

ایستادگی



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد بندرانزلی
پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق
گرایش: خصوصی

عنوان:

وضعیت حقوقی رهن در قراردادهای پیش فروش ساختمان

استاد راهنما

دکتر امیر رضایی فومنی

نگارش

ابراهیم یوسف زاده بالاگمشه

تابستان ۱۳۹۸

تقدیم به

پدر و مادر عزیزم

که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی همواره یآوری دلسوز و فداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن
برایم بوده‌اند.

سپاسگزاری

از استاد فرهیخته دکتر امیر رضایی فومنی که با نکته های دلاویز و گفته های بلند، صحیفه های سخن را علم پرور نمود و همواره راهنما و راه گشای نگارنده در اتمام و اکمال پایان نامه بوده است.



به نام خدا

دانشگاه آزاد اسلامی - واحد ندرزنی

شورای عالی پژوهش

بایاری از خداوند سبحان و اعتماد بر این که عالم محضر خداست و بموارد ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه ایست بجهت نگاه دانشگاه در اتملای فرهنگ و تمدن بشری، ماد انجمن و اعضاء بیات علمی و اصدایی دانشگاه آزاد اسلامی متهدی گردیم اصول زیر را در انجام فعالیتها ی پژوهشی به 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: الزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
۳. اصل باکلیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بکاران پژوهش.
۴. اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن به شهر 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 منافع در اختیار.
۶. اصل زارواری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
۷. اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
۸. اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشناء نتایج تحقیقات و اشتهال آن به بکاران علمی و دانشجوین به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
۹. اصل برات: الزام به برات جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.

نام و نام خانوادگی: تاریخ و امضاء: سید سیمین یوسف زاده

۹۸/۴/۲۳



« صورتجلسه دفاع »

فرم ارزیابی نهایی فعالیت پژوهشی (پایان نامه) دانشجو

ارزیابی توسط استاد راهنما/مشاور داور(ان)

با استعانت از الطاف خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای/خانم ابراهیم یوسف زاده دانشجوی رشته حقوق گرایش خصوصی به شماره دانشجویی ۹۵۰۰۹۴۹۹۸ و کد پایان نامه..... تحت عنوان وضعیت حقوقی رهن در قراردادهای پیش فروش ساختمان در تاریخ ۹۸/۴/۳ با حضور استادان محترم راهنما، مشاور، و هیات داوران در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی برگزار و با درجه ~~هولسیب~~ به تصویب رسید.

امضا
امضا
امضا
امضا

نام و نام خانوادگی استاد راهنما: دکتر رضایی فومنی

نام و نام خانوادگی استاد مشاور:

نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر نعیمی

نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر شرافت پیما

ارزیابی توسط حوزه معاونت پژوهش و فناوری

پس از بررسی نتایج حاصل از الف) پذیرش یا چاپ مقاله در مجلات معتبر ب) فرستادن (submission) مقاله به مجلات معتبر ج) انصراف دانشجو از ارائه مقاله و ارائه فرم ۱۴، پایان نامه با درجه ۲..... ~~حرب~~ به تصویب رسید.

معاون پژوهش و فناوری
دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی
معاون پژوهش و فناوری

نازین آسداوآه

توجه: لطفاً فرم توسط دانشجو به صورت تایپ شده تکمیل گردد.
۱- براساس نمره اخذ شده از فرم شماره ۱۰ (حداکثر ۱۸ نمره) یکی از درجات خوب، قابل قبول و غیر قابل قبول تعلق می گیرد.
۴- براساس احراز موارد الف و ب به ترتیب درجات عالی و بسیار خوب تعلق می گیرد و در صورت انصراف دانشجو از ارائه مقاله درجه تعیین شده در بخش اول به عنوان درجه نهایی تصویب می گردد.



تعهد اصالت پایان نامه

اینجانب ابراهیم یوسف زاده دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق که در تاریخ ۹۸/۴/۳ از پایان نامه خود تحت عنوان وضعیت حقوقی رهن در قرارداد های پیش فروش ساختمان با کسب نمره ۱۷/۷۵ و درجه خوب دفاع نموده ام بدین وسیله متعهد می شوم:

- ۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.
- ۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴- چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: ابراهیم یوسف زاده

تاریخ و امضاء: ۹۸/۴/۳

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
۳	الف) بیان مسئله
۴	ب) اهمیت و ضرورت تحقیق
۴	ج) پیشینه تحقیق
۷	د) اهداف تحقیق
۷	ه) سؤالات تحقیق
۷	و) فرضیات تحقیق
۷	ز) جنبه نوآوری
۷	ح) روش تحقیق
۸	ط) ساختار تحقیق
۹	فصل اول: کلیات
۱۰	۱-۱- مفاهیم
۱۰	۱-۱-۱- تعاریف و عناصر رهن
۱۰	۱-۱-۱-۱- تعریف لغوی رهن
۱۱	۱-۱-۱-۲- تعریف اصطلاحی رهن
۱۱	۱-۱-۱-۳- عقد رهن در قانون
۱۳	۱-۱-۱-۴- جایگاه رهن در حقوق مدنی
۱۳	۱-۱-۱-۵- ویژگی های عقد رهن
۱۳	۱-۱-۱-۵-۱- تبعی بودن
۱۴	۱-۱-۱-۵-۲- عینی بودن رهن
۱۶	۱-۱-۱-۵-۳- تشریفاتی نبودن عقد رهن

- ۱-۱-۲- مفهوم قرارداد پیش فروش آپارتمان ۱۶
- ۱-۲- ماهیت قرار داد پیش فروش ۱۷
- ۱-۲-۱- ماهیت قرارداد ۱۷
- ۱-۲-۱-۱- کلی در ذمه ۱۸
- ۱-۲-۱-۲- کلی در معین ۱۹
- ۱-۲-۱-۳- عین معین ۱۹
- ۱-۲-۲- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در اصل عقد ۲۲
- ۱-۲-۲-۱- ماهیت بیع بودن ۲۲
- ۱-۲-۲-۲- ماهیت قرارداد خصوصی بودن ۲۳
- ۱-۲-۲-۳- عقد معین مستقل بودن ۲۳
- ۱-۳- اثرات عقد رهن ۲۴
- ۱-۳-۱- اثرات لازم بودن ۲۴
- ۱-۳-۱-۱- عدم جواز تصرف در عین مرهونه ۲۴
- ۱-۳-۱-۲- اثرات جایز بودن عقد رهن ۲۴
- ۱-۳-۱-۳- جواز فک رهن ۲۴
- ۱-۳-۲- استیفای طلب از عین مرهونه ۲۵
- ۱-۳-۳- قبض و اقباض در عقد رهن ۲۵
- ۱-۳-۳-۱- جایگاه قبض در عقد رهن ۲۵
- ۱-۳-۳-۲- جایگاه قبض در حقیقت و ماهیت عقد رهن ۲۶
- ۱-۳-۳-۳- نقش قبض به عنوان شرط شرعی در عقد رهن ۲۷
- ۱-۳-۳-۴- جایگاه قبض در لزوم عقد رهن ۲۸
- ۱-۳-۳-۵- نقش قبض در عقد رهن، طبق قانون مدنی ۲۹
- ۱-۴- تمییز عقد رهن و وثیقه در عقود بانکی ۲۹
- ۱-۵- مفاهیم مرتبط با رهن ۳۱
- ۱-۵-۱- اسناد تضمینی ۳۱
- ۱-۵-۲- املاک توثیقی ۳۱

ب

- فصل دوم: وضعیت حقوقی رهن مقدم بر پیش فروش ۳۲
- ۱-۲- لازم یا جایز بودن رهن مقدم بر پیش فروش ۳۳
- ۲-۲- بررسی شرایط قرار دادهای پیش فروش ۳۴
- ۱-۲-۲- قصد و رضای طرفین ۳۵
- ۲-۲-۲- اهلیت طرفین ۳۷
- ۲-۲-۳- مورد رهن در قرارداد پیش فروش آپارتمان ۳۷
- ۲-۳- بررسی چالش ها و ادله حاکم بر رهن مقدم بر پیش فروش ۳۸
- ۲-۳-۱- چالشهای پیش روی رهن مقدم بر پیش فروش ۳۸
- ۲-۳-۱-۱- رهن مالی که غیر موجود ۴۰
- ۲-۳-۱-۲- رهن پس از وجود و عینیت مال ۴۱
- ۲-۳-۲- رهن مقدم بر پیش فروش از منظر فقه ۴۲
- ۲-۳-۳- رهن مقدم بر پیش فروش از منظر قانون مدنی ۴۲
- ۲-۳-۴- رهن مقدم بر پیش فروش از منظر دکترین حقوقی ۴۲
- ۲-۳-۵- ادله بطلان رهن مقدم بر پیش فروش ۴۶
- ۲-۳-۵-۱- قرآن ۴۶
- ۲-۳-۵-۲- اجماع بر بطلان رهن مقدم بر پیش فروش ۴۶
- ۲-۳-۵-۳- ضرورت قبض به عنوان لازمه تشکیل و تحقق عقد رهن ۴۷
- ۲-۳-۵-۴- سیره عقلا ۴۷
- ۲-۳-۵-۵- فقدان عین بودن آپارتمان ساخته نشده ۴۷
- ۲-۳-۵-۶- تعارض با عقد رهن ۴۸
- ۲-۳-۵-۷- ضرورت قبض مال در رهن ۴۸
- ۲-۳-۶- نظریه مورد تایید در رهن مقدم بر پیش فروش ۴۸
- ۲-۳-۶-۱- پیشنهاد تفسیر مضیق ماده ۷۷۴ ق.م ۴۹
- ۲-۳-۶-۲- پذیرش تلویحی رهن دین و تعهدات در عقد رهن بدلی ۴۹
- ۲-۳-۶-۳- تخصیص پذیر بودن محدودیت های حاکم بر شرایط انعقاد عقد رهن ۴۹
- ۲-۳-۶-۴- نظریه قبض تدریجی و مصداقی ۴۹

۵۰	۲-۴-نظر قضات پیرامون رهن مقدم بر پیش فروش
۵۲	فصل سوم: وضعیت حقوقی رهن موخر بر پیش فروش
۵۳	۳-۱-اثر تملیکی بودن قرارداد پیش فروش در جواز رهن
۵۳	۳-۱-۱-اثر حقوقی تملیکی بودن قرار داد پیش فروش
۵۴	۳-۱-۲-اثر جزایی خریدار مال پیش فروش شده
۵۴	۳-۲-اثر عهدهی بودن قرار داد پیش فروش در جواز رهن
۵۵	۳-۲-۱-پیش فروش ساختمان در قالب قرارداد عادی
۵۵	۳-۲-۱-۱-دلایل و استدلال های موافق جرم انگاری موضوع
۵۷	۳-۲-۱-۲-دلایل و استدلال های مخالفین جرم انگاری موضوع
۵۸	۳-۲-۲-پیش فروش ساختمان در قالب قرارداد رسمی
۵۹	۳-۲-۳-تاثیر رضایت خریدار در رهن مال پیش فروش شده
۵۹	۳-۳-رهن مال پیش فروش شده در اندیشه و آراء قضات
۵۹	۳-۳-۱-نظر قضات پیرامون رهن موخر بر پیش فروش
۶۰	۳-۳-۲-نظر قضات پیرامون پیش فروش مال رهنی از طریق اسناد عادی
۶۱	۳-۳-۳-نظر قضات پیرامون فروش مال رهنی
۶۲	۳-۴-بررسی آرای صادره از دادگاه ها پیرامون رهن موخر بر پیش فروش
۶۵	نتیجه گیری
۶۶	فهرست منابع
۶۹	چکیده انگلیسی

وضعیت حقوقی رهن در قراردادهای پیش فروش ساختمان

ابراهیم یوسف زاده بالاگفشه

چکیده:

با گسترش روابط بین افراد و نیز انعقاد قراردادهای خصوصی بین آنها به همان نسبت مشکلات و معضلات افراد در روابط خصوصی و حقوقی آنها بیشتر خواهد شد. هدف از این پژوهش بررسی وضعیت حقوقی رهن موخر بر انتقال در بیع قراردادهای پیش فروش در حقوق موضوعه ایران است؛ این امر از آن جهت مورد تایید و مذاقه قرار گرفته که دعاوی بسیاری در سطح جامعه به خصوص از جانب بانک ها پیرامون این موضوع مطرح گردیده است. در این راستا سوالاتی مطرح است که مهم ترین آن این است وضعیت حقوقی رهن در قراردادهای پیش فروش قبل از انتقال مورد معامله چگونه است. در همین راستا نتایج پژوهش بیانگر این موضوع است که قرارداد پیش فروش ساختمان عقد معین است که احکام، آثار و عنوان آن در قانون پیش فروش ساختمان بیان شده است. و نیز در صورتی که عقد رهن بعد از قرارداد پیش فروش باشد، رهن مال غیر است و در نتیجه این نوع رهن غیر نافذ است در نتیجه رهن مزبور نافذ نبوده و در صورت عدم تنفیذ پیش خریدار رهن باطل و بانک نمی تواند به عنوان حق عینی تبعی ساختمان را توقیف و طلب خود را با مزایده مال مرهون استیفا نماید.

واژگان کلیدی: عقد رهن، پیش فروش ساختمان، عقد لازم، عقد جایز

یکی از مهم ترین نیاز های اساسی افراد در طول تاریخ بشریت، تلاش برای تهیه مسکن بوده است. تأمین این نیاز در گذر زمان با توجه به شرایط اقتصادی و امکانات در اختیار اشخاص به اشکال مختلف خودنمایی کرده است. امروزه انواع قراردادهای پیش فروش ساختمان، فروش اقساطی، مشارکت مدنی و اعطای تسهیلات مسکن را می توان در راستای تأمین این نیاز اساسی توجیه کرد. در سال های اخیر با رشد چشم گیر قراردادهای پیش فروش ساختمان در عرف معاملات و تعدد و گسترش اختلافات ناشی از این قراردادها و ورود موضوع رهن ساختمان های پیش فروش که بیشتر با طرفیت بانک ها انجام می گیرد، این موضوع دستگاه قضایی، قانون گذار را بر آن داشت تا به منظور انتظام این بازار، پیش گیری از سوء استفاده ی فرصت طلبان عرصه ی مسکن و کاستن از شمار پرونده های قضایی، قانون پیش فروش ساختمان را در سال ۱۳۸۹ تصویب کند. خارج از این بحث که این قانون تأثیر عملی در کاهش اینگونه اختلافات دارد و اهداف قانون گذار را محقق می کند، آن چه در این میان اهمیت دارد، شناخت ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان است.

در این راستا نوشتار حاضر در صدد ارائه ی مطالبی منطبق با قانون پیش فروش ساختمان در خصوص ماهیت و اوصاف این قرارداد است. به این منظور، نظراتی که تا کنون در خصوص رهن در ساختمان های پیش فروش شده ارائه شده است، مورد بررسی واقع می شود؛ سپس با اتکا به قانون پیش فروش ساختمان، ماهیت این قرارداد تحلیل و اوصاف آن بیان می گردد.

الف) بیان مسئله

عقود و معاملات از جمله قوانینی است که نقش مهمی را در چگونگی روابط افراد با یکدیگر ایفا می کند. یکی از عقودی که در جامعه امروزی بسیار فراگیر می باشد عقد رهن است. «رهن» در لغت به معنای ثبات و دوام است. صاحب مصباح المنیر گوید: «معنای «رهن» حبس است و «رهن» در اصطلاح عبارت از عقدی است که به موجب آن مالی وثیقه دین قرار می گیرد.» همچنین ماده ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن بیان داشته است که: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.» عقد رهن از جمله عقود لازمی است که لزوم آن از یک طرف می باشد. بدین گونه که از سوی راهن (مدیون) لازم و از جانب مرتهن (دائن) جایز است. از سوی دیگر در میان نیازهای انسان در قرون جدید، داشتن مسکن و محل کار مناسب از اهمیت و جایگاه ویژه ای برخوردار است. از طرفی، هزینه تهیه چنین مکان هایی نیز نسبت به سایر نیازهای اساسی انسان بیشتر است. این مسأله معضلی است که نه تنها گریبان دولت ها، بلکه گریبان گیر اکثر مردم شده است. از جمله دلایل ایجاد چنین معضلی؛ می توان به موارد ذیل اشاره نمود: کمبود زمین در مناطق شهری و افزایش چشمگیر جمعیت که موجب افزایش تقاضا و کاهش عرضه می شود. از همین رو به طور کلی، خرید و فروش ساختمان می تواند به دو صورت انجام گردد؛ اول فروش ساختمان ساخته شده، دوم پیش فروش ساختمانی که هنوز موجود نیست. بحث اصلی این پژوهش حول قسم دوم یعنی پیش فروش می باشد. در قرارداد پیش فروش معمولاً مالک یا سازنده ساختمان در مراحل مختلف ساخت می تواند واحد های احدائی را پیش از تکمیل پیش فروش نمایند. در چنین معاملاتی، ساختمان پیش فروش شده موجود نیست و فروشنده متعهد به تکمیل و تحویل ساختمان تکمیل شده می شود و پیش خریدار متعهد به پرداخت اقساطی مبلغ ساختمان می گردد، بررسی ابتدایی این نظام معاملاتی ما را به این نتیجه می رساند که معاملات پیش فروش از گستردگی و پیچیدگی قانونی خاصی برخوردار است. بر همین اساس گستردگی این نظام معاملاتی، مسائل جدیدی را برای آن به وجود آورده که کمتر به آنها توجه شده است و این امر موجب خسران و ضرر عده ای و ایجاد زمینه سوء استفاده برای عده ای دیگر شده است. از همین رو و با توجه به توضیحات فوق پژوهش پیش رو در صدد بررسی وضعیت حقوقی رهن در قراردادهای پیش فروش می باشد.

ب) اهمیت و ضرورت تحقیق

اهمیت حق پیش فروش قرارداد مشارکت در ساخت و مشکلات حقوقی ناشی از آن و اختلافات نا تمام مالک و سازنده بر هیچ کسی پوشیده نیست؛ با تمام این مشکلات گاه پیش می آید که فرد فروشنده مال پیش فروش شده را در رهن بانک قرار می دهد که این خود نیز در موارد بسیار ایجاد مشکل می کند. بواسطه اهمیت موضوع تصمیم داریم به صورت مفصل در باره این موضوع خیلی مهم و حساس مطالبی را از دیدگاه و منظر حقوقی مورد بررسی و واکاوی قرار دهیم.

ج) پیشینه تحقیق

کنکاش و جستجو پیرامون این موضوع ما را به این نتیجه می رساند که در ارتباط با پژوهش مورد نظر پژوهشی انجام نگرفته است با این وجود در ارتباط با رهن اموال و نیز ماهیت قراردادهای پیش فروش پژوهش هایی انجام گرفته است که ذکر برخی از این موارد از باب مثال می تواند کارساز و مناسب حال باشد. بر همین اساس پژوهش های انجام گرفته به شرح ذیل می باشد:

چمک (۱۳۹۲) در پژوهش خود با عنوان "قراردادهای پیش فروش ساختمان با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹" مدعی شده است که در جامعه کنونی، قراردادهایی تحت عنوان پیش فروش یا پیش خرید ساختمان، رواج چشمگیری پیدا کرده که بخش قابل توجهی از معاملات املاک را به خود اختصاص داده است. در همین راستا، قانون پیش فروش ساختمان در دی ماه ۱۳۸۹ به تصویب قوه مقننه رسید و قواعد و ضوابط مشخصی برای این قراردادها پیش بینی نمود. لذا موضوع پژوهش پیش رو، حول محور قراردادهای پیش فروش ساختمان است که آن را از منظر نو یعنی با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹ مورد تحلیل و بررسی قرار می دهد. نگارنده پس از بررسی نظرات مختلف حقوقدانان، در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان، به این نتیجه می رسد که قانون مصوب ۱۳۸۹ با تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان و تعیین شرایط، احکام و آثار آن، این قرارداد را به عنوان یک عقد معین جدید معرفی نموده است. بنا بر این بررسی شرایط انعقاد، اوصاف، آثار و انحلال آن از دیدگاه قانون اخیرالذکر و قواعد عمومی قراردادها، ضرورتی اجتناب ناپذیر است که در چند مبحث جداگانه بدان پرداخته شده است.

سلیمانیان (۱۳۹۱) در پژوهش خود با عنوان "الزامات پیش فروشنده و پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹" مدعی شده است که قوانین زمینه تجلی خواسته های فرد، اجتماع و دولت در ایجاد یک نظم منطقی جهت بهره گیری هر چه بیشتر از فرصت های زندگی است. ایجاد فضای جدید یا منع بر ورود در محدوده ای یا تغییر نگرش به روابط اجتماعی مهمترین آثار قوانین است. قانون پیش

فروش ساختمان به جهت نیاز جامعه و بروز اختلال در روابط پیش فروشنده و پیش خریدار وضع شده و هدفش تنسيق روابط طرفین قرارداد است. لزوم بررسی ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و الزامات ماهوی و شکلی این قانون نسبت به پیش فروشنده و پیش خریدار و توجه به نظرات حقوقدانان و مقایسه کوتاه با قالب های معین فقهی و آنچه که بموجب قانون پیش نیاز انعقاد قرارداد رسمی پیش فروش بوده توجه و لحاظ گردید. توجه خاص مقنن به امور شکلی این سوال را مطرح نمود که آیا قرارداد پیش فروش از اصل رضایی بودن عقود خارج شده و تشریفات شکلی در زمره عناصر صحیح عقد است و در این میان جایگاه اسناد عادی کجاست و دچار چه سرنوشتی خواهند شد.

حقوق و تعهدات طرفین قرارداد پیش فروش چگونه تحلیل می شود و نتیجه تخلف از شرایط قرارداد و یا حکم قانون چیست و چه ضمانت اجرایی در پی دارد.

سکوتی (۱۳۹۲) در پژوهش خود با عنوان "ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان" مدعی شده است که قرار داد پیش فروش ساختمان قراردادی است که به موجب آن مالک رسمی زمین یا سرمایه گذار (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در زمین مذکور در مقابل طرف دیگر قرار داد (پیش خریدار) می شود. این قرارداد از جمله نهادهای حقوقی است که در فقه و قانون مدنی سابقه ندارد. از این رو، اخیراً قانون گذار به منظور رفع کاستی ها و مشکلات موجود در عرصه پیش فروش ساختمان و تنظیم روابط طرفین قرارداد مذکور قانونی را به همین عنوان تصویب کرده است که محور های اصلی آن تثبیت مالکیت پیش خریدار، تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد و پیش بینی ضمانت اجراهای نقض آن است. تحقیق حاضر ضمن بررسی ماهیت، اوصاف و ضمانت اجراهای حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان، نقاط قوت و ضعف قانون جدید را مورد تحلیل و نقد قرار داده و به این نتیجه دست یافته است که: اولاً: قرارداد پیش فروش ساختمان از حیث ماهیت و اوصاف قراردادی خاص با ویژگی های منحصر به خود است که ماهیت آنرا باید منحصرأ بر اساس قانون جدید تحلیل نمود. ثانیاً: از نظر ضمانت اجرا ... ثالثاً: در راستای هدف تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، قانونگذار نهاد داوری را پیش بینی کرده است که داوری مزبور از نوع داوری اجباری بوده و از حیث ماهیت نیز جزو داوری قانونی می باشد.

مصطفوی و رحیمی (۱۳۹۱) در مقاله ای با عنوان "ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران" بیان داشتند که با افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، مسکن به عنوان یک نیاز اولیه مطرح شده و افرادی به صورت حرفه ای و بعضاً در قالب شخص حقوقی دست اندرکار ساخت و ساز آن شده اند. به تبع آن، معاملات و روابط حقوقی با موضوع مسکن رواج یافته، که «قرارداد پیش فروش ساختمان» از عمده ترین آن ها است. در این قرارداد پیش فروشنده (سازنده) تعهد می کند، ساختمانی را مطابق با اوصاف قرارداد و

در مهلت معین شده، در مقابل ثمنی که به طور اقساط از پیش خریدار می‌گیرد، ساخته و به او تحویل دهد. این قرارداد در مواردی خاص در قالب هیچ یک از عقود معین مشابه با آن، جای نگرفته و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی» قابل طرح می‌باشد. با این حساب این قرارداد طبق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار یافته و الزام‌آور تلقی می‌شود. ضمن این‌که پاره‌ای از حقوق دانان این قرارداد را تحت عناوین دیگری چون «تعهد به بیع» ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی جای داده‌اند، که در زبان عرف معاملات و محاکم دادگستری همان «قول‌نامه» است. انعقاد این قرارداد به صورت بیع معلق که ملکیت، معلق بر وجود باشد، نیز از نظر نظام حقوقی ایران بلاشکال خواهد بود.

عربشاهی (۱۳۸۸) در پژوهش خود با عنوان "ماهیت و آثار حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان" مدعی شده است که امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک می‌باشد که این امر به دو صورت ممکن است انجام شود یک فرض صورتی است که آپارتمان به طور کامل ساخته شده و وجود خارجی دارد در این فرض بیع بر طبق قواعد عمومی نسبت به مال موجود صورت می‌گیرد و از این لحاظ با مشکلی مواجه نمی‌باشد فرض دیگر فروش آپارتمانهای است که هنوز ساخته نشده و در آینده باید ساخته شود در این فرض آپارتمان وجود خارجی ندارد و فروشنده ملتزم به ساخت و تحویل آن می‌شود و یا به عبارت دیگر "پیش فروش آپارتمان" صورت می‌گیرد. قراردادی نو ظهور که به ظاهر با بعضی از احکام قانونی تعارض دارد از جمله ماده ۳۶۱ قانون مدنی این ماده مقرر میدارد "اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است" حال آنکه در فرض مزبور مبیع در زمان قرارداد وجود خارجی ندارد. مهمترین مسئله در رابطه با قرارداد پیش فروش آپارتمان، توصیف حقوقی چنین قراردادهایی می‌باشد، نظرات مختلفی در این رابطه مطرح شده است لیکن آنچه از مفاد قرارداد پیش فروش آپارتمان و قصد و خواست مشترک طرفین بر می‌آید این است که قرارداد پیش فروش آپارتمان نمی‌تواند یک قرارداد خصوصی و یا صرفاً یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد، بلکه قصد طرفین از انعقاد این قرارداد بیع می‌باشد. به عبارت دقیق تر قرارداد پیش فروش آپارتمانهای ساخته نشده از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می‌باشد و در صحت عقد بیع معلق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی تردید وجود ندارد.

با ذکر چند نمونه از پژوهش‌های انجام گرفته که با موضوع مورد نظر تا حدی مرتبط بوده اند این نتیجه حاصل گردید که این موضوع در نوع خود موضوع جدید بوده و تا به اکنون پیرامون آن پژوهشی انجام نگرفته است.

د) اهداف تحقيق

۱. بررسی انتقال در قراردادهای پیش فروش
۲. بررسی آثار ناشی از رهن در قراردادهای پیش فروش
۳. بررسی و شناسایی نظرات حقوقدانان در ارتباط با رهن در قراردادهای پیش فروش
۴. بررسی موضع قانونگذار پیرامون رهن در قراردادهای پیش فروش

ه) سؤالات تحقيق

- وضعیت حقوقی رهن در قبل از قراردادهای پیش فروش چگونه است؟
وضعیت حقوقی رهن در بعد از قراردادهای پیش فروش چگونه است؟

و) فرضیات تحقيق

به نظر می رسد که عقد رهن قبل از قرارداد پیش فروش از جهت صحت معامله، صحیح می باشد.
به نظر می رسد در صورتی که عقد رهن بعد از قرارداد پیش فروش باشد، رهن مال غیر است و در نتیجه این نوع رهن غیر نافذ است.

ز) جنبه نوآوری

همانطور که در بخش سابقه تحقیق بیان گردید پیرامون پژوهش مورد نظر تاکنون پژوهش هایی انجام گرفته که البته برخی ارتباطی هم با پژوهش ندارند و همین امر می تواند دلیلی بر نوآوری این پژوهش باشد.

ح) روش تحقيق

این تحقیق به شیوه تحلیلی، توصیفی نظری و با استفاده از ابزار کتابخانه ای انجام شده است. در ابتدا بر اساس پلان اولیه مطالب از منابع مختلف و فصلنامه ها و مقالات و سایت های اینترنتی جمع آوری گردیده و سپس با تجزیه و تحلیل آنها در محدوده موضوع تحقیق مطالب مفید استخراج و در قالب این رساله ارائه می گردد.

ط) ساختار تحقیق

این پژوهش در سه فصل به رشته تحریر در آمده است در فصل اول به بررسی کلیات پرداخته خواهد شد و مباحثی چون مفهوم رهن، جایگاه و آثار آن و همچنین مفهوم، ویژگی ها و ماهیت قرارداد های پیش فروش مورد بررسی قرار می گیرد.

در فصل دوم به بررسی وضعیت حقوقی رهن مقدم بر پیش فروش خواهیم پرداخت و بر این اساس در این فصل شرایط قرارداد های پیش فروش، چالشهای پیش روی رهن مقدم بر پیش فروش، ادله بطلان رهن مقدم بر پیش فروش، نظریه مورد تایید در رهن مقدم بر پیش فروش مورد بررسی قرار می گیرد. در فصل آخر نیز به بررسی رهن موخر بر پیش فروش و بررسی ادله موافقین و مخالفین می پردازیم و آرای قضایی را پیرامون این موضوع مورد بررسی قرار میدهم.

فصل اول

کلیات