

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## معاونت پژوهش و فن آوری به نام خدا منشور اخلاق پژوهش

با یاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشجویان و اعضاء هیئت علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیرحرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیرعلمی می آلاینند.



## معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

### تعهد اصالت رساله یا پایان نامه تحصیلی

اینجناب سیدعلی موسوی دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی که در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۳۰ از پایان نامه خود تحت عنوان "**مبانی حاکم بر شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان**" با کسب نمره دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجناب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام. این پایان نامه قبلاً برای هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق مجاز است با اینجناب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد نراق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان:

مبانی حاکم بر شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان

استاد راهنما:

دکتر سعید شریعتی

نگارش:

سیدعلی موسوی

زمستان ۱۳۹۹



دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق

### فرم صورتجلسه دفاع

## موضوع پایان نامه: مبانی حاکم بر شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان

### کد شناسایی:

با تاییدات خداوند متعال، گواهی می شود که جلسه دفاعیه پایان نامه سیدعلی موسوی دانشجوی رشته حقوق گرایش خصوصی ورودی ۱۳۹۷ به شماره دانشجویی ۹۷۰۱۶۰۹۴۲ نیمسال انتخابی ..... در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۳۰ روز ..... ساعت ..... در دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق برگزار شد و پس از بررسی و تبادل نظر به شرح ذیل طبق رای هیات داوران حاضر در جلسه با نمره به عدد ..... (از ۱۸ نمره) و به حروف ..... و با درجه ..... به تصویب رسید.

**استاد راهنما: دکتر سعید شریعتی**

**استاد مشاور: در صورت داشتن استاد مشاور**

**استاد داور ۱: دکتر جمشید شریفیان**

**استاد داور ۲: دکتر حسین اژدری زاده**

**مدیر گروه:**

**نماینده دفتر تحصیلات تکمیلی: آقای رضا حسنی**

**معاون پژوهش و فناوری: دکتر مجتبی جمعیتی**

## سپاسگزاری

سپاس خدای را که گویندگان به عرصه‌ی ستایش او نمی‌رسند و حسابگران از عهده‌ی شمارش نعمت‌هایش بر نمی‌آیند و تلاشگران حقش را ادا نکنند؛ خدایی که اندیشه‌های بلند او را درک نمایند و هوش‌های ژرف به حقیقتش دست نیابند. سپاس خدایی را که علم را وسیله‌ی راهنمایی بشر قرار داد و سپاس خدایی را که توفیق را رفیق راهم ساخت تا این پایان نامه را به اتمام برسانم.

سپاس از استاد فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر شریعتی که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دلم را روشنی بخشید و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی‌های کارساز و سازنده بارور ساخت و همواره راهنما و راه‌گشای من در اتمام و اكمال این پایان نامه بود.

سپاس از همسر مهربانم که همیشه در طول زندگی همراه و همگام من بوده و با صبر و متانت و بزرگواری خویش من را در این مسیر و همه‌ی عرصه‌های زندگی مورد حمایت و تشویق قرار داد.

## تقدیم به؛

تقدیم به قطب عالم امکان، آیت ربّ و دود، منجی مُلک وجود، عالم علوم بیکران، واسطه‌ی فیض رحمت الهی حضرت بقیه الله الاعظم (عج)، که دفتر خالی از معرفت و تهی از دانشم، روشن به نام مقدسش است. و تقدیم به فرزندان امام روح الله، آن صنوبرهایی که چون لاله زاده شدند و چون شقایق ایستاده رفتند و عطر شهادتشان بعد از چند دهه از خاک‌های جنوب و غرب کشور استشام می‌شود؛ مخصوصاً فرماندهی شجاع شهید محمد ابراهیم همت که مقتدرانه از اسلام دفاع کرد. و تقدیم به ادامه دهندگان راه شهدای دفاع مقدس، فرزندان رهبر فرزانه‌ی انقلاب امام خامنه‌ای، شهدای مدافع حرم اهل بیت (علیهم السلام) مخصوصاً فرماندهی غیور، شهید عزیز، سردار دل‌ها، حاج قاسم سلیمانی که همچون خورشیدی در جهان پرتوافکنی کرد.

۱	چکیده
۲	مقدمه
۲	۱. بیان مسأله
۳	۲. اهداف تحقیق
۳	الف. هدف اصلی
۳	ب. اهداف فرعی
۳	۳. سؤال های تحقیق
۳	الف. سؤال اصلی
۳	ب. سؤال های فرعی
۳	۴. فرضیه های تحقیق
۴	۵. اهمیت و ضرورت تحقیق
۴	۶. تعریف واژه ها
۴	۷. پیشینه تحقیق
۵	۸. روش تحقیق
۵	۹. ساختار تحقیق

### فصل اول: کلیات و مفاهیم

۷	مبحث اول: مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان و پیشینه ی آن
۷	گفتار اول: مفهوم قرارداد و پیش فروش ساختمان
۷	بیان اول: تعریف قرارداد و تعهد
۷	بیان دوم: تعریف پیش فروش ساختمان
۷	گفتار دوم: تاریخچه ی پیش فروش ساختمان
۸	مبحث دوم: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان
۸	گفتار اول: نظرات فقهی در مورد ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان
۸	بیان اول: مفهوم و شرایط قرارداد پیش فروش
۸	بیان دوم: شرایط انعقاد
۹	بیان سوم: اشخاص مجاز به پیش فروش
۱۰	بیان چهارم: تاریخچه ی فروش کالا در فقه
۱۱	بیع
۱۵	بیع سلف
۱۷	استصناع



عقد شرکت	۱۹
مقاطععه	۲۰
تعهد به بیع (قولنامه)	۲۰
قرارداد خصوصی	۲۲
گفتار دوم: ماهیت حقوقی و قرارداد پیش فروش با توجه به قانون پیش فروش ۱۳۸۹	۲۳
بیان اول: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۳
بیان دوم: قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹ و انتقال قرارداد	۲۵
انتقال قرارداد	۲۶

### فصل دوم: مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به انعقاد و انحلال قرارداد پیش فروش

مبحث اول: مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به انعقاد	۳۳
گفتار اول: مبانی فقهی حقوقی لزوم ثبت قرارداد پیش فروش	۳۳
بیان اول: ثبت رسمی معاملات مربوط به پیش فروش توسط دفاتر اسناد رسمی	۳۳
بیان دوم: ثبت سند پیش خرید	۳۳
بیان سوم: ثبت سند قطعی	۳۳
گفتار دوم: ضمانت اجرای کیفری عدم رعایت تشریفات انعقاد	۳۴
بیان اول: ادله تشریفاتی بودن این عقد	۳۴
الف) رویه ی قضایی	۳۵
ب) بررسی ماده ی ۳ قانون پیش فروش ساختمان	۳۸
مبحث دوم: مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان	۴۰
گفتار اول: مفهوم فسخ و ماهیت آن	۴۰
بیان اول: مفهوم فسخ	۴۰
بیان دوم: حق فسخ قرارداد	۴۰
۱- امتناع متعد از انجام تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد	۴۰
۲- عدم پرداخت ثمن در بیع	۴۱
۳- عدم پرداخت (عدم خیار تفلیس)	۴۱
بیان سوم: ابعاد تأسیس قاعده امکان فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد	۴۲
۱- توسل به شروط ضمن عقد	۴۳
۲- توسل به عرف و عادت	۴۳
۳- توسل به تقابل تعهدات	۴۴
گفتار دوم: موارد فسخ توسط پیش خریدار و پیش فروشنده	۴۵
بیان اول: تعهد ساخت و تکمیل آپارتمان	۴۵
بیان دوم: ضمانت اجرای تعهد ساخت و تکمیل آپارتمان و شرایط حق فسخ معامله	۴۶
۱- الزام پیش فروشنده	۴۶

۴۸	..... استثنای الزام
۵۰	..... بیان سوم: حق فسخ پیش خریدار در صورت تطابق نداشتن مساحت بنا
۵۰	..... الف) مساحت آپارتمان بیشتر از مساحت قید شده در قرارداد پیش فروش
۵۱	..... ب) مساحت کمتر از مساحت قید شده در قرارداد پیش فروش
	<b>فصل سوم: مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به مفاد و آثار قرارداد پیش فروش</b>
۵۴	..... مبحث اول: مبانی فقهی انتقال تدریجی مالکیت
۵۴	..... گفتار اول: تعریف بیع به وعده
۵۴	..... گفتار دوم: انتقال مالکیت در بیع به وعده
۵۴	..... گفتار سوم: انتقال مالکیت ساختمان
۵۵	..... الف) کلی در ذمه
۵۶	..... ب) کلی در معین
۵۶	..... ج) عین معین
۵۹	..... مبحث دوم: مبانی مقررات مربوط به اجرای تعهدات طرفین
۵۹	..... گفتار اول: مسئولیت مدنی پیش فروشنده در مورد عیب بنا
۵۹	..... بیان اول: حق رفع عیب
۶۱	..... بیان دوم: حق تغییر در بعضی اوصاف ساختمان به طور یک طرفه
۶۴	..... گفتار دوم: جرایم تأخیر در اجرای تعهدات
۶۴	..... بیان اول: ماهیت جریمه ی تأخیر
۶۵	..... بیان دوم: اجبار مالی جریمه تأخیر
۶۶	..... مبحث سوم: مبانی شرط داوری در قرارداد پیش فروش
۶۶	..... گفتار اول: داوری اجباری در قانون ایران
۶۶	..... گفتار دوم: عدم مغایرت داور با قانون اساسی
۶۷	..... گفتار سوم: مشکلات ناشی از تعیین داور
۶۹	..... نتیجه گیری
۷۰	..... فهرست منابع

## چکیده

اصل قانون پیش‌فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ به تصویب رسید. این قانون به دلیل پیشرفت تکنولوژی و با گسترش جمعیت و نداشتن قدرت قشر ضعیف برای خرید مسکن مناسب به وجود آمد. این قانون با اجباری کردن اخذ مجوز آگهی تبلیغ پیش‌فروش، پایان یافتن عملیات پی ساختمان در زمان معامله، رسمی بودن معامله، مشخص کردن جرایم تأخیر انجام تعهدات پیش‌فروشنده، تملیک تدریجی آپارتمان به پیش‌خریدار، عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش‌فروش شده، استحقاق مطالبه‌ی قیمت روز بناء در مواردی که پیش‌خریدار حق فسخ دارد یا در فرض کسر متراژ تعیین شده در پیش‌معامله، در مواردی امکان تکمیل ساختمان به وسیله‌ی پیش‌خریدار و تنظیم سند رسمی انتقال از طرف او، مسئولیت نوعی پیش‌فروشنده در مقابل خسارات ناشی از عیب بناء در مجموع یک قانون حمایت از پیش‌خریدار است و این باعث جلوگیری از سوءاستفاده‌ها و کلاهبرداری‌ها می‌شود.

این پژوهش به صورت توصیفی - تحلیلی انجام شده است که این قرارداد را به عنوان بیع معرفی کرده و آثار عقد بیع را در آن جاری و مترتب می‌کند و نوعی تعهد در برابر طرفین قرارداد به وجود می‌آورد که عدم انجام هر کدام باعث فسخ قرارداد می‌شود.

**کلیدواژگان:** قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش ساختمان، مبانی فقهی حقوقی پیش‌فروش ساختمان، پیش‌خریدار، پیش‌فروشنده

قانون پیش‌فروش ساختمان از جمله قانون‌های جدید به شمار می‌رود که بر اثر گسترش جمعیت و عدم قدرت افراد از خرید مسکن به وجود آمد. این نوع معامله در فقه وجود ندارد، اما به دلیل اینکه این قرارداد نوعی تعهد را در بردارد می‌توان آن را نوعی بیع تلقی کرد و آن را یک قرارداد خصوصی نامید و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی قراردادها را بر آن حاکم کرد و بر این اساس طرفین نسبت به آن در مقابل یکدیگر مسئول هستند. وظایف طرفین معامله در قانون پیش‌فروش آپارتمان چیست؟ در این معامله فروشنده متعهد می‌شود تا در زمان معینی ساختمانی را با اوصاف و ویژگی‌هایی که در قرارداد بیان شده را تحویل خریدار دهد و اگر به هر نحوی از انجام وظایف خود کوتاهی کند و یا بر خلاف آنچه در قرارداد آمده عمل کند، مسئول خواهد بود و در بعضی موارد مجبور به دادن جریمه‌ی تأخیر خواهد شد و خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند. در مقابل خریدار هم موظف است در ابتدای معامله مقداری از مبلغ مورد تعیین شده را بدهد و مابقی را در طول مدت مقرر پرداخت نماید. طرفین قرارداد اگر از انجام وظایف خود امتناع کند، حق فسخ معامله با وجود شرایطی به وجود می‌آید.

قانون پیش‌فروش آپارتمان آیا می‌تواند یک عقد تشریفاتی باشد؟ قانون پیش‌فروش آپارتمان در قانون مدنی به عنوان یک عقد تشریفاتی ثبت شده است و صحت آن منوط به رضایت طرفین است. علاوه بر آن در این قانون حق انتخاب داور برای طرفین وجود دارد که با رضایت بین فروشنده و خریدار محقق می‌شود. داور اختیار تام ندارد و بر اساس قانون باید از شروط تعیین شده تبعیت کند و تابع قانون باشد.

پژوهش حاضر به طور تفصیلی قانون پیش‌فروش ساختمان را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهد و این قانون را به عنوان بیع در فقه و حقوق تعریف کرده و به موارد فسخ قرارداد می‌پردازد و از تشریفاتی بودن این عقد و جایگاه دآوری سخن می‌گوید.

## ۱. بیان مسأله

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از جمله قراردادهای رایج و متداولی است که نسبت به سایر عقود معین، دارای مبانی پیچیده و چندگانه‌ای است به همین دلیل، حقوق دانان و رویه‌ی قضایی در خصوص مبانی، شرایط و آثار این قرارداد نظرات مختلفی ارائه کرده‌اند.

در پاسخگویی به اصل مسأله پیش‌فروش ساختمان و تبیین قالب شرعی آن، نیازمند تنقیح و تبیین برخی از اصول و کلیات معاملات می‌باشیم که شایسته است موارد مورد اختلاف دقیق بررسی گردد.

موضوع این‌گونه قراردادها، در زمان انعقاد قرارداد موجود نیست؛ از این‌رو چنین قراردادهایی ظاهراً شرطی از شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات ( معلوم و موجود بودن موضوع معامله) را ندارند، بر همین مبنا اختلاف نظر جدی بین فقها و حقوق دانان در مورد توصیف این نوع قراردادها وجود دارد. از جمله‌ی این توصیفات، توصیف قرارداد پیش‌فروش به عقد استصناع، بیع معلق، جعاله خاص، بیع سلم، عقد صلح، عقد هبه معوضه می‌باشد.

همچنین ممکن است پیش‌فروش ساختمان، در قالب عقدی مستقل و مستحدث باشد مانند عقد قرارداد بیمه که امام خمینی آن را عقدی مستحدث برشمردند. لذا تا زمانی که مبانی حاکم بر یک قرارداد محل شک و تردید است به راحتی نمی‌توان در خصوص شرایط انعقاد، اوصاف و آثار آن قرارداد، گفتگو کرد.

## ۲. اهداف تحقیق

### الف. هدف اصلی

تحلیل مبانی حاکم بر قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

### ب. اهداف فرعی

یکی از اهداف اصلی و مهم قانون پیش‌فروش حل قالب شرعی آن می‌باشد و همچنین حمایت از پیش‌خریداران که عموماً از اقشار ضعیف و متوسط اقتصادی جامعه می‌باشند و تنها از طریق پیش‌خرید اقساطی امکان خانه‌دار شدن را دارند، اما گاه علی‌رغم پرداخت تمام ثمن و اقساط با این حال از امنیت لازم برخوردار نیستند. در هر حال معتقدیم با اجرای صحیح و شرعی قانون قراردادهای پیش‌فروش ساختمان این معضلات برطرف گردد. لذا پس از بررسی مبانی حاکم بر قرارداد مذکور، به بررسی شرایط و آثار آن پرداخته می‌شود تا این هدف به ثمر بنشیند.

بررسی فقهی عقود نو ظهور در جامعه که به طرفین قرارداد کمک می‌کند تا ضمن عقد قراردادی صحیح از حقوق خود آگاه باشند و از اختلافات بسیاری که در این مورد در دادگاه‌ها شاهد آن هستیم کاسته گردد.

## ۳. سؤال‌های تحقیق

### الف. سؤال اصلی

مبانی حاکم بر شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان کدام است؟

### ب. سؤال‌های فرعی

- ۱- مفهوم و ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان چیست؟
- ۲- مبانی فقهی مقررات مربوط به انعقاد و انحلال قرارداد پیش‌فروش ساختمان چیست؟
- ۳- مبانی فقهی مقررات مربوط به مفاد و آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان چیست؟

## ۴. فرضیه‌های تحقیق

- ۱- به نظر می‌رسد می‌توان با استناد به عموم و اطلاق اقوا بالعقود، عقد استصناع را تصحیح نمود.
- ۲- بیع سلم، طبق نظر برخی فقها، قالب مناسبی برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان می‌باشد.
- ۳- چنانچه بخواهیم قراردادهای پیش‌فروش ساختمان جز عقود معروفه تعریف کنیم احتمال این وجود دارد که عقد جعاله یا صلح یا هبه معوضه، پاسخگوی نیاز ما برای تصحیح قرارداد مذکور باشد.
- ۴- به نظر می‌رسد که قواعد سلطنت، لاضرر، ضمان معاملی جزء مبانی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و احکام آن باشد.

## ۵. اهمیت و ضرورت تحقیق

امروزه انواع قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، فروش اقساطی، مشارکت مدنی و اعطای تسهیلات مسکن را می‌توان در راستای تأمین نیاز اساسی انسان به سرپناه و مسکن، توجیه کرد. در سال‌های اخیر با رشد چشمگیر قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در عرف معاملات و تعدد و گسترش اختلافات ناشی از این قراردادها در دستگاه قضایی، قانون‌گذار بر آن شد تا به منظور انتظام این بازار، پیش‌گیری از سوء استفاده‌ی فرصت‌طلبان، قانون پیش‌فروش ساختمان را در سال ۱۳۸۹ تصویب کند.

اما همچنان شاهد افزایش روزافزون شکایات تحت عنوان قراردادهای پیش‌فروش ساختمان هستیم چرا که در خصوص مبانی و زیر ساخت فقهی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان به اندازه کافی بحث نشده است و این تشتت آراء و اظهار نظرهای متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوت‌های دیدگاهی و تئوریک حقوق‌دانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش متفاوت حقوق‌دانان به جنبه‌های مختلف این گونه قراردادهاست. بنابراین مهم‌ترین مسأله برای کاستن مشکلات این قراردادها، توصیف فقهی حقوقی این نوع قراردادها از منظر مبانی و زیر ساخت‌ها است. همچنین بررسی دقیق و موشکافانه نقایص آن‌ها در گذشته و وحدت بخشیدن به این تشتت آراء در تعیین و تبیین مصداق عقود بیع اسلامی است.

## ۶. تعریف واژه‌ها

**بیع:** معامله کالا با عوضی معلوم

**عقد:** یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.

**پیش‌فروش:** فروختن قبل از فراهم آوردن کالا

**پیش‌خرید:** کالایی با پیش پرداخت تا در آینده تحویل داده شود.

## ۷. پیشینه تحقیق

با توجه به اینکه یکی از مظاهر زندگی عصر حاضر، ساختمان‌سازی و فروش آن است، با توجه به نیاز کنونی و جامعه و افزایش چشمگیر جمعیت شهرنشین و به تبع آن افزایش قراردادهای پیش‌فروش ساختمان که امری ضروری گشته است، آگاهی بر کم و کیف این قراردادها روز به روز شایع‌تر می‌شوند، به ویژه برای حقوق‌دانان، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

کتاب‌ها و مقالات و پایان‌نامه‌های بسیاری در موضوع پیش‌فروش ساختمان اعم از ماهیت آن، بررسی الزامات طرفین قرارداد، حقوق و تعهدات خریدار و فروشنده، چالش‌های حقوقی قراردادهای نوشته شده است، اما باز شاهد هستیم که در دادگاه شکایات بسیاری وجود دارد که هر صاحب‌نظری با توجه به برداشت خود از قانون پیش‌فروش ساختمان دارد و حکم‌ها به دلیل تفاوت در مبانی حاکم بر قراردادهای و تعاریف حقوقی متفاوت و زیرساختی در انواع بیع، مختلف است. لذا در صدد شدیم با بررسی عمیق انواع بیع، مبانی و احکام این قراردادها را بررسی نماییم و حتی از منظر امکان یک بیع مستحدث، قوانین قرارداد مذکور را تحلیل کنیم، تا این تشتت آراء و سرگستگی پیش‌خریداران و پیش‌فروشنندگان را از منظر فقهی و حقوقی با نگاهی کاربردی سامان دهیم.

در ذیل عناوین آثاری که در مورد قانون پیش‌فروش ساختمان، بحث کرده‌اند و ما نیز تکمیل‌کننده‌ی نوشته‌های ایشان هستیم را ذکر می‌نماییم:

- نقد و بررسی قانون پیش‌فروش ساختمان: عباس وثوقی‌راد (۱۳۹۲)
- ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش‌فروش ساختمان: مریم مجیدیان (۱۳۹۲)
- ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان: نیما سکوتی (۱۳۹۰)
- تحلیل حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و آثار آن: سید ایمان موسوی (۱۳۹۴)
- بررسی تحولات قانونی در زمینه پیش‌فروش ساختمان بر اساس قانون پیش‌فروش: گودرزی (۱۳۹۱)
- ماهیت و آثار قرارداد پیش‌فروش ساختمان: رضایی‌نژاد (۱۳۹۶)
- شرایط قرارداد پیش‌فروش ساختمان: فرزنانگان (۱۳۹۰)

## ۸. روش تحقیق

روش پژوهش حاضر تحلیلی - توصیفی است و محقق با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای و ابزار فیش‌برداری به تجزیه و تحلیل مطالب پرداخته است.

## ۹. ساختار تحقیق

این تحقیق دارای سه فصل کلی است: فصل اول به کلیات و مفاهیم پرداخته است، که دارای دو مبحث کلی با عنوان مفهوم شناسی واژگان تحقیق و ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان می‌باشد.

فصل دوم به مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به انعقاد و انحلال قرارداد پیش‌فروش می‌پردازد. در این فصل علاوه بر مبانی فقهی به ضمانت اجرای کیفری عدم رعایت قرارداد و موارد فسخ توسط خریدار و فروشنده و پرداخت خسارت توسط فروشنده بحث شده است.

فصل سوم به مبانی فقهی حقوقی مقررات مربوط به مفاد و آثار قرارداد پیش‌فروش اشاره شده است که از انتقال تدریجی مالکیت تا اجرای تعهدات طرفین و مبانی شرط داوری در قرارداد پیش‌فروش سخن گفته شده است.

# فصل اول

## کلیات و مفاهیم



## مبحث اول: مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان و پیشینه آن

### گفتار اول: مفهوم قرارداد و پیش فروش ساختمان

#### بیان اول: تعریف قرارداد و تعهد

قرارداد یا همان قولنامه هم معنای با عقد است و عقد مفرد کلمه‌ی عقود به معنی بستن و گره زدن می‌باشد. ماده‌ی ۱۸۳ قانون مدنی می‌گوید: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»

بر اساس این ماده در اثر بستن عقد بین دو نفر رابطه‌ی حقوقی به وجود می‌آید و آن‌ها را در مورد یک موضوع مشترک با یکدیگر پیوند می‌دهد. تفاوتی که در عقد و قرارداد بیان شده، این است که عقد شامل بیع، اجاره و ... می‌شود، اما قرارداد می‌تواند همه‌ی عقود و تعهدات را در برگیرد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که عقد خاص‌تر از قرارداد و به عبارتی دیگر قرارداد عام‌تر از عقد است.

در تعریف تعهد می‌توان گفت: رابطه‌ی حقوقی است که به موجب آن شخص در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود، خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا الزام قهری. بر این اساس است که عقد و تعهد دارای دو معنای متعدد است. تعهد ارتباطی است که بین طلبکار و بدهکار انجام می‌گیرد و می‌توان مربوط به مسائل دینی و شخصی باشد. عقد باعث به وجود آمدن گروهی از تعهدات می‌شود. فایده‌ای که تعهد در بردارد این است که طلبکار می‌تواند طلب خود را از طرف مقابلش بخواهد و اگر از این کار خودداری کرد، از قاضی درخواست به اقدام کند، اما فایده‌ای که در قرارداد وجود دارد مربوط به محتوایی است که در قرارداد آمده و دستوراتی که قانونگذار آن را وضع کرده است.

#### بیان دوم: تعریف پیش فروش ساختمان

کلمه‌ی «پیش فروش» ترکیبی از کلمه‌ی «پیش» به معنای قبل یا گذشته و «فروش» به معنای فروختن می‌باشد که می‌توان اینگونه بیان کرد: «فروختن کالا یا سرمایه پیش از آماده شدن یا گرفتن قیمت قبل از تحویل کالا یا سرمایه است؛ به عبارت دیگر فروختن مال یا اجناسی که هنوز موجود نباشد و فروشنده پولی را می‌گیرد که قرار است در آینده آن را تحویل دهد.»<sup>۱</sup>

«پیش فروش کردن» فروختن قبل از فراهم آوردن مال یا کالا و «پیش خرید» به معنای کالایی با پیش پرداخت تا در آینده تحویل داده شود.

مورد معامله در عقد پیش فروش ساختمان، آپارتمانی است که مربوط به یک ساختمان بزرگ است اما جدا از آن، که دارای چند اتاق و ضامم است.

#### گفتار دوم: تاریخچه‌ی پیش فروش ساختمان

سال ۱۳۱۷ دولت بدون واسطه در بخش مسکن حضور یافت؛ به علت نیاز گروه‌های مختلف به داشتن خانه‌ای مناسب، که با همکاری بانک ملی اقدام به این کار کرد و بانک رهنی را تأسیس نمودند. هدف از تشکیل این بانک، وام دادن به متقاضیان مسکن با قصد خانه سازی برای اقشار کم درآمد جامعه بود. این بانک با خرید ۱۲ هکتار از زمین‌های اطراف تهران ۴۰۰ آپارتمان را احداث کرد که با مرور زمان دولت درصد

۱. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین، "بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان"، پاییز ۱۳۸۷، حقوق اسلامی، شماره ۱۸، ص ۸۹.

زیادی از این سهام را به بخش خصوصی واگذار کرد. چنین اقدامی باعث رونق بازار آپارتمان سازی شد و چون در تبیین ماهیت قرارداد ابهاماتی وجود داشت باعث به وجود آمدن اختلافاتی در این زمینه شد. این امر قوه‌ی قضاییه را منجر به تصویب لایحه‌ی پیش‌فروش آپارتمان در ۲۸ ماده در سال ۱۳۸۵ کرد.

## مبحث دوم: ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

### گفتار اول: نظرات فقهی در مورد ماهیت قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

#### بیان اول: مفهوم و شرایط قرارداد پیش‌فروش

هدف از تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان، متفاوت بودن ماهیت و ویژگی‌های این معامله است که عقود سنتی به شمار می‌آید. ضابطه‌مند شدن معاملات پیش‌فروش هم باعث رونق ساخت و ساز و توسعه‌ی اقتصادی می‌شود و هم باعث حمایت از پیش‌خریداران که در شرایط اقتصادی پایین هستند و قدرت خرید مسکن را ندارند.<sup>۱</sup>

قرارداد پیش‌فروش یعنی معامله‌ای که به وسیله‌ی آن مالک بعد از گرفتن مجوزهای لازم از مراجع ذی‌صلاح متعهد به ساخت و تحویل ساختمانی با مساحت و مشخصات معینی در زمان مقرر در قبال عوضی معلوم که معمولاً به صورت قسط تعیین می‌شود، پرداخت می‌شود.

در ماده‌ی ۱ قانون در تعریف معامله‌ی پیش‌فروش آمده: «هر قراردادی با هر عنوانی که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل با پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون قرارداد پیش‌فروش ساختمان محسوب می‌شود.»<sup>۲</sup>

#### بیان دوم: شرایط انعقاد

برای انعقاد معامله‌ی پیش‌فروش آپارتمان علاوه بر وجود شرایط اساسی صحت معامله، باید موارد زیر هم رعایت گردد:

- ۱- پیش‌فروشنده مالک رسمی زمین یا منافع آن باشد و یا اینکه پیش‌خریدار مالک زمین باشد و با پیش‌فروشنده معامله‌ی همکاری ساخت، بسته شود که به سبب آن پیش‌فروشنده متعهد شود که در زمین پیش‌خریدار ساختمانی را بنا کند و در مقابل، واحد یا واحدهای مشخص به او اختصاص یابد و واحد یا واحدهای دیگری هم متعلق به پیش‌خریدار باشد. (ماده‌ی ۱ و بندهای ۱ و ۲ تبصره‌ی ماده‌ی ۱)
- ۲- معامله حتماً کتبی و رسمی باشد. (مواد ۳، ۵، ۲۳ و ۲۴)
- ۳- در زمان انعقاد معامله عملیات پی ساختمان به اتمام رسیده باشد. (بند ۴ و ماده‌ی ۴)

۱. سلیمی، صادق؛ دشتبانیان، لیلی، "تضمین حقوق قرارداد پیش‌فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و دبی"، نامه مفید، تابستان ۱۳۹۱، شماره ۹۱، ص ۲۸.

۲. سلیمی؛ دشتبانیان، "تضمین حقوق قرارداد پیش‌فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و دبی"، ص ۲۹.

البته مورد قراردادهای مشارکت در ساخت (بند ۱ تبصره‌ی ماده‌ی ۱) رعایت این شرط منتفی باشد؛ زیرا در این نوع معاملات، زمین متعلق به پیش خریدار است و او هم تعهدی به ساخت نداشته و این تعهد به عهده‌ی پیش فروشنده است.

۴- اگر واحد ساختمانی موضوع قرارداد در مجموعه‌های احداثی (مانند شهرک) باشد، پیش فروشنده در زمان انعقاد قرارداد باید حداقل سی درصد تعهداتی را که در برابر مرجع صادر کننده پروانه دارد، انجام داده باشد. تبصره‌ی ماده‌ی ۴ در این مورد مقرر می‌دارد: «در مجموعه‌های احداثی که پیش فروشنده تعهداتی در برابر مرجع صادر کننده پروانه از قبیل آماده سازی و انجام فضای عمومی و خدماتی با پرداخت حقوق دولتی و عمومی و نظارت آن دارد، اجازه پیش‌فروش واحدهای مزبور منوط به حداقل سی درصد پیشرفت در سر جمع تعهدات مربوط و تأیید آن توسط مرجع صادر کننده پروانه می‌باشد.»

۵- مدارک مزبور در ماده‌ی ۴ قانون فراهم باشد.

۶- موارد مزبور در ماده‌ی ۲ قانون در قرارداد ذکر شود.

شرایطی که ذکر شد را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: **اول** شرایطی که جزء ارکان این قرارداد است و مطابق قواعد عمومی قراردادها و احکام عمومی نیز رعایت آن‌ها ضروری است و گرنه نه تنها قرارداد پیش‌فروش باطل است، بلکه هیچ عمل حقوقی دیگری نیز منعقد نمی‌شود. مالکیت پیش فروشنده نسبت به زمین یا منافع آن یا مالکیت پیش خریدار نسبت به زمین در قرارداد مشارکت در ساخت (تبصره‌ی ۱ ماده‌ی یک قانون)، تعیین مشخصات طرفین و مشخصات ملک و اوصاف واحد ساختمانی موضوع معامله و مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود، بهاء یا عوض معامله (بندهای ۱، ۲، ۳، ۴ و ۵ ماده‌ی ۲ قانون) جز این شرایط هستند؛ زیرا در غیر این صورت معامله فضولی یا مجهول خواهد بود.

شرایط دسته‌ی **دوم** تشریفاتی هستند که این قانون برای معامله‌ی پیش‌فروش در نظر دارد. موارد مزبور در بندهای ۶، ۷، ۸، ۹ و ۱۱ ماده‌ی ۲ و موارد مزبور در ماده‌ی ۳ جز این شرایط هستند. عدم رعایت این شرایط باعث می‌شود که معامله‌ی بسته شده پیش‌فروش آپارتمان شامل قانون پیش‌فروش آپارتمان نشود نه اینکه هیچ معامله‌ای میان طرفین منعقد نشود. در نتیجه رابطه‌ی طرفین را باید جداگانه تحلیل و ماهیت آن را به دست آورد.<sup>۱</sup>

### **بیان سوم: اشخاص مجاز به پیش فروش**

در مورد اینکه علاوه بر مالک چه افراد دیگری مجاز به پیش‌فروش هستند، تبصره‌ی این ماده افراد زیر را مشخص می‌کند:

۱- سرمایه‌گذارانی که در ازاء سرمایه‌گذاری از طریق ایجاد بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی زمین، ضمن عقد و به موجب سند رسمی به آنان اختصاص می‌یابد.

<sup>۱</sup> . دارویی، عباسعلی، "قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۸۹/۵/۲۴)"، فصلنامه حقوق مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تابستان ۱۳۹۱، سال چهل و دوم، شماره‌ی ۲۶، ص ۱۵۶-۱۵۷.

۲- مستأجرین اراضی اعم از ملکی، دولتی، موقوفه که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارند.

این قانون برای کسانی قابل اجرا است که مبالغی را جهت ساخت بنا از خریداران به صورت وام یا ثمن دریافت می‌کنند. در واقع پیش خرید و پیش فروش لازم و ملزوم هم هستند؛ یعنی اگر یکی تعریف شود دیگری هم تعریف شده است. هنگامی که مالک یا ذی‌حق قبل از تکمیل ساختمان مبادرت به فروش جز یا کل آن بکند، پیش‌فروش نامیده می‌شود که معمولاً هزینه‌های آپارتمان به صورت قسط و با پیشرفت کار پرداخت می‌شود و توافق طرفین بر پرداخت یکجا آن را از شمول پیش‌فروش خارج نمی‌کند.

اصل بر این است که باید پروانه‌ی ساختمانی گرفته شود تا بعد از تأیید نقشه‌ی نهایی امکان پیش‌فروش به وجود آید و الا ممکن است آنچه معامله می‌شود با آنچه جواز ساخت پیدا می‌کند، مطابقت نداشته باشد. برای روشن شدن مفهوم پیش خرید و تمایز آن از سایر مفاهیم، می‌توان پیش‌فروش ساختمان را با بیع مال آینده مقایسه نمود: «موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی‌الذمه با مصادیق متعدد است که در آینده ایجاد می‌شود بلکه شامل کالایی است که باید منحصراً برای خریدار ساخته شود، مورد اخیر به نوبه‌ی خود ممکن است منقول یا غیر منقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد.»

موضوعی که قبل از تصویب قانون مطرح بوده، ماهیت و درستی معامله‌ی پیش‌فروش ساختمان بوده است. بعضی از نویسندگان بیان می‌دارند: «در مورد مالی که وجود آن متحمل است یا قابلیت وجود در آینده را دارد امکان انتقال را به عنوان قاعده نمی‌توان پذیرفت.»<sup>۱</sup> از نظر نویسندگانی دیگر: «عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است.»<sup>۲</sup> بر این اساس باید گفت که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با بیع تفاوت‌های اساسی دارد.<sup>۳</sup>

### بیان چهارم: تاریخچه‌ی فروش کالا در فقه

فقه‌ها برای احراز شرایط معامله، شرایط و اوصافی ذکر کرده‌اند که در همه‌ی عقود و معاملات جاری می‌شود و عدم اجرای این شرایط باعث بطلان قرارداد می‌شود. این شرایط عبارت است از: مالیت داشتن، قدرت تسلیم داشتن، منفعت عقلایی بودن، معلوم و معین بودن، قابل نقل و انتقال بودن، مشروع و مملوک بودن مورد معامله، و اینکه هنگام عقد موجود باشد.

شرط «معامله باید در موقع قرارداد موجود باشد» مربوط به زمانی است که خرید و فروش آشکار و مشخص باشد نه کلی در ذمه؛ کلی محتوایی است که در عالم خارج وجود دارد اما مصادیق آن مختلف است، اما معامله آن صحیح است؛ اگر چه مصادیق آن در زمان بستن قرارداد موجود نباشد و در زمان آینده به وجود آید، مانند فروش یک تن پرتقال، که بعد از موجود شدن، فروشنده مکلف به تسلیم آن مقدار به خریدار خواهد بود. حتی اگر همه‌ی میوه‌ها فاسد و خراب شود، قرارداد باطل نمی‌شود؛ زیرا در این مثال، فروشنده به مقدار یک تن میوه به خریدار بدهکار است و می‌تواند موضوع بدهی را تهیه و تسلیم کند.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۶۶، انتشارات بهنشر، تهران، ج ۲، ص ۱۷۴.

۲. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۳۷۷، چاپ اول، نشر حقوقدانان، تهران، ج ۱، ص ۳۲۹.

۳. سلیمی؛ دشتبانیان، "تضمین حقوق قرارداد پیش فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و دب"، ص ۳۰.