

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشگاه علامه محدث نوری

(غیرانتفاعی - غیردولتی)

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق

موضوع:

وضعیت حقوقی معاملات معارض با قراردادهای پیش فروش آپارتمان

استاد راهنما:

دکتر علی محمد زاده

استاد مشاور:

دکتر ایمان پور علی

داور:

دکتر جمشید یحیی پور

دانشجو:

سید محمد صادق حسینی کالجی

زمستان ۱۳۹۵

به نام خدا

سپاس و ستایش خداوندی را سزااست که کسوت هستی را بر اندام موزون
آفرینش پوشانید و تجلیات قدرت لایزالی را در مظاهر و آثار طبیعت نمایان
گردانید.

من لم یشکر المخلوق و لم یشکر الخالق

بر خود لازم می‌دانم از تمامی کسانی که بنده را در تدوین و نگارش پایان
نامه حاضر یاری نموده‌اند صمیمانه تشکر و قدردانی نمایم. علی‌الخصوص استاد
فرزانه جناب آقای دکتر علی محمدزاده که کلیه مراحل انجام این پژوهش با
خوش‌رویی وقت ارزشمند خود را در اختیار بنده گذاشته و مرا یاری و راهنمایی
نمودند. همچنین از استاد گرامی جناب آقای دکتر ایمان پورعلی که با دقت نظر
مشاوره‌های لازم در این خصوص ارائه نموده صمیمانه تشکر و قدردانی می‌نمایم.

تقدیم به:

روح پاک پدر مهربانم

که عالمانه به من آموخت تا چگونه در عمره گشتن تجربه کنم

و

مادر دلسوزم

که هر لحظه وجودم را از چشمه سار پر از عشق چشمانش سیراب میکند

و

همسر فداکارم

که در طول تحصیل همواره همگام و همراهم بود

چکیده

با توجه به گسترش شهرنشینی و رشد شدید جمعیت و نیاز شدید افراد به تأمین مسکن مناسب، خریداران به علت فروش غیر نقدی و اقساطی را به نفع خود می‌بینند و از طرف دیگر سازندگان و شرکت‌های ساختمانی نیز با دریافت مبالغی به صورت پیش‌پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق برای ساخت آپارتمان سبب افزایش این‌گونه معاملات در بین مردم شده است. که تا قبل از سال ۱۳۸۹ و تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها سعی در این بود که آن را با یکی از عقود معین مقایسه نمایند و احکام یکی از عقود مشابه را بر آن بار کنند، اما پس از تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان در سال ۱۳۸۹ ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان مشخص شد و شرایط و احکام خاص این قانون بر قرارداد مذکور حاکم می‌باشد. که ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عقدی است معین با شرایط و احکام خاص خود که به محض انعقاد این قرارداد پیش‌خریدار به نسبت سهم و پرداختی از ثمن مالک عرصه و اعیان (پی موجود) می‌شود و مالکیت پیش‌خریدار نسبت به احداث قسمت جدید بنای ساخته‌شده توسط پیش‌فروشنده معلق بر پرداخت اقساط می‌باشد. با مشخص شدن ماهیت قرارداد پیش‌فروش معاملات معارض با این قرارداد آثار این معاملات معارض نیز مشخص می‌شود. یعنی هر معامله با تعهدی که پس از قرارداد پیش‌فروش منعقد شود با توجه به مالک بودن پیش‌خریدار نسبت به عرصه و اعیان (پی موجود) معامله معارض با این قرارداد پیش‌فروش بوده و معامله دوم غیرنافذ می‌باشد که در صورت تنفیذ پیش‌خریدار معامله دوم صحیح و با رد پیش‌خریدار، معامله دوم باطل خواهد بود. شخص ثالث می‌تواند حسب مورد با توجه به جاهل یا عالم بودن خود می‌تواند تقاضای استرداد ثمن یا علاوه بر استرداد ثمن خسارات خود را نیز مطالبه نماید.

واژگان کلیدی: پیش‌فروش، تعهد به ساخت، بیع، معامله معارض، آپارتمان، قولنامه

| عنوان | فهرست مطالب | صفحه |
|---|-------------|--------|
| مقدمه..... | | ۱ |
| فصل اول: کلیات | | ۷ |
| مبحث اول: تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان و معامله معارض..... | | ۹ |
| گفتار اول: تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان | | ۹ |
| گفتار دوم: تعریف معامله معارض..... | | ۱۱ |
| مبحث دوم: سیر تاریخی قراردادهای پیش فروش آپارتمان و معامله معارض..... | | ۱۳ |
| گفتار اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان و معامله معارض..... | | ۱۳ |
| بند اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه | | ۱۳ |
| بند دوم: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق موضوعه..... | | ۱۵ |
| الف: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق موضوعه قبل از انقلاب..... | | ۱۵ |
| ب: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق موضوعه پس از انقلاب اسلامی..... | | ۱۶ |
| گفتار دوم: سیر تاریخی قانونگذاری معامله معارض..... | | ۱۸ |
| مبحث سوم: قراردادهای مشابه با قرارداد های پیش فروش آپارتمان در فقه و حقوق مدنی..... | | ۱۹ |
| گفتار | | |
| اول: بیع..... | | ۱۹ بند |
| اول: کلی فی ذمه..... | | ۱۹ |
| بند دوم: بیع کلی در معین..... | | ۲۰ |
| بند سوم: بیع عین معین..... | | ۲۱ |
| گفتار دوم: عقد بیع سلف (سلم)..... | | ۲۳ |
| گفتار سوم: استصناع..... | | ۲۵ |
| گفتار چهارم: شرکت..... | | ۲۷ |
| فصل دوم: ماهیت ، شکل و اقسام قرارداد پیش آپارتمان و معامله معارض | | ۳۰ |
| مبحث اول: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان..... | | ۳۱ |
| گفتار اول: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان و معامله معارض..... | | ۳۱ |
| بند اول: شرایط عمومی قراردادها در عقد پیش فروش آپارتمان..... | | ۳۲ |
| الف : قصد و رضای طرفین..... | | ۳۲ |

- ب: اهلیت طرفین معامله..... ۳۳
- ج: مورد معامله..... ۳۳
- د: مشروعیت جهت معامله..... ۳۳
- بند دوم: اوصاف قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۳۴
- الف: قرارداد پیش فروش آپارتمان عقدی است تشریفاتی نه رضایی..... ۳۴
- ب: قرارداد پیش فروش آپارتمان عقد معوض است..... ۳۵
- ج: قرارداد پیش فروش آپارتمان عقدی لازم است..... ۳۶
- بند سوم: شرایط اختصاصی تحقق پیش فروش آپارتمان در قانون پیش فروش آپارتمان..... ۳۶
- بند چهارم: مدارک لازم جهت پیش فروش آپارتمان..... ۳۸
- گفتار دوم: شرایط شکل گیری معامله معارض..... ۳۹
- مبحث دوم: اشکال و اقسام معامله معارض..... ۴۴
- گفتار اول: اشکال معامله معارض..... ۴۴
- بند اول: معامله اول با سند عادی و معامله دوم با سند رسمی باشد..... ۴۶
- بند دوم: معامله اول با سند عادی و معامله دوم نیز با معامله عادی..... ۴۹
- بند سوم: معامله اول با سند رسمی و معامله دوم با سند رسمی..... ۴۹
- بند چهارم: معامله اول به صورت شفاهی و معامله دوم با سند عادی یا رسمی..... ۵۰
- گفتار دوم: اقسام معامله معارض..... ۵۲
- بند اول: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقد بیع..... ۵۳
- بند دوم: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقد صلح..... ۵۵
- بند سوم: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقد رهن..... ۵۶
- بند چهارم: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با تعهد به بیع (قولنامه)..... ۶۰

بند پنجم: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با قرارداد اجاره به شرط تملیک..... ۶۲

بند ششم: تعارض قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقد هبه..... ۶۶

فصل سوم: آثار حقوقی معاملات معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۶۷

مبحث اول: اثر حقوقی معاملات معارض (عقود تملیکی) با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۶۸

گفتار اول: آثار بیع معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۶۸

گفتار دوم: آثار صلح معوض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۷۳

گفتار سوم: آثار رهن معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۷۶

گفتار چهارم: آثار هبه معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۷۹

گفتار پنجم: آثار اجاره به شرط تملیک معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۸۱

مبحث دوم: آثار حقوقی معاملات معارض (عقود عهدی) با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۸۲

گفتار اول: آثار قولنامه معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۸۲

نتیجه گیری:..... ۸۵

منابع:..... ۸۸

چکیده انگلیسی:..... ۹۲

مقدمه

در روابط اجتماعی و اقتصادی، انجام معاملات یکی از ضروریات زندگی محسوب می‌شود و از آغاز زندگی مدنی بشر، دادوستد یکی از طرق عمده رفع نیازهای بشری بوده است در آن اثنا خرید و فروش علاوه بر رفع نیازهای شخصی، جنبی تجاری به خود گرفت و یکی از طرق عمده تحصیل سود گردید.

از نقطه نظر تجاری، آنچه اهمیت اصلی و اساسی دارد، به دست آوردن سود است و موضوع معامله فی نفسه دارای مطلوبیت نیست با این حال ممکن است متعاملین قصد معامله عین معینی را داشته باشند و در واقع موضوع معین معامله برای ایشان مطلوبیت داشته باد، در چنین وضعی ممکن است طرفین مستقیماً عقد ناقل ملکیت را منعقد کنند تا خریدار مالک عین و فروشنده مالک ثمن گردد. ولی اگر طرفین به هر دلیلی نخواهند یا نتوانستند مستقیماً عقد مذکور را منعقد کنند به عنوان مثال مالکی می‌خواهد آپارتمانش را بفروشد ولی به جهت اینکه کارهای مقدماتی انتقال از جمله عوارض شهرداری و مفاصا حساب دارایی را نپرداخته و مشتری نیز ثمن معامله را تهیه نکرده است در این صورت قبل از انجام معامله نهایی با خریدار قراردادی را منعقد می‌کند که بر اساس مالک متعهد می‌شود ظرف مدت معینی آن آپارتمان را به شخص طرف قرارداد بفروشد و خریدار نیز ملزم به خرید آن می‌گردد. «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان قراردادی است که بین پیش‌فروشنده و خریدار با دو اراده منجر منعقد می‌گردد و در آن پیش‌فروشنده متعهد می‌گردد که ساختمانی که عملیات پی آن به پایان رسیده را با اوصاف و مشخصات مذکور در قرارداد رسمی تنظیمی بین طرفین تکمیل نماید و در ازای دریافت ثمن اقساطی در موعد معین به پیش‌فروشنده تحویل دهد» (علیزاده ۱۳۸۳،

ص ۲۸)

معاملات معارض عبارت‌اند از اینکه اگر مال مورد معامله با کسی مجدداً با شخص ثالث مورد معامله قرار گیرد؛ به طوری که اجتماع حقوق دو متعامل مقدور نباشد، معامله اخیر معامله معارض است. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۶، ص ۱۴۱)

طبق تعریفی دیگر گاهی فروشنده قولنامه‌ای را امضا می‌کند و در آن متعهد می‌شود اگر خریدار طبق زمان‌بندی مشخص به تعهدات خود عمل کرد، در تاریخ معین در دفتر اسناد رسمی حاضر و سند را به نام خریدار انتقال دهد؛ اما به جای انجام این تعهد، در تاریخ مؤخر همان ملک را با دیگری قولنامه می‌کند و سپس در دفتر اسناد رسمی سند را به نام خریدار دوم منتقل می‌نماید؛ اینجا بین تعهدات فروشنده با خریدار اول و دوم تعارض به وجود می‌آید. (کاشانی، ۱۳۸۶، ص ۲۴)

در تعارض اسناد اگر هر دو سند عادی باشد و در دادگاه، دعوی الزام به انتقال سند رسمی اقامه گردد، سه حالت پدید می‌آید که از بحث معامله معارض خارج می‌باشد؛ ولی به اختصار اشاره می‌شود:

۱. اگر تاریخ تنظیم هر دو سند در زمان واحد باشد یا هیچ‌کدام دارای تاریخ نباشد و تقدم هیچ‌یک بر دیگری نیز از سوی فروشنده تأیید نشود نمی‌توان هیچ‌یک را بر دیگر ترجیح داد؛ نتیجه حاصل از این ابهام، رد خواسته دارندگان سند عادی نسبت به موضوع مطروحه مبنی بر الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی است.
۲. اگر بایع تقدم تاریخ یکی از چند بیع واقع شده را تأیید کند باید بیعی را که تقدم آن به وسیله بایع مقدم شمرده شده است دارای اعتبار دانست. این نکته در ذیل ۱ ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی تصریح شده و دلالت بر این دارد که اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته، درباره طرفین و وراثت و قائم‌مقام آنان معتبر است: اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید.

۳. اگر اسناد دارای تاریخ متفاوت باشند یا یکی از آن‌ها دارای تاریخ و دیگری بدون تاریخ باشد، سند عادی تاریخ‌دار یا دارای تاریخ مقدم معتبر به حساب خواهد آمد و کسی رأی موافق می‌گیرد که تاریخ قولنامه‌اش مقدم بر دیگری است.

البته این نکته را نباید دور از ذهن نگاه داشت که در دو قولنامه معارض که هر دو عادی است دادگاه باید برتری قولنامه نخست را در پرتو چگونگی انجام تعهدات خریدار اول بررسی کند و اگر فروشنده نشان دهد خریدار نخست تعهدات خود را به گونه‌ای بنیادی نقض کرده است حق فسخ برای فروشنده به وجود می‌آید و امضای قولنامه دوم را یا باید فسخ ضمنی قولنامه نخست دانست و یا آنکه ممکن است فروشنده فسخ قولنامه اول را به دلیل تخلف خریدار به او اعلام کرده باشد و در این صورت دعوی الزام به تنظیم سند از سوی خریدار نخست می‌تواند مردود اعلام شود.

اما بحث ما ناظر به زمانی است که یکی از دو حالت ذیل پدیدار شود:

۱. مالی در ابتدا طی قولنامه‌ای عادی معامله شود و فروشنده متعهد گردد که در تاریخ معینی در دفتر اسناد رسمی سند را به نام خریدار انتقال دهد؛ اما طی معامله‌ای دیگر پس از انعقاد قولنامه با خریدار دوم در دفتر اسناد رسمی، سند را به نام وی انتقال می‌دهد. در این حالت ما با یک سند عادی مقدم و یک سند رسمی مؤخر روبرو هستیم.

مالی در ابتدا طی سندی در دفتر اسناد رسمی منتقل شده و دوباره همان مال طی یک سند رسمی دیگر مورد انتقال واقع شود؛ که ما در این مورد با دو سند رسمی مواجه خواهیم بود. مالی طی سند رسمی مقدم و مجزا مبنی بر وجود حقی اعم از حدود یا ارتفاق نسبت به ملک مجاور و یک سند مؤخر دال بر عدم وجود چنین حقی یا بالعکس وجود دارد و معامله معارض نسبت به قسمتی از این مال به حساب می‌آید.

سوالات پژوهش

۱- آیا می توان این قرارداد را با نهاد مشابهی در فقه یکسان دانست؟

۲- قانون پیش فروش چه رویکردی نسبت به ماهیت و آثار قرارداد پیش فروش دارد؟

فرضیات پژوهش

۱- قراردادهای پیش فروش دارای مشابهت‌هایی با عقد استصناع در فقه می‌باشد.

۲- قانون قراردادهای پیش فروش می‌تواند به‌عنوان یک قرارداد با شرایط و احکام ویژه خود در نظر گرفته

شود

پیشینه پژوهش

با بررسی که توسط محقق در منابع موجود به‌عمل آمده، در رابطه با این موضوع کتاب یا مقاله‌ای که به‌طور اختصاصی به این موضوع پرداخته باشد مشاهده نشده و فقط بعضی از مؤلفین به‌طور گذرا و به‌اجمال به این موضوع پرداخته‌اند، پایان‌نامه‌های موجود در این زمینه نیز تنها به جنبه نظری و تئوری قضیه پرداخته‌اند و به جنبه عملی و کاربردی آن و به عبارتی به رویه قضایی توجهی نداشته‌اند که از قرار زیر است:

((تعهد به انتقال مالکیت، که امروزه بیشتر در قالب قولنامه مشاهده می‌شود، یکی از قراردادهایی است،

که علی‌رغم اختلاف نظر راجع به نفوذ و لزوم آن در فقه در حقوق موضوعه به‌عنوان یک قرارداد نامه معین

پذیرفته شده است، لذا باید ابعاد مختلف آن موردبررسی قرار گیرد، از جمله مواردی که از لحاظ آماری هم

پرونده‌های زیادی را در محاکم کشور به خود اختصاص داده، مبحث معاملات معارض با این قرارداد و

وضعیت حقوقی آن‌هاست. در خصوص صحت یا بطلان یا عدم نفوذ و این معاملات اختلاف‌نظرهای

قابل توجهی وجود دارد، بررسی نظرهای مختلف در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها و آرا حقوق‌دانان و فقهای

امامیه، مجموعاً پنج نظریه را نمایان می‌سازد که در این نوشتار برآییم تا بررسی تحلیلی نظرات مذکور به

ارزیابی آن‌ها پردازیم نتیجه این بحث ارائه راه‌حلی است که هم جانب رعایت نظم و ثبات معاملاتی را در

نظر گرفته و هم با مبانی پذیرفته شده و در سیستم حقوقی ایران می‌تواند در راستای اعمال ماده ۳ ق. آ. د. م.

و اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در پرونده‌های مربوط مورداستفاده قرار گیرد.)) (اعظمی ، ۱۳۹۱، ص ، ۱)

۱. ((از آنجایی که انسان موجودی است که به‌سوی بی‌نهایت و مطلق الوجود گرایش و تمایل دارد گاهی مقصود را اشتباه گرفته و هدف خود را در این دنیا می‌طلبد؛ هرچند که خود او متوجه این موضوع نباشد. از این‌رو در کارهای خود به‌اندازه کفاف قناعت نمی‌کند و همیشه در پی طلبی است که برای آن حد و مرزی قائل نیست و چون به هدف مورد نظر رسید، هدف و آمال دورتر و طولانی‌تر را دنبال می‌کند و تا به مطلق نرسد از طلب خسته نمی‌گردد؛ بنابراین انسان‌ها در معاملات خود که معمولاً در پی کسب مال بیشتر می‌باشند از این اصل مستثنا نیستند و به فکر سود و منفعت مطلق خود می‌باشند. از این‌رو ممکن است اقدام به انعقاد معاملاتی نمایند که تعارض با معاملات سابق آن‌ها دارد؛ چون در معاملات لاحق سود بیشتری کسب می‌کنند. همین گرایش به مال و سود بیشتر او را و می‌دارد که معاملات سابق را نادیده گرفته و اقدام به انعقاد معامله معارض نماید. لازم به ذکر است اگرچه معاملات معارض ممکن است نسبت به اموال اعم از منقول و غیرمنقول قرار گیرد؛ ولی به دلیل کثرتی که این‌گونه معاملات در اموال غیرمنقول دارد، ناگزیریم که برای بیان فصیح‌تر این مطلب بیشتر از این دسته اموال صحبت بنماییم.)) (کیانی زاده ، ۱۳۹۰ ، ص - ۱۴۲)

((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 به‌طور کامل ساخته‌شده 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 "پیش‌فروش 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 مزبورم بیع در زمان قرارداد وجود خارجی ندارد. مهم‌ترین مسأله در رابطه با قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، توصیف حقوقی چنین قراردادهایی می‌باشد.)) (عربشاهی، ۱۳۸۸، ص ۹،

حدود پژوهش:

بررسی موضوع در فقه اسلامی و حقوق ایران

اهداف

هدف اصلی از انجام این تحقیق این است که با بررسی ابعاد مختلف قراردادهای پیش‌فروش به‌طوری این قرارداد مورد تفسیر قرار گیرد که ماهیت واقعی آن روشن شده به‌گونه‌ای که علاوه بر اینکه با خواست واقعی طرفین منطبق باشد از یکسو حقوق هر دو طرف قرارداد مورد لحاظ قرار گیرد و از سوی دیگر با قواعد موجود در نظام حقوقی ما سازگاری داشته باشد تا راهگشای محاکم در تبیین دقیق این قراردادها و در نتیجه کاهش تشتت آراء در این خصوص باشد.

اهداف ویژه:

▪ با توجه به ماهیت و وضعیت حقوقی معاملات معارض انواع قراردادهای پیش‌فروش هم می‌تواند متفاوت باشد.

▪ شناخت و بررسی انواع قراردادهای پیش‌فروش و تفاوت آنها با هم

شناخت و بررسی انواع معاملات و قراردادهای معارض و تفاوت آنها با انواع قرارداد های پیش فروش

سازماندهی پژوهش:

این تحقیق در سه فصل تنظیم خواهد شد.

فصل اول کلیات

فصل دوم ماهیت، شکل و اقسام قرارداد پیش فروش آپارتمان و معامله معارض

فصل سوم آثار حقوقی معاملات معارض با قرارداد پیش فروش آپارتمان

فصل اول: کلیات

در این فصل پیرامون مطالب ذیل بحث و بررسی خواهد شد: (۱) مفاهیم و تعاریف قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان و معاملات معارض و اینکه در فقه و حقوق چه تعریفی از قراردادهای پیش‌فروش شده است. (۲) در خصوص معامله معارض اینکه به چه معامله‌ای معارض گفته می‌شود. (۳) همچنین پیرامون تاریخچه معاملات معارض و پیش‌فروش آپارتمان در حقوق موضوعه و فقه و اینکه آیا در فقه همچنین قراردادهایی بوده یا خیر؟ (۴) سیر تاریخی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از زمان قبل از انقلاب تا به حال. (۵) مقایسه قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان و معامله معارض با قراردادهای مشابه با این قراردادها در فقه و حقوق موضوعه. (۶) و در نهایت ارائه تعریف و مفهومی مناسب از هر یک از قراردادهای پیش‌فروش و معامله معارض.

مبحث اول: تعریف قرارداد پیش‌فروش آپارتمان و معامله معارض

در مبحث اول از این فصل پیرامون تعریف لغوی قرارداد پیش فروش آپارتمان و اینکه آیا در فقه تعریفی از این قرارداد یا قرارداد مشابه ای که با قرارداد مذکور باشد، شده یا خیر و همچنین چه تعریفی در حقوق و قانون از قرارداد پیش فروش آپارتمان شده است. و نیز تعریفی از معامله معارض ارائه خواهیم.

گفتار اول: تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان و معامله معارض

در این گفتار به تعریف لغوی و فقهی قرارداد پیش فروش آپارتمان می پردازیم. همچنین با توجه به مواد قانون پیش فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹ تعریفی از قرارداد پیش فروش آپارتمان ارائه نماییم. و در بند دوم به تعریفی از معامله معارض خواهیم پرداخت.

پیرامون تعریف لغوی و اصطلاحی پیش فروش که این اصطلاح از دو کلمه پیش به معنای قبل، سابق، گذشته و فروش که اسم مصدر از فعل فروختن می باشد، عبارت است از «فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن و دریافت پول پیش از تحویل مال یا غله» و عبارت دیگر فروختن کالایی که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی را می گیرد که بعداً آن را تحویل دهد (معین، ۱۳۶۴، ص ۵۶) و پیش خرید، یعنی خرید کالایی با پیش پرداخت تا بعداً به عمل آید یا تهیه و تحویل داده شود. مورد معامله که در قرارداد پیش فروش آپارتمان عبارت است از آپارتمان یا واحد آپارتمان که کلمه ای فرانسوی است در تعریف آن می گوید: «قسمتی از عمارت مرکب از چند اتاق و ضمایم آنها (عمید، ۱۳۴۲، ص ۶۰) حال پس از تعریف لغوی و اصطلاحی قرارداد پیش فروش آپارتمان در نسبت به تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه و اینکه آیا سابقه ای در فقه دارد یا خیر و سپس به تعریف آن در حقوق و قانون خواهیم پرداخت.

قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه هیچ سابقه ای ندارد. بلکه با توجه به رشد جمعیت و توسعه شهرنشینی و نیاز اساسی افراد جامعه به مسکن این گونه قراردادها رواج یافته پس تعریف فقهی از آن سالبه به انتفاع موضوع می باشد. (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۲۶) اما در فقه برای پیش فروش کالا از بیع سلف استفاده می شد. کسی که می خواست کالای خود را پیش فروش کند از این نهاد استفاده می نمود و بیع سلف نیز شرایطی داشته

که در آن ثمن معامله نقداً می‌بایست پرداخت می‌شد و فروشنده موظف بود کالای مورد نظر را با اوصاف مضبوط در قرارداد به صورت مؤجل به فروشنده تحویل دهد. و همچنین نهاد دیگری در فقه با عنوان عقد استصناع یا سفارش ساخت کالا می‌باشد. (محقق، ج ۱، ص ۱۹۹) که موضوع هر دو نهاد بایستی کلی فی ذمه باشد حال با توجه به این نکته هر دو این نهادها بی‌شبهت با قرارداد پیش‌فروش آپارتمان‌ها نیستند به همین مقدار توضیح در این خصوص اکتفا نموده و بحث بیشتر و مقایسه این دو نهاد فقهی با قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را به مبحث قراردادهای مشابه با قراردادهای آپارتمان در فقه موکول خواهیم نمود.

در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون پیش‌فروش آپارتمان هیچ تعریفی از این عقد به عمل نیامده بود. در قانون قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در ماده یک این قانون این قرارداد را این‌گونه تعریف نموده ((هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) در آید، از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود)) و در مواد دیگر این قانون شرایطی را برای تحقق قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در نظر گرفته است.

اینکه در ماده دو این قانون تصریح برخی موارد را قرارداد پیش‌فروش الزامی دانسته از جمله مشخصات کامل ساختمانی که باید ساخته شود مثل ابعاد، شماره طبقه، و تمامی مشخصات ساختمان و همچنین در ماده سه این قانون تنظیم این قرارداد با سند رسمی و از طریق دفاتر اسناد رسمی را الزامی دانسته و همچنین در ماده چهارم مدارکی برای تنظیم این قرارداد الزامی دانسته که از جمله این مدارک داشتن تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان و همچنین در ماده سیزدهم مالکیت تدریجی پیش‌خریدار را معلق به ساخت آن قسمت از بنا توسط پیش‌فروشنده و پرداخت ثمن به همان میزان توسط پیش‌خریدار نموده است.

حال با توجه به مراتب فوق می‌توان قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را چنین تعریف نمود: «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان قراردادی است که بین پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده با دو اراده منجر منعقد می‌گردد و در آن پیش‌فروشنده متعهد می‌گردد که ساختمانی که عملیات پی آن به پایان رسیده را با اوصاف و مشخصات مذکور در قرارداد رسمی تنظیمی بین طرفین تکمیل نماید و در ازای دریافت ثمن اقساطی در موعد معین به پیش‌خریدار تحویل دهد» (علیزاده ۱۳۸۳، ص ۲۸)

گفتار دوم: تعریف معامله معارض

تعریف لغوی معامله معارض که از دو کلمه معامله به معنای دادوستد کردن یا خرید و فروش کردن و معارض به معنای مقابل، مانع گشتن می‌باشد؛ اما در تعریف معامله معارض می‌توان گفت که منظور از معامله معارض معامله‌ای است که کسی مالی را اعم از منقول یا غیرمنقول عیناً یا منفعتاً به دیگری انتقال دهد و یا حقی در آن را به دیگری بدهد و سپس نسبت به همان مال معامله یا تعهدی معارض با حق واگذار شده بنماید. (عابدینی، ۱۳۹۴، ص ۲۷۵) برای مثال آقای الف شش دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۵۰۰ متر به آقای ب با انعقاد عقد بیع منتقل نماید و سپس همان قطعه زمین را کلاً یا بعضاً به آقای ج با انعقاد عقد بیع دیگری انتقال دهد یا آن را اجاره دهد به این‌گونه معاملات که با حق خریدار اول در تعارض باشد معامله معارض گویند که بسته به آن معامله می‌تواند آثاری داشته باشد اعم از فسخ و بطلان و غیره که صحبت از این بحث یعنی آثار معامله معارض در فصل سوم به آن خواهیم پرداخت.

مبحث دوم: سیر تاریخی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان و معامله معارض

در این مبحث پیرامون سیر تاریخی قراردادهای پیش فروش آپارتمان و اینکه چه انگیزه ای بین مردم سبب رواج این گونه قراردادها بین افراد جامعه شده است. و اینکه در فقه چنین قرارداد یا قرارداد مشابه ای با این قرارداد سابقه دارد یا خیر؟ و همچنین سیر تاریخی این قراردادها از قبل از انقلاب اسلامی تا بعد از انقلاب و تصویب قرارداد پیش فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹ را بررسی خواهیم نمود. نیز در مورد سیر تاریخی معامله معارض نیز صحبت خواهیم کرد.

گفتار اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان

قبل از اینکه قراردادهای پیش فروش آپارتمان بدین صورت بین مردم رواج یابد قول و قرار در معاملات بازرگانان و مردم عادی معمول بوده است همان اندازه که وفای به عهد امری نیکو و پسندیده بوده نقض عهد نیز مذموم و ناپسند بوده و طرفین نسبت به تعهدی که به یکدیگر می دادند خود را پایبند به می دانستند. اما با توسعه شهرنشینی و نیاز اساسی مردم به مسکن و مهاجرت به شهرها از یک طرف و از طرف دیگر به دلیل اینکه با این قرارداد که فروش آن نقدی نبوده و خریداران آن را به نفع خود می دیدند و سازندگان و شرکت های ساختمانی نیز با دریافت مبالغ پیش پرداخت توسط خریداران مبادرت به ساخت واحدهای ساختمانی می نمودند که همه این عوامل موجب رواج قراردادهای پیش فروش آپارتمانها بین مردم شده است.

بند اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه

قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه سابقه ای ندارد بلکه همانطور که در بالا ذکر شد این قراردادها با توسعه شهرنشینی و عوامل دیگری که بیان شده سبب رواج این قراردادها شده است. اما در گذشته به دلیل عدم وجود شهرنشینی و شرایط اقتصادی و اجتماعی آن زمان قراردادهای پیش فروش آپارتمان در آرا و کتب فقهی مطلبی یافت نمی شود و در واقع بحث در این خصوص سالبه به انتفاع موضوع می باشد. اما پیرامون

پیش فروش کالا در فقه مواردی بحث شده است در بیع عین معین مبیع باید در حین عقد وجود خارجی داشته باشد در غیر این صورت بیع باطل خواهد بود.

برای مثال بیعی که در حین انعقاد عقد موجود نمی‌باشد در فقه تحت عنوان بیع معدوم از آن یاد شده است فقها از مسأله بیع معدوم یک فرض را استثنا کرده‌اند و نام آن را بیع معدوم به تبع موجود نهاده‌اند مانند باغبانی چای‌های موجود در باغ خود و چین‌هایی را که هنوز به دست نیامده را یکجا بفروش می‌رساند در این مورد چای‌هایی که موجود بوده را با چین‌هایی که هنوز به وجود نیامده را یکجا بفروش رسانده است (لنگرودی، ۱۳۳۸، صص ۶۰۹، ۶۱۰) مورد فروش مالی که در آینده به وجود می‌آید در فقه بیع به ثمره و میوه اشاره می‌کند که منظور از بیع میوه همان فروش سردرختی است مالک درختان میوه آینده درختان را به دیگری می‌فروشد. در فقه نسبت به پیش‌فروش مبیع کلی بحث‌های تحت عنوان بیع سلف یا سلم مطرح است این بیع بدین صورت است که ثمن در آن نقد است و تعهد فروشنده به تسلیم مبیع می‌تواند مؤجل باشد پس بیع سلف مبیع در آن کلی است نه عین معین که فقها برای درستی آن شرایطی ذکر کردند که از جمله آن می‌توان موعد تسلیم مبیع ذکر جنس و مقدار وصف آن و لزوم نقد بودن ثمن و قبض آن در مجلس عقد (حلی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۹) علاوه بر مواردی که ذکر شده در فقه قراردادی تحت عنوان «عقد الاستصناع» یا قرارداد سفارش کالا وجود دارد منظور از این قرارداد این است که کسی نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد از کالاهایی را که می‌سازد به تعداد مورد توافق برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت نماید برخی از فقها به دلیل اینکه مبیع وجود ندارد و معدوم است آن را باطل می‌دانند و برخی دیگر قرارداد سفارش ساخت را صحیح و طرفین را ملزم به انجام تعهدات می‌دانند قرارداد سفارش ساخت کالا عمدتاً مربوط به کالاهایی می‌شود که کلی هستند نه عین معین. (مومن قمی، ۱۳۷۶، ص ۲۲۹)

بند دوم: سیر تاریخی پیش‌فروش آپارتمان در حقوق موضوعه