

بازپژوهی بیع اموال غیرمادی در فقه اسلامی و حقوق ایران

مجید رضایی دوانی،^۱ سید محمدهادی قبولی درافشان،^۲
سید محمدصادق قبولی درافشان^۳
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۳/۱۸)

چکیده

قانون مدنی در ماده ۳۳۸ به پیروی از گروهی از فقیهان امامی، بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است. از آنجاکه کلمه «عین» در اصطلاح فقیهان امامی در مقابل «منفعت» و «حق» و از دیدگاه برخی فقیهان اهل سنت در مقابل «دین» به کار رفته، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اموال غیرمادی هم می‌تواند در قالب عقد بیع منتقل گردد؟ اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، می‌توان با اجرای احکام و قواعد مربوط به بیع در این موارد، ضمن پیشگیری از صدور آرای متفاوت ناشی از اختلاف نظر در این زمینه، موجبات یکپارچگی قواعد حقوقی را فراهم آورد. این جستار با نقد و بررسی فقهی و حقوقی مفاهیم اساسی بیع، عین، مال و حق، به این نتیجه دست یافته است که با توجه به عرفی بودن حقیقت بیع و مالیت داشتن برخی از اموال غیرمادی از دیدگاه عرف امروزی و گسترش مفهوم عین به منظور دربرگرفتن امور غیرمادی و ناسازگاری آن با مفهوم حقیقی عین، باید در تعریف بیع تجدید نظر کرد و با اعتقاد به عدم لزوم عینیت مبیع، همچون برخی از فقیهان حنفی، شافعی و حنبلی به جای واژه عین در تعریف بیع از واژه مال استفاده نمود و از این طریق به تشخیص عرف نیز ترتیب اثر داد.

کلیدواژه‌ها: بیع، عین، اموال غیرمادی، حق، فقه اسلامی، حقوق مدنی.

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه مفید / rezai@mofidu.ac.ir

۲. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد / h.ghaboli@um.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید (نویسنده مسئول) / sayyedsadeghghabooli@gmail.com

طرح مسئله

عقد بیع در زندگی اجتماعی یکی از مهم‌ترین قراردادها به شمار می‌رود. اهمیت ویژه این عقد باعث شده است که بسیاری از اندیشمندان فقه و حقوق به بررسی آن همت بگمارند. از این قرارداد در کتب فقهی تحت ابوابی همچون «بیع»، «مکاسب» و «تجارت» بحث شده است. قانون مدنی ایران نیز مواد بسیاری را به این قرارداد اختصاص داده و از ماده ۳۳۸ تا ۴۶۳ به ذکر مقررات آن پرداخته است.

این قرارداد دارای ابعاد مختلفی است که هر یک از آنها می‌تواند به صورت مستقل مورد مطالعه قرار گیرد. یکی از این ابعاد، شمول یا عدم شمول تعریف بیع نسبت به اموال غیرمادی و چگونگی برخورد با این گونه اموال است. قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۸ «بیع» را «تملیک عین به عوض معلوم» دانسته که به نظر می‌رسد این تعریف متأثر از دیدگاه گروهی از فقیهان امامی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۷۶/۴؛ نجفی، ۱۳۶۸ش، ۱۶۹/۲۵) است که هر آنچه را افاده نقل عین به عوض معلوم می‌کند، فرع بیع دانسته‌اند. از آنجاکه این تعریف با توجه به عرفی بودن مفهوم بیع و تفاوت عرف یک‌زمان نسبت به عرف زمان دیگر قابل انتقاد است، بدون تردید با توجه به تبعیت بیع از مقررات خاصی که در سایر قراردادها مجری نیست، واکاوی شمول یا عدم شمول تعریف بیع نسبت به اموال غیرمادی و تشخیص آن ضروری می‌نماید.

در این جستار بر آنیم تا پس از تبیین مفاهیم اساسی «بیع»، «عین»، «مال» و «حق» مشخص نماییم که آیا می‌توان با اموال غیرمادی نیز همچون اموال مادی و اعیان برخورد نمود و در مواجهه با آنها، احکام و مقررات بیع را مجری دانست یا اینکه این گونه اموال تابع احکام و مقررات خاص خود و یا قواعد عمومی قراردادها است؟ برای جستجوی پاسخ مناسب شایسته است ابتدا موضوع از دیدگاه فقه اسلامی و سپس از نظر حقوق مدنی مطالعه شود.

مفهوم فقهی و حقوقی بیع

۱. مفهوم بیع در فقه امامیه

به‌طورکلی فقیهان امامی با تعابیر متفاوتی از بیع یادکرده‌اند که برای آشنایی با این تعابیر به برخی از آنها اشاره می‌گردد: برخی از فقیهان امامی بر این باورند که بیع عبارت است از انتقال عین مملوکی از شخصی به شخص دیگر در مقابل عوضی که بر آن تراضی کرده‌اند (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ۲۶۵/۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۶/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۵ق، ۲۴۰/۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۵۶/۴؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ۱۹۷)؛ برخی نیز بیع را ایجاب و قبولی که دلالت بر انتقال می‌کند، دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۹ق، ۳۲؛ اراکی، ۱۴۱۵ق، ۲۲/۱) و از دیدگاه گروهی دیگر، بیع ایجاب و قبولی است که از ناحیه دو شخص کامل صادر شده است و دلالت بر نقل عین

در مقابل عوضی دارد که به تراضی تعیین شده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۱۹۱/۳؛ بحرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۶۱؛ حائری طباطبایی، بی تا، ۲۶۴). بعضی از اندیشمندان نیز چنین مدعی شده‌اند که تعریف بیع به نقل ملک از مالکی به دیگری با به‌کاربردن صیغه‌ای مخصوص، اقرب تعاریف است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۲۰۳/۴؛ نمازی، ۱۳۹۸ق، ۲۳۶). برخی نیز بر این اعتقادند که بیع، تملیک ذکرشده به شرط مالک شدن مشتری به دنبال آن است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۱۰/۱؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶ق، ۲۶۴/۱). عده‌ای هم گفته‌اند که بیع، اثر حاصل از ایجاب و قبول است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۱۰/۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ش، ۳۶/۱) و برخی استفاده از تعبیر «انشاء تملیک عین به مال» را در تعریف بیع اولی دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۰۸/۱).

۲. مفهوم بیع در فقه اهل سنت

از دیدگاه عده‌ای از فقیهان حنفی (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۶/۲؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱۱۸/۱۳؛ نسفی، ۱۳۱۱ق، ۱۰۸/۱؛ مرغینانی، بی تا، ۴۲/۳؛ بخاری، ۱۴۲۴ق، ۳۸۸/۶) و حنبلی (مروزی، ۱۴۲۵ق، ۲۵۵۳/۶؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ۴۸۰/۳؛ مقدسی، ۱۴۲۴ق، ۲۳۹/۱) بیع، مبادله مال به مال است.

گروهی از فقیهان مالکی نیز بر این باورند که بیع، عقدی معاوضی بر غیر منافع و استمتاع است (حطاب، ۱۴۱۲ق، ۲۲۵/۴؛ خرسی، بی تا، ۴/۵؛ نفرای ازهری، ۱۴۱۵ق، ۷۲/۲؛ علیش، ۱۴۰۹ق، ۴۳۳/۴).

برخی فقیهان شافعی هم گفته‌اند که بیع عبارت از مبادله مال به مال است (نوی، بی تا، ۱۴۹/۹؛ ابن‌حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق، ۲۰۶/۱۰؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۴/۶؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ۲۸۹/۸)؛ و گروهی از ایشان، قید «علی وجه مخصوص» را بر این تعریف افزوده‌اند (انصاری، بی تا، ۲/۲؛ شربینی، بی تا، ۲۷۳/۲؛ زهری غمراوی، بی تا، ۱۷۲/۱). بعضی هم بیع را به عقد معاوضی مالی که مفید ملکیت عین یا منفعت به صورت همیشگی است، تعریف نموده‌اند (ابن‌حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق، ۲۱۵/۴؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ۳۲۳/۲؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ۳۷۲/۳).

۳. مفهوم بیع در حقوق ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۸، مقرر داشته است که «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از دیدگاه برخی از اندیشمندان حقوق، تعریف مذکور با اندکی تفاوت در تعبیر، از تعریف گروهی از فقیهان امامی تأثیر پذیرفته است (امامی، ۱۳۵۳ش، ۴۱۶/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸ش، ۱۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲ش، ۱۳) و حتی برخی از حقوق‌دانان در تعریف بیع با نظر قانون‌گذار مدنی همراه شده‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۲۹ش، ۱۸۲؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶ش، ۳۲۶/۱).

برخی از حقوق دانان بر این باورند که بیع در قانون مدنی ایران، عقدی است که به وسیله آن یکی از طرفین که بایع نامیده می‌شود، عین مالی را در مقابل مالی دیگر و به قصد بیع به طرف خود که مشتری نامیده می‌شود تملیک می‌نماید (امامی، ۱۳۵۳ش، ۴۱۶/۱).

گروهی هم بر این نظرند که در فقه امامی بیع از زمره تعهدات محسوب می‌گردد و این در حالی است که در فقه اهل سنت موجب تملیک عین است و ماده ۳۳۸ ق.م (قانون مدنی) هم مع الواسطه متأثر از همان فقه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ۲۰۵). ایشان چنین مدعی شده‌اند که ماده ۳۳۸ ق.م. به وسیله برخی از قوانین همچون ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی مصوب سال ۱۳۴۷ درباره بیع قبوض اقساطی، ماده ۲۲ قانون تأسیس اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۴۵، ماده واحده مربوط به بیع حق سرقفلی همراه با عقد اجاره، نسخ شده و لذا بیع، اختصاص به تملیک اعیان ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹ش، ۲۶۴ و ۲۶۵).

به نظر می‌رسد که دیدگاه این اندیشمند در مورد نسخ ماده ۳۳۸ ق.م از مبنای صحیحی برخوردار نباشد؛ چراکه قوانین مذکور در مقام گسترش معنای «عین» است و به نحوی در صدد تبیین این هستند که «عین» در ماده ۳۳۸ ق.م در مقابل «منفعت» و برای خارج کردن عقد اجاره از شمول تعریف بیع است. در تأیید این مطلب می‌توان به اصل عدم نسخ و نیز دیدگاه این اندیشمند در جایی دیگر مبنی بر اینکه عنصر عین در تعریف بیع، عقد اجاره را که تملیک منافع است از شمول مدلول بیع خارج می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ش، ۱۴۶) استدلال نمود.

در هر صورت از دیدگاه این حقوق دان، بیع عبارت است از «مبادله متعادل که در دارائی هر یک از طرفین عقد، دو جریان مالی معکوس، ایجاد کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷ش، ۴۶۲/۱) و منظور از دو جریان مالی معکوس یعنی چیزی که از دارایی هر یک از متعاقدين بکاهد و به جای آن چیزی بیفزاید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ش، ۹۲۱/۲).

برخی از حقوق دانان نیز در صدد نقد تعریف ماده ۳۳۸ ق.م برآمده و گفته‌اند که این ماده، به داوری عرف اعتنا نکرده و صرفاً از برخی فقیهان تقلید نموده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸ش، ۱۴).

مفهوم فقهی و حقوقی عین

۱. مفهوم عین در فقه امامیه

از دیدگاه گروهی از فقیهان امامی منظور از کلمه «عین» چیزی است که در مقابل «دین» و «منفعت» به کار می‌رود (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ۱۱۷؛ بحرانی، بی تا، ۲۷۹/۱۳؛ نراقی، ۱۴۲۵ق، ۲۷۹/۱۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱۲/۱؛ اراکی، ۱۴۱۵ق، ۴/۱). گروهی هم علاوه بر «منفعت»، «حق» را نیز در مقابل «عین» قرار داده و آن را مشتمل بر عین شخصی، کلی مشاع، کلی در معین

و کلی در ذمه دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ق، ۵۳/۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ش، ۳۹/۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۶۹/۳؛ خمینی، ۱۴۱۰ق، ۱۶/۱؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶ق، ۳۳/۱).

در اصطلاح برخی از اندیشمندان امامی، «عین» عبارت است از عین معین و خارجی و آن چیزی که اگر در عالم خارج موجود شود، از اعیان خارجی محسوب گردد (حسینی روحانی، ۱۳۷۶ش، ۹/۳) و بعضی در تبیین معنای عین چنین گفته‌اند که عین چیزی است که اگر در عالم خارج به وجود آید، به صورت یک جسم سه‌بعدی [دارای طول و عرض و ارتفاع] نمایان می‌گردد (خویی، ۱۴۱۲ق، ۳۱۲/۲). برخی از فقیهان نیز همه اعراضی را که به‌هیچ‌وجه وجود خارجی نخواهند یافت، از شمول مفهوم عین خارج دانسته‌اند (همان).

۲. مفهوم عین در فقه اهل سنت

از دیدگاه برخی از نویسندگان اهل سنت، فقیهان در کتابهای خویش متعرض معنای اصطلاحی «عین» نشده‌اند و منظور ایشان از این واژه از معانی لغوی آن خارج نیست. البته باید توجه داشت که در بیشتر موارد، فقیهان این کلمه را در مقابل کلمه «دین» به کار برده‌اند (میلاد، ۱۴۲۶ق، ۲۳/۱).

۳. مفهوم عین در حقوق ایران

از دیدگاه برخی از حقوق‌دانان، «عین» مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به‌طور مستقل و نه به‌عنوان ثمره‌ای تدریجی از عین دیگر، مورد دادوستد قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸ش، ۳۲ و ۴۱؛ صفایی، ۱۳۸۲ش، ۲۷۵/۲).

برخی هم در تعریف عین به دیدگاه فقیهان امامی اشاره نموده و گفته‌اند که عین قسمی از اقسام پنج‌گانه مال است و منظور از آن، اشیاء مادی مستقل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷ش، ۴۸۳).

مفهوم فقهی و حقوقی مال

۱. مفهوم مال در فقه امامیه

به نظر می‌رسد که از دیدگاه فقیهان امامی «مال» مفهومی غیر از مفهوم عرفی خویش ندارد و به هر چیزی که به دلیل نقش آن در رفع نیازهای ضروری و کمالی انسان، مورد رغبت و مطلوب است، مال گفته می‌شود. در مفهوم وسیع‌تر، هر آنچه ارزش اقتصادی داشته و قابل مبادله و تقویم به کالا و پول باشد، مال محسوب می‌شود. مالیت اشیاء نیز به ملاحظه همین خصوصیات است؛ در این باره، مطلوبیت شیء، منفعت عقلایی داشتن و قابل مبادله بودن آن، از ارکان اصلی مالیت آن است. از این رو برخی از فقیهان، مالیت‌داشتن یک شیء را به معنای صحت مبادله آن با مال دانسته‌اند. پس در نظر عرف و عقلا، مدار مالیت شیء این است که یا به‌گونه‌ای باشد که ذاتاً مطلوب انسان بوده و یکی از نیازهای ضروری یا کمالی او همانند خوردن، پوشیدن، لوازم منزل و

حتی اشیای زینتی را مستقیماً برآورده کند و یا چیزی باشد که بتوان، یکی از امور یادشده را به واسطه آن تحصیل کرد؛ همانند پول و اسکناس. این تذکر لازم است که از دیدگاه فقیهان، اموال به چهار دسته اعیان، منافع، دیون و حقوق مالی، تقسیم می‌گردد (رک: کاشف الغطاء، المال المثلی، بی تا، ۱۵-۲۶؛ کاشف الغطاء، المعاملات المصرفیه، بی تا، ۷۶؛ قنواتی و دیگران، ۱۳۷۹ش، ۵۰/۱-۵۴؛ مطهری، ۱۳۸۲ش، ۶۲).

۲. مفهوم مال در فقه اهل سنت

به نظر می‌رسد که راجع به «مال» و تعریف اصطلاحی آن در فقه اهل سنت، دو دیدگاه کلی وجود داشته باشد؛ از دیدگاه برخی از اندیشمندان مذهب حنفی، هر چیزی که عادتاً، امکان حیات، احراز و بهره‌برداری داشته باشد، «مال» است. این تعریف دارای دو عنصر اساسی است:

- ۱- امکان حیات و احراز؛ بنابراین امور معنوی، همچون دانش، سلامتی، هوشمندی و آنچه امکان سیطره بر آن وجود ندارد همچون هوا و حرارت خورشید، مال محسوب نمی‌شود.
- ۲- امکان بهره‌برداری در شرایط عادی؛ بنابراین اموری که اصلاً امکان انتفاع ندارند همچون غذای فاسد یا مسموم، قطره آب یا دانه گندم مال محسوب نمی‌شوند.

بر اساس این دیدگاه، مال منحصر به اشیاء و اعیان مادی محسوس بوده و منافع و حقوق، جزء اموال محسوب نمی‌شوند؛ چراکه معنوی هستند و ذاتاً امکان حیات 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 ملکیت و حق ارتفاق - مال محسوب می‌شوند؛ چراکه هدف از اشیاء، منافع است - و اگر این‌طور نبود، مردم هیچ رغبتی به اعیان نداشتند - و امکان حیات منافع و حقوق از طریق حیات اصل و مصدر آنها وجود دارد. (رک: ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۵۰۱/۴؛ جزیری، بی تا، ۱۴۸/۲ و ۱۴۹؛ زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۲۸۷۵-۲۸۷۹؛ خفیف، ۱۴۱۲ق، ۱۷-۱۹؛ حمد، ۱۳۹۵ق، ۶۸-۷۲).

۳. مفهوم مال در حقوق ایران

از نظر حقوقی به چیزی که دارای دو شرط اساسی باشد مال می‌گویند:

- ۱- مفید بوده و نیازی مادی یا معنوی را برآورده کند.
- ۲- قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین را داشته باشد؛ لذا اشیایی همچون دریاها، آزاد، هوا و خورشید، با اینکه از ضروری‌ترین وسایل زندگی است، مال محسوب نمی‌شوند؛ چراکه هیچ‌کس نمی‌تواند نسبت به آنها ادعای مالکیت انحصاری کند.

در گذشته، «مال» ویژه کالای مادی بود؛ ولی پیشرفتهای زندگی کنونی به تدریج آن را از این معنای محدود و ابتدایی خارج ساخته است؛ چنان‌که امروز، به تمام عناصر گوناگون دارایی مانند زمین، اموال منقول، مطالبات و حقوق مالی و حتی حق تألیف و اختراع و سرقتی نیز مال گفته

می‌شود. قانون مدنی نیز باینکه در مورد اقسام اموال سخن گفته، ولی آن را تعریف نکرده است. باین وجود از ملاحظه مصداقهای این واژه، به‌خوبی برمی‌آید که نویسندگان قانون، معنی گسترده مال را مدنظر داشته و از دیدگاه ایشان، تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است، مال محسوب می‌شده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۹ش، ۹ و ۱۰).

مفهوم و اقسام فقهی و حقوقی حق

۱. مفهوم حق در فقه امامیه

با جستجو در کتب فقیهان متقدم امامی، می‌توان چنین نتیجه گرفت که منظور ایشان از حق معلوم نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۲۳). این امر شاید به علت وضوح و روشنی مفهوم حق از دیدگاه ایشان بوده که آنان را از تعریف آن بی‌نیاز نموده است. با بررسی کتب فقهی امامی درمی‌یابیم که در زمینه تعریف حق، اختلافات بسیاری وجود دارد. برخی حق را به منزله سلطنت (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۳/۳۹؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲ش، ۱/۱۳) بعضی به منزله ملک ضعیف (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ق، ۱/۵۵؛ نائینی، بی‌تا، ۱/۱۰۶) و گروهی هم حق را به منزله اعتبار خاص (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱/۲۰) دانسته‌اند.

به‌هرحال و درنهایت و با توجه به ایرادات وارد بر نظریه سلطنت و ملک ضعیف و نیز با توجه به اینکه نظریه اعتبار خاص بودن حق، به‌عنوان یک‌نهاد خاص به‌حق نگریسته و آن را جدا از ملک و سلطنت می‌داند، شاید بتوان در تبیین مفهوم حق از دیدگاه فقه امامی گفت که حق عبارت است از اعتبار امتیازی که با در نظر گرفتن وصف یا حال صاحب حق که حاکی از رابطه و علاقه او با متعلق و مورد حق است، صورت می‌پذیرد (حسینی، ۱۳۸۷ش، ۴۵).

۲. مفهوم حق در فقه اهل سنت

برخی از علمای اهل سنت بر این اعتقادند که واژه «حق» توسط فقیهان تعریف نشده است و دلیل این امر نیز اکتفای ایشان است به معنای لغوی حق که همان ثبوت و وجوب باشد (مدکور، ۱۴۲۵ق، ۴/۳۶). در مقابل، برخی دیگر مدعی تعریف حق از سوی فقیهان شده و برای اثبات صدق مدعای خود به تعریف «قاضی حسین شافعی» یکی از فقیهان قرن پنجم هجری قمری در کتاب *طریقه الخلاف بین الشافعیة و الحنفیة* اشاره نموده و گفته‌اند که وی، «حق» را به صلاحیت و شایستگی آشکار نسبت به آنچه از نظر شرعی قابلیت مورد قصد قرار گرفتن را دارد، تعریف کرده است. (عبادی، ۱۴۲۱ق، ۱۱۴). علاوه بر این یکی از فقیهان قرن دهم از «حق» به چیزی که انسان استحقاق آن را دارد تعبیر نموده است (ابن‌نجیم، ۱۴۱۹ق، ۶/۱۴۸ و ۱۴۹).

حق از دیدگاه اندیشمندان معاصر اهل سنت مورد تبیین قرار گرفته و با تعابیر متفاوتی از آن یاد شده؛ با این بیان که عده‌ای حق را مصلحت مقرر شده از سوی شارع معرفی (عبادی، ۱۴۲۱ق،

۱۱۵؛ زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۲۸۳۸/۴ و ۲۸۳۹؛ فتحی درینی، ۱۴۱۷ق، ۱۲۳) و برخی هم قید ارزش مالی را بر تعریف مذکور افزوده‌اند (سنهوری، ۱۳۸۹ق، ۵/۱).

برخی هم مفهوم حق را با ثبوت و وجود گره زده و بر این باورند که حق چیزی است که ثبوت شرعی دارد و از این حیث مورد حمایت شارع است (خفیف، ۱۴۱۲ق، ۹) و گروهی هم گفته‌اند که حق چیزی است که در شرع برای انسان یا خداوند متعال، نسبت به دیگری ثابت است (فهمی ابوسنة، ۱۳۸۹ق، ۱۵۰).

در نقد برخی از این تعاریف، گفته شده است که تعبیر به استحقاق در تعریف حق مستلزم دور است؛ چراکه تعریف استحقاق متوقف بر تعریف حق و تعریف حق متوقف بر تعریف استحقاق است. در تعاریفی هم که از حق تعبیر به ثبوت، وجود و غیره شده، ابهام وجود دارد و نشان‌دهنده ماهیت حق نیستند؛ چراکه پیرامون معنای لغوی حق یعنی ثبوت و وجود دور می‌زنند و تعریف به مصلحت نیز با این ایراد روبروست که تعریف به غایت است؛ چراکه ذات حق مصلحت نیست بلکه وسیله مصلحت است (فتحی درینی، ۱۴۱۷ق، ۱۱۷-۱۲۳؛ زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۲۸۳۸/۴).

یکی دیگر از اندیشمندان اهل سنت در تعبیر از «حق» از واژه «اختصاص» استفاده نموده و چنین ابراز داشته که حق، اختصاصی است که شرع بر اساس آن سلطنت و یا تکلیفی را مقرر می‌دارد (زرقاء، بی تا، ۱۱/۳). برخی از فقیهان این تعریف را مناسب ارزیابی نموده و در توجیه آن به فراگیری تعریف نسبت به انواع حقوق دینی مانند حق خداوند بر بندگانش از نماز و روزه و مانند این دو، حقوق مدنی همچون حق تملک، حقوق تأدیب مثل حق ولی نسبت به فرمان برداری فرزند از او، حقوق عمومی مانند حق دولت بر ولایت بر مردم و حقوق مالی مانند حق نفقه و حقوق غیرمالی مانند حق ولایت بر نفس، اشاره کرده‌اند (زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۲۸۳۹/۴).

۳. اقسام حق در فقه امامیه

برخی از فقیهان امامی حقوق را به سه دسته حقوق غیرقابل معاوضه با مال، حقوقی که قابل نقل نیستند، گر چه قابل انتقال - نقل غیرارادی - باشند و حقوق قابل نقل و انتقال و معامله مانند حق تحجیر تقسیم کرده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۹/۳). برخی نیز، تنها از دید مال به حق ننگریسته و حقوق را به سه دسته حقوق غیرقابل اسقاط و نقل، حقوق دارای قابلیت اسقاط و فاقد قابلیت نقل و حقوق قابل نقل و اسقاط تقسیم می‌کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ق، ۵۶/۱).

عده‌ای از اندیشمندان نیز حقوق را به چهار دسته غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط، قابل نقل و انتقال و اسقاط، قابل نقل به مثل و حقوقی که در صحت اسقاط و نقل و انتقال آنها تردید وجود دارد، تقسیم کرده‌اند (خمینی، ۱۳۷۹ش، ۴۷/۱-۴۹). برخی هم حقوق را به شش دسته حقوقی که نقل و انتقال و اسقاط آنها جایز است، حقوقی که فقط قابلیت اسقاط و انتقال (نقل غیرارادی) دارند، حقوقی که اسقاط آنها جایز ولی نقل و انتقال آنها صحیح نیست، حقوقی که اسقاط و نقل و

انتقال آنها فقط به صورت بلاعوض جایز است، حقوقی که اسقاط و نقل و انتقال آنها مشکوک است و حقوقی که با مرگ صاحب حق به دیگری منتقل نمی‌شوند و اسقاط و نقل آنها به دیگری صحیح نیست، تقسیم کرده‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۶۲ش، ۵۰/۱).

این تذکر لازم است که با توجه به اینکه فقیهان امامی اموال را به چهار دسته اعیان، منافع، دیون و تعهدات و حقوق مالی تقسیم می‌کنند (قنوانی و دیگران، ۱۳۷۹ش، ۵۰-۵۴) می‌توان چنین نتیجه گرفت که از دیدگاه ایشان، حقوق به حقوق مالی و غیرمالی نیز قابل تقسیم است.

۴. اقسام حق در فقه اهل سنت

از دیدگاه برخی از فقیهان اهل سنت، حق به اعتبار صاحب آن به حق‌الله و حق‌الناس و حق مشترک تقسیم می‌شود. از دیدگاه ایشان، حق‌الله چیزی است که نفع همه عالم به آن تعلق یافته و اختصاص به کسی ندارد؛ مانند حرمت زنا که نفع عمومی یعنی سلامت انساب به آن تعلق یافته است و حق‌الناس عبارت از حقی است که مقصود از آن حمایت از مصالح شخص بوده و این حق یا عمومی و همگانی است؛ مثل حفظ سلامتی، حفظ اولاد، حفظ اموال یا اختصاصی است؛ مثل حق مالک در ملک خود، حق فروشنده در ثمن، حق مشتری در مبیع. حق مشترک نیز از دیدگاه ایشان، حقی است که در آن حق‌الله و حق انسان با هم اجتماع نموده، ولی یکی از این دو بر دیگری غلبه دارد (ابن‌نجیم، ۱۴۱۹ق، ۲۶۷/۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱۹۱/۹؛ قرافی، ۱۴۱۶ق، ۷۲/۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۲۳/۷؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ۱۲۸/۱۲).

گروهی از فقیهان اهل سنت که به مباحث حقوقی توجه داشته‌اند، حق را به اعتبار محل آن، به حق مالی و حق غیرمالی و حق شخصی و حق عینی، تقسیم نموده و گفته‌اند: حقوق مالی حقوقی است که به اموال و منافع تعلق می‌گیرد؛ مثل حق فروشنده در ثمن و حق مشتری در مبیع؛ اما حقوق غیرمالی حقوقی است که به چیزی غیر از مال تعلق می‌گیرد؛ همانند حق قصاص و حق حضانت و حق شخصی آن است که شارع آن را برای فردی بر فرد دیگر قرار داده که این حق می‌تواند انجام دادن کار یا امتناع از انجام عملی از سوی «من علیه‌الحق» باشد؛ مانند حق بایع در دریافت ثمن و حق مودع بر ودیع در عدم استعمال ودیعه. در مقابل، حق عینی حقی است که شارع آن را برای فردی بر شیء معینی قرار داده است؛ مانند حق مالکیت که به واسطه آن، مالک کامل‌ترین سلطه را بر مملوک خود دارد و می‌تواند، هر طور که بخواهد آن را به کار بندد (زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۲۸۵۰/۴؛ خفیف، ۱۴۱۲ق، ۶).

۵. مفهوم حق در حقوق ایران

در قانون مدنی ایران، تعریفی از حق صورت نگرفته است. برخی از اندیشمندان حقوق، حق را به سلطنت و اقتدار یک فرد نسبت به انجام و عدم انجام یک کار (امامی، ۱۳۶۶ش، ۳۸/۱) و برخی هم از آن به قدرت یک فرد انسانی مطابق قانون بر انسان دیگر یا بر یک مال و یا بر هر دو، اعم

از اینکه مال مذکور مادی و محسوس باشد؛ مانند خانه، یا نباشد مانند طلب (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ۱۵ و ۱۶) تعبیر کرده‌اند. گروهی نیز بر این باورند که حق، امتیاز و نفعی شخصی است که حقوق هر کشور در مقام اجرای عدالت از آن حمایت می‌کند و به صاحب آن، توان تصرف در موضوع حق و منع دیگران از تجاوز به آن را می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷ش، ۳۷۴).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، برخی از حقوق‌دانان به پیروی از فقیهانی که به سلطنت بودن حق معتقدند، با عباراتی همچون سلطنت و قدرت از حق یاد کرده‌اند؛ لذا با در نظر گرفتن ایرادات وارد بر نظریه سلطنت بودن حق، نظر اخیر مبنی بر امتیاز و نفع بودن حق، نسبت به دیگر نظرات حقوق‌دانان، موجه‌تر به نظر می‌رسد.

۶. اقسام حق در حقوق ایران

حقوق‌دانان در یک تقسیم‌بندی، حقوق فردی را شامل حقوق سیاسی، عمومی و خصوصی می‌دانند. از آنجاکه بحث ما در حیطه حقوق خصوصی قرار می‌گیرد، به این دسته از حقوق - یعنی حقوق خصوصی - می‌پردازیم.

حقوق خصوصی شامل اختیاراتی است که هر شخص در برابر دیگران دارد؛ مانند حق مالکیت و حق ابوت. این دسته از حقوق به حقوق مالی و غیرمالی تقسیم می‌شود که هر کدام از آنها در درون خود منقسم به اقسامی است که ذیلاً به آنها می‌پردازیم.

۶-۱. حقوق مالی

حق مالی امتیازی است که هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آنها می‌دهد و هدف از ایجاد آن، تنظیم روابطی است که از نظر استفاده از اشیاء بین اشخاص وجود دارد. این دسته از حقوق قابل مبادله و تقویم به پول است (کاتوزیان، ۱۳۸۹ش، ۱۲).

حقوق مالی به دو دسته حقوق مادی و حقوق معنوی، حقوق مادی هم خود به دو دسته حقوق عینی و دینی و حقوق عینی نیز به دو دسته عینی اصلی و عینی تبعی تقسیم می‌شود. حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به گونه‌ای مستقیم و بی‌واسطه اجرا کند. شخص صاحب حق و چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد، دو رکن اصلی حق عینی هستند. کامل‌ترین حق عینی اصلی مالکیت است که در این نوع از حقوق، شخص اختیار استفاده و انتفاع از یک چیز را به‌طور کامل یا ناقص دارد. حق عینی تبعی، حقی است که در آن، عین معینی وثیقه طلب قرار گرفته، به طلبکار حق می‌دهد که در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از آن محل استیفا کند. در این حالت حقی که طلبکار بر وثیقه دارد، تابع طلب اوست و با پرداختن آن از بین می‌رود و به همین جهت حق عینی تبعی نامیده می‌شود (همان، ۱۵).

حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را دائن یا طلبکار و کسی را که ملزم به انجام امری است

مدیون یا بدهکار می‌نامند؛ اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن، طلب و به اعتبار مدیون، تعهد یا دین نام دارد (همان).

حقوق معنوی نیز پاره‌ای از حقوق مالی است که بر اشیاء عالم خارج اعمال نمی‌شود و موضوع آن فعالیت و فکر انسان است و به تعبیر دیگر، حقوقی است که به صاحب آن، اجازه می‌دهد تا به صورت انحصاری از منافع و شکل خاصی از کار و فکر انسان استفاده کند؛ برای مثال حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتي یا شکل خاص کالاهای خود دارد، یا حقی که مؤلف یا مخترع به نوشته‌ها یا اختراع خود پیدا می‌کند، از جمله حقوق معنوی است که موضوع آن جنبه مادی و خارجی ندارد. با در نظر گرفتن موضوع حقوق معنوی که ابداع فکری و کار انسان است و نیز فقدان دلیل بر غیرمقول بودن آنها در قانون، این دسته از حقوق مالی را باید منقول تلقی نمود (همان، ۲۴).

۶-۲. حقوق غیرمالی

حق غیرمالی امتیازی است که هدف از آن رفع نیازمندیهای عاطفی و اخلاقی مانند ازدواج، ولایت و حضانت است. موضوع این حق روابط غیرمالی اشخاص است و دارای ارزش دادوستد نیست؛ و با وجود اینکه به طور مستقیم قابل ارزیابی و تقویم به پول و مبادله نیست، بر بیشتر این حقوق آثار مالی مترتب می‌گردد؛ همچون حق وراثت که سبب می‌شود شخص دارایی مورث خود را تملک کند و نیز حق زوجیت که امکان مطالبه نفقه و میراث را به دنبال دارد؛ ولی در هر حال اصل حق را نمی‌توان وسیله تحصیل مال قرار داد (همان، ۱۱).

نتیجه

۱. از عبارات اندیشمندان فقه امامی چنین استفاده می‌شود که مبیع باید از اعیان باشد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۰۸/۱)؛ تا جایی که برخی از ایشان، درباره لزوم عین بودن مبیع به اجماع و تسالم اصحاب (خمينی، ۱۴۱۰ق، ۱۵/۱)، عدم خلاف (نجفی، ۱۳۶۸ش، ۲۰۸/۲۲)، تبادل تملیک عین از مفهوم بیع، صحت سلب تملیک منافع و حقوق از بیع و اصل عدم شمول ادله بیع بر تملیک منافع در موارد تردید در دخول تملیک منافع در مفهوم بیع (خویی، ۱۴۱۲ق، ۳۰۸/۲) استدلال نموده‌اند.

۲. «عین» نیز در اصطلاح فقیهان در مقابل منفعت و حق و یا دین به‌کاررفته و حتی می‌توان گفت این امر ناشی از این است که ایشان به دلیل فقدان قابلیت حیزات در منافع و حقوق، مالیت را مختص اعیان می‌دانسته و به همین علت با عوض قرار گرفتن حقوق و منافع مخالفت کرده‌اند (اصفهانى، ۱۴۱۸ق، ۱۴/۱؛ خلخالى، ۱۳۹۵ق، ۱۵). برخی فقیهان حنفی نیز علی‌رغم اینکه بیع را

مبادله مال به مال می‌دانند، با این استدلال که مال، منحصر به اشیاء مادی و محسوس است، بیع حقوق و منافع را نپذیرفته‌اند.

۳. از دیدگاه برخی از فقیهان امامی انحصار مال به اشیاء مادی در عرف امروزی قابل پذیرش نیست و برای تبیین مفهوم مالیت، باید به دیدگاه عرف و عقلا و میل نوعی و رغبت به اشیاء نگریست و در هر زمانی به عرف و نیازهای مردم در همان زمان مراجعه نمود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۴؛ حسینی روحانی، ۱۳۷۶ش، ۱/۳۸). انکار حقیقت شرعی و مشرع بیع و اعتقاد به عرفی بودن حقیقت بیع از سوی برخی از فقیهان (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۱/۳۰۸) و علاوه بر آن، نظر برخی از اندیشمندان مذاهب فقهی مالکی، شافعی و حنبلی مبنی بر مالیت داشتن حقوق و منافع (ر.ک: ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۴/۵۰۱؛ جزیری، بی تا، ۲/۱۴۸ و ۱۴۹؛ زحیلی، ۱۴۲۸ق، ۴/۲۸۷۵-۲۸۷۹؛ خفیف، ۱۴۱۲ق، ۱۷-۱۹؛ حمد، ۱۳۹۵ق، ۶۸-۷۲) مؤید دیدگاه عدم انحصار مالیت نسبت به اشیای مادی است.

۴. با استناد به دیدگاه عده‌ای از اندیشمندان حنفی، شافعی و حنبلی که بیع را مبادله مال به مال می‌دانند و نیز با مراجعه به عرف امروزی می‌توان دریافت که بیع اموال غیرمادی، مانند حق مخترع و امتیاز آب، برق و تلفن، در بین عرف و عقلا، امری متداول بوده و در مفهوم بیع داخل است و باینکه در بیع این‌گونه اموال، مبیع، عین نیست، هیچ شبهه‌ای در صدق مفهوم بیع بر آنها وجود ندارد. علاوه بر این، برخی از فقیهان امامی نیز معترف‌اند که بیع منافع و حقوق، از نظر عرف و لغت، بیع است؛ گرچه بیع آن باطل باشد (خمینی، ۱۴۱۰ق، ۱/۱۶) و حتی به صراحت این مطلب را بیان کرده‌اند که در صحت بیع عقلایی یا اعتباری که از آن به سرقتی یا حق آب و گل تعبیر می‌شود، از نظر عرفی تردیدی وجود ندارد؛ گرچه مبیع در این موارد از اعیان نیست (همان). بر همین اساس برای به دست آوردن مفهوم بیع، باید به عرف تمسک نمود و در نظر داشت که به علت عرفی بودن حقیقت بیع، برخی از فقیهان امامی، استناد به اجماع، تسالم اصحاب، عدم خلاف و انصراف ادله یا شک در اطلاق آنها را برای اثبات لزوم عینیت مبیع غیرموجه (همان، ۱/۱۵) و جواز مبیع قرار گرفتن منافع و خصوصاً حقوق را دارای قوت دانسته‌اند (خمینی، ۱۳۷۹ش، ۱/۴۹۰). علاوه بر این عده‌ای از فقیهان امامی چنین ابراز داشته‌اند که عموماً کتاب و سنت، شمول منافع و حقوق در مفهوم بیع را اثبات می‌نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳ق، ۱/۲۳).

۵. امروزه، بیع حقوقی همچون حق انشعاب آب، برق، گاز و امتیاز تلفن و اینترنت را نمی‌توان انکار نمود. در هیچ‌کدام از این موارد، خود آب و گاز و وسایل انتقال آنها و نیز کابلهای برق و تلفن و دستگاههای بهره‌برداری از آنها، تحت این عناوین مادی فروخته نمی‌شود؛ بلکه این حق انشعاب یا امتیاز تلفن و اینترنت است که مبیع واقع می‌شود؛ اما همان‌طور که گفته شد، باید توجه

داشت که اطلاق بیع نسبت به بیع منافع انصراف دارد و همین امر است که موجب تمایز بیع و اجاره می‌گردد.

۶. از نظر حقوقی، برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که با توجه به اینکه در عرف محاوره به انتقال حق در برابر عوض، فروش گفته می‌شود، اموال غیرمادی را نیز باید در مفهوم بیع جای داد و رویه قضایی را به سویی متمایل نمود که انتقال مالکیت حق و اموال غیرمادی نیز در تعریف بیع گنجانده شود و قید «عین» تنها برای خروج اجاره از تعریف بیع به کار رود (کاتوزیان، ۱۳۷۸ ش، ۴۲). برخی از حقوق‌دانان نیز با اعتقاد به اینکه واژه «عین» در ماده ۳۳۸ ق.م. در مقابل منفعت به کار رفته و اعم از اموال مادی و غیرمادی است، این نظر را تأیید کرده‌اند (قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۸۲ ش، ۱۳۳ و ۱۳۴). بعضی دیگر از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که با تحولات قانون‌گذاری در ایران، ماده ۳۳۸ ق.م. در حال حاضر منسوخ است و قانون‌گذار در مواد بسیاری که پس از سال ۱۳۰۷ هجری شمسی تصویب کرده است، در مورد تعریف بیع، خود را پایبند به ماده ۳۳۸ ق.م. ندانسته و به عین بودن مبیع به‌عنوان عنصر سازنده بیع ننگریسته است و بر این اساس باید معتقد شد که بیع به تملیک اعیان اختصاص ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹ ش، ۲۶۴ و ۲۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷ ش، ۱/۴۶۲). به نظر می‌رسد که بتوان گفت که عدم اشاره قانون‌گذار به نسخ ماده ۳۳۸ ق.م. در فرایند اصلاح این قانون در سال ۱۳۶۱، دلیلی بر عدم نسخ این ماده است.

۷. برخی از اساتید حقوق ماده ۳۳۸ ق.م. را ناظر به مبیع شخصی دانسته (امامی، ۱۳۵۳ ش، ۱/۴۱۹) و انتقال اموال غیرمادی مانند سرقفلی را تابع قواعد عمومی معاملات و پاره‌ای قواعد خاص که در قانون مالک و مستأجر آمده تلقی نموده‌اند؛ هرچند که معتقدند واژه فروش عرفاً در این مورد هم به کار می‌رود (صفایی، ۱۳۸۲ ش، ۲/۲۷۶). برخی هم با خارج دانستن حق و منفعت از مفهوم عین، بیع اموال غیرمادی را تابع قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م.^۴ دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۲ ش، ۱۳؛ نوری، بی تا، ۹۳).

۸. به نظر می‌رسد که اگرچه در عرف معاملات به انتقال اموال غیرمادی و حقوقی مانند حق سرقفلی، حق مؤلف، نام تجارتي و سهام شرکتها، فروش گفته می‌شود و موادی نظیر مواد ۳۴، ۳۵ و ۵۳۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون

۴. قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

۵. ماده ۳۴: «کسی که تعهد ابتیاع سهمی را نموده مسئول پرداخت تمام مبلغ اسمی آن است...»؛ ماده ۳۵: «... شرکت این‌گونه سهام را در صورتی که در بورس اوراق بهادار پذیرفته شده باشد، از طریق بورس و گرنه از طریق مزایده به فروش خواهد رسانید...»؛ ماده ۳۶: «در مورد ماده ۳۵ آگهی فروش سهم با قید مشخصات سهام مورد

تجارت،^۶ تأییدی بر این است که اموال غیرمادی هم در تعریف بیع داخل شود؛ اما باید گفت که در ماده ۳۳۸ ق.م. که برگرفته از فقه امامی است، بیع «تملیک عین به عوض معلوم» معرفی شده و همان‌طور که گفته شد کلمات فقیهان به‌روشنی گویای این مطلب است که عین، شامل حق و منفعت نمی‌گردد.

۹. پیشنهاد: از دیدگاه نگارندگان هرچند که در عرف به انتقال اموال غیرمادی فروش گفته می‌شود، لیکن با در نظر گرفتن تعریف مذکور در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، نمی‌توان این‌گونه انتقال‌های عرفی را بیع اصطلاحی تلقی نمود و در نتیجه این نوع از قراردادها باید در قالب ماده ۱۰ ق.م. و با توجه به اصل آزادی قراردادها بررسی شود؛ چراکه کلمه عین در فقه امامی در مقابل حق و منفعت قرار گرفته و توسیع معنای عین برای دربرگرفتن حق و منفعت، با مفهومی که از عین ارائه شد، بیگانه است. از سوی دیگر با توجه به اینکه بیع داری حقیقتی عرفی است و در هر زمان برای مشخص نمودن مفهوم آن باید به عرف مراجعه نمود، باید چنین معتقد شد که تعریف ارائه‌شده در ماده ۳۳۸ قانون مدنی در مورد بیع، از جامعیت برخوردار نبوده و اصلاح آن از طریق جایگزینی واژه «مال» به جای واژه «عین» ضروری به نظر می‌رسد. بدیهی است که در این صورت به‌طور قطع می‌توان معتقد شد که نقل اموال غیرمادی نیز باید در قالب عقد بیع صورت گیرد و بیع آنها، بیع اصطلاحی تلقی شود. در تأیید این دیدگاه می‌توان به تعریف گروهی از فقیهان حنفی، شافعی و حنبلی از بیع و نیز انتقاد برخی از فقیهان امامی از تعریف عین و تردید در لزوم عین بودن مبیع از سوی ایشان (خمینی، ۱۴۱۰ق، ۱/۱۸ و ۱۹) تمسک نمود. راهکار دیگر این است که با استناد به نظر برخی از فقیهان امامی که استفاده از واژه «عین» در تعریف بیع را به علت ممانعت از شمول تعریف بیع نسبت به اجاره دانسته‌اند (حسینی عاملی، بی تا، ۴/۱۶۷؛ مقدس نجفی، بی تا، ۲/۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۳ق، ۲۶۵؛ خمینی، ۱۴۱۰ق، ۱/۱۵) و نیز با در نظر گرفتن دیدگاه بعضی از فقیهان مالکی که بیع را عقدی معاوضی بر غیر منافع معرفی نموده‌اند، باید در جهت ایجاد وحدت رویه قضایی نسبت به اختصاص جهت به‌کارگیری واژه عین به خروج منفعت از تعریف بیع تلاش نمود. اما باید در نظر داشت که اگرچه با تمسک به این راهکار به اشکال وارد بر عدم شمول تعریف بیع نسبت به اموال غیرمادی پاسخ داده می‌شود، اما این امر

مزایده فقط یک نوبت در روزنامه کثیرالانتشاری که آگهیهای مربوط به شرکت در آن نشر می‌گردد منتشر و یک نسخه از آگهی به وسیله پست سفارشی برای صاحب سهم ارسال می‌شود...».

۶. ماده ۷۸: «... و شرکت حق خواهد داشت سهام جدیدی را که در ازای سهام تبدیل نشده موجود است، به اشخاص دیگر به طریق مزایده بفروشد»؛ ماده ۷۹: «قیمت سهامی که به طریق مذکور فروخته می‌شود، در مرکز اصلی شرکت یا در بانک ملی ایران ودیعه گذاشته خواهد شد...».

مستلزم توسیع مفهوم عین است؛ حال آنکه اموال غیرمادی فاقد وجود خارجی هستند و با مد نظر قراردادن این نکته که اموال غیرمادی نقطه مقابل اعیان محسوب می‌شوند و همچنین با توجه به تعاریف ارائه‌شده از سوی فقیهان و حقوقدانان از «عین»، نمی‌توان تسری مفهوم عین به اموال غیرمادی را صحیح دانست. این تذکر لازم است که اگر نقل اموال غیرمادی نیز در قالب عقد بیع صورت گیرد و بیع آنها بیع اصطلاحی محسوب شود، این امتیاز را به دنبال خواهد داشت که در مورد این دسته از معاملات نیز احکام و قواعد مربوط به بیع مجری گردد که نتیجه این امر، پیشگیری از صدور آرای متفاوت ناشی از اختلاف نظر در این زمینه و همچنین فراهم آمدن موجبات یکپارچگی قواعد حقوقی که هدف مطلوب هر نظام حقوقی است، خواهد بود.

فهرست منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد، تحفه المحتاج فی شرح المنهاج، بی‌جا، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۳۵۷ق.
- ابن‌عابدین، محمدامین بن عمر، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ق.
- ابن‌نجیم مصری، زین‌الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
- اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، بی‌جا، المحقق، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیة، ۱۳۵۳ش.
- انصاری، زکریا بن محمد، أسنی المطالب فی شرح روض الطالب، بیروت، دارالکتاب الاسلامی، بی‌تا.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، قم، دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
- همو، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری، ۱۴۲۰ق.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، بلغة الفقیه، تهران، مكتبة الصادق علیه السلام، ۱۳۶۲ش.
- بحرانی، حسین، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیة، بی‌تا.
- همو، سداد العباد و رشاد العباد، قم، کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۲۱ق.
- بخاری، محمود بن احمد، المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۴ق.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی محمدعلی علمی، ۱۳۲۹ش.
- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعة، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۷ش.
- همو، دائرة المعارف حقوق مدنی، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۵۷ش.
- همو، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
- همو، مسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ش.
- همو، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹ش.
- همو، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵ش.

- همو، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰ش.
- حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- حائری طباطبائی، سیدمحمد، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل‌البتیة علیه السلام لایحیاء التراث، بی‌تا.
- حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الفقاهة، قم، علمیه، ۱۳۷۶ش.
- حسینی سیستانی، سیدعلی، المسائل المنتخبة، قم، مهر، ۱۴۱۳ق.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، مؤسسه آل‌البتیة علیه السلام لایحیاء التراث، بی‌تا.
- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حسینی، عبدالرحیم، رساله‌ای در باب حق و حکم، تهران، بین‌الملل، ۱۳۸۷ش.
- خطاب، محمد بن محمد، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- حمد، عبدالجبار، أحكام الغصب فی الفقه الإسلامی، بیروت، مؤسسة الأعلمی؛ دارالتربیة، ۱۳۹۵ق.
- خرشی، محمد بن عبدالله، شرح مختصر خلیل، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- خفیف، علی، الملكية فی الشریعة الاسلامیة، بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۴۱۲ق.
- خلخالی، سیدمحمدکاظم، فقه الامامیة (قسم المعاملات)، تهران، مطبعة الحیدری، ۱۳۹۵ق.
- خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۷۹ش.
- همو، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.
- خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
- رملی، محمد بن احمد، نهایة المحتاج الی شرح المنهاج، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۴ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، ۱۴۲۸ق.
- زرقاء، مصطفی، الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- زهری غمراوی، محمد، السراج الوهاج علی متن المنهاج، بیروت، دارالمعرفة، بی‌تا.
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
- سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بی‌جا، جامعة الدول المصریة، ۱۳۸۹ق.
- شریینی، محمد بن احمد، الاقتناع فی حل الفاظ ابی شجاع، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- همو، معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۵ق.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، رسائل، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، داوری، ۱۴۱۰ق.
- همو، حاشیة المختصر النافع، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران، مجد، ۱۳۸۲ش.

- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۸۲ش.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیة المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیة، قم، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- عبادی، عبدالسلام داود، الملكية فی الشریعة الاسلامیة، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۲۱ق.
- علیش، محمد بن احمد، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- فتحی درینی، محمد، النظریات الفقهیة، دمشق، جامعة دمشق، ۱۴۱۷ق.
- فهیمی ابوسنة، احمد، النظریات العامة للمعاملات فی الشریعة الاسلامیة، قاهره، دارالتألیف، ۱۳۸۹ق.
- قاسم‌زاده، مرتضی و دیگران، تفسیر قانون مدنی، تهران، سمت، ۱۳۸۲ش.
- قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مصوب ۱۳۴۷ش.
- قانون تأسیس اوراق بهادار، مصوب ۱۳۴۵ش.
- قانون تجارت.
- قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر، مصوب ۱۳۴۷/۱۰/۲۳ش.
- قرافی، احمد بن ادريس، الذخیره، بیروت، دارالغرب، ۱۴۱۶ق.
- قنواتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۷۹ش.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ش.
- همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۹ش.
- همو، مبانی حقوق عمومی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۶ق.
- کاشف الغطاء، عباس بن علی، المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامی، بی‌جا، مؤسسه کاشف الغطاء، بی‌تا.
- همو، المعاملات المصرفیة، بی‌جا، مؤسسه کاشف الغطاء، بی‌تا.
- کیدری، محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البتیة علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.
- مدکور، محمد سلام، المدخل للفقه الاسلامی (نظریة الحق)، قاهره، دارالکتب الحدیث، ۱۴۲۵ق.
- مرغینانی، علی بن ابی‌بکر، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- مروج جزائری، سیدمحمد، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.
- مروزی، اسحاق بن منصور، مسائل الامام احمد بن حنبل و اسحاق بن راهویه، مدینه، عمادة البحث العلمی، ۱۴۲۵ق.
- مطهری، مرتضی، نظری به نظام اقتصادی اسلام، تهران، صدرا، ۱۳۸۲ش.

- مقدس نجفی، محمدهادی، *تقریر بحث گلیایگانی*، بی جا، بی نا، بی تا.
- مقدسی، عبدالرحمن بن ابراهیم، *العدة شرح العمدة*، قاهره، دارالحدیث، ۱۴۲۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهة (کتاب البیع)*، قم، مؤسسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۳ق.
- موسوی گلیایگانی، سیدرضا، *بلغة الطالب فی التعلیق علی مکاسب*، قم، خیام، ۱۳۹۹ق.
- میلاد، عبدالناصر بن خضر، *البیوع المحرمة و المنهی عنها*، منصوره، دارالهدی النبوی، ۱۴۲۶ق.
- نائینی، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- همو، *منیة الطالب فی حاشیة مکاسب*، تهران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ش.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۸ش.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *الحاشیة علی الروضة البهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
- نسفی، عمر بن محمد، *طلبة الطلبة*، بغداد، المطبعة العامرة، ۱۳۱۱ق.
- نفرأوی ازهری، احمد بن غانم، *الفواکه الدوانی علی رسالة ابن أبی زید القیروانی*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- نمازی، فتح الله، *رسالة فی تحقیق معنی البیع*، قم، دارالکتاب، ۱۳۹۸ق.
- نوری، رضا، *عقود و ایقاعات در حقوق مدنی*، تهران، پاژنگ، بی تا.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهدب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.