





دانشگاه تبریز
دانشکده ادبیات و علوم انسانی
گروه آموزشی حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان:

قراردادهای پیش فروش ساختمان با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹

استاد راهنما:

دکتر سید یونس نورانی مقدم

اساتید مشاور:

دکتر بیژن حاجی عزیزی

دکتر فیض الله جعفری

نگارش:

فاطمه چمک

۸ مهر ۱۳۹۲

کلیه امتیازهای این پایان‌نامه به دانشگاه بوعلی سینا تعلق دارد. در صورت استفاده از تمام یا بخشی از مطالب این پایان‌نامه در مجلات، کنفرانس‌ها و یا سخنرانی‌ها، باید نام دانشگاه بوعلی سینا و استاد راهنمای پایان‌نامه و نام دانشجو با ذکر مأخذ و ضمن کسب مجوز کتبی از دفتر تحصیلات تکمیلی دانشگاه ثبت شود. در غیر این صورت مورد پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت. درج آدرس‌های ذیل در کلیه مقالات خارجی و داخلی مستخرج از تمام یا بخشی از مطالب این پایان‌نامه در مجلات، کنفرانس‌ها و یا سخنرانی‌ها الزامی می‌باشد.

....., Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

مقالات خارجی

..... گروه دانشکده دانشگاه بوعلی سینا، همدان.

مقالات داخلی

پاسکزاری

پاس ایند منان راکه بدون بذل عنایتش طی طریق میسر نمی گردد، او که در پی نمودن این راه شوق آموختن را در وجودم بیدار کردانید، باشد که به یاری حضرتش آن چه را آموختم در راه رضایتش و خدمت به مردانش به کار گیرم.

پاس از خواهران و برادرانم که غزل زیبای محبت و ایثارند و حضور دگلمر کننده شان، همواره در تک تک لحظات زندگی - ام جاری است.

پاس از استاد بزرگوارم جناب آقای دکتر نورانی مقدم که افزون بر صبر، بار اهنایی ها، نکته سنجی ها و تشویق هایش، شوق نوشتن و ادامه ی کار را به من بخشید.

پاس از اساتید گرانقدرم جناب آقای دکتر حاجی عزیز و جناب آقای دکتر حضرتی که از مشاوره ایشان به آگاهی بسیار رسیدم.

پاس از اساتید فریخته داور (جناب آقای دکتر مولودی و دکتر تارخیرادی) که متذکر نجات ارزشمند در جهت تقویت اثر خواهند بود.

در نهایت پاس از هریاری دهنده ای که وسعت بهرایی اش حتی به قدر نخط ای مرا به پاس ابدی مؤلف نمود.



دانشگاه بوعلی سینا
مشخصات رساله/پایان نامه تحصیلی

عنوان:

قراردادهای پیش فروش ساختمان با توجه به قانون مصوب ۱۳۸۹

نام نویسنده: فاطمه چمک

نام استاد راهنما: دکتر سید یونس نورانی مقدم

نام اساتید مشاور: دکتر بیژن حاجی عزیزی، دکتر فیض الله جعفری

دانشکده: ادبیات و علوم انسانی

گروه آموزشی: حقوق

رشته تحصیلی: حقوق

گرایش تحصیلی: خصوصی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد

تاریخ تصویب پروپوزال:

تاریخ دفاع: ۱۳۹۲/۷/۸

تعداد صفحات:

چکیده:

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 منظری 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. بنابراین 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.

واژه های کلیدی: قانون پیش فروش ساختمان، قرارداد پیش فروش ساختمان، پیش فروشنده، پیش خریدار

فهرست مطالب

.....۳	فصل اول: کلیات و مقدمات و مفاهیم
.....۲	مقدمه
.....۵	۱-۱- کلیات پژوهش
.....۵	طرح مطلب
.....۵	۱-۱-۱- تعریف مسأله و بیان نکات اصلی:
.....۵	۱-۱-۲- سابقه و ضرورت انجام پژوهش:
.....۶	۱-۱-۳- سؤالات پژوهش:
.....۶	۱-۱-۴- فرضیات پژوهش
.....۷	۱-۱-۵- اهداف پژوهش:
.....۷	۱-۱-۶- روش انجام تحقیق:
.....۷	۱-۲- مقدمات و مفاهیم
.....۸	طرح مطلب
.....۸	۱-۲-۱- قرارداد
.....۹	۱-۲-۲- پیش فروش
.....۱۰	۱-۲-۲-۱- پیش فروشنده:
.....۱۱	۱-۲-۲-۲- پیش خریدار:
.....۱۱	۱-۲-۳- ساختمان:
.....۱۲	۱-۲-۴- آپارتمان:
.....۱۳	۱-۲-۵- تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان

..... ۱۵	۱-۲-۶- سیر تاریخی
..... ۱۹	فصل دوم: ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۲۱	۱-۲- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۲۱	طرح مطلب
..... ۲۱	۱-۱-۲- تعهد به بیع
..... ۲۱	۲-۱-۲- بیع سلم یا سلف
..... ۲۳	۳-۱-۲- استصناع (سفارش ساخت کالا)
..... ۲۷	۴-۱-۲- عقد صلح
..... ۲۹	۵-۱-۲- مشارکت در ساخت و ساز
..... ۲۹	۶-۱-۲- بیع
..... ۳۰	۱-۶-۱-۲- بیع عین معین
..... ۳۲	۲-۶-۱-۲- بیع کلی در معین
..... ۳۲	۳-۶-۱-۲- بیع کلی فی الذمه
..... ۳۴	۷-۱-۲- قرارداد خصوصی
..... ۴۰	۲-۲- اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۴۰	طرح مطلب
..... ۴۰	۱-۲-۲- عقد لازم است یا جایز؟
..... ۴۱	۲-۲-۲- عقد معین است یا غیر معین؟
..... ۴۲	۳-۲-۲- عهدی است یا تملیکی؟
..... ۴۳	۴-۲-۲- عقد الحاقی است یا غیر الحاقی؟

..... ۴۵	۲-۲-۵- عقد مستمر است یا فوری؟
..... ۴۷	۲-۲-۶- عقد معوض است یا غیر معوض؟
..... ۴۸	۲-۲-۷- عقد معلق است یا منجز؟
..... ۴۹	۲-۲-۸- عقد رضایی است یا تشریفاتی؟
..... ۵۷	فصل سوم: انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۵۹	طرح مطلب
..... ۵۹	۳-۱- شرایط عمومی صحت قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۶۰	۳-۱-۱- قصد و رضای طرفین
..... ۶۲	۳-۱-۲- اهلیت طرفین
..... ۶۳	۳-۱-۳- مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۶۶	۳-۱-۴- جهت معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۶۶	۳-۲- شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۶۹	۳-۲-۱- ارائه سند رسمی مالکیت یا اجاره با حق احداث بنا یا قرارداد رسمی حاکی از حق فروش
..... ۶۹	۳-۲-۲- پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد
..... ۷۰	۳-۲-۳- اخذ بیمه مسئولیت موضوع ماده ۹ قانون پیش فروش
..... ۷۳	۳-۲-۴- تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان
..... ۷۳	۳-۲-۵- پاسخ استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک
..... ۷۴	۳-۲-۶- اخذ مجوز انتشار آگهی قبل از تبلیغات
..... ۷۷	فصل چهارم: آثار قرارداد پیش فروش ساختمان
..... ۷۹	طرح مطلب

.....۷۹	۱-۴- حقوق و تعهدات مشترک طرفین
.....۷۹	۱-۱-۴- ارجاع اختلافات به داوری
.....۸۱	۲-۱-۴- حضور در دفتر اسناد رسمی و تنظیم سند انتقال قطعی و اعاده قرارداد پیش فروش به دفترخانه ۸۱.
.....۸۳	۳-۱-۴- حق درخواست تعدیل قرارداد
.....۸۴	۲-۴- حقوق و تعهدات پیش فروشنده
.....۸۴	۱-۲-۴- تعهدات پیش فروشنده
.....۸۴	۱-۱-۲-۴- ساخت و تکمیل بنا ظرف مدت مقرر مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد
.....۸۷	۲-۱-۲-۴- تحویل ساختمان در موعد مقرر
.....۸۸	۲-۲-۴- حقوق پیش فروشنده
.....۸۸	۱-۲-۲-۴- تغییر در برخی اوصاف ساختمان
.....۸۹	۲-۲-۲-۴- واگذاری حقوق و تعهدات خود نسبت به واحد پیش فروش شده و عرصه آن
.....۸۹	۳-۴- حقوق و تعهدات پیش خریدار
.....۸۹	۱-۳-۴- تعهدات پیش خریدار
.....۸۹	۱-۱-۳-۴- پرداخت ثمن در مواعد مقرر
.....۹۰	۲-۱-۳-۴- تحویل گرفتن ساختمان
.....۹۱	۲-۳-۴- حقوق پیش خریدار
.....۹۱	۱-۲-۳-۴- واگذاری حقوق و تعهدات خود نسبت به واحد پیش فروش شده
.....۹۲	فصل پنجم: انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان
.....۹۴	طرح مطلب
.....۹۴	۱-۵- انحلال به تراضی (اقاله یا تفاسخ)

..... ۹۵	۲-۵- انحلال به اراده‌ی یک طرف (فسخ)
..... ۹۶	۱-۲-۵- فسخ قرارداد ناشی از خیار شرط
..... ۹۶	۲-۲-۵- فسخ قرارداد ناشی از اختیارات قانونی
..... ۱:۱	۳-۵- انحلال قهری (انفساخ)
..... ۱:۲	۱-۳-۵- شرط فاسخ
..... ۱:۳	۲-۳-۵- تلف قهری موضوع تملیک پیش از تسلیم
..... ۱:۵	۳-۳-۵- ناممکن شدن عمل مورد تعهد
..... ۱:۸	نتیجه‌گیری و پیشنهادات
..... ۱:۱۸	منابع
..... ۱:۲۸	پیوست

فصل اول

کلیات و مقدمات و مفاهیم

مقدمه

قالب‌های خرید و فروش در عصر کنونی حالت سابق را ندارد. قالب‌های سنتی شکسته و پاره‌ای داد و ستدها ویژگی‌هایی یافته است که ممکن است با قواعد کلی و سنتی قابل انجام نباشد. از جمله این موارد، پیش‌فروش ساختمان است که به دلایل ازدیاد جمعیت، محدود بودن منابع زمینی و پایین بودن قدرت خرید نقدی افراد جامعه، موضوع آن اهمیت می‌یابد. به بیان دیگر، خرید و فروش ساختمان به دو روش صورت می‌گیرد؛ در روش اول، فروشنده ساختمان را ساخته و پس از تکمیل، آن را به فروش می‌رساند که در این فرض، معامله طبق قواعد عمومی قراردادها و قواعد خاص عقد بیع انجام می‌شود؛ حتی اگر فروشنده مبیع را نسبه بفروشد یا قرار بر این باشد که خریدار طی چند قسط، بهای معامله را پرداخت کند. لیکن در روش دوم، ساختمان قبل از ساخت یا تکمیل آن، پیش‌فروش می‌گردد که آنچه مدنظر ماست، بحث پیرامون همین روش دوم است.

مهم‌ترین مسئله‌ای که در این باب مطرح می‌گردد، توصیف ماهیت حقوقی این قرارداد است؛ زیرا موضوع این گونه قراردادها، در زمان انعقاد قرارداد موجود نیست؛ از این رو چنین قراردادهایی ظاهراً شرطی از شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات (معلوم و موجود بودن موضوع معامله) را ندارد. بر همین مبنا، اختلاف نظر جدی بین حقوقدانان در مورد توصیف این نوع قراردادها وجود دارد. از جمله‌ی این توصیفات، توصیف قرارداد پیش‌فروش به بیع سلف، عقد استصناع، بیع معلق، جعاله خاص، تعهد به فروش و قرارداد خصوصی طبق ماده ۱۰ قانون مدنی است. از طرفی، بدیهی است که تا زمانی که ماهیت یک قرارداد، محل شک و تردید است به راحتی نمی‌توان در خصوص شرایط انعقاد، اوصاف و آثار آن قرارداد، گفتگو کرد. در نتیجه اختلافی بودن ماهیت این قرارداد در نزد حقوقدانان و قضات و تبعات سوء این اختلاف، از یک سو و عدم تعهد پیش‌فروشدگان و انتقال ساختمان نیمه تمام به اشخاص ثالث از سوی دیگر، قانون‌گذار سال ۱۳۸۹ را بر آن داشت که با وضع قانونی صحیح و جامع با عنوان «قانون پیش‌فروش ساختمان» به ساماندهی روابط و تعهدات پیش‌فروشدگان و پیش‌خریداران و تأمین عدالت بین آنان، بپردازد.

در همین راستا، در نوشتار حاضر، سعی بر آن است که ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان و شرایط و احکام آن با توجه به قانون جدید مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. لذا مطالب پژوهش پیش‌رو در

پنج فصل ارائه خواهد شد. در فصل اول کلیات پژوهش و مقدمات و مفاهیم آن که جهت شروع و ورود به موضوع ضرورت دارد، بررسی می‌شود. در فصل دوم، ماهیت و اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان مورد مذاکره قرار می‌گیرد که به نظر نگارنده مهم‌ترین مباحث تحقیق را به خود اختصاص داده است. همچنین فصول سوم، چهارم و پنجم به ترتیب به بررسی انعقاد قرارداد، آثار قرارداد و انحلال آن، تعلق یافته است. نهایتاً این که نگارنده پس از جمع‌بندی و نتیجه‌گیری به ارائه چند پیشنهاد به قانون‌گذار جهت بهبود هر چه بیشتر قانون مصوب پرداخته است.

امید است نواقص و کمبودهای این اثر با عنایت به بضاعت اندک نگارنده، مورد اغماض و چشم‌پوشی قرار گیرد.

۱-۱- کلیات پژوهش

طرح مطلب

پیش از ورود به مباحث اصلی پژوهش، مقتضی است ابتدا به تعریف موضوع آن پرداخته و سپس در خصوص سابقه و ضرورت انجام آن بحث نموده و نهایتاً سوالات لازمه مطرح و فرضیات مرتبط با آن بیان شود.

۱-۱-۱- تعریف مسأله و بیان نکات اصلی:

با وجود این که حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی بنا نهاده شده است و از آراء، نظریات و فتاوی مشهور فقهای شیعه مقتبس است؛ ولی زندگی مدرن عصر حاضر، سختی و دشواری‌های ویژه‌ی خود را دارد. یکی از مظاهر این زندگی، احداث واحدهای تجاری یا مسکونی عمدتاً عمودی در قالب مجتمع و فروش اینگونه تأسیسات قبل از احداث می‌باشد که در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی موسوم به قراردادهای پیش‌فروش است که در نوع خود، جدید و ابداعی محسوب می‌شود و بخش قابل توجهی از معاملات املاک را به خود اختصاص داده است. تا سال ۱۳۸۹ خلاء قانونی در مورد این معاملات، موجب سوءاستفاده برخی از سازندگان واحدهای ساختمانی و در نتیجه، طرح دعاوی متعدد در مراجع دادگستری گردیده بود که به دلایل مختلف، نتیجه قابل قبولی برای پیش‌خردار به دنبال نداشت؛ از سوی دیگر، عدم اعتماد مردم برای پیش‌خرید باعث شده بود که برخی انبوه‌سازان صلاحیتدار نیز برای تأمین نقدینگی طرحهای خود که از طریق پیش‌فروش صورت می‌گرفت، با مشکل مواجه شوند. از این‌رو به منظور ایجاد تسهیل و انضباط در امور مربوط به انعقاد قراردادهای پیش‌فروش و جلوگیری از تضییع حقوق خریداران، مجلس شورای اسلامی لایحه پیش‌فروش ساختمان را در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ در ماده ۲۵ به تصویب رساند. در این پژوهش، به بررسی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با توجه به قانون اخیرالذکر پرداخته و آثار و احکام آن را تحلیل می‌کنیم.

