

## واکاوی نقش قانون پیش فروش ساختمان در تضمین حقوق افراد

سمیرا مقدسی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شاهد تهران

### چکیده

درسالهای اخیر، نظر به افزایش جمعیت، نیاز به مسکن نیز افزایش پیدا کرد و مسکن به یکی از مهمترین دغدغه‌های افراد جامعه تبدیل گردید و متأثر از گرانی قیمت زمین، احداث واحدهای ساختمانی تجاری و مسکونی در قالب مجتمع و فروش اینگونه تأسیسات در قالب انبوه سازی قبل از احداث شایع شد که در نوع خود، نسبت به گذشته، جدید و ابداعی می‌باشد. در ساختن چنین بناهایی، هم خریداران توان پرداخت یک‌جای ثمن را نداشتند و هم سازندگان آنها، نیاز به سرمایه داشتند و این نیاز خود سبب بوجود آمدن قراردادی موسوم به «قراردادهای ساخت و ساز» و یا «پیش فروش» شد، که عمدتاً بوسیله بنگاههای املاک تنظیم می‌گردید، مشخص نبودن شرایط و حدود و ثغور قانونی این قبیل قراردادها و حتی صحت آنها در دادگاه‌ها، اهم چالش‌های پیش روی بنگاههای املاک بوده؛ بطوریکه همین چالش‌ها، زمینه طرح دعاوی در دادگاههای مربوطه را فراهم نموده است. به منظور حل تمامی مسائل یاد شده، قانونگذار در سال 1389، قانونی به نام قانون پیش فروش ساختمان، مشتمل بر 25 ماده و 4 تبصره، به تصویب رساند. نظر به اهمیت قانون مذکور، تحقیق حاضر به روش توصیفی - تحلیلی، موضوع « واکاوی نقش قانون پیش فروش ساختمان در تضمین حقوق افراد » را مدنظر قرار داده و در این رابطه به تحقیق و بررسی می‌پردازد.

**واژگان کلیدی:** پیش فروش ساختمان، حقوق افراد، تعهد.

## مقدمه

در پی افزایش بی‌رویه آمار پرونده‌های ورودی به قوه قضائیه و با توجه به کمبود نیرو و کادر قضائی در این قوه عزم مسئولین قوه قضائیه بر آن است که به طرق مختلف چاره‌ای در این خصوص بیاندیشند. در نسل‌های اخیر یکی از اقدامات مهم قوه قضائیه جهت کاهش تراکم پرونده‌های متعدد در محاکم ارائه لایحه قضا‌دائی به مجلس است تا در قوانین مختلف از عناوین مجرمانه کاسته شود هرچند این لایحه حدود چهار سال است که در راه روهای مجلس دست به دست می‌شود، لکن مسئولین قوه قضائیه امیدوارند که با تصویب این لایحه سی درصد از عناوین مجرمانه کاهش خواهد یافته و در حوزه‌های مختلف توسط نهادهای شبه قضائی چون شوراهای حل اختلاف و سازمان‌های تعزیرات، نظام مهندسی و ... رسیدگی و با این سازوکار از حجم پرونده‌های متشکله در محاکم کاسته شود. اما در کنار این مباحث وجود قوانین به روز با نیاز اجتماع از بدیهی‌ترین راهکارهایی است که جهت نظم‌دهی به امور، توسط دولت‌ها تصویب و به اجرا در می‌آید و قوانین که با کار کارشناسی دقیق و با شناسائی نقاط ضعف و قوت موضوع تهیه و تدوین می‌گردد. به نظر می‌رسد قانون پیش فروش ساختمان نیز با چنین نگرشی تهیه و تدوین شده و هر چند در این قانون از ضمانت اجرای کیفری نیز استفاده شده است لیکن این امر با تدابیر خاصی وضع شده از ویژگی‌های بارز قانون پیش‌فروش ساختمان آمره بودن شکلی بودن، حمایتی بودن و تضمین‌کنندگی حقوق افراد مختلف است.

این قانون از سه عنصر؛ الف) تمهیدات خاص ب) ضمانت اجرای کیفری ج) ضمانت اجرای حقوقی، بهره‌مند است که در صورت اجرای صحیح آن در بدو امر با رعایت مقرر اساساً از تبعات بعدی یعنی تشکیل پرونده‌های متعدد جلوگیری خواهد کرد. چنانچه تمهیدات و تشریفات مقرر در قانون حین عقد قرارداد و در حال اجرای واحد پیش‌فروش شده رعایت گردد، خود عامل بازدارنده‌ای در این خصوص خواهد بود که به زعم بنده آن را اقدامات پیشگیرانه بنامیم و در مرحله بعد ضمانت‌های اجرائی کیفری و حقوقی مقرر نیز از عوامل کاهنده تشکیل پرونده‌های متعدد در مراجع واردات شده و حقوق افراد جامعه را در مقابل بسیاری از نابه‌هنجاری‌ها تضمین خواهد کرد. ضمن آن‌که تدبیر دیگر قانون‌گذار در این قانون، پیش‌بینی داوری اجباری در آن است به نحوی که ماده (20) قانون مذکور مقرر می‌دارد: کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش‌فروش، توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی‌الطرفین و در صورت دم توافق بر داور مرضی‌الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد. در صورت نیاز داوران می‌توانند از نظر کارشناسان رسمی محل استفاده نمایند. آئین‌نامه اجرائی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تأیید هیأت وزیران خواهد رسید. داوری موضوع این قانون تابع مقررات آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود. که امید می‌رود با اجرای این قانون از ورود بی‌رویه پرونده‌های متعدد به محاکم جلوگیری شده و آثار مطلوب آن در جامعه نمایان شود.

## گفتار اول: نحوه و نقش قانون پیش‌فروش ساختمان در تضمین حقوق افراد

قانون پیش‌فروش ساختمان قانونی است که حقوق افراد مختلف را تضمین و مورد حمایت خود قرار می‌دهد. لذا در عصر حاضر معلول وقوع تحولات گسترده در نوع زندگی بشر و نیاز به تامین مسکن خصوصاً در شهرها و کلان‌شهرها است که در اغلب کشورهای پیشرفته دنیا از سالیان قبل قوانینی در این حوزه مورد تصویب قرار گرفته و اجراء می‌گردد. لکن در کشور ما نیز پیرو چنین نیازمندی‌هایی، با توجه به اقبال عمومی مردم و ملاحظه وضع اقتصادی اکثریت مردم؛ موضوع مورد توجه قرار گرفته و مسئولین امر را هر چند دیر هنگام، به فکر تدوین چنین قانونی انداخت، چرا که با توجه به وجود سود سرشار در این عرصه افرادی با نیت کسب سودهای فراوان که در اکثر موارد حتی حداقل دانش فنی لازم در زمینه مسکن را نداشتند، وارد این عرصه شدند و رفته رفته با عناوین مختلف زمینه بروز ناهنجاری‌ها، تشکیل پرونده‌های متعدد در مراجع مختلف و نهایتاً مغبون شدن پیش‌خریداران را منجر شدند. (علیزاده، 1373، ص 87)

لذا بدون شک از مهمترین اهداف تصویب این قانون، تضمین حقوق افراد جامعه و حمایت از حقوق آنان در مقابل تجاوز سودجویان و یا پیش فروشندگانی است که به نحوی از انحاء تضییع می‌شود. و متعاقب تصویب هر قانون و برای اطمینان از اجرای قاعده حقوقی تدابیر نیاز است که براساس آن‌ها عکس‌العمل متناسبی در مورد تخلف از اجرای قواعد مزبور از سوی جامعه در نظر گرفته می‌شود که همین امر پشتوانه اجرای مقررات حقوقی می‌باشد. (باقرزاده، 1382، ص 21) قانون پیش-فروش ساختمان نیز در واقع قصد دارد، با اعمال ضمانت‌ها و تدابیری که قانون‌گذار در آن وضع نموده از حقوق اشخاص مختلف اعم از پیش‌خریداران و پیش‌فروشندگان، در مقابل یک‌دیگر و به تبع آن به نوعی از حقوق سایر افراد حمایت کند. چرا که بی-گمان نتیجه و هدف غائی از تصویب و اجرای یک قانون خوب تضمین حقوق عموم مردم خواهد بود.

#### **بند اول: اشخاص مورد حمایت قانون پیش‌فروش**

باور عمومی که در وضعیت فعلی و قبل از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان در جامعه شکل گرفته و با واقعیت نیز منطبق است، غالباً در این فرآیند طرفی که معمولاً مغبون و حقوقش تضییع می‌شود پیش‌خریدار است، بنابراین طبیعی است از بدیهی‌ترین افرادی که بایستی در قانون پیش‌فروش باید مورد حمایت قرار گیرند، پیش‌خریداران هستند. لذا با تامل در این قانون، حمایتی بودن آن به نفع پیش‌خریداران شدت بیش‌تری دارد. مواد متعددی از این قانون در همین راستا می‌باشد. البته نباید این قانون را صرفاً منحصرأ تضمین‌کننده حقوق پیش‌خریداران بدانیم چرا که در موادی نیز متقابلاً به تعهدات پیش‌خریدار در مقابل پیش‌فروشنده پرداخته شده و برای نقض این تعهدات نیز ضمانت اجرا پیش‌بینی گردیده است. (زرنگار، 1385، ص 178) اقدامات پیشگیرانه مقرر در قانون و وجود ضمانت اجرای کیفری و حقوقی به نحو دیگری تضمین‌کننده حقوق افراد ثالث و نهایتاً متضمن حقوق عمومی نیز می‌باشد. بنابراین قانون پیش‌فروش ساختمان متضمن حقوق پیش‌خریداران، پیش‌فروشندگان، اشخاص ثالث و حقوق مردم است.

#### **بند دوم: تضمین حقوق پیش‌خریداران**

شهرت قانون پیش‌فروش ساختمان در این است که از حقوق پیش‌خریداران در مقابل پیش‌فروشندگان دفاع می‌کند. آن‌چه عملاً در خصوص پیش‌خریداران در اجتماع ظهور دارد غالباً در دو شکل اشخاص حقوقی پیش‌خریدار و نیز اشخاص حقیقی پیش‌خریدار هستند، که طبیعتاً اشخاص دسته دوم یعنی پیش‌خریداران اشخاص حقیقی بیش‌تر متبادر به ذهن می‌شود.

#### **بند سوم: اشخاص حقوقی پیش‌خریدار**

در وهله اول غالباً پیش‌خریداران اشخاص حقیقی فرض می‌شوند و این امر شاید به این دلیل باشد که معمولاً اشخاص مورد هدف پیش‌فروش ساختمان اقشار کم‌بضاعت و متوسط جامعه هستند در حالی که ممکن است افراد متمول دیگری نیز باشند که بخواهند در زمینه پیش‌خرید ساختمان سرمایه‌گذاری نمایند. حال این اشخاص می‌توانند حقیقی و یا حقوقی در قالب شرکت‌ها، تعاونی‌ها و یا حتی ادارات و نهادهای دولتی و سازمان‌ها و شرکت‌های تابعه آن‌ها باشند که با انگیزه‌ها و دواعی مختلف اقدام به پیش‌خرید ساختمان نمایند. بنابراین قانون‌گذار صرف نظر از قصد و انگیزه اشخاص به موجب قانون پیش‌فروش ساختمان آن‌ها را نیز مشمول قانون دانسته و در واقع چتر حمایتی خود را بر سر آن‌ها نیز می‌گستراند. (سکوتی، 1380، ص 167) شواهد موجود و پرونده‌های متشکله در محاکم نشانگر این است بیش‌تر افرادی که در عرصه پیش‌فروش و پیش‌خرید ساختمان دخیل بوده و متضرر می‌شوند، اشخاص عادی و حقیقی جامعه هستند. که انگیزه اکثریت آن‌ها سرمایه‌گذاری و یا سودجویی در این عرصه نیست بلکه نیاز به امر مسکن و خانه‌دار شدن است. بنابراین بایستی بگوئیم که جامعه هدف قانون پیش‌فروش ساختمان بیش‌تر این افراد هستند.

#### **بند چهارم: پیش‌فروشندگان**

افراد فعال در عرصه ساختمان سازی اغلب در ابعاد کوچک مشغول به فعالیت هستند، در تولید ساختمان‌های مسکونی، سهم افرادی که در ابعاد کوچک به کار تولید می‌پردازند، نسبت به انبوه‌سازان سهم بالایی بوده و این افراد معمولاً برای تأمین مالی فعالیت خود دچار مشکل هستند. این افراد بخشی از نقدینگی را از سرمایه شخصی، بخشی را از طریق تسهیلات بانک و بخشی

دیگر را از طریق سرمایه‌گذاری در قالب پیش فروش ساختمان تامین می‌کنند. با همه این تفاسیر اشخاصی که در زمینه ساخت و ساز و به تبع آن در وادی پیش فروش ساختمان فعالیت دارند، در قالب اشخاص حقیقی پیش فروشنده و نیز اشخاص حقوقی پیش فروشنده می‌باشند. (ایزدی فرد، 1387، ص 49)

#### **بند پنجم: اشخاص حقوقی پیش فروشنده**

پروژه‌های بزرگ ساختمانی در کلان شهرها معمولاً توسط شرکت‌ها و تعاونی‌های فعال در امر ساخت و ساز صورت می‌گیرد. هم اکنون شرکت‌های زیادی در بازار ساخت و ساز مسکن فعالیت دارند. هر چند که بسیاری از این اشخاص حقوقی خوش نام بوده و به تعهدات خود عمل نموده‌اند، اما یکی از معضلاتی که در رابطه با پیش‌فروشنده‌گی اشخاص حقوقی وجود دارد عدم نظارت دقیق بر آن‌ها و نیز سهل الوصول بودن ثبت شرکت بدون نیاز به سرمایه زیاد در سایه قوانین فاقد ضمانت اجراهای قوی است، چرا که مردم عادی بر این اعتقاد هستند؛ ثبت شرکت کنندگان نشانگر این است که دولت این شرکت را تایید کرده و می‌توانند به آن‌ها اطمینان کرده و سرمایه‌گذاری کنند. (سعادت، 1379، ص 189) در حالی که کم نیستند مواردی که با اقدامات متقلبانه با ارتکاب جرائم مختلف موجب تضرر پیش‌خریداران شده‌اند. یکی از این موارد پرونده موسوم به نگین غرب است که پیرو انتشار آگهی شرکت مربوطه جهت پیش فروش آپارتمان، حدود 5 هزار نفر از مردم تهران و کرج اقدام به سرمایه‌گذاری برای ساخت و ساز در این مجتمع کردند. براساس قول و قرار سازندگان این مجتمع مسکونی قرار بود ساختمان‌های پیش فروش شده را طی مدت زمان 24 ماه به متقاضیان واگذار نمایند، امری که که البته پس از گذشت سالیان متمادی، از زمان مقرر هنوز این واحدها واگذار نشده است. علی‌ایحال قانون‌گذار طبق قانون پیش فروش ساختمان حقوق پیش فروشنده را نیز در مقابل پیش خریدار تضمین کرده و برای نقض تعهدات پیش خریدار ضمانت اجراء تعیین نموده است.

#### **بند ششم: اشخاص حقیقی پیش فروشنده**

وجود سود زیاد در عرصه ساخت و ساز مسکن و از طرفی نیاز شدید جامعه به این مقوله، اشخاص حقیقی زیادی را وارد بازار مسکن نموده است که فعالیت این افراد در اندازه و حجم‌های متفاوتی صورت می‌گیرد. به بیان دیگر برخی به عنوان بساز و بفروش و با عناوین پیش‌فروشنده، مشارکت در ساخت، سازنده و ... وارد این عرصه شده‌اند، که بعضی از آن‌ها به صرف داشتن تمکن مالی و بدون داشتن کم‌ترین اطلاعات فنی و علمی و صرفاً با اهداف کسب درآمدهای سرشار اقدام به ساخت و ساز می‌نمایند. که معمولاً این افراد با سواستفاده از بی‌اطلاعی پیش خریداران و با حمایت و هم‌دستی مشاوران املاک موجب نابسامانی بازار مسکن می‌شوند. (همان، ص 190) اما این امر مانع از آن نیست که پیش فروشنده‌گان منصف و متعهد به وظایف خود مورد حمایت قانون قرار نگیرند. بنابراین تفاوتی نمی‌کند پیش فروشنده شخص حقیقی باشد یا حقوقی. در هر صورت در چارچوب قانون پیش فروش ساختمان مورد حمایت قانون‌گذار می‌باشد.

