





دانشگاه مازندران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد در رشته ی حقوق خصوصی

موضوع:

حقوق و تعهدات پیش خریدار بر اساس قانون پیش فروش
ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی

استاد راهنما:

دکتر حمید ابهری

استاد مشاور:

دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی

نام دانشجو:

مریم رضوانی ثانی

۱۳۹۲

سیاس و قدردانی:

به مصداق «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بسی شایسته است از اساتید فرهیخته و فرزانه دانشکده حقوق دانشگاه مازندران به ویژه جناب آقای دکتر حمید ابهری و جناب آقای دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدند و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی های کار ساز و سازنده خود بارور ساختند تقدیر و تشکر نمایم.

تقدیم به مهربان فرشتگانی که:

لحظات ناب باور بودن، لذت و غرور دانستن، جسارت خواستن، عظمت رسیدن و تمام تجربه های یکتا و زیبای

زندگیم، مدیون حضور سبز آنهاست:

پدر و مادر عزیزم، همسر مهربان و دوست خوبم نرگس.

چکیده

عقد بیع یکی از عقود معین در قانون مدنی است که دارای احکام خاصی می باشد. از جمله این احکام، احکام مقرر درباره حقوق و تعهدات مشتری است. مهمترین حق مشتری دریافت مبیع در موعد مقرر و مطابق با قرارداد است و مهم ترین تعهد او پرداخت ثمن براساس توافق طرفین است. عقد بیع، اقسامی دارد که یکی از آنها، بیع املاک می باشد. امروزه قرارداد پیش فروش ساختمان، یکی از شایع ترین بیع املاک می باشد. گستردگی این نوع قرارداد در جامعه قانون گذار را بر آن داشت که در سال ۱۳۸۹، قانون پیش فروش ساختمان را به تصویب برساند که در آن، قواعدی که باید در این نوع قراردادها رعایت شود، بیان شده است، از جمله: مراحل تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان، مواردی که باید در این نوع قراردادها ذکر شود و ضمانت اجرای خاص. قانونگذار در این قانون، باع را پیش فروشنده و مشتری را پیش خریدار نامیده است و برای هر یک از طرفین، حقوق و تعهدات خاصی را مقرر کرده است. در این پایان نامه، به بررسی حقوق و تعهدات پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان و حقوق و تعهدات خریدار در قانون مدنی می پردازیم تا تفاوت های دو قانون مشخص شود. خلاصه پژوهش اینکه، قانون پیش فروش ساختمان قانون خاصی محسوب می شود و برای پیش خریدار حقوق و تعهداتی را برشمرده است که با حقوق و تعهدات خریدار در قانون مدنی متفاوت است.

کلید واژه:

پیش خریدار، پیش فروشنده، حقوق، تعهدات، قانون پیش فروش ساختمان.

فهرست مطالب

| صفحه | عنوان |
|---------|--|
| 1..... | مقدمه..... |
| 4..... | فصل اول : مفهوم و تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان |
| 4..... | مبحث اول : مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان |
| 4..... | گفتار اول : تعریف قرارداد، پیش فروش، ساختمان |
| 5..... | گفتار دوم : تعریف حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان |
| 7..... | مبحث دوم : تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان |
| 7..... | گفتار اول: تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه |
| 14..... | گفتار دوم: تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق موضوعه ایران |
| 17..... | فصل دوم : حقوق پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان و حقوق خریدار در قانون مدنی |
| 17..... | مبحث اول : حقوق پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان |
| 17..... | گفتار اول : تسلیم ساختمان |
| 17..... | بند اول : تسلیم ساختمان در موعد مقرر و مطابق با قرارداد |
| 19..... | بند دوم : برخورداری از حق ضمانت اجرا |
| 21..... | گفتار دوم : تطابق مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی و قرارداد پیش فروش |
| 22..... | بند اول: بیشتر بودن مساحت |
| 24..... | بند دوم: کمتر بودن مساحت |
| 25..... | گفتار سوم: عدم انتقال حقوق و تعهدات توسط پیش فروشنده |
| 27..... | گفتار چهارم : مسئولیت پیش فروشنده از جهت خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات |

- 28.....گفتار پنجم: خودداری از پرداخت اقساط بها.
- 29.....گفتار ششم: انتقال مالکیت
- 31.....**مبحث دوم : حقوق خریدار در قانون مدنی**
- 32.....گفتار اول : تسلیم مبیع از سوی بایع.
- 32.....بند اول : مفهوم و موضوع تسلیم.
- 35.....بند دوم : زمان ، مکان و مخارج تسلیم.
- 38.....بند سوم : برخورداری از حق ضمانت اجرا.
- 45.....گفتار دوم : تسلیم مبیع مطابق قرارداد.
- 45.....بند اول: مفهوم مبیع مطابق با قرارداد.
- 47.....بند دوم : برخورداری از حق ضمانت اجرای عدم تطابق مبیع با قرارداد.
- 55.....**فصل سوم: تعهدات پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان و تعهدات خریدار در قانون مدنی.**
- 55.....**مبحث اول: تعهدات پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان**
- 55.....گفتار اول: پرداخت عوض قرارداد.
- 55.....بند اول : نحوه پرداخت عوض قرارداد.
- 57.....بند دوم : برخورداری از حق ضمانت اجرای عدم ایفای تعهد.
- 62.....گفتار دوم : تنظیم قرارداد فروش ساختمان.
- 64.....گفتار سوم: تسلیم ساختمان.
- 65.....گفتار چهارم : عدم انتقال حقوق و تعهدات
- 65.....بند اول : انتقال قهری.
- 66.....بند دوم : انتقال ارادی.
- 68.....گفتار پنجم : تعیین و معرفی داوران.

| | |
|---------|--|
| 69..... | مبحث دوم: تعهدات خریدار در قانون مدنی |
| 69..... | گفتار اول: پرداخت ثمن |
| 70..... | بند اول: زمان، مکان و مخارج پرداخت ثمن |
| 74..... | بند دوم: برخورداری از حق ضمانت اجرای تادیه ثمن |
| 77..... | گفتار دوم: ضمان درک ثمن |
| 81..... | گفتار سوم: قبض مبیع |
| 83..... | نتیجه گیری و پیشنهادها |
| 88..... | منابع |
| 96..... | قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 |

مقدمه

الف) تعریف مساله و سوالات آن

مسکن نیازی است که از ابتدا همراه انسانها بوده و در دهه های اخیر با توجه به رشد بیش از حد جمعیت و کمبود مسکن به یک از بزرگترین دغدغه های بشر تبدیل شده است. انسانها برای حل این مشکل و تأمین نیازشان به ساختن آپارتمان و انبوه سازی روی آوردند. امروزه این امر با همکاری دو طرف انجام می شود. یعنی از یک طرف، خریداران در مراحل مختلف پول را در اختیار سازندگان قرار می دهند و از طرف دیگر، سازندگان با این پولها مرحله به مرحله آپارتمان را پیش می برند و در اختیار خریداران قرار می دهند. این همکاری، قرارداد پیش فروش آپارتمان را به وجود می آورد که در ابتدا مورد تأیید همه دادگاهها قرار نگرفته بود و قانون مشخصی هم وجود نداشت که همین امر موجب سوء استفاده برخی افراد سود جو گردید. پذیرفته شدن این نوع از قرارداد توسط عرف و رواج روز به روز آن قانونگذار را بر آن داشته تا قانون پیش فروش ساختمان را تصویب کند. از ابتکارات این قانون می توان به پرداخت ده درصد از بهای ساختمان هنگام تنظیم قرارداد پیش فروش توسط خریدار (ماده ۱۱) و تعهد پیش خریدار مبنی بر عدم واگذاری تعهدات و حقوق خود به ثالث بدون رضایت پیش فروشنده (ماده ۱۸) اشاره کرد.

در مورد حقوق و تعهدات پیش خریدار، سوالاتی به شرح زیر مطرح می شود:

۱- در صورت عدم پرداخت به موقع اقساط توسط پیش خریدار، آیا می توان از دادگاه تقاضای

اجبار او به پرداخت را نمود؟

۲- در صورتی که مساحت ملک فروخته شده به پیش خریدار بیشتر از مقدار مندرج در قرارداد

پیش فروش ساختمان باشد تکلیف چیست؟

۳- ضمانت اجرای تعهد پیش خریدار مبنی بر عدم واگذاری حقوق و تعهدات خود به ثالث

بدون رضایت پیش فروشنده چیست؟

ب) پیشینه تحقیق

از آنجایی که قانون پیش فروش ساختمان در سال ۸۹ به تصویب رسیده است، پژوهشهای زیادی درباره حقوق و تعهدات پیش خریدار صورت نگرفته است اما به طور پراکنده برخی قبل از تصویب این قانون در این باب پژوهشهایی را انجام دادند. برای مثال:

۱- «تملك آپارتمان پس از پایان ساختمان، با اینکه از سوء استفاده های ارادی فروشنده می کاهد، برای تامین حقوق خریدار کافی نیست. احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد. در این صورت، آنچه ساخته شده از آن او و طلبکاران است و مصرف کننده تنها می تواند اقساطی را که به عنوان بهای مبیع پرداخته است پس بگیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۹).

۲- «در صورتی که طرف قرارداد به رغبت آن را اجرا نکند، اجبار او را می توان درخواست کرد. اجبار مدیون از راه فشارهای مدنی صورت می پذیرد و چهره کیفی ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۱۳ و ۱۱۴).

۳- «بر اساس قرارداد پیش فروش آپارتمان خریدار با پرداخت بخشی از ثمن معامله به هنگام انعقاد قرارداد و انجام سایر تعهدات به هنگام اجرای قرارداد نوعی حق عینی نسبت به آپارتمان پیدا می کند» (علیزاده، ۱۳۸۳: ۳۷).

۴- «ممکن است پیش فروشنده از نظر به کار بردن مصالح و یا اجرای صحیح عملیات ساخت و ساز به تعهدات قراردادی و یا متعارف عمل نکند. مرسوم است که در این باره تضمیناتی از پیش فروشنده اخذ شود تا در صورت تخلف، پیش خریدار بتواند از محل آن، خسارت مربوط به خود را وصول کند» (حاتمی، ۱۳۸۹: ۹۰).

ج) حدود پژوهش

بررسی موضوع در قانون مدنی و قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹.

د) فرضیات

۱- در صورت عدم پرداخت به موقع اقساط توسط پیش خریدار، می توان اجبار او را از دادگاه خواست.

۲- در صورتی که مساحت ملک فروخته شده به پیش خریدار بیشتر از مقدار مندرج در قرارداد پیش فروش ساختمان باشد، گاهی او حق فسخ دارد و گاهی پرداخت مابه التفاوت صورت می گیرد.

۳- واگذاری تعهدات به ثالث بدون رضایت پیش فروشنده، موجب عدم نفوذ قرارداد منعقد است.

ه) روش تحقیق

در این تحقیق، به شیوه مطالعه کتابخانه ای به جمع آوری اطلاعات پرداخته و سپس به تجزیه و تحلیل آنها پرداخته و نتیجه گیری لازم صورت می گیرد، از این رو روش تحقیق، روش توصیفی - تحلیلی همراه با تعریف و توصیف و تبیین و توجیه به کمک استدلال و استنتاج است.

ی) تقسیم مطالب

در فصل اول این پایان نامه، مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان و تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان به طور مختصر و مستقل در دو مبحث جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل دوم، حقوق پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان و حقوق خریدار در قانون مدنی بحث شده است که مبحث اول آن به حقوق پیش خریدار و مبحث دوم به حقوق خریدار اختصاص دارد. فصل سوم این پایان نامه نیز به دو مبحث تقسیم شده و در مبحث اول، حقوق پیش خریدار در قانون پیش فروش و در مبحث دوم، حقوق خریدار در قانون مدنی مورد مطالعه قرار گرفته است.

فصل اول: مفهوم و تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان

در این فصل، مفهوم و تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان را مورد بررسی قرار می دهیم. این فصل، به دو مبحث تقسیم می شود. در مبحث اول، به بررسی مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان و در مبحث دوم، به تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه و حقوق موضوعه می پردازیم.

مبحث اول: مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان

در این مبحث، به بررسی مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان می پردازیم. این مبحث به دو گفتار تقسیم می شود. در گفتار اول، مفهوم سه کلمه قرارداد، پیش فروش و ساختمان را به طور مستقل بررسی می کنیم و در گفتار دوم، مفهوم اصطلاح حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان را مطالعه می کنیم.

گفتار اول: مفهوم قرارداد، پیش فروش، ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان از سه کلمه قرارداد، پیش فروش و ساختمان تشکیل می شود که به بررسی مستقل هر کدام می پردازیم.

بند اول: مفهوم قرارداد

ریشه کلمه قرارداد از قرار به معنای ثبات، استواری، عهد و شرط می باشد و در لغت به معنی قرار بستن، پیمان بستن و توافق دو یا چندین در امری آمده است (قنوتی، ۱۳۷۹: ۸۹). در اصطلاح حقوقی هم به معنای لغوی خود نزدیک است و با کلمه عقد به معنی بستن و گره زدن مترادف شده است. «به بیان دیگر، العقد عبارة عن العهد الموكد که اعتبار عقد در عالم اعتبار به نحو استحکام ابرام شده است و ما بر طبق عقد و عهد خود، ملزم به انجام آن شدیم» (اصغر زاده، ۱۳۸۲: ۱۰). قانون مدنی در ماده ۱۸۳ در تعریف عقد چنین بیان می کند: «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». برخی از حقوق دانان بر تعریف قانون گذار ایراداتی وارد کرده و گفته اند که تعریف مذکور شامل عقود معوض نمی شود و عقود تملیکی را هم در بر نمی گیرد و لذا در تعریف جدید از عقد

بیان داشته اند: «عقد توافق دو انشاء متقابل است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸).

بند دوم: مفهوم پیش فروش

کلمه پیش فروش از ترکیب دو کلمه پیش و فروش حاصل شده است. پیش به معنی قبل، سابق و گذشته می باشد و فروش اسم مصدر از فعل فروختن می باشد (ایزدی فرد، کاویار، ۱۳۸۷: ۸۷). در فرهنگ لغت کلمه مرکب پیش فروش چنین تعریف شده است: «فروختن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و فروشنده پول می گیرد که بعداً آن را تحویل دهد» (عمید، ۱۳۸۵: ۲۸۶). این واژه در مفهوم حقوقی این گونه تعریف شده است: «بیعی که ثمن، حال و مبیع، موجد باشد که به آن بیع سلم و سلف گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۱۹). در حقیقت پیش فروش به معنای فروختن مالی است که هنوز وجود ندارد و فروشنده بر اساس قرارداد متعهد می شود که مورد معامله را مطابق اوصاف بیان شده در قرارداد در موعد مقرر به خریدار تسلیم کند.

بند سوم: ساختمان

آخرین واژه از اصطلاح قرارداد پیش فروش ساختمان، کلمه ساختمان می باشد. این کلمه از یک اسم (ساخت) به همراه مشتق (مان) تشکیل شده است و به معنای بنا و عمارت می باشد (دهخدا، ۱۳۷۷: واژه ساختمان). و در اصطلاح حقوقی به معنای بنای ساخته شده روی عرصه می باشد. آپارتمان اعم از ساختمان است و در لغت به قسمتی از عمارت که مرکب از چند اطاق و ضمائم آنها و یا به ساختمان مجزاء و مستقل اطلاق می شود.