۱-۱-۲- سابقه و ضرورت انجام پژوهش:

با توجه به اینکه یکی از مظاهر زندگی عصر حاضر، ساختمان‌سازی و فروش آن است، چه بسا گاهی موضوع، خرید و فروش آپارتمان‌ها و ساختمان‌هایی است که هنوز ساخته نشده است ولی نقشه و طرح آن در قرارداد، معین می‌گردد و فروشنده هم، متعهد می‌شود ساختمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل دهد. در نتیجه، آگاهی بر کم و کیف اینگونه قراردادها که روزبه‌روز شایع‌تر می‌شوند، به ویژه برای حقوقدانان، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. اما عمده‌ی مطالعات صورت گرفته در این قلمرو، درباره ماهیت اینگونه قراردادها است. حقوقدانانی چون دکتر ناصر کاتوزیان در جلد اول کتاب عقود معین، علی اصغر حاتمی و حانیه ذاکری‌نیا در مقاله «ماهیت قراردادهای ساخت و ساز در فرض پیش‌فروش» و رضا ولویون در مقاله‌ای با عنوان «فروش آپارتمان‌های ساخته نشده» به بررسی ماهیت قراردادهای پیش‌فروش پرداخته‌اند. همچنین حسن علیزاده در کتاب «قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان» و فرناز زرنگار در کتاب «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» در مورد ماهیت اینگونه قراردادها و آثار ناشی از آن، بحث کرده‌اند. اما در رابطه با بررسی پیش‌فروش ساختمان در چارچوب قانون جدید پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ و مقایسه آن با مقررات سابق کتاب یا مقاله‌ی علمی منتشر نشده است.

۱-۱-۳- سوالات پژوهش:

۱- آیا قانون جدید توانسته به اختلاف موجود در مورد توصیف ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان پایان دهد؟

۲- قانون جدید چه حقوق و تعهداتی برای طرفین قرارداد پیش‌فروش در نظر گرفته است؟

۳- قانون‌گذار چه راهکارهایی برای جلوگیری از مشکلات سابق در مورد قراردادهای پیش‌فروش ساختمان اتخاذ کرده است؟

۱-۱-۴- فرضیات پژوهش

۱- قانون جدید نتوانسته به اختلاف موجود، در مورد توصیف ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان پایان دهد.

۲- قانون جدید تعدادی حقوق و تعهدات مشترک و تعدادی حقوق و تعهدات اختصاصی برای پیش-فروشنده و پیش‌خریدار در نظر گرفته است.

۳- قانون‌گذار راهکارهای چندی را برای جلوگیری از مشکلات سابق در مورد قراردادهای پیش‌فروش ساختمان اتخاذ کرده است که از جمله آن‌ها می‌توان به الزامی کردن پایان یافتن عملیات پی ساختمان در زمان انعقاد قرارداد، رسمی بودن قرارداد، تملیک تدریجی ساختمان به پیش‌خریدار و عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش‌فروش شده اشاره کرد.

۱-۱-۵- اهداف پژوهش:

از آنجا که هر قانون جدیدالتصویبی فایده و کارایی خود را در عمل، به منصفه ظهور خواهد رساند و در این راستا ممکن است نقاط ضعف و ابهاماتی داشته باشد، هدف از بررسی این موضوع روشن ساختن این امر است که قانون‌گذار با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان تا چه حد به اهداف مورد نظر خود دست یافته است؟ و در مقایسه با وضعیت سابق چه میزان از مشکلات موجود و حجم پرونده‌های دادگستری در رابطه با این موضوع کم خواهد شد؟ و آیا می‌توان پیشنهادات دیگری نیز، برای جلوگیری از تضییع حقوق مردم در این حیطه ارائه داد؟ لذا پس از بررسی موضوع و تحلیل آثار و احکام آن، برای شناخت بیشتر، به مقایسه قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ با قواعد عمومی قراردادها و رویه‌ی عملی سابق در مورد موضوع پیش‌فروش ساختمان می‌پردازیم.

۱-۱-۶- روش انجام تحقیق:

روش شایع پژوهش در رشته‌های مختلف علوم انسانی روش تحلیلی-توصیفی است که رشته حقوق نیز از این لحاظ مستثنی نیست. همچنین از آنجا که مهم‌ترین روش مورد استفاده جهت گردآوری اطلاعات در این پژوهش، روش کتابخانه‌ای است، پس از مطالعه و بررسی متون قوانین، کتب و مقالات مرتبط، موضوع مورد نظر تحلیل و نتایج بدست آمده از آن ارائه می‌گردد.

۱-۲- مقدمات و مفاهیم

طرح مطلب

قبل از پرداختن به بحث‌های تحلیلی پژوهش، شایسته است برخی از مفاهیم مرتبط با موضوع، مورد اشاره قرار گیرد تا زمینه ورود به بحث‌های اصلی فراهم شود. در همین راستا، از آنجا که عبارت «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» مرکب از سه واژه قرارداد، پیش‌فروش و ساختمان است، ابتدا معانی لغوی و اصطلاحی هر یک از سه واژه را بیان و تفاوت ساختمان و آپارتمان را تبیین می‌کنیم و سپس به تعریف این قرارداد به طور کلی می‌پردازیم.

۱-۲-۱- قرارداد

قرارداد در لغت اسم مرکب است و به معنای دارای پایداری، منصوب و مقرر و برقرار، تعیین شده، قول، شرط، پیمان، دستور، قانون، قرارنامه، ختم عمل (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۷۴۸۴) و اتفاق دو یا چند تن در امری (معین، ۱۳۷۱: ۲۶۵۲) آمده است.

از لحاظ اصطلاحی عده‌ای از حقوقدانان، قائل به مترادف «قرارداد» با «عقد» هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۱). در حالی که عده‌ی دیگر قرارداد را ویژه عقود نامعین و عقد را ویژه عقود معین می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۸۹۰). دسته‌ای از حقوقدانان نیز عقد را مختص عقود معین و قرارداد را شامل همه عقود معین و غیر معین می‌دانند (امامی، ۱۳۸۵: ۱۶۸). نهایتاً این که برخی دیگر از حقوقدانان بر این اعتقادند که قرارداد از حیث دایره شمول، دارای دو معنی اعم و اخص می‌باشد؛ در معنی اعم قرارداد مترادف با عقد و دربرگیرنده عقود معین و غیرمعین است ولی در معنی اخص، فقط شامل عقود غیرمعین است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۱).

صرف نظر از این که کدام یک از این نظریات را بپذیریم، باید توجه داشت که قانون‌گذار در قانون پیش‌فروش ساختمان برای پیش‌فروش، از عنوان قرارداد استفاده کرده است، در حالی که این قرارداد، در این قانون عنوان خاص داشته و شرایط و آثار آن توسط قانون‌گذار معین شده است و به عبارتی عقد معین تلقی شده است. زیرا که در تعریف عقد معین گفته شده: «عقدی است که در قانون، نام خاص دارد و قانون‌گذار شرایط انعقاد و آثار آن را معین کرده است مانند بیع، اجاره، قرض و ...» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۹۵). برعکس، «عقدی که در قانون عنوان و صورت خاص ندارد و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین می‌شود، عقد بی‌نام یا غیرمعین است.» (همان).

پس به نظر می‌رسد قانون جدید، قرارداد را مترادف با عقد به کار برده و تقسیم‌بندی حقوقدانان در اختصاص عنوان عقد به عقود معین و قرارداد به عقود غیرمعین در این جا مفید نیست. بنابراین، برای درک مفهوم اصطلاحی قرارداد باید به ماده ۱۸۳ قانون مدنی که به تعریف عقد پرداخته است مراجعه کرد. در این ماده آمده است: «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». نظر به ایرادات وارد بر این تعریف، حقوقدانان خود به تعریف عقد پرداخته‌اند که از جمله‌ی این تعاریف، می‌توان به «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۱) یا «توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳) اشاره کرد.

۱-۲-۲- پیش‌فروش

پیش‌فروش از لحاظ لغوی به دو صورت نعت فاعلی (اسم فاعل یا صفت فاعلی مرکب) و اسم مصدر مرکب وجود دارد. در معنی اول، به معنی بها ستاندن قبل از موعد مقرر و تهیه شدن جنس آمده است. در معنی اسم مصدری هم، به معنی فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن و حاضر بودن و فروش قبل از به دست آمدن جنس آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۵۹۸۳). در مقابل پیش‌فروش، پیش‌خرید است که اسم مصدر مرکب است به معنی خریداری کردن قبل از وقت، هر چیز که پیشکی خرنند یعنی وجه آن را از پیش دهند، بیع سلم، خریدی پیش از تغییر قیمت و خریدن چیزی پیش از مهیا شدن آن چیز (همان: ۵۹۷۵).

پیش‌فروش در اصطلاح حقوقی نیز از معنی لغوی خود دور نمانده است و نوعاً با بیع سلم یا سلف در فقه شباهت دارد. به بیان دیگر، خریدار مالی را خریداری می‌کند که هنوز وجود خارجی نیافته و فروشنده ملزم می‌شود آن را در مدت معین مطابق با اوصاف مقرر در قرارداد تحویل دهد.

البته پیش‌فروش در حقوق امروزی با بیع سلم در فقه یک تفاوت عمده دارد و آن اینکه، مورد معامله در بیع سلم صرفاً مال کلی است، ولی مورد معامله در پیش‌فروش کالا در حقوق امروزی می‌تواند عین معین باشد؛ همانطور که در موضوع پیش‌فروش ساختمان چنین است.

از آنجا که طرفین قرارداد پیش‌فروش ساختمان، پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار هستند، لازم است به تعریف هر یک از این اشخاص از منظر قانون‌گذار بپردازیم. شایان ذکر است قائم مقام و جانشین یا جانشینان پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار نیز مشمول تعاریف زیر خواهند بود.

۱-۲-۲-۱- پیش‌فروشنده:

با استنباط از ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، پیش‌فروشنده شخص حقیقی یا حقوقی است که اعیانی موجود (حداقل پی ساختمان) در زمان انعقاد قرارداد و بعضاً زمین محل احداث بنا را به پیش‌خریدار منتقل کرده و متعهد به احداث یا تکمیل آن، ظرف مدت معین می‌شود.^۱

لازم به ذکر است که پیش‌فروشنده یا مالک رسمی زمین است (ماده ۱ و بند ۱ تبصره ماده ۱) یا مستأجر زمین که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره داشته (بند ۲ تبصره ماده ۱) و شروع به ساخت ساختمانی کرده و آن را مطابق ماده یک پیش‌فروش می‌کند؛ و از آنجا که موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن بنا اجبار کند^۲، بنا در تصرف شخص ثالث (پیش‌خریدار) قرار می‌گیرد و مستأجر (پیش‌فروشنده) صرفاً مکلف به پرداخت اجرت زمین به موجر است. قابل توجه است که در بند ۲ تبصره، پیش‌فروشنده مالک زمین نیست تا به موجب قرارداد پیش‌فروش، این زمین به پیش‌خریدار نیز منتقل شود؛ زیرا در مورد زمین‌های موقوفه و دولتی هیچگاه حتی با توافق نیز، امکان انتقال مالکیت زمین وجود ندارد. در مورد زمین ملکی نیز با وجود این که ممکن است مستأجر مورد اجاره را از موجر خریداری کند ولی در این بند، صرفاً به حق احداث بنا بر زمین اشاره شده نه مالکیت زمین؛ که چه بسا این مسئله ممکن است آثار سؤی برای پیش‌خریدار به دنبال داشته باشد. یعنی اگر قرار باشد که پیش‌خریدار هیچگاه مالک زمینی که

۱- ماده ۱ قانون پیش‌فروش: «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 و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین ساخت و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) در آید».

۲- ماده ۵۰۴ قانون مدنی: «هرگاه مستأجر به موجب عقد اجاره، مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند؛ و بعد از انقضای مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند، موجر حق مطالبه اجرت-المثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف موجر باشد، مستأجر حق مطالبه اجرت‌المثل بنا یا درخت را خواهد داشت».

واحد ساختمانی‌اش بر روی آن بنا شده، نشود، مشخص نیست تا چه زمانی می‌بایست به مالک زمین (موجر) اجرت‌المثل پرداخت شود؟! یا چه کسی باید این اجرت‌المثل را بپردازد؟! چنین معضلی، حتی اگر در مورد زمین‌های دولتی و موقوفه مطرح نشود، بی‌تردید در مورد زمین ملکی مطرح خواهد شد و پیش‌خردار را با مشکلات جدی روبرو خواهد کرد. در نتیجه، به نظر می‌رسد قانون پیش‌فروش ساختمان، نمی‌بایست به مستأجر زمین (خصوصاً در مورد زمین ملکی) اجازه انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را اعطا می‌کرد.

لازم به ذکر است، در بند یک تبصره، پیش‌فروشنده همان سازنده (شریک) قرارداد مشارکت در ساخت و ساز است که در ازای سرمایه‌گذاری از طریق احداث بنا بر زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی آن زمین، به موجب سند رسمی به او اختصاص پیدا کرده و وی می‌تواند اقدام به پیش‌فروش واحدهای ساختمانی سهم خود نماید. در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، مالک زمین، سهم مشاعی از زمین را به تناسب آورده شریک و به تبع آن، به تناسب قدرالسهم او، به وی تملیک می‌نماید و شریک نیز بخشی از ساخت و ساز را به تناسب آورده و قدرالسهم مالک زمین به تملک وی درمی‌آورد (ذاکری‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۰۸). بنابراین در بند ۱ تبصره ماده ۱، پیش‌فروشنده مالک واحدهای مشخصی از ساختمان احداثی و سهم مشاعی از زمین است که پس از انعقاد قرارداد پیش‌فروش با پیش‌خردار، نسبتی از سهم خود از زمین و یک یا چند واحد از ساختمان را به وی منتقل می‌کند.

۱-۲-۲- پیش‌خردار:

شخصی است که اعیانی موجود (حداقل پی ساختمان) در زمان انعقاد قرارداد و بعضاً زمین محل احداث بنا را براساس قرارداد پیش‌فروش، خریداری می‌کند؛ در حالی که پیش‌فروشنده در مقابل او متعهد به احداث یا تکمیل اعیانی می‌شود؛ وی نیز متعهد می‌شود بها (ثمن) معامله را به صورت اقساطی و به تناسب پیشرفت ساختمان به پیش‌فروشنده پرداخت نماید. ضمن این که مالکیت پیش‌خردار بر بخش‌های احداثی جدید به صورت تدریجی به نسبت اقساط پرداختی است (مستنبط از مواد ۱، ۱۱ و ۱۳ قانون پیش‌فروش).

۱-۲-۳- ساختمان:

۱- به این دلیل از لفظ بعضاً استفاده شد که در بند ۲ تبصره ماده ۱ پیش‌فروشنده صرفاً مالک رسمی منافع زمینی است که متعلق به غیر است، بنابراین پیش‌فروشنده مالک زمین نیست که بتواند مالکیت خود را به پیش‌خردار منتقل کند.