



## بررسی و تحلیلی بر قواعد حقوقی حاکم بر پیش فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران

پدیدآورنده (ها) : الوانچی، محمدقاسم؛ ظهرابی کیش، موسی؛ عامری نیا، محمد باقر

میان رشته ای :: نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه :: زمستان ۱۳۹۹، دوره ششم - شماره ۴

صفحات : از ۱۰۷ تا ۱۲۷

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1751909>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۲

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.



- اعتراض ثالث اجرایی در قانون اجرای احکام مدنی
- نقدی بر رأی صادره در خصوص اعتراض ثالث به عملیات اجرایی املاک توقیف شده موضوع ماده ۲۲ قانون ثبت
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- اعتراض ثالث اجرایی
- مرجع صالح برای رسیدگی اعتراض شخص ثالث به رای و اعتراض ثالث اجرایی (با تاکید بر رویه قضایی ایران)
- بررسی وضعیت حقوقی نقل و انتقال مال توقیف شده در اجرای احکام مدنی
- ماهیت قرارداد پیش فروش واحدهای مسکونی با نگرشی به حقوق مدنی فرانسه (اصلاحیه ۲۰۱۶)
- تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان
- اثر بطلان عقد بر شرط
- تحلیل مفهوم و مبنای ضمان درک مبیع در حقوق ایران و فرانسه
- جایگاه حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان در رویه قضایی
- بیع استصناع

## عناوین مشابه

- تعهدات پیش خریدار و پیش فروشنده بر اساس قانون پیش فروش ساختمان و انطباق با فقه و حقوق
- تحلیلی بر ماهیت حقوقی «مهر المسمی» و آثار آن در فقه امامیه و حقوق ایران
- قواعد عمومی حاکم بر عقود اذنی در فقه امامیه و حقوق ایران
- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه
- قواعد حاکم بر تداخل دیات در حقوق ایران و فقه اسلام
- قواعد حاکم بر اجرای مجازات درباره جنایت دوقلوی به هم چسبیده در حقوق ایران و فقه امامیه
- مطالعه حقوقی قواعد حاکم بر بازرسی کالا در حقوق ایران و فرانسه و قرار دادهای تجاری بین المللی
- تحلیل ماهیت و نظام حقوقی حاکم بر تعهدات دولت در میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- تحلیلی بر اعمال قواعد خاص حل تعارض در مقرره ۲م اتحادیه اروپا و حقوق ایران
- قواعد و اصول حاکم بر نظام حمایت از افشاگر (مطالعه تطبیقی نظامهای مختلف حقوقی و ایران)

## بررسی و تحلیلی بر قواعد حقوقی حاکم بر پیش فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران

محمد قاسم الوانچی<sup>۱</sup>، موسی ظهراپی کیش<sup>۲</sup>، محمد باقر عامری نیا<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد یاسوج - دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج - ایران

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد یاسوج - دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج - ایران

<sup>۳</sup> استادیار، گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج - ایران

### چکیده

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان می تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان بیع تلقی شود، در این صورت احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود. انعقاد این قرارداد به صورت بیع معلق که ملکیت، معلق بر وجود باشد، نیز از نظر نظام حقوقی ایران بلاشکال خواهد بود. در قراردادهای پیش فروش ساختمان، موضوع معامله در زمان انعقاد آن وجود ندارد و توافق طرفین بر ساخت آن در آینده است. در نتیجه ممکن است مساحت ساختمان ایجاد شده با مساحت توافق شده، اختلاف داشته باشد. گاه مساحت بیش از میزان تعیین شده در قرارداد است که قانونگذار در این خصوص بین فرضی که اضافه مساحت بیش از پنج یا تا پنج درصد باشد، قائل به تفصیل شده است. همچنین ممکن است مساحت ساختمان ایجاد شده کمتر از میزانی باشد که در قرارداد بر آن توافق شده است. اگر علت وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی را در حکمت تملیک عین معین هنگام عقد بدانیم تعلیق تملیک بر وجود مبیع با مشکلی مواجه نخواهد بود. زیرا به نحوی اثر عقد یعنی تملیک مبیع (تعلیق در منشاء) موضوع تعلیق بوده و معلق علیه یعنی «وجود مبیع» شرط امکان تعلق مالکیت به خریدار خواهد بود. از این رو تا زمانی که مبیع به وجود نیامده باشد تملیک محقق نخواهد شد و این نکته خود گویای این است که علت اصلی وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی، یعنی تملیک مبیع بعد از بیع عین معین و انتقال آن به خریدار، در هنگام انعقاد عقد بیع عین معین وجود ندارد و وجود مبیع که برای این هدف ضروری شمرده شده بود ضرورت خویش را از دست داده و به آینده موکول می گردد. قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می توان بیع عین معین دانست. در واقع فروشنده با انعقاد قرارداد قسمتی از عرصه را حداقل به اندازه سهم خریدار به او منتقل می نماید و چون عرصه فعلاً موجود است لذا عقد بیع، فاقد مبیع قلمداد نمی شود. به علاوه فروشنده متعهد به احداث بنا و تحویل آپارتمان بر اساس مفاد قرارداد پیش فروش است که در نهایت قرارداد پیش فروش آپارتمان را می توان در قالب عقد بیع عین معین توجیه و تحلیل نمود. قرارداد مذکور را به شرحی که در متن پژوهش گذشت، می توان در قالب بیع کلی فی الذمه نیز

مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه

Online ISSN: ۲۴۷۶-۴۴۶۹

دوره ۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۹

Print ISSN: ۲۵۳۸-۲۰۳۹

www.irijournals.com

صفحات ۱۲۷-۱۰۷

تحلیل کرد. گرایش قانون گذار به استفاده از عبارات «پیش فروشنده و پیش خریدار» در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نشانگر شناسایی ماهیت بیع توسط مقنن برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان است.

**واژه‌های کلیدی:** پیش فروشنده، پیش خریدار، خسارت، ساختمان، پیش فروش ساختمان

---



**مقدمه:**

یکی از قراردادهایی که امروزه استفاده از آن به شدت گسترش یافته است، قراردادهای پیش فروش اموال می باشد. پایین بودن میزان عرضه برخی کالاها و عدم امکان پرداخت بهای کالای مورد نیاز توسط خریدار، از عوامل توسعه چنین قراردادهایی است. تولیدکنندگان نیز با پیش فروش کالای خود و دریافت مبالغی به صورت پیش پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق، مبادرت به تولید کالا می کنند. در طول سال های گذشته پیش فروش آپارتمان و اتومبیل به نحو چشمگیری گسترش یافته است در بسیاری از این قراردادها ثمن معامله به شکل مشخص تعیین نمی شود و راهکاری برای تعیین آن در آینده در نظر گرفته می شود. در برخی دیگر تعیین ثمن در آینده به اختیار فروشنده محول می شود و در برخی موارد روش های خاص دیگری برای محاسبه مبلغ قرارداد مورد استفاده قرار می گیرد. در خصوص پیش فروش ساختمان ها و آپارتمان های در دست احداث نیز مشکلات و مسائل یاد شده به نحو بارزی ملاحظه می شود. با توجه به طولانی بودن پروژه های ساختمانی و نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد کارگران و تغییرات عوارض دولتی از جمله هزینه اخذ پروانه ساختمانی و همچنین تغییرات مکرر در میزان نرخ سود بانکی، نابسامانی های زیادی به وجود می آید و تولیدکنندگان به منظور رهایی از عواقب خسارات هنگفت ناشی از نوسانات یاد شده، تلاش می کنند با درج شرایطی به نفع خود میان مشکلات مزبور و سرمایه گذاری توازن ایجاد کنند. به عنوان مثال در قرارداد، شرط می نمایند که مبلغ پیش فروش آپارتمان قطعی نخواهد بود و با توجه به افزایش هزینه ها، تغییر خواهد یافت. همچنین ممکن است تبعات ناشی از نوسان قیمت ها، (هر چند به ندرت اتفاق می افتد) دامنگیر خریدار شود. به عنوان مثال برای پیش خرید کالایی که امکان کاهش قیمت آن در آینده وجود دارد، تعیین ثمن قطعی و معین به زیان خریدار خواهد بود و به این جهت ممکن است تعیین میزان آن به آینده (بر اساس فرمولی که در قرارداد پیش بینی می شود) موکول گردد. سؤال اساسی که انگیزه نگارش این مختصر بوده است، این است: آیا از نظر شرعی و حقوقی می توان چنین قراردادهایی را صحیح و نافذ تلقی کرد یا خیر؟ در صورت منفی بودن پاسخ چه روشهای جایگزینی وجود دارد که همزمان منافع طرفین عقد را حفظ کند. قبل از بیان مبانی فقهی و حقوقی عدم تعیین ثمن، لازم به توضیح است که از نقطه نظر اقتصادی چه توجهاتی نسبت به قضیه معمول می گردد؛ اما آنچه مورد بحث است بیان موقعیت حقوقی چنین توافق هایی است. به عبارت دیگر مسأله این است که، آیا ضرورت های اقتصادی عدول از اصول و قواعد حقوقی را توجیه پذیر خواهد کرد یا خیر؟ قبل از تحلیل مسأله، بررسی مفهوم و ماهیت قراردادهای مورد بحث خالی از فایده نخواهد بود. نظر به اینکه قراردادهای پیش فروش متنوع هستند و طرفین بنابه نیازها و مقتضیات خاص، مفاد و آثار آن را در روابط میان خود تنظیم می کنند، لذا نمی توان ماهیت ویژه ای برای آن در نظر گرفت؛ لیکن در مجموع می توان به عقد استصناع، مقاطعه کاری، بیع سلم و سلف، بیع کلی فی الذمه و یا قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی اشاره نمود. به رغم آنکه تبیین ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها از حوصله این مقال خارج است؛ اما صدق این قراردادها بر قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد بیع (اعم از بیع کلی فی الذمه یا استصناع) بیشتر مورد نظر قرار گرفته است. با در نظر گرفتن اینکه در اغلب قراردادهای پیش فروش، مبیع حین انعقاد عقد موجود نیست، ممکن است، استدلال شود که، عنوان بیع بر آن صادق نیست؛ اما باید گفت که لزومی ندارد مبیع هنگام عقد موجود باشد، و این محدودیت طبق ماده ۳۶۱ ق. م منحصر به بیع عین معین است. بنابراین لزومی به تحلیل قرارداد مذکور بر مبنای ماده ۱۰ ق. م وجود ندارد؛ زیرا ضرورتی ندارد که حین تشکیل قرارداد، مبیع موجود باشد، بلکه می توان بین عقد بیع و اثر آن (یعنی؛ تملیک) فاصله انداخت و عقد بیع را به نحوی منعقد کرد، که تملیک مبیع بعد از به وجود آمدن مبیع تحقق یابد. بدین ترتیب بهتر است قرارداد پیش فروش اموال را در معاملات راجع به اموال منقول (مانند خودرو) بیع تلقی کنیم و آثار و احکام عقد بیع را در مورد آن جاری بدانیم. قابل ذکر است که، در برخی از آرای دادگاه ها قرارداد پیش فروش، بیع محسوب شده است. در خصوص پیش فروش اموال غیرمنقول قضیه متفاوت است؛ زیرا در خصوص ماهیت آنها اختلاف نظر وجود دارد و منشأ آن نیز مقررات امره قانون ثبت در خصوص لزوم انجام معاملات غیر منقول به موجب سند رسمی است، لذا با در نظر گرفتن اینکه اکثر قریب به اتفاق قراردادهای پیش فروش آپارتمان به صورت عادی (قولنامه) منعقد می شود، عده ای آن را مشمول ماده ۱۰ ق. م. می دانند و عده ای دیگر آن را بیع تلقی کرده اند. سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که چه میزان شرط ناظر به تعیین

ثمن در آینده، که موجب ایجاد ابهام در عوض قرارداد (ثمن) می شود از نظر فقهی - حقوقی بلاشکال است یا اینکه موجب جهالت به عوضین و بطلان عقد اصلی است؟

### مفهوم پیش فروش

در لغت به معنای فروختن پیش از مهیا شدن است. در قوانین و مقررات ما، تعریف دقیقی از قرارداد پیش فروش ارائه نشده است. با این حال می توان گفت که قرارداد پیش فروش به قراردادی گفته می شود که تملیک و تملک در لحظه انعقاد قرارداد محقق نمی شود، بلکه فروشنده متعهد می شود متعلق قرارداد را مطابق اوصاف و شرایط تعیینی بسازد و پس از تکمیل، آن را در موعد مقرر و در ازای دریافت مبلغ قراردادی به خریدار تحویل دهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۵۲)

در بحث حاضر منظور ما از قرارداد پیش فروش صرفاً محدود به قرارداد انعقادی نسبت به املاک می باشد و منصرف از سایر موارد است؛ بنابراین به طور خاص باید گفت قرارداد پیش فروش، قراردادی است که به موجب آن واحد موضوع قرارداد بر طبق نقشه و با ذکر تمامی جزئیات، از کمیت و کیفیت آنچه در آینده ساخته می شود، مورد معامله قرار می گیرد. به عبارتی دیگر فروشنده ملتزم به ساخت و تحویل آپارتمان مورد توافق می شود و بهای آن را به اقساط از خریدار می گیرد. (اسلام پناه، ۱۳۸۰: ۵۲)

### بررسی ماهیت حقوقی قرارداد پیشفروش با تاکید بر عقود مشابه و آثار مترتب بر آن

فصل دوم در دو مبحث اساسی تهیه و تدوین گردیده که مبحث اول این فصل، نظریات مطرح شده در خصوص ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش و مختصری از آثار مترتب بر هر یک از این نظریات در مرحله تفسیر، اجرا و حل اختلاف را مورد تحلیل قرار می دهیم و در مبحث دوم عقود مشابه و مرتبط متداول در عرف تجاری یا سابقه حقوقی کشور را بررسی می نماییم.

### نظریات قابل دفاع در تحلیل ماهیت قرارداد

تعدد مراجع اثرگذار در روند تصویب قانون پیش فروش ساختمان و تنوع نظریات در تدوین آن از یک سو و ابهامات موجود در نگارش مواد این قانون از سوی دیگر، باعث شده است که تحلیل این که ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان موضوع قانون پیش فروش خود به چالش و مسئله ای اساسی تبدیل شود و اظهارنظر در آن باعث تفاوت های مهمی در ترتب آثار حقوقی بر قراردادهای افراد گردد. تفسیر قرارداد موضوع قانون پیش فروش ساختمان، بررسی موانع اجرای صحیح و نیل به اهداف قانون گذار و چگونگی حل اختلافات ناشی از این قراردادها به مذاقه عمیق در تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان نیازمند است. (نوری، ۱۳۷۹: ۸۹)

پژوهش حاضر با بررسی تمامی حالات و ماهیت های قابل فرض برای قرارداد پیش فروش سه نظریه تحلیل قرارداد در قالب عقد بیع، قرارداد خصوصی و قرارداد مستقل را قابل دفاع و بررسی دانسته است که در این قسمت به تبیین آن ها پرداخته خواهد شد. در فصول بعدی این پژوهش نیز بررسی خواهد شد که قبول هر یک از این نظریات چه تفاوت هایی در تحلیل آثار قرارداد پیش فروش و همچنین آسیب شناسی و ارائه راهکار برای بهبود نحوه اجرای این قانون ایجاد می نماید. شاید بتوان گفت که روند تصویب این قانون در دولت، قرارداد پیش فروش را به سمت نظریه نخست سوق داده است و بحث ها و تغییرات در کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی و صحن علنی نظریه سوم را تقویت کرده است و اعمال نظریات شورای نگهبان در تدوین این قانون نظریه دوم را قابل دفاع کرده است. ممکن است نظریات دیگری نیز در تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان طرح گردد که از نظر نگارندگان این پژوهش قابل دفاع نیست؛ بنابراین در قسمت دوم بدان اشاره خواهد شد.

### نظریه بیع

برخی حقوق دانان بر این باورند که قرارداد پیش فروش ساختمان به لحاظ ماهیت با عقد بیع یکسان است. دو استدلال به منظور توجیه این نظریه متصور است. استدلال اول این است که در نظام حقوقی نمی توان دو عقد با ماهیت یکسان تصور کرد؛ بنابراین اگر یک رابطه حقوقی به لحاظ ماهیت داخل در یکی از عقود باشد، ناگزیر متصور نیست که همین رابطه حقوقی بتواند ذیل یکی دیگر از عناوین حقوقی قرار بگیرد. شاید این بیان مورد ایراد قرار بگیرد؛ بدین معنا که چنانچه عقد صلح به منظور انتقال عین معین منعقد گردد دارای همان اثر و ماهیت عقد بیع خواهد بود؛ با این حال باید دانست که هر چند این دو عقد به لحاظ اثر اصلی یکسان هستند؛ اما ماهیت این دو متفاوت است. در کلام فقها بهترین تعریف برای بیع «انشا تملیک عین به مال» است و ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز در همین راستا وضع شده است؛ این در حالی است که ماهیت و حقیقت عقد صلح، تسالم است؛ هر چند امکان دارد نتیجه آن تملیک باشد. (اخلاقی، و امام، ۱۳۸۵: ۶۹)

نتیجه منطقی مقدمات فوق این است که در نظام فقهی اگر یک رابطه حقوقی به لحاظ ماهیت ذیل یکی از عقود معین قرار بگیرد، همین رابطه حقوقی نمی تواند مشمول قواعد یکی دیگر از عقود معین و حتی عقود نامعین قرار بگیرد. در راستای همین استدلال برخی از فقهای بزرگ، تمام عقودی که اثر اصلی آن ها تملیک عین در برابر عوض است را بیع دانسته اند. با توجه به همین استدلال در خصوص قرارداد پیش فروش ساختمان نیز می توان ادعا نمود که به واسطه اثر اصلی آن یعنی تملیک واحد ساختمانی در برابر عوض، این قرارداد به لحاظ ماهیت، نوعی بیع است؛ بنابراین جایز نیست که قرارداد پیش فروش ساختمان را ذیل دیگر عقود طبقه بندی کنیم. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۸)

### نوع مبیع

در قرارداد پیش فروش ساختمان، مبیع ساختمانی است که پس از تکمیل در اختیار پیش خریدار قرار می گیرد. در خصوص نوع این مبیع یک پرسش اساسی در ذهن شکل می گیرد مبنی بر اینکه واحد ساختمانی مالی مثلی یا قیمی محسوب می شود، مهمترین فایده این تفکیک، درک این نکته است که آیا می توان قرارداد پیش فروش ساختمان را یک بیع که مبیع آن به صورت کلی تعیین شده، محسوب داشت یا خیر. مال مثلی عبارت است از «... مالی... که اشیاء و نظایر آن نوعاً و شایع باشد مانند حیوانات و نحو آن و قیمی به صورت کلی در معین یا کلی فی الذمه، به جهت مجهول ماندن مبیع و در نتیجه غری شدن عقد، باطل است؛ بنابراین در صورتی که بخواهیم قرارداد پیش فروش را در قالب بیع کلی توجیه کنیم، باید مشخص گردد که واحد پیش فروش شده مثلی یا قیمی است. (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۹۶)

نوع مبیع در عقد بیع موجب آثار حقوقی متفاوتی است؛ مثلاً در بیع عین معین، مبیع در لحظه عقد به ملکیت خریدار در می آید ولی در بیع کلی، مبیع با تسلیم یا تعیین مصداق داخل در داری خریدار می گردد. در هر صورت چنانچه قرارداد پیش فروش ساختمان را بیع بدانیم، لازم است نحوه تعیین مبیع و آثار آن در قرارداد پیش فروش ساختمان مشخص گردد.

### توافقات مشابه و تمیز قرارداد پیش فروش از آن

برخی از قراردادهای شناخته شده در نظام فقهی و حقوقی داری وجه اشتراک با قرارداد پیش فروش ساختمان هستند. بررسی این قراردادها از یک سو باعث ارائه تحلیل بهتری به لحاظ فقهی و حقوقی از قرارداد پیش فروش ساختمان و همچنین آشنایی با عرف قراردادهای موجود در جامعه می گردد. از سوی دیگر وجود قالب های قراردادی مشابه در عرف تجاری می تواند به عنوان تهدیدی برای نیل به اهداف قانون گذار محسوب گردد و به همین جهت مطالعه آن ها اهمیت زیادی دارد. (نوبخت، ۱۳۹۰: ۱۰۰)

## عقد صلح

عقد صلح، عقدی است که در آن، طرفین بر امری از امور توافق کنند بدون این که تراضی آن ها، در قالب یکی از عناوین سایر عقود معین باشد. عقد صلح قالب مشترکی است که ماهیت تمامی عقود در قالب آن قابل تحقق است؛ اما آثار خاصه عقود بر آن بار نمی شود. برخی از حقوق دانان قالب مذکور را برای توجیه قرارداد پیش فروش پذیرفته و بیان داشته اند که عقد صلح محدود به مواردی نیست که بین طرفین نزاع و اختلافی وجود داشته باشد؛ بنابراین می توان آن را در برگزیده قرارداد پیش فروش نیز دانست.

چنان چه قرارداد پیش فروش در قالب عقد صلح توجیه شود، به لحاظ تحلیل آثاری دارد که ذیلاً به مهم ترین آن ها می پردازیم: (عدل، ۱۳۹۳: ۱۱۲)

**اولاً** یکی از موانع مهم تحلیل قرارداد پیش فروش، موجود نبودن واحد ساختمانی به هنگام انعقاد قرارداد است. با توجه به این که در عقد صلح سخت گیری های سایر عقود سنتی وجود ندارد، برای توجیه قرارداد پیش فروش لازم نیست به تکلیف بیفتیم. **ثانیاً** احکام خاص مربوط به سایر قراردادهای معین در خصوص آن جاری نمی شود و در این صورت باید در فرض سکوت قانون، به قواعد عمومی قراردادهای توجیه کرد.

## قراردادهای پیمان کاری

مقاطععه یا پیمان کاری، قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مقاطععه کار)، ملتزم به انجام عملی در مدت مضبوط در قبال پرداخت بهایی معین از سوی طرف دیگر قرارداد می شود. چنانچه فردی قصد احداث بنا بر روی ملک خود داشته باشد، می تواند خود به عنوان کارفرما اقدام به ساخت نماید و به صورت مستقیم عملیات ساخت را مدیریت کند که در این حالت کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می کند. مدیران و کلیه کسانی که عهده دار اداره کارگاه هستند، نماینده کارفرما محسوب می شوند و خود کارفرما مسئول کلیه تعهداتی است که نمایندگان مذکور در قبال کارگر به عهده می گیرند. از طرف دیگر مالک زمین می تواند بخشی از عملیات اجرایی یا تمامی آن را به پیمان کار بسپارد. مطابق تعریف ارائه شده از سوی مقنن، پیمان کار شخصی است که ضمن عقد قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه، انجام هرگونه عمل و یا فروش کالایی را با شرایط مندرج در قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه در قبال مزد یا بها و به مدت معین تعهد نماید. (شهیدی، ۱۳۹۲: ۱۶۹)

قرارداد پیمان کاری شباهت هایی با قرارداد پیش فروش دارد که در ادامه به آن ها اشاره می کنیم:

**اولاً** در قرارداد پیمان کاری، تمامی اوصاف مدنظر پیمان دهنده به طور دقیق مشخص می شود و پیمان کار موظف است تعهدات خود را منطبق با این اوصاف و در زمان تعیین شده انجام دهد. در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز طبق قانون، ذکر اوصاف ساختمان ضروری است و پیش فروشنده مکلف است مطابق با آن اوصاف نسبت به ساخت یا تکمیل بنا اقدام کند.

**ثانیاً** در قرارداد پیمان کاری، پیمان دهنده برای رهایی از مسئولیت های خاصی که در حوزه حقوق کار وجود دارد و از طرف دیگر نداشتن دانش تخصصی در حوزه ساخت و ساز، مدیریت فرآیند ساخت و ساز را به فرد مجربی تحت عنوان پیمان کار محول می کند. پیمان کار طبق قرارداد مکلف است ساختمان را احداث، تکمیل یا بازسازی نماید. به عبارت دیگر اثر اصلی قرارداد پیمان کاری ایجاد تعهد برای پیمان کار مبنی بر ساخت، تکمیل یا بازسازی بنا است. در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز پیش فروشنده به موجب قرارداد متعهد به احداث یا تکمیل بنا می شود و از این حیث اثر اصلی قرارداد پیمان کاری و پیش فروش یکسان است.

**ثالثاً** آنچه پیمان کار احداث می نماید، به محض ساخت در ملکیت پیمان دهنده قرار می گیرد. در خصوص مالکیت آپارتمان احداثی به موجب قرارداد موضوع قانون پیش فروش ساختمان باید به فصول بعدی این پژوهش رجوع کرد، اما حداقل ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان را می توان به چنین مضمونی نزدیک دانست.



### عقد جعاله خاص

«جعاله عبارت است از ملتزم شدن به عوض معلومی بر کاری که حلال و مورد قصد و توجه باشد. یا جعاله، انشاء التزام به آن است... و به ملتزم، جاعل و به کسی که آن کار را انجام می دهد، عامل، و به عوض، جعل و جعلیه گفته می شود...».

جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب آن، به دو قسم است. در جعاله عام، ایجاب به طرفیت عموم است و موجب ملتزم می شود که در قبال انجام کار مورد درخواست او، پاداش معهود را بپردازد. در جعاله خاص، مخاطب ایجاب مشخص و معین است و خصوصیات او مورد نظر جاعل می باشد. در این نوع از جعاله، اگر شخص دیگری غیر از مخاطب ایجاب، کار مدنظر موجب را انجام دهد، موجب تکلیفی به پرداخت چیزی به او ندارد. (داراب پور، ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷: ۸۹)

قرارداد پیش فروش ممکن است در قالب عقد جعاله خاص توجیه نشود. در چنین قالبی، مالک عرصه با عامل، قراردادی منعقد می کند و به موجب آن متعهد می گردد در قبال احداث واحدهای ساختمانی با مشخصات تعیین شده بر روی عرصه، مبلغ معینی را به عنوان دستمزد به عامل بپردازد و یا این که تعدادی از واحدهای ساخته شده را به او تملیک کند. تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش در قالب عقد جعاله خاص دارای این اثر است که لزومی به مشخص بودن تمامی ابعاد قرارداد در حین انعقاد آن وجود ندارد؛ زیرا طبق ماده ۵۶۳ قانون مدنی، «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست...» و همچنین بر اساس ماده ۵۶۴ همان قانون، «... ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.»؛ بنابراین در انعقاد قرارداد پیش فروش نیز علم تفصیلی نسبت به تمامی اوصاف در زمان انعقاد قرارداد شرط نخواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۵۷)

### تحلیل و ارزیابی قرارداد پیش فروش ساختمان

قانون پیش فروش ساختمان با بیان چگونگی انعقاد قرارداد پیش فروش و مفاد آن در راستای انتظام بخشی به روابط اشخاص پیرامون موضوع پیش فروش ساختمان گام برداشته است. با تدقیق در قانون مذکور می توان احکام آن را به طور کلی در دو بخش تعهدات پیش فروشنده و تعهدات پیش خریدار مورد بررسی قرار داد. در این فصل به تبیین ماهیت، حدود و ضمانت اجرای تعهد اصلی هر یک از طرفین می پردازیم.

#### تعهد پیش فروشنده

به موجب قانون پیش فروش ساختمان، تعهداتی بر دوش پیش فروشنده قرار گرفته است. موضوع اصلی قرارداد پیش فروش ساختمان تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی می باشد. پیش فروشنده متعهد است واحد ساختمانی را با توجه به اوصاف و ویژگی های مندرج در قرارداد احداث نموده و سپس نسبت به تحویل واحد مذکور به پیش خریدار اقدام کند. همچنین پیش فروشنده باید فرایندهای مقدماتی مربوط به صدور سند به صورت تفکیکی را طی کند و سپس نسبت به تنظیم سند رسمی هر واحد به نام پیش خریدار مبادرت نماید. (علیزاده، ۱۳۹۳: ۱۲۳) آنچه که بیش از سایر مسائل محل چالش و بروز اختلاف است، همین تعهد اصلی پیش فروشنده یعنی تعهد به ساخت می باشد. در این قسمت صرفاً به آن دسته از تعهدات پیش فروشنده توجه خواهیم کرد که در قالب تعهدات اصلی یا جانبی قابل طبقه بندی باشند و برخی از تعهدات وی که جنبه تشریفاتی دارد.

#### ماهیت تعهد پیش فروشنده

قرارداد پیش فروش ساختمان بر محوریت یک واحد ساختمانی است که در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد و پیش فروشنده متعهد به ساخت و تحویل آن به پیش خریدار شده است. در قرارداد پیش فروش ساختمان، احداث ساختمان و چگونگی تکمیل واحد مربوطه بیش از هر چیز دیگر اهمیت دارد؛ زیرا تا زمانی که این واحد مسکونی به درستی و مطابق تراضی طرفین احداث نشده باشد، طرح مباحث دیگر اهمیت چندانی نخواهد داشت. به همین دلیل باید چستی تعهد پیش فروشنده به ساخت واحد ساختمانی مورد شناسایی قرار گیرد. تبیین ماهیت این تعهد از جهات مختلف قابل بررسی است. هر یک از این

جهات باعث ایجاد تفاوت های مهمی در آثار و احکام قرارداد پیش فروش ساختمان می شود که به منظور پرهیز از تکرار، در سایر مباحث بدان توجه خواهد شد.

### موضوع تعهد

در یک ساختمان تکمیل شده زمانی که فروشنده، یک واحد ساختمانی را به خریدار منتقل می نماید، خریدار نه تنها مالک قسمت اختصاصی واحد مسکونی خود می گردد، بلکه مالکیت سهمی از مشاعات ساختمان و قدرالسهمی از زمین به وی منتقل می شود. در پیش فروش ساختمان، از یک طرف قرار است ساختمانی احداث شود و یکی از واحدهای آن و سهمی از مشاعات به ملکیت پیش خریدار درآید و از طرف دیگر پیش خریدار با انتقال آن واحد ساختمانی، به نسبت قدرالسهم واحد خود، مالک عرصه نیز می گردد. بنا به همین امر، این بحث پیش می آید که متعلق حق مالکیت پیش خریدار، واحد ساختمانی است یا بخش مشاعی از عرصه ای که قرار است واحد پیش فروش شده بر روی آن احداث گردد. این مسئله با توجه به وجود عرصه و فقدان واحد ساختمانی در زمان انعقاد قرارداد پیش فروش اهمیت بیشتری می یابد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۲۳)

اجمالاً به نظر می رسد در قرارداد پیش فروش ساختمان، متعلق تعهد پیش فروشنده صرفاً واحد ساختمانی است، نه مشاعات یا قدرالسهم عرصه ای که قرار است واحد ساختمانی بر روی آن احداث گردد. با وجود این قانون گذار تلاش کرده است در راستای حمایت از پیش خریدار، با فرض موجود بودن واحد ساختمانی، آثار مالکیت نسبت به عرصه را جاری بداند. به عبارت دیگر از آنجایی که مالکیت واحد مسکونی نمی تواند در زمان انعقاد قرارداد به عنوان حق بالفعل پیش خریدار مورد استناد قرار گیرد و وی را در موقعیت بهتری قرار دهد؛ لذا قانون در مواردی مالکیت عرصه را نیز در تنظیم روابط میان پیش فروشنده و پیش خریدار دخالت داده است. در قسمت آخر ماده ۱۰ و ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان می توان نشانه هایی از این امر را مشاهده کرد.

### نوع موضوع تعهد

اموال بنا به یک مقسم به دو قسم مثلی و قیمی تقسیم می شوند. ماده ۹۵۰ قانون مدنی در تعریف مال مثلی و قیمی بیان می دارد: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حیوانات و نحو آن و قیمی مقابل آن است معذالک تشخیص این معنی با عرف می باشد.» اگر چه قانون گذار تلاش نموده است تعریفی در جهت شناسایی مال مثلی و قیمی ارائه دهد؛ با این حال در انتهای ماده مذکور معیار تمیز مال مثلی و قیمی را عرف دانسته است. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۴: ۱۸۷)

در خصوص مثلی یا قیمی بودن واحدهای ساختمانی ممکن است تردید پیش بیاید. با توجه به این که در پروژه های ساختمانی بسیار بزرگ تعداد زیادی از واحدهای آپارتمانی با مترای، نقشه و اوصاف کاملاً مشابه ساخته می شوند، ممکن است این گونه تصور شود که واحدهای ساخته شده مثلی می باشند.

### تعیین اوصاف واحد پیش فروش شده

مساحت، مصالح و سامانه های به کار رفته در ساختمان، از مسائل عمده ای است که ممکن است در روند اجرای قراردادهای پیش فروش ساختمان، موجب بروز اختلافاتی گردد. از این رو قانون پیش فروش ساختمان در جهت حمایت از پیش فروش و جلوگیری از اختلافات بعدی، تعیین ابعاد مختلف تعهد پیش فروشنده و اوصاف واحد ساختمانی پیش فروش شده را در زمان انعقاد قرارداد لازم دانسته است. در این راستا قانون گذار در بند چهارم ماده دو، «مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر

واحد قید شده یا عرفاً در قیمت موثر است. « را از مواردی دانسته است که ضرورتاً باید در قرارداد پیش فروش ساختمان بدان تصریح گردد. (داراب پور، ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷: ۱۰۸) در این بخش به بررسی اوصاف واحدهای پیش فروش شده می پردازیم.

### مساحت واحد ساختمانی

یکی از مواردی که ذکر آن در قرارداد پیش فروش الزامی است، مساحت واحد ساختمانی پیش فروش شده است. دلیل این امر، اهمیت موضوع و جلوگیری از وقوع اختلافات احتمالی بین پیش خریدار و پیش فروشنده بوده است. با توجه به این که قواعد عام کاملاً به ضرر پیش خریدار بود و پیش فروشنده را ترغیب می کرد که با تخلف از قرارداد، بهره وری خود را به حداکثر برساند، به صرف تصریح به میزان مساحت نیز مشکل حل نمی شد. به همین دلیل قانون پیش فروش ساختمان در خصوص اختلاف مساحت واحد پیش فروش شده، مقررات خاصی وضع کرده است که متفاوت با قواعد عمومی راجع به اختلاف مساحت زمین است؛ البته این مقررات تنها در صورتی نسبت به قرارداد پیش فروش اعمال می شود که مفاد آن به عنوان شرط، ضمن عقد بیاید. (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۰۲)

در فرضی که قرارداد پیش فروش ساختمان را در قالب بیع عین معین آینده توجیه کنیم، قواعد عمومی ایجاب می کند ضمانت اجرای اولیه تخلف پیش فروشنده از اوصاف قراردادی، ایجاد حق فسخ برای پیش خریدار باشد؛ اما در صورت تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب بیع کلی یا عقد عهده‌ی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، در وهله اول می بایست پیش فروشنده را به انجام تعهدات خود الزام نمود و چنان چه الزام او امکان پذیر نباشد، پیش خریدار حق فسخ خواهد داشت. با این اوصاف اگر نسبت به مقدار مساحت واحدهای ساختمانی اختلافی وجود داشته باشد، با توجه به عدم امکان اصلاح آن، به نظر می رسد فارغ از تقسیم بندی های فوق، پیش خریدار بدو حق فسخ معامله را خواهد داشت. در همین راستا بررسی ماده ۳۵۵ به عنوان مبنای قانونی استدلال اخیر لازم است. (امامی، ۱۳۹۶: ۴۱۰)

### تحلیل بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان

روزگاری تلاش حقوق قراردادهای در تمامی نظام های حقوقی، تضمین این نکته بوده است که قرارداد حقیقتاً محصول اراده طرفین باشد و حدوث عواملی همانند اکراه، تدلیس، اشتباه و غیره آزادی اراده ایشان را محدود نکند؛ ولی تحولات و تجربیات جدید تغییراتی را در این نوع نگاه ایجاد کرد. تجربه بشری نشان داده است که آزادی قراردادی همیشه به عدالت قراردادی به معنای واقعی خود منجر نمی گردد.

شاید تحولات روابط کار در بحبوحه انقلاب صنعتی در اروپا، منجر به طرح این پرسش در حوزه حقوق خصوصی گردید که آیا آزادی اراده طرفین در انعقاد قرارداد منجر به توازن حقوق و تکالیف طرفین خواهد شد. تجربه اجتماعی در روابط کار نشان داد که آزادی قراردادی برای کارگر چیزی جز حق انتخاب میان زنده ماندن یا خرد شدن زیر چرخ تحولات اقتصادی و صنعتی نیست. (نوبخت، ۱۳۹۰: ۶۹) عدالت خواهان از همان زمان به دنبال راهی بوده اند که ورای آنچه در حقوق سنتی سبب بی اعتباری توافقات می گردد، محملی دیگر بیابند تا عدالت قراردادی را به معنی واقعی خود محقق سازند. حمایت از طرف ضعیف آرمانی است که عدالت خواهان را به تکاپو واداشته است تا نابرابری موقعیت قراردادی و قدرت چانه زنی طرفین را به حداقل برسانند. این موضوع اصل آزادی قراردادی را که از دیرباز مورد توجه بود، مورد خدشه قرار داد و زمینه بدبینی حقوق دانان جدید را نسبت به مفاهیم عدالت و آزادی قراردادی، تلاش حقوق دانان برای مداخله در توافقات طرفین قرارداد بود. به عبارت دیگر اگر روزگاری فقط عوامل درون قراردادی مثل آزادی قراردادی تلقی می شد، امروزه حقوق دانان به نقش عوامل بیرونی نیز در نیل به عدالت قراردادی توجه می کنند. این مداخله به دو طریق انجام می گیرد:

**اولاً** بی اعتبار دانستن مفاد ظالمانه قراردادها

**ثانیاً** تحمیل مفادی در جهت برابر کردن حقوق و تکالیف طرفین.

در نظام های حقوقی غربی تلاش مستمر قضات به تدریج سبب شد تا قانون گذاران هم محمل هایی را برای مداخلات ایشان در حوزه قراردادهای و بی اعتبار دانستن مفاد غیر منطقی قراردادهای (صورت اول) پیش بینی نمایند و به ایشان اجازه چنین مداخلاتی داده شود. با توجه به اختیار تقنینی تام دولت ها، اصل مداخله به صورت دوم هیچ گاه در اروپا مورد سوال قرار نگرفت؛ زیرا مفروض بود که دولت حق هر گونه قانون گذاری را دارد. با این حال در پیشینه حقوقی ایران اوضاع کمی متفاوت است. (همان، ص ۷۰)

اعتقاد مردم ایران به دین مبین اسلام و مذاهب تشیع و همچنین التزام عملی ایشان به رعایت قواعد و مقررات شریعت در زندگی روزمره خود و بنیان نهادن ساختار زندگی و معیشت خویش بر مبنای همین احکام سابقه ای دیرینه و بسیار عمیق دارد. این امر تا بدان جا اهمیت دارد که با نگاهی به زندگی و معاملات قرن های گذشته در خواهیم یافت که نه تنها نظام تنظیم روابط اشخاص، به صورت بسیار دقیق و پیچیده ای بر مبنای احکام اسلامی شکل گرفته است بلکه حل اختلافات افراد نیز در همین چارچوب بدون نیاز به مساعدت قوای عمومی به نحوی مشخص سامان یافته است. بررسی روند تقنین قانون مدنی نشان می دهد که ساختارهای مذهبی نقش چشم گیری در فرآیند تصویب قانون داشته و این امر ناشی از تأثیرپذیری جامعه ایران از قواعد مذهبی بوده است. به نظر می رسد همین ویژگی باعث ثبات و پایداری قانون مدنی در طول سالیان متمادی شده است و از این حیث در فرآیند تقنین قوانین جدید نیز باید به این موضوع توجه داشت. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۳)

#### اسقاط خیار در فرض تخلف کمتر از ۵٪ مساحت واحد مسکونی (ماده هفت)

ماده هفتم قانون پیش فروش ساختمان مقرر می دارد:

در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، مابه التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت، لیکن چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد (۵٪) افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچ کدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد (۵٪) باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد.

چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد (۹۵٪) مقدار توافق شده باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند. ماده مذکور در صورت تفاوت بیش از ۵٪ مساحت واحد ساختمانی با مساحت پیش بینی شده، صرفاً برای پیش خریدار حق فسخ قائل شده است. این در حالی که به موجب قواعد عمومی قراردادهای، حتی در فرضی که میزان اختلاف در مساحت کمتر از مقدار پیش گفته باشد، به جهت تخلف از وصف یا شرط حق فسخ ایجاد خواهد شد. (عدل، ۱۳۹۳: ۵۴)

#### اعمال توأمان خیار و مطالبه خسارت (ماده هشت)

ماده هشتم قانون پیش فروش ساختمان مقرر می دارد:

در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش فروشنده، پیش خریدار حق فسخ خود را اعمال می نماید، پیش فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین به پیش خریدار بپردازد.

شورای نگهبان ماده هشتم قانون پیش فروش را مخالف با قواعد عمومی ناظر بر انحلال قراردادهای دانسته است؛ زیرا شورای نگهبان اعتقاد دارد در فقه اسلامی ضمانت اجرای اولیه تخلف از تعهد، الزام به ایفای عین آن است و در صورت متعذر بودن ایفای تعهد، برای متعهد له حق فسخ پدید می آید. پس از اعمال حق فسخ متعهد له با توجه به اصل عدم ضمانت حق مطالبه مبالغ ویژه ای تحت عنوان ارش یا غیره ندارد و تحقق مسئولیت برای پیش فروشنده منوط به احراز سبب شرعی آن است. جز قواعد مربوط به مسئولیت قهری در نظام فقهی قاعده عامی مبنی بر مطالبه خسارت در عرض حق فسخ وجود ندارد. از این حیث به نظر می رسد شورای نگهبان با اطلاق کلام مقنن راجع به دریافت خسارت در تمام مواردی که پیش خریدار به دلیل تخلف پیش فروشنده قرارداد را فسخ می کند، مخالفت کرده است. با وجود این شاید بهتر بود شورای نگهبان اطلاق کلام مقنن

در خصوص مطالبه خسارت را منصرف به قواعد اتلاف و تسبیب می دانست. به عبارت دیگر مقنن در صدر ماده هشت چیزی جز این بیان نداشته است که در صورت ورود خسارت به پیش خریدار با اجتماع سایر ارکان مسئولیت مدنی، پیش فروشنده باید آن را جبران نماید. شورای نگهبان می توانست به جای آن که ماده هشت را در قالب تلاشی برای ایجاد یک نهاد خاص مانند ارش توصیف کند، آن را در راستای عموماً مسئولیت قهری بدانند. متأسفانه در شرایط کنونی طبق نظر شورای نگهبان مفاد این ماده تنها در صورتی نسبت به طرفین اعمال می شود که آن را در قرارداد خود شرط کرده باشند. بدیهی است چنین اقدامی مانع از این نخواهد بود که قضا با استناد به عموماً مسئولیت قهری، خسارات ناشی از تخلف پیش فروشنده را حتی در صورت اعمال حق فسخ قابل مطالبه بدانند. (شهیدی، ۱۳۹۳: ۵۶)

### استرداد ثمن به قیمت روز بنا (تبصره ماده هشتم)

تبصره ماده هشتم قانون پیش فروش ساختمان در مواردی که پیش خریدار به دلیل تخلف پیش فروشنده حق فسخ خود را اعمال کند، مقرر می دارد: در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید. (علیزاده، ۱۳۹۳: ۱۰۹)

اگر به هر دلیلی قرارداد منعقد شده باطل باشد یا فسخ شود، قواعد عمومی اقتضا دارد که مالکیت عوضین به وضع سابق اعاده گردد. ماده ۳۹۱ قانون مدنی در صورت مستحق للغير در آمدن مبيع مؤید این موضوع بوده و علاوه بر این در صورت جهل مشتری به فساد، حق مطالبه غرامت را برای وی در نظر گرفته است. در خصوص این که حدود این غرامت به چه میزان است، در رویه دادگاه ها اختلاف حادث شد که منتهی به صدور رأی وحدت رویه ۷۳۳ گردید.

