

# بایگاه اطلاعات علمی ایران



سماوت پژوهش و فناوری

## به نام خدا نشور اخلاق پژوهش

بیاماری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشتن مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادیانجویان و اعضاء هیات علمی و احدی 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 برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به مثابه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- 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 حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد گرمی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق

گرایش حقوق خصوصی

عنوان

# حمایت از طرف ضعیف قرارداد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان

استاد راهنما

دکتر شهرام صبری

نگارنده

مریم شکیبایی

خرداد ۱۳۹۵



واحد گرمی

باسمه تعالی

با تأییدات خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد مریم شکیبایی رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی تحت عنوان حمایت از طرف ضعیف قرارداد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان با حضور استاد راهنما، استاد(استادان) مشاور و هیأت داوران در دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی در تاریخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۳ تشکیل گردید در این جلسه، پایان نامه با موفقیت مورد دفاع قرار گرفت. بدینوسیله تایید میشود پایان نامه مذکور از لحاظ محتوای علمی و فرمت و نگارش کامل وبدون نقص میباشد.

استاد راهنما: دکتر شهرام صبری

استاد(استادان مشاور):

۱-

هیأت داوران:

۱- دکتر مظفر باشکوه

۲- دکتر فرج بهزاد

نماینده تحصیلات تکمیلی واحد:

معاون پژوهشی دانشگاه:

تاریخ و امضاء

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

سازمان مرکزی

### تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب مریم شکیبایی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی در تاریخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۳ از پایان نامه خود تحت عنوان حمایت از طرف ضعیف قرارداد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان با کسب نمره ۱۷/۵ با درجه بسیارخوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد میشوم:

- ۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منابع مورد استفاده و سایر مشخصات آن در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام
- ۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (همسطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای لازم را اخذ نمایم.
- ۴) چنانچه در هر مقطع 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: مریم شکیبایی

تاریخ و امضا و اثر انگشت

## سپاسگزاری...

سپاس از استاد راهنمای بزرگووارم آقای دکتر صبری به خاطر تمام راهنمایی ها و مساعدت های بی دریغ و ارزشمندشان در طی مراحل انجام و تدوین پایان نامه، نهایت تشکر را دارم و بر خود لازم می دانم که از معاونت محترم آموزشی تحصیلات تکمیلی و همکاران آن معاونت در انجام امور اداری پایان نامه سپاس و قدردانی نمایم.

در پایان سپاس ویژه خود را به خانواده عزیزم تقدیم می کنم، که در تمام مراحل زندگی و تحصیلی همواره پشتیبان و مشوق من بوده اند.

## تقدیم به:

عدالت گستر جهان، مهدی موعود (عج) که تئوری عدالت اجتماعی - جهانی  
او جامع ترین طرح برای نجات بشریت خواهد بود.  
پدر و مادر مهربانم که نخستین آموزگاران زندگیم بودند.

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده.....	۱
مقدمه.....	۲
<b>فصل اول: مفاهیم و شرایط قرارداد پیش فروش آپارتمان</b>	
۱-۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۶
۱-۱-۱- مفهوم قرارداد.....	۶
۱-۱-۲- مفهوم پیش فروش.....	۷
۱-۱-۳- مفهوم آپارتمان.....	۸
۱-۲- جایگاه قرارداد پیش فروش آپارتمان در تقسیم بندی عقود.....	۸
۱-۲-۱- لازم بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۹
۱-۲-۲- تشریفاتى بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۹
۱-۲-۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان از حیث تنجیز و تعلیق.....	۱۰
۱-۲-۴- تملیکی یا عهدهی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۱۱
۱-۲-۵- معین یا نامعین بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۱۱
۱-۳- مقایسه ی قرارداد پیش فروش آپارتمان با سایر عقود.....	۱۲
۱-۳-۱- بیع عین معین.....	۱۲
۱-۳-۲- بیع کلی فی الذمه.....	۱۷
۱-۳-۳- بیع کلی در معین.....	۲۰
۱-۳-۴- بیع مشروط.....	۲۰
۱-۳-۵- بیع معدوم به تبع موجود.....	۲۳
۱-۳-۶- بیع معلق.....	۲۵
۱-۳-۷- بیع سلف.....	۲۸
۱-۳-۸- تعهد به بیع.....	۳۰
۱-۳-۹- استصناع.....	۳۱
۱-۳-۱۰- شرکت.....	۳۴
۱-۳-۱۱- مقاطعه.....	۳۶
۱-۳-۱۲- صلح.....	۳۷



- ۱-۳-۱۳- قرارداد خصوصی..... ۳۹
- ۱-۳-۱۴- نظر مختار..... ۴۲
- ۱-۴-۱- انعقاد قرارداد پیش فروش..... ۴۳
- ۱-۴-۱- شرایط عمومی صحت قرارداد..... ۴۳
- ۱-۴-۱-۱- وضعیت عقد فاقد یکی از شرایط اساسی..... ۴۵
- ۱-۴-۱-۲- قصد و رضای طرفین..... ۴۵
- ۱-۴-۱-۳- ارکان توافق (ایجاب و قبول)..... ۴۶
- ۱-۴-۱-۴- موارد لزوم توافق اراده طرفین..... ۴۸
- ۱-۴-۱-۵- موانع تأثیر قصد طرفین..... ۵۱
- ۱-۴-۱-۶- اشتباه..... ۵۱
- ۱-۴-۱-۷- نقش رضا در عقد..... ۵۶
- ۱-۴-۱-۸- فقدان رضا در عقد (اکراه)..... ۵۶
- ۱-۴-۱-۹- اهلیت طرفین..... ۵۶
- ۱-۴-۱-۱۰- مورد معامله..... ۵۸
- ۱-۴-۱-۱۱- تقسیم ها و اقسام مورد معامله..... ۵۸
- ۱-۴-۱-۱۲- شرایط مورد معامله..... ۶۱
- ۱-۴-۱-۱۳- مورد معامله در قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۶۷
- ۱-۴-۱-۱۴- مشروعیت جهت معامله..... ۶۸
- ۱-۴-۱-۱۵- تعریف جهت..... ۶۸
- ۱-۴-۱-۱۶- اثر جهت نامشروع در عقد..... ۶۸
- ۱-۴-۲- شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش فروش..... ۶۸
- ۱-۴-۲-۱- وجود پی ساختمان..... ۶۹
- ۱-۴-۲-۲- پرداخت حداقل ۱۰٪ ثمن معامله..... ۶۹
- ۱-۴-۲-۳- سند رسمی..... ۶۹
- ۱-۴-۲-۴- داشتن سند رسمی مالکیت و مدارک لازم برای احداث ساختمان..... ۷۰
- ۱-۴-۲-۵- آسیب شناسی حقوقی قراردادهای تنظیمی توسط بنگاه های مشاوران املاک..... ۷۰

## فصل دوم: بررسی مواد قانون در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد و اختلاف مساحت در

### ساختمان های پیش فروش

- ۱-۲- مشکلات قرارداد پیش فروش آپارتمان و علل ایجاد آن..... ۷۵
- ۲-۲- تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش فروش واحدهای ساختمانی..... ۷۷
- ۳-۲- مفهوم و شرایط قرارداد پیش فروش..... ۷۷
- ۱-۳-۲- مفهوم قرارداد پیش فروش..... ۷۷
- ۴-۲- ویژگی ها و شرایط انعقاد قرارداد پیش فروش..... ۷۸
- ۱-۴-۲- بیان اوصاف کمی و کیفی ساختمان در قرارداد پیش فروش..... ۷۸
- ۲-۴-۲- ثبت رسمی معاملات مربوط به پیش فروش توسط دفاتر اسناد رسمی..... ۸۰
- ۱-۲-۴-۲- ثبت سند خرید..... ۸۰
- ۲-۲-۴-۲- ثبت سند قطعی..... ۸۱
- ۵-۲- تعهدات واسطه ها و رسانه ها..... ۸۲
- ۱-۵-۲- مطبوعات و رسانه های گروهی..... ۸۲
- ۲-۵-۲- مشاوران املاک..... ۸۲
- ۶-۲- تعهدات طرفین و الزامات مراجع ذی ربط..... ۸۳
- ۱-۶-۲- تعهدات طرفین جهت تضمین حقوق طرف قرارداد..... ۸۳
- ۲-۶-۲- تعهدات پیش خریدار جهت تضمین حقوق پیش فروشنده..... ۸۳
- ۳-۶-۲- تعهدات پیش فروشنده جهت تضمین حقوق پیش خریدار..... ۸۴
- ۷-۲- الزامات شهرداری ها و بانک ها به نظارت بر پیش فروش و تضمین حقوق پیش خریدار..... ۸۵
- ۱-۷-۲- شهرداری ها..... ۸۵
- ۲-۷-۲- بانک ها..... ۸۶
- ۸-۲- اختلاف مساحت در ساختمانهای پیش فروش..... ۸۸
- ۱-۸-۲- پیش خریدار، طرف ضعیف قرارداد پیش فروش ساختمان..... ۸۸
- ۲-۸-۲- قواعد حاکم بر اضافه یا کسر مساحت ملک مورد معامله..... ۹۲
- ۱-۲-۸-۲- قواعد حقوقی عام مرتبط با اختلاف مساحت ملک..... ۹۳
- ۹-۲- راهکارهای حقوقی مختص قراردادهای پیش فروش ساختمان..... ۹۶
- ۱-۹-۲- اضافه مساحت..... ۹۶
- ۲-۹-۲- کسر مساحت..... ۹۸

۹۹	۳-۹-۲- مفهوم قیمت روز بناء.....
	<b>فصل سوم: نوآوری و اهداف لایحه، نقاط ضعف و قوت قانون</b>
۱۰۱	۳-۱- نوآوری های اصلی لایحه قانون پیش فروش آپارتمان.....
۱۰۲	۳-۲- اهداف اصلی قانون پیش فروش ساختمان.....
۱۰۴	۳-۳- نقاط قوت قانون پیش فروش آپارتمان.....
۱۰۶	۳-۴- نقاط ضعف قانون پیش فروش آپارتمان.....
۱۰۷	۳-۵- راهکارهای مورد نیاز در راستای حمایت بهتر از پیش خریدار.....
۱۰۷	۳-۵-۱- احراز هویت واقعی اسناد.....
۱۰۷	۳-۵-۲- تبلیغات و اطلاع رسانی.....
۱۰۷	۳-۵-۳- رؤیت اصل اسناد و مجوزهای لازم.....
۱۰۸	۳-۵-۴- اطمینان از وضعیت ملک.....
۱۰۸	۳-۵-۵- سایر اقدامات مورد نیاز.....
۱۰۸	۳-۶- نتیجه.....
۱۰۹	۳-۷- پیشنهاد.....
۱۰۹	۳-۸- مواد طرح پیشنهادی.....
۱۱۱	منابع.....
۱۱۴	چکیده انگلیسی.....

## چکیده

اشخاص آزادند به هر صورت که تمایل دارند و خلاف قواعد آمره نباشد اقدام به انعقاد قرارداد نمایند؛ در عین حال، یکی از ملاحظات مورد نظر سیاستگذاران حمایت از طرف ضعیف قرارداد است که احتمال دارد در پرتو اصل آزادی قراردادها تأمین نگردد. بر این مبنا، قانونگذار با تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۸۹/۱۰/۱۲، در صدد حمایت از پیش خریدار برآمده است. این قانون با الزامی کردن اخذ مجوز آگهی تبلیغ پیش فروش، پایان یافتن عملیات پی ساختمان در زمان قرارداد، رسمی بودن قرارداد، تعیین جرایم برای تأخیر انجام تعهدات پیش فروشنده، تملیک تدریجی ساختمان به پیش خریدار، عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش فروش شده، استحقاق مطالبه قیمت روز بناء در مواردی که پیش خریدار حق فسخ دارد یا در فرض کسر متراتژ مقرر در پیش قرارداد، در مواردی امکان تکمیل ساختمان به وسیله پیش خریدار و تنظیم سند رسمی انتقال از طرف او، مسئولیت نوعی پیش فروشنده در مقابل خسارات ناشی از عیب بناء در مجموع یک قانون حمایت از پیش خریدار است و باب بسیاری از سوء استفاده ها و کلاهبرداری ها را مسدود کرده و بسیاری مسائل مناقشه بر انگیز را نیز روشن ساخت.

