



پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

مسئولیت‌های ناشی از نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسن ره پیک

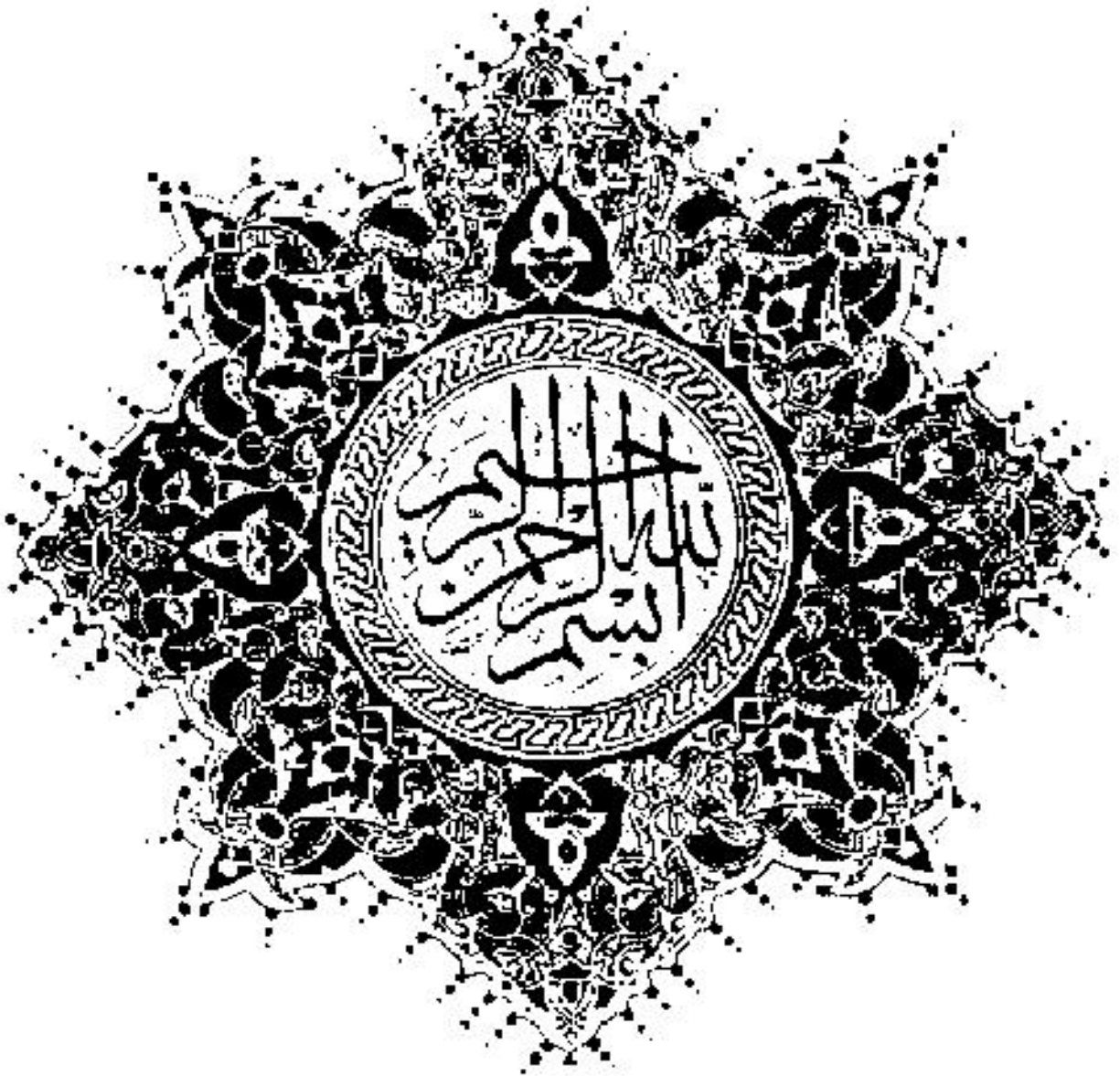
استاد مشاور:

جناب آقای دکتر سیدمرتضی قاسم زاده

نگارنده:

عبدالرسول جاوری

بهار ۸۹



« وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى وَأَنْ سَعْيُهُ سَوْفَ يَرَى » نجم (۳۹/۴۰)

« واینکه برای آدمی جز آنچه به سعی خود انجام داده نخواهد بود والبته انسان

پاداش سعی و عمل خود را به زودی خواهد دید.»

