

دانشگاه گیلان

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

کارشناسی ارشد - علوم انسانی

عنوان پایان نامه

بررسی تحولات قانونی در زمینه پیش فروش ساختمان بر اساس قانون پیش فروش

استاد راهنما

عباداله رستمی چلکاسری

استاد مشاور

سید محمدرضا اسدی نژاد

دانشجو

روناک معظمی گودرزی

اسفند ۱۳۹۱



مقدمه

از بدو پیدایش بشر بر روی کره زمین از چندین میلیون سال پیش در طول تاریخ انسان همواره به فکر سرپناه بوده مسکن و سرپناه را امری ضروری برای استراحت و فرار و نجات از بلاها و حوادث طبیعی پیرامون خویش همانند طوفان سیل، زلزله و هجوم جانوران وحشی و راهزنان می دانسته بر همین اساس انسان ها بنا به دانش و فن و زبان خود ایجاد سرپناه می نموده اند. انسان اولیه در شکاف کوه های مرتفع و صعب العبور به اسم غار مسکن گزید و ساخت بنا با پیشرفت تدریجی علوم و فنون و کثرت جمعیت، نیاز به سرپناه و مسکن نیز به صورت مدرن امروزی سیر صعودی به خود گرفت و به لحاظ کثرت جمعیت ساختمان های بلند مرتبه احداث کرده است.

پس از گذشت زمان در رابطه با تامین مسکن جامعه با یک مشکل جدی مواجه شد، از یک طرف خریداری قرار داشت که توانایی تامین سرمایه برای خرید مسکن را به صورت نقد و یکباره نداشته و از طرف دیگر سازندگان وجود داشتند که سرمایه اولیه کافی برای ساخت ساختمان های مدرن و مطابق با استاندارد را نداشتند. مسئولین جامعه مرتبط با ساخت مسکن دسته بکار شده تا مشکل بوجود آمده بین دو طرف را بصورتی حل نموده که طرفین ضمن رسیدن به هدف خود مشکلی نداشته باشند. بنابراین قرارداد جدیدی با عنوان پیش فروش ساختمان مطرح گردید که در قالب این قرارداد خریداران می توانند ثمن و مبلغ ساختمان را بصورت اقساط و نه به یک باره بپردازند و از طرف دیگر سازندگان می توانند قبل از ساخت مبلغی از سرمایه را از خریداران دریافت نمایند و مابقی را در طول ساخت تا تمام شدن و تحویل ساختمان مورد نظر بصورت اقساط اخذ نمایند. در این قراردادها به خریداران به لحاظ پرداخت فشاری وارد نمی آید و سازندگان با در دست داشتن سرمایه لازم اقدام به تهیه ساختمان مورد نظر و تکمیل آن می نمایند. فروش پیشاپیش ساختمان های در دست احداث به منظور حل مشکل عدم تناسب بین عرضه و تقاضا می باشد زیرا هنگام پیش فروش میزان تقاضا پایین می آید و به میزان عرضه نزدیک می گردد.

پیش فروش ساختمان (عمدتاً در قالب آپارتمان) با تمام محسناتی که دارد دارای معایب بسیاری نیز می باشد؛ در کشور ما آپارتمان نشینی از قدمت زیادی برخوردار نیست. علی رغم اینکه امروزه ساخت و ساز انبوه آپارتمان بصورت فزاینده ای ادامه دارد لیکن این افزایش ساخت و ساز با رشد جمعیت هماهنگ نشده است و کمبود محل زندگی و کسب و کار وجود دارد. بدلیل نبود قوانین روشن و جامع تا اواخر سال ۱۳۸۹ زمینه مساعدی برای سوء استفاده برخی از سازندگان فراهم بود مانند پیش فروش یک واحد به چند نفر، سوء استفاده از مبالغ پیش فروش، فرار و ناپدید شدن سازنده، و یا احداث بنا بدون رعایت کیفیت لازم از جمله معایب قابل توجه در این زمینه بودند. تأخیر در احداث و تحویل نیز که امری رایج و حتی طبیعی جلوه می نمود.

از سوی دیگر برخی از پیش خریداران نیز گاهی اوقات از پرداخت به موقع اقساط خود، خودداری می کردند و این امر به نوبه خود باعث خسارت به پیش فروش کنندگان و از سوی دیگر ایجاد خلل در احداث و تکمیل به موقع ساختمان باعث ضرر پیش فروش کنندگان می گردید تعدد این تخلفات باعث گردید که وزارت مسکن و شهرسازی به عنوان پیشنهاد دهنده اولیه برای حل مشکلات متعدد ذکر شده و در جهت انسجام دادن معاملات پیش فروش ساختمان در قالب قانون دست بکار شده و لایحه پیش فروش ساختمان توسط دولت در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۲۴ جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی فرستاده شود، که در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ به تأیید شورای نگهبان رسید و در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۱ در روزنامه رسمی انتشار یابد.

محاسن و معایب و نقایص موجود در پیش فروش و پیش خرید باعث گردید که مسئولین قضایی به لحاظ حمایت از طرفین و ادامه روند کار و توسعه این مهم، قوانینی جهت حمایت از پیش فروش کنندگان و بیش خریدکنندگان و جلوگیری از سوء استفاده‌ها تصویب کنند.

که در این پایان نامه در کنار بررسی کلی ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان به بررسی سیر تحول تاریخی قانون اخیر التصویب در مقایسه با سایر قوانین و آئین‌نامه‌های اجرایی تصویب شده پیش از آن می پردازیم.

در کنار اینها به بررسی تحولات این قانون در مقایسه با قانون مدنی و قانون تملک آپارتمان‌ها می‌پردازیم و چگونگی این تغییرات قانونی را بررسی نموده و به این سوالات پاسخ خواهیم داد که آیا این تغییرات بر اساس قانون اساسی و در تطابق با قانون مدنی صورت گرفته یا خیر؟ و ضمن مقایسه قرارداد مذکور با نهادهای مشابه در فقه سنتی و حقوق اسلامی به درستی یا نادرستی تغییرات صورت گرفته در این زمینه پی خواهیم برد.

سوالات تحقیق:

- 1 - ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان چیست ؟
- 2 - آیا مالکیت بوجود آمده در قرار داد پیش فروش مالکیت تدریجی است یا مالکیت آنی ؟
- 3 - ضمانت اجرای تخلف از وعده ی طرفین در انجام وظایف چیست؟
- 4 - آیا تمامی قواعد مقرر در قانون پیش فروش ساختمان آمره است ؟
- 5 - قانونگذار چه طریقی را برای حل اختلافات طرفین قرارداد پیش فروش تعیین نموده است ؟

فرضیات تحقیق :

- 1 - قرارداد پیش فروش ساختمان با توجه به تصویب قانون خاص در مورد آن باید به صورت مجزا و صرف نظر از لزوم موجود بودن مبیع در هنگام عقد بررسی شود.
- 2 - برای تملک در زمان ساخت مالکیت تدریجی پیش بینی گردیده اما در زمان انتقال قطعی مالکیت ساختمان پیش خریداری شده قطعی و به طور کامل به پیش خریدار منتقل می گردد.
- 3 - اجازه جریمه ریالی به عنوان یکی از ابزارهای جلوگیری از خلف وعده طرفین معامله در انجام وظایف شان به دو طرف داده شده است علاوه بر آن حق فسخ قرارداد فیما بین نیز در برخی موارد پیش بینی شده است.
- 4 - قانونگذار تلاش در آمره محسوب نمودن مقررات راجع به پیش فروش ساختمان داشته است .
- 5 - مقنن نهاد داوری را برای حل اختلاف طرفین پیش بینی و حق مراجعه به محاکم دادگستری را از ایشان سلب نموده است.

روش تحقیق:

روش تحقیق در این پژوهش کتابخانه‌ای خواهد بود و این پژوهش با استفاده از کتب و مقالات فارسی، و در صورت نیاز لاتین، موجود و قابل دسترس صورت گرفته است؛ همچنین به وسیله جستجو و مراجعه به سایت‌ها و پایگاه‌های اینترنتی مرتبط به این تحقیق، اطلاعات مورد نیاز استخراج خواهد شد و سپس با روش توصیفی-تحلیلی اطلاعات بدست آمده پردازش می‌شود.

سازماندهی تحقیق:

برای پاسخ دهی به پرسش های پژوهش حاضر، این تحقیق بر سه فصل بنا می شود. در فصل نخست به تبیین مفاهیم و تشریح و تعیین ماهیت عقد پیش فروش پرداخته می شود. در فصل دوم به دلیل احاطه بر قوانین مختلفی که تا به حال در این رابطه به تصویب رسیده است، هر یک را معرفی کرده و وضعیت آنها بررسی می شود. در نهایت نیز قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 که در حال حاضر نیز دارای اعتبار است در فصل سوم بررسی گشته و آثار آن مورد مذاقه واقع می شود.

فصل اول :

کلیات و ماهیت قرارداد پیش فروش در حقوق ایران

1 1 - مفاهیم و تعاریف

در این گفتار چند واژه از واژه‌های اصلی مورد استفاده در این پایان نامه مانند قرارداد، و قرارداد پیش فروش و ساختمان مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهند گرفت.

ذکر این تعاریف برای مشخص نمودن مفهوم و حدود و ثغور این تعابیر تا پایان پژوهش و پرهیز از اشتباهات و نیز کاربرد این واژه‌ها به جای یکدیگر است که بعضاً دیده شده و ابهام خوانندگان را بدنبال داشته است که توضیح آنها ضروری به نظر می‌رسد.

1 1 1 - تعریف قرارداد

«قرارداد» از لحاظ دستور زبان صفت مفعولی مرکب و به معنای دارای پایداری، منصوب، مقرر و برقرار می‌باشد (دهخدا، ۱۳۳۸: ۱۹۴) معنای دوم این واژه عهد و شرط و قول و پیمان و اتفاق دو یا چند تن در امری ذکر شده است (دهخدا، ۱۳۳۸: 194).

عده‌ای از حقوقدانان واژه عقد و قرارداد را یکی می‌دانند و قرارداد را به دودسته عقود معین و غیر معین تقسیم می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۸) برخی دیگر از حقوقدانان عقد را مختص به عقود معین می‌دانند و قرارداد را به کلیه عقود اعم از معین و غیر معین سرایت می‌دهند (امامی، ۱، ۱۳۸۱: ۱۵۸) البته باید بین معنای اعم و اخص واژه قرارداد قائل به تفاوت شده قرارداد در معنی اعم عبارت است از عقد و کلیه عقود معین و نامعین؛ در معنای اخص قرارداد صرفاً شامل عقود غیر معین است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱: ۴۱) با لحاظ کردن معنای اعم قرارداد برای تعریف می‌توان به ماده ۱۸۳ قانون مدنی مراجعه کرد در این ماده آمده است عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.

ماده ۱۸۳ قانون مدنی به درستی ماهیت عقود معوض را بیان نمی‌کند زیرا اقتباس ناقصی از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه می‌باشد و عقود را که اثر مستقیم آنها تملیک مال است مانند بیع و هبه رادر بر نمی‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۶: 1، 46 و کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷) به همین دلیل ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعریف جامعی از عقود نیست و بهترین تعریف عقد از سوی حقوقدانان در حقوق ما عبارت است «توافق دو انشاء متقابل به منظور ایجاد یک ماهیت حقوقی.» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۸ و شهیدی، ۱۳۸۶، ۱: ۱۸)

ریشه قراداد از «قرار» به معنای ثبات و استواری و پایداری آمده و در لغت به معنای قرار بستن و پیمان بستن و حکم محکم تخلف ناپذیر و اتفاق دو یا چند تن بر امری آمده است (جلیل قنوتی و دیگران، ۱۳۹۱: ۸۹).

قرارداد در اصطلاح حقوقی خود نیز به معنای بستن و گره زدن و ارتباط قرار به قرار دیگر آمده است به بیان دیگر «العقد عبارت عن العهد المؤکده» که اعتبار عقد به نحو استحکام ابرام شده است و ما بر طبق عقد و عهد خود ملزم به انجام آن شده ایم (بجنوردی، ۱۳۷۲: ۲۴۴)

1-1-2- تعریف قرارداد پیش فروش

نخستین واژه‌ای که بیان برخی توضیحات در مورد آن لازم و ضروری به نظر می‌رسد واژه پیش فروش می‌باشد پیش فروش به لحاظ دستور زبان به دو صورت صفت فاعلی مرکب و اسم مصدر مرکب وجود دارد در معنای نخست پیش فروش آمده است که تهیه شدن جنس قبل از موعد مقرر، بهاستاند. (دهخدا، ۱۳۳۸: 724) و در قالب اسم مصدر مرکب پیش فروش معنای، فروش

قبل از بدست آمدن جنس، بهاستدن پیش از تحویل مال یا غله را می‌رساند (دهخدا، ۱۳۳۸: 724) اصطلاح «پیش فروش» ترکیبی است از دو کلمه «پیش به معنای قبل، سابق و گذشته و «فروش» که اسم مصدر از فعل فروختن است (ایزدی فرو کاویار، ۱۳۷۸: ۸۸)

واژه پیش فروش و 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 پیش فروشنده آن مستلزم به تسلیم مورد معامله مطابق اوصاف معهوده در عقد می‌شود تا در مدت مفید آنرا به خریدار تسلیم کند (اصغرزاده، ۱۳۸۲: ۱۱).

پیش فروش در حقیقت اسمی است که از نظر فروشنده بر قرارداد مورد بحث اطلاق می‌گردد و الا این معامله از دیدگاه پیش خریدار عنوان پیش خرید را دارد به بیان دیگر نسبت به طرف قرارداد عنوان پیش فروش و یا پیش خرید متغیر است. پیش فروش کردن «یعنی فروختن پیش از مهیا شدن و حاضر آمدن مالی پیش خرید» یعنی خرید کالایی با پیش پرداخت تا بعداً بعمل آید یا تهیه و تحویل داده شود (مهدی ممیزاده، ۱۳۸۶: ۱۰۳) پیش فروش کردن به عبارت دیگر فروختن کالایی است که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعداً آن را تحویل دهد. وقتی مالک یاذیحق قبل از ساخت و تکمیل ساختمان مبادرت به فروش جزء یا کل آن میکند، پیش فروش نامیده می‌شود در واقع در تعریف دو واژه پیش خرید و پیش فروش بدلیل تقابل آنها با یکدیگر وقتی یکی تعریف شد دیگری هم تعریف می‌شود (سلیمی و دشتبانیان، ۱۳۹۱: ۳).

برای روشن شدن مفهوم پیش خرید و تمایز آن از سایر مفاهیم می‌توان پیش فروش ساختمان را با بیع مال آیندان مقایسه نمود. «موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه است که مصادیق متعدد آن در آینده ایجاد می‌شود بلکه شامل کالایی است که باید منحصراً برای خریدار ساخته شود و مورد اخیر به نوبه خود ممکن است منقول یا غیر منقول باشد. مثل ساختمان که عمدتاً در قالب آپارتمان می‌باشد (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۸۳).

پیش فروشنده شخص حقیقی یا حقوقی است که متعهد قدر السهم از زمین و اعیانی موجود از زمان بیع را بر اساس قرارداد پیش فروش به پیش خریدار منتقل می‌کند و همچنین متعهد می‌گردد ساختمان را ظرف مدت معینی احداث و یا تکمیل و تسلیم کند.

پیش خریدار نیز شخص حقیقی و یا حقوقی است که قدرالسهم از زمین و اعیانی موجود در زمان بیع را بر اساس قرارداد پیش فروش در مقابل پرداخت ثمن معامله پیش خریداری می‌نماید؛ قائم مقام جانشین یا جانشینان پیش فروشنده و پیش خریدار نیز مشمول تعاریف یاد شده خواهند بود.

از لحاظ اصطلاحات حقوقی پیش فروش و یا پیش خرید نوعاً مشابه بیع سلم یا سلف و عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت در فقه سنتی می‌باشد. در بیع سلف (سلم) که پیش فروش و پیش خرید نیز می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۳) ش ۳۶۵۷) مبیع همواره مالی کلی و در ذمه است و تعهد فروشنده در تسلیم مبیع مؤجل است ولی تعهد خریدار مبنی بر پرداخت ثمن بصورت نقد است و به بیان دیگر موعدی برای تسلیم مبیع به خریدار در نظر گرفته می‌شود.

از طرف دیگر نهاد پیش فروش با عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت در فقه نیز قابل مقایسه است که در آن کسی نزد صنعتگری می‌آید و از او می‌خواهد تعدادی از کالا هایی را که می‌سازد به ملکیت او در آورد و در این حال قراردادی میان این دو منعقد می‌شود که صاحب صنعت را متعهد می‌سازد تعداد مورد توافق را در قبال قیمت دریافتی به مشتری تسلیم کند؛ در

این گونه قراردادهای که مفصلاً سابقه تاریخی آن در ادامه خواهد آمد؛ کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است و موضوع تعهد در زمان انعقاد عقد موجود نیست.

همچنین نهاد پیش فروش با بیع آیندان^۱ که از نهادهای حقوق فرانسه است از جهاتی مشابهت دارد که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد ولی با بیع تعهد می کند که بعداً آن را فراهم کند و سرمورد تحویل نماید به بیان دیگر در بیع آیندان تاریخ انتقال مالکیت مبیع پس از تاریخ عقد بیع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ش 3464)

1-2-1-1- تعریف قرارداد پیش فروش در فقه

از آنجا که قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه مسبق به سابقه نیست نمی توان تعریفی برای آن در متون فقهی یافت و تبعاً تعریف فقهی پیرامون قرارداد مذکور نداریم بلکه قرارداد پیش فروش ساختمان تأسیس جدیدی می باشد که به مقتضای رشد و توسعه شهرنشینی و نیز به لحاظ شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه در معاملات افراد جای گرفته و بعنوان قرارداد پذیرفته شده ای در عرف معاملات رایج گردیده است. بنابراین تعریف فقهی آن سالبه به انتفاع موضوع است. پیش از این برای پیش فروش کالا به لحاظ فقهی از عنوان بیع سلم (سلف) استفاده می شد یعنی فروشنده هر زمان که می خواست کالای خود را که هنوز تهیه نکرده بود و در زمان عقد قرارداد وجود نداشت از طریق پیش فروش عرضه نماید از این نهاد فقهی یعنی بیع سلم یا سلف استفاده می کرد همانطور که قبلاً ذکر گردید در بیع سلم یا سلف ثمن مورد معامله در مجلس عقد نقداً به فروشنده پرداخت می شود و در ازای دریافت ثمن فروشنده متعهد می گردد کالای مورد نظر را بر اساس اوصاف ذکر شده در قرارداد تهیه کند و در موعدی که در قرارداد پیش بینی شده است به خریدار تحویل نماید. مورد معامله در بیع سلم یا سلف کلی در ذمه می باشد یعنی مثلی بوده و مصادیق آن بسیار می باشد.

همچنین نهاد دیگری که از آن بعنوان نهاد مشابه در فقه با قرارداد پیش فروش ساختمان یاد کردیم عقد استصناع یا سفارش ساخت کالا بود که موضوع این قرارداد نیز کلی در ذمه است و با توجه به اینکه ساختمان عین معین بوده و به هنگام عقد وجود خارجی ندارد نه می تواند موضوع بیع سلم یا سلف قرار گیرد و نه عقد استصناع. (علیزاده، ۱۳۸۳: ۲۷) که در ادامه با ذکر دلایل مفصلاً آنها را در یک بررسی مقایسه ای خواهیم آورد.

1-2-1-2- تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق موضوعه

قرارداد پیش فروش ساختمان بعنوان یک عقد نوپا مطابق با هیچیک از عقود سنتی و معین از پیش ساخته شده نیست. اما به لحاظ استفاده گسترده مردم از این قرارداد در ۱۷ دی ماه سال ۱۳۵۸ قانونگذار اهمیت موضوع را درک نمود و طی ماده واحده ای تحت عنوان لایحه قانونی حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی مقرر ای بسیار کوتاه به لحاظ حمایت از حقوق پیش خریداران در مقابل پیش فروشندگان (سازندگان) واحدهای آپارتمانی در شورای انقلاب تصویب نمود ولی با این وجود در این قانون هم تعریفی از قرارداد پیش فروش ساختمان نشده بود؛ بنابراین برای ارائه یک تعریف کامل که دربر دارنده تمام اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق کنونی باشد، علاوه بر بررسی ابتدایی باید مفاد قرارداد منعقد بین پیش خریدار و پیش فروشنده را مد نظر قرار دهیم و با تفسیر قصد مشترک طرفین به روشن کردن ماهیت حقوقی این قرارداد بپردازیم و درکنار بررسی نظرات و تعاریف حقوقدانان و عکس العمل آنان تحت عنوان رویه قضایی در مقابل پدیده روز افزون ساختمان

¹ Vente de la chose future

سازی و گسترش قراردادهای پیش فروش تعریف ارائه شده قانونگذار در ماده ۲ لایحه‌ی قانونی پیش فروش ساختمان مصوب ۸۶/۶/۲۴ را در مقایسه با تعریف ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ مد نظر قرار داده و با بررسی اجمالی برخی از شرایط و ویژگی‌ها قرار داد پیش فروش ساختمان به بررسی چرایی و چگونگی تغییرات حاصله در قانون اخیر التصویب در مقایسه با سایر تعاریف ارائه شده پیشین پردازیم. در ادامه همچنین به چگونگی روند تصویب لایحه مربوط به پیش خرید ساختمان سال ۱۳۸۶ و قانون مربوط به آن در سال ۱۳۸۹ خواهیم پرداخت.

بطور خلاصه توافق پیرامون پیش فروش ساختمان در نتیجه تلاقی دو اراده بوجود می‌آید که یکی پیش فروشنده و دیگری پیش خریدار می‌باشد. عبارت دیگر پیش فروشنده در هنگام انعقاد این قرارداد با طرح کلی ابعاد و مساحت و تعیین چگونگی اجرای نقشه از پیش انتخاب شده ساختمان و انتخاب نوع ابزار و مصالح که قرار است در ساخت ساختمان بکار رود از پیش خریدار رفع جهل می‌کند و معامله را از حالت غرری بودن خارج می‌کند و متعهد می‌شود در موعد مقرر در آینده پس از ساخت و تکمیل بنا، ساختمان را تحویل پیش خریدار دهد.

در ماده ۲ لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۸۶/۶/۲۴ آمده بود هر قرارداد یا عقدی که در نتیجه آن، یکی از طرفین متعهد به ساخت یا تکمیل بنا در زمین معینی باشد که مالک تمام یا قسمتی از آن است و در قالب بیع، صلح، اجاره به شرط تملیک و نظایر آن منعقد شود، قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب شده و مشمول مقررات این قانون است. اما با مطالعه ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مشاهده می‌کنیم پیش فروش را محدود به افراد خاصی نموده است و تنها این افراد می‌توانند در چهارچوب قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می‌گیرد اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند این اشخاص طبق تبصره ماده ۱ عبارتند از:

۱- سرمایه‌گذارانی که در ازای سرمایه گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی آن زمین‌ها ضمن عقد و بموجب سند رسمی به آنان اختصاص می‌یابد.

۲- مستأجرین اراضی اعم از ملکی، دولتی، موقوفه که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارند.

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 می‌شود.

با توجه بیشتر به این ماده می‌بینیم قانونگذار سعی بر این داشته تا با به کاربردن « هر عنوان » و عبارت «با هر نوع کاربری» به ارائه تعریفی جامع که همه انواع متداول پیش فروش را در برگیرد اقدام نماید.

1-1-2-3- تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان از دیدگاه دکترین حقوقی

اگر چه قانونگذار در ماده ۱ قانون اخیر التصویب به تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته است اما پیش از آن در دکترین حقوقی و اندیشه‌های حقوقدانان ایران کمتر به تعریف و تبیین قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته شده بود و

حقوقدانان ترجیح می‌دادند به جای تعریف واضح و مشخص از قرارداد پیش فروش ساختمان با تکیه بر حقوق اسلامی و کمک گرفتن از تعاریف عقود همچون بیع سلم یا سلف، بیع مال کلی و یا بیع ائمار قرار داد پیش فروش ساختمان را تعریف نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۷۲)

البته در این بیان برخی از حقوقدانان حدود و ثغور کلی قرارداد پیش فروش ساختمان را با توجه به بیع آئینان به دو صورت تعیین کرده بودند:

1 - فروش ساختمان ساخته نشده

2 - فروش ساختمانی که در آینده باید ساخته شود.

گذشته از این برخی دیگر از حقوقدانان متقدم پیشتر به تعریف عقد بیع سلم یا سلف پرداخته‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۱).

چنانکه مشخص است عقد بیع با توجه به موارد مذکور قانون مدنی از جهت موعد تسلیم به چهار نوع تقسیم می‌گردد.

-بیع نقد که در آن برای تسلیم هیچ یک از بیع و ثمن اجلی معین نشده است.

-بیع نسبه که در آن تأدیه ثمن مدت دار است.

-بیع سلم یا سلف که مبیع در آن می‌بایست در اجلی در آینده تسلیم شود.

-بیع کالی به کالی که در آن هر دوی مبیع و ثمن مؤجل و مدت دارند. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۱)

همانطور که ملاحظه می‌شود در این تعاریف قرارداد پیش فروش در پیروی از فقه نه از آن جهت که بیع در خارج وجود ندارد بلکه از جهت زمان تسلیم مورد توجه قرار گرفته است.

در نهایت برخی از حقوقدانان با تحدید حدود بیع سلم یا سلف تصمیم داشتند آن را بیشتر به قرارداد پیش فروش امروزی نزدیک نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۷).

از آنچه گفته شد پیداست پیش از تعریف مشخص قانونگذار در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان ۸۹ قرارداد مذکور از آنجایی که از یک طرف دارای مبیع غیر موجود است با قرارداد بیع مال کلی مقایسه و از طرف دیگر بدلیل شباهتی که با بیع سلم یا سلف دارد در مقایسه با آن قرار داده می‌شد. اما بعد از تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ نقطه ضعف نظام حقوقی ما که نتوانسته بود بطور صریح به بررسی قرارداد پردازد تا حدود زیادی توسط قانون‌گذار برطرف شد.

پس بطور کلی و با توجه به ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ می‌توانیم بگوئیم: قرارداد پیش فروش ساختمان قراردادی است که به موجب آن پیش فروشنده تعهد می‌کند ساختمانی 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 همانطوری که ذکر شد در عرف معاملات جاری قرارداد پیش فروش ساختمان خوانده می‌شود.

1-1-3- تعریف ساختمان

ساختمان از لحاظ دستور زبان اسم مرکب است به معنا بنا و عمارت نهاد، وضع ساخت و ترکیب می‌باشد (دهخدا، ۱۳۳۸: ۳۴) واژه ساختمان در عرف استعمال فراوانی دارد.

عرف به هر آنچه بر روی زمین (عرصه) توسط مصالحی منجمله آجر، سنگ، سیمان آهن ساخته شود ساختمان می‌گویند. خواه آنچه ساخته آپارتمان و یا مدرسه و خانه و یا مسجد باشد. (زرنگار، ۱۳۸۹: ۶)

به دلیل اینکه احداث واحدهای ساختمانی عمدتاً به صورت عمودی و در قالب مجتمع به نام آپارتمان صورت می‌پذیرد لذا تعریف واژه آپارتمان در اینجا لازم و ضروری می‌رسد زیرا امروزه واحدهای ساختمانی مجزا تحت عنوان آپارتمان قبل از احداث به فروش می‌رسند و قرارداد پیش فروش ساختمان غالباً مرتبط با این موارد است.

آپارتمان یا واحد آپارتمانی عبارت است از: قسمتی از عمارت، مرکب از چند اتاق و ضمایم آنها، به عبارت دیگر عمارت یا عمارتی که مربوط به یک عمارت بزرگ اما از آن جدا و دارای یک یا چند اتاق باشد آپارتمان گفته می‌شود. (ممیزاده، ۱۳۸۶: ۱۰۳) آپارتمان یک واژه فرنگی است و در لغت به قسمتی از عمارت و یا به ساختمان مجزا و مستقل اطلاق می‌شود، و در زبان فرانسه به هر یک از سکونتگاه‌هایی گفته می‌شود که در یک مجموعه مسکونی قرار گرفته باشد با نگاهی به ماده ۲ قانون تملک آپارتمان‌ها و ماده ۱۲ آئین‌نامه 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 (اصغر زاده، ۱۳۸۲: ۱۲).

1-2- ماهیت قرارداد پیش فروش در حقوق ایران

قرارداد پیش فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده‌ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات جامعه است به همین دلیل حقوقدانان و رویه قضایی هر کدام نظرات متفاوت و جداگانه در رابطه با ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها ابراز کرده‌اند. اظهار نظر متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوت‌های دیدگاهی و تئوریک حقوقدانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش‌های متفاوت حقوقدانان به جنبه‌های مختلف این گونه قراردادهاست.

آنچه مسلم است برای آنکه بتوان در مورد ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران اظهار نظر قطعی نمود لازم است از مندرجات و محتویات سندی که تنظیم می‌کنند قصد مشترک طرفین را احراز نموده و بر مبنای این قصد مشترک ماهیت آن را تبیین نمود در ابتدا ما نهادهای متعدد حقوقی که ممکن است قرارداد پیش فروش ساختمان منطبق با آنها باشد را بررسی می‌کنیم سپس در نهایت با ملاحظه استدلال‌های مختلف، ماهیت این نوع قرارداد را تبیین و نتیجه‌گیری خواهیم نمود.

1-2-1- بیع

ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» با توجه به ماده فوق در عقد بیع مبیع بایستی عین باشد. در این رابطه پرداختن به ماهیت عقد بیع موضوع این بند نمی‌باشد و با توجه به اینکه

موضوع عین در مورد ساختمان پیش فروش شده موضوع عقد، محور این پژوهش است بحث را با توضیح انواع مبیع در عقد بیع ادامه می دهیم. و سپس به تقسیم بندی دیگری از حیث عادی یا سلف بودن بیع می پردازیم.

«عین» شامل اموالی می شود که وجود خارجی داشته و با حس لامسه قابل ادراک است. در قانون مدنی «عین» به اقسام گوناگونی تقسیم شده است به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی «مبیع ممکن است مفروز یا مشاع باشد یا مقدار معین بطور کلی از شیء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی در ذمه باشد».

۱-۲-۱-۱- تقسیم بندی از حیث نوع مبیع

در این بند به انواع مبیع در بیع پرداخته خواهد شد و قرارداد پیش فروش با توجه به عین آن یعنی ساختمانی که در آینده ساخته می شود تحلیل می گردد.

۱-۲-۱-۱-۱- عین معین

عین معین مالی است که در عالم خارج جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد، مانند این کتاب یا آن خانه. عین معین که عین شخص و خارجی نیز نامیده می شود ممکن است مفروز یا مشاع باشد. «مفروز» عین معینی است که تمام آن متعلق به یک مالک باشد و «مشاع» مالی است که چند مالک در آن شریک باشند و سهام شریکان را در عالم خارج نتوان تمیز و تشخیص داد. همانطور که گفتیم ساختمان، عین معین محسوب می شود. و جزء اموال قیمی است. اما موضوع بحث ما معامله نسبت به ساختمانی است که در آینده ساخته خواهد شد و موجودیت فعلی ندارد به همین جهت در قراردادهای پیش فروش ساختمان، مشخصات راجع به ساختمان از حیث اوصاف، مساحت، موقعیت و طرح کلی در نزد طرفین معلوم و مشخص می گردد تا ساختمان بر طبق آن اوصاف و نقشه ساختمانی مورد توافق بنا گردد. در قانون مدنی کشورمان، در خصوص معامله نسبت به مال آینده یا به عبارتی مالی که در آینده بوجود خواهد آمد بحثی به میان نیامده است. در فقه نیز راجع به مالی که در آینده بوجود خواهد آمد بحث مستقلی نگردیده است و فقط در مبحث بیع ثمار، که در مورد فروش میوهها یا به عبارتی سر درختی پیش از وجود و رسیدن آن است مباحثی مطرح شده است و در بحث استصناع تا حدودی به بیع کالاهایی که قرار است در آینده ساخته شوند پرداخته شده است.

عمده مبحث به وجود مبیع در هنگام عقد بر می گردد و اینکه آیا در بیع عین معین، مبیع بایستی به هنگام عقد موجود باشد یعنی وجود خارجی و عینی داشته باشد یا اینکه موجود بودن را به صورت وجود اعتباری در نظر گرفت و عین معینی که در زمان عقد وجود خارجی ندارد منتهی پس از انعقاد عقد و در موعد معینی بوجود خواهد آمد که عرف و بنای عقلا بر وجود حتمی آن در آینده یقین دارند.

در اینجا ابتدا وجود مبیع عین معین را در فقه و حقوق موضوعه بررسی می کنیم و نظر حقوقدانان را راجع به تفسیر ماده 361 قانون مدنی مطرح کرده و به مقایسه آن با قوانینی که در زمینه پیش فروش ساختمان تصویب شده است می پردازیم؛ در فقه مرسوم است که مبیع عین معین باید در زمان عقد موجود باشد تا تملیک صورت پذیرد چون حق قائم به معدوم نمی شود و تراضی دربار فروش مالی که وجود خارجی ندارد درست نیست زیرا بنا به فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد و ماده 361 قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است. مشهور فقها نیز تعلیق در تملیک را نمی پذیرند و متعقدند که تملیک باید منجز بوده و در زمان وقوع عقد صورت پذیرد.

اما در مقابل عده‌ای از فقها (مرحوم نراقی) می‌گویند بیع انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده مثلاً وقتی گندمی هم اکنون وجود ندارد و شخصی گفت: فروختم یک تن گندم را به تو؛ معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد به تو انتقال می‌دهم یعنی انتقال فعلی است ولی ملک فعلی نیست بلکه معلق به وجود است.» (نراقی، ۱۴۱۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۲۵)

ماده ۳۶۱ قانون مدنی در خصوص موجود بودن عین معین به هنگام عقد می‌گوید: «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا در فروش عین معین، مبیع بایستی حتماً و لزوماً به هنگام انعقاد عقد بیع وجود خارجی داشته باشد یا خیر؟ همه چیز بستگی به تفسیر ماده ۳۶۱ قانون مدنی و وجود اعتباری یا مادی مبیع عین معین به هنگام عقد دارد که در اینجا سعی بر آن است تا تفسیر و تحلیل صحیحی از ماده مزبور به عمل آید که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

استاد دکتر ناصر کاتوزیان در تفسیر ماده ۳۶۱ قانون مدنی، می‌فرماید: "تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ قانون مدنی، و مبانی بطلان بیع مال معدوم تحلیل دیگری را به ذهن می‌آورد و منطق حقوقی آن را می‌پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد.

در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروشی مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا، بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است. برای مثال، اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم‌ها یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حملی را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد (غریبی، مسعودی، ۱۳۹۰: ۱۶۲).

در فرض دوم، که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمی‌شود. زیرا، حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است." (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۵)

مطابق این نظر، به محض انعقاد عقد بیع نسبت به ساختمان غیر موجود، تملیک صورت نمی‌گیرد بلکه پس از ساخت و بنای ساختمان مورد توافق، اثر اصلی عقد بیع یعنی تملیک صورت می‌گیرد و خریدار دارای حق عینی می‌شود و لذا فروشنده حق ندارد ساختمان ساخته شده را به دیگری منتقل نماید.

استاد کاتوزیان به نمونه‌هایی از حقوق ایران از جمله اینکه در بیع کلی تملیک منوط به انتخاب فروشنده است و همین که مبیع را برگزید تملیک صورت می‌پذیرد اشاره می‌کند که: "حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست. درست است اگر مبیع قابلیت تعلق یافتن به دیگری را داشته باشد، در اثر بیع مالکیت انتقال می‌یابد، ولی نمی‌توان ادعا کرد که بیع جز به طریق تملیکی تحقق نمی‌یابد، زیرا این اثر موکول بر این است که موضوع عقد در عالم خارج معین باشد." (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۳۳)

اما نمونه نزدیکتر به فرض، وصیت به مال آینده است که ماده ۸۴۲ قانون مدنی درباره امکان آن صراحت دارد و می‌گوید: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود؛ آقای دکتر شهیدی، وصیت نسبت به مالی که هنوز موجود نشده را، استثنایی بر موجود بودن مورد معین معامله به هنگام عقد می‌داند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۲۹). دلیل وجود این حکم خاص در وصیت، گذشته از تسامحی که در شرایط نفوذ آن می‌شود، این است که تملیک منوط به مرگ موصی است و بیدرتنگ انجام نمی‌شود؛ انتقال زمانی صورت می‌گیرد که موصی به موجود شده است و حق مالکیت قائم به معدوم نمی‌گردد. در وصیت نیز، همانند تحلیلی که ارائه شد، موصی زمینۀ سببی را فراهم می‌آورد که بنا به مقتضای خود باید در آینده کارگزار باشد. موصی له نیز طرح سبب را به همین گونه می‌پذیرد و کامل می‌کند. پس هیچ مانعی باقی نمی‌ماند که اثر آن درباره مالی باشد که در فاصله وصیت و فوت بوجود می‌آید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۶)

در قرارداد های منجز، از آنجا که دو طرف بطور معمول به مال موجود نظر دارند و مشهور فقیهان نیز تعلیق در تملیک را نمی‌پذیرد، قانون مدنی نیز در مورد امکان تملیک به مال آینده سخن نمی‌گوید. ولی، در وصیت که تملیک بنا به مقتضای ذات خود معلق است: صدور حکم ماده ۸۴۲ قانون مدنی ضرورت می‌یابد، "پس، راز اباحت تملیک به مال آینده در وصیت، تعلیق تأثیر سبب به زمانی است که مال بوجود می‌آید. در نتیجه، اگر پذیرفته شود که در بیع نیز تراضی دو طرف می‌تواند سببی را که در حال عادی موجب تملیک منجز و بیدرتنگ مبیع می‌شود معلق به وجود آینده آن کند، باید بیع مال آینده نیز مورد قبول قرار گیرد". (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۷)

در نهایت استاد چنین نتیجه می‌گیرند که: "در فروش ساختمان (اگر به شکل تعهد به فروش و در سند عادی نیاید)، پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به ملکیت خریدار در می‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند." (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۷۸)

برخی دیگر از استادان حقوق، موجود بودن عین معین به هنگام عقد بیع را ضروری می‌دانند و می‌گویند که لازمه تملیک عین معین، وجود آن هنگام عقد است و هر چند در آینده موجود شود فروش معامله راجع به آن باطل است. زیرا عدم وجود عین معین هنگام انعقاد عقد بیع، موجب غرر بوده معامله غرری نیز باطل می‌باشد. (امامی، ۱، 1390: 425 و شهیدی، 1386: 329). در فرض ساختمان ساخته شده نیز چون به هنگام انعقاد عقد وجود خارجی ندارد، پس بیع نسبت به آن باطل است.

به نظر می‌رسد با تفسیری که از استاد آقای دکتر کاتوزیان ذکر کردیم بتوان گفت که:

اولاً: تملیک فوری جوهر اصلی و اساس عقد بیع نیست و لذا تملیک می‌تواند پس از مدتی بوقوع بپیوندد. زیرا انتقال مالکیت امری است اعتباری و ارده خلاق می‌تواند آن را در عالم اعتبار ایجاد و اجرا کند.

ثانیاً: با توجه به مقتضیات فعلی جامعه و همگامی قانون با تحولات روز می‌توان ماده ۳۶۱ قانون مدنی را اینگونه تفسیر نمود که برای اعتبار و صحت بیع وجود تقدیری و اعتباری کافی است، به تعبیر دیگر منظور از وجود لزوماً وجود مادی و خارجی نیست بلکه آن چه که قطعاً در آینده به وجود می‌آید و عرف و بنای عقلا نیز آن را ممکن‌الوجود می‌دانند نوعی وجود به شمار می‌آید هر چند که مورد معامله وجود مادی و خارجی بالفعل نداشته باشد و در قراردادهای مورد بحث نیز این چنین است. زیرا هنگام انعقاد قرارداد کلی مشخصات راجع به ساختمان و ابعاد و مساحت و سایر اوصافی که ساختمان را در نزد طرفین معلوم و معین کند ذکر می‌شود و بر آن اساس ساختمان ساخته می‌شود و بهای ساختمان نیز به هنگام عقد معلوم و مشخص است منتهی پرداخت آن به صورت اقساطی و مؤجل می‌باشد و لذا مورد معامله و تعهدات طرفین مبهم نیست تا معامله غرری محسوب

شود. بنابراین ماده ۳۶۱ قانون مدنی در حقوق ایران تاب این تفسیر را دارد که بیع نسبت به مبیعی که در آینده بوجود خواهد آمد و محقق الوجود بوده و عرف معاملات آن را قبول کرده و در بین مردم معامله نسبت به کالای غیر موجود رایج می‌باشد، صحیح انگاشته شود همچنانکه در حقوق خارج نیز چنین تفسیری معتبر می‌باشد.

لذا در تفسیر مواد قانونی نایستی صرفاً به منطوق ماده توجه و تفسیر خشک و بی‌روح از ماده ارائه نمود بلکه بایستی با در نظر گرفتن اساس و پایه مواد قانونی و اوضاع و احوال جامعه و مقتضیات زمان تفسیری ارائه نمود که در حل مشکلات حقوقی و روابط مردم کارساز باشد و منجر به اعتبار حقوقی گردد.

۱-۲-۱-۲- کلی در معین

هرگاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی باشد که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است به اصطلاح قانون مدنی، آن موضوع در حکم عین خارجی است (ماده ۴۰۲ قانون مدنی) یا به تعبیر ماد ۳۵۰ قانون مدنی منظور از کلی در معینی مقدار معین بطور کلی از شیء متساوی الاجزاء است. در اینجا تا زمانیکه فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکرده و یا حادثه‌ای مبیع را مشخص نساخته است خریدار بر هیچ مالی معین حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که به اجمال می‌دانیم که مبیع در داخل آن توده معین است و به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته اند (ماده ۴۰۲ قانون مدنی) (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۶). در اینجا بایستی بگوییم ساختمان ساخته نشده نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی در معین واقع شود؛ اولاً بدلیل اینکه، مطابق تعریف کلی در معین شامل اموالی مثلی است یا عبارتی اشیاء متساوی الاجزاء که تمام اجزای آن مال از هر حیث با هم برابر باشند حال آنکه ساختمان مورد بحث مال قیمی محسوب می‌گردد ثانیاً اینکه در کلی در معین به هنگام انعقاد عقد بیع اجزای مبیع بایستی در عالم خارج موجود باشد و مقدار فروخته شده به صورت کلی در معین محصور در داخل آن باشد هر چند از همدیگر تفکیک و جدا نشده باشد. در حالی که در ساختمان ساخته نشده به هنگام پیش‌فروش، هنوز ساختمان وجود خارجی ندارد و قرار است در آینده در موعد معینی پیش فروشنده بر طبق نقشه ساختمانی آن را ساخته و تحویل خریدار نماید با وجود این یکی از حقوقدانان به هنگام تفسیر ماده ۳۶۱ قانون مدنی که می‌گوید «اگر در بیع عین معین معلوم شود که بیع وجود نداشته بیع باطل است». چنین اظهار نظر می‌کند که موجود نبودن مورد معامله عین معین در دو صورت قابل تصور است، یکی اینکه پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته بوده است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد دیگر اینکه در زمان عقد هنوز بوجود نیامده باشد مانند اینکه مورد معامله خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و بامصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست.» و سپس ایشان چنین نتیجه می‌گیرند که در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد باطل است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۲۹) در رأیی که از دادگاه تجدید نظر استان تهران در همین خصوص صادر گردیده چنین آمده است: «... ادعای تجدید نظر خواه از حیث ذیحق بودن در تصرف و تملک اولویتی نسبت به آپارتمان بلوک A طبقه ۴ است که مستنداً به مستندات و متکی به اقدامات مربوط به قبل و بعد از تحویل آپارتمان موضوع به اوست که در این مورد ذکر توضیحات زیر لازم است:

اقدامات مربوط به تملک یک واحد آپارتمان تا قبل از صورتجلسه تحویل آپارتمان مورد اختلاف به وی در مورخ ۶۹/۲/۲۵ علی‌الرویه و علی‌الاطلاق مربوط به همه اعضا و در رابطه با هر یک از واحدها و از مصادیق کلی در معین برای آپارتمان خاصی شامل نمی‌شده است ... (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۲۹) در اینجا ملاحظه می‌شود که دادگاه آپارتمان‌ها را بعد از ساخت و قبل از تحویل

به خریداران و متقاضیان از مصادیق کلی در معین دانسته است حال آنکه با توجه به مطالبی که در بیع کلی در ذمه اشاره کردیم آپارتمان عین معین بوده و بنابراین جزء اموال قیمی محسوب می‌شود لذا نمی‌توان موضوع بیع کلی در معین قرار گیرد.

بنابراین به هنگام انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان (عمدتاً در قالب آپارتمان) اوصاف و مشخصات آن بایستی در نزد خریدار و فروشنده معلوم و محرز باشد تا از مورد معامله رفع جهل و غرر شود و خریدار به هنگام عقد بداند کدام واحد آپارتمانی در ابعاد مشخص و در کدام طبقه و با چه موقعیتی خریداری نموده است و معمول نیز در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان این است که مشخصات و اوصاف و ابعاد واحد ساختمانی طبق نقشه ساختمانی معینی به خریدار داده می‌شود و خریدار قبل از انعقاد قرارداد از چگونگی آن مطلع می‌گردد. البته در برخی موارد مشاهده شده که بعضی از شرکت‌های تعاونی که اقدام به ساخت و ساز به منظور تأمین مسکن اعضای شرکت یا سهامداران می‌کردند زمین را خریداری نموده و بر روی آن اقدام به ساخت ساختمان (واحدهایی در شکل آپارتمان) می‌کنند و منتها مشخص نمی‌کنند که کدام واحد آپارتمانی متعلق به کدام سهامدارست بلکه از سرمایه‌ها به عنوان مشارکت در امر ساخت و ساز استفاده کرده و چنین توافق می‌شود زمانیکه امر ساخت و ساز به اتمام رسید و آپارتمان‌ها آماده تحویل شدند، در آن زمان با حضور اعضای سرمایه‌گذار، واحدهای آپارتمانی را به قید قرعه به ایشان تحویل نمایند لازم به ذکر است که در اینجا توافق طرفین قرارداد عنوان قرارداد پیش‌فروش آپارتمان ندارد بلکه یک نوع سرمایه‌گذاری مشارکت در امر ساخت واحدهای مسکونی به منظور رفع نیاز اعضای شرکت می‌باشد که در مبحث مربوط به عقد شرکت مفصلاً از آن یاد خواهیم کرد.

با توجه به رواج هر چه بیشتر این نوع قرارداد در روابط مردم و عدم وجود مبنای صریح فقهی و قانونی و در نتیجه بروز اختلاف بین طرفین قرارداد در تفسیر مفاد برخی از قراردادهای، که منجر به طرح دعاوی مختلفی در محاکم می‌گردید عملاً مشاهده می‌کردیم محاکم دادگستری نیز در تبیین و تفسیر ماهیت این نوع قراردادهای و نتیجتاً آثار و شرایط آن، اختلاف نظر پیدا کرده‌اند بعضی از محاکم اینگونه قراردادهای را بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی استوار می‌کردند و آنرا قرارداد خصوصی به شمار می‌آوردند و برخی دیگر ماهیت آن را نزدیک به بیع می‌دانستند.

علاوه بر موارد استدلالهای مذکور در این مبحث، تحلیل قرارداد پیش‌فروش ساختمان به عقد بیع و به تبع آن، تسری آثار واحکام بیع به این نوع قراردادهای، آنچه قراردادهای فوق‌الذکر را به عقد بیع بیشتر نزدیک می‌کند عبارتست از :

اولاً: در تفسیر هر قراردادی بایستی به مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین توجه نمود. در اینگونه قراردادهای، با انعقاد قرارداد و پرداخت بخشی از ثمن معامله از سوی خریدار و فروشنده، قصد واقعی و خواست اصلی طرفین بر این واقع می‌شود که خریدار مالک این واحد ساختمان با مشخصات مندرج در قرارداد شود، منتهی بعد از اینکه فروشنده کار ساخت و تکمیل را به اتمام رسانید یعنی فروشنده به تعهدات قراردادی خویش عمل نمود، پس از اتمام عملیات ساختمان و زمانی که ساختمان آماده برای انتفاع گردید، مالکیت آن خود به خود به خریدار منتقل می‌شود. در واقع خواست اصلی طرفین (خریدار و فروشنده) تملیک و تملک می‌باشد و هدف از پیش‌پرداخت و اقساط ثمن و در نتیجه ساخت ساختمان چیزی جز این امر نیست. بنابراین فروشنده حق ندارد بعد از عقد، ساختمان مورد معامله را به دیگری انتقال دهد چرا که در غیر این صورت انتقال مال غیر محسوب می‌گردد.

ثانیاً: در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، ثمن معامله یا بهای ساختمان معلوم و مشخص است و خریدار به موجب قرارداد ملتزم می‌شود بخش معلومی از ثمن را به هنگام انعقاد عقد به فروشنده پرداخت نماید و بقیه ثمن را به صورت اقساط در طی دوره‌های مختلف عملیات ساخت از قبیل مرحله اسکلت‌بندی، سفت کاری، نازک‌کاری و سایر مراحل به فروشنده پرداخت

نماید. خریداران یا متقاضیان واحدهای ساختمانی عمدتاً در شکل آپارتمان چون اغلب از قدرت خرید کمتری برخوردارند و نمی‌توانند بهای ساختمان را نقداً پرداخت کنند، لذا بخشی از ثمن به صورت وام در اختیار خریدار قرار می‌گیرد یا اینکه خریدار خود بخشی از ثمن به صورت اقساط بلند مدت بعد از تحویل ساختمان به فروشنده پرداخت نماید. و معمول در این نوع قراردادهای آن است که طرفین در قرارداد شرط می‌کنند که به منظور تضمین پرداخت اقساط ثمن از سوی خریدار به فروشنده ساختمان موصوف تا زمان تسویه بدهی کامل، از سوی خریدار در رهن بانک یا در رهن فروشنده باشد. لذا از گنجاندن چنین شرطی در اینگونه قراردادهای معلوم می‌شود که خریدار نوعی حق عینی و حق تقدم و مالکیت نسبت به ساختمان دارد که می‌تواند آن را در نزد بانک یا فروشنده به رهن گذارد. به رهن گذاشتن ساختمان مزبور در واقع نمایانگر حق عینی خریدار بر آن می‌باشد.

ثالثاً: در قراردادهای پیش فروش ساختمان، به طور معمول شرطی به این صورت ذکر می‌شود که: «خریدار تا قبل از تنظیم سند رسمی انتقال حق هر گونه معامله و نقل و انتقال را نسبت به ساختمان مورد معامله از خود سلب نموده و تخلف از این شرط حق فسخ برای فروشنده ایجاد می‌نماید.» آنچه از این شرط و گنجاندن آن در قرارداد بر می‌آید آن است که خریدار اساساً دارای حق انتقال ساختمان به دیگری بوده و این حق از آثار مالکیت می‌باشد ولی نمی‌تواند از این حق خویش تا مدت محدودی استفاده کند و به عبارت دیگر در اینجا یک نوع سلب حق استیفا به طور جزئی صورت گرفته که مطابق ماده ۹۵۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» صحیح می‌باشد.

رابعاً: همچنین در بیشتر این نوع قراردادهای قید می‌شود که اگر خریدار به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند و اقساط ثمن را به موقع پرداخت نکند، فروشنده مجاز خواهد بود قرارداد را فسخ و ساختمان را به دیگری واگذار نماید. مفهوم این شرط آن است که فروشنده نمی‌تواند بدون مجوز قانونی ساختمان را به دیگری انتقال دهد. چرا که با حقوق خریدار بر ساختمان منافات پیدا می‌کند.

خامساً: در برخی از قراردادهای فوق الذکر، شرط می‌شود که خریدار می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در قرارداد، موضوع قرارداد را به دیگری واگذار کند و در واقع خریدار دوم را جانشین خود قرار دهد که در اینجا از یک نظر، بحث انتقال قرارداد مطرح می‌شود و از جهتی دیگر ممکن است انتقال موضوع قرارداد مطرح شود و به هر صورت گنجاندن چنین شرطی در قراردادهای پیش فروش ساختمان مبین آن است که خریدار دارای نوعی حق مالکیت است و به تبع آن حق انتقال ساختمان به غیر را دارد و این با اصول حقوقی سازگار است.

۱-۲-۱-۱-۳- کلی در ذمه

کلی مفهومی است انتزاعی و ذهنی که بر افراد عدیده صدق می‌نماید. در صورتی موضوع عین کلی است که فقط صفات و مقدار آن معین باشد. در اینگونه تعهدات، مدیون موظف نیست که مال معینی را در مقام وفای به عهد به طلبکار بدهد ولی باید فردی را انتخاب کند که شرایط موضوع تعهد را داراست. مثلاً اگر کسی تعهد کند که یک تن برنج طارم به دیگری بدهد، مدیون در انتخاب مصداق خارجی برنج طارم آزاد است. قانون مدنی نیز در ماده ۳۵۱ می‌گوید: «در صورتی که مبیع، کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود» پس در تعریف «کلی» می‌توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۷)

در موردی که موضوع تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد. زیرا انتقال با تراضی صورت نمی‌پذیرد. در عقد تملیکی نیز مانند بیع هر گاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به وسیله‌ی بدهکار انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام تسلیم است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۸)

حال سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا ساختمان ساخته نشده یا ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد می‌تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد یا نه؟ در پاسخ به سؤال فوق باید گفت که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان بطور معمول موقعیت و ابعاد و طرح کلی مساحت و دیگر مشخصه‌های ساختمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین می‌شود و پیش‌فروشنده (سازنده) تعهد می‌کند آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل پیش‌خریدار (مقتضی) دهد؛ بنابراین ساختمانی که با مشخصات فوق ساخته شود با توجه موقعیت جغرافیایی و ابعاد و طرح کلی مساحت و دیگر مشخصه‌های ساختمان در نقشه و نیز در قرارداد معین می‌شود و پیش‌فروش (سازنده) تعهد می‌کند آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل پیش‌خریدار (مقتضی) دهد بنابراین ساختمانی که با مشخصات فوق ساخته شود با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن عین محسوب می‌شود و وقتی عین معینی باشد لزوماً مال قیمی خواهد بود و لذا نمی‌توان ساختمان مثل آن را تصور نمود هر چند نقشه‌ی ساختمانی و مساحت و سایر مشخصات و اوصاف ساختمانها از حیث اسکلت و نمای آن و اتاقها و پنجره‌ها و غیر شبیه ساختمان‌های دیگر باشد ولی در اینجا هر یک از ساختمان‌ها با دیگری تفاوت داشته و تک به تک قیمی محسوب می‌شوند و دیگر اینکه در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن بوسیله فروشنده انجام نمی‌پذیرد و باید از سوی او بعنوان مبیع تعیین گردد اما در پیش‌فروش ساختمان همین که ساختمانی با اوصاف قرارداد ساخته و تکمیل شد خریدار مالک می‌شود و حق مالکانه دارد حتی در گذشته شاهد آن بودیم در برخی آراء دادگاه‌ها که در این زمینه صادر گردیده می‌بینیم ساختمان‌های پیش‌فروش شده را بعنوان مالی مثلی تلقی می‌کردند و مسامحه عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت ساختمان‌ها (عمدتاً آپارتمان‌ها) صحیح دانسته و عقد بیع را نسبت به آن صحیح می‌دانند و در صورتی که پیش‌فروشنده اقدام به انتقال ساختمان موصوف به غیر می‌کرد پیش‌فروشنده ملزم به تحویل ساختمان از نوع مشابه می‌کردند بعنوان مثال رأیی از شعبه 20 دادگاه حقوقی یک وقت تهران صادر گردیده است که به این موضوع اشاره کرده است؛ خلاصه پرونده از این قرار است که خواهان (خریدار یک واحد آپارتمان) دادخواستی به خواسته الزام خوانده به واگذاری و تحویل آپارتمان به دادگاه تقدیم نموده و چنین اظهار داشته است که به موجب قرارداد خرید شماره 310 مورخ 1355/10/10 یک دستگاه آپارتمان در ساختمان شماره 3 طبقه 22 تیپ 2- به شماره 86 به مساحت 213/80 متر مربع را از شرکت خریداری نموده و به هنگام انعقاد قرارداد پیش‌فروش 25 درصد از مبلغ کل بهای ساختمان به شرکت خوانده پرداخت نموده است و مقرر گردیده است که طرفین قرارداد بقیه مبلغ را به اقساط در فواصل زمانی معینی پرداخت کنند. شرکت مزبور، آپارتمان موصوف را با مشخصات قراردادی ساخته و به شخص دیگری منتقل نموده است دادگاه نظریه استنباطی خود را مبنی بر وقوع عقد بیع و محکومیت شرکت خوانده به واگذاری آپارتمان موضوع قرارداد و در صورت واگذاری آن به غیر، واگذاری مشابه آن به خواهان اعلام کرده است نظریه مزبور پس از اعتراض شرکت خوانده به دیوان عالی کشور ارسال و در شعبه سوم دیوان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد که به موجب دادنامه شماره دیوان چنین اظهار نظر کرده بود ... از مفهوم و منطوق قرار تنظیمی وقوع عقد بیع احراز و استنباط نمی‌شود و صرفاً قراردادی است که به موجب آن شرکت تعهد نموده در فاصله تعیین ساختمان مورد بحث را بر طبق نقشه مربوطه منضم به قرارداد درست به اتمام برساند و موجبات انتقال آن به خریدار فراهم و پس از دریافت معادل 50٪ از بهای کل ساختمان سند رسمی انتقال را تنظیم نماید... و لذا نظر استنباطی دادگاه قابل تنفیذ نیست ...»

در پرونده امر به شعبه ۲۱۰ دادگاه عمومی تهران ارجاع و شعبه مذکور به لحاظ اینکه شرکت خواننده متعلق به شاه سابق بوده و بعد از انقلاب صادره شده به استناد رأی وحدت رویه شماره ۵۸۱ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲ هیئت عدم صلاحیت پرونده را به شعبه ۱۷ دادگاه انقلاب اسلامی تهران ارسال می‌دارد شعبه مزبور پس از رسیدگی چنین اظهار نظر و نتیجه گیری می‌نماید ... «آنچه قدر مسلم است تنظیم قرارداد شماره ۳۱۰ فی ما بین طرفین و پرداخت مبلغ دو میلیون و هشتصد و چهل و پنج هزار ریال معادل ۱۰/۲۵٪ از من معامله بابت خرید یک دستگاه آپارتمان به متراژ ۲۱۳/۸۰ متر مربع توسط خریدار می‌باشد. بنا علی‌الیه نظر به اینکه مستفاد از قرارداد مستند دعوا این است که بیع فی ما بین طرفین محقق گردیده و به دلیل فقدان موجبات فسخ قرارداد، قرارداد از قوت و اعتبار قانونی برخوردار و بنابراین مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۲۱ قانون مدنی، آقای خواهان می‌تواند ۷۵٪ ارزش ملک مورد معامله را به قیمت روز در وجه شرکت خواننده بپردازد و در قبال آن شرکت خواننده موظف به تحویل آپارتمان مورد نظر با مشخصات مندرج در قرارداد شماره ۳۱۰ مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۰ تنظیمی فی ما بین طرفین می‌باشد در غیر اینصورت شرکت خواننده بایستی ملک معوض به نرخ سال ۱۳۵۵ معادل مبلغ پرداخت شده به نام برده تحویل دهد. (رای شعبه هفدهم دادگاه انقلاب اسلامی تهران، کلاسه ۲۰۲۳/۷۶/۲ حد به تاریخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۲).

همچنین در آرای مشابه دیگر قرارداد راجع به آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد را بیع کلی دانسته و در صورت انتقال عین آپارتمان ساخته شده از سوی فروشنده به غیر فروشنده را به واگذاری نوع مشابه در حق خریدار محکوم کرده‌اند صدور احکامی از این دست مبین این نکته است که دادگاه اینگونه آپارتمانها را مثلی تلقی می‌کردند و لذا چون مبیع (آپارتمان) در اینجا کلی متصور می‌شد پس در صورتیکه فروشنده واحد ساختمانی را به دیگر تحویل دهد معامله به مال غیر نکرده است و معامله اش صحیح است در مقابل بایستی آپارتمان دیگری که شباهت عرفی با ساختمان موصوف در قرارداد دارد به خریدار واگذار نماید به نظر می‌رسد ساختمانیکه فروشنده تعهد می‌کند طبق نقشه ساختمانی در زمین معینی با اوصاف و مشخصات قراردادی بسازد عین معین باشد که در زمان عقد وجود خارجی نداشته اما در طول زمان مشخصی قطعاً ساخته و برای انتفاع مهیا خواهد شد. یعنی پس از گذشت موعد مقرر که در قرارداد و اتمام و تکمیل ساخت، ساختمان وجود خارجی یافته و لذا مال قیمی محسوب می‌گردد و خریداری که پس از ساخت مالک ساختمان فوق می‌شود و بیع نسبت به ساختمان مزبور تحقق یافته است، چگونه فروشنده این حق پیدا می‌کند که آنرا را به غیر منتقل نماید و در برابر تخلف از قرارداد ساختمانی از نوع مشابه خریدار تحویل نماید حال آنکه برای خریدار ساختمان با مشخصات قراردادی و با آن اوصاف و ممیزات اهمیت داشته است و نه ساختمان دیگری که شباهت عرفی به ساختمان موصوف در قرارداد لذا نظریه دادگاه مبنی بر تحقق عقد بیع و نتیجتاً انتقال مالکیت ساختمان به خریدار با الزام فروشنده به واگذاری ساختمان مشابه به خریدار در صورت انتقال به غیر با اصل مالکیت خریدار نسبت به مبیع و نیز سایر قواعد حقوقی منافات خواهد داشت چرا که وقتی محرز شد که خریدار مالک ساختمان قراردادی است و دارای حق عینی نسبت به آن است دادگاه بایستی حکم به خلع ید و رفع تصرف بدهد و ساختمان موصوف را به خریدار بازگرداند و نه اینکه حکم به تحویل از نوع مشابه بدهد.

