

# برای حقوق پدیدآوران



## معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

### 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 نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادانشجویان و اعضاء هیئت علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شبهه های غیر علمی می آلاینند.



معاونت پژوهش و فناوری  
به نام خدا  
تعهد اصالت رساله یا پایان نامه تحصیلی

اینجناب **زهرا عباسیان مظفری** دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته **حقوق خصوصی** که در تاریخ  
..... از رساله خود تحت عنوان

«**اختلاف متعاملین در مبیع در حقوق ایران با تأکید بر قانون پیش فروش ساختمان ها**»

با کسب نمره ..... دفاع نموده‌ام بدین وسیله متعهد می‌شوم:

- ۱) این رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجناب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.
- ۲) این رساله قبلاً برای هیچ مدرک تحصیلی (هم‌سطح پایین‌تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت مجاز است با اینجناب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: **زهرا عباسیان مظفری**

تاریخ و امضاء



**دانشگاه آزاد اسلامی**

**واحد مرودشت**

**دانشکده حقوق**

**رساله برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A.)**

**در رشته حقوق خصوصی**

**عنوان:**

**اختلاف متعاملین در مبیع در حقوق ایران با تأکید بر قانون پیش فروش ساختمان ها**

**استاد راهنما:**

**دکتر عباس زمانی**

**نگارش:**

**زهرا عباسیان مظفری**

**زمستان ۱۳۹۸**



## صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد (M.A)

نام و نام خانوادگی دانشجو **زهرا عباسیان مظفری** در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۱۰ رشته : **حقوق خصوصی** از  
پایان نامه خود با عنوان: **اختلاف متعاملین در مبیع در حقوق ایران با تأکید بر قانون پیش فروش**  
**ساختمان ها** با درجه و نمره دفاع نموده است.

نام و نام خانوادگی اعضای هیات داوری سمت امضاء اعضای هیات داوری

دکتر عباس زمانی (استاد راهنما)

دکتر علی مزارعی (استاد داوری)

دکتر حجت ایزدی (استاد داوری)

مراتب فوق مورد تایید است . مدیر/معاونت پژوهشی

مهر و امضاء

## تقدیر و سپاسگزاری

پس از شکر و شتاب درگاه ایزدمنان، بر خود فرض می‌دانم که از صمیم قلب و با تمام وجود از کلیه اساتید و بزرگوارانی که به طریق مختلف مراد تهیه و تنظیم این پایان نامه یاری نموده اند، از جناب آقای دکتر عباس زمانی، استاد اندیشمند و پرتلاشم که دلسوزانه و قدم به قدم در جهت ارتقاء علم و اخلاق یاریم کردند و مرا از نظرات سازنده خود بی‌نصیب نمانده اند. تقدیر و تشکر می‌کنم.

تقدیم به

به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایشار و از خودگذشتگان به پاس

عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین

روزگار ان بهترین پشتیبان است به پاس قلب های بزرگشان که فریاد

رس است و سرگردانی و ترس در پناهشان به شجاعت می گراید و به

پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی کند این مجموعه را به

پدر و مادر عزیزم تقدیم می کنم

## فهرست مطالب

۱.....	چکیده
۲.....	مقدمه
۳.....	بیان مسئله
۴.....	اهمیت و ضرورت تحقیق
۵.....	اهداف تحقیق
۵.....	سوالات تحقیق
۶.....	فرضیات تحقیق
۶.....	سوابق تحقیق
۷.....	روش تحقیق

### فصل اول کلیات تحقیق

۹.....	مبحث اول: مفهوم قرارداد
۱۰.....	مبحث دوم: مفهوم بیع
۲۰.....	مبحث سوم: اقسام عقد از جهت زمان تسلیم مبیع
۲۵.....	مبحث چهارم: مفهوم آپارتمان

### فصل دوم بیع سلف یا سلم در فقه

۳۰.....	مبحث اول: تعریف بیع سلف
۳۴.....	مبحث دوم: احکام بیع سلف و سلم
۳۵.....	مبحث سوم: ارکان بیع سلم
۳۶.....	مبحث چهارم: عناصر بیع سلم
۳۶.....	مبحث پنجم: شرایط مبیع (مسلم فیه)
۳۷.....	مبحث ششم: ثمن
۳۸.....	مبحث هفتم: شرایط صحت بیع سلف در قانون مدنی ایران
۳۸.....	مبحث هشتم: شرایط صحت بیع سلف در فقه امامیه
۴۵.....	مبحث نهم: اشتراط قبض مسلم فیه قبل از بیع آن
۴۶.....	مبحث دهم: جایگزینی مسلم فیه

### فصل سوم قرارداد پیش فروش آپارتمان و اختلاف متعاملین

۴۹.....	مبحث اول: نگاهی به قراردادهای پیش فروش در عصر حاضر
۵۲.....	مبحث دوم: قانون پیش فروش آپارتمان



۶۴	مبحث سوم: عقد استصناع
۶۷	مبحث چهارم: شرکت
۷۰	مبحث پنجم: قراردادهای خصوصی (موضوع ماده ۱۰ ق.م)
۷۹	مبحث ششم: کاربرد بیع سلف در قراردادهای پیش فروش
۸۳	مبحث هفتم: شباهت و تفاوت‌های پیش فروش آپارتمان با بیع سلف
۹۲	نتیجه گیری
۹۳	پیشنهادات
۹۶	منابع

## چکیده

قراردادهای پیش فروش آپارتمان به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان نشینی در جامعه کنونی ایران به طور گسترده‌ای در میان مردم رواج یافته است و انبوه‌سازان، شرکت‌های بزرگ ساختمانی و دستگاه‌های دولتی از طریق پیش‌فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع‌آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سودآور می‌نمایند. امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک می باشد که این امر به دو صورت ممکن است انجام شود یک فرض صورتی است که آپارتمان به طور کامل ساخته شده و وجود خارجی دارد در این فرض بیع برطبق قواعد عمومی نسبت به مال موجود صورت می گیرد و از این لحاظ با مشکلی مواجه نمی باشد فرض دیگر فروش آپارتمانهای است که هنوز ساخته نشده و در آینده باید ساخته شود در این فرض آپارتمان وجود خارجی ندارد و فروشنده ملتزم به ساخت و تحویل آن می شود و با عبارت دیگر "پیش فروش آپارتمان" صورت می گیرد. حقوق دانان، قضات و وکلا و اشخاص دست‌اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه و تبیین نمایند تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح در صورت بروز اختلاف، اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید. در این پژوهش پیش فروش آپارتمان مورد مطالعه قرار گرفته و دلایل انطباق یا عدم انطباق قراردادهای فوق با هریک از انواع بیع سلف مورد بررسی قرار گرفته است. مهمترین مسئله در رابطه با قرارداد پیش فروش آپارتمان، توصیف حقوقی چنین قراردادهایی می باشد، نظرات مختلفی در این رابطه مطرح شده است لیکن آنچه از مفاد قرارداد پیش فروش آپارتمان و قصد و خواست مشترک طرفین بر می آید این است که قرارداد پیش فروش آپارتمان نمی تواند یک قرارداد خصوصی و یا صرفاً یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد بلکه قصد طرفین از انعقاد این قرارداد بیع می باشد. به عبارت دقیق تر قرارداد پیش فروش آپارتمانها همان بیع سلم یا سلف است که در فقه امامیه به آن اشاره شده است. این پژوهش بدنبال آنست تا به بررسی ماهیت پیش فروش آپارتمان و مقایسه آن با بیع سلف بپردازد.

**کلید واژه:** بیع، پیش فروش، بیع سلف، پیش فروش آپارتمان

## مقدمه

ساختمان و سازه های انسانی همیشه یکی از دغدغه های اصلی بشر بوده و هست از بشر نخستین گرفته که به دنبال سرپناه راه های متعدد را آزمایش کرده تا تا بشر هزاره سوم که برای آرامش دنبال ساختمان های متناسب با نیازهای خویش است.

امروزه نیز که با پیشرفت فناوری گام در عرصه جدید سازه ها نهاده ایم همچنان نیاز بشر به ساختمان یک نیاز اساسی است و ساختن ساختمان های بزرگ محتاج سرمایه های هنگفت است و دیگر نمی توان به راحتی و به تنهایی دست به سازه های بزرگ زد بدون آنکه از پیش، تأمین مالی صورت گرفته باشد. از این رو هم پیش سازندگان می توانند از سرمایه های پیش خریداران جهت ساختن ساختمان استفاده کنند و هم پیش خریداران می توانند با پرداخت مبلغی از آینده خود مطمئن تر شوند.

در کشور ما آپارتمان نشینی از قدمت زیادی برخوردار نیست. از بین تمام شهرهای ایران، خصوصاً در شهر تهران به دلیل مهاجرت های چند دهه اخیر که جمعیت آن به طرز غیر مترقبه ای افزایش یافته، آپارتمان نشینی دامن بسیاری از مردم تهران را گرفته است. همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک شود.

به طور کلی خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود :

- ۱- فروش آپارتمان ساخته شده که ممکن است از سوی مالک ساختمان یا مالک آپارتمان انجام شود.
- ۲- فروش آپارتمانی که هنوز ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود و در این روش به طور معمول موقعیت و ابعاد و مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمان معین می شود و فروشنده متعهد می شود آپارتمان را در ظرف مدت معین بسازد.

قانون پیش فروش ساختمان در جلسه ی علنی مورخ ۱۲ دی ماه ۱۳۸۹ در مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۸۹ به تأیید شورای نگهبان رسید و مورخ ۹ بهمن ۱۳۸۹ در مجلس شورای اسلامی واصل گردیده است. این قانون مشتمل بر ۲۵ ماده و ۴ تبصره می باشد، که در ماده ۱ این قانون قرارداد پیش فروش ساختمان توضیح داده شده است.

ماده ۱: هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش» ساختمان محسوب می شود.

با عنایت به گسترش روزافزون تخلفات و جرائم در حوزه پیش فروش ساختمان و با توجه به ضرورت جلوگیری از تضییع حقوق پیش خریداران واحد مسکونی و در راستای کاهش وقوع برخی جرائم از جمله کلاهبرداری و در اجراء بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به منظور قضازدایی با وضع مقررات پیشگیرانه در این زمینه، لایحه زیر نیز در این راست تصویب گردید که در آن به طور کامل مفهوم پیش فروش و پیش خریدار را توضیح داده.

## بیان مسئله

قرارداد پیش فروش امروزه یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک و اموال است که در قسمت های مختلفی مثل ساختمان (آپارتمانهای اداری و مسکونی و همچنین واحدهای تجاری) خودرو و... انجام میشود. و موضوع عقد: فروش مالی است که در آینده تولید و به خریدار تملیک میشود. فروشنده نیز ملتزم به ساخت و تملیک آن به خریدار است.

در تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان نیز باید بگوییم قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می کند آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازاء دریافت مبلغ قراردادی به خریدار تحویل نماید. این توافق و تراضی طرفین قرارداد تلقی و از لحاظ ماهیت حقوقی خرید و فروش (بیع) بر آن صدق می نماید. لذا با توجه به اصول کلی دارای شرایط اساسی صحت معامله می باشد.

در کلیه عقود بالاخص عقد بیع طرفین قرارداد موضوعی را مورد معامله قرار می دهند و هدف نهایی آنها انتقال مورد معامله در مقابل عوض معینی است. مورد معامله در عقد بیع «مبیع» نام دارد و خود مورد معامله برای صحت عقد بیع ضروری است که عقد بیع بی موضوع باطل می باشد در قانون مدنی ایران و اندیشه های نویسندگان حقوقی شرایطی را برای مورد معامله ضروری دانسته اند که از جمله عینی بودن، مالیت داشتن، منفعت عقلایی داشتن، موجود، معلوم و معین بودن است. از سوی دیگر مورد معامله ممکن است به اشکال تخلف محسوب شود گاهی عین معین، گاه کلی در معین و زمانی نیز کلی در ذمه مورد معامله قرار میگیرد. در همه این موارد لازم است که طرفین علم اجمالی به مبیع داشته باشند تا صحت عقد با خللی مواجه نشود. مورد معامله در همه این حالات یا مثلی است یا قیمی، مال مثلی، مالی است که اشباه یا نظایر آن، از هر جهت در بازار فراوان باشد مانند گندم و عدس و مال قیمی مالی است که اشباه و نظایر آن یافت نمی شود مانند خانه یا اتومبیل مال مثلی را به هر سه شکل یاد شده (عین معین، کلی در معین، کلی در ذمه) می توان معامله کرد. اما مال قیمی را فقط به صورت عین معین می توان فروخت. برای آنکه از مبیع رفع ابهام شود، معین معلوم شود، در صورتی که عین معین و یا در حکم عین معین باشد ممکن است، از طریق توصیف، با مشاهده جنس، مقدار و کیفیت، مشخص شود، ولی اگر مبیع کلی در ذمه باشد، منحصرأ به وسیله ی وصف معلوم خواهد شد. ممکن است، برای معلوم شدن مبیع تعدادی از آن، به عنوان نمونه، ارائه داده شود. در این حالت اگر تمام مبیع آن اوصاف را نداشته باشد خریدار حق فسخ دارد. اما در مبیع مال قیمی مانند خانه و ساختمان گاهی مبیع فاقد اوصاف ذکر شده در عقد است. این تعارض ممکن است، در کیفیت یا در کمیت مورد معامله باشد در این زمینه ابهامات بسیاری وجود دارد. مهمترین سؤال این است که این اختلاف چه اثر حقوقی دارد. آیا فقدان اوصاف می تواند موجب بطلان عقد شود؟ در صورتی که موجب بطلان عقد نشود، مشروط له قادر به اجبار به تعمیر و تعویض است یا حق فسخ دارد؟ بالاخص در مورد ساختمان در حال ساخت که از قبل معلوم نیست این مورد بیشتر نمود دارد.

شرایط عمومی باید در هر عقد و قراردادی صرف نظر از نوع آن موجود باشد و الا عقد و قرارداد معتبر نخواهد بود. قرارداد پیش فروش آپارتمان نیز بایستی حاوی شرایط اساسی صحت معاملات بر اساس ماده ۱۹۰ ق. م باشد.

قراردادهایی که واجد شرایط فوق باشد و مخالفت صریح با قوانین آمره نداشته باشد با توجه به قاعده اصله الصحه معتبر است. در قرارداد پیش فروش آپارتمان نیز توافق دو اراده به نحوی که هر یک چیزی را بخواهد که آن دیگری نیز خواهان آن است، ضروری است. چنانچه در ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد و رضای متعاقدين به عنوان اولین شرط اساسی انعقاد هر عقدی مذکور افتاده و در ماده ۳۳۹ ق. م در عقد بیع نیز، توافق اراده های بایع و مشتری به صراحت ذکر گردیده است. انعقاد هر قراردادی پیش از تصور موضوع آن ممکن نیست. در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده: عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

### اهمیت و ضرورت تحقیق

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان می تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان بیع تلقی شود، در این صورت احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود. حقوق دانان و قضات برای شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان به عقود مختلفی اشاره نموده اند که از جمله آنها، عقد صلح، عقد شرکت، عقد استصناع، عقد بیع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. در این پژوهش عقد بیع مورد مطالعه گرفته است.

در خصوص جنبه جدید این تحقیق باید بگوییم که قرارداد پیش فروش و بیع سلف بصورت گسترده وعمده توسط تعداد زیادی از افراد و دانشجویان حقوق مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است و در چندین مقاله این دو با هم مقایسه و نقاط مشترک آنها از دیدگاههای مختلف مورد بررسی قرار گرفته است بصورتی که چندین مقاله در این مورد چاپ شده اما در این تحقیق می خواهیم با تطبیق این دو باهم و شناسایی نقاط تشابه و تضاد این دو راهکاری مناسب انتخاب کرده و قانون پیش فروش آپارتمان را که قانون جدیدالتصویبی در این زمینه است را با قوانین موجود در قانون مدنی در مورد عقد بیع سلف مقایسه کنیم.

از دیدگاه برخی از حقوق دانان (پیر هادی، انتقال مالکیت در عقد بیع، ۱۲۷) قرارداد پیش فروش آپارتمان های ساخته نشده را می توان در قالب بیع مال غیرمنقول آینده مطالعه نمود. به نظر برخی دیگر قرارداد راجع به آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، عقد بیع با شرایط جدید ناشی از تحولات و پیشرفت های جامعه و نیاز روزافزون به تأمین مسکن تلقی می شود (ممی زاده، ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش فروش ساختمان، ۱۰۹).

با عنایت به اینکه اختلاف متعاملین در مورد معامله حجم زیادی از پرونده های دادگاه ها را به خود اختصاص داده است و از جانب دیگر قانون پیش فروش ساختمان ها در برخی موارد راهکار های نسبی

پیش بینی شده در مواد ۳۵۵ و ۴۸۵ قانون مدنی را تغییر داده است. در این که این تغییرات ایجاد قاعده حقوقی کرده، استثناء است ابهام است. و لذا چون دانشجو تعهد بررسی این موارد در ارائه راهکار در این خصوص را دارد، موضوع دارای نو آوری است.

## اهداف تحقیق

امروزه روند رو به رشد جمعیت و کمبود فضا در شهرهای بزرگ ضرورت وجود آپارتمان ها را توجیه نموده است. ساخت و ساز آپارتمان ها نیز حرفه مستقل عده ای از اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که به مرور به تبع آن قراردادهای پیش فروش آپارتمان تأسیس و جامعه حقوقی را برآن داشت که نسبت به ظرایف این قراردادها بیندیشد. در این نوشتار سعی بر آن است تا ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان مورد بررسی قرار گیرد. و با بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان با مسائل مشابه در فقه و مباحث حقوقی بررسی اقسام بیع موضوع مورد بحث برای خواننده روشن گردد. و همچنین با شناسایی راهکارهایی جدید از بین استدلالات حقوقی علمای برجسته حقوق و همچنین بررسی راهکارهای قانونی به تبیین قرارداد پیش فروش پرداخته و ارتباط آن را با بیع سلف در قانون مدنی شناسایی کنیم.

## سوالات تحقیق

### پرسش اصلی تحقیق:

اختلاف مبیع با قرارداد چه اثر حقوقی دارد؟

### پرسش فرعی:

۱. آیا مشروطه می تواند متعهد را به تعویض مبیع الزام نماید؟
۲. قواعد مربوط به اختلاف ساختمان در حال ساخت و سایر عنوان مبیع قاعده حقوقی است یا استثناء است؟

## فرضیات تحقیق

در پاسخ به سئوالات فوق فرضیه های زیر مطرح گردید:

### فرضیه اصلی:

به نظر می رسد اختلاف مبیع با قرارداد می تواند موجب فسخ معامله شود.

### فرضیات فرعی

- ۱- الزام متعهد به تعویض مبیع در اموال قیمی وجود ندارد.
- ۲- قواعد مربوط به پیش فروش ساختمانات استثناء و صرفا مربوط به ساختمان است.

## سوابق تحقیق

کاتوزیان (۱۳۷۸) در پژوهش خود با عنوان عقود معین در خصوص قرارداد پیش فروش معتقد است که بسیاری از حقوق دانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع عین معین دانسته و آپارتمان را به محض ساخته شدن در جهت حمایت از پیش خریدار متعلق به او می‌دانند. «کاتوزیان» در این باره چنین اظهار نظر می‌کند: در فروش آپارتمان (اگر به شکل تعهد به فروش نباشد) پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به مالکیت خریدار درمی‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند.

- ولویون، رضا (۱۳۸۹) در پژوهش خود با عنوان فروش آپارتمان‌های ساخته نشده بیان میدارد برخی از حقوق دانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع معلق دانسته‌اند و در توجیه آن بدین شرح اظهار نظر نموده‌اند که: می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع هم زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نیست بلکه چنانچه گفته شد تملک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم اول قلمداد می‌شود به دیگر سخن بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است

- امام خمینی (ره) در «تحریرالوسیله» در مورد بیع سلم بیان میدارد: خریدن مال کلی مؤجل در مقابل ثمن نقد که عکس آن نسیه است به خریدار مسلم با کسر لام و به بایع مسلم الیه و به مبیع مسلم فیه گویند.

جعفری لنگرودی (۱۳۸۵) در پژوهش خود با عنوان مبسوط در ترمینولوژی حقوق بیان میدارد بیع سلم بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ می‌دهد. در دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوبه شورای پول و اعتبار نیز محدودیت‌ها و شرایط فقهی بیع سلف و به ویژه نقد بودن ثمن مورد نظر قرار گرفته است. ماده یک دستورالعمل مذکور مقرر می‌دارد که منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین است. قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی‌رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می‌توان بیع عین معین دانست.

## روش تحقیق

روش کار با استفاده از منابع کتابخانه و بصورت توصیفی می‌باشد. از جمله منابعی که استفاده می‌شود گزیده مقالات و پایان نامه‌هایی است که در این خصوص گردآوری شده و تحقیقاتی که به وسیله اساتید برتر حقوق از جمله دکتر ناصر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی و سایر کتب ایشان

انجام شده و همچنین مقالات ایشان در این زمینه و همچنین کتاب حقوق مدنی مرحوم دکتر مهدی شهیدی و مقالات ایشان و سایر کتب و کتاب ترمینولوژی حقوق دکتر لنگرودی و کتب حقوقی دکتر امامی در این رابطه و نیز کتاب قواعد عمومی قراردادها بنام دکتر سید حسین صفایی و سایر منابعی که در این زمینه موجود بوده است از جمله چندین گاهنامه و ماهنامه و مجله و نشریات مربوط به کانون وکلای کشور و سایر منابع موجود که در پایان کار از آنها بصورت دقیق نام میبریم.



## فصل اول:

### کلیات تحقیق

## مبحث اول: مفهوم قرارداد

قرارداد به معنای توافق دو طرف بر سر موضوعی خاص است حال در این بخش به بررسی مفهوم قرارداد و اصول مربوط به آن و انواع آن پرداخته می شود.

### گفتار اول: مفهوم لغوی

مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی، تملیکی و مالی و غیر مالی و معوض و غیر معوض است و نیز شامل موافقت‌هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می‌شود. در مفهوم لغوی قرارداد هم دلیلی نداریم که مقنن ایران دخل و تصرفی کرده باشد، بنابراین همان مفهوم لغوی حجت است و حجت بودن همین مفهوم لغوی، نقص تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را جبران می‌کند و نتیجه اینکه می‌توان گفت مفهوم قرارداد از مفهوم عقد مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اعم است ولی مقنن ایران در خارج از ماده ۱۸۳ عموماً هر جا که عقد یا عقود را بدون قرینه بکار برده منظورش مساوی است با مفهوم لغوی قرارداد، لذا عقد و قرارداد به یک معنی هستند.<sup>۱</sup> در هر حال قرارداد را می‌توان به توافقی قانونی ۲ یا چند طرف در موضوع معین به قصد ایجاد اثر حقوقی مشترک تعریف کرد. قرارداد یک عمل حقوقی ۲ جانبه است و آن وقتی واقع می‌شود که طرفین آزادانه با یکدیگر وارد گفت‌وگو شوند و به توافقی برسند.<sup>۲</sup>

### گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی

قرار داد عبارت است از: «توافق بین طرفین یا چندین طرف که از لحاظ قانونی الزام آور است». <sup>۳</sup> به محض که قرار داد ایجاد شد، حقوق و تعهدات را برای طرفین ایجاد می‌کند که می‌توان دلیل محکمه پسند در محاکم باشد. طرف که قرار داد را نقض می‌کند، ملزم به پرداخت خسارت خواهد شد.

### گفتار سوم: تقسیم بندی قرار داد

قرار دادها به قرارداد باسند و ساده قابل تقسیم می‌باشد. قرارداد با سند نوع قرار داد است که اعتبار خود را از شکل تنظیم خود أخذ می‌کند، این نوع قرار داد کتبی، دارای امضای طرفین، گواهان و قابل تسلیم می‌باشد.

قرار داد ساده نوع دیگری از قرارداد است، هر نوع قرار داد که خارج از قرار داد با سند باشد، قرار داد ساده گفته می‌شود. مانند قرار داد های شفاهی یا به صورت رفتاری یا معاملاتی باشد. این نوع قرارداد ها، قرارداد ساده هستند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، بهار ۱۳۷۷، جلد اول، ص ۳۴

<sup>۲</sup> همان ص ۳۷

<sup>۳</sup> بی نام، مرور بر حقوق قراردادهای در انگلستان، ترجمه، دکتر حسین میر حمد صادقی، نشر حقوق دان، سال ۱۳۷۷ ص ۱۷.

<sup>۴</sup> اسماعیلی، رضا انتقال بیع مال آینده، تهران، دادوند، ۱۳۷۸، ص ۸۲

## مبحث دوم: مفهوم بیع

در تعریف عقد بیع ماده ۳۳۸ ق. م 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.<sup>۱</sup>

## گفتار اول: مفهوم لغوی

اهل لغت در این که مفهوم بیع «مبادله دو مال بر اساس تراضی» است اختلاف اساسی ندارند در عین حال ارائه تعریف جامع و مانع از بیع، به علت تعابیر گوناگون موجود در کتب لغت، فقیهان را بر آن داشته تا در تعریف و اوصاف عقد بیع مباحث دقیقی مطرح کنند. در حالی که فقه‌های عامه بیع را ره «مبادله دو مال به نحو تملیک و تملک یا بوجه مخصوص» یا «مبادله دوشیء مورد رغبت» و نظایر آن تعریف می‌کنند.<sup>۲</sup>

## گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی

فقه‌های امامیه با وسواس بسیاری سعی کرده‌اند تا تعریف جامع و مانع عرضه کنند. شیخ انصاری از نام‌آورترین این فقیهان، تعریف بیع را به «انتقال عین معلوم بوجه تراضی» مطرح کرده است او هم چنین تعریف بیع به «ایجاب و قبولی که مفید نقل ملک به عرض معلوم ایت» بدین علت که بیع از مقوله معنی است انتقاد کرده و نیز تعریف بیع به «نقل عین به ضیعه مخصوص» را، از آن رو که «نقل» مترادف بیع نیست بلکه از لوازم آن است مقبول ندانسته و برای رفع ایراد، «انشاء تملیک عین در برابر مال» را پیشنهاد کرده است. وی ایراداتی را که مکن است بر مانعیت تعریف «شمول آن بر بیع معاملات صلح عین، هبه معوض قرض» به نظر برسد، طرح کرده و آن‌ها را مردود شمرده است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> شهیدی، مهدی، قرارداد تشکیل بیع، مجموعه مقالات، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۸۷، ص ۲۹۵

<sup>۲</sup> آکاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص ۸۰

<sup>۳</sup> همان ص ۸۱

صرف نظر از ارزشیابی علمی دقت های مذکور، این اندیشه که لفظ بیع حقیقت شرعی و متشرعی ندارد و لاجرم بر مفهوم عرفی خود باقی است و به مجرد «صرق عرفی بیع» ادله صحت و لزوم بیع شامل آن خواهد شد. علاوه بر آن که پایانی بر مناقشات اصطلاحی است، گامی اساسی در همگامی حقوق و اجتماع است به ویژه در مواردی که صورت های نوین بیع، از لحاظ شمول حکم صحت و لزوم عقد بیع بر آن ها مورد تردید واقع شده است، مانند بیع ساختمان قبل از بنا یا سفارش ساخت و خرید هواپیما و کشتی<sup>۱</sup>

قانون مدنی (ماده ۳۳۸) با تعریف بیع «به تملیک عین به عوض معلوم» آشکارا از تعریف فقها پیروی کرده است. قانون مدنی سایر کشورهای اسلامی، مانند سوریه، عراق، لیبی، لبنان و قانون مدنی سابق مصر کم و بیش این تعریف متأثرند. در این میان قانون مدنی جدید مصر با تصویب ماده ۴۱۸ از تعریف متداول بیع دوری جسته و آن را «عقد عهده‌ی کر موضوع آن ممکن است حقوق یا اشیاء مادی در برابر ثمن نقد باشد» تعریف کرده و با تحولات اقتصادی و نیازهای اجتماعی هم سویی نشان داده است. فقه های معاصر امامی نیز مبانی این نظریه را بیان کرده اند اگر چه این مباحث نظری در فتاوهای آن ها کاملاً بروز کرده است.<sup>۲</sup>

در تعریف عقد بیع ماده ۳۳۸ ق. م 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 این جا 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.<sup>۳</sup> همانطور که در قسمت فوق گفته شد ماده ۳۳۸ ق. م بیع را بدین عبارت تعریف کرده است «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» در حقوق سوئیس، هنوز هم بیع دز زمره عقود عهده‌ی است و ماده ۱۸۴ قانون تعهدات در تعریف آن می‌گوید «قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند در برابر پولی که خریدار تعهد به پرداختن آن کرده است، مبیع را به و منتقل و تسلیم کند» و مواد ۷۱۴ و ۷۱۷ قانون مدنی سوئیس انتقال اموال منقول را موکول به تسلیم آن و ماده ۱۹۷۱ انتقال اموال غیر منقول را منوط به ثبت در دفتر املاک کرده است.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> همان ص ۸۳

<sup>۲</sup> رحمانی، محمد، مالکیت دولت، مجله فقه و حقوق مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، ص ۱۳۹

<sup>۳</sup> شهیدی، مهدی؛ اندیشه‌های حقوقی، مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۲۹۵ و ۳۴۲

<sup>۴</sup> کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۹۵