



دانشگاه تربیت معلم تهران  
دانشکده ادبیات و علوم انسانی  
گروه حقوق و علوم سیاسی  
پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد  
رشته حقوق خصوصی  
عنوان:

## پیش فروش اعیان و حقوق

استاد راهنما:

دکتر لعیان جنیدی

استاد مشاور:

آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی

دانشجو:

راحله قنبریان

بهمن ۱۳۸۷

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدیر به پدر و

مادر عزیز

که همواره باور و

دستیابی بودم لاف

## تقدیر و تشکر

اینک که با فضل و عنایت یگانه رحمتگر هستی تحقیق و نوشتار این پایان نامه خاتمه یافت، بر خود لازم می دانم که از کلیه کسانی که مرا در این راه پرفراز و نشیب یاری رساندند قدردانی نمایم. مخصوصاً خانم دکتر لعلیا جنیدی که در طول مدت تحقیقات همواره با راهنمایی های خود ادامه راه را هموار نمودند و آیت الله موسوی بجنوردی که اینجانب را از نظرات و مشاوره و راهنمایی های ارزنده خود بهره مند ساختند. همچنین از کلیه اساتید و مسئولین وزارت نیرو و مخابرات که در تکمیل بخش های تخصصی این اثر مساعدت نمودند، تشکر و قدردانی می نمایم.

## چکیده

معاملات به شکل پیش فروش مخصوصاً در سال های اخیر گسترش چشمگیری یافته است . این معاملات مشابهت فراوانی با معاملات بیع سلف دارد البته با این تفاوت که در معاملات پیش فروش، ثمن به اقساط پرداخت می گردد لکن در بیع سلف ثمن نقداً و در مجلس تادیه می شود. از سوی دیگر مورد معامله در بیع سلف همواره عین کلی است حال آنکه در معاملات پیش فروش مورد معامله ممکن است عین معین و یا یک حق باشد. بنابراین معاملات پیش فروش به تناسب نوع مورد معامله قابل تفکیک به دو بخش پیش فروش اعیان و پیش فروش حقوق هستند . پیش فروش اعیان نیز در دو قسمت اعیان کلی و اعیان معین قابل بررسی می باشد . مهم ترین بحث در پیش فروش اعیان کلی عدم پرداخت نقدی ثمن و جدی ترین بحث در پیش فروش اعیان معین ،عدم وجود عین معین هنگام عقد می باشد

بخش دیگری از معاملات پیش فروش به فروش حق غیر موجود اختصاص می یابد . در حالی که فروش حق همواره با تردید هایی مواجه بوده است لذا ابتدا به تبیین فروش حق پرداخته شد و استدلالات موافقان و مخالفان بیع حق مورد بررسی قرار گرفت و پس از اثبات صحت چنین عقودی پیش فروش حق و مصادیق آن مورد تحلیل قرار گرفت و نهایتاً به این نتیجه رسیدیم که قراردادهای پیش فروش حق با عقد بیع و یا عقود غیر معین قابل انطباق می باشد.

# فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه .....
۶	بخش اول: پیش فروش اعیان.....
۷	فصل اول: کلیات و مفاهیم مقدماتی.....
۷	مبحث اول: تاریخچه و مفهوم پیش فروش اعیان.....
۸	گفتار اول: مفهوم عین کلی و معین و تمیز مصادیق آنها.....
۹	گفتار دوم: مفهوم پیش فروش اعیان.....
۱۰	گفتار سوم: تاریخچه پیش فروش اعیان.....
۱۳	مبحث دوم: مصادیق اعیانی که مورد پیش فروش واقع می شوند.....
۱۳	گفتار اول: پیش فروش ساختمان.....
۱۵	بند اول: پیش فروش ساختمان در قالب بیع کلی فی الذمه.....
۱۶	بند دوم: پیش فروش ساختمان در قالب بیع عین کلی در معین.....
۱۸	بند سوم: پیش فروش ساختمان در قالب بیع عین معین.....
۱۹	گفتار دوم: پیش فروش وسایل نقلیه.....
۲۲	گفتار سوم: قرارداد آتی ها.....
۲۲	بند اول: تعریف و ویژگیهای قراردادهای آتی ها.....
۲۲	۱- تعریف قرارداد آتی ها.....

- ۲- ویژگی ها و شرایط قرارداد آتی ها..... ۲۳
- بند دوم: جواز یا عدم جواز قرارداد آتی ها..... ۲۵
- ۱- تطبیق قرارداد آتی ها با بیع سلم..... ۲۵
- ۲- تطبیق قرارداد آتیها با بیع کالی به کالی ..... ۲۶
- فصل دوم: پیش فروش عین کلی..... ۲۷
- مبحث اول: مفهوم پیش فروش عین کلی..... ۲۷
- مبحث دوم: تملیکی یا عهدی بودن بیع کلی فی الذمه..... ۲۹
- گفتار اول: عهدی بودن بیع کلی فی الذمه..... ۳۰
- گفتار دوم: تملیکی بودن بیع کلی فی الذمه..... ۳۰
- مبحث سوم: ماهیت پیش فروش عین کلی..... ۳۴
- گفتار اول: پیش فروش عین کلی در قالب بیع سلف یا سلم..... ۳۴
- گفتار دوم: پیش فروش عین کلی در قالب عقد استصناع..... ۳۷
- گفتار سوم: پیش فروش عین کلی در قالب بیع کالی به کالی..... ۴۰
- فصل سوم: پیش فروش عین معین ..... ۴۲
- مبحث اول: پیش فروش عین معین و مشکلات آن..... ۴۳
- گفتار اول: لزوم موجود بودن عین معین هنگام انعقاد عقد در حقوق ایران..... ۴۳
- گفتار دوم: لزوم موجود بودن مبیع در حقوق خارجی..... ۴۵
- بند اول: حقوق مصر..... ۴۶
- بند دوم: حقوق انگلیس..... ۴۷
- مبحث دوم: ماهیت قراردادهای پیش فروش عین معین..... ۴۸

۴۸	گفتار اول: تعهد به معامله.....
۵۰	گفتار دوم: قرارداد مقاطعه.....
۵۳	گفتار سوم: عقد شرکت.....
۵۴	گفتار چهارم: بیع.....
۵۴	بند اول: استصناع.....
۵۶	بند دوم: بیع از روی نمونه.....
۵۷	بند سوم: بیع معلق.....
۶۱	گفتار پنجم: عقد نامعین.....
۶۵	فصل چهارم: آثار پیش فروش اعیان.....
۶۶	مبحث اول: تعهدات طرفین قرارداد.....
۶۶	گفتار اول: تعهدات فروشنده.....
۶۷	گفتار دوم: تعهدات خریدار.....
۶۷	مبحث دوم: ضمانت اجرای تخلف از تعهدات قراردادی.....
۶۸	گفتار اول: تخلف از تعهدات قراردادی در اثر قوه قاهره یا حوادث پیش بینی نشده.....
۶۸	بند اول: تاثیر قوه قاهره بر تعهدات. قراردادی.....
۶۹	بند دوم: تاثیر حوادث پیش بینی نشده بر تخلفات قراردادی.....
۷۰	گفتار دوم: عدم انجام تعهد.....
۷۲	گفتار سوم: اجرای ناقص قرارداد.....
۷۴	گفتار چهارم: تاخیر در اجرای قرارداد.....
۷۶	مبحث سوم: انتقال در قرارداد.....



- گفتار اول: انتقال قهری..... ۷۶
- گفتار دوم: انتقال ارادی..... ۷۷
- بند اول: انتقال از طرف خریدار..... ۷۸
- بند دوم: انتقال از طرف فروشنده..... ۷۹
- نتیجه..... ۸۲
- بخش دوم: پیش فروش حقوق..... ۸۷
- فصل اول: کلیات و مفاهیم مقدماتی..... ۸۸
- مبحث اول: مورد معامله..... ۸۸
- گفتار اول: حق به عنوان قسمی از مورد معامله..... ۸۹
- بند اول: تعریف و مفهوم حق..... ۹۰
- بند دوم: اقسام حق..... ۹۲
- گفتار دوم: مورد معامله در عقود معین..... ۹۵
- مبحث دوم: بیع در فقه و حقوق ایران..... ۹۷
- گفتار اول: مفهوم بیع از دیدگاه فقها..... ۹۷
- گفتار دوم: مفهوم بیع در حقوق و قانون ایران..... ۱۰۰
- گفتار سوم: اوصاف میبع..... ۱۰۲
- بند اول: معلوم و معین بودن میبع..... ۱۰۳
- بند دوم: لزوم عین بودن میبع..... ۱۰۴
- بند سوم: مالیت داشتن میبع..... ۱۰۵
- مبحث سوم: عقد صلح..... ۱۰۷

گفتار اول: معنا و مفهوم عقد صلح.....	۱۰۸
گفتار دوم: عقد صلح در قانون مدنی.....	۱۱۱
گفتار سوم: ماهیت عقد صلح.....	۱۱۲
گفتار چهارم: عقد صلح و ماده ۱۰ ق.م.....	۱۱۵
بند اول: ماده ۱۰ ق.م و پذیرش اصل آزادی قراردادی.....	۱۱۶
بند دوم: ارتباط عقد صلح با ماده ۱۰ ق.م.....	۱۱۸
فصل دوم: فروش حقوق و مصادیق آن.....	۱۲۰
مبحث اول: حقوق به عنوان مبیع.....	۱۲۰
گفتار اول: مالکیت و متعلق آن.....	۱۲۰
بند اول: مفهوم مالکیت.....	۱۲۰
بند دوم: حقوق به عنوان متعلق مالکیت.....	۱۲۳
گفتار دوم: فروش حق.....	۱۲۹
بند اول: عدم صحت بیع حق.....	۱۳۰
بند دوم: صحت بیع حق.....	۱۳۲
بند سوم: بیع حق در حقوق کشورهای دیگر.....	۱۳۶
۱- حقوق فرانسه.....	۱۳۶
۲- حقوق کشورهای عربی.....	۱۳۸
مبحث دوم: مصادیق فروش حق.....	۱۳۹
گفتار اول: قراردادهای برقراری انشعاب آب و برق.....	۱۳۹

- بنداول: تعیین محدوده بحث و مورد معامله..... ۱۳۹
- بنددوم: ماهیت حقوقی قراردادهای برقراری انشعاب آب و برق..... ۱۴۲
- ۱- قرائن بیع بودن قراردادهای برقراری حق انشعاب..... ۱۴۲
- ۲- قرائن و نظریات مخالف با بیع بودن قراردادهای حق انشعاب..... ۱۴۳
- ۲-۱- مبلغ حق انشعاب و دیعه تلقی می‌گردد..... ۱۴۳
- ۲-۲- قراردادهای اشتراک، اجاره است..... ۱۴۷
- ۲-۳- قراردادهای اشتراک، صلح حق است..... ۱۴۸
- ۲-۴- قراردادهای اشتراک، عقد غیر معین در قالب ماده ۱۰ ق. م است..... ۱۴۹
- گفتار دوم: قرارداد اختیارات ..... ۱۵۰
- بنداول: تعریف قرارداد اختیار و انواع آن..... ۱۵۰
- ۱- تعریف..... ۱۵۰
- ۲- انواع اختیارات..... ۱۵۱
- ۲-۱- تقسیم بندی اول: اختیار خرید و فروش..... ۱۵۱
- ۲-۲- تقسیم بندی دوم: اختیار اروپایی و امریکایی..... ۱۵۲
- ۲-۳- تقسیم بندی سوم: اختیارات قابل معامله در بورس های رسمی ..... ۱۵۳
- و فرابورس
- ۳- ویژگی های قرارداد اختیارات..... ۱۵۳
- ۳-۱- قابلیت انجام معامله در بورس و خارج از بورس..... ۱۵۴
- ۳-۲- استانداردها بودن قرارداد اختیارات..... ۱۵۴

- ۳-۳- حساب ودیعه..... ۱۵۴
- ۳-۴- ضمانت اجرای تعهدات..... ۱۵۴
- بند دوم: ماهیت حقوقی قرارداد اختیارات..... ۱۵۵
- ۱- وعده یک طرفی بیع..... ۱۵۵
- ۲- بیع حق..... ۱۵۶
- گفتار سوم: قرارداد انتقال حقوق مولف..... ۱۵۷
- بند اول: مورد معامله..... ۱۵۷
- بند دوم: ماهیت حقوقی قرارداد انتقال حقوق مولف..... ۱۵۹
- ۱- امکان انتقال حقوق مولف در قالب عقد بیع..... ۱۶۰
- ۲- نظریات مخالف با بیع حقوق مولف..... ۱۶۳
- ۱-۲- انتقال حقوق مولف در قالب عقدا جاره..... ۱۶۳
- ۲-۲- انتقال حقوق مولف در قالب عقد صلح..... ۱۶۶
- ۲-۳- انتقال حقوق مولف در قالب ماده ۱۰ ق. م..... ۱۶۷
- ۲-۳-۱- استفاده از ماده ۱۰ ق. م به عنوان یک عقد تملیکی..... ۱۶۷
- ۲-۳-۲- استفاده از ماده ۱۰ ق. م در برقراری حق انتفاع..... ۱۶۸
- فصل سوم: پیش فروش حقوق و مصادیق آن..... ۱۷۰
- مبحث اول: مفهوم پیش فروش حق..... ۱۷۰
- مبحث دوم: مصادیق پیش فروش حق..... ۱۷۳
- گفتار اول: پیش فروش تلفن همراه و ثابت..... ۱۷۳
- بند اول: طرح مساله و ابهامات موجود..... ۱۷۳

- ۱- اطلاق عنوان ودیعه بر مبالغ دریافتی از متقاضیان..... ۱۷۴
- ۲- وعده بازگشت مبالغ دریافتی به شکل سهام..... ۱۷۶
- بند دوم: ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش تلفن..... ۱۷۷
- ۱- اجاره..... ۱۷۷
- ۱-۱- اجاره اشیاء..... ۱۷۷
- ۱-۲- اجاره اشخاص..... ۱۷۸
- ۲- بیع..... ۱۷۸
- ۳- ماده ۱۰ ق.م..... ۱۷۹
- گفتار دوم: قراردادهای پیش فروش حق نشر..... ۱۸۰
- بند اول: حق انحصاری مولف در نشر و انتقال اثر..... ۱۸۰
- بند دوم: ماهیت قراردادهای پیش فروش حق نشر..... ۱۸۲
- ۱- بیع..... ۱۸۲
- ۲- اجاره شخص..... ۱۸۳
- ۳- ماده ۱۰ ق.م..... ۱۸۵
- مبحث سوم: آثار قراردادهای پیش فروش..... ۱۸۷
- گفتار اول: اجرای قواعد عمومی در قراردادهای پیش فروش..... ۱۸۷
- گفتار دوم: تخلف از تعهدات قراردادی و ضمانت اجرای آن..... ۱۹۰
- بند اول: تخلف قراردادی بر اثر قوه قاهره..... ۱۹۰
- بند دوم: تاخیر در اجرای تعهد..... ۱۹۱
- بند سوم: سوء اجرای تعهدات قراردادی..... ۱۹۲

بند چهارم: عدم اجرای قرارداد..... ۱۹۳

نتیجه..... ۱۹۵

فهرست منابع و مآخذ..... ۲۰۱

## مقدمه

به مرور زمان و با بزرگ شدن و پرجمعیت شدن جوامع، معاملات جدیدی پا به عرصه اجتماع نهادند. از جمله قراردادهایی که مخصوصا در سال های اخیر گسترش یافته است، انواع قراردادهای پیش فروش بوده است، به گونه ای که به عنوان مثال توسعه شهر نشینی و افزایش سرسام آور جمعیت و نیاز شدید افراد به تامین مسکن مناسب موجب گردیده است تا قراردادهای پیش فروش ساختمان متداول گردد. همچنانکه جایگاه وسیله نقلیه نیز از یک وسیله صرفا تجملاتی به وسیله ای برای رفع نیاز و بعضا کسب درآمد تبدیل شده و کثرت تقاضا و ناتوانی مالی خریداران، موجبات شیوع قراردادهای پیش فروش اتومبیل را فراهم ساخته است.

