



نظریه قابل دفاع در بررسی فقهی و حقوقی احکام و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد بیع

الهیار قزوینی فیروزکلا^۱، دکتر عباس سماواتی^۲، دکتر جبرائیل امیدی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷

چکیده

قانون پیش فروش ساختمان، با محوریت نحوه تنظیم یک قرارداد خاص تحت عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان و مقررات پیرامون آن وضع گردیده است. شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات هر قراردادی مستلزم تبیین ماهیت آن قرارداد است. لذا ماده یک قانون پیش فروش ساختمان در جهت تبیین این قرارداد و تمیز آن از سایر عقود برآمده است؛ اما ماهیت حقوقی این قرارداد مبهم گذاشته شده است. برای بررسی مسائل اجرایی و همچنین آثار حقوقی این قرارداد، لازم است ماهیت آن تبیین گردد. مقاله حاضر با تحلیل و بررسی تمامی حالات فقهی و حقوقی احکام و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان آن را در قالب عقد بیع قابل دفاع دانسته و به تبیین و بررسی آن ها پرداخته است. هر چند این قرارداد به لحاظ فقهی در قالب عقود معلق، جعاله، صلح، استصناع، کلی فی الذمه، ما لم یقبض، سلم و صرف، بیع عهده بی نام، و به لحاظ حقوقی در قالب عقود خصوصی، مستقل، تعهد به بیع، تشریفاتی، رضایی، عهده، تملیکی، پیمانکاری، نیز مطرح شده و هر یک از آنها دارای محسناتی است. و ممکن است نظریات دیگری نیز در تحلیل و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان طرح گردد که به لحاظ فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گیرد.

واژه گان کلیدی: قرارداد، پیش فروش ساختمان، احکام فقهی و حقوقی، بیع معلق، بیع

^۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

^۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Ab.sama@chmail.ir

^۳. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۱- مقدمه

پیش فروش ساختمان از منظر سازندگان و پیش خریداران نسبت به انجام ایفای تعهد از اهمیت ویژه ای برخوردار است، و لذا مشکلات زیادی پیرامون آن ممکن است به وجود آید. با توجه به این که ساختمان هنوز ساخته نشده است، احراز اراده و قصد جدی پیش فروشنده توسط پیش خریدار دشوار است و از این حیث بستر مناسبی برای کلاهبرداری فراهم می گردد؛ با این توضیح که به واسطه تبلیغات اغوا کننده شخص کلاهبردار، بدون آن که ساختمانی وجود داشته باشد، مبالغی از پیش خریداران اخذ شود. همچنین حتی با فرض اراده و قصد جدی در پیش فروشنده مبنی بر ساخت یا تکمیل واحد ساختمانی، ممکن است پیش فروشنده ساختمان را به اشخاص متعددی پیش فروش کند.

با توجه به این که ساختمان در زمان انعقاد قرارداد ساخته نشده است و پیش فروشنده تعهدات متنوع و بسیاری در برابر پیش خریدار برعهده دارد، تخلف از مفاد چنین قراردادهایی بیشتر قابل تصور است. در خرید شرایطی مسکن بعضاً طرفین به تعهدات خود پایبند نیستند و موجب بروز مشکلاتی برای هم دیگر هستند، که یکی از این ها همین خرید مسکن به صورت قرارداد پیش فروش می باشد، که به دلیل عدم بضاعت مالی در خرید مسکن این نوع قرارداد در جامعه بسیار رایج شده و تنظیم این نوع قرارداد (قرارداد پیش فروش ساختمان)؛ باعث بروز اختلاف طرفین قرارداد و طرح شکایت در محاکم قضایی شده است. لذا قانون گذار مُصَمِّم شد تا قانونی مُدَوَّن در این خصوص تدوین نماید. بلاخره قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ به تصویب قوه مُقَنِّنه رسید و در سال ۱۳۹۳ آئین نامه اجرائی آن توسط هیئت دولت ابلاغ شد. قانون فوق تأثیری در جلوگیری بسیاری از تخلفات و کلاهبرداری ها را پوشش داد، ولی مواردی در قانون مذکور ملموس هست که باید حقوق دانان چاره اندیشی کنند. علی رغم این که قانون پیش فروش ساختمان پس از طی مسیر طولانی به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان رسید؛ اما به لحاظ اجرایی با موانع متعددی مواجه شد، تا آن جا که می توان گفت پس از گذشت سال ها از زمان تصویب آن، هنوز در هیچ نقطه ای از کشور به طور دقیق اجرا نشده است. هدف اصلی این مقاله که با عنوان « نظریه قابل دفاع در بررسی فقهی و حقوقی احکام و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و تحلیل این قرارداد در قالب عقد بیع » به نگارش درآمده است، گرچه این قرارداد به لحاظ فقهی در قالب عقود مُعَلَّق، جعاله، صلح، استصناع، کلی فی الذمه، ما لم یقبض، سَلَم و صرف، بیع عهدي بی نام، و به لحاظ حقوقی در قالب عقود خاصه، مستقل، تعهد به بیع، تشریفاتی، رضایی، عهدي، تملیکی، پیمانکاری، نیز مطرح شده و هر یک از آنها دارای مُحسناتی است، و لکن لازم است که مقصود قانون گذار نسبت به تحلیل ماهیت این گونه قراردادها منقح و روشن گردد، یعنی بررسی شود عبارت مندرج در قانون مذکور « پیش فروش - پیش خرید » ظهور در کدام بیع صدق می کند؟ لذا برای برطرف شدن یکسری ابهامات در این نوع از قراردادها نیاز به تحلیل و بررسی احکام و ماهیت فقهی و حقوقی دارد که آثار حقوقی آن را منقح می سازد.

۲- اهمیت حقوقی عنوان قرارداد

منظور از عنوان قرارداد نامی است که طرفین منعقد کننده قرارداد برای قرارداد در نظر می گیرند. به نظر می رسد که بیشتر تنظیم کنندگان غیر متخصص قراردادها، اهمیت چندانی برای این عنوان قائل نبوده و نوشتن آن را فقط برای خالی نبودن عریضه لازم می دانند. اما باید توجه داشت گرچه صرف عنوان قرارداد تعیین کننده ماهیت قرارداد نمی تواند باشد، و آن چه که ماهیت و نوع آن را تعیین می کند محتوای قرارداد و حقوق و تکالیفی هستند که طرفین برعهده گرفته اند، لیکن می تواند در حالت عادی گویای قصد و اراده مشترک طرفین بوده و قرینه ای برای اطلاق عنوان خاصی بر قرارداد

منعقده باشد. اهمیت این مطلب آنجا روشن می‌گردد که قانون‌گذار برای دسته‌ای از توافقات و قراردادها اسم و عنوان خاص در نظر گرفته که واجد احکام و شرایط و آثار خاص قانونی قائل گشته است که به صرف انعقاد قرارداد و فارغ از این امر که طرفین متوجه آن بوده‌اند یا نه خود را به قرارداد تحمیل خواهند نمود. هرچند نباید این نکته را از خاطر دور نگه داشت که در نظام حقوقی ما در نهایت آنچه تعیین‌کننده نوع قرارداد و احکام آن است « قصد و اراده مشترک واقعی طرفین قرارداد و عملکرد طرفین است. »؛ نه اسمی که برای قرارداد برگزیده ایم. به عنوان مثال دیده شده است که افراد محلی را برای کسب و کار به مدت معین و در قبال گرفتن مبلغ یا مبالغی به کسی واگذار و عنوان امانت را برای قرارداد خود برگزیده‌اند و چنین می‌پندارند که در پایان مدت به سهولت محل تخلیه خواهد شد. این پندار باطل و قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ بر روابط طرفین حکم فرما خواهد بود. لذا ضرورت دارد اگر در خصوص انطباق شرایط و مندرجات قرارداد بر عقدی از عقود تردید دارید، عنوان مطلق و کلی قرارداد را بدون صفت خاص انتخاب تا عنوان باعث بروز اشکال نگردد و متن قرارداد تکلیف طرفین و حدود تعهدات آنان را مشخص نماید.

۳- تبیین موضوع قرارداد

موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط یا انتقال حقی باشد. موضوع قرارداد می‌تواند مال یا عملی باشد که هر یک از طرفین تعهد به تسلیم یا ایفا آن می‌کنند. موضوع قرارداد بیانگر اراده و قصد جدی مشترک طرفین انعقاد قرارداد است. و باید به صورت دقیق و روشن ذکر گردد. بنابراین لازم است.

الف: در انتقال مال، باید در موضوع قرارداد مشخصات کامل مال و اموالی که قرار است به مقابل منتقل شود در قرارداد ذکر گردد. لازم است موضوع قرارداد کاملاً از حیث جنس، مقدار و مشخصات معلوم باشد وگرنه قرارداد را در مخاطره بطلان قرار خواهد داد. به عنوان مثال: نمی‌توان گفت که موضوع قرارداد تحویل یک تن میوه یا ده تن پارچه است چرا که جنس موضوع معامله مجهول مانده است. همچنین نباید موضوع قرارداد را با الفاظی مثل: خوب یا بد یا قوی، که در زمان و مکان مختلف دارای معانی و مصادیق مختلف است ذکر نمود. چرا که در هنگام بروز اختلاف، تفسیر طرفین از این عبارات واحد نبوده و موجب مناقشه خواهد شد. به طور کلی در توصیف موضوع قرارداد به جای استفاده از صفات، باید به تشریح دقیق و تخصیص موضوع قرارداد پرداخته شود.

ب: اگر موضوع معامله ملک باشد، مساحت آن، محل وقوع، اعیانی موجود و تمامی خصوصیات لازم باید ذکر شده باشد، فرضاً در مورد واگذاری کارگاه‌ها و کارخانه‌های کوچک باید کارگاه و تمامی تجهیزات اعم از منقول و غیر منقول ذکر شود.

ج: در صورتی که موضوع قرارداد اجرای تعهدات یا انجام خدماتی باشد اعم از خدمات پیمانکاری مشاوره‌ای... باید دقیقاً مشخصات کاری که قرار است طرف قرارداد انجام دهد به طور کلی تحت عنوان موضوع قرارداد ذکر شود. امکان دارد در کنار کارهای اصلی فوق، یک سلسله کارهای فرعی نیز وجود داشته باشد که به صورت قرارداد الحاقی گنجانده می‌شود.

د: کار موضوع قرارداد باید مقدور و انجام‌شدنی باشد. تشخیص و سنجش و معیار این مقدور بودن با عرف و عادت است، نه توان و قدرت متعهد. پس اگر کسی تعهد به انجام کاری کند ولی شخصاً قادر به انجام آن نباشد نمی‌تواند به عذر و بهانه مقدور نبودن از انجام تعهد شانه خالی کند.

۴- کلیاتی که در موضوع قرارداد باید در نظر گرفته شود:

اولاً: در تقریر قرارداد توجه لازم به کلمات و الفاظ بشود که مبهم نباشد و از کلی گویی پرهیز شود.

ثانیاً: قصد و فعل طرفین در قرارداد در انجام تعهدات مافی الذمه، مبین، واضح و روشن باشد.

ثالثاً: هرآنچه که در آینده باعث تغییر موضوع قرارداد می شود در قسمت توضیحات درج شده و به آن تصریح شود، یا به صورت متمم قرارداد یا الحاقیه، یا به صورت تبدیل تعهد نگارش شود.

به طور خلاصه شرایطی که موضوع یک قرارداد باید داشته باشد:

اولاً: در انتقال مال؛ **الف:** مال موضوع قرارداد باید در موقع عقد قرارداد موجود باشد. **ب:** قابلیت انتقال داشته باشد. **ج:** معلوم و معین باشد. **د:** قابل تسلیم و تسلیم باشد. **ح:** انتقال دهنده مال باید ذی سمت باشد. - **ثانیاً:** در انجام کار وقتی موضوع قرارداد انجام دادن کاری است به عبارتی دیگر تعهد به فعل است، این کار باید شرایط آتی را داشته باشد. **الف:** مقدور باشد. **ب:** مشروع باشد. **ج:** دارای منفعت عقلایی باشد.

۵- ماهیت و تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان به لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل تا قبل از تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هر کدام نظرات متفاوت و جداگانه ای در رابطه با ماهیت حقوقی این گونه قراردادها ابراز کرده اند حال با تصویب این قانون این سوال قابل طرح است که قرارداد پیش فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیر معین است؟ علت اختلاف نظر بین اساتید فقهی و حقوقی و رویه قضایی در مورد احکام و ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان عدم وضع قانون در این زمینه بوده و لذا این قرارداد به عنوان یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در معاملات در جامعه حقوق مورد توجه قرار گرفته و با تصویب قانون در این خصوص این سوال مطرح است که این قرارداد در زمره کدامین عقود کنجانه می شود.

پیش فروش یعنی: فروشنده کالایی را پیش فروش می کند و برحسب توافق پیش فروشنده و پیش خریدار طبق توافق طرفین در قرارداد بر نحوه پرداخت ثمن تراضی می کنند و ممکن است پرداخت ثمن از جانب پیش خریدار به صورت یکجا و نقداً باشد یا به صورت اقساط و تدریجی، در حالی که کالا موجود نیست و در آینده به وجود خواهد آمد. **مانند:** پیش فروش ساختمانی که هنوز ساخته نشده است. یا موجود هست ولی در حال حاضر امکان دسترسی وجود ندارد. به عنوان مثال: خرید سفارشی داروهای وارداتی از جانب وزارت بهداشت از کشورهای همسایه که مستلزم تشریفات و ضوابط و مقررات قانونی می باشد.

در قانون ایران تعریفی از پیش فروش ابراز نگردیده ولی می شود اذعان داشت که قرارداد پیش فروش به قراردادی گفته می شود که در حین انعقاد قرارداد تملیک و تملک فیزیکی محقق نیست بلکه پیش فروشنده متعهد است آنچه را که مطابق متن قرارداد در ذمه دارد نسبت به ایفای تعهد برآید و این مهم در مورد پیش خریدار نسبت به پرداخت ثمن به صورت اقساط هم صدق می کند.

قانون پیش فروش ساختمان، با محوریت نحوه تنظیم انعقاد یک قرارداد خاص تحت عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان و مقررات پیرامون آن وضع گردیده است. شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات هر قراردادی مستلزم تبیین ماهیت آن قرارداد است. قرارداد پیش فروش نیز از این امر مستثنا نبوده و نیست. ماده یک قانون مذکور در جهت تبیین

این قرارداد و تمیز آن از سایر عقود برآمده است؛ اما ماهیت حقوقی این قرارداد مبهم گذاشته شده است. برای بررسی مسائل اجرایی و همچنین آثار حقوقی این قرارداد، لازم است ماهیت آن تبیین گردد. به نظر می‌رسد قرارداد پیش فروش ساختمان به قراردادی گفته می‌شود که موضوع قرارداد بر اساس پلاک ثبتی عرصه که بر طبق نقشه و با قید تمامی جزئیات و حالات از لحاظ کمی و کیفی آنچه که در آینده ساخته می‌شود و مورد قصد و رضای متعاملین است منعقد می‌گردد. به عبارتی پیش فروشنده ملتزم به ساخت و تحویل ساختمان توأم با تشریفات انتقال سند رسمی و پیش خریدار ملتزم به پرداخت اقساط می‌باشد.

۶- نظریه تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد بیع

تعریف بیع در مقررہ ۳۳۸ قانون مدنی: تملیک عین به عوض معلوم.؛ نشأت گرفته از تعریف فقهی است که می‌فرماید: " انشاء تملیک عین در برابر مال است." (انصاری (ره)، مرتضی. المکاسب، مبحث بیع، ج ۳، ص ۱۱.) با وقوع عقد بیع، مالکیت مورد معامله که همان مبیع است به خریدار منتقل می‌شود و مالکیت عوض مبیع که اصطلاحاً به آن ثمن می‌گویند به مالک منتقل می‌شود. " و دیدگاه برخی حقوق دانان بر این است که قرارداد پیش فروش ساختمان به لحاظ احکام و ماهیت با عقد بیع یکسان است." (کاویار، حسین. بررسی فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، - کاشانی، محمود. مجله فقه و حقوق، لایحه پیش فروش آپارتمان، لایحه کاملاً قضایی که وزارت مسکن آن را تهیه کرده است. - مهدیون، ابراهیم. ماهنامه قضاوت.)

آنچه که در ذهن تداعی می‌شود به دو تحلیل می‌توان این قرارداد را در قالب عقد بیع دانست.

اولین تحلیل: این است که تصدیق نمودن دو عقد با احکام و ماهیت حقوقی به صورت یکسان قابل تصور نیست، بنابراین از لحاظ احکام و ماهیت یک رابطه حقوقی اگر داخل در یکی از عناوین حقوقی قرار بگیرد را نمی‌توان ذیل یکی دیگر از عقود گنجانده. به بیان ساده تر امکان جمع عناوین حقوقی در عقود سازگاری ندارد، به عنوان مثال درست است که هدف اصلی در ایجاد عقد صلح انتقال عین معین است و به لحاظ حقوقی دارای همان آثار اصلی و یکسان عقد بیع را دارد، اما احکام و ماهیت این دو عقد با هم متمایز است، چونکه ماهیت و حقیقت عقد صلح سازش طرفین است. دومین تحلیل: اینکه می‌توان نظریه بیع بودن این قرارداد را تقویت می‌کند و به آن تمسک جست الثفات به الفاظ خاصی است که در قانون پیش فروش ساختمان تصریح گردید که در ماده یک لایحه ارسالی دولت لفظ بیع به صراحت قید گردیده. لذا پیش فروشنده شخص حقوقی یا حقیقی است که میزان سهام از عرصه و اعیان موجود را هنگام بیع بر اساس قرارداد پیش فروش به پیش خریدار منتقل می‌کند و متعهد می‌شود ساختمان را مطابق متن قرارداد احداث و مورد تملک قرار دهد.

" أَنَّ الْحَقِيقَةَ تَمْلِیکُ الْعَيْنِ بِالْعَوَضِ کَیْسَتْ إِلَّا الْبَیْعُ: همانا حقیقت بیع چیزی نیست جز تملیک عین در مقابل عوض." (شیخ انصاری (ره)، پیشین. ص ۱۵.)

لذا به نظر می‌رسد در عقود که اثر اصلی آن در آینده تملیک عین در برابر عوض باشد بیع تلقی نمود و در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان که به واسطه اثر اصلی آن یعنی تملک ساختمان در آینده در برابر عوض پرداختی به صورت اقساط، این قرارداد را به لحاظ احکام و ماهیت فقهی و حقوقی می‌توان در زمره عقد بیع دانست و به همین دلیل جایز نیست این قرارداد را ذیل دیگر عقود گنجانده. ماده مذکور در قانون مصوب حذف شد؛ اما الفاظ پیش فروشنده و پیش خریدار در عنوان قانون و همچنین در برخی مواد آن، مورد استفاده قرار گرفت. شایان ذکر است که در مواردی قانون گذار به

صراحت از لفظ فروشنده و خریدار استفاده کرده است؛ به عنوان مثال می توان ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان اشاره نمود. علی رغم عدم تعریف الفاظ پیش فروشنده و پیش خریدار در قانون پیش فروش، می توان برای شناسایی مفهوم و معانی آن ها از تعاریف ارائه شده در ماده یک لایحه ارسالی دولت استفاده نمود؛ بنابراین می توان اذعان داشت که استفاده از لفظ بیع در ماده یک لایحه ارسالی دولت مؤید این است که مقنن درصدد توجیه قرارداد پیش فروش در قالب عقد بیع بوده است و لذا باید قرارداد پیش فروش ساختمان را در قالب عقد بیع تحلیل نمود. بعضی از دادگاه ها نیز در تحلیل احکام و ماهیت حقوقی، « قرارداد پیش فروش ساختمان » آن را از مصادیق بیع دانسته اند. مثلاً: شعبه ۲ دادگاه حقوقی شهرری: رأی شماره ۷، شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۵۰۲۰۳۱۲. و شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران: رأی شماره ۱۳، شماره کلاسه پرونده ۹۱۰۰۹۰۱. و شعبه ۲۲۰ دادگاه عمومی و حقوقی تهران: رأی شماره ۱۸، شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۴۵۰۰۰۷۹ اشاره نمود.

با تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد بیع، از یک طرف تمامی احکام اختصاصی عقد بیع در مورد این قرارداد لازم الاجرا است و از طرف دیگر کلیه مقررات قانون پیش فروش ساختمان، در برابر مقررات بیع در قانون مدنی، خاص و استثنایی تلقی شده که در نتیجه باعث می گردد دادگاه در مواردی که قانون پیش فروش ساختمان ساکت است، احکام عقد بیع را نسبت به آن اجرا نماید. عقد بیع از جهات مختلف دارای انواع گوناگونی است که باعث ایجاد تفاوت هایی در نحوه انعقاد و آثار آن می گردد. در صورت تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد بیع، به دلیل گستردگی آن، لازم به تحلیل و بررسی بیشتری دارد.

الف - مال قیمی: " مالی است که شبیه و نظیر ندارد یا شبیه و نظیر آن زیاد و شایع نیست بلکه خود آن مال در نظر عرف اهمیت دارد و نمی توان مال دیگری را به جای آن قرار داد. مانند: یک خانه ویلایی با ویژگی های منحصر به فرد آن. " (شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۶، صفحات ۲۲ - ۲۳).

ب - معلوم بودن مبیع: در تفسیر ماده ۳۶۱ قانون مدنی در مورد بطلان بیعی که مبیع آن موجود نباشد، میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی: اگر در بیع عین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.؛ موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان واحد ساختمانی است که اکنون ساخته نشده یا هنوز تکمیل نگردیده و آن چه صرفاً در عالم خارج قابل رؤیت است زمین و مستحدثات اولیه مستقر بر آن می باشد. بنابراین لازم است که حکم ماده ۳۶۱ قانون مدنی را در مورد موضوع قرارداد پیش فروش مورد مذاقه و بررسی قرار داد که با فرض بیع بودن قرارداد پیش فروش ساختمان، تجویز انعقاد چنین قراردادی از سوی قانون گذار چگونه با حکم ماده ۳۶۱ قانون مدنی قابل جمع است. عقد معین به عقود اطلاق می شود که در قانون نام و آثار حقوقی آنها ذکر شده است. در واقع از عقود تشریفاتی هستند که وقوع آن منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک می باشد. عقود معینه مانند: بیع، بیمه، صلح، که قبض مال شرط تحقق عقود عینی می باشد. لذا با توجه به قانون پیش فروش ساختمان، پیش فروش در زمره عقود معین قرار دارد. در قرارداد معین، با توجه به این که در قانون آثار و شرایط آنها ذکر شده، نیازی به تصریح این شروط در قرارداد نیست و طرفین با امضای قرارداد شرایط مذکور در قانون را می پذیرند.

ج - تعلیق در بیع و نظریات فقهی و حقوقی: " تعلیق در اصطلاح حقوقی به معنای بلا تکلیف نهادن یک کار است به طوری که نفیاً یا اثباتاً تصمیمی راجع به آن گرفته نشده باشد. " (جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، ص ۱۶۴)؛ " بنابراین عقد معلق به عقدی گفته می شود که وابسته به امر دیگری شده باشد. " (شهیدی، مهدی.

پیشین، ص ۶۵)؛ امری که عقد به آن وابسته شده، معلق علیه نامیده می‌شود. در مورد صحت عقد معلق بحث‌های فراوان شده است، اما با توجه به این که در نظام حقوقی ما جز در موارد مصرح، تردیدی در صحت آن نیست. "برخی حقوقدانان این قرارداد را در قالب عقد بیع معلق توجیه کرده و بیان داشته‌اند که بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از نوع بیع معلق است." (ولویون، رضا. فروش آپارتمان‌های ساخته نشده، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ص ۵۳). با این حال به نظر می‌رسد که تحلیل قرارداد پیش فروش در قالب بیع معلق صحیح نیست. ماده ۱۸۹ قانون مدنی: عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.؛ پس اگر قرارداد پیش فروش در قالب عقد بیع معلق تحلیل شود، باید مشخص شود که معلق علیه چیست و آیا شروط مذکور وجود دارد یا خیر؟

۷- نظریه فقهی و دلایل مخالفت فقها بر صحت عقد معلق

قرآن کریم با جمله: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ ای کسانی که ایمان آورده اید به عهد و پیمانی که بسته اید وفا کنید." (سوره مبارکه مائده: آیه شریفه ۱)؛ "در آیه دیگر آمده: أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا؛ به پیمان خود وفا کنید، چونکه از پیمان پرسش خواهد شد." (سوره مبارکه آل‌سراء، آیه شریفه ۳۵)؛ "عقد در اصطلاح فقها: عهد و پیمان بستن می‌باشد. بنابراین فقهای عظام متأخر و متقدم در تعریفات خود از عقد بیشتر از آیه‌های قرآن مدد جستن. آیه عمل به پیمان‌های صحیح و انسانی را واجب کرده است. و مقصود از عقود هر عقدی است که مردم در معاملات خود با هم می‌بندند. وفای به عقد عبارت از قیام به مقتضای آن می‌باشد، اگر عقدی واجب و لازم باشد باید به لزوم آن وفا نمود و اگر جایز است وفا به جواز آن واجب است. و عقد شرعاً نامی برای ایجاب و قبول است. در فقه بجای کلمه قرارداد از کلمه عقد استفاده شده است. «الْعَقْدُ يَشْتَمِلُ عَلَى إِجْبَابٍ وَقَبُولٍ...» (مستفاد از کتاب كنز العرفان: علامه حلی (ره)، تذکره الفقهاء، ص ۳۴۲).

تحلیل و تطبیق قرارداد پیش فروش ساختمان با عقد استصناع

"استصناع در لغت از ماده «صنع» و بر وزن استفعال به معنای طلب احداث یا انجام کاری است. در اصطلاح استصناع را توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیء معین تعریف کرده‌اند." (هاشمی شاهرودی (ره)، سیّد محمود. مجله فقه اهل بیت: استصناع «سفارش ساخت کالا»، ص ۳).

"بعضی نیز آن را خرید چیزی دانسته‌اند که به قیمت معین و طبق ویژگی‌های مورد توافق در زمان آینده ساخته یا ایجاد می‌شود." (انس الزرقا، محمد. فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، گواهی استصناع (سفارش ساخت)، مترجم: محمدزمان رستمی، ص ۱۲۱)؛ بنابراین عقد استصناع به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن شخصی از صنعتگری ساخت کالایی معین و تملیک آن را به او درخواست می‌کند.

بحث‌های فقهی زیادی در مورد صحت یا بطلان عقد استصناع صورت گرفته است. برخی از فقها آن را باطل دانسته‌اند. "شیخ الطایفه در این باره فرمودند: سفارش ساخت چکمه و کفش و ظروفی از چوب یا برنج یا آهن یا سرب جایز نیست و اگر چنین کند، عقد صحیح نخواهد بود...» «إِصْتِصَاعُ الْخَفِّ وَالْأَوَانِي مِنَ خَشَبٍ أَوْ صَفَرٍ أَوْ رِصَاصٍ لَا يَجُوزُ فَإِنَّ الْفِعْلَ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ...» (طوسی (ره)، ۱۳۷۸ هـ.ق. ابو جعفر. الْمَبْسُوطُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِيَّة، ص ۱۹۴. تهران: ناشر؛ الْمَكْتَبَةُ الْمُرْتَضَوِيَّةُ لِأَحْيَاءِ الْأَثَارِ الْجَعْفَرِيَّة). (مستفاد از کتاب تحلیل و آسیب شناسی قانون پیش فروش ساختمان: پیشین، ص ۴۳)؛ "عده‌ای دلیل بطلان قرارداد استصناع را معدوم بودن مبيع حين العقد بیان کرده‌اند." (محمدی، مرتضی و نظرپور، محمدنقی. صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه مذاهب اربعه و حقوق ایران، مجله حقوق اسلامی،

ص ۴۵). "با این حال، انتقال فوری مالکیت، مقتضای عقد مزبور نیست و با توجه به آگاهی طرفین نسبت به فقدان مبیع در زمان انعقاد عقد، دلیلی بر باطل دانستن چنین قراردادی وجود ندارد؛ به ویژه این که در چنین مواردی حق قائم به معدوم نیز نمی شود." (عابدیان، میرحسین. تقریرات حقوق مدنی ۲، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه حقوق شهید بهشتی).؛ استناد به ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز نمی تواند دلیلی بر بطلان باشد؛ زیرا منظور از وجود در این ماده، قابلیت معتابه و قابل توجه است. شاید بتوان غرر را عامل بطلان دانست. "منظور از غرر، جهل و احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل است." (جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۴۸۹).

ماده ۲۱۶ قانون مدنی: مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.؛ بنابراین مطابق این ماده به نظر می رسد که برای رفع جهالت بالقوه ضرری، نیاز به وجود علم است. این که چه میزان از علم رافع جهل خواهد بود، بستگی به نظر عرف دارد و صحبت از علم تفصیلی و علم اجمالی درست به نظر نمی رسد. لذا به نظر می رسد غرر از جمله دلایل بطلان عقد مذکور نیست چون که در بیع عین آینده، امکان تحصیل علم وجود دارد، به ویژه در مواردی که تمامی شرایط و ویژگی های مبیع قراردادی فی مابین طرفین مشخص و معلوم باشد، غرر منتفی خواهد بود. "بنابراین قرارداد استصناع به طور کلی سه صورت می تواند داشته باشد. صورت اول: این قرارداد مشابَهت بسیار زیادی با عقد بیع دارد؛ به این صورت که در آن طرفین قصد تملیک و تملک قطعی دارند. صورت دوم: تعهد قطعی به ساخت و فروش کالا. صورت سوم: وعده غیر قطعی مبنی بر ساخت و فروش مصنوع است." (حاتمی، علی اصغر و ذاکری نیا، حانیه. پیشین، صفحه ۸۰).؛ در میان صور فوق تنها صورت اول با قرارداد پیش فروش ساختمان مشابَهت دارد. "شورای نگهبان در قانون اساسی نیز در توجیه عدم مغایرت قرارداد پیش فروش ساختمان با قواعد شریعت به این قالب تمسک نموده است. قرارداد مطرح در این مصوبه، شبیه معامله استصناع در فقه است که فردی سفارش تهیه جنسی را با ذکر خصوصیات، به طرف دیگر معامله می دهد...؛" (نظرات استدلالی شورای نگهبان در بررسی لایحه پیش فروش ساختمان، بازیابی شده از سایت پژوهشکده شورای نگهبان: صفحه ۵، <http://nazarat.shora-rc.ir>).

