

ضمانت اجرای نقض مقررات شکلی (ثبتي) قانون پيش فروش ساختمان

نيما سکوتی^۱، جواد حسين زاده^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۱۸

چکیده

در اقتصاد ایران، مسکن فقط وسیله‌ای برای سکونت خانوار نیست، بلکه وسیله‌ای برای سرمایه‌گذاری و پس‌انداز نیز به شمار می‌رود. بی‌تردید بخش چشمگیری از معاملات کشور به خرید و فروش ساختمان یا پیش‌فروش آن اختصاص دارد. با توجه به تأثیر مستقیم سلامت این بازار در تأمین نظم اقتصادی و قضایی، قانونگذار در قانون پیش‌فروش ساختمان شرایط ماهوی و شکلی متعددی را برای قرارداد پیش‌فروش ساختمان مقرر کرده است تا به این بازار پرمخاطره سامان دهد. یکی از این شرایط لزوم تنظیم سند رسمی برای این قرارداد و پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفی برای رعایت‌نکردن آن است. در این تحقیق، تأثیر شرط تنظیم سند رسمی انتقال بر اعتبار این‌گونه قراردادها بررسی شده و با اتکا به اصول حقوقی، نظام ثبتي، رویه قضایی و قانون پیش‌فروش ساختمان به این نتیجه رسیده است که در حقوق ایران، تنظیم سند رسمی به‌طور عموم وسیله اثبات (نه ثبوت) قرارداد پیش‌فروش ساختمان است. ثبت سند صرفاً ابزار اطلاع‌رسانی، آگاهی از آمار نقل و انتقال املاک و درجهت تضمین حقوق اشخاص به‌ویژه پیش‌خریدار محسوب می‌شود. بنابراین، نمی‌توان به‌هیچ‌وجه عدم ثبت رسمی قرارداد پیش‌فروش ساختمان را دلیل بر عدم تشکیل آن دانست.

واژگان کلیدی: قرارداد پیش‌فروش ساختمان، سند رسمی، قانون پیش‌فروش ساختمان، ضمانت

اجرا

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ n.sokouti@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران؛ hoseinzadeh@usc.ac.ir

مقدمه

از دیرباز نقش اراده در تشکیل قراردادهای مربوط به اموال منقول بسیار مهم بوده است، به طوری که موجب طرح این مسئله شده که آیا تشکیل قراردادهای راجع به اموال غیر منقول فقط با اراده اطراف آن صورت می‌گیرد یا عناصر دیگری نیز در این شکل‌گیری دخیل است. در پاسخ به این مسئله، حقوق دانان درباره پاره‌ای از مصادیق از جمله بیع اموال غیر منقول آرای مختلفی ارائه کرده‌اند، به طوری که به اختلاف نظر آنان در خصوص رضایی یا تشریفاتی بودن این گونه اعمال حقوقی منجر شده است. این امر از آنجا ناشی می‌شود که مواد مختلف قانون ثبت، از جمله ماده ۴۷ و ۴۸ آن، ثبت معاملات مربوط به این دسته از اموال را اجباری دانسته است. از طرفی، به موجب ماده ۲۲ همان قانون چنین مقرر شده است: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت...». در واقع، به موجب این مقررات، رعایت تشریفات ثبت برای اثرگذاری کامل عمل حقوقی الزامی شناخته شده است. وانگهی بحث بر سر این است که ضمانت اجرای نقض این مقررات و رعایت نکردن تشریفات ثبت چیست؟

قرارداد پیش‌فروش ساختمان، به لحاظ ارتباط با اموال غیر منقول، ممکن است محل بحث و مناقشه باشد. طرح مسئله بالا در خصوص قراردادهای پیش‌فروش ساختمان اهمیتی دو چندان دارد، زیرا ضمن اینکه مواد پیش‌گفته قانون ثبت، تنظیم و ثبت سند رسمی را به نوعی در معاملات این دسته از اموال لازم دانسته است، ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز تنظیم سند رسمی قرارداد پیش‌فروش را ضروری اعلام کرده است. ماده مزبور چنین بیان می‌دارد: «قرارداد پیش‌فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده ۲^۱ این قانون از طریق تنظیم سند رسمی

۱. ماده ۲: «در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل موارد زیر تصریح شود:

۱. اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی

۲. پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک

نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد». افزون بر این، قانونگذار ضمانت اجرای کیفی نیز برای رعایت نکردن این ماده در نظر گرفته است. به طوری که در ماده ۲۳ همین قانون چنین مقرر داشته است: «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 می شوند». در تحقیق پیش رو، با اتکا به عمومات قانون مدنی و قانون ثبت و با تحلیل نظام ثبتي و رویه قضایی کشور و قانون پیش فروش ساختمان، نتیجه رعایت نکردن تشریفات مربوط به ثبت اسناد قرارداد پیش فروش ساختمان تحلیل می شود.

۱. نقش اراده در تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان

عقود از حیث مطلق یا مشروط بودن اراده به رضایی و تشریفات تقسیم می شوند. عقد رضایی عقدی است که هرگاه قصد انشا در آن مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد نماید، صحیح شناخته می شود و احتیاج به الفاظ و عبارات مخصوص یا تشریفات خارجی

۳. اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری.

۴. مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است.

۵. بها یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت.

۶. شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی.

۷. زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی.

۸. تعیین تکلیف خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله.

۹. تعهدات پیش فروشنده به مرجع صادرکننده پروانه و سایر مراجع قانونی.

۱۰. معرفی داوران.

۱۱. احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۶)، و (۲۰) این قانون.

برای ملاحظه ضمانت اجرای این ماده رجوع کنید به: قنوتی، جلیل، سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد (پاییز ۱۳۹۴)، «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۱، صفحات ۱۲۵ تا ۱۴۸.

دیگری ندارد. در مقابل، عقد تشریفاتی عقدی است که علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا دارای آثار قانونی شود (امامی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۳).

برای تعیین جایگاه قرارداد پیش‌فروش ساختمان در این تقسیم‌بندی ابتدا دیدگاه‌های احتمالی بیان می‌شود و سپس قانون پیش‌فروش ساختمان با توجه به مقتضای اصول حقوقی تبیین می‌گردد.

۱-۱. دیدگاه‌های احتمالی

به‌طورکلی سه دیدگاه عمده درباره رضایی یا تشریفاتی بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان مطرح می‌شود: احتمال دارد عده‌ای تنظیم سند رسمی را از ارکان قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدانند و این نوع قراردادها را بدون آن صحیح فرض نکنند. مطابق این دیدگاه، تنظیم سند رسمی شرط صحت و تشکیل قرارداد پیش‌فروش تلقی می‌شود و به‌موجب آن، قراردادهای پیش‌فروش عمل حقوقی تشریفاتی است که در آن، افزون‌بر توافق اراده‌ها، تنظیم سند رسمی نیز شرط لازم است. در نتیجه، قرارداد پیش‌فروشی که به‌صورت عادی منعقد شده باطل است. این دیدگاه ممکن است بر این استدلال استوار باشد که چون هدف قانونگذار از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان ایجاد نظم در معاملات مربوط به پیش‌فروش ساختمان است، شرایط خاصی را برای قراردادهای پیش‌فروش اعلام کرده است که رسمی بودن بارزترین آن‌هاست. از این‌رو، در ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش، برای تنظیم‌نکردن سند رسمی مجازات تعیین شده و انجام عملی که قانونگذار آن را ممنوع کرده اثری نخواهد داشت.

همچنین، دور از ذهن نیست که برخی خود معامله را از آثار آن جدا سازند و بر این باور باشند که تنظیم سند رسمی از شرایط لازم برای صحت این قراردادها نیست و قراردادهای مزبور با اسناد عادی نیز صحیح است، کما اینکه توان اثبات اصل قرارداد را نیز داشته باشد، لیکن از اثبات آثار آن از جمله انتقال مالکیت ناتوان باشند. در این نظریه نیز تنظیم سند رسمی شرط انتقال مالکیت در قرارداد پیش‌فروش ساختمان به شمار می‌رود. در اصل، در این نظریه این نکته مورد توجه قرار می‌گیرد که قرارداد پیش‌فروش با سند عادی نیز واقع می‌شود و در زمره عقود رضایی جای می‌گیرد؛ اما درعین حال انتقال

مالکیت مورد معامله مشروط به ثبت سند و تنظیم سند رسمی قرارداد است. همچنین، این دیدگاه اذعان می‌کند که قرارداد پیش‌فروش عادی، به علت رعایت نکردن مفاد ماده ۳ پیش‌فروش ساختمان، مشمول قانون نام‌برده نمی‌شود و از مزایای آن برخوردار نخواهد شد.

در مقابل، برخی ممکن است تنظیم سند رسمی را از شرایط صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان ندانند و معاملات راجع به این دسته از اموال را بدون این شرط نیز معتبر و نافذ تلقی کنند، ولی وجود سند رسمی را برای اثبات اصل قرارداد لازم بدانند. در این دیدگاه، تنظیم سند رسمی دلیل مؤثر برای اثبات وقوع قرارداد پیش‌فروش شناخته می‌شود. در این رویکرد به سند فقط کارکرد شکلی اعطا شده و این امر به معنی آن نیست که اگر تنظیم سند رسمی صورت نگرفته باشد، حق عینی [مالکیت] ایجاد شده به واسطه سایر ادله اثبات‌شدنی نباشد. به عبارت دیگر، به موجب این دیدگاه، سند عادی برای اثبات این عقود نباید پذیرفته شود، ولی ثبت و تنظیم سند رسمی شرط وقوع و صحت قرارداد نیست و عقد از تاریخ بسته‌شدن آثار خود را به بار می‌آورد و اگر وقوع عقد مورد اختلاف نباشد یا خواننده به آن اقرار کرده باشد، نمی‌توان قرارداد را باطل دانست، اگرچه ثبت و تشریفات تنظیم سند رسمی انجام نشده باشد (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۴۲). مطابق این دیدگاه، اگرچه قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌طور رسمی تنظیم نشده است، اما مقررات و احکام قانون پیش‌فروش ساختمان در مورد قراردادهای عادی نیز اعمال خواهد بود و پیش‌خریدار می‌تواند از مزایای پیش‌بینی‌شده در آن برخوردار شود.

۲-۱. اصول حاکم در حقوق ایران

به نظر می‌رسد در حقوق ایران، با توجه به اصول حقوقی و دلایل زیر، باید نظریهٔ سوم را پذیرفت:

الف) اصل رضایی بودن عقود: در حقوق ایران، اصل حاکم در مقام تردید در رضایی یا تشریفاتی بودن عقود رضایی بودن آن است. زیرا از مواد متعدد قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که، برحسب اصل، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای انعقاد هر قراردادی است، وانگهی استقرا در شرایط درستی عقود معین نیز این استنباط را تقویت می‌کند. چراکه، جز در موارد نادر، در هیچ‌یک از عقود تشریفات خاصی برای تشکیل آن بیان

نشده است. وانگهی در مواد ۱۹۰ تا ۱۹۴ قانون مدنی به وضوح بر تأثیرنداشتن شکل در بیان اراده تأکید شده است و در مواد ۱۹۵ به بعد نشان داده شده که اراده باطنی اشخاص در تشکیل عقد تعیین کننده است.

رضایی بودن اعمال حقوقی در فقه نیز پذیرفته شده است. اما اختلاف فقها فقط در مبنا و منشأ این اصل است. به این شکل که از نظر برخی چنانچه در شرطیت چیزی در اعمال حقوقی تردید شود، می توان عدم آن را ثابت کرد. در اصل، از دید این گروه از فقها رضایی بودن اعمال حقوقی یک اصل عملی [برائت] است. با این فرض و با اعمال اصل برائت در احکام وضعی، رضایی بودن اعمال حقوقی لازم می آید (ایروانی غروی، ۱۴۰۶ق، ص ۸۹). در مقابل، عده ای رضایی بودن اعمال حقوقی را مقتضای عمومات و اطلاعات می دانند و بر این باورند که تردید مزبور (رضایی یا تشریفاتی بودن اعمال حقوقی) بازگشت به تردید در جریان اثر عقد دارد و برحسب اصل، عدم ترتب اثر نتیجه می شود، اما درعین حال مقتضای عمومات و اطلاعات دخیل نبودن عنصر مشکوک در عقد یا ایقاع است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۱۷؛ خوبی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱).

ب) اصل حاکمیت اراده: با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادها، جای هیچ تردیدی در نفوذ و حاکمیت اصل رضایی بودن عقود وجود ندارد؛ زیرا اصل حاکمیت اراده هم بر انعقاد عقد حکومت می کند و از خود اثر می گذارد و هم در مرحله اجرای عقد. از این رو نتیجه ای که از اصل حاکمیت اراده در مرحله انعقاد قرارداد به دست می آید، از دو جنبه ماهوی و شکلی مورد توجه قرار می گیرد، به گونه ای که از لحاظ شکلی، اصل حاکمیت اراده متضمن رضایی بودن قراردادها است.

ج) اصل صحت: بحث رضایی بودن قراردادها با اصل صحت در شبهه حکمی ارتباط می یابد؛ یعنی در بعضی مواقع قراردادهایی که محصول تراضی صرف طرفین قرارداد است و هیچ نوع تشریفاتی در تشکیل و انعقاد آنها به کار گرفته نشده است، از حیث صحت و بطلان مورد شبهه قرار می گیرند. در اینجا با اتکا به اصل صحت می توان قائل به صحت قرارداد شد؛ زیرا اثبات خلاف این اصل یعنی اثبات بی اعتباری یک معامله با دو جهت ارتباط پیدا می کند: جهت موضوعی و جهت حکمی. در جهت موضوعی باید وضعیت عینی معامله انشا شده، س اثبات شود و در جهت حکمی لازم است نص قانونی

بی‌اعتباری نوع معامله دارای وضعیت مذکور را اعلام کرده باشد. در مورد فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، فرض این است که جهت موضوعی که همان انشای معامله بدون تنظیم سند رسمی باشد مجاز است ولی از جهت حکمی برای حکم بر بطلان آن باید نص قانونی بر بطلان این‌گونه قرارداد نیز موجود باشد که با بررسی مقررات مربوط معلوم می‌شود چنین نصی وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۵۸).

د) عدم تأثیر اعلان رسمی در ایجاد اعمال حقوقی در حقوق ایران: در برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، اعمال حقوقی ناقل مالکیت مال غیرمنقول یا ایجادکننده حقوق عینی غیرمنقول تابع نظام اعلان و انتشار قانونی است. اعلان و انتشار قراردادها از طریق ثبت اسناد و تنظیم سند رسمی شرط قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث است (اسدی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۵). اما در حقوق ایران، تنظیم سند رسمی کارکرد ثبوتی و نقشی در مرحله ایجاد حق ندارد. چه‌آنکه حتی در تشریفات‌ترین نظام‌های حقوقی، مانند حقوق آلمان نیز ثبت معامله صرفاً شرط انتقال مالکیت است نه شرط تحقق عقد بیع (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۸). بنابراین اعلان رسمی و تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق عمل حقوقی و مقوم عقد در حقوق ایران نیست.

۲. نقش نظام ثبتی ایران در تشکیل قرارداد

یکی از عوامل مؤثر بر نقش ثبت اسناد در وضعیت عمل حقوقی شناخت نظام‌های ثبتی موجود جهان و یافتن جایگاه نظامی ثبتی ایران در این عرصه است. بدیهی است با شناخت نظام ثبتی ایران بهتر می‌توان در خصوص نحوه تأثیرگذاری این نظام بر اعمال حقوقی سخن گفت. بنابراین، در این مبحث، ابتدا به بررسی اقسام نظام‌های ثبتی جهان از لحاظ تأثیرگذاری بر اعتبار اعمال حقوقی اشاره می‌شود و سپس جایگاه نظام ثبتی ایران در این تقسیم‌بندی روشن می‌گردد.

۲-۱. اقسام نظام‌های ثبتی

از حیث آثار ثبت بر معاملات اموال غیرمنقول، نظام‌های حقوقی را به دو دسته کلی نظام‌های ایجاد و نظام‌های تأییدی تقسیم کرده‌اند:

نظام ایجاد: در نظام‌های ایجاد، انتقال حق مالکیت میان متعاقدین با انجام عملیات ثبتی صورت می‌گیرد و تا پیش از انجام ثبت، حق عینی برای منتقل‌الیه ایجاد نمی‌شود.

براساس این نظام، قرارداد صرفاً خالق تعهد و عملیات ثبتی ناقل حق مالکیت است. در این نظام، اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداد محدود شده است. در واقع، نظام ایجاد ضمانت اجرای ثبت‌نشده را عدم نقل و انتقال حقوق عینی مربوط به املاک حتی میان متعاقدين می‌داند (طباطبایی حصارى و صادقى مقدم، ۱۳۹۴، ص ۶۸۷). این نظام بر مبنای اینکه ثبت علت منحصر به نقل و انتقال باشد یا نه به دو نوع نظام دیگر تقسیم می‌شود: گروه اول که موسوم به نظام مرکب یا دوگانه است به نظامی گفته می‌شود که فرایند نقل و انتقال را به وسیله دو عنصر حفظ کرده است و جمع هر دو عنصر را برای انتقال مالکیت لازم می‌داند: اول عنصر «قرارداد» و دوم عنصر «عمل مادی»؛ یعنی ثبت در دفاتر ثبت. در این فرایند، عنصر دوم (عمل مادی) فقط به وسیله عنصر اول (قرارداد) و بر مبنای آن به وجود می‌آید.

گروه دوم که از آن به نظام بسیط یاد می‌شود نظامی است که انتقال را مبتنی بر «صرف عمل مادی» (عنصر دوم) می‌داند و به طور مستقل دارای ارزش و مورد توجه است، بدون آنکه هیچ نگرانی در خصوص قرارداد انتقال (عنصر اول) وجود داشته باشد و عیوب این قرارداد به «عمل انتقال» آسیب بزند (همان، ص ۶۸۸ و ۶۹۰).

نظام تأییدی یا حمایتی: خاستگاه این نظام را باید در سابقه حقوق فرانسه جست‌وجو کرد. در سیستم حقوقی مذکور که تئوری حاکمیت اراده و در نتیجه اصل آزادی قراردادی پذیرفته شده است، مطابق قانون مدنی آن کشور، هر قراردادی به صرف توافق اراده متعاقدين منعقد می‌شود. با توجه به روح حاکم بر حقوق کشورهای پذیرنده این نظام، ثبت صرفاً مجموعه‌ای از اسناد و نوشته‌های اعمال حقوقی به شمار می‌رود که به منزله ابزار اطلاع‌رسانی کارایی دارد. شرط تنظیم سند و تحریر عمل حقوقی حمایت از اشخاص را تضمین می‌کند. در نظام‌های تأییدی، صرف اراده متعاقدين سبب انتقال حق مالکیت می‌شود. تراضی به بیع بدون نیاز به هیچ عمل یا تشریفات دیگر خریدار را مالک مبیع می‌کند (طباطبایی حصارى، ۱۳۹۳، ص ۱۷۳).

۲-۲. نظام ثبتی ایران

پس از روشن شدن انواع نظام‌های ثبتی، پرسش این است که جایگاه نظام ثبتی ایران در این تقسیم‌بندی کجاست و تأثیر مقررات قانون ثبت بر نظام حقوقی ایران و قانون

مدنی چگونه تحلیل می‌شود و نقش تنظیم سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول چیست.

پاسخ به این پرسش مبتنی بر این واقعیت است که شکل، از حیث کارکرد در تعامل با اراده حقوقی اشخاص، از کارکردهای گوناگون و متنوعی برخوردار می‌شود؛ به طوری که در بعضی از صور آن شکل جانشین اراده می‌شود و از درجه‌ای از اهمیت برخوردار می‌شود که به منزله اراده ظاهری جانشین اراده واقعی و باطنی می‌شود. در برخی از حالات نیز شکل نقش کاشف اراده را دارد. در این کارکرد، اشکال مختلف ابراز اراده در اعمال حقوقی اعم از لفظی، کتبی و فعلی اصولاً نماد اراده باطنی و کاشف از آن‌اند و طریقت دارند. گاهی نیز شکل به منزله حمایت‌کننده از اراده ظاهر می‌شود. در این حالت، شکل اصولاً از انجام‌دهنده عمل حقوقی و نیز اشخاص ثالث حمایت می‌کند. همچنان که در بعضی مواقع شکل به منزله عنصر اثبات‌کننده اراده نمود می‌یابد (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۳۶؛ رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ص ۳۷).

در پاسخ به پرسش بالا برخی برآن‌اند که تحلیل نظام حقوقی ایران بیانگر آن است که نظام ایجادى مرکب موردنظر قانونگذار ثبتي است و ثبت در اعتبار عمل حقوقی راجع به املاک مؤثر است. همچنین بر این نظرند که اجباری بودن ثبت معاملات رابطه‌ای مستقیم با ضمانت اجرای عدم ثبت آن‌ها دارد. لذا در صورتی که این ضمانت اجرا مؤثر و قوی نباشد، نمی‌توان از اجباری بودن معاملات اموال غیرمنقول ثبت شده سخن گفت. آنان به مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت استناد می‌کنند که به صراحت از اجباری بودن ثبت معاملات انتقال‌دهنده و یا ایجادکننده حقوق عینی غیرمنقول سخن گفته است و تصریح می‌نمایند در تفسیر موادی از قانون ثبت که در مقام بیان ضمانت اجرای الزام پیش گفته است، به ویژه مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، باید به دنبال مفهومی بود که ضمن هماهنگی با نوع نظام ثبتي ایران، منطبق با مفهوم اجباری بودن ثبت باشد. در ادامه به سابقه تاریخی ماده ۲۲ قانون ثبت اشاره و اضافه می‌کنند که به نظر می‌رسد ماده ۲۲ قانون ثبت برگرفته از ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس^۱ است و شباهت نظام ثبتي ایران به نظام ثبتي سوئیس و آلمان که

۱. متن انگلیسی ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس:

نظام ثبت عینی دارند، تردیدی باقی نمی‌گذارد که قانونگذار در زمان تصویب قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ش، از لحاظ آثار، برقراری نظام ایجادی را در حقوق ایران مدنظر داشته است (طباطبایی حصاری و صادقی مقدم، ۱۳۹۴، ص ۶۸۸).

به نظر می‌رسد، برخلاف آنچه تصور کرده‌اند، نظام ثبت در ایران هیچ قرابتی با نظام‌های ایجادی ندارد، بلکه با توجه به مجموع نظام حقوقی و سابقه فقهی آن، نظام ثبتی در ایران با نظام تأییدی سازگار است، زیرا:

(۱) هیچ دلیل و نشانه‌ای در قوانین ثبتی وجود ندارد که مواد آن به گونه‌ای تفسیر شود که ما را به پذیرش نظام ثبتی ایجادی رهنمون سازد. چراکه پذیرش این نوع نظام در نظام‌های پذیرنده آن مبتنی بر مبانی و روح حقوقی حاکم بر حقوق آن کشورها بوده است. از این رو بایسته است که پذیرش این نظام با در نظر قراردادن مجموع نظام حقوقی و قانونی ایران صورت گیرد. این درحالی است قانونگذار در ماده ۲۲ قانون ثبت درباره معاملات مربوط به اموال غیرمنقول که با اسناد عادی صورت می‌گیرد، اساساً در مقام بیان وضعیت وضعی معامله مزبور از حیث صحت و بطلان نیست، بلکه می‌گوید معامله به موجب سند عادی در مقابل دولت قابل استناد نیست. بدین ترتیب هیچ بیانی درخصوص رابطه اطراف عقد ندارد و به این جهت نباید نظر قانونگذار را حمل بر بطلان کرد. به عبارت دیگر، منظور این است که صرف ارائه سند عادی بر وقوع معامله نمی‌تواند در ادارات دولتی مثبت مالکیت خریدار مذکور در سند عادی باشد (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۶۲). از طرفی، ماده ۴۸ قانون ثبت هرگز بر بطلان معامله غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی دلالت ندارد. زیرا در هیچ‌یک از مواد قانون ثبت، بطلان و بی اعتباری فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی اعلام نشده است. چه‌آنکه حکم قانونگذار در ماده مذکور، فقط شامل خود سند می‌شود نه مسند آن (همان، ص ۵۸). در واقع قانونگذار حکم خود معامله را به سکوت برگزار کرده است.

(۲) بنا به فرض، چنانچه سابقه تاریخی ماده ۲۲ قانون ثبت با نگاهی به حقوق کشورهای مذکور شکل گرفته باشد، به علت ناهماهنگی با کل نظام حقوقی و قانون مدنی

A Contract for the sale of immovable property is valid only if done as a public deed.

ترجمه: قرارداد فروش راجع به اموال غیرمنقول فقط در صورتی معتبر است که رسمی منعقد شده باشد.

ایران مغفول مانده و نتوانسته است کارکرد و نقش اصلی خود در آن کشورها را حفظ کند.

۳) هدف حفظ حقوق اشخاص ثالث اقتضا دارد که ضمانت اجرای نقض آن نیز محدود به همان اشخاص ثالث باشد و رابطه قراردادی طرفین عقد را تحت تأثیر قرار ندهد.

۴) اخیراً شورای نگهبان پیرامون موضوع در نظریه‌ای تحت عنوان «نظارت شرعی در خصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک» مورخ ۹۵/۸/۴ ابراز داشته است: مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد. اطلاق مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت و اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن، که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد خلاف شرع و باطل است؛ اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق، مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد، این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این گونه اسناد عادی دارد.

۳. نقش رویه قضایی

رویه قضایی جلوه‌گاه دکترین و تئوری‌های حقوقی است؛ در این عرصه است که نظام قضایی با کاربست نظریه‌های حقوقی، در عمل، تمایل و گرایش خود را به انواع نظام‌های حقوقی و نظریه‌ها نشان می‌دهد. بر این مبنا، یکی از راه‌های شناخت بهتر هر نظام حقوقی، مطالعه رویه قضایی آن کشور است. به همین منظور، با آوردن آرای از محاکم، رویکرد رویه قضایی به موضوع تحلیل و میزان قرابت آن با انواع نظام‌های ثبتي سنجیده می‌شود.

۳-۱. قرارداد پیش فروش ساختمان در پرتو آرای محاکم

دیدگاه مؤید تشریفاتی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان: در رأی صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان سرعین در پرونده کلاسه ۹۵۰۲۸۱ مورخ ۹۵/۱۱/۱۲ آمده است: «... دادگاه در خصوص دعوی الزام به تحویل و تنظیم سند رسمی انتقال، نظر

به اینکه حسب قرارداد استنادی خواهان ملک مورد ابتیاعی داخل در پلاک ثبتی ۳۸۱۹ فرعی از ۳۱۰ اصلی می‌باشد و مطابق پاسخ استعلام به عمل آمده ... و مستفاد از نتیجه واصله اینکه صورتجلسه تفکیکی نسبت به پلاک مزبور اخذ نگردیده و قطعات احدائی از نظر مقررات ثبتی تفکیک نشده است، قرارداد استنادی خواهان یک قرارداد پیش‌فروش ساختمان که به صورت سند عادی تنظیم یافته است، [هرچند] الزام قانونی تنظیم قرارداد پیش‌فروش به صورت سند رسمی از سوی متعاقدين رعایت نگردیده، نظر به اینکه معامله انعقادی طرفین بنابر اصل صحت و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران محمول بر صحت و واجد تمام آثار مصرح قراردادی و نتایج عرفی و قانونی می‌باشد لیکن از سوی دیگر ملک موضوع قرارداد پیش‌فروش دارای سابقه ثبت در دفتر املاک بوده و مطابق قانون ثبت اسناد و املاک کشور مالکیت قانونی شخص نسبت به ملک دارای سابقه ثبتی با ثبت ملک به نام وی یا انتقال ملک ثبت شده با ثبت انتقال در دفتر املاک محقق گردیده و کلیه معاملات مربوط به املاک دارای سابقه ثبتی اجباری و دارای ضمانت اجرای عدم پذیرش سند غیرثبتي در ادارات و محاکم می‌باشد و تحویل ملک که از آثار قراردادی عقد متعاقدين می‌باشد منوط به ثبت قرارداد انعقادی در دفتر املاک می‌باشد، چرا که تحویل ملک متضمن خلع ید از طرف مقابل بوده و این امر هم منوط به اثبات مالکیت خواهان که با ثبت نقل و انتقادات در دفتر املاک محقق می‌گردد و الزام به تنظیم سند رسمی قبل از اخذ پایان کار و صورتجلسه تفکیکی قانوناً مقدور نبوده و دادگاه مستنداً به مواد ۲۲، ۴۶، ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تبصره ماده ۱۵ آئین‌نامه اجرایی قانون پیش‌فروش ساختمان و ماده ۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم استماع صادر می‌نماید...».

در واقع، در این رأی بین اصل انعقاد قرارداد پیش‌فروش و آثار آن تفکیک به عمل آمده است. به این ترتیب که دادگاه، با استناد به اصل صحت و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران، قرارداد منعقد را حمل بر صحت و واجد تمام آثار مصرح قراردادی و نتایج عرفی و قانونی دانسته است. درعین حال انتقال مالکیت بین طرفین قرارداد

پیش فروش را منوط به تنظیم سند رسمی انتقال کرده است. از این رو تحویل یک واحد آپارتمان را غیر قابل استماع اعلام داشته است. اما به نظر می رسد این امر تفکیک غیر منطقی بین لازم و ملزوم باشد. زیرا منطقی نیست که اصل انعقاد را بپذیریم ولی تسری آثار آن را موکول به عنصر دیگری نماییم.

دیدگاه مؤید رضایی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان: شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان سرعین در پرونده کلاسه ۹۵۰۲۱۹ مورخ ۹۵/۰۹/۱۳ در خصوص دعوی آقایان به طرفیت آقای به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی ملک و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اعلام داشته است: «... دادگاه نظر به اوراق و محتویات پرونده و تحقیقات صورت گرفته به شرح مزبور و با عنایت به اینکه تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان به صورت عادی فاقد ضمانت اجرای حقوقی مطابق قانون پیش فروش ساختمان بوده و بنا بر اصل صحت قراردادها و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران معامله واقع شده محمول بر صحت بوده و واجد تمام آثار قراردادی و قانونی و عرفی می باشد و مطابق تبصره ماده ۱۵ آئین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان، تنظیم سند قطعی به نحو مزبور تنها در صورت وجود صورت مجلس تفکیکی موردی امکان پذیر می باشد که شرط مزبور نسبت به ملک موضوع پیش فروش محقق می باشد... لذا دادگاه دعوی خواهانها را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۲۱۴، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۳، ۲۳۰ از قانون مدنی، ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان، تبصره ماده ۱۵ آئین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان، مواد ۵۰۲، ۵۱۵، ۵۱۹ و ۵۲۲ از قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال قطعه ۶ از قطعات تفکیکی پلاک ثبتی ۳۳۱۲ فرعی از اصلی با حفظ حقوق مرتهن و پرداخت تأخیر در انجام تعهد صادر و اعلام می دارد...».

۲-۳. حاصل دیدگاهها

از آنچه گفته شد معلوم می شود رویه قضایی، متأثر از مبانی مختلف، رویکردهای متفاوتی را در ارتباط با قراردادهای پیش فروش ساختمان و نقش ثبت و تنظیم سند رسمی در تشکیل آنها اتخاذ کرده است. به طوری که تاکنون رویه واحدی ایجاد نشده است. با وجود این، رویه غالب محاکم اعم از عالی و تالی به پذیرش نظریه ای تمایل دارد که

به موجب آن سند عادی دارای تمام آثار قانونی و حقوقی در مقام ثبوت است. علت این امر را، علاوه بر مبانی و دلایل ارائه شده در بخش‌های پیشین این تحقیق، باید در این امر دانست که اولاً قانون مدنی، به منزله عنصر مقوم نظام حقوقی ایران و قانون ماهوی، تعیین کننده حکم وضعی عقود و معاملات از حیث صحت و بطلان و دیگر وضعیت‌های حقوقی آن‌هاست. از این رو در مقام حدوث تعارض میان این قانون و قانون ثبت، که قانون شکلی و ناظر به تشریفات انجام معامله شناخته می‌شود، اصولاً باید قانون مدنی را به عنوان قانون ماهوی حاکم شمرد.

ثانیاً حکم مربوط به عدم پذیرش سند عادی با کیفیت پیش‌بینی شده در ماده ۴۸ قانون ثبت ناظر به مقام اثبات معامله است. در مقام ثبوت، این ماده به هیچ عنوان تعرضی به وقوع معامله ندارد. یعنی اساساً بحث انعقاد عقد مطرح نیست بلکه مربوط است به اثبات معامله‌ای که واقع شده است. بنابراین، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۴۸ قانون ثبت صرفاً عدم پذیرش سند عادی در مقام اثبات است و هیچ‌گونه تعارضی با وقوع عقد بیع در مقام ثبوت ندارد.

در پایان باید در نظر داشت که احکام دادگاه‌ها در این خصوص جنبه اعلامی دارند؛ یعنی دعاوی‌ای که بیشتر با عناوین اثبات قرارداد، اثبات تاریخ معامله، اثبات مالکیت و تنفیذ قولنامه و... در دادگاه‌ها اقامه می‌شوند، احکام صادره از آن‌ها واجد وصف اعلامی است، به نحوی که حاکی از اعلام وضع موجودند، نه اینکه وضعیت جدیدی ایجاد کنند. از این رو استماع دعاوی الزام به انتقال رسمی اموال غیرمنقول به طور عام و قرارداد پیش‌فروش ساختمان به طور خاص به استناد اسناد غیررسمی در رویه قضایی، مبتنی بر این واقعیت است.^۱ با این وصف، محاکم با صدور حکم بر محکومیت خواندگان دعاوی بالا، خصوصاً دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال، حقی را که سابقاً به موجب عقد به

۱. توضیح اینکه احکام دادگاه‌ها در یک تقسیم‌بندی به حکم اعلامی و حکم تأسیسی تقسیم می‌شود؛ حکم اعلامی حکمی است که به موجب آن وضعیت حقوقی جدیدی ایجاد نمی‌شود بلکه وضعیتی که در گذشته وجود داشته احراز و اعلام می‌شود. اما حکم تأسیسی حکمی است که با صدور آن وضعیت حقوقی جدیدی به وجود می‌آید (شمس، ۱۳۸۴، ص ۲۲۲). به عبارت دیگر، حکم اعلامی یا کاشف حق حقی را که از قبل وجود داشته اعلام می‌کند. در حالی که با حکم تأسیسی یا موجد حق موضوعی که قبل از حکم وجود نداشته ایجاد می‌شود (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۱).

وجود آمده است، شناسایی می کنند و مورد لحوق حکم قرار می دهند. چه آنکه اساساً سند اعم از عادی و رسمی از ارکان تحقق قرارداد نبوده و فقط از حیث کاشفیت آن از قصد درونی به منزله وسیله ای برای ابراز اراده اهمیت می یابد و نوع آن مؤثر در مقام نیست. در واقع در این موارد حکم دادگاه در مقام اعلام و شناسایی وقوع عقدی بر می آید که قبلاً محقق شده است. بر همین اساس، خود این امر نیز بی گمان یکی دیگر از دلایل رضایی بودن قراردادهای راجع به پیش فروش ساختمان خواهد بود.

۳-۳. بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ - ۸۳/۱۰/۱ دیوان عالی کشور

در آرای صادره از محاکم طرف دار تشریفات بودن معاملات راجع به اموال غیرمنقول ملاحظه شد که آن ها در راستای تحکیم و تکمیل استدلال خود به رأی وحدت رویه مزبور استناد کرده اند. بر این اساس، شایسته است رأی وحدت رویه مورد اشاره از حیث دلالت یا عدم دلالت آن بر این مدعا و همچنین تعیین رویکرد دیوان عالی کشور به طور عام بررسی شود.

در رأی وحدت رویه مورد اشاره چنین آمده است: «خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است، بنابراین طرح دعوی خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست. بنا به مراتب و با توجه به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده می شود...» (اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶، ص ۳۹۶).

همان گونه که ملاحظه می شود، این رأی هیچ دلالتی بر تشریفات بودن بیع اموال غیر منقول ندارد. آنچه از این رأی برداشت می شود این است که به استناد اسناد عادی می توان دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا اثبات مالکیت نسبت به موضوع اسناد مزبور طرح کرد و در این دعاوی هرگاه انتقال مالکیت به وسیله عقد بیع و سایر عقود تملیکی به واسطه اسناد عادی برای دادگاه احراز شود، این مراجع حکم الزام به تنظیم سند رسمی یا اثبات مالکیت خواهند داد. اما از آنجاکه خلع ید فرع بر اثبات مالکیت است، تا زمانی که اصالت و صحت سند عادی مستقلاً موضوع رسیدگی قرار نگرفته و حکمی دایر بر اثبات مالکیت صادر نشده باشد، ابتداء ساکن به استناد سند عادی نمی توان حکم به خلع ید داد. بنابراین،

اگر از این رأی نتوان در جهت اثبات رضایی بودن معاملات اموال غیرمنقول استفاده کرد - چراکه در آن اقامه دعای الزام به تنظیم سند رسمی و اثبات مالکیت منع نشده است - حداقل این است که در جهت اثبات تشریفاتی بودن این معاملات نیز نمی‌توان به آن استناد کرد. بدین ترتیب، رأی وحدت رویه موضوع بحث هیچ دلالتی بر تشریفاتی بودن معاملات راجع به اموال غیرمنقول ندارد و مثبت ایجاد بودن نظام ثبت در حقوق ایران نیست.

۴. بررسی ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان

به موجب ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده ۲ این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد».

ماده یادشده این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا مفاد آن قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در زمره قراردادهای تشریفاتی قرار می‌دهد؟ به نظر می‌رسد به رغم ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، باید قرارداد پیش‌فروش ساختمان را عقدی رضایی دانست، زیرا:

(۱) گفته شد اصل حاکم در خصوص رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران رضایی بودن قراردادهاست. با توجه به پذیرش این اصل باید معتقد بود در مواردی که ضمانت اجرا صراحتاً بیان نشده یا محل اختلاف باشد، باید آن را به نحوی تفسیر کرد که تا حد امکان خدشه‌ای به صحت عمل حقوقی وارد نشود.

(۲) اصل صحت: موضوع رضایی بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان با اصل صحت در معنای وضعی ارتباط پیدا می‌کند. برای توضیح مطلب باید گفت برخی از نویسندگان، با توجه به پیشینه فقهی اصل صحت و معانی مختلفی که برای آن به کار رفته است، دو معنی برای آن در نظر گرفته‌اند: ۱. اصل صحت به مفهوم تکلیفی، ۲. اصل صحت به مفهوم وضعی.

منظور از اصل صحت در معنی اول آن است که اعمال دیگران را اصولاً باید صحیح، مشروع و حلال تلقی کرد و مادام که دلیلی بر عدم صحت و وجود حرمت پیدا نشده هیچ‌کس حق ندارد، در صورت دَوْران امر بین احتمال صحت و مشروعیت از یک طرف

و عدم صحت و عدم مشروعیت از طرف دیگر، اعمال افراد را نامشروع و غیر صحیح بپندارد. در این مفهوم، اصل صحت بدین معناست که اعمال و رفتار اشخاص محمول بر صحت یعنی مجاز تلقی می‌شود و جنبه تکلیفی محض دارد و آثار وضعی بر آن مترتب نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۱۹۵ و ۱۹۶) و در معنی دوم، اصل صحت مقابل فساد است و حکمی وضعی است. در این معنا، نوع تلقی از اعمال دیگران در ایفا یا اسقاط تکالیف و تنظیم روابط عبادی یا حقوقی مؤثر است. به عبارت دیگر، اصل صحت در معنای تکلیفی بیشتر جنبه اخلاقی و روانی دارد، در حالی که در مفهوم وضعی، آثار و نتایج عملی حقوقی بر آن مترتب است (همان، ص ۱۹۸). در نهایت ایشان معتقدند اصل صحت در حقوق مدنی که تحت عنوان «اصل صحت قراردادها» مطرح شده در معنای دوم که همان ترتیب اثر دادن به عمل صادر از غیر است به کار رفته و معنای آن این است که هرگاه در صحت یا فساد معامله‌ای که شخص انجام داده است تردید شود که آیا واجد شرایط صحت بوده یا فاقد آن، باید این معامله حمل بر صحت شود و به آن ترتیب اثر داده شود. علاوه بر این، اصل صحت به این معنا صرفاً در شبهه‌های موضوعی مطرح است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۷۹). پس مفاد اصل صحت حکمی است وضعی که در موارد تردید در وضعیت حقوقی عقد به حکم قانون برای آن ثابت می‌شود، آن‌چنان‌که آثار حقوقی و وابسته به آن عقد بین طرفین جاری می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰).

با این بیان وقتی صحت و بطلان قرارداد پیش‌فروش ساختمان به علت عدم رعایت ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان مورد تردید واقع می‌شود، باید صحت آن را با اعمال اصل صحت نتیجه گرفت. زیرا منشأ شک در صحت یا فساد قرارداد پیش‌فروش ساختمان شک در چگونگی حکم نیست؛ زیرا وضع قانون پیش‌فروش ساختمان این اثر مهم را به دنبال دارد که این قرارداد را به منزله عقدی با نام و معین به رسمیت شناخته است.

۳) در قانون پیش‌فروش ساختمان تنظیم سند رسمی از شرایط اساسی تشکیل قرارداد پیش‌فروش ساختمان در نظر گرفته نشده و عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری و بطلان این قرارداد تلقی نشده است، زیرا برای این امر از سوی قانونگذار ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. فقط در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون مذکور عدم تنظیم سند رسمی را

موجب مسئولیت کیفری دانسته است که این امر نه تنها منافاتی با صحت قرارداد مزبور ندارد، بلکه ظهور در رضایی بودن آن نیز دارد (سکوتی، ۱۳۹۰، ص ۴۸)؛ زیرا قانونگذار در ماده ۲۳ قانون مزبور، در مقام بیان و تعیین مسئولیت کیفری، از تعیین و پیش‌بینی ضمانت اجرای حقوقی اجتناب کرده است. بدیهی است اگر قانونگذار ثبت رسمی را از شرایط اساسی تشکیل این قرارداد می‌دانست، اصولاً می‌بایست عدم رعایت آن را موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد معرفی می‌کرد. افزون‌براین، شکل‌گرایی براساس ضمانت اجرا بر درجات و مراتب مختلفی تقسیم می‌شود و یکی از آن‌ها شکل‌های دارای ضمانت اجرای کیفری و انتظامی و یا مسئولیت مدنی است. توضیح مطلب این است که پایین‌ترین مراتب شکل‌گرایی در شکل‌های دارای ضمانت اجرای کیفری یا مسئولیت مدنی دیده می‌شود، به طوری که در این شکل‌ها به جای اینکه اثرگذاری اراده حقوقی و عمل حقوقی معلول آن، در یکی از درجات و مراتب آن، مقید و مشروط شود، خود فاعل عمل حقوقی تحت تأثیر قرار می‌گیرد و عدم رعایت شرایط در نظر گرفته شده از سوی قانونگذار او را با یکی از انواع مجازات‌ها یا مسئولیت مدنی روبه‌رو می‌سازد، بدون اینکه عمل حقوقی محصول اراده وی، چه در مرحله ثبوت و چه در مرحله اثبات، به علت وجود این نقص شکلی دچار خدشه و درجه‌ای از درجات بی‌اعتباری حقوقی شود (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۲). همچنان‌که نمونه‌های بارزی از این نحوه برخورد قانونگذار در مواجهه با نقض این نوع از شکل‌ها را در موارد مشابهی از جمله عقد نکاح در حقوق ایران می‌توان ملاحظه کرد. به همین علت، اگرچه عدم ثبت نکاح دارای وصف مجرمانه است، هیچ‌کس دربارهٔ درستی نکاحی که خارج از دفتر رسمی واقع می‌شود تردید نمی‌کند و منع قانونگذار را دلیل بر بطلان نکاح نمی‌پندارد (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷).

از طرفی، مجازات‌پذیر بودن یک عمل ملازمه‌ای با بطلان آن عمل حقوقی ندارد، بلکه گاه نشان‌دهنده صحت عمل مذکور است. زیرا اگر عملی که برای آن مجازات تعیین شده عمل حقوقی باشد، مناسب‌ترین و کارآمدترین ابزار برای جلوگیری از وقوع آن در جامعه حکم به بطلان آن است. در این صورت، عمل مزبور اثری نخواهد داشت تا منجر به تأثیرگذاری بر نظم عمومی باشد و لازم باشد که قانونگذار برای جلوگیری از وقوع آن

مجازات تعیین کند. وانگهی در صورت حکم قانونگذار به بطلان اساساً اتفاقی رخ نداده است تا نظم عمومی را برهم زند. بدین ترتیب، اگر قانونگذار برای آن عمل حقوقی مجازاتی تعیین کرد، بدین معنی است که آن عمل حقوقی را مؤثر تلقی نموده و چون عمل حقوقی مزبور واجد اثر است، پس نظم اجتماعی را برهم زده است.

۴) تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان در ماده ۱ این قانون از نظر ماهوی و شکلی دارای اهمیت است.^۱ از لحاظ ماهوی مبین استقلال این قرارداد از حیث ماهیت از سایر عقود معین است و در پرتو قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» تفسیر می شود و از لحاظ شکلی گویای رضایی بودن قرارداد مزبور است. چنانچه در خصوص مفاد روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» قائل به این باشیم که روایت مزبور به این معنی است که مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می توانند آن را به هر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند، اگر تردید شود که تصرف خاصی از لحاظ شرعی جایز است یا نه، می توان برای اثبات مشروعیت آن به حدیث مزبور تمسک کرد^۲ (حسینی مراغی، ۱۳۱۷ق، ص ۱۱۷؛ غروی اصفهانی، ۱۳۱۸ق، ص ۱۰۹). در این حالت نیز تعریف مزبور از لحاظ شکلی مصداقی از روایت مورد اشاره خواهد بود. علاوه بر این، ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان تفاوتی بین قرارداد رسمی و عادی نمی گذارد و هر قراردادی با هر عنوانی را که به منظور پیش فروش ساختمان منعقد شود مشمول قانون یادشده می داند.

نتیجه گیری

مطابق ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان، قرارداد پیش فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد

۱. ماده ۱ ق.پ.ف.س: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می شود».

۲. برای ملاحظه دیگر نظریه های ارائه شده در خصوص مفاد حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» رجوع کنید به: محقق داماد، سیدمصطفی، قنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱). حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد ۱. تهران: سمت، چاپ چهارم. ص ۲۴۱.

رسمی صورت گیرد. وانگهی، به موجب ماده ۲۳ همان قانون، عمل اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان کنند، اقدامی مجرمانه تلقی شده است. درخصوص تأثیر شرط تنظیم سند رسمی انتقال بر اعتبار این‌گونه قراردادها، ضمن بررسی و نقد آرای مختلف، در این تحقیق تأکید می‌شود که نقض مقررات شکلی (ثبتي) قانون پیش‌فروش ساختمان مانع تشکیل قرارداد پیش‌فروش نمی‌شود و تأثیری در جریان آثار این قرارداد ندارد. قرارداد پیش‌فروش هرچند به‌طور رسمی منعقد نشده باشد، مقررات و احکام قانون یادشده در مورد قراردادهای با سند عادی قابل تسری است و پیش‌خريدار این امکان را می‌یابد تا از تمامی مزایای در نظر گرفته شده در این قانون استفاده کند؛ زیرا در نظام حقوقی ایران اصل بر رضایی بودن عقود و اعمال حقوقی است. همچنان که اصل حاکمیت اراده از لحاظ شکلی متضمن چنین نتیجه‌ای است و گویای رضایی بودن قراردادها است. افزون‌براین، اصل صحت و عدم تأثیر اعلان رسمی در ایجاد اعمال حقوقی در حقوق ایران از مستندات این مدعا است. وانگهی، قرابت نظام ثبتي ایران با نظام ثبتي تأییدی گویای این مهم است که اراده اشخاص عنصر اصلی تشکیل قراردادها است و ثبت واجد آثار ثانوی است. این درحالی است که رویه غالب محاکم نیز به پذیرش نظریه‌ای تمایل دارد که طبق آن سند عادی دارای تمام آثار قانونی و حقوقی در مقام ثبوت است و احکام صادره از محاکم در این زمینه واجد وصف اعلامی است.

شایان ذکر است، از دید قانون پیش‌فروش ساختمان نیز، تنظیم سند رسمی کارکرد ثبوتی ندارد. زیرا عدم رعایت آن موجب بطلان قرارداد معرفی نشده و قانونگذار، در مقام بیان، از تعیین ضمانت اجرای حقوقی امتناع کرده است. در این میان جرم‌انگاری و تعیین مسئولیت کیفری نیز نه‌تنها منافاتی با رضایی بودن قرارداد مزبور ندارد، بلکه ممکن است نشانه‌ای برخلاف آن باشد. به این مفهوم که اولاً پایین‌ترین مراتب شکل‌گرایی در تعیین ضمانت اجرای کیفری یا مسئولیت مدنی دیده می‌شود. در این مرتبه به‌جای اینکه اثرگذاری اراده انشایی و عمل حقوقی معلول آن مقید یا مشروط شود، فاعل آن عمل حقوقی تحت تأثیر قرار می‌گیرد. ثانیاً، اگر قانونگذار برای چنین عمل حقوقی مجازاتی تعیین کرده، به این معناست که آن عمل حقوقی را مؤثر تلقی کرده و چون عمل حقوقی مزبور واجد اثر بوده، پس نظم اجتماعی را برهم زده است. ثالثاً، تعریف قرارداد

پیش‌فروش ساختمان در ماده ۱ این قانون از هر دو جنبه ماهوی و شکلی باید ملحوظ نظر قرار گیرد؛ از لحاظ ماهوی مبین استقلال این قرارداد از حیث ماهیت از سایر عقود معین است^۱ و از منظر شکلی اطلاق تعریف مزبور تفاوتی بین قرارداد رسمی و عادی نمی‌گذارد و هر قراردادی با هر عنوانی را که به‌منظور پیش‌فروش منعقد شود مشمول آن قانون می‌داند.

به‌رغم این، امتیازات سند رسمی در مقایسه با سند عادی بر کسی پوشیده نیست. به همین سبب ممکن است پیش‌خریدار دارای سند عادی در مقابل پیش‌خریدار دارنده سند رسمی با حسن نیت با چالش‌هایی مواجه شود. زیرا سند عادی پیش‌خریدار در قبال طرف دیگری که براساس سند رسمی قرارداد پیش‌فروش منعقد کرده تاب تعارض ندارد. لیکن این امر مانع از مراجعه ایشان به مراجع صالح به‌منظور تحصیل حکم برای اثبات تقدّم تاریخ قرارداد یا اثبات مالکیت نیست. این نظر همسو با آخرین اراده قانونگذار در ارتباط با کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده است. در این خصوص، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ مقرر می‌دارد: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارد».

منابع

- اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۶). *مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳*. تهران: دیوان عالی کشور، چاپ اول.
- اسدی، محمدحسن (۱۳۹۰). *قابلیت استناد قرارداد*. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.

۱. برای آشنایی با ماهیت و اوصاف این قرارداد رجوع کنید به: حسین‌زاده، جواد و سکوتی، نیما (زمستان ۱۳۹۵). «ماهیت و اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان». *فصلنامه تعالی حقوق*، دوره جدید، شماره ۱۷، ص ۳۵-۶۳.

- امامی، سیدحسین (۱۳۸۴). *حقوق مدنی*. جلد اول. تهران: اسلامیة. چاپ بیست و پنجم.
- امینی، منصور (۱۳۸۸). «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران». *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۹، ص ۲۳۸-۲۱۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *المکاسب*، جلد سوم. قم: کنگره.
- ایروانی غروی، علی (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، جلد اول. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بهشتی، جواد و نادر مردانی (۱۳۸۵). *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم. تهران: میزان، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقاهه*، جلد سوم. قم: مؤسسه انصاریان.
- رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰). *اصل رضایی بودن اعمال حقوقی*. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- سکوتی، نیما (۱۳۹۰). *ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد، چاپ چهارم.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). *مجموعه مقالات حقوقی*. تهران: مجد، چاپ سوم.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴). *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم. تهران: دراک، چاپ نهم.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۴). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: میزان، چاپ سوم.
- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۴). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان، چاپ نهم.
- طباطبایی حصری، نسرین (۱۳۹۳). *مبانی و آثار نظام ثبت املاک*. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- طباطبایی حصری، نسرین و صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۴). «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی». *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، ص ۶۷۷-۶۹۸.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه المکاسب*، جلد اول. دار المصطفی لاهیا التراث.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸). *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*. تهران: میزان، چاپ اول.

قنواتی، جلیل، سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد (پاییز ۱۳۹۴). «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۱، کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان، چاپ پنجم.

محقق داماد، سیدمصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، حسن و عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول. تهران: سمت، چاپ چهارم.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵). قواعد فقه ۱ بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷). مباحثی از اصول فقه - اصول علمیه و تعارض ادله. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم.

Formality (Registry) Sanctions for Violation of Building Pre-sale Act

Nima Sokouti¹, Javad Hoseinzadeh²

Abstract

In the Iranian economy, housing is not a means only for family habitation but is a means for investment and saving. Undoubtedly, a considerable part of transactions of the country is dedicated to buying and selling or pre-selling of the building based on the direct effect of the health of this market on providing economic and Judicial order. The legislator has set several formal conditions for the pre-sale contract of building for organizing this full risk market in the Building Pre-Sale Act. One of these conditions is the necessity of setting a formal document for this contract and the provision of guaranteeing punishment execution for lack of doing that. In this research, the effect of setting a formal transition document on the validity of this kind of contract has been studied and based on relying on law principles, registration systems, judicial procedures and the Building Pre-Sale Act, tries to guarantee the execution of the reversal of the registration formality of the building pre-sale contracts. It has been concluded that in Iranian law, the preparation of an official document is generally a means of proof (not fixing) a building pre-sale contract. Document registration is only a notification tool, awareness of the statistics, and transfer of the real estate in order to guarantee the rights of persons, especially pre-buyer. Therefore, the lack of official registration of the building pre-sale contract cannot be considered as a reason for not forming it.

Keywords: Building Pre-sale Contracts, Official document, the Building Pre-Sale Act, Remedies

1. Ph. D Student in private Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture, Tehran, Iran (Corresponding author); n.sokouti@gmail.com

۲. Associate professor, Department of Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture, Tehran, Iran; hoseinzadeh@usc.ac.ir