

دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال چهارم، شماره ۸، پائیز و زمستان ۱۳۹۶

آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش با نگاهی به حقوق فرانسه

محمد داود آبادی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۸

چکیده

پس از انقلاب اسلامی، جامعه با ازدحام جمعیت و افزایش تقاضا برای خانه‌دار شدن از سوی اقشار ضعیف روبرو شد که فقط به‌صورت پیش‌خرید اقساطی واحدهای مسکونی، امکان خانه‌دار شدن را داشته‌اند؛ اما برخی افراد و شرکت‌ها به‌خاطر ضعف در نظارت، اقدام به کلاهبرداری نمودند. به همین منظور قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان در سال ۱۳۸۹ به‌منظور نظم‌دهی بازار مسکن و جلوگیری از سوءاستفاده‌های کلاهبرداران به تصویب رسید؛ اما به‌خاطر ایرادات در مفاد آن، از کارایی لازم برخوردار نبود. سوالی که مطرح می‌شود این است که معایب قانون پیش‌فروش و راه‌کارهای موثر در جهت اصلاح آن چیست؟ با تحقیقات صورت گرفته به‌نظر می‌رسد؛ قانون پیش‌فروش ساختمان براساس شرایط شکلی و اجرایی و تعهدات حقوقی برای پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار، در قالب هر یک از عقود تملیکی قابلیت دارد؛ اما بسیاری از مفاد آن دارای ایراداتی می‌باشد، ازجمله: ناکارآمدی در هماهنگی میان معاملات مرتبط با قرارداد پیش‌فروش، ابهام در ضمانت اجرایی و اخذ شناسنامه ساختمان، عدم هماهنگی با دیگر قوانین مدنی و کیفری، اشتباه در مفاهیم حقوقی و جامع نبودن در تعهدات فروشنده و خریدار. نگارنده در پایان، با نگاهی به حقوق فرانسه راه‌کارهایی در خصوص قراردادهای پیش‌فروش ارائه کرده است.

کلیدواژه: بیع، غرر، جهل، بیع تدریجی، تعارض.

۱. کارشناسی ارشد دانشگاه خوارزمی (فقه و مبانی حقوق اسلامی): dr.davoudabadi@gmail.com

مقدمه

قراردادهای پیش‌فروش واحدهای مسکونی، در جوامع کنونی به‌خاطر ازدحام جمعیت به شدت مورد استفاده قرار گرفته است. چه بسا تولیدکنندگان با پیش‌فروش واحدهای مسکونی احداث نشده، مبالغی را به‌عنوان پیش‌پرداخت در جهت احداث دیگر واحدهای مسکونی، دریافت می‌کنند و همچنین خریداران به‌خاطر عدم امکان پرداخت بهای واحدهای مسکونی به‌طور کامل، به این نوع قراردادها رو می‌آورند؛ اما به‌خاطر نبود مقررات معین در این زمینه در کشور، شاهد ازدیاد روزافزون کلاهبرداری در بازار مسکن شدیم. تا آن‌جا که پرونده‌های بسیاری به محکمه‌ها سرازیر می‌شد. پرونده‌های حقوقی هم‌چون: فروش واحدهای مسکونی به چند نفر، عدم تحویل ملک در مهلت معین شده در قرارداد، عدم پرداخت اقساط بهای مسکن توسط خریدار و... بر همین اساس آیین‌نامه پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان مصوبه ۱۳۸۹ توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. قانون پیش‌فروش، درصدد نظم‌دهی در عرصه تجارت و جلوگیری از سوءاستفاده‌های سودجویان بوده است؛ اما با گذشت زمان این قانون کارایی خود را به‌خاطر جامع نبودن و نقص‌های فاحش (ابهام در ماهیت قرارداد و تعارض با سایر قوانین) در آن، از دست داد. سوالی که مطرح می‌شود، این است که: راه‌کارهای کاربردی در جهت رفع نقص‌های فاحش در قوانین پیش‌فروش چیست؟ هرچند برخی محققین درباره «ماهیت بیع پیش‌فروش واحدهای مسکونی احداث نشده» تاکنون اظهارنظرهایی کرده‌اند؛ لیکن تا آن‌جا که نگارنده تتبع نموده است، هیچ مقاله‌ای که به بررسی تفصیلی «آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش» بپردازد، وجود ندارد. در این مقاله جهت پاسخ به سوال مذکور، مسأله را در سه بخش «ماهیت فقهی قراردادهای پیش‌فروش» و «چالش‌های قانون پیش‌فروش» و «راه‌کارهای چالش‌ها» با نگاهی به قانون پیش‌فروش فرانسه، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- تطبیق قانون پیش‌فروش واحدهای مسکونی با مبانی فقهی

در این بخش قرارداد پیش‌فروش در هر یک از اقسام عقد بیع (عهدی-تملیکی) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱- ماهیت تطبیق قانون پیش‌فروش واحدهای مسکونی با عقود عهده

عقود عهده به عقدهایی گویند که در آن تعهد و التزام، خواه از دو طرف (بیع) یا از یک طرف (هبه) وجود دارد (نائینی، محمدحسین، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۸۲). در این بخش قسم اول عقود عهده (التزام از جانب دو طرف) مدنظر است. در این نوع قرارداد خریدار و فروشنده تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین در موعد مقرر انجام دهند. سندی را که در این باب میان طرفین معامله تنظیم می‌گردد «تعهد به بیع» می‌باشد که در محاکم دادگستری و عرف «قولنامه» می‌نامند.

اما این نوع ماهیت برای قرارداد پیش‌فروش صحیح نمی‌باشد، زیرا:

اولاً: خریدار و فروشنده قصد تملیک و تملک را دارند، نه قصد «تعهد به بیع» و چون تخلف از قصد طرفین به میان می‌آید، این معامله

براساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی باطل است.

ثانیاً: در صورت ورشکستگی فروشنده، تمامی اموال (ساختمان نیمه‌کاره) در توقیف طلب‌کاران قرار می‌گیرد. (زرنگار، فرناز، ۱۳۸۹، ص ۷۵)

ثالثاً: فروشنده می‌تواند بعد از اتمام ساختمان، از تعهد خود سرپیچی کرده و واحدهای مسکونی را به شخص ثالث انتقال دهد.

۱-۲- ماهیت تطبیق قانون پیش‌فروش واحدهای مسکونی با عقود تملیکی

قرارداد پیش‌فروش مطابق فقه امامیه، با عقود تملیکی (عین معین، کلی فی الذمه، سلم) قابلیت مقایسه دارد. در «بیع عین معین» برخلاف «بیع کلی فی الذمه» و «بیع سلم»، وجود مبیع در حین قرارداد بیع شرط می‌باشد (طباطبایی‌یزدی، محمدکاظم، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۱۶۶)؛ اما در هر سه مورد بیع، «وجود ثمن» در حین انعقاد معامله ضروری است.

۱-۲-۱- قرارداد پیش‌فروش واحدهای مسکونی به عنوان «بیع عین معین»

در فقه امامیه عقد بیع، سه رکن دارد: ۱- صیغه (ایجاب و قبول). ۲- طرفین عقد (متعاقدان). ۳- عوضین (مبیع و ثمن). (موسوی‌خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۰ ق (الف)، ج ۲، ص ۱۹ الی ۲۳) «وجود تعیین مبیع» در «بیع عین معین» برخلاف «بیع کلی فی الذمه» و «بیع سلم» در حین معامله، شرط

می‌باشد (طباطبایی‌یزدی، محمدکاظم، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۱۶۶)؛ اما در هر سه مورد بیع، «تعیین ثمن» در حین انعقاد معامله ضروری است.

۱-۲-۱- «تعیین مبیع» در عقد «بیع عین معین»:

فقهاء امامیه «تعیین مبیع» را یکی از شروط صحت در این نوع معاملات شمرده‌اند و این نوع بحث را در قسمت «بیع ائمار پیش از ظهور آن» (دادمرزی، سیدمهدی، ۱۳۸۱، ص ۲۶۸) بیان کرده‌اند که بنابر نظریه مشهور باطل است (حسینی‌عاملی، سیدجواد، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۳، ص ۴۵۸ - ۴۷۳؛ عاملی‌کرکی، علی‌بن‌حسین، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۸۱ - ۴۸۲)؛ اما در مقابل برخی از فقهاء، این نوع بیع را نافذ می‌دانند (طباطبایی‌قمی، سیدتقی، ۱۴۲۶ ق، ج ۸، ص ۲۳۶). ادله ممنوعیت قرارداد پیش‌فروش (بیع ائمار پیش از ظهور آن) به شرح ذیل می‌باشد:

۱- روایت: روایات معتبر مبنی بر بطلان بیع پیش‌فروش (بیع ائمار پیش از ظهور آن) به شرح

ذیل می‌باشد:

الف- در روایت آمده است: «خرید و فروش میوه درخت، پیش از شکوفه دادن جایز نیست» (کلینی، محمدبن‌یعقوب، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۱۷۶). برخی از فقهاء به این روایت تمسک کرده‌اند.

(طوسی، محمدبن‌حسن، ۱۳۹۰ ق، ج ۳، ص ۸۶)

ب- در روایت آمده است: «خرید و فروش خرماي نخل به مدت یکسال جایز نیست» (حرعاملی، محمدبن‌حسن، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۸، ص ۲۱۸). برخی از فقهاء به این روایت تمسک کرده‌اند (طوسی، محمدبن‌حسن، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۸۸). البته حکم بطلان بیع ائمار پیش از ظهور آن در «میوه درخت خرما و غیر آن فرقی ندارد و نیز تفاوتی نمی‌کند؛ چیز دیگری ضمیمه میوه گردد یا نه».

(دادمرزی، سیدمهدی، ۱۳۸۱، ص ۲۶۸)

این دلیل قابل قبول نمی‌باشد، زیرا:

اولاً: روایات صحیح از معصومین (ع) نقل شده که بر مشروعیت قراردادهای پیش‌فروش (بیع ائمار پیش از ظهور آن) دلالت دارند. در روایت آمده است: «برید از امام باقر (ع) پرسیدم؟ در مورد خرید و فروش سبزی تازه پس از دو یا سه بار چیدن پرسیدم؟ امام فرمود: اشکالی ندارد... به امام گفتم: کسانی که متولی ما هستند، این بیع‌ها را باطل می‌دانند. امام فرمود: من فکر می‌کنم آن‌ها مصاحبه با رسول خدا در مورد درختان خرما شنیده‌اند. حضرت از خانه بیرون آمد و سروصدای بلندی

شنید. فرمودند: این چیست؟ به ایشان گفته شد: مردم در مورد درخت خرما که امسال میوه نداده و مورد معامله قرار گرفته است، مشاجره می‌کنند. حضرت فرمود: در صورت خرید و فروش خرما قبل از آشکار شدن آن، یک ساله نخرید بلکه دو ساله سه ساله بخرید که مشکلی پیش نیاید. پیامبر این را فرمود؛ ولی این نوع معامله را حرام نکرد». (صدوق (ابن بابویه)، محمدبن‌علی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۲۱۱)

براساس روایت، پیامبر (ص) برای خاتمه دادن نزاع بین مسلمین این دستور را داده است و نهی از عدم معامله، ارشادی است و نه تحریمی. (طوسی، محمدبن‌حسن، ۱۴۰۷ ق، ج ۳، ص ۸۷)
ثانیاً: قراردادهایی وجود دارد که مبیع در هنگام انعقاد عقد وجود نداشته و در آینده وجود آن محقق می‌شود، مانند: «عقد غایب».

ثالثاً: روایت بطلان بیع اُتَمار پیش از ظهور آن، در موردی که فروشنده قدرت و استیلا بر تسلیم مبیع را نداشته باشد، دلالت دارد. (انصاری، مرتضی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۸۶)
۲- اجماع: برخی از فقهاء امامیه بر بطلان این نوع قراردادها، ادعای اجماع نموده‌اند. (حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۳۴۵)

اجماع مذکور مورد تردید می‌باشد، زیرا:

اولاً: «اجماع منقول» بوده و حجت نمی‌باشد. (انصاری، مرتضی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۹)
ثانیاً: عده‌ای از فقهاء، قراردادهای پیش‌فروش را جایز دانسته‌اند. (خوانساری، سیداحمد، ۱۴۰۵ ق، ج ۳، ص ۲۷۳ - ۲۷۵)

۳- بیع معدوم بودن: برخی از فقهاء امامیه این نوع قرارداد را، بیع مال معدوم دانسته و باطل می‌دانند (کاشف‌الغطاء، حسن‌بن‌جعفر، ۱۴۲۲ ق، ص ۲۱۷)، زیرا قابلیت نقل و انتقال را ندارد. (حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف، ۱۴۱۳ ق، ج ۵، ص ۱۹۶ - ۱۹۸)
این دلیل قابل بحث است، زیرا:

اولاً: انتقال ملکیت در زمان انعقاد قرارداد جزء مقتضای ذات عقد نیست؛ بلکه مقتضای ذات عقد، تملیک است که می‌تواند بعد از انعقاد عقد بیع، ایجاد شود. در واقع دلیلی نداریم، با انعقاد عقد باید مال موردنظر در همان لحظه انتقال پیدا کند. چنانچه در «عقد سَلَم» بین انعقاد قرارداد و انتقال ملکیت فاصله است. (حلی (محقق)، جعفر بن‌الحسن، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، ص ۳۰۶)

ثانیاً: قراردادهای پیش فروش سبب تملیک مال در آینده است (ایجاد ملکیت بعد از وجود مال) که این موضوع مورد رضایت طرفین است. (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۸، ص ۳۶۴)

ثالثاً: در صورت شک در ایجاد ملکیت در معامله‌ای که مبیع آن در آینده به وجود می‌آید، با در نظر گرفتن ادله فقهی هم‌چون: «احل الله بیع» (سوره بقره، آیه ۲۷۵) و «لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا تکون تجاره عن تراض» (سوره نساء، آیه ۲۹) اصل ملکیت حاکم می‌باشد.

۴- غرری بودن: برخی از فقهاء امامیه این نوع قراردادها را، یک نوع معامله غرری و باطل می‌دانند. (کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر، ۱۴۲۲ ق، ص ۲۲۱ و ص ۲۱۷)

این دلیل قابل بحث و مناقشه است، زیرا:

اولاً: در معنی لغوی غرر اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای آن را به معنای «خطر» (مرتضی زبیدی، محمدبن محمد، ۱۳۸۶ ق، ج ۳، ص ۴۴۳) و برخی دیگر به معنای «در معرض هلاک افتادن» (خوری شرتونی لبنانی، سعید، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۸۶۷) و برخی به معنای «خدیعه و غرور»^۱ و «غفلت» (سعدی، ابوحیب، ۱۴۱۹ ق، ص ۲۷۲) و افرادی به معنای «تدلیس»^۲ (محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۸) و برخی دیگر به معنای «قمار و گرویندی»^۳ (ابن قیّم الجوزیه، محمدبن ابی بکر، ۱۴۲۸ ق، ج ۴، ص ۲۶۹) بیان کرده‌اند. در حقوق انگلیس نیز غرر به عنوان «risk»^۴ (البلبکی،

۱- بین «غرر» و «غرور» تفاوت ماهوی وجود دارد. در غرر عنصر «فریب خوردن» وجود ندارد؛ ولی در غرور، جهل مغرور شرط اساسی است. (محقق داماد، سیدمصطفی،

۱۳۹۲، ص ۱۷۷)

۲- بین «غرر» و «تدلیس» تفاوت ماهوی وجود دارد. الف- در تدلیس عملیاتی (۴۳۸ ق. م) در موضوع معامله انجام شود (به صورت افعال یا گفتار) ولی در غرر موضوع معامله مجهول است. ب- در معنای تدلیس پنهان کردن (از امور اختیاری است) نهفته است (جیبی‌عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص ۵۰۰) ولی در معنای غرر، جهل نهفته است. ج- در تدلیس، اقداماتی برای فریب مشتری انجام می‌شود (۴۳۸ ق. م) ولی در غرر، موضوع فریب وجود ندارد.

۳- بین «قمار و گرویندی» و «غرر» تفاوت اساسی وجود دارد. قمار و گرویندی، قرارداد نامشروع است؛ که انحطاط اخلاقی در جامعه را به همراه دارد؛ ولی معاملات غرری به خاطر فاقد شرایط اساسی صحت معامله، باطل است. هم‌چنین در معاملات غرری قصد طرفین معامله به صورت گرویندی نیست.

۴- غرر در فقه و حقوق ایران با اصطلاح «ریسک» در حقوق خارجی تفاوت داشته و تنها در برخی مصادیق با یکدیگر مطابقت دارند. مثلاً: در معامله که موضوع آن برای طرفین از جهت کمیت و کیفیت مجهول باشد که در نتیجه خطر متوجه یک طرف یا طرفین معامله شود.

روحی، ۲۰۰۹ م، ص ۷۹۷) را بیان کرده‌اند. در قانون فرانسه، عقد غرر به‌عنوان «Contrat aleatoire» مطرح شده است.^۱ (سنه‌وری، عبدالرزاق‌احمد، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۸ - ۱۴۱) دو نکته از معنای مذکور به‌دست می‌آید:

معنا و مفهوم مشترک غرر در معنای فوق، بر معنای «احتمال ضرر» و «اقدام به عملی که ایمن از ضرر نباشد» (موسوی‌خمینی، روح‌الله، ۱۴۲۱ ق، ج ۳، ص ۲۰۴) دلالت دارد. در کتاب‌های لغت، غرر به‌معنای «جهل» بیان نشده است و معنای «غفلت» غیر از جهالت است. اگرچه برخی از فقهاء با لحاظ کردن نتیجه آن خطر، غرر را «مستلزم جهل به واقع امر» می‌دانند (نائینی، محمدحسین، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۷۹)؛ اما به نظر نگارنده «غرر در معامله» به‌معنای «خطر در معامله» است. ثانیاً: در معنی اصطلاحی غرر نیز اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای آن را به‌معنای «جهل در خصوص رسیدن شیء به دست مالک می‌دانند. اگر حصول شیء معلوم باشد و فقط صفت آن مجهول باشد، غرری نخواهد بود»^۳ (العاملی (شهیداول)، محمدبن‌مکی، بی‌تا (الف)، ج ۲، ص ۲۵۳) و افرادی آن را «تحت ضابطه‌ای ندانسته و یا مقدار دقیق آن را قابل محاسبه نمی‌دانند» (ابن‌حمزه، محمدبن‌علی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۴۵) و برخی به‌معنای «خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع» (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۲، ص ۳۸۸) و برخی دیگر به‌معنای «جهل در اصل وجود مبیع، خواه در حصول آن یا در صفات مبیع از حیث کمیّت و کیفیت» (انصاری، مرتضی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۵) بیان کرده‌اند.

دو نکته از تعاریف مذکور، به‌دست می‌آید:

الف- در اقوال فقیهان در مورد منشأ تحقق غرر، یک عدم هماهنگی و اضطراب وجود دارد (نائینی، محمدحسین، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۳۷۹) که همین امر سبب اختلاف در مصادیق غرر شده

۱- در قانون ۱۹۷۹ بیع کالا در حقوق انگلیس، ریسک به‌معنای «مسئولیت» (SALE OF GOODS ACT 1979, part 11, Article, 20) و در ماده ۱۲ کنوانسیون بین‌المللی کالا (مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ص ۳۰۶) به‌معنای «خطرات مربوط به کالا» ذکر شده است.

۲- رابطه بین «غرر» و «جهل» عموم و خصوص من وجه است (نراقی، احمد، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۳)، هم‌چنین غرر و جهل، مفهوماً و مصداقاً با هم اختلاف دارند. (حسینی‌مراغه‌ای، سیدفتاح، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۲۶۹)

۳- شهید اول بیان می‌کند: «گاهی اوقات غرر بدون جهل هست، مانند: بیع حیوان فراری که صفاتش معلوم باشد. گاهی اوقات جهل بدون غرر هست، مانند: اندازه‌گیری غیر دقیق اشیائی که با پیمانانه مشخص می‌شوند. گاهی اوقات هم غرر و هم جهل وجود دارد، مانند: حیوان فراری که اوصاف او مجهول باشد. (العاملی (شهیداول)، محمدبن‌مکی، بی‌تا (الف)، ص ۲۵۳)

است. امام خمینی می‌فرماید: «کلمات شیخ (انصاری) و غیر او درباره غرر مضطرب می‌باشد، تا آنجا که غرر را به معنای «جهالت» و «خطر» یا «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نباشد» تفسیر کرده‌اند؛ در صورتیکه در هیچ یک از کتب لغوی، غرر به معنای جهالت تعریف نشده... و تعریفی که در کتاب لغت آمده است «غفلت» می‌باشد که غیر از «جهالت» است». (موسوی خمینی، روح‌الله، ۱۴۲۱ ق، ج ۳، ص ۲۰۴)

ب- براساس تعاریف فوق، مهم‌ترین موارد «غرر» عبارت‌اند از:

عقدی که در آن وجود مبیع مورد تردید و جهل باشد. (ممکن است مبیع هرگز به وجود نیاید)

عقدی که در آن تسلیم یا تسلّم مبیع قطعی نباشد.

عقدی که در آن به قابلیت مبیع، اطمینان و اعتماد وجود نباشد. (مبادله شیء‌ای، بدون تعیین

کیفیت و کمیّت آن)

ثالثاً: معامله زمانی غرری است؛ «که به وجود مبیع یا قبض و اقباض یا کمیّت و کیفیت و دیگر

صفات برای مورد معامله اطمینانی نباشد» (نراقی، احمد، ۱۴۲۲ ق، ج ۱، ص ۳۰۶)؛ اما در

معاملات‌های پیش‌فروش، اوصاف و زمان تحویل مبیع در قراردادها تصریح می‌شود.

۱- ۲- ۱- ۲- «تعیین ثمن» در عقد «بیع عین معین»:

همان‌طور که بیان شد؛ در صورت مبهم یا مجهول بودن ثمن در زمان انعقاد قرارداد، معامله به‌خاطر

غرری بودن باطل است (بحرانی، یوسف‌بن‌احمد، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص ۲۶۱)، هم‌چنین عده‌ای بیان

کرده‌اند؛ اگر تعیین ثمن را بعد از عقد و بر عهده یکی از طرفین یا شخص ثالثی قرار داده شود،

معامله به‌خاطر غرر صحیح نمی‌باشد (حلی (محقق)، جعفر‌بن‌الحسن، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۵۱). مؤید

نظریات فوق دو دلیل می‌باشد:

الف- حدیثی نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر». (انصاری، مرتضی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۷۹)

ب- اجماع فقهاء امامیه. (حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف، ۱۴۱۳ ق، ج ۵، ص ۲۶۶)

ادله فوق صحیح نمی‌باشد، زیرا:

اولاً- روایتی صحیح وجود دارد که جهل به ثمن را موجب بطلان بیع نمی‌داند: «رفاعه نخّاس

می‌گوید: به حضرت عرض کردم: جاریه‌ای را با مردی، مساومه کردم و گفتم این را به من بفروش.

او گفت: من این را فروختم به حکم خودت (تعیین ثمن). سپس من جاریه را گرفتم و هزار درهم را

برایش فرستادم و گفتم: حکم من این است که این جاریه‌ی تو هزار درهم ارزش دارد؛ اما او اِبا کرد و از من قبول نکرد و من با جاریه ارتباط برقرار کرده بودم، قبل از این که هزار درهم را بفرستم. امام (ع) فرمود: باید یک قیمت عدلانه روی جاریه بگذاری. اگر بیشتر از این هزار درهمی بوده که تو فرستادی، باید «ما نقص» را به مالک برگردانی و اگر قیمتش از هزار درهم کمتر بوده، تو حق نداری چیزی از او استرداد کنی. پس گفتم: اگر من عیبی در آن پیدا کردم بعد از این که با او ارتباط برقرار کردم؟ امام فرمود: تو حق نداری این جاریه را رد کنی، بلکه باید قیمت مابین صحت و عیب را باید بگیری» (حرعاملی، محمدبن‌حسن، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۲، ص ۲۷۱) براساس این روایت، امام (ع) معامله‌ای که تعیین ثمن در آن بر عهده مشتری باشد؛ صحیح می‌داند.

ثانیاً- چه بسا اجماع فقهاء، براساس روایت نبوی (ص) بوده که به‌خاطر «مدرکی» بودن، حجت نمی‌باشد. (نایثی، محمدحسین، بی تا (الف)، ج ۲، ص ۹۹)

ثالثاً- برخی از فقهاء بنا بر استناد به روایت فوق، «قیمت سوقیه»^۱ را جانشین ثمن مجهول دانسته‌اند. (اردبیلی، احمدبن‌محمد، ۱۴۰۳ ق، ج ۸، ص ۱۷۵ - ۱۷۶)

۱- ۲- ۲- قرارداد پیش‌فروش واحدهای مسکونی به‌عنوان بیع «کلی فی الذمه»
فقهاء امامیه «بیع کلی» را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «بیعی که مبیع در نزد بایع وجود ندارد» (موسوی‌خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، ص ۲۸۰) و او می‌تواند با اوصاف مشخصی، معامله می‌کند. برخی حقوق‌دانان این‌چنین «بیع کلی» را بیان کرده‌اند: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، ص ۳۷). در این نوع معاملات ضرورتی بر «وجود ثمن» از دیدگاه فقهاء امامیه (بحرانی، یوسف‌بن‌احمد، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص ۲۶۱) و حقوق‌دانان (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۱۵۳) هنگام انعقاد قرارداد به‌خاطر «غرر و اجماع فقهاء» ضروری است؛ اما این دلایل قابل قبول نمی‌باشد، همان‌طور که در گذشته به آن اشاره شد. البته بایع باید فردی را که از حیث شرایط و صفات موضوع مورد تعهد است، انتخاب نماید. مثلاً: «در فروش چند من خروار گندم یا اتومبیل، فروشنده متعهد می‌شود که گندم یا اتومبیل را مطابق

۱- نرخ شناور یا سوقیه: قیمت کالا در زمان تسلیم و تحویل مبیع را می‌گویند که در برخی از آثار حقوقی، «بیع به نرخ دگرگون» نامیده می‌شود. (جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۵۲۸)

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، ناصر، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۷۲)

۱-۲-۳- قرارداد پیش‌فروش واحدهای مسکونی به‌عنوان «بیع سلف»

«بیع سلف» در اصطلاح به «فروش کالا کلی مؤجل، در مقابل ثمن حال» (حسینی‌سیستانی، سیدعلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۲۹۲) که «ثمن معامله باید در مجلس عقد و با صیغه مخصوص به قبض فروشنده درآید» اطلاق می‌شود (جبعی‌عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین‌بن‌علی، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص ۴۰۲). فقهاء امامیه شرایطی را برای بیع سلف از جمله: «ذکر کردن جنس و وصف مبیع» و «لزوم قبض ثمن پیش از متفرق شدن» و «تعیین مقدار کالا» و «تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع» و «یافت شدنی کالا در سررسید مدت شرط شده» بیان نموده‌اند (دادمرزی، سیدمهدی، ۱۳۸۱، ص ۲۷۰ الی ۲۷۲). در مورد «قبض ثمن پیش از متفرق شدن» در میان فقهاء و حقوق‌دانان اختلاف نظر است.

۱-۲-۳-۱- «قبض ثمن پیش از متفرق شدن» در «بیع سلف»:

فقهاء امامیه به ادله زیر استناد کرده‌اند:

اجماع: برخی از علماء (حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۱، ص ۳۳۶) ادعای اجماع نموده‌اند. عده‌ای (طباطبایی کربلایی، سیدعلی، ۱۴۰۴ ق، ج ۹، ص ۱۲۱) این موضوع را به «مشهور» نسبت داده و افرادی دیگر آن را به «سیره علماء پیشین» منتسب کرده‌اند. (سبزواری (محقق)، محمدباقر، ۱۳۸۸ ق، ج ۱۸، ص ۳۰)

اجماع مذکور از جهاتی مخدوش است، زیرا:

اولاً: برخی فقهاء (موسوی‌بغدادی (علم‌الهدی)، سیدمرتضی، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۴۴) شرایطی را برای «بیع سلف» بیان نموده‌اند و برخی دیگر (النعمان (مفید)، محمدبن‌محمد، ۱۴۱۰ ق، ص ۶۱۱) به «حال بودن ثمن در بیع سلف»، اشاره‌ای نکرده‌اند و همچنین ابن‌جنید «تاخیر تا سه روز، در پرداخت ثمن در بیع سلف» را جایز می‌داند. (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۴، ص ۲۸۹)

ثانیاً: شیخ طوسی «جنس و وصف و تعیین مدت» را شرایط اصلی «بیع سلف»، دانسته است.

(طوسی، محمدبن‌حسن، بی‌تا، ص ۳۹۵)

ثالثاً: ابن جنید «دلیل و نص خاصی بر این مساله» پیدا نکرده و ابن طاووس در این موضوع «توقف» نموده است. (بحرانی، یوسف‌بن‌احمد، ۱۳۶۳، ج ۲۰، ص ۱۵ - ۱۶)

روایت: در روایت آمده است: «نهی النبی (ص) عن بیع الکالی بالکالی». (نوری‌طبرسی، حسین‌بن‌محمدتقی، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۳، ص ۴۰۵)
روایت مذکور قابل استناد نمی‌باشد، زیرا:

اولاً: روایت مذکور یکی از روایات کتاب «دعائم‌الاسلام» (مغربی، نعمان‌بن‌محمدتمیمی، ۱۳۸۵ ق، ج ۲، ص ۳۳) است که به‌خاطر «مرسله بودن» (موسوی‌خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۰ ق، ج ۴، ص ۳۱۲) و «سستی متن» (موسوی‌خمینی، روح‌الله، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۳۲) فقط «مؤید بر یک معنای کلی» می‌باشد. (موسوی‌خمینی، روح‌الله، ۱۴۲۱ ق، ج ۳، ص ۳۹۱)

ثانیاً: هم‌چنین در روایات معتبر، شرایط «جنس و وصف» و «تعیین مدت» و «وزن و مقدار» برای «بیع سلف» تصریح شده است. در روایت آمده است: «از امام صادق (ع) در مورد بیع سلف طعام با وزن معلوم و مدت معلوم، پرسیدند. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد». (کلینی، محمدبن‌یعقوب، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۱۹۹)

غرری بودن: برخی از فقهاء «تأخیر در قبض ثمن فی المجلس در بیع سلف را موجب غرر دانسته» که سبب بطلان عقد می‌شود. (حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۱، ص ۳۳۶)
این دلیل صحیح نمی‌باشد، زیرا: بعضی از علماء تعیین «جنس، وصف، مقدار و تعیین مدت» را برای جلوگیری از غرر در «بیع سلف» کافی می‌دانند. (طوسی، محمدبن‌حسن، بی‌تا، ص ۳۹۵)
اصل عدم نقل ملکیت: صاحب جواهر عدم قبض ثمن فی المجلس «عقد سلف» را سبب «شک در نقل و انتقال» می‌دانند

که اصل حاکم در این قضیه عدم انتقال ملکیت است. (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۴، ص ۲۸۹) این دلیل قابل قبول نمی‌باشد، زیرا: اصل عملیه، در جایی که عموماً بیع وجود نداشته باشد (موحدی‌لنکرانی، محمدفاضل، ۱۳۸۵، ج ۶، ص ۳۳۲) جریان دارد؛ ولی در این‌جا عموماً هم‌چون: «وفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، محمدبن‌حسن، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۳۷۱) وجود دارد که بر ملکیت، حکم می‌کنند.

انتفاء ماهیت بیع سلف: برخی از فقهاء «قبض ثمن را در حقیقت قرارداد سلف، شرط می‌دانند» (حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۱، ص ۳۳۶) همچنین برخی دیگر آن را شرط اساسی صحت «عقد سلف» دانسته‌اند. (العاملی (شهیداول)، محمدبن مکی، بی تا، ج ۳، ص ۲۵۵)

این دلیل قابل مناقشه است، زیرا: براساس روایات «قبض ثمن در مجلس بیع صرف» الزامی است. در روایت آمده است: «ابوجعفر علیه السلام از امیرمؤمنان علیه السلام نقل می‌کند که فرمود: بیع مردی به خرید نقره به وسیله طلا، صحیح نیست، مگر دست در دست و خرید طلا به وسیله نقره بیع نیست، مگر دست در دست». (حرالعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۲، ص ۴۵۸)

۲- قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان

در این بخش قانون پیش‌فروش در ایران و فرانسه به طور تفصیلی مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۲-۱- تحلیل قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان ایران مصوبه ۱۳۸۹/۱۰/۱۲

قرارداد پیش‌فروش شامل بر ۲۵ ماده قانونی با ۴ تبصره، دارای شرایطی به شرح ذیل است:

شرایط شکلی قرارداد پیش‌فروش:

الف- «سند رسمی مالکیت یا سند رسمی اجاره با حق احداث بنا یا قرارداد رسمی حاکی از این‌که مورد معامله در ازای سرمایه‌گذاری با حق فروش از طریق احداث بنا بر روی عرصه به پیش‌فروشنده اختصاص یافته است». (ماده ۴ بند ۱ ق. پ. ف)

ب- دریافت «پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد». (ماده ۴ بند ۲ ق. پ. ف)

ج- «پیش‌فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش‌خریدار و اشخاص ثالث مسئول است و باید مسئولیت خود را از این جهت بیمه نماید. چنان‌چه میزان خسارت وارده بیش از مبلغی باشد که از طریق بیمه پرداخت می‌شود، پیش‌فروشنده ضامن پرداخت مابه‌التفاوت خسارت وارده خواهد بود». (ماده ۹ ق. پ. ف)

د- «تاییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان». (ماده ۴ بند ۴ ق. پ. ف)

ه- «پاسخ استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک». (ماده ۴ بند ۵ ق. پ. ف)

مقاله ۲. آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش با نگاهی به حقوق فرانسه ۴۱

ضمانت اجرایی قرارداد پیش‌فروش: «اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان یا بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از ۹۱ روز تا یک‌سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». (ماده ۲۳ ق. پ. ف) اثر قرارداد پیش‌فروش نسبت به پیش‌فروشنده:

الف- حقوق پیش‌فروشنده:

فروشنده در قراردادهای پیش‌فروش واحدهای مسکونی (ماده ۱۳ ق. پ. ف) حق تعدیل ثمن به‌طور یک‌جانبه را ندارد (مگر براساس حسن‌نیت طرفین) در ماده ۲ بند ۵ ق. پ. ف آمده است: «بهاء یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت».

فروشنده براساس قراردادهای پیش‌فروش، حق دریافت ثمن را از خریدار دارد. (ماده ۱۶ ق. پ.

ف)

ب- تعهدات پیش‌فروشنده:

فروشنده باید در موعد مقرر واحدهای مسکونی را به خریدار تحویل دهد. (ماده ۶ ق. پ. ف)

فروشنده باید اقدام به تنظیم سند رسمی انتقال برای خریدار کند. (ماده ۶ بند ۴ ق. پ. ف)

فروشنده برای انتشار آگهی پیش‌فروش واحدهای مسکونی، باید مجوز دریافت کند. (ماده ۲۳ ق.

پ. ف)

فروشنده باید اقدام اخذ پروانه ساخت (ماده ۴ بند ۲ ق. پ. ف) و تاییدیه مهندس ناظر مبنی بر

اتمام کار نماید. (ماده ۴ بند ۴ ق. پ. ف)

فروشنده باید بیمه‌ی مسئولیت را دریافت کند. (ماده ۹ ق. پ. ف)

۴- اثر قرارداد پیش‌فروش نسبت به پیش‌خریدار:

الف- حقوق پیش‌خریدار:

در صورت تاخیر در تحویل واحدهای مسکونی توسط فروشنده، خریدار حق مطالبه خسارت تاخیر

را دارد. (ماده ۶ ق. پ. ف)

خریدار براساس ماده ۷ ق. پ. ف در صورتی که مساحت بنا بیش از پنج درصد (۵٪) افزون بر

زیربنای مقرر در قرارداد باشد و یا این‌که مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد (۹۵٪)

از مقدار توافق شده باشد، خریدار حق فسخ قرارداد یا مطالبه خسارت وارده براساس نظر کارشناسی را دارد.

ب- تعهدات پیش‌خریدار: خریدار باید مطابق قرارداد، اقساط ثمن را به فروشنده پرداخت نماید.
(ماده ۱۶ ق. پ. ف)

۲-۲- چالش قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان ایران مصوبه ۱۳۸۹/۱۰/۱۲

آیین‌نامه‌های اجرایی پیش‌فروش تاکنون در بازار ملک قابلیت اجرا به‌خاطر نقص‌های موجود را ندارد. نواقص به شرح ذیل است:

ابهام در ماهیت قرارداد پیش‌فروش: در آیین‌نامه پیش‌فروش اساساً به ماهیت این نوع قرارداد اشاره‌ای نشده است.

لازم به‌ذکر است که قرارداد پیش‌فروش براساس ماده ۳۵۰ ق. م خارج از عقود تملیکی نیست؛ اما در این باره سه نکته وجود دارد:

نکته اول: مطابق قانون مدنی، قرارداد پیش‌فروش شامل «بیع عین معین» نمی‌شود، زیرا: اولاً: چون مشهور فقهاء امامیه «تعیین مبیع در معاملات» را لازم دانسته‌اند، بنابر اصل چهارم قانون اساسی قراردادهای پیش‌فروش به‌خاطر مجهول بودن مبیع، جایز نیست.

ثانیاً: با توجه به بند ۲ ماده ۳۶۱ ق. م «شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل و موجب بطلان عقد است» به‌خاطر جهل به مبیع، قراردادهای پیش‌فروش جایز نمی‌باشد.

ثالثاً: با توجه به ماده ۳۳۹ ق. م «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد به ایجاب و قبول واقع می‌شود» تعیین مبیع و ثمن در معاملات ضروری می‌باشد. (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۹۳)

رابعاً: با توجه به ماده ۳۶۱ ق. م «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است» قراردادهای پیش‌فروش به‌خاطر مجهول بودن مبیع، جایز نیست.

نکته دوم: مطابق قانون مدنی، قرارداد پیش‌فروش شامل «بیع کلی فی الذمه» نمی‌شود، زیرا در این نوع معاملات ضرورتی بر وجود ثمن در هنگام انعقاد قرارداد، بنابر نظریه حقوق‌دانان (همان، ج ۱، ص ۱۵۳) است و در صورت مجهول بودن، معامله به‌خاطر غرر باطل است. نکته سوم: در مورد مطابقت قرارداد پیش‌فروش با «بیع سَلَم» در میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد.

دسته اول: بعضی از صاحب‌نظران «قبض ثمن فی المجلس» را از شرایط ضروری عقد سَلَف دانسته‌اند (جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، ص ۴۶۹) و ادله را بیان کرده‌اند: اولاً: بنابر اصل چهارم قانون اساسی «قبض ثمن در بیع سَلَم» لازم است. ثانیاً: با توجه به ماده ۳۴۱ ق. م «بیع ممکن است، مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اُجلی قرار داده شود» در عقد بیع، مبیع و ثمن هر دو نمی‌توانند مؤجل باشند.

ثالثاً: با توجه به ماده ۳۶۴ ق. م «در بیعی که قبض شرط صحت آن است، مثل بیع صَرَف، انتقال از حین حصول شرط است، نه وقوع عقد»، قبض ثمن در مجلس بیع، لازم دانسته شده است و «بیع صَرَف در این ماده از باب مثال آورده شده است». (همان، ج ۱، ص ۵۹۳)

دسته دوم: برخی دیگر از حقوق‌دانان «قبض ثمن در بیع سَلَف» را منتفی می‌دانند (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷۵) و ادله ذیل را بیان نموده‌اند:

اولاً: با توجه به ماده ۱۰ ق. م «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» بیع سَلَف که قبض ثمن در آن انجام نمی‌پذیرد، نافذ می‌باشد، زیرا «قانون‌گذار با این نوع بیع مخالفت نکرده و این نوع بیع را، تابع قواعد عمومی قراردادها دانسته است». (همان، ج ۱، ص ۱۷۵)

ثانیاً: با توجه به ماده ۳۴۱ ق. م بیعی را که «ثمن و مبیع هر دو مؤجل باشند» صحیح است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۰۶)، زیرا بیعی که «ثمن و مثن هر دو عین خارجی و ثمن کلی و هر دو مؤجل باشند، نیز باید باطل دانست و حال آن‌که از اقسام بیع کالی به کالی به‌شمار نمی‌روند». (امامی، سیدحسن، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۴۵۴)

ثالثاً: «شرط قبض ثمن در مجلس بیع سلم، براساس اجتهاد و مصلحت‌اندیشی فقهاء بوده است.» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۰۶)

سرگردانی مقنن میان دو سیاست «تجمیع» یا «تاسیس»:

الف- قانون‌گذار با تسامح «قرارداد پیش‌فروش» را با ماهیت «بیع تدریجی» (تملیک مبیع به نسبت ثمن دریافتی) مطرح نموده است (ماده ۱۳ ق. پ. ف)؛ اما این نوع ماهیت دارای اشکال است، زیرا:

۱- قانون‌گذار از یک طرف عقود را تاسیس نموده است و از طرف دیگر این عقود را ذیل یک حکم تجمیع نموده است که همین امر موجب سرگردانی مقنن میان دو سیاست «تجمیع و تاسیس» شده است.

۲- در قرارداد پیش‌فروش عوضین مؤجل هستند که منطبق بر عنوان «بیع دین به دین» است. در مورد جواز یا عدم جواز «بیع دین به دین» بین حقوق‌دانان اختلاف نظر می‌باشد.

دسته اول: برخی از حقوق‌دانان بر عدم جواز «بیع دین به دین» به دو دلیل استناد نموده‌اند: اولاً: بنابر اصل چهارم قانون اساسی این بیع باطل است «هرچند که امروزه در روابط بازرگانی و بین‌المللی شایع است.» (کیائی، عبدالله، ۱۳۷۶، ص ۱۷۹)

ثانیاً: براساس ماده ۳۳۸ ق. م «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». آنچه که به‌وسیله عقد بیع دادوستد می‌شود، باید مال باشد و «مال در اصطلاح حقوقی به چیزی گفته می‌شود که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد» (امامی، سیدحسن، ۱۳۷۸، ص ۲۶)؛ اما در «بیع دین به دین» حق موضوع معامله است که از دیدگاه حقوقی، قابل نقل و انتقال به‌وسیله عقد نمی‌باشد.

دسته دوم: برخی دیگر از حقوق‌دانان بر جواز «بیع دین به دین» به سه دلیل استناد نموده‌اند:

اولاً: با توجه به اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق. م) «بیع دین به دین» صحیح می‌باشد.

ثانیاً: با توجه به ماده ۲۱۹ ق. م «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است؛ مگر این‌که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود»، «بیع دین به دین» صحیح و لازم‌الاتباع می‌باشد.

ثالثاً: «در عرف دادوستد نیز به انتقال حقوق، فروش گفته می‌شود، تا جایی که پاره‌ای از مولفان با هیجان نسخ ماده ۳۳۸ ق. م را مطرح کرده‌اند». (جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۲، ص ۴۶۲)
ب- قانون‌گذار قرارداد پیش‌فروش را به‌عنوان بیع در نظر گرفته است که این امر اشکال دارد، زیرا به دلیل عدم وجود واحدهای مسکونی در زمان انعقاد قرارداد، عملاً حمایت حقوقی از خریدار به عمل نمی‌آید و حداکثر یک «تعهد کلی» بر ذمه فروشنده تلقی می‌شود.

جامع نبودن در تعهد فروشنده و خریدار: قانون پیش‌فروش در مورد سایر حقوق فروشنده (جز حق مطالبه ثمن) و در مورد تعهد خریدار و ضمانت اجرایی آن، مسکوت مانده است.

ناکارآمدی در هماهنگی میان معاملات مرتبط با قرارداد پیش‌فروش:

الف- براساس ماده ۱۰ ق. پ. ف بانک‌ها موظف هستند که وجه تسهیلات گرفته شده توسط خریدار برای خرید واحدهای مسکونی را به حساب فروشنده واریز نمایند. بدیهی است این ماده قانون از کارایی لازم برخوردار نمی‌باشد، زیرا:

اولاً: بانک‌ها چگونه مکانیزم لازم را در واریز هر قسط براساس تحقق پیشرفت کار به حساب فروشنده و همچنین مطالبه اقساط و سود تسهیلات از خریدار داشته باشند؟

ثانیاً: این ماده قانونی در پروژه‌هایی انبوه و ملی (مسکن مهر) از کارایی مناسبی، برخوردار نمی‌باشد.

ب- مطابق ماده ۱۳ ق. پ. ف خریدار به نسبت پرداخت اقساط، مالک ملک پیش‌فروش می‌شود؛ اما قانون‌گذار بیان نکرده است که چگونه خریدار در حین ساخت واحدهای مسکونی به صورت مرحله‌ای صاحب ملک می‌شود؟ همچنین سند ساختمانی که جهت اخذ وام خرید واحدهای مسکونی، در رهن بانک است را چگونه می‌توان به صورت مرحله‌ای به خریدار واگذار کرد؟
ابهام در ضمانت اجرای مدنی قرارداد پیش‌فروش:

الف- مراد قانون‌گذار در ماده ۲۳ ق. پ. ف از الزام تنظیم قرارداد پیش‌فروش در قالب سند رسمی چیست؟ از الزام قانون‌گذار دو دیدگاه اشعار می‌شود:

۱- تصویب مجازات کیفری مغایر با صحیح بودن انعقاد قراردادهای پیش‌فروش به صورت قراردادهای عادی نمی‌باشد. (جای تامل است)

۲- تصویب مجازات کیفری در صورت عدم تنظیم سند رسمی، بیانگر ابطال قراردادهای پیش‌فروش به‌طور اسناد عادی می‌باشد، زیرا این نوع قراردادها مغایر با نظم عمومی است و در محاکم قضایی، دعاوی مبتنی بر پیش‌فروش با سند عادی مورد استماع نیست. این دیدگاه بعید به‌نظر می‌رسد، زیرا تعهدات ایجاد شده میان دو طرف برابر ماده ۱۰ ق. م معتبر و لازم‌الاجرا است.

ب- مطابق ماده ۲۴ ق. پ. ف مشاوران املاک موظف به ارجاع طرفین معامله به دفتر اسناد رسمی پس از انجام مذاکرات مقدماتی هستند و از تنظیم قرارداد منع شده‌اند. این ماده انعطاف لازم را ندارد، زیرا:

اولاً- ارائه خدمات رایگان توسط مشاور املاک به طرفین قرارداد دور از انصاف است.

ثانیاً- مطابق مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت، بنگاه‌های املاک می‌توانند قرارداد پیش‌فروش را به‌صورت قولنامه میان طرفین معامله تنظیم کنند.

ابهام در تعداد شناسنامه مربوط به ساختمان: بند ۴ ماده ۲ و نیز ماده ۲۲ ق. پ. ف اشاره به اخذ شناسنامه فنی برای هر واحد توسط فروشنده دارد. از سویی دیگر بند ۲۱ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴ به یک شناسنامه فنی و ملکی ساختمان اشاره نموده است که این دو ماده قانونی، موجب ابهام در تعدد یا وحدت شناسنامه برای ساختمان می‌شود.

عدم هماهنگی با دیگر قوانین:

الف- در بند ۸ ماده ۲ ق. پ. ف «تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله» را بر عهده طرفین گذاشته و قید آن در قرارداد پیش‌فروش الزامی دانسته است. در حالی که بند ب ماده ۱۶۸ قانون برنامه پنجم توسعه، مرجع رفع نقص و جبران خسارت را بر عهده آیین‌نامه مصوب دولت قرار داده است.

ب- قانون‌گذار در ماده ۹ ق. پ. ف در مورد مدت بیمه مسئولیت سکوت کرده و بر عهده طرفین واگذار قرار داده است. در حالی که در بند ب ماده ۱۶۸ قانون برنامه پنجم توسعه، بیمه مسئولیت محدود به ۱۰ سال شده است.

ج- در ماده ۱۹ ق. پ. ف «پس از انتقال قطعی واحد پیش‌فروش شده و انجام کلیه تعهدات، قرارداد پیش‌فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم به اعاده آن به دفترخانه می‌باشند» ابهام وجود دارد، زیرا:

اولاً: تفاوت عمده‌ای میان قرارداد ساقط شده (نتیجه بطلان قرارداد) با قرارداد پایان یافته (نتیجه ایفاء تعهد) است.

ثانیاً: ماده فوق‌الذکر با بند ۸ ماده ۲ ق. پ. ف (خسارات ناشی از عیب بنا بعد از تنظیم سند) و ماده ۱۴ ق. پ. ف (مستند قضاوت داور در خصوص خسارات بعد از تنظیم سند) تعارض دارد.

تعارض با حقوق جزا و دادرسی کیفری:

الف- براساس ماده ۲۱ ق. پ. ف (مجازت مطبوعات و رسانه‌ها به‌خاطر انتشار آگهی پیش‌فروش بدون دریافت مجوز، به توقیف به مدت حداکثر دو ماه و جزاء نقدی از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یک‌صد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال) رسانه‌های مخابراتی دولتی در صورت انتشار آگهی پیش‌فروش بدون مجوز از طریق ارسال پیامک، چگونه قابل توقیف خواهند بود؟

ب- در ماده ۲۱ ق. پ. ف تنظیم قرارداد توسط بنگاه املاک، جرمی عمومی و غیرقابل گذشت تلقی شده است؛ اما مطابق ماده ۶۷ قانون مجازات اسلامی «دادگاه می‌تواند مرتکب جرایم عمدی را که حداکثر مجازات آن بیش از شش ماه تا یکسال حبس است، به مجازات جایگزین (ماده ۶۴ همین قانون) محکوم کند» جرائم مذکور قابل گذشت تلقی می‌شود.

ج- قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۳ ق. پ. ف «وزارت مسکن و شهرسازی» را در جایگاه شاکی در جرایم مذکور قرار داده است. در صورتی که مطابق ماده ۶۴ ق. آ. د. ک (جدید) در پنج مورد (شاکی، اعلام ظابطان دادگستری، وقوع جرم مشهود، اقرار متهم و اطلاع دادستان از وقوع جرم) دادستان تکلیف به تعقیب متهم دارد. همچنین مطابق ماده ۶۵ همین قانون، اعلام جرم در جرایم غیرقابل گذشت مصداق پیدا می‌کند.

اشتباه در مفاهیم حقوقی:

الف- در ماده ۱۴ ق. پ. ف واژه «استیفاء» استعمال شده که در واقع منظور «تہاتر» می‌باشد.
ب- در بند ۱ ماده ۶ ق. پ. ف واژه «اجرت‌المثل» استعمال شده که در واقع منظور «اجرت‌المثل استیفاء منافع» است.

ج- در ماده ۹ ق. پ. ف سه حکم قانونی «پیش‌فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بناء و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش‌خریدار و اشخاص ثالث مسؤول است و باید مسؤولیت خود را از این جهت بیمه نماید. چنانچه میزان خسارت وارده بیش از مبلغی باشد که از طریق بیمه پرداخت می‌شود، پیش‌فروشنده ضامن پرداخت مابه‌التفاوت خسارت وارده خواهد بود» وجود دارد که حکم سوم همان مفهوم حکم نخست را از نظر حقوقی دارد.

۲-۳- قرارداد پیش‌فروش واحدهای مسکونی در حقوق فرانسه مصوبه ۱۹۶۷/۱/۳

در قوانین فرانسه^۱ قرارداد پیش‌فروش با عنوان «قرارداد آیندان» مطرح شده است. (جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، ص ۵۰۸) در قانون مدنی کشور فرانسه، عقد بیع به دو صورت می‌باشد: ۱- عقد رضائی. ۲- غیررضائی. در ماده ۱۵۸۲ ق. م آمده است: «بیع، توافقی میان شخصی (بایع) که خود را متعهد به تسلیم چیزی به طرف دیگر (مشتري) در مقابل بهایی می‌باشد. این توافق ممکن است به واسطه یک سند رسمی یا غیررسمی که به وسیله امضای خصوصی دو طرف صورت می‌گیرد». صدر ماده قانونی فوق، اشاره به «عقد رضائی» و همچنین ذیل آن، اشاره به «عقد غیررضائی» دارد. البته براساس ماده ۱۵۸۴ ق. م «قرارداد بیع فروش ممکن است به طور قطعی یا به طور مشروط منعقد شود» بیع می‌تواند مطلق یا مشروط (شروط مقدم یا موخر) منعقد گردد.

براساس ماده ۱۵۸۳ ق. م «قرارداد بیع مربوط به طرفین به مجرد توافق در مورد معامله و قیمت آن به وجود می‌آید، گرچه مبیع تسلیم و ثمن آن تادیه نشده باشد» تعیین ثمن، از عناصر مهم قرارداد بیع است. همچنین در ماده ۱۵۹۱ ق. م آمده است: «ثمن معامله باید توسط طرفین تعیین شده باشد».^۲

مطابق ماده ۱۵۹۲ ق. م تعیین ثمن کالا به حکم شخص ثالث (داور) صحیح بوده و بیع نافذ خواهد بود و در صورت عدم توانایی شخص ثالث در تعیین بهای کالا، معامله باطل است.^۳ البته

1- vente de la chose future.

2- The price of the sale must be determined and designated by the parties"(THE FRENCH CIVIL CODE, Art. 1591).

3- 44it(proce) may, however, be left to the arbitration of a third party, if third party does not wish or is (unable to make the evaluation, there no sale.) (The French civil code, Art. 1522».

براساس مفهوم موافق قسمت اخیر ماده مذکور^۱ تعیین ثمن به حکم یکی از طرفین معامله جایز صحیح نمی‌باشد. (Ghestin, 1974, p.365)

البته مقررات پیش‌فروش در قانون فرانسه به شرح زیر است:

در ماده ۱-۱۶۰۱ ق. م آمده است: «قرارداد پیش‌فروش، سازنده را متعهد می‌کند که واحدهای مسکونی را در طول مدتی که در قرارداد بیان شده است، احداث نماید و یا این که واحدهای مسکونی را در آینده تکمیل و تحویل دهد».

در ماده ۲-۱۶۰۱ ق. م آمده است: «سازنده متعهد است که هرگاه واحد مسکونی، به‌طور کامل ساخته شود، آن را به مشتری تحویل دهد و همچنین خریدار باید آن واحد مسکونی را تحویل گرفته و ثمن مورد توافق را بپردازد. انتقال مالکیت، به‌وسیله یک سند رسمی بعد از احداث کامل واحدهای مسکونی صورت می‌گیرد».

در ماده ۳-۱۶۰۱ ق. م آمده است: «سازنده به موجب قرارداد پیش‌فروش، حق خود بر زمین را به خریدار و همچنین مالکیت آن چیزی که تاکنون توسط سازنده ساخته شده است، منتقل می‌نماید. احداث واحدهای مسکونی هر اندازه انجام گردد، جزء اموال مشتری است و باید بهای هر اندازه از کار انجام شده را بپردازد. البته کلیه اختیارات ملکیت مالک واحدهای مسکونی تا اتمام برای فروشنده خواهد بود».

در ماده ۴-۱۶۰۱ ق. م آمده است: «در صورت انتقال واحدهای مسکونی به شخص ثالث توسط خریدار، تمامی تکالیف و تعهدات خریدار که توسط قرارداد پیش‌فروش واحدهای مسکونی در مقابل سازنده ایجاد شده است، بر عهده منتقل‌الیه خواهد بود. حال اگر فروش واحدهای مسکونی توسط یک آژانس (موسسه) انجام پذیرد، موسسه واسطه میان فروشنده و منتقل‌الیه تلقی می‌گیرد. مقررات مذکور در مورد هرگونه نقل و انتقال (شفاهی، اختیاری، اجباری) جریان دارد».

در ماده ۱۶۰۲ ق. م آمده است: «در صورت ابهام یا پیچیدگی در متن توافق، فروشنده موظف است تعهدات خود را به وضوح تفسیر نماید».

1 - (...if the third party does not wish or...there is no sale).

در ماده ۱۶۰۳ ق. م آمده است: «دو تعهد بر عهده فروشنده است: ۱- تحویل مال مورد معامله. ۲- دارای مجوز قانونی جهت فروش مال مورد توافق». (Ghestin, 1974, p. 700)

براساس مقررات فوق، پیش‌فروش واحدهای مسکونی به دو صورت است:

الف- فروش واحدهای مسکونی و تحویل آن در آینده: فروشنده واحدهای مسکونی پس از انعقاد قرارداد، واحدهای ساختمانی را در مدت مقرر شده، ساخته و سپس به مشتری تحویل می‌دهد و خریدار ثمن آن را به‌طور کامل پرداخت می‌نماید. این نوع قرارداد در واقع یک نوع «عقد عهدی» می‌باشد، زیرا انتقال ملکیت با ارائه گواهی پایان کار ساختمانی یا ارائه سند پایان کار، در دفتر اسناد رسمی انجام می‌پذیرد. در این نوع معامله، فروشنده ممکن است، مالک زمین باشد و یا این‌که سازنده واحدهای مسکونی محسوب می‌گردد.

ب- احداث تدریجی واحدهای مسکونی و همچنین فروش و تحویل آن به‌صورت تدریجی: فروشنده حقوق واحدهای مسکونی تاکنون ساخته شده را به خریدار منتقل می‌نماید و خریدار ثمن آن را می‌پردازد. در این نوع قرارداد فروشنده باید مالک زمین و یا به وکالت از طرف مالک باشد و همچنین انتقال ملکیت از مالک به خریدار به‌صورت تدریجی صورت می‌گیرد؛ ولی عقد مذکور از زمان انعقاد، عقد تملیکی محسوب می‌گردد. در این نوع قرارداد پیش‌فروش، احتمال سوءاستفاده فروشنده از قبیل انتقال ملکیت واحدهای مسکونی به شخص ثالث وجود ندارد و همچنین در صورت توقف روند احداث واحدهای مسکونی (ارادی یا غیرارادی) توسط فروشنده، خریدار به هیچ‌عنوان متضرر نمی‌گردد، زیرا او ثمن را در مقابل واحدهای مسکونی احداثی می‌پردازد.

۳- راه‌کارهای رفع اشکالات قانون پیش‌فروش ایران مصوبه ۱۳۸۹/۱۰/۱۲

آیین‌نامه‌های اجرایی پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان مصوبه ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ به‌خاطر نقص‌هایی حقوقی، قابلیت اجرا در جامعه را ندارد؛ لذا به‌منظور بهبود و اصلاح وضعیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش، پیشنهادهایی به شرح زیر ارائه می‌شود:

الف- ماهیت قرارداد:

با مقررات موجود در قانون مدنی فعلی، قادر به سروسامان دادن مسائل مربوط به پیش‌فروش واحدهای ساختمانی و کاهش دعاوی نزد مقام قضایی نیستیم؛ لذا قانون‌گذار باید اصلاحاتی را بنا بر

مسائل روز جامعه در قوانین انجام دهد. همان‌طور که قانون مدنی کشور فرانسه از سال ۱۸۰۴ تاکنون، اصلاحیه‌های زیادی را در جهت برطرف کردن کمبودهای خود داشته است.

واحدهای ساختمانی مورد معامله (در دست احداث) می‌توانند در قالب هر یک از عقود تملیکی (عین معین، کلی در معین یا الذمه، سلف) باشند (ماده ۳۵۰ ق.م)، البته این موضوع نباید تاثیری در اعتبار عقد و انتقال تدریجی مالکیت به خریدار داشته باشد. (ماده ۲۱۹ ق.م)

سازمان شهرداری باید هنگام صدور پروانه احداث واحدهای مسکونی، به تعداد واحدها «برگ سند پیش‌فروش» تنظیم نماید، تا فروشنده در صورت فروش این واحدهای مسکونی به‌وسیله قولنامه‌ای، «برگ سند پیش‌فروش» را به خریدار تحویل دهد.

«برگ سند پیش‌فروش» باید دارای مشخصاتی هم‌چون: شماره سریال، تاریخ، مشخصات واحد ساختمانی از لحاظ مساحت و دیگر امکانات (انباری و پارکینگ)، مشخصات فروشنده و خریدار (نام و نام‌خانوادگی، شماره شناسنامه، کدملی)، مهر و امضای مقام شهرداری و قیمت کل واحد مسکونی باشد. باید در «برگ سند پیش‌فروش» ذکر گردد که مالکیت به‌صورت تدریجی برای فروشنده ایجاد می‌گردد (مانند: نوع دوم بیع پیش‌فروش در قانون مدنی فرانسه)، این امر از هرگونه سوءاستفاده از جانب مالک یا فروشنده جلوگیری می‌نماید.

هم‌چنین برای محاسبه ثمن در قراردادهای پیش‌فروش می‌توان به راه‌حل‌های ذیل اشاره نمود:
۱- براساس قیمت بازار. ۲- توسط شخص ثالث. ۳- تعیین ثمن براساس هزینه تولید. (داراب‌پور، مهراب، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، ص ۲۴۵)

قرارداد پیش‌فروش می‌تواند به دو صورت تنظیم گردد:

الف- تنظیم قرارداد در دفتر اسناد رسمی.

ب- تنظیم قرارداد به‌صورت قولنامه‌ای در دفتر املاک با این شرط که در قولنامه، کد رهگیری، تاریخ ثبت قرارداد، سریال هولوگرام و شناسه املاک ذکر شود و با اتمام واحدهای مسکونی طرفین باید در دفتر اسناد رسمی، سند را تنظیم کنند.

برای ساختمان پیش‌فروش که دارای تعداد واحدهای مسکونی هست، دریافت یک شناسنامه فنی توسط پیش‌فروشنده کفایت می‌کند.

مدت بیمه مسئولیت مطابق بند ب ماده ۱۶۸ قانون پنجم توسعه، ۱۰ سال است.

ب- ضمانت اجرایی قرارداد پیش‌فروش:

تبلیغ و انتشار آگهی واحدهای مسکونی پیش‌فروش توسط مطبوعات و رسانه‌ها نیازمند مجوز از شهرداری می‌باشد. در صورت انتشار آگهی بدون مجوز قانونی، مطابق ماده ۲۱ ق. پ. ف محکوم می‌شوند. ارائه شکایت به دادگاه در جرایم: اقدام به پیش‌فروش بدون تنظیم سند و اقدام به درج یا انتشار آگهی بدون مجوز، توسط شاکی یا دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم می‌باشد و تعیین مجازات کیفر آن بر عهده دادگاه می‌باشد.

تصویب قوانین در معاملات پیش‌فروش واحدهای مسکونی جهت متعهد کردن مالک یا فروشنده برای اتمام واحدهای مسکونی در دسترس احداث و در صورت عدم تعهد مالک یا فروشنده به تکمیل واحدهای مسکونی، مشتری حق اجبار فروشنده به وسیله دادگاه (۲۳۹ ق. م) و در صورت ممتنع بودن عدم اجبار، حق فسخ معامله (۲۴۰ ق. م) و یا حق انتقال ملکیت تدریجی به شخص ثالث را داشته باشد. یک «شرط ضمن عقد» در قرارداد پیش‌فروش در نظر گرفته شود، تا زمانی که فروشنده در موعد مقرر در قولنامه برای تنظیم سند رسمی حاضر نشود (به‌خاطر عدم تمایل به فروش، توقف به‌علت مشکلات مالی کار و مشکلات اداری با شهرداری و موسسات دیگر)، خریدار با اخذ گواهی عدم حضور از دفترخانه اسناد رسمی با اعلام «یک مهلت اضافی سه ماهه» به طرف مقابل، حق فسخ معامله را نزد مقام قضائی یا ثبتی داشته باشد و از شهرداری مجوز ادامه کار واحد مسکونی را دریافت نماید. (۲۳۸ ق. م)

ج- اثر قرارداد پیش‌فروش نسبت طرفین معامله:

خریدار با در دست داشتن «برگ سند پیش‌فروش» قادر به اخذ تسهیلات از بانک می‌باشد و بانک نیز باید تسهیلات را به حساب خریدار واریز کند تا در هر مرحله ایشان پول را به حساب فروشنده به‌صورت تدریجی وایز نماید. پس از تکمیل واحدهای پیش‌فروش، خریدار به مدت یکسال حق اعتراض و جبران خسارات نسبت به واحدهای پیش‌فروش دارد که مرجع رفع نقص و جبران خسارت را بر عهده «آیین‌نامه مصوب دولت» است. در صورت عدم حضور خریدار برای تنظیم سند رسمی (به‌علت عدم رضایت یا به‌خاطر مشکلات مالی) فروشنده با فسخ معامله، واحد مسکونی را به غیر انتقال دهد.

نتیجه

امروزه تهیه واحدهای مسکونی در ایران و دیگر کشورهای صنعتی توسط اقشار ضعیف جامعه به‌وسیله قرارداد پیش‌فروش اقساطی امکان‌پذیر است؛ اما گاه با پرداخت تمام ثمن اقساط توسط مشتری، شاهد سوءاستفاده برخی افراد و شرکت‌هایی با سرمایه اندک هستیم. به همین منظور در جهت جلوگیری از این سوءاستفاده‌ها، قوانین خاصی برای قراردادهای پیش‌فروش در کشورها وضع شده است. در کشور فرانسه پیش‌فروش واحدهای مسکونی به دو صورت می‌باشد:

الف- فروش واحدهای مسکونی و تحویل آن در آینده.

ب- فروش واحدهای مسکونی و تحویل آن به‌صورت تدریجی.

در روش دوم احتمال سوءاستفاده فروشنده در جهت فروش واحدهای مسکونی به دیگر افراد وجود ندارد و در صورت عدم انجام تعهد توسط فروشنده (ارادی یا غیرارادی)، خریدار به‌خاطر پرداخت ثمن در قبال واحدهای مسکونی احداثی، متضرر نمی‌گردد.

کشور ایران نیز قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان را در سال ۱۳۸۹ به تصویب رساند؛ اما این قانون به‌خاطر وجود اشکالات، قابلیت اجرا در کشور ندارد. ایراداتی از جمله: ابهام در ماهیت قراردادهای پیش‌فروش، سرگردانی مقنن میان دو سیاست «تجمیع» یا «تاسیس»، ناکارآمدی در هماهنگی میان معاملات مرتبط با قرارداد پیش‌فروش، ابهام در ضمانت اجرایی و اخذ شناسنامه ساختمان، عدم هماهنگی با دیگر قوانین مدنی و کیفری، اشتباه در مفاهیم حقوقی و جامع نبودن در تعهدات فروشنده و خریدار.

اما با تحقیقات صورت گرفته در فقه امامیه و حقوق ایران مشخص می‌شود، قرارداد پیش‌فروش را می‌توانیم در قالب هر یک از قراردادهای تملیکی قرار دهیم، زیرا دلیل قابل استنادی بر «تعیین مبیع» در «بیع عین معین» و «بیع سَلَم» و «تعیین ثمن» در همه قراردادهای (عین معین - کلی فی الذمه - سَلَم) در حین انعقاد قراردادهای بیع وجود ندارد و این دو شرط براساس اجتهاد و مصلحت‌اندیشی مشهور فقهاء امامیه بوده است. همچنین برای رفع دیگر اشکالات قانون پیش‌فروش، لازم است که قانون‌گذار قانون مدنی را بازنگری نماید و اصلاحاتی در جهت برطرف کردن کمبودهای مطابق با مسائل روز جامعه در قوانین ایجاد کند.

فهرست منابع

قرآن کریم.

- ابن حمزه، محمد بن علی، الوسیله، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره)، ۱۴۰۸ ق.
- ابن قیّم الجوزیه، محمد بن ابی بکر، زاد المعاد، دمشق، دار الآفاق العربیه، ۱۴۲۸ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۸.
- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، موسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۵.
- انصاری، مرتضی، مکاسب، قم، موسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناطره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
- البلبکی، روحی، المورد قاموس عربی - انکلیزی، بیروت، دار العلم للملایین، ۲۰۰۹ م.
- جبی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۰ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوقی مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- حرالعملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.
- حسینی روحانی، سید صادق، فقه الصادق (ع)، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۲ ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبه، نجف، مکتب سماحه آیه الله العظمی السیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامه، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- حسینی مراغه ای، سید فتاح، العناوین الفقهیة، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- حلی (محقق)، جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی (محقق)، جعفر بن الحسن، المختصر، قم، موسسه مطبوعات دینی، ۱۴۱۸ ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خوری شرتونی لبنانی، سعید، اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، تهران، اسوه، ۱۳۸۵.
- دادمهرزی، سید مهدی، فقه استدلالی (ترجمه تحریر الروضه فی شرح اللمعه)، قم، چاپ زیتون، ۱۳۸۱.
- داراب پور، مهربان، ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲ - ۲۱، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷.
- زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۹.
- سبزواری (محقق)، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، قم، دار التفسیر، ۱۳۸۸ ق.

- سعدی، ابوحیب، القاموس الفقہی لغۃ و اصطلاحاً، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۹ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق، تهران، ناشر خرسندی، ۱۳۹۱.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶ (عقود معین)، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.
- صدوق (ابن بابویه)، محمد بن علی، من لا یحضر الفقیه، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهج الصالحین، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
- طباطبائی کربلایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم‌السلام لایحیاء التراث، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، سؤال و جواب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، استبصار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی، بی‌تا.
- العاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، قواعد و فوائد، قم، مکتبه المفید، بی‌تا (الف).
- العاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه، قم، نشر اسلامی، بی‌تا.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل‌البتی (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین (معاملات معوض - تملیکی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۳.
- کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر، انوار الفقهاه (کتاب البیع)، نجف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- کیایی، عبدالله، التزامات بایع و مشتری، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
- مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۱، پاییز - زمستان، ۱۳۶۸.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس، بیروت، دار الفکر، ۱۳۸۶ ق.
- مغربی، نعمان بن محمد تمیمی، دعائم الإسلام، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم‌السلام، ۱۳۸۵ ق.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل، ایضاح الکفایه، قم، نشر نوح، ۱۳۸۵.
- موسوی بغدادی (علم‌الهدی)، سید مرتضی، الانتصار، قم، النشر الإسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، کتاب البیع (۵ جلد)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، کتاب الطهاره، قم، مطبعه الحکمه، بی‌تا.

٥٦ دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال چهارم، شماره ٨، پائیز و زمستان ١٣٩٦

- موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (طبع قدیم)، قم، انصاریان، ١٤١٧ ق.
- موسوی خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ١٤١٠ ق (الف).
- نائینی، محمدحسین، منیه الطالب، قم، نشر اسلامی، بی تا.
- نائینی، محمدحسین، المكاسب و البیع، قم، نشر اسلامی، ١٤١٣ ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.
- نراقی، المولی عبدالصاحب محمد، مشارق الاحکام، قم، مؤتمر المولی مهدی النراقی، ١٤٢٢ ق.
- نراقی، احمد، عوائد الایام، قم، مکتبه بصیرتی، ١٤٠٨ ق.
- النعمان (مفید)، محمدبن محمد، المقنعه، قم، نشر اسلامی، ١٤١٠ ق.
- نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل، بیروت، موسسه آل بیت علیهم السلام، ١٤٠٨ ق.