

## قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۸۹/۵/۲۴)

عباسعلی دارویی\*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه کاشان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۵/۱۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۳/۸)

### چکیده:

در ایران نیز به مانند برخی کشورهای دیگر، بالاخره قانونی خاص راجع به قراردادهای پیش فروش ساختمان در ۸۹/۱۰/۱۲ به تصویب رسید. این قانون با الزامی کردن اخذ مجوز آگهی تبلیغ پیش فروش، پایان یافتن عملیات پی ساختمان در زمان قرار دارد، رسمی بودن قرارداد، تعیین جرائم برای تاخیر انجام تعهدات پیش فروشنده، تملیک تدریجی ساختمان به پیش خریدار، عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش فروش شده، استحقاق مطالبه قیمت روز بناء در مواردی که پیش خریدار حق فسخ دارد یا در فرض کسر مترائز مقرر در پیش قرارداد، در مواردی امکان تکمیل ساختمان بوسیله پیش خریدار و تنظیم سند رسمی انتقال از طرف او، مسئولیت نوعی پیش فروشنده در مقابل خسارات ناشی از عیب بناء در مجموع یک قانون حمایت از پیش خریدار است و باب بسیاری از سوءاستفاده ها و کلاهبرداری ها را مسدود کرده و بسیاری از مسائل مناقشه برانگیز را نیز روشن ساخت.

### واژگان کلیدی:

قرارداد پیش فروش، تملیک تدریجی، احداث، تکمیل، تحویل، انتقال قطعی.

## ۱- مقدمه

افزایش تورم و بالا رفتن قیمت مصالح ساختمانی، زمین و به تبع افزایش قیمت ساختمان، سازندگان و خریداران را بیش از پیش با مشکل ساخت و خرید مواجه کرد. نهاد پیش فروش ساختمان راهکاری بود که جهت تسهیل ساخت و خرید ساختمان پدیدار شد. چون، در این روش از یک طرف، با امکان پرداخت اقساطی و تدریجی ثمن به خریداران قدرت خرید می‌دهد. از طرف دیگر، سازندگان نیز با دریافت تدریجی ثمن بخشی از منابع مالی ساخت را فراهم می‌کنند. لکن با فقدان قانون خاص و مناسب، این نهاد می‌تواند مخاطراتی به ویژه برای خریداران به همراه داشته باشد. این مخاطرات عمدتاً ناشی از این است که پیش خریدار زمانی بخشی از ثمن را می‌پردازد که یا ساختمانی هنوز وجود ندارد و یا نیمه ساز است. یعنی پیش خریدار در مقابل پرداخت ثمن صرفاً تعهد به ساخت پیش فروشنده را تحصیل کرده است. در نتیجه، ممکن است پیش فروشنده دست به تبلیغات کاذب زده باشد و اساساً پروژه‌ای در میان نباشد یا به تعهد به ساخت خویش عمل نکند. در صورت تکمیل نیز به پیش خریدار تحویل و انتقال ندهد یا آن را به غیر منتقل کند و یا بوسیله طلبکاران وی توقیف شود. برابر، مقررات موجود در این موارد پیش خریدار حداکثر می‌تواند وجهی را پس بگیرد که چندین سال مورد استفاده پیش فروشنده قرار گرفته است. همین امر هم موجب سوءاستفاده بسیاری از سوداگران شده و کلاهبرداریهای کلانی صورت گرفته و پرونده های متعدد در دستگاه قضایی تشکیل شد.

این مشکلات سبب شده که قانونگذار ایران به مانند بسیاری از کشورهای دیگر، قانونی خاص در این عرصه وضع کند و برای هریک از خطرات فوق الذکر چاره‌ای بیندیشد و حتی الامکان راههای سوءاستفاده را مسدود کند. قانون مزبور «قانون پیش فروش ساختمان» است که در ۸۹/۱۰/۱۲ به تصویب مجلس رسید و شورای نگهبان نیز آن را در ۸۹/۱۰/۲۹ تأیید کرد. بررسی، تحلیل و تفسیر این قانون موضوع این مقاله است که تحت عناوین مفهوم، اقسام، ماهیت، اوصاف، شرایط انعقاد و آثار قرارداد پیش فروش ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش خریدار و پیش فروشنده و حل اختلاف مورد بررسی قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

## ۲- تعریف

ماده یک قانون پیش فروش ساختمان در مقام تعیین قلمروی خویش به نوعی از قرارداد پیش فروش ساختمان نیز تعریف کرده است. بدین عبارت: «هر قراردادی با هر عنوان که به

۱. توضیح: منظور از قانون در این مقاله قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲ می‌باشد.

موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مزبور 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) در آید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمانی» محسوب می‌شود. ملاحظه می‌شود که آنچه مد نظر قانونگذار قرار گرفته است هدف طرفین در قرارداد است نه قالبی که انتخاب می‌کنند یا زمانی که برای تملیک در نظر می‌گیرند و یا نوع استفاده‌ای که از ساختمان خواهد شد. یعنی، همین که یک طرف متعهد شود که واحد ساختمانی مشخص را برای طرف دیگر احداث یا تکمیل کند توافق آنها قرارداد پیش فروش ساختمانی خواهد بود اعم از این که عنوان توافقیشان را مبیعه نامه، قولنامه، صلحنامه یا صرفاً قرارداد گذارند و اعم از این که کاربری ساختمان مسکونی، تجاری، اداری و غیره باشد. خواه طبق توافقیشان زمان تملیک از زمان انعقاد عقد باشد یا تملیک تدریجی و یا پس از اتمام عملیات ساختمانی. حتی مطابق تبصره ماده یک جهت شمول قرارداد پیش فروش، لازم نیست پیش فروشنده مالک زمینی باشد که بنا در آن احداث می‌شود و ممکن است پیش خریدار مالک زمین باشد و پیش فروشنده متعهد شود که بنائی در آن احداث کند و در مقابل، واحدهایی مشخص از بناء احداثی به او تعلق یابد (بند ۱ تبصره ماده ۱) یا پیش فروشنده مالک رسمی منافع زمینی باشد که متعلق به غیر است (بند ۲ تبصره ماده ۱). به نظر می‌رسد هدف قانونگذار این بود که قانون مزبور همه اقسام پیش فروش ها و به طور کلی هر گونه تعهد به ساخت را پوشش دهد و راه های گریز از قانون را مسدود کند.

با توجه به مطالب فوق قرارداد پیش فروش ساختمان را می‌توان این گونه تعریف کرد: «قراردادی است که در آن یک طرف متعهد می‌شود واحد یا واحدهای ساختمانی مشخص را در مدت مقرر ساخته یا تکمیل و به طرف دیگر تحویل و رسماً انتقال دهد» (مستنبط از مواد ۱ و ۱۳ قانون). از آنجا که در این نوع قرارداد مورد معامله (ساختمان) در زمان عقد موجود نیست به متعهد ساخت اصطلاحاً «پیش فروشنده» و به متعهد له نیز «پیش خریدار» می‌گویند. در حقوق فرانسه قرارداد پیش فروش ساختمان به بیع ساختمان در حالت ساخت (la vente d'immeuble a construire) موسوم است و در تعریف آن آمده است: «بیعی که در آن فروشنده متعهد می‌شود ساختمانی را در مدت مقرر در قرارداد بسازد» (ماده ۱-۱۶۰۱ ق.م.ف). اما در ایران با توجه به بند ۲ ماده ۵ و ماده ۱ این قانون مشکل است که این قرارداد را بیع تلقی کرد (ر.ک بند ۴ مقاله).

### ۳- اقسام قرارداد پیش فروش

مطابق ماده یک و تبصره آن قرارداد پیش فروش ساختمان را می‌توان برحسب زمان انعقاد قرارداد و مالکیت زمینی که بنا در آن ساخته می‌شود به چند قسم تقسیم کرد:

#### الف) اقسام قرارداد پیش فروش برحسب زمان انعقاد قرارداد.

بر این مبنا قرارداد به دو قسم تقسیم می‌شود: ۱- قرارداد احداث ساختمان ۲- قرارداد تکمیل ساختمان. قرارداد «احداث» ساختمان، قراردادی است که در زمان انعقاد عقد، ساختمان هنوز ساخته نشده است و پیش فروشنده متعهد به ساخت یا احداث آن می‌شود. البته مطابق بند ۴ ماده ۴ انعقاد عقد تا قبل از پایان عملیات پی ساختمان ممنوع است. بنابراین قرارداد احداث، قراردادی است که در زمان عقد، ساختمان حداکثر در مرحله پی یا فونداسیون باشد. در مقابل قرارداد «تکمیل» ساختمان، قراردادی است که در زمان عقد بخشی از ساختمان ساخته شده است (بیشتر از فونداسیون) و پیش فروشنده متعهد به تکمیل آن می‌شود.

#### ب) اقسام قرارداد پیش فروش ساختمان بر مبنای مالکیت زمین بناء.

بر اساس مالکیت زمینی که بناء در آن ساخته می‌شود؛ قرارداد به سه قسم تقسیم می‌شود.

۱- قراردادی که در آن پیش فروشنده مالک رسمی عین زمین است (ماده ۱)؛

۲- قراردادی که در آن پیش فروشنده مستاجر و مالک رسمی منافع زمین بناء می‌باشد و مالکیت عین زمین متعلق به اشخاص حقوقی، دولت یا موقوفات است (بند ۲ تبصره ماده یک)؛

۳- قراردادی که در آن پیش فروشنده نه مالک زمین بناء می‌باشد و نه منافع آن بلکه مالکیت زمین متعلق به پیش خریدار است و سازنده متعهد می‌شود با سرمایه خویش بنائی در زمین پیش خریدار احداث و در عوض، واحدهای ساختمانی مشخصی به او اختصاص یابد (بند یک تبصره ماده ۱).

قسم اخیر قرارداد پیش فروش در واقع همان قراردادی است که عرفاً به آن «مشارکت در ساخت» می‌گویند. در این قسم قرارداد که یک طرف، زمین بناء را فراهم کرده و طرف دیگر متعهد به ساخت می‌شود و هر یک به نسبت ارزش سهم شرکت خویش مالک تعدادی از واحدهای ساخته شده می‌شود و قانونگذار جدید خواسته است این قسم از قراردادهای ساخت هم مشمول این قانون شود. البته در بند ۱ تبصره ماده ۱ تصریح نشده است که زمین باید متعلق به پیش خریدار باشد. لکن با توجه به این که بند ۲ تبصره مزبور مربوط به فرضی است که زمین بناء متعلق به غیر است نه پیش فروشنده بنابراین بند ۱ تبصره فقط مربوط به فرضی

می‌شود که زمین متعلق به پیش خریدار باشد. مضافاً اینکه فقط در این فرض است که ممکن است واحدهای ساختمانی مشخص به پیش فروشنده و تعدادی هم به پیش خریدار اختصاص یابد و در فرضی که پیش فروشنده مالک زمین یا منافع آن است چنین امری متفی است.

#### ۴- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

تا پیش از تصویب قانون پیش فروش ساختمان نظریات مختلف راجع به ماهیت این قرارداد ارائه شده بود. نظریاتی چون، تعهد به بیع ساختمان (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۰)؛ بیع آیندگان (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۹۵۲)؛ بیع معلق به ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۱۸۸، ولویون، سال ۱۳۸۵: ۵۳)؛ قرارداد نامعین مشمول ماده ۱۰ ق.م. (حاتمی و ذاکری نیا، ۱۳۸۹: ۸۶)؛ تحلیل عقد به دو عمل حقوقی بیع زمین و تعهد پیش فروشنده به ساخت (احمدی و غضنفری، ۱۳۸۷: ۲۷۶). اما، با تصویب این قانون اکنون دو نظر می‌توان در باب ماهیت این قرارداد ارائه داد. نخست این که با توجه به اینکه این قرارداد در قانون نامی خاص تحت عنوان «قرارداد پیش فروش ساختمان» به خود گرفت و احکام و آثار آن در این قانون آمده است پس قرارداد مزبور یک عقد معین در کنار سایر عقود معین است و ماهیتی مستقل دارد.

نظر دیگر اینکه، این قرارداد همان عقد بیع است که قانونگذار تشریفات (مانند تنظیم سند رسمی و وجود مدارک خاص برای انعقاد عقد) و تکالیفی خاص برای بایع و فروشنده در نظر گرفت که در قانون مدنی نیامده است؛ بنابراین این قرارداد نوعی بیع است. در توجیه و تایید این نظر می‌توان گفت توجه به قصد عرفی طرفین در این نوع قراردادها که همیشه صحبت از خرید و فروش است و بکارگیری واژه‌های چون «فروش» در عبارات قانون پیش فروش ساختمان و «خریدار» و «فروشنده» در عبارات پیش فروشنده و پیش خریدار همگی دلالت بر بیع بودن این رابطه دارد در حقوق فرانسه، بیع ساختمان در حال ساخت (La vente d'immeubles a' construire) بیع است چون این قرارداد در فصل بیع آمده و در تعریف آن هم گفته شده است: «بیعی که به موجب آن بایع متعهد می‌شود ساختمانی را در یک مدت مقرر بسازد» (ماده ۱ - ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه) یکی از حقوقدانان ایران هم که راجع به این قانون اظهار نظر کرده است این قرارداد را بیع تلقی و از نظر اصول حقوق مدنی منعی برای آن ندیدند (کاشانی، ۸۹: ۳۵).

ایراد مهم بر این نظر، آن است که همانگونه که در بند ۵ مقاله آمده است مطابق این قانون با توجه به بند ۲ ماده ۵ و ماده یک، قرارداد پیش فروش ذاتاً معوض نیست و می‌تواند به صورت رایگان هم منعقد شود؛ در حالی که معوض بودن وصف اساسی و ذاتی عقد بیع است. از طرف دیگر، طبق این قانون قرارداد های مشارکت در ساخت (بند ۱ تبصره ۱) هم

قرارداد پیش فروش تلقی شده است. در حالی که چنین قراردادی نمی‌تواند بیع باشد چون در این فرض زمینی که بنا در آن ساخته می‌شود؛ متعلق به پیش خریدار است و پیش فروشنده چیزی را نمی‌فروشد؛ بلکه در مقابل ساخت ساختمان، مالک واحدهایی از ساختمان می‌شود. پس، باید گفت با توجه به موارد فوق الذکر قرارداد پیش فروش ساختمان ماهیتاً عقدی معین با شرایط و احکام خاص در کنار بیع و دیگر عقود معین خواهد بود.

### ۵- اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان

از مجموع مواد قانون پیش فروش ساختمان و اصول کلی، اوصاف ذیل را می‌توان برای این قرارداد در نظر گرفت:

#### الف) یک عقد تملیکی است

گرچه ماده یک قانون پیش فروش در مقام تعریف قرارداد پیش فروش با بیان این که پیش فروشنده «متعهد» بر احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص می‌شود؛ شائبه عهدهی بودن این قرارداد می‌رود. لیکن، مطابق ماده ۱۳ این قانون، پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌شود. در حالی که اگر این عقد عهدهی بود تملیک زمانی صورت می‌گرفت که پس از تکمیل ساختمان، ملک به پیش خریدار تسلیم یا سند انتقال امضاء می‌شد. وانگهی، مطابق ماده ۱۵ این قانون، عرصه و اعیان پیش فروش شده قابل توقیف و تأمین به نفع طلبکاران پیش فروشنده نیست که این امر دلالت بر این دارد که ملک به تدریج ساخت در ملکیت پیش خریدار قرار می‌گیرد. اگر این قرارداد عهدهی بود طبیعتاً تا قبل از تکمیل ساختمان و انتقال مالکیت، ملک به عنوان جزیی از اموال پیش فروشنده قابل توقیف از سوی طلبکاران وی بود. مضافاً اینکه حمایت از پیش خریداران از خطر توقیف ملک پیش فروش شده از سوی طلبکاران واقعی یا صوری پیش فروشنده یکی از اهداف اصلی وضع این قانون بود و لازمه این حمایت هم تملیکی بودن این قرارداد است. ظاهراً قانونگذار در ماده ۱۳ این قانون شرط تملیک تدریجی که در ماده ۱ - ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه بود را جزء آثار قرارداد پیش فروش قرار داد.

ایراد نشود که با توجه به این که تملیک بر مال موجود ممکن است و تملیک مال معدوم عقلاً ممکن نیست و در قرارداد پیش فروش هم مورد معامله در زمان قرارداد موجود نیست چون همانگونه که برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۱۸۷). پیش از این قانون و در توجیه تملیکی بودن قرارداد های پیش فروش و نیز تملیکی بودن بیع کلی گفته‌اند، این قرارداد در زمان انعقاد صرفاً مقتضی تملیک را فراهم می‌کند و تملیک نهایی منوط به «شرط» ساخت

ساختمان است. البته همانگونه که گفته شد، مطابق این قانون تملیک منوط به تکمیل ساختمان نیست بلکه بتدریج که ساختمان ساخته می‌شود به همان میزان (در صورتی که اقساط ثمن پرداخته شود) مانع فقدان مورد معامله بر طرف شده و مقتضی که قبلاً موجود بوده است بکار افتاده و تملیک صورت می‌گیرد.

### ب) قرارداد پیش فروش یک عقد تشریفاتی است

قانون پیش فروش ساختمان تشریفات متعدد برای قرارداد پیش فروش در نظر گرفته است. به این ترتیب که مطابق ماده ۲ این قانون در قرارداد پیش فروش باید مواردی خاص تصریح شود و لازمه تصریح شدن این موارد نیز وجود یک قرارداد کتبی است. ماده ۴ این قانون تنظیم قرارداد را منوط به ارائه مدارکی خاص کرده است و مهمتر این که مطابق ماده ۳ قانون، قرارداد پیش فروش «باید» در سند رسمی صورت گیرد و برای عدم رعایت این شرط مواد ۲۳ و ۲۴ ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته است. لیکن متأسفانه قانونگذار ضمانت اجرای حقوقی عدم رعایت این تشریفات را تعیین نکرده و رویه قضایی هم هنوز فرصت اظهار نظر نکرده است. در این سکوتی که قانونگذار پیشه کرده است راه حلهای زیر را می‌توان ارائه و رویه قضایی می‌تواند یکی از آنها را برگزیند:

۱. بکار گرفتن واژه «باید» در مواد ۲ و ۳ برای تصریح مواردی خاص در قرارداد پیش فروش و تنظیم سند رسمی و در نظر گرفتن مجازات حبس برای تنظیم قرارداد عادی پیش فروش یا قرارداد شفاهی دلالت بر این دارد که تنظیم سند رسمی و ذکر موارد موضوع ماده ۲ و فراهم بودن مدارک موضوع ماده ۴ جزء «ارکان» قرارداد پیش فروش است نه صرفاً وسیله اثبات آن. بنابراین عدم رعایت این تشریفات موجب بطلان قرارداد خواهد شد و رابطه طرفین تابع احکام عقود باطل خواهد بود. اگر این نظر پذیرفته شود ما شاهد تولد یک عقد تشریفاتی دیگر در نظام حقوقی ایران خواهیم بود و قرارداد پیش فروش ساختمان به لیست قراردادهای تشریفاتی اضافه خواهد شد. سیاست و مصلحتی که مد نظر قانونگذار در وضع قانونی خاص در این مورد یعنی پیشگیری از انعقاد قراردادهای متعدد راجع به ملک واحد و کلاهبرداریهای متعدد در نتیجه ارتباط این قانون با نظم عمومی و به تبع آمره بودن آن و اینکه امر قانونگذار عموماً امری است نه ارشادی مبنا و موبد این نظر خواهد بود.

۲. عدم رعایت این تشریفات موجب عدم تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان می‌شود؛ لیکن نه اینکه هیچ قرارداد یا رابطه حقوقی بین پیش فروشنده و پیش

خریدار بوجود نیاید بلکه عدم رعایت این تشریفات سبب می‌شود که قرارداد طرفین صرفاً از شمول قانون پیش فروش ساختمان خارج و مشمول قواعد عام قانون مدنی خواهد شد. در این صورت پیش فروشنده و عمدتاً پیش خریدار از حمایت های این قانون محروم خواهد شد. راهی که قانونگذار تجارت برای عدم رعایت شرایط شکلی برات رفته است. به این ترتیب که ماده ۲۲۳ ق. ت شرایط شکلی یا مواردی را که در برات باید ذکر شود، بیان کرده است و ضمانت اجرای عدم رعایت هر یک از این شرایط مطابق ماده ۲۲۶ ق. ت این است که سند تنظیمی مشمول مقررات بروات تجارتي نخواهد بود. یعنی یک سند مدنی و مشمول قواعد عام حقوق مدنی خواهد بود نه این که عدم رعایت این شرایط موجب شود بین صادر کنند و دارنده هیچ رابطه حقوقی شکل نگیرد. یا برخوردی که دکترین (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۳۷-۲۳۶) و رویه قضایی با مواد ۱ و ۲ قانون روابط موجر و مستأجر کرده‌اند. به این ترتیب که عدم رعایت تشریفات مزبور در این مواد (کتبی بودن و امضاء دو شاهد) سبب می‌شود که قرارداد اجاره مشمول این قانون نبوده و تابع قانون مدنی باشد. البته پذیرش این نظر و خروج رابطه طرفین از قانون پیش فروش موجب معافیت پیش فروشنده و مشاوران املاک تنظیم کننده سند عادی از ضمانت اجرای کیفری نیست. بلکه کیفر مزبور در مواد ۲۳ و ۲۴ این قانون در هر صورت اعمال خواهد شد؛ زیرا در غیر این صورت قانون مزبور کاملاً فاقد ضمانت اجرا خواهد شد. مضافاً اینکه جرم مزبور مقید به هیچ قیدی نبوده و صرف عدم تنظیم سند رسمی موجب ارتکاب آن خواهد شد. بنابراین، طبق این نظر هم قرارداد پیش فروش یک عقد تشریفاتی خواهد شد چون عدم رعایت این تشریفات سبب می‌شود که قرارداد پیش فروش موضوع قانون پیش فروش ساختمان منعقد نشود.

۳. گفته شود که قراردادی که بدون رعایت این تشریفات (بصورت عادی یا شفاهی) واقع می‌شود به لحاظ مدنی یک قرارداد پیش فروش و مشمول قانون پیش فروش است و پیش فروشنده صرفاً مسئولیت کیفری موضوع مواد ۲۳ و ۲۴ این قانون خواهند داشت. یعنی عملی که به لحاظ مدنی صحیح ولی بلحاظ کیفری جرم است. مشابه آن را در حقوق خانواده راجع به ضمانت اجرای عدم ثبت نکاح و طلاق و رجوع، موضوع ماده ۱ قانون راجع به ازدواج مصوب ۲۳ مرداد ۱۳۱۰ داریم. که نویسندگان معتقدند عدم ثبت نکاح موجب عدم تحقق نکاح و عدم مشمول قوانین نکاح نسبت به آن نیست. بلکه صرفاً چنین مرد و عاقدی که فاقد دفتر رسمی است به یک تا شش ماه حبس محکوم می‌شوند (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ش ۴۰). اگر این



نظریه پذیرفته شود قرارداد پیش فروش یک عقد رضایی خواهد بود استثنایی بودن عقود تشریفاتی و اصل رضایی بودن عقود موید این نظر خواهد بود. در مقام ارزیابی می‌توان گفت که پذیرش نظر نخست و حکم به بطلان قرارداد طرفین موجب می‌شود که در اکثر موارد، با توجه به رشد فزاینده قیمت املاک، این نظر به نفع پیش فروشنده تمام شود. چون او فقط ملزم است ثمن دریافتی را بپردازد؛ ولی در مقابل ملک با قیمتی بالا به او مسترد شود. با توجه به اینکه هدف قانونگذار عمدتاً حمایت خریدار بوده است این نتیجه با هدف مزبور سازگار نیست. خصوصی بودن جرم عدم تنظیم سند رسمی که در تبصره ماده ۲۳ این قانون آمده است نیز این نظر را ضعیف می‌کند.

نظری که معتقد است که برغم عدم رعایت این شرایط باز قرارداد طرفین مشمول این قانون باشد نیز منطقی نیست. چون این قانون بر قراردادهایی حاکم است که طبق این قانون تنظیم شده باشد. مضافاً اینکه بسیاری از مقررات آن بدون تنظیم سند رسمی قابلیت اجرایی نخواهند داشت. بنابراین در شرایط فعلی که هنوز زمینه‌های اجرایی این قانون بویژه صدور سند موقت از سوی شهرداری و آئین نامه اجرایی این قانون، بهتر است که نظر دوم پذیرفته شود. یعنی عدم رعایت این تشریفات موجب خروج قرارداد طرفین از قانون پیش فروش ساختمان و شمول قوانین عام نسبت به آنها خواهد بود. در نتیجه قرارداد پیش فروش ساختمان یک عقد تشریفاتی خواهد بود.

### ج) قرارداد پیش فروش می‌تواند هم بصورت معوض و هم رایگان منعقد شود

مطابق ماده ۱۳ قانون پیش فروش، تملیک قسمت‌های ساخته شده به پیش خریدار منوط به پرداخت اقساط ثمن است و این دلالت به معوض بودن قرارداد پیش فروش دارد. در عمل هم همیشه این قرارداد به صورت معوض منعقد می‌شود. شاید عملاً قرارداد پیش فروش به صورت رایگان تقریباً یافت نشود. لیکن بنده ۵ ماده ۲ بگونه‌ای تنظیم شده است که به نظر می‌رسد این قرارداد ممکن است بصورت رایگان هم منعقد شود. به این ترتیب که مطابق بند مزبور در قراردادهای معوض باید بهاء یا عوض قراردادی و مقدار اقساط و نحوه پرداخت آن ذکر شود. مفهوم بند مزبور این است که در قراردادهای غیر معوض چنین الزامی وجود ندارد و لازمه این مفهوم این است که این قرارداد می‌تواند به صورت غیر معوض هم منعقد شود و گرنه نیازی به بیان آن بصورت مشروط (معوض بودن) نبود. ماده ۱ این قانون هم در مقام

تعریف قرارداد پیش‌فروش صرفاً به تعهد پیش‌فروشنده اشاره و صحبتی از عوض نکرده است. این هم قرینه دیگری است که این قرارداد ذاتاً معوض نیست و گرنه باید در تعریف می‌آمد. اگر این تحلیل و نتیجه‌گیری پذیرفته شود قرارداد پیش‌فروش از جمله قراردادهایی خواهد بود که ذاتاً دارای ماهیت معوض و یا رایگان نیست؛ بنابراین می‌توان آن را به هر دو صورت معوض و رایگان منعقد کرد. نمونه این قرارداد در قانون مدنی عقد حق انتفاع است که در قانون صحبت از رایگان یا معوض بودن آن نشده است؛ لذا برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ش ۲۲۴) معتقدند که این عقد را می‌توان به صورت معوض یا رایگان منعقد کرد. احتمالاً مسدود کردن راههای گریز از این قانون و جلوگیری از قراردادهای صوری موجب در نظر گرفتن چنین وصف غیر عادی و غیر معمولی برای این قرارداد شده است.

#### د) یک عقد لازم است

با توجه به این که قانون جایز بودن این قرارداد را تصریح نکرده است؛ لذا طبق قاعده اصالة الزوم، قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک عقد لازم خواهد بود و جز در موارد خاص قانونی قابل فسخ از سوی طرفین نیست (ماده ۲۱۹ ق.م).

#### ۶- شرایط انعقاد

- برای انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان علاوه بر وجود شرایط اساسی صحت معاملات (قصد و رضا، اهلیت، موضوع معین و مشروعیت جهت معامله...) باید:
- ۱- پیش‌فروشنده مالک رسمی زمین یا منافع آن باشد و یا این که پیش‌خریدار مالک زمین بوده و با پیش‌فروشنده قرارداد مشارکت ساخت منعقد کرده باشد که به موجب آن پیش‌فروشنده متعهد شود که در زمین پیش‌خریدار ساختمانی احداث کند در مقابل، واحد یا واحدهای مشخص به او اختصاص یابد و واحد یا واحدهای دیگری هم متعلق به پیش‌خریدار باشد (ماده ۱ و بندهای ۱ و ۲ تبصره ماده ۱).
  - ۲- قرارداد کتبی و رسمی باشد (مواد ۳، ۵، ۲۳ و ۲۴).
  - ۳- در زمان انعقاد قرارداد عملیات پی ساختمان به اتمام رسیده باشد (بند ۴ ماده ۴).
- البته به نظر می‌رسد که در مورد قراردادهای مشارکت در ساخت (بند ۱ تبصره ماده ۱) رعایت این شرط منتفی باشد. چون در این نوع قراردادهای مشارکت در ساخت زمین متعلق به پیش‌خریدار است و او هم تعهدی به ساخت نداشته و این تعهد کلاً به عهده پیش‌فروشنده است.
- ۴- اگر واحد ساختمانی موضوع قرارداد در مجموعه‌های احداثی (مانند شهرک) باشد پیش‌فروشنده در زمان انعقاد قرارداد باید حداقل سی درصد تعهداتی را که در برابر مرجع

صادر کننده پروانه دارد، انجام داده باشد. تبصره ماده ۴ در این مورد مقرر می‌دارد: «در مجموعه‌های احدائی که پیش فروشنده تعهداتی در برابر مرجع صادر کننده پروانه از قبیل آماده سازی و انجام فضاهای عمومی و خدماتی با پرداخت حقوق دولتی و عمومی و نظارت آن دارد، اجازه پیش فروش واحدهای مزبور منوط به حداقل سی درصد پیشرفت در سرجمع تعهدات مربوط و تأیید آن توسط مرجع صادر کننده پروانه می باشد».

۵- مدارک مزبور در ماده ۴ قانون فراهم باشد.

۶- موارد مزبور در ماده ۲ قانون در قرارداد ذکر شود.

نکته قابل ذکر این است که شرایط فوق الذکر را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: نخست شرایطی که جزء ارکان این قرارداد است و مطابق قواعد عمومی قراردادها و احکام عمومی نیز رعایت آنها ضروری است و گرنه نه تنها قرارداد پیش فروش باطل است بلکه هیچ عمل حقوقی دیگری نیز منعقد نمی‌شود. مالکیت پیش فروشنده نسبت به زمین یا منافع آن یا مالکیت پیش خریدار نسبت به زمین در قرارداد مشارکت در ساخت (تبصره ۱ ماده یک قانون)، تعیین مشخصات طرفین و مشخصات ملک و اوصاف واحد ساختمانی موضوع معامله و مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود، بهاء یا عوض معامله (بندهای ۱، ۲، ۳، ۴ و ۵ ماده ۲ قانون) جزء این شرایط هستند. چون در غیر این صورت معامله فضولی یا مجهول خواهد بود. شرایط دسته دوم در واقع تشریفات هستند که این قانون برای قرارداد پیش فروش در نظر گرفته است. موارد مزبور در بندهای ۶، ۷، ۸، ۹ و ۱۱ ماده ۲ و موارد مزبور در ماده ۳ جزء این شرایط هستند. عدم رعایت این شرایط موجب می‌شود که قرارداد منعقد قرارداد پیش فروش ساختمان مشمول قانون پیش فروش ساختمان نشود نه این که هیچ قراردادی میان طرفین منعقد نشود. در نتیجه رابطه طرفین را باید جداگانه تحلیل و ماهیت آن را بدست آورد.

## ۷- آثار قرارداد

آثار قرارداد پیش فروش علاوه بر ایجاد مقتضی تملیک واحد ساختمانی مورد معامله عمدتاً در تعهداتی که این قرارداد برای طرفین ایجاد می‌کند ظاهر می‌شود که به ترتیب بررسی می‌شود.

### الف) تعهدات پیش فروشنده

با توجه به مجموع مواد این قانون تعهدات پیش فروشنده را می‌توان بشرح ذیل خلاصه کرد.

۱- احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مورد معامله حسب مورد با شرایط مقرر در قرارداد (ماده ۱)؛

۲- تحویل واحد ساختمانی مورد معامله در زمان مقرر در قرارداد به پیش خریدار (بندهای ۶ و ۷ ماده ۲ و ماده ۶)؛

۳- تنظیم سند رسمی انتقال قطعی در موعد مقرر در قرارداد به پیش خریدار (بندهای ۶ و ۷ ماده ۲ و مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۹).

هرچند مطابق ماده ۳ قانون، قرارداد پیش فروش باید رسمی باشد؛ لیکن این قرارداد زمانی منعقد می‌شود که واحد ساختمانی مورد معامله هنوز وجود ندارد و طبیعتاً فاقد سند رسمی و ثبت در دفتر املاک می‌باشد. آنچه موجود است صرفاً شناسنامه فنی مستقل است که قانونگذار جهت امکان تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش و جلوگیری از معاملات معارض صدور آن را به شهرداری‌ها تکلیف کرده است که در آن مشخصات کامل و ملحقات و سایر حقوق با شماره مسلسل است (ماده ۲۲) و تنها پس از تکمیل ساختمان و صورت‌مجلس تفکیکی است که واحد ساختمانی دارای سند رسمی قطعی می‌شود و شناسنامه فنی مستقل در واقع یک سند موقتی است. به همین دلیل هم مطابق ماده ۱۹ پس از انتقال قطعی واحد پیش فروش شده و انجام کلیه تعهدات پیش فروشنده، قرارداد پیش فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم هستند آن را به دفترخانه اعاده کنند. در نتیجه با صدور سند برای واحد ساخته شده پیش فروشنده موظف است سند صادره را به پیش خریدار منتقل کند. بنابراین از عبارت تنظیم سند رسمی انتقال «قطعی» نباید استنباط کرد که مالکیت قبل از آن متزلزل بوده یا متعلق به پیش فروشنده بوده است حکم مواد ۱۳ و ۱۵ قانون باب هرگونه بحثی را در این زمینه مسدود کرده است. بلکه منظور این است که سند پیش فروش یک سند موقتی است که پس از تکمیل ساختمان به قطعی تبدیل می‌شود. به بیان دیگر، وصف قطعی به سند برمی‌گردد نه به انتقال.

#### ۴- عدم انتقال قرارداد

انتقال قرارداد یا انتقال موقعیت قراردادی عبارت است از انتقال موقعیت یکی از طرفین قرارداد به شخص ثالث به گونه ای که ثالث جانشین (قائم مقام) او در عقد شود. به بیان دیگر در انتقال قرارداد یک طرف قرارداد همه حقوق و تعهدات قراردادی خویش را یا به طور کلی جایگاه و موقعیت قراردادی خود را به شخص دیگری منتقل می‌کند به گونه‌ای که منتقل‌الیه جانشین یا قائم مقام او در قرارداد شود و انتقال دهنده از رابطه قراردادی خارج می‌شود. در نتیجه منتقل‌الیه و طرف دیگر قرارداد می‌توانند اجرای عقد را از یکدیگر بخواهند (کاتوزیان، ۸۰، ش ۶۱۹، گلین مقدم، ۱۳۸۱: ۶۱). در قرارداد پیش فروش به جهت اهمیتی که شخصیت پیش فروشنده برای پیش خریداران دارد ماده ۱۷ قانون، پیش فروشنده را جز با رضایت تمام پیش

خریداران از انتقال قرارداد منع کرده است و این انتقال را در مقابل پیش خریداران غیرقابل استناد می‌داند. بدین عبارت: «واگذاری تمام یا بخشی از حقوق و تعهدات پیش فروشنده نسبت به واحد پیش فروش شده و عرصه آن پس از اخذ رضایت همه پیش خریداران یا قائم مقام قانونی آنها بلامانع است». البته باید توجه داشت که عدم قابلیت انتقال قرارداد غیر از اجرای قرارداد بوسیله شخص دیگر است. بنابراین پیش فروشنده می‌تواند ساخت ساختمان را کلاً یا جزئاً به پیمانکار دهد. چون در این فرض پیش فروشنده بعنوان طرف اصلی عقد باقی می‌ماند و پیمانکار مامور یا اجیر او خواهد بود.

تعهدات فوق الذکر تعهداتی هستند که پیش فروشنده در مقابل پیش خریدار دارد. مطابق قانون جدید پیش فروشنده ممکن است تعهداتی نیز به مرجع صادر کننده پروانه و سایر مراجع قانونی داشته باشد که مطابق بند ۹ ماده ۲ باید در قرارداد ذکر شود. تبصره ماده ۴ و بند ۳ ماده ۶ قانون هم به برخی از این تعهدات اشاره کرده است از قبیل آماده سازی و انجام فضاهای عمومی و خدماتی مانند خیابان، فضای سبز، مساجد، مدارس و امثال آن. البته این تعهدات به نظر می‌رسد عمدتاً مربوط به فرضی است که واحد ساختمانی در مجموعه‌هایی مانند شهرک باشد.

#### ب) تعهدات پیش خریدار

مهم ترین تعهد پیش خریدار، به مانند هر خریداری، پرداخت بهاء یا عوض معامله (ثمن) در زمان مقرر است که در قرارداد پیش فروش این پرداخت بصورت اقساطی خواهد بود (بندهای ۵ و ۶ ماده ۲، ماده ۱۱ و ۱۳) نحوه پرداخت اقساط تابع توافق طرفین است. لیکن مطابق ماده ۱۱ قانون، پیش خریدار باید حداقل ده درصد بهاء را همزمان با تنظیم سند رسمی انتقال قطعی بپردازد و نمی‌تواند تمام ثمن را قبل از انتقال قطعی پرداخت کند و شرط مزبور الزامی و آمره است و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند و در صورت توافق این شرط به جهت نامشروع بودن باطل خواهد بود (بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م). مبنای این حکم این است که اولاً، سببی جهت ترغیب پیش فروشنده به تکمیل ساختمان و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی باشد؛ ثانیاً، ماده ۱۴ قانون به پیش خریدار حق داده است که اگر پیش فروشنده تا زمان انقضای مدت قرارداد موفق به تکمیل واحد ساختمانی نشود و صرفاً اقدامات جزئی تا تکمیل پروژه باقیمانده باشد (کمتر از ده درصد پیشرفت فیزیکی مانده باشد) پیش خریدار می‌تواند از محل این ده درصد آن را تکمیل کند و تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود را تقاضا کند و بدین ترتیب از بروز اختلاف و تراکم دعاوی کاسته شود و بدین جهت حکم آن آمره است. تعهد دیگری که خریدار طبق این قانون به عهده دارد عدم انتقال قرارداد بدون رضایت پیش

فروشنده است. مطابق ماده ۱۸ قانون پیش خریدار نیز همانند شخص فروشنده نمی تواند حقوق و تعهدات خویش نسبت به واحد پیش فروش شده را بدون رضایت پیش فروشنده منتقل کند. در غیر این صورت انتقال مزبور در رابطه میان پیش خریدار و منتقل الیه صحیح است اما در مقابل پیش فروشنده قابل استناد نخواهد بود. چون ماده ۱۸ انتقال مزبور را باطل ندانسته است بلکه مقرر کرده است که پیش خریدار حتی بعد از انتقال عهده دار بها یا عوض قرارداد خواهد بود و این همان عدم قابلیت استناد است.

### ۸- ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش خریدار و پیش فروشنده

#### الف) ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش فروشنده

قانون پیش فروش ساختمان برای هریک از تعهدات پیش فروشنده ضمانت اجرای خاص پیش بینی کرده است که به ترتیب بیان می شود:

#### ۱- ضمانت اجرای عدم احداث یا تکمیل ساختمان با شرایط مقرر

گفته شد که نخستین تعهد پیش فروشنده احداث یا تکمیل واحد با شرایط مقرر است. یکی از تخلفاتی که پیش فروشنده ممکن است در این مورد مرتکب شود ساخت بنا کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد است. مطابق ماده ۷ این قانون چند فرض را باید تفکیک کرد: فرض نخست این است که مساحت بنا تا پنج درصد کمتر یا بیشتر از زیربنای مقرر در قرارداد است که در این صورت مابه التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت و هیچیک از طرفین حق فسخ نخواهد داشت.

فرض دوم: مساحت بنا بیش از پنج درصد افزون بر میزان مقرر در قرارداد باشد. در این صورت پیش خریدار، در فرض عدم قبول اضافه مساحت<sup>۱</sup>، مطابق ماده ۷ می تواند قرارداد را فسخ کند و مطابق ماده ۸ و تبصره آن مطالبه خسارت کند. خسارتی که در این فرض پیش خریدار می تواند مطالبه کند، در صورت عدم مصالحه با پیش خریدار یا عدم توافق آنها بر کارشناس مرضی طرفین جهت برآورد خسارت، قیمت روز بناء (روز فسخ) طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی است نه صرفاً استرداد ثمن پرداختی. و این علاوه بر سایر خساراتی است که ممکن است به پیش خریدار وارد شده باشد مانند هزینه هایی که پیش خریدار کرده است، عدم استفاده از منافع ممکن الحصول و غیره. در واقع قانونگذار در این مورد بدنبال جبران خسارت کامل پیش خریدار و برآوردن انتظار وی از انعقاد پیش قرارداد بوده است.

۱. در فرض قبول، بهاء اضافه مساحت براساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه خواهد شد نه براساس قیمت روز بناء.

فرض سوم: مساحت بناء بیش از پنج درصد کمتر از مساحت مقرر در قرارداد است (کمتر از نود و پنج درصد مقدار توافق شده). در این صورت پیش خریدار اختیار دارد که قرارداد را فسخ کند و به مانند فرض قبلی مطالبه خسارت کند یا این قرارداد را حفظ و فقط مطالبه خسارت کند. خسارتی که در این فرض می‌تواند مطالبه کند قیمت روز (فسخ) مقدار کسر متراژ براساس نظر کارشناسی است. برای مثال اگر مساحت مقرر یک صد متر مربع بود و واحد تحویلی هشتاد متر باشد پیش فروشنده باید قیمت روز بیست متر کسری را بپردازد نه استرداد ثمن مزبور در پیش قرارداد معادل مقدار کسر شده.

از مطالب فوق الذکر چند نکته جلب توجه می‌کند: اول این که حکم ماده ۷ این قانون تقریباً حکم مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی را در موردی که مورد معامله ساختمان باشد نسخ می‌کند. چون مطابق این مواد اگر مورد معامله ساختمان باشد، خواه مساحت بصورت شرط باشد یا قید معامله، در صورت افزایش، فروشنده و در صورت کاهش، خریدار حق فسخ دارد. در حالی که مطابق ماده ۷ کاهش و افزایش کمتر از پنج درصد هیچ فسخی را به دنبال نخواهد داشت و در صورتی که بیش از پنج درصد باشد خواه در فرض افزایش و خواه در فرض کاهش این خریدار است که فقط حق فسخ دارد.

نکته دیگر این که، در نظام حقوق مدنی ایران، با فسخ بیع خریدار فقط مستحق استرداد عوض معامله و خسارات ناشی از فسخ است (البته در صورتی که فسخ از طرف خریدار باشد) در حالی که مطابق ماده ۸ این قانون با فسخ معامله پیش خریدار علاوه بر استحقاق مطالبه خسارت ناشی از فسخ می‌تواند قیمت روز فسخ واحد ساختمانی تکمیل شده را مطالبه کند نه صرفاً مبلغ مقرر در قرارداد. به بیان دیگر، پیش خریدار در واقع مستحق بهایی است که قابلیت خرید واحد ساختمانی معادل را داشته باشد.

## ۲- ضمانت اجرای عدم تحویل در موعد مقرر

تخلف دیگر که پیش فروشنده ممکن است مرتکب شود این است که واحد ساختمانی را در زمان مقرر تحویل ندهد. ضمانت اجرای این تخلف در ماده ۶ این قانون آمده است و مطابق این ماده پیش فروشنده باید مبالغی حسب مورد بعنوان جریمه تاخیر به پیش خریدار بپردازد؛ مگر این که مبالغ بیشتر به نفع پیش خریدار در قرارداد شرط شده باشد که در این صورت باید مبلغ مزبور پرداخت شود. آنچه در این ماده آمده است همان وجه التزام برای تاخیر انجام تعهد است. البته در نظام قانون مدنی وجه التزام باید در قرارداد شرط شود حال آن که در این قانون چنین شرطی لازم نیست و تعهد به پرداخت آن جزء لوازم قانونی عقد است.

می‌توان گفت یکی از ابتکارات قانون گذار در این ماده شناخت وجه التزام قانونی در کنار وجه التزام قراردادی است.

### ۳- ضمانت اجرای عدم انتقال قطعی (رسمی)

گفته شد که پیش فروشنده پس از اتمام ساختمان باید با حضور در یکی از دفاتر اسناد رسمی و امضاء سند رسمی انتقال، واحد ساختمانی را رسماً، به پیش خریدار منتقل کند در غیر این صورت علاوه بر پرداخت یک در هزار مبلغ قرارداد (بند ۴ ماده ۶) ماده ۱۳ قانون به پیش خریدار حق داده است که با اخذ تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر پرداخت تمام اقساط و عوض قراردادی به یکی از دفاتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی انتقال مراجعه کند. دفترخانه مزبور هم به پیش فروشنده اعلام می‌کند که ظرف ده روز جهت تنظیم سند رسمی حاضر شود و در غیر این صورت دفترخانه با تصریح به خودداری پیش فروشنده مبادرت به تنظیم سند رسمی به نام پیش خریدار یا قائم مقام او می‌کند. ابتکار و نوآوری قانونگذار در این مورد این است که پیش خریدار را از طرح دعوای الزام به تنظیم سند رسمی معاف کرده است و بدین ترتیب بخشی از دعوای دادگستری کاسته خواهد شد. در این راستا قانون، اداره ثبت اسناد و املاک را مکلف کرده است که تقاضای پیش خریدار را نسبت به تفکیک یا افراز ملک پیش فروش شده را بپذیرد و افراز و تفکیک برخلاف قوانین قبلی صرفاً حق مالک (پیش فروشنده) نباشد. آنچه گفته شد مربوط به فرضی است که پیش فروشنده ساختمان را تکمیل کند؛ لیکن حاضر به تنظیم سند رسمی انتقال نشود. اما اگر ساختمان تا زمان انقضای مدت قرارداد تکمیل نشود در صورتی که صرفاً اقدامات جزئی (کمتر از ده درصد) باقیمانده باشد پیش خریدار می‌تواند با قبول تکمیل باقی قرارداد به دفتر اسناد رسمی مراجعه کند و خواستار تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود شود و هزینه‌های انجام شده را از محل ده درصد ثمنی که نزد او تا زمان انتقال قطعی باقی است (ماده ۱۱) البته با کسب نظر هیئت داوری استیفاء نماید. اما اگر مقدار تکمیل نشده بیشتر از ده درصد باشد یا بطور کلی پیش فروشنده از احداث یا تکمیل ساختمان امتناع کند. متأسفانه این قانون هیچ ضمانت اجرایی بر آن در نظر نگرفته است که یکی از مسائل بغرنج در نظام حقوقی ایران است. چون مطابق نظر مشهور در این فرض باید احکام شرط فعل (مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م) را به اجرا گذاشت و پیش خریدار باید پیش فروشنده را اجبار کند و در صورت عدم امکان اجبار نیز چون ظاهراً ساخت ساختمان از جمله اعمالی است که انجام آن بوسیله شخص دیگر مقدور است پس پیش خریدار باید ساختمان را بسازد و هزینه آن را از پیش فروشنده مطالبه کند. اما، آیا منطقی است که شخصی که واحد آپارتمان را در ساختمانی بیست واحدی خریداری کرده است برای رسیدن به منزل



خویش ساختمانی بیست واحدی بسازد؟! چه تضمینی وجود دارد که او بتواند هزینه های انجام شده را وصول کند و با فرار، امتناع، اعسار و ورشکستگی پیش فروشنده مواجه نشود؟ بنابراین، جاداشت که قانونگذار جدید در این مورد هم برای پیش خریدار حق فسخ و مطالبه قیمت روز بنا قائل می شد. این در حالی است که ماده ۱۶ عدم پرداخت ثمن را موجب حق فسخ برای پیش فروشنده قرار داده است و پیش فروشنده نیازی به اجبار به تأدیه پیش خریدار ندارد.

#### ۴- ضمانت اجرای ناشی از عیب بناء و تجهیزات آن و عدم رعایت و ضوابط قانونی مدنی

پیش فروشنده باید بناء را بدون عیب ساخته، تجهیزات سالم بکار برد و همه ضوابط قانونی مربوطه جهت ساخت بنا را رعایت کند. ضمانت اجرای این تعهد پیش فروشنده در ماده ۹ قانون آمده است که به موجب آن در صورتی که خسارتی در نتیجه عیب بنا و تجهیزات آن و عدم رعایت ضوابط قانونی وارد شود پیش فروشنده در مقابل پیش خریدار یا اشخاص ثالث مسئولیت مدنی خواهد داشت. دو نکته قابل توجه در این ماده به چشم می خورد: نکته اول این که، قانون گذار پیش فروشنده را در مقابل اشخاص ثالث نیز مسئول می داند و اشخاص ثالث در این ماده هر شخصی غیر از پیش خریدار است که از عیب بنا یا تجهیزات آن خسارت می بیند. نکته دیگر این که، به نظر می رسد مسئولیت پیش فروشنده در این مورد مسئولیت بدون تقصیر باشد. چون قانونگذار پیش فروشنده را ملزم می کند که مسئولیت خود را نزد یکی از شرکتهای بیمه، بیمه کند و هر جا بیمه مسئولیت مدنی اجباری باشد با نوعی مسئولیت بدون تقصیر مواجه خواهیم بود مانند مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری. البته قانونگذار مشخص نکرده است مدت این بیمه تا چه زمانی خواهد بود؟ چون آن گونه که از ظاهر ماده برمی آید مسئولیت پیش فروشنده محدود به دوره ساخت ساختمان نیست در آینده نیز اگر کسی از عیب موجود در بنا یا تجهیزات آن خسارتی متحمل شود پیش فروشنده مسئول خواهد بود.

#### ب) ضمانت اجرای نقض تعهدات خریدار

گفته شد که خریدار دو تعهد اصلی در مقابل پیش فروشنده دارد: پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در موعد مقرر و عدم انتقال قرارداد. در خصوص تعهد نخست مطابق ماده ۱۶ اگر پیش خریدار اقساط بها یا عوض قراردادی را در مواعد مقرر نپردازد پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف یک هفته به پیش خریدار اخطار کند تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام کند؛ در غیر

این صورت پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. البته تعهد پرداخت اقساط بهاء منوط به پیشرفت عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد و تأیید مهندس ناظر است در غیر این صورت پیش خریدار تکلیفی به پرداخت اقساط عوض نداشته و به تبع پیش فروشنده هم حق فسخ نخواهد داشت (ماده ۱۲).

#### ۹- حل اختلاف

مطابق ماده ۲۰ قانون مرجع صالح به رسیدگی اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش فروش هیئت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار، یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین است و در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین داور سوم از سوی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انتخاب می شود. آنچه در این ماده جلب توجه می کند، داوری اجباری برای حل اختلاف است که تنها مورد داوری اجباری در نظام حقوقی ایران است. چون هم مطابق قانون آ.د.م (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵) و هم قانون داوری تجاری بین المللی (ماده ۱) رجوع به داوری مستلزم وجود موافقتنامه داوری است. مطابق قسمت اخیر ماده ۲۰ تشریفات رسیدگی هیئت داوری مزبور تابع مقررات بخش داوری قانون آ.د.م. است.

#### ۱۰- نتیجه

از مجموع این مطالب می توان به این نکته کلی رسید که قانون پیش فروش ساختمان، قانون حمایتی و برای حمایت پیش خریداران وضع شده و مقررات آن نیز علی القاعده آمره است و در این راستا سعی داشته است ابواب سوءاستفاده های احتمالی پیش فروشندگان را مسدود کند. بدین منظور مقرر کرده است که:

۱- برای درج یا انتشار آگهی پیش فروش به هر طریق باید از مراجع ذیصلاح مجوز بگیرد و عدم رعایت این تکلیف موجب مسئولیت کیفری او خواهد شد. (مواد ۲۱ و ۲۳) و انعقاد قرارداد تا قبل از پایان عملیات پی ساختمان ممنوع است (بند ۴ ماده ۴). تمهیدات مزبور جهت جلوگیری از تبلیغات کاذب و فریب مردم است.

۲- قرارداد پیش فروش ساختمان باید رسمی باشد و در سند مالکیت زمین درج شود و خلاصه آن به اداره ثبت ارسال شود و مشاوران املاک را نیز از تنظیم قرارداد پیش فروش ممنوع کرده است (مواد ۳ و ۲۴) و جهت امکان تنظیم سند رسمی شهرداری ها را مکلف کرده است که هنگام صدور پروانه ساختمان برای هر واحد نیز شناسنامه فنی مستقل با ذکر مشخصات کامل و ملحقات و سایر حقوق با شماره مسلسل صادر نماید (ماده ۲۳). این

تمهیدات به منظور مسدود کردن راه انتقال به غیر و معامله معارض است. در همین راستا و جهت جلوگیری از توقیف واحد پیش فروخته شده از سوی طلبکاران پیش فروشنده در ماده ۱۳ تملیک تدریجی را پیش بینی کرده و در ماده ۱۵ نیز صراحتاً واحد پیش فروش شده را غیر قابل فروش و توقیف کرد.

۳- به منظور الزام پیش فروشنده به انجام تعهداتش در مواعد مقرر جرایمی در ماده ۶ پیش بینی کرده است. و برای الزام پیش فروشنده به رعایت مساحت مقرر در قرارداد برای پیش خریدار حق فسخ و مطالبه قیمت روز بناء و سایر خسارات را پیش بینی کرد نه صرفاً استرداد ثمن پرداختی و این ضمانت اجراء در هر موردی که پیش خریدار حق فسخ داشته باشد نیز لازم الاجرا است (مواد ۷ و ۸).

۴- جهت جلوگیری از تراکم دعاوی در دادگستری نیز تمهیداتی اندیشیده شده است. از جمله مطابق مواد ۱۳ و ۱۴ در صورت عدم حضور پیش فروشنده در دفتر اسناد رسمی و امضاء سند انتقال قطعی یا عدم تکمیل جزیی ساختمان، پیش خریدار خود می تواند پس از تکمیل ساختمان و اخذ صورتمجلس تفکیکی به دفتر اسناد رسمی مراجعه و خواستار تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود شود. اقدام دیگر در این راستا پیش بینی داوری اجباری است که نقش مهمی در این زمینه دارد.

بالاخره این قانون، در صورتی که پیش فروشنده قصد احداث مجموعه های ساختمانی را داشته باشد تعهداتی نیز به نفع مرجع صادر کننده به عهده او نهاده است مانند ایجاد فضاهای عمومی و خدماتی و اجازه پیش فروش نیز منوط به این است که حداقل سی درصد این تعهدات انجام شده باشد (تبصره ماده ۴).

## منابع و ماخذ

۱. احمدی، فیروز و غضنفری هنگامه. (۱۳۸۷)، «ماهیت حقوقی پیش فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن»، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۱۴.
۲. حاتمی، علی اصغر و ذاکری نیا، حانیه. (۱۳۸۹)، «ماهیت قراردادهای ساخت و ساز»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، سال دو، شماره دو.
۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳)، حقوق مدنی ۶، عقود معین (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، چاپ دوم، تهران: مجد.
۴. صفایی، سید حسین و امامی، اسد... (۱۳۷۲)، حقوق خانواده، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱)، حقوق مدنی، عقود معین ۱، چاپ هشتم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (عقد-ایقاع)، چاپ دوم، تهران: انتشارات شرکت انتشار.
۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۸. کاشانی، محمود. (۱۳۸۹)، «لایحه پیش فروش آپارتمان»، ماهنامه قضاوت، شماره ۶۹.

۹. گلین مقدم، عیسی (۱۳۸۱)، «انتقال موقعیت قراردادی»، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران .
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفری (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۱۱. ولویون، رضا (۱۳۸۲)، «فروش آپارتمانهای ساخته نشده»، ماهنامه آموزشی دادگستری استان تهران، قضاوت، شماره ۲۰، سال دوم.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران»، سال ۱۳۸۸، شماره ۴. «تئوری نمایندگی ظاهری»

سال ۱۳۹۸، شماره ۸.