

# کانون



- سخن روز / سردفتر مجری رأی دادگاه نیست / رضا تلنگر
- بزواک / حکمت و نگهداری اطفال در آینه آراء دادگاه انتظامی سردفتران و دفترباران / محمد عظیمیان
- بررسی ماهیت تعهدنامه های رسمی و نحوه فسخ آنها / محمدرضا احمدی
- جستاری بر نقش قبض و تسلیم در انتقال مالکیت ناشی از عقد بیع / حمید سلیمانی و دکتر عباسعلی سلیمانی
- نقش دفتریار دفتر اسناد رسمی در سلبه عللین متضاد / دکتر سید عباس سعیدی آرنجی
- پرسش و پاسخ (۹) / محمد عظیمیان
- بررسی کارپوز « های دیوار عدالت اداری در حقوق ثبت احوال / عباس میرشکاری
- نقدی بر فرآیند پول شوین / اشکان نقدی
- تأملی فلسفی در برخی از موضوعات حقوق قراردادهای محمد شکری
- مقدمه ای بر حقوق مالیاتی / محمد زارعی
- تحلیل اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران / حسن روشن
- مراجعه به داوری بین المللی در دعاوی دولتی / سنا کریمی نسبی
- باز نشر / دادگاه های تخصصی راهکاری برای کاهش انقراض داندیس / عبدالرحیم دادگریا
- اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش ها
- ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه (برس، تکلیس و فرانسه)

ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفترباران

بها ۵۰۰۰۰ ریال

دوره دوم

۱۴۸ و ۱۴۷

آذر و دی ماه ۱۳۹۲

ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

## جستاری بر نقش قبض و تسلیم در انتقال مالکیت ناشی از عقد بیع

حمید سلیمانی<sup>۱</sup>

دکتر عباسعلی سلطانی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۰/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۰۹

### چکیده:

از مسایل مهم و اختلافی، تأثیر قبض و تسلیم در مالکیت عقد بیع می باشد؛ که مقاله حاضر، موضوع را با توجه به اقسام مورد معامله (اعیان و حقوق مالی) با نگاه فقهی و حقوقی مورد بررسی و تحلیل قرار داده است. جهت اول اعیان که خود به صورت عین معین، در حکم معین، کلی فی الذمه و عین آینده بوده که قسم اخیر در قانون مدنی بیان نشده ولی در کلام فقها قابل یافت می باشد. در مورد قسم اول نزاعی نیست و صرف انعقاد عقد، انتقال صورت می گیرد و متوقف بر قبض و تسلیم نیست؛ ولی در مورد سایر اقسام، نظر یکسان وجود ندارد؛ بعضی تسلیم و قبض را شرط انتقال دانسته؛ بعضی دیگر تعیین و تشخیص مورد معامله با تسلیم و بعضی صرف تشخیص را موجب انتقال دانسته اند. ولی نگارنده با بررسی نظرات و تعاریف فقها در مورد عقد بیع، انتقال مالکیت در قسم دوم و سوم را همانند قسم اول با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و عدم توجه در تفکیک اقسام اعیان در انتقال، صرف انعقاد عقد دانسته است و همچنین در مورد قسم چهارم (عین آینده) باید گفت به نظر می رسد که اگر در قالب بیع سلفی نباشد، صرفاً انعقاد عقد موجب مالکیت است همانند سایر اقسام و اگر در قالب بیع سلفی باشد، علاوه بر انعقاد عقد، قبض موجب انتقال مالکیت می شود. جهت دوم حقوق مالی که اموال غیر مادی هستند که بیع آن در قانون مدنی حکم صریحی ندارد و عده ای از فقها و حقوقدانان بیع آن را مورد ایراداتی قرار داده اند؛ ولی با بررسی های صورت گرفته به نظر بیع آن صحیح بوده و انتقال آن هم با توجه به اصل و قاعده اولیه در بیع، صرف انعقاد عقد بوده و قبض و تسلیم از آثار و لوازم آن قرار می گیرد.

واژگان کلیدی: قبض، تسلیم، انتقال مالکیت، عقد بیع، اعیان، حقوق مالی.

۱- نویسنده مسؤؤل: سر دفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۷۴ برازجان (استان بوشهر) و دانشجوی دکتری دانشگاه

فردوسی مشهد

notary74b@gmail.com

۲- دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

soltani@ferdowsi.um.ac.ir

## مقدمه:

بی تردید، امروزه عقد بیع، یکی از مهمترین و رایج ترین عقود در زندگی روزمره مردم به شمار می رود. و آنچه در این عقدا اهمیت دارد زمان انتقال مالکیت برای طرفین عقد می باشد. پژوهش حاضر در بی پاسخ به این پرسش است که چه عاملی سبب انتقال مالکیت در عقد بیع می شود؟ به عبارت دیگر، آیا با توجه به اقسام مورد معامله انتقال مالکیت در بیع، به صرف انعقاد عقد واقع می شود یا نه؛ بلکه عواملی همچون قبض و تسلیم یا تشخیص مورد معامله یا تشخیص با تسلیم دخیل است؟ بعضی از حقوقدانان و فقها با توجه به نوع مورد معامله، انتقال مالکیت را متفاوت در نظر می گیرند. مقال حاضر، ابتدائاً مفاهیم قبض، تسلیم و عقد بیع که در نتیجه موضوع به ما کمک شایانی می کند؛ پرداخته و در مباحث بعدی انتقال مالکیت در عقد بیع و تأثیر قبض و تسلیم از حیث اقسام اعیان (عین معین - در حکم معین - کلی فی الذمه و عین آینده) و بیع حقوق مالی و چگونگی انتقال مالکیت آن با نگاه فقهی و حقوقی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

## ۱- واژه شناسی

در این بخش مفاهیمی که نقش عمده در نتایج بحث دارد؛ مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

## ۱-۱. تعریف قبض

قبض از لحاظ لغوی واژه ای عربی است که در لغت معانی متعددی برای آن ذکر شده است؛ از جمله به معنای تصرف و استیلا یافتن بر چیزی. (دهخدا، بی تا: ۱۴) قبض، مصدر ثلاثی مجرد از قبض یقبض و به معنای به دست گرفتن و گرفتن با تمام دست آمده است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۱۹۸) پس قبض در لغت یعنی تصرف کردن یا در دست گرفتن چیزی گفته می شود. در اصطلاح قبض در بین فقها که با معنای لغوی آن عجین است، چنین آمده است؛ قبض حقیقت شرعیه ندارد بلکه به معنای لغوی و عرفی خود باقی مانده و این لفظ در کتاب و سنت در واقع به معنای عرفی آن مراجعه می کنند که همان استیلای عرفی است. (حسینی مراغه، ۱۴۱۸، ۲: ۲۵۶) بعضی قبض را استیلا و استبداد بر چیزی آورده اند؛ بدون این که نیازی به ضمیمه شدن تصرف خارجی باشد. (خمینی، ۱۳۶۳: ۳۶۶) قبض یعنی مبیع تحت استیلا و اختیار مشتری یا قائم مقام او باشد؛ ولی

تحقق آن به اعتبار اختلاف موارد، کیفیات مختلفی دارد؛ بدین صورت که تحویل اموال غیر منقول با تحویل مال منقول متفاوت است. تحویل مال غیر منقول چنین است که بایع از مال رفع ید کند و آن را در اختیار مشتری قرار دهد ولی در اموال منقول تحویل با سپردن عین مال به دست مشتری حاصل می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۹۱) استیلا عرفی بر مال و با معانی عرفی و بدون حقیقت شرعی و قانونی قبض محقق می‌شود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۱۹۸) شیخ اعظم انصاری چنین آورده است که فقیهان اجماع دارند که قبض در اموال غیر منقول، تخلیه‌ی آن مال می‌باشد؛ ولی در مورد مال منقول اختلاف نظر ایجاد شده است. و آورده اند که مسأله‌ی قبض، که از آن به معنای رفع همه‌ی موانع از سوی تسلیم کننده و اذن به مشتری در تصرف، تعبیر کنیم، در واقع، قبض مصدری است که به معنای تقبیز به کار رفته و مقصود از آن، تخلیه است از طرف قبض دهنده، و نیز به گیرنده اذن در تصرف نیز می‌دهد. و قبض یعنی استیلا و سلطه مشتری بر آن مال به طوری که مفهوم «ید» از آن حاصل شود و قبض هر مالی با توجه به ملاک عرفی آن می‌باشد. (انصاری، بی تا: ۳۰۹) ماده ۳۶۷ ق.م. قبض را استیلا بر مال تعبیر کرده است. و با نگاه در کلام حقوقدانان هم به دست می‌آید که معیار در قبض، عرف می‌باشد. همان طور که فقها به آن نظر داشتند. بنابراین حاصل می‌شود که قبض در واقع یک حقیقت عرفیه می‌باشد نه حقیقت شرعی یا قانونی؛ و زمانی محقق می‌شود که طرف مقابل سیطره و استیلا بر مال داشته باشد؛ به کلام دیگر، قبض یعنی استیلا و سیطره شخص بر مال.

## ۲-۱. تعریف تسلیم

تسلیم همانند قبض واژه‌ای عربی است که در لغت به معنای تحویل و انتقال معنا شده است. در اصطلاح تسلیم با معنای لغوی آن مهجور نیست. محقق حلی مراد از تسلیم را وا گذاشتن و دست خود را از مبیع برداشتن، بیان کرده است. (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۶۲) بعضی از فقها تسلیم در اموال غیر منقول را تخلیه کردن و در اموال منقول که قابل کیل و وزن کردن باشد و مقدار آن باید با وسایل اندازه گیری معلوم گردد و در سایر اجناس، تسلیط بالفعل مشتری، تسلیم است؛ یعنی جنس را باید جلوی دست مشتری گذاشت تا او بتواند آن را بردارد. در ماده ۳۶۷ ق.م. تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و

انتفاعات باشد؛ گفته شده است، به عبارت دیگر، به موجب این ماده تحقق تسلیم، زمانی است که مورد معامله به گونه ای در تصرف مشتری قرار گیرد که متمکن از تصرف در آن باشد. بعضی از حقوقدانان در تعریف تسلیم آورده اند که تسلیم در عقود معوض منظور آن است که یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده مستولی و مسلط نماید. به عبارت دیگر یعنی تمکین یک طرف از تصرف یا قرارداد دادن مورد معامله در اختیار طرف دیگر گفته می شود؛ که تسلیم نسبت به انواع مبیع متفاوت می باشد و در هر حال، یک امر عرفی است که ضابطه دقیق قانونی هم ندارد؛ مثلاً تسلیم در اموال منقول، با نقل آن به نزد مشتری و در اموال غیر منقول، از قبل خانه، با تسلیم کلید آن به خریدار حاصل می گردد. تسلیم در مورد زمین به این حاصل می شود که فروشنده از آن خلع ید کرده یعنی اشیاء و اموال که در آن دارد، خارج کند و آثار تصرف خود را از بین ببرد، به طوری که خریدار بتواند هر نوع تصرفی که می خواهد در آن به عمل آورد. (شهیدی، ۱۳۷۳: ۳۶) حاصل، تسلیم زمانی محقق می شود که مال تحت اختیار شخص باشد و بتواند از آن انتفاع و بهره برداری نماید.

### مقایسه قبض با تسلیم

با توضیحاتی که در مطالب فوق مطرح گردید، حاصل می شود که بین قبض با تسلیم تمایز وجود دارد هر چند بعضی این دو را خلط نموده اند. چرا که قبض زمانی در خارج ایجاد می شود که شخص بر مال استیلا یافته باشد؛ در حالی که در تسلیم، قرار گرفتن مال تحت اختیار شخص کفایت می کند و سیطره و استیلا در تسلیم شرط نمی باشد و ملاک آن است که شخص متمکن از استیلا باشد هر چند که طرف مقابل استیلا بر مال نیافته باشد. تمایز تسلیم و قبض در جایی که هر دو آن ها هم زمان واقع گردد، فاقد اثر می باشد. ولی هر گاه بایع مبیع را تسلیم نماید و طرف مقابل از قبض امتناع ورزد، دارای اثر می باشد؛ چرا که در صورت تحقق تسلیم ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل می گردد در حالی که امکان دارد تسلیم مبیع توسط بایع منجر به قبض آن توسط مشتری نگردد (مطالعه بیشتر: سوق، ۱۳۹۰: ۳۱-۳۲)

### ۳-۱. عقد بیع

بیع در لغت از الفاظ اصداد می باشد که هم معنی فروختن و هم معنی خریدن می دهد و

بعضی از آن تعبیر مبادله مال به مال می‌کنند. (فیومی، بی تا: ۹۶) در فرهنگ فارسی به خرید و فروش و یاداد و سستد معنا کرده‌اند. به طور کلی حقوقدانان هم بیع را به فروش، خرید، خرید و فروش معنا کرده‌اند. در منابع فقهی برای عقد بیع تعاریف متعددی بیان شده که به برخی از این تعاریف پرداخته می‌شود:

محقق کرکی در تعریف عقد بیع می‌نویسد: «نقل الملك من المالك الى غيره بصيغه مخصوصه». «بیع یعنی انتقال ملک از مالکش به شخص دیگری به موجب صیغه مخصوص» (محقق کرکی، بی تا، ۴: ۵۵)

در تعریف بیع آورده‌اند: «هو انتقال عين مملو که من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجهه التراضی» «بیع یعنی انتقال عین مملو که از شخصی به شخص دیگری در قبال عوض معلوم و معین به طور تراضی». (حلی، بی تا، ۲: ۲۴۰)

صاحب ریاض چنین تعریف کرده است: «فهو الايجاب والقبول اللذان فينتقل بهما العين المملو که من المالك الی غیره بعوض مقدر» «بیع یعنی ایجاب و قبولی است که به موجب آن عین مملو که از مالک به شخص دیگری در قبال عوض معلوم و معین منتقل می‌شود». (طباطبائی، ۱۰۱۴۰۴: ۵۱۰)

محقق حلی بیع را فظی که دلالت بر نقل ملک از مالک به شخص دیگری در قبال عوض معلوم دانسته‌اند. (محقق حلی، بی تا، ۱: ۲۶۸)

شیخ انصاری بعد از ذکر هفت تعریف از فقیهان سلف و ایراد بر تعریف آن‌ها بیع را چنین تعریف می‌کند: «انشای تملیک عین بعوض» بیع یعنی انشای تملیک عین در قبال عوض (انصاری، بی تا: ۷۹) آخوند خراسانی در حاشیه بر مکاسب بیع را چنین تعریف نموده است: «هو تملیک العین بالعوض» بیع یعنی تملیک عین در قبال عوض. (خراسانی، بی تا، ۱: ۴)

امام خمینی بیع را تملیک و تملک یا تبدیل و تبدل بیان کرده است. (خمینی، ۱۰۱۳۶۳: ۴)

بیع به تملیک مالی در مقابل عوض گفته می‌شود. (مکارم شیرازی، بی تا، ۱: ۳۵)

عقد بیع در ماده ۳۲۸ ق.م. چنین بیان شده است: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. با نگاه دقیق و تأمل در مجموع تعاریف بیان شده نتایج ذیل حاصل می‌شود:

اولاً این تعاریف فقهی در مقام تعریف حقیقی نمی‌باشند و بلکه تعریف‌های شرح‌اسمی هستند؛ همان‌طور که بعضی از فقها بیان کرده‌اند که این تعاریف در مورد تعاریف تقریبی هستند و حقیقت بیع نیست و تعریف جامع و مانعی از بیع قابل یافت نیست. (املی، ۱۴۱۳: ۸۴)

ثانیاً فقها گرچه تعابیر گوناگونی را برای تعریف بیع به کار برده‌اند؛ ولی باید گفت که عقد بیع را حقیقت عرفیه دانسته‌اند و نه حقیقت شرعی و متشرعه. لذا برای تعریف بیع و مصادیق آن باید به عرف مراجعه شود.

ثالثاً تعریف قانون مدنی اقتباس از مبانی فقهی می‌باشد و ملاک در آن هم حقیقت عرفیه می‌باشد. رابعاً به نظر می‌رسد تعریف قانونی عقد بیع شامل تمام اقسام اعیان بوده و به طور مطلق بیان شده است. خامساً با تعاریف بیان شده از طرف فقها که با عبارات انتقال عین یا انتقال ملک و یا تملیک آمده به دست می‌آید که عقد بیع ظاهراً در تمامی اقسام مورد معامله جزو عقود تملیکی به شمار می‌رود نه اینکه در بعضی از اقسام مورد معامله عهدی باشد و در بعضی تملیکی.

بنابراین، با این تعاریف و نتایج به دست آمده، به نقش و تأثیر قبض و تسلیم در انتقال مالکیت در عقد بیع با توجه انواع مورد معامله پرداخته می‌شود.

## ۲- تأثیر قبض و تسلیم در انتقال اعیان

اعیان جمع عین که ممکن است در خارج مصادیق گوناگونی داشته باشد؛ یا در خارج عین معین است یا به صورت کلی در معین یا کلی فی الذمه یا عین آینده. اما لازم به ذکر است عین به موجب مفاد مواد ۳۵۰ و ۳۵۱ ق.م. به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱) عین معین یا عین خارجی

۲) عین کلی در معین یا در حکم معین

۳) عین کلی فی الذمه

و نامی از عین آینده مطرح نشده است ولی در مبانی فقهی، عین آینده قابل یافت است. بنابراین در این قسمت بیع همه‌ی اقسام اعیان و تأثیر قبض و تسلیم در انتقال آن‌ها، از لحاظ حقوق داخلی و فقه امامیه مورد بررسی قرار داده می‌شود.

## ۱-۲- حقوق داخلی

## ۱-۲-۱. عین معین یا عین خارجی

عین معین، مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال، معلوم و مشخص و قابل اشاره باشد؛ مثل آن زمین یا این کتاب. به عین معین، عین شخصی یا خارجی هم گفته می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۷) مالی است که در خارج در حین عقد موجود و بتوان به آن اشاره حسیه نمود. (امامی، ۱۳۸۸: ۱۷۴) بنا بر این عین معین عینی است که در خارج قابل اشاره و محسوس باشد، گفته می‌شود. با شناخت تعریف عین معین، سؤال در این جاست که اگر مورد معامله عین خارجی باشد؛ عامل انتقال مالکیت چیست؛ آیا قبض و تسلیم در انتقال مالکیت نقش دارد یا نه؟ به موجب ماده ۳۳۸ ق.م. که تعریف عقد بیع مقرر گردیده و این تعریف هم بر اساس تعریف فقهی اقتباس شده و همچنین به موجب مفاد مواد ۳۲۹ و ۳۶۲ ق.م. عقد بیع جزو عقود تملیکی به شمار رفته است؛ همان طور که اکثر حقوقدانان آن را پذیرفته‌اند. دکتر امامی قائل است که در مبیع عین معین مالکیت وسیله عقد به مشتری منتقل می‌شود؛ اگر چه هنوز تسلیم او نشده و ثمن را هم با بیع قبض نکرده باشد که این امر را قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیان می‌نماید. (همان، ۱۳۸۸: ۱۷۴) بعضی هم آورده‌اند در صورتی که مبیع عین معین خارجی باشد؛ ملکیت آن، در لحظه پس از انعقاد عقد، بلافاصله به طرف دیگر منتقل می‌شود و عقد بیع در این وضعیت، تملیکی است. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۳۳) همچنین در بیع خیاری، انتقال مالکیت به صرف عقد بیع می‌باشد و مانعی برای انتقال هم نمی‌باشد و اکثر حقوقدانان این را پذیرفته‌اند و از این رو، قانونگذار در ماده ۳۶۲ ق.م. بیان می‌دارد: «در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین مانع انتقال نمی‌شود.» و یا در ماده ۳۶۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار»

با مطالب بالا به دست می‌آید که عقد بیع در عین معین، جزو عقود تملیکی می‌باشد و به محض انعقاد و تشکیل عقد، عین معین به ملکیت مشتری در می‌آید و قبض و تسلیم جزو لوازم و آثار آن تلقی می‌شود و نقشی در انتقال مالکیت ندارد. بنا بر این باید گفت که در مورد زمان انتقال مالکیت این قسم تمامی حقوقدانان هم‌رای هستند و اختلافی ندارند و معتقدند که به مجرد وقوع عقد، مالکیت ایجاد می‌شود مگر در موارد استثنایی که قبض در آن شرط باشد؛ از جمله بیع صرف و بیع سلم.



## ۲-۱-۲. عین کلی در معین یا در حکم معین

هر گاه موضوع تعهد، مقدار معین از مالی باشد که اجزای آن از هر حیث با هم یکسان باشد آن موضوع در حکم عین خارجی است. مثلاً اگر صد کیلو گندم از خرمنی فروخته شود هر چند که مبیع در خارج معین و قابل اشاره نیست؛ چون باید از خرمن مشخص برداشته شود؛ لذا می گویند مبیع در حکم عین خارجی یا کلی در معین است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸) یا مثلاً شخصی پنج تن از سی تن برنج موجود در انبار خود را به دیگری می فروشد، این مورد معامله را از یک طرف کلی می گویند. زیرا معلوم نیست، کدام پنج تن از سی تن موجود، مورد معامله قرار گرفته و به تمام آن ها صدق می کند و از طرف دیگر، در معین است؛ چون منشأ استخراج پنج تن، معین است یعنی باید از این سی تن موجود در انبار، منحصرأ استخراج شود لذا این مورد معامله عین کلی در معین یا در حکم عین معین است که در اصطلاح حقوق تصور شده که در منطق وجود ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۲) بنابراین حاصل گشت که عین در حکم معین حالتی است که کل عین در خارج معلوم است ولی آن مقدار معین، معلوم نیست و در کل نهفته است. بنابراین پرسش در آن است که انتقال مالکیت در این مورد چگونه حاصل می شود؟ آیا با صرف انعقاد عقد انتقال صورت می گیرد یا نه؟ در این مورد بر خلاف عین معین و خارجی، بین حقوقدانان اختلاف نظر است.

برخی از حقوقدانان بیان می کنند که چون بیع عقدی است تملیکی و در حالتی که عین در حکم معین باشد به مجرد و صرف عقد بیع، انتقال مالکیت صورت می گیرد؛ هر چند که هنوز قبض عین صورت نگرفته باشد. (امامی، ۱۳۸۸: ۴۳۴) ولی بعضی از علمای حقوق معتقدند که در مبیع کلی در معین، که عین مشخص و مجزا نیست و مالکیت که عبارت از یک رابطه اعتباری است و هنگامی بین شخص و شی قابل تصور است که شی معلوم باشد و مالکیت نسبت به شی نامعین، قابل تصور نیست؛ لذا می توان گفت که با تشکیل عقد، برای خریدار یک حق عینی که حق مالکیت نیست؛ نسبت به مجموع معین به وجود می آید که به اعتبار این حق، خواهد توانست فروشنده را ملزم کند که مقدار نامعین از مجموع معین را تفکیک نموده و به خریدار تسلیم نماید و این حق عینی، مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارد. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۳۳) بر اساس این مبنا به دست می آید که عقد بیع در این مورد در زمره عقود عهدی باشد نه تملیکی؛ و به صرف عقد بیع

انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد؛ بلکه از دیدگاه ایشان زمانی عین در حکم معین انتقال مالکیت آن محقق می‌شود که مقدار معین از کل، معلوم و مشخص شود و به تسلیم خریدار در بیاید. لذا ایشان تشخیص مبیع با تسلیم را موجب انتقال مالکیت می‌دانند و نه صرف انعقاد عقد بیع.

دکتر کاتوزیان در این مورد معتقد است که در بیع عین کلی در معین، صرف ایجاب و قبول، مالکیت مبیع منتقل نمی‌شود؛ چرا که بعد از عقد، مشتری مالک هیچ عینی نمی‌شود و فقط می‌تواند از فروشنده اجرای تعهد را بخواهد. این تعهد، در مرحله اول ناظر به تعیین مصداق کلی است و با مشخص کردن مصداق تملیک محقق می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴) بر طبق این نظر به دست می‌آید همین که مصداق کلی در خارج معلوم و مشخص گردد، مالکیت منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، تشخیص مبیع ملاک انتقال است و عقد را عهده می‌دانند.

با بررسی هر یک از نظرات فوق، به نظر می‌رسد که مالکیت عین در حکم معین به صرف انعقاد عقد بیع منتقل می‌شود. زیرا اولاً تفکیک کردن عقد بیع از حیث تملیکی و عهده‌ی به موجب اقسام عین صحیح نیست. به عبارت دیگر، در عین معین، عقد بیع را تملیکی بدانیم و در حکم معین، عهده‌ی قرار دهیم؛ این انفکاک قابل توجیه نیست. همان طور که قبلاً گفته شد، عقد بیع فی نفسه جزو عقود تملیکی است و مبیع چه عین خارجی چه در حکم آن، به صرف ایجاب و قبول مالکیت منتقل می‌شود مگر در موارد استثنایی که قبلاً بیان گردید. ثانیاً به موجب قانون مدنی ظاهراً انتقال مالکیت در کلی در معین از زمان انعقاد عقد می‌باشد که به موجب تعریف عقد بیع در ماده ۳۳۸ و ۳۶۲ ق.م. این موضوع قابل تأیید می‌باشد. چرا که تعریف عقد بیع از تعریف فقهی بر گرفته شده است؛ لذا عقد بیع در زمره عقود تملیکی معرفی شده است. ثالثاً بند اول ماده ۳۶۲ ق.م. بین انواع و اقسام عین هم قائل به تفاوت نشده و به طور مطلق عین را مقرر نموده است. بنابراین حاصل می‌گردد که انتقال در این قسم همانند عین معین بوده و به مجرد عقد به دست می‌آید.

### ۳-۱-۲. عین کلی فی الذمه

عین کلی فی الذمه منظور مالی است که صفات آن در ذهن معین و در خارج صادق بر افراد عدیده باشد. (همان، ۱۳۸۹: ۳۹) دکتر امامی کلی را چنین تعریف کرده است: کلی چیزی است که صادق بر افراد عدیده باشد مانند گندم و آهن. (امامی، ۱۳۸۸: ۱۷۴) بر خسی نیز کلی فی الذمه را

موضوعی غیر مشخص تعریف کرده اند که بر افراد متعدد صدق کند. (شهبیدی، ۱۳۷۳: ۴۵) همان طور در ماده ۳۵۱ ق.م. مقرر گردیده است که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد و بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود. بنابراین کلی فی الذمه مالی است که در خارج قابل اشاره نباشد و بر افراد متعدد صادق باشد و ویژگی و مقدار آن هم معلوم باشد. با این توضیحات، انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه چگونه حاصل می شود؟ در این مورد هم مانند در حکم معین اختلاف نظر است.

دکتر شهیدی عقیده دارد؛ در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد عقد بیع، عهدی است و تملیکی نیست و به صرف انعقاد عقد مالکیت منتقل نمی شود؛ بلکه مالکیت زمانی محقق می شود که فردی از افراد کلی، معین و مشخص و تسلیم خریدار گردد. (شهبیدی، ۱۳۸۸: ۳۳) که نظر ایشان همانند عین در حکم معین می باشد. برخی دیگر معتقدند در مواردی که موضوع عقد بیع کلی است، مشتری بر هیچ یک از مصداق های آن حق عینی پیدا نمی کند و مالک آن نمی شود و فقط می تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد که این تعهد در مرحله نخست ناظر به تعیین مصداق کلی است و با مشخص و تعیین کردن مصداق تملیک حاصل می شود. به عبارت دیگر، قاعده این است که به موجب عقد بیع خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می شود. با وجود این، انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزو مقتضا و ذات بیع نیست، اقتضای تملیک انجام می شود؛ اما منوط بر آن است که موضوع قرارداد قابلیت آن را داشته باشد چنان که در مبیع کلی تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین و مشخص نشود مشتری نمی تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸ و ۶۹) بنابراین بر طبق این نظر در صورتی که مورد معامله کلی باشد از لحظه تخصیص، مالکیت منتقل می گردد.

عده ای دیگر معتقدند که عقد بیع در مورد کلی فی الذمه عهدی است و در صورتی که مبیع کلی باشد ملکیت از زمان تسلیم آن به مشتری حاصل می شود با این استدلال که در اثر عقد برای فروشنده دینی ایجاد می شود که باید وفا کند. پس او فردی را که می خواهد انتخاب و وسیله تسلیم به خریدار تملیک می کند که تملیک داخل در مفاد عقد نیست؛ بلکه عمل حقوقی مستقل است که وسیله تسلیم، مالکیت در عین ایجاد می شود که تسلیم افراد آن به مشتری که به اراده

بایع انجام می‌گیرد عمل قضایی مستقل است. (امامی، ۱۳۸۸، ۱: ۴۴۰) که این نظر همانند نظر دکتر شهیدی است که در مطالب بالا بیان شد.

از مجموع نظرات حقوقدانان به نظر می‌رسد که هر یک از نظرات فوق مورد نقد و ایراد است چرا که با همان استدلالی که قبلاً بیان گردید، عقد بیع با هر قسمی از اعیان خواه معین یا نامعین در زمره عقود تملیکی و به مجرد انعقاد عقد، مالکیت منتقل می‌شود و این قدر دلیل آوردن و تفکیک کردن در اقسام مورد معامله، قابل قبول نباشد و خیلی ساده و راحت بر طبق مفهوم عقد بیع که فقها و قانونگذار بیان نموده است باید گفت که انتقال مالکیت در این نوع هم همانند عین معین می‌باشد؛ قبض و تسلیم و یا تشخیص مورد معامله ملاک در انتقال نمی‌باشد مگر در عقود استثنایی.

#### ۲-۱-۲. عین آینده

قانون مدنی در مورد وضعیت و زمان انتقال مالکیت عین آینده به طور صریح بیانی ندارد؛ اما می‌توان صحت آنرا بر اساس مبانی فقهی اثبات کرد که بعداً مبسوط بحث می‌شود و همچنین می‌توان گفت به موجب مفاد مواد ۳۴۱ و ۳۶۴ ق.م.ا.گ در قالب بیع سلمی یا سلفی قرار گیرد؛ علاوه بر این که باید شرایط بیع سلمی را داشته باشد؛ زمان انتقال مالکیت آن منوط به شرط یعنی قبض ثمن می‌باشد. چرا که در بیع سلمی ثمن مؤجل می‌باشد و صحت آن منوط به قبض ثمن می‌باشد. لذا مال آینده اگر در این قالب باشد، انعقاد عقد کفایت در مالکیت نمی‌کند و بلکه با قبض ثمن مالکیت حاصل می‌شود. و اگر این مال آینده در قالب سلمی منتقل نشود به نظر طبق قاعده کلی تملیکی بودن عقد بیع به صرف انعقاد عقد مالکیت حاصل می‌شود و منوط به قبض و تسلیم و عمل حقوقی دیگری نمی‌باشد.

#### ۲-۲. فقه امامیه

##### ۲-۲-۱. عین معین، در حکم معین و کلی فی الذمه

با توجه به تعاریف فقها در مورد عقد بیع که گفته شد، به دست آمد که عقد بیع با تمام اقسام عین جزو عقود تملیکی می‌باشد؛ به تعبیر دیگر، انعقاد عقد فی نفسه موجب انتقال مالکیت می‌شود. زیرا در تعاریف فقها بیان از تملیک و انتقال عین بوده که به طور مطلق آمده است. ولی در مورد عین در حکم معین یا کلی فی الذمه انتقاد و اشکالاتی وارد شده است؛ بدین صورت که در کلی فی الذمه

با توجه به این که هنوز مورد معامله معین نشده است چگونه می توان قائل به انتقال مالکیت آن با انعقاد عقد شد و به مجرد عقد انتقال صورت بگیرد و همان طور در مورد عین در حکم معین این ایراد وارد است. فقها برای حل این ایراد، پاسخ های مختلفی بیان نموده اند و خواسته اند که در این دو مورد همانند عین معین، عقد بیع را تملیکی بدانند. بعضی از فقها قائل هستند که به مجرد عقد، خریدار مالک مبیع کلی می شود. با این توضیح که عقد بیع حتی در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد، از عقود تملیکی به شمار می رود. لذا به محض انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می گیرد. به تعبیر دیگر به دست می آید که عقد بیع در کلی فی الذمه جزو عقود تملیکی به شمار می رود و به طریق اولی عقد بیع در کلی در معین جزو عقود تملیکی می باشد و با انعقاد عقد و مجرد عقد، انتقال مالکیت صورت می گیرد و همچنین در تملیکی بودن مبیع کلی چنین استدلال می کنند که کلی نیز عرفاً مالی است موجود که می تواند مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد همان گونه که منفعت آینده نیز عرفاً مال موجود تلقی می شود و معتقدند که در این صورت مشتری مالک مافی الذمه می گردد (طباطبایی، بی تا، ۱: ۱۱۶) همچنین بعضی از فقها که عقد بیع را در مورد مبیع کلی عقد عهدی تلقی می کنند باید گفت که در تقسیم عقد به عقد عهدی و اذنی، بیع عقد عهدی در مقابل اذنی است و منظور از عقد عهدی در برابر تملیکی نیست. چرا که همین فقیهان بیع را تملیک عین تعریف کرده اند. (قنواتی، ۱۳۸۲: ۴۸) اگرچه در بعضی از اقسام بیع، انتقال مالکیت به مجرد عقد و انعقاد آن صورت نمی گیرد و قبض شرط صحت عقد می باشد باید گفت که این موارد جزو عقود استثنایی هستند که از عقد بیع خارج می شود؛ از جمله بیع صرف و بیع سلم که در بیع صرف، انتقال به صرف عقد صورت نمی گیرد بلکه انتقال و ملکیت از حین حصول شرط یعنی قبض محقق می گردد نه از حین انعقاد عقد. در بیع سلمی هم انتقال مالکیت همانند بیع صرف با قبض ثمن محقق و شرط صحت آن می باشد.

در خصوص انتقال مالکیت در بیع خیاری بین فقها اختلاف نظر است. شیخ طوسی در جایی که یکی از خيارات در عقد بیع موجود باشد، بیان می کند که در این مورد انتقال مالکیت از زمان انعقاد عقد بیع نبوده بلکه متوقف بر انقضای خیار است. (طوسی، ۳، ۱۴۱۱: ۷۳) ولی باید گفت که نظر مشهور فقها به صرف انعقاد عقد انتقال صورت می گیرد و خیار بی بودن مانع انتقال نمی شود.

بنابراین به نظر می‌رسد که درست است که با خیار عقد متزلزل است ولی این تزلزل و غیرمستقر بودن مانع انتقال مالکیت نیست و به مجرد عقد انتقال مالکیت حاصل می‌شود.

#### ۲-۲-۲. بیع عین آینده

به نظر بیع عین آینده بر اساس نظرات فقها بدین صورت است که پس از گفتگوهای لازم میان طرفین قرارداد، سازنده عین مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آن به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده هم این ملکیت و تملک را قبول می‌کند به طوری که در انشای این ملکیت هیچ‌گونه حالت انتظار آینده برای آن‌ها باقی نمی‌ماند که این نوع قرارداد بیع محسوب می‌شود و تفاوتی هم بین این عقد و سایر اقسام بیع وجود ندارد مگر این که در این صورت عین هنوز ساخته نشده و خریدار شرط کرده که فروشنده آن را ساخته و تحویل دهد. (قنواتی، ۱۳۸۲: ۵۵) و یا این که عین هنوز ساخته نشده و در مدتی ساخته می‌شود و به شخص تحویل داده می‌شود که به صورت کلی فی الذمه بر عهده شخص می‌باشد که این نوع در قالب بیع سلفی یا سلمی قرار می‌گیرد که کلی فی الذمه است و چنین بیعی با تمام شرایط آن نافذ و صحیح است. بنابراین به نظر این نوع از عین در قالب عقد بیع صحیح و نافذ می‌باشد. اما باید گفت که بعضی از فقها چنین بیعی را نمی‌پذیرند و قبول ندارند. شیخ طوسی در «خلاف» مسأله ۳۳ خود آورده است: «سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرف‌هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود، روانیست. شافعی نیز همین نظر را قبول کرده است. ابوحنیفه می‌گوید این قرارداد سفارش جایز است. زیرا مردم این گونه قراردادها را جاری می‌کنند. دلیل ما بر بطلان این قراردادها این است که اولاً ما اجماع داریم که تحویل دادن این عین‌ها واجب نیست و او اختیار دارد که کالای مورد قرارداد را تحویل دهد و یا ثمن را باز گرداند. مشتری هم الزامی ندارد که آن را تحویل بگیرد و اگر قرارداد صحیح می‌بود بر هم زدن آن جایز نمی‌بود. ثانیاً کالای مورد قرارداد در این حالت مجهول می‌باشد یعنی نه با دیدن مشخص شده و نه از طریق بیان و ویژگی‌ها و صفات. بنابراین قرارداد مزبور نباید جایز باشد.» (طوسی، ۱۴۱۱: ۲۱۵)

بیع عین آینده گاهی در مورد یک شیء معین شخصی می‌باشد و گاهی در مورد یک امر کلی فی الذمه. معین شخصی مثل این که شخص سفارش ساختن یک کشتی بزرگ را بدهد که

سازنده بخشی از آن را ساخته است و هنوز کار ساخت کشتی به طور کامل صورت نگرفته و تمام نشده باشد در این صورت سازنده آن را بدین شرط در مقابل ثمن به درخواست کننده تملیک می کند که ساخت آن را به اتمام برساند. بنابراین شرط کردن تکمیل ساخت بر این اساس (معین شخصی) امکان پذیر می باشد. اما با این شرط که خصوصیات و ویژگی ها برای خریدار معلوم و آن را از جهل خارج کند. گاهی هم به صورت کلی فی الذمه می باشد که در این حالت قرارداد مشروط به ساختن کالا است و ساخت آن هم نیاز به گذشت مدت دارد و تحویل کالا در زمان آینده است و این عین به صورت کلی بر عهده فروشنده می باشد که این بیع فقط به صورت بیع سلف یا سلم می باشد نه بیع دیگر؛ که صحت این بیع هم منوط به بودن تمامی شرایط بیع سلفی است. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۱۳-۲۱۴) با این توضیحات به دست می آید که اگر عین آینده موجب جهل نباشد و دارای شرایط باشد می توان گفت که بیع آن صحیح می باشد.

### نتیجه این بحث:

با توجه به مطالب فوق، حاصل گشت که چون عقد بیع در نزد فقیهان جزو عقود تملیکی می باشد؛ لذا انتقال مالکیت به مجرد عقد انجام می شود و تفاوتی بین اقسام عین اعم از عین معین یا کلی در معین یا کلی فی الذمه و خیاری بودن عقد وجود ندارد؛ همان طور که از لحاظ حقوقی گفته شد و فقط قبض در عقود استثنایی مثل بیع سلفی و صرف ملاک می باشد. در مورد بیع عین آینده هم حاصل گردید که اگر عین معین شخصی باشد به صرف انعقاد عقد بیع انتقال صورت می گیرد؛ چرا که بیع در زمره عقود تملیکی است. همانند عین معین یا در حکم معین یا کلی فی الذمه ولی اگر کلی باشد باید گفت چون در قالب بیع سلفی می باشد لذا این نوع از قسم از قاعده تملیکی بودن بیع مستثنی است و با قبض ثمن انتقال صورت می گیرد و به مجرد عقد، انتقال صورت نمی گیرد.

### ۳- بیع حقوق مالی و چگونگی انتقال مالکیت آن ها

حقوق مالی در واقع اموال غیر مادی هستند که در مقابل اموال مادی می آید که وجود مادی در خارج ندارند ولی جامعه وجودی برای آن اعتبار نموده و قانونگذار هم آن را مورد شناخت قرار داده است. مثل حق تألیف و حق تصنیف (بروجردی، ۱۳۸۰: ۲۶) بعضی دیگر در تعریف اموال

غیر مادی آورده اند به اموالی گفته می شود که ویژگی مالیت را به خود همراه داشته ولی ملموس و قابل اشاره در خارج نیست. و این اموال یا آفریده های فکری، پدیده های اجتماعی از جنس فکر و ایده و اعتبار است. (انصاری، ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۸) بنابراین می توان گفت که حقوق مالی جزو اموال اعتباری و غیر مادی هستند که قابل لمس و اشاره در خارج نیستند و این اموال مصادیق گوناگونی دارد از جمله حق تألیف، حق اختراع، حق سرقتی، علائم تجاری، طرح های صنعتی، سهام شرکت های تجاری و غیره. با این توضیحات، در این قسمت، اولاً باید اثبات شود که با توجه به مبانی فقهی و حقوقی عقد بیع و ماهیت حقوقی آن، آیا می توان حقوق مالی را در قالب عقد بیع مورد تجزیه و تحلیل قرار داد یا نه؛ ثانیاً با فرض قبول بیع حقوق مالی، چگونگی انتقال مالکیت و تأثیر و نقش قبض و تسلیم در انتقال مورد بررسی واقع می شود.

### ۱-۳. حقوق داخلی

از حیث این که حقوق مالی می تواند به عنوان مبیع در عقد بیع قرار گیرد و به موجب عقد بیع منتقل شود؛ بین حقوقدانان اختلاف نظر است. همان طور که از ظاهر ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف عقد بیع به دست می آید؛ مبیع فقط می تواند اعیان باشد و لزوم عین بودن مبیع فهمیده می شود. همان طور که بعضی از فقها این شرط را ملاک قرار داده اند که بعداً مطرح می کنیم. بنابراین ظاهر ماده صرفاً بیع اعیان با همه اقسام را شامل می شود و غیر اعیان یعنی حقوق مالی را شامل نمی شود. به همین خاطر بعضی از حقوقدانان قائل هستند که به موجب این ماده مبیع نمی تواند منفعت یا حق باشد و باید اعیان باشد. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۳ و امامی، ۱۳۸۸: ۱۶) و بعضی هم نوشته اند که بیع اختصاص به عین دارد و مورد معامله باید از اعیان باشد همان طور که در ماده ۳۳۸ ق.م. بیع به تملیک عین آمده است پس حق و منفعت و انتفاع مبیع واقع نمی شود. (بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۳۰) در مقابل بعضی از حقوقدانان قائل هستند که ماده ۳۳۸ ق.م. منسوخ می باشد و در مورد تعریف بیع خود را پایبند به این ماده نمی دانند و نهایت مبیع را اختصاص به اعیان نمی دانند و می توانند شامل غیر اعیان اعم از حقوق و خدمات و... باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱، ۴۲۶) دکتر کاتوزیان هم قائل هستند که انتقال مالکیت حق و اموال غیر مادی در زمره تعریف عقد بیع قرار می گیرد و می تواند به عنوان مبیع باشد و قید عین فقط برای احتراز اجاره از تعریف عقد بیع می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۲)



### نقد و بررسی

اولاً باید گفت که امروزه با پیشرفت معاملاتی، دیگر مبیع صرفاً در قالب اعیان معامله و بیع نمی‌شود؛ بلکه باید گفت که پارافراتر از آن گذاشته و شامل حقوق مالی هم می‌شود چرا که قبلاً گفته شد که بیع نه حقیقت شرعیه دارد نه متشرعه و بلکه حقیقت عرفیه است و برای مصادیق آن باید مراجعه به عرف شود که امروزه در عرف بیع حقوق می‌تواند واقع شود و صرف اعیان نباید باشد. ثانیاً باید تعریف قانونی بیع را توسعه و گسترش داد و معنای وسیعی از آن اخذ نمود و ضرورتی ندارد که مبیع حتماً از اعیان باشد و همان طور که قبلاً گذشت و تعریف قانونگذار برگرفته از تعریف فقهی است لذا می‌توان گفت که علت ذکر عین در تعریف در جهت مانعیت ورود عقد اجاره در تعریف می‌باشد، همان طور که بعضی از فقها و حقوقدانان گفته‌اند و نه به عنوان رکن تعریف می‌باشد. بنابراین باید گفت که بیع غیر اعیان از جمله حقوق مالی امکان پذیر می‌باشد.

### ۲-۳. فقه امامیه

با توجه به تعریف و اوصاف و آثار عقد بیع از لحاظ فقهی ایراداتی بر مبیع قرار دادن حقوق وجود دارد و به همین خاطر بیع حقوق مورد مناقشه قرار می‌گیرد که این ایرادات از حیث عین بودن مبیع، مالیت داشتن مبیع و قبض و تسلیم داشتن مبیع می‌باشد که این ایرادات را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم و نهایتاً نتیجه گیری می‌کنیم.

**ایراد اول:** مبیع باید در عقد بیع، عین باشد و لزومیت عین بودن در عقد بیع از حیث معوض شرط می‌باشد که این موضوع در تعریف عقد بیع از بعضی فقیهان دیده می‌شود که این را تأکید می‌کنند؛ که بعضی آن را امری مسلم می‌دانند و بر آن ادعا کرده‌اند و بیان نموده‌اند که در عین بودن مبیع هیچ گونه اشکالی وجود ندارد. (محقق حلی، بی تا، ۲۲: ۲۰۹) و همان طور که از ظاهر کلام بعضی از فقها عین بودن مبیع به دست می‌آید. (انصاری، بی تا: ۷۹) بعضی آورده‌اند که ظاهر این است که در لزوم بودن عین برای مبیع در عقد بیع شکی وجود ندارد چون

۱ - صاحب جواهر می‌نویسد: «الاخلاف والاشکال فی اعتبار کون المبیع عیناً...»

۲ - شیخ انصاری در مکاسب صفحه ۷۹ می‌آورد: «الظاهر من لفظ البیع اختصاص المبعوض بالعین فلا یمکن ابدال المنافع

بغیرها و علیه استقر اصطلاح الفقها فی البیع»

اختصاص تعریف بیع به تملیک اعیان در نزد عرف بدیهی و امری روشن است. لذا در بیع حقوق که مبیع عین نیست؛ صحیح نمی باشد.

در نقد و بررسی آن باید گفت اولاً قبول است که در تعریف بعضی از فقها عین بودن مبیع به طور صریح بیان شده است؛ ولی این مورد قابل قبول همه فقیهان امامیه نیست و مورد اختلاف است. چون بعضی از فقیهان در تعریف بیع تملیک ملک را آورده اند و به عین تأکید نکرده اند و ضرورت عین بودن را قائل نیستند. ثانیاً در کتاب و سنت هم لزومیت عین بودن مبیع اشاره ای نشده و در حقیقت نه نصی در منابع فقهی موجود است و نه نشانی دقیقی از آن در آثار فقیهان متقدم قابل یافت است. (کرمی، موسوی، ۱۳۹۰: ۵۹) ثالثاً همان طور که قبلاً در تعاریف بیع گفته شد، بیع یک حقیقت عرفیه است و باید معنای عرفی آن را مدنظر قرار داد و موضوع آن را باید با مراجعه به عرف روشن شود. بنابراین با مراجعه به عرف معلوم می شود که در مواردی، مبیع عین نیست و صدق عنوان بیع بر تملیک آن در مقابل ثمن، نزد عقلا و عرف ثابت است. همانند بیع حق سر قفلی همان طور که امام خمینی قائل است که بیع غیر اعیان یعنی حقوق در نزد عقلا و عرف رایج است کما این که زار عین هنگام ترک مزارع شان و مهاجرت از مناطق زراعی و باغات، آثار اعمالشان در زمین رامی فروشند؛ مثل حق شیار و حفر جدول و تصفیه اراضی و شکی در صدق بیع بر این موارد وجود ندارد. و گاهی متعارف است که حق عقلایی یا اعتباری را که در دکان و غیر آن وجود دارد که در اصطلاح امروزی سر قفلی یا حق آب و خاک می دانند مورد انتقال قرار می دهند و شکی در صدق مفهوم بیع بر آن وجود ندارد. لذا بیع حقوق و منافع، هم بیع عرفی است و هم لغوی گرچه فرض بطلان آن ها شود. (خمینی، ۱۳۶۳: ۱، ۱۴-۱۵) رابعاً واژه عین در عبارت فقیهان برگشت به اصل وجود مال است تا منفعت را از تعریف خارج کند. (خراسانی، بی تا، ۱: ۳) خامساً برخی از فقها بیان نموده اند که شمول عمومات کتاب و سنت و عدم مانع سبب می شود که مبیع صرفاً شامل اعیان نباشد و بلکه دایره آن شامل حقوق هم می شود. (مکارم شیرازی، بی تا، ۱: ۲۳)

ایراد دوم: بعضی از فقها قائلند که مال بر اعیان و منافع قابل تطبیق می باشد و شامل حقوق

نمی‌شود. در نقد و رد این ایراد باید نگاه کنیم که ملاک مالیت در نزد فقها چیست. زمانی که نگاه می‌کنیم به تعاریف فقها در مورد مال به دست می‌آید که ملاک و مناط مالیت آن است که بتوان در قبال آن بذل ثمن نمود. همان طور که امام خمینی در تعریف مال بیان می‌کند که مال چیزی است که مورد میل و رغبت عقلا باشد و ثمنی را در عوض آن پرداخت نمایند. (خمینی، ۱: ۱۳۶۳، ۴۰) همچنین صاحب مصباح الفقاهه مناط مالیت را همانند امام خمینی (ره) رغبت و میل عقلا در قبال ثمن می‌داند. (خویی، ۱۴۱۲، ۲: ۳۰۱-۳۰۲)

برخی از فقها این ایراد را رد می‌نمایند و بیان می‌کنند که ملاک مالیت نظر عرف و عقلاست و در هر برهه از زمان باید به عرف و نیازهای مردم در آن برهه مراجعه نمود. (روحانی، ۱: ۱۴۱۸، ۳۸) و برخی از فقها به طور صریح حقوق را در زمره مبیع و آن را جزو اموال می‌داند؛ چرا که نسبت به آن میل و رغبت وجود دارد و به ازای آن مال پرداخت می‌شود و در نهایت می‌گوید که حقوق می‌تواند به عنوان مثنی و مبیع باشد هنگامی که قابلیت تملیک داشته باشد مثل حق سرقفلی (مکارم شیرازی، بی تا، ۱: ۳۳) مع الوصف، با دقت و تأمل در ملاک مال از طرف فقها به دست می‌آید که مال دارای مفهوم عرفی است و یک امر اعتباری است و هر چیزی که قابلیت داشته باشد در قبال آن ثمن پرداخت شود مال می‌باشد؛ لذا مال صرفاً بر اعیان صدق نمی‌کند و امروزه در عرف و در نزد عقلا حقوق مالی هم در زمره اموال به شماره می‌رود مثل حق سرقفلی و حقوق فکری و غیره که دارای ارزش اقتصادی می‌باشند و در ازای آن ثمن پرداخت می‌شود. بنابراین این ایراد هم رد می‌شود. بنابراین با این توضیحات به دست می‌آید که به نظر بیع حقوق مالی منعی ندارد و می‌تواند صحیح باشد؛ بنابراین با قبول بیع آن به چگونگی انتقال آن پرداخته می‌شود.

### ۳-۳. چگونگی انتقال حقوق مالی

با پذیرفتن بیع حقوق مالی یا غیر مادی ملاک انتقال مالکیت در حقوق مالی چگونه است؟ در این مورد باید گفت همان طور که قبلاً بیان شد، عقد بیع در نزد فقها جزو عقود تملیکی می‌باشد؛ لذا به مجرد انعقاد عقد، مالکیت منتقل می‌شود و هیچ عمل حقوقی دیگر و یا قبض و تسلیم در آن مؤثر نمی‌باشد و بلکه قبض و تسلیم جزو آثار انتقال می‌باشد که طرف مقابل متعهد می‌باشد که آن را به شخص تسلیم نماید. و هیچ فرقی با سایر اقسام مورد معامله نمی‌کند ولی سؤالی که در این جاست

مطرح است آنکه آیا حقوق قابلیت قبض و تسلیم دارند؟ در ابتدا به نظر می آید که این امر غیر ممکن است و همین سبب شود که چون قبض و تسلیم میسر نیست؛ لذا بیع آن هم محل ایراد باشد؛ ولی باید گفت همان طور که قبلاً گذشت، معیار قبض و تسلیم یک امر عرفی و اعتباری است و همین که در عرف شخص را متصرف بر مال و توانایی بر تصرف داشته باشد؛ تسلیم تلقی می کنند و باید گفت که همیشه قبض و تسلیم با تصرف مادی نمی باشد. بعضی در مورد قبض اموال غیر مادی بیان نموده اند که قبض این اموال امکان پذیر می باشد و ایرادی هم وجود ندارد؛ چرا که قبض با دست یابی به بروز خارجی این اموال یا هر چیزی که حق وی را بر آن اموال ثابت کند، می تواند تصرف مورد نظر خود را در آن انجام دهد. (انصاری، ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۵)

### نتیجه:

با مطالعه و پژوهش صورت گرفته، برآیند نهایی این مقاله را به اختصار می توان در موارد ذیل بیان نمود:

- ۱- مفاهیم قبض، تسلیم و بیع همگی جزو حقیقت عرفیه هستند نه حقیقت شرعی و متشرعه لذا برای مفهوم و مصادیق و قلمرو آن باید به عرف مراجعه کرد.
- ۲- مبیع ممکن است در هنگام عقد بیع معین باشد یا معین نباشد. در صورتی که معین باشد انتقال مالکیت آن محل اختلاف نیست و به صرف انعقاد عقد و ایجاب و قبول منتقل می شود و قبض و تسلیم نقشی ندارد؛ ولی در مورد عین نامعین که ممکن است کلی فی الذمه یا در حکم معین باشد؛ انتقال مالکیت آن اختلاف نظر می باشد؛ که بعضی زمان انتقال مالکیت را زمان قبض و تسلیم می دانند و بعضی انتقال مالکیت را تشخیص و تعیین مبیع می دانند. ولی به نظر، عقد بیع با هر قسمی از اعیان خواه معین یا نامعین و کلی که باشد در زمره عقود تملیکی به شمار می رود و به مجرد انعقاد عقد، مالکیت منتقل می شود و انفکاک در اقسام مورد معامله، از حیث انتقال مالکیت، قابل قبول نمی باشد و علاوه بر آن، بر خلاف اصل اولیه تملیکی بودن عقد بیع می باشد و خیلی ساده و راحت بر طبق مفهوم عقد بیع که فقها و قانونگذار بیان نموده است باید گفت که انتقال مالکیت در این نوع هم همانند عین معین می باشد و قبض و تسلیم، ملاک در انتقال نمی باشد. مگر در عقود استثنایی که بیان شد.

۳- عین آینده در قانون مدنی به عنوان اقسام عین مطرح نشده ولی در کلام فقها عین آینده آمده هر چند مورد مناقشه بعضی از فقها واقع شده ولی با استدلال بیان شده به نظر بیع آن با دارا بودن شرایط، نافذ و صحیح بوده و عین آینده هم ممکن است به صورت عین معین باشد یا کلی فی الذمه که در مورد اول همانند عین معین به صرف انعقاد عقد انتقال صورت می گیرد ولی در مورد دوم اگر در قالب بیع سلفی و با شرایط آن باشد: انتقال مالکیت با قبض ثمن منتقل می شود و صرف انعقاد عقد کافی نیست.

۴- اولاً با توجه به این که بیع از موضوعات عرفی می باشد: لذا معلوم می شود که بیع صرفاً اختصاص به اعیان مادی ندارد و بلکه شامل اموال غیر مادی یعنی حقوق مالی هم می شود. هر چند ایراداتی بر بیع حقوق مالی وارد شده ولی با بررسی آن ایرادات معلوم گردید که منعی بر بیع آن وجود ندارد و در تعریف قانونی عقد بیع که قید عین ذکر شده استنباط می شود که این قید در جهت خروج منفعت از تعریف عقد بیع بوده و لذا باید قائل به توسعه تعریف عقد بیع شد و عین را اعم از اعیان و حقوق مالی در نظر گرفت. ثانیاً با قبول بیع حقوق مالی باید گفت که انتقال مالکیت حقوق همانند سایر اقسام مورد معامله تابع اصل اولیه بوده و به مجرد عقد، انتقال مالکیت صورت می گیرد و قبض و تسلیم تأثیری در انتقال ندارد و جزو آثار و لوازم آن می باشد.

۵- حاصل گردید که اصل اولیه در عقد بیع با هر قسمی از اقسام مورد معامله، تملیکی بودن آن می باشد و با انعقاد عقد، انتقال صورت می گیرد و عامل دیگری همچون قبض و یا تسلیم، دخیل نیست مگر در موارد خاص که این هم به طور موضوعی و تخصصاً از بحث خارج می باشد مثل بیع سلفی یا صرف.

## منابع

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و نهم، ۱۳۸۸.
- ۲- انصاری، علی و ذوالفقاری، سهیل، سال چهارم، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سمفنان: دانشگاه علوم انسانی، شماره ششم، بهار و تابستان ۹۱.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.

- ۴- دهخدا، علی اکبر، بی تا، لغتنامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
- ۵- رسوق، محسن، تسلیم مبیع و ثمن و آثار آن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و مقایسه آن با فقه و حقوق ایران و سوریه، تهران: انتشارات امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- ۶- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران: نشر کانون و کلابی دادگستری، چاپ دوم، ۱۳۷۳.
- ۷- "\*\*\*\*\*"، عقود معین (۱) حقوق مدنی ۶، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸.
- ۸- عبده بروجردی، محمد، حقوق مدنی، به کوشش محمد رضا بندرچی، تهران: انتشارات طه، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۹- فنوائی، جلیل، «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع»، تهران: مجله اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره پنجم، ۱۳۸۲.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ سی یکم، ۱۳۸۹.
- ۱۱- "\*\*\*\*\*"، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین (۱)، تهران: گنج دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۸.
- ۱۲- "\*\*\*\*\*"، حقوق مدنی معاملات معوض عقود تملیکی، جلد اول، تهران: شرکت انتشار سهامی، ۱۳۷۱.
- ۱۳- کریمی، عباس و موسوی، اسما، «بیع اموال فکری از منظر حقوق اسلامی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، تهران: سال چهل و چهارم، شماره دوم، ۱۳۹۰.
- ۱۴- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هجدهم، ۱۳۸۷.
- ۱۵- موسوی بجنوردی، سید محمد، «نقش قبض در عقد رهن»، فقه اهل بیت (ع)، قم: شماره سوم، ۱۳۷۴.
- ۱۶- مؤمن قمی، محمد، «استصناع»، مجله فقه اهل بیت (ع)، قم: سال سوم، شماره ۱۱، ۱۳۷۶.
- ۱۷- آملی، میرزا محمد تقی، المکاسب و البیع، تقریرات میرزا حسین نائینی، جلد اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- ۱۸- انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، قم: ناشر المؤتمر العالمی، چاپ سوم، چاپخانه باقری، بی تا.
- ۱۹- حسینی مراغه، سید میر عبدالفتاح، العناوین، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸.

- ۲۰- حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، بی تا.
- ۲۱- خراسانی، محمد کاظم (ملقب به آخوند)، حاشیه بر کتاب المکاسب، جلد اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، بی تا.
- ۲۲- خمینی، روح اله، کتاب البیع، جلد اول و پنجم، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۳.
- ۲۳- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد دوم و سوم، بیروت: دار الیهادی، ۱۴۱۲.
- ۲۴- روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاهه، جلد اول، قم: انتشارات علمیه، چاپ چهاردهم، ۱۴۱۸ق.
- ۲۵- زین الدین بن علی، شهید ثانی، الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه، جلد سوم، قم: منشورات جامعه لتجف الدینیة، چاپ اول، بی تا.
- ۲۶- شمس اندین محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، الدروس، جلد سوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۲۷- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، جلد اول، قم: مؤسسه ال انبیت، ۱۴۰۴.
- ۲۸- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، بی تا.
- ۲۹- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (ملقب به شیخ طوسی)، الخلافه، جلد سوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ ق.
- ۳۰- غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، جلد اول، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۸.
- ۳۱- فیومی، احمد، المصباح المنیر، قم: دار المکتبه العلمیه، بی تا.
- ۳۲- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین حلی، شرایع الاسلام، جلد اول، تهران: نشر استقلال، چاپ سوم، بی تا.
- ۳۳- محقق کرکی، ابوالحسن بن حسین عاملی کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، قم: مؤسسه ال انبیت، چاپ اول، بی تا.
- ۳۴- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، جلد اول، قم: منشورات مدرسه امام امیر المؤمنین، مطبوعاتی هدف، چاپ دوم، بی تا.
- ۳۵- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و دوم، بیروت: دار احیاء التراث العرب، ۱۹۸۱ م.