



MLJ

مجله حقوق پزشکی

ویژه نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

## بررسی اجرای صحیح پیش فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان با تأکید بر قانون

### پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹

صالحه مهیمنی<sup>۱</sup>، امراله نیکومنش<sup>۲\*</sup>، مجید وزیری<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** روند رو به رشد جمعیت و کمبود فضا در شهرهای بزرگ وجود آپارتمان‌نشینی را توجیه می‌کند ساخت و ساز آپارتمان نیز حرفه مستقل عده‌ای از اشخاص حقیقی و حقوقی شده است در سال‌های بعد از انقلاب اسلامی نظر به افزایش جمعیت و به تبع آن افزایش تقاضای مسکن و از طرفی گران بودن زمین‌های شهری سازندگان را بر آن داشت تا بخشی از نیاز مالی خود را از طریق پیش‌فروش بخشی از ساخته‌های خود تأمین نمایند همچنین کم بودن قدرت خرید متقاضیان نیز از سوی دیگر سبب تشویق ایشان به پیش‌خرید و پرداخت اقساطی ثمن شد همگی این عوامل دست به دست هم داد تا پدیده پیش‌فروش و پیش‌خرید آپارتمان در شهرهای بزرگ رایج گردد و شیوع پیدا کند. هدف از این تحقیق دستیابی به راهکارهایی در جهت اجرای صحیح پیش‌فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان می‌باشد.

**مواد و روش‌ها:** این تحقیق بصورت توصیفی-تحلیلی نگارش شده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها حاکی از این است که قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ با بیست و پنج ماده و چهار تبصره گامی بلند در راستای اجرای صحیح پیش‌فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان برداشته است.

**ملاحظات اخلاقی:** مقاله پیش رو با تکیه بر اصول صداقت و امانت‌داری نگارش گردیده است.

**نتیجه‌گیری:** همگام با روند ساخت و ساز و نیاز به مسکن در جامعه مقنن نیز احساس نیاز پیدا کرد تا برای نظم بخشیدن به این قراردادها دست به تقنین و وضع قوانین سازگار با موضوع بزند از همین روی در سال ۱۳۸۹ قانونی به نام قانون پیش‌فروش ساختمان به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که موجب تنظیم بخشی از روابط موجود بین خریداران و فروشندگان گردید. و حقوق شهروندان نیز در این قانون تضمین گردید.

#### اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۹۹/۱۲/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۲۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۵/۰۹

#### واژگان کلیدی:

اجرای صحیح پیش‌فروش

پیش‌فروش ساختمان

مسکن

حقوق شهروندی

#### \* نویسنده مسؤؤل:

امراله نیکومنش

آدرس پستی: ایران، تهران، دانشگاه

آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی،

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

کد پستی: ۳۳۵۱۹-۳۵۹۳۹

تلفن: ۲۱-۶۵۲۲۹۴۶۴

پست الکترونیک:

[a\\_nikomanesh@yahoo.com](mailto:a_nikomanesh@yahoo.com)

## ۱. مقدمه

با افزایش جمعیت از جمله دغدغه‌های جامعه تهیه مسکن می‌باشد که در این راستا اشخاصی به روش‌هایی مثل انبوه‌سازی و ساخت مجتمع‌های مسکونی در این راستا گام برمی‌دارند و برای تهیهی هزینه‌های حین ساخت اقدام به پیش‌فروش می‌نمایند تا هزینه‌های جاری جهت ساخت و ساز از این روش تامین نمایند. قراردادی که در این زمینه تهیه می‌شود براساس ماده ۱۰ قانون مدنی بود، با توجه به پذیرش اصل آزادی قراردادها در قانون مدنی، به نظر می‌رسید. پیش‌فروش می‌تواند به عنوان قراردادی خصوصی (و غیرمعین) بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد نمود. براساس ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» این ماده قانونی که براساس اصل آزادی قراردادها منعقد شده است امروزه بسیاری از مشکلات اقتصادی جامعه را حل نموده و به توافقات افراد وجهه قانونی داده است با عنایت به این که مشخص شد که پیش‌فروش با هیچ یک از ضوابط قانونی مغایرتی ندارد، لذا انعقاد قرارداد خصوصی نیز هیچ‌گونه مشکلی نداشته و لذا در اغلب قریب به اتفاق موارد، معاملات مرسوم در سطح جامعه می‌تواند در ذیل ماده ۱۰ قرار گرفته و صحیح تلقی گردد. بر همین اساس جهت ساماندهی این نوع قراردادها قوانینی شکل گرفت که جامع‌ترین آنها قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ می‌باشد در این قانون که در ۲۵ ماده می‌باشد ابتکارات و نوآوری‌هایی در بطن این قانون گنجانده شده است که در تاریخ قانون‌گذاری ایران بی‌سابقه می‌باشد. و حقوق شهروندان را نیز در این قانون تضمین نموده است به گونه‌ای که این امکان فراهم نیست که در پیش‌فروش ساختمان پیش‌فروش شده به چندین نفر فروخته شود. و ابتکارات و نوآوری‌های زیادی در این قانون که در ۲۵ ماده تدوین یافته است دیده می‌شود. از جمله این ابتکارات می‌توان به؛ تجمیع قراردادهای مختلف در ذیل یک عنوان، افزودن بر فهرست عقود معین در نظام حقوقی ایران، وجود نهاد خاص داوری در حل اختلاف ناشی از این قرارداد، نظارت عمومی و

نظامی خاص در تشکیل قرارداد پیش‌فروش، صدور شناسنامه فنی و ملکی مستقل برای هر واحد توسط شهرداری به جای سازمان نظام مهندسی، ایجاد ضمانت اجرای متفاوت از ضمانت اجراهای موجود در قانون مدنی، وجود کارشناسی خاص جهت تشخیص حسن انجام قرارداد (مهندس ناظر)، لزوم رعایت تشریفات خاص و محتوای خاص قرارداد که به شکل رسمی تنظیم شده و محتوای الزامی خاص آن اشاره کرد. استرداد ثمن به نرخ روز در صورت فسخ پیش‌خریدار، اوج نوآوری ق.پ.س است که براساس تبصره ماده ۸ در صورت عدم توافق و مصالحه طرفین مبنی بر جبران خسارات وارده بر پیش‌خریدار به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، تمام مبالغ پرداختی به پیش‌خریدار، براساس قیمت روز بنا، و نه قیمت مندرج در قرارداد، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی به همراه سایر خسارات قانونی خواهد بود. حال سوالی که ما در این تحقیق با آن مواجهه هستیم این است که: چالش‌های موجود در پیش‌فروش آپارتمان کدامند؟ پیش‌فروش آپارتمان نه تنها برای متعاملین بلکه برای ایادی متعاقبه، برخی اداره‌جات دولتی مرتبط، و در نهایت برای نظام قضایی کشور چالش‌ها و معضلات متعدد و پیچیده‌ای را پدید می‌آورد. شیوه‌های اجرایی جهت پیشگیری از ضرر متعاملین با در نظر گرفتن حقوق شهروندان در نوسانات قیمت کدام است؟ روش‌های متعددی برای جلوگیری از متضرر شدن متعاملین و تضمین حقوق شهروندان به سبب نوسانات قیمتی وجود دارد از جمله تعیین قیمت شناور برای منصوبات ساختمان در مقابل قیمت ثابت برای عرصه و بنا و همچنین تعدد ثمن متأثر از زمان پرداخت و واگذاری تکمیل بنا در بخش منصوبات به خریدار.

## ۲. ملاحظات اخلاقی

مقاله پیش رو با تکیه بر اصول صداقت و امانت‌داری نگارش گردیده است.

**۳. مواد و روش‌ها**

این تحقیق بصورت توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای تهیه و تدوین گردیده است.

**۴. یافته‌ها**

یافته‌ها حاکی از این است که قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ با بیست و پنج ماده و چهار تبصره گامی بلند در راستای اجرای صحیح پیش‌فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان برداشته است.

