

## جستاری در نظریات مطرح در باب ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان با تأملی بر قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹

گودرز افتخار جهرمی \*

هیوا عبدالکریمی \*\*

تاریخ پذیرش: ۹۶/۸/۲۳

تاریخ دریافت: ۹۵/۱۲/۱۰

### چکیده

قرارداد پیش فروش ساختمان یکی از پدیده‌های حقوقی است که درباره ماهیت آن، دیدگاه‌های مختلفی ارائه شده است. بیع با اقسام مختلف خود، مشتمل بر بیع سلم یا سلف، بیع معلق، بیع منجز، استصناع (فارش ساخت)، قرارداد خصوصی و نامعین و عقد معین و بانام، از مشهورترین قالب‌هایی است که برای این قرارداد، توسط صاحب نظران حقوقی مطرح شده است. با تصویب قانون در سال ۱۳۸۹، نظریه خصوصی و نامعین بودن قرارداد از اعتبار و قوت افتاده است، اما نظریه‌های مبنی بر بیع بودن (اقسام مختلف آن) و نیز نظریه معین و بانام بودن قرارداد پیش فروش ساختمان، از جمله نظریه‌هایی هستند که می‌توان از آنها به عنوان ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان مورد بحث قرار گرفته است.

در این نوشتار، ضمن بیان نظریات مطروحه و تحلیل و نقد دلایل هر کدام از آنها، نظر مبنی بر استقلال و بانام بودن قرارداد پیش فروش ساختمان با ارائه دلایلی تقویت شده است.

### کلیدواژگان:

بیع استصناع، بیع معلق، عقد با نام، قرارداد خصوصی، ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان.

\* استاد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

G\_eftekhari@sbu.ac.ir

\*\* دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

Hiva.abdolkarimi@gmail.com

## مقدمه

به جرئت می‌توان گفت که تعیین ماهیت حقوقی یک قرارداد، مهم‌ترین بحث از مباحث آن است؛ زیرا تعیین آثار حقوقی یک قرارداد، مستلزم تعیین ماهیت حقوقی آن است. به عبارت دیگر، شناخت آثار و احکام یک قرارداد، فرع بر شناخت ماهیت آن است.<sup>۱</sup> قرارداد پیش‌فروش ساختمان هم از این قاعده مستثنا نیست، زیرا با تعیین ماهیت این قرارداد است که می‌توان دربارهٔ احکام آن اظهار نظر کرد؛<sup>۲</sup> آنچنان که اگر قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بیع بدانیم و از نظریهٔ بیع بودن ماهیت این قرارداد تبعیت کنیم، باید قائل به جریان احکام اختصاصی بیع، از جمله خیارات اختصاصی آن و اخذ به شفعه باشیم؛ درحالی که اگر این قرارداد را عقدی بانام و مستقل از سایر عقود معین بدانیم، جریان احکام اختصاصی بیع در این قرارداد منتفی خواهد بود. وانگهی باید احکام قانونی ناظر بر این قرارداد را با توجه به این ذات مستقل، مورد تفسیر و شرح قرار داد.

لازم به ذکر است که قانون‌گذار در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، اشاره‌ای مستقیم در باب ماهیت قرارداد پیش‌فروش نکرده و همین سکوت قانون‌گذار در بیان ماهیت این قرارداد، باعث انتقاد برخی از نویسندگان شده است، درحالی که به نظر می‌رسد سکوت قانون‌گذار را نمی‌توان نقص قانون به شمار آورد؛ زیرا نه فقط در این قانون، بلکه در قوانین دیگر، از جمله قانون مدنی، نیز نمونه‌هایی از پدیده‌های حقوقی داریم که قانون‌گذار اشاره‌ای به ماهیت آنها ندارد، از جمله در جعاله و وصیت تملیکی. وانگهی شأن قانون‌گذار بیان احکام است نه موضوعات و از آنجا که ماهیات حقوقی هم از موضوعات است، بنابراین نمی‌توان عدم تعیین و ذکر ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش توسط مقنن را نقص قانون دانست. ضمن آنکه به تعبیر استاد دکتر جعفری لنگرودی<sup>۳</sup> «توقع اینکه هر ماهیت حقوقی را، چه رسا چه نارسا، باید در قالب تعریف درآورد، عادت است ناصحیح، زیرا ظرفیت تعاریف برای ایضاح ماهیات حقوقی کامل و وافی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فن استدلال \_ منطق حقوق اسلام، تهران: کتابخانهٔ گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۳؛

شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۰۸.

۲. آنکه ماهیت‌شناسی را خوارمایه می‌گیرد، نمی‌تواند در احکام آنها صاحب نظر باشد (اندیشه و ارتقاء، کتابخانهٔ گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۳۷۶).

۳. همان، ص ۱۰۰.

نیست». بنابراین، وظیفه حقوق‌دان است که با توجه به ضوابط حاکم بر ماهیت‌شناسی، ماهیات را شناسایی کند. همچنان‌که در خصوص جعاله و وصیت تملیکی این کار صورت گرفته است. در این نوشتار ضمن نقل، نقد و تحلیل دیدگاه‌های مطرح درباره ماهیت این قرارداد، نظر منتخب را با نگاهی به قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ بیان می‌کنیم و دلایل این نظر و رد دلایل نظریات مخالف را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱. نظریه قرارداد خصوصی

قبل از تصویب قانون، عده‌ای<sup>۱</sup> معتقد بودند قرارداد پیش‌فروش ساختمان، مصداقی از مصادیق قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م.ا است. به عبارت بهتر، این گروه با «معین و بانام بودن» ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان، اعم از مستقل بودن آن یا به عنوان مصداقی از مصادیق عقود معین سنتی، مخالف هستند. دلایل این گروه به این شرح است:

#### ۱.۱. دلایل

مهم‌ترین دلیل این گروه، عدم انطباق کامل قرارداد پیش‌فروش ساختمان با قالب‌های سنتی و عقود معین کلاسیک موجود در نظام حقوقی کنونی است.<sup>۲</sup> با این توضیح که این قرارداد، مصداق هیچ‌کدام از عقود معین شناخته شده در قانون مدنی نیست. در نتیجه این قرارداد از مصادیق قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون یادشده است. نبود مقرره‌ای قانونی در این زمینه که نام، آثار و احکام قرارداد را پیش‌بینی کرده باشد، از دیگر مؤیداتی بود که نظر یادشده را تقویت می‌کرد.

۱. سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی اصغر؛ ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه، مجله معارف اسلامی و حقوق، ۱۳۸۹، سال یازدهم، شماره ۱، ص ۱۵۳؛ دانی، عبدالرسول، ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش مسکن، خبرنامه کانون وکلای اصفهان، ۱۳۸۸، شماره ۳۲، صص ۷۵ به بعد؛ حاتمی، علی‌اصغر؛ ذاکری‌نیا، حانیه، ماهیت قرارداد ساخت و ساز (در فرض پیش‌فروش)، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، سال دوم، شماره ۲، ص ۸۷.

۲. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین؛ بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، فصلنامه فقه و حقوق، ۱۳۸۸، سال پنجم، شماره ۱۸، ص ۱۰۱؛ سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی اصغر، پیشین، ص ۱۵۳؛ حاتمی، علی‌اصغر؛ ذاکری‌نیا، حانیه، پیشین، ص ۸۷.

این گروه معتقدند مانع مندرج در ماده ۳۶۱ ق.م.ا باعث عدم انطباق قرارداد موضوع بحث با عقود معین تملیکی مندرج در قانون مدنی می‌شود، زیرا از سویی طبق ماده یادشده، وجود مبیع عین معین حین انعقاد بیع شرط صحت آن است و از سویی دیگر، این حکم در همه عقود تملیکی جریان دارد و فقط مختص بیع نیست.<sup>۲</sup> بنابراین با توجه به اینکه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان اولاً مورد معامله عین معین است و ثانیاً در هنگام انعقاد قرارداد هم موجود نیست، پس عقود معین تملیکی مندرج در قانون مدنی برای بیان ماهیت قرارداد پیش‌فروش مناسب نیست و از آنجا که در تملیکی بودن قرارداد مذکور تردید نیست،<sup>۳</sup> عقود عهده‌ی را هم نمی‌توان به عنوان قالبی مناسب برای بیان ماهیت آنها معرفی کرد. پس با توجه به این دلایل و برای فرار از عدم استحکام قراردادهای و نیز اعمال اصل صحت، باید قائل باشیم که قرارداد پیش‌فروش ساختمان قراردادی خصوصی از مصادیق قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م.ا است. وانگهی باید توجه داشت که ماده مذکور در مقام پیش‌بینی قراردادهایی است که ماهیت حقوقی آنها در قالب هیچ‌کدام از عقود معین نمی‌گنجد.<sup>۴</sup>

قائلین به این نظریه، ایراد مربوط به لزوم اعمال ماده ۳۶۱ ق.م.ا در تمامی قراردادهای مشابه و عدم امکان حذف این شرط را که از شرایط اختصاصی عقود مزبور است، این‌چنین پاسخ گفته‌اند که وجود موارد مشابه در قانون و احترام به چنین کاری توسط مقنن، دال بر جواز چنین اقدامی است. مثلاً مقنن در وقف به تبع موجود<sup>۵</sup> یا وصیت<sup>۶</sup> برخی از شرایط صحت را در انعقاد آنها ضروری ندانسته است.

۱. اگر در بیع عین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است، بیع باطل است.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، ۱۳۷۵، کتابفروشی اسلامیة، ص ۲۱۵؛ قاسمی حامد، عباس، **شرایط اساسی شکل‌گیری قراردادها**، ۱۳۸۹، انتشارات دراک، ص ۲۱۲.

۳. چمک، فاطمه، **قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، همدان: دانشگاه بوعلی همدان، مهر ۱۳۹۲، ص ۸۲.

۴. سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی‌اصغر، پیشین، ص ۱۴۴.

۵. ماده ۶۹ ق.م.

۶. ماده ۸۴۲ ق.م.

## ۱.۲. رد نظریه

به نظر می‌رسد نظریه یادشده از اتقان کافی برخوردار نباشد؛ زیرا صرف‌نظر از اینکه نمی‌توان با حذف شرایط اختصاصی عقود معین، آنها را قراردادی خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست<sup>۱</sup>، نمی‌توان قائل بود که هر جا قانون‌گذار اقدامی را انجام داد، اشخاص هم همان اهلیت را برای انجام آن کار داشته باشند. ضمن آنکه شرط مقرر در ماده ۳۶۱ را هم فقط با پذیرش یکی از تفاسیر آن ماده می‌توان مانعی برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان و بُردن آن در زمره یکی از عقود معین تملیکی سنتی دانست؛ زیرا در تفسیر دیگری که از این ماده ارائه داده‌اند<sup>۲</sup>، این شرط هیچ منعی برای انعقاد قراردادهای پیش‌فروش و نیز سایر قراردادها در فرض موجود نبودن موضوع معامله ایجاد نمی‌کند. به این ایرادات می‌توان ایراداتی را اضافه کرد که به یکی از شاخه‌های این نظریه (نظریه تعهد به بیع بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان) وارد کرده‌اند<sup>۳</sup> که از جمله آنها می‌توان به بی‌توجهی به قصد مشترک طرفین در تفسیر قرارداد مبنی بر تملیک مورد معامله<sup>۴</sup>، امکان توقیف مورد معامله توسط طلبکاران پیش‌فروشنده و... اشاره کرد. وانگهی تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ نیز اعتبار نظریه را سست‌تر کرد؛ زیرا نظریه فوق‌بر این پایه بود که چون قرارداد پیش‌فروش ساختمان را نمی‌توان در قالب هیچ کدام از عقود معین تصور کرد و به عبارت بهتر، چون یک عقد معین نیست، پس ناچار برای اعمال بعضی از اصول مسلم حقوقی، از جمله اصل صحت و عدم تزلزل در قراردادها و...، باید این قرارداد را قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م.دانتست؛ درحالی‌که با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد مذکور تمامی شرایط لازم را برای اتصاف به «معین و بانام بودن» دارا شد، زیرا هم قانون‌گذار عنوان مستقلی را در ماده ۱ به آن اختصاص داد و هم در ضمن مواد ۲۵ گانه این قانون، شرایط و احکام و آثار اختصاصی را هم برای آن پیش‌بینی کرد.

۱. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۸۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۸۴.

۳. زرنگار، فرناز، قرارداد پیش‌فروش ساختمان، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، ص ۳۴.

۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین، پیشین، ص ۱۰۰؛ اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش

آپارتمان، فصلنامه علامه، شماره ۶ و ۷، ص ۲۱.

## ۲. نظریهٔ بیع بودن قرارداد

عده‌ای از حقوق‌دانان<sup>۱</sup> قرارداد پیش‌فروش ساختمان را مصداقی از مصادیق عقد بیع دانسته‌اند. این گروه دلایلی به شرح ذیل برای اثبات نظر خود ذکر کرده‌اند، اما ایرادات وارده به دلایل ابرازی، اتقان نظرشان را با خدشه مواجه می‌کند. در مبحث اول این فصل، دلایل قائلین این نظر و در مبحث دوم، ایراداتی وارد به دلایل این گروه آورده می‌شود.

### ۲.۱. دلایل

قائلین به بیع بودن ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان معتقدند، صرف‌نظر از اینکه مادهٔ ۳۶۱ ق.م.نمی‌تواند مانع صحت بیع ساختمانی باشد که هنوز ساخته نشده است<sup>۲</sup>، بلکه از آنجا که اثر اصلی این قرارداد نیز انتقال مالکیت مورد معامله به پیش‌خریدار است، پس این قرارداد نمونه‌ای از بیع می‌باشد، زیرا تملیک عین به عوض معلوم، همان بیع است و نمی‌توان قراردادی دیگر را با همین اثر با عنوان غیر از بیع به رسمیت شناخت<sup>۳</sup>. ضمن آنکه استفاده از واژگان «پیش‌خریدار» و «پیش‌فروشنده» توسط قانون‌گذار در سال ۱۳۸۹ نیز مؤید این نظر است<sup>۴</sup>. وانگهی عدم امکان انتقال مورد معامله توسط پیش‌فروشنده به غیر که موضوع مادهٔ ۱۷ و نیز امکان به رهن دادن واحد ساختمانی مورد معامله که موضوع مادهٔ ۱۰ است، بیانگر انتقال مالکیت آن به پیش‌خریدار و انعقاد عقد بیع است<sup>۵</sup>. افزون بر اینکه بی‌نیازی به انشا و ارادهٔ جداگانه در

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، معاملات معوض\_عقود تملیکی، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ص ۲۷۵؛ ولویون، رضا، فروش آپارتمان ساخته نشده، ماهنامه کانون وکلا، سال چهارم و هشتم، فروردین ۱۳۸۵، دوره دوم، شماره ۶۰ ص ۵۳؛ ممی‌زاده، مهدی، ماهیت، شرایط و آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان، ماهنامه کانون، شماره ۸۷، ص ۱۰۵؛ خداحمی، نسرتین، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰؛ اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، فصلنامه علامه، شماره ۶ و ۷، ص ۲۹؛ پیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع (مصالحه تطبیقی)، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۴۴؛ غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر، پیشین، ص ۱۷۴.

۲. ممی‌زاده، مهدی، پیشین، ص ۱۰۶.

۳. همان.

۴. غریبه، علی، مسعودی، ناصر، پیشین، ص ۱۷۴.

۵. همان.

مرحلهٔ تحویل واحد ساختمانی و مرحلهٔ تنظیم سند رسمی آن<sup>۱</sup> دلایلی هستند که بیع بودن ماهیت قرارداد پیش فروش را توجیه می‌کنند. در نهایت اینکه، با توجه به عدم پیش‌بینی تمامی احکام و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون مصوب ۱۳۸۹، در صورتی که این قرارداد را مصدقاً از بیع بدانیم و با توجه به جامعیت مقررات حاکم بر این نهاد سنتی در قانون مدنی، می‌توان نقص قانون پیش فروش ساختمان را جبران کرد و در موارد سکوت این قانون، قواعد حاکم بر بیع را به آن تسری داد، ضمن آنکه با پذیرش این نظر، جریان احکام خاصهٔ عقد بیع (از جمله خیار تأخیر ثمن، خیار مجلس و حق شفعه) هم در قرارداد پیش فروش ساختمان خالی از اشکال و فاقد منع قانونی خواهد بود.

قائلین به این نظر، اگرچه در بیع دانستن قرارداد پیش فروش ساختمان، متفق‌القول‌اند، در اینکه بیع مذکور کدام قسم از اقسام بیع است، اختلاف نظر دارند. عده‌ای آن را بیع معلق می‌دانند و عده‌ای بیع معدوم به تبع موجود. عده‌ای دیگر بیع سلم و استصناع را قالبی مناسب می‌دانند. دلایل هر کدام در ادامه خواهد آمد.

### ۲.۱.۱. بیع معلق

عده‌ای<sup>۲</sup> قرارداد پیش فروش ساختمان را از مصادیق بیع معلق می‌دانند که در آن، اثر قرارداد منوط به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی مورد معامله می‌گردد.

مطابق این نظر، «طرفین یک قرارداد می‌توانند سببی را بر پا کنند که مقتضای آن، تملیک بی‌درنگ و بی‌قید و شرط مبیع باشد و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. هر کدام از این دو بر طبق مفاد خود، اثر می‌گذارد و در فرض دوم، سبب از حرکت و سازندگی فرو نمی‌ماند. به‌ویژه که درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ایران، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است<sup>۳</sup>». وانگهی با پذیرش این نظر، مالکیت قائم به معدوم نمی‌گردد، چراکه حق مالکیت پس از ایجاد مورد معامله منتقل می‌شود و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. افزون

۱. مادهٔ ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۷۵؛ ولویون، رضا، پیشین، ص ۵۳؛ نیز سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی اصغر، پیشین، ص ۱۵۵ که علاوه بر اعتقاد به اینکه قرارداد پیش فروش ساختمان، قراردادی خصوصی و مشمول مادهٔ ۱۰ م. می‌باشد، انتخاب قالب بیع معلق را هم به عنوان ماهیت این قرارداد، خالی از خدشه می‌دانند.

۳. کاتوزیان، ناصر، همان.

براینکه جدایی سبب از مسبب که می‌تواند ایراد احتمالی به این نظر باشد، با قاعده «الاعتبار بید المعتمر» مرتفع و پاسخ داده می‌شود. وجود موارد مشابه در قانون مدنی مانند تملیک منافع در اجاره (که حین عقد موجود نیست)، وصیت به مال آینده (ماده ۸۴۳ ق.م) و بیع مال کلی، می‌توانند مؤید صحت این نظر باشند.<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۲. بیع استصناع

استصناع را به «بیع در ذمه با شرط عمل صانع به نفع سفارش‌دهنده» تعریف کرده‌اند.<sup>۲</sup> مطابق نظر قائلین به استصناع بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان<sup>۳</sup>، از آنجا که پیشرفت جوامع بشری و تکنولوژی و تغییر نیازها باعث گسترش قلمرو استصناع شده است و فقط محدود به سفارش ساخت اموال منقول نیست<sup>۴</sup> و نیز از آنجا که از یک سو، در استصناع آنچه موضوع قصد انشای طرفین است، عین کالای ساخته شده و عمل شخص بر روی آن مقدمه است و نیز ارتکاز عرفی در این قرارداد آن است که<sup>۵</sup> به محض انعقاد عقد و ایجاد کالا، بدون نیاز به سبب دیگر، سفارش‌دهنده مالک کالای ساخته شده می‌شود و از سویی دیگر، در قرارداد پیش‌فروش هم موضوع قصد انشای طرفین، واحد ساختمانی است و نه عمل و مصالح آن و نیز برای انتقال مالکیت آن بعد از ساخت، نیاز به سببی دیگر نیست؛ فلذا این قرارداد مصداقی از مصادیق بیع استصناع است.

### ۲.۱.۳. بیع سلم

۱. همان، ص ۲۷۷.
۲. سمرقندی حنفی، **تحفه الفقها**، جلد ۲، ص ۵۳۸ (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **الفارق**، جلد ۱، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۷۴).
۳. اصغر زاده، علی، پیشین، ص ۲۹؛ نظر پور، محمد نقی؛ محمدی، مرتضی، **صحت یا فساد عقد استصناع**، حقوق اسلامی، بهار ۱۳۹۰، شماره ۲۸، ص ۶۵.
۴. خدارحمی، نسرین، پیشین، ص ۹۹.
۵. سیفی زیناب، غلامعلی؛ حسن زاده، منصور، **استصناع در فقه و حقوق ایران**، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، شماره ۵۰، ص ۱۷.



بیع سلم را به «عقد علی موصوف فی الذمه ببدل يعطى عاجلاً» یا «ابتیاع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو فی حکمه»<sup>۲</sup> تعریف کرده‌اند. شباهت‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم می‌تواند نهاد اخیر را قالبی مناسب برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان جلوه دهد، همچنان‌که عده‌ای از نویسندگان قائل به این نظر هستند.<sup>۳</sup>

در بیع سلم، مبیع مؤجل است<sup>۴</sup>، همچنان‌که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان هم مورد معامله مؤجل است. در هر دو قرارداد، قصد طرفین، انتقال مالکیت مورد معامله است؛<sup>۵</sup> ضمن آنکه ذکر جنس و وصف مورد معامله از شرایط اساسی هر دو قالب است.<sup>۶</sup> وانگهی در هر کدام از این دو قرارداد، مدت قرارداد باید تعیین شود.<sup>۷</sup> همین تشابهات می‌تواند این دو نهاد حقوقی را به هم نزدیک کند. استفاده از واژگان «پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار» نیز به نوعی تقویت‌کننده این نظر می‌باشد.<sup>۸</sup>

#### ۲.۱.۴. بیع معدوم به تبع موجود

عده‌ای معتقدند قرارداد پیش‌فروش مصداقی از بیع است که در آن «فروشنده در زمان معامله، هسته اولیه مبیع - عرصه و در صورتی که عرصه موقوفه باشد، با دارا بودن حق ایجاد اعیانی، فضای آن را مالک است و سلطه یا مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین معین دارد و مبیع به صورت معدوم ممکن‌الوجود به تبع رابطه با مالکیت موجود صورت می‌گیرد و خریدار با بیع، سلطه

۱. النووی دمشقی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف (۶۷۶هـ)، *روضه الطالبین و عمدہ المفتین*، جلد ۳، نشر دار عالم الکتاب، ۱۴۲۳-۲۰۰۳م، ص ۲۴۲.

۲. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، جلد ۲، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸هـ، ص ۵۵.

۳. طباطبایی، سید محمد صادق؛ کیانی، عباس، *تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان*، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، بهار ۱۳۹۳، شماره ۸۵، ص ۷۷.

۴. خمینی، سید روح الله موسوی، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، بی تا، مؤسسه مطبوعات دار العلم، ص ۵۴۳.

۵. خداحمی، نسرین، پیشین، ص ۷۷.

۶. ابن حجر الهیتمی، شهاب الدین ابوالعباس احمد بن محمد بن علی (۹۷۴هـ)، *تحفه المحتاج بشرح المنهاج*، جلد ۲، درسه و تحقیق: عبدالله محمود عمر محمد، نشر دارالکتب العلمیه بیروت-لبنان، بی تا، ص ۱۹۸، همچنین در قرارداد پیش‌فروش ساختمان ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان.

۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، جلد ۲۰، ۱۴۰۵ هـ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ص ۲؛ همچنین در قرارداد پیش‌فروش ساختمان بند ماده ۲ قانون.

۸. طباطبایی، سید محمد صادق، کیانی، عباس، پیشین، ص ۴۷.

و مالکیت و حق عینی نسبت به فضای واحد آپارتمانی مورد معامله و عرصه آن به قدرالسهم واحد اختصاصی خود را کسب می‌کند و چون واحد آپارتمانی مختص او ساخته می‌شود، با ساخت هر متر از واحد مورد معامله حق عینی نسبت به آن جزء برای خریدار ایجاد می‌گردد<sup>۱</sup>. این نظر را بند ۴ ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان هم تقویت می‌کند<sup>۲</sup>؛ آنجا که تنظیم قرارداد پیش‌فروش را منوط به پایان عملیات پی ساختمان می‌داند. ضمن آنکه سابقه فقهی این نهاد هم (بیع معدوم به تبع موجود) دال بر صحت این نظر است<sup>۳</sup>، چراکه وقتی در فقه، معامله پنج چین جای موجود بر بوته‌های جای به ضمیمه پنج چین جای دیگر (معدوم) صحیح است و ایجاد ثمره در آینده بنا به احتمال عقلایی و حسب متعارف برای صحت آن کافی است، پس به یقین بیع آپارتمان معدوم به تبع زمین موجود را باید صحیح دانست؛ زیرا در اینجا علاوه بر محل ایجاد مبیع، پی ساختمان هم به عنوان بخشی از مبیع موجودیت دارد.

## ۲.۲. ایرادات وارد به بیع بودن قرارداد

اگرچه نظر مبنی بر بیع بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان منطقی جلوه می‌کند، اما ایراداتی اساسی به شرح ذیل به دلایل آن و نیز مصادیق مذکور در بندهای «۱ تا ۴» وارد است که در این مبحث به ترتیب خواهد آمد:

استناد به تشابه آثار دو قرارداد برای اثبات بیع بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان این ایراد را دارد که قائلین به آن غافل از این نکته هستند که لزوماً هر نقل مالکیتی که موضوع آن عین باشد، در قالب بیع صورت نمی‌گیرد، بلکه قدر متیقن خدشه وارده، وجود نهادی موسوم به «عقد صلح» است که می‌تواند به جای تمامی عقود معین بنشیند و آثار آنها را هم داشته باشد. بنابراین، دلیل اول قائلین به این نظر با این سؤال رد می‌شود که چرا باید قرارداد پیش‌فروش را بیع نامید؟ درحالی که عقد صلح هم با قلمروی گسترده‌ای که دارد، در صورت پذیرش این استدلال می‌تواند به عنوان قالبی برای قرارداد پیش‌فروش انتخاب شود. اما حقیقت این است که پایه استدلال مذکور اشتباه است، زیرا صرف وجود تشابه مذکور نمی‌تواند وحدت ماهیت دو نهاد بیع و

۱. پیرهادی، محمدرضا، پیشین، ص ۱۴۴.

۲. خداحمی، نسرين، پیشین، ص ۱۱۰.

۳. همان.

پیش‌فروش را توجیه کند؛ ضمن آنکه «کسی که می‌خواهد در مسائل حقوقی مشابه حقوقی نظر بدهد، نباید دچار فریب تشابه ظاهری دو مسئله (یا چند مسئله) گردد و باید قبلاً به فرق یا فرقه‌های مسائل مشابه بیندیشد»<sup>۱</sup>. دلیل دیگر این گروه، استفاده قانون‌گذار از واژگان «پیش‌خریدار» و «پیش‌فروشنده» است، درحالی‌که اولاً استدلال فوق استدلالی لفظی است و تکیه به استدلال لفظی در منطق حقوقی از جایگاه محکمی برخوردار نیست<sup>۲</sup>. ثانیاً نه فقط در قانون پیش‌فروش ساختمان، بلکه حتی در قانون مدنی و قوانین دیگر تا این اندازه که بتوان الفاظ را بنای استدلال قرار داد، رعایت اصطلاح نشده است<sup>۳</sup>. به عنوان مثال می‌توان مواد ۱۱ و ۲۰ قانون پیش‌فروش را مثال زد که به شدت از نظر ادبی و نگارشی دچار ضعف‌اند. در نتیجه نمی‌توان واژگان «پیش‌خریدار» و «پیش‌فروشنده» را دلیل بیع بودن قرارداد پیش‌فروش دانست. دلیل سوم هم از اتقان کافی برخوردار نیست، زیرا احکام مندرج در مواد ۱۰ و ۱۷، از احکام اختصاصی عقد بیع نیستند که بتوان از آن بیع بودن ماهیت قرارداد را نتیجه گرفت، زیرا اگرچه هر کدام از احکام مندرج در دو ماده یادشده بنا به عقیده‌ای از آثار مالکیتی است که به پیش‌خریدار منتقل شده است، حتی در صورت پذیرش این نظر، باز هم نمی‌توان بیع بودن قرارداد پیش‌فروش را نتیجه گرفت؛ زیرا هر جا که مالکیتی منتقل شود (اعم از بیع، هبه، صلح و سایر اعمال حقوقی تملیکی)، مالک بنا به حق مطلق که در تصرف و انتفاع از مایملک خود دارد<sup>۴</sup>، می‌تواند آن را رهن دهد و نیز احترام به مالکیت وی اقتضا می‌کند که قانون‌گذار انتقال آن مال را بدون رضایت مالک آن، غیرنافذ بداند. پس با عدم اثبات این مقدمه که نقل مالکیت صورت‌گرفته ناشی از سبب مملکی تحت عنوان بیع است، نتیجه آنها (و تبعاً دلیل چهارم این گروه) هم غیرقابل پذیرش خواهد شد.

در خصوص دلیل دیگر این نظریه، مبنی بر عدم جامعیت قواعد حاکم بر قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون مصوب ۱۳۸۹ و پذیرش قرارداد یادشده به عنوان یکی از مصادیق بیع برای امکان جریان احکام خاصه بیع در آن، باید گفت که این دلیل نمی‌تواند توجیه‌کننده ماهیت

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۶۶.

۲. همو، فن استدلال - منطق حقوق اسلام، ص ۲۴۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - ایقاع، تهران: انتشارات میزان، تابستان ۸۷، ص ۷۱.

۴. ماده ۳۰ قانون مدنی.

قرارداد پیش‌فروش ساختمان به عنوان بیع باشد، زیرا صرف‌نظر از اینکه لزوماً در موارد نقص مقررات حاکم بر یک نهاد حقوقی (با فرض پذیرش نقص مقررات قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون مصوب ۱۳۸۹ که البته خود ثابت نشده است)، چاره کار توسل به نهادهای سنتی نیست<sup>۱</sup>، بلکه نگاهی به تاریخ حقوق و پیشینه نهاد بیع در قانون مدنی نشان می‌دهد که تسری احکام این نهاد به سایر عقود و قراردادها، تاجایی که با آثار و شرایط اختصاصی آن قرارداد تنافی نداشته باشد، بلامانع است؛ زیرا استقرایی در نوشته‌های فقهی و نیز در مواد قانون مدنی نشان می‌دهد که آنچه در فصل بیع آمده، نه فقط مربوط به بیع، بلکه جز در موارد مصرح<sup>۲</sup>، قاعده‌ای عمومی مربوط به تمامی قراردادهاست؛ چنین رسمی با توجه به اهمیت بیع<sup>۳</sup> خیلی دور از انتظار نبوده و نیست، فلذا با پذیرش چنین مطلبی روشن می‌گردد که نقص مقررات حاکم بر قرارداد پیش‌فروش ساختمان را، بدون آنکه آن را مصداقی از عقد بیع هم بدانیم، می‌توان با تسری احکام بیع به آن (جز در مواردی که خلاف احکام اختصاصی پیش‌فروش ساختمان است) جبران نمود.

#### ۲.۲.۱. ایرادات وارد بر بیع معلق بودن قرارداد

این نظر نیز ایراداتی به شرح ذیل دارد:

۱. عقد معلق بنا به تعریف ماده ۱۸۹ قانون مدنی، عقدی است که تأثیر آن منوط به امر دیگری باشد؛ امری که باید خارجی محتمل‌الوقوع مستقبل باشد. درحالی که در قرارداد

۱. همچنان که در خصوص نهادهای مثل عقد بیمه که در معین بودن آن کسی تردید به ذهن راه نمی‌دهد، چنین راه‌حلی به کار برده نشد.

۲. که جریان این موارد مصرح (از جمله حق شفعه و خیارات تأخیر ثمن و مجلس) در قرارداد پیش‌فروش ساختمان هم با توجه به ماهیت این قرارداد و نیز مبنای تصویب قانون که حمایت از پیش‌خریدار می‌باشد، دور از انتظار به نظر می‌رسد؛ حتی اگر بتوان نظری را پذیرفت که ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بیع می‌داند. به عنوان مثال اگر حق شفعه را در نظر بگیریم، خواهیم دید که نمی‌توان قائل بود یا وجود تمام حمایت‌هایی که مقتن از پیش‌خریدار در راستای استقرار مالکیت وی بر واحد ساختمانی مورد معامله صورت داده است، تک شریک پیش‌فروشنده به عنوان شفیع و در قالب أخذ به شفعه، حق تملک سهم مورد معامله را با پرداخت قیمتی که پیش‌خریدار به پیش‌فروشنده داده است، داشته باشد (با توجه به ماده ۸۰۹ ق.م. این فرض ناظر به موردی است که انتقال مالکیت واحد ساختمانی مورد معامله همراه با عرصه آن موضوع قرارداد پیش‌فروش باشد)؛ زیرا در این صورت، تمامی تدابیری که قانون‌گذار در راستای حمایت از پیش‌خریدار اندیشیده و مورد حکم خود در قانون مصوب ۱۳۸۹ قرار داده است، خنثی خواهد شد.

۳. آنچه‌آن که آن را ام‌العقود می‌دانستند (جعفری لنگرودی، محمد جعفری، فلسفه اعلی در علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۲۰۲)

پیش فروش، موجودیت (احداث یا تکمیل) ساختمان به اقتضای لزوم این قرارداد و نیز قاعده التزام طرفین به آثار آن، امری است قطعی الوقوع.

۲. عقد معلق عقدی است که در مرحله انشا تفاوتی با عقد منجز ندارد، بلکه فقط جریان آثار آن است که برخلاف آثار عقد منجز که بدون وابستگی به اثر دیگر جریان پیدا می‌کند، معلق و وابسته به امری محتمل الوقوع است.<sup>۱</sup> بنابراین، انعقاد عقد معلق با تمامی ارکان و شرایط صورت می‌پذیرد و به عبارت بهتر، تمامی شرایط صحت یک عقد را باید دارا باشد، وگرنه ضمانت اجرای فقدان هر کدام از شرایط صحت در آن راه می‌یابد و می‌دائیم که از سویی مالکیت قائم به معدوم نمی‌شود و از سویی دیگر، در عقود تملیکی اطلاق عقد، اقتضای جریان فوری آثار را دارد<sup>۲</sup> (و مهم‌ترین آن آثار، انتقال مالکیت است) و این اقتضای عقود تملیکی، موجود بودن مورد معامله را ایجاب می‌کند. حال چطور می‌توان قرارداد پیش فروش ساختمانی را که در زمان انعقاد فاقد یکی از شرایط صحت است، صحیح پنداشت و آن را معلق به موجود شدن مورد معامله دانست؟ درحالی که پذیرفته‌ایم که قاعده عمومی در عقود معلق این است که عقود معلق هم دارای تمامی شرایط صحت قراردادها می‌باشند، فقط جریان و ترتب آثار آنها منوط به امر دیگری است؛ به عبارت بهتر، فرض این است که اگر شرط تعلیقی وجود نداشت، قرارداد منعقدۀ آثار خود را به جای می‌گذاشت، درحالی که در قرارداد پیش فروش ساختمان، چنین فرضی منتفی است.

حتی به فرض پذیرش تعلیق عقود به موجودیت ساختمان، باز هم ایرادها برطرف نمی‌گردند؛ زیرا اشاره شد که از شرایط معلق علیه در عقود معلق، محتمل‌الحصول و خارجی بودن آن است، درحالی که در قرارداد پیش فروش، وجود پیدا کردن واحد ساختمانی امری قطعی‌الحصول است<sup>۳</sup>، ضمن آنکه در اختیار شخص متعهد (پیش‌فروشنده) هم هست، به ویژه آنکه انجام تعهد هم قائم به شخص نیست که در صورت امتناع وی نتوان انجام و ایفای آن را به شخص دیگر سپرد، بلکه از

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۵۲.

۲. عسکری، سید حکمت اله، تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین، انتشارات مجد، ۱۳۹۰، صص ۲۷ به بعد.

۳. اصغر زاده، علی، پیشین، ص ۱۸.

تعهداتی است که شخصیت طرف معامله در آن بی تأثیر است؛ بنابراین، در صورت امتناع می‌توان انجام آن را با استیفای مخارج از اموال پیش‌فروشنده از پیش‌خریدار یا شخص ثالثی خواست.<sup>۱</sup>

۳. از تعهدات پیش‌فروشنده در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، لزوم انجام تعهدات (تعهد به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی) در مهلت مقرر در قرارداد است که در صورت عدم انجام، الزام و در صورت تأخیر در انجام، مکلف به پرداخت مبالغ مندرج در ماده ۶ قانون می‌گردد.<sup>۲</sup> درحالی که در هیچ عقد معلقى چنین وضعیتی وجود ندارد و نمی‌توان متعهد قرارداد را الزام به تحقق معلق علیه کرد و به خاطر تأخیر در تحقق معلق علیه، وی را ملزم به پرداخت مبالغی کرد؛ زیرا فرض این است که در یک عقد معلق از همان آغاز، طرفین به احتمالی بودن تحقق معلق علیه واقف هستند. بنابراین، حتی در صورت ورود خسارت به متعهدله که از عدم تحقق معلق علیه ناشی شود، نمی‌توان طرف دیگر معامله را مقصر دانست زیرا اقدام متعهد به انعقاد یک عقد معلق وی را از حمایت‌های قانونی محروم می‌کند. ضمن آنکه در یک عقد معلق فرض این است که معلق علیه حادثه‌ای خارجی است؛ پس هیچ‌کدام از طرفین الزام و حتی شاید توانی در تحقق آن نداشته باشند. پس چطور می‌توان وی را به خاطر عدم تحقق معلق علیه جریمه کرد؟

۴. ایراد بعدی نظریه، تنافی حکم مندرج در ماده ۱۰ قانون پیش‌فروش ساختمان با مقررات حاکم بر عقود معلق است، در یک عقد معلق تملیکی، قبل از تحقق معلق علیه، مالکیتی منتقل نمی‌شود، بلکه انتقال مالکیت و سایر تصرفات مالکانه منوط به تحقق معلق علیه است.<sup>۳</sup> درحالی که در قرارداد پیش‌فروش، به موجب ماده ۱۰ قانون، پیش‌خریدار سهم خود را در ازای تسهیلات دریافتی از بانک به رهن می‌گذارد. با این ایرادات، به نظر نمی‌رسد دیدگاه یادشده برای بیان ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان صحیح و منطقی باشد.

#### ۲.۲.۲. ایرادات وارده به بیع استصناع بودن قرارداد

۱. ماده ۲۳۸ ق.م.

۲. عبدالکریمی، هیوا، بررسی حقوقی قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۴، ص ۱۰۸.

۳. امامی، سید حسن، پیشین، ص ۱۶۵.

قرارداد پیش‌فروش ساختمان را نمی‌توان یکی از مصادیق استصناع دانست؛ زیرا اولاً موضوع استصناع، اموال منقول است<sup>۱</sup>، درحالی‌که موضوع قرارداد پیش‌فروش مال غیرمنقول است؛ ثانیاً مطابق نظر مشهور فقها، «جواز» ویژگی بارز استصناع است<sup>۲</sup>، درحالی‌که قرارداد پیش‌فروش هم بر پایه اصله‌اللزوم و هم بر پایه مصلحت کامنه قراردادی است لازم؛ ثالثاً از شرایط عقد استصناع (بنا به عقیده‌ای) عدم لزوم ذکر اجل<sup>۳</sup> و بنا به عقیده بعضی، عدم صحت ذکر اجل است<sup>۴</sup>، درحالی‌که در قرارداد پیش‌فروش مطابق بند ۷ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، زمان تحویل واحد ساختمانی باید در قرارداد تصریح شود؛ رابعاً عده‌ای از فقها استصناع را عقدی می‌دانند خیاری که عاقدین می‌توانند پیش از ختم عمل و پس از آن و قبل از عرضه مشتری، عقد را فسخ کنند<sup>۵</sup>، درحالی‌که تصور چنین چیزی در قرارداد پیش‌فروش ساختمان با توجه به مبانی وضع قانون محال است، چراکه شرط فوق یعنی عدم امکان الزام صانع به تحویل را در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، نمی‌توان صحیح دانست.

### ۲.۲.۳. ایرادات وارد به بیع سلم بودن قرارداد

قرارداد پیش‌فروش ساختمان اگرچه تشابهاتی را با بیع سلم دارد، اما تفاوت‌های زیر مانع از انتخاب سلم برای ماهیت پیش‌فروش ساختمان است. اولاً موضوع بیع سلم، اموال کلی فی‌الذمه است و اموال مثلی<sup>۶</sup>، درحالی‌که در کلی و مثلی نبودن<sup>۷</sup> واحد ساختمانی مورد معامله در قرارداد

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اندیشه و ارتقاء، ص ۴۹۸.

۲. کاسانی، ابوبکر، **بدایع الصنایع**، جلد ۷، ص ۱۳/۳۱۶۸ به بعد (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **الفارق**، جلد ۱، ص ۲۷۶)، سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی اصغر، پیشین، ص ۱۳۹.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان.

۴. سرخسی، محمد ابن احمد، **المبسوط**، جلد ۱۲، ص ۱۴۰؛ سمرقندی حنفی، **تحفه الفقها**، جلد ۶، ص ۵۳۹ (هر دو به نقل از منصور، سعید، **ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران**، ۱۳۸۹، انتشارات میزان، ص ۷۵)؛ سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سید علی اصغر، پیشین، ص ۱۳۹.

۵. کاسانی، ابوبکر، پیشین، جلد ۶، ص ۲۱/۲۶۷۹ (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۲۷۵).

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **فرهنگ عناصر شناسی**، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۳۶۷.

۷. موضوع قرارداد پیش‌فروش نمی‌تواند کلی و مثلی باشد، زیرا عین کلی یعنی عین صادق بر افراد عدیده، درحالی‌که قانون‌گذار در قانون پیش‌فروش ساختمان با مکلف کردن طرفین به تصریح به مواردی، از جمله شماره طبقه و شماره واحد و مندرجات پروانه ساخت هر واحد و... ماده ۲، به نحوی خواسته مورد معامله قرارداد پیش‌فروش را قیمی جلوه دهد (و قیمی هم جز به صورت عین معین نمی‌تواند مورد معامله قرار بگیرد)؛ چراکه نمی‌توان حتی دو واحد ساختمانی را با شماره واحد و نیز

پیش فروش ساختمان تردیدی نیست.<sup>۱</sup> ثانیاً مطابق قول مشهور فقها، ثمن در بیع سلم باید فی المجلس قبض شود<sup>۲</sup> درحالی که عرف عمل در قراردادهای پیش فروش ساختمان چیزی غیر از این را نشان می دهد و آن، پرداخت قسطی بهای واحد ساختمانی است.<sup>۳</sup> بند ۵ ماده ۲ قانون، حکم آمره ماده ۱۱ و نیز دلیل عقلی، توجیه کننده این تفاوت پیش فروش ساختمان با بیع سلم است.<sup>۴</sup> ثالثاً مطابق بیان فقها، موضوع سلم، هنگام تسلیم باید فراوان باشد<sup>۵</sup> درحالی که چنین ویژگی ای در خصوص واحد ساختمانی و اموال غیرمنقول نمی تواند صادق باشد، ضمن آنکه عدهای از فقها سلم را درباره زمین و عقار جایز نمی دانند.<sup>۶</sup>

#### ۲.۲.۴. ابرادات وارد بر بیع معدوم به تبع موجود بودن قرارداد

دلایل این نظر از چند نظر قابل خدشه است: اولاً بیع بودن ماهیت قرارداد پیش فروش ثابت نشده و با اشکالاتی اساسی مواجه است؛ ثانیاً آنچه که به عنوان «موجود» مدنظر آنهاست و انتقال معدوم به تبع آن را صحیح می دانند، در هاله ای از ابهام است، زیرا اگر «عرصه» است که

شماره پروانه و شناسنامه فنی مشترک پیدا کرد؛ چه برسد به اینکه ساختمان های عدیدهای این وصف را داشته باشند. وانگهی دقت در ماده ۲۷۹ قانون مدنی که در بیع کلی، اختیار انتخاب مصداق را به متعهد داده، قوت این نظر را بهتر نشان می دهد، چراکه در قرارداد پیش فروش ساختمان، پیش فروشنده کوچک ترین حق انتخابی ندارد و همان ساختمانی را باید تحویل دهد که برای ساخت یا تکمیل آن تعهد داده است و لاغیر؛ بنابراین امروزه با تصویب قانون پیش فروش ساختمان و با اطلاع از اینکه امر، اقتضای وجوب را دارد، باید قبول کرد که لحن امری ماده ۲ قانون، طرفین را مکلف به انجام و پیروی از آن می کند و عدم تبعیت از آن، قرارداد آنها را از شمول ماهیت پیش فروش ساختمان خارج می کند (تفصیل این نظر در، عبدالکریمی، هیوا، پیشین، صص ۳۱-۳۵).

۱. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین، پیشین، ص ۹۰؛ سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سید علی اصغر، پیشین، ص ۱۲۸؛ برای دیدن نظر مخالف، نک: کاتوزیان، ناصر، **عقود معین، عقود تملیکی\_معاملات معوض**، جلد ۱، ص ۲۷۷؛ ولویون، رضا، پیشین، ص ۵۱.

۲. النووی الدمشقی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف، پیشین، جلد ۳، ص ۲۴۲؛ بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، پیشین، جلد ۲۰، ص ۱۵.

۳. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین، پیشین، ص ۹۱؛ غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر، پیشین، ص ۱۷۱.

۴. درحالی که برخلاف قرارداد پیش فروش ساختمان که در آن پیش خریدار طرف ضعیف قرارداد است، در بیع سلم (که به تعبیر برخی اساتید بیع المفالیس است (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **صد مقاله در روش در علم حقوق**، ص ۶۸)) فروشنده است که به دلیل احتیاج به وجه نقد طرف ضعیف است و به همین دلیل نیاز است ثمن را فی المجلس قبض کند.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **فرهنگ عناصر شناسی**، ص ۳۶۷.

۶. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۳۱۹.



موجود بودن عرصه و انتقال آن از ذاتیات قرارداد پیش فروش نیست.<sup>۱</sup> به عبارت بهتر، در مصادیقی از قراردادهای پیش فروش، عرصه مورد معامله قرار نمی‌گیرد و نه فقط طرفین آن را مورد معامله قرار نمی‌دهند، بلکه حتی اگر بخواهند نیز به علت منع قانونی چنین توانایی‌ای را ندارند<sup>۲</sup> و اگر آنچه موجود می‌پندارند، «حق ایجاد بنا» است، باز هم با ایراد اساسی مواجه است و آن تردیدی است که در وضعیت حقوقی انتقال حق مزبور وجود دارد و اینکه آیا «عین» مندرج در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، فقط «عیان» اموال است و منصرف از حق و منفعت یا صرفاً برای اخراج منفعت از تعریف بیع؟

ثالثاً از بند ۴ ماده ۴ هم نمی‌توان چنین نظری را استنباط کرد، بلکه قدر متیقن آنچه از این ماده قابل استنباط می‌باشد، این است که قانون‌گذار با منوط کردن تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان به اتمام عملیات پی ساختمان صرفاً درصدد احراز اراده جدی پیش فروشنده برای پیش فروش و انتقال مالکیت واحد ساختمانی به پیش خریدار است. حمایتی بودن قانون و دغدغه ضعف مفروض پیش خریدار در این قرارداد، می‌تواند مبنای محکمی برای اقدام قانون‌گذار در این ماده باشد.

### ۳. نظریه استقلال قرارداد

عقودی را که در قانون نام خاص دارند و قانون‌گذار شرایط انعقاد و آثار آن را معین کرده است، عقود معین یا بانام می‌نامند.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان با گروهی باید همراه شد که این قرارداد را عقدی معین و مستقل می‌دانند.<sup>۴</sup> دلایل این نظر را به این صورت می‌توان بیان کرد که قانون‌گذار قرارداد پیش فروش ساختمان را در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان تعریف و صراحتاً «هر قراردادی که به موجب آن مالک رسمی زمین تعهد می‌کند واحد ساختمانی مشخصی را در آن زمین احداث یا تکمیل کند و واحد ساختمانی

۱. عبدالکریمی، هیوا، پیشین، صص ۵۴-۵۸.

۲. از جمله در مصادیقی از موارد بند ۲ تبصره ماده ۱ قانون.

۳. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۷۹؛ کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۵۵.

۴. چمک، فاطمه، پیشین، ص ۱۴؛ دارویی، عباسعلی، **قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، ۱۳۹۱، شماره ۲، ص ۱۵۲.

مزبور با هر نوعی کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا بعد از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید»، صرف نظر از عنوان آن، قرارداد پیش فروش ساختمان نامیده است و در مواد ۲۵ گانه قانون، شرایط انعقاد و آثار و احکام خاص آن را پیش‌بینی کرده است. به نظر می‌رسد با تصویب قانون پیش فروش ساختمان با وضع پیش‌گفته، پذیرش نظری غیر از این نظر، دور از منطق باشد؛ زیرا اولاً منظور از قانون در تعریف عقود بانام، بی‌شک فقط قانون مدنی نیست، بلکه در تمامی مواردی که ضمن یک قانون، مقنن به بیان عنوان، شرایط انعقاد و تقریر احکام و آثار یک قرارداد می‌پردازد، آن قرارداد یک عقد معین است، ولو آنکه در قانون مدنی اسمی از آن نیامده باشد. کما اینکه با وجود عدم ذکر عقد بیمه در قانون مدنی، هیچ حقوق‌دانی در بانام و معین بودن این عقد تردید ندارد.

ثانیاً امروزه همه پذیرفته‌اند که در برابر اصل توقیفی بودن عقود که مطابق آن فقط عقود مصرح در نصوص شرع معتبر هستند، آزادی اندیشه قد علم کرده و بر آن غلبه کرده است.<sup>۱</sup> وانگهی قانون‌گذار می‌تواند با توجه به اقتضای نیاز جامعه، نهادهای حقوقی مورد نیاز را با تکیه بر «حاجت عمومی» مورد شناسایی قرار دهد و احکامی را برای آن وضع کند.<sup>۲</sup>

ثالثاً با پذیرش این نظر، نقاط قوت سایر نظریات تأمین و ایرادات آنها طرد خواهد شد. ضمن آنکه با مستقل دانستن این قرارداد، حمایت لازم هم از پیش‌خریدار صورت خواهد گرفت؛ موضوعی که مهم‌ترین مبنای تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان بود.

بنابراین، صرف‌نظر از اینکه به رسمیت شناختن قراردادی جدید با عنوان قرارداد پیش‌فروش ساختمان و اضافه کردن آن به لیست عقود معین قبلی با مانعی مواجه نیست، بلکه تلاش برای سوق دادن آن به یکی از قالب‌های سنتی و به عبارتی دیگر تلاش برای تطبیق آن با نهادهای سنتی مشابه، مخالفت با حکومت اراده و آزادی قراردادهای و عقب‌گرد به زمان‌های دوری است که عقود را منحصر در عقود مصرح در نصوص شرع می‌کردند.

در نهایت اینکه، این نظر را با ذکر دو مقدمه و نتیجه ذیل به بیانی دیگر اثبات می‌کنیم:

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۸.  
 ۲. فتاحی، سید محسن، دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، شماره ۹.

مقدمه اول: هر عقدی که نام، شرایط، آثار و احکام آن در قانون مورد پیش‌بینی قرار گرفته باشد، عقد بانام و معین است.

مقدمه دوم: نام، شرایط، آثار و احکام قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مورد تقریر قانون‌گذار قرار گرفته است.<sup>۱</sup>  
نتیجه: قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقدی است معین و بانام.

در خصوص مقدمه دوم و نتیجه لازم است اشاره شود که در نظام تقنین اسلام و به تبع آن در نظام تقنین ایران، یکی از مبانی وضع قانون و احکام موضوعات، حاجت عمومی است.<sup>۲</sup> توجه به این مبنا و استفاده از آن در تشریح، سابقه‌های دیرینه دارد که از جمله می‌توان به حکم صحت عقودی مانند استصناع، بیمه و... اشاره کرد که خود، عدول از اصل توقیفی بودن عقود و رسمیت‌بخشی به عقود جدیدی بود که بعضاً در زمان شارع مقدس مورد استفاده نبود، اما بعدها در اثر گذشت زمان و نیاز آدمیان به آن عقود، مورد استفاده عرف قرار گرفت. تشریح بر پایه حاجت عمومی را ابتدای تشریح بر مصالح خلق<sup>۳</sup>، تأیید و توجیه می‌کند. بنابراین، تصور اینکه مقنن با تصویب یک قانون، عقدی غیر از عقود رایج در زمان شارع مقدس را به رسمیت بشناسد و شرایط و احکام اختصاصی آن را در ضمن یک قانون مورد تقریر قرار دهد، غیرممکن نیست.

۱. لازم به ذکر است که لزومی ندارد شرایط پیش‌بینی شده لزوماً تمامی شرایط قرارداد پیش‌فروش باشد و نیز لازم نیست که شرایط قرارداد پیش‌فروش لزوماً مختص به همین قرارداد باشد تا بتوان آن را مستقل از سایر عقود دانست، زیرا اشتراک بعضی از آثار و احکام دو عقد معین در یک نظام حقوقی نمی‌تواند دور از ذهن باشد (شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ۱۳۸۸، انتشارات مجد، ص ۱۳۲).

۲. برای دیدن فهرست تفصیلی نمونه‌های تشریح بر پایه «حاجت عمومی» نک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مسائل منطقی حقوق و منطق موازنه، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۶۳-۱۶۱؛ همان، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، صص ۸۹-۹۸.

۳. وهبه الزحیلی، الفقه الاسلام و ادلته، جزء الخامس، دمشق: نشر دارالفکر المعاصر، ۱۹۸۴، ص ۳۶۴.

### نتیجه گیری

آنچه در این نوشتار آمد، نقد و تحلیل نظریاتی بود که در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان از سوی صاحب نظران ارائه شده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد: اولاً با تصویب قانون پیش فروش ساختمان، نظریه خصوصی بودن این قرارداد و عقیده به نامعین و بی‌نام بودن آن مطرود است؛ چراکه با تصویب قانون مذکور، این قرارداد شرایط اتصاف به «معین و بانام بودن» را دارا شد؛ زیرا هم قانون‌گذار عنوان مستقلی را در ماده ۱ به آن اختصاص داد و هم در ضمن مواد این قانون، شرایط و آثار اختصاصی‌ای را برای آن پیش‌بینی کرد. ثانیاً قرار دادن این نهاد جدید در زمره مصادیق عقد بیع (و هر کدام از اقسام آن) با ایراداتی جدی مواجه است که از جمله این ایرادات می‌توان به این موارد اشاره کرد: عدم کفایت تشابه آثار دو قرارداد برای یکی دانستن ماهیت آنها و نیز عدم اتقان توسل به استدلال لفظی استفاده مکنن از واژگان «پیش خریدار» و «پیش فروشنده» (خروج بیع به طور کلی)، عدم تطابق و مغایرت اساسی قرارداد پیش فروش با بیع معلق (خروج بیع معلق)، لزوم (در مقابل جواز) قرارداد پیش فروش و نیز ضرورت ذکر أجل برای تحویل موضوع مورد معامله (خروج استصناع)، قیمی بودن مورد معامله و عدم ضرورت قبض فی المجلس عوض معامله (خروج بیع سلم) و سایر ایرادات وارده (از جمله به نظریه بیع معدوم به تبع موجود).

بنابراین به نظر می‌رسد ایرادات وارد بر این دو نظریه و نیز بی‌توجهی ایرادی اساسی به نظر مبنی بر معین و بانام بودن قرارداد پیش فروش ساختمان همراه با تکیه بر اصل آزادی قراردادها و نیز سابقه دیرین تشریح بر پایه حاجت عمومی و البته وجود تمامی شرایط «استقلال» و اتصاف یک عقد به «معین و بانام بودن»، برای اثبات این نظر کفایت می‌کند.

**فهرست منابع:**

**الف) منابع فارسی**

**کتاب**

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵.
۲. پیرهادی، محمدرضا، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *اندیشه و ارتقا*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *روشن جدید در مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *سیستم‌شناسی در علم حقوق*، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *صد مقاله در روشن تحقیق علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فن استدلال - منطق حقوق اسلام*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مسائل منطق حقوق و منطق موازنه*، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
۱۲. خدارحمی، نسرین، *قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
۱۳. زرنگار، فرناز، *قرارداد پیش فروش ساختمان*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
۱۴. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۱۵. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۱۶. عسکری، سید حکمت اله، *تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
۱۷. قاسمی حامد، عباس، *شرایط اساسی شکل گیری قراردادها*، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۹.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۷.

۱۹. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین، معاملات معوض\_ عقود تملیکی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۲۲. منصوری، سعید، **ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران**، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۹.

مقاله

۲۳. اصغر زاده، علی، **ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان**، فصلنامه علامه، شماره ۶ و ۷.
۲۴. ایزدی فرد، علی اکبر، کاویار، حسین، **بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان**، فصلنامه فقه و حقوق، سال پنجم، ۱۳۸۸، شماره ۱۸.
۲۵. حاتمی، علی اصغر، ذاکری نیا، حانیه، **ماهیت قرارداد ساخت و ساز (در فرض پیش فروش)**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، ۱۳۸۹، شماره ۲.
۲۶. دارویی، عباسعلی، **قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، ۱۳۹۱، شماره ۲.
۲۷. دیانی، عبدالرسول، **ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش مسکن**، خبرنامه کانون وکلای اصفهان، ۱۳۸۸، شماره ۳۲.
۲۸. سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سیدعلی اصغر، **ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه**، مجله معارف اسلامی و حقوق، سال یازدهم، ۱۳۸۹، شماره ۱.
۲۹. سیفی زیناب، غلامعلی؛ حسن زاده، منصوره، **استصناع در فقه و حقوق ایران**، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، شماره ۵۰.
۳۰. طباطبایی، سید محمد صادق، کیانی، عباس، **تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان**، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، ۱۳۹۳، شماره ۸۵.
۳۱. غریبه، علی، مسعودی، ناصر، **تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع**، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، ۱۳۹۰، شماره ۲.
۳۲. فتاحی، سید محسن، **دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، ۱۳۹۲، شماره ۹.
۳۳. ممی زاده، مهدی، **ماهیت، شرایط و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان**، ماهنامه کانون، شماره ۸۷.

۳۴. نظر پور، محمد نقی؛ محمدی، مرتضی، **صحت یا فساد عقد استصناع**، حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، شماره ۲۸.

۳۵. ولویون، رضا، **فروش آپارتمان ساخته نشده**، ماهنامه کانون وکلا، سال چهل و هشتم، دوره دوم، ۱۳۸۵، شماره ۶۰.

#### پایان نامه

۳۶. چمک، فاطمه، «قراردادهای پیش فروش ساختمان با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹»، پایان نامه کارشناسی ارشد، همدان: دانشگاه بو علی همدان، مهر ۱۳۹۲.

۳۷. عبدالکریمی، هیوا، «بررسی حقوقی قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۴.

#### ب) منابع عربی (فقهی)

۳۸. ابن حجر الهیتمی، شهاب‌الدین ابوالعباس احمد بن محمد بن علی (۹۷۴هـ). **تحفه المحتاج بشرح المنهاج**، جلد ۲، درسه و تحقیق: عبدالله محمود عمر محمد، نشر دارالکتب العلمیه بیروت-لبنان، بی تا.

۳۹. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**، جلد ۲۰، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۵ هـ.ق.

۴۰. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، ۱۴۱۰ هـ.ق، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۱. حلی، محقق، نجم‌الدین، جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۲، ۱۴۰۸ هـ، مؤسسه اسماعیلیان.

۴۲. خمینی، سید روح‌الله موسوی، **تحریر الوسیلة**، جلد ۱، بی تا، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

۴۳. الزحیلی، وهبه، **الفقه السلام و ادلته**، جز الخامس، دمشق: نشر دارالفکر المعاصر، ۱۹۸۴.

۴۴. النووی دمشقی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف (۶۷۶هـ)، **روضه الطالبین و عمدہ المفتین**، جلد ۳، نشر دار عالم‌الکتاب، ۱۴۲۳هـ - ۲۰۰۳م.