

## حق موضوع بیع

دکتر رضا ولویون<sup>۱</sup>

### چکیده

نظر به اینکه در ابتدا «مال» مفهوم گسترده‌ای نداشت و در گذشته به اشیای مادی اختصاص داشت ولی تکامل و پیشرفت زندگی آن را از این معنای ابتدایی و محدود خارج ساخت، اینک چیزهایی از قبیل حقوق ارتقایی و حق تألیف و اختراع و حق سرقفلی و به طور کلی حقوق مالی داخل در اموال شمرده می‌شود. پس مال به اشیای غیرمادی اطلاق می‌شود، مع‌ذالک هنوز اذهان برخی از نویسندگان حقوق و دادرسان و بویژه سردفتران اسناد رسمی، با این موضوع که مال منحصر به اشیای مادی نیست انس نگرفته و در شناختن حقوق مالی به عنوان مال تردید دارند و حتی در اسناد انتقال حقوق مالی با امتیازات دیگر حقوقی، از قبیل فیش تلفن یا سرقفلی مغازه‌ها و فروشگاه‌ها، به جای تنظیم «بیع‌نامه» از «صلح‌نامه» یا ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده می‌کنند. و هنوز نیز برخی از دادرسان معتقدند که حق سرقفلی را نباید در شمار اموال موجود در آورد. لذا تردید دارند که آیا می‌توان حق سرقفلی را به عنوان یک حق مالی توصیف نمود یا خیر.

نتیجه‌ای که در این مقاله به دست می‌آید این است که باید تعریف بیع در قانون مدنی را به معنا و مفهوم وسیع‌تری به کار بریم، چنانکه در فرانسه و مانند آن طلب نیز می‌تواند مبیع واقع شود و ضرورتی ندارد که مبیع از اعیان باشد و در واقع آنچه مورد نقل و انتقال و دادوستد واقع می‌گردد حقوق مالی است و در عقود تملیکی، مانند بیع، فروشنده حق مالکیت و رابطه اعتباری و قراردادی و معنوی خود را با موضوعش به خریدار منتقل می‌نماید. بنابراین، آنچه منطقی به نظر می‌رسد این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال مالکیت در برابر عوض گفته شود، خواه مبیع عین باشد یا حق.

### واژه‌های کلیدی:

مبیع، حقوق مالی، عین، حق سرقفلی.

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

## مقدمه

شاید در بادی نظر عنوان این مقاله نامأنوس به نظر رسد، ولی طرح آن برای شناسایی موضوع ضرورت کامل دارد، زیرا هنوز اذهان برخی از نویسندگان حقوق و دادرسان و بویژه سردفتران اسناد رسمی با این موضوع انس نگرفته و در شناختن حقوق مالی به عنوان مال تردید دارند و حتی سردفتران در اسناد انتقال حقوق مالی یا امتیازات دیگر حقوقی، از قبیل فیش تلفن یا سرقفلی مغازه‌ها و فروشگاه‌ها، به جای تنظیم اسناد بیع از اسنادی چون سند صلح حقوق و یا ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده می‌کنند و هنوز نیز برخی از دادرسان معتقدند که حق سرقفلی را نباید در شمار اموال موجود در آورد، و لذا تردید دارند که آیا می‌توان سرقفلی را به عنوان یک حق مالی توقیف کرد یا خیر.

در ابتدا «مال» مفهوم گسترده‌ای نداشت. در گذشته «مال» به اشیای مادی اختصاص داشت. ولی تکامل و پیشرفت زندگی آن را از این معنای ابتدایی و محدود خارج ساخت، به طوری که اکنون هر آنچه قسمتی از ثروت را تشکیل دهد و بتوان آن را تملک نمود عنوان مال بر آن صادق است. بنابراین، چیزهایی از قبیل منازل و زمین و حقوق ارتفاقی و انتفاع و حق تألیف و اختراع، داخل در اموال است. پس مال به اشیای غیرمادی نیز اطلاق می‌شود، و به نظر می‌رسد که نویسندگان قانون مدنی هم آن را به معنی وسیع کلمه در نظر داشته‌اند و باید گفت که مقصود از این واژه تمام اشیاء و حقوقی است که دارای ارزش معاوضه و یا داد و ستد هستند. به موجب ماده ۲۱۴ قانون مدنی: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند». ظاهر ماده مزبور آن است که مورد معامله عبارت است از مال یا عمل، و بنابر تعریفی که از مال به معنی وسیع کلمه به دست آمد می‌توان حق را نیز در زمره اموال به شمار آورد. بنابراین، آنچه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد آن است که آیا حقوق می‌تواند مورد معامله یا نقل و انتقال و، به تعبیری دقیق‌تر، «مبیع» واقع گردد یا خیر.