در تبصره ماده هشت قانون پیش فروش به جای ارزش اسمی تعهد مالی پیش خریدار، به ارزش آن بر اساس قیمت روز توجه کرده که این امر با توجه به تجربیات اقتصادی و کاهش ارزش پول در طول زمان، پیش فروشنده را ملتزم به پرداخت مبالغی بیش از مبالغ دریافتی می کند. همان طور که پیش تر گفته شد، شورای نگهبان اقدام مقنن در صدر ماده هشت و تبصره آن را به عنوان تشریح نهاد جدیدی تلقی کرده است که به موجب آن پیش خریدار پس از فسخ می تواند علاوه بر باز پس گیری عوض قراردادی، مبالغی را بدون توجیه شرعی از پیش فروشنده وصول کند. با این حال به نظر می رسد اقدام مقنن می توانست در قالب قواعد عام مسئولیت مدنی قابل توجیه باشد. البته این استدلال مستلزم تعیین تکلیف در خصوص وضعیت عدم النفع در فقه اسلامی است که تحلیل و بررسی آن از رسالت این پژوهش خارج است. (شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۱۲)

### مسئولیت مطلق پیش فروشنده (ماده نهم)

ماده نهم قانون پیش فروش ساختمان مقرر می دارد:

پیش فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش خریدار و اشخاص ثالث مسئول است و باید مسئولیت خود را از این جهت بیمه نماید. چنانچه میزان خسارت وارده بیش از مبلغی باشد که از طریق بیمه پرداخت می شود، پیش فروشنده ضامن پرداخت مابه التفاوت خسارت وارده خواهد بود. (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۹۶)

شورای نگهبان در اظهار نظر خود ماده مذکور را مخالف شرع دانسته است؛ اما به صراحت دلیل مخالفت خود را بیان نکرده است. ماده مذکور از دو بخش مسئولیت پیش فروشنده در برابر پیش خریدار و اشخاص ثالث و تحمیل تکلیف به بیمه کردن مسئولیت تشکیل شده است. در خصوص این که کدام حکم ماده مذکور خلاف شرع اعلام شده است، صراحتی وجود ندارد. احتمال اول این است که شورای نگهبان به این دلیل ماده مذکور را خلاف شرع دانسته است که به موجب آن یک تکلیف زائد مبنی بر بیمه کردن مسئولیت بر دوش پیش فروشنده قرار گرفته است؛ اما این احتمال مندرج است؛ زیرا با بررسی سوابق اظهارات شورای نگهبان مشخص می شود که مرجع مذکور این سطح از مداخله دولت در قراردادهای خصوصی را پذیرفته است و گرنه شورای نگهبان می بایست به طور کلی بند ۱۱ ماده دو را خلاف شرع اعلام می کرد؛ زیرا تکلیف به درج مفاد خاصی در

قرارداد نیز تکلیفی زائد است. احتمال دوم این است که دلیل مخالفت شورای نگهبان با ماده نه قانون پیش فروش، مفاد صدر آن باشد. صدر ماده مذکور به طور مطلق پیش فروشنده را ضامن خسارات ناشی از ساختمان دانسته است؛ در حالی که طبق قواعد عمومی ممکن است موجبی برای مسئول دانستن پیش فروشنده وجود نداشته باشد و پیمان کار، کارگران یا مهندسان ساختمان از باب قواعد تسبیب ضامن شناخته شوند. به نظر می رسد علت اصلی مخالفت شورای نگهبان با ماده مذکور همین موضوع باشد. از این حیث در شرایط فعلی به واسطه عدم تصریح مفاد این ماده در قرارداد پیش فروش، مسئولیت پیش فروشنده محدود به قواعد عام مسئولیت مدنی خواهد بود. (نویخت، ۱۳۹۰: ۵۸)

### منوط کردن ایفای تعهد پیش خریدار به پیشرفت عملیات ساختمانی (ماده دوازده)

ماده ۱۲ قانون پیش فروش مقرر داشته است:

در صورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقق پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید و مهندس ناظر مکلف است به تقاضای هر یک از طرفین ظرف یک ماه گزارش پیشرفت کار ارائه نماید.

هر چند ماده ۱۲ به لحاظ ماهوی منطبق با قواعد عمومی در خصوص حق حبس است؛ اما مقنن و شورای نگهبان بنا به دلایلی اشتراط مفاد این ماده به عنوان یکی از تشریفات عقد پیش فروش را الزامی دانسته است. شاید مهم ترین دلیلی که به موجب آن شورای نگهبان مقرر مذکور را خلاف شرع اعلام کرده است، قاطع بودن نظر مهندسان ناظر در خصوص اختلاف طرفین باشد که با عموماً از این حیث که فردی بدون انتخاب شدن از سوی طرفین قرارداد بتواند سرنوشت اختلاف را رقم بزند، مغایر است؛ بنابراین مفاد آن بخش از ماده ۱۲ که اعمال حق حبس پیش خریدار را منوط به نظر کارشناس کرده و نظر وی را قاطع دعوا دانسته، در خصوص قراردادهایی که این امر به صورت شرط ضمن عقد در آن ها درج نشده است، جاری نخواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۵۵)

### پیشنهاد اصلاح قانون پیش فروش

قانون پیش فروش ساختمان با پذیرش راه حل دوم تلاش کرد با دخالت در قراردادهای خصوصی مردم، مقررات این حوزه را تنظیم کند. ماحصل رویکرد اتخاذ شده توسط قانون پیش فروش ساختمان بدین شرح است؛ **اولاً** به موجب ماده سه، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی مکلفند قراردادهای پیش فروش ساختمان را به صورت رسمی تنظیم کنند و عدم انجام این اقدام با ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ مواجه می گردد. **ثانیاً** دفترخانه های اسناد رسمی مکلفند در تنظیم سند، موارد مندرج در ماده دو را ذکر نمایند. فهم قانون پیش فروش ساختمان و ارائه پیشنهاد برای اصلاح آن بدون دقت در این موضوع به هیچ عنوان ممکن نخواهد بود. رویکرد اتخاذ شده توسط قانون به مثابه بنیان اصلی آن است که از جهات مختلف قابل نقد و بررسی می باشد. هر گونه اصلاحی در حوزه تقنین باید با توجه به راه حل انتخاب شده برای دخالت در قرارداد های خصوصی باشد. رویکرد منتخب قانون پیش فروش از جهات زیر قابل انتقاد است:

**اولاً** شورای نگهبان علی رغم پذیرش راه حل دوم، بدان پایبند نمانده است. بر اساس مطالب پیش گفته که مناسط اظهار نظر شورای نگهبان را تشکیل می دهد، به نظر می رسد می بایست مقررات مواد دیگری از قانون پیش فروش ساختمان را نیز مخالف شرع اعلام می کرد و مانند مواد مذکور در بند ۱۱ ماده دو، اعتبار آن ها را منوط به اندراج در قرارداد طرفین می کرد. مهم ترین این مقررات، ماده ۱۳ قانون پیش فروش است. صدر این ماده تحقق مالکیت پیش خریدار را منوط به پرداخت عوض قراردادی کرده که خلاف قواعد عمومی قراردادها است.

**ثانیاً** قانون پیش فروش ساختمان در خصوص تخلف طرفین از شرط نمودن مقررات این مواد، هیچ گونه ضمانت اجرای مدنی پیش بینی نکرده و صرفاً به ضمانت اجرای کیفری اکتفا نموده است. آنچه در این موضوع مدنظر است عدم کارآمدی و کفایت ضمانت اجرای کیفری به جای ضمانت اجرای مدنی است. هر چند در وضعیت فعلی اهمیت این ایراد کمتر احساس می گردد؛ اما این امر نشانه کم اهمیت بودن موضوع مورد بحث نیست. علت اصلی بارز نبودن این ایراد در فضای کنونی، عدم اجرای



فراگیر و طولانی مدت قانون پیش فروش است. قانون پیش فروش ساختمان به دلیل موانع اجرایی هنوز در حوزه معاملات اقتصادی بخش مسکن نتوانسته نقش آفرینی کند. تنظیم حوزه قراردادهای به وسیله ضمانت اجرای کیفری نه تنها کارآمد نیست؛ بلکه میسر هم نخواهد بود؛ زیرا از یک سو به دلیل مقتضیات خاص ضمانت اجرای کیفری، در بسیاری از موارد امکان اعمال آن ها وجود ندارد و از سوی دیگر حتی در صورت قابل اعمال بودن ضمانت اجرای کیفری، اهداف مقنن از تنظیم قراردادهای محقق نخواهد شد.

**ثالثاً** به نظر می رسد تدوین کنندگان قانون پیش فروش ساختمان بیشتر از آن که به مسائل حقوقی قرارداد پیش فروش بپردازند، سعی در تنظیم ضوابط اجرایی آن داشته اند و ماحصل کار ایشان به جای این که از ابهامات حقوقی این حوزه در نظام حقوقی کشور ما بکاهد، خود باعث ابهامات جدیدی شده است. رویکرد اتخاذ شده در خصوص مداخله دولت در قراردادهای خصوصی نیز این مشکل را تشدید کرده است.

