



## تحلیل حقوقی بیع و قرارداد ساختمان در رویه قضایی کنونی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۱۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۴/۱۵)

محمدرضا سلطانی

کبری بدلی

### چکیده

از میان نیازهای اولیه و ضروری بشر، داشتن مسکن متناسب جایگاه ویژه ای دارد و چون هزینه تامین و تهیه آن نسبت به دیگر نیازهای اولیه به مراتب بیشتر است، لذا از اهمیت بسزایی برخوردار است. تقریباً در دنیا تولید مسکن به لحاظ هزینه هنگفتش معضلی است که گریبان اکثر مردم و دولتهای جهان را گرفته است. ضرورت داشتن مسکن با مالکیت شخصی در جامعه ما یک تفکر رایج است. در کشورهایی نظیر کشور ما، گرانی اجاره مسکن و عدم ثبات قیمت‌ها مردم را بر آن میدارد که با تهیه مسکن شخصی از پرداخت اجاره بهایی که هر ساله افزونتر میگردد رها شوند. به همین دلیل تقاضا برای مسکن ارزان افزایش یافته و ساخت مسکن ارزان شیوه ای برای کسب درآمد عده ای گردیده است. اینک آپارتمان نشینی تنها چاره مشکل کمبود مسکن و زمین پذیرفته شده و بسیاری از مردم در شهرهای بزرگ از آپارتمانها به عنوان محل سکونت یا کار خود استفاده میکنند. علیرغم اینکه امروزه ساخت و ساز انبوه آپارتمان به صورت حرفه ای رواج زیادی یافته لکن هنوز افزایش تولید آن با نرخ رشد جمعیت هماهنگ نشده و کمبود محل زندگی و کار مورد نیاز مردم و عدم تناسب عرضه آنها توسط تولید کنندگان با تقاضا از سوی مصرف کنندگان، موجب شده است تا تولید کنندگان به منظور حل این ناهماهنگی و عدم تناسب بین عرضه و تقاضا از شیوه های نوینی استفاده کنند.

واژگان کلیدی: بیع ساختمان، سلف، پیش فروش ساختمان، مبیعه نامه، عقد



## گفتار اول: تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان

اصطلاح «پیش فروش» که ترکیبی از دو کلمه «پیش» به معنای قبل، سابق، گذشته و «فروش» که اسم مصدر از فعل فروختن می‌باشد عبارتست از: «فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، یا بها ستدن پیش از تحویل مال می‌باشد. به عبارت دیگر فروختن کالایی که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعداً آن را تحویل بدهد. پیش فروش کردن» یعنی فروختن پیش از مهیا شدن و حاضر آمدن مال. «پیش خرید» یعنی خرید کالایی با پیش پرداخت تا بعداً به عمل آید یا تهیه و تحویل داده شود. مورد معامله در قرارداد پیش فروش آپارتمان عبارتست از آپارتمان یا واحد آپارتمانی که واژه ای فرانسوی است و در تعریف آن می‌گویند: «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 چند اتاق باشد.»

الف) تعریف فقهی: قرارداد پیش فروش آپارتمان، در فقه مسبوق به سابقه نیست، بلکه تاسیس جدیدی است که به مقتضای رشد و توسعه شهرنشینی و نیز به لحاظ شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه، در معاملات افراد جای گرفته و به عنوان قرارداد پذیرفته شده ای در عرف معاملات رایج گردیده است. لذا تعریف فقهی آن سالبه به انتفاء موضوع است. برای پیش فروش کالا در فقه از عنوان «بیع سلف» استفاده میشود. در این راستا به هنگامی که کسی می‌خواست کالای خود را از طریق پیش فروش عرضه نماید، از این نهاد فقهی یعنی بیع سلف استفاده میکرد.

بنابراین فروشنده با دریافت ثمن، مورد معامله را که هنوز تهیه نکرده بود و در زمان عقد وجود نداشت، به بیع سلف به دیگری می‌فروخت. در تعریف بیع سلف نیز گفته اند که فروشنده تعهد میکند در ازاء دریافت ثمن، کالای مورد نظر را مطابق با اوصاف مضبوط در قرارداد، تهیه و در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد. در اینجا تعهد فروشنده موجد می‌باشد و در مقابل، خریدار بایستی ثمن مورد معامله را در مجلس عقد نقداً به فروشنده پرداخت نماید. کالایی که موضوع بیع سلف واقع میشود، بایستی کلی در ذمه باشد یعنی مثلی بوده و مصادیق



آن فراوان باشد مثل گندم ، جو ، برنج . بنابراین آپارتمان موضوع بحث ، چون عین معین بوده و به هنگام عقد وجود خارجی ندارد، نمیتواند موضوع بیع سلف واقع گردد.

ب ( تعریف حقوقی: در قوانین و مقررات حقوقی، بحثی از پیش فروش آپارتمان نشده و طبعاً تعریف قانونی راجع به این نوع قراردادها نداریم، هر چند در سال ۵۸ در مورد حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی قانونی به تصویب شورای انقلاب رسیده است منتها فلسفه وضع آن حمایت از حقوق خریداران در مقابل سازندگان (پیش فروش کنندگان) واحدهای آپارتمانی است و لذا در این قانون تعریفی از قرارداد پیش فروش آپارتمان به عمل نیامده است.

بنابراین ارائه یک تعریف جامع از قرارداد پیش فروش آپارتمان منوط به این است که اولاً: به مفاد قرارداد منعقدّه توجه کرده ثانیاً: با تفسیر قصد مشترک طرفین و خواسته اصلی آنان ، طبیعت حقوقی (ماهیت) قرارداد روشن گردد. اجمالاً اینکه در این نوع توافقها ، دو اراده منجر به ایجاد عقد میگردد که یکی سازنده آپارتمان (متعهد یا فروشنده) است و طرف مقابل متقاضی (خریدار) میباشد. در اینجا فروشنده (سازنده) آپارتمان موجود را نمی فروشد ، بلکه در مقابل خریدار (متقاضی) ملتزم به ساخت و تحویل آپارتمان در موعد مقرر یعنی در آینده میگردد . غالباً به هنگام انعقاد اینگونه قراردادها ، طرفین قرارداد طرح کلی و ابعاد و مساحت آن را معین میکنند ، ولی اجرای نقشه ساختمان و انتخاب ابزار و مصالح ساختمانی ، رنگ اتاقها ، جنس پنجره ها و غیره با سازنده آپارتمان میباشد . در این نوع قراردادها ، اوصاف آپارتمان هایی که ساخته خواهد شد ، ذکر میشود و از این طریق ، طرفین به مورد معامله (آپارتمان) علم پیدا میکند و از ایشان رفع جهل میشود و معامله را از حالت غرری بودن خارج میکند . در اینجا ، بهای مورد توافق معمولاً به صورت اقساطی میباشد و خریدار (متقاضی) مبلغی را به عنوان «پیش پرداخت» در ابتدای عقد می پردازد و بقیه را در فواصل زمانی معینی متعهد میشود که به فروشنده پرداخت کند . با بیان اوصاف مورد معامله و تعهدات اصلی طرفین ، تعریف حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان اجمالاً عبارتست از :



قرارداد پیش فروش آپارتمان قراردادی است که به موجب آن فروشنده (سازنده) تعهد میکند 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 (متقاضی) تحویل نماید. حقوقدانان و نویسندگان حقوقی نیز تعریفی از قرارداد پیش فروش آپارتمان ارائه نکرده اند.

### گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران

آنچه مسلم است برای اینکه بتوان در مورد ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی اظهار نظر قطعی نمود، لازم است اقدام معمول در تنظیم اینگونه قراردادها به نحو صحیح توصیف گردد. بی شک توصیف اعمال حقوقی تابع عناوینی که طرفین بر آن می نهند نمی باشد، بلکه از مندرجات و محتویات سندی که تنظیم میکنند باید قصد مشترک طرفین را احراز نموده و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت آنرا تبیین نمود.

الف) بیع: ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع می گوید: «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم» با توجه به ماده فوق، مبیع در عقد بیع بایستی عین باشد. عین نیز شامل اموالی میشود که وجود خارجی داشته و با حس لامسه قابل ادراک باشد. در قانون مدنی عین به اقسام گوناگونی تقسیم شده است. به موجب ماده ۳۵۰ ق.م: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی در ذمه باشد».

#### ۱- کلی در ذمه

کلی مفهومی ذهنی و انتزاعی است که بر افراد عدیده صدق می نماید. در صورتی موضوع دین 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. مثلا اگر کسی تعهد کند که یک تن برنج طارم به دیگری بدهد، مدیون در انتخاب مصداق خارجی برنج طارم آزاد است. ق.م 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».



در موردی که موضوع تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد. زیرا، انتقال با تراضی صورت نمی پذیرد. در عقد تملیکی نیز، مانند بیع، هرگاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به وسیله بدهکار انجام میشود و به طور معمول مظهر این اقدام « تسلیم » است.

حال سوالی که در اینجا مطرح میشود آن است که آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد میتواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد یا نه؟ در پاسخ به سوال فوق باید گفت که در قرارداد پیش فروش آپارتمان به طور معمول، موقعیت و ابعاد و طرح کلی، مساحت و دیگر مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین میشود و فروشنده (سازنده) تعهد میکند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل خریدار (متقاضی) دهد، بنابراین آپارتمانی که با مشخصات فوق ساخته میشود، با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن، عین معین محسوب میشود و وقتی عین معین باشد لزوماً مال قیمی خواهد بود و لذا نمی توان آپارتمانی مثل آن تصور نمود. هر چند نقشه ساختمانی و مساحت و سایر مشخصات و اوصاف آپارتمانها از حیث اسکلت ساختمان و نمای آن و اتاقها و پنجره ها... شبیه آپارتمانهای دیگر باشد ولی در اینجا هر یک از آپارتمانها با دیگری تفاوت داشته و تک به تک قیمی محسوب میشوند. و دیگر اینکه در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن به وسیله فروشنده، انجام نمی پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین گردد. اما در پیش فروش آپارتمان، همین که آپارتمانی با اوصاف قرارداد ساخته و تکمیل شد، خریدار مالک میشود و حق مالکانه دارد. اما با وجود این، در برخی آراء دادگاهها که در این زمینه صادر گردیده است، مشاهده میشود که آپارتمانهای پیش فروش شده را به عنوان مال مثلی تلقی میکنند و تسامح عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت آپارتمانها صحیح دانسته و عقد بیع را نسبت به آن محرز میدانند و در صورتی که فروشنده اقدام به انتقال آپارتمان موصوف به غیر نماید، فروشنده را ملزم به تحویل آپارتمان از نوع مشابه میکنند. به نظر میرسد آپارتمانی که 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 قطعا



ساخته و مهیا برای انتفاع خواهد شد یعنی پس از گذشت موعد مقرر در قرارداد، و اتمام و تکمیل ساخت، آپارتمان وجود خارجی یافته و لذا مال قیمی محسوب میشود و خریداری که پس از ساخت مالک آپارتمان فوق میشود و بیع نسبت به آپارتمان مزبور تحقق یافته است، چطور فروشنده این حق را پیدا میکند که آن را به غیر منتقل نماید و در برابر تخلف از قرارداد، آپارتمانی از نوع مشابه به خریدار تحویل نماید. حال آنکه برای خریدار، آپارتمان با مشخصات قراردادی و با آن اوصاف و ممیزات اهمیت داشته و نه آپارتمان دیگری که شباهت عرفی به آپارتمان موصوف در قرارداد دارد. لذا نظریه دادگاه مبنی بر تحقق عقد بیع و نتیجتاً انتقال مالکیت آپارتمان به خریدار با الزام فروشنده به واگذاری آپارتمان مشابه به خریدار در صورت انتقال به غیر با اصل مالکیت خریدار نسبت به مبیع به عنوان اثر اصلی عقد بیع و نیز سایر قواعد حقوقی منافات خواهد داشت. چرا که وقتی محرز شد که خریدار مالک آپارتمان قراردادی است و دارای حق عینی نسبت به آن است، دادگاه بایستی حکم به خلع ید و رفع تصرف بدهد و آپارتمان موصوف را به خریدار بازگرداند و نه اینکه حکم به تحویل از نوع مشابه بدهد.

## ۲- کلی در معین

هرگاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی باشد که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است، به اصطلاح ق.م، آن موضوع در حکم عین خارجی است. (م ۴۰۲ ق.م) یا به تعبیر م ۳۵۰ ق.م، منظور از کلی در معین، مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء است. به عنوان مثال، اگر از یک انبار دارای ۱۰ تن برنج، ۱ تن برنج فروخته شود، هر چند که مبیع (۱ تن برنج) در خارج معین و قابل اشاره نیست، چون باید از انبار معین برداشته شود، میگویند مبیع در حکم عین خارجی یا "کلی در معین" است. در اینجا تا زمانی که فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکرده یا حادثه ای 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. (م ۴۰۲ ق.م) در اینجا بایستی بگوییم که آپارتمان ساخته نشده یا به عبارتی آپارتمانی که در



آینده ساخته و به وجود خواهد آمد ، نمیتواند موضوع عقد بیع کلی در معین واقع گردد . به دلیل اینکه :

**اولا :** مطابق تعریف ، کلی در معین شامل اموال مثلی میباشد یا به عبارتی اشیاء متساوی الاجزاء که تمام اجزاء آن مال از هر حیث با هم برابر باشد ، حال آنکه آپارتمان مورد بحث ، مال قیمی محسوب میگردد .

**ثانیا :** در کلی در معین به هنگام عقد بیع ، اجزاء 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 .

درحالی که در آپارتمان ساخته نشده به هنگام پیش فروش، هنوز آپارتمان وجود خارجی ندارد و قرار است درآینده و در موعد معینی سازنده بر طبق نقشه ساختمانی آن را ساخته و تحویل خریدار نماید .

با وجود این آقای دکتر مهدی شهیدی به هنگام تفسیر ماده ۳۶۱ ق.م که میگوید: « اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است. » چنین اظهارنظر میکند که : « موجود نبودن مورد معامله عین معین در ۲ صورت قابل تصور است ، یکی اینکه پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد ، وجود نداشته و از بین رفته بوده است ، مانند خانه ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر اینکه در زمان عقد ، هنوز به وجود نیامده باشد، مانند اینکه مورد معامله خانه ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله ای 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 . آپارتمان عین معین بوده و بنابراین جزو اموال قیمی محسوب میشود لذا نمیتواند موضوع بیع کلی در معین قرار گیرد. بنابراین به هنگام انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان ، اوصاف و مشخصات آپارتمان 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 پیش فروش آپارتمان این است که مشخصات و اوصاف و ابعاد آپارتمان طبق نقشه ساختمانی معینی به خریدار داده میشود و خریدار قبل از انعقاد قرارداد از چگونگی آن مطلع میگردد. البته در برخی موارد مشاهده میشود که بعضی از شرکتهای تعاونی که اقدام به ساخت و ساز به منظور تامین مسکن اعضا شرکت یا سهامداران می نمایند، زمین را خریداری نموده و بر روی آن اقدام به ساخت واحدهای آپارتمانی میکنند، منتهی مشخص نمیکنند که کدام واحد آپارتمانی متعلق به کدام سهامدار است، بلکه از سرمایه اعضا به عنوان مشارکت در امر ساخت و ساز استفاده کرده و چنین توافق میشود زمانی که امر ساخت و ساز به اتمام رسید و آپارتمانها آماده تحویل شدند، در آن زمان با حضور اعضا سرمایه گذار، واحدهای آپارتمانی را به قید قرعه به ایشان تحویل نمایند. لازم به ذکر است که در اینجا توافق طرفین قرارداد عنوان «قرارداد پیش فروش آپارتمان» ندارد بلکه یک نوع سرمایه گذاری و مشارکت در امر ساخت واحدهای مسکونی به منظور رفع نیاز اعضا شرکت میباشد.

### ۳- 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 شخصی و خارجی نیز نامیده میشود، 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.

در قسمتهای قبل اشاره شد که آپارتمان، عین معین محسوب میشود و جزء اموال قیمی است. اما موضوع بحث ما، معامله نسبت به آپارتمانی است که در آینده ساخته خواهد شد و موجودیت فعلی ندارد. به همین جهت در قراردادهای پیش فروش آپارتمان، مشخصات راجع به آپارتمان از حیث اوصاف، مساحت، موقعیت و طرح کلی در نزد طرفین معلوم و مشخص میگردد تا آپارتمان بر طبق آن اوصاف و نقشه ساختمانی مورد توافق بنا گردد. در قانون مدنی کشورمان در مورد معامله نسبت به مال آینده بحثی نشده و مقرراتی در دست نیست و هیچ منع





قانونی در مورد معامله نسبت به مالی که موجود نیست و در آینده به وجود خواهد آمد، وجود ندارد. م ۳۶۱ ق.م در خصوص موجود بودن عین معین به هنگام عقد میگوید:

« اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است ». سوالی که در اینجا مطرح میشود آن است که آیا در فروش عین معین، مبیع بایستی حتما و لزوماً به هنگام انعقاد عقد بیع وجود خارجی داشته باشد یا خیر؟

« همه چیز بستگی به تفسیر م ۳۶۱ ق.م و وجود اعتباری یا مادی مبیع عین معین به هنگام عقد دارد. استاد آقای دکتر ناصر کاتوزیان در تفسیر م ۳۶۱ ق.م میفرماید:

تامل بیشتر در مفاد م ۳۶۱ ق.م و مبنای بطلان بیع مال معدوم تحلیل دیگری را به ذهن می آورد و منطق حقوقی آن را میپذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می خواهند 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:

۱- در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمیشود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش 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. م ۳۶۱ ق.م 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 گندم ها 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 حمله را که حیوان پیدا میکند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم، که دو طرف سبب را به گونه ای میسازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمیشود. زیرا، حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمیشود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت میگیرد که مبیع موجود است. «



مطابق این نظر، به محض انعقاد عقد بیع نسبت به آپارتمان غیر موجود، تملیک صورت نمی‌گیرد بلکه پس از ساخت و بنای آپارتمان مورد توافق، اثر اصلی عقد بیع یعنی تملیک صورت می‌گیرد و خریدار دارای حق عینی میشود و لذا فروشنده حق ندارد آپارتمان ساخته شده را به دیگری منتقل نماید. اشکال و ایرادی که ممکن است بر این نظر متصور شود، آن است که چگونه ممکن است عقد بیع محقق شود و اثر آن پس از مدتی به وجود آید به عبارتی ذات سبب (عقد بیع) اقتضاء دارد که بیدرنگ موثر افتد و مسبب را به وجود آورد و تراضی نمیتواند بین ملازم منطقی فاصله اندازد. استاد آقای دکتر کاتوزیان این ایراد را قابل دفع میدانند به این صورت که: «... در امور اعتباری چگونگی و زمان و شرایط تاثیر سبب در اختیار سازنده آن (معتبر) است. طرف میتواند سببی برپا سازند که مقتضای آن تملیک بیدرنگ و بی قید و شرط مبیع باشد، و نیز میتواند تاثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کند. هر کدام از این دو بر طبق مفاد خود اثر میگذارد و در فرض دوم نیز سبب از حرکت سازندگی فرو نمی‌ماند. به ویژه، درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما، بهترین دلیل امکان تعلیق تاثیر سبب است.» اما نمونه نزدیکتر به فرض، وصیت به مال آینده است که م ۸۴۲ ق.م درباره امکان آن صراحت دارد و میگوید: ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود. 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 بیدرنگ 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 زمینة 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 به وجود می‌آید. در قراردادهای منجز، از آنجا که دو طرف به طور معمول به مال موجود نظر دارند و مشهور فقیهان نیز تعلیق در تملیک را نمی‌پذیرد، ق.م نیز در مورد امکان تملیک به مال آینده سخن نمی‌گوید. ولی، در وصیت که تملیک بنا به مقتضای ذات خود معلق است:



صدور حکم م ۸۴۲ ق.م ضرورت می یابد، « پس ، راز اباحه تملیک به مال آینده در وصیت ، تعلیق تاثیر سبب به زمانی است که مال به وجود می آید . در نتیجه ، اگر پذیرفته شود که در بیع نیز تراضی دو طرف می تواند سببی را که در حال عادی موجب تملیک منجز و بیدرننگ مبیع می شود معلق به وجود آینده آن کند ، باید بیع مال آینده نیز مورد قبول قرار گیرد . » به نظر میرسد با تفسیری که از دکتر کاتوزیان ذکر کردیم بتوان گفت که :

**اولا:** تملیک فوری جوهر اصلی و اساسی عقد بیع نیست و لذا تملیک می تواند پس از مدتی به وقوع بپیوندد . زیرا انتقال مالکیت امری است اعتباری و اراده خلاق میتواند آن را در عالم اعتبار ایجاد و اجرا کند .

**ثانیا:** با توجه به مقتضیات فعلی جامعه و همگامی قانون با تحولات روز می توان م ۳۶۱ ق.م را اینگونه تفسیر نمود که برای اعتبار و صحت بیع وجود تقدیری و اعتباری کافی است ، به تعبیر دیگر منظور از وجود لزوما وجود مادی و خارجی نیست بلکه آنچه که قطعا در آینده به وجود می آید و عرف و بنای عقلا نیز آن را ممکن الوجود میدانند نوعی وجود به شمار می آید .

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 کلیه مشخصات راجع به آپارتمان و ابعاد و مساحت و سایر اوصافی که آپارتمان را در نزد طرفین معلوم و معین کند ذکر میشود و بر آن اساس آپارتمان ساخته میشود و بهای آپارتمان نیز به هنگام عقد معلوم و مشخص است منتهی پرداخت آن به صورت اقساطی و موجل میباشد و لذا مورد معامله و تعهدات طرفین مبهم نیست تا معامله غرری محسوب شود . بنابراین م ۳۶۱ ق.م در حقوق ایران تاب این تفسیر را دارد که بیع نسبت به مبیعی که در آینده به وجود خواهد آمد و محقق الوجود بوده و عرف معاملات آن را قبول کرده و در بین مردم معامله نسبت به کالای غیر موجود رایج می باشد ، صحیح انگاشته شود .

### ب) بیع سلف (سلم)

بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش فروش و پیش خرید گویند . در موردی که عقد بیع میان فروشنده و خریدار واقع میشود و فروشنده تعهد میکند که مبیع را مطابق با مقدار و



اوصاف و جنسی که در قرارداد ذکر شده، در موعد معینی تهیه و به خریدار تسلیم نماید. در این مورد میباید کلی و در ذمه است و تعهد فروشنده در تسلیم میباید موجد میباید اما تعهد خریدار مبنی بر پرداخت ثمن به صورت نقد میباید. به این نوع عقد، در فقه بیع سلف یا سلم می‌گویند.

در تعریف معامله سلف، م ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مصوب شورای پول و اعتبار مورخ ۱۳۶۳/۱/۱۹ چنین مقرر داشته: منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین میباید.

فقیهان امامیه برای درستی و نفوذ بیع سلف شرایط گوناگونی را ضروری شناخته‌اند که پاره‌ای از آنان مانند مضبوط بودن، موعد تسلیم میباید و ذکر جنس و مقدار و اوصاف میباید از شرایط عمومی تمام اقسام بیع نیز میباید و اینکه متاع یا کالایی که پیش فروش شده است در سر موعد بسیار و فراوان باشد هرچند در لحظه انعقاد عقد نایاب باشد.

اما، علاوه بر شرایط مذکور، دو شرط دیگر در بیع سلف جلب توجه می‌کند که عبارت است از: لزوم نقد بودن ثمن و دیگری لزوم قبض ثمن در مجلس عقد. قبض ثمن توسط فروشنده پیش از تفرق از مجلس عقد، شرط صحت معامله سلف است که اگر پیش از قبض متفرق شوند، باطل است و اگر فروشنده بعضی از ثمن را قبض کند، بیع صحیح است در آنچه قبض کرده است، و باطل است در باقی و اگر شرط کند که ثمن از بابت طلبی باشد که بر ذمه او دارد بعضی گفته‌اند باطل است، چون بیع دین به دین است، و بعضی گفته‌اند مکروه است. بنابراین در فقه یکی از شرایط درستی بیع سلم این است که ثمن در مجلس عقد به فروشنده تسلیم شود. ولی در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است و این سکوت به معنی اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری میتوان ادعا کرد که، چون حکمی در قانون وجود ندارد نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند. با وجود این، برخی از استادان حقوق به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه و به استناد این قرینه که در م ۳۶۴ ق.م.بیع صرف به عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت است» آورده شده، اعتقاد دارند که در قانون مدنی



نیز قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد و پیش از تفرق طرفین صورت پذیرد. مطابق نظر اخیر،

مطابق م ۷ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف: « بانکها مکلفند در معاملات پیش خرید محصولات تولیدی موارد زیر را رعایت نمایند و در قرارداد مربوط ملحوظ نمایند: الف.....ب: پرداخت تمام قیمت پیش خرید محصولات مورد معامله به فروشنده در زمان انجام معامله.... » با توجه به بند ب م ۷ این دستورالعمل، شرط مربوط به پرداخت تمام ثمن به هنگام انعقاد عقد، تاکید شده است و بایستی در قرارداد ملحوظ شود. هر چند عنوان بیع سلف در فقه برای پیش فروش کالاها به کار میرود ولی باید توجه داشت این اصطلاح یعنی سلف یا سلم در جایی به کار میرود که مبیع کلی در ذمه باشد نه عین معین. به عبارت دیگر مصادیق مبیع در عالم خارج به هنگام تحویل آن فراوان باشد.

بنابراین با توجه به شرایط مربوط به تحقق بیع سلف در فقه و اینکه مبیع بایستی کلی در ذمه باشد و ثمن بایستی نقد بوده و در مجلس عقد پرداخت گردد، نمی توان قرارداد پیش فروش آپارتمان را زیر عنوان بیع سلف، تحلیل و ماهیت آن را تبیین نمود. چرا که آپارتمان با توجه به مشخصات و موقعیت جغرافیایی و ابعاد و مساحت آن، مال قیمی و عین معین محسوب میشود که در آینده به وجود خواهد آمد و لذا در قالب بیع سلف مطابق شرایط و تعریف فقهی و سنتی آن نمی گنجد. علاوه بر این در قراردادهای پیش فروش آپارتمان به طور معمول و مرسوم، ثمن معامله به صورت اقساط مشخص میشود و در فواصل زمانی معینی به تناسب پیشرفت کار و عملیات ساختمانی، اقساط ثمن به سازنده یا متعهد ساخت پرداخت میگردد.

### ج - قرارداد خصوصی (موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی)

برخی از حقوقدانان و بخشی از آراء محاکم، قرارداد پیش فروش آپارتمان را یک قرارداد خصوصی و بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. می دانند. مطابق این تحلیل، سازندگان واحدهای آپارتمانی برای انجام تعهد خویش، زمین معینی را تهیه و زمین مورد نظر را به متقاضیان انتقال داده، سپس تعهد می کنند که در آن زمین، بر طبق نقشه های ساختمانی و سایر مشخصات و



ابعاد قراردادی، آپارتمانهای مورد تعهد را ساخته و به متقاضیان منتقل نمایند. بنابراین چنین توافق و قراردادی با تعهدات متقابل، نمی‌تواند صرفاً وعده بیع یا تعهد به بیع باشد. چرا که با ملاحظه قصد واقعی طرفین معلوم می‌شود که طرفین قصد تملیک و تملک آپارتمان را داشته و خریدار نوعی حق عینی نسبت به زمین و مورد آپارتمان پیدا می‌کند. بر طبق تحلیل فوق، قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م. صرفاً شامل عقود و قراردادهای عهدی نمی‌شود بلکه عقود تملیکی را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین در این مورد، قرارداد خصوصی تملیکی بوده و خریدار مالک واحد آپارتمان در زمان انعقاد قرارداد خواهد شد و لذا متقاضی مبالغ مورد تعهد را پرداخت می‌کند به این قصد که مالک آپارتمان خواهد شد و سازنده نیز تعهد می‌کند که در ازاء پرداخت آن مبالغ، آپارتمان را ساخته و به متقاضی تحویل نماید.

### نتیجه گیری

با بررسی نظرات و دیدگاههای مختلف پیرامون ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان و تشریح ماهیات حقوقی و عناوین متعددی که به ماهیت این نوع قراردادها شباهت زیادی دارند، همچنین با مذاقه در آراء قضایی صادره پیرامون دعاوی و اختلافات حاصله راجع به این نوع قراردادها و نیز با بررسی و امعان نظر نسبت به دیدگاه دکترین حقوقی، به نظر می‌رسد در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان و دیدگاه عمده و اساسی وجود دارد:

۱- تحلیل ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. یعنی قرارداد پیش فروش آپارتمان یک قرارداد خصوصی است که واجد آثار و شرایط یک قرارداد خصوصی بوده و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی معاملات بر آن حکم است و طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش در مقابل یکدیگر مسوول می‌باشند. این نظر بیشتر در آراء قضایی تبلور یافته با این اختلاف که برخی، این نوع قراردادها را عهدی می‌دانند و بعضی نظر بر تملیکی بودن اینگونه قراردادها دارند. و به نظر می‌رسد در صورتیکه در قرارداد پیش فروش آپارتمان واحد و طبقه و کیفیت و مشخصات جغرافیایی



معین نشود و یقین واحد در اختیار فروشنده به هنگام تحویل و تکمیل آپارتمان قرار گیرد ، در اینجا می توان گفت که قرارداد خصوصی بوده و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد .

۲- دیدگاه دوم آن است که قرارداد راجع به پیش فروش آپارتمان یا به عبارتی قرارداد نسبت به آپارتمانی که وجود فعلی و خارجی ندارد ، بلکه بر طبق توافق طرفین و اوصاف قراردادی و نیز نقشه های ساختمانی در آینده ساخته خواهد شد ، بیع بوده و آثار این عقد بر آن توافق بار خواهد شد . منتهی در اینجا بایستی متذکر این نکته مهم که در این نوع بیع ، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نمی باشد بلکه تملیک با وجود پیدا کردن مبیع صورت می گیرد . به دیگر سخن بیع آپارتمانهای مزبور از نوع بیع معلق است و به محض تحقق معلق علیه یعنی زمانی که آپارتمان ساخته و آماده تحویل گردید ، اثر اصلی عقد بیع که همان انتقال مالکیت است تحقق می یابد و در صحت عقد بیع معلق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی تردید وجود ندارد . البته نکته اساسی در این تحلیل این نوع قراردادها به بیع آنست که آپارتمان مورد نظر در متن قرارداد و بر اساس نقشه های ساختمان ، معین و واحد و طبقه آن در قرارداد مشخص و معلوم گردد تا تفسیر آن به بیع صحیح باشد . حال با توجه به دو دیدگاه فوق ، به نظر میرسد که قرارداد پیش فروش آپارتمان از لحاظ ماهیتی بیع باشد . دلایلی که این نوع قرارداد را به عقد بیع نزدیک می نماید به شرح ذیل می باشد .

**اولا:** وجود مبیع به هنگام عقد ضروری نیست به عبارتی وجود فعلی مبیع با توجه به تفسیری که از ماده ۳۶۱ قانون مدنی ارائه شد لازم نیست بلکه علم و آگاهی طرفین نسبت به اینکه بیع ( آپارتمان ) بر طبق شرایط و اوصاف قراردادی و نقشه ساختمانی و بر طبق روند طبیعی امور ، در آینده ساخته خواهد شد و لذا عرف و عقلا آن را محقق الوجود می دانند ، انتقال آن صحیح بوده ، منتهی اثر اصلی عقد بیع که همان تملیک می باشد به هنگام وجود پیدا کردن مبیع و ساخته شدن آن تحقق می یابد و بنای عقلا و عرف معاملات نیز آن را پذیرفته است همچنانکه نمونه هایی از آن را در حقوق خودمان داریم از قبیل ، اجاره ، وصیت و امثال آن . به علاوه اینکه انتقال مبیع در زمان عقد ( ایجاب و قبول ) از مقتضیات اطلاق عقد است نه از



مقتضیات ذات عقد و لذا طرفین می‌تواند سببی برپا سازد که تاثیر آن معلق به وجود مبیع در آینده باشد. زیرا که تملیک امری اعتباری بوده و در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تاثیر سبب در اختیار سازنده آن است. لذا با توجه به مقتضیات فعلی جامعه و همگامی قانون با تحولات روز می‌توانند ماده ۳۶۱ قانون مدنی را اینگونه تفسیر نمود که برای اعتبار و صحت بیع، وجود تقدیری و اعتباری مبیع کافی است، به تعبیر دیگر منظور از وجود لزوماً وجود مادی و خارجی نیست بلکه آنچه که قطعاً در آینده به وجود می‌آید و عرف و بنای عقلا نیز وجود آن را در آینده محقق می‌دانند نوعی وجود به شمار می‌آید هر چند که مورد معامله (آپارتمان) پایگاه مادی و خارجی بالفعل نداشته باشد که در قراردادهای مورد بحث نیز چنین است

**ثانیا:** در تفسیر هر قراردادی بایستی به مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین توجه نمود. در اینگونه قراردادها، با انعقاد قرارداد و پرداخت بخشی از ثمن معامله از سوی خریدار به فروشنده، قصد و خواست اصلی طرفین بر این واقع می‌شود که خریدار مالک آپارتمانی با مشخصات مندرج در قرارداد شده، منتهی بعد از اینکه فروشنده کار ساخت و ساز و عملیات ساختمانی را به پایان رساند یعنی به تعهدات قراردادی خویش عمل نمود و آپارتمان آماده تحویل و انتفاع گردید، مالکیت آن خودبه‌خود به خریدار منتقل می‌شود.

در واقع خواست اصلی طرفین (خریدار و فروشنده) تملیک و تملک است و هدف از پرداخت پیش پرداخت و اقساط ثمن از سوی خریدار و در نتیجه ساخت آپارتمان چیزی جز این امر نیست. لذا فروشنده حق ندارد بعد از عقد، آپارتمان مورد معامله را به دیگری انتقال دهد.

**ثالثا:** در قراردادهای پیش فروش آپارتمان، ثمن معامله یا به عبارتی بهای آپارتمان معلوم و مشخص است و خریدار به موجب قرارداد ملزم 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 اسکلت بندی ساختمان، سفت کاری، نازک کاری، و سایر مراحل ساخت به فروشنده پرداخت نماید.





## منابع و ماخذ

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش
۲. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۸)، داوری تجاری بین‌المللی آیین داوری، چاپ اول، موسسه مطالعات بازرگانی
۳. دکتر جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲
۵. مدنی، سید جلال‌الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۰
۶. کلا یوام، اشمیتوف، ترجمه، اخلاقی، دکتر بهروز و دیگران، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، انتشارات سمت
۷. محبی، محسن، نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، انتشارات کمیته ایرانی داوری بین‌المللی، ۱۳۸۴
۸. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی