



تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان

پدیدآورنده (ها) : ناظمی هرندی، حمیدرضا

حقوق :: نشریه آراء :: پاییز ۱۳۹۶ - شماره ۶

صفحات : از ۲۵ تا ۴۸

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1824053>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۲

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



- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با نهادهای مشابه و تشخیص ماهیت آن
- جایگاه حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان در رویه قضایی
- تحلیل و بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان در نظام کنونی
- قرارداد پیش فروش آپارتمان، عقد استصناع یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی
- جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات قراردادهای پیش فروش ساختمان
- تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و امارت دبی
- مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس
- حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)
- تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی
- مطالعه تطبیقی اعتبار قرارداد باز در نظام‌های ملی و تجارت بین‌الملل
- جایگاه ثبت رسمی قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹

عناوین مشابه

- تحلیل حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تاملی بر انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- قرارداد پیش فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران، الزامات و بایسته‌ها
- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه
- انتقال مالکیت در قرارداد مشارکت در تولید و قاعده نفی سبیل با تکیه بر آرای امام خمینی (س)
- مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس
- حق فسخ پیش فروشنده در قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۸۹ و تناقض آن با مالکیت تدریجی پیش خریدار
- ماهیت حق ناشی از قرارداد مالکیت زمانی ۱ در حقوق ایران و انگلستان
- زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹
- تعلیق قانونی انتقال مالکیت مبیع بر تادیه ثمن؟ مطالعه‌ای در قواعد انتقال مالکیت مبیع در حقوق آلمان با نگاهی به حقوق انگلستان و استرالیا
- تأملی بر ابعاد حقوقی مالیات بر نقل و انتقال قطعی املاک در ایران

تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان

حمیدرضا ناظمی هرندی^۱

چکیده

پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده است. در ابتدا تعریفی از پیش فروش آپارتمان ارائه می گردد و سپس این قرارداد با برخی از عقود موجود در قانون مدنی و فقه مانند بیع، بیع سلم، استصناع، شرکت و... مورد مقایسه قرار گرفته تا رابطه آن با هریک از این عقود مشخص گردد. که در نهایت به طور کامل و جامع با توجه به ویژگی خاص موجود در این نوع قرارداد، نمی تواند ذیل عنوان یکی از موارد مذکور قرار گیرد، بلکه صرفاً در برخی ملاکها با عقود مذکور مشترک خواهد بود. رابطه این قرارداد با برخی از آنها یک رابطه نسبی است. یعنی در شرایطی و نه به طور مطلق می تواند تحت آن عناوین قرار گیرد. بنابراین باید گفت پیش فروش آپارتمان عقد مجزایی است که دارای قانون خاص خود می باشد که در آن شرایط کلی و نیز حقوق خریدار و مواردی از این قبیل به طور دقیق تبیین گردیده است.

کلیدواژه ها: پیش فروش، آپارتمان، بیع، قرارداد خصوصی

مقدمه:

پیش فروش آپارتمان یکی از قراردادهایی است که در زمان حاضر با توجه به مقتضیات آن مورد توجه می باشد و کاربرد بسیاری دارد. بنابراین در جوامع حقوقی نیز لازم است این نوع قرارداد و ماهیت آن به صورت دقیق تبیین گردد تا متعاملین از منظر قانونی نیز دارای پشتوانه باشند. که قانونگذار با تصویب قانون پیش فروش آپارتمان بسیاری از مسائل را از میان برداشته است.

۱ - رییس دادگستری چادگان

یکی از نیازهای ضروری بشر از گذشته تاکنون مسکن بوده است. تأمین این خواسته در دوره های گوناگون بشری در قالب های متفاوتی صورت گرفته است. امروزه با توجه به افزایش جمعیت و همچنین مهاجرت از روستاها به شهرها محل های مسکونی به شکل آپارتمان در آمده اند.

به طور کلی خرید و فروش آپارتمان می تواند به دو شکل باشد: شکل اول: مالک آپارتمانی را که به طور کامل ساخته شده، با خریدار یا مستأجر مورد معامله قرار دهد. که در این صورت شکی نیست که قرار داد انجام یافته یا ملاک های بیع را در بردارد و یا عقد اجاره. بنابراین شرایط هر یک از عقود در باب آن جاری می گردد. شکل دوم: زمانی است که آپارتمانی هنوز به اتمام نرسیده و یا اصلاً شروع به ساخت نشده و باید در آینده ساخته شود، مورد معامله قرار می گیرد و یا عملیات احداث شروع شده اما کامل نشده است. در چنین روشی شرایط خاصی باید رعایت شود؛ مانند اینکه موقعیت، اندازه و ویژگی های آپارتمان در نقشه ساختمان معلوم شود و همچنین زمان تحویل آپارتمان توسط فروشنده به خریدار معین گردد.

آنچه در این نوشتار مورد ارزیابی قرار می گیرد؛ شکل دوم است که در اصطلاح «پیش فروش آپارتمان» تلقی می گردد بر این مبنا قرارداد پیش فروش آپارتمان قراردادی است، که به موجب آن پیش فروشنده (سازنده) تعهد می نماید، آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازای مبلغ قراردادی به پیش خریدار (متقاضی) تحویل نماید. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۲۹)

مطابق با تعریف فوق باید مشخص شود که پیش فروش آپارتمان ذیل عنوان چه قرار دادی قرار می گیرد. بنابراین چاره ای نیست که این نوع معامله با برخی عقود که دارای وجوه اشتراک است مقایسه و مطابقت داده شود. بر اساس ظاهر تعریف پیش فروش آپارتمان آنچه به ذهن متبادر می شود آن است که قرارداد مذکور با برخی از عقود مانند بیع، بیع سلم و استصناع، عقد شرکت و قرارداد خصوصی مطابقت می نماید؛ به همین دلیل

در این بخش ماهیت این قرار داد با هریک از عناوین مذکور تطبیق داده می‌شود و جهات رد و پذیرش احتمالی هریک نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد اما تأکید بر این نکته نیز ضروری است که توصیف اعمال حقوقی، تابع عناوینی که طرفین بر آن می‌نهند، نمی‌باشد بلکه مندرجات و محتویات سندی که تنظیم می‌کنند باید قصد مشترک طرفین را احراز و براین مبنا ماهیت آن را تبیین کرد.

۱- بیع

در کلام فقها بیع عبارت است از ایجاب و قبول در مورد ملکی معین با عوضی معلوم، بنابراین ایجاب به تنهایی کفایت نمی‌کند. در مورد مبیع و ثمن نیز شرایطی وجود دارد؛ مانند اینکه مبیع در ملکیت فروشنده بوده و قابل تسلیم باشد و همچنین ثمن نیز باید اندازه و جنس و وصف آن مشخص باشد (شهید اول، ۱۴۱۰: ص ۱۰۷؛ امام خمینی، ۱۴۲۱؛ ج ۱، ص ۵).

ماده ۳۳۸ ق م در تعریف بیع می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». باتوجه به این تعریف مبیع باید عین باشد. برای معلوم بودن مورد معامله لازم است مورد معامله از سه جهت معلوم باشد: ماهیت (جنس)، مقدار و اوصاف. ماهیت، جنس مورد معامله؛ مقدار، میزان مورد معامله و اوصاف آن چه موجب جلب تمایل مشتری برای خرید می‌شود را تشکیل می‌دهد. معلوم بودن مورد معامله در هر سه صورت کلی، کلی در معین و عین معین، لازم و ضروری است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۲۹۵-۳۴۲).

به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی «مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد». بنابراین بیع در هریک از موارد مذکور در ماده ۳۵۰ ق م قابل بررسی است.

اما پیش فروش آپارتمان در این ویژگی که عوض معلوم باشد با بیع دارای اشتراک است. اما اینکه کدام یک از حالت های مبیع که در ماده ۳۵۰ گفته شده مصداق آن آپارتمان پیش فروش شده، است باید ارزیابی شود. یعنی آیا پیش فروش آپارتمان مبیع کلی یا کلی در معین و یا عین معین است؟ در تعریف کلی می توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد». (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷)

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

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

با عنایت به تعریفی که در مورد پیش فروش آپارتمان آمد؛ به نظر می رسد، نمی توان آن را مال کلی فی الذمه دانست. به این خاطر که آپارتمانی که پیش فروش می شود همه ابعاد، طرح و موقعیت جغرافیایی آن نیز مشخص می شود. بنابراین نمی توان آن را مال مثلی دانست بلکه قیمی محسوب می شود؛ چرا که مثل و مانند آن

وجود ندارد. با توجه به آنچه که در قانون پیش فروش آپارتمان در مورد ماهیت این قرار داد آمده است نیز مشخص می‌گردد که این نوع قرار داد کلی فی الذمه نیست.^۲

اما منظور از کلی در معین آن است که مقدار معینی به صورت کلی از یک شیئی که متساوی الأجزاء است مشخص گردد (امامی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴۳۳). مطابق با نظر برخی نویسندگان حقوقی، آپارتمانی که پیش فروش شده است نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی در معین قرار گیرد؛ یکی از دلایلی که مطرح می‌کنند همان دلیل قبلی است که در باب کلی در ذمه آمد. یعنی کلی در معین هم شامل اموال مثلی است در حالی که آپارتمان پیش فروش شده با توجه به شرایط مذکور مال قیمی به شمار می‌آید (ایزدی فرد، کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۴).

فرض دیگری که در مورد مبیع وجود دارد؛ زمانی است که مبیع عین معین باشد مطابق با ماده ۳۶۱ ق م فقدان مبیع خارجی یا معین در هنگام عقد موجب بطلان بیع است.

برخی از نویسندگان حقوقی این نظریه را قبول دارند که پیش فروش آپارتمان، بیع عین معین است و برای اثبات دیدگاه خود به استدلال‌های برخی فقها و حقوق دانان استناد می‌کنند: برای مثال به بیان مرحوم نراقی در باب بیع اشاره می‌کنند: ایشان معتقدند که فرقی ندارد در بیع، مالک در حال فروش، مالک مبیع باشد یا در آینده مالک آن گردد. مثلاً وقتی گندمی اکنون وجود ندارد و شخصی گفت فروختم یک تن گندم را به تو معنای آن مالکیت در آینده و انتقال آن در همان زمان است (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۳۸). بنابراین ایشان با توجه به ظاهر کلام مرحوم نراقی استدلال می‌کنند که انتقال مبیع در زمان عقد از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد (ایزدی فرد، کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۵). به عبارت بهتر از دیدگاه این گروه اجرای عدالت و انصاف در بین

^۱ ماده ۲ قانون پیش فروش آپارتمان مقرر می‌دارد: در قرار داد پیش فروش باید حداقل موارد زیر تصریح شود: ۱- اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی ۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک ۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه و انباری

مردم اینگونه اقتضا می کند که بیع پیش فروش آپارتمان بیع عین معین تلقی گردد و آپارتمان به محض ساخته شدن متعلق به خریدار باشد. این نویسندگان در خصوص این اشکال که مبیع در حین انعقاد عقد وجود ندارد و قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، اینگونه استدلال می کنند که در چنین عقدی دو طرف، سببی را ایجاد می کنند که تملیک پس از تحقق آن سبب انجام شود. یعنی عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکان ندارد اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی توان محدود و مقید به زمان محدودی کرد. سپس امکان دارد که عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک بر اساس توافق طرفین، در زمان دیگری انجام شود به همین دلیل قانون مدنی در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته است.

همچنین برای تأیید این نظریه می گویند: «برخی از حقوق دانان انتقال مالکیت را به صورت هدف هرچند که با ایجاب و قبول همزمان نباشد نیز صحیح می دانند.» (به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ج ۱، ص ۴۶۴).

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی پیش فروش آپارتمان را مبیع عین معین نمی دانند. به نظر ایشان مبیع باید موجود باشد تا انتقال مالکیت صورت بگیرد و به ماده ۳۶۱ ق م استناد می کنند و می گویند با تحقق عقد بیع مالکیت نیز احراز می گردد.

همچنین ایشان دلایل دیگری را مطرح می کنند و می گویند از آنجا که بیع، تملیک عین به عوض معلوم است ولی در پیش فروش آپارتمان عین چیزی است که بر ذمه بایع قرار می گیرد و عوض چیزی است که مشتری باید در عین به بایع بپردازد و با توجه به ماده ۳۳۹ ق م که مقرر می دارد: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت، بیع به ایجاب و قبول واقع می شود» معتقدند پیش فروش آپارتمان نمی تواند ذیل این ماده قرار بگیرد چرا که در این قرارداد با توجه به تغییرات قیمت ها و نیز تورم، امکان تعیین دقیق قیمت وجود ندارد. (اصغرزاده، ۱۳۸۶، صص ۱۶-۱۷).

۲- بیع سلم (سلف)

بیع سلف یا سلم نوعی از عقد بیع است که در آن مبیع به صورت کلی و مؤجل است اما ثمن آن مؤجل نیست بلکه فوری و به صورت نقدی می‌باشد. یعنی قبل از جدا شدن باید مشتری آن را بپردازد (محقق کرکی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۰۶؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۲۷) هر چند که در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن به عنوان شرط صحت بیع تصریح نشده است اما برخی از حقوق دانان با استناد به اینکه ماده ۳۶۴ ق م که در مورد بیع صرف است و در آن قبض، شرط صحت بیع بیان شده است؛ این ماده را قرینه می‌دانند بر اینکه بیع صرفاً از باب مثال است و این شرط در مورد بیع سلم نیز جاری می‌شود (امامی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴۴۱)

برخی پیش فروش آپارتمان را بیع سلف می‌دانند. از نظر ایشان پیش فروش آپارتمان در صورتی که مشمول قاعده غرر نگردد؛ جایز است و بیان می‌دارند که باید تمام شرایط آن را مانند مشخص بودن زمان تحویل و زمان پرداخت تمام قیمت داشته باشد. بنابراین، اگر آپارتمان به صورت قسطی بدون مشخص شدن قیمت و زمان تحویل پیش فروش شود، بیع باطل است و نیز اگر مقداری از قیمت دریافت شود، بیع به همان میزان صحیح بوده و در بقیه باطل است.

اما پیش فروش آپارتمان بیع سلف نیست؛ به این دلیل که اولاً مبیع در آن با توجه به مشخصات و موقعیت جغرافیایی و ابعاد و مساحت آن مال قیمی و عین معین (و نه کلی) محسوب می‌شود که در آینده به وجود می‌آید و ثمن نیز به صورت اقساط و فواصل زمانی معین و به تناسب پیشرفت کار و عملیات ساختمانی به سازنده پرداخت می‌شود. از طرفی براساس آنچه در مورد بیع سلف آمد مبیع اگر معدوم هم باشد اشکالی به وجود نمی‌آید در حالی که در پیش فروش آپارتمان نمی‌توان گفت مبیع به طور کلی معدوم است چرا که زیر بنا یا

زمین که جزء ساختمان محسوب می‌شود، موجود است و بر اساس قانون پیش فروش آپارتمان عملیات پی ساختمان باید پایان یافته باشد. مؤید آن ماده ۴ این قانون است که مطابق با این ماده تنظیم قرارداد پیش فروش منوط به ارائه مدارکی است که یکی از آنها تأییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان می‌باشد.

از سویی با توجه به دیدگاه فقها و برخی حقوق دانان در مورد بیع سلم که پرداخت ثمن آن را فوری می‌دانند ثمن پیش فروش آپارتمان فوری نیست؛ مؤید آن ماده ۱۱ قانون پیش فروش آپارتمان است که مقرر می‌دارد: «در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد، توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند».

۳- استصناع

یکی دیگر از عقود که ممکن است برخی پیش فروش آپارتمان را ذیل آن قلمداد نمایند؛ عقد استصناع می‌باشد. در بین فقها، بیشتر، فقهای اهل سنت در مورد عقد استصناع بحث کرده‌اند؛ برخی در تعریف استصناع آورده‌اند: «آن عبارت است از توافق سفارش دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس. در این توافق نامه مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده سازنده است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱: ص ۴۲۷).^۳

به نظر^۲. آیا استصناع عقد است و احکام آن را دارد، می‌نویسد: در نظر آبی حنیفه، بلکه ظاهر عبارات فقهای دیگر اهل سنت این است که استصناع عقد بیع است برخی این عقد، به چند شکل ممکن است انجام پذیرد و حکم هر یک فرق می‌کند. الف. اگر در عقد استصناع، تملیک و تملک صورت پذیرد، این عقد داخل در عنوان بیع است و دلیل های صحت، آن را در بر می‌گیرند. و باید تمامی شرایط عقد بیع، اعم از شرایط عقد بیع و شرایط در جنس یک هر دو بدل می‌شوند و شرایط دو طرف عقد، در آن رعایت گردد، بنابراین، اگر جنس مورد تقاضا، جزئی باشد نه کلی، یعنی نمونه های دیگری از آن ساخته شده، باید احکام بیع اگر جنس مورد درخواست، کلی است که تا به حال نمونه ای از آن ساخته نشده، باید. جزئی در آن رعایت گردد، یعنی از نظر عدد و وصف و ماده معلوم باشد

برخی دیگر در تعریف این عقد گفته‌اند: «مراد از عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت، این است که کسی به نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد تعدادی از کالاهایی که می‌سازد را برای او بسازد. در این حال قراردادی میان این دو به امضا در می‌آید، که صاحب صنعت تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت دارد». (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۱)

در مورد اینکه آیا عقد استصناع قرار دادی مستقل است یا خیر نیز تردید وجود دارد؛ برخی بیان می‌دارند هر چند که به نظر معاصرین، قراردادی مستقل به شمار می‌آید؛ اما در برخی مواقع شرایط بیع یا اجاره را نیز دارا می‌باشد؛ به عنوان مثال: هنگامی که دو طرف پس مکالمات قراردادی منعقد می‌کنند که سازنده مقدار معینی کالا را در برابر عوض معینی بدهد، این همان بیع به شمار می‌آید و مثال‌های دیگری از این قبیل که می‌تواند در مستقل بودن ماهیت این قرار داد تردید ایجاد کند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: صص ۲۰۷-۲۱۲).

باتوجه به مباحث فوق راجع به ماهیت قرار داد استصناع باید دید آیا می‌توان پیش فروش آپارتمان را ذیل این عنوان به شمار آورد یا خیر؟ از آنجایی که قرار داد فوق الذکر ماهیتی عام و دامنگیر دارد؛ اگر یک صورت از استصناع را در نظر بگیریم یعنی حالتی که در این قرارداد سفارش ساخت دارای شرایط دقیق از جمله مشخصات و ویژگی‌های کالای مورد سفارش باشد؛ پیش فروش آپارتمان را نیز با همه اوصافی که دارد شاید در چنین صورتی بتوان ذیل آن قرار داد. اما همان‌طور که بیان شد قرار داد استصناع فی نفسه عقد مستقلی نمی‌-

ب. اگر هنگام تقاضا، تملیک و تملک صورت نمی‌گیرد، بلکه فقط عقد و قرارداد منعقد می‌گردد که شرایط بیع کلی که در فقه بیان شده، در آن رعایت گردد پس از ساخته شدن، این جنس‌ها به درخواست‌کننده فروخته شود، در این صورت عقد بیع نخواهد بود و شرایط بیع لازم نیست در آن موجود باشد؛ زیرا قرار شده که پس از ساخته شدن، فروخته شود، لکن این قرارداد عقد است و برابر دلیل‌ها، وفای به عقد واجب است. ج. اگر هنگام درخواست، فقط وعده از طرف درخواست‌کننده و سازنده جنس صورت گیرد، ولی اگر تملیک و تملک و یا عقدی میان آن دو انجام نپذیرد، این عقد نه مصداق بیع است و نه مصداق عقد، بنابراین، احکام بیع و عقد، همانند وجوب وفا در آن نیست، بلکه سازنده می‌تواند نسازد و درخواست‌کننده نیز می‌تواند نخرد (جمعی از مؤلفان، ج ۳: ص ۲۹۳).

تواند باشد چرا که در قالب اشکال گوناگونی است و در زمره عقود متفاوتی است. بنابراین تطبیق پیش فروش آپارتمان با عقد استصناع منطقی به نظر نمی‌رسد چرا که اولاً موضوع قرارداد استصناع کلی مافی الذمه است در حالی که آپارتمان به صورت عین معین مورد معامله قرار می‌گیرد ثانیاً در قرارداد استصناع اجل (مدت) ذکر نمی‌شود و در صورت ذکر اجل، ماهیت آن به بیع سلف تبدیل می‌شود در حالی که در فروش آپارتمان انتقال مالکیت مقید به مهلت و زمان می‌باشد ثالثاً قرار داد استصناع جایز است اما بر اساس مفهوم ماده ۶ قانون پیش فروش آپارتمان عقد موصوف از جمله عقود معین محسوب می‌گردد.

۴- عقد شرکت

یکی دیگر از عقودی که می‌توان با توجه به ماهیتی که دارد؛ قرار دادپیش فروش آپارتمان را در ذیل آن مورد بررسی و ارزیابی قرار داد عقد شرکت است؛ در ماده ۵۷۱ قانون مدنی در تعریف شرکت آمده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه.»

به نظر برخی درحقیقت آنچه قانون‌گذار در تعریف عقدشرکت گفته است، تعریف عقدشرکت نیست بلکه تعریف اشاعه است که مقدمه و شرط ایجادشرکت است. درحقیقت می‌توان گفت اشاعه جزئی ازعقدشرکت محسوب می‌شود که اگر وجودنداشته باشد سایر ارکان عقدشرکت که بر مبنای آن شکل می‌گیرد به وقوع نخواهد پیوست. بنابراین می‌توان گفت که مال مشاع مالی است دارای مالکین متعدد، بدون این که مورد مالکیت آن‌ها مشخص باشد و هر ذره فرضی از این مال متعلق به کلیه مالکین است. (کاشانی، ۱۳۶۵، ص ۱۰) بنابراین می‌توانند که این تعریف در قانون مدنی بیشتر به تعریف مال مشاع می‌ماند چرا که در شرکت یک هدف کلی

وجود دارد و آن کسب سود و منفعت است. در واقع در عقد شرکت دو نوع مشارکت حاکم است یکی بر دارایی و مال و دیگری سود و زیان (پورسید، ۱۳۸۷، ص ۵)

برخی از حقوق دانان در تعریف عقد شرکت بیان داشته‌اند: «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهم مشاع از این مجموعه شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۷)

اما بنا به دلایلی پیش فروش آپارتمان را حتی به طور نسبی نمی‌توان ذیل عنوان عقد شرکت قرارداد: همان‌طور که در مباحث فوق مطرح شد در عقد شرکت دو نوع مشارکت وجود دارد در حالی که در پیش فروش آپارتمان چنین مشارکتی دیده نمی‌شود؛ در پیش فروش آپارتمان آنچه پیش خریداران به صورت اقساطی در اختیار سازندگان قرار می‌دهند، ثمن معامله و عوض ساختمانی است که در آینده به آن‌ها تحویل داده می‌شود، در نهایت ساختمانی که ساخته خواهد شد و به خریدار تحویل می‌گردد ملک مشاعی فروشنده و خریدار محسوب نمی‌شود که گفته شود در ملکیت نیز مشارکت دارند؛ در مورد ثمن معامله هم وضعیت به همین منوال است. و همچنین مشارکت در سود و زیان که در عقد شرکت وجود دارد در چنین قراردادی جایگاهی ندارد چرا که هدف خریدار سهم شدن با فروشنده در سود و زیان نیست. به عبارت دیگر در عقد شرکت دو نوع مشارکت وجود دارد؛ الف: مشارکت در ایجاد وحدت دارایی یا همان اشاعه، ب: مشارکت در سود و زیان، اما در قرارداد پیش فروش آپارتمان چنین اشاعه‌ای وجود ندارد. چرا که اولاً آنچه پیش خریداران به صورت اقساطی در اختیار سازندگان قرار می‌دهند ثمن معامله و عوض ساختمانی است که در آینده تحویل آن‌ها می‌شود، ثانیاً هدف پیش خریداران، سهم شدن در سود و زیان نیست و پیش فروشنده نیز صاحب اذن در تصرف به منظور کسب سود و زیان نمی‌باشد.

ذکر این نکته لازم است؛ هرچند در قانون مدنی از پیش فروش آپارتمان اسمی به میان نیامده است و تاکنون که در نوشتار حاضر بررسی گردیده ذیل عقد لازمی قرار نگرفته است اما با توجه به قاعده اصالت لزوم قراردادها^۱ و اینکه مورد نقضی برای جایز برشمردن چنین قراردادی بیان نشده است و همچنین در قانون پیش فروش نیز اشاره ای به قابل فسخ بودن آن نگردیده چنین عقدی لازم به شمار می آید. همچنین با توجه به نظرات حقوق- دانان اصل در عقود لازم بودن آنهاست یعنی قراردادهایی که اشخاص منعقد می کنند اصولاً لازم است و برهم زدن آنها به طور یک جانبه و به میل و اراده یک طرف مجاز نیست، مگر در مواردی که صریحاً در قانون تجویز شده است (صفایی، ۱۳۹۳، ج ۳: ص ۲۴).^۲

۵- تعهد بر بیع:

یکی دیگر از نظراتی که پیرامون ماهیت پیش فروش آپارتمان وجود دارد؛ تعهد بر بیع است. تعهد بر بیع یکی از مصادیق قراردادهای خصوصی است که در معاملات متعارف بسیار به کار می رود از آن به عنوان وعده متقابل بیع نیز یاد می شود و در محاکم قضایی از آن به «قولنامه» تعبیر می شود؛ مطابق با تعریقی حقوق دانان قولنامه تعهدی کتبی است که به موجب آن یک طرف متعهد به انجام یک عمل حقوقی معین در آینده می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۸، ج ۵: ص ۱۰۱). منظور از چنین تعهدی آن است که دو طرف قصد انجام معامله ای را دارند که هنوز مقدمات آن فراهم نشده است (کاتوزیان، معاملات معوض - عقود تملیکی، ۱۳۷۱، ص ۵۶)

^۱ . معنای این قاعده به طور اجمال این است که اصل در عقود چه عهدی و چه تملیکی لازم بودن آن هاست (محقق داماد، ج ۲: ص ۱۵۹)

^۲ . اصل لزوم قرارداد دارای مبنای اخلاقی و مذهبی است، چه اخلاق و مذهب مردم را به اجرای تعهد و وفای به عهد امر می کند. خلف وعده از نظر اخلاقی و مذهبی مذموم به گناه است. در فقه اسلامی اصل لزوم پذیرفته شده و برای آن به آیه «وفوا بالعقود» و احادیث و اخبار استناد می کنند (صفایی، ۱۳۹۳، ج ۲: صص ۱۵۵-۱۵۶)

یکی از حقوق‌دانان بیان می‌دارد: در فرضی که فردی یک باب از خانه‌ای را که در زمین مشخصی در آینده ساخته می‌شود را به دیگری بفروشد معامله باطل است. چرا که مورد معامله عین معینی است که موجود نیست حال آن‌که شرط در بیع معین موجود بودن مبیع است. در چنین مواردی طرفین قرارداد تنها می‌توانند قرارداد تشکیل بیع را منعقد کنند یعنی تعهد بر فروش ساختمانی که در آینده ساخته می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۲۰)

اما پیش فروش آپارتمان را نمی‌توان تعهد بر بیع دانست چراکه در چنین قراردادی صرفاً یک وعده بیع تحقق نمی‌یابد بلکه همان‌طور که بیان شد در این مورد بعد از به وجود آمدن قرارداد و اینکه خریدار بخشی از ثمن را پرداخت می‌کند؛ مقرر می‌شود که با اقساط، به مرور بقیه ثمن نیز پرداخت گردد و در مقابل، فروشنده نیز متعهد به ساختن آپارتمان طبق اوصاف مقرر شده می‌گردد. بنابراین قرار داد پیش فروش آپارتمان قصد واقعی طرفین را در بردارد (ایزدی فرد، کاویار، ۱۳۸۷، صص ۱۰۰-۱۰۱) نکته قابل ذکر دیگر آنکه؛ در باب نظری که مطرح شد که پیش فروش آپارتمان را نمی‌توان بیع نامید بلکه تعهد بر بیع است؛ همان‌طور که قبلاً نیز مورد بررسی قرار گرفت پیش فروش آپارتمان بیع نیست که ایشان بخواهند آن را رد و جایگزینی برای آن تبیین نمایند.

۶- عقد صلح:

برخی از نویسندگان حقوقی پیش فروش آپارتمان را در قالب عقد صلح می‌دانند؛ در باب توجیه نظر خود بیان می‌دارند: عقد صلح منحصر در حالت مخاصمه و اختلاف نیست اطلاق حدیث نبوی نیز مؤید آن است.^۱ نظرات فقها در تعریف صلح هم می‌تواند عمومیت صلح را معین کند: « صلح بر هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و هم جنس آن صحیح است زیرا صلح در صورتی که بر عین واقع شود مفید بیع بوده و صحیح

^۱ «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا» (حرعاملی، کتاب الصلح، باب ۳، حدیث ۲)

است و اصل و عموم، مقتضی صحت جمیع انواع صلح است» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۷۳). بنابراین با توجه به این دلایل پیش فروش آپارتمان نیز نوعی عقد صلح است (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳).

در تعریف دقیق تر صلح باید گفت: صلح یکی از عقود است که می تواند در مقام هریک از عقود معینه قرار گیرد؛ عقد صلح نیز دارای دو طرف است: مصالح و متصالح، مصالح کسی است که مالی یا امری را به دیگری واگذار می کند و متصالح کسی است که آن را تقبل می نماید (امامی، ۱۳۷۷، ج ۲، صص ۳۲۲-۳۲۳).

اما به نظر می رسد با توجه به اینکه در نوشتار حاضر قصد بر تبیین یک عقد خاص برای پیش فروش آپارتمان است؛ نمی توان آن را ذیل عنوان عقد صلح به شمار آورد چرا که اکثر عقود می توانند در قالب عقد صلح درآیند. بنابراین چنین استدلالی خلا موجود در قانونی مدنی را در ارتباط با پیش فروش آپارتمان از بین نمی برد.

۷- قرار داد خصوصی (غیر معین)

قرارداد خصوصی را می توان مطابق با ماده ۱۰ قانونی مدنی تعریف نمود؛ این ماده مقرر می دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. مطابق با این ماده باید دید دامنه شمول این ماده تا چه حدی است آیا به طور مطلق بیان شده است و بنابراین در برگیرنده همه انواع قراردادهاست یا خیر؟

برخی از نویسندگان حقوقی بیان می دارند: استدلال پیش فروش آپارتمان در ذیل قرارداد خصوصی بدین معنا است که؛ پیش فروش ساختمان، طبق اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق م) یک قرار داد خصوصی تملیکی بوده و پیش خریدار مطابق با ماده ۱ قانون پیش فروش آپارتمان، 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 می کند تا بدین وسیله مالک واحد ساختمانی مورد توافق شود. ایشان در ادامه در تأیید این نظریه بیان می دارند که عقود از احکام تأسیسی شرع نیست بلکه به نوعی اعتبار عقلی به شمار می آیند که این اعتبار براساس نیازهای جوامع بشری به وجود آمده است و شرع، آن را با آیاتی مانند اوفوا بالعقود به امضا رسانده است در واقع عقود جزء احکام امضایی محسوب می شود (کیانی، طباطبایی، ۱۳۹۳، صص ۶۶-۶۷).

ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهایی را مطرح می کند که بین اشخاص منعقد می گردد و به طور خاص در قانون عنوان مشخصی نگرفته اند چرا که اگر اینگونه می بود دیگر تقسیم بندی عقود به معین و غیر معین بی معنا به نظر می رسید: منظور از عقود معین عقودی است که از قدیم الایام در بین مردم متداول بوده و در قانون نیز برای خود نام خاص به خود را داشته و در عرف مردم برای خود دارای مورد و آثار و احکام مخصوصی بوده که قانون نیز متعرض آن احکام و آثار شده باشد؛ مانند: بیع، اجاره، صلح، هبه، نکاح، قرض، ضمان، ودیعه، عاریه... (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴: ص ۹).

۸- پیش فروش آپارتمان عقدی مستقل

درست است که پیش فروش آپارتمان در قانون مدنی جایگاهی را برای خود اختصاص نداده است اما با توجه به اینکه قانونگذار لایحه جداگانه ای را در قالب قانون پیش فروش آپارتمان به تصویب رسانده است این قرارداد نیز جزء عقود معینه می باشد و این خود دلیلی است بر نقض نظری که پیش فروش آپارتمان را ذیل عنوان قراردادهای خصوصی مطابق با ماده ۱۰ قرار می دهد. هرچند که به طور عام می تواند جزء ماده ۱۰ به

شمار آید، اما در معنای خاص خود و شرایطی که بر آن حاکم است قرارداد خاص و مجزایی است. بنابراین قرارداد پیش فروش آپارتمان از جمله قراردادهای نوظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها تابع احکام ویژه مندرج در قانون پیش فروش ساختمان نیز می‌باشد، این قرار داد با توجه به ماده ۳، ۸ و ۱۸ قانون مذکور از جمله عقود با نام و لازم و تشریفاتی است که تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن می‌باشد. به عبارت بهتر بر اساس ماده ۱۳ قانون فوق الذکر با پرداخت اقساط پیش خریدار، مالک ملک پیش فروشنده می‌شود. ثبت و انتقال قطعی موضوع قرارداد پس از اتمام عملیات ساخت یا حداقل ۹۰ درصد آن امکان پذیر است، البته چون سند رسمی مالکیت مربوط به عرصه می‌باشد و آن میزان بنای احدائی که موجود تلقی می‌شود و حداقل شامل پی ساختمان است همزمان با عرصه مالکیت این بخش از اعیانی نیز منتقل می‌گردد. هرچند پرداخت مبلغ ۱۰ درصد از ثمن هنگام تشکیل قرارداد الزامی است، اما انتقال رسمی مالکیت نمی‌تواند منوط به پرداخت کل ثمن شود هرچند پیش فروشنده حق فسخ دارد.

۸-۱ زمان انتقال مالکیت

یکی از مباحثی که در ارتباط با این نوع قرار داد وجود دارد؛ زمان انتقال مالکیت است. بر اساس ماده ۱۳ قانون پیش فروش آپارتمان انتقال مالکیت آن با وضعیت خاصی روبروست؛ یعنی نوعی مالکیتی تدریجی است زیرا از یک طرف عبارت «از ابتدا» در ماده یک این قانون ناظر بر مالکیت کل ساختمان نمی‌تواند باشد که مؤید آن ماده ۳۶۱ قانون مدنی است؛ بنابراین با تنظیم قرار داد پیش فروش به نحو رسمی فقط مالکیت بخش موجود منتقل می‌گردد و تحقق مالکیت کامل معلق به ساخت از سوی پیش فروشنده و پرداخت ثمن توسط پیش خریدار می‌گردد و با تحقق شرط اخیر انتقال مالکیت هم به عمل می‌آید. بعد از تمام عملیات یا انجام ۹۰

درصد آن، سند رسمی به نام خریدار تنظیم می‌گردد که این تنظیم سند رسمی فقط تثبیت و مسجل کننده مالکیت قبلی است.

۲-۸ شرایط اعمال قانون پیش فروش آپارتمان

برای آنکه بتوان قانون پیش فروش را در مورد قراردادی آپارتمانی جاری ساخت، شرایط لازم است که باتوجه به این قانون آن شرایط عبارتند از: ۱- وجود پی ساختمان (بند ۴ ماده ۴)، ۲- پرداخت حداقل ده درصد از ثمن معامله (ماده ۱۱) ۳- ضرورت تنظیم سند رسمی این نوع قرار داد (ماده ۳)، ۴- داشتن سند رسمی مالکیت و مدارک لازم برای احداث ساختمان (ماده ۴).

۳-۸ حقوق پیش خریدار

قانون پیش فروش حقوقی را برای خریداران نیز در نظر گرفته است:

الف: خریدار نسبت به واحد موضوع قرارداد، مالک عرصه خواهد شد و از حقوق مالکانه نسبت به همان واحد برخوردار خواهد گردید (ماده ۱۳ ق. پ. آ).

ب: در صورت کسر یا اضافه مساحت، خریدار حق فسخ معامله را خواهد داشت (ماده ۷).

ج: پیش خریدار می‌تواند موضوع قرارداد را در ازای وام پرداختی به عنوان وثیقه در نزد بانک قرار دهد (ماده ۱۰).

د: اقدام پیش خریدار به تأدیه ثمن برای انعقاد عقد بیع نسبت به قسمت در حال ساخت منوط به تأیید مهندس ناظر مبنی بر ساخت تدریجی توسط پیش فروشنده است.

ن: عدم تحویل به موقع و نقض تعهد موجب حق مطالبه خسارت برای پیش خریدار است (ماده ۶).

و: تأمین عرصه و اعیان واحد پیش فروش شده قبل از تنظیم سند رسمی به نام پیش خریدار، توسط پیش فروشنده یا طلبکاران وجود ندارد (ماده ۱۵).

ه: پیش خریدار امکان انتقال حقوق مالکانه خود را بدون رضایت پیش فروشنده داراست (ماده ۱۸).

ی: در صورت انجام تعهدات از طرف پیش خریدار بر پرداخت ثمن پس از تکمیل یا انجام ۹۰ درصد عملیات ساخت می تواند خواستار تنظیم سند رسمی شود (ماده ۱۳ و ۱۴).

۸-۴ نو آوری های قانون پیش فروش آپارتمان:

همان طور که قبلا نیز بیان شد قرداد پیش فروش آپارتمان از جمله قراردادهای نوظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی تابع احکام ویژه مندرج در قانون پیش فروش آپارتمان نیز می باشد و با توجه به هدف قانونگذار در ایجاد نظم و امنیت در حوزه املاک و اجباری نمودن کلیه قراردادهای راجع به ثبت آن دارای نو آوری هایی است که در ذیل به برخی از آنها اشاره می شود:

۱- این قرارداد با توجه به مواد (۳، ۸، ۱۸) از جمله عقود با نام و لازم و تشریفاتی محسوب می گردد که تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن است و با تنظیم قرارداد فروش به نحو رسمی فقط مالکیت بخش موجود منتقل

می‌گردد و تحقق معامله کامل معلق به ساخت از سوی پیش‌فروشنده و پرداخت ثمن توسط پیش‌خریدار می‌گردد و با تحقق شرط تأخیر انتقال مالکیت هم به عمل می‌آید.

۲- ماده ۶ قانون در ۴ بند از خسارت تأخیر در انجام تعهدات پیش‌فروش صحبت می‌نماید و بسته به مورد حداقلی برای این جریمه در نظر می‌گیرد؛ از جمله تأخیر در انتقال سند، پیش‌خریدار را ملزم به پرداخت جریمه ای بالغ بر روزانه یک در هزار مبلغ قرارداد می‌کند.

۳- در این قانون برخلاف ماده ۳۸۵ قانون مدنی مقررات ویژه ای برای دارا شدن حق فسخ در صورت کم یا زیاد بودن مبیع پیش‌بینی شده است (ماده ۷).

۴- نوآوری دیگری که در ماده ۱۰ این قانون دیده می‌شود اینکه این ماده بانک‌ها را ملزم می‌نماید وجه تسهیلات پیش‌خریدار را تنها به حساب پیش‌فروشنده واریز نمایند و در قبال آن مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش‌خریداری شده و نیز حقوق پیش‌خریدار نسبت به آن واحد به عنوان تضمین اخذ گردد.

۵- در ماده ۹ از بیمه اجباری صحبت شده است؛ بیمه خسارت ناشی از عیب بنا و تجهیزات و...

۶- تعیین داور در راستای سیاست قانون‌گذار در خصوص جلوگیری از ورود پرونده به سیستم دادگستری، در ماده ۲۰ این قانون نیز اجباری بودن شرط داوری در قرار داد صحبت شده است.

۷- در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون برای فروشندگان و مشاورین املاکی که قرارداد را بدون رعایت برخی شرایط قانونی تنظیم کرده اند مسئولیت کیفری در نظر گرفته شده است.

۸- ازدیگر ویژگی های این قانون ماده ۱۳ آن است که به پیش خریدار اجازه می دهد بدون مراجعه به دادگاه تنها بامراجعه به دفتر اسناد رسمی و با ارائه مدرک مبنی بر ایفای تعهدات، تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود درخواست نماید.

نتیجه گیری

در نوشتار حاضر هر یک از عقودی که دارای وجوه اشتراک با پیش فروش آپارتمان بودند و به نظر می رسد بتوان این قرارداد را ذیل آن ها مطرح نمود، مورد ارزیابی قرار گرفتند؛ در نهایت مشخص شد که رابطه این قرارداد با برخی از آن ها یک رابطه نسبی است یعنی در شرایطی و نه به طور مطلق می تواند تحت آن عناوین قرار گیرد به عنوان نمونه نسبت به بیع . اما همان طور که بیان شد با توجه به تفاوت ها و موارد نقضی که وجود داشت نمی توانست در تقسیم بندی انواع بیع جزء آن به شمار آید.

رابطه آن با برخی از عقود مانند بیع سلم، شرکت، تعهد به بیع و... با توجه به تفاوت هایی که بین آن ها وجود داشت حتی یک رابطه نسبی نیز نمی تواند باشد. در واقع تمایز اساسی بین آن ها مشاهده می شد که نمی توان حتی در برخی موارد پیش فروش آپارتمان را ذیل این عناوین تعریف نمود. عقدی مانند صلح نیز همان طور که گفته شد در واقع مفهومی عام است که قابلیت قرار گرفتن در مقام هر یک از عقود را دارد.

بنابراین مطابق با استدلال های فوق پیش فروش آپارتمان یکی از عقود مذکور به شمار نمی آید که اگر چنین می بود تصویب قانون پیش فروش آپارتمان امری زائد به شمار می آمد؛ در واقع وقتی برای مثال بگوییم این قرارداد نوعی بیع است دیگر لزومی نداشت ماده های گوناگونی را به خود اختصاص دهد بلکه برای بررسی

شرایط آن به همان قواعد مربوط به بیع در قانون مدنی رجوع می‌شد؛ اما قانون‌گذار با تدوین چنین قانونی اثبات نموده است که پیش فروش آپارتمان قرار داد مستقلی است. البته نه یک قرارداد خصوصی که ذیل ماده ۱۰ مطرح می‌شود بلکه همانطور که بیان شد با توجه به اینکه دارای قانون است و شرایط خاص آن توسط قانون-گذار تبیین گردیده است عقد معین می‌باشد و از مصادیق خاص عقد بیع تلقی می‌گردد چرا که قانون‌گذار باتصویب این قانون خلأقانونی در ارتباط با این مبحث را از میان برداشته است و به نظر می‌رسد از این به بعد بحث راجع به ماهیت چنین قراردادی جزء مباحث ضروری نباشد. از طرف دیگر علی‌رغم نوآوری های قانون مذکور، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار لازم است بانجام اصلاحاتی درخصوص برخی ابهامات موجود در این قانون به صورت خاص تعیین تکلیف کند یا آن را به قانون مدنی ارجاع دهد از جمله اینکه :

الف: در راستای مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و به منظور پرهیز از طرح دعاوی مرتبط با تنظیم سند رسمی، صراحتاً اظهار نظر شود که تنظیم سند رسمی، شرط صحت اینگونه قرار دادها محسوب می‌شود یا جزء آثار و تعهدات فروشنده. هرچند که باتوجه به اصل صحت و لزوم قراردادهای و فحوی موادقانونی این قانون، به نظر می‌رسد که تنظیم سند رسمی، جزء تعهدات و آثار ناشی از آن قرارداد محسوب می‌گردد و نه شرط صحت قرارداد.

ب: طبق ماده ۷ قانون مذکور در صورت کمتر یا بیشتر بودن ملک مورد معامله در هنگام تسلیم، مابه التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار می‌گیرد، چنانچه مساحت تا پنج درصد افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچ کدام حق فسخ ندارند اما اگر بیشتر از پنج درصد باشد، صرفاً خریدار حق فسخ دارد. نکته لازم به ذکر آنکه؛ در راستای تطابق مقررات با اصول قانون مدنی در مواد ۲۳۵، ۳۵۵ و ۳۸۵ از قانون مدنی

و به لحاظ غیر قابل تجزیه بودن آپارتمان فروخته شده، چنان چه مقدار و مساحت آپارتمان به صورت شرط مقرر شده باشد، در صورت مغایرت با شرط برای هریک از طرفین حق فسخ قانونی نیز مقرر دارد.

ج: با توجه به اینکه تعهد فروشنده به ساخت و تحویل دادن آپارتمان از مصادیق تعهد به نتیجه است و صرفاً زمانی که نتیجه مطلوب در قرار داد حاصل شود می توان ادعا کرد که فروشنده به تعهد خود عمل کرده است و صرفاً اثبات قوه قاهره خارجی رافع مسئولیت وی خواهد بود، بهتر است قانون گذار چنان چه در روال عادی و بدون تقصیر پیش فروشنده حوادث غیر قابل پیش بینی از جمله ترقی ناگهانی مصالح ساختمانی پیش آید به نحوی که ادامه کار نوعی «غبن حادث» تلقی شود، به نحوی فروشنده اختیار تعدیل یا فسخ قرارداد را به منظور جلوگیری از تحمیل ضرر ناخواسته اعطاء کند.

منابع

- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۳۷۱ق.
- اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، فصلنامه علامه، صص ۸-۳۱
- امام خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا
- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ نوزدهم، ۱۳۷۷.
- ایزدی فر، علی اکبر، کاویار، حسین، بررسی فقهی حقوقی پیش فروش آپارتمان، فقه و حقوق اسلامی، سال ۵، شماره ۱۸، صص ۸۷-۱۳۸۷، ۱۱۴.
- پورسید، بهزاد، تقریرات درس حقوق مدنی ۷، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷.

- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: چاپ خانه مشعل آزادی، ۱۳۵۷.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ۱۴۲۶ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت: دارالتراث-دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللعه دمشقیه، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی (طاهری)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، دوم، ۱۴۱۸ ق.
- طباطبایی، سید محمد صادق، کیانی، عباس، تبیین ماهیت حقوقی پیش فروش ساختمان، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۸، شماره ۸۵، صص ۴۶-۸۲، ۱۳۹۳.
- عاملی، بهاء الدین، جامع عباسی و تکمیل آن (محشّی، ط - جدید)، دریک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۹ ق.
- علیزاده، حسن قراردادهای پیش فروش ساختمان، تهران: انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۳.
- غریبه، علی، مسعودی، ناصر، تحلیل فقهی حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره دوم، صص ۱۵۷-۱۳۹۰، ۱۷۵.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

-محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.

-محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.

-مؤمن قمی، محمد، استصناع، مجله فقه اهل بیت، پاییز و زمستان، شماره یازدهم و دوازدهم، ۱۳۷۶.

-نراقی، احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، چاپ سنگی، مکتبه بصیرتی، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۱، ۱۴۰۸، ۷.

