

کتابخانه



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد علوم و تحقیقات شاهرود

دانشکده: علوم انسانی، گروه: حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق (M.A)

گرایش: خصوصی

عنوان:

بررسی شرایط صحت عقد در قراردادهای پیش فروش آپارتمان

استاد راهنما :

دکتر غلامرضا عبدلی

نگارش:

طیبه پهلوان

زمستان ۱۳۹۴

تقدیر و تشکر

در آغاز خداوند متعال را شاکرم که بار دیگر ذره ای از معرفت خود را بر من نمایان ساخت تا بتوانم دوره ای دیگر از تحصیلاتم را به اتمام برسانم.

آنچه در این راستا موجبات پیشرفت علمی پژوهشی حاضر را به نحو مطلوب فراهم کرد راهنمایی و مساعدت های بی دریغ استاد گرانقدر و ارجمند جناب آقای دکتر غلامرضا عبدلی بوده است . به رسم ادب بر خود واجب می دانم مراتب تقدیر و تشکر بی شایبه خود را نسبت به ایشان ابراز کنم و از خداوند متعال توفیقات روز افزون برای ایشان و خانواده محترمشان آرزو نمایم .

همچنین از استاد مشاور و بزرگوارم ، جناب آقای دکتر حسین قربانیان به پاس کمک های صمیمانه شان کمال تشکر و قدر دانی را دارم .

اگر شایسته تقدیم باشد

به پدر و مادرم

و تقدیم به استادان ارجمندم

و تقدیم به آنان که دوستشان دارم

چکیده

با توجه به این که در قانون تملک آپارتمان ها مصوب ۱۳۴۳ بحثی از پیش فروش ساختمان و وضعیت حقوقی آن به میان نیآورده است، قانون گذار قانونی خاص راجع به قراردادهای پیش فروش ساختمان در مورخه ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ به تصویب رسانده است. که در این پژوهش سعی بر آن است که این قانون و همچنین آیین نامه اجرایی قانون مصوب ۱۳۹۳/۰۳/۲۰ به عنوان مستند بحث ما در مورد شرایط اساسی صحت معامله در قراردادهای پیش فروش ساختمان مورد استفاده قرار گیرد. همچنین به ویژگی ها و شرایط انعقاد قرارداد، تعهدات طرفین و الزامات مراجع ذیربط، تخلف از شرایط قرارداد و ضمانت اجرای آن و انتقال موضوع قرارداد و به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران پرداخته شده است. و نیز مباحثی در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان و مطابقت آن با هر یک از نهادهای حقوقی ارائه شده است.

همچنین این قانون به بیان مواردی از جمله بیان اوصاف کمی و کیفی ساختمان، ثبت رسمی معاملات مربوط به پیش فروش، الزامی کردن اخذ مجوز آگهی تبلیغ پیش فروش، پایان یافتن عملیات ساختمانی در زمان قرارداد، رسمی بودن قرارداد، تعیین جرایم برای تاخیر انجام تعهدات پیش فروشنده، استحقاق مطالبه قیمت روز بنا، مواردی که پیش خریدار حق فسخ دارد یا در فرض کسر متراژ مقرر در قرارداد، مسوولیت پیش فروشنده در مقابل خسارات ناشی از عیب بنا، در مجموع یک قانون حمایت از پیش خریدار و پیش فروشنده است و باب بسیاری از سواستفاده ها و کلاهبرداریها را مسدود کرده است.

کلمات کلیدی:

ساختمان، پیش فروش، قرارداد، عقد، خرید

فهرست مطالب

چکیده	۱
مقدمه	۲
بیان مسئله	۳
اهمیت مسأله	۵
پیشینه پژوهش	۶
اهداف پژوهش	۹
اهداف اصلی	۹
اهداف فرعی	۱۰
سئوالات پژوهش	۱۰
فرضیه های پژوهش	۱۰
روش پژوهش	۱۰
مفاهیم و متغیرها	۱۰
پلان	۱۲
فصل اول	۱۳
(کلیات تحقیق)	۱۳
مقدمه	۱۴
مبحث اول: مفهوم و شرایط قرارداد پیش فروش	۱۴
گفتار اول: مفهوم قرارداد پیش فروش	۱۴
گفتار دوم: شرایط عمومی و اساسی صحت قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۶
بند ۱- قصد و رضای طرفین	۱۷
الف - مرحله تصور	۱۸
ب - مرحله تدبیر و سنجش	۱۸
ج - مرحله تصمیم	۱۸
د - مرحله اجرای تصمیم	۱۹
بند ۱- اول - ایجاب	۲۰

بند ۱ - دوم - قبول	۲۲
بند ۲ - اهلیت طرفین	۲۳
بند ۳ - مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۴
ب - مورد معامله باید متضمن منفعت مشروع باشد:	۲۵
ج - مورد معامله باید متضمن منفعت عقلایی باشد:	۲۵
بند ۴ - جهت معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۸
الف - مشروعیت :	۳۱
ب - قانونی بودن	۳۲
ب - ۱ - تکالیف قانونی پیش از احداث ساختمان :	۳۲
ب-۲ - تکالیف قانونی احداث ساختمان	۳۴
ب-۲ - اول - نصب پروانه ساختمان در محل عملیات	۳۴
ب - ۳ - تکالیف قانونی پس از احداث ساختمان :	۳۵
ب - ۳ - اول - رعایت کاربری	۳۵
ب - ۳ - دوم - گواهی پایان کار	۳۶
مبحث دوم : آداب پیش فروش (پیش خرید) ساختمان	۳۷
گفتار اول : ۲۲ نکته در مورد آداب پیش فروش	۳۷
مبحث سوم : ویژگی‌ها و شرایط انعقاد قرارداد پیش‌فروش	۳۹
گفتار اول: بیان اوصاف کمی و کیفی ساختمان در قرارداد پیش‌فروش	۳۹
گفتار دوم: ثبت رسمی معاملات مربوط به پیش‌فروش توسط دفاتر اسناد رسمی	۴۲
بند اول: ثبت سند پیش‌خرید	۴۳
بند دوم: سند، سند قطعی	۴۴
گفتار سوم: تعهدات واسطه‌ها و رسانه‌ها	۴۶
بند ۱ - مطبوعات و رسانه‌های گروهی	۴۶
الف - مرجع صدور مجوز انتشار آگهی پیش فروش :	۴۷
الف - ۲ - ماده ۲ کلیات :	۴۸
ب - مراحل رسیدگی به درخواست های صدور مجوز انتشار آگهی پیش فروش :	۴۹
بند ۲ - مشاوران املاک	۴۹
مبحث چهارم : تعهدات طرفین و الزامات مراجع ذیربط	۵۰

گفتار اول: تعهدات طرفین جهت تضمین حقوق طرف دیگر قرارداد.....	۵۱
گفتار دوم: تعهدات پیش خریدار جهت تضمین حقوق پیش فروشنده	۵۱
گفتار سوم : تعهدات پیش فروشنده جهت تضمین حقوق پیش خریدار.....	۵۱
مبحث پنجم : تخلف از شرایط قرارداد و ضمانت اجرای آن.....	۵۳
گفتار اول : عدم انجام تعهد.....	۵۳
گفتار دوم : اجرای ناقص قرارداد	۵۴
مبحث ششم : انتقال موضوع قرارداد.....	۵۵
گفتار اول : انتقال توسط خریدار	۵۵
گفتار دوم : انتقال توسط فروشنده	۵۶
گفتار سوم : انتقال غیر ارادی	۵۷
فصل دوم.....	۵۸
(مبانی نظری و حقوق قضایی قراردادهای پیش فروش ساختمان).....	۵۸
مبحث اول :	۵۹
گفتار اول : مفهوم مالکیت.....	۵۹
گفتار دوم : تعریف بیع در قانون مدنی ایران.....	۶۱
گفتار سوم : ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۶۲
بند ۱ - تعهد به بیع(قرارداد تشکیل بیع).....	۶۳
بند ۲ - بیع مشروط	۶۴
بند ۳ - بیع معدوم به تبع موجود.....	۶۸
بند ۴ - بیع معلق(همراه با شرط تملیک تدریجی)	۷۰
بند ۵- عقد صلح.....	۷۳
بند ۶ - قرارداد خصوصی تملیکی.....	۷۵
بند ۷- بیع سلم.....	۷۷
مبحث دوم: الزامات شهرداری ها و بانک ها به نظارت بر پیش فروش و تضمین حقوق پیش خریدار ...	۸۲
گفتار اول : شهرداری ها	۸۲
گفتار دوم : بانک ها.....	۸۵
مبحث سوم : بررسی امکان یا عدم امکان تطبیق ساختمان ساخته نشده با اقسام مبیع	۸۷
گفتار اول : عین کلی (کلی در معین ، کلی در ذمه).....	۸۹
گفتار دوم : عین معین	۹۲

مبحث چهارم- تشریفاتی و غیر تشریفاتی بودن عقود از حیث ثبوت و اثبات و جایگاه عقد بیع	
ساختمان ساخته نشده در این تقسیمات	۹۵
گفتار اول : ادله قائلین به تشریفاتی بودن این عقد	۹۶
گفتار دوم : ادله قائلین به غیر تشریفاتی بودن این عقد	۹۷
مبحث پنجم : بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان با مسائل مشابه در فقه	۹۸
گفتار اول : عقد استصناع	۹۸
مبحث ششم : بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان با مسائل مشابه در حقوق	۱۰۱
گفتار اول : شرکت	۱۰۱
گفتار دوم : قراردادهای خصوصی	۱۰۴
گفتار سوم : قراردادیپیمانکاری	۱۱۳
جمع بندی	۱۱۴
نتیجه گیری و پیشنهادات	۱۱۵
نتیجه گیری	۱۱۶
پیشنهادهات	۱۱۸
ضمائم	۱۱۹
ضمیمه ۱ : آراء دادگاه ها و نقد رای داگاه	۱۱۹
ضمیمه ۲ : نمونه قرارداد پیش فروش ساختمان	۱۲۶
منابع	۱۳۶

مقدمه

برابر مواد ۳۳۸، ۳۵۰ و ۳۶۱ قانون مدنی ایران چیزی می‌تواند مبیع واقع شود که عین معین یا کلی‌فی‌المعین یا کلی‌فی‌الذمه باشد و چنانچه مبیع عین معین باشد باید در هنگام عقد بیع عینیت یا موجودیت خارجی داشته باشد و اگر کلی یعنی يك مفهوم باشد لازمه‌اش این است که صادق بر افراد عیده و به عبارتی مصداقش مثلی باشد نه قیمی. پرسش نخست اینست که ساختمان ساخته نشده منطبق بر کدامیک از آن اقسام سه‌گانه است؟ نظر ارجح این است که ساختمان ساخته نشده (حتی ساخته شده‌اش) به لحاظ موقعیت مکانی منحصر به فرد آن چه در سطح (عرصه) و چه در فضا (طبقات) و به لحاظ مختصات یا ویژگی‌های ملحقات آن (پارکینگ، انباری و غیره) مثلی نیست تا مفهوم کلی بر آن صادق باشد و پیداست چون هنگام عقد بیع هنوز ساخته نشده و موجودیت پیدا نکرده است عین خارجی یا عین معین هم بر آن صادق نیست؛ لذا با هدف استحکام بخشیدن و مصون ساختن چنین معاملاتی که مبتلا به همه افراد جامعه به منظور تامین یکی از اساسی‌ترین نیازشان یعنی مسکن و سرپناه است از خطر ابطال، توصیفات و تحلیل‌های مختلف حقوقی به عمل آمده که مورد بررسی قرار می‌گیرند. برخی توجیهات از این قبیل هستند:

(الف) غرض از وجود مبیع (وقتی که عین معین است) وجود اعتباری آن است.

(ب) با تلقی چنین بیعی به عنوان عقد معلق، «تملیک»، معلق بر وجود یافتن ساختمان می‌شود.

(ج) مبیع غیر از اقسام سه‌گانه‌ای که برایش گفته شد می‌تواند چیزی میانه کلی و معین باشد.

(د) در قالب قراردادهای خصوصی نیز می‌توان «تملیک» را صورت داد و برای خریدار حق عینی ایجاد کرد.

(ه) ثبت رسمی چنین معاملاتی تحت شرایطی شرط صحت عقد (نه شرط اثبات) قلمداد گردد تا از وقوع معاملات معارض پیشگیری شود. ولی از آنجا که هیچ‌کدام از این نظرات و حتی رویه قضایی، قاطع و بلامنازع نیست در سرانجام تحقیق به این نتیجه می‌رسیم که برای حفظ حقوق خریداران و پیشگیری از وقوع معاملات معارض و کلاهبرداری‌های وسیع در این عرصه و برقراری تضمینی قوی و پایدار و اطمینان‌بخش برای انجام تعهدات ساخت و تکمیل بنا بر اساس توافق طرفین با رعایت استانداردهای ساخت بیمه، اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و تنظیم سند رسمی انتقال و منع ترهین و توقیف ملک از جانب ثالث و یا خود فروشنده (سازنده) و... تصویب قانونی حمایتی و آمره در این وادی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و لایحه تهیه شده توسط قوه محترم قضاییه در این زمینه دلیل این مدعاست.

بیان مسئله

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 ساختمان و زندگی در آن را به راهکاری اساسی در جهت تأمین مسکن این جمعیت عظیم تبدیل کرده است. این امر باعث خارج شدن ساخت مسکن از حالت سنتی و تبدیل به حرفه و صنعت شدن آن شده و افرادی در این زمینه دست‌اندرکار شده‌اند. همزمان با این تحولات قراردادهای راجع به خرید و فروش این ساختمان‌ها و روابط حقوقی ناشی از آن پدیدار گشته، که می‌توان یکی از عمده‌ترین این قراردادها را «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» دانست.

پیش‌خریداران به آن علت که پرداخت به صورت نقد نبوده، و مبلغ طی اقساطی به پیش‌فروشنندگان پرداخت می‌شود، آن را فرصت مناسبی برای خانه‌دار شدن خود دانسته و از طرف دیگر سازندگان یا پیش‌فروشنندگان با دریافت بخشی از ثمن بصورت اقساط، قادر به فراهم نمودن سرمایه‌ای برای شروع کار خویش هستند. به همین دلیل این قراردادها در جامعه گسترش یافته است. در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیربنا و سایر مشخصات ساختمان در نقشه ساختمانی ذکر می‌گردد و فروشنده متعهد می‌شود، که ساختمان را ظرف مدت معینی که در قرارداد ذکر می‌گردد، ساخته و تحویل خریدار دهد.^۱

در حقیقت در این نوع قراردادها فروشنده مال موجودی را نمی‌فروشد، بلکه متعهد می‌شود تا در قبال آنچه از مشتری به صورت اقساط دریافت می‌دارد، ساختمانی را ساخته و در موعد معین به او تحویل دهد. با توجه به این‌که قراردادهای پیش‌فروش ساختمان به علت نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز بشر شکل گرفته و توسعه چشم‌گیری یافته است، می‌توان آن را قرارداد جدیدی دانست که در فقه به صورت مستقل و جداگانه بحث نشده است، در برخی کتب فقهی به عقود مشابه آن اشاراتی گردیده است. چنان‌که فقها «بیع معدوم» را جایز نمی‌دانند، اما فرضی را استثناء می‌کنند و آن «بیع معدوم به تبع موجود» است. همانند فروش چای بر روی بوته، به ضمیمه پنج چین دیگر که در آینده ایجاد خواهد شد.^۲

۱ علیزاده، حسن، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، سال ۱۳۸۳ ص ۹.

۲ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، چاپ سوم، ۱۳۵۷ ص ۶۱۱.

موارد دیگری هم راجع به بیع معدوم بحث شده است. به طوری که فروش میوه قبل از ظهور و پیدایش آن، در یک سال واحد و کمتر منع گردیده است و این امر اجماعی است. فقها علت این امر را وجود غرر در معامله می‌دانند. اما به طور اجماع عقیده بر این است، که بیع میوه بعد از بُدو صلاح، یعنی صلاحیت یافتن برای میوه شدن، چه برای یک سال یا کمتر جایز است.^۱

حقوق‌دانان نیز با وجود این‌که در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان بحث نموده‌اند، اما صفحات کمی از نوشته‌های حقوق‌دانان، به آن اختصاص داده شده است. لذا بررسی ماهیت چنین قراردادی با گستردگی استفاده از آن و تبیین و توصیف دقیق ماهیت حقوقی آن، راهگشای بسیاری از مشکلاتی خواهد بود، که دادگاه‌ها و طرفین قرارداد با آن دست و پنجه نرم می‌کنند و محل بحث و اختلاف آن‌ها است.

با این وجود تاکنون قانونی از سوی مجلس در جهت تعیین ماهیت آن به تصویب نرسیده است. تنها در سال ۱۳۵۸ قانونی به منظور حمایت از پیش‌خریداران و انبوه‌سازان مسکن توسط شورای انقلاب به صورت ماده واحده تصویب شد، که با توجه به کلی‌گویی و مختصر بودن آن کافی نبود. قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳ نیز بحثی از پیش‌فروش ساختمان و وضعیت حقوقی آن به میان نیاورده است. در سال‌های اخیر، پیش‌نویس قانون «پیش‌فروش ساختمان» تهیه و در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۹ با اعمال پاره‌ای تغییرات به تصویب هیئت دولت رسیده و به صورت قانون تقدیم مجلس گردید. این قانون سرانجام در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و شکلی قانونی به خود گرفت. این قانون مشتمل بر ۲۸ ماده است، و در سه فصل نظام یافته است.

در این پژوهش سعی بر آن است، تا موادی از این قانون به عنوان مستند بحث‌ها مورد استفاده قرار گیرد. با این وجود برای بررسی چنین قراردادهایی نیاز به ارائه تعریفی دقیق و حقوقی بر اساس شرایط مذکور در قرارداد و ساختار آن و همچنین تعهدات و حقوق طرفین قرارداد لازم و ضروری به نظر می‌رسد. در تعریف این قرارداد گفته شده است: «قرارداد پیش‌فروش ساختمان قراردادی است، که به موجب آن پیش‌فروشنده (سازنده) تعهد می‌نماید، ساختمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازای مبلغ قراردادی به پیش‌خریدار (متقاضی) تحویل نماید».^۲

^۱ امینی، منصور؛ «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹ ص ۱۲.

^۲ علیزاده، حسن؛ مفهوم ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، ۱۳۸۳ ص ۲۹.

در ماده اول قانون پیش‌فروش ساختمان نیز تعریفی از این قرارداد به عمل آمده است و در آن قرارداد پیش‌فروش را محدود به عقد معینی نکرده است. بر اساس تعریف گفته شده، ساختار و چگونگی این قرارداد معین می‌شود، اما این تعریف به ماهیت این قرارداد اشاره‌ای نکرده و آن را جزء هیچ یک از عقود معین و یا نامعین ندانسته است. لذا در این نوشتار سعی بر آن خواهد شد، تا با مقایسه قرارداد پیش‌فروش ساختمان با قراردادهای مشابه معین، ماهیت این قرارداد بررسی شده و در نهایت آن را در قالب قراردادهای خصوصی مورد بررسی قرار داده است.

اهمیت مسأله

پیش فروش ساختمان یا واحدهای مسکونی ساختمان‌ها امری رایج است که تا اواخر سال ۱۳۸۹ فاقد قانونی روشن و جامع بوده است. به همین جهت زمینه مساعدی برای سوء استفاده برخی سازندگان فراهم شده بود. پیش فروش يك واحد به چند خریدار، سوء استفاده از مبالغ پیش‌فروش و فرار و ناپدید شدن شخص، احداث بنا بدون رعایت کیفیت لازم از جمله تخلفات قابل توجه در این زمینه بودند که تأخیر در ساخت و تحویل نیز امری رایج و حتی طبیعی جلوه می‌نمود. از سوی دیگر، برخی از پیش خریداران نیز گاهی اوقات از پرداخت به موقع اقساط امتناع می‌کردند که این امر به نوبه خود از يك سو موجب خسارت به سازنده و پیش فروشنده می‌گردید و از سوی دیگر با ایجاد خلل در احداث و تکمیل ساختمان موجبات اضرار سایر پیش‌خریداران را فراهم می‌کرد. برای حل این مشکلات، لایحه پیش‌فروش ساختمان به پیشنهاد قوه قضائیه توسط دولت در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۲۴ جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال گردید و در نهایت در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ به تأیید شورای نگهبان رسیده و در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۸ در روزنامه رسمی انتشار یافت.^۱

با توجه به بررسی متون و منابع علمی نشان می‌دهد که تاکنون تحقیق علمی در زمینه موضوع پژوهش حاضر در کشور انجام نشده است لذا ضروری است با انجام پژوهش علمی خلاء پژوهشی موجود برطرف گردد.

^۱ سلیمی، صادق؛ دشتیان، لیلا، تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش‌فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و امارت دبی، مجله نامه مفید، ص ۳۲.

پیشینه پژوهش

در زمینه پژوهش حاضر تحقیقات اندکی انجام شده است. محدودیت منابع در پژوهش حاضر زیاد بوده ولی به برخی از پژوهشهای انجام شده در ذیل اشاره می‌شود:

طباطبائی و همکارش (۱۳۹۳) در پژوهشی با عنوان "تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان" در صدد یافتن ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان بوده و به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، پس از طرح مسئله، در مباحث مقدماتی، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه پرداخته شده است. در ادامه مباحث، دکترین حقوق درمورد قرارداد پیش فروش ساختمان و مطابقت آن با هریک از نهادهای حقوقی تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلق، عقد صلح و قرارداد خصوصی تملیکی ارائه شده است و در نهایت، ضمن خدشه در لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در بیع سلم، این نتیجه به عمل آمد که قرارداد مزبور با بیع سلم قابل تحلیل و توجیه است. البته با ذکر اینکه واحد ساختمانی حسب انشاء طرفین با سه حالت مختلف «از ابتدا»، «در حین احداث»، «پس از اتمام عملیات ساختمانی» (مدرج در ماده ۱) به مالکیت پیش خریدار در آید: در حالت اول به صورت منجز، در حالت دوم به صورت معلق همراه با شرط تملیک تدریجی و به نسبت اقساط پرداختی و در حالت سوم نیز به صورت معلق و به محض پرداخت آخرین قسط ثمن.

سلیمی و همکارش (۱۳۹۱) در پژوهشی با عنوان "تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران" قانون پیش فروش ساختمان پیش از بیش از چهل ماه بررسی، در زمستان ۱۳۸۹ به تصوب قوه مقننه رسیده و در روزنامه رسمی منتشر شد. در امارت دبی از کشور امارات متحده عربی نیز از سال ۲۰۰۶ تا سال ۲۰۱۰ قوانین و مقررات متعددی برای ضابطه مند کردن پیش فروش به تصویب رسیده است. قانون ایران تمهیدات نسبتاً مناسبی برای حمایت از حقوق پیش خریداران اندیشیده ولی این حمایت‌ها کامل نیست. در قانون ایران به حقوق پیش فروشنده توجه کافی نشده است. قوانین امارت دبی به حقوق پیش فروشنده در برابر پیش خریداران بیشتر توجه کرده ولی در مواردی حقوق پیش خریداران را به کلی فراموش کرده است. آنان در پژوهش مربوطه به نقاط ضعف و قوت قوانین این دو کشور مورد تجزیه و تحلیل حقوقی پرداختند.

دارایی، علی رضا (۱۳۸۸) در پژوهشی با موضوع "توصیف حقوقی قرارداد فروش ساختمان ساخته نشده" برابر مواد ۳۳۸، ۳۵۰ و ۳۶۱ قانون مدنی ایران چیزی می‌تواند مبیع واقع شود که

عین معین یا کلی فی المعین یا کلی فی الذمه باشد و چنانچه مبيع عین معین باشد باید در هنگام عقد ببيع عینیت یا موجودیت خارجی داشته باشد و اگر کلی یعنی يك مفهوم باشد لازمه اش این است که صادق بر افراد عدیده و به عبارتی مصداقش مثلی باشد نه قیمی. پرسش نخست اینست که ساختمان ساخته نشده منطبق بر کداميك از آن اقسام سه گانه است؟ نظر ارجح این است که ساختمان ساخته نشده (حتی ساخته شده اش) به لحاظ موقعیت مکانی منحصر به فرد آن چه در سطح (عرصه) و چه در فضا (طبقات) و به لحاظ مختصات یا ویژگی های ملحقات آن (پارکینگ، انباری و غیره) مثلی نیست تا مفهوم کلی بر آن صادق باشد و پیداست چون هنگام عقد ببيع هنوز ساخته نشده و موجودیت پیدا نکرده است عین خارجی یا عین معین هم بر آن صادق نیست؛ لذا با هدف استحکام بخشیدن و مصون ساختن چنین معاملاتی که مبتلا به همه افراد جامعه به منظور تامین یکی از اساسی ترین نیازشان یعنی مسکن و سرپناه است از خطر ابطال، توصیفات و تحلیل های مختلف حقوقی به عمل آمده که مورد بررسی قرار می گیرند. برخی توجیهات از این قبیل هستند: الف) غرض از وجود مبيع (وقتی که عین معین است) وجود اعتباری آن است. ب) با تلقی چنین بیعی به عنوان عقد معلق، «تملیک»، معلق بر وجود یافتن ساختمان می شود. ج) مبيع غیر از اقسام سه گانه ای که برایش گفته شد می تواند چیزی میانه کلی و معین باشد. د) در قالب قراردادهای خصوصی نیز می توان «تملیک» را صورت داد و برای خریدار حق عینی ایجاد کرده. ثب) ثبت رسمی چنین معاملاتی تحت شرایطی شرط صحت عقد (نه شرط اثبات) قلمداد گردد تا از وقوع معاملات معارض پیشگیری شود. ولی از آنجا که هیچ کدام از این نظرات و حتی رویه قضایی، قاطع و بلامنازع نیست در سرانجام تحقیق به این نتیجه می رسیم که برای حفظ حقوق خریداران و پیشگیری از وقوع معاملات معارض و کلاهبرداری های وسیع در این عرصه و برقراری تضمینی قوی و پایدار و اطمینان بخش برای انجام تعهدات ساخت و تکمیل بنا براساس توافق طرفین با رعایت استانداردهای ساخت بیمه، اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و تنظیم سند رسمی انتقال و منع ترهین و توقیف ملك از جانب ثالث و یا خود فروشنده (سازنده) و... تصویب قانونی حمایتی و آمره در این وادی اجتناب ناپذیر می نماید و لایحه تهیه شده توسط قوه محترم قضاییه در این زمینه دلیل این مدعاست.

نوین (۱۳۸۷) در پژوهش ای با عنوان "تقابل قانون مدنی ایران و فرانسه در مسئله پیش فروش ساختمان" فقدان قوانین و مقرراتی مانند قانون مدنی فرانسه در نظام حقوقی ایران، ما را وادار می نماید که به هر صورت قانون مدنی فرانسه را عینا یا با تغییراتی، از طریق قانونگذاری جدید، وارد سیستم حقوقی ایران نماییم، چنانچه در مورد قانون مسئولیت مدنی و اعلام ضرر

معنوی به همین شیوه رفتار شد. ولی در این زمینه، به چند نکته باید اشاره کنیم و به چند سوال پاسخ دهیم تا به هر صورت راه هموار شود.

۱- قبل از هر چیز باید قبول نماییم که صرفاً با مقررات موجود در قانون مدنی فعلی و یا به اصطلاح با سیستم سنتی خودمان نمی‌توانیم مسائل مربوط به خرید و فروش واحدهای ساختمانی ساخته شده، در دست احداث و یا ساخته نشده را سروسامان دهیم و از حجم عظیم دعاوی نزد مقام قضایی بکاهیم. باید نگرش جدیدی به مسائل روز داشته باشیم و به قانونگذاری جدید بپردازیم. به قانون مدنی فرانسه نیز از سال ۱۸۰۴ تا کنون، به وفور اصلاحیه‌های قانونی جدیدی اضافه شده تا کمبودهای قانونی برطرف شوند و نیازهای روز برآورده شوند.

۲- همان‌طوری که اشاره شد، شهرداری هنگام صدور پروانه ساختمانی، باید به تعداد واحدهای ساختمانی مندرج در پروانه ساختمانی، «برگ سند پیش فروش» تهیه و در پرونده مربوطه ضبط نماید.

۳- برای هر واحد ساختمانی که فروشنده قصد فروش را دارد، اعم از انتقال رسمی در دفتر اسناد رسمی یا قولنامه‌ای، شهرداری، یک برگ سند پیش فروش را پس از تکمیل از طرف فروشنده به خریدار ارائه دهد و یک برگ دیگر را به اداره ثبت محل ارسال نماید و برگ سوم را در پرونده شهرداری نگاه داری نماید (بدیهی است که سند پیش فروش باید دارای شماره، تاریخ، مشخصات واحد ساختمانی، مشخصات فروشنده و خریدار، مهر و امضای مقام شهرداری باشد).

۴- در سند پیش فروش باید مانند قانون مدنی فرانسه قید شود که قرارداد فروش در قولنامه از نوع دوم بیع است، مالکیت تدریجی است و خریدار برابر قانون جدید حق عینینسبت به آنچه ساخته شده دارد (مالکیت کامل‌ترین حق عینی است). این امر از سوء استفاده‌های بعدی و هرگونه اختلاف جلوگیری می‌نماید.

۵- واحدهای ساختمانی مورد معامله (ساخته شده، در دست احداث، ساخته نشده) می‌توانند عین معین یا عین شخصی، مفهومی کلی یا کلی در معین یا کلی فی الذمه داشته باشند، که نباید هیچ‌گونه تأثیری در اصل و اعتبار عقد و یا انتقال تدریجی مالکیت داشته باشد. مبیع گاه عین معین است از لحاظ اینکه هر واحد ساختمانی ممکن است از لحاظ (متراژ، کدام طبقه، شمالی یا جنوبی، شرقی یا غربی، تاسیسات داخلی، انباری و پارکینگ) با واحدهای دیگر تفاوت داشته باشد و مبیع گاه می‌تواند مفهوم و مصداقی کلی داشته باشد (چنانکه سازنده یا

فروشنده تعدادی واحدهای ساختمانی کاملاً مشابه ساخته و به فروش برساند) و یا می‌تواند مفهومی کلی فی الذمه داشته باشد(واحدها هنوز ساخته نشده و یا به عبارتی مورد معامله هنوز موجودیت پیدا نکرده‌اند در قیاس و تشابه با بیع سلف یا سلم). مسائل و نکات فوق در قانونگذاری جدید تماماً باید حل و فصل شده و به این مباحثات و اختلافات میان اساتید حقوق، قضات، وکلا، خریدار و فروشنده، مقامات اجرایی، صاحبان دفاتر اسناد رسمی و اداره ثبت پایان دهد. باید توجه داشته باشیم که ما در حال حاضر در عقد بیع، مبیع به اشکال مختلف و مواد قانونی آنها، اعم از عین معین، کلی، کلی در معین یا کلی فی الذمه را در قانون مدنی داریم. بدیهی است که در قانونگذاری جدید این نکات باید به قانون مدنی اضافه شوند. البته توسط گروهی حقوقدان و نه در یک اتاق دربسته و گروهی غیر حقوقدان. قانونگذار جدید نیز بایستی از صراحت و روشنی و قابل فهم بودن برای عموم مردم برخوردار باشد، کلیه جوانب امر و مشکلات در نظر گرفته شوند تا از بروز هرگونه تفسیر مغایر و متضاد جلوگیری شود.

۶- و بالاخره در قانونگذاری جدید باید این امکان با این «شرط ضمن عقد» در نظر گرفته شود که چنانچه هر یک از طرفین، در موعد مقرر برای تنظیم سند رسمی (موعد مندرج در قولنامه) به هر دلیل حاضر نشود، اعم از عدم تمایل به فروش، یا به علت مشکلات مالی و توقف کار، یا مشکلات اداری با شهرداری و موسسات دیگر، طرف مقابل با اخذگواهی عدم حضور از دفترخانه مربوطه و با اعلام «یک مهلت اضافی سه ماهه» به طرف مقابل حق فسخ معامله را با استناد به مقررات جدید، نزد مقام قضائی یا ثبتی داشته باشد و در صورت عدم حضور فروشنده در دفتر اسناد رسمی و یا توقف کار از طرف وی، خریدار بتواند با فسخ معامله نزد مقام قضائی یا اداره ثبت، از شهرداری مجوز ادامه کار واحد ساختمانی را دریافت نماید. و در صورت عدم حضور خریدار، فروشنده بتواند با فسخ معامله، واحد مذکور را به غیر انتقال دهد یا معامله نماید.

اهداف پژوهش

در این نوشتار درصدد مطالعه تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش‌فروش ساختمان به چه صورتی است و آیا تمهیدات کافی برای تضمین حقوق طرفین در این خصوص اندیشیده شده است یا خیر؟

اهداف اصلی

شناخت و بررسی شرایط صحت عقد در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در ایران

اهداف فرعی

۱. تشخیص میزان تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش‌فروش ساختمان.
۲. شناخت میزان مشخص بودن و معین بودن موضوع قرار دادهای پیش‌فروش ساختمان.
۳. شناخت میزان قانونی بودن قرار دادهای پیش‌فروش ساختمان.

سئوالات پژوهش

۱. آیا تضمینی برای حقوق طرفین معامله در قرار داد های پیش‌فروش ساختمانی وجود دارد؟
۲. در قرار دادهای پیش‌فروش ساختمانی موضوع مورد معامله تا چه میزان معین و مشخص است؟
۳. تا چه میزان قرار دادهای پیش‌فروش ساختمانی از مشروعیت قانونی برخوردار است؟

فرضیه های پژوهش

۱. در قرار داد های پیش‌فروش ساختمانی طرفین معامله تضمین حقوقی دارند.
۲. در قرار دادهای پیش‌فروش ساختمانی موضوع مورد معامله از قبل معین و مشخص است.
۳. قرار دادهای پیش‌فروش ساختمانی مشروع و قانونی است.

روش پژوهش

روش تجزیه و تحلیل اطلاعات استفاده از تحلیل محتوی متن و گردآوری کتابخانه ای می باشد، که در آن واحد های متنی موجود در متون قانونی درباره بررسی شرایط صحت عقد در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان استخراج شده و با یکدیگر مقایسه خواهد شد. بنابراین اسناد و شواهد متنی گردآوری شده هسته اصلی تحلیل های این تحقیق را تشکیل می دهد.

مفاهیم و متغیرها

- **عقود معین:** عقود که عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون ذکر گردیده است، عقد بیع یکی از عقود معین است
- **عقود نامعین:** عقود که به عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون اشاره نشده و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادها می باشد.

- **کلی فی الذمه:** یکی از انواع بیع که در قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بیع کلی در ذمه است. در صورتی که مبیع کلی است، یعنی صادق بر افراد عدیده است. بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر گردد. (ماده ۳۵۱ ق.م) به هر لحاظ در این گونه خرید و فروش ها، بایع موظف نیست که در مقام ایفای تعهد مال معینی را به مشتری واگذار کند. اما باید فردی را انتخاب نماید که از حیث شرایط، صفات موضوع مورد تعهد را داشته باشد. لذا در تعریف کلی می توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد».^۱
- **کلی در معین:** ممکن است موضوع تعهد «مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء» باشد. (ماده ۳۵۰ ق.م) مانند دو خروار گندم از خرمن گندم موجود. در این حالت موضوع تعهد باید از مال معین داده شود و از این جهت «در حکم عین معین» است. (ماده ۴۰۲ ق.م) بنابراین هر گاه خرمن گندم از بین برود، دیگر تعهد قابل اجرا به نظر نمی رسد و موضوع آن ضمن تلف کل نابود می شود. عکس تلف بعض از کل معین، تا جایی که به اندازه مقدار تعهد موجود است، به نفوذ تعهد و نیروی الزام آور آن صدمه ای نمی زند هر چند تلف پیش از عقد یا تسلیم رخ دهد..^۲
- **عین معین:** عین معین مالی است، که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد.^۳

^۱ کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، ۱۳۸۶، ص ۳۷.

^۲ کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظام کنونی، چاپ پنجم، ۱۳۸۳، ص ۱۷۳.

^۳ کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، ۱۳۸۶، ص ۳۵.

پلان

در پژوهش حاضر، در فصل اول مفهوم قرارداد پیش فروش و شرایط اساسی صحت معامله در این قراردادها، آداب پیش فروش ساختمان و ویژگی ها و شرایط انعقاد قرارداد، تعهدات طرفین و الزامات مراجع ذیربط، تخلف از شرایط قرارداد و ضمانت اجرای آن و انتقال موضوع قرارداد مورد بررسی قرار می گیرد.

در فصل دوم به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، پس از طرح مسئله، در مباحث مقدماتی، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران می پردازیم، در ادامه مباحث در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان و مطابقت آن با هر یک از نهادهای حقوقی تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلق، عقد صلح و قراردادهای خصوصی تملیکی ارائه شده است و ضمن خدشه در لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در بیع سلم این نتیجه به عمل آمد که قرارداد مزبور با بیع سلم قابل تجزیه و تحلیل است. البته با ذکر این که واحد ساختمانی حسب انشا طرفین با سه حالت مختلف «از ابتدا»، «در حین احداث و تکمیل» و «پس از اتمام عملیات ساختمانی» (مدرج در ماده ۱) به مالکیت پیش خریدار در آید: در حالت اول به صورت منجز، در حالت دوم به صورت معلق و به نسبت اقساط پرداختی و در حالت سوم نیز به صورت معلق و به محض پرداخت آخرین قسط ثمن. همچنین الزامات شهرداریها و بانکها به نظارت بر پیش فروش و تضمین حقوق پیش خریدار، بررسی امکان یا عدم امکان تطبیق ساختمان ساخته نشده با اقسام بیع، تشریفات و غیر تشریفات بودن عقود از حیث ثبوت و اثبات و جایگاه عقد بیع ساختمان ساخته نشده در این تقسیمات، بررسی قراردادهای پیش فروش ساختمان با مسائل مشابه در فقه و قانون، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

سپس به جمع بندی و نتیجه گیری از مباحث بیان شده پرداخته و پیشنهادهای در زمینه پژوهش ارائه داده و محدودیتهای پژوهش را بیان می نمایم.

و نهایتاً آراء دادگاه ها و نمونه قراردادهای پیش فروش ساختمان در قسمت ضامم ارائه شده است.