



## جایگاه حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان در رویه قضایی

پدیدآورنده (ها) : اسدی، بهنام

حقوق :: نشریه پژوهش های حقوقی قانون یار :: زمستان ۱۳۹۷، دوره اول - شماره ۴

صفحات : از ۵۳ تا ۸۰

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1445115>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۱۰/۰۲

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.



- اختلافات حقوقی در قراردادهای ساختمانی و چگونگی مرتفع نمودن آن
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان
- تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان
- تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان
- جستاری در نظریات مطرح در باب ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان با تاملی بر قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹
- تحلیل و بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان در نظام کنونی
- تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی
- مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با نهادهای مشابه و تشخیص ماهیت آن
- جایگاه ثبت رسمی قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹
- قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۵/۲۴//۸۹)
- حقوق پیش فروشنده در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با حقوق بائع در قانون مدنی

## عناوین مشابه

- بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی ایران و فرانسه
- جایگاه ثبت رسمی قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹
- ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش فروش ساختمان
- بررسی و تحلیلی بر قواعد حقوقی حاکم بر پیش فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران
- قراردادهای پیش فروش خودرو (چالش ها، فرآیندها و برآیندهای حقوقی آن در ایران)
- تحلیل حقوقی بیع و قرارداد ساختمان در رویه قضایی کنونی
- علل بروز اختلاف در قراردادهای پیش فروش ساختمان و راهکارهای پیشگیری از آن
- بررسی جایگاه داوری در قانون پیش فروش ساختمان
- جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکتترین حقوقی
- جایگاه حقوقی و اعتباری قرارداد فروش محصولات پروژه در زنجیره قراردادهای تامین مالی پروژه محور: نقش شروط قرارداد فروش در بانک پذیری پروژه



## جایگاه حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان در رویه قضایی

(تاریخ ارسال مقاله ۱۳۹۷/۹/۲۶ تاریخ پذیرش ۱۳۹۷/۱۱/۱)

دکتر بهنام اسدی

استاد دانشگاه

### چکیده

مفهوم لغوی «پیش‌فروش» با مفهوم حقوقی آن «به معنای سلف» مطابقت دارد. به همین دلیل همواره پیش‌فروش نام دیگر بیع سلف ذکر شده است. با گسترش جوامع نیازهای اقتصادی و روابط اقتصادی آنها، تحولاتی در زمینه مبادلات اقتصادی و شیوه‌های سنتی مبادلات اتفاق افتاده است، برای نمونه می‌توان از پیش‌فروش وسایط نقلیه توسط شرکت‌های سازنده، پیش‌فروش ساختمان‌ها، کالاهای صنعتی و غیره نام برد که از نظر روشی که جهت عرضه این محصولات در پیش گرفته می‌شود، (فروختن کالا پیش از آنکه موجود شود و یا نزد فروشنده باشد) با مفهوم لغوی سلف مطابقت دارد اما از نظر ماهیت حقوقی عمل، آثار و احکامی که می‌توان به این معاملات بار کرد بسیار متفاوت‌اند بطوریکه ممکن است بیع سلف قابل تطبیق نباشند اما با این همه از نظر عرف معمول به این قبیل قراردادهای نیز پیش‌فروش گفته می‌شود و بنا به دلایل مختلف این‌گونه قراردادهای هر روز رواج بیشتری می‌یابند و با اقبال عمومی مواجه می‌باشند. پس امروزه پیش‌فروش دیگر فقط به معنای سنتی خود (سلف) بکار نمی‌رود بلکه مفهوم وسیع‌تری به خود گرفته است. هم در معنای سلف و هم در معنای عقود نامعینی که قابلیت تطبیق با بیع سلف ندارد بکار می‌رود.

**واژگان کلیدی:** پیش‌فروش، قرارداد، بیع، بیع سلم، بیع املاک، فروش آپارتمان



## بخش اول: کلیات

مسکن از جمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است. در طول تاریخ، انسان توانست از بدویت خارج و تبدیل به انسان ابزارساز شود. ابزارسازی انسان موجب دگرگونی و پیشرفت در ساخت مسکن شد. نوع مصالح و مواد تشکیل دهنده ساختمان‌ها از حالت اولیه خارج و تبدیل به مصالح پیچیده امروزی شد و به تبع، تحول و بهبود مصالح باعث گزافه شدن هزینه تمام شده ساختمان شد. لذا جامعه با بحرانی جدی مواجه شد، چه اینکه از یک طرف خریدارانی وجود داشتند که توانایی خرید ساختمان به صورت نقدی را نداشتند و از طرف دیگر، سازندگانی وجود داشتند که سرمایه‌شان برای ساخت ساختمان‌های استاندارد کافی نبود. به این ترتیب، قرارداد پیش فروش ساختمان در عرف معاملات پا به عرصه وجود نهاد؛ قراردادی که مشکلات پیش گفته را مرتفع کرد. پیش خریداران در این نوع قراردادها توانستند بهای قراردادی ساختمان را به طور اقساط بپردازند و از طرف دیگر سازندگان (پیش فروشندگان) نیز توانستند بخشی از عوض قراردادی را قبل از مبادرت به احداث ساختمان و در ابتدای قرارداد و مابقی آن را به موازات پیشرفت کار (تکمیل ساختمان) دریافت کنند. بدین ترتیب نه به پیش خریداران بابت پرداخت یک باره ثمن، فشاری وارد می‌شد و نه سازندگان با کمبود سرمایه و مشکل نقدینگی مواجه می‌شدند.<sup>۱</sup> امروزه یکی از رایج‌ترین راه‌های تأمین مسکن، ساختمان سازی و ساختمان نشینی است. بروز این پدیده و توسعه آن موجب ایجاد تحولاتی در عرصه حقوق نیز شده است از جمله تصویب قانون تملک آپارتمان‌ها در سال ۱۳۴۳ که گامی اساسی در جهت حل مشکل مالکین ساختمان‌ها بوده است اما سؤالات و ابهامات زیادی در این زمینه بی‌پاسخ مانده است.<sup>۲</sup> امروزه خرید و فروش ساختمان یکی از اقسام شایع بیع املاک می‌باشد که این امر به دو صورت ممکن است انجام شود یک فرض صورتی است که ساختمان به طور کامل ساخته شده و وجود خارجی دارد در این فرض بیع بر طبق قواعد عمومی نسبت به مال

<sup>۱</sup> غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، فصلنامه

تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۵

<sup>۲</sup> تقی، لوزهره، مسائل حقوقی ساختمان‌ها، قم: پرتو خورشید، ۱۳۸۴، ص ۱۳



موجود صورت می‌گیرد و از این لحاظ با مشکلی مواجه نمی‌باشد فرض دیگر فروش ساختمان‌های است که هنوز ساخته نشده و در آینده باید ساخته شود در این فرض ساختمان وجود خارجی ندارد و فروشنده ملتزم به ساخت و تحویل آن می‌شود و یا به عبارت دیگر "پیش فروش ساختمان" صورت می‌گیرد. البته موقعیت ساختمان و سایر ویژگی‌های آن معین می‌شود و فروشنده متعهد می‌شود که ظرف مهلت معین ساختمان، مزبور را بسازد و تحویل خریدار بدهد. قراردادی نو ظهور که به ظاهر با بعضی از احکام قانونی تعارض دارد از جمله ماده ۳۶۱ ق. م که به موجب آن یکی از شرایط مورد معامله این است که هنگام عقد موجود باشد. این ماده مقرر می‌دارد: "اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است" حال آنکه در فرض مزبور مبیع در زمان قرارداد وجود خارجی ندارد. البته در رابطه بانفوذ بیع عینی که در آینده ساخته می‌شود مانند ساختمان و مبلی که سفارش داده شده عده‌ای از حقوقدانان صحت آن را ترجیح داده‌اند<sup>۱</sup> و عده‌ای چنین معامله‌ای را به استناد ماده ۳۶۱ ق. م باطل دانسته‌اند و گفته‌اند که اگر مورد معامله خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه‌ای معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد، چنین معامله‌ای باطل است.<sup>۲</sup>

### بند اول: تحول مفهوم پیش فروش

در عقود نامعین نیز گاه پیش از تولید فروخته می‌شود ولی از حیث احکام قانونی قابل مقایسه با سلف نیستند. لذا باید نتیجه بگیریم مفهوم لغوی پیش فروش اعم از بیع سلف و عقود نامعینی است که به منظور از پیش فروختن کالاها واقع می‌شوند. با این همه از نظر حقوقی تفاوت‌هایی وجود دارد که آن‌ها را از یکدیگر کاملاً مجزا می‌سازد. به همین علت برای جلوگیری از خلط مباحث و امکان تمیز آن‌ها از هم بهتر است «پیش فروش» را برای عقود نامعین مذکور بکار بریم و نه مترادف با معنای بیع سلف در حقیقت پیش فروش عنوان معاملاتی است که اگر قانوناً منعی وجود نداشت در قالب بیع انجام می‌گرفت ولی چنانکه گفتیم به دلیل وجود حکم خاص قانون مدنی در خصوص لزوم وجود مبیع در حین عقد یک راه فرعی برای رسیدن به همان

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵، ص ۲۹۵

<sup>۲</sup> شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۳۰۹



نتیجه‌ای که از بیع به دست می‌آید اختیار می‌شود و آن چیزی نیست جز قرارداد پیش‌فروش زیرا با آنکه جنبه عهده‌ی دارد اما در درون خود به‌نوعی خصیصه‌ی تملیکی بودن را داراست.

### بند دوم: تمیز و توصیف ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان

توصیف حقوقی قراردادها یکی از مسائل حائز اهمیت در تعیین سرنوشت قراردادی است که منعقد می‌شود زیرا هر قراردادی بنا بر ماهیتی که دارد، می‌تواند آثار و احکام خاص و جداگانه‌ای نسبت به سایر روابط حقوقی برجاگذارد و چون هدف اصلی عاقدین قرارداد این است که عقد منعقد شده را به اجرا درآورند اهمیت توصیف قرارداد تعیین ماهیت آن بیش از پیش روشن می‌شود. اگر میان طرفین قرارداد اختلافی بر سر چگونگی اجرای قرارداد یا تعهداتی که طرفین دارند بروز نماید، اولین چیزی که نظر قاضی دادگاه را بخود جلب خواهد کرد تعیین ماهیت قرارداد است و نسبت به ماهیتی که تشخیص می‌دهد احکام و آثار قرارداد و امور و حکم قرار خواهد دارد. از عقود دیگر با توجه به ماهیت‌های متفاوتی که برای پیش‌فروش بیان می‌شود می‌خواهیم آنرا با برخی از روابط حقوقی دیگر مقایسه کنیم و به تفاوت‌های پیش‌فروش با آن‌ها آگاه شویم:

الف: سلف و پیش‌فروش: چنانکه در مقدمه پیش‌فروش گذشت ظاهر این است که تفاوتی میان پیش‌فروش و سلف وجود ندارد اما دیدیم که مفهوم پیش‌فروش امروزه تا حدی تحول یافته است و به معامله‌ی اموالی معین که فعلا وجود ندارد اطلاق می‌شود. بنابراین از نظر مکانیزم معامله تفاوتی نیست، در هر دو مالی که موجود نیست از پیش مورد معامله قرار می‌گیرد ولی تفاوت آن‌ها اجمالا بشرح زیر است:

اول- سلف: گونه‌ایست از بیع، در نتیجه در زمره عقود معین است در حالیکه پیش‌فروش بر حسب ماهیت معمولی که برای آن تشخیص داده می‌شود عقد غیر معین (تعهد به ساخت و تملیک) تلقی می‌شود.

دوم - موضوع بیع سلف اموال کلی است در حالی که موضوع پیش‌فروش اموال معین معروضی است که معامله آن‌ها به عقد تملیکی ممکن نیست بنابراین معامله اموال کلی در قالب



پیش‌فروش موجب نداشته و بیهوده است زیرا قانوناً معنی در مورد پیش‌فروش آن‌ها به عقد تملیکی بیع سلف وجود ندارد.

سوم - قبض ثمن در مجلس عقد (بنابر نظر اکثریت) شرط صحت بیع سلم تلقی می‌شود در حالی که در مورد پیش‌فروش چنین شرطی متصور نیست.

ب: وعده بیع و پیش‌فروش: وعده بیع همچنان که از نام آن بر می‌آید موجد هیچ تعهدی نیست در تأیید این مطلب می‌توان به ملاک ماده ۱۰۳۵ ق.م.تسک جست مطابق این ماده: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند... بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند» وعده بیع، موجد آثار بیع نیست زیرا در وعده بیع اخبار یک یا دو نفر از وقوع عقدی است که بعداً بین آن دو نفر واقع خواهد شد بدون اینکه تعهد یا انتقالی صورت گیرد به همین جهت منشأ اثر حقوقی نمی‌باشد. بنابراین تفاوت پیش‌فروش و وعده بیع بطور خلاصه چنین است وعده بیع اخبار است ولی پیش‌فروش عقد است و به همین دلیل اولی موجد هیچ تعهدی نیست در حالی که در پیش‌فروش صراحتاً تعهداتی مورد قبول طرفین واقع می‌شود که این تعهدات منشاء اثرات قانونی است. بعضاً در کلام حقوق‌دانان دیده می‌شود که از پیش‌فروش به عنوان وعده بیع نیز یاد می‌کنند که به عقیده ما هیچ مطابقتی با هم ندارند و بکاربردن هر یک از این دو بجای دیگر ناصواب است.

ج: بیع و پیش‌فروش: بیع عقدی است معین که موضوع آن می‌تواند مال کلی عین معین یا در حکم معین باشد. این عقد در حقوق ایران دارای مقررات خاصی است بطوری که قسمت مهمی از قانون مدنی شامل ۱۲۵ ماده به بیان احکام بیع پرداخته و حتی برخی احکام کلی نیز در همین مبحث از قانون مدنی ذکر شده است.

تفاوت‌های بیع و پیش‌فروش اجمالاً چنین است:

اول: بیع عقدی است معین درحالیکه پیش‌فروش عقدی غیر معین و عموماً با ماهیت عهدی است.

دوم: موضوع بیع اموال کلی، معین، یا در حکم معین است. درحالیکه موضوع پیش‌فروش اموال معین محروم است البته برخی قراردادها راجع به اموال کلی منعقد می‌شود که در قالب بیع



(سلف) نمی‌گنجد به همین علت آن را هم بطور معمول پیش‌فروش می‌نامند مثل پیش‌فروش خودرو که اگر معتقد به لزوم قبض ثمن در بیع سلف باشیم قاعدتا این قراردادها باطل است یعنی بیع سلفی است که به لحاظ عدم تحقق شرط صحت باطل است

د: قولنامه و پیش‌فروش: در مورد قولنامه تعاریف مختلفی از طرف حقوقدانان ارائه گردیده و با اندک اختلاف در نحوه عبارات همه آنها یک نوع تعریف بیان داشته‌اند: قولنامه نوشته‌ای است غالبا عادی حاکی از توافق به واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی (وجه التزام) است. اگرچه در مورد ماهیت پیش‌فروش کمتر اختلاف شده و برخی آنرا وعده بیع داشته و آنرا الزام‌آور نمی‌دانند و برخی آنرا تعهد به بیع دانسته‌اند و ظاهرا برخی از قضاات آنرا بیع می‌دانند با این همه اکثر حقوقدانان پیرو این عقیده‌اند که قولنامه را باید دقیقا تفسیر کرد و به قصد طرفین پی برده تفاوت قولنامه و پیش‌فروش را باید بطور اجمال چنین برشمرد:

۱- قولنامه معمولا راجع به اموال موجود است در حالی که پیش‌فروش راجع به مالی است که فعلا موجود نیست.

۲- قولنامه عموما با قصد بیع منعقد می‌شود در حالی که پیش‌فروش با قصد تعهد ساخت و تملیک.

با این همه بعضا ماهیت پیش‌فروش و قولنامه به هم منطبق است مثلا دیده شده که پیش‌فروش را بصورت دو قولنامه منعقد کرده‌اند بنابراین ممکن است ضمن یک قولنامه در مورد حال موجودی تعهد بر وی کرد همان طور که می‌توان در مورد حال معدومی همین تعهد را کرد اما همان گونه که در ابتدا گفته شد قولنامه بر خلاف پیش‌فروش که در مورد اموال معدوم است معمولا در معامله احوال موجود بکار می‌رود.

### بخش دوم: ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان

آنچه مسلم است برای اینکه بتوان در مورد ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی اظهار نظر قطعی نمود، لازم است اقدام معمول در تنظیم اینگونه قراردادها به نحو صحیح توصیف گردد. بی‌شک توصیف اعمال حقوقی تابع عناوینی که طرفین بر آن می‌نهند نمی‌باشد، بلکه از





مندرجات و محتویات سندی که تنظیم می‌کنند باید قصد مشترک طرفین را احراز نموده و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت آنرا تبیین نمود. قرارداد پیش فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده‌ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل تا پیش از تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هر کدام نظرات متفاوت و جداگانه‌ای در رابطه با ماهیت حقوقی این گونه قراردادها ابراز کرده اند. حال با توجه به تصویب قانون فوق الذکر این سؤال قابل طرح است که قرارداد پیش فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیرمعین (ماده ۱۰ ق.م.) است؟ بی‌شک توصیف دقیق قراردادهای پیش فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد.

### بند اول: تعهد به بیع

قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.) در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آن‌ها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان «قولنامه» شناخته می‌شود. منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان مقدماتی یا پیش قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند.<sup>۱</sup> مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان «متعهد» ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت «متعهدله» دریاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد

<sup>۱</sup> - کاتوزیان؛ معاملات معوض عقود تملیکی، همان، ص ۵۶.



پیش فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان (عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد. حال با توجه به مراتب فوق، آیا می‌توان اظهار داشت که قرارداد پیش فروش ساختمان، مصداقی از تعهد به بیع است و پیش خریدار صرفاً دارای یک حق دینی نسبت به پیش فروشنده است؟ یکی از نویسندگان حقوق معتقد است هرگاه معماری، یک باب خانه را که در زمین مشخصی بعداً ساخته خواهد شد، هم اکنون به دیگری بفروشد، معامله باطل خواهد بود زیرا مورد معامله، عین معینی است که هنوز به وجود نیامده. (ماده ۳۶۱ ق.م.ا)، وی می‌گوید در این گونه موارد طرفین صرفاً می‌توانند قرارداد تشکیل بیع منعقد نمایند؛ بدین صورت که در قراردادی یکی از دو طرف تعهد کند که ساختمانی را که در آینده خواهد ساخت به طرف دیگر بفروشد و این طرف قبول کند. چنین قراردادی بیع نیست بلکه تعهد بر بیع است که هرچند مورد عقد بیع آینده فعلاً موجود نیست، ایجاد قرارداد صحیح است چه اینکه مورد معامله در این قرارداد ساختمان نیست بلکه تعهد بر بیع ساختمان است.<sup>۱</sup> با امعان نظر نسبت به ماده ۱ ق.پ.ف.س. مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید» نمی‌توان قراردادهای پیش فروش ساختمان را صرفاً تعهد به بیع دانست چه اینکه به تعبیر یکی از حقوقدانان، در تعهد بر بیع، ایجاد بالفعل بیع، مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر در تعهد به تملیک، انتقال، نتیجه عقد دیگری است که مالک انشاء آن را بر عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است (مانند قولنامه) به عنوان پیش قرارداد عقد اصلی (تملیکی) مورد توافق قرار می‌گیرد؛<sup>۳</sup> حال آنکه در قرارداد پیش فروش ساختمان، طرفین

۱ - شهیدی؛ همان، ص ۵۵.

۲ - شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی»، در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۶.

۳ - کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص ۴۹.



قرارداد در زمان انعقاد عقد، قصد انجام عمل حقوقی دیگری در آینده مبنی بر بیع را نداشته و الزام طرفین مبنی بر انتقال قطعی واحد پیش فروش شده در دفاتر اسناد رسمی (موضوع ماده ۱۹ ق.پ.ف.س) را نباید عمل حقوقی بیع دانست زیرا همان طور که برخی از حقوق‌دانان متذکر شده‌اند: ارکان بیع پس از توافق و تراضی که صورت می‌گیرد با ایجاب و قبول واقع می‌شود، ثبت مال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی از الزامات قانونی است و فرع بر عقد مذکور (بیع) است و مسئله منافاتی با مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث. ندارد.<sup>۱</sup> همچنین اصل، صحت معاملات و اصل، عدم دخالت امر دیگری غیر از قصد و رضای طرفین و شرایط مقرر قانونی است.<sup>۲</sup>

### بند دوم: بیع مشروط

عقد را از نظر آثاری که بر روابط دو طرف می‌گذارد به عقد مطلق و عقد مشروط تقسیم کرده‌اند.<sup>۳</sup> عقد مطلق، عقدی است که ماهیت عقد به تنهایی و بدون ارتباط با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش یک دستگاه اتومبیل به مبلغ معین بین طرفین. عقد مشروط، عقدی است که ماهیت آن همراه با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش خانه‌ای به شرط اینکه خریدار در زمین فروشنده، خانه‌ای برای او بسازد. در عقد مشروط، یکی از شروط سه گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می‌شود. (ماده ۲۲۹ ق.م.).<sup>۴</sup> در رابطه با فروش کالای نیمه ساز و تکمیل آن، فقها نکات حائز اهمیتی ارائه نموده‌اند. ایشان این مسئله را عموماً با این مثال طرح نموده‌اند که مقداری از لباس بافته شده باشد و فردی آن مقدار بافته شده را بخرد، مشروط بر اینکه بقیه این لباس نیز مانند مقداری که بافته شده است بافته شود. در رابطه با صحت یا عدم نفوذ چنین معامله‌ای، عده‌ای از فقها قائل به بطلان شده و دلایلی ارائه نموده‌اند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> - لطفیان، حسین؛ قولنامه، ماهیت و آثار، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص ۲۲

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸.

<sup>۳</sup> - قنوتی، جلیل؛ و دیگران؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، سمت، ۱۳۷۹، ص ۱۶۱.

<sup>۴</sup> - شهیدی؛ همان، ص ۸۷

<sup>۵</sup> - شیخ طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، المكتبة المرتضویه لاحیاء الانارالجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۷۷؛ ابن براج، قاضی؛ المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶، جلد ۱، ص.



دلیل اول: شیخ طوسی دلیل بطلان چنین معامله ای را اینگونه عنوان می‌نماید که آن مقدار از لباس بافته شده که مشاهده شده لازم است (خیار رؤیت در آن نیست) و آن مقدار از مبیع که مشاهده نمی‌شود (آن مقداری که در آینده باید بافته شود)، متوقف بر خیار رؤیت است. بنابراین در شیئی واحد، خیار رؤیت و عدم آن جمع می‌شود که البته چنین امری متناقض است. منظور ایشان از استدلال مذکور این است که بیع مذکور، مستلزم محال است و آنچه مستلزم امر محالی است محال است. لذا نفوذ چنین بیعی که مستلزم اجتماع متناقضین است، صحیح نیست چه اینکه نفوذ یا عدم نفوذ چنین بیعی متصف بودن آن به یکی از دو حکم متناقض است و عدم وجود هر دو حکم متناقض (ارتفاع نقیضین) نیز همچون اجتماع نقیضین، امری محال است. بر این استدلال این خدشه وارد است که ثبوت خیار در مقدار بافته نشده، مبتنی بر تخلف فروشنده است. لذا بیع مذکور در زمان انعقاد معامله، غیرخیاری محسوب می‌شود و خیار رؤیت، صرفاً بنا به فرض وجود تخلف فروشنده برای خریدار، ثابت خواهد شد. لذا وجهی برای دعوی استلزام محال وجود ندارد و حکم به بطلان معامله در زمان انعقاد، معنایی ندارد.<sup>۱</sup> علاوه بر این، یکی از حقوق دانان متأخر نیز به استدلال شیخ، این خدشه را وارد نموده که اولاً: در مقداری که بعداً بافته خواهد شد تخلف از وصف باعث ثبوت خیار در کل مبیع می‌شود نه صرفاً در قسمتی از آن. ثانیاً: عقد به واسطه تعدد متعلق آن، به عقود متعدد منجر می‌شود چرا که موضوع لزوم، مقدار بافته شده لباس است و موضوع جواز (خیار) امر دیگری است. لذا با توجه به مختل بودن متعلق (موضوع) لزوم و جواز، تناقضی متصور نیست.<sup>۲</sup> آنچه قابل ذکر

۳۵۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، جلد ۲، ص. ۶۸؛ همو،: تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، جلد ۲، ص. ۲۹۱؛ همو، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیه السلام، بی تا، جلد ۱۱، ص. ۷۸؛ شهید ثانی، زین الدین؛ فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، ص. ۶۱۵؛ و محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البیت علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴، ص ۳۰۲.

<sup>۱</sup> - اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب المکاسب، انوار الهدی، جلد ۴، ۱۴۱۸، ص. ۴۲۷.

<sup>۲</sup> - علامه حلی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه فی الحکام الشریعه، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳، صص ۷۳-۷۴



است اینکه در مثال مذکور، هر گاه فروشنده مقدار بافته شده را بفروشد مشروط بر اینکه مقدار باقی مانده نیز مانند مقداری که بافته شده، بافته شود، لیکن فروشنده به تعهد خویش عمل ننماید و مابقی لباس را به همان صورت نفاذ، خریدار، خیار تخلف از شرط پیدا می‌کند نه خیار رؤیت و تخلف وصف، چه اینکه در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به صورت عین معین و مقدار باقی مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به صورت عین کلی و در ذمه معامله می‌شود نه به صورت عین معین؛ و مطابق با ماده ۴۱۴ ق.م: «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد».

دلیل دوم: دلیل دوم بطلان این است که بیع مذکور در مورد شیئی معینی است که معدوم است که چنین بیعی در شریعت ثابت نیست، چه اینکه صرفاً صحت بیع عین معین موجود و همچنین بیع معدوم غیرمعین (بیع کلی) مسلم است، لیکن بیع معدوم معین در شریعت ثابت نیست.<sup>۱</sup>

استدلال فوق نیز تضعیف می‌شود زیرا معدوم معین فی نفسه مستحیل و غیرممکن است، چرا که تعین به صرف وجود ماده و صورت، حاصل است و صورت با وجود خارجی تشخیص و تعین می‌یابد. این در حالی است که مبیع، معدوم غیرمعین است نه معدوم معین که در شریعت، نظیری برای آن نیست.

دلیل سوم: دیگر اینکه قسمتی از مبیع، عین حاضر و موجود است و مابقی به صورت مجهول بر ذمه است.<sup>۲</sup>

منظور از این استدلال که مابقی مجهول بر ذمه است این است که قسمت بافته شده به صورت شخصی موجود (عین معین) و مابقی (قسمت بافته نشده) نیز به صورت شخصی معامله می‌شود، لیکن به دلیل عدم وجود و تشخیص آن در آینده، در ذمه است و مقصود ایشان این نیست که مابقی به صورت کلی معامله شود زیرا مسلم است که هیچ مانعی ندارد که قسمتی از مبیع به صورت معین و قسمت دیگر (مقدار بافته نشده) به صورت کلی در ذمه باشد. و منظور

<sup>۱</sup> - همان، ص ۷۴.

<sup>۲</sup> - علامه حلی؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیه السلام، جلد ۱۱، بی تا، ص ۷۹.



ایشان از جهالت به مبیع، معلوم نبودن خصوصیات آن به خاطر عدم تشخیص و تعیین آن در آینده است و ذکر اوصاف صرفاً رافع جهالت از مبیع معین و کلی در ذمه است نه فرد غیرموجود.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، ضبط اوصاف مبیع در فرض مذکور به حسب عادت امکان پذیر نیست زیرا بیع عین شخصی به صورت بیع مضمون در ذمه و به صورت مجهول معامله می‌شود. لذا انعقاد چنین معامله‌ای به صورت وصف صحیح نیست.<sup>۲</sup> بنا به مراتب فوق، آنچه مفروض است اینکه مبیع همچون عین حاضر (موجود) است، به همین خاطر برخی از فقها سعی نمودند که لباس مذکور را قیمی تأویل نمایند و مدار قیمی مبتنی بر عدم مماثلت است. لذا توصیف مال قیمی بر مثل، معامله مزبور را از غرری بودن خارج نمی‌کند.

دلیل سوم نیز قابل پذیرش نیست زیرا اولاً: در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به صورت عین معین و مقدار باقی مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به صورت عین کلی در ذمه معامله می‌شود نه به صورت عین معین. ثانیاً: همان طور که برخی از فقها متذکر شده‌اند قیمت لباس، عرفاً و شرعاً از این جهت لحاظ می‌شود که فرد مماثلی از جمیع جهات برای آن به وجود نمی‌آید، نه اینکه برای آن، مماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود اصلاً به وجود نیاید.<sup>۳</sup> بنابراین در صورتی که در فرض مذکور با ذکر اوصاف مبیع، رفع غرر و جهالت شود معامله صحیح است.<sup>۴</sup> بنا به مراتب فوق الذکر می‌توان گفت پیش فروشندگان ابتدا «زمینی» را که می‌خواهند بر روی آن ساختمانی احداث نمایند به مالکیت پیش خریداران درآورده و آنگاه تعهدی در ضمن این عقد مبنی بر ساخت واحد ساختمانی مشخص با اوصاف و خصوصیات معلوم در آن زمین به صورت «شرط» گنجانده می‌شود. با توجه به اینکه شرط در معنای اعم، یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند: ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. ۲- توافقی که بر حسب طبیعت خاص

۱ - یزدی، سیدمحمد کاظم؛ حاشیه المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰، جلد ۲، ص ۶۵.

۲ - محق قنبری؛ پیشین، شهید ثانی؛ پیشین.

۳ - اصفهانی (کمپانی)؛ پیشین، ص. ۴۲

۴ - کاشف الغطاء، محمدحسین؛ و جیزه الاحکام، مؤسسه کاشف الغطاء، جلد ۳، چاپ دوم، ۱۳۶۶، ص. ۱۸.



موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است<sup>۱</sup> و اینکه مفهوم دوم، مفهوم تخصصی شرط است و با توجه به اینکه شرط به عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشأ یا جزء موضوع عقد نیست زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط، هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمتی از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروطه به وجود می‌آید و اینکه شرط را نمی‌توان قید منشأ یا موضوع عقد معرفی کرد به طوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشأ مقید یا موضوع مقید منشأ هم به طور ملازمه، منتفی گردد. چه اینکه در هر حال با منتفی بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.<sup>۲</sup> لذا نمی‌توان پذیرفت که قرارداد پیش فروش ساختمان، بیع مشروط است زیرا در ماده ۱ ق.پ.ف.س مصوب ۱۳۸۹، قانونگذار صحبت از تملیک «واحد ساختمانی مشخص» نموده، نه تملیک «زمین»؛ در واقع مورد معامله «واحد ساختمانی مشخص» است نه اینکه مورد معامله «زمین» بوده و «احداث ساختمان» به صورت شرط در ضمن عقد مذکور از سوی طرفین قرارداد درج شده باشد.

### بند دوم: بیع معدوم به تبع موجود

عده ای بر این باورند که در بیع آپارتمان های ساخته نشده، فروشنده هسته اولیه بیع (زمین آپارتمان یا در صورتی که عرصه، مثلاً موقوفه باشد و مالکیت نسبت به ایجاد اعیانی وجود دارد، حداقل فضای آپارتمان) را مالک است، بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می‌گیرد و امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجزی است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله‌ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متراژ اختصاصی ابتیاعی خود بر زمین (همچنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می‌یابد. افزون بر آن، در خصوص قسمت معدوم، قابل ذکر است که

۱ - کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۲-۱۱۴

۲ - شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۵.



مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در ذمه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به عنوان تعهدی منجز) تعیین می‌یابد. همچنین با توجه به مباحث فقهی مربوط به بیع مال آینده می‌توان به طریق اولی نیز قائل به صحت این معامله شد؛ با این توضیح که وقتی در فقه امامیه، بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال جایز دانسته شده است،<sup>۱</sup> بر این اساس، در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است اما بخشی از خود مبیع به خود خریدار منتقل نمی‌شود و ایجاد ثمره در آینده، بنا به احتمالی عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع، کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مانند شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد بنا، عرفاً از تعهدات قابل انجام به صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به طور صددرصد در توان متعهد نیست. بنابراین، به طریق اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن، قسمتی از مبیع است که ایجاد حق عینی، حداقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است و در ساخت آن با رعایت مقررات حاکم کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا در حد صفر یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود.<sup>۲</sup> از مصادیق بیع با ضمیمه، فروش میوه و محصول یک سال و حتی دو سال قبل از ظهور و بروز آن بر درخت با ضمیمه چیز دیگری است که فروختن آن به تنهایی صحیح باشد<sup>۳</sup>

با این حال قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع معدوم به تبع موجود (به عنوان یکی از مصادیق فروش مال معلوم ضمیمه مجهول) نیز قابل انطباق نیست زیرا اولاً: موارد کاربرد این نوع از بیع (بیع معدوم به تبع موجود) در مواقعی است که قسمتی از مبیع مجهول باشد، درحالی که به موجب ماده ۲ ق.پ.ف.س، طرفین ملزم به تصریح تمام اوصاف و مشخصات واحد ساختمانی مورد معامله بوده و رفع ابهام صورت گرفته است.

ثانیاً: در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در قرارداد واحد «زمین» پیش فروش ساختمان، آنچه مورد معامله و قصد طرفین قرار می‌گیرد به عنوان مبیع

۱- موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحریرالوسیله، جلد ۱، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا، ص ۵۴۹.

۲- پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶، صص ۱۳۰-۱۳۳.

۳- موسوی خمینی؛ پیشین. کاشف الغطاء، جلد ۱، قسم ۱، ۱۳۵۹، صص ۱۷۶-۱۷۷.





تجزیه ناپذیر، « واحد ساختمانی مشخص » پیش فروش شده نیست، بلکه مورد قصد طرفین قرار می‌گیرد نه زمین و به تبع آن، ساختمان ساخته نشده؛ حال آنکه در بیع معدوم به تبع موجود، مثل فروش یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین (به عنوان مبیع موجود) به همراه دو چین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ، اگرچه به صورت یکجا در قصد مشترک طرفین معامله قرار می‌گیرد، مبیع در این فرض به صورت تجزیه پذیر (مبیع موجود، یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین و مبیع معدوم، دو چین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ) مورد معامله قرار می‌گیرد. مؤید این امر اینکه غرض از ضمیمه این است که در صورت تعذر تحصیل ثمن و مثنی، ضمیمه به جای آن‌ها واقع شود و از این جهت، بیع واجد شرایط صحت که از جمله آن‌ها، امکان تسلیم عوضین است، بشود.<sup>۱</sup> لذا اگر در زمان آینده به علت شرایط جوی و بروز آفات تحصیل دو چین دیگر از سبزیجات باغ (به عنوان مبیع معدوم) متعذر شود، نه کل عقد بیع منفسخ می‌شود و نه به استناد قاعده «انحلال عقد به عقود متعدد» می‌توان گفت بیع مذکور به همان اندازه مبیع موجود در زمان عقد «یک چین از سبزیجات موجود» صحیح بوده و در مابقی «معدوم تحصیل نشده» محکوم به بطلان است، بلکه عوض نیز نسبت به عدم تحصیل دو چین دیگر سبزی، تجزیه نمی‌شود زیرا مبیع معدوم که تحصیل آن متعذر شده است، در زمان انعقاد معامله با فرض اینکه به وجود خواهد آمد جزء معوض قرار می‌گیرد نه اینکه قطعا و یقینا اعتماد به تحقق و تحصیل آن وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، جزیی از عوض، صرفا با فرض تحصیل معدوم (دوچین سبزی) در مقابل آن قرار گرفته است نه با فرض اینکه وجود ندارد. نتیجه اینکه با عدم تجزیه و تقسیط عوض، جمع عوض و معوض حاصل نمی‌آید، درحالی که ماده ۷ ق.پ.ف.س مقرر می‌دارد: در صورتی که مساحت بناء 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 ...»

<sup>۱</sup> - شهیدثانی، زین الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة (المحشی کلانتر)، جلد ۳، کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰، ص ۲۵۲.



ثالثاً: کاربرد بیع معدوم به تبع موجود، محدود به مواردی است که بین مال معدوم و موجود، رابطه تابع و متبوعی وجود داشته باشد و افراد میبایع به صورت پی در پی و الحاقی به وجود می‌آیند نه به صورت دفعی و یک باره مانند میوه‌ها، گل‌ها، برگ گیاهان و سبزیجات.<sup>۱</sup> حال آنکه چنین رابطه‌ای (تابع و متبوعی) در قرارداد پیش فروش ساختمان متصور نیست.

### بند سوم: بیع معلق

در عقد معلق، انشاء دو طرف، سببی می‌سازد که اثر آن منوط به وقوع امری خارج از شرایط درستی عقد و عارضی است. بدین ترتیب، عقد معلق در واقع سببی است معلق که به انشایی منجز آفریده شده است.<sup>۲</sup> لیکن با توجه به احتمالی بودن معلق علیه در عقد معلق، باید از اختلاط این عقد با عقد معلق بر زمان (که نباید آن را در حقیقت عقد معلق نامید) و عقد مؤجل پرهیز نمود زیرا در عقد معلق بر زمان، هرچند در زمان انشاء، عقدی به وجود نمی‌آید، تشکیل آن پس از انقضای مدت مذکور، قطعی است و احتمال خلافی در آن راه ندارد و عقد مؤجل در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که ماهیت اعتباری آن در زمان انشاء تحقق پیدا می‌کند، لکن اجرای مفاد عقد، موقوف به انقضای اجل مقرر است.<sup>۳</sup> یکی از نویسندگان حقوق مدنی، زیر عنوان فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود آورده اند که اگر مقصود دو طرف این باشد که پیمانی درباره فروش آینده ساختمان مورد نظر ببندند، بی گمان پاسخ (تعهد به فروش) منطقی است زیرا بر مبنای خواست مشترک تحلیل شده است. ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله بیع را واقع سازند، تحلیل قرارداد به تعهد به فروش، تفسیری است دلخواه که بر دو طرف تحمیل می‌شود. پس یا باید قرارداد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن میبایع، باطل دانست. در این دوراهی باید نفوذ عقد را برگزید. تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م و مبنای بطلان بیع مال معدوم، تحلیل دیگری را به ذهن می‌آورد و منطق حقوقی، آن را می‌پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون

<sup>۱</sup> - کاشف الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۷۸؛ موسوی خمینی؛ پیشین، ص ۵۵۱.

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲.

<sup>۳</sup> - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، صص ۹۹-۱۰۰.



مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد:

۱- در مورد نخست: 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 انتقال یابد. ماده ۳۶۱ ق.م نیز ناظر به همین فرض است. برای مثال، اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم، سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل دانست.

۲- در فرض دوم که دو طرف، سبب را به گونه ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه رو نمی‌شود زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است.<sup>۱</sup>

تنها اشکالی که تصور می‌شود امکان جدایی سبب از اثر است، بدین بیان که ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی درنگ مؤثر افتد و مسبب را به وجود آورد و تراضی نمی‌تواند بین این دو ملازم منطقی فاصله اندازد. ولی این اشکال نیز قابل دفع است زیرا در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن (معتبر) است. دو طرف می‌توانند سببی بر پا سازند که مقتضای آن تملیک بی درنگ و بی قید و شرط مبیع باشد، و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. هر کدام از این دو بر طبق مفاد خود اثر می‌گذارد و در فرض دوم نیز سبب از حرکت و سازندگی فرو نمی‌ماند. به ویژه، درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ایران، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.<sup>۲</sup> تأمل بیشتر در موضوع ماده ۳۶۱ ق.م نشان می‌دهد که حکم، ناظر به فرض نخست است. در فرض دوم، مبیع، عین معین نیست زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار و انتخاب فروشنده

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، صص ۲۷۴-۲۷۵.

<sup>۲</sup> - همان، صص ۲۷۵-۲۷۶.



نیز در چگونگی ساخت آن، نقش مؤثر دارد. پس نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میانۀ عین معین و کلی است و در تقسیم بندی مبیع به کلی شباهت بیشتری دارد. منتها در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌افتد و خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد.<sup>۱</sup> ایشان در ادامه افزوده‌اند: تملک آپارتمان پس از پایان ساختمان، با اینکه از سوءاستفاده‌های ارادی فروشنده می‌کاهد، برای تأمین حقوق خریداران کافی نیست. احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت بازایستد. در این صورت، آنچه ساخته شده، از آن او و طلبکاران است و مصرف کننده (خریدار) تنها می‌تواند اقساطی را که به عنوان بهای مبیع پرداخته است پس بگیرد. برای جلوگیری از این وضع، آیا می‌توان در قرارداد شرط کرد که مبیع در حال ساخت به تدریج به ملکیت خریدار درآید؟ رویه قضایی در فرانسه و حقوق انگلیس، نفوذ این شرط را پذیرفت و در قرارداد ساخت کشتی‌ها شایع است.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز نافذ باشد زیرا اگر تطبیق تملیک به ساخته شده کامل آپارتمان پذیرفته شود، ساخته شدن جزیی از مبیع نیز همان گونه است. به موجب این شرط، خریدار بی‌درنگ مالک سهم مشاع خود از زمین می‌شود زیرا مبیع موجود و قابل تملیک است. درمورد ساختمان نیز، هر اندازه که ساخته شود، خود به خود به ملکیت خریدار درمی‌آید. در نتیجه مبیع دور از دسترس طلبکاران باقی می‌ماند و فروشنده نیز پس از پایان کار نمی‌تواند ساخته خود را به دیگران بفروشد.<sup>۳</sup> این نظریه یعنی تطبیق قراردادهای پیش فروش ساختمان با بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی) از سوی حقوقدانان دیگر نیز پذیرفته شده است.<sup>۴</sup> این استدلال قابل پذیرش است

<sup>۱</sup> - همان، صص ۲۷۷-۲۷۸

<sup>۲</sup> - مازو؛ دروس حقوق مدنی، جلد ۳، ش ۹۲۵؛ چیتی؛ قراردادهای، جلد ۲ (قراردادهای خاص)، ش. ۴۲۰۱ به نقل از کاتوزیان، پیشین.

<sup>۳</sup> - همان، ص ۲۷۹.

<sup>۴</sup> - ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمانهای ساخته نشده»، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سا لسوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص. ۵۳؛ ممی زاده، مهدی؛ «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش



لیکن در رابطه با مطابقت قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع معلق باید قائل به تفکیک شد زیرا عبارت مندرج در ماده ۱ قانون «واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری ...»: پیش فروش ساختمان که مقرر می‌دارد به «پس از اتمام عملیات ساختمانی» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «از ابتدا» حالت مختلف برای «سه» ناظر بر «... مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، امکان انتقال مالکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی نیز پذیرفته شده است. لذا در صورتی که طرفین، به «از همان ابتدا»، (سببی را انشاء نمایند که واحد ساختمانی (به عنوان مبیع کلی مالکیت پیش خریدار درآید، نمی‌توان چنین بیعی را معلق دانست زیرا پیش خریدار به طور منجز، مالک مافی الذمه پیش فروشنده خواهد شد. ولی در فرضی که از قصد در حین احداث و «، مشترک ایشان چنین برمی آید که خواسته‌اند واحد ساختمانی به موازات پیشرفت کار) و به نسبت اقساط پرداختی (به عنوان معلق علیه) به «تکمیل مالکیت خریدار درآید و همچنین در فرضی که انشاء طرفین به گونه ای است که واحد و به محض پرداخت آخرین قسط ثمن» پس از اتمام عملیات ساختمانی « ساختمانی (به عنوان معلق علیه) به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، باید قائل به محل قبودن بیع (در دو فرض اخیر) شد. آنچه این تفسیر منطقی از قانون را ایجاب می‌نماید اینکه برای تشخیص و منشأ در هر یک از عقود، باید دید دو طرف چه خواستند و سببی را که خواسته‌اند چه اقتضا دارد. در عقد منجز، قصد مشترک آنان ایجاد فوری اثر عقد است یعنی از ابتدا نقل ملکیت یا ایجاد تعهد را انشاء می‌کنند و این آثار حقوقی نیز با انشاء به وجود می‌آید. ولی در عقد معلق، با آنکه مقصود نهایی تفاوتی با عقد منجز ندارد، طرفین نمی‌خواهند به طور مستقیم اثر عادی عقد را انشاء کنند بلکه مایل‌اند رابطه ای بین خود ایجاد کنند که در صورت وقوع شرط، تبدیل به نقل ملکیت یا ایجاد تعهد شود.<sup>۱</sup>

فروش ساختمان» ماهنامه کانون، شماره ۹۲، ۱۳۸۶، ص ۱۰۵؛ ایزدی فرد، علی اکبر؛ و حسین کابیار؛ «بررسی فقهی حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷، ص ۱۰۸.  
<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۵۶.



## بخش سوم: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد صلح

عده ای از حقوق‌دانان معتقدند که: «قرارداد پیش فروش ساختمان، علاوه بر قالب بیع، در قالب عقد صلح نیز قابل تحلیل و توجیه است زیرا علاوه بر اینکه عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست، اطلاق حدیث نبوی<sup>۱</sup> دربرگیرنده قراردادهای پیش فروش آپارتمان نیز هست. به علاوه از نظر فقها صلح بر هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و هم جنس آن صحیح است» زیرا صلح در صورتیکه بر عین واقع شود، مفید بیع بوده و صحیح است و در صورتی که بر منفعت واقع شود مفید اجاره بوده و صحیح است ... و اصل و عموم، مقتضی صحت. جمیع انواع صلح است»<sup>۲</sup> لذا قرارداد پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود.<sup>۳</sup> در قرارداد پیش فروش آپارتمان، پیش فروش کننده به احداث بنا با مشخصات و خصوصیات مندرج در قرارداد و تحویل آپارتمان در موعد مقرر و انتقال رسمی آن به پیش خریدار، متعهد می‌شود و پیش خریدار، متعهد به پرداخت وجوه مورد توافق بر اساس قرارداد و در مواعد پیش بینی شده در قرارداد می‌شود.<sup>۴</sup> آنچه ابتدائاً در تحلیل نظر فوق قابل ذکر است اینکه اگر منظور این دسته از حقوق‌دانان این بوده که طرفین قرارداد صلح در مقام معامله می‌توانند نتیجه قرارداد پیش فروش ساختمان را بدون شرایط و احکام خاصه آن واقع سازند این نظر صحیح و قابل پذیرش است. در نتیجه قرارداد مزبور اگرچه متضمن نتیجه قرارداد پیش فروش است منتها با عنوان صلح در مقام معامله قابل توصیف و پذیرش است. ولی اگر منظور ایشان این بوده که قرارداد پیش فروش، عنوانی عام است که یکی از مصادیق آن، صلح در مقام معامله است، این نظر مخدوش بوده و قابل پذیرش نیست زیرا عناوین «پیش فروش» و «پیش خرید» ظهور در بیع دارد و صلح در مقام معامله را باید

<sup>۱</sup> «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا»، وسائل الشیعه، کتاب صلح، باب ۳ حدیث ۲

<sup>۲</sup> شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، ۱، ۲۷۳

<sup>۳</sup> - ۲؛ غریبه، علی؛ و ناصر مسعودی «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم» فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۴۳.

<sup>۴</sup> - همان، صص ۱۴۶-۱۴۷.



تحت عنوان «صلح» به عنوان یکی از عقود معین تحلیل و تبیین نمود. دلیل این مدعا ماده ۷۵۸ ق.م. است که مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقام عوض، نتیجه آن، همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد». منتها این نکته را باید مدنظر داشت که جوهر صلح و وجه امتیاز آن بر معامله ای که همان نتیجه را می‌دهد تسالم و جلوگیری از تنازع است نه نام صلح. به بیان دیگر، در مفهوم و جوهر صلح، نوعی «تسالم» و گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به صورت معامله ای مستقل درمی‌آورد.<sup>۱</sup> بنا به مراتب فوق در موردی که صلح در مقام معامله است، نمی‌توان به تناسب ماهیت عمل حقوقی انجام شده، قواعد یکی از عقود معین را درباره طرفین اجرا کرد. انتخاب عنوان «صلح»، معامله موردنظر را مصون از تحمل قوانین مربوط به آن معامله می‌کند (ماده ۷۵۸ ق.م.). پس، ناچار باید آن را تابع قواعد عمومی قراردادها دانست. باوجود این، برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاص از عنوان صلح، گاه قانونگذار به منظور آنان و ماهیت عملی که انجام می‌دهند بیش از عنوان معامله اهمیت می‌دهد و احکام معامله ای را که صلح در مقام آن واقع شده است مجری می‌داند. ازجمله این موارد است:

- ۱- به موجب ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر، در صورتیکه تصرف در ملکی و به منظور اجاره باشد، رابطه مالک با چنین متصرفی تابع قواعد «صلح منافع» به عنوان اجاره است.
- ۲- در ماده ۳۳ ق.ث.آ.آ، در موردی که به عنوان صلح با حق استرداد منتقل شده باشد، تابع قواعد بیع شرط و سایر احکام مربوط به «معاملات با حق استرداد» است.
- ۳- به موجب ماده ۷۱۹ ق.آ.د.م. سابق، قرارداد مربوط به پرداخت خسارت تأدیه بیش از صدی دوازده نامشروع است، هرچند به صورت صلح باشد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ مشارکت‌ها و صلح، گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص ۳۰۲.

<sup>۲</sup> - همان، صص ۳۰۳-۳۰۴.



شاید بتوان ماده ۱ ق.پ.ف.س مصوب ۱۳۸۹ را نیز از همین قبیل هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی دانست. به موجب این ماده زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون، «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می‌شود. نتیجه اینکه قانون پیش فروش ساختمان که در واقع، قانونی حمایتی از پیش خریداران است برای جلوگیری از سوءاستفاده پیش فروشندگان و تخلف از انجام تعهدات قراردادی، هر قراردادی را با عنوان پیش فروش ساختمان یا صلح ساختمان ساخته نشده یا هر عنوان دیگری را که بر حسب تراضی، مالک رسمی زمین یا نماینده قانونی او متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور به واسطه همان انشاء به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، مشمول مقررات این قانون دانسته است. لذا صلح در مقام معامله نسبت به واحد یا واحدهای ساختمانی ساخته نشده، هم نتیجه معامله ای را که به جای آن واقع شده است (پیش فروش) می‌دهد و هم برخلاف قسمت دوم ماده ۷۵۸ ق.م. شریط و احکام خاصه آن معامله (پیش فروش) را دارد.

### بند اول: قرارداد خصوصی تملیکی

مطابق با این تحلیل، قرارداد پیش فروش ساختمان، طبق اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م.)، یک قرارداد خصوصی تملیکی بوده و پیش خریدار مطابق با ماده ۱ ق.پ.ف.س، حسب مورد از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی، مالک واحد ساختمانی توافق شده خواهد شد. به عبارت دیگر، پیش خریدار، مبالغ مورد تعهد را به صورت یک جا یا به طور اقساطی و به نحوی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، به پیش فروشنده پرداخت می‌کند تا بدین وسیله مالک واحد ساختمانی مورد توافق شود. در تأیید این نظریه همین بس که عقود از مؤسسات شرع مبین نیست، بلکه از اعتبارات عقلایی است که بر حسب نیازهای اجتماعی نزد عقلا دائر و معتبر شده است و شرع مبین با یک جمله اوفوا





بالعقود<sup>۱</sup> همه آنها را امضا کرده است. بلکه امضا هم لازم نیست؛ همان عدم ردع و منع شارع کافی است و نسبت به معاملات ربوی یا غرری با ردع و منع شارع، حکم به بطلان آنها داده می‌شود.<sup>۲</sup> قانون مدنی ایران نیز برخلاف نظر مشهور فقها که قائل به توقیفی بودن عقود (انحصار عقود معین) هستند، با توجه به نظر فقیهانی همچون صاحب تحریرالمجله<sup>۳</sup> و صاحب عروه<sup>۴</sup> اصل غیرتوقیفی بودن عقود (اصل آزادی قراردادها) را پذیرفته است. بنابراین قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای عقلائی است که در دایره عقود و قراردادهای مصرح فقهی قرار نمی‌گیرد و نوع جدیدی از قرارداد است که قانونگذار طبق ماده ۱۰ ق.م. چنین قراردادی را وضع نموده است. این نظریه نیز قابل پذیرش نیست زیرا آنگونه که برخی گفته‌اند: اگرچه اصل آزادی قراردادها به لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی به عنوان یک وسیله اجتماعی مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، این اصل تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ ق.م. نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است.<sup>۵</sup> سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که مرز بین ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین چیست؟ یکی از حقوقدانان در رابطه با تفاوت ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین می‌گویند: مؤدی و مفاد عقود معین، چارچوب و اسکت خاصی است با احکام خاص آن که «قانونگذار معین کرده است. بعضی از این احکام از قواعد آمره و بعضی ارشادی است. مثلاً نقد بودن ثمن، یک حکم ارشادی است که ممکن است برخلاف آن، ثمن مدت دار باشد. اما اینکه مبیع باید عین باشد از قواعد آمره است. این قواعد برانگیخته از نظم عمومی قضایی است. پس طرفین هنگام انعقاد عقود معین باید اسکت و قواعد اصلی آن را

۱ - سوره مائده، آیه ۱

۲ - منتظری، حسینعلی؛ رساله استفتائات، جلد ۲، بی تا، ص ۲۹۴.

۳ - کاشف الغطاء، پیشین، جلد ۲، قسم ۱، ص ۲۹۸.

۴ - یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی فی ما تعم به البلوی، جلد ۲، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹، ص ۷۵۷.

۵ - حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۷۹؛ ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸، ص ۹۵.



