



## Investigating the Legal Status of Deferred Mortgage on Transfer in Building pre-Sale Contracts

Saeed Joker<sup>1</sup>, Ali Eslamipناه<sup>2\*</sup>, Abbas Karimi<sup>3</sup>, Mohsen Safari<sup>4</sup>

- 1 Ph.D. student of private law, Alborz campus, University of Tehran, Iran 2 .Assistant Professor Department of Islamic  
2. Assistant Professor Department of Private Law and Islam, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.  
3. Professor Department of Private Law and Islam, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.  
4. Associate Professor Department of Private Law and Islam, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 231-246

**Article history:**

**Received:** 9 Aug 2023

**Edition:** 14 Oct 2023

**Accepted:** 10 Dec 2023

**Published online:** 23 Mar 2024

### Keywords:

Deferred Mortgage, Building Pre-Sale Contract, Ownership Transfer, Non-Property Mortgage.

### Corresponding Author:

Ali Eslamipناه

### Address:

Iran, Tehran, University of Tehran, Faculty of Law and Political Sciences.

### Orchid Code:

0009-0008-7657-8673

### Tel:

09121304261

### Email:

eslamip@ut.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Purpose:** building pre-sale contracts have different and important issues, which are necessary to explain and analyze due to the fact that a large part of the society is affected by it. Based on this, the purpose of this article is to investigate the legal status of deferred mortgage on transfer in building pre-sale contracts.

**Materials and Methods:** The method of this article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

**Ethical Considerations:** In this article, the originality of the text, honesty and trustworthiness are observed.

**Result:** The contract of assigning the rights and obligations of the pre-seller to the pre-sold unit is concluded in any format and with any title, it is a ceremonial contract, the preparation of the official document is a condition of its authenticity and validity. Another point is that obligations and transactions contrary to the rights of pre-buyers, including the late mortgage contract, according to the pre-sale law, are revealed by what was said, the practical necessity of the property bill in the mortgage contract. The building pre-sale contract is a specific contract, whose rules, effects and title are stated in the building pre-sale law.

**Conclusion :** In case of non-enforcement of the pre-purchaser, the mortgage is void, and the bank cannot seize the building as an objective right due to the invalidity of the mortgage and satisfy its claim by auctioning the mortgaged property.

### Cite this article as:

Joker S, Eslamipناه A, Karim A, Safari M. *Investigating the Legal Status of Deferred Mortgage on Transfer in Building pre-Sale Contracts*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



### بررسی وضعیت حقوقی رهن مؤخر بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

سعید جوکار<sup>۱</sup>، علی اسلامی پناه<sup>۲\*</sup>، عباس کریمی<sup>۳</sup>، محسن صفری<sup>۴</sup>

۱. دانشجو دکتری حقوق خصوصی، پردیس البرز، دانشگاه تهران، ایران.
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلام، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
۳. استاد گروه حقوق خصوصی و اسلام، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
۴. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلام، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** قراردادهای پیش‌فروش ساختمان دارای موضوعات مختلف و مهمی است که با توجه به مبتلا بودن بخش زیادی از جامعه به آن، تبیین و تحلیل آن ضروری است. بر همین اساس هدف مقاله حاضر بررسی وضعیت حقوقی رهن مؤخر بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است.

**مواد و روش‌ها:** روش مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متن، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده نسبت به واحد پیش‌فروش شده در هر قالب و با هر عنوانی منعقد گردد یک عقد تشریفاتی است که تنظیم سند رسمی شرط صحت و اعتبار آن است. نکته دیگر اینکه تعهدات و معاملات معارض حقوق پیش‌خریداران من جمله عقد رهن مؤخر به موجب قانون پیش‌فروش ضرورت عملی قبض مال در عقد رهن آشکار می‌گردد. قرارداد پیش‌فروش ساختمان نه بیع سلف که عقد معین است که احکام، آثار و عنوان آن در قانون پیش‌فروش ساختمان بیان شده است. عقد رهن قبل از قرارداد پیش‌فروش از جهت صحت معامله، صحیح می‌باشد. به نظر می‌رسد در صورتی که عقد رهن بعد از قرارداد پیش‌فروش باشد، رهن مال غیر است و در نتیجه این نوع رهن غیر نافذ است.

**نتیجه:** در صورت عدم تنفیذ پیش‌خریدار، رهن، باطل و بانک به دلیل باطل بودن رهن نمی‌تواند به عنوان حق عینی تبعی ساختمان را توقیف و طلب خود را با مزایده مال مرهون استیفا نماید.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۴۶-۲۳۱

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۸

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۷/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۱/۰۴

#### واژگان کلیدی:

رهن مؤخر، قرارداد پیش‌فروش ساختمان، انتقال مالکیت، رهن مال غیر.

#### نویسنده مسئول:

علی اسلامی پناه

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی

تلفن:

09121304261

کد ارکید:

0009-0008-7657-8673

پست الکترونیک:

eslamip@ut.ac.ir

## ۱. مقدمه

به طور کلی، خرید و فروش ساختمان می‌تواند به دو صورت انجام گردد؛ اول فروش ساختمان ساخته شده، دوم پیش‌فروش ساختمانی که هنوز موجود نیست. بحث اصلی این پژوهش حول قسم دوم یعنی پیش‌فروش می‌باشد. در قرارداد پیش‌فروش معمولاً مالک یا سازنده ساختمان در مراحل مختلف ساخت می‌توانند واحدهای احداثی را پیش از تکمیل پیش‌فروش نمایند. در چنین معاملاتی، ساختمان پیش‌فروش شده موجود نیست و فروشنده متعهد به تکمیل و تحویل ساختمان تکمیل شده می‌شود و پیش‌خریدار متعهد به پرداخت اقساطی مبلغ ساختمان می‌گردد. معاملات پیش‌فروش از گستردگی و پیچیدگی قانونی خاصی برخوردار است. بر همین اساس گستردگی این نظام معاملاتی، مسائل جدیدی را برای آن به وجود آورده که کمتر به آن‌ها توجه شده است و این امر موجب خسران و ضرر عده‌ای و ایجاد زمینه سوء استفاده برای عده‌ای دیگر شده است. اهمیت حق پیش‌فروش قرارداد مشارکت در ساخت و مشکلات حقوقی ناشی از آن و اختلافات مالک و سازنده بر هیچ‌کسی پوشیده نیست؛ با تمام این مشکلات گاه پیش‌فروش می‌آید که فرد فروشنده مال پیش‌فروش شده را در رهن بانک قرار می‌دهد که این خود نیز در موارد بسیار ایجاد مشکل می‌کند. مطابق ماده ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند». عقد رهن از جمله عقود لازمی است که لزوم آن از یک طرف می‌باشد. بدین گونه که از سوی راهن (مدیون) لازم و از جانب مرتهن (دائن) جایز است. مسئله مهم در مقاله حاضر تبیین وضعیت حقوقی رهن مؤخر بر انتقال در قراردادهای

پیش‌فروش ساختمان است. در خصوص قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، پژوهش‌های متعددی انجام شده است: بهنام اسدی، در مقاله‌ای به بررسی جایگاه حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در رویه قضایی پرداخته است. بر اساس نتایج مقاله مورد اشاره امروزه پیش‌فروش دیگر فقط به معنای سنتی خود (سلف) بکار نمی‌رود بلکه مفهوم وسیع‌تری به خود گرفته است. هم در معنای سلف و هم در معنای عقود نامعینی که قابلیت تطبیق با بیع سلف ندارد بکار می‌رود (اسدی، ۱۳۹۷). محمدقاسم الوانچی؛ موسی ظهرابی کیش و محمد باقر عامری‌نیا نیز در مقاله‌ای، قواعد حقوقی حاکم بر پیش‌فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده است. بر اساس نتایج مقاله مذکور، اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان بیع تلقی شود، در این صورت احکام و مقررات بیع بر آن حاکم خواهد بود و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود. انعقاد این قرارداد به صورت بیع معلق که ملکیت، معلق بر وجود باشد، نیز از نظر نظام حقوقی ایران بلاشکال خواهد بود. در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موضوع معامله در زمان انعقاد آن وجود ندارد و توافق طرفین بر ساخت آن در آینده است. در نتیجه ممکن است مساحت ساختمان ایجاد شده با مساحت توافق شده، اختلاف داشته باشد. گاه مساحت بیش از میزان تعیین شده در قرارداد است که قانونگذار در این خصوص بین فرضی که اضافه مساحت بیش از پنج یا تا پنج درصد باشد، قائل به تفصیل شده است. همچنین ممکن است مساحت ساختمان ایجاد شده کمتر از میزانی باشد که در قرارداد بر آن توافق شده است. قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را علی‌رغم این که مبیع در زمان انعقاد

### ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متن، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

### ۴. یافته‌ها

قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده نسبت به واحد پیش‌فروش شده در هر قالب و با هر عنوانی منعقد گردد یک عقد تشریفاتی است که تنظیم سند رسمی شرط صحت و اعتبار آن هست. نکته دیگر اینکه تعهدات و معاملات معارض حقوق پیش‌خریداران من جمله عقد رهن مؤخر به موجب قانون پیش‌فروش با آنچه گفته شد ضرورت عملی قبض مال در عقد رهن آشکار می‌گردد. قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقد معین است که احکام، آثار و عنوان آن در قانون پیش‌فروش ساختمان بیان شده است. عقد رهن قبل از قرارداد پیش‌فروش از جهت صحت معامله، صحیح می‌باشد. به نظر می‌رسد در صورتی که عقد رهن بعد از قرارداد پیش‌فروش باشد، رهن مال غیر است و در نتیجه این نوع رهن غیر نافذ است.

### ۵. بحث

در این قسمت به بررسی وضعیت حقوقی رهن مؤخر بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان پرداخته می‌شود.

#### ۵-۱. اثر تملیکی بودن قرارداد پیش‌فروش در

#### جواز رهن

«قانون‌گذار در تعریفی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد ارائه داده است هنگام استفاده از کلمه تعهد به تقسیم‌بندی عهده و تملیکی عقود توجه نداشته و معنی عهد و پیمان بین یک یا چند نفر را دنبال می‌کرده است که می‌تواند هم اثر عهده و هم اثر تملیکی داشته باشد. عقد تکمیلی، عقدی است که موجب انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر

قرارداد وجود ندارد، می‌توان بیع عین معین دانست. (الوانچی؛ ظهرابی کیش؛ عامری، ۱۳۹۹). هم چنین مریم مجیدیان؛ حسن مرادزاده و محمدرضا امیرمحمدی، در مقاله‌ای، به بررسی ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش‌فروش ساختمان پرداخته است. مطابق یافته‌های مقاله مورد اشاره اولاً: قرارداد پیش‌فروش ساختمان از حیث ماهیت و اوصاف قراردادی خاص با ویژگیهای منحصر به خود است که ماهیت آن را باید منحصراً بر اساس قانون جدید تحلیل نمود ثانیاً: از نظر ضمانت اجراء ثالثاً: در راستای هدف تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، قانونگذار نهاد داوری را پیش‌بینی کرده است که داوری مزبور از نوع داوری اجباری بوده و از حیث ماهیت نیز جزو داوری قانونی می‌باشد (مجیدیان؛ مرادزاده؛ امیرمحمدی، ۱۴۰۱). تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام شده، بررسی رهن مؤخر بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است. سؤال مقاله بدین شکل قابل طرح است که وضعیت حقوقی رهن بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان چگونه است؟ به منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا، اثر تملیکی بودن قرارداد پیش‌فروش در جواز رهن بررسی شده، سپس اثر عهده بودن قرارداد پیش‌فروش در جواز رهن تبیین و تحلیل شده و در ادامه از رهن مال پیش‌فروش شده در اندیشه و آراء قضات و نظریات حقوقی بحث شده است.

#### ۲. مواد و روش‌ها

روش مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

می‌شود» (باقری، ۱۳۹۶، ۲۳). «در این تعریف تکیه اصلی بر معنای لغوی واژه تملیک (انتقال حق مالکیت) شده و عقد تملیکی، قراردادی معرفی گردید که فقط با حق مالکیت سروکار دارد. اما باید در نظر داشت که حق مالکیت، تنها یکی از حقوق عینی به شمار می‌رود، لذا نظم در تقسیم بندی عقود ایجاب می‌کند که تعریف عقد تملیکی بهتر است چنان باشد که علاوه بر حق مالکیت، شامل سایر حقوق عینی نیز گردد. توضیح اینکه تقسیم عقود به تملیکی، عهدی و اذنی که پیش‌تر بیان شده، اختصاص به حقوق مالی دارد یعنی قراردادهایی که با حق مالی سروکار دارند و حق مالی نیز از دیرباز به دو دسته؛ حق عینی و حق دینی تقسیم شده است این حقوق برای ایجاد، انتقال یا زوال نیاز به اسباب ویژه‌ای دارند. مهم‌ترین سببی که موجب ایجاد دو یا انتقال حقوق مالی می‌گردد، قرارداد است و بنابراین تقسیم عقود به تملیکی و عهدی و اذنی، بیشتر از لحاظ ارتباط این قراردادها با ایجاد و انتقال حقوق مالی می‌باشد» (صاحبی، ۱۳۷۶، ۱۴۲). بدیهی است که چنان چه قرارداد پیش‌فروش عقدی تملیکی به حساب آید، به مجرد انعقاد قرارداد پیش‌فروش، پیش‌خریدار مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد و عقد رهن مؤخر بر قرارداد پیش‌فروش فضولی محسوب می‌گردد، در غیر این صورت (عهدی بودن قرارداد پیش‌فروش) حکم به عدم نفوذ عقد رهن مؤخر بر قرارداد پیش‌فروش را با تردید اساسی مواجه می‌گردد.

در صورتی که ماهیت قرارداد پیش‌فروش، عقدی تملیکی قلمداد شود باید بیان داشت که این رهن مال پیش‌فروش در زمره معاملات فضولی قرار می‌گیرد و غیر نافذ است. آثار حقوقی چنین رهنی این است که به دلیل اینکه فرد رهن دهنده

برخلاف مورد وکالت، از طرف صاحب مال اذن و اجازه انجام معامله را ندارند، غیر نافذ است. به عبارت دیگر، این معاملات نه باطل هستند و نه صحیح، بلکه تعیین تکلیف آن‌ها بستگی به اجازه خریدار مال پیش‌فروش شده دارد (قاسمی، ۱۳۹۴، ۱۱۱). چنان چه عمل راهن مورد تأیید خریدار مال پیش‌فروش شده قرار گرفت، صحیح والا باطل است.

اما انتقال مال غیر به معامله‌ای گفته می‌شود که شخص بدون اذن و اجازه و با معرفی کردن خود به عنوان مالک (اصیل) در معامله وارد شده و صرفاً به نیت بردن سود به نفع خود، اقدام به معامله می‌کند که نمونه بارز آن، پیش‌فروش یک واحد ساختمانی به چند نفر می‌باشد. لهذا به جهت مشهود بودن عنصر سوءنیت از انواع جرم کلاهبرداری است. زیرا انتقال‌دهنده سوءنیت و قصد منتفع شدن دارد و معامله روی معامله به ضرر پیش‌خریدار قبلی می‌باشد. در حالی که در معامله فضولی شخص مال دیگری را برای این که خود منتفع شود، منتقل نمی‌کند بلکه برای مالک و به نفع وی، انتقال می‌دهد (نعمت‌الهی، ۱۳۹۳، ۷۱). جدای از بحث حقوقی این موضوع در صورتی که مال پیش‌فروش به رهن گذاشته شود دارای آثار جزایی و بُعد کیفری نیز می‌باشد. به عنوان مثال به دفعات مشاهده یا شنیده شده است که فروشنده‌ای پس از تنظیم مبایعه نامه‌ی عادی و پیش از تنظیم سند رسمی انتقال به نام خریدار، با مراجعه‌ی به یکی از بانک‌های کشور، اقدام به اخذ وام نموده و همان ملکی که پیش‌تر نسبت به آن مبایعه نامه تنظیم نموده بود را به عنوان وثیقه‌ی وام، در رهن بانک قرار داده است. در واقع می‌تواند با استناد به جرم کلاهبرداری فرد راهن مجازات نمود.

## ۵-۲. اثر عهده‌ی بودن قرارداد پیش‌فروش در جواز رهن

قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.ا) در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آنها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان «قولنامه» شناخته می‌شود. منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان‌مقدماتی یا پیش‌قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده‌دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند. مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان «متعهد» ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت «متعهدله» دریاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد پیش‌فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان (عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد.

«به اعتقاد برخی، قراردادی که یکی از دو طرف تعهد کند ساختمانی را در آینده بسازد و به طرف دیگر بفروشد و وی نیز قبول کند، بیع نیست بلکه تعهد به بیع است. هرچند مورد عقد بیع فعلاً موجود نیست، لیکن قرارداد صحیح است؛ زیرا در

این قرارداد، مورد معامله ساختمان نیست؛ بلکه تعهد بر بیع ساختمان است» (نوبخت، ۱۳۹۲، ۱۱۱). «در این موارد، تعهد به بیع قراردادی مقدماتی است که موضوع آن تعهد به ساخت و انعقاد عقد اصلی مبنی بر انتقال مبیع به متعهدله است. قراردادهای خصوصی مطابق ماده ۱۰ ق.م.ا در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آنها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان قولنامه شناخته می‌شود» (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۲۹۹-۳۰۱). «منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان‌مقدماتی یا پیش‌قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده‌دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۷۵).

«مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان متعهد ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت متعهدله در بیاورد. به عبارت دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد پیش‌فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان (عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد.

عقد اصلی در خارج تحقق یابد، بلکه می‌خواهند ملتزم به انجام آن شوند و انشای نهایی عقد مورد نظر را موکول به تراضی دیگری سازند» (صاحبی، ۱۳۷۶، ۱۴۲).

با توجه به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش یک عقد عهده‌ای به حساب می‌آید نه تملیکی یعنی طبق قرارداد پیش‌فروش تعهدی بر گردن طرف قرارداد و حقی دینی برای طرف دیگر به وجود می‌آید. در واقع موضوع قرارداد پیش‌فروش تعهد پیش‌فروشنده به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص درازای تعهد پیش‌فروشنده به پرداخت بها یا عوض قراردادی بر طبق شرایط مندرج در قرارداد می‌باشد که البته خریدار به نسبت بهای پرداخت شده، تدریجاً مالکیت واحد پیش‌فروش شده را تحصیل می‌نماید که این مسئله تعارضی با عهده‌ای بودن اثر قرارداد پیش‌فروش ندارد (پیرهادی، ۱۳۸۶، ۱۵۶). حال در این جا دو حالت پیش‌می‌آید، اول این که اگر قرارداد پیش‌فروش عادی باشد یا در قالب اسناد رسمی منعقد گردد چه آثاری را در پی دارد.

## ۵-۲-۱. پیش‌فروش ساختمان در قالب قرارداد عادی

حال سؤال این است که اگر قرارداد عادی باشد و پیش‌فروشنده بعد از فروش واحدها همان ملک رو به رهن بگذارد وضعیت حقوقی چگونه است؟ نظر به اینکه قرارداد پیش‌فروش با سند عادی منعقد گردیده باشد چنانچه اشاره شد نظر به تشریفات بودن قرارداد پیش‌فروش، انعقاد آن با سند عادی چیزی جز بی‌اعتباری قرارداد پیش‌فروش و به تبع آن عدم ایجاد حق برای پیش‌فروشنده خواهد بود. به همین علت در صورت اجتماع شرایط و ضوابط انعقاد عقد رهن، عقد رهن را باید صحیح و معتبر دانست و مرتبه (بانک) از این حق برخوردار است

حال با توجه به مراتب فوق، آیا می‌توان اظهار داشت که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، مصداقی از تعهد به بیع است و پیش‌فروشنده صرفاً دارای یک حق دینی نسبت به پیش‌فروشنده است؟» (محسنی؛ کلانتریان، ۱۳۸۹: ۳۰۵). «یکی از نویسندگان حقوق معتقد است هرگاه معماری، یک باب خانه را که در زمین مشخصی بعداً ساخته خواهد شد، هم اکنون به دیگری بفروشد، معامله باطل خواهد بود زیرا مورد معامله، عین معینی است که هنوز به وجود نیامده (ماده ۳۶۱ ق.م.و) می‌گوید در این گونه موارد طرفین صرفاً می‌توانند قرارداد تشکیل بیع منعقد نمایند؛ بدین صورت که در قراردادی یکی از دو طرف تعهد کند که ساختمانی را که در آینده خواهد ساخت به طرف دیگر بفروشد و این طرف قبول کند. چنین قراردادی بیع نیست بلکه تعهد بر بیع است که هر چند مورد عقد بیع آینده فعلاً موجود نیست، ایجاد قرارداد صحیح است چه این که مورد معامله در این قرارداد ساختمان نیست بلکه تعهد بر بیع ساختمان است» (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۱۸). با امعان نظر نسبت به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می‌دارد: «... 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 (پیش‌فروشنده) درآید»، نمی‌توان قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را صرفاً تعهد به بیع دانست چه اینکه به تعبیر یکی از حقوقدانان، در تعهد بر بیع، ایجاد بالفعل بیع، مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است.

به بیان دیگر، «موضوع قرارداد یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا تعهد بر انشای آن در آینده است. در این فرض، دو طرف مایل نیستند که مفاد

باشد...» مطابق ماده ذکرشده انتقال مال غیر متشکل از دو جزء می‌باشد: «جزء اول، بنابر تصریح قانون ۱۳۰۸ به کلمه «مال»، موضوع این جرم مال اعم از اموال منقول و غیرمنقول است و اشیاء فاقد ارزش اقتصادی را شامل نمی‌شود. نظریه مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضائیه به شماره ۸۲۲۷/۷ در تاریخ ۷۳/۱۲/۱۰ نیز در راستای تأیید این مدعا صادرشده است. طبق این نظریه اطلاق و عموم کلمه‌ی مال شامل مال منقول و غیرمنقول می‌گردد. جزء دوم، موضوع جرم انتقال مال غیر تعلق به غیر است بنابراین نظیر سایر جرائم علیه اموال علاوه بر لزوم عدم تعلق مال موضوع جرم به خود شخص شرط سلبی ضروری است که مال مورد انتقال متعلق به شخص معینی اعم از حقیقی و حقوقی باشد (شرط ایجابی)» (محسنی؛ کلانتریان، ۱۳۸۹، ۳۰۵).

با توجه به قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ و رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۵۹۴ مورخ ۱/۹/۱۳۷۳، مجازات این جرم، مجازات تعیین شده برای جرم کلاهبرداری است و از طرفی مستند به تفسیر مضیق قوانین، کیفری تمامی آثار کلاهبرداری به جرم مذکور منتقل نشده و تنها کیفر کلاهبرداری بر این جرم اعمال می‌شود از قانون مصوب ۱۳۰۸ به وضوح استنباط می‌شود که در جرم مورد بحث می‌بایست انتقال عین یا منفعت مال متعلق به غیر به شکل یک معامله‌ی حقوقی صورت گیرد. در نتیجه برحسب این که مرتکب جرم انتقال گیرنده باشد و یا انتقال دهنده می‌توان از وی تحت عنوان معامل یا متعامل تعبیر آورد که به نسبت نوع معامله ممکن است متعلق عناوین مختلف حقوقی از قبیل بایع، مشتری، مستأجر و یا مؤجر واقع شود (ظاهر بغلانی، ۱۳۹۵، ۹۹-۹۵).

که در صورتی که طلب وی وصول نشد، از طریق توقیف و مزایده مال مرهون طلب خود را وصول نماید. هم چنین می‌توان بیان داشت که پرسش مطروحه، ناظر به عملکرد شخصی است که نسبت به ملکی مبیعه نامه‌ای عادی تنظیم می‌نماید، و پس از امضای آن با خریدار که معمولاً با اخذ ثمن نیز همراه است و از آن جایی که مبیعه نامه‌ی تنظیمی در سند ملک انعکاسی ندارد، بدون علم و اطلاع خریدار، به بانک مراجعه و به موجب سند رسمی، ملک را در رهن آن بانک قرار داده و به اصطلاح جامعه، بر روی آن ملک وام می‌گیرد (قاسمی، ۱۳۹۴، ۱۱۵). در این وضعیت، خریدار ملک موصوف برای احقاق حق خود و تزلزلی که در عقد بیع منعقد حاصل شده است، به ناچار می‌بایست با مراجعه به مراجع قضایی، اقدامات قانونی خود را معمول دارد، اما تردید در این بخش - حاصل می‌گردد که، آیا خریدار می‌تواند فروشنده را تحت تعقیب - کیفری قرار دهد یا برای استیفای حق خود ناگزیر به رجوع به محاکم حقوقی است. در این مورد اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

#### ۵-۲-۱- دیدگاه مبتنی بر انتقال مال غیر

بالمعنا نظر به این دیدگاه جرم انتقال مال غیر از جمله صور خاص کلاهبرداری و از جمله جرائم علیه اموال مالکیت محسوب می‌شود که قانون مجازات انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ رکن قانونی این جرم را تشکیل می‌دهد مطابق ماده یک قانون مذکور «کسی که مال غیر را با علم به این - که مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود، هم چنین است انتقال گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده

گوناگونی بیان می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۴۰۰۵-۴۰۰۸)، اما تمامی این تعاریف به نوعی بیگانه از تعریف مذکور در کتب فقهی نمی‌باشد. طبق یک تعریف معامله فضولی معامله‌ای است که به دو صورت عهدی و تملیکی، صورت می‌گیرد و درجایی است که کسی برای دیگری و بدون داشتن سمت نمایندگی معامله‌ای را انجام می‌دهد. بر فردی که بدون سمت به معامله اقدام می‌نماید فصول و برطرف معامله اصیل و بر دیگری غیر یا مالک اطلاق می‌شود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۲۹۹-۳۰۱).

از نظر تحلیل حقوقی معامله واقع شده به وسیله فردی چون وکیل نتیجه دو رابطه حقوقی است یکی رابطه بین وکیل و موکل که با عقد وکالت به وجود آمده است و دیگری رابطه میان موکل و طرف معامله که به واسطه عقد و معامله حاصل شده است. در معامله فضولی شخص فصول بدون برخورداری از سمت وکالت از طرف غیر به ایجاد رابطه حقوقی میان اصیل و غیر اقدام نموده است و چون پیدایش رابطه مزبور متفرع بر وجود رابطه اول یعنی وکالت است و آن موجود نمی‌باشد، از همین رو رابطه دوم که معامله فصول با اصیل باشد پیدایش نمی‌یابد. البته این عدم پیدایش رابطه دوم سبب نمی‌شود که معامله باطل به شمار آمده و غیر نافذ تلقی شود شبیه معامله شخص مکره که با اجازه مالک نافذ می‌گردد و با رد وی باطل می‌شود؛ یعنی قبل از اجازه مالک هیچ نوع اثر حقوقی بر معامله فضولی مترتب نمی‌شود اما باطل هم نمی‌باشد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ۱۱۶-۱۱۵).

برخی حقوقدانان در دو قسم معامله را در عنوان فضولی داخل دانسته است: الف: تصرف و معامله غیرمالک بدون اجازه مالک و قانون. ب: معامله مالک در صورت عدم استقلال در تصرف که در این

با لحاظ این مطلب که موضوع مورد بحث، فاقد وحدت رویه قضایی است و دیدگاه حقوقدانان (قاسمی، ۱۳۹۴، ۱۱۶) نیز در این زمینه از اختلاف قابل توجهی برخوردار است لذا استدلال به ادله ذیل که مثبت جرم انگاری موضوع و عدم آن می‌باشد اختلاف در آراء را روشن تر می‌کند. پس از خریداری ملک با تنظیم مبیعه‌نامه ولو این که بدون سند رسمی باشد، انتقال مالکیت به خریدار ملک استقرار می‌یابد. و این مطلب نه تنها در مورد ملک، بلکه در خصوص هر مبیعی دیگر صدق می‌کند. از همین رو چنان چه فروشنده پس از انعقاد عقد بیع، ملک فروخته شده را در رهن قرار دهد، حقوق عینی و مالکانه خریدار را که اکنون مالک ملک به شمار می‌آید را به شکل عملی زائل کرده است. لذا می‌توان به استناد مالکیت مشتری، فروشنده را تحت تعقیب کیفری قرارداد و با محکوم نمودن وی، حکم به رد مال به خریدار را از دادگاه درخواست نمود تا از این طریق، مالکیت مطلق خریدار نسبت به ملک بار دیگر استوار و مستقر گردد.

#### ۵-۲-۱-۲. اقدام به معامله فضولی

طبق این دیدگاه موضوع مورد بحث جنبه جزایی نداشته لذا خریدار با توجه به حق سابقش نسبت به ملک می‌تواند فروشنده را از جهت اقدام به معامله فضولی مورد تعقیب قرار دهد. بنابر متون فقهی معامله فضولی که بیشتر تحت عنوان معامله بر مال غیر از آن یاد می‌شود معامله‌ای است که فردی آن چه را که مال او نیست بفروشد در حالی که وکیل یا ولی و یا مأذون از طرف مالک نباشد (طوسی، ۱۴۰۸، ۲۴). عنوان «عقد فضولی در قانون نخست مصوب سال ۱۳۰۷ به عنوان عملی حقوقی صحیح و مطابق با قاعده پیش‌بینی گردیده است. هر چند که حقوقدانان از معامله فضولی تعاریف

نمی‌گیرد؛ زیرا هرچند ممکن است در نتیجه عدم نپرداختن اقساط وام توسط فروشنده، ملک به بانک منتقل گردد، اما صرف عقد رهن، موجب هیچ‌گونه تملیکی نخواهد بود و انطباق این موضوع با قانون راجع به انتقال مال غیر، خارج از اصول و قواعد حقوقی و در نتیجه مردود است.

عدم انتقال عین و یا منفعت در رهن ملک فروخته‌شده که به عنوانی نقدی بر انتقال مال غیر بودن چنین عملی یاد شده، خود از آن جایی محل اشکال است که با انعقاد مبیعه‌نامه، ملکیت یا به نحو تام و یا به نحو مشاع؛ نظیر خریداری ملک به نحو قسطی و پیش‌خرید به مشتری منتقل می‌گردد؛ از همین رو فروشنده با رهن‌گذاری سند ملک و ایجاد حقی برای مرتهن به نوعی حقوق مالکانه خریدار را تضییع نموده، چرا که مرتهن در صورت عدم پرداخت دین از سوی فروشنده می‌تواند در منفعت و یا عین مرهونه تصرف نماید.

## ۲-۲-۵. پیش‌فروش ساختمان در قالب قرارداد رسمی

به موجب ماده ۳ قانون قرارداد پیش‌فروش ساختمان «قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن، باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر ثبت اسناد رسمی انجام شود. عدم رعایت این تکلیف موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ قانون خواهد شد». به موجب این ماده «اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». «بنابراین عنصر ماده این بزه ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف مورد نظر قانون‌گذار است و این جرمی مطلق است و مقید به نتیجه نیست». به عبارت دیگر «همین‌که پیش‌فروشنده به طریق غیر از

حالت نفوذ معاملات او منوط به اجازه غیر، است نظیر معاملات سفیه در مال خود که صحت آن موقوف بر اجازه ولی می‌باشد (حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶، ج ۱، ۲۴۶).

با تأمل در تعاریف مزبور و ماده ۲۴۷ ق.م. که می‌گوید معامله «به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود». می‌توان گفت که دو رکن اساسی معامله فضولی مال غیر بودن موضوع معامله و غیرمأذون بودن معامل فضول از سوی مالک یا قائم مقام قانونی وی محسوب می‌شود؛ زیرا مبنای نمایندگی اختیاری است که اصیل یا قانون‌گذار به نماینده برای تأثیرگذاری اراده او نسبت به دیگران می‌دهد تا با استفاده از این اثرگذاری بتواند قراردادی بنام اصیل منعقد نماید. اگر چنین اختیاری از پایه نمایندگی سلب شود آن را بی‌محتوا ساخته و از بین برنده نفوذ حقوقی عملی می‌گردد که شخص برای دیگری انجام می‌دهد به تعبیری سمت نمایندگی به فضولی تنزیل پیدا کرده و در مواردی نیز به مکافات تجاوز به حریم خصوصی مجازات می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۹۷). بنابراین مطابق این دیدگاه با اطلاق معامله فضولی بر عمل، فروشنده به رهن‌گذاری سند رسمی توسط او باطل نبوده و اجازه مالک است که می‌تواند چنین معامله‌ای را باطل و یا تنفیذ نماید.

بر نظریه انتقال مال غیر نامیدن عمل فروشنده اشکال شده است که مطابق ماده یک قانون انتقال مال غیر، انتقال عین یا منفعت مال دیگری موضوع تحقق این جرم به شمار می‌آید، حال آن که در موضوع مورد بحث، کمترین انتقالی صورت

طریق مورد نظر قانون‌گذار (تنظیم سند رسمی) مبادرت به انعقاد قرارداد پیش فروش با دیگری نماید جرم موضوع این قسمت از ماده ۲۳ محقق شده و حصول نتیجه، شرط تحقق این بزه نیست. باید توجه کرد که اگرچه مفاد مقررات ماده ۳ این قانون دلالت بر تکلیف تنظیم سند رسمی انتقال توسط متعاملین دارد اما ضمانت اجرای -کیفری ناشی از عدم رعایت این تکلیف صرفاً متوجه پیش فروشنده است و نه پیش خریدار؛ بنابراین اگر به عنوان مثال پیش خریدار با تنظیم یک قرارداد عادی مبادرت به پیش خرید یک آپارتمان کند اگرچه به تکلیف قانونی مقرر در ماده ۳ قانون عمل نکرده است اما عدم رعایت این امر جرم نیست. دلیل این حکم قانون‌گذار آن است که قانون پیش فروش یک قانون حمایتی است و قانونی است که از پیش خریدار حمایت می‌کند و چون معمولاً پیش‌فروشنده فردی قوی‌تر است قانون‌گذار جهت حمایت از پیش خریدار برای او جرم انگاری نکرده است» (ایزدی، ۱۳۸۷، ۶۱۹).

مطلب قابل توجه دیگر در این زمینه این است که «چنانچه پیش خریدار بخواهد حقوق خود را در خصوص ساختمانی که پیش خرید کرده به شخص یا اشخاص ثالث واگذار کند، او نیز طبق ماده ۳ قانون باید حقوق و تعهدات ناشی از آن را با تنظیم سند رسمی منتقل کند، اما عدم رعایت این تکلیف قانونی توسط پیش خریدار، ضمانت اجرای کیفری را به دنبال نخواهد داشت چراکه مدلول مقررات ماده ۲۳ قانون، به اشخاصی اشاره دارد که اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند نه اشخاصی که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد پیش فروش را به اشخاص ثالث واگذار می‌کنند» (ممی‌زاده، ۱۳۸۶، ۹۷).

قانون‌گذار در مقام بیان صرفاً به اشخاصی اشاره می‌کند که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش فروش ساختمان کنند و نه پیش خریداری که حقوق ناشی از قرارداد پیش خرید خود را به دیگری واگذار می‌کند. تفسیر مضیق قوانین -کیفری نیز اقتضای چنین تفسیری را دارد. از سوی دیگر سؤالی که ایجاد می‌شود این است که اگر قرارداد رسمی باشد و پیش فروشنده بعد از فروش واحدها ملک را به رهن بگذارد، وضعیت حقوقی چگونه است؟ چنانچه اشاره شد قرارداد پیش فروش ساختمان یک عقد عهدی و تشریفاتی است که می‌بایست با تنظیم سند رسمی در دفترخانه اسناد رسمی منعقد گردد و تنها کسانی می‌توانند به عنوان پیش فروشنده اقدام به تنظیم قرارداد نمایند که ضوابط موجود در ماده ۱ قانون پیش فروش را رعایت کرده باشند.

به همین علت قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات پیش فروشنده نسبت به واحد پیش فروشنده در هر قالب و با هر عنوانی منعقد گردد یک عقد تشریفاتی است که تنظیم سند رسمی شرط صحت و اعتبار آن هست بر همین اساس معاملات معارض حقوق پیش خریداران من جمله عقد رهن مؤخر به موجب حکم خاص قانون پیش فروش مواد ۱۷ و ۱۸، غیرنافذ بوده و منوط به رضایت پیش خریدار است. در نتیجه رهن مزبور نافذ نبوده و در صورت عدم تنفیذ پیش خریدار رهن باطل و بانک نمی‌تواند به‌عنوان حق عینی تبعی ساختمان را توقیف و طلب خود را با مزایده مال مرهون استیفا نماید.

در موردی که «زاهن ملک غیر را با اجازه او به رهن می‌گذارد در حقیقت آن مال را از مالکش برای رهن عاریه کرده است. ایراد شده که عاریه اباحه انتفاع از مال مورد عاریه می‌باشد، و رهن دادن از نوع

### ۵-۳. رهن مال پیش‌فروش شده از دیدگاه

#### قضات

در این قسمت، به بررسی رهن مال پیش‌فروش شده از دیدگاه قضات، نظریات حقوقی و رویه قضایی بررسی شود.

### ۵-۳-۱. نظر قضات (نشست حقوقی) پیرامون

#### رهن مؤخر بر پیش‌فروش

شخصی که مال غیرمنقول را به دیگری می‌فروشد سپس همان ملک را در رهن بانک قرار می‌دهد یا جهت آزادی کسی تودیع می‌نماید آیا مرتکب جرم شده است یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ فعل وی با کدامیک از مستندات قانونی منطبق است؟

نظر اول: در رهن بانک گذاشتن و یا برای آزادی زندانی تودیع نمودن مال غیرمنقول، انتقال نیست و صرفاً مرتهن یا دادگاه حقی نسبت به این مال پیدا می‌کنند، این حق را مالک می‌تواند با پرداخت وام به بانک و یا معرفی زندانی و یا مثلاً پرداخت جریمه ساقط نماید. زیرا ماده یک قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر می‌گوید کسی که مال غیر را با علم و اطلاع به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل نماید در ما نحن فیه انتقالی صورت نپذیرفته است بنابراین عمل ارتكابی فاقد وصف مجرمانه است. نظر دوم: با توجه به اینکه مالک نسبت به عین متعلق به خود حق عینی اعم از اصلی و تبعی (فرعی) پیدا می‌کند و رهن گذاشتن مال جزء حقوق عینی فرعی است و در مورد سؤال مرتهن دارای این حق می‌شود می‌توان گفت فروشنده با رهن گذاشتن مال، حق عینی آن را به مرتهن منتقل نموده و از مصادیق کلمه (عین) مندرج در قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر و

منافعی که مال برای انتفاع از آن عاریه می‌شود نیست، و از طرف دیگر ممکن است آن مال در اثر عدم تأدیه دین منتهی بفروش شود و از ملکیت مالک خارج گردد و این امر با عاریه معمولی که اباحه منفعت به شرط بقاء عین در ملکیت مالک می‌باشد منافات دارد. ایراد مزبور وارد نیست زیرا در رهن مال غیر، مرتهن بوسیله رهن بر مال غیر مسلط می‌شود که چنان چه طلب او تا موعد مقرر تأدیه نشود بتواند از ثمن فروش آن استیفاء طلب بنماید و این امر مانند آن است که کسی مالی را به دیگری عاریه دهد و یا اذن دهد که هرگاه محتاج به پول شود بتواند آن را بفروشد و از ثمن آن استفاده کند و عوض آن را به مالک بدهد اجازه فروش مورد عاریه، آن را قبل از بیع از عاریه بودن خارج نمی‌نماید و به ملکیت مستعیر درآورد، بلکه مستعیر مالی را که به طور عاریه در دست دارد به وکالت از طرف مالک می‌فروشد و ثمن آن را به عنوان قرض تملک می‌کند و از آن حق مرتهن را اداء می‌نماید» (نوبخت، ۱۳۹۲، ۱۷۹).

« رهن گذاردن مالی که برای این امر عاریه شده مانند دفن مرده در زمینی که برای آن عاریه شده است، می‌باشد و عقد عاریه را لازم نمی‌گرداند و هر زمان معیر می‌تواند عقد عاریه را فسخ بنماید ولی او نمی‌تواند فک رهن یا تبدیل آن را به مال دیگر بخواهد یا متعرض مرتهن در فروش مال در صورت نپرداختن دین شود، زیرا مال مزبور به اذن مالک متعلق حق مرتهن قرار گرفته و چون رهن از طرف رهن لازم است برای مالک که اذن رهن را داده است نیز لازم می‌باشد» (ذاکری‌نیا، ۱۳۸۹، ۱۷۰).

در نتیجه رهن مزبور نافذ نبوده و در صورت عدم تنفیذ پیش خریدار رهن باطل و بانک نمی‌تواند به عنوان حق عینی تبعی ساختمان را توقیف و طلب خود را با مزایده مال مرهون استیفا نماید.

ابطال عقد رهن و سند رهنی ۲ - الزام به فک رهن  
 ۳ - الزام به اخذ صورت مجلس تفکیکی ۴ - الزام به  
 تفکیک ملک و ۵ - الزام به تنظیم سند رسمی به  
 طرفیت مالک رسمی ملک (راهن) و بانک (مرتهن)  
 می‌نماید؛ با توجه به مقررات مندرج قانون مدنی،  
 قانون ثبت اسناد و املاک و قانون پیش‌فروش  
 آپارتمان‌ها، آیا دعاوی خواهان‌ها قابل‌پذیرش  
 می‌باشد؟

نظر هیئت عالی: گرچه قانون‌گذار برای انجام  
 معاملات و تنظیم قراردادهای پیش‌فروش  
 آپارتمان‌ها مقررات و تشریفات قانونی وضع نموده  
 است (مواد ۲۴، ۲۳، ۲۲، ۱۱، ۴، ۳، ۲ قانون  
 پیش‌فروش ساختمان). به طوری که در ماده ۲۳  
 قانون مرقوم، برای پیش‌فروشنده‌ای که بدون  
 تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان  
 نماید، مجازات حبس یا جزای نقدی تعیین شده و  
 در ماده ۱۰ قانون مذکور وجه تسهیلات دریافتی  
 پیش‌خریدار براساس قرارداد پیش‌فروش، توسط  
 بانک به حساب پیش‌فروشنده واریز و مالکیت  
 عرصه به نسبت سهم واحد پیش‌خریداری شده و  
 نیز حقوق پیش‌خریدار نسبت به آن واحد به عنوان  
 تضمین اخذ می‌گردد؛ بنابراین اولاً؛ پیش‌فروشنده  
 ملزم به تنظیم سند رسمی است و ضمانت اجرای  
 تخلف از مقررات قانون یادشده مجازات قانونی  
 پیش‌فروشنده می‌باشد و خللی به صحت قرارداد  
 وارد نمی‌شود. ثانیاً؛ مالک یا پیش‌فروشنده حق  
 ترهین سند مالکیت رسمی را به میزان سهم پیش  
 خریدار را نداشته است. ثالثاً؛ با وجود مواد ۲۲، ۴۶  
 تا ۴۸ قانون ثبت و مقررات قانون پیش‌فروش  
 آپارتمان‌ها، قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده ۶۲  
 قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب  
 ۱۳۹۵/۱۱/۰۱ مجلس شورای اسلامی که به تأیید  
 شورای نگهبان رسیده اسناد عادی را که از سوی

در حکم کلاهبرداری است. نظر سوم: انتقال مال  
 غیر ماهیتاً کلاهبرداری نیست چرا که مانور  
 متقلبانه در آن وجود ندارد و اگر کلاهبرداری باشد  
 دیگر لزومی نداشت که قانون خاصی تصویب  
 نمایند. قانون مدنی می‌گوید عقد رهن از عقود ناقله  
 نیست اگرچه ممکن است که حق عینی تبعی ملک  
 به مرتهن منتقل شود بنابراین می‌توان مورد را  
 مشمول قانون مجازات اشخاصی که مال غیر را  
 عوض مال خود معرفی می‌نمایند دانست (بشیری،  
 ۱۳۹۳، ۵۶). چنان‌چه ایراد گرفته شود که در رهن  
 چون هنوز راهن بدهکار نیست مشمول کلمه  
 مدیون در قانون فوق‌الذکر نمی‌شود در پاسخ: با  
 مقداری مسامحه می‌توان گفت منظور از مدیون  
 می‌تواند شخصی هم که مال را رهن می‌گذارد باشد  
 زیرا در زمان تصویب این قانون ظاهراً عملیات بانکی  
 رهن و غیره مرسوم نبوده است.

### ۵-۳-۲. نظر قضات در خصوص ترهین ملک پیش‌فروش شده برای ساخت چند واحد

پرسش: شخص الف که مالک رسمی یک قطعه  
 زمین دارای سند مالکیت رسمی می‌باشد؛ قصد  
 ساخت چندین واحد آپارتمان را دارد در شروع  
 عملیات ساخت و یا در جریان ساخت، اقدام به  
 پیش‌فروش واحدهایی که قصد احداث آن‌ها را دارد  
 (با سند عادی و بدون رعایت مقررات و الزامات مقرر  
 در قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها) به اشخاص  
 مختلف می‌نماید، سپس با مراجعه به یکی از  
 بانک‌ها و در رهن قرار دادن سند مالکیت ملک،  
 اقدام به اخذ تسهیلات می‌نماید و پس از آن به  
 علت عدم پرداخت اقساط، بانک درصدد وصول  
 طلب خود از عین مرهونه، از طریق اجرای ثبت و  
 اخذ اجرائیه برمی‌آید. سپس، خریداران ملک با  
 ادعای این که قبل از ترهین ملک نزد بانک، حقوقی  
 برای آن‌ها ایجاد شده مبادرت به طرح دعاوی: ۱-

ایجاب می‌کند که در هنگام تنظیم سند انتقال ملک از قید هرگونه بازداشت و رهنی آزاد باشد. با توجه به این‌که عقود و قراردادها نسبت به طرفین قرارداد که آن را منعقد کرده‌اند اعتبار دارد و نسبت به اشخاص ثالث نافذ و معتبر نیست و قراردادی که بانک در چارچوب قواعد و مقررات با سازنده آپارتمان منعقد کرده لازم و معتبر است و از طرفی سازنده آپارتمان ممکن است تعهدات دیگری به غیر از قرارداد رهنی در اختیار بانک قرارداد شده باشد؛ لذا این تعهدات ناظر به شخص سازنده و بانک بوده و افراد عادی نمی‌توانند به اسناد مقدم‌الصدور عادی یا هر قرارداد پنهان دیگری، ابطال قرارداد رهنی بانک را تقاضا کنند و مغایر با اصل قرارداد مذکور است.

#### ۶. نتیجه

در مقاله حاضر به بررسی این سوال پرداخته شد که وضعیت حقوقی رهن بر انتقال در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان چگونه است؟ در صورتی که عقد رهن بعد از قرارداد پیش‌فروش باشد، رهن مال غیر است و در نتیجه این نوع رهن غیر نافذ است. قرارداد پیش‌فروش ساختمان یک عقدعه‌دی و تشریفاتی است که می‌بایست با تنظیم سند رسمی در دفتر خانه اسناد رسمی منعقد گردد و تنها کسانی می‌توانند به عنوان پیش‌فروشنده اقدام به تنظیم قرارداد نمایند که ضوابط دوگانه موجود در ماده ۱ قانون پیش‌فروش را رعایت کرده باشند. نکته دیگر این که قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده نسبت به واحد پیش‌فروش شده در هر قالب و با هر عنوانی منعقد گردد یک عقد تشریفاتی است که تنظیم سند رسمی شرط صحت و اعتبار آن هست. در خصوص رهن مؤخر آپارتمانی که پیش‌فروش شده است باید گفت رهن آپارتمان ساخته نشده به دلیل عدم امکان قبض آن محکوم

دادگاه اعتبار شرعی آن‌ها احراز گردد در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد و معتبر دانسته و در این صورت قابلیت معارضه با اسناد رسمی را خواهد داشت، بنابراین طرح دعاوی مندرج در پرسش طرح شده از سوی خریداران از جمله الزام به تنظیم سند رسمی، اخذ صورت مجلس تفکیکی و... قابلیت استماع و رسیدگی دارد (صورتجلسه نشست قضایی کرمان، ۱۳۹۸)

براساس ماده یک قانون پیش‌فروش ساختمان در فرض سؤال قرارداد پیش‌فروش ساختمان منعقد گردیده است و شرط مندرج در ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان (انجام قرارداد از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی) به منظور حفظ حقوق خریداران می‌باشد و عدم انجام شرط صرفاً ضمانت‌گیری دارد و به صحت قرارداد خللی وارد نمی‌کند و از آن جایی که به موجب ماده ۷۷۳ قانون مدنی هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست را نمی‌توان مورد رهن قرارداد در فرض سؤال واگذاری مبیع به خریداران و در رهن قرار دادن آن دارای اشکال می‌باشد و دعاوی مطروحه مبنی بر ابطال قرارداد رهن و الزام به تنظیم سند رسمی قابل‌پذیرش می‌باشد.

با توجه به مفاد قرارداد و تعهدات طرفین و ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد تنظیمی از باب تعهدات طرفین از جمله قراردادهای لازم بوده و بین طرفین و قائم مقام قانونی آنان معتبر و لازم‌الاجرا است. مبنای تعهدات طرفین و مقتضای اطلاق آن قرارداد و شروط ضمنی و مصرح در قرارداد ایجاب می‌کند که پس از تکمیل ساختمان از ناحیه مالک سازنده و اخذ گواهی پایان کار و صورت مجلس تفکیکی، واحد مورد معامله، منطبق با قرارداد به خریدار، انتقال رسمی و قطعی یابد. اطلاق چنین قراردادی

به بطلان است؛ چراکه مورد معامله، مالی کلی و فاقد وجود خارجی است. آن چه وجود خارجی و ملموس ندارد، امکان و قابلیت قبض و تسلیم را نیز فاقد می‌باشد. هم‌چنین اگر با تسامح نیز نسبت به ضرورت قبض نگریسته شود. بدین معنی که با اعمال نظریه قبض عرفی، هدف رفع اشکال قبض آپارتمان احداث نشده باشد، باز هم می‌توان بر این عقیده بود که در رهن آپارتمان ساخته نشده قبض عرفی نیز مصداق نمی‌یابد، بنابراین تعجبی ندارد که حتی کسانی که قبض را شرط تحقق عقد رهن نمی‌دانند، رهن مالی که موجود نیست را صحیح تلقی نکنند؛ زیرا در چنین موردی قبض عرفی نیز مصداق پیدا نمی‌کند، غیرنافذ بوده و منوط به رضایت پیش خریدار است

#### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش، هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

## منابع

## فارسی

- قاسمی، مهدی، دعوی تنفیذ قرارداد در رویه دادگاه‌ها، چاپ اول، تهران، نشر چراغ دانش، ۱۳۹۴
- کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- مجیدیان، مریم؛ مرادزاده، حسن؛ امیرمحمدی، محمدرضا، «ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش‌فروش ساختمان»، مجله مطالعات حقوقی، شماره بیست و هفتم، ۱۴۰۱.
- محسنی، مرتضی؛ کلانتریان، مرتضی، مجموعه نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، چاپ اول، تهران، نشر جنگل / جاودانه، ۱۳۸۹.
- ممی‌زاده، مهدی، «ماهیت شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان»، ماهنامه حقوق کانون سردفتران، شماره هشتاد و هفتم، ۱۳۸۶.
- نعمت‌الهی، اسماعیل، قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.
- نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۹۲.
- الوانچی، محمدقاسم؛ ظهراپی‌کیش، موسی؛ عامری‌نیا، محمدباقر، «بررسی و تحلیلی بر قواعد حقوقی حاکم بر پیش‌فروش ساختمان در فقه و حقوق ایران»، مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره چهارم، ۱۳۹۹.
- صورتجلسه نشست قضایی، امکان ترهین ملکی که سابقاً جهت ساخت چند واحد پیش‌فروش شده است، کرمان، ۱۳۹۸.
- **عربی**
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۸.
- اسدی، بهنام، «جایگاه حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در رویه قضایی»، مجله پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، شماره چهارم، ۱۳۹۷.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ششم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیة، ۱۳۸۶.
- ایزدی، علی‌اکبر؛ کاویار، حسن، «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، مجله تخصصی فقه و حقوق، شماره هشتم، ۱۳۸۷.
- باقری، احمد، فقه مدنی عقود تملیکی (بیع - اجاره)، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- بشیری، عباس، بررسی و تحلیل قراردادهای پیش‌فروش و مشارکت ساختمان (در قوانین و مقررات موضوعه و رویه قضایی)، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- پیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در بیع، چاپ اول، نشر شالیزار، ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
- حائری شاه‌باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ذاکری‌نیا، حانیه، قراردادهای مشارکت در ساخت‌وساز، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادهای در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران، نشر ققنوس، ۱۳۷۶.
- طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸.
- ظاهر بغلانی، حمید، «معامله فضولی در فقه اهل بیت (ع) و تمایز آن با انتقال مال غیر در نظام حقوقی ایران از سال ۱۲۹۰ تاکنون»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی استاد منصور عطاشنه، تهران، دانشکده حقوق و معارف اسلامی، ۱۳۹۵.
- قاسمی، حامد، بررسی حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۹۴.