تقدیم به:

مادرم و روح ملکوتی پدرم که همیشه چشم راه موفقیت فرزند خود هستند.

با سپاس و تشکر فراوان از:

استادان بزرگوار، جناب آقای دکتر حسن ره پیک (استاد راهنما) و جناب آقای دکتر سید مرتضی قاسم زاده (استاد مشاور)، که اینجانب را در تهیه و تدوین این پایان نامه مساعدت و همکاری نمودند.

## چکیده

یکی از نیازهای اساسی و مهم بشر، داشتن مسکن و سرپناه می باشد که در برابر سایر نیازها، از اهمیت بالایی برخوردار می باشد. افزایش سرسام آور اجاره بهای مسکن و عدم ثبات قیمتها از یک طرف و افزایش جمعیت و محدودیت زمین از سوی دیگر از جمله عوامل اساسی در ساخت و ساز آپارتمان ها شد، یکی دیگر از عوامل موثر که ساخت و ساز و پیش فروش آپارتمان را مضاعف نمود این که یک طرف چنین قراردادهایی را خریدارانی بودند که از اقشار کم درآمد جامعه و توانایی تهیه آپارتمان به صورت نقدی رانداشته و طرف دیگر قرارداد سازندگانی تشکیل می دادند که سرمایه آنها وافی و کافی بر ساخت آپارتمانهای مطابق با استاندارد نبود، لذا حل این مشکلات، ابداعی جز قرارداد پیش فروش آپارتمان نبود به طوری که امروزه، چنین قراردادهایی از شایع ترین اقسام قراردادها در مورد املاک می باشد و شرکت های بزرگی در زمینه ساخت و ساز واحدهای مسکونی به ویژه در شهرهای بزرگ ایجاد گردیده است. بررسی اختلافات موجود در مورد نوع، میزان تعهدات و مسولیتها طرفین و ضمانت اجراهای ناشی از آن منوط به توصیف این نوع قراردادها و تعیین حقوقی ماهیت آن می باشد. قرارداد پیش فروش آپارتمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات جامعه است و همین موضوع باعث اختلافات در آراء محاکم و آشفتگی در رویه قضایی شده است، که برای تحلیل درست و منطقی آن بانهادهای حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است و در این تحقیق در نتیجه ماهیت حقوقی آن قرارداد خصوصی ماده ۱۰۰ قانون مدنی انتخاب شده است و سپس مسولیت های طرفین و نقض آنها و ایجاد ضمانت اجراهای ناشی از آن با توجه به ماهیت حقوقی انتخاب شده، مورد تحلیل و تجزیه قرار گرفته است. البته شایان ذکر است که در هر مرحله لوایح مصوب هیات دولت (لایحه قدیم مصوب ۱۳۸۵ در ۲۷ ماده و اصلاح شده لایحه قبلی «لایحه جدید مصوب ۱۳۸۷») - که در مرحله تصویب در مجلس شورای اسلامی است - مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد پیش فروش آپارتمان، انتقال دهنده، انتقال گیرنده.

## فهرست مطالب

### مسئولیت‌های ناشی از نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان

مقدمه	۱
<b>فصل مقدماتی - مفهوم، ماهیت و شرایط قرارداد پیش فروش آپارتمان</b>	۵
مبحث اول- مفهوم و تاریخچه قرارداد پیش فروش آپارتمان	۶
گفتار اول- مفهوم لغوی، فقهی، حقوقی و قانونی قرارداد پیش فروش آپارتمان	۶
بند اول- مفهوم لغوی قرارداد پیش فروش آپارتمان	۶
بند دوم- مفهوم فقهی قرارداد پیش فروش	۸
بند سوم- مفهوم حقوقی و قانونی قرارداد پیش فروش آپارتمان	۱۰
گفتار دوم- تاریخچه قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق موضوعه	۱۲
مبحث دوم- ماهیت و شرایط انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان	۱۶
گفتار اول- ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان	۱۶
بند اول- بیع	۱۶
الف- عین معین	۱۷
ب- کلی در معین	۱۹
ج- کلی مافی الذمه	۲۱
بند دوم- بیع معلق	۲۴
بند سوم- تعهد به بیع	۲۹
بند چهارم- قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی	۳۳

