بررسی و تحلیل ابعاد مختلف قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389

مجید سراجی کرمانی وکیل دادگستری – مشاور حقوقی وزارت راه و شهرسازی

**نخست ـ اهداف قانون :**

تامین امنیت و عدالت اجتماعی در حوزه مسکن: در طول چند دهه گذشته اقشار ضعیف و متوسط اقتصادی جامعه از قبیل کارگران و کارمندان تنها از طریق پیش خرید اقساطی امکان خانه دار شدن را داشته اند اما گاه علی رغم پرداخت تمام ثمن و اقساط با این حال از امنیت قراردادی برخوردار نبودند زیرا:

اولاً ـ به دلیل فقد سابقه ثبتی، معاملات معارض صورت می گرفت به گونه ای که حسب اعلام جراید در یک مورد خاص یک دستگاه آپارتمان به 48 نفر فروخته شد!.

ثانیاً ـ حتی اگر سابقه قرارداد نیز ثبت می شد بازهم امکان تخلف و فروش واحد ساخته شده به اشخاص ثالث وجود داشت زیرا به دلیل تعریف نظام حقوقی و فقهی ما از بیع که مقرر می دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»(ماده 338 ق.م) به دلیل عین معین نبودن آپارتمان در زمان قرارداد هیچگونه حمایت حقوقی از خریدار بعمل نمی آمد و حد اکثر «تعهدی کلی» بر ذمه فروشنده تلقی می شد و هیچگونه رابطه و حقوق مالکانه عینی میان خریدار و واحد ساخته شده برقرار نمی شد. چه بسا دست خریدار به همین مقدار نیز بند نبود زیرا ماده 361 ق.م نیز مقرر می دارد:« اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

نتیجه آنکه خریداران تنها قربانی رفتار مجرمانه فروشندگان متخلف وکلاهبردار نبودند بلکه همچنین قربانی نظام حقوقی و ثبتی(اعم از ثبت املاک و ثبت شرکتها) نیز بودند. این در حالی است که حاکمیت نه تنها موظف به پیشگیری از وقوع جرم است بلکه همچنین خود موظف به تامین مسکن مناسب برای هر خانواده است.

اهداف حقوقی:

1 ـ پیشگیری از انتقالات مکرر به نحو معارض 2 ـ پذیرش نوعی از بیع عین غیر معین و غیر موجود توام با انتقال تدریجی مالکیت

**دوم ـ روش های تعیین شده برای حصول به اهداف:**

1ـ جرم انگاری 2 ـ الزام به ثبت رسمی قراردادها 3ـ صدور شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد 4ـ روی آوردن به تاسیس حقوقی جدید 5 ـ تعیین پاره ای مقدمات و شرایط اولیه برای پیش فروش(مانند: اتمام عملیات پی – وجود سابقه ثبتی – اتمام حداقل 30درصد خدمات و وفضاهای عمومی و ...)

**سوم ـ تاسیس ها و نوآوری های حقوقی:**

افزودن بر فهرست عقود معین در نظام حقوقی ایران از طریق ایجاد و تعریف عقد جدیدی تحت عنوان «پیش فروش ساختمان» با ماهیت «بیع تدریجی»(تملیک مبیع به نسبت ثمن دریافتی)

**چهارم ـ حوزه شمول قانون:**

علی رغم آنکه در مراحل مقدماتی تصویب برخی عقیده داشتند مواردی که احتمال معامله معارض وجود ندارد از شمول قانون استثنا شود(از قبیل پیش فروش های دولتی، موارد تابع قوانین خاص، مسکن مهر، پیش فروش تعاونی های مسکن به اعضاء خود، معاملات فی مابین اقرباء و ...) معهذا قانون مذکور بدون هرگونه استثنایی به تصویب رسیده است. بعلاوه تمامی حوزه های سکونتگاهی اعم شهری و روستایی و شهرکها با هرنوع کاربری اعم از مسکونی، تجاری، اداری، آموزشی، صنعتی و غیره را دربر می گیرد.

**پنجم ـ نوع مجازاتها:**

حبس، جزای نقدی، تعلیق و ابطال پروانه کسب، توقیف رسانه(حبس و جزای نقدی با اعمال مواد67 و 28 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 قابل تبدیل و تعدیل می باشد)

**ششم ـ سابقه موضوع:**

1ـ سابقه آسیب شناسی های اقتصادی اجتماعی: پس از انقلاب با رشد مهار نشده جمعیت و سیل تقاضا برای خانه دار شدن مردم توام با فقر و ضعف بنیه اقتصادی و از سویی دیگر عدم نظارت بر ثبت و فعالیت شرکتها صدها شرکت با سرمایه اسمی اندک (مثلاً یکصدهزارتومان) تشکیل و با سوء استفاده از نیاز و فقر مردم با امیدوار نمودن مردم به خانه دار شدن اقدام به اخذ مبالغی از مردم و خود داری از ایفاء تعهدات و کلاهبرداری های متعدد نمودند.

