

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۴

هزار و سیصد و هشتاد و هفت - نیمسال دوم

مقالات

- دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار جلب «عمر البشیر»
 - قتل و صدمه بدنی در منازعه
 - تحقیق و توسعه فناوری نانو از نگاه حق بر سلامتی
 - چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشردوستانه بین‌المللی
 - ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران
 - تحریم هوایی ایران با رویکردی به کنوانسیون شیکاگو
- موضوع ویژه: چالش‌های معاملات املاک در نظام حقوقی ایران
- نقش سند رسمی در بیع املاک
 - جایگاه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم معاملات املاک و خلأهای حقوقی آن
 - چالش‌ها و نارسایی‌های موجود ناشی از درج قیمت منطقه‌ای به جای قیمت واقعی
 - ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن
 - تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت
- نقد: لایحه قانون تجارت
- نقد شیوه قانون‌نویسی در لایحه قانون تجارت
 - تأملاتی در خصوص لایحه قانون تجارت مصوب تیرماه ۱۳۸۴ هیأت وزیران
 - بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت
 - نقد مقررات ابواب پنجم و هفتم لایحه قانون تجارت
 - نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل
 - نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت





http://jlr.sdil.ac.ir/article_43732.html

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۸۷
صفحات ۲۶۹ الی ۲۹۰، تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۱۰/۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۱/۱۰

ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن

فیروز احمدی*

هنگامه غضنفری**

چکیده: سال‌هاست که پیش‌فروش آپارتمان یکی از شیوه‌های رایج و مناسب تأمین مسکن است، با وجود این، ایرادات حقوقی این نوع قراردادها مرتفع نشده و خطرات ناشی از آن کماکان، حقوق مصرف‌کنندگان را تهدید می‌کند. تنوع در تفسیر به جهت ابهام در ماهیت حقوقی این نوع قراردادها از یک طرف و فقدان سازوکارهای ثبتی مناسب برای ثبت رسمی این معاملات از طرف دیگر از مهمترین چالش‌های فرا رو در این زمینه بوده و دعاوی متعدد اشخاص در محاکم دادگستری نیز از تبعات چنین وضعیتی است. این مقاله در تلاش است، تا ضمن ارائه تحلیل‌های حقوقی متفاوت از «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان» به راه‌حلی برسد که مطابق آن پیش‌فروش ساختمان، در حقیقت، عقد بیعی تلقی گردد که مالکیت خریدار را در دو بخش تملیک فوری و تملیک در آتیه محقق می‌سازد در عین حال نارسایی‌های مقررات ثبتی را با ارائه راه‌حل‌های مناسب مطرح، تا با اعمال آنها در روابط حقوقی افراد و همچنین وضع مقررات جدید حقوق پیش‌فروش آپارتمان تأمین گردد.

کلید واژه‌ها: پیش‌فروش آپارتمان، بیع باطل، تملیک تدریجی، ثبت رسمی

* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد و وکیل پایه یک دادگستری
** عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد، دانشجوی مقطع دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

یکی از روش‌های مناسب تأمین مسکن در جامعه کنونی ما، پیش‌خرید آپارتمان است که معمولاً به دلیل پرداخت مرحله‌ای بهای مورد معامله، با شرایط اقتصادی و امکانات اکثریت طبقه متوسط و پائین جامعه، همخوانی داشته و پاسخ‌گوی یکی از ضروری‌ترین نیازهای خانواده یعنی، تأمین مسکن می‌باشد. این در حالی است که هنوز قواعد جامعی در جهت ساماندهی این روابط و تعهدات طرفین وضع نگردیده است فقدان تمهیدات قانونی لازم در این خصوص، علی‌رغم گذشت چند دهه از رواج آن، مشکلات جدی را برای متعاملین، خصوصاً پیش‌خریدار از یک سو، و مجموعه سازمان قضائی کشور که درگیر آثار ناخوشایند عملی آن شده‌اند، از سوی دیگر ایجاد کرده است.

به نظر می‌رسد دو چالش اساسی فرا روی این قراردادهاست. اول، تعریف درست و تحلیل منطقی ماهیت حقوقی «قرارداد پیش‌فروش» و دوم، رفع موانع ثبتی و ایجاد شرایط قانونی لازم به منظور تسهیل ثبت رسمی آنها با توجه به ماهیت حقوقی که در قسمت اول تعریف و تبیین می‌گردد.

در زمینه چالش اول، وجود فرضیات و نظریاتی مبنی بر بطلان عقد بر نگرانی‌های موجود دامن می‌زند. قائل شدن به بطلان در این‌گونه عقود فاقد توجیه بوده و باید از این نظر پرهیز گردد و در عین حال بر آن بود تا با تحلیلی درست از موضوع و توجیه حقوقی شایسته، صحت چنین معاملاتی را به اثبات رساند چرا که مبانی فقهی و حقوقی در بطلان این قراردادها همان‌گونه که خواهیم دید، قابل خدشه و ایراد اساسی است. به علاوه قواعد حقوقی با سمت و سوی تحقق عدالت و تضمین حقوق اشخاص وضع و تفسیر می‌شوند و هرگاه قوانین مبهم باشند هنر حقوقدان این است که با تفسیر مبتنی بر عدالت حق را بر جای خود بنشانند، نه اینکه به ظاهر قوانین استناد گردد. توجه به شکل‌ها و قالب‌های متفاوتی که گاهی بدون داشتن هیچ پشتوانه حقوقی و صرفاً بر اساس سلیقه پیش‌فروشنده تعیین شده و تحت عناوین اساسی مختلف نظیر «صلح»، «قرارداد»، «مبايعه‌نامه»، «تعهد به ساخت آپارتمان» و ... صورت می‌گیرد، گویای واقعیت تلخی است که نمی‌توان به آن بی‌توجهی نمود. چنین وضعیتی نه تنها به تأمین مسکن منتج نمی‌گردد بلکه با تضييع حقوق پیش‌خریدار و آثار منفی ناشی از آن، امنیت حقوقی و اعتماد لازم برای تداوم و گسترش فعالیت‌های ساخت و ساز مسکن و

ساماندهی اشخاص فاقد مسکن را زائل می‌سازد.

چالش دوم به دلیل وجود مقررات ثبتی است که به راحتی اجازه ثبت رسمی چنین توافقاتی را نمی‌دهد. برخی از موانع ثبتی مرتبط با هزینه‌هایی است که طرفین را از تنظیم رسمی توافقات گریزان کرده و برخی دیگر ناشی از قواعدی است که اساساً امکان تحقق همه خواسته‌های طرفین قراردادهای پیش‌فروش و برخورداری از آثار آن را به طور رسمی نمی‌دهد چرا که از نظر تشکیلات ثبت، انعکاس نقل و انتقال حقوق و منافع مرتبط با اعیانی آتی التأسیس، در یک پلاک ثبتی که صرفاً عرصه آن در دفتر املاک به ثبت رسیده و یا حتی به ثبت نرسیده، تا قبل از اتمام بنا، اخذ پایان کار و انجام عملیات تفکیک امکان‌پذیر نمی‌باشد.^۱

ابهام و پیچیدگی مقررات فعلی حاکم در این زمینه، وجود موانع و نارسایی قواعد ثبتی از یک طرف و لزوم حمایت از حقوق خریداران آپارتمان‌ها و تأمین عدالت بین فروشندگان و خریداران از طرف دیگر، ما را بر آن داشت تا در این نوشتار ضمن بررسی ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان و تحلیل نظریات مختلف، مبنای حقوقی قابل قبول و عملی را، پیشنهاد نمائیم که توأم با اصلاح برخی از مقررات ثبتی موجود و یا حتی وضع قواعد جدید، پاسخ‌گوی هر دو معضل پیش‌گفته، باشد.

بر این اساس ابتداء به بررسی ماهیت حقوقی موضوع مورد نظر پرداخته و در خلال آن نظریات قائلان به بطلان عقد از یک سو و شرط تملیک تدریجی را از سوی دیگر مورد نقد قرار می‌دهیم و در نهایت، راه‌حل سومی ارائه می‌نمائیم، که مطابق آن قرارداد پیش‌فروش در حقیقت عقد بیع بوده و در دو بخش تملیک فوری و تملیک در آتیه آثار عقد را محقق و نمایان می‌سازد.

در قسمت دوم این نوشتار عمل حقوقی پیشنهادی در بحث اول را با قوانین و مقررات ثبتی و عملیات مرتبط ثبتی تطبیق داده و ضرورت‌های قانونی را در ارتباط با ثبت رسمی قرارداد پیش‌فروش و نقل و انتقالات احتمالی بعدی، در دفاتر اسناد رسمی، معین می‌نمائیم.

۱. مصوبه شماره ۲۹۹۰ ش مورخ ۱۳۷۲/۳/۱۶ شورای عالی اداری «... صورت مجلس تفکیکی حداکثر ظرف مدت ۵ روز (برای تهران ۷ روز) پس از دریافت مدارک شامل: فرم تقاضا، نقشه ساختمان، گواهی پایان کار و شناسنامه ساختمان صادر می‌گردد...»

در قسمت سوم و آخر این نوشتار، یکی از وضعیت‌های اختلافی شایع در قراردادهای پیش‌فروش، یعنی افزایش یا کاهش مساحت آپارتمان نسبت به آنچه در قرارداد پیش‌فروش توافق شده را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- ماهیت حقوقی «قرارداد پیش‌فروش» آپارتمان

الف) نظریات قائل به بطلان قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان

در قراردادهای فروش آپارتمان که در چارچوب قانون و آیین‌نامه نحوه تملک آپارتمان‌ها و دیگر قواعد کلی و عمومی به‌ویژه قواعد اختصاصی حاکم بر عقد بیع صورت می‌گیرد، مورد معامله، ساخته شده و عملیات ساختمانی آن به پایان رسیده و تردیدی در صحت عقد بیع وجود ندارد. چنین معامله‌ای موجب کلیه آثار حقوقی ناشی از عقد بیع از جمله آثار موضوع ماده ۳۶۲ قانون مدنی است و به موجب بند ۱ همان ماده به مجرد عقد بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرائی آن به‌خوبی وضعیت مالکیت خریداران را نسبت به قسمت‌های اختصاصی و بخش‌های مشترک تبیین نموده است و این نوع قراردادها معمولاً با مشکل حقوقی خاصی مواجه نیستند. اما ابهام در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌باشد که، توافق بر این است پیش‌فروش‌شده، در آینده نسبت به احداث آپارتمان اقدام نماید و مبیع حین‌العقد موجود نمی‌باشد.^۲

بدین ترتیب موضوع عقد، در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از دو جزء تشکیل می‌شود. یک جزء آن راجع به زمینی است که آپارتمان در آن زمین احداث می‌گردد و حین عقد موجود و معین است و عقد، راجع به این بخش صحیحاً تحقق می‌یابد و علی‌القاعده مبیع از ملکیت بایع خارج و در ملکیت مشتری قرار می‌گیرد. جزء دیگر مبیع، بنایی است که یا در هنگام انعقاد قرارداد، هیچ قسمتی از آن ساخته نشده و یا به اتمام نرسیده است. بر این اساس، ممکن است، این نظر عنوان شود که چون مبیع، عین معین است و یا لااقل در حکم عین معین می‌باشد و حین عقد موجود نیست به موجب ماده ۳۶۱ قانون مدنی، بیع، باطل می‌باشد.

۲. البته به استثناء عرصه مشاعی

اما از این نظر نباید پیروی نمود، چرا که مبانی حقوقی حکومت ماده ۳۶۱ قانون مدنی، بر بیع آپارتمان‌ها مخدوش و دارای ایرادات حقوقی است. به نظر می‌رسد ماده مذکور، ناظر به موردی است که مال معینی موضوع قصد طرفین و به طور مشخص متعلق قصد بایع و مشتری است. چنان که بایع فروش مال معینی را قصد و مشتری نیز خرید همان مال معین را انشاء نماید با این وضعیت، عقد بیع تحقق می‌یابد. مثلاً یک تخته فرش مشخص متعلق قصد بایع و در عین حال همان فرش، متعلق قصد مشتری است و طرفین، مالی غیر از آن را اراده نکرده‌اند، پس اگر معلوم شود که مبیع موضوع قصد مشترک طرفین، قبل از انعقاد عقد، تلف شده است در این صورت امکان تملیک به سبب موجود نبودن مال، وجود ندارد و بر همین اساس، بیع، باطل است. انطباق مثال‌های معروف در کتب فقهی و حقوقی^۳ نیز مؤید این نظر بوده و تحلیل حقوقی آن نیز این است که، چون مال معینی مورد قصد مشترک طرفین بوده است، و بیع به طور مختص نسبت به آن مال معین واقع گردیده، حال که معلوم می‌شود حین توافق، طرفین آن مال موجود نبوده و مثلاً قبل از عقد تلف شده است و امکان اینکه مال دیگری را جایگزین مبیع تلف شده یا غیر موجود، نمود و عقد و آثار آن را اجراء کرد، وجود ندارد بر همین اساس بیع باطل می‌باشد؛ و الا وجود مبیع حین‌العقد به طور کلی و در همه اقسام بیع و سایر معاملات راجع به انتقال اموال، شرط درستی و صحت عقود نیست. کما اینکه در بیع کلی فی‌الذمه، مبیع حین‌العقد، یا موجود نیست و طرفین نظر به مال مشخصی ندارند و یا اگر موجود است، متعلق قصد طرفین نمی‌باشد و هر مالی که مطابق قرارداد تهیه و تسلیم گردد، می‌تواند همان مالی باشد که طرفین قصد کرده‌اند و مصداقی از مبیع تلقی شود و در نتیجه بایع می‌تواند هر مالی که مصداق مبیع کلی باشد به اختیار، تعیین و به خریدار، تسلیم نماید.

به نظر می‌رسد هر گاه اقتضاء تملیک، وجود داشته باشد، کافی است. چنانچه در بیع کلی مبیع حین‌العقد وجود ندارد بلکه بعداً وجود می‌یابد، و یا کشاورزی که حاصل

۳. به نقل از ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، ج اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۷۱، ص ۲۷۵. «اگر مالک پیشنهاد کند که گندم موجود از انبار یا آسیبی را که در اصطیل است بفروشد و خریداری که گندم‌ها را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است باید بیع را باطل شمرد».

مزرعه خود را در قالب بیع سلف که هنوز بذر آن را نیز نکاشته است، می‌فروشد ایرادی بر این قرارداد مترتب نیست، زیرا اولاً مال، مثلی است و با توصیف، مبیع معلوم شده و بیم جهالت که موجب بطلان است، رفع می‌گردد. ثانیاً اقتضاء تملیک مال، در زمان انعقاد عقد فراهم می‌باشد و همین قدر برای صحت عقد بیع کفایت می‌کند.

در پیش‌فروش آپارتمان، با توجه به اینکه ابعاد ملک و خصوصیات مبیع از حیث کمیت و کیفیت در قرارداد تعیین می‌شود و نقشه آن تهیه شده، تردیدی در درستی عقد نمی‌توان نمود و همین قدر برای نفوذ قرارداد کافی به نظر می‌رسد و انگهی بطلان چنین قراردادی، فاقد نص صریح قانونی است و طرفداران بطلان، تنها به یاری استدلال می‌توانند حکم بطلان چنین قراردادهایی را قائل گردند در حالی که به موجب ماده ۲۲۳ قانون مدنی و «اصل صحت»، هر معامله‌ای که واقع می‌شود محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن ثابت شود و در مقام تردید نسبت به قراردادهای باید حکم به درستی بیع داد.

در قانون مدنی نیز نمونه‌های زیادی وجود دارد که موضوع عقد در زمان معامله وجود ندارد و بعداً ایجاد می‌شود از جمله در عقد اجاره که با وجود تملیکی بودن عقد مذکور، موجر، منفعی که در آتیه از عین مستأجره تولید می‌گردد را، به مستأجر تملیک می‌نماید و اساساً اقتضاء و ذاتی عقد اجاره، تملیک منافع آینده است. همچنین است موصی به، که در وصیت تملیکی، بعد از وصیت و تا زمان فوت موصی و قبول موصی‌له ایجاد می‌شود.^۴ در عقد ضمان نیز با وجود اینکه قانون‌گذار بر وجود دین برای صحت عقد ضمان تأکید دارد و ضمانت نمودن از دینی که وجود نداشته باطل می‌باشد اگر تنها سبب آن ایجاد شده باشد عقد ضمان را صحیح می‌داند (ماده ۶۹۱ قانون مدنی).^۵ بنابراین چون موجود بودن موضوع معامله به طور کلی و در عقد بیع به طور ویژه شرط صحت معامله نیست، نمی‌توان بدین جهت قراردادهای راجع به پیش‌فروش آپارتمان را باطل دانست.

۴. همان.

۵. ماده ۶۹۱ قانون مدنی: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است».

ب) نظریه تملیک تدریجی

انتقال مالکیت اعیانی پس از اتمام احداث ساختمان به خریدار، ممکن است وی را با خطراتی مواجه سازد و حقوق خریدار به‌درستی تضمین نگردد. گاه طلبکاران فروشنده برای وصول طلب خود به محل ساختمان احداث شده، استناد نموده و فرض این است که تا پایان کار اعیانی به خریدار، انتقال نمی‌یابد. خصوصاً چنین فرضی در صورتی که فروشنده تعهد به انتقال داده باشد متصور است.

در حقوق فرانسه به موجب ماده ۳-۱۶۰۱، بایع بلافاصله حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد و هر مقدار از بنا که ساخته می‌شود متعلق به خریدار است و این اثر در آینده به تدریج در ملکیت خریدار درمی‌آید (تملیک تدریجی) و خریدار ملزم است قیمت ساختمان را به نسبت پیشرفت کار بپردازد.^۶

این حکم از حیث کیفیت تملیک، شبیه عقد اجاره است. در عقد اجاره نیز تملیک به صورت تدریجی است و منافع عین مستأجره که به تدریج حاصل می‌شوند در ملکیت مستأجر تولید و متعلق به مستأجر می‌باشند و بنابراین طلبکاران موجر نمی‌توانند از محل منافع عین مستأجره طلب خود را وصول کنند. ظاهراً به مجرد احداث، اجزاء ساختمان احداثی در ملکیت خریدار قرار می‌گیرد و هیچ‌گونه رابطه مالکیتی بین فروشنده و مستحدثات وجود ندارد.

اما در حقوق ما چنین حکم قانونی وجود ندارد و برای رفع این قبیل مشکلات پیشنهاد شده است که در ضمن قرارداد چنین شرطی درج گردد. بدین مضمون، هر جزئی که از ساختمان احداث می‌شود، متعلق به خریدار و در ملکیت اوست. شرط تدریجی تملیک، با دو اشکال مواجه است. نخست اینکه ممکن است در یک قرارداد پیش‌فروش ساختمان چنین شرطی ذکر نشود و قرارداد از این حیث مطلق باشد و یا اینکه پیش‌فروشنده چنین شرطی را نپذیرد و خریدار به ناچار تن به قراردادی دهد که این قرارداد حقوق آینده او را به خطر اندازد. در این صورت وضعیت حقوقی پیش‌خریدار چگونه توصیف می‌شود؟ اساساً قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان باید با یک توصیف حقوقی صحیح، تحلیل شوند. به نحوی که قرارداد صرف‌نظر از شروط

۶. رضا ولویون، «فروش آپارتمان‌های ساخته نشده»، ماهنامه کانون سردفتران و دفتراران، ش ۶۰، ص ۴۷.

ضمن عقد آن، حقوق طرفین را تضمین نماید، اگرچه این پیشنهاد می‌تواند پاره‌ای از مشکلات را مرتفع نماید، اما کافی نیست. فلذا اگر در قرارداد چنین شرطی نباشد کلیه ایراداتی که در این زمینه مطرح می‌شود، کماکان باقی می‌مانند.

دوم آنکه اگر ایراد این قراردادها این باشد که چون مال موجود نیست در نتیجه بیع باطل است و ماده ۳۶۱ قانون مدنی را حاکم بر موضوع بدانند، در این صورت ماده ۳۶۱ قانون مدنی از قواعد آمره است و احکام مربوط به بطلان از جمله احکامی هستند که خلاف آن نمی‌توان شرط نمود. موجود بودن مبیع در وصفی که شرط صحت عقد است، از شرایط صحت عقد بیع می‌باشد و شروط صحت در صورت عدم رعایت، سبب بطلان عقد هستند، حتی اگر بر خلاف آن توافق به عمل آمده باشد.

لذا راه‌حل مفهوم تملیک تدریجی در قالب شرط ضمن عقد، بدین معناست که خریدار علاوه بر مالکیتش بر زمین، به مجرد عقد بیع، هر میزان از آپارتمان که ساخته می‌شود، مطابق شرط، مالک می‌گردد. این راه‌حل اگرچه می‌تواند منافی، از جمله تضمین حقوق خریدار و جلوگیری از توقیف مال توسط اشخاص ثالث داشته باشد، اما همچنان با ایرادات مذکور مواجه است.

ج) تحلیل عقد به دو عمل حقوقی

با ارائه یک دیدگاه نوین، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان به دو عمل حقوقی تحلیل نمود بر این اساس موضوع عقد، لزوماً تملیک مال و یا تعهد به احداث بنا و سپس انتقال آن نیست. آنچه طرفین راجع به آن توافق می‌کنند از حیث نوع عمل حقوقی از دو بخش متفاوت تشکیل می‌شود. یک بخش آن مربوط به عرصه‌ای است که قرار است آپارتمان در آن احداث گردد و در زمان انعقاد عقد موجود و متعلق به فروشنده (در اینجا پیش‌فروشنده)، می‌باشد و نوع قرارداد مربوط، بیع و سبب تملیک است. یعنی به مجرد عقد، پیش‌خریدار به نسبت سهم خود مطابق ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها، مالک آن می‌گردد و اگر با وضع مقررات جدید پیش‌فروشنده مکلف شود سند رسمی سهم پیش‌خریدار را در زمان انعقاد عقد به نام او انتقال دهد، کلیه آثار ناشی از عقد بیع از جمله حقوق موضوع ماده ۳۶۲ قانون مدنی و سایر امتیازات ناشی از قوانین ثبتی برای پیش‌خریدار محقق و تضمین می‌گردد. این بخش از قرارداد بی‌تردید

صحیح و فاقد هرگونه ایراد حقوقی است.

بخش دوم، تعهد پیش‌فروشنده به احداث بناست. بر این اساس فروشنده متعهد است مطابق کمیت و کیفیت عقد و نقشه از قبل تهیه شده، آپارتمان را احداث و سپس تحویل خریدار دهد که با این تفسیر می‌توان موضوع عقد را، دو بخش تملیکی و عهدی منجر به تملیک دانست. در بخش عهدی با توجه به اینکه مالکیت امری اعتباری است و اراده خلاق طرفین می‌تواند کیفیت تحقق مالکیت را تعیین نماید، بنای طرفین بر این است که، پیش‌فروشنده تعهدات خود را اجراء کند و بنا را احداث نماید و هر جزء از بنا که احداث می‌گردد بلافاصله در ملکیت پیش‌خریدار قرار می‌گیرد. آثار این تحلیل شبیه تئوری مالکیت تدریجی است بدون اینکه ایرادات آن تئوری را داشته باشد. در قراردادهایی که موضوع قرارداد انجام عمل و نتیجه عمل ساخت کالایی یا تهیه مالی باشد کالای ساخته شده و یا مال تهیه شده تعلق به متعهدله دارد. به عنوان مثال اگر شخصی به بافنده فرش سفارش کند تا فرشی مطابق اوصاف تعیین شده و نقشه طراحی شده ببافد و هزینه‌ها و دستمزد آن را نیز پرداخت کند، هر وقت فرش بافته شود متعلق به سفارش دهنده است و یا هر گاه نقاش هنرمندی به سفارش و هزینه دیگری تابلوی نقاشی نفیسی را به اتمام برساند نقاش مالکیتی نسبت به تابلوی نقاشی ندارد. بدیهی است در موارد مذکور طلبکاران بافنده فرش و یا نقاش نمی‌توانند جهت وصول طلب خود فرش یا تابلو نقاشی را توقیف یا در قبال طلب خود تملک نمایند زیرا هیچ رابطه مالکیتی بین این اموال و بدهکار آنها وجود ندارد. این راه‌حل ضمن اینکه مالکیت پیش‌خریدار را نسبت به اعیانی و مستحقات محقق می‌نماید، می‌تواند برای قانون‌گذار در وضع قوانین جدید پیش‌فروش آپارتمان‌ها، ملاک عمل قرار گیرد در نتیجه چون اساساً وجود مبیع در زمان انعقاد عقد شرط درستی آن نیست و مبیع ممکن است در آینده وجود یابد، سبب تملیک در حین انعقاد عقد فراهم شده و به مانند بیع کلی، تملیک نسبت به مستحقات در آتیه محقق می‌گردد. اراده متعاملین در عقود آنقدر کارساز هست که شکل تملیک و کیفیت تحقق مالکیت را بدین نحو مقرر نماید و در عین حال این اراده مشترک، با هیچ قاعده آمره‌ای در تضاد نمی‌باشد با این اوصاف ضعف نظریه بطلان عقد بیشتر نمایان می‌گردد و با این تحلیل، نتیجه مطلوب یعنی احراز صحت عقد و تضمین حقوق پیش‌خریداران و تنظیم روابط افراد در بازار

معاملات پیش‌فروش آپارتمان‌ها، در راستای تحقق عدالت فراهم شده و می‌توان آن را بر سایر راه‌حل‌ها ترجیح داد.

۲- رفع موانع ثبتی در جهت تسهیل ثبت رسمی قراردادهای پیش‌فروش

ثبت رسمی «قرارداد پیش‌فروش» و همچنین نقل و انتقالات بعدی آن ضرورتی اجتناب‌ناپذیر در جهت ساماندهی این نوع قراردادهای، تضمین حقوق طرفین و بهداشت حقوقی جامعه است. این امر مستلزم تحولاتی قانونی و عملی در ضوابط ثبتی مورد عمل و فعالیت‌های اجرائی دستگاه‌های مرتبط با امور ثبتی است که صرفاً با تدقیق جوانب مختلف موضوع و تغییر و تحول همزمان ابعاد نظری و اقدامات عملی، امکان‌پذیر خواهد شد.

تدبیری که در خصوص امور ثبتی مرتبط با پیش‌فروش آپارتمان اندیشیده می‌شود باید در درجه اول در راستای ماهیت حقوقی توافق به عمل آید و مطابق آنچه در قسمت اول این بحث دیدیم، باشد و در درجه دوم، در درون خود سازوکار لازم را برای احقاق حقوق و تأمین منافع «پیش‌خریدار» در مراحل مختلف قرارداد، مد نظر قرار دهد. با این توضیح که جنبه حمایتی تدابیر اتخاذی نباید به گونه‌ای افراطی عمل کند که مسؤولان امر را از توجه به حقوق و منافع پیش‌فروشنده فارغ گرداند چه این نوع بی‌توجهی‌ها علاوه بر تعارض با اصول و قواعد حقوقی، آثار منفی بر فرایند ساخت و ساز آپارتمان و در نهایت تأمین مسکن خواهد داشت.

امکان قانونی پیش‌خریدار برای تنظیم سند رسمی مرتبط با قرارداد به عمل آمده، از همان ابتداء توافق، و نیز نقل و انتقالات بعدی، حمایت هدفمند قانونی به منظور تنظیم سند رسمی انتقال آپارتمان مورد قرارداد پس از اتمام بنا، و یا حتی پیش از آن، در صورت وجود شرایط لازم دیگر، نظیر عدم ایفاء تعهدات فروشنده در اتمام آپارتمان و فقدان امکان الزام وی به انجام تعهد و نیز پرداخت بدهی‌های پیش‌خریدار به تناسب ساخت و ساز به عمل آمده، از مهمترین این موارد است.

نکته‌ای که یادآوری آن ضرورت دارد، اینکه امکان تنظیم سند رسمی به شرح فوق باید به صورت نتیجه قرارداد پیش‌فروش و انتقالات احتمالی پس از آن و یا در قالب شرط ضمن عقد، محقق گردد. این همان اثری است که قانون‌گذار در ماده ۹۳ قانون

ثبت^۷ مد نظر داشته و بر آن تأکید نموده است. پیش‌بینی شرط وکالت برای انتقال سند رسمی در شرایط فوق کافی نبوده و جامع هدف مورد نظر نمی‌باشد. ماهیت عقد وکالت^۸ به عنوان یک عقد جایز و آثار ناشی از آن گویای مطلب می‌باشد.

همان‌گونه که می‌دانیم مطابق قوانین مندرج در باب دوم قانون ثبت اسناد و املاک^۹ کلیه اموال غیرمنقول یا به ثبت رسیده و یا در حال ثبت است. با این توضیح که عموماً ساخت و سازهای آپارتمانی در محدوده شهرها صورت می‌گیرد که در حال حاضر عمدتاً به ثبت رسیده و دارای پلاک ثبتی اختصاصی است. البته در محدوده‌ی شهرها با یک استثناء، مواجه هستیم و آن موضوع مالکیت شهرداری بر اراضی شهری نظیر نهر متروکه و کوچه متروکه است که در صورت تصمیم بر انتقال آن به اشخاص خصوصی بدو با مراجعه به ثبت اسناد، آخرین پلاک همان بخشی که ملک در حوزه آن واقع است، به اراضی مورد نظر اختصاص می‌یابد. مطابق مواد ۴۶^{۱۰} و ۴۷^{۱۱} قانون ثبت، ثبت اسناد راجع به املاک غیرمنقول اجباری است. مطابق ماده ۴۸ همان قانون، اسناد فوق‌الذکر چنانچه به ثبت نرسد در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. الزامات مندرج در مواد قانونی مذکور در نظریه مشورتی شماره ۷/۵۸۴۴-۱۱/۲۳-۱۳۶۲/۱۱ اداره حقوقی دادگستری نیز مورد تأیید قرار گرفته است.^{۱۲}

۷. ماده ۹۳ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶: «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجراء است.»

۸. ماده ۶۷۸ قانون مدنی: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱- به عزل موکل ۲- به استعفای وکیل ۳- به فوت یا جنون وکیل یا موکل.»

۹. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶، مواد ۹ به بعد.

۱۰. ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد ۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفاتر املاک ثبت شده است.»

۱۱. ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده ...»

۱۲. سؤال: آیا رعایت مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک لازم است یا نه؟ نظر مشورتی: «به لحاظ عدم وجود و عدم تصویب قانونی که ناسخ مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت باشد مقررات مواد فوق به قوت خود باقی بوده و لازم‌الرعایه است و از طرف شورای نگهبان هم در مورد غیرشرعی بودن مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اظهار نظر نشده است.»

بدین ترتیب مانع قانونی در ثبت رسمی قرارداد پیش فروش در دفاتر اسناد رسمی وجود ندارد و سران دفاتر اسناد رسمی، مطابق مدلول ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی^{۱۳} مکلف به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین می‌باشند مگر اینکه مدلول آن را مخالف قواعد و مقررات جاری تشخیص دهند.

اینجا اساسی‌ترین سؤال این است که قرارداد مورد نظر که نسبت به یک مال غیرمنقول صورت می‌گیرد و نتیجه نهایی آن تغییر مالکیت است در قالب چه عمل حقوقی به ثبت می‌رسد؟ به عبارت دیگر مفهوم قرارداد به صورت یک مفهوم عام و کلی، گویای قصد طرفین و ماهیت توافق ایشان نیست و نوع «قرارداد» باید مشخص باشد ضمن اینکه مندرجات چنین قراردادی که در آن پیش‌بینی مبلغ نیز یقیناً خواهد شد حکایت از انجام یک معامله دارد و اصولاً از قالب یک سند غیر مالی برابر ضوابط ثبتی خارج بوده و مشمول حق‌الثبت و حق‌التحریر مطابق تعرفه جاری می‌گردد. علاوه بر بحث حق‌الثبت و حق‌التحریر، یکی از مسائل مالی مهم در این نوع قراردادها که در حقیقت از مستندات لازم برای تنظیم سند محسوب می‌شود، گواهی مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم^{۱۴} است که بر اساس بخشی از آن، اشخاص حقیقی یا حقوقی باید در خصوص درآمد خویش از محل واگذاری حقوق خود نسبت به املاک واقع در ایران مالیات بر درآمد املاک پردازند، مگر اینکه در تدابیر قانونی آتی به صورت خاص چنین قراردادی را با تعریفی دقیق و شفاف در حکم یک سند غیر مالی، تعریف کرده و مشمول معافیت‌هایی قرار گیرد. در غیر این صورت به طور مداوم با این مشکل مواجه خواهیم بود که تقویم ارزش و تعیین نرخ جهت وصول حقوق قانونی در شرایطی که تنها انتقال سهم مشاع از عرصه، محقق شده و اعیانی مورد نظر یا هنوز احداث نگردیده و یا کامل نمی‌باشد بر چه مبنایی صورت می‌گیرد؟ تکلیفی که قانون‌گذار در حالت فوق تعیین می‌کند مسیر نقل و انتقالات بعدی و کیفیت وصول

۱۳. «سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضاکننده اعلام نمایند».

۱۴. بخشی از ماده ۱۸۷ در حقیقت مدلول ماده ۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم است که بیان می‌دارد: «درآمد شخص حقیقی یا حقوقی ناشی از واگذاری حقوق خود نسبت به املاک واقع در ایران پس از کسر معافیت‌های مقرر در این قانون مشمول مالیات بر درآمد املاک می‌باشد».

حقوق قانونی را نیز تعیین خواهد کرد.

به نظر می‌رسد، باز هم توجه به جنبه حمایتی موضوع مورد بحث و تحقق عملی معامله صورت گرفته پس از پایان بنا و امکان وصول حقوق قانونی مورد نظر^{۱۵} در مرحله پایانی، ضرورت وضع قواعد فوق را اقتضاء دارد. علاوه بر مسائلی که در بالا اشاره گردید موارد ذیل را می‌توان به عنوان برخی از مشکلات پیش روی دفاتر اسناد رسمی در ثبت این نوع قراردادها برشمرد و راهکارهایی برای آن ارائه نمود:

۱- وقتی طرفین یک قرارداد پیش‌فروش، به دفترخانه مراجعه نمایند، پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد را ارائه می‌نمایند که در آن به طور طبیعی مساحت اعیانی و سهم واحد مورد معامله از عرصه مشاعی، تعداد اتاق‌ها و شماره طبقه و برخی مسائل فنی و معماری ساختمان در آن مشخص گردیده است. اما شماره‌گذاری برای واحد، پارکینگ و انباری صرفاً بر اساس کدگذاری مورد توافق طرفین است و با آنچه در نهایت پس از تفکیک بنا از طریق اداره ثبت اسناد و املاک مطابق ماده ۱۵۰ قانون ثبت صورت می‌گیرد، نوعاً متفاوت خواهد بود. چنین موضوعی باید در بدو امر پیش‌بینی و با تعیین دقیق حدود و ابعاد مورد نظر مورد توافق قرار گیرد.

۲- دفترخانه اسناد رسمی مطابق ماده ۳۷ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی^{۱۶} باید قبل از تنظیم هر نوع سند که در مورد انتقال تمام یا قسمتی از ملک ثبت شده و یا واگذاری حقی نسبت به عین آن ملک باشد، وضعیت حقوقی ملک را از حوزه ثبتی که مال غیرمنقول در آن واقع است استعلام نماید.

ادارات ثبت اسناد و املاک، در پاسخ به هر استعلام، با مراجعه به پرونده ثبتی و دفتر املاک ذی‌ربط، وضعیت ملک را از حیث ثبت، اصالت سند، تثبیت مالکیت مالکی که در استعلام تصریح گردیده، تغییرات حادث در مالکیت عین و منافع آن، سیر

۱۵. حق‌الثبت، حق‌التحریر و مالیات قانونی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم.

۱۶. ماده ۳۷ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷: «در صورتی که معامله راجع به ملک ثبت شده باشد باید خلاصه آن مستقیماً به دفتر املاک ثبت محل فرستاده شود که در ذیل ثبت ملک قید گردد و در غیر این صورت به دایره بایگانی ثبت محل داده می‌شود. قسمت اول این ماده در مورد وصیت نسبت به املاک ثبت شده هم باید رعایت گردد.»

انتقالات و ترتیب درست ایادی بعدی و عدم بازداشت آن از سوی مراجع ذی‌صلاح را بررسی کرده و مراتب را به دفترخانه پرسش‌کننده اعلام می‌دارند. مراحلی که در بالا بیان شد، شامل کلیه اموال غیرمنقول اعم از اینکه صرفاً عرصه باشد و یا در آن اعیانی احداث گردیده، می‌شود. اما به طور مشخص در خصوص موضوع مورد نظر ما، یعنی حالتی که هنوز اعیانی احداث نگردیده، طبعاً صرف استعمال وضعیت عرصه از حوزه ثبتی، راهنمای درستی برای تنظیم قرارداد پیش‌فروش نسبت به اعیانی آتی‌التأسیس نخواهد بود و اهداف ما را در جهت ساماندهی معاملات پیش‌فروش آپارتمان محقق نخواهد کرد. با این توضیح که بدو امکان پرسش در خصوص اعیانی نیز با وضع موجود و فقدان هر نوع سابقه در تشکیلات ثبتی، محلی از اعراب نخواهد داشت. ناگزیر باید به دنبال راه‌حلی بود که هم امکان استعمال مناسب را از سوی دفترخانه، به عنوان یکی از مدارک اولیه برای ثبت رسمی قرارداد پیش‌فروش فراهم نماید، و هم شرایط پاسخ‌دهی را به ادارات ثبت اسناد اعطاء نماید و از خلال این دو حافظ حقوق پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار و ضامن صحت و دوام توافقات و تعهدات ایشان باشد.

طبیعتاً اولین قدمی که پیش‌فروشنده برای تحقق خواسته خود باید بردارد، اخذ پروانه ساخت برای پروژه مورد احداث و نیز دریافت شناسنامه واحد برای تک تک آپارتمان‌های آتی‌التأسیس با رعایت جمیع شرایط قانونی و ضوابط ساخت و ساز است. کیفیت چگونگی طی این مراحل، طبق ضوابط شهرداری و دیگر قواعد مرتبط موجود و نیز قواعدی است که در صورت لزوم در قانون احتمالی پیش‌فروش آپارتمان تدارک دیده می‌شود.

پس از آن و در اولین اقدام ثبتی، پیش‌فروشنده باید به اداره ثبت اسناد و املاک حوزه ثبتی که ملک در آنجا واقع است، مراجعه نموده و با ارائه مدارک خود، خواهان درج مشخصاتی از آپارتمان‌های آتی‌التأسیس در دفتر املاک گردد. این اولین قدم در ثبت قانونی تعهداتی است که پیش‌فروشنده در مقابل پیش‌خریداران متقبل خواهد شد و مبدایی خواهد بود برای رسمیت بخشیدن به هر نوع توافق اولیه به نام قرارداد پیش‌فروش و نقل و انتقالات بعدی در هر قالب و عمل حقوقی دیگر، بدین وسیله اکنون دفاتر اسناد رسمی امکان استعمال، و ادارات ثبت اسناد، امکان پاسخ مناسب را

خواهند داشت. با تحقق مرحله فوق که با قواعد موجود اساساً امکان‌پذیر نبوده و نیاز به اتخاذ تدابیر قانونی جدید در قانون احتمالی پیش‌فروش آپارتمان‌ها خواهد داشت، می‌توان با اطمینان خاطر به عنوان یک سردفتر، به ثبت معاملات مرتبط پرداخت و یا به عنوان پیش‌خریدار و دیگر افراد پس از او، به انجام اینگونه معاملات اعتماد داشت. بدین منظور پیشنهاد می‌گردد، دفتر مخصوصی برای «پیش‌فروش آپارتمان» تنظیم گردد که متقاضی احداث آپارتمان با ارائه پروانه ساخت کلی و اختصاصی به شرحی که پیش‌تر بیان شد، به اداره ثبت اسناد حوزه مربوطه، مراجعه نموده و درخواست ثبت بدهد. چنین دفتری سابقاً برای ثبت قنوت در ادارات ثبت اسناد و املاک موجود بوده و خالی از سابقه نیست و در حال حاضر نیز با پیش‌بینی آن در قواعد جاری، تحقق خواسته‌های «پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار» را به منظور تنظیم سند رسمی «قرارداد پیش‌فروش»، پوشش می‌دهد. با چنین تدبیری در موردی هم که عرصه اساساً ثبت نشده باشد، امکان آپارتمان‌سازی و ثبت رسمی قراردادهای مربوط، فراهم می‌گردد.

بدیهی است پس از پایان بنا و تفکیک ثبتی ملک، امکان درج وضعیت ثبتی هر یک از واحدها به دفتر املاک مربوط، فراهم می‌شود. در اینجاست که پروژه آپارتمان‌سازی آماده انعقاد قرارداد در قالب سند رسمی می‌گردد و طرفین بر اساس توافق فی‌مابین می‌توانند جهت ثبت رسمی قرارداد پیش‌فروش به یکی از دفاتر اسناد رسمی مراجعه نموده درخواست اقدام نمایند. دفترخانه اسناد رسمی در مقابل درخواست فوق و مطابق قواعد جاری بدو استعلام مورد نظر را از اداره ثبت اسناد به عمل آورده و پاسخ لازم را بر اساس محتویات دفتر مخصوص پیش‌فروش آپارتمان‌ها، دریافت می‌دارند.

۳- در مرحله پایانی، دفترخانه عامل باید عملیات ثبتی راجع به عین منافع و یا حقوق مرتبط را در قالب خلاصه معامله انجام شده، مطابق ماده ۳۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی^{۱۷} به اداره ثبت اسناد حوزه ثبتی مربوط ارسال و اداره ثبت برابر ماده ۲۶ قانون

۱۷. ماده ۳۶ آیین‌نامه قانون دفتر اسناد رسمی: «بعد از تنظیم سند، سردفتر مکلف است خلاصه معامله‌ای را که نزد او واقع شده بر روی برگ‌های مخصوص این کار نوشته منتهی در ظرف پنج روز به اداره ثبت بفرستد خلاصه نامبرده باید حاوی نام پدر و شماره شناسنامه متعاملین نیز بوده و علاوه بر امضاء آنان به امضاء سردفتر و نماینده ثبت در صورتی که دارای نماینده باشند مضمناً باشد. تخلف از دستور این ماده مستلزم کیفر انتظامی شدید خواهد بود.»

ثبت^{۱۸} مراتب را در دفتر معاملات غیرمنقول ثبت و خلاصه آن را در دفتر املاک ذیل صورت ثبت ملک قید نمایند.

در این باب و در خصوص قراردادهای پیش‌فروش، دو مسأله اساسی مطرح است. اولاً با توجه به اهمیت عملی برخورداری از آثار این قرارداد و جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی و اصولاً برای استقرار نتایج ثبت رسمی آنها، لازم است انجام عملیات آنها در دفاتر اسناد رسمی به اطلاع اداره ثبت رسیده و به شکلی در دفتر مخصوص و در ستون مربوطه درج گردد. حال آیا ارسال این نقل و انتقالات در قالب برگ خلاصه معامله‌ای که در حال حاضر برای اعلام نقل و انتقالات موضوع ماده ۲۶ قانون ثبت اسناد املاک، در اختیار دفاتر است، امکان‌پذیر می‌باشد؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی باشد، بنابراین باید علاوه بر همه تمهیدات پیش‌بینی شده، برای این مورد نیز اوراق جدیدی تعریف و تسلیم دفاتر اسناد رسمی گردد.

ثانیاً چگونگی ثبت اطلاعات اعلامی توسط دفاتر در خصوص قرارداد پیش‌فروش و نقل و انتقالات بعدی در دفتر مخصوص پیشنهادی، تا مرحله تحقق و پایان بنا و تفکیک آن و تعیین پلاک فرعی مختص هر واحد آپارتمان تفکیک شود، باید روشن شده و چارچوب قانونی یابد. پس از اتمام بنا و اخذ پایان کار، پیش‌فروشنده، مکلف است نسبت به تفکیک ملک و مطابق قواعد جاری اقدام و سپس در خصوص انتقال هر آپارتمان به آخرین منتقل‌الیه برابر اسناد رسمی موجود اقدام نماید.

۳- آثار کاهش یا افزایش مساحت آپارتمان پس از اتمام بنا

گاه پس از تکمیل و هنگام تحویل آپارتمان معلوم می‌شود آنچه که ساخته شده کمتر یا بیشتر از مساحت تعیین شده است. در این خصوص راه‌حل‌های حقوقی مختلفی مطرح بوده که ضمن بررسی، سعی شده مناسب‌ترین راه‌حل در جهت تضمین حقوق طرفین پیشنهاد گردد.

۱۸. ماده ۲۶ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب: «در مورد انتقال تمام یا قسمتی از ملک ثبت شده و یا واگذاری حقی نسبت به عین آن ملک و همچنین در مورد عمری و رقبی و سکنی و معاملات راجع به انتقال منافع ملک برای مدتی بیش از سه سال به ترتیب ذیل عمل خواهد شد: سند معامله در دفتر اسناد رسمی یا دفتر معاملات غیر منقول ثبت و خلاصه آن در دفتر املاک ذیل صورت ثبت ملک قید می‌شود و به همین طریق خلاصه کلیه انتقالات در دفتر املاک به ترتیب تاریخ ذیل یکدیگر به ثبت خواهد رسید...»

الف) در صورتی که مساحت بیشتر از مقدار تعیین شده در قرارداد باشد

به موجب ماده ۳۵۵ قانون مدنی اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه، تراضی نمایند.

آنچه که به عنوان راه‌حل حقوقی در ماده ۳۵۵ قانون مدنی پیش‌بینی شده است، فسخ قرارداد، توسط فروشنده است اما در قرارداد راجع به پیش‌فروش آپارتمان که در زمان انعقاد قرارداد هنوز بنا احداث نشده است و فروشنده متعهد است مطابق مندرجات و اوصاف کمی و کیفی عقد و نقشه تهیه شده نسبت به ساخت آن اقدام کند اگر فروشنده بنا را بیش از مساحت تعیین شده بسازد و به عبارتی، تخلف به فروشنده منتسب شود، نمی‌توان برای فروشنده با این شرایط حق فسخ قائل شد زیرا فروشنده خود عامل ایجاد چنین وضعیتی است و تخلف قراردادی دارد.

به نظر حکم ماده ۳۵۵ قانون مدنی، ناظر به ملکی است که در زمان انعقاد عقد موجود باشد و ظاهراً فروشنده در محاسبات خود دچار اشتباه شده است در نتیجه قانون‌گذار حق فسخ برای فروشنده در نظر گرفته که با فسخ قرارداد، ضرر را از خود دفع نموده و یا با خریدار مصالحه کند. اما در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان فروشنده باید مطابق مفاد عقد عمل نماید و ملک را به مقدار تعیین شده در عقد و با آن مساحت بسازد حال که تخلف از جانب اوست، نمی‌توان حق فسخ را برای متخلف قراردادی منظور نمود و بابت این تخلف به او پاداش حقوقی داد.

به نظر می‌رسد راه‌حل مناسب برای حفظ حقوق طرفین عمل به حکم موضوع ماده ۱۴۹ قانون ثبت است. مستنبط از ماده ۱۹۱۴۹ قانون ثبت، در این صورت خریدار بر

۱۹. نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته شود و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد ذی‌نفع می‌تواند قیمت اضافه را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید. در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قرارداد نباشد اداره ثبت سند را اصلاح و به ذینفع اخطار می‌نماید تا وجه تودיעی را از صندوق ثبت دریافت دارد عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زائد بر دو سال از تاریخ اصلاح سند اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود.

اساس قیمت مندرج در قرارداد پیش‌فروش می‌تواند قیمت بنای اضافی را به فروشنده پرداخت نماید و سند تفکیکی توسط اداره ثبت مطابق مساحت فعلی صادر و سپس سند مالکیت تنظیم و انتقال یابد.

بدیهی است که در این صورت اگر موضوع قرارداد زیادتر از مقدار معهود درآید نمی‌توان ادعا کرد که آن مقدار زیاده فروخته نشده و کماکان در ملکیت فروشنده است و اگر کمتر باشد نمی‌توان از ثمن کسر نمود زیرا در این صورت، شرط مقدار نوعی شرط صفت است و وصف نیز به تنهایی در برابر بخشی از عوض قرار نمی‌گیرد.^{۲۰} اکنون باید دید که در این صورت، آیا خریدار حق فسخ قرارداد را دارد و به استناد تخلف پیش‌فروشنده می‌تواند آن را فسخ نماید یا خیر؟

ممکن است گفته شود اصولاً حق خیار برای دفع ضرر است و هر گاه ساختمان تحویلی بیش از مساحت مقرر باشد خریدار حق فسخ ندارد. از ظاهر مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد که مشتری حق فسخ نداشته و ظاهراً فقط بایع می‌تواند بیع را فسخ کند. از آنجا که زیانی بر خریدار تحمیل نمی‌شود مساحت بیشتر، همواره به نفع او بوده پس امکان انحلال عقد بدین سبب برای پیش‌خریدار وجود نداشته باشد. اما اگر اضافه مساحت نوعی تخلف از شرط محسوب گردد مطابق اصول و قواعد حاکم بر شروط ضمن عقد، نمی‌توان خریدار را از حق فسخ محروم نمود. در هر حال او ممکن است منظور خاصی از شرط مساحت داشته باشد و هر گاه مساحت آپارتمان تحویلی بیش از مساحت مقرر باشد نتواند منظور خود را تأمین نماید و از این حیث متضرر گردد. بدیهی است او در صورتی این حق را اعمال می‌کند که متضرر باشد و الا از حق خود می‌گذرد و طبق ماده ۲۳۵ قانون مدنی هر گاه در قرارداد شرط صفت شود و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط صفت به نفع او شده خیار فسخ خواهد داشت.

عدم ذکر حق فسخ خریدار در مواد ۳۵۵ و ۲۸۶ قانون مدنی دلیل بر نداشتن حق فسخ نمی‌باشد زیرا شرط به نفع مشتری است و همواره کسی که شرط به نفع اوست می‌تواند در صورت تخلف عقد را فسخ نماید.^{۲۱}

۲۰. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۲.

۲۱. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۷۰، ص ۴۳۸.

هر گاه آپارتمان اضافه مساحت داشته باشد و برای خریدار حق فسخ قائل شویم و خریدار نسبت به فسخ اقدام کند علاوه بر این او می‌تواند خسارات خود را نیز از پیش‌فروشنده دریافت کند. در این مورد پیش‌فروشنده متعهد بوده که آپارتمان را مطابق معهود بسازد و تحویل خریدار نماید و از این وضعیت کاملاً آگاه بوده و می‌دانسته و بر خلاف قرارداد عمل کرده و سبب ضرر خریدار شده است پس باید این ضرر را جبران کند. مستنبط از ماده ۳۸۶ قانون مدنی هر گاه کسی به استناد ماده ۳۸۵ معامله را فسخ کند، فروشنده علاوه بر فسخ مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است باید بدهد اگرچه ماده ۳۸۵ قانون مدنی در صورت بیشتر بودن مبیع به ظاهر برای فروشنده حق فسخ قائل است اما بنابر آنچه که گفته شد و احکام حاکم بر شرط صفت، خریدار نیز حق فسخ خواهد داشت بنابراین همین که او حق فسخ داشته باشد ضمن اینکه می‌تواند معامله را بر هم زند خساراتی که در نتیجه تخلفات پیش‌فروشنده بر وی تحمیل شده قابل تدارک است. این امکان ضمن اینکه در ماده ۳۸۶ قانون مدنی پیش‌بینی شده است از قواعد مسؤولیت مدنی خصوصاً ماده یک قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ نیز قابل استنباط است.

ب) مساحت کمتر از مقدار معین

چنانچه در هنگام تحویل آپارتمان معلوم شود آنچه که احداث شده کمتر از مقدار مساحت معهود است در این صورت مشتری به استناد خیار تخلف شرط، حق دارد که بیع را فسخ کند. این حق در مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی پیش‌بینی شده است و مطابق مواد مذکور هر گاه ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شود و بعد معلوم شود کمتر است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت. اما آیا مشتری می‌تواند به جای اعمال حق فسخ، خواستار محاسبه ثمن به نسبت موجود و استرداد مابه‌التفاوت باشد؟ برای پاسخ به این سؤال باید به این موضوع پرداخت که آیا تعیین مساحت در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، ملاک و میزان تعهد فروشنده بوده و این وصف کمی، در قصد مشترک طرفین، جنبه اصلی پیدا نموده است، و به تناسب آن ثمن کم و زیاد می‌شود؟ در این صورت مشتری می‌تواند بدون اینکه قرارداد را فسخ کند، آن قسمت از ثمن که در قبال کسری بیع وجود دارد را محاسبه و خواستار استرداد آن گردد. اگر مساحت

بیشتر جنبه فرعی و وصف موضوع معامله پیدا کند و سایر شرایط از نگاه متعاملین عامل اصلی در تعیین قیمت و ارزش کالا باشد، تنها خریدار، حق فسخ معامله را داراست.

از مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی استنباط می‌شود که تعیین مساحت اگرچه غالباً مبنای محاسبه ثمن است اما جنبه اصلی در تعیین قیمت مبیع ندارد و طرفین چنان به اوصاف دیگر یا مجموع اوصاف نظر دارند که از نظر اینان مساحت موضوع اصلی مبادله نیست.

از طرف دیگر به موجب ماده ۳۸۵ قانون مدنی هر گاه تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن نباشد و به شرط مقدار معین فروخته شود و حین تسلیم کمتر باشد مشتری حق فسخ دارد. آپارتمان یکی از مصادیق ملکی است که تجزیه آن بدون ضرر امکان‌پذیر نیست، نتیجه اینکه بر این اساس و در صورت کسری از مساحت آپارتمان، مشتری تنها حق فسخ معامله را دارد و نمی‌تواند بر بیع باقی بماند و مابه‌التفاوت ثمن را مطالبه کند. در اموال غیر قابل تجزیه، کمیت جنبه وصفی به خود گرفته است اگرچه در ثمن مقرر، طرفین قرارداد توجه به مقدار آن داشته‌اند.^{۲۲}

این نکته را نباید از نظر دور داشت که امروزه اعمال فسخ راه‌حل مناسب برای خریدار نیست زیرا زیان ناشی از فسخ ممکن است به مراتب بیش از قبول بیع با وجود کسری مساحت باشد. اثر فسخ، استرداد ثمن پرداختی است و اگر مشتری با فسخ معامله معادل ثمنی را که پرداخت کرده مسترد دارد با آن ثمن دیگر قادر به خرید ملک مشابه نخواهد بود. مع‌الوصف او همواره ترجیح می‌دهد مبیع را علی‌رغم کسری در مساحت قبول کند و از حق فسخ خود بگذرد. نتیجه اینکه ضرر وارده غیر قابل تدارک و بر خریدار تحمیل می‌گردد. البته قانون مدنی در ماده ۳۸۶ اجازه داده که اگر معامله فسخ شود بایع علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده بدهد. ظاهراً این حکم، برای خریدار که پس از فسخ، خسارات وارده را نیز مطالبه کند تجویزی است، اگرچه این ابهام وجود دارد که تنها به موجب ماده ۳۸۶ می‌توان مخارج معامله و مصارف متعارف را از بایع گرفت و این موضوعات شامل کلیه خسارات مشتری نمی‌شود و خسارات مشتری بیش از موارد مندرج در حکم اخیر است به نحوی

که گاه ملاحظه می‌شود ثمنی را که خریدار حین انعقاد عقد پرداخت کرده است در هنگام فسخ به کلی ارزش خود را از دست داده و خریدار با چند برابر آن ثمن ممکن است قادر به تهیه مسکنی مشابه نباشد. این نارسایی در قوانین فعلی وجود دارد و شاید به همین سبب رویه قضائی تاکنون نتوانسته در چنین دعاوی راه‌حل شایسته و واحدی را اتخاذ نماید. در عمل پاره‌ای محاکم این‌گونه موارد را ضرر تلقی و حکم به جبران خسارت می‌دهند. بعضی نیز این وضعیت را ناشی از کاهش ارزش پول و به شرایط اقتصادی حاکم بر کل جامعه نسبت می‌دهند. با تفسیری این‌گونه از قوانین، متضرر اصلی خریدار است که به جهت تخلف فروشنده معامله را فسخ نموده و از طرفی با ثمن استرداد، قادر به تهیه مسکن نمی‌باشد. البته اگر کسری مساحت، ناچیز و عرفاً قابل مسامحه باشد با توجه به اقتضاء ساخت و ساز آپارتمان باید امکان فسخ را منتفی دانست و فقط بر اساس مبلغ قرارداد به نسبت کسری مساحت، مابه‌التفاوت محاسبه و مسترد گردد. اما در صورت فسخ و با توجه به اشکالات مطرح‌شده، قانون‌گذار باید در وضع مقررات جدید پیش‌بینی کند که خریدار بتواند کلیه خسارات را وصول کند. مناسب‌ترین شیوه در روش تعیین خسارت نیز به نظر چنین است که توسط کارشناس، آپارتمان با فرض احداث و اتمام عملیات ساختمان مطابق نقشه و شرایط عقد قیمت‌گذاری شود و ثمن مقرر از قیمت تعیین شده کسر و مابه‌التفاوت این دو به عنوان خسارت از جانب پیش‌فروشنده به پیش‌خریدار پرداخت گردد.

نتیجه

همان‌گونه که در تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان بررسی گردید بطلان این نوع قراردادها در چارچوب تعاریف قانونی موجود و مصادیق معمول، پذیرفتنی نیست. تنها مستند قانونی که پشتوانه ادعای بطلان عقد است، یعنی ماده ۳۶۱ قانون مدنی، قابلیت تسری و اعمال نسبت به قراردادهای پیش‌فروش را ندارد و بالعکس ماده ۲۲۳ قانون مدنی و اصل صحت، پشتوانه‌های قانونی پذیرش صحت آنهاست. نتیجه بررسی نظریه تملیک تدریجی که مبنای حقوقی این نوع قراردادها در حقوق فرانسه است، نیز نشان داد که در حقوق ایران، این نظریه، بر قراردادهای پیش‌فروش قابل اعمال نیست. علی‌ای‌حال، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را در دو عمل حقوقی

مجزا نموده، که بخش اول تملیکی و بخش دوم، عهدی منجر به تملیک است. در بخش اول پیش‌خریدار به نسبت سهم خود مطابق ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها مالک عرصه مشاعی می‌گردد و در بخش دوم با توجه به اراده طرفین قرارداد، شاهد تعهد پیش‌فروشنده به احداث بنا، مطابق کمیت و کیفیت عقد و نقشه از قبل تعیین شده، هستیم. مطابق همین اراده، توافق طرفین بر این است که پیش‌فروشنده، تعهدات خود را اجراء کند و هر جزء از بنا که احداث می‌گردد، بلافاصله در ملکیت پیش‌خریدار، قرار می‌گیرد. چنین تحلیلی از حیث آثار، شبیه نظریه مالکیت تدریجی است اما ایرادات نظریه مذکور را ندارد.

در جهت رفع موانع ثبتی و نیز تسهیل ثبت رسمی قراردادهای پیش‌فروش، با اشاره به مزایا و آثار ناشی از رسمیت یافتن این نوع قراردادهای، پیشنهاد گردید یک دفتر مخصوص برای ثبت قراردادهای مربوطه مطابق آنچه سابقاً تحت عنوان «دفتر فنوات»، موجود بوده، ایجاد شود تا عملیات ثبتی نظیر درج خلاصه معاملات انجام شده، در ادارات ثبت اسناد و املاک و ثبت قراردادهای در دفاتر اسناد رسمی، مطابق قواعد جاری، میسر گردد.

از سوی دیگر، با توجه به ضرورت حمایت از «پیش‌خریدار»، معافیت اسناد مرتبط با «پیش‌فروش آپارتمان‌ها»، از شمول پرداخت حق‌الثبت و مالیات موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، به عنوان راهکاری در جهت تشویق افراد به ثبت رسمی و کاهش آثار منفی عدم ثبت آنها، ارائه گردید.

در بحث پایانی، آثار کاهش یا افزایش مساحت آپارتمان، نسبت به آنچه در زمان قرارداد توافق گردیده، بررسی، و در حالت افزایش مساحت، با این استدلال که فروشنده از وضعیت موجود آگاهی داشته و به نوعی از مفاد قرارداد، تخلف نموده، به حق فسخ خریدار و حتی حق وصول خسارات از پیش‌فروشنده قائل شدیم. در حالت دوم یعنی کاهش مساحت آپارتمان، علی‌رغم پیش‌بینی قانونی مبنی بر حق فسخ خریدار، از آنجا که به نظر می‌رسد صرف اعمال حق فسخ، ضامن کلیه حقوق خریدار نمی‌باشد و برای جبران کلیه خسارات نیز تمهیدات موجود، پاسخ‌گو نیست، پیشنهاد گردید قواعد جدیدی برای وصول خسارت به صورت عادلانه وضع گردد، به گونه‌ای که خریدار، متضرر نشود.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VII, No. 2

Articles

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of “Combatant” in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

Critique: The Draft of Iranian Commercial Code

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study