

## ماهیت، شرایط، آثار و زمان انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش ساختمان ( با نگاهی نو و با توجه به آخرین قوانین مصوب)

حسن محمدی رمقانی

"گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران"

مریم منتظری

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس، نویسنده مسئول  
آدرس پست الکترونیک نویسنده ( [m.maryam87@gmail.com](mailto:m.maryam87@gmail.com) )

### چکیده

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان می تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان بیع تلقی شود، در این صورت احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود. حقوق دانان و قضات برای شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان به عقود مختلفی اشاره نموده اند که از جمله آنها، عقد صلح، عقد شرکت، عقد استصناع، عقد بیع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. گسترش قراردادهای مربوط به پیش فروش ساختمان از یک طرف، و ناکارآمدی مقررات قانون مدنی در حمایت از پیش خریداران ساختمان، قبل از ساخت کامل آن، و به دنبال آن ایجاد مشکلات بسیار برای افراد جامعه، موجب شد تا در سال ۱۳۸۹ قانون پیش فروش ساختمان به تصویب برسد. تصویب قانون یادشده را باید منشأ تحولاتی در فروش ساختمان دانست. لذا هدف از انجام این پژوهش ماهیت، شرایط، آثار و زمان انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش ساختمان ( با نگاهی نو و با توجه به آخرین قوانین مصوب) می باشد که به روش توصیفی تحلیلی انجام پذیرفت. نتایج نشان می دهد که پیش بینی جریمه تأخیر در صورت انجام نشدن به موقع تعهدات برای پیش فروشنده، لزوم تنظیم سند رسمی برای پیش فروش ساختمان، درج نکات پیش بینی شده قانون در قرارداد منعقدشده، و دیگر ضمانت اجراها که متفاوت با ضمانت اجراهای موجود در قانون مدنی است، از جمله این تحولات استنتاج نشان می دهد که قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می توان بیع عین معین دانست. همچنین با تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی و با رعایت شرایط پیش بینی شده در قانون، مالکیت بخش موجود منتقل می شود و به نظر می رسد با توجه به قانون سال ۱۳۸۹ و تعریف عقد معین، قرارداد پیش فروش مسکن قرارداد معین با عنوان پیش فروش چون هم نام آن در قانون آمده است و احکام برای آن ذکر شده است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد پیش فروش، انتقال مالکیت، عقد بیع، آثار انتقال مالکیت، ضمان معاوضی

## مقدمه

قرارداد پیش فروش ساختمان در عرف به قراردادی اطلاق می شود که خریدار از یک طرف بدون رؤیت ساختمانی و صرفاً براساس یک نقشه ساختمانی، آپارتمان یا ملک ساخته نشده ای را از فروشنده خریداری می کند. این قرارداد که از قراردادهای نوین عرصه ی حقوق می باشد از لحاظ ماهیت و چهارچوب مورد بررسی قرار نگرفته است.

تلاش انسان برای تأمین و تهیه سرپناه از دیرباز از مه مترین دغدغ ههای او بوده است که به اشکال مختلف، در قالب پناه جستن انسان های اولیه به غارها و تمایل انسان های امروزی به خرید واحدها و آپارتمان های کوچک و بزرگ برای تأمین این نیاز خودنمایی کرده است. لذا جامعه و عرف معاملات نیز از این نیازها و تمایلات بی تأثیر نمانده، به تدریج در عرف معاملات، قراردادهایی به شکل پیش فروش ظاهر شده است. اما در این میان آنچه بیش از همه نظر اهل فن و حقوقدانان را به خود جلب کرده، ماهیت اینگونه قراردادهاست. و حقوقدانان با این سؤال اساسی روبرو شده اند که ماهیت اینگونه قراردادهای چیست؟

و از سوی دیگر قراردادهای منشأ و سرچشمه حقوق و تعهداتی برای طرفین آنها میباشند و طرفین به حکم قانون و اخلاق محکوم به پایبندی به پیمان خود هستند. با وجود این در عمل بسیاری از قراردادهای و پیمان ها به مرحله اجرا نم ی رسد و در نتیجه طرفین نمی توانند به آنچه که از انعقاد قرارداد مدنظر داشته اند، دست یابند. از جمله قراردادهای رایج در جامعه نیز، قراردادهای پیش فروش ساختمانی می باشد که به موجب آن یکی از طرفین قرارداد متعهد و ملتزم می شود، ساختمانی را مطابق با مشخصاتی که به توافق طرفین رسیده، در زمان تعیین شده در آینده ساخته و به تحویل طرف دیگر قرارداد بدهد. این قراردادهای نیز مانند برخی دیگر از قراردادهای ممکن است به نتیجه موردنظر طرفین منتهی نشود. لذا گسترش روزافزون و چشم گیر این گونه تخلفات و عهدشکنی ها در این حوزه (پیش فروش ساختمانی)، قانونگذار را برآن داشت تا به تدوین مقرراتی در این زمینه اقدام کند که حاصل این اقدام، تدوین و تصویب قانون پیش فروش ساختمانی می باشد.<sup>۱</sup>

امروزه قراردادهایی تحت عنوان پیش فروش آپارتمان رواج چشمگیری یافته و موجب طرح دعوی متعددی در مراجع دادگستری گردیده است. ماهیت حقوقی این گونه قرارداد ها و نیز شرایط و آثار آن پارهای ابهامات را به ذهن متبادر می کند. ابهاماتی که با تصویب قانون پیش فروش ساختمانی نیز مرتفع نگردید؛ چراکه قانون مزبور که قانونی غالباً شکلی است بیشتر به منظور نظم دهی به این معاملات و جلوگیری از سوءاستفاده های احتمالی سودجویان و کلاهبرداران است و بر این اساس این مصوبه اساساً درصدد پرداختن به ماهیت قرارداد مورد بحث نیست؛ در حالیکه شایسته بود به دلیل اختلافنظری که در باب ماهیت این قرارداد ها هم از لحاظ تئوری و هم از لحاظ عملی در رویه قضایی مشاهده می شد قانون مزبور در ماده ای جداگانه یا حداقل در بحث آثار، اشارهای به ماهیت اینگونه قراردادهای مینمود تا پایان دهنده ی مباحث مربوط به ماهیت قرارداد مزبور باشد. نتیجهی این امر عدم تأثیر تصویب قانون جدید در شفاف سازی رویه قضایی در خصوص ماهیت قرارداد مزبور می باشد.<sup>۲</sup>

کلیه عقود و قراردادهای دارای موضوع و مورد عقد می باشند که به آنها موضوع عقد و مورد معامله یا قرارداد می گویند که متفاوت از هم می باشند. یعنی موضوع عقد، چیزی است که نهاد عقد برای آن وضع شده است.<sup>۳</sup> مثل عقد بیع که موضوع آن تملیک عین است در حالی که مورد معامله، مال یا عملی است که تملیک و تعهد به آن تعلق می گیرد. بعبارتی مورد معامله، متعلق موضوع عقد است. لذا شناخت موضوع و مورد عقد در هر یک از عقود و قراردادهای در تبیین ماهیت حقوقی آن از اهمیت بسزایی برخوردار است که قراردادهای پیش فروش ساختمانی نیز از این قاعده مستثنی نیست. قرارداد پیش فروش ساختمانی در ماده 1 قانون پیش فروش ساختمانی تعریف شده است ولی ماهیت این قرارداد از موارد اختلافی حقوق و رویه قضایی کشور ما می باشد.

علیزاده (۱۳۹۳) در کتابی تحت عنوان قرارداد پیش فروش آپارتمان می نویسد: این قرارداد از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف و معاملات است به همین دلیل حقوقدانان در رویه قضایی هر کدام نظریه های متفاوت و جداگانه ای در رابطه با ماهیت حقوقی اینگونه قراردادهای ابراز کرده اند. اظهار نظرهای متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوتهای دیدگاهی و تئوریک حقوقدانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش متفاوت حقوقدانان به جنبه های مختلف این گونه قراردادهاست. صفائی (۱۳۷۹) در کتاب دوره مقدماتی حقوق مدنی می نویسد: قرارداد پیش فروش ساختمانی از جمله عقود است که موجد برای خریدار می شود (البته غیر

<sup>۱</sup> رحیمی، حبیب الله؛ خداکرمی، نسرين (۱۳۹۳)، مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش ساختمانی در حقوق ایران و انگلیس، مجله قضاوت، شماره ۷۹، ص ۲

<sup>۲</sup> طباطبایی، سید محمد صادق؛ کیایی، عباس (۱۳۹۳)؛ تبیین ماهیت حقوقی قرارداد بی شرفروش ساختمانی، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، شماره هشتاد و پنجم، بهار، ص ۴۶

<sup>۳</sup> قنوتی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ج 2، ص 377

موارد استثنائی). حقوق عینی حقوقی هستند که به اشیاء معین مادی تعلق می گیرند مانند حق مالکیت و حق مستأجر نسبت به مورد اجاره و در مقابل حقوق دینی یعنی حقوقی که اشخاص بر ذمه دیگران دارند مانند حق بستانکار نسبت به بدهکار همچنین کاتوزیان ( ۱۳۸۱ ) در کتاب دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت می نویسد: شخصی که صاحب حق است و چیزی که موضوع حق قرار می گیرد. موضوع حقوق عینی همیشه یک شیء مادی است و باید در خارج معین باشد. اسباب ایجاد حق عینی هم محدود به موارد خاص است و شمار حقوق عینی را قانون معین می کند. به علاوه حق عینی متضمن حق تعقیب و حق تقدم نیز می باشد. غریبه و مسعودی ( ۱۳۹۰ ) در مقاله ای تحت عنوان تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تاملی بر انواع بیع می نویسد: قراردادهای پیش فروش آپارتمان به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان نشینی در جامعه کنونی ایران به طور گسترده ای در میان مردم رواج یافته است و انبوه سازان، شرکت های بزرگ ساختمانی و دستگاه های دولتی از طریق پیش فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سودآور می نمایند. حقوق دانان، قضات و وکلا و اشخاص دست اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه و تبیین نمایند تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح در صورت بروز اختلاف، اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید. یا ابهری و تقی پرو ( ۱۳۹۴ ) در مقاله ای تحت عنوان تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی می نویسند: گسترش قراردادهای مربوط به پیش فروش ساختمان از یک طرف، و ناکارآمدی مقررات قانون مدنی در حمایت از پیش خریداران ساختمان، قبل از ساخت کامل آن، و به دنبال آن ایجاد مشکلات بسیار برای افراد جامعه، موجب شد تا در سال ۱۳۸۹ قانون پیش فروش ساختمان به تصویب برسد. به طرفین این گونه قراردادهای، پیش فروشنده و پیش خریدار گفته می شود. تصویب قانون یادشده را باید منشأ تحولاتی در فروش ساختمان دانست. پیش بینی جریمه تأخیر در صورت انجام نشدن به موقع تعهدات برای پیش فروشنده، لزوم تنظیم سند رسمی برای پیش فروش ساختمان، درج نکات پیش بینی شده قانون در قرارداد منعقدشده، و دیگر ضمانت اجراها که متفاوت با ضمانت اجرای موجود در قانون مدنی است، از جمله این تحولات است. یکی از مهم ترین تعهدات پیش فروشنده در این قانون، ساخت و تکمیل ساختمان بر اساس شرایط و اوصاف قیدشده در قرارداد و در موعد تعیین شده است.

