



ماهیت حقوقی قرار داد پیش فروش آپارتمان

پدیدآورنده (ها) : اصغر زاده، علی

فلسفه و کلام :: نشریه علامه :: دوره اول، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ - شماره ۶ و ۷

صفحات : از ۷ تا ۳۲

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/28477>

تاریخ داندلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۶

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.



مقالات مرتبط

- جرم در فضای مجازی، ضرورت آینده پژوهی
- نقش مخبران در آیین دادرسی کیفری ناظر بر جرایم اقتصادی؛ مقتضیات و موانع
- تاملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه
- پیشگیری غیر کیفری در جرایم اینترنتی
- ابعاد حقوقی جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی در فضای مجازی با محوریت قرآن
- اختلافات حقوقی در قراردادهای ساختمانی و چگونگی مرتفع نمودن آن
- موانع اثربخشی راهبردهای پیشگیری از جرائم علیه امنیت اخلاقی در فضای مجازی
- اظهارنظر کارشناسی درباره: « طرح الحاق یک تبصره به ماده (۳۵۳) قانون آیین دادرسی کیفری درخصوص اجرای علنی دادرسی درباره جرائم اقتصادی» (اعاده شده از شورای نگهبان)
- بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان
- تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- مطالعه ی تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس

عناوین مشابه

- امکان سنجش ماهیت فقهی قرارداد پیش فروش آپارتمان با بیع سلف
- تاملی بر ماهیت و انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان
- مفهوم قرار داد دانش فنی و ماهیت حقوقی آن
- تحلیل حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تاملی بر انتقال مالکیت در بیع مال آینده
- تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان
- بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان
- ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش فروش ساختمان
- قرارداد پیش فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران، الزامات و بایسته ها
- قرارداد پیش فروش آپارتمان، عقد استصناع یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰۰ قانون مدنی
- ماهیت حقوقی پیش فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن

ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان

علی اصغرزاده^۱



چکیده

همزمان با رشد فزاینده جمعیت و نیاز روز افزون مردم به تأمین مسکن و لزوم تنظیم روابط اجتماعی آنان توجه قانونگذار را به قرارداد پیش فروش آپارتمان بیش از پیش ضروری می‌نماید و تصویب قانون حمایت از پیش خریداران مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب جمهوری اسلامی نیز چندان مفید فایده واقع نشده است. جا دارد، قانونگذار ایران همانند مقنن فرانسه با تصویب قانون خاصی، ماهیت حقوقی، شرایط و آثار چنین قراردادهایی را روشن نماید.

لذا تا زمانی که این خلأ قانونی بر طرف نگردیده، لازم است، با تبیین ماهیت حقوقی این قراردادها آثار و پشتوانه‌های اجرایی آن نیز به خوبی مشخص شود. بدین ترتیب برا بیان ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان فروضاتی به شرح ذیل مطرح می‌شود:

۱- ممکن است گفته شود قرارداد پیش فروش آپارتمان عقد بیع است. نظر بر اینکه شرایط و آثار عقد بیع را قانونگذار به صورت آمرانه از پیش تعیین نموده، مهمترین مسئله در این فرض نحوه و کیفیت حل ضرورت وجود مبیع حین عقد می‌باشد.

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه

۲- جلوگیری از اختلال در روابط معاملاتی مردم عده‌ای نیز قرارداد را در قالب تعهد به بیع تحلیل نموده‌اند. بر اساس این نظر سازنده متعهد می‌شود آپارتمان را پس از احداث به متعهد له بفروشد. مهمترین مسأله در این فرض احراز قصد واقعی متعاقدين است.

۳- عقد استنصاع نظر دیگری است که همگام با قصد مشترک و واقعی متعاقدين ابراز می‌شود. بر اساس این تحلیل طی سفارش خریدار با تعیین شرایط و اوصاف مورد معامله در قرارداد، سازنده مکلف است آپارتمان را در ظرف مهلت معینی احداث و به مشتری تسلیم نماید. لذا پس از وجود و عینیت خارجی، آپارتمان به ملکیت مشتری داخل می‌شود.

بررسی و تحلیل هر یک از فروضات سه‌گانه و ارزیابی هر یک از آنها از اهداف عمده این تحقیق می‌باشد.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مقدمه

امروزه پیش فروش آپارتمانها به شکل وسیع در حال شکل گیری است و پذیرش آن به عنوان یک واقعیت اجتماعی که در تمام ارکان اعم از اقتصادی، فرهنگی، حقوقی، تأثیر نهاده، امری الزامی است. پس در کنار پذیرش این واقعه، باید از همه جوانب آن را بررسی و تحلیل نمود. اولین قانونی که در این مقوله به تصویب رسیده لایحه قانونی حمایت از پیش خریداران مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب است که آن هم ضمانت اجرایی کافی برای تضمین حقوق خریدار تعیین نکرده است.

لذا بررسی از جنبه های حقوقی یکی از ضروریاتی است که با تحلیل آن می توان به همه ابعاد قرارداد پی برد و طرفین با فراغ بال اقدام به توافقی نمایند که از مسائل حقوقی و قانونی آن مطلع اند و آینده ای مبهم در انتظار آنان نیست که طرفی با تفسیری خاص از قرارداد، قرارداد را به نفع خویش ختم کند. جا دارد بمنظور اطمینان خاطر متعاقدين، مقنن کشورمان، بسان قانونگذار فرانسه، با تبیین ماهیت اینگونه قراردادها نتایج و آثار حاصله از این قرارداد را رسمیت بخشد.

در کنار همه ی اینها بحثی مبسوط که مختوم به نتیجه ای گردیده در دسترس عموم علاقمندان به ویژه قضات محترم دادگاهها قرار می گیرد تا در مواجهه با چنین امر شایع با دستی پر به پیشواز قضیه رفته و با قناعت وجدانی حکم حقوقی صادر نمایند. امید است مورد توجه صاحبان قلم و قضات محترم در محاکم دادگستری قرار گیرد.

مفهوم قرارداد پیش فروش آپارتمان

عنوان قرارداد پیش فروش آپارتمان متشکل از سه واژه‌ی قرارداد، پیش فروش و آپارتمان می‌باشد که جا دارد به بررسی هر واژه به طور مستقل بپردازیم تا سپس مفهوم کلی از آن بدست آید.

۱- **مفهوم قرارداد:** ریشه‌ی آن از «قرار» به معنای ثبات، استواری، پایداری، و همچنین عهد، شرط، قول و تأکید آمده و در لغت به معنای قرار بستن و پیمان بستن و حکم محکم تخلف ناپذیر و اتفاق دو یا چندین در امری آمده است.^۱

در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی خود به دور نمانده و مترادف با عقد به معنی بستن و گره زدن و ارتباط قرارداری به قرار دیگر آمده است. به بیان دیگر «العقد عبارة عن العهد المؤكد» که اعتبار عقد در عالم اعتبار به نحو استحکام ابرام شده است و ما بر طبق عقد و عهد خود ملزم به انجام آن شده‌ایم.^۲

ماده ۱۸۳ ق.م. در تعریف عقد مقرر می‌دارد: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» جدا از ایرادات عدیده‌ای که حقوقدانان بر این تعریف وارد کرده‌اند تعریفی پیشنهادی نیز ارائه نموده‌اند و آن عبارت از توافق دو یا چند اراده برای ایجاد آثار حقوقی است و آنچه در پی این توافق حاصل می‌آید لازم الرعایه برای طرفین عقد است و آنان ملزم به انجام تعهد می‌گردند و هیچیک از طرفین حق تخطی از توافق شان را ندارند و اصولاً هنگامی که اشخاص درصدد انعقاد عقدی بر می‌آیند نیت واقعی شان عمل به محتویات و آثار عقد است و مطمئناً عقلاً عملی لغو و بیهوده انجام نمی‌دهند که فرضاً از سر تفنن کاری کرده باشد و قصد طرفین پای بندی به مفاد عقد است و جز در موارد نادر و استثنایی نمی‌توان از اصل لزوم قراردادها عدول کرد. همچنانکه قرآن

^۱ - جلیل قنوتی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۸۹

^۲ - سید محمود بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۲۴۴.

کریم در سوره مؤمنون آیه شریفه مقرر می‌دارد: «والذین هم لاماناتهم و عهدهم راعون» مؤمنان کسانی هستند که امانتها و پیمان خود را رعایت می‌کنند.

۲- مفهوم پیش فروش: در اصطلاح حقوقی عبارت است از بیعی که ثمن، حال و مبیع، مؤجل باشد که به اختصار سلم و سلف گفته می‌شود.^۱ واژه پیش فروش با لفظ پیش خرید دو لفظ متقابل هستند و لازم و ملزوم یکدیگرند و در شکلی بسیط می‌توان گفت: پیش فروش، فروختن مالی است که هنوز وجود خارجی نیافته و فروشنده‌ی آن ملتزم به تسلیم مورد معامله مطابق اوصاف معهوده در عقد می‌شود تا در مدت معینه آن را به خریدار تسلیم نماید.

یکی از شرایطی که در فقه به آن تأکید و مورد اجماع واقع شده تأدیه ثمن در مجلس عقد است که اگر مجلس به هم بخورد و ثمن تسلیم نگردد، بیع بدلیل اینکه هر دو عوضین تسلیم نگردیده، باطل می‌گردد. به عبارت دیگر به لحاظ اینکه معامله دین به دین واقع شده باطل می‌شود، هر چند فقهای معاصری هستند که قبض ثمن را در مجلس عقد شرط صحت در سلم نمی‌دانند.^۲ و به نظر بعضی از حقوقدانان در صورتی که ثمن در مجلس عقد قبض نشده باشد از نظر قانونی عقد صحیح و معتبر تلقی می‌شود چرا که ماده ۳۴۱ ق.م. به متعاقدين جواز تعیین اجل، هم نسبت به تسلیم مبیع و هم نسبت به تأدیه ثمن راداده است و برای تأدیه ثمن در مبیع کلی تصریحی ننموده است و از نظر اقتصادی دلیل کافی بر بطلان بیع سلم در صورت عدم قبض ثمن وجود ندارد و این سکوت دلالت بر حاکمیت قواعد عمومی در بیع سلف دارد.^۳

و حقوقدانانی نیز نظر به گسترش روابط بین المللی و تنوع ارتباطات و شیوع آن در روابط معاملاتی مردم بطلان اینگونه معاملات را با مقتضیات زمان مناسب نمی‌دانند^۴ و عده‌ای نیز بنا به ضرورتهای اجتماعی اعمال آن را در قالب صلح معوض پیشنهاد می‌کنند.^۵ بدین ترتیب اگر نظری بر کالی به کالی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان ابراز شود، باید گفت:

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۱۹.

۲ - آیت‌اله صانعی استفتاء.

۳ - سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۱، ص ۴۵۵.

۴ - ناصر کاتوزیان، عقود معین ج ۱، ص ۱۷۵.

۵ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۲۰.

اولاً: قرارداد مزبور از مصادیق بیع کلی نبوده؛

ثانیاً: در صورت کلی بودن نیز از نظر حقوقی بر بطلان آن دلیلی اقامه نگردیده است.

ثالثاً: پرداخت اقساطی ثمن امری است مسلم که در عرف پذیرفته شده است.

۳- مفهوم آپارتمان: آپارتمان یک واژه فرنگی است و در لغت به قسمتی از عمارت که

مرکب از چند اطاق و ضامم آنها و یا به ساختمان مجزا و مستقل اطلاق می‌شود و در زبان فرانسه به هر یک از سکونت گاهها و خانه‌هایی گفته می‌شود که در یک مجموعه مسکونی قرار گرفته باشد.

با نگاهی به ماده ۲ قانون تملک آپارتمانها و ماده ۱۲ آئین نامه اجرایی آن می‌توان گفت: آپارتمان، جزئی از عمارتی است که به یک عمارت بزرگ پیوسته، و دارای امکانات رفاهی و سند رسمی مجزا و مستقل که بیانگر مالکیت شخصی مالک نسبت به قسمتهای اختصاصی و مشاعی از کل ساختمان است، اطلاق می‌شود.

از مجموع مطالب یاد شده می‌توان گفت؛ که در قرارداد پیش فروش آپارتمان قبل از آنکه آپارتمان موجودیت یابد سازنده یا فروشنده مطابق قرارداد متعهد می‌شود که ظرف مهلت معینی بر اساس تراضی اوصاف معهوده آن را احداث و به پیش خریدار تسلیم نماید. بدین ترتیب روشن می‌شود آنچه که از پیش فروش یا بیع سلم در فقه مد نظر بوده خواهیم دید که در ما نحن فیه نمی‌تواند قابلیت اعمال داشته باشد.

اوصاف قرارداد پیش فروش آپارتمان:

۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان جزو عقود غیرمعین است:

اصل حاکمیت اراده و حکم المؤمنون عند شروطهم در قوانین ایران محترم شناخته شده و تجلی آن در ماده ۱۰ ق.م. به ظهور رسیده است. این قرارداد هم به نسبت اینکه عنوانی خاص در قوانین نیافته جزو عقود نامعین است و هنگام بروز اختلاف به قصد واقعی متعاقدين باید رجوع کرد و روح حاکم بر مفاد قراردادها خاتم دعوی خواهد بود چرا که مطابق قاعده «المقود تابعه للمقصود» قصد واقعی طرفین در انشاء عقد باید معیار ترفع واقع گردد.

۲- قرارداد پیش فروش آپارتمان از عقود لازم است.

همانگونه که در توضیح واژه قرارداد آمد قاعده اصاله الزوم، اصل را بر لزوم قراردادهای نهاده است تا پیکره‌ی عقد مصون از اراده‌های یک جانبه یک طرف باشد. مادتین ۱۸۵ و ۲۱۹ ق.م نیز در تأکید همین مطلب بر آمده است و از این امر می‌توان دو نتیجه گرفت: اولاً: طرفین قرارداد ملزم و پای بند به تعهدات خویش هستند و عقد به اراده یک طرف منحل نمی‌گردد.

ثانیاً: فوت و جنون و سفه احد طرفین تأثیری به حال عقد نخواهد داشت و وراثت یا قائم مقام آنان جانشین مورث در این امر می‌گردند.

این قرارداد نیز پیرو همین اصل لزوم قراردادهاست و اراده‌ی یک جانبه احد طرفین نمی‌تواند موجبات انحلال عقد را فراهم نماید و عقد واقع‌چنان از استحکام برخوردار است که اراده‌ی یکی از متعاقبین خللی به ثبات آن وارد نمی‌سازد.

۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان از عقود معوض است.

این قرارداد جزو عقود معوض است و در قبال عوضی، عوض دیگری باید داده شود. نتیجه معوض بودن قرارداد این خواهد بود که اولاً: در صورتیکه یکی از عوضین در قبال عوض دیگر ارزشی ناموزون داشته باشد و قابل اغماض هم نباشد، با توسل به قواعد عمومی قراردادهای می‌توان معامله را به استناد خیار غبن فسخ نمود.

ثانیاً: اگر بهای آپارتمان در مجلس عقد تأدیه نشده باشد و یکی از طرفین عقد از انجام تعهد سرباز زنده می‌توان به حق حبس استناد کرد. البته این امر موقعی است که تأدیه ثمن را در مجلس عقد شرط صحت بدانیم ولی چون طبیعت قرارداد پیش فروش آپارتمان به نوعی است که بهاء آن بطور اقساطی پرداخت می‌شود، لذا حق حبس هم قابل تصور نخواهد بود.

۴- قرارداد پیش فروش آپارتمان از عقود الحاقی است.

عقود الحاقی عقود هستند که موجب، شرایط قرارداد را به نحو دلخواه و مطلوب خود تنظیم و به طرف مقابل عرضه می‌کند که در صورت قبولی، عقد محقق می‌شود و نیز مخیر است که از قبولی عقد منصرف شود بدین جهت به این قراردادها که قبول کننده نقشی در تعیین جزئیات

قرارداد نداشته و با پذیرفتن شرایط موجب به آن ملحق می‌شود قرارداد الحاقی گفته می‌شود.^۱ شاید برخی عقود الحاقی را فقط در زمینه‌ی انحصاری وارد بدانند و قرارداد پیش فروش آپارتمان را بدلیل اینکه انحصاری نیست الحاقی ندانند، لیکن باید توجه داشت که غالباً قراردادهای الحاقی انحصاری است ولی ممکن است چنین نباشد، آنگونه که از تعریف قراردادهای الحاقی بدست می‌آید ایجابی است با تعیین کلیه اوصاف و شرایط عقد که قبول کنند باید همان پیشنهاد را بپذیرد و لاغیر و از ایجابی دیگر منع شده است که در این صورت عقد محقق نمی‌شود و انحصار جنبه‌ی معمول آن است و نه جنبه‌ی مشروط.

در این قرارداد نیز سازنده شرایط عقد را از پیش تعیین نموده و در اختیار پیش خریدار قرار می‌دهد که در صورت قبولی وی عقد منعقد می‌شود.

۵- قرارداد پیش فروش آپارتمان از عقود رضایی است.

با توجه به شرایط و قواعد عمومی قراردادهای (ماده ۱۹۰ ق.م) اساسی‌ترین رکن لازم و سازنده‌ی عقد توافق دو اراده است جز در موارد استثنایی، که نیازمند تشریفات خاصی است. در فقه امامیه نیز اصل بر رضایی بودن عقود است. و در شک میان تشریفات بودن و رضایی بودن، اصل بر رضایی بودن عقود است و تصویب ماده واحده‌ی قانون حمایت از پیش خریداران یا غیر منقول بودن موضوع قرارداد، عقد را از رضایی بودن خارج نمی‌کند. چه آنکه در مقام مرافعه دارنده‌ی سند عادی، سند را به عنوان مالکیت ابراز نمی‌کند بلکه بعنوان دلیل انجام معامله ابراز می‌کند.

ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان:

همانطوری که گفته شد این قرارداد جزو عقود غیر معین است، لذا جهت احراز ماهیت این عقد باید به قصد طرفین رجوع کرد تا ماهیت این عقد را تبیین نمود و بر اساس آن آثار عقد را مشخص کرد. برای بیان ماهیت این قرارداد نظرات متفاوتی ابراز شده است:

۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان بیع

1- Addte contract.

۲- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان تعهد به بیع

۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان استصناع

۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان بیع

عده‌ای از حقوقدانان قرارداد مزبور را در قالب عقد بیع تحلیل نموده‌اند. ابتدائاً باید دانست که عقد بیع در حقوق مدنی ما به سه شکل بیع عین معین، کلی فی الذمه و کلی در معین محقق می‌شود. حال ببینیم پیش فروش آپارتمان در قالب کدامیک از این شقوق قابلیت تحقق را دارد. مطابق این نظر بطلان بیع در صورتی مسلم است که عین معین به عنوان تملیک مال موجود فروخته شود، ولی در نفوذ بیع عینی که در آینده ساخته می‌شود (مانند آپارتمان) تردید است ولی صحت آن ترجیح دارد.^۱ با این توضیح که سبب تملیک در آینده پس از موجودیت مبیع فراهم می‌آید و تأثیر سبب (مالکیت) معلق بر وجود مبیع شده است، همچنانکه در وصیت، وصیت به معدوم و در اجاره، تملیک منفعت آینده صحیح تلقی شده است. در فرضی دیگر مبیع را چیزی میانه‌ی معین و کلی دانسته‌اند زیرا در قرارداد شمای کلی و مساحت آن معین می‌شود و ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن مؤثر و انتخاب نوع مصالح و تأسیسات و بسیاری امور دیگر به دست وی می‌باشد و در این صورت مبیع عین معین نیست و بیشتر به کلی شباهت دارد که با احداث و عینیت یافتن آن به مالکیت خریدار داخل می‌شود.^۲

اما این استدلال تمام نیست و سؤالاتی را به شرح زیر در متن خود به همراه دارد:

اولاً: در بیع عین معین مطابق ماده ۳۶۱ ق.م. مبیع باید موجود باشد تا امکان تملیک آن فراهم شود. زیرا با تحقق عقد بیع و به نفس انشاء متعاقدين مالکیت حاصل می‌آید لذا از نظر مقنن کسی که چیزی را تملیک نکرده، بدون عوض امکان تملک چیزی را نداشته باشد و این طرز تلقی، بیع را در زمره‌ی عقود مغاینه قرار می‌دهد و در نتیجه قیاس عقد بیع با عقود همچون وصیت که مبتنی بر احسان و مسامحه است با اشکال اساسی مواجه خواهد بود. حتی

۱ - ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظر حقوقی کنونی، ص ۳۰۴ و ۳۰۳.

۲ - برای دیدن توضیح کامل و استدلال آن رک ناصر کاتوزیان، عقود معین ج ۱، ص ۲۷۷-۲۷۵.

تملیک رایگان مال آینده را به قیاس نمی‌توان توسعه داد.^۱ همچنین استاد بیع اموال غیر منقول را تشریفات محسوب و انتقال آن را به موجب سند رسمی صحیح می‌دانند.^۲ در صورتی که در ما نحن فیه به لحاظ عدم وجود صورت مجلس تفکیکی و نداشتن پلاک ثبتی، امکان ثبت و تنظیم سند رسمی غیرمقدور خواهد بود.