#### **بند هفتم: افراد ثالث**

عرصه پیش فروش ساختمان، از زمان ظهور و بروز تحت مقررات مدونی نظامند نبوده است. بر اثر همین کاستی‌ها بوده که این عرصه جولانگاه افراد مختلف بوده است. با توجه به نیاز موجود در جامعه در سایه فقدان قانون و مرجعی مشخص، این مشاورین املاک بوده‌اند که با تنظیم قراردادهایی با عناوین مشارکت در ساخت و ... نیازهای موجود را رتق و فتق نموده‌اند؛ و تا به امروز که قانون پیش فروش ساختمان اجرائی نشده روند مذکور همچنان ادامه دارد و در نتیجه هر روز تالی فاسد این رویه روز به روز نمود بیش‌تری پیدا می‌کند. (خدارحمی، 1392، ص 78) با توجه به این‌که بسیاری از معاملات و انتقالات بعدی بدون رعایت ضوابط قانونی و بدون سند رسمی انجام می‌شود. اینجاست که پای اشخاص ثالث نیز در این وادی باز می‌شود. برای مثال موارد بسیار اتفاق می‌افتد که اشخاص ثالثی غیر از طرفین قرارداد و با اعتماد به مدارک عادی فی‌مابین اقدام به اعمال حقوقی با پیش خریدار می‌نمایند (نظیر معاملات رهنی، انتقال به صورت عادی و ...) که نهایتاً با تضرر پیش خریدار، آنان نیز متضرر می‌شوند. بنابراین به نظر می‌رسد با اجرای قانون پیش فروش ساختمان، اشخاص ثالث با علم بیش‌تر و اطمینان خاطر تصمیم‌گیری خواهند نمود که این عامل در واقع به نوعی تضمین‌کننده حقوق این اشخاص خواهد بود. از بارزترین مواردی که ممکن

است شخص ثالث متضرر شود زمانی است که واحد ساختمانی توسط پیش فروشنده یا پیش خریدار به وی منتقل می‌شود. مطابق ماده (18) قانون پیش فروش ساختمان، انتقال حقوق و تعهدات مربوط به واحد پیش فروش شده منوط به رضایت پیش فروشنده است. در غیر این صورت، پیش خریدار عهده‌دار پرداخت بهاء یا عوض قراردادی خواهد بود. هم‌چنین چون با تنظیم قرارداد پیش فروشنده بین فروشنده و پیش خریدار، پیش خریدار طبق ماده (13) قانون پیش فروش ساختمان به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌شود پس پیش فروشنده علی‌الاصول نمی‌تواند عرصه و اعیان ساخته شده را که در مالکیت پیش خریدار هستند، به شخص ثالثی منتقل کند. پیش بینی عمل تنظیم سند رسمی در جریان پیش فروش از جمله عواملی دیگری است که تضمین‌کننده حقوق افراد ثالث است.

#### بند هشتم: تضمین حقوق عمومی

یکی از ویژگی‌های قانون پیش فروش ساختمان، آمه بودن آن است و می‌دانیم که قوانین آمه آن دسته از قواعد حقوقی هستند که درجه الزام‌آور بودن آن‌ها بسیار زیاد است به گونه‌ای که هیچ یک از این اشخاص نمی‌توانند برخلاف آن با هم توافق نمایند. بسیاری از مواد قانون پیش فروش ساختمان جزو همین قواعد هستند و اصولاً هدف از تصویب این نوع قوانین ایجاد نظم در جامعه و نهایتاً تضمین حقوق افراد اجتماع است. بنابراین قانون پیش فروش ساختمان به نوعی با حقوق عمومی نیز در رابطه است. بدین صورت که اساساً اجرای این قانون موجب آرامش نسبی در امر پیش فروش مسکن خواهد بود و از آثار مهم آن ایجاد اطمینان و اعتماد در جامعه و نهایتاً کاهش دعاوی مختلف در محاکم و نیز کاسته شدن مراجعات عمومی در ادارات ذیربط خواهد بود بنابراین برای مثال همین که از میزان دعاوی محاکم کاسته شود و یا مراجعات مربوط به این حوزه در ادارات ذیربط (مثل ادارات ثبت، شهرداری، سازمان نظام مهندسی و ...) تقلیل یابد به نفع عموم خواهد بود. (همان، ص 98)

#### گفتار دوم: ساز و کارهای قانونی و نحوه تضمین حقوق افراد

قانون‌گذار در قانون پیش فروش ساختمان تشریفات و تمهیداتی را مقرر نموده که باید آن‌ها را جزو تشریفات و به عبارت بهتر تمهیدات پیش‌گیرانه بدانیم. بنابراین قانون پیش فروش ساختمان با پیش‌بینی تشریفات خاص در بدو امر در نظر دارد، اساساً از وجود اختلاف فی‌مابین طرفین جلوگیری نموده و زمینه سوء استفاده افراد سودجو و در نتیجه از وقوع جرائم ممانعت نماید. از سوی دیگر یکی از ویژگی‌های یک قانون خوب و مناسب وجود ضمانت اجرای مناسب در آن است که با توسل به این ضمانت اجراها است که می‌توان به اهداف مقرر قانون‌گذار دست پیدا کرد. لذا در قانون پیش فروش ساختمان که یکی از اهداف اصلی آن تضمین حقوق پیش خریداران است ضمانت اجراء قوی عاملی است که نیل به این هدف را محقق می‌سازد بنابراین ضمانت اجراء در واقع قدرتی است که برا به کار بستن قانون یا حکم دادگاه از آن استفاده می‌شود. در واقع قانون‌گذار اجرای قوانین مصوب و احکام صادره از دادگاه‌ها را به وسیله نیروی تضمین می‌کند که به آن ضمانت اجرا گفته می‌شود. مع الوصف ضمانت اجرای مقرر در قانون، عامل مهمی است که حقوق افراد را تضمین می‌کند. در قانون پیش فروش ساختمان نیز ضمانت‌های اجرایی متعددی در نظر گرفته شده که بدون شک این ضمانت اجراها عواملی هستند که تضمین‌کننده حقوق افراد می‌باشد و در ادامه بحث به آن‌ها خواهیم پرداخت.

سازوکارهای مقرر در قانون جهت تضمین حقوق افراد

سازوکارهای مقرر در قانون پیش فروش ساختمان تمهیدات و تشریفات پیش‌بینی شده (اقدامات پیشگیرانه)، ضمانت‌های اجرایی کیفری و ضمانت‌های اجرایی حقوقی است.

#### بند اول: ضمانت‌های اجرایی کیفری و حقوقی

ضمانت در لغت به معنای تاوان دادن، ضامن شدن، برعهده گرفتن کاری هم‌چنین به معنای زمین‌گیری نیز معنا شده است (انصاف‌پور، 1379 ص 679). در اصطلاح حمایت مراجع رسمی و یا حمایت عرف و آداب و رسوم و افکار عمومی در اعمال قانون یا عرف و اخلاق حسنه که ممکن است به صورت کلی "عدم نفوذ" و یا جزئی "محکومیت کیفری مجرمان" باشد. (جعفری لنگرودی 1383، ص 2421)



ضمانت اجرا به این معنا است که مجازات با دیگر مکانیزم‌های اجرایی که نسبت به اطلاعات از قانون، قواعد و مقررات ایجاد انگیزه می‌کند و هم‌چنین بخشی از حقوق که به منظور اطمینان از اجرا از طریق وضع مجازات نسبت به نقض یا اعطای پاداش نسبت به رعایت آن‌ها در نظر گرفته شده است. بنابراین ضمانت اجرا یعنی قواعدی است که در یک کشور بر افراد و روابط آن‌ها حکمرانی می‌کند. این قواعد به منظور حفظ نظم جامعه و نگهداری افراد و اموال آن‌ها توسط قوه مقننه وضع و به وسیله قوای مجریه و قضاییه اجرا می‌گردد. به عبارت دیگر هر گاه قانون را یکی از افراد جامعه نقض کند قدرت عمومی برای حفظ نظم و حقوقی که ضمن نقض آن قانون تباه شده به کار می‌افتد و برعکس العمل نشان می‌دهد. این عکس‌العمل را ضمانت اجرا گویند. (کاتوزیان، 1381، ص 523) قانون پیش فروش نیز با همین مکانیسم در نظر دارد حقوق افراد مختلف جامعه را تضمین کند.

### بند دوم: تمهیدات و تشریفات مقرر

مقدمات و تشریفات که قانون‌گذار در قانون پیش فروش ساختمان برای تنظیم قرارداد پیش فروش در قالب تمهیدات قانونی مقرر داشته خود عامل تضمین حقوق افراد ذیربط خواهد بود. ماده 4 قانون برای این که اساساً طرفین بتوانند نسبت به تنظیم قرارداد پیش فروش اقدام نمایند شرایطی را مقرر می‌دارد که رعایت آن عامل مهمی در جهت تضمین حقوق پیش خریداران است. بدین نحو که:

1- سند رسمی مالکیت یا سند رسمی اجازه با حق احداث بنا یا قرارداد رسمی حاکی از این که مورد معامله در ازاء سرمایه‌گذاری با حق فروش از طریق احداث بنا بر روی عرصه به پیش فروشنده اختصاص یافته است. قانون‌گذار در این بند نظر بر این امر دارد که اطمینان کافی و وافی از مالکیت پیش فروشنده و یا اختیار قانونی وی برای احداث بنا بر روی زمینی که قرار است بر روی آن مستحدثاتی ایجاد شود پیدا کرده و از این منظر موجب جلوگیری از تضییع حقوق مالکین اصلی و نیز پیش خریداران گردد. چرا که اگر بنا در زمینی که متعلق به غیر است احداث گردد باز تالی فاسد دامن‌گیر مالک اصلی، پیش خریدار و نهایتاً مراجع قضائی خواهد بود.

2- در بند «2» ماده (4) قانون؛ پیش فروشنده مکلف است قبل از تنظیم قرارداد پیش فروش، پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد را اخذ نماید این امر واجد چند اثر مهم است که در نهایت به نحو پیش خریدار خواهد بود.

الف) در پروانه ماخوذه که متعاقب نقشه ترسیمی توسط مهندس طراح تهیه می‌شود و نیز شناسنامه فنی مستقل هر واحد جزئیات فیزیکی و فنی ساختمان و واحد مورد نظر از قبیل مساحت، موقعیت، طبقه و ... مشخص می‌شود و این زمینه ذهنی کلی در خصوص ساختمان و واحد مورد نظر ایجاد می‌شود و پیش خریدار این علم را پیدا می‌کند که ملک مورد پیش خریداری وی دارای چه خصوصیات خواهد بود.

ب) وجود مشخصات فنی مستقل واحد تا حدود زیادی از جزئیات و نوع مصالحی که قرار است در ساختمان و واحد مورد نظر مورد استفاده قرار گیرد و یا امکان بررسی موضوع از لحاظ انطباق یا عدم انطباق آن با ضوابط و مقررات شهرداری و شهرسازی و مقررات ملی ساختمان را برای پیش خریدار ممکن می‌سازد. البته در مجموعه‌های احداثی که پیش فروشنده تعهداتی در برابر مرجع صادرکننده پروانه از قبیل آماده‌سازی و انجام فضاهای عمومی و خدماتی با پرداخت حقوق دولتی و عمومی و نظارت آن دارد، اجازه پیش فروش واحدهای مذکور به جای اتمام عملیات پی ساختمان منوط به این است که حداقل سی درصد (30٪) پیشرفت در انجام سرجمع تعهدات مربوط و تایید آن توسط مرجع صادرکننده پروانه صورت گیرد.

3- در مواردی ممکن است بنا پس از احداث از جهات مختلف معیوب باشد و یا در اثر اهمال پیش فروشنده بعداً در اثر عیب مخفی قبلی معیوب گردد. که به نحوی از انحاء پیش فروشنده مثلاً به دلیل ورشکستگی یا توقیف اموال و یا در مواردی از این قبیل قادر به جبران خسارت وارده به پیش خریدار نباشد. لذا مطابق بند «5» ماده (4) پیش فروشنده مکلف است در موقع تنظیم قرارداد بیمه‌نامه مربوط به مسئولیت موضوع ماده (9) قانون پیش فروش را تهیه و ارائه نماید به عبارت دیگر یکی از مدارکی که تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان متوقف بر آن است ارائه همین بیمه‌نامه می‌باشد. این تمهید قانون‌گذار در

واقع هم حقوق پیش خریدار و هم به نوعی دیگر حقوق پیش فروشنده را تضمین می‌کند، چرا که پیش خریدار می‌داند در صورت ورود خسارت ناشی از عیب بنا و تجهیزات، غیر از شخص پیش فروشنده طریق دیگری برای جبران آن وجود دارد. پیش فروشنده نیز با بیمه نمودن مسئولیت خود در این زمینه از بار مسئولیت خود در این باب می‌کاهد. از این رو ماده (9) قانون مقرر می‌دارد: «پیش فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بناء و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش خریدار 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، پیش فروشنده ضامن پرداخت مابه‌التفاوت خسارت وارده خواهد بود».

4- در بند «4» ماده (4) پیش فروش ساختمان، مقرر شده برای تنظیم قرارداد پیش فروش بایستی تاییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان ارائه گردد. به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از مقرر نمودن چنین تمهیدی در وهله اول جلوگیری از سوء استفاده احتمالی پیش فروشندگان و در مرحله بعد ایجاد اطمینان نزد پیش خریداران است. به این نحو که اشخاص با ملاحظه مقدمات کار بتوانند با خیالی آسوده نسبت به سرمایه‌گذاری و پیش خرید اقدام نمایند و انگهی موارد متعددی وجود داشته که افراد سودجو در قالب پیش فروشنده و یا انبوه ساز و یا عناوینی از قبیل اقدام به عقد قراردادهائی نموده‌اند؛ در حالی که اساساً هیچ‌گونه اقدامات موثری در رابطه با احداث بنا انجام نداده بودند. ناگفته نماند در باین رهگذر قانون‌گذار مسئولیتی را نیز بر عهده مهندسان ناظر ساختمان در جهت گواهی و تأیید مرحله پایان عملیات ساختمان محول می‌کند که این امر نیز خود سوپاپ اطمینان دیگری در این وادی است.

5- برای جلوگیری از احداث بنا در زمین غیر در بند «8» ماده (4) قانون پیش فروش ساختمان مقرر شده که قبل از ثبت قرارداد پیش فروش از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک استعلام اخذ گردد برخی اعتقاد بر این دارند که در صورتی که ملک دارای سند مالکیت بوده و در ستون نقل و انتقالات آن برای واحد مورد نظر قرارداد پیش فروشی ثبت نشده باشد نیازی به اخذ این استعلام نیست اما تجربه عملی نشان می‌دهد که موارد متعددی وجود داشته که اشخاص سودجو و بزهدکار با جعل سند و دستکاری آن اقدام به ثبت سند می‌نمایند لذا مهم‌ترین اثر این استعلام احراز مالکیت پیش فروشنده و یا مالکیت شخصی است که پیش فروشنده قانوناً از سوی وی اختیار ساخت بنا و پیش فروش دارد.

6- مفاد ماده (12) قانون پیش فروش نیز یکی از مواردی است که در جهت تضمین حقوق پیش خریداران است مطابق ماده مذکور در صورتی که عملیات ساختمانی بامفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می‌تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تاییدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقق پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید مهندس ناظر مکلف است به تقاضای هر یک از طرفین ظرف یک ماه گزارش پیشرفت کار را ارائه نماید، حکم مذکور را از دو منظر می‌توان منشأ اثر دانست اول این‌که با اعمال آن پیش خریدار بر روند پیشرفت جریان ساخت و ساز نظارت می‌کند و در صورت عدم پیشرفت کار از پرداخت اقساط بعدی خودداری می‌کند. دوم این‌که با ارائه گزارش مهندس ناظر تخلفات ساختمانی پیش فروشنده از جنبه‌های دیگر مثل تخلف از مفاد پروانه، مصالح ساختمانی و ... آشکار می‌شود.

#### بند سوم: ضمانت‌های اجرائی کیفری برای تضمین حقوق افراد

ضمانت اجرای قوانین کیفری، مجازاتی است که قانون برای فرد متخلف از آن قوانین در نظر گرفته است، بدین ترتیب که اگر کسی مرتکب جرمی شود به مجازات مقرر آن جرم محکوم خواهد شد و با این وسیله اجرای قوانین کیفی تضمین می‌گردد. در انجام تخلفات دیگر از جمله تخلف از قوانین راهنمایی و رانندگی یا تخلف از قوانین اداری و استخدامی نیز جرایم، مجازات انتظامی و سایر موارد مشابه ضمانت اجرای قوانین مربوطه می‌باشند، که قانون‌گذار برای جلوگیری از زیرپا نهادن و یا بی-اعتنائی به آن قوانین در نظر گرفته است. به نظر می‌رسد پیش‌بینی ضمانت‌های اجرائی مقرر در قانون پیش فروش ساختمان در نتیجه سوءاستفاده‌های صورت گرفته توسط افراد سودجو در سالیان گذشته بوده است. چرا که عرصه ساخت و ساز مسکن به خاطر شرایط ویژه آن آبستن وقوع جرائم متعدد می‌باشد. (علیزاده، 1394، ص78)

#### بند چهارم: ضمانت اجرای عدم اخذ مجوز انتشار آگهی جهت تبلیغ پیش فروشنده

به موجب ماده (21) قانون پیش فروش ساختمان، شخصی که قصد پیش فروش ساختمانی را از طریق تبلیغ جراید، پایگاه‌های اطلاع‌رسانی و سایر رسانه‌های گروهی دارد، باید قبل از هرگونه اقدام جهت تبلیغ، مجوز انتشار آگهی را از مراجع ذی‌صلاح مربوطه که در آئین‌نامه اجرائی این قانون متعاقباً تعیین خواهند شد اخذ نماید؛ عدم رعایت تکلیف قانونی مذکور توسط پیش فروشنده حسب مقررات ماده (23) همین قانون موجب اعمال حبس از نود و یک روز تا یک سال و یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی از پیش خریدار خواهد بود. به موجب این ماده «اشخاصی که .... بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از نود و یک روز تا یک سال حبس یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند.» از این رو حتی اگر پیش فروشنده‌ای بدون قصد مجرمانه، دایر بر پیش فروش ساختمان به دو یا چند نفر، صرفاً بدون اخذ مجوز مبادرت به درج آگهی پیش فروش ساختمان کند از منظر مقررات این ماده مجرم و قابل تعقیب کیفری است. با این حال ضرورتی ندارد که متعاقب درج و انتشار آگهی و به واسطه آن، قرارداد پیش فروشی نیز منعقد بشود یا نشود؛ به عبارت دیگر صرف درج آگهی پیش فروش صرف‌نظر از آن‌که منتهی به تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان بین فروشنده و اشخاص ثالث گردد و یا چنین قراردادی منعقد نگردد جرم و قابل تعقیب کیفری است و این بزه از این جهت مطلق است.

#### بند پنجم: ضمانت اجرای انتشار آگهی قبل از دریافت مجوز مربوطه توسط مطبوعات و رسانه‌ها

همچنان‌که پیش فروشنده ملزم به اخذ مجوز جهت درج و انتشار آگهی پیش فروش ساختمان شده؛ به موجب مقررات ذیل ماده (21) قانون پیش فروش ساختمان، مطبوعات و رسانه‌ها نیز ملزم به رویت و اخذ مجوز مذکور از پیش فروشنده قبل از انتشار آگهی پیش فروش گردیده‌اند؛ در غیر این صورت با ضمانت اجرای کیفری مواجه خواهند شد. به موجب این قسمت از مقررات ماده (21) قانون مزبور «مطبوعات و رسانه‌ها قبل از دریافت مجوز یاد شده حق درج و انتشار آگهی پیش فروش را ندارد در غیر این صورت به توقیف به مدت حداکثر دو ماه و جزای نقدی از ده میلیون (10000000) ریال تا یکصد میلیون (100.000.000) ریال و در صورت تکرار به حداکثر مجازات محکوم خواهند شد». بدین ترتیب پیش فروشنده پس از اخذ مجوز درج و نشر آگهی باید آن را به نشریه یا رسانه‌ای که از طریق آن قصد تبلیغ پیش فروش ساختمان را دارد ارائه نماید و نشریه یا رسانه مربوطه نیز به موجب قسمتی از مقررات ماده (21) قانون یاد شده، باید شماره و تاریخ این مجوز را در آگهی درج و به اطلاع عموم برساند؛ مع‌الوصف عدم رعایت این قسمت از مقررات ماده (21) قانون، نشریه یا رسانه را در معرض اعمال ضمانت اجرای کیفری قرار نمی‌دهد؛ چرا که مقررات ذیل ماده (21) تنها درج و انتشار آگهی پیش فروش را بدون دریافت مجوز آن جرم می‌داند و در خصوص عدم درج تاریخ و شماره مجوز صادره از مراجع ذی صلاح ساکت است.

#### بند ششم: ضمانت اجرای پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی

پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی به موجب ماده (3) قانون پیش فروش ساختمان، قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن، باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر ثبت اسناد رسمی صورت گیرد؛ عدم رعایت این تکلیف موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده (23) این قانون خواهد شد. به موجب این ماده «اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش فروش ساختمان یا بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند. تبصره جرائم مذکور در این ماده تعقیب نمی‌شود مگر با شکایت شاکی خصوصی یا وزارت مسکن و شهرسازی و با گذشت شاکه، تعقیب یا اجراء آن موقوف می‌شود.» در واقع عنصر ماده‌ای این بزه را باید ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف مورد نظر قانون‌گذار دانست که جرمی مطلق بوده و مقید به نتیجه نیز نیست؛ به بیانی دیگر همین‌که پیش فروشنده به طریقی غیر از طریق مورد نظر قانون‌گذار (تنظیم سند رسمی) مبادرت به انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان با شخص ثالث نماید جرم



موضوع این قسمت از ماده (23) محقق شده و حصول نتیجه، شرط تحقق این بزه نیست. نکته قابل توجه در خصوص این قسمت از ماده (23) آن است که اگرچه مفاد مقررات ماده 3 این قانون دلالت بر تکلیف تنظیم سند رسمی انتقال توسط متعاملین دارد، اما ضمانت اجرای کیفری ناشی از عدم رعایت این تکلیف صرفاً متوجه پیش فروشنده ست و نه پیش خریدار؛ از این رو پیش خریداری که به عنوان مثال با تنظیم یک قرارداد عادی مبادرت به پیش خرید یک دستگاه آپارتمان از پیش فروشنده می‌نماید؛ اگرچه به تکلیف قانونی دایر بر ضرورت تنظیم سند رسمی انتقال عمل نکرده، اما عدم رعایت این امر توسط پیش خریدار او را با خطر تعقیب کیفری مواجه نخواهد کرد؛ این در حالی است که قرارداد پیش فروش با مشارکت پیش فروشنده و پیش خریدار منعقد شده و در صورتی که پیش خریدار به تنظیم قرارداد پیش فروش به غیر از طریق رسمی تن در ندهد اصولاً قراردادی منعقد نخواهد شد تا پیش فروشنده قابل تعقیب کیفری باشد؛ از این رو بهتر آن بود که مقنن، پیش خریداری را نیز که عملاً عمداً با توافق با پیش فروشنده از تکلیف قانونی مقرر خویش استنکاف می‌نماید. به عنوان شریک در جرم قابل تعقیب می‌دانست؛ چرا که قانون در این زمینه جنبه آمره داشته و توافق طرفین در این زمینه امکان‌پذیر نیست. (زرنگار، 1385، ص 69)

#### **بند هفتم: ضمانت اجرای مقرر برای مشاوران املاک مبنی بر عدم تنظیم قرارداد پیش فروش**

تنظیم قرارداد پیش فروش توسط مشاورین املاک ممنوع است. به موجب ماده (24) قانون پیش فروش ساختمان که مقرر می‌دارد «مشاوران املاک باید پس از انجام مذاکرات مقدماتی، طرفین را جهت تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش به یکی از دفاتر اسناد رسمی دلالت نمایند و نمی‌توانند رأساً مبادرت به تنظیم قرارداد پیش فروش نمایند. در غیر اینصورت برای بار اول تا یک سال و برای بار دوم تا دو سال تعلیق پروانه کسب و برای بار سوم به ابطال پروانه کسب محکوم می‌شوند.»

ماده فوق‌الذکر مشاورین املاک را از تنظیم قرارداد پیش فروش ممنوع کرده و آنان را مکلف نموده متعاملین را به یکی از دفاتر اسناد رسمی جهت تنظیم قرارداد رسمی دلالت نمایند؛ مدلول مقرر این ماده حاکی است که عدم دلالت متعاملین به دفتر اسناد رسمی توسط مشاورین املاک، مستوجب محکومیت مقرر در این ماده نبوده؛ بلکه در صورت‌های مقرر در این ماده در خصوص مشاورین املاک قابل اعمال است که مشاور املاک رأساً مبادرت به تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان فی‌مابین پیش خریدار و پیش فروشنده نماید. با این حال باید توجه داشت که مقنن، مشاورین املاک را از تنظیم قرارداد پیش فروش منع نموده نه پیش قراردادی که بتواند مصداق قولنامه، فی‌مابین پیش فروشنده و پیش خریدار باشد. به عبارتی دیگر تنظیم هرگونه تفاهم‌نامه یا پیش قرارداد یا هر چیز دیگری که ماهیتاً قرارداد پیش فروش نباشد و مثلاً متضمن تعیین دفتر خانه محل تنظیم قرارداد و تاریخ آن و حق‌الزحمه مشاور باشد توسط مشاورین املاک را نمی‌توان مشمول ضمانت اجرای مقرر در ماده (24) قانون دانست.

به موجب تبصره ماده (23) قانون پیش فروش ساختمان، بزه پیش فروش بدون تنظیم سند رسمی و بزه درج و انتشار آگهی پیش فروش توسط پیش فروشنده بدون اخذ مجوز از مراجع ذیربط، از جرایم قابل گذشت محسوب شده و جز با شکات شاکی خصوص قابل تعقیب نبوده و با گذشت شاکی خصوصی نیز تعقیب یا اجراء آن موقوف خواهد شد. با این حال مقنن در تبصره ماده 23 قانون مذکور علاوه بر ذینفع قرارداد پیش فروش که می‌تواند به عنوان شاکی خصوصی مبادرت به طرح شکایت از پیش فروشنده نماید؛ وزارت مسکن و شهرسازی را نیز ذی مدخل در طرح شکایت از پیش فروشنده محسوب کرده و این وزارتخانه نیز می‌تواند در مواردی که پیش فروشند بدون رعایت الزامات مندرج در این قانون مبادرت به درج و نشر آگهی پیش فروش و یا پیش فروش ساختمان به اشخاص ثالث می‌نماید، در مرجع قضائی ذیصلاح شکایتی به طرفیت پیش فروشنده مطرح نماید. با این حال معلوم نیست با توجه به ذینفع نبودن وزارت مسکن و شهرسازی در قرارداد خصوصی پیش فروش ساختمان بین پیش خریدار و پیش فروشنده، چه توجیهی برای ذی مدخل محسوب کردن این وزارتخانه برای طرح و پی‌گیری پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی با درج و نشر آگهی بدون اخذ مجوز وجود داشته تا مقنن در کنار شاکی خصوصی که ذینفع واقعی است، این وزارتخانه را نیز دخیل در موضوع نماید، بالاخص این امر از این جهت محل ایراد

است که بزه‌های مذکور به تصریح مقنن از جرایم قابل گذشت است و اقدام وزارت مسکن و شهرسازی نیز با این وصف نمی‌تواند مصداق اعلام جرم باشد بلکه مصداق اعلام شکایت است و بدین ترتیب وزارت مسکن علی‌رغم ذینفع نبودن می‌تواند با اعلام گذشت تعقیب کیفری با اجرای حکم را موقوف نماید. سایر جرایم موضوع این قانون به شرح مواد (21) و (24) این قانون قابل گذشت نبوده و در صورت وقوع، دادستان‌ها مکلف به تعقیب موضوع حتی بدون طرح شکایت از ناحیه شاکی خصوصی می‌باشند. (همان، ص 72)

#### **بند هشتم: ضمانت اجرای حقوقی برای تضمین حقوق افراد**

ضمانت اجرا تنها محدود به قوانین کیفری و جرایم نبوده و در امور حقوقی نیز ضمانت اجرای بسیاری به چشم می‌خورد. برای مثال به جهت این‌که قراردادهای و عقود مختلف، در چارچوب قانون انجام گرفته و موارد مندرج در قانون از سوی طرفین در انعقاد آن‌ها رعایت شود. در برخی موارد عدم رعایت شرایط قانونی موجب می‌شود که آن قرارداد یا عقد انجام گرفته، از نظر قانون باطل تلقی شده و یا فاقد قدرت اجرایی باشد. در واقع با توجه به این‌که باطل بودن یک قرارداد از نظر قانون سبب می‌شود در صورت عدم انجام تعهد از سوی یک طرف، طرف دیگر نتواند از طریق قانونی مانند مراجعه به محاکم دادگستری، متعهد را ملزم به انجام تعهد یا پرداخت خسارت نماید. بطلان قراردادی که بدون مراعات شرایط قانونی منعقد شده باشد. ضمانت اجرایی است که موجب خواهد شد طرفین هنگام انعقاد قرارداد، به قوانین مربوطه توجه و آن‌ها را مدنظر قرار دهند. قانون پیش فروش ساختمان نیز از ضمانت اجرای حقوقی برخوردار است که رد صورت نقض تعهدات مربوطه توسط هر یک از طرفین قابل اعمال است. ذیلأ به بررسی و تبیین این ضمانت اجرا می‌پردازیم.

#### **بند نهم: ضمانت‌های اجرای نقض تعهدات پیش‌فروشنده**

مفاد قانون پیش فروش ساختمان قبل از هر چیزی درصد تضمین حقوق پیش‌خریداران است و دلیل آن، این‌که شاید مهم‌ترین نقش را در عرصه پیش فروش ساختمان شخص پیش‌فروشنده بازی می‌کند و عمده تعهد پیش‌خریدار انعقاد قرارداد، قرارداد پیش فروش و در ادامه، پرداخت اقساط بها است. لذا ابتکار عمل تا تحویل واحد یا واحدهای مورد نظر در دست پیش‌فروشنده است. پس طبیعی است که تعهدات وی نسبت به تعهدات پیش‌خریدار بیش‌تر و به تبع آن مسئولیت وی نیز بیش‌تر می‌باشد. همین امر یعنی فزونی تعهدات پیش‌فروشنده و ضمانت اجرای مقرر در خصوص آن، بیش از پیش، عاملی در جهت تضمین حقوق جامعه مورد هدف قانون‌گذار؛ یعنی پیش‌خریداران است.

#### **ضمانت اجرای عدم احداث یا تکمیل ساختمان با شرایط مقرر**

نخستین تعهد پیش‌فروشنده احداث یا تکمیل واحد با شرایط مقرر است. یکی از تخلفاتی که پیش‌فروشنده ممکن است در این مورد مرتکب شود ساخت بنا کم‌تر یا بیش‌تر از مقدار مشخص شده در قرارداد است. مطابق ماده 7 این قانون چند فرض را باید تفکیک کرد. فرض نخست این است که مساحت بنا تا 5٪ کم‌تر یا بیش‌تر از زیربنای مقرر در قرارداد است که در این صورت مابه‌التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت و هیچ یک از طرفین فسخ نخواهد داشت. فرض دوم: مساحت بنا بیش از 5٪ درصد افزون بر میزان مقرر در قرارداد باشد. در این صورت پیش‌خریدار، در فرض عدم قبول اضافه مساحت (در فرض قبول، بها اضافه مساحت براساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه خواهد شد نه براساس قیمت روز بنا) مطابق ماده (7) می‌تواند قرارداد را فسخ کند و مطابق ماده 8 و تبصره آن مطالبه خسارت کند. خسارتی که در این فرض پیش‌خریدار می‌تواند مطالبه کند، در صورت عدم مصالحه با پیش‌خریدار یا عدم توافق آن‌ها، کارشناس مرضی‌الطرفی جهت برآورد خسارت، قیمت روز بنا (روز فسخ) طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی است نه صرفاً استرداد ثمن پرداختی و این علاوه بر سایر خسارتی است که ممکن است به پیش‌خریدار وارد شده باشد مانند هزینه‌هایی که پیش‌خریدار کرده است، عدم استفاده از منافع ممکن‌الحصول و غیره. در واقع قانون‌گذار در این مورد به دنبال جبران خسارت کامل پیش‌خریدار و برآوردن انتظار وی از انعقاد قرارداد پیش فروش بوده است. فرض سوم: مساحت بنا بیش از 5٪ کم‌تر از مساحت مقرر در قرارداد است (کم‌تر از 95٪ مقدار توافق شده). در این صورت پیش‌خریدار اختیار داد که قرارداد را فسخ کند و به مانند فرض

قبلی مطالبه خسارت کند یا این قرارداد را حفظ و فقط مطالبه خسارت کند. خسارتی که در این فرض می‌تواند مطالبه کند، قیمت روز (فسخ) مقدار کسر متراژ براساس نظر کارشناسی است برای مثال اگر مساحت مقرر یکصد متر مربع و واحد تحویلی هشتاد متر باشد پیش فروشنده باید قیمت روز بیست متر کسری را بپردازد نه استرداد ثمن مزبور در پیش قرارداد معادل مقدار کسر شده.

از مطالب فوق‌الذکر چند نکته توجه می‌کند: اول این که حکم ماده (7) این قانون تقریباً حکم مواد 355 و 385 قانون مدنی را در موردی که مورد معامله ساختمان باشد، تحت الشعاع قرار می‌دهد. چون مطابق این مواد اگر مورد معامله ساختمان باشد خواه مساحت به صورت شرط باشد یا قید معامله، در صورت افزایش فروشنده و در صورت کاهش، خریدار حق فسخ دارد. در حالی که مطابق ماده 7 کاهش یا افزایش کمتر از 5٪ هیچ فسخی را به دنبال نخواهد داشت و در صورتی که بیش از 5٪ باشد خواهد در فرض افزایش و خواه در فرض کاهش این خریدار است که فقط حق فسخ دارد. نکته دیگر این که، در نظام حقوق مدنی ایران با فسخ بیع خریدار فقط مستحق استرداد عوض معامله و خسارت ناشی از فسخ است (البته در صورتی که فسخ از طرف خریدار باشد) در حالی که مطابق ماده (8) این قانون با فسخ معامله پیش خریدار علاوه بر استحقاق مطالبه خسارات ناشی از فسخ می‌تواند قیمت روز فسخ واحد ساختمانی تکمیل شده را مطالبه کند، نه صرفاً مبلغ مقرر در قرارداد را. به بیان دیگر، پیش خریدار در واقع مستحق بهائی است که قابلیت خرید واحد ساختمانی معادل را داشته باشد.

#### **بند دهم: ضمانت اجرای عدم تحویل در موعد مقرر**

تخلف دیگر که پیش فروشنده ممکن است مرتکب شود این است که واحد ساختمانی را در زمان مقرر تحویل ندهد. ضمانت اجرای این تخلف در ماده 6 این قانون آمده است و مطابق این ماده پیش فروشنده باید مبالغی حسب مورد به عنوان جریمه تاخیر به پیش خریدار بپردازد؛ مگر این که مبالغ بیش‌تر به نفع پیش خریدار در قرارداد شرط شده باشد که در این صورت باید مبلغ مزبور پرداخت شود. آن چه در این ماده آمده است همان وجه التزام برای تاخیر انجام تعهد است. البته در نظام قانون مدنی وجه التزام باید در قرارداد شرط شود حال آن که در این قانون چنین شرطی لازم نیست و تعهد به پرداخت آن جزو لوازم قانونی عقد است. می‌توان گفت یکی از ابتکارات قانون‌گذار در این ماده شناخت وجه التزام قانونی در کنار وجه التزام قراردادی است.

#### **بند یازدهم: (ضمانت اجرای عدم انتقال قطعی) (رسمی)**

پیش فروشنده پس از اتمام ساختمان باید با حضور در یکی از دفاتر اسناد رسمی و امضاء سند رسمی انتقال، واحد ساختمانی را رسماً به پیش خریدار منتقل کند در غیر این صورت علاوه بر پرداخت یک در هزار مبلغ قرارداد (بند 4 ماده 6) طبق ماده 13 قانون به پیش خریدار حق داده است که با اخذ تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر پرداخت تمام اقساط و عوض قراردادی، به یکی از دفاتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی انتقال مراجعه کند. دفتر اسناد رسمی مزبور هم به پیش فروشنده اعلام می‌کند که ظرف ده روز جهت تنظیم سند رسمی حاضر شود، و در غیر این صورت دفتر اسناد رسمی با تصریح به خودداری پیش فروشنده مبادرت به تنظیم سند رسمی، به نام پیش خریدار یا قائم مقام او می‌کند. در این راستا قانون، اداره ثبت اسناد و املاک را مکلف کرده است که تقاضای پیش خریدار را نسبت به تکفیک یا افراز ملک پیش فروش شده بپذیرد و افراز و تفکیک برخلاف قوانین قبلی صرفاً حق مالک (پیش فروشنده) نباشد آن چه گفته شد مربوط به فرضی است که پیش فروشنده ساختمان را تکمیل کند؛ لیکن حاضر به تنظیم سند رسمی انتقال نشود. اما اگر ساختمان تا زمان انقضاء مدت قرارداد تکمیل نشود در صورتی که صرفاً اقدامات جزئی (کم‌تر از 10٪) باقی مانده باشد پیش خریدار می‌تواند، با قبول تکمیل باقی قرارداد به دفتر اسناد رسمی مراجعه کند و خواستار تنظیم سند رسمی نسبت به قدرالسهم خود شود و هزینه‌های انجام شده را از محل ده درصد ثمنی که نزد او تا زمان انتقال قطعی باقی است (ماده 11 قانون) البته با کسب نظر هیئت داور استیفاء نماید. اما اگر مقدار تکمیل نشده بیش‌تر از ده درصد باشد یا به طور کلی پیش فروشنده از احداث یا تکمیل ساختمان امتناع کند. متأسفانه این قانون هیچ ضمانت اجرائی بر آن در نظر نگرفته است که یکی از مسائل بغرنج در نظام حقوقی ایران است. چون

مطابق نظر مشهور در این فرض باید احکام شرط فعل (مواد 237 الی 239 قانون مدنی) را به اجراء گذاشت و پیش خریدار باید پیش فروشنده را اجبار کند و در صورت عدم امکان اجبار نیز چون ظاهراً ساخت ساختمان از جمله اعمالی است که انجام آن به وسیله شخص دیگر مقدور است، پس پیش خریدار باید ساختمان را بسازد و هزینه آن را از پیش فروشنده مطالبه کند. اما، آیا منطقی است که شخصی که واحد آپارتمان را در ساختمانی بیست واحدی خریداری کرده است برای رسیدن به منزل خویش ساختمانی بیست واحدی بسازد؟! چه تضمینی وجود دارد که او بتواند هزینه‌های انجام شده را وصول کند و با فرار، امتناع، اعسار و ورشکستگی پیش فروشنده مواجه نشود؟ بنابراین جا داشت که قانون‌گذار جدید در این مورد هم برای پیش خریدار حق فسخ و مطالبه قیمت روز بنا قائل می‌شد این در حالی است که ماده (16) قانون پیش فروش عدم پرداخت ثمن را موجب حق فسخ برای پیش فروشنده قرار داده و پیش فروشند نیاز به اجبار به تادیه پیش خریدار ندارد.

#### **بند دوازدهم: ضمانت اجرای ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و عدم رعایت و ضوابط قانون**

پیش فروشنده باید بنا را بدون عیب ساخته، تجهیزات و مصالح سالم به کار برد و همه ضوابط قانونی مربوطه جهت ساختن بنا را رعایت کند. ضمانت اجرای این تعهد پیش فروشنده، در ماده 9 قانون آمده است که به موجب آن در صورتی که خسارتی در نتیجه عیب بنا و تجهیزات آن و عدم رعایت ضوابط قانونی وارد شود پیش فروشنده در مقابل پیش خریدار یا اشخاص ثالث مسئولیت مدنی خواهد داشت. دو نکته قابل توجه در این ماده به چشم می‌خورد؛ نکته اول این‌که، قانون‌گذار پیش فروشنده را در مقابل اشخاص ثالث نیز مسئول می‌داند و اشخاص ثالث در این ماده هر شخصی غیر از پیش خریدار است که از عیب بنا یا تجهیزات آن خسارت می‌بیند. نکته دیگر این‌که، به نظر می‌رسد مسئولیت پیش فروشنده در این مورد مسئولیت بدون تقصیر باشد چون قانون‌گذار پیش فروشنده را ملزم می‌کند مسئولیت خود را نزد یکی از شرکت‌های بیمه، بیمه کند و هر جا بیمه مسئولیت اجباری باشد با نوعی مسئولین بدون تقصیر مواجه خواهیم بود مانند مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری، البته قانون‌گذار مشخص نکرده است مدت این بیمه تا چه زمانی خواهد بود؟ چون آن‌گونه که از ظاهر ماده برمی‌آید، مسئولیت پیش فروشنده محدود به دوره ساختمان نیست. در آینده نیز اگر کسی از عیب موجود در بنا یا تجهیزات آن خسارتی متحمل شود پیش فروشنده مسئول خواهد بود.

#### **بند سیزدهم: ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش خریدار**

هرچند قانون پیش فروش ساختمان غالباً درصدد حمایت از حقوق پیش خریداران است لکن این موضوع نافی این امر نیست که بنا به اقتضای عدالت حقوقی پیش خریداران را نیز نسبت به ایفاء تعهدات خود در مقابل پیش فروشنده مسئول بدانیم. لذا در این راستا، پیش خریدار نیز در مقابل پیش فروشنده تعهداتی دارد که در جهت تضمین حقوق پیش فروشنده، در مقابل پیش خریدار است. که این تعهدات طبق قانون پیش فروش به شرح ذیل می‌باشد.

#### **بند چهاردهم: ضمانت اجرای عدم پرداخت ده درصد بهاء حین تنظیم قرارداد**

ماده (11) قانون پیش فروش مقرر می‌دارد: در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد از بها هم‌زمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند. این امر بدین معناست پیش خریدار نمی‌تواند تمام ثمن را قبا از انتقال قطعی پرداخت نماید و شرط مزبوت الزامی و آمره است و طرفین اختیار توافق برخلاف آن را ندارند، چرا که در صورت توافق این شرط به جهت نامشروع بودن باطل خواهد بود. (بند 3 ماده 232 قانون مدنی).

#### **بند پانزدهم: ضمانت اجرای عدم پرداخت اقساط بهاء یا عوض قراردادی**

پیش خریدار موظف است، اقساط بها و یا همان عوض قراردادی واحد پیش خریداری خود را در موعد مقرر در وجه پیش فروشنده پرداخت نماید. مطابق ماده (16) اگر پیش خریدار اقساط بهاء یا عوض قراردادی را در موعد مقرر نپردازد پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند اعلام کند. دفتر اسناد رسمی مزبور مکلف است ظرف یک هفته به پیش خریدار اخطار کند تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام؛ در غیر اینصورت پیش فروشنده حق

فسخ قرارداد را خواهد داشت. البته تعهد پرداخت اقساط بها منوط به پیشرفت عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد و تأیید مهندس ناظر است در غیر اینصورت پیش خریدار تکلیفی به پرداخت اقساط عوض نداشته و بالطبع پیش فروشنده هم حق فسخ نخواهد داشت.

#### بند شانزدهم: ضمانت اجرای انتقال بدون رضایت پیش فروشنده

تعهد دیگری که پیش خریدار طبق قانون پیش فروش دارد، عدم انتقال قرارداد بدون رضای پیش فروشنده است. ماده (18) قانون چنین بیان می‌دارد: در صورت انتقال حقوق و تعهدات پیش خریدار نسبت به واحد پیش فروش شده بدون رضایت پیش فروشنده، پیش خریدار عهده‌دار پرداخت بها یا عوض قرارداد خواهد بود. بنابراین پیش خریدار همانند پیش فروشنده نمی‌تواند حقوق و تعهدات خویش را نسبت به واحد پیش فروش شده بدون رضایت پیش فروشنده منتقل کند. در غیر اینصورت انتقال مزبور در رابطه میان پیش خریدار و منتقل‌الیه صحیح است، اما در مقابل پیش فروشنده قابل استناد نخواهد بود. چراکه ماده (18) انتقال مزبور را باطل ندانسته بلکه مقرر کرده است که پیش خریدار حتی بعد از انتقال عهده‌ار بهاء یا عوض قرارداد خواهد بود و این همان عدم قابلیت استناد است. (خدارحمی، 1392، ص 87)

#### نتیجه

تضمین حقوق افراد جامعه و حمایت از حقوق آنان در مقابل تجاوز سودجویان و یا پیش فروشندگان، از مهمترین اهداف تصویب قانون پیش فروش ساختمان است. افرادی که بایستی در قانون پیش‌فروش مورد حمایت قرار گیرند، پیش خریداران هستند. لذا با تامل در این قانون، حمایتی بودن آن به نفع پیش‌خریداران شدت بیشتری دارد. در موادی نیز متقابلاً به تعهدات پیش خریدار در مقابل پیش فروشنده پرداخته شده و برای نقض این تعهدات نیز ضمانت اجرا پیش‌بینی گردیده است، لذا می‌توان گفت که اقدامات پیشگیرانه مقرر در قانون و وجود ضمانت اجرای کیفری و حقوقی، متضمن حقوق عمومی می‌باشد. به نظر می‌رسد پیش‌بینی ضمانت‌های اجرائی مقرر در قانون پیش فروش ساختمان در نتیجه سوءاستفاده‌های صورت گرفته توسط افراد سودجو در سالیان گذشته بوده است، چرا که عرصه ساخت و ساز مسکن به خاطر شرایط ویژه آن، زمینه وقوع جرائم متعدد می‌باشد. ضمانت اجرای عدم اخذ مجوز انتشار آگهی جهت تبلیغ پیش فروشنده، ضمانت اجرای انتشار آگهی قبل از دریافت مجوز مربوطه توسط مطبوعات و رسانه‌ها، ضمانت اجرای پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی، ضمانت اجرای مقرر برای مشاوران املاک مبنی بر عدم تنظیم قرارداد پیش فروش، ضمانت اجرای حقوقی برای تضمین حقوق افراد، از موارد مصرح در قانون پیش فروش ساختمان هستند که البته ضمانت اجرای حقوقی برای تضمین حقوق افراد در موارد متعددی کاربرد دارد که عبارتند از: ضمانت‌های اجرای نقض تعهدات پیش فروشنده، ضمانت اجرای عدم احداث یا تکمیل ساختمان با شرایط مقرر، ضمانت اجرای عدم تحویل در موعد مقرر، ضمانت اجرای عدم انتقال قطعی (رسمی)، ضمانت اجرای ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و عدم رعایت و ضوابط قانون، ضمانت اجرای نقض تعهدات پیش خریدار، ضمانت اجراء عدم پرداخت ده درصد بهاء حین تنظیم قرارداد، ضمانت اجرای عدم پرداخت اقساط بهاء یا عوض قراردادی، ضمانت اجرای انتقال بدون رضایت پیش فروشنده.



## منابع

1. انصاف پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات زوار، 1379.
2. ایزدی فرد، علی اکبر و کاویار، حسین، بررسی فقهی حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، 1387.
3. باقرزاده، محمدرضا، ضمانت اجرای صلح و امنیت بین المللی، چاپ اول، قم: انتشارات موسسه آموزش و پژوهشی امام خمینی، 1382.
4. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج، دانش 1378.
5. خداحمی، نسرين، مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه، 1392.
6. راهکارهای کاهش پرونده در نظام قضایی دادگاهها، نشریه معاون حقوقی و فقهی مرکز استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت تهران، 1392.
7. زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، 1385.
8. سعادت، سید مصطفی و رحیمی، سید علی اصغر، ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه، سال 1379.
9. سکوتی، نیما، ماهیت اوصاف و آثار قراردادهای فروش ساختمان، دانشکده علوم انسانی، 1380.
10. علیزاده، حسن، قرارداد پیش فروش آپارتمان، میثاق عدالت، چاپ اول، تهران، 1394.
11. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، 1381.
12. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هفتم، 1385.
13. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، 1377.

## Analyzing the role of building pre-sale law in guaranteeing people's rights

**First Author** Samira Moghadasi

Master's degree in Private Law, Shahed University of Tehran

### 1-1- Abstract

In recent years, due to the increase in population, the need for housing has also increased and housing has become one of the most important concerns of people in the society, and affected by the high price of land, the construction of commercial and residential building units in the form of complexes and the sale of such facilities in the form of Crowding before construction became common, which is new and innovative in its own way compared to the past. In the construction of such buildings, both buyers could not afford to pay the same price and their builders needed capital, and this need caused the creation of a contract known as "construction contracts" or "pre-sale", which mainly are regulated by real estate companies, the lack of clear conditions and limits and legal loopholes of such contracts and even their validity in the courts are the main challenges facing real estate companies; So that these challenges have provided the basis for filing lawsuits in the relevant courts. In order to solve all the mentioned issues, in 2009, the legislator approved a law called the Building Pre-sale Law, consisting of 25 articles and 4 notes. Considering the importance of the aforementioned law, the present research considers the issue of "examination of the role of the pre-sale of building law in guaranteeing the rights of individuals" in a descriptive-analytical way and investigates in this regard.

**Keywords:** Building pre-sale, rights of individuals, commitment.