



بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم

پدیدآورنده (ها) : غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر

حقوق :: Journal پژوهش های فقه و حقوق اسلامی :: بهار ۱۳۹۰ - شماره ۲۳ (ISC)

Pages : From ۱۳۵ to ۱۴۷

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1272007>

تاریخ دانلود : ۲۰۲۴/۰۱/۰۵

Computer Research Center of Islamic Sciences (Noor) to present the journals offered in the database, Has received the necessary permission from the owners of the magazines, accordingly all material rights arising from the entry of information on articles, magazines and writings. Available at the base, belongs to the "Light Center". Therefore, any publication and presentation of articles in the form of text and images on paper and the like, or to The digital form obtained from this site requires the necessary permission from the owners of the journals and the Computer Research Center for Islamic Sciences (Noor), and violation of it will result in legal action. For more information go to [Terms and Conditions](#) Using Noor Specialized Magazine Database Please refer



- جستاری در نظریات مطرح در باب ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان با تاملی بر قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹
- جایگاه حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در رویه قضایی
- تحلیلی بر ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان
- بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع
- ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان
- مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)
- انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس
- بیع استصناع
- روش‌های موثر آگاه‌سازی در حوزه سلامت
- انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- تعمیق فواید امام‌غایب در پرتو امام‌شناسی و غیبت‌شناسی

عناوین مشابه

- امکان سنجش ماهیت فقهی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با بیع سلف
- مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس
- تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد بیع (بررسی موردی خرید و فروش املاک)
- تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان
- تحلیل حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تاملی بر انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- بررسی مقررات داوری اجباری با مقایسه پیش‌فروش آپارتمان و قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران
- بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان
- بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران
- قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران، الزامات و بایسته‌ها
- تحلیل و بررسی قرارداد پیش‌فروش ساختمان در نظام کنونی

فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی

سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۰

صفحات ۱۳۵-۱۴۷

بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان

در قالب عقد صلح و بیع سلم^۱

* دکتر علی غریبه

** ناصر مسعودی

چکیده:

قراردادهای پیش فروش آپارتمان به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان نشینی که خود معلول عوامل زیادی می باشد، در جامعه کنونی ایران به طور گسترده ای در میان مردم رواج یافته و انبوه سازان و شرکتهای بزرگ ساختمانی و سازندگان شهرکها و مجتمعها و آپارتمانهای مسکونی و تجاری و خدماتی و حتی دستگاههای دولتی از طریق پیش فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سودآور می نمایند. حقوقدانان، قضات و وکلای و اشخاص دست اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه و تبیین نمایند. تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح، در صورت بروز اختلاف اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید. در این مقاله عقد صلح و بیع سلم مورد مطالعه قرار گرفته و دلایل انطباق یا عدم انطباق قراردادهای فوق با هریک از آنها مورد بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه: عقد صلح، قرارداد، پیش فروش، آپارتمان، بیع سلم.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۴/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۱۲/۲۶

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز - garibeh@azarbar.org

** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز

masoudi.naser@yahoo.com

طرح مسأله:

باتوجه به کثرت دعاوی ناشی از پیش‌فروش آپارتمان‌ها، ضرورت توجیه و تحلیل فقهی و حقوقی این گونه قراردادهای پیش‌فروش احساس می‌شود. دادگاه‌ها در عمل برای حل و فصل اختلاف و صدور حکم، ناچار به تحلیل قضیه و تطبیق این گونه قراردادهای با یکی از نهادهای حقوقی و فقهی موجود می‌باشند. قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹^۱، در جهت رفع مشکلات موجود و پایان دادن به اختلافات مطروحه در این زمینه تمهیداتی در نظر گرفته است اما حقوقدانان عموماً سعی در تحلیل این قراردادهای در قالب عقود مختلف و نهادهای حقوقی متفاوتی از جمله عقد استصناع، عقد بیع کلی فی‌الذمه، عقد بیع عین معین، عقد شرکت، عقد بیع سلم یا سلف، عقد صلح و ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، نموده‌اند. بررسی و مطالعه‌ی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب هریک از عناوین فوق در مقالات متعددی صورت گرفته است. قانون فوق‌الذکر با استفاده از عبارات «پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار» و عباراتی که اشاره به عقد بیع دارند، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را نوعی بیع می‌داند و این امر از نظر حقوقی قابل توجیه و با عرف جامعه سازگارتر است اما جهت‌گیری خاص مقنن، نباید موجب غفلت و بی‌توجهی حقوقدانان به استدلال‌های دیگر در رابطه با قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان گردد به‌ویژه این که قانون مذکور هنوز مراحل قانونی خود را کاملاً طی نکرده و به مرحله‌ی اجرا نرسیده است و تازه پس از اجرائی شدن، نسبت به قراردادهای تنظیمی پس از لازم‌الاجرا شدن آن، نافذ بوده و نسبت به قراردادهایی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن تنظیم گردیده، اثری نخواهد داشت و این امر باتوجه به طولانی بودن مدت عملیات احداث ساختمان، موجب تأخیری طولانی در اجرای کامل این قانون در جامعه و در نتیجه ضرورت توجه به استدلال‌های حقوقی، با فرض عدم وجود این قانون گردیده است و بر این مبنا توجه به هریک از نهادهای حقوقی فوق‌الذکر ضروری می‌باشد. در این مقال، دو مورد از موارد فوق‌الذکر یعنی عقد صلح و بیع سلم یا سلف مورد بررسی قرار گرفته و امکان تحلیل قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب هریک از آنها مورد مطالعه قرار گرفته است. تذکر این نکته لازم است که اثبات صحت قرارداد

^۱ این قانون در مورخه ۱۳۸۹/۴/۲۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده ولی هنوز به تأیید شورای نگهبان نرسیده و در حال طی مراحل قانونی می‌باشد.

پیش فروش آپارتمان، در قالب صلح یا بیع سلم به معنای نفی صحت آن در قالب عقود دیگر نمی- باشد و در این راستا توجه به اراده‌ی طرفین قرارداد، عامل تعیین کننده‌ای می‌باشد. باتوجه به این که برای تحقیق حاضر، عقود صلح بیع سلم انتخاب شده، مطالب مربوطه در دو گفتار ارائه می‌گردد. در گفتار اول، عقد صلح و در گفتار دوم، عقد بیع سلم مورد بررسی قرار می- گیرد.

گفتار اول: عقد صلح

عقد صلح، در بین عقود معین جایگاه ویژه‌ای دارد به نحوی که تمامی اموری را که در قالب عقود معین دیگر ننگند، می‌توان در قالب عقد صلح نهاد. حتی برخی از حقوقدانان معتقدند که با وجود عقد صلح و مقررات در مورد آن، در قانون مدنی اصولاً نیازی به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و قراردادهای نامعین نبوده است.

صلح در لغت به سلم معنی شده است. سلم نیز به معنای پایان دادن به جنگ است. (فیروز آبادی، قاموس المحيط، ۱، ۴۷۳) همچنین صلح را به معنای برطرف نمودن خصومت بین مردم آورده‌اند. (راغب اصفهانی، المفردات، ۴۸۹) ابن حمزه طوسی، صلح را فصل خصومت بین طرفین دعوا دانسته است. (ابن حمزه طوسی، الوسيله، ۲۸۳)

۱۳۷

فقیه عالیقدر شیعه، شیخ محمدحسن نجفی در جواهرالکلام، صلح را به معنای تسالم و تراضی بر تملیک عین یا منفعت دانسته است. (نجفی، جواهرالکلام، ۲۶، ۲۱۱) صلح نیز به معنای التزام به تسالم و تعهد به رفع خصومت موجود یا محتمل آمده است. (کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ۲، ۳۶)

عقد صلح، ممکن است در مقام پایان دادن به خصومت یا نزاع موجود یا احتمالی و برای رفع خصومت واقع شود. ماده‌ی ۷۵۲ قانون مدنی بر این معنا دلالت دارد: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

عقد صلح، ممکن است در مقام معامله واقع شود در این صورت نتیجه‌ی هر عقدی که مورد نظر طرفین بوده، به موجب عقد صلح ایجاد می‌شود، بدون این که احکام ویژه‌ی عقد مورد نظر جاری شود. ماده‌ی ۷۵۸ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: صلح در مقام معاملات هر چند

نتیجه‌ی معامله را که به جای آن واقع شده است دارد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد؛ بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه‌ی آن همان نتیجه‌ی بیع خواهد بود، بدون این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.

بر این مبناست که قانونگذار در ماده‌ی ۷۵۹ قانون مدنی، حق شفعه را در صلح جاری ندانسته است. ماده‌ی ۷۵۹ ق.م. مقرر می‌دارد: حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.

با ملاحظه‌ی ماده‌ی ۷۵۸ قانون مدنی به این نتیجه می‌رسیم که قانونگذار عقد صلح را، به نحوی توسعه داده که می‌تواند تمامی عقود معین را در بر گیرد. حتی حقوقدانان معتقدند، عقد صلح عقود غیرمعین (قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م.) را نیز در بر می‌گیرد. برخی از حقوقدانان با آن مخالفت نموده‌اند که این امر موجب اختلاف نظر در میان حقوقدانان گردیده است.

از دیدگاه استاد دکتر کاتوزیان:

نویسندگان قانون مدنی مواد ۷۵۲، ۷۵۸ و ۷۶۲ را چنان تنظیم کرده‌اند که دو نفر، در مقام انجام معامله‌ای مانند بیع و بدون این که قصد تسامح نیز داشته باشند، می‌توانند نام «صلح» را بر معامله‌ی خود نهند و از اجرای تمام احکام مربوط به بیع بگریزند. در این مفهوم گسترده، نه تنها حاکمیت اراده جولانگاه وسیعی می‌یابد، از مرز روابط بین دو طرف عقد نیز فراتر می‌رود و به حقوق اشخاص ثالث تجاوز می‌کند. خریدار و فروشنده همان عمل حقوقی را زیر نام «صلح» انجام می‌دهند و حق شفعه‌ی شریک فروشنده را از بین می‌برند. در حالی که با وجود ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، برای تأمین حاکمیت اراده در برابر قوانین تکمیلی نیز نیازی به تمهید چنین قالب وسیعی نیست و در عوض باعث بر هم خوردن نظم عمومی و تسهیل «تقلب نسبت به قانون» می‌شود. بدین ترتیب صلح قالبی است وسیع‌تر از همه‌ی عقود معین و تمام اعمال حقوقی در آن می‌گنجد و جز این امتیازی بر دیگر عقود ندارد. (کاتوزیان، حقوق مدنی-شفعه و وصیت وارث، ۱، ۲۹۵)

ولی ایشان، وجود ماده ۱۰ ق.م. را در مورد برخی از قراردادها لازم می‌دانند و در این رابطه چنین می‌نویسند:

گفته‌شده که، با وجود ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، نیازی نبود که صلح ابتدایی بدون هیچ خصوصیتی





پذیرفته شود و وسیله‌ی انواع حیل‌های قانونی فراهم آید. ولی چنین پنداشت که در وضع کنونی نیز هیچ فایده‌ای ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی در کنار عقد صلح ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است. زیرا، عقد صلح عنوانی است که باید به‌طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد ماده‌ی ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و قالب‌ویژه است و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد. برای مثال، اگر مسافری در مهمانسرای پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان درباره‌ی هزینه‌های مسکن و غذا و خدمات مهمانسرا با هم صلح کرده‌اند. ولی، نفوذ این قرارداد بر مبنای ماده‌ی ۱۰ به آسانی قابل توجیه است.

از سوی دیگر، آنچه در قلمرو ماده‌ی ۱۰ انجام می‌شود، تنها درباره‌ی کسانی مؤثر است که در تراضی شرکت نداشته‌اند، در حالی که انتخاب عنوان صلح، گاه درباره‌ی دیگران نیز مؤثر است. به عنوان نمونه، هرگاه فروشنده‌ی سهم مشاع از ملکی پیمان با خریدار را زیر «صلح» منعقد سازد، نه تنها از قواعد خاص بیع در رابطه‌ی خود با خریدار می‌گریزد، شریک آن ملک را نیز از «حق شفعه» محروم می‌سازد. (کاتوزیان، حقوق مدنی - شفعه و وصیت وارث، ۱، ۳۰۴ و ۳۰۵)

در مقابل، آقای دکتر لنگرودی نظری مخالف دارند و چنین می‌نویسند: «ما در تألیفات گذشته از جمله ترمینولوژی حقوق گفته‌ایم که باوجود ماده‌ی ۷۵۴ قانون مدنی نیازی به ماده‌ی ۱۰ نبوده است، به شرح مطالب مذکور فوق بار دیگر آن را تأیید می‌کنیم. دو ایراد بر این نظر وارد شده است: **یک** - اگر مسافری در مهمانسرای پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان درباره‌ی هزینه‌های مسکن (= اجاره‌ی اطاق)، غذا و خدمات مهمانسرا (اجاره‌ی خدمات) با هم صلح کرده‌اند.

راه حل:

اولاً - می‌توان گفت با هم صلح کرده‌اند زیرا صلح، تسالم و تراضی است و طرفین در مثال مذکور رضایت داده‌اند به همان صورت که در اولین حدیث مضبوط در این بحث دیده می‌شود. ثانیاً - فقهاء این مشکل را تحت عنوان اجاره‌ی ظئر و اجاره‌ی حمام و مانند اینها حل کرده‌اند. **دو** - ایراد دوم این است که اگر صلح (ماده‌ی ۷۵۴ قانون مدنی) عقد بی‌نام باشد با خصوصیات مذکور در ماده‌ی ۷۵۹ قانون مدنی باب حیل گشوده می‌شود و به حقوق ثالث لطمه می‌زند.

راه حل:

اولاً- ماده‌ی ۷۵۹ قانون مدنی نظر همه‌ی صاحب نظران نیست به شرحی که زیر واژه شفعه آورده‌ام. (ایشان معتقدند که در عصر نزول وحی بیع به معنی مطلق معاملات معوض بود. چنانکه آیه ۹ سوره جمعه صریحاً بر آن دلالت دارد لذا شفعه در صلح هم جاری است همان‌طور که ربا در صلح نیز جاری است و نظر بر اصلاح ماده‌ی ۷۵۹ قانون مدنی و امکان اعمال حق شفعه در صلح را دارند.)

ثانیاً- نویسنده‌ی قانون مدنی از طرفداران حیل است چنانکه از ماده‌ی ۵۳ ق.م.پیدا است. از باب حسن ختام و روشن کردن معنی تسالم که تصور نشود عنوان مخصوصی برای یکی از عقود معینه است، عین عبارت طریحی از مجمع‌البحرین نقل می‌شود: «التسالم التصافح، و المسالمه المصافحه» مصافحه نشان تراضی، به طور عام است بی‌حصر و قید، چنانکه صفقه هم همین است. در این مبحث، لغات را از اصح و اوثق متون لغت (مانند تهذیب ازهری و نهایی ابن اثیر) آوردم و نصوص را از آیات و روایات با اتکاء به قواعد علم اصول ارائه کردم تا شبهات مرتفع گردد.» (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۳، ۲۳۵۸ و ۲۳۵۹)

البته استاد دکتر کاتوزیان نیز درباره‌ی عدم وجود شفعه در صلح و لزوم شرط انتقال سهم شریک به موجب عقد بیع جهت ثبوت حق شفعه، انتقاد نموده و چنین می‌نویسد: این شرط از نظر حقوقی توجیه‌ناپذیر است و به نظر می‌رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است. بی‌گمان، محدود ساختن قلمرو و شفعه قانون را به قواعد عمومی نزدیک می‌سازد. ولی، این عیب مهم را دارد که باب حیل را می‌گشاید: شریکی که قصد فروش سهم خود را دارد، نام صلح بر آن می‌نهد و آسوده خاطر از مزاحمت شریک آن را انتقال می‌دهد. نظام حقوقی باید از بازی با الفاظ و نیرنگ‌ها رها شود و به سوی نیازهای اجتماعی و عقلی شدن گام بردارد. حق تقدم شریک در خرید سهم مشاع شریک دیگری نیازی است معقول ولی قانونگذار باید با احترام به این نهاد دیر پا و تاریخی آن را چنان بیاراید که تعارض کمتری با قواعد پیدا کند. (کاتوزیان، حقوق مدنی - شفعه و وصیت وارث، ۱۸)

توجه در مجادلات فوق، نشان می‌دهد که استاد دکتر کاتوزیان مبنا را بر ماده ۱۰ ق.م. قرارداد و ماده‌ی مربوط به جواز صلح ابتدایی در قانون مدنی یعنی ماده ۷۵۸ را زائد دانسته‌اند در حالی که آقای دکتر لنگرودی مبنا را بر جواز صلح ابتدایی و ماده‌ی ۷۵۸ قرار داده و ماده ۱۰ ق.م. را زائد دانسته‌اند که البته در مورد جواز صلح ابتدایی، بین فقها هم اختلاف نظر وجود دارد.

بعلاوه، برخی از قراردادهای نامعین در قالب عقد صلح نمی‌گنجد و تطبیق آنها با عقد صلح از نظر حقوقی با دشواری‌هایی مواجه است، چرا که به نظر می‌رسد، عقد صلح عقد معینی است فراتر از سایر عقود معین که می‌تواند عقود معین دیگر را به تنهایی یا ترکیبی از آنها در برگیرد.

پس می‌توان گفت عقد صلح دوکارائی و کاربرد حقوقی دارد:

کاربرد اول - استفاده از عقد صلح در مقام سازش نسبت به دعوا یا خصومتی موجود یا احتمالی .

کاربرد دوم - استفاده از عقد صلح به عنوان عقدی معین در بر گیرنده‌ی نتیجه‌ی یک یا چند عقد معین پیش‌بینی شده در قانون مدنی.

بنا به مراتب بالا، جایگاه عقد صلح مقامی بالاتر از عقود معین و پایین‌تر از ماده ۱۰ قانون مدنی است. به عنوان نمونه، قرارداد بی‌اوتی را می‌توان از جمله قراردادهایی دانست که در قالب عقد صلح نمی‌گنجد ولی ماده ۱۰ قانون مدنی به راحتی آن را در بر می‌گیرد.^۱



۱ - قراردادهای بی‌اوتی، یعنی قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال:

BOT کوتاه شده‌ی سه واژه Build, Operate and transfer به معنی (ساخت، بهره برداری و انتقال)) است و به مراحل

اصلی پروژه‌هایی که تحت این قالب به اجرا در می‌آیند، اشاره دارد.

با وجود سازوکار نسبتاً پیچیده BOT، مبنای ساده‌ای دارد. یک شرکت خصوصی با دولت یا مؤسسه‌ی عمومی توافق می‌کند که در یک پروژه‌ی زیربنایی سرمایه‌گذاری نماید. روش کار بدین ترتیب است که شرکت مزبور (که آن را شرکت پروژه می‌نامیم و سرمایه‌گذاران، سهامداران هستند) با هزینه و منافع مالی خود، تأسیسات موضوع پروژه را احداث و در یک دوره‌ی معین، مثلاً بیست ساله که دوره‌ی امتیاز نامیده می‌شود مالک عین یا منافع آن بوده، بهره‌برداری و نگهداری از آن را برعهده دارد در طول این مدت، سرمایه و سود شرکت پروژه از محل فروش محصول یا اخذ عوارض مستهلک می‌گردد. در پایان دوره نیز غالباً مالکیت تأسیسات با کلیه‌ی لوازم آن به دولت یا مؤسسه طرف قرارداد، انتقال می‌یابد.

این قرارداد، خود مشتمل بر چندین توافق است: توافق نامه تأسیس شرکت پروژه بین سهامداران - قراردادهای تسهیلات بین وام‌دهندگان و شرکت پروژه (وام گیرنده) - قرارداد اعطای پروژه یا قرارداد امتیاز - قرارداد خرید محصول و خدمات که استهلاک سود و هزینه شرکت از محل آن خواهد بود - قرارداد ساخت بین شرکت پروژه و پیمانکار ساخت.

همانگونه که ملاحظه می‌شود، اولاً؛ هیچکدام از اجزاء این توافقات، هم چنین مجموعه‌ی آنها، مخالفی با صریح قوانین ندارد.

بنابراین مشمول ماده‌ی ۱۰ ق.م. است.

ملاحظه می‌شود که قرارداد فوق را نمی‌توان در قالب عقد صلح آورد، اما قراردادی است مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی که برای شمول ماده‌ی ۱۰ نسبت به آن، نیازی به دلیل نیست. بعضی از نویسندگان، در خصوص اثر عقد صلح نسبت به اشخاص ثالث، عدم وجود حق شفعه در صلح را دلیل وسعت آن نسبت به ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته‌اند و آن را دلیلی بر زائد بودن ماده ۱۰ قانون مدنی آورده‌اند. در حالی که به نظر می‌رسد، چون در عقد صلح، اساساً طبق ماده ۷۵۹ق.م. حق شفعه برای شریک ایجاد نمی‌شود، در واقع صلح در حق او تأثیری ندارد و نمی‌توان این عدم تأثیر را دلیلی بر محدود نمودن حقوق اشخاص ثالث دانست. به طور کلی می‌توان گفت، چون قانون مدنی شرایط و آثار عقد صلح را به‌طور کامل بیان نموده، این عقد جزء عقود معین می‌باشد که به ویژه در موارد زیر از قراردادهای نامعین متفاوت است:

۱- ماده ۱۰ق.م حکم به نفوذ عقود معین و نامعین می‌کند، اما عقد صلح قرارداد و توافقی را نافذ می‌کند که عنوان قرارداد نیز صلح باشد و نفوذ ماده‌ی ۱۰ق.م شامل عقد صلح نیز می‌شود. اباحه ناشی از ماده ۱۰ق.م نسبت به اباحه ناشی از عقد صلح عام است. یکی از حقوقدانان بزرگ ایران در این زمینه (کاتوزیان، حقوق مدنی-شفعه و وصی، ۲۶۷) معتقد است: ماده ۱۰ق.م اصل اباحه را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه‌ی شرایط و توافقی‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد، نافذ شناخت، ولی استناد به اباحه ناشی از صلح محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده‌ی ۱۰ق.م. حاکمیت اراده را درون عقد صلح نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث المؤمنون عند شروطهم در فقه را دارد.

۲- با تأکید بر مورد بالا اضافه می‌کنیم که در عقد صلح، نیاز به لفظ خاص است و مفهوم آن باید مورد توجه و عنایت طرفین قرارگیرد. اشاره به عنوان صلح هرچند به صورت ضمنی لازم است. در این صورت دیگر عقد صلح، قرارداد نامعین نیست بلکه معین است.

۳- قصد تسالم موجب تحقق صلح است، هرچند طرفین به آن اشاره نکنند. قرارداد نامعین

ثانیاً: این قرارداد در قوانین کشور ما در شمار قراردادهای نامعین است. بنابراین یک قرارداد و توافق جدید است و قاضی نمی‌تواند در مقام داوری، آن را به اجزاء تشکیل دهنده‌اش تفکیک و سپس در چارچوب احکام خاص عقود معین، حکم صادر کند. بلکه باید به اراده و قصد طرفین و مفاد قرارداد فی مابین آنها توجه کند. (ذاکر صالحی، مبانی قراردادهای نامعین، ۳۹)



چنین قید و محدودیتی ندارد. (ذاکر صالحی، مبانی قراردادهای نامعین، ۲۱۱ و ۲۱۲)

به هر حال قرارداد پیش فروش آپارتمان، در قالب عقد صلح قابل تحلیل و توجیه می‌باشد زیرا علاوه بر این که عقد صلح، منحصر به حالت وجود خاصه و اختلاف نیست، اطلاق حدیث نبوی (ص) «الصلح جائز بین المسلمین» دربرگیرنده‌ی قراردادهای پیش فروش آپارتمان نیز می‌باشد. بعلاوه از نظر فقها، «صلح بر هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و هم جنس آن و غیر 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... واصل و عموم مقتضی صحت جمیع انواع صلح است.» (شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ۱، ۳۷۳) لذا قرارداد پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود و حتی در صورتی که عنوان صلح، از سوی طرفین قرارداد برای آن انتخاب نشده است، می‌توان آن را در قالب عقد صلح تبیین نموده و حکم بر صحت آن صادر کرد.

گفتار دوم: بیع سلف یا سلم

یکی از سؤالاتی که در باب تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان مطرح می‌شود، این است که آیا به لحاظ مؤجل بودن موضوع قرارداد پیش فروش آپارتمان می‌توان آن را در قالب بیع سلف توجیه نمود؟

برای رسیدن به پاسخی درست، آشنایی مختصری با بیع سلف و احکام آن لازم است.

بیع سلف یا سلم یکی از عقود شناخته شده در فقه و تاریخ کشور ما می‌باشد که به ویژه در زمان‌های 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، ۲، ۹۷۸)

در رابطه با تعریف بیع سلم در تحریر الوسیله چنین آمده است: خریدن مال کلی مؤجل در مقابل ثمن نقد که عکس آن نسیه می‌باشد. به خریدار مسلم با کسر لام و به بائع مسلم الیه و به مبیع مسلم فیه گویند. بیع سلف نیاز به ایجاب و قبول دارد. (امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ۱، ۵۴۳)

از دیدگاه دکتر جعفری لنگرودی، بیع سلم (= بیع در ذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است

و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه‌ی بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ می‌دهد. در قدیم کشاورزان تهیدست عمده سلم فروشان بودند و بنکدارها و بندارها عمده سلم‌خران بودند و ستم‌های بسیار بر کشاورزان می‌کردند. رشد سازمان‌های اجتماعی و کمک دولت‌های آن مظالم را برانداخت. (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲، 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 ذمه‌ی بایع باشد اگر دین مؤجل باشد ثمن قرارداد آن جایز نیست اما اگر دین حال باشد ظاهر جواز آن است اگرچه خالی از اشکال نیست واحوط ترک آن است. (امام خمینی(ره)، تحریرالوسیله، ۱، ۵۴۴)

اگر در بیع سلم ثمن نیز مؤجل باشد صحت بیع محل اشکال است و در واقع تبدیل بیع دین به دین می‌شود که باطل است. شهیدثانی در شرح لمعه بیع سلف را تعریف نموده و پس از تعریف آن و ذکر برخی از احکام آن می‌فرماید: 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 می‌کند. (شهیدثانی، الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، ۱، ۳۱۵)

فقیه عالیقدر شیعه سید محمد کاظم طباطبائی مشهور به سید یزدی 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 می‌شود. قدر مسلم از بطلان، مؤجلین فعلیین سابقین و مؤجلین لاحقین و مختلفین است که چهار صورت باشد ولکن



چون مناط بطلان بنا بر اقوی اعم از تأجیل فعلی و سابقی است، پنج صورت دیگر که آن: سابقین حالی الاجل و سابق حال الاجل به مؤجل سابق یا لاحق و عکس این دو باشد نیز محکوم می‌شود به بطلان؛ و احوط ترک در هفت صورت دیگر است، همچنین بنا بر احتمال این که مناط بطلان، سبق دین باشد با تأجیل فعلی اگرچه لاحق باشد، که بنا بر این شانزده صورت می‌شود که آن نه صورت سابقه است و هفت صورت دیگر که آن سابقین حالین و سابق حال به مؤجل سابق با حال الاجل سابق و عکس آن و سابق حال به مؤجل لاحق و عکس آن باشد و بقیه صور که نه صورت دیگر است بی‌اشکال است. و لا یخفی این که 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 غیر مدیون 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 غیر سلم 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 مکمل و موزون خصوصاً در طعام، محل اشکال است، مگر آن که بر مدیون باشد. (یزدی، سؤال و جواب، ۱۸۰ و ۱۸۱)

در دستور العمل اجرایی معاملات سلف مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوبه شورای پول و اعتبار نیز محدودیت‌ها و شرایط فقهی بیع سلف و به ویژه نقد بودن ثمن مورد نظر قرار گرفته است. ماده یک دستور- العمل مذکور مقرر می‌دارد: «منظور از معامله سلف، پیش‌خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین می‌باشد.»



با مطالعه در احکام و شرایط ویژه بیع سلف ملاحظه می‌شود که ثمن بیع سلف بایستی نقد بوده و در مجلس عقد قبل از تفرق به بایع 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 بصورت کلی فی‌الذمه صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر می‌توان گفت بیع سلف از زیر- مجموعه‌های بیع کلی فی‌الذمه است و علاوه بر عدم امکان پرداخت قسطی ثمن ایراداتی که نسبت به توجیه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب بیع کلی فی‌الذمه وارد است، در بیع سلم نیز وارد است.

اگر پیش‌خریداران مسکن متمکن از پرداخت نقدی ثمن باشند، دیگر نیازی به توسل به قراردادهای پیش‌فروش وجود ندارد. چراکه پیش‌خریداران 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 می‌دانند هرچه سریعتر مختصر پس‌انداز اولیه خود را از طریق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در امر خرید مسکن سرمایه‌گذاری و درگیر نمایند تا براساس مفاد قرارداد پیش‌فروش با سعی و تلاش فراوان اقساط بعدی، وجه قرارداد را در فاصله‌های معین تهیه و پرداخت نمایند تا به مصداق شعر، قطره قطره جمع گردد وانگهی دریا شود، بتوانند به سر منزل مقصود رسیده و سرپناهی را دست و پا کنند. بعلاوه انبوه‌سازان مسکن نیز می‌توانند از طریق جمع‌آوری سرمایه‌های سرگردان مردم قدرت اقتصادی خود را تقویت نموده و در هر مرحله از مراحل ساختمان با دریافت وجوه پیش‌خریداران، فعالیت اقتصادی خود را با سرمایه‌های پیش‌خریداران پیش ببرند.

توسل به پیش‌خرید، موجب می‌شود تورم و افزایش قیمت‌ها تأثیری در افت‌ارزش سرمایه‌های اندک متقاضیان مسکن بویژه جوانانی که در اول زندگی مشترک قصد تصاحب مسکن را دارند، نداشته باشد.

بنا به مراتب فوق عقد بیع سلف یا سلم به لحاظ ضرورت پرداخت نقدی ثمن، راهکاری مناسب و قالبی درست برای قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نخواهد بود.

نتیجه‌گیری:

به عنوان نتیجه می‌توان گفت: قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح قابل تحلیل و توجیه می‌باشد زیرا علاوه بر این که عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست بلکه به استناد حدیث نبوی (ص) «الصلح جائز بین المسلمین الاصلحاً لکل حراماً و حراماً حلالاً» (وسائل الشیعه، کتاب صلح، باب ۳، حدیث ۲)، افراد می‌توانند در معاملات خود، در مقام صلح تعهداتی را به عهده گرفته یا اموالی را منتقل نمایند. در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، پیش‌فروش‌کننده به احداث بنا با مشخصات و خصوصیات مندرج در قرارداد و تحویل آپارتمان در موعد مقرر و





انتقال رسمی آن به پیش‌خریدار، متعهد می‌گردد و پیش‌خریدار متعهد به پرداخت وجوه مورد توافق براساس قرارداد و در مواعد پیش‌بینی شده در قرارداد، می‌گردد.

در رابطه با بیع سلف یا سلم باید گفت: چون براساس نظراکثر فقها، خصوصیت اصلی این بیع، نقد بودن ثمن است و در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، عموماً ثمن نقد نیست لذا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را نمی‌توان از مصادیق بیع سلم دانست. براساس نظر آن دسته از فقها که نقد بودن ثمن را از شرایط بیع سلم نمی‌دانند، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب بیع سلم قابل توجیه می‌باشد زیرا بیع سلم از انواع بیع کلی است. بنابراین استدلالات مربوط به توجیه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب بیع کلی فی‌الذمه، در مورد بیع سلم نیز صادق است.

فهرست منابع:

- ۱) ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، **الوسیله**، کتابخانه آیت اله مرعشی، قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۲) امام خمینی (ره)، روح الله الموسوی، **تحریر الوسیله**، جلد ۱، انتشارات دارالعلم، قم، بی تا.
- ۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۴) جعفری لنگرودی، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۵) ذاکر صالحی، غلامرضا، **مبانی قراردادهای نامعین**، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸.
- ۶) راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، **المفردات**، دارالمعرفه، بیروت، بی تا.
- ۷) شهید ثانی، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، جلد ۱، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۷۴.
- ۸) فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، **قاموس المحيط**، جلد ۱، انتشارات دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ۹) کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - شفعه و وصیت وارث**، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۰) کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، جلد ۱، انتشارات مدرس، تهران، ۱۳۷۶.
- ۱۱) کاتوزیان، ناصر، **درس‌های از عقود معین**، جلد ۱، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰.
- ۱۲) کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - مشارکتها، صلح، عطایا**، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
- ۱۳) کاشف الغطاء، محمد حسین، **تحریر المجله**، ج ۲، مکتبه فیروز آبادی، قم، بی تا.
- ۱۴) نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام**، جلد ۲۶، دارالکتب السلامیه، تهران، بی تا.
- ۱۵) یزدی، سید محمد کاظم، **سؤال و جواب**، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۶.