گفتیم که به موجب ماده ۲۱۴ ق. م، مورد معامله مال یا عمل است، لیکن مستنبط از ماده ۳۳۸ ق. م این است که منفعت و حقوق نمی‌توانند مبیع واقع شوند بلکه فقط عین خارجی، کلی در معین و یا کلی فی‌الذمه می‌تواند مبیع باشد. از طرف دیگر، مستفاد از اطلاق کلمه «عوض» در ماده ۳۳۸ ق. م که می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» این است که اموالی که می‌توانند به عنوان ثمن مورد معامله واقع شوند بیش از اموالی است که به عنوان مبیع می‌توانند مورد معامله قرار گیرند. این تردیدها و سؤال‌ها مرا بر آن داشت تا در این زمینه مقاله‌ای تدوین و ارائه کنم در این مقاله، موضوع از دو دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

## الف - دیدگاه فقهای امامیه

در فقه، در مورد حقوق، که آیا می‌توانند ثمن قرار گیرند، دامنهٔ اختلاف چندان نیست، بلکه اختلافات بیشتر در مورد مبیع واقع شدن حقوق و یا عمل حر می‌باشد. به دیگر سخن، بعضی از فقها اساساً در مورد اینکه آیا عمل حر و یا حقوق می‌توانند مورد معامله یا مبیع واقع شوند، هیچ‌گونه بحث یا حتی اشاره‌ای ننموده‌اند؛ و این به معنای مخالفت صریح آنان با مطلب فوق است. اما همین عده این مسأله را که آیا عمل حر یا حقوق می‌تواند عوض معامله واقع گردد، مطرح و بر آن اشکال نیز کرده‌اند. از جملهٔ این دسته از فقها مرحوم آخوند خراسانی<sup>۱</sup>، صاحب کفایه است که در کتاب حاشیه‌المکاسب گفته است: اختلاف در این است که آیا حقوق می‌تواند عوض قرار داده شود یا خیر؟ تعلیلی که شیخ مرتضی نموده است مناسب مقام نیست. زیرا وی چنین گفته است: ان البیع تملیک الغیر و لالقبض بیع الدین اصلاً؛ یعنی تعلیل مزبور نمی‌تواند پاسخ سؤال مزبور باشد بلکه مناسب بود که این تعلیل در مقامی طرح شود که پرسیده شود آیا حقوق می‌تواند مبیع واقع شود یا نه سپس مرحوم آخوند می‌گوید: تحقیق آن است که گفته شود چنانکه اگر مالیت در معوض معتبر باشد نیز در عوض اعتبار دارد کما اینکه از کتاب مصباح همین مستفاد است پس در عدم صحت قرار دادن حق به عنوان عوض اشکالی متصور نیست و اگرچه این حق قابل نقل و انتقال باشد. لازم است یادآور شویم که در فقه امامیه مال را به پنج گروه تقسیم کرده‌اند:

- ۱- عین خارجی و اشیای مادی، نظیر گوسفند، کتاب؛
  - ۲- منفعت یا نفع عین، اعم از اینکه مادی باشد، مثل شیر گوسفند یا پشم آن مادامی که از گوسفند جدا نشده، و یا غیر مادی، نظیر بهرهٔ 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؛
- ش دین یا ذمه.

ظاهر کلام بعضی فقها<sup>۲</sup> این است که مبیع فقط باید عین باشد، و لذا حتی بیع منافع راهم جایز نمی‌دانند. شیخ در همان کتاب می‌افزاید: «از کلام بعضی فقهاء برمی‌آید که غیر از

۱. آخوند خراسانی، حاشیه‌مکاسب، تصحیح سید مهدی شمس‌الدین، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ص ۳.  
 ۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسبه، چاپ سنگی، خط طاهر خوشنویس ص ۷۹: والظاهر من لفظ البیع اختصاص المعوض بالین فلا یم ابدال المساقع بغيرها و علیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، حدیث اول، ص ۲۵. در کتاب فقه‌الامامیه نوشته سید محمد کاظم خلخالی که از تفسیرات حاج میرزا حبیب‌الله رشتی بوده، مشابه نظر مرحوم آخوند می‌خوانیم «یظهر عدم صدق البیع علی نقل الحق بطریق اولی لخروج عن الاموال حقیقه و حکماً فانه لا یجری عندهم مجری المال». پس بنا به نظر مؤلف، به دلیل مال نبودن حق و عدم مالیتش، حق نمی‌تواند ثمن بیع فر را بگیرد ولذا طریق اولی بیع آن است. بیع قرار گیرد.

عین را هم می‌توان به عنوان مبیع مورد معامله قرار داد، نظیر بیع خدمت و کار عبد مدبر، بیع سکونت در خانه که صاحبش معلوم نیست و یا بیع و شرا، اراضی خراجیه.<sup>۱</sup> وی ضمناً اخباری از ائمه (ع) در تأیید این گفتار نقل می‌کند و پس از نقل آنها می‌گوید: اظهار از استعمال لفظ بیع در نقل منابع در این گونه روایات از باب مسامحه در تعبیر است، کما اینکه لفظ اجاره در نقل بعضی از اعیان مثل میوه بردختان به کار برده می‌شود.<sup>۲</sup> به علاوه، مرحوم شیخ ضمن تقسیم حقوق<sup>۳</sup> به سه دسته متفاوت، معتقد است که هیچ یک از این حقوق نمی‌تواند به عنوان عوض یا ثمن مورد معامله واقع شود.

## ۲- عدم لزوم عین بودن مبیع

نظر بسیاری از فقهای امامیه آن است که بیع اختصاص به نقل عین داشته و مورد آن حتماً باید از اعیان باشد، چنانکه ماده ۲۳۸ ق.م.بیع را به تملیک عین به عوض معلوم تعریف کرده است. برای روشن شدن مطلب، عقیده فقهای<sup>۴</sup> را که موافق نظر مزبور هستند به اختصار ذکر می‌کنیم.

ظاهر این است که عین بودن شرط است برای مبیع، چرا که روشن است که عرف مفهوم بیع را تملیک اعیان می‌داند، بنابراین شامل تملیک منافع نمی‌شود، پس ادله بیع مختص نقل اعیان است و شامل تملیک غیر عین نمی‌شود (مثلاً منافع). البته از آنچه که صاحب الفقه علی المذاهب الاربعه حکایت کرده است، ظاهر است که فقهای مالکی و حنلی اطلاق بیع بر تملیک منافع را جایز می‌دانند. اما این مطلب خلاف ارتکاز عرفی است. علاوه بر آنچه گفته شد، مجرد شک در صدق مفهوم بیع بر تملیک منافع ما را وامی‌دارد که تملیک منافع را مشمول ادله بیع نگیریم. پس این ادعا، ادعای صحیحی است که از مفهوم بیع فقط تملیک عین

۱. مرحوم شیخ حقوق را به سه دسته تقسیم کرده است: ۱- حقوقی که اساساً قابل معاوضه نیستند، مانند حق الحضانه. ۲- حقوقی که قابل معاوضه هستند ولی قابل نقل و انتقال نیستند، مثل حق شفعه و حق خیار. ۳- حقوقی که قابل نقل و انتقال اختیاری به دیگران است، مانند حق تحجیر و حق السبق.

۲. حاج سید ابوالقاسم خوئی، *مصباح الفقاهه*، ج ۱، ص ۱۶ تا ۱۷، چاپ نجف، جلدی.

این قسم از حقوق اگر چه قابل نقل و انتقال به دیگران است (مجاناً یا به عوض) و نیز اگر چه در باب صلح مقابله با مال هم می‌کند (گاهی صلح بر عین است و گاه بر منفعت و گاهی بر حق، ولی بحث ما در باب بیع است و عوض شدن این حقوق در بیع اشکال دارد و منشاء اشکال این است که در عوضین در بیع هم از نظر سنت و هم از نظر عرف و عقلا مالیت معتبر است و مگر نه معامله را سفوی می‌دانند و ظاهر این شروط انحصار است یعنی عوضین باید مال باشند و مرحوم شیخ به حق التحجیر و مانند آن عرفاً مال اطلاق نمی‌کند پس اینها عوض واقع نمی‌شوند و بر فرض شک در مالیت آنها شک در صحت بیع پیدا می‌شود و مجرای اصالة القضاء خواهد بود که اصل اولی در معاملات است. حال که حقوق قسم سوم، عوض مبیع واقع نمی‌شود بطریق نونی قسم اول و دوم عوض واقع نمی‌گردند چون اصلاً قابل نقل هم نیستند و بر فرض قبول نقل چون مالیت ندارند یا مالیت آنها مورد شک است لذا بیع آنها صحیح نخواهد بود و مالا یقبل النقل لا یقبل التملیک فلا یصلح بیع ثمناً و مثماً.

متبادر می‌شود و سلب مفهوم بیع از تملیک منفعت هم صحیح است و شکی هم نیست که متبادر و صحت سلب هر دو از علائم حقیقتند. بنابراین، حقیقت بیع تملیک عین است و استعمال آن در غیر از تملیک عین مجاز است. این مطلب اثبات مفهوم بیع در زمان حاضر است. وقتی این مطلب اثبات شد، برای مردم زمان‌های پیشین نیز ثابت می‌شود، زیرا اصالت عدم النقل، یعنی همان استصحاب قهقرایی، مؤید مطلب است. و ما در علم اصول گفته‌ایم که استصحاب قهقرایی حجیت ندارد مگر در یک مورد؛ و آن تبادل معنی خاصی در زمان فعلی از یک لفظ است و شک در این که آیا در گذشته هم همین معنی متبادر بوده است یا خیر، که استصحاب قهقرایی مقتضی ثبوت همین معنی در گذشته است و دلیل بر حجیت استصحاب مزبور، هم بنای عقلا است و هم سیره علماء، زیرا اگر این استصحاب و حجیت آن پذیرفته نشود اصل اجتهاد زیرسؤال می‌رود، زیرا این احتمال بعید نیست که روایات در عرف ائمه (ع) در معانی دیگری غیر از فعلی به کار رفته باشد و هیچ راهی برای دفع این احتمال بجز استصحاب قهقرایی وجود ندارد.

مؤید مطلب ما که گفتیم بیع اختصاص به اعیان دارد دو چیز است:

- ۱- آرای فقهاء بر اختصاص دادن معوض در بیع بر اعیان بنای گردیده است.
- ۲- آنچه بعضی از عامه بیان کرده‌اند مبنی بر اینکه بیع در لغت اخراج ذات نزمالکیت بوسیله عوض است، و تملیک منفعت بیع خوانده نمی‌شود. گفته شده است عبارت فیومی در مصباح که بیع عبارت است از مبادله مال به مال شامل منافع هم می‌شود. بنابراین اختصاص به اعیان ندارد. جواب این است که عبارت مصباح تعریف حقیقی نیست تا مطلق گرفتن آن لازم آید و حکم شود به اینکه شامل منافع هم می‌شود، بلکه تعریف لفظی است و در تعریف لفظی هم تساهل و مسامحه زیاد است. با آنچه که توضیح دادیم فرق میان بیع و اجاره ظاهر گردید که گرچه صیغه اجاره متعلق به عین مستأجره است، مثل آجر تکّه هذالدار، اما اثر آن تملیک منفعت است، به خلاف بیع که همان‌گونه که صیغه آن متعلق به عین است اثر آن هم تملیک عین است و این معنی را از استظهار مرحوم شیخ انصاری (ره) در خصوص اختصاص معوض در بیع به اعیان است و گفته است والظاهر اختصاص المعوض فی البیع بالاعیان. نتیجه اینکه اطلاق کلمه بیع بر تملیک منافع مبنی است بر عنایت و مجاز و این معنا در کلام فقهای هم وارد شده است و در روایات زیادی در مواضع گوناگون نیز وارد گردیده است، مثل اخباری که دلالت بر فروش بیع خدمت مدبر دارند و باروائی که در مورد بیع سکونت‌خانه وارد شده یا اخباری که در فروش بیع اراضی خراجی و خرید آنها وارد گردیده و در پاروای از احادیث لفظ شراء بر غیر نقل اعیان اطلاق گردیده است، از آنچه گذشت فارق بین بیع و هبه معوضه برای شما روشن شد، زیرا بیع بنا بر تعریف ما تبدیل عین به چیز دیگری است، به خلاف هبه معوضه که حقیقت و قوام آن به مجانی بودن است و عوض عنوان شرط دارد و دلیل بر آن هم این است که اگر موهوب له عوض را نپرداخت عقد باطل نمی‌شود بلکه و خیار تخلف شرط باقی می‌ماند.

بنابراین، از دیدگاه این دسته از فقها هیچ یک از حق و منفعت و یا انتفاع نمی‌توانند بیع واقع شوند، و حتی تأیید کرده‌اند که ثمن بیع را نیز نمی‌توان حتی از حقوق قرار داد زیرا بیع داخل در عقود مالی است و حق، هر چند در بعضی موارد تعلق به مال می‌گیرد اما فی‌نفسه مال محسوب نمی‌شود و انتفاع هم به طریق اولی ثمن بیع واقع نمی‌شود به جهت اینکه بیع از عقود تملیکی است و انتفاع در حقیقت ملک نبوده بلکه یک نحو تسلط است. اما در مورد منفعت گفته‌اند که ظاهر اطلاق عوض در تعریف بیع آن است که می‌شود آن را عوض بیع قرار داد.

اما برخی از فقها در مخالفت با عقاید دسته اول گفته‌اند که علاوه بر اعیان خارجی: منافع و یا حتی حقوق را می‌توان بعنوان بیع مورد معامله قرار داد:

کسانی که معتقدند بیع باید فقط اعیان باشد به دلیل این است که ادله را متصرف به آنچه معهود خارجی است دانسته‌اند و یا ممکن است در شمول ادله نسبت به غیر اعیان شک کرده و لذا اصل را در عدم شمول می‌دانند. و یا شاید به دلیل تمسک به تبادر عرفی و یا صحت سلب بیع از تملیک منافع چنین نظری را اختیار کرده‌اند. و حال آنکه نه تبادر و نه صحت سلب در اینجا محلی ندارد زیرا تبادر ناشی از غلبه افراد مفید نیست و صحت سلب ادعا شده هم چون رجوع به چنین تبادری می‌کند قابل استناد نمی‌باشد. از طرف دیگر، بیع غیر اعیان در نزد عقلا و عرف بسیار متداول و متعارف است، کما اینکه زارعین هنگام ترک مزارع و مهاجرت از مناطق زراعی، باغات، آثار اعمالشان در زمین را می‌فروشند. مثل حق شیار و حفر جداول و تصفیه اراضی. و هیچ شکی در صدق بیع بر آنها وجود ندارد. و نیز گاهی متعارف است در عصر ما فروش حق عقلاهی، یا اعتباری را مورد انتقال قرار می‌دهند که در دکان‌ها و غیر آن وجود دارد که به اصطلاح امروزی، سرقلمی یا حق آب و خاک می‌نامند و شکی نداریم که کسی آنها را غیر بیع بشمرد و نیز شبهه‌ای در صدق مفهوم بیع بر آنها وجود ندارد. بنابراین، بیع منافع و حقوق، هم بیع عرفی است و هم لغوی، ولو اینکه فرض بطلان آنها شود.<sup>۱</sup>

## ۲- تعریف و مفهوم عین

فقها<sup>۲</sup> در تعریف «عین» گفته‌اند: عین یعنی چیزی که اگر در خارج یافت شود دارای ابعاد ثلاثه طول و عرض و عمق باشد و تردیدی نیست که عین با این معنی مقابل منفعت و حق و همه اعراض مقولیه می‌باشد. بنابراین، مفهوم عین شامل تبدیل منفعت و حق به حق نمی‌شود. پس منظور از اینکه متعلق بیع عین است، شخصی بودن و جزئی بودن بیع نیست، زیرا بدیهی است که بیع علاوه بر اعیان شخصی شامل کلی مشاع مثل یک‌سوم خانه، و کلی در

۱. امام خمینی، البیوم، ج ۱، ص ۱۴ و ۱۵

۲. حاج سید ابوالقاسم خوئی، هسان، ج ۲، ص ۱۶ به بعد.

معین مثل یک صاع از صبره، و کلی فی الذمه مثل بیع یک من گندم به صورت سلم یا حان، و کلی ثابت در ذمه دیگری می‌شود. بر همه این امور عنوان عین صدق می‌کند و متعلق بیع هم قرار می‌گیرند، با اینکه بر افراد کثیره، بلکه افراد غیرمتاهی قابل انطباق هستند. مثلاً یک صاع از صبره هم بر سمت چپ آن و هم بر سمت راست آن یا هر قسمت صبره مشتمل می‌شود. حالت ملکیت، حالت وجوب و حرمت است. همان‌گونه که وجوب بر کلی صلوة بار می‌شود و صلوة خارجی مصداق آن کلی است، ملکیت هم گرچه گاهی بر جزئی حقیقی بار می‌شود لیکن گاهی نیز بر یک کلی اطلاق می‌شود که عین خارجی مصداق آن کلی است. اما خود بیع کلی فی الذمه بر دو قسم است: گاهی بیع بر آن کلی انجام می‌شود که قبل از بیع در ذمه قرار گرفته است، مثل بیع دین به کسی که مدیون است، و گاهی قبل از بیع چیزی در ذمه نیست و با خود بیع در ذمه قرار می‌گیرد، همان‌گونه که در بیع سلم متعارف است.

از دو نظر در این مطلب مناقشه شده است:

**مناقشه اول:** بیع، مبادله مال به مال است و این مبادله تحقق پیدا نمی‌کند مگر بعد از اینکه در ظرف مناسب خودشان در خارج یا در ذمه متحقق شوند. بنابراین در صورت دوم بیع کلی که چیزی قبل از بیع در خارج و در ذمه وجود ندارد، بیع نمی‌تواند صحیح باشد. و این که توهم شده است که اگرچه کلی در ذمه وجود داشت ولی همراه با بیع و بوسیله آن ایجاد می‌شود باطل است. زیرا بدیهی است که نسبت بیع به متعلقش مثل نسبت حکم است به موضوعش. و همچنانکه تکفل حکم به موضوعش محال است (باید اول موضوعی باشد تا حکم بر آن بار شود) تکفل بیع به متعلقش نیز محال است.

**جواب مناقشه:** بیع، چیزی جز مبادله در تملیک نیست و ملکیت از امور اعتباری است که متوقف بر وجود موضوعش در خارج یا در ذمه نیست. البته پذیرفتنی است که متعلق ملکیت باید صلاحیت تعلق بیع به آن در نظر عقلا را داشته باشد. بنابراین، اگرچه کلی قبل از اضافه شدن به ذمه از مفاهیم خیالی است و رأساً صلاحیت تعلق بیع را ندارد، لیکن بعد از اضافه شدن به ذمه در شمار اموال محسوب شده و مرغوب الیه عقلا قرار می‌گیرد. بنابراین، در صحت بیع مافی الذمه فرقی بین کلی که قبل از بیع در ذمه بوده و کلی که با انجام بیع در ذمه قرار می‌گیرد نیست و در صورت اخیر در حقیقت دو امر حاصل می‌شود:

۱- کلی متصف به ملکیت می‌شود،

۲- کلی ملک مشتری می‌گردد.

البته بعضی جواب دیگری را به مناقشه مزبور داده‌اند، و آن اینکه بایع قبل از تصدیق به بیع کلی را در ذمه خودش اعتبار می‌کند سپس آن را به مشتری بیع می‌نماید. پس کلی صلاحیت تعلق بیع را داشته است، اما این پاسخ صحیح نیست، زیرا این اعتبار کلی را از واقعیت خودش جدا نمی‌سازد و بر حقیقت آن چیزی نمی‌افزاید و آن را متصف به وصف ملکیت نمی‌نماید، تنها بعد از بیع است که کلی متصف به صفت ملکیت می‌شود.

مناقشه دوم: ملکیت از مقوله اعراض است و شکی نیست که اعراض وجود پیدانمی‌کنند مگر اینکه دارای محلی باشند و کلی فی‌الذمه قبل از بیع هیچ وجودی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد.

جواب این مناقشه به صورت مختلفی داده شده است:

۱- پاسخ علامه سید محمد کاظم طباطبائی<sup>۱</sup> در حاشیه بیع (مکاسب)، وی می‌گوید: ملکیت اگرچه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عتقلاً پایدار است. بنابراین موضوع ملکیت نیز می‌تواند به اعتبار شارع یا عتقلاً موجود باشد. (یعنی همان طور که خود ملکیت اعتباری است موضوع آن نیز می‌تواند اعتباری باشد) همان طور که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند درحالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند، مثل نماز برای وجوب و زنا برای حرمت قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کنند. بنابراین شارع یا عتقلاً می‌تواند کلی ذمی را اعتبار کند تا موضوع ملکیت قرار گیرد.

۲- پاسخ فاضل نراقی به مناقشه مزبور، در کتاب *عوائد الایام* چنین است:

بیع، انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری، چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده، مثلاً وقتی گندمی هم اکنون وجود ندارد و شخص گفت: فروختم یک من گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد فعلاً به تو انتقال می‌دهم. یعنی انتقال فعلی است ولی ملک فعلی نیست. بنابراین، گرچه انتقال فعلی است، ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد؛ و آنچه از اعراض است، یعنی ملک، فعلی نیست تا مناقشه مذکور صحیح باشد.

مرحوم آیت‌الله خوئی ضمن رد پاسخ مزبور می‌گوید: اولاً بیع، چنان که فاضل نراقی گفته است، انتقال منک نیست، و به علاوه ملک هم از اعراض مصطفحه نیست، همان گونه که قبلاً اشاره شد. ثانیاً انتقال ملک به خودی خود از عناوین استقلالی نیست بلکه به لحاظ وجود نسبت یا مکان است. بنابراین، وقتی نسبت ملکیت به معدوم محال باشد به طریق اولی

۱. سید محمد کاظم طباطبائی، *حاشیه مکاسب*، ج اول، ص ۱۱۶، چاپ سری.

۲. ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، نقل از آیت الله خوئی، *مصباح الفقاهه*، ج ۲، ص ۱۷ و بعد.

انتقال حاصل از آن محال است. سپس ایشان نظر خود را چنین بیان می‌دارد: «ملکیت یک امر صرفاً اعتباری است. بنابراین نیازمند یک محل موجود نمی‌باشد».

### ب - دیدگاه حقوقدانان

همان گونه که بین فقها در اینکه آیا حقوق می‌تواند موضوع تعهد یا عقد بیع قرار گیرد اختلاف نظر بود، در میان حقوقدانان نیز اختلاف مزبور وجود دارد. یکی از حقوقدانان به پیروی از فقهای امامیه گفته است: «بیع اختصاص به نقل عین داشته و مورد آن حتماً باید از اعیان باشد، چنانکه ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را به این طور تعریف کرده، پس هیچ یک از حق و منفعت و انتفاع، میباید واقع نمی‌شوند و ثمن میباید را نیز نمی‌تواند حقی از حقوق قرار داد زیرا بیع داخل در عقود مالی است و حق هر چند در بعضی موارد تعلق به مال می‌گیرد اما فی نفسه مال محسوب نیست و انتفاع هم به طریق اولی ثمن میباید واقع نمی‌شود به جهت اینکه بیع از عقود تملیکی است و انتفاع در حقیقت ملک نبوده بلکه یک نحو تسلطی است. اما منفعت، ظاهر اطلاق عوض در تعریف بیع آن است که می‌شود آن را عوض میباید قرار داد، و هنوز برنخورده‌ام که کسی منع صریحی از آن کرده باشد»<sup>۱</sup>.

هنوز هم برخی محاکم<sup>۲</sup> و عده‌ای بر این نظر قدیمی اصرار دارند که مال باید وجود مادی و خارجی داشته باشد، و بر همین اساس امال غیرمادی و حقوق معنوی مانند سرقفلی و حق تألیف و علامت تجاری و صنعتی را مال محسوب نمی‌کنند و معتقدند که اینها مالیت ندارند و در نفوذ و انتقال حقوق تردید می‌کنند، در حالی که آنچه مورد نقل و انتقال و داد و ستد واقع می‌گردد حقوق مالی است و در یک تقسیم‌بندی، حقوق مالی به حقوق عینی و دینی تقسیم می‌گردد و یکی از اقسام حقوق عینی عبارت است از حق مالکیت، بنابراین، اگر به درستی در مسأله دقت شود ملاحظه می‌کنیم که در عقود تملیکی، مانند عقد بیع،

۱. مرحوم محمد پروجردی عینده، *حقوق مدنی*، ص ۱۳۰.

۲. برای مثال حق سرقفلی که در عرف دادوستد (سخن از خرید و فروش آن) می‌شود در اجرای احکام دادگستری قابل توقیف نیست و هنوز برخی از داوران معتقدند که سرقفلی را باید در شمار اموال موجود آورد، لذا تردید دارند که آیا می‌توان سرقفلی را به عنوان یک حق مالی بازداشت کرد یا نه. منشا تردید همان جا است که حقوق مالی را به عنوان جزئی از دارایی اشخاص به حساب نمی‌آورند. و به دیگر سخن، حقوق را جزو اموال موجود نمی‌آورند. در حالی که سرقفلی در بازار قابل تبدیل به پول است. بنابراین اگر چه فروش سرقفلی را قانون روابط مؤجج و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ انتقال می‌نماید ولی چنانکه گفته شد در عرف بازار داد و ستد، سخن از فروش سرقفلی است و بر روی مغازه‌ها هم عبارت «سرقفلی واگذار می‌گردد» یا اینکه «سرقفلی این ملک به فروش می‌رسد» دیده می‌شود. پس دفترخانه‌های اسناد رسمی در اسناد انتقال سرقفلی مغازه‌ها و دکاکن به جای تنظیم سند صلح حقوق یا غیره، شایسته است که از فروش آن سخن گویند و نمایل عمومی عرف را نادیده بگیرند.

آنچه مورد خرید و فروش یا نقل و انتقال واقع می‌گردد چیزی نیست مگر حق مالکیت. به سخن دیگر، در عقد بیع، فروشنده حق مالکیت و رابطه اعتباری و قراردادی و معنوی خود را با موضوعش به خریدار منتقل می‌نماید. نهایتاً، در لسان حقوقی از آن به فروش میب (موضوع حق مالکیت) تعبیر می‌کنند. در نتیجه، این سؤال مطرح می‌گردد که حق مالکیت بر عین را می‌توان فروخت، اما چرا نتوان حقوق مالی دیگر، نظیر حقوق معنوی (سرقلمی، حق تألیف و غیره) را فروخت در حالی که هر دو جزو حقوق اند؟ در پاسخ آن، به گفته استاد محترم جناب دکتر کاتوزیان «آیا محسوس نبودن تسلیم و قبض این اموال مانع گسترش بیع است یا مانع اجتماعی و اقتصادی در کار است یا عادت و سنت گرایی از این پیشرفت جلوگیری می‌کند؟ پیوستن انتقال اموال غیرمادی به بیع، احکام مربوط به این انتقال را یکسان و روشن می‌کند و از اختلاف و پراکندگی‌ها می‌کاهد. بنابراین، آنچه منطقی به نظر می‌رسد و حقوق ما را به خانواده جهانی نزدیک می‌کند این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض اطلاق شود، خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بی‌درنگ صورت پذیرد یا معلق به شرط شود یا مدتی به تأخیر افتد.»<sup>۱</sup>

برخی دیگر از حقوقدانان، نظر به گسترش مفهوم بیع و توسعه مصادیق مفهوم مال و مالیت، و نظر به تحولات قانونگذاری در ایران، ضمن پذیرش این نظر که عین بودن میب از عناصر سازنده بیع نیست، مانند حقوق فرانسه طلب را هم قابل خرید و فروش می‌دانند؛ نهایتاً، با هیجان و شتابزده ماده ۳۳۸ قانون مدنی را منسوخ دانسته و گفته‌اند قانونگذار در مواد فراوان که پس از قانون مدنی تصویب کرده‌است در مورد تعریف بیع خود را پایبند ماده ۳۳۸ ق. م نمی‌داند.<sup>۲</sup> این نظر از لحاظ اعتقاد به نسخ ضمنی ماده ۳۳۸ ق. م به عنوان راه حلی برای گریز از نظر قدیمی (لزوم عین بودن میب)، با فواید حقوقی سازگار نیست. برای یافتن راه حل یک مسئله صورت مسئله را حذف نمی‌کنند بلکه باید راه حل دیگری اندیشید. (الجمع مهما ممکن اولی من الطرح). بنابراین، در پاسخ این پرسش که «چرا برخی از فقیهان علی رغم اینکه میب را متحصر در عین ندانسته و بلکه شامل حق و غیره هم می‌دانند، اما عقد بیع را تبدیل یا مبادله مال به عین تعریف کرده‌اند؟» باید گفت آنان برای اینکه ماهیت عقد بیع را از تعریف اجاره ممتاز سازند در تعریف بیع از واژه «عین» استفاده می‌کنند نه اینکه خواسته باشند با قید عین، اموال غیرمادی (حقوق) را از شمول تعریف بیع خارج سازند.

۱. دکتر کاتوزیان، *حقوق مدنی*، عقود معین ۱، ص ۳۰۶.

۲. جعفر جعفری لنگرودی، *دائرة المعارف فقهی و تجارت*، ج ۱، ص ۴۶۲.

مرحوم شیخ انصاری<sup>۱</sup> در مکاسب، در جایی که آیا منفعت را می‌توان عوضی از مبیع قرار داد، به مخالفت آقا وحید بهبهانی نسبت به نظر مشهور اشاره کرده‌اند. آقا وحید مدعی است که در باب بیع، عوض و معوض هر دو باید عین باشند و منفعت همان گونه که مبیع واقع نشد عوض هم واقع نمی‌گردد. سپس شیخ انصاری در رد نظر مزبور می‌گوید: «منظور مشهور از تعبیر به «البيع نقل الاعیان» این نیست که مبیع و ثمن هر دو عین باشند بلکه منظور از این تعبیر روشن نمودن وضعیت مبیع است، یعنی مبیع باید از اعیان باشد. به دلیل اینکه مشهور فقها این تعبیر را در مقابل اجاره به کار می‌برند و برای تفکیک بیع از اجاره می‌گویند: بیع نقل اعیان است و اجاره نقل منافع است.»  
 همچنین مرحوم صاحب *مفتاح الکرامه* در این زمینه گفته است: «والمراد بالعین هنا ما قابل المنفعة. فکانت هی المقابله للعین، فتخرج الاجاره الموضوعه لنقل المنافع...»<sup>۲</sup>

### نتیجه بحث

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که باید تعریف بیع را در قانون مدنی به معنا و مفهوم وسیع‌تری به کار ببریم، چنانکه در حقوق فرانسه و مانند آن، طلب نیز می‌تواند مبیع واقع شود و ضرورتی ندارد که مبیع از اعیان باشد.

بنابراین، محاکم و دفترخانه‌های اسناد رسمی می‌توانند از همین سو حرکت کنند و قید «عین» را در تعریف قانونگذار از عقد بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، ویژه تمیز عقد بیع از اجاره (تملیک منافع) بدانند؛ بویژه که قوانین خاصی نظیر قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ و برخی مواد قانون تجارت<sup>۳</sup> و ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی در این زمینه وجود دارد که این نظر را تأیید می‌کند.

۱. شیخ مرتضی انصاری، *مکاسب*، تعریف عقد بیع.

۲. سید محمد جواد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامه*، شرح بر قواعد علامه، ج ۴، ص ۱۴۸ به بعد. شهید ثانی.

۳. *مسئله‌الافتحاح* ج ۱، ص ۱۶۹ به بعد. دکتر کاتوزیان، *منبع قلبی*، ص ۳۰۷.

۳. در قانون تجارت به نقل و انتقال سهام شرکت‌ها که جزو اموال منقول تجاری محسوب می‌گردند اشاره شده است و در وقع سهم شرکت‌ها در شرکت‌های تجاری جزو حقوق مالی به شمار می‌رود. مواد ۳۴ تا ۳۶ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت؛ ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۷ مقرر می‌دارد: «... دولت مکلف است قبوض اقساطی دریافتی آنها را تضمین و در چنین صورتی بانکها و مؤسسات اعتباری می‌توانند این قبیل قبوض اقساطی تضمین شده را خریداری نموده و وجوه حاصله از این بابت را در اختیار فروشنندگان املاک مشمول قرار دهند...»

### فهرست منابع

- امام خمینی، *البیح*، ج ۱.
- انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*؛ چاپ سنگی، خط طاهر خوشنویس
- انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*؛ تعریف عقد البیح.
- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*.
- جعفری لنگرودی، جعفر، *دائرة المعارف مدنی و تجارت*، ج ۱.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرواحه*، شرح بر قواعد علامه، ج ۴. شهید ثانی، *مسائلک الافهام* ج ۱.
- خراسانی، آخوند، *حاشیه مکاسب*، تصحیح سید مهدی شمس الدین؛ وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- خوئی، حاج سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۱، چاپ نجف، حیدری.
- طباطبائی، سید محمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، ج اول، چاپ سربی.
- کاتوزیان، *حقوق مدنی*؛ عقود معین ۱.
- نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، نقل از آیت الله خوئی؛ *مصباح الفقاهه*، ج ۲.