

## قرارداد پیش فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران، الزامات و بایسته ها

سمیه داور پناه بردر<sup>۱</sup>، حسین رحمانی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد، واحد تربت حیدریه (نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تربت حیدریه

### چکیده

با توجه به گسترش شهرنشینی و رشد شدید جمعیت و نیاز شدید افراد به تأمین مسکن مناسب، خریداران به علت فروش غیر نقدی و اقساطی را به نفع خود می‌بینند و از طرف دیگر سازندگان و شرکت‌های ساختمانی نیز با دریافت مبالغی به صورت پیش‌پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق برای ساخت آپارتمان سبب افزایش این‌گونه معاملات در بین مردم شده است. که تا قبل از سال ۱۳۸۹ و تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها سعی در این بود که آن را با یکی از عقود معین مقایسه نمایند و احکام یکی از عقود مشابه را بر آن بار کنند، اما پس از تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان در سال ۱۳۸۹ ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان مشخص شد و شرایط و احکام خاص این قانون بر قرارداد مذکور حاکم می‌باشد. که ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عقدی است معین با شرایط و احکام خاص خود که به محض انعقاد این قرارداد پیش‌فروش به نسبت سهم و پرداختی از ثمن مالک عرصه و اعیان (پی موجود) می‌شود و مالکیت پیش‌فروش به نسبت به احداث قسمت جدید بنای ساخته‌شده توسط پیش‌فروشنده معلق بر پرداخت اقساط می‌باشد. با مشخص شدن ماهیت قرارداد پیش‌فروش معاملات معارض با این قرارداد آثار این معاملات معارض نیز مشخص می‌شود. یعنی هر معامله با تعهدی که پس از قرارداد پیش‌فروش منعقد شود با توجه به مالک بودن پیش‌فروش به نسبت به عرصه و اعیان (پی موجود) معامله معارض با این قرارداد پیش‌فروش بوده و معامله دوم غیرنافذ می‌باشد که در صورت تنفیذ پیش‌فروش خریدار معامله دوم صحیح و با رد پیش‌فروش، معامله دوم باطل خواهد بود. شخص ثالث می‌تواند حسب مورد با توجه به جاهل یا عالم بودن خود می‌تواند تقاضای استرداد ثمن یا علاوه بر استرداد ثمن خسارات خود را نیز مطالبه نماید.

**واژه‌های کلیدی:** پیش‌فروش، تعهد به ساخت، بیع، معامله معارض، آپارتمان، قولنامه

## مقدمه

مسکن از جمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است. در طول تاریخ، انسان توانست از بدویت خارج و تبدیل به انسان ابزارساز شود. در میان نیازهای اولیه و ضروری بشر، داشتن مسکن مناسب جایگاه ویژه ای دارد. ضرورت داشتن مسکن با مالکیت شخصی در جامعه ما یک تفکر رایج است. به همین دلیل، تقاضا برای مسکن ارزان قیمت (مانند آپارتمان) افزایش یافته است و مسکن ارزان شیوه ای برای کسب درآمد عده ای شده است. زندگی مدرن امروز در قلمرو قراردادهای، همانند بسیاری از زمینه ها، پدیده ای پیچیده و متعددی را موجب گشته است. یکی از مظاهر آن پدیده آپارتمان سازی و قراردادهای نقل و انتقال آن و نیز فروش می باشد. امروزه شاهد نوسان بسیاری در بخش مسکن بوده تا جایی که خرید مسکن با محدودیتهای مختلفی منجمله افزایش قیمت مواجه می باشد. از زمانی که موضوع پیش فروش آپارتمان به صورت جدی رونق پیدا کرده، همیشه مشکلات و اختلافاتی میان فروشنده، خریدار و شرکت پیمانکار وجود داشته است که باعث شده پرونده های زیادی در مراکز قضائی شکل بگیرد. از آنجایی که هنگام عقد بیع (فروش) باید مورد خرید و فروش به صورت فیزیکی آماده و موجود باشد اما هنگام پیش فروش آپارتمان، ملک مورد نظر هنوز آماده نشده و همین مسئله بارها و بارها محل مناقشه بوده است. پیش فروش یا پیش خرید همان طور که از اسمش پیداست، در لغت به معنای قبل از فروش رساندن و قبل از خرید کردن است. این اصطلاح در مورد بسیاری از معاملات انجام می شود. به طور عمده در زمینه املاک به آن دسته از املاکی که قبل از تکمیل شدن و قبل از اینکه قابل سکونت شود به فروش می رسد، پیش فروش و به املاکی که قبل از تکمیل و ساخته شدن خریداری شود، پیش خرید می گویند. لازم است مردم مسائل حقوقی پیرامون پیش فروش آپارتمان را فرا بگیرند، زیرا کمتر موضوعی را می توان یافت که از جهت حقوقی و از نظر اجرای تعداد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان و از نظر تنوع تخلفات در این قراردادها تا به این حد واجد مشکلات بوده باشد. دلیل این افزایش کلاهبرداری ها این است که در این معامله، ملک قابل رؤیت نیست تا خریدار کلیه امکانات ملک را با یک نگاه بسنجد و با قید یک عبارت ساده «ملک به رؤیت خریدار رسید و وی از کلیه کم و کیف مورد معامله اطلاع دارد»، از فروشنده سلب مسئولیت کند. زمانی که قرارداد پیش فروش ملک نوشته می شود، یا خانهای هنوز وجود ندارد یا اینکه کامل نیست. بنابراین تنظیم قرارداد اصولی و دقیق در این نوع معامله لازم و واجب است. برخی شروط در ضمن قراردادهای پیش فروش آپارتمان می تواند از این مسائل جلوگیری کند. برای این امر باید در تنظیم قرارداد پیش فروش آپارتمان طرفین دقت داشته باشند و صرفاً توافق شفاهی باعث رفع ابهامات طرفین نشود، به دلیل اینکه برداشت هر شخص از توافقات متفاوت و نهایتاً منجر به اختلاف می شود. بنابراین باید کلیه شرایط و توافقات مکتوب، و مورد امضای طرفین قرار گیرد. ساختمان و سازه های انسانی همیشه یکی از دغدغه های اصلی بشر بوده و هست از بشر نخستین گرفته که به دنبال سرپناه راه های متعدد را آزمایش کرده تا تا بشر هزاره سوم که برای آرامش دنبال ساختمان های متناسب با نیازهای خویش است.

امروزه نیز که با پیشرفت فناوری گام در عرصه جدید سازه ها نهاده ایم همچنان نیاز بشر به ساختمان یک نیاز اساسی است و ساختن ساختمان های بزرگ محتاج سرمایه های هنگفت است و دیگر نمی توان به راحتی و به تنهایی دست به سازه های بزرگ زد بدون آنکه از پیش، تأمین مالی صورت گرفته باشد. از این رو هم پیش سازندگان می توانند از سرمایه های پیش خریداران جهت ساختن ساختمان استفاده کنند و هم پیش خریداران می توانند با پرداخت مبلغی از آینده خود مطمئن تر شوند.

در کشور ما آپارتمان نشینی از قدمت زیادی برخوردار نیست. از بین تمام شهرهای ایران، خصوصاً در شهر تهران به دلیل مهاجرت های چند دهه اخیر که جمعیت آن به طرز غیر مترقبه ای افزایش یافته، آپارتمان نشینی دامن بسیاری از مردم تهران را گرفته است. همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک شود.

قرارداد پیش فروش آپارتمان از جمله قراردادهایی است که همگام با پیشرفت و صنعتی شدن جوامع رشد روزافزونی داشته است. مسئله مهم در مورد این قراردادها، بحث ماهیت قرارداد می باشد که در کشور ما، علیرغم تصویب قانون پیش فروش ساختمان

مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ ابهامات در مورد ماهیت قرارداد مزبور کماکان به قوت خود باقی است. دلیل این امر شکلی بودن قانون پیش‌فروش ساختمان می‌باشد که اساساً به بحث ماهیت این قراردادها اشاره‌ای نداشته است. در دو سال اخیر با توجه به افزایش قیمت خانه در کنار کاهش قدرت خرید مردم و افزایش تورم، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان از رونق بسیاری برخوردار شد. همراه با افزایش موارد پیش‌فروش مسکن، دعوای حقوقی مرتبط با آن نیز رشد زیادی داشته است. قبلاً در بسیاری موارد و به دلیل نبود قانون پیش‌فروش آپارتمان اشخاصی اقدام به پیش‌فروش آپارتمان‌های نیمه ساخته نموده‌اند، افرادی نیز آن‌ها را خریده‌اند. خریدار با هدف اینکه بتواند در شرایطی مناسب و زیر قیمت بازار خرید کند، پول خود را صرف خرید پیش‌فروش آپارتمان کرده است. اما پس از مدتی فهمیده است که هیچ‌کس خانه‌ای در کار نبوده یا ملک به چندین نفر واگذار شده است. دلیل افزایش موارد کلاهبرداری هم این است که بیشتر معاملات، ملک قابل رویت نیست تا خریدار کلیه امکانات ملک دیده و آنها بسنجد و با قید یک عبارت ساده «ملک به رویت خریدار رسید و وی از کلیه کم و کیف مورد معامله اطلاع دارد»، از فروشنده سلب مسئولیت شود؛ بنابراین تنظیم قرارداد اصولی و دقیق در این نوع معاملات لازم و حیاتی است. برخی شروط در ذیل قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان می‌تواند از این مسائل جلوگیری کند. برای این امر باید در تنظیم قرارداد پیش‌فروش آپارتمان طرفین دقت داشته باشند و صرفاً توافق شفاهی باعث رفع ابهامات طرفین نگردد. چون برداشت‌های متفاوت طرفین نهایتاً منجر به اختلاف می‌شود؛ بنابراین کلیه شرایط و توافقات مکتوب باید مورد امضای طرفین قرار بگیرد. البته قوانینی هم برای قرارداد پیش‌فروش آپارتمان وجود دارد که این قانون در شهریور سال ۹۹ ابلاغ گردیده است.

#### ۱- مفهوم شناسی

همانطور که بیان شد بطور کلی خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود که هر کدام ویژگی‌های خاص خود را دارد که موضوع بحث ما پیرامون قسمی است که آپارتمان هنوز ساخته نشده است که در این فرض مورد معامله موجود نیست و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می‌پردازد (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ص ۲۷۲).

علیرغم مزایای بسیاری که این نوع قرارداد داشته می‌تواند دارای معایبی باشد که از جمله اینکه مقوله تنوع در تفسیر به جهت ابهام در ماهیت حقوقی این نوع قراردادها از یک طرف و فقدان سازوکارهای ثبتي مناسب برای ثبت رسمی این معاملات از طرف دیگر از مهمترین چالش‌های فرا رو در این زمینه بوده و دعوای متعدد اشخاص در محاکم دادگستری نیز از تبعات چنین وضعیتی است. علاوه بر موارد پیش‌گفته موارد بیشماری از چالش‌ها مطرح‌اند که در این راسا در تحقیق حاضر به شناسایی و رتبه‌بندی چالش‌های حقوقی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان می‌پردازیم. در این گفتار قرارداد پیش‌فروش ساختمان با قراردادهای مشابه از جمله بیع، بیع سلف، عقد استصناع و شرکت مورد مقایسه و بررسی قرار گرفته است.

#### ۱-۱ عقد بیع

در تعریف عقد بیع ماده ۳۳۸ ق.م.ا.شعار می‌دارد: «بیع عبارت است، از تملیک عین به عوض معلوم» منظور از عین در این ماده هر آن چیزی است که قابل لمس بوده و وجود خارجی داشته باشد. در حقیقت این‌جا عین در مقابل منفعت آمده است و به این طریق بیع را از اجاره که در آن تملیک منفعت صورت می‌گیرد، متمایز ساخته است. برای صحت هر معامله اصولاً لازم است مورد آن در زمان انشای معامله نزد طرفین معامله به صورت تفصیلی معلوم باشد. در صورت مجهول بودن مورد معامله حتی نزد یک طرف، آن معامله باطل خواهد بود.

برای معلوم بودن مورد معامله لازم است مورد معامله از سه جهت معلوم باشد: ماهیت، مقدار و اوصاف. ماهیت، جنس مورد معامله؛ مقدار، میزان مورد معامله و اوصاف، آنچه موجب جلب تمایل مشتری برای خرید می‌شود را تشکیل می‌دهد. معلوم بودن مورد معامله در هر سه صورت کلی، کلی در معین و عین معین، لازم و ضروری است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۲۹۵-۳۴۲)

در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان کلیه مشخصات ساختمان از قبیل موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری، مساحت عرصه و زیر بنا و... در نقشه ساختمانی معین می‌گردد و به اطلاع خریدار می‌رسد. به این لحاظ آنچه تحت عنوان معلوم معین بودن مورد معامله ذکر می‌گردد در این قرارداد رعایت گردیده و قرارداد به این لحاظ نقضی نخواهد داشت. لذا می‌توان گفت در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان شرط اصلی معلوم بودن مورد معامله مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.رعايت می‌گردد.

در قانون مدنی عینی که مورد خرید و فروش قرار می‌گیرد به اقسام گوناگونی تقسیم شده است. به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی «مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد».

به این لحاظ بیع کلیه اقسام عین شامل کلی، کلی در معین و عین معین را بررسی کرده و قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را با هر یک مقایسه می‌کنیم.

### ۱-۱-۱ کلی فی‌الذمه

یکی از انواع بیع که در قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بیع کلی در ذمه است. در صورتی که مبیع کلی است، یعنی صادق بر افراد عدیده است. بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر گردد. (ماده ۳۵۱ ق.م.) به هر لحاظ در این‌گونه خرید و فروش‌ها، بایع موظف نیست که در مقام ایفای تعهد مال معینی را به مشتری واگذار کند. اما باید فردی را انتخاب نماید که از حیث شرایط، صفات موضوع مورد تعهد را داشته باشد. لذا در تعریف کلی می‌توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد». (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷)

در موردی که موضوع تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد زیرا انتقال با تراضی صورت می‌پذیرد. در عقود تملیکی مانند بیع، هرگاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به‌وسیله متعهد انجام می‌شود و به طور معمول مظهر این اقدام «تسلیم» است. برای مثال در فروش چند خروار گندم یا اتومبیل، فروشنده متعهد می‌شود، که گندم یا اتومبیل را مطابق اوصاف مقرر در عقد فراهم آورده و به خریدار تحویل دهد. آنچه اهمیت دارد توانایی او و امکان اجرای تعهدات است نه وجود عین هنگام عقد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۲)

آنچه می‌تواند تحت عنوان بیع کلی فی‌الذمه قرار گیرد مال مثلی است. در تعریف مال مثلی آن را مالی می‌دانند، که اشیاء و نظایر آن نوعاً زیاد باشد. (ماده ۹۵۰ ق.م.) مانند حبوبات، شکر، برنج و غیره. منظور از اشیاء و نظایر، اشیاء و نظایری است، که از هر جهت مساوی باشند. به طوری که در عرف هیچ تفاوتی بین افراد آن مال که سبب اختلاف در انتخاب فردی از آن به‌وسیله اشخاص باشد، وجود نداشته باشد. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۱)

البته در تعریف مال مثلی نظرات دیگری چون، مثلی آن است که اجزایش از نظر قیمت مساوی باشند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۸۱) و این که تعیین مال مثلی و قیمی موکول به عرف است. (الموسوی‌الخمنی، ۱۴۰۳، ص ۱۸۰) نیز وجود دارد.

به همین لحاظ گفته می‌شود، مال مثلی را می‌توان به صورت عین معین، کلی در معین یا کلی فی‌الذمه معامله نمود. یعنی به هر کدام از سه صورت مذکور معامله صورت گیرد، می‌توان از آن رفع ابهام نمود و در نتیجه وصف معلوم بودن مورد معامله را فراهم کرد.

اما مال قیمی که از لحاظ تعریف در مقابل مال مثلی قرار می‌گیرد یعنی «مالی که دارای امثال از هر جهت مساوی نباشد به طوری که اختلاف در افراد آن مال در خصوصیات، می‌تواند مؤثر در جلب تمایل اشخاص و موجب اختلاف آن‌ها در انتخاب گردد»؛ منحصراً به صورت عین معین می‌توان فروخت و اگر به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین مورد معامله قرار گیرد، عقد بیع باطل خواهد بود. زیرا در این دو صورت، مبیع مجهول می‌ماند و معلوم و معین نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۲۲-

شاید به همین دلیل است، که در برخی آراء دادگاه‌ها که در این زمینه صادر گردیده مشاهده می‌شود، که آپارتمان‌های پیش‌فروش شده را به عنوان مال مثلی تلقی کرده و تسامح عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت آن‌ها صحیح دانسته و بیع را نسبت به آن محرز می‌دانند و در نتیجه در مواردی که فروشنده اقدام به انتقال آپارتمان به غیر نماید او را ملزم به تحویل آپارتمانی از نوع مشابه می‌کنند.

انواعی از بیع نیز وجود دارد که به لحاظ موضوع و ماهیت در قسم بیع کلی فی‌الذمه جای می‌گیرد. اما از حیث پاره‌ای شرایط با بیع کلی متفاوت است که به آن خواهیم پرداخت. از آن جمله می‌توان از «عقد سلف» یا «سلم» نام برد. در واقع آنچه در فقه ما تحت عنوان قرارداد پیش‌فروش از آن یاد می‌شود «بیع سلف» یا «سلم» می‌باشد. بیع سلف عبارت است از «فروختن مالی که توسط بایع به ذمه گرفته شده و مضبوط می‌باشد (یعنی نوع و اوصاف آن معین است) در مقابل مال معلومی (ثمن) که در مجلس عقد قبض می‌شود و تحویل مبیع تا مدت معلومی به وسیله صیغه خاصی معلوم و مشخص می‌گردد». (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۱)

مشتري بیع سلف را «مُسَلِّم» و فروشنده را «مُسَلَّم‌الیه» و مالی که پیش‌فروش می‌شود را «مُسَلَّم‌فیه» می‌گویند. فقها و حقوق‌دانان در باب بیع سلف شروطی را ذکر نموده‌اند که باید رعایت گردد. از جمله این شروط می‌توان ابتدا به ذکر جنس مبیع اشاره نمود. منظور از مبیع در بیع سلف حقیقت نوعیه‌ای است که افراد متعدد ذیل آن جای می‌گیرند، مانند گندم و جو. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۲) به عبارت دیگر مبیع در بیع سلف باید مال مثلی باشد که به صورت کلی فی‌الذمه در تعهد بایع بیع سلف قرار گیرد. شرط دوم بیان اوصاف مبیع می‌باشد. منظور از وصف در این جا اوصافی است، که موجب رفع جهالت از آن نوع مبیع نسبت به سایر انواعش می‌باشد. و در تعیین قیمت نقش اصلی را ایفا می‌کند. شرط سوم قبض ثمن در مجلس بیع سلف می‌باشد. این ثمن باید به طور کامل در مجلس قبض شود و در صورتی که در بیع سلف شرط شود، بعضی از ثمن به صورت موجّل باشد بیع نسبت به ثمن حال و هم نسبت به ثمن موجّل باطل خواهد شد. چرا که در بعضی موجّل بودن ثمن، تبدیل به بیع کالی به کالی می‌شود و در بعضی حال، معین نیست چه مقدار از مبیع در مقابل ثمن حال و چه مقدار در مقابل ثمن موجّل قرار دارد. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۸؛ الموسوی‌الخمینی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۲۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۲۸۹) شرط چهارم این است، که مبیع و در صورت نیاز ثمن به وسیله پیمان یا وزن یا عدد معلوم و مشخص شود. شرط پنجم این که مدت برای تحویل کالا دقیقاً معین گردد. نهایتاً شرط ششم این خواهد بود، که مبیع به هنگام فرا رسیدن زمان تحویل، «فراوان» یافت شود. (شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ص ۹۷) شروط مذکور را پاره‌ای دیگر از فقها و حقوق‌دانان نیز یاد آور شده‌اند.

حال سؤال اینجا است، که با در نظر گرفتن این اوصاف آیا می‌توان آپارتمانی را که هنوز ساخته نشده است، قرارداد پیش‌فروش آن را تحت عنوان بیع سلف منعقد نمود؟  
دیگر این که در شرایط بیع سلف عنوان گردید که ثمن معامله باید به طور کامل در مجلس عقد دریافت گردد و در صورتی که بعضی آن موجّل شود باعث بطلان قرارداد بیع خواهد شد. این امر در بند «ب» ماده ۷ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۱۳۶۳ شورای پول و اعتبار نیز تأکید شده است. «ب» پرداخت تمام قیمت پیش‌خرید محصولات مورد معامله به فروشنده در زمان انجام معامله». (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۵۸) اما بر اساس آنچه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان قید می‌شود، ثمن معامله باید به صورت اقساط و با تکمیل مراحل ساخت در اختیار فروشنده قرار گیرد. چنان که ماده ۱۵ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز بر این امر تأکید داشته و نحوه پرداخت اقساط ثمن را بر اساس توافق طرفین دانسته اما حداقل ۱۵ درصد ثمن را در هنگام عقد قابل وصول می‌داند. لذا ملاحظه می‌شود، در صورتی که قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب بیع سلف تفسیر کنیم با قسط‌بندی ثمن ساختمان، موجب بطلان این قرارداد شده‌ایم. پس قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب بیع سلف نمی‌گنجد. پس ملاحظه می‌شود، خرید و فروش واحدهای آپارتمانی که با توجه به اوصاف مذکور مثلی به حساب می‌آید، با این شرط بیع سلف در تعارض قرار گرفته و امکان فروش این دسته از آپارتمان‌های مثلی با بیع سلف محدود می‌گردد.

## ۲-۱-۱ کلی در معین

هرگاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است به اصطلاح ق.م آن موضوع در حکم عین خارجی است در اینجا تا زمانی که فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکرده خریدار بر هیچ مالی معین حق عینی پیدا نمی کند در این جا بایستی بگوییم آپارتمان ساخته نشده نمی تواند موضوع عقد بیع کلی در معین قرار گیرد به دلیل اینکه اولاً کلی در معین شامل اموال مثلی می باشد ولی آپارتمان مورد بحث مال قیمی محسوب می گردد. ثانیاً اینکه در کلی در معین به هنگام انعقاد عقد بیع اجزاء مبیع باید در عالم خارج موجود باشد در حالی که در آپارتمان ساخته نشده هنوز آپارتمانی وجود خارجی ندارد. ممکن است موضوع تعهد «مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء» باشد. (ماده ۳۵۰ ق.م) مانند دو خروار گندم از خرمن گندم موجود.

در این حالت موضوع تعهد باید از مال معین داده شود و از این جهت «در حکم عین معین» است. (ماده ۴۰۲ ق.م) بنابراین هر گاه خرمن گندم از بین برود، دیگر تعهد قابل اجرا به نظر نمی رسد و موضوع آن ضمن تلف کل نابود می شود. عکس تلف بعض از کل معین، تا جایی که به اندازه مقدار تعهد موجود است، به نفوذ تعهد و نیروی الزام آور آن صدمه ای نمی زند هر چند تلف پیش از عقد یا تسلیم رخ دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۳)

به این ترتیب در تعهد به کلی در معین، اولاً مبیع در خارج وجود دارد، ثانیاً مبیع مشخص نیست بلکه مقداری از کل مال موجود در خارج است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۵۴۹)

به این ترتیب در تعهد کلی در معین، امکان اجرای تعهد در وجود عین خارجی معین با مقدار و اوصاف ویژه آن، نیست و دامنه گسترده تری از تعهد به انتقال «عین معین» دارد. ولی در عین حال تعهد در قالب کل معین محصور است و در خارج از آن نه تحقق می پذیرد و نه قابل اجراست. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۲)

## ۱-۱-۳ عین معین

مالی است که در عالم خارج جدای از سایر اموال، مشخص و قابل اشاره باشد در مباحث قبلی اشاره شد که آپارتمان عین معین محسوب می شود و جزو اموال قیمی است اما موضوع بحث ما معامله نسبت به آپارتمانی است که در آینده ساخته خواهد شد و به همین جهت در قراردادهای پیش فروش آپارتمان، مشخصات راجع به آپارتمان از حیث اوصاف، مساحت، موقعیت در نزد طرفین معلوم می گردد تا آپارتمان بر طبق آن اوصاف مورد توافق بنا گردد.

عین معین مالی است، که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵)

عین معین که در فقه «عین شخصی» نیز نامیده می شود، چیزی است که در عالم خارج وجود داشته و تعیین یافته است. در علم فلسفه قاعده ای تحت عنوان «الشیء مالم یتشخص لم یوجد» به چشم می خورد که در اثبات این گفته قابل اشاره است. به عبارت دیگر این قاعده این گونه بیان می دارد، که وقتی شیئی معین گردید به عالم وجود نیز راه پیدا می کند. در ذیل این قاعده حکمای متعددی داد سخن داده اند از جمله آن ها صدر المتألهین است که تشخیص را چیزی جز وجود شیء نمی داند و به این ترتیب از نظر وی تشخیص مساوی با وجود است و هر وجودی به نفس ذات خویش متشخص است به طوری که اگر از نحوه وجود شیء که عبارت است از تشخیص صرف نظر کنیم، آن شیء از نظر عقل مشترک و قابل صدق بر کثیرین خواهد بود. (ابراهیمی دینانی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۱۵) یا در جایی دیگر علامه حلی معتقد است مطلق به قید اطلاق در خارج موجود نیست پس ناچار وجود همواره بر امری معین در خارج عارض می گردد و چون تعیین جزئی از امر معین است پس با موجود بودن معین، تعیین نیز موجود خواهد بود. (ابراهیمی دینانی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۱۳).

در جایی که عین معین تملیک می شود، آن چه مورد انتقال قرار می گیرد حق مالی است که شخص انتقال دهنده را به مال موضوع معامله مربوط می کند. این رابطه زمانی ایجاد می شود که دو پایه آن یعنی شخص و مال موجود باشد و گرنه حقی بوجود نمی آید تا مورد انتقال قرار گیرد. به همین جهت در این گونه موارد، هرگاه عین در هنگام انتقال معلوم نباشد عقد باطل است. برای مثال اگر معلوم شود اسب فروخته شده هنگام بیع وجود نداشته، بیع هیچ اثری ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۶۹)

این قاعده در تمامی مواردی که قصد انشاء به عین خارجی ناظر است اجرا می‌شود هرچند انتقال در آینده صورت پذیرد. بر اساس همین قاعده ماده ۳۶۱ ق.م. اشعار می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». موجود نبودن مورد معامله عین معین در دو صورت قابل تصور است. یکی این‌که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته باشد. مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این‌که در زمان عقد هنوز بوجود نیامده باشد. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۹)

بحثی که ممکن است اینجا مطرح گردد درباره مفهوم وجود است. پیرامون مفهوم وجود دو دیدگاه مطرح است. یک دیدگاه جزئی که مفهوم وجود را به معنای فلسفی آن در نظر می‌گیرد و وجود تکوینی و بالفعل شیء را مدنظر خویش قرار می‌دهد. از این دیدگاه تا زمانی که شیئی در عالم وجود قوام و موجودیت نیافته است امکان اعتبار احکام و اجرای آن‌ها پیرامون این شیء صحیح نخواهد بود. در واقع وقتی می‌توانیم احکام مربوط به وضعیت وجود شیء را بر آن جاری سازیم که آن شیء به صورت بالفعل در عالم خارج وجود داشته باشد.

در مقابل این دیدگاه جزئی دیدگاهی متعادل قرار دارد که مفهوم وجود را به معنای فلسفی آن مد نظر قرار ندارد بلکه برداشت عرفی از مفهوم وجود را ملاک اعتبار احکام و آثار و اجرای آن‌ها قرار می‌دهد. به این معنی که اگر در دید عرف آن امر موجود تلقی گردد و عرف آن امر را دارای واقعیت خارجی بدانند همین میزان از وجود را برای مترتب ساختن آثار و احکام کافی به حساب می‌آورد.

این دو دیدگاه به وضوح پیرامون بحث ضمان و به طور خاص در موضوع «ضمان ما لم یجب» خودنمایی می‌کند. در خصوص ضمان مالم یجب فقها و حقوق دانان دو دیدگاه را پذیرفته‌اند. برخی طرفدار همان دیدگاه جزئی وجود هستند و وجود دین یا تعهد را به صورت قطعی و تام لازم می‌دانند و در صورتی که این دین به صورت تکوینی موجود نباشد ضمان را به دلیل ما لم یجب بودن باطل می‌انگارند. بسیاری از فقهای ما طرفدار این دیدگاه می‌باشند. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۶؛ حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق.، ج ۲، ص ۷۶؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۶، ص ۱۳۷؛ حلی، محقق، ۱۴۰۸ ق.، ج ۲، ص ۹۲)

دیدگاه دوم طرفدار دیدگاه غیر جزئی پیرامون مفهوم وجود است. در حقیقت این گروه در حول مفهوم وجود دین برای صحت ضمان وجود سبب دین را نیز برای صحت عقد ضمان کافی ارزیابی نموده و به ضمان سبب دین نیز مهر صحت زده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۷۸؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴ ش، ج ۲، ص ۲۱۰)

قانون مدنی در ماده ۶۹۱ نیز دیدگاه غیر جزئی در خصوص مفهوم دین را پذیرفته است. از مفهوم مخالف این ماده که بیان می‌دارد «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». برداشت می‌شود، که ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده است صحیح خواهد بود.

از بحث نظری پیرامون مفهوم وجود در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز می‌توان بهره برد. همان‌طور که گفته شد در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان پیش‌فروشنده ابعاد و مساحت، موقعیت، نقشه ساختمان، جنس مصالح و سایر مشخصات را در قرارداد ذکر می‌نماید و در برخی موارد حتی زمین مورد نظر برای احداث ساختمان، خریداری شده و در قرارداد ذکر می‌گردد. بر این اساس اگر طرفدار نظر جزئی پیرامون مفهوم وجود باشیم به وجود بالفعل و تکوینی ساختمان مورد فروش در خارج حکم خواهیم داد و چون این ساختمان از دید جزئی هنوز در عالم خارج به صورت بالفعل وجود ندارد ناچار بر طبق ماده ۳۶۱ ق.م. که وجود عین معین هنگام خرید و فروش را از شرایط اساسی بیع می‌داند، حکم به بطلان بیع ساختمان ساخته نشده خواهیم داد. اما اگر طرفدار نظر غیر جزئی یا عرفی مفهوم وجود باشیم با ذکر شرایط مذکور در قرارداد و ارائه نقشه و ماکتی از ساختمان ساخته نشده به این نظر رهنمون خواهیم گشت که عرف، ساختمانی با ذکر شرایطی چون ابعاد، مساحت، جنس ابزار و مصالح، ابعاد اتاق‌ها و ساختمان، شماره طبقه و واحد پیش‌فروش شده و ارائه ماکت از ساختمان مذکور آن را از دیدگاه خود موجود تلقی خواهد نمود و با این حساب ماده ۳۶۱ ق.م. مشکلی پیش روی ما فراهم نخواهد آورد و بیع ساختمان پیش‌فروش شده به صورت عین معین امکان پذیر خواهد بود.

از مفهوم ماده ۱۸۹ق.م که مقرر می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». می‌توان اینگونه برداشت کرد که قانون‌گذار عقد معلق را پذیرفته و علاوه بر این موارد بطلان عقد معلق را به طور منصوص بر شمرده و در سایر موارد سکوت اختیار نموده است و این خود دلیلی بر صحت سایر عقود معلق است. اما نباید از نظر دور داشت که تعلیق در منشأ از سوی حقوق‌دانان ما پذیرفته شده و تعلیق در انشاء را محال و مردود دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۶)

ماده ۳۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.» در خصوص فلسفه وضع این مقرر حقوق‌دانان معتقدند که قانون‌گذار در نظر داشته است که چون عقد بیع در بیع عین معین تملیکی به حساب می‌آید و این تملیک بلافاصله پس از عقد حاصل می‌آید باید مبیع وجود داشته باشد تا موضوعی برای تملیک فراهم گردد. از این رو زمانی که در بیع عین معین کالای فروخته شده وجود نداشته باشد معلوم نیست تملیک بر روی چه کالایی صورت گرفته و موضوع قرارداد به کلی مخدوش می‌گردد به همین لحاظ انعقاد بیع عین معین بدون وجود مبیع به نوعی باعث جهل و غرر می‌گردد که از دیدگاه فقهی و قانونی ممنوع و مردود است. به همین خاطر است که برخی نویسندگان حقوقی در ذیل بحث موجود بودن مبیع این‌گونه بیان می‌دارند که: «در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن است، مبیع باید هنگام عقد وجود داشته باشد. زیرا در این مورد عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد». (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ص ۸۵)

اگر علت وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی را در حکمت تملیک عین معین هنگام عقد بدانیم تعلیق تملیک بر وجود مبیع با مشکلی مواجه نخواهد بود. زیرا به نحوی اثر عقد یعنی تملیک مبیع (تعلیق در منشأ) موضوع تعلیق بوده و معلق علیه یعنی «وجود مبیع» شرط امکان تعلق مالکیت به خریدار خواهد بود. از این رو تا زمانی که مبیع به وجود نیامده باشد تملیک محقق نخواهد شد و این نکته خود گویای این است که علت اصلی وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی، یعنی تملیک مبیع بعد از بیع عین معین و انتقال آن به خریدار، در هنگام انعقاد عقد بیع عین معین وجود ندارد و وجود مبیع که برای این هدف ضروری شمرده شده بود ضرورت خویش را از دست داده و به آینده موکول می‌گردد. ناگفته نماند قبول این استدلال زمانی قابل پذیرش است که تنها علت وضع ماده ۳۶۱ قانون مدنی را «ضرورت تملیک مبیع» بدانیم.

با این حساب آپارتمانی که تنها به صورت عین معین قابل فروش است قابل تعلیق بر وجود نخواهد بود و در صورتی که بر وجود آن در آینده معلق گردد و هنگام عقد وجود نداشته باشد با ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز در تعارض آشکار خواهد بود. قرارداد سفارش ساخت:

یکی از عقود که در نگاه اول شاید به نظر رسد که می‌تواند قالبی برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان باشد عقد استصناع است. در تعریف این عقد گفته‌اند: «مراد از عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت این است که کسی به نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد تعدادی از کالاهایی که می‌سازد را برای او بسازد. در این حال قراردادی میان این دو به امضا می‌آید، که صاحب صنعت تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت دارد». (مؤمن‌قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۱)

قرارداد ساخت کالا در گذشته به امور خاصی چون کفش، چکمه، ظروف، کلاه و... محدود می‌شد، اما در حال حاضر در بسیاری از امور از قبیل ساخت ماشین، ساخت قطعات، فرش و... به چشم می‌خورد. قراردادهایی با کارخانه‌های بزرگ بسته شده و سفارش ساخت کالا به آن‌ها داده می‌شود. این امر مبنای بسیاری از معاملات قرار گرفته به نحوی که در کنوانسیون بیع کالا مصوب ۱۹۸۰ وین نیز مواردی به آن اختصاص داده شده است. (ماده ۳ کنوانسیون بیع کالا)

پیرامون ماهیت عقد استصناع این سؤال وجود دارد، که آیا عقد استصناع ماهیتی مستقل دارد یا این‌که انواعی از قراردادهایی چون بیع یا اجاره اشخاص به شرط فروش محصول است؟ در پاسخ می‌توان گفت اگرچه ظاهر سخنان برخی از معاصرین نشان می‌دهد که سفارش ساخت، نوعی مستقل از قرارداد است اما واقعیت آن است که سفارش ساخت تنها بیان‌گر خصوصیت این قسم از دادوستد نزد عقلا است، اما این‌که تمامی موارد آن بیع یا اجاره اشخاص با شرط فروش محصول محسوب می‌شود یا



خیر را بیان نمی‌کند بلکه برخی انواع بیع است و برخی انواع آن قرارداد مستقل و برخی هم شاید قرارداد اجاره اشخاص محسوب شود. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۷)

حالت دیگر وقتی است که طرفین وعده غیر قطعی‌ای با یکدیگر منعقد می‌کنند. به این ترتیب که سفارش دهنده می‌گوید: «این تعداد از فلان کالا را بساز، شاید من آن را از تو بخرم» و سازنده هم آن را قبول می‌کند و یا سازنده می‌گوید: «پس از یک ماه به من مراجعه کن، شاید این تعداد کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارت بگذارم تا از من بخری» در این صورت روشن است که هرگاه قرار و حکمی بسته نشود صرف وعده غیر قطعی نه بیع است و نه عقد. اما این وعده یک نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می‌شود. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۲)

حالت سوم همانند حالت دوم است، با این تفاوت که در این حالت وعده‌هایی که طرفین با یکدیگر می‌گذارند کاملاً قطعی بوده و صاحب صنعت متعهد می‌شود که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و برای فروش عرضه کند و خریدار هم پس از عرضه آن را از فروشنده بخرد. پس هر کدام تصمیم می‌گیرد که در قبال دیگری کاری انجام دهد. قرار داد آن‌ها بیع نیست اما از مصادیق عقد به حساب می‌آید. (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۸) بنابراین عقد استصناع را نمی‌توان به طور مستقل یک قرارداد شناخت بلکه بر اساس اشکال مختلفی که منعقد می‌گردد، می‌تواند در قالب عقود مختلفی چون بیع و یا اجاره اشخاص درآید.

اما به نظر می‌رسد عقد استصناع را نتوان در قالب اجاره اشخاص به شرط فروش محصول جای داد. زیرا عقد اجاره اشخاص عقدی لازم است و شرط فروش محصول به مستأجر چون در ضمن عقد لازم آمده است خود لازم تلقی می‌گردد و اجیر ملزم است کالای ساخته شده را به مستأجر بفروشد و در غیر این صورت مستأجر می‌تواند عقد اجاره را فسخ نماید. این در حالی است که عقد استصناع عقدی است جایز که سازنده اگر به سفارش عمل نماید و کالای سفارش داده شده را بسازد می‌تواند آن را به سفارش دهنده نفروشد و فروش آن به دیگری جایز خواهد بود.

جواز این عقد را می‌توان از پاره‌ای روایات که در باب «نهی از بیع ما لیس عندک» آمده است، نتیجه گرفت که هر معاهده یا گفتگویی برای خرید کالایی که فروشنده باید آن را در آینده تهیه کند و فعلاً نزد او آماده نیست شرعاً نادرست است مگر این‌که هر یک از دو طرف بعد از تهیه آن کالا مختار باشند که آن را بفروشند یا نفروشند و بخرد یا نخرد. لذا وجوب خرید کالای ساخته شده بر اساس گفتگوی اولیه بر شخص سفارش‌دهنده، خلاف مفاد این روایات بوده و محکوم به فساد است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۹) از جمله این روایات می‌توان به روایت صحیحۀ «معاویه بن عمار» از حضرت امام صادق (ع) اشاره کرد. (کلینی، ۱۴۰۷ ق. ۵، ج ۵، ص ۲۰۰) سرخسی نیز در «المبسوط» می‌گوید: «هر گاه سازنده به سفارش عمل کند و پیش از آن‌که سفارش دهنده، کالای ساخته شده را ببیند، آن را بفروشد، فروش آن به دیگری جایز است. زیرا قرارداد هنوز مشخص نشده است. لکن هر گاه سازنده، آن کالا را آماده کند و به رؤیت سفارش دهنده برساند، وی مخیر است [که آن را بپذیرد یا رد کند] زیرا او چیزی را خریداری کرده که آنرا ندیده است.» (به نقل از مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰۴)

صرف نظر از صحت این عقد و این‌که آیا عقدی مستقل است یا خیر آن‌چه معلوم است، این است که در استصناع ذکر أجل شرط نیست و در صورت ذکر أجل قرارداد از حالت استصناع خارج خواهد شد، بعلاوه این‌که استصناع یک قرارداد جایز است که هر دو طرف در آن خیار خواهند داشت. دیگر این‌که آن‌چه مورد معامله و تعهد در قرارداد استصناع قرار می‌گیرد به صورت کلی فی‌الذمه می‌باشد. (ممی‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۸) چرا که کالایی که درخواست ساخت آن داده شده است در ذمه سازنده قرار می‌گیرد که باید سازنده آن را ساخته و تحویل مشتری دهد.

## ۱-۲ عقد شرکت

قانون‌گذار ما در ماده ۵۷۱ ق.م در تعریف شرکت می‌گوید: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». اما در حقیقت آن‌چه قانون‌گذار در تعریف عقد شرکت گفته است، تعریف عقد شرکت نیست بلکه تعریف اشاعه است که مقدمه و شرط ایجاد شرکت است. در حقیقت می‌توان گفت اشاعه جزئی از عقد شرکت محسوب می‌شود که اگر وجود نداشته باشد سایر ارکان عقد شرکت که بر مبنای آن شکل می‌گیرد به وقوع نخواهد پیوست. بنابراین می‌توان گفت که مال مشاع مالی است دارای مالکین متعدد، بدون این‌که مورد مالکیت آن‌ها مشخص باشد و هر ذره فرضی از این مال متعلق به کلیه

مالکین است. (کاشانی، ۱۳۶۵، ص ۱۰) به تبع از این اشتراکِ ملکیت در اجزاء یک اثر مهم به دست می‌آید و آن «ممنوعیت تصرفات» است. چرا که اگر حتی در یک ذره از مال مشاع تصرف شود در قسمت متعلق به شریک هم تصرف شده است و این تصرف اگر بدون اذن باشد ممنوع است و موجب ضمان می‌گردد. (ماده ۵۸۲ ق.م.)

لذا گفته می‌شود این تعریف قانون مدنی تعریف عقد شرکت نیست، بلکه تعریف مال مشاع می‌باشد. چرا که در شرکت ما یک هدف داریم و آن کسب سود و زیان است. در حقیقت شرکت از دو نوع مشارکت تشکیل می‌شود. یک مشارکت در ایجاد وحدت دارایی یا همان اشاعه و دیگر مشارکت در سود و زیان است. در عنصر وحدت دارایی یک «اذن» نهفته است که اثر آن جواز تصرف در مال مشاع است و به تبع این اذن در تصرف، مشارکت در سود و زیان حاصل می‌آید. پس در واقع شرکت از مجموع دو عنصر «اشاعه» بعلاوه «اذن» حاصل می‌آید. (پورسید، ۱۳۸۷، ص ۵)

بر همین اساس اتحادی که بین مالکان، در باب ایجاد اشاعه حقوقی بوجود می‌آید، بی‌هدف نیست. برای این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از این اقدام، بین شرکاء تقسیم شود. بنابراین هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته‌ای داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنی می‌دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۶)

بنابراین در تعریف عقد شرکت گفته شده است: «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۷)

لذا گفته می‌شود وحدت دارایی (اشاعه) بر اساس عنصر تعاون برای سهیم بودن در سود و زیان مفهوم شرکت در حال حاضر است. (پورسید، ۱۳۸۷، ص ۴)

حالت اشاعه شرکت به دو صورت اختیاری (ماده ۵۷۳ ق.م.) و قهری (ماده ۵۷۴ ق.م.) ممکن است ایجاد شود. حالت اختیاری در نتیجه عقدی از عقود مانند بیع، صلح یا حتی خود عقد شرکت یا در نتیجه عمل شرکاء مانند مزج اختیاری ممکن است صورت گیرد. و صورت قهری اشاعه در نتیجه ارث یا مزج قهری کالا می‌تواند تحقق یابد.

شرکتی که بر مبنای مالکیت‌های مشاع تشکیل می‌شود، شخصیت حقوقی ندارد. زیرا فرض بر این است که اموال شریکان به خود آن‌ها تعلق دارد و سود و زیان ناشی از اداره مال مشاع به ایشان می‌رسد. این قاعده در مورد شرکت‌هایی که به کار تجارت نمی‌پردازند به طور کامل اجرا می‌شود و بر همین مبنا شرکت را «مدنی» گویند. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۹) در حالی که در شرکت‌های تجاری، شرکت پس از این‌که آورده شریکان تقویم و تسلیم گردید، تشکیل می‌شود و شخصیت حقوقی به خود می‌گیرد. در حقیقت اموال شریکان به آن‌ها تعلق ندارد بلکه در مالکیت شخصیت حقوقی شرکت استقرار می‌یابد.

اما در قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک چنین اشاعه‌ای ملاحظه نمی‌گردد. اولاً آن‌چه پیش‌خریداران به صورت اقساط در اختیار سازندگان قرار می‌دهند به عنوان آورده نیست بلکه در حقیقت ثمن معامله و عوض ساختمانی است که در آینده به آن‌ها تحویل خواهد شد. در ثانی آپارتمانی که در انتها ساخته و تکمیل خواهد شد ملک مشاع فروشندگان و خریداران محسوب نمی‌گردد. از یک طرف با ساخت و تکمیل تدریجی بنا، این بنا به تملیک خریدار در می‌آید. لذا فروشندگان در ملکیت آن حقی ندارند. و از طرف دیگر خریداران هم هر یک مالک واحدی مشخص از آپارتمان که از قبل و هنگام تنظیم قرارداد معین گردیده، می‌باشند و ساختمان حالت مشاع بین خریداران یا بین فروشندگان پیدا نمی‌کند.

## ۲. قراردادهای خصوصی

به قراردادی اطلاق می‌شود که با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی بدون گنجانده شدن در قالب عقد معینی مابین طرفین منعقد می‌شود و هرگاه مخالف صریح قانون نباشد بین طرفین نافذ می‌باشد. مشهور فقهای امامیه معتقدند که اگر شرط در ضمن عقد لازم گنجانده نشود و بدون تمهیدات بین طرفین برقرار شود ما بین آنها لازم الاجرا نخواهد بود که به نظر می‌رسد صحیح نباشد ولی در تاریخ فقه امامیه عده‌ای با استناد به آیات ( اوفوا بالعقود ) و (تجاره عن تراض) قائل به

مشروعیت قراردادهای خصوصی می شدند. به هر حال در زمینه قرارداد پیش فروش ساختمان عده ای بر این باورند که ماهیت این نوع قرارداد یک قرارداد خصوصی می باشد. ماده ۱۰ ق.م در بیان اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنها را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» بنابراین در حقوق ما همچون حقوق بسیاری از کشورها اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده است. مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها افراد در انعقاد قراردادها آزادی کامل دارند، مگر در مواردی که قراردادی خلاف صریح قانون باشد. اصل آزادی اراده به این معنی است که هر فرد در جامعه هر کاری که بخواهد می‌تواند انجام دهد، مگر این‌که قانون در موارد استثنایی به منظور حفظ مصالح اجتماعی، بر اراده او به عنوان بازدارنده وارد گردد. تا وقتی که اراده‌ها در جهت خلاف جهت مصلحت عمومی جامعه حرکت نکنند نباید از ظهور و بروز آنها جلوگیری نمود. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۰)

به موجب اصل آزادی قراردادها، هر عقد و قرارداد بین اشخاص معتبر است. ضرورت ندارد که قانون معین نظر به اعتبار یک‌یک قراردادها بدهد، فقط کافی است که قانون از قرارداد خاصی منع نکرده باشد. پس اگر دیده شود که قانون، قراردادی را منع نکرده است، آن قرارداد معتبر است و این اعتبار از اصل فوق سرچشمه می‌گیرد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۱)

حقوق دانان اسلامی معتقدند که طرفین عقد حق دارند که هر شرطی را که خلاف شرع نباشد در عقد بگنجانند. استناد ایشان به روایتی است که می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً أحلّ حراماً أو حرمّ حلالاً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ص ۱۷)

مطلب دیگری بین فقیهان مطرح است و آن این‌که آیا توافق طرفین قرارداد باید در قالب عقود معین باشد یا طرفین آزادند که توافق خود را در قالبی که مخالف شرع نباشد درآورند؟ بسیاری از فقیهان و مفسران معتقدند که آیه اول سوره مائده که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود...» شامل هر عقدی می‌شود که مخالف شرع نباشد و لذا اختصاصی به عقود معین ندارد. (بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۴۰) لذا آیه مزبور بر لزوم اجرای مدلول عقد و مرتب ساختن آثار آن دلالت دارد. به عبارت دیگر طرفین عقد نسبت به ترتب آثار عهد، ملزم و متعهدند و حق فسخ و برهم زدن آن را ندارند و این همان لزوم عقد است. لذا مدلول آیه شریفه این است که کلیه عقود واجب الوفا و لازمند مگر آن‌که دلیل خاصی بر جواز عقدی اقامه شود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۳۹)

قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م تحت عناوینی چون قراردادهای خصوصی یا عقود نامعین نامیده می‌شوند که در مقابل عقود معین قرار می‌گیرد.

در حقیقت منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ ق.م و معتبر دانستن چنین قراردادهایی، اعتبار بخشیدن به معاملاتی است که علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. لذا در صورتی که قراردادی را با ماهیت و آثار عقود معین بتوان تفسیر نمود و در قالب آنها گنجانید نیازی به ماده ۱۰ ق.م و قراردادهای خصوصی وجود نخواهد داشت. به همین لحاظ می‌توان گفت رابطه عقود معین با عقود نامعین یک رابطه طولی است. چنان‌که قراردادی در عقود معین جای گیرد نوبت به عقود نامعین موضوع ماده ۱۰ ق.م نخواهد رسید.

سؤالی که این‌جا پیش می‌آید این است که ملاک تمیز این دو نوع عقد از یکدیگر چیست؟ و چگونه می‌توان بر عقدی عنوان معین و بر عقدی عنوان نامعین نهاد؟

در پاسخ می‌توان گفت صرف عنوان و نامگذاری قانونی نمی‌تواند مقصود طرفین را از یکدیگر متمایز سازد و آنچه سبب تمایز عقود از یکدیگر می‌شود حقیقت و ماهیت آنها است که این ماهیت‌ها نیز به نوبه خود با لحاظ آثار حقوقی آنها از یکدیگر متمایز می‌گردد. لذا دو طرف صرفاً نمی‌توانند با عدم ذکر عنوان قانونی هر یک از عقود معین آن را تحت یک عقد نامعین در نظر بگیرند و تصور کنند که در این حالت فقدان شرایط اختصاصی مقرر برای عقود معین، خدش‌های بر اعتبار آن وارد نمی‌کند. لذا اگر طرفین عقدی را منعقد کنند که به لحاظ ماهیت و آثار، عقد معینی باشد، نامگذاری آن قرارداد به قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م حقیقت آن را تغییر نمی‌دهد و بالعکس. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۶)

با این حساب می‌توان گفت ضابطه تشخیص عقد معین از نامعین، مجموعه آثاری است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است. در عالم حقوق نیز آثار وابسته به ذات یک موجود اعتباری می‌تواند معرف ماهیت او باشد. مثلاً ماهیت بیع که انتقال

مالکیت است از مجموعه آثاری شناخته می‌شود که قانون برای ذات آن مقرر ساخته است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت یک عقد غیر معین نمی‌تواند ماهیت و آثار ذاتی عقود معین باشد. بلکه ماهیت عقد غیر معین صرف‌نظر از لازم‌الاتباع بودن، دارای آثار دیگری است که طرفین خود برای آن معین کرده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸)

با این وجود این عقیده ناصحیح است که عقد معینی که فاقد یکی از شرایط اختصاصی باشد را مشمول ماده ۱۰ ق.م. بدانیم و آن را بر این اساس معتبر جلوه دهیم. زیرا از یک طرف باید پذیرفت که ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مانند موجود بودن مبیع در بیع عین معین، یا مثلی بودن مال مورد قرض و... بطلان معامله فاقد یکی از این شرایط می‌باشد. و از طرف دیگر اگر قرار باشد، عقد فاقد یکی از شرایط اختصاصی را بتوان به استناد ماده ۱۰ ق.م. صحیح دانست، باید همه مقررات قانونی مربوط به این شرایط و تعاریف و احکام و آثار را زاید و صرفاً مقرراتی اختیاری تلقی نمود، که چنین پنداری صحیح نیست. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵)

پاسخ این است که این شرایط شامل قراردادهای خصوصی نیز می‌باشد. زیرا عبارت ماده ۱۹۰ ق.م. که عنوان می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...». و نیز مواد مربوط دیگر، عام می‌باشد و عقود غیرمعین نیز ذیل این عموم جای می‌گیرد. بعلاوه این که بعضی از شرایط همچون قصد و رضا، متکی بر مبنای فلسفی و اصولی و اصل حاکمیت اراده انسان است و تحقق عمل حقوقی بدون قصد و رضا، پذیرفته نیست. و بعض دیگر مانند مشروعیت جهت و معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی است که عهده‌دار پاسداری از نظم اجتماعی و قضایی است و لزوم آن در عقود معین و نامعین دارای ملاک واحدی است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۱۲۴-۱۲۵)

به همین لحاظ باید گفت برای این که بتوان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م. مطرح نمود نیاز به گذشت از سه شرط است. نخست این که باید اثبات نمود این قرارداد در قالب هیچ یک از عقود معین مشابه نمی‌گنجد و ماهیت و آثار آن‌ها را به همراه ندارد. دوم این که باید ثابت کرد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان با ماهیت فعلی دارای شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. می‌باشد. سوم این که نباید هیچ قانون امری مخالفی صریحاً قرارداد پیش‌فروش ساختمان را ممنوع کرده باشد. تنها در این صورت است که می‌توان نفوذ و لزوم چنین قراردادی نسبت به طرفین قرارداد را از ماده ۱۰ ق.م. برداشت نمود.

طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. مورد معامله باید برای طرفین معین باشد وگرنه معامله باطل خواهد بود. به نظر می‌رسد که کلمه معین در این ماده هم به معنی خاص یعنی غیرمردد میان چند چیز، و هم در بر گیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم بودن از لحاظ جنس و وصف و مقدار است. بنابراین معامله یکی از دو چیز به طور نامعین باطل است. (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۲) بند سوم ماده ۱۹۰ ق.م. از ظاهر ماده ۲۱۴ ق.م. نیز قابل استنباط است. باید توجه داشت که تعهد بر فروش یکی از دو چیز، برخلاف فروش یکی از آن دو، صحیح است. زیرا مورد این قرارداد در حقیقت، تعهد بر فروش یکی از آن دو است که موضوعی معین است نه خود یکی از آن دو. (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۶)

پیرامون شرط چهارم مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. یعنی مشروع بوده جهت معامله می‌توان گفت، انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان توسط شرع و یا قانون ممنوع نشده و مخالفتی با نظم عمومی ندارد. چنان که ملاحظه می‌شود این قرارداد به طور گسترده‌ای انجام می‌شود و مخالفتی با آن صورت نگرفته است.

پیرامون شرط سوم یعنی نبود قانون مخالف امری، می‌توان گفت اصل بر نبود چنین قانونی است و اصل حاکمیت اراده نیز پشتیبان این قرارداد است. بعلاوه مواد قانونی امری که ممکن است این قرارداد را محدود کنند همچون ماده ۱۹۰ ق.م. خدشه‌ای به این قرارداد وارد نمی‌سازند، چرا که در حقیقت این قرارداد مخالف آن‌ها نیست.

با عبور از سه شرط مذکور می‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در زمره عقود نامعین یا قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق.م. جای می‌گیرد.

عقد صلح، عقدی است لازم. چرا که قانون‌گذار در ماده ۷۶۰ ق.م.مقرر می‌دارد: «صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد، مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله». بر اساس این ماده می‌توان گفت هنگامی که عقد صلح در مقام عقود لازمه منعقد گردد، به طریق اولی لازم خواهد بود.

با این حساب دور از نظر نیست که چون قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م. بر اساس اصل حاکمیت اراده می‌گنجد، هیچ دلیلی نمی‌توان یافت که بتوان آن را از قلمرو عقد صلح خارج نمود. چرا که آنچه در قالب ماده ۱۰ ق.م. قابل طرح باشد در عقد صلح نیز خواهد گنجد و صرفاً عنوان و قالب عقد صلح را با خود یدک می‌کشد.

گروهی از حقوق‌دانان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را «تعهد بر بیع» دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰) و عده‌ای دیگر آن را «قرارداد درباره فروش مال آینده» تلقی نموده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۷۷) و گاهی از آن تحت عنوان «وعده بیع» یاد شده است. همه این‌ها در بر دارنده یک چیز است و آن تعهد برانجام معامله در مورد مالی معین در آینده است که در عرف معاملات و محاکم دادگستری به «قول‌نامه» شهرت دارد. البته عناوین دیگری چون «وعده متقابل بیع» و «قرارداد تشکیل بیع» نیز مورد استفاده قرار گرفته است.

در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی مقدمات آن از قبیل عدم وجود مورد معامله و یا نداشتن پول کافی برای خرید مورد معامله و... فراهم نیست، قراردادی منعقد می‌کنند که در آن طرفین تعهد می‌نمایند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند. سندی که در این باب تنظیم می‌شود اصطلاحاً «قول‌نامه» می‌نامند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۲)

در حقیقت می‌توان گفت قول‌نامه عقدی است لازم که لزوم خود را از ماده ۱۰ ق.م. می‌گیرد. هدف از قول‌نامه این است، که برای طرفین، تعهدی مبنی بر انشاء عقد بیع در آینده بوجود آید. بنابراین اگر یکی از آن دو از اجرای تعهد خود سر باز زند، دیگری می‌تواند الزام او را به بیع از دادگاه بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۳)

اگر قول‌نامه تعهد به انتقال باشد نه سند انتقال، پذیرفتن سند عادی نیز برای اثبات آن امکان دارد. رأی شماره ۴۷۹ مورخ ۱۳۳۱/۴/۵ دیوان عالی کشور بر این امر تأکید دارد. (کیهان، ۱۳۴۲، ص ۱۹۷) اما با این وجود در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان ۹ طرفین را الزام می‌کند که قرارداد پیش‌فروش باید نزد دفاتر اسناد رسمی و با تنظیم سند رسمی صورت پذیرد.

در هر صورت بیش‌تر محاکم این گونه قراردادهای را، هرچند در آن مبلغی از ثمن به عنوان بیعانه یا وجه التزام پرداخت شده باشد و طرفین نیز خریدار و فروشنده نامیده شده باشند، «تعهد به بیع» محسوب می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۳)

قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در قالب دیگر قراردادهای خصوصی نیز می‌توان آورد. اما آنچه تحت عنوان «تعهد بر بیع» یا «قول‌نامه» مطرح شد شایع‌تر و فراگیر تر از سایر عناوین است.

اما تحت عنوان سایر قراردادهای خصوصی سازندگان واحدهای آپارتمانی برای انجام تعهد خویش، زمین معینی را تهیه و زمین مورد نظر را به متقاضیان انتقال داده، سپس تعهد می‌کنند که در آن زمین، بر طبق نقشه‌های ساختمانی و سایر مشخصات و ابعاد قراردادی، آپارتمان‌های مورد تعهد را ساخته و به متقاضیان منتقل نمایند. در این صورت تنها وعده بیع یا تعهد به بیع صادق نخواهد بود بلکه چیزی فراتر از آن یا متفاوت از آن به حساب می‌آید. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۷۷)

از آن‌جا که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان مورد معامله عین معین است و با این حساب بیع آن منوط به وجودش حین انعقاد معامله می‌باشد (ماده ۳۶۱ ق.م). لذا عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که می‌شود عین معین را در حالی که موجود نیست ضمن عقد کلی فی‌الذمه شرط نمود و آنرا فروخت. و در این مورد مثالی ذکر نموده‌اند که اگر کسی «بگوید برّه این گوسفند را که سال آینده بوجود می‌آید به تو فروختم؛ این بیع از نظر حقوق ایران درست نیست، زیرا در بیع عین معین باید عین موجود باشد ولی به صورت شرط ضمن عقد کلی فی‌الذمه درست است». (بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱).

### ۳- قرارداد پیمانکاری

قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین ملتزم به انجام کاری در مقابل بهایی که طرف دیگر متعهد به پرداخت آن می شود می گردد و از جمله قراردادهایی است که عمل عامل به صورت تعهد به فعل می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ص ۲۱۳).

این نوع قراردادها در دفترچه پیمان به صورت موضوع پیمان اسناد و مدارک پیمان، مبلغ پیمان، نظرات در دوره اجرا ذکر می گردد گاهی اوقات شخصی که می خواهد ساخت و ساز نماید زمین مورد نظر، نقشه ساختمانی و مشخصات فنی و سائز نقشه های کلی و تفصیلی را از قبل تهیه نموده است و با یک پیمانکار قرارداد می بندد که در قبال دریافت مبلغی موضوع تعهد را در مدت زمان قراردادی انجام داده و تحویل نماید حال آیا قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب قرارداد مقاطعه می گنجد یا نه؟ در این مورد باید گفت عنوان صاحب کار برای متقاضیان آپارتمان به دلیل فقدان قدرت خرید نقدی صحیح نمی باشد و اینکه صاحب کاران عمدتاً دارای شخصیت حقوقی و ابزار و دفتر می باشند و اینکه ممکن است پیش فروش کنندگان برای اجرای عملیات ساختمانی از یک یا چند پیمانکار استفاده نمایند لذا پیمانکار در مقابل صاحب کار مسئول می باشد و صاحب کار نیز در مقابل خریداران. لذا قرارداد پیش فروش ساختمان از قرارداد راجع به پیمانکاری خارج است.

### نتیجه گیری

رشد جمعیت روز افزون در دهه های اخیر و افزایش مهاجرت به شهرها و عوامل دیگر موجب افزایش تقاضای مسکن در شهرها گردیده است و عواملی مانند هزینه های بسیار بالای ساخت و ساز و کمبود زمین و غیره نیز باعث گرایش مردم به ساخت و خرید واحد های آپارتمانی گردیده است و با توجه به اینکه خرید آپارتمان اکثراً به صورت پیش فروش انجام می گیرد تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب دیماه ۱۳۸۹ با حل معضلات موجود و ارائه راهکار های قانونی جهت حمایت از این نوع قراردادها و با توجه به اینکه در قوانین سابق و فقه ماهیت این نوع قراردادها تعیین نگردیده بود بسیار موثر واقع گردید و لیکن همچنان قانون مذکور دارای چالش هایی می باشد که در این تحقیق که به روش کتابخانه ای انجام گردیده است این چالش ها بررسی و عبارتند از اختلاف در مساحت در قرارداد های پیش فروش، عدم حمایت از طرف ضعیف در قرارداد، عدم درج ضمانت عدم انجام تعهد طرفین، عدم قابلیت ثبت رسمی اینگونه قراردادها که در عمل موجب ایجاد زمینه کلاهبرداری و فروش یک واحد به چندین نفر گردیده است که در این راستا تصویب قوانین و اصلاح قانون مذکور ضرورت پیدا می کند. یکی از دستاوردهای این تحقیق ذکر این مطلب است که با وجود قانون مدون تحت عنوان قانون پیش فروش آپارتمان مصوب دیماه ۱۳۸۹ طرفین قرارداد جهت برخورداری از مزایای این قانون میبایست حین انعقاد قرارداد از شرایط عمومی این قانون تبعیت نمایند.

تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان بر اساس ماده ۱۰ ق.م و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی» مطرح می گردد و از لحاظ شرایط و آثار واجد شرایط و آثار قراردادهای خصوصی است. از این حیث مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و از آنجا که به موجب ماده ۱۰ ق.م قراردادی الزام آور شناخته می شود، طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش ملتزم و مسئول هستند و در صورت عدم انجام تعهد از سوی یک طرف، طرف دیگر، می تواند او را به انجام آن الزام کند، یا قرارداد را فسخ نموده و خسارت دریافت دارد.

قانون پیش فروش آپارتمان و به طور کلی فرآیند پیش خرید ساختمان پیچیدگی های زیادی دارد، به همین جهت باید تلاش کرد تا از ابتدا چه از سمت پیش فروشنده و پیش خریدار همه چیز شفاف باشد تا مشکلی ایجاد نشود. براساس قانون پیش فروش آپارتمان باید نکات زیر را در نظر بگیرید:

تنظیم قرارداد پیش فروش آپارتمان باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شود

پیش فروشنده برای درج آگهی فروش در روزنامه ها و سایتها حتماً باید مجوز لازم را اخذ کند

جزئیات ملک شامل مترژ، امکانات، موقعیت مکانی، پارکینگ و انباری، مصالح به کار رفته، نمای بیرونی، تعداد طبقات و واحدها و غیره باید به صورت شفاف درج شود علاوه بر این نکات باید دانست که داشتن یک مشاور سرمایه‌گذاری و اقتصادی حرفه‌ای در کنار خودکار را برای خریدار آسان خواهد کرد. سایت اکو ساختمان فعالیت خود را در زمینه مشاوره اقتصادی ساختمان با مطالعات پیش امکان‌سنجی آغاز نموده است و برنامه‌های بسیاری جهت ارائه اطلاعات و ابزارهای آنلاین در خصوص تحلیل اقتصادی و سرمایه‌گذاری در صنعت ساختمان دارد.

## منابع

۱. بهرامی احمدی، دکتر حمید (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادهای حقوق مدنی ۳، تهران: نشر میزان.
  ۲. پورسید، دکتر بهزاد (۱۳۸۷)، تقریرات درس حقوق مدنی ۷، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
  ۳. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر (۱۳۵۷)، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
  ۴. ابراهیمی دینانی، غلامحسین (۱۳۵۸)، قواعد کلی فلسفه اسلامی، تهران: انتشارات انجمن فلسفه ایران.
  ۵. شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
  ۶. شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد.
  ۷. صفایی، دکتر سید حسین (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تهران: نشر میزان.
  ۸. علیزاده، حسن (۱۳۸۳)، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، تهران: انتشارات میثاق عدالت.
  ۹. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۴) اموال و مالکیت، تهران: نشر یلدا.
  - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) عقود معین، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
  - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۱)، عقود معین، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت انتشار.
  - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، تهران: مدرس.
  - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۳)، عقود معین، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
  - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
  - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۶)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
  - کاشانی، سید محمود (۱۳۶۵)، شرکت مدنی، مجله تحقیقات حقوقی، فروردین.
  - کیهان (۱۳۴۲)، مجموعه رویه قضایی، آراء مدنی، تهران: آرشیو حقوقی کیهان.
  - محقق داماد، دکتر سید مصطفی (۱۳۷۴)، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.
  - محقق داماد، دکتر سید مصطفی (۱۳۸۲)، قواعد فقه، بخش مدنی ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
  - ممی‌زاده، مهدی (۱۳۸۶)، ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه و حقوق فرانسه، دانشگاه امام صادق (ع)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گرایش حقوق خصوصی.
  - مؤمن‌قمی، محمد (۱۳۷۶)، استصناع، مجله فقه اهل بیت، پاییز و زمستان، شماره یازدهم و دوازدهم.
- منابع عربی
- ابوبکر الکااشانی (۱۴۰۹ق.)، بدائع الصنایع، پاکستان: مکتبه‌الحبیبیه.
- انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ق.)، الموسوعه الفقہیة المیسره، قم: مجمع فکر اسلامی.
- حرّعاملی، محمدبن حسن بن علی (۱۴۰۹ق.)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم: موسسه آل‌البیت.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق.) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان.  
شهیدثانی، زین الدین بن علی بن احمد (۴۲۶ ق)، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، قم: ارغوان دانش.  
شیخ طوسی (۱۳۸۷ ق)، المبسوط، بی جا: المكتبه المرتضویه.  
شیخ طوسی (۱۴۱۷ ق)، الخلاف، کتاب السلم، قم: موسسه نشر اسلامی.  
علاء الدین سمرقندی (بی تا)، تحفه الفقهاء، بیروت: دار الکتب العلمیه.  
۱۰. کلینی، ابو جعفر (۴۰۷ ق)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.  
۱۱. الموسوی الخمینى (۱۴۰۳ ق)، تحریر الوسیله، تهران: مکتبه الاعتماد.  
۱۲. الموسوی الخمینى (۱۴۱۰ ق)، البیع، قم: موسسه اسماعیلیان.  
۱۳. میرزا ابوالقاسم قمی (۱۴۱۳ ق)، جامع الشتات (فارسی)، تهران: کیهان.  
۱۴. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱ م)، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