رعایت کنند. اگر چنین نبود، صرفاً وجود ماده ۱۰ ق.م. کفایت می‌کرد و قانونگذار، عقود معین را حذف می‌کرد.<sup>۱</sup>

در واقع، ضابطه شناسایی عقد معین از عقد غیرمعین، آثار ذاتی و غیرقابل تغییری است که قانون به طور خاص برای عقد معین مقرر ساخته است. مثلاً اگر مقصود طرفین، مبادله مال معین در برابر مال معین دیگری باشد، باید پذیرفت که طرفین در حقیقت، ماهیتی را منعقد ساخته‌اند که اثر ذاتی آن، انتقال مالی در برابر مال دیگر است که این ماهیت، عقد بیع است.<sup>۲</sup> رأی عدم پذیرش انطباق قرارداد پیش فروش ساختمان با اصل آزادی قراردادهای، همین بس که هدف از وضع ماده ۱۰ ق.م. در نظر قانونگذار این است که منبع تصحیح انشائاتی باشد که در هیچ یک از قالب عقود معین نمی‌گنجد و قانونگذار آن ماهیت را پیش بینی نکرده است زیرا ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع که مأخوذ از نظر فقها است مقرر داشت: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».<sup>۳</sup> نتیجه اینکه در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز، تملیک عین «واحدهای ساختمانی مشخص» در برابر عوض معلوم «بها یا عوض قراردادی» صورت می‌گیرد. به بیان دیگر، از زبان برخی از نویسندگان: «تملیک عین در برابر عوض معلوم، جز در قالب بیع نمی‌تواند منعقد شود و طرفین نمی‌توانند برای فرار از آثار عقدی، مفاد آن را در ضمن عقد دیگر اراده نمایند. حتی در نظر کسانی هم که اصل آزادی قراردادهای را پذیرفته‌اند، قراردادهای خصوصی در مرتبه مؤخر از عقود معین قرار دارند نه در عرض آنها».<sup>۴</sup>

### نتیجه گیری

تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان بر اساس ماده ۱۰ ق.م. و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی» مطرح می‌گردد و از لحاظ شرایط و آثار واجد شرایط و آثار قراردادهای خصوصی

۱ - شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی» در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۳۵۴-۳۵۵.

۲ - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادهای، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص ۱۰۸.

۳ - انصاری؛ پیشین، جلد ۳، صص ۱۰ و ۱۴.

۴ - سیفی، غلامعلی؛ و منصوره حس زاده؛ «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۰، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۷.



است. از این حیث مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و از آنجا که به موجب ماده ۱۰ ق.م. قراردادی الزام‌آور شناخته می‌شود، طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش ملتزم و مسئول هستند و در صورت عدم انجام تعهد از سوی یک طرف، طرف دیگر، می‌تواند او را به انجام آن الزام کند، یا قرارداد را فسخ نموده و خسارت دریافت دارد. قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر مبنای الزام‌آور بودن این قراردادها و تعهد فروشنده مبنی بر سلب اختیار فروش به دیگری از خود، نوعی حق برای خریدار به وجود می‌آورد که طبق آن می‌تواند در صورت فروش ساختمان توسط متعهد به دیگری، قرارداد با شخص ثالث را ابطال و متعهد را ملزم به فروش مال به خود کند. با تحلیل ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان تحت عنوان «قرارداد خصوصی» می‌توان آن را در قالب قراردادهای مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م. همچون قرارداد «تعهد به بیع» یا «قرارداد تشکیل بیع» یا «وعده بیع» آورد که در مفهوم اصطلاحی و عرفی عمدتاً «قول‌نامه» نامیده می‌شود. هم‌چنین به خاطر گستردگی حوزه عقد صلح و در حقیقت برابری کردن آن با ماده ۱۰ ق.م، می‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب «عقد صلح» نیز آورده و تنها نیاز خواهد بود، عنوان «صلح» به طور صریح یا ضمنی بر آن قرار گیرد. علت این امر که قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق.م. گنجانیده شد، منطبق نبودن آن با هیچ‌یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. البته در پاره‌ای موارد امکان فروش واحدهای آپارتمانی کاملاً مشابه به طریق بیع کلی فراهم بود اما در اکثر موارد عدم تطابق با هیچ‌یک از عقود معین به همراه مخالف قانون نبودن این قرارداد و دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، کافی است تا بتوان این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ ق.م. جای داد. مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش ساختمان از نوع اموال قیمی است چرا که املاک به خاطر تفاوت موقعیت هرچند هم از لحاظ مساحت یک اندازه باشند، قیمت‌های متفاوت دارند. اموال قیمی نیز تنها به صورت عین معین قابل خرید و فروش است و در غیر این صورت یعنی فروش آن‌ها به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله مجهول و موجب بطلان قرارداد می‌شود. همین ملاک این قرارداد را از ذیل عقود چون بیع کلی فی‌الذمه و کلی در معین، بیع سلف و عقد استصناع خارج می‌کند. در



مواردی خاص که مورد پیش‌فروش شده واحدهای آپارتمانی باشد که از هر حیث مشابه است امکان فروش آن‌ها با بیع کلی فراهم خواهد بود چرا که به نوعی مال مثلی به حساب می‌آید. در بیع عین معین نیز طبق ماده ۳۶۱ ق.م باید مورد معامله هنگام عقد وجود داشته باشد وگرنه بیع باطل است. لذا نمی‌توان ساختمانی که هنوز ساخته نشده و وجود ندارد را به طریق بیع عین معین فروخت. مگر این که معتقد به نظریه غیر جزمی مفهوم وجود باشیم که صرف نقشه و ماکت و تعیین محل احداث را دلیلی بر وجود بدانیم که در این صورت امکان فروش به صورت عین معین فراهم خواهد شد اما قبول این نظر پیرامون قرارداد پیش‌فروش که موضوع آن از اعیان است با سختی مواجه می‌باشد. قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک عقد لازم است و لزوم خود را از ماده ۱۰ ق.م گرفته است. لذا از زمره عقود چون شرکت و استصناع خارج می‌گردد. به علاوه تعیین مدت در این قرارداد برای ساختن بنای مورد نظر، از جهت دیگر استصناع بودن این عقد را منتفی می‌سازد و از جهت این که مال مشاعی با آورده طرفین ایجاد نمی‌شود و طرفین قصد همکاری و تعاون به منظور کسب سود و زیان ندارند، قالب عقد شرکت برای این قرارداد مناسب نخواهد بود. از جهت دیگر قبض ثمن به صورت اقساط در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، بیع سلف را از گردونه خارج می‌کند.



## منابع و مآخذ

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، سال ۱۳۷۷
۲. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوانعالی کشور (در بیع و احکام راجع به آن)، انتشارات فردوسی، چاپ اول، سال ۱۳۷۹
۳. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، سازمان انتشارات کیهان، چاپ اول، سال ۱۳۷۰
۴. حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ ق.م «اصل آزادی قراردادها»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۷۹؛ ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸
۵. حر عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، جلد ۱۳، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹، ابواب‌الدین، باب ۱۵، ح ۱
۶. سیم‌بر، فرشید، "مسئله مسکن و ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آن" مجله سیاسی اقتصادی، شماره ۱۷۶-۱۷۵
۷. شایگان، دکتر سید علی، حقوق مدنی ایران، انتشارات طه، چاپ اول، سال ۱۳۷۵
۸. صبحی محمصائی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه اسلامیة؛ بیروت چاپ سوم، دارالعلم
۹. صفایی، دکتر سید حسین، حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، مؤسسه عالی حسابداری، سال ۱۳۵۱
۱۰. صمدی قوشچی، زیدالله، تخلفات ساختمانی در نظام حقوق ایران، انتشارات جنگل، چاپ اول، سال ۱۳۷۷
۱۱. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به ۴۲؛ و جمعی از پژوهشگران، زیر نظر - جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸
۱۲. غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم

۱۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قرار دادها، جلد دوم، انتشارات بهنشر، چاپ اول، سال ۱۳۶۶
۱۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵
۱۵. کاشف الغطاء، محمد حسین؛ وجیزه الاحکام، مؤسسه کاشف الغطاء، جلد ۳، چاپ دوم، ۱۳۶۶
۱۶. لطفیان، حسین؛ قولنامه، ماهیت و آثار، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱
۱۷. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی کیهان، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
۱۸. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع، جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی تا

