

بسم الله الرحمن الرحيم

# نظرات استدلالی شورای نگهبان

در بررسی

لایحه پیش فروش ساختمان

مرحله اول: جلسه ۱۳۸۹/۶/۶

مرحله دوم: جلسه ۱۳۸۹/۸/۱۹

مرحله سوم: جلسه ۱۳۸۹/۱۰/۲۰

استخراج، تنقیح و تدوین: کاظم کوهی اصفهانی

بازبینی: یاسر مجاهد

## لایحه پیش فروش ساختمان

### ۱- مقدمه

با عنایت به گسترش روزافزون تخلفات و جرایم در حوزه پیش فروش ساختمان و با توجه به ضرورت جلوگیری از تضییع حقوق پیش خریداران واحدهای مسکونی و در راستای کاهش وقوع برخی جرایم از جمله کلاهبرداری و همچنین اجراء بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به منظور قضازدایی با وضع مقررات پیشگیرانه در این زمینه، لایحه پیش فروش ساختمان در جلسه علنی مورخ ۱۳۸۹/۵/۲۵ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و در راستای اجرای اصل ۹۴ قانون اساسی جهت بررسی و اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال شد. شورای نگهبان به منظور بحث و بررسی لازم در این خصوص بر اساس اصل ۹۵ قانون اساسی، در تاریخ ۱۳۸۹/۶/۳ از مجلس شورای اسلامی درخواست استمهال نمود و در نهایت نظر خویش را طی نامه شماره ۸۹/۳۰/۳۹۵۲۸ مورخ ۱۳۸۹/۶/۱۵ مبنی بر مغایرت برخی مواد مصوبه با موازین شرع به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد. مجلس شورای اسلامی در جلسه علنی ۱۳۸۹/۸/۵ ایرادات شورای نگهبان را اصلاح و مصوبه را به منظور اظهارنظر مجدد به شورای نگهبان ارسال نمود. این شورا در بررسی مجدد خود در تاریخ ۱۳۸۹/۸/۱۹، نظر خود را مبنی بر باقی بودن یکی از ایرادات شرعی به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد. نمایندگان مجلس شورای اسلامی، در سومین مرحله بررسی خود، مصوبه اصلاحی را طی نامه شماره ۱۱۳/۶۸۶۶۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۴ به شورای نگهبان ارسال و شورا نیز پس از استمهال، نظر نهایی خود را طی نامه شماره ۸۹/۳۰/۴۱۲۴۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹، مبنی بر عدم مغایرت مصوبه پیش فروش ساختمان با شرع و قانون اساسی بیان کرد.

### ۲- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۵/۲۴ مجلس شورای اسلامی (مرحله اول)

#### ۲-۱- مواد ۱ و ۲

”ماده ۱- 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.

تبصره- اشخاص ذیل نیز می توانند در چهارچوب این قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می گیرد اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند:

۱- سرمایه گذارانی که در ازاء سرمایه گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی آن زمین، ضمن عقد و به موجب سند رسمی به آنان اختصاص می یابد.

۲- مستأجرین اراضی اعم از ملکی، دولتی، موقوفه که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارند.

ماده ۲- در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

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

۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک

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 زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمتهای مشترک 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 راجع به خسارات، تضمینها و قرارداد بیمه ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله

۹- تعهدات پیش فروشنده به مرجع صادر کننده پروانه و سایر مراجع قانونی

۱۰- معرفی داوران"

## ۲-۱-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۱-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) اگر قرارداد پیش فروش ساختمان مصداق و ناظر بر بیع سلم (سلف) باشد و با توجه به اینکه یکی از شرایط بیع سلم آن است که خریدار تمامی بهای موضوع معامله را در هنگام عقد به فروشنده تسلیم کند، امکان قسط بندی بهای ساختمان پیش فروش شده و به عبارت دیگر، نسبه قرار دادن ثمن معامله که در مواد (۱) و (۲) این مصوبه مورد پیش بینی قرار گرفته است، معامله را با اشکال شرعی مواجه می سازد؛ زیرا در این صورت، با توجه به مؤجل شدن هر دو طرف معامله (ثمن و مثنی) بیع سلم نبوده و معامله از نوع «کالی به کالی» خواهد بود که از جمله عقود باطل و غیرمعتبر در شرع به شمار می رود.

ب) با توجه به اینکه «پیش فروش» را عنوان فارسی برای «بیع سلم» می‌شمارند؛ بنابراین با وجود احکام و قیود مقرر در شرع برای صحت چنین قراردادی، امکان نادیده گرفتن برخی از این قیود معتبر در قرارداد پیش فروش با عنوان مزبور (پیش فروش) وجود ندارد و تمسک به تراضی طرفین قرارداد برای اعتبار این قراردادها و داخل دانستن آنها در عمومیت «أوفوا بالعقود» صحیح نیست؛ چه آنکه حقیقت قرارداد مزبور، همان بیع سلم است و لذا می‌بایست کلیه احکام و قیود معتبر در صحت آن نیز، رعایت گردد.

ج) عبارت مندرج در ماده (۱) که بیان می‌کند «... 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...»، ناظر بر "سه" حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، امکان انتقال ملکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی پذیرفته شده است. بنابراین، نمی‌توان گفت قرارداد پیش فروش مطرح در این مصوبه، بیع نبوده و صرفاً تعهد بر فروش در آینده است که در آینده و پس از اتمام ساخت، انتقال مالکیت به پیش خریدار انجام خواهد شد.

د) صرف اینکه قرارداد پیش فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از بیع سلم خارج نمی‌کند؛ چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده چیزی را که در حال حاضر، اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار در آورد که این تعریف، دقیقاً و واقعاً منطبق بر قرارداد پیش فروش ساختمان است و معمولاً و در خارج نیز به همین نحو عمل می‌شود. حتی در مواردی که قرارداد پیش فروش نسبت به ساختمانی منعقد شده که بخشی از آن بنا شده است و بر این اساس، بخش ساخته شده به ملکیت خریدار در می‌آید و مابقی را نیز فروشنده، تعهد به تکمیل می‌کند، می‌توان ترکیبی از چند قرارداد دانست؛ مثلاً قراردادی مرکب از بیع قسمت ساخته شده و شرط ضمن عقد مبنی بر تکمیل مابقی ساختمان؛ یا ترکیب بیع و اجاره اشخاص؛ یا ترکیب بیع نسبت به قسمت ساخته شده و بیع سلم نسبت به قسمت ساخته نشده. بر این اساس، صرف اینکه در این قانون، تلفیقی از عقود مختلف را به وجود آورده‌اند، دلیل بر کنار گذاشتن احکام مصرح در عقود خاص همانند سلم و تلقی کردن آن به عنوان قرارداد جدید نمی‌شود.

ه) با توجه به اینکه تعریف بیع عبارت است از «تملیک عین به عوض معلوم»، لذا اولاً لزومی ندارد که عوض معامله (ثمن) حتماً عین باشد، بلکه تنها مبیع باید عین؛ اعم از عین معین یا کلی باشد و ثمن معامله می‌تواند کار و عمل هم باشد. ثانیاً با توجه به همین تعریف، آنچه که بیع سلم را از غیر آن جدا می‌کند، صرفاً مؤجل بودن مبیع می‌باشد که دقیقاً منطبق با تعریف مندرج در قرارداد پیش فروش ساختمان است؛ زیرا آنچه به تملیک خریدار در می‌آید (ساختمان)، عین است که به مقتضای عقد و انشاء طرفین، به یکی از سه صورت مصرح در ماده (۱) (در ابتدا یا در حین احداث یا پس از اتمام عملیات ساختمانی)، در مقابل پرداخت ثمن به صورت عوض خاص یا به صورت اقساط، به ملکیت خریدار در می‌آید. لذا نمی‌توان ثبت

محضری شدن ملک به نام خریدار در پایان عملیات ساختمانی را دلیل بر انتقال مالکیت در زمان ثبت در محضر دانست و قبل از آن را بیع ندانست؛ ثبت بیع در محضر، مثبت رسمی شدن و سند دار شدن بیع است، نه ایجاد بیع.

و) قرارداد پیش فروش ساختمان به دلیل اینکه طرف معامله بصورت کلی معامله می گردد، بیع سلف بوده و ذکر جزئیات مندرج در این مصوبه موضوع را از کلی بودن و بالتبع سلف بودن معامله خارج نمی کند.

ز) در تعریف و بیان حدود بیع سلم ذکر شده است که مورد معامله می بایست مضبوط و ثمن نیز بالفعل باشد، از اینرو صرف مشخص بودن زمین مورد معامله در قرارداد پیش فروش، این معامله را از بیع سلم خارج نکرده و احکام بیع سلم بر این قرارداد ساری و جاری می باشد.

ح) قرارداد پیش فروش ساختمان بیع سلم بوده و تعهد به انجام و تملیک بعدی در این قرارداد موضوع را از سلم بودن معامله خارج نمی کند، چراکه در بیع سلف (سلم) نیز تعهد به تملیک بعدی و فروختن چیزی که وجود خارجی ندارد صورت می پذیرد.

## ۲-۱-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

الف) قرارداد پیش فروش ساختمان و قراردادهایی از این نوع، داخل در دایره عقود و قراردادهای مصرح فقهی قرار نمی گیرد، بلکه از جمله قراردادهای عقلایی که با تراضی و توافق افراد به وجود می آید. مبنای حضرت امام (ره) نیز در برداشت از آیه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» نیز چنین است که تجارت شرعی و صحیح، محدود به عقود مصرح در فقه؛ همچون بیع، صلح، هبه و... نیست، بلکه هر قرارداد عرفی عقلایی که مورد قبول و تراضی طرفین قرارداد باشد و شارع نیز نسبت به آن، ردعی ننموده باشد، معتبر و جایز است. بنابراین، قواعد ناظر بر عقود شرعی؛ از جمله بیع سلم (سلف) در چنین قراردادهایی لازم الرعایه نیست.

ب) با توجه به معین بودن موضوع مورد معامله (مبیع) در قرارداد پیش فروش ساختمان، که عبارت است از زمین مورد معامله، این قرارداد از دایره بیع سلم و قواعد ناظر بر آن خارج است.

ج) با توجه به آنکه کلیه مشخصات ساختمان پیش خرید شده ( وفق ماده ۲) به صورت جزئی تصریح می شود، مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان، کلی نیست تا در شمار بیع سلم و احکام آن قرار گیرد.

د) قرارداد مطرح در این مصوبه، شبیه معامله «استصناع» در فقه است که فردی، سفارش تهیه جنسی را با ذکر خصوصیات، به طرف دیگر معامله می دهد. چنین معاملاتی از نظر فقها بدون اشکال و معتبر است. حتی به دلایلی می توان گفت که قرارداد مد نظر در این مصوبه، تشخیص و جزئیت بیشتری نیز نسبت به معاملات «استصناع» دارد؛ چه آنکه در اینجا کلیه مشخصات ساختمان پیش خرید شده ( وفق ماده ۲) به صورت جزئی تصریح می شود و تنها چیزی که نامشخص است، صرفاً «تحقق خارجی» این ساختمان است. بنابراین

به نظر می‌رسد - همان طور که در کلمات برخی از فقها نیز تصریح شده - چنین قراردادی، داخل در عنوان «بیع سلم» نیست تا رعایت قیود و احکام مقرر در این نوع از معاملات ضروری باشد.

ه) ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان که هم اینک نیز در جامعه رواج دارد، «تعهد بر فروش و تملیک در آینده» یا به عبارت مصطلح «قولنامه» است و به هیچ وجه، از نوع بیع سلم نیست و احکام بیع نیز بر آن بار نمی‌شود؛ چه آنکه انتقال مالکیت در زمان انجام قرارداد صورت نمی‌گیرد، بلکه پس از اتمام مراحل ساخت، انتقال مالکیت از پیش فروشنده به پیش خریدار انجام خواهد شد.

و) ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان، در زمره «عقود نامعین» قرار می‌گیرد که موضوع آن «ایجاد تعهد برای طرفین» به نحو مقرر در ماده (۱) این قانون است. بنابراین به تصریح ماده (۱)، ماهیت این قرارداد، بیع مصطلح نیست که به محض معامله، تملیک را به همراه داشته باشد و لذا احکام بیع؛ اعم از بیع سلم یا غیر آن، بر چنین قراردادی بار نمی‌شود.

ز) ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان، بیع؛ اعم از سلم و غیرسلم نیست؛ چه آنکه ثمن و مثن در بیع، لزوماً «عین» است؛ اعم از کلی و جزئی و «منفعت» یا «کار» نمی‌تواند ما به ازای قرارداد بیع قرار گیرد، در حالی که در قرارداد پیش فروش ساختمان، چیزی که مورد تملیک قرار می‌گیرد، عین نیست، بلکه قراردادی است مربوط به ساختن ساختمان. لذا قرارداد مزبور، «تعهد به تملیک» ساختمان مورد معامله است.

ح) معاملات مربوط به پیش فروش ساختمان، که هم اینک در عرف جامعه رایج است و مصوبه مجلس در این خصوص، بر اساس واقعیتهای اجتماعی تنظیم شده و در صدد نظم‌دهی به این معاملات و جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی سودجویان و کلاهبرداران است. بر این اساس، این مصوبه اساساً در صدد پرداختن به ماهیت این قرارداد و مشخص کردن نوع معامله انجام شده در آن؛ اعم از بیع سلم و غیر آن نیست. و احکام بیع نیز بر آن بار نمی‌شود؛ چه آنکه انتقال مالکیت در زمان انجام قرارداد صورت نمی‌گیرد، بلکه پس از اتمام مراحل ساخت، انتقال مالکیت از پیش فروشنده به پیش خریدار انجام خواهد شد و به نوعی «تعهد بر فروش و تملیک در آینده»، عبارت مصطلح «قولنامه» ای است که بین طرفین منعقد می‌گردد.

ط) ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در این مصوبه، شباهت زیادی به اجاره اشخاص دارد که در آن متقاضی شخصی را اجیر می‌کند تا کاری معین را انجام دهد یا شیئی با اوصاف مشخص را فراهم آورد. در چنین جایی، در ابتدا هیچ ثمن و مثنی وجود ندارد و صرفاً شخص اجیر متعهد می‌شود که کاری را انجام دهد و در مقابل انجام هر مقدار از کار، بخشی از اجرت را دریافت کند. بر این اساس، همان گونه که در چنین قراردادی اجیر نمی‌تواند از ابتدا، تمام اجرتش را مطالبه کند و متقاضی نیز الزامی به پرداخت اجرت بدون انجام کار ندارد، در قرارداد پیش فروش ساختمان نیز وضع به همین منوال است.

ی) قرارداد پیش فروش ساختمان، نوع جدیدی از قرارداد است که تملیک در آن هم به نحو منجز نیست و به شکل خاصی است که در ماده (۱۳) این مصوبه پیش‌بینی شده است، بدین نحو که «پیش خریدار به

نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌گردد و...» لذا با توجه به اینکه تملیک به عنوان اثر قراردادی، تنها مترتب بر بیع نیست، بلکه سایر قراردادها؛ همچون صلح، هبه، اجاره و... نیز ملکیت‌آور هستند، بنابراین، ایرادی در قرارداد پیش فروش و ملکیت خریدار وجود نخواهد داشت.

## ۲-۱-۲- نظر شورای نگهبان

شورای نگهبان، مواد مذکور را مغایر با شرع تشخیص نداد.

## ۲-۲- بند (۱۰) ماده ۲

”ماده ۲- در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

- ۱- اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی
- ۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک
- ۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاقها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری
- ۴- ...

۱۰- معرفی داوران”

## ۲-۲-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

از آنجا که اصل ارجاع به داوری و انتخاب داوران، در اختیار طرفین است- چنان که در قانون آئین دادرسی مدنی نیز بدان تصریح شده است- بنابراین، الزام به تعیین داور که از عبارات مندرج در این ماده مستفاد می‌گردد، واجد اشکال است؛ چه آنکه وجود موارد دهگانه در این ماده، به عنوان حداقل موارد لازم برای ذکر در قرارداد پیش فروش ذکر شده است که به دلالت التزامی ناظر بر لزوم تعیین داور در حین انعقاد قرارداد پیش فروش دارد.

### ۲-۲-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

با توجه به اینکه داوری، نهادی کاملاً متفاوت با نهاد قضاوت است که در آن شخص یا اشخاصی که مورد توافق و رضایت طرفین هستند، به حکمیت می‌پردازند، نه حاکمیت؛ بنابراین ذکر داوران مرضی الطرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان، در جهت حل اختلافات احتمالی طرفین در آینده، عقلایی است و اشکالی بدان وارد نیست و رأی داور نیز مورد احترام و پذیرش است.

## ۲-۲-۲- نظر شورای نگهبان

شورای نگهبان، این بند را مغایر با شرع ندانست.

### ۲-۳- ماده ۶

”ماده ۶- چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد و یا به تعهدات خود عمل‌نماید علاوه بر اجراء بند «۹» ماده (۲) این قانون مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به پیش‌خریدار بپردازد مگر این‌که به مبالغ بیشتری به نفع پیش‌خریدار توافق نمایند.

۱- در صورتی که واحد پیش‌فروش شده و بخش‌های اختصاصی نظیر توقفگاه (پارکینگ) و انباری در زمان مقرر قابل بهره‌برداری نباشد، تا زمان تحویل واحد به پیش‌خریدار، معادل اجرت‌المثل بخش تحویل نشده

۲- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمتهای مشاعی، روزانه به میزان نیم‌درصد (۰/۵٪) بهای روز تعهدات انجام نشده به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار

۳- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمتهای خدمات عمومی موضوع بند (۹) ماده (۲) این قانون از قبیل خیابان، فضای سبز، مساجد، مدارس و امثال آن روزانه به میزان یک در هزار بهای روز تعهدات انجام شده به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار

۴- در صورت عدم اقدام به موقع به سند رسمی انتقال، روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد.

### ۲-۳-۱- نظرات استدلالی

#### ۲-۳-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) با توجه به اینکه یکی از اختیاراتی که خریدار در خصوص عدم تحویل مبیع (ساختمان) یا برخی از بخشهای آن توسط فروشنده دارد، حق فسخ قرارداد است و از سوی دیگر، ماده (۶) به صورت «مطلق» ذکر شده است و چنین حقی برای خریدار در این مصوبه پیش‌بینی نشده و صرفاً حقوق مقرر در ماده (۶) برای خریدار در نظر گرفته شده است، لذا اطلاق ماده (۶) مغایر موازین شرع می‌باشد.

ب) مقرر کردن لزوم پرداخت خسارت به میزان مورد اشاره در ماده (۶) به خریدار توسط فروشنده، در مواقعی که پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر به تعهدات خود عمل ننموده است، به صورت قانون امری و بدون ذکر رضایت و توافق طرفین بر این موضوع، خلاف موازین شرع می‌باشد؛ چه آنکه ممکن است اساساً دریافت چنین خسارتی مورد مطالبه خریدار و مورد رضایت فروشنده نباشد. لذا حکم مذکور در این ماده، تنها در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد قرارداد باشد، از لحاظ شرعی، صحیح و قابل پذیرش است.



## ۲-۳-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

مقررات مورد اشاره در ماده (۶) به هیچ وجه ناظر بر اعمال حق خیار فسخ برای خریدار نیست؛ چه آنکه این حق بر اساس قواعد عام که در قانون مدنی نیز تصریح شده است، قابل اعمال است و بنابراین، مقررات این ماده نافی و مانع اعمال قواعد عام نمی‌باشد.

## ۲-۳-۲- نظر شورای نگهبان

در ماده (۶)، چنانچه اجرای امور مذکور در این ماده و بندهای آن مانع اعمال خیار فسخ برای پیش‌خریدار شود، خلاف موازین شرع است.

## ۲-۴- ماده ۷

"ماده ۷- در صورتی که مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، مابه‌التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت، لیکن چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد (۰.۵٪) افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد (۰.۵٪) باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد (۹۰٪) مقدار توافق شده باشد پیش‌خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و براساس نظر کارشناسی از پیش‌فروشنده مطالبه کند."

## ۲-۴-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۴-۱-۱- دیدگاه مغایرت

**الف)** یکی از اختیاراتی که پیش‌خریدار در خصوص عدم رعایت خصوصیات ساختمان پیش‌فروش شده توسط فروشنده دارد، خیار تخلف وصف یا تخلف شرط است که بر اساس آن، خریدار حق فسخ قرارداد را دارا است. از سوی دیگر، مفاد این ماده ناظر بر اسقاط این حق خیار بدون در نظر گرفتن رضایت و توافق طرفین می‌باشد. بنابراین، این ماده از این حیث، خلاف موازین شرع است. حکم مذکور در این ماده، تنها در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد تصریح شود، از لحاظ شرعی، صحیح و قابل پذیرش است.

**ب)** تفاوت‌های مذکور در ماده (۷) نسبت به ساختمان پیش‌فروش شده، معامله انجام شده میان پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده را باطل می‌کند که تصحیح آن نیازمند به عقد جدیدی میان طرفین است. از این رو، از

لحاظ شرعی، اساساً به دلیل بطلان قرارداد، برای هیچ‌کدام از طرفین حق فسخی وجود ندارد و تنها با توافق جدید، امکان تصحیح قرارداد پیشین وجود دارد.

## ۲-۴-۲- نظر شورای نگهبان

حکم ماده (۷) باید همانند موارد مندرج در ماده (۲)، به صورت شرط ضمن عقد قرارداد باشد و الاً خلاف موازین شرع است.

## ۲-۵-۲- ماده ۸ و تبصره آن

”ماده ۸- در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید، پیش‌فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی‌الطرفین به پیش‌خریدار بپردازد.  
تبصره- در صورت عدم توافق طرفین، پیش‌فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی همراه سایر خسارات قانونی به پیش‌خریدار مسترد نماید.”

## ۲-۵-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۵-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) حکم مذکور در صدر این ماده، تنها در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد تصریح شود، از لحاظ شرعی، صحیح و قابل پذیرش است؛ زیرا مفاد این ماده، اعمال دو حق را برای پیش‌خریدار مجاز شمرده است؛ هم حق اعمال خیار و هم حق دریافت ارزش و خسارت، حال آنکه بر اساس موازین شرعی، پیش‌خریدار حق اعمال یکی از این دو حق را خواهد داشت.

ب) حکم مذکور در تبصره این ماده که مقرر کرده است پیش‌فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس به پیش‌خریدار مسترد نماید، مغایر با حق فسخ و مفاد ناظر بر آن است؛ زیرا فسخ یعنی ردّ نفس ثمن پرداخت شده، بنابراین خریدار نمی‌تواند با اعمال حق فسخ خود، چیزی مازاد بر مبلغی که به پیش‌خریدار پرداخت کرده، دریافت کند. حکمی که در این تبصره آمده، فسخ نیست و بنابراین، تنها در صورتی از لحاظ شرعی، صحیح و قابل پذیرش است که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد میان طرفین تصریح شود.

### ۲-۵-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

در مواردی که حق فسخ، به عنوان مثال، ناشی از اعمال اختیار تبعض صفقه باشد، ما به التفاوت قیمت، چیزی غیر از خسارت است. در این موارد، به دلیل اینکه قیمت ساختمان در زمان انعقاد قرارداد با قیمت ساختمان در زمان تحویل، متفاوت است، مطالبه ما به التفاوت، همزمان با اعمال حق اختیار فسخ، اشکالی ندارد؛ زیرا این خسارت خود عقد نیست، بلکه خسارات ناشی است.

## ۲-۵-۲- نظر شورای نگهبان

حکم مندرج در ماده (۸) و تبصره آن، باید همانند موارد مندرج در ماده (۲) به صورت شرط ضمن عقد قرارداد باشد و الاً خلاف موازین شرع است.

## ۲-۶-۲- ماده ۱۱

"ماده ۱۱- در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بها مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند."

## ۲-۶-۲-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۶-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

با توجه به اینکه در قسمت اخیر این ماده، به رسمیت شناختن قرارداد پیش فروش ساختمان را منوط به پرداخت حداقل ده درصد بها، همزمان با تنظیم سند قطعی قرار داده است و توافق بر خلاف آن را نیز از سوی طرفین امکان پذیر ندانسته است، به دلیل مغایرت با آزادی قراردادی و تحمیل بر طرفین، خلاف موازین شرع می‌باشد.

## ۲-۶-۲- نظر شورای نگهبان

قسمت اخیر ماده (۱۱) چون تحمیل بر طرفین است، خلاف موازین شرع شناخته شد

## ۲-۷-۲- ماده ۱۶

"ماده ۱۶- در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در مواعد مقرر، پیش‌فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش‌خریدار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت."

## ۲-۷-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۷-۱-۱- دیدگاه مغایرت

با توجه به اینکه در صورت عدم پرداخت بها یا عوض قراردادی توسط پیش خریدار در مواعد مقرر، برای پیش فروشنده حق اعمال خیار و فسخ قرارداد، بدون نیاز به حدوث هر گونه شرط دیگر به وجود می آید، محدودیت و شرایط در نظر گرفته شده در این ماده برای پیش فروشنده در جهت اعمال حق خیار خویش، مغایر با موازین شرع می باشد. بنابراین، این محدودیت تنها در صورتی از لحاظ شرعی، صحیح و قابل پذیرش است که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد میان طرفین تصریح شود.

### ۲-۷-۲- نظر شورای نگهبان

حکم ماده (۱۶) باید همانند موارد مندرج در ماده (۲) به صورت شرط ضمن عقد قرارداد باشد و الاً خلاف موازین شرع است.

## ۲-۸-۱- ماده ۱۸

"ماده ۱۸- در صورت انتقال حقوق و تعهدات پیش خریدار نسبت به واحد پیش فروش شده بدون رضایت پیش فروشنده، پیش خریدار و منتقل الیه به طور تضامنی عهده دار پرداخت بها یا عوض قراردادی خواهند بود. در هر حال سند رسمی انتقال به نام منتقل الیه تنظیم خواهد شد."

## ۲-۸-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۸-۱-۱- دیدگاه مغایرت

با توجه به اینکه در قرارداد پیش فروش میان پیش خریدار و پیش فروشنده، ممکن است شخصیت هر یک از طرفین در انعقاد قرارداد مؤثر بوده باشد، بنابراین طبق اصول کلی، در صورتی که پیش خریدار بخواهد حقوق و تعهدات خویش را به شخص ثالث منتقل کند، می بایست رضایت پیش خریدار را جلب نماید. در غیر این صورت، همچنان پیش خریدار در مقابل تعهدات خویش به پیش فروشنده، مسئولیت خواهد داشت، بدون اینکه شخص ثالث (منتقل الیه) در این زمینه مسئولیتی داشته باشد. از این رو، در نظر گرفتن مسئولیت تضامنی برای پیش خریدار و منتقل الیه در قبال تعهدات مزبور، وجهی نداشته و خلاف موازین شرع می باشد.

### ۲-۸-۲- نظر شورای نگهبان

در ماده (۱۸) ایجاد ضمان برای منتقل الیه، خلاف موازین شرع می باشد.

## ۲-۹-۱۹- ماده ۱۹

«ماده ۱۹- پس از انتقال قطعی واحد پیش‌فروش شده، قرارداد پیش‌فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم به اعاده آن به دفترخانه می‌باشند.»

## ۲-۹-۱- نظرات استدلالی

### ۲-۹-۱-۱- دیدگاه مغایرت

با توجه به اینکه در ماده (۱۹)، از درجه اعتبار ساقط شدن قرارداد پیش‌فروش را صرفاً مقید به «انتقال قطعی واحد پیش‌فروش شده» نموده، بدون آنکه آن را مشروط به «ایفای کلیه تعهدات طرفین» نماید، خلاف موازین شرع می‌باشد.

### ۲-۹-۲- نظر شورای نگهبان

اطلاق ماده (۱۹) نسبت به مواردی که برخی از تعهدات باقی مانده باشد، خلاف موازین شرع است.

### ۳- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۸/۵ مجلس شورای اسلامی (مرحله دوم)

۳-۱- ماده ۶

”ماده ۶- چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد و یا به تعهدات خود عمل ننماید علاوه بر اجراء بند «۹» ماده (۲) این قانون مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به پیش‌خریدار پردازد، مگر این‌که به مبالغ بیشتری به نفع پیش‌خریدار توافق نمایند. اجراء مقررات این ماده مانع از اعمال خیارات برای پیش‌خریدار نیست.“

۳-۱-۱- نظرات استدلالی

ایراد مذکور در اظهارنظر پیشین شورای نگهبان نسبت به ماده (۶)، با اصلاحات به عمل آمده، برطرف شده است.

۳-۱-۲- نظر شورای نگهبان

ماده (۶)، با توجه به اصلاح به عمل آمده در مجلس شورای اسلامی، مغایرتی با قانون اساسی و موازین شرع ندارد.

۳-۲- مواد ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۱، ۱۲، ۱۴، ۱۶، ۱۸، ۱۹ و ۲۰

بند (۱۱) به شرح زیر به انتهای ماده (۲) اضافه شد:

ماده ۲- در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

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

۲- ...

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷)، (۸)، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این قانون.“

مواد ۱۸ و ۱۹ به شرح زیر اصلاح شد:

”ماده ۱۸- در صورت انتقال حقوق و تعهدات پیش‌خریدار نسبت به واحد پیش‌فروش شده بدون رضایت پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار عهده‌دار پرداخت بها یا عوض قرارداد خواهد بود.“

ماده (۱۹) به شرح زیر اصلاح شد:

”ماده ۱۹- پس از انتقال قطعی واحد پیش فروش شده و انجام کلیه تعهدات، قرارداد پیش فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم به اعاده آن به دفترخانه می‌باشند.“

### ۳-۲-۱- نظرات استدلالی

### ۳-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

**الف)** اشکالی که شورای نگهبان نسبت به مواد مزبور داشت، عبارت بود از اینکه برای صحت احکام مندرج در این مواد نسبت به طرفین، می‌بایست این احکام به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد طرفین تصریح شود و مورد توافق قرار گیرد؛ حال آنکه مجلس شورای اسلامی در اصلاح به عمل آورده در مصوبه خویش و اضافه کردن بند ۱۱ به ماده (۲)، ذکر این احکام را برای طرفین به صورت اجباری و الزامی در مفاد قرارداد مقرر کرده است که نتیجه آن، گرفتن اختیار و آزادی قراردادی از طرفین در خصوص عدم پذیرش شروط مزبور می‌باشد. لازم به ذکر است که وفق ماده (۱) این قانون، کلیه قراردادهای پیش فروش ساختمان نیز باید طبق این قانون تنظیم گردد.

**ب)** با توجه به ایراد شورای نگهبان، مجلس می‌بایست مواد مورد اشکال شورای نگهبان را به عنوان «شرط ضمن عقد» ذکر می‌کرد، حال آنکه بیان شده این احکام باید در قرارداد تصریح شود. این نحوه بیان، شرط ضمن عقد نیست، بلکه تصریح به آن چیزی است که قبلاً در این قانون آمده بود و مورد ایراد شورای نگهبان واقع گردیده بود.

**ج)** بند ۱۱ ماده (۲) ایراد شورای نگهبان نسبت به خلاف شرع بودن احکام مذکور در مواد مورد ایراد را رفع نمی‌کند؛ زیرا بر اساس اصلاح به عمل آمده در مصوبه مجلس و با توجه به عبارت مندرج در صدر ماده (۲)، هم اینک طرفین می‌بایست بر موضوعی که خلاف شرع تشخیص داده شده، توافق نمایند و این موضوعات و احکام خلاف شرع را در قرارداد خود تصریح نمایند. حال آنکه، تصریح و توافق خلاف شرع در مفاد قرارداد که موضوع را از خلاف شرع بودنش خارج نمی‌کند.

**د)** برخی از مواد این لایحه؛ از جمله ماده (۸) - که تصریح می‌کند در تمام مواردی که به دلیل تخلف پیش فروشنده، پیش خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید، پیش فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین به پیش خریدار بپردازد و در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا به پیش خریدار مسترد نماید- ایراد شورای نگهبان، با توافق طرفین بر مفاد آن به صورت شرط ضمن عقد نیز قابل اصلاح نیست؛ زیرا فرض این است که پیش خریدار، قرارداد پیش خرید را فسخ کرده است که در این صورت، شرط ضمن عقد مبنی بر دریافت خسارت به قیمت روز، وجهی ندارد؛ چرا که با از بین رفتن اصل قرارداد با فسخ پیش خریدار،

شرط ضمن آن قرارداد که فرع بر اصل و مادام‌العقد است نیز از بین خواهد رفت و معنا ندارد که مشروط از بین برود و شرط همچنان پابرجا باشد.

### ۳-۲-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

**الف)** قانونگذار می‌تواند با ملزم کردن طرفین قرارداد به رعایت شرایطی؛ از جمله مفاد مندرج در بند ۱۱ ماده ۲، حمایت قانونی خود را صرفاً منوط به قراردادهای دارای شرایط مزبور نماید و قراردادهای فاقد این شرایط را، هر چند از جهت وضعی بلا اشکال است و باطل نیست، لیکن از جهت تکلیفی و از جهت حمایت قانونی، صحیح نداند.

**ب)** ذکر احکام مذکور در بند ۱۱ ماده (۲) در قرارداد طرفین، به معنی آن است که لازم است طرفین قرارداد علاوه بر اصل قرارداد، به مفاد احکام مذکور در مواد مورد اشاره در این بند نیز توافق نمایند که در عرف به چنین توافقات مازاد بر قرارداد اصلی، «شرط» گفته می‌شود. به عبارت دیگر، تصریح به احکام مذکور در بند ۱۱ در قرارداد طرفین و توافق بر آنها، ماهیتاً داخل در عنوان «شروط ضمن عقد» می‌باشد.

**ج)** اشکال شورای نگهبان این بود که چنانچه احکام مذکور در مواد (۶)، (۷)، (۸) و... در ضمن قرارداد طرفین شرط نشود، خلاف موازین شرع خواهد بود، نه اینکه اساساً احکام مزبور، خلاف شرع هستند. بنابراین، با اصلاح مجلس و اضافه کردن بند ۱۱ به ماده (۲)، در حقیقت طرفین، قرارداد پیش فروش خود را مبتنی بر توافق نسبت به احکام مزبور منعقد می‌نمایند که همین توافق بر قیود مزبور؛ یعنی شرط کردن این موارد در ضمن عقد قرارداد. بر این اساس، اشکال شورای نگهبان مرتفع گردیده است.

**د)** پا برجا نبودن شرط ضمن عقد به جهت از بین رفتن عقد با اعمال حق فسخ، استدلال صحیحی نیست؛ زیرا طرفین قرارداد هنگام عقد، با یکدیگر توافق کرده‌اند که علاوه بر حق فسخ، چنین حقی به واسطه شرط ضمن عقد وجود داشته باشد.

### ۳-۲-۲- نظر شورای نگهبان

مواد (۶)، (۷)، (۸)، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶)، (۱۸)، (۱۹) و (۲۰)، با توجه به اصلاحات به عمل آمده در مجلس شورای اسلامی، مغایرتی با قانون اساسی و موازین شرع ندارد.

### ۳-۳- تبصره ماده ۸

«ماده ۸- در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید، پیش‌فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی‌الطرفین به پیش‌خریدار بپردازد.»



تبصره- در صورت عدم توافق طرفین، پیش‌فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی همراه سایر خسارات قانونی به پیش‌خریدار مسترد نماید.

### ۳-۳-۱- نظرات استدلالی

#### ۳-۳-۱-۱- دیدگاه مغایرت

از آنجا که تبصره ماده (۸) مصوبه مجلس یکی از ایرادات شورای نگهبان بود که مفاد آن بدون توافق طرفین به صورت شرط ضمن عقد، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد و با توجه به اینکه در اصلاحات به عمل آمده توسط مجلس (افزودن بند ۱۱ به ماده (۲))، تصریح به لزوم قرار گرفتن مفاد این تبصره به صورت شرط ضمن عقد قرارداد نشده است، همچنان ایراد شورای نگهبان باقی می‌باشد.

#### ۳-۳-۲- نظر شورای نگهبان

نظر به اینکه تبصره ماده (۸) نیز از جمله ایرادات مذکور در بند (۲) این شورا بوده، در صورتی که به بند (۱۱) ماده (۲) الحاقی این مورد هم اضافه شود، با توجه به اصلاحات به عمل آمده، اشکالات قبلی مرتفع، و الاً ایراد مزبور به قوت خود باقی است.

#### ۴- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون لایحه پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ مجلس شورای اسلامی (مرحله سوم)

۴-۱- بند ۱۱ ماده ۲ ناظر بر تبصره ماده ۸

”ماده ۲- در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

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

۲- ...

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷)، (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این

قانون.”

۴-۱-۱- نظرات استدلالی

ایراد مذکور در اظهار نظر پیشین شورای نگهبان نسبت به تبصره ماده (۸)، با اصلاحات به عمل آمده (ذکر این تبصره در بند ۱۱ ماده (۲))، برطرف شده است.

۴-۱-۲- نظر شورای نگهبان

تبصره ماده (۸)، با توجه به اصلاح به عمل آمده در مجلس شورای اسلامی، مغایرتی با قانون اساسی و موازین شرع ندارد.

نظر نهایی شورای نگهبان: مصوبه مجلس در خصوص لایحه پیش فروش ساختمان، با توجه به اصلاحات به عمل آمده، مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.