

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه کاشان

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

عنوان:

قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان

استاد راهنما:

دکتر عباسعلی دارویی

به وسیله:

حسین حمدی

اسفند ماه ۱۳۸۸

تقدیم به

**استاد گرانقدر علم حقوق ایران و نویسنده توانا جناب استاد
آقای دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی که عمر پر برکتش
فزون باد و دریای مواج اندیشه اش همیشه خروشان.**

تشکر و قدردانی

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود. در اینجا بر خود لازم می دانم از تمامی اساتید بزرگوار بویژه اساتید دوره کارشناسی ارشد که در طول سالیان گذشته مرا در تحصیل علم و معرفت و فضائل اخلاقی یاری نموده اند تشکر و قدردانی نمایم.

از استاد گرامی و بزرگوار جناب آقای دکتر عباسعلی دارویی که راهنمایی اینجانب را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش پایان نامه تقبل نموده اند نهایت تشکر و سپاسگذاری را دارم.

از جناب آقای دکتر عباس زراعت به عنوان مشاور که با راهنمایی خود مرا مورد لطف قرار داده اند کمال تشکر را دارم.

همچنین از تشریک مساعی آقایان دکتر سعید قماش و عباسعلی فراهتی به عنوان داوران و متخصصین و صاحب نظران دانشگاه که این پایان نامه را مورد مطالعه قرار داده و در جلسه دفاعیه شرکت نموده اند تشکر می نمایم.

در پایان از جناب آقای دکتر عبدالحمید بامنیری که به عنوان نماینده تحصیلات تکمیلی دانشگاه قبول زحمت نموده اند سپاسگزاری می نمایم.

چکیده:

گسترش ساختمان سازی موجب ایجاد قراردادهای مربوط به ساخت و انتقال آپارتمان گردیده که بنا بر ماهیت شناسی حقوقی و انتزاع از عرف عملی و رویه فعلی عرف و عادت که منشاء ایجاد قراردادهای مختلف بوده و قانونگذار را به دنبال خود می کشاند، اقسام مختلفی دارد که در تمامی آنها ماهیت و جوهر قرارداد ایجاد تعهد بوده و آن را در قالب مقاطعه کاری قرار می دهد. دیدگاه لایحه پیش فروش ساختمان نیز همین گونه است. نظر مشهور قرارداد را عقد بیع می داند که به دلیل عدم وجود مبیع در هنگام قرارداد چنین نظری صحیح نیست. از طرفی مصداق دیگر قرارداد را شرکت مدنی می داند در حالی که تمام اقسام آن دارای طبیعت و ماهیت پیمانکاری بوده و به نام "قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان" نامیده می شود. این قرارداد به دلیل وجود دو مرحله مستقل ساخت و انتقال که علی‌رغم استقلال هریک نسبت به دیگری پیوستگی جداناپذیری بین آن دو وجود دارد ماهیتی واحد اما مرکب دارد. ساخت آپارتمان تعهد اصلی و انتقال آپارتمان ساخته شده تعهدی فرعی به حساب می آید. مطابق لایحه پیش فروش ساختمان قرارداد مذکور به علت انعقاد با سند رسمی تشریفاتی بوده و در سند مزبور شرایط صحت قرارداد اعم از اهلیت طرفین و صلاحیت فنی و قانونی شخص سازنده و موضوع قرارداد و مدت و بهای آن همراه با مدارک لازم برای تنظیم سند رسمی مانند پروانه ساخت، تاییدیه احداث پی ساختمان و مدارک دیگر ذکر می شود. قرارداد مذکور مقید به زمان بوده و با انقضای مدت زمان مورد توافق پایان می یابد. سازنده به عنوان طرفی که ساخت و انتقال آپارتمان را به عهده می گیرد متعهد به احداث آپارتمان مطابق قرارداد و ضوابط قانونی زیر نظر مهندس ناظر بوده و مکلف است پس از اتمام بنا به دلیل اینکه آپارتمان را برای طرف دیگر یعنی متقاضی ساخت احداث نموده آپارتمان احداثی را به او تحویل داده و با تمهید مقدمات قانونی آن را به صورت رسمی جهت تثبیت مالکیت به متقاضی ساخت انتقال دهد. همچنین مکلف است موقعیت قراردادی خود را بدون رضایت متقاضی ساخت به شخص دیگری منتقل ننماید. در مقابل متقاضی ساخت متعهد می شود بهای آپارتمان و عوض قراردادی مورد توافق را مطابق سر رسید هر یک از اقساط قرارداد به حساب بانکی سازنده در برابر تاییدیه مهندس ناظر مبنی بر پیشرفت عملیات ساختمانی پرداخت نموده و بنابر ممنوعیت قانونی تکلیفی به پرداخت مستقیم آن به سازنده ندارد. هر یک از طرفین ملزم به تعهدات خود بوده و به غیر از موارد مصرح قانونی و یا توافق و یا حکم قانون نمی تواند قرارداد را منحل نموده و از اجرای تعهدات خود سرباز زند در غیر این صورت می توان اجبار وی به انجام تعهدات قراردادی را در مدت زمان باقی مانده از قرارداد درخواست نمود.

کلمات کلیدی: آپارتمان، قرارداد تشریفاتی، پیمانکاری، سازنده، متقاضی ساخت، عوض قراردادی، ساخت و انتقال آپارتمان

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه.....
۱	طرح موضوع.....
۲	انگیزه انتخاب موضوع.....
۳	تاریخچه موضوع.....
۶	اهداف تحقیق.....
۶	سوالات تحقیق.....
۷	فرضیه های تحقیق.....
۷	روش تحقیق.....
۷	توجیه و تبیین پلان.....
۱۰	فصل اول: ماهیت قرارداد.....
۱۲	بخش اول: مفهوم و روش صحیح تعیین ماهیت.....
۱۲	مبحث اول: مفهوم ماهیت.....
۱۶	مبحث دوم: روش صحیح تبیین ماهیت قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان.....
۱۷	گفتار اول: شناسایی اقسام و عناصر وجودی قرارداد در عرصه عمل.....
۱۸	بند اول: قرارداد موسوم به پیش فروش آپارتمان.....
۱۹	بند دوم: قرارداد موسوم به مشارکت ساخت.....
۲۲	بند سوم: قرارداد موسوم به فروش آپارتمان نیمه ساخت.....
۲۳	گفتار دوم: انتزاع دقیق از اقسام قرارداد در عمل.....
۲۵	مبحث سوم: تبیین ماهیت صحیح قرارداد.....
۲۸	بخش دوم: بررسی مواضع راجع به ماهیت قرارداد.....
۲۹	مبحث اول: موضع اهل لغت درباره ماهیت قرارداد.....
۳۰	مبحث دوم: موضع دکترین حقوقی درباره ماهیت قرارداد.....
۴۳	مبحث سوم: موضع رویه قضایی درباره ماهیت قرارداد.....
۴۷	مبحث چهارم: موضع فقه امامیه درباره ماهیت قرارداد.....
۵۲	بخش سوم: موضع لایحه درباره ماهیت قرارداد.....
۵۲	مبحث اول: تحلیل ماده ۱ لایحه.....
۵۶	مبحث دوم: تحلیل ماده ۲ لایحه.....
۵۹	بخش چهارم: ویژگیهای قراردادی و مقایسه آن با قراردادهای مشابه.....
۵۹	مبحث اول: ویژگیهای قراردادی.....
۶۵	مبحث دوم: مقایسه با قراردادهای مشابه.....
۶۵	گفتار اول: مقایسه با قرارداد بیع.....
۶۶	گفتار دوم: مقایسه با قرارداد سلف.....

الف

۶۷	گفتار سوم:مقایسه با قرارداداجاره به شرط تملیک.....
۶۸	گفتار چهارم:مقایسه با قرارداد اجاره اشخاص
۷۰	گفتار پنجم:مقایسه با قرارداد جعاله.....
۷۱	گفتار ششم:مقایسه با قراردادپیمان.....
۷۲	فصل دوم:عناصر تشکیل قرارداد.....
۷۴	بخش اول:عناصر مربوط به طرفین قرارداد.....
۷۴	مبحث اول:اهلیت طرفین قرارداد.....
۷۴	گفتاراول:اهلیت طرفین قرارداد.....
۷۴	گفتاردوم:شرایط قانونی طرفین قرارداد.....
۷۸	مبحث دوم:قصدو رضای طرفین قرارداد.....
۸۱	بخش دوم:عناصر مربوط به موضوع قرارداد.....
۸۲	مبحث اول:عناصر آپارتمان مورد قرارداد.....
۸۲	گفتار اول:مشروعیت و منفعت عقلایی مورد قرارداد.....
۸۳	گفتار دوم:معلوم و معین بودن آپارتمان مورد قرارداد
۸۵	بند اول:تعیین اوصاف و امکانات آپارتمان مورد قرارداد.....
۸۷	بند دوم: تعیین اوصاف ساختمان(بلوک) در بردارنده آپارتمان.....
۹۱	گفتار سوم: مقدور بودن انجام تعهد موضوع قرارداد.....
۹۲	مبحث دوم:تعیین مدت زمان انجام تعهد موضوع قرارداد.....
۹۴	مبحث سوم:تعیین عوض قراردادی.....
۹۷	بخش سوم:عناصر سند قرارداد.....
۹۷	مبحث اول:رسمی بودن سند قرارداد.....
۱۰۲	مبحث دوم:مدارک لازم برای تنظیم سند قرارداد.....
۱۰۲	گفتار اول: مدارک دال بر محق بودن سازنده نسبت به انجام موضوع قرارداد.....
۱۰۴	گفتار دوم:پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد.....
۱۰۶	گفتار سوم: بیمه نامه مربوط به مسئولیت ساخت و ساز.....
۱۱۱	گفتار چهارم:تاییدیه مهندس ناظر پروژه مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان.....
۱۱۳	گفتار پنجم:تاییدیه بانک مبنی بر افتتاح حساب بانکی توسط سازنده.....
۱۱۸	گفتار ششم:گواهی عدم خلاف صادره از طرف شهرداری.....
۱۲۳	بخش چهارم: توافقات و شروط لازم به تصریح در قرارداد.....
۱۲۰	مبحث اول:توافقات لازم به تصریح در قرارداد.....
۱۲۱	گفتار اول: تعیین تکلیف راجع به خسارات.....
۱۲۱	گفتار دوم:تعیین تکلیف راجع به تضمین ها.....
۱۲۲	گفتار سوم: تعیین تکلیف راجع به تغییر بهای مورد قرارداد.....

ب

گفتار چهارم: تعیین تکلیف راجع به تغییر مشخصات آپارتمان.....	۱۲۶
مبحث دوم: شرط وکالت ضمن عقد برای متقاضی ساخت.....	۱۲۶
فصل سوم: آثار قرارداد.....	۱۲۹
بخش اول: تعهدات سازنده.....	۱۳۱
مبحث اول: تعهدات سازنده در مرحله ساخت آپارتمان.....	۱۳۱
گفتار اول: ساخت آپارتمان مطابق قرارداد و ضوابط قانونی.....	۱۳۲
گفتار دوم: ساخت آپارتمان در مهلت قرارداد.....	۱۳۶
گفتار سوم: ساخت آپارتمان زیر نظر مهندس ناظر.....	۱۳۸
گفتار چهارم: عدم انتقال موقعیت قراردادی.....	۱۴۱
گفتار پنجم: اخذ گواهی انطباق بنا با قرارداد.....	۱۴۵
گفتار ششم: تحویل آپارتمان ساخته شده.....	۱۴۷
مبحث دوم: تعهدات سازنده در مرحله انتقال آپارتمان.....	۱۵۲
گفتار اول: اخذ پایان کار.....	۱۵۲
گفتار دوم: اخذ مفاسد حساب عوارض شهرداری.....	۱۵۴
گفتار سوم: اخذ مفاسد حساب مالیاتی.....	۱۵۴
گفتار چهارم: تفکیک سند آپارتمان.....	۱۵۴
گفتار پنجم: انتقال رسمی آپارتمان ساخته شده.....	۱۵۵
مبحث سوم: ضمانت اجرای تعهدات سازنده.....	۱۵۶
گفتار اول: ضمانت اجرای تعهدات سازنده در مرحله ساخت آپارتمان.....	۱۵۶
بند اول: اجبار سازنده به اجرای تعهد قراردادی.....	۱۵۷
بند دوم: مسئولیت مدنی قراردادی.....	۱۶۹
گفتار دوم: ضمانت اجرای تعهدات سازنده در مرحله انتقال آپارتمان.....	۱۶۱
بند اول: ضمانت اجرای تعهدات مقدماتی.....	۱۶۱
بند دوم: ضمانت اجرای انتقال رسمی آپارتمان.....	۱۶۳
بخش دوم: تعهدات متقاضی ساخت.....	۱۶۴
مبحث اول: تادیه عوض قراردادی.....	۱۶۵
مبحث دوم: عدم انتقال موقعیت قراردادی.....	۱۶۷
مبحث سوم: ضمانت اجرای تعهدات متقاضی ساخت.....	۱۶۸
فصل چهارم: انحلال قرارداد.....	۱۷۱
بخش اول: اسباب انحلال قرارداد.....	۱۷۳
مبحث اول: انقضای مهلت قرارداد.....	۱۷۳
مبحث دوم: فسخ قرارداد.....	۱۷۴
گفتار اول: فسخ قرارداد توسط سازنده.....	۱۷۵

گفتار دوم: فسخ قرارداد توسط متقاضی ساخت.....	۱۷۷
بند اول:فسخ به علت عدم انجام تعهدات قراردادی توسط سازنده.....	۱۷۷
بند دوم: فسخ به علت عیب آپارتمان ساخته شده.....	۱۷۸
بند سوم:فسخ به علت تغییر مساحت آپارتمان ساخته شده.....	۱۸۰
بند چهارم:تشریفات اعمال حق فسخ طرفین قرارداد.....	۱۸۳
گفتار سوم:اقاله قرارداد.....	۱۸۴
گفتار چهارم:انفساخ قرارداد.....	۱۸۵
بخش دوم:آثار انحلال قرارداد.....	۱۸۸
نتیجه.....	۱۹۱
نمونه قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان ساخته نشده / آپارتمان نیمه ساخت.....	۱۹۷
نمونه قرارداد مشارکت ساخت.....	۲۰۴
منابع و ماخذ.....	۲۰۹

مقدمه

طرح موضوع

داشتن سرپناه به عنوان اولین و مهم ترین نیاز آدمی در طول تاریخ بشر همیشه و در همه حال مورد توجه بوده است. در طول زمان اشکال مختلفی از این سرپناه شکل گرفته است، خانه های ساده پوشیده از شاخ و برگ درختان تا منازل خشتی و خانه های آجری به شکلهای مختلف و امروزه سازه های محکم با اسکلت فلزی و بتونی، نمودار تفاوت نحوه زندگی بشر در ادوار مختلف تاریخی است. به مرور زمان با کمبود امکانات و سرمایه از یک طرف و رشد بی رویه جمعیت و افزایش نیاز به مسکن از طرف دیگر، آپارتمان نشینی و ساخت و ساز آن علی الخصوص در شهرهای بزرگ کشور رونق قابل توجهی یافته و به نوعی مظاهر تمدن جدید را وارد فرهنگ سرزمین ما کرده است در نتیجه قراردادهای و معاملات راجع به ساخت و ساز و خرید و فروش آپارتمان به طور بی سابقه ای گسترش یافته که در اثر آن سرمایه ای عظیم و ثروتی قابل توجه در اقتصاد کشور و بخش ساخت و ساز به جریان افتاده است.

اما عدم وجود مقررات و قوانین متناسب با چنین قراردادهایی که حقوق و تعهدات طرفین را به خوبی مشخص و تامین نماید، باعث به هم خوردن تعادل و موازنه مطلوب در روابط قراردادی متعاملین و سوء استفاده های فراوانی شده که توسط فروشندگان و سازندگان آپارتمان در چنین موقعیتی رخ داده و متقاضیان و خریداران چنین کالای گرانبهایی را به شدت متضرر نموده است. طبیعی است که این وضعیت نابسامان اثرات منفی زیادی بر جامعه تحمیل می نماید، از طرفی دعاوی مربوط به آپارتمان گسترش قابل ملاحظه ای یافته و دستگاه قضایی را در پیچ و خم دعاوی و ادعاهای گوناگون و پیچیده گرفتار نموده و از طرف دیگر آرامش و آسایش فکری بسیاری از اقشار مختلف مردم را که متقاضیان آپارتمان هستند مختل نموده و آنها را زیر بار دیون و قروض سنگین و بیم از دست رفتن سرمایه و بهای پرداختی رها نموده است. البته اثرات منفی این وضعیت ناخوشایند منحصر به این موارد نبوده و تمام ارکان جامعه از حاکمیت تا مردم را تحت تاثیر قرارداده است.

عدم وجود ساز و کار حقوقی مناسب و قوانین تاثیر گذار، باعث گردیده، بسیاری از اشخاص فاقد صلاحیت در جهت نیل به خواسته های کلان مادی و سوء استفاده از وضعیت نابسامان موجود وارد حوزه ساختمان شده و با ایجاد آشفته بازار زیان بخشی، سرمایه و اموال بسیاری از متقاضیان نیازمند را به یغما برند تا جایی که مهمترین رکن زندگی اجتماعی یعنی اصل اعتماد و اطمینان به شدت مخدوش

شده و ضربات صعب الجبرانی به بخش های مختلف اقتصادی وارد نموده که خود را درگرانی و نایابی ساختمان و آپارتمان ارزان قیمت نمودار ساخته است.

فقدان قانون و ساز و کار حقوقی متناسب با وضع موجود، دست اندرکاران امور را وادار نمود تا با توجه به نیاز میرم جامعه لایحه ای را جهت قانونمند نمودن معاملات راجع به بخش ساختمان و آپارتمان تهیه و جهت تصویب به قوه مقننه تقدیم دارند زیرا امور عمومی و اجرایی کشور، از آن جهت که مؤثر بر سرنوشت مردم و موجد حق و تکلیف برای افراد است، باید به موجب قانون مصوب نمایندگان ملت تنظیم شود. دولت نیز در مقام اجرا، با نیازهای جامعه و حقوق و تکالیف آنها سروکار دارد، به همین دلیل، با تشخیص ضرورت های اجتماعی و قانونی مبادرت به تهیه و تدوین لایحه می نماید^۱ که لایحه "پیش فروش ساختمان" با عنایت به همین نقش دولت تهیه و جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است. کلیات این لایحه ۲۸ ماده ای در جلسه مورخه ۱۹ شهریورماه ۱۳۸۷ به تصویب نمایندگان مجلس شورای اسلامی رسیده و جهت انجام سایر تشریفات قانونی به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس ارسال شده است. لایحه ای که در تحقیق حاضر به طور مفصل مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نقاط ضعف و قوت آن تجزیه و تحلیل شده است.

انگیزه انتخاب موضوع

توجه به نقش مهم آپارتمان در حیات جامعه و کارکردهای مختلف آن اعم از مسکونی، تجاری و غیره و عنایت به گسترش چشمگیر قراردادهای مربوط به این نوع ساختمان و ضرورت تحلیل صحیح لایحه پیش فروش ساختمان بر مبنای منطق و فلسفه عملی علم حقوق و تشریح نقاط قوت و ضعف آن انگیزه انتخاب موضوع حاضر گردید تا ضمن تبیین دقیق ماهیت قرارداد مذکور، مقررات لایحه از حیث تامین اهداف قانونگذار مورد بررسی قرار گیرد. مطابق ماده ۱۳۴ آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی دلایل تهیه و تقدیم هر لایحه باید در مقدمه توجیهی آن مورد اشاره قرار گیرد. این مقدمه در برگزیده اهداف وضع قانون و نیت قانونگذار در تصویب قانونی است که برای تحقق هدف مورد نظر تهیه شده و به عبارت دیگر روح حاکم بر مقررات تنظیمی را نمایان می سازد. به همین دلیل تمامی قواعد مذکور در هر لایحه و قانونی با توجه به روح و نیت قانونگذار در تصویب آن تفسیر می گردد.^۲

^۱ - هاشمی، محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، ش ۱۳۴، ص ۱۳۷

^۲ - کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۳۴

اهداف لایحه پیش فروش ساختمان در مقدمه توجیهی آن چنین ذکر شده است: ((با عنایت به گسترش روز افزون تخلفات و جرائم در حوزه پیش فروش ساختمان و با توجه به ضرورت جلوگیری از تضییع حقوق پیش خریداران واحدهای مسکونی و در راستای کاهش وقوع برخی جرائم از جمله کلاهبرداری و در اجراء بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به منظور قضا زدایی با وضع مقررات پیشگیرانه در این زمینه، لایحه زیر برای طی مراحل قانونی تقدیم می شود.))

علل موجود در مقدمه توجیهی لایحه، واکنشی در راستای رفع نابسامانیهای پیش گفته در بخش ساختمان و آپارتمان است که نشانه عزم حاکمیت در ریشه کن نمودن این معضلات می باشد. لذا اصل مهم تاثیر گذاری قوانین که همیشه مد نظر مراجع صالح قانونگذاری قرار می گیرد^۱ به میان آمده و قواعد تنظیمی لایحه که برای تامین چنین اصلی تدوین گردیده در راستای تحقق یا عدم تحقق اهداف مذکور در مقدمه توجیهی آن مورد مطالعه و تحلیل قرار خواهند گرفت. البته لازم به ذکر است که ملاک اثر گذاری مقررات لایحه مورد بحث، تاثیر هر یک از قواعد و ابزارهای آن در تنظیم و تنسيق قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان در عرصه روابط اقتصادی بوده و بادیدگاهی عمل گرایانه و پراگماتیستی و به دور از هر گونه مجرد گرایی میزان موفقیت آن بررسی خواهد شد.

تاریخچه موضوع

نیاز اقشار مختلف جامعه به داشتن مسکن مناسب و توجه دولت به رفع این نیاز مهم و اساسی منجر به دخالت مستقیم دولت به سال ۱۳۱۷ هجری شمسی در بخش مسکن شد.^۲ در این سال، وزارت دارایی با سرمایه ای معادل ۲۰۰ میلیون ریال و مشارکت بانک ملی ایران، مبادرت به تاسیس بانک رهنی نمود. این بانک ضمن اعطای وام به متقاضیان مسکن، از ابتدای تاسیس، تهیه و اجرای طرح های خانه سازی برای طبقات متوسط و کم در آمد جامعه را هدف خود قرار داد. همچنین، تاسیس یک یا چند شرکت با سرمایه عمومی یا خصوصی که در امر ساخت مسکن مشارکت کند، از دیگر اختیارات این بانک بود. در سال ۱۳۲۳، بانک رهنی با خرید ۱۲ هکتار از اراضی شرق تهران در فرح آباد، ساخت ۴۰۰ دستگاه واحد مسکونی را در مجموعه ای به همین نام آغاز نموده و اعتباری قریب به ۵۰ میلیون ریال را به آن اختصاص داد. در سال ۱۳۳۱، دولت با تاسیس بانک ساختمان، اقدامات دیگری را در این زمینه انجام

۱- دلونی، پل، نقش تهیه کنندگان پیش نویس قانون در تعیین محتوای قوانین، ترجمه حسن وکیلان، تهران، انتشارات مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۵

۲- امکچی، حمیده، تاریخچه آپارتمان نشینی در ایران، نشریه انبوه سازان مسکن، شماره ۲، زمستان ۱۳۷۹، صص ۷-۱۰

داد. وظیفه این بانک، نقشه برداری و تقسیم زمین مطابق اصول شهرسازی و معماری و فروش آن بود. بعدها در یکی از اراضی متعلق به این بانک، مجموعه ۴ بلوک آپارتمانی نازی آباد با همکاری بانک رهنی ساخته شد. مجموعه سازی کوی نارمک در سال ۱۳۳۴، کوی کالاد در سالهای ۱۳۳۶ تا ۱۳۳۹، کوی کن در سالهای ۱۳۳۹ تا ۱۳۴۳، کوی ارتشی فرح آباد سابق و کوی لویزان در سال ۱۳۴۲ همگی پروژه های انبوه سازی بودند که توسط بانک ساختمان اجرا شد.

در سال ۱۳۴۳ با تاسیس وزارت آبادانی و مسکن و تعریف وظایف و جایگاه این وزارتخانه، بانک ساختمان نیز با تغییرات بنیادی و اساسنامه و نام جدید، یعنی "سازمان مسکن" فعالیت خود را شروع کرد و امور بانکی آن به بانک رهنی انتقال یافت. مجموعه آپارتمانهای بهجت آباد در سال ۱۳۴۷، آپارتمانهای مقابل پارک ساعی در سال ۱۳۴۷، آپارتمانهای خیابان فرصت در سال ۱۳۴۷، آپارتمانهای وحیدیه در سال ۱۳۵۰، آپارتمانهای خیابان گرگان در سال ۱۳۵۰، آپارتمانهای شهر آرا در سال ۱۳۵۰، احداث مجتمع های مسکونی در شهرهای اصفهان، بوشهر، بندعباس و شهرک معالی آباد در ۱۳۵۴، از جمله فعالیت های سازمان مسکن در دوره پس از تاسیس آن به شمار می آیند.

پس از این دوره و با بالا رفتن ظرفیت اعتباری مؤسسات دولتی و توسعه فعالیت های خانه سازی، شاهد تاسیس چندین شرکت تولیدی در عرصه ساختمان سازی از جانب دولت هستیم. از جمله این شرکتها می توان شرکت خانه گستر، خانه سازی ۲ و چند مورد دیگر را بر شمرد، که انجام این وظایف را از سوی دولت بر عهده می گیرند. شهرک آپادانا در سال ۱۳۵۵ و آپارتمانهای گارد در سال ۱۳۵۶ با سرمایه گذاری بانک رهنی از آخرین موارد این دست فعالیت ها به شمار می روند که تا پیش از انقلاب مداخله های مستقیم و غیر مستقیم دولت در حوزه مسکن سازی را تشکیل می دهند.

پس از انقلاب، دولت در برنامه های عمرانی، تغییرات عمیقی به عمل آورد. ابتدا حجم چشمگیری از عملیات ساختمانی که بخش خصوصی در امر انبوه سازی مسکن آغاز کرده بود و از آن جمله می توان پروژه ساخت و سازهای انبوه شهرک اکباتان تهران با حدود ۲۰ هزار واحد مسکونی را نام برد، نیمه کاره متوقف شد و به دلیل عدم حضور متقاضیان این پروژه ها برای اتمام آن، دولت مسئولیت ادامه فعالیت برای تکمیل آنها را بر عهده گرفت و در این زمان بود که برای اولین بار "قرارداد ساخت و تکمیل و انتقال یا همان" پیش فروش" این واحدها را برای تامین منابع مالی مورد نیاز برای پایان این پروژه مورد استفاده قرار داد. همچنین دولت در عرصه تدوین نگاه راهبردی خود در بخش مسکن، تلاش کرد تا سهم بخش دولتی را در تشکیل سرمایه های این بخش کاهش دهد که این امر در برنامه اول توسعه

اقتصادی، سیاسی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مشهود است. این راهبرد در برنامه دوم توسعه نیز دنبال شد و سرانجام در برنامه سوم توسعه در تعقیب اهداف خود، موضوع حمایت از انبوه سازی مورد تصریح قرار گرفت. انعقاد قرارداد راجع به ساخت و انتقال آپارتمان به عنوان یکی از منابع عمده تامین مالی پروژه های بزرگ آپارتمانی در اکثر کشورهای جهان مورد استفاده قرار می گیرد. اما این سیستم در کشور ما به دلیل اشکالات فراوان آن از قبیل عدم امنیت کافی، نگرانی متقاضی ساخت از عدم تحویل به موقع یا افزایش بهای واحد مسکونی و نگرانی سازنده از عدم اجرای به موقع تعهدات خریدار، به درستی مورد استفاده قرار نمی گیرد. این امر به دلیل عدم وجود قوانین و مقررات مناسب و عدم کارایی قواعد مرسوم و کهن حقوق قراردادها در قانون مدنی و عدم نگرش کلان دست اندرکاران امر ساخت و ساز در ایجاد شهری زیبا و مستحکم به وجود آمده و نگاه دقیق و قانونگذاری مطلوب در این زمینه را گوشزد می کند که تدوین "لایحه پیش فروش ساختمان" نخستین گام در این امر خطیر است.

به دلیل اهمیت موضوع، اظهار نظر راجع به آن در بین حقوقدانان و صاحب نظران مسبوق به سابقه بوده و در میان آثار ارزشمند حقوق مدنی و مباحث مربوط به عقود و قراردادها از قرارداد مربوط به ساخت و انتقال آپارتمان تحت عنوان "پیش فروش آپارتمان" به عنوان موضوعی حاشیه ای نه مستقل سخن به میان آمده است. تنها تحقیق مستقل مربوط به این موضوع، کتاب "قراردادهای پیش فروش آپارتمان" تالیف نویسنده توانا آقای حسن علیزاده می باشد که به عنوان اولین گام با تلاشی ستودنی و قابل ارج اثری قابل قبول ارائه شده است. همچنین مقالاتی در این زمینه به رشته تحریر در آمده که در همان قالب کتاب پیش گفته قلم فرسایی شده و مطلب جدیدی ارائه نشده است. برای نمونه می توان مقاله "شرایط و آثار و ماهیت قراردادهای پیش فروش آپارتمان" تالیف آقای مهدی ممی زاده را نام برد. در کلیه آثار مزبور، سخنی از لایحه پیش فروش ساختمان به میان نیامده که دلیل آن را می توان تقدم زمانی آثار مزبور بر لایحه دانست زیرا در زمان تالیف آثار مزبور، لایحه ای تهیه و تدوین نشده بود. اگرچه در مقاله آقای ممی زاده مباحثی در نقد لایحه به میان آمده اما از آنجا که متن اولیه لایحه مورد نقد قرار گرفته و متن مذکور با لایحه ای که کلیات آن در مجلس مورد تصویب قرار گرفته متفاوت است، نمی توان اثر ایشان را نقدی بر لایحه دانست.

تنها اثری که در میان آثار مربوط به موضوع حاضر به طور مشخص لایحه پیش فروش ساختمان را مورد نقد و بررسی قراردادها "اظهار نظر کارشناسی مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی در باره لایحه پیش فروش ساختمان" است که در تاریخ ۲۴ شهریور ماه ۱۳۸۷ انتشار یافته و در بر گیرنده مطالب ذی

قیمتی در باب نقد لایحه است که در اثنای تحقیق حاضر به فراخور مباحث، مورد اشاره قرار گرفته و به تناسب مطلب نقدهایی بر آن صورت خواهد گرفت.

اهداف تحقیق

در تحقیق حاضر اهداف ذیل دنبال می شود:

- ۱- ماهیت صحیح قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان تبیین شده و با توسل به فلسفه ماهیت شناسی علم حقوق و منطق حقوقی اصالت عمل، نقاط ضعف نظریه مشهور که این قرارداد را عقد بیع موضوع ماده ۳۳۸ قانون مدنی و بیع مال آینده می داند روشن خواهد شد.
- ۲- معین یا نامعین بودن قرارداد مزبور و اقسام آن با توجه به لایحه مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.
- ۳- علت به کارگیری اصطلاح "ساخت و انتقال آپارتمان" به جای اصطلاح مرسوم "پیش فروش" بیان خواهد شد.
- ۴- مقررات و ضوابط و احکام لایحه، راجع به چگونگی تشکیل و آثار قرارداد و انحلال آن مورد مطالعه قرار می گیرد.

سؤالات تحقیق

- سؤالات مهمی که چارچوب اصلی تحقیق را تشکیل داده و در اثنای تحقیق بدانها پاسخ داده خواهد شد عبارتند از:
- ۱- قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان چه ماهیتی دارد؟ روش صحیح تشخیص ماهیت آن چیست؟
 - ۲- با توجه به لایحه پیش فروش ساختمان، آیا قرارداد مذکور جزء عقود معین با احکام خاص خود قرار می گیرد؟ آیا بدون توجه به لایحه این قرارداد را می توان قراردادی نامعین دانست؟
 - ۳- با فرض معین بودن این قرارداد، نحوه انعقاد و احکام ناظر به تعهدات طرفین در لایحه چه می باشد؟
 - ۴- اسباب انحلال قرارداد مذکور کدام است؟

فرضیه های تحقیق

۱- قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان ماهیتی مقاطعه کاری دارد که دو تعهد به هم پیوسته و مرتبط در آن به چشم می خورد که یکی ساخت آپارتمان به عنوان تعهد اصلی و دیگری انتقال آپارتمان ساخته شده به متقاضی ساخت به عنوان تعهدی فرعی است که در طول یکدیگر قرار دارند. از نظر قالب قانونی نیز بدون توجه به لایحه ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می گیرد.

۲- قانونگذار جهت حمایت از متقاضیان ساخت آپارتمان با تدوین لایحه پیش فروش ساختمان قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان را جزو عقود معین با احکامی متمایز از سایر قراردادها قرار داده است. در تدوین لایحه مذکور، فارغ از دیدگاههای فردگرایانه، تلاش شده است بادیگاهی اجتماع نگر، نظامی اساسی و چاقوبی مطمئن برای جلوگیری از هرگونه سوء استفاده و تقلب نسبت به قانون به وجود آید.

۳- انعقاد قرارداد مذکور مطابق لایحه تشریفاتی بوده واصل رضایی بودن عقود مطلقا در آن جایگاهی ندارد. تعهدات طرفین به روشنی مورد حکم قرار گرفته و ضمانت اجراهایی غیر از ضمانت اجرای سنتی حقوق قراردادها پیش بینی شده است.

۴- قرارداد مذکور در موارد مصرحه قانونی منحل شده و بنا به شرایط انفساخ ف فسخ و اقاله قرارداد می تواند از اسباب انحلال آن باشد.

روش تحقیق

روش انجام تحقیق حاضر کتابخانه ای است که ضمن تهیه منابع موجود اعم از منابع حقوقی، فقهی و رویه قضایی بر پایه نقد و تحلیل نظرات موجود تدوین یافته است. از شبکه اینترنت و پایگاه های حقوقی موجود در آن استفاده شایانی شده است.

توجیه و تبیین پلان

خطوط کلی تحقیق به ترتیب به ماهیت شناسی، نحوه انعقاد قرارداد مطابق مقررات لایحه، آثار قرارداد و تعهدات طرفین و انحلال قرارداد مذکور با توجه به قواعد پیش بینی شده در لایحه اختصاص یافته است. فهرست بندی ها و بخش بندی های پلان تحقیق مطابق با خطوط کلی بوده و به ترتیب ذیل توجیه می گردد:

در فصل اول تحقیق، ماهیت قرارداد و نحوه انعقاد آن در چهار بخش مورد مطالعه قرار گرفته است. بخش اول این فصل با تمسک به فلسفه ماهیت شناسی علم حقوق و منطق حقوق بر پایه اصالت عمل، ضمن تبیین مفهوم ماهیت و چگونگی تعیین صحیح ماهیت موجودات اعتباری، ماهیت صحیح و دقیق قرارداد را که شامل تمامی اقسام آن می شود، بیان نموده است.

در بخش دوم فصل اول، نظرات مختلف راجع به ماهیت قرارداد در دکترین حقوقی ایران و رویه قضایی و فقه اسلامی مورد بررسی قرار گرفته و صحت یا عدم صحت نظرات مذکور با عنایت به مباحث بخش اول به بحث گذارده شده است.

بخش سوم این فصل، موضع لایحه را درباره ماهیت قرارداد، مورد تحلیل قرار داده و ضمن تشریح مواد اول و دوم لایحه که به تعریف و ماهیت قرارداد اختصاص دارد، ایرادات وارده بر مواد فوق را ذکر نموده است.

بخش چهارم و پایانی فصل اول، ویژگی ها و مختصات قرارداد مذکور را جهت تعیین محدوده آن با سایر ماهیات حقوقی بر شمرده و برای توضیح مطلوب موضوع، مقایسه ای با قراردادهای مشابه صورت داده است.

در فصل دوم تحقیق، عناصر لازم برای تشکیل قرارداد مطابق مقررات لایحه طی سه بخش به بحث گذارده شده است. در بخش اول، عناصر مربوط به طرفین قرارداد یعنی اهلیت و شرایط و قصد و رضای آنها مورد مطالعه قرار گرفته و مقررات راجع بدانها بررسی خواهد شد.

در بخش دوم، عناصر مربوط به موضوع قرارداد که شامل معلوم و معین بودن مورد قرارداد (آپارتمان موضوع توافق)، مشروع و عقلایی بودن موضوع قرارداد، مقدور بودن انجام موضوع قرارداد، تعیین مدت زمان انجام موضوع قرارداد و تعیین عوض قراردادی می شود، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و قوانین و مقررات مربوطه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بخش سوم، به عناصر سند قرارداد پرداخته که طی آن لزوم رسمی بودن سند قرارداد و مدارک و نکات لازم برای تنظیم سند رسمی، یعنی مدارک مورد نظر لایحه به بحث گذارده شده است. در بخش چهارم این فصل نیز، توافقات و تعیین تکلیف های لازم به تصریح در تنظیم سند قرارداد که لایحه ذکر آنها را ضروری دانسته است، مورد بررسی قرار می گیرند.

فصل سوم تحقیق آثار قرارداد و تعهدات هریک از طرفین قرارداد را در دو بخش تحلیل می نماید. بخش اول مربوط به تعهدات و التزاماتی است که سازنده بر عهده می گیرد و مطابق آن می بایست

تمامی قوانین و مقررات واحکام لایحه را در این زمینه رعایت نماید. بخش دوم هم به تعهدات و التزامات متقاضی ساخت پرداخته و چگونگی انجام آن را بررسی خواهد نمود.

فصل چهارم و پایانی تحقیق، طی دو بخش، به انحلال قرارداد و آثار انحلال پرداخته است. در بخش اول، اسباب انحلال قرارداد و در بخش دوم، آثار انحلال مورد مطالعه قرار گرفته است.

در پایان تحقیق، جمع بندی نهایی به عمل آمده و در نتیجه گیری تحقیق ضمن برشمردن نکات مهم مطرح در تحقیق پیشنهادات لازم جهت اصلاح قواعد و مقررات لایحه ارائه خواهد شد.

در بخش ضمائم نیز، نمونه قراردادهایی تدوین شده و متن لایحه به تحقیق منضم شده است.

فصل اول: ماهیت قرارداد

قبل از هر سخنی راجع به احکام و قواعد قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان، تبیین ماهیت دقیق و صحیح آن امری لازم و ضروری است. اهمیت موضوع از آن روست که قرارداد مزبور به تازگی پای به عرصه روابط حقوقی جامعه گذاشته و در سابق چنین گسترش و وسعتی نداشته است. به علاوه درباره ماهیت قرارداد، نظرات مختلفی در دکترین حقوقی و رویه قضایی و تا حدودی فقه اسلامی مطرح شده که تمامی مصادیق قرارداد را شامل نمی شود، بلکه محدوده بحث، فقط قرارداد راجع به آپارتمان ساخته نشده را دربر گرفته و نسبت به ماهیت سایر مصادیق قرارداد هیچگونه اظهار نظری صورت نپذیرفته و بحثی راجع به شمول و یا عدم شمول نظرات ابرازی به سایر اقسام قرارداد صورت نگرفته است.

نکته دیگر اینکه در نظرات ارائه شده، روش و معیار صحیحی برای تبیین ماهیت به کار نرفته و چارچوب مشخصی که نظرات ارائه شده را توجیه نماید، وجود ندارد. موارد گفته شده ایجاب می کند تا بحث مفصلی نسبت به ماهیت قرارداد و روش صحیح تبیین آن صورت گیرد. بر همین اساس فصل اول به سه بخش تقسیم شده است. در بخش اول، درباره مفهوم ماهیت و روش صحیح تبیین آن صحبت شده و بر مبنای آن، ماهیت صحیح و دقیق قرارداد و علت استفاده از اصطلاح "قرارداد ساخت و انتقال آپارتمان" بیان گردیده است. در بخش دوم، نظرات مختلف راجع به ماهیت قرارداد در دکترین حقوقی ایران و رویه قضایی و فقه اسلامی مورد بررسی قرار گرفته و صحت یا عدم صحت نظرات مذکور با عنایت به مباحث بخش اول به بحث گذارده شده است.

پس از فراغت از مباحث بخش های اول و دوم، در بخش سوم این فصل، موضع لایحه راجع به ماهیت قرارداد مفصلاً مورد تحلیل قرار گرفته و ضمن تشریح مواد اول و دوم لایحه که به تعریف و ماهیت قرارداد اختصاص دارد، ایرادات وارده بر مواد فوق ذکر شده است.

بخش چهارم و پایانی فصل، ویژگی ها و مختصات قرارداد مذکور را جهت تعیین محدوده آن با سایر ماهیات حقوقی بر شمرده و برای توضیح مطلوب موضوع، مقایسه ای با قراردادهای مشابه صورت داده است.