

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره دوم، بهار- تابستان ۱۳۹۰، صفحات ۱۷۵-۱۵۷

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۰۴/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۹/۲۲

## تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تاملی بر انواع بیع

علی غریبه<sup>۱</sup>

ناصر مسعودی<sup>۲</sup>

### چکیده

قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان‌نشینی در جامعه کنونی ایران به طور گسترده‌ای در میان مردم رواج یافته است و انبوه‌سازان، شرکت‌های بزرگ ساختمانی و دستگاه‌های دولتی از طریق پیش‌فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع‌آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سودآور می‌نمایند. حقوق‌دانان، قضات و وکلا و اشخاص دست‌اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه و تبیین نمایند تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح در صورت بروز اختلاف، اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید. در این مقاله عقد بیع مورد مطالعه قرار گرفته و دلایل انطباق یا عدم انطباق قراردادهای فوق با هریک از انواع بیع مورد بررسی قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** بیع، قرارداد، پیش‌فروش، آپارتمان، سلم، سلف.

۱- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز. Email: garibeh@azarbar.org.

۲- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز. Email: masoudi.naser@yahoo.com.

۱- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز.

۲- استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز.

### مقدمه

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان بیع تلقی شود، در این صورت احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود.

حقوق‌دانان و قضات برای شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به عقود مختلفی اشاره نموده‌اند که از جمله آنها، عقد صلح، عقد شرکت، عقد استصناع، عقد بیع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. در این مقاله عقد بیع مورد مطالعه گرفته است.

از دیدگاه برخی از حقوق‌دانان (بیر هادی، انتقال مالکیت در عقد بیع، ۱۲۷) قرارداد پیش‌فروش آپارتمان‌های ساخته نشده را می‌توان در قالب بیع مال غیرمنقول آینده مطالعه نمود.

به نظر برخی دیگر قرارداد راجع به آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، عقد بیع با شرایط جدید ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز روزافزون به تأمین مسکن تلقی می‌شود (ممی‌زاده، ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش‌فروش ساختمان، ۱۰۹).

برای بررسی این نکته که آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان از نظر ماهیت حقوقی، در قالب عقد بیع گنجانده، ضرورت دارد مطالب این گفتار با توجه به انواع بیع که بیع عین معین و کلی فی‌الذمه است، تقسیم نمود. در این راستا ضروری است، به لحاظ شباهت و نزدیکی مقررات بیع سلف یا سلم و تعهد به بیع با قراردادهای پیش‌فروش، از آنها نیز بحثی به میان آید. بر این مبنا مطالب این گفتار در چهار قسمت ارائه می‌شود:

قسمت اول - بیع عین معین

قسمت دوم - بیع کلی فی‌الذمه

قسمت سوم - بیع سلف یا سلم

قسمت چهارم - تعهد به بیع

برای تبیین و توضیح هر یک از قسمت‌های فوق مطالب جداگانه‌ای به شرح زیر ارائه می‌شود:

### قسمت اول - بیع عین معین

بیع عین معین (خرید و فروش مال موجود که قابلیت رؤیت و لمس دارد) یکی از انواع بیع و در واقع مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانون‌گذار تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله اول آن را مد نظر داشته است. مقنن در ماده مذکور بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده ۳۶۱ قانون مدنی اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است. بدیهی است که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مینا و مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود، این نکته ساده‌ترین دلیل حقوق‌دانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. «شهیدی» بیع خانه‌ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می‌داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع در چنین معامله‌ای چنین استدلال می‌کند: موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند این که مورد معامله، خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنین رهن مال غیرموجود صحیح نیست، زیرا ظاهر ماده ۷۷۴ ق.م، که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده ۸۴۲ ق.م، وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، ۳۰۹).

«کاتوزیان» در خصوص موجود نبودن مبیع بین حالتی که طرفین تصور می‌کرده‌اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می‌دانند که مبیع وجود ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، تفاوت قائل شده است. این تحلیل تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد.

۱- در مورد نخست چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا بنابه فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است، برای مثال اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است، پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حمله را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود باشد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۵).

اشکالی که بر این نظر وارد می‌کنند، این است که در حالتی که مبیع موجود نباشد چگونه می‌توان عقدی را منعقد کرد و تملیکی را انجام داد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکان‌پذیر نیست اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی‌توان محدود و مقید به زمان واحدی نمود. پس امکان دارد عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک براساس توافق طرفین و به استناد اراده طرفین

در زمانی دیگر تحقق یابد و این در امور اعتباری غیرمنطقی نیست و به این دلیل قانون مدنی ما در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته و آن را عقدی صحیح دانسته است.

نویسندگان حقوق مدنی ایران عقد معلق را به طور مطلق صحیح می‌دانند، ایشان چنین استدلال می‌کنند که:

۱- با آن که قانون، عقد معلق را تعریف کرده و در مقام بیان بوده است، ولی هرگز آن را باطل اعلام نکرده و فقط در موارد خاصی مانند عقد ضمان، تصریح به بطلان عقد معلق کرده است.

۲- طبق ماده ۲۲۳ ق.م. که مقرر می‌دارد «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود»، عقدی که در صحت و بطلان آن تردید باشد، باید صحیح دانسته شود. نتیجه آن که عقد معلق را باید به طور مطلق صحیح دانست مگر آن که قانون در خصوص عقدی، تصریح به بطلان آن کرده باشد (شهیدی، حقوق مدنی ۳ تعهدات، ۱۵).

البته در مواردی که قانون مدنی حکم دیگری مقرر می‌کند، دیگر عقد معلق پذیرفته نیست. این موارد محدود به دو مورد زیر می‌شود:

۱- بطلان نکاح معلق به استناد ماده ۱۰۶۸ ق.م.

۲- بطلان زمان معلق به استناد ماده ۶۹۹ ق.م.

حتی حقوق دانان نه تنها تعلیق را در ایجاد عقد، صحیح دانسته‌اند بلکه تعلیق زوال عقد را نیز صحیح می‌دانند. آنها دلایل صحت آن را به شرح زیر بیان داشته‌اند: اولاً، اصل صحت و عموماً «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مثبت صحت و اعتبار این گونه عقد معلق است.

ثانیاً، اینکه تحقق هر عمل حقوقی نیازمند انشا است و انفساخ معامله، به خودی خود و بدون انشای فسخ امکان ندارد. برای تحقق انفساخ معامله نیازی به انشای مستقل فسخ، بعد از انشای عقد وجود ندارد و دلیلی بر اثبات لزوم انشای جداگانه، نمی‌توان یافت. لازم نیست،

اول عقدی انشا شود و سپس فسخ آن به وسیله یکی از طرفین یا اقاله آن به وسیله طرفین انشا گردد. برخلاف آنچه عده‌ای گمان کرده‌اند. ممکن است انشای فسخ معلق، به صورت تعلیق در منشأ ضمن انشای خود عقد به عمل آید و بین انشای عقد و انشای فسخ معلق آن، تضادی وجود ندارد (شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۹).

پس هم‌چنان که انشای عقد و انشای زوال عقد می‌تواند به صورت معلق تحقق پذیرد، بین انشای عقد و تحقق تملیک که اثر عقد است، می‌توان فاصله زمانی ایجاد کرد، به نحوی که تملیک در زمان دیگری حسب اراده طرفین تحقق پذیرد.

بر این مبنا برخی از حقوق‌دانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع معلق دانسته‌اند و در توجیه آن بدین شرح اظهار نظر نموده‌اند که:

می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع هم زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نیست بلکه چنانچه گفته شد تملک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم اول قلمداد می‌شود به دیگر سخن بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است (ولویون، فروش آپارتمان‌های ساخته نشده، ۶۰، ۵۳).

ممکن است گفته شود، بیع آپارتمانی که قرار است در آینده ساخته شود، از مصادیق بیع عین معین است ولی به لحاظ غرری بودن معامله آن باطل است و می‌توان در این رابطه به قاعده غرر و حدیث «نهی‌النبی (ص) عن‌الغرر» استناد نمود. می‌دانیم که یکی از مصادیق قاعده غرر عدم وجود مبیع در زمان معامله و عدم اطمینان نسبت به وجود آمدن آن است. بر این مبنا بیع چیزی که وجود ندارد و اطمینان بر وجود آمدن آن نداریم، باطل است. اما در مورد قرارداد پیش فروش آپارتمان می‌توان گفت غرر منتفی است زیرا مبنا و معیار غرری بودن معامله عرف است و اگر عرف معامله‌ای را غرری نداند نمی‌توان آن را استناد غرر باطل

دانست. به نظر می‌رسد همان طور که «ابوالحسن محمدی» معتقد است، رفع غرر امری عرفی است (محمدی، قواعد فقه: ۷۸).

می‌دانیم که درسه مورد غرر به وجود می‌آید: عدم اطمینان به وجود مورد معامله، عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله و عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن.

حال برای اینکه معامله غرری نباشد چه معیاری وجود دارد؟ مانند بسیاری از موارد دیگر معیار ریال تشخیص عرف است. به عنوان مثال برای دانستن کمیت از کیل، وزن، شمارش، متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می‌شود، برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می‌کنند، برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر که عرف قبض و اقباض را محقق بداند کافی است و همین طور در مورد اطمینان به وجود معامله.

بدین جهت است که معامله غاصب، دزد، مکره و مجبور، غرری و باطل نیست بلکه معامله‌هایی فضولی و غیرنافذند. در حالی که اگر قبض و اقباض شرعی لازم بود صرف‌نظر از اینکه این اصطلاحات حقیقت شرعی نیستند، در هیچ‌کدام از این موارد مالک با میل و رضا مال خود را تسلیم مشتری نکرده است و قبض و اقباض شرعی تحقق نیافته است و باید معامله باطل باشد (محمدی، قواعد فقه: ۷۸).

بسیاری از حقوق‌دانان که گرایش و میل به اجرای عدالت و انصاف در روابط حقوقی مردم و خروج از کلیشه‌های خشک و ناعادلانه دارند، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بیع عین معین دانسته و آپارتمان را به محض ساخته شدن در جهت حمایت از پیش‌خریدار متعلق به او می‌دانند. «کاتوزیان» در این باره چنین اظهار نظر می‌کند:

در فروش آپارتمان (اگر به شکل تعهد به فروش نباشد) پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به مالکیت خریدار درمی‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند (کاتوزیان، عقود معین، ۲۷۷ و ۲۷۸).

به نظر می‌رسد این نظر کاملاً درست باشد. در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان اگر فروشنده تخلفی نماید و دقیقاً مطابق قرارداد نسازد در این صورت می‌توان ایراد گرفت که چون منظور طرفین این آپارتمان نبوده است پس خریدار نسبت به آن حق عینی ندارد و تعهد پیش‌فروش‌کننده بدون اجرا مانده است که این ناعادلانه خواهد بود. البته می‌توان گفت در این صورت انطباق عرفی آپارتمان ساخته شده با آپارتمان مورد توافق کافی خواهد بود. در صورتی که آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد منطبق باشد، باز باید عقد را صحیح دانست اما به خریدار حق فسخ اعطا کرد تا در صورتی که آپارتمان ساخته شده را قابل قبول نداند، قرارداد را فسخ کند. لازم به ذکر است که اعطای این حق فسخ منافی حفظ قرارداد و مطالبه جبران خسارت، یعنی اخذ ما به التفاوت یا نقیصه‌ای که در اثر عدم انجام تعهد فروشنده در آپارتمان ایجاد شده است، نخواهد بود.

#### قسمت دوم - بیع کلی فی‌الذمه

یکی از انواع بیع، بیع کلی فی‌الذمه است. در بیع کلی فی‌الذمه انتقال مالکیت مبیع به خریدار هم‌زمان با تسلیم مبیع صورت می‌گیرد و چون در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان توافق بر این است که آپارتمان پس از احداث و تکمیل تحویل خریدار گردد.

در صورتی که مبیع کلی باشد، عقد بیع عبارت است از تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی به مشتری خواهد بود (امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ۴۵۰).

ممکن است ادعا کرد که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، بیع کلی فی‌الذمه است. آثار چنین تحلیلی به روشنی مشخص است یعنی آپارتمان موضوع قرارداد پیش‌فروش تا قبل از تسلیم تحت مالکیت فروشنده قرار دارد و بر این مبنا او می‌تواند قبل از تسلیم، آن را به غیر منتقل نماید زیرا تا زمانی که مصداق مبیع کلی فی‌الذمه تعیین و تسلیم نشده، مال در مالکیت بایع است و بر همین مبنا طلبکاران فروشنده، می‌توانند در مقابل طلب خود آپارتمان را توقیف و به فروش برسانند.



در بیع کلی فی‌الذمه عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد بیع اشکال و ایرادی را بر عقد وارد نمی‌سازد و فروشنده مکلف است مبیع را در موعد مقرر مطابق اوصاف مورد توافق تسلیم نماید. فروشنده می‌تواند از مبیع موجود تحویل دهد یا از دیگری تهیه کند و تحویل دهد یا اینکه خود آن را بسازد و تحویل دهد. در واقع تعهد فروشنده از نوع تعهد به نتیجه است و راه نیل به هدف اهمیتی ندارد.

در خصوص توجیه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با عقد بیع کلی فی‌الذمه علاوه بر اینکه عدم انتقال مالکیت هم‌زمان با احداث مطابق قصد مشترک طرفین قرارداد نیست و مشکلات زیادی در این زمینه می‌تواند بروز کند، می‌توان این ایراد را مطرح نمود که آپارتمان مال قیمی است و نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی فی‌الذمه قرار گیرد. براین مبنای یکی از حقوق‌دانان در نقد رأی دادگاه مبنی بر مثلی دانستن آپارتمان، چنین می‌نویسد:

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

آپارتمان موصوف را به خریدار بازگرداند و نه اینکه حکم به تحویل از نوع مشابه بدهد» (علیزاده، قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، ۳۷).

به علاوه می‌دانیم که اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بیع کلی فی‌الذمه بدانیم در این صورت تا زمانی که سازنده یعنی پیش‌فروش‌کننده حتی پس از تکمیل آپارتمان آن را به میل خود به پیش‌خریدار تسلیم ننماید، پیش‌خریدار هیچ‌گونه حقی نسبت به آن ندارد، زیرا در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه باشد، تسلیم افراد آن به مشتری که به اراده بایع انجام می‌گیرد عمل حقوقی مستقلی است. بنابراین چنانچه از جنس مبیع در ملک بایع موجود باشد، مشتری نمی‌تواند بدون اجازه مالک در آن تصرف نماید، زیرا آنچه در خارج وجود دارد ملک بایع است و او باید به مقدار معین که در عقد مقرر شده از آن مال یا غیر آن، به وسیله قبض به مشتری تملیک نماید. مثلاً هرگاه بایع دو خروار گندم به کسی فروخته است مشتری نمی‌تواند به انبار گندم بایع رفته و بدون اجازه او دو خروار گندم از آن بردارد. همچنین هرگاه قبل از عقد، از جنس مبیع نزد مشتری ودیعه باشد، مشتری نمی‌تواند به مقدار مبیع از آن تملک نماید مگر آن که بایع به او اجازه دهد (امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ۴۵۱).

برابر رأی شماره ۲۶۶۱ مورخه ۱۳۱۶/۱۲/۴ شعبه یک دیوان عالی کشور، در قبض مبیع کلی یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، بایستی به وسیله دادگاه الزام به تعیین شود (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۹۰).

البته با ملاحظه رأی دیوان و با در نظر گرفتن ماده ۳۷۴ قانون مدنی که با صراحت اعلام می‌کند در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن قبض نماید، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تعیین مصادیق عقد در اختیار بایع است و پس از تعیین او مشتری می‌تواند به استناد ماده فوق مبیع را قبض نماید. به عبارت دیگر بین مرحله تعیین و اختصاص مصادیقی از مال کلی به عقد مورد نظر طرفین و مرحله قبض و اقباض باید تفاوت قائل شد و به هر حال مرحله اول در اختیار فروشنده است و مرحله دوم

در اختیار خریدار، اما بدون تحقق مرحله اول، مرحله دوم قابل اجرا نخواهد بود. یعنی تشخیص مصداق عین کلی در ذمه از حقوق متعهد است. اما پس از تشخیص، اذن اقباض ضرورت ندارد (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۱۳۲۱).

به هر حال مشکل زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی‌الذمه موجب گردیده است که حقوق دانان اکثراً قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را در جهت حمایت از حقوق پیش‌خریدار و اعطای حق عینی به جای حق دینی به او در مقابل انبوه‌سازان و شرکت‌های تعاونی مسکن و شرکت‌های ساختمانی بزرگ که از قدرت اقتصادی فوق‌العاده بالایی برخوردارند، از شمول بیع کلی فی‌الذمه خارج نمایند مگر اینکه مفاد قرارداد پیش‌فروش به وضوح حکایت از آن داشته باشد.

البته ممکن است برخی از دادگاه‌ها به لحاظ اینکه بیع کلی فی‌الذمه فقط در مورد مال مثلی صحیح است، قرارداد پیش‌فروش آپارتمانی را که به صورت بیع کلی فی‌الذمه تنظیم گردیده است، باطل اعلام کنند. در پاسخ به چنین نظری می‌توان گفت امروزه آپارتمان‌هایی که توسط شرکت‌های بزرگ در تعداد زیاد و سطح گسترده به صورت هم‌شکل و با نقشه واحد ساخته می‌شوند، از دید عرف به ویژه از دید بنگاه‌های معاملات مسکن و مصرف‌کنندگان تفاوت چندانی با همدیگر ندارند و به اعتباری عرف آنها را در شرایط نزدیک به هم مال مثلی می‌شناسد و تفاوت‌های جزئی آنها در دید عرف قابل اغماض و چشم‌پوشی است.

امروزه در اثر پیشرفت و ترقی و مکانیزه شدن ساخت و ساز، فعالیت‌های آپارتمان‌سازی در سطح گسترده و به صورت مجتمع‌ها، بلوک‌ها، شهرک‌ها و مجموعه‌های آپارتمانی به صورت انبوه بر اساس طرح‌ها و نقشه‌های واحد ساخته می‌شوند، عرف چنین آپارتمان‌هایی را مثل هم می‌داند و از دیدگاه عرف، قابلیت جایگزینی یک آپارتمان در یک مجتمع با آپارتمانی دیگر در همان مجتمع با همان مساحت و مشخصات یا با اندک تفاوتی در مساحت و مشخصات وجود دارد. هدف اصلی خریدار آپارتمان در اکثر موارد، داشتن خانه‌ای اختصاصی

برای خود است و اینکه در طبقه هجدهم ساختمان باشد یا در طبقه نوزدهم برایش مهم نیست. شایان ذکر است که در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد.

با استدلال فوق می‌توان از بطلان قرارداد که قطعاً به نفع فروشنده‌ای خواهد بود که با پس‌اندازها و سرمایه‌های پیش‌خریداران ساختمان را احداث و تکمیل می‌کند، جلوگیری نمود و مانع بی‌عدالتی و ظلم در حق پیش‌خریدارانی که عموماً در وضعیت اقتصادی ضعیفی قرار دارند، گردید.

### قسمت سوم - بیع سلف یا سلم

برخی از حقوق‌دانان سعی کرده‌اند تا ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را به لحاظ مؤجل بودن مورد معامله در قالب بیع سلف توجیه کنند. بیع سلف یا سلم یکی از عقود شناخته شده در فقه و تاریخ کشور ما است که در زمان‌های گذشته مورد استفاده فراوان مردم قرار گرفته است.

بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش‌فروش و پیش‌خرید گویند (لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸).

در تعریف بیع سلم از «امام خمینی» (ره) در «تحریرالوسیله» آمده است: خریدن مال کلی مؤجل در مقابل ثمن نقد که عکس آن نسبه است به خریدار مسلم با کسر لام و به بایع مسلم الیه و به مبیع مسلم فیه گویند (امام خمینی (ره)، تحریرالوسیله، جلد اول، ۵۴۳).

از دیدگاه «جعفری لنگرودی» بیع سلم (بیع درذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ می‌دهد. در زمان‌های قدیم کشاورزان تهیدست عمده سلم‌فروشان بودند و بنکدارها و بندارها عمده سلم خران بودند و ستم‌های بسیار بر کشاورزان می‌کردند (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸).

در بیع سلم چند چیز شرط است:

اول - ذکر جنس و وصف مبیع برای رفع جهالت.

دوم - قبض ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد، اگر قسمتی از ثمن را قبض کند، عقد نسبت به قسمت قبض شده صحیح و نسبت به باقی باطل است. اگر ثمن دینی بر ذمه بایع باشد، اگر دین مؤجل باشد، ثمن قرار دادن آن جایز نیست. اما اگر دین حال باشد، ظاهر جواز آن است اگر چه خالی از اشکال نیست و احوط ترک آن است (امام خمینی (ره)، «تحریر الوسیله»، جلد اول، ۵۴۴).

اگر در بیع سلم ثمن نیز مؤجل باشد، صحت بیع محل اشکال است و بیع در واقع تبدیل به «بیع دین به دین» می‌شود که باطل است. «شهید ثانی» در «شرح لمعه» بیع سلف را تعریف نموده و پس از تعریف آن و ذکر برخی از احکام آن می‌فرماید: بایستی ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد قبض شود یا اینکه از حساب مدیون یا مسلم (خریدار) محاسبه گردد اگر در عقد شرط نشده باشد. اگر در عقد شرط شده باشد که دین را ثمن قرار دهند، عقد باطل است زیرا چنین عقدی «بیع دین به دین» است. اینکه مسلم فیه (مبیع) دین است، واضح است اما ثمنی که در ذمه است، تحقیقاً دینی است بر ذمه مسلم (خریدار). پس هرگاه آن را عوض مسلم فیه قرار دهند، «بیع دین به دین» مصداق پیدا می‌کند (شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، جلد اول، ۳۱۵).

سیدمحمد کاظم طباطبائی در پاسخ به سؤالی در مورد جواز یا بطلان «بیع دین به دین» و اینکه چه نوع بیعی است، چنین جواب داده است:

بدان که هریک از مبیع و ثمن، یا دین سابق مؤجل فعلی است یا مؤجل حال الاجل یا حال است یا دین لاحق مؤجل است یا لاحق حال. و ضرب پنج در پنج، بیست و پنج صورت می‌شود و قدر مسلم از بطلان، مؤجلین فعلیین سابقین و مؤجلین لاحقین و مختلفین است که چهار صورت باشد و لکن چون مناط بطلان بنا بر اقوی اعم از تأجیل فعلی و سابقی است، پنج صورت دیگر که آن: سابقین حالی الاجل و سابق حال الاجل به مؤجل سابق یا لاحق و عکس این دو باشد نیز محکوم می‌شود به بطلان؛ و احوط ترک در هفت صورت دیگر است نیز، بنا بر احتمال اینکه مناط بطلان، سبق دین باشد با تأجیل فعلی، اگر چه

لاحق باشد، که بنابر این شانزده صورت می‌شود که آن نه صورت سابقه است و هفت صورت دیگر که آن سابقین حالین و سابق حال به مؤجل سابق با حال الاجل سابق و عکس آن و سابق حال به مؤجل لاحق و عکس آن باشد و بقیه صور که نه صورت دیگر است بی‌اشکال است. ولا یخفی اینکه اگر ملاحظه شود که بیع دین، تاره «بر مدیون است و تاره» بر غیر او، صور مسأله چهل و شش می‌شود که بیست و پنج صورت متقدمه در بیع بر غیرمدیون باشد و بیست و یک صورت در بیع بر مدیون. زیرا که چهار صورت لاحقین ساقط می‌شود کما لایخفی. ثم آنچه ذکر شد حکم دین در غیرسلم است. و اما در آن، پس اگر مبیع در سلم اجلس حلول نکرده باشد، جایز نیست بیع آن مطلقاً، حتی بحال لاحق؛ بلکه جایز نیست بیع آن به عین مشخص خارجی نیز و اگر بعد از حلول اجل آن باشد هم بیع آن قبل از قبض در مکیل و موزون خصوصاً در طعام، محل اشکال است، مگر آنکه بر مدیون باشد (یزدی، سؤال و جواب، ۱۸۰ و ۱۸۱).

در دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوبه شورای پول و اعتبار نیز محدودیت‌ها و شرایط فقهی بیع سلف و به ویژه نقد بودن ثمن مورد نظر قرار گرفته است. ماده یک دستورالعمل مذکور مقرر می‌دارد که منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین است.

با مطالعه در احکام و شرایط ویژه بیع سلف، ملاحظه می‌شود که ثمن بیع سلف بایستی نقد باشد و در مجلس عقد قبل از تفرق به بایع تسلیم شود، در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. علاوه بر آن، بیع سلف عموماً در معاملات مربوط به اموال منقول مورد استفاده قرار می‌گیرد که عموماً به صورت کلی فی‌الذمه صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر می‌توان گفت، بیع سلف از زیر مجموعه‌های بیع کلی فی‌الذمه محسوب می‌شود و علاوه بر عدم امکان پرداخت قسطی ثمن ایراداتی که نسبت به توجیه قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب بیع کلی فی‌الذمه وارد می‌شود، در بیع سلم نیز وجود دارد و وارد است.

اگر پیش خریداران مسکن متمکن از پرداخت نقدی ثمن باشند، دیگر نیازی به توسل به قراردادهای پیش‌فروش وجود ندارد. چرا که پیش خریداران مسکن عموماً به لحاظ ضعف

قدرت خرید و عدم امکان تهیه پول نقد برای خرید و برای جلوگیری از فاصله گرفتن تصاعدی قیمت آپارتمان با قدرت خرید فعلی آنان، لازم می‌دانند هر چه سریع‌تر مختصر پس‌انداز اولیه خود را از طریق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در امر خرید مسکن سرمایه‌گذاری و درگیر نمایند تا براساس مفاد قرارداد پیش‌فروش با سعی و تلاش فراوان اقساط بعدی وجه قرارداد را در فاصله‌های معین تهیه و پرداخت نمایند تا به مصداق «قطره قطره جمع گردد وانگهی دریا شود» بتوانند به سر منزل مقصود رسیده و سرپناهی را دست و پا کنند.

بنابراین مراتب فوق عقد بیع سلف یا سلم راهکاری مناسب و قالبی درست برای قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نخواهد بود مگر اینکه بر مبنای نظر آن دسته از علما عمل کنیم که نقد بودن ثمن را در بیع سلم لازم نمی‌دانند.

#### قسمت چهارم - تعهد به بیع

اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به صورت تعهد به بیع تنظیم گردد، در واقع از احکام و مقررات قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان قولنامه یا سند تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده برخوردار است. به هر حال وعده متقابل بیع یا قول و قرار معامله در آینده که معنای حقیقی قولنامه تلقی می‌گردد، ایجاد مالکیت برای خریدار نمی‌کند بلکه خریدار در چارچوب این قرارداد صرفاً می‌تواند در صورت تخلف طرف، الزام او را به انعقاد عقد بیع با شرایط مورد توافق و بر اساس مفاد قرارداد، از دادگاه بخواهد، و یا بر اساس مفاد قرارداد مطالبه خسارت کند. «شهادی» برای وعده بیع متقابل یا معنای حقیقی قولنامه عبارت «قرارداد تشکیل بیع» را مناسب‌تر دانسته‌اند (شهادی، قرارداد تشکیل بیع: ۱۲۵).

به نظر می‌رسد قولنامه به مفهوم «قول و قرار معامله در آینده» یا «وعده بیع متقابل» یا «قرارداد تشکیل بیع» در واقع قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و نافذ و معتبر است و معمولاً چنین قراردادی با وجه التزام همراه است.

در مورد نافذ و معتبر بودن چنین قراردادی در پیش‌فروش آپارتمان شکی نیست اما درخصوص ماهیت حقی که پیش‌خریدار چنین قراردادی، به دست می‌آورد، ممکن است اختلاف نظر پیش‌آید، زیرا در این زمینه می‌توان سه دیدگاه به شرح زیر مطرح نمود:

۱- چنین قراردادی، درواقع تعهدی است که هریک از طرفین می‌تواند از انجام آن خودداری کند و فقط در صورت خودداری بایستی وجه التزام را بپردازد.

۲- هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد موضوع قولنامه خودداری نمود، هم باید به تعهد خود عمل کند و هم بایستی وجه التزام را بپردازد.

۴- پیش‌خریدار قولنامه دارای نوعی حق عینی است که به مال موضوع قرارداد تعلق می‌گیرد و می‌تواند متعهد را از انجام هرگونه تصرف منافعی حق عینی خود از جمله انتقال به غیر، منع کند.

«کاتوزیان» در این زمینه به اصل ۴۰ قانون اساسی و منع سوء استفاده از حق استناد کرده است. قانون اساسی سوء استفاده از حق را منع کرده، لذا انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری، چون با حقوق خریدار در تعارض است، به درخواست ذینفع قابل ابطال است (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۶۴ و ۶۵).

مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی در این باره قابل توجه است به ویژه مفاد ماده ۲۲۰ قانون مدنی در این رابطه قابل توجه است که مقرر می‌دارد:

عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم هستند.

اگر قرارداد روش آپارتمان را تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده بدانیم، مسلماً جزء قراردادهایی خواهد بود که در آنها حداقل در زمان انعقاد قرارداد، قصد مشترک طرفین، بر عدم انتقال مالکیت مبیع، تعلق گرفته است و مفاد قرارداد به صراحت، از قول و قرار برای معامله در آینده حکایت می‌کند. بر این مبنا هر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را نمی‌توان



قولنامه دانست، بلکه مفاد قرارداد است که در کشف از اراده مشترک طرفین، حکایت از این خواهد کرد که آیا این قرارداد صرفاً تعهد به انتقال است یا انتقال.

اگر هر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بدون توجه به مفاد آن صرفاً قولنامه و تعهد بر بیع بدانیم، فروشنده می‌تواند هر زمان بخواهد پس از تکمیل ساختمانی که با پول خریدار بنا کرده است به اشخاص ثالث انتقال دهد و سود حاصل از سرمایه‌گذاری پیش‌خریداران ضعیف را که اغلب از اقشار کم درآمد جامعه هستند، به جیب بزند. خریدار تنها می‌تواند پولی را که چند سال مورد بهره‌برداری دیگری قرار گرفته است، پس بگیرد. وجدان حقوق‌دان چنین عدالتی را نمی‌پسندد و باید راهی برای گریز از آن بیندیشد در این تلاش باید به هدف یعنی عدالت بیش از وسیله اندیشید و قوانین را به گونه‌ای تفسیر کرد که از قالب کهن درآید و به حرکت ادامه دهد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۸ و ۲۷۹).

به هر حال تحلیل قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب تعهد به بیع موجب عدم استحکام قرارداد خواهد بود. البته، اگر قرارداد در قالب تعهد به بیع تنظیم گردد و قصد مشترک طرفین و حاکمیت اراده متعاملین بر تعهد به بیع تعلق گیرد، در این صورت بحثی نیست. اما در یک قرارداد پیش‌فروش آپارتمان که در شرایط عادی بین یک شرکت تعاونی مسکن یا شرکت ساختمانی و انبوه‌ساز از یک طرف و متقاضی مسکن از طرف دیگر تنظیم می‌گردد و بحثی از تعهد به بیع در قرارداد به میان نیامده است، محدود دانستن روابط حقوقی ناشی از این قرارداد به یک تعهد ساده به بیع، به دور از قصد واقعی متعاملین و به دور از واقعیات جامعه خواهد بود. چون هرگاه او در مقام عمل به تعهد خود و انتقال آپارتمان ساخته شده، به پیش‌خریدار درآید او نیز ممکن است نفع خود را در عدم قبول این ایجاب بداند و نهایتاً اگر وجه التزام پیش‌بینی شده باشد، آن را پرداخته و از خرید آپارتمانی که در اثر درخواست او ساخته شده است، خودداری نماید. در چنین شرایطی پیش‌کننده ناگزیر از اقامه دعوا برای الزام او به خرید آپارتمان خواهد شد که با وجود سختی وصول ثمن معامله از خریدارچنین راه‌حلی را نمی‌توان به عنوان راه‌حلی آسان پیشنهاد کرد.

### نتیجه

قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی‌رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می‌توان بیع عین معین دانست. در واقع فروشنده با انعقاد قرارداد قسمتی از عرصه را حداقل به اندازه سهم خریدار به او منتقل می‌نماید و چون عرصه فعلاً موجود است لذا عقد بیع، فاقد مبیع قلمداد نمی‌شود. به علاوه فروشنده متعهد به احداث بنا و تحویل آپارتمان بر اساس مفاد قرارداد پیش فروش است که در نهایت قرارداد پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد بیع عین معین توجیه و تحلیل نمود. قرارداد مذکور را به شرحی که در متن مقاله گذشت، می‌توان در قالب بیع کلی فی‌الذمه نیز تحلیل کرد. گرایش قانون‌گذار به استفاده از عبارات «پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار» در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نشانگر شناسایی ماهیت بیع توسط مقنن برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان است.

## منابع

- ۱- امامی، سیدحسین (۱۳۷۱)، «حقوق مدنی، کتاب فروشی اسلامیة»، تهران، چاپ یازدهم.
- ۲- الجبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۳۷۴)، «الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه»، مرکزالنشر مکتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ نهم.
- ۳- بیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶)، «انتقال مالکیت در عقد بیع»، انتشارات شالیزه، تهران، چاپ اول.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۵- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، انتشارات مجد، تهران، چاپ دوم.
- ۶- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، «حقوق مدنی ۳ تعهدات»، انتشارات مجد، چاپ اول.
- ۷- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، «سقوط تعهدات»، نشر حقوقدان، تهران، چاپ چهارم.
- ۸- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، «قرارداد تشکیل بیع، مجموعه مقالات»، نشر حقوقدان، تهران، چاپ دوم.
- ۹- علیزاده، حسن (۱۳۸۳)، «قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان»، میثاق عدالت، تهران.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، «عقود معین»، انتشارات مدرس، تهران، چاپ ششم.
- ۱۱- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، «قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، نشر میزان، تهران، چاپ سیزدهم.
- ۱۲- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، «قواعد فقه»، نشر دادگستر، تهران، چاپ پنجم.
- ۱۴- موسوی خمینی، روح‌الله (ره) (بی‌تا)، «تحریر الوسیله»، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ دوم.
- ۱۳- ممی‌زاده، مهدی (۱۳۸۶)، «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش‌فروش ساختمان»، مجله کانون، سال ۴۹، دوره دوم، شماره ۷۸، اسفند.
- ۱۵- ولویون، رضا (۱۳۸۴)، «فروش آپارتمان‌های ساخته نشده»، مجله کانون، سال ۴۸، دوره دوم، شماره ۶۰.
- ۱۶- یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶)، «سؤال و جواب»، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ اول.