

بررسی ریشه نظری عینیت مبیع در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه*

محمد بهرامی خوشکار**

سید سعید حسینی یکتا***

صادق صیادی (نویسنده مسئول)****

چکیده

بیع، از کهن‌ترین و رایج‌ترین عقود در جوامع بشری است. این عقد پر اهمیت، مورد امضای شارع در شریعت مقدس اسلام قرار گرفته و با توجه به ماهیت عرفی آن فقیهان تعاریفی از عقد بیع ارائه نموده‌اند. با تأمل در اغلب این تعاریف استنباط می‌شود که مبیع باید «عین» باشد، درحالی‌که امروزه اموالی که وجود خارجی ندارند مانند ارزهای دیجیتال و انواع مختلف حقوق از جمله حق تألیف، سرقلمی و... به کثرت در عرف، مورد خرید و فروش واقع می‌شوند. با تدقیق در دیدگاه فقیهان، مشخص می‌شود که در رابطه با الزام عین بودن مبیع، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و برخی از آنان، بیع را «انتقال ملک» و بعضی دیگر «انتقال عین» تعریف کرده‌اند. اختلاف نظر در این زمینه در نظرات حقوق دانان هم قابل مشاهده است. در کتاب و سنت نیز مطلبی در رابطه با ضرورت عین بودن مبیع مطرح نگردیده و همچنین برای این موضوع نصی در منابع فقهی یافت نشده و فقهای متقدم نیز بر مبنای فتاوی سایر فقها به این شرط تصریح کرده‌اند. اگر چه در سال ۱۳۰۷ تعریف عقد بیع، تعریفی سازگار با جامعه و عرف تلقی می‌شده است، اما در دوره زمانی کنونی ادله طرفداران عینیت مبیع مورد قبول نبوده و محل انتقاد هستند و باید قید «عین» از تعاریف مذکور حذف و تعبیری مناسب با واقعیت عرفی ارائه گردد که به اعتقاد نگارندگان این تعبیر، «مال» اعم از عین خارجی، حق، منفعت و... است. این پژوهش با روش توصیفی، تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه‌ای انجام شده است.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۰۴/۰۷- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۰۷/۱۴- نوع مقاله: علمی، ترویجی.

** دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران/

m1.khoshkar@gmail.com

*** کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران/

sayyedsaeed.hoseini@gmail.com

**** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (ره)، تهران، ایران/

sadegh.sayyadi@gmail.com

مقدمه

ماده ۳۳۸ قانون مدنی عقد بیع را «تملیک عین در مقابل عوض معلوم» معرفی کرده است. همان‌طور که در این تعریف مشخص است مبیع باید عین باشد، درحالی‌که لزومی در خصوص ثمن از این جهت که از اعیان باشد وجود ندارد. ریشه نظری این تعریف را باید در کلام فقیهان امامیه جستجو کرد. فقیهان امامیه در تعبیر خود از عقد بیع به کرات لفظ «عین» را به کار برده و در نظر مشهور عین در مقابل منفعت و حق می‌باشد. به بیان دیگر، تعبیر «عین»، مختص اموال مادی است. همین تفسیر از عین نیز توسط حقوق‌دانان بیان شده است.

با این تفسیر، اموال غیرمادی که در حال حاضر مورد خرید و فروش قرار می‌گیرند بیع نبوده، بلکه باید این معاملات را مشمول قرارداد دیگری مثل صلح یا ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. این دیدگاه با واقعیت عرفی سازگار نبوده و فاصله بسیاری با آن دارد، چرا که در عرف به وفور اموال غیرمادی مثل امتیاز نشر، حق سرقفلی، سهام شرکت‌ها و... مورد خرید و فروش قرار می‌گیرند. حتی در خصوص برخی از این اموال قانونگذار از جمله سهام شرکت‌ها به کرات از لفظ خرید و فروش استفاده کرده است، به همین علت برخی از اساتید حقوق قائل به عدول قانونگذار از تعریف بیع در ماده ۳۳۸ و نسخ آن شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۱/۴۶۲) که به اعتقاد نگارندگان از مبنای صحیحی برخوردار نیست، زیرا به حکم قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح»، امکان جمع بین ماده ۳۳۸ و این قبیل مواد وجود دارد و آن اینکه عدم اشاره قانونگذار به نسخ ماده ۳۳۸ در فرایند اصلاح این قانون در سال ۱۳۶۱ نشان‌دهنده این است که قانونگذار درصدد ارائه تفسیری وسیع‌تر از عین به منظور نزدیک شدن به حقیقت عرفی است.

با مراجعه به سوابق پژوهشی در این زمینه می‌توان دریافت تحقیقات گرانقدری در خصوص بیع اموال غیرمادی توسط صاحب‌نظران در فقه و حقوق صورت گرفته است و همگی درصدد تفسیری از عقد بیع و به‌ویژه «مبیع» بوده‌اند تا با واقعیت





عرف عصر حاضر هماهنگ باشد و تفسیری از عین (عین در مقابل منفعت) ارائه کرده‌اند که فروش اموال غیرمادی مانند سهام شرکت‌ها در قالب ماده ۳۳۸ قانون مدنی بگنجد، ولی در حد این نظریه باقی مانده‌اند که مبیع می‌تواند از اموال غیرمادی هم باشد، اما معتقد به عدم قابلیت انعقاد عقد بیع نسبت به منافع شده‌اند و معتقدند منافع را نمی‌توان فروخت و مبیع نمی‌تواند منفعت باشد. این تحقیق به خلاف نوشته‌های پیشین به مبیع قرار گرفتن منفعت در قالب بیع نیز پرداخته است. در این جستار بر آنیم به ریشه نظری عینیت مبیع پرداخته و ادله موافقین و مخالفین عینیت را بررسی کرده و مشخص نماییم که ادله موافقین عین بودن مبیع قابل قبول است یا خیر؟ مبیع با گذر زمان تغییرپذیر است یا خیر؟ مبیع می‌تواند علاوه بر عین مادی، از حقوق و منافع هم باشد؟ به منظور یافتن پاسخ مناسب به این سؤالات، قبل از ورود به ادله فقیهان که مهم‌ترین بخش این جستار است به ریشه تاریخی کلمه «عین» و نظر حقوق‌دانان موافق و مخالف عینیت می‌پردازیم.

۱. ریشه تاریخی کلمه «عین» و مراد از آن در کلمات فقیهان و حقوق‌دانان

در خصوص پیدایش اختصاص قید عین به مبیع با بررسی‌های به عمل آمده مشاهده می‌گردد تا دوران شیخ مفید رحمته‌الله هیچ عبارتی که دال بر لزوم قید عینیت در مبیع باشد وجود نداشته و خود شیخ مفید عقد بیع را این‌گونه تعریف کرده است: «بیع عقدی است که با تراضی بین دو نفر در آنچه که مالک آن هستند منعقد می‌گردد». (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱)

اولین فقیهی که قید عین را در تعریف بیع به کار برده است فقیه معظم سید مرتضی علم الهدی می‌باشد و باید گفت ریشه عینیت مبیع به تعریف سید مرتضی برمی‌گردد.

سید بیع را این‌گونه تعریف کرده است: «عقدی است که با آن، عین مملوک از شخصی به شخص دیگر در مقابل عوضی مشابه یا مخالف آن در وصف، بر وجه تراضی منتقل می‌گردد». (سید مرتضی، ۱۴۰۵: ۲/ ۲۶۵) بنابراین، این گفته برخی



از اساتید حقوق که ریشه تاریخی کلمه «عین» به تعریف شیخ طوسی از عقد بیع باز می‌گردد صحیح نمی‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱/۱)

به هر حال، متابعت از قید عینیت تا اواخر قرن ششم در لسان فقها جریان داشت (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۶؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۵۰/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۲۴۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲/۷۶؛ طوسی، ۱۴۰۸ق: ۲۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۲/۴۴۷) تا اینکه فقیهان بزرگی چون محقق حلی و شهید اول با این قید مخالفت نمودند و به جای انتقال عین از انتقال ملک در تعریف بیع، سخن به میان آوردند (محقق حلی، ۱۴۰۸ه: ۲/۷؛ سبزواری، ۱۴۲۱ق: ۲۴۱؛ شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۰۴)، اما این تعاریف هم از نقد توسط دیگر صاحب‌نظران مصون نماند، چراکه از نگاه ایشان تعریف یاد شده شامل عقد اجاره و هبه معوض نیز می‌گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳/۲۲۲، سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۲۳؛ بحرانی، بی تا: ۱۱/۲۴۵) به هر حال از اواخر قرن هفتم به بعد قید «عینیت» در تعاریف فقهی مجدداً متداول گشت و تا عصر کنونی هم در آثار فقیهان چنین قیدی مشاهده می‌گردد. (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۱/۴۱۲؛ اسدی حلی، ۱۴۱۹: ۲/۵۳۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۲/۵۴؛ شهید ثانی، بی تا: ۱/۵۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰/۴۱۸؛ بحرانی، بی تا: ۱۱/۳۷۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۴۷۵؛ خونی، بی تا: ۲/۱۶؛ حسینی روحانی قمی، بی تا: ۳۰۱؛ قمی، ۱۴۲۶: ۷/۳۶۲)

حال که سیر تاریخی کلمه «عین» نمایان شد لازم است مراد از «عین» در کلمات فقیهان و حقوق‌دانان مشخص گردد. گروهی از فقها، «عین» را به چیزی تعبیر کرده‌اند که در مقابل منفعت و حق قرار دارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۳؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۳۹؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶/۲۰۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۵)

به عبارت دیگر، «عین»، موجود متعین خارجی است و هر آنچه که اگر موجود گردد، دارای وجود مادی و محسوس خواهد بود که شامل عین معین، کلی مشاع، کلی در معین و کلی فی‌الذمه می‌گردد. (حسینی روحانی قمی، بی تا: ۳۰۱)



این مبنا و دیدگاه را می‌توان مبنای تفسیر مصتیق عین (عین در مقابل منفعت و حق) نامید. قول مشهور فقیهان امامیه، قرار گرفتن عین در مقابل منفعت و حق (مبنای تفسیر مصتیق) است و قانونگذار به نظر از همین قول پیروی کرده است و همچنین مطابق دیدگاه مشهور حقوق‌دانان نیز «عین» آن چیزی است که دارای وجود خارجی بوده و قابل لمس باشد. (امامی، بی‌تا: ۱/ ۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۷؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۲۱/۴) این دیدگاه بر اساس عرف زمان خود درست بود، زیرا در گذشته واژه «مال» ویژه کالای مادی بود، ولی پیشرفت‌های زندگی کنونی به تدریج آن را از این معنای محدود و اعتباری خارج کرد.

به عبارت دیگر شرایط و اوضاع و احوال زمانی در نحوه دیدگاه برخی دیگر از فقیهان اثر گذارشته و آن‌ها با دیدن وقوع بیع در عرف اجتماع خویش در غیر اعیان و فاصله دیدگاه اختصاص مبیع به اموال مادی با عرف روزگار حاضر، به این نتیجه رسیدند مبیع در گذر زمان دچار تغییر گردیده و باید در نظرات قدما تجدید نظر گردد و تفسیری ارائه شود که علی‌رغم تمایز با عقد اجاره با نیازهای عصر زندگی خویش هماهنگ باشد، از این رو برخی از صاحب‌نظران با تتبع در کتب فقهی احتمال داده‌اند که فقها به منظور ارائه تعریفی جامع و مانع از بیع و خروج عقد اجاره از تعریف بیع، کلمه عین را در مقابل منفعت به کار برده‌اند. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/ ۱۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱/ ۳۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۲/ ۱۱؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۱/ ۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۴۷۹؛ کوه‌کمری، ۱۴۰۹: ۲۱) نام این دیدگاه و مبنا را می‌توان مبنای تفسیر مَوْسَعِ عین (عین در مقابل منفعت) نهاد.

۲. بررسی دیدگاه حقوق‌دانان در خصوص ماهیت مثن

همان‌طور که گفته شد بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از این عبارت مشخص می‌شود که «عین» بودن مبیع از جمله شرایط عقد بیع می‌باشد، اما قانونگذار در حقوق موضوعه تعریفی از «عین» ارائه نکرده است.



اصل ۴ قانون اساسی بیان‌کننده تقنین مسائل فقهی و موارد عدم مغایر با فقه است؛ همچنین اصل ۱۶۷ به این موضوع تصریح دارد که در شرایط سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع شود. فقها^۱ نیز در بحث تعریف عقد بیع، عموماً به توضیح لغت «عین» پرداخته و به بیان مصادیق و هدف از ذکر آن پرداخته‌اند و همین امر سبب شده است که در بین حقوق‌دانان در این رابطه اختلاف نظر پدید آید که آیا ماده مزبور صرفاً اموال مادی را مدنظر داشته یا آنکه اموال غیر مادی را نیز در بر می‌گیرد. در این رابطه نظرات حقوق‌دانان را می‌توان به چهار دسته تقسیم نمود که به توضیح آن‌ها می‌پردازیم.

۲.۱. دیدگاه طرفداران لزوم عینیت مثنی و ادله آنان

برخی از حقوق‌دانان معتقدند با توجه به ظاهر ماده ۳۳۸ قانون مدنی، مبیع حتماً باید عین باشد. (امامی، بی‌تا: ۱/ ۴۴۶؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶: ۱/ ۳۲۶) یکی از حقوق‌دانان به پیروی از فقه امامیه این چنین گفته است:

بیع اختصاص به نقل عین داشته و مورد آن حتماً باید از اعیان باشد، چنانچه ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را این طور تعریف کرده است. پس هیچ یک از حق منفعت و انتفاع مبیع واقع نمی‌شوند و ثمن مبیع را نیز نمی‌توان حقی از حقوق قرار داد، زیرا بیع، داخل در عقود مالی است و هر چند در برخی موارد، تعلق به مال می‌گیرد، اما فی نفسه مال محسوب نیست و آن انتفاع هم به طریق اولی ثمن واقع نمی‌شود، به جهت اینکه بیع از عقود تملیکی است و انتفاع در حقیقت ملک نبوده، بلکه یک نحو تسلطی است و اما منفعت ظاهر اطلاق عوض در تعریف بیع، آن است که می‌شود آن را عوض مبیع قرار داد و هنوز

۱. فقهای متقدم که قانون مدنی بر اساس نظرات آنان تدوین یافته شده است، تعریف صریحی از «عین» در آثارشان ارائه ننموده و صرفاً به بیان این موضوعات که «عین» در مقابل منفعت است و معامله منفعت و حق خارج از عقد بیع می‌باشد، اکتفا نموده‌اند. (انصاری، بی‌تا: ۱۲۰؛ شهید ثانی، بی‌تا: ۱۶۹؛ طوسی، بی‌تا: ۱۴۹)

برنخورده‌ام که کسی منع صریحی از آن کرده باشد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰:

(۱۸۷)

شهادتی با استناد به ماده ۳۳۸ قانون مدنی معتقد است مبیع نمی‌تواند منفعت، عمل یا حقی نظیر حق ارتفاق و... باشد، اما تعریف ایشان از عین، موسّع بوده و کالاهای نوظهور دوره زمانی کنونی از جمله نرم‌افزارهای رایانه‌ای و فیلم‌های سینمایی را نیز مشمول عنوان عین قرار می‌دهند و در ادامه بیان می‌دارند که:

این‌گونه اموال را باید در ردیف اموال عینی به شمار آورد و احکام قانونی این اموال را نسبت به آن ثابت دانست، زیرا هرچند از جهات خصوصیات مادی و فیزیکی با اموال عینی معمولی متفاوت است، لیکن در مقام تحلیل مقایسه‌ای با دیگرگونه‌های اموال، ذهن در می‌یابد که این‌گونه اموال هرگز نمی‌توانند در ردیف منفعت یا حق یا عمل جای گیرند. (شهادتی، ۱۳۹۶: ۱۵)

بدین ترتیب مشخص می‌شود که در تعریف ایشان هر مالی که در دسته‌های منفعت یا حق یا عمل قرار نگیرد، «عین» تلقی می‌گردد.

۲.۲. دیدگاه طرفداران نسخ ضمنی عینیت مثنی و ادله آنان

برخی از حقوق‌دانان علی‌رغم آنکه ماده ۳۳۸ قانون مدنی را ناظر بر عینیت مبیع دانسته‌اند، معتقد به نسخ ضمنی ماده مزبور توسط سایر قوانین مؤخرالتصویب می‌باشند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۱/۴۲۶)

در تأیید نظریه مطرح شده می‌توان به تعدادی از مواد برخی از قوانین استناد نمود که در آنان مبیع عین نمی‌باشد. قانونگذار این امر را در سالیان متمادی و در قوانین بسیاری اعمال نموده است. تعدادی از این مواد قوانین عبارت‌اند از:

– ماده ۱۶۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷؛^۱

۱. مجمع عمومی فوق‌العاده که افزایش سرمایه را از طریق فروش سهام جدید تصویب می‌کند یا اجازه آن را به هیئت مدیره می‌دهد، حق تقدم صاحبان سهام را نسبت به پذیره‌نویسی تمام یا قسمتی از سهام جدید از آنان سلب کند به شرط آنکه چنین تصمیمی پس از قرائت گزارش هیئت مدیره و گزارش بازرسی یا بازرسان شرکت اتخاذ گردد وگرنه باطل خواهد بود.



- ماده ۲ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶؛^۱
- ماده ۱۴۳ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم الحاقیه ۱۳۸۸؛^۲
- ماده ۵۱ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، مصوب ۱۳۹۴^۳ و

از این نظریه می‌توان نتیجه گرفت که بیع اختصاص به تملیک اعیان ندارد.

دیدگاه نسخ ضمنی عینیت میباید محل اشکال است، زیرا به نظر می‌رسد بتوان گفت عدم اشاره قانونگذار به نسخ ماده ۳۳۸ قانون مدنی در فرایند اصلاح این قانون در سال ۱۳۶۱ و سال‌های پس از آن، دلیلی بر عدم نسخ این ماده باشد، بلکه قانونگذار درصدد بیان مفهوم وسیعی از «عین» بوده است (الجمع مهمما امکن اولی من الطرح).

به عبارت دیگر می‌توان بیان داشت که اغلب موارد مطرح شده، در قانون تجارت و حوزه حقوق تجارت بوده و از جمله قوانین ماهوی محسوب می‌شوند و قابلیت تأسیس ماهیت جدید را دارا می‌باشند. در این مواد عمدتاً به خرید و فروش سهام اشاره شده است که یکی از موارد بیع اموال غیرمادی می‌باشد، اما باید توجه داشت که قانون تجارت و قوانین دیگر موجود در این حوزه نسبت به قانون مدنی، قانون خاص تلقی می‌شوند و قانون خاص نیز امکان نسخ ضمنی قانون عام را دارا نمی‌باشد. به عبارت دیگر «قاعده خاص نمی‌تواند عام را از هر جهت نسخ کند و فقط

-
۱. خرید و فروش این اوراق مستقیماً و یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می‌باشد.
 ۲. از هر نقل و انتقال سهام و حق تقدم سهام شرکتها اعم از ایرانی و خارجی در بورسها یا بازارهای خارج از بورس دارای مجوز، مالیات مقطوعی به میزان نیم درصد (۵/۰٪) ارزش فروش سهام و حق تقدم سهام وصول خواهد شد و از این بابت وجه دیگری به عنوان مالیات بر درآمد نقل و انتقال سهام و حق تقدم سهام و مالیات بر ارزش افزوده خرید و فروش مطالبه نخواهد شد.
 ۳. ... کلیه اسناد عادی مربوط به خرید و فروش چاه‌های کشاورزی مجاز دارای پروانه بهره‌برداری و سهام آن‌ها که با پایاب مربوطه و با حفظ کاربری کشاورزی تا پایان سال ۱۳۹۲ تبادل و تنظیم شده باشد در جهت خدمات‌رسانی‌های مربوطه صرفاً نزد وزارتخانه‌های نیرو، جهاد کشاورزی و نفت در حکم اسناد رسمی تلقی می‌شوند.



اجرای حکم آن را در مورد خاص منع می‌کند. در این فرض به طور معمول، قاعده دوم، منحصص حکم نخست است». (مظفر، بی تا: ۱/ ۲۲۰-۲۱۸)

بنابراین ماده ۳۳۸ قانون مدنی همچنان دارای اعتبار بوده و به قوت خود پابرجاست، اما در مواردی که قانونگذار در قوانین خاص امکان خرید و فروش مصادیقی همچون سهام را در قالب عقد بیع پیش‌بینی کرده باشد عینیت شرط نیست.

در هر حال با تلاش قانونگذار در سنوات بعد از تدوین ج اول قانون مدنی و تجویز واگذاری قبوض اقساطی در قانون اصلاحات ارضی مصوب سال ۱۳۴۷ ورقه سهام اوراق مشارکت و... در قالب بیع، تمایل نظام حقوقی ایران به عدول از تعریف سابق و جایگزینی کلمه عین با کلمه مناسب دیگر یا تفسیر جدیدتری از کلمه مزبور، نمایان می‌شود. (سیفی، بی تا: ۲۵)

۲.۳. دیدگاه طرفداران عدم لزوم عینیت مثنی و ادله آنان

برخی از حقوق‌دانان معتقدند:

موضوعات ادله و مانند این‌ها، بیع، تجارت و عقد و غیر ذلک، اموری است عرفی که حقیقت ثابتی ندارند تا مورد شک و شبهه مصداقیه این ادله قرار بگیرند، بلکه به تبع زمان، مکان و سایر شرایط، مختلف می‌شوند، لذا امروزه در واگذاری حق السکنی و حق التالیف و...، کلمه «بیع» یا «فروش» را به کار می‌برند، در حالی که در گذشته چنین نبود. (گرگی، ۱۳۷۲: ۱۲۶)

برخی دیگر نیز بیان می‌دارند که: «قلمرو محدود ماده ۳۳۸ قانون مدنی با گسترش دامنه اموال غیرمادی در جهان کنونی سازگار نیست». (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱/ ۳۰۵) و همچنین عدم وجود پاسخ منطقی و مورد قبول درباره اینکه «چرا مالکیت بر عین را می‌توان فروخت و مالکیت بر تألیف یا سرقفلی، قابل فروختن نیست و باید این موارد را طبق قواعد عمومی انتقال داد؟» (همان: ۳۰۶) سبب شده است که برخی از حقوق‌دانان نظریه عدم لزوم عینیت مبیع در عقد بیع را بیان نمایند و به این موضوع نیز اشاره نمایند که متداول و رایج بودن بیع اموال غیرمادی در



عرف (طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۲۴) این نظریه را تقویت کرده و مورد توجه قرار داده است.

طرفداران این نظریه در ادامه مطرح می‌نمایند که با توجه به استدلالات و مباحث مطرح شده در این خصوص باید گفت منظور از عین در تعریف عقد بیع، مبیع به معنای مالی که دارای ماهیت خارجی و ملموس بوده نمی‌باشد، بلکه در مقابل منفعت بوده و به جهت اینکه عقد بیع از عقد اجاره متمایز شود، قانونگذار واژه «عین» را به تعریف اضافه نموده و آنچه در تعریف عقد بیع باید گفت این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض اطلاق شود؛ خواه آن مال عین باشد یا حق. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱/۳۰۶)

این عده همچنین به ادله نظریه دوم نیز استناد کرده و عملکرد قانونگذار را نشانه‌ای بر تأیید نظریه خود می‌دانند و همچنین توصیه کرده‌اند که رویه قضایی نیز به این دیدگاه گرایش پیدا نماید که علی‌رغم سنجیدگی و دوراندیشی این نظریه تا به امروز در این رابطه رأی دادگاهی بر اساس آن صادر نشده است.

۲.۴. دیدگاه طرفداران توسعه تعریف عینیت مثنی توسط قانونگذار و ادله آنان

این دیدگاه را می‌توان نظریه‌ای مختلط از سه دیدگاه مطرح شده دانست؛ یعنی علاوه بر آنکه قائل به لزوم عینیت مبیع است، ولی آن را مطلق ندانسته و مفهوم عین را قابل توسعه می‌داند. به این توضیح که در رابطه با عینیت مبیع باید به مالیت آن توجه نمود و نه به وجود مادی و محسوس آن.

در همین راستا قانونگذار برای برخی از اوراق بهادار در بند ۲۴ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ قائل به عینیت شده و اقدام به توسعه مفهوم عین در نظام حقوقی ایران کرده است. این بند در تعریف اوراق بهادار بیان می‌دارد: «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد».



از این عبارت می‌توان به نوعی نتیجه گرفت که خرید و فروش برخی از اوراق بهادار را می‌توان مشمول عنوان عقد بیع موضوع قانون مدنی بدانیم؛ به عبارت دیگر:

به نظر می‌رسد در تعریفی که قانونگذار از این اوراق ارائه داده است، به نوعی به ماهیت موضوعی آن‌ها نیز نظر داشته است، به نحوی که شاید بتوان به این نتیجه دست یافت که قانونگذار برای اوراق بهادار نوعی عینیت را به رسمیت شناخته است، زیرا این اوراق را مستندات و یا نوشتجاتی دانسته است که در بردارنده حقوق مالی قابل نقل و انتقالی برای مالک عین و یا منفعت آن‌ها باشد. (شکری، ۱۳۹۰: ۱۰۱)

همچنین قانونگذار به کرات از خرید و فروش سهام شرکت‌ها از جمله مواد ۴، ۳۵، ۳۶، ۴۵، ۴۶ و... لایحه اصلاح قانون تجارت سخن به میان آورده است. به همین دلیل برخی از صاحب‌نظران اظهار داشته‌اند:

مراد قانونگذار در قانون مدنی از عین معنای لغوی و عرفی آن (چیزی که وجود خارجی و مادی داشته) نبوده است، زیرا با تقسیم عین به معین، کلی در معین و کلی فی الذمه (از آنجا که کلی وجود خارجی ندارد) روشن می‌گردد که «عین» در تعریف یاد شده به معنای اصطلاحی (اعم از عین مادی و معنوی) مورد نظر قانونگذار بوده و اگر برخی از حقوقدان‌ها واژه «عین» را حمل بر معنای لغوی کرده‌اند ناشی از غلبه استعمال عین در اموال مادی و محسوس بوده است. (نفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳: ۵۱)

این دیدگاه کاملاً با ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران هماهنگ بوده و منافاتی با قید عینیت مبیع و فروش سهام به عنوان مالی غیرمادی وجود ندارد، بنابراین به نظر می‌رسد از دیدگاه حقوق موضوعه ایران، اوراق بهادار، سهام شرکت‌ها و سایر اموال غیرمادی را می‌توان عین معین تلقی کرد و عین را به معنای مطلق مال دانست. (سلطانی و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱: ۱۵۰)

بنابراین تحلیل ماهیت حقوقی انتقال اوراق بهادار و سهام شرکت‌ها که از جمله اموال غیرمادی می‌باشند، تحت عنوان «بیع اوراق بهادار» و «بیع سهام» فاقد اشکال بوده و بر همین مبنا می‌توان بیان داشت که علی‌الاصول کلیه احکام و آثاری که مقنن



در قانون مدنی برای عقد بیع وضع نموده است، در بیع اوراق بهادار، سهام و سایر اموال غیرمادی نافذ دانسته و آن‌ها را اعمال نماییم.

این دیدگاه با واقعیت‌ها و تحولات اقتصادی سازگار بوده و پدیده‌های حقوقی مانند «عین» نیز باید با تحولات اقتصادی همگام باشند. (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۹۶) چرا که از جمله اهداف علم حقوق تنظیم روابط بین اشخاص در عرصه‌ها و دوره‌های مختلف بوده که سبب ارتقای سطح توسعه‌یافتگی اجتماعی و اقتصادی جوامع می‌گردد؛ به عبارت دیگر ایجاد تحولات در یک موضوع غالباً ناشی از ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی است.

در پایان لازم به ذکر است در نظام حقوقی مصر هم همین اختلافات از تعریف بیع وجود داشت، چرا که قانونگذاری مصر در قانون سابق، مبیع را منحصر در اعیان کرده بود، اما سرانجام در خصوص ماهیت مثنی به منظور فاصله نگرفتن از عرف دچار بازنگری شده است. با این توضیح که ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر، عقد بیع را این‌گونه معرفی نموده است: «بیع، عقدی است که با یع را ملتزم به نقل مالکیت شیء یا حقی مالی به مشتری در مقابل ثمن نقدی می‌کند». همان‌طور که از این تعریف مشخص است مبیع منحصر در «عین» نبوده، بلکه می‌تواند عین یا حقی مالی باشد. (سنهوری، بی تا: ۴/۲۱-۲۰)

در حال، با توجه به اینکه ماده ۳۳۸ قانون مدنی برگرفته از اندیشه فقیهان امامیه است، بایستی به دیدگاه فقیهان توجه گردد تا دید آیا مبیع باید از اعیان باشد یا خیر؟ بنابراین لازم است ادله فقیهان موافق و مخالف عینیت بررسی شود تا بتوان در این خصوص اظهار نظر صحیحی را انجام داد. اینک به بررسی نظرات فقیهان امامیه پرداخته می‌شود.

۳. نقد و بررسی دیدگاه و ادله فقیهان طرفدار لزوم عینیت

همان‌طور که قبلاً گفته شد مشهور فقیهان قائل بر این هستند که مبیع باید «عین» باشد و این شرط توسط فقیهان در تعریف بیع تصریح گردیده است، حال آن‌که در



کتاب و سنت اشاره‌ای به ضرورت عین بودن مبیع وجود ندارد و هیچ فقیهی برای اثبات مدعای خویش، به کتاب یا سنت تمسک نکرده است.

به هر حال باید دید ادله فقهای که قائل به عینیت مبیع شده‌اند چیست. این ادله عبارت‌اند از:

۳. ۱. اجماع

برخی برای اثبات عینیت، به اجماع تمسک کرده‌اند و می‌گویند اینکه مبیع باید از اعیان باشد، اجماعی است. (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱/ ۳۱)

این دلیل دارای دو اشکال می‌باشد؛ در رد این دلیل باید گفت که مسئله، اجماعی نیست، زیرا در این مسئله قول مخالف وجود دارد که مدعیان عینیت، به وجود این مخالفین تلویحاً اشاره کرده‌اند. شیخ طوسی به‌طور ضمنی خدمت مدبر را تجویز کرده است، حال آنکه خود ایشان در تعریف بیع، لفظ «عین» را آورده است. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۱۷۱/۶)

اشکال دوم اینکه بیع، امری است عرفی و برای تشخیص موضوع باید به عرف مراجعه کرد و عرف، امری متغیر و نسبی است و نسبت به زمان‌ها و مکان‌ها متفاوت می‌گردد، بنابراین نمی‌توان به اجماع تمسک کرد.

۳. ۲. ادعای عدم خلاف

برخی از فقیهان امامیه معتقدند که در زمینه اینکه مبیع باید از اعیان باشد، عدم خلاف وجود دارد. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۲۲ / ۲۰۸)^۱ گفتنی است همان اشکالاتی که بر اجماع وارد شد، اینجا هم وارد است.

۱. لازم به ذکر است که فرق بین عدم الخلاف و اجماع در این است که در عدم الخلاف، همه فقیهان اظهارنظر نکرده‌اند، اما حرف مخالفی هم زده‌اند؛ به بیان دیگر، در خصوص مسئله سکوت کرده‌اند، ولی در اجماع، همه فقیهان اظهارنظر کرده‌اند. (محمدی خراسانی، ۱۳۷۵: ۱/ ۲۹۹)



۳.۳. تبادل تملیک عین از مفهوم بیع

در علم اصول ثابت شده که تبادل از علائم حقیقت است. (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱: ۱۸) اختصاص مبیع به اعیان، متبادر است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۳)

این دلیل به این نحو محل اشکال است که: «ما هم قبول داریم بلاشک «تبادل» از علائم حقیقت است، ولی در خصوص تبادل باید گفت که این تبادل، ناشی از غلبه افراد است و در علم اصول ثابت شده که تبادل ناشی از غلبه افراد، حجیت ندارد و بی ارزش است». (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲/۱) اصولی نامدار، آخوند خراسانی در تعریف تبادل می‌گوید: «تبادل، پیشی گرفتن معنا به ذهن سامع از نفس لفظ بدون قرینه حالیه یا مقالیه است» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸) درحالی‌که در محل بحث، تبادل به علت قرینه است، نه نفس لفظ.

۳.۴. صحت سلب تملیک منافع و حقوق از بیع

یکی دیگر از علایم «حقیقت» که در علم اصول ثابت شده، صحت سلب است؛ به این صورت که اگر بتوان موضوعی را به چیزی حمل کرد، آن امر، «حقیقت» است. در ما نحن فیه می‌توان تملیک منافع و حقوق را از عنوان بیع سلب کرد؛ به عبارت دیگر، بگوییم تملیک غیرعین، بیع نیست. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۳)

اشکال اول:

ادعای صحت سلب، صرف ادعاست و در این خصوص، صحت سلبی وجود ندارد، زیرا بیع دارای حقیقت شرعیه یا مشرعه نیست، بلکه امری عرفی است و ادعای صحت سلب، خلاف ارتکاز عرفی است. برای نمونه، در عرف امروزی، بیع سرقفلی، امر مورد قبول و غیرقابل انکار است. آیا می‌توان گفت که بیع سرقفلی، بیع

۱. تبادل عبارت است از: «اول معنایی که به ذهن انسان خطور می‌کند بدون وجود قرینه». (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱: ۱۸)

نیست؟ بدون شک با مراجعه به عرف باید قائل به صحت حمل بود و باید گفت که بیع سرقفلی، بیع است. (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۳۲/۱)

اشکال دوم:

صحت سلب ادعاشده، به تبادل ناشی از غلبه افراد بازمی‌گردد و قابل‌پذیرش نیست. (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۳۲/۱)

۳. ۵. اصل عدم شمول ادله بیع در موارد تردید در دخول تملیک منافع در مفهوم بیع

به عبارت دیگر، ادله را منصرف به آن چیزی که معهود خارجی است و آن تملیک عین است، بدانیم. این دلیل، همان اصل عدم نقل یا استصحاب قهقرا است. (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۵/۱۹۷) توضیح این دلیل به صورت زیر است:

مقصود فقیهان از این دلیل بدین ترتیب است که مجرد شک در صدق مفهوم بیع و تملیک منافع و حقوق باعث می‌شود که تملیک منافع و حقوق، مشمول ادله دانسته نشود. پس این ادعا، ادعای صحیحی است که از مفهوم بیع فقط تملیک عین متبادر شود. صحت سلب مفهوم بیع از تملیک منفعت هم صحیح است و هر دو از علامت حقیقت محسوب می‌گردند، بنابراین حقیقت «بیع»، تملیک عین است و استعمال آن در غیر تملیک عین، مجاز است. این مطلب، اثبات مفهوم بیع در زمان حاضر است. وقتی این مطلب اثبات شد، برای مردم زمان‌های پیشین هم اثبات می‌شود، زیرا اصل عدم نقل یا همان استصحاب قهقرایی، مؤید این مطلب است و در علم اصول گفته شده این نوع از استصحاب حجیت ندارد، مگر در یک مورد و آن، تبادل معنی خاصی در زمان فعلی از یک لفظ است و شکی در اینکه آیا در گذشته هم همین معنا متبادر بوده یا خیر که استصحاب قهقرایی، مقتضی ثبوت همین معنی در گذشته است و دلیل بر حجیت استصحاب مزبور هم بنای عقلا می‌باشد و همچنین سیره علما، زیرا اگر این استصحاب و حجیت آن پذیرفته نگردد، اصل اجتهاد زیر سؤال می‌رود، زیرا این احتمال بعید نیست که روایات در





عرف معصومین علیهم السلام به معنای دیگری غیر از معنای فعلی به کار رفته باشند و هیچ راهی برای دفع این احتمال، جز پذیرش استصحاب فقهی وجود ندارد. (موسوی خویی، بی تا: ۱۱/۲)

در پاسخ باید گفت که اصل عدم نقل در اینجا یک امر ادعایی است و ما قبول نداریم که در زمان حاضر، مثنی فقط باید از اعیان باشد و این معنا را به گذشته سرایت بدهیم و از آن استنباط کنیم، بلکه برعکس، عرف امروزی معنای وسیعی برای مثنی قائل است؛ به طوری که خرید و فروش امتیاز آب، اموال فکری و... را بدون هیچ تردیدی بیع می داند. پس چگونه می توان ادعا کرد که در زمان حاضر، ما از بیع فقط تملیک اعیان را می فهمیم؟ اگر بخواهیم به استصحاب قهراً تمسک کنیم، باید این معنی از عرف را به گذشته سرایت بدهیم، نه معنای ادعایی پیش گفته را که صرفاً ادعا می باشد.

۳.۶. استقرار اصطلاح فقیهان در عین بودن مبیع در تعیین ثمن و مثنی

به این معنی که زمانی که فقها بایع را از مشتری و ثمن را از مثنی تمیز می دهند، مالک عین را بایع قرار می دهند و مالک منفعت را مشتری قرار می دهند. (روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۵/۱۹۸-۱۹۷)

در پاسخ باید گفت: «این استقرار مبتنی بر غلبه است و ارزشی ندارد و ضمناً مغایرت مبیع و ثمن، تغایری اعتباری است، اما برحسب واقع، هر یک از ثمن و مثنی، عوض دیگری است و بین آنها از جهت عوض و معوض بودن و وقوع تبادل بین آنها فرقی نیست». (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۱/۳۵)

۳.۷. مجاز بودن استعمالات «بیع» در حقوق و منافع در روایات:

توجه به این نکته بسیار مهم و ضروری است که به خلاف موافقان عینیت که شاهدهی از کتاب و سنت برای قول خود ندارند، مخالفین لزوم عینیت، شاهدهی از سنت هم در اختیار دارند که در این نوشتار به آنها اشاره خواهد شد. این روایات را می توان سه دسته دانست که عبارت اند از:

۱. فروش خدمت عبد مدبر:

- سکونی از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل می‌کند که: «رسول خدا صلی الله علیه و آله خدمت عبد مدبر را فروخت، ولی خودش را نفروخت». (همان: ۱۲۰)

- محمد بن حسن از ابی مریم نقل می‌کند درباره مردی که کنیزش را بعد از وفاتش آزاد می‌کند، از امام صادق علیه السلام سؤال شد: آیا باز می‌تواند او را وطی کند یا به نکاح کسی در بیاورد یا خدمتش را در طول حیاتش بفروشد؟ امام علیه السلام فرمود: هر کدام از این‌ها را خواست می‌تواند انجام بدهد. (همان: ۱۱۹)

- مردی درباره آزاد کردن کنیزش بعد از مرگش از امام علیه السلام سؤال کرد. امام علیه السلام فرمود: اگر بخواهد او را بفروشد، خدمتش را در طول حیاتش بفروشد و زمانی که مالک فوت کرد، کنیز نیز آزاد می‌گردد. (همان: ۱۲۰)

۲. فروش سکونت خانه:

اسحاق بن عمار می‌گوید: از عبد صالح (امام موسی کاظم علیه السلام) درباره شخصی سؤال کردم که خانه‌ای را در اختیار دارد، ولی مال خودش نیست، اما در دست پدرانش بوده و آن پدران هم می‌گفتند که این خانه برای آن‌ها نیست و نمی‌دانند مال چه کسی است، آیا می‌شود این خانه را فروخت و ثمنش را گرفت؟ امام علیه السلام فرمودند: دوست ندارم آنچه را که مال خودش نیست، بفروشد. عرض کردم صاحب آن را نمی‌شناسد و نمی‌داند مال چه کسی است و اصلاً گمان نمی‌کنم صاحبی داشته باشد؟ فرمودند: دوست ندارم آنچه را که مال خودش نیست، بفروشد. عرض کردم آیا می‌تواند سکونت آن را که در دست دارد، بفروشد و بگوید سکونت خودم را فروختم و همان‌گونه که در دست من بود، در دست تو باشد؟ فرمودند: بله، به این نحو می‌فروشد. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۳۳۶)

۳. حق متصرف در اراضی خراجیه:

در کتب فقهی آمده است که اراضی خراجی را نمی‌توان فروخت، مگر به تبع آثاری که بر زمین بر جای می‌گذارند. (شهید اول، ۱۴۱۰ ق: ۱۰۵)





- از امام صادق علیه السلام سؤال کردم: نظرتان راجع به فروش اراضی خراجیه چیست؟ امام علیه السلام فرمود: چه کسی این کار را می‌کند، حال آنکه اراضی مسلمین است؟ عرض کردم: آن را از کسی می‌خرد که مال در دستش است. امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد حقش را از او بخرد و حق مسلمین را تحویل بدهد. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/۱۵۵) فرمود: خریداری زمین اهل ذمه اشکالی ندارد در صورتی که بر روی آن کار کرده باشند و آن را آباد کرده باشند، زیرا برای خودشان است. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۳۶۸)

زمانی که فقیهان موافق عینیت مبیع که با این روایات روبرو گردیدند به مجاز بودن استعمال بیع در این روایات متمسک گردیدند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۷/۳) در پاسخ به این استدلال باید گفت:

در علم اصول ثابت شده که اصل بر «حقیقت» است. البته لازم به ذکر است که در این زمینه بین قدما و متأخرین اختلافی در خصوص جاری کردن اصالة الحقیقة وجود دارد و آن این است که قدما می‌گفتند اصل در استعمال، حقیقت است، لیکن متأخرین می‌گویند مجرد استعمال، علامت حقیقت نیست، زیرا چه بسا متکلم بر یک سلسله قراین اعتماد کرده باشد که مخاطب از آن‌ها بی اطلاع است. پس استعمال، اعم از حقیقت و مجاز است و باید اصالة الحقیقة را در شک در مراد متکلم جاری کرد. (مظفر، بی تا: ۱/۷۴)

در حال، طبق هر دو مبنا، اصل بر حقیقت است و در روایات نمی‌توان بدون وجود قرینه، حمل بر مجاز بودن استعمال و مسامحه در تعبیر کرد و عرف هم برخلاف حمل بر معنای مجازی است و مواردی را که در روایات وجود دارد، بیع می‌داند.

۳.۸. مالیت نداشتن حقوق:

به دو علت ممکن است در نظر فقیهان، حقوق مالیت نداشته باشند:

۱. به تغایر حق با مال برمی‌گردد؛ به بیان دیگر، حق هر چند از اعتبارات است، ولی دارای مالیت نبوده و قابل تملک نمی‌باشد. (خراسانی، ۱۴۰۶: ۴)



این علت محل نقد است، زیرا رابطه حق و مال، «عموم و خصوص من وجه» است، نه تباین؛ بنابراین این اشکال وارد نیست.

۲. عبارات برخی از فقیهان، دلالت بر این می‌کند که در نظر آنان، حق، مال محسوب نمی‌شود. شیخ مرتضی انصاری فقیه عالی‌قدر در بحث اینکه آیا حقوق می‌تواند عوض واقع شود یا خیر، وارد بحث و بررسی شده و می‌فرماید حقوقی که قابل معاوضه با مال نباشد و همچنین قابلیت نقل نداشته باشد، هیچ اشکالی در آن وجود ندارد که نتواند عوض در عقد بیع قرار بگیرد، اما حقوق قابل نقل و انتقال، هرچند که قابلیت نقل دارند و می‌توانند در ازای مال صلح شوند، اما در جواز واقع شدن حقوق به عنوان عوض در بیع، اشکال وجود دارد، زیرا لغتاً و عرفاً، حق، مال محسوب نمی‌گردد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۹-۸)

ممکن است اشکال شود که این بحث در خصوص عوض است، پس ربطی به مضمن ندارد. در جواب باید گفت که در خصوص معوض هم صدق می‌کند، زیرا مالیت در معوض یا همان مضمن هم شرط است و طبق این دیدگاه، حق مطلقاً مال نیست.

در هر صورت، اشکال این علت واضح است و آن این است که مالیت، امر اعتباری نسبی است و هر آنچه که در نظر عرف، پرداخت بها در ازای آن امری معقول است و دارای غرض عقلایی است و معامله را از حالت سفهی بودن خارج می‌کند، «مال» است و دارای مالیت می‌باشد و طبق همین معنا، حقوق مالی، دارای مالیت بوده و مال محسوب می‌گردند.

۳.۹. قابل تملیک نبودن حقوق:

در این خصوص، دو استدلال توسط محقق نائینی و محقق خوئی ارائه گردیده است که به بررسی این دو قول پرداخته می‌شود:

۱. محقق نائینی با قرار گرفتن حق به عنوان ثمن یا مبیع مخالف کرده است، زیرا حقیقت «بیع»، تبدیل طرف اضافه به مثل آن است و لازمه آن، دخول هر یک از



ثمن و مثن در ملک طرف دیگر عقد است، حال آنکه حق این چنین نیست، زیرا حق، مابین با ملک است. (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/ ۹۴-۹۳) ایشان می‌فرمایند:

حق حتی به نحو اسقاط هم نمی‌تواند ثمن قرار گیرد، زیرا نفس اسقاط، فعلی از افعال است و اثر آن، سقوط است و این فعل از افعالی که قابل مالکیت باشد، نیست، چون خود حق، قابل تملک نیست. به عبارت دیگر، معنایی حرفی است، بنابراین قابل تملیک به بایع نمی‌باشد، مگر به اعتبار نفس حق که آن هم قابل تملیک نیست. (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/ ۴۴)

این قول، محل ایراد است، زیرا ما قبول نداریم حقیقت بیع، تبدیل طرف اضافه به مثل آن باشد، زیرا همان‌طور که قبلاً ذکر شد، «بیع»، امری عرفی است و حقیقت آن، تبادل مال در ازای مال است و حق مالی بر طبق مبنای پژوهش، از اقسام مال محسوب می‌گردد و پرداخت عوض در برابر آن، امری معقول است. در خصوص اسقاط هم باید گفت اسقاط، عمل می‌باشد و عمل انسان، مال محسوب می‌شود و محترم است، پس هیچ محذوری برای عوض قرار گرفتن حق وجود ندارد. (موسوی خویی، بی تا: ۲/ ۴۳)

ضمناً بر فرض که بپذیریم اسقاط، معنی حرفی است که قابل تملیک محسوب نمی‌شود، اما عدم قابلیت حق برای تملیک قرار گرفتن با این امر که حق، سبب و واسطه‌ای برای اسقاط باشد، منافاتی ندارد؛ همانند علم که خودش قابل تملیک نیست، اما سبب زیادت مالیت عبد متصف به وصف علمیت می‌گردد. (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۵/ ۲۰۷)

۲. محقق خویی نیز قائل به این هستند که حق نمی‌تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد، زیرا حقیقت حق، حکم است و در آن، اضافه مالکیت یا هر اضافه‌ای که قابل مبادله باشد، وجود ندارد. البته امکان نقل حق و اسقاط آن به عنوان عوض وجود دارد، زیرا عمل انسان، مال محسوب می‌گردد و بایع، مالک این فعل می‌شود و مشتری ملزم است بعد از بیع، آن را به بایع تسلیم کند، اما خود حق نمی‌تواند مورد مبادله قرار گیرد. (موسوی خویی، بی تا: ۲/ ۴۳)



محقق خوویی در ادامه بیان می‌دارد: «ما کاری با صدق مفهوم مال بر حق یا عدم آن نداریم؛ مانع از تبدیل حق و قرار دادن آن به عنوان عوض استحاله تعلق مالکیت به حکم شرعی است». (موسوی خوویی، بی تا: ۴۴/۲)

نظریه محقق خوویی محل تأمل است، زیرا ایشان حق و حکم را به منزله واحد گرفته و قائل به وحدت حق و حکم است، اما برخی دیگر از صاحب نظران معتقد به تمایز این دو می‌باشند و برای حکم، سه عنصر ذکر کرده‌اند؛ اگر این سه عنصر توأمان وجود داشته باشند، حکم است، در غیر این صورت، حق محسوب می‌گردد. این سه عنصر عبارت است از: «۱. عدم قابلیت اسقاط از ناحیه اشخاص؛ ۲. عدم قابلیت نقل وانتقال، اعم از قهری و اختیاری و ۳. عدم امکان تعهد به سلب آن.» (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶: ۱۹/۱)

به نظر می‌رسد ذکر این سه عنصر، بهترین معیار برای تمییز حق و حکم را به ما بدهد؛ بنابراین تعلیلی که سید خوویی برای عوض قرار نگرفتن حقوق بیان کرده، وارد نیست و حق مالی می‌تواند نه تنها به عنوان عوض، بلکه به عنوان معوض هم واقع گردد.

۴. دیدگاه مختار

با توجه به اینکه بیع و به ویژه مبیع نه دارای حقیقت شرعیه است و نه متشرعه، بلکه دارای معنای عرفی است که فقها به اعتبار عرف، آن را تعریف کرده‌اند، بنابراین برای تعیین حقیقت آن بایستی به عرف توجه کرد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۰/۳) با توجه به این نکته با اینکه فقیهان درصدد تعریف عرفی از این قرارداد برآمده‌اند، اما بیشتر تعاریفی که از عقد بیع و تفسیر مبیع (تفسیر عین در مقابل منفعت و حق) ارائه کرده‌اند فاصله بسیار زیادی با حقیقت عرفی عقد بیع دارد که البته در دوران حیات این فقیهان قابل دفاع به نظر می‌رسد، زیرا عرف یک امر متغیر است و ممکن است زمانی که قائل بر عدم قابلیت مبیع واقع شدن منافع و حقوق گشته‌اند این امور مال محسوب نمی‌شدند. همین نکته باعث شده عده‌ای از صاحب نظران در فقه و حقوق درصدد رفع این نقیصه برآمده و تفسیر موسّع از لفظ عین (عین در مقابل منفعت) را

مطرح نمایند. مطابق این دیدگاه فروش انواع مختلف حقوق مثل سهام شرکت‌ها، حق سرقتی و... به صورت عقد بیع و در قالب ماده ۳۳۸ قانون مدنی امکان‌پذیر بوده، لیکن همین دیدگاه هم با واقعیت عرفی فاصله دارد، چرا که در عرف منفعت را هم می‌توان فروخت با این توضیح که مطابق قاعده عقلی: «ادلّ الدلیل علی امکان الشیء وقوعه»، اگر به محیط پیرامون خود بنگریم، می‌بینیم که فروش منفعت در قالب فروش بلیت‌های متنوع و مختلف، از جمله قطار، اتوبوس، سینما، تئاتر، هواپیما و... امری رایج است. وقتی که فردی بلیت قطار، اتوبوس و... را خریداری می‌کند، در واقع، منفعت و خدمات قطار، تئاتر و... را خریداری کرده است و خود بلیت صرفاً سندی است که به موجب آن، فرد می‌تواند از خدمات و منافع این موارد استفاده کند و فردی که بلیت هواپیما یا شهربازی یا اتوبوس یا باغ‌وحش را خریداری می‌کند، در واقع، منفعت و خدمات این موارد را مالک می‌شود و با ارائه بلیت، از منافع و خدمات این وسایل استفاده می‌کند، و همین‌طور اشخاصی که مالک این خدمات و منافع می‌شوند، آن را به دیگران در قالب عقد بیع انتقال می‌دهند و در اصطلاح عرفی، بلیت آن را می‌فروشند. بنابراین فروش منفعت، امری رایج است و منفعت را هم می‌توان مبیع قرار داد و به عنوان مورد معامله فروخت. ضمناً وقتی قصد طرفین می‌تواند مبادله منفعت در مقابل عوض را به جای اجاره تحت عنوان صلح، منعقد نماید چه دلیلی وجود دارد که قصد طرفین نتواند عقد مزبور را در قالب بیع منعقد نماید؟

در خصوص اجاره به نظر نگارندگان، به خلاف عقد بیع که موضوع آن می‌تواند با توجه به واقعیت عرفی، موقت یا دائمی باشد، این محدودیت وجود دارد که موضوع اجاره، حتماً باید موقت باشد و امکان انتقال منفعت به صورت دائمی وجود ندارد. بنابراین باید پذیرفت هیچ‌یک از دو مبنای تفسیر مضیق و تفسیر موسّع از عین مورد پذیرش نبوده و به منظور تطابق با عرف، مبیع را باید مال دانست اعم از اینکه مورد آن عین خارجی، حق یا منفعت باشد.

نتیجه گیری

با توجه به دیدگاه‌های ارائه شده و تحلیل آن‌ها در رابطه با عینیت مبیع، نتایجی به شرح ذیل حاصل می‌شود:

۱. مقنن در قانون مدنی تعریف عقد بیع و احکام آن را از فقه امامیه اخذ کرده است و با بررسی منابع فقهی مشخص می‌گردد که بر اساس دیدگاه فقیهان برای بیع حقیقت شرعیه و متشرعه وجود نداشته و شارع معنا و مفهوم احکامی را که درباره بیع وضع نموده، بر مبنای عرف جامعه قرار داده است و اگر فقها برای بیع تعریفی را مطرح کرده‌اند بر مبنای اوضاع و احوال جامعه خود، موقعیت زمانی که در آن بوده‌اند، شناخت مردم نسبت به عقد بیع و عرف حاکم در آن مقطع بوده است. به همین دلیل در بین فقها در تعریف عقد بیع اختلاف نظر وجود دارد.

۲. قانونگذار در ماده ۳۳۸ قانون مدنی که از فقه اقتباس شده، بیع را تعریف نموده است. با بررسی واژه «عین» مشخص می‌شود که حق و منفعت را شامل نمی‌گردد. بر اساس این وضعیت در نتیجه نمی‌توان انتقال اموال غیرمادی را در قالب بیع متصور بود، حتی در صورتی که عرف به انتقال این موارد خرید و فروش بگوید. این دسته از قراردادها با توجه به اصل آزادی قراردادها در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قابل تحلیل است. در حال حاضر در صورت عدم تغییر قانون، صرفاً در صورتی می‌توان اموال غیرمادی را موضوع عقد بیع قرار داد که یکی از دیدگاه‌های مطرح شده در طول مقاله (نسخ ضمنی عینیت مثنی، عدم لزوم عینیت مثنی، توسعه تعریف عینیت مثنی) مورد پذیرش رویه قضایی کشور قرار گیرد.

۳. با توجه به این موضوع که ادله طرفداران عینیت مبیع، مورد قبول واقع نگشت و همگی آن‌ها مورد مناقشه قرار گرفت، باید پذیرفت هر آنچه در عرف، عنوان خرید و فروش بر آن صادق است، چه مبیع در آن عین باشد یا منفعت یا حق، بایستی قائل به بیع بودن چنین معامله‌ای شد.

این انتقاد بر دیدگاه فقیهانی که عینیت به مفهوم مضیق آن را شرط دانسته‌اند وارد است، با اینکه آنان در صدد تعریف عرفی بیع بوده‌اند، ولی همچنان بر عین بودن





مبیع اصرار دارند و حتی بیع حقوق مالی را که امری مسلم و انکارناپذیر است، نپذیرفته‌اند، حال آنکه عرف، چنین امری را شرط نمی‌داند. تحدید قلمرو بیع به انتقال اعیان، موجب می‌گردد که اموال غیرمادی که به‌وفور در عرف، تحت عنوان خریدوفروش، واقع می‌گردند نتوانند از طریق بیع، مورد معامله قرار گیرند، در نتیجه احکام خاص این عقد بر آن‌ها حاکم باشد و همچنین دیدگاهی که قائل به تفسیر مَوْسَع عین است، با اینکه مقدار زیادی مشکل عدم تطابق تعریف سنتی بیع را با عرف کنونی حل کرده، اما با وجود این، باز هم با واقعیت عرفی فاصله دارد.

بنابراین آنچه اصول فقهی، حقوقی ایجاب می‌کند و عقد بیع را با عرف امروزی هماهنگ می‌کند، این است که قید «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی را که درج آن فاقد هیچ‌گونه دلیل قابل قبول بوده از تعریف عقد بیع زدوده و هر مالی را که در عرف، تحت عنوان خریدوفروش به عنوان مبیع، مورد معامله قرار می‌گیرد تابع احکام عقد بیع تلقی نماییم. لازم به ذکر است که قطعاً در سال ۱۳۰۷ که قانون مدنی مورد تصویب قرار گرفته است تعریف عقد بیع، تعریفی مناسب برای آن دوره زمانی محسوب می‌شده است، اما در حال حاضر با گسترش نفوذ و توسعه اموال غیرمادی در میان مردم مسلماً این تعریف نیازمند تغییر و مطابقت با عرف جامعه را دارد.

منابع و مأخذ:

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶)، حاشیه المکاسب، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد(بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، ج ۱۱، ج ۱، قم: مجمع البحوث العلمیة.
- _____ (۱۴۱۰)، عیون الحقائق الناظرة فی تسمیم الحدائق الناظرة (الحدائق الفاخرة)، ج ۱، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ج ۲، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اراکی، محمد علی (۱۴۱۵)، کتاب البیع، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه در راه حق.
- اسدی حلی، احمد بن محمد (جمال الدین)، (۱۴۰۷ هـ ق)، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۱۹)، نهاية الأحكام فی معرفة الأحكام، ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- اصفهانی، محمد حسین (کمپانی) (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب مکاسب (ط. الحدیثة)، ج ۱، چ ۱، قم: أنوار الهدی.
- امامی، سید حسن (بی تا)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۳، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، کتاب مکاسب المحرمة و البیع والخیارات (ط. الحدیثة)، ج ۳، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، شیخ مرتضی (بی تا)، مکاسب، تبریز: چاپ سنگی در یک مج به خط طاهر خوشنویس.
- بروجرودی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات طه.
- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (شیخ مفید) (۱۴۱۳)، المقنعة، چ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.
- نفرشی، محمد عیسی و رضا سکوتی نسیمی (۱۳۸۳)، بیع سهام شرکت های سهامی، دوره ۲۱، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ص ۳۵-۵۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۵)، الفارق، ج ۲، چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۷)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران: انتشارات بنیاد راستاد.
- حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ هـ ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۵، ۱۷ و ۲۳، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



- حسینی روحانی قمی، سید صادق (بی‌تا)، المسائل المستحدثة، بی‌جا، بی‌نا.
- _____ (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۵، چ ۱، قم: دار الکتب. مدرسه امام صادق (علیه السلام).
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط. الحديثة)، ج ۱۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، محمد بن حسن بن یوسف (فخر المحققین) (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی، جعفر بن حسن نجم الدین (محقق حلّی) (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- _____ (۱۴۳۱)، کفایة الاصول، چاپ هفتم، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
- راوندی، قطب الدین (۱۴۰۵)، فقه القرآن، چ ۲، ج ۲، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۶، چ ۴، قم: مؤسسة المنار.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۶)، حقوق بازار سرمایه، چ ۴، تهران: سمت.
- سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه (۱۳۹۱)، ماهیت وقواعد حقوقی توثیق سهام، ش ۱۷، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ص ۱۶۱-۱۴۱.
- سیفی، غلامعلی (بی‌تا)، «تعریف بیع و ویژگی های آن در حقوق ایران و فرانسه»، [بی‌جا]: ص ۳۳/۱.
- سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
- سنهوری، عبدالرزاق (بی‌تا)، الوسيط فی الشرح القانون المدنی (عقود التي تقع علیه الملكية)، ج ۴، بیروت: احیاء التراث العربی.
- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۰۵)، رسائل الشریف المرتضی، ج ۲، چ ۱، قم: دار القرآن الکریم.



- شکری، فریده (۱۳۹۰)، «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۵، ص ۱۱۲-۷۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۶)، حقوق مدنی ۶، ج ۲۰، تهران: انتشارات مجد.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸)، حقوق مدنی، ج ۴، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱)، حاشیه المکاسب، ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲ و ۶، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ هـ ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ج ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى. کلانتر)، ج ۳، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۲۲)، حاشیه شرائع الإسلام، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- _____ (۱۴۱۹)، فوائد القواعد، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- _____ (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳ و ۱۰، ج ۱، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۱)، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه، ج ۱، قم: دار الفکر.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳)، المکاسب و البیع، ج ۱، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ (۱۳۷۳)، منية الطالب فی حاشية المکاسب، ج ۱، تهران: المكتبة المحمدية.
- ققی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۶)، مبانی منهاج الصالحین، ج ۷، ج ۱، قم: منشورات قلم الشرق.
- ققی سبزواری، علی مؤمن (۱۴۲۱ هـ ق)، جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیه و بین أئمة الحجاز و العراق، ج ۱، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر عجل الله تعالی فرجه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، عقود معین، ج ۱، ج ۱۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.



- (۱۳۸۷)، اموال و مالکیت (دوره مقدماتی حقوق مدنی)،
چ ۲۱، تهران: نشر میزان.
- کرکی عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۲ و ۴، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- کوه‌کمری، سید محمد (۱۴۰۹)، کتاب البیع، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۲)، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بدون شماره، ص ۱۳۲-۱۲۱.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج ۱، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی خراسانی، علی (۱۳۷۵)، شرح اصول فقه مظفر، ج ۱، چ ۴، قم: دار الفکر.
- مظفر، محمدرضا (بی تا)، اصول الفقه، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، أنوار الفقاهة، کتاب البیع، چ ۱، قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۸)، کتاب البیع (تقریرات)، تقریر سید حسن طاهری خرم‌آبادی، چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- (۱۴۲۱)، کتاب البیع، ج ۱ و ۳، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، المكاسب، مصباح الفقاهة، ج ۲، بی جا.
- نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر) (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- همدانی، آقا رضا بن محمد هادی (۱۴۲۰)، حاشیة کتاب المكاسب، چ ۱، قم: بی نا.