

انتقال مالکیت در بیع مال آینده :

دکتر محمدرضا بیرهادی^۱

چکیده:

موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه با مصادیق متعدد است- که در آینده ایجاد می شود- بلکه شامل کالایی است که باید منحصرًا برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به نوبه ی خود ممکن است منقول یا غیر منقول 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 می شود به خریدار منتقل می گردد. به بیان دقیق تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به صورت غیر مشروط (بدون این که معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال آینده ای که باید برای خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد. در عین حال طرفین می توانند 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 ی مورد معامله بدو صلاح و حاصل نما شده باشد- با توجه به اینکه صورت نوعیه اولیه در حین عقد موجود است - مالکیت می تواند در زمان قرارداد منتقل شود. طرفین ممکن است توافق نمایند، مالکیت هنگامی که محصول کامل می شود یا حتی در زمان جمع آوری محصول منتقل شود.

^۱ - استاد یار و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکز تهران

مقدمه:

از مباحث مطرح شده در انتقال مالکیت کالای آینده برمی آید که مال آینده در نظام های مختلف حقوقی بیش تر در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. بیع محصولات کشاورزی ممکن است گاه به صورت سلم و کلی فی الذمه صورت گیرد و از آن روی که مال در آینده ایجاد می گردد بیع مال آینده تلقی شود. در این حالت، فروشنده محدودیتی ندارد و از نوع مبیع با اوصاف قراردادی می تواند تحصیل کند و به خریدار تحویل دهد. با دقت در مباحث فقها و صاحب نظران در می یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی را می فروشد. در نتیجه آن محصول به آن معامله مربوط و مختص آن بیع و آن خریدار می شود. در این خصوص دو حالت متصور بوده است: یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص ظاهر نشده و در این حالت اقدام به فروش شود. و دوّم آن که به اصطلاح محصول ظهور یافته و بدو صلاح و حاصل نما شده باشد که در فقه تحت عنوان "بیع اثمار" بحث شده است. در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه موضوع معامله مال آینده به صورت کلی فی الذمه، برای مثال از تولیدات آینده ی خط تولید است که گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، کالایی صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می شود. از طرفی، این مصنوعات بشری ممکن است از اموال منقول یا غیر منقول باشد. مصنوعات (منقول) که به صورت سفارش خاص خریدار صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می شود در فقه تحت عنوان "بیع استصناع" بحث شده است. مصنوعات غیر منقول مورد سفارش منحصر خریدار، بیش تر در قالب بیع آپارتمان های ساخته نشده مطرح گردیده است. بنا براین، در این بحث ابتدا تعریف بیع مال آینده (در گفتار اول) بررسی و سپس طی دو گفتار بعدی بیع مال آینده، به تعبیری، به صورت عین شخصی موجود در آینده - یا به تعبیر دقیق تر عین سفارشی منحصر به فرد و مختص خریدار یا منحصر به محل خاص مثل مزرعه خاص یا عرصه و یا فضای غیر منقول خاص و مختص خریدار- و بیع مال آینده به صورت عین کلی مطالعه شده است.

گفتار اول - تعریف بیع مال آینده :

بیع مال آینده بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد. اما با بیع تعهد می کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد. مانند نجاری که یک دست مبل می فروشد که دو ماهه تحویل بدهد. این مبل ها باید در آینده ساخته شود و تاریخ تشخیص مبیع بعد از بیع است^۱ (جعفری لنگرودی، الف، ۱۳۷۸ ص ۹۲۸).

در بیع مال آینده یا به تعبیری بیع آیندان که ترجمه ی *Vente De Chose Futures* است، برای مثال، ممکن است زارعی تعهد کند صدمن گندم سال جاری مزرعه معینی را در برابر مبلغ معین به مشتری منتقل نماید. در این مورد نیز تاریخ تشخیص پس از تاریخ بیع است^۲ (جعفری لنگرودی، ب، ۲۵۳۷، ص ۵۰۹).
بیع مال آینده در حقوق انگلیس تحت عنوان *Sale Of Future Goods*^۳ (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۹) و در حقوق کشورهای عربی با عنوان "بیع الاشياء المستقبله" بررسی شده است^۴ (محمد حسن قاسم، ۲۰۰۵، ص ۱۶۱).

با توجه به مباحث مطرح در نظام های حقوقی مختلف مبیع آینده غالباً یا بعداً تولید و ساخته می شود و یا نظیر محصولات کشاورزی کشت و رشد و نمو می یابد. در برخی نظام ها معامله ی پشم گوسفند که بعداً رشد و نمو می یابد و یا شیر گاوهای متعلق به بایع که در آینده فراهم می گردد نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح شده است^۵ (Benjamin, ۱۹۹۲, p. ۲۱۷-۲۱۹).

از طرفی در بیع مال آینده گاه کالای مورد معامله، کالایی است که به محض به وجود آمدن مختص آن معامله است و مبیع حالت سفارش شخصی و معین دارد و امکان تعیین و تخصیص آن برای اشخاص دیگر منتفی است و با ایجاد کالا موضوع بیع مال آینده معین و مشخص می گردد (مانند بیع دستگاہی با مشخصات خاص و منحصر به فرد). گاه نیز مورد معامله در آینده کامل می شود، اما صورت نوعیه ی اولیه آن یا بخشی از صورت نوعیه اولیه آن در حین عقد وجود دارد. (مثل بیع محصولات یک مزرعه یا باغ خاصی که بعد از بدو صلاح و حاصل نما شدن موضوع معامله قرار می گیرد). گاهی مال آینده حالت کلی دارد و در عین حال در آینده ایجاد می گردد و چیزی به عنوان مبیع در زمان عقد اختصاص به بیع نمی یابد، در نتیجه باید بخشی از کالای کلی آینده بعداً برای معامله مال آینده تعیین گردد.

در حقوق انگلیس یکی از اقسام کالای غیر معین (*Unascertained goods*) کالایی است که موجود نیست و ساخته یا محصولی کشاورزی است که به وسیله بایع تولید خواهد شد. هم چنین کالای آینده شامل کالایی است که موجود است اما هنوز مال فروشنده نیست (و غالباً به صورت کلی در ذمه که در زمان عقد در ملکیت دیگران موجود است مورد معامله قرار می گیرد) و در هر حال کالای آینده کالای معین نیست^۶ (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۴۱). در توجیه قسمت اخیر (کالای آینده ای که موجود است) می توان گفت که از این نظر "آینده" محسوب شده است که در آینده معین می گردد و نظر به وجود مال در زمان عقد نیست. در نتیجه تعریف بیع مال آینده در این نظام حقوقی متفاوت و قلمروی شمول آن (با تداخل مفهوم غیر معین بودن با مفهوم کالای آینده) دگرگون می شود. هم چنین مال آینده شامل کالایی خواهد شد که موجود است ولی هنوز ملک فروشنده نیست.

در حقوق انگلیس انتقال مالکیت کالای آینده مشمول حکم بند ۱ قاعده ی ۵ ماده ی ۱۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ است که مقرر می دارد: "جایی که یک قرارداد بیع کالای غیر معین یا مال آینده از طریق توصیف منعقد می شود و کالا با آن اوصاف و در وضعیت قابل تحویل بطور غیر مشروط- بدون آنکه انتقال مالکیت آن معلق بر امری شود- به قرارداد اختصاص می یابد؛ خواه از جانب فروشنده با رضایت خریدار یا از سوی خریدار با رضایت فروشنده بلا فاصله مالکیت کالا به خریدار منتقل می شود. و این رضایت ممکن است صریح یا ضمنی باشد و ممکن است قبل یا بعد از عمل تخصیص کالا داده شود."

در خصوص وضعیت قابل تحویل به طور غیر مشروط و رضایت متعاقدين نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که مفاد این بند تمایزی بین فروش کالای آینده که به صورت کلی مورد تعهد قرار می گیرد، با حالتی که تهیه محصول از محل خاصی منحصراً برای مشتری معامله می گردد و یا شی آینده خاصی به طور منحصر به خریدار فروخته می شود قایل نشده است. اما رویه ی قضایی همان گونه که در پرونده ی (۱۸۷۶) Howell V. CoupLand (در معامله ی محصول گوجه فرنگی از بوته های موجود در قطعه زمین خاصی) مطرح شده چنین وجوهی را متمایز نموده است. از این رو در فروش محصولات کشاورزی نیز دو حالت متصور است: نخست این که به صورت کلی فی الذمه معامله گردد، و دیگر آن که محصول مزرعه ی خاصی مورد معامله قرار گیرد که در حالت اخیر مبیع صرفاً از محصول آن مزرعه تهیه و تحویل می شود.

در حقوق مصر بیع مال آینده تحت عنوان "بیع الاشیاء المستقبله" بحث شده است. اراده ی متعاقدين می تواند به وقوع بیع، نسبت به شئی که بعداً به وجود می آید و ایجاد آن در آینده ممکن است؛ تعلق گیرد. نص ماده ی ۱/۱۳۱ ق. مدنی مصر در خصوص جواز آن چنین است: "جایز است که محل التزام (موضوع تعهد)، شئی آینده باشد." ماده ی ۲/۱۸۸ ق موجبات (تعهدات) و عقود لبنان نیز مقرر می دارد: "جایز است که موضوع عقد شئی آینده باشد." این نصوص متضمن قاعده ی عامی در جواز بیع اشیاء آینده است. از مثال های بیع اشیای آینده در حقوق مصر به بیع صنعتگری در خصوص مقدار معینی از محصولات او قبل از این که شروع به ساخت کند و بیع محصول قبل از ظهور آن یا حتی قبل از زرع آن و هم چنین بیع منزل قبل از بنای آن اشاره کرده اند^۷ (عبدالرزاق احمد السنهوری، الف، ۱۹۹۸، ص ۳۱-۴۰).

هم چنین وقتی مبیع شئی آینده است، حسب اراده ی متعاقدين بیع صور مختلفی خواهد داشت. گاه اراده ی متعاقدين به التزام مشتری به پرداخت ثمن صرف نظر از وجود مبیع یا عدم آن تعلق می گیرد. در نتیجه، در این حالت، مشتری در خصوص وجود ذات مبیع بی پروا و سهل انگار (مجازف) است. برای مثال در این خصوص بیع صیاد مربوط به ماهی هایی است که از تور ماهیگیری او به دست خواهد آمد، و اراده ی متعاقدين بر این است که هر چند تور ماهیگیری به طور کلی خالی از ماهی خارج گردد؛ ثمن پرداخت شود و بیع در این حالت با آن که از عقود غرری است ولی معتبر است و این عقد در قانون مصر صحیح محسوب شده موسوم به بیع بات (به معنی معامله ای که در آن رجوعی نباشد) است^۸ (عبدالرزاق احمد السنهوری، الف، ۱۹۹۸، ص ۳۱-۴۰).

افزون بر آن، گاه بی پروایی و سهل انگاری در مقدار مبیع است؛ به صورتی که خریدار ملتزم به ثمن متفق علیه می شود؛ صرف نظر از مقدار مبیع یا کمیت آن، در این حالت اعتبار بیع معلق بر شرط تعلیقی است که آن وجود مبیع در آینده است. اگر مبیع به وجود آید شرط محقق و بیع تمام است و مقدار مبیع

هر چه باشد مشتری ملتزم به ادای ثمن است. اما اگر مبیع به وجود نیاید بیع نیز معدوم و مشتری ملتزم به پرداخت ثمن نخواهد بود^۱ (منصور مصطفی منصور، ۱۹۵۷، ص ۴۶).

در حقوق مصر نیز تقسیم بیع مال آینده به بیع مال آینده (به صورت عین منحصر به فرد و مختص خریدار) و به صورت کلی، تلویحاً پذیرفتنی است. از این رو، برخی گفته اند: اگر مبیع کالای سفارشی خاص مشتری باشد وقتی ساخت مبیع تمام می شود یا ساخت آن به درجه ای برسد که برای تعیین کافی باشد، از این زمان مالکیت به مشتری منتقل می شود. در اشیایی که به صورت سری و وفق نمونه ی واحدی ساخته می شود؛ بعد از خاتمه ساخت صرفاً به عنوان نوع مبیع در نظر گرفته می شود. بنا بر این لازم است اقدام به تعیین مبیع بذاته نیز صورت گیرد. پس از آن مالکیت به مشتری منتقل می گردد^{۱۰} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۱).

بر این اساس در دو گفتار یعنی "بیع مال آینده به صورت عین سفارشی خاص مشتری" و "بیع مال آینده به صورت عین کلی" مطالعه و ضمن بررسی صحت یا بطلان این عقود، زمان و نحوه ی انتقال مالکیت در هر یک به بحث گذاشته می شود.

گفتار دوم: بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص مشتری) و عین از محل خاص :

انتقال مالکیت کالای آینده در نظام های مختلف حقوقی بیش تر در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. با این حال، موارد دیگری که چندان مورد توجه نبوده نیز قابل تصور است. برای مثال، اگر چند تن ماهی موضوع بیع قرار گیرد و زمان تحویل آن به نحوی تعیین گردد که در عمل ماهی هایی که تحویل خواهد شد یا در حین بیع موجود نیست و در آینده تخم ریزی خواهد شد یا قطعه ماهی ای که تحویل خواهد شد در حین بیع نوزادی بیش نیست و در آینده رشد و نمو خواهد یافت. هم چنین شیر یا پشم حیوان خاصی در آینده، از مصادیق این موارد است.

در باره ی محصولات کشاورزی که در مباحث فقها و صاحب نظران آمده در می یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی (عین از محل خاصی) را می فروشد. در نتیجه، محصول مختص آن بیع و آن خریدار می شود. در این خصوص دو حالت متصور است: یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص ظاهر نشده و در این حالت اقدام به فروش شود. و دوّم آن که به اصطلاح محصول یا بخشی از آن، ظهور یافته و بدو صلاح و حاصل نما شده باشد که در فقه تحت عنوان "بیع ائمار" بحث شده است.

در خصوص مصنوعات بشری گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، کالایی صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می شود. از طرفی این مصنوعات ممکن است از اموال منقول یا غیر منقول باشد. مصنوعات منقول که به صورت سفارش خاص خریدار صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می شود در فقه تحت عنوان "بیع استصناع" بحث شده است. مصنوعات غیر منقول مورد سفارش منحصر خریدار غالباً در قالب بیع آپارتمان های ساخته نشده بحث شده است. بنا بر این در این گفتار بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص مشتری) و عین از محل خاص در دو قسمت شامل "بررسی صحت این بیع" (در انواع مذکور) و "زمان و تحلیل نحوه انتقال مالکیت آن" مطرح می شود.

الف- بررسی صحت بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص مشتری) و عین از محل

خاص :

موضوع بیع مال آینده ممکن است محصولات کشاورزی از محل خاص یا مصنوعات بشری شامل اموال منقول یا غیر منقول باشد که اینک صحت هر یک به ترتیب بررسی می شود.

۱- بررسی صحت بیع محصولات کشاورزی (بیع اثمار) از محل خاص:

بیع اثمار ممکن است قبل از ظهور و بدو صلاح و یا بعد از آن باشد. فقها بیع ثمره بعد از بدو صلاح را به استناد روایاتی صحیح دانسته اند^{۱۱} (المولی احمد المقدس الاردبیلی، ۱۴۱۱، ص ۲۰۷).

برخی از فقها صحت بیع را منحصر به ثمره ی شجره، بعد از بدو صلاح ندانسته و آن را به طور کلی شامل محصولات کشاورزی دانسته اند^{۱۲} (المولی احمد المقدس الاردبیلی، ۱۴۱۱، ص ۲۰۹).

اغلب فقیهانی که متعرض بحث بیع ثمره قبل از ظهور یا بدو صلاح شده اند آن را باطل دانسته اند و برخی علت بطلان را معدوم بودن مبیع و برخی علت بطلان را غرر تلقی کرده اند. بیع ثمره ی قبل از ظهور را برخی از فقیهان امامیه به استناد روایاتی صحیح و برخی به سبب تبعیت از اجماع آن را باطل دانسته ولی صحت آن را خالی از قوت ندانسته اند^{۱۳} (زین الدین الجبعی العاملی، شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۳۵۴).

بیع ثمره به صورت سلم با بیع ثمره ی قبل وبعد از ظهور تفاوتی ظریف دارد که در باره ی اخیر - علاوه بر اینکه کشت و زرع و فراهم کردن مبیع بر عهده بایع است- در واقع محل کشت و زرع و ثمره نیز در مزرعه یا باغ معینی خواهد بود .

بر این اساس در فقه، در بیع اثمار، بحث از قبل یا بعد از ظهور محصول بر درخت یا بوته ی موجود ، محل بحث بوده است. و عده ای فروختن میوه روی درخت، قبل از بروز و نمودار شدن آن برای یک سال را بدون ضمیمه جایز ندانسته اند؛ اما فروش برای دو سال و بیش تر و یا با ضمیمه را جایز می دانند. در عین حال، بعد از نمودار شدن آن ها- چنان چه صلاح آن ها آشکار شده باشد- بیع آن بدون اشکال و جایز دانسته شده است. بنا بر این نظر، حتی اگر بعضی از میوه های باغ نمودار شده باشد، فروختن تمام میوه ی آن را- چه میوه های موجود و چه میوه های دیگری که در آن سال می آورد جایز است ؛ خواه درخت یکی باشد یا بیش تر و خواه جنس میوه مختلف باشد؛ خواه یکی و فروختن کشت در حالی که بذر است قبل از نمودار شدن کشت- جایز ندانسته اند. اما صلح آن را موجه تلقی کرده اند و فروختن خوشه قبل از نمودار شدنش و بسته شدن دانه اش را جایز ندانسته، اما بعد از بسته شدن آن را جایز می دانند ؛ چه دانه آشکار باشد مثل جو یا پوشیده باشد مانند گندم ؛ هم چنین بیع صیفی و سبزیجات مثل خیار و بادنجان و خربزه و مانند آن ها قبل از ظهورشان را جایز ندانسته اند؛ ولی بعد از بسته شدن و ظهور آن ها و با مشاهده ی بعضی و حتی با مشاهده نکردن بعضی از آن ها در زیر برگ ها را جایز شمرده اند. حال اگر نظیر هویج و شلغم باشد که مقصود قسمتی است که زیر زمین پوشیده است قبل از در آوردن را مشکل دانسته اند اما باطل اعلام نکرده اند. موارد دیگری مثل پیاز که قسمت ظاهر آن هم مقصود است فروش قسمت نمایان آن به تنهایی و با ریشه نیز جایز دانسته شده است^{۱۴} (السید روح الله الموسوی الامام الخمینی، الف، ۱۳۶۸، ص ۴۴۷ و ۴۴۹ و ۴۵۱).

از عبارات مذکور بر می آید که وقتی عرفاً احتمال فراهم شدن حتی قسمتی از محصول وجود دارد و محصول در آینده رشد و نمو خواهد کرد و فراهم خواهد شد بیع آن صحیح است و وجود احتمالی محصول بر

حسب عرف و عادت- با توجه به این که وقتی قبل از بروز محصول برای دو سال معامله شود صحیح است - کافی است و وجود آن در زمان عقد ضرورتی ندارد.

قانون مدنی ایران در ماده ی ۳۶۱ مقرر می دارد: "اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است". نص این ماده مختص عین معین و عین کلی در معین است و صرفاً در بیع برعین خارجی و بیع بر عین کلی در معین وجود مبیع از عناصر سازنده ی بیع است و با فقدان آن در زمان عقد ، بیع باطل خواهد بود.

به نظر برخی از حقوقدانان عرب اولاً: معنی مورد نظر از وجود مبیع در لحظه ی انعقاد عقد این است که مبیع در زمان انعقاد بیع موجود یا بعد از آن ممکن الوجود باشد. بنا بر این، اگر مبیع در اصل غیر موجود و یا امکان وجود آن در آینده منتفی 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 که امکان وجود آن در آینده وجود داشته باشد- بیع باطل خواهد بود. علت بطلان بیع ناشی از قصد طرفین است و اگر قصد طرفین این نباشد که مبیع موجود در حین عقد را معامله نمایند، اشکالی وجود ندارد. وقوع بیع بر مبیعی که بعداً به وجود می آید با توجه به قصد طرفین جایز است و با قصد آن ها منطبق خواهد بود^{۱۵} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۱۹۲، ۱۹۱).

در مورد بیع ائمار و محصولات طبیعی که بعداً به وجود می آیند، ماده ی ۴۰ قانون موجبات (تعهدات) و عقود لبنان مقرر داشته است: "اگر ثمره ی درخت یا منتجات بستان یا محصولی که هنوز وقت چیدن آن نرسیده، فروخته شود ثمره و محصول درضمان بایع باقی می ماند تا زمانی که نضوج آن تمام و کامل شود." با توجه به حکم این نص اگر ثمره بعد از وجود و قبل از نضج آن جزافاً فروخته شود، مالکیت به مجرد عقد به مشتری منتقل می شود. چون مبیع معین بالذات است^{۱۶} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۱). ظاهراً ضمان بایع به دلیل عدم تسلیم مبیع کامل است.

در حقوق انگلیس یکی از اقسام کالای غیر معین محصول کشاورزی است که توسط بایع تولید خواهد شد.^{۱۷} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p3۴۱) کالای آینده اگر به حد کافی هویت یافته باشد، می تواند کالای معین تلقی شود. در این حالت تلف آن باعث عقیم شدن و انحلال قرارداد می گردد؛ برای مثال در دعوی (۱۸۷۶) Howell V. Coup Land در فروش ۲۰۰ تن گوجه فرنگی که می بایست از بوته های موجود در یک قطعه زمین خاصی حاصل می شد. چنین رأی داده شد که: "علی رغم این واقعیت که کالاهنوز موجود نبوده، معامله یک فروش کالای معین بوده است و از بین رفتن محصول باعث بطلان قرارداد است"^{۱۸} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p3۳۹, ۳۴۰).

۲- بررسی صحت بیع مصنوعات بشری به صورت عین سفارشی (خاص مشتری):

بیع مال آینده مصنوعات بشری به صورت عین سفارشی (خاص مشتری)، ممکن است به صورت مال منقول یا غیر منقول مورد معامله قرار گیرد. در فقه اسلامی معامله ی چنین مال منقولی تحت عنوان "بیع استصناع" بررسی شده است. بیع مال غیر منقول موجود در آینده، در مورد آپارتمان های ساخته نشده رایج است. به نظر می رسد تمایز بیع استصناع (بیع مال منقول موجود در آینده) از بیع مال غیر منقول موجود در آینده (بنای ساخته نشده) در این است که در بیع آینده چنین مال غیر منقولی، در زمان معامله فروشنده

هسته ی اولیه مبیع - عرصه یا در صورتی که عرصه، موقوفه باشد با دارا بودن حق ایجاد اعیانی، فضای آن - را مالک است و سلطه یا مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین معینی را دارد و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می گیرد. هر چند در این دو معامله (بیع آینده ی مال منقول و غیر منقول) مصالح ساخت ممکن است عین معین و موجود یا عین کلی باشد. مباحث یاد شده در این قسمت به ترتیب و بررسی می شود.

۲-۱- بررسی صحت بیع استصناع:

در معامله ی مال آینده مصنوعات منقول بشری گاه خریدار با صنعتگری به عنوان فروشنده توافق می نماید کالایی را با مشخصات خاصی به قیمت معینی برای او بسازد، توافق طرفین گاه چنان است که مبیع با اوصاف خاصی منحصراً برای خریدار ساخته می شود و به عبارتی، موضوع معامله امری شخصی (سفارشی خاص مشتری) است و گاه فروشنده تولید کننده ی کالایی است و توافق طرفین به صورت خرید مقداری از کالاهای تولیدی او در آینده است و به تعبیری امری کلی است^{۱۹} (محمد مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۱).

در فقه امامیه در این خصوص برخی از فقها وارد بحث شده و تحت عناوین استصناع یا قرارداد سفارش ساخت آن را بررسی نموده اند. برخی استصناع را جایز ندانسته اند و گفته اند سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرف هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می شود جایز نیست^{۲۰} (ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی، الف، ۱۴۱۷، ص ۲۱۵). اگر کسی چنین سفارشی بدهد قراردادش صحیح نخواهد بود و صاحب صنعت اختیار دارد که آن کالا را تحویل دهد یا ندهد. اگر آن را تحویل داد، سفارش دهنده مخیر است که آن را رد یا قبول کند.^{۲۱} (ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی، ب، ۱۳۸۷، ص ۱۹۴) دلیل بطلان این عقد، به این صورت توضیح داده شده که بنابر اجماع، تسلیم کالا واجب نیست و بایع بین تسلیم و رد ثمن مختار است و مشتری هم ملزم به قبض نیست. هم چنین اگر قرارداد صحیح بود، این امور جایز نبود و به دلیل این که موضوع معامله مجهول است و با مشاهده معلوم نشده و یا صفت در ذمه، هم موصوف نشده است در نتیجه منع از آن واجب خواهد بود.^{۲۲} (ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی، الف، ص ۲۱۵)

برخی دیگر از فقیهان امامیه گفته اند: استصناع مصدر به معنی "استصنع الشیء" یا در خواست ساخت شیئی است. و افزوده اند فقهای ما (امامیه) متعرض این عنوان نشده اند؛ مگر عده ی اندکی از آن ها مانند شیخ طوسی و ابن حمزه و ابن سعید؛ بنابراین آشکار و واضح نشده است که آیا حقیقت آن عقد است یا نه؟ و اگر عقد باشد آیا صحیح است یا نه؟ و اگر صحیح باشد آیا لازم است یا نه؟ و اگر لازم باشد آیا بیع است یا اجاره؟^{۲۳} (الشیخ محمد علی الانصاری، ۱۴۱۵، ص ۵۷۱)

ظاهر کلام شیخ طوسی این است که عقد فاسد است. اما ظاهر کلمات ابن حمزه و ابن سعید این است که استصناع عقد صحیح و جایزی از سوی طرفین است و طرفین عقد حق فسخ دارند^{۲۴} (الشیخ محمد علی الانصاری، ۱۴۱۵، ص ۵۷۱).

ابن حمزه در "الوسیله" می گوید: "کسی که سفارش ساخت کالایی را از قبل می دهد و سازنده آن را می سازد؛ بین تسلیم و خودداری از تسلیم مخیر است و سفارش دهنده هم بین قبول و رد مخیر می باشد"^{۲۵} (ابی جعفر محمد بن علی الطوسی معروف به ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۵۷)؛ هم چنین ابن سعید در

الجامع للشرايع می گوید: "فردی سفارش چیزی مثل کفش را می دهد و صانع آن را انجام می دهد، از سوی سفارش دهنده غیر لازم است و حق رد آن را دارد"^{۲۶} (یحیی بن سعید الحلّی، ۱۴۰۵، ص ۲۵۹).

در توجیه گفتار ایشان برخی بر این باورند که چنین معامله ای شرط ابتدایی است و اگر شرط ضمن عقد لازم باشد لازم الوفا است^{۲۷} (الشیخ محمد علی الانصاری، ۱۴۱۵، ص ۵۷۱).

الزام آور بودن شرط ابتدایی در فقه امامیه مورد اختلاف است؛ هر چند اغلب معتقدند الزام آور نیست. اما برخی از متأخرین آن را الزام آور دانسته اند^{۲۸} (جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور، ۱۳۷۹، ص ۹۶). به بیان دیگر، هرگاه تعهدی در یک قرارداد مورد توافق قرار گیرد و از حالت وعده ی صرف خارج شود و مدلول مطابقی و التزامی داشته باشد لازم الوفا است.

به نظر برخی: "در استصناع خریدار به صاحب صنعتی (صانع) دستور می دهد یا استدعا می کند که کالایی را برای من درست کن و لوازم و مواد آن را از خودت بگذار، با خصوصیتی که می گوید و آن صانع هم می پذیرد و به سفارش او عمل می کند، در واقع نوعی از بیع آیندان است و ارتباطی به سلم ندارد. و قبض ثمن در مجلس بیع ضرورت ندارد. ولی معمولاً بیعانه می دهند. مقصود از ضرب الاجل این است که بایع مبدا تأخیر کند. پس اگر سفارش مشتری قبل از اجل حاضر شد و به او تسلیم گردید ملزم به قبض است. اختلاف بسیار در اطراف بیع استصناع دیده شده است. اصح انظار نظر ابو یوسف شاگرد ابو حنیفه است بر لزوم این بیع؛ مانند هر بیع دیگر هیچ نصی در این زمینه وجود ندارد"^{۲۹} (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ج ۱، ص ۴۲۵-۴۲۷).

این که در این دیدگاه اظهار داشته اند بیع استصناع ارتباطی به سلم ندارد، به این دلیل است که در فقه اسلامی برخی استصناع را مصداق سلم دانسته اند^{۳۰} (الکاشانی، ابوبکر بن مسعود، ۱۴۰۹، ص ۳). برخی نیز گفته اند که اگر مدت تحویل کالا را خریدار ذکر کند استصناع است و اگر بایع ذکر کند سلم است چون بر سبیل استمهال آن را ذکر کرده است^{۳۱} (شمس الدین السرخسی، ۱۴۰۶، ص ۹۹).

در خصوص لزوم بیع استصناع و تمایز آن از سلف و سلم به نظر برخی، سفارش ساخت ممکن است به سه صورت واقع شود. الف) به صورت بیع قطعی باشد و سازنده ی کالای مورد سفارش را در برابر قیمت آن به ملکیت سفارش دهنده در آورد و اونیز تملک را انشا کند. انشای این عقد با قصد تملیک و تملک همان بیع است و حقیقت بیع این است که یک طرف کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر در آورد و این معنا در این مورد وجود دارد. از این رو، هیچ تفاوتی بین این بیع و سایر اقسام بیع وجود ندارد؛ جز این که در بیع استصناع کالای مورد معامله ساخته نشده و طرفین توافق می نمایند تا فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد. این قرارداد که مبادله ی عین در برابر قیمت به شمار می آید همان بیع است و احکام بیع را دارد و باید همان شرایط بیع در آن وجود داشته باشد.

ب) گاه توافق طرفین تعهد به بیع است؛ یعنی سازنده متعهد به ساخت و فروش و سفارش دهنده متعهد می گردد بعد از ساخت آن را بخرد.

ج) گاه طرفین صرفاً یک وعده ی غیر قطعی به یک دیگر می دهند. سفارش دهنده می گوید که این کالا را بساز شاید آن را بخرم و سازنده آن را می پذیرد. یا سازنده می گوید پس از یک ماه مراجعه کن شاید این کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارت قرار دهم تا آن را بخری^{۳۲} (محمد مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۲).

دو قسم اخیر مصداق بیع نیستند. قسم اول بیع استصناع است. از دقت در کلمات فقها بر می آید که گاه به سبب عدم توجه به سه قسم توافق مذکور، قایل به عدم جواز یا بطلان رابطه ی حقوقی گردیده اند. برخی عناصر بیع استصناع را از قرار ذیل دانسته اند:^{۳۳} ۱- مبیع در ذمه ی بایع است. پس بیع عین خارجی نیست. ۲- عامل سفارش در ساخت؛ پس ساختن چیزی مادی، مورد تعهد عاقد سفارش پذیر است. خواه سفارش پذیر خود سازنده باشد یا تعهد تهیه آن را بکند بوسیله ی سازنده ای دیگر، این عنصر بیع سلم را خارج می کند. ۳- مصالح ساختن مبیع را سفارش پذیر تقبل می کند، نه سفارش دهنده. ۴- ثمن در برابر مصالح مزبور و عمل پرداخته می شود. اما نباید این عقد را مرکب از بیع و اجاره دانست چون دو تعهد مستقل وجود ندارد و غلبه در جانب تملیک عین است؛ پس این بیع است. ۵- ذکر اجل برای تسلیم مبیع؛ وسوسه هایی که در شناخت ماهیت حقوقی استصناع در گذشته کرده اند ابتدایی است و نارسا بودن مقدار اندیشه ها را نشان می دهد"^{۳۳} (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۲۶-۴۲۷).

خلاصه ی کلام آن که در بیع مال منقول آینده ی مصنوعات بشری، به صورت عین شخصی یا به تعبیر مناسب تر عین سفارشی (خاص خریدار)، یعنی وقتی خصوصیات کالا به صورت سفارش خاص خریدار، عرفاً از لحاظ جنس و وصف و مقدار مشخص می گردد؛ مانند سفارش ساخت کشتی خاصی با مواد مشخص و قابلیت حمل معلوم و با خصوصیات معین از نوع موتور و مانند آن، مصداق عقد بیع استصناع است. در حالت دوم، یعنی وقتی کالای مورد سفارش امری کلی باشد مصداق بیع سلم خواهد بود^{۳۴} (محمد مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۸-۲۳۷).

در حقوق انگلیس نیز تمایز بین بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص خریدار)، و به صورت مال کلی از بیان صاحب نظران قابل استفاده است. به نظر برخی بند ۱ قاعده ی ۵ ماده ی ۱۸ (قانون بیع کالا ۱۹۷۹) یکی از قواعد تعیین قصد طرفین در خصوص انتقال مالکیت کالا به خریدار است و از این رو، اگر قصد دیگری، خواه صریح و یا ضمنی، در این خصوص وجود داشته باشد باید عنصر قصد مشترک مورد توجه و نصب العین دادرس قرار گیرد^{۳۵} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۳). و اگر قصد مشترک معلوم نباشد انتقال مالکیت در کالای آینده مشمول بند ۱ قاعده ی ۵ است و باید تخصیص غیر مشروط - که انتقال مالکیت معلق بر امری نشده باشد - توأم با رضایت محقق گردد. بنا بر این به دلیل تحقق این موارد، در دعوی Hendy Lennox Ltd v. Graham Puttick Ltd (۱۹۸۴) که فروشندگان ژنراتورهایی را که از سوی خریدار سفارش داده شده بود، ساخته بودند؛ چنین رأی داده شد که وقتی ژنراتورها برای تحویل آماده شده و خریدار فاکتورهای همراه با اظهار آمادگی به تحویل متضمن شماره سریال ژنراتورهای فروخته شده را از فروشنده دریافت کرده اند؛ مالکیت منتقل شده است. چون در این مرحله فروشندگان همه ی موارد لازم را مطابق قرارداد انجام داده بودند و وجود شماره ی سریالها، این امر را میسر کرده بود که ژنراتورهای فروخته شده مشخص شوند^{۳۶} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۳).

با دقت در این رأی و آرای مربوط به فروش کشتی خاص که کالای سفارش شده مختص و منحصر به سفارش دهنده ساخته می شود، ظاهراً در حقوق انگلیس نیز ملاک تمایز بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص خریدار)، و به صورت مال کلی، در انتقال مالکیت آن ها باید همان سفارش منحصر برای خریدار و یا سفارش از یک خط تولیدی باشد که در آینده ساخته می شود. در حالت دوم (سفارش از یک

خط تولید (مسأله ی تخصیص غیر مشروط-که انتقال مالکیت معلق بر امری نشده باشد- با رضایت متعاقدین مطرح است. اما درحالت سفارش اختصاصی در واقع با ساخت کالا، عمل تعیین و تخصیص غیر مشروط محقق می گردد.

۲-۲- بررسی صحت بیع غیر منقول ساخته نشده:

بیع مال غیر منقول آینده غالباً تحت عنوان آپارتمان ساخته نشده مورد بررسی قرار گرفته است. وقتی موضوع بیع برای مثال آپارتمانی است که هنوز ساخته نشده است با توجه به مقررات قانون مدنی ایران که مبیع را ظاهراً شامل عین معین، کلی فی الذمه و کلی در معین دانسته است، از سوی حقوقدانان در این خصوص مسایلی مطرح شده است. اولین سوال مطرح شده این است که موضوع این بیع جزء کدام یک از موارد مذکور است. به سخن دیگر، آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد می تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد یا نه؟ در پاسخ به این سوال برخی به درستی گفته اند در قرارداد پیش فروش آپارتمان به طور معمول موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و دیگر مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمانی و در قرارداد معین می شود و فروشنده تعهد می کند که آن را ظرف مهلت معینی بسازد و تحویل دهد. بنا بر این، آپارتمانی که با مشخصات معین ساخته می شود با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن نمی تواند عین کلی فی الذمه باشد و نمی توان آپارتمان دیگری مثل آن تصور نمود و هر آپارتمانی با دیگری تفاوت دارد. مع الوصف در برخی آرای محاکم ایران آپارتمان های پیش فروش شده را مال مثلی تلقی کرده و تسامح عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت آپارتمان ها صحیح دانسته و در صورتی که فروشنده اقدام به انتقال آپارتمان موصوف به غیر نموده باشد فروشنده را ملزم به تحویل آپارتمان از نوع مشابه کرده اند^{۳۷}) حسن علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۳۷-۳۵).

سؤال دیگری که مطرح است این است که آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته می شود و به وجود خواهد آمد می تواند موضوع بیع کلی در معین واقع گردد؟

در این مورد نیز پاسخ منفی است. چون کلی در معین شامل اموال مثلی است یا به تعبیر دیگر شامل اشیای متساوی الاجزا است. در صورتی که آپارتمان موضوع بحث قیمی محسوب می گردد. افزون بر آن در کلی در معین هنگام عقد، اجزای مبیع باید در عالم خارج موجود باشد و مقدار فروخته شده ب صورت کلی در معین محصور در داخل آن باشد. در حالی که در ما نحن فیه، در هنگام بیع موضوع قرارداد هنوز وجود خارجی ندارد و سازنده باید در آینده در موعد معینی آن را طبق نقشه ی ساختمان بسازد و تحویل خریدار دهد.

با وجود این در برخی آرای محاکم ایران اظهار داشته اند: « تملک یک واحد آپارتمان تا قبل از صورت جلسه تحویل آپارتمان مورد اختلاف، مربوط به همه اعضا و در رابطه با هر یک از واحدها، از مصادیق کلی در معین بوده و آپارتمان خاصی را شامل نمی شده است^{۳۸} (حسن علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۳۹).

برخی از حقوقدانان و بخشی از آرای محاکم قرارداد آپارتمان ساخته نشده را یک قرارداد خصوصی و بر مبنای ماده ی ۱۰ ق.م. نافذ و معتبر تلقی نموده اند^{۳۹} (حسن علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۷۸).

به نظر برخی از حقوقدانان آپارتمان ساخته نشده، عین معین نیز نمی تواند باشد؛ چون در حین عقد موجود نیست و باید در آینده ساخته شود و با توجه به ماده ی ۳۶۱ اظهار داشته اند: موجود نبودن مورد

معامله عین معین، در دو صورت قابل تصور است. یکی این که پیش از عقد موجود بوده اما در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته بوده است. مانند خانه ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر آن که در زمان عقد، هنوز به وجود نیامده باشد. مانند اینکه مورد معامله خانه ای باشد که در آینده طبق نقشه ی معین و با مصالح مشخص در قطعه ی زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله ای در حقیقت در حکم عین معین است. در حالی که در زمان معامله موجود نیست. نتیجه این که در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است^{۴۰} (دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۲۹). برخی دیگر با بیان دیگری اظهار داشته اند موجود بودن عین معین به هنگام انعقاد بیع ضروری است و لازمه تملیک عین معین وجود آن هنگام عقد است و هر چند در آینده موجود شود، فروش و معامله راجع به آن باطل است. چون موجب غرر است.^{۴۱} (دکتر سید حسن امامی، ۱۳۷۱، ص ۴۲۵)

بر خلاف نظر مذکور، برخی معتقدند مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی به استناد ماده ی ۳۶۱ موجود باشد. از این رو، این معامله بیع نیست، بلکه تعهد به فروش است و در نتیجه خریدار حق دینی دارد. اگر مقصود طرفین تعهد به بیع باشد بی گمان پاسخ مزبور منطقی است. اما در فرضی که طرفین می خواهند عقد بیع را منعقد کنند تحلیل مذکور تفسیری است که به دو طرف عقد تحمیل می شود. پس یا باید عقد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع باطل دانست. اما در فرض مزبور مبیع عین معین نیست. زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش مؤثر دارد. پس نمی توان آن را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میانه معین و کلی است. اما با ساخته شدن، وجود خارجی و معین پیدا می کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می شود و خود به خود به خریدار تعلق می یابد^{۴۲} (دکتر سید حسن امامی، ۱۳۷۳، ص ۲۷۶-۲۷۵).

عده ای نیز با قبول صحت عقد استصناع معتقدند قرارداد راجع به ساخت آپارتمان می تواند در زمره ی قراردادهای سفارش ساخت، آن هم در موردی که سفارش ساخت مربوط به کالای عین شخصی است قرار گیرد؛ مشروط بر این که مشخصات و ابعاد و مساحت و سایر اوصافی که برای ساخت آپارتمان در زمین معلوم و معینی لازم است نزد طرفین و در قرارداد معلوم و مشخص گردد^{۴۳} (حسن علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۳۹).

برخی از فقهای امامیه عقد استصناع را نه تنها منافی با قاعده و اصلی که عقد باید بر موضوع موجود واقع شود ندانسته اند بلکه مطابق آن نیز می دانند. حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط لازمه ی عقد بیع نیست و معنی تملیک در این گونه موارد در واقع احداث همان وضعیتی است که بر عهده ی فروشنده بوده و به خریدار منتقل می گردد. بدین توضیح که هر زمان مال آینده وجود پیدا کند، ملک خریدار می شود.^{۴۴} (دکتر رضا ولویون، ۱۳۸۰، ص ۳۴ و ۳۶) اما به نظر می رسد با توجه به مباحث فقهی در عقد استصناع که در بیان مصادیق ناظر به مال منقول است و با توجه به این تفاوت که در بیع مال غیر منقول موجود در آینده، در زمان معامله، فروشنده هسته ی اولیه ی مبیع (زمین آپارتمان یا در صورتی که عرصه، مثلا موقوفه باشد و مالکیت نسبت به ایجاد اعیانی وجود دارد، حد اقل فضای آپارتمان) را مالک است، بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می گیرد؛ از این رو بهتر است آن را از بیع استصناع متمایز کنیم. اگر کسی اصرار بر عنوان گذاری واحد، برای این دو داشته باشد، باید توجه نماید که در هر صورت این تمایز انکارناپذیر است.

به نظر برخی، مبیع نمی تواند خارج از سه قسم مذکور در قانون مدنی باشد. بر خلاف این که قانون گذار ایران در بند ۱ ماده ۳۶۲ وانمود کرده است، در همه ی اقسام بیع الزاماً انتقال مالکیت همزمان با بیع نیست، در بیع آپارتمان 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 نیست؛ به سخن دیگر، بیع آپارتمان ساخته نشده از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است^{۴۵} (دکتر رضا ولویون، ۱۳۸۰، ص ۴۱ تا ۴۴). با وجود این شاید بتوان گفت که اگر تشخیص و تعیین کالا را موجب تعلیق، و عقد را معلق به شمار آوریم با چنین مبنایی باید بپذیریم که بیع مال کلی - که تشخیص و تعیین بعد از بیع انجام می شود- نیز بیع معلق است. اما قبول این مطلب مشکل است. به نظر می رسد در این موارد با عقد، تعهدی به طور منجز به وجود می آید و متعهد با انجام تعهد خود موجب تشخیص و تعیین و ایجاد رابطه ی اعتباری مالکیت بین شخص خریدار و شیئی مبیع می گردد. این وضعیت از عقد معلق متمایز است. به بیان دیگر، این که ایجاد حق عینی و رابطه ی بین خریدار و شیئی خاص منوط به انجام عمل تعیین است، نمی تواند به معنی معلق بودن عقد بیع محسوب گردد.

به تعبیری، تعلیق بر موجودیت آپارتمان یک حادثه خارجی و خارج از اختیار طرفین تلقی نمی شود. قرارداد چنان از استحکام برخوردار است که حصول آن در آینده امری حتمی و یقینی است و تعلیق شیئی معلوم الحصول در آینده که در انشای عقد، مشروط به حصول آن شیئی شده باشد، محل اشکال است^{۴۶} (دکتر ابولقاسم گرجی، ۱۳۷۲، ص ۱۱).

در صحت بیع غیر منقول (آپارتمان) ساخته نشده، به طور خلاصه می توان افزود وقتی فروشنده سلطه و مالکیتی نسبت به زمین برای ایجاد اعیانی دارد، هم چنین با رعایت محدودیت های قانونی در ایجاد اعیانی به معامله ی مالی اقدام می نماید که شامل عرصه (موجود) است و ایجاد و ساخت اعیانی در آن از تعهدات منجز فروشنده است. در واقع مصداق معامله معدوم الوجود به تبع موجود است که امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجزی است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متراژ اختصاصی اکتسابی خود بر زمین (هم چنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می یابد. افزون بر آن، در خصوص قسمت معدوم هم قابل ذکر است که مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در معین یا کلی در ذمه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به عنوان تعهدی منجز) تعیین می یابد. هم چنین با توجه به دیگر مباحث فقهی در بیع مال آینده می توان به طریق اولویت نیز قائل به صحت این معامله شد؛ به این توضیح که وقتی در فقه امامیه بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال جایز دانسته شده است^{۴۷} (السید روح الله الموسوی، الامام الخمینی، ۱۳۶۸، ص ۴۴۹، ۴۴۷ و ۴۵۱). بر این اساس، در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است، اما بخشی از خود مبیع به خریدار منتقل نمی شود و ایجاد ثمره در آینده، بنا به احتمال عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مانند شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد بنا عرفاً از تعهدات قابل انجام به صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به طور صد در صد در توان متعهد نیست؛ بنا بر این، به طریق اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن قسمتی از مبیع است - که ایجاد حق عینی حد اقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است - و ساخت آن با رعایت مقررات حاکم

کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا در حد صفر یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود. ایراد محل تأمل این است که اگر فروشنده سلطه و مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین نداشته باشد، بیع آپارتمان ساخته نشده از سوی او معتبر نخواهد بود. هم چنین بیع آپارتمان ساخته نشده بدون رعایت محدودیت های قانونی حاکم بر سلطه و مالکیت فروشنده محل اشکال است. برای مثال، اگر در زمینی ۲۰۰ متری واقع در کوچه ای ۶ متری آپارتمانی ۲۰۰ متری به صورت پیش فروش و ساخته نشده واقع در طبقه ی چهلیم یا نظایر آن که ساخت آن با مانع قانونی مواجه است، فروخته شود، نمی توان قایل به صحت معامله شد.

با توجه به ضرورت و نیاز اجتماعی امروزه در جامعه ی ایران نیز بیع آپارتمان ساخته نشده یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک است و از مجموع آرای قضایی و دکترین حقوقی بر می آید که حقوقدانان در پی توجیه صحت این معاملات و حمایت از حقوق خریداران و مصرف کنندگانی هستند که با رشد صعودی قیمتتها در صورت باطل تلقی کردن این معاملات ضررهای ناعادلانه و جبران ناپذیری را متحمل می گردند. با توجه به این که ضرورت های اجتماعی در کشورهای پیشرفته زودتر نمایان شده عملاً با دخالت قانون گذاران این معاملات سازماندهی شده است. اقدامی که قانون گذار ایران نیز لازم است به تناسب اوضاع اجتماعی و مبانی حقوق داخلی انجام دهد.

در حقوق فرانسه به موجب بند ۳ ماده ی ۱۶۱۰ ق.م. فروش ساختمان های در حال احداث بیعی تلقی شده است که به موجب آن بایع متعهد به ساختن یک بنا در موعد معین می شود و به دو صورت منعقد می گردد: ۱- بیع به وعده، ۲- بیع مال آینده (احداث بنا در آینده). در قسم اول چون بایع متعهد است ساختمان را تکمیل و تحویل دهد و خریدار هم متعهد است آن را قبض کند و قیمت آن را در تاریخ تحویل بپردازد، چندان رواج نیافته است. اما قسم دوم که به موجب آن بایع بلافاصله حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می دهد و مالکیت ساختمان نیز به هر مقدار که ساخته شود به تدریج وارد ملکیت خریدار می شود و خریدار نیز ملزم است قیمت ساختمان را به تناسب پیشرفت کار بپردازد و در عمل پس از پایان ساختمان از سوء استفاده های احتمالی فروشنده جلوگیری می شود و حتی اگر فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد، آن چه ساخته شده متعلق به خریدار است؛ از این رو این قسم رایج تر است^{۴۸} (دکتر رضا ولویون، ۱۳۸۰، ص ۳۷ تا ۳۹).

در حقوق کشورهای نظیر مصر و انگلیس نیز به سبب تجویز انتقال مال آینده توجیه صحت چنین معاملاتی به سادگی بیش تری میسر است.

ب- زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت عین سفارشی (خاص مشتری) و

عین از محل خاص:

به نظر برخی انتقال مالکیت در بیع مال آینده در حقوق فرانسه و قانون مدنی ایران از تاریخ تشخیص (مبیع) خواهد بود.^{۴۹} (محمد جعفر جعفری لنگرودی، ب، ۲۵۳۷، ص ۵۰۸) اما با توجه به مباحث پیشین باید قایل به تفصیل شد.

انتقال مالکیت در محصولات کشاورزی و اثمار که مبیع، ثمره ی بعد از ظهور و بدو صلاح بوده و به اصطلاح حاصل نما شده است- هر چند تا رسیدن به کمال خود مستلزم گذشت زمانی متعارف و متناسب با

نوع مبیع و انجام کارهایی در خصوص مبیع است- اما مالکیت با توجه به این که مبیع موضوع و محلی خارجی دارد و صورت نوعیه ی اولیه آن به وجود آمده است و رابطه ی سلطه و قدرت خریدار بر شی خارجی متصور است، می توان گفت با توجه به تملیکی بودن عقد بیع در فقه امامیه و قانون مدنی ایران انتقال مالکیت همزمان (حتی در معنی ایجاد حق عینی) با عقد صورت می گیرد. اما در فرض صحت بیع اثمار قبل از ظهور و بدو صلاح ، مالکیت به معنی ایجاد حق عینی قابل انتقال نیست و اگر عقد بیع را در این خصوص صحیح و نیز تملیکی تلقی کنیم در واقع باید معنی اعم مالکیت را که سلطه و مالکیت بر قابلیت خاصی از مال متعلق به فروشنده است در نظر بگیریم. به سخن دیگر سلطه و مالکیت بر مبیع به تبع سلطه بر بوته ، درخت، مزرعه یا باغ خاصی است و با این قید که از بوته یا درخت مزرعه یا باغ خاصی فراهم گردد مطرح است و حق عینی بر مبیع بعد از ظهور و بدو صلاح قابل تصور خواهد بود.

در حقوق مصرانتقال مالکیت در محصولات آینده کشاورزی با توجه به قصد طرفین صورت می گیرد. ممکن است محصولی که با بدو صلاح یا انعقاد آن وجود یافته به خریدار منتقل شود. یا توافق به انتقال مالکیت پس از درو و جمع کردن محصول باشد. در صورت سکوت طرفین و شک در زمان انتقال مالکیت ، ملاک وقت درو و جمع کردن محصول است^{۴۸} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، بی تا، ص ۴۱۸).

از طرفی در بیع مال آینده گفته شد که مبیع گاه صرفاً برای خریدار ساخته می شود. هم چنین عین سفارشی جزئی موجود در آینده و منحصر به خریدار است و گاه سازنده ، صنعتگری است که کالایی را در دست تولید دارد و کالا را به صورت کلی و به اصطلاح تولید کنندگان به صورت خط تولید تهیه می نماید و سفارش های متعدد از خریداران خود دریافت می کند. در حالت اول - که مبیع صرفاً به سفارش خریدار و منحصر برای او ساخته می شود- بلا تردید با اتمام ساخت مبیع مشخص و معین شده است و می توان گفت که مالکیت در این لحظه نسبت به کل مبیع منتقل شده است. اصولاً وقتی مبیع عین مختص خریدار باشد تسلیم و تسلیم نقشی در انتقال مالکیت ندارد و در این حالت- که ساخت مورد معامله تمام شده است- مبیع عین معین متعلق به خریدار است و فروشنده حق تصرف حقوقی در آن ندارد. اما در این که در زمان ساخت و در حالتی که مبیع لحظه به لحظه طی عملیات ساخت تکمیل می گردد، آیا با تهیه یا نصب هر قطعه مالکیت آن به خریدار منتقل می گردد یا خیر؟ باید گفت که اگر طرفین به این امر تصریح نموده باشند انتقال مالکیت با تهیه یا نصب هر قطعه بلا اشکال خواهد بود و تردیدهای احتمالی را می توان به نحوی توجیه کرد. اما در صورت سکوت طرفین محل تأمل است . از سویی می توان گفت که آخرین جزء مبیع با اجزای قبل آن تفاوتی در انتقال مالکیت ندارد تا در یک آن باعث انتقال مالکیت بقیه ی اجزا گردد و هر جزء با ایجاد خود- ضمن این که به صورت جزئی از مبیع معین می گردد- به خریدار نیز منتقل می شود و از طرفی ممکن است بگوییم که تا آخرین جزء مبیع تهیه یا به آن اضافه نگردد، صدق عنوان مبیع را در اختیار نداریم که ناشی از کل اجزای آن است . با توجه به قصد ضمنی طرفین در سفارش عین منحصر به خریدار می توان گفت که هر جزء تهیه یا تعبیه شده در مبیع به قصد تعلق به بیع و تملیک به خریدار تهیه و ضمیمه ی مبیع می گردد و خریدار نیز همین قصد ضمنی را دارد . اما در هر حال این انتقال مالکیت نمی تواند مانع کار و ساخت بایع گردد و تا ساخت مبیع پایان نیابد قصد ضمنی بر این است که فروشنده اختیار تصرف و ساخت و تکمیل آن را دارد و خریدار حقی به تصرف منجر به ممانعت فروشنده در این خصوص ندارد و

حتی در عرف که معمولاً به عنوان قصد ضمنی طرفین در نظر گرفته می شود فروشنده تا قبل از نصب قطعات حق تعویض آن ها و هرگونه تصرفی، اعم از مادی و حقوقی در قطعات تهیه شده، دارد. بر این اساس، باید بین تهیه ی کالا و نصب قطعات نیز تمایز قایل شد. بنابر این، با نصب هر قطعه آن قطعه به عنوان جزیی از مبیع معین می شود و چون مبیع منحصر و مختص مشتری است به خریدار اختصاص هم می یابد.

در حقوق مصر به نظر برخی اگر مبیع مال آینده باشد و ساخت آن درآینده صورت گیرد، انتقال مالکیت به مشتری به مجرد عقد نخواهد بود؛ چون غیر موجود است. هم چنین مشتری مالک مواد مصرفی در ساخت آن هم نمی شود. چون این مواد معقودعلیه (مورد توافق) نبوده اند^{۵۱} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۰). اما وقتی ساخت مبیع تمام می شود یا ساخت آن به درجه ای برسد که برای تعیین کافی باشد، از این زمان مالکیت به مشتری منتقل می شود^{۵۲} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۱). در واقع این عبارت ناظر به حالتی است که مورد معامله عین سفارشی منحصر به خریدار است.

به نظر برخی دیگر، در فروش چیزی که هنوز ساخته نشده است - مانند این که صاحب یک کارخانه ی پارچه بافی مقداری پارچه بافته نشده بفروشد - مبیع شیئی غیر معین بالذات است. در نتیجه به نظر نمی رسد که مالکیت آن به خریدار منتقل گردد؛ مگر بعد از آن که بافتن آن تمام شود. از این رو الیافی که پارچه از آن بافته می شود، ملک مشتری نشده بلکه در ملکیت بایع باقی می ماند تا این که عمل بافت تمام شود. چون کارخانه ی الیاف پارچه را نفروخته بلکه پارچه را فروخته است^{۵۳} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۲۳۶).

با توجه به مثال یاد شده قابل ذکر است که دو حالت متمایز در بیع پارچه و نظایر آن هم متصور است. یکی این که بیع به صورت کلی معامله گردد و بایع متعهد بافتن و تحویل مقداری از کالای کلی تولیدی خود گردد. حالت دوّم این که سفارش مختص مشتری باشد و سفارشی باطرح خاصی که منحصر به مشتری است یا با ابعاد خاصی مثلاً در فروش سنگ یا شیشه که مختص خریدار است، پذیرفته شود. در حالت اخیر با بافتن پارچه یا بریدن شیشه یا سنگ، مبیع برای خریدار متعین و مشخص می گردد. در نتیجه مالکیت به او منتقل می شود. اما اگر مبیع به صورت کلی بوده و کارخانه به صورت مجموعه ای پارچه را تولید کند، پس از تعیین و افزای مبیع برای مشتری انتقال مالکیت در معنی ایجاد حق عینی صورت می گیرد.

با توجه به حکم نص ماده ی ۴۰ قانون موجبات (تعهدات) و عقود لبنان اگر ثمره بعد از وجود و قبل از نضج آن جزافاً (از روی تخمین) فروخته شود، مالکیت به مجرد عقد به مشتری منتقل می شود. چون مبیع معین بالذات است.^{۵۴} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۱)

به نظر برخی انتقال مالکیت در محصولات آینده با توجه به قصد طرفین صورت می گیرد. ممکن است محصولی که با بدو صلاح یا انعقاد آن وجود یافته به خریدار منتقل شود یا توافق به انتقال مالکیت پس از درو و جمع کردن محصول باشد. در صورت سکوت طرفین و شک در زمان انتقال مالکیت، ملاک وقت درو و جمع کردن محصول است^{۵۵} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۴۱۸).

به نظر برخی در خصوص محصولات فنی مالکیت به خریدار منتقل نمی شود، مگر هنگامی که فروشنده آن را به مشتری تسلیم کند یا آنرا تحت تصرف وی قرار دهد. چون فروشنده محصولات فنی، حق

خاصی دارد که محصولاتش را به نحوی که مایل باشد تهیه و عرضه کند^{۵۶} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی، بی، تا، ص ۴۱۹).

در حقوق انگلیس به نظر برخی در بیع محصولی که در مزرعه بایع به وجود خواهد آمد یا پشم گوسفندها یا شیر گاوهای متعلق به بایع، مالکیت کالا بلافاصله منتقل می شود، ظاهراً بیع محصول مزرعه خاص قبل از وجود محصول صحیح است و انتقال مالکیت با موجود شدن کالا واقع می گردد. از این رو گفته شده است در دعوایی که کالا باید توسط فروشنده کشت و رشد داده شود، ممکن است به درستی رأی داده شود که مالکیت کالا به محض موجود شدن به میزان مورد معامله به خریدار منتقل می شود^{۵۷} (P.S. ۳۳۴، ۲۰۰۲، p. Atiyah و در تاریخ وجود کالا بدون عمل تعیین کالا، مالکیت آن منتقل خواهد شد^{۵۸} (Benjamin's، ۱۹۹۲، p. ۲۱).

افزون بر آن در بیع مصنوعات انسان، مسأله ی فروش مال آینده و مسأله ی تعیین و تخصیص در چند دعوی مربوط به ساخت کشتی مطرح شده است. در این دعاوی مانند موردی که همه کالا باید توسط فروشنده ساخته شود، فرض کلی این است که تا تمام شدن کالای مورد معامله مالکیت منتقل نمی شود. حتی اگر توافق شده باشد که ثمن به طور اقساطی طی زمان ساخت کشتی پرداخت شود^{۵۹} (P.S. ۳۳۱، ۲۰۰۱، Atiyah).

در عین حال برخی (قاضی پروندی (awber William Son Roofing Ltd V. Humbersid گفته اند: تردیدی نیست که قرارداد می تواند به صورتی تنظیم شود که به خریدار حق ادعای مالکیت نسبت به قطعاتی را بدهد که وقتی به هم متصل می شوند یک کشتی کاملی را می سازند. از این رو، از آن زمان رایج و معمول شده است که در قراردادهای کشتی سازی وقتی که ثمن به صورت اقساطی با پیشرفت کار پرداخت می شود، چیزی شبیه این نظر مورد توافق قرار می گیرد. بنابراین، در دعوی Re Blyth Shipbuilding Co (۱۹۲۶) شخص "الف" توافق نمود که یک کشتی برای "ب" بسازد و ثمن به صورت اقساط با پیشرفت کار پرداخت شود. بر اساس قرارداد، مقرر شد که با پرداخت اولین قسط، خود کشتی و تمام مصالح و چیزهای تخصیص یافته به آن، از آن پس ملک طلق و بلا منازع خریداری شود و در مالکیت او باقی بماند^{۶۰} (P.S. Atiyah، ۲۰۰۱، ۳۳۰).

عده ای معتقدند بر خلاف این که قانون گذار ایران در بند ۱ ماده ۳۶۲ وانمود کرده است، در همه ی اقسام بیع الزاماً انتقال مالکیت همزمان با بیع صورت نمی گیرد، از جمله، در بیع آپارتمان 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 نیست و هم چنین تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می تواند نافذ باشد و اگر تعلیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان پذیرفته شود دلیلی وجود ندارد که آن را در ساخته شدن بخشی از آپارتمان های ساخته شده (نیمه ساخته) نیز به همان شکل نپذیریم^{۶۱} (دکتر رضا ولویون، ۱۳۸۰، ص ۴۴-۴۱). به تعبیر دیگر فرض موجه در انتقال مالکیت آپارتمانی که در آینده ساخته می شود آن است که دو طرف سبب را به گونه ای می سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، از این رو حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می یابد و تملیک در زمانی صورت می گیرد که مبیع موجود است. مبیع چیزی میان معین و کلی است. منتها با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می کند و سببی که فراهم

آمده است در تملیک آن مؤثر می شود و خود به خود به خریدار تعلق می یابد. بر این اساس، پس از پایان کار عین آن چه ساخته شده به ملکیت خریدار در می آید و او می تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده استناد کند^{۶۲} (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۷۷، ۲۷۵).

به نظر می رسد در بیع آینده ی غیر منقول (آپارتمان) ساخته نشده، اولاً: در زمان معامله فروشنده هسته ی اولیه مبیع (زمین یا حد اقل فضای ایجاد اعیانی) را مالک است. به بیان دیگر، سلطه یا مالکیت ایجاد اعیانی در زمین معینی را دارد و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می گیرد و خریدار با بیع سلطه و مالکیت و حق عینی نسبت به فضای واحد آپارتمانی مورد معامله و عرصه ی آن به قدر السهم واحد اختصاصی خود را کسب می کند. و با توجه به این که واحد آپارتمان مختص او ساخته می شود با ساخت هر جزء از واحد مورد معامله حق عینی نسبت به آن جزء هم برای خریدار ایجاد می گردد. در عین حال فروشنده و سازنده نیز حق دخل و تصرف در ساخت را دارد و با تکمیل واحد مورد معامله مالکیت خریدار بر مبیع در معنای ایجاد حق عینی برای خریدار به طور کامل محقق می گردد و اراده ی ضمنی طرفین نیز به وجه مذکور قابل تصور و موجه است. در عین حال تصریح طرفین به ایجاد حق عینی با ساخت هر قسمت از بنا می تواند هر شبه احتمالی را رفع کند.

به سخن دیگر، با توجه به این که در بیع غیر منقول ساخته نشده (بر خلاف بیع آینده مال منقول یعنی عقد استصناع) به تبع سلطه یا مالکیت فروشنده بر زمین و فضای آپارتمان، سلطه یا مالکیتی برای خریدار نسبت به قسمت موجود این مبیع متصور است، می توان با وقوع عقد به نوعی قائل به حق عینی برای خریدار شد؛ هر چند مصالح ساخت آن ممکن است مثل بیع مال آینده ی منقول، مال معین در زمان عقد یا مال کلی یا مال آینده باشد و حق عینی نسبت به مصالح ساخت، ممکن است حسب مورد و بنا به طبیعت آن برای خریدار ایجاد شود یا نشود.

در خصوص انتقال مالکیت مصالح ساختمانی مربوط به ساختمان در حال ساخت مطالبی در حقوق انگلیس مطرح شده است که به تناسب موضوع در این قسمت بررسی می شود.

برای مثال در خصوص سازندگان ساختمان یا پیمانکاران ساختمانی که قراردادی را به صورت نیمه کاره (اغلب به دلیل ورشکستگی) رها می کنند و مسأله ی اختلاف در مالکیت مصالح ساختمانی حمل شده به محل ساختمان موضوع دعوا قرار می گیرد، دو حالت متصور است؛ اولاً: گاه سازنده ی ساختمان آن را پیش فروش کرده است و به بیان دیگر، ادعای مالکیت خریداران از چنین سازنده ای، به عنوان یکی از عوامل دخیل در تحلیل انتقال مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان است. حال، این سوال مطرح می شود که آیا این قبیل خریداران نیز می توانند مدعی مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان گردند یا خیر؟ و به سخن دیگر آیا عمل تخصیص برای چنین خریدارانی صورت گرفته است یا نه؟

در پاسخ، برخی گفته اند: اگر محل ساختمان متعلق به سازنده باشد و او صرفاً قراردادی برای فروش یا انتقال بنای کامل منعقد کرده باشد - با توجه به این که در مبنای این بیان تا ساختمان کامل نشود مالکیتی به خریداران منتقل نمی گردد- تقریباً غیر ممکن است که مالکیت این مصالح ساختمانی قبل از اتمام ساختمان و انتقال زمین به خریداران منتقل شود. در واقع فقط سازنده می تواند مدعی مالکیت مصالح باشد. این تحلیل در حقوق ایران نیز پذیرفتنی است و خریدار در مراحل ساخت نسبت به مصالح موجود در

محل ساختمان طرف قرارداد نیست و نمی تواند نسبت به آن ها ادعای مالکیت نماید. ثانیاً: گاه مالکیت زمین ساختمان قبلاً از سازنده به خریداران منتقل شده است و خریداران در زمین محل ساختمان شریک هستند و یا سازنده (پیمانکار) برای نو سازی و ساخت بنای جدیدی در زمین متعلق به مالک از یک سو با مالک زمین و از طرف دیگر با فروشنده ی مصالح قرار داد منعقد نموده است و یا به منظور تعمیر و باز سازی ساختمان موجود از یک سو با مالک ساختمان قدیمی و از سوی دیگر با فروشنده ی مصالح ساختمانی قرارداد منعقد می نماید. در این حالت (با فرض ورشکستگی پیمانکار سازنده) از سویی مالک زمین یا مالک بنای در حال تعمیر می تواند ادعا کند که مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان به او منتقل شده است؛ و از طرفی طلبکاران سازنده (پیمانکار) نیز می توانند ادعا کنند که مصالح در ملکیت سازنده باقی است و هنوز به مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر منتقل نشده است^{۶۳} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۰).

همان گونه که پیش تر گفته شد در حقوق انگلیس زمانی که کالا باید در یک ساختمان یا زمینی توسط فروشنده تهیه و نصب یا مستقر گردد. تا وقتی که کالا به معنی فنی خود ثابت شود یا به زمین یا ساختمان ملحق و متصل شوند قاعده کلی یا فرض قانونی این است که تا زمان انجام کار نصب یا استقرار یا اینکه به یک مفهوم معقولی مصالح به جزیی از پیکره ساختمان تبدیل گردد مالکیت مصالح منتقل نمی شود^{۶۴} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۰).

در حقوق ایران نیز می توان گفت در حالت اخیر که سازنده از سویی با مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر قراردادی برای تهیه و نصب مصالح منعقد کرده و از سویی مصالح را از فروشنده ای اکتیفا نموده است. با توجه به این دو قرارداد، بر حسب ظاهر مالکیت مصالح ابتدا وارد ملکیت سازنده می شود و با نصب آن و بر اثر اجرای قرارداد پیمانکاری منعقد شده با مالک زمین یا ساختمان وارد ملکیت مالک می گردد. در عرف نیز شایع است که چنین سازنده ای به عنوان پیمانکار قبل از نصب کالا اختیار دخل و تصرف در کالاها را دارد. در صورتی که رابطه ی سازنده با مالک، رابطه ی پیمانکار با مالک باشد، حالت استقلال دارد و به تعبیر عده ای صاحب نظر، از کارفرما تبعیت نمی کند و کارگر کارفرما نیست تا تابع کارفرما باشد^{۶۵} (دکتر عزت الله عراقی، ص ۱۸). در صورتی که سازنده به عنوان استادکار یا بنا یا هر عنوان دیگری برای مالک اقدام به خرید نماید مالکیت مصالح مستقیماً داخل در مالکیت مالک ساختمان می گردد.

در حقوق انگلیس غالباً این مسأله این گونه توضیح داده می شود که در چنین مواردی قرارداد سازنده با مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر، یک قرارداد مختلط کار و مصالح است، نه فروش کالا. از این رو اگر قرارداد به صراحت به قصد فروش کالا بوده باشد تا پس از آن توسط فروشنده نصب هم بشود؛ در این صورت قانون بیع کالا اعمال می گردد و حتی ممکن است برابر قاعده ی ۱ ماده ی ۱۸ این قانون اگر کالای مورد معامله کالای معین و مشخصی باشد با انعقاد قرارداد مالکیت منتقل گردد^{۶۶} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۱).

در حقوق ایران بالاتر دید اگر دو قرارداد بیع و نصب مصالح به طور مجزا و با ثمن و اجرت مستقل مقصود طرفین بوده باشد - هر چند که به ظاهر طی یک قرارداد و یک انشاء (شامل هر دو موضوع) محقق گردد - در مورد کالا احکام بیع جاری خواهد بود. هم چنین در صورتی که قرارداد فروش و نصب نه به ظاهر بلکه به واقع یک قرار داد مختلط از انتقال مالکیت عین و نصب آن باشد و غلبه ی ارزش و قیمت مورد معامله با عین باشد نیز می توان احکام بیع را بر آن جاری کرد.

علاوه بر حالت مذکور، گاه در کنار پیمانکار اصلی و مالک ساختمان اشخاص دیگری از جمله پیمانکاران فرعی دخیل بوده و با توجه به اینکه مصالحی را به محل کار آورده اند؛ در صورت ورشکستگی پیمانکار اصلی مدعی مالکیت مصالح می گردند.

برای مثال در دعوی *Santer-Automation Ltd V. Goodman Mechanical Ltd Services* (۱۹۸۶) خواهان ها پیمانکار دست دومی بودند که مصالحی را به محل ساختمان به منظور مصرف در بنای در حال ساخت توسط خوانندگان یعنی پیمانکاران اصلی آورده بودند. ساختمان متعلق به آژانس خدمات مستغلات (یک تشکیلات عمومی) بود. پیمانکاران اصلی ورشکسته شدند و آژانس قرارداد با آنها را فسخ و خاتمه داد و اظهار داشت با توجه به این که مالکیت مصالح به آن ها منتقل شده است، از مصالح و ابزاری که توسط خواهان ها به محل آورده شده بود استفاده خواهد نمود. خواهان ها (پیمانکاران فرعی) ادعا کردند که مالکیت این مصالح طبق شرایط قرارداد کاری آن ها (با پیمانکار اصلی) هنوز متعلق به ایشان است. اما دادگاه چنین رأی داد که این شرایط هرگز مورد قبول (کارفرما) واقع نشده است و شروط قرارداد آژانس حاکم بر قضیه است. چون خواهان ها باید هنگام قرارداد با پیمانکاران اصلی از این شرایط آگاه بوده باشند. شروط قرارداد آژانس با پیمانکاران اصلی مقرر می داشت که مالکیت مصالح و تجهیزات آورده شده به محل ساختمان به آنها (کارفرما) تعلق دارد و بنابراین، در این جا مسأله تخصیص وفق قاعده ی ۵ ماده ی ۱۸ بروز نمی کند و مالکیت مصالح مشمول شروط صریح قرارداد است نه این قاعده^{۶۷} (P.S. Atiyah, p. ۳۳۱)

در واقع، دادگاه با این فرض و به اتکای ظاهر امر اظهار داشته است که پیمانکار دست دوم - که در اجرای پیمان اصلی اقدام به انعقاد قرارداد کرده است - با توجه و علم به قرارداد پیمانکار اصلی و اطلاع کامل از آن و منطبق با آن قرارداد اقدام به معامله نموده است و اگر پیمانکار دوم شروط جدیدی در نظر داشته است باید این شروط مورد قبول کارفرما نیز واقع می شد و در غیر این صورت، بلا اثر است. البته اگر به جای پیمانکار دست دوم فروشنده ای با پیمانکار اصلی معامله نماید او تکلیفی به رعایت مفاد قرارداد مالک با پیمانکار ندارد و اگر در زمان عقد با پیمانکار اصلی شرط حفظ مالکیت تا پرداخت ثمن را صریحاً در قرارداد خود آورده باشد و پیمانکار اصلی را فردی مستقل در معامله یا حتی نماینده ی کارفرما تلقی کنیم در هر دو صورت چنین شرط صریحی علیه کارفرما نیز قابل استناد است.

به سخن دیگر، جایی که فروشنده شخصاً در کار ساخت (به عنوان پیمانکار فرعی) دخالت نمی کند و کالا را در اجرای قرارداد منعقد شده با یک پیمانکار به محل ساختمانی تحویل می دهد، انتقال مالکیت بر مبنای قرارداد بین آن ها صورت می گیرد و بر حسب ظاهر تحویل کالا، برابر قاعده ی ۵ تخصیص کالا محسوب می شود، اما ممکن است تخصیص غیر مشروط - که انتقال مالکیت معلق بر امری نمی شود - نباشد، چون امروزه وضعیت به دلیل شروط حفظ حق مالکیت که فروشنده را قادر می سازد تا زمان پرداخت ثمن، مالکیت کالا را ادعا کند امری رایج و متداول است. با وجود چنین توافقی تمسک به این ظهور منتفی است. اگر چه ممکن است دادگاه ها، به درستی در جایی که کالا در کارهای ساختمانی به کار رفته و تثبیت شده باشد تمایلی به حمایت از شروط حفظ مالکیت نداشته باشند^{۶۸} (P.S.)

(Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۲).

در واقع، درحالتی که فروشنده ی مصالح با شرط حفظ مالکیت مصالح ساختمانی را تحویل واجازه ی نصب آن را می دهد گویی در عمل خلاف این شرط و به زیان خود اقدام نموده است و این که بعد از نصب مدعی عین مصالح گردد، غالباً به سبب دگرگونی و تغییری که با کندن و یا حتی با نصب حادث می گردد، عرفاً استرداد عین منتفی است. به سخن دیگر، در این حالت شرط ساقط و مشروط له مستحق دریافت ثمن خواهد بود؛ نه استرداد عین .

این مطلب در سفارش ساخت کالا (به تعبیر فقهای اسلامی بیع استصناع) که در آن جا نیز دو رابطه ی حقوقی (یکی بین خریدار کالا و سازنده، و دیگری بین فروشنده مصالح و سازنده مطرح است) به عنوان رویه ی محاکم انگلیس پذیرفته شده است و اگر مصالح مثلاً در ساخت کشتی به کار گرفته شده باشد مالکیت را انتقال یافته تلقی کرده اند^{۶۹} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۲).

گفتار سوم - بیع مال آینده به صورت مال کلی:

گاه مبیع آینده حالت کلی دارد و سازنده، تولید کننده ای است که پیاپی کالایی را برای مشتریان خود تولید می نماید، و سفارش به چنین فروشنده ای داده می شود و پس از ساخت کالا، فروشنده باید اقدام به تعیین مورد خاصی برای مشتری نماید و آن را تسلیم کند.

همان گونه که برخی تصریح نموده اند، اگر کالای مورد سفارش امری کلی باشد مصداق بیع سلم خواهد بود^{۷۰} (محمد مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۶). در این گفتار ابتدا صحت یا بطلان این عقد و سپس زمان و نحوه ی انتقال مالکیت آن بررسی شده است.

الف - بررسی صحت بیع مال آینده به صورت مال کلی:

فقهای امامیه بیع سلم را که مبیع در حین عقد موجود نیست، با وجود ۴ شرط (بر خلاف فقهای عامه که برخی ۵ یا ۷ شرط را در آن لازم دانسته اند) صحیح و معتبر می دانند^{۷۱} (الشیخ علی بن محمد القمی السبزواری، ۱۳۷۹، ص ۲۷۰). حال، اگر در بیع سلم مثلاً اقدام به فروش یک تن گندم یا میوه با مشخصات خاصی با زمان دو سال و رعایت شرایط لازم گردد؛ در واقع وغالباً از گندم یا میوه هایی که در آینده کشت و زرع یا حاصل می گردد تحویل داده خواهد شد. و با آن که مبیع کلی فی الذمه ی فروشنده است اما مال آینده است. چنین بیعی را کسی باطل اعلام نکرده است. به ویژه در زمان های گذشته وقتی روستایی را تصور کنیم که کشاورز فقط گندم مصرفی خود و گندمی را مالک بود که برای کشت و زرع سال آینده لازم داشت و با این حال اقدام به معامله سلم می نمود. در نتیجه از محصولی که در سال آینده حاصل می گردید؛ اقدام به تعیین مبیع و تحویل آن می نمود. هر چند وقتی که مبیع بصورت کلی فی الذمه معامله گردد امکان این که کشاورز از گندم دیگران تهیه و تسلیم نماید فراهم است و احتمال غرر و ضرر عرفاً منتفی است، اما آن گندمی که تهیه و تحویل می شود عملاً گندم محصول سال آینده است که در حین عقد وجود نداشته است.

بیع ثمره به صورت سلم با بیع ثمره قبل و بعد از ظهور به این دلیل متفاوت است که در مورد اخیر علاوه بر این که کشت و زرع و فراهم کردن مبیع بر عهده ی بایع است در واقع محل کشت و زرع و ثمره نیز در مزرعه یا باغ معینی خواهد بود، اما در بیع ثمره به صورت سلم بایع از مصادیق مال کلی - که گاه موجود و گاه مال آینده است - مبیع را معین و به خریدار اختصاص می دهد.

به سخن دیگر، عقد استصناع که در آن خریدار از صاحب صنعتی (صانع) در خواست می کند که کالایی را برای او درست کند و لوازم و مواد آن را از خود بگذارد، با خصوصیاتمی که می گوید و صانع هم آنرا می پذیرد و به سفارش او عمل می کند، در واقع نوعی از بیع آیندان است. و ارتباطی به سلم ندارد^{۷۲} (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۲۷-۴۲۵).

به بیان دیگر، وقتی سفارش ساخت کالای خاصی با مواد مشخص و با خصوصیات معین داده شود مصداق عقد بیع استصناع است. و اگر کالای مورد سفارش امری کلی باشد مصداق بیع سلم خواهد بود^{۷۳} (محمد مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۸-۲۳۷).

در چنین وضعیتی در حقوق انگلیس در دعوی Carlos Federspiel And Co SA V. Charles Twigg & Co Ltd (۱۹۵۷) که فروشندگان دو چرخه هایی را به سفارش خریداران ساخته بودند. کالای ساخته شده را به نام خریداران بسته بندی و به آدرس آن ها ارسال نمودند. اما قبل از این که کالا در کشتی حمل شود، فروشندگان ورشکسته شدند. چنین رأی داده شد که مالکیت به خریداران منتقل نشده است^{۷۴} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱، ۳۳۲).

در این پرونده سفارش تولید منحصر برای خریدار نبوده و سفارش از یک خط تولیدی که در آینده ساخته می شود صورت گرفته است و با سفارش از یک خط تولید مسأله ی تخصیص غیر مشروط- که انتقال مالکیت معلق بر امری نمی شود- با رضایت متعاقدین مطرح است که در صورت انجام، موجب انتقال مالکیت است. اما در این پرونده به علت ورشکستگی به طور کامل محقق نشده و از این رو مالکیت منتقل نگردیده است. در عین حال، در حالت سفارش اختصاصی در واقع با ساخت عمل تعیین و تخصیص غیر مشروط محقق می گردد.

افزون بر آن، در حقوق انگلیس در سفارش به یک تولید کننده (ضمن صحت عقد) ممکن است تحقق تخصیص غیر مشروط- که انتقال مالکیت معلق بر امری نمی شود- حسب نوع کالا و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه متفاوت باشد. به ویژه وقتی کالا توسط فروشنده ای که تولید کننده ی کالا است فروخته می شود، دادگاههای انگلیس به آسانی نمی پذیرند که مواد اولیه تخصیص یافته است. چون این امر ممکن است آزادی فروشنده را در تولید کالا محدود کند^{۷۵} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱، ۳۳۴).

ب- زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت مال کلی:

در حالتی که صنعتگر، کالای تولیدی در آینده را به صورت کلی معامله می نماید یا محصولات آینده ی کشاورزی به صورت مال کلی معامله می شود، انتقال مالکیت به صورت انتقال مالکیت در مبیع کلی فی الذمه خواهد بود و حق عینی با تعیین و اختصاص کالا به خریدار برای او ایجاد خواهد شد. اما عقد سبب تملیک است. در عین حال، بنا بر مبنا کسانی که تملیک را به معنی ایجاد سلطه حتی در ذمه ی شخص می دانند، مالکیت با عقد حاصل می شود و ایجاد حق عینی و اختصاص مال به خریدار، منوط به امور دیگری است.

در حقوق مصر نیز گفته شده است که اشیایی که به صورت سری و مطابق نمونه ی واحدی ساخته می شود. بعد از خاتمه ی ساخت صرفاً به عنوان نوع مبیع در نظر گرفته می شود. از این رو، لازم است اقدام به

تعیین مبیع ذاتا نیز صورت گیرد و بعد از این مالکیت به مشتری منتقل می گردد^{۷۶} (انور سلطان، ۱۹۹۲، ص ۱۴۱).

بنا بر این، در بیع مال آینده که هنوز ساخته نشده است -مانند این که یک کارخانه مقداری از کالای تولید نشده از خط تولید خود را بفروشد- مبیع شیئی غیر معین بالذات است و مالکیت آن به خریدار منتقل نمی گردد؛ مگر بعد از آن که تولید آن کالا تمام شود. هم چنین مصالحی که کالا از آن تولید می شود ملک مشتری نشده بلکه در ملکیت بایع باقی می ماند تا این که عمل تولید تمام شود. زیرا کارخانه مصالح تولید را نفروخته بلکه محصول تولیدی خود را فروخته است^{۷۷} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۲۳۶).

در حالت یاد شده مبیع به صورت کلی معامله شده است و بایع متعهد تولید و تحویل مقداری از کالای کلی است. وقتی مبیع به صورت کلی بوده و کارخانه بصورت مجموعه مبیع را تولید کند پس از تعیین و افزای مبیع برای مشتری، انتقال مالکیت صورت می گیرد.

در حقوق مصر در صورتی که محصولات آینده کشاورزی به صورت کلی معامله گردد و بنای طرفین بر تعیین مقدار از سوی فروشنده باشد، مالکیت منتقل نمی شود؛ مگر این که فروشنده محصول را به همان مقدار برای مشتری افزای و جدا نماید^{۷۸} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۴۱۸).

در خصوص محصولات فنی، مالکیت به خریدار منتقل نمی شود؛ مگر هنگامی که فروشنده آن را به مشتری تسلیم کند یا آن را تحت تصرف وی قرار دهد. زیرا فروشنده ی محصولات فنی، حق خاصی دارد که محصولاتش را به نحوی که مایل باشد تهیه و نشر دهد^{۷۹} (دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، بی تا، ص ۴۱۹).

در حقوق انگلیس در حالتی که موضوع معامله، کالای آینده و به صورت کلی فی الذمه است، با ایجاد محصول در آینده، انتقال مالکیت با تخصیص غیر مشروط و توأم با رضایت متعاقدين و مطابق بند ۱ قاعده ی ۵ ماده ی ۱۸ صورت می گیرد^{۸۰} (P.S. Atiyah, ۲۰۰۱, p. ۳۳۴).

نتیجه:

در خاتمه ی بحث از انتقال مالکیت کالای آینده به طور خلاصه می توان گفت: از مجموع مباحث مطرح شده در انتقال مالکیت کالای آینده برمی آید که مال آینده در نظام های مختلف حقوقی عمدتاً در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر (اعم از منقول و غیرمنقول) مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. در مورد منافع اموال مانند پشم گوسفند، شیر گاو و یا حتی آب چاه در برخی نظام ها این موارد را نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح کرده اند. اما برخی آن را منفعت تلقی نموده و از این رو معامله ی آن را تحت عنوان "اجاره" میسر دانسته اند. برخی معتقدند که این موارد بر حسب مورد می تواند در قالب بیع یا اجاره معامله گردد. معیار و ملاک تشخیص بیع یا اجاره بودن معامله، آن است که آیا مقیاس زمانی در قضیه دخالت دارد یا خیر و اگر تملیک به عوض به مقیاس زمانی باشد اجاره است؛ برای مثال، معامله ی آب چاه از قرار ساعتی و معامله ی شیر یک گاو و برای یک ماه از قرار روزی A ریال^{۸۱} (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۲۶۵). اگر مقیاس زمانی در قضیه دخالت نداشته باشد مثل معامله ی یک تانکر آب از قنات خاصی و یا معامله ی ۱۰ لیتر شیر گاو خاصی، می تواند در قالب بیع انجام شود و با توجه به اینکه شیر این گاو در آینده تولید می گردد، بیع مال آینده محسوب خواهد شد. از طرفی فروش یک تانکر آب از چشمه ی خاصی، با فروش شیر گاوی خاص از این نظر تفاوت دارد که آب در حین معامله در مخزن

آن چشمه موجود است. به سبب این تفاوت، می توان دسته ی خاصی از اموال را تصور کرد که مشابه فروش آب چشمه ی خاص است؛ مانند معامله ی ذخایر یک معدن و فروش هزار تن سنگ معدن خاص و یا فروش یک تن ماهی خاصی از دریاچه ی خاصی که در حین معامله موجود هستند. بنا بر این، بر معامله ی این قبیل اموال عنوان بیع کالای آینده- وقتی مبنای ما عدم وجود مال ممکن الوجود در آینده در حین عقد باشد- صدق نمی کند و به سخن دیگر در حین معامله مالیت دارند، اما ملک کسی نیستند و فروشنده با استحصال آن اقدام به تسلیم به خریدار می کند. بیع این قبیل اموال امری رایج و صحیح است و همان طور که در فقه امامیه گفته شده است تملیک همیشه به معنای نقل ملک (فعلی متعلق به فروشنده) نیست و ممکن است به معنای ایجاد ملکیت برای طرف مقابل باشد به دیگر سخن، ملکیت فعلی مبیع شرط صحت بیع نیست؛ چنان که ماهی دریا را با قدرت بر تسلیم به دیگری می فروشند تا پس از مدت معینی به خریدار تحویل شود. این بیع صحیح است؛ هر چند موضوع آن هنوز ملک با بیع نشده است^{۸۲} (السید روح الله الموسوی الامام الخمینی، ۱۴۱۰، ص ۱۴). در واقع با استحصال، ابتدا این مال ملک با بیع می گردد و تبعاً ملک از آن خریدار خواهد شد. هر چند ممکن است بین برخی از این مثال ها و حالت بیع مال آینده مرز مشترکی هم تصور شود. برای مثال معامله ی مقدار معینی از ماهی خاصی که به وفور در دریا موجود است انجام و تسلیم آن دو سال دیگر باشد. ماهی که دو سال بعد استحصال می گردد. ممکن است در حال حاضر حتی تخم ریزی هم نشده باشد و یا قطعه ی بسیار کوچکی باشد و در این مدت به حد مورد نظر طرفین رشد نماید و به وجهی در شمار دسته ی معامله ی مال آینده تلقی گردد.

در مورد محصولات کشاورزی اگر به صورت سلم و کلی فی الذمه معامله شود- هر چند ممکن است مال در آینده ایجاد گردد و از جهتی بیع مال آینده تلقی شود- فروشنده محدودیتی ندارد و از نوع مبیع با اوصاف قراردادی می تواند تحصیل کند و به خریدار تحویل دهد انتقال مالکیت در این حالت، مشمول بحث انتقال مالکیت مال کلی فی الذمه است. با دقت در مباحث فقها و صاحب نظران در می یابیم که بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع ائمار معطوف به حالتی است که فروشنده محصول مزرعه یا باغ خاصی را می فروشد. در این خصوص دو حالت متصور بوده است: یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص (ظاهر نشده) و در این حالت اقدام به فروش شود. حالت دوم این که به اصطلاح محصول ظهور یافته و بدو صلاح و حاصل نما شده باشد. در خصوص حالت اول آنان که بحث را مطرح کرده اند متفق القول نیستند؛ هر چند اغلب نظر به بطلان داده اند و مبنای بطلان را گاه عدم وجود و گاه غرری بودن معامله دانسته اند. با این همه، برخی از صاحب نظران بیع این حالت را نیز معتبر و صحیح دانسته اند. در مورد حالت دوم در صحت بیع تردید کم تر است و غالباً قایل به صحت بیع شده اند و انتقال مالکیت مبیع که بدو صلاح شده است و صورت کامل آن در آینده ایجاد خواهد شد(حتی در معنی ایجاد حق عینی) با وقوع عقد صورت می گیرد. در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه معامله به صورت کلی فی الذمه صورت می گیرد و مبیع از یک مجموعه و یک خط تولید که بعداً ساخته خواهد شد مورد معامله قرار می گیرد. در این حالت معامله از جهتی بیع مال آینده است، اما با توجه به این که محدودیتی برای با بیع وجود ندارد، در قالب بیع کلی فی الذمه عقد را معتبر دانسته اند و انتقال مالکیت آن مشمول مباحث انتقال مالکیت کالای کلی در ذمه است. گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، مبیع اعم از منقول یا غیر منقول، صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می شود. در

این حالت، وقتی مبیع مال منقول باشد در فقه امامیه در قالب بیع استصناع مطرح شده است و فروش مال غیر منقول آینده در حقوق ایران تحت عنوان آپارتمان (غیر منقول) ساخته نشده، مورد بحث قرار گرفته است. هم چنین با توجه به این که در بیع مال غیر منقول ساخته نشده عرصه و یا حداقل فضای (واحد آپارتمان) مورد معامله حین عقد موجود است و به وجهی معامله، منطبق با بیع معدوم ممکن الوجود به تبع موجود است می توان بین بیع مال آینده منقول و غیر منقول قایل به تمایز شد. در این موارد ممکن است طرفین در خصوص انتقال مالکیت توافق نمایند که با ساخت هر قسمت از مبیع مالکیت به خریدار منتقل گردد. شبهه ی جدی که در این مورد مطرح می شود این است که آیا چنین توافقی در حالتی که فروشنده ورشکسته شود، مالکیت خریدار بر مبیع در حال ساخت نسبت به طلبکاران او قابل استناد است، دو وجه متصور است: یکی این که با توجه به اصل تساوی طلبکاران حق تقدم و حق ممتاز باید با نص قانونگذار ایجاد گردد. و همانطور که حق عینی در توثیق و رهن از آن جهت در مقابل طلبکاران قابل استناد و حق ممتاز است که قانونگذار آنرا منصوص کرده است بنا براین در ما نحن فیه تا چنین نصی نباشد خریدار در مقابل دیگر طلبکاران قابل حمایت نیست. وجه دوم (وجه اقوی) آن است که توافق طرفین را موجد حق عینی و در مقابل طلبکاران قابل استناد بدانیم. اگر طرفین در خصوص انتقال مالکیت کالایی در جریان ساخت که منحصراً سفارش داده شده سکوت اختیار نمایند: مبیع مورد توافق در صورتی معین است که تکمیل شده باشد. هم چنین نظر غالب این است که چون توافق طرفین در معامله بر اجزای مبیع نبوده است انتقال مالکیت در حالتی که مبیع عرفاً در حد کامل باشد صورت می گیرد و تا قبل از آن با توجه به این که لازم است اختیار دخل و تصرف در ساخت برای بایع لزوماً وجود داشته باشد مشتری سلطه و قدرتی و یا حق عینی نسبت به اجزای تشکیل دهنده ی مبیع ندارد. ضمن آن که فروشنده حتی بعد از نصب اختیار تغییر و تعویض را دارد بر این اساس، در حالت سکوت باید انتقال مالکیت در معنی ایجاد حق عینی را منوط به تکمیل مبیع کنیم. البته در حالت سکوت با توجه به این که مبیع مختص خریدار ساخته می شود، می توان نظر به اوضاع و احوال معامله، اراده ی ضمنی برای طرفین تصور نمود که با ساخت مبیع خود به خود تخصیص و تعیین برای خریدار صورت می گیرد.

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ج ۱، چاپ اول ، ص ۹۲۸، ناشر کتابخانه گنج دانش ، تهران، ۱۳۷۸.
۲. مازو ، درس حقوق مدنی ، ج ۳ بخش دوم ص ۶۳ ، نقل از دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱ ، چاپ اول، ص ۵۰۹ ، چاپخانه مشعل آزادی، تهران، ۲۵۳۷.
۳. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen .The Sale Of Goods , p.۳۳۹, ۱۰Th ed. LongMan Pearson Education , London. ۲۰۰۱.
۴. دکتر محمد حسن قاسم ، القانون المدنی ، العقود المسماة ، البيع - التأمين (الضمان) - الايجار (دراسة مقارنة) ، ص ۱۶۱، منشورات الحلبي ، الحقوقیه ، بيروت - لبنان ، ۲۰۰۵. - دکتر عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی ، دراسه مقارنه بالفقه الغربی ، (۳) محل العقد ، ص ۳۱ ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقیه ، بيروت - لبنان ، ۱۹۹۸ .
۵. Benjamin's. Sale Of Goods, Third Edition . Sweet & Maxwell , London , ۱۹۹۲, P.P.۲۱۷- ۲۱۹ -M.C.Kuchhal . Business Law, ۱۹۹۹. P.P ۲۳۹, Third Revised Edition , University Of Delhi, Delhi. Vikas Publishing House PvtLtd.
۶. P.S. Atiyah. John N. Adams- Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۴۱
۷. دکتر محمد حسن قاسم ، پیشین ، ص ۱۶۱- دکتر عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی دراسه مقارنه بالفقه الغربی (۳) محل العقد ، ص ۳۱-۴۰
۸. همان
۹. منصور مصطفی منصور، مذاکراه فی القانون المدنی العقود المسماة ، البيع و المقايضة و الايجار ، ص ۴۶، دارالمعارف، بيروت - لبنان، ۱۹۵۷.
۱۰. بيدان، فی البيع و المقايضة، ج ۱۱، بند ۱۶۷، باریس ۱۹۳۸، نقل از انور سلطان، العقود المسماة ، شرح عقدی البيع و المقايضة، ص ۱۴۱، دار احیاء التراث العربی - بيروت - لبنان ، ۱۹۹۲.
- ۱۱ . المولى احمد المقدس الاردبیلی ، مجمع الفائدة و البرهان ، ج ۸ ، الطبعة الاولى، ص ۲۰۷، مؤسسه النشر الاسلامی ، قم ۱۴۱۱ .
۱۲. همان ، ص ۲۰۹
۱۳. زين الدين الجبعي العاملي، (شہيد ثانی)، الروضه البهيه فی شرح اللعنه دمشقيه، ج ۳، چاپ ۲، ص ۳۵۴، بيروت ، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳.
۱۴. السيد روح الله الموسوی الامام الخمينی، تحرير الوسیله، ج ۲، ص ۱، ۴۴۹، ۴۴۷ و ۴۵۱ ، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسن حوزه علمیه قم، بهار ۱۳۶۸.
- ۱۵ . دکتر عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البيع و المقايضة، ص ۱۹۱ و ۱۹۲، دار احیاء التراث العربی ، بيروت لبنان ، بی تا .
۱۶. انور سلطان ، پیشین، ص ۱۴۱
۱۷. P.S. Atiyah. John N. Adams- Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۴۱
۱۸. Ibid. p.p. ۳۳۹ و ۳۴۰.

۱۹. محمد مؤمن قمی ، استنصاع ، مجله فقه اهل بیت ، ص ۲۰۱ ، شماره ۱۲ و ۱۱ ، پائیز و زمستان ۱۳۷۶.
۲۰. ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی ، الخلاف ، ج ۳ ، الطبع الاولی ، ص ۲۱۵ ، مطبعه مؤسسه النشر الاسلامی الناشر مؤسسه النشر الاسلامی قم ۱۴۱۷.
۲۱. ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی (شیخ طوسی) ، المبسوط فی فقه الامامیه ، ج ۲ ، ص ۱۹۴ ، ناشر المكتبة المرزويه ، ۱۳۸۷.
۲۲. ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی ، الخلاف ، ج ۳ ، ص ۲۱۵
۲۳. الشیخ محمد علی الانصاری ، الموسوعه الفقهيہ الميسره ، ج ۲ ، الطبعه الاولی ، ص ۵۷۱ ، الناشر مجمع الفكر الاسلامی ، قم ، ۱۴۱۵.
۲۴. همان .
۲۵. ابی جعفر محمد بن علی الطوسی معروف به ابن حمزه طوسی ، الوسیله الی نیل الفضیله ، الطبعه الاولی ، ص ۲۵۷ ، مطبعه خیام ، الناشر مكتبه السيد المرعشی ، قم ۱۴۰۸.
۲۶. یحیی بن سعید الحلّی ، الجامع للشرايع ، ص ۲۵۹ ، المطبعه العلمیه ، الناشر مؤسسه سيد الشهداء ، قم ، محرم الحرام ۱۴۰۵.
۲۷. الشیخ محمد علی الانصاری ، الموسوعه الفقهيہ الميسره ، ج ۲ ، ص ۵۷۱
۲۸. محمد کاظم طباطبایی یزدی ، حاشیه المکاسب ، ج ۲ ص ۱۱۷ - ملا احمد بن محمد مهدی بن ابی ذر نراقی ، عوائد الايام ، ص ۱۴۲ به بعد ، نقل از جلیل قنواتی ، سید حسن وحدتی شبیری ، ابراهیم عبدی پور ، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد ، حقوق قراردادها در فقه امامیه ، چاپ اول ، ص ۹۶ ، انتشارات سمت ، تهران ، ۱۳۷۹.
۲۹. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، فرهنگ عناصر شناسی ، حقوق مدنی ، حقوق جزا ، چاپ ۱ ، ص ۴۲۵-۴۲۷ ، کتابخانه گنج دانش ، تهران ، ۱۳۸۲.
۳۰. الکاشارنی ، ابوبکر بن مسعود ، بدائع الصنائع ، الناشر المكتبه الحبيبيه پاکستان ، الطبع الاولی ، ۱۴۰۹ ص ۳ - شمس الدين محمد بن عرفه الدسوقي ، حاشیه الدسوقي ، علی الشرح الكبير ، ج ۳ ، ص ۲۱۷ ، الناشر المطبعه داراحياء الكتب العربيه ، عیسی البابی الحلبي و شرکاه ، بی تا .
۳۱. شمس الدين السرخسی ، المبسوط ، ج ۱۲ ، ص ۹۹ ، المجلدات ۳۰ ، الناشر دارالمعرفه ، بیروت ، ۱۴۰۶.
۳۲. محمد مؤمن قمی ، پیشین ، ص ۲۱۲
۳۳. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، فرهنگ عناصر شناسی ، حقوق مدنی ، حقوق جزا ، ص ۴۲۷ و ۴۲۶
۳۴. محمد مؤمن قمی ، پیشین ، ص ۲۳۷ و ۲۳۸
۳۵. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen. The Sale Of Goods. p. ۳۳۳
۳۶. Ibid
۳۷. حسن علیزاده ، قراردادهای پیش فروش آپارتمان ، چاپ اول ، ص ۳۵ تا ۳۷ ، ناشر میثاق عدالت ، تهران ، ۱۳۸۳.
۳۸. همان ، ص ۳۹
۳۹. همان ، ص ۷۸
۴۰. دکتر مهدی شهیدی ، تشکیل قراردادها و تعهدات ، ج ۱ ، چاپ اول ، ص ۳۲۹ ، نشر حقوقدان ، تهران ، ۱۳۷۷.
۴۱. دکتر سید حسن امامی ، حقوق مدنی ، ج ۱ ، چاپ ۸ ، ص ۴۲۵ ، کتابفروشی اسلامیه ، تهران ، ۱۳۷۱.
۴۲. دکتر ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، معاملات معوض ، عقود تملیکی (عقود معین) ، ج ۱ ، چاپ پنجم ، ص ۲۷۵ و ۲۷۶ ، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا ، تهران ، ۱۳۷۳.
۴۳. حسن علیزاده ، پیشین ، ص ۶۳

۴۴. دکتر رضا ولویون ، فروش آپارتمانهای ساخته نشده ، مجله پژوهش حقوق و سیاست ، دو فصلنامه علمی پژوهشی، ص ۳۴ و ۳۶، سال سوم ، شماره ۴، بهار- تابستان ۱۳۸۰
۴۵. همان ، ص ۴۱ تا ۴۴
۴۶. دکتر ابولقاسم گرجی، مقالات حقوقی، دوجلدی، چاپ دوم، ص ۱۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲
۴۷. السید روح الله الموسوی، الامام الخمينی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۴۹، ۴۴۷ و ۴۵۱
۴۸. دکتر رضا ولویون ، پیشین، ص ۳۷ تا ۳۹
۴۹. محمد جعفر جعفری لنگرودی ، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت ، ج ۱، ص ۵۰۸
۵۰. عبدالمنعم البدرای فقره ۱۷۴، نقل از دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البیع و المقایضه، ص ۴۱۸
۵۱. پلانیول وریپیر، ج ۱۰، بند ۱۱، نقل از انور سلطان، پیشین، ص ۱۴۰
۵۲. بیدان ج ۱۱، بند ۱۶۷، نقل از همان، ص ۱۴۱
۵۳. دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البیع و المقایضه ، ص ۴۱۷
۵۴. انور سلطان ، پیشین، ص ۱۴۱
۵۵. عبدالمنعم البدرای فقره ۱۷۴، نقل از دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البیع و المقایضه، ص ۴۱۸
۵۶. همان، ص ۴۱۹
۵۷. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۳۴
۵۸. Benjamin's. Sale Of Goods. p. ۲۱
۵۹. P.S. Atiyah. John N. Adams.Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۳۱
۶۰. Ibid,p.۳۳۰
۶۱. دکتر رضا ولویون ، پیشین، ص ۴۱ تا ۴۴
۶۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین(۱)، ص ۲۷۵، ۲۷۷ و ۲۷
۶۳. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen .The Sale Of Goods,p.۳۳۰
۶۴. Ibid
۶۵. دکتر عزت الله عراقی ، جزوه درسی حقوق کار ، ص ۱۸، دانشکده دانشگاه تهران ، بی تا.
۶۶. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۳۱
۶۷. Ibid
۶۸. Ibid,p.۳۳۲
۶۹. Ibid
۷۰. محمد مؤمن قمی ، پیشین، ص ، ۲۳۷ و ۲۳۸
۷۱. الشیخ علی بن محمد القمی السبزواری ، جامع الخلاف و الوفاق ، الطبعة الاولى ، ص ۲۷۰، المطبعة پاسدار اسلام ، انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر (عج) ، قم ۱۳۷۹.
۷۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ، فرهنگ عناصرشناسی ، حقوق مدنی، حقوق جزا ، ص ۴۲۷- ۴۲۵
۷۳. محمد مؤمن قمی ، پیشین، ص، ۲۳۷ و ۲۳۸
۷۴. P.S. Atiyah. John N. Adams. Hector Macqueen .The Sale Of Goods. p.۳۳۲
۷۵. Ibid,p.۳۳۴
۷۶. بیدان ج ۱۱، بند ۱۶۷، نقل از انور سلطان، پیشین ، ص ۱۴۱
۷۷. دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البیع و المقایضه ، ش ۲۳۶

۷۸. عبدالمنعم البدر اوی فقره ۱۷۴، نقل از دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، ج ۴ ، البیع و المقایضه، ص ۴۱۸

۷۹. همان، ص ۴۱۹

۸۰. P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen .The Sale Of Goods.p .۳۳۴

۸۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ،مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی) ، ص ۲۶۵
۸۲.السید روح الله الموسوی الامام الخمينی ، کتاب البیع ، ج ۴ ، الطبعة الرابعة ،ص ۱۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰.

فهرست منابع:

کتاب فارسی:

۱. امامی ، سید حسن ، حقوق مدنی ، ج ۱ ، چاپ ۸ ، ، کتابفروشی اسلامیة ، تهران ، ۱۳۷۱. ش
۲. جعفری لنگرودی دکتر محمدجعفر ، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت ، ج ۱ ، چاپخانه مشعل آزادی ، چاپ اول ، ۲۵۳۷
۳. جعفری لنگرودی ، دکتر محمد جعفر ، فرهنگ عناصرشناسی ، حقوق مدنی ، حقوق جزا ، چاپ ۱ ، کتابخانه گنج دانش ، تهران ، ۱۳۸۲
۴. جعفری لنگرودی ، دکتر محمد جعفر ، مبسوط در ترمینولوژی ، حقوق ج ۱ ، چاپ اول ، ناشر کتابخانه گنج دانش ، تهران ۱۳۷۸
۵. جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر ، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی) ، چاپ اول ، نشر کتابخانه گنج دانش ، ۱۳۷۹
۶. شهیدی ، دکتر مهدی ، تشکیل قراردادها و تعهدات ، ج ۱ ، نشر حقوقدان ، چاپ اول ، ۱۳۷۷
۷. علیزاده ، حسن ، قراردادهای پیش فروش آپارتمان ، چاپ اول ، ناشر میثاق عدالت ، تهران ، ۱۳۸۳
۸. قنواتی ، جلیل ، سید حسن وحدتی شبیری ، ابراهیم عبدی پور ، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد ، حقوق قراردادها در فقه امامیه ، چاپ اول ، انتشارات سمت ، تهران ۱۳۷۹
۹. کاتوزیان ، دکتر ناصر ، حقوق مدنی ، معاملات معوض ، عقود تملیکی (عقود معین) ، جلد ۱ ، چاپ پنجم ، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا ، سال ۱۳۷۳

مقالات و جزوات فارسی:

۱. عراقی ، دکتر عزت الله ، جزوه درسی حقوق کار ، دانشکده دانشگاه تهران ، بی تا
۲. گرجی ، دکتر ابوالقاسم ، جزوه درس قواعد فقه کارشناسی ارشد ، سال ۱۳۶۸
۳. مؤمن قمی ، محمد ، استمناع ، مجله فقه اهل بیت شماره ۱۱ ، ۱۲ پائیز و زمستان ۱۳۷۶
۴. ولویون ، دکتر رضا ، فروش آپارتمانهای ساخته نشده ، مجله پژوهش حقوق و سیاست ، دو فصلنامه علمی پژوهشی ، سال سوم ، شماره ۴ ، بهار - تابستان ۱۳۸۰

کتاب عربی فقهی:

۱. الانصاری ، الشیخ محمد علی ، الموسوعه الفقهیه المیسرة ، ج ۲ ، الطبعة الاولى ، مجمع الفكر الاسلامی قم ، ۱۴۱۵. ق

٢. الجبعي العاملي (الشهيد الثاني) ، زين الدين ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه ، ج ٣ ، چاپ ٢ ، بيروت ، داراحياء التراث العربي، ١٤٠٣ هـ.ق
٣. الحلي ، يحيى بن سعيد ، الجامع للشرايع ، مؤسسه سيد الشهداء ، قم ، محرم الحرام ١٤٠٥ هـ.ق
٤. الدسوقي ، شمس الدين محمد بن عرفه ، حاشيه الدسوقي ، علي الشرح الكبير ، ج٣ ، داراحياء الكتب العربيه، بي تا
٥. السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط، ج ١٢، دارالمعرفه ، بيروت ، ١٤٠٦ هـ.ق
٦. الطوسي ، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علي (شيخ طوسي) ، الخلاف، ج٣، الطبع الاولي، مطبعه مؤسسه النشر الاسلامي الناشر مؤسسه النشر الاسلامي قم ١٤١٧ هـ.ق
٧. الطوسي ، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي (شيخ طوسي) المبسوط في فقه الاماميه، ج ٢، ناشر المكتبة المرتضويه ، ١٣٨٧،
٨. الطوسي ، ابي جعفر محمد بن علي معروف به ابن حمزة طوسي ، الويله الي نيل الفضيله، الطبعه الاولي، ص٢٥٧، مطبعه خيام، الناشر مكتبه السيد المرعشي، قم ١٤٠٨
٩. القمي السبزواري ، الشيخ علي بن محمد ، جامع الخلاف و الوفاق ، الطبعه الاولي ، المطبعه پاسدار اسلام ، انتشارات زمينه سازان ظهور امام عصر (عج) ، قم ١٣٧٩
١٠. الكاشاني ، ابوبكر بن مسعود ، بدائع الصنائع، الطبعه الاولي، المكتبه الحبيبيه باكستان ، ١٤٠٩
١١. المقدس الاردبيلي، احمد ، مجمع الفائدة و البرهان ، ج ٨ ، الطبعه الاولي ، مؤسسه النشر الاسلامي ، قم ١٤١١ هـ.ق
١٢. الموسوي الخميني ، سيد روح الله ، كتاب البيع ، ج ٤ ، الطبعه الرابعه ، مؤسسه اسماعيليان، قم، ١٤١٠ هـ.ق
١٣. الموسوي الخميني ، امام روح الله ، تحرير الويله ، ج٢، چاپ ١، انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم ، بهار ١٣٦٨

كتب عربي حقوقي:

١. سلطان ، انور ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع و المقايضه ، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان ، ١٩٩٢
٢. السنهوري، عبدالرزاق احمد ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسه مقارنه بالفقه الغربي ، (٣) محل العقد ، الطبعه الثانيه الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقيه ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٨
٣. السنهوري ، عبدالرزاق احمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، البيع و المقايضه ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بي تا
٤. قاسم، الدكتور محمد حسن ، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع - التأمين (الضمان) - الايجار (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي ، الحقوقيه ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٥
٥. مصطفى منصور، منصور ، مذاكرة في القانون المدني ، العقود المسماة - البيع و المقايضه و الايجار ، دارالمعارف ، بيروت - لبنان، ١٩٥٧

منابع انگليسي :

۱. P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Mac queen 'The Sale Of Goods ' ۱۰th ed, Longman Pearson Education ' London, ۲۰۰۱
۲. Benjamin's, Sale Of Goods ' Third edition ' Sweet & Maxwell ' London, ۱۹۹۲
' Delhi, University Of Delhi, Third Revised edition ' Business Law 'M.C.Kuchhal