

قرارداد پیش فروش آپارتمان، عقد استصناع یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی

دکتر ناصر مسعودی^۱

دکتر علی غریبه، دکتر حسن پاشازاده، دکتر رحیم وکیل زاده^۲

چکیده:

قرارداد های پیش فروش آپارتمان به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان نشینی که خود معلول عوامل زیادی می باشد، در جامعه ی کنونی ایران بطور گسترده ای در میان مردم رواج یافته وانبوه سازان و شرکتهای بزرگ ساختمانی وسازندگان شهرک ها ومجتمع ها و آپارتمان های مسکونی وتجاری وخدماتی و حتی دستگاههای دولتی از طریق پیش فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سود آور می نمایند. حقوقدانان، قضات و وکلاء و اشخاص دست اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه وتبیین نمایند. تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح در صورت بروز اختلاف اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید. در این مقاله عقد استصناع وماده ی ۱۰ قانون مدنی ایران مورد مطالعه قرار گرفته ودلائل انطباق یا عدم انطباق قراردادهای فوق با هریک از آنها مورد بررسی قرار گرفته است.

واژه های کلیدی: استصناع، قرارداد، پیش فروش، آپارتمان، قرارداد خصوصی

^۱. عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز و دانشجوی دوره ی دکترای حقوق خصوصی واحد تبریز masoudi.naser@yahoo.com

^۲. عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز و دانشجوی دوره ی دکترای حقوق خصوصی واحد تبریز masoudi.naser@yahoo.com

طرح مسأله:

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان می تواند در شناخت شرایط و آثار و احکام و مقررات آن کمک بزرگی نماید. مثلاً اگر قراردادی را بیع بدانیم در این صورت کلیه احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و از شرایط بیع تبعیت نموده و آثار بیع را بدنبال خواهد داشت ولی اگر آن را شرکت بدانیم تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود.

حقوقدانان وقضات دادگاهها برای شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان به عقود مختلفی اشاره نموده اند که مهمترین این عقود، عقد صلح، عقد شرکت، عقد بیع، عقد استصناع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. در این مقاله به لحاظ رعایت اختصار، عقد استصناع و قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی بطور جداگانه مورد مطالعه گرفته است. و پس از بررسی لازم این نکته که آیا می توان قرارداد پیش فروش آپارتمان را در قالب آنها تبیین و توجیه کرد، مورد قضاوت قرار خواهد گرفت.

بنا به مراتب فوق، مطالب این مقاله در دو گفتار ارائه می گردد. در گفتار اول عقد استصناع و در گفتار دوم قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی مورد بررسی و مطالعه قرار می گیرد. عقد صلح و عقد بیع و عقد شرکت و اینکه آیا قرارداد پیش فروش آپارتمان را می توان در قالب عقود مذکور توجیه و تبیین کرد، در آینده مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

گفتار اول - عقد استصناع

برای معادل فارسی این عقد، عبارت « بیع آیندان » بکار رفته است که البته در حقوق فرانسه وانگلیس نیز وجود دارد. بیع آیندان، بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد، وجود ندارد ولی با بیع تعهد می کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد، تحویل دهد. مانندنجاری که یکدست مبل می فروشد که دوماهه تحویل بدهد. تاریخ انتقال مالکیت مبیع پس از تاریخ عقد بیع است؛ ضمان تلف و نقص مبیع از تاریخ تشخیص مبیع، در حقوق فرانسه به عهده خریدار است؛ در قانون ایران به عهده بایع است. از نظر لغوی رابطه آینده و آیندان، نظیر ربط پاینده و پایندان (کفالت) است. در ترجمه واژه خارجی، این لغت را بر گزیدم. به هر حال شمول عنوان «بیع مالیس عندک» که مجمل است، بر ما نحن فیه، محل تأمل است پس اصل حاکمیت اراده نافذ است. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ج ۲، ص ۹۲۵)

دراینکه «بیع مالیس عندک» براساس حدیث نبوی (ص) «لا تبع ما لیس عندک» باطل است یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف نظر بیشتر به لحاظ دامنه ی شمول آن ایجاد شده است.

حکیم بن حزام از تجار و اشراف قریش بود و در سفرهای تجاری که رحلت شتاء و صیف می کرد با بازارهایی ارتباط پیدا می کرد که قوانین حقوق رم بر آنها حاکم بود؛ در حقوق رم بیع را ناقل ملک نمی دانستند بلکه با بیع متعهد می شد که مبیع را به مشتری انتقال دهد (=بیع عهدی) یعنی ای بسا که عین خارجی متعلق به ثالث را به مشتری خود می فروخت و تعهد پیدا می کرد که آن را از ثالث مذکور خریده و تحویل مشتری خود بدهد. این

قسمی از اقسام بیع فضولی بود. از آنجا که نصّ قانون شرع، بیع فضولی را روا شمرده است، معلوم می شود که نهی شارع از «بیع ما لیس عندک» که مورد سؤال حکیم بن حزام بوده است. نهی الزامی نیست بلکه برای بیان کراهت است وگرنه اگر نصّ (لا تبع ما لیس عندک) الزامی باشد، باید بیع فضولی به کلی باطل باشد؛ علی الخصوص که صحیح عبدالرحمن بن حجاج دلالت بر روا بودن آن می کند، با استناد به صحت بیع سلم و حال آنکه مبیع در بیع سلم در زمان بیع در اختیار بایع نیست.... به هر حال از آنجا که قدرت تسلیم (نه در زمان عقد) از عناصر بیع است، از این رو اشکال بر صحت «بیع ما لیس عندک» نمی توان کرد. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ج ۲، ص ۹۹۸)

از فقهای شیعه شیخ طوسی (ره) در کتاب خلاف بر عدم جواز عقد استصناع نظر داده است. ایشان در مسئله ۳۳ کتاب مذکور چنین می فرمایند:

استصناع کفش، ظروف چوبی و مسی و سربی و آهنی صحیح نیست و شافعی بر آن معتقد است.

ابوحنیفه گفته: صحیح است زیرا مردم عموماً بر آن اتفاق (اجماع) دارند.

دلیل ما بر بطلان این عقد، این است که همگی اجماع داریم که تسلیم مال ساخته شده، بر سازنده واجب نیست. و او بین تسلیم مال و استرداد ثمن مختار است و خریدار ملزم به قبض مال ساخته شده نیست.