- گفتار دوم- شرایط انعقاد قراردادپیش فروش آپارتمان ..... ۴۰
- بند اول- شرایط عمومی ..... ۴۰
- الف- قصد طرفین و رضای هر یک از انتقال گیرنده و انتقال دهنده ..... ۴۰
- ب- اهلیت انتقال گیرنده و انتقال دهنده در قراردادپیش فروش آپارتمان ..... ۴۲
- ج- معین بودن موضوع مورد معامله در قراردادپیش فروش آپارتمان ..... ۴۲
- د- مشروعیت جهت قرارداد، در قراردادپیش فروش آپارتمان ..... ۴۴
- بند دوم- شرایط اختصاصی ..... ۴۵
- الف - پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد ..... ۴۵
- ب- بیمه نامه مربوط به مسئولیت موضوع ماده (۱۳) این قانون ..... ۴۶
- ج- تایید به مهندس ناظر پروژه مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان ..... ۴۶
- د- گواهی بانک مبنی بر افتتاح حساب موضوع ماده (۱۴) لایحه پیش فروش ..... ۴۷
- ه- گواهی عدم خلاف صادره از سوی مرجع صادر کننده پروانه ..... ۴۷
- و- مدارک دال بر متعهد بودن پیش انتقال دهنده نسبت به مورد معامله ..... ۴۷
- بخش اول- نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۴۹**
- فصل اول- تعهدات ناشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۵۰**
- مبحث اول- تعهدات انتقال دهنده ..... ۵۲
- گفتار اول- اعطاء وکالت به انتقال گیرنده برای تنظیم سند رسمی انتقال ..... ۵۲
- گفتار دوم- گرفتن پروانه ساخت و گواهی عدم خلاف صادره از سوی مرجع صادرکننده و تائید مهندس ناظر پروژه مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان ..... ۵۴
- گفتار سوم- الزام انتقال دهنده به بیمه نامه مربوط به ساخت و ساز ..... ۵۵

- گفتار چهارم - افتتاح حساب بانکی ..... ۵۷
- گفتار پنجم - ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق اوصاف مذکور در قرارداد و تحویل آن در موعد مقرر ۵۹
- گفتار ششم - ممنوعیت انتقال عین یا منفعت آن به دیگری ..... ۶۲
- گفتار هفتم - مطابق بودن مساحت بنا با مقدار مشخص شده در قرارداد ..... ۶۳
- گفتار هشتم - الزام به رفع نقص ..... ۶۴
- گفتار نهم - اقدامات لازم جهت انتقال قطعی به انتقال گیرنده ..... ۶۵
- بند اول - اخذ گواهی پایان کار از شهرداری محل ..... ۶۵
- بند دوم - اخذ مفاسد حساب نوسازی ..... ۶۵
- بند سوم - اخذ مفاسد حساب مالیاتی (اخذ گواهی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم) ..... ۶۵
- مبحث دوم - تعهدات انتقال گیرنده ..... ۶۷
- گفتار اول - پرداخت ثمن معامله بر اساس شرایط مندرج در قرارداد پیش فروش (عوض قراردادی) ..... ۶۷
- گفتار دوم - ممنوعیت انتقال آپارتمان به دیگری ..... ۶۹
- گفتار سوم - تحویل گرفتن آپارتمان ..... ۷۲
- گفتار چهارم - حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی ..... ۷۳
- فصل دوم - مصادیق نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان** ..... ۷۴
- مبحث اول - امتناع از انجام قرارداد پیش فروش آپارتمان توسط انتقال دهنده ..... ۷۸
- گفتار اول - امتناع ارادی از انجام کل تعهد ..... ۷۹
- گفتار دوم - امتناع ارادی از انجام جزئی تعهد ..... ۸۱
- بند اول - عدم اجرای بخشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان توسط انتقال دهنده ..... ۸۱
- بند دوم - اجرای ناقص و معیوب قرارداد پیش فروش آپارتمان توسط انتقال دهنده ..... ۸۱



- بند سوم- تأخیر در اجرای قرارداد پیش فروش آپارتمان توسط انتقال دهنده ..... ۸۳
- مبحث دوم- عدم امکان اجرای قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۸۵
- گفتار اول- غیرقابل انجام بودن قرارداد از ابتدای عملیات ساخت ..... ۸۵
- گفتار دوم- غیرقابل انجام شدن قرارداد در حین عملیات ساخت ..... ۸۹
- بخش دوم- آثار و ضمانت اجرای ناشی از نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان ..... ۹۵**
- فصل اول- ضمانت اجرای قانونی ..... ۹۷**
- مبحث اول- حق اجبار انتقال دهنده به اجرای تعهد توسط انتقال گیرنده ..... ۹۷
- گفتار اول- الزام انتقال دهنده به انجام و تکمیل آپارتمان براساس نقشه ..... ۹۷
- گفتار دوم- انجام و تکمیل آپارتمان به هزینه انتقال دهنده توسط شخص ثالث ..... ۱۰۶
- مبحث دوم- حق فسخ قرارداد پیش فروش آپارتمان توسط انتقال گیرنده ..... ۱۰۸
- مبحث سوم- حق حبس ..... ۱۱۱
- مبحث چهارم- حق مطالبه خسارت یا مسئولیت قراردادی ..... ۱۱۵
- فصل دوم- ضمانت اجرای قراردادی ..... ۱۱۹**
- مبحث اول- شرط وجه التزام ..... ۱۲۰
- مبحث دوم- وثیقه اجرای تعهد قراردادی ..... ۱۲۵
- گفتار اول- اسناد تجاری و ضمانت نامه های بانکی ..... ۱۲۷
- گفتار دوم- ضمان قراردادی و تضمین ..... ۱۲۹
- گفتار سوم- رهینه و کفالت ..... ۱۳۰
- مبحث سوم- شرط خیار (خیار قراردادی) ..... ۱۳۱

نتیجه گیری	۱۳۵
فهرست منابع و مآخذ	۱۴۰
الف) کتب فارسی	۱۴۰
ب) کتب عربی	۱۴۲
ج) کتب انگلیسی	۱۴۳
د) مقالات و مصاحبه ها	۱۴۳
هـ-) پایان نامه ها و تحقیقات	۱۴۵
ضمایم	۱۴۶

## فهرست علایم اختصاری

ره	..... رحمه الله عليه
رک	..... رجوع کنید
ش	..... شماره
ص	..... صفحه
صص	..... صفحات
ق.ت	..... قانون تجارت
ق.ث	..... قانون ثبت
ق.م	..... قانون مدنی
لایحه قدیم	..... لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۵/۹/۹ هیأت دولت
لایحه جدید	..... لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۷ هیأت دولت (اصلاح شده لایحه قدیم)
ه.ش	..... هجری شمسی
ه.ق	..... هجری قمری

## مقدمه

موضوع تأمین مسکن برای اقشار مختلف جامعه بادر نظر گرفتن عواملی از قبیل افزایش بی حد و حصر اجاره بها، افزایش جمعیت و گرایش افراد کم درآمد به خرید واحدهای مسکونی پیش فروش شده از سوی انبوه سازان و انتقال دهندگان، به خصوص ظرف چندین سال اخیر باعث به وجود آمدن قراردادهای پیش فروش در روابط حقوقی و معاملاتی افراد شد.

عدم وجود راهکار و ضابطه ای در چنین قراردادهایی منتهی به ورود یکسری از اشخاص بدون تخصص و صلاحیت در این حوزه شده و در نتیجه به یغما بردن سرمایه و اموال و مخدوش نمودن اصل اعتبار و اعتماد و ایجاد آسیبها و صدمات گزاف و سرسام آور به حوزه اقتصادی جامعه گردیده است، این وضعیت بحرانی نه تنها جامعه را تحت تاثیر قراردادده بلکه دستگاه قضایی را با مشکلات عدیده ای روبرو ساخته است، البته اثرات منفی این وضعیت ناخوشایند منحصر به این موارد نبوده و تمام ارکان جامعه از حاکمیت تا مردم را تحت تأثیر قراردادده است، به طوری که دولت با تهیه لایحه ای جهت قانونمند کردن معاملات راجع به پیش فروش آپارتمان و جلوگیری از تضییع حقوق انتقال گیرندگان و در راستای کاهش معضلات و رفع نابسامانی ها تقدیم به مجلس شورای اسلامی نموده است.

خرید و فروش آپارتمانی که هنوز ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود، بدین معمول که موقعیت و ابعاد و مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمان معین می شود و انتقال دهنده هم متعهد می شود که آپارتمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل انتقال گیرنده دهد، ممکن است در قالبها و نهادهای حقوقی مختلفی از جمله تعهد به بیع، بیع معلق و... انجام شود که هر یک ویژگی ها، محاسن و معایب مختص خود را دارد، البته شایان ذکر است که در بررسی ماهیت حقوقی قرارداد ابتدا باید به قصد طرفین در قرارداد پرداخته شود سپس به بررسی نهادهای حقوقی پرداخته می شود، پس در این نوع قراردادها چون مورد معامله موجود نیست و انتقال دهنده متعهد به ساخت و تکمیل آن می شود، تعیین ماهیت حقوقی از اهمیت والایی برخوردار می باشد؛ زیرا مسوولیتها و جبران

ناشی از نقض تعهدات بر اساس آن استوار گشته و باید ماهیتی در نظر گرفته شود که در صورت نقض تعهدات به راحتی بتواند حقوق انتقال گیرنده (اصولاً از اقشار کم درآمد جامعه را تشکیل می دهد) را حفظ نماید.

### اهداف و انگیزه تحقیق

هدف و انگیزه اصلی در تدوین یک کار تحقیقی در رابطه با مسؤلیتهای ناشی از نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان این است که مباحث حقوقی راجع به آن از مباحث جدید و مستحدثه است و گام نهادن در آن گامی در جهت همگام شدن با تحولات اجتماعی است و از طرف دیگر دعاوی بسیار زیادی در دادگاهها ایجاد شده، با این توصیف که در این زمینه نصوص قانونی وجود ندارد و مسائل مبتلابه می باشد، در حد توان پاسخگوی مسائل و مشکلات عدیده ای باشیم که جامعه ما و به خصوص کارگزاران قضاوت و عدالت با آن درگیر می باشند.

### سؤالات تحقیق

سؤالاتی چارچوب اصلی این تحقیق را تشکیل می دهد که در این قالب می باشند:

موارد نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان کدامند؟

در صورت نقض (کامل یا جزئی) قرارداد پیش فروش آپارتمان چه ضمانت اجراهایی (مسؤلیتها، جبرانها) قابل پیش بینی می باشد؟

### فرضیه های تحقیق

در ارتباط با سؤالاتی که در خصوص موضوع تحقیق مطرح شده است، فرضیه هایی وجود دارد که اجمالاً به شرح زیر است:

موارد نقض قرارداد با توجه به حصر عقلی به دودسته تقسیم می شوند: ۱- امتناع طرفین قرارداد از انجام قرارداد ۲- عدم امکان اجرای قرارداد است. که در صورت اول (امتناع طرفین قرارداد از انجام قرارداد) به صورت عدم اجرای بخشی از قرارداد یا ناقص و معیوب اجرا کردن آن یا تأخیر اجرا کردن آن می باشد، و در حالت دوم

آن(عدم امکان اجرای قرارداد) که به دو صورت قابل تصور می باشد یا از ابتدای ساخت و ساز غیر قابل انجام بوده است و یا اینکه عدم امکان انجام قرارداد متعاقباً در حین ساخت و ساز حادث شده است.

ضمانت اجراهایی که از نقض قراردادهای پیش فروش آپارتمان ها وجود دارند در قالب اجبار والزام انتقال دهنده به انجام و تکمیل آپارتمان بر اساس نقشه و در صورت عدم انجام آن توسط انتقال دهنده، انجام و تکمیل آپارتمان توسط شخص ثالث به هزینه انتقال دهنده در صورت شرط عدم مباشرت انتقال دهنده در ضمن قرارداد و سپس آخرین حربه فسخ قرارداد توسط انتقال گیرنده و یا اینکه در قالب مطالبه حق خسارت و یا مطالبه وجه التزام شرط شده در قرارداد و وثایق سپرده شده در قرارداد می باشد.

### **روش تحقیق**

روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی است که با استفاده از اخذ اطلاعات از طریق کتابخانه یا اینترنت موضوعات مورد نظر توصیف و سپس مورد تحلیل قرار می گیرد.

### **قلمرو تحقیق**

این تحقیق در حقوق ایران با توجه به اینکه نصوص قانونی خاصی ندارد انجام شده است.

### **پیشینه تحقیق**

متن مدونی در مورد مسئولیت های ناشی از نقض پیش فروش آپارتمانها نوشته نشده است، اما کتابی در مورد قراردادهای پیش فروش آپارتمان توسط آقای حسن علیزاده نوشته شده، و در مورد ماهیت آن نیز در کتاب دوره عقود معین(۱) دکتر کاتوزیان در چند صفحه بحث نموده است.

### **ساختار تحقیق**

خطوط کلی تحقیق به ترتیب به بررسی ماهیت قرارداد پیش فروش، تعهدات طرفین قرارداد و موارد نقض قرارداد و سپس ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد مذکور می باشد.

در فصل مقدماتی به بررسی و مطالعه ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان و شرایط و اوصاف قرارداد مذکور پرداخته شده است.

در بخش اول به نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان پرداخته که شامل دو فصل جداگانه که در فصل اول به تعهدات طرفین پرداخته و در فصل دوم مصادیق نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان مورد مطالعه قرار گرفته شده است.

در بخش دوم و پایانی تحقیق، به بررسی ضمانت اجراهای ناشی از موارد نقض در بخش قبلی پرداخته می شود، به طوری که در فصل اول از ضمانت اجراهای قانونی که عبارتند از اجبار و الزام انتقال دهنده و شرکت سازنده به انجام قرارداد، حق فسخ، حق حبس، حق مطالبه خسارت یا مسئولیت قراردادی است و در فصل دوم به ضمانت اجراهای قراردادی از جمله وجه التزام مندرج در قرارداد، گرفتن وثیقه و اسناد تجاری و ضمانت نامه های بانکی و دیگری شرط خیار در قرارداد می باشد.

در پایان تحقیق، جمع بندی نهایی به عمل آمده و به نتیجه گیری تحقیق پرداخته شده است.

## فصل مقدماتی

مفهوم، ماهیت و شرایط قرارداد پیش فروش

آپارتمان



این فصل مشتمل بر دو مبحث است که در مبحث اول آن به بررسی مفهوم، شناخت صحیح آن و پیشینه<sup>۱</sup> قرارداد پیش فروش پرداخته و در مبحث دوم به تبیین ماهیت حقوقی قراردادهای مذکور و بررسی شرایط انعقاد آن پرداخته می شود.

### مبحث اول- مفهوم و تاریخچه<sup>۲</sup> قرارداد پیش فروش آپارتمان

تحلیل صحیح هر قراردادی، متضمن شناخت درست و اصولی مفهوم و روند پیدایش آن می باشد، به ویژه قراردادهای پیش فروش آپارتمان که جزء عقود معین مذکور در قوانین مختلف نبوده و احکامی در مقررات قانونی موجود برای آنها پیش بینی نشده است، پس در این مبحث که مشتمل بر دو گفتار بوده، به بررسی مفهوم پیش فروش و تاریخچه و روند پیدایش آن می پردازیم.

#### گفتار اول- مفهوم لغوی، فقهی، حقوقی و قانونی قرارداد پیش فروش آپارتمان

در این گفتار به بررسی مفاهیم پرداخته می شود زیرا این موضوع تأثیر بسزایی در چگونگی تبیین صحیح ماهیت قرارداد داشته و بر اساس آن می توان معیار مناسبی جهت بررسی صحت یا سقم نظرات ارائه شده درباره ماهیت قرارداد به دست آورد.

#### بند اول- مفهوم لغوی قرارداد پیش فروش آپارتمان

برای بررسی مفهوم لغوی ترکیب پیش فروش آپارتمان، آن را تفکیک به دو ترکیب مجزا «پیش فروش» و «آپارتمان» نموده و به طور جداگانه به بررسی مفهوم لغوی آنها می پردازیم:

ترکیب «پیش فروش» تشکیل شده از دو واژه «پیش» و «فروش» که واژه پیش به معنای قبل، سابق گذشته و واژه فروش که اسم مصدر از فعل فروختن می باشد که در مجموع عبارتست از: «فروختن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و انتقال دهنده پولی را می گیرد که بعداً آن را تحویل دهد.»<sup>۱</sup> در فرهنگ فارسی معین ترکیب پیش فروش، بدین گونه معنا شده: «به معنای فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن و بهاستدن پیش از

<sup>۱</sup> - عمید، حسن، فرهنگ عمید، موسسه انتشارات امیر کبیر، جلد اول، چاپ سوم، تهران، سال ۱۳۶۵، ص ۶۰۷

تحويل مال ياغله است.<sup>۱</sup> در لغت نامه دهخدا ترکیب پیش فروش بدین گونه معنانشده: «مال یاغله را قبل از مهیا شدن و حاضر شدن فروختن، فروش قبل از بدست آمدن جنس، بهاستدن پیش از تحويل مال یاغله، پیش فروشی.»<sup>۲</sup>

آپارتمان، واژه ای است فرنگی، در لغت نامه ها معنی این واژه عبارتست از: «عمارتی که مربوط به یک عمارت بزرگ، اما از آن جدا و دارای چند اتاق باشد.»<sup>۳</sup> «یا عمارتی که مربوط به یک عمارت بزرگ اما از آن جدا و دارای چند اتاق باشد قسمتی از عمارت شامل چند اتاق مستقل که یک خانواده در آن زندگی کند.»<sup>۴</sup>

یکی از استادان حقوق در کتاب خود واژه مذکور بدین شکل عنوان نموده است: «آپارتمان عبارتست از مسکن که جزئی از یک ساختمان بوده و مرکب از یک یا چند اتاق و قسمتهای تابعه از قبیل مستراح و آشپزخانه است که مجموع آنها یک واحد را تشکیل می دهد.»<sup>۵</sup>

بهترین تعریفی که از آپارتمان می توان نمود اینک: «محلی است برای سکونت یا اشتغال که در مجموعه ای از یک ساختمان دارای سند رسمی مجزا و مستقل از کل ساختمان باشد» بنابراین ساختمانی که واحدهای آن از لحاظ ثبت تفکیک نشده باشد قانوناً به عنوان «آپارتمان» شناخته نمی شوند هر چند ممکن است عرفاً به آن آپارتمان گویند.<sup>۶</sup>

---

<sup>۱</sup> - معین، محمد، فرهنگ فارسی، موسسه انتشارات امیر کبیر، جلد اول، چاپ بیست و یکم، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۹۲۸

<sup>۲</sup> - دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۷۳، ص ۵۲۲۷

<sup>۳</sup> - بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، چاپ جلالی، سال ۱۳۷۰، ص ۱۶

<sup>۴</sup> - عمید، حسن، پیشین، ص ۱۴

<sup>۵</sup> - صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال، انتشارات میزان، جلد اول، چاپ هشتم، سال ۱۳۸۷، ص ۱۹۸

<sup>۶</sup> - اسماعیلی هریسی، ابراهیم، حقوق مالکین آپارتمان ها، نشر دادگستر، سال ۱۳۸۳، ص ۲۹

## بند دوم- مفهوم فقهی قرارداد پیش فروش

برای بررسی مفهوم فقهی قرارداد پیش فروش، باید در متون فقهی به جستجوی مواردی که در آن به بیع اشاره نموده بپردازیم که مصداق بارز آن در فقه بیع سلف<sup>۱</sup> می باشد که به تعریف آن پرداخته و وجه اشتراک و تفاوت آن بحث می کنیم.

«بیع سلف: بیع مال مضمون در ذمه و مضبوط، در برابر ثمن معلومی است که در مجلس عقد قبض شده، مدت تحویل مبیع مشخص گردیده است و با صیغه خاص اجرا می شود»<sup>۱</sup>

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله بیع سلف را این گونه بیان نموده: «بیع سلم عبارتست از خرید کلی مدت دار در مقابل ثمن، برعکس نسیه»<sup>۲</sup>

محقق حلی در کتاب الشرایع در این مورد چنین فرموده: «فروشنده تعهد می کند در ازاء دریافت ثمن کالای مورد نظر را مطابق با اوصاف مضبوط در قرارداد، تهیه و در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد در اینجا تعهد فروشنده مؤجل می باشد و در مقابل، خریدار بایستی ثمن مورد معامله در مجلس عقد نقداً به فروشنده پرداخت نماید»<sup>۳</sup>

شیخ انصاری در کتاب مکاسب این طور تحلیل نموده است: «تسلیم شیء موصوف مورد توافق در زمان واجلی معلوم است که هیچ زیاده و نقصانی در آن وجود نداشته باشد، به عبارت دیگر در لسان فقها مابییعی است که در آن تسلیم مال مشخص که در ذمه قرار می گیرد در زمان مشخص و در برابر مال معلومی است که باید در مجلس عقد تسلیم شود»<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - هویع (مضمون) فی الذمه مضبوط بمال معلوم مقبوض فی المجلس الی اجل معلوم بصیغه خاصه - عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة،

انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، جلد سوم، چاپ دوم، بیروت، لبنان، سال ۱۴۰۳ ه. ق، ص ۴۰۲

<sup>۲</sup> - موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، انتشارات مکتبه الاعتماد، جلد اول، چاپ چهارم، سال ۱۴۰۳ ه. ق، ص ۴۳۵

<sup>۳</sup> - السلم هو ابتیاع مال مضمون الی اجل معلوم بمال حاضر او فی حکمه، قبض راس المال قبل التفرق - حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق

حلی)، شرایع الاسلام، انتشارات استقلال، جلد دوم، ص ۳۱۷ به بعد

<sup>۴</sup> - انصاری، شیخ مرتضی، کتاب مکاسب، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، جلد چهارم، چاپ اول، سال ۱۴۱۹ ه. ق، ص ۳۹۲

پس با بررسی تعاریف در متون فقهی مشخص می شود که برای صحت و نفوذ بیع سلف شرایط گوناگونی ذکر شد که عبارتند از: مضبوط بودن موعد تسلیم مبیع، ذکر جنس و مقدار و اوصاف مبیع، لزوم نقدی بودن ثمن و دیگری لزوم قبض ثمن در مجلس عقد می باشد، البته فراموش نشود که در مورد شرط اخیر (قبض فی المجلس) اختلاف نظر وجود دارد که بعضی از حقوقدانان<sup>۱</sup> قایل به چنین شرطی در بیع سلف نیستند به خاطر اینکه در قانون تصریح نشده است و در مقابل حقوقدانان دیگر وجود چنین شرطی را لازم می دانند و دلیل خود را ماده ۳۶۴ قانون مدنی می دانند با این توضیح که ماده مذکور بیع صرف را به عنوان نمونه بیان نموده است.<sup>۲</sup>

به طور خلاصه اگرچه قرارداد پیش فروش در مفهوم فقهی با بیع سلف در موارد معلوم و معین بدون اوصاف بیع و موعد تسلیم بیع و مشخص بودن ابعاد اوصاف و زمان شروع را تمام کار در قرارداد پیش فروش مطابقت می نماید، ولی این دو دارای یکسری تفاوتی است که نمی توان قرارداد پیش فروش را تحت عنوان بیع سلف تحلیل و تبیین نمود. از جمله تفاوتها در بیع سلف، مبیع کلی فی الذمه می باشد (صرف نظر از اختلاف نظر فقها که عده ای از فقها بیع سلم نسبت به عین معین را جاری می دانند<sup>۳</sup>) در حالی که در قرارداد پیش فروش آپارتمان جزء اموال قیمی است و هیچ آپارتمانی مثل هم نیستند؛ زیرا آپارتمان ها از حیث طبقات، موقعیت و مساحت کل عرصه و زیر بنا، نوع مصالح و اسکلت و... عرفاً متفاوت می باشند و تفاوت دیگر (با این فرض که با توجه به اصل ۱۶۷<sup>۴</sup> قانون اساسی و ماده ۳۵<sup>۵</sup> آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، تهران، سال ۱۳۸۷، ش ۱۲۳، ص ۱۷۴

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی، عقود معین (۱)، حقوق مدنی (۶)، انتشارات مجد، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۳۸

<sup>۳</sup> - حلی، حسن ابن یوسف (علامه حلی)، مختلف الشیعه، مؤسسه النشر الاسلامی، جلد پنجم، چاپ اول، قم، سال ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۱۴۶

<sup>۴</sup> - اصل ۱۶۷ قانون اساسی: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد یا استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

<sup>۵</sup> - قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نماید. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر