

## زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹

سام محمدی\*، سیدحسین حسینی مقدم<sup>۲</sup>

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران  
(تاریخ دریافت: ۹۱/۷/۲۵؛ تاریخ تصویب: ۹۱/۱۱/۳۰)

### چکیده

دیر زمانی بود بین نویسندگان حقوقی در خصوص اعتبار انعقاد عقد بیع نسبت به ساختمان در حال احداث، جدال وجود داشت. با وضع قانون پیش فروش ساختمان در دی ماه ۱۳۸۹ این بحث پایان یافت و پیش فروش ساختمان‌های در حال ساخت، صحیح تلقی شد. با وجود این همچنان این سؤالات باقی است که انتقال مالکیت در این قبیل معاملات از چه زمانی واقع می‌گردد؟ آیا با تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی و یا با انتقال قطعی سند پس از احداث کامل بنا، انتقال مالکیت واقع می‌شود؟

قرارداد پیش فروش ساختمان یک قرارداد نوظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها بر آن، تابع احکام ویژه مندرج در این قانون است. انتقال مالکیت در این نوع از قرارداد نسبت به عرصه و بخش موجود، با قرارداد پیش فروش رسمی انجام می‌شود (البته انتقال عرصه منصرف از موردی است که قانوناً انتقال آن ممنوع است. مانند اراضی موقوفه مذکور در بند ۲ ماده ۱ قانون مزبور). اما نسبت به بخش ساخته نشده، یا غیر موجود انتقال مالکیت معلق به احداث ساختمان از طرف پیش فروشنده و پرداخت عوض از طرف پیش خریدار است. همانطور که در فقه عقد بیع به انواع مختلف نقد، نسیه، سلم و سلف ... تقسیم شده است، مانعی نخواهد داشت که این معامله نیز نوع خاصی از عقد بیع محسوب شود. تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن عقد تلقی می‌گردد و پرداخت ثمن نیز در این نوع از قرارداد از نقش و جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. تنظیم سند نهایی نیز به منظور تثبیت و تسجیل مالکیت موجود در این معامله به عمل می‌آید.

### واژگان کلیدی

قرارداد پیش فروش، ساختمان در حال احداث، انتقال مالکیت، ثمن، سند رسمی.

## مقدمه

مشکلات فزاینده حاکم بر مسکن و ساختمان مقنن را به یافتن راهکار مناسب با وضع قوانین متفاوت و ادار نمود، تا شاید سبب کاهش دشواری‌های موجود گردد<sup>۱</sup>. آخرین اراده مقنن وضع قانون پیش فروش ساختمان در دی‌ماه ۱۳۸۹ می‌باشد. تا پیش از وضع آن قانون، مقنن به تاسی از فقه از تجویز معامله اموال قیمی که واجد خصوصیت عین معین بوده‌اند، پیش از ایجاد یا احداث آنها امتناع می‌نمود (شهیدثانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۶۹؛ عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۸۵؛ نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۲، ص ۳۸۵ و ۲۰۹؛ نایینی، ۱۴۲۴، ص ۹۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۵) ماده ۳۴۲ و ۳۶۱ قانون مدنی وجود مبیع معین را در حین معامله و معلوم بودن مقدار، وصف، جنس آن را ضروری می‌داند. بر همین اساس برخی نویسندگان مفاد ماده ۳۴۲ ق.م. را ناظر بر بیع عین معین می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۹۳).

نویسندگان حقوقی هر یک با استدلال‌های گوناگون، در مقام تبیین ماهیت این نوع معامله به شیوه‌های متفاوتی پرداخته‌اند تا بتوانند هم نسبت به حفظ صحت آن برآیند و هم از ایرادتی که بر بیع عین معین ساخته نشده وارد می‌گردد، رهایی یابند. عده‌ای آن را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۵۷؛ خانیان، ۱۳۸۸، ص ۵۷؛ حاتمی، ۱۳۸۹، ص ۹۳) و برخی دیگر در قالب بیع استصناع (علیزاده، ۱۳۸۳، ص ۶۳)، و عده‌ای نیز آنرا تعهد بر بیع (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۷۵) و نهایتاً برخی دیگر آنرا بیع مال آینده (قنوتی، ۱۳۸۲، ص ۵۵)، تشریح نموده و یا نزدیک می‌دانند. برخی از فقهای معاصر نیز این نوع معامله را در قالب بیع استصناع امکان پذیر دانسته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ص ۳). به

۱. به عنوان نمونه می‌توان از لایحه حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، قانون تشویق احداث و عرضه واحدهای مسکونی استیجاری مصوب ۱۳۷۷ و نیز قانون ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن مصوب ۱۳۸۸ نامبرد.

هرحال، مقنن تحت شرایطی مانند انجام عملیات پی ساختمان، پرداخت ۱۰٪ ثمن معامله، تنظیم سند پیش فروش به طور رسمی... اجازه انجام معامله نسبت به ساختمان در حال ساخت را، در قالب عقد بیع صادر نمود. این اقدام مقنن می‌تواند از این جهت آثار مثبتی داشته باشد که با تنظیم قرارداد پیش فروش، به نحو رسمی حق عینی، برای خریدار ایجاد می‌گردد و با رعایت شرایطی زمینه انتقال مالکیت نیز به او فراهم می‌آید و در نتیجه امکان اطلاق عنوان نوعی خاص عقد بیع بر این قبیل معاملات را پیش‌بینی کرد.

به موجب ماده ۳۴۲ و ۳۶۱ ق.م. در بیع عین معین، میباید در زمان معامله وجود داشته باشد. آپارتمان در حال احداث از مصادیق عین معین و در زمره اموال قیمی می‌باشد، لیکن هنوز به طور کامل احداث و ایجاد نشده است. در این صورت چگونه می‌تواند اوصاف آن کاملاً روشن و مسلم باشد، تا بیم جهل و ضرر پیش نیاید؟ چون اساساً نحوه ساخت و مصالح به کار برده شده در کیفیت موضوع معامله‌ای که در آینده احداث می‌شود، موثر خواهد بود. طبق مواد ۲۲، ۴۸، ۴۷، ۴۶ ق.ت. نیز نقل و انتقال اموال غیر منقول ثبت شده، صرفاً پس از ثبت در دفتر املاک به عمل خواهد آمد و مانند معامله سایر اموال منقول یا غیر منقول ثبت نشده نیست تا با قرارداد عادی انتقال مالکیت صورت گیرد. پس اصولاً عملیات ثبت معامله غیر منقول ثبت شده جزء تشریفات نیست، بلکه در کنار قصد انشای طرفین، در زمره ارکان ضروری برای نقل مالکیت محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷؛ لطفیان ۱۳۷۰، ص ۳۳؛ شهری، ۱۳۷۷، ص ۱۴۲). حال پرسش این است که، در معامله ساختمان در حال احداث، لحظه انتقال مالکیت چه زمانی می‌باشد؟ آیا با تنظیم قرارداد پیش فروش به نحوه رسمی انجام می‌پذیرد؟ یا پس از اتمام ساخت و تنظیم سند رسمی قطعی واقع می‌شود؟

بنابراین، چگونه می‌توان مقررات قانون ثبت و قانون مدنی را با مفاد قانون پیش فروش ساختمان قابل جمع دانست تا زمان انتقال مالکیت در معاملات راجع به ساختمان‌های در حال احداث مورد شناسایی و تبیین قرار گیرد؟ هم‌چنین ممکن است عبارت «پیش خریدار» مذکور در قانون این توهم را ایجاد کند که تا زمان تنظیم سند نهایی هنوز طرف معامله پیش خریدار تلقی می‌شود نه خریدار!! بنابراین مالکیت پس از تنظیم سند نهایی

منتقل می‌شود. اما با دقت در آثار قرارداد، حتی قبل از تنظیم سند نهایی، این نکته آشکار می‌شود که عبارت پیش خریدار اشاره به خریدار ساختمان پیش از تکمیل آن دارد. به عبارت دیگر طرف معامله، خریدار ساختمان پیش از تکمیل است. از اینرو به او پیش خریدار اطلاق شده است.

### شرایط اعمال قانون پیش فروش ساختمان و حقوق پیش خریدار

#### شرایط اعمال قانون پیش فروش ساختمان

برای اینکه قانون پیش فروش ساختمان حاکمیت یابد و قابل اعمال باشد وجود برخی از شرایط و پیش‌بینی آن در قرارداد ضروری می‌باشد که اهم آن به اختصار عبارتند از:

#### وجود پی ساختمان

از فحوی ماده ۱ قانون موصوف، چنین تصور نمی‌گردد که قرارداد پیش فروش، شامل قراردادهایی که ناظر بر احداث ساختمان در آینده است هم می‌شود، چون ضروریست طبق این قانون در حین انعقاد قرارداد بخشی از عمل فیزیکی و مادی، برای ساخت انجام شده باشد. برخی از نویسندگان در مواردی که موضوع قرارداد احداث ساختمان در آینده است، عنوان خاص تعهد بر بیع یا تعهد بر ساخت و تملیک را برای آن به کار بردند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰)؛ زیرا اثری از عین موضوع معامله، یعنی ساختمان در بین نیست، در این صورت انعقاد عقد بیع از مصداق‌های بارز ماده ۳۶۱ ق.م و باطل انگاشته خواهد شد. ولی ممکن است آن قرارداد در قالب‌های پیشنهادی حقوق‌دانان مبنی بر بیع سلم، استصناع، یا بیع مال آینده، حسب مورد توجیه یابد. اما در قالب عقد بیع و یا قرارداد پیش فروش ساختمان، موضوع قانون حاضر قرار نخواهد گرفت. چون در این قبیل معاملات حداقل وجود بخشی از مبیع در زمان وقوع عقد طبق بند ۴ از ماده ۴ قانون موصوف ضرورت خواهد داشت. در حالی که در بیع سلم، بیع استصناع و یا به طور کلی بیع مال آینده بنای طرفین به طور واقعی نیز بر تحصیل مالی است که با توافق آنان در آینده ساخته می‌شود و موضوع این قبیل معاملات نیز اصولاً اموال مثلی و تکثیر پذیر می‌باشد. ولی معامله ساختمان، تنها در قالب عین معین و مال قیمی امکان‌پذیر است. پس نباید از ظاهر عبارت "متعهد به احداث" یا "از ابتدا" در ماده ۱ قانون مورد بحث، چنین استنباط نمود که قبل از احداث بنا

نیز می‌توان در قالب قرارداد پیش فروش ساختمان، نسبت به انعقاد عقد اقدام نمود.

### پرداخت حداقل ۱۰٪ ثمن معامله

وفق ماده ۱۱ قانون مذکور پرداخت حداقل ۱۰ درصد ثمن در زمان انعقاد عقد الزامی است تا موجبات مالکیت پیش خریدار فراهم آید. طبق اصول کلی، مستنبط از مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ ق.م. برای تحقق صحیح عقد بیع، تعیین ثمن معامله کفایت خواهد نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۱۷). مقنن ضمانت اجرای نپرداختن ثمن را عدم تشکیل عقد ندانسته، بلکه در ماده ۳۹۵ ق.م. از اختیار تاخیر ثمن و اجبار به تادیه و یا طبق ماده ۳۸۰ ق.م. اختیار تفلیس را به عنوان ضمانت اجرای آن قرار داده است. در این صورت تعهد به تسلیم ثمن وفق بند ۴ ماده ۳۶۲ ق.م. از آثار عقد محسوب می‌گردد. بنابراین در این قانون، بر خلاف قانون مدنی پرداخت ثمن از اهمیت و آثار متفاوتی برخوردار است.

### سند رسمی:

برای انعقاد قرارداد پیش فروش، به موجب ماده ۳ قانون یاد شده تنظیم قرارداد در قالب سند رسمی و انعکاس مراتب انجام معامله به اداره ثبت محل، توأم با درج در سند مالکیت ضروری می‌باشد. در این قانون انجام معامله با تنظیم قولنامه یا مبایعه نامه در دفتر مشاوره املاک منع گردید. اما دفاتر اسناد رسمی اجازه تنظیم قرارداد را به نحو رسمی، برای انتقال مالکیت عرصه و بخش موجود را در زمان انعقاد، و هم‌چنین پس از اتمام عملیات ساخت و تأیید مهندس ناظر، به طور قطعی با تنظیم سند دارا می‌باشند. بدین ترتیب، در ابتدا تنظیم قرارداد پیش فروش به طور رسمی و متعاقباً تنظیم قطعی سند الزامی است و معامله بدون تنظیم قرارداد پیش فروش به شکل رسمی، از قلمروی قانون مزبور خارج بوده و از امتیازات و حمایت‌های مقنن برخوردار نخواهد شد.

### داشتن سند رسمی مالکیت و مدارک لازم برای احداث ساختمان

ارایه مدارک و اسنادی که در ماده ۴ قانون موصوف پیش‌بینی شده است، برای تنظیم قرارداد الزامی می‌باشد. از قبیل: سند رسمی مالکیت، پروانه ساختمان، شناسنامه فنی، بیمه نامه، تاییدیه مهندس ناظر مبنی بر اتمام عملیات پی ساختمان، استعمال اداره ثبت. هم‌چنین تصریح به مواردی که در ماده ۲ آن قانون بدان اشاره شده است نیز ضروری می‌باشد

همانند: ذکر مشخصات پیش فروشنده، پیش خریدار، مالک ملک، مشخصات پلاک ثبتی، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی، بها و عوض قراردادی ....

هدف از ذکر الزامی موارد مذکور و ارایه اجباری مدارک، رفع جهل و ابهام از موضوع قرارداد و ایجاد علم تفصیلی برای طرفین می‌باشد. زیرا در نظر مقنن مبیع باید در یکی از سه قالب عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه قرار گیرد. در این قانون با توصیف مبیع در حال ساخت، همانند ماده ۴۱۰ و ۴۱۱ ق.م. علم کافی حاصل خواهد شد. در این راستا برخی از نویسندگان نیز عقیده دارند، برای تعیین مورد معامله از شیوه‌های جدیدی مانند اظهارنظر کارشناس و نظر عرف هم می‌توان استفاده نمود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص، ۱۲۱).

### حقوق پیش خریدار

با انعقاد قرارداد پیش فروش، حقوقی برای پیش خریدار در قانون پیش‌بینی شده که مهمترین آنها عبارتند از:

۱. خریدار به نسبت واحد موضوع قرارداد مالک عرصه خواهد شد و از حقوق مالکانه نسبت به همان واحد حسب مفاد ماده ۱۳ و ۳ قانون موصوف برخوردار می‌گردد.
۲. طبق ماده ۷ پیش خریدار در صورت کسر یا اضافه مساحت، حق فسخ معامله را خواهد داشت.
۳. وفق ماده ۱۰، موضوع قرارداد در ازای وام پرداختی به پیش خریدار قابلیت وثیقه نزد بانک را داراست.
۴. اقدام پیش خریدار به تادیه ثمن برای انعقاد عقد بیع نسبت به قسمت در حال ساخت منوط به تایید مهندس ناظر مبنی بر ساخت تدریجی توسط پیش فروشنده است.
۵. وفق ماده ۶، عدم تحویل به موقع و نقض تعهد نسبت به موضوع قرارداد موجب حق مطالبه خسارت برای پیش خریدار خواهد بود.
۶. طبق ماده ۱۵ امکان تأمین عرصه و اعیان واحد پیش فروش شده، قبل از تنظیم سند رسمی (قطعی) بنام پیش خریدار، توسط پیش فروشنده یا طلبکاران او وجود ندارد.
۷. پیش خریدار امکان انتقال حقوق مالکانه خویش را نسبت به واحد پیش فروش شده، بدون رضایت یا اذن پیش فروشنده طبق ماده ۱۸ داراست. این امر مبین بروز آثار

مالکیت اوست.

۸. پیش خریدار طبق مواد ۱۳ و ۱۴ در صورت انجام تعهدات خویش نسبت به پرداخت ثمن، پس از تکمیل یا انجام ۹۰٪ عملیات ساخت، می‌تواند خواستار تنظیم سند بنام خویش از طریق دفتر خانه اسناد رسمی شود.

بدین ترتیب، مهم‌ترین حقوقی که از آثار حق مالکیت به شمار می‌آید، در پی وقوع قرارداد پیش فروش ساختمان برای پیش خریدار حاصل می‌شود. این امر نشان از آن دارد که حقوق مالکانه پیش خریدار، در نظر مقنن همانند دیگر معاملات عین معین بوده و تفاوت چندانی در معامله ساختمان در حال احداث با دیگر معاملات وجود ندارد. زیرا مهم‌ترین اوصاف حق مالکیت اعم از حق انتقال و واگذاری اصل حق و یا گرو نهادن آن مال نزد طلبکار، در این معامله مشهود است. بنابراین قرارداد مورد بحث، صرفاً مبنایی برای ایجاد یک سری از حقوق معین در آینده نیست. بلکه در زمان انعقاد نیز پیش خریدار دارای حقوق مسلم می‌باشد و اگر پیش فروشنده در اجرای تعهداتش تخطی نماید ضمانت اجرای دیگری از قبیل حق فسخ، مطالبه خسارت، برای پیش خریدار متصور می‌باشد. از این جهت دامنه و قلمرو حقوق پیش خریدار وسیع و در خور توجه خواهد بود.

## زمان انتقال مالکیت

### قواعد کلی زمان انتقال مالکیت در اموال غیرمنقول ثبت شده

معامله ساختمان در حال احداث، تا حدودی مشابه و یا در زمره معاملات راجع به اموال غیر منقول ثبت شده محسوب می‌گردد. طبق قواعد حاکم بر معاملات اموال ثبت شده در قانون ثبت، از جمله ماده ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ و... نقل و انتقال این قبیل اموال باید در دفتر املاک ثبت گردد، تا معتبر و قانونی تلقی شود. از این حیث معامله نسبت به ساختمان در حال احداث نیز به جهت ماهیت ثبت شده عرصه، علی القاعده باید تابع مقررات مواد مذکور در قانون ثبت باشد. البته در خصوص انتقال مالکیت اموال غیر منقول ثبت شده اختلاف نظر وجود دارد که آیا ثبت معامله در دفتر املاک جزء ارکان می‌باشد و عدم رعایت آن به منزله عدم تشکیل یا بطلان عقد است و یا آنکه، عقد با ایجاب و قبول واقع می‌گردد و ثبت جزء ارکان عقد محسوب نمی‌شود تا عدم ثبت مانع تشکیل قرارداد گردد.

عده‌ای معتقدند در معاملات انجام شده نسبت به اموال غیر منقول ثبت شده، ثبت در وقوع عقد موثر نیست. با وجود آنکه برخی از آنان قایل بر آن هستند که مقررات راجع به ثبت املاک از جنبه نظم عمومی برخوردار است (لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۰) و به اجباری بودن آن هم تصریح نمودند (لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۶۴۳ و ۶۶۰)، ولی عدم ثبت این قبیل معاملات را موجب بطلان عقد نمی‌دانند. زیرا در نظر آنان اصل بر رضایی بودن عقد می‌باشد و ارزش ثبت را وفق مفاد ماده ۴۸ ق.ث از جهت اثبات دعوی مهم می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۴۳ و ۴۴). این نویسندگان عموماً قایل بر این هستند که بیع با سند عادی در این قبیل اموال، واقع می‌گردد و امضای سند رسمی بیع، متفرع بر آن قلمداد می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۱، ص ۸۴). رویه قضایی نیز به تبع این نظریات حرکت نمود. به عنوان نمونه اثر این نظر در استدلال رای حاضر نیز مشهود است، «... مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت منحصراً بر ضرورت ثبت سند معاملات راجع به اموال غیر منقول... و عدم قابلیت پذیرش اسنادی که به کیفیت مذکور ثبت نگردیده دلالت دارد و به هیچ وجه بطلان و بی اعتباری اصل عقود و معاملات مذکور از آن مستفاد نمی‌شود...» (ابهری و سرخی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۶). هم‌چنین شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در رأی مشابه دیگر به شماره ۲۱/۸۴۶ مورخه ۷۰/۱۰/۲۱، مقرر داشت: «... تحقق معامله مذکور، شرعاً، عرفاً، قانوناً با توجه به ماده ۳۶۳ قانون مدنی و مالک مبیع شدن مشتری، به محض وقوع بیع، معامله محرز تشخیص می‌گردد... نظر به اینکه مالکیت خواندگان نسبت به پلاک ثبتی... محرز می‌باشد... دعوی خواهان را صحیح تشخیص و الزام خواندگان به حضور در دفاتر رسمی و تنظیم سند رسمی، انتقال... حکم می‌نماید» (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۳۷-۳۹). دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی فرجامی این رأی را مورد تأیید قرار داد. پس در تحقق اصل بیع با سند عادی بزعم برخی از نویسندگان تردیدی نیست و دادگاه با رسیدگی قضایی می‌تواند اعتبار یا عدم آن را، معلوم کند و آن را از نتایج اصل حاکمیت اراده تلقی نمایند که مغایرتی با نظم عمومی ندارد (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۵۶-۵۸).

به نظر عده دیگری از نویسندگان، انجام مرحله ثبت به عنوان رکن معامله تلقی خواهد شد، و اثر حقوقی مورد نظر طرفین در زمان ثبت معامله، در دفتر اسناد رسمی به بار



می‌نشیند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۷۱؛ شهری، ۱۳۷۷، ص ۱۴۲؛ لطفیان، ۱۳۷۰، ص ۳۳-۳۵؛ کاشانی، ۱۳۸۵، ص ۵۷). به عبارت دیگر، اساساً معامله‌ای بدون ثبت تحقق نمی‌یابد. چون ایجاب و قبول، همزمان با امضاء دفتر اسناد مؤثر واقع می‌گردد و اثر عقد در این قبیل اموال پس از ثبت تحقق می‌یابد (محمدی، ۱۳۸۴، ص ۵ و ۴؛ ابهری و سرخی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰). این دیدگاه با فلسفه وضع قانون ثبت و اجباری بودن ثبت معاملات غیر منقول ثبت شده، منطبق می‌باشد. زیرا مقنن در صدد نظم و ترتیب بخشیدن به امور املاک و اسناد بوده است و دلیلی نخواهد داشت که با وجود امر مقنن بر الزام به انجام ثبت معاملات اموال غیر منقول ثبت شده در دفاتر املاک ثبت، وقوع همان معامله را بر خلاف آن تدابیر با سند عادی صحیح دانسته و مغایر با نص صریح قانون در مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ ق.ت. عمل نماید (لطفیان، ۱۳۷۰، ص ۲۶).

نظریه مشورتی ۷/۵۸۴۴ مورخه ۱۳۶۲/۱۱/۲۳ اداره حقوقی وزارت دادگستری در این راستا آورده است: «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 بود، و لازم الرعایه است و از طرف شورای نگهبان هم در مورد غیر شرعی بودن مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اظهار نظر نشده است» (شهری و حسین آبادی، ۱۳۷۰، ص ۳۴۲).

از جهات مختلف ثبت معاملات دارای فواید مهمی است. زیرا نظم عمومی قضایی، برای جلوگیری از بروز معاملات معارض و کاهش دعاوی، تسریع در رسیدگی به اختلافات شهروندان و نیز از حیث وصول مالیات از سوی دولت ... جملگی عواملی هستند، که برآمره بودن مقررات ثبتی مذکور صحه گذاشته‌اند (صابر و طباطبایی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۴ و ۱۲۷). هر چند امروزه به نظر برخی از نویسندگان، هزینه‌ها و مشکلات مربوط به ثبت معاملات سبب رواج معاملات غیر رسمی می‌شود (طباطبایی حصاری، ۱۳۸۹، ص ۲۳۴)، ولی ضمانت اجرای ثبت نشدن وفق ماده ۴۸ و ۲۲ ق.ت. عدم پذیرش سند عادی در محاکم و ادارات و نهایتاً عدم وقوع بیع می‌باشد. بنابراین از زمان ثبت در دفتر املاک وقوع بیع محرز و نقل و انتقال مالکیت پدیدار می‌گردد.

رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۸/۱۰،

نیز در خصوص عدم بروز تعارض معامله مال غیر منقول به وسیله سند عادی، و معامله همان مال با سند رسمی، در صورت اجباری بودن ثبت اسناد، به اختصار این چنین مقرر می‌دارد «... نظر به اینکه شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ ق.ث. قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیر منقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی را نخواهد داشت...».

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این موضوع، رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور را که چنین استدلال کرد، تأیید نمود: «سند عادی منسوب به متهم مستنداً به ماده ۴۸ ق.ث. از اسنادی نیست که در محاکم به عنوان دلیل انتقال خانه قابل پذیرفتن باشد، عمل متهم را از مصادیق ماده ۱۱۷ ق.ث. نیست...» لذا اثری بر معامله انجام شده با سند عادی، در مقام بیع بار نبوده و مفید فایده برای انتقال مالکیت از سوی هیئت عمومی دیوان شناخته نشد (علی آبادی، ۱۳۶۸، ص ۴۲۵ - ۴۳۱).

هم چنین در رأی اصراری دیگر نیز در این زمینه به شماره ۴ - ۷۴/۲/۱۹ مقرر می‌دارد. (اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۳، ص ۹۵) «... نقل و انتقالات املاکی که با اسناد عادی صورت گرفته مادام که در اجرای مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در دفتر اسناد رسمی، رسماً تنظیم نیافته و مطابق مدلول ماده ۲۲ همان قانون در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد، فاقد اعتبار قانونی است».

مضافاً اینکه نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره‌های ۷/۳۹۱۴ مورخ ۱۳۶۲/۸/۱۶ و ۷/۳۶۷۵ مورخ ۶۲/۸/۱۱ نسبتاً و به ترتیب حکایت از آن دارند که معامله با سند عادی، در املاکی که دارای سابقه ثبتی می‌باشند، وفق مفاد ماده ۴۸ قانون ثبت پذیرفته نیست.

در بند ۱ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوییس نیز به طور مطلق ثبت کلیه معاملات راجع به اموال غیر منقول را ضروری دانسته، و پس از ثبت نیز انتقال مالکیت و حقوق مربوطه به تبع آن پدیدار می‌گردند (واحدی، ۱۳۷۸، ص ۷۲).

## زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان

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

در قراردادهای پیش فروش ساختمان، سند مالکیت مربوط به عرصه می‌باشد<sup>۱</sup> و آن میزان بنای احداثی که موجود تلقی می‌شود و می‌تواند حداقل شامل پی ساختمان گردد همزمان با عرصه، مالکیت این بخش از اعیانی نیز منتقل می‌گردد. مقنن در ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر داشت، با پرداخت اقساط، ثمن مالکیت بنا در حال احداث انتقال می‌یابد. زیرا هنوز بنا در حال ساخت مستقلاً دارای سند نیست. و مقنن در مواد ۱۳ و ۱۴ و ۱۵ قانون یاد شده، قایل بر ثبت و انتقال قطعی موضوع قرارداد، پس از اتمام عملیات ساخت و یا حداقل انجام ۹۰٪ از آن، می‌باشد. حال اثرگذارترین عامل در انتقال مالکیت کدام یک از موضوعات یاد شده خواهد بود که در پی آن نیز زمان انتقال مالکیت، از فروشنده به پیش خریدار مسلم خواهد شد؟

### اثر تأدیه ثمن، در انتقال مالکیت موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان

در حقوق ایران، تعیین ثمن در زمان انعقاد عقد، ضرورت دارد. زیرا ماده ۳۳۹ ق.م.م.م. مقرر می‌دارد «پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود» پس بیع با مبلغ مورد اختلاف یا مبهم واقع نمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۸،

۱. با توجه به بند ۲ ذیل تبصره ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان، خاطر نشان می‌سازد در مواردی که عرصه ساختمان‌هایی که وقف می‌باشد و یا به دلایل خاص اشخاص، تحت قراردادهای معین مانند اجاره عرصه صرفاً حق ایجاد اعیانی را بر عرصه دیگری پیدا خواهند نمود بدیهی است که نه با تنظیم قرارداد پیش فروش مذکور در ماده ۳ و نه با تنظیم سند رسمی انتقال پیش‌بینی شده در ماده ۱۳ قانون، مالکیت این گونه عرصه‌ها به پیش خریدار قابل انتقال نیست. زیرا مالکیت عرصه مجزا از مالکیت اعیانی خواهد بود و الزاماً معامله نسبت به اعیانی با تنظیم قرارداد پیش فروش منتهی به انتقال مالکیت عرصه نمی‌گردد.

ص ۱۰۵-۱۵۳؛ امامی، ۱۳۷۱، ص ۴۱۷ و ۴۲۶). بنابراین ضمانت اجرای عدم پرداخت ثمن ناشی از ناتوانی و مفلس شدن خریدار، حق فسخ وفق ماده ۳۸۰ ق.م.می‌باشد.<sup>۱</sup> تأخیر در پرداخت ثمن نیز وفق ماده ۴۰۲ ق.م. سبب ایجاد خیار تأخیر ثمن، با رعایت شرایطی برای فروشنده خواهد بود. بنابراین برای تشکیل عقد تنها تعیین ثمن مهم می‌باشد و عدم تأدیه ثمن می‌تواند فروشنده را قادر سازد تا از طریق قانونی، خریدار را به تأدیه ثمن و یا اعمال حق فسخ و برهم زدن معامله وادار نماید. اما در ماده ۱۱ قانون مورد بحث پرداخت حداقل ۱۰٪ از بهاء قرارداد همزمان با تنظیم سند قطعی، الزامی است. در ماده ۱۳ نیز، پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌گردد. در این صورت آیا با پرداخت ۱۰٪ از ثمن در زمان تنظیم قرارداد رسمی، انتقال مالکیت واقع می‌گردد و یا با پرداخت اقساط ثمن در هر مرحله، حصول مالکیت نیز برای خریدار با ساخت فراهم خواهد شد؟!

به نظر هیچ یک از دو روش نمی‌تواند کاملاً صحیح و به تنهایی موثر در انتقال مالکیت باشد، زیرا:

**اولاً:** اگر منظور مقنن از عبارت "تنظیم سند قطعی" در ماده ۱۱ قانون همان تنظیم سند نهایی مذکور در ماده ۱۳ و ۱۴ و پس از پایان عملیات ساخت باشد، معقول و منطقی نخواهد بود که پیش خریدار در زمان اتمام عملیات ساخت و تحویل مبیع صرفاً ۱۰٪ از ثمن را بپردازد و مابقی را طی اقساط در آتیه پرداخت شود. چون اصولاً سازندگان، به عنوان پیش فروشنده حسب نیاز به ثمن، مبادرت به پیش فروش نموده تا با وجه حاصله، اقدام به ادامه ساخت نمایند. به نظر منظور همان زمان تنظیم سند رسمی پیش قرارداد و در بدو امر باشد. در نتیجه عبارت سند قطعی با مسامحه، به جای عبارت سند رسمی به کار

۱. برای دیدن نظر مخالف، مبنی بر اینکه مفاد ماده ۳۸۰ ق.م.م. متضمن خیار تقلیس نیست بلکه به فروشنده اجازه استرداد کالا را جهت اعمال حق تقدم در فروش و استیفاء طلب می‌دهد، رجوع کنید به: میرزائزاد، ۱۳۸۵ «تاملی تازه در ماده ۳۸۰ قانون مدنی، مجله پژوهشی حقوق و سیاست دانشکده حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی، شماره ۱۸، ص ۹۱ - ۱۱۸.

رفته است. این تعبیر با مفاد ماده ۱۳ که مالکیت پیش خریدار را منوط به پرداخت اقساط دانسته است، سازگارتر می‌باشد.

**ثانیاً:** با اینکه مقنن آنچه که برخی از نویسندگان از آن به بیع تدریجی یاد می‌کنند (کاتوزیان، ص ۲۷۴-۲۷۵؛ ولویون، ۱۳۸۰، ص ۴۸-۴۹) را در تنظیم ماده ۱۳، در نظر داشته است، اما از بررسی سایر موارد قانون استنباط نمی‌گردد که مقنن کاملاً درصدد اجرای نظریه بیع تدریجی بود. زیرا از تشریح کامل این ایده در ماده ۱۳ امتناع نموده است. در ماده ۱۰ نیز مالکیت عرصه، به نسبت سهم واحد پیش خریدار جزء حق مالکانه و عینی او تلقی و قابلیت ترهین آن را نزد بانک یا انتقال آن را وفق ماده ۱۸ و ۳ امکان پذیر دانسته است.

**ثالثاً:** هر چند پرداخت مبلغ ۱۰٪ از ثمن، حین تشکیل قرارداد الزامی بوده و عدم رعایت آن می‌تواند مانع تشکیل عقد گردد، لیکن انتقال مالکیت به جهت اطلاق بند ۵ ماده ۲، و تفسیر بدست داده شده از ماده ۱۳، نمی‌تواند به طور اطلاق منوط به پرداخت ثمن اولیه باشد، زیرا آنچه که در انتقال مالکیت در این زمان موثر و حایز اهمیت است تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی می‌باشد. بنابراین آنچه در این مرحله موضوع معامله واقع گردید عرصه، به نسبت واحد آپارتمان مربوطه و نیز بخشی از پی یا قسمتی از ساختمان که ساخته شده است، می‌باشد و در عین حال موجود و معین است. لیکن در بخش دوم و آنچه که پس از انعقاد قرارداد پیش فروش احداث می‌گردد وفق ماده ۱۳، پرداخت ثمن به شکل اقساط یا عوض قراردادی در تحقق مالکیت پیش خریدار تاثیر مستقیم خواهد داشت و عدم پرداخت آن نیز در موعد مقرر موجب پیدایش حق فسخ قرارداد برای پیش فروشنده خواهد شد. لذا تاثیر پرداخت ثمن به طور کامل نسبت بخش موجود با آنچه بر عهده است تا ساخته شود، متفاوت می‌باشد.

#### اثر ثبت در انتقال مالکیت موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان

چنانچه گفته شد اثر ثبت، در انتقال مالکیت اموال غیر منقول ثبت شده طبق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ ق.ث. جزء از ارکان معامله محسوب می‌گردد و علی القاعده قرار داد پیش فروش ساختمان که در زمره همین نوع اموال قرار دارد، باید تابع همان حکم بوده و از آن

مستثنی نباشد. مقنن در قرارداد موصوف در ابتدا ثبت قرارداد پیش فروش و تنظیم رسمی آن را و در نهایت، انتقال قطعی موضوع قرارداد، پس از انجام کلیه تعهدات را الزامی دانسته است. از آنجایی که فاصله زمانی بین تنظیم قرارداد پیش فروش تا اتمام عملیات ساخت و پایان موضوع قرارداد عموماً قابل توجه می‌باشد، لذا انتخاب هر یک از این دو زمان، تنظیم قرارداد رسمی یا تنظیم قطعی و نهایی سند، می‌تواند آثار متفاوتی داشته باشد. زیرا ماده ۳ قانون، طرفین را مکلف نمود تا قرارداد پیش فروش را با رعایت ماده ۲ و ۴ به نحو رسمی تنظیم نمایند و جزئیات لازم را توأم با تصریح بر حقوق و تعهدات در قرارداد پیش بینی و در سند مالکیت درج شود. بنابراین همانند دیگر معاملات قطعی که خلاصه‌ای از آن به ادراه ثبت منعکس می‌گردد، قرارداد پیش فروش رسمی نیز باید خلاصه‌ای از آن به اداره ثبت ارسال شود. وانگهی مقنن اعمال آن را در دفتر املاک تصریح نمود، ولی سابقه‌ای از آن در پرونده ثبتی برجا خواهد ماند.

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

**اولاً:** ماده ۱ قانون یاد شده بالصراحه انتقال مالکیت واحد ساختمانی در حال احداث، از ملکیت مالک رسمی زمین و متعهد بر ساخت، به پیش خریدار را به موجب قرارداد امکان پذیر می‌داند. پس مبدأ انتقال مالکیت در این ماده، بر قرارداد پیش فروش استوار و

بنا گردیده و متعاقباً نیز در ماده ۳ به تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی در دفاتر اسناد تأکید شده است.

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

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

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

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

حقوق مذکور در ماده ۱۲ مانند حق حبسی است که در معاملات معوض وفق ماده ۳۷۷ قانون مدنی برای بایع و مشتری در زمان تسلیم، پیش بینی شده است. ماده ۱۳ قانون صراحتاً مالکیت پیش خریدار ملک موضوع قرارداد را با پرداخت ثمن و عوض قرارداد امکان‌پذیر دانسته است، که این شرط بزعم ما بیشتر مربوط به مالکیت بخشی از ساختمان که احداث خواهد شد، می‌باشد.

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

بنابراین برخلاف حقوق آلمان که در تشکیل قرارداد بیع و انتقال مالکیت با دو توافق روبرو هستیم، یکی به منظور تحقق بیع و دیگری برای انتقال مالکیت، در حقوق ایران و فرانسه، اراده به تنهایی قدرت و توانایی ایجاد اثر حقوقی از جمله حق عینی را داراست و مالکیت که امری اعتباری است می‌تواند موضوع اراده قرار گیرد. از این رو به اعتبار تملیکی بودن عقد بیع، پس از انعقاد عقد دیگر نه طلبکاران فروشنده می‌توانند مبیع را توقیف نمایند و نه فروشنده خود قادر است آن را به اشخاص ثالث واگذار کند (امینی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۶ - ۱۶۲).

### وضعیت بنای در حال احداث

آنچه تاکنون گفته شد معطوف به انتقال مالکیت بنای احداثی و به نسبت عرصه آن بوده است. اما برخلاف عرصه مورد بحث، اعیانی نیمه تمام فاقد سند مالکیت است. از این رو به همراه انتقال مالکیت عرصه، به جهت موجود بودن بخش ساخته شده، به پیش خریدار واگذار می‌شود. حال مالکیت بخش باقیمانده ساختمان که در زمان انعقاد قرارداد رسمی پیش فروش هنوز احداث نگردیده و طبیعتاً به دلیل عدم احداث، نمی‌تواند به همراه عرصه منتقل شود چگونه و از چه زمانی انتقال می‌یابد؟

بنظر از مفاد ماده ۱۳ قانون موصوف چنین بر می‌آید که در حین انعقاد قرارداد پیش فروش، فروشنده ضمن انتقال عرصه و بنا احداثی موجود نسبت به ساخت مابقی بنای ساختمان، وفق نقشه و شناسنامه فنی و تملیک آن در قبال دریافت ثمن، متعهد می‌گردد. مطلوب خریدار نیز اجرای همین تعهد و احداث کامل بنا توسط فروشنده می‌باشد. بدین جهت فروشنده طی مدت زمان تعیین شده در قرارداد مکلف به ساخت، تکمیل و تحویل بنا خواهد بود. حال به هر میزان که از بنا ساخته می‌گردد، در ازای آن نیز فروشنده مستحق دریافت ثمن معامله به نسبت پیشرفت کار می‌باشد. متقابلاً خریدار نیز مکلف است هر اندازه از بنا طبق مفاد قرارداد، در زمان مقرر، ایجاد گردیده و پیشرفت کار آن قسمت مورد تایید مهندس ناظر قرار گرفت، نسبت به پرداخت ثمن همان بخش اقدام ورزد. در صورت



تخطی فروشنده در ادامه ساخت و عدم پیشرفت کار، پیش خریدار از حق فسخ برخوردار می‌گردد. از این جهت یک موازنه‌ای بین این دو عمل فروشنده و پیش خریدار وجود دارد. بدین توضیح که هر میزان از بنا مورد ساخت واقع شود و به نوعی تعهد او مورد وفا قرار گرفت، در این صورت می‌توان زمینه انتقال مالکیت پیش خریدار را از سوی پیش فروشنده فراهم دانست. لیکن به صرف همین احداث بنا از سوی پیش فروشنده انتقال مالکیت برای پیش خریدار محقق نمی‌شود. زیرا تادیه ثمن هم به همان نسبت از سوی پیش خریدار، حایز اهمیت اساسی می‌باشد. بدین معنا که انتقال مالکیت به هر میزان که بنا احداث و ثمن آن نیز پرداخت می‌شود در ملکیت پیش خریدار صورت می‌پذیرد. در واقع حسب مفاد این ماده که انتقال مالکیت ملک پیش فروش شده را به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی منوط نموده است، موید تحقق معامله معلق بر ساخت و پرداخت عوض است. بدیهی است مبنای انتقال مالکیت در این فرض نمی‌تواند صرف انجام دو عمل مادی احداث بنا و برابر آن، پرداخت ثمن باشد. بلکه به نظر می‌رسد همان توافق و تراضی اولیه طرفین عقد که به شکل قرارداد رسمی و تحت عنوان پیش فروش ساختمان، با رعایت شرایط خاصی صورت پذیرفته، مقتضی و سبب انتقال مالکیت نسبت به مابقی بخش ایجاد نشده ساختمان را هم فراهم ساخته است. لیکن در این مرحله تنها شرایط با احداث بنا از سوی پیش فروشنده و پرداخت ثمن از سوی پیش خریدار مهیا گردید. در نتیجه با پدید آمدن این دو شرط انتقال مالکیت نیز نسبت به این بخش به بار می‌نشیند.

پس تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش اولیه، و یا تنظیم سند قطعی انتقال، بعد از اتمام عملیات احداث بنا در تحقق مالکیت پیش خریدار نسبت به آن بخش از موضوع قرارداد که در فاصله بین تنظیم قرارداد پیش فروش تا تنظیم سند انتقال قطعی احداث و ایجاد می‌گردد، به تنهایی هیچ یک نقش نخواهند داشت. بلکه مبنای انتقال مالکیت را قرارداد پیش فروش رسمی فراهم ساخته و پس از اقدام متقابل بین فروشنده با احداث بنا و خریدار، با تادیه ثمن، می‌تواند موجب نقل مالکیت به پیش خریدار گردد.

### چگونگی تنظیم سند قطعی واحد پیش فروش شده و اثر آن

در قانون مورد بحث، تنظیم سند رسمی برای موضوع معامله پیش فروش در دو مرحله

و با دو وضعیت متفاوت، پیش بینی شد. مرحله اول در واقع همان تنظیم قرارداد پیش فروش، به نحو رسمی است. لیکن مقنن الزام نمود به جهت ارتباط قرارداد پیش فروش با پلاک ثبتی معین، مراتب تنظیم قرارداد مانند عقد رهن در سند مالکیت منعکس گردد و خلاصه آن به اداره ثبت ارسال شود. ولی این قرارداد رسمی برای همیشه پایدار نبوده و پس از پایان یافتن کلیه تعهدات و تنظیم سند انتقال قطعی، مقنن وفق مفاد ماده ۱۹، سند مذکور را از درجه اعتبار ساقط دانسته و در نتیجه طرفین را مکلف به اعاده آن به دفترخانه تنظیم کننده سند نمود. بنابراین در کنار قرارداد موصوف که به نحو رسمی تنظیم شده است در نهایت سند ساختمان موضوع قرارداد پیش فروش نیز می‌بایست، در مرحله دوم به نحو رسمی تنظیم شود. در این گفتار اهمیت و فواید تنظیم سند انتقال قطعی به همراه نحوه تنظیم آن را بررسی می‌نماییم.

#### اثر تنظیم سند رسمی انتقال قطعی واحد پیش فروش شده

با اینکه بر قرارداد پیش فروش رسمی فواید زیادی، مترتب است، اما تردیدی نیست که آثار ثبت قطعی که پس از تکمیل ساختمان در حال احداث پدید می‌آید، با صرفاً ثبت قرارداد پیش فروش، حاصل نخواهد شد. زیرا، با تنظیم قرارداد رسمی پیش فروش، مالکیت و حقوق عینی پیش خریدار که بدون تنظیم سند رسمی در برخی مواقع متزلزل بود، مسلم و مستقر می‌گردد. علاوه بر این قبل از ثبت نیز امکان بهره مندی از امتیازاتی که سند رسمی موضوع ماده ۲۲، ۶۶، ۴۷، ۴۸ ق. ث. پیش بینی کرده میسر نیست. بنابراین بین سند مالکیت یک واحد آپارتمان که به صورت مفروض و مجزا و راجع به تمامیت شش دانگ همان واحد است و با ثبت در دفتر املاک صادر می‌شود، قطعاً با قرارداد پیش فروش رسمی همان واحد، که در حال ساخت است، فرق بارزی وجود خواهد داشت.

به عنوان مثال، بدون وجود سند مالکیت قطعی، بانک‌ها قادر نیستند با قرارداد پیش فروش به جهت مشکلات ارزیابی توقیف و قبض ملک را در قالب عقد رهن به عنوان وثیقه قبول نمایند و وام پرداخت نمایند. پس مفاد ماده ۱۰ قانون یاد شده نیز امر استثنایی است که فقط در همان مورد خاص اجازه ترهین قرارداد پیش فروش رسمی را داده است، و نباید به سایر موارد تعمیم داد. چون اصولاً در این قبیل معاملات با قرارداد عادی،

مالکیت منتقل نخواهد شد، مگر آنکه انتقال به نحو رسمی واقع و در دفتر املاک به ثبت برسد. ماده ۱۰۴ مکرر آیین‌نامه ثبت نیز تنظیم قرارداد رسمی برای اجازه احداث اعیانی در ملک دیگری را پیش‌بینی نموده و مقرر داشت تا خلاصه قرارداد در سند قید شود. لیکن سند مالکیت اعیانی بعد از احداث و اتمام عملیات ساخت قابل صدور است. پس قرارداد رسمی مبنایی برای انتقال مالکیت است و از این رو دارای تمام امتیاز مالکیت نیست. بازداشت و توقیف حقوق پیش خریدار در دفتر املاک نیز در عمل امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان از اثر لازم الاجراء بودن سند رسمی مذکور در مواد ۹۳ و ۹۵ ق.ت. راجع به تعهدات یا دیون مالی استفاده نمود. زیرا برای صدور اجراییه دفاتر اسناد رسمی نیازمند سند مالکیت خواهند بود (شهری، ۱۳۷۷، ص ۱۶۲). بنابراین با وجود امکان بهره‌مندی از برخی از امتیازات سند رسمی مانند مسموع نبودن انکار و تردید در برابر قرارداد رسمی، تأمین خواسته بدون تودیع خسارت احتمالی... به وسیله قرارداد پیش فروش رسمی، در عین حال تفاوت و تمایز آن با سند مالکیت واضح می‌باشد.

از جهت ارتباط این دو سند با دفتر املاک یکسان نیستند. زیرا پس از اتمام عملیات ساختمانی و تأیید گواهی عدم خلاف و صدور پایان کار از سوی شهرداری، طبق بند الف از ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مالک می‌تواند تقاضای انتقال و صدور سند نسبت به هر واحد نماید و نهایتاً با تسلیم و ابطال سند مالکیت اولیه وفق ماده ۱۲۰، با رعایت ماده ۱۰۴ مکرر، آیین‌نامه قانون ثبت املاک برای هر واحد از آپارتمان سند مالکیت تفکیکی صادر خواهد شد (رستمی بوکانی، ۱۳۷۸، ص ۵۵). در این صورت برای هر یک از پیش خریداران، در این مرحله سند مالکیت با پلاک ثبتی مشخص و مجزا شده از پلاک ثبتی اولیه، صادر و نام آنان در دفتر املاک قید خواهد شد. حال آنکه در صورت تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی، با وجود قید در سند اولیه مالک و ارسال خلاصه‌ای از آن به اداره ثبت وفق ماده ۱۰۴ مکرر آیین‌نامه قانون ثبت، درج آن در دفتر املاک با دشواری خاص مواجه می‌باشد. زیرا هنوز شماره پلاک فرعی و مجزا، صورت مجلسی تفکیکی... وجود ندارد. از این جهت شاید مقنن ترجیح داد تا در مواد ۱۳، ۱۴، ۱۹ قانون عبارت "انتقال قطعی" را بکار برد. زیرا خود مقنن در برابر آن عبارت "اصطلاح

انتقال رسمی" مربوط به تنظیم قرارداد پیش فروش را دارای اثر بخشی کافی ندانسته و مدت عمر و اعتبار آن را نیز تا پایان اجرای تعهدات مندرج در قرارداد پیش فروش و تنظیم سند انتقال قطعی در ماده ۱۹ قانون اعلام داشته است.

بنابراین تنظیم قرارداد پیش فروش نمی تواند جایگزین کامل انتقال به نحو قطعی و رسمی باشد. انتقال قطعی معامله بنام پیش خریدار در پایان عملیات احداث و انجام تعهدات مذکور در قرارداد پیش فروش، امری کاملاً ضروری و تضمین کننده حقوق خریدار، به عنوان مالک می باشد تا انتقال رسمی حقوق مالکانه با قرارداد رسمی پیش فروش اولیه را مسجل سازد. در عین حال باید به خاطر داشت این اقدام صرفاً از جنبه فعل و انفعالات ثبتی و رعایت مقررات ثبتی مورد توجه می باشد همانند آنچه که در ماده ۱۰۴ آیین نامه قانون ثبت، برای انتقال ملک یا واگذاری حقی نسبت به عین، درج آن در سند مالکیت و دفتر املاک تکلیف گردید. پس هرگز مفید فایده جهت نقل و انتقال مالکیت عرصه و اعیان موجود یا احداثی بعدی، به پیش خریدار از زمان ثبت نهایی نمی باشد، زیرا نقل و انتقال قبلاً به شرح پیش گفته صورت پذیرفت.

#### نحوه تنظیم قطعی سند، واحد پیش فروش شده

معاملاتی که نسبت به املاک غیر منقول ثبت شده واقع می گردد، تنظیم سند رسمی معامله و انتقال در دفتر اسناد رسمی به منظور انعکاس آن معامله در دفتر املاک، مهم ترین مرحله از معامله تلقی می گردد، و دغدغه اصلی خریداران را نیز به خود اختصاص می دهد. امروزه نیز شاهد دعاوی زیادی در این زمینه به خواسته الزام به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی می باشیم و آرای متعددی به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۳ قانون مدنی از سوی محاکم صادر می گردد (میرشفیعیان، ۱۳۷۵، ص ۲۳۱ - ۲۴۱). مقنن در قانون پیش فروش ساختمان راه حل جدیدی را برای تنظیم سند ارایه نموده تا پس از اتمام عملیات ساخت و پرداخت اقساط ثمن معامله از سوی خریدار، در صورتی که فروشنده با میل و رضای خویش نسبت به تنظیم سند انتقال قطعی برای خریدار اقدام ننماید، مشکلی برای پیش خریداران بوجود نیاید. بدین ترتیب در مواد ۱۳ و ۱۴ قانون، دو فرض را در نظر گرفته است. فرض اول: ساختمان با تأیید مهندس ناظر تکمیل شده می باشد و فرض دوم: کمتر از ۱۰٪ پیشرفت فیزیکی ساختمان که عموماً جزئی است، باقی مانده است. فرض

اخیر اگر خریدار خود متمایل به تکمیل آن باشد، با ارایه اسناد ومدارک لازم مبنی بر پرداخت ثمن یا اقساط آن در وجه فروشنده، می‌تواند خواستار تنظیم سند رسمی و انتقال قطعی واحد موضوع قرارداد پیش فروش بنام خویش گردد. دفترخانه اسناد رسمی نیز مراتب را به فروشنده اعلام و مقرر می‌دارد ظرف مدت ۱۰ روز نسبت به تنظیم سند بنام خریدار اقدام نماید. در صورت عدم اقدام فروشنده وفق مفاد ماده ۱۳، مقنن سر دفتر را رأساً مجاز به انتقال و امضا ذیل سند به جای فروشنده دانسته است. بنابراین بی آنکه نیاز به طی تشریفات حقوقی در دستگاه قضایی و نهایتاً صدور حکم و اجرای آن از طریق اجرای احکام و معرفی نماینده دادگاه، جهت امضا ذیل دفاتر و اسناد به جای محکوم علیه باشد، این اقدام به حکم قانون توسط سر دفتر اسناد رسمی صورت می‌پذیرد و انتقال قطعی معامله و سند رسمی بنام خریدار تنظیم خواهد شد. این راهکار جدید مقنن از یکسو با تبصره ۸ ذیل ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مبنی بر لزوم اتمام عملیات ساخت وفق پروانه و در نهایت صدور پایان کار ساختمان در تعارض خواهد بود (صمدی قوشچی، ۱۳۸۶، ص ۲۹۵). زیرا احداث ۹۰٪ بنا، قطعاً به منزله احداث کامل بنا نیست. از سوی دیگر از این جهت که مانع طرح دعوی در مرجع قضایی می‌گردد، موضوعی پسندیده می‌باشد و لیکن باب سوء استفاده اشخاص را در تنظیم سند رسمی، بدون مداخله مالک و ناقل قانونی گشوده خواهد ساخت و مجدداً ممکن است موضوع ابطال سند غیر قانونی تنظیم شده از سوی دفاتر اسناد رسمی، در دادگاه مطرح شود.

### نتیجه

امروزه به جهت افزایش سریع و چشم‌گیر قیمت ساختمان و هم‌چنین مشکلات مربوط به تأمین یکجا و کل بها ساختمان آماده بهره‌برداری، اشخاص متمایل به پیش خرید ساختمان‌های در حال احداث می‌باشند تا از افزایش بعدی قیمت با انعقاد قرارداد

۱. ماده ۱۴۵ قانون اجرای احکام مدنی در این خصوص مقرر میدارد هرگاه مالک حاضر به امضاء سند انتقال بنام خریدار نشود نماینده دادگاه سند انتقال را در دفترخانه اسناد رسمی بنام خریدار امضاء می‌نماید.

پیش خرید در امان بمانند. مقنن با وضع قانون پیش فروش ساختمان، زمینه معامله نسبت به ساختمان در حال ساخت را فراهم آورد.

قرارداد پیش فروش ساختمان یک قرارداد نو ظهوری است که علاوه بر حکومت قواعد عمومی قراردادها بر آن، تابع احکام ویژه مندرج در قانون پیش فروش ساختمان نیز می باشد. این قرارداد با توجه به ماده ۳ قانون از قراردادهای با نام و لازم است. زیرا در ماده ۸ و ۱۶ قانون به خیار فسخ اشاره شده که ناظر به عقود لازم می باشد. در عین حال نیز وفق ماده ۳ قانون در زمره قراردادهای تشریفاتی قرار می گیرد و تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق آن است و پرداخت ثمن نیز در آن دارای اهمیت و آثار مهم می باشد. بدین ترتیب می توان قرارداد پیش فروش ساختمان را نوعی بیع خاص که دارای احکام و ویژگی های متمایز است، تلقی نمود. در این قرارداد انتقال مالکیت با وضعیت خاصی روبروست و عقد دارای چند کارکرد متفاوت می باشد. زیرا موضوع مالکیت که با عبارت «از ابتدا» در ماده ۱ قانون آمده هیچ گاه نمی تواند ناظر به مالکیت کل ساختمان باشد. چون در این صورت علاوه بر عدم امکان تحقق مالکیت به جهت غیر موجود بودن بخشی از موضوع در زمان انعقاد قرارداد وفق ماده ۳۶۱ قانون مدنی، عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان نیز بی معنی خواهد شد. پس باید ناظر به بخش موجود باشد که مطابق بند ۴ ماده ۴ و مواد ۱۰ و ۱۵ قانون شامل عرصه، به نسبت سهم پیش خریدار و اعیان که حداقل شامل پی ساختمان می شود، گردد. در نتیجه با تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی و با رعایت شرایط پیش بینی شده در قانون، مالکیت بخش موجود منتقل می شود.

از سوی دیگر بخشی از ساختمان که طی فاصله زمانی انعقاد قرارداد پیش فروش رسمی تا زمان تنظیم سند نهایی و انتقال قطعی احداث و ساخته می گردد، علی القاعده موجود نیست تا با قرارداد رسمی پیش فروش انتقال یابد. اما به موجب مفاد ماده ۱۳ همان قانون که مالکیت ملک پیش فروش شده را به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی منوط دانسته است، به نظر ناظر بر همین بخش بوده و تحقق معامله، معلق به ساخت از سوی پیش فروشنده و پرداخت عوض توسط پیش خریدار می گردد. با توجه به این که سبب و مبنای انتقال ملکیت به موجب قرارداد پیش فروش رسمی مهیا گردیده، لیکن

تحقق آن در عمل منوط و معلق بر ساخت بنا و پرداخت عوض قراردادی شده است. در واقع طرفین عقد به موجب قانون مذکور و با انعقاد قرارداد، تعهداتی بر عهده گرفته‌اند. پیش فروشنده متعهد به ساخت و در نهایت انتقال قطعی سند شد و پیش خریدار نیز، علاوه بر پرداخت ۱۰٪ اولیه، مکلف به پرداخت اقساط ثمن یا عوض قراردادی گردید. بنابراین با تحقق شرط اخیرالذکر انتقال مالکیت هم به عمل می‌آید. هم‌چنین پس از اتمام عملیات احداث بنا و یا انجام بیش از ۹۰٪ آن، سند رسمی نهایی یا قطعی بنام خریدار تنظیم می‌گردد. لیکن تنظیم سند رسمی در این زمان، فقط مالکیت موجود را که قبلاً واقع گردید تثبیت و مسجل می‌سازد و با تحقق مالکیت از قبل، که در پی انعقاد قرارداد پیش فروش رسمی و رعایت شرایط مربوطه پدید آمده است، منافاتی نخواهد داشت. در واقع باطل شدن سند رسمی قرارداد پیش فروش مذکور در ماده ۱۹ توام با صدور سند رسمی نهایی در اثر فعل و انفعالات ثبتی موضوع ماده ۱۰۵ آیین نامه قانون ثبت است و الزاماً به معنای انتقال مالکیت از لحظه صدور سند رسمی نهایی نسبت به موضوع قرارداد برای پیش خریدار نمی‌باشد.



## منابع و مأخذ

۱. ابهری، حمید؛ سرخی، علی (۱۳۸۷)، *نقش اسناد عادی در معاملات املاک*، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۳. امینی، منصور (۱۳۸۲)، *انتقال مالکیت در قراردادهای فروش، در نظام حقوقی آلمان، فرانسه و ایران*، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۷، صفحات ۱۷۴-۱۵۳.
۴. بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، *بیع و احکام راجع به آن*، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
۵. بنکدار، مجید (۱۳۸۴)، *مجموعه آراء وحدت رویه قضایی دیوان عالی کشور*، چاپ اول، تهران، نشر اسپادان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *حقوق ثبت*، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۵)، *دانشنامه حقوقی*، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۸. حاتمی، علی اصغر؛ ذاکری، هانیه (۱۳۸۹)، *ماهیت قراردادهای ساخت و ساز در فرض پیش فروش*، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان - سال دوم، شماره ۲.
۹. خانیان، سید علی اصغر (۱۳۸۸)، *ماهیت و آثار حقوقی قرارداد پیش فروش مسکن*، مجله پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۱۴ و ۱۵، صفحات ۵۸-۳۷.
۱۰. رستمی بوکانی، علی (۱۳۷۸)، *حل مشکلات ثبتی*، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس.
۱۱. شهری، غلامرضا (۱۳۷۷)، *حقوق ثبت اسناد و املاک*، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ ششم، تهران.
۱۲. شهری، غلامرضا؛ حسین آبادی، امیر (۱۳۷۰)، *مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری*، چاپ دوم، تهران، ناشر روزنامه رسمی.



۱۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ یازدهم تهران، انتشارات مجد.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶ (عقد معین ۱)، چاپ هفتم تهران، انتشارات مجد.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، قرارداد تشکیل بیع، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، شماره ۱۰.
۱۶. صابر، محمود؛ طباطبایی حصار، نسرين (۱۳۹۰)، آثار حقوقی و اقتصادی نظام ثبت املاک، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دوره ۴۱ شماره ۲.
۱۷. صفایی، سید حسین (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان .
۱۸. صمدی قوشچی، زیدالله (۱۳۸۶)، تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل.
۱۹. طباطبایی حصار، نسرين (۱۳۸۹)، بررسی تطبیق نظامهای ثبت املاک، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲ .
۲۰. علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۶۸)، موازین قضایی، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات حسینیہ ارشاد .
۲۱. عزیزاده، حسن (۱۳۸۳)، قراردادهای پیش فروش آپارتمان، چاپ اول، تهران، ناشر میثاق عدالت.
۲۲. قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۸)، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ سیزدهم، تهران، نشر دادگستر.
۲۳. قنواتی، جلیل (۱۳۸۲)، مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، مجله اندیشه های حقوقی شماره ۵.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، حقوق مدنی در نظم کنونی، چاپ سی و دوم، تهران، میزان.
۲۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸)، عقود معین، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهنشر.
۲۷. کاشانی، محمود (۱۳۸۵)، *قولنامه*، ماهنامه قضاوت دی و بهمن، شماره ۴۲.
۲۸. لطفیان، حسین، (۱۳۷۰)، *قولنامه*، تهران، انتشارات روزنامه رسمی.
۲۹. محمدی، سام (۱۳۸۴)، *نقش سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول*، مجله حقوقی عدلیه، دانشگاه غیر انتفاعی شمال.
۳۰. واحدی، جواد (۱۳۷۸)، *ترجمه حقوق تعهدات سوییس*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۳۱. ولویون، رضا (۱۳۸۰)، *فروش آپارتمان ساخته نشده*، مجله پژوهش حقوق و سیاست دانشکده حقوق دانشگاه علامه، شماره ۴.
۳۲. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۷۸)، *استصناع مجله فقه اهل بیت*، شماره ۱۹ و ۲۰.
۳۳. *مجموعه مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور* (۱۳۸۳)، تألیف و ناشر اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، جلد اول، چاپ سوم، تهران.
۳۴. میر شفیعیان، مهدی (۱۳۷۵)، *طرح دعاوی اموال غیر منقول*، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدانان.
۳۵. میرزائزاد، اکبر (۱۳۸۵)، *تاملی تازه در ماده ۳۶۱۰ ق.م.م*، مجله پژوهشی حقوق و سیاست دانشگاه علامه طباطبایی، شماره ۱۸، ص ۹۱-۱۱۸.
۳۶. شهید ثانی (۱۴۱۴)، *مسالك الافهام*، جلد ۱، لبنان موسسه البلاق.
۳۷. شیخ طوسی (۱۴۲۵)، *المبسوط جلد دوم*، قم، موسسه النشر اسلامی.
۳۸. عاملی، محمد جواد (۱۴۱۸)، *مفتاح الكرامه*، جلد ۴، چاپ اول، لبنان، دارالاحیاء التراث العربی.
۳۹. نایینی، میرزا محمد حسین (۱۴۲۴)، *منیه الطالب*، جلد اول، چاپ دوم، قم موسسه النشر اسلامی.
۴۰. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۸۵)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۲، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات دارالکتاب اسلامی.