بهرحال قرارداد پیش فروش ساختمان از حیث ماهیت یکی از پیچیده ترین قراردادهای رایج در جامعه است. به همین دلیل حقوق دانان و رویه قضایی هر کدام نظرات متفاوت و جداگانه ای در رابطه با ماهیت حقوقی اینگونه قراردادهای ابراز داشته اند. اظهار نظر متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوت های دیدگاهی و تئوریک حقوق دانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش های متفاوت حقوق دانان به جنبه های مختلف این گونه قرارداد هاست. بی تردید تبیین و تحلیل موضوع و مورد قراردادهای تابع عناوینی که طرفین قراردادهای بر آن می نهند، نمی باشد. بلکه باید بوسیله تحلیل محتوی و مندرجات اسناد و مدارکی که طرفین قراردادهای تنظیم می کنند، قصد مشترک آنها را احراز کرد و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت قرارداد منعقد را تبیین نمود قانون پیش فروش ساختمان که در واقع قانونی حمایتی از پیش خریداران است، در دیماه ۱۳۸۹ به تصویب مجلس رسید و تا حد زیادی مشکلات پیشین را رفع و رجوع نموده است. بی شک توصیف دقیق قرارداد پیش فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادهای را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می سازد. بنابراین به نظر میرسد که به دلیل اختلاف نظرهایی که در مورد ماهیت قرارداد و به تبع آن در مورد شرایط و آثار آن وجود دارد هنوز هم باب تحقیق در این زمینه باز می باشد. لذا هدف از انجام این مقاله بررسی ماهیت، شرایط، آثار و زمان انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش ساختمان ( با نگاهی نو و با توجه به آخرین قوانین مصوب) می باشد که در ضمن آن به سوالاتی از قبیل انتقال مالکیت در قراردادهای پیش فروش ساختمان از چه زمانی است؟ ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان به چه نحوی است؟ آثار قرارداد پیش فروش ساختمان چه تعهداتی آشکار می سازد؟ و قال مالکیت در قراردادهای پیش فروش ساختمان نسبت به عرضه و پخش موجود چگونه انجام می شود؟ پاسخ داده می شود.

## مبحث اول: مفاهیم

### گفتار اول - قرارداد

تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان چندان آسان نیست ولی می توان ابتدا با تعریف واژه "قرارداد"، "ساختمان" معرفی این قرارداد را آسانتر کرد. "قرارداد" از لحاظ دستور زبان صفت مفعولی مرکب و به معنای دارای پایدار، منصوب، مقرر و برقرار می باشد.<sup>۴</sup> معنای دوم این واژه عهد و شرط و قول و پیمان و اتفاق دو یا چند تن در امری ذکر شده است.<sup>۵</sup> از لحاظ اصطلاحات و ترمینولوژی حقوقی برخی از حقوقدانان با التفاف به سابقه تاریخی عقود در فقه امامیه "قرارداد" را در مقابل "عقد" قرار می دهند و "قرارداد" را منحصر به عقود بی نام می کنند.<sup>۶</sup> از طرف دیگر عده ای از حقوقدانان این دو واژه را منطبق بر یکدیگر می دانند و قرارداد را شامل عقود معین و غیر معین قرار می دهند.<sup>۷</sup> دسته دیگر از حقوقدانان عقد را مختص به عقود معین می دانند و قرارداد را به کلیه عقود اعم از معین و غیر معین تسری می دهند.<sup>۸</sup> البته همدستان با برخی از حقوقدانان می بایست میان معنای اعم و اخص واژه قرارداد تأمل به تفصیل شد. قرارداد در معنی اعم مترادف با عقد و کلیه عقود معین و نامعین می باشد و در معنی اخص این واژه صرفاً مشمول عقود غیر معین می گردد.<sup>۹</sup>

با در نظر گرفتن معنای اعم قرارداد می توان برای ملاحظه تعریف قرارداد در متون قانونی به ماده ۱۸۳ قانون مدنی مراجعه کرد. در این ماده آمده است "عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد".

### گفتار دوم: ساختمان

واژه بعدی در این تحقیق ساختمان است که ما باید بررسی کنیم که منظور از ساختمان چیست؟ ساختمان به چه چیزی اطلاق می شود؟ ساختمان که از لحاظ دستور زبان اسم مرکب است به معنای بنای عمارت، همچنین نهاد، وضع، ساخت و ترکیب می باشد.<sup>۱۰</sup> واژه ساختمان در عرف استعمال فراوانی دارد، عرف به هر آنچه بر روی زمین یا همان عرصه توسط مصالحی من جمله آجر، سنگ، سیمان، آهن ساختمان ساخته شود ساختمان می گوید، خواه آنچه ساخته شده آپارتمان، مدرسه، خانه و یا مسجد باشد. در دکترین حقوقی اندیشه های حقوقدانان ایران کمتر به تعریف و تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان برخورد می شود. حقوقدانان ترجیح داده اند همچنان به تعریف عقودی همچون بیع سلف، بیع مالی کلی و یا بیع ائمار بپردازند. البته در این میان برخی حقوقدانان قرارداد پیش فروش آپارتمانی که در آینده باید ساخته شود را تعریف کرده اند.<sup>۱۱</sup>

البته در این میان برخی حقوقدانان قرارداد پیش فروش آپارتمانی که در آینده باید ساخته شود را تعریف کرده اند. به طور کلی خرید و فروش در آینده ساخته می شود. در نوع اول فروش ممکن است از سوی مالک تمام ساختمان یا مالک آپارتمان انجام شود و خریدار ممکن است مستأجر همان آپارتمان و یا بیگانه ای باشد. بر این فرض بیع بر طبق قواعد نسبت به مال موجود و ساخته شده انجام می شود.

خریدار در این حالت بیع را به طور کامل و یا از روی وصف می خرد ولی آنچه که اهمیت دارد آنست که بیع بالفعل در عالم خارج وجود دارد. نوع دوم فروش آپارتمانی است که در آینده باید ساخته شود در این حالت به طور معمول موقعیت و ابعاد و مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمان معین می شود و فروشنده تعهد می کند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل خریدار دهد. در این حالت بیع بالفعل در جایی در عالم خارج موجود نیست و خریدار ساختمان یا آپارتمان مورد نظر خود را از روی نقشه ساختمانی خریداری می کند

<sup>۴</sup> دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۴) دوره ۱۵ جلدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید، ص ۵۲

<sup>۵</sup> همان

<sup>۶</sup> جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۵ جلدی، چاپ اول، ص ۲۰

<sup>۷</sup> کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، ۵ جلدی، انتشارات بهمن برنا، ج ۱، ص ۱۰

<sup>۸</sup> امامی سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی ۶ جلدی، چاپ شانزدهم، انتشارات اسلامی، ج ۱، ص ۱۵۸

<sup>۹</sup> شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات دو جلدی، انتشارات مجد، ج ۱، ص ۴۱

<sup>۱۰</sup> دهخدا، منبع پیشین، ص ۹۲، ذیل واژه ((ساختمان)) و معین، منبع پیشین، ص ۴۸، ۱۳۶، ذیل واژه ((ساختمان)).

<sup>۱۱</sup> کاتوزیان، عقود معین، منبع پیشین، ص ۲۷۲

### مبحث دوم: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

قرارداد پیش فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل تا پیش از تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هر کدام نظرات متفاوت و جداگانهای در رابطه با ماهیت حقوقی این گونه قراردادهای ابراز کرده اند.

حال با توجه به تصویب قانون فوق الذکر این سؤال قابل طرح است که قرارداد پیش فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیرمعین (ماده ۱۰ ق.م.) است؟

این قرارداد از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف و معاملات است به همین دلیل حقوقدانان در رویه قضایی هر کدام نظریه های متفاوت و جداگانه ای در رابطه با ماهیت حقوقی اینگونه قراردادهای ابراز کرده اند. اظهار نظرهای متفاوت در این زمینه از یک سو ناشی از تفاوت های دیدگاهی و تئوریک حقوقدانان است و از سوی دیگر نشأت گرفته از نگرش متفاوت حقوقدانان به جنبه های مختلف این گونه قراردادهاست.<sup>۱۲</sup>

### گفتار اول: مقایسه قرارداد پیش فروش ساختمان با قراردادهای مطروحه در حقوق کنونی

برای اینکه ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان بهتر مشخص شود باید این قرارداد را با قراردادهای مطروحه در حقوق کنونی مقایسه کنیم که در زیر به برخی از مقایسات می پردازیم.

#### الف- قرارداد پیمانکاری

قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مقاطع کار) ملزم به انجام کاری در مقابل بهایی که طرف دیگر (صاحب کار) متعهد به پرداخت آن می شود می گردد. البته باید توجه داشت در قوانین موضوعه قرارداد پیمانکار به این گستردگی تعریف نشده است و حقوق موضوعه ما موردی را در بر می گیرد که عالی ترین ارگان اداری کشور یعنی دولت برای واگذاری و اجرای طرح های عمرانی قالب حقوقی به نام پیمان ایجاد کرده که این سند مابین نماینده دولت (کارفرما) از یک سو و شخص دیگر (پیمانکار) به امضاء رسد و شخص ثالث (مهندس مشاور) نظارت فنی آن را بر عهده دارد. در نگاه اول موضوع قرارداد پیمانکاری که عبارتست از طرح های عمرانی شباهت زیادی با موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان که آن هم ساختمان و بنا است دارد. همین وجه تشابه به علاوه این امر که هر دو اشخاص حقیقی و حقوقی متعهد به انجام ساخت و اجرای یک سری پروژه های ساختمانی و عمرانی می شوند موجب شده است این دو قرارداد بسیار شبیه به یکدیگر باشد و چه بسا یکسان پنداشته شوند. حال آنکه با نگاهی دقیق تر تفاوت های بارز این قرارداد مشخص می شود.

#### ب: قولنامه

همانطور که آشکار است قولنامه از دو واژه «قول» و «نامه» تشکیل شده است. قول کلمه ای است مصدر و عربی به معنای گفتن، سخن گفتن و در معنی لغوی<sup>۱۳</sup> به معنای پیمان و قرار گذاردن به کار می رود. نامه کلمه ای است بر گرفته از زبان پهلوی به معنی نوشته، کاغذ نوشته شده و کتاب در معنی لغوی<sup>۱۴</sup> و در معنی عرفی به هر نوشته ای بر روی کاغذ نامه اطلاق می شود.

از قولنامه تعریفی در متون قانونی دیده نمی شود، در اصطلاح قولنامه مواردی است که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی مقدمات کار هنوز فراهم نشده است.

آنها به جهت اطمینان خاطر ابتدا قراردادی منعقد می کنند و بدین وسیله متعهد می شوند معامله را با شرایط معین ظرف مهلت مشخص انجام دهند. مثلاً شخص می خواهد خانه یا اتومبیل خود را به دیگری بفروشد ابتدا در این رابطه بین خریدار و فروشنده قراردادی تنظیم می شود و سپس فروشنده به دنبال انجام کارهای مربوطه از قبیل پرداخت مالیات، اخذ مجوز از شهرداری و کارهای دیگر می رود و همچنین خریدار با اطمینان بیشتر در جهت تهیه پول اقدام خواهد کرد.

<sup>۱۲</sup> طباطبایی و کیایی، پیشین، ص ۵۳

<sup>۱۳</sup> عمید، حسن (۱۳۷۷)، فرهنگ فارسی عمید، صفحه ۱۴۸، ذیل واژه قول، انتشارات امیر کبیر، ص ۱۴۸

<sup>۱۴</sup> همان، ص ۱۵۱

قراردادی که قبل از انجام قرارداد قطعی تنظیم می گردد، وعده قرارداد یا پیش قرارداد یا در عرف قولنامه گفته می شود.

در مورد قولنامه تعاریف مختلفی از طرف حقوقدانان ارائه گردیده که با اندک اختلاف در نحوه نگارش همه آنها یک نوع تعریف را بیان داشته اند. (( قولنامه نوشته ایست غالباً عادی حاکی از واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی به عنوان ((وجه التزام)) است این توافق ها مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی هستند.<sup>۱۵</sup>

### گفتار دوم : مفهوم مالکیت

ماده 1 قانون پیش فروش ساختمان مقرر می دارد « هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون « قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می شود».

از این رو لازم است پیش از بررسی ماهیت قراردادهای مذکور می شود، ابتدا مفهوم مالکیت به اختصار آورده شود.

در فقه، مالکیت (به معنای اعم) در چهار مرتبه تصور شده است:

1- مالکیت حقیقی که در واقع سلطنت تامه است که از آن خداوند است.

2- مالکیت انسان بر نفس و اعضا و افعال و ذمه خود.

3- مالکیت مقولیه خارجی که عبارت است از هیئت حاصله از احاطه جسمی به جسم دیگر که مقوله جده نامیده می شود و از اعراض خارجی قائم به موجود خارجی است.

4- مالکیت اعتباریه به اعتبار عقلا که از اعراض نیست تا محتاج محل یا محتاج وجود موضوع در خارج باشد مانند زکات و خمس که به طبیعت فقیر و سید تملیک می شود و تملیک کلی ف یالذمه در بیع سلف و مانند آن. آنچه در فقه و حقوق، محل بحث است همین مرتبه چهارم از مالکیت است که قائم به اعتبار است و نیازی به محل در اصل ندارد.<sup>۱۶</sup>

پس مالکیت یک مفهوم اعتباری محض است و جعل و اعتبار آن به نفس مالکیت است و احکام امور اعتباری بر آن مترتب می شود. به همین جهت گفته شده است که مالکیت غیر از سلطنت است زیرا مالکیت متوقف بر مملو کعلیه نیست ولی سلطنت، متوقف بر مسل طعلیه است از آن جهت که انسان می تواند مالک مافی الذمه خود شود، که نتیجه آن تملیک و سقوط ذمه است ولی سلطه انسان بر نفس خود صحیح نیست زیرا تعقل سلطه منوط به وجود دو طرف است و نم یثود که به شخص واحد منوط شود (مثل حق شفعه و حق خیار)، به خلاف ملک که نسبت بین مالک و مملوک است و نیازی به من یملک ندارد تا اتحاد مالک و مملو کعلیه محال باشد.<sup>۱۷</sup>

هرچند در قانون مدنی تعریف مصرحی از مالکیت نشده است، آنچه از مواد قانون مستفاد است، آن است که مفهوم مالکیت نسبت مالک با مایملک است و با توضیحاتی که ارائه شد صرفاً اعتباری از اعتبارات عقلایی است.

نتیجه اینکه عبارت مندرج در ماده 1 قانون پیش فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹ که بیان می کند « واحد ساختمانی مذکور « از ابتدا « یا « در حین احداث و تکمیل» یا « پس از اتمام عملیات ساختمانی» به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید .....». ناظر بر « سه حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، امکان انتقال مالکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی و قبل از تشخیص آن پذیرفته شده است.

### مبحث سوم : ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان از منظر عقود عهده و عقود تملیکی

در این مبحث ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان را در دو بخش مجزا تحت عنوان تطبیق قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقود عهده و عقود تملیکی مطالعه میکنیم

<sup>۱۵</sup> جعفری لنگرودی، منبع پیشین، ص ۵۵۲

<sup>۱۶</sup> خوبی، سیدابوالقاسم (بی تا)؛ مصباح الفقهه فی المعاملات، جلد ۲، ص ۲۱-۲۰

<sup>۱۷</sup> انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق)؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد 3، ص ۹

### گفتار اول: تطبیق قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقود عهده

قرارداد مورد بحث، با عقود عهده نظیر تعهد به بیع، قرارداد ارائه ی کار و مواد و نیز قرارداد مقاطعه کاری قابل مقایسه میباشد که در سه بخش پیاپی مورد بررسی قرار میگیرند.

#### بند اول: تعهد به بیع

از مصادیق بارز قراردادهای بینام که در عرف معاملات رواج گستردهای یافته است تعهد به بیع میباشد که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به "قولنامه" معروف است<sup>۱۸</sup>. تحلیل قرارداد پیشفروش آپارتمان با تعهد به بیع به دلایل ذیل صحیح نمی آید:

(الف) عدم وجود قصد مشترک:

اولین ایراد این نظریه این است که در تفسیر هر قراردادی بایستی به قصد و خواست مشترک طرفین قرارداد توجه نمود. منظور و خواست اصلی طرفین از انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان این نیست که صرفاً یک وعده ی بیع محقق شود بلکه از قرارداد پیش فروش این گونه برمی آید که طرفین قصد خرید و فروش داشته باشند نه تعهد به بیع<sup>۱۹</sup>.

(ب) توقیف اموال سازنده:

ممکن است متعهد یعنی سازنده، ورشکسته و مقروض شود. در این حالت طلبکاران طبق قانون میتوانند اموال

فرد مدیون را توقیف کنند که یکی از این اموال، ساختمان نیمه کاره است<sup>۲۰</sup>. زیرا هنوز به مالکیت خریدار در نیامده است.<sup>۲۱</sup>

(ج) انتقال مال به دیگری:

متعهد (فروشنده) میتواند پس از اتمام ساختمان از تعهد خود سرپیچی کند و مال موضوع قرارداد را به فرد ثالثی انتقال دهد.

#### بند دوم: قرارداد ارائه ی کار و مواد

قراردادهای پیش فروش ساختمان در حقوق انگلیس در بردارنده ی شماری از افراد و در نتیجه یک شبکه از روابط قراردادی است. شخصی که ساختمانی را میسازد و سپس به فروش می رساند، سازنده<sup>۲۲</sup> نام دارد که در سراسر زمین حق تصرف یا مالکیت دارد. طرف دیگر یعنی کسی که بعد از اینکه ساختمان تکمیل شد مالک میشود معمولاً مشتری یا کارفرما<sup>۲۳</sup> نامیده میشود. در یک قرارداد ساختمانی، روابط قراردادی بین سازنده و کسی که ساختمان را پس از تکمیل مالک میشود، به قرارداد اصلی<sup>۲۴</sup> معروف است. پیشفروش در حقوق انگلیس به این صورت میباشد که سازنده که مالک اولیه زمین میباشد ابتدا مالکیت زمین را به خریدار منتقل میکند. در این حالت، خریدار مالک زمین میشود اما مالکیت او بر ساختمان تا زمانی که بنا کامل میشود به تاخیر میافتد.

ماهیت این گونه قراردادها یعنی قراردادهای مبنی بر احداث ساختمان یا نصب چیزهایی در آن یا روی زمین به شیوهایی که آن را تبدیل به یک بنای ثابت روی زمین نماید و نیز به این شرط که تا زمانی که ضمیمه نشود مالکیتی انتقال نیابد، یک قرارداد کار و مواد است و قرار داد فروش نیست؛ در واقع جایی که موضوع قرارداد، ساخته سپس فروخته می شود و موضوع در حالتی نیمه ساخته یا تکمیل نشده قرار دارد از جمله قراردادهای کار و موادی نظیر قرارداد های احداث ساختمان، مالکیت زمانی منتقل میشود که مصالح به زمین الصاق و یا نصب شوند و یا مدلول منطقی موضوع قرارداد شوند. قراردادهای مربوط به احداث ساختمان و نصب مصالحی روی زمین، جزو قراردادهای کار و مواد و متفاوت از قراردادهای فروش هستند.

#### بند سوم: قرارداد مقاطعه کاری

<sup>۱۸</sup> رای صادره از شعبه ۱۶ مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱ پرونده ۸۹-۴۱۷-۹۴۰

<sup>۱۹</sup> علیزاده، حسن (۱۳۸۳)، قرارداد پیشفروش آپارتمان، چاپ اول، نشر میثاق عدالت، ص ۷۵

<sup>۲۰</sup> زرنگار، فرناز (۱۳۸۹)؛ قرارداد پیشفروش ساختمان، چاپ اول، نشر جنگل، ص ۳۴

<sup>۲۱</sup> متین، احمد (۱۳۳۰)؛ مجموعه ی رویه ی قضایی کیهان، بی تا، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوانعالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، کیهان، تهران، ص ۲۰۱

<sup>۲۲</sup> Builder who commissions the work on land over which he has right of occupation or ownership.

<sup>۲۳</sup> Employer

<sup>۲۴</sup> Main Contract

برخی نویسندگان در تطبیق قرارداد پیشفروش آپارتمان با قرارداد پیمانکاری، قرارداد مزبور را با قراردادهای پیمانکاری دولتی مقایسه کرده اند<sup>۲۵</sup>؛ در حالیکه اگر بنای ما بر مقایسه این دو قرارداد باشد انتخاب و گزینش قراردادهای پیمانکاری دولتی و چشم پوشی از قرارداد های پیمانکاری خصوصی دلیل موجهی ندارد. ضمن اینکه اساسا مقایسه این دو قرارداد با هم صحیح به نظر نمی رسد؛ چراکه موضوع دو عقد متفاوت می باشد.

### گفتار دوم: تطبیق قرارداد پیش فروش آپارتمان با عقود تملیکی

قرارداد مورد بحث، با عقود تملیکی نظیر بیع معلق، بیع سلف، بیع استصناع و بیع معدوم به تبع موجود قابل مقایسه می باشد که به ترتیب در بخش های زیر مورد بررسی قرار می گیرد:

#### بند اول: بیع معلق

ابتدا دلایل موافقان<sup>۲۶</sup> و سپس دلایل مخالفان این نظریه را مطرح میکنیم

#### الف) دلایل موافقان

موافقان در اثبات ادعای خود دلایلی را ذکر کرده اند:

۱. یکی از نمونههایی که شبیه فرض مورد بحث میباشد وصیت به مال آینده است که ماده ی 842 ق.م.درباره آن صراحت دارد و میگوید: « ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود».<sup>۲۷</sup>
۲. دلیل دیگر موافقان، قیاس قرارداد مورد بحث با اجاره میباشد. این گروه معتقدند که در اجاره نیز منافع آینده در زمان عقد موجود نیست ولی با این وجود، منفعت به مستاجر تملیک می شود و اجاره باطل نمیشود.<sup>۲۸</sup>

#### ب) دلایل مخالفان

بیع معلق قلمداد کردن قرارداد پیشفروش آپارتمان دارای دو ایراد میباشد:

#### ۱. ایراد مربوط به شرایط صحت تعلیق

همان طور که میدانیم مورد معامله در قرارداد مزبور، عین معین است و از شرایط صحت بیع عین معین این است که مبیع در لحظه عقد موجود باشد و اگر مورد معامله وجود نداشته باشد معامله باطل میگردد. دلیل بطلان آن این است که معامله فاقد یکی از شرایط اساسی بیع (موجود بودن مبیع معین در زمان عقد) است.<sup>۲۹</sup> پس اگر عقد معلق بر تراضی دو طرف یا وجود مبیع شود نباید آن را تعلیق واقعی و مورد بحث ما پنداشت<sup>۳۰</sup>. هدف نگارنده انکار تعلیق موجود در قرارداد پیش فروش آپارتمان نیست. وجود تعلیق در قرارداد مزبور قابل انکار نیست لکن تعلیق موجود، یک تعلیق اصطلاحی نیست بلکه یک نوع تعلیق صوری در این عقد دیده میشود. تذکر این نکته لازم است که توضیحاتی که داده شد هیچ کدام در جهت نفی اختیار طرفین در جداسازی و انفکاک سبب از مسبب نبوده بلکه امکان جداسازی سبب از مسبب امری واضح است؛ چرا که مالکیت امری اعتباری است و در امور اعتباری، تعلیق امری است معقول و در دو طرف میتوانند سببی

<sup>۲۵</sup> علیزاده، حسن؛ منبع پیشین، ص ۲۸

<sup>۲۶</sup> ولویون، رضا؛ (۱۳۸۰) «فروش آپارتمانهای ساخت نشده» مجله ی پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ی ۴، ص ۵۰ / کاتوزیان، ع عقود معین، منبع پیشین، ص ۲۷۵

<sup>۲۷</sup> کاتوزیان؛ منبع پیشین، صص 275 به بعد

<sup>۲۸</sup> قابل ذکر است که دکتر ناصر کاتوزیان ضمن اشاره به وصیت و اجاره، در نهایت ماهیت قرارداد مو رد بحث را قرارداد برای فروش میدانند.

<sup>۲۹</sup> مؤمنی، مهدی (۱۳۷۹)؛ آیین معاملات در اسلام و قوانین ایران، ج 1، چاپ اول، تهران، نشر مکیال، ص 65

<sup>۳۰</sup> حسینی مقدم، سیدعسکر (۱۳۸۷)؛ تعلیق در قراردادها، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم صص ۱۴، ۳۰، ۲۴، ۱۱۳



برپا سازند که مقتضای آن بعد از وقوع معلق علیه و نه فوری جاری شود؛ به ویژه درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.<sup>۳۱</sup>

بحث ما بیشتر در رابطه با تعلیق تأثیر سبب به شرایط درستی عقد با توجه به قواعد فنی تعلیق و نیز با دقت نظر به شرایط و احکام قرارداد پیشفروش آپارتمان میباشد. هدف ما حتی انکار تعلیق به وجود هم نیست؛ چراکه در مقام بررسی آن نبودهایم؛ چرا که ممکن است تعلیق به وجود صحیح باشد که البته این مطلب هم نیاز به بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن دارد. هدف ما بیشتر بررسی شرایط تعلیق در قرارداد پیشفروش آپارتمان میباشد. تعلیق به وجود را صرفاً در قرارداد مزبور و نه در هر قراردادی نمی پذیریم. چراکه لازمه ی پذیرش تعلیق به وجود در قرارداد پیش فروش آپارتمان، تعلیق به شرایط صحت بیع عین معین میباشد.

### گفتار سوم: به عنوان یک عقد معین

در قانون پیش فروش ساختمان از یک طرف عقود را قانونگذار ذیل یک حکم تجمیع نموده است و از طرف دیگر در پی آن بوده است که برای اولین بار دست به تاسیس عقد جدیدی بزند و برای این کار نیز حقوق و تعهدات و شرایطی را در نظر داشته است که همانند سایر تاسیس های حقوقی بر طرفین تحمیل نماید اما هنگامی که شورای نگهبان ایراد مغایر شرع را مطرح می نماید مجلس برای حل صورتی مشکل شرعی، دو طرف قرارداد را ملزم می نماید حقوق و تعهدات مزبور را خود در قرارداد بیاورند. تملیک و انتقال تدریجی در ماده ۱۳ که با تسامح در تعبیر می توان از آن به «بیع تدریجی» نام برد بخشی از این تاسیس حقوقی بوده که هرچند مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است اما چون مقنن در اصل تاسیس عقد پیش فروش ناکام مانده است نخواهد توانست به جایگاه مهمی در نظام حقوق قراردادهای دست یابد. در مکانیزم تاسیس، اشخاص فقط با یک توافق محض و ساده به سیستم و مکانیزم معینی که قانونگذار خلق کرده می پیوندند و ملحق می شوند برخلاف عقود ماده ۱۰ که اشخاص خود به خلق تمامی شرایط و آثار قرارداد دست می زنند. در واقع در قانون پیش فروش مقنن میان عقد معین و غیر معین سرگردان و بلا تکلیف است.

این ابهام و سردرگمی و تناقض در ضمیر و محتوای قانون در مواد مختلف خودنمایی میکند. از جمله حکم مذکور در ماده ۱۱ که حداقل ۱۰ درصد از ثمن را همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول دانسته است. شورای نگهبان بدو این حکم را تحمیل بر طرفین و خلاف شرع عنوان نمود. لذا مجلس برای رفع ایراد در ماده ۲ تکلیف نمود که طرفین خود این شرط را در قرارداد ذکر نمایند. کاملاً بدیهی است شرطی که بر اساس خواست و اراده دو طرف در قرارداد آورده شود منطقاً و اصولاً با همان دو اراده نیز قابل تغییر و کاهش و افزایش و یا قابل اسقاط خواهد بود با این حال قسمت اخیر ماده ۱۱ تصریح نموده است که طرفین نمی توانند برخلاف آن توافق کنند! تردی نیست این حکم مغایر منطق و اصول حقوقی است

### مبحث چهارم: اثرات قرارداد پیش فروش ساختمان

در این میان می توان از قانون حمایت پیش خریداران و آیین نامه و دستورالعمل اجرایی آن استفاده کرد. منتها اشکال در این جاست که این قانون و آیین نامه مربوط به آن شرایطی را برای متقاضیان صدور مجوز پیش فروش تعیین کرده و در مقابل تکالیفی را نیز عهده متولیان صدور مجوز پیش فروش نهاده است، بنابراین کمتر به تکالیف و حقوق پیش فروش کنندگان در مقابل پیش خریداران و در مقابل تکالیف و حقوق پیش خریداران در مقابل پیش فروش کنندگان پرداخته است. از "قانون" که بگذریم دیگر منبع حقوق "عرف"<sup>۳۲</sup> کمک بیشتری برای تعیین آثار این قرارداد نوظهور دارد قرارداد پیش فروش ساختمان خود زاییده عرف و نیاز جامعه بوده است. بنابراین طبیعی است عرف بیشترین سهم را در تعیین آثار آن داشته باشد. در این زمینه بعد از اینکه در قانون مدنی ماده ۲۱۹ عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد را بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع می شمارد در ماده ۲۲۰ چنین عنوان می کند:

" عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند."

<sup>۳۱</sup> کاتوزیان؛ همان، صص ۲۷۵ به بعد

<sup>۳۲</sup> برای مطالعه بیشتر درباره «عرف» به عنوان دومین منبع حقوق رک، کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، مطالعه علم حقوق در نظام حقوقی ایران، چاپ پانزدهم، پائیز ۱۳۷۱، صص ۱۸۷



بنابراین در زمینه آثار قراردادها قانونگذار به صراحت حکم مسائل و فروع را در عرف ارجاع داده است.<sup>۳۳</sup> ماده ۲۲۵ نیز در تکمیل قاعده فوق متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد می داند.

### گفتار اول: اثر قرارداد پیش فروش ساختمان نسبت به طرفین

فروشندهگان یا به عبارت بهتر پیش فروش کنندگان ساختمان برای اجرا و انجام پروژه ساختمانی مورد توافق می بایست دارای یک سری حقوق باشند تا بدین وسیله آن ها بتوانند ساختمانی مطلوب و مناسب با شرایط تحویل پیش خریداران بدهند. برخی از این امتیازات و حقوقی که برای فروشندهگان ساختمان منظور می شود ارتباط مستقیم با نفع خریداران ساختمان دارد و بنابراین به سود هر دو طرف قرارداد می باشد.

### بند اول - فروشنده

در ابتدا لازم به توضیح است که فروشنده با به عبارت کامل تر پیش فروش کننده دارای تعهدات بسیاری می باشد. از یکسو قوانین شهرداری برای سازندگان در سه مرحله قبل، حین و بعد از احداث ساختمان تکالیف خاصی را بیان نموده است. کلیه مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده یا حریم شهر مکلفند قبل از هر اقدام عمرانی و شروع ساختمان از شهرداری محل، پروانه ساختمان اخذ نمایند<sup>۳۴</sup>. (ماده ۱۰۰ قانون شهرداری). صدور پروانه ساختمان نیز منوط به ارائه مدارکی چون درخواست پروانه، ارائه نقشه محل وقوع ملک، فتوکپی مدارک مالکیت رسمی و ... می باشد. همچنین مالک بایستی قبل از احداث ساختمان، عوارض شهرداری را نیز پرداخت نماید.

- پروانه ساختمانی، مجوز کتبی است که از قسمت فنی شهرداری یا سایر مراجع ذی صلاح به منظور عمران و احداث بنا به نام متقاضی واجد شرایط صادر و گواهی اعطاء می گردد. در حین احداث ساختمان مالک بایستی نسبت به تکالیف قانونی خویش از جمله نگهداری نقشه و پروانه آن ندارد. از سوی دیگر پیش فروش کننده ساختمان مطابق قانون حمایت از پیش خریدار و آئین نامه و دستورالعمل اجرائی آن تعهداتی دارد.

مطابق مقررات فوق کلیه اشخاص حقیقی یا حقوقی سازندگان ساختمان در محل کارگاه و رعایت نکات ایمنی و رعایت موازین اشغال معابر اقدام نماید. پس از انجام عملیات ساختمانی و احداث آپارتمان، شروع به بهره برداری از آن مستلزم رعایت قوانین و ترتیبات خاص است به عنوان مثال رعایت کاربری از سوی مالک به عنوان مثال بنای مسکونی حق بهره برداری تجاری از مجموعه واحدهای مسکونی که قصد پیش فروش بیش از ۱۰ واحد مسکونی را داشته باشند مکلف به ارائه طرح و دریافت مجوز از سازمان مسکن و شهرداری استان شده اند.

علاوه بر آن سازنده باید حسابی اعم از قرض الحسنه یا سپرده کوتاه مدت به نام خود نزد بانک مسکن افتتاح نماید تا کلیه وجوه مربوط به پیش خریداران واحدهای مسکونی به همین حساب واریز شود و برداشت از آن ها باید تنها با ارائه گواهی و تأیید مهندس ناظر پروژه مبنی بر پیشرفت فیزیکی پروژه امکان پذیر خواهد بود.

ملاحظه شد تعهدات فروشنده در برابر ارگان های دولتی چون شهرداری بسیار زیاد است که بررسی تفصیلی آن ها مجال دیگری می خواهد. آنچه در اینجا مورد بررسی قرار می گیرد تعهدات فروشنده در برابر طرف دیگر عقد یعنی خریدار است.

### بند دوم: پذیرش حق عینی مشتری و عدم انتقال مورد معامله

قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله عقود است که موجد برای خریدار می شود (البته غیر موارد استثنائی). حقوق عینی حقوقی

<sup>۳۳</sup> همان، ص ۱۹۴

<sup>۳۴</sup> کاربری عبارتست از ((تعیین نحوه استفاده از زمین)). کامیار، غلامرضا، (۱۳۷۹) حقوق شهر سازی، انتشارات مجد، چاپ اول، سال ۱۳۷۹، ص ۵۸

هستند که به اشیاء معین مادی تعلق می گیرند مانند حق مالکیت و حق مستأجر نسبت به مورد اجاره و در مقابل حقوق دینی یعنی حقوقی که اشخاص بر ذمه دیگران دارند مانند حق بستانکار نسبت به بدهکار<sup>۳۵</sup> در حقوق عینی دو عنصر وجود دارد:

شخصی که صاحب حق است و چیزی که موضوع حق قرار می گیرد. موضوع حقوق عینی همیشه یک شیء مادی است و باید در خارج معین باشد. اسباب ایجاد حق عینی هم محدود به موارد خاص است و شمار حقوق عینی را قانون معین می کند. به علاوه حق عینی متضمن حق تعقیب و حق تقدم نیز می باشد<sup>۳۶</sup> حق تعقیب یعنی صاحب آن حق می تواند مال خود را در دست هر کس بیابد مطالبه کند ولی حق دینی حاوی حق تعقیب نیست و موضوع آن را فقط از شخص مدیون نمی تواند خواست.

برای مثال هرگاه شخصی تعهد کند که اتومبیل خود را در روز معین در اختیار دیگری بگذارد و اتومبیل را پیش از رسیدن آن روز بفروشد طلبکار نمی تواند از مالک جدید بخواهد تا تعهد فروشنده را به جای آورد.

در صورتی که اگر همین شخص اتومبیل خود را می فروخت و بعد آن را به شخص دیگر می داد، خریدار میتواند مال خود را در هر کجا و نزد هر کس که می دید مطالبه کند قرارداد پیش فروش ساختمان نیز سبب تملیک است و با ساخته شدن هر بخش ساختمان، مصداق عقد مشخص شده، مالکیت (به صورت تدریجی) بر آن مستقر گردیده و حق عینی ایجاد می شود. حق عینی دارای ویژگی هایست که حافظ منافع خریداران است و از هر گونه تصرفات مادی و حقوقی فروشنده و دیگران جلوگیری به عمل می آورد حال اگر پیش فروش کننده ای ساختمانی را به دو نفر فروخته باشد آن شخص که قرارداد پیش فروش را در موعده زودتر از دیگری منعقد کرده باشد مالک محسوب می شود و بنابراین معامله دوم از نظر حقوقی قابل ابطال است و به عبارت بهتر از جانب فروشنده ساختمان فوضلاً از طرف خریدار اول منعقد شده که خریدار اول می تواند با تنفیذ آن را لازم الوفا و با رد آن باطل کند، فروشنده ساختمان در هر حال بعد از انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان دیگر دارای حق عینی بر مورد معامله نیست که بتواند آن را به دیگری منتقل کند. حقوقی قابل ابطال است و به عبارت بهتر از جانب فروشنده ساختمان فوضلاً از طرف خریدار اول منعقد شده که خریدار اول می تواند با تنفیذ آن را لازم الوفا و با رد آن باطل کند. فروشنده ساختمان در هر حال بعد از انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان دیگر دارای حق عینی بر مورد معامله نیست که بتواند آن را به دیگری منتقل کند.

### بند سوم: پرداخت خسارت عدم النفع

عدم النفع چیست؟ آیا عدم النفع ضرر محسوب می شود؟ کدام دسته از عدم النفع ها در نظام فعلی ما قابل مطالبه هستند؟

سؤالات فوق مواردی است که بحث مفصلی را نیاز دارد ولی نگاهی اجمالی به آن ها مشخص خواهد کرد فروشنده ساختمان چه خسارتی را می بایست در صورت نرسیدن نفع به خریدار پرداخت کند.

میان ضرر و عدم النفع تفاوت است، چه، در حالی که ضرر عبارت است از نقصی در مال یا جان یا آبرو، عدم النفع عبارتست از تغییر نکردن وضع شخص به طوری که نه چیزی از آن کسر و نه بر آن افزوده شود. بنابراین قاعده لاضرر به دلالت لفظی شامل عدم النفع نمی شود.<sup>۳۷</sup>

برخی از اساتید متعقدند قاعده شامل عدم النفع مسلم می شود ولی از بین رفتن منافع احتمالی را فرا نمی گیرد به این دلیل که ضرر امری است عرفی و از این روی در هر موردی باید به عرف مراجعه کرد و باید عرف خصوص آن مورد را ضرر می شمارد یا نه مثلاً هرگاه شخص محبوس صنعتگر، مهندس، پزشک یا کارگر متخصص باشد که کاری داشته و حبش او موجب بیکاری او و بیکاری او موجب عدم النفع او شده باشد بدیهی است که عرف این عدم النفع را ضرری شمارد.<sup>۳۸</sup>

<sup>۳۵</sup> صفائی، منبع پیشین، ص ۱۲۴

<sup>۳۶</sup> کاتوزیان، اموال مالکیت، منبع پیشین، ص ۱۴ به بعد

<sup>۳۷</sup> محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۴)، قواعد فقه، تهران، موسسه نشر پلدا، ص ۱۶۶

<sup>۳۸</sup> همان، ص ۱۶۷-۱۶۸



برخی دیگر از اساتید پا را از این فراتر نهاده اند و معتقدند با توجه به قابل مطالعه بودن منافع ممکن الحصول<sup>۳۹</sup> باید گفت چنانچه منافع مورد ادعا صرفاً احتمالی بوده و زمینه و مقدمات آن نیز به هیچ وجه فراهم نشده باشد و هیچ گونه قرینه ای بر امکان حصول آن در آینده نباشد و از شمول عنوان "منافع ممکن الحصول" خارج است و مشمول عنوان عدم النفع گردیده و در نتیجه قابل مطالبه نمی باشد.<sup>۴۰</sup> نظرات بالا که به عنوان نمونه گفته شد به خوبی نشان می دهد که اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی مبنی بر قابل مطالعه نبودن عدم النفع قابل اعتماد و استناد نیست. در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز فروشنده مکلف است در چهارچوب ذکر شده اقدام به دادن خسارت عدم النفع کند. به عنوان نمونه موردی را می توان تصور کرد که در آن فروشنده در موعد مقرر شده در قرارداد ساختمان را تحویل خریدار می تواند از فروشنده خسارت عدم النفع دریافت کند.

### گفتار دوم: اثرات قرارداد نسبت به اشخاص ثالث

تاکنون آنچه گفته شد و مورد بررسی قرار گرفت روابط حقوقی و حقوق و تکالیف فی مابین فروشنده و خریدار در قرارداد پیش فروش ساختمان بود. طبیعی است که فروشنده و خریدار دو رکن اصلی قرارداد پیش فروش ساختمان هستند که بدون آن دو قراردادی منعقد نمی گردد. لکن در برخی موارد ممکن است شخص ثالثی نیز به جمع فروشنده و خریدار اضافه شود. در این حالت رابطه دو سویه عقد حالت سه طرفه پیدا می کند که نیاز به بررسی دارد.

مطابق قواعد کلی قراردادهای هر عقدی که واقع می شود اصل بر اینست که درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن ها مؤثر است و نمی توان شخص ثالث را به رعایت مفاد عقد مجبور کرد این قاعده تحت عنوان قاعده نسبی بودن قراردادهای شناخته می شود. ماده ۲۳۱ قانون مدنی به صراحت چنین اصلی را عنوان می کند. این ماده مورد تخطی از این اصل را نیز بیان می کند. ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی آمده است "معدّلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید". بنابراین طرفین عقد می توانند در ضمن عقد خود برای شخص ثالثی که هیچ دخالتی در انعقاد عقد ندارد تعهدی به سود او انجام دهند.

از جمع دو ماده ذکر شده به خوبی روشن می شود که شخص ثالث کسی است که طرف عقد یا قائم مقام قانونی او نباشد. در این معنی شخص ثالث مفهومی بسیار مضیق پیدا می کند که تنها می توان درباره تعهد به نفع او و یا اثر پیمان های دسته جمعی اشخاص ثالث بحث کرد.<sup>۴۱</sup> در این معنی چندان بحث زیادی درباره اشخاص ثالث در قرارداد پیش فروش نمی ماند زیرا در قرارداد پیش فروش نیز مانند تمامی عقود دیگر طرفین می توانند در ضمن عقد تعهدی برای شخص ثالث بنمایند. اما شخص ثالث در معنای وسیع تر مفهوم «قائم مقام» را نیز در بر می گیرد و این معنی است که در اینجا مورد بحث و تدقیق قرار خواهد گرفت.

در مورد قائم مقام باید توجه داشت که در هیچ یک از قوانین ما اصطلاح «قائم مقام» تعریف نشده است و جز در مورد مدیر تصفیه ورشکسته<sup>۴۲</sup> و طلبکاران معسر<sup>۴۳</sup> به کار نرفته است ولی، با توجه به مفاد ماده ۲۳۱ قانون مدنی و روح مواد مربوط به ارث و نمایندگی، در تعریف قائم مقام می توان گفت: "کسی است که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در بستن قرارداد شرکت نداشته، ولی به سبب انتقال حقی از دارایی یکی از دو طرف به او از عقد متأثر می شود".<sup>۴۴</sup>

شاید به دلیل همین عدم مداخله مستقیم یا به وسیله نماینده قائم مقام است که شخص ثالث در مفهوم عام آن را نیز شامل می شود. قائم مقام یا عام است یعنی شامل تمام حقوق و تعهدها می شود و یا خاص قراردادهای راجع به مال معین. قائم مقامی در مواردی اتفاق می افتد که یکی از طرفین عقد فوت می کند. در این حالت وارث قائم مقام عام فرد متوفی می شود. قائم مقام خاص در مواردیست که شخص عین معین یا حق خاصی را به دیگری انتقال می دهد.

<sup>۳۹</sup> بند ۲ ماده ۹ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری

<sup>۴۰</sup> شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، آئین دادرسی مدنی، جلد اول، نشر میزان، چاپ دوم، بهار، ش ۷۲۵، ص ۴۲۷

<sup>۴۱</sup> ر.ک کاتوزیان، اعمال حقوقی، منبع پیشین، ص ۱۷۸ به بعد

<sup>۴۲</sup> ماده ۴۱۸ قانون تجارت

<sup>۴۳</sup> ماده ۳۶ قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳

<sup>۴۴</sup> ر.ک کاتوزیان، اعمال حقوقی، منبع پیشین، ص ۱۷۴

در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز ممکن است هر دو حالت فوق اتفاق بیافتد زمانی ممکن است یکی از طرفین فوت کند و وراثت جایگزین او شوند و زمانی ممکن است یکی از طرفین اقدام به انتقال موضوع معامله به دیگری بکند. حالت اول بحث چندانی نیاز ندارد. بعد از فوت هر کدام از خریداران و یا فروشندگان وراثت جایگزین آن ها می شوند و کلیه حقوق و تعهداتی که مورث آن ها داشته به وراثت منتقل می شود. در اینجا تنها یک مسأله پیش می آید و آن اینکه آیا قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله عقود است که شخصیت طرف آن قدر مهم باشد که علت انعقاد عقد باشد؟ این سؤال از آن روست که اگر قراردادی به اعتبار شخصیت مورث بسته شده باشد وراثت نباید قائم مقام او شمرد. چنان که اگر پزشکی تعهد درمان بیماری را در برابر دستمزد معین بکند یا نقاشی رسم تصویری را بر عهده بگیرد، پس از فوت پزشک یا نقاش، تعهد نیز منحل می شود و وارثان او هیچ سهمی در دیون و مطالبات ناشی از این قرارداد ندارند.<sup>۴۵</sup>

به نظر می رسد قرارداد پیش فروش ساختمان به طور کلی از آن دسته از قراردادهایی نباشد که شخصیت طرف علت عمده تعهد باشد. خریداران قصد دارند با پرداخت پول خانه دار شود و برای آن ها نوعاً تفاوتی نمی کند که چه کسی ساختمان آن ها را بسازد. چه بسا آن ها نام مهندس سازنده را نیز ندانسته و فقط شرکت ساختمانی را بشناسند. البته ممکن است در موارد بسیار نادری پیش خریدار صرفاً بخاطر سازنده خاص حاضر به خرید ساختمان او به صورت پیش فروش شود. در این حالت سازنده فوت کند قرارداد از آن تاریخ منفسخ می شود و هیچ دین و تعهدی به وراثت منتقل نمی گردد.

#### مبحث پنجم: اثر قرارداد نسبت به پیش فروشنده

##### گفتار اول: حقوق پیش فروشنده

در این گفتار حقوق پیش فروشنده از منظر حق تغییر یکجانبه، حق تعدیل، حق مطالبه ی ثمن مورد بررسی قرار می گیرد:

##### بند اول: حق تغییر یکجانبه برخی اوصاف ساختمان از سوی پیش فروشنده

مسئله های که در وجود این حق برای پیشفروشنده تردید ایجاد میکند تغییر ثمن قرارداد میباشد؛ بنابراین به نظر میرسد که پیشفروشنده به دلیل تغییر در قیمت نهایی بنای ساخته شده نمی تواند مصالحی غیر از مصالح مندرج در قرارداد را در ساختمان استفاده کند.

##### بند دوم: حق تعدیل یک جانبه ی قانون

در مورد وجود حق مزبور برای پیشفروشنده بایستی گفت که با وجود اینکه در حقوق کشور ما تعدیل و تجدیدنظر در قراردادهای مستمر به علت تغییر اوضاع و احوال سابقه دارد<sup>۴۶</sup> در مورد قرارداد مورد بحث یعنی قرارداد پیشفروش آپارتمان امکان تعدیل وجود ندارد مگر اینکه طرفین ضمن اجرای قرارداد متوجه شوند که انجام و ادامهی طرحهای مورد نظر با نرخ های پیش بینی شده امکان ندارد؛ به همین دلیل ممکن است با حسن نیت به توافق برسند که یا از کیفیت کار و میزان تعهد بکاهند یا بر بهای کالاها یا خدمات موضوع آن بیفزایند به گونه ای که تعادل نخستین بین دو عوض در شرایط نیز برقرار شود. قانون پیشفروش ساختمان با وجود ساکت بودن در باب امکان وجود تعدیل، در مواد مختلفی به قطعی بودن ثمن اشاره داشته است گویی که امکان تعدیل قانونی در مورد مزبور وجود ندارد؛ مثلاً قرارداد قانون مزبور در موادی نظیر بند 5 ماده ی 2 و مواد 1، 13 و 16 به قطعی بودن ثمن اشاراتی داشته است؛ به علاوه در نمونه قرارداد هایی که بعد از تصویب قانون مزبور با همکاری وزارت مسکن و سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه گردید در ماده ی 8-6 این نمونه قراردادها صراحتاً مقرر شده است که «قیمت مورد معامله قطعی بوده و به هیچ عنوان از قبیل بالا رفتن قیمت مصالح و یا سایر هزینه ها قابل افزایش نمیباشد.

##### بند سوم: حق مطالبه ی ثمن

پیش فروشنده در مقابل تعهد به تحویل آپارتمان، حق مطالبه ی ثمن را دارد. ماده ی 16 قانون پیش فروش ساختمان در راستای اعمال این حق برای پیشفروشنده ضمانت اجرایی مقرر کرده است که به موجب آن در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در موعد مقرر، پیش فروشنده بایستی مراتب را کتبا به دفترخانه ی تنظیم کننده ی سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به

<sup>۴۵</sup> ر.ک کاتوزیان، اعمال حقوقی، منبع پیشین، ص ۱۷۸ به بعد

<sup>۴۶</sup> ماده ی 4 قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب 1356، در راستای تعدیل میزان اجاره بها مقرر می دارد:

«قرارداد پیشفروش ساختمان نیز از این قاعده مستثنی نیست. در قرارداد مزبور نیز پیشفروشنده حق دارد متناسب با تغییرات بازار، تعدیلی در قیمت و ثمن قرارداد بدهد.»



پیش‌خردار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

#### گفتار دوم: تعهدات پیش‌فروشنده

**بند اول: ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و براساس نقشه ی ساختمانی**  
در مورد ضمانت اجرای تعهد مزبور، قانون پیش‌فروش ساختمان هیچ مقرر ای ندارد. بنابر این برای تعیین ضمانت اجرا بایستی به قواعد عمومی و نیز نمونه قراردادهای پیش‌فروش توسل جست

#### بند دوم: تعهد به تحویل آپارتمان در موعد مقرر

در مورد ضمانت اجرای تأخیر در تحویل آپارتمان، مادهی 6 قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر میدارد: چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد، واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خردار ندهد بایستی به ترتیب مندرج در این ماده جریمه‌ی تأخیر بپردازد

#### بند سوم: تنظیم سند رسمی و تهی‌ی مقدمات آن

ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی انتقال در موعد مقرر، در بند 4 مادهی 6 قانون پیش‌فروش ساختمان، پرداخت خسارت تأخیر تعیین شده است.

#### بند چهارم: افتتاح حساب بانکی

قانون پیش‌فروش ساختمان علی‌رغم تصریح به تکلیف پیش‌فروشنده، در باب ضمانت اجرا مسکوت مانده است در حالیکه شایسته‌تر آن بود که برای تسهیل بهتر کار بانک و تسریع جریان کار، ضمانت اجرای تکلیف مزبور نیز تعیین میشد.

#### بند پنجم: اخذ مجوز انتشار آگهی پیش‌فروش

ضمانت اجرای تعهد مزبور در مادهی 23 قانون پیش‌فروش ساختمان، حبس و یا جزای نقدی تعیین شده است<sup>۴۷</sup>.

#### بند ششم: اخذ بیمه‌ی مسئولیت

پیش‌فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش‌خردار و اشخاص ثالث مسئول است و باید مسئولیت خود را از این جهت بیمه نماید. چنانچه میزان خسارت وارده بیش از مبلغی باشد که از طریق بیمه پرداخت می‌شود، پیش‌فروشنده ضامن پرداخت مابه‌التفاوت خسارت وارده خواهد بود.

#### مبحث ششم: زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹

در خصوص زمان انتقال مالکیت در بیع کلی در معین اختلاف دیدگاه وجود دارد. به نظر برخی، از آنجا که مال کلی در معین از هر حیث در حکم عین خارجی است از این رو از حیث زمان انتقال مالکیت نیز نظیر عین معین است و به مجرد وقوع عقد، مالکیت مبیع کلی در معین به خردار منتقل میشود<sup>۴۸</sup> در مقابل عقیده بر آن

است، بیع تملیکی (در مقابل بیع عهدی) اصطلاح برخی از معاصرین است که اشتباهاً تملیک را مترادف انتقال مالکیت گرفته و ب ه همین جهت آن را بیع عین خارجی به کار برده و بیع کلی در معین را بیع عهدی شمرده است، زیرا در زمان عقد بیع، مالی وجود ندارد تا انتقال مالکیت صورت گیرد.<sup>۴۹</sup>

از آنجائیکه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، موضوع معامله، در زمان انعقاد قرارداد هنوز به نحو کامل احداث شده نیست و مبیع دارای وضعیت خاصی می‌باشد. حال آیا انتقال مالکیت در معاملات پیش‌فروش ساختمان مانند، معاملات غیر منقول ثبت خواهد بود که همزمان با ثبت انتقال مالکیت واقع می‌گردد یا خیر؟

در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، سند مالکیت مربوط به عرصه می‌باشد و آن میزان بنای احداثی که موجود تلقی می‌شود و می‌تواند حداقل شامل پی ساختمان گردد همزمان با عرصه، مالکیت این بخش از اعیانی نیز منتقل می‌گردد. مقنن در ماده ۱۳ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر داشت، با پرداخت اقساط، ثمن مالکیت بنا در حال احداث انتقال می‌یابد. زیرا هنوز بنا در حال ساخت مستقلاً دارای سند نیست. مقنن در مواد ۱۳ و ۱۴ و ۱۵ قانون یاد شده، قایل بر ثبت و انتقال قطعی موضوع قرارداد، پس از اتمام عملیات ساخت یا حداقل انجام

<sup>۴۷</sup> اشخاصی که بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند

<sup>۴۸</sup> امامی، منبع پیشین، ص ۴۴۴

<sup>۴۹</sup> جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، منبع پیشین، ص ۹۶۲

۹۰٪ از آن، می باشد. حال اثرگذارترین عامل در انتقال مالکیت کدام یک از موضوعات یاد شده خواهد بود که در پی آن زمان انتقال مالکیت، از فروشنده به پیش خریدار مسلم خواهد شد؟

### گفتار اول: اثر تادیه ثمن در انتقال مالکیت قرارداد پیش فروش ساختمان

یکی از دیدگاههایی که در خصوص شرط عدم انتقال مالکیت مبیع به خریدار به عنوان تضمین پرداخت ثمن در معاملات اقساطی مطرح است این عقیده است که با تنظیم شرط عدم انتقال در عقد بیع، عقد بطور منجز واقع میشود اما انتقال مالکیت تا زمان پرداخت ثمن به تأخیر می افتد و اگر چنین شرطی تحقق نیابد و اقساط ثمن تأدیه نشود بیع باطل شده و با بیع اقساط گذشته را به خریدار باز می گرداند. در این دیدگاه مالکیت مبیع تا زمان پرداخت کامل ثمن به بایع تعلق داشته و ضمان تلف نیز از مال بایع جبران خواهد شد همچنین پس از انعقاد عقد بیع، صرف نظر از اثر فوری آن که انتقال مالکیت است، اولین تعهدی که بر عهده مشتری قرار می گیرد تأدیه ثمن است. این تأدیه بر مبنای عدالت معاوضی است زیرا طرفین در مقابل آنچه می دهند می خواهند چیزی بدست آورند و با بیع نیز در مقابل تسلیم مبیع، تأدیه ثمن را انتظار دارد. گفته شد که در اثر انعقاد عقد بیع مشتری ملتزم به تأدیه ثمن است و این تأدیه بر مبنای تراضی و توافقی است که بین بایع و مشتری وجود دارد زیرا این دو بر حسب قرارداد توافق نموده اند که دو تعهد در مقابل یکدیگر داشته باشند و نظر به همین ریشه قراردادی داشتن این التزامات است که مادامی که هر یک از طرفین، تعهد خود را انجام نداده، دیگری می تواند از حق حبس استفاده کند. همچنین بایع می تواند در صورت عدم تأدیه ثمن بر طبق مقررات خیار تاخیر ثمن بیع را فسخ کند، به بیان دیگر طرفین بصورت ضمنی قبض و اقباض عوضین را شرط نموده اند و عقد مبتنی بر این دو تعهد مستقر گردیده است، به همین جهت است که عقد بیع را می توان «تملیک عوضین» و «تعهد به تسلیم آنها» تعریف نموده اند که تا جزء اخیر این تعریف تحقق نیابد، جزء اول که انتقال مالکیت است نیز بطور کامل مستقر نمی شود زیرا هر یک از طرفین می توانند با توجه به خیارات قانونی عقد را فسخ نمایند. قانون مدنی در بند ۴ ماده ۳۶۲ به این التزام مشتری تصریح دارد: عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می کند.<sup>۵</sup>

### گفتار دوم: اثر ثبت در انتقال مالکیت موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان

انتقال مالکیت در عقودی که مورد معامله در آنها کلی است و همچنین در عقود عینی و بیع با شرط ذخیره مالکیت از یک سو و سقوط حق فسخ (خیارات) و نیز جلوگیری از تحقق آن از سوی دیگر، از آثار مهم ایفاء در برخی قراردادهای است چنانچه گفته شد اثر ثبت، در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول ثبت شده طبق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ ق. ت. جزء از ارکان معامله محسوب می گردد و علی القاعده قرار داد پیش فروش ساختمان که در زمره همین نوع اموال قرار دارد، باید تابع همان حکم بوده و از آن مستثنی نباشد. مقنن در قرارداد موصوف در ابتدا ثبت قرارداد پیش فروش و تنظیم رسمی آن را و در نهایت، انتقال قطعی موضوع قرارداد، پس از انجام کلیه تعهدات را الزامی دانسته است. از آنجایی که فاصله زمانی بین تنظیم قرارداد پیش فروش تا اتمام عملیات ساخت و پایان موضوع قرارداد عموماً قابل توجه می باشد، لذا انتخاب هر یک از این دو زمان، تنظیم قرارداد رسمی یا تنظیم قطعی و نهایی سند، می تواند آثار متفاوتی داشته باشد. زیرا ماده ۳ قانون، طرفین را مکلف نمود تا قرارداد پیش فروش را با رعایت ماده ۲ و ۴ به نحو رسمی تنظیم نمایند و جزئیات لازم را توأم با تصریح بر حقوق و تعهدات در قرارداد پیش بینی و در سند مالکیت درج شود. بنابراین همانند دیگر معاملات قطعی که خلاصه ای از آن به اداره ثبت منعکس می گردد، قرارداد پیش فروش رسمی نیز باید خلاصه ای از آن به اداره ثبت ارسال شود. وانگهی مقنن اعمال آن را در دفتر املاک تصریح ننمود، ولی سابقه ای از آن در پرونده ثبتی برجا خواهد ماند.

همچنین در ماده ۱۳ و ۱۴ قانون، پس از اتمام و انجام عملیات ساخت موضوع پیش قرارداد و یا انجام ۹۰٪ از موضوع تعهد، فروشنده را مکلف به تنظیم قطعی سند، بنام پیش خریدار نموده است. بنابراین زمان انتقال مالکیت در معامله مربوط به پیش فروش ساختمان نسبت به بخش موجود اعم از عرصه و یا آن بخش از اعیانی احداث شده در زمان تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی در دفتر اسناد رسمی و درج آن در متن سند مالکیت، توأم با اعلام به اداره ثبت واقع می گردد. از این جهت نباید بر آن باشیم بعد از انجام کامل موضوع قرارداد و تنظیم قطعی سند، مالکیت از فروشنده به پیش خریدار منتقل گردد چون نسبت به بخش دیگر که مقرر است تا احداث گردد، قرارداد پیش فروش رسمی سبب و مبنای انتقال آنرا فراهم می سازد و با احداث بعدی و پرداخت ثمن مالکیت به پیش خریدار منتقل می گردد. با وجود این باید قابل به تفکیک شد زیرا:

<sup>۵</sup> کاتوزیان، حقوق مدنی، منبع پیشین، ص ۲۱۲



**اولاً:** ماده ۱ قانون یاد شده بالصراحه انتقال مالکیت واحد ساختمانی در حال احداث، از ملکیت مالک رسمی زمین و متعهد بر ساخت، به پیش خریدار را به موجب قرارداد امکان پذیر می داند. پس مبدأ انتقال مالکیت در این ماده، بر قرارداد پیش فروش استوار و بنا گردیده و متعاقباً نیز در ماده ۳ به تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی در دفاتر اسناد تأکید شده است.

**ثانیاً:** اگر قایل به انتقال مالکیت همزمان با تنظیم سند رسمی باشیم و انتقال قطعی را، پس از اتمام و انجام موضوع پیش قرارداد بدانیم، در آن صورت فلسفه وضع قانون و نیز ظرافت‌هایی که مقنن جهت تنظیم قرارداد در ماده ۲ و ۴ قانون پیش‌بینی نموده، منتفی و عملی لغوی خواهد بود. در حالی که انتساب عمل لغو به مقنن نیز بدور از عقل و منطوق است.

**ثالثاً:** مقنن پس از تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان حق عینی و مالکانه برای خریدار تصور نموده است که موید مالکیت پیش خریدار می‌باشد. مانند حق واگذاری و انتقال حقوق توسط پیش خریدار نسبت به واحد پیش فروش شده در ماده ۱۸، بدون اذن فروشنده و یا تنظیم سند رسمی توسط پیش خریدار، در موقع نقل و انتقال حقوق خویش به موجب ماده ۳ و همچنین امکان تهرین مالکیت عرصه و حقوقی خریدار نسبت به واحد پیش خرید شده نزد بانک، در ازای وام دریافتی.

**رابعاً:** برای پیش خریدار یا فروشنده در مواد مختلف، حقوقی پیش‌بینی شده که نشان از تحقق بیع دارد. از جمله آن حق فسخ است که در قراردادهای صحیح و لازم ایجاد می‌شود. مانند خیار تاخیر ثمن در ماده ۱۶ که مشابه ماده ۴۰۲ ق.م. است یا خیار فسخ در مواد ۷، ۸، ۹ به سبب نقض ضوابط ساختمانی و عیب ... که مشابه خیار عیب در ماده ۴۲۲ ق.م. تخلف وصف در ماده ۴۱۰ ق.م. یا خیار تخلف شرط در ماده ۴۴۴ ق.م. می‌باشد.

**خامساً:** از بررسی مفاد ماده ۱۲ و ۱۳ و ۱۵ استنباط می‌گردد که:

حقوق مذکور در ماده ۱۲ مانند حق حبسی است که در معاملات معوض وفق ماده ۳۷۷ قانون مدنی برای بایع و مشتری در زمان تسلیم، پیش‌بینی شده است.

ماده ۱۳ قانون صراحتاً مالکیت پیش خریدار ملک موضوع قرارداد را با پرداخت ثمن و عوض قرارداد امکان پذیر دانسته است، که این شرط بزعم ما بیشتر مربوط به مالکیت بخشی از ساختمان که احداث خواهد شد، می‌باشد.

وفق ماده ۱۵ قانون، به لحاظ حق عینی خریدار بر عرصه به نسبت بنای مورد معامله، طلبکاران فروشنده قادر به تأمین و توقیف ملک پیش خریدار نمی‌باشد

### بحث و نتیجه‌گیری

قانون پیش فروش ساختمان که در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ دوازدهم دی ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۸۹ به تأیید شورای نگهبان رسیده است که از نظر شکلی و ماهوی دارای برخی ایرادات می باشد که به برخی از آنان می پردازیم. که به نظر اینجانب می بایست توسط قانون گذار محترم این ایرادات رفع شود تا قانون فوق به درستی اعمال و اجرا شود. به موجب ماده یک و دو قانون مدنی، مصوبات مجلس شورای اسلامی پس از طی مراحل قانونی به رئیس جمهور ابلاغ می شود و وی باید در مدت پنج روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجر است مگر آنکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجراء مقرر شده باشد.

آنچه در این نوشتار به آن اشاره شد قصور و کوتاهی قوه مجریه و تشکیلات وابسته به آن است که به تکالیفی که در متن یک قانون مصوب بر عهده آنان گذاشته عمل نکرده و این امر موجب می شود قوانین لازم الاجراء قابلیت اجرا نداشته باشد و آن هم زمانی است که در مفاد قانون، تصویب آئین نامه اجرائی آن بر عهده وزارتخانه و یا تشکیلاتی گذارده شود و این وظیفه در موعد مقرر انجام و اجرائی نگردد.

یکی از این قوانین که در حال حاضر چنین وضعیتی پیدا کرده قانون پیش فروش ساختمان است که در بهمن ماه سال ۱۳۸۹ پس از انتشار آن در روزنامه رسمی لازم الاجرا شد. در ماده ۲۵ آن مقرر شد "آئین نامه اجرائی این قانون ظرف سه ماه از تاریخ تصویب توسط وزارت دادگستری با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیات وزیران خواهد رسید" در حالی که پس از گذشت بیش از شانزده ماه از لازم الاجراء شدن این قانون هنوز خبری از تصویب و انتشار آئین نامه مذکور به گوش نمی رسد. این قانون که برای جلوگیری از تنازعات افراد و همچنین سامان دادن به موضوع پیش خرید و پیش فروش ساختمان به تصویب رسیده و علیرغم ایرادات خاص خود محاسن و مزایایی نیز دارد، هنوز اجرائی نشده و شاید تصویب به موقع آن



می توانست تا حدودی مانع بروز اختلاف و ورود پرونده هائی به دستگاه قضائی شود که این خود مبین بی برنامهگی و عدم پیگیری مسئولین امر در اجرای صحیح قوانین است که باعث معطل ماندن مصوبات قوه مقننه و بی ارزش شدن آن در مقام عمل خواهد شد.

نکته ی دیگر اینکه ملک به عنوانه شاکله و اساس بنیان خانواده و حامی مهم آنها در برابر روند نامتعارف اقتصاد مورد توجه است و این امر از آن بابت مورد لحاظ قرار می گیرد که با توجه به رشد نامتعارف اجاره های منازل توجه افراد نیز درباره تملک داشتن ملک مورد توجه قرار گرفته است. در روند ساخت آپارتمان گاهی شرایطی تحقق پیدا می کند که سازنده یا مالک ملک توان ساخت و اتمام پروژه را نداشته و نیازمند کمک مالی و ساپورت آن است و گاهی حتی شرکت های عمومی و خصوصی و تهاونی ها، اساساً بر مبنای جمع آوری سرمایه و ساخت و تکمیل پروژه های مسکن تشکیل می شوند.

قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می توان بیع عین معین دانست. در واقع فروشنده با انعقاد قرارداد قسمتی از عرصه را حداقل به اندازه سهم خریدار به او منتقل می نماید و چون عرصه فعلاً موجود است لذا عقد بیع، فاقد مبیع قلمداد نمی شود. به علاوه فروشنده متعهد به احداث بنا و تحویل آپارتمان بر اساس مفاد قرارداد پیش فروش است که در نهایت قرارداد پیش فروش آپارتمان را می توان در قالب عقد بیع عین معین توجیه و تحلیل نمود. قرارداد مذکور را به شرحی که در متن پایان نامه گذشت، می توان در قالب بیع کلی فی الذمه نیز تحلیل کرد. گرایش قانون گذار به استفاده از عبارات «پیش فروشنده و پیش خریدار» در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نشانگر شناسایی ماهیت بیع توسط مقنن برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان است. همچنین امروزه به جهت افزایش سریع و چشمگیر قیمت ساختمان و همچنین مشکلات مربوط به تأمین یک جا و کل بها ساختمان آماده بهره برداری، اشخاص متمایل به پیش خرید ساختمان های در حال احداث می باشند تا از افزایش بعدی قیمت با انعقاد قرارداد پیش خرید در امان بمانند. مقنن با وضع قانون پیش فروش ساختمان، زمینه معامله نسبت به ساختمان در حال ساخت را فراهم آورد.

#### منابع

- امامی سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی ۶ جلدی، چاپ شانزدهم، انتشارات اسلامیه، ج ۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق)؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد 3.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۵ جلدی، چاپ اول.
- حسینی مقدم، سیدعسکر (۱۳۸۷)؛ تعلیق در قراردادها، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم
- خوبی، سیدابوالقاسم (بی تا)؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۲
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۴) دوره ۱۵ جلدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید.
- رحیمی، حبیب الله؛ خداکرمی، نسرین (۱۳۹۳)، مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و انگلیس، مجله قضاوت، شماره ۷۹.
- زرنگار، فرناز (۱۳۸۹)؛ قرارداد پیشفروش ساختمان، چاپ اول، نشر جنگل.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، آئین دادرسی مدنی، جلد اول، نشر میزان، چاپ دوم، بهار، ش ۷۲۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات دو جلدی، انتشارات مجد، ج ۱
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷)؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، 135.
- طباطبایی، سید محمد صادق؛ کیایی، عباس (۱۳۹۳)؛ تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پی شفروش ساختمان، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، شماره هشتاد و پنجم، بهار
- علیزاده، حسن (۱۳۸۳)؛ قرارداد پیشفروش آپارتمان، چاپ اول، نشر میثاق عدالت.
- عمید، حسن (۱۳۷۷)، فرهنگ فارسی عمید، صفحه ۱۴۸، ذیل واژه قول، انتشارات امیر کبیر.
- فنوانی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج 2.
- کاتوزیان، ناصر (1384)؛ اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چاپ دهم
- ----- (۱۳۸۱)، دوره مقدماتی حقوق، اعمال حقوقی، ناشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، ش ۱۶۵
- ----- (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، ۵ جلدی، انتشارات بهمن برنا، ج ۱.
- ----- (۱۳۷۱)، مطالعه علم حقوق در نظام حقوقی ایران، چاپ پانزدهم، پائیز.
- کامیار، غلامرضا (۱۳۷۹) حقوق شهر سازی، انتشارات مجد، چاپ اول



۹۷۱۷۱-۰۲۳۰۱



- متین، احمد (۱۳۳۰)؛ مجموعه‌ی رویه‌ی قضایی کیهان، بیتا، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوانعالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰ ، کیهان، تهران.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۴)، قواعد فقه، تهران، موسسه نشر بلد، ص ۱۶۶
- مؤمنی، مهدی (۱۳۷۹)؛ آیین معاملات در اسلام و قوانین ایران، ج ۱ ، چاپ اول، تهران، نشر مکیال.
- ولویون، رضا؛ (۱۳۸۰) « فروش آپارتمانهای ساخت نشده» مجله ی پژوهش حقوق و سیاست ، سال سوم، شماره ی ۴

Archive of SID