



دانشگاه علامه طباطبائی
دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی

عنوان پایان نامه :

ماهیت و آثار حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان

استاد راهنما: دکتر رضا ولویون

استاد مشاور: دکتر فرهاد پروین

استاد داور : دکتر ناهید جوانمردی

دانشجو : محمود عربشاهی

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

زمستان 1388

تقدیم به پدر و مادر مهربانم
که در تمامی مراحل زندگی همواره پشتیبانم بوده اند.

اکنون که بایاری خدای قادر متعال این تحقیق به پایان رسید بر خود لازم می دانم مراتب تقدیر و تشکر خود را از جناب آقای دکتر رضا ولویون ، استاد راهنمای بنده که بارهنامه‌ی های ارزنده خود بر غنای علمی کار افزودند اعلام نمایم.

همچنین از جناب آقای دکتر فرهاد پروین که به عنوان استاد مشاور بنده قبول زحمت فرمودند در این مدت از محضر ایشان نیز استفاده نمودم تشکر و قدردانی می نمایم.

داوری این پایان نامه را نیز خانم دکتر جوانمرادی برعهده گرفته و بنده را مورد لطف خود قرار دادند که بدین وسیله از ایشان نیز کمال تشکر را دارم .

در پایان برای هر سه استاد محترم از خداوند متعال سعادت و بهروزی روزافزون را خواهانم.

چکیده

امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک می باشد که این امر به دو صورت ممکن است انجام شود یک فرض صورتی است که آپارتمان به طور کامل ساخته شده و وجود خارجی دارد در این فرض بیع بر طبق قواعد عمومی نسبت به مال موجود صورت می گیرد و از این لحاظ با مشکلی مواجه نمی باشد 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 می شود و یا به عبارت دیگر "پیش فروش آپارتمان" صورت می گیرد.

قراردادی نو ظهور که به ظاهر با بعضی از احکام قانونی تعارض دارد از جمله ماده 361 قانون مدنی این ماده مقرر میدارد "اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است" حال آنکه در فرض مزبور مبیع در زمان قرارداد وجود خارجی ندارد.

مهمترین مسئله در رابطه با قرارداد پیش فروش آپارتمان، توصیف حقوقی چنین قراردادهایی می باشد، نظرات مختلفی در این رابطه مطرح شده است لیکن آنچه از مفاد قرارداد پیش فروش آپارتمان و قصد و خواست مشترک طرفین بر می آید این است که قرارداد پیش فروش آپارتمان نمی تواند یک قرارداد خصوصی و یا صرفاً یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد بلکه قصد طرفین از انعقاد این قرارداد بیع می باشد. به عبارت دقیق تر قرارداد پیش فروش آپارتمانهای ساخته نشده از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق می باشد و در صحت عقد بیع معلق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی تردید وجود ندارد.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
کلیات: طرح تحقیق	9
1) بیان مسئله (شامل تشریح ابعاد، حدود مسئله و معرفی دقیق آن)	9
2) سوالات تحقیق	11
3) فرضیه ها	11
4) پیشینه تحقیق	12
5) اهداف تحقیق (شامل اهداف علمی، کاربردی و ضرورت خاص آن)	12
6) تعریف مفاهیم و واژگان اختصاصی طرح	13
فصل اول: قرارداد پیش فروش و اعتبار فقهی و حقوقی آن	14
مقدمه	15
گفتار اول: مفهوم پیش فروشی	19
مبحث اول : مفهوم لغوی	19
مبحث دوم : مفهوم حقوقی	19
گفتار دوم: تاریخچه پیش فروشی	21

- 21.....مبحث اول:تاریخچه پیش فروش به طور کلی
- 21.....مبحث دوم:تاریخچه پیش فروش آپارتمان وقانونگذاری در این حوزه
- 25.....**گفتار سوم:**اعتبار فقهی قرارداد پیش فروش آپارتمان
- 29.....**گفتار چهارم:** اعتبار حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان (شرایط اساسی صحت معاملات)
- 30.....اصل آزادی قراردادها
- 31.....اصل صحت قراردادها
- 37.....مبحث اول:قصد ورضای طرفین
- 40.....مبحث دوم:اهلیت
- 40.....مبحث سوم:مورد معامله
- 40.....1- مورد معامله باید مالیت داشته باشد
- 42.....2- مورد معامله منفعت عقلایی داشته باشد
- 42.....3 - مورد معامله باید متضمن منفعت مشروع باشد
- 43.....4 - مورد معامله باید معلوم باشد
- 44.....5 - مورد معامله معین باشد
- 45.....6 - مورد معامله مقدور التسلیم باشد
- 46.....مبحث چهارم:جهت معامله
- 50.....**گفتار پنجم:**بررسی قرارداد پیش فروش در حقوق خارجی
- 50.....مبحث اول:حقوق مصر
- 54.....مبحث دوم :حقوق انگلیس

57.....مبحث سوم:حقوق فرانسه.....

