

# مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با نهادهای مشابه و تشخیص ماهیت آن

محمدحسین تقی پور درزی نقیعی\*  
حمید ابهری

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۱۱/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۷

## چکیده

هر قراردادی که به موجب آن، پیش فروشنده، متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی در یک زمین شود و واحد ساختمانی مذکور در موعد مقرر و در ازای دریافت مبلغ قراردادی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید، «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می‌شود. قرارداد مذکور، در عین حال که با برخی از نهادهای فقهی و حقوقی، شباهتهایی دارد ولی دقیقاً منطبق با این نهادهای شناخته شده حقوقی نیست. قرارداد پیش فروش ساختمان تشابهاتی با عقود بیع سلم، عقد استصناع، عقد بیع، عقد بیع معلق، تعهد به بیع، عقد نامعین (قرارداد خصوصی) دارد ولی از برخی جهات با این نهادها، تفاوت دارد. در این تحقیق، پس از ذکر مبانی مشروعیت قرارداد پیش فروش ساختمان، ضمن مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با هر یک از نهادهای مذکور و بررسی وجوه تشابه و تفاوت آنها، خواهیم دید که باتوجه به مقررات موجود در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که قانونگذار پس از تعریف قرارداد پیش فروش، به ذکر شرایط و آثار قانونی قرارداد مزبور پرداخته است؛ لذا باید معتقد بود که قرارداد پیش فروش ساختمان، یک عقد معین با احکام و شرایط خاص خود بوده و دارای آثار قانونی منحصر به خود به عنوان یک قرارداد خاص می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** قرارداد، پیش فروش، ساختمان، عقد معین.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران/ نویسنده مسئول (mh.taghipour@umz.ac.ir).

\*\* استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (hamid.abhary@gmail.com).

## مقدمه

در قرارداد پیش‌فروش، 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 به‌دست آمدن محصول، مقداری گندم در ذمه بفروشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ش ۲۸۹۷، ص ۳۶۲). برخی از حقوقدانان از قرارداد پیش‌فروش در بیع سلم و در ذیل بحث تسلیم بحث نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۷). برخی از حقوقدانان به بررسی قرارداد فروش آپارتمانی که در آینده باید ساخته شود پرداخته‌اند که در این حالت، به‌طور معمول موقعیت و ابعاد و مشخصه‌های آپارتمان در نقشه ساختمان معین می‌شود و فروشنده تعهد می‌کند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل خریدار بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۷۲). در حقوق موضوعه ایران، در قانون عملیات بانکی مصوب ۱۳۶۲، با تعریف معامله سلف، اولین بار از عبارت پیش‌فروش و پیش‌خرید استفاده شده است. ماده ۴۰ این قانون مقرر می‌دارد: «منظور از سلف عبارتست از پیش‌خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین». در سال ۱۳۸۹ قانون پیش‌فروش ساختمان تصویب گردید که در آن، تعریف قرارداد پیش‌فروش، ضوابط و شرایط و اوصاف، چگونگی تنظیم قرارداد، چگونگی پرداخت اقساط ثمن، حقوق و تعهدات طرفین قرارداد، ضمانت اجرا و مطالبه خسارت و... مواد قانونی را به خود اختصاص داده است. ماده ۱ این قانون، مقرر می‌دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده)، 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 (پیش‌خریدار) در آید. از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود».

قرارداد پیش‌فروش ساختمان با برخی از نهادهای فقهی و حقوقی، وجوه اشتراک و افتراقی دارد که در این تحقیق، ضمن مقایسه قرارداد مذکور با نهادهای مشابه، خواهیم دید که این قرارداد، ماهیت خاصی دارد و نمی‌توان آنرا با یکی از قالبهای موجود پیش‌گفته منطبق دانست، بلکه با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب یک عقد معین و مستقل قرار می‌گیرد که شرایط، احکام و آثار آن را قانونگذار تبیین نموده است.

## ۱. مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان و مبانی مشروعیت آن

پیش فروش اسم مصدر از فعل فروختن و مرکب از دو کلمه «پیش» به معنی قبل، سابق، گذشته و کلمه «فروش» می باشد و ترکیب این دو کلمه عبارتست از «فروختن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و فروشنده پولی می گیرد که بعداً آن را تحویل بدهد» (عمید، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۰۸). پیش فروش از لحاظ دستور زبان به دو صورت صفت فاعلی مرکب و اسم مصدر مرکب وجود دارد. در صورت اول به این معناست که قبل از موعد مقرر و تهیه شدن جنس، بها ستاند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۵۹۸۳). از آنجاکه قرارداد پیش فروش ساختمان، در فقه مسبوق به سابقه نیست، نمی توان تعریفی برای آن در متون فقهی یافت. ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان در تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان، مقرر می دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده)، متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید. از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می شود».

در مورد مشروعیت قرارداد پیش فروش ساختمان و به طور کلی راجع به مشروعیت و امکان معامله نسبت به مالی که در آینده به وجود می آید، تردید جدی وجود دارد؛ به گونه ای که در دو مصداق بارز معامله به اموال آینده، یعنی پیش فروش محصولات کشاورزی و مصنوعات بشری (قرارداد سفارش ساخت کالا یا استصناع) نظر بسیاری از فقها بر بطلان آنهاست. افزون بر مصادیق مزبور، بسیاری از فقهای امامیه بیع مال معدوم و حتی فراتر از آن، هر نوع معامله ای نسبت مال غیر موجود، از جمله هبه و وقف مال معدوم را باطل دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۵۶). همچنین برای بطلان معامله نسبت به مال آینده به حدیث «لا بیع مالیس عندک» استناد گردیده است که بر اساس آن پیامبر اسلام  $\square$  از فروش چیزی که نزد شخص نیست نهی فرموده اند (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۲، ص ۱۱۹). در حقوق ایران به حکم ماده ۳۶۱ ق.م. «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». در تفسیر این ماده برخی معتقدند، نمی توان مال غیر موجود را انتقال داد، ولو آن که پیدایش آن در زمان بعد محقق باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۸-۳۰۹). باتوجه به توضیحات فوق، شبهه در اینجاست که اگر در عقود می بایست موضوع موجود باشد و معامله معدوم صحیح نیست، موضوع قرارداد پیش فروش در زمان انعقاد قرارداد

میان پیش خریدار و پیش فروشنده، موجود نمی‌باشد؛ زیرا طرفین تنها بر اساس نقشه‌ای اقدام به بستن قرارداد می‌کنند که به اجرا درنیامده است.

با وجود این در فقه امامیه و حقوق ایران مصادیقی وجود دارد که موضوع عمل حقوقی هنگام انعقاد آن موجود نیست و در آینده ایجاد می‌شود، کما این که در اجاره موضوع اجاره که منافع عین می‌باشد، در طول زمان و در اثنای مدت اجاره ایجاد می‌شود و کسی نیز در صحت آن تردیدی ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۳-۵۴). همچنین، طبق ماده ۸۴۲ ق.م.م.مکن است نسبت به مالی که هنوز به وجود نیامده است، وصیت نمود. در فقه امامیه نیز وصیت به مالی که امکان و ظن ایجاد آن در آینده می‌رود، صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۸، ص ۲۷۸). به علاوه، در بیع مال کلی نیز ممکن است هیچ‌یک از مصادیق آن کلی هنگام قرارداد وجود نداشته باشد و در آینده ایجاد شود.

در مورد تفسیر روایت «لا تبع ما لیس عندک» نیز اختلاف نظر بسیار جدی وجود دارد. به علاوه حدیث مزبور اعم از مدعاست، زیرا شامل مبیع موجودی که در حال حاضر نزد فروشنده نیست، نیز می‌شود. در حالی که کسی در صحت چنین بیعی تردید ننموده و فقهای امامیه بر درستی آن ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۸۳). ضمن اینکه حدیث «لا تبع ما لیس عندک» اساساً در مورد بیع معدوم وارد نشده است، زیرا بیع سلم (سلف) از سوی فقها اجماعاً جایز شناخته شده است؛ لذا حدیث مزبور، در مورد بیع اشیائی که فروشنده قدرت و استیلا بر تسلیم آن نداشته باشد، مطرح گردیده است (همان). همچنین نه تنها در هیچ روایتی وجود مورد معامله از شرایط عمومی و اساسی صحت قراردادها شمرده نشده است، بلکه هیچ روایتی نیز وجود ندارد که معامله به مال آینده را به‌طور کلی منع کند. حتی بر عکس، برخی از روایات مبین صحت معامله بر مالی است که در آینده به وجود می‌آید (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۵۳-۴۶). افزون بر آن، تملیک فوری و بدون قید و شرط، جزء ذات عقود تملیکی نیست، بلکه در بسیاری موارد، انتقال مالکیت یا حق عینی پس از پیدایش موضوع آن صورت می‌گیرد.

ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به فرضی است که بنای طرفین بر معامله نسبت به مال موجود است. در نتیجه، هرگاه حین عقد معلوم باشد که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و می‌بایست در آینده ایجاد شود و در واقع، بنای طرفین بر مال موجود نباشد، چنین معامله مربوط به عین معینی مشمول این ماده نمی‌شود؛ لذا دلیل اصلی بطلان معامله مذکور در ماده

۳۶۱ق.م.فقدان موضوع است، درحالی که در قرارداد پیش فروش ساختمان و به طور کلی در معامله به مال آینده قرارداد دارای موضوع می باشد و موضوع آن مالی است که باید در آینده به وجود آید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۷۵). همچنین در قرارداد پیش فروش ساختمان، علیرغم اینکه بنا (ساخت و ساز) معدوم است؛ لیکن چون زمین محل اجرای ساخت و ساز موجود می باشد، توافق بر معدوم به تبع موجود، مخالف صریح قانون نیست؛ چراکه مشابه آن از جانب مقنن در برخی عقود دیده می شود؛ مانند وقف که در آن، وقف بر معدوم به تبع موجود صحیح است. تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ نیز دلالت بر مشروعیت قرارداد مزبور می نماید.

## ۲. قرارداد پیش فروش و بیع سلم

یکی از عقود که در فقه، شباهت زیادی با قرارداد پیش فروش ساختمان دارد، بیع سلم یا سلف می باشد. بیع سلم یا سلف عبارتست از بیعی که مبیع آن کلی و موجل استولی ثمن، باید حال و نقدی باشد. در مورد مشروعیت و جواز بیع سلم، علاوه بر اجماع مسلمین، سنت متواتر نیز وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۲۶۸). در فقه، فقها اعم از عامه و امامیه به بحث و تبیین بیع سلم پرداخته اند. شهید ثانی در تعریف بیع سلم می گوید: «سلم یا سلف، بیع مضمون در ذمه است که ثمن آن در مجلس عقد قبض می شود و دارای مدت و صیغه معین و خاصی می باشد و با قول مسلم و مسلم الیه واقع می شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۰۲). شیخ طوسی در نهاییه دو شرط را در بیع سلم لازم دانسته است: اول تمیز جنس از دیگر اجناس. دوم ذکر اجل کردن: اگر جنس را بگوید و وصف را نگوید بیع باطل باشد و اگر جنس و وصف بگوید و اجل را ذکر نکند، بیع درست نمی باشد و چنانچه هر دو شرط رعایت شده باشد بیع درست است (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۹۵). ابن ادریس نیز که در بابهای مختلف فقه نظرات مخالف را اظهار می نماید، در السرائر بیع سلم را بیع خاص می داند و می گوید: «این بیع بدون هیچ نظر مخالفی صحیح می باشد» (مروارید، ۱۹۹۳، ج ۱، ص ۲۹۰). برخی از فقهای معاصر نیز بیع سلم تعریف کرده اند: «سلم عبارتست از فروش مال کلی به طور موجل، در مقابل ثمن نقد و نسیه مقابل آنست» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۴۳).

فقها برای صحت و نفوذ بیع سلم شرایط مختلفی را بیان نموده اند که از جمله آنها، ذکر اوصاف و مقدار مبیع با کیل و با وزن، موعد تسلیم، مضبوط بودن آن، ذکر جنس و اینکه کالای

پیش فروش شده در موعد و زمان تعیین شده فراوان باشد (اسدی حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۷۲-۴۷۴ / محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۰۶ به بعد). یکی از شرایط مهم در بیع سلف که حتی طبق نظر صاحب جواهر و ابن زهره بر آن ادعای اجماع شده است، قبض ثمن در مجلس عقد، پیش از تفرق و جدایی طرفین است. در صورتی که قبض ثمن در مجلس عقد به صورت نقدی صورت نگیرد، بیع سلم باطل خواهد بود. در واقع تسلیم ثمن در تحقق حقیقت سلم، شرط است و بدون آن حقیقت سلم منتفی است (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۲۷ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۲۸۹ / فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۳ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۱۷ / محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۷ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۴۴).

در مورد شرط قبض ثمن در بیع سلم، در حقوق ایران دو نظر متفاوت وجود دارد: برخی از حقوقدانان معتقدند باتوجه به سکوت قانون مدنی در این خصوص باید به فقه رجوع نمود و باتوجه به اینکه بنا بر نظر فقها قبض ثمن فی المجلس شرط صحت عقد می باشد، چنانچه مجلس عقد بهم بخورد و ثمن تادیه نشده باشد، بیع سلم باطل خواهد بود (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۵۳). برخی دیگر نیز در تأیید این نظر، به استناد این قرینه که در ماده ۳۶۴ قانون مدنی، بیع صرف به عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت است» آورده شده است، 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 گیرد و هرگاه مجلس عقد به هم بخورد و ثمن تادیه نشده باشد، آن بیع باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲، ش ۳۶۵۸ / ۹۷۸ / شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۸). برخی دیگر، معتقدند باتوجه به اینکه در حقوق ایران در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است، این سکوت به معنی اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون وجود ندارد، نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۴). موید این نظر، قاعده کلی «احل الله البیع» (بقره: ۲۷۵) است که باید گفت عمل حقوقی مزبور صحیح است و مالکیت طبق قواعد کلی، از زمان انعقاد عقد منتقل می شود و هیچ مقرره‌ای در قانون مدنی با این نظریه منافاتی ندارد. به نظر می رسد باتوجه به اجماع فقها و نیز باتوجه به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۷۶ قانون اساسی که مقرر می دارند که در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا در صورت سکوت قوانین، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع نمود، باید قایل به این بود که در بیع سلم، قبض ثمن فی المجلس لازم می باشد و قبض ثمن، شرط صحت

بیع سلم می‌باشد.

اگرچه در ظاهر، بیع سلم شباهت فراوانی با قرارداد پیش‌فروش دارد و تمامی شرایط بیع سلم از جمله معلوم و معین بودن اوصاف مبیع، مشخص بودن شیوه اندازه‌گیری و موعد تسلیم مبیع در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز وجود دارد.<sup>۱</sup> بنابراین در قرارداد پیش‌فروش نیز همچون بیع سلم اوصاف مبیع و نیز معلوم و مجهول بودن و موعد تسلیم مبیع، باید به‌طور دقیق تعیین گردد. استفاده از عبارات «پیش‌فروش و پیش‌خرید» و «پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار» در قانون پیش‌فروش ساختمان موید شباهت ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان و بیع سلم است. اما این قرارداد با بیع سلم تفاوت‌هایی نیز دارد. مهمترین تفاوت بیع سلم با قرارداد پیش‌فروش این است که قبض ثمن فی المجلس از شرایط صحت بیع سلف می‌باشد. حال آن‌که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، به‌طور معمول ثمن معامله به‌صورت اقساط مشخص می‌شود و در فواصل زمانی معینی به تناسب پیشرفت کار و عملیات ساختمانی از قبیل اسکلت بندی ساختمان، سفت کاری، نازک کاری و سایر مراحل ساخت، اقساط ثمن به پیش‌فروشنده پرداخت می‌گردد؛ بنابراین قبض ثمن فی المجلس از شرایط صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیست. موید این مطلب، ماده ۱۱ قانون پیش‌فروش ساختمان است که مقرر می‌دارد: «در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد، توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد از بها همزمان با تنظیم سند قطعی، قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند». از دیگر تفاوت‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم این است که بیع سلم، عموماً در معاملات مربوط به اموال منقول مورد استفاده قرار می‌گیرد و به علاوه، مبیع در آن باید به‌صورت کلی در ذمه باشد (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۳/ محقق‌حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵)، درحالی‌که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، ساختمان باتوجه به مشخصات و موقعیت جغرافیایی و ابعاد و مساحت آن، مال قیمی و عین معین محسوب می‌گردد که باید در آینده ایجاد گردد (ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان). وانگهی، در بیع سلم، به

۱. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز مطابق ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، باید موارد زیر تعیین شود، از جمله پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله، مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری، مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌گردد مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا و تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت‌های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است.

علت لزوم پرداخت فوری ثمن، برای طرفین، حق حبس وجود ندارد. این درحالیست که در قانون پیش فروش ساختمان برای پیش خریدار حق حبس پیش‌بینی گردیده است (ابهری و تقی‌پور، ۱۳۹۴، ص ۸). مطابق ماده ۱۲ قانون پیش فروش ساختمان: «در صورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می‌تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقیق پیشرفت از سوی پیش‌فروشنده نماید».

### ۳. قرارداد پیش فروش و عقد استصناع

از دیگر عقود که شباهت فراوانی با قرارداد پیش فروش ساختمان دارد، عقد استصناع است. منظور از عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت، این است که کسی نزد صنعتگر بیاورد و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد به ملکیت او در آورد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۱۱، ص ۳۷۴). در این فرض، قراردادی میان این دو شخص به امضا می‌رسد که صاحب صنعت تعداد مورد توافق را برای او بسازد و قیمت آن را دریافت نماید. به‌طور خلاصه باید گفت منظور از استصناع در فقه، خرید کالاهای دست ساز است که طبق سفارش خریدار تهیه می‌گردد (سیفی زیناب و حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۶۱).

به‌طور کلی، قرارداد استصناع یا سفارش ساخت به سه صورت، شکل می‌گیرد:

صورت اول- میان سفارش دهنده و سازنده، قرارداد تملیک در برابر قیمت معین منعقد می‌گردد، به این معنی که قصد مشترک طرفین، تملیک و تملک است. این صورت، از مصادیق بیع است در نتیجه باید همه شرایطی که در بیع به‌عنوان یک عقد تملیکی وجود دارد، دارا باشد. صحت این صورت از سفارش ساخت، مشروط است به جمیع شرایط بیع سلم از قبیل تحویل دادن تمام و یا مقداری از قیمت در مجلس عقد و دیگر شرایطی که در بیع سلم شرط بوده است که مطرح گردید (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۴).

صورت دوم: یک قرارداد قطعی بین طرفین منعقد می‌شود که بر اساس آن، صاحب صنعت متعهد می‌گردد که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و برای فروش عرضه کند و خریدار هم پس از عرضه فروشنده، آن را بخرد. پس اگرچه در عمل، تملیک و تملکی صورت نمی‌گیرد، اما هر کدام از طرفین تعهدی را بر عهده می‌گیرند، تعهد سازنده این است که کالا را بسازد و پس از اتمام و زمانی که کالا آماده بهره برداری و انتفاع شد آن را به سفارش دهنده بفروشد و تعهد سفارش دهنده



این است که همان تعداد را در برابر قیمت، خریداری نماید (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۰).

صورت سوم این است که میان سفارش دهنده و سازنده، صرفاً وعده خرید و فروش تحقق یابد آن هم وعده‌ای غیرقطعی و بدون اطمینان، بدین ترتیب که سفارش دهنده بگوید: این کالا را برایم بساز و شاید من آنها را از تو خریداری کنم و یا سازنده بگوید: من این کالاها را درست می‌کنم، شاید تو آنها را از من بخری و از این قبیل عبارات. در این فرض قرارداد میان این دو چیزی بیش از وعده‌دادن به یکدیگر که در آن به قطعی نبودن کار تصریح شده نیست و این وعده دادن، هیچگونه الزامی برای هیچ‌یک از این دو به وجود نمی‌آورد؛ بنابراین سازنده، در ساختن یا عدم ساختن و عرضه برای فروش مختار است و سفارش دهنده نیز مختار در خرید کالای ساخته شده می‌باشد و الزامی ندارد (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۶ / پیرهادی، ۱۳۸۵، ص ۵۱).

قرارداد پیش‌فروش ساختمان، بیشترین شباهت را با استصناع صورت اول یعنی فرضی که تملیک و تملک صورت می‌گیرد و عقد بیع اتفاق می‌افتد، داراست. شاید بتوان گفت در صورتی که تمامی شرایط قرارداد پیش‌فروش ساختمان رعایت شود، با قرارداد استصناع منطبق می‌باشد. از جمله این شرایط، این است که مشخصات فنی و معماری ساختمانی، زمان تحویل واحد ساختمانی و ابعاد و مساحت، تعداد اتاق‌ها، پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک و سایر اوصاف ساختمانی نزد طرفین و در قرارداد آنها معلوم و مشخص شود، به‌گونه‌ای که از تعهدات طرفین و مورد معامله رفع جهل شود. اگرچه برخی معتقدند که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، همان عقد استصناع است (علوی قزوینی و شفایی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۷) با وجود این، نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را با استصناع منطبق دانست. زیرا در استصناع یک طرف در مقابل مبلغی که به طرف مقابل می‌پردازد سفارش ساخت کالایی را می‌دهد در حالی که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، در واقع خود پیش‌فروشنده اقدام به اخذ مجوز و ساخت ساختمان می‌کند، بدون اینکه سفارشی در بین باشد. به علاوه، استصناع مختص اموال منقول است (پیرهادی، ۱۳۸۵، ص ۴۰)، در حالی که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، اختصاص به اموال غیرمنقول دارد. همچنین موضوع استصناع مال کلی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۲۶)، در حالی که مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، یک مال عین معین است. همچنین طبق نظر بسیاری از فقها، استصناع عقدی جایز است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۵۷۱ / طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۱۵)، در حالی که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، عقدی لازم می‌باشد. زیرا علاوه بر اصل لزوم قراردادها، مواد ۶ و ۷ قانون

پیش فروش ساختمان، تحت شرایطی برای طرفین قرارداد حق فسخ قائل شده است، درحالی که در عقد جائز، علت قانونی برای فسخ قرارداد نیاز نیست.

#### ۴. قرارداد پیش فروش و عقد بیع

استفاده از عبارات «پیش فروش، پیش خرید، پیش فروشنده و پیش خریدار» و سایر عباراتی که اشاره به عقد بیع دارند، در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ می تواند دلالت بر بیع بودن قرارداد پیش فروش ساختمان داشته باشد؛ لذا دیدگاه بیع بودن قرارداد پیش فروش ساختمان از این لحاظ قابل توجیه و با نظر عرف جامعه نیز سازگار است. ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». برای صحت هر معامله اصولاً لازم است مورد آن در زمان انشای معامله نزد طرفین معامله به صورت تفصیلی معلوم باشد. در صورت مجهول بودن مورد معامله حتی نزد یک طرف، آن معامله باطل خواهد بود. برای معلوم بودن مورد معامله ضروری است مورد معامله از سه لحاظ معلوم باشد: ماهیت، مقدار و اوصاف (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۹۵-۳۴۲).

در قراردادهای پیش فروش ساختمان تمام مشخصات ساختمان از قبیل موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری، مساحت عرصه و زیر بنا و... در نقشه ساختمانی معین می شود و به اطلاع پیش خریدار می رسد. از این جهت آنچه به عنوان معلوم و معین بودن مورد معامله ذکر می شود، در این قرارداد رعایت گردیده و قرارداد به این لحاظ نقصی نخواهد داشت؛ لذا می توان گفت در قراردادهای پیش فروش ساختمان شرط اصلی معلوم بودن مورد معامله مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی رعایت می شود (مصطفوی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۸). در قانون مدنی عینی که مورد خرید و فروش قرار می گیرد به انواع گوناگونی تقسیم شده است. ماده ۳۵۰ قانون مدنی اشعار می دارد: «مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و هم چنین ممکن است کلی فی الذمه باشد». به این لحاظ بیع کلیه اقسام عین، شامل کلی، کلی در معین و عین معین را بررسی کرده و قرارداد پیش فروش آپارتمان را با هر یک مورد مقایسه قرار می دهیم.

## ۴-۱. کلی در ذمه

یکی از انواع بیع که در قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بیع کلی در ذمه است. در صورتی که مبیع، کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده می‌باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود (ماده ۳۵۱ ق.م.ا)؛ لذا در تعریف کلی می‌توان اظهار داشت: «کلی، مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷). در جایی که موضوع تعهد، عین کلی می‌باشد، لزومی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد، زیرا انتقال با تراضی صورت می‌گیرد (همان، ص ۱۷۲). آن چه می‌تواند به‌عنوان بیع کلی فی الذمه قرار گیرد، مال مثلی است. مال مثلی را می‌توان به‌صورت عین معین، کلی در معین یا کلی فی الذمه معامله کرد. زیرا به هر کدام از سه صورت مذکور معامله صورت گیرد، می‌توان از آن رفع ابهام کرد و در نتیجه وصف معلوم بودن مورد معامله را فراهم آورد. مال قیمی یعنی مالی را که دارای امثال از هر لحاظ مساوی نباشد؛ منحصرأ به‌صورت عین معین می‌توان فروخت و اگر به‌صورت کلی فی الذمه یا کلی در معین مورد معامله قرار بگیرد، عقد بیع باطل خواهد بود. زیرا در این دو حالت، مبیع مجهول می‌ماند و معلوم و معین نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۲-۲۳).

حال، سوال این است که آیا آپارتمان ساخته نشده را می‌توان به‌صورت کلی فی الذمه معامله کرد یا خیر؟ در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان بر اساس ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، باید اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین گردد. فروشنده نیز تعهد می‌کند آپارتمان را با مشخصات ذکر شده در قرارداد ظرف مهلت تعیین شده بسازد و تسلیم خریدار نماید. پس آپارتمانی که با مشخصات و مخصوصاً ابعاد و موقعیت جغرافیایی و دید منظره خاص ذکر شده ساخته می‌شود (ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان)، مال قیمی محسوب می‌گردد که نظایر و اشباه آن را نمی‌توان در جای دیگر پیدا کرد، هر چند امکان دارد ساختمان یا واحدهای دیگری شبیه آن باشند، اما به دلیل اینکه از لحاظ موقعیت، منظره قابل مشاهده، هر کدام قیمت متفاوتی دارند، باید گفت آپارتمان یک مال قیمی است. همان گونه که قبلاً عنوان گردید، مال قیمی را جز به‌صورت عین معین نمی‌توان فروخت، چرا که در غیر این صورت، مورد معامله مجهول و غیر معلوم می‌شود و باعث بطلان بیع خواهد شد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که فروش آپارتمان ساخته نشده به‌صورت کلی فی الذمه امکان نخواهد داشت چون در این صورت برخی صفات، مجهول یا مردد شده و این موجب بطلان قرارداد خواهد شد. در نتیجه

باتوجه به دلایل مذکور، اساساً اموال قیمی مانند زمین و ساختمان را نمی‌توان به صورت کلی فی الذمه فروخت و در صورت فروش به صورت کلی فی الذمه، بیع باطل است و دیگر نمی‌توان اراده طرفین را در چارچوب قانون پیش‌فروش ساختمان تفسیر کرد.

همچنین چنانچه معتقد باشیم که قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب بیع کلی در ذمه منعقد می‌گردد، نتیجه این خواهد بود که آپارتمان موضوع قرارداد پیش‌فروش تا پیش از تسلیم، تحت مالکیت پیش‌فروشنده قرار دارد و بر این مبنا او می‌تواند قبل از تسلیم آن را به غیر منتقل نماید، زیرا تا زمانی که مصداق مبیع کلی در ذمه تعیین و تسلیم نشده، مال در مالکیت بایع است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۲) و بر همین مبنا طلبکاران پیش‌فروشنده می‌توانند در مقابل طلب خود آپارتمان را توقیف و به فروش برسانند و تا زمانی که ساختمان تسلیم پیش‌خردار نشده وی هیچ حقی نسبت به آن ندارد (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴). اما این نتیجه با حکم ماده ۱۵ قانون پیش‌فروش ساختمان مغایرت دارد. زیرا بر اساس ماده مزبور: «عرصه و اعیان واحد پیش‌فروش شده و نیز اقساط و وجوه وصول و یا تعهد شده بابت آن، قبل از انتقال رسمی واحد پیش‌فروش شده به پیش‌خردار قابل توقیف و تأمین به نفع پیش‌فروشنده یا طلبکار او نیست».

## ۴-۲. کلی در معین

امکان دارد موضوع تعهد «مقدار معین به‌طور کلی از شیء متساوی الاجزاء» باشد (ماده ۳۵۰ ق.م.). مانند دو خروار گندم از خرمن گندم موجود. در این صورت، موضوع تعهد باید از مال معین داده شود و از این جهت «در حکم عین معین» می‌باشد (ماده ۴۰۲ ق.م.). در نتیجه، اگر خرمن گندم از بین برود، دیگر تعهد قابل اجرا نمی‌باشد و موضوع آن ضمن تلف کل نابود می‌شود. اما تلف بعضی از کل معین، تا جایی که به میزان مقدار تعهد موجود است، به نفوذ تعهد و نیروی الزام آور آن صدمه‌ای وارد نمی‌آورد هر چند تلف پیش از عقد یا تسلیم رخ داده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۳). به این ترتیب در تعهد به کلی در معین، اولاً مبیع در خارج وجود دارد، ثانیاً مبیع مشخص نمی‌باشد، بلکه مقداری از کل مال موجود در خارج می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۵۴۹). با این ترتیب، آپارتمانی را که هنوز ساخته نشده است نمی‌توان در قالب کلی در معین فروخت. زیرا آنچه در کلی در معین مورد معامله قرار می‌گیرد مال مثلی می‌باشد. چنان که در ماده ۳۵۰ قانون مدنی، در تعریف کلی در معین «بر مقدار معین به‌طور کلی از شیء متساوی الاجزاء»

تأکید می‌کند. منظور از شیء متساوی الاجزاء همان مال مثلی است و به این علت که میزان خریداری شده نیز به نحوی باید قسمتی از همان مال مثلی باشد؛ لذا باید گفت مورد معامله کلی در معین، مال مثلی است.

برخی معتقدند، آپارتمانهایی که توسط شرکتهای بزرگ در تعداد زیاد و در سطح گسترده در قالب مجتمع‌ها، بلوک‌ها، شهرک‌ها به صورت هم شکل و با نقشه واحد ساخته می‌شوند و از دید عرف تفاوت چندانی با یکدیگر، مال مثلی هستند (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۷). در نتیجه در چنین شرایطی واحدها به صورت کلی در معین مورد فروش قرار می‌گیرند. همانطور که گفتیم کلی در معین در خصوص اموال مثلی امکان پذیر است، لیکن ساختمان و املاک با توجه به قانون پیش فروش ساختمان و شرایط قرارداد پیش فروش، یک مال قیمی محسوب می‌شوند و اشیاء متساوی الاجزاء نیستند. همچنین در بیع کلی در معین، هنگام انعقاد عقد بیع، اجزای مبیع باید در عالم خارج وجود داشته باشد و مقدار به فروش رفته به صورت کلی در معین، محصور در داخل آن باشد، اگرچه از هم تفکیک نشده باشند. در صورتی که در آپارتمان ساخته نشده، در زمان انعقاد قرارداد پیش فروش، هنوز آپارتمان وجود خارجی ندارد و قرار است در آینده و در مهلت معینی فروشنده مطابق با نقشه ساختمانی آن را بسازد و به خریدار تحویل دهد (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۴)؛ بنابراین امکان انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب بیع کلی در معین وجود ندارد.

### ۴.۳. عین معین

عین معین مالی است که در عالم خارج، جدای از دیگر اموال، مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می‌شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵). در جایی که عین معین تملیک می‌شود، آن چه انتقال داده می‌شود حق مالی است که شخص انتقال دهنده را به مال موضوع معامله مرتبط می‌کند. این ارتباط، زمانی به وجود می‌آید که دو پایه آن یعنی شخص و مال، موجود باشد وگرنه حقی ایجاد نمی‌شود تا مورد انتقال قرار گیرد. به همین دلیل در این گونه موارد، اگر عین در زمان انتقال معلوم نباشد، عقد باطل می‌باشد. برای مثال؛ اگر معلوم شود ماشین فروخته شده هنگام بیع وجود نداشته است، بیع هیچ اثری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۶۹). این قاعده در تمام مواردی که قصد انشاء به عین خارجی

تعلق می‌گیرد، اجرا می‌شود اگر چه انتقال در آینده صورت گیرد. همین قاعده را ماده ۳۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». بطلان بیع اعم است از این که مبیع عین معین پیش از انعقاد قرارداد وجود داشته، ولی حین عقد از بین رفته است یا این که هنوز ایجاد نشده و طبق قرارداد باید در آینده به وجود آید. در نتیجه، نمی‌توان مال غیر موجود را انتقال داد، ولو آنکه پیدایش آن در زمان بعد محقق باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۰۸-۳۰۹).

در قرارداد پیش‌فروش ساختمان به موجب بند ۳ و ۴ ماده ۲ باید اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله، مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود مانند موقعیت، ابعاد، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت‌های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است، در قرارداد تصریح شود. این بدین معناست که ساختمانی که با این مشخصات ساخته می‌شود مال قیمی است و معامله مال قیمی جز به طریق عین معین امکانپذیر نیست.

باتوجه به اینکه مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، عین معین است و چون ماده ۳۶۱ ق.م. عدم وجود مبیع در بیع عین معین را سبب بطلان معامله دانسته است؛ لذا در صورتی که کسی ساختمانی را که هنوز ساخته نشده است به صورت بیع عین معین به دیگری منتقل کند معامله او باطل خواهد بود؛ بنابراین قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب هیچ‌یک از انواع بیع جای نمی‌گیرد.

## ۵. قرارداد پیش‌فروش و عقد بیع معلق

طبق مفهوم ماده ۱۸۹ قانون مدنی، عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری باشد. برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند که بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، از نوع بیع معلق می‌باشد. در حقوق ایران اگر چه در بیع آینده (بیع آپارتمان‌های ساخته نشده)، تملیک تدریجی وجود ندارد، اما این مفهوم (تملیک تدریجی) در قالب شرط در حقوق ما می‌تواند نافذ باشد؛ چرا که اگر قبول کنیم تملیک، معلق به ساخته شدن آپارتمان می‌باشد، دلیلی وجود ندارد که

تملیک بخشی از آپارتمان‌های ساخته شده (نیمه‌ساخته) را نیز به همان صورت (تدریجی) نپذیریم (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۷۹). نحوه تطبیق بیع معلق بر قرارداد پیش فروش را شاید بتوان این طور تبیین کرد که در این قرارداد، انتقال سازه‌ها به پیش خریدار، همزمان با ایجاب و قبول نمی‌باشد، بلکه با تشخیص واحدها صورت می‌پذیرد و در نتیجه مالکیت پیش خریدار نسبت به واحد ساختمانی، از طریق بیع معلق خواهد بود. اما باید گفت این احتمال نیز وجود دارد که در فاصله میان انعقاد قرارداد و تملک واحد ساختمانی، پیش خریدار با سوء استفاده‌های پیش فروشنده رو به رو شود؛ به این معنا که پیش فروشنده امکان دارد راجع به واحد ساختمانی مورد نظر، به علت عدم تملک پیش خریدار، با اشخاص متعددی قرارداد پیش فروش ببندد (حاتمی و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۸۴).

نظر مخالفی که وجود دارد این است که اگر تملیک آپارتمان‌های ساخته نشده را معلق بر وجود آپارتمان بدانیم یا آن را عقد معلق به حساب آوریم، با توجه به شرایط عقد معلق که تمامی ارکان عقد در حین تحقق آن حاصل می‌باشد و تنها آثار عقد، معلق بر یک پدیده و امر حقوقی که خارج از اختیار دو طرف عقد است، موکول شده است، با شرایط قرارداد پیش فروش آپارتمان متفاوت خواهد بود. چرا که هنوز مورد معامله وجود خارجی پیدا نکرده تا مالکیت خریدار معلق به شرطی شود و تعلیق بر موجودیت آپارتمان یک حادثه خارجی و خارج از اختیار تلقی نمی‌شود. قرارداد آن گونه از استحکام و قاطعیت برخوردار می‌باشد که وجود و حصول آن در آینده امری حتمی است. در صورتی که تعلیق عبارت است از وابسته کردن عقد به امر دیگری که خارجی و محتمل الحصول در آینده می‌باشد و تعلیق شیء معلوم الحصول و قطعی الحصول در آینده که در انشاء عقد مشروط به حصول آن شیء (وجود پیدا کردن ساختمان) شده باشد، محل اشکال و ایراد است<sup>۱</sup> (گرگی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۱/ کاشف الغطاء، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۱۷۸). در فقه نیز معلق کردن و مشروط کردن بیع بر چیزی که در زمان عقد حاصل نمی‌باشد، احتیاطاً جایز نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۲۶۶).

در نتیجه در فرض ما هنگامی که مبیع وجود ندارد، نمی‌توان عقدی منعقد ساخت که وقوع

۱. تعیین جریمه تاخیر به عنوان ضمانت اجرای عدم انجام تعهد در ماده ۶ قانون پیش فروش ساختمان، دلالت بر خارجی و محتمل الحصول نبودن تعهد پیش فروشنده به ایجاد ساختمان دارد. زیرا در هیچ عقد معلقی نمی‌توان متعهد را الزام به تحقق معلق علیه نمود و یا به علت تاخیر در تحقق معلق علیه وی را ملزم به پرداخت خسارت نمود. زیرا در یک عقد معلق فرض این است که معلق علیه امری خارجی است؛ لذا هیچ یک از طرفین توانی در تحقق آن ندارند.

معلق علیه همان وجود مبیع باشد و نام آن را عقد معلق نهاد. چرا که در این صورت ایجاب بر امر معدومی صورت پذیرفته که امکان تحقق آن در زمان عقد وجود نداشته و در نتیجه مانند صغیر غیر ممیز نیروی درک تکلیف و خطاب ایجاب را نداشته و همانند تعلیق در انشاء می باشد (گرجی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۱). عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان که مقرر می دارد: «... 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) در آید...»، ناظر بر «سه» صورت متفاوت برای انتقال مالکیت می باشد که بر مبنای این تعریف، امکان انتقال مالکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی نیز مورد قبول قرار گرفته است.

## ۶. قرارداد پیش فروش و تعهد به بیع

تعهد به بیع، یکی از اقسام عقود نامعین می باشد که موضوع آن، یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن می باشد (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۲۳). گاه دو طرف عقد برای انعقاد قراردادی گفتگو و مذاکره می نمایند و این گفتگوهای مقدماتی منجر به توافق میان دو طرف می شود، اما مشکلی در بین است که از انعقاد قرارداد ممانعت به عمل می آورد. در این موارد پیمان مقدماتی یا پیش قرارداد درباره انعقاد نهائی قرارداد مورد نظر بسته می شود و براساس آن، هر دو طرف خود را به پیمان بستن با شرایط معین و ظرف مهلت معین ملتزم می نمایند. برخی از حقوقدانان، تعهد به بیع را تحت عنوان «قولنامه» می شناسند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۲). بنا بر تحلیلی که قرارداد پیش فروش ساختمان را نوعی تعهد به بیع می داند، پیش فروشنده به نحو الزام آوری در مقابل پیش خریدار متعهد به ساخت ساختمانی با مشخصات معلوم در محلی معین می شود تا پس از اتمام و دریافت آخرین قسط ثمن، ساختمان را به پیش خریدار تملیک نماید. به بیان دیگر، متعهدله تا قبل از تکمیل ساختمان، هیچ حق عینی بر زمین و مستحدثات نداشته و دارای یک حق دینی بر دوش متعهد می باشد (زرنگار، ۱۳۸۹، ص ۳۲).

تحلیل قرارداد پیش فروش به تعهد به بیع متضمن اشکالاتی است؛ از جمله اینکه طبق ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان، «پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می گردد...». این به این معنا است که پیش خریدار بعد از انعقاد قرارداد و پرداخت اقساط، مالک ملک پیش فروش شده می گردد و لزومی به انشای عقد یا عمل حقوقی



دیگری برای مالکیت او نمی‌باشد. در تعهد به بیع، برای دو طرف قرارداد، صرفاً یک حق دینی نسبت به طرف مقابل به وجود می‌آید که براساس آن، متعهدله تنها می‌تواند با مراجعه به دادگاه حقوقی الزام متعهد به انجام تعهدش را بخواهد و قبل از اقدام به انعقاد بیع، هیچ انتقال مالکیتی رخ نمی‌دهد. ضمن اینکه مطابق ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان: «... 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 (پیش‌خریدار) درآید». ماده مذکور صراحتاً دلالت بر این امر دارد که اثر اصلی قرارداد پیش‌فروش ساختمان، تملیک ساختمان به پیش‌خریدار است و هیچ‌گونه دلالتی بر تعهد به بیع ندارد؛ بنابراین معلوم می‌شود قانونگذار ماهیت این قرارداد را تعهد به بیع نمی‌داند.

## ۷. قرارداد پیش‌فروش و عقد نامعین (قرارداد خصوصی)

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» برخی معتقدند که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، یک قرارداد خصوصی است که واجد آثار و شرایط یک قرارداد بوده و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی قراردادها بر آن حاکم می‌باشد و طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش در برابر هم مسئول هستند (ممی‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۰۴ / مصطفوی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳). بر این اساس، قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، فقط شامل عقود عهدی نمی‌گردد، بلکه عقود تملیکی را هم در برمی‌گیرد. در نتیجه در این مورد، قرارداد خصوصی تملیکی می‌باشد و خریدار مالک واحد ساختمان در هنگام انعقاد قرارداد خواهد شد؛ بنابراین متقاضی، مبالغ مورد تعهد را پرداخت می‌نماید به این قصد که مالک ساختمان خواهد شد و سازنده همچنین تعهد می‌کند که در برابر پرداخت آن مبالغ، ساختمان را ساخته و به متقاضی تحویل دهد (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۷۷). قرارداد پیش‌فروش ساختمان را نمی‌توان یک قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانست، چرا که این قرارداد بر طبق قانون جدید یک عقد معین بوده و شرایط، احکام و آثار مخصوص به خود را دارد. در نتیجه، حتی اگر طرفین قرارداد از قالب ماده ۱۰ قانون مدنی برای انعقاد عقد استفاده کرده و آن را یک قرارداد خصوصی تلقی کنند، این نظریه در حقیقت همان جاری کردن آثار قرارداد پیش‌فروش می‌باشد در صورتی که افراد نمی‌توانند با انعقاد قرارداد خصوصی از آثار، لوازم و قواعد امری یک عقد معین تخلف نمایند.

برای عدم پذیرش انطباق قرارداد پیش فروش ساختمان با اصل آزادی قراردادها، همین بس که هدف از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی در نظر قانونگذار این است که منبع تصحیح انشائاتی باشد که در هیچ یک از قالب عقود معین نمی‌گنجد و قانونگذار، آن ماهیت را پیش بینی ننموده است (طباطبایی و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۶۹). با تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹، قانونگذار قرارداد پیش فروش ساختمان را تعریف نموده و شرایط و آثار و حدود حقوق و تعهدات طرفین را به طور مبسوط مقرر داشته است، به طوریکه با این وصف تردیدی در این خصوص که قرارداد پیش فروش ساختمان یک نوع عقد معین با شرایط و آثار خاص قانونی می‌باشد، وجود نخواهد داشت.

## ۸. قرارداد پیش فروش: عقد معین مستقل

قرارداد پیش فروش ساختمان، قرارداد نوظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها بر آن، تابع احکام ویژه مندرج در قانون پیش فروش ساختمان نیز می‌باشد. این قرارداد با توجه به ماده ۳ این قانون، از قراردادهای با نام بوده و درعین حال وفق ماده مذکور در زمره قراردادهای تشریفاتی نیز می‌باشد و تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن است و پرداخت ثمن نیز در آن دارای آثار مهم است. بر این مبنا برخی، قرارداد پیش فروش ساختمان را نوعی بیع خاص که دارای احکام و ویژگیهای متمایز است تلقی نموده‌اند (محمدی و حسینی مقدم، ۱۳۹۱، ص ۱۷۶). در مورد ماهیت قرارداد پیش فروش، باید دو مرحله زمانی را از هم تفکیک کرد: با انعقاد قرارداد و قبل از شروع عملیات ساختمانی و قبل از پرداخت اقساط تعیین شده توسط پیش خریدار، قرارداد مذکور یک عقد عهدی است که برای طرفین، تعهداتی را ایجاد می‌کند: برای پیش فروشنده، تعهد احداث ساختمان و برای پیش خریدار، تعهد پرداخت اقساط تعیین شده. درج خلاصه قرارداد پیش فروش در سند مالکیت و دفتر املاک و سامانه الکترونیکی اداره ثبت نیز به منظور آگاهی اشخاص ثالث از تعهدات پیش فروشنده نسبت به ملک پیش فروش شده، است. بعد از شروع عملیات ساخت و پرداخت اقساط توسط پیش خریدار، به تدریج برای او حق عینی نسبت به ملک پیش فروش شده، ایجاد می‌شود که با تکمیل ساختمان، پیش خریدار، مالک ملک مذکور خواهد شد. از این رو، ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر داشته است که پیش خریدار، به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده، می‌گردد. بر این اساس، بعد از تکمیل احداث ساختمان، پیش خریدار حق عینی بر ملک می‌یابد، ولی قبل از تکمیل ساختمان،

نسبت به مقدار احداث شده، پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی، مالک شده و حق عینی می‌یابد ولی نسبت به باقیمانده، صرفاً یک حق دینی برای پیش خریدار وجود دارد.

## نتیجه

با تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قرارداد پیش فروش ساختمان، قراردادی با شرایط و آثار خاص خود می‌باشد که ضمن شباهت با برخی نهادهای فقهی و حقوقی موجود، در قالب هیچ‌یک از آنها قرار نمی‌گیرد. قرارداد پیش فروش ساختمان، یک عقد معین مستقل و خاص است. اگر تا قبل از تصویب قانون پیش فروش ساختمان، ممکن بود قرارداد مزبور را قرارداد خصوصی و عقد نامعین محسوب نمود، با تصویب قانون مذکور که قانونگذار به بیان شرایط، احکام و آثار این قرارداد پرداخته است، قرارداد مزبور در زمره عقود معین قرار گرفته شده و دارای اعتبار ذاتی و مستقل است. دو مرحله مهم را در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان باید در نظر گرفت. مرحله پس از انعقاد قرارداد پیش فروش و قبل از شروع عملیات ساختمانی و قبل از پرداخت اقساط تعیین شده توسط پیش خریدار، که در این مرحله قرارداد مذکور یک عقد عهدی است که برای طرفین، تعهداتی را ایجاد می‌کند. مرحله بعد از شروع عملیات ساخت و پرداخت اقساط توسط پیش خریدار که به تدریج برای او حق عینی نسبت به ملک پیش فروش شده، ایجاد می‌شود که با تکمیل ساختمان، پیش خریدار، مالک ملک مذکور خواهد شد.

## منابع

۱. ابن زهره، حمزه بن علی؛ غنیه النزوع إلى علمی الأصول والفروع؛ قم: مؤسسه امام صادق □، ۱۴۱۷ق.
۲. ابهری، حمید و محمد حسین تقی پور درزی نقیبی؛ «تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی»، مجله مطالعات حقوق خصوصی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۴، ص ۱-۲۰.
۳. اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد؛ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷ق.
۴. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ۷، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸.
۵. انصاری، محمد علی؛ الموسوعة الفقهية الميسرة؛ ج ۲، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۵ق.
۶. انصاری، مرتضی؛ کتاب مکاسب؛ ج ۴، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۷. ایزدی فرد، علی اکبر و حسین کاویار؛ «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق؛ ش ۱۸، بهار ۱۳۸۷، ص ۸۷-۱۱۴.
۸. پیرهادی، محمدرضا؛ «انتقال مالکیت در بیع مال آینده»، مجله حقوقی عدالت آراء؛ ش ۴ و ۵، تابستان و پاییز ۱۳۸۵، ص ۳۹-۷۹.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ ج ۱۹، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت؛ تهران: چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۵۷.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ فرهنگ عناصر شناسی، حقوق مدنی، حقوق جزا؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۲، ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.

۱۳. جمعی از پژوهشگران (زیرنظر سید محمود شاهرودی)؛ موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت □؛ ج ۱۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت □، ۱۴۲۳ق.
۱۴. حاتمی، علی اصغر و حانیه ذاکری نیا؛ «ماهیت قراردادهای ساخت و ساز (در فرض پیش فروش)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۷۱-۹۳.
۱۵. حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۶. خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، ۱۴۲۱ق.
۱۷. خوانساری، سید احمد بن یوسف؛ جامع المدارک فی شرح مختصر النافع؛ ج ۳، ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۱۸. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه دهخدا؛ ج ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۱۹. زرنگار، فرناز؛ قرارداد پیش فروش ساختمان؛ ج ۱، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
۲۰. سرخسی، شمس الدین؛ المبسوط للسرخسی؛ دراسة و تحقیق خلیل محی الدین المیس؛ ج ۱۲، بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۱ق.
۲۱. سیفی زیناب، غلامعلی و منصوره حسن زاده؛ «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۶۱-۲۱۸.
۲۲. شهیدی، مهدی؛ «اندیشه های حقوقی»، مجموعه مقالات حقوقی؛ ج ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
۲۳. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادهای و تعهدات؛ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۲۴. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی شش؛ ج ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
۲۵. طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ حاشیه المکاسب؛ ج ۱، ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۲۶. طباطبایی، محمد صادق و عباس کیانی؛ «تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۸۵، بهار ۱۳۹۳، ص ۴۵-۸۲.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد؛ الخلاف؛ ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمد؛ النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی؛ ج ۲، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ق.

۲۹. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ روضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ۳، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۳۰. عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت □، ۱۴۰۹ق.
۳۱. علوی قزوینی، علی و عبدالله شفايي؛ «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)»، مجله حقوق تطبیقی؛ ش ۱۰۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، ص ۸۹-۱۱۰.
۳۲. علیزاده، حسن؛ قراردادهای پیش آپارتمان؛ تهران: میثاق عدالت، ۱۳۸۳.
۳۳. عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی عمید؛ ج ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۹.
۳۴. غریبه، علی و ناصر مسعودی؛ «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع»، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۷-۱۷۵.
۳۵. فاضل‌آبی، حسن بن ابی‌طالب؛ کشف‌الرموز فی شرح مختصرالنافع؛ ج ۱، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق.
۳۶. کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
۳۷. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، دوره عقود معین؛ ج ۱، ج ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۳۸. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۳۹. کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض - عقود تملیکی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۴۰. کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ وجیزة الأحكام؛ ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶.
۴۱. کرکی (محقق کرکی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۴، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت □، ۱۴۱۴ق.
۴۲. گرجی، ابوالقاسم؛ مقالات حقوقی؛ ج ۱، ج ۲، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۴۳. محمدی، سام و حسن حسینی مقدم؛ «زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹»، مجله حقوق خصوصی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۵۵-۱۸۰.
۴۴. مروارید، محمدعلی؛ الینایع الفقهية (کتاب المتاجر)؛ ج ۱۳، ج ۳، بیروت: مؤسسه فقه‌الشیعه، ۱۹۹۳م.
۴۵. مصطفوی، سیدمصطفی و علی اصغر رحیمی؛ «ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق

- ایران و فقه امامیه»، حقوق خصوصی؛ ش ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۴۵-۱۹۱.
۴۶. ممی زاده، مهدی؛ «ماهیت شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان (همراه با نقد مختصر لایحه جدید پیش فروش ساختمان)»، ماهنامه کانون؛ ش ۷۸، اسفند ۱۳۸۶، ص ۹۲-۱۳۷.
۴۷. مؤمن قمی، محمد؛ «استصناع (قرارداد سفارش ساخت)»، مجله فقه اهل بیت □؛ ش ۱۱-۱۲، پائیز و زمستان ۱۳۷۶، ص ۲۰۱-۲۳۹.
۴۸. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۴ و ۲۸، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

