

ولی تعهداتی که موضوع آن کلی است وجود مال مورد انتقال در هنگام عقد ضرورت ندارد مثلاً شخصی می‌تواند پنج خروار گندم را (به صورت کلی) که چند ماه بعد آنها را تحویل دهد بفروشد یا کارخانه ایران خودرو می‌تواند تعهد کند چندین دستگاه اتومبیل را در ظرف یک سال آینده طبق شرایط تعیین شده به خریداران آن تحویل دهد بنابراین در این موارد که مبیع کلی است، ضرورتی ندارد که مصدق از آن کلی در حین عقد وجود داشته باشد زیرا انتقال با تراضی صورت نمی‌پذیرد بلکه انتقال با تعیین مصدق خارجی آن عین به وسیله متعهد انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام «تسليم» می‌باشد. پس آنچه درباره ضرورت موجودیت عین معین گفته شد در این فرض مورد ندارد زیرا در این تعهد نوع مال موضوع انتقال قرار می‌گیرد و دایره اجرای آن نامحدود است پس آنچه اهمیت دارد توانایی فروشنده و امکان اجرای موضوع تعهد است نه وجود عین هنگام عقد بیع.

نویسندگان عرب<sup>(۱)</sup> هم این شرط را از شرایط عقد بیع می‌دانند که خلاصه آن بدین شرح است: «اصل در عقود آن است که بر موضوع وجود واقع گردد (مراد از موضوع همان مورد معامله) و لذا بستن عقد بر چیز معدوم باطل است و این قاعده در تمام انواع عقود کلیت ندارد بلکه منطبق با مواردی است که معقود علیه (مبیع) عین باشد مثلاً در مواردی که معقود علیه، عمل یا منفعت باشد در حقیقت موضوع عقد هنگام عقد امر معدومی است که به تدریج و مرور زمان حاصل می‌گردد، مثالی که می‌آورد عقد اجاره اشیاء است موضوع عقد اجاره منفعت است و منافع هنگام عقد موجود نیست بلکه معدوم است و به استیفای مستأجر تدریجاً حادث می‌گردد. در این صورت با استناد به اصل مزبور (موجود بودن معقود علیه) باید اجاره باطل باشد لیکن به موجب قاعده استحسان و غیر آن اجاره اشیاء جایز است و نظر به حاجت و نیاز مبرم مردم و ثبوت آن هم به دلیل کتاب و سنت و اجماع می‌باشد و همچنین است حکم عقود دیگری که موضوع و متعلق آنها منافع است. مانند عاریه یا عقودی که متعلق آنها عمل است مثل وکالت و اجاره خدمات و کفالت و جعاله نزد کسانی که قائل به صحت جعاله می‌باشند. پس بنا بر آنچه ذکر شد شرط وجود در معقود علیه محدود به مواردی است که موضوع عقد عین باشد، در بیع لازم است که مبیع موجود باشد و بیع معدوم باطل است بنابراین بیع ثمره که هنوز ظهور نکرده باطل است و هم چنین در همه شرط می‌باشند که موهوب هنگام عقد موجود باشد بنابراین هبه انگور

#### مقدمه

با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی نهاده شده است و از آراء و نظریات علمای اسلامی برخوردار است لیکن زندگی مدرن امروز سختی و دشواریهای ویژه خود را دارد. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان سازی و فروش آن می‌باشد و همین امر سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمانها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک است ولی گاهی موضوع خرید و فروش آپارتمانهائی است که هنوز ساخته نشده است و باید در آینده ساخته شود و عنوان مزبور موضوع مقاله ما را تشکیل می‌دهد البته این موضوع از جمله موضوعاتی است که در حقوق ما کمتر به آن پرداخته شده است و جا دارد که این موضوع به لحاظ ویژگی و اهمیت اساسی آن مورد بحث و بررسی قرار گیرد و در این نوشتار، موضوع از دیدگاه حقوق ایران و فرانسه بررسی می‌گردد.

#### شرایط و اوصاف موضوع قرارداد

یکی از شرایط و اوصاف مالی که موضوع انتقال قرار می‌گیرد آن است که هنگام عقد موجود باشد، این شرط اختصاص به تعهداتی دارد که موضوع آن عین معین باشد. ماده ۳۶۱ ق.م.مقرر داشته است: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است».

بنابراین در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن است باید هنگام عقد موجود باشد زیرا در این موارد عقد تملیکی است که مورد معامله توسط یکی از متعاملین به دیگری تملیک و مورد انتقال قرار می‌گیرد زیرا فقط مال موجود می‌تواند مورد تملیک قرار گیرد به همین جهت در این گونه موارد هرگاه عین در زمان انتقال موجود نباشد به موجب ماده مذکور عقد باطل است و مثال معروفی که حقوقدانان ذکر می‌کنند آن است که هر گاه با بیع اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و سپس معلوم گردد که قبل از معامله آن اسب مرده بوده است معامله باطل می‌باشد و این شرط تنها در مورد بیع نیست بلکه باید آن را به سایر معاملات سرایت داد.



باغی که بعداً به ثمر خواهد رسید یا کره اسبی که بعداً موجود خواهد شد صحیح نیست.

این نویسنده در خصوص مستندات این اصل (یا شرط) چنین ذکر نموده است: این قاعده مستند به حدیث شریفی است که از پیامبر<sup>(ص)</sup> رسیده است که نهی فرموده است: بیع حبل الجمله را (حبل بیعه شتری است که در شکم مادر می باشد) زیرا مبیع در این بیع معدوم است و نیز از حکیم بن حزام روایت شده که سؤال کرد از رسول الله<sup>(ص)</sup> که مردی آمده نزد من و مالی را می خواهد خریداری نماید که در اختیار ندارم آیا می توانم از آنچه که در بازار است تهیه و به او بفروشم؟ فرمود: مفروش مالی را که در اختیار نداری البته مقام بحث این حدیث «لا تبع مالیس عندک» از دیدگاه فقهای امامیه در جای دیگر از شرایط مبیع می باشد و آن موضوع قدرت بر تسلیم مبیع است و این حدیث گویای آن مبیعی است که موجود است لیکن بایع قدرت تسلیم آن را ندارد بنابراین به نظر می رسد که استناد به حدیث مور در مورد موجود بودن معقود علیه نامربوط باشد.

نکته قابل ذکر در این زمینه آن است که مفهوم و معنی نظریه تملیک از نظر فقهای امامیه و اهل سنت تفاوت دارد. فقهای اهل سنت تملیک را منحصرأ در عین خارجی می دانستند و به همین جهت نمی توانستند که نظریه مزبور را در مورد عقودی که مبیع عین خارجی نیست توجیه کنند جزاینکه برای چاره اندیشی متوسل به حاجت و نیاز عمومی مردم شوند و از قیاس یا استحسان یاری جویند و به دیگر سخن از نظر فقهای عامه تعاقب بر اموالی که بعداً موجود خواهند شد باطل است<sup>(۴)</sup> زیرا در حال انعقاد عقد معدوم می باشد و بیع معدوم باطل است لیکن عده ای از فقهای مزبور مستثنیاتی از این قاعده (موجود بودن مبیع) بیان کرده اند که اهم آنها «عقد استصناع» و «بیع سلم» می باشد.

### عقد استصناع

عقد استصناع در نظر علما و حقوقدانان عرب قراردادی است که با صنعتگری منعقد می گردد که چیزی را بسازد در این قرارداد عامل صانع و خریدار را مستصنع و موضوع را مصنوع می نامند پس کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است که سازنده تسلیم مشتری می کند و به طوری که ملاحظه می شود موضوع تعهد در هنگام انعقاد عقد موجود نیست مع ذلک نویسندگان اهل سنت این عقد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می دانند.<sup>(۵)</sup>

فقهای امامیه عقد استصناع یا بیع ثمار یا عقود مشابه دیگر را نه تنها منافات با قاعده و اصل مزبور ندانسته، بلکه مطابق آن نیز می دانند. مع الوصف نه فقط نخواسته اند بیع مال کلی را منع کنند، بلکه کوشیده اند تا عقد بیع راحتی در موردی که موضوع آن کلی و دین است کلی وانمود سازند، منتها برای حل آن آراء و نظریات فقها مختلف است. برخی گفته اند حالت مالکیت، حالت وجوب و حرمت است. همان گونه که وجوب بر کلی صلوة بار می شود و صلوة خارجی

مصدق آن کلی است ملکیت هم گرچه گاهی بر جزئی حقیقی بار می شود لیکن گاهی نیز بر یک کلی اطلاق می شود که عین خارجی مصداق آن کلی است. برخی از فقها اشکال کرده اند که مالکیت از مقوله اعراض است و شکی نیست که اعراض وجود پیدا نمی کنند مگر اینکه دارای محلی باشند و کلی فی الذمه قبل از بیع هیچ وجودی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد. مرحوم سید کاظم یزدی در حاشیه بیع (مکاسب) در پاسخ چنین گفته است:

ملکیت اگر چه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عقلاً پایدار است بنابراین موضوع ملکیت نیز می تواند به اعتبار شارع یا عقلاً موجود باشد همان گونه که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند در حالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند مثل نماز برای وجوب و زنا برای حرمت قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کند بنابراین شارع یا عقلاً می توانند کلی ذمی را اعتبار کنند تا موضوع ملکیت قرار گیرد<sup>(۶)</sup>.

پاسخ مرحوم نراقی از ایراد فوق در کتاب عوائد الایام<sup>(۷)</sup> این است که: بیع انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده مثلاً وقتی گندم هم اکنون وجود ندارد و شخصی گفت: فروختم یک من گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد به تو انتقال می دهم یعنی انتقال فعلی است وی ملک فعلی نیست بنابراین گرچه انتقال فعلی است ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد و آنچه که از اعراض است یعنی ملک فعلی نیست تا ایراد مذکور صحیح باشد.

می توان نظر مرحوم نراقی را بدین گونه تفسیر و تبیین نمود که تملیکی بودن بیع در موردی که موضوع عقد عین کلی است تملیک تعلیقی است بدین معنا وقتی که مبیع کلی موجود شود ملک تلقی گردد بنابراین نظر، منفعت و کلی معدوم همان طوری که ملک فعلی فروشنده نیست ملک فعلی خریدار نیز نخواهد شد پس حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط لازمه عقد بیع نیست و معنی تملیک در این گونه موارد در واقع احداث همان وضعیتی است که برای فروشنده بوده به خریدار منتقل می گردد. بدین توضیح که هر زمان مال آینده وجود پیدا کند ملک خریداری گردد به دیگر سخن انتقال مالکیت به صرف تراضی طرفین عقد صورت می گیرد (ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه و بند اول ماده ۳۶۲ ق. م. ایران) هر چند که قبض و اقباض عوضین محقق نشده باشد پس بیع ناقل مالکیت (propre Contrat translatif de) است لیکن همیشه نحوه انتقال مالکیت یکسان نیست بلکه دوگانه می باشد. ۱- گاهی انتقال مالکیت بالفعل صورت می گیرد (همزمان با ایجاب و قبول). ۲- و گاه انتقال مالکیت بالفعل نیست: مرحوم نراقی در کتاب عوائد الایام مانند حقوقدانان فرانسه این اندیشه را متذکر گردیده است.

پس با تعبیری که شد آسانتر می توان چگونگی و

کیفیت تملیک را در بیع کلی تصور کرد ولی اگر بخواهیم موضوع را از دیدگاه قانونی (و نه فقهی) بررسی کنیم به موجب ماده ۳۳۸ ق. م. بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم و به موجب ماده ۳۵۰ ق. م. ممکن است مبیع کلی فی الذمه باشد و شکی نیست که قانونگذار از یک سو عقد بیع را تملیکی<sup>(۸)</sup> دانسته است و از سوی دیگر مبیع در عقد بیع به اقسام سه گانه عین معین و کلی در معین و کلی فی الذمه تقسیم می گردد در نتیجه دلیلی ندارد که این ماده را منحصر به انتقال عین خارجی کنیم زیرا ماده ۳۳۸ ق. م. اطلاق دارد. بنابراین انتقال مبیع در زمان ایجاب و قبول از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد و در حقوق خارجی نیز در بیع کلی انتقال ملک، مؤخر از زمان وقوع بیع است به خلاف بیع عین خارجی که انتقال مبیع همزمان با وقوع عقد می باشد. در مورد بیع کلی تا مصداق آن تشخیص پیدا نکند و تا این انتخاب صورت نپذیرد تملیک نیز محقق نمی شود پس آنچه گفته شد عقد بیع می تواند سبب تملیک مالی قرار گیرد که در آینده به وجود می آید مانند فروش آپارتمانهای ساخته شده که موضوع مقاله است این موضوع از جمله موضوعاتی است که در قوانین برخی کشورها مثل قانون مدنی فرانسه بدان تصریح گردیده لیکن در حقوق ایران تا کنون از میان حقوقدانان و نویسندگان بجز استاد بزرگوار آقای دکتر کاتوزیان کسی بدین مسأله نپرداخته است و جا دارد که موضوع فروش آپارتمانهای ساخته نشده به لحاظ اهمیت اساسی آن مورد بررسی و تحلیل حقوق قرار گیرد و مادر این نوشتار موضوع را از دو دیدگاه حقوق فرانسه و ایران بررسی می کنیم.

### در حقوق فرانسه

به موجب ماده ۱۶۰۱-۳ قانون مدنی فرانسه فروش ساختمانهای در دست احداث بیعی است که به موجب آن بایع متعهد به ساختن یک بنا در موعد

**ملکیت اگر چه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عقلاً پایدار است بنابراین موضوع ملکیت نیز می تواند به اعتبار شارع یا عقلاً موجود باشد همان گونه که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند در حالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند**

معین می شود، این بیع را می توان به دو صورت منعقد نمود: ۱- بیع به وعده<sup>(۹)</sup> ۲- بیع آینده. (احداث بنا در آینده).<sup>(۱۰)</sup> پس در حقوق فرانسه قراردادهای فروش ساختمان در حال ساخت شامل این دو نوع می شود منتها این دو نوع اهمیت یکسان ندارند. عملاً فروش به وعده مورد بی مهری قرار گرفته است و همین امر موجب شده است که فروشنده، فروش به شرط تکمیل در آینده (بیع آینده) را به فروش به وعده ترجیح دهد و

از طرف دیگر فروش به وعده پرهزینه است زیرا با یک بایستی هزینه اجرای عملیات را به صورت کامل به عهده بگیرد به ویژه در مورد اعتبارات لازم که معمولاً به سختی تأمین می شود و بسیار گران است.

**الف - تعریف بیع به وعده:**

قراردادی است که با بیع متعهد می گردد که ساختمان را در موقع اتمامش تحویل دهد و خریدار هم متعهد می شود که آن را قبض کند و قیمت آن را در تاریخ تحویل بپردازد انتقال مالکیت به وسیله مشاهده سند رسمی اتمام ساختمان صورت می پذیرد.

**ب- بیع آینده (با شرط تکمیل بنا در آینده)**

به موجب ماده ۱۶۰۱-۳ ق.م. فرانسه بیع آینده، قراردادی است که به موجب آن با بیع بلافاصله حقوق خود را در زمین به خریدار انتقال می دهد، هم چنین است مالکیت ساختمان را (منظور آن است که هر مقدار که ساخته شود متعلق به خریدار است) و این اثر آینده به تدریج در ملکیت خریدار در می آید (تملیک تدریجی) و خریدار ملزم است قیمت ساختمان را به حکم پیشرفت کار بپردازد.

**انتقال مالکیت در بیع وعده:**

انتقال حقوق با مشاهده و تصدیق (گواهی) اتمام بنا (ساختمان) انجام می شود و فرقی با بیع آینده آن است که انتقال مالکیت در این مورد به دنبال انعقاد قرارداد مربوط به زمین و ساختمان موجود و همچنین به صورت تدریجی (تملیک) در خصوص ساختمانهای در حال احداث صورت نگیرد بلکه انتقال با یک زمان مؤخری صورت می گیرد. البته تاریخی برای اتمام کار در نظر گرفته می شود که همیشه با زمان مؤخر یاد شده یکسان نیست چرا که این رویداد به اندازه کافی دقیق یا معین نیست و نمی توان دقیقاً موعد تکمیل ساختمان را مشخص کرد به همین دلیل است که بیع بند دوم ماده ۱۶۰۱ ق.م. فرانسه مشاهده و تصدیق رسمی<sup>(۱۱)</sup> تکمیل و اتمام کار به عنوان عامل انتقال مالکیت در نظر گرفته می شود و به طور خود به خود انتقال صورت می گیرد.

**یکی از مظاهر زندگی نوین امروز پدیده آپارتمان سازی و فروش آن می باشد و همین سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک است**

**انتقال مالکیت در بیع آینده**

**الف - انتقال حقوق بر زمین**

در بند سوم ماده ۱۶۰۱ ق.م. فرانسه فروش در حالت فوق را به عنوان قراردادی که در آن با بیع بلافاصله حقوق مربوط به زمین را به خریدار منتقل می کند، معرفی و توصیف شده است اما وجود مالکیت زمین برای با بیع ضروری نیست. البته در تعریف ماده ۱۶۰۱ شامل مقاطعه کاری، مقاطعه کار بر روی زمین

صاحب بنا ساخت و ساز می کند و مالک زمین، مالک ساخت و ساز می شود بدون اینکه فروشی در کار باشد ولی در بیع آینده، با بیع خریدار نیز ساخت و ساز نماید.

**ب - انتقال مالکیت ساخت و ساز (ساختمان):**

در مورد ساختمانها بند سوم ماده ۱۶۰۱ از انتقال مالکیت سخن به میان می آورد، مسلم نیست که این اصطلاح همیشه کاملاً مناسب باشد، با فرض اینکه یک مقاطعه کار (سازنده) بر اساس یک قرارداد اجاره مخصوصاً ساخت شروع به ساخت و ساز کند، او فقط یک مالکیت موقتی ساخت را به خریدار منتقل می کند در حالی که حق مالکیت ذاتاً دائمی است بنابراین اصطلاح انتقال ملک در این موارد کامل و بی عیب نیست، ماده ۱۶۰۱-۳ تمایزی را میان ساختمانهای موجود و ساختمانهایی<sup>(۱۲)</sup> که در آینده ساخته می شوند، برقرار می کند. بر طبق قرارداد، فروشنده ملک ساختمانها را بلافاصله به خریدار انتقال می دهد، این فرضیه در عمل کاملاً قابل قبول است بنابراین در بیع آینده با بیع هم حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می دهد و هم مالکیت ساخت و ساز را به هر میزانی که ساخته شود به خریدار انتقال می دهد (تملیک تدریجی). و در عمل با تمهید مزبور تملک ساختمان پس از پایان از سوء استفاده های احتمالی فروشندهگان جلوگیری می شود زیرا احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد در این صورت آنچه ساخته شده از آن خریدار است.<sup>(۱۳)</sup>

**در حقوق ایران**

با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی ترین سوابق تاریخی نهاده شده و از آراء و نظریات فقهای اسلامی برخوردار است این نکته را نباید فراموش کرد که زندگی نوین امروز نیز دشواریهای خاص خود را دارد. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان سازی و فروش آن می باشد و همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک است و قرارداد راجع به آن از ویژگی هایی برخوردار است و آپارتمانهایی که خرید و فروش می شود گاهی ساخته شده است که در این فرض معامله بر طبق خرید و فروش آپارتمانهایی است که هنوز ساخته نشده است و باید در آینده ساخته شود.<sup>(۱۴)</sup> البته نقشه و ماکت ساختمان در قرارداد معین می گردد و فروشنده هم متعهد می شود که آپارتمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل دهد. در این فرض مورد معامله موجود نیست و فروشنده متعهد به ساخت و ساز آن می شود و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می پردازد. لازم به ذکر است گاه فروشنده یا فروشندهگان آپارتمانهایی ساخته نشده بدو مالک قطعات زمین یا عرصه هستند و گاه ابتدا مالک زمین نبوده و بلکه زمین

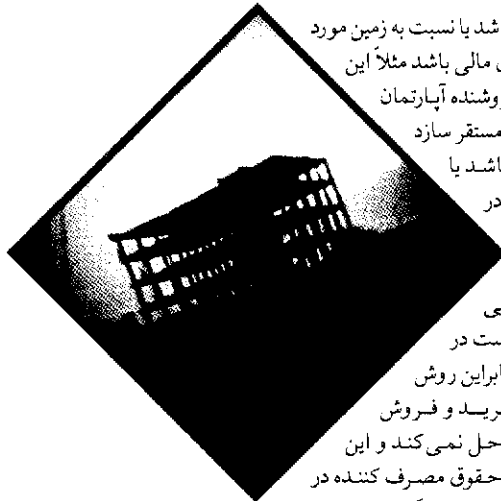
را از مالک آن خریداری می کنند. آن گاه خود به عنوان یکی از خریداران زمین مزبور اقدام به فروش آپارتمان می نماید

پس مهمترین مسأله ای که در باب فروش آنها مطرح می گردد توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که آیا با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است قرارداد مزبور، بیع نامه است یا تعهد به بیع می باشد استاد ارجمند جناب آقای دکتر کاتوزیان<sup>(۱۵)</sup> در پاسخ به پرسش، چنین اشعار می دارد (خلاصه آن):

ممکن است گفته شود مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی موجود باشد (ماده ۳۶۱ ق.م. پس پاسخ مرسوم در باره بیع آپارتمان ساخته نشده این است که بیع نیست بلکه تعهد به فروش می باشد یعنی فروشنده ملتزم می شود که ساختمان را طبق شرایط پیمان بسازد و به طرف دیگر بفروشد در نتیجه خریدار حق دینی دارد البته اگر مقصود دو طرف تعهد به فروش باشد بی گمان پاسخ مزبور منطقی است ولی در فرضی که دو طرف می خواهند بدین وسیله عقد بیع را منعقد سازند تحلیل مزبور تفسیری است دل به خواه که بر دو طرف عقد تحمیل می شود پس یا باید بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع باطل دانست.

سپس نویسنده نظر نهایی خود را چنین بیان می دارد: در فرض مزبور، مبیع عین معین نیست، زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش مؤثری دارد پس نمی توان مبیع را در حکم عین معین دانست، مبیع چیزی میانه معین و کلی است و به کلی شباهت بیشتری دارد. منتها، در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثری می شود خود به خود به خریدار تعلق می یابد ولی در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملک آن به وسیله فروشنده انجام نمی شود و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود

ولی همان طور که می دانیم اعیان بر سه قسم است: ۱- عین شخصی یا عین خارجی که اغلب معاملات بر مدار آن می چرخد. ۲- عین کلی در معین (یا کلی در معین). ۳- عین کلی در ذمه که مواد ۲۷۹ و ۳۵۱ ق.م. آن را تعریف نموده است و کلی یک مفهومی است که در ذهن جای دارد نه در خارج ولی انعکاس آن ممکن است در خارج بروز کند مثلاً معمار یا مهندس ساختمانی، زمینی را به قطعات مختلفی تقسیم کرده و اظهار می دارد که در این قطعات، آپارتمانهایی را طبق نقشه و ماکت معین می سازم و به مدت یک سال به خریداران تحویل می دهم و این خانه ها را الآن می فروشم، خانه ای که هنوز نساخته، خانه ای که یک سال دیگر طبق نقشه معین ساخته می شود. آقای دکتر کاتوزیان اظهار می دارند که مبیع در این معامله چیزی میانه کلی است ولی بنا بر آنچه گذشت مبیع نمی تواند خارج از آن سه



سازنده) مالک زمین نباشد یا نسبت به زمین مورد نظر فاقد هر گونه حقوق مالی باشد مثلاً این امکان وجود دارد که فروشنده آپارتمان ساخته نشده را بر زمینی مستقر سازد که جزو اموال موقوفه باشد یا اصلاً می توان فرضی را در نظر گرفت که فروشنده قطع نظر از عرصه بتواند آپارتمانهایی که هنوز ساخته نشده است در معرض فروش گذارد بنابراین روش مزبور مشکل خرید و فروش آپارتمانهای مزبور را حل نمی کند و این روش برای حمایت از حقوق مصرف کننده در برابر سازندگان یا مؤسسه های بزرگ ساختمانی کافی نیست لذا برآوردن این نیازها با ابزار و تحلیل های کهن میسر نمی باشد در نتیجه حقوقدان باید در اندیشه چاره باشد و نقش خود را در تأمین و عدالت اعمال نماید و این جز با تفکر و روشی که پذیرفته شد میسر نیست بنابراین ضرورت قانونگذاری در این زمینه نظیر فرانسه که در بعضی از مواد قانون مدنی آن راجع به موضوع مزبور تصریح گردیده است جهت تأمین و اجرای عدالت و حمایت از حقوق مصرف کننده، احساس می شود ولیتا آن زمان محاکم می توانند از تمهید مزبور استفاده کنند و قوانین را به نحوی تفسیر کنند که از قالب کهنه درآید.

نتیجه گیری بنابراین به عنوان نتیجه بحث می توان گفت در بیع آپارتمانهای ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نمی باشد بلکه چنانچه گفته شد تملیک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف یابع به عنوان مبیع تعیین گردد بنابراین بیع آپارتمانهای ساخته نشده از قسم اول می باشد. به دیگر سخن بیع آپارتمانهای مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می باشد بنابراین می توان گفت: هر گاه عقد معلق به صورت عقد بیع گردد آن بیع، معلق است و تعلیق در عقود شامل عقد بیع هم می شود. نکته ای که نباید از نظر دور داشت آن است که در حقوق ایران اگر چه در بیع آینده (بیع آپارتمانهای ساخته نشده) تملیک تدریجی به مفهومی که در حقوق فرانسه و رویه قضایی آن کشور هست، وجود ندارد ولی مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می تواند نافذ باشد زیرا به همان گونه که گفته شد در صورتی که تعلیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان پذیرفته گردد، دلیلی وجود ندارد که ساخته شدن بخشی از آپارتمانهای ساخته شده (نیمه ساخته) را نیز به همان شکل نپذیریم. بنابراین به موجب شرط مزبور (تملیک تدریجی) خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین، به هر میزان و مقداری

قسم باشد و دلیلی که ایشان آپارتمان ساخته نشده را علی رغم شباهت زیاد، کلی در ذمه ندانسته اند آن است که در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن به وسیله فروشنده، انجام نمی پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود.

ولی اگر چه راست است که در بیع کلی انتقال مالکیت در زمان تشخیص مبیع صورت می گیرد و حقوق فرانسه و فقه امامیه و حقوق ایران از این جهت یکسان است و چنانچه گفته شد در بیع کلی در ذمه، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه همزمان با تشخیص مبیع است و قانونگذار ایران در وضع ماده ۳۶۲ ق.م (بند یک) چنین وانمود کرده است که در همه اقسام بیع الزاماً انتقال مالکیت همزمان با بیع است به جز در ماده ۳۶۴ ق.م که فقط همین یک مورد را استثناء نموده است، لیکن نکته ای که نباید از نظر دور داشت آن است در مواردی هم که تاریخ تشخیص به صرف وجود پیدا کردن مبیع است پس در مورد آپارتمانهای ساخته نشده تملیک آن با وجود یافتن آن به وسیله فروشنده انجام می شود و لازم نیست که پس از ایجاد مبیع، از سوی فروشنده تعیین گردد. البته در مواردی هم تشخیص به صرف وجود مبیع نیست برای مثال کارخانه ایران خودرو و چند صد اتومبیل از یک مدل سفارش می پذیرد و بعد از انعقاد قرارداد بیع، آنها را می سازد اما تا وقتی که مصادیق آنها را بانام خریدار یا خریداران معین نکند تشخیص مبیع جامه عمل به خود نمی پوشد بنابراین با این تعبیر، دیگر نیاز به خروج از تقسیم سه گانه اقسام عین نیست و مسأله بدین ترتیب قابل حل است.

نظر برخی دیگر از حقوقدانان راجع به آپارتمانهای ساخته نشده آن است که مبیع، کلی فی الذمه نیست چون مثلاً در این زمین و این قواره قرار گرفته است یا اگر کسی بگوید من اولین کره ای را که از این مادبان که در آینده به وجود می آید به شما می فروشم در حالی که مادبان هنوز آبهتن نیست این معامله در حکم عین معین است ولی موجود نیست پس معامله آن باطل است و همچنین است فروش آپارتمان به نحو مذکور ولی اگر فروش آپارتمان به گونه ای دیگر باشد: ابتدا زمین را بفروشد به شرطی که فروشنده در این زمین ساختمانی را با مشخصات معین بنا کند و ظرف یک سال تحویل دهد یعنی مبیع و مورد معامله زمین باشد و احداث ساختمان به صورت شرط گنجاینده باشند این معامله صحیح است.

این نظر اگر چه نادرست نیست ولی عقد بیع را محدود به انتقال اعیان مادی و خارجی می کند. امروزه حقوق مالی گوناگونی با به عرصه وجود نهاده است که مبنای مادی ندارد لیکن ارزش فراوانی دارد و این روش گر چه در عرف داد و ستد آپارتمانهای مزبور شایع است و فروشنده زمین مورد نظر برای بنا را به سهام مختلف تقسیم و در یکی از دفاتر رسمی به نام خریدار می نماید مع ذلک همیشه معامله مزبور قابل تحقق نیست زیرا گاهی اوقات ممکن است فروشنده

که از آپارتمان ساخته شود خود به خود مالک گردد، در نتیجه به شرط مزبور از سوء استفاده های احتمالی سازندگان (فروشندهگان) جلوگیری می شود و حقوق خریداران و مصرف کنندگان تضمین و تأمین می گردد و فروشنده نخواهد توانست قبل از اتمام کار (پایان ساختمان) مورد معامله را به دیگران منتقل سازد.

پی نوشت:

- ۱- استادیار دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی
- ۲- دکتر صبحی محمصائی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه اسلامیه؛ بیروت چاپ سوم، دارالعلم.
- ۳- از آن تعبیر به «بیع اشیاء مستقبله» می کنند.
- ۴- سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.
- ۵- سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.
- ۶- احمد نراقی، عوائد الایام چاپ سری، ص ۲۵.
- 7- Vent de chose de genre P
- 8- P La Vent a terme
- 9- P La Vente en etat Futur Dachevement
- ۱۰- در اینجا منظور از تصدیق رسمی اتمام کار، همان گواهی پایان کار است که در کشور ما توسط شهرداریها صادر می گردد.
- ۱۱- در حقوق فرانسه به ساختمانهای موجود، اصطلاح ces en main گفته می شود یعنی در دست.
- 12- ph.malinvaus,ph.jestaz,Droit de La promition immobiliere paris 1995,6e ed,p.227
- ۱۳- تقریرات درس حقوق مدنی، دکتر حسنعلی درودیان.
- ۱۴- دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۲۷۵ و بعد.