**رابعاً** یکی از مشخصه های نظام حقوقی اسلامی توجه به اراده باطنی افراد در تشکیل قراردادهای و فاصله گرفتن از شکل و قالب ظاهری آن است. رویکرد اتخاذ شده از سوی مجلس در خصوص تنظیم قراردادهای خصوصی فقط در ظاهر امر منسوب به اراده طرفین است و با اراده واقعی آن ها هم خوانی ندارد. شورای نگهبان با وارد کردن مقررات تنظیم کننده قانون پیش فروش به حوزه قراردادی قصد داشت برای آن ها توجیه شرعی بیابد. این رویکرد در صورتی موجه بود که طرفین، حکومت مقررات مذکور نسبت به قرارداد خود را به طور واقعی قصد کرده باشند. از سوی دیگر اگر به موجب قواعد شریعت دخالت در قراردادهای خصوصی مردم ممنوع گردیده است، به نظر می رسد رویه منتخب مجلس و شورای نگهبان نیز مصداق دخالت در قراردادهای خصوصی است. همچنین باید توجه داشت در نظام های حقوقی مختلف برای نیل به آزادی قراردادی واقعی سعی دارند شروط الحاقی را که در حقیقت امر مورد مذاکره قرار نگرفته است تا حد ممکن کاهش داده و در اعتبار آن تردید کنند؛ حال آن که در نظام حقوقی ایران با اتخاذ چنین رویکردی عملاً قراردادهای الحاقی ترویج شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۸)

### قاضی تحکیم

قاضی تحکیم یکی از نهادهای فقهی است که در قوانین مدون سابقه نداشته و با تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی، رسماً وارد قلمرو قوانین ایران گردید. اگر چه قانونگذار ایران در گذشته بر اساس ماده ۶۳۲ آئین دادرسی حقوقی، نهادی را تحت عنوان «داوری» پذیرفته است، ولی همان گونه که در پی خواهد آمد «داوری» با «قاضی تحکیم» از جهاتی تفاوت داشته و ماهیتاً فرق می کنند. از این رو پسندیده است با توجه به مباحثی که در پی خواهد آمد، قاضی تحکیم مورد بحث و بررسی قرار گیرد. برای روشن شدن بحث ذکر چند مقدمه ضروری است:

الف - قضاوت از جمله مناصب به شمار می رود لذا نیازمند نصب و اعطاء است و همانند مرجعیت نیست که در صورت وجود شرایط قهراً تحقق یابد.

ب - قضاء از شاخه های ولایت است که قاضی آن را اعمال می کند و بدان جهت است که برخی فقهاء در تعریف آن، ولایت را اخذ کرده اند؛ زیرا قضاوت بدون رنگ ولایت کارساز و مؤثر نخواهد بود.

ج - همانگونه که حقوقدانان می گویند اصل بر آزادی انسانهاست و هیچکس حق سلب آزادی از دیگری را ندارد مگر اینکه بر اساس قرارداد اجتماعی و ضرورت های زندگی، اشخاص پاره ای از آزادی های خود را محدود کرده و آن را به حکومت واگذار کنند تا بدینوسیله جامعه اداره شود. اصل مزبور در دین اسلام نیز پذیرفته شده است و فقهاء بیان کرده اند که حکومت و سلطنت ذاتاً از آن خداوند است و هیچکس بر دیگری ولایت ندارد و اصل عدم ولایت و سلطنت هر یک از انسان ها بر دیگری است، با این تفاوت که استثناء اصل یادشده به لحاظ مبانی و خواستگاه دین اسلام تفاوت می کند و بدین لحاظ استثناء را اینگونه بیان می کنند: مگر اینکه در موردی از ناحیه شارع مقدس (خداوند) دلیل داشته باشم که رضایت شخص معتبر نیست و بایستی در مورد وی اعمال ولایت شود و یا اینکه شارع پذیرفته باشد که در صورت رضایت شخص اعمال ولایت در مورد وی صحیح است. و دقیقاً به همین دلیل است که پیش تر گفته شد قضاوت از مناصب به شمار می رود لذا نیازمند نصب و اعطا است.

قضاوت از جمله مواردی است که شخصی با عنوان «قاضی» نسبت به دیگری حق ولایت دارد و این ولایت یا بایستی با اذن شارع صورت پذیرد و یا اینکه خود شخص صرف نظر از اذن امام (ع) به قاضی، اعمال چنین ولایتی را بپذیرد.

د - قاضی (مقالات مرتبط با قاضی - سوالات مرتبط با قاضی) بر دو قسم است، قاضی منصوب و قاضی غیر منصوب. قاضی منصوب کسی است که از ناحیه امام معصوم (ع) نصب شده است. و این نصب گاهی خاص است یعنی امام (ع) به خصوص کسی را نصب می‌کند و گاهی نصب عام است یعنی امام (ع) شخص یا شخصی را نصب نکرده ولی به طور کلی صفات ویژه‌ای را برای قاضی بیان کرده است به گونه‌ای که هر کس واجد آن صفات باشد می‌تواند قضاوت کند. اما قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتداءً وبالذات برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد.

ه - شخص در صورتی می‌تواند قضاوت کند که حداقل شرایط ذیل را داشته باشد: ۱. بلوغ ۲. کمال عقل ۳. طهارت مولد ۴. ذکوریت ۵. اجتهاد ۶. ایمان ۷. عدالت ۸. نصب.

ی - قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا به قضاوت وی راضی باشند و بایستی دارای همه شرایط یادشده باشد مگر نصب ابتدائی از ناحیه امام (ع) خواه نصب عام یا خاص. اکنون با توجه به این مقدمات به اصل بحث و پاسخ پرسشهای مطرح شده می‌پردازیم.

دلیل مشروعیت قاضی تحکیم مشروعیت قاضی تحکیم مورد پذیرش مشهور فقها قرار گرفته و دلیل‌هایی از کتاب، سنت و اجماع بر آن اقامه کرده‌اند و درباره آن ادعای اجماع و عدم خلاف شده است. عمده‌ترین دلیل را می‌توان روایات بر شمرد از جمله روایت ابی خدیجه که مرحوم آیت الله خوئی نیز به آن استناد جسته‌اند. «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور، ولكن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیا فتحاكموا الیه. «مبادا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند بنگرید و مردی از خودتان را که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند میان خودتان قاضی قرار دهید من نیز وی را قاضی قرار می‌دهم. بنابر این نزد وی تحاکم کنید.

قلمرو و کاربرد قاضی تحکیم همانگونه که سابقا ذکر شد پرسش این است که دامنه کاربرد قاضی تحکیم تا کجاست، آیا صرفا در دعوی حقوقی کاربرد دارد و یا در مورد دعوی کیفری نیز می‌توان آن را به کار گرفت؟ از سوی دیگر، آیا قلمرو آن صرفا در حق الناس یا حقوق خصوصی است و یا در حق الله یا حقوق عمومی نیز کاربرد دارد؟ برابر ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب که بصورت عام نگارش شده، قضات تحکیم می‌توانند هم در دعوی حقوقی و هم دعوی کیفری قضاوت کنند. از دیدگاه فقه نیز اطلاق دلیل مشروعیت قاضی تحکیم اقتضاء می‌کند که وی بتواند هم در دعوی حقوقی و هم دعوی کیفری قضاوت کند. در این باره می‌توان به روایت ابی خدیجه از امام صادق (ع) اشاره کرد: «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور ولكن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم، فانی جعلته قاضیا فتحاكموا الیه. «مبادا هر یک از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند، بلکه در بین خود نگاه کنید و شخصی را که چیزی از احکام می‌داند میان خود قرار دهید، به درستی که من او را میان شما قاضی قرار دادم، پس مرافعه خود در نزد وی برید. «مرحوم فاضل هندی در مورد بحث می‌فرماید: «وحکمه لازم نافذ فی کل الاحکام فی حقوق الناس وحقوق الله حتی العقوبات للعمومات». «حکم قاضی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی در مجازاتها به دلیل عام بودن دلیل مشروعیت، نافذ و لازم است.

به عقیده برخی دیگر، قلمرو قضاوت قاضی تحکیم محدود به حقوق خصوصی یا حق الناس است و دامنه قضاوت وی حقوق عمومی با حق الله را در بر نمی‌گیرد، زیرا قاضی تحکیم در فرض رضایت طرفین دعوا مشروعیت دارد و فلسفه تعیین آن در قانون ساده بودن و سرعت در امر رسیدگی است از این رو نمی‌توان آن را به حقوق عمومی با حق الله توسعه داد چرا که در چنین مواردی شاکی یا مدعی خصوصی وجود ندارد و حکومت مستقیما وارد عمل شده و به مساله رسیدگی می‌نماید لذا تراضی طرفین دعوا بی معناست و قاضی تحکیم مفهومی ندارد. و بدین لحاظ مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: «نعم یختص بحق الأدمی حیث انه متوقف علی نصب المتخاصمین فلا یحکم فی حقوق الله اذ لیس لها خصم معین».



«بله قاضی تحکیم ویژه حق الناس است زیرا مشروعیت آن بر تراضی طرفین دعوا توقف دارد. بنابر این در حقوق الله نمی‌تواند قضاوت کند زیرا در این موارد شاکی خصوصی وجود ندارد. صاحب جواهر و فاضل هندی گفته‌اند که شیخ طوسی در کتاب «تهایه» و «اقتصاد» همین عقیده را دارد. به عبارت دیگر در حقوق عمومی یا حق الله اساساً تراضی نقشی ندارد و غالباً مرتکب جرم در صدد فرار از قانون و مجازات است، لذا نمی‌توان رسیدگی را به رضایت مرتکب واگذار کرد. جای بسی تعجب است که چگونه مرحوم فاضل هندی در عبارت یادشده عقیده دارند که قاضی تحکیم حق قضاوت در حق الله را نیز دارد. تمسک ایشان به عموماً ادله مشروعیت قاضی تحکیم، کارساز نیست، زیرا همانگونه که گفته شد اساس قاضی تحکیم بر تراضی است. بنابر این نسبت به حقوق عمومی یا حق الله اساساً اطلاق یا عمومی وجود ندارد.

لزوم حکم بعد از قضاوت: از آنجا مشروعیت قاضی تحکیم بر اساس تراضی طرفین دعوا است لذا یکی از مسائل مورد بحث این است که آیا علاوه بر تراضی قبل از حکم، نیازمند به تراضی بعد از حکم هم هستیم یا خیر؟ قانونگذار در این مورد وظیفه را مشخص نکرده است، ولی در میان فقها دو نظریه وجود دارد. اکثر آنها عقیده دارند که بعد از تراضی و صدور حکم، نیازی به قبول و رضایت به حکم نیست و رای قاضی بر طرفین نافذ و لازم است. در این مورد مرحوم محقق حلی می‌فرماید: «لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیة فترافعا الیه فحکم لزمهما حکمه ولا یشرط رضاهما». اگر طرفین دعوا شخصی را بعنوان قاضی پذیرفتند و نزد وی طرح دعوا کردند و قاضی حکم صادر کرد، حکم وی بر طرفین دعوا لازم است و رضایت آنها شرط نیست.

### تحلیل قرارداد در پرتوی نظریه قرارداد خصوصی

همان طور که پیش تر بیان شد، یکی از رویکردها در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان تحلیل این قرارداد در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی است. این ماده مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» ماده مذکور ریشه در اصل آزادی قراردادی دارد و بیانگر این قاعده کلی است که به موجب آن، قراردادهای غیر معین محمول به صحت و از جانب طرفین آن لازم الوفاء خواهد بود. قرارداد پیش فروش ساختمان یک قرارداد انتقال مالکیت است؛ ولی به حسب موجود نبودن موضوع آن، تعهد به ساخت به اندازه انتقال مالکیت در اراده طرفین مدخلیت دارد و همین تعلق اراده متعاقدین، قرارداد را از عقد بیع فاصله می‌دهد. عده ای از اندیشمندان عقیده دارند که قرارداد پیش فروش ساختمان یک قرارداد مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی است. در واقع مقنن در صدد ایجاد یک نظام حقوقی مستقل برای پیش فروش ساختمان نبوده است؛ بلکه صرفاً یک سری تکالیف قانونی بر دوش پیش فروشنده قرار داده است. ادله پذیرش چنین نظریه ای بدین شرح است: اولاً فقهای شورای نگهبان اعتقاد داشتند که قرارداد پیش فروش ساختمان قابل انطباق با قالب های سنتی فقهی نیست و برای توجیه صحت این قرارداد به نظریه قرارداد خصوصی متوسل شده اند: (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۹۶)

قرارداد پیش فروش ساختمان و قراردادهایی از این نوع، داخل در دایره عقود و قراردادهای مصرح فقهی قرار نمی‌گیرد، بلکه از جمله قراردادهای عقلایی [است] که با تراضی و توافق افراد به وجود می‌آید. مبنای حضرت امام (ره) نیز در برداشت از آیه «لا تأکلو اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» نیز چنین است که تجارت شرعی و صحیح، محدود به عقود مصرح در فقه؛ همچون بیع، صلح، هبه و... نیست، بلکه هر قرارداد عرفی عقلایی که مورد قبول و تراضی طرفین قرارداد باشد و شارع نیز نسبت به آن، ردعی ننموده باشد، معتبر و جایز است. بنابراین، قواعد ناظر بر عقود شرعی؛ از جمله بیه سلم (سلف) در چنین قراردادهایی لازم الرعایه نیست. (امامی، ۱۳۹۶: ۱۰۵)

### ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران

#### عقود معین مشابه

در این قسمت قرارداد پیش فروش ساختمان با قراردادهای مشابه از جمله بیع، بیع سلف، عقد استصناع و شرکت مورد مقایسه و بررسی قرار گرفته است.

**بیع**

در تعریف عقد بیع ماده ۳۳۸ ق. م اشعار می‌دارد: «بیع عبارت است، از تملیک عین به عوض معلوم» منظور از عین در این ماده هر آن چیزی است که قابل لمس بوده و وجود خارجی داشته باشد. در حقیقت این‌جا عین در مقابل منفعت آمده است و به این طریق بیع را از اجاره که در آن تملیک منفعت صورت می‌گیرد، متمایز ساخته است. برای صحت هر معامله اصولاً لازم است مورد آن در زمان انشای معامله نزد طرفین معامله به صورت تفصیلی معلوم باشد. در صورت مجهول بودن مورد معامله حتی نزد یک طرف، آن معامله باطل خواهد بود.

برای معلوم بودن مورد معامله لازم است مورد معامله از سه جهت معلوم باشد: ماهیت، مقدار و اوصاف. ماهیت، جنس مورد معامله؛ مقدار، میزان مورد معامله و اوصاف، آنچه موجب جلب تمایل مشتری برای خرید می‌شود را تشکیل می‌دهد. معلوم بودن مورد معامله در هر سه صورت کلی، کلی در معین و عین معین، لازم و ضروری است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۲۹۵-۳۴۲) در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان کلیه مشخصات ساختمان از قبیل موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری، مساحت عرصه و زیر بنا و... در نقشه ساختمانی معین می‌گردد و به اطلاع خریدار می‌رسد. به این لحاظ آن‌چه تحت عنوان معلوم و معین بودن مورد معامله ذکر می‌گردد در این قرارداد رعایت گردیده و قرارداد به این لحاظ نقضی نخواهد داشت. لذا می‌توان گفت در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان شرط اصلی معلوم بودن مورد معامله مذکور در ماده ۱۹۰ ق. م رعایت می‌گردد. در قانون مدنی عینی که مورد خرید و فروش قرار می‌گیرد به اقسام گوناگونی تقسیم شده است. به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی «مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و هم‌چنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد».

به این لحاظ بیع کلیه اقسام عین شامل کلی، کلی در معین و عین معین را بررسی کرده و قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را با هر یک مقایسه می‌کنیم.

**کلی فی‌الذمه:**

یکی از انواع بیع که در قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بیع کلی در ذمه است. در صورتی که مبیع کلی است، یعنی صادق بر افراد عدیده است. بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر گردد. (ماده ۳۵۱ ق. م) به هر لحاظ در این‌گونه خرید و فروش‌ها، بایع موظف نیست که در مقام ایفای تعهد مال معینی را به مشتری واگذار کند. اما باید فردی را انتخاب نماید که از حیث شرایط، صفات موضوع مورد تعهد را داشته باشد. لذا در تعریف کلی می‌توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد». (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷)

در موردی که موضوع تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد زیرا انتقال با تراضی صورت می‌پذیرد. در عقود تملیکی مانند بیع، هرگاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به‌وسیله متعهد انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام «تسلیم» است. برای مثال در فروش چند خروار گندم یا اتومبیل، فروشنده متعهد می‌شود، که گندم یا اتومبیل را مطابق اوصاف مقرر در عقد فراهم آورده و به خریدار تحویل دهد. آن‌چه اهمیت دارد توانایی او و امکان اجرای تعهدات است نه وجود عین هنگام عقد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۲)

آن‌چه می‌تواند تحت عنوان بیع کلی فی‌الذمه قرار گیرد مال مثلی است. در تعریف مال مثلی آن را مالی می‌دانند، که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد باشد. (ماده ۹۵۰ ق. م) مانند حبوبات، شکر، برنج و غیره. منظور از اشباه و نظایر، اشباه و نظایری است، که از هر جهت مساوی باشند. به طوری که در عرف هیچ تفاوتی بین افراد آن مال که سبب اختلاف در انتخاب فردی از آن به‌وسیله اشخاص باشد، وجود نداشته باشد. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۱)

البته در تعریف مال مثلی نظرات دیگری چون، مثلی آن است که اجزایش از نظر قیمت مساوی باشند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۸۱) و این که تعیین مال مثلی و قیمی موکول به عرف است. (الموسوی الخمینی، ۱۴۰۳، ص ۱۸۰) نیز وجود دارد.

به همین لحاظ گفته می‌شود، مال مثلی را می‌توان به صورت عین معین، کلی در معین یا کلی فی‌الذمه معامله نمود. یعنی به هر کدام از سه صورت مذکور معامله صورت گیرد، می‌توان از آن رفع ابهام نمود و در نتیجه وصف معلوم بودن مورد معامله را فراهم کرد. اما مال قیمی که از لحاظ تعریف در مقابل مال مثلی قرار می‌گیرد یعنی «مالی که دارای امثال از هر جهت مساوی نباشد به طوری که اختلاف در افراد آن مال در خصوصیات، می‌تواند مؤثر در جلب تمایل اشخاص و موجب اختلاف آن‌ها در انتخاب گردد»؛ منحصراً به صورت عین معین می‌توان فروخت و اگر به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله قرار گیرد، عقد بیع باطل خواهد بود. زیرا در این دو صورت، مبیع مجهول می‌ماند و معلوم و معین نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۲۲-۲۳)

انواعی از بیع نیز وجود دارد که به لحاظ موضوع و ماهیت در قسم بیع کلی فی‌الذمه جای می‌گیرد. اما از حیث پاره‌ای شرایط با بیع کلی متفاوت است که به آن خواهیم پرداخت. از آن جمله می‌توان از «عقد سلف» یا «سلم» نام برد. در واقع آنچه در فقه ما تحت عنوان قرارداد پیش‌فروش از آن یاد می‌شود «بیع سلف» یا «سلم» می‌باشد. بیع سلف عبارت است از «فروختن مالی که توسط بایع به ذمه گرفته شده و مضبوط می‌باشد (یعنی نوع و اوصاف آن معین است) در مقابل مال معلومی (ثمن) که در مجلس عقد قبض می‌شود و تحویل مبیع تا مدت معلومی به وسیله صیغه خاصی معلوم و مشخص می‌گردد». (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۱)

مشتري بیع سلف را «مُسلم» و فروشنده را «مُسلمُ الیه» و مالی که پیش‌فروش می‌شود را «مُسلم فیه» می‌گویند. فقها و حقوق‌دانان در باب بیع سلف شروطی را ذکر نموده‌اند که باید رعایت گردد. از جمله این شروط می‌توان ابتدا به ذکر جنس مبیع اشاره نمود. منظور از مبیع در بیع سلف حقیقت نوعیه‌ای است که افراد متعدد ذیل آن جای می‌گیرند، مانند گندم و جو. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۲) به عبارت دیگر مبیع در بیع سلف باید مال مثلی باشد که به صورت کلی فی‌الذمه در تعهد بایع بیع سلف قرار گیرد. شرط دوم بیان اوصاف مبیع می‌باشد. منظور از وصف در این جا اوصافی است، که موجب رفع جهالت از آن نوع مبیع نسبت به سایر انواعش می‌باشد. و در تعیین قیمت نقش اصلی را ایفا می‌کند. شرط سوم قبض ثمن در مجلس بیع سلف می‌باشد. این ثمن باید به طور کامل در مجلس قبض شود و در صورتی که در بیع سلف شرط شود، بعضی از ثمن به صورت موجّل باشد بیع نسبت به ثمن حال و هم نسبت به ثمن موجّل باطل خواهد شد. چرا که در بعضی موجّل بودن ثمن، تبدیل به بیع کالی به کالی می‌شود و در بعضی حال، معین نیست چه مقدار از مبیع در مقابل ثمن حال و چه مقدار در مقابل ثمن موجّل قرار دارد. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۸؛ الموسوی‌الخیمینی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۲۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۲۸۹) شرط چهارم این است، که مبیع و در صورت نیاز ثمن به وسیله پیمانانه یا وزن یا عدد معلوم و مشخص شود. شرط پنجم این که مدت برای تحویل کالا دقیقاً معین گردد. نهایتاً شرط ششم این خواهد بود، که مبیع به هنگام فرا رسیدن زمان تحویل، «فراوان» یافت شود. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۷) شروط مذکور را پاره‌ای دیگر از فقها و حقوق‌دانان نیز یاد آور شده‌اند. حال سؤال اینجا است، که با در نظر گرفتن این اوصاف آیا می‌توان آپارتمانی را که هنوز ساخته نشده است، قرارداد پیش‌فروش آن را تحت عنوان بیع سلف منعقد نمود؟

برای پاسخ به این سؤال بررسی چند شرط از شروط گفته شده ضروری به نظر می‌رسد. نخست این که گفته شد، مبیع در قرارداد بیع سلف باید از نوع مثلی بوده و به صورت کلی فی‌الذمه در تعهد بایع سلف قرار گیرد. حال آن که ما می‌دانیم آپارتمان موضوع قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک مال قیمی است، که تنها باید به صورت عین معین مورد خرید و فروش قرار گیرد. مثلی بودن مبیع قرارداد سلف را از شرط نهایی مذکور در این قرارداد نیز می‌توان استفاده نمود، چرا که گفته می‌شود مبیع هنگام فرارسیدن زمان تحویل باید «فراوان» یافت شود. چنین خصیصه‌ای تنها در مورد اموال مثلی که دارای اشباه و نظایر فراوان هستند. قابل تحقق است، چرا که مال قیمی تنها یک نسخه دارد. ضمناً آنچه می‌تواند در ذمه قرار گیرد، کلی است. در بیع سلف نیز مسلم فیه در ذمه مسلم الیه است. لذا مورد آن باید کلی باشد. اما در صورتی که مسأله مثلی بودن واحدهای پیش‌فروش شده مطرح باشد همانند موردی که واحدهای آپارتمانی در حالت انبوه‌سازی شبیه هم به حساب می‌آید و می‌توان

آن را مال مثلی به حساب آورد این شرط یعنی مثلی بودن مال پیش فروش شده در بیع سلف حل خواهد گشت و از این جهت و پیرامون این دسته از واحدهای آپارتمانی پیش فروش آن به طریق بیع سلف امکان پذیر خواهد بود.

### نتیجه گیری

قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می توان بیع عین معین دانست. در واقع فروشنده با انعقاد قرارداد قسمتی از عرصه را حداقل به اندازه سهم خریدار به او منتقل می نماید و چون عرصه فعلاً موجود است لذا عقد بیع، فاقد مبیع قلمداد نمی شود. به علاوه فروشنده متعهد به احداث بنا و تحویل آپارتمان بر اساس مفاد قرارداد پیش فروش است که در نهایت قرارداد پیش فروش آپارتمان را می توان در قالب عقد بیع عین معین توجیه و تحلیل نمود. قرارداد مذکور را به شرحی که در متن پژوهش گذشت، می توان در قالب بیع کلی فی الذمه نیز تحلیل کرد. گرایش قانون گذار به استفاده از عبارات «پیش فروشنده و پیش خریدار» در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نشانگر شناسایی ماهیت بیع توسط مقنن برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان است. به دلیل توسعه شهرنشینی و افزایش مهاجرت به شهرها و به تبع افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، نیاز به مسکن به عنوان یک امر اساسی افزایش یافته است. کمبود فضاهای شهری و استفاده بهینه از فضای شهر، گرایش به ساخت آپارتمان و زندگی در آن را به راه کاری اساسی در جهت تأمین مسکن این جمعیت عظیم تبدیل کرده است. این امر باعث خارج شدن ساخت مسکن از حالت سنتی و تبدیل به حرفه و صنعت شدن آن شده و افرادی در این زمینه دست اندرکار شده اند. همزمان با این تحولات قراردادهای راجع به خرید و فروش این آپارتمان ها و روابط حقوقی ناشی از آن پدیدار گشته، که می توان یکی از عمده ترین این قراردادها را «قرارداد پیش فروش آپارتمان» دانست.

پیش خریداران به آن علت که پرداخت به صورت نقد نبوده، و مبلغ طی اقساطی به پیش فروشندگان پرداخت می شود، آن را فرصت مناسبی برای خانه دار شدن خود دانسته و از طرف دیگر سازندگان یا پیش فروشندگان با دریافت بخشی از ثمن بصورت اقساط، قادر به فراهم نمودن سرمایه ای برای شروع کار خویش هستند. به همین دلیل این قراردادها در جامعه گسترش یافته است. در قراردادهای پیش فروش ساختمان، موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیربنا و سایر مشخصات آپارتمان در نقشه ساختمانی ذکر می گردد و فروشنده متعهد می شود، که آپارتمان را ظرف مدت معینی که در قرارداد ذکر می گردد، ساخته و تحویل خریدار دهد. در حقیقت در این نوع قراردادها فروشنده مال موجودی را نمی فروشد، بلکه متعهد می شود تا در قبال آن چه از مشتری به صورت اقساط دریافت می دارد، ساختمانی را ساخته و در موعد معین به او تحویل دهد.

با توجه به این که قراردادهای پیش فروش ساختمان به علت نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز بشر شکل گرفته و توسعه چشم گیری یافته است، می توان آن را قرارداد جدیدی دانست که در فقه به صورت مستقل و جداگانه بحث نشده است، در برخی کتب فقهی به عقود مشابه آن اشاراتی گردیده است. چنان که فقها «بیع معدوم» را جایز نمی دانند، اما فرضی را استثناء می کنند و آن «بیع معدوم به تبع موجود» است. همانند فروش چای بر روی بوته، به ضمیمه پنج چین دیگر که در آینده ایجاد خواهد شد.

### پیشنهادات

۱- پیشنهاد می شود اگر در قرارداد پیش فروش، شرط داوری شده باشد، طبیعتاً داور مرجع حل اختلاف بین آن دو بوده و رأی داور هم برای طرفین لازم الاتباع است. در غیر این صورت دادگستری مرجع عام رسیدگی به دعاوی خواهد بود که اساساً باید مورد توجه قرار گیرد..

۲- پیشنهاد می شود داور از بین افراد وارد و مطلع در امور ساختمان و قرارداد انتخاب می شود مثلاً مدیر دفتر املاک که تنظیم کننده قرارداد بوده است به عنوان داور مرضی الطرفین انتخاب می شود.

۳- پیشنهاد می شود با توجه به اینکه طبق قانون آیین دادرسی مدنی، در باب داوری، رأی داور قابل اعتراض در دادگاه است و هر یک از طرفین به رأی داور اعتراض داشته باشند به دادگاه مراجعه می کنند و دادگاه موضوع را بررسی و رأی مقتضی صادر می کند. اگر داور رأی ندهد هر یک از طرفین می توانند جهت حل اختلاف پیش آمده، به دادگستری مراجعه کنند نیز مورد توجه قرار بگیرد.

### منابع فارسی

۱. اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، (۱۳۹۵)، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، چاپ دوم، تهران، شهر دانش.
۲. اسلام پناه، علی، رساله دکتری، (۱۳۹۰)، «معلوم و معین بودن مورد معامله در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لا»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۳. امامی، سیدحسن، (۱۳۹۶)، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ بیست ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۱)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران، انتشارات مشعل آزادی.
۵. جمعی از نویسندگان، (۱۳۹۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، ج ۲، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۶. داراب پور مهربان، (۱۳۹۶ و ۱۳۹۷)، ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱.
۷. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش.
۸. شعاریان، ابراهیم، (۱۳۸۸)، انتقال قرارداد، نظریه عمومی - عقود معین، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش.
۹. شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
۱۰. .... (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد.
۱۱. .... (۱۳۹۲)، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۱۲. .... (۱۳۹۳)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. عدل، مصطفی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحرالعلوم.
۱۴. علیزاده، حسن، (۱۳۹۳)، قراردادهای پیش فروش آپارتمان، چاپ اول، تهران، نشر میثاق عدالت.
۱۵. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۱)، عقود معین، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت انتشار.
۱۶. .... (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: مدرس.
۱۷. .... (۱۳۷۳)، عقود معین، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۸. .... (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۹. .... (۱۳۸۶)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
۲۰. .... (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۱. .... (۱۳۸۴)، عقود معین، معاملات معوض - تملیکی، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۲. محقق داماد، دکتر سید مصطفی (۱۳۷۴)، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.
۲۳. .... (۱۳۸۲)، قواعد فقه، بخش مدنی ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. نوبخت، یوسف، (۱۳۹۰)، اندیشه های قضایی، چاپ سوم، تهران، نشر کیهان.
۲۵. نوری، سید مسعود، (۱۳۷۹)، ثمن شناور در فقه، نامه مفید، ش ۲۲، تابستان.

### منابع عربی

۱. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۴۲۶ق)، الروضه البهیة فی شرح المعه دمشقیه، قم: ارغوان دانش.
۲. الموسوی‌الخمینی (۱۴۰۳ق)، تحریرالوسیله، تهران: مکتبه‌الاعتقاد.
۳. الموسوی‌الخمینی (۱۴۱۰ق)، البیع، قم: موسسه اسماعیلیان.



## A Study and Analysis of the Legal Rules Governing the Pre-Sale of Buildings in Iranian Jurisprudence and Law

Qasem Alvanchi<sup>1</sup>, Musa Zahrabi Kish<sup>2</sup>, Mohammad Baqer Amerinia<sup>3</sup>

*2- Student, Department of Private Law, Yasuj Branch - Islamic Azad University, Yasuj - Iran*

*3- PhD student, Department of Private Law, Yasuj Branch - Islamic Azad University, Yasuj - Iran*

*3- Assistant Professor, Department of Law, Yasuj Branch, Islamic Azad University, Yasuj - Iran*

---

### Abstract

Determining the legal nature of an apartment's pre-sale contract can be helpful in understanding its terms, effects, ordinances and regulations. If the pre-sale contract is deemed to be a sale of the apartment, then the terms and conditions of the sale will be governed by the terms and conditions of the sale and if the contract is considered to be binding, it will be subject to the rules and regulations of the company. It would also be difficult for Iran's legal system to suspend the contract if the property was suspended. In pre-sale contracts, the subject of the transaction is not at the time of its conclusion and the parties agree to build it in the future. As a result, the area of the building created may differ from the agreed area. Sometimes the area exceeds the amount specified in the contract by the legislator in the assumption that the surplus is more than five or five percent. It may also be less than the area agreed upon in the contract. If we consider the reason for the enactment of Article 361 of the Civil Code in the wisdom of the same civil procedure at the time of the marriage, the suspension of the civil law would not be a problem. Because in some way the effect of the contract, ie, obedience (source in suspension), is subject to suspension and the objection against the "existence of objection" will be a condition of the possibility of ownership to the buyer. Hence, unless the covenant is established, the covenant will not materialize, and this indicates that the main reason for the enactment of Article 361 of the Civil Code, ie ceding the covenant after its definite revocation and transferring it to the buyer, at the conclusion of the covenant. It does not exist at all, and the existence that is needed for this purpose loses its necessity and is postponed to the future. The pre-sale contract of the apartment can be considered as a definite purchase, despite the fact that there is no such thing at the time of the contract. In fact, the seller transfers part of the arena to the buyer at least as much as the buyer's contract, and since the arena is currently available, the purchase contract is not considered as void. In addition, the seller is committed to constructing and delivering the apartment based on the provisions of the pre-sale contract, which can ultimately be justified and analyzed in the form of a definite purchase contract. The abovementioned agreement can be analyzed in the form of an overview in the context of the research. The legislator's inclination to use the terms "pre-seller and pre-buyer" in the pre-sale law of Building 2010 indicates the legal nature of the buyout by the legislator for pre-sale apartment contracts.

**Keywords:** Pre-seller, Pre-Buyer, Damage, Building, Area

---