



## ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

یوسف جعفرزاده

استادیار، گروه الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه پیام نور، ایران، jafarzadehyusof@yahoo.com

همت همتی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کلیبر

### چکیده

تقریباً از دو دهه اخیر به دنبال تقاضای زیاد افراد به ویژه قشر کم درآمد برای پیش فروش ساختمان، ماهیت حقوقی این قرارداد همواره در میان حقوقدانان مطرح و مورد اختلاف بوده است. تا پیش از تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ و آیین نامه اجرایی آن در سال ۱۳۹۳، رویه قضایی و علمای حقوق هر کدام دیدگاه متفاوتی درباره ماهیت حقوقی این قرارداد ابراز کرده اند، اما با تصویب قانون مذکور و آیین نامه اجرایی آن سوال این است که این قرارداد با کدام یک از عقود معین و یا عقود نامعین (ماده ۱۰ ق.م. قابل توصیف است؟ از آنجا که توصیف ماهیت حقوقی این قرارداد، در روشن شدن آثار حقوقی آن نقش اساسی دارد لذا بررسی آن ضروری به نظر می رسد. در مقاله حاضر به بررسی ماهیت حقوقی قرارداد مذکور خواهیم پرداخت.

واژه های کلیدی: قرارداد، پیش فروش ساختمان، ماهیت حقوقی

همایش بین المللی حقوق،  
علوم سیاسی و معارف اسلامی



## ۱- مقدمه

گسترش قراردادهای مربوط به پیش فروش ساختمان از یک طرف، و ناکارآمدی مقررات قانون مدنی در حمایت از پیش‌خریداران ساختمان قبل از ساخت کامل آن، و به دنبال آن ایجاد مشکلات بسیار برای افراد جامعه، موجب شد تا در سال ۱۳۸۹ قانون پیش‌فروش ساختمان به تصویب برسد. به طرفین این گونه قراردادهای پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار گفته می‌شود. تصویب قانون یادشده را باید منشأ تحولاتی در فروش ساختمان دانست. پیش‌بینی جریمه تأخیر در صورت انجام نشدن به موقع تعهدات برای پیش‌فروشنده، لزوم تنظیم سند رسمی برای پیش‌فروش ساختمان، درج نکات پیش‌بینی شده قانون در قرارداد منعقد شده، و دیگر ضمانت اجراها که متفاوت از ضمانت اجراهای موجود در قانون مدنی می‌باشد، از جمله این تحولات است (ابهری و تقی‌پور، ۱۳۹۴، ۳).

پیش‌فروشنده به‌عنوان طرف قرارداد با پیش‌خریدار در قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعهداتی دارد که موظف به انجام آن‌ها خواهد بود و در صورت انجام ندادن آن‌ها با ضمانت اجراهای متعددی، چه به موجب قواعد عام قانون مدنی و چه قواعد مندرج در قانون پیش‌فروش ساختمان، روبرو خواهد شد. از ابتکارات قانون پیش‌فروش ساختمان، ایجاد تعهدات ویژه، افزون بر تعهدات عام بائع برای پیش‌فروشنده است که در حقوق ایران سابقه نداشته یا حداقل کم سابقه بوده است. از جمله تعهدات پیش‌فروشنده، تحویل به موقع ملک به پیش‌خریدار است که در غیر این صورت، طبق ماده ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان، ملزم به پرداخت جریمه تأخیر می‌باشد. از مهم‌ترین تعهدات پیش‌فروشنده، تکمیل ساختمان و تحویل آن به پیش‌خریدار است. حال به هر دلیلی ممکن است در ایفای تعهد خللی ایجاد شود که این ممکن است به دو صورت اتفاق بیفتد؛ یعنی اینکه پیش‌فروشنده به طور کلی از ایفای تعهد سرباز زند یا آنکه تعهد خود را ناقص انجام دهد (سکوتی، ۱۳۹۱، ۴۶).

هدف اصلی «قانون»، حمایت از پیش‌خریدار به خاطر موقعیت ضعیف تر وی می‌باشد. پیش‌فروشنده اغلب در موقعیت برتری است و فقط در خصوص دریافت به موقع اقساط و بری از مسوولیت بودن در قبال اقدامات پیش‌خریدار نیاز به حمایت دارد. تضمین حقوق پیش‌خریدار از یک سو توسط پیش‌فروشنده که طرف قرارداد است به عمل می‌آید و از سوی دیگر برخی مراجع ذی‌ربط نیز جهت حفظ حقوق طرفین ملزم به رعایت مقرراتی شده‌اند. در تحقیق حاضر به بررسی ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان خواهیم پرداخت.

## ۲- ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان

قرارداد پیش‌فروش 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 پیش‌فروش 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؟ بی شک توصیف دقیق قراردادهای پیش فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده و آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد.

### ۱-۲- تعهد به بیع (قرارداد تشکیل 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۷۴-۲۷۵).

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» در بیاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد 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.)، 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 (شهیدی؛ ۱۳۸۶، ۱۱۸).



با امعان نظر نسبت به ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان 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 (شهیدی، ۱۳۸۷، ۲۶). 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، حال آنکه در قرارداد پیش فروش ساختمان، طرفین 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 قانون پیش فروش ساختمان) را نباید عمل حقوقی بیع دانست زیرا همان طور که برخی از حقوقدانان متذکر شده‌اند: ارکان بیع پس از توافق و تراضی، 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 قانون ثبت ندارد. همچنین اصل، صحت معاملات و اصل، عدم دخالت امر دیگری غیر از قصد و رضای طرفین و شرایط مقرر قانونی است (همان، ۱۳۸۶، ۱۱۸).

## ۲-۲- بیع مشروط

عقد را از نظر آثاری که بر روابط دو طرف می‌گذارد به عقد مطلق و عقد مشروط تقسیم کرده‌اند. 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 خانه ای به شرط اینکه خریدار در زمین فروشنده، خانه ای برای او بسازد. در عقد مشروط، یکی از شروط سه گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می‌شود. (ماده ۲۲۹ قانون مدنی).

حال اگر قرارداد پیش فروش ساختمان را به صورت عقد مشروط در نظر بگیریم بدین صورت است که 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.

بنا به مراتب، با توجه به اینکه در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان 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، لذا نمی‌توان پذیرفت که قرارداد پیش فروش ساختمان، بیع مشروط است.

### ۳-۲- بیع معدوم به تبع موجود

عده ای بر این باورند که در بیع آپارتمان های ساخته نشده، فروشنده هسته اولیه مبیع (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 ابتدایی 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 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 (خمینی، ۱۳۸۶، ۱/ ۶۲۱)، 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 (پیرهادی، ۱۳۸۶، ۱۳۰-۱۳۳).

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 قانون پیش فروش ساختمان، 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 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 دوچین 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.

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 مبیع به صورت پی در پی و الحاقی به وجود می‌آیند نه به صورت دفعی و یک باره مانند میوه‌ها، گل‌ها، برگ گیاهان و سبزیجات .. حال آنکه چنین رابطه ای (تابع و متبوعی) در قرارداد پیش فروش ساختمان متصور نیست.

#### ۴-۲- بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی)

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. 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، موکول به انقضای اجل مقرر است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۹۹-۱۰۰).

به نظر می‌رسد این امر در حقوق ایران نیز نافذ باشد؛ زیرا اگر تطبیق تملیک به ساخته شده کامل آپارتمان پذیرفته شود، ساخته شدن چیزی از مبیع نیز همان گونه است. به موجب این شرط، خریدار بی درنگ 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 در می‌آید. در نتیجه مبیع دور از دسترس طلبکاران باقی می‌ماند و فروشنده نیز پس از پایان کار نمی‌تواند ساخته خود را به دیگران بفروشد (همان، ص ۲۷۹).

این نظریه یعنی تطبیق قراردادهای پیش فروش ساختمان با بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی) از سوی حقوقدانان دیگر نیز پذیرفته شده است (ولویون، ۱۳۸۰، ۵۳؛ ممی زاده، ۱۳۸۶، ۱۰۵؛ ایزدی فرد، ۱۳۸۷، ۱۰۸).



آنچه این تفسیر منطقی از قانون را ایجاب می‌نماید اینکه برای تشخیص و منشأ در هریک از عقود، باید دید دو طرف چه خواسته اند و سببی را که خواسته‌اند چه اقتضائی 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱/۵۶).

#### ۵-۲- 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 عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست. 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 صورتی که 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 جميع انواع صلح است، لذا قرارداد پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ۱۴۳). 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 (همان، ۱۴۶-۱۴۷).

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 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، هر چند 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 می دهد تسالم و جلوگیری از تنازع است نه نام صلح. به بیان دیگر، در مفهوم و جوهر صلح، نوعی «تسالم» و گذشت های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می کند و به صورت معامله ای مستقل درمی آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۰۲/۲).

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) می دهد و هم برخلاف قسمت دوم ماده ۷۵۸ ق.م. ش. شرایط و احکام خاصه آن معامله (پیش فروش) را دارد.

### ۶-۲- قرارداد خصوصی تملیکی

مطابق با این تحلیل، قرارداد پیش فروش ساختمان، طبق اصل آزادی قراردادهای (ماده ۱۰ ق.م.)، یک قرارداد خصوصی تملیکی بوده و پیش خریدار مطابق با ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان، 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. 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 «وفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱) 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 می شود. 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 و صاحب عروه اصل غیرتوقیفی بودن عقود (اصل آزادی قراردادهای) را پذیرفته است. بنابراین قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای عقلایی است که در دایره عقود و قراردادهای مصرح فقهی قرار نمی گیرد 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 آن گونه که برخی گفته‌اند: اگرچه اصل آزادی قراردادهای 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.

رای 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». 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 (سیفی و حسن زاده، ۱۳۸۸، ۱۷).

### ۷-۲- بیع سلم

فقها عقد بیع را از جهت پرداخت معجل (حال بودن) ثمن و مضمن یا مؤجل بودن (تأخیر) یکی از آن دو یا هر دوی آنها، به بیع نقد، نسیه، سلف (سلم) و کالی به کالی تقسیم کرده‌اند. بیع نقد آن است که ثمن و مضمن هر دو معجل باشند. بیع نسیه آن است که مضمن معجل باشد و ثمن مؤجل. بیع سلم (سلف) آن است که ثمن معجل باشد و مضمن مؤجل، و بیع کالی به کالی که هر دو مؤجل باشند.

آنچه قابل ذکر است اینکه مشهور فقهای امامیه بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) حکم داده‌اند (خمینی، ۱/۶۱۷). در خصوص شرایط قبض ثمن در مجلس عقد و نقدبودن آن، در قانون مدنی تصریحی وجود ندارد ولی عده‌ای از حقوقدانان به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه و با استناد به این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م. بیع صرف به عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت آن است» آورده شده، معتقدند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن، شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد، قبض محقق شود (شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۲۰). در مقابل، برخی از حقوق دانان با این دلیل که مطالعه کتاب‌های فقه نشان می‌دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه، بیشتر به اجتهاد و به احتمال مصلحت اندیشی فقیهان اتکا دارد تا به منع صریح اخبار، قائل به این بوده که سکوت قانون مدنی در این خصوص به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون مدنی وجود ندارد نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱/۳۱۸).



به هرحال، امروزه در تجارت داخلی و بین المللی را ه های گوناگونی برای پرداخت بهای کالای سفارش شده بر اساس توافق طرفین وجود دارد. گاه تمامی بهای کالا از ابتدا به فروشنده تحویل می شود، گاه قسمتی از بها در ابتدای قرارداد و بقیه هنگام تحویل کالا پرداخت می شود و گاهی به موازات پیشرفت کار، خریدار، پول در اختیار سازنده قرار می دهد. این روشهای پرداخت تا آنجا که متعارف و عقلایی باشد از نظر اسلام که عرفهای عقلایی را مورد تأیید و امضا قرار می دهد، صحیح و مشروع است (جعفرپور، ۱۳۷۸، ۱۸۳).

بدین ترتیب اگر قرارداد پیش فروش ساختمان را به عنوان مصداقی از بیع سلم تلقی کنیم قانون پیش فروش ساختمان هیچ اشاره ای به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد در موارد ۱۱ و ۱۳ نداشته است بلکه برعکس، قانونگذار در چندین ماده آن (از جمله مواد ۲ قانون مذکور) صحبت از اقساط بهای قراردادی به میان آورده است.

آنچه این تحلیل (تطبیق قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع سلم) را تقویت و تثبیت می کند این است که اولاً: با توجه به مفهوم «دین» که در لغت، عرف و شرع عبارت است از مال کلی که به موجب هریک از اسباب ضمان، در ذمه یک شخص برای شخص دیگر ثابت می شود و همچنین با توجه به مفهوم مبیع کلی (به عنوان یکی از مصادیق مال کلی)، که عبارت است از عین کلی ای که اوصاف و مشخصات آن در نزد طرفین معامله، معین بوده و در عقد نیز ذکر شود (ماده ۳۵۱) و بر ذمه تعلق گرفته است، اعم از اینکه در عالم خارج بر افراد متعدد صدق کند یا اینکه در آینده بتواند برای آن، یک فرد خارجی به وجود آید لیکن عرفاً و شرعاً بتوان فرد ممائلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود (نه از جمیع جهات) برای آن فرض نمود، می توان گفت واحد ساختمانی مشخص (مورد معامله)، عین معین و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمه است و 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 قرارداد پیش فروش ساختمان است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۲۰).

