





قوه قضائیه
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته : حقوق ثبت اسناد و املاک

عنوان:

« ماهیت و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان با رویکرد قضائی »

استاد راهنما :

«جناب دکتر ناصر علیدوستی شهرکی»

استاد مشاور :

«جناب دکتر سید مرتضی قاسم زاده»

دانشجو :

«محمد جواد اکرمی ابرقوئی»

زمستان ۱۴۰۱

تقدیم به پیشگاه

شهدای مدافع حرم و حریم اهل بیت (ع)

بالأخص شهید حاج قاسم سلیمانی (ره) و شهدای همراه و هم‌رزم ایشان، شهید

ابومهدی المهندس، شهید حسین پورجعفری، شهید شهرود مظفری نیا، شهید

هادی طارمی و شهید وحید زمانی نیا، رحمت الله علیهم أجمعین.

آنها که رفتند تا خونشان هموار کننده مسیر پیشرفت علم و دانش و حکمت

در کشور عزیزمان باشد.

با تقدیر از

جناب دکتر ناصر علی دوستی شهرکی، استاد محترم راهنما و جناب دکتر سیدمرتضی قاسم زاده، استاد محترم مشاور که اخلاق، منش، صبوری و پشتکار ایشان سرمشق زندگی و راهنمایی و مشاوره ایشان چراغ راه علمی اینجانب خواهد بود. همچنین با تشکر از اساتید فرهیخته دانشگاه علوم قضائی که با تلاش های خود گلشن سرای علم و دانش را بارور ساختند.

و تقدیر از

همسر عزیزم که همواره پشتیبانی صبور و مشوق زندگی من بوده است .

چکیده بحث

مسکن همواره یکی از نیازهای اساسی بشر بوده است. در کشور ما، به لحاظ وضعیت اقتصادی موجود، از یک طرف خریداران به جهت عدم امکان واریز یک جای بهای ساختمان، سعی در انجام معاملات به صورت اقساطی داشته و از طرف دیگر، سازندگان نیز که سرمایه اولیه آنها برای ساخت ساختمان های مدرن و مطابق با استاندارد کافی نمی باشد، نیازمند دریافت اقساط از مشتریان در طول مدت ساخت، جهت تکمیل تدریجی ساختمان ها می باشند. این امر موجب گرایش بیش از پیش مردم در سال های اخیر به انعقاد قرارداد های «پیش فروش ساختمان» گردیده است. با توجه به افزایش این گونه قرارداد ها، قانون گذار در سال ۱۳۸۹ مبادرت به تصویب قانون پیش فروش ساختمان نموده تا از این طریق تا حدی نسبت به نظام مند نمودن این گونه معاملات اقدام نماید. لکن با وجود تصویب این قانون، همچنان در بین حقوق دانان و قضات محاکم، در خصوص تحلیل حقوقی ماهیت این گونه قرارداد ها و تأثیر نوع سند در انعقاد آن و اوصاف و آثار و احکامی که این گونه قرارداد ها به دنبال دارند اختلاف نظر وجود دارد. بعد از اینکه مقنن قانون پیش فروش ساختمان را به تصویب رساند، قرارداد های پیش فروش، به قراردادهای معین تبدیل گردیده که شرایط و آثار و احکام آن در قانون مذکور پیش بینی گردیده است. قرارداد پیش فروش ساختمان قراردادی معین، لازم، معوض، تشریفاتی و عهدی-تملیکی می باشد که در این پایان نامه سعی می گردد، با استعانت از خداوند متعال، بدو به تحلیل و بررسی ماهیت حقوقی این قرار داد و بررسی نقاط اشتراک و افتراق آن با قرارداد های مشابه پرداخته و پس از روشن شدن ماهیت، نسبت به تحلیل اوصاف اساسی و کاربردی قرارداد مذکور و آثار و احکام آن و تأثیر نوع سند در انعقاد این گونه قراردادها اقدام گردد و در نهایت نیز اشاره ای به شیوه حل اختلاف در قرارداد های مذکور می گردد.

کلید واژه ها:

قرارداد پیش فروش ساختمان - قانون پیش فروش ساختمان - پیش فروشنده - پیش خریدار

«فهرست مطالب»

مقدمه :	۱
الف) تبیین موضوع تحقیق:	۱
ب) پیشینه پژوهش	۳
پ) نوآوری و ضرورت پژوهش	۵
ت) سوالات پژوهش	۶
ث) روش تحقیق و گردآوری اطلاعات	۷
ج) تقسیم مطالب	۷
فصل اول) مفاهیم، تعاریف و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۸
مبحث اول) مفاهیم و تعاریف	۸
گفتار اول) مفاهیم واژه ها :	۸
گفتار دوم) مفهوم اصطلاحی قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۳
مبحث دوم) ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۹
گفتار اول) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با عقد بیع	۲۰
گفتار دوم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با عقد استصناع (قرارداد سفارش ساخت)	۴۴
گفتار سوم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با تعهد به بیع (قولنامه)	۴۸
گفتار چهارم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با مقاطعه (پیمانکاری)	۵۵
گفتار پنجم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با عقد شرکت	۵۷
گفتار ششم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با عقد صلح	۶۰
گفتار هفتم) مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با قرارداد خصوصی (ماده ۱۰ قانون مدنی)	۶۲
گفتار هشتم : نظریه منتخب در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش	۶۵
فصل دوم) اوصاف و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان	۶۸
مبحث اول) اوصاف و ویژگی های قرارداد پیش فروش ساختمان	۶۸

گفتار اول - لازم یا جایز بودن	۶۸
گفتار دوم- معین یا غیر معین بودن	۶۹
گفتار سوم- معوض یا غیر معوض بودن	۷۰
گفتار چهارم- رضائی یا تشریفاتی بودن	۷۳
گفتار پنجم - عهده یا تملیکی بودن	۸۹
مبحث دوم) آثار قرارداد پیش فروش ساختمان	۹۱
گفتار اول- آثار قرارداد نسبت به پیش فروشنده	۹۱
گفتار دوم- آثار قرارداد نسبت به پیش خریدار	۱۰۸
گفتار سوم) آثار قرارداد نسبت به ثالث	۱۱۴
مبحث سوم)آثار انعقاد قرارداد پیش فروش در نحوه حل و فصل اختلافات	۱۱۶
گفتار اول) داوری اجباری	۱۱۶
گفتار دوم) مزایا و معایب ارجاع اختلافات به داوری	۱۲۰
گفتار سوم) حل و فصل اختلافات در قرارداد های عادی پیش فروش	۱۲۲
نتیجه گیری:	۱۲۵
پیشنهادهات:	۱۲۷
«منابع و مأخذ»	۱۳۴
«پیوست ها»	۱۴۱
الف) قانون پیش فروش ساختمان(مصوب ۱۳۸۹)	۱۴۱
ب) آیین نامه اجرائی قانون پیش فروش ساختمان	۱۴۶
ج) نمونه قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۵۱

«فهرست علائم اختصاری»

ج	جلد
چ	چاپ
ص	صفحه
صص	صفحات
ق	قانون
ق.م	قانون مدنی
ق.پ.س	قانون پیش فروش ساختمان
م	ماده
ش	شماره
ه. ق	هجری قمری

مقدمه :

الف) تبیین موضوع تحقیق:

مسکن همواره یکی از نیازهای اساسی بشر بوده و در دهه های اخیر با توجه به رشد بیش از حد جمعیت ، کمبود مسکن یکی از بزرگترین دغدغه های نسل بشر شده است . انسانها برای حل این مشکل و تأمین نیاز خود به مسکن ، به ساخت آپارتمان ها و انبوه سازی روی آورده اند . امروزه این مسأله با همکاری دو طرف صورت می پذیرد. از یک طرف خریداران با توجه به مشکلات اقتصادی جامعه و به جهت عدم امکان واریز یک جای مبلغ و خرید سریع مسکن به صورت اقساطی اقدام به واریز وجه به حساب سازندگان می نمایند و از طرف دیگر سازندگان نیز که سرمایه اولیه آنها برای ساخت ساختمان های مدرن و مطابق با استاندارد کافی نمی باشد به نسبت دریافت اقساط به تدریج اقدام به ساخت و تکمیل ساختمان می نمایند. این مسأله هر چند به جهت وضعیت جامعه ضروری به نظر می رسد لکن به لحاظ اینکه در این گونه قراردادهای که اصطلاحاً به عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان شناخته می شوند ، ساختمان در حین انعقاد قرارداد موجود نبود لذا موجب اختلاف برخی حقوق دانان در تفسیر ماهیت این گونه قراردادهای گردید و به تبع اختلاف در ماهیت اینگونه قراردادهای در خصوص شرایط و آثار قرارداد نیز اختلافاتی وجود داشت . به لحاظ اینکه حقوق همواره به موازات رشد نیازها به وضع قانون می پردازد و در واقع هر قانونی که وضع می شود ناشی از نیاز اجتماعی می باشد لذا وفور قرار دادهای پیش فروش ساختمان در جامعه به لحاظ وضعیت مذکور و مشکلات ناشی از ابهام در ماهیت و تفسیر قراردادهای، لزوم تصویب قانون در این خصوص را دو چندان می نمود. با وجود اینکه در مورد قرارداد پیش فروش، به صورت پراکنده مباحثی توسط حقوقدانان مطرح گردیده است لکن کمتر حقوقدانی به این نوع قرارداد به طور مفصل پرداخته است. لذا تحلیل و بررسی ماهیت و آثار چنین قراردادی با تحلیل و بررسی دقیق حقوقی آن، با توجه به گسترش این قرار داد ها در حال حاضر، می تواند راهگشای

بسیاری از مشکلاتی باشد که طرفین اعم از خریداران و سازندگان مسکن و همچنین محاکم دادگستری با آن درگیر می باشند.

سابقاً تنها در سال ۱۳۵۸ لایحه ای به منظور حمایت از پیش خریداران و انبوه سازان مسکن توسط شورای انقلاب به صورت ماده واحده ای تصویب شده بود که با توجه به مختصر بودن و عدم پرداختن به جزئیات راه گشا و کافی نبود. در تاریخ ۱۳۸۵/۰۹/۰۹، لایحه پیش فروش ساختمان، با اعمال اندکی تغییرات به تصویب هیأت دولت رسیده و تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید. این لایحه سر انجام در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و به صورت قانون لازم الاجرا در آمده است. این قانون مشتمل بر ۲۵ ماده، ۴ تبصره و در سه فصل نظام یافته است و آیین نامه آن نیز که به موجب ماده ۲۵ این قانون بایستی ظرف ۳ ماه از تاریخ تصویب قانون مذکور، توسط وزارت دادگستری با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و پس از تأیید ریاست محترم قوه قضائیه به تصویب هیأت وزیران می رسید، بالاخره در تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۰ از سوی معاون اول رییس جمهور ابلاغ گردید.

در حقیقت علت تصویب این قانون از طرفی گسترش قراردادهای پیش فروش ساختمان و از طرف دیگر عدم وجود قوانین و مقررات خاص و مشخص و ضعف مقررات قانون مدنی در این حوزه و در راستای حمایت از پیش خریداران، به لحاظ نوظهور بودن این قرارداد ها بوده است.

ضرورت تهیه و تصویب قانون پیش فروش ساختمان را برای نخستین بار قوه قضائیه تشخیص داد، چرا که تا پیش از تهیه این قانون مقررات شفاف و روشنی در برخورد با دعاوی و جرائم ناشی از این گونه قراردادها وجود نداشت فلذا قضات دادگستری نیز نمی توانستند احکام قاطعانه و شفافی برای متخلفین این حوزه صادر نمایند و این امر موجب تعارض و تهافت در آرای محاکم در تبیین ماهیت این قرارداد ها می گردید. بنابر این قوه قضائیه به این نتیجه رسید که تدوین یک قانون خاص در این زمینه مورد نیاز می باشد.

قانون پیش فروش ساختمان مجموعه مقررات و ضوابطی را تبیین نموده است که می توان اظهار نمود این اقدام قانونگذاری از این حیث کم سابقه و دارای ابتکارات نوینی بوده است، از جمله آنها تأسیس نهاد هایی

خاص مثل نهاد دآوری اجباری جهت حل اختلافات ناشی از این قرارداد و وجود کارشناسان خاص مثل مهندسين ناظر به منظور تشخیص حسن اجرای قرارداد و به طور کلی لزوم رعایت تشریفات عدیده و ویژه با عنایت به محتوای خاص مثل الزام طرفین در تنظیم قرارداد به شکل رسمی است. اولین اثر وضعی این قانون این بود که قرارداد پیش فروش ساختمان که تا قبل از تصویب این قانون در سال ۸۹ صرفاً به عنوان یک قرارداد نامعین شناخته می شد، در صورت رعایت شرایط مذکور در قانون، به عنوان یک قرارداد معین تبدیل گردید و بر اساس ماده یک قانون پیش فروش هر قرارداد با هر عنوان که متضمن پیش فروش ساختمان باشد را در بر می گیرد.

علی ایحال هر چند قانون گذار با تصویب قانون پیش فروش ساختمان سعی در حل مشکلات و معضلات جامعه، در راستای کاهش پرونده های حقوقی و کیفری در این زمینه و جلوگیری از گسترش بیش از پیش کلاهبرداری در حوزه املاک و تبیین ماهیت حقوقی این قرار داد و حمایت از پیش خریداران به عنوان طرف ضعیف تر قرارداد نموده است که این موضوع به نوبه خود شایسته تقدیر در این حوزه می باشد لکن با توجه به اینکه با وجود تصویب این قانون نیز همچنان ابهامات بسیاری در خصوص این گونه قرارداد ها وجود داشته و در نظر گرفتن شرایط بسیار زیاد جهت بهرمندی از مزایای این قانون خود سد راهی جهت استفاده مردم جامعه از مزایای این قانون گردیده است لذا لازم است که مجدداً قانون گذار در جهت اصلاح و تکمیل این قانون گام نهاده تا این موضوع نیز به تعالی حقوقی خود برسد.

با توجه به اینکه با وجود تصویب این قانون همچنان اختلافاتی در خصوص ماهیت این گونه قرار داد ها و به تبع آن آثار آنها وجود داشته که خود موجب اختلاف نظرات مختلف محاکم در برخورد با این دسته از قراردادهای می باشد لذا نگارنده بر آن شده است تا با عنایت خداوند متعال و با همراهی و استفاده از رهنمون های اساتید گرامی سعی در حل این موضوع تا حد امکان نماید و با بررسی موضوع سعی در شفاف نمودن ماهیت این گونه قرارداد ها و بررسی آثار این قراردادهای نماید.

ب) پیشینه پژوهش :

با بررسی موضوع مشخص گردید در حقوق ایران با وجود اینکه در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان کتاب و مقالات و پایان نامه هایی به صورت پراکنده نوشته شده است اما درخصوص موضوع همچنان تحقیق مفصلی صورت نگرفته است و تقریباً هیچ یک از آن ها ماهیت و آثار این قرارداد را به طور مفصل و آن هم با رویکردی قضائی و کاربردی با بررسی آرای محاکم ، نظریات مشورتی و نشست های قضائی تبیین ننموده اند . از جمله پژوهش هایی که در حوزه قرار داد پیش فروش صورت پذیرفته شامل :

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۴) ، عقود معین ، ج ۱،^۱ در این کتاب دکتر کاتوزیان به بیان تملک به صورت مفصل پرداخته است که عمده نظر ایشان در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش این است که " به دلیل حکم ماده ۳۳۸ قانون مدنی که تملیک عین را به عوض معلوم بیع می داند ، قراردادهای مزبور را به جهت عدم وجود عین تعهد به بیع می داند " که ادامه نظر ایشان در ادامه مورد بحث قرار می گیرد که این نظر ایشان دکترین تحقیق را به طور قابل ملاحظه ای مستفید نموده و تأثیر بسازائی نیز در نظر محاکم داشته است .

۲. شهیدی ، دکتر مهدی (۱۳۸۱) ، حقوق مدنی ۳،^۲ در کتاب مدنی ۳ از مرحوم شهیدی در مورد تعهدات مطالبی بیان گردیده است که عمده تحلیل ایشان در خصوص ماهیت این گونه قرارداد ها بدین شرح است که اگر کسی تعهد کند که ساختمانی را در قبال مبلغ مشخصی بسازد و تحویل دهد، قرار داد مذکور بیع نبوده و تحت الشمول ماده ۱۰ قانون مدنی قرار خواهد گرفت.

۳. علیزاده ، حسن (۱۳۸۳)،^۳ قراردادهای پیش فروش ساختمان ، تهران انتشارات میثاق عدالت . که این کتاب نیز سعی در بررسی ماهیت این قرارداد نموده که در ادامه نقطه نظرات بررسی خواهد گردید.

۴. ولویون ، رضا (۱۳۸۰)،^۴ فروش آپارتمان های ساخته نشده ، مجله پژوهش حقوق و سیاست ، سال سوم ، شماره ۴. عمده نظری که در این پژوهش در خصوص این گونه قرارداد ها بیان گردیده است

^۱ کاتوزیان، ناصر، «عقود معین»، ج اول، چاپ نهم، انتشارات شرکت سهامی انتشارات با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۴.

^۲ شهیدی، مهدی، «حقوق مدنی ۳»، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۱.

^۳ علیزاده، حسن، «قراردادهای پیش فروش آپارتمان»، چاپ اول، انتشارات میثاق عدالت، تهران، ۱۳۸۳.

^۴ ولویون، رضا، «فروش آپارتمان های ساخته نشده»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، ۱۳۸۰، شماره ۴.

معلق بودن این دسته از قراردادهای می باشد. " عده ای از حقوقدانان در تشخیص ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان معتقد به معلق بودن قرارداد مزبور هستند و ماهیت را بیع معلق تلقی نموده اند. علاوه بر منابع فوق که نویسندگان مذکور سعی در بیان نظرات خاص خود در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان نموده اند، پژوهش های دیگری نیز از جمله : پایان نامه " الزامات پیش فروشنده و پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ " نوشته امید سلیمانیان^۱، مقاله "ماهیت قرار داد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه " ، نوشته سیدعلی اصغر رحیمی و سید مصطفی مصطفوی از دانشگاه امام صادق (ع)^۲ و پایان نامه " آثار و احکام قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فرانسه " نوشته ی محبوبه نیک کار^۳، پایان نامه "تحلیل حقوقی قرارداد های پیش فروش ساختمان و آثار آن "نوشته سید ایمان موسوی^۴، پایان نامه "بررسی تطبیقی تعهدات طرفین قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان و قانون مدنی " نوشته الهام آهنی^۵ و برخی نوشته ها و تحقیقهای دیگری که غالباً به صورت پراکنده به رشته تحریر در آمده است، وجود داشته که به فراخور موضوع به مباحثی از آنها و نقد و تحلیل و بررسی آن اقدام خواهد گردید و نهایتاً فهرست تمام منابع مربوطه در قسمت منابع و مآخذ ذکر می گردد.

پ) نوآوری و ضرورت پژوهش :

ملاحظه می گردد در تمام پژوهش های صورت پذیرفته نظریات مختلف و گاه متفاوتهی در خصوص ماهیت و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان ارائه گردیده و تقریباً در هیچ یک از این پژوهش ها به بررسی دقیق ماهیت این گونه قراردادهای با لحاظ تفکیک میان قراردادهایی که شرایط مذکور در قانون پیش فروش ساختمان را رعایت نموده اند با قرارداد هایی که بدون رعایت شرایط شکلی قانون مذکور

^۱ سلیمانیان، امید، «الزامات پیش فروشنده و پیش خریدار در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹»، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ۱۳۹۱.

^۲ مصطفوی، سیدمصطفی و رحیمی سیدعلی اصغر، ماهیت قراردادی پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه، دانشگاه امام صادق (ع).

^۳ نیک کار، محبوبه، «آثار و احکام قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فرانسه»، پایان نامه ارشد، رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی مؤسسه آموزش عالی شفق تکتاب، ۱۳۹۷.

^۴ موسوی، سیدایمان، «تحلیل حقوقی قرارداد های پیش فروش ساختمان و آثار آن»، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.

^۵ آهنی، الهام، «بررسی تطبیقی تعهدات طرفین قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان و قانون مدنی»، پایان نامه ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر انزلی، ۱۳۹۹.

منعقد گردیده اند، پرداخته نشده است. این پایان نامه علاوه بر بررسی دقیق موضوع و تفکیک میان قراردادهای فوق الذکر، به بررسی و نقد و تحلیل برخی آرای محاکم، نظریات مشورتی و نشست های قضائی به مقتضی نیاز پایان نامه پرداخته که این امر نیز به نوبه خود مسبوق به سابقه نیست، چرا که اهمیت نظرات حقوقی در استفاده از این نظریات در پرونده های حقوقی و محاکم است و صرف نظریات و تئوری های حقوقی که هیچ گونه ارزش عملی ندارند بی ارزش بوده و نهایتاً منتهی به فراموشی خواهد گردید. در این پایان نامه سعی بر این است که با تحلیل و بررسی نظرات مختلفی که در خصوص ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان ارائه گردیده است نهایتاً به تحلیل دقیق از ماهیت این قرارداد رسیده تا به حول قوه الهی در حد خود به اختلاف در ماهیت و آثار این قرارداد با رویکردی کاربردی پایان دهد.

ت) سوالات پژوهش :

سوال اصلی :

ماهیت قرارداد پیش فروش فروش ساختمان چیست و به تبع آن انعقاد این گونه قرارداد ها چه آثاری را به دنبال دارد ؟

سوالات فرعی :

۱) رعایت یا عدم رعایت شرایط مذکور در قانون پیش فروش ساختمان چه تأثیری بر ماهیت و آثار این گونه قراردادها دارد ؟

۲) انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان با سند عادی چه آثاری را به دنبال خواهد داشت ؟

۳) انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان چه آثاری را برای طرفین قرارداد در پی خواهد داشت ؟

۴) پیش فروشنده و پیش خریدار در قبال یکدیگر چه تعهداتی را به عهده دارند؟

۵) محاکم و قضات در برخورد با این قراردادها چه رویکردی را اتخاذ نموده اند؟

۶) روش حل و فصل اختلافات در قانون پیش فروش، به چه صورت می باشد؟

۷) نهاد داوری اجباری مذکور در قانون پیش فروش، در قرار دادهای رسمی پیش فروش با قراردادهای عادی به چه نحو می باشد؟

ث) روش تحقیق و گرد آوری اطلاعات :

تحقیق فعلی به صورت توصیفی – تحلیلی صورت گرفته است، به نحوی که به روش کتابخانه ای و با استفاده از آخذ اطلاعات از طریق کتابخانه و تحقیقات و مقالات و اینترنت موضوعات مورد نظر، توصیف و فیش برداری شده و سپس مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و نتیجه گیری صورت گرفته است .

ج) تقسیم مطالب :

این پژوهش متشکل از مقدمه و دو فصل و نهایتاً نتیجه گیری می باشد. در مقدمه، به طرح مسأله و حدود پژوهش و اهداف آن اشاره گردید. در فصل اول، به بررسی مفاهیم کاربردی در قرارداد پیش فروش ساختمان و سپس تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته شده است. در این فصل با مقایسه این قرارداد با سایر قراردادهای مشابه، سعی در شناخت وجه تشابه و تمایز این قراردادها و نهایتاً ارائه تحلیل صحیح از ماهیت قرارداد مذکور می گردد. در فصل دوم، پس از شناخت ماهیت قرارداد مذکور، سعی در بررسی آثار اصلی و کاربردی این قرارداد می گردد، چرا که شناخت ماهیت قرارداد، بدون شناخت آثار و احکام ناشی از انعقاد آن، مثمر الثمر نبوده و در آخر نیز، به اثر انعقاد این قرارداد در طریقه حل و فصل اختلافات با تفکیک سند عادی و رسمی، پرداخته خواهد شد و نهایتاً نسبت به نتیجه گیری و ارائه پیشنهاد در خصوص تحقیق صورت گرفته اقدام خواهد گردید.

فصل اول (مفاهیم ، تعاریف و ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

در این فصل ، مفاهیم مرتبط با موضوع و پس از آن ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان مورد بررسی قرار می گیرد ؛ چرا که مقدمه ورود به مبحث ماهیت قرار داد پیش فروش، شناخت دقیق مفاهیم مرتبط می باشد . لذا این فصل به دو بخش تقسیم گردیده است : (۱) مبحث اول : مفاهیم و تعاریف (۲) مبحث دوم : ماهیت

قرارداد پیش فروش ساختمان

مبحث اول) مفاهیم و تعاریف:

در این مبحث به تحلیل مفهوم واژه های کاربردی و ارائه تعریف از قرارداد پیش فروش ساختمان می پردازیم . این مبحث به دو گفتار تقسیم می گردد . در گفتار اول؛ مفاهیم واژه های مرتبط مورد بررسی قرار می گیرد و در گفتار دوم؛ به بررسی مفهوم اصطلاحی قرارداد پیش فروش می پردازیم .

گفتار اول) مفاهیم واژه ها :

بند اول (مفهوم قرارداد

کلمه قرارداد از ریشه قرار، به معنای استواری، ثبات و عهد و شرط می باشد و در فرهنگ لغت به معنای قرار بستن ، پیمان بستن ، توافق دو یا چندین نفر در امری آمده است.^۱ همچنین در فرهنگ عمید قرارداد به معنای عهد و پیمان دو یا چند تن در امری و نیز به معنای عهدنامه و پیمان می باشد^۲ .

^۱ قنوتی، جلیل و دیگران، "حقوق قراردادها در فقه امامیه"، ج اول، چ اول، سمت ، تهران، ۱۳۷۹، ص ۸۹.

^۲ عمید، حسن، «فرهنگ فارسی»، ج دوم، چاپ بیست و ششم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۵۷۲.

قانون مدنی در ماده ۱۸۳ اقدام به تعریف قرارداد نموده است (البته نه به عنوان واژه قرارداد بلکه به عنوان واژه عقد) که این ماده مقرر می دارد " 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"

طبق تعریف قانون مدنی هر قرارداد دارای دو شرط اساسی است :

الف) قرارداد در اثر توافق و تلاقی لاقل دو اراده بوجود می آید ، به عبارتی برای ایجاد یک قرارداد دست کم بایستی دو شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) به منظور ایجاد اثر حقوقی مشخص با هم توافق نمایند و صرف وجود یک اراده جهت ایجاد یک قرارداد کفایت نمی نماید.

ب) نتیجه و هدف از توافق، ایجاد تعهد برای طرفین است . در واقع آنچه از ظاهر ماده ۱۸۳ ق.م بر می آید این است که انشاء قرارداد بایستی به منظور ایجاد تعهد باشد ؛ پس مطابق با این ماده در مواردی هم که نتیجه اصلی توافق، ایجاد تعهد نیست بلکه انتقال مالکیت است باید گفت که هر تملیکی مسبوق به تعهد به انتقال است ؛ منتها این تعهد به محض ایجاد اجرا می شود.^۱ البته لازم به ذکر است که در قانون مدنی هم کلمه عقد و هم کلمه قرارداد به کار رفته است . به عبارت دیگر قانون مدنی بین کلمه «قرارداد» و «عقد» تفاوت قائل شده است در حالی که از نظر معنی و مفهوم واژگان ، این دو کلمه مترادف یک دیگرند.^۲

در مقایسه دو واژه «عقد» و «قرارداد» عده ای معتقدند که این دو کلمه را نمی توان مشابه و مترادف دانست. به عقیده این دسته از حقوقدانان ، در قانون مدنی از کلمه عقود برای مشخص کردن عقود معین و از کلمه قرارداد، برای قراردادهای خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده گردیده است .^۳ عده ای دیگر با نظر مذکور مخالف بوده و معتقدند که عنوان قسمت دوم از کتاب دوم جلد اول قانون مدنی (عقود و معاملات و الزامات، مواد ۱۸۳ به بعد) و تمام مواد درباره عقد و حاوی قواعد عمومی قراردادهاست. علاوه بر اینکه ، پذیرفتن این نظر موجب می شود که در عقود معین ، نتوان به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قرارداد ها استناد کرد.^۴

^۱ کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، ج اول، چاپ هفتم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵، ص ۸۵.

^۲ امامی، مصطفی، "ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی"، مجله کانون وکلای سال ۱۳۸۵ ، شماره ۱۷۵، ص ۱۵۵.

^۳ همان، ص ۱۵۶.

^۴ کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، ج اول، ص ۸۵.

به نظر در حقوق فعلی، باید این دو کلمه را مترادف دانست و نمی توان بین دو واژه «عقد» و «قرارداد» تفاوت قائل گردید.^۱

تفاوت قائل شدن میان دو واژه مزبور، در زمینه تشخیص نوع عقد (معین بودن و نبودن)، موجب گمراهی و اشتباه می گردد، چرا که موجب می شود به صرف قرارداد نامیدن یک عقد از سوی مقنن، آن را جزو عقود نامعین به حساب آوریم. در حالی که باید گفت، پذیرش نامعین بودن قرارداد مورد بحث صحیح نمی باشد؛ چرا که ملاک تشخیص نوع عقد این است که قانون گذار قرارداد مورد بحث و شرایط انعقاد آن را در قانون مدنی یا هر قانون دیگری پیش بینی نموده یا خیر؟ مشخص است که چون در حال حاضر شرایط و ضوابط و احکام و آثار قرارداد مذکور در قانون پیش فروش، معین گردید این قرارداد هم در صورت رعایت شرایط مذکور در ماده از عقود معین است.

بند دوم: مفهوم پیش فروش

واژه پیش فروش از دو کلمه پیش و فروش تشکیل شده است، پیش به معنی سابق، گذشته و قبل است و فروش اسم مصدر از فعل فروختن است.^۲ در فرهنگ عمید بیان گردیده منظور از پیش فروش، فروش کالاهایی است که هنوز موجود نیست و خریدار پولی می دهد که بعداً آن کالا را تحویل بگیرد و نیز فروختن مال یا غله قبل از فراهم شدن یا دریافت بهای کالا پیش از تحویل مال می باشد و به عبارت دیگر فروختن کالایی است که هنوز وجود ندارد و فروشنده پولی می گیرد که بعداً آن را تحویل بدهد.^۳

«پیش فروش» در حقیقت واژه ای است که از منظر فروشنده، بر معامله ای که انجام می دهد اطلاق می گردد ولی از منظر خریدار معامله در واقع «پیش خرید» است.

^۱ همان.

^۲ ایزدی فر، علی اکبر و کاویار، حسین، "بررسی فقهی- حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان"، مجله فقه و حقوق، سال ۱۳۸۷، شماره ۱۸، ص ۸۷.

^۳ عمید، حسن، فرهنگ تک جلدی، چاپ چهل، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۸۵.

دکتر جعفری لنگرودی در تعریف واژه پیش فروش بیان نموده اند: «بیعی که ثمن حال و مبیع مؤجل باشد که به آن بیع سلم یا سلف می گویند»^۱ که در ادامه مطالب در خصوص میزان صحت و پذیرش این تعریف سخن خواهد رفت، لکن چیزی که از تعاریف فوق مشخص می گردد این است که در واقع پیش فروش حاکی از فروختن مالی است که هنوز وجود خارجی ندارد و فروشنده بر اساس مفاد قرارداد، متعهد می شود که مورد معامله را مطابق اوصاف و شرایط مذکور در قرارداد، در موعد تعیین شده به خریدار تحویل دهد.

بند سوم: مفهوم ساختمان

آخرین واژه از اصطلاح قرارداد پیش فروش ساختمان، کلمه ساختمان است. این واژه از یک اسم (ساخت) به همراه مشتق (مان) تشکیل شده است و به معنای عمارت و بنا می باشد.^۲ در قانون پیش فروش ساختمان و آیین نامه آن تعریفی از این واژه به عمل نیامده است ولی در اصطلاح می توان گفت ساختمان عبارت است از فضائی مجزا که به وسیله دیوار محصور و از بناهای کناری خود جدا شده و شامل یک یا چند اتاق مسقف می باشد که به منظور سکونت یا تجارت یا غیره ساخته شده است.

لازم است به لحاظ کاربرد واژه آپارتمان در خصوص این واژه نیز تعریفی ارائه نماییم. آپارتمان عبارت است از قسمتی از عمارت که هر یک از چند اتاق و ضامم آن تشکیل شده و واژه مذکور به ساختمان مجزا و مستقل نیز اطلاق می گردد. آپارتمان در تعریف دیگری به معنای ساختمانی است که شامل چند واحد مجزا برای سکونت یا کارهای اداری یا تجاری است که هریک از واحدهای مجزا این نوع ساختمان مجموعه ای از یک یا چند اتاق نشیمن و آشپزخانه و اتاق خواب یا دیگر امکانات زندگی و یک در ورودی است.^۳ در واقع آپارتمان عمارتی است که مربوط به یک عمارت بزرگ اما از آن جدا و دارای چند اتاق است.^۴

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، "مبسوط در ترمینولوژی حقوق"، جلد اول، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۱۹.

^۲ دهخدا، فرهنگ لغت فارسی به کوشش غلامرضا ستوده، انتشارات دانشگاه چاپ اول، تهران، ۱۳۸۵، واژه ساختمان.

^۳ انوری، حسن، «فرهنگ فارسی سخن»، ج دوم، چ اول، انتشارات سخن، تهران، ۱۳۸۱، ص ۴۱.

^۴ عمید، حسن، فرهنگ تک جلدی، چاپ چهارم، ص ۲۸۵.

با ملاحظه ماده یک قانون پیش فروش ساختمان مشخص می گردد پیش فروشنده شخصی است که در قبال عوضی که از طرف مقابل قرارداد دریافت می نماید متعهد به ساخت یا تکمیل ساختمان و در نهایت تحویل آن به وی در مهلت مقرر می گردد.

وفق ماده یک و تبصره ذیل آن می توان گفت سه دسته از افراد می توانند نسبت به انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان اقدام نمایند: ۱) دسته اول: مالک رسمی زمین (ماده ۱) ۲) دسته دوم: مستأجری که حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را داشته باشد (بند ۲ تبصره ماده ۱) ۳) دسته سوم: شخصی که در ازاء سرمایه گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای مشخصی از بنای احداثی به وی تعلق می گیرد (بند ۱ تبصره ماده یک). لازم به ذکر است، در بند یک تبصره ماده ۱، پیش فروشنده همان سازنده (شریک) قرارداد مشارکت در ساخت و ساز است که در ازای سرمایه گذاری 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 می تواند اقدام به پیش فروش واحدهای ساختمانی سهم خود نماید.^۱ در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، مالک زمین، سهم مشاعی از زمین را به تناسب آورده شریک و به تبع آن، به تناسب قدر السهم او به وی تملیک می نماید و شریک نیز بخشی از ساخت و ساز را به تناسب آورده و قدرالسهم مالک زمین به تملک وی در می آورد.^۲

^۱ «ماده ۱- هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) 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 احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می شود. تبصره - اشخاص ذیل نیز می توانند در چهارچوب این قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می گیرد اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند:

- ۱- سرمایه گذاری که در ازاء سرمایه گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بناء احداثی بر روی آن زمین، ضمن عقد و به موجب سند رسمی به آنان اختصاص می یابد.
- ۲- مستأجرین اراضی اعم از ملکی، دولتی، موقوفه که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارند.»

^۲ حاتم، علی اصغر و ذاکری نیا، حانیه، «ماهیت قرارداد های ساخت و ساز»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، سال دوم، ۱۳۸۹، شماره ۲، ص ۱۰۸.