



توصیف حقوقی قرارداد فروش اپارتمان ساخته نشده

پدیدآورنده (ها) : دارایی، علی رضا

حقوق :: نشریه دیدگاه های حقوق قضایی :: بهار و تابستان ۱۳۸۸ - شماره ۴۶ و ۴۷ (ISC)

صفحات : از ۴۷ تا ۶۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/869398>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۵

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه **قوانین و مقررات** استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- بررسی مبانی فقهی و حقوقی تنظیم سند رسمی معاملات اموال منقول؛ واکاوی اختلاف سازمان ثبت اسناد و املاک با نیروی انتظامی
- بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان های فاقد سند رسمی
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز
- جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظام های ثبت املاک
- مفهوم تسری تعهدات و مسؤولیت مدنی به قائم مقام در فقه و حقوق فرانسه
- ضابطه تقسیم مسؤولیت مدنی در فرض تصادم دو وسیله نقلیه رای وحدت رویه شماره ۷۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ و ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- قصد و رضا و تأثیر آن دو در تحقق عقد
- قلمرو دفاع ماهوی در دادرسی مدنی با نگرشی در حقوق تطبیقی
- بررسی تفاوت دیه زن و مرد در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن
- مطالعه تطبیقی تاسیس حقوقی دارا شدن بدون علت (حقوق فرانسه، انگلستان و ایران)
- بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد

عناوین مشابه

- جایگاه حقوقی و اعتباری قرارداد فروش محصولات پروژه در زنجیره قراردادهای تامین مالی پروژه محور: نقش شروط قرارداد فروش در بانک‌پذیری پروژه
- وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»
- تحلیل حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تاملی بر انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- منتخب: فروش آپارتمان های ساخته نشده
- وضعیت حقوقی معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین
- قرارداد پیش فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران، الزامات و بایسته ها
- بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان
- تحلیل فقهی-حقوقی قرارداد فرنچایز با تاکید بر مقررات فرنچایز در لایحه تجارت
- طراحی مدل فروش صادراتی قرارداد آتی نفت گاز و ایران به کشورهای هدف در شرایط تحریم

توصیف حقوقی قرارداد فروش آپارتمان ساخته نشده

علیرضا دارایی^۱

چکیده

برابر مواد ۳۳۸، ۳۵۰ و ۳۶۱ قانون مدنی ایران چیزی می‌تواند مبیع واقع شود که عین معین یا کلی فی‌المعین یا کلی فی‌الذمه باشد و چنانچه مبیع عین معین باشد باید در هنگام عقد بیع عینیت یا موجودیت خارجی داشته باشد و اگر کلی یعنی یک مفهوم باشد لازمه‌اش این است که صادق بر افراد عدیده و به عبارتی مصداقش مثلی باشد نه قیمی. پرسش نخست اینست که آپارتمان ساخته نشده منطبق بر کدامیک از آن اقسام سه‌گانه است؟ نظر ارجح این است که آپارتمان ساخته نشده (حتی ساخته شده‌اش) به لحاظ موقعیت مکانی منحصربه‌فرد آن چه در سطح (عرصه) و چه در فضا (طبقات) و به لحاظ مختصات یا ویژگی‌های ملحقات آن (پارکینگ، انباری و غیره) مثلی نیست تا مفهوم کلی بر آن صادق باشد و پیداست چون هنگام عقد بیع هنوز ساخته نشده و موجودیت پیدا نکرده است عین خارجی یا عین معین هم بر آن صادق نیست؛ لذا با هدف استحکام بخشیدن و مضمون ساختن چنین معاملاتی که مبتلا به همه افراد جامعه به منظور تامین یکی از اساسی‌ترین نیازشان یعنی مسکن و سرپناه است از خطر ابطال، توصیفات و تحلیل‌های مختلف حقوقی به عمل آمده که مورد بررسی قرار می‌گیرند.

برخی توجیهات از این قبیل هستند:

الف) غرض از وجود مبیع (وقتی که عین معین است) وجود اعتباری آن است.

ب) با تلقی چنین بیعی به عنوان عقد معلق، «تملیک»، معلق بر وجود یافتن آپارتمان

می‌شود.

ج) مبیع غیر از اقسام سه‌گانه‌ای که برایش گفته شد می‌تواند چیزی میانه کلی و معین

باشد.

د) در قالب قراردادهای خصوصی نیز می‌توان «تملیک» را صورت داد و برای خریدار حق عینی ایجاد کرد.

ه) ثبت رسمی چنین معاملاتی تحت شرایطی شرط صحت عقد (نه شرط اثبات) قلمداد گردد تا از وقوع معاملات معارض پیشگیری شود.

ولی از آنجا که هیچ کدام از این نظرات و حتی رویه قضایی، قاطع و بلامنزاع نیست در سرانجام تحقیق به این نتیجه می‌رسیم که برای حفظ حقوق خریداران و پیشگیری از وقوع معاملات معارض و کلاهبرداری‌های وسیع در این عرصه و برقراری تضمینی قوی و پایدار و اطمینان بخش برای انجام تعهدات ساخت و تکمیل بنا براساس توافق طرفین با رعایت استانداردهای ساخت بیمه، اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و تنظیم سند رسمی انتقال و منع ترهین و توقیف ملک از جانب ثالث و یا خود فروشنده (سازنده) و... تصویب قانونی حمایتی و امره در این وادی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و لایحه تهیه شده توسط قوه محترم قضاییه در این زمینه دلیل این مدعاست.

واژگان کلیدی:

آپارتمان، بیع، عین (معین، کلی فی المعین، کلی فی الذمه)، در حکم عین معین، میانه معین و کلی، مال مثلی، مالی قیمتی، مشاع، مفروز، بیع معلق، عقد تشریفی، عقد قصدی، شرط صحت، شرط اثبات، شرط تملیک تدریجی.

مقدمه

افزایش جمعیت و مهاجرت به شهرهای بزرگ و کمبود زمین در این شهرها باعث شده تا ساخت آپارتمان‌ها برای محل سکونت و کار به عنوان چاره مشکل پذیرفته شود. از سویی چون هزینه خرید نقدی آپارتمان ساخته شده و آماده تحویل سنگین بوده و طالب آن توان پرداخت یک جای آن را نداشته به دنبال راهی برای خرید اقساطی یا پرداخت تدریجی بهای آن بوده است.

در این میان سازندگان نیز چون خود شخصا قادر به تامین همه هزینه‌های ساخت نبودند و به فرض یافت شدن چنین توانی به هنگام فروش و عرضه آن به بازار، در یافتن خریدارانی که بتوانند همه بهای ساختمان را نقداً و یکجا بپردازند مواجه با مشکل می‌شدند چاره مشکل را در همان روش فروش اقساطی، به عبارتی تدریجی هزینه ساخت از متقاضی آپارتمان دیدند. بدین ترتیب فروش آپارتمان ساخته نشده یا فروش اقساطی یا پیش‌فروش یا پیش‌خرید یا تعهد به ساخت و فروش و ماهیت‌های حقوقی بود که برای حل معضل یاد شده پا به عرصه جامعه نهاد اما سازوکار این ماهیات حقوقی به لحاظ فقدان قوانین حمایتی به‌گونه‌ای نبود که امنیت روانی و آسایش خاطر نیازمندان مسکن و سرپناه که به لحاظ نداشتن بنيه مالی به چنین شیوه‌هایی رو آورده‌اند را تامین کند، چه؛ اولاً فقدان قوانین حمایتی دارای ضمانت اجرا، ثانیاً افزایش قیمت زمین و مصالح ساختمانی و دیگر هزینه‌های ساخت ناشی از شرایط اقتصادی و سیاسی، ثالثاً پیشی گرفتن تقاضا بر عرضه مسکن و هریک به تنهایی و سوسه‌ای موثر برای سازندگان و مالکان بعضاً عهدشکن بود که به کوچک‌ترین بهانه‌ای مرتکب نقض عهد خویش در برابر خرید یا متعهدله نخستین گردیده و آپارتمان نیمه تمام را به اشخاص ثالث منتقل کنند و معاملات معارض عدیده‌ای بر روی آن انجام دهند تا جایی که برخی افراد طماع با سوءاستفاده از وضع موجود و نیازهای مشروع توده مردم در این عرصه مرتکب کلاهبرداری‌های بسیار بزرگ و خانمان براندازی گردیده و می‌گردند و ظاهراً نقطه پایانی نیز نمی‌توان بر این روند هولناک نهاد. به‌عنوان نمونه «تنها یک شرکت ساختمانی داخلی نسبت به ۴۰۰۰ واحد آپارتمان ساخته نشده ۱۴۰۰۰ فقره معامله معارض انجام داده است. پرونده کلاهبرداری

دیگری از طریق فروش آپارتمان‌های ساخته نشده دارای بیش از ۱۰۰۰ شاکی است و...^۱ انبوهی و حجم بالای دعوی به خواسته‌های الزام فروشنده به تکمیل بنا، اخذ پایان کار، تفکیک (اخذ صورت مجلس تفکیکی)، تنظیم سند رسمی انتقال و تحویل آپارتمان، انباری، پارکینگ با دیگر متعلقات و ملحقات آن و نیز مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن مطروحه در محاکم از سوی خریداران واحدهای مسکونی که غالباً از اقشار کم درآمد و فاقد مسکن هستند و معامله را بدون تبعیت از یک فرم قراردادی که مثلاً توسط وزارت مسکن و شهرسازی تهیه و منتشر شده باشد و به صورت عادی انجام داده‌اند و همان‌گونه که گفته شد در معرض خطر فروش مجدد (معارض) آپارتمان توسط سازنده یا فروشنده آن به چندین خریدار دیگر و در رهن بانک یا بازداشت مقامات قضایی و غیر آنها قرار گرفتن و بروز اختلاف‌های احتمالی بین شرکا (سازنده و مالکین) و تسری آن به خریداران به‌عنوان مشکلات طاقت‌فرسا و خانمان سوز دیگر که فرا روی چنین خریدارانی قرار می‌گیرد اهمیت و ضرورت انجام تحقیقی به منظور ارائه راه حلی برای متعاملین و دادرسان محاکم و پیشنهادی برای متولیان امر مسکن در کشور از جمله سازمان مسکن و شهرسازی و اتحادیه آژانس‌های املاک و نیز برای قانون‌گذار محترم با نگاه به لایحه‌ای که توسط قوه محترم قضاییه تهیه شده و در راستای پیشگیری از ظهور و بروز چنین دعوی، نمایان می‌سازد.

پس از طرح و بررسی نظریات مختلف در این باره به این مهم پرداخته می‌شود که آیا صرف پذیرش ایجاد حق عینی برای چنین خریدارانی و قایل شدن چنین تضمینی برای ایشان زمینه تضییع حقوق خریداران (معارض) بعدی را از بین می‌برد؟ یا اینکه خیر کماکان باب کلاهبرداری و معاملات معارض مفتوح خواهد بود؟ اگر مفتوح است برای جلوگیری از تضییع حقوق سایرین چه تدبیری باید اندیشید؟

آیا چاره کار این است که معامله راجع به اموال غیر منقول را معامله‌ای تشریفاتی و تشریفات را نیز مربوط به مرحله ثبوت یا وجود یا تحقق عقد یعنی شرط صحت عقد بدانیم نه مربوط به مرحله اثبات؟

نظریات حقوقی مختلف و رویه قضایی غالب را نیز درباره این پرسش مطرح می‌کنیم و آنگاه به وضوح خواهیم دید که حتی از این طریق نیز توفیقی برای انسداد باب

کلاهبرداری و معاملات معارض نسبت به آپارتمان‌های ساخته نشده، حتی ساخته شده به دست نمی‌آوریم.

در پایان به این نتیجه خواهیم رسید که در نظام حقوقی کنونی مان جای قانون حمایتی با ضمانت اجرای بالا خالی است و داشتن چنین قانونی با پیشنهاد لایحه‌ای جامع و مستقن از سوی قوه قضاییه اجتناب‌ناپذیر است.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بخش اول - بررسی امکان یا عدم امکان تطبیق آپارتمان ساخته شده با اقسام مبیع

قانون مدنی ایران ضمن اینکه تعریفی کلی از عقود ارائه داده، برخی عقد معین (با نام) مانند بیع و اجاره را نیز جداگانه تعریف کرده است.

علی‌الاصول نباید بین تعریف کلی عقد و تعاریفی که از عقود معین به‌طور جداگانه به عمل آورده است تعارض باشد و اگر در بادی امر تعارضی به‌نظر برسد باید به‌نحو اصولی و منطقی توجیه و رفع تعارض گردد.

ماده ۳۳۸ ق.م.بیع را این‌چنین تعریف کرده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.» از این تعریف چنین برمی‌آید که بیع اولاً عقدی تملیکی است، ثانیاً از عقود معوض است، ثالثاً مبیع باید عین باشد.

اجاره را نیز در ماده ۴۶۶ بدین‌گونه تعریف کرده است: «اجاره عقدی است که به‌موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود...» سایر شرایط صحت و ارکان اجاره مثل مدت اجاره، معوض آن (اجاره بها) و... را در مواد دیگر بیان فرموده است و این تعریف و یا تعریفی که ماده ۶۴۸ از «قرض» کرده این دو نوع عقد را نیز در زمره عقود تملیکی قرار می‌دهد اما بین این تعاریف و تعریفی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی از «عقد» کرده است تعارض وجود دارد. برابر این ماده: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد» براساس این تعریف، عقد عبارت از توافقی است که از آن تعهد به‌وجود می‌آید و چگونه می‌توان توافقی را که مثل عقد بیع و اجاره و قرض، اثر آن تملیک فوری و بی‌درنگ مال است نه ایجاد دین، عقد نامید؟

برای رفع این تعارض حقوقدانان راه‌حل‌ها و تفاسیر و تعبیر گوناگون و ارزنده‌ای ارائه کرده‌اند که در جای خود در خور مطالعه است و به نظر می‌رسد بر این گفته که بگوییم: تعریف قانون مدنی از عقد یک تعریف کلی و عام است که شامل همه عقود با نام و بی‌نام می‌شود و تعاریفی که قانون یاد شده به‌طور جداگانه از برخی عقود معین (تملیکی) کرده تعاریفی خاص هستند ایرادی نباشد یعنی بین آن تعریف کلی عقد و این تعاریف اختصاصی عقود معین، رابطه منطقی عموم و خصوص مطلق برقرار است.

این مقدار توضیح برای اخذ این نتیجه است که در بحث پیش‌رو صحبت از عقدی است معین و با نام به‌نام بیع یا فروشی که مقتضای آن تملیک یا انتقال مالکیت است نه تعهد به معنای گسترده آن. منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده به صرف ایجاب و قبول به نحو فوری و بی‌درنگ واقع می‌شود و ایجاد حق عینی برای هر یک از متعاملین می‌کند لیکن ایجاد این حق عینی در مورد قسمی از مبیع که کلی است و بعداً توضیح داده خواهد شد منوط به انجام کار دیگری (تعیین مصداق) است.

به مستنبط از تعریف قانون مدنی از بیع این عقد با نام و معین دارای دو مورد معامله است: یکی عین و دیگری عوض معلوم. عین، «مبیع» و عوض معلوم، «ثمن» نام دارد. ظاهر قید «عین» در ماده ۳۳۸ مانع از این است که منفعت یا حق یا عمل یا وجه رایج بتوانند مبیع واقع شوند، ولی منعی برای آنکه ثمن واقع شوند نیست هرچند متداول این است که ثمن نیز وجه رایج است.

«عین» به مستنبط از مواد ۳۵۰، ۳۵۱، ۲۶۱، ۴۰۲ و ۴۸۲ قانون مدنی از یک منظر به دو قسم تقسیم شده است: ۱- عین معین، ۲- عین کلی که قسم اخیر خود به دو قسم کلی فی‌المعین (که به آن در حکم عین خارجی نیز گفته می‌شود) و کلی فی‌الذمه تقسیم می‌گردد. همان‌طور که اشاره شد اگر مبیع عین معین باشد تملیک که در هر حال مقتضای بیع است اثر فوری آن خواهد بود چون منوط به تعیین مصداق توسط بایع یا مشتری نیست.

اکنون پس از ارائه تعریفی از آپارتمان، هریک از اقسام سه‌گانه مبیع و امکان یا عدم امکان تطبیق آپارتمان ساخته نشده با این مفاهیم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

«آپارتمان^۱ واژه‌ای فرانسوی و اسم است و در اصطلاح معماری قسمتی از عمارت مرکب از چند اتاق و ضمایم آنهاست و در تداول، ساختمان مجزا و مستقل را گویند.»^۲ با عنایت به اینکه آپارتمان واژه‌ای فرنگی است فرهنگستان زبان و ادب پارسی «کاشانه» را به عنوان جایگزین آن تصویب و اعلام کرده ولی همان‌گونه که پیداست این واژه تاکنون نتوانسته نقش جایگزینی خویش را ایفا کند.

1- appartement.

۲- فرهنگ مرحوم دکتر محمد معین (واژه آپارتمان).

تعاریف یاد شده و تعاریف دیگری که در سایر فرهنگ‌های لغت فارسی آمده نه تنها تعاریفی حقوقی نیستند بلکه به عنوان یک تعاریف عرفی و متداول نیز جامع و مانع نیستند.

در تعریف حقوقی آپارتمان با توجه به مواد ۱ تا ۳ قانون تملک آپارتمان‌ها و مواد مندرج در فصل اول (قسمت‌های اختصاصی) و فصل دوم (قسمت‌های مشترک) آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها حداقل قید صدور سند مالکیت مجزا برای هریک واحد آپارتمان در یک مجموعه یا مجتمع ساختمانی که مبین قسمت‌های اختصاصی و مشترک یا مشاع آپارتمان با آپارتمان‌های دیگر باشد ضروری است.

گفتار نخست - عین کلی (کلی در معین کلی در ذمه)

مورد معامله از جهت منطقی می‌تواند کلی یا جزئی باشد. کلی عبارت از مفهومی است که قابل انطباق بر افراد متعدد باشد و جزئی عبارت از مفهومی است که فقط بر یک فرد منطبق است. اصطلاحات مذکور که از منطق وارد حقوق شده است در علم حقوق تغییر عبارتی یافته و مورد سومی به آن اضافه شده است. در اصطلاح حقوق، عنوان کلی به «کلی فی الذمه» یا «کلی در عمده» و عنوان جزئی به «عین معین» تغییر پیدا کرده و مورد سوم که در حقوق به دو مورد دیگر اضافه شده مورد «کلی در معین» است.^۱

«مال مورد معامله از حیث اوصاف مهم آن به مال مثلی و قسمی تقسیم می‌گردد. مطابق ماده ۶۵۰ ق.م مال مثلی مالی است که دارای شبیه و نظیر در مفهوم حقوقی نیست و... اگر فرض کنیم دو خانه در یک مکان و با یک مصالح و نقش معین مساوی و شرایط یکسان ساخته شود حداقل اختلاف بین آنها این است که یکی از آن دو یک قواره به خیابان اصلی نزدیک‌تر و دیگری یک قواره دورتر است و همین وصف ممکن است سبب اختلاف در انتخاب به وسیله اشخاص شود هرچند که ممکن است قیمت آن دو مساوی باشد... و مثل آپارتمان که با در نظر گرفتن تمام خصوصیات، نوعاً امثال از هر جهت مساوی ندارد. به طوری که اختلاف افراد آن مالی در خصوصیات می‌تواند مؤثر در جلب تمایل اشخاص و موجب اختلاف اشخاص در انتخاب گروه هرچند ممکن است از حیث قیمت متفاوت نباشد.

به تعریف مذکور در بالا می‌توان اضافه کرد که مالی مثلی است که قابل تقسیم به اجزای از هر جهت مساوی باشد و مال قیمی مالی است که چنین نباشد. مثلاً یک تن شکر می‌تواند به ده قسمت صد کیلویی یا ده دستگاه اتومبیل سفید رنگ صفر کیلومتر یک مدل می‌تواند به دو قسمت پنج دستگاهی تقسیم شود به طوری که قسمت‌های مذکور در هریک از شکر و اتومبیل، از هر جهت مساوی است و هیچ تفاوتی بین آن‌ها وجود ندارد....

با در نظر گرفتن مطالب بالا این ضابطه کلی را می‌توان نتیجه گرفت: «مالی مثلی می‌تواند به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین و یا عین معین مورد معامله واقع شود ولی مال قیمی منحصراً باید به صورت عین معین معامله گردد و آلا معامله باطل خواهد بود» مثلاً یک تن شکر که ... در صورتی که یک دستگاه خانه که مال قیمی است منحصراً باید به صورت عین معین مانند خانه‌دارای پلاک مشخص واقع در کوچه معین معامله شود و اگر به صورت کلی فی‌الذمه مانند یک دستگاه خانه واقع در تهران یا به صورت کلی در معین مانند یک دستگاه خانه از پانزده دستگاه خانه ساخته شده در کوچه معین، فروخته شود معامله باطل است. منشأ بطلان چنین معامله‌ای مجهول ماندن برخی از اوصاف مهم مورد معامله نزد متعاملین خواهد بود زیرا هیچ‌یک از خانه‌ها در همه اوصاف مهم باهم برابر نیست. در صورتی که تمام اوصاف مهم خانه مورد معامله در زمان عقد بیان شود آنگاه مورد معامله منحصربه‌فرد مشخصی خواهد گردید که در این صورت مورد معامله از کلیت خارج شده و عین معین خواهد شد.^۱ برای تکمیل عبارات آن استاد مرحوم می‌توان اضافه کرد که مال مثلی می‌تواند به صورت عین یا کلی (فی‌الذمه یا فی‌المعین) معامله شود ولی مال کلی الزاماً باید مثلی باشد یعنی هر کلی مثلی هست ولی هر مثلی کلی نیست.

آقای کاتوزیان^۲ پس از تعریف «عین» و تقسیم آن «منفعت» به عنوان دو قسم از اقسام اموال، به بیان اقسام عین در قانون مدنی پرداخته و شایع‌ترین تقسیم عین را تقسیم آن به «عین معین» و «در حکم عین معین» ذکر می‌فرمایند و در تعریف عین معین می‌گویند: عین معین مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال، مشخص و قابل

۱- پیشین، شماره ۲۵۷ و ۲۲۷.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، شماره‌های ۲۵ الی ۲۹.

اشاره باشد، مانند این کتاب یا آن زمین و ادامه می‌دهند عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می‌شود ممکن است مفروز یا مشاع باشد و پس از تعریف مال مفروز و مشاع و نیز تعریف «در حکم عین معین» و ذکر مثال‌هایی برای هر یک اظهار می‌دارند عینی که در حکم معین است با مال مشاع تفاوت دارد و این تفاوت و آثار آن را با ذکر مثال‌هایی تشریح می‌نمایند.

مرحوم دکتر سید حسن امامی نیز معتقدند ماده ۳۵۰ ق.م.مبیع را به دو قسم نموده: الف: عین خارجی و در حکم آن، ب: کلی فی‌الذمه و در تعریف عین خارجی می‌فرمایند: عین خارجی که آن را عین شخصی و عین معین نیز گویند به چیزی گفته می‌شود که در خارج موجود و بتوان به آن اشاره حسیه نمود مانند آن خانه و آن دو گونی گندم موجود. سپس با تقسیم عین خارجی به قسم مفروز و مشاع به تعریف هر قسم می‌پردازد.^۱

به عقیده اینجانب اگر نظر حقوقدانان یادشده از تقسیم عین معین به مشاع و مفروز این باشد که دو قسم دیگر عین، یعنی کلی فی‌الذمه و کلی فی‌العین (در حکم عین معین) نمی‌توانند دارای اقسام مشاع و مفروز باشند به نظر می‌رسد چنین نباشد چون مال کلی فی‌العین مثلاً یک سکه طلا از مجموع این ۱۰ سکه می‌تواند مفروزاً مورد معامله قرار گیرد یا مشاعاً در صورت اخیر، مورد معامله بخشی مشاع از یک سکه از مجموع این ۱۰ عدد سکه است. به همین نحو معامله مال کلی فی‌الذمه نیز می‌تواند به نحو مفروز یا مشاع صورت پذیرد.

اکنون می‌خواهیم ببینیم آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که قرار است در آینده ساخته شود می‌تواند مبیع واقع شود؟ به عبارتی در تقسیمات سه‌گانه‌ای که برای عین ذکر شد می‌گنجد یا نه؟ اگر می‌گنجد عین معین است یا در حکم عین معین است یا کلی است؟

در مقام تبیین بیشتر سوال و به عبارتی تحریر محل نزاع اشاره می‌شود که دو مبنای مفروض را نباید از خاطر برد یکی اینکه طرفین می‌خواهند بیع را واقع سازند نه اینکه درباره ساخت ساختمانی و فروش آن پس از تکمیل پیمانی ببندند. چنین پیمانی را نمی‌توان بیع نامید و سخن بر سر آن نیست. دیگر اینکه مورد معامله آپارتمان ساخته شده نیست، حتی آپارتمان نیمه تمامی که در همان وضع موجودش قرار است مورد معامله

(مبیع) واقع شود نمی‌باشد، بلکه مبیع آپارتمانی است که هنگام عقد بیع وجود خارجی نیافته است اما مسلماً مکان و موقعیت دقیق عرصه (زمین) آن و مختصات و موقعیت آن در فضا (شماره طبقه، شمال، جنوب...) و نقشه داخل و نما و مساحت و ابعاد آن و نوع مصالحی که باید در ساختش به کار گرفته شود و حتی تاریخ دقیق تکمیل و آماده بهره‌برداری شدنش و... برای طرفین مشخص و معلوم است و از این حیث ابهامی وجود ندارد.

بدین ترتیب پذیرفتنی است که بگوییم آپارتمان، حتی ساخته و تکمیل شده‌اش چه رسد به ساخته نشده آن هرگز نمی‌تواند عین کلی (فی‌المعین یا فی‌الذمه) قلمداد گردد زیرا اولاً کلی مفهومی است که باید بتواند قابل انطباق بر افراد عدیده باشد (ماده ۳۵۱ ق.م) و چنین مفهومی نمی‌تواند حتی بر دو دستگاه آپارتمان که در یک مجتمع آپارتمانی عظیم در طبقه‌ای واحد و مجاور هم با نقشه و مصالح و امکاناتی مشابه هم ساخته‌اند اطلاق گردد، چه، به هر حال تفاوت این دو دستگاه آپارتمان در موقعیت یا مختصات مکانی‌شان در فضا و به‌ویژه در ملحقات آن‌ها (پارکینگ و انباری و کنتور برق اختصاصی و...) که مانع از انطباق یک مفهوم کلی بر آنهاست نمایان می‌گردد؛ البته ممکن است نظر مخالفی نیز در این زمینه باشد که تسامح عرفی و دید مردم مبنی بر شباهت آپارتمان‌ها را صحیح و عقد بیع را نسبت به آن نافذ بدانند ولی با توضیحی که داده شد و نیز توضیح ذیل، این نظر نمی‌تواند صائب باشد، ثانیاً در بیع کلی تملیک مبیع با تعیین یا انتخاب فروشنده از بین امثال و اشباه موجود است و موکول و منوط بر موجودیت خارجی یافتن آن نیست.

گفتار دوم - عین معین

آپارتمان ساخته نشده با توجه به تعریفی که از عین معین ارائه شد اساساً مصداق عین معین نیز نمی‌تواند باشد. لذا از این مدخل و تحت این عنوان یا با این وصف هم نمی‌تواند مبیع واقع شود و اگر مبیع واقع شود بیع باطل خواهد بود.

مرحوم دکتر سید حسن امامی می‌فرماید: «در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن است باید در حین عقد موجود باشد. مثلاً هرگاه کسی اسبی را بفروشد باید آن اسب در زمان انعقاد عقد بیع موجود باشد و الاً هرگاه پس از عقد کشف شود که قبل از آن گرگان آن را دریده‌اند بیع باطل است زیرا معامله یکی از ارکان اساسی را فاقد بوده است.

بدین جهت است که ماده ۳۶۱ ق.م می‌گوید: اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است»^۱.

آقای دکتر ناصر کاتوزیان نیز عقد بیع را در صورتی درست نمی‌داند که مبیع دارای شش شرط یا وصف باشد و «موجود بودن مبیع هنگام عقد» را در صدر این شرایط ذکر می‌فرماید^۲ ولی معظم‌له در جای دیگری از همین کتاب زیر عنوان «فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود» (شماره‌های ۱۸۸ تا ۱۹۱) با بیان استدلالاتی چند پذیرش اینکه آپارتمان ساخته نشده بتواند مبیع واقع شود را برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر مؤسسه‌های بزرگ ساختمانی و رعایت مصلحت عمومی ضروری و آن را چاره‌اندیشی حقوق‌دان برای تأمین و اجرای عدالت می‌داند و معتقدند در این تلاش باید به هدف (عدالت) بیش از وسیله‌اندیشید و قوانین را به گونه‌ای تفسیر کرد که از قالب کهن درآید و به حرکت ادامه دهد اما ثبت رسمی چنین معاملاتی را شرط صحت بیع می‌داند که موضوع بخش دوم این مقاله است.

خلاصه استدلالات یادشده بدین قرارند: ۱- نخست دو فرض را ترسیم می‌فرمایند: یکی اینکه بنای طرفین بر تملیک مال موجود است مثلاً اگر مالکی پیشنهاد کند گندم موجود در انبار را بفروشد و خریداری که گندم‌ها را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود گندم سوخته است باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که دو طرف می‌خواهند از هم‌اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند مثل موردی که مالک اسب بخواهد حمله را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم‌اکنون در برابر ثمن انجام گیرد. در این فرض چون حق قائم به معدوم نمی‌شود طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند زیرا بنا به فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن (تراضی) انتقال یابد. مؤلف یاد شده ماده ۳۶۱ ق.م را ناظر به همین فرض می‌داند. الف: فرض دیگر آن است که طرفین قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند. در این فرض دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد و چون حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو

۱- مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۴۱.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین (۱)، شماره ۷۱.

نمی‌شود به بیان دیگر تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است. در فرض اخیر تنها اشکال متصور را امکان جدایی سبب از اثر می‌دانند و این اشکال را نیز با تکیه بر اعتباری بودن تأثیر سبب و درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما (امکان تعلیق تأثیر سبب) قابل دفع می‌دانند، ب: از بیع مال کلی نیز به‌عنوان نمونه دیگری برای فرض اخیر نام می‌برند که در آن تملیک منوط به انتخاب فروشنده می‌گردد، ج: نمونه سومی که آن را نزدیک‌تر به فرض می‌دانند وصیت است. در وصیت تملیک بی‌درنگ انجام نمی‌شود و منوط به مرگ موصی است، د: در وصیت به مال آینده انتقال زمانی صورت می‌گیرد که موصی به موجود شده است ولی اگر در همین عمل حقوقی، موصی نظر به تملیک مال موجود داشته باشد و معلوم شود در اشتباه بوده (وصیت به اسب مرده‌ای که موصی زنده می‌پندارد) وصیت موثر نمی‌افتد و بطلان آن حتمی است، هـ: مشارالیه تملیک منفعت در اجاره را نیز به عنوان نمونه دیگر معامله به مالی که در زمان عقد موجود نیست نام می‌برد، و: و با اشاره به پاسخ یا توجیه عالیه در تذکره که فرمودند: «ضرورتی ندارد معقود علیه وجود تحقیق (محقق) داشته باشد بلکه اگر وجود تقدیری نیز نداشته باشد برای صحت آن عقد کافی است و منافع مورد اجاره از این نوع است یعنی هنگام عقد معدوم نیست و مقدره الوجود است» اظهار می‌دارند، ز: توجیه منطقی‌تر این است که اجاره سبب تملیک اجزاء منافع می‌شود تا خودبه‌خود به ملکیت مستاجر درآید، ح: پس از ذکر نمونه‌های تملیک مال آینده و توضیح قراردادهای منجز و معلق به این نتیجه می‌رسند که اگر پذیرفته شود که در بیع نیز تراضی دو طرف می‌تواند سببی را که در حال عادی (اطلاق) موجب تملیک منجز و بی‌درنگ مبیع می‌شود معلق به وجود آینده آن کند باید بیع مال آینده نیز مورد قبول قرار گیرد، منتها چون ماده ۳۳۸ ق.م. تملیک عین را بیع می‌داند می‌تواند چنین عقدی را «قرارداد درباره فروش مال آینده» نامید. ملاحظه می‌شود مولف محترم اساساً چنین عقدی را دیگر «بیع» به‌عنوان یکی از اقسام عقود معین نمی‌دانند. بلکه یکی از عقود بی‌نام موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند که البته همانند عقود تملیکی با نام (قرض، اجاره، بیع و...) برای آن کارکردی تملیکی قائلند یعنی آن را موجد حق عینی می‌دانند. مشارالیه در ادامه با قاطعیت اظهار می‌داند تأمیل بیشتر در موضوع ماده ۳۶۱ ق.م. نشان می‌دهد که حکم (بطلان) ناظر بر فرض نخست است. در فرض دوم مبیع عین معین نیست، زیرا هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد. ابتکار فروشنده در

چگونگی ساخت آن نقش مؤثر دارد و... پس نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست. به نظر اینجانب حتی اگر فروشنده یا سازنده را نیز در چگونگی ساخت و انتخاب نقشه و مصالح مختار ندانیم و وی را ملزم به تبعیت دقیق از تمام جزئیات و اوصاف قراردادی ساختمان بدانیم بازهم مبیع را نمی‌توان عین معین یا در حکم عین معین دانست چون ضابطه یا مشخصه عین معین، وجود محسوس و ملموس و عینی داشتن مبیع در هنگام عقد است، ط: به هر حال استاد یادشده با دست کشیدن از تقسیمات سه‌گانه مبیع در اینجا آن را چیزی میانه عین و کلی می‌دانند که با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده در تملیک آن مؤثر واقع می‌شود و خودبه‌خود به خریدار تعلق می‌یابد (برای وی حق عینی ایجاد می‌کند) ولی در بیع کلی تملیک مبیع با وجود یافتن آن انجام نمی‌شود و باید از سوی فروشنده به‌عنوان مبیع انتخاب شود. بدین ترتیب اگر «فروش آپارتمان» به صورت «قرارداد درباره فروش آپارتمان» و در «سند رسمی» در آید پس از پایان کار آنچه ساخته شده به ملکیت خریدار درمی‌آید. به نظر اینجانب صرف صدور پایان کار ساختمان و آماده بهره‌برداری شدن آن کافی برای اینکه مبیع را موجودیت یافته بدانیم نیست، بلکه اخذ صورت مجلس تفکیکی و صدور سند مالکیت تفکیکی آپارتمان مبین بخش‌های اختصاصی و اشتراکی آپارتمان برای اطلاق عنوان موجودیت یافتن مبیع لازم است.

جناب آقای دکتر کاتوزیان تملک آپارتمان را پس از پایان ساختمان با اینکه از سوءاستفاده ارادی فروشنده می‌کاهد برای تأمین حقوق خریداران کافی نمی‌دانند چون احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد، در این صورت آنچه ساخته شده از آن او و طلبکاران است و به تعبیر اینجانب برای مصرف‌کننده تنها یک حق دینی وجود دارد.

ایشان برای جلوگیری از این وضع شرط تملیک تدریجی را که در حقوق انگلیس و فرانسه پذیرفته شده پیشنهاد می‌کنند و آن را در حقوق ما نیز بدین استدلال که اگر تعلیق تملیک به ساخته شدن کل آپارتمان قابل پذیرش باشد ساخته شدن جزئی از مبیع نیز که از همان‌گونه است نافذ می‌دانند.

بخش دوم - تشریفات و غیر تشریفات بودن عقود از حیث ثبوت و اثبات و جایگاه عقد بیع آپارتمان ساخته نشده در این تقسیمات

مرحوم دکتر مهدی شهیدی می‌فرماید: «عقد از حیث آزاد یا مشروط بودن خلایق اراده به سه نوع قصدی، تشریفات و عینی تقسیم می‌شود. عقد قصدی که به اشتباه در حقوق ایران، عقد رضایی نامیده شده است عقدی است که در صورت اجتماع شرایط اساسی و اختصاصی معاملات، صرفاً با قصد مشترک طرفین به شرط ابراز و بدون نیاز به امر دیگری تشکیل می‌شود. برعکس، عقد تشریفات عقدی است که علاوه بر شرایط اساسی و اختصاصی برای تاثیر اراده ابراز شده در تشکیل عقد، امر یا امور دیگری که تشریفات نامیده شده است لازم می‌باشد. عقد عینی، عقدی است که برای تشکیل آن، تسلیم مورد معامله نیز ضروری است. عقد عینی در حقیقت نوعی عقد تشریفات و غیرقصدی است که امر زاید بر قصد طرفین در آن یعنی تسلیم مورد عقد لازم است.»^۱

جناب آقای دکتر صفایی می‌فرماید: «... به هر حال در حقوق امروز عقود تشریفات کمتر دیده می‌شود و اصل، رضایی بودن قراردادهاست...»^۲ جناب آقای دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی عقد تشریفات را به دو قسم تقسیم می‌کنند: قسم اول تشریفات مربوط به وجود عقد است یعنی اگر رعایت نشود، اصلاً عقد به وجود نمی‌آید. قسم دوم تشریفات مربوط به اثبات عقد است و تنظیم سند رسمی در فروش اموال غیرمنقول را از تشریفات مربوط به اثبات عقد می‌دانند و نه از تشریفات مربوط به تحقق عقد.^۳ مشارالیه همچنین در مبسوط می‌فرماید: عقد تشریفی عقدی است که به صرف تراضی طرفین واقع نشود یا اینکه واقع شود ولی اثبات عقد در مراجع رسمی نیاز به اعمال تشریفات (مانند تنظیم سند رسمی) داشته باشد. پس تشریفات دو قسم است: اول تشریفات وجود عقد یعنی اگر رعایت نشود اصلاً عقد به وجود نمی‌آید. در قانون ایران این قسم وجود ندارد. دوم تشریفات اثبات عقد. هرگاه در مورد عقدی قانون رعایت برخی از تشریفات را لازم بداند ولی معلوم نباشد که تشریفات از نوع اول است یا از نوع دوم؟ آن را باید محصول بر نوع

۱- مرحوم دکتر مهدی شهیدی، حقوق مدنی، جلد اول، تشکیل قراردادها و تعهدات، شماره‌های ۵۲ و ۵۴.

۲- دکتر سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، ص ۴۲.

۳- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تاثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری، کتابخانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۸ - ۷۵ - ۶۶۳ ...

دوم دانست.^۱ در اینجا نظریات مختلف درباره این پرسش که «بیع آپارتمان ساخته نشده» بنابه قول صحت و اعتبار چنین بیعی یا «قرارداد درباره فروش آپارتمان ساخته نشده» در زمره عقود رضایی است یا تشریفاتی؟ مورد طرح و بررسی و نتیجه‌گیری قرار می‌دهیم. در ابتدا باید گفت آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد جزو اموال غیرمنقول است لذا معاملات راجع به اموال غیر منقول تابع معاملات املاک و شرایط آنهاست.

گفتار نخست - ادله قائلین به تشریفاتی بودن این عقد

جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان معتقدند که بایستی بین املاکی که هنوز به ثبت نرسیده و وزارت دادگستری به استناد ماده ۴۷ قانون ثبت تنظیم سند رسمی را در انتقال ضروری دانسته با املاک ثبت شده تفاوت قایل شد. در مورد گروه نخست یعنی املاک ثبت نشده چون ضمانت اجرای تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک تنها این است که سند عادی در دادگاه پذیرفته نشود (ماده ۴۸) باید پذیرفت که تشریفات ثبت برای اثبات عقد است نه وقوع آن. بنابراین اگر خواننده به وقوع بیع اقرار کند دادگاه باید آن را به‌عنوان دلیل بپذیرد برعکس درباره املاک ثبت شده چون ماده ۲۲ قانون ثبت صراحت دارد که «دولت فقط کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده مالک خواهد شناخت» وقوع بیع بستگی به تشریفات ثبت دارد.^۲ در این فرض نظر به اینکه دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد که انتقال ملک به او در دفتر املاک ثبت شده باشد و از آنجا که فقط انتقال واقع شده در دفاتر اسناد رسمی در آن دفتر ثبت می‌شود بی‌گمان دلایل دیگر مانند شهادت و اماره و سوگند نیز برای اثبات انتقال عادی پذیرفته نمی‌شود.^۳ ایشان برای اثبات نظر خویش از جمله می‌افزایند: «... حکمت اجباری شدن ثبت املاک و تشریفات مربوط به خرید و فروش، اعمال نظارت بر انتقال سرزمین ملی و جلوگیری از وقوع معامله معارض است».^۴

۱- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ميسوط در ترمینولوژی حقوق، وازه عقد تشریفی.

۲- دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، شماره ۶۰.

۳- همان، شماره ۱۷۷.

۴- همان، شماره ۱۷۴.

گفتار دوم - ادله قائلین به غیر تشریفاتى بودن این عقد

مرحوم دکتر مهدی شهیدی نظری مخالف نظر یاد شده دارند. ایشان می‌فرمایند: «... اصل حاکمیت اراده در تفسیر قراردادها و قوانین مربوط همیشه همراه ما خواهد بود، دست کشیدن از حاکمیت اراده و آثار آن در برخورد با موانع قانونی همیشه مطلق نیست... با توجه به آنچه ذکر شده باید بگوییم فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی را نمی‌توان باطل دانست، بلکه باید آن را معامله صحیحی شمرد که پیش از ثبت سند آن در دفتر اسناد رسمی نمی‌توان وقوع آن را به صرف ارائه سند عادی نزد ادارات دولتی و محاکم دادگستری آشکار ساخت...»^۱ ایشان دلایل دیگری نیز بر صحت فروش اموال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی ارائه می‌کنند از جمله به اصل صحت که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی آمده است و مبنای رواج و ثبات بخشیدن به معاملات می‌باشد استناد می‌فرمایند. در تفسیر ماده ۴۸ قانون ثبت نیز می‌گویند: «... آنچه در این ماده مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است سند معامله است نه خود معامله و نسبت به وضعیت سند یعنی خود معامله حکمی مقرر نگردیده است...» و قانون ۲۲ قانون یادشده را نیز هرگز دلیل بر بطلان معامله‌ای که در دفتر املاک به ثبت رسیده نمی‌دانند.^۲ به عقیده مرحوم دکتر سید حسن امامی، در قانون مدنی ایران عقود تشریفاتى که بدون انجام تشریفات باطل شناخته شود وجود ندارد و لزوم ثبت معاملات راجع به املاک و هبه‌نامه، صلح‌نامه و شرکت‌نامه برای اثبات آن در نزد مقامات صالحه است نه آن‌که بدون ثبت، معامله صحیح نشود.^۳ پیش از این از نظر جناب آقای دکتر لنگرودی نیز آگاهی یافتیم. مشارالیه تنظیم سند رسمی در فروش اموال غیر منقول را از تشریفات مربوط به اثبات عقد می‌دانستند نه تشریفات مربوط به تحقق عقد. جناب آقای دکتر سید حسین صفایی نیز معتقدند از ماده ۲۲ قانون ثبت این قاعده که تنظیم سند رسمی شرط صحت معامله باشد استنباط نمی‌گردد. اصل این است که ثبت از شرایط صحت معامله نیست. بنابراین می‌توان گفت کسی که نام او در دفتر املاک ثبت شده مالک شناخته می‌شود مگر اینکه خلاف آن با دلیل معتبر قانونی در دادگاه اثبات گردد.^۴ ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک، سند عادی

۱- دکتر مهدی شهیدی، مجموعه مقالات، مقاله فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی، صص ۵۴ و ۵۵.

۲- همان.

۳- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۷۵.

۴- دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، ص ۴۳، پاورقی.

مربوط به معامله نسبت به مال غیر منقول را دارای قابلیت تعارض با سند رسمی معامله نسبت به آن مال که مؤخرأ صورت گرفته می‌داند اما رأی وحدت رویه شماره $\frac{۴۳}{۱۳۵۱/۸/۱۰}$ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ذیل این ماده سند عادی راجع به معامله مال غیر منقول را فاقد قابلیت تعارض با سند رسمی می‌داند. این رأی مورد نقد برخی حقوق دانان قرار گرفته است. از جمله مرحوم دکتر مهدی شهیدی می‌فرمایند: «... از رأی وحدت رویه لازم الاتباع مزبور نمی‌توان بطلان معامله مال غیرمنقول مندرج در سند عادی را استنباط کرد زیرا عبارات رأی مزبور منحصرأ ظهور در عدم قابلیت تعارض سند عادی با سند رسمی دارد نه بطلان معامله که با لحاظ اینکه تاریخ سند عادی قابل استناد در برابر ثالث نیست تعارض دو سند را بدوآ و بدون احراز صحت تاریخ می‌توان منتفی دانست...^۱ مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی دادستان وقت کل کشور نیز از جمله مخالفین این رأی بودند که در مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور منتهی به صدور این رأی وحدت رویه نظر خویش را این چنین بیان فرمودند: «... مسلم است که وقتی سند غیررسمی تنظیم می‌شود و مال غیرمنقول طبق آن به کسی منتقل می‌گردد و بعداً به موجب سند رسمی همان مال به دیگری انتقال داده می‌شود این دو سند مخالف یکدیگر می‌باشند و مفهوم تعارض مصداق پیدا می‌کند...»^۲ مرحوم دکتر شهیدی همچنین بر این عقیده‌اند که اثر لازم الاتباع این رأی مبنی بر عدم تحقق جرم را نمی‌توان به عدم قابلیت تعارض سند عادی با سند رسمی تشری داد^۳ رویه قضایی غالب نیز این نوع قراردادها را مادامی که مورد اقرار تلویحی یا صریح خواننده باشد معتبر شناخته و با احراز وقوع بیع راجع به مال غیر منقول خواننده را به استناد ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک به حضور در دفتر اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی انتقال ملک - آپارتمان یا ساختمان به نام خواننده ملزم می‌نماید.

۱- مرحوم دکتر مهدی شهیدی، همان.

۲- مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور منتهی به رأی وحدت رویه شماره

نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

با توجه به آن‌چه که ضمن دو بخش مطرح شد دیدیم که در مسئله امکان یا عدم امکان بیع آپارتمان ساخته نشده (صحت یا عدم صحت چنین بیعی) و در صورت پذیرش صحت و اعتبار آن، در مسئله شرط صحت بودن یا نبودن وقوع چنین بیعی نزد سر دفتر اسناد رسمی (تشریفی بودن عقد در مرحله وقوع و ثبوت) بین حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد و رویه قضایی هم تاب گرایش به هریک از دو نظر را داراست. بنابراین شفاف‌سازی و ابهام‌زدایی از قانون در این زمینه اجتناب‌ناپذیر می‌نماید تا امر پیشگیری که همیشه مقدم بر مقابله و برخورد است جامه عمل بپوشد. به نظر من حقیقت این است که قانون‌گذار هنگام وضع مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ و ۱۱۷ قانون ثبت با واژه‌های ابطال یا بی‌اعتبار یا شرط صحت ناآشنا نبوده است و به راحتی می‌توانسته مقرر دارد که «بیع مال منقول (به ثبت رسیده یا نرسیده) اگر نزد سر دفتر اسناد رسمی با رعایت تشریفات قانونی تا ثبت سند مربوط واقع نشود باطل است.» ولی لابد به لحاظ محظوراتی از چنین صراحتی چشم پوشیده است و نتیجه آن بروز اختلاف نظرهای حقوقی و به دنبال آن وقوع این همه معاملات معارض و کلاهبرداری است که شاهد آن بوده و هستیم. لایحه (ماده واحده) حمایت از پیش خریداران مسکن مصوب ۱۳۵۸ و آیین‌نامه اجرایی آن که پس از بیست سال! نوشته شد به لحاظ نداشتن ضمانت اجرایی کافی عملاً متروک مانده است. قوه محترم قضاییه نیز در راستای انجام رسالت پیشگیری از طرح دعاوی، نزدیک دو سال است لایحه‌ای تحت عنوان پیش فروش آپارتمان از طریق دولت راهی مجلس کرده که تاکنون فراز و نشیب‌های زیادی طی کرده است از جمله اینکه اخیراً حتی منتهی به استرداد آن از مجلس توسط دولت شد که مجلس با استرداد آن موافقت نکرد و امید است این لایحه نهایتاً به شکل قانونی جامع و مانع و پاسخگوی نیازهای امروز و فردا به مردم عزیز هدیه شود. این لایحه حاوی فرازهای گوناگون از جمله بیمه - وام - استانداردهای ساخت - تضمین‌های مختلف و دوره‌ای آن و ... می‌باشد. شهرداری و سازمان مسکن نیز با هدف یاد شده از طریق الزام بنگاه‌های املاک به رعایت برخی ضوابط تمهیداتی اندیشیده‌اند اما با توجه به دو موضوعی که در این مقاله مورد بحث قرار گرفت، پیشنهاد می‌شود: ۱- قانون‌گذار با تصویب و الحاق ماده‌ای به قانون مدنی «فروش مالی را که در آینده ساخته می‌شود مانند آپارتمان صحیح اعلام نماید و مقرر دارد اجزای

مبیع به محض ساخت به ملکیت خریدار درآید.» ۲- در قانون ثبت نیز صراحتاً «بیع مال غیر منقول را منوط به وقوع آن نزد سر دفتر اسناد رسمی با رعایت تشریفات قانونی تا ثبت سند مربوط نماید.» تا اصلاح قوانین یاد شده به مصرف کننده یا خریدار نیز توصیه می‌شود تنظیم سند رسمی انتقال (بیع رسمی) قدرالصحه‌اش را عرصه‌ای که قرار است آپارتمان بر روی آن احداث شود را بر قرارداد عادی یا رسمی دیگری درباره ساخت اعیان مقدم دارد تا بدین طریق خسارات احتمال وی تا حداقل ممکن کاهش یابد.

