

پیش فروش ساختمان به مثابه بیع مال معین اعتباری

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

اردشیر داسمه*

مسین داودی بیرق^۱

سمر کریمی^۲

چکیده:

حقوق دانان ماهیت‌های مختلفی برای قراردادهای پیش فروش به دلیل موجود نبودن مبیع در زمان عقد، قائل شده‌اند. در این تحقیق مفهوم پیش‌فروش و ماهیت این قرارداد بر اساس قصد متعاملین مورد بررسی قرار گرفت و نظریه «بیع مال اعتباری» ارائه گردید که به ضمیمه آن شرط ضمن عقد احداث ساختمان وجود دارد. به موجب این نظریه، قرارداد پیش‌فروش عبارت است از بیع عین معین آپارتمان ساخته نشده به‌علاوه شرط عینیت فیزیکی بخشیدن به آن (احداث ساختمان). رابطه عقد و شرط مذکور، مورد تحلیل قرار گرفت و در نتیجه معلوم شد آثار این قرارداد با متعاملین و عرف جاری مطابقت دارد و نیازهای جامعه امروزی را برآورده می‌سازد از آن جمله تملک بی‌درنگ خریدار به آنچه وجود دارد و بعداً کمال می‌یابد.

کلیدواژه‌ها: پیش‌فروش، مال اعتباری، بیع، آپارتمان ساخته نشده

*. فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Email:ardeshirdasmah@gmail.com

Email:hoseindavoodi@khu.ac.ir

Email:Karimi_sahar@khu.ac.ir

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

مقدمه:

از آنجایی که می‌دانیم عقد تابع قصد است «العقود تابعه للقصد» و از طرفی با نگاه به عرف در می‌یابیم که مردم در معاملات پیش فروش، هیچگاه در نظر ندارند که در تعاقب آن عقد دیگری که عقد اصلی باشد را واقع سازند یا به عبارت دیگر در هنگام معامله پیش خرید یا پیش فروش در واقع قصد واقعی فروشنده و خریدار هر دو بر این است که به طور مثال فلان آپارتمان آتی الاحداث در مالکیت خریدار درآید و خریدار نیز بخش نقدی ثمن را به محض انعقاد در مالکیت فروشنده قصد کرده و اقساط مابقی در دیون خود دارد یا در اموال مثلی، یک عدد خودروی نو را صاحب شود که پس از تعیین هر کدام از خودروها بی‌درنگ به مالکیت خریدار در می‌آید لذا معنای اول که از آن مفهوم تعهد به بیع حاصل شود نمی‌تواند منطبق با واقع باشد چرا که در آن منظور، هنوز بیعی صورت پذیرفته است؟ و لذا باید عقد بیع دیگری در آن انشاء شود که مورد نظر متعاملین نیست و لذا پذیرفته نیست و معنی دوم که وقوع عقد بیع فوری از آن استنتاج می‌گردد قرین به واقع بوده و مورد قبول قرار می‌گیرد. از مراتب فوق می‌توان نتیجه گرفت که هر لفظی که موجب دور کردن اذهان از قصد واقعی باشد ناصواب است. به طور مثال اگر به جای استفاده از کلمات خریدار و فروشنده در قرارداد از کلمات دیگری مثل «پیش خریدار» و «پیش فروشنده» استفاده شود به جز القای معنای اول یعنی (تعهد به بیع) حاصل دیگری ندارد و موجب گمراهی است.

از این مفهوم عرف چنین می‌فهمد که یک طرف مالی را می‌فروشد و طرف دیگر دوم مال را می‌خرد یا به عبارت دیگر طرف دوم صاحب مالی می‌شود که طرف اول قبل از توافق صاحب آن بوده است و در عوض، طرف اول صاحب ثمنی می‌شود که طرف دوم قبل از توافق صاحب آن بوده است.

۲-۱. موضوع و مورد معامله در قرارداد پیش فروش

از نظر حقوقی موضوع قرارداد یا عقد چیزی است که نهاد عقد بر آن وضع شده است مانند عقد بیع که موضوع آن تملیک عین است در حالی که مورد معامله، مال یا عملی است که تملیک یا تعهد به آن تعلق می‌گیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۷۷) لذا مورد معامله را می‌توان متعلق موضوع قرارداد دانست.

با تعبیر فوق می‌توان به ۲ صورت در مورد قرارداد پیش فروش آپارتمان، موضوع و مورد معامله را تعیین نمود در حالی که هر کدام به مشابه دیگری قصد متعاملین را تأمین می‌کنند.

۱-۲-۱. تعبیر اول قصد طرفین:

موضوع قرارداد: عبارت است از تعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص (آپارتمان مشخص) و به انتقال مالکیت آن. واژه انگلیسی معادل موضوع قرارداد Presale می‌باشد. مورد معامله: عبارت است از (آپارتمان مشخصی) که در اثر عمل متعهد در آینده احداث و تکمیل می‌شود لذا در این شکل آنچه مورد معامله است لزوماً ماهیت مادی دارد هر چند در حال حاضر وجود فعلی ندارد و واژه انگلیسی مورد معامله در این شکل Apartment با مخفف Apt است.

۲-۲-۱. تعبیر دوم قصد طرفین:

موضوع قرارداد: در این تعبیر شامل دو بخش است: بخش اول موضوع قرارداد، عبارت است از فروش یک مال (که اعتباری و معلوم و معین است) که در اصطلاح حقوقی به این موضوع قرارداد «بیع» گفته می‌شود و واژه انگلیسی معادل آن Sale می‌باشد. مورد معامله این بخش عبارت است از مال اعتباری که کلیه موقعیت، جهت قرارگیری، مشخصات فنی و معماری و حتی سهم آن مال اعتباری در اشتراک با سایر موارد مشابه در ساختمان مورد نظر و بالطبع زمین محل احداث با کلیه حقوق ارتفاقی شهری آن به موجب طرح تفصیلی شهری معلوم و معین است. حتی می‌توان به مشابه آپارتمان ساخته شده تصویر آن را با دقت تمام و با جزئیات کامل ارائه و ضمیمه قرارداد کرد. به این مورد معامله آپارتمان ساخته نشده گویند که در زبان انگلیسی معادل آن unconstructed apartment که در اینجا با علامت اختصاری UAPT بر آن می‌گذاریم. بنابراین به اعتبار داشتن این مولفه‌های مادی و قابل اشاره (ابعاد جغرافیایی معین و عرصه مشخص با فضای محاذی قابل تصور و...) آن را به یک مالی که دارای ارزش افزوده قابل توجه بوده و در عرف جامعه ما به کثرت مورد معامله قرار می‌گیرد، تبدیل می‌کند. به علاوه این مال در زمان قرارداد موجود است. قسمت دوم موضوع، تعهد به اجرای آپارتمان یا عینیت بخشیدن به مال اعتباری است که می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد بیع یاد شده برای تبدیل ماهیت اعتباری مورد معامله به ماهیت مادی و فیزیکی، اعمال نمود.

پیش فروش آپارتمان = فروش (آپارتمان ساخته نشده) + تعهد (ساخت)

هر دو تعبیر فوق، به طور یکسان مقصود متعاملین را تأمین می‌کند، چرا که در هر دو شکل نتیجتاً آپارتمان ساخته و به خریدار منتقل شده و فروشنده نیز به ثمن خود رسیده است، اما آنچه را برای ما ساده

می‌سازد ماهیت عمل حقوقی است، چرا که در تعبیر اول موضوع قرارداد عمل حقوقی است که پیش فروش نامیده می‌شود و در ادبیات حقوقی و فقه آشکارا صحبت مشخصی از آن نشده است و باید در فکر شناخت ماهیت آن بود کما اینکه تاکنون رساله‌ها و مقالات زیادی در این باب به نگارش درآمده و عملاً هم اتفاق نظری حاصل نشده است. اما در تعبیر دوم موضوع قرارداد عمل حقوقی است که بیع نامیده می‌شود و تعهد به عمل هم امر حقوقی شناخته شده‌ای است که می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد بیان شود در فقه و حقوق به صراحت در مورد آن سخن رفته است. حال ممکن است عده‌ای قایل به این امر باشند که بیع بر مال اعتباری شمولیت ندارد که بحث در این باره امر پیچیده‌ای نیست چرا که بیع را می‌شناسیم و انطباق آن بر این متعلق اعتباری قابل بررسی است و در قسمت بعدی به آن می‌پردازیم.

۱-۳. تطبیق قواعد حقوق ایران بر قصد طرفین

قبل از ورود به بحث لازم است به نکاتی درباره جایگاه حقوق در روابط مردم اشاره‌ای داشته باشیم. حقوق ایجاد مقرراتی برای تنظیم روابط میان مردم در جامعه را از باب معاملات عهده دار است، در جنبه عبادی و اعتقادی مردم و جامعه دخالتی ندارد لذا ضرورتی به قدسی تلقی نمودن آن نیست. اگر از علما و فقها در علم حقوق، یاری طلبیده می‌شود، این امر به دلیل ضعف معلومات بشر در ادوار مختلف است که برای خروج از سرگردانی احکام معاملات می‌خواسته که به واسطه تخصص و دسترسی معصومین (ع) به منبع قواعد و احکام شرع مستقیماً یا با واسطه به دانش آنها مراجعه نماید. آنچه مسجل است عمده احکام معاملات در شرع امضایی هستند و عنداللزوم حقوق جایگاه قدسی نداشته است بنابراین از باب این نبوده که حقوق صرفاً و حتماً جنبه الهی دارد بلکه از این جهت بوده است که دانش بشری برای تنظیم این روابط بسیار عاجز بوده است.

اما این وظیفه دانش بشری است که بتواند خود مسائل مستحدثه جدید را تحلیل و برای آن مقررات وضع نماید تا هرج و مرجی در جامعه ایجاد نشود. با تکیه بر اصول کلی تر فقهی و عقلی با تحلیل و تجزیه مسائل مستحدثه خود ضوابط لازم را برای تنظیم روابط افراد و جامعه در ارتباط با این مسائل استخراج نماید. لذا ادامه بحث در این نوشتار با این دیده گاه کلی دنبال می‌شود:

۱-۳-۱. تطبیق قواعد عمومی قراردادها

در ماده ۱۹۰ق.م برای صحت هر معامله وجود چهار عامل شرط شده است که سه تای آن شامل قصد و رضای طرفین، اهلیت طرفین و مشروعیت جهت معامله می‌باشند که در مسئله ما ویژگی خاصی وجود

ندارد که نیاز به بحث در این موارد باشد فقط شرط، «موضوع معین که مورد معامله باشد» را باید در رابطه با مال اعتباری بحث و بررسی نمود.

همان‌گونه که بیان شد، مورد معامله شامل دو بخش است:

۱- آپارتمان ساخته نشده (Uapt)

۲- اجرای فیزیکی واحد ساختمانی

از آنجایی که هر دو مورد فوق دارای ویژگی و خصوصیات معین هستند که در نقشه‌های ثبتی و معماری و مهندسی جزئیات آن بدقت تعیین شده است لذا می‌توان گفت شرط داشتن موضوع معین که مورد معامله باشد کاملاً نامعین است و لذا ضروریات ماده ۱۹۰ فراهم است.

در ماده ۲۱۴ قانون مدنی به قابلیت تسلیم یا ایفاء مورد معامله اشاره شده است.^۱

آپارتمان ساخته نشده (Uapt) از نظر حقوقی مال تلقی می‌شود چرا که دارای ارزش است و عقلاً در قبال آن حاضر به پرداخت وجه می‌باشند حتی امروزه شاهدیم که برای ارزشی پایین‌تر از این، بنام تراکم ساختمان هم امروزه وجه پرداخت شده و خرید و فروش می‌شود.

پس در این قرارداد یک طرف تعهد تسلیم مال و ایفاء عمل ساخت آپارتمان را به‌عهده دارد و طرف دیگر پرداخت ثمن را، بنابراین شرط ماده ۲۱۴ ق م هم برقرار است.

در ماده ۲۱۵^۲ قانون مدنی مالیت داشتن مورد معامله شرط شده است.

واضح است که عقلاً برای آپارتمان ساخته نشده ارزش و مالیت قائل هستند و حتی ملاک مالیت داشتن آن، ملاک نوعی است یعنی نه فقط در نظر طرفین معامله ارزش دارد بلکه عموم افراد جامعه نیز برای آن مالیت و ارزش مادی قایل هستند.

درباره شرط معلوم بودن مورد معامله که مقرر ماده ۳۱۶^۳ قانون مدنی است، باید اذعان کرد که آپارتمان ساخته نشده به عنوان مورد معامله از هر بابت معلوم و معین است و مبیع در حکم عین معین است. ولی کاتوزیان ظاهراً نظر دیگری دارد به این شرح که «در قرارداد پیش فروش آپارتمان شمای کلی و ابعاد و مساحت آن معین می‌شود، ولی اجرای نقشه ساختمان، انتخاب ابزار و مصالح ساختمانی، نوع تأسیسات و بخش‌های مشترک سرویس‌ها، رنگ اطاق‌ها، جنس پنجره‌ها و بسیاری امور دیگر با فروشنده است پس

۱. ماده ۲۱۴ قانون مدنی: مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند.

۲. ماده ۲۱۵ قانون مدنی: شرط مالیت داشتن و عقلایی بودن مورد معامله است.

۳. ماده ۳۱۶ قانون مدنی: شرط معلوم بودن مورد معامله است.

نمی‌توان مبیع را در حکم عین دانست. مبیع چیزی میانه معین و کلی است و در تقسیم بندی مبیع به کلی شباهت بیشتر دارد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۷۷) اما با توجه به اینکه دانش مهندسی معمول امروزی سبب دلایل مذکور را منتفی کرده است لذا با همان مبنای نویسنده نیز مبیع را باید عین معین دانست. چراکه اولاً موقعیت جغرافیایی زمین مورد معامله و ابعاد و اندازه آن کاملاً مشخص گردیده است. ثانیاً آنچه به لحاظ رعایت قواعد شهرسازی و مقررات ملی ساختمان مقرر است که ساخته شود با جنس، وصف، اندازه با کلیه جزئیات به دقت معلوم است به گونه‌ای که حتی در همین حالت (ساخته نشده) می‌توان تصور دقیق آنچه پس از عمل به تعهد اجرا صورت می‌گیرد را ارائه نمود که امروزه در دانش معماری به آن تری‌دی‌مکس^۱ گویند و دقیقاً به مشابه عکس از آپارتمان ساخته شده با تمام جزئیات می‌باشد و حتی سهم واحد اختصاصی مورد نظر در کل ساختمان از هم اکنون معلوم است بنابراین هیچ نامعینی که موجب جهل طرفین شود وجود ندارد پس ضروریات ماده ۲۱۶ قانون مدنی هم تأمین است.

با این وجود ممکن است عده‌ای ایراد کنند که هر چند قرارداد دقیق و کامل تنظیم شود باز هم مواردی باقی میماند که سازنده در تعیین آنها مختار است و لذا اشکال به طور مطلق رفع نمی‌شود. در پاسخ باید گفت موارد باقیمانده از دو حالت خارج نیست. حالت اول اینکه آن موارد جزئی است و برای طرفین نیز اهمیتی ندارد، در این حالت عرف به عنوان داور حقوق در امور موضوعی حکم به عدم آن می‌دهد یعنی عرف می‌گوید که نامعینی وجود ندارد. در حالت دوم، مورد یا موارد احتمالی باقیمانده از نظر طرفین دارای اهمیت است بنابراین باید در قرارداد ذکر یا در لواحق آن مثل نقشه‌ها مشخص می‌گردید وگرنه قرارداد ناقص بوده و باید تکمیل گردد.

با استدلال‌های بالا تا اینجا اثبات گردید که از باب شرایط عمومی صحت معاملات نقصان و ابهامی وجود ندارد.

۱-۳-۲. تطبیق قواعد خصوصی بیع

در قسمتهای قبل شرایط عمومی صحت معاملات بررسی شد. در اینجا می‌خواهیم به شرایط خصوصی حاکم بر عقد بیع بپردازیم. یعنی می‌خواهیم بررسی کنیم آیا عمل حقوقی مورد نظر در قالب عقد بیع قرار می‌گیرد یا خیر؟

هنوز هم گروهی بر این نظر قدیمی پا می‌فشارند که مال باید صورت مادی و خارجی داشته باشد و بر همین پایه نیز در وجود اموال و حقوقی، مانند سرقتی و حق تألیف و اختراع و علامت تجارتي و صنعتی، تردید می‌کنند و مطالبه و نفوذ و انتقال آن را روا نمی‌دارند. در حالی که، اگر در رابطه انسان و اموال اندک تأملی شود، این نکته آشکار است که آنچه موضوع حق و تکلیف قرار می‌گیرد، داد و ستد می‌شود و به ملکیت در می‌آید، در واقع حقوق غیر مادی و اعتباری است که ما، از نظر سهولت بیان و به مناسبت قوام آن حقوق بر پایه‌های مادی، حق را با موضوع خود نام می‌بریم. برای مثال در موردی که شما زمینی را به حیازت تملک می‌کنید یا آن را می‌فروشید یا آن را اجاره می‌دهید، هیچ تصرفی در زمین نمی‌کنید و تنها علاقه و ارتباط خود را با آن تغییر می‌دهید. پس، آنچه را مال یا مالکیت یا حق می‌نامید همه از یک سنخ است و هیچکدام مادی و خارجی نیست؛ حق مالکیت و ارتباط اعتباری و معنوی خود را با زمین انتقال می‌دهید و از آن به فروش زمین تعبیر می‌کنند در نتیجه باید به این سوال‌ها پاسخ داد که این تقسیم و دسته بندی برای چیست؟ چرا مالکیت بر عین را می‌توان فروخت و مالکیت بر تألیف یا سرقتی قابل فروختن نیست و باید آن را بر طبق قواعد عمومی انتقال داد؟ آیا محسوس نبودن تسلیم و قبض این اموال مانع گسترش مفهوم بیع است یا مانع اجتماعی و اقتصادی در کار است یا عادت و سنت گرایي از این پیشرفت جلوگیری می‌کند؟ (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۰۵)

واژه عین در ماده^۱ (۳۸۸ ق.م) برای امتیاز بیع از اجاره است که تملیک منفعت به عوض معلوم و در ماده ۴۶۶ ق.م است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۸۹) و در جایی دیگر از همین حقوق دان فقید چنین داریم «محسوس نبودن وصفی نیست که بتواند عین را از منفعت ممتاز کند، زیرا نه تنها منفعت گاه وجود خارجی و محسوس دارد، پاره‌ای از اقسام عین را نیز نمی‌توان در خارج یافت. چنانچه یک خروار گندم، به‌طور کلی، تنها در ذهن قابل تصور است و به همین اعتبار نیز موضوع داد و ستد قرار می‌گیرد... بنابراین تراوش تدریجی از عین دیگر؛ بهترین معیار شناسایی عین از منفعت است». (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱). جعفری لنگرودی در مورد ماده ۳۳۸ ق.م چنین بیان می‌دارد: «این ماده ریشه فقهی دارد و فقها می‌گویند مقصود از عین، در تعریف بیع، هر مالی است که منفعت (که مورد اجاره است) و حقوق به معنی اخص (مانند حق شفعه و حق خیار) از قلمرو آن خارج باشد و با توجه به توضیح مذکور، واژه تملیک را باید طوری تصور کرد که

۱. ماده ۳۳۸ قانون مدنی: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم

شامل بیع مسلم هم بشود یعنی باید دانست بایع در حین بستن بیع سلم چه چیزی را به مشتری تملیک می‌کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۸۹۹)

به کارگیری اصطلاح «فروش سهام» در موارد ۴۵، ۳۶، ۳۵، ۲۱ لایه اصلاحی قانون تجارت (۱۳۴۷) مؤید نظرات فوق است. (بیات، ۱۳۹۸: ۳۰۷)

با عنایت به مراتب گفته شده واژه «عین» محدود به اشیاء مادی و ملموس نیست و تنها مبین و متذکر بر این مطلب است که منفعت نمی‌تواند «مبیع» باشد. و لذا صدق واژه بیع بر آپارتمان ساخته نشده که مال اعتباری است در انطباق کامل با ماده ۳۳۸ قانون مدنی است.

لزوم معلوم بودن مبیع از الزامات ماده ۳۴۲^۱ قانون مدنی است که باید در مورد مبیع اعتباری مورد نظر بررسی شود.

همان‌گونه که گفتیم در نقشه‌های ساختمانی و مدارک فنی، موقعیت، طبقه، ارتفاع، جهت نورگیری جنس سازه (اسکلت فلزی یا بتنی)، نوع شیرآلات و حتی سهم مشاعی در قسمت مشترکات معلوم است. بنابراین نه تنها مقدار، جنس و وصف مبیع معلوم است یعنی مثلاً گفته می‌شود یک آپارتمان سه خوابه، با سازه اسکلت فلزی و فرش کف از جنس سرامیک اعلاء مارک... با نمای سنگ تراورتن طبق طرح ترسیم شده مندرج در نقشه پیوست و بلکه مساحت آپارتمان یاد شده و حتی مساحت انباری و پارکینگ علاوه بر موقعیت قرارگیری آنها تعیین شده و معلوم است به‌گونه‌ای که عرف هیچ‌گونه تردید و ابهامی را برای آن قائل نیست لذا شکی در تأمین ضروریات ماده ۳۴۲ در متعلق عقد (مبیع) وجود ندارد.

بحث بعدی درباره شرایط مبیع است که موضوع ماده ۳۴۸ قانون مدنی است و آن بدین گونه بیان شده است «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد و باطل است». پس سه خصوصیت باید در مبیع باشد:

۱. قانون خرید و فروش آن را منع نکرده باشد.

۲. مالیت یا منفعت عقلایی داشته باشد.

۳. بایع قدرت بر تسلیم آن داشته باشد.

طبق قواعد، اصل بر اباحه است بنابراین جایی که قانون یا شرع امری منع نکرده باشند، انجام آن مباح است و همان‌طور که می‌دانیم در خرید و فروش آپارتمان ساخته نشده که از طریق نقل و انتقال سهم

۱. ماده ۳۴۲ قانون مدنی: مقدار، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

مشاعی آن آپارتمان در زمین مربوطه حاصل می‌گردد منعی وجود ندارد بلکه خرید و فروش مشاعی جزء معاملات رایج می‌باشد و به‌علاوه وقتی برای ملکی نقشه و جواز ساختمانی صادر شد این نقشه و جواز به مالک تعلق ندارد بلکه به ملک تعلق دارد و به خودی خود با ملک در مالکیت، مالک جدید قرار می‌گیرد مثل انشعابات آب و برق در ساختمان.

همان‌طور که پیشتر شرح آن رفت مورد معامله (آپارتمان ساخته شده) نمی‌باشد که بتوان ایراد کرد که بایع قدرت تسلیم آن را ندارد بلکه آپارتمان ساخته نشده است که با نقل و انتقال سهم مشاعی زمین و توافق بر شماره آپارتمان ساخته نشده در نقشه این امر به سادگی امکان پذیر است و لذا بایع قدرت بر تسلیم مبیع که بخش اول مورد معامله است را دارد.

مبیع مورد نظر در این معامله، مال غیر منقول است چرا که بخشی از آن سهم مشاع زمین است و بخش دیگر آن که شامل جواز قانونی و نقشه‌های ساخت می‌باشد صرفاً مربوط به همان قطعه زمین معین است و قابل استفاده در زمینی یا ملک دیگری نیست، چرا که پروانه یا جواز ساختمانی صرفاً با قید شماره پلاک ثبتی صادر می‌شود و بدون آن غیر ممکن است حال این مبیع که مال غیر منقول است، عین معین هم هست چرا که بحث عین بودن آن سابقاً رفت و بحث معین بودن آن، بدین‌گونه است که اولاً زمین معلوم است و ثانیاً در همان زمین موقعیت تمام نقاط از نظر طول و عرض و ارتفاع جغرافیایی کاملاً معین و منحصر به فرد است یعنی یک نقطه با x ، y ، z را نمی‌توان هم‌زمان متعلق به دو واحد متفاوت باشد حال چون هر نقطه در فضا کاملاً منحصر به فرد است، بنابراین مبیع عین معین است.

نکته: حائز اهمیت در اینجا است که در این تعبیر، ما پیش فروش را به دو موضوع قرارداد تفسیر کردیم اما این بدان معنی نیست که مورد معامله در هر کدام از اینها در برابر بخش معینی از ثمن قرار می‌گیرد بلکه ثمن بدون تفکیک در مقابل هر دو مورد معامله یعنی مال اعتباری و عمل ساخت قرار دارد لذا هیچ‌کدام از طرفین نمی‌توانند یکی از این دو موضوع تعهد را به هر علت مورد فسخ قرار داد و موضوع دیگر را مصون از فسخ قرار دهد. به عبارتی می‌توان گفت مورد معامله تجدید ناپذیر است و این از اراده طرفین ناشی می‌شود و نیازمند هیچ شرط دیگری نیست. در این قرارداد چنانچه در تاریخ مقرر در توافق ساخت آپارتمان به پایان نرسد و تسلیم آپارتمان کامل شده متعذر گردد، چون بر اساس قرارداد تسلیم عینی آپارتمان کامل شده در ذمه فروشنده است. خریدار می‌تواند با دادن مهلت مناسب فروشنده را ملزم به تکمیل و تحویل نماید یا در صورت عدم تمایل، می‌تواند معامله را فسخ کند که چون هر دو مورد

تجزیه‌ناپذیر هستند حق عینی بر سهم مشاعی زمین را هم از دست می‌دهد و در مقابل قیمت روز آپارتمان که باید تکمیل می‌شد را از فروشنده طلبکار می‌شود.

ابتدا لازم نیست که خریدار صبر کند تا مدت نهایی به اتمام برسد و به عدم تکمیل آپارتمان استناد و قرارداد را فسخ نماید بلکه می‌تواند برای پیشرفت پروژه مواعد زمانی در قرارداد با هم توافق کنند که در صورت عدم رعایت هر کدام از مواعد فوق با اضافه نمودن یک فرصت ۱۵ روزه، خریدار بتواند قرارداد را فسخ نماید.

ماده^۱ ۳۶۱ قانون مدنی، شرط بر لزوم وجود مبیع در بیع عین معین دارد. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا در فروش عین معین، منظور قانون‌گذار تأکید به وجود خارجی مبیع در هنگام انعقاد عقد است یا وجود خارجی آن شرط نیست؟ به نظر می‌رسد همه چیز بستگی به تفسیر این ماده و وجود اعتباری یا مادی مبیع معین در زمان عقد دارد اما در تحلیل ماده ۳۳۸، مفصلاً درباره عین بحث کردیم و نتیجه گرفتیم که واژه «عین» محدود به اشیاء مادی و ملموس نیست بنابراین وجود اعتباری هم برای مبیع پذیرفته است. حال چون در معامله مورد نظر آپارتمان ساخته نشده مورد معامله (مبیع) است با بودن زمین و جواز ساخت که نقشه‌ها نیز مقدمه آن است مبیع در زمان عقد وجود دارد لذا مبیع مورد نظر شرایط ماده ۳۶۱ را هم تأمین می‌کند. بنابراین با تطابق شرایط ماده ۳۶۱ با مبیع مورد نظر، می‌توان گفت که عقد صورت گرفته بیع عین معین می‌باشد.

جالب این است که بدانیم امکان اعتباری بودن مبیع مورد قبول قانون‌گذار قرار گرفته است چرا که در ماده یک قانون پیش‌فروش آپارتمان، انتقال مالکیت را در سه حالت «از ابتدا» یا در «حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی» ممکن دانسته است، پس در حالت اول یعنی در ابتدای عملیات ساختمانی، قبل از تشخیص آپارتمان است و در واقع آپارتمان ساخته نشده یا مال اعتباری را قابل انتقال مالکیت دانسته است که تصدیقی است بر نظر پیش گفته.

۱-۴. تحلیل بخش دوم موضوع معامله:

بخش دوم موضوع معامله عبارت بود از تعهد فروشنده به احداث ساختمان و تکمیل آپارتمان. با ایفای تعهد فروشنده به این بخش، موضوع معامله تمام می‌شود. حال سوال این است که این عملیات احداثی در چه زمانی به ملکیت خریدار در می‌آید؟ آیا در شروع عملیات اجرایی یا در پایان و اتمام احداث ساختمان و تکمیل آپارتمان؟!

۱. ماده ۳۶۱ ق. م: اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

ابتدا باید ذکر شود که آپارتمان شامل دو قسمت اختصاصی و مشترک است. قسمت اختصاصی قسمت‌هایی از بنا، اختصاصی تلقی می‌شود که عرفاً برای استفاده انحصاری شریک ملک معین یا قائم مقام او تخصیص یافته است.

سایر قسمت‌ها که به موجب ماده چهارم آئین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمانها شرح آن آمده است، قسمت‌های مشترک محسوب می‌شوند.

۲. تحلیل رابطه عقد و شرط در قصد طرفین و قواعد عمومی

قراردادها

بر اساس تغییر دوم که منطبق بر قصد متعاملین تشخیص داده شد، عقد پیش فروش عبارت است از بیع عین مال اعتباری معین (آپارتمان ساخته نشده) به علاوه شرط عینیت بخشیدن فیزیکی به مال اعتباری (اجرای پروژه). حال سؤال این است که رابطه عقد اصلی (بیع) و شرط (تعهد اجرا) چگونه رابطه‌ای است و اثرات هر کدام بر دیگری چیست؟

۲-۱. مفهوم شرط

برای واژه شرط معانی گوناگونی قائل شده‌اند، در اصول فقه، شرط به این مفهوم است که عدم آن، عدم مشروط لازم آید، بدون این که وجودش مستلزم وجود مشروط باشد مانند قدرت بر تسلیم مبیع که شرط بیع است که اگر قدرت بر تسلیم نباشد بیع قطعاً تحقق نمی‌یابد ولی اگر قدرت بر تسلیم مبیع باشد لزوماً تحقق بیع را باعث نمی‌شود.

مفهوم شرط در حقوق، علاوه بر مفهوم فوق الذکر شامل مورد دیگری نیز می‌شود و آن عبارت است از توافقی که طرفین با تراضی ضمنی یا جداگانه ایجاد می‌نمایند و به عنوان مکمل قرارداد اصلی و یا تابع آن قرار می‌گیرد.

مفهوم حاضر نیز بسته به اینکه بر اساس تراضی ضمنی باشد یا تراضی انشاء شده به دو نوع تقسیم می‌شود. شرط با تراضی ضمنی یعنی اینکه خود الزامی مستقل نیست و ناچاراً باید در توابع عقد دیگر باشد مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله باشد در واقع این شرط لزومی به بیان جداگانه ندارد و اگر جداگانه بیان شود صرفاً به منظور روشن تر شدن موضوع تعهد است و گرنه التزام جدیدی به حساب نمی‌آید. ولی نوع دوم که نیاز به انشاء دارد خود استعداد عقدی مستقل را دارد اما به دلایلی آن را تابع

عقد اصلی قرار می‌دهند. در واقع با این کار دو عقد مستقل را در قالب یک عقد قرار می‌دهند تا اثر یکی را به دیگری وابسته سازند. نوع اول را شرط ضمنی و نوع اخیر را شرط ضمن عقد گویند.

۲-۲. نوع شرط در پیش فروش

در پیش فروش آپارتمان، باید قایل به این امر شد که شرط اجراء پروژه یک شرط ضمنی است یعنی طبیعت قرارداد می‌طلبد که ساخت آپارتمان انجام گردد، ولی با کمی تأمل در می‌یابیم که در تعریف ارائه شده، احداث یا اجرای پروژه را نمی‌توان شرط ضمنی قلمداد کرد و عقد است، چرا که در اینجا عقد اصلی عقد بیع با مبیع مال اعتباری (آپارتمان ساخته نشده) بود. بنابراین عنوان شرط ضمن عقد بر آن صدق می‌کند.

این عقد می‌تواند به همین صورت باقی بماند و لزومی به اجرای پروژه نباشد. فرض کنید مالک می‌خواهد تماماً یا نیمی از حق و حقوق خود را از یک مجتمع مسکونی ۱۰ واحد ساخته نشده را به دیگری واگذار نماید و به عبارتی هر کدام به میزان سه دانگ شریک شوند، پنج واحد ساخته نشده سمت چپ در مالکیت مالک باقی بماند و پنج واحد دیگر در مالکیت خریدار جدید قرار گیرد و احتمال دارد پس از آن با سازنده‌ای قرارداد بسته و پروژه را برای آنها اجرا کند یا از اجرای پروژه صرف نظر نمایند. در این حالت قصد طرفین صرفاً انتقال مالکیت مال اعتباری است که در عمل اینکار با انتقال سه دانگ زمین چرا که مطابق ماده ۳۲ قانون مدنی، قاعده تبعیت حاکم است. به موجب این قاعده^۱ تمام متعلقات اموال در مالکیت مالک آن قرار می‌گیرد. بنابراین متعاملین با علم به این امر، فقط سه دانگ از زمین را انتقال می‌دهند و نیازی احساس نمی‌کنند که باید به انتقال پروانه ساختمانی و نقشه‌ها تصریح نمایند چرا که نقشه‌ها از لوازم عقلی پروانه ساخت (جواز احداث) است و بر حسب ماده ۳۲ ق م، جواز نیز مال مالک زمین است؛ یا به عبارتی جواز ساخت برای زمین مورد نظر صادر شده است و کاربرد دیگری ندارد^۲. لزوماً به تبع ملک در مالکیت مالک به نسبت سهم او قرار می‌گیرد. تنها امری که مجهول باقی می‌ماند شماره واحدها می‌باشد که می‌توان با یک توافق عادی به ضمیمه سند انتقال سهم مشاعی آنها به این امر مبادرت ورزید. در این حالت طرفین معامله قرارداد پیش فروش آپارتمان را قصد نکرده‌اند بلکه فقط قرارداد انتقال تعدادی آپارتمان ساخته نشده را قصد کرده بودند حال اگر طرفین معامله قصد خود را

۱. ماده ۳۰۲ قانون مدنی: «تمام ثمرات متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله، که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتبع مالک مال اموال مذبوره است.»

۲. بالعکس تراکم ساختمانی که در سطح منطقه شهرداری مربوط قابل جابه‌جایی است

عوض کنند و در همان قرارداد به جای آپارتمان‌های ساخته نشده مورد معامله را به آپارتمان‌های ساخته شده تغییر دهند، لزوماً بایستی انشاء دیگری را ضمیمه انشاء اول نمایند. انشاء ضمیمه این است که شرط به احداث آپارتمان‌ها شود. با این عمل که خارج از طبیعت عقد اول است شرط ضمن عقد حاصل می‌شود. در عرف این قرارداد بیع را که با یک شرط ضمن عقد همراه است، قرارداد پیش فروش گویند. تا اینجا معلوم شد شرط مورد نظر در عقد پیش فروش به چه مفهوم است و دریافتیم که بر آن مفهومی که در اصول فقه شناخته می‌شود منطبق نیست و به مفهوم دیگری است که در حقوق مصطلح گردیده است یعنی توافقی است که با تراضی طرفین در شماره توابع عقد بیع در آمده است.

۲-۳. تردید در بنایی یا ضمن عقد بودن شرط

از آنجایی که نوع شرط در آثار آن تأثیر می‌گذارد و بعضاً ممکن است در تشخیص آن اشتباهی رخ دهد در اینجا این سؤال این را مطرح می‌کنیم که آیا احداث پروژه می‌تواند شرط بنایی تلقی شود؟ ابتدا بایست تفاوت شرط بنایی و شرط ضمن عقد روشن شود. کاتوزیان در این باره چنین بیان میکنند «شروط بنایی، چون قصد واقعی و بیان نشده در عقد مبنای تراضی است، باید احراز شود که با دلی آگاه و متوجه به شرط اقدام کرده‌اند ولی در شروط ضمنی، از آنجا که مفاد شرط مدلول التزامی کلام آنان است و از راه‌های فرعی (عرف یا عقل یا قانون) احراز می‌شود، توجه و آگاهی از آن ضرورت ندارد و دو طرف اگر بیان مخالفی نکنند، پای بند به مدلول کلام خود هستند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۲۶).

در قرارداد پیش فروش آپارتمان، تعهد به احداث پروژه، شرط بنایی محسوب می‌شود چرا که قصد واقعی طرفین تملیک و تملک آپارتمان واقعی است و ضرورتاً آنچه در زمان عقد وجود ندارد باید احداث شود. ولی باید توجه نمود که، عقد اصلی در اینجا عقد بیع مال اعتباری (آپارتمان ساخته نشده) است و بنابراین شرط احداث در ذات عقد بیع وجود ندارد باید کلام آن را انشاء نماید وگرنه از واژه بیع چنین مفهومی برداشت نمی‌شود. از طرفی می‌توان گفت از آنجا که طرفین می‌دانند که قصد نهایی خرید آپارتمان است، نیازی به ذکر آن نیست و این انشاء قصد در تقریر است. با وجودی که این توجیه برای عدم ذکر تعهد به احداث و یا انشاء مجدد آن، معقول است ولی از نظر حقوقی باید دانست که هر چند شرط احداث که با توجه به فضای حاکم بر قرارداد پیش فروش و عنوان آن، شرط بنایی است، ولی در ارتباط با عقد بیع، مورد نظر است شرط ضمن عقد محسوب می‌شود. در بحث‌های آتی برای توجیه عدم حق حبس در پرداخت اقساط ثمن از این جداسازی استفاده خواهیم کرد.

۲-۴. آثار متقابل عقد و شرط

در بحث‌های فوق، این نکته مستتر بود که بین شرط و عقد، همواره علاقه و ارتباطی مفهومی و مفادی وجود دارد. این علاقه و ارتباط می‌توانست ناشی از طبیعت عقد باشد (مثل شرط احداث ساختمان در عقد پیش فروش) یا در اثر تراضی باشد (مثل شرط احداث در رابطه با عقد بیع آپارتمان ساخته نشده به منظور عینیت بخشیدن فیزیکی به آن). اگر چنین علاقه و ارتباط مفهومی و مفادی وجود نداشته باشد و مفاد شرط کاملاً با مفاد عقد جدا و مستقل باشد آن التزامی مستقل است و به آن «شرط ابتدایی» گویند که از موضوع بحث فعلی ما خارج است هرچند حسب مورد در عقد مورد نظر ما نیز می‌تواند چنین شرطی هم استفاده گردد. مثلاً در ضمن عقد، شرط شود که خریدار، ملک کلنگی خود را که در محل دیگری واقع است در قبال مبلغ معینی به سازنده آپارتمان بفروشد. این شرط همان قدر بی‌ارتباط به عقد اصلی است که فروش تراکتور مستأجر زمین به مالک یا مؤجر زمین زراعی. از این باب مثال فوق ذکر شد که بعضاً در قراردادهای پیش فروش چنین تهاتری هم صورت می‌گیرد ولی باید دانست که آن «شرط ابتدایی» و آثار مستقل دارد و نفوذ آن تابع شرایط عمومی قراردادهاست ولی در بحث ما، نفوذ و آثار عقد و شرط کاملاً به هم وابستگی دارند.

گاهی هم عقد جایزی را در قالب شرط در عقد لازم دیگر می‌آورند تا با استفاده از لزوم عقد اصلی، عقد جایز را لازم گردانند، ولی گاهی شرطی که خود می‌تواند عقد مستقلی باشد در ضمن عقد دیگری می‌آورند تا بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی باشد و شرط و ماهیت شرط احداث در عقد بیع آپارتمان ساخته نشده، دقیقاً بدین سبب است و گرنه احداث ساختمان خود می‌تواند در قالب عقد مستقلی منعقد شود کما اینکه در عقود پیمانکاری یا مشارکت در ساخت این‌گونه معمول است.

پس در موضوع بحث ما، اگر عقد اصلی به سببی فسخ یا اقاله شود یا مدت آن پایان یابد تعهدات ناشی از شرط از بین می‌رود، مگر برای انحلال شرط مانعی وجود داشته باشد در این زمینه قانون مدنی در ماده ۲۴۶ چنین مقرر می‌کند: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و...».

به عبارتی چنانچه عقد از ابتدا به دلایلی باطل بوده باشد، شرط هم بی‌اثر می‌شود، هرچند به تنهایی شرط مذکور، شرایط لازم برای صحت را داشته باشد. ولی برعکس، انحلال شرط، هیچ‌گاه سبب انحلال عقد اصلی نمی‌گردد. دو طرف می‌توانند به تراضی از شرط بگذرند و عقد را همچنان نگاه دارند. اگر بعد از انجام عقد، انجام شرط ممتنع شود و این امتناع مشروط به فعل مشروط له (در اینجا منظور خریدار است) نباشد او می‌تواند به استناد ماده (۲۴۰ ق م) از حق فسخ استفاده نماید.

۳. مقایسه با سایر دیدگاه منتهی به عقد بیع

الف: بعضی از دانشمندان حقوق این مطلب را تحت عنوان «فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود» مطرح کرده‌اند و بیان داشته‌اند این قرارداد را نباید بیع مال آینده پنداشت. زیرا مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی وجود داشته باشد... و لذا این را فرضی می‌داند که دو طرف می‌خواهند بیع را واقع سازند، پس یا باید قرارداد بیع را نافذ شناخت و یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع باطل دانست و آنگاه دلیل می‌آورد که در این دو راهی باید نفوذ عقد را برگزید با این شرح که:

«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 هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد:

۱- در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا 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 گندم‌ها یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته یا اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حملی را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم، که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند، که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو 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.

تنها اشکالی که تصور می‌شود، امکان جدایی سبب از اثر است، بدین بیان که ذات سبب (عقد بیع) اقتضاء دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبب را بوجود 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 بی‌قید و شرط مبیع باشد، و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود بیع 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 به ویژه درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۷۵). لازم به ذکر است که ایشان نظر مبیع را یک مال مادی به نام آپارتمان می‌داند و خود اذعان می‌کند که مورد معامله در زمان عقد موجود نیست ولی در شیوه‌ای که در این رساله ارائه شد، مورد معامله (مبیع)، (Apt) آپارتمان نیست بلکه یک مال اعتباری است که ما بر آن نام پیش آپارتمان نهادیم (UAPT)، و در زمان عقد، این مال اعتباری (مبیع) موجود است. پس این دو استدلال دو راهی متفاوتی هستند که ظاهراً به یک نتیجه رسیده‌اند اما با مذاقه در استدلال‌های انجام شده، می‌یابیم که نتیجه کاملاً با هم انطباق ندارد و آن جزء تفاوت جزئی است که برای تأمین حقوق خریدار برایمان اهمیت ویژه‌ای دارد. طبق استدلال کاتوزیان، با انعقاد عقد بیع نسبت به آپارتمان تملیک صورت نمی‌گیرد چون ساخته نشده و غیر موجود است و نتیجتاً خریدار دارای حق عینی نمی‌گردد مگر زمانی که اجرای ساختمان پایان پذیرفته و آپارتمان تشخیص یافته باشد.

تعلق عنوان بیع به عمل حقوقی، با این اوصاف چاره‌ای برای درد ما نمی‌کند چرا که اصلی‌ترین خاصیت بیع را که ایجاد حق عینی است در خود ندارد و گرنه اگر این حق عینی از شروع عقد ایجاد نشود چه فرقی می‌کند که عقد را تملیکی بنامیم یا آن را عهده‌ی بنامیم یا حداقل تا پایان دوران ساخت دردی را دوا نمی‌کند.

این مطلب از آنجا ناشی می‌شود که برخی صاحب‌نظران قائل به این هستند که «تملیک»، یک شکل دارد آن هم انتقال مالکیت بالفعل است، یعنی هم‌زمان با ایجاب و قبول ولی برخی دیگر از حقوق‌دانان با تکیه بر مبانی فقهی برای تملیک در ماده ۳۳۸، معنای دیگری نیز قائل است. ایشان معتقد است شرط تملیک این است که رقمی از دارایی ناقل خارج و به دارایی منتقل الیه افزوده شود و بدین‌وسیله با بیع مشتری را بر مبیع مسلط می‌کند ولی کسی نگفته که این سلطه باید هم‌زمان با ایجاب و قبول باشد بلکه تسلیط معنای گسترده‌ای دارد و شامل تسلط پس از تشخیص مبیع هم می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰۰) فایده آنچه در این پژوهش ارائه شد به این شرح است که، چون مبیع که مال اعتباری است در زمان قرارداد وجود دارد و تملیک آن نیز از همان لحظه ایجاب و قبول برای مشتری ایجاد می‌شود و حق عینی حاصل است. تملیک آن هم به این‌گونه است که از دارایی ناقل کسر و به دارایی منتقل الیه اضافه شد و در اینجا ناقل هر چند به ساخت آپارتمان ادامه می‌دهد و ظاهراً تسلط دارد ولی تسلط او از باب اجازه‌ای است که خریدار به منظور تأمین هدف خود به‌طور مستقیم یا ضمنی به او داده است و سازنده فقط در همان حد تسلط دارد و گرنه تسلط مالکانه ندارد که بتواند هر تغییری در ساختمان ایجاد نماید چرا که

«قاعده الناس مسلطون علی اموالهم»، زمانی است که مالکیت وجود داشته باشد حال اینکه با ایجاب و قبول مالکیت از سازنده یا صاحب اولیه ساقط و صرفاً امین خریداری گردد در ایفای تعهد به اجرای پروژه و این تفاوت در اثر عقد، بسیار مهم و ساختاری است و مشکلات نداشتن حق عینی برای خریدار را حل می‌کند.

ب: نظرات دیگری وجود دارد که به نظریه ارائه شده در این مقاله قرابت بیشتری دارد. این استادان این مطلب را این‌گونه بیان داشته‌اند:

«روشن است که در رابطه با پیش فروش خانه، بیع عرصه خانه، بیع عین معین است. تعهد به ساخت بناء نیز یک عقد استصناع است که در واقع به نظر اینجانب احکام و آثار یک بیع کلی فی الذمه بر آن بار می‌شود و با تکمیل ساختمان و تسلیم آن مالکیت نیز منتقل می‌شود.

در رابطه با پیش فروش کاشانه (آپارتمان) نیز وضع به همین منوال است. توضیح اینکه در حقوق اموال، در مفهوم «مال» تحولی شگرف به وجود آمده و مال سنتی که همیشه در قالب اشیاء مادی و ملموس تعریف می‌شد، به درستی به یک مفهوم اعتباری تبدیل شد. در راستای همین تحول بود که اموالی چون «حق کسب و پیشه و تجارت»، «حق زارعانه»، «حق ریشه»، «حق گاوبندی» و «حق تعلیف» در عرف شکل گرفت و بعضی از آن‌ها همانند دو مورد نخست موضوع قانون‌گذاری نیز قرار گرفت. دسته عظیم «اموال فکری» نیز اوج چنین تحولی قلمداد می‌شود، این‌گونه بود که شکل جدیدی از افراز اموال غیر منقول پا به عرصه وجود گذاشت و فضای محاذی بالای زمین افراز شد و هر بخش مکعب شکلی از فضا که می‌تواند بر اساس تجویز مقام‌های اداری (در قالب پروانه ساختمان)، تشکیل یک کاشانه (آپارتمان) دهد را مال قلمداد نمودند و چون قابلیت افراز به معنای قابلیت اختصاص به شخص است آن را در زبان فرانسه آپارتمان (appartement) نامیدند تا اسم مأخوذ از فعل appartenir به معنای «تعلق داشتن» در این تسمیه معنا یابد. بدین ترتیب در فروش آپارتمان، عین مال که همان فضای مکعب شکل است تشکیل مبیع را می‌دهد و احداث بنا در قالب بیع استصناع، تعهدی است بر عهده پیش فروشنده و پس از انجام تعهد و تسلیم مبیع، این قسمت از مبیع نیز به تملک پیش خریدار در می‌آید.» (کریمی، ۱۳۹۸: ۴۷۷).

ج: عده‌ای با واکاوی فقهی و ریشه‌یابی حدیث و روایات شرعی، پیش فروش آپارتمان را بدون هیچ شرطی در قالب عقد «بیع عین معین» ممکن می‌دانند و لذا تمام آثار عقد بیع را از لحظه ایجاب و قبول بر قرارداد پیش فروش بر آن بار می‌کنند از جمله حق عینی برای خریدار، که امر بسیار مطلوبی است. با این بیان «اما با تحقیقات صورت گرفته در فقه امامیه و حقوق ایران مشخص می‌شود، قرارداد پیش

فروش را می‌توانیم در قالب هر یک از قراردادهای تملیکی قرار دهیم، زیرا دلیل قابل استنادی بر «تعیین مبیع» در بیع عین معین و «بیع سلم» و «تعیین ثمن» در همه قراردادهای (عین معین - کلی ما فی الذمه - سلم) در حین انعقاد قراردادهای بیع وجود ندارد و این دو شرط بر اساس اجتهاد و مصلحت‌اندیشی مشهور فقها امامیه بوده است.» (داودآبادی، ۱۳۹۶: ۵۳).

فارغ از ورود به استدلال انجام شده که ریشه در روایات و بررسی احادیث و مسائل محض فقهی دارد و کاملاً تخصصی است، اما نتیجه امر با آنچه در این رساله به شیوه حقوقی بحث پیش فروش تحلیل شده منطبق است. بنابراین ما آن را به عنوان پشتوانه‌ای برای صحت استدلال خود قلمداد می‌کنیم.

د: نویسندگان دیگری نیز که پیش فروش آپارتمان را در قالب عقد بیع، دانسته‌اند، این عمل حقوقی را «عقد بیع معلق» نامیده‌اند. (ولویون، ۱۳۸۰: ۴۳) (ایزدی فر و کاویار، ۱۳۸۷: ۱۰۸)، (ممی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۲۷).

نویسندگان مذکور زمان انتقال مالکیت را همانند کاتوزیان پس از تشخیص آپارتمان پذیرفته‌اند ولی آقای دکتر ولویون، قائل به این امر شده است که «حقوق ایران اگرچه در بیع آینده (بیع آپارتمان ساخته نشده) تملیک تدریجی به مفهومی که در حقوق فرانسه و رویه قضایی آن کشور هست، وجود ندارد ولی مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می‌تواند نادر باشد زیرا همان گونه که تعلیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان پذیرفته گردید، دلیلی وجود ندارد که ساخته شدن بخشی از آپارتمان ساخته شده (نیمه ساخته) را به همان شکل نپذیریم بنابراین به موجب شرط مزبور (تملیک تدریجی) خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین به دو میزان که آپارتمان ساخته شود خود به خود مالک می‌گردد و...». استدلال (بیع معلق) به دلایل زیر پذیرفته نیست:

۱. اولاً در عقد معلق، مورد معامله وجود دارد، در حالی که در قرارداد پیش فروش، آپارتمان که مورد معامله است وجود ندارد و تنها اثر عقد به یک پدیده وابسته است که اثر نفوذ کند یا نه؟
۲. پدیده مورد نظر، باید محتمل باشد نه یقینی و خارج از اراده طرفین عقد باشد در حالی که در پیش فروش آپارتمان، ساخت و احداث آن به اراده متعهد است و عرف آن را تضمینی می‌داند نه محتمل.
۳. تاریخ وقوع پدیده (معلق علیه)، در عقد معلق معلوم نیست ولی ساخت و تحویل آپارتمان تاریخ مشخص دارد که مورد تعهد است و برنامه ریزی اجرایی لبر اساس آن صورت می‌گیرد در حالی که برای پدیده اتفاقی، هیچ برنامه ریزی برای تحقق آن وجود ندارد.

لذا در عقد پیش فروش که وقوع معلق علیه (پدیده احتمالی) همان وجود مبیع است، نمی‌تواند عنوان عقد معلق را به صورتی که در علم حقوق تعریف شده است پذیرفت و به علاوه اصلی‌ترین خاصیتی که از بیع می‌خواهیم باز هم، در این نظریه وجود ندارد و آن ایجاد حق عینی به محض ایجاب و قبول می‌باشد و

آنچه دکتر ولویون برای رفع این معضل، به شرط متوسل شده است، خود اثر عقد دیگری است که در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قابل بحث است، چرا که این شرط، منطبق بر مقتضای عقد اصلی نیست، بیع معلق به شرح و اوصاف پیش گفته نیست چرا که نویسنده محترم قائل به این است که در اثر بیع معلق تملیک پس از تشخیص آپارتمان صورت می‌گیرد ولی شرط می‌خواهد این تملیک را به لحظه ایجاب و قبول برگرداند، پس این چه کاری است که ما آن را در قالب بیع معلق بررسی کنیم، از همان ابتدا در قالب عقد نامعین در قالب ماده ۱۰ حقوق مدنی بررسی می‌شد.

ه: عده‌ای پیش فروش را نوعی از عقد استصناع دانسته‌اند و با تجزیه و تحلیل آن در این قالب به این نتیجه رسیده‌اند که این عمل حقوقی نیز همان عقد بیع است. با این شرح که:

عقد استصناع عقدی است که یک طرف سفارش دهنده است و طرف دیگر سازنده یا سفارش گیرنده یا صنعتگر نام دارد. سفارش دهنده از سفارش گیرنده می‌خواهد که کالایی را بسازد و به ملکیت او درآورد و با این اوصاف بین آنها قراردادی منعقد می‌شود که در آن کالا، تعداد آن و قیمت آن مشخص می‌شود، در چند صورت می‌تواند این قرار شکل بگیرد:

۱. گاهی صنعتگر کالایی را خود در حال ساخت است و تعدادی از آن را مشتری سفارش می‌دهد که در اینجا عین کلی است.

۲. گاهی مشتری سفارش خاصی را به صنعتگر می‌دهد که این عین مشخصی است.

۳. گاهی قرارداد بین آن دو قطعیت می‌یابد یعنی خرید و فروش مال مورد سفارش از ابتدا انشاء می‌شود.

۴. و گاهی طرفین به همدیگر تعهد می‌کنند که سفارش مذکور ساخته می‌شود و مشتری هم آن را می‌خرد که این صرفاً یک تعهد دو طرفه است.

شیخ طوسی در کتاب «خلاف» مسئله ۳۳، قائل به عدم جواز عقد استصناع شده‌اند ولی از بیانات یکی از همین فقهای بزرگ مخالف این عقد می‌توان به صحت عقد استصناع در معاملات امروزی پی برد. شافعی در کتاب (البیوع) چنین بیان می‌کند: اگر مشتری شرط کند که صنعتگر برایش طشتی از مس و آهن و یا مس و سرب بسازد، روا نیست زیرا این دو خالص نیستند، تا مقدار هر یک از آن دو شناخته شود و می‌فرمایند چنین است هر چیزی که سفارش ساخت آن داده می‌شود. دلیل بر عدم جواز این معامله این است که مقدار هر کدام از دو جزء کالای ساخته شده مشخص نیست و به همین سبب کالای فروخته شده شناخته نیست. از این مطلب چنین برداشت می‌شود که هرگاه سفارش ساخت به گونه‌ای باشد که هر کدام از این دو مقدار و نحوه ترکیب آن به تفضیل مشخص باشد، جواز آن حاصل می‌شود. (نقل از

مومن قمی، محمد، ۱۳۷۶: ۲۰۲). صاحب «المختصر» هم گفته است: «هرگاه شخصی به شخص دیگر سفارش دهد که چکمه، یا کلاه یا طشت یا کوزه و یا ظرفی از مس برایش بسازد قیاس چنین حکم می‌کند که این قرارداد سفارشی جایز نباشد زیرا کالای مورد سفارش که فروخته شده معدوم است و فروش معدوم روا نیست زیرا پیامبر اسلام (ص) از فروش چیزی که در نزد انسان موجود نیست نهی کرده است.» (نقل از مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۰۲).

با تتبع در روایات و گفته‌های فوق چنین بر می‌آید که اولاً «نهی» پیامبر اسلام از فروش چیزی که در نزد انسان موجود نیست، مدرکی بر بطلان آن معامله داده نشده است یعنی به عبارتی هر باطلی، نهی می‌شود ولی هر «نهی» به معنای باطل نیست چه بسا که با واقعیت‌های موجود و شرایطی که پیامبر اسلام «نهی» فرموده‌اند: امکان، باطل بودن معامله قریب به یقین بوده است اما دلیلی بر یقینی بودن آن نداریم چون یقینی بودن آن ضرورت داشت که پیامبر اسلام (ص) حکم به بطلان بدهد که نداده است و آنگاه در هر زمان و شرایط این بطلان جاری بود. به‌علاوه از علامه حلی در کتاب مختلف شیعه فی الاحکام الشریعه، بیان شده است که بطلان بیع معدوم معین در شریعت ثابت نیست. (طباطبایی وکیانی، ۱۳۹۳: ۵۶). لنگرودی نیز در دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت این موضوع را زیر عنوان بیع ما لیس عندک بحث نموده که نتایج آن در تأیید کلام فوق است.

آنچه از سخن محمد بن حسن شیبانی صاحب «المختصر» برمی‌آید این است که معدوم بودن خود سبب جایز نبودن معامله است ولی در سخن شافعی توضیحی هست که معدوم بودن مسبب نتایجی است که سفارش با جنس نامشخص حاصل می‌آید پس مبنا معدوم بودن نیست، مبنا جهل به مورد معامله است. حال هرگاه شرایط به‌گونه‌ای مثل امروزه باشد که با نقشه و مشخصات بتوان تمام ابعاد کمی و کیفی را معلوم ساخت به‌گونه‌ای که امروزه حتی قبل از ساخت تصویر ارائه می‌دهند که با تصویر پس از ساخت کاملاً مطابقت دارد جهلی نمی‌ماند که بتوان قائل به عدم جواز سفارش ساخت بود. به‌علاوه دلیل دیگری هم داریم. از زمان پیامبر (ص) تا امروز، مردم به این قرارداد استصناع تمسک جسته‌اند و با آن معامله انجام داده و داد و ستد کرده‌اند و هیچ کس منکر این امر نبوده و داد و ستد مردم بدون آن که منکرش باشد یکی از اصول است چرا که پیامبر (ص) فرموده «هر آنچه را مسلمانان نیکو بدانند، در نزد خداوند نیکوست» و نیز فرموده‌اند: «امت من بر گمراهی گرد هم نمی‌آیند.»

در مقاله پیش گفته مثالی بیان شده که حتی اگر مقداری جهل هم وجود داشته باشد که عرف آن را بپذیرد باز هم جواز قرارداد سفارش ساخت را باطل نمی‌کند چرا که این قرارداد تشبیه شده است به

گرمابه رفتن مردم با پرداخت اجرت و می‌دانیم که این کار جایز است زیرا مردم این معامله را انجام می‌دهند هرچند این مقدار ماندن در گرمابه و مقدار آب مصرفی نامعلوم است.

سرخسی در کتاب «الاجارات»، «باب کل الرجل یستصنع الشیء» (هر کس که سفارش ساخت چیزی را بدهد) می‌گوید: «شیبانی گفته است: «فروش بر چهار نوع است: فروش عین در برابر قیمت؛ فروش چیزی که در دین و ذمه است، در برابر قیمت که این نوع، همان معامله سلم است؛ فروش کار و به تبع آن فروش عین، و این، همان اجیر گرفتن برای رنگ کاری و امثال آن است؛ و فروش عین به شرط کار و ساخت آن و این، همان سفارش ساخت است و بنابر این، کالای مورد سفارش عبارت از: فروش عین موجود.» و به همین دلیل، خیار رؤیت در آن ثابت است و کار نیز در آن شرط می‌باشد؛ زیرا این نوع کار، نام ویژه‌ای دارد و این نام باید معنای ویژه‌ای داشته باشد که مطابق همان نام باشد.

سفارش ساخت یا عقد استصناع تنها بیانگر شکل داد و ستد آن است اما اینکه تمامی انواع آن خرید و فروش محسوب می‌شود یا نه، مشخص نیست، یک قسم از عقد استصناع این است «پس از گفتگوهای لازم میان طرفین، از سوی آنها قرارداد و تملیک امضا می‌شود که بر طبق این قرارداد، سازنده مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آنها به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده هم این ملکیت را می‌پذیرد، به گونه‌ای که در انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی‌ماند و تنها چیزی که برای طرفین باقی می‌ماند آن است که هر دو باید به این قرارداد وفادار باشند [و بدان عمل کنند].

این نوع قرارداد سفارش ساخت که در میان مردم بسیار رایج است - بیع محسوب می‌شود و تردیدی در آن وجود ندارد؛ زیرا از دیدگاه مردمی که مخاطب احکام شرعی هستند که واژه بیع را در بردارند حقیقت بیع، تنها بدین معناست که یک طرف، کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر در آورد و او هم این ملکیت را بپذیرد و همین معنا در این نوع از قرارداد سفارش ساخت وجود دارد.

هیچ تفاوتی میان بیعی که ما از آن بر «سفارش ساخت» تعبیر کرده ایم و سایر اقسام بیع وجود ندارد، جز اینکه [در این جا] هنوز آن کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد و انضمام این شرط، باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت آن یعنی بیع نمی‌شود؛ زیرا حقیقت بیع گسترده است و نمی‌توان خالی بودن از این شرط را در آن، شرط دانست.

بنابراین، پس از وقوع قرارداد میان سفارش دهنده و سازنده، کار این قرارداد در دست ما نیست، تا آن را جزء هر نوع داد و ستدی، که می‌خواهیم قرار دهیم، بلکه این حقیقت را، که از آن به مبادله عین در برابر

قیمت تعبیر می‌شود، جز بیع چیز دیگری نمی‌توان دانست. بر این اساس قرارداد سفارش ساخت، همان احکام بیع را دارد و نیز باید همان شرایط بیع در آن وجود داشته باشد. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۰۵).

با انطباق مختصات عقد پیش فروش با استدلالات نویسنده، شکی باقی نمی‌ماند که پیش فروش از همین قسم عقد استصناع است که صرفاً می‌تواند ماهیت بیع داشته باشد و از طرفی با استدلال سرخسی معلوم شد که کالای مورد سفارش، عین موجود تلقی می‌شود و از طرفی چون در آپارتمان صفت قیمی بودن وجود دارد چرا که هر آپارتمان حداقل از باب موقعیت مکانی منحصر به فرد است. پس در مجموع عقد پیش فروش آپارتمان، صرفاً می‌تواند بیع عین معین تراز قرارگیری باشد و لذا تمام آثار آن از لحظه ایجاب و قبول بر آن جاری می‌شود.

در برخی از نوشته‌های حقوقی نیز تنها دلیل قابل توجه بر بطلان معامله به عین معین آینده وجود غرر است که با تحلیل‌های ارائه شده نیز این نتیجه به دست آمده که: «از آنچه گذشت می‌توان برای تدارک قاعده عمومی معامله به مال آینده استفاده نمود و تحت یک قاعده عام بیان داشت که هر گاه در دید عرف احتمال حصول مورد معامله در آینده زیاد باشد، به نحوی که عقلا و خردمندان جامعه به چنین معامله‌ای مبادرت ورزند و حصول مورد معامله را ممکن شمرند باید حکم به صحت داد... و مشخصات و اوصاف مورد معامله که در قیمت آن مؤثر هستند معلوم شود، غرر به مفهومی که گفته شد منتفی خواهد بود.» (شعبانی و کریمی، ۱۳۹۴: ۱۱۷) استدلال‌های فقهی مذکور مؤید نظر ارائه شده این نوشتار در انطباق عقد بیع بر قرارداد پیش فروش آپارتمان می‌باشد.

نتیجه‌گیری:

با تحلیل‌های انجام شده در این مقاله، این نتیجه حاصل شد که مال و حتی عین، محدود به مال ملموس مادی نمی‌شود و اعم از آن است، بنابراین مال اعتباری هم در عالم حقوق می‌تواند با تعریف و تعیین اوصاف و مختصات آن عین تلقی شود.

با صدور پروانه ساختمانی برای زمین معین، تعدادی آپارتمان ساخته نشده، به عنوان عین در عالم اعتبار متولد می‌شوند و مشخصات این موجود اعتباری خلق شده (آپارتمانهای ساخته نشده) که پروانه و مجوز قانونی برای ساخت دارند را می‌توان در سندی بنام سند (آپارتمان آتی الاحداث) درج نموده و داد و ستدهای بعدی به موجب این مدرک انجام می‌گردد.

ماهیت پیش فروش ساختمان، عبارت است از عقد بیع مال اعتباری مذکور با یک شرط ضمن عقد که آن هم عبارت است از تعهد فروشنده به عینیت بخشیدن فیزیکی مبیع اعتباری مذکور (اجرای ساختمان). مبیع اعتباری در لحظه انعقاد قرارداد وجود دارد بنابراین با ایجاب و قبول عقد که از نوع عقد بیع می‌باشد بی‌درنگ مبیع (آپارتمان ساخته نشده) به تملک خریدار در می‌آید و هر آنچه به موجب تعهد ضمن عقد بیع مال اعتباری مذکور، در آن ایجاد می‌شود به موجب قاعده تبعیت (ماده ۳۲ ق م) در مالکیت خریدار که مالک مبیع است در می‌آید.

از تحلیل رابطه عقد و شرط نتایج جالب توجهی حاصل شد، چنانچه سازنده به تعهد خود (عدم تکمیل و تسلیم آپارتمان) در موعد مقرر عمل ننمود. دو حق برای خریدار حاصل می‌آید، خریدار می‌تواند برای فروشنده مهلت قائل شود تا آپارتمان را تکمیل و تحویل دهد و خسارت ناشی از عدم تحویل بموقع را نیز مطالبه کند یا اینکه قرارداد را به علت قصور فروشنده، فسخ نماید و قیمت روز آپارتمان را از فروشنده بستاند. ولی باید توجه داشت از آنجایی که عقد اصلی، عقد بیع مال اعتباری است، شرط احداث ضمیمه عقد بیع جزء ماهیت عقد بیع قرار نمی‌گیرد بنابراین در صورت تأخیر سازنده در اجرای قرارداد، حبس قانونی برای خریدار در پرداخت اقساط ثمن حاصل نمی‌شود مگر اینکه حق حبس قراردادی برای این موضوع پیش‌بینی شده باشد وگرنه، به استناد قانون برای فروشنده خیار فسخ ایجاد می‌شود و در صورت اعمال این حق صرفاً ثمن معامله به مشتری قابل استرداد است.

ماخذ و منابع:

الف - منابع فارسی:

۱. اصغرزاده، علی، (۱۳۸۲)، «ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، فصلنامه علامه، سال دوم، شماره ۶ و ۷.
۲. ایزدی فر، علی اکبر؛ کاویار، حسین، (۱۳۸۷)، «بررسی فقهی، حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸.
۳. باستانی نامی، رضا و همکاران، (۱۳۹۶)، تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش فروش ساختمان، چ ۱، تهران: انتشارات مجد.
۴. بیات، فرهاد، بیات، شیرین، (۱۳۹۸)، شرح جامع قانون مدنی، چ ۱۷، تهران: انتشارات ارشد.
۵. پیرهادی، محمدرضا، (۱۳۸۶)، «انتقال مالکیت در بیع مال آینده»، مجله حقوقی عدالت آراء، سال دوم، شماره ۴ و ۵.
۶. تقی‌پور، بهرام؛ کریمی، سحر، (۱۳۹۸)، «حق عینی یا دینی»، روزنامه دنیا اقتصاد، شماره ۴۸۴۸.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، دایره‌العارف حقوق مدنی و تجارت، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران: انتشارات گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، الفارق، چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۰. حسین‌زاده، جواد؛ سکوتی، نیما، (۱۳۹۵)، ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید شماره ۱۷.
۱۱. دارابی، علی‌رضا، (۱۳۸۸)، توصیف حقوقی قرارداد فروش آپارتمان ساخته نشده، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۴۶ و ۴۷.
۱۲. داسمه، اردشیر، (۱۳۹۸)، «کانون‌های بحران در دعاوی حقوقی»، روزنامه دنیا اقتصاد، شماره ۴۸۴۸.
۱۳. داوودآبادی، محمد، (۱۳۹۶)، «آسیب‌شناسی قانون پیش فروش با نگاهی به حقوق فرانسه»، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، دوره ۴، شماره ۸.
۱۴. داوودآبادی فراهانی؛ محمدابراهیم؛ قیوم‌زاده، محمود، (۱۳۹۵)، «بیع مال آینده»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۴.

۱۵. رویه قضایی.
۱۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چ ۲، تهران: انتشارات مجد.
۱۷. صادقی سراج، مهران، (۱۳۸۲)، «ارتباط وجود عین در بیع عین معین با قصد طرفین معامله»، کانون وکلا، شماره ۱۸۰ و ۱۸۱.
۱۸. طباطبایی، سیدمحمدصادق؛ کیانی، عباس، (۱۳۹۳)، «تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتادوهشتم، شماره ۸۵.
۱۹. غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر، (۱۳۹۰)، «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع»، نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، قانون مدنی در نظم نوین کنونی، چ ۲۹، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، چ ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، اموال و مالکیت، چ ۴۴، تهران: انتشارات میزان.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، عقود معین، ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶)، قواعد عمومی قراردادها، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۵. کامیاری، غلامرضا، (۱۳۹۴)، حقوق اداری اموال، چ ۱، تهران: انتشارات مجد.
۲۶. کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی، (۱۳۹۴)، «معامله به مال آینده»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۰.
۲۷. کریمی، عباس؛ معین الاسلام، محمد، (۱۳۸۷)، «رهن اموال فکری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲.
۲۸. متین، احمد، (۱۳۸۸)، مجموعه رویه قضائی قسمت حقوقی: شامل آراء شعب و هیأت‌های عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا سال ۱۳۳۵، صفحه ۷۳.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه ۲، تهران: انتشارات سمت ۲.
۳۰. محمدی، سام؛ حسینی مقدم، سیدحسن، (۱۳۹۱)، «زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش مصوب ۱۳۸۹»، مجله علمی پژوهشی حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۲.
۳۱. محمدی، سام؛ فلاح، مهدی، (۱۳۹۳)، «ماهیت و اثر شرط وفای به عهد هنگام توانایی در قراردادها»، دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره ۱.
۳۲. ممی‌زاده، مهدی، (۱۳۸۶)، «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش»، کانون، شماره ۷۸.

۳۳. مؤمن قمی، محمد، (۱۳۷۶)، «استصناع (قرارداد سفارشی ساخت)»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲.
 ۳۴. ولویون، رضا، (۱۳۸۰)، «فروش آپارتمان ساخته نشده»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴.

ب- منابع لاتین:

35. Kelly, L. (2016). Build-to-suit Leases: Pre-construction and Construction Issues (with Forms). *Practical real Estate Lawyer* 32 (1) , 29-52 .
36. Barbara Y. P. Leung and Athenda S. C. Ma. (2013) Exploration of the presale property market in China from an institutional perspective. *International Journal of Strategic Property Management*, 17 (3) , p. 248-262 .

Pre-sale of a Building as an Abstract Sense of Sale of Specific Property

Ardeshir Dasmah¹

Hosein Davoodi Beyragh²

Sahar Karimi³

Abstract

Jurists have attributed different natures to pre-sale contracts due to the fact that a sold property does not exist at the time the contract is entered into.

In this study, the concept and nature of pre-sale are examined based on the intentions of the contractors and the theory of "an abstract sense of sale of property" in which there is a condition concerning construction of the building is suggested.

According to this theory, a pre-sale contract is the sale of a specific unbuilt apartment, as well as a condition concerning giving concrete form to it (construction of a building).

The relationship between the contract and the aforementioned condition is analyzed. As a result, it becomes clear that the effects of this contract are in accordance with the intentions of the parties and current customs, meeting the needs of today's society, including the immediate ownership of the purchaser over what already exists and will be completed later.

KeyWords: *pre-sale contracts, abstract sense of property, sale, unbuilt apartment.*

1. Holder of LLM in private law at Kharazmi university, (Email:ardeshirdasmah@gmail.com)

2. Assistant Professor at the Faculty of Law and Political Science at Kharazmi University, (Email:hoseindavoodi@khu.ac.ir)

3. Assistant Professor in Faculty of Law and Political Science at Kharazmi University, (Email:Karimi_sahar@khu.ac.ir)