فصل دوم:ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان و تطبیق آن با

62.....**نهادهای مشابه**.....

63.....**گفتار اول:مفهوم ماهیت و ضرورت تعیین ماهیت قرارداد**.....

63.....**مبحث اول:مفهوم ماهیت**.....

65.....**مبحث دوم:ضرورت تعیین ماهیت قرارداد**.....

66.....**گفتار دوم: اصول و روشهای تعیین ماهیت قرارداد**.....

66.....**مبحث اول : اراده و قصد واقعی طرفین**.....

70.....**مبحث دوم : قانون**.....

71.....**مبحث سوم : عرف**.....

72.....**مبحث چهارم : رویه قضایی**.....

74.....**مبحث پنجم : عقاید عالمان حقوق (دکترین)**.....

76.....**گفتار سوم:تطبیق قرارداد پیش فروش با نهادهای مشابه**.....

77.....**مبحث اول:عقد استصناع**.....

80.....**مبحث دوم:بیع سلف(سلم)**.....

84.....**مبحث سوم قرارداد مقاطعه کاری (پیمان کاری)**.....

87.....**گفتار چهارم:تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان**.....

92.....	مبحث اول : نظریه قرارداد خصوصی
97.....	مبحث دوم : تعهد به بیع (وعده بیع)
101.....	مبحث سوم : نظریه بیع بودن (بیع معلق)
114.....	فصل سوم: آثار حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان
116.....	گفتار اول: آثار قرارداد نسبت فروشنده (تعهدات فروشنده)
116.....	مبحث اول : ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق قرارداد
117.....	مبحث دوم : تحویل آپارتمان در موعد مقرر
117.....	مبحث سوم : تنظیم سند رسمی انتقال
120.....	گفتار دوم: آثار قرارداد نسبت به خریدار (تعهدات خریدار)
120.....	مبحث اول : پراخت ثمن معامله مطابق قرارداد
121.....	مبحث دوم : تحویل گرفتن آپارتمان
122.....	مبحث سوم : حضور در دفتر خانه و امضاء سند رسمی انتقال
124.....	گفتار سوم: بررسی رویه قضایی در خصوص قراردادهای پیش فروش آپارتمان
140.....	گفتار چهارم: بررسی لایحه پیش فروش آپارتمان
155.....	نتیجه گیری :
162.....	فهرست منابع :

کلیات: طرح تحقیق

1) بیان مسئله: (شامل تشریح ابعاد و حدود مسئله، معرفی دقیق آن)؛

مسکن و سرپناه به عنوان یکی از نیازهای اساسی انسان میباشد، انسان از دیرباز به دنبال یافتن سرپناهی برای درمان بودن از بلا یا و ناملازمات طبیعت بوده است. در شرایط فعلی با توجه به افزایش جمعیت و تغییر شرایط زندگی اجتماعی مشکلات و سختیهایی برای انسانها در این زمینه پدید آمده است. رشد جمعیت موجب افزایش تقاضای خرید مسکن و در نتیجه افزایش قیمت مسکن را به دنبال داشته است. علاوه بر این شرایط اجتماعی زندگی جدید نیز کمبود مسکن رادری داشته است در گذشته چند خانواده در یک مکان در کنار هم زندگی می کردند پس بعد از ازدواج نیز همراه با خانواده پدری و در یک جا سکونت داشتند لیکن امروزه دیگر این شیوه سنتی زندگی از بین رفته و هر خانواده ای انتظار مسکن مستقل و مجزا از اطرافیان را دارد. نتیجه این عوامل کمبود مسکن و افزایش قیمت آن میباشد. بروز این مشکلات و سختی ها منجر به ظهور پدیده آپارتمان سازی و آپارتمان نشینی شد. امروزه یکی از رایج ترین راه های تامین مسکن آپارتمان سازی و آپارتمان نشینی است. بر وزاین پدیده و توسعه آن موجب ایجاد تحولاتی در عرصه حقوق نیز شده است من جمله تصویب قانون تملک آپارتمان ها در سال 1343 که گامی اساسی در جهت حل مشکل مالکین آپارتمانها بوده است اما سوالات و ابهامات زیادی در این زمینه بی پاسخ مانده است.¹

امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از اقسام شایع بیع املاک می باشد که این امر به دو صورت ممکن است انجام شود یک فرض صورتی است که آپارتمان به طور کامل ساخته شده و وجود خارجی دارد در این فرض بیع بر طبق قواعد عمومی نسبت به مال موجود صورت می گیرد و از این لحاظ با مشکلی مواجه نمی باشد

¹ تقی لو، زهره، مسائل حقوقی آپارتمانها، قم: پرتو خورشید، 1384، ص 13.

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 می شود و یا به عبارت دیگر "پیش فروش آپارتمان" صورت می گیرد.

البته موقعیت آپارتمان و سایر ویژگیهای آن معین می شود و فروشنده متعهد می شود که ظرف مهلت معین آپارتمان مزبور را بسازد و تحویل خریدار بدهد .

قراردادی نو ظهور که به ظاهر با بعضی از احکام قانونی تعارض دارد از جمله ماده 361 قانون مدنی که به موجب این ماده یکی از شرایط مورد معامله این است که هنگام عقد موجود باشد. این ماده مقرر میدارد "اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است" حال آنکه در فرض مزبور مبیع در زمان قرارداد وجود خارجی ندارد. البته در رابطه بانفوذ بیع عینی که در آینده ساخته میشود مانند آپارتمان و مبلی که سفارش داده شده عده ای از حقوقدانان صحت آن را ترجیح داده اند¹ و عده ای چنین معامله ای را به استناد ماده 361 قانون مدنی باطل دانسته اند و گفته اند که اگر مورد معامله خانه ای باشد که در آینده طبق نقشه ای معین وبا مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد، چنین معامله ای باطل است.²

مهمترین مسئله در رابطه با قرارداد پیش فروش آپارتمان، توصیف حقوقی چنین قراردادهایی می باشد، عدم وجود قانونی مدون که به طور صریح حقوق و تکالیف خریداران و فروشندگان این گونه آپارتمانها را مشخص کند و یا ضمانت اجرای تخلف طرفین قرارداد را از شرایط مقرر شده در قرارداد معین نماید و نیز رویه قضایی واحدی که پاسخگوی مشکلات و مسائل موجود در چنین قراردادهایی باشد خریداران و همچنین فروشندگان و سازندگان آپارتمانهای ساخته نشده را گریبان گیر مسائل و موضوعات بسیاری نموده است. می توان خریداری را تصور نمود که پس از انعقاد قرارداد فروش آپارتمان به دنبال اختلافی که با طرف مقابل قرارداد پیدا کرده است به دستگاه قضایی پناه برده است به راستی تکلیف او چیست؟ قرارداد

¹ . کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵، ص ۲۹۵.

² . شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۳۰۹.

منعقده را چگونه باید تفسیر کرد وماهیت این قرارداد چیست؟ آیا با اعلام بطلان قرارداد می بایست به دنبال باز پس گیری اقساطی باشد که به فروشنده پرداخته است؟ آیا صرفاً حق الزام متعهدرا به تکمیل آپارتمان دارد؟ یا میتواند در این موارد قرارداد را فسخ کند؟ یا اینکه او خود مالک آپارتمان است و دیگری تعهد ساختن آپارتمان را برای او بر عهده گرفته است.

لایحه پیش فروش آپارتمان نیز با هدف ساماندهی وقانونمندکردن پیش فروش آپارتمان وجلوگیری ازضایع شدن حق پیش خریداران در برابر کلاهبرداری های رایج در این بخش تقدیم مجلس شده است که در حال حاضر در کمیسیون حقوقی وقضایی مجلس می باشد که از جهات بسیاری قابل بررسی می باشد.

بنابراین چنانکه ملاحظه می شود مهمترین مسئله ای که در رابطه با قراردادهای پیش فروش آپارتمان مطرح می شود تعیین ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها وآثار مترتب بر آن میباشد.

2) سؤال یا سؤالات تحقیق:

سوال اصلی:

ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان چیست؟ چه آثاری بر این قرارداد مترتب است؟

سوالات فرعی:

1) آیا می توان این قرارداد را با نهاد مشابهی در فقه یکسان دانست؟

2) لایحه "پیش فروش آپارتمان" چه رویکردی نسبت به ماهیت وآثار حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان دارد؟

3) فرضیه یا فرضیه ها:

فرضیه اصلی:

ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان بیع می باشد و به تبع آثار عقد بیع بر آن جاری می گردد.

فرضیه های فرعی:

- 1) قرارداد پیش فروش آپارتمان دارای مشا بهت هایی با عقد استصناع در فقه می باشد
- 2) لایحه " پیش فروش آپارتمان " این قرارداد رابه عنوان یک قرارداد خاص با شرایط واحکام ویژه خود در نظر گرفته است.

4) پیشینه تحقیق:

با بررسی که توسط محقق در منابع موجود به عمل آمده، در رابطه با این موضوع کتابی که به طور اختصاصی به این موضوع پرداخته باشد مشاهده نشده و فقط بعضی از مولفین به طور گذرا وبه اجمال به این موضوع پرداخته اند، پایان نامه های موجود در این زمینه نیز تنها به جنبه نظری و تئوری قضیه پرداخته اند وبه جنبه عملی و کاربردی آن وبه عبارتی به رویه قضایی توجهی نداشته اند.

5) اهداف تحقیق (شامل اهداف علمی ، کاربردی و ضرورت خاص آن):

هدف اصلی از انجام این تحقیق این است که با بررسی ابعاد مختلف قراردادهای پیش فروش آپارتمان طوری این قرارداد مورد تفسیر قرار گیرد که ماهیت واقعی آن روشن شده به گونه ای که علاوه بر این که با خواست واقعی طرفین منطبق باشد از یک سو حقوق هر دو طرف قرارداد مورد لحاظ قرار گیرد واز سوی دیگر با قواعد موجود در نظام حقوقی ما سازگاری داشته باشد تا راهگشای محاکم در تبیین دقیق این قراردادها ودر نتیجه کاهش تشتت آرای در این خصوص باشد.

6- تعریف مفاهیم و واژگان اختصاصی طرح:

قرارداد: توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می شود.¹

پیش فروش: منظور از پیش فروش آن است که مبیع قبل از آنکه ساخته شود و وجود خارجی داشته باشد مورد معامله قرار گیرد.

آپارتمان: آپارتمان واژه ای غربی است² که وارد زبان ما شده است و در تعریف آن گفته شده که آپارتمان مسکنی است که جزئی از یک ساختمان بوده و مرکب از یک یا چند اتاق و قسمت های تابعه از قبیل آشپز خانه، حمام و... که مجموع آنها یک واحد را تشکیل میدهد.³

¹ . کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۳، ص ۲۱.

² . apartment: flat: group of room in a building where you can live-oxford elementary

³ . صفایی، حسین، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، انتشارات مرکز تحقیقات، ۱۳۵۵، ص ۵۳.

فصل اول:

قرارداد پیش فروش و اعتبار

فقهی و حقوقی آن

مقدمه

از قدیم الایام تاکنون مسکن و سرپناه به عنوان یکی از نیازهای اساسی بشر مطرح بوده و می باشد و از قرن‌ها پیش و از آغاز بشریت و دوران غارنشینی گرفته تا انسان متمدن امروزی هر کدام در تلاش برای تامین محلی برای پناهگاه و استراحت خود بوده است تا آنجا که می توان از مسکن نیز در کنار خوراک و پوشاک به عنوان نیازهای اولیه بشر یاد کرد همچنان که اعلامیه جهانی حقوق بشر (1948) نیز بر این امر صحنه گذاشته و داشتن مسکن مناسب را در کنار غذا و پوشاک کافی جزء حقوق بشر شناخته است.¹

در رابطه با تعریف مسکن در سمینار جنبه های اجتماعی مسکن که توسط سازمان ملل متحد برگزار شد گفته شده که «مسکن، ساختاری فیزیکی است برای سرپناه انسان که شامل خدمات و تسهیلات ضروری مورد نیاز برای بهزیستی، اشتغال، آموزش و تندرستی افراد خانواده باشد»²

تامین مسکن جزء اهداف و وظایف هر دولتی می باشد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به این امر اشاره دارد من جمله اصل 31 ق.ا. که مقرر می‌دارد: «داشتن مسکن متناسب با نیاز حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آنها که نیازمند ترند، بخصوص روستانشینان و کارگران زمینه اجرای این اصل را فراهم کند.» علاوه بر این، بند 1 اصل 43 این قانون مسکن را به عنوان یکی از نیازهای اساسی بر شمرده است «1- تامین نیازهای اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه. 2-...»

اما آنچه امروز، در جامعه با آن روبرو هستیم و با کمی اغراق شاید بتوان گفت که مسئله تهیه و تامین مسکن تبدیل با یک معضل شده است. عوامل مختلفی را می توان در این امر دخیل دانست از جمله رشد روز افزون جمعیت در دهه های اخیر که افزایش تقاضای مسکن را به دنبال داشته است به گونه ای که این رشد پیش از انقلاب حدود 2/7 بوده که به علل مختلف از جمله جنگ ایران و عراق و رهاسازی

¹ اطهری، کمال، "عدالت رسمی و عدالت عینی در قانونگذاری بخش مسکن"، مجلس و پژوهش، شماره 51، سال سیزدهم صص 41-45.

² خودکار، امیر خسرو، «مسکن مشارکتی؛ حرکتی گام به گام» مجله سیاسی اقتصادی، شماره 145-146، صص 220.

سیاستهای کنترل جمعیت پس از انقلاب به حدود 3/9% در سالهای 71-1368 رسیده که مسلماً زمینه افزایش جمعیتی تقریباً هشتاد پنج درصدی را بین سالهای 1356 و 1375 فراهم ساخته است یعنی جمعیت کشورمان از 33/6 میلیون نفر در سال 1356 به حدود 58/5 میلیون نفر در سال 1375 رسیده است. علاوه بر رشد جمعیت عامل دیگری که موجب افزایش تقاضای مسکن و در نتیجه کمبود مسکن و افزایش قیمت آن را به دنبال داشته است مسئله مهاجرت بی رویه از روستاها و شهرهای کوچک به شهرهای بزرگ می باشد که خود این امر معلول عواملی از قبیل عدم دستیابی افراد به مشاغلی که قادر به پوشش دادن هزینه های زندگی شان باشد و نیز نبود ویا کمبود امکانات رفاهی مناسب مانند مدارس متوسطه یا حرفه ای و نیز مراکز درمانی است. رشد شهر نشینی در کشور بین سالهای 1335 و 1375 به شکل خیره کننده ای بوده است بدین گونه که در سال 1335 فقط 31 درصد از کل جمعیت در شهرها ساکن بوده اند در صورتی که در سر شماری 1370 و 1375 این رقم به 57 درصد و 61 درصد کل جمعیت رسیده است.¹

از سال 75 نیز روند افزایش جمعیت و مهاجرت به شهرها سرعت کندتری داشته است ولی نمی توان مدعی توقف آن شد.

علاوه بر موارد فوق عامل دیگری که کمبود مسکن و افزایش قیمت آن را به دنبال داشته است (البته صرف نظر از سیاستهای اقتصادی مسئولین ذی ربط در زمینه مسکن) تغییر فرهنگ و شرایط زندگی اجتماعی می باشد، در گذشته مرسوم بود که چند خانواده با یکدیگر و در یک مکان با هم زندگی می کردند پسر حتی پس از ازدواج همراه با خانواده پدری و در یک محل زندگی می کردند آنچه امروزه غیر قابل پذیرش و تصورات است.

به هر حال مجموعه عوامل فوق و عواملی از این دست کمبود مسکن و افزایش قیمت آن را به دنبال داشته و در جهت رفع این مشکلات پدیده آپارتمان سازی به منصفه ظهور رسید در واقع رشد افقی شهرها جای خود را به رشد عمودی داد و شاهد ساخت مجتمع های آپارتمانی چندین طبقه می باشیم

¹. سیم برفرشید، "مسئله مسکن و ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آن" مجله سیاسی اقتصادی، شماره 175-176، ص 236-235.

که گاهی با متر از خیلی کم (50 یا 70 متری) می باشد. که در اوایل و حتی در حال حاضر مشکلاتی ایجاد کرده است چرا که با آداب و سنن و فرهنگ ما همخوانی ندارد در بعضی مناطق فرهنگ آپارتمان نشینی هنوز درست جا نیفتاده و هنوز عده ای مرز دقیقی بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی مشاع قائل نمی باشند که این امر گاهی موجب درگیری و مشاجراتی می شود. البته این موضوع خود جای بحث مفصل دارد که از بحث ما خارج است.

امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شیوه های معمول خرید مسکن می باشد که این امر به دو شیوه صورت می گیرد فرض اول که سازندگان و انبوه سازان مسکن آپارتمان را به طور کامل ساخته و آن را به فروش می رسانند و فرض دیگر اینکه آپارتمان را پیش فروش می کنند در واقع قبل از ساخته شدن آن را به فروش می گذارند موضوعی که امروزه اهمیت خاصی پیدا کرده است. و از جنبه های مختلف قابل بررسی می باشد.

طی سالهای اخیر پیش فروش آپارتمان در کشور ما رونق قابل توجهی داشته است و در این راستا انتشار آگهی پیش فروش هر روز در روزنامه ها و رسانه ها افزایش می یابد و این مسئله هر روز ابعاد تازه ای به خود می گیرد و بعضاً مشاهده می شود که کلاهبرداریهای در این زمینه از سوی عده ای انبوه ساز سودجو صورت می گیرد و موجب تضییع حقوق پیش خریداران و آشفتگی بازار و ایجاد بی اعتمادی در بازار می شوند بنابراین برای جلوگیری از تبعات وضعیت نامناسب موجود باید برای بهره وری از نقاط قوت و مفید معامله پیش خرید به دنبال راه حل بود تا سازندگان صالح و صاحب صلاحیت بتوانند از سازو کار پیش فروش بهره مند و در مقابل متقاضیان خرید مسکن نیز با این روش بتوانند بدون فشار روانی و مالی مسکن مورد نیاز خود را تامین کنند به هر حال همچنانکه گفته شد مسئله مسکن و خصوصاً تهیه آن به صورت پیش خرید از جنبه های مختلف قابل بررسی می باشد موضوعی که محقق به دنبال بررسی آن است توصیف حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان و به عبارتی تعیین ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها می باشد.

همانطور که گفته شد امروزه بسیار رایج و معمول است که سازندگان و انبوه سازان آپارتمانی که هنوز ساخته نشده و یا در حال ساخت است به متقاضیان مسکن می فروشند قراردادی که به ظاهر با برخی مواد قانونی متعارض به نظر می رسد. ماده 361 قانون مدنی در مبحث بیع مقرر می دارد که «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است» حال آیا می توان گفت که این قراردادها باطل و فاقد اثر است یا اینکه می توان این قراردادها را یک قرارداد خصوصی در قالب ماده 10 قانون مدنی تحلیل کرد یا اینکه حتی می توان این قرارداد را بیع تلقی کنیم مطمئناً شناخت ماهیت حقوقی این قرارداد تاثیر مهمی در آثار این قرارداد نسبت به طرفین دارد. آیا می توان این قرارداد را باطل دانست و برای خریدار تنها حق مراجعه برای دریافت وجه پرداختی را قائل شد. آیا با توجه به افزایش نرخ تورم و کاهش ارزش پول تنها با پس گرفتن پول پرداختی می توان گفت که حقی از خریدار تضییع نشده است؟ مسلماً خیر. آیا می توان این قراردادها را در قالب بیع تعیین کرد و آثار عقد بیع را بر آن بار کرد؟ یا اینکه این گونه قراردادها را باید صرفاً تعهد به ساخت بدانیم که در قالب یک قرارداد خصوصی بین طرفین (انبوه سازان و خریدار) منعقد شده است که مطمئناً در هرفرض آثار خاص بر آن بار خواهد شد در این تحقیق ابتدا در رابطه با اعتبار فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش بحث خواهد شد و در ادامه پس از تطبیق آن با عقود و نهادهای مشابه به تبیین دقیق ماهیت اینگونه قراردادها خواهیم پرداخت. پس از تبیین و تعیین ماهیت آن به بررسی آثار مترتب بر آن خواهیم پرداخت و در نهایت رویه قضایی موجود را مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد. لایحه پیش فروش آپارتمان را نیز که برای جلوگیری و کاهش کلاهبرداریهایی که در این زمینه صورت می گیرد تهیه شده مورد بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول: مفهوم پیش‌فروشی

مبحث اول: مفهوم لغوی

در رابطه با مفهوم لغوی پیش‌فروش همانطور که از آن برمی‌آید یعنی فروش از قبل، فروش پیش‌از‌موعد، پیش‌فروش یعنی فروختن چیزی پیش از آماده شدن آن¹ همچنان که مرسوم است کارخانجات تولید اتومبیل، اتومبیل‌های کارخانه را پیش‌فروش می‌کنند که در واقع چیزی را که هنوز مهیا نشده به فروش می‌گذارند.

پیش‌فروش یعنی، فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، گرفتن بها قبل از تحویل مال یا غله و پیش‌فروشنده آنکه قبل از موعد مقرر و تهیه شدن جنس بهای کالا را می‌گیرد.²

در لغت نامه دهخدا نیز همین تعبیر به کار رفته است و آمده است که پیش‌فروش یعنی مال یا غله را قبل از مهیا شدن و حاضر بودن، فروختن، فروش قبل از بدست آمدن جنس.³ با توجه به آنچه که گفته شد روشن است که منظور از پیش‌فروش در موضوع بحث نیز چیزی جز آنچه گفته شد نیست در واقع آپارتمانی مورد فروش واقع می‌شود که هنوز وجود خارجی و بالفعل ندارد و در واقع هنوز آماده و مهیا نشده است و فروشنده اقدام به فروش آن می‌کند.

مبحث دوم: مفهوم حقوقی

در رابطه با مفهوم حقوقی پیش‌فروش باید گفت که قرارداد پیش‌فروش تعبیری دیگر از بیع سلف یا بیع سلم است و به تعبیر یکی از حقوقدانان پیش‌فروش بیع عبارت عامیانه بیع سلم⁴ است.

¹ انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: سخن، 1381، ص 1514.

² معین، محمد، فرهنگ فارسی یک جلدی، تهران: نشر یلدا، چاپ اول، 1381، ص 251.

³ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج 4، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید، 1377، ص 5983.

⁴ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهاردهم، 1383، ص 119.

بیع سلم عبارت از بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد در بیع مزبور ثمن می تواند عین خارجی و یا کلی باشد ولی باید در مجلس عقد به بایع تادیه گردد. علاوه بر این یکسری شرایط دیگر نیز در این نوع عقد باید رعایت شود تا صحیح تلقی شود ولی باید توجه داشت که قرار داد پیش فروش آپارتمان را نمی توان مصداقی از این نوع بیع دانست (در مباحث آینده به تفصیل به این موضوع خواهیم پرداخت) و معتقد به لزوم وجود این شرایط بود بلکه تنها وجه مشترک این دو این است که موضوع قرارداد در حال حاضر موجود نیست و در واقع پیش فروش – پیش خرید صورت می گیرد به عبارت دیگر فروشنده مالی را که هنوز وجود پیدا نکرده ولی در انتظار وجود آن است قبل از وجود پیدا کردن آن می فروشد مانند کشاورزی که قبل از فصل بدست آمدن محصول مقداری گندم در ذمه می فروشد.¹

عبارت دیگری نیز توسط آقای دکتر جعفری لنگرودی در رابطه با پیش فروش بکار رفته با عنوان بیع آیندان که ترجمه عبارت (vente de la chose future) می باشد و در توضیح آن گفته شده که بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد ولی بایع تعهد می کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد مانند نجاری که یک دست مبل می فروشد که دو ماهه تحویل دهد ایشان شمول عنوان « بیع ما لیس عندک » را بر ما نحن فیه قابل تامل دانسته و معتقد به نفوذ آن بر مبنای اصل حاکمیت اراده می باشند.²

با توجه به تعریف ارائه شده می توان گفت که آنچه در قرارداد پیش فروش آپارتمان اتفاق می افتد نیز چیزی جز این نیست، فروشنده موضوعی را می فروشد که در هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد و تعهد ساخت و تحویل آن را در موعد معینی می دهد بنابراین عبارت بیع آیندان که توسط ایشان بکار رفته در واقع همان پیش فروش مد نظر ما می باشد.

¹ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص 363.

² جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج 2، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، 1378، ص 925.