

2nd International Conference on
Legal and Judicial Studies



ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان با تکیه بر مبانی فقهی و تحولات اخیر

قانون گذاری

نویسنده : سید حسن مسعودی علوی

سازمان : موسسه وکالت و مشاوره حقوقی سید رضا مسعودی علوی

چکیده

با افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، مسکن به عنوان یک نیاز اولیه مطرح شده و افرادی به صورت حرفه‌ای و بعضاً در قالب شخص حقوقی دست‌اندرکار ساخت‌وساز آن شده‌اند. به تبع آن، معاملات و روابط حقوقی با موضوع مسکن رواج یافته، که «قرارداد پیش فروش ساختمان» از عمده‌ترین آن‌ها است. اگر قرارداد فروش آپارتمان را تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده بدانیم، مسلماً جزء قراردادهایی خواهد بود که در آنها حداقل در زمان انعقاد قرارداد، قصد مشترک طرفین، بر عدم انتقال مالکیت مبیع، تعلق گرفته است و مفاد قرارداد به صراحت، از قول و قرار برای معامله در آینده حکایت می‌کند. بر این مبنا هر قرارداد پیش فروش آپارتمان را نمیتوان قولنامه دانست، بلکه مفاد قرارداد است که در کشف اراده مشترک طرفین، حکایت از این خواهد کرد که آیا این قرارداد صرفاً تعهد به انتقال است یا انتقال.

ضرورت دارد مطالب این گفتار با توجه به انواع بیع که بیع عین معین و کلی فی الذمه است، تقسیم نمود. در این راستا ضروری است، به لحاظ شباهت و نزدیکی مقررات بیع سلف یا سلم و تعهد به بیع با قراردادهای پیش فروش، از آنها نیز بحثی به میان آید. بر این مبنا مطالب این گفتار در چهار قسمت ارائه می‌شود:

بیع عین معین - بیع کلی فی الذمه - بیع سلف یا سلم - تعهد به بیع

و در انتها به واکاوی قوانین جاری در خصوص پیش فروش ساختمان می‌پردازیم

کلمات کلیدی: قرارداد پیش فروش، ماهیت حقوقی قرارداد، بیع سلف یا سلم، تعهد به بیع

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



مقدمه:

با افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، مسکن به عنوان یک نیاز اولیه مطرح شده و افرادی به صورت حرفه‌ای و بعضاً در قالب شخص حقوقی دست‌اندرکار ساخت‌وساز آن شده‌اند. به تبع آن، معاملات و روابط حقوقی با موضوع مسکن رواج یافته، که «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» از عمده‌ترین آن‌ها است.

در این قرارداد پیش‌فروشنده (سازنده) تعهد می‌کند، ساختمانی را مطابق با اوصاف قرارداد و در مهلت معین شده، در مقابل ثمنی که به طور اقساط از پیش خریدار می‌گیرد، ساخته و به او تحویل دهد. پیرامون ماهیت این قرارداد در فقه به صورت مستقل و مشخص بحث نشده است اما حقوق دانان تا حدودی به آن پرداخته‌اند. این قرارداد در مواردی خاص در قالب هیچ‌یک از عقود معین مشابه با آن، جای نگرفته و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی» قابل طرح می‌باشد. با این حساب این قرارداد طبق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار یافته و الزام‌آور تلقی می‌شود. ضمن این‌که پاره‌ای از حقوق دانان این قرارداد را تحت عناوین دیگری چون «تعهد به بیع» ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی جای داده‌اند، که در زبان عرف معاملات و محاکم دادگستری همان «قول‌نامه» است. انعقاد این قرارداد به صورت بیع معلق که ملکیت، معلق بر وجود باشد، نیز از نظر نظام حقوقی ایران بلااشکال خواهد بود.

در ابتدا مصاحبه و نظرات جناب آقای دشتی اردکانی (سردفتر اسناد رسمی و عضو هیئت مدیره و رئیس کانون سردفتران و دفتریاران و عضو دادگاه تجدید نظر انتظامی سردفتران و دفتریاران) را مورد بررسی قرار می‌دهیم

این روزها واژه پیش‌فروش ساختمان برای برخی تداعی کننده نوعی کلاهبرداری است. البته شاید هم فراتر از کلاهبرداری! بسیاری از خانواده‌ها برای فرار از اجاره نشینی با تمام پس‌انداز خود و چه بسا با کمک فروش لوازم خانه و قرض گرفتن اندک پولی فراهم کرده تا با آن آپارتمانی هرچند کوچک را پیش‌خرید کنند. اما درست چند ماه مانده به تحویل آپارتمان متوجه می‌شوند که آپارتمان‌شان به چندین نفر دیگر نیز فروخته شده است. حالا آنها مستاصل مانده‌اند که همه هست و نیست خود را از دست داده‌اند و سرگردان در راهروهای دادگاه‌ها برای گرفتن حق خود تلاش می‌کنند.

امادلیل این مشکلات چیست؟ در قوانین چه تضمینی برای پیش‌خرید ساختمان وجود دارد و اصولاً تنظیم قرارداد پیش‌خرید یا پیش‌فروش ساختمان کجا باید صورت گیرد تا از استحکام لازم برخوردار باشد؟ قوانین در رابطه با پیش‌فروش چگونه است؟ نقش مشاوران املاک در افزایش و کاهش مشکلات پیش‌فروش چیست؟ با توجه به مشکلات بسیاری که به واسطه پیش‌فروش ساختمان گریبانگیر مردم شده است گفت‌وگویی با محمدرضا دشتی اردکانی رئیس کانون سردفتران و دفتریاران انجام داده ایم که از نظرتان می‌گذرد.

آقای دشتی اردکانی تخلفات بسیار زیادی به واسطه پیش‌فروش ساختمان صورت می‌گیرد از جمله اینکه یک آپارتمان به تعداد زیادی از خریداران فروخته می‌شود؛ در این زمینه کانون سردفتران چه اقداماتی انجام داده است؟

بله، متأسفانه طی سال‌های اخیر، تخلفات گسترده و فراوانی در پیش‌فروش ساختمان صورت گرفته که از مهم‌ترین این تخلفات می‌توان به برج‌های نگیب و شفق اشاره کرد که یک آپارتمان به چند نفر فروخته شد. علت این مشکلات این بود که سند پیش‌فروش جایی ثبت نمی‌شد، پس آخرین مالک هم مشخص نبود.

