

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بهشهر

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد "M.A."

(رشته حقوق خصوصی)

عنوان:

اثر فسخ در پیش فروش ساختمان ها و آپارتمان ها از منظر حقوق خصوصی

و فقه امامیه اسلامی

استاد راهنما:

دکتر علیرضا نصیری خلیلی

نگارش:

عاطفه ترجانی

تابستان ۱۳۹۸

ب



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادران و دانشجویان و اعضاء هیئت علمی و واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شبه های غیر علمی می آلودند.



واحد بهشهر

بسم الله الرحمن الرحيم

تعهد نامه اصالت رساله يا پايان نامه

اینجانب عاطفه ترجانی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ از پایان نامه / رساله خود تحت عنوان: اثر فسخ در پیش فروش ساختمان ها و آپارتمان ها از منظر حقوق خصوصی و فقه امامیه اسلامی

با کسب نمره و درجه دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

۱) این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

۲) این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: عاطفه ترجانی

تاریخ و امضاء

سیاسگزاری

سیاس خدای را که هر چه دارم از اوست
به امید آنکه توفیق یابم جز خدمت به خلق او
نکوشم.

از استاد گرامیم جناب آقای دکترعلیرضا
نصیری خلیلی بسیار سیاسگزارم چرا که بدون
راهنمایی های ایشان تدوین این پایان نامه
بسیار مشکل می نمود.

وهمچنین سیاس از عزیزانی که در را تحصیل
همواره ، همراه و مشوقم بوده اند.

تقدیم به

پدر و مادر عزیزم

به پاس قدر دانی از قلبی آکنده از عشق و
معرفت که محیطی سرشار از سلامت و
امنیت و آرامش و آسایش برای من فراهم
آورده اند .

فهرست مطالب

چکیده ۱

فصل اول

کلیات

- ۱-۱ بیان مساله : ۵
- ۲-۱ بیان کلی مساله به طوراساسی : ۵
- ۳-۱ پیشینه تحقیق : ۶
- ۱-۳-۱ کتب : ۶
- ۲-۳-۱ * مقالات و پژوهش های انجام شده : ۶
- ۴-۱ اهداف تحقیق : ۸
- ۱-۴-۱ هدف اصلی : ۸
- ۲-۴-۱ اهداف فرعی : ۸
- ۵-۱ سؤالات (فرضیه های) تحقیق : ۸
- ۱-۵-۱ اصلی : ۸
- ۲-۵-۱ سوال فرعی : ۸
- ۶-۱ فرضیات تحقیق : ۸
- ۱-۶-۱ فرضیه اصلی : ۸
- ۲-۶-۱ فرضیه فرعی : ۸
- ۷-۱ اهداف کاربردی تحقیق : ۹

فصل دوم

بیان مفاهیم و مبانی نظری

- ۱-۲ مفهوم عقد ۱۱
- ۱-۱-۲ تعریف عقد ۱۱
- ۲-۱-۲ انواع عقد ۱۱
- ۱-۲-۱-۲ عقد لازم ۱۱
- ۲-۲-۱-۲ عقد جایز ۱۲
- ۳-۲-۱-۲ عقد خیاری ۱۳
- ۴-۲-۱-۲ عقد منجز ۱۳
- ۳-۱-۲ انواع تعهد ۱۳
- ۱-۳-۱-۲ مفهوم تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه ۱۴
- ۲-۳-۱-۲ ضمانت اجرای تعهدات ۱۵

۴۲.....	۵-۲-۳ کیفیت انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان
۴۵.....	۳-۳ شرط فسخ در قرارداد پیش فروش آپارتمان
۴۵.....	۱-۳-۳ شرط فسخ
۴۶.....	۱-۱-۳-۳ فسخ از نظر حقوقدانان
۴۷.....	۲-۳-۳ شرایط اعمال حق فسخ
۵۰.....	۳-۳-۳ اثر شرط فسخ در قرارداد پیش فروش ساختمان
۵۰.....	۱-۳-۳-۳ اثر شرط فسخ
۵۰.....	۲-۳-۳-۳ بررسی استثنایی بودن فسخ
۵۰.....	۱-۲-۳-۳-۳ بررسی استثنایی بودن فسخ با توجه به اصل لزوم قراردادهای از منظر حقوقدانان
۵۳.....	۲-۲-۳-۳-۳ بررسی استثنایی بودن فسخ با توجه به اصل لزوم قراردادهای توسط فقها
۵۴.....	۳-۳-۳-۳ آثار فسخ قرارداد پیش فروش آپارتمان
۵۵.....	۱-۳-۳-۳-۳ روابط طرفین در عقد منفسخ
۵۵.....	۲-۳-۳-۳-۳ روابط طرفین در رد مورد عقد منفسخ یا بدل آن

فصل چهارم

بررسی فقهی و حقوقی فسخ در قراردادهای پیش فروش آپارتمان ها

۵۸.....	۱-۴ شرایط اعمال قانون پیش فروش آپارتمان و چالش های مرتبط با آن
۵۸.....	۱-۱-۴ چالش های حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان
.....	۱-۱-۱-۴ اختلاف مساحت در ساختمان های پیش فروش، نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد
۵۸.....	
۵۸.....	۲-۱-۱-۴ پیش خریدار، طرف ضعیف قرارداد پیش فروش ساختمان
۶۳.....	۳-۱-۱-۴ قواعد حاکم بر اضافه یا کسر مساحت ملک مورد معامله
۶۳.....	۱-۳-۱-۱-۴ مقدار به عنوان وصف مبیع
۶۵.....	۲-۳-۱-۱-۴ مقدار بیانگر میزان تعهد
۶۸.....	۴-۱-۱-۴ راهکارهای حقوقی مختص قراردادهای پیش فروش ساختمان
۶۹.....	۱-۴-۱-۱-۴ اضافه مساحت
۷۰.....	۲-۴-۱-۱-۴ کسر مساحت
۷۱.....	۳-۴-۱-۱-۴ مفهوم قیمت روز بناء
۷۱.....	۴-۴-۱-۱-۴ قیمت روز فسخ یا مطالبه در فرض عدم فسخ قرارداد توسط پیش خریدار
۷۳.....	۵-۱-۱-۴ ایرادات مربوط به معلق علیه در نظریه معلق بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان
۷۳.....	۱-۵-۱-۱-۴ بیع
۷۴.....	۲-۵-۱-۱-۴ بیع معلق
۷۴.....	۳-۵-۱-۱-۴ بیع استثنائی
۷۶.....	۶-۱-۱-۴ مشکلات مقررات قانون ثبت
۷۷.....	۷-۱-۱-۴ عدم رعایت الزامات قرارداد پیش فروش از سوی طرفین

۷۸.....	۴-۱-۱-۸ عدم آگاهی طرفین قرارداد از مسائل حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان
۷۸.....	۴-۱-۲ مبنای فقهی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول
۷۹.....	۴-۱-۳ مبنای حقوقی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول
۸۰.....	۴-۱-۳-۱ علل عدم تعیین قیمت در قراردادهای پیش فروش
۸۱.....	۴-۲ شرایط اعمال قانون پیش فروش ساختمان
۸۱.....	۴-۲-۱ وجود پی ساختمان
۸۲.....	۴-۲-۱-۱ پرداخت حداقل ده درصد ثمن معامله
۸۲.....	۴-۲-۲ سند رسمی و مدارك لازم
۸۳.....	۴-۲-۲ نظر فقها در طریقه استرداد عوضین
۸۳.....	۴-۲-۲-۱ بررسی استرداد بدل عوضین در فقه
۸۵.....	۴-۲-۲-۲ عدم ضمان در تلف مورد عقد پس از فسخ
۸۷.....	۴-۲-۳ تاثیر فسخ در منافع و قیمت مال در فسخ قرارداد
۹۱.....	۴-۲-۴ افزایش و کاهش قیمت و دیگر تغییرات مورد عقد فسخ
۹۶.....	۴-۲-۵ بررسی امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت با پیش فروش
۹۶.....	۴-۲-۵-۱ امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت با تنظیم قرارداد پیش فروش عادی
۹۶.....	۴-۲-۵-۲ امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت با خيار شرط
۹۶.....	۴-۲-۵-۱ صاحب خيار در قرارداد مشارکت و پیش فروشنده يك شخص باشد
۹۶.....	۴-۲-۵-۲ صاحب خيار در قرارداد مشارکت يك طرف و پیش فروشنده طرف دیگر باشد
۹۷.....	۴-۲-۵-۳ امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت با غیر خيار شرط
۹۷.....	۴-۲-۵-۱ صاحب خيار در قرارداد مشارکت و پیش فروشنده يك شخص باشد
۹۸.....	۴-۲-۵-۲ صاحب خيار در قرارداد مشارکت يك طرف و پیش فروشنده طرف دیگر باشد
۹۸.....	۴-۲-۵-۴ امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت با تنظیم قرارداد پیش فروش رسمی
۱۰۰.....	۴-۲-۶ تاثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد پیش فروش
۱۰۰.....	۴-۲-۶-۱ تاثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد پیش فروش عادی عهدی
۱۰۱.....	۴-۲-۶-۲ تاثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد پی فروش عادی تملیکی (از حیث انتقال قدرالسهم زمین به پیش خریدار)
۱۰۲.....	۴-۲-۶-۳ تاثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد پیش فروش رسمی
۱۰۴.....	نتیجه گیری
۱۰۶.....	پیشنهاد
۱۰۷.....	پیوست
۱۱۳.....	منابع
۱۱۵.....	Abstract

چکیده

با افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، مسکن به عنوان یک نیاز اولیه مطرح شده و افرادی به صورت حرفه ای و بعضاً در قالب شخص حقوقی دست اندر کار ساخت و ساز آن شده اند. به تبع آن، معاملات و روابط حقوقی با موضوع مسکن رواج یافته، که «پیش فروش ساختمان» از عمده ترین آنها است. در این قرارداد پیش فروشنده (سازنده) تعهد می کند ساختمانی را مطابق با اوصاف قرارداد و در مهلت معین شده در مقابل ثمنی که به طور اقساط از پیش خریدار می گیرد ساخته و به او تحویل دهد. پیرامون ماهیت این قرارداد در فقه به صورت مستقل و مشخص بحث نشده است، اما حقوقدانان تا حدودی به آن پرداخته اند و در میان فقها و حقوقدانان ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان اختلافی است، تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان و آپارتمان می تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن موثر باشد. این قرارداد در مواردی خاص در قالب هیچ یک از عقود معین مشابه با آن جای نگرفته و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی» قابل طرح و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای و بر مبنای ماده ۱۰ ق.م اعتبار یافته و الزام آور تلقی می شود. قانون مدنی در مواردی، برای جلوگیری از ضرری که به طور ناخواسته از ناحیه قرارداد متوجه یکی از دو طرف است، مستقیماً به او حق می دهد که بتواند با فسخ قرارداد ضرر را از خود دفع کند. فسخ از استثنایات وارده بر اصل لزوم قراردادهاست، با اعمال فسخ، عقد از بین می رود و طرفین از ادامه ی اجرای تعهدات خود معاف می گردند. پژوهش حاضر با نگاه گسترده به اثر فسخ در آپارتمان های پیش ساخته از دو منظر حقوقی و فقهی می پردازد. گسترش قراردادهای مربوط به پیش فروش ساختمان از یک طرف و نا کارآمدی مقررات قانون مدنی در حمایت از پیش خریدار ساختمان، قبل ساخت کامل آن و به دنبال ایجاد مشکلات بسیاری برای افراد جامعه، موجب شدتا در سال ۱۳۸۹ قانون پیش فروش ساختمان به تصویب برسد، تصویب قانون یاد شده را باید منشا تحولاتی در فروش ساختمان (با نگاهی نو و با توجه به آخرین قوانین مصوب) دانست و با مطالعات و بررسی به این یافته رسیده ایم که شرط فسخ به عنوان حق مالی در آپارتمانهای پیش ساخته قابلیت اعمال را دارد و موجب بهم خوردن عقد یا قرارداد مزبور می شود.

کلمات کلیدی: قرارداد، پیش فروش، بیع، استصناع، فسخ

فصل اول

کلیات

به دلیل توسعه شهرنشینی و افزایش مهاجرت به شهرها و به تبع افزایش جمعیت در شهرهای بزرگ، نیاز به مسکن به عنوان یک امر اساسی افزایش یافته است. کمبود فضاهای شهری و استفاده بهینه از فضای شهر، گرایش به ساخت آپارتمان و زندگی در آن را به راهکاری اساسی در جهت تامین مسکن این جمعیت عظیم تبدیل کرده است، این امر باعث خارج شدن ساخت مسکن از حالت سنتی تبدیل به حرفه و صنعتی شدن آن شده است و افرادی در این زمینه دست اندر کار شده اند و همزمان با این تحولات و قراردادهای راجع به خرید و فروش آپارتمانها و روابط حقوقی ناشی از آن پدیدار گشته، که می توان یکی از عمده ترین این قراردادها را در "قراردادپیش فروش آپارتمان" دانست. پیش خریداران به آن علت که پرداخت به صورت نقد نبوده و مبلغ طی اقساطی به پیش فروشندگان پرداخت می شود آن را فرصت مناسبی برای خانه دار شدن خود دانسته و از طرف دیگر سازندگان یا پیش فروشندگان با دریافت بخشی از ثمن بصورت اقساط، قادر به فراهم نمودن سرمایه ای برای شروع کار خویش هستند. به همین دلیل این قراردادها در جامعه گسترش یافته است.

در قراردادپیش فروش ساختمان، موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیر بنا و سایر مشخصات آپارتمان در نقشه ساختمان ذکر می گردد و فروشنده متعهد می شود که آپارتمان را ظرف مدت معینی که در قرارداد ذکر می گردد تحویل خریدار نماید.

در حقیقت در این نوع قراردادها فروشنده مال موجودی را نمی فروشد بلکه متعهد می شود تا در قبال آنچه از مشتری به صورت اقساط دریافت می کند ساختمانی را ساخته و در موعد معین به او تحویل دهد. با توجه به این که قراردادهای پیش فروش ساختمان به علت نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز بشر شکل گرفته و توسعه چشم گیری یافته است می توان آن را قراردادجدیدی دانست که در فقه به صورت مستقل و جداگانه بحث نشده است. در برخی کتب فقهی به عقود مشابه آن اشاراتی گردیده است. چنان که فقها بیع معدوم را جایز نمی دانند اما فرضی را استثناء می کنند و آن بیع معدوم به تبع موجود است، همانند فروش جای بر روی بوته، به ضمیمه پنج چین دیگر که در آینده ایجاد خواهد شد.

حقوقدانان نیز با وجود اینکه در مورد قراردادپیش فروش ساختمان بحث نموده اند، اما صفحات کمی از نوشته های حقوق دانان، به آن اختصاص داده شده است لذا بررسی ماهیت چنین قراردادی با گستردگی استفاده از آن و تبیین و توصیف دقیق ماهیت حقوقی آن راه گشای بسیاری از مشکلاتی خواهد بود که

دادگاه ها و طرفین قرارداد با آن دست و پنجه نرم می کنند و محل بحث و اختلاف آن ها است با این وجود تا کنون قانونی از سوی مجلس در جهت تعیین ماهیت آن به تصویب نرسیده است ، تنها در سال ۱۳۵۸ لایحه ای به منظور حمایت از پیش خریداران و انبوه سازان مسکن توسط شورای انقلاب به صورت ماده واحده تصویب شده که با توجه به کلی گویی و مختصر بودن آن کافی نبود. قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳ نیز از پیش فروش آپارتمان و وضعیت حقوقی آن بحثی به میان نیاورده است ، در سالهای اخیر پیش نویس قانون (پیش فروش ساختمان) تهیه و در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۹ با اعمال پاره ای تغییرات به تصویب هیات دولت رسیده و به صورت لایحه تقدیم مجلس گردید ، این لایحه سر انجام در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و شکل قانونی به خود گرفت . این قانون مشتمل بر ۲۸ ماده است و در سه فصل نظام یافته است.

در ماده اول لایحه پیش فروش ساختمان نیز تعریفی از این قرارداد به عمل آمده است و در آن قرارداد پیش فروش را محدود به عقد معینی نکرده است ، بر اساس تعریف گفته شده ساختار و چگونگی این قرارداد معین می شود اما این تعریف به ماهیت قرارداد اشاره ای نکرده و آن را جزء هیچ یک از عقود معین و یا نا معین ندانسته است.

۱-۱ بیان مساله :

باتوجه به کثرت جمعیت و ضرورت تهیه مسکن از یک سو و ازطرف دیگر کمبود زمین مسکونی و یا افزایش قیمت اراضی ، ساخت و فروش آپارتمانها را رونق بخشیده و دراین رهگذر پیش فروش ساختمانها نیز به صورت عرف و عادت درآمد بود و سالها این قراردادها انجام میشد و آن را در ماده قالب ماده ۱۰ قانون مدنی و قراردادهای خصوصی مورد پذیرش قرار می دادند تا اینکه قانون گذار در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ قانون پیش فروش ساختمان را وضع نمود و سپس در تاریخ ۱۳۹۳/۳/۷ آیین نامه اجرایی آن تصویب شد با اجرایی شدن این قانون و خاص و آمره بودنش و مهمتر گسترش این نوع معاملات و مبتلا به بودن دعاوی مرتبط با این پدیده نو ظهور و خصوصا فسخ آن به جهت عدم تکمیل و تحویل از سوی سازنده و یا مالک و یا پیش فروشنده و اثر این فسخ موجب گردید تا این موضوع به عنوان یک پایان نامه با نگاه قانونی و فقه شیعه مورد رسیدگی قرار گیرد .

تحقیق حاضر با توجه به گسترش روز افزون ساختمانهای و نیز قرارداد شرکتهای خصوصی نسبت به افراد جامعه در خرید و فروش آپارتمانهای پیش ساخته بدون تردید ، التفات به عنوان اثر فسخ بر چنین قراردادهایی جلوه گری می نماید.

۱-۲ بیان کلی مساله به طوراساسی :

پژوهش حاضر با نگاه گسترده به اثر فسخ در آپارتمانهای پیش ساخته از دو منظر حقوقی و فقهی می پردازد ، در سالهای اخیر فضای گسترده ای برای نوسازیها ایجاد شده و زمینه ساز ایجاد شغل های جدیدی گشته است ، با کمتر شدن توانمندی سازندگان و عدم توانایی سرمایه گذاری و دریافت وام های بانکی کلان از جانب مالکان و عدم برخورداری آنان از فن تخصص لازم باعث گردیده تا به پیش فروش آپارتمان یا ساختمان روی آورند و با خریداران قراردادهای فروش منعقد نمایند تا با سرمایه گذاری پیش خریدار بتوانند ساختمان را تکمیل نمایند ، همچنین بر اساس قرارداد مذکور ، پیش فروشنده متعهد به احداث و تکمیل واحد ساختمانی مشخص در زمین مشخص ، ظرف مدت معین با اوصاف و امکانات و مشخصات مصرح در قرارداد و انتقال قطعی آن به پیش خریدار می شود و گاهی پس از تکمیل ساختمان ، پیش فروشنده با پیش خریدار در ملک مذکور شریک می شوند . در این بین با رشد چشم گیر قراردادهای پیش فروش ساختمان در عرف معاملات و تعدد و گسترش اختلافات ناشی از این قراردادها در دستگاه قضایی ، قانونگذار برآن شد تا

به منظور برقراری نظم و پیش گیری از سواستفاده ی فرصت طلبان و کاهش پرونده های قضایی قانون پیش فروش ساختمان را در سال ۱۳۸۹ تصویب کند. یکی از عمده ترین مشکل در این نوع عقود و قرارداد (پیش فروش ساختمان) این است که پیش فروشنده مال موجودی را مورد معامله قرار نمی دهد، بلکه متعهد می شود در ازای آنچه به عنوان عوض قرارداد از پیش خریدار به صورت نقد یا اقساط در یافت می کند، ساختمانی را مطابق قرارداد و توافق در زمان معین به او تحویل دهد، با توجه به مقتضیات زمانی، انبوه سازی و احداث واحدهای مسکونی در قالب مجتمع و آپارتمان و انعقاد قرارداد که به پیش فروش ساختمان یا آپارتمان تعبیر می شود خریدار بر اساس نقشه ای، پیش خریداری می کند که کیفیت مصالح ساختمانی و اجرای کامل نقشه آن معلوم و مشخص نمی باشد و همین امر گاهی منجر به اختلاف و یا فسخ قرارداد می شود. در این پژوهش سعی بر آن است این نوع قراردادها و اختلافات ناشی از آن و شرایط فسخ آن را از پایه از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قراردادها تا در نهایت این بررسی ها بتواند در جهت حقوقی تر و اصولی تر این قبیل قراردادها گام بردارد و مثمر ثمر واقع شود.

۳-۱ پیشینه تحقیق :

با بررسی های به عمل آمده، میزان پژوهش و تحقیقات پیرامون موضوع مذکور بسیار اندک و بطور پراکنده می باشد لذا در پژوهش حاضر سعی بر آن است که با بهره گیری از کتب و مقالات انجام شده پژوهشی منسجم و نظاممند صورت پذیرد.

۱-۳-۱ کتب :

* (۱) کتاب (البیع) امام خمینی ره در پنج جلد

* (۲) المکاسب مرحوم شیخ انصاری دزفولی در سی جلد

* (۳) کتاب (فقه الصادق) حسینی روحانی انتشارات توسعه النشر الاسلامی

* (۴) کتاب (قواعد عمومی قراردادها) اثر دکتر کاتوزیان

* (۵) آثار قراردادها و تعهدات، سقوط تعهدات و تشکیل قراردادها و تعهدات درسه اثر از استاد دکتر شهیدی

۱-۳-۲ * مقالات و پژوهش های انجام شده :

* (۱) دکتر علی طهماسبی عضو هیات علمی دانشگاه رازی در مقاله خود با عنوان اختلاف مساحت در ساختمانهای پیش فروش، نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف، قرارداد را مد نظر داشته و

عنوان داشت این قواعد برای حمایت از پیش خریدار و جلوگیری از اجحاف پیش فروشنده نسبت به پیش خریدار است .

*۲) جلیل قنوازی ، نیما سکوتی و جواد حسین زاده در مقاله ای تحت عنوان (ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان) که با همکاری هم به رشته تحریر در آوردند بر این مطلب نظر داشتند : قانون پیش فروش ساختمان یک قانون خاص است ، وضع این قانون این اثر مهم را به دنبال داشته که قرارداد پیش فروش ساختمان را که قبل از تصویب این قانون قراردادی غیر معین بود ، تبدیل به قرارداد معین و با نام شده است.

*۳) علی اصغر حاتمی و حانیه ذاکری نیا در مقاله خود به عنوان ماهیت قراردادهای ساخت و ساز (در فرض پیش فروش) بیان داشتند: یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز ، احداث واحدهای ساختمانی تجاری یا مسکونی عمدتاً عمودی در قالب مجتمع و فروش این گونه تاسیسات قبل از احداث می باشد که در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قراردادهای ساخت و ساز تعبیر می شود که درنوع خود جدید و ابداعی محسوب است ، اما از آنجا که موضوع این گونه قراردادها در زمان انعقاد ، نه موجود است نه معلوم ، چنین قراردادی ظاهراً شرطی از شرایط اساسی صحت معاملات را فاقد خواهد بود .

۴) عبدالله صدیقیان و جواد جعفری ندوشن در مقاله ی قلمرو نفوذ شرط فاسخ که به چاپ رسانیدند عنوان داشتند : متعاقدين می توانند با درج شرط فاسخ در قرارداد ، انحلال آن را معلق به وقوع حادثه ای در آینده کنند . اثر چنین شرطی سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است. آثار این شرط در محدوده حکومت اراده طرفین مورد تحلیل و بررسی می گیرد .

۵) دکتر حبیب الله رحیمی و نسرين خدا رحمی در مقاله ای تطبیقی تحت عنوان مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس بیان داشتند : قرارداد پیش فروش آپارتمان از جمله قراردادهایی است که همگام با پیشرفت و صنعتی شدن جوامع رشد روز افزونی داشته است ، ماهیت حقوقی این گونه قراردادها و نیز شرایط و آثار آن پاره ای از ابهامات را به ذهن متبادر می کند، ابهاماتی که با تصویب قانون پیش فروش ساختمان نیز مرتفع نگردید در این مقاله ابتدا به ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان و سپس شرایط و آثار قرارداد مزبور با نگاهی به حقوق انگلیس مورد بررسی قرار می دهند .

اما تا به حال اختصاصاً به چنین موضوعی که عنوان تحقیق حاضر است پرداخته نشده است ، لذا در پژوهش حاضر به بررسی و تحقیقات بیشتر پرداخته می شود.

۱-۴ اهداف تحقیق:

۱-۴-۱ هدف اصلی:

- ۱- تبیین اثر شرط فسخ در آپارتمانهای پیش ساخته از منظر حقوق و فقه امامیه
- ۲- شناخت اثر شرط فسخ نسبت به قرارداد آپارتمان و ساختمان های پیش ساخته

۱-۴-۲ اهداف فرعی:

- ۱- بررسی چگونگی اثر شرط فسخ در آپارتمانها و ساختمان های پیش ساخته-

۱-۵ سؤالات (فرضیه های) تحقیق:

۱-۵-۱ اصلی:

- ۱- شرط فسخ چگونه بر آپارتمان های پیش ساخته تاثیر می گذارد؟

۱-۵-۲ سوال فرعی :

- ۱- ماهیت حقوقی شرط فسخ در آپارتمان های پیش ساخته چگونه است ؟
- ۲- ماهیت فقهی شرط فسخ در آپارتمانهای پیش ساخته چگونه است ؟

۱-۶ فرضیات تحقیق

۱-۶-۱ فرضیه اصلی:

- ۱- به نظر می رسد فسخ نسبت به قرارداد های پیش ساخته حسب اراده طرفین موثر است .

۱-۶-۲ فرضیه فرعی :

- ۱- به نظر می رسد ماهیت حقوقی قرارداد آپارتمان پیش ساخته نوعی عقد عهده می باشد.
- ۲- به نظر می رسد ماهیت فقهی شرط فسخ در آپارتمان پیش ساخته به عقود همانند بیع معدوم به تبع موجود شباهت زیادی دارد.

۷-۱ اهداف کاربردی تحقیق :

پژوهش حاضر مورد بهره برداری محاکم قضایی ، شبه قضایی ، کانون وکلا ، نهادهای حقوقی و دانشجویان رشته حقوق قرارداد خواهد گرفت .

۸-۱ جنبه نوآوری تحقیق :

قراردادپیش فروش ساختمان و آپارتمان یک نوآوری جدید است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها ، تابع احکام ویژه مندرج در این قانون است . از آنجا که امروزه با قراردادپیش فروش ساختمان و آپارتمان بسیار روبرو می شویم و قانون پیش فروش ساختمان در سالهای اخیر به تصویب رسیده است ضرورت پژوهش را در کار گشایی معضلات و رفع ابهامات احتمالی آن را مضاعف می نماید.

امید آنکه نتیجه این تحقیق و تفحص مفید واقع شود.

۹-۱ ساختار تحقیق

این پایان نامه با تطبیق بر اصل نگارشی و ویرایشی مقالات و پایان نامه های ایران از ۴ فصل می شود . در فصل اول به بیان کلیات تحقیق پرداخته می شود . در فصل دوم مبانی و مفاهیم نظری تحقیق بررسی می گردد . در فصل سوم ماهیت ماهیت فسخ در پیش فروش ساختمان و چالش های حقوقی آن مورد بررسی قرار می گیرد و در فصل چهارم به بررسی فقهی و حقوقی فسخ ، در قراردادهای پیش فروش ساختمان و آپارتمان پرداخته و با جمع بندی و نتیجه گیری و ارایه پیشنهاد کاربردی این مهم را به پایان می رسانیم تا قدمی در راه علوم حقوقی برداشته باشیم .

فصل دوم

بیان مفاهیم و مبانی نظری