

## تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش و قلمرو آن

فرزاد کرمی کلمتی<sup>۱</sup>

محمد صالحی مازندرانی<sup>۲</sup>

### چکیده

با انعقاد قرارداد پیش‌فروش، بخشی از عرصه یا زمین به نسبت سهم خریداری شده به پیش‌خریدار منتقل می‌شود. نظر به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش‌فروش به‌عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است. قانون‌گذار در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش و الزامی دانستن حل و فصل اختلافات این قرارداد از طریق داوری، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد تعیین کرده است. از طرف دیگر، در همین قانون، الزاماتی برای طرفین قرارداد از جمله تنظیم قرارداد به صورت رسمی، تعیین داوران و درج حکم ماده ۲۰ قانون در قرارداد پیش‌بینی شده است که سکوت قانون‌گذار در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت موارد یادشده بر داوری موضوع قانون سبب ایجاد اختلاف در رویه قضایی گردیده است. همچنین نبود اراده طرفین در ارجاع اصل اختلاف به داوری موجب ایجاد شبهه مبنی بر عدم صدق عنوان حقیقی داوری بر مرجع حل اختلاف موضوع ماده ۲۰ قانون می‌شود. نگارندگان مقاله حاضر در صدد پاسخگویی به ضمانت‌اجراهای اشکال اول در کنار توجیه و تبیین ماهیت مرجع حل اختلاف قراردادهای پیش‌فروش هستند.

**واژگان کلیدی:** اوصاف قرارداد پیش‌فروش، تملیک تدریجی، داوری، داوری اجباری، قرارداد پیش‌فروش.

fkarami506@gmail.com

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران

۲. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

## مقدمه

جلوگیری از حدوث اختلاف، نحوه برخورد با اختلافات به وجود آمده و چگونگی حل و فصل آن از اساسی‌ترین مشکلات موجود در عرصه صنعت ساختمان‌سازی و قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است. در این میان مراجعه به دادگستری برای حل و فصل اختلاف، اغلب به دلیل «هزینه‌بر بودن»، «زمان‌بر بودن» و از همه مهم‌تر «عدم برخورداری از تخصص»، دست‌اندرکاران امر ساختمان را با مشکلات جدی مواجه می‌سازد. به همین دلیل این شیوه حل و فصل اختلافات تقریباً در کشورهای دیگر متروک شده است. این واقعیات قانون‌گذار را بر آن داشته است که به منظور تسهیل رسیدگی به اختلافات در این زمینه، کاستن از حجم پرونده‌های موجود در دستگاه قضایی کشور و نیز احیاناً با هدف جذب و تشویق سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی به فعالیت در این حوزه، و در نقطه مقابل به دلیل امتیازاتی که شیوه‌های جایگزین و خصوصی حل و فصل اختلافات نسبت به نوع دولتی آن دارد، حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش را در صلاحیت انحصاری هیئت داورى پیش‌بینی شده در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ قرار دهد.<sup>۳</sup>

### ۱. ماهیت و اوصاف قرارداد پیش‌فروش و داوری موضوع آن

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از نظر ماهیت، نهاد حقوقی مستقل با ساختاری منحصر است، زیرا از یک سو واجد انتقال حق مالکیت عرصه به پیش‌خریدار به نسبت سهم واحد پیش‌فروش شده است و از سوی دیگر بر اساس نظریه تملیک تدریجی نسبت به بنا و اعیانی ساخته شده، پیش‌خریدار مالک ساختمان شناخته می‌شود.

#### ۱.۱. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان در مقام تعیین قلمرو خویش قرارداد پیش‌فروش ساختمان را این‌چنین تعریف کرده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک

۳. نیما، سکوتی و جواد، حسین‌زاده، «ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان»، حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، ش ۲ (۱۳۹۶)، صص ۲۸۳-۳۰۷.

رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی یادشده با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمانی» محسوب می‌شود.<sup>۴</sup> همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در تعریف ارائه‌شده در خصوص قرارداد پیش‌فروش از سوی قانون‌گذار آنچه مد نظر بوده هدف طرفین در قرارداد است، نه قالب انتخاب‌شده قرارداد از جانب طرفین. بنابراین چه قرارداد طرفین رسمی باشد، چه عادی و چه در آن داوران تعیین شوند یا قرارداد بدون تعیین داوران منعقد گردد، از نظر این قانون، قرارداد یادشده باید بر اساس هدف و انتظار نهایی طرفین تفسیر گردد. در واقع، قانون‌گذار با این تعبیر، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آنها ترجیح داده و توجه به شکل‌گرایی را در انعقاد قراردادها تضعیف نموده است. بنابراین اگر در قراردادی فروشنده به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی مشخص در برابر خریدار متعهد باشد، این قرارداد سوای از قالب آن، یک قرارداد پیش‌فروش است؛ اعم از اینکه عنوان قراردادشان مبایعه‌نامه، قول‌نامه، صلح‌نامه، یا قرارداد واگذاری باشد؛ رسماً منعقد شده یا به صورت قرارداد عادی باشد؛ پیش‌فروشنده مالک زمین یا مالک رسمی منافع زمین باشد. بنابراین به موجب قانون همه اقسام قراردادهایی که ماهیت آن پیش‌فروش ساختمان باشد، قرارداد پیش‌فروش نامیده می‌شوند. ماده یک قانون پیش‌فروش ساختمان در جهت توجه به هدف و قصد طرفین در انعقاد قرارداد و عدم توجه قانون به قالب انتخابی آن از این جهت شبیه ماده ۱ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶<sup>۴</sup> و همچنین تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت است.<sup>۵</sup>

۴. ماده ۱ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «هر محلی که برای سکنا یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود، در صورتی که تصرف متصرف برحسب تراضی با مؤجر یا نماینده قانونی او، به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری، به منظور اجاره باشد اعم از این که نسبت به مورد اجاره سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است.»

۵. تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ت.ث: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از این که معامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد، اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.»

## ۲.۱. اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان

نظر به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش‌فروش به‌عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است. قرارداد پیش‌فروش مطابق ماده ۱۳ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌شود»، یک عقد تملیکی است. مطابق ماده ۱۵ قانون یادشده، عرصه و اعیان ملک پیش‌فروش شده قابل توقیف و تأمین به نفع طلبکاران پیش‌فروشنده نیست که این امر دلالت بر آن دارد که ملک به‌تدریج ساخت در ملکیت پیش‌خریدار قرار می‌گیرد.<sup>۶</sup> به عبارت دیگر، این قرارداد در زمان انعقاد صرفاً مقتضی تملیک را فراهم می‌آورد و تملیک نهایی منوط به «شرط» ساخت ساختمان است.<sup>۷</sup> قرارداد پیش‌فروش ساختمان از جنبه‌ای دیگر یک عقد رضایی است. هرچند ماده ۳ قانون پ.ف.س. مقرر می‌دارد، تنظیم قرارداد می‌بایست به‌وسیله سند رسمی باشد، لیکن ضمانت اجرای عدم رعایت این امر در ماده ۲۳ قانون و ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی حبس و جزای نقدی است و از لحاظ حقوقی فاقد ضمانت اجرا می‌باشد. ماده ۱ این قانون که مقرر می‌دارد هر قراردادی و با هر عنوان قرارداد پیش‌فروش است، توهم تشریفاتی بودن این عقد را از ذهن می‌زداید.

## ۳.۱. ماهیت داورى موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان

داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، بنابر تقسیم‌بندی ارائه‌شده از داورى، داورى اجبارى قانونى و داورى اجبارى مطلق است.

### ۳.۱.۱. مفهوم داورى

برخی از حقوق‌دانان داورى را به اختصار به «فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی»<sup>۸</sup> تعریف کرده‌اند. درحالی که برخی دیگر به صورت

۶. عباسعلی، دارویی، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه حقوق، (۱۳۹۱)، صص ۱۴۷-۱۶۶.

۷. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۱۸۷.

۸. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، (تهران: گنج دانش، چ ۱۹، ۱۳۸۷)، ص ۲۸۴.

طولانی آن را چنین شرح داده‌اند: «داوری روشی است که با استفاده از آن دو یا چند شخص ذی‌نفع حل و فصل مسئله‌ای را به یک یا چند شخص دیگر محول می‌کنند که اختیاراتشان را از قرارداد خصوصی و نه مقامات یک دولت أخذ کرده‌اند و بر اساس این قرارداد باید مسئله مزبور را پیگیری نمایند و نسبت به آن تصمیم بگیرند».<sup>۹</sup> برخی دیگر داوری را «حل و فصل خصوصی اختلافات به وسیله قضاوت انتخاب‌شده بر مبنای اراده طرفین»<sup>۱۰</sup> می‌دانند. در تعریفی دیگر از داوری آمده است: «داوری فرایندی است که به موجب آن اختلاف طرفین نسبت به حقوق و تکالیف قانونی خود از طریق قضاوت یک یا چند نفر داور به جای مراجعه به دادگاه حل و فصل می‌گردد و تصمیم مزبور لازم‌الاجرا می‌باشد».<sup>۱۱</sup> در بند «الف» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران داوری به این صورت تعریف شده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی». عدم توجه به جنبه قضایی رسیدگی در داوری، لازم‌الاجرا بودن رأی داوری، حل و فصل اختلاف از سوی داوران بر اساس اصول حقوقی و قوانین موجد حق، از معایب این تعریف است.

با توجه به تعریف ارائه‌شده در خصوص داوری در قانون داوری تجاری بین‌المللی و ذکر معایب آن و با امعان نظر قرار دادن تعاریف ارائه‌شده از سوی سایر حقوق‌دانان، به نظر می‌رسد مناسب‌ترین تعریف در خصوص داوری به این صورت است: داوری فرایندی است که به موجب آن طرفین اختلاف به جای مراجعه به دادگاه جهت حل و فصل اختلاف خویش، اختلافات موجود یا احتمالی نسبت به حقوق و تعهدات خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع داده تا داور یا داوران بر اساس اصول حقوقی، اختلافات را حل و فصل نموده، رأی لازم‌الاجرا را صادر کنند.

### ۱.۳.۲. انواع داوری از لحاظ تأثیر اراده طرفین در ارجاع اختلاف به داوری

چنانچه طرفین اختلاف با تراضی یکدیگر، منازعه و اختلاف خود را به جای مراجعه به

9. Rene David, Arbitration in International Trade, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, P. 5.

۱۰. عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، حقوق داوری داخلی، (تهران: دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۲۰.

۱۱. عبدالحسین، شیروی، داوری تجاری بین‌المللی، (تهران: سمت، چ ۵، ۱۳۹۴)، ص ۱۰.

دادگاه، به داوری یک یا چند نفر ارجاع داده تا داوران اختلاف یادشده را بر اساس مفاد قرارداد و اصول حقوقی فیصله داده، اقدام به صدور رأی نمایند، داوری اختیاری می‌باشد. ولی چنانچه ارجاع اختلاف طرفین به داوری رأساً از سوی قانون‌گذار باشد یا درج شرط داوری در ضمن قرارداد از سوی طرفین الزام قانون‌گذار باشد، داوری اجباری خواهد بود.

### ۱.۲.۳.۱. داوری اجباری

داوری اجباری آن است که ارجاع اختلاف طرفین به داوری رأساً از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی شده یا قانون‌گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن شرط داوری ضمن آن قرارداد ملزم نماید و طرفین در انتخاب این راه چندان اراده مؤثری ندارند. با توجه به تعریفی که از داوری اجباری ارائه گردید، این شکل از داوری خود به دو نوع داوری اجباری قراردادی و داوری اجباری به حکم قانون تقسیم می‌شود.

الف) داوری اجباری قراردادی یا داوری اجباری به موجب قرارداد شرط داوری. این قسم داوری اجباری به این شکل است که قانون‌گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن شرط داوری ضمن قرارداد ملزم می‌کند. برای نمونه، ماده ۲۰ قانون توسعه سوم از این قسم است که در این خصوص اشاره می‌دارد: «رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیأت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد».

ب) داوری اجباری قانونی (به حکم قانون) یا غیرقراردادی. چنانچه قانون‌گذار بنا بر مصالحی رأساً و بدون نیاز به توافق طرفین، ارجاع اختلاف آنها به داوری در موضوعی خاص را الزامی و اجباری اعلام نماید، داوری اجباری از نوع قانونی یا غیرقراردادی خواهد بود. به عبارت بهتر، مقصود مواردی است که بدون اینکه قراردادی راجع به داوری در میان باشد و طرفین بر ارجاع اختلاف خود به داوری توافق نمایند، اختلاف آنها به حکم قانون به داوری ارجاع می‌شود. برای مثال، می‌توان به ماده ۲۰ از قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ دی اشاره کرد که رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در صلاحیت هیئت سه نفره داوری می‌داند.

داوری اجباری در سطح بین‌المللی در معاهدات و توافقنامه‌های میان کشورها نیز وجود دارد؛ به این صورت که با توافق دو کشور ممکن است اختلافات بین دو دولت یا اتباع آنها از طریق داوری حل و فصل گردد. برای نمونه، دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا به‌واسطه سرمایه‌گذاری شرکت‌های امریکایی در ایران و معاملات تجاری فی‌مابین، و مسئله گروگان‌گیری دیپلمات‌های امریکایی از سوی دانشجویان موسوم به خط امام و نیز انسداد کلیه حساب‌ها و اموال ایران از جانب امریکا، پس از انقلاب تشکیل شد و به‌موجب ماده واحده مورخ ۲۴ دی ۱۳۵۹ در مجلس مجوز آن اخذ گردید و به صورت قانونی شروع به کار کرد. حدود صلاحیت دیوان در ماده ۲ و بند ۴ ماده ۶ بیانیه حل و فصل و بندهای ۱۶ و ۱۷ بیانیه کلی ذکر شده است که با توجه به اینکه این نوع داوری نسبت به شرکت‌ها و اتباع دو کشور نیز جریان دارد و با عنایت به تصویب مجلس، از نوع اخیر داوری اجباری محسوب می‌شود.

نمونه دیگر از داوری اجباری قانونی در سطح بین‌المللی موافقت‌نامه میان دو یا چند کشور در زمینه ارجاع اختلافات به سازمان‌های داوری بین‌المللی است. برای نمونه در موافقت‌نامه نفتا (قرارداد تجارت آزاد امریکای شمالی) حل و فصل اختلافات بین اعضا به مرکز داوری ایکسید ارجاع شده است (ماده ۱۱۲۰). بند ۲ ماده ۸ قانون سرمایه‌گذاری آلبانی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مراجعه به سازمان داوری ایکسید را مقرر کرده است.<sup>۱۲</sup>

### ۱.۳.۲.۲. داوری اختیاری

داوری اختیاری آن است که طرفین اختلاف با تراضی، منازعه و اختلاف خود را به‌جای مراجعه به دادگاه از طریق داوری یک یا چند نفر حل و فصل کنند. داوری موضوع مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره به این نوع داوری دارد که بر این اساس، طرفین اختلاف می‌توانند قبل از بروز اختلاف یا پس از آن، اختلافات خود نسبت به حقوق، تعهدات و قراردادهایشان را به داوری ارجاع دهند.

12. unctad, consent to arbitration, un, new York, 2003, p. 11.

### ۱.۳.۳. داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان؛ داوری یا نهادی دیگر

تطبیق داوری اجباری و مصادیق آن با داوری با لحاظ نبود اراده طرفین در ارجاع اختلاف خویش به داوری یا انتخاب داوران در بعضی از مصادیق آن، همانند هیئت داوری بورس و قانون پیش‌فروش ساختمان، مشکل بوده و نیازمند بررسی در این زمینه و ذکر عوامل توجیه‌کننده‌ای است که باعث شده است قانون‌گذار حل و فصل اختلاف طرفین را در صلاحیت داوری بداند.

برخی از نویسندگان<sup>۱۳</sup> تعریف دیگری از داوری ارائه داده‌اند که شامل داوری اجباری نیز می‌شود و مبنای داوری را در هر حال، اراده و حکم قانون‌گذار می‌دانند؛ چراکه قانون‌گذار است که داوری را بخشی از نظام قضایی کشور می‌داند و برخی دعاوی را داوری‌پذیر و برخی را فاقد چنین قابلیت‌ای اعلام می‌کند. درحالی که به‌نظر می‌رسد این‌گونه نمی‌باشد و مبنای داوری در هر حال، اراده قانون‌گذار نیست، بلکه مبنای داوری اراده طرفین است، زیرا از یک طرف اگر طرفین قرارداد جهت حل و فصل اختلاف خود به داوری توافق نکنند، این اختلاف هرگز از طریق داوری حل و فصل نخواهد شد و از طرف دیگر در مجموع قوانین مختلف پیرامون داوری در خصوص اعلام ضوابط و شرایط داوری از جمله مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۲، ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی مبنای داوری اراده طرفین در نظر گرفته شده است. اما در خصوص داوری اجباری باید پذیرفت که مبنای آن حکم قانون‌گذار است و اراده طرفین در این خصوص تأثیر چندانی ندارد.

درنظر گرفتن تخصص افراد رسیدگی‌کننده به اختلاف در داوری اجباری در کنار سایر موارد ذکرشده، یکی از عواملی است که باعث شده قانون‌گذار اختلاف طرفین را رسماً به داوری اجباری ارائه دهد. بعضی از اختلافات و دعاوی حقوقی در برخی از رشته‌های حقوق مانند حقوق قراردادها، از چنان پیچیدگی برخوردار است که فقط متخصصان و اهل فن

۱۳. عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۱۹.



