



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق اسلامی

موضوع:

بررسی جایگاه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در نظام حقوقی ایران

اساتید راهنما:

دکتر سید مهدی قریشی دکتر محمد حسن جوادی

اساتید داور:

دکتر رضا نیکخواه دکتر سلمان علی‌پور

نگارش:

احمد شکری شیخی

آذر ۱۳۹۴

الله
الرحمن الرحيم

تقدیم به

خدایی که آفرید:

جهان را، انسان را، عقل را، علم را، معرفت را عشق را، و به کسانی که عشقشان را در وجودم دمید. به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آلام زمینی ام است، به استوارترین تکیه گاهم، دستان پرمهر پدرم به سبزترین نگاه زندگیم، چشمان سبز مادرم که هرچه آموختم در مکتب عشق شما آموختم و هر چه بکوشم قطره ای از دریای بی کران مهربانیتان را سپاس نتوانم بگویم، امروز هستی ام به امید شماست و فردا کلید باغ بهشتم رضای شما، رهاوردی گران سنگ- تر از این ارزان نداشتم تا به خاک پایتان تثار کنم، باشد که حاصل تلاشم نسیم گونه غبار خستگیان را بزداید.

بوسه بر دستان پرمهرتان

تقدیر و تشکر

با تقدیر و تشکر شایسته از اساتید فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر سید مهدی قریشی و دکتر محمد حسن جوادی که با نکته های دلاویز و گفته های بلند، صحیفه های سخن را علم پرور نمودند

همواره راهنما و راه گشای نگارنده در اتمام و اكمال پایان نامه بودند. و سپاس و تشکر فراوان از همه ی استادان ارجمند گروه فقه و حقوق اسلامی، آقایان دکتر رضا نیکخواه، دکتر سید مهدی صالحی، دکتر سلمان علیپور، دکتر ابوالقاسم ولی زاده، دکتر صفدر محمدی، که به حق سزاوار قدردانی اند.

همچنین شایسته است از برادر عزیزم فرشاد و همه‌ی دوستان و عزیزانی که مرا در تهیه و تدوین این پایان‌نامه یاری کرده‌اند تشکر نمایم.

چکیده

با توجه به افزایش جمعیت و نیز افزایش قیمت مسکن، قشر کثیری از افراد جامعه توانایی پرداخت هزینه‌ی مسکن را ندارند. بنابراین ناچار به خرید قسطی مسکن از افرادی می‌شوند که واحدهای مسکونی را پیش‌فروش می‌کنند. به همین علت، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان امروزه افزایش چشمگیری داشته است. اهمیت این قرارداد موجب شد که در سال ۱۳۸۹ قانونی در خصوص این‌گونه قراردادها وضع شود تا هم وضعیت این قراردادها را منظم و قاعده‌مند کند و هم امنیتی برای پیش‌خریدار که طرف ضعیف‌تر این قراردادهاست ایجاد کند که کمتر در دام افراد سودجو و کلاهبردار گرفتار شوند.

مقررات کیفی موجود در قانون پیش‌فروش ساختمان موجب می‌شود که تا حد زیادی از جرائمی مانند کلاهبرداری و جعل که در این حوزه صورت می‌گرفت، جلوگیری شود. همچنین ارجاع اختلافات بین دو طرف از طریق داوری که در این قانون پیش‌بینی شده است، به حل سریع و بهتر این اختلافات کمک زیادی کرده است. کلمات کلیدی: قانون، پیش‌فروش، قرارداد، پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	
۱- بیان مسأله.....	۲
۲- سابقه و ضرورت انجام تحقیق.....	۲
۳- اهداف تحقیق.....	۲
۴- فرضیه‌های تحقیق.....	۲
۵- پیشینه‌ی تحقیق.....	۳
۶- روش تحقیق.....	۳
۷- محدودیت‌های تحقیق.....	۳