2ـ سابقه واکنش به معاملات معارض در حقوق کیفری ایران:

الف ـ قانون راجع به مجازات انتقال مال غیر مصوب 1308 (تشدید شده با قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب 1367)

ب ـ ماده 117 قانون ثبت مصوب 1310 : « هرکس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول)حقی به شخصی یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهد معارض با حق مزبور بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.»

3ـ سابقه فقهی حقوقی موضوع:

الف ـ از نظر بیع مال غیر موجود: چون در میان انواع عقود عقد بیع است که اثر انتقال مالکیت را داشته و در واقع کاملترین حق عینی که حق مالکانه است از طریق بیع حاصل می شود لذا همواره خریداران مایل بوده اند از این نوع عقد استفاده کنند اما به موجب ماده 338 قانون مدنی مصوب 1307که از فقه امامیه اقتباس شده است «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». با این تعریف مالکیت ساختمانی را که قرار است در آینده ساخته شود نمی توان در هنگام قرارداد که چیزی موجود نیست به خریدار انتقال داد. حد اکثر می توان «تعهدی کلی» بر ساخت و فروش داد. در اینصورت نیز حتی پس از ساخت نیز خریدار نمی تواند ادعای حقی عینی نسبت به ساختمان را داشته باشد زیرا حسب اصول حقوقی و موازین فقهی در فروش «عین کلی» تعیین «مبیع» بر عهده فروشنده است نه خریدار. ماده 361 ق.م نیز مقرر می دارد:« اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». استاد فقید حقوق مرحوم دکتر کاتوزیان با درک اهمیت موضوع در تفسیر ماده 361 نوشت : «بطلان بیع در صورتی مسلم است که عین معین به عنوان تملیک مال موجود فروخته شود ولی در نفوذ بیع عینی که در آینده ساخته می شود (مانند آپارتمان و مبلی که سفارش داده شده) تردید است و صحت آن ترجیح دارد» {منبع : قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی}

دیگر حقوقدانان نیز در راستای رسالت خود برای ارائه تفسیری که به سود خریداران باشد با تمسک به سایر عناوین عقود و تعهدات از قبیل «مشارکت مدنی»، «بیع سهم مشاعی از زمین با شرط فعل احداث»، «تعهد به تملیک مال آینده پس از ایجاد (بیع معلق)»، «عقد صلح»، «قرارداد ماده 10 قانون مدنی» ذیل پوشش ماده 223 قانون مدنی که بیانگر اصل صحت معاملات است سعی در پر نمودن خلاء حقوقی به سود عدالت و انصاف اجتماعی نمودند.

ب ـ از نظر سررسید ثمن و مبیع:

انواع بیع از نظر موعد تحویل ثمن و مبیع عبارتند از نقد – نسیه – سلف – کالی به کالی

کلیه پیش فروش ها به دلیل موجل بودن عوضین منطبق بر عنوان بیع کالی به کالی بوده و این نوع بیع در فقه و قانون مدنی ایران از عقود باطله است.

4ـ سابقه از نظر الزام قانونگذار به ثبت معاملات عادی:

به موجب مواد 46 و 47 قانون ثبت اسناد و املاک مصوب 1310 ، ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به اموال غیر منقول الزامی گردید و در جهت تضمین و تقویت این حکم ماده 48 ق. ث تصریح نمود سندی که باید به ثبت برسد اگر به ثبت نرسد در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

5 ـ سابقه از نظر تجمیع عقود: قانون پیش فروش ساختمان در ماده یک قراردادهای مختلف را در ذیل یک عنوان تجمیع نموده است. در سابقه قانونگذاری دیده شده است که گاه قانونگذار بنا بر مصلحتی از برخی جهات برخی از عناوین مختلف عقود را تجمیع نموده و مشمول یک حکم واحد قرار می دهد از جمله :

الف ـ با وجود آنکه عقد بیع و صلح اثر انتقالی دارد اما قانونگذار تمام عقود انتقالی را که در آن فروشنده(انتقال دهنده) شرطی برای بازپس گیری و انصراف از انتقال گذاشته است در ماده 33 قانون ثبت 1310 تحت عنوان «معاملات با حق استرداد» تجمیع نموده است و بی آنکه به ضوابط و اصول هر یک از عقود تعرضی یا مداخله ای نماید یا تغییری در آنها دهد فقط از نظر ثبت مالکیت، تقاضای ثبت مالکیت را فقط از فروشنده(انتقال دهنده) پذیرفته است نه از خریدار(انتقال گیرنده). مانند بیع با شرط خیار- بیع با شرط نذر – بیع با شرط وکالت – صلح یا هر عقد ناقله دیگر که متضمن حقی برای استرداد باشد.

فرض قانونگذار این بوده که در موارد بالا در واقع حقیقت معامله، انتقال مالکیت نبوده بلکه پوششی برای تضمین و وثیقه پرداخت دیون بوده است آنهم دیونی که غالباً جنبه ربوی داشته است.

ب ـ قانون موجر و مستاجر 1356 در ماده یک مقرر می دارد هر محلی که به هرعنوانی از قبیل اجاره، صلح منافع یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره به تصرف دیگری داده بشود مشمول این قانون خواهد بود.

ج ـ ماده 595 قانون مجازات اسلامی مصوب1392 :«هر نوع توافق بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، صلح، قرض و امثال آن جنسی را با شرط اضافه معامله نماید ... ربا محسوب و جرم شناخته می شود».(در قانون مجازات اسلامی مصوب 1375 نیز همین تعریف آمده بود.)

در همه مثالهای بالا مداخله قانونگذار برای جلوگیری از خدعه در لباس عقود قانونی است تا عقود شرعی و قانونی پوششی برای ارتکاب تخلف یا فرار از حکم قانون نباشد.

د ـ ماده 47 قانون ثبت مصوب 1310 در راستای تامین نظم عمومی در معاملات، صلح نامه و هبه نامه و شرکت نامه و نیز کلیه عقود راجع به اموال غبر منقول را مشمول حکم مشترکی قرار داده است.(حکم ثبت اجباری)

6 ـ سابقه از نظر صدور شناسنامه ساختمان:

بند ز ماده 21 قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان به شناسنامه فنی و ملکی ساختمان اشاره نموده است. آیین نامه ماده 33 قانون مزبور( که به اشتباه تحت عنوان مبحث دوم مقررات ملی ساختمان- نظامات اداری از سوی دفتر امور مقررات ملی ساختمان وزارت مسکن و شهرسازی چاپ و منتشر شده است) توضیحات بیشتری در مورد این شناسنامه داده است

**هفتم ـ انتقادات وارد بر قانون:**

1ـ بلاتکلیفی و سرگردانی مقنن میان دو سیاست تقنینی: «تجمیع» یا «تاسیس» ؟ :

در سابقه نظام تقنینی ایران قانونگذار در راستای عمل به وظیفه ذاتی خود که تنظیم روابط اجتماعی از طریق وضع قانون و ایجاد نهادها و تاسیس های قانونی است گاه دست به خلق و ایجاد و تاسیس یک عقد معین و خاص زده است این عقود بیشتر از فقه امامیه اقتباس گردیده است مانند بیع، وکالت، جعاله، نکاح، رهن، اجاره و ... و گاه از حقوق عرفی و نوین مانند عقد بیمه(با تمام انواعی که دارد).

گاه نیز قانونگذار در اجرای همین وظیفه بی آنکه در شرایط و لوازم و ارکان عقود معین تغییراتی دهد بنابر برخی ضرورت ها و مصالح صرفاً در مورد خاصی حکم مشترکی را برای برخی یا همه آنها تعیین می کند. بنابراین مقنن اگر در پی «تجمیع» باشد به تعریف عقد جدید با ارکان و شرایط جدید و تعیین حقوق و تعهدات دست نمی زند و اگر سیاست «تاسیس» را دنبال نماید بایستی بی آنکه از طرفین بخواهد یا آن دو را ملزم نماید که حقوق و تعهدات و شرایط خاصی را در قرارداد پیش بینی کنند خود دست به خلق و آفرینش حقوق و تعهدات زده و بدین ترتیب سامانه ای را ایجاد می کند که طرفین صرفاً و باصطلاح با بیان ایجاب و قبول به آن بپیوندند نه آنکه بسان عقود غیر معین موضوع ماده 10 قانون مدنی خود بند به بند شرایطی را در قرارداد قید نمایند.

در قانون پیش فروش ساختمان از یک طرف عقودی را قانونگذار ذیل یک حکم تجمیع نموده است و از طرف دیگر در پی آن بوده است که برای اولین بار دست به تاسیس عقد جدیدی بزند و برای این کار نیز حقوق و تعهدات و شرایطی را در نظر داشته است که همانند سایر تاسیس های حقوقی بر طرفین تحمیل نماید اما هنگامی که شورای نگهبان ایراد مغایر شرع را مطرح می نماید مجلس برای حل صوری مشکل شرعی، دو طرف قرارداد را ملزم می نماید حقوق و تعهدات مزبور را خود در قرارداد بیاورند. تملیک و انتقال تدریجی در ماده 13 که با تسامح در تعبیر می توان از آن به «بیع تدریجی» نام برد بخشی از این تاسیس حقوقی بوده که هرچند مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است اما چون مقنن در اصل تاسیس عقد پیش فروش ناکام مانده است نخواهد توانست به جایگاه مهمی در نظام حقوق قراردادها دست یابد. در مکانیزم تاسیس، اشخاص فقط با یک توافق محض و ساده به سیستم و مکانیزم معینی که قانونگذار خلق کرده می پیوندند و ملحق می شوند برخلاف عقود ماده 10 که اشخاص خود به خلق تمامی شرایط و آثار قرارداد دست می زنند . در واقع در قانون پیش فروش مقنن میان عقد معین و غیر معین سرگردان و بلاتکلیف است.

این ابهام و سردرگمی و تناقض در ضمیر و محتوای قانون در مواد مختلف خودنمایی میکند. از جمله حکم مذکور در ماده 11 که حداقل 10 درصد از ثمن را همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول دانسته است. شورای نگهبان بدواً این حکم را تحمیل بر طرفین و خلاف شرع عنوان نمود. لذا مجلس برای رفع ایراد در ماده 2 تکلیف نمود که طرفین خود این شرط را در قرارداد ذکر نمایند . کاملاً بدیهی است شرطی که بر اساس خواست و اراده دو طرف در قرارداد آورده شود منطقاً و اصولاً با همان دو اراده نیز قابل تغییر و کاهش و افزایش و یا قابل اسقاط خواهد بود با این حال قسمت اخیر ماده 11 تصریح نموده است که طرفین نمی توانند برخلاف آن توافق کنند! تردی نیست این حکم مغایر منطق و اصول حقوقی است.

از نظر فرایند قانونگذاری چنانچه با وجود ایراد شورای نگهبان مجلس همچنان اصرار می ورزید و احکام مزبور در مجمع تشخیص مصلحت به تصویب می رسید در آنصورت شاید این قانون می توانست ادعا نماید که دست به یک تاسیس زده است. چنانچه تکلیف قانونگذار در قالب مواد متعدد بعنوان تحمیل بر اراده دو طرف عقد حسب نظر شورای نگهبان خلاف شرع باشد بدیهی است الزام به ذکر در قرارداد نیز ماهیتاً تحمیل شرایط به طرفین و باز هم خلاف شرع خواهد بود با این حال پس از پیش بینی تکلیف مقرر در ماده 2 قانون متن تغییر یافته بدون هرگونه ایرادی به تایید شورای نگهبان رسیده است.

2 ـ مغایرت با توصیه های علوم نوین جرم شناسی و سیاست جنایی:

سالهاست که مطالعات دانشمندان علوم جرم شناسی و سیاست جنایی در بسیاری از کشورهای رشد یافته به این نتیجه رسیده است که اولاً مقابله با پدیده انحراف و جرم را از قلمرو کیفری و جزایی خارج کرده(جرم زدایی) و ثانیاً حتی الامکان برخورد با این پدیده را از حوزه دادگستری نیز که موجب تحمیل هزینه های بسیار برای جامعه و غیر موثر است خارج کرده و به حوزهای دیگر مانند اداری، صنفی، اجتماعی، اقتصادی که بسیار موثر و کارا و نیز بسیار کم هزینه است وارد نمایند.(قضا زدایی). بعنوان مثال صادر کننده چک های بلامحل متعدد را بجای محکومیت به مثلاً دو سال حبس که هیچ تاثیری جز تحمیل هزینه بر جامعه ندارد و بدلیل بی سرپرست شدن یک خانواده در طول دوره حبس آسیب های اجتماعی دیگری نیز بدنبال خواهد آورد ساده ترین و موثرترین روش آن است که با صادرکننده چک بلامحل در خارج از نظام قضایی در سیستم بانکی از طریق محرومیت از دریافت هرگونه دسته چک و سلب اعتبار از وی برای اخذ هرگونه تسهیلات مالی یا قبول ضمانت و مسدود شدن کلیه حسابها و محرومیت از تمام یا قسمتی از خدمات بانکی با متخلف برخورد شود. این تنها یک مثال است و البته برای مقابله با بسیاری از تخلفات باید از آن الگو گرفت.

علی رغم تاکید سیاستهای کلی نظام در بخش قضایی بر جرم زدایی و قضا زدایی متاسفانه هنوز قانونگذار بر کیفری و جزایی نمودن بسیاری از تخلفات تاکید دارد.شاید بدین خاطر که وضع اینگونه ضمانت اجراهای کیفری که نیاز به مطالعات و تحقیقات و تدابیر و ابزار خاصی ندارد برای قانونگذار ایران آسان ترین روش محسوب می شود.

3 ـ عدم استفاده از ظرفیتهای سایر قوانین برای تامین هدف اصلی از وضع این قانون :

بی آنکه ضرورتی به وضع و تصویب قانون و مواد جدیدی که موجب بلاتکلیفی خیل عظیمی از سازندگان و خریداران و دستگاههای دولتی و مراجع ثبتی و قضایی و صنفی و آشفتگی نظام حقوقی شود دولت می توانست با بهره مندی درست از قوانین موجود و اصرار بر اجرای آنها به هدف خود برای جلوگیری از انجام معاملات معارض دست یابد.

ـ بند ز ماده 46 قانون برنامه پنجم توسعه مصوب 1389 مقرر می دارد:« سازمان ثبت اسناد کشور و وزارت بازرگانی با همکاری سازمان امور مالیاتی مکلفند نسبت به گسترش سامانه الکترونیکی امن معاملات املاک و مستغلات در سطح کشور اقدام نمایند. کلیه دستگاههای اجرایی ذیربط موظف به همکاری برای اجرای کامل این سامانه می باشند.»

ـ تصویب نامه در خصوص تشکیل سامانه اطلاعات املاک و مستغلات مصوب 21/10/87 وزیران عضو کارگروه در بند یک مقرر می دارد: با هدف ساماندهی بازار زمین و مسکن و جمع آوری و یکپارچه سازی اطلاعات مربوط به تمامی املاک و مستغلات و صدور شناسنامه هوشمند « سامانه اطلاعات املاک و مستغلات » تشکیل می شود.

ـ تصویب نامه نمایندگان ویژه رئیس جمهور در کارگروه مسکن در خصوص تکمیل سامانه اطلاعات املاک و مستغلات مصوب 15/10/89

ـ بند 5 سیاستهای کلی نظام در امور مسکن مصوب 1389 مبنی بر ایجاد بانک اطلاعات زمین و مسکن

4 ـ ناکارامدی و عدم موفقیت در هماهنگی و اتصال میان معاملات مرتبط با قرارداد پیش فروش:

تمام تمرکز قانون بر تنظیم رابطه دو طرف قرارداد اصلی بوده و از وجود سایر معاملات مرتبط و تاثیر غیر قابل انکار آن بر قرارداد پیش فروش به شدت غفلت شده است. سرمایه گذاری که با مالک توافق نموده است در ازاء ساخت همه واحدها تعدادی از آن واحدها در سهم و مالکیت اختصاصی وی قرار گیرد در هنگام تنظیم قرارداد پیش فروش در خصوص واحدهای اختصاصی خود ناخواسته و بطور طبیعی شرایط فی مابین خود و مالک اصلی را به پیش خریدار تحمیل می نماید حتی اگر سکوت نیز شود این تحمیل برابر اصول حقوقی و به حکم قانون وجود دارد. چه بسا اقدامات یا تخلفات مالک اصلی در سرنوست قرارداد پیش فروش نیز موثر باشد. همچنین است در خصوص مستاجرین اراضی خصوصی و دولتی وموقوفه .

از سویی دیگر پیش خریدار نیز ممکن است مرتبط با قراردادهای فرعی دیگری باشد که سرنوشت قرارداد پیش فروش را تغییر دهد از جمله قراردادهای تسهیلاتی بانکی که خریدار ممکن است برای تامین وجه معامله با بانک منعقد سازد. ماده 10 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389مقرر میدارد در موارد اعطا تسهیلات بانکی برای خرید بانکها وجه تسهیلات را به حساب پیش فروشنده واریز می نمایند. بدیهی است این حکم به تنهایی کافی برای تنظیم روابط اشخاص ذینفع در موضوع نمی باشد بعنوان مثال اگر قرار باشد پیش خریدار طبق ماده 12 پرداخت اقساط را منوط به تحقق پیشرفت کار نماید در اینصورت بانک چگونه می تواند انعطاف و مکانیزم لازم را در محاسبه زمان واریز هرقسط به حساب فروشنده و محاسبه و مطالبه اقساط تسهیلات و سود آن از خریدار داشته باشد؟ در پروژه هایی گسترده و ملی که متکی بر قراردادهای چندجانبه میان بانک و دولت و انبوه ساز و شهرداری و غیره است مانند مسکن مهر این قانون از انعطاف و کارایی لازم برخوردار نمی باشد.

5 ـ تعارض با اصول حقوق جزا و اصول دادرسی کیفری:

به موجب ماده 64 ق آ د ک مصوب 1392 در پنج مورد دادستان تکلیف به تعقیب متهم دارد که دو مورد آن عبارتند از شکایت شاکی و اعلام مقامات رسمی. از سویی دیگر برابر ماده 65 اعلام جرم تنها در جرایم غیر قابل گذشت مصداق داشته و در جرایمی که قابل گذشت است اعلام جرم ممکن نمی باشد. ماده 12 ق آ د ک نیز در همین راستا مقرر می دارد:« تعقیب متهم در جرایم قابل گذشت فقط با شکایت شاکی شروع و در صورت گذشت او موقوف می شود.» تبصره این ماده نیز تعیین جرایم قابل گذشت را به موجب قانون دانسته است. همچنین ماده 10 نیز شاکی را شخصی دانسته است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شده است و تقاضای تعقیب مرتکب را دارد .

اگر احکام بالا را منطبق بر اصول حقوق جزا بدانیم در اینصورت واضح است علی رغم آنچه که در ماده 23 قانون پیش فروش ساختمان آمده است وزارت مسکن و شهرازی نه در جایگاه شاکی قرار می گیرد و نه در مقام اعلام کننده جرم زیرا جرائم مذکور در این ماده(اقدام به پیش فروش بدون تنظیم سند – اقدام به درج یا انتشار آگهی بدون مجوز)از جرائم قابل گذشت است. بعلاوه مقنن که در ماده 23 به اشتباه وزارت مسکن و شهرسازی را در جایگاه شاکی نشانده است آیا سایر حقوق و اختیاراتی که در قانون آیین دادرسی کیفری برای شاکی شناخته شده است از جمله درخواست ترک تعقیب تا قبل از صدور کیفرخواست(ماده 79 ق آ د ک) را برای وزارتخانه مزبور نیز قائل می باشد یا خیر؟

در فرایند جرم انگاری اصولاً در جرائمی که بالذات حضور و مداخله دو یا چند نفر برای تحقق و وقوع ضروری است قانونگذار همه مرتکبین را بعنوان مباشر واحد مستوجب مجازات می داند جرایمی مانند تبانی در معاملات دولتی، معامله معارض، ارتشاء، نزاع، ربا، فروش مواد مخدر و جرائم منکراتی. با این حال مجازات مذکور در قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 فقط متوجه پیش فروشنده شده و مسئولیتی متوجه پیش خریدار نشده است در حالی کاملاً آشکار است بدون مداخله و رضایت و اقدام و امضاء پیش خریدار هیچگاه قرارداد عادی غیر رسمی که رکن ماده جرم را تشکیل می دهد بوقوع نخواهد پیوست. شکی نیست که او نیز پیش فروشنده را که از نگاه مقنن مجرم اصلی است ترغیب به تنظیم قرارداد نموده است و با امضاء خود وقوع قرارداد با سند عادی را تسهیل نموده است لذا حتی اگر هم همانند فروشنده بعنوان مجرم اصلی قابل تعقیب نباشد به دلیل ترغیب و تسهیل در ارتکاب جرم مستند به ماده 126 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 بعنوان معاون جرم ممکن است قابل تعقیب و مجازات باشد معهذا این نظر نیز محل تامل خواهد بود.

6 – ناکارامدی ضمانت اجراهای کیفری و فقدان منطق کیفری:

برابر ماده 67 ق آ د ک در جرائمی که حداکثر مجازات آن یکسال حبس است دادگاه می تواند مرتکب را به مجازات جایگزین حبس محکوم نماید. به انواع مجازاتهای جایگزین حبس در ماده 64 همین قانون اشاره شده است(شامل دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان ، جزای نقدی، محرومیت از حقوق اجتماعی). ماده 23 اشخاصی را که اقدام به پیش فروش بدون تنظیم سند و یا اقدام به درج یا انتشار آگهی بدون مجوز نموده اند را مستوجب حبس و یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی دانسته است. اکنون سوال این است: شخصی که فقط اقدام به درج آگهی کرده است اما موفق به فروش نشده است را به چه مبلغی باید مجازات نمود؟ اساساً چه کسی متضرر از جرم شده است تا درخواست تعقیب متهم را نماید؟ حتی اگر موفق به فروش هم شده باشد ولی ضرری به خریدار نزده باشد چه کسی حق طرح شکایت را خواهد داشت؟ اساساً چنین فردی چرا باید به چهار برابر وجه دریافتی محکوم شود؟

پیش خریدار نیز بایستی حقوق خود را با سند رسمی منتقل نماید اما این حکم نه تنها فاقد ضمانت اجرای کیفری است بلکه ضمانت اجرای مدنی آن نیز بدرستی معلوم نیست .

همچنین پیش خریداری که اقدام به پیش خرید ده ها واحد کرده است به دور از هرگونه ممنوعیت و مجازات می تواند اقدام به انتشار آگهی برای فروش نموده و در بنگاه مشاوران املاک واحدهای مزبور را بصوت عادی به دیگران واگذار نماید.

جرائم مذکور در ماده 23 از جرائم قابل گذشت تلقی گردیده در حالیکه تنظیم قرارداد توسط بنگاه که رفتاری متعارف و معمول و اجتناب ناپذیر و ضروری است بعنوان جرمی عمومی و غیر قابل گذشت تلقی شده است.

8 ـ ابهام در ضمانت اجرای مدنی:

بدرستی معلوم نیست مراد و منظور قانونگذار از الزامی نمودن تنظیم قرارداد پیش فروش در قالب سند رسمی و با مشخصات و شرایط خاص از نظر آثار تخطی از حکم چیست.؟ آیا قانونگذار در مورد اشخاصی که بصورت شفاهی یا با سندعادی اقدام به پیش فروش می نمایند به مسئولیت کیفری بسنده نموده و یا اینکه علاوه بر آن معامله انجام شده را به هیچ انگاشته و باطل و فاقد اثر دانسته و محاکم قضایی نیز دعاوی مبتنی بر پیش فروش با سند عادی را استماع نخواهند کرد؟ بنظر می رسد نمی توان در چنین مواردی بر بطلان قرارداد اظهار عقیده کرد بلکه تعهدات واقع شده بین دو طرف را برابر ماده 10 قانون مدنی باید معتبر و لازم الاجرا دانست. اگر متهم به قیاس مع الفارق نشویم باید گفت در عقد نکاح نیز هرچند قانونگذار وقوع نکاح عادی و عدم ثبت رسمی عقد را مستوجب مجازات دانسته است اما عرف و رویه قضایی هیچگاه این جرم انگاری را به معنای بطلان اصل نکاح تفسیر نکرده است.

9 ـ تکرار خطای تاریخی در وضع قانون مغایر با عرف :

تجربه نشان داده است قوانین مغایر با واقعیتهای جامعه و عرف مورد قبول به دلیل مقاومت در رفتار جمعی هیچگاه جامه عمل نپوشیده و صرفاً موجب تورم قوانین و سردرگمی مجریان شده است. در حالی که اکنون در سال 1394 مردم هنوز با تنظیم اسناد بصورت عادی انس و الفتی و عادتی دارند در سال 1310 خیلی زودتر از امکان هضم و باور عرف، مقنن در مواد 22 و 46 تا 48 قانون ثبت اسناد و املاک تنظیم هرگونه سند عادی را بی اعتبار دانسته و محاکم و ادارات دولتی را از اعتبار دادن به اسناد عادی باز داشت. معهذا عرف و عادت جامعه در معتبر دانستن معاملات عادی چنان قوی بود که به تدریج قضات و حقوقدانان ناگزیر شدند از طریق تفاسیر و تحلیل هایی در رویه قضایی و آراء وحدت رویه و دکترین های مطرح شده خشونت و سختی حکم مقنن را از طریق مفاهیمی چون اعتبار تعهد به بیع و اعتبار قولنامه و اعتبار قضایی سایر ادله غیر از سند مانند اقرار و سایر توجیهات بنحو محترمانه حکم الزامی بودن تنظیم معاملات را در عمل به کناری نهادند و اسناد عادی تا آنجا اعتبار یافت که در جریان اصلاح مواد 147 و 148 اسنادعادی اعتباری حتی بیش از اسناد رسمی یافت! محاکم قضایی به اعتبار تکه ای کاغذ دست به ابطال هزاران سند رسمی زدند.

بعلاوه در ساختار جامعه ما نقش بنگاه های املاک در معرفی طرف قرارداد و انجام معامله و چانه زنی های مقدماتی و تنظیم قرارداد اولیه و گرفتن حق کمیسیون چنان متعارف و مقبول و منطقی است که هیچ گزینه و بدیل دیگری نمی توان جایگزین آن نمود. ماده 24 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389مشاوران املاک را موظف نموده است پس از انجام مذاکرات مقدماتی طرفین را به دفتر اسناد رسمی معرفی نماید و از تنظیم قرارداد منع نموده است. اولاً – در شرع اسلام فعل انسان محترم است نمی توان انتظار داشت مشاور املاک خدمات رایگان به طرفهای قرارداد بدهد. ثانیاً – همانطور که بنگاههای املاک حکم ممنوعیت بیع عادی مذکور در قانون ثبت را با قولنامه بی اثر کردند یقیناً حکم ممنوعیت تنظیم قرارداد پیش فروش را نیز با تنظیم قراردادهایی از قبیل پیش قرارداد یا تفاهم نامه یا قولنامه مبنی بر تعهد به حضور و تنظیم سند پیش فروش در دفتر اسناد، از اثر خواهند انداخت.

10 ـ ابهام در تعدد یا وحدت شناسنامه ساختمان :

بند 4 ماده 2 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 و نیز ماده 22 آن از شناسنامه فنی برای هر واحد سخن گفته است از سویی دیگر بند ز ماده 21 قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب 1374 به شناسنامه فنی و ملکی ساختمان اشاره نموده است. آیین نامه ماده 33 این قانون نیز به همین موضوع پرداخته است. با وجود تفاوتهای عمیقی که میان این دو نوع شناسنامه وجود دارد معهذا آیین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1393 مراد و منظور قانونگذار از شناسنامه فنی مسقل برای هر واحد را همان شناسنامه فنی و ملکی ساختمان موضوع قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب 1374 دانسته است.

11ـ عدم هماهنگی با سایر قوانین:

ـ در این قانون مفروض است که مالک و فروشنده سازنده است در حالی که در ضوابط نظام مهندسی ساخت بر عهده مجری صاحب ذی صلاحیت است.

ـ بند 8 ماده 2 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 تعیین تکلیف راجع به خسارات را برعهده طرفین گذاشته و قید آن را در قرارداد الزامی دانسته است در حالی که بند ب ماده 168 قانون برنامه پنجم توسعه رفع نقص و جبران خسارت را بر اساس آیین نامه مصوب دولت دانسته است. از سویی دیگر بیمه مسئولیت پیش فروشنده در ماده 9 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389 در قسمت مدت ساکت است و در آیین نامه اجرایی به طرفین واگذار شده است در حالی که در بند ب ماده 168 این بیمه محدود به 10 سال شده است. بعلاوه اولی بیمه مسئولیت و دومی بیمه کیفیت است.

12ـ عدم قابلیت اجرا :

ـ تمام آنچه که در بالا گفته شد در عدم قابلیت اجرای قانون نقش مستقیم دارد. بعلاوه در حالی که شناسنامه فنی و ملکی ساختمان موضوع قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان 1374 به دلیل تحمیل هزینه اضافه به مردم هیچگاه قابلیت اجرایی نیافته است چگونه می توان انتظار داشت موارد اضافه شده دیگر در این قانون مانند بیمه مسئولیت و صدور شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد امکان اجرا بیابد.

ـ به موجب ماده 20 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389کلیه اختلافات توسط هیات داوری رسیدگی خواهد شد و در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین باید برای تعیین آن به دادگستری مراجعه کرد از سویی دبگر برابر بند 10 ماده 2 در همان ابتدای تنظیم قرارداد باید نام داوران در قرارداد ذکر شود. آیا منطقی و عملی است که در همان ابتدای کار طرفین را اجبار به مراجعه به دادگستری نماییم؟

ـ باحذف مشاوران املاک آیا دفاتر اسناد رسمی امکان و ابزار لازم برای ارائه خدمات مزبور از قبیل ثبت تقاضاهای خرید یا فروش و مدیریت فایل ها و دلالی و بر گزاری جلسات مذاکرات مقدماتی بین دو طرف قرارداد حتی در ساعات غیر اداری و غیره را خواهند داشت؟. آیا انتظار ارائه این خدمات توسط مشاورین املاک بطور رایگان و بدون آنکه در محصول نهایی که تنظیم قرارداد و دریافت حق الزحمه است سهمی داشته باشند ممکن و منطقی است؟

ـ در ماده 12 هرگونه رسانه متخلف به توقیف محکوم خواهد شد . رسانه های مخابراتی دولتی که از طریق ارسال پیامک انبوه مبادرت به آگهی پیش فروش نمایند چگونه قابل توقیف خواهند بود؟

13 ـ عدم تسلط مقنن بر مفاهیم پایه حقوق :

ـ ماده 19 مقرر می دارد:« 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 می باشند.»

در علم حقوق تفاوت عمده ای میان قرارداد ساقط شده و بی اعتبار با قرارداد اجرا شده و پایان یافته است زیرا اولی نتیجه «بطلان قرارداد» و دومی نتیجه «ایفاء تعهد» است و تفاوت میان این دو به مانند تفاوت میان سیاهی و سفیدی است! بعلاوه اگر منظور مقنن آن بوده است که با تنظیم سند رسمی انتقال، طرفین دیگر نیازی به استناد به مفاد قرار داد پیش فروش نخواهند داشت بازهم اینگونه نیست زیرا بسیاری از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد پیش فروش اتفاقاً بعد از صدور سند انتقال و شروع بهره برداری از ساختمان آغاز می شود.بند 8 ماده 2 قانون پیش فروش ساختمان مصوب 1389(خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات و بیمه و مطالبه تعهدات باقیمانده پیش فروشنده مذکور در ماده 14 و نیز مستند قضاوت داور در خصوص خسارات همگی مواردی است که بعد از انتقال سند رسمی و با استناد به قرارداد پیش فروش صورت می گیرد)

ـ همچنین در ماده 14 واژه «استیفاء» استعمال شده است که منظور «تهاتر» بوده است.

ـ در بند یک ماده 6 واژه اجرت المثل به تنهایی استعمال شده که اشتباه بوده و درست آن است که گفته می شد: «اجرت المثل استیفاء منافع »

ـ ماده 9 سه حکم قانونی را پی در پی بیان نموده است. حکم سوم از نظر حقوقی همان معنا و مفهوم حکم نخست را دارد و نیازی به وضع آن نبود.

14 ـ مغایرت با اصول تنقیحی :

(نیازمند بحث مفصلی است که انشاء ا... در فرصتهای بعدی به آن پرداخته خواهد شد)