می‌توانند نسبت به آن اعلام نظر نمایند.<sup>۱۴</sup>

اگر صرفاً به جنبه تراضی و اراده طرفین در درج شرط داوری در قرارداد توجه گردد، از آنجایی که در داوری اجباری طرفین اراده‌ای در ارجاع اختلاف خود به داوری ندارند، لذا داوری اجباری را نباید یک نوع داوری به معنای خاص خود دانست. اما اگر به سایر ویژگی‌های داوری و مصالح و دلایل مدنظر قانون‌گذار که باعث اجباری اعلام کردن ارجاع بعضی از اختلافات به داوری شده است توجه گردد، باید داوری اجباری را نیز نوعی از داوری با ضوابط خاص خود محسوب کرد. از مزایا و ویژگی‌های داوری می‌توان به تراضی طرفین در ارجاع اختلاف خویش به داوری، انتخاب داوران از سوی طرفین، حل و فصل اختلافات خارج از دادگستری، حل و فصل اختلاف بر اساس اصول حقوقی بدون رعایت تشریفات دادرسی، سرعت در رسیدگی، کم‌هزینه بودن، و تخصصی بودن حل و فصل بعضی از اختلافات اشاره کرد. هرچند در بعضی از انواع داوری اجباری ممکن است یکی از این ویژگی‌ها مفقود باشد، اما این به معنای اینکه داوری اجباری داوری محسوب نمی‌شود، نیست. برای نمونه در بعضی از انواع داوری اجباری، هم ارجاع اصل اختلاف به داوری الزامی اعلام شده و هم هیئت داوری معین شده که در این موارد، یکی از ویژگی‌های داوری، یعنی انتخاب داوران از سوی طرفین اختلاف، مفقود است؛ درحالی که در بعضی دیگر از انواع آن، تنها ارجاع اصل اختلاف به داوری الزامی بوده، طرفین در انتخاب داوران مجازند. بنابراین نبود بعضی از ویژگی‌های داوری در برخی از داوری‌ها، همچون داوری اجباری، به این معنی نیست که چنین روش حل و فصل اختلاف، داوری نیست، بلکه این موارد نیز داوری محسوب می‌شود؛ منتها دارای آثار، ضوابط و شرایط خاص خود است. به عبارت دیگر، هرچند تراضی طرفین اختلاف و قرارداد در ارجاع اختلاف خود به داوری از مهم‌ترین خصایص و محاسن داوری محسوب می‌شود، لیکن برای سنجش این مسئله که روش حل و فصل اختلافی داوری شمرده می‌شود یا خیر، به‌نظر می‌رسد باید دو ملاک را در نظر داشت؛ یکی صدور رأی لازم‌الاجرا از ناحیه هیئت داوران، و دوم سلب صلاحیت از مراجع قضایی با وجود شرط داوری یا حکم قانون‌گذار. بنابراین با لحاظ این دو ملاک و

۱۴. ابوالفضل، مجدد، موارد الزامی ارجاع به داوری، (قم: ابتکار دانش، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۴.

توجه به احکام خاص هرکدام از مصادیق داوری اجباری، باید گفت ارجاع الزامی اختلافات طرفین به داوری قطعاً داوری محسوب می‌شود، لیکن با شرایط خاص خود.

#### ۱.۳.۴. حدود تأثیر اراده طرفین در داوری موضوع قانون پیش فروش ساختمان

در داوری‌های اجباری با تعیین هیئت داوری، قانون‌گذار نه تنها اقدام به ارجاع الزامی اختلافات طرفین به داوری از طریق الزام آنها به درج شرط داوری ضمن قرارداد نموده، بلکه هیئت داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف را نیز تعیین کرده است. بدیهی است در این حالت اراده طرفین تأثیری چه در ارجاع اختلاف به داوری و چه در انتخاب یا عزل داوران ندارد. اما در قسم دیگر از جمله داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین امکان انتخاب داوران خویش را خواهند داشت. در قرارداد پیش‌فروش از آنجایی که طرفین قرارداد با اطلاع از مفاد قرارداد و فرض علم به الزام قانون‌گذار به درج شرط داوری ضمن آن، اقدام به انعقاد قرارداد و درج آن شرط می‌نمایند، اراده طرفین هرچند به صورت جزئی مشهود است. در مواردی که طرفین با توافق اقدام به درج شرط داوری ضمن قرارداد می‌نمایند نیز مادامی که با توافق یکدیگر از شرط یادشده عدول نکرده باشند باید اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند. اما منشأ الزام طرفین در این فرض، چه در انعقاد قرارداد اصلی و چه در درج شرط داوری اراده طرفین بوده، درحالی که در نوع اجباری آن، منشأ الزام طرفین به حل و فصل اختلاف خویش به وسیله داوری، حکم قانون‌گذار است، ولی طرفین در انعقاد اصل قرارداد، آزادی داشتند؛ بنابراین با اطلاع از چنین امری اقدام به پذیرش این قرارداد و شروط ضمن آن نموده‌اند.

در این نوع از داوری اجباری برخلاف انواع دیگر<sup>۱۵</sup> که داوران نیز از سوی قانون‌گذار انتخاب می‌شوند، هرچند اراده طرفین تأثیری در ارجاع اختلاف به داوری یا صرف‌نظر کردن از آن ندارد، اما طرفین خواهند توانست داوران دلخواه خویش را جهت حل و فصل اختلاف خود انتخاب نمایند. در این نوع از داوری محدوده اراده طرفین تنها شامل انتخاب داوران

۱۵. نمونه مشخص این قسم از داوری اجباری ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ است که حل و فصل تمامی اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها «در صورت عدم سازش در کانون‌ها» را در صلاحیت هیئت داوری موضوع این قانون می‌داند.

بوده و در مقایسه با نوع دیگری از داورى اجبارى قانونى که حتى هیئت داورى نیز از سوى قانون گذار تعیین مى شود، اراده طرفین در روند داورى مشهودتر است. ماده ۲۰ از قانون پیش فروش ساختمان نمونه‌ای از این قسم از داورى است. ماده یادشده حل و فصل اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای قرارداد پیش فروش ساختمان را در صلاحیت داورى دانسته، بند ۱۰ از ماده ۲ این قانون نیز در مقام بیان شرایط قرارداد پیش فروش ساختمان، تعیین هیئت داورى رسیدگی کننده به اختلاف را به طرفین واگذار مى نماید.

### ۱.۳.۵. داورى موضوع قانون پیش فروش ساختمان؛ قانونى یا قراردادى

نظر به ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان که طرفین قرارداد را به درج شرط داورى ضمن قرارداد ملزم نکرده، بلکه حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد را که ناشی از تعبیر و تفسیر و اجرای قرارداد پیش فروش باشد به داورى ارجاع مى دهد، باید داورى موضوع این قانون را داورى اجبارى قانونى به حکم قانون دانست، نه داورى اجبارى قراردادى. هرچند بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان، طرفین را به گنجاندن حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش فروش ملزم مى نماید، لیکن این امر موجب تغییر ماهیت این نوع داورى نخواهد شد، چراکه اولاً منشأ الزام طرفین به حل و فصل اختلافات خویش از طریق داورى در قراردادهای پیش فروش، الزام قانونى موضوع ماده ۲۰ قانون یادشده است، نه الزام قراردادى همانند آنچه در داورى‌های اجبارى قراردادى دیده ایم. ثانیاً عدم درج حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش فروش، هیچ ضمانت اجرایی ندارد و در هر حال، حل و فصل اختلافات به طریق داورى الزامی است. ثالثاً بند ۱۱ ماده ۲ قانون یادشده برخلاف موارد داورى اجبارى قراردادى که قانون گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن «شرط داورى» ضمن قرارداد خود ملزم نموده، آنها را به درج «شرط داورى» مکلف نکرده، بلکه جهت آگاهی طرفین قرارداد از حکم ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان، تنظیم کنندگان قرارداد پیش فروش را که عمدتاً بنگاه‌های املاک و دفاتر اسناد رسمى هستند ملزم به درج حکم ماده ۲۰ قانون پیش فروش و نه درج شرط داورى در قرارداد نموده است. بنابراین درج «شرط داورى» با درج حکم قانون گذار مبنی بر ارجاع الزامی اختلاف به داورى در قرارداد به جهت آگاهی طرفین از آن حکم، تفاوت اساسی دارد؛ به همین دلیل، بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان درج

حکم قانون‌گذار را الزامی دانسته است و نه درج «شرط داوری»؛ از این رو داوری موضوع این قانون، داوری اجباری قانونی است.

## ۲. قلمرو داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان

قانون‌گذار در صدر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر کرده است: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش از سوی هیئت داوران ... انجام می‌پذیرد...»، در واقع، قانون‌گذار ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعیین کرده است. برابر این ماده، هیئت داوران به کلیه اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان رسیدگی کرده، تعیین تکلیف تمامی دعاوی و اختلافات برگرفته از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد به‌عهدۀ آنان خواهد بود؛ به دیگر سخن، صلاحیت‌های هیئت داوری قانون پیش‌فروش ساختمان در سه مورد تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش خلاصه می‌شود. اینک بعد از مشخص شدن محدوده صلاحیت هیئت داوری در این قانون، شایسته است مفهوم و گسترۀ این صلاحیت‌ها تبیین شود.

### ۲.۱. تعبیر قرارداد

تعبیر در لغت به معنی بیان خواب کردن و خبر دادن از مراد آن، تفسیر کردن سخن، معنی را به گونه الفاظ درآوردن، تفسیر و تأویل و بیان و توصیف و گزاره و گزارش، به‌کار رفته<sup>۱۶</sup> و در جایی دیگر به معنی به عبارت آوردن، خواب را تفسیر کردن و شرح دادن آمده است<sup>۱۷</sup>. ظاهراً مقصود قانون‌گذار از «تعبیر» قرارداد، تعیین وضعیت حقوقی قرارداد از حیث صحت، بطلان و دیگر وضعیت‌های حقوقی قرارداد است. با این وصف، معنی حقوقی تعبیر به معنی لغوی آن که همانا از جمله به عبارت آوردن است، نزدیک می‌شود. افزون بر این، مقدم داشتن عبارت «تعبیر» بر «تفسیر» در صدر ماده ۲۰، این

۱۶. علی‌اکبر، دهخدا، لغتنامه، ج ۹، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۳۷)، ص ۷۷۵.

۱۷. محمد، معین، فرهنگ معین فارسی، (تهران: زرین، ۱۳۸۶)، ص ۴۳۹.

نظر را تقویت می‌کند؛ چه آنکه تفسیر قرارداد علی‌القاعده باید فرع بر تعبیر آن باشد؛ به سخن دیگر، تعبیر قرارداد مقدم بر تفسیر آن بوده و اغلب تفسیر قرارداد در مرحله دوم قرار دارد. بعد از تعبیر است که نوبت به تفسیر قرارداد می‌رسد، زیرا قبل از آنکه وضعیت حقوقی قرارداد مشخص شود، نمی‌توان قرارداد را تفسیر کرد. در حقیقت، قرارداد باطل در عالم حقوق واجد اثر حقوقی نیست تا نیاز به تفسیر داشته باشد. از دیگر سو، به کار بردن ویرگول (،) پس از کلمه «تعبیر» و جدا ساختن آن از واژه «تفسیر» دلیل دیگری است که نشانگر تمایز مفاهیم و معانی آن‌ها از یکدیگر در نظر قانون‌گذار است؛ چراکه مقنن برای مثال، نگفته است تعبیر یا تفسیر قرارداد تا به این اعتبار قائل به اتحاد معانی آن دو شود، بلکه آن دو را کاملاً از هم جدا ساخته و همین امر گویای متفاوت بودن معانی آن‌ها در نظر قانون‌گذار است. شایان ذکر است که واژه «تعبیر» مفهومی ناشناخته و نامأنوس در فرهنگ و ادبیات حقوقی ایران است؛ بنابراین به کار بردن آن در این قانون قابل انتقاد است، زیرا می‌تواند تفاسیر مختلفی در پی داشته باشد و سبب پدید آمدن اختلاف نظر در تبیین معنی آن شود و به شکل‌گیری رویه‌های متعدد منجر گردد.<sup>۱۸</sup>

## ۲.۲. «تفسیر» قرارداد

از آنجا که تمامی موضوعات قرارداد پیش‌فروش ساختمان از قبل قابل پیش‌بینی نیست و نمی‌توان درباره تمام جزئیات تمهیدات لازم را اندیشید، در عمل مسائلی حادث می‌شود که ناگزیر باید قرارداد را بر اساس اراده طرفین و عرف تفسیر کرد. برخلاف «تعبیر» که مفهومی ناشناخته است، «تفسیر» قرارداد واژه‌ای شناخته‌شده و دارای مفهومی روشن است. صاحب‌نظران از تفسیر تعاریف مختلفی ارائه کرده‌اند. برخی معتقدند تفسیر عبارت است از: تشخیص مفهوم مقررات قرارداد با هدف اینکه مضمون و مفاد عقد به درستی روشن شود<sup>۱۹</sup>؛ برخی دیگر تفسیر را به معنی تشخیص ماهیت و مفاد و طرف‌های قرارداد بر اساس اراده مشترک انشاکنندگان آن و مقررات قانونی دانسته‌اند.<sup>۲۰</sup> صرف‌نظر

۱۸. نیما، سکوتی، جواد، حسین زاده، پیشین، صص ۲۹۶-۳۰۱.

۱۹. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۱۴.

۲۰. مهدی، شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۵)، ص ۲۹۲.

از تعاریف یادشده، تفسیر قرارداد پیش فروش زمانی اتفاق می افتد که مفاد قرارداد به دلیل ابهام یا تعارض عبارات روشن نباشد. در چنین مواقعی مرجع صالح برای کشف و احراز قصد مشترک متعاقدين اقدام به تفسیر می کند. آنچه باید محور تفسیر قرار گیرد، قصد مشترک طرفین است، زیرا تفسیر قرارداد جز کشف اراده مشترک طرفین بر اساس قوانین تکمیلی و عرف نیست.

افزون بر این، تفسیر قرارداد پیش فروش با هدف تعیین حدود تعهدات طرفین آن در مواردی که تخلف از شرایط اختصاصی آن صورت می گیرد، می تواند مطرح شود؛ توضیح اینکه قانون پیش فروش ساختمان در کنار شرایط عمومی صحت قراردادهای، شروط دیگری را هم برای قرارداد پیش فروش در نظر گرفته است که از آنها می توان به عنوان شرایط اختصاصی این قرارداد نام برد؛ از جمله اتمام عملیات پی ساختمان در زمان انعقاد قرارداد (بند ۴ ماده ۴)، انجام دادن حداقل ۳۰ درصد تعهدات به عهده گرفته در برابر مرجع صادرکننده پروانه در صورت واقع شدن واحد ساختمانی در مجموعه های احداثی مانند شهرک (تبصره ماده ۴)، و پرداخت حداقل ۱۰ درصد از بها هم زمان با عقد قرارداد (ماده ۱۱). بنابراین، در صورت اختلاف طرفین در این خصوص نیز هیئت داورى باید به تفسیر قرارداد و کشف اراده طرفین اقدام کند.

یکی دیگر از مواردی که ممکن است داوران با آن مواجه شوند تشخیص ماهیت قرارداد منعقدشده از سوی طرفین است. به این معنا که ممکن است قصد واقعی طرفین پیش فروش و پیش خرید ساختمان باشد، ولی به لحاظ پاره ای از ملاحظات، از جمله گریز از قواعد امری قانون پیش فروش ساختمان، از انتخاب عنوان پیش فروش برای قرارداد خود اجتناب ورزند و آن را با عنوان دیگری نام گذاری کنند. قانون گذار به منظور پیشگیری از چنین اقدامی در ماده ۱ قانون پیش گفته در خصوص ماهیت قرارداد یادشده چنین مقرر می دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین متعهد 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 پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود». عبارت «هر قراردادی با هر عنوان» در این ماده، از لحاظ ماهوی واجد اهمیت بوده و مبین دیدگاه قانون‌گذار مبنی بر استقلال این قرارداد از سایر عقود است. در حقیقت، علت وضع این ماده تأکید بر امری بودن مقررات یادشده در قانون پیش‌فروش است تا طرفین قرارداد نتوانند با تغییر عنوان قرارداد خلاف مندرجات این قانون توافق کنند. پس یکی از مهم‌ترین وظایف داوران تشخیص ماهیت قرارداد پیش‌فروش و تسری احکام امری این قانون بر روابط طرفین است، زیرا به‌نظر می‌رسد هدف از وضع این قانون حفظ نظم عمومی و حمایت از طبقه پیش‌خردار در برابر مالک است. عرضه کالا در دست مالکان است و پیش‌خرداران ناچارند برای تأمین محل سکونت یا کار خود آن را با هر شرایطی تهیه کنند. بنابراین قانون به حمایت از این گروه مصرف‌کننده برخاسته و قالبی آماده ساخته است تا در حدود آن پیش‌خرداران از تجاوز احتمالی مالکان در امان بمانند. پس داوران نیز باید با قانون‌گذار در این خصوص هم‌داستان شده، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آن‌ها ترجیح دهند.

### ۳.۲. اجرای قرارداد

اجرای قرارداد پیش‌فروش از آن جهت اهمیت دارد که هدف از انعقاد آن را متجلی می‌سازد. لزوم اجرای قرارداد از اراده اطراف آن ناشی شده و ازجمله مستند به اصل حاکمیت اراده است.<sup>۲۱</sup> به اجرای قرارداد در قانون مدنی وفای به عهد گفته شده است (بند ۱ ماده ۲۶۴ ق.م). حقوق‌دانان در تعریف آن گفته‌اند: «عملی است که به‌موجب آن متعهد آنچه را در قرارداد به‌عهده گرفته است انجام می‌دهد»<sup>۲۲</sup>.

به‌طور طبیعی، بر اساس قرارداد پیش‌فروش ساختمان، حقوق و تعهداتی برعهده طرفین آن نهاده می‌شود؛ برای مثال، ساخت یا تکمیل ساختمان مطابق با قرارداد پیش‌فروش (ماده ۱۰)، تحویل ساختمان (قسمت اول بند ۷)، تأدیه جریمه تأخیر در انجام تعهد (ماده ۶)، پرداخت خسارت ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارت ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی (ماده ۹)، تنظیم سند رسمی انتقال قطعی (قسمت دوم بند ۷)، ازجمله تعهدات

۲۱. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ص ۱۴۷.

۲۲. ناصر، کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

پیش‌فروشنده است. در مقابل، پرداخت بهای قراردادی (ماده ۱۶) و تحویل گرفتن ساختمان از جمله مهم‌ترین تعهدات پیش‌خریدار است. روشن است تعهدات هریک از طرفین متناظراً حقوقی را برای طرف دیگر ایجاد می‌کند؛ به‌گونه‌ای که وی را قادر می‌سازد تا ایفای عهد را از متعهد آن بخواهد. قانون‌گذار نهاد داوری را مرجع صالح رسیدگی به اختلافات ناشی از «اجرای» قرارداد پیش‌فروش تعیین کرده است. بر این اساس، چنانچه در اجرای قرارداد پیش‌فروش اختلافی بین طرفین آن ایجاد شود، هیئت داوری معینی به اختلافات پیش‌آمده رسیدگی و آن‌ها را حل و فصل خواهد کرد.

### ۳. تأثیر عدم رعایت موارد مندرج در مواد ۲ و ۳ قانون پیش‌فروش بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون

آنچه نیاز به بررسی دارد، تأثیر عدم رعایت و درج موارد یازده‌گانه در ماده ۲ قانون<sup>۲۳</sup> و تنظیم نشدن سند رسمی قرارداد پیش‌فروش و درجه الزام ناشی از واژه «باید» به‌کاررفته در

۲۳. ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان در مقام بیان شرایط قرارداد پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد «در قرارداد پیش‌فروش 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 می‌شود 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 پیش‌فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی
- ۸- تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله
- ۹- تعهدات پیش‌فروشنده به مرجع صادرکننده پروانه و سایر مراجع قانونی
- ۱۰- معرفی داوران

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این قانون». همچنین ماده ۳ این قانون مقرر داشته است: «قرارداد پیش‌فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده (۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد».



مواد یادشده است. ضمانت اجرای موارد یازده‌گانه موضوع ماده ۲ قانون یکسان نیست؛ چه آنکه برخی از بندهای آن ناظر به شروط لازم برای صحت قرارداد و برخی دیگر ناظر به دیگر جنبه‌های قرارداد است. برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز مانند هر قرارداد دیگری، باید شرایط اساسی صحت معاملات موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی<sup>۳۴</sup> جمع باشد. در این راستا برخی از بندهای مندرج در ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، ناظر به این گونه از شرایط صحت است؛ از این رو در این گفتار به بررسی بندهای ناظر به شرایط صحت قرارداد و همچنین سایر شرایط مقرر در ماده ۲ پرداخته می‌شود. در پایان نیز تأثیر عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش‌فروش و تأثیر آن بر ماده ۲۰ قانون مطالعه می‌گردد.

### ۳.۱. ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط لازم برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

بندهای ۱ تا ۵ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، یعنی تعیین اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی و حقوقی، پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی و مشخصات فنی و معماری آن، و بها یا عوض قراردادی، ناظر به شروط لازم برای صحت این قراردادها بوده، عدم رعایت آنها به جهت ارتباط با شرایط اساسی صحت معاملات، می‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد. شایان ذکر است پرداخت حداقل ده درصد از بها هم‌زمان با انعقاد قرارداد، از جمله شرایط اختصاصی تشکیل این قرارداد در کنار سایر شرایط عمومی لازم معرفی شده است. وانگهی به نظر می‌رسد عدم رعایت آن سبب خروج رابطه حقوقی طرفین قرارداد از شمول قانون پیش‌فروش شده، باعث می‌شود که طرفین امتیازات پیش‌بینی شده در این قانون را از دست بدهند و از حمایت‌های آن محروم شوند، نه اینکه هیچ‌گونه قراردادی میان آنها منعقد نشود. موضوع قراردادهای پیش‌فروش عبارت است از: تعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص به منظور انتقال مالکیت آن. در نتیجه، زمان اجرای تعهد در آینده از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا از جمله مقاصد اصلی پیش‌خریدار زمان تحویل ساختمان یا واحد

۳۴. ماده ۱۹۰ قانون مدنی «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله».

پیش‌فروش شده است. قانون‌گذار به همین منظور در بند ۷ ماده ۲ قانون یادشده مقرر می‌دارد که باید زمان تحویل واحد ساختمانی پیش‌فروش شده در قرارداد ذکر شود. ظاهراً نتیجه عدم ذکر زمان تحویل، بطلان قرارداد خواهد بود. نکته قابل توجه اینکه قانون‌گذار در ادامه این بند می‌گوید: به زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی نیز اشاره شود. به نظر می‌رسد عدم رعایت این قسمت از ماده نمی‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد، زیرا چنان‌که پیش‌تر نیز بیان شد، آنچه از جمله مقاصد اصلی پیش‌خریدار تلقی می‌شود، زمان تحویل و به تبع آن، تحویل واقعی واحد ساختمانی پیش‌فروش شده است، نه تنظیم سند رسمی انتقال قطعی. در واقع، یک توافق ضمنی بین طرفین وجود دارد که تنظیم سند رسمی انتقال قطعی به نام پیش‌خریدار بعد از اتمام عملیات ساختمانی صورت گیرد. بنابراین باید بر این باور بود که اگر زمان تحویل واحد ساختمانی پیش‌فروش شده مشخص شود، اما زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی مجهول بماند، می‌توان به‌طور تلویحی زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی را همان زمان تحویل دانست<sup>۲۵</sup>.

بدیهی است فقدان شرایط صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان موجب بطلان آن می‌شود و در صورت حدوث اختلاف ناشی از قرارداد مربوط، از جمله استرداد عوض قراردادی و خسارات، دادگاه‌ها صالح به رسیدگی خواهند بود و داوری موضوع قانون به تبع بطلان قرارداد از بین می‌رود.

### ۳.۲. تأثیر عدم تعرفه داوران در قرارداد بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون

عدم تعرفه داوران موضوع بند ۱۰ ماده ۲ قانون از دیگر مواردی است که بررسی ضمانت اجرای آن از اهمیت زیادی برخوردار است. اصولاً الزام طرفین یک قرارداد از سوی قانون‌گذار مبنی بر تعیین داوران قبل از بروز اختلاف معایب زیادی داشته، در عوض این حسن را دارد که اگر قبل از بروز اختلاف داوران تعیین شده باشند، از آنجایی که در مرحله بروز اختلاف توافق طرفین جهت انتخاب داوران مشکل و عدم همکاری طرفی که از تعهدات قانونی و قراردادی خویش شانه خالی کرده مبنی بر تعیین داور اختصاصی و توافق

۲۵. جلیل، قنوتی و همکاران، «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷، (۱۳۹۴)، ص ۱۲۵-۱۴۸.

بر داور سوم محتمل بوده، مراجعه به دادگاه برای تعیین داوران و مشکلات آن وجود نخواهد داشت. در مقابل، الزام طرفین به انتخاب داوران قبل از بروز اختلاف معایی به شرح زیر دارد:

نخست اینکه با توجه به اینکه مشخص نیست در آینده در چه مرحله‌ای از موضوع قرارداد پیش‌فروش بین طرفین اختلاف حادث گردد، در نتیجه انتخاب داور از قبل تعیین شده که ممکن است اطلاعات کافی و لازم نسبت به موضوع مورد اختلاف نداشته باشد باعث محروم شدن طرفین از انتخاب داور ذی صلاح می‌شود.

دوم، ممکن است هیچ وقت اختلافی حاصل نشود و در این صورت الزام طرفین مبنی بر معرفی داوران در قرارداد پیش‌فروش باعث پرداخت حق‌الزحمه به داورانی شود که هرگز به اختلافی رسیدگی نکرده‌اند.