مردم برای اینکه صاحب سرپناهی شوند بدون اطلاع از قوانین، ماحصل زندگی چندین ساله خود را فروخته و اقدام به پیش‌خرید آپارتمان می‌کردند. با توجه به مشکلات عدیده‌ای که طی این سال‌ها برای مردم ایجاد شده بود و به دنبال آن افزایش میزان ورودی

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



این نوع پرونده‌ها در محاکم، قانونگذار لایحه پیش‌فروش ساختمان را به مجلس ارسال کرد که این لایحه در دی ماه ۱۳۸۹ به تصویب مجلس رسید. آیین‌نامه اجرایی آن نیز در تیرماه ۱۳۹۳ ابلاغ شد. این قانون ۲۵ ماده و ۴ تبصره دارد. البته قانون پیش‌فروش ساختمان را باید ماحصل یکسری فعالیت‌های پژوهشی و علمی بر روی پرونده‌های دادگستری دانست.

با توجه به اینکه فرمودید قانون پیش‌فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ تصویب شده، آیا نقش مشاوران املاک در پیش‌فروش ساختمان تغییری کرده است؟

قرار نیست نقش مشاوران املاک کم شود بلکه طبق قانون اگر مشاوران املاک مبادرت به تنظیم قرارداد پیش‌فروش کنند از قانون تخلف کرده‌اند. اگر فردی به واسطه تنظیم قرارداد در مشاوران املاک متضرر شود و به دستگاه قضایی شکایت کند، مشاوران املاک باید پاسخگو باشند. ماده ۲۴ قانون پیش‌فروش ساختمان، به صراحت مشاوران املاک را از تنظیم قرارداد پیش‌فروش منع کرده است. این قانون چه مجازاتی برای مشاوران املاکی که قرارداد پیش‌فروش تنظیم می‌کنند در نظر گرفته است؟

مطابق ماده ۲۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، مشاوران املاک باید پس از انجام مذاکرات مقدماتی طرفین را برای تنظیم سند رسمی قرارداد پیش‌فروش به یکی از دفاتر اسناد رسمی دلاله داده و نمی‌توانند رأساً مبادرت به تنظیم قرارداد پیش‌فروش کنند. در غیر این صورت برای بار اول تا یک سال، بار دوم تا دو سال به تعلیق جواز کسب و برای بار سوم به ابطال پروانه کسب محکوم می‌شوند.

البته باید گفت قانونگذار حکیم است، با توجه به مشکلات بسیاری که مردم با آن دست به گریبان بودند به این نتیجه رسید که این قرارداد در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود، علت آن هم این است که کلیه دفاتر اسناد رسمی در سراسر کشور حتی در جزایر خلیج فارس، به سامانه ثبت اسناد و املاک کشور متصل هستند و به صورت آنی می‌توانند مطلع شوند که آخرین مالک ملک، چه کسی بوده است. زیرا دفاتر اسناد رسمی هویت مالکیت مالک را احراز کرده؛ پس مالک می‌تواند ملک را به صورت پیش‌فروش به خریدار بفروشد و معاملات معارض به کلی منتفی می‌شود.

پس به چه دلیل همچنان مشاوران املاک خود را محق می‌دانند تا قرارداد پیش‌فروش را تنظیم کنند؟

در این صورت، مشاوران املاک باید در برابر خدا و در برابر ملت و قانون پاسخگو باشند. متأسفانه عده زیادی از مردم در راهروهای دادگستری سرگردان هستند و اکثر پرونده‌های حقوقی مربوط به افرادی است که به صورت قولنامه‌ای و عادی سند تنظیم کرده‌اند.

برخی مردم اطلاع ندارند که طبق قانون، باید پیش‌فروش آپارتمان در دفاتر اسناد رسمی ثبت شود و به همین دلیل پیش‌فروش همچنان در بنگاه‌ها صورت می‌گیرد؛ به نظر شما این اطلاع‌رسانی چگونه باید صورت گیرد؟

به مطلب خوبی اشاره کردید. وقتی بهترین قانون هم تصویب شود اما مردم از آن اطلاعی نداشته باشند قانون چگونه اجرا خواهد شد. اینجاست که اطلاع‌رسانی اهمیت بسیار زیادی پیدا می‌کند. البته این اطلاع‌رسانی می‌تواند از طریق رسانه‌ها هم صورت گیرد. اما کانون سردفتران باید آموزش‌های همگانی برای مردم داشته باشد که مردم از حداقل مسائل حقوقی در کشور اطلاع حاصل کنند. چه بسا اگر مردم از مسائل اولیه حقوقی مانند خرید و فروش، بیع و چک اطلاع داشتند بسیاری از مسائل آنها به دادگاه‌ها کشیده نمی‌شد.

اما کانون سردفتران در راستای آموزش همگانی حقوقی، اقدام به ساخت دو سریال و فیلم سینمایی کرده که مضمون این سریال‌ها، مسائل حقوقی مانند وصیت و... بود. هدف ما آموزش اولیه‌ترین و بدیهی‌ترین مسائل حقوقی به عامه مردم بود. برای مثال در مورد

2nd International Conference on *Legal and Judicial Studies*



اجاره‌نامه، اگر قرارداد اجاره میان خود مردم یا حتی نزد مشاوران املاک تنظیم شود، در صورت اختلاف میان موجر و مستاجر، افراد باید به دادگستری مراجعه کنند که پروسه‌ای طولانی است و ممکن است ماه‌ها به طول بینجامد. در حالی که اگر سند اجاره در دفترخانه ثبت شود چون مفاد سند رسمی در ادارات اجرای ثبت، حتماً لازم‌الاجراست، نیازی به مراجعه به دادگاه نیست بلکه افراد باید به دفترخانه مراجعه کنند و اجراییه صادر می‌شود و کمتر از دوهفته تعیین تکلیف خواهد شد.

آیا در حال حاضر قانون پیش‌فروش ساختمان اجرا می‌شود؟

این قانون در برخی از استان‌ها اجرا می‌شود. ولی تا فرهنگ آن در کشور ایجاد نشود نمی‌توان به‌طور کامل قانون را اجرا کرد. باید اطلاع‌رسانی صورت گیرد. مردم نمی‌دانند قانون خوب و با چه جایگاه ویژه‌ای در مورد پیش‌فروش ساختمان تصویب شده است. ماهم تلاش می‌کنیم در صدا و سیما و در مکان‌هایی که می‌توانیم آموزش دهیم این اطلاع‌رسانی را انجام دهیم تا بتوانیم قانون را به خوبی اجرا کنیم.

اما مشکل فعلی ما در مورد اجرای این قانون این است که ماده ۴ قانون پیش‌فروش، پیش‌فروشنده را موظف کرده برای تنظیم سند پیش‌فروش یکسری مدارک را به دفترخانه ارائه دهد. یکی از این مدارک پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد است که در حال حاضر در تهران به دلیل اینکه شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد از سوی شهرداری صادر نمی‌شود، پس این قانون اجرا نمی‌شود. البته با توجه به جلساتی که با شهردار تهران داشتیم قرار شد این مشکل (تا پایان آبان‌ماه امسال) برطرف شود. اگر چه در کلان‌شهرهایی مانند شیراز، تبریز، البرز، قزوین و برخی از مراکز استان این قانون در حال اجراست.

آقای دشتی اردکانی قانون بسیار خوبی در زمینه پیش‌فروش ساختمان به تصویب رسیده که مردم را برای تنظیم قرارداد پیش‌فروش به دفاتر اسناد رسمی هدایت می‌کند اما مردم چه میزان از این قانون اطلاع دارند؛ چه اقداماتی برای اطلاع‌رسانی صورت گرفته است؟

ماده ۲۱ این قانون، وزارتخانه‌های راه و شهرسازی، دادگستری و فرهنگ و ارشاد اسلامی را موظف کرده با همکاری سازمان‌های صدا و سیما و ثبت اسناد و املاک کشور به منظور آشنایی و آگاهی مردم از مقررات و الزامات قانون اطلاع‌رسانی کنند که این در کمتر قانونی مشاهده می‌شود که چندین وزارتخانه و سازمان مکلف برای اطلاع‌رسانی با هم همکاری کنند.

در صورتی که سندی در دفترخانه ثبت شود اگر مشکلی میان پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده ایجاد شود این اختلاف چگونه برطرف می‌شود؟

قانون ضمانت‌اجرائی را موقوف کرده به داوری که از طرفین (دو داور از طرف پیش‌فروشنده و یک داور مرضی الطرفین از طرف هر دو) تعیین می‌شود و قانونگذار تکلیف اختلافات میان پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار را معین کرده است. ماده ۲۰ این قانون تکلیف کلیه اختلافات را نیز مشخص کرده است. پس می‌توان گفت آنقدر قانون جامع و کامل است که قانونگذار، حتی تکلیف اختلافات، هم در خود قانون مشخص کرده است.

پس می‌توان گفت عدم اطلاع از قوانین برای مردم بسیار گران تمام خواهد شد. اما با توجه به مشکلات اخیر به‌نظر می‌رسد باید نوعی تعامل میان مشاوران املاک و کانون سردفتران صورت گیرد. نظر شما در این زمینه چیست؟

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



بله، دقیقاً همین‌طور است. سازمان ثبت در پی این است که به نحوی مشاوران املاک را ساماندهی کند اما با توجه به اینکه مشاوران املاک زیر نظر وزارت صنعت، معدن و تجارت و قوه مجریه و کانون سردفتران زیر نظر قوه قضاییه هستند، قطعاً باید تعاملی میان این دو نهاد ایجاد شود که بنگاه‌ها صرفاً به عنوان دلال، خریدار و فروشنده را مرتبط کرده و مطابق ماده ۲۴ مشاوران باید این افراد را به دفترخانه ارجاع دهند. در این راستا باید آموزش‌های لازم هم به مشاوران املاک داده شود که مسئولیت‌شان در چه حدی است و هم به سران دفاتر اسناد رسمی چگونگی تنظیم سند گفته شود که همکاران بنده در بحث پیش‌فروش، قانون را مطالعه کرده‌اند و قطعاً به نفع مردم است که مشاوران املاک در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ساماندهی شوند.

در قانون چه ضمانت اجرایی‌ای تعبیه شده است که مشاوران املاک قرارداد پیش‌فروش تنظیم نکنند؟

اولین ضمانت اجرا شکایت مردم و بعدی شکایت مدعی‌العموم است. زیرا کسی که قانون را اجرا نکند باید توسط قانون مورد مواخذه قرار گیرد.

موارد بالا بخشی از صحبت‌های جناب آقای دشتی اردکانی در خصوص قوانین پیش‌فروش ساختمان بود که از نظر دوستان گذشت در ادامه از منظر فقهی و حقوقی به موضوع می‌پردازیم

برای بررسی این نکته که آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان از نظر ماهیت حقوقی، در قالب عقد بیع گنجانده، ضرورت دارد مطالب این گفتار با توجه به انواع بیع که بیع عین معین و کلی فی‌الذمه است، تقسیم نمود. در این راستا ضروری است، به لحاظ شباهت و نزدیکی مقررات بیع سلف یا سلم و تعهد به بیع با قراردادهای پیش‌فروش، از آنها نیز بحثی به میان آید. بر این مبنا مطالب این گفتار در چهار قسمت ارائه می‌شود:

قسمت اول - بیع عین معین

قسمت دوم - بیع کلی فی‌الذمه

قسمت سوم - بیع سلف یا سلم

قسمت چهارم - تعهد به بیع

برای تبیین و توضیح هر یک از قسمت‌های فوق مطالب جداگانه‌ای به شرح زیر ارائه می‌شود:

قسمت اول - بیع عین معین

بیع عین معین (خرید و فروش مال موجود که قابلیت رؤیت و لمس دارد) یکی از انواع بیع و در واقع مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانون‌گذار تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله اول آن را مد نظر داشته است. مقنن در ماده مذکور بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده ۳۶۱ قانون مدنی اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است. بدیهی است که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مبنا و مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود، این نکته ساده‌ترین دلیل حقوقی-دانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. «شهیدی» بیع خانه‌ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می‌داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



در چنین معامله‌ای چنین استدلال می‌کند: موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند این که مورد معامله، خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنان رهن مال غیرموجود صحیح نیست، زیرا ظاهر ماده ۷۷۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده ۸۴۲ ق.م. وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است (شهادی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، ۳۰۹).

«کاتوزیان» در خصوص موجود نبودن مبیع بین حالتی که طرفین تصور می‌کرده‌اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می‌دانند که مبیع وجود ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، تفاوت قائل شده است. این تحلیل تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون 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 قانون مدنی 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 شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حملی را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو 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 باشد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۵).

اشکالی که بر این نظر وارد می‌کنند، این است که در حالتی که مبیع موجود نباشد چگونه می‌توان عقدی را منعقد کرد و تملیکی را انجام داد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکان‌پذیر نیست اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی‌توان محدود و مقید به زمان واحدی نمود. پس امکان دارد عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک براساس توافق طرفین و به استناد اراده طرفین در زمانی دیگر تحقق یابد و این در امور اعتباری غیرمنطقی نیست و به این دلیل قانون مدنی ما در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته و آن را عقدی صحیح دانسته است.

نویسندگان حقوق مدنی ایران عقد معلق را به طور مطلق صحیح می‌دانند، ایشان چنین استدلال می‌کنند که:

۱- با آن که قانون، عقد معلق را تعریف کرده و در مقام بیان بوده است، ولی هرگز آن را باطل اعلام نکرده و فقط در موارد خاصی مانند عقد ضمان، تصریح به بطلان عقد معلق کرده است.

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



۲- طبق ماده ۲۲۳ ق.م. که مقرر می-دارد «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود»، عقدی که در صحت و بطلان آن تردید باشد، باید صحیح دانسته شود. نتیجه آن که عقد معلق را باید به طور مطلق صحیح دانست مگر آن که قانون در خصوص عقدی، تصریح به بطلان آن کرده باشد (شهیدی، حقوق مدنی ۳ تعهدات، ۱۵).

البته در مواردی که قانون مدنی حکم دیگری مقرر میکند، دیگر عقد معلق پذیرفته نیست. این موارد محدود به دو مورد زیر می-شود:

۱- بطلان نکاح معلق به استناد ماده ۱۰۶۸ ق.م.

۲- بطلان زمان معلق به استناد ماده ۶۹۹ ق.م.

حتی حقوقدانان نه تنها تعلیق را در ایجاد عقد، صحیح دانسته-اند بلکه تعلیق زوال عقد را نیز صحیح می-دانند. آنها دلایل صحت آن را به شرح زیر بیان داشته-اند: اولاً، اصل صحت و عمومات «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مثبت صحت و اعتبار این گونه عقد معلق است.

ثانیاً، اینکه تحقق هر عمل حقوقی نیازمند انشا است و انفساخ معامله، به خودی خود و بدون انشای فسخ امکان ندارد. برای تحقق انفساخ معامله نیازی به انشای مستقل فسخ، بعد از انشای عقد وجود ندارد و دلیلی بر اثبات لزوم انشای جداگانه، نمی-توان یافت. لازم نیست، اول عقدی انشا شود و سپس فسخ آن به وسیله یکی از طرفین یا اقاله آن به وسیله طرفین انشا گردد. برخلاف آنچه عده-ای گمان کرده-اند. ممکن است انشای فسخ معلق، به صورت تعلیق در منشأ ضمن انشای خود عقد به عمل آید و بین انشای عقد و انشای فسخ معلق آن، تضادی وجود ندارد (شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۹).

پس همچنان که انشای عقد و انشای زوال عقد میتواند به صورت معلق تحقق پذیرد، بین انشای عقد و تحقق تملیک که اثر عقد است، می-توان فاصله زمانی ایجاد کرد، به نحوی که تملیک در زمان دیگری حسب اراده طرفین تحقق پذیرد.

بر این مبنا برخی از حقوقدانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع معلق دانسته اند و در توجیه آن بدین شرح اظهار نظر نموده اند که:

میتوان گفت در بیع آپارتمان های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع هم زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت میگیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نیست بلکه چنانچه گفته شد تملک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان های ساخته نشده از قسم اول قلمداد می شود به دیگر سخن بیع آپارتمان های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است (ولویون، فروش آپارتمان های ساخته نشده، ۶۰، ۵۳).

ممکن است گفته شود، بیع آپارتمانی که قرار است در آینده ساخته شود، از مصادیق بیع عین معین است ولی به لحاظ غرری بودن معامله آن باطل است و میتوان در این رابطه به قاعده غرر و حدیث «نهی النبی (ص) عن الغرر» استناد نمود. میدانیم که یکی از مصادیق قاعده غرر عدم وجود مبیع در زمان معامله و عدم اطمینان نسبت به وجود آمدن آن است. بر این مبنا بیع چیزی که وجود ندارد و اطمینان بر وجود آمدن آن نداریم، باطل است. اما در مورد قرارداد پیش فروش آپارتمان می-توان گفت غرر منتفی است زیرا مبنا و معیار غرری بودن معامله عرف است و اگر عرف معامله-ای را غرری نداند نمی توان آن را استناد غرر باطل دانست. به نظر می رسد همان طور که «ابوالحسن محمدی» معتقد است، رفع غرر امری عرفی است (محمدی، قواعد فقه: ۷۸).

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



می دانیم که درسه مورد غرر به وجود می-آید: عدم اطمینان به وجود مورد معامله، عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله و عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن.

حال برای اینکه معامله غرری نباشد چه معیاری وجود دارد؟ مانند بسیاری از موارد دیگر معیار ریال تشخیص عرف است. به عنوان مثال برای دانستن کمیت از کیل، وزن، شمارش، متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می-شود، برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می-کنند، برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر که عرف قبض و اقباض را محقق بداند کافی است و همین طور در مورد اطمینان به وجود معامله.

بدین جهت است که معامله غاصب، دزد، مکره و مجبور، غرری و باطل نیست بلکه معامله هایی فضولی و غیرنافذند. در حالی که اگر قبض و اقباض شرعی لازم بود صرف نظر از اینکه این اصطلاحات حقیقت شرعی نیستند، در هیچ کدام از این موارد مالک با میل و رضا مال خود را تسلیم مشتری نکرده است و قبض و اقباض شرعی تحقق نیافته است و باید معامله باطل باشد (محمدی، قواعد فقه: ۷۸).

بسیاری از حقوق دانان که گرایش و میل به اجرای عدالت و انصاف در روابط حقوقی مردم و خروج از کلیشه های خشک و ناعادلانه دارند، قرارداد پیش-فروش آپارتمان را بیع عین معین دانسته و آپارتمان را به محض ساخته شدن در جهت حمایت از پیش خریدار متعلق به او می دانند. «کاتوزیان» در این باره چنین اظهار نظر میکند:

در فروش آپارتمان (اگر به شکل تعهد به فروش نباشد) پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به مالکیت خریدار درمی-آید و او می-تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند (کاتوزیان، عقود معین، ۲۷۷ و ۲۷۸).

به نظر می رسد این نظر کاملاً درست باشد. در قراردادهای پیش فروش آپارتمان اگر فروشنده تخلفی نماید و دقیقاً مطابق قرارداد نسازد در این صورت می توان ایراد گرفت که چون منظور طرفین این آپارتمان نبوده است پس خریدار نسبت به آن حق عینی ندارد و تعهد پیش-فروش-کننده بدون اجرا مانده است که این ناعادلانه خواهد بود. البته می توان گفت در این صورت انطباق عرفی آپارتمان ساخته شده با آپارتمان مورد توافق کافی خواهد بود. در صورتی که آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد منطبق باشد، باز باید عقد را صحیح دانست اما به خریدار حق فسخ اعطا کرد تا در صورتی که آپارتمان ساخته شده را قابل قبول نداند، قرارداد را فسخ کند. لازم به ذکر است که اعطای این حق فسخ منافی حفظ قرارداد و مطالبه جبران خسارت، یعنی اخذ ما به التفاوت یا نقیصه ای که در اثر عدم انجام تعهد فروشنده در آپارتمان ایجاد شده است، نخواهد بود.

قسمت دوم – بیع کلی فی الذمه

یکی از انواع بیع، بیع کلی فی الذمه است. در بیع کلی فی الذمه انتقال مالکیت مبیع به خریدار هم زمان با تسلیم مبیع صورت می گیرد و چون در قرارداد پیش فروش آپارتمان توافق بر این است که آپارتمان پس از احداث و تکمیل تحویل خریدار گردد.

در صورتی که مبیع کلی باشد، عقد بیع عبارت است از تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی به مشتری خواهد بود.

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



ممکن است ادعا کرد که قرارداد پیش-فروش آپارتمان، بیع کلی فی الذمه است. آثار چنین تحلیلی به روشنی مشخص است یعنی آپارتمان موضوع قرارداد پیش فروش تا قبل از تسلیم تحت مالکیت فروشنده قرار دارد و بر این مبنا او می تواند قبل از تسلیم، آن را به غیر منتقل نماید زیرا تا زمانی که مصداق مبیع کلی فی الذمه تعیین و تسلیم نشده، مال در مالکیت بایع است و بر همین مبنا طلبکاران فروشنده، می-توانند در مقابل طلب خود آپارتمان را توقیف و به فروش برسانند.

در بیع کلی فی الذمه عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد بیع اشکال و ایرادی را بر عقد وارد نمی-سازد و فروشنده مکلف است مبیع را در موعد مقرر مطابق اوصاف مورد توافق تسلیم نماید. فروشنده می تواند از مبیع موجود تحویل دهد یا از دیگری تهیه کند و تحویل دهد یا اینکه خود آن را بسازد و تحویل دهد. در واقع تعهد فروشنده از نوع تعهد به نتیجه است و راه نیل به هدف اهمیتی ندارد.

در خصوص توجیه قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقد بیع کلی فی الذمه علاوه بر اینکه عدم انتقال مالکیت هم زمان با احداث مطابق قصد مشترک طرفین قرارداد نیست و مشکلات زیادی در این زمینه می تواند بروز کند، می توان این ایراد را مطرح نمود که آپارتمان مال قیمی است و نمی تواند موضوع عقد بیع کلی فی الذمه قرار گیرد. براین مبنا یکی از حقوقدانان در نقد رأی دادگاه مبنی بر مثلی دانستن آپارتمان، چنین می نویسد:

«به نظر می رسد، آپارتمانی که فروشنده تعهد می کند طبق نقشه ساختمانی در زمین معینی با اوصاف و مشخصات قراردادی بسازد، عین معین باشد که در زمان عقد وجود خارجی نداشته اما در طول زمان مشخصی قطعاً ساخته و مهیا برای انتفاع خواهد شد یعنی پس از گذشت موعد مقرر در قرارداد و اتمام و تکمیل ساخت، آپارتمان وجود خارجی یافته و لذا مال قیمی محسوب می-شود و در حالی که خریدار پس از ساخت، مالک آپارتمان فوق می شود و بیع نسبت به آپارتمان مزبور تحقق یافته است، چطور فروشنده این حق را پیدا می-کند که آن را به غیر منتقل نماید و در برابر تخلف از قرارداد، آپارتمانی از نوع مشابه به خریدار تحویل نماید. حال آنکه برای خریدار، آپارتمان با مشخصات قراردادی و با آن اوصاف و ممیزات اهمیت داشته و نه آپارتمان دیگری که شباهت عرفی به آپارتمان موصوف در قرارداد دارد. لذا نظریه دادگاه مبنی بر تحقق عقد بیع و در نتیجه انتقال مالکیت آپارتمان به خریدار با الزام فروشنده به واگذاری آپارتمان مشابه به خریدار در صورت انتقال به غیر با اصل مالکیت خریدار نسبت به مبیع به عنوان اثر اصلی عقد بیع و نیز سایر قواعد حقوقی منافات خواهد داشت چرا که وقتی محرز شد که خریدار مالک آپارتمان قراردادی است و دارای حق عینی نسبت به آن است، دادگاه بایستی حکم به خلع ید و رفع تصرف بدهد و آپارتمان موصوف را به خریدار بازگرداند و نه اینکه حکم به تحویل از نوع مشابه بدهد»

به علاوه میدانیم که اگر قرارداد پیش-فروش آپارتمان را بیع کلی فی الذمه بدانیم در این صورت تا زمانی که سازنده یعنی پیش فروش کننده حتی پس از تکمیل آپارتمان آن را به میل خود به پیش خریدار تسلیم ننماید، پیش خریدار هیچ گونه حقی نسبت به آن ندارد، زیرا در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد، تسلیم افراد آن به مشتری که به اراده بایع انجام می گیرد عمل حقوقی مستقلی است. بنابراین چنانچه از جنس مبیع در ملک بایع موجود باشد، مشتری نمی تواند بدون اجازه مالک در آن تصرف نماید، زیرا آنچه در خارج وجود دارد ملک بایع است و او باید به مقدار معین که در عقد مقرر شده از آن مال یا غیر آن، به وسیله قبض به مشتری تملیک نماید. مثلاً هرگاه بایع دو خروار گندم به کسی فروخته است مشتری نمی-تواند به انبار گندم بایع رفته و بدون اجازه او دو خروار گندم از آن بردارد. همچنین هرگاه قبل از عقد، از جنس مبیع نزد مشتری ودیعه باشد، مشتری نمی تواند به مقدار مبیع از آن تملک نماید مگر آن که بایع به او اجازه دهد (امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ۴۵).

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



برابر رأی شماره ۲۶۶۱ مورخه ۱۳۱۶/۱۲/۴ شعبه یک دیوانعالی کشور، در قبض مبیع کلی یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، بایستی به وسیله دادگاه الزام به تعیین شود (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۹۰).

البته با ملاحظه رأی دیوان و با در نظر گرفتن ماده ۳۷۴ قانون مدنی که با صراحت اعلام میکنند در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می-تواند مبیع را بدون اذن قبض نماید، میتوان چنین نتیجه گرفت که تعیین مصادیق عقد در اختیار بایع است و پس از تعیین او مشتری میتواند به استناد ماده فوق مبیع را قبض نماید. به عبارت دیگر بین مرحله تعیین و اختصاص مصادیقی از مال کلی به عقد مورد نظر طرفین و مرحله قبض و اقباض باید تفاوت قائل شد و به هر حال مرحله اول در اختیار فروشنده است و مرحله دوم در اختیار خریدار، اما بدون تحقق مرحله اول، مرحله دوم قابل اجرا نخواهد بود. یعنی تشخیص مصادیق عین کلی در ذمه از حقوق متعهد است. اما پس از تشخیص، اذن اقباض ضرورت ندارد (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۱۲۲۱).

به هر حال مشکل زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی الذمه موجب گردیده است که حقوقدانان اکثراً قرارداد پیش فروش آپارتمان را در جهت حمایت از حقوق پیش خریدار و اعطای حق عینی به جای حق دینی به او در مقابل انبوه سازان و شرکت های تعاونی مسکن و شرکت-های ساختمانی بزرگ که از قدرت اقتصادی فوق العاده بالایی برخوردارند، از شمول بیع کلی فی الذمه خارج نمایند مگر اینکه مفاد قرارداد پیش فروش به وضوح حکایت از آن داشته باشد.

البته ممکن است برخی از دادگاه ها به لحاظ اینکه بیع کلی فی الذمه فقط در مورد مال مثلی صحیح است، قرارداد پیش فروش آپارتمانی را که به صورت بیع کلی فی الذمه تنظیم گردیده است، باطل اعلام کنند. در پاسخ به چنین نظری میتوان گفت امروزه آپارتمان هایی که توسط شرکت های بزرگ در تعداد زیاد و سطح گسترده به صورت هم شکل و با نقشه واحد ساخته میشوند، از دید عرف به ویژه از دید بنگاه های معاملات مسکن و مصرف کنندگان تفاوت چندانی با همدیگر ندارند و به اعتباری عرف آنها را در شرایط نزدیک به هم مال مثلی می شناسد و تفاوت های جزئی آنها در دید عرف قابل اغماض و چشم پوشی است.

امروزه در اثر پیشرفت و ترقی و مکانیزه شدن ساخت و ساز، فعالیت های آپارتمان سازی در سطح گسترده و به صورت مجتمع ها، بلوک ها، شهرک ها و مجموعه های آپارتمانی به صورت انبوه بر اساس طرح ها و نقشه های واحد ساخته میشوند، عرف چنین آپارتمان-هایی را مثل هم میدانند و از دیدگاه عرف، قابلیت جایگزینی یک آپارتمان در یک مجتمع با آپارتمانی دیگر در همان مجتمع با همان مساحت و مشخصات یا با اندک تفاوتی در مساحت و مشخصات وجود دارد. هدف اصلی خریدار آپارتمان در اکثر موارد، داشتن خانه ای اختصاصی برای خود است و اینکه در طبقه هجدهم ساختمان باشد یا در طبقه نوزدهم برایش مهم نیست. شایان ذکر است که در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد.

با استدلال فوق میتوان از بطلان قرارداد که قطعاً به نفع فروشنده ای خواهد بود که با پس اندازها و سرمایه-های پیش خریداران ساختمان را احداث و تکمیل میکند، جلوگیری نمود و مانع بی عدالتی و ظلم در حق پیش خریدارانی که عموماً در وضعیت اقتصادی ضعیفی قرار دارند، گردید.

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



برخی از حقوق دانان سعی کرده اند تا ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان را به لحاظ مؤجل بودن مورد معامله در قالب بیع سلف توجیه کنند. بیع سلف یا سلم یکی از عقود شناخته شده در فقه و تاریخ کشور ما است که در زمان های گذشته مورد استفاده فراوان مردم قرار گرفته است.

بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش فروش و پیش خرید گویند (لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸).

در تعریف بیع سلم از «امام خمینی» (ره) در «تحریرالوسیله» آمده است: خریدن مال کلی مؤجل در مقابل ثمن نقد که عکس آن نسیه است به خریدار مسلم با کسر لام و به بایع مسلم الیه و به مبیع مسلم فیه گویند (امام خمینی (ره)، تحریرالوسیله، جلد اول، ۵۴۳).

از دیدگاه «جعفری لنگرودی» بیع سلم (بیع در ذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت میگیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ میدهد. در زمانهای قدیم کشاورزان تهیدست عمده سلم فروشان بودند و بنکدارها و بندگانها عمده سلم خران بودند و ستم های بسیار بر کشاورزان می کردند (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸).

در بیع سلم چند چیز شرط است:

اول - ذکر جنس و وصف مبیع برای رفع جهالت.

دوم - قبض ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد، اگر قسمتی از ثمن را قبض کند، عقد نسبت به قسمت قبض شده صحیح و نسبت به باقی باطل است. اگر ثمن دینی بر ذمه بایع باشد، اگر دین مؤجل باشد، ثمن قرار دادن آن جایز نیست. اما اگر دین حال باشد، ظاهر جواز آن است اگر چه خالی از اشکال نیست و احوط ترک آن است (امام خمینی (ره)، «تحریرالوسیله»، جلد اول، ۵۴۴).

اگر در بیع سلم ثمن نیز مؤجل باشد، صحت بیع محل اشکال است و بیع در واقع تبدیل به «بیع دین به دین» می شود که باطل است. «شهید ثانی» در «شرح لمعه» بیع سلف را تعریف نموده و پس از تعریف آن و ذکر برخی از احکام آن می-فرماید: بایستی ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد قبض شود یا اینکه از حساب مدیون یا مسلم (خریدار) محاسبه گردد اگر در عقد شرط نشده باشد. اگر در عقد شرط شده باشد که دین را ثمن قرار دهند، عقد باطل است زیرا چنین عقدی «بیع دین به دین» است. اینکه مسلم فیه (مبیع) دین است، واضح است اما ثمنی که در ذمه است، تحقیقاً دینی است بر ذمه مسلم (خریدار) پس هرگاه آن را عوض مسلم فیه قرار دهند، «بیع دین به دین» مصداق پیدا می کند

سیدمحمد کاظم طباطبائی در پاسخ به سؤالی در مورد جواز یا بطلان «بیع دین به دین» و اینکه چه نوع بیعی است، چنین جواب داده است:

بدان که هریک از مبیع و ثمن، یا دین سابق مؤجل فعلی است یا مؤجل حال الاجل یا حال است یا دین لاحق مؤجل است یا لاحق حال. و ضرب پنج در پنج، بیست و پنج صورت می-شود و قدر مسلم از بطلان، مؤجلین فعلیین سابقین و مؤجلین لاحقین و مختلفین است که چهار صورت باشد و لکن چون مناط بطلان بنابر اقوی اعم از تأجیل فعلی و سابقی است، پنج صورت دیگر که آن: سابقین حالّی الاجل و سابق حال الاجل به مؤجل سابق یا لاحق و عکس این دو باشد نیز محکوم می-شود به بطلان؛ و احوط ترک در هفت صورت دیگر است نیز، بنابر احتمال اینکه مناط بطلان، سبق دین باشد با تأجیل فعلی، اگر چه لاحق باشد، که بنابر این شانزده صورت میشود که آن نه صورت سابقه است و هفت صورت دیگر که آن سابقین حالّین و سابق حالّ به مؤجل سابق با حالّ الاجل سابق و عکس آن و سابق حالّ به مؤجل لاحق و عکس آن باشد و بقیّه صور که نه صورت دیگر است بی اشکال است. ولا

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



یخفی اینکه اگر ملاحظه شود که بیع دین، تاره «بر مدیون است و تاره» بر غیر او، صور مسأله چهل و شش میشود که بیست و پنج صورت متقدمه در بیع بر غیرمدیون باشد و بیست و یک صورت در بیع بر مدیون. زیرا که چهار صورت لاحقین ساقط میشود کما لایخفی. ثم آنچه ذکر شد حکم دین در غیرسلم است. و اما در آن، پس اگر مبیع در سلم اجلس حلول نکرده باشد، جایز نیست بیع آن مطلقاً، حتی بحال لاحق؛ بلکه جایز نیست بیع آن به عین مشخص خارجی نیز و اگر بعد از حلول اجل آن باشد هم بیع آن قبل از قبض در مکیل و موزون خصوصاً در طعام، محل اشکال است، مگر آنکه بر مدیون باشد (یزدی، سؤال و جواب، ۱۸۰ و ۱۸۱).

در دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوبه شورای پول و اعتبار نیز محدودیت ها و شرایط فقهی بیع سلف و به ویژه نقد بودن ثمن مورد نظر قرار گرفته است. ماده یک دستورالعمل مذکور مقرر می-دارد که منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین است.

با مطالعه در احکام و شرایط ویژه بیع سلف، ملاحظه میشود که ثمن بیع سلف بایستی نقد باشد و در مجلس عقد قبل از تفرق به باع تسلیم شود، در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. علاوه بر آن، بیع سلف عموماً در معاملات مربوط به اموال منقول مورد استفاده قرار میگیرد که عموماً به صورت کلی فی الذمه صورت میگیرد. به عبارت دیگر میتوان گفت، بیع سلف از زیر مجموعه های بیع کلی فی الذمه محسوب میشود و علاوه بر عدم امکان پرداخت قسطی ثمن ایراداتی که نسبت به توجیه قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب بیع کلی فی الذمه وارد میشود، در بیع سلم نیز وجود دارد و وارد است.

اگر پیش خریداران مسکن متمکن از پرداخت نقدی ثمن باشند، دیگر نیازی به توسل به قراردادهای پیش فروش وجود ندارد. چرا که پیش خریداران مسکن عموماً به لحاظ ضعف قدرت خرید و عدم امکان تهیه پول نقد برای خرید و برای جلوگیری از فاصله گرفتن تصاعدی قیمت آپارتمان با قدرت خرید فعلی آنان، لازم می دانند هر چه سریعتر مختصر پس انداز اولیه خود را از طریق قرارداد پیش فروش آپارتمان، در امر خرید مسکن سرمایه گذاری و درگیر نمایند تا براساس مفاد قرارداد پیش فروش با سعی و تلاش فراوان اقساط بعدی وجه قرارداد را در فاصله های معین تهیه و پرداخت نمایند تا به مصداق «قطره قطره جمع گردد وانگهی دریا شود» بتوانند به سر منزل مقصود رسیده و سرپناهی را دست و پا کنند.

بنابه مراتب فوق عقد بیع سلف یا سلم راهکاری مناسب و قالبی درست برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان نخواهد بود مگر اینکه برمبنای نظر آن دسته از علما عمل کنیم که نقد بودن ثمن را در بیع سلم لازم نمی دانند.

قسمت چهارم - تعهد به بیع

اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان به صورت تعهد به بیع تنظیم گردد، در واقع از احکام و مقررات قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان قولنامه یا سند تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده برخوردار است. به هر حال وعده متقابل بیع یا قول و قرار معامله در آینده که معنای حقیقی قولنامه تلقی می گردد، ایجاد مالکیت برای خریدار نمی کند بلکه خریدار در چارچوب این قرارداد صرفاً می-تواند در صورت تخلف طرف، الزام او را به انعقاد عقد بیع با شرایط مورد توافق و بر اساس مفاد قرارداد، از دادگاه بخواهد، و یا بر اساس مفاد قرارداد مطالبه خسارت کند. «شهیدی» برای وعده بیع متقابل یا معنای حقیقی قولنامه عبارت «قرارداد تشکیل بیع» را مناسب تر دانسته اند (شهیدی، قرارداد تشکیل بیع: ۱۲۵).

به نظر می رسد قولنامه به مفهوم «قول و قرار معامله در آینده» یا «وعده بیع متقابل» یا «قرارداد تشکیل بیع» در واقع قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و نافذ و معتبر است و معمولاً چنین قراردادی با وجه التزام همراه است.

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



در مورد نافذ و معتبر بودن چنین قراردادی در پیش فروش آپارتمان شکی نیست اما در خصوص ماهیت حقی که پیش خریدار چنین قراردادی، به دست می آورد، ممکن است اختلاف نظر پیش آید، زیرا در این زمینه میتوان سه دیدگاه به شرح زیر مطرح نمود:

۱- چنین قراردادی، در واقع تعهدی است که هریک از طرفین میتواند از انجام آن خودداری کند و فقط در صورت خودداری بایستی وجه التزام را بپردازد.

۲- هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد موضوع قولنامه خودداری نمود، هم باید به تعهد خود عمل کند و هم بایستی وجه التزام را بپردازد.

۳- پیش خریدار قولنامه دارای نوعی حق عینی است که به مال موضوع قرارداد تعلق میگیرد و میتواند متعهد را از انجام هرگونه تصرف منافی حق عینی خود از جمله انتقال به غیر، منع کند.

«کاتوزیان» در این زمینه به اصل ۴۰ قانون اساسی و منع سوء استفاده از حق استناد کرده است. قانون اساسی سوء استفاده از حق را منع کرده، لذا انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری، چون با حقوق خریدار در تعارض است، به درخواست ذینفع قابل ابطال است (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۶۴ و ۶۵).

مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی در این باره قابل توجه است به ویژه مفاد ماده ۲۲۰ قانون مدنی در این رابطه قابل توجه است که مقرر میدارد:

عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم هستند.

اگر قرارداد روش آپارتمان را تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده بدانیم، مسلماً جزء قراردادهایی خواهد بود که در آنها حداقل در زمان انعقاد قرارداد، قصد مشترک طرفین، بر عدم انتقال مالکیت مبیع، تعلق گرفته است و مفاد قرارداد به صراحت، از قول و قرار برای معامله در آینده حکایت میکنند. بر این مبنا هر قرارداد پیش فروش آپارتمان را نمیتوان قولنامه دانست، بلکه مفاد قرارداد است که در کشف از اراده مشترک طرفین، حکایت از این خواهد کرد که آیا این قرارداد صرفاً تعهد به انتقال است یا انتقال.

اگر هر قرارداد پیش فروش آپارتمان را بدون توجه به مفاد آن صرفاً قولنامه و تعهد بر بیع بدانیم، فروشنده میتواند هر زمان بخواهد پس از تکمیل ساختمانی که با پول خریدار بنا کرده است به اشخاص ثالث انتقال دهد و سود حاصل از سرمایه گذاری پیش خریداران ضعیف را که اغلب از اقشار کم درآمد جامعه هستند، به جیب بزند. خریدار تنها میتواند پولی را که چند سال مورد بهره برداری دیگری قرار گرفته است، پس بگیرد. وجدان حقوقدان چنین عدالتی را نمی پسندد و باید راهی برای گریز از آن بیندیشد در این تلاش باید به هدف یعنی عدالت بیش از وسیله اندیشید و قوانین را به گونه ای تفسیر کرد که از قالب کهن درآمد و به حرکت ادامه دهد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۸ و ۲۷۹).

به هر حال تحلیل قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب تعهد به بیع موجب عدم استحکام قرارداد خواهد بود. البته، اگر قرارداد در قالب تعهد به بیع تنظیم گردد و قصد مشترک طرفین و حاکمیت اراده متعاملین بر تعهد به بیع تعلق گیرد، در این صورت بحثی نیست. اما در یک قرارداد پیش فروش آپارتمان که در شرایط عادی بین یک شرکت تعاونی مسکن یا شرکت ساختمانی و انبوه ساز از یک طرف و متقاضی مسکن از طرف دیگر تنظیم میگردد و بحثی از تعهد به بیع در قرارداد به میان نیامده است، محدود دانستن روابط حقوقی ناشی از این قرارداد به یک تعهد ساده به بیع، به دور از قصد واقعی متعاملین و به دور از واقعیات جامعه خواهد بود. چون هرگاه او در مقام عمل به تعهد خود و انتقال آپارتمان ساخته شده، به پیش خریدار درآمد او نیز ممکن است نفع خود را در

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



عدم قبول این ایجاب بداند و نهایتاً اگر وجه التزام پیش بینی شده باشد، آن را پرداخته و از خرید آپارتمانی که در اثر درخواست او ساخته شده است، خودداری نماید. در چنین شرایطی پیش کننده ناگزیر از اقامه دعوا برای الزام او به خرید آپارتمان خواهد شد که با وجود سختی وصول ثمن معامله از خریدار چنین راه-حلی را نمی توان به عنوان راه حلی آسان پیشنهاد کرد.

نتیجه:

قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب بیع سلم (اعم از اینکه به طور منجز واقع شود یا به طور معلق) قابل تحلیل و توجیه است

چه اینکه ۱: وفق ماده ۳۳۸ ق.م. که مقرر می دارد: "بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم" در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز تملیک عین "واحد ساختمانی مشخص" (ماده ۱) در برابر عوض معلوم "بها یا عوض قراردادی" (بند ۵ ماده ۲) صورت می گیرد.

۲: با توجه به مفهوم مبیع کلی، واحد ساختمانی (مورد معامله) عین معین و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمه است. مؤید این امر، اینکه طبق ماده ۳۶۱ ق.م. اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است. مؤید دیگر اینکه وفق ماده ۳۵۱ ق.م. در زمینه پیش فروش ساختمان، قانونگذار (در بند ۲، ۳ و ۴ ماده ۲)، تصریح به پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی را که واحد در آن احداث می شود در قرارداد لازم دانسته است، حال آنکه نسبت به عین معین، ذکر اوصاف و مشخصات در عقد، لازم نیست.

۳: صرف اینکه قرارداد پیش فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از شمول بیع سلم خارج نمی کند، چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده، چیزی را که در حال حاضر اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار درآورد، که این تعریف دقیقاً منطبق با تعریف مندرج در ماده ۱ قانون پیش فروش است.

۴: عبارات و اصطلاحات «پیش فروش» و «پیش خرید»، ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش فروشنده» و «پیش خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد.

۵: دلایل ارائه شده بر لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نیز با توجه به خدشه در مفهوم دین به دین و دلیل اجماع، عموماً قابل استناد نیست. لیکن برای صدق عرفی قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع سلم و تمایز آن از بیع مؤجلین فعلین (کالی به کالی) قانونگذار (در ماده ۱۱) پرداخت حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها و عوض قراردادی را در مجلس عقد لازم دانسته و مقرر داشته که طرفین نمی توانند برخلاف آن توافق کنند.

۶: اثر هر عقد بیعی، ملکیت منجز نیست بلکه اثر بیع، مطلق ملکیت است. اگر بیع معلق نباشد، اثر شرعی آن ملکیت غیرمعلق، و اگر بیع معلق باشد، اثر آن ملکیت معلق خواهد بود

و عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان که مقرر می دارد: "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 ... ، ناظر بر سه حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، طرفین قرارداد، حسب انشاء خویش (قصد مشترک) می توانند واحد ساختمانی را به طور منجز (حالت اول) یا به طور معلق (حالت دوم و سوم) به مالکیت پیش خریدار در آورند. به هر حال، با توجه به

2nd International Conference on *Legal and Judicial Studies*



اینکه قرارداد پیش فروش ساختمان به عنوان یکی از مصادیق عقد معاوضی بیع محسوب می شود، لازم می نمود که قانونگذار، پرداخت بها یا عوض قراردادی را نیز در تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان لحاظ می نمود.

همچنین، این انتظار می رود که قانونگذار مدنی، با توجه به اشکالات وارد بر مفهوم دین به دین و همچنین با توجه به عرف های عقلایی موجود در روش های پرداخت بهای قراردادی، ضمن اصلاحات بعدی، با حکم به صحت بیع موجلین فعلیین (کالی به کالی) قبض مقداری از ثمن را نیز در تحقق عرفی بیع سلم کافی بداند تا ضمن برقراری نظم در روابط بازرگانی، هم توجیه قانونی برخی از معاملات را میسر سازد و هم بر غنای قانون مدنی افزوده شود.

2nd International Conference on Legal and Judicial Studies



منابع :

- تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان - علی غریبه، ناصر مسعودی
- ماهیت پیش فروش ساختمان در فقه امامیه - سید مصطفی مصطفوی، سید علی اصغر رحیمی
- ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان (مجله حقوقی دادگستر) - طباطبایی، کیانی
- ابن براج، قاضی؛ المهدب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳.
- خامنه‌ای، سید علی؛ رساله اجوبه الاستفتائات، شرکت چاپ و نشر بین الملل، تهران، چاپ هفتاد و یکم، ۱۳۹۰.
- شهید اول، محمد بن مکی؛ اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، دارالترتیب - الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشی - کلانتر)، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- صفایی، سید حسین دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰
- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست‌وسوم، بهار ۱۳۹۰.
- یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب مکاسب، انوارالهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی؛ صیغ العقود و الایقات، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۱ ق.
- انصاری، مرتضی؛ مکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ایزدی‌فر، علی‌اکبر؛ کاویار، حسین؛ «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف؛ حدائق‌الناظره فی احکام العتره الطاهره، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق.
- (علیزاده، قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، ۳۷).
- پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶.
- جعفری‌پور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سیدمحمد؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۶ ق.
- حرّ عاملی، محمدبن‌حسن؛ وسائل الشیعه، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.
- خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک فی شرح مختصرالنافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، دوره ۷ جلدی، بی‌تا.
- ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸.
- شهید ثانی (الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد اول، ۳۱۵).
- دکتر ناصر کاتوزیان، (عقود معین، جلد اول، ۲۷۵).