

تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

سیدمحمدصادق طباطبائی*

عباس کیانی**

چکیده

این مقاله در صدد یافتن ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان بوده و به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، پس از طرح مسئله، در مباحث مقدماتی، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه پرداخته شده است.

در ادامه مباحث، دکترین حقوق درمورد قرارداد پیش فروش ساختمان و مطابقت آن با هریک از نهادهای حقوقی تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلق، عقد صلح و قرارداد خصوصی تملیکی ارائه شده است و درنهایت، ضمن خدشه در لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در بیع سلم، این نتیجه به عمل آمد که قرارداد مزبور با بیع سلم قابل تحلیل و توجیه است. البته با ذکر اینکه واحد ساختمانی حسب انشاء طرفین با سه حالت مختلف «از ابتدا»، «در حین احداث و تکمیل» و «پس از اتمام عملیات ساختمانی» (مندرج در ماده ۱) به مالکیت پیش خریدار درآید: در حالت اول به صورت منجز، در حالت دوم به صورت معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی) و به نسبت اقساط پرداختی و در حالت سوم نیز به صورت معلق و به محض پرداخت آخرین قسط ثمن.

واژگان کلیدی: پیش فروش، قرارداد، بیع، بیع سلم، بیع معلق، تعهد به بیع.

مقدمه

مسکن از جمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است. در طول تاریخ، انسان توانست از بدویت خارج و تبدیل به انسان ابزارساز شود. ابزارسازی انسان موجب دگرگونی و پیشرفت در ساخت مسکن شد. نوع مصالح و مواد تشکیل‌دهنده ساختمان‌ها از حالت اولیه خارج و تبدیل به مصالح پیچیده امروزی شد و به تبع، تحول و بهبود مصالح باعث گزافه‌شدن هزینه تمام‌شده ساختمان شد. لذا جامعه با بحرانی جدی مواجه شد، چه اینکه از یک طرف خریدارانی وجود داشتند که توانایی خرید ساختمان به صورت نقدی را نداشتند و از طرف دیگر، سازندگانی وجود داشتند که سرمایه‌شان برای ساخت ساختمان‌های استاندارد کافی نبود. به این ترتیب، قرارداد پیش‌فروش ساختمان در عرف معاملات پا به عرصه وجود نهاد؛ قراردادی که مشکلات پیش‌گفته را مرتفع کرد. پیش‌خرداران در این نوع قراردادها توانستند بهای قراردادی ساختمان را به‌طور اقساط بپردازند و از طرف دیگر سازندگان (پیش‌فروشنندگان) نیز توانستند بخشی از عوض قراردادی را قبل از مبادرت به احداث ساختمان و در ابتدای قرارداد و مابقی آن را به‌موازات پیشرفت کار (تکمیل ساختمان) دریافت کنند. بدین ترتیب نه به پیش‌خرداران بابت پرداخت یک‌باره ثمن، فشاری وارد می‌شد و نه سازندگان با کمبود سرمایه و مشکل نقدینگی مواجه می‌شدند. سالیان سال از وجود قرارداد مذکور در عرف معاملات گذشت. با توجه به خلأ قانونی در این زمینه، دعاوی ناشی از پیش‌فروش ساختمان رو به فزونی گذاشت. به دلیل آرای متشدد و استدلال‌های گوناگون محاکم، رویه قضایی نظر جامعی در رابطه با این قراردادها نداشت. در دکتترین حقوقی نیز به‌جز چند سال اخیر، کمتر در رابطه با ماهیت این قراردادها سخنی پیدا می‌شد و در سال‌های اخیر نیز حقوق‌دانان عموماً سعی در تحلیل قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در قالب عقود مختلف و نهادهای حقوقی متفاوتی از جمله تعهد به بیع (قولنامه)، عقد استصناع، عقد بیع عین معین آینده، عقد شرکت، عقد جعاله، چهره‌ای مرکب از بیع و اجاره و ماده ۱۰ ق.م. نمودند.

نکته شایان ذکر اینکه کمتر موضوعی را می‌توان یافت که از جهت حقوقی تا این حد مشکل‌زا بوده باشد؛ هم حجم تخلف از انجام تعهدات قراردادی و هم تنوع تخلفات در این نوع قرارداد حیرت‌آور است. برخی از شایع‌ترین مشکلات این‌گونه قراردادها عبارت‌اند از: کلاهبرداری پیش‌فروشنندگان، فروش واحد مشترک به چندین شخص (معاملات معارض)، دریافت مبالغی بیشتر از مبلغ پیش‌بینی‌شده در قرارداد اولیه، عدم پیش‌بینی دقیق اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله (مانند مساحت اعیانی)

و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود و همچنین تأخیر فراوان در انجام به‌موقع تعهدات قراردادی که در اکثر موارد منتهی به ضرر پیش‌خریدار می‌شود.

تشتت در نظام حقوقی ایران در رابطه با قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و مشکلات پیش‌گفته، قانونگذار را بر آن داشت تا قانونی با عنوان «قانون پیش‌فروش ساختمان»، به‌عنوان فصل الخطاب آرا و نظرات پراکنده و متهافت محاکم و دکترین حقوقی تصویب نماید.

قانون پیش‌فروش ساختمان که در واقع قانونی حمایتی از پیش‌خریداران است، در دی‌ماه ۱۳۸۹ به تصویب مجلس رسید و تا حد زیادی مشکلات پیشین را رفع و رجوع نموده است. هدف اصلی این مقاله که با عنوان «تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان» به رشته تحریر درآمده، این است که مقصود قانونگذار را نسبت به ماهیت این‌گونه قراردادها منقح و روشن سازد، چه اینکه از یک‌سو عبارات و اصطلاحات مندرج در قانون مذکور از جمله «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید»، ظهور در بیع سلم و اصطلاحات «پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد و از سوی دیگر، قانون مدنی ایران در رابطه با لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) ساکت است و بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، از جمله شرایط صحت بیع سلم، قبض ثمن در مجلس عقد است. مضافاً اینکه طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین‌دادرسی مدنی، در موارد سکوت قانون باید به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر رجوع نمود. حال آنکه در چندین ماده (از جمله مواد ۲، ۱۱ و ۱۳) از قانون پیش‌فروش ساختمان، قانونگذار، صحبت از اقساط بهای قراردادی نموده که صراحتاً با نظر مشهور فقها متعارض است. بنا به مراتب فوق، این سؤال را باید مطرح نمود که آیا هدف قانونگذار از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان، همان بیع سلم است یا اینکه قراردادی است غیر از «بیع سلم»؟

بی‌شک توصیف دقیق قرارداد پیش‌فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد. لذا در این نوشتار برای تحلیل درست و ارائه یک نتیجه منطقی، پس از بیان دو مقدمه ضروری مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه، نظرات مختلف تحلیل و سپس نظر مختار ارائه می‌شود.

۱. مفهوم مالکیت

ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود». از این رو لازم است پیش از بررسی ماهیت قراردادهای مذکور، ابتدا مفهوم مالکیت به اختصار آورده شود.

در فقه، مالکیت (به معنای اعم) در چهار مرتبه تصور شده است:

- ۱- مالکیت حقیقی که در واقع سلطنت تامه است که از آن خداوند است.
- ۲- مالکیت انسان بر نفس و اعضا و افعال و ذمه خود.
- ۳- مالکیت مقولیه خارجی که عبارت است از هیئت حاصله از احاطه جسمی به جسم دیگر که مقوله جده نامیده می‌شود و از اعراض خارجی قائم به موجود خارجی است.
- ۴- مالکیت اعتباریه به اعتبار عقلا که از اعراض نیست تا محتاج محل یا محتاج وجود موضوع در خارج باشد مانند زکات و خمس که به طبیعت فقیر و سید تملیک می‌شود و تملیک کلی فی‌الذمه در بیع سلف و مانند آن. آنچه در فقه و حقوق، محل بحث است همین مرتبه چهارم از مالکیت است که قائم به اعتبار است و نیازی به محل در اصل ندارد.^۱

پس مالکیت یک مفهوم اعتباری محض است و جعل و اعتبار آن به نفس مالکیت است و احکام امور اعتباری بر آن مترتب می‌شود. به همین جهت گفته شده است که مالکیت غیر از سلطنت است زیرا مالکیت متوقف بر مملوک‌علیه نیست ولی سلطنت، متوقف بر مسلط‌علیه است از آن جهت که انسان می‌تواند مالک مافی‌الذمه خود شود، که نتیجه آن تملیک و سقوط ذمه است ولی سلطه انسان بر نفس خود صحیح نیست زیرا تعقل سلطه منوط به وجود دو طرف است و نمی‌شود که به شخص واحد منوط شود (مثل حق شفعه و حق خیار)، به خلاف ملک که نسبت بین مالک و مملوک است و نیازی به من‌یملک ندارد تا اتحاد مالک و مملوک‌علیه محال باشد.^۲

۱. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۲، بی‌تا، صص. ۲۱-۲۰.

۲. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد ۳، ۱۴۱۵ق، ص. ۹.

محقق خوبی در خصوص این بیان شیخ انصاری گفته است که این معنا هرچند نسبت به اعیان خارجی صحیح است در مورد ملکیت منتسب به ذمه صحیح نیست زیرا کلی مادامی که به ذمه شخص معینی انتساب پیدا نکند به‌ازای آن، چیزی قرار نمی‌گیرد و عقلاً هم بر آن رغبت پیدا نمی‌کنند.^۱

در ترمینولوژی حقوق آمده است که ملک عبارت است از:

(الف) اختیار قانونی شخص بر اشیاء یا اموال یا اشخاص دیگر.

(ب) رابطه بین مالک و مملوک.^۲

و در خصوص مفهوم مالکیت می‌گوید: حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به‌هرصورت است مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد (ماده ۳۰ و ۳۱ ق.م.) و در قانون مدنی بنابر ماده ۲۹، مالکیت فقط در مورد عین استعمال نشده است بلکه اعم از عین و منفعت است.^۳

عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان در تعریف مفهوم مالکیت بیان داشته‌اند که مالکیت رابطه‌ای است بین شخص و شیء که به وی، حق همه‌گونه تصرف و انتفاع را می‌دهد و مطلق و انحصاری است.^۴ یا اینکه مالکیت حقی است دائمی که به‌موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند.^۵

بنا به مراتب فوق، هرچند در قانون مدنی تعریف مصرحی از مالکیت نشده است، آنچه از مواد قانون مستفاد است، آن است که مفهوم مالکیت نسبت مالک با مایملک است و با توضیحاتی که ارائه شد صرفاً اعتباری از اعتبارات عقلایی است.

نتیجه اینکه عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹ که بیان می‌کند «واحد ساختمانی مذکور «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید...»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف،

۱. خوبی؛ همان، ص. ۴۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳، ص. ۶۴۸.

۳. همان، ص. ۵۹۹.

۴. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰، ص. ۲۵۰.

۵. کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت، میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۶.

امکان انتقال مالکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی و قبل از تشخیص آن پذیرفته شده است.

۲. تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه

ماده ۳۳۸ ق.م. با تاسی از نظر فقها در تعریف بیع مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در ماده ۳۶۲ ق.م. نیز آمده است: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:

۱- به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود...»

در حقوق ایران مبیع باید عین باشد و عین ممکن است عین معین یا در حکم آن (کلی در معین) یا کلی فی‌الذمه بوده و عین نیز ممکن است مفروز یا مشاع باشد (مواد ۳۵۰ و ۴۰۲ ق.م.)

بنابراین بیع در همه اقسام آن در زمره عقود معوض و تملیکی است و در آن تقابل عوضین صورت می‌گیرد. منظور از تملیکی بودن عقد بیع همان طور که حقوق‌دانان تعریف نموده‌اند این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خود به خود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری ندارد.^۱

حکم مذکور نه تنها در عین معین، بلکه در سایر موارد نیز جریان دارد و منظور فقیهانی که در آثار خود عقد بیع را عقدی عهدی تلقی کرده‌اند این بوده که در تقسیم‌بندی عقود به عهدی و اذنی، بیع، عقدی است عهدی در مقابل عقود اذنی. بر این اساس عقد بیع سبب انتقال مالکیت می‌شود و در عین حال در زمره عقود عهدی در مقابل عقود اذنی نیز هست و هیچ‌گونه منافاتی بین عهدی بودن و تملیکی بودن در عقود همچون بیع وجود ندارد.

علی‌رغم صراحت قانون مدنی ایران، برخی از حقوق‌دانان^۲ در تفسیر بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. این بخش از ماده را مختص به عین معین دانسته و بر این باورند که معنی تملیکی بودن مبیع در موردی که موضوع عقد بیع کلی است (ماده ۳۵۰ ق.م.) با مشکل مواجه می‌شود، چرا که در زمان انعقاد عقد بیع، عینی نیست تا مبادله شود و بالطبع تملیکی هم حاصل نمی‌شود بلکه نتیجه عقد بیعی که موضوع آن کلی است، صرفاً

۱. کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض - عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص. ۲۹.
 ۲. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱، صص. ۴۴۸ و ۴۵۱؛ شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۱۴.

پیدایش تعهد است نه تملیک و در نتیجه انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار پس از تعیین فرد معین از افراد کلی صورت خواهد گرفت. حال آنکه ماده ۳۸۰ ق.م. همان ایجاب و قبول عقد بیع را موجب تملیک عین به عوض معلوم دانسته است. دکتر کاتوزیان معتقد است: «عقد بیع در هر حال اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد. اگر موضوع آن مالی باشد که قابل اختصاص یافتن به دیگری است (مانند عین معین)، سبب و اقتضای تملیک بی‌درنگ کارگزار می‌شود و نیاز به هیچ شرط اضافی ندارد. ولی هرگاه تملیک به دلیل مانع قراردادی یا مادی مستلزم تحقق شرط دیگر باشد (مانند بیع کلی که نیاز به تعیین مصداق دارد)، اثر عقد، منوط به تحقق شرط است. پس می‌توان عقد بیع را به اعتبار ایجاد زمینه و اقتضای تملیک، عقد تملیکی نامید.^۱

دکتر لنگرودی به نظریه حقوق‌دانانی که قائل به عهدی بودن بیع کلی هستند چنین خدشه وارد نموده است: «آنان که بیع کلی در ذمه را بیع عهدی شمرده‌اند اشتباهاً بر این باورند که در زمان عقد بیع، مالی وجود ندارد تا انتقال مالکیت صورت گیرد. اساس این فکر در معنی تملیک، خطاست. تملیک در فقه به معنای تسلیط است. بنابراین بیع عین کلی در ذمه و عین موجود در خارج، هر دو، بیع تملیکی است و مشمول تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. است.»^۲

در فقه امامیه در تعریف بیع گفته شده، بیع انشای تملیک عین در مقابل عوض معلوم است. بنابراین مبیع باید از اعیان باشد و عرف هم مفهوم بیع را تملیک اعیان دانسته و بر تملیک منافع، عنوان بیع را صادق نمی‌داند.^۳ صاحب جواهر می‌گوید: «لاخلاف و لا اشکال فی اعتبار کون المبیع عیناً»^۴.

در واقع از دیدگاه فقها ملکیت از اعراض خارجی که مستلزم مصداقی موجود باشد نیست، بلکه اعتباری است عقلایی و بیع کلی فی الذمه به همین خاطر، معدوم مطلق محسوب نمی‌شود، بلکه در عالم اعتبار موجود است. به عبارت دیگر، گاهی مورد اعتبار در ذمه است و گاهی در خارج از ذمه و عالم عین، و عقلاً هر دو مورد را اعتبار کرده و لحاظ ملک و مملوک برای آن می‌نمایند.^۵

۱. کاتوزیان، ناصر؛ درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۵، ص. ۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۹۶۲.
۳. انصاری؛ همان، صص. ۱۱-۱۰؛ خوبی، همان، ص. ۱۰.
۴. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی‌تا، ص. ۲۰۸.
۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع، جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی‌تا، ص. ۳۴.

البته برخلاف نظر مشهور فقها، محقق نراقی معتقد است: آنچه در بیع لازم است تحقق نقل در زمان بیع است نه تحقق ملک. اگر به‌وجود آمدن معدوم در عالم خارج غیرممکن باشد، فروش آن صحیح نیست. همچنین اگر به‌وجود آمدن معدوم، ممکن باشد ولی موجب غرر شود نیز اصل، عدم صحت آن است. حتی اگر موجب غرر نشود نیز اصل، عدم جواز فروش آن است چه اینکه به مقتضای روایات، مبیع در زمان فروش باید مملوک باشد و چیزی که وجود خارجی ندارد ملک محسوب نمی‌شود مگر مواردی که به‌واسطه دلیل از اصل خارج شده، همچون بیع سلم، بیع معدوم با ضمیمه در برخی موارد و همچنین بیع کلی در ذمه به‌صورت حال (نقد بر ذمه).^۱

نتیجه اینکه آنچه مسلم است همه کسانی (اعم از فقها و حقوق‌دانان) که بر این باورند عقد بیع در همه انواع مبیع (اعم از عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه) تملیکی است و با عقد تملیک صورت می‌گیرد این واقعیت را قبول دارند که با عقد، حق عینی برای خریدار مال کلی فی‌الذمه به وجود نمی‌آید، بلکه در بیع کلی فی‌الذمه، مالکیت در ساحت اعتبار یک سلطه و استیلا و یک دین ثابت بر ذمه دیگری است. از این‌رو به نظر می‌رسد علی‌رغم وضوح مسئله مالکیت در فقه، اختلاف‌نظر فقها و حقوق‌دانان، صرفاً در مفهوم اعم و اخص مالکیت است و این مسئله، ریشه در اختلاف مفهوم مالکیت در فقه از یک‌سو و حقوق فرانسه از سوی دیگر دارد؛ با این توضیح که مالکیت در فقه به معنای سلطه اعتباری (نه فیزیکی) مطلق بر مال است لیکن مالکیت در حقوق فرانسه، سلطه مطلق شخص با مال موجود در خارج عنوان شده است. بنا به مراتب فوق، حق مالی عینی مطلق (سلطه مطلق شخص با مال موجود در خارج) و حق مالی دینی (البته در پاره‌ای از موارد آن همچون فروش عین کلی) در حقوق فرانسه به ترتیب منطبق با مالکیت عین خارجی و مالکیت عین کلی در فقه است.

۳. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده‌ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل تا پیش از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هرکدام نظرات متفاوت و جداگانه‌ای در رابطه با ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادها ابراز کرده‌اند. حال با توجه به تصویب قانون فوق‌الذکر این سؤال قابل طرح است که قرارداد

۱. نراقی، مولی‌احمد؛ عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، انتشارت دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷، صص. ۱۱۲-۱۱۱.

پیش فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیرمعین (ماده ۱۰ ق.م.) است؟

بی شک توصیف دقیق قراردادهای پیش فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد.

۳-۱. تعهد به بیع (قرارداد تشکیل بیع)

قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.) در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آنها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان «قولنامه» شناخته می‌شود.

منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان مقدماتی یا پیش قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده‌دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند.^۱

مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان «متعهد» ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت «متعهدله» در بیاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد پیش فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان (عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد.

حال با توجه به مراتب فوق، آیا می‌توان اظهار داشت که قرارداد پیش فروش ساختمان، مصادیقی از تعهد به بیع است و پیش خریدار صرفاً دارای یک حق دینی نسبت به پیش فروشنده است؟

مرحوم دکتر شهیدی معتقد است هرگاه معماری، یک باب خانه را که در زمین مشخصی بعداً ساخته خواهد شد، هم‌اکنون به دیگری بفروشد، معامله باطل خواهد بود زیرا مورد معامله، عین معینی است که هنوز به وجود نیامده. (ماده ۳۶۱ ق.م.)، وی

می‌گوید در این‌گونه موارد طرفین صرفاً می‌توانند قرارداد تشکیل بیع منعقد نمایند؛ بدین صورت که در قراردادی یکی از دو طرف تعهد کند که ساختمانی را که در آینده خواهد ساخت به طرف دیگر بفروشد و این طرف قبول کند. چنین قراردادی بیع نیست بلکه تعهد بر بیع است که هرچند مورد عقد بیع آینده فعلاً موجود نیست، ایجاد قرارداد صحیح است چه اینکه مورد معامله در این قرارداد ساختمان نیست بلکه تعهد بر بیع ساختمان است.^۱

با امعان‌نظر نسبت به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید» نمی‌توان قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را صرفاً تعهد به بیع دانست چه اینکه به تعبیر مرحوم دکتر شهیدی، در تعهد بر بیع، ایجاد بالفعل بیع، مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است.^۲ به عبارت دیگر در تعهد به تملیک، انتقال، نتیجه عقد دیگری است که مالک انشاء آن را بر عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است (مانند قولنامه) به عنوان پیش‌فروش ساختمان، طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد، قصد انجام عمل حقوقی دیگری در آینده مبنی بر بیع را نداشته و الزام طرفین مبنی بر انتقال قطعی واحد پیش‌فروش شده در دفاتر اسناد رسمی (موضوع ماده ۱۹ قانون پیش‌فروش ساختمان) را نباید عمل حقوقی بیع دانست زیرا همان طور که برخی از حقوق‌دانان متذکر شده‌اند: ارکان بیع پس از توافق و تراضی که صورت می‌گیرد با ایجاب و قبول واقع می‌شود، ثبت مال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی از الزامات قانونی است و فرع بر عقد مذکور (بیع) است و مسئله منافاتی با مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت ندارد.^۳ همچنین اصل، صحت معاملات و اصل، عدم دخالت امر دیگری غیر از قصد و رضای طرفین و شرایط مقرر قانونی است.^۴

۱. شهیدی؛ همان، ص. ۲۰.

۲. شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی»، در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۲۶.

۳. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص. ۴۹.

۴. لطفیان، حسین؛ قولنامه، ماهیت و آثار، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص. ۲۲.

۵. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۸.

۳-۲. بیع مشروط

عقد را از نظر آثاری که بر روابط دو طرف می‌گذارد به عقد مطلق و عقد مشروط تقسیم کرده‌اند.^۱ عقد مطلق، عقدی است که ماهیت عقد به تنهایی و بدون ارتباط با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش یک دستگاه اتومبیل به مبلغ معین بین طرفین. عقد مشروط، عقدی است که ماهیت آن همراه با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش خانه‌ای به شرط اینکه خریدار در زمین فروشنده، خانه‌ای برای او بسازد. در عقد مشروط، یکی از شروط سه‌گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می‌شود. (ماده ۲۲۹ ق.م.)^۲

در رابطه با فروش کالای نیمه‌ساز و تکمیل آن، فقها نکات حائز اهمیتی ارائه نموده‌اند. ایشان این مسئله را عموماً با این مثال طرح نموده‌اند که مقداری از لباس بافته‌شده باشد و فردی آن مقدار بافته‌شده را بخرد، مشروط بر اینکه بقیه این لباس نیز مانند مقداری که بافته شده است بافته شود. در رابطه با صحت یا عدم نفوذ چنین معامله‌ای، عده‌ای از فقها قائل به بطلان شده و دلایلی ارائه نموده‌اند.^۳

دلیل اول: شیخ طوسی دلیل بطلان چنین معامله‌ای را این‌گونه عنوان می‌نماید که آن مقدار از لباس بافته‌شده که مشاهده شده لازم است (خیار رؤیت در آن نیست) و آن مقدار از مبیع که مشاهده نمی‌شود (آن مقداری که در آینده باید بافته شود)، متوقف بر خیار رؤیت است. بنابراین در شیئی واحد، خیار رؤیت و عدم آن جمع می‌شود که البته چنین امری متناقض است.

منظور ایشان از استدلال مذکور این است که بیع مذکور مستلزم محال است و آنچه مستلزم امر محالی است محال است. لذا نفوذ چنین بیعی که مستلزم اجتماع متناقضین است، صحیح نیست چه اینکه نفوذ یا عدم نفوذ چنین بیعی متصف بودن آن به یکی از

۱. قنوتی، جلیل؛ و دیگران؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، سمت، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۱.

۲. شهیدی؛ همان، ص. ۸۷.

۳. شیخ طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، المكتبه المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۷۷؛ ابن براج، قاضی؛ المهدب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶، جلد ۱، ص. ۳۵۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، جلد ۲، ص. ۶۸؛ همو، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، جلد ۲، ص. ۲۹۱؛ همو، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، بی‌تا، جلد ۱۱، ص. ۷۸؛ شهید ثانی، زین‌الدین؛ فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، ص. ۶۱۵؛ و محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴، ص. ۳۰۲.

دو حکم متناقض است و عدم وجود هر دو حکم متناقض (ارتفاع نقیضین) نیز همچون اجتماع نقیضین، امری محال است.

بر این استدلال این خدشه وارد است که ثبوت خیار در مقدار بافته‌نشده، مبتنی بر تخلف فروشنده است. لذا بیع مذکور در زمان انعقاد معامله، غیرخیاری محسوب می‌شود و خیار رؤیت، صرفاً بنا به فرض وجود تخلف فروشنده برای خریدار، ثابت خواهد شد. لذا وجهی برای دعوی استلزام محال وجود ندارد و حکم به بطلان معامله در زمان انعقاد، معنایی ندارد.^۱

علاوه بر این، علامه حلی نیز به استدلال شیخ، این خدشه را وارد نموده که اولاً: در مقداری که بعداً بافته خواهد شد تخلف از وصف باعث ثبوت خیار در کل مبیع می‌شود نه صرفاً در قسمتی از آن. ثانیاً: عقد به واسطه تعدد متعلق آن، به عقود متعدد منجر می‌شود چرا که موضوع لزوم، مقدار بافته‌شده لباس است و موضوع جواز (خیار) امر دیگری است. لذا با توجه به مختلف بودن متعلق (موضوع) لزوم و جواز، تناقضی متصور نیست.^۲

آنچه قابل ذکر است اینکه در مثال مذکور، هر گاه فروشنده مقدار بافته‌شده را بفروشد مشروط بر اینکه مقدار باقی‌مانده نیز مانند مقداری که بافته شده، بافته شود، لیکن فروشنده به تعهد خویش عمل ننماید و مابقی لباس را به همان صورت نبافد، خریدار، خیار تخلف از شرط پیدا می‌کند نه خیار رؤیت و تخلف وصف، چه اینکه در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به صورت عین معین و مقدار باقی‌مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به صورت عین کلی و در ذمه معامله می‌شود نه به صورت عین معین؛ و مطابق با ماده ۴۱۴ ق.م. : «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد».

دلیل دوم: دلیل دوم بطلان این است که بیع مذکور در مورد شیئی معینی است که معدوم است که چنین بیعی در شریعت ثابت نیست، چه اینکه صرفاً صحت بیع عین معین موجود و همچنین بیع معدوم غیرمعین (بیع کلی) مسلم است، لیکن بیع معدوم معین در شریعت ثابت نیست.^۳

۱. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب المکاسب، انوار الهدی، جلد ۴، ۱۴۱۸، ص. ۴۲۷.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه فی الحکام الشریعه، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳، صص. ۷۴-۷۳.

۳. همان، ص. ۷۴.

استدلال فوق نیز تضعیف می‌شود زیرا معدوم معین فی‌نفسه مستحیل و غیرممکن است، چرا که تعین به‌صرف وجود ماده و صورت، حاصل است و صورت با وجود خارجی تشخص و تعین می‌یابد. این در حالی است که در مانحن‌فیه، مبیع، معدوم غیرمعین است نه معدوم معین که در شریعت، نظیری برای آن نیست.^۱

دلیل سوم: دیگر اینکه قسمتی از مبیع، عین حاضر و موجود است و مابقی به‌صورت مجهول بر ذمه است.^۲

منظور علامه از این استدلال که مابقی مجهول بر ذمه است این است که قسمت بافته‌شده به‌صورت شخصی موجود (عین معین) و مابقی (قسمت بافته‌نشده) نیز به‌صورت شخصی معامله می‌شود، لیکن به دلیل عدم وجود و تشخص آن در آینده، در ذمه است و مقصود ایشان این نیست که مابقی به‌صورت کلی معامله شود زیرا مسلم است که هیچ مانعی ندارد که قسمتی از مبیع به‌صورت معین و قسمت دیگر (مقدار بافته‌نشده) به‌صورت کلی در ذمه باشد. و منظور ایشان از جهالت به مبیع، معلوم‌نبودن خصوصیات آن به‌خاطر عدم تشخص و تعین آن در آینده است و ذکر اوصاف صرفاً رافع جهالت از مبیع معین و کلی در ذمه است نه فرد غیرموجود.^۳

به‌عبارت‌دیگر، ضبط اوصاف مبیع در فرض مذکور به حسب عادت امکان‌پذیر نیست زیرا بیع عین شخصی به‌صورت بیع مضمون در ذمه و به‌صورت مجهول معامله می‌شود. لذا انعقاد چنین معامله‌ای به‌صورت وصف صحیح نیست.^۴

بنا به مراتب فوق، آنچه مفروض است اینکه مبیع در مانحن‌فیه همچون عین حاضر (موجود) است، به همین خاطر برخی از فقها سعی نموده‌اند که لباس مذکور را قیمی تأویل نمایند و مدار قیمی مبتنی بر عدم مماثلت است. لذا توصیف مال قیمی بر مثل، معامله مزبور را از غرری بودن خارج نمی‌کند.

دلیل سوم نیز قابل‌پذیرش نیست زیرا اولاً: در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به‌صورت عین معین و مقدار باقی‌مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به‌صورت عین کلی در ذمه معامله می‌شود نه به‌صورت عین معین. ثانیاً: همان طور که برخی از فقها متذکر شده‌اند قیمت لباس، عرفاً و شرعاً از این جهت لحاظ می‌شود که

۱. اصفهانی (کمپانی)؛ پیشین.

۲. علامه حلی؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل‌البیت علیه‌السلام، جلد ۱۱، بی‌تا، ص. ۷۹.

۳. یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰، جلد ۲، ص. ۶۵.

۴. محقق کرکی؛ پیشین، شهید ثانی؛ پیشین.

فرد مماثلی از جمیع جهات برای آن به وجود نمی‌آید، نه اینکه برای آن، مماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود اصلاً به وجود نیاید.^۱ بنابراین در صورتی که در فرض مذکور با ذکر اوصاف مبیع، رفع غرر و جهالت شود معامله صحیح است.^۲

بنا به مراتب فوق‌الذکر می‌توان گفت پیش‌فروشنندگان ابتدا «زمینی» را که می‌خواهند بر روی آن ساختمانی احداث نمایند به مالکیت پیش‌خریداران درآورده و آن‌گاه تعهدی در ضمن این عقد مبنی بر ساخت واحد ساختمانی مشخص با اوصاف و خصوصیات معلوم در آن زمین به صورت «شرط» گنجانده می‌شود.

با توجه به اینکه شرط در معنای اعم، یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند: ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. ۲- توافقی که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است.^۳ و اینکه مفهوم دوم، مفهوم تخصصی شرط است و با توجه به اینکه شرط به‌عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشأ یا جزء موضوع عقد نیست زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط، هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمتی از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروط‌له به وجود می‌آید و اینکه شرط را نمی‌توان قید منشأ یا موضوع عقد معرفی کرد به طوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشأ مقید یا موضوع مقید منشأ هم به‌طور ملازمه، منتفی گردد. (اذا نتفی القید انتفی المقید) چه اینکه در هر حال با منتفی‌بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.^۴

لذا نمی‌توان پذیرفت که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، بیع مشروط است زیرا در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قانونگذار صحبت از تملیک «واحد ساختمانی مشخص» نموده، نه تملیک «زمین»؛ در واقع مورد معامله «واحد ساختمانی

۱. اصفهانی (کمپانی)؛ پیشین، ص. ۴۲۸.

۲. کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ وجیزه الاحکام، مؤسسه کاشف‌الغطاء، جلد ۳، چاپ دوم، ۱۳۶۶، ص. ۱۸.

۳. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص. ۱۱۴-۱۱۲.

۴. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۲۵.

مشخص» است نه اینکه مورد معامله «زمین» بوده و «احداث ساختمان» به صورت شرط در ضمن عقد مذکور از سوی طرفین قرارداد درج شده باشد.

۳-۳. بیع معدوم به تبع موجود

عده‌ای بر این باورند که در بیع آپارتمان‌های ساخته‌نشده، فروشنده هسته اولیه مبیع (زمین آپارتمان یا در صورتی که عرصه، مثلاً موقوفه باشد و مالکیت نسبت به ایجاد اعیانی وجود دارد، حداقل فضای آپارتمان) را مالک است، بیع به صورت معدوم ممکن‌الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می‌گیرد و امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجزی است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله‌ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متراژ اختصاصی ابتیاعی خود بر زمین (همچنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می‌یابد. افزون بر آن، در خصوص قسمت معدوم، قابل ذکر است که مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در ذمه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به‌عنوان تعهدی منجز) تعیین می‌یابد.

همچنین با توجه به مباحث فقهی مربوط به بیع مال آینده می‌توان به‌طریق‌اولی نیز قائل به صحت این معامله شد؛ با این توضیح که وقتی در فقه امامیه، بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال جایز دانسته شده است،^۱ بر این اساس، در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است اما بخشی از خود مبیع به خود خریدار منتقل نمی‌شود و ایجاد ثمره در آینده، بنا به احتمالی عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع، کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مانند شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد بنا، عرفاً از تعهدات قابل انجام به‌صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به‌طور صددرصد در توان متعهد نیست. بنابراین، به‌طریق‌اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن، قسمتی از مبیع است - که ایجاد حق عینی، حداقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است - و در ساخت آن با رعایت مقررات حاکم کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا در حد صفر یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود.^۲

۱. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحریرالوسیله، جلد ۱، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ص. ۵۴۹.

۲. پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶، صص. ۱۳۳-۱۳۰.

از مصادیق بیع با ضمیمه، فروش میوه و محصول یک سال و حتی دو سال قبل از ظهور و بروز آن بر درخت با ضمیمه چیز دیگری است که فروختن آن به‌تنهایی صحیح باشد^۱ و قاعده «یغتفر فی الثوانی ما لا یغتفر فی الاوائل» و قاعده «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها»، بیانگر توجیه و صحت این عقود (بیع با ضمیمه) است. بر اساس مضمون این دو قاعده، فروش مال معلوم ضمیمه مجهول صحیح انگاشته شده است.^۲

باین‌حال قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع معدوم به تبع موجود (به‌عنوان یکی از مصادیق فروش مال معلوم ضمیمه مجهول) نیز قابل انطباق نیست زیرا اولاً: موارد کاربرد این نوع از بیع (بیع معدوم به تبع موجود) در مواقعی است که قسمتی از مبیع مجهول باشد، درحالی‌که به‌موجب ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین ملزم به تصریح تمام اوصاف و مشخصات واحد ساختمانی مورد معامله بوده و رفع ابهام صورت گرفته است.

ثانیاً: در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، آنچه مورد معامله و قصد طرفین قرار می‌گیرد «زمین» واحد پیش‌فروش شده نیست، بلکه «واحد ساختمانی مشخص» به‌عنوان مبیع تجزیه‌ناپذیر، مورد قصد طرفین قرار می‌گیرد نه زمین و به تبع آن، ساختمان ساخته‌نشده؛ حال آنکه در بیع معدوم به تبع موجود، مثل فروش یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین (به‌عنوان مبیع موجود) به همراه دوچین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ، اگرچه به‌صورت یک‌جا در قصد مشترک طرفین معامله قرار می‌گیرد، مبیع در این فرض به‌صورت تجزیه‌پذیر (مبیع موجود، یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین - و مبیع معدوم، دو چین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ) مورد معامله قرار می‌گیرد. مؤید این امر اینکه غرض از ضمیمه این است که در صورت تعذر تحصیل ثمن و مثن، ضمیمه به‌جای آن‌ها واقع شود و از این جهت، بیع واجد شرایط صحت که از جمله آن‌ها، امکان تسلیم عوضین است، بشود.^۳ لذا در مانحن‌فیه اگر در زمان آینده به علت شرایط جوّی و بروز آفات تحصیل دو چین دیگر از سبزیجات باغ (به‌عنوان مبیع معدوم) متعذر شود، نه کل عقد بیع منفسخ می‌شود (بطلان العقد بتعذر الوفاء بمضونه) و نه به استناد قاعده «انحلال عقد به عقود متعدد» می‌توان گفت بیع مذکور به همان اندازه مبیع موجود در

۱. موسوی خمینی؛ پیشین. کاشف الغطاء، جلد ۱، قسم ۱، ۱۳۵۹، صص. ۱۷۷-۱۷۶.

۲. همان، ص. ۱۷۸؛ جعفری لنگرودی؛ پیشین، ص. ۷۹۰.

۳. شهیدثانی، زین‌الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، جلد ۳، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ص. ۲۵۲.

زمان عقد «یک چین از سبزیجات موجود» صحیح بوده و در مابقی «معدوم تحصیل نشده»، محکوم به بطلان است، بلکه عوض نیز نسبت به عدم تحصیل دو چین دیگر سبزی، تجزیه نمی‌شود زیرا مبیع معدوم که تحصیل آن متعذر شده است، در زمان انعقاد معامله با فرض اینکه به وجود خواهد آمد جزء معوض قرار می‌گیرد نه اینکه قطعاً و یقیناً اعتماد به تحقق و تحصیل آن وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، جزیی از عوض، صرفاً با فرض تحصیل معدوم (دوچین سبزی) در مقابل آن قرار گرفته است نه با فرض اینکه وجود ندارد. نتیجه اینکه با عدم تجزیه و تقسیط عوض، جمع عوض و معوض حاصل نمی‌آید، درحالی‌که ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد: «در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت ...».

ثالثاً: کاربرد بیع معدوم به تبع موجود، محدود به مواردی است که بین مال معدوم و موجود، رابطه تابع و متبوعی وجود داشته باشد و افراد مبیع به صورت پی‌درپی و الحاقی (شیئاً بعد شیء) به وجود می‌آیند نه به صورت دفعی و یک‌باره (دفعه واحده)، مانند میوه‌ها، گل‌ها، برگ گیاهان و سبزیجات.^۱ حال آنکه چنین رابطه‌ای (تابع و متبوعی) در قرارداد پیش‌فروش ساختمان متصور نیست.

۳-۴. بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی)

در عقد معلق، انشاء دو طرف، سببی می‌سازد که اثر آن منوط به وقوع امری خارج از شرایط درستی عقد و عارضی است. بدین ترتیب، عقد معلق در واقع سببی است معلق که به انشایی منجز آفریده شده است.^۲ لیکن با توجه به احتمالی بودن معلق علیه در عقد معلق، باید از اختلاط این عقد با عقد معلق بر زمان (که نباید آن را در حقیقت عقد معلق نامید) و عقد مؤجل پرهیز نمود زیرا در عقد معلق بر زمان، هرچند در زمان انشاء عقدی به وجود نمی‌آید، تشکیل آن پس از انقضای مدت مذکور، قطعی است و احتمال خلافی در آن راه ندارد و عقد مؤجل در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که ماهیت اعتباری آن در زمان انشاء تحقق پیدا می‌کند، لکن اجرای مفاد عقد، موکول به انقضای اجل مقرر است.^۳

۱. کاشف‌الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۷۸؛ موسوی‌خمینی؛ پیشین، ص. ۵۵۱.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲.

۳. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، صص. ۹۹-۱۰۰.

دکتر کاتوزیان در کتاب عقود معین، زیر عنوان فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود آورده‌اند که اگر مقصود دو طرف این باشد که پیمانی درباره فروش آینده ساختمان موردنظر ببندند، بی‌گمان پاسخ (تعهد به فروش) منطقی است زیرا بر مبنای خواست مشترک تحلیل شده است. ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله بیع را واقع سازند، تحلیل قرارداد به تعهد به فروش، تفسیری است دلخواه که بر دو طرف تحمیل می‌شود. پس یا باید قرارداد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع، باطل دانست. در این دوراهی باید نفوذ عقد را برگزید. تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م و مبنای بطلان بیع مال معدوم، تحلیل دیگری را به ذهن می‌آورد و منطق حقوقی، آن را می‌پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم‌اکنون 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 بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ ق.م 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 مُرده است، باید بیع را باطل دانست.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به‌گونه‌ای 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 است.^۱

تنها اشکالی که تصور می‌شود امکان جدایی سبب از اثر است، بدین بیان که ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبب را به وجود آورد و تراضی نمی‌تواند بین این دو ملازم منطقی فاصله اندازد. ولی این اشکال نیز قابل دفع است زیرا در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن (معتبر) است. دو طرف می‌توانند سببی بر پا سازند که مقتضای آن تملیک بی‌درنگ و

۱. کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض - عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، صص. ۲۷۴-۲۷۵.

بی‌قید و شرط مبیع باشد، و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. هر کدام از این دو بر طبق مفاد خود اثر می‌گذارد و در فرض دوم نیز سبب از حرکت و سازندگی فرو نمی‌ماند. به‌ویژه، درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ایران، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.^۱

تأمل بیشتر در موضوع ماده ۳۶۱ ق.م.نشان می‌دهد که حکم، ناظر به فرض نخست است. در فرض دوم، مبیع، عین معین نیست زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار و انتخاب فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن، نقش مؤثر دارد. پس نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میان عین معین و کلی است و در تقسیم بندی مبیع به کلی شباهت بیشتری دارد. منتها در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌افتد و خودبه‌خود به خریدار تعلق می‌یابد.^۲

ایشان در ادامه افزوده‌اند: تملک آپارتمان پس از پایان ساختمان، با اینکه از سوءاستفاده‌های ارادی فروشنده می‌کاهد، برای تأمین حقوق خریداران کافی نیست. احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت بازایستد. در این صورت، آنچه ساخته شده، از آن او و طلبکاران است و مصرف‌کننده (خریدار) تنها می‌تواند اقساطی را که به‌عنوان بهای مبیع پرداخته است پس بگیرد. برای جلوگیری از این وضع، آیا می‌توان در قرارداد شرط کرد که مبیع در حال ساخت به تدریج به ملکیت خریدار درآید؟ رویه قضایی در فرانسه و حقوق انگلیس، نفوذ این شرط را پذیرفت و در قرارداد ساخت کشتی‌ها شایع است.^۳ به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز نافذ باشد زیرا اگر تطبیق تملیک به ساخته شده کامل آپارتمان پذیرفته شود، ساخته شدن جزیی از مبیع نیز همان گونه است. به‌موجب این شرط، خریدار بی‌درنگ مالک سهم مشاع خود از زمین می‌شود زیرا مبیع موجود و قابل تملیک است. درمورد ساختمان نیز، هر اندازه که ساخته شود، خودبه‌خود به ملکیت خریدار درمی‌آید. در نتیجه مبیع دور از دسترس طلبکاران باقی می‌ماند و فروشنده نیز پس از پایان کار نمی‌تواند ساخته خود را به دیگران بفروشد.^۴

۱. همان، صص. ۲۷۶-۲۷۵.

۲. همان، صص. ۲۷۸-۲۷۷.

۳. مازو؛ دروس حقوق مدنی، جلد ۳، ش ۹۲۵؛ چیتی؛ قراردادها، جلد ۲ (قراردادهای خاص)، ش. ۴۲۰۱؛ به نقل از کاتوزیان، پیشین.

۴. همان، ص. ۲۷۹.

این نظریه یعنی تطبیق قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی) از سوی حقوق‌دانان دیگر نیز پذیرفته شده است.^۱

این استدلال قابل پذیرش است لیکن در رابطه با مطابقت قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع معلق باید قائل به تفکیک شد زیرا عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید...»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، امکان انتقال مالکیت به پیش‌خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی نیز پذیرفته شده است. لذا در صورتی که طرفین، سببی را انشاء نمایند که واحد ساختمانی (به‌عنوان مبیع کلی)، «از همان ابتدا» به مالکیت پیش‌خریدار درآید، نمی‌توان چنین بیعی را معلق دانست زیرا پیش‌خریدار به‌طور منجز، مالک مافی‌الذمه پیش‌فروشنده خواهد شد. ولی در فرضی که از قصد مشترک ایشان چنین برمی‌آید که خواسته‌اند واحد ساختمانی، «در حین احداث و تکمیل» (به‌موازات پیشرفت کار) و به نسبت اقساط پرداختی (به‌عنوان معلق علیه) به مالکیت خریدار درآید و همچنین در فرضی که انشاء طرفین به‌گونه‌ای است که واحد ساختمانی «پس از اتمام عملیات ساختمانی» و به‌محض پرداخت آخرین قسط ثمن (به‌عنوان معلق علیه) به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، باید قائل به معلق‌بودن بیع (در دو فرض اخیر) شد.

آنچه این تفسیر منطقی از قانون را ایجاب می‌نماید اینکه برای تشخیص و منشأ در هریک از عقود، باید دید دو طرف چه خواستند و سببی را که خواسته‌اند چه اقتضا دارد. در عقد منجز، قصد مشترک آنان ایجاد فوری اثر عقد است یعنی از ابتدا نقل ملکیت یا ایجاد تعهد را انشاء می‌کنند و این آثار حقوقی نیز با انشاء به وجود می‌آید. ولی در عقد معلق، با آنکه مقصود نهایی تفاوتی با عقد منجز ندارد، طرفین نمی‌خواهند

۱. ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمان‌های ساخته‌نشده»، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص. ۵۳؛ ممی‌زاده، مهدی؛ «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان»، ماهنامه کانون، شماره ۹۲، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۵؛ ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ و حسین کاویار؛ «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۱۰۸.

به‌طور مستقیم اثر عادی عقد را انشاء کنند بلکه مایل‌اند رابطه‌ای بین خود ایجاد کنند که در صورت وقوع شرط، تبدیل به نقل ملکیت یا ایجاد تعهد شود.^۱

۳-۵. عقد صلح

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که: «قرارداد پیش‌فروش ساختمان، علاوه‌بر قالب بیع، در قالب عقد صلح نیز قابل تحلیل و توجیه است زیرا علاوه‌بر اینکه عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست، اطلاق حدیث نبوی «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً اهل حراماً او حرم حلالاً» (وسائل الشیعه، کتاب صلح، باب ۳، حدیث ۲) دربرگیرنده قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نیز هست. به‌علاوه از نظر فقها «صلح بر هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و هم جنس آن صحیح است زیرا صلح در صورتی که بر عین واقع شود، مفید بیع بوده و صحیح است و در صورتی که بر منفعت واقع شود مفید اجاره بوده و صحیح است ... و اصل و عموم، مقتضی صحت جمیع انواع صلح است.» (شهیذثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ۱/۲۷۳) لذا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود.^۲ در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، پیش‌فروش‌کننده به احداث بنا با مشخصات و خصوصیات مندرج در قرارداد و تحویل آپارتمان در موعد مقرر و انتقال رسمی آن به پیش‌خریدار، متعهد می‌شود و پیش‌خریدار، متعهد به پرداخت وجوه مورد توافق بر اساس قرارداد و در مواعد پیش‌بینی‌شده در قرارداد می‌شود.^۳

آنچه ابتدائاً در تحلیل نظر فوق قابل ذکر است اینکه اگر منظور این دسته از حقوق‌دانان این بوده که طرفین قرارداد صلح در مقام معامله می‌توانند نتیجه قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بدون شرایط و احکام خاصه آن واقع سازند این نظر صحیح و قابل پذیرش است. در نتیجه قرارداد مزبور اگرچه متضمن نتیجه قرارداد پیش‌فروش است منتها با عنوان صلح در مقام معامله قابل توصیف و پذیرش است. ولی اگر منظور ایشان این بوده که قرارداد پیش‌فروش، عنوانی عام است که یکی از مصادیق آن، صلح در مقام معامله است، این نظر مخدوش بوده و قابل پذیرش نیست زیرا عناوین «پیش‌فروش» و

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص. ۵۶.

۲. غریبه، علی؛ و ناصر مسعودی؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۰، ص. ۱۴۳.

۳. همان، صص. ۱۴۷-۱۴۶.

«پیش‌خرید»، ظهور در بیع دارد و صلح در مقام معامله را باید تحت عنوان «صلح» به‌عنوان یکی از عقود معین تحلیل و تبیین نمود. دلیل این مدعا ماده ۷۵۸ ق.م. است که مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجه معامله را که به‌جای آن واقع شده است می‌دهد، شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقام عوض، نتیجه آن، همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد». منتها این نکته را باید مدنظر داشت که جوهر صلح و وجه امتیاز آن بر معامله‌ای که همان نتیجه را می‌دهد تسالم و جلوگیری از تنازع است نه نام صلح. به بیان دیگر، در مفهوم و جوهر صلح، نوعی «تسالم» و گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به‌صورت معامله‌ای مستقل درمی‌آورد.^۱

بنا به مراتب فوق در موردی که صلح در مقام معامله است، نمی‌توان به تناسب ماهیت عمل حقوقی انجام‌شده، قواعد یکی از عقود معین را درباره طرفین اجرا کرد. انتخاب عنوان «صلح»، معامله موردنظر را مصون از تحمل قوانین مربوط به آن معامله می‌کند (ماده ۷۵۸ ق.م.). پس، ناچار باید آن را تابع قواعد عمومی قراردادها دانست. باوجود این، برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاص از عنوان صلح، گاه قانونگذار به‌منظور آنان و ماهیت عملی که انجام می‌دهند بیش از عنوان معامله اهمیت می‌دهد و احکام معامله‌ای را که صلح در مقام آن واقع شده است مجری می‌داند. از جمله این موارد است:

۱- به‌موجب ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر، در صورتی که تصرف در ملکی به‌عنوان «صلح منافع» و به‌منظور اجاره باشد، رابطه مالک با چنین متصرفی تابع قواعد اجاره است.

۲- در ماده ۳۳ قانون ثبت، در موردی که به‌عنوان صلح با حق استرداد منتقل شده باشد، تابع قواعد بیع شرط و سایر احکام مربوط به «معاملات با حق استرداد» است.

۳- به‌موجب ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، قرارداد مربوط به پرداخت خسارت تأدیه بیش از صدی دوازده نامشروع است، هرچند به‌صورت صلح باشد.^۲

شاید بتوان ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ را نیز از همین قبیل دانست. به‌موجب این ماده: «هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا

۱. کاتوزیان، ناصر؛ مشارکت‌ها و صلح، گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۳۰۲.

۲. همان، صص. ۳۰۴-۳۰۳.

پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون، «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می‌شود.^۱

نتیجه اینکه قانون پیش فروش ساختمان که در واقع، قانونی حمایتی از پیش خریداران است برای جلوگیری از سوءاستفاده پیش‌فروشنندگان و تخلف از انجام تعهدات قراردادی، هر قراردادی را با عنوان پیش‌فروش ساختمان یا صلح ساختمان ساخته‌نشده یا هر عنوان دیگری را که بر حسب تراضی، مالک رسمی زمین یا نماینده قانونی او متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور به‌واسطه همان انشاء به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، مشمول مقررات این قانون دانسته است. لذا صلح در مقام معامله نسبت به واحد یا واحدهای ساختمانی ساخته‌نشده، هم نتیجه معامله‌ای را که به‌جای آن واقع شده است (پیش‌فروش) می‌دهد و هم برخلاف قسمت دوم ماده ۷۵۸ ق.م. شرایط و احکام خاصه آن معامله (پیش‌فروش) را دارد.

۳-۶. قرارداد خصوصی تملیکی

مطابق با این تحلیل، قرارداد پیش‌فروش ساختمان، طبق اصل آزادی قراردادهای (ماده ۱۰ ق.م.)، یک قرارداد خصوصی تملیکی بوده و پیش‌خریدار مطابق با ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، حسب مورد از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی، مالک واحد ساختمانی توافق‌شده خواهد شد. به‌عبارت‌دیگر، پیش‌خریدار، مبالغ مورد تعهد را به‌صورت یک‌جا یا به‌طور اقساطی و به‌نحوی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، به پیش‌فروشنده پرداخت می‌کند تا بدین وسیله مالک واحد ساختمانی مورد توافق شود.

در تأیید این نظریه همین بس که عقود از مؤسسات شرع مبین نیست، بلکه از اعتبارات عقلایی است که بر حسب نیازهای اجتماعی نزد عقلا دائر و معتبر شده است و شرع مبین با یک جمله اوفوا بالعقود^۱ همه آن‌ها را امضا کرده است. بلکه امضا هم لازم نیست؛ همان عدم ردع و منع شارع کافی است و نسبت به معاملات ربوی یا غرری با ردع و منع شارع، حکم به بطلان آن‌ها می‌کنیم.^۲ قانون مدنی ایران نیز برخلاف نظر مشهور فقها که قائل به توقیفی بودن عقود (انحصار عقود معین) هستند، با توجه به نظر

۱. سوره مائده، آیه ۱.

۲. منتظری، حسینعلی؛ رساله استفتائات، جلد ۲، بی‌تا، ص. ۲۹۴.

فقیهانی همچون صاحب *تحریرالمجله*^۱ و صاحب *عروه*^۲ اصل غیرتوقیفی بودن عقود (اصل آزادی قراردادها) را پذیرفته است. بنابراین قرارداد پیش‌فروش ساختمان از جمله قراردادهای عقلایی است که در دایره عقود و قراردادهای مصرح فقهی قرار نمی‌گیرد و نوع جدیدی از قرارداد است که قانونگذار طبق ماده ۱۰ ق.م. چنین قراردادی را وضع نموده است.

این نظریه نیز قابل‌پذیرش نیست زیرا آن‌گونه که برخی گفته‌اند: اگرچه اصل آزادی قراردادها به لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی به‌عنوان یک وسیله اجتماعی مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، این اصل تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ ق.م. نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است.^۳

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که مرز بین ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین چیست؟ مرحوم دکتر شهیدی در رابطه با تفاوت ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین می‌گویند: «مؤدّی و مفاد عقود معین، چارچوب و اسکلت خاصی است با احکام خاص آن که قانونگذار معین کرده است. بعضی از این احکام از قواعد آمره و بعضی ارشادی است. مثلاً نقذبودن ثمن، یک حکم ارشادی است که ممکن است برخلاف آن، ثمن مدت‌دار باشد. اما اینکه مبیع باید عین باشد از قواعد آمره است. این قواعد برانگیخته از نظم عمومی قضایی است. پس طرفین هنگام انعقاد عقود معین باید اسکلت و قواعد اصلی آن را رعایت کنند. اگر چنین نبود، صرفاً وجود ماده ۱۰ ق.م. کفایت می‌کرد و قانونگذار، عقود معین را حذف می‌کرد.»^۴

در واقع، ضابطه شناسایی عقد معین از عقد غیرمعین، آثار ذاتی و غیرقابل‌تغییری است که قانون به‌طور خاص برای عقد معین مقرر ساخته است. مثلاً اگر مقصود طرفین، مبادله مال معین در برابر مال معین دیگری باشد، باید پذیرفت که طرفین در حقیقت،

۱. کاشف‌الغطاء، پیشین، جلد ۲، قسم ۱، ص. ۲۹۸.

۲. یزدی، سید محمدکاظم؛ *العروه الوثقی فی ما تعم به البلوی*، جلد ۲، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹، ص. ۷۵۷.

۳. حائری، مسعود؛ *تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»*، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص. ۷۹؛ ذاکر صالحی، غلامرضا؛ *مبانی قراردادهای نامعین*، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۹۵.

۴. شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی»، در: *مجموعه مقالات حقوقی*، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۳۵۴-۳۵۵.

ماهیتی را منعقد ساخته‌اند که اثر ذاتی آن، انتقال مالی در برابر مال دیگر است که این ماهیت، عقد بیع است.^۱

برای عدم پذیرش انطباق قرارداد پیش‌فروش ساختمان با اصل آزادی قراردادهای، همین بس که هدف از وضع ماده ۱۰ ق.م. در نظر قانونگذار این است که منبع تصحیح انشائاتی باشد که در هیچ‌یک از قالب عقود معین نمی‌گنجد و قانونگذار آن ماهیت را پیش‌بینی نکرده است زیرا ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع که مأخوذ از نظر فقها است مقرر داشته: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». صاحب مکاسب در این باره می‌نویسد: «ان لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه و لا متشرعیه، بل هو باق علی معناه العرفی ... و ان حقیقه تملیک العین بالعوض لیست الا البیع».^۲ نتیجه اینکه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز، تملیک عین «واحد ساختمانی مشخص» در برابر عوض معلوم «بها یا عوض قراردادی» صورت می‌گیرد. به بیان دیگر، از زبان برخی از نویسندگان: «تملیک عین در برابر عوض معلوم، جز در قالب بیع نمی‌تواند منعقد شود و طرفین نمی‌توانند برای فرار از آثار عقدی، مفاد آن را در ضمن عقد دیگر اراده نمایند. حتی در نظر کسانی هم که اصل آزادی قراردادها را پذیرفته‌اند، قراردادهای خصوصی در مرتبه مؤخر از عقود معین قرار دارند نه در عرض آن‌ها».^۳

۳-۷. بیع سلم

در رابطه با استصناع (سفارش ساخت کالا) که صورت اول از صورت‌های سه‌گانه آن بی‌ارتباط با بحث پیش‌فروش ساختمان نیست، عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان، نظرات قابل توجهی ارائه نموده‌اند که ابتدا این نظرات بررسی و سپس به نتیجه‌گیری از آن‌ها در رابطه با قرارداد پیش‌فروش ساختمان خواهیم پرداخت.

یکی از فقیهان معاصر، ضمن بررسی مصادیق مختلف سفارش ساخت کالا، در قالب تملیک و تملک قطعی (بیع)، در قالب قرارداد قطعی میان طرفین (تعهد به بیع) و در قالب یک مواعده غیرقطعی می‌گوید: در صورت اول یعنی در قالب تملیک و تملک قطعی، استصناع گاه درباره یک شیئی معین است و گاه درباره یک شیئی کلی. اگر مورد سفارش، یک کالای مشخص باشد، نظیر اینکه شخص، ساختن یک کشتی بزرگ را

۱. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادهای، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۸.

۲. انصاری؛ پیشین، جلد ۳، صص. ۱۴ و ۱۰.

۳. سیفی، غلامعلی؛ و منصوره حسن‌زاده؛ «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۰، زمستان ۱۳۸۸، ص. ۱۷.

سفارش دهد که سازنده، بخشی از آن را ساخته است، از آنجاکه هنوز کار ساخت این کشتی به اتمام نرسیده، سازنده آن را بدین شرط در مقابل قیمت به سفارش‌دهنده تملیک می‌کند که ساخت آن را تکمیل کند. به عبارت دیگر، سفارش‌دهنده، همین کشتی نیمه‌ساخته را می‌خرد و شرط می‌کند که سازنده، کار ساخت باقی‌مانده را هم تکمیل کند. اگر مورد سفارش، امری کلی باشد، از آنجاکه فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالاست و ساختن هم نیاز به گذشت مدت دارد، به ناچار تحویل کالا در زمان آینده خواهد بود. از سوی دیگر، بیعی که کالای فروشی در آن کلی است و تحویل این کالا در زمان آینده انجام می‌شود، تنها همان بیع سلف است، نه بیع دیگر. بر این اساس، صحت این صورت از سفارش ساخت، مشروط به جمیع شرایط بیع سلم است از قبیل تحویل دادن تمام یا مقداری از قیمت در مجلس عقد.^۱

فقه‌ها عقد بیع را از جهت پرداخت معجل (حال بودن) ثمن و مثنی یا مؤجل بودن (تأخیر) یکی از آن دو یا هر دوی آن‌ها، به بیع نقد، نسیه، سلف (سلم) و کالی‌به‌کالی تقسیم کرده‌اند. بیع نقد آن است که ثمن و مثنی هر دو معجل باشند. بیع نسیه آن است که مثنی معجل باشد و ثمن مؤجل. بیع سلف آن است که ثمن معجل باشد و مثنی مؤجل و بیع کالی‌به‌کالی که هر دو مؤجل باشند.^۲

بیع سلف (سلم)، بیع مال کلی (مضمون) در ذمه و مضبوط، در ازای ثمن معلومی است که در همان مجلس عقد قبض شده و مدت تحویل مبیع (مسلم فیه) معلوم و مشخص شد است.^۳

آنچه قابل ذکر است اینکه مشهور فقهای امامیه بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) حکم داده‌اند.^۴ حتی صاحب‌جوهر، نسبت به آن، از کتاب غنیه، مسالک و تذکره، نقل اجماع کرده است.^۵

۱. مؤمن قمی، محمد؛ «استصناع»، مجله فقه‌اهل‌بیت، سال سوم، ۱۳۷۶، صص. ۲۱۵-۲۱۳.

۲. میرزای قمی، ابوالقاسم؛ جامع‌الشتات فی اجوبه‌السؤالات، جلد ۲، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳، صص. ۱۴۷-۱۴۳؛ شهید صدر، سیدمحمد؛ ماوراء‌الفقه، جلد ۳، دارالاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰، صص. ۳۶۶-۳۶۷.

۳. شهید ثانی؛ پیشین، جلد ۳، صص. ۴۰۲؛ مشکینی، میرزاعلی؛ مصطلحات الفقه، بی‌تا، صص. ۱۱۴.

۴. علامه حلی؛ پیشین، جلد ۱۱، صص. ۳۳۵؛ محقق حلی، نجم‌الدین؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸، صص. ۵۷؛ شهید اول، محمد بن مکی؛ اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، دارالتراث الاسلامیه، ۱۴۱۰، صص. ۱۱۶.

۵. نجفی؛ پیشین، جلد ۲۴، صص. ۲۸۹.

با توجه به لزوم قبض ثمن در بیع سلم، فقها معتقدند که اگر مقداری از ثمن قبض شود، معامله نسبت به مقداری که قبض نشده، باطل و نسبت به مقدار مقبوض صحیح است (قاعده انحلال عقد به عقود متعدد) و فروشنده می‌تواند معامله همان مقدار صحیح را نیز به جهت تبعض صفقه، فسخ نماید، مگر اینکه عدم اقباض آن مقدار از ثمن به واسطه تفریط او باشد.^۱ لکن در فرضی که قسمتی از ثمن به صورت معجل (حال)، پرداخت و مابقی به صورت مؤجل اشتراط می‌شود، اکثر ایشان کل معامله را محکوم به بطلان می‌دانند.^۲

با این استدلال: معامله نسبت به مقدار غیرمقبوض باطل است زیرا قبض ثمن به‌عنوان شرط صحت چنین بیعی حاصل نشده است. معامله نسبت به مابقی (مقبوض) نیز باطل است زیرا علی‌رغم اینکه فقها اجل را به‌عنوان یکی از مصادیق شرط، قسمتی از ثمن دانسته‌اند (للأجل قسط من الثمن)، و اینکه در مانحن‌فیه نیز معامله نسبت به مقدار مقبوض، زیادتر از معامله نسبت به مقدار مؤجل تلقی می‌شود. لذا مقدار ثمنی که در مقابل آن مقدار از معامله (مقدار مقبوض) قرار می‌گیرد باید بیشتر از مقدار ثمنی باشد که برای مابقی معامله (غیرمقبوض) قرار می‌گیرد، حال آنکه آن زیاده ثمن، مجهول است. (طبق قاعده الشرط لایقسط علیه الثمن)

برخی در رابطه با تعلیل لزوم شرطیت قبض ثمن در بیع سلم استدلال کرده‌اند که: «در این مورد سیره متشرعان، بلکه سیره عملی تمام مسلمانان بر این بوده است و ارتکاز عملی آنان چنین بوده که خرید هر چیزی به‌عنوان سلف در ذمه دیگری تا در همان مجلس عقد بهای آن را نپرداخته باشد، صحیح نیست»، «بلکه شاید بتوان گفت هرگاه عوضین هر دو در ذمه و به صورت مؤجل باشند، سیره عقلا نیز وقوع بیع و معاوضه را نمی‌پذیرد. چنین قراردادی شبیه نوعی وعده‌گذاری و توافق بر انجام بیعی است که در آینده و پس از تحقق یکی از عوضین و تحویل آن، صورت خواهد گرفت، اما در بیع که در آینده و پس از تحقق یکی از عوضین و تحویل آن، صورت خواهد گرفت، اما در بیع فعلی نزد عرف، حتماً یکی از عوضین، خواه ثمن یا مثن، باید فعلیت داشته باشد».^۳

۱. همان، ۲۹۱؛ طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد ۹، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸، ص. ۱۲۱؛ موسوی خمینی؛ پیشین، جلد ۱، ص. ۵۴۴.
 ۲. علامه حلی؛ پیشین، جلد ۱۱، ص ۳۴۱؛ محقق حلی؛ پیشین، خامنه‌ای، سید علی؛ رساله اجوبه الاستفتائات، شرکت چاپ و نشر بین الملل، تهران، چاپ هفتاد و یکم، ۱۳۹۰، ص. ۳۶۴.
 ۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ «استصناع»، مجله فقه اهل بیت، سال پنجم، ۱۳۷۸، صص. ۱۶-۱۵.

در خصوص شرایط قبض ثمن در مجلس عقد و نقدبودن آن، در قانون مدنی تصریحی وجود ندارد ولی پاره‌ای از حقوق‌دانان به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه و با استناد به این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م. بیع صرف به‌عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت آن است» آورده شده، معتقدند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن، شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد، قبض محقق شود.^۱

در مقابل، برخی از حقوق‌دانان با این دلیل که مطالعه کتاب‌های فقه نشان می‌دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه، بیشتر به اجتهاد و به احتمال مصلحت‌اندیشی فقیهان اتکا دارد تا به منع صریح اخبار، قائل به این بوده که سکوت قانون مدنی در این خصوص به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به‌دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون مدنی وجود ندارد نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند.^۲

آنچه پذیرش این نتیجه را ظاهراً دشوار می‌نماید، اینکه طبق ماده ۳ ق.آ.د.م: قضات دادگاه‌ها موظف‌اند... در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». این امر در اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز لحاظ شده است.

به‌رحال، امروزه در تجارت داخلی و بین‌المللی راه‌های گوناگونی برای پرداخت بهای کالای سفارش‌شده بر اساس توافق طرفین وجود دارد. گاه تمامی بهای کالا از ابتدا به فروشنده تحویل می‌شود، گاه قسمتی از بها در ابتدای قرارداد و بقیه هنگام تحویل کالا پرداخت می‌شود و گاهی به‌موازات پیشرفت کار، خریدار، پول در اختیار سازنده قرار می‌دهد. این روش‌های پرداخت تا آنجا که متعارف و عقلایی باشد از نظر اسلام که عرف‌های عقلایی را مورد تأیید و امضا قرار می‌دهد، صحیح و مشروع است.^۳

بیع نسیه مال کلی، نه‌تنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض ندارد، در روابط بازرگانی و بین‌المللی به‌شدت مورد نیاز است. امروزه تمام سفارش‌هایی که به کارخانه‌های صنعتی داده می‌شود تا فرآورده‌های خود را به‌تدریج درآینده تحویل دهند و همه خریدهایی که برای رفع نیازهای غذایی و صنعتی و نظامی کشور انجام می‌شود،

۱. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۳۸.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض-عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۵.

۳. جعفرپور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸، ص.

نوعی بیع سلم و سلف است. پس، این الزام که ثمن همه این معاملات به نقد و در مجلس عقد داده شود، نظم همه روابط بازرگانی را برهم می‌ریزد و تعدّری است سخت که باید از آن پرهیز شود. این الزام باعث می‌شود که دو طرف قرارداد، یا ناچار شوند که آن را تابع قانون خارجی قرار دهند یا به نیرنگ دست زنند و برای مثال، بیع مال کلی را به صورت تعهد به بیع درآورند.^۱

به موارد پیش‌گفته باید این مطلب را افزود که قانون پیش‌فروش ساختمان، مصوب دی ۱۳۸۹، به‌عنوان مصدافی از بیع سلم، هیچ اشاره‌ای به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد نداشته است بلکه برعکس، قانونگذار در چندین ماده آن (از جمله مواد ۲، ۱۱ و ۱۳ قانون مذکور) صحبت از اقساط بهای قراردادی به میان آورده است.

آنچه این تحلیل (تطبیق قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم) را تقویت و تثبیت می‌کند اینکه **اولاً**: با توجه به مفهوم «دین» که در لغت، عرف و شرع عبارت است از مال کلی که به‌موجب هریک از اسباب ضمان، در ذمه یک شخص برای شخص دیگر ثابت می‌شود^۲ و همچنین با توجه به مفهوم مبیع کلی (به‌عنوان یکی از مصادیق مال کلی)، که عبارت است از عین کلی‌ای که اوصاف و مشخصات آن در نزد طرفین معامله، معین بوده و در عقد نیز ذکر شود (ماده ۳۵۱) و بر ذمه تعلق گرفته است، اعم از اینکه در عالم خارج بر افراد متعدد صدق کند یا اینکه در آینده بتواند برای آن، یک فرد خارجی به وجود آید لیکن عرفاً و شرعاً بتوان فرد ماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود (نه از جمیع جهات) برای آن فرض نمود، می‌توان گفت واحد ساختمانی مشخص (مورد معامله)، عین معین و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمه است و صرف اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از شمول بیع سلم خارج نمی‌کند، چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده، چیزی را که در حال حاضر اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار درآورد،^۳ که این تعریف دقیقاً منطبق با قرارداد پیش‌فروش ساختمان است.^۴

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۴.

۲. کاشف‌الغطاء؛ پیشین، جلد ۱، قسم ۱، ص. ۱۳۹؛ بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه، جلد ۷، نشر الهادی، ۱۴۱۹، ص. ۱۸۶؛ موسوی خمینی؛ پیشین، جلد ۱، ص. ۵۶۳.

۳. کاشف‌الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۶۸؛ با این عبارت: «بیع السلم و هو بیع ما لیس بموجود فعلاً».

۴. برای دیدن نظر مخالف که فروش ساختمان ساخته‌نشده را در قالب بیع کلی صحیح نمی‌داند؛ ن.ک. به: شهیدی، پیشین، ص. ۲۰؛ ایزدی‌فرد و کاویار، پیشین، ص. ۱۰۳؛ و برای دیدن نظر موافق که چنین معامله‌ای را به‌صورت کلی و در قالب بیع سلم صحیح می‌داند؛ ن.ک. موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ توضیح‌المسائل، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسیه حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ق، ص.

ثانیاً: عبارات و اصطلاحات (مندرج در قانون مذکور) از جمله «پیش فروش» و «پیش خرید»، ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش‌فروشنده» و «پیش خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد.^۱

ثالثاً: دلایل ارائه‌شده بر لزوم شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نیز عموماً قابل استناد نیست چه اینکه گفته شده است که در صورت عدم لزوم چنین شرطی، معامله تبدیل به بیع کالی‌به‌کالی (بیع مؤجلین) خواهد شد.^۲ ولی اصطلاح «کالی‌به‌کالی» در منابع حدیث شیعی وجود ندارد و آنچه هست «دین به دین» است که آن هم تنها یک حدیث در موردش آمده که باز در سلسله سند آن «طلحه بن زید» هست که از اهل سنت است.^۳ بنابراین اصل تحریم بیع کالی‌به‌کالی یا دین به دین، بر اساس تعدادی از احادیث نبوی (ص) است که از غیر طریق اهل بیت (ع) نقل شده‌اند و علمای شیعه هم پیام آن‌ها را در قالب کلی پذیرفته‌اند و بدان عمل کرده‌اند.^۴ مضافاً اینکه مقصود از «بیع دین‌به‌دین» در بین اقوال فقها نیز محل اختلاف است چه اینکه بنا بر نظر مشهور فقها، بیع دین‌به‌دین هم شامل دو دین ثابت بر ذمه پیش از عقد و هم شامل دو دین ثابت بر ذمه به‌وسیله عقد فعلی می‌شود^۵ ولی برخی از فقها همچون میرزای قمی معتقدند که آنچه متبادر از لفظ حدیث می‌شود که فرموده‌اند: «لایباع الدین بالدین» این است که ثمن و مثن هر دو در حال بیع، دین باشند، نه اینکه به سبب بیع دین بشوند.^۶ حتی عده‌ای از فقها همچون صاحب‌المفتاح الکرامه و صاحب ریاض، فراتر از آن رفته و اشتغال

۲۷۶؛ خامنه‌ای؛ پیشین؛ لنگرانی، محمدفاضل؛ جامع المسائل، جلد ۲، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، بی تا، ص. ۲۸۲؛ و منتظری؛ جلد ۲، پیشین، ص. ۲۹۴.

۱. انصاری، مرتضی؛ صیغ العقود و الایقات، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱، ص. ۳۶؛ جعفری لنگرودی؛ جلد ۲، پیشین، ص. ۹۷۸؛ طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸، صص. ۴۳-۴۲؛ و جمعی از پژوهشگران، زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶، ص. ۲۰۴.

۲. علامه حلی؛ پیشین، جلد ۱۱، صص. ۳۳۵-۳۳۶؛ ایشان می‌نویسد: «و لأن المسلم فیه دین فی الذمه فلو آخر تسليم رأس المال عن المجلس، لکان ذلك فی معنی بیع الکالی بالکالی».

۳. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، جلد ۱۳، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹، ابواب الدین، باب ۱۵، ح ۱.

۴. میرزای قمی؛ پیشین، جلد ۲، ص. ۱۴۶.

۵. نجفی؛ پیشین، جلد ۲۴، صص. ۳۴۶-۳۴۵.

۶. میرزای قمی؛ پیشین، ص. ۱۴۵.

ذمه به واسطه عقد فعلی را «مضمون» می‌نامند و معتقدند «دین»، صرفاً در مورد اشتغال ذمه پیش از عقد معنا پیدا می‌کند نه به سبب عقد فعلی.^۱

دلیل دوم بر شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) را که صرفاً نشأت گرفته از مصلحت‌اندیشی فقها است نیز علامه در کتاب تذکره چنین بیان می‌کند که غرر و خطر احتمالی مثنی (مسلم فیه) در زمان سررسید، باید به وسیله معجل‌قراردادن عوض دیگر (ثمن) تدارک شود و الا معامله، هم از جهت مثنی و هم از جهت ثمن، سبب خطر و غرر فراوانی خواهد شد.^۲

دلیل سوم، استناد به اصل عدم نقل و استصحاب بقای ملکیت مالک (بائع) در صورت فقدان شرط مزبور (لزوم قبض ثمن در مجلس عقد) است.^۳ این دلیل نیز تمام نیست زیرا اطلاق «احلّ الله البیع»^۴ و عموم «وفوا بالعقود» بیع مؤجلین فعلیین را نیز دربرمی‌گیرد و در صورت وجود دلائل اطلاق و عموم، دیگر مجالی برای جریان اصل عملی نیست. (الاصل دلیل حیث لا دلیل)

دلیل چهارم که به تعبیر صاحب جواهر، دلیل عمده این شرط (قبض ثمن) است، دلیل اجماع است^۵ که البته آن هم قابل پذیرش نیست چه اینکه صرف‌نظر از اینکه محتمل است، اجماع مذکور (به واسطه حدیث لا بیاع الدین بالدین) اجماع مدرکی باشد و به تبع دلیل مستقلی محسوب نشود. ابن جنید تأخیر قبض ثمن به مدت ۳ روز را جایز شمرده است (البته فقها مخالفت ابن جنید را مضر نمی‌دانند زیرا او را مخالف شناخته شده و به اصطلاح «معلوم‌النسب» می‌دانند). عده‌ای همچون صاحب بشری و صاحب حدائق نیز چون دلیلی برای لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نمی‌بینند در این مسئله توقف نموده‌اند. مضافاً اینکه با توجه به عرف‌های عقلایی موجود در مورد روش‌های پرداخت بهای کالا در زمان حاضر، هستند فقیهانی که پرداخت قسمتی از ثمن قراردادی را نیز در تحقق بیع سلم کافی می‌دانند. بنا به مراتب فوق می‌توان گفت آنچه به عنوان اجماع بر شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد (بیع

۱. عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، صص. ۹۴-۹۳؛ طباطبایی، پیشین، جلد ۹، صص. ۱۳۷-۱۳۶.

۲. علامه حلی؛ پیشین، جلد ۱۱، ص. ۳۳۶؛ با این عبارت: «و لأن الغرر فی المسلم فیه احتمال للحاجه، فحبر ذلک بتاکید العوض الثانی بالتعجیل لئلا یعظم الغرر فی الطرفین».

۳. نجفی، پیشین، ص. ۲۸۹؛ ایشان می‌نویسد: «مع احتمال القول بان اصاله عدم النقل و الملك قبله محققه و لو للشک فی تسبیب العقد هنا للمک...».

۴. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۵. نجفی؛ پیشین.

سلم) وارد شده، بیشتر به شهرت می‌ماند تا اجماع و اتفاق مجتهدین به معنی اخص که کاشف از رأی معصوم(ع) است؛ شهرتی که از به‌کارگرفتن حدیث «لایباع الدین بالدین» در مقام فتوا دادن حاصل گشته است.

نتیجه

قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب بیع سلم (اعم از اینکه به‌طور منجز واقع شود یا به‌طور معلق)، قابل تحلیل و توجیه است چه اینکه ۱: وفق ماده ۳۳۸ ق.م. که مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»، در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز تملیک عین «واحد ساختمانی مشخص» (ماده ۱) در برابر عوض معلوم «بها یا عوض قراردادی» (بند ۵ ماده ۲) صورت می‌گیرد.

۲: با توجه به مفهوم مبیع کلی، واحد ساختمانی (مورد معامله)، عین معین و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمه است. مؤید این امر، اینکه طبق ماده ۳۶۱ ق.م. اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است». مؤید دیگر اینکه وفق ماده ۳۵۱ ق.م. در زمینه پیش‌فروش ساختمان، قانونگذار (در بند ۲، ۳ و ۴ ماده ۲)، تصریح به پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی را که واحد در آن احداث می‌شود در قرارداد لازم دانسته است، حال آنکه نسبت به عین معین، ذکر اوصاف و مشخصات در عقد، لازم نیست.

۳: صرف اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از شمول بیع سلم خارج نمی‌کند، چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده، چیزی را که در حال حاضر اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار درآورد، که این تعریف دقیقاً منطبق با تعریف مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش است.

۴: عبارات و اصطلاحات «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید»، ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد.

۵: دلایل ارائه‌شده بر لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نیز با توجه به خدشه در مفهوم دین به دین و دلیل اجماع، عموماً قابل استناد نیست. لیکن برای صدق عرفی قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم و تمایز آن از بیع مؤجلین فعلیین (کالی‌به‌کالی)، قانونگذار (در ماده ۱۱)، پرداخت حداقل ده درصد (۰/۱۰) از بها و عوض قراردادی را در مجلس عقد لازم دانسته و مقرر داشته که طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

۶: اثر هر عقد بیعی، ملکیت منجز نیست بلکه اثر بیع، مطلق ملکیت است. اگر بیع معلق نباشد، اثر شرعی آن ملکیت غیرمعلق، و اگر بیع معلق باشد، اثر آن ملکیت معلق

خواهد بود^۱ و عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هرنوع کاربری «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید...»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، طرفین قرارداد، حسب انشاء خویش (قصد مشترک) می‌توانند واحد ساختمانی را به‌طور منجز (حالت اول) یا به‌طور معلق (حالت دوم و سوم) به مالکیت پیش‌خریدار در آورند. به‌هرحال، با توجه به اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان یکی از مصادیق عقد معاوضی بیع محسوب می‌شود، لازم می‌نمود که قانونگذار، پرداخت بها یا عوض قراردادی را نیز در تعریف قرارداد پیش‌فروش ساختمان لحاظ می‌نمود. همچنین، این انتظار می‌رود که قانونگذار مدنی، با توجه به اشکالات وارد بر مفهوم دین به دین و همچنین با توجه به عرف‌های عقلایی موجود در روش‌های پرداخت بهای قراردادی، ضمن اصلاحات بعدی، با حکم به صحت بیع مؤجلین فعلیین (کالی‌به‌کالی)، قبض مقداری از ثمن را نیز در تحقق عرفی بیع سلم کافی بداند تا ضمن برقراری نظم در روابط بازرگانی، هم توجیه قانونی برخی از معاملات را میسر سازد و هم بر غنای قانون مدنی افزوده شود.

۱. انصاری، مرتضی؛ کتاب مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد ۳، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۱۷۱.

منابع:

- ابن براج، قاضی؛ المهدب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳.
- خامنه‌ای، سید علی؛ رساله اجوبه الاستفتائات، شرکت چاپ و نشر بین الملل، تهران، چاپ هفتاد و یکم، ۱۳۹۰.
- شهید اول، محمد بن مکی؛ اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، دارالتراث - الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشى - کلانتر)، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- صفایی، سید حسین دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰.
- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۰.
- یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب مکاسب، انوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی؛ صیغ العقود و الایقات، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۱ ق.

- انصاری، مرتضی؛ مکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ایزدی فر، علی اکبر؛ کاویار، حسین؛ «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقیهیه، نشر الہادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف؛ حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق.
- پیرہادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزہ، ۱۳۸۶.
- جعفرپور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامہ متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر ہاشمی شہرودی، سیدمحمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اہل بیت علیہم السلام، مؤسسہ دائرہ المعارف فقه اسلامی بر مذهب اہل بیت علیہم السلام، قم، ۱۴۲۶ ق.
- حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعہ، مؤسسہ آل البیت علیہم السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.
- خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسہ اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خوبی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهہ فی المعاملات، دورہ ۷ جلدی، بی تا.
- ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸.
- سیفی، غلامعلی؛ حسن زادہ، منصورہ؛ «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجلہ تحقیقات حقوقی دانشکدہ حقوق دانشگاه شہید بہشتی، شماره ۵۰، زمستان ۱۳۸۸.
- شہید ثانی، زین الدین؛ فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ق.
- شہید صدر، سیدمحمد؛ ماوراء الفقه، دارالاضواء للطباعہ و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
- شہیدی، مہدی؛ اندیشہ‌های حقوقی، مجموعہ مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- _____؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ ہفتم، ۱۳۸۸.
- _____؛ حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵.

- حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- سقوط تعهدات، چاپ ششم (چاپ دوم مجد)، ۱۳۸۳.
- طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف؛ تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۲۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، قم، بی‌تا.
- قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
- مختلف الشیعه فی الاحکام الشریعه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- قنواتی، جلیل؛ حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق‌داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، سمت ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- اموال و مالکیت، میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۴.
- درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۵.
- قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
- قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- مشارکت‌ها و صلح، گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
- معاملات معوض - عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.
- کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ تحریر المجله، الکتبه المرتضویه، نجف اشرف، ۱۳۵۹ ق.
- وجیزه الاحکام، مؤسسه کاشف‌الغطاء، چاپ دوم، نجف اشرف، ۱۳۶۶ ق.

- لطفیان، حسین؛ **قولنامه، ماهیت و آثار**، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- لنکرانی، محمد فاضل؛ **جامع المسائل**، انتشارات امیر قلم، قم، چاپ یازدهم، بی تا.
- محقق حلی، نجم‌الدین؛ **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق کرکی، علی؛ **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- مشکینی، میرزا علی؛ **مصطلحات الفقه**، ۱ جلدی، بی تا.
- ممی زاده، مهدی؛ «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان»، ماهنامه کانون، شماره ۹۲، ۱۳۷۶.
- منتظری، حسینعلی؛ **رساله استفتائات**، ۳ جلدی، قم، بی تا.
- موسوی خمینی، سیدروح الله؛ **تحریر الوسیله**، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، بی تا.
- _____؛ **توضیح المسائل**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسیه حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۴ ق.
- _____؛ **کتاب البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی تا.
- مؤمن قمی، محمد؛ «استصناع»، مجله فقه‌اهل‌بیت، سال سوم، قم، ۱۳۷۶.
- میرزای قمی، ابوالقاسم؛ **جامع الشتات فی اجوبه السوالات**، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ق.
- نجفی، محمدحسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، بی تا.
- نراقی، مولی احمد؛ **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمان‌های ساخته‌نشده»، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ «استصناع»، مجله فقه اهل بیت، سال پنجم، قم، ۱۳۷۸.
- یزدی، سید محمد کاظم؛ **حاشیه المکاسب**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ ق.