ثانیاً: بیع مظهر عقد غیر مستمر، یعنی فوری است. به همین جهت وجود مورد معامله را در حین عقد شرط می‌دانند اما اجاره که مظهر عقد مستمر است چنین شرطی در آن قید نشده است و موضوع اجاره متشکل از مال الاجاره و منافع عین مستأجره می‌باشد که عرفاً با تحقق عقد اجاره، منافع اجاره به مستأجر اختصاص می‌یابد و این یک امر مسلم می‌باشد پس مالکیت بر معدوم نیز منتفی است.^۳

بدین ترتیب مالکیت بر منافع تدریجی بالحصول وبالقوه است که در آینده موجودیت آن مسلم است لکن بصورت یکجا نمی‌تواند در حین عقد موجود باشد. بر همین مبنا گفته‌اند «یغتفر فی الاجاره مالا یغتفر فی البیع» بنابراین عقد اجاره بر منافع معدوم منعقد می‌شود، ولی عقد بیع بر معدوم منعقد نمی‌شود.^۴ لذا معدوم بودن منافع در عقد اجاره یا معدوم بودن عین در عقد بیع قابل قیاس نیست و جز در مواردی که قانون معین کرده نمی‌توان آثار ذاتی عقدی را بر عقد دیگری ثابت دانست.

ثالثاً: عقد بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. در قرارداد پیش فروش آپارتمان، عین همان آپارتمانی است که بر ذمه‌ی بایع قرار گرفته و عوض، ثمنی است که در مقابل عین، مشتری را ملزم به تأدیه‌ی آن می‌نماید. چون ذات و جوهره‌ی بیع مبادله‌ی مال به مال است، بنابراین ثمن نیز باید دقیقاً معین شود تا زمینه‌ی انتقال آن فراهم آید بر همین مبنا ماده ۳۳۹ ق.م.مقرر می‌دارد: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت، بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود.» در صورتی که در قرارداد پیش فروش آپارتمان با توجه به طبیعت قرارداد و نوسانات

۱ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، ص ۱۷۴.

۲ - ناصر کاتوزیان، عقود معین ج ۱، ص ۹۰.

۳ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۹۴.

۴ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۹۱.

قیمتها و تورم اقتصادی عملاً امکان تعیین قیمت وجود ندارد. در حالی که آقای دکتر کاتوزیان توافق طرفین برای تعیین ثمن توسط شخص ثالث را توافق برای انعقاد عقد بیع می‌داند.^۱

رباعاً؛ قرارداد مزبور بیع کلی فی الذمه هم نیست چه آنکه در تقسیم‌بندی اموال به مثلی یا قیمتی، آپارتمان از جمله اموال قیمی محسوب می‌گردد. زیرا عادتاً مثل آن از جهت مادی، مساوی هم یافت نمی‌شود. بطوریکه اختلاف افراد آن مال به اعتبار قرار گرفتن در طبقات مختلف و نزدیکی به خیابان اصلی، در اغراض و دواعی خریداران مؤثر است.^۲ ممکن است معامله‌ی مال مثلی به صورت عین معین یا کلی در معین و یا کلی فی الذمه واقع شود، اما معامله مال قیمی باید منحصرأً به صورت عین معین یا کلی در معین و یا کلی فی الذمه واقع شود، اما معامله بطلان چنین معامله‌ای جهل طرفین به برخی اوصاف مهم مورد معامله می‌باشد.^۳ همچنین در بیع کلی نیز فقها ذات عقد بیع را تملیکی دانسته‌اند و آن را معامله به مال موجود تعبیر کرده‌اند لیکن افراد آن بر ذمه‌ی فروشنده قرار می‌گیرد و مشتری مالک ما فی الذمه می‌شود.^۴ و قانون مدنی نیز تملیک ذمه را مطابق نظر فقها قبول کرده است.^۵ منتها ممکن است اشکالی در نحوه ملکیت پدیدار شود، حقوقدانان برای رفع این مشکل چنین گفته‌اند: در کلی فی الذمه چون عین موجود نیست، لذا امکان انتقال آن نیز فراهم نمی‌شود و صرفاً تعهدی برای فروشنده ایجاد می‌کند و اثری که از عقد حاصل می‌شود عهدی است نه تملیکی. لیکن در زمان مالکیت خریدار بر مبیع بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی مالکیت مشتری را با تسلیم بایع می‌دانند.^۶ اما عده‌ای مالکیت مشتری را با انتخاب فرد مبیع توسط بایع ثابت دانسته‌اند.^۷

۱- ناصر کاتوزیان، عقود معین ج ۱، ص ۱۵۱.

۲- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۶۶.

۳- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۲۴.

۴- امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله ج ۱، ص ۳۸۲.

۵- ناصر کاتوزیان، عقود معین ج ۱، ص ۳۳.

۶- سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۱، ص ۴۴۸.

۷- ناصر کاتوزیان، پیشین.

بنابراین اگر بپذیریم که عقد عهدی است و با تسلیم یا انتخاب فروشنده مال به مالکیت مشتری داخل می‌شود، پس در آپارتمانهای ساخته نشده چطور قبل از تعیین بایع و پس از وجود مالکیت آپارتمان خود به خود در ملکیت مشتری وارد شده است؟

خامساً؛ اگر تملیک آپارتمانهای ساخته نشده را معلق بر وجود آپارتمان بدانیم یا آن را عقد معلق تلقی کنیم با توجه به شرایط عقد معلق که تمامی ارکان عقد در حین تحقق حاصل است و تنها آثار و ماهیت عقد، معلق بر یک پدیده و امر حقوقی که خارج از اختیار طرفین عقد است، موکول شده است که به محض حصول شرط، اثر معهود خود را به جا خواهد گذاشت، با شرایط قرارداد پیش فروش آپارتمان متفاوت خواهد بود.

زیرا هنوز مورد معامله وجود خارجی نیافته تا مالکیت خریدار معلق به شرطی شود و تعلیق بر موجودیت آپارتمان یک حادثه‌ی خارجی و خارج از اختیار تلقی نمی‌شود. قرارداد چنان از استحکام و قاطعیت برخوردار است که وجود و حصول آن در آینده امری حتمی است. در حالی که تعلیق عبارت است از وابسته کردن عقد به امر دیگری که محتمل الحصول در آینده است و تعلیق شیء معلوم الحصول در آینده که در انشاء عقد مشروط به حصول آن شیء شده باشد محل اشکال است.^۱ در فقه نیز معلق کردن و مشروط ساختن بیع بر چیزی که در هنگام عقد حاصل نیست احتیاطاً جایز نیست.^۲

بنابراین در فرض ما وقتی مبیع موجود نیست نمی‌توان عقدی منعقد کرد که وقوع معلق علیه همان وجود مبیع باشد و نام آن را عقد معلق نهاد. چه آنکه در این صورت ایجاب بر امر معدومی صورت گرفته که امکان تحقق آن در لحظه عقد وجود نداشته و در نتیجه همانند صغیر غیر ممیز نیروی درک تکلیف و خطاب ایجاب را نداشته و به مانند تعلیق در انشاء است.^۱

۲- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان تعهد به بیع

در این فرض قرارداد پیش فروش آپارتمان نه به عنوان عقد بیع بلکه تعهدی است ناشی از اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی بر انجام عقد بیع. در این قراردادها دو طرف به طور متقابل

۱ - ابوالقاسم گرجی، مقالات حقوقی ج ۱، ص ۱۱.

۲ - امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله ج ۱، ص ۳۶۶.

زمینه‌ی ترازی را از هم اکنون فراهم نموده و ملزم به نگاهداری تعهدات خود شده‌اند به بیان دیگر یکی از طرفین تعهد به فروش و طرف دیگر متقابلاً تعهد به خرید همان مال را به عهده می‌گیرد. بنابراین در تعهد به بیع اراده‌ی طرفین بر ایجاد بیع بالفعل نیست، بلکه منظور، پیدایش تعهدات مشترک مطابق قرارداد در آینده می‌باشد.^۲

همچنانکه گفته شد عقد بیع در حقوق ما تملیکی است لذا به محض ایجاب و قبول مالکیت حاصل می‌شود و حق ناشی از این عقد عینی خواهد بود، اما زمانی که مبیع موجود نباشد دیگر مالکیتی هم بر روی آن قابل تصور نخواهد بود. لذا به منظور اطمینان طرفین برای تحقق معامله پس از حصول شرایط قرارداد، بیع را در آینده واقع سازند. یعنی آپارتمان پس از احداث به خریدار فروخته شود و به عبارت عرفی قولنامه‌ای میان طرفین به وجود می‌آید.

بنابراین حق مکتسبه‌ی ناشی از این قرارداد همانند قولنامه‌ها «دینی» خواهد بود و رویه قضایی نیز صرف پیدایش تعهد در قولنامه‌ها را حق دینی می‌داند.^۳

لیکن پذیرش این نظر در مانحن فیه با ایراداتی مواجه است. چه آنکه؛

اولاً؛ ضمن آنکه موضوع قرارداد هنوز وجود خارجی نیافته و استقرار حق عینی بدون موضوع نیز قابل تصور نخواهد بود، مگر اینکه پیدایش حق عینی را پس از موجودیت آپارتمان صحیح بدانیم که در این صورت با مبانی قرارداد تعهد به بیع سسازگاری نخواهد داشت. زیرا طرفین تشکیل بیع را در آینده ملتزم شده‌اند و امتناع متعهد الزام به فروش همان موضوع قرارداد را به دنبال خواهد داشت.

لذا از این سخن بر می‌آید که هنوز رابطه‌ی مادی و معنوی بین ملک و مالک (فروشنده) قطع نگردیده است.

ثانیاً؛ پذیرش این نظر مستلزم قبول دو حق متضاد عینی در ملک واحد در آن واحد است و از نظر منطقی اجتماع نقیضان محال است. نمره‌ی نزاع در جایی ظاهر می‌شود که هرگاه هر یک از طرفین، موضوع قرارداد را به دیگری انتقال دهند معامله صحیح و معتبر تلقی شود. حال آنکه

۱ - مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۶۶.

۲ - مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۲۹.

۳ - رأی اصرازی شماره ۲۸۷-۴۵/۲/۸- دیوان عالی کشور.

فلسفه توجیه ایجاد حق عینی برای جلوگیری از معامله‌ی معارض توسط متعهد بوده است که نقض غرض حاصل می‌شود.

بر همین مبنا نظر دادن به ایجاد حق عینی با مبانی تعهد به بیع خالی از ایراد نخواهد بود. سؤال: اما اینکه آیا پس از موجودیت موضوع مورد قرارداد (آپارتمان) متعهد می‌تواند آن را به شخص ثالث واگذار نماید؟ یا طلب کاران متعهد در قبال بدهی وی آن را به حیطة‌ی توقیف در آورند، امری است که نیازمند تجزیه و تحلیل دیگری می‌باشد که بدان پرداخته می‌شود. شاید در بادی امر چنین تصور شود که چون نقل مالکیتی حاصل نشده پس حق عینی برای فروشنده باقی است و طلب کاران متعهد به اعتبار مالکیت وی برای استیفای حقوق خود حق درخواست توقیف را دارند و به تبع آن خود متعهد نیز حق انتقال به دیگری را خواهد داشت. اما این فکر توهمی بیش نیست زیرا:

اولاً: در حقوق ما اصل لزوم قراردادی حاکمیت دارد و ماده‌ی ۱۰ ق.م. نیز مؤید همین امر است و در مقام اختلاف، دادگاه پس از احراز رابطه قراردادی حکم به الزام متعهد خواهد کرد. ثانیاً: از یک طرف حق ودین ناشی از قرارداد با اوصاف معهوده و ارتباط آن با مال معین، تعهد را از اطلاق خارج نموده و مقید به موضوع مشخصی نموده است که به این اعتبار بایستی از تصرفات متضاد با این تعهد ممانعت به عمل آید. از طرفی دیگر همچنانکه این قرارداد برای طرفین عقد لازم الاتباع است، برای اشخاص ثالث نیز همین حکم لزوم حاکم است و ماده ۲۱۹ ق.م. اشخاص ثالث را نیز به حفظ حرمت و رعایت حریم قراردادهای ملزم نموده است تا از تجاوز بدان خودداری و از هر اقدام معارضی که به ضرر متعهد له تمام شود جلوگیری بعمل آید.

ثالثاً: آپارتمانهای احدائی با پول اقساطی همین پیش خریداران است که بنا می‌شود و خریدار با هزاران امید چشم به روزی دوخته است که پس از احداث و وجود ساختمان در آن مسکنت نماید، اما اگر در اثر تبانی یا سهل‌انگاری متعهد این امیدها به یأس مبدل گردد، نه عدالت چنین عملی را می‌پسندد و نه حقوق از آن دفاع می‌کند و تبصره ۲ ماده واحده‌ی لایحه قانون حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی مصوب سال ۵۸ شورای انقلاب، عرصه و اعیان واحدهای پیش فروش شده را از اقدامات تأمینی و احتیاطی برحذر داشته است.

نکته‌ای که باید بدان توجه داشت این است که به هنگام تنظیم و تنسيق قرارداد، قصد واقعی طرفین عقد مقدمه یا وعده قرارداد نبوده و به دنبال وجود خارجی آپارتمان عقد جداگانه‌ای محقق نمی‌شود بلکه مقصود از قرارداد همان عقد اصلی و نهایی، یعنی انتقال مالکیت آپارتمان است و تحلیل قرارداد در قالب تعهد به بیع ضمن آنکه با مفهوم عرفی و قانونی پیش فروش مغایر است، برخلاف قصد واقعی متعاقدين، تحلیلی آمرانه و تحمیلی خواهد بود و ممکن است به هنگام مرافعه و رجوع به محاکم آراء متهاافت و معارضی صادر شود.

لذا برای توجیه منطقی قرارداد مطابق قصد واقعی متعاقدين آن را در قالب دیگری به نام استصناع تحلیل می‌نمائیم.

۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان به عنوان استصناع

استصناع به معنی قرارداد سفارش ساخت کالا است که مطابق قرارداد، صنعتگر ساخت آن را در مقابل مبلغی معین عهده‌دار می‌شود تا پس از ساخت همان کالا را به مالکیت سفارش دهنده داخل نماید.^۱

استصناع در کتب فقهی محدود به سفارش ساخت چکمه، کوزه و کلاه شده است.^۲ اما با توجه به پیشرفتهای جامعه در عصر جدید و دامنه‌ی نیازهای جامعه بشری و گسترش و تنوع روابط معاملات مردم، فقهای معاصر آن را نسبت به سایر موارد مبتلا به جامعه، که قابلیت تحقق در قالب استصناع را دارد، تعمیم داده‌اند.^۱

در بین فقهای امامیه بعد از شیخ طوسی هیچ یک از فقهای بعد از او معترض استصناع نشده‌اند. ایشان در کتاب خلاف مسئله ۳۳، استصناع چکمه، کفش، ظروف چوبی، رویی، مسی و آهنی را جایز ندانسته‌اند. اما مذاهب چهارگانه اهل سنت بر صحت استصناع اتفاق نظر دارند.

در مورد ماهیت حقوقی استصناع باید گفت:

۱- اگر در سفارش ساخت چنانچه مواد کالا از پیشنهاد دهنده و عملیات اجراء از طرف سازنده باشد در این صورت توافق مزبور نوعی اجاره محسوب می‌شود. چه آنکه عمل طبق دستوری

۱ - آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۹ و ۲۰، ص ۳.

۲ - آیت الله محمد مؤمن قمی، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۲۰۵.

است که باتوصیه و توصیف، سازنده مأمور به اجرای آن شده است و در نتیجه، آنچه ساخته شده بدون نیاز به عمل حقوقی دیگر، به مالکیت پیشنهاد دهنده در می‌آید. برخی نیز استصناع را مرکب از عقد بیع و اجاره اعمال انگاشته‌اند که با سفارش صنعتی از قبیل مبیل، درب و پنجره از طرف مشتری به سازنده محقق می‌شود در این فرض سفارش پذیر، مسئولیت تأمین مصالح مورد نیاز را، خود متقبل می‌شود.^۴

۲- ممکن است در اثر قرارداد قطعی، سازنده متعهد به ساخت شیء معین و عرضه‌ی آن مطابق اوصاف معهوده شده باشد. در این صورت سازنده مکلف است آن را مطابق وصف قراردادی پس از ساخت به متعهد له بفروشد و پیشنهاد دهنده نیز مکلف به خرید آن می‌باشد که در انشای آن بر ایجاد مالکیت حالت انتظار برای متعاقبین وجود دارد که طرفین را به اجراء مفاد عقد ملتزم می‌نماید. اما چنین تحلیلی از استصناع با ارتکاز عرفی حاکم بر روابط معاملاتی مردم و مفهوم استصناع چندان سازگاری ندارد که ما آن را تحت عنوان تعهد به بیع مورد بحث قرار دادیم.

۳- گاه ممکن است قرارداد نسبت به امر کلی واقع شود که اجراء مفاد عقد، مشروط به ساخت و تسلیم آن به زمان آینده موکول گردیده است. در این صورت مورد از مصادیق بیع سلم خواهد بود و تمامی شرایط سلم از جمله قبض ثمن در مجلس عقد لازم الرعایه خواهد بود که به نظر برخی از حقوقدانان استصناع در فقه امامیه از همین مفهوم برخوردار است.^۵

اما تعبیر استصناع در قالب بیع کلی فی الذمه، با این شرایط موجب محدودیت خارجی آن می‌شود: زیرا عادتاً در استصناع ثمن مورد معامله بطور کامل پرداخت نمی‌شود. لذا تحلیل آن در قالب بیع کلی تمام نخواهد بود.

۴- سفارش ساخت ممکن است نسبت به امر شخصی درباره شیء معین واقع شود که نمونه‌های آن در اجتماع بسیار رایج است. مانند اینکه قالی دست بافتی که هنوز به طور کامل

۱- سرخسی، المبسوط ج ۱۲، ص ۱۳۹ به نقل از محمد مؤمن قمی، همان، ص ۲۰۴.

۲- محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط ج ۱، ص ۳۳۴.

۳- ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۳۵۳.

یافته نشده است فروشنده به شرط اتمام کار، آن را به خریدار می‌فروشد و تسلیم آن را در مدت زمان معینی عهده‌دار می‌شود.^۱

برای توجیه قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب استصناع، مطابق آئین نامه‌ای اجرایی قانون حمایت از پیش خریداران هرگاه قسمتی از آپارتمان بطور کلی در محلی معینی احداث و به شرط تکمیل با شرایط و اوصاف معینه فروخته شود در این صورت سازنده را ملزم به احداث و تکمیل بر اساس اوصاف معهوده بر طبق قرارداد می‌نماید. اما هرگاه آپارتمان در عرصه‌ی معین مطابق نقشه با مساحت مشخصی فروخته شود که بتدریج بنا خواهد شد، در این صورت عرصه (زمین) موجود و اعیان (آپارتمان) که بر روی آن احداث خواهد شد ضمیمه شده است.

بدین ترتیب مالکیت مشاعی خریدار در عرصه حاصل گردیده که ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمانها نیز مؤید این نظر است و اعیانی که به تدریج عینیت و وجود خارجی می‌یابد، با پرداخت مبالغ اقساطی است که در قبال قرارداد توسط خریدار به این امر اختصاص یافته است. در واقع آنچه از اعیان بنا شده داخل در مالکیت مشتری می‌شود و هر مقداری که موجودیت می‌یابد به همان مقدار برای خریدار حق عینی در اعیان ایجاد خواهد شد و تعیین قیمت نیز در مقابل تمامی قرارداد سفارش ساخت قرار می‌گیرد، از این رو سازنده را مکلف به تبعیت از مفاد عقد می‌نماید تا آن را به نحو مطلوب تکمیل نماید و عقد زمانی خاتمه یافته تلقی می‌شود که مقصود طرفین از عقد حاصل شود و شرط به نتیجه برسد. از نمونه‌های مطرح فقهی در موارد مشابه بیع با ضمیمه است و از مصادیق آن فروش میوه و محصول یکسال و حتی دو سال با ضمیمه چیزی است.

اما مسأله‌ای که مطرح می‌شود تعذر تسلیم مورد معامله است، چرا که غایت اصلی از عقد قرار گرفتن مورد معامله در ید مشتری است، لیکن در ما نحن فیه چنین تسلیمی متعذر است. اما با اندک تأملی این ایراد بآسانی قابل دفع است هر چند اقتضای عرفی در معاملات دلالت بر تسلیم فوری معامله را دارد، اما در این فرض چون در لحظه انعقاد عقد طرفین عالم بر عدم امکان قدرت بر تسلیم فوری داشته‌اند و وجود و عینیت آن را در آینده به شرط کار مورد توافق قرار داده‌اند و آنچه که در قدرت بر تسلیم معتبر شناخته می‌شود وجود قدرت واقعی بر تسلیم است و قدرت واقعی نیز منحصرأ برای زمان اجرای عقد است که این امر از نظر متعاقبین به زمانی بعد

۱ - محمد مؤمن قمی، مجله فقه اهل بیت، ص ۲۱۳.

از عقد مؤکول گردیده است. به ویژه آنکه فقها بر جواز فروش ودیعه و عاریه و عین مستأجره که در ید دیگری است و تسلیم آن فعلا مقدور نیست، اتفاق نظر دارد. لذا غرری که موجب جهل به عوضین و شرایط اساسی عقد باشد منتفی است و مسائلی برای تحقق عقد موجود نیست. به بیانی دیگر مقتضی که عقد است موجود و مانع نیز مفقود است.

نحوه تعیین ثمن در قرارداد

مطابق ماده ۳۳۹ ق.م.پس از توافق بایع و مشتری در قیمت، بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود و بر اساس نظر مشهور فقها تأدیه‌ی ثمن در کلی فی الذمه شرط صحت عقد است. به بیان دیگر معلوم و معین بودن ثمن یکی از شرایط صحت عقد بیع و معاملات معوض است. لیکن در آپارتمان سازی چون تعیین وقت آپارتمان امکان ندارد و متعهد دقیقا نمی‌تواند کلیه‌ی هزینه‌های مصروفه را با وجود نرخ تورم از قبل تعیین نماید در نتیجه تعیین ثمن دقیقا امکان پذیر نخواهد بود، چرا که تعیین رقمی بیشتر به عنوان ثمن، جهت پیش بینی تمامی هزینه‌ها ثمن را از حالت عرفی خارج می‌کند و تعیین قیمتی متوسط امکان دارد در آینده به غبن متعهد بیانجامد و وی جهت رهایی از غبن یا معامله را فسخ نماید و یا با متعهد له به تراضی رسد و یا جهت تعدیل قیمت به محکمه رجوع کند که در هر حالت مطمئنا کار آسانی نخواهد بود.

علیهذا جهت رفع چنین مشکل می‌توان روشی را اعمال نمود که قیمتی تعیین شود، لیکن با توجه به وضع اقتصادی و نرخ رشد تورم به منظور جلوگیری از ضرری شدن معامله، مثلا تا ۱۰٪ حق تعدیل قرارداد داده شود.

این شرط یکی از شروط تعدیل قرار دادی نامیده می‌شود. شمار اینگونه قراردادهای داد و ستدهای داخلی رو به فزونی است. ایرادی که ممکن است به چنین شروطی وارد شود این است که مجهول بودن ثمن معامله موجب جهل به عوضین شده و بطلان شرط و در نهایت بطلان شرط و در نهایت عقد را نیز به همراه خواهد داشت و جهل مشتری به ثمن معامله را غرری و مصداق روایت شریفه «نهی النبی عن بیع العرر» کند.

اما باید توجه داشت که:

اولاً: مفهوم غرر عرفی است و عرف در مورد غرری بودن معاملات با توجه به تحول زمان، انعطاف بیشتری از خود نشان می‌دهد و عقلاً سیره مستمری را در طول زمان با تحول پذیرفته‌اند و قانونگذار را نیز مجبور به تبعیت و قبول شرایط حاکم بر جامعه می‌کنند. چرا که قانون حاصل فکر مقنن نیست، بلکه نتیجه‌ی تجربیات روزمره‌ی مردم است.

ثانیاً: جوهره و ذات این قراردادها اقتضاء می‌نماید که ثمن آن بصورت شناور تعیین شود، زیرا عینیت خارجی آن جنبه‌ی تدریجی داشته که در ارتباط با سایر عوامل بوده و قابلیت اجرایی آن از اختیار متعهد خارج است، و مسؤل دانستن متعهد به اجرای قرارداد با قیمت اولیه موجب ضرر و تکلیف مالایطاق و غیرمنصفانه است.

ثالثاً: در قدیم الایام عمده معاملات مردم محدود به خرید و فروش موارد معین و کالاهای خاصی بود و ارتباطات چندان توسعه نیافته بود. اما امروزه ارتباطات اجتماعی چنان دگرگون شده که جامعه در هیچ زمینه‌ای منتظر اقدام مقنن نمی‌ماند و خود اقدام به قالب ریزی حقوقی می‌کند. لذا می‌توان با شناخت زمان و مکان، آن را در قالب‌های احکام اولیه و ثانویه قرارداد، تا حقوق در تحول و تکامل دائمی باشد.

پس باید چنین قراردادهایی را صحیح تلقی نموده که فروش نفت توسط دولت‌ها به مدت و مقدار معین با قیمت روز و پیش فروش خودروها نمونه‌ی بارز این معاملات است و دستور العمل اجرایی آئین نامه‌ی قانون حمایت از پیش خریداران در بند ۳ ماده ۵ به نوعی نیز ثمن شناور را در نظام حقوقی کشور تجویز نموده است.

بحث تطبیقی

بیع ساختمان قبل از احداث در حقوق فرانسه

با اعمال قاعده‌ی کلی مربوط به قراردادها مبنی بر جواز بیع مال آینده به منظور حفظ منافعی مختلف اجتماعی، حقوق فرانسه با اجرای مقررات خاصی بیع ساختمان قبل از بنا شدن را اجازه داده است. این بیع از سوی برج سازان فروشنده به عنوان یک وسیله عملی در جهت تحقق

بخشیدن فعالیت تجاری آنها در حوزه‌ی فعالیتشان مورد استفاده قرار می‌گیرد. در عین حال چنین بیعی برای خریداران بالقوه دارای امتیازات زیادی است.

به موجب ماده ۱-۱۶۰۱ ق.م.فرانسه «بیع ساختمان قبل از احداث بیعی است که به موجب آن فروشنده متعهد می‌شود ساختمان را در مدت معینی بنا کند.»

چهارمستله از این تعریف فهمیده می‌شود:

الف) عمل حقوقی، بیع شناخته شده است.

ب) قرارداد فوق حاوی تعهد ساخت است. بدین ترتیب این بیع از یک ساختمان ناتمام تفکیک می‌گردد.

ج) قرارداد فقط شامل اموال غیر منقول می‌گردد و بیع مال منقول آینده در قلمرو آن قرار نمی‌گیرد.

د) احداث ساختمان باید در یک مدت معین که در قرارداد پیش بینی شده خاتمه یابد.

گر چه ماهیت قرارداد فوق به قرارداد پیمانکاری نیز شباهت دارد زیرا در مقابل دریافت مبلغی انجام می‌گیرد بدون آنکه هیچ گونه ارتباط قائم مقامی یا نمایندگی بین طرفین عقد وجود داشته باشد. با این حال قانون گذار فرانسوی قرارداد مورد بحث را بیع شناخته است.

قرارداد فوق از اجاره نیز ممتاز می‌گردد، زیرا در عقد اجاره سازنده در ملک متعلق به طرف قرارداد عملیات اجرایی انجام می‌دهد. البته حقوقدانان با توجه به مشکلات تئوری، قائل به ماهیت دوگانه این قرارداد هستند.

مسئولیت مدنی فروشندگان شباهت زیادی به مسئولیت پیمانکاران دارد.

بیع مورد بحث به دو شکل انجام می‌گیرد:

الف) فروش بنا در وضعیت اتمام نیافته آن

مطابق ماده ۳-۱۶۱۰ ق.م.فرانسه، مالکیت نسبت به زمین از لحظه انعقاد عقد منتقل

می‌شود و مالکیت نسبت به خود بنا به تدریج که ساخته می‌شود انتقال می‌یابد. در این حالت فروشنده واجد تمام حقوق و اختیارات یک کارفرما در مدت ساخت می‌باشد.

ب) فروش بنا به صورت بیع مهلت دار:

در این حالت فروشنده متعهد می‌شود ساختمان را پس از اتمام تحویل دهد و خریدار نیز متعهد به پرداخت ثمن در زمان تسلیم می‌شود لیکن انتقال مالکیت با تنظیم سند رسمی پس از پایان احداث بنا به صورت قهقرایبی انجام می‌گیرد.

آثار قرارداد پیش فروش آپارتمان

تحلیل قرارداد در قالب استصناع از نتایج و آثاری بشرح ذیل بهره‌مند است:

۱- تحلیل قرارداد در قالب استصناع به معنی سفارش ساخت کالا با قصد واقعی متعاقدين همراه است و ادعای بطلان معامله به استناد ماده ۳۶۱ ق.م.مبنی بر معدوم بودن مبیع وارد نیست زیرا:

اولاً: مبیع عین خارجی نیست تا قرارداد مشمول آن گردیده و موجب بطلان شود و متعاقدين نیز به خوبی به این امر واقفند و اختیار امور بر قصدها مبتنی است که وجود آن را در آینده شرط کرده‌اند.

ثانیاً: روایات وارده بر بطلان بیع معدوم شامل استصناع نمی‌شود؛ زیرا این روایات منصرف به مبیع مجهول بوده و به تحقق آن در ظرف زمانی معینه اطمینان وجود ندارد در صورتی که در مانحن فیه متعاقدين با تعیین تمامی شرایط از قبیل وصف، مقدار، قیمت و... قرارداد را محقق کرده‌اند و در نتیجه جهلی که در شرایط معامله یا عوضین برای متعاقدين متصور باشد، منتفی است.

بدین ترتیب عواملی که موجب ضرری شدن معامله باشد وجود ندارد. فلذا مقتضی که عقد است موجود و مانع نیز مفقود است. و هرگاه تمامی شرایط و اوصاف مورد معامله در قرارداد دقیقاً تعیین نشده باشد مانع از نفوذ تعهد نخواهد بود، زیرا سکوت نشانه اهمیت نداشتن آن شرایط برای متعاقدين است و دلیلی بر ابهام معامله نمی‌باشد.

چون از یک طرف قابلیت تعیین از طریق عرف را داراست و از طرف دیگر امکان انتخاب آن از طرف متعهد نیز وجود دارد و هرگاه گفته شود که قرارداد پیش فروش آپارتمان از دو عنصر

مجزا، عرصه (زمین) که موجود است و عین (آپارتمان) که بر روی آن با شرایط و اوصاف معین در قبال پرداخت ثمن تدریجی موجودیت خواهد یافت، شکل می‌گیرد، سخن بیراهه‌ای نخواهد بود، زیرا وقتی عرصه موجود است مالکیت مشاعی خریدار بر آن استقرار یافته و آپارتمان که به تدریج با پرداخت ثمن به طور اقساطی عینیت خارجی خواهد یافت، ضمیمه‌ی آن می‌شود و در نتیجه تملیک از لحظه احداث با تجسم خارجی آن برای خریدار حاصل می‌شود و به تبع آن حق عینی نیز برای مشتری ایجاد می‌گردد و او می‌تواند در مقابل طلبکاران سازنده به این حق استناد جسته و مانع از اقدامات تأمینی طلبکاران برای وصول طلب خود از آپارتمان گردد و به طریق اولی در صورت انتقال آپارتمان توسط سازنده (متعهد) به شخص ثالث از مصادیق فروش مال غیر و معامله‌ی فضولی محسوب و مستوجب تعقیب کیفری بوده و بطلان معامله را به همراه خواهد داشت. زیرا پیمانها با تحقق شرایط مربوط لازم الاجراء می‌شود و هر کس در مقام نقض امری برآید که خود در اثبات آن کوشیده است، کوشش مجدد او مردود و بی اثر خواهد بود و قرارداد زمانی خاتمه یافته تلقی می‌شود که سازنده، آپارتمان را به نحو مطلوب به اتمام رسانده و غایت از انعقاد عقد نیز حاصل شده باشد. بر همین مبنا می‌توان گفت در قرارداد پیش فروش آپارتمان تعهد سازنده تعهد به نتیجه است.

بدین ترتیب روشن می‌شود که قرارداد متعاقبین در پیش فروش آپارتمان عقد مقدمه نبوده و تمامی شرایط آن در حین عقد حاصل شده و نیازمند قصد انشاء دیگری نیز نخواهد بود.

۲- موعد تسلیم آپارتمان همان موعدی است که در قرارداد مورد توافق واقع شده است و در صورت تقصیر فروشنده و تعذر تسلیم، خریدار مستحق قیمت روز خواهد بود؛ زیرا آنچه که بر ذمه‌ی فروشنده واقع شده تسلیم عین است و حال که تسلیم آن متعذر گردیده مکلف به تأدیه قیمت عین می‌گردد و تأخیر در تسلیم دو نوع حق برای مشتری ایجاد می‌کند:

الف: می‌تواند با تمدید زمان قرارداد، متعهد را به تکمیل آپارتمان و تسلیم آن وادار نماید. زیرا قرارداد پیش فروش آپارتمان از نوع تعدد مطلوب است و زمان در آن نقش ثانوی و فرعی داشته و مطلوب اصلی و اولیه احداث و تسلیم خود آپارتمان است.

ب: عدم انجام تعهد در زمان مقرر به مشتری حق فسخ می‌دهد و عدم تعیین زمان تسلیم نیز خللی به صحت عقد نمی‌رساند. زیرا با مراجعه به عرف معماری موعد اجرای تعهد امکان پذیر خواهد بود.

نتیجه‌گیری

جان کلام این است که در قرارداد پیش فروش آپارتمان تا زمانی که سازنده ایفای تعهد ننموده، مسئولیت او همچنان بر اجرای قرارداد مشغول است و تعهد وی از نوع تعهد به نتیجه می‌باشد و توجیه آن در قالب استصناع با قصد واقعی متعاقدين همراه است و قراردادی که در ایجاد و پیدایش آن طرفین نقش داشته، با نظر یکی از آنها بدون وجود جهات قانونی ملغی الاثر نمی‌شود.

بدین ترتیب مبرهن می‌شود که پیمانها با تحقق شرایط مربوطه لازم الاجرا می‌شود.

والسلام

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

منابع و مأخذ

- ۱- امام خمینی(ره)، تحریر الوسیله، ج ۱ دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۰
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱ اسلامی، چاپ شانزدهم، تهران خرداد ۱۳۷۵
- ۳- بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه میعاد، چاپ دوم، پائیز ۱۳۷۲
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق کتابخانه گنج دانش، چاپ یازدهم،

تهران ۱۳۶۸

- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۶۸
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط، ج ۱ کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۷۸
- ۷- حلی(علامه)، حسن ابن یوسف، تبصره المتعلمین، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق
- ۸- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات ج ۱، حقوقدان، چاپ اول، تهران

پائیز، ۱۳۷۷

- ۹- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۵
- ۱۰- صانعی (آیت الله)، استفتاء
- ۱۱- قنواتی، جلیل، حقوق قراردادها در فقه امامیه ج ۱، سمت، چاپ اول، تهران ۱۳۷۹
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱ شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم، تهران

۱۳۷۴

- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ

سوم، تهران ۱۳۷۶

- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۷
- ۱۵- گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج ۱، دانشگاه تهران، چاپ دوم، خرداد ۱۳۷۲
- ۱۶- مؤمن قمی (آیت الله)، محمد، مجله فقه اهل بیت شماره ۱۱ و ۱۲ پائیز و زمستان ۱۳۷۶

ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان / ۳۱

۱۷- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، چاپ هشتم، تهران

آبان ۱۳۷۳

۱۸- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت ۱۹۸۱ م

۱۹- هاشمی شاهرودی (آیت الله)، سید محمود، مجله فقه اهل بیت شماره ۱۹ و ۲۰ پائیز و

زمستان ۱۳۷۸



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی