

مقدمه:

تلاش انسان برای تأمین و تهیه سرپناه از دیرباز از مهم‌ترین دغدغه‌های او بوده است که به اشکال مختلف، در قالب پناه جستن انسان‌های اولیه به غارها و تمایل انسان‌های امروزی به خرید واحدها و آپارتمان‌های کوچک و بزرگ برای تأمین این نیاز خودنمایی کرده است. لذا جامعه و عرف معاملات نیز از این نیازها و تمایلات بی‌تأثیر نمانده، به تدریج در عرف معاملات، قراردادهایی به شکل پیش‌فروش ظاهر شده است. اما در این میان آنچه بیش از همه نظر اهل فن و حقوقدانان را به خود جلب کرده، ماهیت اینگونه قراردادهاست. و حقوقدانان با این سؤال اساسی روبرو شده‌اند که ماهیت اینگونه قراردادها چیست؟

و از سوی دیگر قراردادهای منشأ و سرچشمه حقوق و تعهداتی برای طرفین آنها می‌باشند و طرفین به حکم قانون و اخلاق محکوم به پایبندی به پیمان خود هستند. با وجود این در عمل بسیاری از قراردادها و پیمان‌ها به مرحله اجرا نمی‌رسد و در نتیجه طرفین نمی‌توانند به آنچه که از انعقاد قرارداد مدنظر داشته‌اند، دست یابند. از جمله قراردادهای رایج در جامعه نیز، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان می‌باشد که به موجب آن یکی از طرفین قرارداد متعهد و ملتزم می‌شود، ساختمانی را مطابق با مشخصاتی که به توافق طرفین رسیده، در زمان تعیین شده در آینده ساخته و به تحویل طرف دیگر قرارداد بدهد. این قراردادها نیز مانند برخی دیگر از قراردادها ممکن است به نتیجه موردنظر طرفین منتهی نشود. لذا گسترش روزافزون و چشم‌گیر این گونه تخلفات و عهدشکنی‌ها در این حوزه (پیش‌فروش ساختمان)، قانونگذار را برآن داشت تا به تدوین مقرراتی در این زمینه اقدام کند که حاصل این اقدام، تدوین و تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان می‌باشد که این تحقیق به دنبال تبیین جنبه‌های مختلف قانون مزبور و قراردادهای پیش‌فروش ساختمان از جمله ماهیت این قراردادها، امری یا تخییری بودن مواد قانون مزبور، ضمانت اجرای نقض تعهد و قرارداد از سوی هر یک از طرفین و سئوالاتی از این قبیل که در خصوص قانون و قراردادهای پیش‌فروش ساختمان مطرح می‌شود، می‌باشد.

بنابراین اهم سئوالات این تحقیق به شرح زیر می‌باشد:

الف- سئوالات اصلی تحقیق:

۱- ماهیت و اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان چگونه است؟

۲- وضعیت توافق برخلاف قانون پیش فروش ساختمان چگونه است؟

۳- ضمانت اجرای نقض قرارداد از سوی هر یک از طرفین قرارداد چیست؟

ب- سئوالات فرعی تحقیق:

۱- وضعیت معامله معارض از طرف پیش فروشنده از حیث آثار وضعی چگونه است؟

با در نظر گرفتن سئوالات اصلی و فرعی تحقیق، فرضیه های تحقیق نیز به این شرح می باشد:

الف- فرضیه های اصلی تحقیق:

۱- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان، تعهد به بیع می باشد و از حیث اوصاف نیز جزء

قراردادهای لازم، عهدی، معوض، رضایی و ... می باشد.

۲- توافق برخلاف قانون پیش فروش ساختمان موجب بطلان قرارداد و مسئولیت جبران خسارت

می شود.

۳- ضمانت اجرای نقض قرارداد و لوازم الزام متعهد، لوازمی از قبیل وجه التزام، وثیقه و حق حبس

می باشد.

ب- فرضیه های فرعی تحقیق:

۱- معامله معارض از ناحیه پیش فروشنده قابل ابطال به وسیله پیش خریدار می باشد.

۲- اهداف و ضرورت های انجام تحقیق

هدف از تحقیق مورد نظر ارائه تحقیقی جامع در خصوص مورد یعنی قراردادهای پیش فروش

ساختمان البته با رویکردی به قانون جدید می باشد و علت این امر اولاً نبودن تحقیقی کامل و جامع

در این زمینه که بتواند راهنمای اشخاصی باشد که به نوعی در این زمینه فعالیت دارند. ثانیاً مبتلا به

بودن موضوع یعنی قراردادهای ساخت و ساز در جامعه. ثالثاً ناآشنا بودن برخی از طرفین قراردادها به

حقوق و تعهدات خود و رابعاً جدید التصویب بودند قانون پیش فروش ساختمان و وجود ابهامات و

اشکالاتی در آن ضرورت انجام تحقیقی را در این خصوص ایجاد می نماید. بنابراین هدف از انجام این

تحقیق ارائه ی مجموعه منسجمی در خصوص قراردادهای پیش فروش بالحاظ مراتب فوق می باشد.

۳- پیشینه تحقیق

مباحث مربوط به اوصاف و آثار قراردادهای با مباحث مطروحه در مورد قراردادهای، در کتب حقوقی عجمین شده است. اما چنین مباحثی به صورت جداگانه و منسجم در خصوص قراردادهای ویژه که از جمله آنها می توان به قراردادهای پیش فروش اشاره کرد، بررسی نشده اند، بلکه در کتب حقوقی، نویسندگان حقوقی به تناسب مطالبی که بحث کرده اند به طرح مباحثی کلی در این زمینه نیز پرداخته اند و در مورد قوانین و مقررات نیز می توان به مواد ۱۸۴ تا ۱۸۹ قانون مدنی و نیز مواد ۲۱۹ تا ۲۳۱ همان قانون اشاره کرد که شارحان متقدم قانون مدنی مانند سید علی حائری شایبانی در کتاب شرح قانون مدنی و شارحان متأخر مانند دکتر ناصر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی و دکتر محمد جعفر لنگرودی در محشی قانون مدنی آنها را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده اند ولی مطالعه موردی و خاص در خصوص ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان صورت نگرفته است. لذا نبود تحقیقی جامع در مورد قراردادهای مذکور انجام تحقیقی جامعی را ایجاب می نمود که این تحقیق به دنبال تجزیه و تحلیل ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان البته با رویکردی به قانون جدید پیش فروش ساختمان می باشد.

۴- روش شناسی

تحقیق حاضر بر اساس روش کتابخانه ای می باشد. به این صورت که پس از جمع آوری نظرات از کتاب ها و مقالات و بررسی و تجزیه و تحلیل آنها نظر برگزیده یا احیاناً نظر جدید ارائه خواهد شد.

فصل اول - ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان به قراردادی اطلاق می شود که پیش خریدار از یک طرف بدون رویت ساختمانی و صرفاً براساس یک نقشه ساختمانی ، ساختمان و یا ملک ساخته نشده یا در حین احداث را از پیش فروشنده مورد معامله قرار می دهد ، این قرار داد که از قراردادهای نو ظهور عرصه حقوق و عرف معاملات می باشد، از حیث ماهیت و اوصاف و آثار آن طور که باید مورد بحث و مطالعه واقع نشده است .

مطالب بخش اول در راستای تبیین ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان در دو فصل می آید: که فصل اول به تعریف و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و فصل دوم به اوصاف آن می پردازد.

۱-۱- تعریف و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان تعریف شده است ولی ماهیت این قرارداد از موارد اختلافی حقوق و رویه قضایی کشور ما می باشد ، بنابراین آنچه در ادامه می آید مبحث اول تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان و مبحث دوم ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان می باشد .

۱-۱-۱- تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان

از لحاظ لغوی اصطلاح «پیش فروش» ترکیبی از دو کلمه «پیش» به معنای قبل ، سابق ، گذشته و «فروش» که عبارتست از فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن ، یا بهاء ستن پیش از تحویل مال می باشد . به عبارت دیگر فروختن کالایی که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می گیرد که بعداً آنرا تحویل بدهد^۱. پیش فروش کردن یعنی فروختن پیش از مهیا شدن و حاضر آمدن مال^۲.

پیش خرید یعنی خرید کالایی با پیش پرداخت تا بعداً تهیه و تحویل داده شود^۳. اینک با این مقدمه برای روشن شدن بهتر تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان به بررسی آن در فقه و حقوق موضوعه می پردازیم .

۱-۱-۱-۱- در فقه

قرارداد پیش فروش ساختمان در فقه سابقه ای ندارد ، بلکه تاسیس حقوقی جدیدی است که به مقتضای رشد و توسعه شهرنشینی و نیز به لحاظ شرایط اقتصادی اجتماعی جامعه در معاملات بین مردم جای گرفته و به عنوان قرارداد پذیرفته شده ای در عرف معاملات رایج گردیده است . بنابراین تعریف فقهی قرارداد پیش فروش ساختمان سالبه به انتفاء موضوع می باشد .

۱- دکتر معین ، محمد، فرهنگ فارسی ، توضیح واژه پیش فروش

۲- دکتر معین ، محمد ، همان

۳- دکتر معین ، محمد ، همان

ولی برای پیش فروش کالا در فقه از عنوان بیع سلف استفاده می شود. در این راستا زمانی که کسی می خواست کالای خود را از طریق پیش فروش عرضه نماید، از این نهاد فقهی یعنی بیع سلف استفاده می کرد. بنابراین فروشنده با دریافت ثمن، مورد معامله را که هنوز تهیه نکرده بود و در زمان عقد وجود نداشت، به بیع سلف به دیگری می فروخت.

در تعریف بیع سلف نیز گفته اند که فروشنده تعهد می کند در ازاء دریافت ثمن، کالای مورد نظر را مطابق با اوصاف مقرر در قرارداد، تهیه و در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد. در این نوع بیع تعهد فروشنده موجد می باشد و در مقابل، خریدار بایستی ثمن مورد معامله را در مجلس عقد نقداً به فروشنده پرداخت نماید.^۱ کالایی که موضوع بیع سلف واقع می شود، بایستی کلی در ذمه باشد، یعنی مثلی بوده و مصادیق آن فراوان باشد مثل گندم، جو، برنج. بنابراین ساختمان موضوع بحث که در آینده قرار است ساخته شود، چون عین بوده و به هنگام عقد وجود خارجی ندارد و نیز به دلیل اینکه مثلی نبوده بلکه قیمی می باشد، نمی تواند موضوع بیع سلف واقع گردد.

و نیز در فقه نهاد دیگری وجود دارد با عنوان عقد استصناع یا عقد سفارش ساخت کالا که به موجب آن شخص جهت ساخت کالاهای مورد نیاز خود به صنعتگری مراجعه نموده و از او درخواست ساخت آنها را می نماید. به عبارت دیگر عبارت است از عقدی که حین عقد کالایی موجود نیست و با انعقاد قرارداد بین سازنده و سفارش دهنده، سازنده متعهد می شود کالای مورد نظر را مطابق با شرایط و اوصاف تعیین شده در مقابل پرداخت مبلغ معلوم بسازد و در موعد مقرر به سفارش دهنده تحویل دهد.^۲

در خصوص وجه افتراق قرارداد استصناع با قرارداد پیش فروش ساختمان می توان گفت که در این قراردادها (استصناع) نیز موضوع قرارداد کلی در ذمه است نه عین معین. به این صورت که در این قراردادها هیچ گونه تعیینی در ابتدا وجود ندارد. یعنی هیچ نوع کالایی هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد، بلکه قرار است در آینده مطابق شرایط و اوصاف قرارداد ساخته شود. لذا به تدریج و به مرور که ساخته می شود تعیین پیدا میکند. در حالی که در قرارداد پیش فروش ساختمان، نوعی تعیین ابتدائی و اولیه وجود دارد. به این صورت که در این قراردادها زمین ساختمان از ابتدا مشخص و معین می

۱- نجفی، حاج شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۴، الفصل العاشر فی السلف و امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۴۹۹.

۲- دکتر منصوری، سعید، ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، ص ۳۸ و محمدامین بن عمر (ابن عابدین)، حاشیه رد المحتار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۲۲۳.

شود و مقرر می شود که در آن زمین معین ساختمانی مطابق با اوصاف و شرایط قرارداد ساخته یا تکمیل شود.

و نیز تفاوت دیگری که بین این دو قرار داد وجود دارد این است که، مورد قرارداد استصناع، کالا ست در حالی که مورد قرارداد پیش فروش ساختمان، ساختمان می باشد به عبارتی متعلق موضوع قرارداد استصناع مال منقول است در صورتی که متعلق موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان، مال غیر منقول می باشد.

۱-۱-۱-۲- در حقوق موضوعه

به موجب ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان، قرار داد پیش فروش ساختمان عبارت از « هر قراردادی است با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) 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 (پیش خریدار) در آید.»

با لحاظ تعریف ماده ۱ ق.پ.ف.س از قرارداد پیش فروش ساختمان می توان ویژگی های زیر را برای این نوع قراردادها بر شمرد:

۱) در این قراردادها برای تحقق ماهیت قرارداد، عنوان آن (قرارداد پیش فروش ساختمان) مهم نیست.

۲) پیش فروشنده یا باید مالک رسمی زمین باشد یا مستأجری باشد که حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را داشته باشد یا کسی باشد که در ازاء سرمایه گذاری، واحدهای مشخصی از بنا احداثی به وی تعلق داشته باشد.

۳) قرارداد پیش فروش ساختمان به دو حالت ممکن است منعقد شود؛ حالت اول آنکه در آن هیچ نوع اعیانی بر روی عرصه ایجاد نشده بلکه پیش فروشنده تعهد به احداث ساختمانی مطابق با نقشه و قرارداد می نماید. ولی حالت دوم آن است که در آن، اعیانی روی عرصه ایجاد شده ولی نه بطور کامل، بلکه به صورت مثلاً نیمه کاره که در این حالت پیش فروشنده متعهد به تکمیل ساختمان طبق نقشه و قرارداد می شود.

۴) در این قراردادها، پیش فروشنده، ساختمان موجود کامل را نمی فروشد بلکه در مقابل پیش خریداری ملتزم به ساخت یا تکمیل ساختمان مشخصی در موعد مقرر یعنی در آینده می گردد.

۵) از ویژگیهای دیگر این قراردادها یکی دیگر نیز این است که در همان ابتدای انعقاد قرارداد، واحد ساختمانی که در آینده به پیش خریدار تعلق خواهد گرفت، مشخص می گردد. و نیز از طریق ذکر اوصاف کلی ساختمان، طرفین به مورد معامله علم پیدا کرده و مشخصات کلی ساختمان نزد آنان مشخص می شود.

۶) موضوع و مورد قراردادهای پیش فروش ساختمان فقط املاک مسکونی نیست، بلکه املاک تجاری نیز می تواند موضوع و مورد قرارداد پیش فروش قرار گیرد.

۷) دایره شمول قرارداد پیش فروش ساختمان وسیع بوده و انتقال مالکیت می تواند بسته به مورد در سه زمان مختلف یعنی در ابتدا، یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی صورت گیرد.

۱-۱-۲- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان از حیث ماهیت یکی از پیچیده ترین قراردادهای رایج در جامعه است. به همین دلیل حقوق دانان و رویه قضایی هر کدام نظرات متفاوت و جداگانه ای در رابطه با ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها ابراز داشته اند. اظهار نظر متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوت های دیدگاهی و تئوریک حقوقدانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش های متفاوت حقوقدانان به جنبه های مختلف این گونه قراردادهاست. بی تردید تبیین و تحلیل موضوع و مورد قراردادها تابع عناوینی که طرفین قراردادها بر آن می نهند، نمی باشد. بلکه باید بوسیله تحلیل محتوی و مندرجات اسناد و مدارکی که طرفین قراردادها تنظیم می کنند، قصد مشترک آنها را احراز کرد و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت قرارداد منعقد را تبیین نمود.

در این قسمت از بحث، ما برای تبیین بهتر ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان ابتدا موضوع و مورد قرارداد پیش فروش ساختمان را تحلیل میکنیم، سپس قالب ها و نهادهای حقوقی را که ممکن است قرارداد پیش فروش ساختمان منطبق با آنها باشد، را بررسی می کنیم و در پایان با لحاظ استدلال های مختلف، ماهیت این نوع قراردادها را تبیین و نتیجه گیری می کنیم.

۱-۲-۱-۱- تبیین موضوع و مورد قرارداد

کلیه عقود و قراردادهای دارای موضوع و مورد عقد می باشند که به آنها موضوع عقد و مورد معامله یا قرارداد می گویند که متفاوت از هم می باشند. یعنی موضوع عقد، چیزی است که نهاد عقد برای آن وضع شده است.^۱ مثل عقد بیع که موضوع آن تملیک عین است در حالی که مورد معامله، مال یا عملی است که تملیک و تعهد به آن تعلق می گیرد. بعبارتی مورد معامله، متعلق موضوع عقد است. لذا شناخت موضوع و مورد عقد در هر یک از عقود و قراردادهای در تبیین ماهیت حقوقی آن از اهمیت بسزایی برخوردار است که قراردادهای پیش فروش ساختمان نیز از این قاعده مستثنی نیست.

بنابراین با توجه به مطالب فوق، در مورد قراردادهای پیش فروش ساختمان باید گفت، موضوع عقد در این نوع قراردادهای عبارت است از احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص همراه با تملیک بخشی از زمین و مورد معامله نیز عبارت از ساختمان یا واحد ساختمانی است که در آینده ساخته یا تکمیل خواهد شد، بعبارتی ساختمان یا واحد ساختمانی است که وجود فعلی و خارجی ندارد، بلکه قرار است در مدت معینی در آینده، ساخته یا تکمیل شود. در نتیجه با لحاظ مراتب فوق موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان منصرف از انتقال حق و امتیاز می باشد.

۱-۲-۱-۱-۱- قالب ها و نهادهای حقوقی

۱-۲-۲-۱-۱- بیع

بنا به تعریف ماده ۳۳۸ ق.م «بیع عبارت است از تمیک عین به عوض معلوم». آنچه از این ماده در وهله اول استنباط می شود این است که مبیع باید عین باشد و عین نیز، مالی است که در خارج وجود داشته و قابل رویت و لمس می باشد و اینک این سوال مطرح می شود که آیا این استنباط از ماده ۳۳۸ ق.م صحیح است؟

در پاسخ به این سوال باید گفت آنچه از معاملات انجام شده در جامعه ملاحظه می شود، حاکی از آن است که مبیع به اشکال گوناگون وجود دارد. و به همین دلیل است که ماده ۳۵۰ ق.م مقرر داشته؛ «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شی متساوی الاجرا و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد»، بنابراین از جمع بین مواد ۳۳۸ و ۳۵۰ ق.م می توان گفت که

۱- دکتر قنوتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ج ۲، ص ۳۷۷

مبیع در بیع می تواند به سه شکل عین معین ، کلی در معین و کلی فی الذمه باشد که ذیلا به بررسی آنها می پردازیم .

۱-۱-۲-۱-۱-عین معین

در تعریف عین معین گفته شده است مالی است که در خارج موجود و بتوان به آن اشاره حسیه نمود مانند آن خانه و آن دوگونی گندم موجود^۱، به عبارتی عین معین مالی است که در خارج وجود و عینیت داشته و منحصر به فرد باشد .

در بیع این قسم از مبیع ، به دستور ماده ۳۶۱ ق.م. ، مبیع باید هنگام عقد موجود باشد و گرنه بیع باطل خواهد بود. حال با این مقدمه ، اینک نوبت به طرح این سوال می رسد که آیا ساختمان ساخته نشده می تواند موضوع عقد بیع عین معین قرار گیرد؟ آنچه در پاسخ به این سوال ابتدائا متبادر به ذهن می شود آن است که نظر به تعریف عین معین که گفته شد مالی است که در خارج موجود و قابل اشاره باشد ، جواب منفی است . زیرا در این نوع قرارداد ها ، ساختمانی در خارج وجود ندارد . حال آنکه در عقد بیع عین معین ، مبیع به هنگام انعقاد عقد باید در خارج وجود داشته باشد در غیر این صورت یعنی اگر معلوم شود که موجود نبوده ، عقد باطل خواهد بود . بنا براین ساختمان ساخته نشده نمی تواند موضوع عقد بیع عین معین قرار گیرد.

اما عمده بحث در این خصوص به چگونگی موجود بودن مبیع به هنگام عقد بر می گردد. با این توضیح که آیا در بیع عین معین مبیع بایستی به هنگام عقد وجود خارجی و بالفعل داشته باشد یا اینکه موجود بودن را باید به صورت وجود اعتباری در نظر گرفت و عین معینی که در زمان عقد وجود خارجی ندارد ولی پس از انعقاد عقد و در موعد معینی بوجود خواهد آمد که عرف و بنای عقلا نیز بر وجود حتمی آن در آینده اطمینان دارند را نیز شامل می شود؟

در اینجا ابتدا وجود مبیع عین معین را در فقه و سپس در نظر حقوقدانان بررسی می کنیم . در فقه مرسوم است که مبیع عین معین باید در زمان عقد موجود باشد تا تملیک صورت پذیرد و دلیلی که در این خصوص ارائه می دهند ، دلیل عقلی است. به این صورت که حق قائم به معدوم نمی شود و تراضی درباره فروش مالی که وجود ندارد ، درست نیست . زیرا بنا به فرض حقی وجود ندارد تا موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد و ادامه می دهند مالکیت ، عرضی از

۱- دکتر امامی ، سیدحسین ، حقوق مدنی ، ج ۱، ص ۴۲۳

اعراض و به اصطلاح فلسفی از مقولات متأصل است و همانگونه که سفیدی و سیاهی نیاز به محلی برای ظهور دارند، ملکیت نیز احتیاج به عمل و موضوع دارد و تا ملکیت امکان پذیر نباشد، تملیک هم که ایجاد ملکیت است ممکن نخواهد بود. به تعبیر دیگر آنچه موجود نیست، مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست، تملیکش غیر ممکن است.^۱

اینک پس از بررسی موضوع در فقه به بررسی آن در نظر حقوقدانان می پردازیم:

دکتر کاتوزیان در تعبیر ماده ۳۶۱ ق.م.می فرمایند « تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م. و مبنای بطلان بیع مال معدوم تحلیل دیگری را به ذهن می آورد و منطق حقوقی هم آن را می پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می خواهند 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 می سازد.

۱- در مورد نخست، چون حق قایم به معدوم نمی شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می ماند. زیرا، بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرارگیرد 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 ها یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد.

۲- در فرض دوم، که دو طرف سبب را به گونه ای می سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمی شود. زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می یابد و هیچ گاه بر معدوم استوار نمی شود. « به بیان دیگر تملیک در زمانی صورت می گیرد که مبیع موجود است.^۲ » همچنانکه ملاحظه می شود طبق نظر دکتر کاتوزیان به محض انعقاد عقد بیع نسبت به ساختمان غیر موجود، تملیک صورت نمی گیرد و خریدار دارای حق عینی نمی گردد ولی وجود تقدیری مبیع در فرضی که مبیع عین معین است کافی برای صحت عقد است.

۱- محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۴۵.

۲- دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۲۷۵.

ولی قبول این نظر کمی مشکل به نظر می رسد زیرا در فرضی که مبیع در عقد بیع بصورت عین معین مورد معامله قرار می گیرد تملیک و انتقال مالکیت اثر اصلی عقد می باشد . و درست است که با پذیرش اصل آزادی اراده در قراردادها طرفین می توانند انتقال مالکیت را به تاخیر اندازند ولی نمی توانند آن را معلق کنند . با این توضیح که خود عقد را منعقد کنند و به آن عنوان بیع بدهند ولی اثر آن را معلق به امری نمایند که این امر مخالف مقتضای ذات عقد بیع می باشد زیرا هدف از انعقاد بیع تبادل مالکیت ها می باشد . بنابراین به نظر می رسد نهادن عنوان بیع بر قراردادی که شرایط عقد بیع عین معین را ندارد ، با اصول حقوقی سازگار نیست و ماده ۳۶۱ ق.م.تاب این تفسیر موسع را ندارد.

۱-۱-۲-۲-۱-۲- کلی در معین

بیع کلی در معین اساسا مالی است کلی ، ولی معلوم و معین است که چه مقدار و چه اندازه از این مال کلی معلوم متعلق به خریدار خواهد شد. یا به عبارتی به تعبیر ماده ۳۵۰ ق.م. ، کلی در معین عبارت است از مقدار معین به طور کلی از شی متساوی الاجزا . مثلا انباری دارای صد تن گندم است. مالک ، سه تن از گندم های موجود در انبار را به طور کلی بدون آنکه جدا نموده باشد به دیگری می فروشد^۱.

در این فرض تا زمانی که فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکرده باشد یا حادثه ای مبیع را مشخص نساخته است خریدار بر هیچ مالی معین حق عینی پیدا نمی کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که به اجمال مشخص است که مبیع در داخل آن توده معین است و به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته اند . در اینجا لازم به ذکر است که ساختمان ساخته نشده یا به عبارتی ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد، نمی تواند موضوع عقد بیع کلی در معین قرار گیرد ، زیرا اولاً ؛ مطابق تعریف ، کلی در معین شامل اموال مثلی می باشد ، حال آنکه ساختمان مورد بحث مال قیمی محسوب می گردد، ثانيا در عقد کلی در معین به هنگام عقد ، اجزا مبیع بایستی در عالم خارج موجود باشد و مقدار فروخته شده به صورت کلی در معین ، محصور در داخل آن باشد هر چند از هم دیگر تفکیک و جدا نشده باشد . در حالی که در ساختمان ساخته نشده

۱ - دکتر امامی ، سید حسن ، حقوق مدنی ، ج ۱، ص ۴۲۴

به هنگام انعقاد قرارداد ، هنوز ساختمان پیش فروش شده وجود خارجی ندارد و قرار است در آینده و در موعد معینی، پیش فروشنده بر طبق نقشه ساختمانی آن را ساخته و تحویل طرف دیگر نماید.

۱-۱-۲-۲-۱-۳- کلی در ذمه

ماده ۳۵۱ ق.م مبیع کلی را به طور ضمنی تعریف نموده و می گوید : « در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد.....». پس کلی عبارت از چیزی است که صادق بر افراد عدیده باشد مثل یک گوسفند و یا یک خروار گندم. و در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد بنا به دستور بند دوم ماده ۳۵۱ بیع در صورتی صحیح خواهد بود که مقدار ، جنس و وصف مبیع ذکر شود. زیرا، انتقال با تراضی صورت نمی گیرد. در عقد تملیکی نیز ، مانند بیع هر گاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین بوسیله متعهد انجام می شود که معمولاً این کار به صورت «تسلیم» صورت می گیرد.

اینک با توجه به مراتب فوق باز نوبت به طرح این سوال می رسد که آیا ساختمان ساخته نشده یا ساختمان هایی که در آینده ساخته یا تکمیل خواهد شد می تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد یا نه؟ در پاسخ به سوال فوق می توان گفت که در قراردادهای پیش فروش ساختمان بطور معمول ، موقعیت و ابعاد و طرح کلی ، مساحت و دیگر مشخصه های ساختمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین می شود و پیش فروشنده تعهد می کند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و به تحویل پیش خریدار دهد. در نتیجه ساختمانی که با مشخصات فوق ساخته می شود، با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن، عین محسوب شده مال قیمی خواهد بود و لذا نمی توان ساختمانی مثل آن تصور نمود هر چند نقشه ساختمانی و مساحت و سایر مشخصات و اوصاف ساختمان از حیث اسکلت ساختمان و نمای آن و اتاق ها و پنجره هاشبيه ساختمان های دیگر باشد . حال آنکه در اینجا هر یک از ساختمان ها با دیگری تفاوت داشته و هر یک قیمی محسوب می شوند. و دیگر اینکه در بیع کلی ، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن بوسیله فروشنده ، انجام می پذیرد و باید از سوی او به عنوان مبیع تعیین گردد. در صورتی که در پیش فروش ساختمان بنا به دستور ماده ۱۳ ق.پ.ف.س در صورتی که شرایط آن ماده جمع باشد ، همین که ساختمانی مطابق با اوصاف قرارداد ساخته یا تکمیل شد ، پیش خریدار مالک شده و حق مالکانه پیدا می کند.

بنابراین افزون بر مطالبی که در این قسمت ارائه شد به دلایل زیر نیز نمی توان قائل به بیع بودن ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان شد:

۱- در این نوع قرارداد ها مبیع وجود خارجی ندارد بلکه ایجاد ساختمان بصورت تعهدی بر عهده پیش فروشنده مقرر می گردد.

۲- انتخاب عنوان پیش فروشنده برای کسی که به موجب قرارداد متعهد به احداث ساختمان در آینده می شود ، ازسوی قانونگذار نیز دلیل دیگری است که موید عدم صدق عنوان بیع برای ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان می باشد.

۱-۱-۲-۲-۲- بیع سلف (سلم)

عقد بیع به اعتبار حال یا موجد بودن ثمن و مبیع ، به نقد ، نسبه ، سلف و کالی به کالی تقسیم می شود.

دراین تقسیم بندی ، بیع سلف بر عکس بیع نسبه است به این صورت که در بیع نسبه ثمن موجد ولی تعهد فروشنده در تسلیم مبیع ، حال است در صورتی که در بیع سلف ثمن نقد و تعهد فروشنده در تسلیم مبیع کلی ، موجد است.

در زمینه بیع سلف آنچه مدنظر ماست، بررسی مقررات فرعی این نوع بیع جهت مقایسه با قراردادهای پیش فروش ساختمان می باشد که ذیلا به آن می پردازیم.

بیع سلف (سلم) عبارت از بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد، در مقابل ثمن باید در مجلس عقد تادیه گردد.^۱

با لحاظ تعریف فوق برای بیع سلف، ویژگی هایی را به شرح زیر می توان برای این نوع بیع برشمرد:

۱- مبیع در بیع سلف کلی است ، بنابراین برای صحت عقد، مقدار، جنس و وصف مبیع به عبارتی اوصافی که موجب اختلاف قیمت مبیع می شود باید در عقد ذکر گردد.

۲- در این نوع بیع، قبض ثمن، شرط صحت عقد می باشد یعنی ثمن قبل از آنکه طرفین از مجلس عقد متفرق شوند باید به قبض بایع برسد و هرگاه قبل از قبض ثمن طرفین از یکدیگر جدا شوند، بیع باطل خواهد بود.

۱- دکتر امامی ، سید حسن ، حقوق مدنی ، ج ۱ ص ۴۱

بنابراین برای صحت بیع سلف رعایت قواعد عمومی معاملات ضروری است ولی در این میان بیع سلف یک شرط اضافی نیز دارد و آن عبارت از قبض ثمن در مجلس عقد می باشد که مباحث زیادی را به دنبال آورده است. اینک با طرح این مقدمه نوبت به بررسی این مسئله می رسد که آیا شرط قبض ثمن در مجلس عقد در بیع سلف در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است یا نه؟

در این رابطه دو نظر کلی وجود دارد. عده ای معتقدند از آنجا که در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است، این سکوت به معنی اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون وجود ندارد نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند.^۱ در مقابل عده ای از حقوقدانان با این استدلال که حکم قبض در مجلس به گونه ای تلویحی از ماده ۳۶۴ ق.م. که بیعی را که قبض شرط صحت آن است، معرفی کرده و بیع صرف را به عنوان نمونه آورده است، معتقدند این حکم خاص فقهی در حقوق فعلی مجرا می باشد^۲

در مقام مقایسه بین این دو نظر به نظر می رسد که نظر دوم مستند و مستدل تر بوده و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی موافق با حقوق موضوعه ایران باشد. بنابراین با توجه به شرایط مربوط به تحقق بیع سلف در فقه و اینکه مبیع بایستی کلی در ذمه باشد و ثمن بایستی نقد بوده و در مجلس عقد پرداخت گردد، نمی توان قرارداد پیش فروش ساختمان را زیر عنوان بیع سلف، تحلیل و ماهیت آن را تبیین نمود. چرا که ساختمان با توجه به مشخصات و موقعیت جغرافیایی و ابعاد و مساحت آن، مال قیمی می باشد که در آینده به وجود خواهد آمد، لذا در قالب بیع سلف و مطابق شرایط و تعریف فقهی و سنتی آن نمی گنجد. علاوه بر این در قراردادهای پیش فروش ساختمان به طور معمول و مرسوم، ثمن معامله به صورت اقساط مشخص می شود و در فواصل زمانی معین به تناسب پیشرفت کار و عملیات ساختمانی، اقساط ثمن به پیش فروشنده یا متعهد قرارداد پرداخت می گردد.

۱-۲-۲-۳- پیمانکاری (قرارداد مقاطعه)

مقاطععه به معنی تعهد کردن کاری برای شخص در برابر اجرت به موجب قرارداد و صورت مجلس مناقصه است. قرارداد مقاطعه را می توان چنین تعریف کرد: «قراردادی است که به موجب آن یکی از

۱- دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۷۴.

۲- کتر شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ۶، ص ۳۸.

طرفین (مقاطعہ کار) ملتزم به انجام کاری، در مقابل بهایی که طرف دیگر (صاحب کار) متعهد به پرداخت آن می شود، می گردد.» مطابق این تعریف کار فرما عبارت است از کسی که صاحب کار است و اجرای کار را به مقاطعه کار می سپارد و مقاطعه کار (پیمانکار) نیز کسی است که تعهد می کند عمل مورد توافق را در مدت مشخص انجام دهد.

عنصر مهم مقاطعه کاری آن است که مقاطعه کاری از جمله قراردادهایی است که بر مدار عمل عامل قرار دارد و عمل عامل به صورت تعهد به فعل می باشد^۱. صرف نظر از بحث پیرامون ماهیت قرارداد مقاطعه، گاهی اوقات، برای اجرای پروژه ها و انجام کار های ساختمانی از قرارداد مقاطعه استفاده می شود. به این صورت که شخصی که می خواهد مبادرت به ساخت و ساز نماید، زمین مورد نظر، نقشه های ساختمانی و مشخصات فنی و سایر نقشه های کلی، تفصیلی و اجرایی را از قبل تهیه نموده و برای اجرای کامل کلیه عملیات ساختمانی، با یک پیمانکار قرارداد می بندد که در قبال دریافت مبلغی، موضوع تعهد را در مدت زمان قراردادی، انجام داده و به او تحویل نماید. حال با توجه به مباحث بالا، آیا قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب قرارداد مقاطعه می گنجد یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا می توان فرض نمود که پیش خریداران یا متقاضیان بعنوان صاحب کاران ساخت و ساز، واحدهای ساختمانی را برای ساختن بعنوان پیمانکار و مقاطعه کار در ازاء پرداخت مبلغ مورد توافق، می سپارند یا نه؟

در این مورد باید گفت که عنوان صاحب کار برای متقاضیان ساختمان ها یا واحد های مسکونی که عمدتاً از اقشاری هستند که به دلیل فقدان قدرت خرید نقدی و نداشتن مسکن مناسب، اقدام به خرید واحدهای ساختمانی با شرایط پرداخت اقساطی می نمایند، صحیح نیست چرا که قصد ندارند خود را مثل صاحب کاران متعهد کنند و در درجه دوم صاحب کاران معمولاً دارای شخصیت حقوقی و ابزار آلات و دفتر و... می باشند ولی متقاضیان فاقد آن هستند. دیگر اینکه ممکن است پیش فروش کنندگان واحدهای ساختمانی، ابزار و مصالح لازم برای ساخت و ساز را دارا نباشند و بنابراین برای اجرای عملیات ساختمانی و احداث ساختمان و انجام پروژه از یک یا چند پیمانکار استفاده نمایند. به عبارت دیگر، رابطه بین متقاضیان و سازندگان با پیش فروش کنندگان، غیر از رابطه ای است که پیش

۱- دکتر لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۵۲

فروش کنندگان به عنوان صاحب کار با پیمانکار یا مقاطعه کار قرارداد می بندد. لذا بایستی در اینجا تفکیک قایل شد میان رابطه پیش فروش کنندگان با پیمانکاران و رابطه میان خریداران با پیش فروش کنندگان یعنی اگر پیش فروش کنندگان برای احداث ساختمان از پیمانکاران استفاده نمایند، پیمانکار در مقابل صاحب کار (پیش فروش کنندگان) مسئول است و بایستی به تعهدات خویش در موعد مقرر عمل نماید و صاحب کاران نیز در مقابل متقاضیان یا پیش خریداران مسئول و متعهد می باشند. لذا قرارداد پیش فروش ساختمان از شمول قراردادهای راجع به پیمانکاری و مقاطعه کاری خارج است.

۱-۱-۲-۲-۴- قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م)

در این قسمت ابتدائاً باید یادآوری کنیم که قراردادهایی که تحت عنوان «قرارداد پیش فروش ساختمان» منعقد می گردند، چنانکه در قالب یکی از عقود معین قرار بگیرند، تحت همان عنوان تحلیل می کنیم و اگر با هیچ یک از عقود معین منطبق نباشند در آن صورت ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان را زیر عنوان ماده ۱۰ ق.م تحلیل می کنیم. چرا که قراردادهای خصوصی مطابق ماده ۱۰ ق.م در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند، نافذ است. بنابراین با وضع ماده ۱۰ ق.م فرصتی برای تردید در اعتبار قراردادهایی که دارای الگوی عقود معین نیستند و نیز مخالفتی با موازین قانونی ندارند، باقی نمی ماند.

در اینجا ابتدا تعهد به بیع به عنوان یکی از قراردادهای خصوصی بر اساس ماده ۱۰ ق.م را بررسی خواهیم نمود که با عنوان «قولنامه» معروف است، سپس به قرارداد خصوصی دیگری که ممکن است قراردادهای پیش فروش ساختمان در آن قالب بگنجد اشاره و بحث می کنیم.

۱-۱-۲-۲-۱- تعهد به بیع

از مصادیق بارز قرارداد خصوصی که در عرف معاملات رواج گسترده ای یافته است، تعهد به بیع یا به عبارتی وعده متقابل بیع می باشد که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به قولنامه معروف است^۱.

۱- دکتر شهیدی انتخاب عنوان «قولنامه» را برای وعده متقابل بیع در مباحث حقوقی مورد انتظار قرارداد، معتقدند که این گونه قراردادها را بایستی «قرارداد تشکیل بیع» نامید و از این عنوان استفاده نموده اند. اندیشه های حقوقی ۵ (مجموعه مقالات دکتر شهیدی)، مقاله قرارداد تشکیل بیع، مجد

گاه طرفین عقد برای انعقاد قراردادی گفتگو و مذاکره می کنند که این گفتگوهای مقدماتی منجر به توافق میان طرفین میشود. ولی مشکلی در میان است که مانع از انعقاد قرارداد می شود. در این گونه موارد است که پیمان مقدماتی یا پیش قرارداد درباره انعقاد نهایی قرارداد مورد نظر، بسته می شود و بر مبنای آن هر دو طرف خود را ملتزم به پیمان بستن می کنند.

بنابراین در اینجا مقصود از قرارداد مقدماتی تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است و به عبارتی موضوع قرارداد یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است. در این فرض، دو طرف مایل نیستند که مفاد عقد اصلی در خارج تحقق یابد، بلکه می خواهند ملتزم به انجام آن شوند و انشاء نهایی عقد مورد نظر را موقوف به تراضی دیگری سازند.^۱

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی این کشور، برای تعهد مشترک طرفین بر ایجاد بیع، ارزش بیع را می شناسند و مقرر می دارد: «وعده بیع» در صورتی که دو طرف نسبت به شی و قیمت آن رضایت مشترک داشته باشند، ارزش بیع دارد...»^۲.

ولی این نتیجه با آنچه طرفین خواسته اند منطبق نیست. زیرا بنا به فرض، طرفین نخواسته اند که هم اکنون بیع واقع شود، بلکه قصد داشته اند که خود را ملتزم به تهیه مقدمات وقوع آن در آینده سازند. به عبارت دیگر، هدف از تنظیم قولنامه این است که برای طرفین دینی بوجود آید که موضوع آن انشاء عقد بیع است.

سوال اساسی که در مورد این نوع قراردادها مطرح می شود آن است که پس از تحقق قولنامه، خریدار نسبت به مورد معامله چه نوع حقی پیدا می کند، به عبارت دیگر، آیا فروشنده می تواند مورد معامله را به طور نافذ به اشخاص ثالث منتقل کند یا خیر؟

پاسخ مساله اساساً بستگی به این دارد که آیا قرارداد تشکیل بیع نوعی حق عینی نسبت به مورد معامله، برای طرفی که طبق قرارداد به سود او تعهد بر فروش شده است ایجاد خواهد کرد، یا اینکه اثر قرارداد فقط پیدایش یک تعهد و دین خالص، بر عهده متعهد به سود متعهد له است؟

گرایش بعضی از آراء قضایی که در مورد معاملات اموال غیر منقول صادر شده بر این است که در موارد مذکور در بالا نتیجه قرارداد صرفاً پیدایش تعهد به سود متعهد له است و حق عینی برای متعهد

۱- دکتر شهیدی، مهدی، مقاله قرارداد تشکیل بیع، ص ۲۳

۲- نقل از دکتر شهیدی همان، ص ۲۶

له نسبت به مال معین یا مجموعه معینی که فروش قسمتی از آن تعهد گردیده است، ایجاد نخواهد شد. براین نظر، رای اصراری صادر شده است.^۱ برخی از اساتید حقوق معتقدند که فروشنده به هنگام معامله مالک است و در نتیجه حق دارد مال را به دیگری انتقال دهد. ولی در کنار این حق وظیفه دارد که زمینه اجرای قولنامه را از بین نبرد. پس اگر با اعمال حق خویش از این وظیفه بگریزد و آن را وسیله اضرار به دیگران قرار دهد، از حق خود سوء استفاده کرده است. این سوءاستفاده را قانون اساسی منع می کند.^۲ لذا انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری، چون با حقوق خریدار در تعارض است، بنابراین به درخواست ذینفع قابل ابطال است.^۳

هم چنین استدلال شده است که مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ ق.م. اجرای عقودی که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، و قرارداد تشکیل بیع نیز یکی از این عقود محسوب می شوند و معنی لازم الاجرا بودن عقد، ثبوت تعهد و تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است که چون موضوع تعهد و تکلیف مزبور مال معین و یا در حقیقت تملیک آن مال معین به طرف دیگر است پس آنچه بطور متقابل به سود متعهد ثابت می شود، یک حق دینی خالص نیست. بلکه حقی است که ارتباط به مال معین مزبور دارد و این حق مرتبط به مال معین، نوعی حق عینی است که طبق آن متعهد له می تواند متعهد را به فروش آن مال به خود ملزم کند.^۴

حال با توجه به مباحث مذکور در فوق، آیا می توان گفت که مطابق قرارداد پیش فروش ساختمان، سازنده تعهد می کند در ازاء تعهد متقاضی مبنی بر پرداخت بهای ساختمان در فواصل زمانی معین، ساختمان مورد توافق را بر طبق نقشه های ساختمان و اوصاف مشخص شده، در زمان معلوم و معینی، ساخته و پس از تکمیل آن وبه هنگامی که آماده تحویل گردید به خریدار انتقال دهد یا به عبارتی طرفین به تعهد خویش مبنی بر انشاء عقد بیع پس از تکمیل واحد ساختمانی، عمل نموده و عقد بیع را جاری سازند؟

با امعان نظر نسبت به قراردادهای راجع به ساختمان هایی که در آینده ساخته خواهد شد، که در این نوع قراردادها، ساختمان مورد معامله از حیث طبقه و سایر مشخصات جغرافیایی معین و معلوم می

۱- رای اصراری شماره ۲۸۷-۴۵/۳/۸

۲- اصل ۴۰ قانون اساسی

۳- کتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۶۴ و ۶۵

۴- دکتر شهیدی، همان، ص ۳۲

گردد، بایستی بگوئیم که قرارداد پیش فروش ساختمان نمی تواند صرفاً یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد، زیرا:

اولاً: در تفسیر هر قراردادی بایستی به خواست مشترک طرفین قرارداد توجه نمود، به این صورت که منظور و خواست اصلی طرفین از انعقاد قرارداد چه بوده است؟ در قرارداد پیش فروش ساختمان قصد سازنده و متقاضی این نیست که صرفاً و فقط یک وعده بیع محقق شود بلکه پس از انعقاد قرارداد و بعد از آنکه خریدار بخشی از بهای مورد توافق را به سازنده پرداخت می کند و مقرر می گردد که بقیه بهای ساختمان را در فواصل و مواعد زمانی معینی با توجه به پیشرفت کار به سازنده پرداخت نماید و سازنده نیز تعهد می کند که در موعد مقرر در قرارداد، ساختمان را طبق توافق ساخته و به متقاضی تحویل نماید، اینگونه بر می آید که طرفین قصد خرید و فروش داشته باشند نه تعهد به بیع.

ثانیاً: در غالب قراردادهای پیش فروش، با توجه به اینکه کسانی که متقاضی خرید واحدهای ساختمانی به صورت پیش فروش می شوند، غالباً از اقبال کم درآمد که از قدرت خرید کمتری برخوردار هستند، می باشند لذا بخشی از ثمن را به صورت وام از بانک تهیه می کنند یا به صورت اقساطی بعد از تحویل ساختمان به خود سازنده یا فروشنده پرداخت می کنند. فروشندگان به منظور تضمین پرداخت اقساطی ثمن معامله، در همان لحظه انعقاد قرارداد پیش فروش مقرر می کنند که ساختمان موصوف، تا پایان پرداخت اقساط ثمن معامله، در رهن فروشنده یا بانک باشد. یعنی پیش خریدار به عنوان مالک، ساختمان را در رهن فروشنده قرار دهد. این شرط در واقع مبین قصد واقعی طرفین مبنی بر انتقال مالکیت زمین به متقاضی خرید می باشد و به واسطه این حق، میتواند آن را به رهن بگذارد.

هم چنین در غالب قراردادهای پیش فروش قید می شود که اگر خریدار به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند، پیش فروشنده مجاز خواهد بود قرارداد را فسخ و آن را به دیگری واگذار نماید از این شرط نیز استنباط می شود که پیش فروشنده نمی تواند ساختمان را به دیگری انتقال دهد زیرا پیش خریدار حداقل نسبت به عرصه ساختمان حق مالکیت پیدا می کند. در نتیجه تنها در صورت تخلف خریدار از تعهدات خویش است که، فروشنده می تواند قرارداد را فسخ و سپس اقدام به انتقال و فروش ساختمان به غیر نماید.