

آثار و ماهیت قراردادهای
«پیش‌فروش» و «مشارکت ساخت»
در نظام حقوقی ایران

مؤلف: حسن عامری

۱۳۹۸

سرشناسه	عامری، حسن، ۱۳۶۳-
عنوان قراردادی	ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	آثار و ماهیت قراردادهای «پیش‌فروش» و «مشارکت در ساخت» سولف حسن عامری.
شخصات نشر	تهران: دولت علم، ۱۳۹۸.
شخصات ظاهری	۲۹۰ ص.
شابک	۴۰۰۰۰۰ ریال 5-06-6645-622-978:
وضعیت فهرست نویسی	فیا
یادداشت	کتابنامه: ص. [۲۸۵] - ۲۹۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.
موضوع	ساختمان‌سازی -- ایران -- صنعت و تجارت
موضوع	Construction industry -- Iran
موضوع	ساختمان‌سازی -- صنعت و تجارت -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	Construction industry -- Law and legislation -- Iran
موضوع	معاملات اموال غیرمنقول -- ایران
موضوع	Vendors and purchasers -- Iran
موضوع	ساختمان‌سازی -- ایران -- قراردادها
موضوع	Construction contracts -- Iran
رده بندی کنگره	TH۱۴۵
رده بندی دیویی	۶۹۰/۰۱۹۰۵
شماره کتابشناسی ملی	۶۸۸۱۱۱۱

انتشارات دولت علم

نام کتاب: آثار و ماهیت قراردادهای پیش‌فروش و مشارکت ساخت در نظام حقوقی ایران

نویسنده: حسن عامری

حروفنگاری و صفحه‌آرایی: واهد رایانه انتشارات دولت علم

چاپ اول: ۱۳۹۸ شمارهگان: ۱۰۰۰

قیمت: ۴۰۰۰۰۰ ریال

شابک: ۹۷۸-۹۶۲۳-۶۶۴۵-۰۶-۵

نشانی: تهران - خیابان انقلاب - مقابل دانشگاه تهران - مجتمع فروزنده - واهد ۵۱۴

Email: dolateelm@gmail.com

تلفن: ۶۶۵۷۷۶۲۵

کلیه حقوق این کتاب نزد ناشر محفوظ است.

فهرست

۵	فهرست
۷	مقدمه
۱۳	فصل اول
۱۳	آثار و ماهیت قراردادهای پیش‌فروش ساختمان
۱۳	مبحث اول: مفهوم و پیشینه تاریخی قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۱۳	گفتار اول: تعریف و اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق موضوعه
۲۵	گفتار دوم: پیشینه قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران
۳۰	مبحث دوم: ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۳۱	گفتار اول: ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان با توجه به قراردادهای مطروحه در فقه
۴۷	گفتار دوم: ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق موضوعه
۵۹	مبحث سوم: شرایط و آثار انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۵۹	گفتار اول: شرایط عمومی انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۷۵	گفتار دوم: شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۸۱	مبحث چهارم: آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۸۲	گفتار اول: آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان نسبت به طرفین قرارداد
۹۴	گفتار دوم: آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان نسبت به اشخاص ثالث
۱۰۰	گفتار سوم: جایگاه داور و ضمانت اجرای کیفری در قانون پیش‌فروش ساختمان
۱۱۵	فصل دوم:
۱۱۵	آثار و ماهیت قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز
۱۱۵	مبحث اول: مفهوم، تاریخچه، انواع و ارکان قرارداد مشارکت در ساخت و ساز

۱۱۵	گفتار اول: مفهوم و تاریخچه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۱۹	گفتار دوم: انواع قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز
۱۲۶	گفتار سوم: ارکان قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۴۰	مبحث دوم: تشکیک در مشروعیت و بررسی عقود قابل طرح در ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز (احداث) ساختمان
۱۴۰	گفتار اول: تشکیک در مشروعیت قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۵۰	گفتار دوم: بررسی عقود قابل طرح در ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۲۱۵	مبحث سوم: اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و آثار آن نسبت به طرفین
۲۱۵	گفتار اول: اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۲۲۸	گفتار دوم: آثار قرارداد مشارکت در ساخت و ساز نسبت به طرفین
۲۷۷	فصل سوم:
۲۷۷	جمع بندی
۲۷۷	در خصوص آثار و ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان
۲۸۱	در خصوص آثار و ماهیت قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز
۲۸۵	منابع و مأخذ:
۲۸۵	الف: منابع فارسی
۲۸۹	ب: منابع عربی

مقدمه

یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز باتوجه به رشد روزافزون جمعیت احداث واحدهای ساختمانی به نام آپارتمان می‌باشد. فروش این گونه واحدها معمولاً قبل از احداث انجام می‌شود و این امر در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قرارداد پیش‌فروش تعبیر می‌شود و باتوجه به جدید بودن این گونه قراردادهای، آحاد جامعه و بالأخص حقوقدانان لازم است آگاهی لازم بر چگونگی و کم و کیف این گونه قراردادهای داشته باشند. به‌علاوه جدید بودن قرارداد پیش‌فروش موجب گردیده تا در خصوص ماهیت آن بین حقوقدانان اختلاف نظر ایجاد گردد. لذا بعضی ماهیت آن را بر مبنای قرارداد خصوصی و ماده (۱) قانون مدنی تبیین می‌نمایند و آثار یک توافق خصوصی را بر آن بار می‌کنند؛ اما برخی دیگر ماهیت این قرارداد را بیع معلق دانسته و معتقدند چون مبیع یعنی آپارتمان در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و بعد از مدتی به وجود می‌آید، لذا آثار عقد بیع نیز از زمان ایجاد آپارتمان تحقق یافته و در این قرارداد اثر اصلی عقد بیع که انتقال مالکیت می‌باشد پس از تحقق معلق علیه (ساخته شدن واحد ساختمانی) بروز خواهد یافت.

از طرف دیگر احداث و ساخت این آپارتمان‌ها امروزه خود یکی از مسائل پیچیده و مهم در دستگاه قضایی شده است؛ صرف‌نظر از اینکه این قرارداد در چه قالب و محتوایی باید باشد یا به چه گونه‌ای باید تنظیم گردد، خود نیز دارای آثار و ماهیتی خاص در نظام حقوقی ایران (و البته فقه اسلام) است. نگارنده در پژوهش حاضر در پی تبیین و تحلیل آثار و ماهیت قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و مشارکت در احداث ساختمان (ساخت و ساز) در نظام حقوقی ایران می‌باشد. در این خصوص، نگارنده علاوه بر تبیین موضوع در حقوق ایران، توجهی نیز به مسائل مربوطه در فقه اسلام خواهد داشت؛ چرا که فروش سلف (که در علم حقوق پیش‌فروش نامیده می‌شود) نیز در فقه اسلام

وجود داشته است بنابراین تطبیق موضوع در دو نهاد می‌تواند کمک شایانی به تبیین بهتر موضوع نماید و ارزش علمی آن را دو چندان نماید.

یکی از ویژگی‌های عصر حاضر، ظهور قراردادهای جدید است که برای نیازهایی که در دوره‌های گذشته وجود نداشته یا مورد توجه نبوده، پدید آمده است. چنان که برخی از قراردادهایی که در گذشته به صورت ابتدایی و اولیه وجود داشته، امروزه شکل تکامل یافته‌تری پیدا کرده است. نیاز به مسکن، از جمله نیازهای طبیعی و اولیه بشر از همان ابتدای استقرار او بر زمین بوده است. او در طول تاریخ در جهت رفع این نیاز خود، به صورت‌های گوناگون دست به کار شده است.

در تاریخ حکومت‌های پادشاهی، چون عمده زمین‌های یک سرزمین، ملک پادشاه محسوب می‌گردید، بخش عظیمی از جامعه، مسکن مستقل نداشت و سرپناهی هم اگر داشت، ملک او نبود. در این دوره به دلیل وجود نظام ارباب-رعیتی و تحکم گروه ثروتمند بر گروه مستمند، دست‌آخیر، حتی با داشتن تخصص ساخت و ساز، باز هم حق تملک آنچه را با دستن خود ساخته بود، نداشت؛ چراکه صاحب زمین علاوه بر این که دارای توان مالی بود، گروه پرجمعیت مستمندان جامعه را به استضعاف و استثمار می‌کشید؛ و تنها حق سازنده، در ازای آنچه بنا کرده بود، حق زنده ماندن بود.

در عصر حاضر، با مردم سالار شدن بیشتر جوامع، افزایش جمعیت کره زمین و محدودیت‌های فضای استقرار افراد بشر در آن، ساخت و سازها اهمیت قابل توجهی یافته است. تقریباً در بیشتر کشورهای جهان، تولید مسکن به لحاظ هزینه‌های هنگفت، معضلی بزرگ محسوب می‌شود. از سویی دیگر، محدودیت امکانات شهری از جمله زمین، موجب شده است شهرها از حالت افقی به حالت عمودی گسترده شوند و به‌جای خانه‌ها یا ویلاهای یک یا دو طبقه، ساختمان‌های چند طبقه و برج‌های عظیم ساخته شود. از طرفی نیز با افزایش امید بشر و بالا رفتن نرخ رشد جمعیت به نحوی بی‌سابقه، دولت‌ها با مشکلاتی جدی برای برآوردن نیازهای مردم خود مواجه شده‌اند.

صنعت ساختمان یکی از قدیمی‌ترین و مهم‌ترین بخش‌های زیربنایی در توسعه اقتصادی هر کشور است. به‌ویژه در ایران که زمین و ملک، نوعی وسیله ثروتمند شدن محسوب می‌گردد و همین امر، افزایش معاملات زمین را در پی داشته است.

در این بین، عده معدود و محدودی صاحب زمین هستند که اگر قرار باشد تنها آن‌ها حق سکونت در زمین را داشته باشند، دیگر جایی برای سایرین نخواهد بود. از سوی دیگر، مالکان زمین نیز لزوماً تخصص و یا توانایی فنی و توان مالی ساخت و ساز را ندارند؛ و بنابراین دو گروه صاحبان زمین و صاحبان تخصص فنی و توان مالی، درصد همکاری و مشارکت با یکدیگر بر می‌آیند و از آن جا که مالک زمین، چیزی به جز زمین ندارد تا در ازای ساخت و ساز بپردازد، می‌پذیرد سهمی را از آن چه ساخته شده است، به سازنده یا شریک تعلق یابد.

مسکن از جمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است. در طول تاریخ، انسان توانست از بدویت خارج و تبدیل به انسان ابزارساز شود. ابزارسازی انسان موجب دگرگونی و پیشرفت در ساخت مسکن شد. نوع مصالح و مواد تشکیل‌دهنده ساختمان‌ها از حالت اولیه خارج و تبدیل به مصالح پیچیده امروزی شد و بالتبع، تحول و بهبود مصالح باعث گزافه شدن هزینه تمام‌شده ساختمان شد.

لذا جامعه با بحرانی جدی مواجه شد، چه اینکه از یک طرف خریدارانی وجود داشتند که توانایی خرید ساختمان به صورت نقدی را نداشتند و از طرف دیگر، سازندگانی وجود داشتند که سرمایه‌شان برای ساخت ساختمان‌های استاندارد کافی نبود. به این ترتیب، قرارداد پیش‌فروش ساختمان در عرف معاملات پا به عرصه وجود نهاد؛ قراردادی که مشکلات پیش‌گفته را مرتفع کرد. پیش‌خبرداران در این نوع قراردادها توانستند بهای قراردادی ساختمان را به‌طور اقساط بپردازند و از طرف دیگر سازندگان (پیش‌فروشنندگان) نیز توانستند بخشی از عوض قراردادی را قبل از مبادرت به احداث ساختمان و در ابتدای قرارداد و مابقی آن را به‌موازات پیشرفت کار (تکمیل ساختمان) دریافت کنند.^۱

بدین ترتیب نه به پیش‌خبرداران بابت پرداخت یک‌باره ثمن، فشاری وارد می‌شد و نه سازندگان با کمبود سرمایه و مشکل نقدینگی مواجه می‌شدند. سالیان سال از وجود قرارداد مذکور در عرف معاملات گذشت. با توجه به خلأ قانونی در این زمینه، دعاوی ناشی از پیش‌فروش ساختمان رو به

۱- اصطلاح «پیش‌فروش» ترکیبی است از دو کلمه «پیش» به معنای قبل، سابق و گذشته و «فروش» که اسم مصدر فعل فروختن است. آپارتمان یا واحد آپارتمانی، واژه فرانسوی است و در تعریف آن می‌گویند: «قسمتی از عمارت، مرکب از چند اتاق و ضمایم آنها؛ به عبارت دیگر، ساختمان شامل چند واحد مجزا برای سکونت یا کارهای اداری یا تجاری». فرهنگ معین، (۱۳۶۰ ص ۲۷).

فزونی گذاشت. به دلیل آرای متشدد و استدلال‌های گوناگون محاکم، رویه قضایی و نظر جامعی در رابطه با این قراردادها وجود نداشت.

در دکترین حقوقی نیز به جز چند سال اخیر، کمتر در رابطه با ماهیت این قراردادها سخنی پیدا می‌شد و در سال‌های اخیر نیز حقوق‌دانان عموماً سعی در تحلیل قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در قالب عقود مختلف و نهادهای حقوقی متفاوتی از جمله تعهد به بیع (قولنامه)، عقد استصناع، عقد بیع‌عین معین آینده، عقد شرکت، عقد جعاله، چهره‌ای مرکب از بیع و اجاره و ماده (۱۰) قانون مدنی نمودند.

نکته شایان ذکر اینکه کمتر موضوعی را می‌توان یافت که از جهت حقوقی تا این حد مشکل‌زا بوده باشد؛ هم حجم تخلف از انجام تعهدات قراردادی و هم تنوع تخلفات در این نوع قرارداد حیرت‌آور است. برخی از شایع‌ترین مشکلات این‌گونه قراردادها عبارت‌اند از: کلاهبرداری پیش‌فروشندگان، فروش واحد مشترک به چندین شخص (معاملات معارض)، دریافت مبالغی بیشتر از مبلغ پیش‌بینی شده در قرارداد اولیه، عدم پیش‌بینی دقیق اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله (مانند مساحت اعیانی) و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود و همچنین تأخیر فراوان در انجام به‌موقع تعهدات قراردادی که در اکثر موارد منتهی به ضرر پیش‌خریدار می‌شود. تشتت در نظام حقوقی ایران در رابطه با قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و مشکلات پیش‌گفته، قانونگذار را بر آن داشت تا قانونی با عنوان «قانون پیش‌فروش ساختمان» به‌عنوان فصل‌الخطاب آرا و نظرات پراکنده و متهافت محاکم و دکترین حقوقی تصویب نماید.

نگارنده در تحقیق حاضر در نظر دارد آثار و ماهیت حقوقی پیش‌فروش و مشارکت در ساخت آپارتمان را با تکیه بر قوانین و مقررات عام حقوقی و با استعانت از قواعد و متون فقهی تبیین و تحلیل نماید. با این وصف، به قراردادهای پیش‌فروش و مشارکت آپارتمان، نه به‌عنوان یک توافق یا پیمان ساده، بلکه به نگاه یک عقد و الزام حقوقی باید نگریست.

در میان حقوق‌دانان (و حتی در میان فقها)، درباره ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، اختلاف نظر وجود دارد. نظرات مطرح درباره ماهیت چنین قراردادی، عبارت‌اند از: بیع سلف، استصناع، شرکت، مقاطعه و تعهد به بیع. برخی، ماهیت آن را بر مبنای قرارداد خصوصی و ماده (۱۰) قانون مدنی تبیین می‌کنند و آثار یک توافق خصوصی را بر این نوع قراردادها بار می‌کنند، ولی

برخی دیگر، ماهیت این نوع قراردادها را بیع می‌دانند و معتقدند که چون بیع یعنی آپارتمان، در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و بعد از مدتی در آینده به وجود خواهد آمد، بنابراین آثار عقد بیع نیز از زمان ایجاد آپارتمان، تحقق می‌یابد و در اینجا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، بیع معلق است و اثر اصلی عقد بیع که انتقال مالکیت است، پس از تحقق معلق علیه (ساخته شدن آپارتمان) بروز می‌یابد. پس با وجود نظرات مختلف، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به عقد بیع نزدیک است، به همین دلیل، آثار و مقررات بیع بر این نوع قراردادها حاکم است.

به‌طور عملی می‌توان چنین گفت که مسئله پیش‌فروش آپارتمان مسئله جدیدی است لذا مباحث حقوقی راجع به آن نیز از مباحث جدید و مستحدثه می‌باشد و گام نهادن در آن گامی در جهت همگام شدن با تحولات اجتماعی است چه اینکه با تصویب و تدوین قانون پیش‌فروش آپارتمان، نیاز مهم و اساسی وجود دارد با نقد منصفانه قانون مزبور، در کنار داشته‌های کنونی حقوق موضوعه در مورد قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، امری ضروری می‌نماید.

همان گونه که سابق بر این اشاره شد خرید و فروش آپارتمان به دو صورت انجام می‌گیرد یا به شکل آپارتمان آماده (قابل سکونت) و یا به شکل ساخته نشده (پیش‌فروش). موضوع بحث ما در تحقیق حاضر، پیرامون قسم دوم می‌باشد؛ یعنی آپارتمان‌هایی که در زمان انعقاد قرارداد موجود نیستند و در آینده ساخته خواهند شد. همچنین در مورد مشارکت در ساخت چنین آپارتمان‌هایی. لذا مهم‌ترین مسئله در این مورد، توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که آیا با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است، قرارداد مزبور چگونه قراردادی است و ماهیت حقوقی آن چیست؟ و چه آثاری بر این نوع قراردادها بار می‌شود؟ در خصوص ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی به‌اندازه کافی بحث نشده است و ممکن است تفاسیر مختلفی از آن بشود. از جمله اینکه چنین قراردادی که عنوان «پیش‌فروش» را بر خود دارد همان بیع سلف یا سَلَم در فقه می‌باشد یا اینکه این نوع قراردادها در قالب عقد بیع بوده و لذا فروشنده نمی‌تواند آپارتمانی را که در آینده خواهد ساخت به دیگری واگذار نماید. ممکن است این نوع توافق‌ها را قرارداد خصوصی تلقی کرده و در قالب ماده (۱۰) قانون مدنی تبیین و تفسیر نمود. البته در خصوص ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت نیز میان فقها و حقوقدانان در اغلب موارد در خصوص آثار و اوصاف آن‌ها اختلاف نظرهایی وجود دارد. بی‌شک توصیف دقیق این نوع قراردادها - پیش‌فروش و

مشارکت در ساخت - و تبیین حقوقی ماهیت آن، بسیاری از ابهامات به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌کند.