

بسم الله الرحمن الرحيم



گروه حقوق - حقوق خصوصی

انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان با رویکردی به قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹)

نگارش

ولی الله مهرابی

استاد راهنما

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

استاد مشاور

دکتر عبدالله خدابخشی

شهریور ۱۳۹۷

ب



دانشکده علوم اداری و اقتصادی
گروه حقوق - حقوق خصوصی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق
تحت عنوان

انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان با رویکردی به قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹)

در تاریخ توسط کمیته تخصصی زیر مورد بررسی و تصویب نهایی قرار گرفت.

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

۱- استاد راهنمای پایان نامه

دکتر عبدالله خدابخشی

۲- استاد مشاور پایان نامه

دکتر

۳- استاد داور خارجی

دکتر

۴- استاد داور داخلی و نماینده تحصیلات تکمیلی

دکتر

۵- مدیر گروه حقوق

تعهد نامه

اینجانب ولی الله مهرابی دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد، نویسنده پایان نامه: انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان با رویکردی به قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹)، تحت راهنمایی آقای دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان متعهد می شوم:

- تحقیقات در این پایان نامه توسط اینجانب انجام شده است و از صحت و اصالت برخوردار است.
- در استفاده از نتایج محققان دیگر به مرجع مورد استفاده استناد شده است.
- مطالب مندرج درپایان نامه تاکنون توسط خود یا فرد دیگری برای دریافت هیچ مدرک یا امتیازی در هیچ جا ارائه نشده است.
- کلیه حقوق معنوی این اثر به دانشگاه فردوسی مشهد تعلق دارد. مقالات مستخرج از پایان نامه، ذیل نام دانشگاه فردوسی مشهد (Ferdowsi University of Mashhad) به چاپ خواهد رسید.
- حقوق معنوی تمام افرادی که در به دست آمدن نتایج اصلی پایان نامه تاثیر گذار بوده اند در مقالات مستخرج از پایان نامه رعایت خواهد شد.
- در خصوص استفاده از موجودات زنده یا بافت های آنها برای انجام پایان نامه، کلیه ضوابط و اصول اخلاقی مربوطه رعایت شده است.

مالکیت نتایج و حق نشر

- کلیه حقوق معنوی این اثر و محصولات آن (مقالات مستخرج، برنامه های رایانه ای، نرم افزارها و تجهیزات ساخته شده) به دانشگاه فردوسی مشهد تعلق دارد و بدون اخذ اجازه کتبی از دانشگاه قابل واگذاری به شخص ثالث نیست.
- استفاده از اطلاعات و نتایج این پایان نامه بدون ذکر مرجع مجاز نیست.

تاریخ

امضای دانشجو

ث

چکیده

علی الاصول هر قراردادی با هر ماهیتی ممکن است به موجب اختیار، اقاله و یا انفساخ منحل گردد. قرارداد پیش فروش نیز که با عنایت به قانون پیش فروش ساختمان تحت عنوان "قرارداد پیش فروش ساختمان" قرار گرفته است به عنوان یک قرارداد معین دارای احکام و آثاری بین طرفین آن می باشد. مقنن در این قانون به جز فسخ به عنوان یکی از موجبات انحلال در مواد ۶، ۷، ۸ و ۱۶، به سایر موجبات انحلال (اقاله، انفساخ) اشاره ای ننموده است. آیا قرارداد پیش فروش در خصوص سایر موجبات انحلال تابع قواعد عام قانون مدنی است؟ آثار انحلال قرارداد پیش فروش چه می تواند باشد؟ سرنوشت حقوق اشخاص ثالث پس از انحلال قرارداد چگونه خواهد بود؟ آیا شرط داوری پیش فروش با انحلال قرارداد زایل می گردد یا داوران می توانند پس از انحلال نیز به اختلافات طرفین رسیدگی نمایند؟ این پژوهش، نوعی پژوهش بنیادی است که براساس روش تحقیق توصیفی تحلیلی، سعی در مطالعه انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان با رویکردی به قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹) نموده است. با بررسی های به عمل آمده این نتیجه حاصل شده است که موجبات انحلال این قرارداد تا حدودی مطابق با قواعد عام قانون مدنی (اقاله، فسخ، انفساخ) می باشد و در بعضی موارد (اختلاف مساحت و حق فسخ ناشی از آن) به موجب قانون (م ۷ ق. پ. س.)، مقنن پاره ای شرایط خاص و متمایز از قانون مدنی وضع نموده است. مقنن همواره از پیش خریداران حمایت نموده است و در این راستا به نظر می رسد اشخاص ثالث همانند پیش خریداران از حمایت های قانونی برخوردار هستند. همچنین این نتیجه حاصل شده است که شرط داوری در قرارداد پیش فروش به عنوان یک شرط مستقل از قرارداد پس از انحلال آن همچنان پابرجاست و رسیدگی به اختلاف طرفین بعد از انحلال قرارداد پیش فروش همچون زمان قبل از انحلال، در صلاحیت داوران خواهد بود. آثار انحلال قرارداد پیش فروش تا حدود زیادی تابع سایر قواعد عام می باشد. با این وجود تکالیف قانونی پیش فروشنده (از جمله بیمه مسئولیت)، پس از انحلال قرارداد به قوت خود باقیست.

واژگان کلیدی: قرارداد پیش فروش ساختمان، انحلال، قانون پیش فروش ساختمان، پیش خریدار، پیش

فروشنده

تقدیم به

ساحت مقدس ثامن الحجج

حضرت علی بن موسی الرضا

تشکر و قدردانی

«سپاس خدایی را که آفریننده هر دو جهان است. آدمی را فکرت آموخت تا دریابد حکمت خلقت عالمی را»

پس از سپاس خالق بی همتا، بر خود واجب می دانم از پدر و مادر عزیزم تشکر کنم آنانکه چون شمع می سوزند تا روشنای وجودشان راهگشای زندگیم باشد. از همسر عزیزم که با صبر و حوصله در نگارش این تکلیف تشویقم نمود بی نهایت سپاسگذارم. همچنین شایسته است از استاد معزز آقای دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان و استاد محترم مشاور جناب آقای دکتر عبدالله خدابخشی که در نگارش پایان نامه از راهنمایی و ارشادهای ارزنده خود دریغ نورزیدند، کمال قدردانی را بنمایم. شایسته است از زحمات سایر اساتید مجرب و بزرگوار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (آقایان دکتر معبودی نیشابوری، محسنی، عابدی و خانم دکتر انصاری) که افتخار تلمذ در محضرشان را داشته ام کمال تشکر را داشته باشم.

علائم اختصاری

قانون مدنی	۱. ق.م
قانون تجارت	۲. ق.ت
صفحه	۳. ص
هجری قمری	۴. ه.ق
بدون تاریخ	۵. بی تا
رجوع کنید	۶. ر.ک
قانون پیش فروش ساختمان	۷. ق.پ.س

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۱	الف- بیان مسئله و تبیین موضوع
۲	ب- ضرورت و اهمیت انجام پژوهش
۲	پ- پیشینه پژوهش
۳	ت- سؤالات اصلی پژوهش
۳	ث- فرضیه های پژوهش
۴	ج- نوع و روش پژوهش
۴	چ- کاربردهای تحقیق
۴	ح- ساختار اصلی پژوهش
۵	فصل نخست: موجبات انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان
۵	مبحث نخست: موجبات انحلال مبتنی بر توافق مستقیم طرفین
۵	گفتار نخست- اقاله و شرط خیار
۶	بند نخست- اقاله
۱۲	بند دوم- شرط خیار
۱۵	گفتار دوم- انفساخ ناشی از تراضی طرفین قرارداد
۱۵	بند نخست- شرط فاسخ

بند دوم- تأثیر پایان مدت مورد توافق	۱۶
مبحث دوم: موجبات انحلال مبتنی بر حکم قانونگذار	۲۰
گفتار نخست- خیارات ناشی از حکم قانون	۲۱
بند نخست- خیارات اختصاصی بیع در پرتو ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۱
الف- بررسی ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۱
ب- بررسی جریان خیارات اختصاصی بیع در قرارداد پیش فروش ساختمان	۲۸
بند دوم- خیارات مشترک	۲۹
الف- خیار رؤیت و خیار تخلف وصف	۳۰
ب- خیار عیب	۳۳
ج- خیار غبن	۳۶
د- خیار تدلیس	۳۹
ه- خیار تبعض صفقه	۴۱
و- خیار تخلف شرط	۴۴
ز- خیار تفلیس	۴۷
ح- خیار تعذر تسلیم	۴۹
گفتار دوم- انفساخ ناشی از حکم قانون گذار	۵۱
فصل دوم: آثار انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان	۵۴
مبحث نخست: تأثیر انحلال قرارداد بر تعهدات، عوضین و شروط قراردادی	۵۵
گفتار نخست- زوال تعهدات انجام نشده	۵۵
گفتار دوم- تعهدات انجام شده و عوضین	۵۶

بند نخست- تعهدات انجام شده	۵۷
بند دوم- استرداد عوضین	۵۸
گفتار سوم- شروط قراردادی	۵۹
مبحث دوم: تأثیر انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان بر اعمال حقوقی راجع به موضوع قرارداد و حقوق اشخاص	
ثالث	۶۷
گفتار نخست- بررسی تأثیر انحلال بر قراردادهای مستقل	۶۷
گفتار دوم- بررسی تأثیر انحلال بر قراردادهای تبعی	۷۲
گفتار سوم- بررسی تأثیر انحلال قرارداد پیش فروش بر تعهد به نفع ثالث	۷۴
مبحث سوم: جبران خسارتها	۷۸
گفتار نخست- بررسی امکان مطالبه خسارت همراه با انحلال قرارداد	۷۸
گفتار دوم- امکان جمع انحلال و مطالبه وجه التزام	۸۱
نتیجه گیری و پیشنهادها	۹۰
منابع	۹۶

مقدمه

الف: بیان مسئله و تبیین موضوع

قانون پیش فروش ساختمان با هدف سامان دهی به بازار آشفته ساخت و سازها و کاهش حجم پرونده های ناشی از اختلافات بین پیش خریداران و صاحبان سرمایه ، همچنین ممانعت از اخلاف در اقتصاد کشور و نظم عمومی در سال ۱۳۸۹ به تصویب رسید. این قانون مقرراتی (غالباً شکلی) را برای قرارداد پیش فروش ساختمان با الهام از عرف موجود وضع نموده است. جدای از تنازعی که در ماهیت قرارداد پیش فروش وجود دارد، با نگاهی کلی به این قانون و با لحاظ نوآوری های آن می توان گفت که قرارداد پیش فروش ساختمان ماهیتاً نوعی قرارداد معین با محوریت ضروری ترین نیاز جامعه امروز (مسکن) است. اما این قرارداد نیز که باید در خصوص شرایط و ویژگی ها مطابق قانون تدوین و تنظیم گردد همچون سایر قراردادها می تواند موضوع انحلال قرار گیرد. قانونگذار در این قانون در برخی مواد به مسئله انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان نیز پرداخته است که از جمله می توان به مواد ذیل اشاره نمود: ماده ۶ (خیار ناشی از عدم تحویل به موقع واحد پیش فروش شده)، ماده ۷ (خیار مختص پیش خریدار در خصوص ازدیاد مساحت بنا به میزان بیش از پنج درصد، براساس صورت مجلس تفکیکی)، ماده ۸ (خیار تخلف از شرط). حال پرسش این است که آیا موارد انحلال پیش بینی شده در این قانون، حصری به شمار می آید و انحلال قرارداد پیش فروش فقط مختص مواردی است که در این قانون مورد تصریح قرار گرفته است؟ یا اینکه سایر اسباب و موجبات انحلال قراردادها (اقاله، خیارات قانونی، انقضاء مدت و...) که در قواعد عمومی قراردادها یا قواعد قراردادهای معینی چون بیع مطرح است و به ویژه در قانون مدنی بدان اشاره شده است، نیز می تواند موجب انحلال این قرارداد گردد. به علاوه سؤال دیگر این است که آثار انحلال این تاسیس حقوقی در

چیست؟. در هر حال این پژوهش در صدد است انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان را از نظر موجبات آن و آثار انحلال مورد بررسی تفصیلی قرار دهد.

ب: ضرورت و اهمیت انجام پژوهش

باتوجه به اینکه مسئله مسکن و ساخت و ساز از موارد مبتلا به جامعه امروز است ناگزیر دستگاه قضا نیز پیرامون این موضوع با حجم عظیمی از پرونده های قضایی روبروست. این موضوع به حدی در جامعه ضرورت پیدا کرده است که قانون گذار نیز وارد عمل شده و با هدف نظم بخشیدن به این دسته از قراردادها و نیز کاستن زمینه های اختلاف طرفین قرارداد، قانونی را تصویب نموده است که در صورت اجرای صحیح می تواند مشکلات موجود را مرتفع نماید. با وجود این، قانون گذار به تفصیل در خصوص انحلال این قرارداد سخنی نگفته است و یا حداقل راجع به انحلال این قراردادها که دور از ذهن نیست، به طور تفصیلی (آن طور که راجع به شرایط انعقاد، بیان نموده است) اشاره نکرده است و از این رو پژوهش هایی که به ابعاد مختلف انحلال این قرارداد پردازد می تواند بر غنای ادبیات حقوقی در این زمینه بیافزاید و طبیعی است چنین پژوهشهایی از جهت کاربردهای مهمی که در عرصه قضا، تقنین و توسعه ادبیات حقوقی دارد، ضروری است.

پ: پیشینه پژوهش

در حقوق ایران باوجود آنکه در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان مقالات و پایان نامه هایی نوشته شده است اما در خصوص انحلال و آثار آن پژوهش مستقل و جامعی دیده نشد. ازجمله پژوهشهای پیرامون قرارداد پیش فروش ساختمان می توان به کتب برخی اساتید حقوق، پایان نامه ها و مقالات اشاره نمود. کتبی از جمله قراردادهای پیش فروش آپارتمان (علیزاده، ۱۳۸۳)، قرارداد پیش فروش ساختمان (زرنگار، ۱۳۸۹) بررسی و تحلیل قراردادهای پیش فروش و مشارکت ساختمان (بشیری، ۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس (خدارحمی، ۱۳۹۲)، آپارتمان (بررسی فقهی و حقوقی) (فخارطوسی، ۱۳۹۴)، قرارداد با عوض شناور (طاهرخانی، ۱۳۹۲)، نظام حقوقی حاکم بر آپارتمان در قوانین و مقررات موضوعه و رویه قضایی (بشیری، ۱۳۹۰) که محتوای اغلب آنها تحلیل قرارداد پیش فروش ساختمان به لحاظ ماهیت، نحوه انعقاد، تعهدات طرفین، آثار قرارداد، تکالیف قانونی پیش، حین و پس از احداث ساختمان می باشد. مقالاتی نیز وجود دارد که بحثی در

خصوص انحلال قرارداد پیش فروش نداشته اند ازجمله: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان در چهارچوب لایحه فروش ساختمان (حسنی، ۱۳۹۱)، تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان (طباطبایی و کیانی، ۱۳۹۳)، زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان (محمدی و حسینی مقدم، ۱۳۹۱)، اختلاف مساحت در ساختمان پیش فروش (طهماسبی، ۱۳۹۱) اشاره نمود.

بنا به مراتب فوق می توان گفت تقریباً تاکنون کتاب یا تحقیق جامعی که در بردارنده مباحث اساسی انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان باشد دیده نشده و فقط عمده مباحث، برسر ماهیت این قرارداد و شرایط انعقاد و آثار آن برای طرفین بوده است. لذا ضرورت ایجاب نمود تا به بحث پیرامون این موضوع و ارائه راه کارهایی جهت حل مناقشات ناشی از انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته شود.

ت: سؤالات اصلی پژوهش

- ۱- آیا در مورد اختلاف مساحت ساختمان احکام مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی پیاده می شود یا احکام ویژه ای وجود دارد؟
- ۲- اثر فسخ قرارداد پیش فروش نسبت به مبالغ پرداختی از سوی پیش خریدار چگونه خواهد بود؟
- ۳- حقوق اشخاص ثالث بعد از انحلال قرارداد پیش فروش چه وضعی خواهد داشت؟
- ۴- صلاحیت داوران در صورت انحلال قرارداد چگونه خواهد بود؟

ث: فرضیه های پژوهش

- ۱- در خصوص اختلاف مساحت و حق فسخ ناشی از آن در قرارداد پیش فروش ساختمان مقنن پاره ای شرایط خاص را وضع نموده است.
- ۲- باتوجه به قانون خاص پیش فروش ساختمان به نظر می رسد بدو تراضی طرفین و سپس قیمت روز ملاک عمل است.
- ۳- به نظر می رسد اشخاص ثالث همانند پیش خریداران از حمایتهای قانونی برخوردار هستند.
- ۴- رسیدگی به اختلافات طرفین بعد از انحلال قرارداد پیش فروش همچون زمان قبل از انحلال، در صلاحیت داوران خواهد بود.

ج: نوع و روش پژوهش

این پژوهش، نوعی پژوهش بنیادی است که بر اساس روش تحقیق توصیفی تحلیلی، سعی در مطالعه انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان بارویکردی به قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹) نموده است. روش گردآوری داده ها، روش کتابخانه ای و با مراجعه به کتابخانه های سنتی و دیجیتال بوده است. ابزار گردآوری داده ها نیز ابزار فیش برداری است.

چ: کاربردهای تحقیق

این پژوهش کاربردهای متعددی می تواند داشته باشد که از جمله می تواند برای نهادها و اشخاص ذیل مفید باشد: برای قوه مقننه جهت رفع ابهامات قانون؛ برای قوه قضاییه در استفاده از نتایج پژوهش در بررسی پرونده های قضایی؛ برای پژوهشگران عرصه حقوق در زمینه تقویت ادبیات حقوقی.

ح: ساختار اصلی پژوهش

این پژوهش در دو فصل کلی تهیه و تنظیم شده است. از آنجا که باید دید آیا به جز فسخ به دلیل عدم تحویل به موقع واحد پیش فروش شده (ماده ۶ ق. پ. س.) یا خیار مختص پیش خریدار در خصوص ازدیاد مساحت بنا به میزان بیش از پنج درصد، (ماده ۷ ق. پ. س.)، یا خیار ناشی از تخلف پیش فروشنده (ماده ۸ ق. پ. س.) آیا سایر خيارات موضوع ماده ۳۹۶ ق.م. و اقاله (م ۲۸۳ ق.م.) و انفساخ (م ۳۸۷ ق.م.) نیز می توانند نقشی در انحلال قرارداد پیش فروش داشته باشند یا خیر، در فصل نخست به موجبات انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان پرداخته شده است. فصل دوم پژوهش به بررسی آثار انحلال قرارداد پیش فروش، از جمله نسبت به اشخاص ثالث پرداخته شده است. همچنین در این فصل به جایگاه حقوقی هیات داوران موضوع ماده ۲۰ ق. پ. س. پس از انحلال قرارداد پرداخته شده است.

فصل نخست: موجبات انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان

اصولاً انحلال قراردادها یا مبتنی و منتسب به اراده طرفین قرارداد است و یا قانونگذار خود امکان فسخ یا انحلال قرارداد را بدون اینکه نیاز به توافق طرفین باشد بر قرار می نماید. بنابراین در مورد انحلال قرارداد پیش فروش ساختمان نیز می توان از سویی از موجبات انحلال مبتنی بر توافق مستقیم طرفین پیش فروش ساختمان سخن گفت (مبحث نخست) و از سوی دیگر می توان از موجبات انحلال مبتنی بر حکم قانونگذار سخن گفت (مبحث دوم).

مبحث نخست: موجبات انحلال مبتنی بر توافق مستقیم طرفین

توافق طرفین در مورد انحلال قرارداد گاهی در قالب اقاله و توافق در مورد خیار بودن (اشتراط خیار) قرارداد نمود پیدا می نماید (گفتار نخست). گاهی نیز توافق طرفین سببی را در قالب شرط فاسخ یا توافق در مورد مدت دار بودن قرارداد ایجاد می نماید که با شرایطی می تواند به انحلال قرارداد بیانجامد (گفتار دوم).

گفتار نخست - اقاله و شرط خیار

چنانچه طرفین از انعقاد عقد نادم گردند و بخواهند به قرارداد خود پایان بخشند اقاله قرارداد رخ خواهد داد (بند نخست). همچنین شرط خیار با اینکه توسط صاحب خیار در مدت معین اعمال می گردد اما ایجاد آن با توافق طرفین خواهد بود. در این نوع خیار نفس عقد دچار نوعی تزلزل می گردد و در اعمال این نوع خیار نیازی به نقض تعهد قراردادی نیست (بند دوم).

بند نخست - اقاله

به موجب ماده ۲۱۹ ق.م. « عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» قرارداد پیش فروش ساختمان نیز که طبق قانون پیش فروش مصوب ۸۹ واقع می گردد مشمول حکم ماده فوق است در نتیجه ممکن است در اثر اقاله یا بموجب علل قانونی فسخ گردد.

ماده ۲۸۳ ق.م. نیز از امکان اقاله قرارداد گفته است. پس قاعده کلی این است که هر قراردادی با توافق اراده اشخاصی که آن را منعقد نموده اند می تواند اقاله گردد جز در مواردی که قانون اقاله را ممنوع نموده باشد یا اینکه ادله محکمی بر ممنوعیت اقاله وجود داشته باشد. در هر حال در مورد قرارداد پیش فروش ساختمان نیز همچون سایر قراردادها می توان گفت مشمول قاعده کلی جواز اقاله است و امکان اقاله آن وجود دارد.

طبیعتاً اگر اقاله قرارداد قبل از انجام کل یا جزئی از آن صورت گیرد، منطقاً با منعی روبرو نیست. لیکن اگر قرارداد پیش فروش کاملاً توسط طرفین اجرا شده باشد، حکم ماده ۱۹ قانون پیش فروش مطرح می گردد. به موجب این ماده: « پس از انتقال قطعی واحد پیش فروش شده و انجام کلیه تعهدات، قرارداد پیش فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم به اعاده آن به دفترخانه می باشند». حال سؤال این است که با توجه به این ماده، آیا اقاله قرارداد پس از اجرای کامل آن امکان پذیر است یا اینکه با توجه به منتفی شدن قرارداد، اقاله قرارداد نیز منتفی است؟ به نظر می رسد، به رغم ظاهر ماده پیش گفته، نمی توان، اقاله را ممنوع دانست. در واقع به نظر می رسد ماده مزبور ناظر به این است که قرارداد اجرا شده است و اجرای آن منتفی است. ماده پیش گفته ظهوری در منع اقاله ندارد از طرفی آنچنان که بعداً خواهد آمد اقاله قرارداد اجرا شده خیلی در عرف شایع نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۴۸)

در هر حال سؤال دیگری که وجود دارد این است که آیا اقاله قرارداد پیش فروش در موارد مجاز، باید ثبت گردد یا اینکه طرفین تکلیفی به ثبت اقاله ندارند؟ سوال از اینجا ناشی می شود که قانونگذار برای انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان تکلیف به تنظیم سند رسمی را بر عهده ی طرفین قرارداد گذاشته و برای آن ضمانت اجرای کیفری قرارداده است. (مواد ۳ و ۲۳ ق. پیش فروش ساختمان مصوب ۸۹).

پیش از پاسخ به سوال فوق بهتر است به طرح یک سوال کلی و پاسخ به آن پرداخته شود. اساساً آیا دولت جمهوری اسلامی ایران می تواند مردم را به ثبت تمام یا بعضی از عقود نزد دفاتر اسناد رسمی ملزم نماید؟ فلسفه این لزوم چه می تواند باشد؟ پاسخ مثبت به این سوال می تواند قابل دفاع باشد. چراکه اساساً در بعضی معاملات به خاطر نظم دهی به اقتصاد جامعه و جلوگیری از سوء استفاده ها و ممانعت از انباشتگی پرونده های قضایی و نیز یکپارچه سازی معاملات، لزوم ثبت بعضی معاملات که در جامعه به صورت فراوان صورت می گیرد، اجتناب ناپذیر است. در واقع اگرچه صحت و بطلان اعمال حقوقی (عقد و ایقاع) در اختیار حکومتها نیست اما دولتها می توانند حسب نظامات و مصالح مملکتی خودشان، برای ثبت قراردادها در دفاتر رسمی ضمانت اجرای کیفری قرار دهند. (صانعی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۹).

در قانون پیش فروش ساختمان سخنی از لزوم ثبت اقاله به میان نیامده است. براساس مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول باید ثبت شود و ضمانت اجرای آن بر اساس ماده ۴۸ قانون ثبت عدم پذیرش سند عادی در محاکم و ادارات است. لیکن استناد به ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت نیازمند این است که اقاله نوعی معامله راجع به مال غیرمنقول دانسته شود. بنابراین برای اینکه اقاله قرارداد پیش فروش ساختمان مشمول این مورد گردد اولاً باید اقاله را معامله دانست ثانیاً باید اقاله قرارداد مذکور را معامله راجع به مال غیرمنقول به شمار آورد. در مورد شرط دوم که راجع به مال غیرمنقول است تردید موجهی وجود ندارد. لیکن در مورد اینکه اقاله معامله به شمار می آید اختلاف وجود دارد. به دیگر سخن در خصوص ماهیت اقاله که آیا جزو قراردادها و معاملات محسوب است یا اینکه جزو آن بشمار نمی آید، اختلافهایی میان حقوقدانان به چشم می خورد. برخی حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳ - ۱۱۵) باوجود قبول این که ظاهر ماده ۱۹۱ ق.م. که در تعریف عقد است، اقاله را نیز در بر می گیرد، اما با اعتقاد به اینکه، چون مقنن، اقاله را در ردیف وسایل سقوط تعهدات (ابراء و وفای به عهد و ...) آورده است، عقد بودن ماهیت اقاله را بعید می دانند، بلکه معتقدند برای اقاله ماهیتی خاص که دارای آثار و شرایط و احکام جداگانه ای است، باید قائل بود. برخی دیگر (امامی، ۱۳۷۴، ص ۳۲۷) نیز معتقدند اقاله صرفاً عقد سابق را قطع و تداوم اثر را از آن می گیرد و آن را عقد جدید نمی دانند. برخی (طاهری، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۵۷) با وجود اعتقاد به طرفینی بودن اقاله و اینکه واجد قصد انشاست، اما با استناد به عرف و غرایز عقلاء، از نبودن فسخ و اقاله، حق شفعه، عدم جواز زیاده و نقصان در عوضین، اقاله را معامله جدید نمی دانند. گروهی دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲،

ص ۲۳۲) اقاله را ذاتا طریقی برای الغاء آثار عقد سابق می دانند. همچنین (ر. ک محقق داماد، ۱۴۲۶ق، ص ۸۸). نتیجه پذیرش این نظر این است که اقاله مشمول مقررات پیش گفته نیست. ولی برخی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۳-۱۴) اقاله را به دلیل دارا بودن جوهره عقد (تراضی) عقد می دانند. هرچند معتقدند، احکام آن در برخی موارد با احکام عمومی قراردادهای دیگر می تواند متفاوت باشد. همچنین برخی (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۶۲۷) در اثبات قرارداد بودن اقاله، اینگونه استدلال نموده اند که با لحاظ ماده ۱۸۳ ق.م. اقاله توافقی است طرفینی و با قصد انشاء و رضای طرفین محقق می شود. از طرفی به نظر حقوقدانان اروپایی که عقد را متمایز از قرارداد می دانند، استناد نموده اند چرا که عقد برای خلق رابطه حقوقی است اما قرارداد اعم است از ایجاد رابطه حقوقی و پایان دادن به آن. پس اگر اقاله عقد نباشد لاجرم قرارداد خواهد بود.

به نظر می رسد که عمده اختلافات دکترین بر سر عقد بودن یا نبودن اقاله به واجد اثر بودن یا نبودن عمل حقوقی اقاله در عالم اعتبار باز می گردد. با توجه به صراحت ماده ۲۸۳ ق.م. اقاله نتیجه یک تراضی است. پس شاکله اقاله را توافق تشکیل می دهد. اما باید دید آیا با اقاله تغییری در وضع حقوقی پیش می آید یا خیر؟ درواقع حقوق عالم اعتبار است و توسط اراده های سازنده و رعایت مفاد ماده ۱۹۰ ق.م. می توان در آن یک وضعیت حقوقی جدید بوجود آورد. یعنی از سویی می توان با توافق، مالک مالی را عوض نمود و مالکیت وی بر مالش را با عقد به غیر منتقل نمود و دیگری را مالک کرد (م ۱۸۳ ق.م.). از سوی دیگر به واسطه اقاله می توان وضعیت را به حالت قبل از عقد برگرداند. در واقع ماده ۲۸۳ ق.م. طریقی است برای برقراری مجدد وضع حقوقی سابق بر عقد. لذا با اقاله نوعی تغییر در عالم حقوق شکل می گیرد. حتی اگر این تغییر منتج به تثبیت وضعیت حقوقی سابق بر عقد باشد. پس دست کم با اقاله نوعی جابجایی حقوقی در عالم اعتبار رخ می دهد. و این جابجایی نتیجه یک تراضی ثانویه است. یعنی همان اراده هایی که اولاً بواسطه انعقاد عقد تغییری در عالم اعتبار ایجاد نمودند، ثانیاً به بازگشت وضعیت حقوقی به حالت سابق بر آن عقد، تراضی می کنند. این تراضی طرفین، ضمن اینکه به نوعی با ظاهر ماده ۱۹۱ ق.م. همخوانی دارد، در کم و کیف بازگشت وضعیت حقوقی سابق بر اقاله نیز موثر است چرا که به موجب ماده ۲۸۵ ق.م. طرفین می توانند تمام یا فقط مقداری از معامله اولیه را اقاله نمایند. با این برداشت و درک نقش تراضی در اجرای مفاد ماده اخیر الذکر، می توان به عقد بودن اقاله پی برد. استدلال دیگری که می توان در اثبات عقد بودن اقاله ارائه نمود این است که چنانچه طرفین قراردادی ضمن العقد یا با تحقق خیاراتی چون تدلیس

و غبن، پس از عقد، خيارات را ساقط نمایند، می توانند عقد را با تراضی اقاله نمایند. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۴۳) این بدین معنی است که اقاله همان ماهیت فسخ (ایقاع) را ندارد، بلکه نهادی جدای از خيارات است که مقنن به درستی به صورت جداگانه بدان پرداخته است. چراکه اگر اقاله نیز همان فسخ می بود باید در کنار سایر خيارات بدان اشاره می شد از این رو مقنن نیز برای آن ماهیت ویژه ای قائل شده است. رویه قضایی نیز با این نظر موافق است. برای نمونه در رأی شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۹۳۵ مورخه ۱۳۹۲/۰۷/۲۲) بر عقد بودن اقاله تصریح شده است. در این رأی که در خصوص اختلاف در مورد اقاله مبیعه نامه ای عادی بوده است، چنین حکم شده: «تجدیدنظرخواهی آقای الف.م. با وکالت آقای م.ح. به طرفیت آقای ح.ع. نسبت به دادنامه شماره ۹۲۰۱۷۶ مورخه ۹۲/۳/۲۵ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی لواسانات که به موجب آن حکم به تأیید و تنفیذ اقاله و تفاسخ مبیعه نامه عادی مورخ ۸۹/۸/۱۸ فی مابین طرفین صادر شده است با بررسی پرونده از جمله مندرجات دادخواست اولیه خواهان و لایحه وکیل محترم وی در بیان موضوع خواسته و ادله آن (اوراق ۶، ۱۴ و ۱۵ پرونده) و معرفی دو نفر گواه برای اثبات اقاله معامله فی مابین و اظهارات گواهان مزبور به شرح اوراق ۲۹ و ۳۰ پرونده تجدیدنظرخواهی از این حیث وارد است که اقاله نوعی عقد است که با تراضی طرفین صورت می پذیرد. اظهارات گواهان حاکی از اخبار به قصد فسخ معامله از ناحیه خریدار و قبول آن از سوی فروشنده دارد و دلالتی بر تحقق قرار و فسخ معامله نمی کند. علی هذا و با توجه به قواعد لزوم و صحت معامله مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ و ۱۹۸ و ۳۵۸ قانون و آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته حکم به رد دعوی نخستین صادر و اعلام می شود. این رأی قطعی است. رییس شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه حمیدی راد - عاشورخانی»^۱

با این برداشت و براساس مواد ۴۶ و ۴۷ قانون که ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول را ضروری دانسته است، و توأم با این ضرورت، ضمانت اجرای عدم پذیرش سند عادی در محاکم و ادارات را مقرر نموده است (ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک) لذا به نظر می رسد که اقاله قرارداد پیش فروش را باید مشمول مفاده ماده ۳ قانون پیش فروش آورد و با لحاظ مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث. قائل به لزوم ثبت آن شد. در ضمن در زمان اعتبار آیین نامه

^۱ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UzlNb0N3TzZLQW89>