



ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه

پدیدآورنده (ها) : سعادت مصطفوی، مصطفی؛ رحیمی، علی اصغر

حقوق :: نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی :: بهار و تابستان ۱۳۸۹ - شماره ۳۱ (ISC)

صفحات : از ۱۱۹ تا ۱۵۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/899244>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۵

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
- تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان
- جایگاه حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان در رویه قضایی
- مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با نهادهای مشابه و تشخیص ماهیت آن
- ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان
- تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تاملی بر انواع بیع
- قرارداد پیش فروش آپارتمان، عقد استصناع یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰۰۰ قانون مدنی
- تأملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان
- تحلیل حقوقی بیع و قرارداد ساختمان در رویه قضایی کنونی
- تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی
- ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داور در قانون پیش فروش ساختمان
- بررسی فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان

عناوین مشابه

- بررسی مفهوم و ماهیت قرارداد الکترونیکی در فقه امامیه و حقوق ایران
- ماهیت حقوقی «قرارداد مشارکت در تولید» از منظر حقوق ایران و فقه امامیه
- ماهیت شناسی قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (ره)
- بررسی و تحلیلی بر قواعد حقوقی حاکم بر پیش فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران
- بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه
- ماهیت حقوقی ادغام شرکت‌های تجاری «مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر»
- ماهیت افزاز در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه
- مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس
- بررسی خودداری از پذیرش اجرای قرارداد از سوی متعهدله در حقوق ایران و فقه امامیه با نگاهی به اصول حقوق قراردادهای اروپا و کنوانسیون بیع بین المللی کالا
- مطالعه تطبیقی ماهیت داور در حقوق غرب؛ حقوق ایران و فقه امامیه

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه

سید مصطفی سعادت مصطفوی*

سید علی اصغر رحیمی**

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۳/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۰۵/۰۵

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 ساخت و ساز 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 پیش‌خریدار می‌گیرد، ساخته و به او تحویل دهد. پیرامون ماهیت این قرارداد در فقه به صورت مستقل و مشخص بحث نشده است اما حقوق‌دانان 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 بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار یافته و الزام‌آور تلقی می‌شود. ضمن این‌که پاره‌ای از حقوق‌دانان 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 بلاشکال خواهد بود. این مقاله بر آن است، تا ماهیت این قرارداد را کشف نموده به همین منظور آن را با قراردادهای مختلف اعم از معین و یا نامعین مقایسه نماید.

واژگان کلیدی

قرارداد پیش‌فروش ساختمان، بیع عین معین، موجود بودن مورد معامله، قول‌نامه

* استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، m.mostafavi@isu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، myname.rahimi@gmail.com

مقدمه

به دلیل توسعه شهرنشینی و افزایش مهاجرت به شهرها و به تبع افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، نیاز به مسکن به عنوان یک امر اساسی افزایش یافته است. کمبود فضاهای شهری و استفاده بهینه از فضای شهر، گرایش به ساخت آپارتمان و زندگی در آن را به راه‌کاری اساسی در جهت تأمین مسکن این جمعیت عظیم تبدیل کرده است. این امر باعث خارج شدن ساخت مسکن از حالت سنتی و تبدیل به حرفه و صنعت شدن آن شده و افرادی در این زمینه دست‌اندرکار شده‌اند. همزمان با این تحولات قراردادهای راجع به خرید و فروش این آپارتمان‌ها و روابط حقوقی ناشی از آن پدیدار گشته، که می‌توان یکی از عمده‌ترین این قراردادها را «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان» دانست.

پیش‌خریداران به آن علت که پرداخت به صورت نقد نبوده، و مبلغ طی اقساطی به پیش‌فروشنندگان پرداخت می‌شود، آن را فرصت مناسبی برای خانه‌دار شدن خود دانسته و از طرف دیگر سازندگان یا پیش‌فروشنندگان با دریافت بخشی از ثمن بصورت اقساط، قادر به فراهم نمودن سرمایه‌ای برای شروع کار خویش هستند. به همین دلیل این قراردادها در جامعه گسترش یافته است.

در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیربنا و سایر مشخصات آپارتمان در نقشه ساختمانی ذکر می‌گردد و فروشنده متعهد می‌شود، که آپارتمان را ظرف مدت معینی که در قرارداد ذکر می‌گردد، ساخته و تحویل خریدار دهد. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۹)

در حقیقت در این نوع قراردادها فروشنده مال موجودی را نمی‌فروشد، بلکه متعهد می‌شود تا در قبال آنچه از مشتری به صورت اقساط دریافت می‌دارد، ساختمانی را ساخته و در موعد معین به او تحویل دهد.

با توجه به این‌که قراردادهای پیش‌فروش ساختمان به علت نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز بشر شکل گرفته و توسعه چشم‌گیری یافته است، می‌توان آن را قرارداد جدیدی دانست که در فقه به صورت مستقل و جداگانه بحث نشده است، در برخی کتب فقهی به عقود مشابه آن اشاراتی گردیده است. چنان‌که فقها «بیع معدوم» را جایز نمی‌دانند، اما فرضی را استثناء می‌کنند و آن «بیع معدوم به تبع موجود» است. همانند

فروش چای بر روی بوته، به ضمیمه پنج چین دیگر که در آینده ایجاد خواهد شد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۶۱۱)

موارد دیگری هم راجع به بیع معدوم بحث شده است. به طوری که فروش میوه قبل از ظهور و پیدایش آن، در یک سال واحد و کمتر منع گردیده است و این امر اجماعی است. فقها علت این امر را وجود غرر در معامله می‌دانند. اما به طور اجماع عقیده بر این است، که بیع میوه بعد از بُدُو صلاح، یعنی صلاحیت یافتن برای میوه شدن، چه برای یک سال یا کمتر جایز است. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق.، ص ۷۳؛ نجفی، ۱۹۸۱م.، ج ۲۴، صص ۵۶-۵۹)

حقوق‌دانان نیز با وجود این‌که در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان بحث نموده‌اند، اما صفحات کمی از نوشته‌های حقوق‌دانان، به آن اختصاص داده شده است. لذا بررسی ماهیت چنین قراردادی با گستردگی استفاده از آن و تبیین و توصیف دقیق ماهیت حقوقی آن، راه‌گشای بسیاری از مشکلاتی خواهد بود، که دادگاه‌ها و طرفین قرارداد با آن دست و پنجه نرم می‌کنند و محل بحث و اختلاف آن‌ها است.

با این وجود تاکنون قانونی از سوی مجلس در جهت تعیین ماهیت آن به تصویب نرسیده است. تنها در سال ۱۳۵۸ لایحه‌ای به منظور حمایت از پیش‌خریداران و انبوه‌سازان مسکن توسط شورای انقلاب به صورت ماده واحده‌ای تصویب شد، که با توجه به کلی‌گویی و مختصر بودن آن کافی نبود. قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ نیز بحثی از پیش‌فروش آپارتمان و وضعیت حقوقی آن به میان نیاورده است. در سال‌های اخیر، پیش‌نویس قانون «پیش‌فروش ساختمان» تهیه و در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۹ با اعمال پاره‌ای تغییرات به تصویب هیئت دولت رسیده و به صورت لایحه تقدیم مجلس گردید. این لایحه سرانجام در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و شکلی قانونی به خود گرفت. این قانون مشتمل بر ۲۸ ماده است، و در سه فصل نظام یافته است.

در این مقاله سعی بر آن است، تا موادی از این قانون به عنوان مستند بحث‌ها مورد استفاده قرار گیرد. با این وجود برای بررسی چنین قراردادهایی نیاز به ارائه تعریفی دقیق و حقوقی بر اساس شرایط مذکور در قرارداد و ساختار آن و همچنین تعهدات و حقوق طرفین قرارداد لازم و ضروری به نظر می‌رسد. در تعریف این قرارداد گفته شده است:

«قرارداد پیش‌فروش آپارتمان قراردادی است، که به موجب آن پیش‌فروشنده (سازنده) تعهد می‌نماید، آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازای مبلغ قراردادی به پیش‌خریدار (متقاضی) تحویل نماید». (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۲۹)

در ماده اول لایحه پیش‌فروش ساختمان نیز تعریفی از این قرارداد به عمل آمده است و در آن قرارداد پیش‌فروش را محدود به عقد معینی نکرده است. بر اساس تعریف گفته شده، ساختار و چگونگی این قرارداد معین می‌شود، اما این تعریف به ماهیت این قرارداد اشاره‌ای نکرده و آن را جزء هیچ یک از عقود معین و یا نامعین ندانسته است.

لذا در این نوشتار سعی بر آن شده است، تا با مقایسه قرارداد پیش‌فروش ساختمان با قراردادهای مشابه معین، ماهیت این قرارداد بررسی شده و در نهایت آن را در قالب قراردادهای خصوصی مورد بررسی قرار داده است.

بر این اساس این مقاله از دو گفتار تشکیل شده است. گفتار نخست قرارداد پیش‌فروش ساختمان را با عقود معین مشابه مقایسه نموده و در گفتار دوم قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م.ا از این جهت مورد ارزیابی واقع شده‌اند.

۱. عقود معین مشابه

در این گفتار قرارداد پیش‌فروش ساختمان با قراردادهای مشابه از جمله بیع، بیع سلف، عقد استصناع و شرکت مورد مقایسه و بررسی قرار گرفته است.

۱-۱. بیع

در تعریف عقد بیع ماده ۳۳۸ ق.م.ا اشعار می‌دارد: «بیع عبارت است، از تملیک عین به عوض معلوم» منظور از عین در این ماده هر آن چیزی است که قابل لمس بوده و وجود خارجی داشته باشد. در حقیقت این‌جا عین در مقابل منفعت آمده است و به این طریق بیع را از اجاره که در آن تملیک منفعت صورت می‌گیرد، متمایز ساخته است.

برای صحت هر معامله اصولاً لازم است مورد آن در زمان انشای معامله نزد طرفین معامله به صورت تفصیلی معلوم باشد. در صورت مجهول بودن مورد معامله حتی نزد یک طرف، آن معامله باطل خواهد بود.

برای معلوم بودن مورد معامله لازم است مورد معامله از سه جهت معلوم باشد: ماهیت، مقدار و اوصاف. ماهیت، جنس مورد معامله؛ مقدار، میزان مورد معامله و اوصاف، آنچه 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)

در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان کلیه مشخصات ساختمان از قبیل موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری، مساحت عرصه و زیر بنا و... در نقشه ساختمانی معین می‌گردد و به اطلاع خریدار می‌رسد. به این لحاظ آنچه تحت عنوان معلوم و معین بودن مورد معامله ذکر می‌گردد در این قرارداد رعایت گردیده و قرارداد به این لحاظ نقضی نخواهد داشت. لذا می‌توان گفت در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان شرط اصلی معلوم بودن مورد معامله مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.رعایت می‌گردد.

در قانون مدنی عینی که مورد خرید و فروش قرار می‌گیرد به اقسام گوناگونی تقسیم شده است. 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».

به این لحاظ بیع کلیه اقسام عین شامل کلی، کلی در معین و عین معین را بررسی کرده و قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را با هر یک مقایسه می‌کنیم.

۱-۱-۱. کلی فی‌الذمه

یکی از انواع بیع که در قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بیع کلی در ذمه است. در صورتی که مبیع کلی است، یعنی صادق بر افراد عدیده است. بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر گردد. (ماده ۳۵۱ ق.م.) به هر لحاظ در این‌گونه خرید و فروش‌ها، بایع موظف نیست که در مقام ایفای تعهد مال معینی را به مشتری واگذار کند. اما باید فردی را انتخاب نماید که از حیث شرایط، صفات موضوع مورد تعهد را داشته باشد. لذا در تعریف کلی می‌توان 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 تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد زیرا انتقال با تراضی صورت می‌پذیرد. در عقود تملیکی مانند بیع، هرگاه

عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به وسیله متعهد انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام «تسلیم» است. برای مثال در فروش چند خروار گندم یا اتومبیل، فروشنده متعهد می‌شود، 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 می‌تواند تحت عنوان بیع کلی فی‌الذمه قرار گیرد مال مثلی است. در تعریف مال مثلی آن را مالی می‌دانند، 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)

البته در تعریف مال مثلی نظرات دیگری چون، مثلی آن است که اجزایش از نظر قیمت مساوی باشند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۸۱) و این که تعیین مال مثلی و قیمی موکول به عرف است. (الموسوی‌الخمینی، ۱۴۰۳، ص ۱۸۰) نیز وجود دارد.

به همین لحاظ گفته می‌شود، مال مثلی را می‌توان به صورت عین معین، کلی در معین یا کلی فی‌الذمه معامله نمود. یعنی به هر کدام از سه صورت مذکور معامله صورت گیرد، می‌توان از آن رفع ابهام نمود و در نتیجه وصف معلوم بودن مورد معامله را فراهم کرد.

اما مال قیمی که از لحاظ تعریف در مقابل مال مثلی قرار می‌گیرد یعنی «مالی که دارای امثال از هر جهت مساوی نباشد به طوری که اختلاف در افراد آن مال در خصوصیات، می‌تواند مؤثر در جلب تمایل اشخاص و موجب اختلاف آن‌ها در انتخاب گردد»؛ منحصراً به صورت عین معین می‌توان فروخت و اگر به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله قرار گیرد، عقد بیع باطل خواهد بود. زیرا در این دو صورت، بیع مجهول می‌ماند و معلوم و معین نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۲۲-۲۳)

با توجه به توضیحات گفته شده سؤال اصلی این است، که آیا آپارتمان ساخته نشده را می‌توان ذیل عنوان کلی فی‌الذمه معامله نمود یا خیر؟

همان‌طور که قبلاً گفته شد در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به طور معمول موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و دیگر مشخصات آپارتمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین می‌شود. یعنی مشخص می‌گردد که متراژ آپارتمان از چه قرار است، واحد چندم بوده و در کدام طبقه واقع شده است. فروشنده نیز تعهد می‌کند آپارتمان را با مشخصات مذکور در قرارداد ظرف مهلت معین شده بسازد و تحویل خریدار دهد. بنابراین آپارتمانی که با مشخصات و مخصوصاً ابعاد و موقعیت جغرافیایی و دید منظره خاص مذکور ساخته می‌شود، مال قیمی محسوب می‌شود که نظایر و اشباه آن را نمی‌توان در جای دیگر یافت، هر چند ممکن است ساختمان یا واحدهای دیگری شبیه این باشند، اما چون به لحاظ موقعیت هر یک قیمت متفاوتی دارند لذا باید گفت آپارتمان یک مال قیمی است. همان‌طور که در سطور قبل عنوان گردید مال قیمی را جز به صورت عین معین نمی‌توان فروخت چراکه در غیر این صورت مورد معامله مجهول و غیر معلوم می‌گردد و باعث بطلان بیع خواهد شد. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که فروش آپارتمان ساخته نشده به صورت کلی فی‌الذمه امکان نخواهد داشت زیرا در این صورت برخی صفات مجهول یا مردود شده و این خود سبب بطلان عقد خواهد شد.

به علاوه این‌که در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن به وسیله فروشنده، انجام نمی‌پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین گردد. اما در پیش‌فروش همین‌که آپارتمانی با اوصاف قرارداد ساخته و تکمیل شد، خریدار حق مالکانه نسبت به آپارتمان پیدا می‌کند.

همان‌طور که گفته شد، اموال غیرمنقول و از جمله آپارتمان و واحدهای مسکونی به دلیل تفاوت در مشخصات و ابعاد و موقعیت مکانی و این‌که رو به کجا باشد و... از لحاظ قیمت با هم متفاوت می‌باشند. به عبارت دیگر هیچ کدام شبیه دیگری نیست و به این جهت مالی قیمی محسوب می‌شود اما این امر یک قاعده کلی نیست بلکه در مواردی دارای استثنائاتی نیز می‌باشد.

در انبوه سازی‌های مسکن جایی که برج‌های چندین طبقه در یک منطقه واحد ساخته می‌شود و هر طبقه دارای واحدهای متعدد است و چند واحد آپارتمانی در یک ضلع ساختمان با یک منظره قرار می‌گیرد و از لحاظ مشخصات فنی و معماری، نقشه ساختمانی، میزان مساحت و زیر بنا، ابعاد و اضلاع دیوارها و سقف، شماره طبقه، نوع

رنگ دیوارها و کاشی‌ها و جنس مصالحی که در آن به کار رفته است کاملاً با هم شباهت دارند می‌توان تفاوت موجود در اموال غیرمنقول و تفاوت قیمت به این لحاظ را در این دسته از اموال غیرمنقول نادیده گرفت و به تشابه و تماثل این واحدهای آپارتمانی حکم نمود. هرچند صدور چنین نظری به آسانی نیست و عده‌ای از حقوق‌دانان حتی در شرایط مذکور نیز این قبیل واحدهای ساختمانی را مال مثلی به حساب نمی‌آورند. ولی با این وجود می‌توان گفت این دسته از آپارتمان‌ها مال قیمی با قیمت‌های متفاوت محسوب نیست، بلکه دارای قیمت یکسان و مال مثلی که اشباه و نظایر آن در عالم خارج وجود دارد به حساب می‌آیند. از آنجایی که این نوع واحدها بر خلاف آنچه قبلاً از مال غیرمنقول توصیف گردید مثلی به حساب می‌آیند فروختن آن‌ها به طریق بیع کلی نیز قابل تصور است و در این حالت فروشنده بیع کلی منعقد می‌نماید، تا آپارتمانی با مشخصات بالا به خریدار ظرف مهلت تعیین شده تحویل دهد. در این حالت چون مال مثلی است و امکان فروش آن به طریق کلی فراهم است نیازی به وجود آن هنگام انعقاد قرارداد نیست و تنها چیزی که بر عهده فروشنده قرار می‌گیرد تعهد به تحویل یک آپارتمان با مشخصات مذکور در قرارداد است.

باید توجه داشت این نوع قرارداد بیع پیش‌فروش ساختمان تنها منحصر به مورد مذکور در فوق و در طرح‌های انبوه‌سازی متصرف به صفات مزبور می‌تواند رایج باشد و در سایر طرح‌های ساخت آپارتمان و از جمله ساخت تک آپارتمان‌ها و یا ساخت آپارتمان‌هایی که چند واحد مسکونی در یک طبقه و رو به یک منظره قرار نمی‌گیرد نمی‌تواند قابل تحقق باشد. چرا که قواعد بیع عین معین در مورد آن‌ها جاری بوده و وجود آپارتمان مورد فروش را در هنگام انعقاد بیع از ضروریات می‌شمارد.

همین وضعیت در مورد اجاره اموال غیرمنقول نیز جاری است. چنان‌که قیمت اجاره اموال غیرمنقول به علت موقعیت و ابعاد و مساحت و میزان نو یا کهنه و شیک یا غیر شیک بودن واحد مسکونی مورد نظر با هم تفاوت دارد. اما در هتل‌هایی که اتاق‌های متعدد رو به یک منظره با اوصاف مشابه مثلاً دو خوابه بودن، رو به حرم بودن و... وجود دارد. اجاره مال مثلی قابل تحقق است، که می‌تواند به صورت اجاره عین کلی تحقق یابد و موجر موظف باشد یک اتاق با اوصاف مذکور در قرارداد به مستأجر تحویل دهد و در

صورتی که چنین اتاقی تحویل نگردید موجد موظف به تحویل فرد دیگر با همان مشخصات خواهد بود.

شاید به همین دلیل است، که در برخی آراء دادگاه‌ها که در این زمینه صادر گردیده مشاهده می‌شود، که آپارتمان‌های پیش‌فروش شده را به عنوان مال مثلی تلقی کرده و تسامح عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت آن‌ها صحیح دانسته و بیع را نسبت به آن محرز می‌دانند و در نتیجه در مواردی که فروشنده اقدام به انتقال آپارتمان به غیر نماید او را ملزم به تحویل آپارتمانی از نوع مشابه می‌کنند.

انواعی از بیع نیز وجود دارد که به لحاظ موضوع و ماهیت در قسم بیع کلی فی‌الذمه جای می‌گیرد. اما از حیث پاره‌ای شرایط با بیع کلی متفاوت است که به آن خواهیم پرداخت. از آن جمله می‌توان از «عقد سلف» یا «سلم» نام برد. در واقع آنچه در فقه ما تحت عنوان قرارداد پیش‌فروش از آن یاد می‌شود «بیع سلف» یا «سلم» می‌باشد. بیع سلف عبارت است از «فروختن مالی که توسط بایع به ذمه گرفته شده و مضبوط می‌باشد» (یعنی نوع و اوصاف آن معین است) در مقابل مال معلومی (ثمن) که در مجلس عقد قبض می‌شود و تحویل مبیع تا مدت معلومی به وسیله صیغه خاصی معلوم و مشخص می‌گردد». (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۱)

مشتري بیع سلف را «مُسَلِّم» و فروشنده را «مُسَلَّم الیه» و مالی که پیش‌فروش می‌شود را «مُسَلَّم فیه» می‌گویند.

فقها و حقوق‌دانان در باب بیع سلف شروطی را ذکر نموده‌اند که باید رعایت گردد. از جمله این شروط می‌توان ابتدا به ذکر جنس مبیع اشاره نمود. منظور از مبیع در بیع سلف حقیقت نوعیه‌ای است که افراد متعدد ذیل آن جای می‌گیرند، مانند گندم و جو. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۲) به عبارت دیگر مبیع در بیع سلف باید مال مثلی باشد که به صورت کلی فی‌الذمه در تعهد بایع بیع سلف قرار گیرد. شرط دوم بیان اوصاف مبیع می‌باشد. منظور از وصف در این جا اوصافی است، که موجب رفع جهالت از آن نوع مبیع نسبت به سایر انواعش می‌باشد. و در تعیین قیمت نقش اصلی را ایفا می‌کند. شرط سوم قبض ثمن در مجلس بیع سلف می‌باشد. این ثمن باید به طور کامل در مجلس قبض شود و در صورتی که در بیع سلف شرط شود، بعضی از ثمن به صورت موجل باشد بیع نسبت به ثمن حال و هم نسبت به ثمن موجل باطل خواهد شد. چرا که در

بعضی موجب بودن ثمن، تبدیل به بیع کالی به کالی می‌شود و در بعضی حال، معین نیست چه مقدار از مبیع در مقابل ثمن حال و چه مقدار در مقابل ثمن موجب قرار دارد. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۸؛ الموسوی‌الخمنی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۲۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۲۸۹) شرط چهارم این است، که مبیع و در صورت نیاز ثمن به وسیله پیمانہ یا وزن یا عدد معلوم و مشخص شود. شرط پنجم این‌که مدت برای تحویل کالا دقیقاً معین گردد. نهایتاً شرط ششم این خواهد بود، که مبیع به هنگام فرا رسیدن زمان تحویل، «فراوان» یافت شود. (شهیدثانی، ۱۴۲۶، ص ۹۷) شروط مذکور را پاره‌ای دیگر از فقها و حقوق‌دانان نیز یاد آور شده‌اند.

حال سؤال اینجا است، که با در نظر گرفتن این اوصاف آیا می‌توان آپارتمانی را که هنوز ساخته نشده است، قرارداد پیش‌فروش آن را تحت عنوان بیع سلف منعقد نمود؟ برای پاسخ به این سؤال بررسی چند شرط از شروط گفته شده ضروری به نظر می‌رسد. نخست این‌که گفته شد، مبیع در قرارداد بیع سلف باید از نوع مثلی بوده و به صورت کلی فی‌الذمه در تعهد با بیع سلف قرار گیرد. حال آن‌که ما می‌دانیم آپارتمان موضوع قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک مال قیمی است، که تنها باید به صورت عین معین مورد خرید و فروش قرار گیرد. مثلی بودن مبیع قرارداد سلف را از شرط نهایی مذکور در این قرارداد نیز می‌توان استفاده نمود، چرا که گفته می‌شود مبیع هنگام فرارسیدن زمان تحویل باید «فراوان» یافت شود. چنین خصیصه‌ای تنها در مورد اموال مثلی که دارای اشباه و نظایر فراوان هستند. قابل تحقق است، چرا که مال قیمی تنها یک نسخه دارد. ضمناً آن‌چه می‌تواند در ذمه قرار گیرد، کلی است. در بیع سلف نیز مسلم فیه در ذمه مسلم الیه است. لذا مورد آن باید کلی باشد. اما در صورتی که مسأله مثلی بودن واحدهای پیش‌فروش شده مطرح باشد همانند موردی که واحدهای آپارتمانی در حالت انبوه‌سازی شبیه هم به حساب می‌آید و می‌توان آن را مال مثلی به حساب آورد این شرط یعنی مثلی بودن مال پیش‌فروش شده در بیع سلف حل خواهد گشت و از این جهت و پیرامون این دسته از واحدهای آپارتمانی پیش‌فروش آن به طریق بیع سلف امکان پذیر خواهد بود.

دیگر این‌که در شرایط بیع سلف عنوان گردید که ثمن معامله باید به طور کامل در مجلس عقد دریافت گردد و در صورتی که بعضی آن موجب شود باعث بطلان قرارداد

بیع خواهد شد. این امر در بند «ب» ماده ۷ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۱۳۶۳ شورای پول و اعتبار نیز تأکید شده است. «ب» پرداخت تمام قیمت پیش خرید محصولات مورد معامله به فروشنده در زمان انجام معامله. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۵۸) اما بر اساس آن چه در قرارداد پیش فروش ساختمان قید می شود، ثمن معامله باید به صورت اقساط و با تکمیل مراحل ساخت در اختیار فروشنده قرار گیرد. چنان که ماده ۱۵ قانون پیش فروش ساختمان نیز بر این امر تأکید داشته و نحوه پرداخت اقساط ثمن را بر اساس توافق طرفین دانسته اما حداقل ۱۵ درصد ثمن را در هنگام عقد قابل وصول می داند. لذا ملاحظه می شود، در صورتی که قرارداد پیش فروش ساختمان را در قالب بیع سلف تفسیر کنیم با قسط بندی ثمن ساختمان، موجب بطلان این قرارداد شده ایم. پس قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب بیع سلف نمی گنجد. پس ملاحظه می شود، خرید و فروش واحدهای آپارتمانی که با توجه به اوصاف مذکور مثلی به حساب می آید، با این شرط بیع سلف در تعارض قرار گرفته و امکان فروش این دسته از آپارتمان های مثلی با بیع سلف محدود می گردد.

همان طور که در سطور قبل ملاحظه شد، بیع سلف از حیث موضوع و ماهیت همانند بیع کلی به حساب می آید و در حقیقت در این نوع بیع نیز همانند بیع کلی مال مثلی به صورت کلی فروخته می شود تا تعهد به تحویل کالا در ذمه بایع باقی بماند و در آینده به مشتری تحویل گردد. اما تفاوت اساسی که این بیع با بیع عین کلی دارد و همین تفاوت آن را از بیع عین کلی متمایز می نماید این است در بیع سلف ثمن معامله باید در مجلس عقد و به صورت نقد پرداخت گردد و امکان قسط بندی ثمن نیست و در غیر این صورت اسباب بطلان بیع سلف به دلایل مذکور در فوق فراهم خواهد آمد در حالی که امکان قسط بندی ثمن در بیع کلی فراهم است چراکه در بیع عین کلی ضرورتاً آجلی در آن برای تحویل کالا ذکر نمی گردد که بخواهد بیع کالی به کالی نسبت به ثمن قسط بندی شده به حساب آید و معامله را باطل کند. با این حساب نمی توان بیع کلی و بیع سلف را یکسان دانست.

۱-۱-۲. کلی در معین

ممکن است موضوع تعهد «مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء» باشد. (ماده ۳۵۰ ق.م) مانند دو خروار گندم از خرمن گندم موجود.

در این حالت موضوع تعهد باید از مال معین داده شود و از این جهت «در حکم عین معین» است. (ماده ۴۰۲ ق.م.) بنابراین هر گاه خرمن گندم از بین برود، دیگر تعهد قابل اجرا به نظر نمی‌رسد و موضوع آن ضمن تلف کل نابود می‌شود. عکس تلف بعضی از کل معین، تا جایی که به اندازه مقدار تعهد موجود است، به نفوذ تعهد و نیروی الزام آور آن صدمه‌ای نمی‌زند هرچند تلف پیش از عقد یا تسلیم رخ دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۳)

به این ترتیب در تعهد به کلی در معین، اولاً مبیع در خارج وجود دارد، ثانیاً مبیع مشخص نیست بلکه مقداری از کل مال موجود در خارج است. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۵۴۹)

به این ترتیب در تعهد کلی در معین، امکان اجرای تعهد در وجود عین خارجی معین با مقدار و اوصاف ویژه آن، نیست و دامنه گسترده‌تری از تعهد به انتقال «عین معین» دارد. ولی در عین حال تعهد در قالب کل معین محصور است و در خارج از آن نه تحقق می‌پذیرد و نه قابل اجراست. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۲)

کلی در معین می‌تواند به صورت مشاع و یا غیر مشاع فروخته شود. در حالت مشاع در صورت تلف شدن مقداری از مال، به نسبت میزان تلف شده از کل، خریدار هم در ضرر به نسبت مقدار خریدش شریک خواهد بود. اما در حالت غیر مشاع، تاثیری در میزان سهم خریدار از کل مال نداشته و تا زمانی که به میزان خریداری شده از کل مال باقی باشد، باید همان مقدار به خریدار داده شود. اما آپارتمانی که هنوز ساخته نشده است، را نمی‌توان در قالب کلی در معین فروخت به دو دلیل: نخست این‌که آنچه در کلی در معین مورد معامله قرار می‌گیرد مال مثلی است. چنان‌که در ماده ۳۵۰ ق.م در مقام تعریف کلی در معین «بر مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء» تأکید دارد. حال آن‌که می‌دانیم منظور از شیء متساوی الاجزاء همان مال مثلی است، که چون میزان خریداری شده نیز به نحوی باید بخشی از همان مال مثلی باشد، لذا باید گفت مورد معامله کلی در معین، مال مثلی است حال آن‌که بر اساس آنچه قبلاً گفته شد، ساختمان و املاک به طور کلی قیمی محسوب می‌شوند و اشیاء متساوی الاجزاء نیستند. دوم این‌که در بیع کلی در معین نیز وجود مالی در خارج که مقداری از آن به صورت کلی

فروخته می‌شود لازم و ضروری است. این در حالی است که در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان مالی در خارج موجود نیست که بخواهیم بخشی از آن را مورد بیع قرار دهیم.

۱-۳. عین معین

عین معین مالی است، که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می‌شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵)

عین معین که در فقه «عین شخصی» نیز نامیده می‌شود، چیزی است که در عالم خارج وجود داشته و تعین یافته است. در علم فلسفه قاعده‌ای تحت عنوان «الشیء مالم یتشخص لم یوجد» به چشم می‌خورد که در اثبات این گفته قابل اشاره است. به عبارت دیگر این قاعده این‌گونه بیان می‌دارد، که وقتی شیئی معین گردید به عالم وجود نیز راه پیدا می‌کند. در ذیل این قاعده حکمای متعددی داد سخن داده‌اند از جمله آن‌ها صدر المتألهین است که تشخیص را چیزی جز وجود شیء نمی‌داند و به این ترتیب از نظر وی تشخیص مساوی با وجود است و هر وجودی به نفس ذات خویش متشخص است به طوری که اگر از نحوه وجود شیء که عبارت است از تشخیص صرف نظر کنیم، آن شیء از نظر عقل مشترک و قابل صدق بر کثیرین خواهد بود. (ابراهیمی دینانی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۱۵) یا در جایی دیگر علامه حلی معتقد است مطلق به قید اطلاق در خارج موجود نیست پس ناچار وجود همواره بر امری معین در خارج عارض می‌گردد و چون تعین جزئی از امر معین است پس با موجود بودن معین، تعین نیز موجود خواهد بود. (ابراهیمی دینانی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۱۳) این کلام علامه به این مفهوم است که رابطه وجود و معین بودن یک رابطه متقابل است به طوری که هرگاه چیزی معین باشد در عالم خارج وجود خواهد داشت و هنگامی که در عالم خارج موجود باشد معین خواهد بود. لذا از آن‌چه تا کنون در باب تشخیص گذشت به روشنی معلوم می‌شود که هر چیزی بدون این‌که تشخیص یابد هرگز موجود نمی‌شود و آن‌چه در خارج موجود است متشخص است.

در جایی که عین معین تملیک می‌شود، آن‌چه مورد انتقال قرار می‌گیرد حق مالی است که شخص انتقال دهنده را به مال موضوع معامله مربوط می‌کند. این رابطه زمانی ایجاد می‌شود که دو پایه آن یعنی شخص و مال موجود باشد و گرنه حقی بوجود نمی‌آید تا مورد انتقال قرار گیرد. به همین جهت در این گونه موارد، هرگاه عین در

هنگام انتقال معلوم نباشد عقد باطل است. برای مثال اگر معلوم شود اسب فروخته شده هنگام بیع وجود نداشته، بیع هیچ اثری ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۶۹)

این قاعده در تمامی مواردی که قصد انشاء به عین خارجی ناظر است اجرا می‌شود هر چند انتقال در آینده صورت پذیرد. بر اساس همین قاعده ماده ۳۶۱ ق.م. اشعار می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است».

موجود نبودن مورد معامله عین معین در دو صورت قابل تصور است. یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته باشد. مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد هنوز بوجود نیامده باشد. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۹)

بر اساس آنچه که گفته شد در قرارداد پیش‌فروش ساختمان موقعیت، ابعاد، نوع مصالح، زیر بنا و... در نقشه ساختمان پیش از ساخت معین می‌شود و فروشنده تعهد می‌کند در مقابل آنچه از خریدار می‌گیرد ساختمان را در مهلت معین ساخته و تحویل خریدار دهد. چنان‌که ملاحظه می‌شود در قرارداد پیش‌فروش ساختمان آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد مال قیمی است و همان‌طور که گفته شد مال قیمی جز به طریق عین معین قابل خرید و فروش نمی‌باشد مگر در مواردی که واحدهای آپارتمانی به دلیل شباهت کامل در طرح‌های انبوه سازی مثلی محسوب می‌گردند و امکان فروش آن‌ها به صورت کلی نیز فراهم است. بنابراین مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عین معین می‌باشد و چون ماده ۳۶۱ ق.م. عدم وجود مبیع در بیع عین معین را موجب بطلان معامله می‌داند لذا می‌توان نتیجه گرفت، در صورتی که کسی ساختمانی را که هنوز ساخته نشده به صورت بیع عین معین به دیگری منتقل کند معامله او باطل خواهد بود.

لذا می‌توان نتیجه گرفت که قرارداد پیش‌فروش ساختمان جز در موارد استثنایی در هیچ یک از اقسام بیع جای نگرفته و باید در قالب نوع دیگری از قرارداد صورت گیرد تا صحت یابد.

بحثی که ممکن است اینجا مطرح گردد درباره مفهوم وجود است. پیرامون مفهوم وجود دو دیدگاه مطرح است. یک دیدگاه جزمی که مفهوم وجود را به معنای فلسفی آن در نظر می‌گیرد و وجود تکوینی و بالفعل شیء را مدنظر خویش قرار می‌دهد. از این

دیدگاه تا زمانی که شیئی در عالم وجود قوام و موجودیت نیافته است امکان اعتبار احکام و اجرای آن‌ها پیرامون این شیء صحیح نخواهد بود. در واقع وقتی می‌توانیم احکام مربوط به وضعیت وجود شیء را بر آن جاری سازیم که آن شیء به صورت بالفعل در عالم خارج وجود داشته باشد.

در مقابل این دیدگاه جزمی دیدگاهی متعادل قرار دارد که مفهوم وجود را به معنای فلسفی آن مد نظر قرار ندارد بلکه برداشت عرفی از مفهوم وجود را ملاک اعتبار احکام و آثار و اجرای آن‌ها قرار می‌دهد. به این معنی که اگر در دید عرف آن امر موجود تلقی گردد و عرف آن امر را دارای واقعیت خارجی بدانند همین میزان از وجود را برای مترتب ساختن آثار و احکام کافی به حساب می‌آورد.

این دو دیدگاه به وضوح پیرامون بحث ضمان و به طورخاص در موضوع «ضمان ما لم یجب» خودنمایی می‌کند.

در خصوص ضمان مالم یجب فقها و حقوق‌دانان دو دیدگاه را پذیرفته‌اند. برخی طرف‌دار همان دیدگاه جزمی وجود هستند و وجود دین یا تعهد را به صورت قطعی و تام لازم می‌دانند و در صورتی که این دین به صورت تکوینی موجود نباشد ضمان را به دلیل ما لم یجب بودن باطل می‌انگارند. بسیاری از فقهای ما طرف‌دار این دیدگاه می‌باشند. (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۲۶؛ حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۶؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۶، ص ۱۳۷؛ حلی، محقق، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۹۲)

دیدگاه دوم طرف‌دار دیدگاه غیر جزمی پیرامون مفهوم وجود است. در حقیقت این گروه در حول مفهوم وجود دین برای صحت ضمان وجود سبب دین را نیز برای صحت عقد ضمان کافی ارزیابی نموده و به ضمان سبب دین نیز مهر صحت زده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۷۸؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۴ش، ج ۲، ص ۲۱۰)

قانون مدنی در ماده ۶۹۱ نیز دیدگاه غیر جزمی در خصوص مفهوم دین را پذیرفته است. از مفهوم مخالف این ماده که بیان می‌دارد «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». برداشت می‌شود، که ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده است صحیح خواهد بود.

از بحث نظری پیرامون مفهوم وجود در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز می‌توان بهره برد. همان‌طور که گفته شد در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان پیش‌فروشنده ابعاد و

مساحت، موقعیت، نقشه ساختمان، جنس مصالح و سایر مشخصات را در قرارداد ذکر می‌نماید و در برخی موارد حتی زمین مورد نظر برای احداث ساختمان، خریداری شده و در قرارداد ذکر می‌گردد. بر این اساس اگر طرف‌دار نظر جزمی پیرامون مفهوم وجود باشیم به وجود بالفعل و تکوینی ساختمان مورد فروش در خارج حکم خواهیم داد و چون این ساختمان از دید جزمی هنوز در عالم خارج به صورت بالفعل وجود ندارد ناچار بر طبق ماده ۳۶۱ ق.م. که وجود عین معین هنگام خرید و فروش را از شرایط اساسی بیع می‌داند، حکم به بطلان بیع ساختمان ساخته نشده خواهیم داد. اما اگر طرف‌دار نظر غیرجزمی یا عرفی مفهوم وجود باشیم با ذکر شرایط مذکور در قرارداد و ارائه نقشه و ماکتی از ساختمان ساخته نشده به این نظر رهنمون خواهیم گشت که عرف، ساختمانی با ذکر شرایطی چون ابعاد، مساحت، جنس ابزار و مصالح، ابعاد اتاق‌ها و ساختمان، شماره طبقه و واحد پیش‌فروش شده و ارائه ماکت از ساختمان مذکور آن را از دیدگاه خود موجود تلقی خواهد نمود و با این حساب ماده ۳۶۱ ق.م مشکلی پیش روی ما فراهم نخواهد آورد و بیع ساختمان پیش‌فروش شده به صورت عین معین امکان پذیر خواهد بود.

اما بعید به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی قابل پذیرش باشد. مفهوم غیر جزمی وجود در فقه عمدتاً پیرامون وجود دین و در موضوعاتی چون ضمان و ابراء مورد بحث قرار گرفته است و در آن‌جا علاوه بر وجود خود دین به وجود سبب دین برای ضمانت یا ابراء آن دین اکتفا گردیده است. حال آن‌که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان بحث وجود عین مطرح بوده و از این جهت مصداق آن با دین کاملاً متفاوت می‌باشد و استفاده از وجه اشتراکی چون مفهوم وجود در دین، قیاسی بیش نخواهد بود که از بعد فقهی مردود است. ضمن این‌که این امر بعید به نظر می‌رسد که عرف، ساختمانی که هنوز هیچ بنایی از آن ایجاد نگردیده را موجود فرض نماید. از طرف دیگر اگر گفته شود که سبب وجودی ساختمان که عبارت است، از جمع آوری سرمایه و تهیه نقشه و زمین و... فراهم آمده است و وجود این سبب مفهوم وجود در دین را تداعی می‌نماید که امکان ضمانت دین را فراهم می‌کند در پاسخ خواهیم گفت سبب دین با عین کاملاً متفاوت است چرا که دین مفهومی اعتباری و عین مفهومی فلسفی و واقعی است و وجود این امکانات و اسباب پیرامون احداث ساختمان هیچ تضمینی مبنی بر وجود آن نخواهد بود.

سؤال دیگری که امکان دارد پیش آید این است، که آیا امکان انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت عقد معلق به شرط تعلیق بر وجود ساختمان وجود دارد؟ به عبارت دیگر آیا خریدار می‌تواند عقد بیعی منعقد نماید و اثر آن یعنی انتقال مبیع را بر وجود ساختمان در مهلت زمانی مقرر معلق نماید؟

از مفهوم ماده ۱۸۹ ق.م. که مقرر می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». می‌توان اینگونه برداشت کرد که قانون‌گذار عقد معلق را پذیرفته و علاوه بر این موارد بطلان عقد معلق را به طور منصوص بر شمرده و در سایر موارد سکوت اختیار نموده است و این خود دلیلی بر صحت سایر عقود معلق است: اما نباید از نظر دور داشت که تعلیق در منشأ از سوی حقوق‌دانان ما پذیرفته شده و تعلیق در انشاء را محال و مردود دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۵۶)

در این‌که اگر قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت عقد بیعی معلق بر وجود ساختمان منعقد گردد آیا این عقد صحیح است یا خیر باید قائل به تفکیک بین دو صورت شد:

قسم اول چنان‌که قبلاً نیز گفته شد، حالتی است که واحدهای یک آپارتمان پیش‌فروش شده از هر حیث شبیه هم بوده و با ذکر اوصاف به صورت یک کلی فی‌الذمه فروخته می‌شوند. در این قسم از عقود پیش‌فروش ساختمان، نیازی به وجود مبیع هنگام انعقاد عقد نیست، بنابراین معلق نمودن این قرارداد بر وجود مبیع نیز صحیح خواهد بود. چرا که در عقد بیع عین کلی وجود مبیع هنگام انعقاد لازم نیست و این مبیع امکان دارد در آینده حاصل گردد. البته همان‌طور که قبلاً نیز از نظر گذشت تعداد کمی از واحدهای آپارتمانی به این صورت قابل انتقال خواهد بود. حتی پاره‌ای از حقوق‌دانان موارد مذکور را نیز جزء اموال قیمی دانسته و انعقاد بیع کلی در خصوص آن‌ها را مردود می‌شمارند. زیرا حتی واحدهای یک طبقه آپارتمان با منظره یکسان و شباهت کامل در ساختار، حائز عنوان مبیع کلی نخواهند بود.

در قسم دوم قراردادهای پیش‌فروش ساختمان مبیع تعیین شده واحد آپارتمانی‌ای با ویژگی‌های منحصر به فرد می‌باشد، که در سایر واحدهای ساخته شده این ویژگی‌ها ملاحظه نمی‌گردد. لذا نوع مال، قیمی و نوع عقد بیعی که روی آن قابل انجام است، عقد

بیع عین معین است. در خصوص این که آیا امکان تعلیق بر وجود در قرارداد بیع عین معین هست یا خیر و آیا این تعلیق با ماده ۳۶۱ قانون مدنی در تعارض است یا خیر، به راحتی نمی‌توان سخن گفت و باید در هر صورت به واکاوی ماده ۳۶۱ پرداخته و علت وضع آن را جویا شد.

ماده ۳۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.» در خصوص فلسفه وضع این مقرر حقوق‌دانان معتقدند که قانون‌گذار در نظر داشته است که چون عقد بیع در بیع عین معین تملیکی به حساب می‌آید و این تملیک بلافاصله پس از عقد حاصل می‌آید باید مبیع وجود داشته باشد تا موضوعی برای تملیک فراهم گردد. از این رو زمانی که در بیع عین معین کالای فروخته شده وجود نداشته باشد معلوم نیست تملیک بر روی چه کالایی صورت گرفته و موضوع قرارداد به کلی مخدوش می‌گردد به همین لحاظ انعقاد بیع عین معین بدون وجود مبیع به نوعی باعث جهل و غرر می‌گردد که از دیدگاه فقهی و قانونی ممنوع و مردود است. به همین خاطر است که برخی نویسندگان حقوقی در ذیل بحث موجود بودن مبیع این گونه بیان می‌دارند که: «در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن است، مبیع باید هنگام عقد وجود داشته باشد. زیرا در این مورد عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد.» (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ص ۸۵)

اگر علت وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی را در حکمت تملیک عین معین هنگام عقد بدانیم تعلیق تملیک بر وجود مبیع با مشکلی مواجه نخواهد بود. زیرا به نحوی اثر عقد یعنی تملیک مبیع (تعلیق در منشاء) موضوع تعلیق بوده و معلق علیه یعنی «وجود مبیع» شرط امکان تعلق مالکیت به خریدار خواهد بود. از این رو تا زمانی که مبیع به وجود نیامده باشد تملیک محقق نخواهد شد و این نکته خود گویای این است که علت اصلی وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی، یعنی تملیک مبیع بعد از بیع عین معین و انتقال آن به خریدار، در هنگام انعقاد عقد بیع عین معین وجود ندارد و وجود مبیع که برای این هدف ضروری شمرده شده بود ضرورت خویش را از دست داده و به آینده موکول می‌گردد. نا گفته نماند قبول این استدلال زمانی قابل پذیرش است که تنها علت وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی را «ضرورت تملیک مبیع» بدانیم.

با این حساب آپارتمانی که تنها به صورت عین معین قابل فروش است قابل تعلیق بر وجود نخواهد بود و در صورتی که بر وجود آن در آینده معلق گردد و هنگام عقد وجود نداشته باشد با ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز در تعارض آشکار خواهد بود.

عقد استصناع

یکی از عقودی که در نگاه اول شاید به نظر رسد که می‌تواند قالبی برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان باشد عقد استصناع است. در تعریف این عقد گفته‌اند: «مراد از عقد استصناع^۳ 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 می‌آید، که صاحب صنعت تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت دارد» (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۱)

قرارداد ساخت کالا در گذشته به امور خاصی چون کفش، چکمه، ظروف، کلاه و... محدود می‌شد، اما در حال حاضر در بسیاری از امور از قبیل ساخت ماشین، ساخت قطعات، فرش و... به چشم می‌خورد. قراردادهایی با کارخانه‌های بزرگ بسته شده و سفارش ساخت کالا به آن‌ها داده می‌شود. این امر مبنای بسیاری از معاملات قرار گرفته به نحوی که در کنوانسیون بیع کالا مصوب ۱۹۸۰ وین نیز مواردی به آن اختصاص داده شده است. (ماده ۳ کنوانسیون بیع کالا)

پیرامون ماهیت عقد استصناع این سؤال وجود دارد، که آیا عقد استصناع ماهیتی مستقل دارد یا این‌که انواعی از قراردادهایی چون بیع یا اجاره اشخاص به شرط فروش محصول است؟ در پاسخ می‌توان گفت اگرچه ظاهر سخنان برخی از معاصرین نشان می‌دهد که سفارش ساخت، نوعی مستقل از قرارداد است اما واقعیت آن است که سفارش ساخت تنها بیان‌گر خصوصیت این قسم از دادوستد نزد عقلا است، اما این‌که تمامی موارد آن بیع یا اجاره اشخاص با شرط فروش محصول محسوب می‌شود یا خیر را بیان نمی‌کند بلکه برخی انواع بیع است و برخی انواع آن قرارداد مستقل و برخی هم شاید قرارداد اجاره اشخاص محسوب شود. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۷)

به عنوان مثال حالتی که طرفین پس از گفتگوهای لازم قراردادی را منعقد می‌نمایند که بر طبق آن سازنده مقداری از مصنوعات خویش را در برابر قیمت معین به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و در این میان هیچ حالت انتظاری بین طرفین برای ساخت

کالا وجود ندارد، این نوع سفارش ساخت کالا، بیع محسوب می‌شود چرا که حقیقت بیع که عبارت است از تملیک یک کالا به خریدار و قبول وی در اینجا نیز تحقق یافته است. حالت دیگر وقتی است که طرفین وعده غیر قطعی‌ای با یکدیگر منعقد می‌کنند. به این ترتیب که سفارش دهنده می‌گوید: «این تعداد از فلان کالا را بساز، شاید من آن را از تو بخرم» و سازنده هم آن را قبول می‌کند و یا سازنده می‌گوید: «پس از یک ماه به من مراجعه کن، شاید این تعداد کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارت بگذارم تا از من بخری» در این صورت روشن است که هرگاه قرار و حکمی بسته نشود صرف وعده غیر قطعی نه بیع است و نه عقد. اما این وعده یک نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می‌شود. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۲)

حالت سوم همانند حالت دوم است، با این تفاوت که در این حالت وعده‌هایی که طرفین با یکدیگر می‌گذارند کاملاً قطعی بوده و صاحب صنعت متعهد می‌شود که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و برای فروش عرضه کند و خریدار هم پس از عرضه آن را از فروشنده بخرد. پس هر کدام تصمیم می‌گیرد که در قبال دیگری کاری انجام دهد. قرار داد آن‌ها بیع نیست اما از مصادیق عقد به حساب می‌آید. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۸)

بنابراین عقد استصناع را نمی‌توان به طور مستقل یک قرارداد شناخت بلکه بر اساس اشکال مختلفی که منعقد می‌گردد، می‌تواند در قالب عقود مختلفی چون بیع و یا اجاره اشخاص درآید.

اما به نظر می‌رسد عقد استصناع را نتوان در قالب اجاره اشخاص به شرط فروش محصول جای داد. زیرا عقد اجاره اشخاص عقدی لازم است و شرط فروش محصول به مستأجر چون در ضمن عقد لازم آمده است خود لازم تلقی می‌گردد و اجیر ملزم است کالای ساخته شده را به مستأجر بفروشد و در غیر این صورت مستأجر می‌تواند عقد اجاره را فسخ نماید. این در حالی است که عقد استصناع عقدی است جایز که سازنده اگر به سفارش عمل نماید و کالای سفارش داده شده را بسازد می‌تواند آن را به سفارش دهنده بفروشد و فروش آن به دیگری جایز خواهد بود.

جواز این عقد را می‌توان از پاره‌ای روایات که در باب «نهی از بیع ما لیس عندک» آمده است، نتیجه گرفت که هر معاقد یا گفتگویی برای خرید کالایی که فروشنده باید آن را در آینده تهیه کند و فعلاً نزد او آماده نیست شرعاً نادرست است مگر این‌که هر

یک از دو طرف بعد از تهیه آن کالا مختار باشند که آن را بفروشند یا نخرند و بخرد یا نخرد. لذا وجوب خرید کالای ساخته شده بر اساس گفتگوی اولیه بر شخص سفارش‌دهنده، خلاف مفاد این روایات بوده و محکوم به فساد است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۹) از جمله این روایات می‌توان به روایت صحیحۀ «معاویه بن عمار» از حضرت امام صادق (ع) اشاره کرد. (کلینی، ۱۴۰۷ق.، ج ۵، ص ۲۰۰) سرخسی نیز در «المبسوط» می‌گوید: «هر گاه سازنده به سفارش عمل کند و پیش از آن که سفارش دهنده، کالای ساخته شده را ببیند، آن را بفروشد، فروش آن به دیگری جایز است. زیرا قرارداد هنوز مشخص نشده است. لکن هر گاه سازنده، آن کالا را آماده کند و به رؤیت سفارش دهنده برساند، وی منخیر است [که آن را بپذیرد یا رد کند] زیرا او چیزی را خریداری کرده که آنرا ندیده است.» (به نقل از مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۴)

صرف نظر از صحت این عقد و این که آیا عقدی مستقل است یا خیر آنچه معلوم است، این است که در استصناع ذکر أجل شرط نیست و در صورت ذکر أجل قرارداد از حالت استصناع خارج خواهد شد، بعلاوه این که استصناع یک قرارداد جایز است که هر دو طرف در آن خیار خواهند داشت. دیگر این که آنچه مورد معامله و تعهد در قرارداد استصناع قرار می‌گیرد به صورت کلی فی‌الذمه می‌باشد. (ممی‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۸) چرا که کالایی که درخواست ساخت آن داده شده است در ذمه سازنده قرار می‌گیرد که باید سازنده آن را ساخته و تحویل مشتری دهد.

لذا بر اساس آنچه تحت عنوان استصناع در قالب یک قرارداد قطعی میان سفارش دهنده و سازنده انجام می‌شود مبنی بر این که سازنده کالا را بسازد و پس از ساختن، آن را به سفارش دهنده بفروشد، نمی‌تواند ملاک خوبی برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان باشد. چراکه اولاً موضوع قرارداد استصناع کلی فی‌الذمه است، حال آن که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان مورد معامله ما عین معین محسوب می‌شود. ثانیاً در قرارداد استصناع أجل در قرارداد ذکر نمی‌شود و در صورت ذکر أجل ماهیت قرارداد استصناع به کلی عوض شده و تبدیل به بیع سلف می‌گردد. اما در قرارداد پیش‌فروش ساختمان مهلت ساخت و تحویل ساختمان به صورت مشخص و مضبوط در قرارداد ذکر می‌شود و اگر سازنده در مهلت معین آن را نسازد باید خسارات وارده به مشتری را جبران نماید. (ماده ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان) ثالثاً این که عقد استصناع یک قرارداد جایز از

جانب طرفین معامله (مستصنع و صانع) می‌باشد. حال آن که قرارداد پیش‌فروش ساختمان قراردادی لازم است که طرفین آن ملتزمند به مفاد قرارداد و تعهدات خویش پایبند باشند و در صورتی که یک طرف از تعهدات خویش عدول کند، ابتدا الزام می‌شود و سپس اختیار فسخ به طرف دیگر داده می‌شود. (ماده ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان)

لذا ملاحظه می‌شود که قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب عقد استصناع نمی‌توان جای داد بلکه باید به گونه‌ای دیگر تفسیر نمود. حتی در مورد واحدهای آپارتمانی که به صورت کلی نیز قابل خرید و فروش است امکان انعقاد آن با عقد استصناع نیست چرا که این عقد جایز بوده و ذکر أجل در آن خطاست حال آن که ممکن است در عین کلی شرط أجل ذکر گردد و عقد نیز لازم است.

۱-۲. شرکت

قانون‌گذار ما در ماده ۵۷۱ ق.م. در تعریف شرکت می‌گوید: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». اما در حقیقت آنچه قانون‌گذار در تعریف عقد شرکت گفته است، تعریف عقد شرکت نیست بلکه تعریف اشاعه است که مقدمه و شرط ایجاد شرکت است. در حقیقت می‌توان گفت اشاعه جزئی از عقد شرکت محسوب می‌شود که اگر وجود نداشته باشد سایر ارکان عقد شرکت که بر مبنای آن شکل می‌گیرد به وقوع نخواهد پیوست. بنابراین می‌توان گفت که مال مشاع مالی است دارای مالکین متعدد، بدون این‌که مورد مالکیت آن‌ها مشخص باشد و هر ذره فرضی از این مال متعلق به کلیه مالکین است. (کاشانی، ۱۳۶۵، ص ۱۰) به تبع از این اشتراکِ ملکیت در اجزاء یک اثر مهم به دست می‌آید و آن «ممنوعیت تصرفات» است. چرا که اگر حتی در یک ذره از مال مشاع تصرف شود در قسمت متعلق به شریک هم تصرف شده است و این تصرف اگر بدون اذن باشد ممنوع است و موجب ضمان می‌گردد. (ماده ۵۸۲ ق.م.)

لذا گفته می‌شود این تعریف قانون مدنی تعریف عقد شرکت نیست، بلکه تعریف مال مشاع می‌باشد. چرا که در شرکت ما یک هدف داریم و آن کسب سود و زیان است. در حقیقت شرکت از دو نوع مشارکت تشکیل می‌شود. یک مشارکت در ایجاد وحدت دارایی یا همان اشاعه و دیگر مشارکت در سود و زیان است. در عنصر وحدت دارایی یک «اذن» نهفته است که اثر آن جواز تصرف در مال مشاع است و به تبع این اذن در

تصرف، مشارکت در سود و زیان حاصل می‌آید. پس در واقع شرکت از مجموع دو عنصر «اشاعه» بعلاوه «اذن» حاصل می‌آید. (پورسید، ۱۳۸۷، ص ۵)

بر همین اساس اتحادی که بین مالکان، در باب ایجاد اشاعه حقوقی بوجود می‌آید، بی‌هدف نیست. برای این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از این اقدام، بین شرکاء تقسیم شود. بنابراین هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته‌ای داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنی می‌دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۶)

بنابراین در تعریف عقد شرکت گفته شده است: «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 سهمی مشاع از این مجموعه شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۷)

لذا گفته می‌شود وحدت دارایی (اشاعه) بر اساس عنصر تعاون برای سهم بودن در سود و زیان مفهوم شرکت در حال حاضر است. (پورسید، ۱۳۸۷، ص ۴)

حالت اشاعه شرکت به دو صورت اختیاری (ماده ۵۷۳ ق.م) و قهری (ماده ۵۷۴ ق.م) ممکن است ایجاد شود. حالت اختیاری در نتیجه عقدی از عقود مانند بیع، صلح یا حتی خود عقد شرکت یا در نتیجه عمل شرکاء مانند مزج اختیاری ممکن است صورت گیرد. و صورت قهری اشاعه در نتیجه ارث یا مزج قهری کالا می‌تواند تحقق یابد.

شرکتی که بر مبنای مالکیت‌های مشاع تشکیل می‌شود، شخصیت حقوقی ندارد. زیرا فرض بر این است که اموال شریکان به خود آنها تعلق دارد و سود و زیان ناشی از اداره مال مشاع به ایشان می‌رسد. این قاعده در مورد شرکت‌هایی که به کار تجارت نمی‌پردازند به‌طور کامل اجرا می‌شود و بر همین مبنا شرکت را «مدنی» گویند. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۹) در حالی که در شرکت‌های تجاری، شرکت پس از این‌که آورده شریکان تقویم و تسلیم گردید، تشکیل می‌شود و شخصیت حقوقی به خود می‌گیرد. در حقیقت اموال شریکان به آنها تعلق ندارد بلکه در مالکیت شخصیت حقوقی شرکت استقرار می‌یابد.

باتوجه به مقدمات فوق در قرارداد پیش فروش ساختمان گاهی فردی صاحب زمین است و می‌خواهد روی این زمین ساخت و ساز کند اما سرمایه کافی برای این امر ندارد.

لذا سعی می‌کند تا از طریق درج آگهی در مطبوعات و رسانه‌ها به جلب سرمایه از طریق مشارکت با سایر افراد بپردازد. به این معنی که سرمایه و پول از جانب آن‌ها باشد و کار ساخت و زمین، آورده این شخص محسوب گردد. پول و سرمایه از صاحبان آن به صورت اقساط و همزمان با پیشرفت ساختمان در مراحل مختلف گرفته می‌شود و نهایتاً توافق می‌شود که هنگام ساخته شدن ساختمان و پس از احداث و تکمیل واحدهای آپارتمانی هر کدام از سازنده و صاحب سرمایه مالک تعدادی از واحدها شوند.

حال با توجه به آنچه گفته شد، آیا می‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان به نحوی همان عقد شرکت است و آن را بر اساس شرایط و اوصاف عقد شرکت تبیین و توصیف نمود و از گذاشتن عنوان پیش‌فروش بر آن اجتناب نمود؟

آنچه در عقد شرکت به عنوان مبنای شرکت قلمداد می‌شود اشاعه در اموال طرفین شرکت است که با استفاده از عوامل اختیاری نظیر عقود یا عمل شرکاء یا عوامل غیر اختیاری نظیر ارث یا مزج قهری ایجاد می‌گردد. در حقیقت ابتدا اشاعه ایجاد می‌شود و سپس اذن در تصرف در این اموال مشاع بر اساس اراده شرکاء حاصل می‌گردد و شرکاء هدف خود را از این اشاعه، اذن در تصرف و کسب سود و زیان می‌دانند.

اما در قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک چنین اشاعه‌ای ملاحظه نمی‌گردد. اولاً آنچه پیش‌خریداران به صورت اقساط در اختیار سازندگان قرار می‌دهند به عنوان آورده نیست بلکه در حقیقت ثمن معامله و عوض ساختمانی است که در آینده به آن‌ها تحویل خواهد شد. در ثانی آپارتمانی که در انتها ساخته و تکمیل خواهد شد ملک مشاع فروشندگان و خریداران محسوب نمی‌گردد. از یک طرف با ساخت و تکمیل تدریجی بنا، این بنا به تملیک خریدار در می‌آید. لذا فروشندگان در ملکیت آن حقی ندارند. و از طرف دیگر خریداران هم هریک مالک واحدی مشخص از آپارتمان که از قبل و هنگام تنظیم قرارداد معین گردیده، می‌باشند و ساختمان حالت مشاع بین خریداران یا بین فروشندگان پیدا نمی‌کند.

دیگر این‌که هدف پیش‌خریداران از بستن قرارداد، سهمی شدن در سود و زیان نیست و پیش‌فروشنده نیز صاحب اذن در تصرف به منظور کسب سود و زیان نمی‌باشد. بلکه هدف و قصد اولیه پیش‌خریداران از تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان، مالکیت واحد ساختمانی است که در آینده ساخته خواهد شد.

لذا نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را عقد شرکت تلقی کرده و اوصاف و شرایط و آثار این عقد را بر آن بار نمود. قراردادی که در چند پاراگراف قبل چگونگی آن توضیح داده شد شاید بتوان بر مبنای عقد شرکت آن را تفسیر نمود اما با توجه به دلایل گفته شده قرارداد پیش‌فروش ساختمان نخواهد بود.

۲. قراردادهای خصوصی (موضوع ماده ۱۰ ق.م)

ماده ۱۰ ق.م در بیان اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن‌ها را منعقد نموده‌اند در صورتی که

مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

بنابراین در حقوق ما همچون حقوق بسیاری از کشورها اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده است. مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها افراد در انعقاد قراردادها آزادی کامل دارند، مگر در مواردی که قراردادی خلاف صریح قانون باشد.

اصل آزادی اراده به این معنی است که هر فرد در جامعه هر کاری که بخواهد می‌تواند انجام دهد، مگر این‌که قانون در موارد استثنایی به منظور حفظ مصالح اجتماعی، بر اراده او به عنوان بازدارنده وارد گردد. تا وقتی که اراده‌ها در جهت خلاف جهت مصلحت عمومی جامعه حرکت نکنند نباید از ظهور و بروز آن‌ها جلوگیری نمود. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۰)

به موجب اصل آزادی قراردادها، هر عقد و قرارداد بین اشخاص معتبر است. ضرورت ندارد که قانون معین نظر به اعتبار یک‌یک قراردادها بدهد، فقط کافی است که قانون از قرارداد خاصی منع نکرده باشد. پس اگر دیده شود که قانون، قراردادی را منع نکرده است، آن قرارداد معتبر است و این اعتبار از اصل فوق سرچشمه می‌گیرد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۱)

حقوق‌دانان اسلامی معتقدند که طرفین عقد حق دارند که هر شرطی را که خلاف شرع نباشد در عقد بگنجانند. استناد ایشان به روایتی است که می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم الأشرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۷)

مطلب دیگری بین فقیهان مطرح است و آن این‌که آیا توافق طرفین قرارداد باید در قالب عقود معین باشد یا طرفین آزادند که توافق خود را در قالبی که مخالف شرع نباشد درآورند؟ بسیاری از فقیهان و مفسران معتقدند که آیه اول سوره مائده که می‌فرماید: «یا

آیها الذین آمنوا أوفوا بالعقود...». شامل هر عقدی می‌شود که مخالف شرع نباشد و لذا اختصاصی به عقود معین ندارد. (بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۴۰) لذا آیه مزبور بر لزوم اجرای مدلول عقد و مرتب ساختن آثار آن دلالت دارد. به عبارت دیگر طرفین عقد نسبت به ترتب آثار عهد، ملزم و متعهدند و حق فسخ و برهم زدن آن را ندارند و این همان لزوم عقد است. لذا مدلول آیه شریفه این است که کلیه عقود واجب الوفا و لازمند مگر آن‌که دلیل خاصی بر جواز عقدی اقامه شود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۳۹)

در هر صورت آزادی اراده جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد نکند، به عنوان «اصل» پذیرفته شده است.

از اصل آزادی قرارداد نتایج می‌توان گرفت که عبارتند از:

- اشخاص می‌توانند قرارداد را ذیل هر عنوانی که مایل باشند منعقد سازند و آثار آن را به دلخواه معین کنند.

- عقد با تراضی واقع می‌شود و تشریفات خاصی بر آن حاکم نیست.

- دو طرف عقد ملزم به رعایت آن بوده و تعهدات آنرا باید اجرا کنند.

- عقد محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲،

صص ۱۴۶ و ۱۴۷)

- اصل حاکمیت اراده اقتضا دارد که در تفسیر قرارداد به آنچه متعاقدین صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند توجه شود. اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند، اراده واقعی آن‌ها باید در نظر گرفته شود و ملاک تفسیر قرارداد باشد. (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۴۸)

قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م.تحت عناوینی چون قراردادهای خصوصی یا عقود نامعین نامیده می‌شوند که در مقابل عقود معین قرار می‌گیرد.

در حقیقت منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ ق.م. و معتبر دانستن چنین قراردادهایی، اعتبار بخشیدن به معاملاتی است که علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. لذا در صورتی که قراردادی را با ماهیت و آثار عقود معین بتوان تفسیر نمود و در قالب آن‌ها گنجانید نیازی به ماده ۱۰ ق.م. و قراردادهای خصوصی وجود نخواهد داشت. به همین لحاظ می‌توان گفت رابطه

عقود معین با عقود نامعین یک رابطه طولی است. چنان‌که قراردادی در عقود معین جای گیرد نوبت به عقود نامعین موضوع ماده ۱۰ ق.م.نخواهد رسید.

سؤالی که این‌جا پیش می‌آید این است که ملاک تمیز این دو نوع عقد از یک‌دیگر چیست؟ و چگونه می‌توان بر عقدی عنوان معین و بر عقدی عنوان نامعین نهاد؟

در پاسخ می‌توان گفت صرف عنوان و نامگذاری قانونی نمی‌تواند عقود مقصود طرفین را از یک‌دیگر متمایز سازد و آنچه سبب تمایز عقود از یک‌دیگر می‌شود حقیقت و ماهیت آن‌ها است که این ماهیت‌ها نیز به نوبه خود با لحاظ آثار حقوقی آن‌ها از یک‌دیگر متمایز می‌گردد. لذا دو طرف صرفاً نمی‌توانند با عدم ذکر عنوان قانونی هر یک از عقود معین آن را تحت یک عقد نامعین در نظر بگیرند و تصور کنند که در این حالت فقدان شرایط اختصاصی مقرر برای عقود معین، خدشه‌ای بر اعتبار آن وارد نمی‌کند. لذا اگر طرفین عقدی را منعقد کنند که به لحاظ ماهیت و آثار، عقد معینی باشد، نامگذاری آن قرارداد به قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م. حقیقت آن را تغییر نمی‌دهد و بالعکس. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۶)

با این حساب می‌توان گفت ضابطه تشخیص عقد معین از نامعین، مجموعه آثاری است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است. در عالم حقوق نیز آثار وابسته به ذات یک موجود اعتباری می‌تواند معرف ماهیت او باشد. مثلاً ماهیت بیع که انتقال مالکیت است از مجموعه آثاری شناخته می‌شود که قانون برای ذات آن مقرر ساخته است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت یک عقد غیر معین نمی‌تواند ماهیت و آثار ذاتی عقود معین باشد. بلکه ماهیت عقد غیر معین صرف‌نظر از لازم‌الاتباع بودن، دارای آثار دیگری است که طرفین خود برای آن معین کرده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸)

با این وجود این عقیده ناصحیح است که عقد معینی که فاقد یکی از شرایط اختصاصی باشد را مشمول ماده ۱۰ ق.م. بدانیم و آن را بر این اساس معتبر جلوه دهیم. زیرا از یک طرف باید پذیرفت که ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مانند موجود بودن مبیع در بیع عین معین، یا مثلی بودن مال مورد قرض و... بطلان معامله فاقد یکی از این شرایط می‌باشد. و از طرف دیگر اگر قرار باشد، عقد فاقد یکی از شرایط اختصاصی را بتوان به استناد ماده ۱۰ ق.م. صحیح دانست، باید همه مقررات قانونی

مربوط به این شرایط و تعاریف و احکام و آثار را زاید و صرفاً مقرراتی اختیاری تلقی نمود، که چنین پنداری صحیح نیست. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵)

بر این اساس نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمانی که مورد معامله آن عین معین محسوب می‌شود و طبق ماده ۳۶۱ ق.م در صورت بیع آن، باید مورد معامله وجود داشته باشد را به صورت بیع فروخت اما عنوان بیع را از روی آن برداشته و تحت عنوان ماده ۱۰ ق.م نام‌گذاری کرد، حال آن‌که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان عین معین موجود نیست و شرط مذکور در ماده ۳۶۱ رعایت نگردیده است مگر در مواردی که واحدهای آپارتمانی بر اساس آنچه قبلاً گفته شد مال مثلی تلقی گردد و امکان فروش آن به صورت کلی فراهم باشد. چرا که با این کار، ماهیت و آثار چنین قراردادی تغییر نکرده و همچنان موجود نبودن مورد معامله باعث بطلان چنین معامله‌ای خواهد بود. نتیجه این می‌شود که نمی‌توان قرارداد خصوصی پیرامون قرارداد پیش‌فروش ساختمان بست و ماهیت و آثار بیع عین معین را بر آن بار نمود. در این صورت شرط اختصاصی «موجود بودن مورد معامله در هنگام بیع» مذکور در ماده ۳۶۱ ق.م همچنان گریبانگیر این قرارداد خواهد بود. چرا که صرف تغییر نام در قراردادی باعث تبدیل شدن یک عقد به عقد دیگری نمی‌شود.

سؤال دیگری که در این بخش پیش می‌آید آن است که آیا عقود غیرمعینی که ماده ۱۰ ق.م آن‌ها را «قراردادهای خصوصی» نامیده است. همانند عقود معین باید مشمول مقررات ماده ۱۹۰ ق.م مربوط به شرایط اساسی صحت معامله و اجتماع شرایط مذکور باشند؟ یا خیر؟

پاسخ این است که این شرایط شامل قراردادهای خصوصی نیز می‌باشد. زیرا عبارت ماده ۱۹۰ ق.م که عنوان می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:...». و نیز مواد مربوط دیگر، عام می‌باشد و عقود غیرمعین نیز ذیل این عموم جای می‌گیرد. بعلاوه این‌که بعضی از شرایط همچون قصد و رضا، متکی بر مبنای فلسفی و اصولی و اصل حاکمیت اراده انسان است و تحقق عمل حقوقی بدون قصد و رضا، پذیرفته نیست. و بعض دیگر مانند مشروعیت جهت و معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی است که عهده‌دار پاسداری از نظم اجتماعی و قضایی است و لزوم آن در عقود معین و نامعین دارای ملاک واحدی است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۱۲۴-۱۲۵)

به همین لحاظ باید گفت برای این که بتوان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م.مطرح نمود نیاز به گذشت از سه شرط است. نخست این که باید اثبات نمود این قرارداد در قالب هیچ یک از عقود معین مشابه نمی‌گنجد و ماهیت و آثار آن‌ها را به همراه ندارد. دوم این که باید ثابت کرد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان با ماهیت فعلی دارای شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.می‌باشد. سوم این که نباید هیچ قانون امری مخالفی صریحاً قرارداد پیش‌فروش ساختمان را ممنوع کرده باشد. تنها در این صورت است که می‌توان نفوذ و لزوم چنین قراردادی نسبت به طرفین قرارداد را از ماده ۱۰ ق.م. برداشت نمود.

پیرامون شرط نخست می‌توان گفت که بر اساس بررسی‌های انجام شده در بخش‌های سابق این نوشتار، قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب هیچ یک از عقود معین مشابه چون بیع، بیع سلف، عقد استصناع و شرکت جای نمی‌گیرد مگر در موارد خاص که واحدهای آپارتمانی شبیه هم وجود دارد و در واقع مثلی محسوب می‌شود و امکان فروش به صورت عین کلی وجود دارد. علت این امر در قسمت‌های سابق به صورت تفصیلی مورد بحث قرار گرفت. لذا از جهت شرط نخست مشکلی پیش رو احساس نمی‌شود.

اما شرط دوم یعنی رعایت شرایط اساسی صحت معامله مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان قابل بررسی است.

شروط اول و دوم مذکور در بندهای اول و دوم ماده ۱۹۰ ق.م. مربوط به شرایط طرفین معامله می‌باشد. لذا چون بحث ما در خصوص بررسی شرایط خود معامله است، بحث در خصوص این دو شرط از حوصله این مقاله خارج است. اما سایر شروط یعنی معین بودن موضوع مورد معامله و مشروع بودن جهت آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.، مورد معامله باید برای طرفین معین باشد وگرنه معامله باطل خواهد بود. به نظر می‌رسد که کلمه معین در این ماده هم به معنی خاص یعنی غیرمردد میان چند چیز، و هم در برگیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم بودن از لحاظ جنس و وصف و مقدار است. بنابراین معامله یکی از دو چیز به طور نامعین باطل است. (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۲)

بند سوم ماده ۱۹۰ ق.م. از ظاهر ماده ۲۱۴ ق.م. نیز قابل استنباط است. باید توجه داشت که تعهد بر فروش یکی از دو چیز، برخلاف فروش یکی از آن دو، صحیح است. زیرا مورد این قرارداد در حقیقت، تعهد بر فروش یکی از آن دو است که موضوعی معین است نه خود یکی از آن دو. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۶)

بر این اساس باید گفت در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، موقعیت، مساحت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیر بنا و سایر مشخصات از قبیل شماره طبقه، شماره واحد و... معین می‌شود. با این حساب باید گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان دارای شرط سوم ماده ۱۹۰ ق.م. می‌باشد. چرا که از جهت معین بودن مورد معامله یعنی مردد نبودن آن کامل می‌باشد. زیرا موقعیت آپارتمان و شماره طبقه و واحد، ذکر می‌گردد و این امر، تردید را پیرامون مورد معامله در این قرارداد از بین می‌برد. ضمن این‌که مساحت، ابعاد، و مشخصات فنی و معماری و مساحت کل عرصه و... از جهت معلوم بودن مورد معامله مشکل را بر طرف می‌کند. چرا که جنس مورد معامله واحد آپارتمانی است، وصف آن ذکر مشخصات فنی و معماری و سایر مشخصه‌هاست و مقدار آن، ابعاد و مساحت آن است که در قرارداد دقیقاً معین می‌شود. چنان‌که اگر مساحت بنا کمتر یا بیش‌تر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، پیش‌خریدار حق فسخ خواهد داشت. (ماده ۱۰ قانون پیش‌فروش ساختمان)

پیرامون شرط چهارم مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. یعنی مشروع بوده جهت معامله می‌توان گفت، انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان توسط شرع و یا قانون ممنوع نشده و مخالفتی با نظم عمومی ندارد. چنان‌که ملاحظه می‌شود این قرارداد به طور گسترده‌ای انجام می‌شود و مخالفتی با آن صورت نگرفته است.

پیرامون شرط سوم یعنی نبود قانون مخالف امری، می‌توان گفت اصل بر نبود چنین قانونی است و اصل حاکمیت اراده نیز پشتیبان این قرارداد است. بعلاوه مواد قانونی امری که ممکن است این قرارداد را محدود کنند همچون ماده ۱۹۰ ق.م. خدشه‌ای به این قرارداد وارد نمی‌سازند، چرا که در حقیقت این قرارداد مخالف آن‌ها نیست. با عبور از سه شرط مذکور می‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در زمره عقود نامعین یا قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م. جای می‌گیرد.

اما در هر صورت قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب «عقد صلح» نیز می‌توان جای داد. چرا که گفته می‌شود صلح می‌تواند نقش هر یک از معاملات را اعم از معوض و غیرمعوض و معاملات ناقل عین یا منفعت را ایفا کند. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۱) و همان‌طور که گفته شد، آنچه قابل انتقال و اسقاط باشد می‌تواند موضوع عقد صلح قرار گیرد و همین ضابطه کافی به نظر می‌رسد که بتوان همه مسائلی را که از قلمرو قوانین آمره بیرون است، موضوع عقد صلح قرار داد. به طوری که حقوق‌دانان آن را هم‌تراز با ماده ۱۰ ق.م و حتی فراتر از آن می‌دانند. چرا که قانون مدنی قرارداد بین طرفین را فقط بین همان دو مجرا می‌داند در حالی که صلح به حقوق اشخاص ثالث نیز تسری می‌یابد. مثال آن زمانی است که ملک مشاعی به صورت صلح فروخته شود که در این حالت حق شفعه برای شریک باقی نمی‌ماند چرا که حق شفعه تنها در حالت بیع جاری است. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۳۰۳) اما در هر حال عقد صلح عنوانی است که باید در قرارداد به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. و صلح خود قالبی است که از سوی قانون‌گذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است.

عقد صلح، عقدی است لازم. چرا که قانون‌گذار در ماده ۷۶۰ ق.م مقرر می‌دارد: «صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد، مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله». بر اساس این ماده می‌توان گفت هنگامی که عقد صلح در مقام عقود لازمه منعقد گردد، به طریق اولی لازم خواهد بود.

با این حساب دور از نظر نیست که چون قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م بر اساس اصل حاکمیت اراده می‌گنجد، هیچ دلیلی نمی‌توان یافت که بتوان آن را از قلمرو عقد صلح خارج نمود. چرا که آنچه در قالب ماده ۱۰ ق.م قابل طرح باشد در عقد صلح نیز خواهد گنجد و صرفاً عنوان و قالب عقد صلح را با خود یدک می‌کشد.

گروهی از حقوق‌دانان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را «تعهد بر بیع» دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰) و عده‌ای دیگر آن را «قرارداد درباره فروش مال آینده» تلقی نموده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۷۷) و گاهی از آن تحت عنوان «وعده بیع» یاد شده است. همه این‌ها در بر دارنده یک چیز است و آن تعهد برانجام معامله در مورد مالی معین در آینده است که در عرف معاملات و محاکم دادگستری به «قول‌نامه» شهرت

دارد. البته عناوین دیگری چون «وعده متقابل بیع» و «قرارداد تشکیل بیع» نیز مورد استفاده قرار گرفته است.

در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی مقدمات آن از قبیل عدم وجود مورد معامله و یا نداشتن پول کافی برای خرید مورد معامله و... فراهم نیست، قراردادی منعقد می‌کنند که در آن طرفین تعهد می‌نمایند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند. سندی که در این باب تنظیم می‌شود اصطلاحاً «قول‌نامه» می‌نامند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۲)

در حقیقت می‌توان گفت قول‌نامه عقدی است لازم که لزوم خود را از ماده ۱۰ ق.م می‌گیرد.

هدف از قول‌نامه این است، که برای طرفین، تعهدی مبنی بر انشاء عقد بیع در آینده بوجود آید. بنابراین اگر یکی از آن دو از اجرای تعهد خود سر باز زند، دیگری می‌تواند الزام او را به بیع از دادگاه بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۳)

اگر قول‌نامه تعهد به انتقال باشد نه سند انتقال، پذیرفتن سند عادی نیز برای اثبات آن امکان دارد. رأی شماره ۴۷۹ مورخ ۱۳۳۱/۴/۵ دیوان عالی کشور بر این امر تأکید دارد. (کیهان، ۱۳۴۲، ص ۱۹۷) اما با این وجود در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان^۹ طرفین را الزام می‌کند که قرارداد پیش‌فروش باید نزد دفاتر اسناد رسمی و با تنظیم سند رسمی صورت پذیرد.

در هر صورت بیشتر محاکم این گونه قراردادها را، هرچند در آن مبلغی از ثمن به عنوان بیعانه یا وجه التزام پرداخت شده باشد و طرفین نیز خریدار و فروشنده نامیده شده باشند، «تعهد به بیع» محسوب می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۳)

ممکن است این سؤال ایجاد شود که اکنون که پذیرفته شد قرارداد پیش‌فروش ساختمان در واقع «تعهد به بیع» یا «تعهد به انتقال» است مکانیزم این انتقال به چه صورتی در قرارداد پیش‌فروش ساختمان شرط می‌شود: به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل؟ به این معنی که آیا پیش‌فروشنده در قرارداد شرط می‌کند که ساختمان پیش‌فروش شده در هنگام تحویل ملک پیش‌خریدار باشد یا این‌که تعهد می‌نماید هنگام تکمیل ساخت، آپارتمان را به خریدار تحویل نماید یا بفروشد؟

به نظر می‌رسد تعهد به فروش، شرط فعل باشد چراکه ماده ۳ لایحه پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد «پیش‌فروش ساختمان و انتقالات بعدی ساختمان باید با تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد». بر این اساس فروش و انتقال ساختمان پیش‌فروش شده با انجام تشریفات تنظیم سند رسمی و به وسیله دفتر خانه اسناد رسمی صورت می‌گیرد و با این حساب شرط انتقال این ساختمان در آینده شرط فعل به حساب می‌آید زیرا بر اساس آنچه ماده ۲۳۶ قانون مدنی پیرامون شرط نتیجه مقرر می‌دارد و بیان می‌دارد «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود» شرط نتیجه هنگامی که به سبب خاصی نیاز داشته باشد امکان تحقق نخواهد داشت. وجود تشریفات ویژه برای ایجاد نتیجه مورد نظر نیز از اسباب خاص مورد نظر قانون مدنی است. بنابراین هنگامی که انعقاد عقدی همچون انتقال مال غیرمنقول نیاز به تشریفات تنظیم سند رسمی داشته باشد این تشریفات مانع از انعقاد نتیجه به نفس اشتراط در ضمن عقد است و انتقال دهنده باید مراحل تشریفاتی را جداگانه انجام دهد تا نتیجه مطلوب حاصل آید. با این حساب شرط انتقال ساختمان پیش‌فروش شده تنها در قالب شرط فعل قابل تحقق است. ماده ۲۵ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز بر این امر تاکید ورزیده و پیش‌فروشنده‌ای که از انجام این تشریفات خودداری نماید را به جزای نقدی محکوم می‌نماید.

از آن‌جا که چنین قراردادی بر مبنای اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها تحلیل می‌گردد، در قالب ماده ۱۰ ق.م.خواهد گنجید و لازم بودن آن نسبت به طرفین قرارداد از متن این ماده برداشت خواهد شد. بنابراین می‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقدی است لازم، که طرفین را ملزم به انجام تعهدات خویش نسبت به یکدیگر می‌کند. به طوری که پیش‌فروشنده متعهد می‌شود ساختمان را در مهلت تعیین شده بسازد و زمانی که ساختمان تکمیل شد آن را به پیش‌خریدار مذکور در قرارداد، منتقل کند و پیش‌خریدار هم ملتزم است که ثمن مورد معامله را به صورت اقساط در مقاطع زمانی تعیین شده پرداخت نماید و در هنگام تکمیل بنا، آن را تحویل بگیرد. بعلاوه حق انتقال حقوق خود به غیر را بدون اجازه طرف دیگر قرارداد ندارد. در غیر این صورت هم پیش‌خریدار و هم منتقل‌الیه متضامناً مسئول پرداخت ثمن خواهند بود. (ماده ۲۱ قانون پیش‌فروش ساختمان) در صورت عدم پرداخت ثمن به صورت اقساط از سوی خریدار،

در صورتی که حق فسخ برای فروشنده پیش‌بینی شده باشد وی می‌تواند قرارداد را فسخ کند. (ماده ۱۹ قانون پیش‌فروش ساختمان) به علاوه خریدار هم در صورت عدم رعایت شرایط مذکور در قرارداد همچون عدم ساخت بنا در مهلت مذکور در قرارداد و یا عدم تطابق بنای ساخته شده با مشخصات مذکور در قرارداد، می‌تواند الزام پیش‌فروشنده را بخواهد یا قرارداد را فسخ نماید. (ماده ۸ لایحه پیش‌فروش ساختمان) این اثرات از لزوم این قرارداد به دست می‌آید.

قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب دیگر قراردادهای خصوصی نیز می‌توان آورد. اما آنچه تحت عنوان «تعهد بر بیع» یا «قول‌نامه» مطرح شد شایعتر و فراگیر تر از سایر عناوین است.

اما تحت عنوان سایر قراردادهای خصوصی سازندگان واحدهای آپارتمانی برای انجام تعهد خویش، زمین معینی را تهیه و زمین مورد نظر را به متقاضیان انتقال داده، سپس تعهد می‌کنند که در آن زمین، بر طبق نقشه‌های ساختمانی و سایر مشخصات و ابعاد قراردادی، آپارتمان‌های مورد تعهد را ساخته و به متقاضیان منتقل نمایند. در این صورت تنها وعده بیع یا تعهد به بیع صادق نخواهد بود بلکه چیزی فراتر از آن یا متفاوت از آن به حساب می‌آید. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۷۷)

از آن‌جا که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان مورد معامله عین معین است و با این حساب بیع آن منوط به وجودش حین انعقاد معامله می‌باشد (ماده ۳۶۱ ق.م) لذا عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که می‌شود عین معین را در حالی که موجود نیست ضمن عقد کلی فی‌الذمه شرط نمود و آنرا فروخت. و در این مورد مثالی ذکر نموده‌اند که اگر کسی «بگوید بره این گوسفند را که سال آینده بوجود می‌آید به تو فروختم؛ این بیع از نظر حقوق ایران درست نیست، زیرا در بیع عین معین باید عین موجود باشد ولی به صورت شرط ضمن عقد کلی فی‌الذمه درست است». (بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱)

به نظر می‌رسد در صورتی که انتقال عین معین غیر موجود را ذیل عقد کلی فی‌الذمه شرط نمائیم شرط مذکور صحیح باشد. چرا که وجود چنین شرطی در واقع تعهد پیش‌فروشنده به تحویل کالای معین در آینده است و تعهد در این زمینه با مشکلی روبه رو نخواهد بود. زیرا آنچه باطل است بیع عین معین غیر موجود است نه تعهد بر فروش این عین معین. چرا که تعهد در این حالت می‌تواند در ذمه فروشنده قرار گیرد و او را

متعهد به فروش در آینده نماید. این حالت یعنی شرط بیع عین معین در ضمن یک عقد دیگر در حقیقت همان روشی است که قداماً برای رسیدن به مقصود خود در قالبی غیر از عقود معین بر می‌گزینند که در واقع گویای اصل حاکمیت اراده می‌باشد. در حال حاضر به دلیل وجود ماده ۱۰ ق.م. نیاز به گذاشتن چنین شرطی نیست و می‌توان در قالب این ماده اصل حاکمیت اراده را اجرا نمود چنان‌که در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز به همین ترتیب است.

نتیجه‌گیری

تحلیل ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر اساس ماده ۱۰ ق.م. و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی» مطرح می‌گردد و از لحاظ شرایط و آثار واجد شرایط و آثار قراردادهای خصوصی است. از این حیث مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و از آنجا که به موجب ماده ۱۰ ق.م. قراردادی الزام‌آور شناخته می‌شود، طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش ملتزم و مسئول هستند و در صورت عدم انجام تعهد از سوی یک طرف، طرف دیگر، می‌تواند او را به انجام آن الزام کند، یا قرارداد را فسخ نموده و خسارت دریافت دارد.

قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر مبنای الزام‌آور بودن این قراردادها و تعهد فروشنده مبنی بر سلب اختیار فروش به دیگری از خود، نوعی حق برای خریدار بوجود می‌آورد که طبق آن می‌تواند در صورت فروش ساختمان توسط متعهد به دیگری، قرارداد با شخص ثالث را ابطال و متعهد را ملزم به فروش مال به خود کند. با تحلیل ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان تحت عنوان «قرارداد خصوصی» می‌توان آن را در قالب قراردادهای مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م. همچون قرارداد «تعهد به بیع» یا «قرارداد تشکیل بیع» یا «وعده بیع» آورد که در مفهوم اصطلاحی و عرفی عمدتاً «قول‌نامه» نامیده می‌شود. همچنین به خاطر گستردگی حوزه عقد صلح و در حقیقت برابری کردن آن با ماده ۱۰ ق.م. می‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب «عقد صلح» نیز آورده و تنها نیاز خواهد بود، عنوان «صلح» به طور صریح یا ضمنی بر آن قرار گیرد. علت این امر که قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق.م. گنجانیده شد، منطبق نبودن آن با هیچ‌یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. البته در پاره‌ای موارد امکان فروش

واحدهای آپارتمانی کاملاً مشابه به طریق بیع کلی فراهم بود اما در اکثر موارد عدم تطابق با هیچ یک از عقود معین به همراه مخالف قانون نبودن این قرارداد و دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، کافی است تا بتوان این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ ق.م.جای داد. مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان از نوع اموال قیمی است چرا که املاک به خاطر تفاوت موقعیت هرچند هم از لحاظ مساحت یک اندازه باشند، قیمت‌های متفاوت دارند. اموال قیمی نیز تنها به صورت عین معین قابل خرید و فروش است و در غیر این صورت یعنی فروش آن‌ها به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله مجهول و موجب بطلان قرارداد می‌شود. همین ملاک این قرارداد را از ذیل عقود چون بیع کلی فی‌الذمه و کلی در معین، بیع سلف و عقد استصناع خارج می‌کند. در مواردی خاص که مورد پیش فروش شده واحدهای آپارتمانی باشد که از هر حیث مشابه است امکان فروش آن‌ها با بیع کلی فراهم خواهد بود چرا که به نوعی مال مثلی به حساب می‌آید. در بیع عین معین نیز طبق ماده ۳۶۱ ق.م.باید مورد معامله هنگام عقد وجود داشته باشد وگرنه بیع باطل است. لذا نمی‌توان ساختمانی که هنوز ساخته نشده و وجود ندارد را به طریق بیع عین معین فروخت. مگر این‌که معتقد به نظریه غیر جزمی مفهوم وجود باشیم که صرف نقشه و ماکت و تعیین محل احداث را دلیلی بر وجود بدانیم که در این صورت امکان فروش به صورت عین معین فراهم خواهد شد اما قبول این نظر پیرامون قرارداد پیش فروش که موضوع آن از اعیان است با سختی مواجه می‌باشد.

قرارداد پیش فروش ساختمان یک عقد لازم است و لزوم خود را از ماده ۱۰ ق.م. گرفته است. لذا از زمره عقود چون شرکت و استصناع خارج می‌گردد. به علاوه تعیین مدت در این قرارداد برای ساختن بنای مورد نظر، از جهت دیگر استصناع بودن این عقد را منتفی می‌سازد و از جهت این‌که مال مشاعی با آورده طرفین ایجاد نمی‌شود و طرفین قصد همکاری و تعاون به منظور کسب سود و زیان ندارند، قالب عقد شرکت برای این قرارداد مناسب نخواهد بود. از جهت دیگر قبض ثمن به صورت اقساط در قرارداد پیش فروش ساختمان، بیع سلف را از گردونه خارج می‌کند.

با این حساب تنها نوع قراردادی که می‌تواند قالب مناسبی برای قرارداد پیش فروش ساختمان باشد «قراردادهای خصوصی» موضوع ماده ۱۰ ق.م.است.

علاوه بر روش فوق یعنی تحلیل قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و در قالب «تعهد به فروش» روش و راه‌کار دیگری که می‌توان ارائه نمود این است که «عقد بیع معلق بر وجود مبیع» منعقد گردد. روش کار به این صورت است که عقد بیع در مرحله‌ای که هنوز ساختمان ساخته نشده منعقد گردد و اثر آن یعنی تملیک ساختمان به وجود مبیع یعنی ساختمان معلق و موکول شود. این روش مطابق قانون مدنی بلااشکال بوده و مبنای ماده ۳۶۱ قانون مدنی که وجود مبیع عین معین به منظور تملیک در هنگام انعقاد عقد است را مورد خدشه قرار نمی‌دهد.

منابع

منابع فارسی

ابراهیمی دینانی، غلامحسین (۱۳۵۸)، قواعد کلی فلسفه اسلامی، تهران: انتشارات انجمن فلسفه ایران.

بهرامی احمدی، دکتر حمید (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادها، حقوق مدنی ۳، تهران: نشر میزان پورسید، دکتر بهزاد (۱۳۸۷)، تقریرات درس حقوق مدنی ۷، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر (۱۳۵۷)، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: چاپخانه مشعل آزادی.

شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
همو (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد.

صفایی، دکتر سید حسین (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تهران: نشر میزان.
علیزاده، حسن (۱۳۸۳)، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، تهران: انتشارات میثاق عدالت.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، عقود معین، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت انتشار.

همو (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: مدرس.

همو (۱۳۷۳)، عقود معین، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.

همو (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.

همو (۱۳۸۴)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.

همو (۱۳۸۵)، عقود معین، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.

همو (۱۳۸۶)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.

کاشانی، سید محمود (۱۳۶۵)، شرکت مدنی، مجله تحقیقات حقوقی، فروردین.

کیهان (۱۳۴۲)، مجموعه رویه قضایی، آراء مدنی، تهران: آرشیو حقوقی کیهان.

محقق داماد، دکتر سید مصطفی (۱۳۷۴)، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.
همو (۱۳۸۲)، قواعد فقه، بخش مدنی ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
ممی زاده، مهدی (۱۳۸۶)، ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه و حقوق فرانسه، دانشگاه امام صادق (ع)، پایان نامه کارشناسی ارشد، گرایش حقوق خصوصی.
مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۶)، استصناع، مجله فقه اهل بیت، پاییز و زمستان، شماره یازدهم و دوازدهم.

منابع عربی

ابوبکر الکااشانی (۱۴۰۹ق.)، بدائع الصنائع، پاکستان: مکتبه الحیبیه.
حرّعاملی، محمد بن حسن بن علی (۱۴۰۹ق.)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم: موسسه آل البیت.
حلّی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق.) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق.)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: موسسه اسماعیلیان.
جبعی عاملی، زین الدین بن علی بن احمد (۱۴۲۶ق.)، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، قم: ارغوان دانش.
طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۳۸۷ق.)، المبسوط، بی جا: المکتبه المرتضویه.
کلینی، ابو جعفر (۱۴۰۷ق.)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
الموسوی الخمینی (۱۴۰۳ق.)، تحریر الوسیله، تهران: مکتبه الاعتماد.
همو (۱۴۱۰ق.)، البیع، قم: موسسه اسماعیلیان.
نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱م.)، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸)، «استصناع»، فقه اهل بیت، شماره ۱۹-۲۰.