

## دو فصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: 86227 Article Number: YQ27560 ISSN-P: 2717-1132

### تحلیل و بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان در نظام کنونی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۵/۱۲)

وحید خسروی

#### چکیده

چهل درصد پرونده‌های تشکیل شده در مراجع قضایی کشور مربوط به کلاهبرداری‌هایی است که به بهانه پیش‌فروش ساختمان صورت گرفته است. پرونده‌هایی که برخی از آنها به علت بالا بودن مبالغ کلاهبرداری و تعداد شاکی‌ها بارها تیر اخبار رسانه‌های مختلف و روزنامه‌ها شده است. در همین راستا نیز دستگاه قضایی گاهی اوقات شعبه ویژه‌ای را برای رسیدگی به یک پرونده بزرگ اختصاص داده است. نکته مهمی که پیش‌فروشنندگان و پیش‌خریداران باید مدنظر قرار دهند، اهمیت و لزوم مراجعه به دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم سند است. متأسفانه طبق عادت و به دلیل ناآگاهی از قانون جدید، بسیاری از پیش‌خریداران و حتی پیش‌فروشنندگان برای انجام معامله و تنظیم قرارداد به بنگاه‌های مشاور املاک مراجعه می‌کنند، در حالی که طبق قانون جدید، تنظیم سند عادی برای این معامله جرم تلقی شده و مجازات دارد. در این مقاله لازم دانستیم در خصوص قرارداد پیش‌فروش ساختمان و ساختار کلی و قانونی این قرارداد مهم مطالبی را در قالب مقاله با عنوان تحلیل و بررسی قرارداد پیش‌فروش ساختمان در نظام کنونی ارائه دهیم.

واژگان کلیدی: فروش ساختمان، پیش‌فروش، قرارداد، بیع معلق، آپارتمان، بیع

تشریفات

### بخش اول: کلیات

امروزه خرید و فروش ساختمان یکی از شیوه‌های معمول خرید مسکن می‌باشد که این امر به دو شیوه صورت می‌گیرد فرض اول که سازندگان و انبوه سازان مسکن ساختمان را به طور کامل ساخته و آن را به فروش می‌رسانند و فرض دیگر اینکه ساختمان را پیش فروش می‌کنند در واقع قبل از ساخته شدن آن را به فروش می‌گذارند موضوعی که امروزه اهمیت خاصی پیدا کرده است. و از جنبه‌های مختلف قابل بررسی می‌باشد. طی سالهای اخیر پیش فروش ساختمان در کشور ما رونق قابل توجهی داشته است و در این راستا انتشار آگهی پیش فروش هر روز در روزنامه‌ها و رسانه‌ها افزایش می‌یابد و این مسئله هر روز ابعاد تازه‌ای به خود می‌گیرد و بعضاً مشاهده می‌شود که کلاه برداری‌هایی در این زمینه از سوی عده‌ای انبوه ساز سودجو صورت می‌گیرد و موجب تضییع حقوق پیش خریداران و آشفستگی بازار و ایجاد بی‌اعتمادی در بازار می‌شوند بنابراین برای جلوگیری از تبعات وضعیت نامناسب موجود باید برای بهره‌وری از نقاط قوت و مفید معامله پیش خرید به دنبال راه حل

بود تا سازندگان صالح و صاحب صلاحیت بتوانند از سازو کار پیش فروش بهره‌مند و در مقابل متقاضیان خرید مسکن نیز با این روش بتوانند بدون فشار روانی و مالی مسکن مورد نیاز خود را تأمین کنند به هر حال همچنان که گفته شد مسئله مسکن و خصوصاً تهیه آن به صورت پیش خرید از جنبه‌های مختلف قابل بررسی می‌باشد موضوعی که محقق به دنبال بررسی آن است توصیف حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان و به عبارتی تعیین ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادهای می‌باشد. همان‌طور که گفته شد امروزه بسیار رایج و معمول است که سازندگان و انبوه سازان ساختمانی که هنوز ساخته نشده و یا در حال ساخت است به متقاضیان مسکن می‌فروشند قراردادی که چنانکه گفته شد به‌ظاهر با برخی مواد قانونی متعارض به نظر می‌رسد. ماده ۳۶۱ ق. م در مبحث بیع مقرر می‌دارد که «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است» حال آیا می‌توان گفت که این قراردادها باطل و فاقد اثر است یا اینکه می‌توان این قراردادها را یک قرارداد خصوصی در قالب ماده ۱۰ ق. م تحلیل کرد یا اینکه حتی می‌توان این قرارداد را

پیش فروشنده آنکه قبل از موعد مقرر و تهیه شدن جنس بهای کالا را می‌گیرد.<sup>۲</sup> در لغت نامه دهخدا نیز همین تعبیر به کار رفته است و آمده است که پیش فروش یعنی مال یا غله را قبل از مهیا شدن و حاضر بودن، فروختن، فروش قبل از به دست آمدن جنس.<sup>۳</sup> با توجه به آنچه که گفته شد روشن است که منظور از پیش فروش در موضوع بحث نیز چیزی جز آنچه گفته شد نیست در واقع ساختمانی مورد فروش واقع می‌شود که هنوز وجود خارجی و بالفعل ندارد و در واقع هنوز آماده و مهیا نشده است و فروشنده اقدام به فروش آن می‌کند. مفهوم فقهی: قرارداد پیش فروش ساختمانی، در فقه مسبوق به سابقه نیست، بلکه تأسیس 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 شده‌ای در عرف معاملات رایج گردیده است. لذا تعریف فقهی آن

بیع تلقی نمود مطمئناً شناخت ماهیت حقوقی این قرارداد تأثیر مهمی در آثار این قرارداد نسبت به طرفین دارد. آیا می‌توان این قرارداد را باطل دانست و برای خریدار تنها حق مراجعه برای دریافت وجه پرداختی را قائل شد. آیا با توجه به افزایش نرخ تورم و کاهش ارزش پول تنها با پس گرفتن پول پرداختی می‌توان گفت که حقی از خریدار تضییع نشده است؟ مسلماً خیر. آیا می‌توان این قراردادها را در قالب بیع تعیین کرد و آثار عقد بیع را بر آن بار کرد؟

### بند اول: مفهوم پیش فروش

مفهوم لغوی: در رابطه با مفهوم لغوی پیش فروش همان‌طور که از آن بر می‌آید یعنی فروش از قبل، فروش پیش از موعد. پیش فروش یعنی فروختن چیزی پیش از آماده شدن آن<sup>۱</sup> همچنان که مرسوم است کارخانجات تولید اتومبیل، اتومبیل‌های کارخانه را پیش فروش می‌کنند که در واقع چیزی را که هنوز مهیا نشده به فروش می‌گذارند. پیش فروش یعنی، فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، گرفتن بها قبل از تحویل مال یا غله و

<sup>۲</sup> معین، محمد، فرهنگ فارسی یک جلدی، تهران: نشر

پیدا، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۲۵۱

<sup>۳</sup> دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۴، تهران: موسسه

انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید،

۱۳۷۷، ص ۵۹۸۳

<sup>۱</sup> انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: سخن، ۱۳۸۱

، ص ۱۵۱۴

بیع سلم است. و به تعبیر یکی از حقوقدانان پیش فروش-پیش خرید عبارت عامیانه بیع سلم است.<sup>۱</sup> بیع سلم عبارت از بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد در بیع مزبور ثمن می‌تواند عین خارجی و یا کلی باشد ولی باید در مجلس عقد به بایع تأدیه گردد. علاوه بر این یکسری شرایط دیگر نیز در این نوع عقد باید رعایت شود تا صحیح تلقی شود ولی باید توجه داشت که قرار داد پیش فروش ساختمان را نمی‌توان مصادقی از این نوع بیع دانست (در مباحث آینده به تفصیل به این موضوع خواهیم پرداخت) و معتقد به لزوم وجود این شرایط بود بلکه تنها وجه مشترک این دو این است که موضوع قرارداد در حال حاضر موجود نیست و در واقع پیش فروش-پیش خرید صورت می‌گیرد به عبارت دیگر فروشنده مالی را که هنوز وجود پیدا نکرده ولی در انتظار وجود آن است قبل از وجود پیدا کردن آن می‌فروشد مانند کشاورزی که قبل از فصل به دست آمدن محصول مقداری گندم در

سالبه به انتفاء موضوع است. برای پیش فروش کالا در فقه از عنوان «بیع سلف» استفاده می‌شود. در این راستا به هنگامی که کسی می‌خواهد کالای خود را از طریق پیش فروش عرضه نماید، از این نهاد فقهی یعنی بیع سلف استفاده می‌کند. 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 گفته‌اند که فروشنده تعهد می‌کند در ازای 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 مؤجل 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 ساختمان موضوع بحث، چون عین معین بوده و به هنگام عقد وجود خارجی ندارد، نمی‌تواند موضوع بیع سلف واقع گردد.

مفهوم حقوقی: در رابطه با مفهوم حقوقی پیش فروش باید گفت که قرارداد پیش فروش تعبیری دیگر از بیع سلف یا

<sup>۱</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۳، ص

احکام خاص و جداگانه‌ای نسبت به سایر روابط حقوقی برجاگذارد و چون هدف اصلی عاقدین قرارداد این است که عقد منعقد شده را به اجرا درآورند اهمیت توصیف قرارداد تعیین ماهیت آن بیش از پیش روشن می‌شود. اگر میان طرفین قرارداد اختلافی بر سر چگونگی اجرای قرارداد یا تعهداتی که طرفین دارند بروز نماید، اولین چیزی که نظر قاضی دادگاه را بخود جلب خواهد کرد تعیین ماهیت قرارداد است و نسبت به ماهیتی که تشخیص می‌دهد احکام و آثار قرارداد و امور و حکم قرار خواهد دارد.

#### **بند اول: تمیز پیش‌فروش**

از عقود دیگر با توجه به ماهیت‌های متفاوتی که برای پیش‌فروش بیان می‌شود می‌خواهیم آنرا با برخی از روابط حقوقی دیگر مقایسه کنیم و به تفاوت‌های پیش‌فروش با آن‌ها آگاه شویم:

#### **الف: سلف و پیش‌فروش**

چنانکه در مقدمه پیش‌فروش گذشت ظاهر این است که تفاوتی میان پیش‌فروش و سلف وجود ندارد اما دیدیم که مفهوم پیش‌فروش امروزه تا حدی تحول یافته است و به معامله اموالی معین که فعلاً وجود ندارد اطلاق می‌شود. بنابراین از نظر مکانیزم معامله تفاوتی

ذمه می‌فروشد<sup>۱</sup>. عبارت دیگری نیز توسط یکی از حقوقدانان در رابطه با پیش‌فروش بکار رفته با عنوان بیع آینده<sup>۲</sup> می‌باشد و در توضیح آن گفته شده که بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد ولی با بیع تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعده تحویل دهد.<sup>۳</sup> با توجه به تعریف ارائه شده می‌توان گفت که آنچه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، اتفاق می‌افتد نیز چیزی جز این نیست، فروشنده موضوعی را می‌فروشد که در هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد و تعهد ساخت و تحویل آن را در موعده معینی می‌دهد بنابراین عبارت بیع آینده که توسط ایشان بکار رفته در واقع همان پیش‌فروش مد نظر ما می‌باشد.

#### **بخش دوم: تمیز و توصیف ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان**

توصیف حقوقی قراردادهای یکی از مسائل حائز اهمیت در تعیین سرنوشت قراردادی است که منعقد می‌شود زیرا هر قراردادی بنا بر ماهیتی که دارد، می‌تواند آثار و

<sup>۱</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۳

<sup>۲</sup> vente de la chose future

<sup>۳</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۹۲۵،

مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند» وعده بیع، موجد آثار بیع نیست زیرا در وعده بیع اخبار یک یا دو نفر از وقوع عقدی است که بعداً بین آن دو نفر واقع خواهد شد بدون اینکه تعهد یا انتقالی صورت گیرد به همین جهت منشأ اثر حقوقی نمی‌باشد. بنابراین تفاوت پیش‌فروش و وعده بیع بطور خلاصه چنین است وعده بیع اخبار است ولی پیش‌فروش عقد است و به همین دلیل اولی موجد هیچ تعهدی نیست در حالی که در پیش‌فروش صراحتاً تعهداتی مورد قبول طرفین واقع می‌شود که این تعهدات منشاء اثرات قانونی است.

### ج: بیع و پیش‌فروش

بیع عقدی است معین که موضوع آن می‌تواند مال کلی عین معین یا در حکم معین باشد. این عقد در حقوق ایران دارای مقررات خاصی است بطوری که قسمت مهمی از قانون مدنی شامل ۱۲۵ ماده به بیان احکام بیع پرداخته و حتی برخی احکام کلی نیز در همین مبحث از قانون مدنی ذکر شده است. تفاوت‌های بیع و پیش‌فروش اجمالاً چنین است:

اول: بیع عقدی است معین درحالیکه پیش‌فروش عقدی غیر معین و عموماً با ماهیت عهدی است.

نیست، در هر دو مالی که موجود نیست از پیش‌فروش مورد معامله قرار می‌گیرد ولی تفاوت آن‌ها اجمالاً بشرح زیر است:

اول- سلف: گونه‌ایست از بیع، در نتیجه در زمره عقود معین است در حالیکه پیش‌فروش بر حسب ماهیت معمولی که برای آن تشخیص داده می‌شود عقد غیر معین (تعهد به ساخت و تملیک) تلقی می‌شود.

دوم - موضوع بیع سلف اموال کلی است در حالی که موضوع پیش‌فروش اموال معین معروضی است که معامله آن‌ها به عقد تملیکی ممکن نیست بنابراین معامله اموال کلی در قالب پیش‌فروش موجب نداشته و بیهوده است زیرا قانوناً منعی در مورد پیش‌فروش آن‌ها به عقد تملیکی بیع سلف وجود ندارد.

سوم - قبض ثمن در مجلس عقد (بنابر نظر اکثریت) شرط صحت بیع سلم تلقی می‌شود در حالی که در مورد پیش‌فروش چنین شرطی متصور نیست.

### ب: وعده بیع و پیش‌فروش

وعده بیع همچنان که از نام آن بر می‌آید موجد هیچ تعهدی نیست در تأیید این مطلب می‌توان به ملاک ماده ۱۰۳۵ ق. م تمسک جست مطابق این ماده: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند... بنابراین هر یک از زن و مرد

تفسیر کرد و به قصد طرفین پی برده تفاوت قولنامه و پیش‌فروش را باید بطور اجمال چنین برشمرد:

- ۱- قولنامه معمولاً راجع به اموال موجود است در حالی که پیش‌فروش راجع به مالی است که فعلاً موجود نیست.
- ۲- قولنامه عموماً با قصد بیع منعقد می‌شود در حالی که پیش‌فروش با قصد تعهد ساخت و تملیک.

با این همه بعضاً ماهیت پیش‌فروش و قولنامه به هم منطبق است مثلاً دیده شده که پیش‌فروش را بصورت دو قولنامه منعقد کرده‌اند بنابراین ممکن است ضمن یک قولنامه در مورد حال موجودی تعهد بر وی کرد همان طور که می‌توان در مورد حال معدومی همین تعهد را کرد اما همان گونه که در ابتدا گفته شد قولنامه بر خلاف پیش‌فروش که در مورد اموال معدوم است معمولاً در معامله احوال موجود بکار می‌رود.

### **بخش سوم: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان**

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده‌ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل

دوم: موضوع بیع اموال کلی، معین، یا در حکم معین است. درحالیکه موضع پیش‌فروش اموال معین محروم است البته برخی قراردادها راجع به اموال کلی منعقد می‌شود که در قالب بیع (سلف) نمی‌گنجد به همین علت آن را هم بطور معمول پیش‌فروش می‌نامند مثل پیش‌فروش خودرو که اگر معتقد به لزوم قبض ثمن در بیع سلف باشیم قاعداً این قراردادها باطل است یعنی بیع سلفی است که به لحاظ عدم تحقق شرط صحت باطل است

### **د: قولنامه و پیش‌فروش**

در مورد قولنامه تعاریف مختلفی از طرف حقوقدانان ارائه گردیده و با اندک اختلاف در نحوه عبارات همه آنها یک نوع تعریف بیان داشته‌اند: قولنامه نوشته‌ای است غالباً عادی حاکی از توافق به واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی (وجه التزام) است. اگرچه در مورد ماهیت پیش‌فروش کمتر اختلاف شده و برخی آنرا وعده بیع داشته و آنرا الزام‌آور نمی‌دانند و برخی آنرا تعهد به بیع دانسته‌اند و ظاهراً برخی از قضات آنرا بیع می‌دانند با این همه اکثر حقوق‌دانان پیرو این عقیده‌اند که قولنامه را باید دقیقاً

قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند.<sup>۱</sup> مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان «متعهد» ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت «متعهدله» در بیاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد پیش فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان (عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد. حال با توجه به مراتب فوق، آیا می‌توان اظهار داشت که قرارداد پیش

تا پیش از تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هرکدام نظرات متفاوت و جداگانه‌ای در رابطه با ماهیت حقوقی این گونه قراردادهای ابراز کرده اند. حال با توجه به تصویب قانون فوق الذکر این سؤال قابل طرح است که قرارداد پیش فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیرمعین (ماده ۱۰ ق.م.ا) است؟ بی شک توصیف دقیق قراردادهای پیش فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادهای برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد.

### بند اول: تعهد به بیع (قرارداد تشکیل بیع)

قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.ا) در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آن‌ها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان «قولنامه» شناخته می‌شود. منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان مقدماتی یا پیش

<sup>۱</sup> - کاتوزیان؛ معاملات معوض عقود تملیکی، همان، ص ۵۶.



اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید» نمی‌توان قراردادهای پیش فروش ساختمان را صرفاً تعهد به بیع دانست چه اینکه به تعبیر یکی از حقوقدانان، در تعهد بر بیع، ایجاد بالفعل بیع، مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر در تعهد به تملیک، انتقال، نتیجه عقد دیگری است که مالک انشاء آن را بر عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است (مانند قولنامه) به عنوان پیش قرارداد عقد اصلی (تملیکی) مورد توافق قرار می‌گیرد؛<sup>۳</sup> حال آنکه در قرارداد پیش فروش ساختمان، طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد، قصد انجام عمل حقوقی دیگری در آینده مبنی بر بیع را نداشته و الزام طرفین مبنی بر انتقال قطعی واحد پیش فروش شده در دفاتر اسناد رسمی (موضوع ماده ۱۹ ق. پ. ف. س) را نباید عمل حقوقی بیع دانست زیرا همان طور که برخی از حقوقدانان متذکر شده‌اند:

فروش ساختمان، مصداقی از تعهد به بیع است و پیش خریدار صرفاً دارای یک حق دینی نسبت به پیش فروشنده است؟ یکی از نویسندگان حقوق معتقد است هرگاه معماری، یک باب خانه را که در زمین مشخصی بعداً ساخته خواهد شد، هم اکنون به دیگری بفروشد، معامله باطل خواهد بود زیرا مورد معامله، عین معینی است که هنوز به وجود نیامده. (ماده ۳۶۱ ق. م. و ی می‌گوید در این گونه موارد طرفین صرفاً می‌توانند قرارداد تشکیل بیع منعقد نمایند؛ بدین صورت که در قراردادی یکی از دو طرف تعهد کند که ساختمانی را که در آینده خواهد ساخت به طرف دیگر بفروشد و این طرف قبول کند. چنین قراردادی بیع نیست بلکه تعهد بر بیع است که هرچند مورد عقد بیع آینده فعلاً موجود نیست، ایجاد قرارداد صحیح است چه اینکه مورد معامله در این قرارداد ساختمان نیست بلکه تعهد بر بیع ساختمان است.<sup>۱</sup> با امعان نظر نسبت به ماده ۱ ق. پ. ف. س مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی»، در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۶.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص ۴۹

<sup>۱</sup> - شهیدی؛ همان، ص.

او بسازد. در عقد مشروط، یکی از شروط سه گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می‌شود. (ماده ۲۲۹ ق.م.ا).<sup>۴</sup> در رابطه با فروش کالای نیمه ساز و تکمیل آن، فقها نکات حائز اهمیتی ارائه نموده‌اند. ایشان این مسئله را عموماً با این مثال طرح نموده‌اند که مقداری از لباس بافته شده باشد و فردی آن مقدار بافته شده را بخرد، مشروط بر اینکه بقیه این لباس نیز مانند مقداری که بافته شده است بافته شود. در رابطه با صحت یا عدم نفوذ چنین معامله ای، عده ای از فقها قائل به بطلان شده و دلایلی ارائه نموده‌اند.<sup>۵</sup>

دلیل اول: شیخ طوسی دلیل بطلان چنین معامله ای را اینگونه عنوان

ارکان بیع پس از توافق و تراضی که صورت می‌گیرد با ایجاب و قبول واقع می‌شود، ثبت مال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی از الزامات قانونی است و فرع بر عقد مذکور (بیع) است و مسئله منافاتی با مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث ندارد.<sup>۱</sup> همچنین اصل، صحت معاملات و اصل، عدم دخالت امر دیگری غیر از قصد و رضای طرفین و شرایط مقرر قانونی است.<sup>۲</sup>

#### بند دوم: بیع مشروط

عقد را از نظر آثاری که بر روابط دو طرف می‌گذارد به عقد مطلق و عقد مشروط تقسیم کرده اند.<sup>۳</sup> عقد مطلق، عقدی است که ماهیت عقد به تنهایی و بدون ارتباط با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش یک دستگاه اتومبیل به مبلغ معین بین طرفین. عقد مشروط، عقدی است که ماهیت آن همراه با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش خانه ای به شرط اینکه خریدار در زمین فروشنده، خانه ای برای

<sup>۴</sup> - شهیدی؛ همان، ص ۸۷

<sup>۵</sup> - شیخ طوسی، ابو جعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، المکتبه المرتضویه لاحیاء الاتارالجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۷۷؛ ابن براج، قاضی؛ المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶، جلد ۱، ص. ۳۵۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، جلد ۲، ص. ۶۸؛ همو، : تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، جلد ۲، ص. ۲۹۱ همو، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیه السلام، بی تا، جلد ۱۱، ص. ۷۸؛ شهید ثانی، زین الدین؛ فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، ص. ۶۱۵؛ و محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البیت علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴، ص ۳۰۲.

<sup>۱</sup> - لطفیان، حسین؛ قولنامه، ماهیت و آثار، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص ۲۲  
<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸.  
<sup>۳</sup> - قنواتی، جلیل؛ و دیگران؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، سمت، ۱۳۷۹، ص ۱۶۱.

وجود ندارد و حکم به بطلان معامله در زمان انعقاد، معنایی ندارد.<sup>۱</sup> علاوه بر این، یکی از حقوق دانان متأخر نیز به استدلال شیخ، این خدشه را وارد نموده که اولاً: در مقداری که بعداً بافته خواهد شد تخلف از وصف باعث ثبوت خیار در کل مبیع می‌شود نه صرفاً در قسمتی از آن. ثانیاً: عقد به واسطه تعدد متعلق آن، به عقود متعدد منجر می‌شود چرا که موضوع لزوم، مقدار بافته شده لباس است و موضوع جواز (خیار) امر دیگری است. لذا با توجه به مختل بودن متعلق (موضوع) لزوم و جواز، تناقضی متصور نیست.<sup>۲</sup> آنچه قابل ذکر است اینکه در مثال مذکور، هر گاه فروشنده مقدار بافته شده را بفروشد مشروط بر اینکه مقدار باقی مانده نیز مانند مقداری که بافته شده، بافته شود، لیکن فروشنده به تعهد خویش عمل ننماید و مابقی لباس را به همان صورت نبافد، خریدار، خیار تخلف از شرط پیدا می‌کند نه خیار رؤیت و تخلف وصف، چه اینکه در معامله مذکور، آن مقدار از لباس

می‌نماید که آن مقدار از لباس بافته شده که مشاهده شده لازم است (خیار رؤیت در آن نیست) و آن مقدار از مبیع که مشاهده نمی‌شود (آن مقداری که در آینده باید بافته شود)، متوقف بر خیار رؤیت است. بنابراین در شیئی واحد، خیار رؤیت و عدم آن جمع می‌شود که البته چنین امری متناقض است. منظور ایشان از استدلال مذکور این است که بیع مذکور، مستلزم محال است و آنچه مستلزم امر محالی است محال است. لذا نفوذ چنین بیعی که مستلزم اجتماع متناقضین است، صحیح نیست چه اینکه نفوذ یا عدم نفوذ چنین بیعی متصف بودن آن به یکی از دو حکم متناقض است و عدم وجود هر دو حکم متناقض (ارتفاع نقیضین) نیز همچون اجتماع نقیضین، امری محال است. بر این استدلال این خدشه وارد است که ثبوت خیار در مقدار بافته نشده، مبتنی بر تخلف فروشنده است. لذا بیع مذکور در زمان انعقاد معامله، غیرخیاری محسوب می‌شود و خیار رؤیت، صرفاً بنا به فرض وجود تخلف فروشنده برای خریدار، ثابت خواهد شد. لذا وجهی برای دعوی استلزام محال

<sup>۱</sup> - اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب

المکاسب، انوار الهدی، جلد ۴، ۱۴۱۸، ص ۴۲۷.

<sup>۲</sup> - علامه حلی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه فی الحکام

الشریعه، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳، صص ۷۳-۷۴

که بافته شده به صورت عین معین و مقدار باقی مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به صورت عین کلی و در ذمه معامله می‌شود نه به صورت عین معین؛ و مطابق با ماده ۴۱۴ ق.م: «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد».

دلیل دوم بطلان این است که بیع مذکور در مورد شیئی معینی است که معدوم است که چنین بیعی در شریعت ثابت نیست، چه اینکه صرفاً صحت بیع عین معین موجود و همچنین بیع معدوم غیرمعین (بیع کلی) مسلم است، لیکن بیع معدوم معین در شریعت ثابت نیست.<sup>۱</sup> استدلال فوق نیز تضعیف می‌شود زیرا معدوم معین فی نفسه مستحیل و غیرممکن است، چرا که تعیین به صرف وجود ماده و صورت، حاصل است و صورت با وجود خارجی تشخیص و تعیین می‌یابد. این در حالی است که مبیع، معدوم غیرمعین است نه معدوم معین که در شریعت، نظیری برای آن نیست.

دلیل سوم: دیگر اینکه قسمتی از مبیع، عین حاضر و موجود است و مابقی به

صورت مجهول بر ذمه است.<sup>۲</sup> منظور از این استدلال که مابقی مجهول بر ذمه است این است که قسمت بافته شده به صورت شخصی موجود (عین معین) و مابقی (قسمت بافته نشده) نیز به صورت شخصی معامله می‌شود، لیکن به دلیل عدم وجود و تشخیص آن در آینده، در ذمه است و مقصود ایشان این نیست که مابقی به صورت کلی معامله شود زیرا مسلم است که هیچ مانعی ندارد که قسمتی از مبیع به صورت معین و قسمت دیگر (مقدار بافته نشده) به صورت کلی در ذمه باشد. و منظور ایشان از جهالت به مبیع، معلوم نبودن خصوصیات آن به خاطر عدم تشخیص و تعیین آن در آینده است و ذکر اوصاف صرفاً رافع جهالت از مبیع معین و کلی در ذمه است نه فرد غیرموجود.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، ضبط اوصاف مبیع در فرض مذکور به حسب عادت امکان پذیر نیست زیرا بیع عین شخصی به صورت بیع مضمون در ذمه و به صورت مجهول معامله می‌شود. لذا انعقاد چنین معامله ای به صورت وصف صحیح نیست.<sup>۴</sup> بنا به مراتب فوق، آنچه مفروض است اینکه

<sup>۲</sup> - علامه حلی؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیه السلام، جلد ۱۱، بی تا، ص ۷۹.

<sup>۳</sup> - یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰، جلد ۲، ص ۶۵.

<sup>۴</sup> - محقق فخرکی؛ پیشین، شهید ثانی؛ پیشین.

<sup>۱</sup> - همان، ص ۷۴.

درآورده و آنگاه تعهدی در ضمن این عقد مبنی بر ساخت واحد ساختمانی مشخص با اوصاف و خصوصیات معلوم در آن زمین به صورت « شرط » گنجانده می‌شود. با توجه به اینکه شرط در معنای اعم، یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند: ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. ۲- توافقی که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است<sup>۳</sup> و اینکه مفهوم دوم، مفهوم تخصصی شرط است و با توجه به اینکه شرط به عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشأ یا جزء موضوع عقد نیست زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط، هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمتی از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروطه به وجود می‌آید و اینکه شرط را نمی‌توان قید منشأ یا موضوع عقد معرفی کرد به طوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشأ مقید یا موضوع

مبیع همچون عین حاضر (موجود) است، به همین خاطر برخی از فقها سعی نمودند که لباس مذکور را قیمی تأویل نمایند و مدار قیمی مبتنی بر عدم مماثلت است. لذا توصیف مال قیمی بر مثل، معامله مزبور را از غرری بودن خارج نمی‌کند. دلیل سوم نیز قابل پذیرش نیست زیرا اولاً: در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به صورت عین معین و مقدار باقی مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به صورت عین کلی در ذمه معامله می‌شود نه به صورت عین معین. ثانیاً: همان طور که برخی از فقها متذکر شده‌اند قیمت لباس، عرفاً و شرعاً از این جهت لحاظ می‌شود که فرد مماثلی از جمیع جهات برای آن به وجود نمی‌آید، نه اینکه برای آن، مماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود اصلاً به وجود نیاید. <sup>۱</sup> بنابراین در صورتی که در فرض مذکور با ذکر اوصاف مبیع، رفع غرر و جهالت شود معامله صحیح است. <sup>۲</sup> بنا به مراتب فوق الذکر می‌توان گفت پیش فروشندگان ابتدا « زمینی » را که می‌خواهند بر روی آن ساختمانی احداث نمایند به مالکیت پیش خریداران

<sup>۱</sup> - اصفهانی (کمپانی)؛ پیشین، ص. ۴۲

<sup>۲</sup> - کاشف الغطاء، محمدحسین؛ وجیزه الاحکام، مؤسسه کاشف الغطاء، جلد ۳، چاپ دوم، ۱۳۶۶، ص. ۱۸

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۲-۱۱۴

مقید منشأ هم به طور ملازمه، منتفی گردد. چه اینکه در هر حال با منتفی بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند. <sup>۱</sup> لذا نمی‌توان پذیرفت که قرارداد پیش فروش ساختمان، بیع مشروط است زیرا در ماده ۱ ق. پ. ف. س مصوب ۱۳۸۹، قانونگذار صحبت از تملیک «واحد ساختمانی مشخص» نموده، نه تملیک «زمین»؛ در واقع مورد معامله «واحد ساختمانی مشخص» است نه اینکه مورد معامله «زمین» بوده و «احداث ساختمان» به صورت شرط در ضمن عقد مذکور از سوی طرفین قرارداد درج شده باشد.

#### بند سوم: بیع معدوم به تبع موجود

عده ای بر این باورند که در بیع آپارتمان های ساخته نشده، فروشنده هسته اولیه مبیع (زمین آپارتمان یا در صورتی که عرصه، مثلاً موقوفه باشد و مالکیت نسبت به ایجاد اعیانی وجود دارد، حداقل فضای آپارتمان) را مالک است، بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می‌گیرد و امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجزی

است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله‌ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متر از اختصاصی اکتیوایی خود بر زمین (همچنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می‌یابد. افزون بر آن، در خصوص قسمت معدوم، قابل ذکر است که مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در ذمه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به عنوان تعهدی منجز) تعیین می‌یابد. همچنین با توجه به مباحث فقهی مربوط به بیع مال آینده می‌توان به طریق اولی نیز قائل به صحت این معامله شد؛ با این توضیح که وقتی در فقه امامیه، بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال جایز دانسته شده است،<sup>۲</sup> بر این اساس، در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است اما بخشی از خود مبیع به خود خریدار منتقل نمی‌شود و ایجاد ثمره در آینده، بنا به احتمالی عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع، کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مانند شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد

<sup>۲</sup> - موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیله، جلد ۱، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا، ص ۵۴۹.

<sup>۱</sup> - شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۵.

به موجب ماده ۲ ق. پ. ف. س، طرفین ملزم به تصریح تمام اوصاف و مشخصات واحد ساختمانی مورد معامله بوده و رفع ابهام صورت گرفته است.

ثانیاً: در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در قرارداد واحد « زمین » پیش فروش ساختمان، آنچه مورد معامله و قصد طرفین قرار می‌گیرد به عنوان مبیع تجزیه ناپذیر، « واحد ساختمانی مشخص » پیش فروش شده نیست، بلکه مورد قصد طرفین قرار می‌گیرد نه زمین و به تبع آن، ساختمان ساخته نشده؛ حال آنکه در بیع معدوم به تبع موجود، مثل فروش یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین (به عنوان مبیع موجود) به همراه دوچین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ، اگرچه به صورت یکجا در قصد مشترک طرفین معامله قرار می‌گیرد، مبیع در این فرض به صورت تجزیه پذیر (مبیع موجود، یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین و مبیع معدوم، دو چین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ) مورد معامله قرار می‌گیرد. مؤید این امر اینکه غرض از ضمیمه این است که در صورت تعذر تحصیل ثمن و مثنی، ضمیمه به جای آن‌ها واقع شود و از این جهت، بیع واجد

بنا، عرفاً از تعهدات قابل انجام به صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به طور صددرصد در توان متعهد نیست. بنابراین، به طریق اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن، قسمتی از مبیع است که ایجاد حق عینی، حداقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است و در ساخت آن با رعایت مقررات حاکم کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا در حد صفر یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود.<sup>۱</sup> از مصادیق بیع با ضمیمه، فروش میوه و محصول یک سال و حتی دو سال قبل از ظهور و بروز آن بر درخت با ضمیمه چیز دیگری است که فروختن آن به تنهایی صحیح باشد<sup>۲</sup> باین حال قرارداد پیش فروش ساختمان با بیع معدوم به تبع موجود (به عنوان یکی از مصادیق فروش مال معلوم ضمیمه مجهول) نیز قابل انطباق نیست زیرا اولاً: موارد کاربرد این نوع از بیع (بیع معدوم به تبع موجود) در مواقعی است که قسمتی از مبیع مجهول باشد، درحالی که

<sup>۱</sup> - پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶، صص ۱۳۰-۱۳۳.

<sup>۲</sup> - موسوی خمینی؛ پیشین. کاشف الغطاء، جلد ۱، قسم ۱، ۱۳۵۹، صص ۱۷۶-۱۷۷.

که ماده ۷ ق. پ. ف. س مقرر می‌دارد: در صورتی که مساحت بناء بر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار « مشخص شده در قرارداد باشد، مابه التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت...»

ثالثاً: کاربرد بیع معدوم به تبع موجود، محدود به مواردی است که بین مال معدوم و موجود، رابطه تابع و متبوعی وجود داشته باشد و افراد مبیع به صورت پی در پی و الحاقی به وجود می‌آیند نه به صورت دفعی و یک باره مانند میوه‌ها، گل‌ها، برگ گیاهان و سبزیجات.<sup>۲</sup> حال آنکه چنین رابطه‌ای (تابع و متبوعی) در قرارداد پیش فروش ساختمان متصور نیست.

**بند چهارم: بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی)**

در عقد معلق، انشاء دو طرف، سببی می‌سازد که اثر آن منوط به وقوع امری خارج از شرایط درستی عقد و عارضی است. بدین ترتیب، عقد معلق در واقع سببی است معلق که به انشایی منجز

شرایط صحت که از جمله آنها، امکان تسلیم عوضین است، بشود. لذا اگر در زمان آینده به علت شرایط جوی و بروز آفات تحصیل دو چین دیگر از سبزیجات باغ (به عنوان مبیع معدوم) متعذر شود، نه کل عقد بیع منفسخ می‌شود و نه به استناد قاعده «انحلال عقد به عقود متعدد» می‌توان گفت بیع مذکور به همان اندازه مبیع موجود در زمان عقد «یک چین از سبزیجات موجود» صحیح بوده و در مابقی «معدوم تحصیل نشده» محکوم به بطلان است، بلکه عوض نیز نسبت به عدم تحصیل دو چین دیگر سبزی، تجزیه نمی‌شود زیرا مبیع معدوم که تحصیل آن متعذر شده است، در زمان انعقاد معامله با فرض اینکه به وجود خواهد آمد جزء معوض قرار می‌گیرد نه اینکه قطعاً و یقیناً اعتماد به تحقق و تحصیل آن وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، جزئی از عوض، صرفاً با فرض تحصیل معدوم (دوچین سبزی) در مقابل آن قرار گرفته است نه با فرض اینکه وجود ندارد. نتیجه اینکه با عدم تجزیه و تقسیط عوض، جمع عوض و معوض حاصل نمی‌آید، درحالی

<sup>۱</sup> - شهیدثانی، زین الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحشی کلانتر)، جلد ۳، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ص ۲۵۲.

<sup>۲</sup> - کاشف الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۷۸؛ موسوی خمینی؛ پیشین، ص ۵۵۱.



دلخواه که بر دو طرف تحمیل می‌شود. پس یا باید قرارداد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع، باطل دانست. در این دوراهی باید نفوذ عقد را برگزید. تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق. م و مبنای 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:

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. ماده ۳۶۱ ق. م نیز ناظر به همین فرض است. برای مثال، اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا آسیبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که

آفریده شده است.<sup>۱</sup> لیکن با توجه به احتمالی بودن معلق علیه در عقد معلق، باید از اختلاط این عقد با عقد معلق بر زمان (که نباید آن را در حقیقت عقد معلق نامید) و عقد مؤجل پرهیز نمود زیرا در عقد معلق بر زمان، هرچند در زمان انشاء، عقدی به وجود نمی‌آید، تشکیل آن پس از انقضای مدت مذکور، قطعی است و احتمال خلافی در آن راه ندارد و عقد مؤجل در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که ماهیت اعتباری آن در زمان انشاء تحقق پیدا می‌کند، لکن اجرای مفاد عقد، موکول به انقضای اجل مقرر است.<sup>۲</sup> یکی از نویسندگان حقوق مدنی، زیر عنوان فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود آورده اند که اگر مقصود دو طرف این باشد که پیمانی درباره فروش آینده ساختمان مورد نظر ببندند، بی‌گمان پاسخ (تعهد به فروش) منطقی است زیرا بر مبنای خواست مشترک تحلیل شده است. ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله بیع را واقع سازند، تحلیل قرارداد به تعهد به فروش، تفسیری است

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲.  
<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، صص ۹۹-۱۰۰.

گندم، سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل دانست.

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 روبه رو نمی‌شود زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است.<sup>۱</sup>

### بخش چهارم: تشریفات یا رضایی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان

از ماده ۱۹۰ ق. م چنین بر می‌آید که، بر حسب اصل، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای انعقاد تمام قراردادها است. استقراء در شرایط درستی عقود معین نیز این استنباط را تقویت می‌کند. زیرا، جز در موارد نادر، در هیچ یک از آنها تشریفات خاصی بر شرایط عمومی افزوده نشده است. پس، می‌توان گفت در حقوق مال اصل این است که «عقد با تراضی واقع می‌شود و نیاز به هیچ شکل خاصی ندارد». این گروه بزرگ از عقود را، به اعتبار کافی بودن رضای دو طرف در وقوع

آن‌ها «عقود رضایی» می‌نامند. «در تمیز عقود رضایی آنچه اهمیت دارد شرایط وقوع پیمان است نه اثبات آن: قراردادی که به تراضی واقع می‌شود، اگر اثبات آن نیز به اتمام دلایل ممکن نباشد، باز هم رضایی است. به موجب بند ۲ ماده ۴۷ و ماده ۴۸ ق. ت. آ. آ، هبه نامه و صلح نامه و شرکت نامه، به شرطی در محاکم به عنوان سند پذیرفته می‌شود، که به صورت رسمی درآید. ولی؛ این عقود را نباید در زمره قراردادهای تشریفاتی آورد؛ زیرا، عقد با تراضی واقع می‌شود». برای تحقق عقد بیع توافق فروشنده و خریدار درباره اساس بیع یعنی مبیع و ثمن کافی است و نیاز به هیچ عامل دیگری نیست زیرا بیع از عقود رضایی است و در عقود رضایی تلاقی ایجاب و قبول متعاقبیم جهت ایجاد عقد موردنظر آنان کافی است: در عقد بیع پس از اعلام اراده خریدار و فروشنده، حال این اعلام اراده با لفظ باشد و یا به وسیله داد و ستد (قسمت اخیر ماده ۳۳۹ ق. م.)، علی‌الاصول تنظیم سند و ثبت در دفتر مخصوص و تشریفات دیگری جهت وقوع عقد بیع لازم نمی‌باشد اما به این نکته باید توجه داشت که در ایجاب و قبول به اقتضای مفاد ماده ۳۴۰ ق. م. الفاظ و عبارات باید صریح در معنی

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، صص ۲۷۴-۲۷۵.

ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق. م گنجانیده شد، منطبق نبودن آن با هیچ‌یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. البته در پاره‌ای موارد امکان فروش واحدهای آپارتمانی کاملاً مشابه به طریق بیع کلی فراهم بود اما در اکثر موارد عدم تطابق با هیچ‌یک از عقود معین به همراه مخالف قانون نبودن این قرارداد و دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، کافی است تا بتوان این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ ق. م جای داد. مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش ساختمان از نوع اموال قیمی است چرا که املاک به خاطر تفاوت موقعیت هرچند هم از لحاظ مساحت یک اندازه باشند، قیمت‌های متفاوت دارند. اموال قیمی نیز تنها به صورت عین معین قابل خرید و فروش است و در غیر این صورت یعنی فروش آن‌ها به صورت کلی‌فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله مجهول و موجب بطلان قرارداد می‌شود. همین ملاک این قرارداد را از ذیل عقود چگونگی بیع کلی‌فی‌الذمه و کلی در معین، بیع سلف و عقد استصناع خارج می‌کند. در مواردی خاص که مورد پیش‌فروش شده واحدهای آپارتمانی باشد که از هر حیث مشابه است امکان فروش آن‌ها با بیع کلی فراهم خواهد بود چرا که به نوعی مال مثلی به حساب می‌آید. در بیع

باشند و اینکه چه لفظی صریح در معنی بیع و مقصود طرفین است، و با عرف است و چه بسا در بسیاری از مناطق به جای کلمه بیع از لفظ انتقال یا واگذاری و یا حتی بخشش استفاده گردد.

### نتیجه‌گیری

قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر مبنای الزام‌آور بودن این قراردادها و تعهد فروشنده مبنی بر سلب اختیار فروش به دیگری از خود، نوعی حق برای خریدار به وجود می‌آورد که طبق آن می‌تواند در صورت فروش ساختمان توسط متعهد به دیگری، قرارداد با شخص ثالث را ابطال و متعهد را ملزم به فروش مال به خود کند. با تحلیل ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان تحت عنوان «قرارداد خصوصی» می‌توان آن را در قالب قراردادهای مبتنی بر ماده ۱۰ ق. م همچون قرارداد «تعهد به بیع» یا «قرارداد تشکیل بیع» یا «وعده بیع» آورد که در مفهوم اصطلاحی و عرفی عمدتاً «قول‌نامه» نامیده می‌شود. هم‌چنین به خاطر گستردگی حوزه عقد صلح و در حقیقت برابری کردن آن با ماده ۱۰ ق. م، می‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب «عقد صلح» نیز آورده و تنها نیاز خواهد بود، عنوان «صلح» به طور صریح یا ضمنی بر آن قرار گیرد. علت این امر که قرارداد پیش‌فروش

ماکت و تعیین محل احداث را دلیلی بر وجود بدانیم که در این صورت امکان فروش به صورت عین معین فراهم خواهد شد اما قبول این نظر پیرامون قرارداد پیش فروش که موضوع آن از اعیان است با سختی مواجه می‌باشد.

عین معین نیز طبق ماده ۳۶۱ ق. م باید مورد معامله هنگام عقد وجود داشته باشد وگرنه بیع باطل است. لذا نمی‌توان ساختمانی که هنوز ساخته نشده و وجود ندارد را به طریق بیع عین معین فروخت. مگر این‌که معتقد به نظریه غیر جزمی مفهوم وجود باشیم که صرف نقشه و



## منابع و مأخذ

۱. احمدی جشفقانی، دکتر حسین علی، اجرای تعهد قراردادی، انتشارات برهم‌اند، چاپ اول، سال ۱۳۷۵.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، سال ۱۳۷۷
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، سال ۱۳۷۷.
۴. انصاری، مرتضی؛ صیغ العقود و الایقات، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱،
۵. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد ۳. ۱۴۱۵ ق،
۶. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: سخن، ۱۳۸۱،
۷. پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶،
۸. تقی‌لو، زهرا، مسائل حقوقی ساختمان‌ها، قم: پرتو خورشید، ۱۳۸۴،
۹. جعفرپور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸،
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۹۲۵
۱۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، سال ۱۳۷۸.
۱۲. حائری، مسعود؛ مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، سازمان انتشارات کیهان، چاپ اول، سال ۱۳۷۰.
۱۳. حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ ق. م «اصل آزادی قراردادهای»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۷۹؛ ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸.
۱۴. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، جلد ۱۳، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹، ابواب‌الدین، باب ۱۵، ح ۱.
۱۵. صفایی، دکتر سید حسین، حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای، جلد دوم، مؤسسه عالی حسابداری، سال ۱۳۵۱.

۱۶. صمدی قوشچی، زیدالله، تخلفات ساختمانی در نظام حقوق ایران، انتشارات جنگل، چاپ اول، سال ۱۳۷۷.
۱۷. طاهری، حبی بالله؛ حقوق مدنی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به ۴۲؛ و جمعی از پژوهشگران، زیر نظر - جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸.
۱۸. طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة، جلد ۹، مؤسسه آل البيت عليهم السلام،
۱۹. عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، انتشارات بهنشر، چاپ اول، سال ۱۳۶۸.
۲۱. کاتوزیان، ناصر؛ درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۵.
۲۲. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
۲۴. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی کیهان، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
۲۵. مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، شماره هشتاد و پنجم، بهار ۱۳۹۳