

فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (علمی - پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی)

سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

صفحات: ۹۶ - ۷۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۳؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۰۲/۱۳



بیع مال غیر موجود (موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی)

حمید طالب زاده^{۱*}، عادل خوشنوا^۲

چکیده

موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی‌الذمه با مصادیق متعدد است. بلکه شامل کالایی است که باید منحصرأً برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به نوبه‌ی خود ممکن است منقول یا غیرمنقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد. در صورتی که کالای کلی فی‌الذمه با وصف، جنس و مقدار خاصی فروخته شود مالکیت کالا در معنی ایجاد حق عینی هنگامی که کالا معین می‌شود به خریدار منتقل می‌گردد. به بیان دقیق‌تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به صورت غیرمشروط (بدون اینکه معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال غیرموجود که باید برای خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد. چنانچه مبیع در زمان عقد وجود خارجی نداشته باشد و توقع ظهور آن در آینده برود این سوال پیش می‌آید که چگونه می‌توان به صحت چنین معاملاتی تحت عنوان بیع را استدلال کرد؟ این پژوهش با هدف بررسی بیع مال غیرموجود که موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی است به روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخگویی به این سوال است که بیع مال غیرموجود در حقوق ایران به چه صورت است و با بررسی این امر به نقاط قوت و ضعف این ماده از قانون مدنی بپردازیم.

واژگان کلیدی: بیع مال، مال غیرموجود، مالکیت

* عضو هیئت علمی گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران. (نویسنده مسئول)

Hmdtalebzade@gmail.com

* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

مقدمه

حسب ماده ۳۳۸ ق.م.، بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم؛ و به موجب ماده ۳۵۰ ق.م.، مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد؛ کلی فی‌الذمه از روی نمونه (ماده ۳۵۴ ق.م.) یا با بیان مشخصات معلوم می‌گردد. با توجه به مواد مرقوم، مبیع بر سه نوع است: (۱) عین معین؛ (۲) کلی در عین معین یا همان کلی در معین (در حکم عین معین)؛ (۳) کلی فی‌الذمه. در دو نوع اول در موقع بیع، مبیع عین مادی و خارجی و بالتبع قابل اشاره و در نتیجه موجود است؛ ولی در نوع سوم، همان‌طور که مفهوم مخالف ماده ۳۶۱ ق.م. می‌رساند، مصادیق مبیع (کلی فی‌الذمه) می‌تواند حین البیع موجود نباشد. در خصوص موضوع بحث یعنی بیع مال غیرموجود که مال در زمان انعقاد عقد موجود نمی‌باشد برقراری رابطه بین معدوم و شخص خریدار از حیث منطقی صحیح به نظر نمی‌رسد هر چند در مقام اجتهاد در برابر نصوص موجود می‌توان قابلیت عینیت و مالیت موضوع معامله را به عنوان طرف رابطه عینی تصور نمود ولی آنچه در قرارداد منعکس می‌شود و اراده طرفین بر آن تعلق می‌گیرد نه آن قابلیت بلکه خود مال است بنابراین اصل اولی در مقام بررسی موضوع بحث عهدی بودن معامله موصوف به نظر می‌رسد. از طرف دیگر استقرا در مقررات و قواعد عقود معین تصور دیگری نیز از عقد تملیکی بدست می‌دهد در عقد اجاره به عنوان یک عقد تملیکی منافی که موجود نیست به تملک مستاجر در می‌آید به نحوی که با ایجاد ذره ذره منافع در طول زمان این منافع در ملکیت مستاجر است. بنابراین قول به این نکته که عقد تملیکی سبب تملیک مال آینده قرار می‌گیرد و تحقق تملیک منوط به وجود آن مال می‌شود و جاهت منطقی و قانونی پیدا می‌کند. که با اخذ ملاک واحد می‌توان در مورد بیع مال آینده نیز قائل به تملیکی بودن عقد موصوف گردید. قانون مدنی در صورت عدم تطبیق مبیع با نمونه به مشتری حق و به قصد واقعی طرفین توجه داشت. شاید با استفاده از قاعده فقهی معروف «تعرض وصف و اشاره هم و مقدم دانستن اشاره بتوان گفت که در این باب قصد واقعی طرفین از روی نمونه به دست می‌آید. با این که صحت مبیع به معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع منوط است، در مواردی که نسبت به وجود این شرایط تردید وجود داشته باشد، می‌توان وجود آن را ضمن عقد بیع شرط کرد. اگر این شرط در مورد جنس باشد، بیع به علت تحقق

نیافتن قصد طرفین باطل است. مثلاً گلدانی به شرط آن که از جنس طلا باشد فروخته شود و بعد معلوم شود مفرغی است. لیکن اگر شرط به عنوان وصف بیع باشد و در واقع مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار مشروط باشد این شرط اثر شرط صفت را دارد. لیکن اگر مقدار آن کمتر باشد مشتری و اگر بیشتر باشد بایع حق فسخ دارد. مگر اینکه به محاسبه زیادی و نقصان تراضی کنند. اما اگر مقدار مبیع در عقد معلوم باشد و هنگام تسلیم کمتر از مقدار تعیین شده باشد مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا ثمن را به میزان مبیع پردازد و اگر مبیع زیادتر از مقدار معین باشد زیاده به بایع تعلق می‌گیرد. در این فرض مقداری که در عقد ذکر شده وصف مبیع نیست تا در صورت کشف خلاف حق فسخ ایجاد کند، بلکه ذکر مقدار برای بیان میزان تعهد دو طرف است. فسخ مشتری نیز به استناد او تبعیض صفت است نه تخلف وصف به همین دلیل بایع حق فسخ عقد را ندارد زیرا علی‌الاصول او باید از مقدار مبیع آگاه باشد و اگر زیانی هم به بار آید ناشی از تقصیر خود اوست. یکی از دلایل مهم بودن این مساله آن است که مبتلا به تعداد زیادی از واحدهای تحلیل (عامه‌ی مردم، مشاوران املاک، محاکم قضایی یا جوامع) می‌باشد. این معیار بیانگر گستره مساله است. لذا مشکلات و خساراتی که در این باره به بار می‌آید از نشانه‌های اهمیت پژوهش درباره‌ی آن است. چرا که پیامدهای منفی متعددی بر این مساله مترتب می‌باشد که اهمیت تحقیق درباره‌ی آن را بیشتر می‌کند. موضوع مهم دیگری که در انجام این پژوهش مهم است عدم اطلاعات و تحقیق بسیار درباره مساله تحقیق است. همچنین اهمیت تحقیق درباره این موضوع به این دلیل است که مشکلات زیادی را در بین مردم جامعه و محاکم به وجود آورده و به خاطر عدم اطلاعات و شناخت کافی منجر به ورود خسارات‌هایی می‌شود که در برخی موارد جبران‌شان بسی سنگین است و در مواردی نیز نمی‌توان حق را از ناحق درست تشخیص داد و مشکلات دیگر، لذا انجام تحقیق در این باره نبایستی به زمان دیگری موکول شود و این خود می‌تواند از اهمیت پژوهش باشد. چرا که رشد دامنه تحت پوشش (گستره) مساله در زمان‌های آتی. بدین معنا که در صورت تعویق زمان انجام تحقیق، نسبت مبتلایان به مساله بیشتر خواهد شد و واحدهای تحلیل بیشتری آسیب خواهند دید. همچنین افزایش تصاعدی هزینه‌های ناشی از نپرداختن به مساله، همگی می‌توانند بر ضرورت و اهمیت پژوهش در خصوص این موضوع و مسائل مرتبط با آن سهیم باشد.

۱. مفهوم و تعریف بیع

در این مبحث پژوهشگر در نظر دارد که مباحث محوری این تحقیق را در قالب مفهومی مورد تحلیل قرار بدهد تا درک موضوع راحت باشد.

«بیع، مبادله‌ی مال در برابر مال است. معنای یاد شده، معنای لغوی بیع است و در باب تجارت یا بیع - بنا بر اختلاف تعبیر در کلمات فقها - به تفصیل از احکام، اقسام و شرایط آن سخن رفته است» (بندرریگی، ۱۳۷۲، ۱۶۸).
«انتقال عین از شخصی به دیگری در مقابل عوض معین با تراضی». (طاهری، ۱۳۹۰، ۲۴۷).

«ایجاب و قبولی که بر انتقال دلالت کند یا عقد مرکب از ایجاب و قبول». (حلی، ۱۳۶۹، ۴۸).

در تفسیر صافی آمده است: «انشای تملیک عین به مال (در مقابل مال). این تعریف در نظر مرحوم شیخ انصاری اولی و احسن می‌باشد.» (فیض کاشانی، ۱۳۸۶، ۱۶۶).
این واژه همانند «شراء» از اضداد است و در خرید و فروش، هر دو به کار می‌رود ولی بر اثر کثرت استعمال «بیع» فروش کالا و «شراء» خرید آن را به ذهن متبادر می‌سازد. تجارت را نیز به «بیع و شراء» معنی کرده‌اند، اما از آنجا که در متن‌های مختلف لفظ تجارت، به معنی مبادله‌ی مال با هدف کسب سود به کار رفته و در تلقی عرف هم تجارت منحصر به بیع نیست می‌توان گفت که ارباب غلبه و کثرت مصادیق بیع در معاملات تجاری، این مفهوم برای تجارت تصور شده است. آیه ۳۷ سوره نور «...رجال لا تلهم تجاره و لا بیع عن ذکرالله» که هر دو واژه را کرده، نیز تأکید کننده این استنباط است.

صاحب‌نظران، در این که مفهوم بیع «مبادله دو مال بر اساس تراضی» است اختلاف اساسی ندارند در عین حال ارائه تعریف جامع و مانع از بیع، به علت تعابیر گوناگون موجود در کتب لغت، فقیهان را بر آن داشته تا در تعریف و اوصاف عقد بیع مباحث دقیقی مطرح کنند. در حالی که فقهای عامه بیع را به «مبادله دو مال به نحو تملیک و تملک یا بوجه مخصوص» یا «مبادله دوشیء مورد رغبت» و نظایر آن تعریف می‌کنند (آملی، ۱۳۸۹، ۱۰۲).

۱-۱ بیع عین معین

بیع عین معین (خرید و فروش مال موجود که قابلیت رؤیت و لمس دارد) (ثابت، ۱۳۸۳، ۱۵۴-۱۵۳) یکی از انواع بیع و در واقع مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانونگذار تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله اول آن را مدنظر داشته است.

مقنن در ماده مذکور بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده ۳۶۱ قانون مدنی اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است. بدیهی است که در قرارداد پیش فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مبنای مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود، این نکته ساده‌ترین دلیل حقوقدانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. «شهیدی» بیع خانه‌ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می‌داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع در چنین معامله‌ای چنین استدلال می‌کند: موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر اینکه در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند اینکه مورد معامله، خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنین رهن مال غیرموجود صحیح نیست، زیرا ظاهر ماده ۷۷۴ ق.م، که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده ۸۴۲ ق.م، وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است (انصاری، ۱۳۸۵، ۱۶).

«کاتوزیان» درخصوص موجود نبودن مبیع بین حالتی که طرفین تصور می‌کرده‌اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می‌دانند که مبیع وجود ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، تفاوت قائل شده است. این تحلیل تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان برتملیک مال موجود است با فرضی که

۸۰... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۰۹).

۱- در مورد نخست چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا بنابه فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است، برای مثال اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است، پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حمله را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۷۵)

اشکالی که بر این نظر وارد می‌کنند، این است که در حالتی که مبیع موجود نباشد چگونه می‌توان عقده را منعقد کرد و تملیکی را انجام داد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکانپذیر نیست اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی‌توان محدود و مقید به زمان واحدی نمود. پس امکان دارد عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک براساس توافق طرفین و به استناد اراده طرفین در زمانی دیگر تحقق یابد و این در امور اعتباری غیرمنطقی نیست و به این دلیل قانون مدنی ما در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته و آن را عقدی صحیح دانسته است (بروجردی، ۱۳۸۹، ۲۹).

نویسندگان حقوق مدنی ایران عقد معلق را به طور مطلق صحیح می‌دانند، ایشان چنین استدلال می‌کنند که:

۱- با آن که قانون، عقد معلق را تعریف کرده و در مقام بیان بوده است، ولی هرگز آن را باطل اعلام نکرده و فقط در موارد خاصی مانند عقد ضمان، تصریح به بطلان عقد معلق کرده است.

۲- طبق ماده ۲۲۳ ق.م. که مقرر می‌دارد «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود»، عقدی که در صحت و بطلان آن تردید

باشد، باید صحیح دانسته شود. نتیجه آنکه عقد معلق را باید به طور مطلق صحیح دانست مگر آنکه قانون در خصوص عقدی، تصریح به بطلان آن کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ۱۰۱).

البته در مواردی که قانون مدنی حکم دیگری مقرر می‌کند، دیگر عقد معلق پذیرفته نیست. این موارد محدود به دو مورد زیر می‌شود:

۱- بطلان نکاح معلق به استناد ماده ۱۰۶۸ ق.م.

۲- بطلان زمان معلق به استناد ماده ۶۹۹ ق.م.

حتی حقوقدانان نه تنها تعلیق را در ایجاد عقد، صحیح دانسته‌اند بلکه تعلیق زوال عقد را نیز صحیح می‌دانند. آن‌ها دلایل صحت آن را به شرح زیر بیان داشته‌اند: اولاً، اصل صحت و عمومات «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مثبت صحت و اعتبار اینگونه عقد معلق است.

ثانیاً، اینکه تحقق هر عمل حقوقی نیازمند انشا است و انفساخ معامله، به خودی خود و بدون انشای فسخ امکان ندارد. برای تحقق انفساخ معامله نیازی به انشای مستقل فسخ، بعد از انشای عقد وجود ندارد و دلیلی بر اثبات لزوم انشای جداگانه، نمی‌توان یافت. لازم نیست، اول عقدی انشا شود و سپس فسخ آن به وسیله یکی از طرفین یا اقاله آن به وسیله طرفین انشا گردد. برخلاف آنچه عده‌ای گمان کرده‌اند. ممکن است انشای فسخ معلق، به صورت تعلیق در منشأ ضمن انشای خود عقد به عمل آید و بین انشای عقد و انشای فسخ معلق آن، تضادی وجود ندارد (صفایی، ۱۳۸۴، ۱۳۸).

پس همچنان که انشای عقد و انشای زوال عقد می‌تواند به صورت معلق تحقق پذیرد، بین انشای عقد و تحقق تملیک که اثر عقد است، می‌توان فاصله زمانی ایجاد کرد، به نحوی که تملیک در زمان دیگری حسب اراده طرفین تحقق پذیرد.

بر این مبنا برخی از حقوق‌دانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع معلق دانسته‌اند و در توجیه آن بدین شرح اظهار نظر نموده‌اند که:

می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نیست بلکه چنانچه گفته شد تملک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم

۸۲... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهارم و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

اول قلمداد می‌شود به دیگر سخن بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است (ثابت، ۱۳۸۱، ۱۵۹).

ممکن است گفته شود، بیع آپارتمانی که قرار است در آینده ساخته شود، از مصادیق بیع عین معین است ولی به لحاظ غرری بودن معامله آن باطل است و می‌توان در این رابطه به قاعده غرر و حدیث «نهی النبی (ص) عن الغرر» استناد نمود. می‌دانیم که یکی از مصادیق قاعده غرر عدم وجود مبیع در زمان معامله و عدم اطمینان نسبت به وجود آمدن آن است. بر این مبنا بیع چیزی که وجود ندارد و اطمینان بر وجود آمدن آن نداریم، باطل است. اما در مورد قرارداد پیش فروش آپارتمان می‌توان گفت غرر منتفی است زیرا مبنا و معیار غرری بودن معامله عرف است و اگر عرف معامله‌ای را غرری نداند نمی‌توان آن را استناد غرر باطل دانست. به نظر می‌رسد همان طور که «ابوالحسن محمدی» معتقد است، رفع غرر امری عرفی است (عرفانی، ۱۳۹۱: ۲۸).

می‌دانیم که درسه مورد غرر به وجود می‌آید: عدم اطمینان به وجود مورد معامله، عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله و عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن.

حال برای اینکه معامله غرری نباشد چه معیاری وجود دارد؟ مانند بسیاری از موارد دیگر معیار ریال تشخیص عرف است. به عنوان مثال برای دانستن کمیت از کیل، وزن، شمارش، متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می‌شود، برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می‌کنند، برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر که عرف قبض و اقباض را محقق بداند کافی است و همین طور در مورد اطمینان به وجود معامله.

بدین جهت است که معامله غاصب، دزد، مکره و مجبور، غرری و باطل نیست بلکه معامله‌هایی فضولی و غیرنافذند. در حالی که اگر قبض و اقباض شرعی لازم بود صرفنظر از اینکه این اصطلاحات حقیقت شرعی نیستند، در هیچکدام از این موارد مالک با میل و رضا مال خود را تسلیم مشتری نکرده است و قبض و اقباض شرعی تحقق نیافته است و باید معامله باطل باشد (نهرینی، ۱۳۸۳، ۳۰).

بسیاری از حقوقدانان که گرایش و میل به اجرای عدالت و انصاف در روابط حقوقی مردم و خروج از کلیشه‌های خشک و ناعادلانه دارند، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بیع عین معین دانسته و آپارتمان را به محض ساخته شدن در جهت حمایت از پیش خریدار متعلق به او می‌دانند. «کاتوزیان» در این باره چنین اظهار نظر می‌کند:

در فروش آپارتمان (اگر به شکل تعهد به فروش نباشد) پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به مالکیت خریدار درمی‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۷).
به نظر می‌رسد این نظر کاملاً درست باشد. در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان اگر فروشنده تخلفی نماید و دقیقاً مطابق قرارداد نسازد در این صورت می‌توان ایراد گرفت که چون منظور طرفین این آپارتمان نبوده است پس خریدار نسبت به آن حق عینی ندارد و تعهد پیش‌فروش‌کننده بدون اجرا مانده است که این ناعادلانه خواهد بود. البته می‌توان گفت در این صورت انطباق عرفی آپارتمان ساخته شده با آپارتمان مورد توافق کافی خواهد بود. در صورتی که آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد منطبق باشد، باز باید عقد را صحیح دانست اما به خریدار حق فسخ اعطا کرد تا در صورتی که آپارتمان ساخته شده را قابل قبول نداند، قرارداد را فسخ کند. لازم به ذکر است که اعطای این حق فسخ منافی حفظ قرارداد و مطالبه جبران خسارت، یعنی اخذ ما به التفاوت یا نقیصه‌ای که در اثر عدم انجام تعهد فروشنده در آپارتمان ایجاد شده است، نخواهد بود.

۲-۱ بیع کل فی زمه

یکی از انواع بیع، بیع کلی فی الذمه است. در بیع کلی فی الذمه انتقال مالکیت مبیع به خریدار همزمان با تسلیم مبیع صورت می‌گیرد و چون در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان توافق بر این است که آپارتمان پس از احداث و تکمیل تحویل خریدار گردد. در صورتی که مبیع کلی باشد، عقد بیع عبارت است از تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی به مشتری خواهد بود (امامی، ۱۳۷۱: ۴۵۰). در بیع کلی فی الذمه عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد بیع اشکال و ایرادی را بر عقد وارد نمی‌سازد و فروشنده مکلف است مبیع را در موعد مقرر مطابق اوصاف مورد توافق تسلیم نماید. فروشنده می‌تواند از مبیع موجود تحویل دهد یا از دیگری تهیه کند و تحویل دهد یا اینکه خود آن را بسازد و تحویل دهد. در واقع تعهد فروشنده از نوع تعهد به نتیجه است و راه نیل به هدف اهمیتی ندارد. امروزه در اثر پیشرفت و ترقی و مکانیزه شدن ساخت و ساز، فعالیت‌های آپارتمان‌سازی در سطح گسترده و به صورت مجتمع‌ها، بلوک‌ها، شهرک‌ها و مجموعه‌های آپارتمانی به صورت انبوه براساس طرح‌ها و نقشه‌های واحد ساخته

۸۴... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

می‌شوند، عرف چنین آپارتمان‌هایی را مثل هم می‌داند و از دیدگاه عرف، قابلیت جایگزینی یک آپارتمان در یک مجتمع با آپارتمانی دیگر در همان مجتمع با همان مساحت و مشخصات یا با اندک تفاوتی در مساحت و مشخصات وجود دارد. هدف اصلی خریدار آپارتمان در اکثر موارد، داشتن خانه‌ای اختصاصی برای خود است و اینکه در طبقه هجدهم ساختمان باشد یا در طبقه نوزدهم برایش مهم نیست. شایان ذکر است که در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد. با استدلال فوق می‌توان از بطلان قرارداد که قطعاً به نفع فروشنده‌ای خواهد بود که با پس اندازها و سرمایه‌های پیش خریداران ساختمان را احداث و تکمیل می‌کند، جلوگیری نمود و مانع بی‌عدالتی و ظلم در حق پیش خریدارانی که عموماً در وضعیت اقتصادی ضعیفی قرار دارند، گردید (رجائی لک و امیر محمدی، ۱۳۹۵: ۱۰)

۳-۱ صحت بیع سلف در قانون مدنی

بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش فروش و پیش خرید گویند. از دیدگاه جعفری لنگرودی بیع سلم (بیع در ذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زم (لنگرودی ۱۳۸۷: ۹۷۸) آن بیع رخ می‌دهد. بیع سلم (بیع در ذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ می‌دهد در زمان‌های قدیم کشاورزان تهیدست عمده سلم فروشان بودند و بنکدارها و بندارها عمده سلم خران بودند و ستم‌های بسیار بر کشاورزان می‌کردند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۵۴) از نظر قانون مدنی بیع سلف، بدون آنکه قبض ثمن در مجلس عقد شرط باشد صحیح است زیرا ماده ۳۴۱ ق.م. به متبایعین اجازه می‌دهد که برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن، اجلی قرار دهند و قیدی در لزوم تأدیه ثمن در مجلس عقد در موردی که مبیع کلی و موعدی برای تسلیم آن مقرر شده ننموده است. در ماده دیگری هم از آن صحبت ننموده است. فقط در ماده ۳۶۴ ق.م. داریم در بیعی که قبض شرط صحت آن است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه وقوع بیع. که برخی از این ماده استنباط نموده‌اند که بیع دیگری نیز وجود دارد که قبض شرط صحت آن است که ماده از آن نامی نبرده است. اما از نظر قضایی این امر

کافی نخواهد بود تا بیع سلف را در صورت عدم قبض ثمن آن فی المجلس باطل دانست (امامی، ۱۳۸۱: ۴۴۳). در بیع سلم چند چیز شرط است:

اول - ذکر جنس و وصف مبیع برای رفع جهالت

دوم - قبض ثمن قبل از مجلس عقد، اگر قسمتی از ثمن را قبض کند، عقد نیست به قسمت قبض شده صحیح و نسبت به باقی باطل است. اگر ثمن دینی بر ذمه بایع باشد، اگر دین موجد باشد، ثمن قرار دادن آن جایز نیست. اما اگر دین حال باشد، شاهر جواز آن است اگر چه خالی از اشکال نیست و احوط ترک آن است (امام خمینی، ۵۴۴)

۴-۱ زمان انتقال مالکیت مبیع

بطور کلی در نظام‌های حقوقی وقتی بحث پیرامون بیع یا قرارداد خرید و فروش کالا به عنوان یک عمل حقوقی مطرح می‌گردد، هدف طرفین قرارداد از معامله‌ای که انجام می‌دهند انتقال مالکیت مورد معامله به خریدار و یا ثمن کالا به فروشنده می‌باشد. در این خصوص در نظام‌های مختلف حقوقی اتفاق نظر وجود دارد لیکن آنچه محل اختلاف است زمان انتقال مالکیت است بدین صورت که برخی از نظام‌های حقوقی انتقال مالکیت را اثر و نتیجه فوری و مستقیم بیع می‌دانند، در حالی که برخی دیگر از نظام‌های حقوقی علاوه بر انعقاد عقد، اعمال حقوقی دیگری از قبیل قبض و تسلیم مبیع یا ثمن را برای تحقق انتقال مالکیت لازم می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۱).

در حقوق اسلامی عقد بیع یک عقد تملیکی است، فقهای امامیه بیع را انشاء تملیک عین در مقابل عوض می‌دانند لذا با انعقاد عقد بیع مالکیت مورد معامله به دیگری منتقل می‌شود، به عبارت دیگر پس از انعقاد بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن خواهد شد. در این خصوصیت بین عقود عین معین یا غیر معین فرقی وجود ندارد حتی آن دسته از فقهاء که عقد بیع را عقد عهدی می‌دانند منظورشان از عقد عهدی در مقابل تملیکی بودن نیست بلکه عقد عهدی را در مقابل عقد اذنی می‌دانند. لذا طبق نظر این دسته از فقهاء نیز بیع در درجه اول عقدی تملیکی بوده و در درجه بعد عقد عهدی محسوب می‌شود و بین تملیکی بودن و عهدی بودن عقد منافاتی وجود ندارد و در انتقال مالکیت تفاوتی بین بیع عین معین، کلی فی الذمه و یا کلی در معین وجود نداشته و در هر صورت مالکیت در زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود. در پاسخ به اشکالی که حقوقدانان در ارتباط با زمان انتقال مالکیت مبیع در عین کلی مطرح می‌کنند از

۸۶... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

مجموع نظرات فقها اینگونه استنباط می‌شود که مالکیت در معانی مختلفی بکار رفته از جمله مالکیت حقیقی و اعتباری، مالکیت حقیقی مخصوص خداوند است و در مالکیت مورد بحث در بیع از نوع مالکیت اعتباری محسوب می‌شود که وجود عین در محل عقد لازم نیست بلکه صرف اعتبار وجود محل برای اعتبار آن کافی است و مالکیت اعتباری تابع عقل و شرع است چه مملوک عینی بالفعل موجود باشد یا وجود آن اعتبار شده باشد. نتیجه این که به نظر فقهای اسلامی در تمامی اقسام مبیع، انعقاد بیع فی نفسه سبب مالکیت مبیع شده و اموری از قبیل تسلیم و قبض جز در موارد استثنایی تاثیری در انتقال مالکیت مبیع از لحظه انعقاد عقد ندارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۴ ق، ۱۰۳).

قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۸ بیع را تملیک عین به عوض معلوم تعریف کرده است. همچنین در ماده ۳۶۲ انتقال مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به بایع را از آثار یک عقد بیع صحیح دانسته است. از این مواد استنباط می‌شود که عقد بیع در حقوق ایران عقدی تملیکی است که به مجرد انعقاد عقد مالکیت منتقل می‌شود و انتقال مالکیت متوقف بر چیزی نیست و این امر به عنوان یک قاعده در حقوق ایران پذیرفته شده است. البته این قاعده در مواردی استثناء پذیرفته است از جمله در ماده ۳۶۴ قانون مدنی که به طور استثنایی در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف، زمان قبض را زمان انتقال مالکیت دانسته است. باید توجه داشت که ذکر بیع صرف در این ماده از باب مثال بوده و می‌توان نتیجه گرفت در کلیه عقود که قبض شرط صحت می‌باشد از جمله در بیع سلم نیز زمان انتقال مالکیت از زمان قبض است اگر چه در قانون تصریح نشده است زیرا در عقد سلم نیز قبض ثمن شرط صحت عقد تلقی می‌شود. اما به عقیده دکتر کاتوزیان این استثناء تنها در بیع صرف وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۶).

در تفسیر ماده ۳۶۲ و در مورد فوریت انتقال مالکیت مبیع و ثمن برخی از حقوقدانان از جمله استاد کاتوزیان و دکتر شهیدی عقیده دارند: «نباید پنداشت انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع است تملیک انجام می‌شود اما بدین شرط که موضوع قرارداد قابلیت آن را داشته باشد چنانچه در بیع کلی تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود خریدار نمی‌تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند.» در بیع خیار نیز زمان انتقال مالکیت از لحظه انعقاد عقد می‌باشد و وجود حق خیار نمی‌تواند مانعی برای انتقال مالکیت از زمان انعقاد عقد محسوب شود. به همین منظور قانونگذار مدنی در ماده ۳۶۴ مقرر نموده است: «در بیع خیار مالکیت

بیع مال غیر موجود (موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی)..... ۸۷

از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار». البته در خصوص انتقال فوری مالکیت از حین انعقاد عقد در بیع خیار بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد به همین دلیل محقق حلی در شرایع می گوید «المبیع یملک بالعقد و قبل به و بانقضاء الخیار و الاول اشبه» (طاهری، ۱۳۹۰: ۳۴۱).

۵-۱ تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع

در کلام فقهاء این عبارت دیده می شود: «تعیین الاجل المحروس او مصون او مضبوط من التفاوت» می توان گفت اکثر فقهاء قائل به شرط بودن تعیین اجل دقیق مصون از زیاده و نقصان در حین عقد سلف هستند (خمینی، ۱۳۹۰: ۵۴۴)؛ اما نظر دیگری که در مقابل این نظر وجود دارد این است که تعیین اجل لازم نیست و اجل شرط صحت بیع سلف نمی باشد. در کتاب معجم لغه الفقهاء، آمده است که اصح این است که تعیین اجل شرط صحت بیع سلف نیست، بلکه تصریح به حال بودن عقد و عام الوجود بودن آن حین عقد شرط است اما اگر متعاقدین قصد داشتند بیع سلف را حال انجام دهند ولی حین عقد و لفظاً به آن تأکید نکردند باز هم سلف درست است و اگر قصد مؤجل بودن بیع سلف را داشتند، ذکر آن حین عقد شرط است و چنانچه ذکر نشود عقد باطل خواهد بود. و اگر عقد را مطلق منعقد کردند منصرف به حال می شود نه اینکه باطل باشد (قلعه چی و قنبری، ۱۴۰۸: ۲۵۴). به عبارت دیگر تنها هنگامی ذکر اجل دقیق حین عقد لازم است که طرفین قصد داشته باشند بیع را مؤجل انجام دهند. شهید ثانی در همین مورد بیان داشته اند که در صورتی که طرفین قصد وقوع بیع سلف را داشته باشند، تعیین سررسید شرط است اما اگر از لفظ سلف مطلق بیع را قصد کرده باشند تعیین اجل لازم نیست (قمی، ۱۳۷۱: ۱۳۵). اما اگر به هر حال اجل در عقد ذکر شد باید به گونه ای باشد که احتمال زیاده و نقصان در آن وجود نداشته و رافع جهالت باشد.

۲. مال غیر موجود در حقوق ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۳۶۱ مقرر می دارد: اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است. حکم این ماده مختص عین معین و عین کلی در معین است و صرفاً در بیع بر عین خارجی و بیع بر عین کلی در معین، وجود مبیع

عناصر سازنده‌ی بیع است. با فقدان آن در زمان عقد، بیع باطل خواهد بود. به نظر برخی از حقوقدانان، اولاً معنی موجود بودن در اینجا یعنی آن که مبیع در زمان انعقاد بیع موجود یا بعد از آن ممکن الوجود باشد. بنابراین اگر مبیع در اصل غیر موجود و یا امکان وجود در آینده ممتفی باشد، بیع باطل خواهد بود. ثانیاً؛ اگر قصد طرفین این باشد که بیع بر مبیعی که فعلاً موجود است منعقد گردد و نه بر مالی که ممکن الوجود است، در این حالت اگر مبیع در زمان بیع غیر موجود باشد هر چند امکان وجود آن در آینده وجود داشته باشد، بیع باطل خواهد بود و علت بطلان آن ناشی از قصد طرفین است اما اگر قصد طرفین این نباشد که مبیع موجود در حین عقد را معامله کنند، اشکالی بر صحت بیع وارد نیست. به عبارت دیگر، وقوع بیع بر مبیعی که بعداً به وجود می‌آید منطبق بر قصد طرفین بوده و لذا جایز است (پرهادی، ۱۳۸۵: ۹). با توجه به ماده ۳۶۱ قانون مدنی برخی از حقوقدانان اظهار داشته‌اند که موجود نبودن مورد معامله عین معین، در دو صورت قابل تصور است: یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته باشد و از بین رفته بوده است؛ مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر اینکه در زمان عقد، هنوز به وجود نیامده باشد؛ مانند اینکه مورد معامله خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین، ساخته خواهد شد. با توجه به مشخصات مذکور، چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است، در حالی که در زمان معامله موجود نیست. نتیجه اینکه در هر دو صورت، عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۲۹) برخی دیگر اظهار داشته‌اند که موجود بودن عین معین به هنگام انعقاد بیع ضروری است و لازمه‌ی تملیک عین معین وجود آن هنگام عقد است و اگر در آینده موجود شود، فروش و معامله راجع به آن باطل است، چون موجب غرر است (امامی، ۱۳۷۱: ۴۲۵)

برخلاف نظر مذکور، مککن است گفته شود مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی به استناد ماده ۳۶۱ ق. م موجود باشد. لذا این معامله، بیع نیست بلکه تعهد به فروش است و در نتیجه خریدار حق دینی دارد. اگر مقصود طرفین می‌خواهند عقد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع، باطل دانست. اما در فرض مزبور نباید مبیع را عین معین تصور کرد، زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد بلکه ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش موثری دارد ف پس نمی‌توان آن را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میان معین و

بیع مال غیر موجود (موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی).....۸۹

کلی است. منتها با ساخته شدن وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن موثر می‌شود و خود به خود به خریدار تعلیق می‌باید (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۷۵-۲۷۶).

۳. نتیجه‌گیری

یکی از شرایط عقد این است که تسلیم یا انجام مورد معامله مقدور باشد. وجود این شرط به طور اجمال، در سیستم‌های حقوقی دیگر نیز پذیرفته شده است. هر چند قانون مدنی ایران، این شرط را در مبحث مربوط به عقود و معاملات و بطور کلی نسبت به تمام عقود بیان نداشته است، ولی با توجه به مواد خاص مربوط به برخی از عقود معین نظیر بیع و اجاره قواعد کلیذ حقوقی، می‌توان وجود این شرط را برای صحت مطلق معامله لازم دانست.

ماده ۳۴۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالکیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن را ندارد، باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.»
به موجب ماده ۴۷۰ ق.م.: «در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.»

با توجه به ماهیت حقوقی عقد بیع از حیث تملیکی و معوضی بودن و با توجه به عرف معمول بازار داخلی و بین‌المللی بنظر می‌رسد قاعده ضمان معاوضی با بیع ناشی از تلف مبیع قبل از قبض و تسلیم کالا به خریدار مطابق اصول و قواعد حقوقی و دارای مبنای عقلایی بوده و صرفاً یک امر استثنایی و خلاف قاعده و ناشی از تعبد و تسلیم محض محسوب نمی‌شود و نشانه‌های کلیت این قاعده را می‌توان در مواد مختلف قانون مدنی از قبیل اجاره، قرض، جعاله و تعهدات مشاهده کرد. لذا هرگونه توافق طرفین برخلاف حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی در بیع داخلی و همچنین توافقات تجار برخلاف مقررات تکمیلی کنوانسیون بیع بین‌الملل به لحاظ عدم تعارض با نظم عمومی نافذ بوده و قابل ترتیب اثر می‌باشد.

موضوع بیع مال غیر موجود نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه با مصادیق متعدد است - که در آینده ایجاد می‌شود، بلکه شامل کالایی است که باید منحصرراً برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به نوبه خود ممکن است منقول یا غیرمنقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد. در صورتی که کالای کلی فی الذمه با وصف، جنس و مقدار خاصی فروخته شود مالکیت کالا در معنی ایجاد حق عینی هنگامی که کالا معین می‌شود به خریدار منتقل می‌گردد. به بیان دقیق‌تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به صورت غیرمشروط (بدون اینکه معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده

شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال غیرموجود که باید برای خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد. در عین حال طرفین می‌توانند توافق کنند، مالکیت به تدریج طی ساخت یا نصب قطعات کالا منتقل شود. مال آینده ممکن است کالایی باشد که به صورت محصولات کشاورزی در باغ یا مزرعه خاصی رشد یابد. در این حالت اگر ثمره مورد معامله بدو صلاح و حاصل نما شده باشد - با توجه به اینکه صورت نوعیه اولیه در حین عقد موجود است - مالکیت می‌تواند در زمان قرارداد منتقل شود. طرفین ممکن است توافق نمایند، مالکیت هنگامی که محصول کامل می‌شود یا حتی در زمان جمع‌آوری محصول منتقل شود.

برای مثال «حق حبس» در هر دو نظام، در مرحله قبل از تسلیم، ضمانت اجرای قانونی مناسبی را برای تأمین حقوق هر دو طرف به وجود آورده است. اما در مرحله پس از تسلیم، نظام حقوقی ایران، به پیروی از فقه اسلامی، تأسیسی به نام «خیار تفلیس» ایجاد نموده که در فرض ورشکستگی خریدار، به فروشنده محق به استرداد مبیع مادام که عیناً نزد خریدار موجود است، می‌باشد. شرط حفظ مالکیت مبیع برای فروشنده است. این شرط کلیه اثرات عقد را معلق به پرداخت ثمن یا تسویه کامل حساب بین فروشنده است. این شرط کلیه اثرات عقد را معلق به پرداخت ثمن یا تسویه کامل حساب بین فروشنده و خریدار نمی‌کند (برای مثال ریسک در هر زمان که طرفین قصد نمایند منتقل می‌شود) اما انتقال مالکیت تا زمان تحقق شرط به خریدار منتقل نمی‌شود و از این رو، در فرض ورشکستگی خریدار قبل از پرداخت ثمن یا تسویه حساب کامل بین وی و فروشنده، خریدار مجاز و محق به استرداد مبیع در صورتی که عیناً موجود باشد خواهد بود.

در ضمن این شرط، طرفین می‌توانند به خریدار حق فروش مجدد یا به کارگیری مبیع را برای تولید و ساخت کالای دیگری تجویز نمایند، اما به شیوه‌ای که حقوق فروشنده بر وجه حاصل از فروش یا کالای تولید شده قبل از پرداخت ثمن حفظ شود. این هدف با برقراری وصف امانت برای خریدار در مبیع که هنوز مالک آن نسبت، تأمین می‌گردد هر چند در حقوق ایران شرط «تأخیر در انتقال مالکیت» تجویز شده است اما به عنوان وسیله تضمین حقوق فروشنده‌ای که ثمن را دریافت نکرد. رواج چندانی ندارد و نهادهای حقوقی سنتی مثل عقد رهن یا قراردادهای اجاره به شرط تملیک و فروش اقساطی به طور معمول وسیله دستیابی به این اهداف تلقی می‌شوند.

۹۲.... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

برای مثال، در قالب عقد رهن، با رهن‌گذاری مبیع نزد فروشنده برای تضمین بدهی که خریدار بابت ثمن به او دارد و با رویکردی منعطف با قواعد قانون مدنی در مورد رهن می‌توان به نتایجی مشابه انواع توسعه یافته «شروط حفظ مالکیت» در حقوق ایران دست یافت.

پس از انعقاد عقد بیع، صرف‌نظر از اثر فوری آن که انتقال مالکیت است، نخستین تعهدی که بر عهده مشتری قرار می‌گیرد، پرداخت ثمن است. این پرداخت یا تأدیه بر مبنای «عدالت معاوضی» است زیرا طرفین در مقابل آنچه می‌دهند، می‌خواهند چیزی به دست آورند و بایع نیز در مقابل تسلیم مبیع، پرداخت ثمن را انتظار دارد. گفته شد که در اثر انعقاد عقد بیع، مشتری ملتزم به تأدیه ثمن است و این تأدیه بر مبنای تراضی و توافقی است که بین بایع و مشتری وجود دارد زیرا این دو بر حسب قرارداد توافق کرده‌اند که دو تعهد در مقابل یکدیگر داشته باشند و نظر به همین ریشه قراردادی داشتن این التزامات است که تا زمانی که هر یک از طرفین، تعهد خود را انجام نداده است، دیگری می‌تواند از حق حبس استفاده کند. همچنین بایع می‌تواند در صورت دریافت نکردن ثمن، بر طبق مقررات خیار تاخیر ثمن، بیع را فسخ کند، به بیان دیگر طرفین به صورت ضمنی قبض و اقباض عوضین (مبیع و ثمن) را شرط کرده‌اند و عقد مبتنی بر این دو تعهد مستقر شده است. به همین دلیل است که عقد بیع را می‌توان «تملیک عوضین» و «تعهد به تسلیم آن‌ها» تعریف کرد که تا زمانی که جزء اخیر این تعریف (تسلیم) محقق نشود، جزء نخست که انتقال مالکیت است، نیز به طور کامل مستقر نمی‌شود. زیرا هر یک از طرفین می‌توانند با توجه به اختیارات قانونی عقد را فسخ کنند. قانون مدنی در بند ۴ ماده ۳۶۲ به این التزام مشتری تصریح کرده است: «عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند».

۴. پیشنهادات کاربردی:

۱- تدبیری اتخاذ گردد که اعتبار آثار و احکام معاملات موسوم به پیش فروش مورد تقنین قرار گیرد زیرا اگر بخواهیم در خلأ قانونی حاضر بسیاری از این معاملات مرسوم را با معیارهای نظام حقوقی موجود تطبیق دهیم بسیاری از آن‌ها ناگزیر با بطلان مواجه خواهند بود و چنین امری می‌تواند موجب برهم خوردن روابط حقوقی متعدد و چه بسا اختلال در نظام اقتصادی گردد.

بیع مال غیر موجود (موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی)..... ۹۳

- ۲- با وضع مقررات جدید و یا تکمیل و رفع ابهام از مقررات موجود معضلات ناشی از خلأ نسبی قانون مدنی در این زمینه برطرف گردد.
- ۳- در خصوص تدارک قاعده عام معامله به مال آینده، به نظر می‌رسد بهترین راه حل اعتماد به حکم متعارف و تبعیت از روال طبیعی و عادی امور باشد، زیرا هرگاه به حکم جریان عادی امور حصول مورد معامله در آینده مورد انتظار باشد، چنین معامله‌ای دیگر غرری محسوب نمی‌شود. ولی اگر امکان ایجاد موضوع قرار داد براساس روال عادی امور بعید یا ضعیف باشد، قرارداد مزبور را می‌بایست به دلیل غرری بودن باطل دانست.

۹۴....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

منابع

الف: منابع فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۸۱) حقوق مدنی، انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، جلد دوم و سوم، چاپ سیزدهم
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۹) حقوق مدنی، انتشارات طه و نشر حدیث امروز، یک جلدی، چاپ اول
- بندر ریگی، محمد (۱۳۷۲) فرهنگ جدید عربی - فارسی (ترجمه منجد الطلاب)، انتشارات اسلامی، یک جلدی، چاپ نهم
- ثابت، سید عبدالحمید (۱۳۸۱) موضوع شناسایی بیع الدین، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، سال هشتم، شماره سی و یکم
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸) مبسوط در ترمینولوژی، انتشارات گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۲) عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، یک جلدی، چاپ اول،
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲) مجموعه محشی قانون مدنی، انتشارات گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱ گنج دانش
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۹) لغت‌نامه، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران جلد اول، چهارم و نهم، چاپ دوم از دوره جدید،
- امامی، حسن (۱۳۷۱) حقوق مدنی، ج ۱ چ ۱، تهران
- رجائی لک، بتول، امیر محمدی، محمد رضا (۱۳۹۵) بررسی بیع مال آینده در حقوق ایران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴) حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین ۴) انتشارات مدرس

بیع مال غیر موجود (موضوع ماده ۳۶۱ قانون مدنی).....۹۵

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶) حقوق مدنی مشارکت‌ها - صلح (عقود معین ۲)، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰) قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، با همکاری بهمن برنا، جلد اول و دوم، چاپ چهارم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، نشر میزان، یک جلدی، چاپ هفتم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) الزام‌های خارج از قرارداد، موسسه انتشارات دو جلد در یک مجلد، جلد اول، مسئولیت مدنی، چاپ اول، چاپ دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲) حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی (عقود معین)، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا ج ۱، چاپ پنجم، تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱) تعلیق در تعهدات، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، موسسه انتشارات، یک جلدی، چاپ چهارم
- معرفت، محمد هادی (۱۳۷۷) ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت؟ مجله دادرسی، سال دوم، شماره دهم، (صاحب امتیاز: سازمان قضایی نیروهای مسلح).
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷) تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر حقوقدان، چ اول، تهران

ب: منابع عربی - فقهی

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۹ ه.ق) المکاسب، موسسه الهادی، جلد چهارم، الطبعة الاولى
- بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹ ه.ق) القواعد الفقهیه، مطبعه الهادی، الطبعة الاولى، جلد چهارم
- بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ ه.ق) الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، موسسه النشر الاسلامی (التابعه لجماعه المدرسین)، جلد بیست و یکم، بی چاپ قم
- حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴ ه.ق) فقه الصادق، موسسه دارالکتاب جلد بیستم، الطبعة الثالثه، قم

۹۶....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

- _____، (۱۴۱۴ ه.ق) المسائل المستحدثه، موسسه دارالکتاب، جلد بیستم، الطبعة الرابعة، قم
- حلی، محقق، (۱۴۰۹ ه.ق) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات استقلال، جلد دوم، الطبعة الثانية، طهران (تحقیق: سید صادق شیرازی).
- حلی، علامه (بی تا) تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لا حياء الاثار الجعفریه، جلد دوم (طبع قدیم) بی چاپ
- خمینی، روح الله (۱۴۱۰ ه.ق) البیع، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، جلد اول، الطبعة الرابعة
- _____، (۱۳۹۰) تحرير الوسيلة، الطبعة الثانية، مطبعة الاداب، نجف، جلد دوم
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ ه.ق) المساقاه، ناشر لطفی، یک جلدی الطبعة الاولى (تقریر شده به وسیله سید محمد تقی خویی).
- طوسی، شیخ (۱۳۸۷ ه.ق) المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه الرضویه لاحیاء الاثار الجعفریه، جلد دوم، بی چاپ،
- کرکی، محقق (محقق ثانی) (۱۴۰۸ ه.ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، جلد پنجم الطبعة الاولى
- مقدس اردبیلی، شیخ احمد (محقق اردبیلی) (۱۴۱۲ ه.ق) مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد و الاذهان، موسسه النشر الاسلامی (التابعه لجماعه المدرسین) جلد نهم، الطبعة الاولى
- موسوی خمینی، روح الله (ره)، (بی تا)، تحرير الوسيلة، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ دوم
- جعفری لنگرودی، محمد (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ اول