

فروش آپارتمان‌های ساخته نشده

دکتر رضا ولویون^۱

مقدمه

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

شرایط و اوصاف موضوع قرارداد

یکی از شرایط و اوصاف مالی که موضوع انتقال قرار می‌گیرد آن است که هنگام عقد موجود باشد، این شرط اختصاص به تعهداتی دارد که موضوع آن عین معین باشد. ماده ۳۶۱ ق.م.مقرّر داشته است:

«اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

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

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

نویسندگان عرب^۱ هم این شرط را از شرایط عقد بیع می‌دانند که خلاصه آن بدین

۱- دکتر صبحی معصومی، النظریه العامة للتوجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، بیروت، چاپ سوم، دارالعلم

شرح است:

«اصل در عقود آن است که بر موضوع موجود واقع گردد (مراد از موضوع همان مورد معامله است) و لذا بستن عقد بر چیز معدوم باطل است و این قاعده در تمام انواع عقود کلیت ندارد بلکه منطبق با مواردی است که معقود علیه (مبیع) عین باشد مثلاً در مواردی که معقود علیه، عمل یا منفعت باشد در حقیقت موضوع عقد هنگام عقد امر معدومی است که به تدریج و مرور زمان حاصل می‌گردد، مثالی که می‌آورند عقد اجاره اشیاء است موضوع عقد اجاره منفعت است و منافع هنگام عقد موجود نیست بلکه معدوم است و به استیفای مستأجر تدریجاً حادث می‌گردد. در این صورت با قیاس به اصل مزبور (موجود بودن معقود علیه) باید اجاره باطل باشد لیکن به موجب قاعده استحسان و غیر آن اجاره اشیاء جایز است و نظر به حاجت و نیاز مردم و ثبوت آن هم به دلیل کتاب و سنت و اجماع می‌باشد و همچنین است حکم عقود دیگری که موضوع و متعلق آنها منافع است مانند عاریه یا عقودی که متعلق آنها عمل است مثل وکالت و اجاره خدمات و کفالت و جعالة نزد کسانی که قائل به صحت جعالة می‌باشند. پس بنا بر آنچه که ذکر شد شرط وجود در معقود علیه محدود به مواردی است که موضوع عقد عین باشد چنانچه در المجله در باب بیع مقرر داشته که در بیع لازم است که مبیع موجود باشد و بیع معدوم باطل است بنابراین بیع ثمره که هنوز ظهور نکرده باطل است و هم چنین در هبه شرط می‌باشند که موهوب هنگام عقد موجود باشد بنابراین هبه انگور باغی که بعداً به ثمر خواهد رسید یا کره اسبی که بعداً موجود خواهد شد صحیح نیست. این نویسنده در خصوص مستندات این اصل (یا شرط) چنین ذکر نموده:

این قاعده مستند به حدیث شریفی است که از پیامبر (ص) رسیده است که نهی فرموده:

بیع جبل الجبله را (جبل بچه شتری است که در شکم مادر می‌باشد) زیرا مبیع در این بیع معدوم است و نیز از حکیم بن حزام روایت شده که سؤال کرد از رسول الله (ص) که مردی آمده نزد من و مالی را می‌خواهد خریداری نماید که در اختیار ندارم آیا می‌توانم از آنچه که در بازار است تهیه و به او بفروشم؟

فرمود: «مفروش مالی را که در اختیار نداری»

البته مقام بحث این حدیث «لا تبع مالیس عندک» از دیدگاه فقهای امامیه در جای دیگر از شرایط مبیع می‌باشد و آن موضوع قدرت بر تسلیم مبیع است و این حدیث گویای آن می‌باشد که موجود است لیکن باید قدرت تسلیم آنرا ندارد بنابراین به نظر می‌رسد که استناد به حدیث مزبور در مورد موجود بودن معقود علیه نامربوط باشد.

نکته قابل ذکر در این زمینه آن است که مفهوم و معنی نظریه تملیک از نظر فقهای امامیه و اهل سنت تفاوت دارد فقهای اهل سنت تملیک را منحصرأ در عین خارجی می‌دانستند و به همین جهت نمی‌توانستند که نظریه مزبور را در مورد عقودی که مبیع عین خارجی نیست توجیه کنند جز اینکه برای چاره‌اندیشی متوسل به حاجت و نیاز عمومی مردم شوند و از قیاس یا استحسان یاری جویند و به دیگر سخن از نظر فقهای عامه تعاقب بر اموالی که بعدأ موجود خواهند شد باطل است^۱ زیرا در حال انعقاد عقد معدوم می‌باشد و بیع معدوم باطل است لیکن عده‌ای از فقهای مزبور مستثنیاتی از این قاعده (موجود بودن مبیع) بیان کرده‌اند که اهم آنها «عقد استصناع» و «بیع سلم» می‌باشد.

عقد استصناع:

عقد استصناع در نظر علما و حقوقدانان عرب قراردادی است که با صنعتگری منعقد می‌گردد که چیزی را بسازد در این قرارداد عامل صانع و خریدار را مستصنع و موضوع را مصنوع می‌نامند پس کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است که سازنده تسلیم مشتری می‌کند و به طوری که ملاحظه می‌شود موضوع تعهد در هنگام انعقاد عقد موجود نیست مع ذلک نویسندگان اصل سنت این عقد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می‌دانند.^۲

فقهای امامیه عقد استصناع یا بیع ثمار یا عقود مشابه دیگر را نه تنها منافات با قاعده و اصل مزبور نداشته، بلکه مطابق آن نیز می‌دانند. مع الرصف نه فقط نخواسته‌اند بیع مال

۱- از آن تعبیر به «بیع اشیاء مستقبله» می‌کنند.

۲- سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.

کلی را منع کنند، بلکه کوشیده‌اند تا عقد بیع را حتی در موردی که موضوع آن کلی و دین است تعلیقی وانمود سازند، متها برای حل آن آراء و نظریات فقها مختلف است. برخی گفته‌اند حالت مالکیت، حالت وجوب و حرمت است. همان گونه که وجوب بر کلی صلوة بار می‌شود و صلوة خارجی مصداق آن کلی است ملکیت هم گرچه گاهی بر جزئی حقیقی بار می‌شود لیکن گاهی نیز بر یک کلی اطلاق می‌شود که عین خارجی مصداق آن کلی است.

برخی از فقها اشکال کرده‌اند که ملکیت از مقوله اعراض است و شکی نیست که اعراض وجود پیدا نمی‌کنند مگر اینکه دارای محلی باشند و کلی فی الذمه قبل از بیع هیچ وجودی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد.

مرحوم سید کاظم یزدی در حاشیه بیع (مکاسب) در پاسخ چنین گفته است:

ملکیت اگرچه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عقلاً پایدار است بنابراین موضوع ملکیت نیز می‌تواند به اعتبار شارع یا عقلاً موجود باشد همان گونه که وجوب و حرمت هر دو قرض خارجی هستند در حالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند مثل نماز برای وجوب و زنا برای حرمت قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کند بنابراین شارع یا عقلاً می‌تواند کلی ذمی را اعتبار کنند تا موضوع ملکیت قرار گیرد.^۱

پاسخ مرحوم نراقی از ایراد فوق در کتاب عوائد الایام^۲ این است که:

بیع انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده مثلاً وقتی گندمی هم اکنون وجود ندارد و شخصی گفت: فروختم یک من گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد به تو انتقال می‌دهم یعنی انتقال فعلی است ولی ملک فعلی نیست، بنابراین گرچه انتقال فعلی است ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد و آنچه که از اعراض است یعنی ملک فعلی نیست تا ایراد مذکور صحیح باشد.

می‌توان نظر مرحوم نراقی را بدین گونه تفسیر و تبیین نمود که تعلیقی بودن بیع در

۱- سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.

۲- احمد نراقی، عوائد الایام، چاپ سوره، ص ۲۵.

موردی که موضوع عقد عین کلی است، تملیک تعلیقی است بدین معنا وقتی که مبیع کلی موجود شود ملک تلقی گردد بنابراین نظر، منفعت و کلی معدوم همان طوری که ملک فعلی فروشنده نیست ملک فعلی خریدار نیز نخواهد شد پس حقیقت این است که تملیک فوری و بدون فید و شرط لازمه عقد بیع نیست و معنی تملیک در این گونه موارد در واقع احداث همان وضعیتی است که برای فروشنده بوده به خریدار منتقل می‌گردد بدین توضیح که هر زمان مال آینده وجود پیدا کند ملک خریداری گردد. به دیگر سخن انتقال مالکیت به صرف تراخی طرفین عقد صورت می‌گیرد (ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه و بند اول ماده ۳۶۲ ق.م ایران) هر چند که قبض و اقباض عوضین محقق نشده باشد پس بیع ناقل مالکیت (Contrat translatif de propriété) است لیکن همیشه نحوه انتقال مالکیت یکسان نیست بلکه دوگانه می‌باشد.

۱- گاهی انتقال مالکیت بالفعل صورت می‌گیرد (همزمان با ایجاب و قبول)

۲- و گاه انتقال مالکیت بالفعل نیست:

مرحوم نراقی در کتاب عوائد الایام مانند حقوقدانان فرانسه این اندیشه را متذکر گردیده است.

پس با تعبیری که شد آسان‌تر می‌توان چگونگی و کیفیت تملیک را در بیع کلی تصور کرد ولی اگر بخواهیم موضوع را از دیدگاه قانونی (و نه فقهی) بررسی کنیم به موجب ماده ۳۳۸ ق.م «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معاوم» و به موجب ماده ۳۵۱ ق.م ممکن است مبیع کلی فی‌الذمه^۱ باشد و شکی نیست که قانونگذار از یکسو عقد بیع را تملیکی دانسته است و از سوی دیگر مبیع در عقد بیع به اقسام سه‌گانه عین معین و کلی در معین و کلی فی‌الذمه تقسیم می‌گردد در نتیجه دلیلی ندارد که این ماده را منحصر به انتقال عین خارجی کنیم زیرا ماده ۳۳۸ ق.م اطلاق دارد. بنابراین انتقال مبیع در زمان ایجاب و قبول از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد و در حقوق خارجی نیز در بیع کلی انتقال ملک، مؤخر از زمان وقوع بیع است به خلاف بیع عین خارجی که انتقال مبیع همزمان با وقوع عقد می‌باشد.

در مورد بیع کلی تا مصداق آن تشخیص پیدا نکند و تا این انتخاب صورت نپذیرد

1. Vent de chose de genre.

تملیک نیز محقق نمی‌شود پس آنچه گفته شد عقد بیع می‌تواند سبب تملیک مالی قرار گیرد که در آینده به وجود می‌آید مانند فروش آپارتمان‌های ساخته نشده که موضوع مقاله است.

این موضوع از جمله موضوعاتی است که در قوانین برخی کشورها مثل قانون مدنی فرانسه بدان تصریح گردیده لیکن در حقوق ایران تاکنون از میان حقوقدانان و نویسندگان به جز استاد بزرگوار آقای دکتر کاتوزیان کسی بدین مسئله نپرداخته است و جا دارد که موضوع فروش آپارتمانهای ساخته نشده به لحاظ اهمیت اساسی آن مورد بررسی و تحلیل حقوق قرار گیرد و ما در این نوشتار موضوع را از دو دیدگاه حقوق فرانسه ایران بررسی می‌کنیم.

