

## مطالعه‌ی تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس

دکتر حبیب‌الله رحیمی\*

نسرين خدارحمی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۹/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۸/۸

### چکیده

قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از جمله قراردادهایی است که همگام با پیشرفت و صنعتی شدن جوامع رشد روزافزونی داشته است. ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادها و نیز شرایط و آثار آن پاره‌ای ابهامات را به ذهن متبادر می‌کند. ابهاماتی که با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان نیز مرتفع نگردید.

در این مقاله ابتدا ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و سپس شرایط و آثار قرارداد مزبور را با نگاهی به حقوق انگلیس بررسی می‌کنیم. به نظر می‌رسد که قالب حقوقی شایسته برای بیان ماهیت قرارداد مزبور، قالب «بیع معدوم به تبع موجود» می‌باشد که در این تحقیق به آن اشاره می‌شود. قرارداد پیش‌فروش آپارتمان علاوه بر شرایط اساسی قراردادها دارای شرایط شکلی خاصی جهت تنظیم قرارداد می‌باشد. واضح است که فقدان شرایط اساسی و شکلی قرارداد، ضمانت اجرای خاص خود را دارد؛ همچنین قرارداد مزبور هم در حقوق ایران هم در حقوق انگلیس واجد آثاری نسبت به پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار و ثالث می‌باشد.

**کلید واژگان:** عقد، بیع، سلم، تعهد به بیع، قرارداد کار و مواد.

---

\* استادیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسؤل).

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی. [nasrin.khodarahmii@gmail.com](mailto:nasrin.khodarahmii@gmail.com)

**مقدمه:**

امروزه قراردادهایی تحت عنوان پیش‌فروش آپارتمان رواج چشمگیری یافته و موجب طرح دعاوی متعددی در مراجع دادگستری گردیده است. ماهیت حقوقی این گونه قراردادهای و نیز شرایط و آثار آن پاره‌ای ابهامات را به ذهن متبادر می‌کند. ابهاماتی که با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان نیز مرتفع نگردید؛ چراکه قانون مزبور که قانونی غالباً شکلی است بیشتر به منظور نظم‌دهی به این معاملات و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی سودجویان و کلاهبرداران است و بر این اساس این مصوبه اساساً درصدد پرداختن به ماهیت قرارداد مورد بحث نیست؛ در حالیکه شایسته بود به دلیل اختلاف‌نظری که در باب ماهیت این قراردادهای هم از لحاظ تئوری و هم از لحاظ عملی در رویه‌ی قضایی مشاهده می‌شد قانون مزبور در ماده‌ای جداگانه یا حداقل در بحث آثار، اشاره‌ای به ماهیت این گونه قراردادهای می‌نمود تا پایان دهنده‌ی مباحث مربوط به ماهیت قرارداد مزبور باشد. نتیجه‌ی این امر عدم تأثیر تصویب قانون جدید در شفاف‌سازی رویه‌ی قضایی در خصوص ماهیت قرارداد مزبور می‌باشد.

بنابراین به نظر می‌رسد که به دلیل اختلاف نظرهایی که در مورد ماهیت قرارداد و به تبع آن در مورد شرایط و آثار آن وجود دارد هنوز هم باب تحقیق در این زمینه باز می‌باشد. در همین راستا این مقاله مشتمل بر سه بخش ابتدا به بررسی ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و سپس شرایط و در نهایت آثار قرارداد مزبور می‌پردازد.

**۱. ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان**

ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را در دو بخش مجزا تحت عنوان تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با عقود عهده‌ی و عقود تملیکی مطالعه می‌کنیم.

**۱-۱- تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با عقود عهده‌ی**

قرارداد مورد بحث، با عقود عهده‌ی نظیر تعهد به بیع، قرارداد اراضی کار و مواد و نیز قرارداد مقاطعه‌کاری قابل مقایسه می‌باشد که در سه بخش پیاپی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۱-۱-۱ - تعهد به بیع

از مصادیق بارز قراردادهای بی‌نام که در عرف معاملات رواج گسترده‌ای یافته است تعهد به بیع می‌باشد که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به "قولنامه" معروف است.<sup>۱</sup> تحلیل قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تعهد به بیع به دلایل ذیل صحیح نمی‌آید:

الف) عدم وجود قصد مشترک: اولین ایراد این نظریه این است که در تفسیر هر قراردادی بایستی به قصد و خواست مشترک طرفین قرارداد توجه نمود. منظور و خواست اصلی طرفین از انعقاد قرارداد پیش‌فروش آپارتمان این نیست که صرفاً یک وعده‌ی بیع محقق شود بلکه از قرارداد پیش‌فروش این گونه برمی‌آید که طرفین قصد خرید و فروش داشته باشند نه تعهد به بیع.<sup>۲</sup>

ب) توقیف اموال سازنده: ممکن است متعهد یعنی سازنده، ورشکسته و مقروض شود. در این حالت طلبکاران طبق قانون می‌توانند اموال فرد مدیون را توقیف کنند که یکی از این اموال، ساختمان نیمه‌کاره است.<sup>۳</sup> زیرا هنوز به مالکیت خریدار در نیامده است.<sup>۴</sup>

ج) انتقال مال به دیگری: متعهد (فروشنده) می‌تواند پس از اتمام ساختمان از تعهد خود سرپیچی کند و مال موضوع قرارداد را به فرد ثالثی انتقال دهد.

### ۱-۱-۲ - قرارداد ارائه‌ی کار و مواد

قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در حقوق انگلیس دربردارنده‌ی شماری از افراد و در نتیجه یک شبکه از روابط قراردادی است. شخصی که ساختمانی را می‌سازد و سپس به فروش می‌رساند، سازنده<sup>۵</sup> نام دارد که در سراسر زمین حق تصرف یا مالکیت دارد. طرف دیگر یعنی کسی که بعد از

۱- رای صادره از شعبه ۱۶ مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، مورخ ۹۱/۱۲/۱، پرونده ۸۹-۴۱۷-۹۴۰.

۲- علیزاده، حسن؛ قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، چاپ اول، نشر میناق عدالت، ۱۳۸۳، ص ۷۵.

۳- زرنگار، فرناز؛ قرارداد پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۸۹، ص ۳۴.

۴- متین، احمد؛ مجموعه‌ی رویه‌ی قضایی کیهان، بی‌تا، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، کیهان، تهران، ص ۲۰۱.

5-Builder who commissions the work on land over which he has right of occupation or ownership.

اینکه ساختمان تکمیل شد مالک می‌شود معمولاً مشتری یا کارفرما<sup>۱</sup> نامیده می‌شود. در یک قرارداد ساختمانی، روابط قراردادی بین سازنده و کسی که ساختمان را پس از تکمیل مالک می‌شود، به قرارداد اصلی<sup>۲</sup> معروف است. پیش‌فروش در حقوق انگلیس به این صورت می‌باشد که سازنده که مالک اولیه زمین می‌باشد ابتدا مالکیت زمین را به خریدار منتقل می‌کند. در این حالت، خریدار مالک زمین می‌شود اما مالکیت او بر ساختمان تا زمانی که بنا کامل می‌شود به تاخیر می‌افتد.<sup>۳</sup>

ماهیت این گونه قراردادهای یعنی قراردادهای مبنی بر احداث ساختمان یا نصب چیزهایی در آن یا روی زمین به شیوه‌ای که آن را تبدیل به یک بنای ثابت روی زمین نماید و نیز به این شرط که تا زمانی که ضمیمه نشود مالکیتی انتقال نیابد، یک قرارداد کار و مواد است<sup>۴</sup> و قرارداد فروش نیست؛<sup>۵</sup> در واقع جایی که موضوع قرارداد، ساخته سپس فروخته می‌شود و موضوع در حالتی نیمه ساخته یا تکمیل نشده قرار دارد از جمله قراردادهای کار و موادی نظیر قراردادهای احداث ساختمان، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که مصالح به زمین الصاق و یا نصب شوند و یا مدلول منطقی موضوع قرارداد شوند.<sup>۶</sup> قراردادهای مربوط به احداث ساختمان و نصب مصالحی روی زمین، جزو قراردادهای کار و مواد و متفاوت از قراردادهای فروش هستند.<sup>۷</sup>

1-Employer

2-Main Contract

3-Michael F. James, *Construction Law*, 2002, 2th ed , Palgrave Publishing,p.3. Atiyah, *Sale of Good*,1968,10th ed,Sweet and Maxwell,p.330.

4-A contract to erect a building in such a manner that it is to become a fixture, and on terms that no property is to pass until it is affixed, is a contract for work and materials and not a sale of goods.

5-Citty Joseph D, *Chitty On Contract*, 1968, V2, Sweet and Maxwell,p.237.6-Benjamin, *Sale of Good*, 5th ed, Sweet and Maxwell, London, p.237.7-Evan Ashfield, *Lincolns Inn Nicholas, Sale of Good and Consumer Credit in Practice*,5th ed,Stanton,London,p12.13.

### ۱-۱-۳- قرارداد مقاطعه‌کاری

برخی نویسندگان در تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با قرارداد پیمانکاری، قرارداد مزبور را با قراردادهای پیمانکاری دولتی مقایسه کرده‌اند؛<sup>۱</sup> در حالیکه اگر بنای ما بر مقایسه این دو قرارداد باشد انتخاب و گزینش قراردادهای پیمانکاری دولتی و چشم پوشی از قراردادهای پیمانکاری خصوصی دلیل موجهی ندارد. ضمن اینکه اساساً مقایسه این دو قرارداد با هم صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه موضوع دو عقد متفاوت می‌باشد.

### ۱-۲-۲- تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با عقود تملیکی

قرارداد مورد بحث، با عقود تملیکی نظیر بیع معلق، بیع سلف، بیع استصناع و بیع معدوم به تبع موجود قابل مقایسه می‌باشد که به ترتیب در بخش‌های زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱-۲-۱- بیع معلق

ابتدا دلایل موافقان<sup>۲</sup> و سپس دلایل مخالفان این نظریه را مطرح می‌کنیم.

#### الف) دلایل موافقان

موافقان در اثبات ادعای خود دلایلی را ذکر کرده‌اند:

۱. یکی از نمونه‌هایی که شبیه فرض مورد بحث می‌باشد وصیت به مال آینده است که ماده‌ی ۸۴۲ ق.م.درباره آن صراحت دارد و می‌گوید: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود».<sup>۳</sup>

۱- علیزاده، حسن؛ همان.

۲- ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمان‌های ساخت نشده»، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره‌ی ۴، ۱۳۸۰، ص ۵۰ / کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، ج اول، چاپ نهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشارات با همکاری بهمن‌یرنا، ۱۳۸۴، ص ۲۷۵.

۳- کاتوزیان؛ همان، صص ۲۷۵ به بعد.

۲. دلیل دیگر موافقان، قیاس قرارداد مورد بحث با اجاره می‌باشد. این گروه معتقدند که در اجاره نیز منافع آینده در زمان عقد موجود نیست ولی با این وجود، منفعت به مستاجر تملیک می‌شود و اجاره باطل نمی‌شود.<sup>۱</sup>

### ب) دلایل مخالفان

بیع معلق قلمداد کردن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان دارای دو ایراد می‌باشد:

#### ۱- ایراد مربوط به شرایط صحت تعلیق

همان‌طور که می‌دانیم مورد معامله در قرارداد مزبور، عین معین است و از شرایط صحت بیع عین معین این است که مبیع در لحظه عقد موجود باشد و اگر مورد معامله وجود نداشته باشد معامله باطل می‌گردد. دلیل بطلان آن این است که معامله فاقد یکی از شرایط اساسی بیع (موجود بودن مبیع معین در زمان عقد) است.<sup>۲</sup> پس اگر عقد معلق بر تراضی دو طرف یا وجود مبیع شود نباید آن را تعلیق واقعی و مورد بحث ما پنداشت.<sup>۳</sup> هدف نگارنده انکار تعلیق موجود در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیست. وجود تعلیق در قرارداد مزبور قابل انکار نیست لکن تعلیق موجود، یک تعلیق اصطلاحی نیست بلکه یک نوع تعلیق صوری در این عقد دیده می‌شود. تذکر این نکته لازم است که توضیحاتی که داده شد هیچ کدام در جهت نفی اختیار طرفین در جداسازی و انفکاک سبب از مسبب نبوده بلکه امکان جداسازی سبب از مسبب امری واضح است؛ چرا که مالکیت امری اعتباری است و در امور اعتباری، تعلیق امری است معقول و در دو طرف می‌توانند سببی برپا سازند که مقتضای آن بعد از وقوع معلق علیه و نه فوری جاری شود؛ به‌ویژه درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.<sup>۴</sup> بحث

۱- قابل ذکر است که دکتر ناصر کاتوزیان ضمن اشاره به وصیت و اجاره، در نهایت ماهیت قرارداد مورد بحث را قرارداد برای فروش می‌دانند.

۲- مؤمنی، مهدی؛ آیین معاملات در اسلام و قوانین ایران، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر مکمال، ۱۳۷۹، ص ۶۵.

۳- حسینی مقدم، سیدعسکر؛ تعلیق در قراردادها، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۷، صص ۱۴، ۳۰، ۲۴، ۱۱۳.

۴- کاتوزیان؛ همان، صص ۲۷۵ به بعد.

ما بیشتر در رابطه با تعلیق تأثیر سبب به شرایط درستی عقد با توجه به قواعد فنی تعلیق و نیز با دقت نظر به شرایط و احکام قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌باشد. هدف ما حتی انکار تعلیق به وجود هم نیست؛ چراکه در مقام بررسی آن نبوده‌ایم؛ چرا که ممکن است تعلیق به وجود صحیح باشد که البته این مطلب هم نیاز به بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن دارد. هدف ما بیشتر بررسی شرایط تعلیق در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌باشد. تعلیق به وجود را صرفاً در قرارداد مزبور و نه در هر قراردادی نمی‌پذیریم. چراکه لازمه‌ی پذیرش تعلیق به وجود در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، تعلیق به شرایط صحت بیع عین معین می‌باشد.

## ۲- بررسی ایرادات مربوط به معلق علیه در نظریه‌ی معلق بودن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

یکی دیگر از شرایط تعلیق واقعی این است که سرنوشت آثار عقد میان طرفین عقد معلوم نباشد و تحقق یا عدم تحقق شرط در آینده معلوم نباشد؛<sup>۱</sup> در حالی که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، چنان از استحکام و قاطعیت برخوردار است که وجود و حصول آن در آینده امری حتمی است و تعلیق عقد به امری معلوم الحصول در آینده که در انشاء عقد مشروط به حصول آن شده باشد محل اشکال است.<sup>۲</sup> ضمن اینکه مقایسه قرارداد پیش‌فروش با وصیت که از عقود مسامحه‌ای است صحیح نیست. در مورد اجاره نیز درست است که مثل قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، موضوع قرارداد یعنی منفعت وجود ندارد اما باید دانست که اصل موجود بودن مبیع در زمان عقد (ماده ۳۶۱ق.م) در تمام انواع عقود کلیت ندارد بلکه منطبق با مواردی است که معقود علیه (مبیع) عین باشد. بنابراین اصل موجود بودن مبیع در زمان عقد در مورد اجاره و کلاً عقودی که موضوع آنها عمل یا منفعت است، جاری نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

۱- کاتوزیان؛ نظریه‌ی عمومی تعهدات، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۱۴.

۲- گرجی، ابوالقاسم؛ مقالات حقوقی، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۶۵.

۳- صبحی محمصانی به نقل از رضا ولویون؛ آپارتمان‌های ساخته نشده، ص ۴۲.

### ۱-۲-۲- بیع سلف

ابتدا وجوه اشتراک و سپس وجوه افتراق دو عقد مزبور را مطالعه می‌کنیم.

#### الف) وجوه اشتراک

۱. اولین شباهت این است که در هر دو عقد، تعهد به تسلیم مبیع مؤجل است.
۲. دومین شباهت این است که در هر دو عقد، قصد اصلی طرفین انتقال مالکیت‌ها می‌باشد.
۳. شباهت دیگر این دو نوع عقد، لزوم ذکر جنس و وصف کالا است که هم در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و هم در بیع سلف رعایت می‌گردد.
۴. شباهت دیگر این دو عقد ضرورت تعیین مدت در قرارداد می‌باشد.
۵. شباهت قابل ذکر دیگر معین بودن این دو عقد می‌باشد. با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲، قانون‌گذار تا حدی شرایط و آثار قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را پیش‌بینی نموده است. همچنین معاملات سلف، یکی از عقود موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا می‌باشد.

#### ب) وجوه افتراق

۱. موضوع معامله در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، عین معین و در بیع سلف عین کلی است. البته در مورد آپارتمان اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای از مراجع تقلید و فقها<sup>۱</sup> و نیز برخی حقوقدانان قائل به کلی بودن آن می‌باشند.<sup>۲</sup>

۱- استفتانات به عمل آمده از حضرت آیت الله خامنه‌ای، به شماره نامه ۷۳۶۳۲ مورخ ۷۹/۸/۱۰ و حضرت آیت الله بهجت که شماره نامه ندارد و مورخ ۷۹/۸/۱۰ و حضرت آیت الله فاضل لنکرانی به شماره نامه ۳۳۸۶۴ مورخ ۷۹/۸/۲۸ و حضرت آیت الله مظاهری به شماره نامه ۱۴۲۱ مورخ ۷۹/۸/۸. برای دیدن رونوشت استفتانات به عمل آمده رک به حیدر علی نصر اصفهانی، ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان، سال تحصیلی ۱۳۷۹، صص ۱۰۶ تا ۱۱۱.

۲- کاتوزیان؛ همان، ص ۲۷۵. البته ایشان از تعبیر "چیزی میانه کلی و معین" استفاده کرده‌اند. همچنین رضا ولویون، همان.



۲. اکثر فقها قبض ثمن در مجلس عقد و پرداخت نقدی آن را یکی از شرایط صحت بیع سلف قلمداد کرده‌اند.<sup>۱</sup> در حالی که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نه تنها ثمن در مجلس عقد قبض نمی‌شود بلکه ثمن معمولاً به صورت اقساط در طی ماه‌ها و شاید سال‌ها پرداخت می‌شود.<sup>۲</sup>
۳. در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان موضوع معامله، مالی غیرمنقول است اما موضوع بیع سلف عموماً اموال منقول است که به صورت کلی فی‌الذمه مورد معامله قرار می‌گیرند.
۴. تفاوت آخر عقد سلف و قرارداد پیش‌فروش آپارتمان این است که در بیع سلف وجود جنس مورد معامله در وقت مقرر برای تحویل به مشتری، فراوان باشد (کمیاب نباشد)<sup>۳</sup> در حالی که تحقق این شرط در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان معنای زیادی ندارد؛ به خصوص این که بعضی از فقها معتقدند که بیع سلف در عقار و زمین جایز نیست.<sup>۴</sup>

### ۱-۲-۳-: قرارداد سفارش ساخت (استصناع)

- جهت مقایسه‌ی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با استصناع بهتر است ابتدا شرایط استصناع را بررسی کنیم و سپس در مورد امکان تطبیق استصناع با قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نظر دهیم.
۱. معلوم بودن مورد معامله: قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و عقد استصناع به لحاظ این شرط هیچ تفاوتی با هم ندارند.
۲. چگونگی پرداخت ثمن: در عقد استصناع مقداری از ثمن به عنوان بیعانه اخذ و بقیه به تناسب پیشرفت کار و یا صرفاً بر اساس توافق طرفین پرداخت می‌شود. این ترتیب پرداخت ثمن، دقیقاً در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز دیده می‌شود.

۱- نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام، ج ۲۴، چاپ نهم، تهران، ۱۳۶۸. برگرفته از نرم‌افزار مکتبه اهل بیت، صص ۱۴۹، ۱۷۵.

۲- غریبه، علی و مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلف»، فصلنامه‌ی تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره‌ی ۲۳، ۱۳۹۰، صص ۱۴۴، ۱۴۳.

۳- نجفی، شیخ محمد حسن؛ جواهر الکلام، ج ۲۴، همان، ص ۲۸۶.

۴- علامه حلی؛ مختلف الشیعه، ج ۵، موسسه‌ی نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۳. برگرفته از نرم‌افزار مکتبه اهل بیت، ص

۳. معین بودن زمان تحویل کالا: ضرورت تعیین زمان تحویل کالا، در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز وجود دارد.

۴. متعلق بودن مواد اولیه به سازنده: واضح است که این شرط در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز رعایت می‌شود.

۵. حصری بودن موضوع استصناع: از شرایط دیگر عقد استصناع، شرایط مربوط به موضوع عقد می‌باشد. در رابطه با این که عقد استصناع در چه کالاهایی رواج دارد، توسط برخی از فقها شرایطی ذکر شده است؛ از جمله این که ابوحنیفه بیان می‌دارد که موارد استصناع باید صرفاً به کالاهایی که استصناع در آنها متعارف است از قبیل کلاه، کفش، ظروف و مانند آن محدود شود<sup>۱</sup> که البته این شرط مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده است که رایج بودن کالا امری نسبی است و وقوف به یک موضوع، در زمان یا مکان معین در آینده ممکن نخواهد بود؛ چرا که حاجات مردم به طور دائم در حال تغییرند.<sup>۲</sup>

در راستای انتقاد مطرح شده سؤالی که قابل طرح به نظر می‌رسد این است که آیا مسکن (آپارتمان در فرض‌های مورد بحث) را می‌توان مشمول عنوان کالا دانست؟ به نظر می‌رسد که در رابطه با سؤال فوق می‌توان دو دیدگاه را مطرح کرد:

**دیدگاه اول:** عده‌ای معتقدند موضوع استصناع اموال منقولی نظیر محصولات صنعتی می‌باشد.<sup>۳</sup> به خصوص اینکه مثال‌هایی که برای عقد استصناع بیان شد نشان می‌دهد که موضوع عقد استصناع صرفاً اموال منقول می‌باشد.<sup>۴</sup>

**دیدگاه دوم:** این دیدگاه مبتنی بر عدم انحصار استصناع به موضوعات منقول ذکر شده در روایات و بیانگر ضرورت توسعه‌ی دامنه‌ی موضوعات قرارداد مزبور به دلیل ورود تکنولوژی به زندگی انسانها و متفاوت بودن نیازها می‌باشد.<sup>۵</sup>

۱- الکاسانی الحنفی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود؛ بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ص ۳. / السرخسی، شمس الدین؛ المبسوط، (بی تا)، ج ۱۵، بیروت، دار المعرفه، برگرفته از نرم افزار مکتبه اهل بیت، صص ۸۵، ۸۶.  
 ۲- رادمند، اسداله؛ عقد استصناع در حقوق افغانستان، مجله‌ی مطالعات حقوقی، شماره‌ی ۱۰، ص ۱۳۱.  
 ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۳۴.  
 ۴- السرخسی، شمس الدین؛ المبسوط، (بی تا)، ج ۱۵، همان.  
 ۵- اعتمادیان، فاطمه؛ عقد استصناع، ماهنامه‌ی کانون، شماره‌ی ۱۱۳، بی تا، ص ۱۵۵.

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم نسبت به دیدگاه اول که دیدگاهی صرفاً نظری و بر پایه تفسیر لفظی و متکی بر مصادیق مندرج در روایات سالیان کهن است، صحیح‌تر باشد.

#### ۱-۲-۴- بیع معدوم به تبع موجود

با توجه به توصیفاتی که در مورد هر کدام از قالب‌های حقوقی به عمل آمد به نظر می‌رسد که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از لحاظ ماهیتی بیع باشد. اطلاق بیع در حقوق کشورمان شامل بیع سلف، بیع استصناع، بیع معلق و بیع معدوم به تبع موجود می‌شود. در خصوص این‌که قرارداد مزبور در کدام دسته از اقسام بیع قرار می‌گیرد اتفاق نظر وجود ندارد. این اختلاف نظر بیشتر از هر چیزی به اختلاف نظر در خصوص موضوع عقد مربوط می‌شود. در خصوص بیع معلق، بیع سلف و بیع استصناع توضیحات لازم داده شد اما ابهام، بیشتر در مورد قالب "بیع معدوم به تبع موجود" است که دلیل ایجاد ابهام، بند ۴ ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲ است که ضرورت بررسی و تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را با قالب بیع معدوم به تبع موجود ایجاب می‌کند. بند ۴ ماده‌ی ۴ قانون مزبور مقرر می‌دارد که تنظیم قرارداد پیش‌فروش منوط به ارائه مدارکی نظیر تاییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان می‌باشد؛ در واقع از همین بند ۴ ماده ۴ شاید بتوان استنباط کرد که قصد قانون‌گذار این بوده است که با لازم دانستن وجود زمین و پی ساختمان به عنوان بخشی از مورد معامله، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را "بیع معدوم به تبع موجود" قلمداد کند. بر فرض اینکه چنین استنباطی از قصد قانون‌گذار صحیح باشد باید دید که آیا اساساً امکان تطبیق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با قالب حقوقی "بیع معدوم به تبع موجود" وجود دارد یا خیر؟

فقها از مسأله بیع معدوم یک فرض را استثنا کرده‌اند و نام آن را "بیع معدوم به تبع موجود" نام نهاده‌اند چنان‌که باغبانی چای موجود بر بوته‌های چای یک باغ را به ضمیمه‌ی پنج چین دیگر چایی آن باغ که هنوز به وجود نیامده است، یکجا می‌فروشد.<sup>۱</sup>

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۵۰۶.

در مورد قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز باید گفت که در قرارداد مزبور، سازنده قراردادی منعقد می‌کند که در آن عرصه به عنوان ظرفی برای ایجاد مبیع در عالم خارج وجود دارد و سازنده تنها متعهد به ساخت آپارتمان بر روی زمینی می‌شود که بعد از ساخت به جزئی از مبیع تبدیل می‌شود؛ در واقع در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در زمان عقد هسته‌ی اولیه‌ی مبیع وجود دارد و بیع نسبت به یک معدوم ممکن الوجود به تبع مالکیت موجود صورت می‌گیرد. مالکیت موجود همانا زمین و معدوم ممکن الوجود به تبع مالکیت موجود، آپارتمان است. این معدوم ممکن الوجود را نباید با وضعیت معدوم یکسان دانست. باید دانست که موضوع قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، معدوم نیست. گذشته از این که زمین به عنوان بخشی از موضوع معامله، در زمان عقد وجود دارد، قانون پیش‌فروش ساختمان نیز علاوه بر زمین، وجود پی ساختمان را نیز برای تنظیم قرارداد پیش‌فروش آپارتمان ضروری دانسته است. (بند ۴ ماده ۴ قانون مزبور). مضاف بر این که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، کلیه‌ی خصوصیات آپارتمان در لحظه انعقاد مشخص می‌شود و سازنده هم متعهد به ساخت آن مطابق با مفاد قرارداد می‌گردد لذا وجود آن در آینده با توجه به امکانات و شرایط سازنده و لزوم پابندی او به مفاد تعهداتش از دید عرف، قطعی خواهد بود؛ بنابراین عدم وجود آپارتمان در زمان عقد نباید تصور بیع معدوم بودن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را به ذهن متبادر کند؛ چرا که اگر چه مبیع در زمان عقد وجود ندارد (البته به تصور کسانی که مبیع را فقط آپارتمان می‌دانند و نه مجموع زمین و آپارتمان) اما بر حسب قضاوت عرف و علم عادی، وجود آن محقق و مسلم می‌باشد و فروشنده آن را تهیه و تسلیم خواهد کرد. وانگهی علت بطلان بیع معدوم در فقه نیز عدم وجود مبیع نمی‌باشد بلکه علت آن احتمال وجود غرر می‌باشد و پیامبر از بیع غرری نهی کرده‌اند.

بنابراین باید گفت که وقتی در فقه امامیه در معامله‌ی پنج‌چین جای موجود بر بوته‌های جای به ضمیمه‌ی پنج‌چین جای معدوم دیگر که هنوز به وجود نیامده قائل به صحت شده‌اند به یقین باید قائل به صحت بیع آپارتمان معدوم به تبع زمین موجود شد. بنابراین به نظر می‌رسد که بتوان قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را در قالب "بیع معدوم به تبع موجود" توجیه کرد؛ به‌خصوص اینکه رد پای این تحلیل در بند ۴ ماده‌ی ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز دیده می‌شود.

## ۲- شرایط قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

قبل از ورود به بحث شرایط، باید متذکر شد که کتب مربوط به قراردادهای ساختمانی، به شرایط انعقاد قرارداد اشاره‌ای نداشته و تنها پس از اشاره به تعریف قرارداد، به مسولیت پیش‌فروشنده، پیش‌خبردار و حقوق شخص ثالث پرداخته‌اند؛ با این وجود واضح است که شرایط اساسی سایر قراردادهای مزبور نیز وجود دارد. با این توضیح به بررسی شرایط قرارداد در حقوق ایران می‌پردازیم. ابتدا شرایط اساسی (ماهوی) و ضمانت‌اجرای این شرایط و سپس شرایط شکلی و ضمانت‌اجرای شرایط مزبور را بررسی می‌کنیم.

### ۲-۱- شرایط اساسی (ماهوی) و ضمانت‌اجرای آن‌ها

ابتدا شرایط ماهوی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و سپس ضمانت‌اجرای شرایط مزبور را مطالعه می‌کنیم.

#### ۲-۱-۱- شرایط ماهوی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز مانند هر قرارداد دیگری بایستی حاوی شرایط اساسی صحت معاملات بر اساس ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی باشد.

#### ۲-۱-۲- ضمانت‌اجرای شرایط اساسی قرارداد

ضمانت‌اجرای کلیه‌ی شرایط قرارداد پیش‌فروش آپارتمان تابع قواعد عمومی قراردادها می‌باشد.<sup>۱</sup>

#### ۲-۲- شرایط شکلی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش

ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲.

ابتدا شرایط شکلی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش ساختمان و سپس ضمانت‌اجرای شرایط مزبور را مطالعه می‌کنیم.

۱- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، ج ۱، همان، ص ۱۳۳.

## ۲-۲-۱- شرایط شکلی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش ساختمان

۱. سند رسمی مالکیت یا سند رسمی اجاره با حق احداث بنا یا قرارداد رسمی حاکی از اینکه مورد معامله در ازای سرمایه‌گذاری با حق فروش از طریق احداث بنا بر روی عرصه به پیش‌فروشنده اختصاص یافته است (بند ۱ ماده‌ی ۴ ق).
- طبق ماده‌ی مزبور، حتی مستأجران اراضی که مالک زمین نیستند و سرمایه‌گذارانی که روی زمین دیگری شروع به کار می‌کنند تحت شرایطی می‌توانند اقدام به پیش‌فروش ساختمان کنند. در حقوق انگلیس نیز مالک بودن سازنده شرط نیست و صرف اینکه سازنده در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، حق تصرف و احداث بنا داشته باشد کافی است.<sup>۱</sup>
۲. اخذ پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه‌ی فنی مستقل برای هر واحد (بند ۲ ماده‌ی ۴ ق).
۳. اخذ بیمه مسئولیت (موضوع ماده‌ی ۹ ق).
۴. تأییدیه‌ی مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمانی (بند ۴ ماده‌ی ۴ ق).
- طبق بند ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان، پیش‌فروشنده‌ای که تنها زمینی را در اختیار دارد نمی‌تواند اقدام به انتشار آگهی پیش‌فروش و در نتیجه انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان کند. البته بهتر بود که قانون‌گذار برای مقابله‌ی جدی با کلاهبرداری که صرفاً به طور صوری اقدام به پیش‌فروش ساختمان می‌کنند علاوه بر پی ساختمان، درصدی از پیشرفت مثلاً سی درصد را نیز برای انعقاد قرارداد پیش‌فروش لازم می‌دانست. کما اینکه تبصره‌ی ماده‌ی ۴ چنین امری را در مورد مجموعه‌های احداثی که پیش‌فروشنده تعهداتی در برابر مرجع صادرکننده‌ی پروانه دارد پیش‌بینی و اجازه‌ی پیش‌فروش واحدهای مذکور را منوط به حداقل سی درصد پیشرفت در انجام سرجمع تعهدات مربوط و تایید آن توسط مرجع صادر کننده‌ی پروانه نموده است. قابل ذکر است که چنین تبصره‌ای در مورد همه‌ی قراردادهای پیش‌فروش صادق نیست و تنها بخشی از قراردادهای پیش‌فروش را پوشش می‌دهد. بنابراین نمی‌توان از این تبصره به عنوان شرایط شکلی برای کلیه‌ی قراردادهای پیش‌فروش یاد کرد.
۵. پاسخ استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک (بند ۵ ماده‌ی ۵ ق).

1. John Uff, *Construction law*, 1996, Sixth ed, Sweet and Maxwell, p.151.

## ۲-۲-۲- ضمانت اجرای شرایط شکلی قرارداد پیش‌فروش ساختمان

قبل از اشاره به ضمانت اجرای شرایط مندرج در ماده‌ی ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان که در بند قبل بیان گردید تذکر این نکته لازم است که شرایط گفته شده در بند قبل جهت ارائه به دفاتر اسناد رسمی و در راستای تکلیف مندرج در ماده‌ی ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان مبنی بر تنظیم رسمی قرارداد پیش‌فروش ساختمان لازم دانسته شده است؛ بنابراین ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط مزبور، عدم تنظیم سند رسمی است. حال اگر پیش‌فروشنده بدون ارائه‌ی مدارک مزبور و در نتیجه بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان کند مشمول ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده‌ی ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان قرار می‌گیرد.

دقت و تأمل در ماده‌ی ۲۳ قانون پیش‌فروش<sup>۱</sup> ساختمان، دو دیدگاه را در مورد ضمانت اجرای عدم تنظیم رسمی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به ذهن متبادر می‌کند:

**۱. دیدگاه اول:** اعمال ضمانت اجرای مقرر در ماده‌ی ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان مغایرتی با صحیح دانستن وضعیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان ندارد. در واقع قانونگذار در ماده‌ی ۲۳ قانون، صرفاً به ضمانت اجرای کیفری عدم تنظیم رسمی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان اشاره نموده است.

**۲. دیدگاه دوم:** پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده‌ی ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان نشان‌دهنده‌ی مغایرت تنظیم سند عادی پیش‌فروش با نظم عمومی می‌باشد؛ بنابراین قراردادهای عادی پیش‌فروش با توجه به ماده‌ی ۳ قانون پیش‌فروش مبنی بر ضرورت تنظیم رسمی قرارداد مزبور باطل می‌باشد.

دیدگاه اول از حیث هماهنگی با هدف قانون که حمایت از پیش‌خریدار می‌باشد قابل تأمل می‌باشد. در مورد دیدگاه دوم نیز باید گفت از آنجا که پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری برای اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان کند نشان‌دهنده‌ی این امر می‌باشد که از نظر قانون‌گذار عدم تنظیم سند رسمی پیش‌فروش مخالف نظم عمومی می‌باشد؛ بنابراین ادعای بطلان قراردادهای پیش‌فروش سخن بعیدی به نظر نمی‌رسد.

۱- «اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند».

۳- آثار قرارداد پیش‌فروش نسبت به طرفین و شخص ثالث در حقوق ایران و انگلیس  
آثار قرارداد مزبور را به ترتیب نسبت به پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار و ثالث بررسی می‌نماییم.

### ۳-۱- آثار قرارداد نسبت به پیش‌فروشنده در حقوق ایران و انگلیس

ابتدا اثر قرارداد نسبت به پیش‌فروشنده در حقوق ایران و سپس اثر قرارداد نسبت به پیش‌فروشنده در حقوق انگلیس را مطالعه می‌کنیم:

#### ۳-۱-۱- اثر قرارداد نسبت به پیش‌فروشنده در حقوق ایران

##### الف) حقوق پیش‌فروشنده

##### ۱. حق تغییر یکجانبه برخی اوصاف ساختمان از سوی پیش‌فروشنده

مسئله‌ای که در وجود این حق برای پیش‌فروشنده تردید ایجاد می‌کند تغییر ثمن قرارداد می‌باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد که پیش‌فروشنده به دلیل تغییر در قیمت نهایی بنای ساخته شده نمی‌تواند مصالحی غیر از مصالح مندرج در قرارداد را در ساختمان استفاده کند.

##### ۲. حق تعدیل یک جانبه‌ی قانون

در مورد وجود حق مزبور برای پیش‌فروشنده بایستی گفت که با وجود اینکه در حقوق کشور ما تعدیل و تجدیدنظر در قراردادهای مستمر به علت تغییر اوضاع و احوال سابقه دارد<sup>۱</sup> در مورد قرارداد مورد بحث یعنی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان امکان تعدیل وجود ندارد مگر اینکه طرفین ضمن اجرای قرارداد متوجه شوند که انجام و ادامه‌ی طرح‌های مورد نظر با نرخ‌های پیش‌بینی شده امکان ندارد؛ به همین دلیل ممکن است با حسن نیت به توافق برسند که یا از کیفیت کار و میزان تعهد بکاهند یا بر بهای کالاها یا خدمات موضوع آن بیفزایند به گونه‌ای که تعادل نخستین بین دو عوض در شرایط نیز برقرار شود. قانون پیش‌فروش ساختمان با وجود ساکت بودن در باب

۱- ماده‌ی ۴ قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۵۶، در راستای تعدیل میزان اجاره‌بها مقرر می‌دارد:  
«قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز از این قاعده مستثنی نیست. در قرارداد مزبور نیز پیش‌فروشنده حق دارد متناسب با تغییرات بازار، تعدیلی در قیمت و ثمن قرارداد بدهد.»



امکان وجود تعدیل، در مواد مختلفی به قطعی بودن ثمن اشاره داشته است گویی که امکان تعدیل قانونی در مورد قرارداد مزبور وجود ندارد؛ مثلاً قانون مزبور در موادی نظیر بند ۵ ماده‌ی ۲ و مواد ۱، ۱۳ و ۱۶ به قطعی بودن ثمن اشاراتی داشته است؛ به علاوه در نمونه قراردادهایی که بعد از تصویب قانون مزبور با همکاری وزارت مسکن و سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه گردید در ماده‌ی ۸-۶ این نمونه قراردادها صراحتاً مقرر شده است که « قیمت مورد معامله قطعی بوده و به هیچ عنوان از قبیل بالا رفتن قیمت مصالح و یا سایر هزینه‌ها قابل افزایش نمی‌باشد.

### ۳. حق مطالبه‌ی ثمن

پیش‌فروشنده در مقابل تعهد به تحویل آپارتمان، حق مطالبه‌ی ثمن را دارد. ماده‌ی ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان در راستای اعمال این حق برای پیش‌فروشنده ضمانت اجرایی مقرر کرده است که به موجب آن در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در موعد مقرر، پیش‌فروشنده بایستی مراتب را کتباً به دفترخانه‌ی تنظیم کننده‌ی سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش‌خریدار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

### ب. تعهدات پیش‌فروشنده

۱. ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و براساس نقشه‌ی ساختمانی در مورد ضمانت اجرای تعهد مزبور، قانون پیش‌فروش ساختمان هیچ مقرره‌ای ندارد. بنابراین برای تعیین ضمانت اجرا بایستی به قواعد عمومی و نیز نمونه قراردادهای پیش‌فروش توسل جست.

### ۲. تعهد به تحویل آپارتمان در موعد مقرر

در مورد ضمانت اجرای تأخیر در تحویل آپارتمان، ماده‌ی ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد: چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد، واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد بایستی به ترتیب مندرج در این ماده جریمه‌ی تأخیر بپردازد.

**۳. تنظیم سند رسمی و تهیه‌ی مقدمات آن**

ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی انتقال در موعد مقرر، در بند ۴ ماده‌ی ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان، پرداخت خسارت تاخیر تعیین شده است.

**۴. افتتاح حساب بانکی**

قانون پیش‌فروش ساختمان علی‌رغم تصریح به تکلیف پیش‌فروشنده، در باب ضمانت اجرا مسکوت مانده است در حالیکه شایسته‌تر آن بود که برای تسهیل بهتر کار بانک و تسریع جریان کار، ضمانت اجرای تکلیف مزبور نیز تعیین می‌شد.

**۵. اخذ مجوز انتشار آگهی پیش‌فروش**

ضمانت اجرای تعهد مزبور در ماده‌ی ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، حبس و یا جزای نقدی تعیین شده است.<sup>۱</sup>

**۶. اخذ بیمه‌ی مسئولیت<sup>۲</sup>**

۷. اخذ پروانه‌ی ساخت و تأییدیه‌ی مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان

**۳-۱-۲- اثر قرارداد نسبت به پیش‌فروشنده در حقوق انگلیس****الف: حقوق پیش‌فروشنده**  
**۱. حق مطالبه‌ی ثمن**

در حقوق انگلیس نیز حق مطالبه‌ی ثمن، یکی از حقوق پیش‌فروشنده می‌باشد. در قراردادهای

۱- «اشخاصی که بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از ۹۱ روز تا یک‌سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند».

۲- «پیش‌فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش‌خریدار و اشخاص ثالث مسئول است و باید مسئولیت خود را از این جهت بیمه نماید. چنانچه میزان خسارت وارده بیش از مبلغی باشد که از طریق بیمه پرداخت می‌شود، پیش‌فروشنده ضامن پرداخت مابه‌التفاوت خسارت وارده خواهد بود».

ساختمانی تا زمانی که پیش‌فروشنده کار خود را مطابق با مشخصات قراردادی انجام ندهد و در واقع تکمیل نکند هیچ پولی به او قابل پرداخت نیست.<sup>۱</sup>

۲. حق اخذ دستورات عملی و اطلاعات مربوط به مورد معامله از سوی پیش‌خریدار.<sup>۲</sup>

### ب: تعهدات پیش‌فروشنده در حقوق انگلیس

#### ۱) تعهدات پیش‌فروشنده به موجب شروط صریح در نمونه قراردادها

پیش‌فروشنده به موجب شروط صریح در نمونه قراردادها دارای سه تعهد نسبت به مصالح و کالا، طرز کار و طراحی نقشه‌ی ساختمانی می‌باشد.

۱-۱- ماده‌ی ۸-۱-۱ «همه‌ی مصالح و کالاها باید به همان توصیفی که در قرارداد بیان شده است تهیه و به قدر متعارف از لحاظ فنی مورد تایید باشند».

۱-۲- ماده‌ی ۸-۱-۲ «طرز کار باید منطبق با استانداردهای بیان شده در قرارداد باشند و اگر هیچ استاندارد در قرارداد نباشد استانداردها باید منطبق با استانداردهای شایسته‌ی کار باشد».

۱-۳- این نمونه قراردادها در زمینه‌ی طراحی و نقشه‌ی ساختمان نیز مقرر می‌دارند که چنانچه پیش‌فروشنده بین نقشه‌کشی قرارداد و نقشه‌ی طراحی شده از سوی معمار، اختلافی مشاهده نماید باید یک اخطار کتبی به معمار بدهد.<sup>۳</sup>

#### ۲. تعهدات پیش‌فروشنده به موجب شروط ضمنی

ابتدا شرایط ضمنی در حقوق کامن‌لا و سپس شرایط ضمنی در قانون تأمین کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲ م را مطالعه می‌کنیم.

۱-۲-۱- شرایط ضمنی در حقوق کامن‌لا

۱-۲-۱- اینکه سازنده کارها را خوب و به روش استادانه انجام دهد.

۱-۲-۲- اینکه در مورد خانه‌های مسکونی باید طوری ساخته شوند که برای سکونت بشر

1-John Adriaanse, *Construction Contract Law*, 2005, Palgrave Publishing, p.226.

2-Ibid.

3-Michael F. James, *Construction Law*, Ibid, p. 3-8.

مناسب باشند.

۱-۲-۳- همه‌ی مصالحی که سازنده تهیه می‌کند باید دارای کیفیت خوب باشند و برای هر هدفی که قرار است به کار روند مناسب باشند.<sup>۱</sup>

۲-۲- شرایط ضمنی در قانون تامین کالا و خدمات<sup>۲</sup>

۲-۲-۱- شرایط ضمنی در رابطه با مالکیت: انتقال‌دهنده طبق ماده‌ی (۱) این حق را دارد که اموال را انتقال دهد با این تعهد ضمنی که مال از رهن آزاد باشد و در گرو نباشد.

۲-۲-۲- تعهد ضمنی در مورد توصیف: اموال انتقال داده شده طبق ماده‌ی (۲) ۳ به موجب قرارداد باید منطبق و مشابه با توصیفات باشد که در قرارداد از آن‌ها شده است.

۲-۲-۳- تعهد ضمنی در رابطه با کیفیت: طبق ماده‌ی (۳) ۴ کالاهایی که انتقال داده می‌شوند بایستی کیفیت خوب داشته باشند.<sup>۳</sup>

۳- تعهد به ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد براساس نقشه‌ی ساختمانی.<sup>۴</sup>

۴- تعهد به تحویل آپارتمان در زمان مصرح در قرارداد.<sup>۵</sup>

۳-۲- آثار قرارداد پیش‌فروش نسبت به پیش‌خریدار در حقوق ایران و انگلیس ابتدا اثر قرارداد نسبت به پیش‌خریدار در حقوق ایران و سپس اثر قرارداد نسبت به پیش‌خریدار در حقوق انگلیس را بررسی می‌کنیم.

1-John Adriaanse,Ibid, p.p.216.317.

2 Supply of Good and Service Act 1982.

3-Chitty Joseph D,Chitty on Contract,V.2,Sweet and Maxwell,1968,p.1013.

4-John Adriaanse, Ibid,p.p 317.318.

5-Ibid.

### ۳-۲-۱- اثر قرارداد نسبت به پیش‌خریدار در حقوق ایران

#### الف: حقوق پیش‌خریدار

##### یک) حقوق عام پیش‌خریدار

۱. حق درخواست الزام به تسلیم مبیع ( ماده ۳۶۷ ق.م.ا).
۲. حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م.ا).<sup>۱</sup>
۳. حق مطالبه‌ی ثمن (ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.ا).
۴. حق استرداد ثمن در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع (بند ۲ ماده‌ی ۳۶۲ ق.م.ا).

##### دو) حقوق خاص پیش‌خریدار

- قبل از برشمردن مواردی از حقوق خاص پیش‌خریدار، تذکر این نکته لازم است که خاص بودن این حقوق به جهت شیوه اعمال آنها و نه به دلیل خاص بودن اصل حق می‌باشد.
۱. حق مطالبه‌ی خسارت تأخیر به شرح مندرج در ماده‌ی ۶ پیش‌فروش ساختمان.
  ۲. حق فسخ طبق شرایط مندرج در ماده‌ی ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان.
  ۳. عدم پرداخت مبلغ اضافی.

##### ب: تعهدات پیش‌خریدار

۱. پرداخت ثمن معامله براساس قرارداد.
- قانون‌گذار در قانون پیش‌فروش ساختمان، در ماده‌ی ۱۶ ضمانت اجرای عدم پرداخت ثمن را تعیین کرده است.
۲. حضور در دفترخانه اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی.
- تعهد مزبور، در قانون پیش‌فروش ساختمان تنها جزء تعهدات پیش‌فروشنده ذکر شده است و در مورد پیش‌خریدار صراحتی ندارد. با این وجود واضح است که حضور در دفترخانه جزء تعهدات طرفین می‌باشد.

۱- «در پیش‌فروش ساختمان حداقل ده درصد از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند».

**۳. تحویل گرفتن آپارتمان.**

اگر چه تکلیف به تحویل گرفتن آپارتمان به عنوان یکی از وظایف پیش‌خریدار در قانون پیش‌فروش ساختمان تصریح نشده اما تکلیف به تحویل دادن آپارتمان در موعد مقرر توسط فروشنده در ماده‌ی ۶ قانون مزبور آمده است؛ بدیهی است که تسلیم و تسلّم آپارتمان دو روی یک سکه‌اند.

**۳-۲-۲- اثر قرارداد نسبت به پیش‌خریدار در حقوق انگلیس****الف: حقوق پیش‌خریدار**

۱. حق فسخ قرارداد و دریافت خسارت در صورتی که ساختمان مطابق با اوصاف قرارداد نباشد.<sup>۱</sup>
۲. حق دریافت خسارت در صورت معیوب بودن شالوده‌ی ملک قبل از تاریخ انعقاد قرارداد.<sup>۲</sup>
۳. حق تسلّم آپارتمان در موعد مقرر.<sup>۳</sup>

**ب: تعهدات پیش‌خریدار**

۱. دادن ثمن قرارداد.<sup>۴</sup>
  ۲. دادن دستورالعمل‌ها و اطلاعات لازم در زمان متعارف به پیش‌فروشنده.<sup>۵</sup>
  ۳. در صورتی که زمین متعلق به پیش‌خریدار است و پیش‌فروشنده با داشتن حق تصرف در آن، قصد ساخت و ساز دارد پیش‌خریدار باید در زمان متعارف زمین را در اختیار پیش‌فروشنده قرار دهد.<sup>۶</sup>
  ۴. انجام کلیه‌ی اقداماتی که جهت اجرای قرارداد از سوی پیش‌خریدار لازم می‌باشد.
- این تعهد پیش‌خریدار دارای دو جنبه‌ی ایجابی و سلبی می‌باشد. جنبه‌ی ایجابی تعهد مزبور

1-Citty Joseph D,Ibid.

2-John Uff,Ibid,p 206.

3-John Uff,Ibid,p 151.

4-John Uff,Ibid, p. 121. John Adraanse,Ibid, p.132.148.

5-John Adriaanse,Ibid.

6-Ibid.

این است که پیش‌خریدار هر گونه اقدام ضروری جهت اجرای قرارداد را که لازم باشد انجام دهد. جنبه‌ی سلبی تعهد نیز این است که پیش‌خریدار از اجرای قرارداد توسط سازنده، ممانعت نکند و یا از دخالت نادرست در اجرای قرارداد جلوگیری کند.<sup>۱</sup>

### ۳-۳- آثار قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نسبت به شخص ثالث

در مورد قراردادهای ساختمانی، مسئله‌ی حقوق ثالث در جایی مطرح می‌شود که در جریان مراحل ساخت بنا توسط سازنده، بنا توسط خریدار اولیه به خریدار بعدی منتقل می‌شود؛ حال آنکه عیوب ساختمانی در زمانی که ساختمان در تصرف خریدار دومی (ثالث) قرار دارد آشکار می‌شود و خریدار دوم علیه سازنده اقامه‌ی دعوا می‌کند.<sup>۲</sup>

در یک پرونده‌ی ساختمانی که دعوای لیندن گاردن<sup>۳</sup> نامیده می‌شود خریداران، یک قرارداد ساختمانی در سال ۱۹۸۰م منعقد نمودند و در ماده‌ی ۱۷ نمونه قرارداد مقرر گردید که انتقال بنا توسط خریدار بدون رضایت کتبی سازنده ممنوع است. در سال ۱۹۸۵م عیوبی در ساختمان آشکار شد و خریداران اولیه ضمن اقامه‌ی دعوا علیه سازندگان، سازندگان جدیدی را برای رفع عیوب استخدام کردند. قرارداد دوم در آگوست ۱۹۸۵م انجام و ساختمان تکمیل شد. در دسامبر ۱۹۸۶م خریداران اولیه، ملک را به مالکان جدیدی فروختند و به طور رسمی ادعایشان برای مطالبه‌ی خسارت علیه سازندگان اولیه را به خریداران جدید انتقال دادند. مالکان جدید از سوی مالک اولیه اقامه‌ی دعوا نمودند. بعد از اقامه‌ی دعوا عیوب بیشتری در ساختمان حاصل شد و باعث شد که مالکان جدید علیه سازندگان قرارداد دوم هم اقامه‌ی دعوا کنند. مسئله‌ی اصلی در این پرونده این است که آیا شرط ممنوعیت انتقال بنا توسط خریدار اولیه بدون رضایت سازنده، مانع هر گونه اقامه‌ی دعوای مالکان جدید علیه سازندگان قرارداد اول و دوم می‌شود یا خیر؟<sup>۴</sup>

1-Ibid.

2-Michael F.james.Ibid,p.233.

3-Linden Garden.

4-MichaelF.Jame,Ibid.p.234

نظیر همین شرط در پرونده‌ی دیگری نیز مشاهده می‌شود. در پرونده‌ی استی مارتین<sup>۱</sup> خریداران ساختمان، در جریان مراحل ساخت بنا توسط سازنده، مالکیت خود نسبت به بنا را به خریدار بعدی منتقل نمودند. این در حالی بود که طبق ماده‌ی ۱۷ نمونه قرارداد تنظیمی بین طرفین، انتقال بنا بدون رضایت سازنده ممنوع بود و در پرونده‌ی مورد بحث، این رضایت اخذ نشده بود. بعد از تکمیل مراحل ساخت که بنا در تصرف خریدار جدید قرار گرفت عیبی در ساختمان پدیدار شد و خریدار جدید ضمن انجام تعمیرات ضروری بر روی ساختمان، علیه سازنده اقامه‌ی دعوا کرد.<sup>۲</sup>

مجلس لردان در مورد دو پرونده حکم مشابهی صادر کرد و مقرر نمود: «از آنجا که ماده‌ی ۱۷ نمونه قرارداد پیش‌فروش، از انتقال ساختمان موضوع قرارداد منع کرده است این ممنوعیت نه تنها شامل حقوقی جهت اجرای آتی قرارداد بلکه شامل انتقال حقوق مکتسبه نیز می‌باشد؛ از این رو ادعای خواهان در پرونده‌ی لیندن گاردن و نیز ادعای منتقل‌الیه در پرونده‌ی استی مارتین با شکست مواجه شد.<sup>۳</sup>

### نتیجه‌گیری:

۱. در باب ماهیت قراردادهای پیش‌فروش ساختمان می‌توان قراردادهای مزبور را با عقود عهدی و نیز عقود تملیکی تطبیق داد.
۲. دیدگاهی که نگارنده در پاسخ به سوال مطرح شده در مقدمه‌ی بحث در مورد ماهیت قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان برگزیده است قالب حقوقی بیع معدوم به تبع موجود می‌باشد.
۳. سوال دیگر مطرح در مقدمه، مبنی بر چگونگی شرایط قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان این گونه پاسخ داد که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از حیث شرایط اساسی تابع ماده‌ی ۱۹۰ق.م و از حیث شرایط خاص شکلی تابع ماده‌ی ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان می‌باشد.
۴. قرارداد پیش‌فروش آپارتمان هم در حقوق ایران هم در حقوق انگلیس دارای آثاری نسبت به پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار و ثالث می‌باشد که در جای خود بیان شد.

1-St Martin.

2-Ibid.

3-John Uff, Ibid,p124.



۵. علی‌رغم اینکه قانون پیش‌فروش ساختمان مشتمل بر ۸ ماده‌ی ماهیتی در خصوص آثار قرارداد می‌باشد با این وجود در زمینه‌ی حقوق پیش‌فروشنده جامعیت کافی را ندارد. دلیل این مدعا این است که مثلاً در زمینه‌ی احصاء حقوق پیش‌فروشنده به جز حق مطالبه‌ی ثمن مندرج در ماده‌ی ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان، در رابطه با سایر حقوق پیش‌فروشنده مقرره‌ای ندارد.

۶. قانون پیش‌فروش ساختمان در زمینه‌ی تعهدات پیش‌خریدار و ضمانت‌اجرای آن‌ها نیز می‌تواند مورد بازنگری قرار گیرد. مثلاً قانون مزبور به دلیل حمایت از پیش‌خریدار، در زمینه‌ی تعهد به حضور در دفاتر اسناد رسمی و ضمانت‌اجرای آن نسبت به پیش‌خریدار ساکت است ضمن اینکه تعهدی نظیر تکلیف به تحویل گرفتن آپارتمان تکمیل شده و ضمانت‌اجرای آن نیز در قانون مسکوت مانده است.

## منابع:

### الف) منابع فارسی:

۱. اعتمادیان، فاطمه؛ عقد استصناع، ماهنامه‌ی قانون، شماره‌ی ۱۱۳، بی تا.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۴. حسینی مقدم، سید عسکری؛ تعلیق در قراردادها، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۷.
۵. حلّی، محمد بن ادریس؛ سرائر، ج ۲، مؤسسه‌ی نشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۱.ق، برگرفته از نرم افزار مکتبه اهل‌بیت.
۶. خدارحمی، نسرین؛ سال تحصیلی ۹۲-۹۱، پایان‌نامه‌ی «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران»، کارشناسی ارشد، استاد راهنما: حبیب‌الله رحیمی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه علامه طباطبایی.
۷. رادمند، اسدالله؛ عقد استصناع در حقوق افغانستان، مجله‌ی مطالعات حقوقی، شماره‌ی ۱۰.
۸. زرنگار، فرناز؛ قرارداد پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۸۹.

۹. سرخسی، شمس‌الدین؛ *المبسوط*، (بی تا)، ج ۱۵، بیروت، دارالمعرفه، برگرفته از نرم افزار مکتبه اهل بیت.
۱۰. شیخ طوسی؛ *المبسوط فی فقه الامامیه*، ه.ش، ج ۲، مکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، قم، ۱۳۸۷.
۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ *عقود معین*، ج اول، چاپ نهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشارات با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۴.
۱۲. کاتوزیان، ناصر؛ *نظریه‌ی عمومی تعهدات*، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۱۳. کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، ج اول، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۱۴. گرجی، ابوالقاسم؛ *مقالات حقوقی*، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۱۵. الکاسانی الحنفی، علاء‌الدین ابی بکر بن مسعود؛ *بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع*، جلد پنجم، چاپ اول، پاکستان، المکتبه الحیبیه، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۹۸۹ م.
۱۶. علامه حلی؛ *مختلف الشیعه*، ج ۵، ق ۱۴۱۳ ه.ق، موسسه‌ی نشر اسلامی، برگرفته از نرم افزار مکتبه اهل بیت.
۱۷. عزیزاده، حسن؛ *قرارداد پیش‌فروش آپارتمان*، نشر میثاق عدالت، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۱۸. غریبه، علی و مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلف»، *فصلنامه‌ی تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره‌ی ۲۳، ۱۳۹۰.
۱۹. متین، احمد؛ *مجموعه‌ی رویه‌ی قضایی کیهان*، بی تا، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، کیهان، تهران.
۲۰. مؤمنی، مهدی؛ *آیین معاملات در اسلام و قوانین ایران*، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر مکیال، ۱۳۷۹.
۲۱. نجفی، شیخ محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، ج ۲۴، چاپ نهم، تهران، برگرفته از نرم‌افزار مکتبه اهل بیت، ۱۳۶۸.
۲۲. نظر پور، محمد نقی؛ *ر.ک به کمیجانی و نظر پور، استفتائات پیرامون عقد استصناع*، مجله‌ی علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش ۳۰، ۱۳۸۷.

۲۳. ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمان‌های ساخت نشده»، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره‌ی ۴، ۱۳۸۰.
۲۴. یزدانیان، علیرضا؛ ویژگی‌های معلق علیه در ققه و حقوق ایران و فرانسه، دو فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، دفتر ۱، ۱۳۸۸.

#### ب) منابع انگلیسی:

25. Atiyah, *Sale of Good*, 1968, 10<sup>th</sup> ed, Sweet and Maxwell.
26. Benjamin, *Sale of Good*, 5<sup>th</sup> ed, Sweet and Maxwell, London.
27. Citty Joseph D, *Chitty On Contract*, 1968, V2, Sweet and Maxwell.
28. Evan Ashfield, Lincolns Inn Nicholas, *Sale of Good and Consumer Credit in Practice*, 5<sup>th</sup> ed, Stanton, London.
29. John Adriaanse, *Construction Contract Law*, 2005, Palgrave Publishing.
30. John Uff, *Construction law*, 1996, Sixth ed, Sweet and Maxwell.
31. Michael F. James, *Construction Law*, 2002, 2th ed, Palgrave Publishing.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## **Apartment Presale Contract In Legal System of Iran and England**

**Habib-allah- RAHIMI, Nasrin KHODARAHMI**

### **Abstract:**

Apartment pre-sale contract is one of the contracts that increasingly has been grown along with the development and industrialization of societies.

The nature of these contracts is important. In our country, in spite of the building pre-sale act approved in 1389/10/12 there is still ambiguity about the nature of the so-called contract. The reason is the fact that building pre-sale act is procedural and basically doesn't address the nature of these contracts.

In this research we studied the theory of the nature of building pre-sale contract and compared this contract with nameless commitment contracts and ownership ones.

Commitment contracts including commitment to purchase, employment and material contract, contract work, and also ownership contracts including under-contract sale, predecessor sale, and to build good order contract sale are among similar natures that have been investigated in this study. It seems that proper legal framework for expressing the so-called contract nature is the framework of nonexistent sale subjects exist which we address it here.

In addition to basic conditions of the contracts, for making the contract, it is notable that apartment pre-sale contract in the law of building pre-sale has particular procedural conditions.

It is obvious that the lack of procedural and basic conditions of the contract has its own enforcement. Also this contract has some impression for the pre-seller, pre-buyer and third party in Iran law and England law. The rights and commitments of each party and also the commitments enforcement can be addressed for further studies Contract.

### **Keywords:**

Sale, Forward sale, Agreement to Sale, Contract for Work and Materials.