

بررسی پیش قراردادهای بیع املاک در حقوق ایران و جهان

تألیف و ترجمه: مسعود حبیبی مظاهری^۱

اشاره:

با نزدیک شدن زمان بررسی قانون برنامه پنجم توسعه، برخی موضوعات و مباحث مطروحه در قانون مذکور در محافل تخصصی و کارشناسی مورد بحث و تبادل نظر قرار گرفته است. از جمله این موضوعات، بحث دلالت معاملات املاک و نقش ایشان در تنظیم قراردادهای عادی بیع می باشد که در بند «الف» ماده ۱۸۸ قانون مذکور بدین شکل مطرح گردیده است: «صلاحیت مشاورین املاک صرفاً در حدود دلالتی تعریف و تأثیر کلیه عقود راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده موقوف به ثبت سند آنها در دفاتر اسناد رسمی است». در این مختصر خواهیم کوشید به ارزیابی از پیشنهاد مطروحه و نکات مثبت و منفی آن دست یابیم.

اموال غیرمنقول معمولاً اصلی ترین و پرارزش ترین اقسام در سبد دارایی های اشخاص محسوب می شوند و کسب و انتقال و اداره صحیح آنها، نقش مهمی در حیات اقتصادی فرد و در نهایت جامعه دارند. کافی است به این نکته توجه کنیم که به دلیل نیاز هر شخص به مسکن و سرپناه، تقریباً تمامی افراد جامعه به نحوی با معاملات ملک اعم از معامله عین یا منافع ارتباط می یابند و انجام هرگونه فعالیت اقتصادی و اداری و حتی کارهای عام المنفعه اجتماعی، به گونه ای مستقیم یا غیرمستقیم با این گونه معاملات

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۷۷ تهران و دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه لیون ۳ فرانسه.

سروکار دارد. به علاوه که اموال غیرمنقول یکی از اقلام عمده در سرمایه‌گذاری‌های اقتصادی به‌شمار می‌روند. لذا هرگونه بی‌نظمی یا نابسامانی در این معاملات می‌تواند به مانعی مهم در گردش اقتصادی جامعه منجر شده، به بی‌ثباتی اقتصادی بیانجامد.

گفتنی است که معاملات غیرمنقول منحصر به بیع ساده یک ملک مسکونی یا یک آپارتمان نیست و حوزه وسیعی از معاملات را که به‌نحوی با املاک و اموال غیرمنقول ارتباط دارد، در بر می‌گیرد و شامل معاملات زمین و بنا و حقوق متعلق به آن‌ها با کاربری‌های متفاوت و تحت رژیم‌های حقوقی گوناگون می‌گردد. این معاملات می‌توانند در قالب‌ها و شکل‌های متنوع اعم از معاملات قطعی و غیرقطعی راجع به عین یا منافع املاک یا حقوقی همچون حق کسب و پیشه و سرقفلی و حق انتفاع و حق ارتفاق و یا معاملات رهنی و باحق‌استرداد و غیره تنظیم شوند و اگر به این تنوع گسترده موضوعات، گونه‌گونی اشخاص طرف قرارداد اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق عمومی یا خصوصی و بررسی هویت و سمت آن‌ها را بیافزاییم و انواع ممنوعیت از معامله اعم از ممنوعیت‌های قراردادی، قانونی یا قضایی را مورد توجه قرار دهیم و نیز بدانیم که در بسیاری از موارد معاملات با شکل‌های گوناگون نقل و انتقال غیرارادی (ناشی از ارث) و یا ناشی از حکم دادگاه‌ها در آمیخته‌اند و این‌که مقررات و قواعد متعددی وجود دارند که آزادی‌های قراردادی را در زمینه این‌گونه معاملات محدود و مشروط می‌سازند، آنگاه به خوبی درخواهیم یافت که انجام صحیح این معاملات در اکثر موارد از چنان پیچیدگی برخوردار است که جز افرادی آموزش‌دیده و متخصص از لحاظ حقوقی و آشنا به قلمرو گسترده حقوق اموال و معاملات در حقوق خصوصی و عمومی، کسی نمی‌تواند و نباید در این امر، یعنی تنظیم اسناد این معاملات، مشارکت و مداخله داشته باشد. به دیگر سخن، سزاوار است که تنها فردی آموزش‌دیده از لحاظ حقوقی که از قوه استنباط نیز برخوردار باشد و با حجم وسیعی از قوانین و مقررات، آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها، دستورالعمل‌های اداری و حتی آراء و رویه‌های قضایی آشنا باشد، در تنظیم اسناد معاملات غیرمنقول پیشقدم شود. در غیر این صورت، جز سردرگمی و خسران چیز دیگری نصیب اصحاب

معامله نخواهد شد.

از این رو است که در کشورهای مختلف مطابق با نظام حقوقی که در آنها حاکم است، راه‌حلهایی برای سامان بخشیدن به معاملات مربوط به اموال غیرمنقول اندیشیده شده و تلاش شده برای حفظ ثبات این‌گونه معاملات و مصون داشتن آنها از آنچه که می‌تواند به اعتبار آنها لطمه وارد کند، ترتیبات خاصی ملحوظ گردد. ترتیبات مذکور در کشورهای تابع نظام کامن‌لا و کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی تا حدودی متفاوت است و در قلمرو هریک از این دو اردوگاه بزرگ حقوقی نیز هر کشور بسته به مقررات خاص خود از الگوی ویژه‌ای پیروی می‌کند.

در اینجا برای آشنایی با برخی ویژگی‌های معاملات غیرمنقول در این نظام‌ها و ترتیبات متداول در آنها، نخست به وضعیت کشور انگلستان که مادر نظام‌های پیرو کامن‌لا است و سپس کشور فرانسه که الگوی نظام‌های رومی-ژرمنی محسوب می‌شود، خواهیم پرداخت و خواهیم کوشید تا نگاهی گذرا به وضعیت این معاملات در آلمان و ایتالیا نیز داشته باشیم و در نهایت به معاملات غیرمنقول و نقش واسطه‌ها در تنظیم اسناد عادی بیع املاک در ایران خواهیم پرداخت.

۱- انگلستان

قبل از هر چیز یادآور می‌شویم که نظام حقوقی انگلستان، یک نظام حقوقی نانوشته است و پدیده‌ای به‌نام سند رسمی که نزد مأموران رسمی تنظیم و دارای اعتبار ویژه‌ای نسبت به اسناد عادی باشد، در آنجا وجود ندارد و طبق قواعد کلی اعتبار یک قرارداد مرهون مکتوب کردن آن یا رسمیت بخشیدن به آن نیست. با وجود این، طبق قانون مالکیت مصوب ۱۹۲۵ م. - که قانون مالکیت سال ۱۹۸۹ م. نیز آن را مجدداً مورد تأکید قرار داده است - قراردادهای راجع به فروش املاک در انگلستان، برای آن که بتوان از دادگاه اجرای مفاد آنها را مطالبه کرد، لازم است که مکتوب باشند. اگرچه مکتوب نبودن آنها، لطمه‌ای به اعتبارشان وارد نمی‌کند. در واقع این قراردادها می‌توانند مکتوب باشند یا نباشند

اما فقط در صورتی که مکتوب باشند، اجرای تعهدات ناشی از آن‌ها را می‌توان از دادگاه مطالبه نمود.

هم‌چنان که گفتیم، مکتوب بودن سند، به معنای تنظیم سند رسمی محضری نیست و اساساً هیچ ارگانی در نظام حقوقی انگلستان برای رسمیت بخشیدن به اسناد پیش‌بینی نشده است. مع‌هذا مکتوب بودن این قراردادها دارای تشریفات خاصی است و اسناد تنظیمی که «deed» نامیده می‌شوند باید دارای سه ویژگی باشند: ۱ - امضا شوند ۲ - مهر شوند ۳ - و به ذی‌نفع تسلیم گردند.

تمامی مراحل انجام قرارداد در مرحله تنظیم اسناد توسط وکیل (سالیسیتور) خریدار و فروشنده انجام می‌شود و نزد ایشان است که قرارداد آماده می‌شود و اسناد مالکیت و سوابق ملک در مرجع ثبتی مورد بررسی قرار می‌گیرد و پیش‌پرداخت (حدود ۱۰ درصد از ارزش مورد معامله) و پرداخت نهایی و بالاخره امضای سند توسط فروشنده (در دفتر وکیل فروشنده) و انتقال مالکیت صورت می‌گیرد.

قابل ذکر است که قانون ثبت املاک که در سال ۱۹۲۵ م. به تصویب رسیده است، سیستم ثبت املاک را در نظام حقوقی انگلستان وارد کرده است و مطابق آن می‌توان از مشخصات ملک، نام مالک یا مالکان و حقوق اشخاص ثالث نسبت به ملک، اطلاع حاصل نمود.

عدم پیش‌بینی ثبت اسناد در انگلستان، موجب می‌گردد که قراردادهای فروش املاک همواره قراردادهای اصلی و نهایی تلقی شوند و چیزی به‌عنوان پیش‌قرارداد معمولاً وجود ندارد. توضیح آن که در نظام‌های رومی-ژرمنی که معمولاً ثبت اسناد غیرمنقول اجباری است، قبل از فراهم آوردن مدارک ضروری جهت ثبت سند، متداول است که میان طرفین یک پیش‌قرارداد تنظیم می‌گردد تا تعهدات فروشنده و خریدار در آن معامله قطعی گردد و یکی از طرفین قربانی پشیمانی طرف مقابل از انجام معامله یا عدم اجرای تعهدات نگردد. اما در انگلستان که سند رسمی تنظیم نمی‌گردد، اسناد مقدماتی و پیش‌قرارداد نیز مفهومی

ندارند و افراد پس از طی مراحلی که خلاصه آن ذکر شد به امضای قرارداد اصلی و نهایی مبادرت می‌ورزند.

برای تنظیم قراردادهای انتقال املاک در انگلستان، دو گروه از حقوق دانان و مراجع حرفه‌ای و تخصصی پیش‌بینی گردیده است؛

۱ - سالیسیترا یا وکلا که خدمات متنوع و گسترده‌ای همچون ارائه مشاوره‌های حقوقی، تنظیم اسناد، تهیه مدارک و مستندات و لویح در دعاوی را به مشتریان خود ارائه می‌دهند. یکی از وظایف مهم ایشان، تهیه و تنظیم قراردادهای فروش املاک (*Conveyancing deeds*) و طی مراحل قطعی شدن آن‌ها است که به انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار منتهی خواهد شد.

۲ - انتقال‌دهندگان مجاز املاک (*licensed conveyancers*) که افرادی تعلیم‌دیده و متخصص در حقوق اموال و مالکیت می‌باشند و چنان‌که از نامشان پیدا است، مجوز تنظیم قراردادهای فروش املاک را در انگلستان دارند. این نهاد در کشورهای نیوزیلند و استرالیا نیز وجود دارد. وظایف ایشان عمدتاً در انجام تشریفات حقوقی مقرر جهت تنظیم قراردادهای فروش ملک خلاصه می‌گردد و کانون انتقال‌دهندگان مجاز املاک که توسط قانون اجرای عدالت مصوب ۱۹۸۵ پایه‌گذاری شده است وظیفه نظارت بر عملکرد آن‌ها و نیز آموزش و تنظیم مقررات حرفه‌ای و پذیرفتن افراد به این حرفه را عهده‌دار است.

گفتنی است که در نظام‌های حقوقی پیرو کامن‌لا که آراء قضایی در این کشورها، منبع درجه اول حقوق محسوب می‌شوند و مجموعه‌ها و کدهای قوانین برای استفاده عموم مردم وجود ندارند، آگاهی از قوانین و مقررات در هر زمینه امری پیچیده و دشوار و بسیار تخصصی است و افراد در انجام اعمال حقوقی و امضای قراردادها معمولاً از دریافت مشاوره‌های حقوقی بی‌نیاز نیستند. به همین دلیل، در ایالات متحده امریکا که تنظیم قراردادهای فروش املاک به شکل اسناد نوشته پیش‌بینی شده، اما انحصاری در مورد تنظیم این اسناد توسط افراد یا گروه‌های خاصی از حقوق دانان حرفه‌ای وجود ندارد، همواره

مراجعه به یک حقوق دان و متخصص (*attorney - lawyer*) برای انجام این امر توصیه شده است.

۲ - فرانسه

پیش از آن که به حقوق فرانسه در این مورد پردازیم متذکر می‌شوم که عقد بیع در حقوق فرانسه یک عقد رضایی است و به مجرد تلافی ایجاب و قبول عقد منعقد و مالکیت انتقال می‌یابد و از این جهت حقوق فرانسه به حقوق اسلام و ایران نزدیک می‌شود. به علاوه این که قوانین فرانسه، مورد توجه نویسندگان قانون مدنی و بسیاری دیگر از قوانین در ایران قرار گرفته است.

در فرانسه اسناد مربوط به معاملات املاک و اموال غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها می‌باید به ثبت برسند و این امر نزد سردفتر با تنظیم سند رسمی محقق می‌گردد. از آنجایی که برای تنظیم چنین سندی تهیه مقدماتی لازم است، خریدار و فروشنده اقدام به انعقاد یک پیش قرارداد می‌کنند که منظور از آن تعیین دقیق شرایط و ویژگی‌های معامله و مشخص نمودن تعهدات طرفین و نحوه اجرای عقد تا مرحله نهایی است. نحوه اعتبار اسناد در مرحله پیش قرارداد و سپس ثبت رسمی به آنچه که در حقوق ایران حاکم است، بسیار نزدیک و شبیه است. یعنی عقد بیع یک عقد غیرتشریفاتی است و بدون تنظیم سند رسمی نیز قرارداد میان طرفین معتبر است اما در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست.

پیش قراردادها در فرانسه می‌توانند توسط خود متعاملین تنظیم و امضا شوند و یا توسط یک شخص حرفه‌ای یعنی سردفتر یا آژانس املاک منعقد گردند. البته برابر مقرراتی که از دسامبر سال ۲۰۰۰ م. به بعد لازم‌الاجرا گردیده، در صورتی که متعاملین خود و بدون واسطه آژانس املاک یا سردفتر اقدام به امضای پیش قرارداد کنند، فروشنده نمی‌تواند از خریدار مبلغی بابت پیش پرداخت مطالبه کند.

توضیح آن که معمولاً در انواع مختلف پیش قرارداد، خریدار مبلغی معادل ۵ تا ۱۰ درصد ارزش مورد معامله را پرداخت می‌کند که این مبلغ نزد واسطه (سردفتر یا آژانس املاک) تا

پایان مراحل مقدماتی و امضای سند رسمی در دفترخانه، باقی می‌ماند. قابل توجه آن که پرداخت مبلغی اضافه بر این مقدار به هنگام پیش‌قرارداد معمول نیست و این مبلغ نیز خود کارکردی دوگانه دارد؛ در صورتی که معامله تا انتها به انجام برسد به‌عنوان بخشی از ثمن معامله محاسبه خواهد شد و اگر خریدار از انجام معامله قطعی و نهایی سرباززند و به اصطلاح بعد از امضای پیش‌قرارداد پشیمان گردد، این مبلغ به فروشنده به‌عنوان خسارت پرداخت خواهد شد. در صورتی که فروشنده از انجام معامله منصرف گردد، خریدار می‌تواند با مراجعه به دادگاه مبلغی معادل دو برابر پیش‌پرداخت را به‌عنوان خسارت مطالبه کند و یا وی را به انجام تعهداتش وادار سازد.

در اینجا لازم است به این نکته نیز اشاره کنیم که طبق مقرراتی که از ابتدای سال ۲۰۰۱ م. در فرانسه لازم‌الاجرا شده است، خریدار دارای یک مهلت ۷ روزه برای اعلام انصراف از خرید ملک و به‌اصطلاح پشیمان شدن است. لذا اگر در داخل این مهلت انصراف دهد، بدیهی است که مبلغ پیش‌پرداخت به وی مسترد می‌گردد.

پیش‌قراردادها در فرانسه، به دو صورت، شکل می‌گیرند:

۱ - وعده یک‌جانبه بیع

این عمل حقوقی یک قرارداد است که به‌موجب آن تنها یکی از طرفین معامله تعهد به فروختن یا خریدن می‌کند و طرف دیگر که ذی‌نفع نامیده می‌شود، آزاد است که در مهلتی معین این موضوع را مورد بررسی قرار داده و ایجاب را بپذیرد یا نپذیرد. در واقع، ذی‌نفع دارای اختیار و حق انتخاب برای پیوستن یا نپیوستن به قرارداد بیع است. به‌عنوان مثال؛ در وعده یک‌جانبه فروش ملک، فروشنده متعهد است که ملک خود را در مهلتی معین که در پیش‌قرارداد به آن تصریح گردیده به خریدار احتمالی و نه هیچ‌کس دیگر غیر از او منتقل کند و قاعدتاً در خلال همین مدت، خریدار مخیر است که ملک را بخرد یا از خرید آن منصرف شود. در واقع، این وعده‌های یک‌جانبه، نوعی گسیختگی و فاصله در زمان اعلام رضایت و توافق طرفین ایجاد می‌کند به‌گونه‌ای که یک‌طرف رضایت خود را از

ابتدا اعلام کرده و طرف دیگر با تأخیر این کار را انجام می‌دهد.

نکته مهم در مورد این وعده‌های یک‌جانبه آن است که نباید آن‌ها را با یک ایجاب صرف اشتباه کنیم. چرا که شخص موجب (ایجاب‌کننده) تا قبل از قبول آن همواره حق عدول از ایجاب را دارد. حال آن‌که در وعده‌های یک‌جانبه بیع، متعهد موظف است در مهلت معین در قرارداد منتظر پاسخ طرف مقابل بماند و اگر پاسخ مثبت باشد، قرارداد بیع منعقد گردیده است. نیز باید دانست که وعده‌های یک‌جانبه بیع یک قرارداد هستند و اگرچه شخص ذی‌نفع برخلاف وعده‌دهنده، تعهد به قبول بیع ندارد اما در عوض، وی تعهدات دیگری را در قرارداد پذیرفته است؛ از جمله تعهد نسبت به اعلام پاسخ در مهلتی معین یا تعهد نسبت به پیش‌پرداخت در قرارداد. یادآور می‌شویم که پیش‌پرداخت معادل ۱۰ درصد ارزش معامله با کارکردهای دوگانه‌ای که پیش‌تر توضیح دادیم در این وعده‌های یک‌جانبه بیع نیز وجود دارند.

وعده‌های یک‌جانبه در حقوق فرانسه، می‌باید به‌صورت سند رسمی تنظیم شوند و اگر در قالب یک سند عادی شکل بگیرند یک مهلت ده روزه برای ثبت آن‌ها در مرجع رسمی ثبت املاک در فرانسه وجود دارد و ضمانت اجرای عدم ثبت قرارداد نیز بطلان آن است. یادآور می‌شود این مقررات به‌منظور مقابله با فرارهای مالیاتی وضع گردیده است.

۲ - تعهدات دوطرفه یا موافقت‌نامه (Compromis)

این شکل‌های پیش‌قرارداد که متضمن تعهد دوطرفه و متقابل خریدار و فروشنده نسبت به خریدن و فروختن یک مال معین می‌باشد و در واقع هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق ایران ارزش بیع را دارند، برای ما آشنا ترند. در اینجا هریک از طرفین می‌تواند دیگری را مجبور به انجام تعهد کند و وی را در مقابل دادگاه حاضر نماید. در واقع با امضای این شکل از پیش‌قرارداد طرفین ضمناً اعلام کرده‌اند که نسبت به انجام این معامله نظر قطعی و نهایی را داده‌اند و هرگونه مانعی بر سر راه قطعی شدن قرارداد، به امری خارج از اراده ایشان مربوط می‌شود.

پیش پرداخت‌های معادل ۱۰ درصد ارزش معامله با کارکردهای دوگانه، در اینجا نیز مرسوم است. نکته جالب آن که با این که عقد بیع در فرانسه عقد رضایی است و به مجرد امضای این پیش قراردادهای انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، بسیاری از این توافق‌نامه‌ها متضمن شرطی است که به موجب آن انتقال مالکیت تا زمان تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی به تعویق می‌افتد. همچنین این پیش قراردادهای دارای شروط تعلیقی دیگری نیز می‌باشند که یکی از مهم‌ترین و رایج‌ترین آن‌ها شرط دریافت وام و تسهیلات خرید است که در صورت محقق نشدن آن، بیع منعقد نخواهد شد و در این حالت، وجه التزام (پیش پرداخت) معادل ۱۰ درصد نیز به خریدار عودت داده خواهد شد مگر آن که عدم تحقق وام به نحوی به اراده خود او مربوط باشد.

بدیهی است که راجع به قراردادهای و پیش قراردادهای بیع غیرمنقول مقررات وسیع و گسترده‌ای در فرانسه وجود دارد که در این مختصر، مجال بحث درباره همه آن‌ها نیست. از جمله می‌توان به نوع دیگری از پیش قرارداد اشاره کرد که طی آن فروشنده متعهد می‌شود که هرگاه قصد فروش ملک خود را داشته باشد برای شخص یا اشخاص خاصی حق تقدم قائل شود و پیشنهاد خود مبنی بر فروش را قبل از دیگران به وی ارائه دهد.

۳- مقررات برخی دیگر از کشورهای اروپایی

مقررات مربوط به عقد بیع املاک و پیش قراردادهای مربوطه در *ایتالیا* تا حدود زیادی با آنچه در فرانسه حاکم است، شباهت دارد. آنچه در اینجا قابل ذکر است، اصلی است که ماده ۱۳۵۱ ق.م. ایتالیا بیان کرده و مطابق آن هر پیش قرارداد می‌باید به شکلی تنظیم شود که برای قرارداد نهایی ضروری تلقی شده است و ضمانت اجرای عدم رعایت این قاعده نیز بطلان پیش قرارداد است. بنابراین چون سند بیع غیرمنقول جزو اسنادی است که ثبت آن‌ها اجباری شناخته شده است، پیش قرارداد بیع نیز می‌باید در دفتر اسناد رسمی، رسمیت یابد و الا باطل خواهد بود.

در کشور *آلمان* پیش قراردادهای بیع به ندرت منعقد می‌شوند. زیرا عقد بیع در این کشور

نوعی عقد تشریفاتی است و علاوه بر آن که ثبت اسناد بیع غیرمنقول اجباری است، شرط انتقال مالکیت نیز، ثبت نقل و انتقالات انجام شده در دفتر املاک است. از این جهت، ثبت املاک در حقوق آلمان جنبه تأسیسی دارند نه اعلامی. نکته جالب دیگر، در حقوق آلمان، آن است که به دلیل آنچه که «اصل جدایی» حقوق اموال از حقوق قراردادهای نامیده می‌شود، معاملات املاک می‌باید در قالب دو سند مجزا ثبت شوند. در یک سند تعهدات متقابل خریدار و فروشنده تعیین می‌شوند و انتقال مالکیت به موجب سند دیگری محقق می‌گردد.

در حقوق سوئیس نیز مقررات در این زمینه به آنچه که در آلمان حاکم است، بسیار نزدیک است. مطابق ماده ۶۵۶ ق.م. سوئیس، ثبت ملک در مرجع ثبت املاک مقدمه انجام معاملات ناقله درباره آن است و مطابق ماده ۶۵۷ همان قانون، قراردادهایی که موضوع آن‌ها انتقال مالکیت (غیرمنقول) می‌باشد در صورتی معتبر می‌باشند که در قالب سند رسمی تنظیم شوند. با توجه به آن که در سوئیس نیز انتقال مالکیت به محض ثبت انتقالات در مرجع ثبتی رخ می‌دهد و با توجه به آن که ثبت سند اجباری است، همچون حقوق آلمان، پیش قرارداد بیع املاک به ندرت منعقد می‌گردد.

با ملاحظه آنچه که در بالا راجع به وضعیت پیش قراردادهای کشورهای مختلف ذکر شد، به خوبی روشن می‌گردد که در نظام‌های حقوقی که عقد بیع یک عقد رضایی و غیرتشریفاتی است و در عین حال ثبت سند انتقال املاک نیز اجباری قلمداد گردیده است، معمولاً انعقاد پیش قراردادهای بیع متداول است. بنابراین در کشورهایی که عقد بیع عقدی تشریفاتی است (همچون آلمان) و نیز در کشورهایی که ثبت رسمی سند انتقالات ملک پیش‌بینی نگردیده است (همچون انگلستان)، پدیده‌ای به‌عنوان پیش قرارداد و یا انعقاد قراردادهای بیع عادی و مقدم بر سند نهایی به چشم نمی‌خورد.

۴- ایران

وضعیت پیش قراردادهای بیع در ایران از جهاتی به نظام حقوقی فرانسه شبیه است و

این بیش از همه ناشی از ماهیت عقد بیع و رضایی بودن آن از طرفی و اجباری بودن ثبت اسناد بیع غیرمنقول و رسمیت بخشیدن به آن‌ها در دفاتر اسناد رسمی، از طرف دیگر است. لذا در کشور ما نیز متعاملین به منظور تثبیت وضعیت معامله فی‌مابین و تصریح به تعهدات طرفین، قبل از ثبت رسمی سند - که قاعدتاً به دلیل تهیه و تدارک مستندات لازم فرآیندی زمان‌بر است - اقدام به تنظیم و امضای مبایعه‌نامه‌های عادی می‌کنند. این اسناد چنان‌که از نامشان پیدا است در قالب عقد بیع نوشته می‌شوند و در نظام حقوقی ما آثار بیع را در رابطه میان متعاملین ایجاد می‌کنند یعنی سبب انتقال مالکیت مبیع و ثمن به طرفین متعاملین می‌باشند اما به موجب موادی از قانون ثبت از جمله مواد ۴۶ و ۴۷ و ۷۲ این قانون، این بیع‌نامه‌های عادی می‌باید در دفاتر اسناد رسمی رسمیت یابند و در صورت ثبت نشدن از نظر قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث، دارای نقص می‌باشند و مطابق ماده ۲۲ ق.ت.، اعتبار نقل و انتقالات مذکور نیز در مراجع دولتی در گرو ثبت آن‌ها در دفتر املاک است. درباره ماهیت قول‌نامه‌ها و مبایعه‌نامه‌های عادی مباحث حقوقی مفصل و گسترده‌ای وجود دارد که در جای خود قابل مطالعه است. اما در این نوشتار، بیشتر در پی آنیم که نقاط ضعف این فرآیند تبدیل اسناد عادی به اسناد رسمی و گذار از پیش‌قرارداد به قرارداد نهایی و قطعی را مورد بررسی قرار دهیم.

توضیح آن‌که در عمل، بسیاری از معاملات در این مرحله گذار از پیش‌قرارداد (بیع‌نامه عادی) به قرارداد اصلی (سند رسمی) دچار مشکل می‌شوند و روابط حقوقی طرفین معامله با چالش‌های متعددی مواجه می‌گردد که آسیب‌شناسی آن می‌تواند به ثبات معاملات در جامعه و کاهش بار دعاوی در دستگاه قضا یاری رساند. بدیهی است که بروز مشکلات در این زمینه می‌تواند علل گوناگون اقتصادی و اجتماعی داشته باشد که بسیاری از آن‌ها (مثلاً عدم ثبات اقتصادی در جامعه) از حوزه بحث ما به‌عنوان یک بررسی حقوقی و ناظر به نهادهای حقوقی درگیر، خارج است.

از نگاه نگارنده، مشکلاتی که مانع تداوم یک روند حقوقی صحیح در معاملات بیع

املاک می‌گردد و کار متعاملین را به طرح دعاوی علیه یکدیگر در برابر قاضی می‌رساند، به‌طور عمده ناشی از دو امر است؛

- ۱ - عدم دخالت افراد کارشناس و حقوق‌دان در تنظیم این پیش‌قراردادها.
- ۲ - نظام‌مند نبودن پیش‌قراردادهای مذکور به دلیل فقدان قوانین و مقررات ناظر به آن‌ها.

در کشور ما، به‌موجب مقررات و برخی بخشنامه‌های اداری، سردفتران اسناد رسمی از مداخله در معاملات عادی مردم و تنظیم اسناد بیع عادی میان ایشان امتناع می‌ورزند و عملاً جامعه از دانش و تخصص حرفه‌ای ایشان محروم مانده است.

علی‌القاعده هیچ منعی نیز در مورد تنظیم اسناد پیش‌قرارداد توسط خود متعاملین وجود ندارد و چنان‌که در عمل نیز اتفاق می‌افتد، تعداد زیادی از مبیعه‌نامه‌های عادی توسط فروشنده و خریدار تنظیم و امضا می‌شوند.

اگرچه افراد در این موارد سعی می‌کنند از نمونه‌های قراردادی از پیش تهیه‌شده استفاده کنند اما فقدان دانش حقوقی لازم و عدم آگاهی از قوانین و مقررات در بسیاری از موارد نتایج زیان‌باری را برای مردم رقم می‌زند.

آنچه در اغلب موارد رخ می‌دهد تنظیم پیش‌قراردادها توسط دلالت‌ها و واسطه‌های معامله املاک یا همان مشاوران املاک است. این افراد که واسطه‌گری در معاملات را انجام می‌دهند و به خریداران و فروشندگان در یافتن طرف معامله یاری می‌رسانند، معمولاً پس از حصول توافق میان طرفین، خود به تنظیم سند عادی بیع مبادرت می‌ورزند. اکنون سؤال این است که مداخله این افراد در این امر یعنی تنظیم سند مبیعه‌نامه کاری شایسته و به‌سزا است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال توجه به نکات زیر ضروری است:

نخست آن‌که شغل دلالتی مطابق آنچه که در ماده ۳۳۵ ق.ت. آمده، منحصر است به واسطه‌گری در انجام معاملات در مقابل دریافت اجرت و یا پیدا کردن طرف معامله برای کسانی که می‌خواهند معاملاتی انجام دهند. بنابراین مطابق آنچه که مقررات قانون تجارت

راجع به دلالتی حکم کرده و نیز قوانین و مقررات مربوطه بعدی از جمله قانون راجع به دلالان مصوب ۱۳۱۷/۱۲/۷ و آیین نامه مواد ۳ و ۱۱ قانون دلالان مصوب ۱۳۱۹/۵/۲۱ هیئت وزیران و آیین نامه دلالان معاملات ملکی مصوب ۱۳۱۹ وزارت دادگستری مقرر داشته، تنظیم اسناد عادی بیع خارج از وظایف دلالان می باشد و در هیچ یک از مقررات مذکور اشاره ای به جواز انجام این امر توسط مشاوران املاک نگردیده است.

نکته دیگر آن که برابر قوانین و مقرراتی که در بالا به آن ها اشاره شد، دریافت پروانه مشاور املاک از مراجع ذی ربط مستلزم داشتن آگاهی یا تخصص خاصی در زمینه حقوقی نیست. سهل است که در این مورد حتی داشتن دیپلم آموزش متوسطه عمومی نیز ضروری نمی باشد. حال آن که چنان که پیش تر نیز متذکر شدیم، تنظیم اسناد بیع غیرمنقول در حکم ارائه خدمات حقوقی بسیار تخصصی به مشتریان در زمینه معامله یکی از مهم ترین اقسام در سبب دارایی های ایشان است و جای این سؤال باقی است که چرا افرادی غیرمتخصص و غیرکارشناس باید بتوانند در امری تا این حد تخصصی و کارشناسی، مداخله ای مستقیم داشته باشند؟ کدام ضرورت جامعه را به تن دادن و رضایت دادن به چنین مسأله ای وامی دارد؟ در حالی که می دانیم دخالت مشاوران املاک در تنظیم اسناد عادی بیع کوچک ترین تأثیری در افزایش اعتبار آن ها نزد مراجع رسمی و دولتی و یا حتی اشخاص ثالث ندارد و این اسناد هم چنان اسناد عادی محسوب می شوند.

نکته دیگری که در اینجا شایسته توجه است، وضع برخی مقررات جدید در سال های اخیر به منظور سامان بخشیدن به وضعیت بنگاه های معاملات املاک در قوه قضائیه و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است که به گمان ما مسیر صحیحی را نپیموده و به زحمت می تواند اهداف و مقاصدی را که در نظر داشته، تأمین کند. در سال ۱۳۸۴ دستورالعمل اجرایی راجع به نحوه صدور پروانه تخصصی اشتغال برای مشاوران املاک و خودرو در قوه قضائیه به تصویب رسیده که مواد متعددی از آن به ویژه در فصل سوم تنظیم قرارداد میان متعاملین توسط مشاوران املاک را به رسمیت شناخته و به تعیین وظایف و

اختیارات ایشان در این زمینه پرداخته است. در مورد این دستورالعمل نخست توجه به این نکته ضروری است که از لحاظ تکنیک وضع مقررات و سلسله مراتب موجود میان آنها، ایرادات و انتقادات جدی متوجه آن است. چرا که دستورالعمل مذکور به یک قانون ارگانیک درباره مشاوران املاک و خودرو بیشتر شبیه است تا دستورالعمل صدور پروانه اشتغال. این مقررہ متضمن اصول و قواعدی است که برای نخستین بار مصوب می‌شوند و هیچ سابقه‌ای در قوانین گذشته ندارند و تشریفات را در زمینه کار مشاوران برقرار می‌سازد که هرگز وجود نداشته است. برابر اصول حقوقی، یک دستورالعمل اداری نمی‌تواند حقوق و تکالیف جدیدی را در مورد قشری از افراد جامعه وضع کند و اختیاراتی را به رسمیت بشناسد که در مقررات پیشین به آنها تصریح یا حتی اشاره هم نشده است.

دستورالعمل اجرایی مذکور به‌رغم نامش یک قانون تمام عیار است و تنها یکی دو ماده آن با نامی که به آن اختصاص داده‌اند، تناسب دارد و مواد متفاوت آن در هماهنگی با یکدیگر نیز نیستند. مثلاً ماده ۹ دستورالعمل مقرر می‌دارد: «مشاور موظف است به هنگام تنظیم قرارداد هویت، مالکیت و سمت متعاملین و یا طرفین قرارداد را احراز نماید» و در ماده ۱۵ می‌گوید: «مشاور نباید قراردادی که مخالف قوانین و نظامات دولتی باشد تنظیم و ثبت نماید». حال آن که در ماده ۱ - ۳ گفته شده که برای دریافت پروانه تخصصی اشتغال به شغل مشاور املاک، داشتن تحصیلات ششم ابتدایی قدیم و یا سوم راهنمایی نظام جدید کافی است. معلوم نیست که شخصی با چنین معلوماتی چگونه می‌تواند از عهده اجرای مواد مذکور برآید. حال آن که معاملات بیع غیرمنقول گاه شامل مواردی می‌شوند که حقوق دانان متخصص و کارکشته نیز در تطبیق وضعیت آنها با قوانین و مقررات جاری دچار تأمل و تردید می‌شوند.

از نکات قابل تأمل در این دستورالعمل آن است که به حکم ماده ۱۰ آن متعاملین می‌توانند در صورت نیاز از اصل قرارداد رونوشت یا تصویر برابر با اصل اخذ نمایند. می‌پرسیم اسنادی که محتویات آنها شناور است و تا آخرین لحظه قبل از امضای سند نهایی در دفترخانه، احتمال تغییر ارکان و شرایط آن وجود دارد و مراحل اجرای قرارداد در

طی زمان بر روی همان نسخ بیع‌نامه یا ظهر آن‌ها درج می‌گردد و به امضای متعاملین می‌رسد، چگونه می‌توانند رونوشت برابر با اصل داشته باشند، چنین رونوشت‌هایی جز آن‌که منشأ انواع فساد در معامله باشند، چه مزیتی دارند و در کدام مرجع قابل ارائه‌اند؟ اگر بخواهیم سؤالاتی را که فقط از حکم مذکور در همین ماده ۱۰ برمی‌خیزند مطرح کنیم، اوراق متعددی لازم است.

تنظیم‌کنندگان دستورالعمل اجرایی نحوه صدور پروانه تخصصی مشاوران املاک و خودرو بر این گمان بوده‌اند که نابسامانی‌های موجود در معاملات عادی مردم و اسناد تنظیمی توسط مشاوران املاک، ناشی از کمبود یا فقدان تشریفات اداری بوده و بر آن شده‌اند که با خارج کردن شغل مشاوره املاک از یک شغل کاملاً خصوصی، به شغلی نیمه‌حاکمیتی به این معضل خاتمه دهند. این همه احکام شکلی و تشریفاتی که از مقررات مربوط به دفاتر اسناد رسمی درواقع، به‌نوعی کپی‌برداری شده و بعضاً از آن نیز سخت‌گیرانه‌تر است در هیچ کجای دنیا سابقه ندارد و جالب آن‌که با این همه سخت‌گیری و تشریفات، ماهیت سند تنظیمی کوچک‌ترین تغییری نمی‌کند و بر اعتبار آن ذره‌ای افزوده نمی‌شود.

سؤال اساسی این است که کدام‌یک از مواد این دستورالعمل اجرایی می‌تواند از شکل‌گیری معاملات معارض جلوگیری کند و در کدام‌یک از آن‌ها به استحکام روابط حقوقی متعاملین اندیشیده شده است؟ حتی یک ماده از دستورالعمل مذکور نمی‌تواند از عدم اجرای تعهدات قراردادی توسط یکی از متعاملین یا هر دوی آن‌ها جلوگیری کند. اگر مبیعه‌نامه سندی عادی است، ثبت آن در دفاتر مخصوص نیز سندی عادی است و اگر می‌توان مندرجات و امضاهای مبیعه‌نامه عادی را انکار کرد، متن ثبت‌شده آن را نیز می‌توان منکر شد و اینجا است که انسان در پی یافتن غرضی خردمندانه در لابه‌لای مواد این دستورالعمل اجرایی، ساعت‌ها معطل می‌ماند و ره به جایی نمی‌برد.

به گمان ما، اگر بخواهیم به معاملات بنگاه‌های املاک نظم و سامان دهیم و از

میزان اختلافات و دعاوی بکاهیم، لازم است که به خود این معاملات، حقوق و تعهدات طرفین، مندرجات آنها و نحوه اجرای آنها بیاندیشیم نه این که ثبت آنها در دفاتر مخصوص را الزامی کنیم یا برای شخصی که فارسی نمی‌داند، مترجم استخدام نماییم. مشکلات اصلی در معاملات بیع عادی و مبیعه‌نامه‌ها غالباً از نحوه پرداخت ثمن، نحوه تحویل مورد معامله، چگونگی اجرای مفاد قرارداد، پیش‌بینی شروط تعلیقی و کیفری، تهیه مدارک لازم برای ثبت رسمی سند، نحوه خاتمه‌دادن به روابط متعاملین و فسخ اسناد و امثال آنها ناشی می‌شود. به‌عنوان مثال، در کشور ما معمولاً در مبیعه‌نامه‌های عادی حدود هفتاد درصد از ارزش مورد معامله و گاه حتی بیشتر از آن به فروشنده پرداخت می‌شود بدون آن که تضمینی برای اجرای تعهدات فروشنده وجود داشته باشد. حال آن که اگر مقرر شود در این‌گونه بیع‌نامه‌ها فقط بین ۵ تا ۱۰ درصد ارزش مورد معامله پیش‌پرداخت شود و این مبلغ نیز کارکردی دوگانه - هم به‌عنوان بخشی از ثمن و هم به‌عنوان وجه‌التزام - داشته باشد (چنان که در سطور پیشین، مشابه آن را در قوانین کشورهای فرانسه، انگلستان و ایتالیا مرور کردیم)، از بروز اختلافات و دعاوی بسیاری جلوگیری خواهد شد.

هم‌چنین فرضی را در نظر بگیرید که در آن مبیعه‌نامه توسط مرجعی رسمی همچون سردفتر تنظیم شود و اسناد و مدارک ملک تا آخرین مرحله اجرای قرارداد و تنظیم و امضای سند رسمی نزد سردفتر بماند و پیگیری امور اداری با نامه رسمی سردفتر و فتوکپی برابر با اصل اسناد انجام پذیرد و خلاصه‌ای از پیش‌قرارداد نیز به مرجع ثبتی ارسال گردد، در این صورت آیا احتمال شکل‌گیری معاملات معارض به صفر نزدیک نمی‌شود؟

در نتیجه، با عنایت به آنچه که گفته شد، عقیده صواب و درست این است که مشاوران املاک به دلایلی و واسطه‌گری مشغول باشند و سردفتران اسناد رسمی به‌عنوان کارشناسان حقوقی و متخصصان نگارش و تنظیم قراردادها و اسناد، پیش‌قراردادهای بیع املاک را تنظیم نمایند و قانون‌گذار نیز که با پیش‌بینی بند "الف" ماده ۱۸۸ قانون برنامه

پنجم توسعه گامی مثبت جهت ثبات و استحکام معاملات برداشته، یک گام دیگر نیز پیش آید و به وضع مقرراتی جهت نظام‌مند کردن معاملات عادی بیع املاک بیاندهد.

● برای تألیف این مقاله، مأخذ زیر مورد استفاده قرار گرفته است؛

- ۱- شهیدی، مهدی، *فروئس مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی*، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۷۱ تا تابستان ۷۲، ش. ۱۱-۱۲.
- 2 - Bell J., Boyron S. & Whittaker, Principles of french law, Oxford Univ. Press, 1998.
- 3 - Benabent, A. , Droit civil, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Montchrestien, Paris, 2008.
- 4 - Bihr, Philipe, Droit civil general, Paris, Dalloz, 2004.
- 5 - Burn, E.H. & Cartwright, J., Modern law of real property, Oxford Univ. Press, 2006.
- 6 - Fromont, M., Grands systèmes de droité trangers, Dalloz, Paris, 2005.
- 7 - Padfield, C. F. & Barker D., Law made simple, G. B., 1989.
- 8 - Picard, Jean, Allemagne, aspects juridiques et fiscaux, Litec, Paris, 1991.
- 9 - Smith, J. C. , The law of contract, Sweet & Maxwell, London, 1989.
- 10 - Smith, R. J. , Property law, cases and materials, London, 2000.
- 11 - Treitel, G. H., The law of contract, London, 1987.

۱۲ - سایت‌های اینترنتی:

- Easy droit > fiches pratiques > Immobilier > Achat-vent > Avant-contrat.
- Paruvenu > Immobilier > L'avant-contrat et le contrat de vente.
- Property-abroad.com > America > property.
- Adviceguide.com > home and neighbourhood in England > Buying a home.
- Wikipedia > Licensed conveyancer.
- Lawyer.
- Compravendita....