اگر عقد صحیح باشد چنین چیزی مجاز نخواهد بود. دلیل دیگر این است که مورد معامله مجهول است و چون مورد معاینه قرار نگرفته است، لذا غیر معلوم است و نیز صفت آن در ذمه مشخص نیست. پس واجب است از چنین عقد، منع صورت گیرد. (شیخ الطائفه ابی جعفر محمد بن الحسن الطوسی قدس سره شریف، ص ۴۶۰ و ۳۸۵)

شیخ محمد علی الانصاری در کتاب الموسوعه الفقهیه المسیره، عقد استصناع را تعریف نموده و احکام آن را به شرح زیر بیان نموده است:

«استصناع عقدی است صحیح و نسبت به طرفین جایز است و بر این مبنا هریک از طرفین حق فسخ آن را دارد.»

سپس در احکام آن در صفحه ۳۲۵ می نویسد:

در استصناع عمل به آن برای طرفین واجب نیست، خواه قائل به تعهد بودن آن باشیم و خواه قائل بر عقد بودن آن باشیم. زیرا در فرضی که آن را عقد بدانیم، همانطور که از کتب فقهای متقدم غیر از کتاب خلاف بر می آید، این عقد، عقدی جایز می باشد و عمل بر عقد جایز بر هیچ کسی واجب نیست. این مبنی بر آن است که آن را عقدی صحیح بدانیم. اما اگر بنا را بر فساد عقد بگذاریم، همانطور که از ظاهر کتاب خلاف بر می آید در اینصورت موجبی برای لزوم عمل به آن وجود ندارد.

اما در صورتی که آن را شرط ابتدائی بدانیم، عمل به شرط ابتدایی نیز واجب نیست. بلی اگر شرط ابتدائی ضمن عقد لازم گنجانده شود، عمل به آن واجب خواهد بود. (الشیخ محمد علی الانصاری، ج ۲، ص ۲۲۴ و ۳۲۵)

ظاهراً در فقه اهل سنت نیز عقد استصناع پذیرفته شده است. سرخسی در کتاب المبسوط در باب استصناع چنین می نویسد:

بیع ها بر چهار نوع است:

بیع عین در مقابل ثمن و بیع دین فی الذمه، در مقابل ثمن که آن سلم است و بیع عمل جهت ساخت عین، که آن را استیجار جهت ساخت و امثال آن که مورد عقد وصفی است که در زمان توافق، به کار عامل جاری می شود و عین همان موضوع بیع و بیع عین که در آن عمل شرط شده است و بر این مبنا همان استصناع است. پس مورد سفارش مبیع، عین است و بر این مبنا در آن خیار رؤیت ثابت است و عمل مورد شرط است برای اینکه این نوع از عمل اسمی به خود اختصاص داده است. لذا باید معنایی نیز داشته باشد که با آن اسم مطابق باشد. و استصناع از باب استفعال از ریشه صنع است. پس فهمیدیم که عمل در آن شرط است..... بنابراین هرگاه کسی آهنی را به آهنگر بدهد که برایش ظرفی در قبال اجرت معینی بسازد، جایز است و اگر مورد سفارش مطابق سفارش ساخته شود، برای سفارش دهنده خیاری وجود ندارد. زیرا ثبوت خیار برای فسخ است باید سرمایه اش برای جلوگیری از متضرر شدن او به او باز گردد. که در اینجا باز نمی گردد، زیرا پس از آغاز کار بر روی آهن، وجهی برای فسخ عقد باقی نمی ماند. اما در استصناعی که عین و فسخ عقد در آن شرط شده است، خیار ممکن است. بنابراین خیار رؤیت ثابت است برای اینکه در اینجا آهنگر متعهد است تا طبق قراردادی که در ذمه اوست عمل کند. (شمس الدین السرخسی، ج ۱۵، ص ۸۴ و ۸۵)

ابن عابدین در حاشیه رد المختار چنین می نویسد:

استصناع در لغت طلب ساخت است. یعنی اینکه کسی از سازنده طلب ساخت چیزی را بکند، در قاموس اللغه:

صناعت بر وزن کتابت، حرفه سازنده است و عملش ساخت است و صفت کار سازنده در شغل یا حرفه خویش است.

و شرعاً عبارتست از طلب ساخت از سازنده، در مورد چیز مخصوص، بر وجه مخصوص که معلوم است که چه خواهد بود. در کتاب بدائع الصنایع از شروط استصناع:

بیان جنس مصنوع و نوع آن و مقدار و صفت آن است. و اینکه از چیزهایی باشد که معامله بر آنها صحیح است. و اینکه مؤجل نباشد و الا سلم خواهد بود. و به نظر می رسد، مؤجل همان استصناع است مگر در مورد اموالی که استصناع در آنها جایز نیست که در اینصورت به نظر همه علماء، بیع سلم خواهد بود. (ابن عابدین، ج ۵، ص ۳۵۲)

البته فقیه دیگری از اهل سنت نظر بر بطلان آن دارد:

استصناع باطل است، بدین شکل که کالا را به سازنده بفروشد که برایش بسازد. زیرا آنچه را که در اختیار نداشته است به غیر وجه سلم فروخته است. این نظر قاضی و اصحابش است. (شیخ منصور بن یونس البهوتی، ج ۳، ص ۱۹۰)

استصناع، قراردادی مبنی بر سفارش ساخت کالا است که مصرف کننده یا تاجر با سازنده کالاها منعقد می کند و از او می خواهد که تعدادی کالا را مطابق در خواست او و با قیمت مشخص ساخته و تحویل دهد. در قدیم این نوع قرارداد برای ساخت کوزه و کلاه و چکمه و اموالی از این قبیل، به کار می رفته اما امروزه در تمامی صنایع از قبیل تولیدات صنعتی، خودرو، قطعات خودروها، ماشین آلات صنعتی و قطعات آنها، کالاهای مصرفی و حتی فرش، سفارش تولید کالا به کارخانجات بزرگ و کوچک و تولید کنندگان و صنعتگران، دارای کاربرد روز افزون است که البته هم در مورد مال قیمی و هم در مورد مال مثلی چنین عقدی منعقد می شود. در این عقد، در واقع کالای مورد معامله، در زمان انعقاد عقد، موجود نیست و بعداً به وجود می آید.

همان طور که در بالا مشاهده شد، در باب صحت یا عدم صحت آن در فقه امامیه و فقه عامه نظرات مختلفی صادر شده است. اما نظر غالب، صحت آن است.

می توان گفت: این عقد بر دو نوع است. نوع اول، تملیک قطعی و از مصادیق بیع است و باید ثمن و مشخصات مبیع مشخص شود. نوع دوم، قراردادی است که به موجب آن سازنده متعهد می شود که پس از ساخت کالا آن را به سفارش دهنده، بفروشد. در این صورت پس از ساخت، ممکن است معامله انجام شود و ممکن است بیع انجام نشود.

از نظر آیت اله هاشمی شاهرودی، صحت استصناع در قالب یکی از توجیه های ذیل قابل تصور است: ۱- استصناع، عقد مستقلی است که مانند دیگر عقود لازم، برای دو طرف عقد الزام آور است. ۲- استصناع یکی از اقسام عقد بیع است. ۳- استصناع یکی از اقسام عقد اجاره یا شبه اجاره مانند جعاله است. ۴- استصناع، ترکیبی از چند عقد است. ۵- استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است به نحو تضمینی. (سید محمود هاشمی شاهرودی (www.tebyan.net

که ایشان پس از توضیح هر کدام از موارد فوق و طرح ایرادات هریک، نهایتاً توجیه پنجم را قابل قبول تر می دانند.

برخی از حقوقدانان، قرارداد پیش فروش آپارتمان را نوعی عقد استصناع دانسته اند. البته در حالتی که براساس شرایط قرارداد، اوصاف آپارتمان مورد توافق و مبلغ قرارداد و شرایط و نحوه پرداخت و زمان تحویل آپارتمان و سایر شرایط، بین طرفین مشخص و معلوم باشد.

ایرادی که از جهت انطباق آن با قرارداد پیش فروش آپارتمان، می توان گرفت، این است که این عقد در گذشته در مورد اموال منقول منعقد شده و بیشتر در مورد تولید و ساخت کالاهایی نظیر ظروف و کفش و چکمه، طشت و کوزه و کلاه بکار رفته و تمام مثالهایی که فقها برای عقد استصناع آورده اند، در مورد اموال منقول بوده است و در مورد

اموال غیر منقول سابقه ای دیده نمی شود. و ممکن است با این اشکال مواجه شویم که در اموال غیر منقول چنین عقدی قابل استفاده نیست. در پاسخ می توان گفت که اموال منقول موضوع عقد استصناع خصوصیتی نداشته اند و در مورد اینکه حتماً باید موضوع عقد، مال منقول باشد، بحثی به میان نیامده است و اصولاً باید بتوانیم آن را در مورد اموال غیر منقول نیز جاری بدانیم.

حقوقدانانی که سعی نموده اند قرارداد پیش فروش آپارتمان را در قالب عقد استصناع، تحلیل و توجیه نمایند، معتقدند که تحلیل قرارداد فوق، در قالب استصناع، از نتایج و آثاری بشرح ذیل بهره مند است:

۱- تحلیل قرارداد در قالب استصناع به معنی سفارش ساخت کالا با قصد واقعی متعاملین همراه است و ادعای بطلان معامله به استناد ماده ۳۶۱ ق.م.مبنی بر معدوم بودن مبیع صحیح نیست زیرا:

اولاً: "مبیع عین خارجی نیست تا قرارداد مشمول آن گردیده و موجب بطلان شود و متعاملین نیز به خوبی به این امر واقفند و اعتبار امور بر قصد آنها مبتنی است که وجود آن را در آینده شرط کرده اند.

ثانیاً: "روایات وارده بر بطلان بیع معدوم شامل استصناع نمی شود، زیرا این روایات منصرف به مبیع مجهول بوده که به تحقق آن در ظرف زمانی معینه اطمینان وجود ندارد. در صورتی که در مانحن فیه متعاقدین با تعیین تمامی شرایط، از قبیل وصف، مقدار، قیمت و... قرارداد را معلوم کرده اند و در نتیجه جهلی که در شرایط معامله یا عوضین برای متعاقدین متصور باشد، منتفی است.

۲- موعده تسلیم آپارتمان، همان موعده ای است که در قرارداد مورد توافق واقع شده است و در صورت تقصیر فروشنده و تعذر تسلیم، خریدار مستحق قیمت روز خواهد بود، زیرا آنچه بر ذمه ی فروشنده واقع شده تسلیم عین است و حال که تسلیم آن متعذر گردیده، مکلف به تأدیه قیمت عین می گردد و تأخیر در تسلیم دو نوع حق برای مشتری ایجاد می کند:

الف: می تواند با تمدید زمان قرارداد، متعهد رابه تکمیل آپارتمان و تسلیم آن و ادا نماید. زیرا قرارداد پیش فروش آپارتمان از نوع تعدد مطلوب است و زمان در آن نقش ثانوی و فرعی داشته و مطلوب اصلی و اولیه احداث و تسلیم خود آپارتمان است.

ب: عدم انجام تعهد در زمان مقرر به مشتری حق فسخ می دهد و عدم تعیین زمان تسلیم نیز خللی به صحت عقد نمی رساند. زیرا با مراجعه به عرف معماری موعده اجرای تعهد امکان پذیر خواهد بود. (علی اصغر زاده، ص ۲۸، ۲۷)

امابه نظر می رسد که تحلیل قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد استصناع ما را با مشکلاتی مواجه خواهد ساخت:

زیرا اولاً- عقد استصناع در فقه کمتر مورد بررسی و اظهار نظر فقها قرار گرفته است به نحوی که بسیاری از فقهای بزرگ در رابطه با آن اظهار نظری ننموده اند و در مواردی که اظهار نظر صورت گرفته تماماً در رابطه با اموال

منقول، مثل ساختن کوزه، چکمه، کفش و ظروف و امثال آنها بوده است و از اموال غیرمنقول موردی ذکر نشده است.

ثانیاً - فقها در صورتی هم که حکم بر جواز عقد استصناع داده اند، چه شیعه و چه سنی جملگی بر جایز بودن (لازم نبودن) این عقد اتفاق نظر دارند. حتی بعد از ساخته شدن مال مورد سفارش، سفارش دهنده اختیار عدم قبول آن را دارد و جایی که قبول مال مورد سفارش اجبار شده است، مربوط به مواردی بوده که صانع یا صنعتگر بر روی مال سفارش دهنده کار کرده است. مثلاً فردی صفحه مسی را به مسگری داده که آن را به ظرفی تبدیل کند در چنین مواردی بعد از آماده شدن ظرف سفارش دهنده بایستی آن را تحویل بگیرد. اما در مواردی که سفارش دهنده، مواد اولیه نداده و صرفاً سفارش ساخت را داده است، پس از تکمیل ساخت و آماده شدن مال مورد سفارش طرفین در ایجاب و قبول و انعقاد بیع مخیر و مختارند و در فقه برای هیچ یک از طرفین، اختیار اجبار طرف مقابل به معامله، در عقد استصناع پیش بینی نشده است و از همین جاست که ضعف و سستی این قرارداد، برای بنیان قرارداد پیش فروش آپارتمان بر مبنای آن مبرهن می گردد.

گفتار دوم - قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

مطابق این نظر قرارداد پیش فروش آپارتمان یک قرارداد در خصوص موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. در این نظر تمامی انواع قراردادهای پیش فروش آپارتمان را تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند خواه بصورت قول و قرار معامله در آینده (یعنی تعهد بر بیع یا قرارداد تشکیل بیع) باشد و خواه بصورت انتقال باشد. براساس این نظر چون قصد واقعی طرفین از انتقال قرارداد پیش فروش آپارتمان تملیک و تملک آپارتمان است پس قراردادی عهدی یا تعهد به بیع نمی باشد بلکه عقد تملیکی است که چون در قالب عقد بیع نمی گنجد و شرایط لازم برای عقد بیع موجود بودن مبیع را فاقد است، مشمول مقررات قانون مدنی راجع به عقد بیع نیست و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد. به عبارت دیگر چون آپارتمان مالی مثلی نیست پس قرارداد پیش فروش آپارتمان عقد بیع کلی فی الذمه و کلی در معین نیست و چون در زمان انعقاد قرارداد بیع هنوز پایه عرصه وجود نگذاشته است و موجود نیست پس عقد بیع معین نیز نمی باشد. بر این مبنا قرارداد را قراردادی تملیکی متها مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند. مفاد رأی زیر حاکی از این است که دادگاه صادرکننده رأی نظر فوق را اتخاذ نموده است شعبه دوم دادگاه حقوق یک تهران در دادنامه شماره ۲۱۶ مورخ ۷۳/۵/۴ چنین اعلام نموده است:

..... هر چند قرارداد تنظیمی بین طرفین دعوی، قرارداد رزرو و پیش فروش یک دستگاه آپارتمان بوده که به موجب آن شرکت خواننده تعهد نموده تا آپارتمان مذکور را پس از احداث آن به مبلغ مقرر در قرارداد به خواهن منتقل و تحویل نماید و در نتیجه به لحاظ اینکه موضوع قرارداد (مبیع) در زمان تنظیم قرارداد هنوز احداث نشده و وجود خارجی نداشته قرارداد مدرکی فاقد آثار بیع بوده و نمی توان آن را مبیعه نامه تلقی نمود و صرفاً اعتبار و نفوذ و

لزوم آن ناشی از ماده ۱۰ قانون مدنی بوده که در زمان حاکمیت آن هنوز هم به قوت و اعتبار خود باقی است این قرارداد بین طرفین تنظیم شده و به این اعتبار قابل تمسک و استناد می باشد. (محمدرضا کامیار (کارکن)، ص ۸۱)

به هر حال جهت توجیه و تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مقدمتاً باید گفت که:

امروزه مبنای حقوق موضوعه بر پایه و اساس اصل آزادی قراردادها بنا شده است و بسیاری از اندیشه ها و مکاتب و نظریات و ابتکارات حقوقی بر بنیان این اصل قرارداد شده است لذا در هر مورد که پیرامون مشروعیت یک قرارداد حدود آزادی طرفین و آثار مترتب بر قرارداد شک و تردیدهایی حاصل شود با کمک به این اصل کلی حکم به صحت آن قرارداد داده می شود مگر آنکه خلاف آن اثبات شود. (غلامرضا ذاکر صالحی، ص ۵۲)

اصل آزادی قراردادها خود ریشه در اصل حاکمیت اراده دارد. آن نیز به نیروی خلاق اراده تکیه دارد. مطابق این اصل افراد در انعقاد و تعیین شروط و اوصاف و نوع قراردادهایی که تشکیل می دهند، آزادند. (غلامرضا ذاکر صالحی، ص ۵۲)

هر چند که در عمل قوانین مختلف محدودیت هایی را بر اصل حاکمیت اراده تحمیل نموده اما این اصل همچنان مبنای آزادی قراردادهاست.

پس از این مقدمه ابتدا بایستی به قرارداد نظری افکنده و آن را تعریف نموده و انواع آن را توضیح دهیم.

قرارداد را بسیاری از حقوقدانان مترادف با عقد می دانند و تنها تفاوت آن را در این می بینند که عقد را بیشتر ناظر بر عقود معین می دانند ولی قرارداد را شامل عقود معین و غیر معین می دانند.

از ظاهر نوشته های برخی از حقوقدانان چنین بر می آید که واژه ی قرارداد معادل عقود بی نام است و بدین معنا عقد معنای گسترده تری نسبت به قرارداد دارد. یعنی عقد بردو قسم است عقد با نام و عقد بی نام، که عقد بی نام معادل قرارداد است. دکتر لنگرودی قرارداد را چنین معنا نموده است:

قرارداد، عقود بی نام را گفته اند مخصوصاً اگر گفته شود: عقود و قراردادها. (دکتر محمد جعفری جعفری لنگرودی، ج ۴، ص ۲۸۹۰)

و نیز ایشان قرارداد خصوصی را به معنای قراردادهای بی نام که بین اشخاص حقوق خصوصی بسته می شود، دانسته اند. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ج ۴، ص ۲۸۹۴)

ماده ۹۴ قانون مدنی قرارداد و عقد را در کنار هم آورده و به نظر می رسد که آنها را مترادف گرفته است. ماده ۹۴ ق.م.م.قرمی دارد:

صاحبان املاک می توانند در ملک خود هر حق را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.

اما با تأمل ودقت بیشتر در ماده فوق چنین به نظر می رسد که مراد از قرارداد در ماده مذکور قرارداد مستقلی است که صرفاً در جهت ایجاد حق ارتفاق بین طرفین بسته شده است و مراد از عقد، عقد بیع یا عقد ناقله دیگری است که در خلال آن حق ارتفاق به دیگری انتقال یافته، یا در ضمن آن حق ارتفاق ایجاد گردیده، یا شرایط آن تغییر کرده است. بر این مبنا به نظر می رسد، بین کلمه قرارداد و عقد، عموم و خصوص مطلق وجود داشته باشد به طوری که هر عقدی قرارداد می باشد ولی هر قراردادی، عقد نیست.

اما تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد این نظر را در بادی امر رد می کند و عقد مترادف با قرارداد می داند هر چند که این ماده از نظر حقوقدانان دارای اشکالاتی است از جمله آقای دکتر کاتوزیان در این خصوص چنین می فرماید:

در ماده ۱۸۳ به تعهدی که یک یا چند نفر در برابر دیگران کرده اند و مورد قبول قرار گرفته عقد گفته شده است. در حالی که تعهد، اثر عقد است نه خود آن. این اشتباه ناشی از اختلاطی است که بین دو مفهوم عقد و تعهد در ذهن نویسندگان قانون مدنی وجود داشته و گاه آنان را به بیراهه کشیده است... اختصاص دادن عقد به توافقهایی که ایجاد تعهد می کند، کاری نادرست است زیرا پاره ای از عقود معین (که هیچ تردیدی در عقد بودن آنها روانیست) بطور مستقیم ایجاد تعهد نمی کند. (دکتر ناصر کاتوزیان، ج ۱، ص ۱۸ و ۲۰)

می توان گفت که بین قرارداد و عقد به هر حال تفاوتی وجود دارد و در این راستا برخی از حقوقدانان عقیده دارند که عقد اخص از قرارداد است و این در نظر قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. به نظر سنهوری:

قرارداد توافق دو اراده یا بیشتر بر انشاء التزام یا انتقال التزام یا تعدیل یا فسخ آن است اما عقد فقط انشاء التزام و انتقال آن را شامل می شود. (عبدالرزاق احمد السنهوری، ج ۱، ص ۱۳۷)

و نیز به نظر برخی از حقوقدانان:

قرارداد توافق دو یا چند نفر در مورد چیزیست که واجد نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط تعهد و یا انتقال حقی قرارگیرد. قراردادی که موضوع آن ایجاد تعهدی می باشد، عقد نامیده می شود، به عبارت دیگر عقد اخص از قرارداد و قرارداد اعم از عقداست. (عبدالمجید امیری قائم مقامی، ج ۲، ص ۲۹)

باتوجه به تفاوت فوق می توان گفت اقاله یا تفاسخ که توافقی در جهت سقوط تعهدات ناشی از عقد است، عقد نمی باشد ولی می تواند قرارداد باشد و نیز توافق یکی از ضامنین تضامنی با مضمون له در سقوط دین قرارداد است اما عقد نیست. در نتیجه در حقوق ایران قرارداد مفهومی وسیع تر از عقد دارد و به نظر می رسد در مواد ۱۰ و ۹۷۵ و ۱۰۱۰ قانون مدنی قرارداد در معنی واقعی خود به کار رفته است. اما قانون تجارت در مواد ۱۳۳۵ الی ۳۹۴ قرارداد را به معنای عقد استعمال نموده است.

بنا به مراتب فوق قراردادها در حقوق ایران به دودسته ی اصلی معین (با نام) و نامعین (بی نام) تقسیم می شوند.

قانون مدنی ایران، قراردادهای معین را ذکر کرده واحکام ومقررات حاکم بر آنها را مشخص نموده است. لذا هر قراردادی که تحت یکی از عناوین عقود معین ننگنجد ، قرارداد نامعین شناخته می شود.براین مبنا می توان گفت که قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادی نامعین است.

اساساً عقود معینه قراردادهایی هستند که راجع به موضوعات معینه تحت شرایط خاص منعقد می گردد و آنها را قانون، در مجموعه خود یک به یک نام برده وموضوع وشرایط آن را بیان کرده است مانند بیع ، معاوضه،اجاره،ودیعه،عاریه،مزارعه،نکاح وامثال آنها. اما عقود غیر معینه ، قراردادهایی هستند که راجع به موضوعات معینه تحت شرایط خاصی نمی باشد و طرفین آزاد هستند که راجع به هر موضوع تحت هر شرایطی که زندگی اجتماعی آنها ایجاب نماید، قراردادهایی منعقد نمایند. (سیدحسن امامی ، ج ۴ ، ص ۴۹)

به هر حال قرارداد نامعین در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به رسمیت شناخته شد. و طرفین هر شرط وقراری را که مخالف صریح قانون نباشد می توانند در قرارداد خود بگنجانند. بعلاوه قرارداد های خصوصی واجد وصف تشریفاتی نیستند و رضایی محسوب می شوند. به بیانی دیگر برای انعقاد قرارداد از نظر قانون مدنی تشریفات خاصی لازم نیست و صرف رضایت طرفین به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید، برای انعقاد قرارداد کافی است. اصل نسبی بودن قراردادها که در موارد ۱۹۶ و ۲۳۱ قانون مدنی پیش بینی شده در مورد قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و قرارداد پیش فروش آپارتمان نیز جاری است.

بر اساس نظر استاد دکتر کاتوزیان ، ماده ۱۰ قانون مدنی دارای ده اثر مهم و اساسی به شرح زیر است: ۱- این ماده حاوی اصل «آزادی قراردادی» است و به حکومت اراده نیز دامنه گسترده ای می بخشد و آن را از حصار «عقود معین» خارج می کند. ۲- ماده ۱۰ نفوذ شرط را نیز از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می سازد. زیرا ، شرط نیز خود قراردادی است که می تواند جدای از عقد الزام آور باشد. پس ، کافی است که شرط مربوط به قرارداد باشد تا متمم آن بشمارآید ، هر چند که بعد از عقد امضاء شود. ۳- اثر عقد و شرط محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته اند (دو طرف عقد). با وجود این، ممکن است در ضمن معامله ای شخص برای خود می کند، تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید. ۴- ماده ۱۰ ق.م. در عقود معین نیز قابل استناد است ، مشروط بر اینکه وسیله تجاوز به احکام امری آن عقود نشود. ۵- مقصود از واژه «قانون» در ماده ۱۰، قانون امری است نه تکمیلی تراضی بر قانون تکمیلی حکومت می کند. ۶- مقصود از «صریح قانون» تأیید اصل مباح بودن قرارداد ها است وکنایه از اینکه در منع قانونگذار تردید نباشد ، وگرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است. ۷- نفوذ قرارداد، علاوه بر قانون، مشروط بر این است که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. ۸- نهی قانونگذار در صورتی دلالت بر فساد عقد می کند که ناظر به یکی از ارکان و شرایط صحت آن باشد یا اثر معامله را نفی کند. ۹- مفاد ماده ۱۰ ق.م. عقد صلح را بیهوده نمی کند و عقد صلح نیز باعث بی نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی شود. ۱۰- مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز باید بر موانع نفوذ قراردادهای خصوصی افزود. (دکتر ناصر کاتوزیان ، ص ۳۲)

سئوالی که در این زمینه قابل طرح است ، این است که ، آیا ماده ۱۰ قانون مدنی ، صرفاً در عقود نامعین جاری است، یا می توان با استفاده از آن در عقود معین نیز خواستههای مشترک طرفین را وارد نمود.

در بین حقوقدانان نظری وجود دارد که مفاد و مضمون ماده ۱۰ قانون مدنی را به حریم عقود معین راه نمی دهد و آن را تنها ویژه عقود نامعین می داند. بنابراین نظر، در عقودی چون بیع و اجاره و صلح و ضمان مطلقاً به ماده ۱۰ و اصل حاکمیت اراده نمی توان استناد کرد. (غلامرضا ذاکر صالحی، ص ۳۴)

در حالی که به نظر می رسد ماده ۱۰ قانون مدنی که مفید احترام قانون گذار به اصل حاکمیت اراده متعاملین هم در انعقاد قرارداد و هم در تعیین محتوای قرارداد است، شامل عقود معین نیز می باشد. به عبارت دیگر قانونگذار هیچگاه نمی تواند تمامی شروط احتمالی طرفین عقد معین را پیش بینی کرده و در قانون، تعیین تکلیف نماید بلکه قانونگذار طرفین را در انعقاد قراردادها و قراردادن شروط و خواسته های خود در ضمن قرارداد، آزاد گذاشته مگر شروطی که خود مقنن آنها را منع کرده و موجب بطلان عقد معینی دانسته است. مثلاً عقد معلق در قانون مدنی بعنوان عقد صحیح شناخته شده است. پس هر عقد معینی را می توان بصورت معلق منعقد نمود به جزء عقد نکاح و ضمان که در آنها خود مقنن تعلیق را موجب بطلان دانسته است. همچنین اگر در ضمن عقد اجاره شرط شود که چنانچه موجر، عین مستأجره را بفروشد عقد به خودی خود منفسخ می گردد یا ضمن عقد اجاره، شرط می شود چنانچه موجر، عین مستأجره را بفروشد مستأجر، ملزم باشد اجاره را فسخ نماید. در این صورت، پس از فروش عین مستأجره، هرگاه مستأجر اجاره را فسخ ننماید اجبار به فسخ می شود. قرار دادن شرط ضمن عقد، به یکی از دو صورت بالا طبق مفاد ماده ۱۰ ق.م.ص. صحیح خواهد بود. (سید حسن امامی، ج ۲، ص ۴۹)

به هر حال هریک از مصادیق قراردادهای نامعین (بی نام) اگر در قوانین کشور پیش بینی شود و احکام و شرایط و آثار آن در قانون به طور مستقل تحت عنوان خاصی ذکر شود، از حالت نامعین بودن خارج شده و قراردادهای نامعین یا با نام محسوب خواهد شد.

برای مشروعیت قراردادهای نامعین دلایل زیادی وجود دارد. به نحوی که دیگر کسی نمی تواند در مشروعیت قراردادهای نامعین (قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی) تردیدی داشته باشد.

دلایل مشروعیت قراردادهای نامعین را بطور خلاصه به شرح زیر می توان ذکر کرد:

الف) آیات قرآن کریم:

۱- آیه ی شریفه ی ۱ از سوره مائده: یا ایها الذین آمنوا فوفوا بالعقود

۲- آیه ی شریفه ی ۲۸ از سوره نساء: یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم و لما تقتلوا انفسکم ان الله کان بکم رحیماً.

ب) احادیث:

۱- ان الناس مسلطون علی اموالهم = (علامه محمد باقر مجلسی، ج ۲، ص ۲۷۳)

۲- المومنون عندشروطهم = (محمد بن حسن حرعاملی، ج ۱۲، ص ۳۵۳)

۴- سیره عقلا

۵- اجماع

۶- اصله الصحه نیز دلیل بر صحت قراردادهای نامعین است.

۷- اصل اباحه=اصل در عقود اباحه است نه منع و هر عقدی که دلیلی بر منع آن نباشد صحیح است.

پس از این مقدمه باید گفت که برای تحلیل قرارداد پیش فروش آپارتمان ، در قالب ماده ی ۱۰ قانون مدنی دو نظریه وجود دارد که هر کدام در یک بند جداگانه ارائه می شود.

بند الف) نظریه تملیک تدریجی (انتقال مالکیت تدریجی)

بند ب) نظریه تحلیل قرارداد به دو عمل حقوقی.

الف) نظریه تملیک تدریجی (انتقال مالکیت تدریجی):

برای تحلیل قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی ، اراده ی طرفین می تواند هر شکلی از قرارداد را ایجاد کند و آنچه که طرفین خواسته اند بر مبنای قرارداد ایجاد شود. لذا طرفین می توانند ضمن قرارداد شرط تملیک تدریجی را پیش بینی کنند. بدین نحو که:

طرفین توافق نمودند که از مرحله ی شروع عملیات ساختمانی هر جزئی از بنا که ساخته می شود اعم از مشاعات و مشترکات و قسمتهای اختصاصی بر اساس قانون تملک آپارتمان و آیین نامه ی اجرایی آن طبق این شرط در مالکیت خریدار قرار خواهد گرفت و به محض احداث در مالکیت پیش خریدار داخل خواهد شد.

در اینکه چنین شرطی می توانند چنین اثری را داشته باشد ، شکی نیست چون مالکیت از امور اعتباری است و در امور اعتباری اراده ی خلاق طرفین می تواند ، جایی که منع قانونی وجود ندارد ، زمان انتقال مالکیت را مشخص و معین نماید. یعنی در واقع تشخیص و تعیینی که در ماده ۳۷۴ قانون مدنی لازم است ، آن را بایع در قرارداد انجام می دهد و در اینجا تشخیص و تعیین و تسلیم مبیع به این شکل است که هر قسمت از مبیع به محض احداث در مالکیت خریدار قرار می گیرد و این امر منافاتی با قوانین و مقررات و قواعد حقوقی ما ندارد.

البته می توان با اندکی دقت این شرط را در قرارداد های پیش فروش آپارتمان مفروض دانست. یعنی در واقع قرارداد پیش فروش آپارتمان ، در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می گردد و اقتضاء دارد که خریدار مالک آپارتمان باشد و قصد مشترک طرفین این است که آپارتمان ساخته شده به مالکیت خریدار در آید اما چون در زمان انعقاد وجود ندارد پس انتقال مالکیت معلق می ماند ، تا زمانیکه موضوع انتقال ایجاد شود و بر این مبنا هر جزئی از آپارتمان که ساخته شده چون موضوع انتقال مالکیت ایجاد شده است ، انتقال محقق خواهد شد و بتدریج هر چه که ساخته می شود ، در مالکیت خریدار قرار می گیرد.

بنابراین در حالتی هم که شرط فوق الذکر در قرارداد درج نشده باشد، می توان گفت در بیع آپارتمان های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع، همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می گیرد و تشخیص مبیع همیشه بریک منوال نمی باشد بلکه چنانچه گفته شد تملیک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده انجام می شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان های ساخته نشده از قسم اول می باشد. به دیگر سخن بیع آپارتمانهای مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می باشد. (دکتر رضا ولویون، ص ۴۳)

البته برخی از حقوقدانان به لحاظ عدم وجود قانون خاص در این زمینه، معتقدند که بایستی حتماً شرط فوق الذکر، یعنی شرط (انتقال مالکیت مقارن احداث بنا به خریدار)، بایستی در قرارداد درج شود. در نتیجه چون وجود شرط را لازم می دانند از نظر آنان:

شرط تملیک تدریجی با دواشکال مواجه است؛ نخست اینکه ممکن است در یک قرارداد پیش فروش ساختمان چنین شرطی ذکر نشود و قرارداد از این حیث مطلق باشد و یا اینکه پیش فروشنده چنین شرط را نپذیرد و خریدار به ناچار تن به قراردادی دهد که این قرارداد حقوق آینده او را به خطر اندازد. در این صورت وضعیت حقوقی پیش خریدار چگونه توصیف می شود؟ اساساً قراردادهای پیش فروش آپارتمان باید با یک توصیف حقوقی صحیح، تحلیل شوند. به نحوی که قرارداد صرف نظر از شروط ضمن عقد آن، حقوق طرفین را تضمین نماید، اگر چه این پیشنهاد می تواند پاره ای از مشکلات را مرتفع نماید، اما کافی نیست. فلذا اگر در قرارداد چنین شرطی نباشد ایراداتی که در این زمینه مطرح می شود، کماکان باقی می ماند.

دوم آنکه اگر ایراد این قراردادها این باشد که چون مال موجود نیست در نتیجه بیع باطل است و ماده ۳۶۱ قانون مدنی را حاکم بر موضوع بدانند، در این صورت ماده ۳۶۱ قانون مدنی از قواعد آمره است و احکام مربوط به بطلان از جمله احکامی هستند که خلاف آن نمی توان شرط نمود. موجود بودن مبیع در وصفی که شرط صحت عقد است، از شرایط صحت عقد بیع می باشد و شروط صحت در صورت عدم رعایت، سبب بطلان عقد هستند، حتی اگر بر خلاف آن توافق به عمل آمده باشد.

لذا راه حل مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط ضمن عقد، بدین معناست که خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین به مجرد عقد بیع، هر میزان از آپارتمان که ساخته می شود، مطابق شرط، مالک می گردد. این راه حل اگر چه می تواند منافی، از جمله تضمین حقوق خریدار و جلوگیری از توقیف مال توسط اشخاص ثالث داشته باشد، اما همچنان با ایرادات مذکور مواجه است. (فیروز احمدی و هنگامه غضنفری، ص ۲۷۵ و ۲۷۶)

ناگفته نماند که می توان انتقال مالکیت تدریجی با تملیک تدریجی را منوط به پرداخت ثمن نمود و معادل ثمن پرداختی در مالکیت خریدار قرار گیرد و نیز این توافق را می توان در مورد اموال موجود نیز اجرا نمود و معلق به پرداخت ثمن نمود. یکی از حقوقدانان در این زمینه چنین می نویسد:

درتملیک تدریجی سه وجه متصور است در یک وجه صرفاً توافق می شود که با ایجاد مال آینده مالکیت بخش ایجاد شده به خریدار منتقل گردد ولی این امر معلق و منوط به امری من جمله پرداخت ثمن نمی شود، و تعلیقی در عقد بیع صورت نمی گیرد این وجه تعلیق در انتقال مالکیت خارج است. لذا در شرط انتقال مالکیت به صورت تدریجی دو وجه متصور است:

یکی انتقال مالکیت به صورت تدریجی در مال آینده و دیگری انتقال مالکیت به صورت تدریجی در مال موجود (معلق به امری و من جمله تأدیه ثمن). حالتی از انتقال مالکیت به صورت تدریجی که بطور شایع مورد توجه قرار گرفته است؛ حالتی است که در مال آینده و خصوصاً در فروش آپارتمان ساخته نشده مورد توافق قرار می گیرد. در این خصوص نظر غالب آنست که در صورت توافق طرفین مبیع در حال ساخت به تدریج (با پرداخت ثمن و ایجاد مبیع) به مالکیت خریدار درمی آید.

حالت دوم در انتقال مالکیت به صورت تدریجی حالتی است که مبیع، ساخته شده و متعین است و در خصوص انتقال مالکیت توافق می شود که به همان نسبت که از ثمن تأدیه می گردد مالکیت مبیع نیز منتقل شود؛ و به مقداری که از ثمن تأدیه نشده است؛ فروشنده مالکیت بر مبیع را به همان نسبت حفظ نماید حقوق ایران با این مفهوم بیگانه نیست به جهت اینکه تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و ماده ۹ آیین نامه اجرایی این قانون این مفهوم را پذیرفته است. (دکتر محمد رضا پیرهادی، ص ۲۷۳ و ۲۷۴)

بند ب) نظریه تحلیل قرارداد به دو عمل حقوقی:

بر اساس این نظر، لازم نیست که ماحتماً "قرارداد پیش فروش آپارتمان را یکی از اعمال حقوقی تملیک و یا تعهد به احداث آپارتمان بدانیم بلکه قرارداد پیش فروش آپارتمان، در واقع ترکیبی از دو عمل حقوقی است که در وهله ی اول، تملیک است و بدنبال آن سازنده تعهد به احداث آپارتمان دارد.

یعنی چون بر اساس ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمانها خریدار هر آپارتمانی مالک قسمتهای مشاعی و مشترک از جمله عرصه می شود، با انعقاد قرار داد پیش فروش، پیش خریدار بصورت بالفعل مالک سهم مشاعی از عرصه می گردد. در واقع این یک عقد بیع است. و به محض انعقاد قرارداد، مالکیت قسمتهای مشاعی، از جمله عرصه ی موجود، به خریدار منتقل می گردد و در واقع ضمن این عقد اصلی بیع سهم مشاعی از عرصه، پیش فروشنده ملزم و متعهد به ساختن آپارتمان با مشخصات و اوصاف و کیفیت مندرج در قرارداد و تحویل آن در موعد مقرر به خریدار و تنظیم سند رسمی انتقال آن در موعد معین می باشد. پس بر این اساس، قرارداد پیش فروش آپارتمان، در اصل یک عمل حقوقی است؛ یعنی بیع، که ضمن آن تعهداتی مبنی بر احداث بنا پیش بینی شده است و قرارداد مرکب از بیع، یعنی عمل حقوقی اصلی و تعهد فروشنده بر ساخت، یعنی عمل حقوقی فرعی می باشد. اما تعهد به ساخت یا عمل حقوقی فرعی، نفوذ خود را از قرارداد اصلی که مشمول ماده ی ۱۰ قانون مدنی است، می گیرد نه از بیع. چون عمل حقوقی اصلی یعنی بیع و عمل حقوقی فرعی یعنی تعهد هر دو در قالب قرارداد مذکور قرار می گیرند.

این تحلیل می تواند جلوی توقیف و فروش آپارتمان وحتى زمین موضوع قرارداد پیش فروش آپارتمان را بگیرد و بدین نحو منافع و حقوق پیش خریداران که عمدتاً "ازافشار کم درآمد جامعه بوده و مجبور به پذیرش قراردادهای تیپ شرکتهای انبوه ساز و سازندگان ابرقدرت می باشند، تضمین می شود.

با این تفسیر می توان موضوع عقد را، دو بخش تملیکی و عهدی منجر به تملیک دانست. دربخش عهدی باتوجه به اینکه مالکیت، امری اعتباری است و اراده خلاق طرفین می تواند کیفیت تحقق مالکیت را تعیین نماید، بنای طرفین براین است که، پیش فروشنده تعهدات خود را اجراء کند و بنا را احداث نماید و هر جزء از بنا که احداث می گردد، بلافاصله در مالکیت پیش خریدار قرار گیرد. (فیروزاحمدی وهنگامه غضنفری، ص ۲۷۷)

نتیجه :

نتیجه آنکه عقد استصناع به دلایل زیادی نمی تواند قالب صحیح و مناسبی برای توجیه و تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان باشد. نظریه تحلیل قرارداد به دو عمل حقوقی در قالب ماده ی ۱۰ قانون مدنی می تواند پاسخگوی نیازهای فعلی جامعه باشد و حتی این نظریه کاملتر از تئوری مالکیت تدریجی است و از ایرادات وارد بر آن مصون است، یعنی این نظر در واقع قرارداد پیش فروش آپارتمان را ترکیبی از عقد بیع و قرارداد مضمون ماده ۱۰ قانون مدنی و قرارداد تکمیلیک تدریجی می داند که مزایای هر سه نظر را یکجا دارا می باشد.

فهرست منابع:

الف) کتب:

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- ابن عابدین، حاشیه رد المختار، جلد پنجم، ناشر دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ۳- الانصاری، الشیخ محمدعلی، الموسوعه الفقئیه المسیره، جلد دوم، چاپ اول، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ قمری.
- ۴- البهوتی، شیخ منصور بن یونس، کشف القناع، جلد سوم، دارالکتب العلمیه، بیروت لبنان، بی تا.
- ۵- السرخسی، شمس الدین، المبسوط، جلد ۱۵، دارالمعرفه، بیروت، بی تا.
- ۶- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد اول، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۷۰ م.
- ۷- الطوسی، شیخ الطائفه ابی جعفر محمد بن الحسن قدس سره شریف، الخلاف تألیف، الجزء الاول، مؤسسه النشر الاسلامی جامعه مدرسین قم، قم، ۱۴۰۷.
- ۸- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ پنجم، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۸.
- ۹- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۳.
- ۱۰- پیرهادی، دکتر محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع، چاپ اول، انتشارات شالیزه، تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفری، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۳- حرعالملی، محمدبن حسن، وسایل الشعیه، جلد دوازدهم، مکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۲ هـ. ق.
- ۱۴- ذاکر صالحی، غلامرضا، مبانی قراردادهای نامعین، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸.
- ۱۵- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد یک، بهنشر، تهران، ۱۳۶۸.
- ۱۶- کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سیزدهم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- ۱۷- کامیار (کارکن)، محمدرضا، گزیده آراء دادگاههای حقوقی، چاپ اول، نشر حقوقدان، سال ۱۳۷۶.
- ۱۸- مجلسی، علامه محمد باقر، بحار الانوار، جلد دوم، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳ هـ. ق.

ب) مقالات:

- ۱- احمدی، فیروز و هنگامه غضنفری، ماهیت حقوقی پیش فروش آپارتمانها و راهکارهای ثبت رسمی آن، مجله ی پژوهشهای حقوقی شماره ۱۴، پاییز زمستان ۱۳۸۷.
- ۲- اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان (مقاله فصلنامه ی علامه سال دوم شماره دوم، پاییز زمستان ۱۳۸۲).
- ۳- ولویون، دکتر رضا، فروش آپارتمان های ساخته نشده، مجله ی پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰.
- ۴- هاشمی شاهرودی، سید محمود، کتابخانه ی اینترنتی تبیان - استصناع (سفارش ساخت کالا) www.tebyan.net