"مرحوم آیت الله شاهرودی (ره)، معتقدند قرارداد پیش فروش ساختمان را در قالب عقد استصناع توجیه کرد. به این دلیل که اولاً: قرارداد استصناع بیشتر در حوزه تعاملات مردم با صنعتگران رواج دارد و مخصوص به قراردادهای ویژه این حوزه است؛ در حالی که قرارداد پیش فروش ساختمان اساساً سنجیت و ارتباطی با این بخش ندارد. ثانیاً: به لحاظ ماهوی نیز بیشتر فقهای مذاهب چهارگانه قرارداد استصناع را همان بیع سلم دانسته اند." (شاهرودی (ره)، سید محمود. مجله فقه اهل بیت: استصناع (سفارش ساخت کالا)، همان، ص ۳).؛ "و انصاف نیز ایجاب می کند که حداقل صورت اول قرارداد استصناع بیع دانسته شود و حق در مقام همین است. تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد استصناع نتیجه ای جز ارجاع مسئله به قواعد بیع نخواهد داشت. ثالثاً: عقد استصناع حتی با فرض این که همان در قالب عقد بیع نباشد، ذیل هیچ کدام از قالب های معین حقوقی قرار نمی گیرد." (شاهرودی (ره)، سید محمود. فصلنامه مجله فقه اهل بیت علیهما السلام، استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع، سفارش ساخت کالا، همان، ص ۱۵۶).؛ و قواعد مخصوصی ندارد که بتوان آن را یک عقد مستقل دانست؛ پس عقد استصناع نیز ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار خواهد داشت. از این رو بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان ذیل عنوان قرارداد خصوصی ما را از بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان ذیل قرارداد استصناع بی نیاز خواهد کرد.

" [نظریه فقهی: از دیدگاه فقهی تنجیز از جمله شروط بیع است. لذا عقد معلق از دیدگاه آنان باطل می‌باشد و بر این نظر خویش ادعای اجماع می‌کنند گرچه حصول اجماع در این موارد معنی ندارد، به جهت این که این معنی صرفاً یک امر عقلایی است لکن تحقیق آن است که تنجیز در ماهیت و هویت عقد دخالت دارد. از منظر این عده از فقها عقد معلق علاوه بر تعلیق در انشاء حتی تعلیق در منشاء را هم باطل می‌دانند و حق در مقام همین است. در مقابل عده ای دیگر از فقها معتقدند: تعلیق در منشاء، یعنی آنچه که مورد انشاء قرار گرفته را قبول دارند. مثل این که کسی به طور منجز ملکیت معلق بر امری را انشاء نماید، چنان که این مسأله در شرع هم وارد شده است. مثل وصیت، که موصی فعلاً ملکیت بعد از حیات خود را برای موصی که انشاء می‌کند.

اولین دلیل مخالفت فقها بر صحت عقد معلق: مسئله جزمیت در عقد است که از شروط صحت عقد آن است که عقد باید به صورت منجز و قطعی باشد و این معنی با تعلیق منافات دارد. بعضی از فقها بیان کرده اند: منجز بودن، عقد است. بدین معنا که عقد به وسیله ادوات شرط، بر چیزی معلق نشده باشد، بدین صورت که طرفین انعقاد معامله را تنها در صورت وجود آن چیز قصد کنند نه در غیر آن. از کسانی که به منجز بودن عقد تصریح کرده اند: شیخ الطایفه، ابن ادریس حلی، علامه، و همه فقهایی که پس از آن آمده‌اند مانند شهید اول، شهید ثانی، محقق ثانی، و غیره. (قدس الله ارواحهم اجمعین).

شهید ثانی (ره) در این مورد می‌فرماید: **الانتقال بحکم الرضاء إلا مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق.** اما بحث در علت اشتراط، چرا تنجیز لازم است؟ دلیلی که علامه در تذکره به آن تصریح کرده آن است که تعلیق با جزم در حال انشاء منافات دارد، بلکه علامه شرط را فقط جزم دانسته و عدم جواز تعلیق را فرع بر جزم کرده و گفته شرط پنجم از شروط عقد، جزم است. از این رو اگر یکی از طرفین عقد را بر شرطی معلق کند صحیح نیست، هرچند شرط عقد خواست و میل طرف مقابل باشد؛ زیرا در حال عقد، ثبوت خواست طرف مقابل مجهول است، و در طول مدت عقد نیز بقای خواست او مجهول است که آیا خواست او محقق خواهد شد یا نه؟ و یکی از دو قول شافعی نیز همین است، یعنی بطلان عقد معلق بر مشیت و خواست یکی از طرفین. قول دیگر: **أظهر دو قول نزد شافعی ها، صحت تعلیق عقد بر مشیت و خواست طرف مقابل است؛ زیرا خواست مشتری، صفتی است که اطلاق عقد، آن را اقتضا می‌کند؛ زیرا اگر مشتری نمی‌خواست نمی‌خرید.** این فراز علت صحت را بیان می‌کند، یعنی مشیت و خواست مشتری، صفتی است که اگر عقد مطلق باشد و نسبت به آن صفت معلق نباشد اطلاق عقد اقتضا می‌کند، زیرا اطلاق عقد مقتضی آن صفت است. پس تعلیق عقد بر مشیت و خواست مشتری، بیان مقتضای عقد است، و چیزی دیگری نیست. یعنی اگر عقد را مطلق گذارند و مقید به خواست طرف نکنند نیز معلق و منوط بودن عقد بر خواست آن طرف مقتضای عقد است. بنابراین تنها کاری که فروشنده مثلاً صورت داده است، اظهار چیزی است که مقتضای عقد می‌باشد.

شهید اول نیز در قواعدش در دلیل بطلان تعلیق از علامه پیروی کرده و گفته: انتقال اموال با رضایت صاحبان آن‌ها صورت می‌گیرد و رضایت بدون جزم نیز وجود ندارد، و جزم نیز با تعلیق منافات دارد. مقتضای این دلیل، تعلیق با جزم منافات دارد این است که شرط بودن عدم تعلیق بر امری مجهول الحصول اختصاص دارد. مانند تعلیق بر آمدن زید از سفر، و اما تعلیق بر امری متیقن الحصول در حال حاضر یا در آینده مانند تعلیق بر روز جمعه اشکالی ندارد؛ زیرا منافاتی

با جزم ندارد. و مقتضا این است که آن چه معتبر است، عدم تعلیق عقد بر امری است که حصول آن مجهول است. اما تعلیق بر امر قطعی الحصول منافاتی با جزم ندارد، چنان چه محقق نیز در باب طلاق بدین مطلب تصریح کرده است. محقق ثانی و شهید ثانی (ره): در جامع المقاصد و مسالک در مسئله تعلیق بیع بر مالکیت بدین صورت که فروشنده بگوید: اگر این کالا از آن من است، آن را فروختم، گفته اند: تعلیق در عقود و ایقاعات، زمانی که شرط «معلق علیه»، مجهول الحصول باشد با انشا منافات دارد.

اما شهید در قواعدش گفته: انتقال اموال با رضایت صاحبان آن ها، جزم با تعلیق منافات دارد؛ زیرا شرط و تعلیق یاد شده در معرض عدم الحصول است پس نمی توان عقد را بر آن معلق کرد هر چند مانند تعلیق بر وصف بر آن چه در آینده معلوم الحصول است اطلاق می شود، مانند تعلیق بر طلوع خورشید و مانند آن از اموری که تحقق آن در آینده معلوم است، حصول آن معلوم باشد؛ زیرا مدرک، جنس شرط و تعلیق است، نه انواع متفاوت تعلیق. پس روشن می شود که آن چه مورد لحاظ است معنای عام تعلیق است نه خصوصیات افراد تعلیق. سپس شهید گفته: اگر بگوئید بنابر بطلان هر گونه تعلیق، سخن کسی که می خواهد توکیل در بیع را انکار کند و بگوید اگر این کالا از آن من است آن را فروختم باطل خواهد بود، در حالی که فقها می گویند صحیح است؟! در پاسخ می گوئیم: این تعلیق بر امری است که واقع شده و موجود است. نه بر امری که حصولش در آینده مورد انتظار است.

نتیجه پاسخ: تعلیق بر امری که در آینده حصولش مورد انتظار است، یا حصول آن امر به طور قطعی است، مانند: تعلیق بر طلوع خورشید، که از آن به تعلیق بر وصف تعبیر می شود، و یا حصولش به طور احتمالی است، مانند: آمدن زید از سفر، که مبطل عقد است، نه تعلیق بر چیزی که وقوعش را در حال انشاء هر دو طرف علم دارند که مبطل عقد نمی باشد؛ زیرا تعلیق در اینجا صوری محض است، از این جهت که بر امری واقع شده که وقوعش را حین انشاء هر دو طرف علم دارند و هر دو علم دارند که مال، مال بایع است، پس مال، مال بایع است. یا علت وقوع بیع از سوی بایع است، به این صورت که داعی به سوی بیع، مبیع بودن مال برای او می باشد، و مصاحب و مقارن بیع است، زمانی که داعی به سوی بیع چیز دیگر باشد، و در هر صورت امری که عقد بر آن معلق شده است، بر این امری که هنگام انشاء، معلوم التحقق است صدق نمی کند. بنابراین، شرط و تعلیق یاد شده علت وقوع عقد است و یا توأم با وقوع عقد است، نه آن که وقوع عقد بر آن شرط، معلق شده باشد.

علامه در قواعد: علت صحت عقدی که با جمله اگر این کالا از آن من است، آن را فروختم صورت گیرد را علم هر دو طرف به تحقق مالکیت بایع می داند، لذا شرط قرار دادن آن جمله، ضرری به عقد نمی زند، و نیز شرطی که تحقق اش معلوم است، ضرری نمی زند؛ زیرا موجب شک در بیع و معلق شدن آن نیست.

دومین دلیل مخالفت فقها بر صحت عقد معلق: تعلیق در عقد مانع از تأثیر سبب است، زیرا تا معلق پیدایش نکند اثر مُترَّب نخواهد شد.

سومین دلیل مخالفت فقها بر صحت عقد معلق: ادعای اجماعی است که در این مورد شده است. در تمهید القواعد شهید ثانی بر اعتبار تنجیز، اجماع نقل شده است. ظاهر عبارت مسالک نیز در مسأله اشتراط تنجیز در وقف اتفاق نظر فقها بر تنجیز و عدم تعلیق است، ظاهراً در این اشتراط اختلاف نظری نیست، چنان که بیش از یک نفر به آن اعتراف کرده اند، هر چند اکثر فقها در باب بیع متعرض این مقام نشده اند، اما تعرض آن ها نسبت به شرط بودن تنجیز در ابواب گوناگون دلیل بر این است که این مسئله تنجیز در عقد بیع نیز اختلافی ندارند. و دلیل بر اشتراط تنجیز: اولویت استفاده

شده فتاویٰ فقها و معاهد اجماعاتی است که آنان در مورد شرط بودن تنجیز در وکالت مطرح کرده اند، با این که وکالت از عقود جایز است، و در آن هر لفظی که دلالت بر اذن کند کافی است، پس در بیع که عقدی لازم است به طریق اولیٰ تنجیز شرط است. عقود چون از شارع دریافت می شوند توقیفی هستند منوط بر این ضوابط هستند و عقودی که خارج از این ضوابط باشد باطل خواهد بود، هر چند فایده عقدی را بدهند که دارای این ضوابط هستند. [(انصاری (ره)، مرتضی. المکاسب، مبحث بیع، ج ۳، ص ۲۷۴).

عقد معلق از دیدگاه حقوقی: به لحاظ قانونی عقد معلق جزء یکی از عقود به شمار می رود و ماده صریحی که دلالت بر بطلان کند وضع نگردیده. لذا آن عقود معلق که به صورت شرط متأخر و یا واجب مشروط باشد را قبول دانسته و آن را داخل در ماده ۱۰ ق.م. و جزء عقود صحیح می داند. ماده ۱۰ ق.م. قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.؛ پس می توان گفت مطابق مبانی اصل حاکمیت اراده و مفاد قانونی مقرر ۱۸۹ و ۲۱۹ ق.م. اینگونه عقود را استنباط کرد. ماده ۲۱۹ ق.م. عقودی که بر طبق قانون وضع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود. /

برداشتی که از مقرر ۱۸۹ ق.م. می توان داشت اینکه پر واضح است که در عقود معلق انشاء به طور منجز و قطعی انجام می گیرد و تنها اثر نهایی آن موقوف بر امر دیگری می شود. پس به بهانه عدم امکان تعلیق در انشاء نمی توان در صحت عقد معلق تردید کرد. و در قوانین ما هیچ منعی برای انعقاد عقد معلق وجود ندارد.

عقود غیر معینه: با مذاقه به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای پی می بریم که این نوع از قراردادها دارای معیار و اعتبار هستند و لذا عقودی هستند که دارای نام مخصوص و مشخص و شکل و چهارچوب خاص قانونی ندارد. لذا در قالب هیچ یک از عقود معین نمی گنجد، بنابراین متعاملین باید مورد مقتضی و همچنین شروطی که در نظر دارند را در ضمن عقد قید کنند، به عبارتی تمامی قراردادهایی که براساس ماده ۱۰ ق.م. منعقد می شوند و شرایط انعقاد و آثار آنها تابع قواعد عمومی قراردادهاست عقود غیر معین نام دارند. مانند: وعده ی فروش مال، قرارداد واقع ساختن عقد بیع در آینده یا قولنامه (تعهد به بیع)، یا نظیر قراردادهایی که شرکتهای ساختمانی و پیمانکاری برای احداث یا تأسیسات ساختمانی طبق مقررات شرایط عمومی پیمان سازمان برنامه و بودجه با کارفرما منعقد می کنند. یا بسیاری از قراردادهای تجاری یا تولیدی و صنعتی یا ارائه خدمات مشاوره ای. " وقتی عقد واقع گردد آثار عقد بر آن عقد مترتب می گردد، بدون این که تملیک مال را منوط به پدیده دیگری نماید. و عقد معلق نقطه مقابل عقد مُنَجَز است، یعنی عقدی است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری است. در عقد معلق اثر مخصوص عقد که بلافاصله پس از انعقاد عقد به وجود می آید با تعلیق پیدایش این اثر منوط به وجود شی دیگری می شود مثل این که پدری می خواهد خانه خود را به پسرش ببخشد ولی نمی خواهد که این بخشش بدون هیچ قیدی باشد و بلافاصله پسر مالک آن شود بلکه می خواهد برای تشویق به تحصیل درس خانه خود را به او بدهد لذا خانه خود را به طور تعلیق به او هبه می نماید به این نحو که می گوید خانه ام به تو تعلّق دارد هر وقتی که دوران تحصیل دانشگاه را تمام کردی و لیسانس گرفتی و پسر هم قبول می کنی. در اینجا خانه به پسر انتقال داده شده لکن نه به طور مطلق، بلکه به صورت مُعَلَّق انتقال یافته است. " (لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، ص ۴۶۵ - امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۹).

برای عقد معلق می توان سه صورت فرض کرد:

"الف: به صورت شرط متأخر بر وجه کشف؛ در این صورت تأثیر عقد بستگی به پیدایش شرط دارد لکن بدین نحو که اگرچه شرط زماناً مؤخر از عقد حاصل می‌شود لکن بر عقد مقدم تأثیر می‌گذارد و از وجود شرط کشف می‌شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است و درست و به مثابه عقد فضولی تصرف احتمالی پس از عقد چنان چه بعداً به دنبال خود انجام شرط را به همراه داشته باشد اشکالی ندارد.

ب: به صورت واجب مشروط؛ در این صورت اگرچه عقد بِالْفِعْلِ تلفظ می‌شود لکن انشاء انتقال در آن زمان ایجاد نمی‌گردد بلکه انشاء مانند منشاء ملکیت منزل در زمان گرفتن لیسانس حاصل می‌شود لذا در این فرض فرزند حق تصرف در خانه تا قبل از گرفتن لیسانس را ندارد.

ج: به صورت واجب معلق؛ در این فرض انشاء تَمْلُک در زمان عقد است ولی عاقد تملیک فعلی را انشاء نمی‌کند بلکه پس از گرفتن لیسانس انشاء می‌نماید. لذا فرزند در این صورت نمی‌تواند در خانه تصرف نماید.

۸- آثار عقد معلق به لحاظ حقوقی

۱- عقد واقع شده و اصولاً نمی‌توان آن را یک جانبه فسخ کرد و نیز حقی مشروط به وجود آمده که قابل نقل و انتقال است؛ لیکن چون شرط مُعَلَّقٌ عَلَیْهِ هنوز تحقق نیافته، تعهد قطعی نیز به وجود نیامده و از این رو متعهدله نمی‌تواند آن را بخواهد. مراد از شرط در اینجا شرط تعلیقی است، یعنی چیزی که اثر عقد موقوف و معلق بر آن است، نه شرط ضمن عقد که تعهد فرعی و تبعی است.

۲- شرط تحقق یافته و در نتیجه آن تعهد برقرار و حق قطعی شده است. لذا متعهدله می‌تواند اجرای تعهد را مطالبه کند و در صورت عدم اجرای آن برای احقاق حق خود به اقدامات قانونی متوسل شود. حال باید دید آیا تحقق شرط، اثر قهقرایی دارد، یعنی موجب تأثیر کامل عقد از زمان وقوع آن می‌شود، یا فقط ناظر به آینده است و اثر کامل عقد از زمان وقوع شرط ظاهر می‌شود، مثلاً در بیع معلق آیا مشتری پس از تحقق شرط از تاریخ وقوع عقد مالک مبیع و منافع آن شناخته می‌شود؟ یا از تاریخ تحقق شرط؟ قانون مدنی در این زمینه ساکت است." (امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۱۶۶).

مقرره ۷۲۳ قانون مدنی: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود. در این صورت تعلیق به التزام مُبْطَل نیست مثل این که کسی التزام خود به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید؛/ این ماده به صراحت تعهد معلق را تجویز کرده است و چون دانستیم که در عقد معلق فقط تعهدهای ناشی از آن منوط به امر خارجی می‌شود نه خود عقد دیگر جای هیچ گونه تردیدی در درستی عقود معلق باقی نمی‌ماند. با وجود این، دو عقد ضمان و نکاح را باید از این قاعده استثناء کرد. زیرا قانون مدنی به صراحت بطلان ضمان و نکاح معلق را اعلام کرده است.

ماده ۶۹۹ ق.م: تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد. / ماده ۱۰۶۸ ق.م: تعلیق در عقد موجب بطلان است. /

"استاد کاتوزیان فرمودند: عقد معلق عبارت است از عقدی که بعد از ایجاب و قبول دارای اثر حقوقی نیست به این معنا که توافق صورت می‌گیرد و عقد هم منعقد می‌شود اما اثر آن ایجاد نمی‌شود و منوط به یک حادثه است یعنی اثر آن معلق است ولی توافق صورت گرفته." (کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قراردادهای، ص ۲۵)؛ به نظر می‌رسد که در قرارداد پیش فروش ساختمان فقط می‌توان ساخت واحدهای ساختمانی و موجود شدن آن‌ها را به عنوان معلق علیه دانست، اما یکی از اوصاف معلق علیه خارجی بودن محقق نیست. به بیانی دیگر تحقق معلق علیه منوط

به اراده پیش فروشنده گردیده است. لذا هر چند به ظاهر قرارداد پیش فروش ساختمان می تواند مصداق بیع معلق باشد، اما چنین تحلیلی با توجه به فقدان شرایط فوق قابل پذیرش نیست.

۹- نتیجه گیری

هر عقدی بیانگر تلاقی اراده و قصد مشترک طرفین در قرارداد است. و در یک قرارداد دو طرف در قبال یکدیگر تعهداتی را می پذیرند که ملزم به رعایت اجرای مفاد آن هستند. عقد بیع و اصل لزوم به عنوان یکی از علل و اسباب نقل و انتقال مبیع به حساب می آید، وقتی قراردادی منعقد می گردد متعاملین آنچه را که در ذمه گرفته اند در ایفای تعهد مطابق مفاد متن قرارداد ملتزم و مسئول هستند و این الزام آور دانسته شدن به صراحت در مقرر ۲۱۹ ق.م. آمده، و در صورت سرپیچی وظایف از جانب یکی، طرف مقابل می تواند او را به انجام وظایف الزام کند یا اینکه قرارداد را فسخ نماید و وجه التزام دریافت دارد، که قرارداد پیش فروش ساختمان از این امر مستثنی نیست. لذا پیش فروشنده حق ندارد ساختمان را به دیگری بفروشد چرا که قبلاً این حق را برای پیش خریدار ایجاد نمود که در صورت فروش ساختمان به دیگری توسط پیش فروشنده، پیش خریدار حق دارد ابطال قرارداد تنظیمی پیش فروشنده با شخص ثالث را از دادگاه به عنوان فروش مال غیر تقاضا کند یا اینکه معامله را تنفیذ کند. لذا با تحلیل و بررسی، آثار، احکام و ماهیت فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان، می توان این قرارداد را در قالب عقد بیع قلمداد کرد تحت عنوان تعهد به بیع یا قرارداد تشکیل بیع که در لسان عرفی قولنامه یا وعده به بیع نامیده می شود. دلیل این که قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد بیع گنجانیده شد، به دلیل منطبق بودن این نوع از قراردادها با شرایط و آثار عقد بیع می باشد، لذا مخالف قانون نبودن، نگارش این نوع از قراردادها و ضمن دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله کافی است، تا بتوان این نوع از قراردادها را در قالب عقد بیع در قانون مدنی جای داد.

مطابق مقرر ۳۶۱ ق.م. در بیع عین معین وجود عینی مبیع هنگام عقد ضرورت دارد، در غیر این صورت بیع باطل است. پس اشکال می شود ساختمانی که هنوز احداث نگردیده و وجود عینی ندارد را به طریق بیع عین معین نمی توان فروخت، مگر این که معتقد به نظریه غیر جزمی بودن مفهوم وجود عینی در آینده باشیم که صرف نقشه و ماکت و تعیین محل احداث (عرصه) را دلیلی بر وجود بدانیم که در این صورت امکان پیش فروش واحدهای ساختمان مسکونی (اعیان) به صورت عین معین فراهم خواهد شد. اما قبول این نظر پیرامون موضوع مورد قرارداد (پیش فروش ساختمان) که منظور از اراده و قصد مشترک طرفین در قرارداد، مورد معامله واحدهای ساختمان مسکونی آن (اعیان) است با مشکل رو به رو هست.

قرارداد پیش فروش ساختمان یک عقد لازم است و وجود مبیع به هنگام عقد ضروری نیست، به دیگر سخن وجود عینی مبیع با توجه به برداشتی که از ماده ۳۶۱ قانون مدنی ارائه شد لازم نیست بلکه علم و آگاهی طرفین نسبت به این که مبیع (ساختمان) بر طبق شرایط و اوصاف قراردادی و نقشه ساختمانی و بر طبق روند طبیعی امور در آینده ساخته خواهد شد کافی است و لذا عرف و عقلاً آن را محقق الوجود می دانند، و بنابراین انتقال آن صحیح بوده، منتهی اثر اصلی عقد بیع که همان تملیک و تملک می باشد به هنگام موجود شدن مبیع و ساخته شدن ساختمان، تحقق پیدا می کند و بنای عقلا و عرف معاملات نیز آن را پذیرفته است همچنان که نمونه هایی از قبیل اجاره، وصیت و غیره را در قانون و حقوق مدنی ملاحظه می کنیم. به علاوه نقل و انتقال مبیع در زمان عقد (ایجاب و قبول)، از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد. بنابراین متعاملین می توانند سببی را ایجاد کنند که تأثیر آن معلق به وجود مبیع در آینده باشد، چون تملیک

امری اعتباریست و در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن است. پس با توجه به مقتضیات فعلی جامعه و هم سوئی قانون با تحولات روز می‌توان ماده ۳۶۱ قانون مدنی را این گونه تبیین کرد که برای اعتبار و صحت عقد بیع، وجود تقدیری و اعتباری مبیع کافی است، به بیانی دیگر منظور از وجود عینی لزوماً وجود مادی و خارجی نیست بلکه آن چه که قطعاً در آینده به وجود می‌آید و منطق و عرف و بنای عقلاً با توجه به شرایط اقتصادی موجود و تورم بالا این گونه از قراردادها را که مبیع در آینده محقق می‌شود را پذیرفتند.

منابع

- ابو جعفر، طوسی (ره)، (۱۳۸۷ ه.ق.): **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد دوم، نوبت چاپ سوم، تهران: ناشر المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- انس الزرقا، محمد. **گواهی استصناع (سفارش ساخت)**، ترجمه رستمی، محمد زمان، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، صفحه ۱۲۰ - ۱۲۸، دوره اول، شماره ۱، سال ۱۳۸۰.
- انصاری دزفولی (ره)، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ ه.ق.)، **کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات**، (ط - الحدیثه)، ج ۳، چ ۱، قم: انتشارات کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایزدی فرد، علی اکبر و کاویار، حسین. **بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان**، مجله فقه و حقوق. صفحه ۸۷ - ۱۱۵، سال پنجم، شماره ۱۸، سال ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. **ترمینولوژی حقوق**، چ ۹، انتشارات کتابخانه گنج دانش ۱۳۸۲.
- حاتمی، علی اصغر و ذاکری نیا، حانیه. **ماهیت قراردادهای ساخت و ساز (در فرض پیش فروش)**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، صفحه ۷۱ - ۹۴، دوره دوم، شماره دوم، سال ۱۳۸۹.
- سوره مبارکه اسراء، آیه شریفه ۳۵.
- سوره مبارکه مائده، آیه شریفه ۱.
- شهیدی، مهدی. **حقوق مدنی**، چ ۱۹، تهران: انتشارات مجد، سال ۱۳۹۴.
- عابدیان میر حسین. **تقریرات حقوق مدنی** ۲، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق وب سایت دانشگاه شهید بهشتی تهران.
- کاتوزیان، ناصر. **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱ و ۲، چ ۱۳، نشر میزان ۱۳۹۵.
- کاشانی، محمود. **لایحه پیش فروش آپارتمان، لایحه ای کاملاً قضایی که وزارت مسکن آن را تهیه کرده است**، ماهنامه قضاوت، تنظیم سید ابراهیم مهدیون، ص ۳۴ - ۳۷، دفتر ۹، شماره ۶۷.
- مجلس شورای اسلامی: **لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۶/۵/۲۴** شماره ۳۵۳۵۹، بازیابی شده از وب سایت پژوهشکده شورای نگهبان: <http://nazarat.shora-rc.ir> سال ۱۳۸۹.
- نامقی، رضا باستانی، پیری، جواد، رحمانی، امیرصادق، محمدی، محمدرضا. **تحلیل و آسیب شناسی قانون پیش فروش ساختمان**، پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران: انتشارات قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، چ ۲، س ۱۳۹۷.
- نظریور، محمد نقی. **استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع**، فصل نامه فقه اهل بیت سلام الله علیها، صفحه ۱۲۱ - ۱۶۸، سال هفدهم، شماره ۶۷، سال ۱۳۹۰.

- هاشمی شاهرودی، سید محمود. *استصناع (سفارش ساخت کالا)*، فصل نامه فقه اهل بیت علیهم السلام، صفحه ۳- ۲۴، سال پنجم، شماره نوزدهم، سال ۱۳۸۷.
- ولویون، رضا. *فروش آپارتمان های ساخته نشده*. مجله پژوهش حقوق و سیاست، صفحه ۴۴- ۳۱، سال سوم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۰.
- امامی، سید حسن. *حقوق مدنی*، ج ۱، چ ۱۸، انتشارات کتاب فروشی اسلامی، سال ۱۳۷۶.
- حلی (ره)، علامه. (۱۳۸۸ ه.ق.)، *تذکره الفقهاء*، (ط - القدیمیة)، تک جلدی، قم: انتشارات مؤسسه آل البیت علیهم السلام، نوبت چاپ اول.
- مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی ۱۳۸۷/۴/۱۱، *اظهار نظر کارشناسی درباره لایحه پیش فروش ساختمان*. تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۹۲۱۷.

A defensible theory in the jurisprudential and legal examination of the provisions and nature of the pre-sale contract for a building in the form of a sales contract

Alhayar Qazvini Firuzkola¹, Abbas Samavati², Jabraeel Omidi³

Abstract

The Building Pre-Sale Law has been enacted with the focus on the way to prepare a specific contract under the title of Building Pre-Sale Contract and the regulations surrounding it. Understanding the conditions, effects, rulings, and regulations of any contract requires explaining the nature of that contract. Therefore, Article 1 of the Building Pre-Sale Law was created to explain this contract and distinguish it from other contracts; however, the legal nature of this contract has been left ambiguous. In order to examine the implementation issues and the legal effects of this contract, it is necessary to explain its nature. The present article, by analyzing and examining all the jurisprudential and legal situations, considers the rulings and nature of the building pre-sale contract to be defensible in the form of a contract of sale and explains and examines them. Although this contract has been presented jurisprudentially in the form of contracts of suspension, *ji'ala*, *sool*, *istisna'*, *kulli fi' dhimmah*, *ma lam yaqqab*, *salam wa sarf*, anonymous contract of sale, and legally in the form of private, independent, obligation to sell, ceremonial, consent, covenant, ownership, and contractual contracts, and each of them has its merits. And other theories may also be proposed in the analysis and nature of the contract of advance sale of a building that will be examined jurisprudentially and legally.

Keywords: Contract, advance sale of a building, jurisprudential and legal rulings, suspended sale, sale.

¹ . PhD student in Islamic Jurisprudence and Law, Yadegar Imam Khomeini Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Yadegar Imam Khomeini (RA) Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding author) Ab.sama@chmail.ir

³ . Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Yadegar Imam Khomeini Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran