

۲۰۱۳۹۱،

بِسْمِ اللّٰهِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

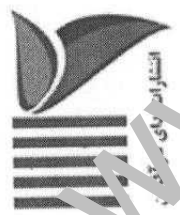
نویسنده:

عادل خوشنوا

۱۳۶۱۰۶

سرشناسه	:	خوشنوا، عادل، ۱۳۶۹-
عنوان و نام پدیدآور	:	بیع مال غیر موجود/نویسنده عادل خوشنوا.
مشخصات نشر	:	تهران: ندای کارآفرین، ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	:	۹۶ ص: ۵/۲۱×۵/۱۴ م.س.
شابک	:	9-245-482-600-78
وضعیت فهرست نویسی	:	فیبا
یادداشت	:	کتابنامه.
موضوع	:	معاملات اموال شخصی و منقول (فقه) -- ایران
موضوع	:	Sales (Islamic law) -- Iran
موضوع	:	معاملات اموال شخصی و منقول -- ایران
موضوع	:	Sales -- Iran
موضوع	:	معاملات آتی (فقه)
موضوع	:	Futures (Islamic law)*
موضوع	:	انتقال مالکیت -- ایران
موضوع	:	Transfer (Law) -- Iran
رده بندی کنگره	:	BP۱۹۰/۱/۹ ب ۱۰۰۰
رده بندی دیویی	:	۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	:	۸۰۳۰۹

نام کتاب	:	بیع مال غیر موجود
نویسنده	:	عادل خوشنوا
صفحه آرا	:	مسعود سروری
طراح جلد	:	رضا کاوه
تیراژ	:	۱۰۰۰ نسخه
نوبت چاپ	:	۱۳۹۷ اول
قیمت	:	۱۶۰۰۰ تومان
شابک	:	۹-۲۴۵-۴۸۲-۶۰۰-۹۷۸



تهران، خیابان انقلاب، خیابان فخررازی، نبش کوچه انوری، پلاک ۲۹

تلفن تماس: ۶۶۴۰۲۷۲۲

www.NedayeKarafarin.ir

فهرست مطالب

۹	مقدمه
۱۵	فصل اول: مفهوم بیع مال غیر موجود
۱۵	مفهوم و تعریف بیع.....
۱۷	انقسام بیع.....
۱۷	بیع عین معین.....
۲۲	بیع کلی فی الذمه.....
۲۶	بیع سلف یا سلم.....
۲۹	تعهد به بیع.....
۳۱	اوصاف مبیع.....
۳۱	موجود بودن هنگام عقد.....
۳۲	مالیت داشتن مبیع.....
۳۲	قابل خرید و فروش بودن مبیع.....
۳۲	معلوم و معین بودن مبیع.....

- ۳۴.....بایع قدرت بر تسلیم آن را داشته باشد.
- ۳۴.....ناتوانی موقت.....
- ۳۵.....صحت بیع سلف در قانون مدنی.....
- ۳۵.....شرایط صحت بیع سلف در فقه امامیه.....
- ۳۷.....شرط ذکر جنس و وصف.....
- ۳۷.....ذکر جنس.....
- ۳۷.....ذکر وصف.....
- ۳۸.....قبض عین قبل از تفرق.....
- ۳۸.....پرداخت ثمن معامله در بیع سلف.....
- ۳۹.....قبض بعضی از عین.....
- ۴۰.....مدت دار بردن.....

۴۱ فصل دوم: سلف

- ۴۱.....سلف در دین.....
- ۴۲.....تقدیر مسلم فیه و ثمن.....
- ۴۳.....زمان انتقال مالکیت مبیع.....
- ۴۳.....زمان انتقال مالکیت مبیع در فقه اسلام و حنفی ایران.....
- ۴۴.....زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع عین معین.....
- ۴۵.....زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی.....
- ۴۶.....زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع مال غیرموجود.....
- ۴۶.....تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع.....
- ۴۶.....اعتبار شرط پنجم.....
- ۴۷.....وضعیت تشکیل بیع سلف به صورت حال.....
- ۴۹.....امکان وجود مسلم فیه.....
- ۴۹.....تعذر مسلم فیه در وقت حلول اجل.....

۵۱ فصل سوم: ضمان بیع

- ۵۱.....زمان انتقال ضمان معاوضی.....

۵۳انواع ضمان
۵۴ضمان قراردادی
۵۵ضمان غیر قراردادی
۵۶ضمان معاوضی
۵۸مبانی حقوقی ضمان معاوضی
۵۹شرایط اعمال مقررات ماده ۳۸۷ قانون مدنی
۶۰زمان انتقال ضمان معاوضی

فصل چهارم: آثار بیع مال غیر موجود ۶۳

۶۳بیع مال غیر موجود به صورت عین سفارشی و عین از محل خاص
۶۴بررسی صحت بیع اثر از محل خاص
۶۷بررسی صحت بیع استیفاء
۷۱احکام بیع سلف
۷۱بیع مسلم فیه قبل از حلول اقسام
۷۱بیع مسلم فیه بعد از حلول اجل، قبل از قبض
۷۲تحویل کالایی غیر از جنس مسلم فیه
۷۲تحویل کالایی ناصرعوبتر، کمتر یا بیشتر از مسلم فیه
۷۳جریان شروط در بیع سلف
۷۴صور کنونی بیع سلف
۷۵شرط انتقال مالکیت
۷۶شرط انتقال مالکیت در حقوق ایران
۷۹جایگاه و اعتبار شرط انتقال مالکیت در حقوق ایران
۸۳امکان اعتبار درج انواع شرط انتقال مالکیت
۸۳شرط ساده
۸۳شرط حساب جاری
۸۴شرط استمرار انتقال مالکیت
۸۴شرطی که حق تعقیب ثمن حاصل از فروش
۸۵شرط کلی

- ۸۵..... شرط تأخیر در انتقال مالکیت در رویه حقوق ایران
- ۸۷..... آثار شرط انتقال مالکیت
- ۸۷..... آثار شرط انتقال مالکیت در رابطه با طرفین قرارداد
- ۸۸..... دوره تعلیق
- ۸۸..... دوره بعد از تعلیق
- ۸۹..... آثار شرط انتقال مالکیت در مورد حقوق اشخاص ثالث
- ۸۹..... حاکم کلا

۹۳

منابع و مأخذ

- ۹۳..... الف: منابع بررسی
- ۹۴..... ب: منابع بررسی فقهی
- ۹۶..... منابع انگلیسی

مقدمه

اینکه رابطه بین شخص خریدار و مال مورد معامله را به مجرد وقوع عقد بتوانیم به عنوان یک رابطه عینی تحلیل کنیم نتیجه منطقی این امر خواهد بود که عقد مورد نظر تملیکی بوده است ولی چنانچه شخص فروشنده تنها به تملیک نماید و این رابطه در واقع رابطه بین شخص خریدار و شخص فروشنده نسبت به مال مورد معامله تحلیل شود عقد مبنا عقد عهده‌ای خواهد بود.

در خصوص موضوع بحث یعنی بیع مال غیرموجود که در زمان انعقاد عقد موجود نمی‌باشد برقراری رابطه بین معدوم و شخص خریدار از حیث حقوقی صحیح به نظر نمی‌رسد هر چند در مقام اجتهاد در برابر نصوص موجود می‌توان قابلیت عینیت و مالیت موضوع معامله را به‌عنوان طرف رابطه عینی تصور نمود ولی آنچه در قرارداد منعکس می‌شود و اراده طرفین بر آن تعلق می‌گیرد نه آن قابلیت بلکه خود مال است بنابراین اصل اولی در مقام بررسی موضوع بحث عهده‌ای بودن معامله موصوف به نظر می‌رسد.

از طرف دیگر استقرا در مقررات و قواعد عقود معین تصور دیگری نیز از عقد تملیکی بدست می‌دهد در عقد اجاره به عنوان یک عقد تملیکی منافی که موجود نیست به تملک مستأجر در می‌آید به نحوی که با ایجاد ذره ذره منافع در طول زمان این منافع در ملکیت مستأجر است. بنابراین قول به این نکته که عقد تملیکی سبب تملیک مال آینده قرار می‌گیرد و تحقق تملیک منوط به وجود آن مال می‌شود وجاهت منطقی و قانونی پیدا می‌کند. که با اخذ ملاک واحد می‌توان در مورد بیع مال آینده نیز قایل به تمایزی بر بن عقد موصوف گردید.

با لحاظ آنچه بیان گردید و اولویت تعریف بر موارد نقض می‌توان به تاسیس اصل پرداخت و خروج از اصل را به عنوان استثناء به قدر متیقن محدود نمود با این توضیح که اصل بیعی عبارت از عهدی بودن بیع مال آینده است و تملیکی بودن آن با اخذ ملاک از موارد استثناء از به انطباق دارد.

در مورد پیش فروش امان با توجه به اینکه پیش خریدار می‌تواند نسبت به عوضی که پرداخت می‌کند مالک ملک مورد معامله گردد و در واقع قانون‌گذار تملیک تدریجی آپارتمان در حال ساخت را نایب نموده است به نظر تملیکی بودن عقد (ولی تملیک در زمانی غیر از زمان انعقاد منوط به ایجاد عین و پرداخت عوض) بر عهدی بودن آن مقدم است و می‌توان بین معامله را یک عقد تملیکی نامید. البته در مقایسه با عقد اجاره می‌توان لزوم پرداخت عوض تملک تدریجی ملک را مورد مناقشه قرارداد ولی در ماهیت قضیه یعنی تملک تدریجی بیعبرگذار نیست.

با مقایسه فوق نکته‌ای که بدست می‌آید اینکه تملیک تدریجی در عقد تملیکی قابل تصور است و نه در عقد عهدی و دلیل آن رابطه مستقیم و غیر منقطع خریدار بر مال می‌باشد که با عقد تملیکی خوانایی دارد بنابراین در این مورد نیز تملیک در زمانی غیر از زمان معامله و به تدریج حاصل می‌شود. نکته قابل تأمل دیگر در این مقایسه این است که هر دو مورد خروج از اصل، مالی که در آینده ایجاد می‌شود تابع و فرع بر مالی است که موجود می‌باشد در عقد اجاره منفعتی که در آینده ایجاد خواهد شد وابستگی تام به عینی دارد که موجود است و در پیش فروش ساختمان نیز بدو زمین وجود دارد که بنا وابستگی تام به آن دارد و موجودیت بنا نیازمندان است و این همان نقطه اتصال موضوعات معامله فوق به بحث مثلی و قیمی بودن موضوع معامله می‌باشد که محل

اختلاف در کلی یا عین معین بودن مورد معامله است.

برخی موارد فروشنده با ارائه «نمونه» از مبیع رفع ابهام می‌کند. ارائه نمونه طرفین را از ذکر اوصاف مبیع در عقد بی‌نیاز می‌کند ولی اگر اوصافی که برای مبیع در قرار داد آمده با نمونه مطابقت نداشته باشد ریال این بحث پیش می‌آید که کدامین اوصاف باید ملاک قرار گیرد؟ قانون مدنی در صورت عدم تطبیق مبیع با نمونه به مشتری حق و به قصد واقعی طرفین توجه داشت. شاید با استفاده از قاعده فقهی معروف «تعرض وصف و اشاره» و مقدم دانستن اشاره بتوان گفت که در این باب قصد واقعی طرفین از روی نمونه به دست می‌آید.

این که صحت مبیع به معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع منوط است، در مواردی که نسبت به مورد این شرایط تردید وجود داشته باشد، می‌توان وجود آن را ضمن عقد بی‌شرط کرد. اگر این شرط در مورد جنس باشد، بیع به علت تحقق نیافتن قصد طرفین باطل است. مثلاً گلدانی به شرط آن که از جنس طلا باشد فروخته شود و بعد معلوم شود مفرغی است. لیکن اگر شرط به عنوان وصف بیع باشد و در واقع مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار مشروط باشد این شرط اثر شرط صفت را دارد. لیکن اگر مقدار آن کمتر باشد مشتری و اگر بیشتر باشد باطل حق فسخ دارد. مگر این که به محاسبه زیادی و نقصان ترازی کنند. اما اگر مقدار مبیع بر عدد معلوم باشد و هنگام تسلیم کمتر از مقدار تعیین شده باشد مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا ثمن را به میزان مبیع بپردازد و اگر مبیع زیادتر از مقدار معین باشد زیاده به بایع تعارض می‌کند. در این فرض مقداری که در عقد ذکر شده وصف مبیع نیست تا در صورت کشف خلط حق فسخ ایجاد کند، بلکه ذکر مقدار برای بیان میزان تعهد دو طرف است. فسخ مشتق از بیع به استناد او تبعیض صفت است نه تخلف وصف به همین دلیل بایع حق فسخ عقد را ندارد زیرا علی‌الاصول او باید از مقدار مبیع آگاه باشد و اگر زیانی هم به بار آید ناشی از تقصیر باع است.

با فرض معامله مال آینده به عنوان بیع و خروج عناوین دیگر که استثنای آن نسبت آن‌ها به چنین معامله‌ای وجود دارد از طرفی و از طرف دیگر خروج عناوین بیع آینده مال و تعهد بر بیع مال آینده، در بررسی آثار نیز آثار چنین معاملاتی تخصصاً خارج از بحث بوده بنابراین تمرکز بحث در حالتی است که معامله بر مال آینده، بیع بوده و می‌تواند مصادیق بیع در مفهوم عام آن (عین معین و کلی فی الذمه) را شامل شود البته با این

فرض که صدق عنوان عین معین و کلی تابع توصیف افراد بوده و انعطاف لازم را در برابر اراده افراد داشته باشد.

از مباحث مطرح شده در انتقال مالکیت کالای آینده برمی آید که مال آینده در نظام‌های مختلف حقوقی بیشتر در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر مورد توجه و بررسی قرار گرفته‌است. بیع محصولات کشاورزی ممکن است گاه به صورت سلم و کلی فی‌الذمه صورت گیرد و از آن روی که مال در آینده ایجاد می‌گردد بین مال آینده تلقی شود. در این حالت، فروشنده محدودیتی ندارد و از نوع مبیع با اوصاف فراوانی می‌تواند تحصیل کند و به خریدار تحویل دهد. با دقت در مباحث فقها و صاحب نظران در می‌بایم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معوق به نسی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی را می‌فروشد. در نتیجه آن معامله ان معامله مربوط و مختص آن بیع و آن خریدار می‌شود. در این خصوص دو حالت متصور به است: یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص ظاهر نشده و این بیع اقدام به فروش شود. و دوم آن که به اصطلاح محصول ظهور یافته و بدو ملاح حاصل نما شده باشد که در فقه تحت عنوان «بیع اثمار» بحث شده‌است.

زمانی که مبیع عین معین است که در آینده وجود خواهد شد دو نظر متفاوت در باب زمان انتقال مالکیت وجود دارد اول اینکه با توجه به تعریف مالکیت به رابطه بین شخص و مال از طرفی و اراده شخص بر تملک مال با تسلیم و زگی‌های آن عده‌ای قایل به مالکیت خریدار بر مبیع در زمان تشخیص کامل مال و اثبات موضوعی که طرفین اراده نموده‌اند می‌باشند و بنا بر این نظر زمانی خریدار مالک مال می‌گردد. معامله می‌شود که مال اوصاف فوق را داشته باشد اما نظر دوم نیز با تاکید بر رابطه مالکیت و تعریف آن به رابطه شخص و مال از طرفی و تعیین مال موضوع معامله به اجزا در طول زمان قایل به ایجاد مالکیت تدریجی در طی مراحل تکمیل مال می‌باشند. بنابراین نظر با تکمیل هر یک از مراحل ایجاد مبیع خریدار مالک آن قسمت شده و نسبت به مابقی نیز اینکه حق عینی یا دینی داشته باشد محل سوال است ولی آنچه به نظر صحیح می‌رسد ایجاد یک حق دینی است چرا که رابطه با معدوم صحیح به نظر نمی‌رسد. البته در موارد خاص مثل پیش فروش آپارتمان به نظر می‌رسد به تبع موجود (زمین محل ساخت) می‌توان رابطه

با معدوم را پذیرفت.

در مورد صورت دوم یعنی زمانی که مبیع کلی است به نظر می‌رسد زمان انتقال مالکیت محل اختلاف نباشد چرا که بنا به نظر اکثر حقوق دانان با تعیین مصداق کلی انتقال مالکیت صورت می‌گیرد.

با تعیین زمان انتقال مالکیت به خریدار آثار چنین معامله‌ای روشن خواهد بود چرا که تمامی حقوق و تکالیف مالک و انتقال ریسک در قانون مشخص است و می‌توان با ارجاع به چنین مقرراتی در خصوص موضوع تعیین تکلیف نمود.

ما در فاصله بین معامله و زمان انتقال مالکیت اینکه چه حقی برای خریدار ایجاد می‌شود نیز در آثار چنین معامله‌ای منشا اثر است چرا که اگر برای خریدار یک حق عینی ناقص‌تر از مالکیت (که به نظر بعید می‌رسد زیرا چنین حقی بین شخص و مال تعریف می‌گردد) با مبیع مال تعریف چنین رابطه‌ای دشوار است البته به غیر از موارد رابطه با معدوم به نظر می‌آید این حق با دارا بودن ویژگی‌هایی چون حق تعقیب و ... می‌تواند برای خریدار حرسی به چون الزام فروشنده به تحویل مبیع و ابطال معاملات ثانوی ایجاد نماید ولی اگر قایل به ایجاد یک حق دینی برای خریدار در چنین معامله‌ای شویم خریدار تنها می‌تواند مطالبه خسارت کند هر چند این نظر دور از منطقی و عدالت قضایی می‌نماید ولی با توجه به تعریف رابطه بین شخص و شخص بر مال مورد تأیید می‌تواند باشد.

اگر چه در این نظام حقوقی توافق و قصد طرفین در ارتباط با زمان انتقال مالکیت در قرارداد بیع پذیرفته‌است و طرفین قرارداد در بیع کالا می‌توانند صریحاً توافق نمایند که مالکیت کالا در زمان معین منتقل شود اما در عمل این امری به‌طور متعارف صورت نمی‌پذیرد. به همین منظور در ماده ۱۸ قانون بیع کالاهای مستعمل برای تعیین قصد طرفین در خصوص زمان انتقال مالکیت قواعدی بیان شده‌است.

الف- در بیع کالاهایی که آماده تحویل بوده و عقد بیع مقید به شرطی است انتقال مالکیت از زمان انعقاد عقد صورت می‌گیرد و تاخیر در تحویل کالا با پرداخت ثمن تأثیری در انتقال مالکیت از زمان عقد ندارد.

ب- اگر اجرای قرارداد منوط به انجام کاری از سوی فروشنده باشد، زمان انتقال مالکیت از لحظه‌ای که کار انجام می‌گیرد و خریدار از آن مطلع می‌شود آغاز

می‌گردد.

ب: چنانچه تعیین قیمت کالا نیاز به وزن کردن و اندازه گرفتن یا آزمایش داشته باشد زمان انتقال مالکیت بعد از انجام امور فوق خواهد بود.

ت: در صورتی که مبیع به شرط تأیید خریدار یا برگشت مبیع به فروشنده یا خریدار منتقل می‌شود زمان انتقال مالکیت از تاریخ تأیید خریدار و اعلام قبولی به فروشنده تعیین می‌گردد.

نتیجه اینکه زمان انتقال مالکیت در مورد بیع عین معین بر اساس چهار قاعده مزبور متفاوت می‌باشد. در مورد کالاهای غیر معین نیز انتقال مالکیت از زمانی خواهد بود که کالا معین و مشخص می‌گردد و پس از تعیین و مشخص شدن کالا زمان انتقال مالکیت دانند انتقال مالکیت در بیع عین معین و با رعایت قواعد چهارگانه فوق خواهد بود.