فصل اول: مفاهیم

۱-۱- پیش فروش از نظر لغوی.....	۵
۱-۲- تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان در فقه.....	۵
۱-۳- تعریف قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق.....	۵
۱-۴- جایگاه قرارداد پیش فروش آپارتمان در تقسیم‌بندی عقود.....	۶
۱-۴-۱- قرارداد پیش فروش عقدی لازم است.....	۶
۱-۴-۲- قرارداد پیش فروش آپارتمان عقدی تشریفاتی است.....	۷
۱-۴-۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان از حیث تنجیز تعلیق.....	۹
۱-۴-۴- تملیکی یا عهده‌ی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۹
۱-۴-۵- معین یا نامعین بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....	۹
۱-۵- مقایسه‌ی قرارداد پیش فروش آپارتمان با سایر عقود.....	۱۰
۱-۵-۱- بیع عین معین.....	۱۱
۱-۵-۲- بیع کلی فی‌الذمه.....	۱۵
۱-۵-۳- بیع کلی در معین.....	۱۸
۱-۵-۴- بیع مشروط.....	۱۹

- ۱- ۵- ۵- بیع معدوم به تبع موجود..... ۲۲
- ۱- ۵- ۶- بیع معلق..... ۲۴
- ۱- ۵- ۷- بیع سلف..... ۲۷
- ۱- ۵- ۸- تعهد به بیع..... ۲۸
- ۱- ۵- ۹- استصناع..... ۳۰
- ۱- ۵- ۱۰- شرکت..... ۳۳
- ۱- ۵- ۱۱- مقاطعه..... ۳۵
- ۱- ۵- ۱۲- صلح..... ۳۶
- ۱- ۵- ۱۳- قرارداد خصوصی..... ۳۸
- ۱- ۵- ۱۴- نظر مختار..... ۴۱
- ۱- ۶- ۱- زمان انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش..... ۴۲
- ۶- ۱- قواعد کلی زمان انتقال مالکیت در اموال غیرمنقول ثبت شده..... ۴۲
- ۱- ۶- ۲- زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان..... ۴۳
- ۱- ۶- ۲- ۱- اثر تأدیه ثمن، در انتقال مالکیت موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان..... ۴۳
- ۱- ۶- ۲- ۲- اثر ثبت در انتقال مالکیت موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان..... ۴۴
- ۱- ۶- ۳- وضعیت بنای در حال احداث..... ۴۶
- ۱- ۶- ۴- چگونگی تنظیم سند قطعی واحد پیش فروش شده و اثر آن..... ۴۷
- ۱- ۶- ۵- نحوه تنظیم سند، واحد پیش فروش شده..... ۴۹

فصل دوم: شرایط قرارداد پیش فروش ساختمان

- ۲- ۱- انعقاد قرارداد پیش فروش..... ۵۲
- ۲- ۱- ۱- شرایط عمومی صحت قرارداد..... ۵۲
- ۲- ۱- ۱- ۱- وضعیت عقد فاقد یکی از شرایط اساسی..... ۵۳
- ۲- ۱- ۱- ۲- قصد و رضای طرفین..... ۵۴
- ۲- ۱- ۱- ۳- ارکان توافق (ایجاب و قبول)..... ۵۵
- ۲- ۱- ۱- ۴- موارد لزوم توافق اراده طرفین..... ۵۷
- ۲- ۱- ۱- ۵- موانع تأثیر قصد طرفین..... ۶۰
- ۲- ۱- ۱- ۶- اشتباه..... ۶۰

- ۶۴..... ۲- ۱- ۱- ۷- نقش رضا در عقد.....
- ۶۵..... ۲- ۱- ۱- ۸- فقدان رضا در عقد (اکراه).....
- ۶۵..... ۲- ۱- ۱- ۹- اهلیت طرفین.....
- ۶۷..... ۲- ۱- ۱- ۱۰- مورد معامله.....
- ۶۷..... ۲- ۱- ۱- ۱۱- تقسیم‌ها و اقسام مورد معامله.....
- ۶۹..... ۲- ۱- ۱- ۱۲- شرایط مورد معامله.....
- ۷۵..... ۲- ۱- ۱- ۱۳- مورد معامله در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان.....
- ۷۵..... ۲- ۱- ۱- ۱۴- مشروعیت جهت معامله.....
- ۷۶..... ۲- ۱- ۱- ۱۵- تعریف جهت.....
- ۷۶..... ۲- ۱- ۱- ۱۶- اثر جهت نامشروع در عقد.....
- ۷۶..... ۲- ۱- ۲- شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش‌فروش.....
- ۷۷..... ۲- ۱- ۲- وجود پی ساختمان.....
- ۷۷..... ۲- ۱- ۲- پرداخت حداقل ۱۰٪ ثمن معامله.....
- ۷۸..... ۲- ۱- ۳- سند رسمی.....
- ۷۸..... ۲- ۱- ۴- داشتن سند رسمی مالکیت و مدارک لازم برای احداث ساختمان.....
- ۷۸..... ۲- ۱- ۵- آسیب شناسی حقوقی قراردادهای تنظیمی توسط بنگاه‌های مشاوران املاک.....

فصل سوم: آثار قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

- ۸۴..... ۳- ۱- قرارداد نسبت به طرفین.....
- ۸۵..... ۳- ۲- تعهدات فروشنده.....
- ۸۵..... ۳- ۲- ۱- ساخت و تکمیل آپارتمان.....
- ۸۶..... ۳- ۲- ۲- ساخت و تحویل آپارتمان در موعد مقرر.....
- ۸۷..... ۳- ۲- ۳- تنظیم سند رسمی و تهیه مقدمات آن.....
- ۸۷..... ۳- ۲- ۱- اخذ گواهی پایان کار از شهرداری محل.....
- ۸۸..... ۳- ۲- ۲- اخذ مفاصا حساب نوسازی.....
- ۸۸..... ۳- ۲- ۳- اخذ مفاصا حساب مالیاتی (اخذ گواهی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم).....
- ۸۹..... ۳- ۲- ۴- اعطای تسهیلات و وام بانکی.....
- ۹۰..... ۳- ۳- تعهدات خریدار.....

- ۳-۳-۱- پرداخت ثمن معامله بر اساس قرارداد..... ۹۰
- ۳-۳-۲- تحویل گرفتن آپارتمان..... ۹۱
- ۳-۳-۳- حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی..... ۹۱
- ۳-۴- نقش داوری در قرارداد پیش فروش آپارتمان..... ۹۲
- ۳-۴-۱- داوری اجباری در قوانین موضوعه ایران..... ۹۳
- ۳-۴-۲- مغایر قانون اساسی نبودن الزام طرفین به حل اختلاف از طریق داوری..... ۹۳
- ۳-۴-۳- نقد و بررسی و ارائه پیشنهاد در ارتباط با موضوع داوری قانون پیش فروش آپارتمان..... ۹۴
- ۳-۵- اختلاف مساحت در ساختمان های پیش فروش شده ۹۵
- ۳-۵-۱- قواعد حاکم بر اضافه یا کسر مساحت ملک مورد معامله..... ۹۷
- ۳-۵-۱-۱- قواعد حقوقی عام مرتبط با اختلاف مساحت ملک..... ۹۷
- ۳-۵-۱-۲- راهکارهای حقوقی مختص قراردادهای پیش فروش ساختمان..... ۱۰۰
- ۳-۵-۱-۳- مفهوم قیمت روز بناء..... ۱۰۳
- ۳-۶-۲- حقوق پیش خریدار..... ۱۰۵
- ۳-۷-۱- ضمانت اجراهای کیفری قانون پیش فروش ساختمان..... ۱۰۶
- ۳-۷-۱-۱- درج و انتشار آگهی پیش فروش..... ۱۰۶
- ۳-۷-۲- پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی..... ۱۰۹
- ۳-۷-۳- تنظیم قرارداد پیش فروش توسط مشاورین املاک..... ۱۱۰
- ۳-۷-۴- قابل گذشت بودن یا نبودن جرایم موضوع این قانون..... ۱۱۱
- نتیجه گیری..... ۱۱۳
- پیشنهادات..... ۱۱۵
- منابع..... ۱۱۶

مقدمه

۱- بیان مسأله

امروزه با گسترش شهرنشینی و افزایش جمعیت ساکن شهرها و همچنین کمبود فضا برای ساخت مسکن، آپارتمان سازی رشد زیادی داشته 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. قانونگذار در سال ۱۳۸۹ قانون پیش-فروش ساختمان را به تصویب رساند. حال ما قصد داریم به بررسی این نوع قرارداد بر طبق قانون جدید و همچنین تفاوت های آن با قراردادهایی که قبل از تصویب قانون پیش فروش ساختمان منعقد می شد بپردازیم.

۲- سابقه و ضرورت انجام تحقیق

با توجه به اهمیت و گسترش این نوع قرارداد و همچنین اختلافات زیادی که در این باره بوجود آمده و طرح دعاوی زیادی که در محاکم قضایی در رابطه با نقض این نوع قرارداد شکل گرفته است؛ ضرورت بررسی ابعاد این قرارداد و همچنین قانون مربوط به آن وجود دارد. مقالات فراوانی که در این رابطه وجود دارد به تسریع روند تحقیق ما کمک کرده است.

۳- اهداف تحقیق

- تجزیه و تحلیل و تنقیح قانون پیش فروش ساختمان و تشریح زوایای مبهم آن.
- یافتن نقاط ضعف و قوت قانون پیش فروش ساختمان.

۴- فرضیه های تحقیق

۱. قانون پیش فروش ساختمان کاملاً نیاز جامعه را برطرف می کند و وجود آن باعث روشن تر شدن قرارداد پیش فروش و راحت تر شدن کار محاکم قضایی در مواقع بروز اختلافات شده است.

۲. قانون پیش فروش ساختمان دارای خلاءها و نواقصی است که باید برطرف شود.
۳. با توجه به وجود قوانینی که مادر این قانون محسوب می‌شوند و ارتباط نزدیکی با این قانون دارند مانند قانون مدنی، به نظر می‌رسد این قوانین می‌توانسته‌اند که بازار پیش فروش آپارتمان را ساماندهی نمایند و ضرورتی به وضع این قانون نبوده است.
۴. قرارداد پیش فروش آپارتمان یک عقد معین است.

۵- پیشینه‌ی تحقیق

مواردی از بررسی این موضوع در مقالات و پایان‌نامه‌های مختلف وجود دارد که حاوی نظرات مختلف و گاه متضادی هستند. ما با بررسی نظرات مختلف و همچنین لحاظ کردن قانون پیش فروش ساختمان می‌خواهیم پژوهشی تازه در این نوع قرارداد داشته باشیم.

۶- 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.

۷- محدودیت‌های تحقیق

به طور قطع هر کاری دچار محدودیت‌هایی است. در نگارش این رساله نیز برخی از این محدودیت‌ها وجود داشته است که اجمالاً به مواردی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. عدم دسترسی به کتب مرجع در کتابخانه
۲. نبود سیستم‌ها و کامپیوترها کافی به نسبت دانشجویان ارشد
۳. قطع شدن مداوم اینترنت

فصل اول:

مفاهیم

۱- مفاهیم

۱-۱- پیش‌فروش از نظر لغوی

«پیش‌فروش» اسم مصدر از فعل فروختن و مرکب از دو کلمه ی «پیش» به معنی قبل، سابق، گذشته و «فروش» می‌باشد و ترکیب این دو کلمه در معنی عبارت است از «فروختن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعداً آن را تحویل می‌دهد»^۱.

۱-۲- تعریف قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در فقه

قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در فقه مسبوق به سابقه نیست، بلکه تأسیس جدیدی است که به مقتضای رشد و توسعه شهرنشینی و نیز به لحاظ شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه، در معاملات افراد جای گرفته و به عنوان قرارداد پذیرفته شده‌ای در عرف معاملات رایج گردیده است. لذا تعریف فقهی آن سالبه به انتفاء موضوع است. برای پیش‌فروش کالا در فقه از عنوان «بیع سلف» استفاده می‌شود. در این راستا به هنگامی که کسی می‌خواست کالای خود را از طریق پیش‌فروش عرضه نماید، از این نهاد فقهی یعنی بیع سلف استفاده می‌کرد. بنابراین فروشنده با دریافت ثمن، مورد معامله را که هنوز تهیه نکرده بود و در زمان عقد وجود نداشت، به بیع سلف به دیگری می‌فروخت.

۱-۳- تعریف قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق

در قوانین و مقررات حقوقی، بحثی از پیش‌فروش آپارتمان نشده و طبعاً تعریف قانونی راجع به این نوع قراردادها نداریم، هر چند در سال ۵۸ در مورد حمایت از پیش‌خریداران واحدهای مسکونی قانونی به تصویب شورای انقلاب رسیده است. محتوا فلسفه وضع آن، حمایت از حقوق خریداران در مقابل سازندگان (پیش‌فروش کنندگان) واحدهای آپارتمانی است و لذا در این قانون تعریفی از قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به عمل نیامده است، بنابراین ارائه یک تعریف جامع از قرارداد پیش‌فروش آپارتمان منوط به این است که اولاً: به مفاد قرارداد منعقد شده توجه شود، ثانیاً: با تفسیر قصد مشترک طرفین و خواسته اصلی آنان، طبیعت حقوقی (ماهیت) قرارداد روشن گردد.

^۱. (فرهنگ فارسی عمید، ۱۳۶۰: ج ۲/ ۵۰۹)

اجمالاً اینکه در این نوع توافقات، دو اراده منجر به ایجاد عقد می‌گردد که یکی سازنده آپارتمان (متعهد یا فروشنده) است و طرف مقابل متقاضی (خریدار) می‌باشد. در اینجا فروشنده (سازنده) آپارتمان موجود را نمی‌فروشد، بلکه در مقابل خریدار (متقاضی) ملزم به ساخت و تحویل آپارتمان در موعد مقرر یعنی در آینده می‌گردد. غالباً به هنگام انعقاد این گونه قراردادهای، طرفین قرارداد طرح کلی و ابعاد و مساحت آن را معین می‌کنند، ولی اجرای نقشه ساختمان و انتخاب ابزار و مصالح ساختمانی، رنگ اتاق‌ها، جنس پنجره‌ها و غیره با سازنده آپارتمان می‌باشد. در این نوع قراردادهای، اوصاف آپارتمان‌هایی که ساخته خواهد شد، ذکر می‌شود و از این طریق، طرفین به مورد معامله (آپارتمان) علم پیدا می‌کند و از ایشان رفع جهل می‌شود و معامله را از حالت غرری بودن خارج می‌کند. در اینجا، بهای مورد توافق معمولاً به صورت اقساطی می‌باشد و خریدار (متقاضی) مبلغی را به عنوان «پیش‌پرداخت» در ابتدای عقد می‌پردازد و بقیه را در فواصل زمانی معینی متعهد می‌شود که به فروشنده پرداخت کند. با بیان اوصاف مورد معامله و تعهدات اصلی طرفین، تعریف حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان اجمالاً عبارتست از: «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان قراردادی است که به موجب آن فروشنده (سازنده) تعهد می‌کند آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازاء دریافت مبلغ قراردادی به خریدار (متقاضی) تحویل نماید». حقوقدانان و نویسندگان حقوقی نیز تعریفی از قرارداد پیش‌فروش آپارتمان ارائه نکرده‌اند.

۱-۴- جایگاه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در تقسیم‌بندی عقود

برای عقود بر اساس ویژگی‌هایی که دارند تقسیم‌بندی‌هایی انجام شده است. ماده ۱۸۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود و معاملات به اقسام ذیل تقسیم می‌شوند: لازم - جائز - خیار - منجز و معلق». از تعریف عقود و عنوان باب سوم نیز دو تقسیم دیگر استنباط می‌شود:

۱. عقود معوض و مجانی.

۲. عقود معین و نامعین.

نویسندگان حقوقی نیز به تقسیم‌های گوناگون دیگری نیز دست زده‌اند تا به انبوه روزافزون قراردادهای خصوصی نظم بخشند و ویژگی‌های 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 تقسیم‌ها دارد. در ادامه جایگاه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در این تقسیم‌بندی‌ها بررسی خواهد شد:

۱-۴-۱- لازم بودن قرارداد پیش‌فروش 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 قراردادها، 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». بنابراین با توجه به اینکه در قانون پیش‌فروش آپارتمان اشاره‌ای به جایز بودن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نشده است، این قرارداد عقدی لازم می‌باشد.

۱- ۴- ۲- تشریفاتى بودن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

عقد تشریفاتى «پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا با واژه‌های خاص باشد». و گرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به‌بار 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».^۱

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^۲ و به اجباری بودن آن هم تصریح نموده‌اند،^۳ 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.^۴ 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.^۵ 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

۱. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی: ۳۴-۳۵)

۲. (همان: ۴۹-۵۰)

۳. (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۸۰)

۴. (لنگرودی، ۱۳۷۵: ۶۴۳-۶۶۰)

۵. (صفایی، ۱۳۸۷: ۴۳-۴۴)

۶. (شهیدی، ۱۳۷۱: ۸۴)

ضرورت ثبت سند معاملات راجع به اموال غیرمنقول... و عدم قابلیت پذیرش اسنادی که به کیفیت مذکور ثبت نگردیده دلالت دارد و به هیچ وجه بطلان و بی اعتباری اصل عقود و معاملات مذکور از آن مستفاد نمی شود...^۱ همچنین شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در رأی مشابه دیگر به شماره ۲۱/۸۴۶ مورخه ۷۰/۱۰/۲۱، مقرر داشت: «... تحقق معامله مذکور، شرعاً، عرفاً، قانوناً با توجه به ماده ۳۶۳ قانون مدنی و مالک مبیع شدن مشتری، به محض وقوع بیع، معامله محرز تشخیص می گردد... نظر به این که مالکیت خواندگان نسبت به پلاک ثبتی... محرز می باشد... دعوی خواهان را صحیح تشخیص و الزامی خواندگان به حضور در دفاتر رسمی و تنظیم سند رسمی، انتقال... حکم می نماید».^۲ دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی فرجام این رأی را مورد تأیید قرار داد. پس در تحقق اصل بیع با سند عادی به زعم برخی از نویسندگان تردیدی نیست و دادگاه با رسیدگی قضایی می تواند اعتبار یا عدم آن را، معلوم کند و آن را از نتایج اصل حاکمیت اراده تلقی نمایند که مغایرتی با نظم عمومی ندارد.^۳

به نظر عدّه‌ی دیگری از نویسندگان، انجام مرحله ثبت به عنوان رکن معامله تلقی خواهد شد، و اثر حقوقی مورد نظر طرفین در زمان ثبت معامله، در دفتر اسناد رسمی به بار می نشیند.^۴ به عبارت دیگر، اساساً معامله‌ای بدون بدون ثبت تحقق نمی یابد. چون ایجاب و قبول، هم‌زمان با امضاء دفتر اسناد مؤثر واقع می گردد و اثر عقد در این قبیل اموال پس از ثبت تحقق می یابد.^۵ این دیدگاه با فلسفه‌ی وضع قانون ثبت و اجباری بودن ثبت معاملات غیرمنقول ثبت شده، منطبق می باشد. زیرا مقنن در صدد نظم و ترتیب بخشیدن به امور املاک و اسناد بوده است و دلیلی نخواهد داشت که با وجود امر مقنن بر الزام به انجام ثبت معاملات اموال غیرمنقول ثبت شده در دفاتر املاک ثبت، وقوع همان معامله را برخلاف آن تدابیر با سند عادی صحیح دانسته و مغایر با نص صریح قانون در مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت عمل نماید.^۶

به نظر می رسد با توجه به این که موضوع قرارداد پیش فروش آپارتمان ملک غیر منقول است بنابراین نقل و انتقال و معامله نسبت به آن نیازمند ثبت در دفتر املاک است. مطابق ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان قرارداد پیش فروش باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه‌ی آن به اداره‌ی ثبت محل صورت گیرد.

۱. (ابهری؛ سرخی، ۱۳۸۷: ۱۸۶)

۲. (بازگیر، ۱۳۷۹: ۳۷ - ۳۹)

۳. (شهیدی، ۱۳۷۵: ۵۶ - ۵۸)

۴. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۷)، (لطفیان، ۱۳۷۰: ۳۳ - ۳۵)، (کاشانی، ۱۳۸۵: ۵۷)

۵. (محمدی، ۱۳۸۴: ۴ - ۵)

۶. (لطفیان، ۱۳۷۰: ۲۶)

۱- ۴- ۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان از حیث تنجیز و تعلیق

مطابق ماده ۱۸۹ ق. م. : «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». بنابراین اگر در قرارداد پیش فروش آپارتمان تأثیر عقد موقوف بر امر دیگری شود، معلق خواهد بود و الا منجز می‌باشد. معمولاً قراردادهای پیش فروش آپارتمان که امروزه منعقد می‌شوند از نوع منجز هستند. با دقت در فرم قرارداد پیش فروش آپارتمان این ادعا به راحتی ثابت می‌شود.

قرارداد پیش فروش آپارتمان عقدی معوض است:

عقودی که بر حسب طبیعت خود دارای دو مورد است و هر یک از دو طرف، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که به عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند، معوض می‌نامند. بنابراین قرارداد پیش فروش هم یک قرارداد معوض محسوب می‌شود.

۱- ۴- ۴- تملیکی یا عهدی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان

عقدی را که نتیجه‌ی مستقیم آن انتقال مالکیت یا حق عینی جزئی‌تر است «تملیکی» می‌نامند و عقدی را که سبب ایجاد و انتقال و سقوط تعهد است «عهدی» می‌نامند.

برای تعیین عهدی یا تملیکی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان ابتدا به ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان نگاه می‌کنیم. صدر این ماده مقرر می‌دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص...». این قسمت از ماده دلالت بر عهدی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان دارد. اما قیدی که در ادامه‌ی این ماده آمده است که «... از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) در آید...» دلالت بر تملیکی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان دارد.

ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر داشته است: «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک مال پیش فروش شده می‌گردد...». این ماده چهره‌ی تملیکی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیشتر نمایان می‌کند، بویژه این که ماده ۱۵ این قانون، عرصه و اعیان واحد پیش فروش شده را قبل از انتقال رسمی واحد پیش فروش شده به پیش‌خریدار قابل توقیف و تأمین به نفع پیش‌فروشنده یا طلبکار نمی‌داند.

۱- ۴- ۵- معین یا نامعین بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان

به موجب اصلی که ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته است، اشخاص الزامی ندارند که معاملات خود را به صورت‌های معینی که در قوانین پیش‌بینی شده است درآورند. قراردادهای خصوصی، به هر شکل و صورتی که

بسته شود، تابع قواعد کلی عقود و معاملات است و از این حیث امتیازی بین عقود معین و سایر قراردادها وجود ندارد. بنابراین، تقسیم عقود به معین و نامعین، تنها از این جهت است که عقود یاد شده در باب سوم از کتاب اول قانون مدنی از سایر قراردادها که عنوان و احکام خاصی در قانون ندارد جدا شود.

پس، در تعریف عقد معین باید گفت: «عقدی است که در قانون عنوان معین دارد و قانون‌گذار، به لحاظ اهمیت و کثرت استعمال در عرف، شرایط و آثار آن را معین کرده است: مانند بیع و اجاره و قرض و صلح و شرکت و ضمان...».

عقودی که در قانون عنوان و صورت خاص ندارند و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی تعیین می‌شود، عقود بی‌نام یا غیر معین است: مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب و تبلیغ درباره‌ی کالای معین و اقامت در مهمانسرا.

عنوانی را که دو طرف به هنگام تراضی برای توصیف پیمان خود انتخاب می‌کنند، در شناسایی نوع عقد اثر قاطع ندارد. دادرس باید مقصود آنان و نوع دیونی را که به عهده گرفته‌اند با صورتهای موجود در قانون تطبیق کند و تشخیص دهد که چنین صورتی در میان عقود معین وجود دارد یا نه؟ برای مثال اگر کسی در مقابل طلبکاری بگوید: تعهد می‌کنم که دین مدیونت را پردازم، تنها به خاطر این که لفظ «ضامنم» را به کار نبرده است، نمی‌توان ادعا کرد که تراضی آن دو مشمول مقررات ضمان نیست، مگر این که مقصود متعهد این باشد که دین در ذمه‌ی مدیون اصلی باقی بماند و او ملتزم شود که آن را پردازد.

به طور کلی، تشخیص نوع عقد با دادگاه است.^۱ حال ما برای تعیین این که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از عقود معین است یا این که از عقود نامعین و موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است، به بررسی عقود معینی که به قرارداد پیش‌فروش آپارتمان شباهت دارند می‌پردازیم و پس از مطابقت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با آن عقود مشخص خواهد شد که آیا این عقد معین است یا نامعین.

۱-۵- مقایسه‌ی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با سایر عقود

برای اینکه بتوان در مورد ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی اظهار نظر قطعی کرد، لازم است اقدام معمول در تنظیم این‌گونه قراردادها، به نحو صحیح توصیف شود. بی‌شک توصیف اعمال حقوقی، تابع عناوینی که طرفین بر آن می‌نهند نیست، بلکه از مندرجات و محتویات سندی که تنظیم می‌کنند، باید قصد مشترک طرفین را احراز کرد و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت آن را تبیین کرد.

^۱. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی: ۴۲-۴۳)

در اینجا ما ابتدا قالب‌ها و نهادهای متعدد حقوقی را که ممکن است قرارداد پیش‌فروش آپارتمان منطبق با آنها باشد بررسی می‌کنیم، و سپس با ملاحظه‌ی استدلال‌های مختلف، ماهیت این نوع قرارداد را تبیین و نظر مختار خود را بیان خواهیم کرد.

۱-۵-۱- بیع عین معین

بیع عین معین که به معنی خرید و فروش مال موجود که قابلیت دیدن و لمس کردن را دارد، یکی از انواع بیع و در واقع مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانون‌گذار تعریفی که در ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله‌ی اول آن را مد نظر داشته است. مقنن در ماده‌ی مذکور بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده‌ی ۳۶۱ قانون مدنی اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است. بدیهی است که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مبنای و مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود، این نکته ساده‌ترین دلیل حقوقدانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. دکتر «شهیدی» بیع خانه‌ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می‌داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع در چنین معامله‌ای چنین استدلال می‌کند: «موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی اینکه پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر اینکه در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند اینکه مورد معامله، خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه‌ی معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنین رهن مال غیر موجود صحیح نیست، زیرا ظاهر ماده‌ی ۷۷۴ قانون مدنی، که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده‌ی ۸۴۲ قانون مدنی، وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است.^۱ مشهور فقها نیز تعلیق در تملیک را نمی‌پذیرند و معتقدند که تملیک باید منجز باشد و در زمان وقوع عقد، صورت پذیرد. ولی در مقابل، عده‌ای از فقها می‌گویند: «بیع، انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری، چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده؛ مثلاً وقتی گندمی هم اکنون وجود ندارد و شخصی گفت فروختم یک تن گندم را به

^۱. (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات: ج ۱/ ۳۰۹)