گفتار دوم: مفهوم حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

در کتب حقوقی، در مورد «اصطلاح قرارداد پیش فروش ساختمان» بحث گسترده ای نشده است. برخی از حقوق دانان از قرارداد پیش فروش به بیع سلف یا سلم یاد کرده اند. بیع سلف یا سلم یکی از اقسام بیع به

اعتبار موعد تسلیم می باشد «و آن بیعی است که ثمن آن باید فوراً پرداخت شود ولی برای تسلیم مبیع اجلی معین شده باشد» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۸).

برخی از حقوق دانان اصطلاح پیش فروش ساختمان را به صورت قرارداد پیش فروش آپارتمان مطرح کرده اند. خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود:

۱- فروش آپارتمان ساخته شده: در این روش اقدام به فروش ممکن است از سوی مالک تمام ساختمان یا مالک یک واحد از ساختمان باشد. خریدار هم ممکن است مستاجر آن ساختمان یا غریبه ای باشد که قصد سکونت یا قصد استفاده دیگر از آن را دارد. در این نوع از قرارداد، آپارتمان موجود می باشد و خریدار یا به طور کامل آپارتمان را می بیند یا از روی وصف آن را می خرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۲).

۲- فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می شود: در این فرض آپارتمانی وجود ندارد و باید در آینده ساخته شود. بر اساس این قرارداد، فروشنده خود را متعهد به ساخت و تحویل آپارتمانی مطابق موقعیت، ابعاد و اوصافی که در نقشه ساختمانی و قرارداد بیع بیان شده، می نماید. در این نوع قرارداد، خریدار بهاء آپارتمان را به صورت اقساط می پردازد و فروشنده با همین اقساط خریدار، آپارتمان را می سازد و در موعد توافق شده در قرارداد به خریدار تحویل می دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۴).

در حقوق موضوعه تنها قانونی که به تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته است، قانون

پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ می باشد. این قانون در ماده ۱ خود در تعریف قرارداد پیش فروش

ساختمان چنین بیان می دارد: «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 حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف

دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید، از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب

می شود...».

بنابراین، قرارداد پیش فروش ساختمان، قراردادی است که مالک زمین قبل از احداث ساختمان مورد نظر، با خریدار یا خریداران واحد های در دست احداث منعقد می کند و خریدار یا خریداران پس از تکمیل و احداث ساختمان، مالک ساختمان احداثی خواهند شد.

مبحث دوم: تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان

در این مبحث، به تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان می پردازیم. گفتار اول به تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه و گفتار دوم به تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق موضوعه ایران اختصاص یافته است.

گفتار اول: تاریخچه قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه

در فقه، قراردادی به نام قرارداد پیش فروش ساختمان وجود ندارد اما برخی قالب ها و نهاد های مشابه قرارداد پیش فروش ساختمان وجود دارد که در این جا به بررسی دو مورد از این نهادها (عقد سلم یا سلف و عقد استصناع) می پردازیم.

بند اول: بیع سلم یا سلف

یکی از عقود که به قرارداد پیش فروش ساختمان شباهت دارد و در این جا به بررسی آن می پردازیم، بیع سلم یا سلف می باشد. در مورد بیع سلم یا سلف تعاریفی ارائه شده است که به دو نمونه اشاره می کنیم. در شرح لمعه می خوانیم: «بیعی است که در آن ثمن و بهاء، نقد و حاضر و مبیع در ذمه و موجد است و با گفتن از پیش به تو تسلیم کردم فلان مبلغ را در برابر فلان کالا و فلان مدت، معامله سلف منعقد می شود و مخاطب که همان فروشنده است آن را قبول می کند» (شیروانی، غرویان، ۱۳۸۵، ۱: ۵۴۳). در تعریف دیگر در تحریرالوسیله آمده است: «سلم عبارت است از فروش مال کلی به طور موجد در مقابل ثمن نقد و نسیه مقابل آنست» (امام خمینی، ۱۴۲۱ ه. ق. ، ۱: ۵۴۳).

فقه‌های امامیه برای صحت و نفوذ عقد سلف یا سلم شرایطی را ضروری دانستند از جمله: ذکر زمان تسلیم مبیع، جنس، مقدار و اوصاف مبیع که ضروری است، مبیع باید از اجناسی باشد که اوصاف آن مضبوط هست، و اینکه کالایی که در این نوع عقد به صورت پیش فروش مورد معامله قرار می‌گیرد برای تسلیم در زمان مقرر در عقد فراوان باشد، هر چند در زمان انعقاد عقد نایاب باشد (ابن فهد حلی، ۱۴۱۱ ه. ق. ، ۲: ۴۷۲ و فاضل الآبی، ۱۴۱۴، ۱: ۵۲۳ و علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۴۲).

تا اینجا شرایط مبیع را بیان کردیم، حال شرایط ثمن در این نوع عقد را بررسی می‌کنیم. فقها برای ثمن این نوع عقد، دو شرط را بیان کردند: ۱- لزوم نقد بودن ثمن ۲- لزوم قبض ثمن در مجلس عقد. یکی از شرایط اساسی صحت عقد سلف، قبض ثمن توسط فروشنده پیش از برهم خوردن مجلس عقد است. پس اگر مبیع قابل انحلال نباشد و قبل از قبض ثمن، طرفین از مجلس عقد متفرق شوند، بیع سلف باطل است. اگر فروشنده قسمتی از ثمن را قبض کند و قسمتی را قبض نکند، بیع نسبت به آن قسمتی که قبض کرده است صحیح و نسبت به مابقی باطل است (ابن زهره، ۱۴۱۷ ه. ق.: ۲۳۷ و فاضل آبی، ۱۴۱۷ ه. ق.، ۱: ۵۲۳ و محقق حلی، ۱۴۰۸ ه. ق.، ۲: ۵۷).

از دیگر شرایط اساسی صحت بیع سلف، لزوم نقد بودن ثمن می‌باشد. اگر در بیع سلف شرط شود که مبیع در مقابل طلبی که خریدار از فروشنده دارد، قرار داده شود، در مورد صحت این بیع میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها معتقدند که در این صورت بیع سلف باطل است با این توجیه که این بیع از مصادیق بیع دین به دین یا کالی به کالی می‌باشد و بطلان آن مسلم است (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه. ق.، ۵: ۱۴۹). در مقابل، برخی دیگر از فقها چنین معامله‌ای را صحیح می‌دانند و آن را از مصادیق بیع کالی به کالی ندانسته و این گونه توجیه می‌کنند که چنانچه دینی که بر ذمه بایع است در بیع به عنوان ثمن در مقابل مبیع قرار گیرد، به منزله مقبوض از طرف بایع می‌باشد (امامی، ۱۳۶۳: ۴۵۳ و ۴۵۴ و طباطبایی، ۱۴۰۴ ه. ق.، ۱: ۵۷۰ و امام خمینی، ۱۴۲۱ ه. ق.، ۱: ۵۵۴ و محقق حلی، ۱۴۱۰: ۱۳۴). مشهور فقها قول دوم را پذیرفته‌اند.

قانونگذار در بیشتر موارد، از نظر مشهور فقها پیروی کرده است و نظر آنها را در قوانین آورده است اما در قانون مدنی در مورد لزوم قبض ثمن در مجلس عقد صراحتی وجود ندارد. با وجود این، برخی از حقوق دانان از نظر مشهور فقها پیروی کردند و معتقدند در قانون مدنی نیز قبض یکی از شرایط صحت این نوع بیع است و قبض باید در مجلس عقد و پیش از جدایی طرفین صورت بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ۱: ۵۶۲). از آنجایی که طبق اصل ۱۷۶ قانون اساسی «در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا در صورت سکوت قوانین، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کرد» و با توجه به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی^۱، می توان نظر این گروه از حقوق دانان را پذیرفت.

بعلاوه، در ماده ۳۶۴ قانون مدنی مقرر شده است: «در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». از این ماده استنباط می شود که علاوه بر بیع صرف، بیع دیگری نیز وجود دارد که قبض شرط صحت آن است و این بیع می تواند بیع سلم یا سلف باشد (ابهری، ۱۳۸۷: ۱۹).

با توجه به مطالب بیان شده، سوالی که مطرح می شود این است که آیا بیع سلف یا سلم همان قرارداد پیش فروش ساختمان می باشد؟

شباهت های زیادی بین بیع سلم و قرارداد پیش فروش ساختمان وجود دارد از جمله اینکه در بیع سلم، اوصاف مبیع باید مشخص باشد و زمان تسلیم مبیع باید معلوم باشد. چنین شرایطی در قانون پیش

^۱ - ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

فروش ساختمان هم وجود دارد و قانون گذار در ماده ۲ بیان می کند: «در قرارداد پیش فروش ساختمان باید حداقل به موارد زیر تصریح شود: ...

۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک

۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری ...

۷- زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی».

با وجود این شباهت ها، نمی توان قرارداد پیش فروش ساختمان را همان بیع سلف یا سلم دانست زیرا اولاً یکی از شرایط اساسی صحت عقد سلم این است که مبیع کلی بر ذمه باشد اما در قرارداد پیش فروش ساختمان، مشخصات، موقعیت جغرافیایی، ابعاد و مساحت ساختمان بیان می شود و باید آن را عین معین محسوب کرد که در آینده به وجود می آید. ثانیاً یکی دیگر از شرایط صحت عقد سلف این است که ثمن باید نقد و در مجلس عقد قبل از جدایی طرفین توسط فروشنده قبض شود. این در حالی است که در قرارداد پیش فروش ساختمان، ثمن معامله به صورت اقساط و در فواصل زمانی معین و با توجه به عملیات ساختمانی پرداخت می شود. در مورد پرداخت ثمن ماده ۱۱ قانون پیش فروش ساختمان چنین بیان می کند: «در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد، توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی توانند بر خلاف آن توافق کنند».

بند دوم: عقد استصناع

در تعریف عقد استصناع چنین گفته شده است: «قرارداد ساخت کالاهای دست ساز» (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸: ۱۶۱). در این نوع قرارداد فرد به نزد صنعتگری می رود و کالا یا کالاهای مورد نظر خود را سفارش می دهد. در مورد عقد استصناع، میان فقهای امامیه بحث گسترده ای نشده است. از معدود فقهای

که به این بحث پرداخته است، شیخ طوسی می‌باشد. او در کتاب خلاف خود بیان نموده است که عقد استصناع باطل است (شیخ طوسی، ۳: ۲۷۵). دلیل او علاوه بر معلوم نبودن مال سفارش داده شده، اجماعی است که به موجب آن، سازنده ملزم به تسلیم مال مورد سفارش نیست و او این اختیار را دارد که کالای ساخته شده را تحویل خریدار دهد و یا ثمن آن را مسترد کند و مشتری نیز الزامی مبنی بر پرداخت ثمن و تحویل گرفتن مال ندارد (شیخ طوسی، ۳: ۲۷۵). شیخ طوسی همچنین در کتاب مبسوط خود می‌نویسد: «اولا اگر قرارداد درست بود بر هم زدن آن جایز نبود. ثانيا کالای مورد قرارداد مجهول است یعنی نه با دیدن مشخص شده و نه از طریق بیان ویژگی‌ها و اوصاف آن. لذا قرارداد مزبور را نمی‌توان صحیح دانست» (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ۳: ۲۵۰). برخی دیگر از فقها چنین بیان داشته‌اند: «در استصناع سازنده می‌تواند از تسلیم کالای ساخته شده به سفارش دهنده خودداری کند و سفارش دهنده هم می‌تواند پس از ساخت کالا، از قبول آن اجتناب ورزد» (ابن حمزه، ۱۴۰۸ ه. ق. ۲۵۷ و یحیی بن سعید حلّی، ۱۴۰۵ ه. ق. ۲۵۹).

از عبارت این دو فقیه در مورد صحت یا بطلان عقد استصناع چیزی بر نمی‌آید (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸: ۲۰). بنابراین، به بررسی دلایل شیخ طوسی می‌پردازیم. همانطور که گفته شد شیخ طوسی به دو دلیل استصناع را باطل دانسته است. دلیل اول: اجماعی وجود دارد که در استصناع، سازنده می‌تواند از تحویل کالای ساخته شده به سفارش دهنده امتناع کند و سفارش دهنده هم می‌تواند بعد از ساخت کالا، آن را قبول نکند. ادعای اجماع را نمی‌توان پذیرفت زیرا هیچ یک از فقهای ماقبل شیخ طوسی در کتب خود به طور مستقیم یا غیر مستقیم در مورد استصناع بحثی نکرده‌اند. از جمله این فقها می‌توان به شیخ صدوق در کتاب المقنع، شیخ مفید در کتاب المقنعه و ابوصلاح حلبی در کتاب الکافی اشاره کرد. دو فقیه دیگر - ابن حمزه و یحیی بن سعید حلّی - هم فقهای متاخر از شیخ طوسی بودند. دلیل دوم: از آنجایی که در عقد استصناع مورد معامله به وسیله مشاهده معلوم نمی‌شود و صفاتش مشخص نمی‌شود، لذا بیع مجهول و باطل می‌باشد. این دلیل هم ایراد دارد زیرا هر چند در این نوع معامله، مبیع موجود نیست و نمی‌توان از

طریق مشاهده صفاتش را مشخص کرد اما می توان از روش های دیگر مثل نمونه و توصیف آن را معلوم کرد، به طوری که می توان از جهت مقدار، اندازه، نوع، جنس، وصف و غیره از آن رفع جهل به عمل آید. این روش مختص به عین کلی نیست و در مواردی که مورد معامله عین معین است و مبیع در مجلس عقد حاضر نباشد هم جاری می شود.

در مورد عقد استصناع در فقه عامه، باید گفت علمای مالکی، حنبلی و شافعی معتقدند که عقد استصناع فقط در صورتی صحیح است که در قالب عقد سلم بوده و با رعایت کلیه شرایط آن منعقد شود و در غیر این صورت، آن را باطل دانسته اند (به نقل از جعفرپور، ۱۳۷۸: ۷۵). در مقابل فقهای حنفی بر اساس استحسان، عقد استصناع را پذیرفته اند. آن ها معتقدند که مردم از زمان پیامبر از طریق استصناع معامله می کردند و عرف مردم چنین عقدی را صحیح می دانند. مردم نیاز دارند که کالاهای مورد نیازشان را با همان صفتی که مایلند بسازند. بنابراین، اگر بیع استصناع را جایز ندانیم، افراد به سختی گرفتار خواهند شد (سرخسی، ۱۲: ۱۳۸ و ۱۳۹ و المصری، ۶: ۲۸۳ و ۲۸۴).

حال این سوال مطرح می شود که آیا عقد استصناع همان قرارداد پیش فروش ساختمان است؟

برای پاسخ به این سوال ابتدا باید صور مختلفی را که عقد استصناع ممکن است منعقد شود مورد

بررسی قرار داد. عقد استصناع به سه صورت زیر ممکن است منعقد شود:

صورت اول این است که میان سفارش دهنده و سازنده، عقد و قرارداد قطعی بسته می شود که بر

اساس آن سازنده متعهد می شود کالا را بسازد و زمانی که تکمیل شد و آماده بهره برداری شد آن را به

سفارش دهنده بفروشد. فقها چنین معامله ای را شرط ابتدایی دانسته اند و در مورد الزام آور بودن آن اختلاف

نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۵۱ه. ق.، ۲: ۵۷۱ و طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ۲: ۱۱۱). باید گفت این نوعی قرارداد

خصوصی بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی است که الزام آور است و طرفین باید آن را اجرا کنند. دلایل دیگر

برای الزام آور بودن این نوع قرارداد، آیه «اوفوا بالعقود» می باشد که هر عقدی را شامل می شود و نمی توان