصلی که به طور جامع پذیرفته شده این است که مالکیت به موجب قوانین محل وقوع کالا منتقل می‌گردد. در نتیجه تعارض مذکور با اعمال قاعده قابل رفع خواهد بود. وفق ماده

<sup>۱</sup> -Lex setus

۳۰ قرارداد به عنوان اولین منبع تعیین تعهدات بایع ذکر شده و بر اساس این ماده یکی از تعهدات مهم بایع انتقال مالکیت کالا می‌باشد. (داراب پور، ۱۳۷۴)

معهدا می‌توان چنین نتیجه گرفت که در کنوانسیون مزبور بیع به عنوان عقدی تملیکی، با آن توضیحی که در حقوق ایران و حقوق فرانسه گفته شده تلقی نمی‌گردد.

#### ۵-۲- معاوضی بودن بیع در کنوانسیون ۱۹۸۰

هر چند این ویژگی عقد بیع در کنوانسیون سال ۱۹۸۰ به صراحت بیان و اعلام نشده است لیکن نویسندگان، در پاره‌ای از اصول به لوازم معاوضی بودن عقد بیع اشاره نموده و آن را به طور مختصی مورد پذیرش قرار داده‌اند. به طور مثال: یکی از مهمترین ویژگی‌های عقود معاوضی وجود حق حبس در آنها است که فروشنده را مکلف به تأدیه و تسلیم مبیع کرده و اصل ۵۳ آن صراحتاً اعلام می‌کند: خریدار باید به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است ثمن را بپردازد و کالا را قبض نماید. در انتهای بند اول از اصل ۵۸ کنوانسیون صریحاً آمده است فروشنده می‌تواند تسلیم کالا یا اسناد آن را به خریدار منوط به تأدیه ثمن نماید. طوری که ملاحظه می‌شود قواعد مربوط به حق حبس در عقد بیع تماماً در کنوانسیون مورد پذیرش قرار گرفته است.

دیگر از ویژگی‌های عقود معاوضی، انتقال ضمان معاوضی در عقد بیع است که این امر نیز در کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته و فصل چهارم آن را به خود اختصاص داده است. در اصل ۶۶ این کنوانسیون آمده است: تلف یا خسارت وارده بر کالا بعد از انتقال ضمان (ریسک) به خریدار، موجب برائت وی از ایفاء تعهدش مبنی بر پرداخت ثمن نمی‌شود، مگر اینکه تلف یا خسارت مذکور ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده باشد. اصول دیگری که پس از این اصل آمده نیز همین امر را مورد تأکید قرار داده و ضمان معاوضی را پس از اجرای تعهدات، حسب مورد به خریدار یا فروشنده انتقال یافته می‌داند. ماده ۶۶ را می‌توان اینگونه نیز تفسیر نمود که در مواردی که رفتار فروشنده به موجب قانون قرارداد، غیرقانونی نیست (نقض تعهدات) اما ممکن است به موجب حقوق مسئولیت مدنی غیر قانونی باشد ضمان به فروشنده باقی می‌ماند.

در خصوص معاوضی بودن مسئله‌ای که از اهمیت خاصی برخوردار بوده زمان انتقال ضمان و ضمان معاوضی می‌باشد. بر حسب اینکه تاریخ انتقال ضمان کالا به مشتری را چه زمانی بدانیم نگاه به انتقال ضمان پاسخی متفاوت خواهد داشت. بعلاوه منظور از ضمان آن تلف و نقصی است که در اثر حوادثی واقع شده که نمی‌توان آن را به بایع یا مشتری نسبت داد و الا در صورتی که نقص یا تلف در اثر نقض تعهد مثلاً از ناحیه بایع باشد، هر چند بعد از انتقال ضمان

روی دهد باز هم با بیع مسئول است هر چند این تفکیک به وضوح در ماده ۳۶ و ۶۶ کنوانسیون بیان شده است. به طور کلی در کنوانسیون راه حل پذیرفته شده زمان تسلیم مبیع است که البته این مسئله نیز در حقوق ایران وفق ماده ۳۸۷ قانون مدنی بیان شده است. در توجیه راه حل پذیرفته شده در کنوانسیون (زمان تسلیم) گفته شده است چون تسلیم کالا یک واقعه مادی است تعیین آن در قرارداد بین غائبین آسان است. (صفایی، ۱۳۹۰) البته در رابطه با انتقال ضمان به این دلیل که این مقررات جنبه تکمیلی دارد طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی و با توافق یکدیگر زمان انتقال ضمان را مشخص نمایند.<sup>۱</sup>

نتیجه آنکه از منظر کنوانسیون ۱۹۸۰، عقد بیع، عقدی است معاوضی.

### ۳-۵ - عین بودن مبیع

از ظاهر لفظ (GOODS) یا کالا، در عنوان کنوانسیون ۱۹۸۰ چنین به ذهن متبادر می‌گردد که این کنوانسیون راجع است به مواردی که مبیع "عین" است. همانگونه که گفته شد، نویسندگان کنوانسیون در هیچ یک از مقررات آن به ارائه تعریفی از عقد بیع نپرداخته‌اند و گویی آن را بسیار بدیهی قلمداد کرده‌اند. در هر حال هر چند به نظر می‌رسد از منظر این کنوانسیون و نویسندگان آن، مبیع اختصاص به "اعیان" نداشته باشد (چنانچه که در بند "د" و "و" اصل دوم کنوانسیون، فروش سهام و اوراق بهادار و نیروی برق را از شمول مقررات خود مستثنی نموده است) لیکن کنوانسیون مزبور را می‌توان مختص قواعد بیع اعیان قلمداد کرد. به طور کلی در کنوانسیون بیع بین‌المللی بنا به دو دلیل برخی بیوع از شمول کنوانسیون استثناء شده‌اند: ۱- بیع‌های استثناء شده به علت تشریفات آنها ۲- بیع‌های استثناء شده به علت موضوع آنها. از جمله مواردی که به علت موضوع از شمول کنوانسیون خارج شده‌اند بیع سهام، سهم‌الشرکه، اوراق بهادار، اسناد قابل انتقال یا پول می‌باشد چرا که این اشیاء "کالا"<sup>۲</sup> به معنی خاص به شمار نمی‌آیند.

### ۴-۵ - لزوم عقد بیع

می‌دانیم که در حقوق داخلی ما، عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه. (ماده ۱۹ ق.م) از سویی دیگر، هر بیع لازم است مگر اینکه یکی از خیارات در آن ثابت شود. (ماده ۴۵۷ ق.م)

<sup>۱</sup> - J.o.Honold, no.636, p.455

<sup>۲</sup> - Goods+merchandise

بنابراین اصل لزوم بیع در حقوق ایران به این مفهوم است که طرفین همواره باید به مفاد عقد پایبند بوده و در راه اجرای آن تلاش نمایند.

این اصل با این مفهوم و این گستره در کنوانسیون ۱۹۸۰ قابل ملاحظه نیست. لیکن از آنجا که نگاه عرفی و رویه بین‌المللی به خصوص در بین تجار، مورد نگاه ویژه تنظیم‌کننده کنوانسیون بوده است و از آنجا که همواره اصل استحکام قراردادهای در نظام‌های حقوقی مختلف مورد حمایت قرار گرفته است می‌توان گفت این اصل نیز باید در کنوانسیون مفروض دانست. از نظر کنوانسیون حفظ و بقای قرارداد یک اصل است و حتی الامکان از انحلال یا فسخ قرارداد باید اجتناب کرد به ویژه هنگامی که قرارداد اجرا شده باشد. در کنوانسیون مورد بحث: اولاً اصل لزوم به طور صریح به چشم نمی‌خورد. ثانیاً: اصل ۲۶ آن مقرر می‌دارد: اعلام بطلان قرارداد (که معادل فسخ می‌باشد) صرفاً وقتی نافذ است که طی خطاری به طرف دیگر به عمل آید. در این ماده با توجه به استعمال کلمه Avoid که به معنی فسخ می‌باشد میتوان بیان نمود که فسخ قرارداد دست کم پیش از قبض ثمن و مبیع به وسیله خطاریه ممکن می‌باشد. ثالثاً در پاره‌ای موارد از اصل ۴۹ قواعدی را برای برهم زدن قرارداد وضع کرده و در نظر گرفته است. به هر حال هر چند به نظر می‌رسد اصل لزوم در قرارداد بیع، در کنوانسیون مورد تأکید قرار نگرفته، لیکن علی‌رغم وجود مواد متعدد در کنوانسیون که فسخ را برای متعاملین در نظر گرفته است همچنان می‌توان بیان نمود که اصل استحکام قراردادهای در نظام حقوقی عرفی که کنوانسیون هم بیشتر متأثر از آن است وجود دارد. در توضیح اینکه اگر یک طرف تعهدات قراردادی خود را انجام ندهد مکلف است خساراتی که به طرف مقابل وارد شده است را جبران کند. و معنی عدم لزوم این است که یک طرف بتواند به قرارداد پایان دهد بدون اینکه مسئولیتی در قبال جبران خسارت داشته باشد. پس معنای اصل استحکام این است که با اعلام عدم انجام تعهدات آتی از سوی متعهد، متعهد له بتواند در همان زمان به قرارداد پایان دهد و همان خسارت را مطالبه نماید. (کازمی نجف آبادی، ۱۳۸۹)

#### ۶- مفهوم بیع در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا

بر اساس مقررات قانون متحد الشکل تجاری آمریکا میتوان بیان نمود که در این قانون، عقد بیع، عقدی تملیکی بوده و خریدار در ازای پرداخت ثمن، مالک کالا می‌شود. وفق ماده ۳۰۱-۲ این قانون و نیز ماده ۱۰۶-۲ بیع انتقال دهنده مالکیت کالا از فروشنده به خریدار و در ازای پرداخت ثمن می‌باشد. البته در این قانون ممکن است تعیین ثمن پس از انعقاد عقد صورت

گیرد. ویژگی‌های عقد بیع در قانون مذکور را می‌توان به شرح آتی مورد بررسی قرار داد:

#### ۶-۱- تملیکی بودن بیع

پیش از این در خصوص معنا و مفهوم "تملیکی بودن عقد بیع صحبت کردیم و در اینجا تنها به بررسی وجود یا عدم وجود خصیصه تملیکی بودن عقد بیع از منظر قانون متحد الشکل تجاری امریکا می‌پردازیم.

در این باره گفتنی است قانون یاد شده مقرر صریحی در این خصوص ندارد. اما در خلال مطالعه مواد پر شمار آن می‌توان به این نکته پی برد که در قانون مزبور عقد بیع یک عقد تملیکی است: به عنوان مثال در بند دوم از بخش اول از فصل دوم قانون مزبور آمده است: فروش به معنای انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار در ازای ثمن است و یا در بخش سوم (تعهدات عمومی و ساختار قرارداد).<sup>۱</sup>

ماده ۳۰۱-۲ آمده است: تعهد فروشنده، انتقال و تسلیم مبیع و تعهد خریدار قبول و پرداخت ثمن مطابق با قرارداد می‌باشد.

با توجه به آنچه که مطالعه شده و با عنایت به اینکه منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵) می‌توان چنین نتیجه گرفت که در مقررات مورد بحث نیز بیع، عقدی تملیکی محسوب می‌گردد.

#### ۶-۲ - معاوضی بودن بیع

وصف معاوضی بودن بیع در قانون متحدالشکل تجاری امریکا نیز به طور وضوح مشهود است چرا که در مقررات مورد بحث: اولاً فروش به معنای انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار در ازای ثمن است. ثانیاً: اجرای تعهدات هر یک از طرفین در مقابل اجزاء (جزء جزء) تعهدات طرف مقابل قرار می‌گیرد.

در UCC پرداخت ثمن و تسلیم مبیع تعهد اولیه طرفین عقد بیع است.<sup>۲</sup> حال اگر این تعهد طرفین در موعد مقرر در قرارداد اجرا نشود ضمانت اجرایی برای خریدار و فروشنده پیش بینی شده است. (صفایی، ۱۳۹۰) همانطور که می‌دانیم یکی از ویژگی‌های معاوضی بودن، وجود حق حبس می‌باشد. در این قانون خریدار از حق حبس برخوردار نیست، بلکه بر اساس ماده ۶۰۱-۲ اگر کالای تحویلی توسط فروشنده به هر دلیل با مشخصات قراردادی تطبیق

<sup>1</sup>- General obligation and construction of contract

<sup>2</sup>- Art.503&511 UCC.

نماید، خریدار حق خواهد داشت کل کالای دریافتی غیر منطبق، یا بخش‌های غیر منطبق آن را رد و یا آن را به همان صورت قبول کند. بر اساس متن این ماده و مواد دیگر UCC، اگر چنین امری بروز نماید، خریدار حق خواهد داشت جبران خسارت وارده بر خود را درخواست نماید ولی حقی که وی را مختار نماید از پرداخت ثمن خودداری کند، پیش بینی نشده است. برای رد کالا نیز شرایطی مقرر است که در ماده ۶۰۲-۲ و مواد ۶۰۵ و ۶۰۲ آمده است.

در مقابل برای فروشنده در برخی مواقع حق حبس قرار داده شده است تا از تسلیم کالا خودداری نماید. بر اساس ماده ۷۰۲-۲ اگر به هنگام تسلیم مبیع فروشنده دریابد که خریدار امکان پرداخت ثمن را نخواهد داشت، مثلاً وی را ورشکسته بیابد می‌تواند از تسلیم مبیع به او خودداری کند، مگر اینکه خریدار ثمن را به طور نقد به وی بپردازد. (ماده (۱) ۷۰۲)

علیرغم موارد فوق الذکر در هیچ جای UCC از این حق فروشنده به عنوان حق حبس یاد نشده بلکه متوقف کردن تسلیم<sup>۱</sup> نامیده شده است که در عمل همان معنا را افاده می‌نماید. بر اساس ماده ۷۰۷-۲ هر فرد دیگری هم که جایگزین یا نماینده فروشنده باشد می‌تواند از حق مندرج در بالا استفاده نماید. به نظر می‌رسد می‌توان بیع را در قانون متحدالشکل، قرار-دادی معاوضی پنداشت. همانطور که در گفتارهای قبلی نیز بیان گردید در خصوص معاوضی بودن نکته ای که حائز اهمیت است انتقال ضمان می‌باشد. توضیح اینکه در UCC بر طبق ماده ۵۰۲-۲ با تسلیم کالا به متصدی حمل ضمان منتقل می‌شود. هر چند حمل و بارگیری مقید باشد. یعنی فروشنده به عنوان تضمین، اسناد حمل کالا را نزد خود نگه دارد.

### ۳-۶- عین بودن مبیع

از ظاهر مواد قانون متحدالشکل چنین استنباط می‌شود که گویی نویسندگان و حقوقدانان دست اندرکار نگارش قانون مزبور نه تنها مبیع را صرفاً "عین" دانسته‌اند بلکه به این امر اکتفا ننموده‌اند و هرگاه عینی در مقابل عینی دیگر پرداخت گردد، هر دو طرف را بایع دانسته‌اند. ماده ۱۰۶-۲ بخش اول از فصل دوم قانون مورد بحث اشعار داشته است: فروش به معنای انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار در ازای ثمن است ..... و ماده ۲۳۰۱ از بخش سوم (تعهدات عمومی و ساختار قرارداد) مقرر داشته است: ثمن معامله به صورت نقد یا به صورتی دیگر قابل پرداخت است. در صورتی که کل ثمن یا بخشی از آن به صورت کالا بود، هر یک از طرفین قرارداد، فروشنده کالاهایی است که می‌خواهد منتقل کند. بدین ترتیب هرگاه خریدار در ازای خریدار

<sup>۱</sup> -Stopping delivery.

در ازای ثمن معامله کالایی را به فروشنده پیشنهاد داده و این امر مقبول وی افتد بر اساس ماده مرقوم وی فروشنده تلقی شده و به موجب صدر این ماده تعهد وی، انتقال و تسلیم مبیع می‌باشد. بر اساس آن چه گذشت تردیدی باقی نمی‌ماند که بر اساس قانون متحدالشکل تجاری، بیع، تملیک عین (مبیع) به عوض معلوم (ثمن) است. در UCC در صورت عدم توافق درباره مکان تسلیم مبیع در صورتی کالا عین معین باشد و در حین انعقاد قرارداد در محل معینی قرار داشته و طرفین هم از آن آگاه باشند در همان محل باید تسلیم شود در غیر اینصورت باید در تجارت بایع و در صورت عدم وجود محل تجارت، در محل سکونت وی تسلیم شود.

#### ۴-۶- لزوم عقد بیع

از آنجا که قانون متحدالشکل با نظام کامن لو منطبق بوده و براساس این نظام حقوقی عرف و رویه نقش تأثیرگذاری دارد، لذا با استناد به این مطلب می‌توان بیان نمود که اصل لزوم و استحکام قرارداد از آنجا که در کامن لو مورد تأیید بوده در UCC نیز مفروض می‌باشد هر چند در این قانون به صراحت چنین مطلبی ذکر نشده اما اماراتی وجود دارد که مؤید این ادعاست. اطمینان به پایبندی متعهد به انجام تعهدات، یکی از عواملی است که اشخاص را برای انعقاد قرارداد با یکدیگر متقاعد می‌کند، زیرا طبق حکم عقل و بنای عقلاء، شخصی که به پایبندی طرف مقابل به تعهد اطمینان نداشته باشد قراردادی را منعقد نمی‌کند. حتی در فرض حصول شک و تردید، عقل حکم می‌کند در هنگام انعقاد قرارداد از متعهد برای پایبندی به تعهدات قراردادی تضمین اخذ گردد. در ماده ۶۰۹-۲ قانون متحدالشکل می‌خوانیم: قرارداد بیع، طرفین را ملتزم می‌کند که به توقع طرف مقابل در زمینه اجرای کامل قرارداد خدشه‌ای وارد ننمایند. در صورت بروز قرائنی دال بر عدم انجام تعهد از سوی هر یک از طرفین، طرف دیگر می‌تواند به صورت کتبی از متعهد برای اجرای تعهداتش تضمینی مناسب طلب کند و تا زمانی که چنین تضمینی به وی داده نشده، وی می‌تواند به تعلیق اجرای تعهداتش مبادرت نماید. (اکبری، ۱۳۹۱)

عدم وجود مقرره‌ای که صریحاً اصل لزوم قرارداد را بیان بدارد، فقدان مقرره‌ای که طرفین یا هر یک از ایشان را از نقض یا خاتمه دادن و منتفی ساختن آن باز بدارد، در نظر گرفتن ضمانت اجرایی به عنوان "جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد" و نه اعلام بی اثر بودن نقض یک جانبه قرارداد از سوی یکی از ایشان، همه و همه این مواد را نه تنها نمیتوان موید عدم پذیرش اصل لزوم دانست بلکه دلالت به این نکته دارد که هر چند اصل لزوم بیع در مقررات مزبور آنگونه که در حقوق ما جاری است مورد عنایت نویسندگان و قانونگذار امریکا نبوده لیکن

این مهم به دلایلی که بیان گردید، در این قانون نیز مفروض است.

### نتیجه‌گیری

هر چند مسأله جواز و صحت بیع اموال غیر مادی با قرار گرفتن این دسته از اموال به عنوان "مبیع" که از موضوعات بسیار مهم روزگار ماست، از دیدگاه رایج و مشهور فقها و حقوقدانان قابل پذیرش نمی‌باشد؛ لیکن همانطور که برخی از فقهای اسلام و عده‌ای از حقوقدانان معتقدند، می‌توان با نگرشی نوین مبتنی بر تحول و توسعه مفهوم بیع، به درستی قلمرو مبیع را توسعه و گسترش داده و وقوع حقوق و اموال غیر مادی را به عنوان مبیع صحیح و معتبر دانست. در واقع اختصاص مبیع به اعیان را که در تعاریف رایج فقهی و حقوقی و تعریف مذکور در ماده ۳۳۸ قانون مدنی آمده است، باید به منظور خروج منفعت از تعریف و قلمرو بیع تلقی نمود تا اجاره از شمول عقد بیع خارج گردد. چنانکه گفته شد واژه "عین" در تعریف قانونی را نباید به معنای مال مادی ملموس و متجسم دانست بلکه باید آن را به معنای "اصل مال" تعبیر و تفسیر نمود و با این تلقی، همانگونه که عرف و بنای عقلا اقتضا دارد، اموال غیر مادی نظیر حق تألیف، حق اختراع، دانش فنی و اسرار تجاری، سرقتی و سهام شرکت‌ها بدون هیچ منع قانونی می‌توانند به عنوان مبیع مورد نقل و انتقال قرار گیرند.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، تعریف دقیق و کاملی از بیع ارائه نشده و جای بسی تأمل دارد که هر چند این کنوانسیون جهت سازماندهی به بیع بین‌المللی و ایجاد وحدت رویه بین تجار و قراردادهای خرید و فروش کالا بوده لیکن تصویب کنندگان این کنوانسیون به ارائه تعریف جامع از بیع توجهی نداشته‌اند و بیشتر مفهوم قرارداد در این کنوانسیون ذکر شده است. در قانون متحدالشکل تجاری امریکا عقد بیع چنین تعریف شده است "بیع عبارتست از انتقال مالکیت کالا از فروشنده به خریدار در ازاء پرداخت ثمن".

بر اساس قانون فوق، بیع همچون قانون ایران انتقال دهنده مالکیت کالا بوده و شرط تحقق آن پرداخت ثمن می‌باشد و با این تعریف بیع از عقود دیگر که در آن ملکیت وجود نداشته و اساساً عقد عهدی می‌باشد متفاوت خواهد بود.

## منابع فارسی

### کتاب

- امامی، سید حسن (۱۳۵۳)، **حقوق مدنی**، چاپ پنجم، تهران کتابفروشی اسلامیه
- ابراهیم تقی زاده، احمد علی هاشمی (۱۳۹۱)، **مدنی ۲ اموال و مالکیت**، تهران، انتشارات دانشگاه پیام نور
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ اول، تهران، گنج دانش
- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۷)، **مبانی مالکیت فکری**، چاپ دوم، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- حیاتی، علی عباس (۱۳۸۹)، **اموال و مالکیت**، چاپ پنجم، تهران انتشارات میزان
- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۴)، **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی**، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، دوره ۳ جلدی، تهران
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، **لغتنامه دهخدا**، چاپ اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، **حقوق مدنی ۶**، چاپ هفدهم، تهران انتشارات مجد
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۹)، **حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای کامپیوتری**، چاپ دوم، تهران، نشر میزان
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۰)، **اموال و مالکیت**، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات میزان
- عمید، حسن (۱۳۶۰)، **فرهنگ فارسی عمید**، چاپ سوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت**، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **عقود معین**، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۹)، **مقالات حقوقی**، انتشارات دانشگاه تهران
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **قواعد فقه**، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم انسانی

### مقالات

- اسماعیل عباسی، مهدی نوده (۱۳۹۳)، **بیع اموال فکری**، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۲۳
- اکبری، میثم (۱۳۹۱)، **تقاضای تضمین از متعهد پیش از حلول اجرای تعهدات قراردادی**، فصلنامه علمی پژوهش دانش حقوق مدنی، شماره دوم، پاییز و زمستان

- عباس کریمی، اسماء موسوی (۱۳۹۰)، **بیع اموال فکری از منظر حقوق اسلامی**، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، شماره ۲
- عباس کریمی، محمد معین الاسلام (۱۳۸۷)، **رهن اموال فکری**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲
- محمد عیسی تفرشی، رضا سکوتی نسیمی (۱۳۸۳)، **بیع سهام شرکت‌های سهامی**، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۲
- مجید رضایی دوانی، سید محمد هادی و همکاران (۱۳۹۵)، **بازپژوهی بیع اموال غیر مادی در فقه اسلامی و حقوق ایران**، مجله دو فصلنامه علمی- پژوهشی فقه مقارن، شماره ۷
- نصر الله جعفری خسروآبادی، سید مرتضی شهیدی (۱۳۹۴)، **بازپژوهی فقهی- حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن**، مجله دو فصلنامه علمی- پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۹
- ولویون، رضا (۱۳۸۲)، **حق موضوع بیع**، مجله دو فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست دانشگاه علامه طباطبایی، شماره ۹

#### پایان نامه

- حیدری، محمد حسن، (۱۳۸۹)، **قابلیت بیع اموال فکری**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- کاظمی نجف آبادی، عباس (۱۳۸۹)، **نقض قابل پیش بینی و ضمانت اجرای آن در حقوق تجارت بین‌الملل**، پایان نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی

#### منابع عربی

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر
- بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقهیه**، چاپ اول، قم، الهادی
- حسینی حائری، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **فقه العقود**، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، چاپ چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، **مصباح الفقاهه**، چاپ اول، بیروت، دار الهادی
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ق)، **فقه الامامیه- قسم الخیارات**، قم، کتابفروشی داوری
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۲ق)، **اللمعه دمشقیه**، بیروت، داراحیاء التراث العربی
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۸ق)، **حاشیه المکاسب**، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، **کتاب العین**، چاپ دوم، قم، انتشارات هجرت