ثانیاً: عبارات و اصطلاحات (مندرج در قانون مذکور) از جمله «پیش فروش» و «پیش خرید» ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش فروشنده» و «پیش خریدار» ظهور در طرفین این قرارداد دارد (جعفری لنگرودی؛ ۱۳۷۹، ۲/ ۹۷۸).

بدین ترتیب باید گفت که ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع سلم قابل تطبیق است و تمامی آثار آن را می تواند داشته باشد.

## علوم سیاسی و معارف اسلامی

### ۸-۲- نتیجه گیری

در تحقیق حاضر ماهیت حقوقی پیش فروش ساختمان با برخی از عقود معین و نامعین از جمله تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلق همراه با شرط تملک تدریجی، عقد صلح، قرارداد خصوصی تملیکی و بیع سلم مورد تطبیق قرار گرفت اما با عنایت به اینکه در پیش فروش ساختمان، فروشنده مال موجود را نمی



فروشد بلکه ملتزم به ساخت و تحویل آپارتمان مورد توافق می شود و ثمن آن را به اقساط از خریدار می گیرد و نیز با توجه به اینکه طرفین قصد وقوع بیع را دارند و نه فروش آینده ساختمان را، لذا ماهیت این قرارداد با بیع سلم بیشتر مورد تطبیق است؛ زیرا در بیع سلم اصل بر حال بودن ثمن و موجد بودن مبیع است و در قرارداد پیش فروش ساختمان اقساطی بودن ثمن لطمه ای به ماهیت سلمی بودن آن وارد نمی کند و لزومی به پرداخت ثمن در مجلس بیع سلم وجود ندارد. با وجود این، از ابتکارات قانون پیش فروش ساختمان، ایجاد تعهدات ویژه، افزون بر تعهدات عام بایع برای پیش فروشنده است که در حقوق ایران سابقه نداشته یا حداقل کم سابقه بوده است. از جمله تعهدات پیش فروشنده، تحویل به موقع ملک به پیش خریدار است که در غیر این صورت، طبق ماده ۶ قانون پیش فروش ساختمان، ملزم به پرداخت جریمه تأخیر می باشد.

به لحاظ سوابق با وجود تحقیقات زیاد در این زمینه، تحقیق حاضر از حیث استدلال حقوقی در زمینه بررسی ماهیت حقوقی پیش فروش ساختمان و تطبیق آن با عقود مختلف می تواند تازگی داشته باشد. امید است تحقیقات حقوقی در این زمینه بتواند نیازهای حقوقی مردم به ویژه قشر آسیب پذیر و فقیر جامعه را که به امید سرپناهی به پیش خرید اقساطی آپارتمان روی می آورند فراهم سازد.

### فهرست منابع

- ۱- ابهری، حمید، تقی پور، محمدحسین. (۱۳۹۴)، تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱.
- ۲- ایزدی فرد، علی اکبر، کاویار، حسین. (۱۳۸۷). بررسی فقهی-حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، سال پنجم، ش ۱۸.
- ۳- پیرهادی، محمدرضا. (۱۳۸۶): انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران: انتشارات شالیزه.
- ۴- جعفر پور، جمشید. (۱۳۷۸). بیع استصناع، فصلنامه علمی پژوهشی متین، ش ۳ و ۴.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- ۶- خمینی، روح الله. (۱۳۸۶). ترجمه تحریر الوسیله (چاپ دوم). تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۷- سکوتی علی بابالو، نیما، (۱۳۹۱)، ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ.
- ۸- سیفی زیناب، غلامعلی، حسن زاده، منصوره. (۱۳۸۸). استصناع در فقه و حقوق، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۰.



۹- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم.

۱۰- ---، ---، --- (۱۳۸۷). مجموعه مقالات حقوقی (چاپ اول). تهران: مجد.

۱۱- غریبه، علی، مسعودی، ناصر. (۱۳۹۰). بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم، فصلنامه

تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۳.

۱۲- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). دوره عقود معین (۱) (چاپ نهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۳- ---، --- (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادهای (چاپ هفتم). ج ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۴- ---، --- (۱۳۸۶). دوره عقود معین (۲) (چاپ هفتم). تهران: گنج دانش.

۱۵- ممی زاده، مهدی. (۱۳۸۶). ماهیت و شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان، مجله کانون، شماره ۷۸.

۱۶- ولویون، رضا. (۱۳۸۰). فروش آپارتمان های ساخته نشده، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۴.

۱۷- قانون مدنی

۱۸- قانون پیش فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹

۱۹- آیین نامه اجرایی قانون پیش فروش آپارتمان مصوب ۱۳۹۳

همایش بین المللی حقوق،  
علوم سیاسی و معارف اسلامی