

# کتابخانه تخصصی



**دانشگاه آزاد اسلامی**

**واحد شاهرود**

**دانشکده حقوق**

**پایان نامه کارشناسی ارشد برای دریافت درجه (M.A)**

**گرایش : حقوق خصوصی**

عنوان :

**بیع مال آینده در فقه و حقوق ایران**

استاد راهنما:

**دکتر علیرضا پور**

نگارنده:

**شیده سید اردکانی**

**تابستان ۱۳۹۷**

ب





## مشور اخلاق پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعلامی فرهنگ و تمدن بشری، مادنشجویان و احشاء هیأت علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخلفی نکنیم:

۱- اصل برانت الزام به برانت جویی از حرکت رقتا غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شانه های غیر علمی می آلائند.

۲- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و امتثال آن به بهکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.

۳- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد سازمانها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.

۴- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از حرکت جانب داری غیر علمی و محافظت از اموال، تجیزات و منافع در اختیار.

۵- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم باو حرمت باو در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خود داری از حرکت حرمت شکنی.

۶- اصل رعایت حقوق: الزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.

۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکت پنهان سازی حقیقت.

۸- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.

۹- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.

نام و نام خانوادگی مجری طرح:



## فرم تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

- اینجانب **شیده سید اردکانی** دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد پیوسته رشته **حقوق** گرایش **خصوصی** که در تاریخ
- از پایان نامه خود با عنوان **بیع مال آینده در فقه و حقوق ایران** با نمره و درجه دفاع نموده ام، بدین وسیله متعهد می شوم
- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب و مقاله) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.
  - این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات عالی ارائه نشده است.
  - چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده یا هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت و اختراع و... از این پایان نامه را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد شاهرود مجوزهای مربوط را اخذ نمایم.
  - چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیریم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق با ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

## تاریخ و امضاء

## پاسکزاری

ضمن سپاس و ستایش به درگاه ایزد منان که به من توانایی داد که با استعانت از او بتوانم

این پژوهش را انجام دهم، بر خود لازم می بینم از دگرمی و تشویق

اساتید و دوستان خصوصاً استاد علیرضا پور که در نگارش این مجموعه

مرا یاری نمودند، قدردانی نمایم:

تقدیم به

ماحصل آموخته‌هایم را تقدیم می‌کنم به آن که مهر آسمانی اش آرام بخش آلام زمینی ام

است

عزیز دلم

دخترم ندا

## فهرست مطالب

- ۱- بیان مسئله ..... ۲
- ۲- اهمیت و ضرورت تحقیق ..... ۳
- ۳- اهداف تحقیق: ..... ۵
- ۴- فرضیات تحقیق ..... ۵
- فصل اول: کلیات تحقیق ..... ۷
- مبحث اول: مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ..... ۸
- گفتار اول: مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش آپارتمان ..... ۸
- بند اول: مفهوم قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان ..... ۸
- بند دوم: ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان ..... ۱۶
- گفتار دوم: مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در رویه ی قضایی ..... ۱۹
- مبحث دوم: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه و حقوق موضوعه ..... ۲۳
- گفتار اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه ..... ۲۳
- گفتار دوم: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق موضوعه ..... ۲۵
- فصل دوم: استثنائات در معاملات بیع مال آینده ..... ۲۹
- مبحث اول: مصادیق بیع مال آینده ..... ۳۰
- گفتار اول: دلایل بطلان معامله به مال آینده ..... ۳۱



- بند اول: دلیل روایی ..... ۳۱
- بند دوم: دلیل قانونی ..... ۳۲
- بند سوم: سیره عقلا ..... ۳۲
- بند چهارم: دلایل تحلیلی ..... ۳۳
- مبحث دوم: ارزیابی دلایل بطلان معامله به مال آینده ..... ۳۴
- بند اول: نقد دلیل روایی ..... ۳۴
- بند دوم: نقد دلیل قانونی ..... ۳۵
- بند سوم: استقرار سیره عقلا بر معامله به مال آینده ..... ۳۶
- بند چهارم: نقد دلایل تحلیلی ..... ۳۶
- گفتار اول: مفهوم قاعده نفی غرر ..... ۴۰
- گفتار دوم: تدارک قاعده عام معامله به مال آینده ..... ۴۲
- فصل سوم: بیع و پیش فروش ساختمان به عنوان یک نمونه مشهود از بیع مال آینده ..... ۴۹
- مبحث اول: شرایط قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۵۰
- گفتار اول: شرایط اساسی (ماهوی) و ضمانت اجرای آن‌ها در قانون مدنی ..... ۵۰
- بند اول: شرایط ماهوی قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۵۰
- بند دوم: ضمانت اجرای شرایط اساسی قرارداد ..... ۵۲
- گفتار دوم: شرایط شکلی قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹ ..... ۵۳
- بند اول: شرایط شکلی قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان ..... ۵۳
- بند دوم: ضمانت اجرای شرایط شکلی قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹ ..... ۵۶
- مبحث دوم: آثار قرارداد پیش فروش نسبت به طرفین و شخص ثالث ..... ۵۷
- گفتار اول: آثار قرارداد نسبت به پیش فروشنده ..... ۵۷
- بند اول: اثر قرارداد نسبت به پیش فروشنده در حقوق ایران ..... ۵۷

بند دوم: اثر قرارداد نسبت به پیش فروشنده در حقوق انگلیس.....	۶۶
ب: تعهدات پیش فروشنده در حقوق انگلیس.....	۶۷
گفتار دوم: آثار قرارداد پیش فروش نسبت به پیش خریدار.....	۷۰
بند اول: اثر قرارداد نسبت به پیش خریدار در حقوق ایران.....	۷۰
گفتار سوم: آثار قرارداد پیش فروش آپارتمان نسبت به شخص ثالث.....	۷۵
بند اول: اثر قرارداد نسبت به ثالث در حقوق ایران.....	۷۶
نتیجه گیری.....	۸۰
پیشنهادات.....	۸۵
منابع.....	۸۶



## چکیده:

قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از جمله قراردادهایی است که همگام با پیشرفت و صنعتی شدن جوامع رشد روزافزونی داشته است. مسئله‌ی مهم در مورد این قراردادها، بحث ماهیت قرارداد می‌باشد که در کشور ما، علیرغم تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ ابهامات در مورد ماهیت قرارداد مزبور کماکان به قوت خود باقی است. دلیل این امر شکلی بودن قانون پیش‌فروش ساختمان می‌باشد که اساساً به بحث ماهیت این قراردادها اشاره‌ای نداشته است. در این تحقیق، به بررسی تئوری ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان پرداختیم و قرارداد مزبور را با عقود عهدی بی‌نام و نیز عقود تملیکی مقایسه کردیم. عقود عهدی از قبیل تعهد به بیع، قرارداد کار و مواد. مقاطعه‌کاری و نیز عقود تملیکی نظیر بیع معلق، بیع سلف و بیع استصناع از جمله ماهیت‌های مشابهی هستند که در این تحقیق به بررسی آن‌ها پرداختیم، به نظر می‌رسد که قالب حقوقی شایسته برای بیان ماهیت قرارداد مزبور، قالب و بیع معدوم به تبع موجود می‌باشد که در این تحقیق به آن اشاره می‌شود قابل‌ذکر است که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش ساختمان، علاوه بر شرایط اساسی قراردادها، دارای شرایط شکلی خاصی جهت تنظیم قرارداد نیز می‌باشد. واضح است که فقدان شرایط اساسی و شکلی قرارداد، ضمانت اجرای خاص خود را دارد، همچنین قرارداد مزبور، در حقوق ایران واجد آثاری نسبت به پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار و ثالث می‌باشد. حقوق و تعهدات هرکدام از طرفین و نیز ضمانت اجرای تعهدات هر یک در این تحقیق بررسی می‌شود.

کلید واژه: قرارداد - پیش‌فروش آپارتمان - بیع مال آینده - بطلان معامله

## ۱- بیان مسئله

بنا به تعریف بیع مال آینده بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد؛ اما با بیع تعهد میکند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد؛ مانند نجاری که یکدست مبل می فروشد که دوماهه تحویل بدهد. این مبل‌ها باید در آینده ساخته شود و تاریخ تشخیص مبیع بعد از بیع است.<sup>۱</sup>

مبیع در عقد بیع از جنبه‌های مختلف می‌تواند وضعیت‌های متفاوتی داشته باشد که صحت یا عدم صحت این‌گونه قراردادها تحت عنوان بیع، نیاز به بررسی و استدلال دارد. موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه با مصادیق متعدد است که در آینده ایجاد می‌شود، بلکه شامل کالایی است که باید منحصرأ برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به‌نوبه خود ممکن است منقول یا غیرمنقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد. به بیان دقیق‌تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به‌صورت غیر مشروط (بدون اینکه معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال آینده‌ای که باید برای خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به‌طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد.<sup>۲</sup>

همچنین با دقت در مباحث فقها و صاحب‌نظران درمی‌یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی را می‌فروشد. در نتیجه آن محصول به آن معامله مربوط و مختص آن بیع و آن خریدار می‌شود. در خصوص دو حالت متصور بوده است: یکی اینکه هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص ظاهر نشده و در این حالت اقدام به فروش شود؛ و دوم آنکه به‌اصطلاح محصول ظهور یافته و بدو صالح و حاصل نما شده باشد که در فقه تحت عنوان «بیع اثمار» بحث شده است. در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه موضوع معامله مال آینده به‌صورت کلی فی الذمه، برای مثال از تولیدات آینده‌ی خط تولید است که گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، کالایی صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می‌شود. از طرفی، این مصنوعات بشری ممکن است از اموال منقول یا غیرمنقول باشد. منقول که به مصنوعات صورت سفارش خاص خریدار صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می‌شود در فقه تحت عنوان بیع استصناع بحث شده است. مصنوعات غیرمنقول مورد سفارش منحصر خریدار، بیشتر در قالب بیع آپارتمان‌های ساخته نشده مطرح گردیده است. با فرض معامله مال آینده به‌عنوان بیع و خروج عناوین دیگر که احتمال نسبت آن‌ها به چنین معامله‌ای وجود دارد از طرفی و از طرف دیگر خروج عناوین بیع مال آینده و تعهد بر بیع مال آینده، در بررسی آثار نیز چنین معاملاتی تخصصاً خارج از بحث بوده بنابراین تمرکز بحث در حالتی است که معامله بر مال آینده، بیع بوده و می‌تواند مصادیق بیع در

<sup>۱</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چ ۱، گنج دانش، تهران: ۱۳۷۸.

<sup>۲</sup> آمومن قمی، محمد، استصناع، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲، ۱۳۷۶.

مفهوم عام آن (عین معین و کلی فی الذمه) را شامل شود البته با این فرض که صدق عنوان عین معین و کلی، تابع توصیف افراد بوده و انعطاف لازم را در برابر اراده افراد داشته باشد<sup>۱</sup>.

اهمیت تحقیق درباره این موضوع به این دلیل است که مشکلات زیادی را در بین مردم جامعه و محاکم به وجود آورده و به خاطر عدم اطلاعات و شناخت کافی منجر به ورود خسارت‌هایی می‌شود که در برخی موارد جبران‌شان بسی سنگین است و در مواردی نیز نمی‌توان حق را از ناحق درست تشخیص داد و مشکلات دیگر، لذا انجام تحقیق در این باره نبایستی به زمان دیگری موکول شود و این خود می‌تواند از اهمیت پژوهش باشد. رشد دامنه تحت پوشش (گستره) مسئله در زمان‌های آتی، بدین معنا که در صورت تعویق زمان انجام تحقیق، نسبت مبتلایان به مسئله بیشتر خواهد شد و واحدهای تحلیل بیشتری آسیب خواهند دید. همچنین افزایش تصاعدی هزینه‌های ناشی از نپرداختن به مسئله، همگی می‌توانند بر ضرورت و اهمیت پژوهش این موضوع و در خصوص مسائل مرتبط با آن سهمیم باشد. همان‌طور که بیان شد یکی از حوزه‌هایی که بیع آن به آینده بیشتر مشاهده می‌شود حوزه املاک است و در این پژوهش سعی بر این است به‌طور مفصل به این موضوع پرداخته شود.

## ۲- اهمیت و ضرورت تحقیق

در باب موضوع بیع مال آینده پژوهش‌های بسیار کمی صورت گرفته است به‌خصوص که بیع مال آینده در بخش‌های مختلف همچون ملک، کشاورزی، اجناس و ... دارای تفاوت‌های بسیار است. برخی محققان در سال‌های اخیر همچون محمدابراهیم داودآبادی فراهانی؛ محمود قیوم زاده در تحقیقی با موضوع «بیع مال آینده» به این نتیجه رسیدند که بیع مال آینده را می‌توان فروش هر نوع مالی (به‌صورت عین کلی یا عین معین) دانست که در آینده تهیه، تولید یا ساخته و تحویل می‌شود. آنچه درستی این دیدگاه را مورد مناقشه قرار می‌دهد، عدم صحت معامله کالی به کالی و دین به دین در مورد عین کلی و نیز حدوث غرر در معامله عین معین است؛ اما بررسی نظر فقهای مختلف نشان می‌دهد که بیع کالی به کالی باطل نیست و بیع دین به دین نیز تعریف خاص و تفسیر مضیقی دارد که خللی به صحت این نوع بیع وارد نمی‌کند. در بیع عین معین آینده، اعتباری بودن ملکیت و امکان اعتبار موضوع آن و نیز امکان عرفی تسلیم و توصیف دقیق مبیع که رافع جهالت آن باشد، نافی غرر محتمل است، چراکه اگر در جوامع ابتدایی، این امکان وجود داشته، در حال حاضر که تسلیم عرفی و توصیف دقیق‌تر مبیع ممکن شده به‌طریق اولی عرف عقلا، معامله در فروض مذکور

---

<sup>۱</sup> طالب زاده، حمید، آثار بیع مال آینده، مجموع مقالات، شماره ۱، ۱۳۹۱.

با حصول سایر شرایط عمومی را بیع می‌داند. آنچه در حقوق غرب و به‌طور مشخص انگلیس، با عنوان بیع مال آینده آمده، به دلیل عدم پذیرش انتقال مالکیت کالای آینده در زمان حال، توافق به بیع است و در واقع بیع مال آینده نیست.

همچنین محقق دیگری با تمرکز بر روی موضوع انتقال مالکیت در بیع مال آینده به این نتیجه رسید که موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه با مصادیق متعدد است - که در آینده ایجاد می‌شود - بلکه شامل کالایی است که باید منحصراً برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به نوبه خود ممکن است منقول یا غیرمنقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد. در صورتی که کالای کلی فی الذمه با وصف، جنس و مقدار خاصی فروخته شود مالکیت کالا در معنی ایجاد حق عینی هنگامی که کالا معین می‌شود به خریدار منتقل می‌گردد. به بیان دقیق‌تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به صورت غیر مشروط (بدون این که معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال آینده‌ای که باید برای خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد. در عین حال طرفین می‌توانند توافق کنند، مالکیت به تدریج طی ساخت یا نصب قطعات کالا منتقل شود. مال آینده ممکن است کالایی باشد که به صورت محصولات کشاورزی در باغ یا مزرعه خاصی رشد یابد. در این حالت اگر ثمره مورد معامله بدو صلاح و حاصل نما شده باشد - با توجه به اینکه صورت نوعیه اولیه در حین عقد موجود است - مالکیت می‌تواند در زمان قرارداد منتقل شود. طرفین ممکن است توافق نمایند، مالکیت هنگامی که محصول کامل می‌شود یا حتی در زمان جمع‌آوری محصول منتقل شود.

همچنین در نوشتاری توسط طالب‌زاده و کیل پایه‌یک دادگستری با موضوع « آثار بیع مال آینده» نشان داد آثار بیع مال آینده در دو سؤال خلاصه می‌شود: اول اینکه با توجه به اثر بیع در تملیک یا تملک مبیع زمان انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار چه موقع خواهد بود؟

دوم اینکه اگر انتقال مالکیت فوری نباشد در فاصله بین معامله و زمان انتقال مالکیت حق خریدار بر موضوع معامله چگونه حقی است؟

برای پاسخ دادن به این پرسش‌ها باید بین زمانی که مبیع عین معین است و زمانی که مبیع کلی است تفاوت قائل شد. چراکه در صورت نخست یعنی زمانی که مبیع عین معین است که در آینده موجود خواهد شد دو نظر متفاوت در باب زمان انتقال مالکیت وجود دارد اول اینکه با توجه به تعریف مالکیت به رابطه بین شخص و مال از طرفی و اراده شخص بر تملک مال با تمام ویژگی‌های آن عده‌ای قائل به مالکیت خریدار بر مبیع در زمان تشخیص کامل مال و انطباق با موضوعی که طرفین اراده نموده‌اند می‌باشند و بنابراین نظر زمانی خریدار مالک مال مورد معامله می‌شود که مال اوصاف فوق را داشته باشد اما نظر دوم نیز

با تأکید بر رابطه مالکیت و تعریف آن به رابطه شخص و مال از طرفی و تعیین مال موضوع معامله به اجزا در طول زمان قائل به ایجاد مالکیت تدریجی در طی مراحل تکمیل مال می‌باشند بنابراین نظر با تکمیل هر یک از مراحل ایجاد مبیع خریدار مالک آن قسمت شده و نسبت به مابقی نیز اینکه حق عینی یا دینی داشته باشد محل سؤال است ولی آنچه به نظر صحیح می‌رسد ایجاد یک حق دینی است چراکه رابطه با معدوم صحیح به نظر نمی‌رسد. البته در موارد خاص مثل پیش‌فروش آپارتمان به نظر می‌رسد به تبع موجود (زمین محل ساخت) می‌توان رابطه با معدوم را پذیرفت.

در مورد صورت دوم یعنی زمانی که مبیع کلی است به نظر می‌رسد زمان انتقال مالکیت محل اختلاف نباشد چراکه بنا به نظر اکثر حقوقدانان با تعیین مصداق کلی انتقال مالکیت صورت می‌گیرد.

با تعیین زمان انتقال مالکیت به خریدار آثار چنین معامله‌ای روشن خواهد بود چراکه تمامی حقوق و تکالیف مالک و انتقال ریسک در قانون مشخص است و می‌توان با ارجاع به چنین مقرراتی در خصوص موضوع تعیین تکلیف نمود.

### ۳- اهداف تحقیق:

در این تحقیق بر آن هستیم شرایط بیع مال آینده را در حوزه پرافت‌وخیز املاک بررسی کنیم.

### ۴- فرضیات تحقیق

امروزه قراردادهایی تحت عنوان پیش‌فروش آپارتمان رواج چشمگیری پیدا کرده و موجب طرح دعاوی متعددی در مراجع دادگستری گردیده است. ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادها و نیز شرایط و آثار آن بارها ابهاماتی را به ذهن متبادر می‌کند، حتی قانون جدید پیش‌فروش ساختمان نیز نتوانست مشکل ماهیتی این‌گونه قراردادها را حل کند در این تحقیق به دنبال یافتن ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادها و نیز بررسی شرایط و آثار آن‌ها در قانون جدید پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹ هستیم.

۱- قبل از تصویب قانون جدید، ماهیت، شرایط و آثار این قراردادها، ابهامات زیادی داشت. با تصویب قانون جدید، شرایط شکلی قرارداد در ماده ۴ و آثار قرارداد مزبور در مواد ۶، ۷، ۸، ۱۳، ۱۲، ۱۴، ۱۵ و ۱۸ قانون جدید پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۸۹ روشن گردید، ولی ابهامات مربوط به ماهیت این‌گونه قراردادها هنوز باقی است. در این‌باره نظریات مختلفی وجود دارد.

۲- قانون جدید در مقام بیان ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیست و نهادهای مشابه نظیر عقود عهده‌ای و تملیکی از جمله بیع معلق، هرکدام دارای ایرادات خاص خود می‌باشند. به نظر می‌رسد که بتوان با توجه به قرائن مختلف، ماهیت قرارداد مزبور را بیع معدوم به تبع موجود دانست.



۳- این قرارداد از حیث شرایط اساسی، هیچ تفاوتی با سایر قراردادها ندارد. از لحاظ شرایط شکلی نیز، تابع ماده ۴ قانون جدید است. یکی از شرایط شکلی لازم، اخذ تأییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان و... می باشد. در زمینه ی آثار نیز، قانون مزبور دارای آثاری نسبت به پیش فروشنده، پیش خریدار و ثالث می باشد که به ترتیب در مواد ۱۶، ۶، ۱۸ قانون پیش فروش ساختمان بیان شده است.

# فصل اول

## کلیات تحقیق

## مبحث اول: مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق

در این مبحث، مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان را طی دو گفتار مطالعه می کنیم. در گفتار اول مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹ و در گفتار دوم مفهوم و ویژگی های قرارداد مزبور را در رویه قضایی بررسی می کنیم.

### گفتار اول: مفهوم و ویژگی های قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش

#### آپارتمان

#### بند اول: مفهوم قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان

عنوان قرارداد پیش فروش آپارتمان متشکل از سه واژه قرارداد پیش فروش و آپارتمان می باشد که جا دارد به بررسی هر واژه به طور مستقل بپردازیم تا سپس مفهوم قرارداد مزبور را در قانون پیش فروش ساختمان بررسی می کنیم.

**قرارداد:** مفهوم قرارداد در لغت به معنای عهد و پیمان دو یا چند تن در امری و نیز به معنی عهدنامه، پیمان می باشد.<sup>۱</sup>

تعریفی که قانون مدنی از قرارداد ارائه می دهد و البته نه به عنوان واژه «قرارداد» بلکه با عنوان واژه «عقد» در ماده ی ۱۸۳ ق.م است که مقرر می دارد: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن ها باشد.» پس هر عقد دارای دو شرط اساسی است:

- ۱- در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می آید: برای تحقق خارجی عقد، دست کم دو شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باید به منظور ایجاد اثر حقوقی با هم توافق کنند.
- ۲- نتیجه و منظور از توافق ایجاد تعهد است: از ظاهر ماده ی ۱۸۳ ق.م چنین بر می آید که انشاء باید به منظور ایجاد تعهد باشد؛ پس در مواردی هم که نتیجه توافق، ایجاد تعهد نیست بلکه انتقال مالکیت است باید گفت که هر تملیکی مسبوق به تعهد به انتقال است. منتها این تعهد به محض ایجاد اجرا می شود<sup>۲</sup> همان طور که می دانیم در قانون مدنی هم کلمه عقد و هم کلمه قرارداد

<sup>۱</sup>حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۲، ص ۱۵۷.

<sup>۲</sup>ناصر کاتوزیان، قوانین عمومی قراردادها، ج ۱. نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۸

به کار رفته است؛ به عبارت دیگر قانون مدنی بین کلمه «قراردادها» و «عقود» تفاوت قائل شده است. در حالی که می دانیم از نظر معنی و مفهوم واژگان، این دو کلمه مترادف یکدیگرند.<sup>۱</sup>

سؤالی که قابل طرح به نظر می‌رسد، این است که با توجه به این که قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ در ماده ۱ قانون مزبور، از پیش‌فروش ساختمان با عنوان «قرارداد» نام می‌برد. آیا قرارداد مورد بحث با عقود تحت شمول تعریف عقد تفاوت دارد یا این که می‌توان آن‌ها را مترادف دانست؟

در پاسخ به این سؤال دو دیدگاه وجود دارد:

۱- عده‌ای معتقدند که کلمه ی عقد و قرارداد را نمی‌توان مترادف و یکسان دانست.<sup>۲</sup> تدوین کنندگان قانون مدنی، از کلمه ی عقود برای مشخص کردن عقود معینه و از کلمه ی قراردادها برای قراردادهای خصوصی ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی بهره برده اند. عده‌ای دیگر با نظر فوق مخالف بوده و معتقدند که عنوان قسمت دوم از کتاب دوم جلد اول قانون مدنی (عقود و معاملات و الزامات، مواد ۱۸۳ به بعد) و تمام موادی که در باره ی عقد و حاوی قواعد عمومی قراردادها است، با این تعبیر مخالف است. به اضافه پذیرفتن این نظر، باعث می‌شود که در عقود معین، نتوان به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها استناد کرد.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد که در حقوق کنونی باید این دو کلمه را مترادف دانسته و نمی‌توان بین دو مفهوم «عقد» و «قرارداد» تفاوت گذارد.<sup>۴</sup> تفاوت قائل شدن بین دو واژه مزبوره در زمینه تشخیص نوع عقد (معین بودن و نبودن) ما را به گمراهی می‌اندازد. چراکه باعث می‌شود که ما به صرف قرارداد نامیدن یک عقد از سوی قانون گذار، آن را جزو عقود نامعین به شمار آوریم. حال آنکه اختصاراً باید گفت که پذیرش نامعین بودن قرارداد مورد بحث صحیح به نظر نمی‌رسد چراکه ملاک تشخیص نوع عقد (معین بودن و نبودن) این است که قانون گذار، قرارداد مورد بحث و شرایط انعقاد آن را در قانون مدنی با هر قانون دیگری، پیش بینی نموده یا خیر؟ روشن است که در حال حاضر، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹، پیش بینی شده است. ضمن این که در باب ماهیت این‌گونه عقود، با توجه به قصد مشترک طرفین که مبنی بر تملیک و تملک است و نیز سایر دلایل و قرائن موجود در

<sup>۱</sup> مصطفی امامی، ماده ده قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای حقوقی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۵، سال ۱۳۸۵.

<sup>۲</sup> همان ص ۱۵۶

<sup>۳</sup> ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱

<sup>۴</sup> همان