**واژگان کلیدی:** طرف ضعیف قرارداد، پیش فروش، پیش فروشنده، پیش خریدار.

## مقدمه

امروزه با گسترش شهرنشینی و افزایش جمعیت ساکن شهرها و همچنین کمبود فضا برای ساخت مسکن، آپارتمان سازی رشد زیادی داشته است. در کشور ما آپارتمان نشینی از قدمت زیادی برخوردار نیست. از بین شهرهای ایران، خصوصاً در شهر تهران به دلیل مهاجرت های چند دهه اخیر که جمعیت آن به طرز غیرمترقبه ای افزایش یافته، آپارتمان نشینی دامن بسیاری از مردم تهران را گرفته است. با توجه به بالا بودن قیمت مسکن و اینکه بسیاری از اقشار جامعه توانایی خرید مسکن و پرداخت یکجای قیمت آن را ندارند و از طرف دیگر وجود افرادی که قصد سرمایه گذاری در بخش مسکن و آپارتمان سازی دارند و نیاز به تأمین منابع مالی دارند پیش خرید و پیش فروش آپارتمان رشد چشمگیری داشته است. به این صورت که پیش-خریدار در مقابل پیش فروشنده متعهد به پرداخت پول آپارتمان در اقساطی مشخص و مبالغی معین می شود و در مقابل پیش فروشنده در برابر پیش خریدار متعهد به ساختن آپارتمانی با ویژگی های معین و تحویل آن در موعد تعیین شده در قرارداد می شود. همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان ها یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک شود. امروزه پیش فروش آپارتمان ها به شکل وسیعی در حال شکل گیری است و پذیرش آن به عنوان یک واقعیت اجتماعی که در تمام ارکان اعم از اقتصادی، فرهنگی، حقوقی، تأثیر نهاده، امری الزامی است. پس در کنار این واقعه، باید از همه جوانب آن را بررسی نمود. اولین قانونی که در این مقوله به تصویب رسیده لایحه قانونی حمایت از پیش خریداران مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب است که آن هم ضمانت اجرایی کافی برای تضمین حقوق خریدار تعیین نکرده است. با بروز مسائل مختلف مربوط به پیش فروش ساختمان، نیازها و ضرورت های موجود در جامعه، سیاستگذاران را وادار نمود برای حل این مشکلات یا دست کم کاستن از میزان آن، در جستجوی شاید دیرهنگام درمان برآیند که نتیجه آن در قالب قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ تجلی یافت. و قانونگذار سعی نمود تا حدودی قواعد حقوقی حاکم بر موضوع را روشن نماید و گاه با وجود قواعد عام، شاید به دلیل نارسایی آنها در پیش فروش ساختمان راهی دیگر در پیش گرفت. لذا بررسی از جنبه های حقوقی یکی از ضروریاتی است که با تحلیل آن می توان به همه ابعاد قرارداد پی برد و طرفین با فراغ بال اقدام به توافقی نمایند که از مسائل حقوقی و قانونی آن مطلع اند و آینده ای مبهم در انتظار آنان نیست که طرفی با تفسیری خاص از قرارداد، قرارداد را به نفع خویش ختم کند.

## الف) بیان مسئله

امروزه روند رو به رشد جمعیت و کمبود فضا در شهرهای بزرگ وجود آپارتمان ها را توجیه نموده است. ساخت و ساز آپارتمان ها نیز حرفه مستقل عده ای از اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که به مرور به

تبع آن قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان تأسیس و جامعه حقوقی را بر آن داشت که نسبت به ظرایف این قراردادها بیندیشد. همین پدیده قانونگذار را بر آن داشت تا در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان‌ها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان‌ها یکی از شایع‌ترین اقسام بیع املاک است. با توجه به تأثیر پیش‌فروش ساختمان در جنبه‌های اقتصادی، حقوقی، فرهنگی و... مسئولان محترم کشورمان اولین بار در سال ۱۳۵۸ لایحه‌ای را تحت عنوان قانون حمایت از پیش‌خریداران توسط شورای انقلاب به تصویب رساندند که بدلیل عدم تعیین ضمانت اجرایی کافی برای تضمین حقوق خریداران، نتوانست گره‌ای از مشکلات جامعه را باز نماید. در نهایت شورای اسلامی قانون پیش‌فروش ساختمان را در ۱۲ دی ماه سال ۱۳۸۹ قانونی را با ۲۵ ماده و چهار تبصره و با تأیید آن در مورخ ۲۹ دی ماه ۱۳۸۹ توسط شورای نگهبان لازم‌الاجرا نمودند.

اصل آزادی قراردادهای این امکان را برای اشخاص فراهم می‌کند که خواسته‌های خود را به شرط عدم مخالفت با قواعد آمره، از طریق انعقاد قرارداد محقق سازند. با این حال اصل مذکور نمی‌تواند بطور مطلق اعمال گردد؛ زیرا گاه طرفین قرارداد از قدرت چانه‌زنی برابری برخوردار نبوده و اعمال این اصل باعث تضییع حقوق طرف ضعیف قرارداد می‌گردد. در قرارداد پیش‌فروش، طرفین از جایگاه برابری برخوردار نبوده، پیش‌فروشنده از موقعیت بهتری برخوردار است؛ در نتیجه این احتمال وجود دارد که وی بدون نقض قوانین از موقعیت خود به ضرر پیش‌خریدار استفاده کند. به همین دلیل قانونگذار با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان سال ۱۳۸۹، در صدد حمایت از پیش‌خریدار به عنوان طرف ضعیف قرارداد برآمد (طهماسبی، ۱۳۹۱).

حال با نگاهی گذرا به وضعیت فعلی مشکلات جامعه در خرید و فروش ساختمان‌های در حال احداث مشاهده می‌گردد که در راستای افزایش چشمگیر تقاضا برای تهیه مسکن، سوء استفاده کنندگان از این مسئله نیز افزایش یافته و موجب اخلال در نظم عمومی جامعه و به چالش کشیدن امورات مردم و حتی دولت شده است و این امر نشان‌دهنده این است که قانون مذکور دارای نواقصات و ابهامات زیادی اعم از ابزار لازم و قوی جهت اجرا، نوع و اهمیت و میزان تأثیر اشخاص درگیر در قرارداد مربوطه، ماهیت حقوقی قرارداد منعقد و... می‌باشد و بطور واضح اطلاع‌رسانی نشده و طرفین قراردادها بدلیل عدم اطلاع از آثار حقوقی و کیفری آن با بروز اختلاف و مراجعه به مراجع ذی‌صلاح و اظهار بی‌اطلاعی کردن و... که در واقع این حرفها در قانون پذیرفته شده نیست و متحمل ضرر و زیان می‌گردند که عوامل اصلی این مشکلات قوه مجریه و قوه مقننه است که نتوانسته قانونی را که تهیه و ارائه نموده است بخوبی اجرا نماید و قانون تصویب شده را که جهت اجرا به دولت ابلاغ نموده است نظارتی بر اجرای آن نماید.

## ب) سوالات تحقیق

۱. حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای پیش فروش ساختمان در حقوق ایران چگونه است؟

## ج) پیشینه تحقیق

اکثر تحقیقات به عمل آمده از حیث قرارداد پیش فروش ساختمان و ماهیت حقوقی آن قرارداد در ایران و مقایسه آن با سایر کشورها می باشد. بعنوان مثال مقاله مهدی ممی زاده با عنوان ماهیت و شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش فروش ساختمان؛ مقاله حسن علیزاده با عنوان مفهوم ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان؛ همچنین چند منبع در مورد نقد و بررسی قانون پیش فروش ساختمان مشاهده می شود، بعنوان مثال "کارگاه علمی و کاربردی با موضوع بررسی قانون پیش فروش ساختمان" در کتابخانه دادگستری استان اردبیل موجود می باشد.

و پایان نامه‌های موجود در دانشگاه‌ها در این موضوع:

- بررسی تحولات حقوقی قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ حسن مکرمی زاد، دانشگاه تبریز
  - نقد و بررسی قانون پیش فروش ساختمان در ایران، سید محمد رحیمی، دانشگاه گرمی
- در ضمن در مورد حمایت از طرف ضعیف قرارداد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان چند مقاله مشاهده می شود از جمله اختلاف مساحت در ساختمان‌های پیش فروش: نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد نوشته علی طهماسبی است و در این مقوله منبع مکتوب و جامعی موجود نمی باشد

## د) فرضیه‌های تحقیق

۱. قانون پیش فروش ساختمان، در حد یک قانون مقتدر نبوده و می توان به جای آن یک شیوه نامه از قوانین موجود تهیه و ارایه کرد.

## ه) اهداف و ضرورت انجام تحقیق

با توجه به اصل آزادی قراردادها برابری طرفین نمی تواند تأمین شود و باید از طریق قواعد حقوقی مناسب این نقیصه را برطرف نمود تا وضعیت طرفی که در انجام معامله دارای قدرت چانه زنی کمتری است، بهبود یافته و اسیر وضعیت برتر طرف مقابل که با تمسک اصل آزادی قراردادها فعالیت می کند نگردد. در این قانون تدابیر مختلفی در راستای حمایت از پیش خریدار به کار گرفته شده که تاکنون در مورد آن بررسی جدی انجام نیافته است. متأسفانه تاکنون زمینه‌های لازم جهت اجرای قانون موجود فراهم نشده است و برای عموم بطور واضح اطلاع‌رسانی نشده و هر روز شاهد افزایش تنش‌های اجتماعی در این مورد هستیم و هزینه سرسام آوری از این لحاظ برای دولت تحمیل می گردد.

## و) روش تحقیق

روش جستجو و نگارش در این پژوهش به شیوه‌ی کتابخانه‌ای و گردآوری داده‌ها از راه مطالعه دقیق متون و استخراج مطالب از میان آنهاست. بدین منظور برای جمع‌آوری اطلاعات به محاکم قضایی نیز مراجعه شده است و با استفاده از کتاب‌های مرجع و همچنین مقالاتی که در رابطه با این موضوع نوشته شده به گردآوری داده‌ها پرداخته شده است.

## ز) سامان‌دهی تحقیق

تحقیق حاضر به جهت بررسی موضوع از یک مقدمه و سه فصل تشکیل شده است که در مقدمه به بیان مسئله، سوالات تحقیق، پیشینه تحقیق، فرضیات تحقیق، اهداف و ضرورت تحقیق، روش تحقیق پرداخته شده است. همچنین در فصل اول به بیان مفاهیم و شرایط قرارداد پیش‌فروش آپارتمان اختصاص داده شده است در فصل دوم به بررسی مواد قانون در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد پرداخته شده است و در فصل سوم به اهداف و نقاط ضعف و قوت قانون اختصاص داده شده است و در نهایت نتیجه‌گیری، پیشنهاد و منابع ارائه گردیده است.



## فصل اول

### مفاهیم و شرایط قرارداد پیش فروش ساختمان

به طور کلی خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود:

الف) فروش آپارتمان ساخته شده که ممکن است از سوی مالک ساختمان انجام شود.

ب) فروش آپارتمانی که ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود و در این روش به طور معمول فروشنده متعهد می‌گردد که آپارتمان را در ظرف مدت معین بسازد. هر کدام از قراردادهای فوق ویژگی‌های خاص خود را دارد که موضوع بحث ما پیرامون قسمت دوم می‌باشد که آپارتمان هنوز ساخته نشده است و در این فرض مورد معامله موجود نیست و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می‌پردازد.

#### ۱-۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان

عنوان قرارداد پیش فروش آپارتمان متشکل از سه واژه ی قرارداد، پیش فروش و آپارتمان می‌باشد که جا دارد به بررسی هر واژه به طور مستقل بپردازیم تا سپس مفهوم کلی از آن بدست آید.

##### ۱-۱-۱- مفهوم قرارداد

ریشه ی آن از "قرار" به معنای ثبات، استواری، پایداری، و همچنین عهد، شرط، قول و تأکید آمده و در لغت به معنای قرار بستن و پیمان بستن و حکم محکم تخلف‌ناپذیر و توافق دویا چندین در امری آمده است. در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی خود به دور نمانده و مترادف با عقد به معنی بستن و گره زدن و ارتباط قرار ی به قرار دیگر آمده است. به بیان دیگر "العقد عبارة عن العهد المؤكد" که اعتبار عقد در عالم اعتبار به

نحو استحکام ابرام شده است و ما بر طبق عقد و عهد خود ملزم به انجام آن شده ایم. ماده ۱۸۳ ق.م. در تعریف عقد مقرر می دارد: "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." جدا از ایرادات عدیده ای که حقوقدانان بر این تعریف وارد کرده اند تعریفی پیشنهادی نیز ارائه نموده اند و آن عبارت از توافق دو یا چند اراده برای ایجاد آثار حقوقی است و آنچه در پی این توافق حاصل می آید لازم الرعایه برای طرفین عقد است و آنان ملزم به انجام تعهد می گردند و هیچیک از طرفین حق تخطی از توافق شان را ندارند و اصولاً هنگامی که اشخاص در صدد انعقاد عقدی بر می آیند نیت واقعی شان عمل به محتویات و آثار عقد است و مطمئناً عملاً لغو و بیهوده انجام نمی دهند که فرضاً از سرتفنن کاری کرده باشد و قصد طرفین پای بندی به مفاد عقد است و جز در موارد نادر و استثنایی نمی توان از اصل لزوم قراردادها عدول کرد. همچنانکه قرآن کریم در سوره مؤمنون آیه ۱۰ شریفه مقرر می دارد: "والذین هم لا ماناتهم و عهدهم راعون" مؤمنان کسانی هستند که امانتها و پیمان خود را رعایت می کنند.

#### ۱-۱-۲- مفهوم پیش فروش

در اصطلاح حقوقی عبارت است از بیعی که ثمن، حال و مبیع، مؤجل باشد که به اختصار سلم و سلف گفته می شود. واژه ی پیش فروش با لفظ پیش خرید دو لفظ متقابل هستند و لازم و ملزم یکدیگرند و در شکلی بسیط می توان گفت: پیش فروش، فروختن مالی است که هنوز وجود خارجی نیافته و فروشنده آن ملتزم به تسلیم مورد معامله مطابق اوصاف معهوده در عقد می شود تا در مدت معینه آن رابه خریدار تسلیم نماید.

یکی از شرایطی که در فقه به آن تأکید و مورد اجماع واقع شده تأدیه ثمن در مجلس عقد است که اگر مجلس به هم بخورد و ثمن تسلیم نگردد، بیع به دلیل اینکه هر دو عوضین تسلیم نگردیده، باطل می گردد. به عبارت دیگر به لحاظ اینکه معامله دین به دین واقع شده باطل می شود، هر چند فقهای معاصری هستند که قبض ثمن را در مجلس عقد شرط صحت در سلم نمی دانند. و به نظر بعضی از حقوقدانان در صورتی که ثمن در مجلس عقد قبض نشده باشد از نظر قانونی عقد صحیح و معتبر تلقی می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸). چرا که ماده ۳۴۱ ق.م. به متعاقدين جواز اجل، هم نسبت به تسلیم مبیع و هم نسبت به تأدیه ثمن را داده است و برای تأدیه ثمن در مبیع کلی تصریح ننموده است و از نظر اقتصادی دلیل کافی بر بطلان بیع سلم در صورت عدم قبض ثمن وجود ندارد و این سکوت دلالت بر حاکمیت قواعد عمومی در بیع سلف دارد (امامی، ۱۳۷۵). و حقوقدانانی نیز نظریه گسترش روابط معاملاتی مردم بطلان اینگونه معاملات را با مقتضیات زمان مناسب نمی دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۴). وعده ای نیز بنا به ضرورت های اجتماعی اعمال آن را در قالب صلح معوض پیشنهاد می کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸). بدین ترتیب اگر نظری بر کالی به کالی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان ابراز شود، باید گفت:

اولاً: قرارداد مزبور از مصادیق بیع کلی نبوده است.  
ثانیاً: در صورت کلی بودن نیز از نظر حقوقی بر بطلان آن دلیلی اقامه نگردیده است.  
ثالثاً: پرداخت اقساطی ثمن امری است که در عرف پذیرفته شده است.

### ۱-۱-۳- مفهوم آپارتمان

آپارتمان یک واژه ی فرنگی است و در لغت به قسمتی از عمارت که مرکب از چند اطاق و ضمايم آنها و يا به ساختمان مجزا و مستقل اطلاق می شود. با نگاهی به ماده ۲ قانون تملک آپارتمان ها و ماده ۱۲ آیین نامه ی اجرایی آن می توان گفت: آپارتمان، جزئی از عمارتی است که به یک عمارت بزرگ پیوسته و دارای امکانات رفاهی و سند رسمی مجزا و مستقل که بیانگر مالکیت شخصی مالک نسبت به قسمتهای اختصاصی و مشاعی از کل ساختمان است، اطلاق می شود.

از مجموع مطالب یاد شده می توان گفت که قرارداد پیش فروش آپارتمان قبل از آنکه آپارتمان موجودیت یابد سازنده یا فروشنده مطابق قرارداد متعهد می شود که ظرف مهلت معینی بر اساس تراضی اوصاف معهوده آن را احداث و به پیش خریدار تسلیم نماید. این توافق و تراضی طرفین قرارداد تلقی و از لحاظ ماهیت حقوقی خرید و فروش (بیع) بر آن صدق می نماید.

### ۱-۲- جایگاه قرارداد پیش فروش آپارتمان در تقسیم بندی عقود

برای عقود بر اساس ویژگی هایی که دارند تقسیم بندی هایی انجام شده است. ماده ۱۸۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «عقود و معاملات به اقسام ذیل تقسیم می شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق». از تعریف عقود و عنوان باب سوم نیز دو تقسیم دیگر استنباط می شود:

۱. عقود معوض و مجانی

۲. عقود معین و نامعین

نویسندگان حقوقی نیز به تقسیم های گوناگون دیگری نیز دست زده اند تا به انبوه روزافزون قراردادهای خصوصی نظم بخشند و ویژگی های هر سنخ را روشن سازند و به قواعد حاکم بر هر گروه دست یابند: از آن جمله است تقسیم عقود به تملیکی و عهدی، رضایی و عینی و تشریفاتی، جمعی و فردی، که اهمیتی بیش از سایر تقسیم ها دارد. در ادامه جایگاه قرارداد پیش فروش آپارتمان در این تقسیم بندی ها بررسی خواهد شد:

## ۱-۲-۱- لازم بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان

عقد لازم عقدی است که هیچ‌یک از دو طرف معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد (ماده ۱۸۵). اثر مطلوب در هر عقد ایجاد التزام است. پس، در صورتی می‌توان برای عقد اثر حقوقی مهمی قائل شد، که دو طرف به تعهدهای خود پای‌بند باشند و به میل خود نتوانند از زیر بار اجرای آن شانه خالی کنند. در حقوق ما عقد جایز پیش‌بینی شده است، ولی امکان برهم زدن عقد بر خلاف اصل، امری استثنائی است. به موجب قاعده‌ی مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی، که در زبان حقوقی ما به «اصالة اللزوم» مشهور شده است، همه‌ی قراردادهای، بجز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم است:

مطابق ماده ۲۱۹: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر این‌که به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۱). بنابراین با توجه به اینکه در قانون پیش‌فروش آپارتمان اشاره‌ای به جایز بودن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نشده است، این قرارداد عقدی لازم می‌باشد.

## ۱-۲-۲- تشریفاتى بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان

عقد تشریفاتى «پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا با واژه‌های خاص باشد» و گرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به بار نمی‌آورد. نمونه‌ی بارز این‌گونه قراردادها خرید و فروش املاک ثبت شده است که، بر طبق ماده ۲۲ قانون ثبت: «... دولت فقط کسی را که... ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده... مالک خواهد شناخت» (کاتوزیان، ۱۳۷۱).

عده‌ای معتقدند در معاملات انجام شده نسبت به اموال غیرمنقول ثبت شده، ثبت در وقوع عقد مؤثر نیست. با وجود آن‌که برخی از آنان قائل بر آن هستند که مقررات راجع به ثبت املاک از جنبه‌ی عمومی برخوردار است (لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۰). و به اجباری بودن آن هم تصریح نموده‌اند (لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۶۴۳). ولی عدم ثبت این قبیل معاملات را موجب بطلان عقد نمی‌دانند. زیرا در نظر آنان اصل بر رضایی بودن عقد می‌باشد و ارزش ثبت را وفق مفاد ماده ۴۸ قانون ثبت از جهت اثبات دعوی مهم می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۳۴). این نویسندگان عموماً قائل بر این هستند که بیع با سند عادی در این قبیل اموال، واقع می‌گردد و امضای سند رسمی بیع، متفرع بر آن قلمداد می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۱، ص ۸۴).

رویه‌ی قضایی نیز به تبع این نظریات حرکت نمود. به عنوان نمونه اثر این نظر در استدلال رأی حاضر نیز مشهود است: «...مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت منحصرأ بر ضرورت ثبت سند معاملات راجع به اموال غیرمنقول... و عدم قابلیت پذیرش اسنادی که به کیفیت مذکور ثبت نگردیده دلالت دارد و به هیچ