خریداران این معاملات را به علت اینکه پرداخت ثمن در آنها به صورت نقدی نمی باشد، ترجیح می دهند. از طرف دیگر نیز سازندگان و شرکت های مختلف که با دریافت مبالغی به صورت پیش پرداخت، بخشی از سرمایه لازم برای ساخت واحدهای مسکونی و یا اتومبیل را تامین می نمایند؛ از چنین قراردادهایی استقبال می نمایند (البته اخیرا گسترش معاملات معارض و کلاهبرداری در این قراردادها، موجب نگرانی طرفین از انجام تعهدات طرف مقابل و نهایتا بدبینی نسبت به چنین معاملاتی شده است). مع الوصف مزیت های قراردادهای پیش فروش موجب گسترش روز افزون انواع این قراردادها شده است به گونه ای که با تورق صفحات روزنامه ها، با آگهی های متعددی از این قراردادها مواجه می شویم از پیش فروش موبایل گرفته تا پیش فروش یک برنامه یا نرم افزار کامپیوتری.

این قراردادها را نمی توان در تمام موارد با بیع سلم که پیشینه فقهی دارد ، منطبق دانست . چراکه بیع سلم ، بیع مال کلی و موجل در مقابل ثمن نقد است . حال آن که در بعضی از معاملات پیش فروش در جامعه ، عین معین پیش فروش می گردد و در برخی دیگر مال کلی موجل در برابر ثمن موجل قرار می گیرد. قرارداد مربوط به کالاهای آتی (آتی ها) که در سال های اخیر در معاملات بورس متداول شده است ، از این گونه معاملات به شمار می رود.

افزون بر این مشکل انطباق قراردادهای پیش فروش با بیع سلم و یا به عبارت بهتر یافتن سابقه فقهی و قانونی برای این قراردادها مخصوصا در جایی بروز مینماید که به جای آن که عینی قبل از مهیا شدن فروخته شود ، حقی قبل از ایجاد مورد داد و ستد قرار می گیرد. این قراردادها نسبت به موارد پیش گفته با مشکلات بیشتری رو به روست . چرا که صحت یا عدم صحت بیع حق همواره محل بحث در نوشته های فقهی و حقوقی بوده است . لذا حکم به عدم صحت بیع حق می تواند به طور کامل استفاده از عنوان پیش فروش حق را زیر سؤال برده و ما را ناچار به استفاده از عناوین و قالب های حقوقی دیگر برای توجیه معاملات متداول در جامعه گرداند.

علم حقوق باید با تحولات اجتماعی همگام باشد و به معاملاتی که در جوامع امروزی ظهور پیدا کرده است نظم و نسق بخشد. در صورت امکان جهت مشخص شدن احکام مترتب بر این عقود و تعهدات طرفین ، آنها را با یکی از عقود معین تطبیق نماید. درغیراین صورت ، معاملات نوظهور را چون عقود جدید و نامعین در نظر بگیرد. مسلما خط بطلان کشیدن بر چنین معاملاتی ، نظم معاملاتی را درهم میریزد و جامعه را دچار رکود می سازد. مهم آن است که عرف و جامعه عقلا چنین معاملاتی را می پذیرد و هیچ ضرر و غرری در آن نمی بیند .



## ضرورت تحقیق :

شیوع قراردادهای پیش فروش در جوامع و گسترش جرائمی چون کلاهبرداری در حوزه این قراردادها موجبات بحث های گسترده و دقیقی درخصوص این قراردادها را فراهم می آورد. چرا که با تعیین درست ماهیت این عقود و پیش بینی استفاده از سازو کارهای قانونی مناسب، می توان از بسیاری از عهد شکنی ها و جرائم پیشگیری نمود. دکترین حقوقی و حتی تحقیقات و بحث های جزئی در مورد موضوعات مختلف می تواند رویه قضایی و قانونی ما را به سمت عدالت گستری سوق دهد. چنانکه بحث و بررسی های انجام شده درخصوص پیش فروش ساختمان و توجه به گسترش بدبینی ها و نگرانی ها درسال های اخیر نسبت به این قراردادها، موجبات تهیه سازوکار قانونی پیشگیری از جرائم رادر قالب لایحه پیش فروش ساختمان فراهم آورده است. در نوشتار حاضر نیز به مناسبت های مختلف به موادی از این لایحه اشاره خواهد شد.

## سؤالات تحقیق :

این پژوهش به بررسی سؤالات ذیل می پردازد :

- انواع قراردادهای پیش فروش به تناسب نوع مورد معامله کدام ها هستند؟

- قراردادهای پیش فروش اعیان با چه مشکلاتی مواجه است؟

- چگونه می توان با وجود ماده ۳۶۱ ق. م که وجود عین معین رادر هنگام بیع ضروری میدانند ، قراردادهای پیش فروش عین معین را بیع تلقی نمود؟
- چگونه میتوان قراردادهای پیش فروش عین کلی را که در آنها ثمن نقد نیست ، با وجود منع بیع کالی به کالی در متون فقهی و حقوقی توجیه نمود؟
- قراردادهای پیش فروش حقوق با چه مشکلاتی مواجه است؟
- آیا اساسا میتوان حق را مورد خرید و فروش قرارداد؟
- چگونه می توان قراردادهای فروش و پیش فروش حق را با وجود انحصار مبیع به اعیان ( در ماده ۳۳۸ ق. م ) توجیه نمود؟
- مناسب ترین قالب حقوقی برای قراردادهای پیش فروش کدام است؟

### سابقه تحقیق :

تحقیقات انجام شده در راستای موضوع این پایان نامه، تنها مشتمل بر بخشی از قراردادهای پیش فروش یعنی قراردادهای پیش فروش اعیان و مخصوصا ساختمان می باشد. در این تحقیقات قراردادهای پیش فروش حقوق مغفول مانده و قراردادهای پیش فروش ساختمان نیز بدون در نظر گرفتن لایحه اخیر مورد بررسی قرار گرفته است حال آن که در این نوشتار تا حد توان موارد فوق مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

### روش تحقیق :

جهت جمع آوری مطالب این نوشتار علاوه بر استفاده از منابع کتابخانه ای و نشریات الکترونیکی، از مصاحبه با کارشناسان وزارت نیرو و مخابرات برای بررسی دقیق تر خرید و فروش های حق انشعاب آب

وبرق و قراردادهای پیش فروش موبایل بهره برده شده است. مخصوصاً آن که به جهت سابقه نداشتن چنین تحقیقی دستیابی به اطلاعاتی درخصوص موارد فوق الذکر جزاز طریق بهره گیری از مطلعان شرکت های ذریبط و استفاده از سایت های خبری میسر نبوده است .

## سازماندهی تحقیق :

نوشتار حاضر در دو بخش به تحلیل قراردادهای پیش فروش پرداخته است. این تقسیم بندی براساس نوع مورد معامله در این قراردادها بوده است .

در بخش اول به قراردادهای پیش فروش اعیان پرداخته شده و ضمن اشاره به پیشینه فقهی این گونه قراردادها، در دو فصل مجزا مشکلات تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش اعیان کلی و اعیان معین بررسی شده است. در ادامه نیز در فصل جداگانه ای ، آثار چنین قراردادهایی بیان گردیده است .

در بخش دوم به بحث از قراردادهای پیش فروش حقوق پرداخته شده است . در این قراردادها به جای "عین ساخته نشده" با "حق ایجاد نشده" سروکار داریم . در این بخش در ابتدا به بحث از نظریات موافق و مخالف با بیع حق پرداخته شده و سپس قراردادهای پیش فروش حق و مصادیق آن بررسی گردیده است. در این بخش قراردادهای پیش فروش موبایل و حق نشر به عنوان دو مصداق از قراردادهای پیش فروش حق، تشریح گردیده اند. در پایان نیز آثار این گونه قراردادها مورد توجه قرار گرفته است .

استفاده از مطالب و اخبار به روز خصوصا در مورد مصادیقی چون پیش فروش تلفن ، پیگیری لایحه جدید ساختمان که هنوز تحقیق و بررسی چندانی بر آن انجام نشده است و همچنین عدم وجود منابع فقهی و کتابخانه ای در مورد بسیاری از بخش های این نوشتار، به مشکلات انجام این پژوهش افزوده است . لذا سازماندهی و تحلیل ها در بسیاری از قسمت های پژوهش صرفا بر مبنای استدلال نگارنده بوده است.

# بخش اول

## پیش فروش اعیان