

پایان نامه



مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر

عنوان:

ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی

استاد راهنما

دکتر ابراهیم دلشاد

نگارنده:

زینب میرزاخانی

ماه/سال

تابستان ۱۴۰۰

چکیده

قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای نوظهوری است که دارای سه رکن اصلی عقد، پیش فروشنده و پیش خریدار می باشد. این قراردادها امروزه به دلیل گسترش شهرنشینی و روی آوردن مردم به سوی آپارتمان در بین عموم رواج پیدا نموده است. مطابق این قرارداد، پیش فروشنده و پیش خریدار در مقابل یکدیگر تعهداتی را عهده دار هستند و در صورت نقض تعهدات، باید جبران خسارت نمایند. اما هدف اصلی از تحقیق حاضر بررسی « ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی » است. قراردادهای پیش فروش به صورت سند رسمی می باشد. اما اینکه انتقال این قرارداد چگونه است و چه آثاری را به دنبال دارد، جای بحث است. این موضوع در قانون پیش فروش ساختمان سال ۱۳۸۹ در مواد ۱۷ و ۱۸ مورد اشاره قرار گرفته است. مطابق این مواد، شرایط اصلی انتقال علاوه بر رسمی بودن تعهد که بیان شد، رضایت طرف اصلی قرارداد به انتقال و لزوم کتبی بودن آن است. از آثاری که این انتقال بر جای می گذارد نیز می توان به انتقال حقوق، انتقال تعهدات، تضمینات و دفاعیات اشاره نمود. تحقیق حاضر از نوع کتابخانه ای بوده که با رجوع به منابع معتبر حقوقی به تحلیل و توصیف محتوا پرداخته و ارزش حقوقی انتقال قرارداد پیش فروش را به اثبات رسانده است.

واژگان کلیدی: قرارداد، پیش فروش، پیش فروشنده، پیش خریدار.

فهرست مطالب

چکیده	۳
مقدمه	۸
۱- بیان مسأله	۹
۲- اهمیت و ضرورت تحقیق	۱۰
۳- سوالات تحقیق	۱۱
الف) سوال اصلی	۱۱
ب) سوالات فرعی	۱۱
۴- فرضیه‌های تحقیق:	۱۱
الف) فرضیه اصلی	۱۱
ب) فرضیه فرعی	۱۱
۵- اهداف تحقیق	۱۲
الف) هدف کلی	۱۲
ب) هدف کاربردی	۱۲
۶- پیشینه تحقیق	۱۲
۷- روش تحقیق	۱۶
۸- ساختار تحقیق	۱۶
فصل اول: مبانی مفهومی و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۷
مبحث اول: مفاهیم	۱۸
گفتار اول: مفهوم قرارداد	۱۸
بند اول: مفهوم لغوی قرارداد	۱۸
بند دوم: مفهوم اصطلاحی قرارداد	۱۸
گفتار دوم: مفهوم پیش فروش	۲۰
بند اول: پیش فروشنده	۲۰
بند دوم: پیش خریدار	۲۱
گفتار سوم: مفهوم قرارداد پیش فروش	۲۲
مبحث دوم: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و اوصاف آن	۲۴

گفتار اول: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۴
بند اول: از دیدگاه فقهی	۲۴
بند دوم: از دیدگاه حقوقی	۲۷
بند اول: قرارداد با نام یا بی نام	۳۳
بند دوم: لزوم یا جواز پیش فروش ساختمان	۳۴
گفتار دوم: اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان	۳۶
بند اول: لازم بودن	۳۶
بند دوم: تملیکی بودن	۳۸
بند سوم: منجز بودن	۳۹
بند چهارم: معاوضی بودن	۳۹
بند پنجم: رضایی بودن	۴۱
بند ششم: مستمر بودن	۴۴
بند هفتم: آزاد بودن عقد	۴۶
فصل دوم: شرایط انعقاد قراردادهای پیش فروش ساختمان و آثار آن	۴۸
مبحث اول: شرایط انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان	۴۹
گفتار اول: ذیحق بودن در پیش فروش ساختمان به استناد سند رسمی	۴۹
گفتار دوم: ارائه مدارک لازم در دفتر خانه تنظیم کننده قرارداد پیش فروش	۵۰
گفتار سوم: تعیین و معرفی داوران	۵۲
گفتار چهارم: پرداخت بخشی از قیمت	۵۵
مبحث دوم: آثار انعقاد قراردادهای پیش فروش ساختمان	۵۶
گفتار اول: تعهدات پیش فروشنده	۵۶
بند اول: ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق با اوصاف مذکور و نقشه ی ساختمانی	۵۶
بند دوم: تعهد به تحویل ساختمان در موعد مقرر	۵۸
بند سوم: تنظیم سند رسمی و تهیه ی مقدمات آن	۵۸
بند چهارم: افتتاح حساب بانکی	۵۸
بند پنجم: اخذ مجوز انتشار آگهی پیش فروش	۵۹
بند ششم: اخذ بیمه ی مسئولیت	۶۰
بند هفتم: اخذ پروانه ی ساخت و تأییدیه ی مهندس ناظر ساختمان	۶۲
گفتار دوم: تعهدات پیش خریدار	۶۲

- بند اول: پرداخت ثمن معامله براساس قرارداد ۶۲
- بند دوم: حضور در دفترخانه اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی ۶۳
- بند سوم: تحویل گرفتن آپارتمان ۶۳
- گفتار سوم: ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش خریدار و پیش فروشنده ۶۴
- بند اول: نقض تعهدات پیش فروشنده ۶۴
- ۱: عدم احداث یا تکمیل ساختمان با شرایط مقرر ۶۵
- ۲: مساحت بنا بیش از پنج درصد افزون بر میزان مقرر در قرارداد باشد. ۶۶
- ۳: مساحت بنا بیش از پنج درصد، کمتر از مساحت مقرر در قرارداد داد باشد ۶۶
- بند سوم: عدم انتقال قطعی (رسمی) سند ۶۷
- بند چهارم: عیب بناء و تجهیزات آن و عدم رعایت ضوابط ق.م. ۶۸
- بند پنجم: نقض تعهدات خریدار ۶۹
- مبحث سوم: ارزش قضایی قرارداد پیش فروش ۷۰
- فصل سوم: مبانی تعهد رسمی به انتقال قرارداد پیش فروش ساختمان و آثار آن ۷۲
- مبحث اول: مبانی تعهد رسمی به انتقال قرارداد ۷۳
- گفتار اول: مبانی حقوقی ۷۳
- بند اول: اراده مشترک ۷۳
- بند دوم: استفاده ی بلا جهت (دارا شدن ناعادلانه) ۷۷
- بند سوم: سوء استفاده از حق ۸۲
- گفتار دوم: مبانی فلسفی ۸۴
- گفتار سوم: مبانی اقتصادی ۸۶
- مبحث دوم: اصول و آثار انتقال در قراردادهای پیش فروش ساختمان ۹۰
- گفتار اول : اصول انتقال قرارداد پیش فروش ۹۰
- بند اول: اصل انتقال با همان حقوق و تعهدات سابق ۹۱
- بند دوم: اصل عدم افزایش تعهدات بر طرف قرارداد ۹۲
- گفتار دوم : شرایط قابلیت انتقال قراردادهای پیش فروش ساختمان ۹۴
- بند اول: صحت قرارداد ۹۴
- بند دوم: استمرار قرارداد ۹۴
- بند سوم: غیرشخصی بودن قرارداد ۹۵
- بند چهارم: رضایت طرف قرارداد ۹۶

بنده پنجم: عدم شرط مباشرت در قرارداد	۹۸
گفتار سوم: آثار انتقال قرارداد	۹۸
بنده اول: آثار انتقال قرارداد نسبت به مسئولیت طرفین و ثالث	۹۸
الف- بری شدن انتقال دهنده از تعهد	۹۹
ب- قائم مقامی انتقال گیرنده	۱۰۰
ج- متعهد شدن قائم مقام (انتقال گیرنده)	۱۰۱
بنده دوم: آثار انتقال قرارداد نسبت به حقوق و تعهدات	۱۰۲
الف- انتقال حقوق	۱۰۳
ب- انتقال تعهدات	۱۰۴
ج- انتقال تضمینات	۱۰۵
د- انتقال دفاعیات	۱۰۶
نتیجه گیری	۱۰۷
پیشنهادات	۱۱۱
منابع و مأخذ:	۱۱۳
Abstract	۱۲۲

مقدمه

۱- بیان مسأله

با توجه به رشد سریع جمعیت در شهرهای بزرگ، مسکن و سرپناه به عنوان یک نیاز اولیه مطرح گردید. لذا، انسان برای تأمین این نیاز در گذر زمان با توجه به شرایط اقتصادی و امکانات در اختیار اشخاص به اشکال مختلف خودنمایی نمود و افرادی به صورت حرفه‌ای و بعضاً در قالب شخص حقوقی دست‌اندرکار آن شده‌اند. بر همین اساس، همین مشکلات فزاینده عدم مسکن و سرپناه، قانونگذار را بر آن داشت تا با وضع قوانین و مقررات به فکر راه کار اساسی بیفتد. تا اینکه در دی ماه سال ۱۳۸۹ قانون پیش فروش ساختمان را تصویب نمود. در واقع، این امر به منظور کاهش رشد چشم گیر قراردادهای پیش فروش ساختمان در عرف معاملات در سال های اخیر و تعدد و گسترش اختلافات ناشی از این قراردادها در دستگاه قضایی، و از سوی دیگر پیشگیری از سوء استفاده ی فرصت طلبان عرصه ی مسکن و کاستن از شمار پرونده های قضایی بود. (حسین زاده و سکوتی، ۱۳۹۵، ص ۳۶) در این نوع قرارداد ها پیش‌فروشنده که همان سازنده می باشد، نسبت به پیش خریدار متعهد می گردد، که ساختمان را طبق اوصافی که در قرارداد ذکر گردیده در موعد مقرر، در برابر عوضی (ثمنی) که به طور اقساط از پیش خریدار تحویل می گیرد، بسازد و به وی تحویل دهد. در واقع، قرارداد پیش فروش از لحاظ شرایط و آثار واجد شرایط و آثار قراردادهای خصوصی است 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 الزام‌آور شناخته می‌شود، البته علت این امر که قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق.م گنجانیده شد، منطبق نبودن آن با هیچ‌یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. البته در پاره‌ای موارد امکان فروش واحدهای آپارتمانی کاملاً مشابه به طریق بیع کلی فراهم بود اما در اکثر موارد عدم تطابق با هیچ‌یک از عقود معین به همراه مخالف قانون نبودن این قرارداد و دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، کافی است تا بتوان این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ ق.م جای داد. (کاتوزیان، ۱۳۷۳)

تعهد به انجام عمل حقوقی قراردادی است که قواعد عمومی قراردادها در مورد آن لازم‌الرعایه است. موضوع این قرارداد انتقال مال و یا انجام عمل و یا ترک عمل مادی نیست بلکه موضوع قرارداد تعهد به انجام عمل حقوقی در آینده است مثلاً شخصی ضمن قرارداد متعهد می شود که در آینده مال غیرمنقولی را

به دیگری منتقل نماید. تعهد مزبور ممکن است ضمن عقد معین منعقد شود و نیز ممکن است به صورت قرارداد نامعین ایجاد گردد. ذکر این نکته لازم می آید که تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحد های ساختمانی دارای ضمانت اجرای ناشی از اسناد رسمی را دارا می باشد که در این تحقیق به موضوع فوق پرداخته خواهد شد.

۲- اهمیت و ضرورت تحقیق

با پیچیدگی شرایط اجتماعی، ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی رو به افزایش بوده و به عنوان یکی از مهمترین چالش های مهم حقوقی در اغلب کشورهای در حال توسعه بالاخص ایران می باشد. پیش خرید آپارتمان یک سرمایه گذاری نسبتاً پر ریسک برای مردم است. چرا که پولی هایی با هزار امید و آرزو به طور مستمر به پیش فروشنده پرداخت می شود در حالی که هنوز ساختمانی وجود ندارد. به همین خاطر این سرمایه گذاری مستعد کلاهبرداری ها و دست کم تخلفات و عهد شکنی ها است. بر همین اساس، ضرورت دارد که با در دست داشتن یک قرارداد محکم و شفاف، ریسک کار به حداقل برسد. سرمایه گذاری برای پیش خرید بدون تنظیم یک قرارداد محکم حقوقی ریسک آن را صد برابر می کند. مضافاً پیش خریدار باید از وضعیت حقوقی پروژه و خصوصاً روابط قراردادی شرکای پروژه ساختمانی که عموماً در قالب مشارکت در ساخت است، اطلاع کافی داشته باشد.

نوشتار حاضر می کوشد تا پدیده ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی را در چشم انداز حقوقی مورد مطالعه قرار دهد. پژوهشگر در صدد آن است که با بررسی ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی نظرات موجود به سوالات مطرح شده پاسخ دهد تا میزان تأثیر هر یک از عوامل مطرح شده در سوالات مشخص گردد.

محقق در پی آن است تا با انجام این کار تحقیقی، قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی را به عنوان معامله ای که روز به روز در ساختار حقوقی و اقتصادی، شناختی کافی از آن به افراد دلسوز و مسئول جامعه بدهد.

۳- سوالات تحقیق

الف) سوال اصلی

✓ ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران چگونه است؟

ب) سوالات فرعی

۱- با توجه به وضعیت فعلی قانونگذاری امکان انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی وجود دارد؟

۲- مسئولیت قراردادی به عنوان اصل کلی قابل تعمیم در تمام موارد تعهد رسمی به انتقال قرارداد پیش فروش آپارتمان است یا اینکه تحقق آن نیازمند تصریح است؟

۴- فرضیه‌های تحقیق:

الف) فرضیه اصلی

✓ تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران مورد توجه قرار گرفته است.

ب) فرضیه فرعی

۱- با توجه به وضعیت فعلی قانونگذاری امکان انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی وجود دارد.

۲- مسئولیت قراردادی به عنوان اصل کلی قابل تعمیم در تمام موارد تعهد رسمی به انتقال قرارداد پیش فروش آپارتمان است

۵- اهداف تحقیق

الف) هدف کلی

✓ تبیین وضعیت و آثار ارزش حقوقی تعهد رسمی به انتقال در قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی

ب) هدف کاربردی

- کمک به حل دعاوی و پرونده های مرتبط با موضوع در مراجع و محکم دادگستری .
- دانشجویان حقوق خصوصی
- بنگاه ها و مشاوران املاک
- سازمان ثبت اسناد و املاک
- سازمان مسکن و راه سازی

۶- پیشینه تحقیق

الف- کتب

__ فرناز زرنگار(۱۳۸۹) در کتاب « قرارداد پیش فروش ساختمان» بیان داشته است: « قرارداد پیش فروش ساختمان در عرف به قراردادی اطلاق می شد که خریدار از یک طرف بدون رویت ساختمان و صرفا بر اساس یک نقشه ساختمان، آپارتمان و یا ملک ساخته شده ای را از فروشنده از طرف دیگر خریداری می کند. نگارنده در کتاب حاضر سعی دارد تا ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی را بیان کند و راه کارهایی در این زمینه ارائه دهد. از جمله مباحث مطرح شده در کتاب عبارت اند از: تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق کنونی؛ بازساخت قراردادهای پیش فروش ساختمان از قراردادهای مشابه؛ اثر قرارداد پیش فروش ساختمان نسبت به طرفین و اثر قرارداد پیش فروش ساختمان نسبت به اشخاص ثالث.»

__ نیما سکوتی(۱۳۹۷) در کتاب « ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان» در دو بخش به بررسی موضوع پرداخته است. در بخش اول کتاب به ماهیت و اوصاف قرارداد پیش

فروش پرداخته است و در بخش دوم به آثار آن اشاره نموده است که شامل اثر قرارداد نسبت به طرفین و ضمانت اجرای نقض قرارداد می باشد.

ب- مقالات

— سام محمدی و حسن حسینی مقدم (۱۳۹۱) در مقاله ای با عنوان « زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ » بیان داشته اند: « قرارداد پیش فروش ساختمان قرارداد نوظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها بر آن، تابع احکام ویژه مندرج قانون پیش فروش ساختمان است. انتقال مالکیت در این نوع از قرارداد نسبت به عرصه و بخش موجود، با قرارداد پیش فروش رسمی انجام می شود (البته انتقال عرصه منصرف از موردی است که قانوناً انتقال آن ممنوع است. مانند اراضی موقوفه مذکور در بند ۲ ماده ۱ قانون مزبور). اما نسبت به بخش ساخته نشده، یا غیر موجود انتقال مالکیت معلق به احداث ساختمان از طرف پیش فروشنده و پرداخت عوض از طرف پیش خریدار است. همانطور که در فقه عقد بیع به انواع مختلف نقد، نسیه، سلم و سلف ... تقسیم شده است، مانعی نخواهد داشت که این معامله نیز نوع خاصی از عقد بیع محسوب شود. تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن عقد تلقی می گردد و پرداخت ثمن نیز در این نوع از قرارداد از نقش و جایگاه ویژه ای برخوردار است. تنظیم سند نهایی نیز به منظور تثبیت و تسجیل مالکیت موجود در این معامله به عمل می آید.»

— محمدصادق طباطبائی و عباس کیانی (۱۳۹۳) در مقاله ای با عنوان « تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان » در صدد یافتن ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان بوده اند و به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، پس از طرح مسئله، در مباحث مقدماتی، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه پرداخته اند. در ادامه مباحث، دکتربین حقوق درمورد قرارداد پیش فروش ساختمان و مطابقت آن با هریک از نهادهای حقوقی تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلق، عقد صلح و قرارداد خصوصی تملیکی ارائه نموده اند و درنهایت، ضمن خدشه در لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در بیع سلم، به این نتیجه رسیده اند که قرارداد مزبور با بیع سلم قابل تحلیل و توجیه است.

— جلیل قنواتی و همکاران (۱۳۹۴) در مقاله ای با عنوان « ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان » بیان داشته اند: « قانون پیش فروش ساختمان، قانونی است خاص،

جهت سر و سامان دادن به قراردادهای پیش فروش ساختمان و تنظیم روابط طرفین این قرارداد. وضع این قانون این اثر مهم را به دنبال داشته که قرارداد پیش فروش ساختمان را که قبل از تصویب این قانون، قرارداد غیر-معین بوده، به قرارداد معین و بانام تبدیل کرده است. این قانون همچنین متضمن مواد و احکامی است که بررسی ضمانت اجرای آنها از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ از جمله می-توان به مواد ۱ و ۲ قانون مزبور اشاره کرد. تبعیت هر قرارداد پیش فروش، در هر قالب و عنوانی که منعقد شود از این قانون؛ تعیین و احصاء اشخاصی که می-توانند اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند و نیز پیش بینی داوری اجباری از جمله احکام اصلی قانون نامبرده می-باشد. این مقاله با بررسی ضمانت اجرای مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان در صدد ارائه راه-حل-ها و ضمانت اجرای نقض این قانون است.»

— جواد حسین زاده و نیما سکوتی (۱۳۹۵) در مقاله ای با عنوان « ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان» بیان داشته اند: « قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای رایج و متداولی است که نسبت به سایر عقود معین، دارای ماهیتی پیچیده و چندگانه است. به همین دلیل، حقوق دانان و رویه ی قضایی در خصوص ماهیت، اوصاف و آثار این قرارداد نظرات مختلفی ارائه کرده اند. در این تحقیق، با نگاهی به آراء قضایی، ماهیت و اوصاف این قرارداد با توجه به قانون پیش فروش ساختمان مورد بررسی قرار می گیرد. نتیجه آن که، قرارداد پیش فروش ساختمان از نظر ماهیت، نهاد حقوقی مستقل با ساختاری منحصر است؛ زیرا از یک سو واجد انتقال حق مالکیت عرصه به پیش خریدار به نسبت سهم واحد پیش فروش شده است و از سوی دیگر بر اساس نظریه ی تملیک تدریجی نسبت به بنا و اعیانی ساخته شده، پیش خریدار مالک ساختمان شناخته می شود. از نظر اوصاف نیز قرارداد مذکور را باید عقدی لازم، معین، منجز، معاوضی، تملیکی، رضایی، مستمر، آزاد و موقت دانست.»

— رضا نیکخواه و همکاران (۱۳۹۸) در مقاله ای با عنوان « انتقال قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹» بیان داشته اند: « یکی از موارد انتقال قرارداد در حقوق ایران در قانون پیش فروش ساختمان سال ۱۳۸۹ مطرح گردیده و قانونگذار در دو ماده ۱۷ و ۱۸ آن قانون، ضمن پرداختن به موضوع انتقال قرارداد، شرایط و آثاری را مطرح کرده که در این تحقیق مورد بررسی قرار می گیرد.

این تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی سعی کرده است تا با پرداختن به اصول و موازین انتقال قرارداد و توجیه آن در نظام های حقوقی، چگونگی انتقال قرارداد پیش فروش ساختمان را تجزیه و تحلیل کند. از مهم ترین شرایط انتقال قرارداد مزبور را که مقنن بیان داشته می توان به رضایت طرف اصلی قرارداد به انتقال و لزوم کتبی و رسمی بودن قرارداد انتقال اشاره کرد.»

ج- پایان نامه ها

— نسرین خدارحمی (۱۳۹۱) در پایان نامه خود با عنوان « قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران» به بررسی تئوری ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته است و قرارداد مزبور را با عقود عهدی بی نام و نیز عقود تملیکی مقایسه نموده است. عقود عهدی از قبیل تعهد به بیع، قرارداد کار و مواد، مقاطعه کاری و نیز عقود تملیکی نظیر بیع معلق، بیع سلف و بیع استصناع از جمله ماهیت های مشابهی هستند که در این تحقیق به بررسی آنها پرداخته است. نتایج تحقیق حاکی از آن است که قالب حقوقی شایسته برای بیان ماهیت قرارداد مزبور، قالب « بیع معدوم به تبع موجود» می باشد. قابل ذکر است که قرارداد پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش ساختمان، علاوه بر شرایط اساسی قراردادهای دارای شرایط شکلی خاصی جهت تنظیم قرارداد نیز می باشد. واضح است که فقدان شرایط اساسی و شکلی قرارداد، ضمانت اجرای خاص خود را دارد، هم چنین قرارداد مزبور، هم در حقوق ایران هم در حقوق انگلیس واجد آثاری نسبت به پیش فروشنده، پیش خریدار و ثالث می باشد. حقوق و تعهدات هر کدام از طرفین و نیز ضمانت اجرای تعهدات هر یک در این تحقیق بررسی می شود.»

— عباس وثوقی راد (۱۳۹۲) در پایان نامه خود با عنوان « نقد و بررسی قانون پیش فروش ساختمان » به بررسی ماهیت حقوقی و اوصاف قراردادهای پیش فروش ساختمان پرداخته و تعهدات پیش فروشنده و پیش خریدار و آثار و ضمانت های اجرا و حل و فصل اختلافات در آنها را با توجه به قانون مورد نظر و قانون مدنی مورد بررسی قرار داده است.

۷- روش تحقیق

روش تحقیق در این پژوهش توصیفی-تحلیلی می باشد و خط مشی آن با توجه به موضوع تحقیق، بررسی ابعاد مختلف موضوع به صورت توصیف عینی، واقعی و منظم و نیز تبیین و تحلیل بایسته های موضوع با مراجعه به قوانین و مقررات داخلی از طریق منابع کتابخانه ای و اینترنتی است.

۸- ساختار تحقیق

پژوهش حاضر مشتمل بر یک چکیده، مقدمه و سه فصل کلی می باشد؛ مقدمه مشمول زیر عنوان های بیان مسأله، اهمیت و ضرورت تحقیق، اهداف تحقیق، سؤالات و فرضیات تحقیق، سوابق و روش تحقیق می گردد. فصل اول به مبانی مفهومی و ماهیت موضوع در چند مبحث مجزا به مفاهیم کاربردی و ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش پرداخته است که هر کدام از مباحث طی چندین گفتار و بند مطرح شده اند. فصل دوم با عنوان شرایط انعقاد قراردادهای پیش فروش ساختمان و آثار آن نیز در چندین مبحث جداگانه مورد بررسی قرار گرفته. فصل سوم نیز با عنوان مبانی تعهد رسمی به انتقال قرارداد پیش فروش و آثار آن در چند مبحث مجزا، به موضوع پرداخته و در نهایت پایان نامه با نتیجه گیری کلی و راهکارهایی در راستای موضوع خاتمه می یابد.

فصل اول :

مبانی مفهومی و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

مبحث اول: مفاهیم

گفتار اول: مفهوم قرارداد

بند اول: مفهوم لغوی قرارداد

قرارداد در لغت به معنای پیمان و عهد^۱ بستن، گره زدن و محکم کردن است. ^۲ همچنین آمده است: «المعاهدة: المعاهدة و الميثاق» بنابراین عقد، پیمان و میثاق است که بر خلاف گشودن، بستن چیزی به چیز دیگر می باشد.

بند دوم: مفهوم اصطلاحی قرارداد

قانون مدنی تعریفی از قرارداد ارائه نداده است. با این حال به نظر می رسد که قانون گذار در هنگام تنظیم قانون مدنی، با توجه به عنوان «الزامات خارج از قرارداد» در کتاب دوم ذیل جلد اول و همچنین استعمال واژه قرارداد ذیل عقد بیع، آن را به عنوان مترادف عقد و معامله در نظر گرفته است. ^۴

مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر متعهد برامری گردند و مورد قبول آنها باشد^۵ به دلیل عدم دقت کافی در تعریف مذکور، حقوق دانان تعاریف دیگری ارائه نموده اند. در واقع، برخی از عالمان حقوق بر اساس اقدام به ابراز تعریف ابداعی خود نمودند.

۱ - معین، محمد. «فرهنگ معین». ذیل واژه قرارداد.

۲ - فیروزآبادی، ابوظاهر مجدالدین محمد، القاموس المحيط، بیروت - لبنان، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون ، ۱۴۱۴، جلد ۱، ص ۳۱۵؛ ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، بیروت - لبنان، سوم، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۹، ص ۳۰۹؛ طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق.، جزء ۳، ص ۲۱۷.

۳ - ابن اثیر، النهایة فی غریب الحدیث والاثر، چاپ محمود محمد طناحی و طاهر احمد زاوی، بیروت ۱۳۸۳/۱۹۶۳، چاپ افسست قم ۱۳۶۴ش، ج ۳، ص ۲۷.

۴ - قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی: شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص ۲۴؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۸، ص ۲۷۱.

۵ - عقود و ایقاعات، در زمره اعمال حقوقی قرار دارند: برای دیدن تعریف و ویژگی اعمال حقوقی و تمایز آن از وقایع حقوقی ر.ک. به: شهیدی، دکتر مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، مقاله «تمایز اعمال حقوقی و وقایع حقوقی»؛ کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۲۷۹؛ گلستانی - اسماعیل - مقاله اعمال و وقایع حقوقی / مازو، هری، مازو، لئون ... (ترجمه نبوی)، مقاله اعمال و وقایع حقوقی .

برخی دیگر نیز بر این نظرند که «عقد از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»^۱ و دسته ای دیگر از آنان نیز معتقدند که «عقد یعنی توافق دو یا چند اراده که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می گردد»^۲.

برخی از حقوق دانان در معنی اعم، قرارداد را هم ردیف با عقد و مشمول عقود معین و غیر معین دانسته اند^۳ و برخی دیگر معتقدند که «قرارداد با عقد مترادف است با این تفاوت که در اغلب موارد کلمه عقد فقط در عقود معینه کاربرد دارد در حالی که قرارداد به کلیه عقود اعم از معینه و یا غیر معینه تسری می یابد ... گفته می شود»^۴ به طور کلی می توان گفت که قرارداد یا عقد به معنای همکاری متقابل اراده دو یا چند نفر در ایجاد ماهیت حقوقی است.^۵

این تعریف مزبور فقط شامل عقد عهدی است در حالیکه عقد تملیکی که موجب انتقال مال میگردد نیز جزء عقود میباشد. در نتیجه عقد رابطه حقوقی بین طرفین ایجاد می گردد. بالحاظ این امر که در بسیاری از موارد کلمه عقد فقط در عقود معینه استعمال می شود باید دانست که این کلمه با «قرارداد» مترادف میباشد و اصطلاح یا کلمه اخیر در برگیرنده کلیه عقود اعم از معینه یا غیرمعینه میباشد. بدین لحاظ مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی مبنی بر اینکه «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» شامل کلیه عقود می گردد.

بنابراین، بر اساس مطالب فوق باید گفت قرارداد توافقی الزام آور می باشد که بین اشخاص انجام می گیرد و بدین ترتیب حقوق و تکالیف طرفین قرارداد را معین می کند. به عبارت دیگر، به توافق دو یا چند اراده که یک اثر حقوقی را به وجود می آورد، عقد یا قرارداد گویند. بنابراین در صورتی که جهت حاصل شدن یک اثر حقوقی همانند بیع، اجاره و ...، نیاز به ضرورت تلاقی و تراضی حداقل دو اراده باشد، عقد حاصل می شود.

۱ - شهیدی، سیدمهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۴۸.

۲ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشارات، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۲۱.

۳ - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد. چاپ هشتم، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۱.

۴ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هجدهم، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۹.

۵ - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ - تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۵، ص ۹؛ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی

حقوق مدنی - اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار. چاپ هفتم، ۱۳۹۱، ص ۳۲.

گفتار دوم: مفهوم پیش فروش

اصطلاح «پیش فروش» ترکیبی است از دو کلمه «پیش» به معنای قبل، سابق و گذشته و «فروش» که اسم مصدر از فعل فروختن است. بنابراین، «پیش فروش» در معنای لغوی به معنای فروش قبل از تحویل جنس و یا فروش مال یا غله پیش از آماده شدن، می باشد.^۲

در تعریف پیش فروش برخی از عالمان حقوق اینگونه اذعان نموده اند که: «اسم عامیانه سلف همان پیش فروش است که مقصود از آن بیعی می باشد که ثمن آن حال و مبیع آن مؤجل است»^۳ دکتر لنگرودی در خصوص مبیعی که در تاریخ عقد موجود نمی باشد و با بیع متعهد می گردد که آن را در آینده ایجاد و فراهم نماید، به بیع آینده تعبیر نموده است.^۴

بند اول: پیش فروشنده

مالک رسمی زمین در قرارداد پیش فروش ساختمان «پیش فروشنده» نام دارد. پیش فروشنده در قرار داد پیش فروش متعهد می گردد که واحد ساختمانی مشخص در زمینی را احداث یا تکمیل نماید. در واقع، تعهد وی بر آن است که واحد ساختمانی مزبور را با هر نوع کاربری از مرحله اول یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت پیش خریدار که طرف دیگر قرارداد می باشد، در آورد.^۵

البته علاوه بر پیش فروشنده، مطابق تبصره ۱ قانون پیش فروش ساختمان، اشخاص دیگری نیز در چهارچوب قانون پیش فروش ساختمان و قراردادی که به موجب آن زمین در اختیارشان قرار گرفته است اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند. از جمله این اشخاص عبارتند از:

- ۱ - معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات زرین، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۷.
- ۲ - دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۵۹۸۳.
- ۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹.
- ۴ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۹۲۵.
- ۵ - داریویی، عباسعلی، «قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹/۵/۲۴)»، سال چهل و دوم، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۴۹.