**۵. بحث****۱-۵. اهمیت و ضرورت انجام تحقیق**

اهمیت این پژوهش از جهات زیر قابل بررسی و اشاره است: گرایش روزافزون خریداران و فروشندگان به امضا قراردادهای پیش‌فروش که می‌توان ریشه آن را در بالا رفتن قیمت‌ها و عدم توانایی پرداخت یکجای ثمن از سوی خریداران و همچنین نیاز مالی سازندگان در زمان ساخت جستجو نمود. عدم پیش‌بینی بسیاری از متغیرهای تعیین‌کننده قیمت در ساختمان توسط متعاملین که ناخود آگاه و بدون قصد و غرض پیشین موجب بروز اختلافات متعدد می‌گردد.

وجود افراد فرصت‌طلب و با تجربه که در اثناء این میدان تجاری با شیوه‌های از پیش‌آموخته شده مبادرت به کلاهبرداری و تحصیل مال نا مشروع می‌نمایند و ضرورت اقتضا می‌کند با تعیین چارچوب‌ها و قواعد خاص جلوی این اقدامات گرفته شود. و بدین صورت حقوق مالی شهروندان را به مخاطره می‌اندازند. از جایی که مواد اولیه و مصالح به کار گرفته شده در بنا در مسیر توسعه روزافزون قرارداد و هر روزه شیوه‌های نوین در احداث بنا و کاربرد مصالح و مواد اولیه به ظهور می‌رسد گاهی اوقات تجدیدنظر در توافقات سالم برای هر دو طرف ضروری به نظر می‌رسد این تحقیق بنا دارد تاثیر این تغییرات را نیز بر تعهدات طرفین مورد نقد بررسی قرار دهد.

**۲-۵. پیشینه پژوهش**

مطالعاتی که در ایران برای بررسی منشأ نوسان‌های قیمت مسکن پرداخته‌اند برخی از جوانب موضوع را مورد تحلیل قرار داده‌اند. در ادامه این قسمت برخی از این مطالعات ارائه می‌شوند:

۱- خلیلی عراقی، ۱۳۸۰ با استفاده روش علیت گرانجری به این نتیجه رسیده است که انحرافات سیکلی نقدینگی، اعتبارات سیستم بانکی و هزینه‌های دولت عامل ایجاد انحرافات سیکلی شاخص بهای مسکن می‌باشد.

۲- خیابانی، ۱۳۸۲ با استفاده از روش خودر گرسون برداری با وقفه‌های توزیعی به این نتیجه دست یافته است که در بلندمدت حجم واقعی پول، تولید واقعی، نرخ واقعی ارز و قیمت سهام از عوامل تعیین‌کننده رفتار قیمت واقعی مسکن می‌باشد.

۳- زارع‌پور، ۱۳۸۵ ضمن استفاده از برابری عرضه و تقاضا برای استخراج معادله قیمت به این نتیجه رسیده است که نرخ شهرنشینی، اجاره بها مسکن، درآمد سرانه، اعتبارات بانکی، مالیات بر مسکن، شاخص قیمت مصالح، نرخ بیکاری و متغیر مجازی کاهش ارزش افزوده بخش نفت تأثیر مثبت و معناداری بر قیمت مسکن دارد. همچنین، تولید ناخالص ملی، هزینه‌های دولت در فصل تأمین مسکن و پروانه‌های ساختمانی صادرشده رابطه منفی با قیمت مسکن دارد.

۴- عسگری و چگنی، ۱۳۸۶ و عسگری و الماسی، ۱۳۹۰ با استفاده از داده‌های ترکیبی به این نتیجه رسیدند که قیمت مسکن در کوتاه مدت تابع شاخص قیمت بازار بورس، سطح عمومی قیمت‌ها در دوره قبل، قیمت زمین، هزینه ساخت، قیمت نفت، سرمایه‌گذاری بخش خصوصی، کل مخارج خانوار و نرخ سود وام‌های بانکی است. همچنین، در بلندمدت قیمت مسکن در دوره قبل، تعداد خانوار، شاخص بازار بورس، مخارج خانوار، قیمت طلا و زمین تعیین‌کننده سطح قیمت‌های جاری مسکن هستند.

۵- رحیمیان، ۱۳۸۸ در بررسی عوامل تأثیرگذار بر قیمت مسکن شهری در ایران نشان داده است میزان اثرگذاری متغیرها در تهران، شهرهای بزرگ و کوچک متفاوت است.

به فروش آن می‌کند. در رابطه با مفهوم حقوقی پیش‌فروش نیز باید گفت که قرارداد پیش‌فروش تعبیری دیگر از بیع سلف یا بیع سلم است و به تعبیر یکی از حقوق‌دانان پیش‌فروش و پیش‌خرید عبارت عامیانه بیع سلم است (۴).

### ۵-۳-۳. معنا و مفهوم پیش‌قرارداد

گاهی بین دو طرف قرارداد پیمانی مقدماتی در جهت انعقاد قرارداد مطلوب نهایی بسته می‌شود که هر دو یا یکی از آنها را ملزم به قرارداد نهایی می‌کند. قولنامه یکی از رایج‌ترین پیمان‌های مقدماتی بین طرفین است (۵).

### ۵-۳-۴. مفهوم تعهد ساخت و تکمیل ساختمان

شاید بتوان گفت مهم‌ترین وظیفه و تعهد فروشنده پیش‌فروش ساختمان نسبت به خریدار و مشتری این است که مطابق آنچه که توافق کرده‌اند و در عقد آورده‌اند و با همان ویژگی‌ها و با رعایت زمان مقرر شده و بدون وقفه کاری ساختمان را ساخته و به صورت کامل تحویل مشتری دهد. هرچند زمان برای مشتری مهم است که می‌خواهد در زمان توافق شده به ساختمان خود برسد اما این بدین معنا نیست که آن را به شکلی غیر از آنچه که توافق شده بپذیرد و لازم است اگر مشتری می‌خواهد پیش‌فروشنده آن را مطابق با توافق بین خودشان بسازد به طور صریح همه چیز مانند اوصاف و زمان ساخت در قرارداد قید گردد (۶).

### ۵-۴-۴. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب عقد

#### صلح

بنظر می‌رسد یکی از روش‌های مورد تایید در اجرای صحیح پیش‌فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان آوردن این قرارداد در قالب عقد صلح باشد. عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که: «قرارداد پیش‌فروش ساختمان، علاوه بر قالب بیع، در قالب عقد صلح نیز قابل تحلیل و توجیه است زیرا علاوه بر اینکه عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست، اطلاق حدیث نبوی دربرگیرنده قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نیز هست. به علاوه از نظر فقها صلح بر

۶- متوسلی و دیگران، ۱۳۸۹ با استفاده از اقتصادسنجی فضایی عامل فضا (انتشار قیمت بین مناطق مختلف) را در بررسی قیمت مسکن در مناطق مختلف شهر تهران مؤثر دانسته‌اند.

### ۵-۳-۳. تعاریف و مفاهیم

### ۵-۳-۱. مفهوم حقوقی پیش‌فروش آپارتمان

در رابطه با مفهوم پیش‌فروش همان‌طور که از نام آن برمی‌آید، یعنی از قبل فروختن، فروش پیش از زمان، فروش پیش از موعد (۱).

پیش‌فروش یعنی فروختن چیزی پیش از آماده شدن آن (۲). پیش‌فروش از دو واژه «پیش» و «فروش»، تشکیل شده است که واژه پیش به معنای قبل، سابق، گذشته و واژه فروش، که اسم مصدر از واژه فروختن می‌باشد (۳). فروختن کالایی که هنوز موجود نیست و حاضر نمی‌باشد و انتقال‌دهنده پولی را می‌گیرد که بعداً آن کالا را تحویل دهد به معنای از پیش فروختن یا همان پیش‌فروشی می‌باشد. به طور مثال می‌توان به موارد ملموس در جامعه اشاره نمود، همانند کارخانجات تولید خودرو که به صورت لیزینگی یا همان پیش‌فروش، خودروهایی که هنوز ساخته نشده است و یا در حال ساخت می‌باشد ولی آماده نشده است را به معرض فروش می‌گذارند، و خریدار نشان و مشخصات مورد نظر خویش را انتخاب نموده و منتظر می‌ماند تا زمان تحویل فرا رسد.

### ۵-۳-۲. مفهوم پیش‌فروش

منظور از پیش‌فروش آن است که مبیع قبل از آنکه ساخته شود و وجود خارجی داشته باشد مورد معامله قرار گیرد. در رابطه با مفهوم لغوی پیش‌فروش همان‌طور که از آن برمی‌آید، یعنی فروش از قبل، فروش پیش از موعد، پیش‌فروش یعنی فروختن چیزی پیش از آماده شدن آن (۲). با توجه به آنچه که گفته شد روشن است که منظور از پیش‌فروش در موضوع بحث نیز چیزی جز آنچه گفته شد نیست. در واقع ساختمانی مورد فروش واقع می‌شود که هنوز وجود خارجی و بالفعل ندارد و در واقع هنوز آماده و مهیا نشده است و فروشنده اقدام

را نمی‌پذیرد و اینکه عنوان صلح هم بر آن بار شود تأثیری ندارد قانون پیش‌فروش ساختمان و خصوصاً ماده ۱ جهت پیشگیری از استفاده غیرقانونی بایع و اینکه مفاد قرارداد به نحو صحیح انجام شود هر عقدی که با نام پیش‌فروش ساختمان احداث نشده یا صلح آن که مالک ملک با توافق تعهد دهد که ساختمان بسازد و همین عمل باعث ملکیت به خریدار شود مشمول قانون اخیرالذکر است پس اگر در قالب صلح هم باشد مشمول مقررات این قانون است و این امر مخالف مقرر ماده ۷۵۸ قانون مدنی است و خاص خود است (۸).

#### ۵-۵. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

اصل آزادی اراده در ماده ۱۰ قانون مدنی وجود دارد و به آن قراردادهای خصوصی گفته می‌شود و فروش ساختمان هم در قالب همین ماده است و نتایجی که بر آن بار می‌شود به مانند سایر قراردادهای خصوصی است البته قواعد عمومی صحت قراردادها که در ماده ۱۹۰ قانون اخیرالذکر آمده نیز بر آن بار می‌شود ماده ۱۰ اشعار دارد. قراردادهایی الزام‌آور است که متعاملین نسبت به آنچه که به عهده می‌گیرند پاسخگو باشند در غیر این صورت طرفی که تعهد به نفعش انجام نشده است قادر به به ملزم نمودن دیگری یا دریافت ضرر و زیان یا برهم زدن عقد باشد در این عقود مشتری واجد یک حق می‌شود که ناشی از این است که فروشنده ملزم می‌شود که حق از اختیار فروش به شخص ثالث گذشت نماید و اگر این کار را نماید عقد باطل و خریدار فرسوده را ملزم به بیع ملک به خود می‌کند پس از واکاوی ماهیت عقد پیش‌فروش ساختمان در شمول قراردادهای خصوصی می‌توان آن را به مانند تعهد به فروش یا عقد تشکیل فروش یا وعده فروش تحت حاکمیت ماده ۱۰ قانون مدنی آورد. باید خاطر نشان کرد که وعده بیع یا فروش به صورت عامیانه قولنامه خوانده می‌شود. البته با توجه به اینکه عقد صلح حوزه آن بسیار وسیع است و با ماده ۱۰ در یک سطح قرار دارد عقد پیش‌فروش ساختمان را می‌توان صلح هم نامید که البته لازمه آن تصریح یا اشاره ضمنی به عقد صلح در قرارداد است. چونکه پیش‌فروش ساختمان در قالب هیچ قرارداد شناخته شده‌ای قرار نمی‌گیرد آن را تحت لوای

هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و همجنس آن صحیح است» زیرا صلح در صورتی که بر عین واقع شود، مفید بیع بوده و صحیح است... و اصل و عموم، مقتضی صحت. جمیع انواع صلح است» (۷). لذا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان بایع تعهد دارد که در تاریخ مقرر اوصافی که توافق شده است و با انتقال سند رسمی را به مشتری انجام دهد و خریدار نیز تعهد دارد اقساط را در موعد مقرر به بایع پرداخت کند اگر نتیجه عقد بدون شرایط خاص محقق شود و در قالب عقد صلح باشد این تحلیل حقوقدانان صحیح است بنابراین این عقد شامل نتیجه عقد پیش‌فروش ساختمان می‌باشد با این تفاوت در قالب عقد صلح قرار دارد. لکن اگر هدف این دسته از حقوق دانان به عامیت پیش‌فروش ساختمان معتقد باشند می‌توان آن را عقد صلح در جایگاه معامله دانست اما این عقیده رد می‌شود چون موضوعاتی مثل پیش‌فروش و خرید نشانه عقد بیع است و قابل این نیست در جایگاه صلح باشد ماده ۷۵۸ قانون مدنی هم موید این نظر است.<sup>۱</sup> ماهیت عقد صلح و برتری آن پیشگیری از نزاع است و معنای آن بیشتر جلوگیری از نزاع است نه اینکه صرف نام آن صلح باشد و این موضوع باعث فرق آن با سایر عقود است و استقلال آن را ثابت می‌کند پس نتیجتاً اگر صلح در جایگاه معامله باشد نمی‌توان اقتضای آن قرارداد را درباره متعاملین به منصفه ظهور گذاشت و وقتی نام صلح بر آن بار شود باعث می‌شود دیگر قوانین مربوطه به آن عقد آن را تحت تاثیر قرار نمی‌دهد پس بالاجبار باید مقررات عام عقود را بر آن حاکم کرد. لکن برای اینکه طرفین از صلح استفاده غیرمجاز مقنن هدف و قصد متعاملین را مدنظر قرار می‌دهد نه عنوان صلح را مثلاً در قانون روابط موجر و مستاجر اگر بحث صلح منافع باشد ماده ۱ قانون اخیرالذکر آن را تابع قواعد اجاره می‌داند یا اگر حق عودت در صلح باشد ماده ۳۳ قانون ت. ا. آن را مشمول مقررات بیع شرط می‌داند یا مثلاً در قانون آ.د.م خسارت تاخیر تادیه اگر از مرز ۱۲ درصد تجاوز کند شرع آن

<sup>۱</sup> صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه‌ای معامله‌ای که بجای آن واقع شده است، می‌دهد.

وضعیتی برای احاطه به شرایط وقوع، احکام و آثار هر یک از قراردادهای، برشمردن اوصاف و جایگزینی آنها در هر یک از دسته‌بندی‌های مرسوم امری ضروری است؛ زیرا از این طریق می‌توان ویژگی و امتیازات هر گروه را معین کرد و مطالعه‌ی قواعد پراکنده را تسهیل نمود (۱۰).

#### ۵-۶-۱. لزوم عقد

عقد از نظر دوام، به لازم و جایز تقسیم می‌شود. از این دیدگاه، قرارداد پیش‌فروش ساختمان را باید عقدی لازم دانست؛ زیرا: اولاً، مواد ۷ و ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان تحت شرایطی برای طرفین قرارداد حق فسخ قائل شده است؛ در حالی که در عقد جایز، علت قانونی و خیار برای فسخ قرارداد مورد نیاز نیست؛

ثانیاً، اصل بر لزوم قراردادهای است که در ماده‌ی ۲۱۹ قانون مدنی به آن تصریح شده است؛

ثالثاً، لزوم یا جواز عقد مرتبط با اثر حقوقی آن است و برای تشخیص لازم یا جایز بودن یک قرارداد، باید آن را از جهت طبیعت امر حقوقی دسته‌بندی کرد. از این دیدگاه می‌توان عقود را به سه دسته‌ی تملیکی، عهدی و اذنی تقسیم کرد. در این میان، صرف‌نظر از عقود اذنی که به لحاظ ماهیت اذن نسبت به طرفین جایز است و با فوت یا حجر یکی از آنها منفسخ می‌شود، استقراء در قانون مدنی و فقه نشان می‌دهد که عقود تملیکی و عهدی معوض نسبت به طرفین لازم است. در این راستا، نتیجه‌ی قرارداد پیش‌فروش ساختمان که عقدی تملیکی و معاوضی است، ایجاد تملیک و التزام برای طرفین عقد است و لذا یکی از طرفین نمی‌تواند بدون رضای طرف دیگر، قرارداد را فسخ کرده و خود را از التزامی که پذیرفته، برهاند (۱۰).

بدین ترتیب باید اذعان نمود که قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقدی لازم است و طرفین آن نمی‌توانند به دلخواه آن را منحل کنند؛ مگر در مواردی که قانون برای طرفین حق فسخ شناخته یا در قرارداد حق فسخ پیش‌بینی شده است.

ماده ۱۰ قرار می‌دهند. املاک هر چند مساحتشان یکسان باشد معمولاً قیمتشان فرق دارد بنابراین مورد عقد در پیش‌فروش ساختمان از نوع مال قیمی است که فقط به صورت عین معین قابل معامله است و اگر اینگونه نباشد و یکی از حالت‌های کلی باشد مورد معامله مجهول شده و متعاقباً باعث بطلان عقد هم می‌شود. این موضوع باعث تفاوت آن با بیع کلی فی‌الذمه و کلی معین، سلف و استصناع می‌شود اگر پیش‌آید و مورد آپارتمان واجد تمام شرایط مشابه باشد می‌شود با بیع کلی هم آنها رو فروخت به این دلیل که دیگر قیمی نیست و مثلی شده. در خرید و فروش عین معین هم مال موضوع عقد باید هنگام وقوع قرارداد وجود خارجی داشته باشد وگرنه سبب بطلان عقد خواهد شد. بنابراین ساختمانی که هنوز به منصفه ساخت نرسیده به فروش گذاشت و در قالب معین فروخت. البته بعضی‌ها صرف نقشه و شابلون و طرح مکان ساخت را نشانه وجود دانسته و بعنوان عین معین فروخته خواهد شد هرچند پذیرش این نظریه دشوار است ضمن اینکه پیش‌فروش ساختمان عقد جایز نیست و لزوم دارد و این لزوم نشأت گرفته از ماده ۱۰ است و چون مدت‌دار است پس استصناع نیست و در شمول آن نیست و چون مشاعی است با سرمایه دو طرف نیست و تعاون هم در کار نیست که بحث نفع و ضرر هم منتفی است پس شرکت نیست و چون پرداخت قسطی پس بیع سلف هم ندارد پس فقط همان ماده ۱۰ می‌ماند یعنی همان قراردادهای خصوصی. ضمن اینکه این عقد در قالب تعهد به فروش و قرارداد بیع معلق بر وجود مبیع هم می‌تواند قرار داد. بدین صورت که قرارداد فروش در زمانی که ساختمانی هنوز ساخته نشده منعقد می‌گردد و نتیجه آن یا همان تملیک خانه به وجود ساختمان منوط می‌گردد قانون مدنی هم جواز آن را بر مبنای ماده ۳۶۱ قانون مدنی داده است (۹).

#### ۵-۶. اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان

پیچیدگی روابط اجتماعی و روند شتابان تحولات اقتصادی هر روز شکل جدیدی از معاملات را ایجاد می‌کند و تعهدهایی را مطرح می‌سازد که پیش از آن سابقه نداشته است. در چنین

**۵-۶-۲. ضمانت اجرای تعهد ساخت و تکمیل ساختمان**

تحت یکسری شرایط اگر مساحت واقعی واحد با آنچه که توافق شده یکسان نباشد، خریدار حق برهم زدن عقد را خواهد داشت. در ضمن تضمین‌هایی وجود دارد که شامل مقرراتی است که برای تعهد برای ساخت واحد در تاریخی که توافق شده و ساخت مطابق با اوصاف مورد توافق و همچنین بهره بردن از جریمه تاخیر و ملزم نمودن فروشنده است. این ملزم نمودن به معنای اجبار به ساخت و تحویل ساختمان است و اگر اینکار را انجام ندهد برخی فقها معتقدند که به صورت مطلق حق برهم زدن عقد را ندارد و باید تا زمانی که امکان اجرای تعهدات وجود داشته باشد فروشنده را ملزم نمود و اگر شرایط انجام باشد چه دلیلی است حق و اختیار به هم زدن عقد بوجود آید. قرآن کریم و حدیث نبوی موید این نظر است<sup>۱</sup> مجلس تا وقتی در عقد بیع باقی است که متعاملین بینشان تفارق ایجاد نگردد و زمانی که متعاملین متفرق گردند عقد بیع لزوم پیدا نموده و می‌تواند اجرا گردد و متعاملین الزام دارند به مفاد تعهد پایبند گردند «اگر حدیث لاضرر و اجماع بر ثبوت اختیار در هنگام تعدّز اجبار به انجام عین تعهد وجود نداشت ممکن بود نتوانیم در هنگام تعدّز نیز قائل به ثبوت اختیار شویم (۱۱). البته این فرض در حالتی است که امکان انجام شرط ضمن عقد، متعذر گردد و در صورتی که خود اجرای عقد به دشواری افتد، حق فسخ ایجاد نمی‌شود، بلکه عقد فسخ می‌گردد. برخی از فقیهان معتقدند که متعهدله مختار است قرارداد را فسخ کند یا وفای به عهد را از متعهدله بخواهد. به نظر آنها به محض نقض قرارداد، حق فسخ به وجود می‌آید و این حق منافاتی با امکان اجبار نداشته، حق فسخ نیز به صرف تخلف، ایجاد می‌شود (۱۲).

با توجه به اینکه در قرارداد پیش‌فروش نیز علی‌الاصول مباشرت متعهد شرط نیست، در صورتی که متعهد به تعهد خود مبنی بر ساخت و تکمیل ساختمان پایبند نبود، به هزینه او می‌توان تعهد را به کمک شخص ثالث اجرا کرد. ماده ۱۴

قانون پیش‌فروش ساختمان، فرض خاصی را مطرح کرده است مبنی بر اینکه با وجود انجام کامل تعهدات از سوی پیش‌خریدار، برخی اقدامات جزئی تا تکمیل شدن پروژه باقی بماند و پیش‌فروشنده نیز تا زمان انقضای قرارداد موفق به تکمیل پروژه نشود. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت انجام کامل تعهدات از سوی پیش‌خریدار، چنانچه پیش‌فروشنده تا زمان انقضای مدت قرارداد موفق به تکمیل پروژه نگردد، با تأیید مهندس ناظر ساختمان مبنی بر اینکه صرفاً اقدامات جزئی تا تکمیل پروژه باقی مانده است (کمتر از ده درصد پیشرفت فیزیکی مانده باشد)، پیش‌خریدار می‌تواند با قبول تکمیل باقی قرارداد به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید و خواستار تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود گردد. حقوق دولتی و هزینه‌هایی که طبق مقررات برعهده پیش‌فروشنده بوده و توسط پیش‌خریدار پرداخت می‌گردد، مانع از استیفای مبلغ هزینه شده از محل ماده (۱۱) و غیره با کسب نظر هیئت داورى مندرج در ماده (۲۰) این قانون نخواهد بود». مشتری می‌تواند درخواست تنظیم و صدور سند مالکیت رسمی را به اندازه مالکیت خود به شرطی که مهندس ناظر اعلام کند اقدامات حداقل و جزئی تا اتمام ساختمان بیشتر نمانده و قبول کند خود آنها را انجام دهد از دفاتر اسناد رسمی بمانید در بعضی حالات فروشنده در تاریخی که با خریدار توافق نموده است واحد را تحویل وی می‌دهد اما مشکل آنجاست که این واحد ان چیزی نیست که درخصوص اوصاف و ویژگی‌های آن در عقد توافق شده است قانون پیش‌فروش ساختمان درخصوص ضمانت اجرای چنین حالتی مقرره‌ای ندارد و برخی حقوقدانان در این حالت راه را همان ماده ۲۳۵ قانون مدنی درخصوص داشتن حق فسخ برای مشتری در صورتی که مورد معامله شرط صفت را نداشته باشد می‌دانند پس بعنوان مثال اگر در عقد پیش‌فروش ساختمان شرط شود چند اتاق یا مثلا پارکینگ یا تراس داشته باشد باید دقیقاً این شروط انجام شود وگرنه مشتری می‌تواند عقد را فسخ کند البته بهتر است شرایط به نحوی باشد که فروشنده ملزم به اجرای شروط قرارداد شود و آنچه که انجام نداده به جا آورد زیرا با توجه به

<sup>۱</sup> آیه ۳۴ سوره اسرا ((وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)) آیه ۱ سوره مائده (( أَوْفُوا بِالْعُقُودِ )) حدیث «المؤمنون عند شروطهم»

**۵-۶-۴. جلوگیری از اجرا از طرف متعهدله**

اگر بواسطه مانع تراشی صاحب تعهد، متعهد قادر به انجام مفاد تعهد نگردد و مانند فورس ماژور در این صورت نه می‌توان ادعای خسارت کرد نه طرف را اجبار به انجام تعهد و در این خصوص چون دلیل خارجی وجود ندارد و این عدم اجرا بدلیل خواست یکی از طرفین قرارداد است و حتی اگه شرایط فورس ماژور را بتوان با آن تطبیق داد نمی‌شود بواسطه قاعده اقدام از کسی خسارت مطالبه کرد در قانون تجارت و در ماده ۳۸۶ آن به بحث قصور کسی که تعهد به نفع او شده است بحث شده است و اگر کسی که تصدی حمل و نقل را بر عهده دارد و بتواند اثبات نماید مفقودی یا از بین رفتن کالا بعلت قصور از ناحیه ارسال‌کننده یا گیرنده باشد یا بعلت ضعف آموزش‌های آن از تادیه ضرر و زیان مبری است.

**۵-۶-۵. عدم امکان اجرای تعهد**

به جز موارد فورس ماژور پیش‌فروشنده نمی‌تواند از تعهدات عقدی خود شانه خالی کند چرا که مسؤولیت وی به ساخت و تحویل ساختمان از نوع تعهد به نتیجه است و این برابر با مفاد تعهد است اصولاً عدم امکان مفاد عقد به دو صورت است صورت اول قانونی است یعنی مجوز قانونی اجرا است و صورت دوم به صورت مادی است منتها در صورت اول فرقی بین آگاهی یا عدم آگاهی اجراکننده تعهد از ممنوعیت اجرا است با توجه به اینکه مقرر قانون بر خواست شخص تعهددهنده ارجحیت دارد اگر واردات مصالح ساختمانی بوسیله مقررات قانونی امکان‌پذیر نباشد و نتوان مصالحی به جای آنها داخل کشور پیدا کرد علم یا جهل متعهد به این موضوع در اینکه بتوان این تعهد را اجرا کرد یا خیر موثر نیست فقه هم اگر مانع شرعی باشد و نشود آن را اجرا کرد تعهد را باطل می‌داند بعضی فقها هم قائل به این هستند که ممنوعیت شرعی و عقلی یک چیز است از نظر مادی و ملموس هرچند قانون ممنوعیتی برای اجرای مفاد قرارداد نداشته باشد لکن به صورت عملی نمی‌شود آن را اجرا کرد که دکتر شهیدی نیز تفاوتی بین علم و جهل متعهد در خصوص اجرای عقد و بطلان آن نمی‌داند (۱۳).

تغییر قیمت املاک این فسخ چه بسا به سود فروشنده باشد بنابراین باید خریدار در چتر حمایت قانون قرار گیرد (۱۰). با عوض شدن شرایط زمان اجرای مفاد عقد نسبت به زمان وقوع آن و هزینه‌بر شدن اجرای آن به نحوی که آن طرفی که قرار است تعهد را اجرا کند تحت هیچ شرایطی پیش‌بینی این شرایط را نکرده باشد بنابراین امکان اجبار و ملزم نمودن وی نیز وجود ندارد.

**۵-۶-۳. استثنای الزام در پیش‌فروش ساختمان**

یکسری مانع هستند که در حق الزام بوجود می‌آیند که بنحوی استثنا محسوب می‌شوند اولین آنها حق حبس است که این امکان فراهم است زمانی که نمی‌شود متعهد را ملزم به انجام تعهد کرد از آن استفاده کرد در عقود که معاوضی هستند چون طرفین عقد بهم متصل هستند ملزم نمودن یکی از طرفین به انجام مفاد تعهد پیش از دیگری جایز نمی‌باشد: «هریک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد، در این صورت هرکدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود».

آنچه که مقنن در ماده ۳۷۷ قانون مدنی اشعار داشته عام است و بدین صورت نیست که فقط عقد بیع را شامل شود که با توجه به اینکه در عقد پیش‌فروش ساختمان طرفین عرفاً مانند دیگر قراردادهای معاوضی است پس در شمول این ماده قرار می‌گیرد و به طور کلی عقود که ذکر شد مقرر این ماده در خصوص آنها جاری است و بیع هم از این قضیه مستثنا نیست. پس پیش‌فروشنده از حق حبس خویش زمانی می‌تواند بهره‌جوید که شرط شده باشد مشتری مقداری از ثمن را قبل از شروع کار پرداخت نماید که در غیر این صورت وی می‌تواند در انجام مفاد قرارداد وقفه اندازد. هرچند کسانی مخالف این نظر هستند و با توجه به اقتضای عقد پیش‌فروش ساختمان که ثمن باید به صورت قسطی پرداخت گردد جایگاهی برای حق حبس هم در نظر نمی‌گیرند (۱۳).



### ۵-۶-۶. اجبار مالی (جریمه تأخیر)

پرداخت خسارات تأخیر در اجرای مفاد قرارداد از اهم ضمانت‌های اجرایی است که طرف پیش‌فروشنده به آن در عقد متعهد شده است که در قانون پیش‌فروش ساختمان به این مهم تصریح شده است. ضمن اینکه سابقه تقنینی این موضوع در ماده ۷۲۹ قانون آ.د.م وجود دارد. در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد».

مقنن در ماده ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان صریحاً عنوان داشته من جمله راهکارهای تضمین انجام تعهدات پرداخت خسارت تأخیر باشد «چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد و یا به تعهدات خود عمل ننماید، علاوه بر اجرای بند (۹) ماده (۲) این قانون مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به پیش‌خریدار بپردازد. مگر اینکه به مبالغ بیشتری به نفع پیش‌خریدار توافق نماید. اجرای مقررات این ماده مانع از اعمال اختیارات برای پیش‌خریدار نیست.

۱. در صورتی که واحد پیش‌فروش شده و بخش‌های اختصاصی نظیر پارکینگ و انباری در زمان مقرر قابل بهره‌برداری نباشد، تا زمان تحویل واحد به پیش‌خریدار، معادل اجرت‌المثل بخش تحویل نشده.

۲. در صورت عدم انجام تعهدات در قسمت‌های مشاعی، روزانه به میزان نیم درصد بهای روز تعهدات انجام نشده بر میزان قدرالسهم پیش‌خریدار.

۳. در صورت عدم انجام تعهدات در قسمت‌های خدمات عمومی موضوع بند (۹) ماده (۲) این قانون از قبیل خیابان، فضای سبز، مساجد، مدرسه و امثال آن روزانه به میزان یک در هزار بهای روز تعهدات انجام شده به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار.

۴. در صورت عدم اقدام به موقع به سند رسمی انتقال، روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد به دلیل حمایتی بودن

قانون پیش‌فروش و در نتیجه امره بودن آن، امکان توافق طرفین به مبلغی کمتر از میزان تعیین‌شده از سوی قانون‌گذار در این ماده وجود ندارد (۶).

درباره ماهیت جریمه تأخیر، دو دیدگاه وجود دارد: یکی اینکه جریمه تأخیر همچون جزای نقدی است و جبران خسارت نیست، زیرا جریمه تأخیر یک وسیله اجبار مالی است و رابطه مستقیم با جبران خسارت ناشی از تأخیر اجرای حکم ندارد و در تعیین مبلغ جریمه، دادگاه به امکان نفوذ و اثر حکم اجبار در اراده متعهد توجه دارد و در صدد وادار ساختن او به اطاعت است، در حالی که در صدور حکم به جبران خسارت، هدف این است که ضرر وارد به طلبکار جبران شود و مبلغ آن به اندازه زیان باشد و جریمه تأخیر همچون جزای نقدی است و مجازاتی برای مدیون مفاصل است. با وجود این نباید آن را کیفر اجرا نکردن تعهد یا حکم شمرد، زیرا جزای نقدی باید به صندوق دولت پرداخته شود، در حالی که جریمه تأخیر به خود متعهدله تعلق می‌گیرد (۵). یعنی نوعی جریمه خصوصی است که جنبه مدنی دارد، نه کیفری (۱۴).

دیدگاه دیگر این است که ماهیت جریمه تأخیر، همان خسارت تأخیر در انجام تعهد است و بر این مبنا مجوزی برای محکوم شدن متعهد به جبران خسارت تأخیر در انجام تعهد، علاوه بر مبلغ معین یادشده به نظر نمی‌رسد و در صورت تردید، به حکم اصل عدم و اصل برائت، ذمه متعهد باید از پرداخت هر دو رقم مبلغ مقرر به وسیله دادگاه و جبران خسارت تأخیر در انجام تعهد آزاد گردد (۶).

دیدگاه اول منطقی‌تر به نظر می‌رسد، زیرا هدف نهاد جریمه تأخیر، اجبار و وادار ساختن متعهد به انجام تعهد بوده، نویسندگان حقوقی نیز جریمه تأخیر را در قسمت اجبار شخص به انجام تعهد مطرح ساخته‌اند و اجبار متعهد به انجام تعهد، ارتباطی به خسارت تأخیر انجام ندادن تعهد ندارد و در نتیجه می‌توان شخص را هم به پرداخت خسارت تأخیر در انجام تعهد و هم به پرداخت جریمه مالی محکوم کرد. در خصوص معیار تعیین جریمه تأخیر باید اذعان داشت، ملاک و مناط در تعیین مبلغ جریمه تأخیر، درجه مقاومت متعهد در برابر حکم دادگاه و چگونگی امکان نفوذ در اراده وی برای

باشد؛ مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی کمتر از مساحت قید شده در قرارداد پیش‌فروش باشد.

#### ۵-۸. اثر تنظیم سند رسمی انتقال قطعی واحد

##### پیش‌فروشنده در اجرای صحیح پیش‌فروش

با این که بر قرارداد پیش‌فروش رسمی فواید زیادی، مترتب است، اما تردیدی نیست که، آثار ثبت قطعی که پس از تکمیل ساختمان در حال احداث پدید می‌آید، با صرفاً ثبت قرارداد پیش‌فروش، حاصل نخواهد شد. زیرا، با تنظیم قرارداد رسمی پیش‌فروش، مالکیت و حقوق عینی پیش‌خریدار که بدون تنظیم سند رسمی در برخی مواقع متزلزل بود، مسلم و مستقر می‌گردد. علاوه بر این قبل از ثبت نیز امکان بهره‌مندی از امتیازاتی که سند رسمی موضوع ماده ۴۸، ۴۶، ۴۷، ۲۲، ق.ث. پیش‌بینی کرده میسر نیست. بنابراین بین سند مالکیت یک واحد آپارتمان که به صورت مفروض و مجزا و راجع به تمامیت شش‌دانگ همان واحد است، و با ثبت در دفتر املاک صادر می‌شود، قطعاً با قرارداد پیش‌فروش رسمی همان واحد، که در حال ساخت است، فرق بارزی وجود خواهد داشت. به عنوان مثال، بدون وجود سند مالکیت قطعی، بانک‌ها قادر نیستند با قرارداد پیش‌فروش به جهت مشکلات ارزیابی توقیف و قبض ملک را در قالب عقد رهن به عنوان وثیقه قبول نمایند و وام پرداخت نمایند. پس مفاد ماده ۱۰ قانون یاد شده نیز امر استثنایی است که فقط در همان مورد خاص اجازه ترهین قرارداد پیش‌فروش رسمی را داده است، و نباید به سایر موارد تعمیم داد. چون اصولاً در این قبیل معاملات با قرارداد عادی، مالکیت منتقل نخواهد شد، مگر آنکه انتقال به نحو رسمی واقع و در دفتر املاک به ثبت برسد. ماده ۱۰۴ مکرر آئین‌نامه ثبت نیز تنظیم قرارداد رسمی برای اجازه احداث اعیانی در ملک دیگری را پیش‌بینی نموده و مقرر داشت تا خلاصه قرارداد در سند قید شود. لیکن سند مالکیت اعیانی بعد از احداث و اتمام عملیات ساخت قابل صدور است. پس قرارداد رسمی مبنایی برای انتقال مالکیت است و از این رو دارای تمام امتیاز مالکیت نیست. بازداشت و توقیف حقوق پیش‌خریدار در دفتر املاک نیز در عمل امکان‌پذیر نیست و

اجرای تعهد است. لذا تحقق ضرر متعهدله شرط صدور حکم دادگاه در این خصوص نبوده، بر فرض هم که خسارتی وارد آمده باشد، لزومی ندارد که میزان تعیین‌شده از طرف دادگاه متناسب با ضرر وارده باشد (۱۵).

در ماده ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان، قانون‌گذار مبلغ جریمه تأخیر را به صورت مقطوع تعیین کرده و اختیار تعیین آن را به دادگاه واگذار نموده است. ایرادی که به تعیین جریمه تأخیر از سوی قانون‌گذار در قانون پیش‌فروش ساختمان وارد می‌آید، این است که هدف از ایجاد جریمه تأخیر، اجبار مالی و وادار ساختن متعهد به انجام تعهد قراردادی است و در تعیین مبلغ جریمه، طبق ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین، دادگاه با توجه به امکان نفوذ و اثر حکم اجبار در اراده متعهد و اوضاع و احوال، او را از این طریق وادار به انجام تعهد می‌کرد؛ بنابراین درباره هر فردی با توجه به میزان تأثیر و وضعیت مالی وی، میزان مبلغ جریمه کاهش و افزایش می‌یافت و تا حدی تعیین می‌شد که موجب اجبار فرد به انجام تعهد شده، بر او تأثیر داشته باشد. اما در قانون پیش‌فروش ساختمان به این نکته توجه نشده و مبلغ جریمه به طور مقطوع تعیین شده است. این درحالی است که امکان دارد این میزان از جریمه درباره افرادی که دارای تمکن مالی بالایی هستند، ناچیز باشد و نسبت به این افراد جریمه تأخیر باهدف اجبار متعهد به انجام تعهد، از بین برود. اختیار دادگاه درخصوص قابلیت تجدیدنظر در مقدار مبلغ تعیین شده جریمه تأخیر در ماده ۷۳۰ قانون آیین دادرسی پیشین نیز در راستای همین هدف بود (۱۳).

#### ۵-۷. حق فسخ پیش‌خریدار در صورت تطابق نداشتن

##### مساحت بنا

یکی از تعهدات پیش‌فروشنده براساس قانون پیش‌فروش ساختمان این است که مساحت بنا، که در صورت مجلس تفکیکی قید می‌شود، با مساحتی که در قرارداد پیش‌فروش آمده است، تطابق داشته باشد. تطابق نداشتن مساحت بنا به دو صورت ممکن است: مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی بیشتر از مساحت قید شده در قرارداد پیش‌فروش

در قرارداد پیش‌فروش، امری کاملاً ضروری و تضمین‌کننده حقوق خریدار، به عنوان مالک می‌باشد تا انتقال رسمی حقوق مالکانه با قرارداد رسمی پیش‌فروش اولیه را مسجل سازد (۱۷).

#### ۹-۵. نحوه تنظیم قطعی سند، واحد پیش‌فروشنده

معاملاتی که نسبت به املاک غیرمنقول ثبت شده واقع می‌گردد، تنظیم سند رسمی معامله و انتقال در دفتر اسناد رسمی به منظور انعکاس آن معامله در دفتر املاک، مهم‌ترین مرحله از معامله تلقی می‌گردد، و دغدغه اصلی خریداران را نیز به خود اختصاص می‌دهد. امروزه نیز شاهد دعاوی زیادی در این زمینه به خواسته الزام به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی می‌باشیم و آرای متعددی به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۳ قانون مدنی از سوی محاکم صادر می‌گردد (۱۸). مقنن در قانون پیش‌فروش ساختمان راه‌حل جدیدی را برای تنظیم سند ارائه نموده تا پس از اتمام عملیات ساخت و پرداخت اقساط ثمن معامله از سوی خریدار، در صورتی که فروشنده با میل و رضای خویش نسبت به تنظیم سند انتقال قطعی برای خریدار اقدام ننماید، مشکلی برای پیش‌خبرداران بوجود نیاید. بدین ترتیب در مواد ۱۳ و ۱۴ قانون، دو فرض را در نظر گرفته است. فرض اول: ساختمان با تأیید مهندس ناظر تکمیل شده می‌باشد و فرض دوم: کمتر از ۱۰ درصد پیشرفت فیزیکی ساختمان که عموماً جزئی است، باقی مانده است. فرض اخیر اگر خریدار خود متمایل به تکمیل آن باشد، با ارائه اسناد و مدارک لازم مبنی بر پرداخت ثمن یا اقساط آن در وجه فروشنده، می‌تواند خواستار تنظیم سند رسمی و انتقال قطعی واحد موضوع قرارداد پیش‌فروش به نام خویش گردد. دفترخانه اسناد رسمی نیز مراتب را به فروشنده اعلام و مقرر می‌دارد ظرف مدت ۱۰ روز نسبت به تنظیم سند به نام خریدار اقدام نماید در صورت عدم اقدام فروشنده وفق مفاد ماده ۱۳، مقنن سر دفتر را راساً مجاز به انتقال و امضاء ذیل سند به جای فروشنده دانسته است. بنابراین بی‌آنکه نیاز به طی تشریفات حقوقی در دستگاه قضایی و نهایتاً صدور حکم و اجرای آن از طریق اجرای احکام

نمی‌توان از اثر لازم‌الاجراء بودن سند رسمی مذکور در مواد ۹۳ و ۹۵ ق.ت.ر.ج. به تعهدات یا دیون مالی استفاده نمود. زیرا برای صدور اجرائیه دفاتر اسناد رسمی نیازمند سند مالکیت خواهند بود (۱۶).

بنابراین با وجود امکان بهره‌مندی از برخی از امتیازات سند رسمی مانند مسموع نبودن انکار و تردید در برابر قرارداد رسمی، تأمین خواسته بدون تودیع خسارت احتمالی به وسیله قرارداد پیش‌فروش رسمی، در عین حال تفاوت و تمایز آن با سند مالکیت واضح می‌باشد. از جهت ارتباط این دو سند با دفتر املاک یکسان نیستند. زیرا پس از اتمام عملیات ساختمانی و تأیید گواهی عدم خلاف و صدور پایان کار از سوی شهرداری، طبق بند الف از ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مالک می‌تواند تقاضای انتقال و صدور سند نسبت به هر واحد نماید و نهایتاً با تسلیم و ابطال سند مالکیت اولیه وفق ماده ۱۲۰، با رعایت ماده ۱۰۴ مکرر، آیین‌نامه قانون ثبت املاک برای هر واحد از آپارتمان سند مالکیت تفکیکی صادر خواهد شد. در این صورت برای هر یک از پیش‌خبرداران، در این مرحله سند مالکیت با پلاک ثبتی مشخص و مجزا شده از پلاک ثبتی اولیه، صادر و نام آنان در دفتر املاک قید خواهد شد. حال آنکه در صورت تنظیم قرارداد پیش‌فروش به نحو رسمی، با وجود قید در سند اولیه مالک و ارسال خلاصه‌ای از آن به اداره ثبت وفق ماده ۱۰۴ مکرر آیین‌نامه قانون ثبت، درج آن در دفتر املاک با دشواری خاص مواجه می‌باشد. زیرا هنوز شماره پلاک فرعی و مجزا، صورت مجلس تفکیکی وجود ندارد. از این جهت شاید مقنن ترجیح داد تا در مواد ۱۳، ۱۴، ۱۹ قانون، عبارت «انتقال قطعی» را بکار برد. زیرا خود مقنن در برابر آن عبارت «اصطلاح انتقال رسمی» مربوط به تنظیم قرارداد پیش‌فروش را دارای اثربخشی کافی ندانسته و مدت عمر و اعتبار آن را نیز تا پایان اجرای تعهدات مندرج در قرارداد پیش‌فروش و تنظیم سند انتقال قطعی در ماده ۱۹ قانون اعلام داشته است. بنابراین تنظیم قرارداد پیش‌فروش نمی‌تواند جایگزین کامل انتقال به نحو قطعی و رسمی باشد. انتقال قطعی معامله بنام پیش‌خبردار در پایان عملیات احداث و انجام تعهدات مذکور

متوسط و کم درآمد با سرمایه‌ای کلی معادل دویست میلیون ریال بود و این بانک ضمن اعطاء وام به متقاضیان مسکن برای دستیابی به هدف خود تلاش می‌کرد. وظیفه این بانک عبارت بود از نقشه‌برداری و تقسیم زمین مطابق با اصول شهرسازی و فروش آن تا پیش از سال ۱۳۸۶ بطور مستقیم اشاره ای به وضعیت حقوقی آپارتمان‌های پیش‌فروش نشده بود. با تصویب لایحه قانون پیش‌فروش ساختمان در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۲۶ مقررات خاصی در این باره به تصویب رسید. لایحه پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۶/۶/۲۴ از نظر ضمانت اجراء عیوبی داشت برای مثال در این لایحه به خریدار وکالت داده شده بود که بتواند پس از ساخته شدن ساختمان آن را بنام خود تحت شرایطی انتقال دهد و این وکالت غیرقابل عزل بود در حالی که در همین فرض موکل هم می‌تواند عملی را که وکیل قرار است انجام دهد خود وی انجام دهد و وکالت غیرقابل عزل اعطائی برای طلبکاران دلیل نشده و آنها برای توقیف می‌توانستند اقدام کنند در این فرض حتی سازنده با طلبکاران نیز می‌توانست برای توقیف تبانی کند. این موارد و ایراداتی از این دست موجب گشت که شورای نگهبان در این تاریخ ۱۳۳۱/۱/۱ نظریاتی را جهت اصلاح این مصوبه ارائه نماید اما در عمل «در کشور ما از سیستم سنتی پیش‌فروش بدلیل مشکلات فراوان آن از قبیل عدم امنیت کافی، نگرانی خریدار از عدم تحویل به موقع یا افزایش بهای واحد مسکونی و در مقابل نگرانی سازنده از عدم اجرای به موقع تعهدات از طرف خریدار و غیره تا پیش از تصویب قانون به منظور حمایت از پیش‌خریداران و انبوه‌سازان مسکن در تاریخ ۱۳۸۹/۶/۱۶ توسط شورای انقلاب بصورت ماده واحده، استفاده نمی‌شد، لایحه پیش‌فروش ساختمان به پیشنهاد قوه قضاییه توسط دولت در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۲۴ جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال گردید و نهایتاً 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».

تا سال ۱۳۸۹، درباره قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، قانون جامعی که بر این نوع از قرارداد حاکم باشد وجود نداشت. در

و معرفی و نماینده دادگاه، جهت امضاء ذیل دفاتر و اسناد به جای محکوم علیه باشد، این اقدام به حکم قانون توسط سر دفتر اسناد رسمی صورت می‌پذیرد و انتقال قطعی معامله و سند رسمی بنام خریدار تنظیم خواهد شد. این راهکار جدید مقنن از یکسو با تبصره ۸ ذیل ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مبنی بر لزوم اتمام عملیات ساخت وفق پروانه و در نهایت صدور پایان کار ساختمان در تعارض خواهد بود (۱۹). زیرا احداث ۹۰ درصد بنا، قطعاً به منزله احداث کامل بنا نیست. از سوی دیگر از این جهت که مانع طرح دعوی در مرجع قضایی می‌گردد، موضوعی پسندیده می‌باشد و لیکن باب سوءاستفاده اشخاص را در تنظیم سند رسمی، بدون مداخله مالک و ناقل قانونی گشوده خواهد ساخت و مجدداً ممکن است موضوع ابطال سند غیرقانونی تنظیم شده از سوی دفاتر اسناد رسمی، در دادگاه مطرح شود.

#### ۶. نتیجه‌گیری

بررسی تحولات حقوقی و قانونی درخصوص پیش‌فروش ساختمان گویای این امر است که تا قبل از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ معضلات زیادی از سوی طرفین در جامعه ایجاد نموده بود و تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ گام بلندی در راستای حل معضلات قضایی و حفظ حقوق شهروندان درخصوص دعاوی پیش‌فروش ساختمان برداشته است. در واقع قراردادهای پیش‌فروش با توجه به وضعیت مسکن در کشور ما از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. قانون‌گذار از همان ابتدا به ضرورت تنظیم این روابط پی برد و در این راستا اقدام به تصویب قوانین متعددی کرد که این امر باعث تشتت در این حوزه و سر در گم شدن طرفین این قراردادها شد. در قوانین پیشین مقررات جدیدی در ارتباط با احکام ناظر بر پیش‌فروش وجود نداشت و نظریه‌پردازان حقوقی در چارچوب قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) آن را در قالب عقود سنتی مانند استصناع، بیع سلم، عقد شرکت و... توجیه می‌نمودند در سال ۱۳۱۷ وزارت دارایی با مشارکت بانک ملی ایران اقدام به تأسیس بانک رهنی نمود که هدف آنها تهیه و اجرای طرح‌های خانه‌سازی برای طبقات

**۹. تضاد منافع**

در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

سال ۱۳۸۹، بعد از تبادل نظر راجع به این قانون بین مجلس و شورای نگهبان، این قانون به تصویب رسید و وارد مرحله اجرا شد. این قانون، سردرگمی‌های موجود در قوانین پراکنده پیش از خود را برطرف کرد. و حقوق شهروندان را نیز تضمین نمود این قانون در ۲۵ ماده دربردارنده نوآوری‌ها و ابتکارات گسترده‌ای می‌باشد که ماده به ماده آن تضمین‌کننده حقوق شهروندان در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان می‌باشد. از جمله این ابتکارات قانون پیش‌فروش ساختمان می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: تجمیع قراردادهای مختلف در ذیل یک عنوان، افزودن بر فهرست عقود معین در نظام حقوقی ایران، وجود نهاد خاص داوری در حل اختلاف ناشی از این قرارداد، نظارت عمومی و نظامی خاص در تشکیل قرارداد پیش‌فروش، صدور شناسنامه فنی و ملکی مستقل برای هر واحد توسط شهرداری به جای سازمان نظام مهندسی، ایجاد ضمانت اجرای متفاوت از ضمانت اجراهای موجود در قانون مدنی، وجود کارشناسی خاص جهت تشخیص حسن انجام قرارداد (مهندس ناظر)، لزوم رعایت تشریفات خاص و محتوای خاص قرارداد که به شکل رسمی تنظیم شده و محتوای الزامی خاص آن اشاره کرد. استرداد ثمن به نرخ روز در صورت فسخ پیش‌خریدار، اوج نوآوری ق.پ.س است که براساس تبصره ماده ۸ در صورت عدم توافق و مصالحه طرفین مبنی بر جبران خسارات وارده بر پیش‌خریدار به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، تمام مبالغ پرداختی به پیش‌خریدار، براساس قیمت روز بنا، و نه قیمت مندرج در قرارداد، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی به همراه سایر خسارات قانونی خواهد بود.

**۷. تقدیر و تشکر**

از تمام عزیزانی که در تهیه و تدوین این مقاله مساعدت و همکاری نمودند تقدیر و تشکر می‌کنم.

**۸. سهم نویسندگان**

نویسنده دوم بعنوان نویسنده مسئول و بقیه مولفین، به عنوان همکار در تدوین مقاله ایفای نقش نموده‌اند.

**References:**

1. Arabshahi M. Nature and Legal Effects of Apartment Pre-Sale Contract. Tehran: Allameh Tabatabai University; 2009. (Persian).
2. Anvari H. Farhang Bozorg Sokhan. Tehran: Sokhan Publications; 2002. (Persian).
3. Javari A. Liabilities resulting from violation of the pre-sale contract of the apartment: Master thesis, Allameh Tabatabaei University; 2010. (Persian).
4. Jafari Langroudi MJ. Encyclopedia of Civil and Commercial Law. Tehran: Mashal Azadi Publications; 2009. (Persian).
5. Katozian N. Civil Law, Period of Certain Contracts. Tehran: Anteshar Co; 2008. (Persian).
6. Khodarahmi NA. Comparative Study of the Apartment Pre-Sale Agreement in Iranian and British Law. Tehran: Javadaneh Publications, Jangal; 2013. (Persian).
7. Shahid Sani Z. Sharh Lameh. Qom: Davari Publications; 2003. (Arabic).
8. Gharibeh A, Masoudi N. Investigating the possibility of explaining the pre-sale contract of the apartment in the form of a peace contract and sale of the predecessor. Specialized Quarterly of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law. 2011;8(23):137-47. (Persian).
9. Mostafavi SM, Rahimi SAA. The Nature of the Contract for the Sale of Buildings in Iranian Law and Imami Jurisprudence. Journal of Islamic Law Research. 2010;11(31):145-91. (Persian).
10. Hosseinzadeh J. Descriptions of Transaction Contract. Journal of Islamic Law. 2009;11(31):145-91. (Persian).
11. Najafi MH. Jawahar al-Kalam. Tehran: Islamic Library; 1989. (Arabic).
12. Mohaqeq Hali N. Sharia of Islam in matters of Halal and Haram. Qom: Ismailis; 2008. (Arabic).
13. Ahmadzadeh H. Review of termination of pre-sale contract of building. Journal of Legal Studies. 2019;4(17):17-46. (Persian).
14. Ghasemzadeh M. Principles of Contracts and Obligations. Tehran: Dadgostar Publishing; 2010. (Persian).
15. Safaei H. New Concepts and Criteria in Civil Law. Tehran: Research Center Publications; 1976. (Persian).
16. Shahri GR. Registration Law and Documents and Property. Tehran: Jihad Daneshgahi Publications; 2016. (Persian).
17. Rostami Bukani A. Solving Registration Problems. 1 ed. Tehran: Phoenix Publications; 2014. (Persian).
18. Mir Shafieian M. Guide to Transactions and Real Estate Litigation. Tehran: Jurist Publications; 2002. (Persian).
19. Samadi Ghoshchi Z. Construction Violations in the Iranian Legal System. 3 ed. Tehran: Jangal Publications; 2007. (Persian).



## ORIGINAL ARTICLE

# Investigating the correct implementation of pre-sale of buildings in order to guarantee the rights of citizens with emphasis on the law of pre-sale of buildings approved in 2010

Salehe Mohaymeni<sup>1</sup>, Amrollah Nikoumanesh<sup>2\*</sup>, Majid Vaziri<sup>3</sup>

1. PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

## ARTICLE INFORMATION

**Received:** 6 March 2021

**Accepted:** 18 June 2021

**Published online:** 31 June 2021

### Keywords:

Proper Implementation of Pre-Sale

Pre-Sale of Building

Housing

Citizenship Rights

### \* Corresponding Author:

Amrollah Nikoumanesh

**Address:** Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

**Postal Code:** 33519-35939

**Telephone:** 21-65229464

**Email:** a\_nikoumanesh@yahoo.com

## ABSTRACT

**Background and Aim:** The growing trend of population and lack of space in large cities justifies the existence of apartment living. Apartment construction has become an independent profession of some individuals and legal entities in the years after the Islamic Revolution due to population growth and consequently The increase in demand for housing and the high cost of urban land on the other hand forced builders to meet part of their financial needs by pre-selling some of their buildings. Also, the low purchasing power of applicants on the other hand encouraged them to pre-purchase. And the payment of installments paid off. All these factors went hand in hand to make the phenomenon of pre-sale and pre-purchase of apartments common in large cities and spread is.

**Materials and Methods:** This research has been written in a descriptive-analytical manner.

**Results:** The findings indicate that the law on pre-sale of buildings approved in 1389 with twenty-five articles and four notes has taken a big step towards the proper implementation of pre-sale of buildings in order to guarantee the rights of citizens.

**Ethical considerations:** The present article has been written based on the principles of honesty and trustworthiness.

**Conclusion:** Along with the construction process and the need for housing, the legislature also felt the need to legislate and enact laws compatible with the issue in order to regulate these contracts. Therefore, in 2010, a law called the Building Pre-Sale Law was enacted. It was approved by the Islamic Consultative Assembly, which regulated part of the existing relations between buyers and sellers. And the rights of citizens were guaranteed in this law.

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

### Cite this article as:

Mohaymeni S, Nikoumanesh A, Vaziri M. Investigating the correct implementation of pre-sale of buildings in order to guarantee the rights of citizens with emphasis on the law of pre-sale of buildings approved in 2010. *Medical Law Journal* 2021; Legal Innovation.