در حقوق فرانسه

به موجب ماده ۱۶۰۱-۳ قانون مدنی فرانسه فروش ساختمانهای در دست احداث بیعی است که به موجب آن بایع متعهد به ساختن یک بنا در موعد معین می‌شود، این بیع را می‌توان به دو صورت منعقد نمود: ۱- بیع به وعده^۱ ۲- بیع آینده^۲. (احداث بنا در آینده)

پس در حقوق فرانسه قراردادهای فروش ساختمان در حال ساخت شامل این دو نوع می‌شود متنها این دو نوع اهمیت یکسان ندارند. عملاً فروش به وعده مورد بی‌مهری قرار گرفته است و همین امر موجب شده است که فروشنده، فروش به شرط تکمیل در آینده (بیع آینده) را به فروش به وعده ترجیح دهد و از طرف دیگر فروش به وعده پرهزینه است زیرا بایع بایستی هزینه اجرای عملیات را به صورت کامل به عهده بگیرد به ویژه در مورد اعتبارات لازم که معمولاً به سختی تأمین می‌شود و بسیار گران است.

الف- تعریف بیع به وعده:

قراردادی است که بایع متعهد می‌گردد که ساختمان را در موقع اتمامش تحویل دهد و خریدار هم متعهد می‌شود که آنرا قبض کند و قیمت آنرا در تاریخ تحویل بپردازد.

انتقال مالکیت به وسیله مشاهده سند رسمی اتمام ساختمان صورت می‌پذیرد.

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

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

انتقال مالکیت در بیع به وعده:

انتقال کامل حقوق با مشاهده و تصدیق (گواهی) اتمام بنا (ساختمان) انجام می‌شود و فرقی با بیع آینده آن است که انتقال مالکیت در این مورد به دنبال انعقاد قرارداد مربوط به زمین و ساختمان موجود و همچنین به صورت تدریجی (تملیک) در خصوص ساختمانهای در حال احداث صورت نمی‌گیرد بلکه انتقال با یک زمان مؤخری صورت می‌گیرد. البته تاریخی برای اتمام کار در نظر گرفته می‌شود که همیشه با زمان مؤخر یاد شده یکسان نیست چرا که این رویداد به اندازه کافی دقیق یا معین نیست و نمی‌توان دقیقاً موعد تکمیل ساختمان را مشخص کرد به همین دلیل است که به موجب بند دوم ماده ۱۶۰۱ ق.م. فرانسه مشاهده و تصدیق رسمی^۱ تکمیل و اتمام کار به عنوان عامل انتقال مالکیت در نظر گرفته می‌شود و به طور خود به خود انتقال صورت می‌گیرد.

انتقال مالکیت در بیع آینده

الف- انتقال حقوق بر زمین

در بند سوم ماده ۱۶۰۱ ق.م. فرانسه فروش در حالت فوق را به عنوان قراردادی که در آن بایع بلافاصله حقوق مربوط به زمین را به خریدار منتقل می‌کند، معرفی و

۱- در اینجا منظور از تصدیق رسمی اتمام کار، همان گواهی پایان کار است که در کشور ما توسط شهرداریها صادر می‌گردد.

توصیف شده است اما وجود مالکیت زمین برای بایع ضروری نیست. البته تعریف ماده ۱۶۰۱ شامل مقاطعه کاری هم می‌شود و تفاوت آن دو در مالکیت زمین است. در مقاطعه کاری، مقاطعه کار بر روی زمین صاحب بنا ساخت و ساز می‌کند مالک زمین، مالک ساخت و ساز می‌شود بدون اینکه فروشی در کار باشد ولی در بیع آینده بایع مالک زمین است و با همین قرارداد مالکیت را انتقال می‌دهد منتها متعهد می‌گردد برای خریدار نیز ساخت و ساز نماید.

ب- انتقال مالکیت ساخت و ساز (ساختمان):

در مورد ساختمانها بند سوم ماده ۱۶۰۱ از انتقال مالکیت سخن به میان می‌آورد، مسلم نیست که این اصطلاح همیشه کاملاً مناسب باشد، با فرض اینکه یک مقاطعه کار (سازنده) بر اساس یک قرارداد اجاره مخصوص ساخت شروع به ساخت و ساز کند، او فقط یک مالکیت موقتی ساخت را به خریدار منتقل می‌کند در حالیکه حق مالکیت ذاتاً دائمی است بنابراین اصطلاح انتقال ملک در این موارد کامل و بی عیب نیست، ماده ۱۶۰۱-۳ تمایزی را میان ساختمانهای موجود^۱ و ساختمانهایی که در آینده ساخته می‌شوند، برقرار می‌کند. بر طبق قرارداد، فروشنده ملک ساختمانهای موجود را بلافاصله به خریدار انتقال می‌دهد، این فرضیه در عمل کاملاً قابل قبول است.

بنابراین در بیع آینده بایع هم حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد و هم مالکیت ساخت و ساز را به هر میزانی که ساخته شود به خریدار انتقال می‌دهد (تملیک تدریجی)

و در عمل با تمهید مزبور تملک ساختمان پس از پایان آن از سوءاستفاده‌های احتمالی فروشندگان جلوگیری می‌شود زیرا احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد در این صورت آنچه ساخته شده از آن خریدار است.^۲

۱- در حقوق فرانسه به ساختمانهای موجود، اصطلاح *cés en main* گفته می‌شود یعنی کلید در دست.

2. Ph. malinvaux, ph.jestaz, Droit de La Promotion immobilière paris 1998, 6e ed, P.277.

در حقوق ایران

با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی نهاده شده و از آراء و نظریات فقهای اسلامی برخوردار است این نکته را نباید فراموش کرد که زندگی نوین امروز نیز دشواریهای خاص خود را دارد. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان‌سازی و فروش آن می‌باشد و همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمانها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع‌ترین اقسام بیع املاک است و قرارداد راجع به آن از ویژگی خاصی برخوردار است و آپارتمانهایی که خرید و فروش می‌شود گاهی ساخته شده است که در این فرض معامله بر طبق قواعد عمومی قراردادها انجام می‌شود و این قسم دشوار نیست لیکن گاهی موضوع خرید و فروش آپارتمانهایی است که هنوز ساخته نشده است و باید در آینده ساخته شود^۱ البته نقشه و ماکت ساختمان در قرارداد معین می‌گردد و فروشنده هم متعهد می‌شود که آپارتمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل دهد. در این فرض مورد معامله موجود نیست و فروشنده متعهد به ساخت و ساز آن می‌شود و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می‌پردازد.

لازم به ذکر است گاه فروشنده یا فروشنندگان آپارتمانهای ساخته نشده بدو مالک قطعات زمین یا عرصه هستند و گاه ابتدا مالک زمین نبوده و بلکه زمین را از مالک آن خریداری می‌کنند و آن گاه خود به عنوان یکی از خریداران زمین مزبور اقدام به فروش آپارتمان می‌نماید.

پس مهمترین مسئله‌ای که در باب فروش آنها مطرح می‌گردد توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که آیا با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است قرارداد مزبور، بیع‌نامه است یا تعهد به بیع می‌باشد؟

استاد ارجمند جناب آقای دکتر کاتوزیان^۲ در پاسخ به پرسش، چنین اشعار می‌دارد (خلاصه آن):

«ممکن است گفته شود مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی

۱- تقریرات درس حقوق مدنی، دکتر حسینی درودیان.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۲۷۵ و بعد.

موجود باشد (ماده ۳۶۱ ق.م) پس پاسخ مرسوم درباره بیع آپارتمان ساخته نشده این است که بیع نیست بلکه تعهد به فروش می‌باشد یعنی فروشنده ملتزم می‌شود که ساختمان را طبق شرایط پیمان بسازد و به طرف دیگر بفروشد در نتیجه خریدار حق دینی دارد البته اگر مقصود دو طرف تعهد به فروش باشد بی‌گمان پاسخ مزبور منطقی است ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله عقد بیع را منعقد سازند تحلیل مزبور تفسیری است دلخواه که بر دو طرف عقد تحمیل می‌شود پس یا باید عقد بیع را نافذ شناخت یا آنرا به دلیل موجود نبودن مبیع باطل دانست.

سپس نویسنده نظر نهایی خود را چنین بیان می‌دارد:

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 نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست، مبیع چیزی میانه معین و کلی است و به کلی شباهت بیشتر دارد. منتها، در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌شود خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد ولی در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملک آن به وسیله فروشنده انجام نمی‌شود و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود.

ولی همان طور که می‌دانیم اعیان بر سه قسم است:

۱- عین شخصی یا عین خارجی که اغلب معاملات بر مدار آن می‌چرخد.

۲- عین کلی در معین (یا کلی در معین)

۳- عین کلی در ذمه که مواد ۲۷۹ و ۳۵۱ ق.م آنرا تعریف نموده است و کلی یکت مفهوم می‌است که در ذهن جای دارد نه در خارج ولی انعکاس آن ممکن است در خارج بروز کند مثلاً معمار یا مهندس ساختمانی، زمینی را به قطعات مختلفی تقسیم کرده و اظهار می‌دارد که در این قطعات، آپارتمان‌هایی را طبق نقشه و ماکت معین می‌سازم و به مدت یکسال به خریداران تحویل می‌دهم و این خانه‌ها را الان می‌فروشم، خانه‌ای که هنوز نساخته، خانه‌ای که یکسال دیگر طبق نقشه معین ساخته می‌شود آقای دکتر کاتوزیان اظهار داشتند که مبیع در این معامله چیزی میانه معین و کلی است ولی بنا بر آنچه گذشت مبیع نمی‌تواند خارج از آن سه قسم باشد و دلیلی که ایشان آپارتمان ساخته نشده را علی‌رغم شباهت زیاد، کلی در ذمه ندانسته‌اند آن است که در بیع کلی، تملیک

مبیع با وجود و تملیک آن به وسیله فروشنده، انجام نمی‌پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین شود.

ولی اگرچه راست است که در بیع کلی انتقال مالکیت در زمان تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و حقوق فرائسه و فقه امامیه و حقوق ایران از این جهت یکسان است و چنانکه گفته شد در بیع کلی در ذمه، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه همزمان با تشخیص مبیع است و قانونگذار ایران در وضع ماده ۳۶۲ ق.م (بند یک) چنین وانمود کرده است که در همه اقسام بیع الزاماً انتقال مالکیت همزمان با بیع است بجز در ماده ۳۶۳ ق.م که فقط همین یک مورد را استثناء نموده است، لیکن نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است در مواردی هم تاریخ تشخیص به صرف وجود پیدا کردن مبیع است پس در مورد آپارتمان‌های ساخته نشده تملیک آن با وجود یافتن آن به وسیله فروشنده انجام می‌شود و لازم نیست که پس از ایجاد مبیع، از سوی فروشنده تعیین گردد. البته در مواردی هم تاریخ تشخیص به صرف وجود مبیع نیست برای مثال کارخانه اتومبیل ایران خودرو چند صد اتومبیل از یک مدل سفارش می‌پذیرد و بعد از انعقاد قرارداد بیع، آنها را می‌سازد اما تا وقتی که مصادیق آنها را به نام خریدار یا خریداران معین نکند تشخیص مبیع جامه عمل به خود نمی‌پوشد بنابراین با این تعبیر، دیگر نیاز به خروج از تقسیم سه گانه اقسام عین نیست و مسئله بدین ترتیب قابل حل است.

نظر برخی دیگر از حقوقدانان راجع به آپارتمان‌های ساخته نشده آن است که مبیع، کلی فی‌الذمه نیست چون مثلاً در این زمین و این فواره قرار گرفته است یا اگر کسی بگوید من اولین کرمای را که از این مادیان که در آینده به وجود می‌آید به شما می‌فروشم در حالیکه مادیان هنوز آبتن نیست این معامله در حکم عین معین است ولی موجود نیست پس معامله آن باطل است و همچنین است فروش آپارتمان به نحو مذکور ولی اگر فروش آپارتمان به گونه‌ای دیگر باشد؛ ابتدا زمین را بفروشد به شرطی که فروشنده در این زمین ساختمانی را با مشخصات معین بنا کند و ظرف یکسال تحویل دهد یعنی مبیع و مورد معامله زمین باشد و احداث ساختمان به صورت شرط گنجانبده باشند این معامله صحیح است.

این نظر اگرچه نادرست نیست ولی عقد بیع را محدود به انتقال اعیان مادی و خارجی

می‌کند. امروزه حقوق مالی گوناگونی پا به عرصه وجود نهاده است که مبنای مادی ندارد لیکن ارزش فراوانی دارد و این روش گرچه در عرف داد و ستد آپارتمان‌های مزبور شایع است و فروشنده زمین مورد نظر برای بنا را به سهم مختلف تقسیم و در یکی از دفاتر رسمی به نام خریدار می‌نماید مع ذلک همیشه معامله مزبور قابل تحقق نیست زیرا گاهی اوقات ممکن است فروشنده (سازنده) مالک زمین نباشد یا نسبت به زمین مورد نظر فاقد هرگونه حقوق مالی باشد مثلاً این امکان وجود دارد که فروشنده آپارتمان ساخته نشده را بر زمینی مستقر سازد که جزو اموال موقوفه باشد یا اصلاً می‌توان فرضی را در نظر گرفت که فروشنده قطع نظر از عرصه بتواند آپارتمان‌هایی که هنوز ساخته نشده است در معرض فروش گذارد بنابراین روش مزبور مشکل خرید و فروش آپارتمان‌های مزبور را حل نمی‌کند و این روش برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر سازندگان یا مؤسسه‌های بزرگ ساختمانی کافی نیست لذا بر آوردن این نیازها با ابزار و تحلیل‌های کهن میسر نمی‌باشد در نتیجه حقوقدان باید در اندیشه چاره باشد و نقش خود را در تأمین و اجرای عدالت اعمال نماید و این جز با تفکر و روشی که پذیرفته شد میسر نیست بنابراین ضرورت قانونگذاری در این زمینه نظیر فرانسه که در بعضی از مواد قانون مدنی آن راجع به موضوع مزبور تصریح گردیده است جهت تأمین و اجرای عدالت و حمایت از حقوق مصرف‌کننده، احساس می‌شود ولی تا آن زمان محاکم می‌توانند از تمهید مزبور استفاده کنند و فواین را به نحوی تفسیر کنند که از قالب کهنه در آید.

نتیجه‌گیری

بنابراین به عنوان نتیجه بحث می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت میع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص میع صورت می‌گیرد و تشخیص میع همیشه بر یک متوال نمی‌باشد بلکه چنانکه گفته شد تملیک با وجود پیدا کردن میع به وسیله فروشنده انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص میع به صرف وجود میع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان میع تعیین گردد بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم اول می‌باشد. بدیگر سخن بیع آپارتمانهای مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می‌باشد بنابراین می‌توان گفت: هرگاه عقد معلق به

صورت عقد بیع منعقد گردد آن بیع، معلق است و تعلیق در عقود شامل عقد بیع هم می شود.

نکته ای که نباید از نظر دور داشت آن است که در حقوق ایران اگرچه در بیع آینده (بیع آپارتمان های ساخته نشده) تملیک تدریجی به مفهومی که در حقوق فرانسه و روبه قضایی آن کشور هست، وجود ندارد ولی مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می تواند نافذ باشد زیرا همان گونه که گفته شد در صورتی که تعلیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان پذیرفته گردد، دلیلی وجود ندارد که ساخته شدن بخشی از آپارتمان های ساخته شده (نیمه ساخته) را نیز به همان شکل نپذیریم. بنابراین به موجب شرط مزبور (تملیک تدریجی) خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین، به هر میزان و مقداری که از آپارتمان ساخته شود خود به خود مالک می گردد، در نتیجه به شرط مزبور از سوء استفاده های احتمالی سازندگان (فروشندهگان) جلوگیری می شود و حقوق خریداران و مصرف کنندگان تضمین و تأمین می گردد و فروشنده نخواهد توانست قبل از اتمام کار (پایان ساختمان) مورد معامله را به دیگران منتقل سازد.