سوم، تعیین اشخاص معین به‌عنوان داور این اشکال را دارد که در صورت عدم امکان رسیدگی از سوی داور یا فوت یا استعفای ایشان ممکن است مشکلات مربوط به ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۲۶</sup> برای طرفین ایجاد شود؛ هرچند از آنجایی که در داور اجباری با وجود حکم قانون‌گذار مبنی بر ارجاع الزامی اختلاف به داور، دادگاه‌های دادگستری در هر حال، صلاحیت رسیدگی به اختلاف مربوط به آن را ندارند و در صورتی که برای داوران تعیین شده در قرارداد پیش‌فروش موارد یادشده در ماده ۴۶۳ پیش‌آید، طرفین باید برای تعیین داوران دیگر توافق نمایند؛ در غیر این صورت، یکی از طرفین خواهد توانست با مراجعه به دادگاه تقاضای تعیین داوران را بنماید، لیکن این مورد هم محتمل است که قضات ماده ۴۶۳ را اعمال نموده، به موضوع اختلاف رسیدگی کنند که این رسیدگی به‌نظر بنابر آنچه گفته شد صحیح نبوده، از موجبات نقض است.

عدم تعیین داوران در قرارداد پیش‌فروش ضمانت اجرایی ندارد، چراکه اولاً با توجه به عبارات کلی «هر قراردادی» و «به هر عنوان» در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان،

۲۶. ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹: «هر گاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داور نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی ننماید، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود.»

قرارداد پیش‌فروشی که بدون تعیین داوران باشد نیز قرارداد پیش‌فروش خوانده می‌شود و قراردادی که عنوان قرارداد پیش‌فروش را داشته باشد، به حکم همان ماده واجد تمام مزایای این قانون خواهد بود و ثانیاً اصل صحت اقتضای این را دارد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدون تعیین داوران صحیح باشد، زیرا در قانون پیش‌فروش ساختمان ضمانت اجرایی برای عدم تعیین داوران پیش‌بینی نشده و این مورد از شرایط اساسی صحت قرارداد پیش‌فروش نیز نبوده است؛ در نتیجه، بند ۱۰ ماده ۲ قانون ضمانت اجرایی ندارد. بنابراین از آنجایی که قسمت پایانی ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان داورى موضوع این قانون را تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دانسته، در صورت عدم تعیین داوران در قرارداد پیش‌فروش و حدوث اختلاف، در صورت عدم توافق در انتخاب داوران، یکی از طرفین می‌تواند داور خود را معین کرده، به وسیله اظهارنامه رسمی به طرف مقابل معرفی و درخواست تعیین داور نماید و یا نسبت به تعیین داور ثالث تراضی کند. در این صورت طرف مقابل مکلف است ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه داور خود را معرفی و یا در تعیین داور ثالث تراضی نماید. هرگاه تا انقضای مدت یادشده اقدام نشود، ذی‌نفع می‌تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند (ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م).

عدم اعطای مزایای قانون پیش‌فروش به قرارداد پیش‌فروشی که در آن داوران تعیین نشده باشند، از جمله عدم اعمال ماده ۲۰ همان قانون و رسیدگی دادگاه‌ها به اختلافات ناشی از چنین قراردادی، نادرست است. چراکه همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان گردید با توجه به عبارات به‌کاررفته در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قراردادی که شرایط ماده ۱ را داشته، لیکن داوران در آن تعیین نشده باشند، بدون شک قرارداد پیش‌فروش بوده و به حکم ماده ۲۰ همان قانون کلیه اختلافات ناشی از ... قرارداد پیش‌فروش در صلاحیت داورى است؛ اعم از اینکه در چنین قرارداد پیش‌فروشی داوران تعیین شده یا نشده باشند.

### ۳.۳. ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش‌فروش و تأثیر آن بر داورى موضوع قانون

به موجب ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق سند رسمی نزد دفاتر ثبت اسناد رسمی انجام

شود. عدم رعایت این تکلیف موجب ایجاد اختلاف در رویه قضایی شده است. رویه برخی از دادگاهها بر این است که قرارداد پیش فروش عادی را مشمول قانون پیش فروش ندانسته، قواعد عام قانون مدنی را حاکم بر آن می‌دانند و در صورت درخواست یکی از طرفین، با این استدلال که عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش فروش، از آنجا که به موجب ماده ۳ همان قانون باید به صورت رسمی منعقد شود، باعث می‌شود چنین قراردادی مزایای قانون پیش فروش ساختمان از جمله ماده ۲۰ را نداشته باشد و به این ترتیب به اختلافات ناشی از آن رسیدگی می‌شود. نظریه‌های مشورتی نیز در این زمینه وجود دارد که قرارداد پیش فروش عادی را خارج از شمول قواعد و مقررات قانون پیش فروش دانسته و حل و فصل اختلافات ناشی از آن را در صلاحیت دادگاهها شمرده است.<sup>۲۷</sup>

همچنین برخی از نویسندگان<sup>۲۸</sup> معتقدند که عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش فروش ساختمان موجب تشکیل نشدن قرارداد پیش فروش ساختمان می‌شود، لیکن نه اینکه هیچ قرارداد یا رابطه حقوقی بین پیش فروشنده و پیش خریدار به وجود نیاید، بلکه عدم رعایت این تشریفات سبب می‌شود که قرارداد طرفین از شمول قانون پیش فروش ساختمان خارج و مشمول قواعد عام قانون مدنی شود. در مقابل، برخی دیگر<sup>۲۹</sup> معتقدند که قرارداد پیش فروش یک عقد رضایی است و تنظیم سند رسمی شرط لازم مربوط به مرحله اثبات قرارداد شمرده می‌شود؛ چراکه اولاً در حقوق ایران، اصل بر رضایی بودن قراردادها

۲۷. نظریه شماره ۷/۳۹۰ مورخ ۴ مرداد ۱۳۹۱: «امتیازات خاص مقرر در این قانون برای قرارداد پیش فروش ساختمان تنظیم شده به صورت رسمی است و در قراردادهای عادی، در حد مقررات عام قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است و ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا و پس از تنظیم سند رسمی پیش فروش از مزایای مقرر در این قانون استفاده کند؛ بنابراین داور مقرر در ماده ۲۰ برای قراردادهای عادی ممکن نیست و مطابق مقررات عمومی اختلافات ناشی از این قراردادها در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است». نظریه شماره ۷/۳۹۰ مورخ ۲۷ اردیبهشت ۱۳۹۱: «هرگاه قرارداد پیش فروش ساختمان بدون تنظیم رسمی و بطور عادی منعقد شود به نظر می‌رسد امتیازات خاص مقرر در قانون پیش فروش ساختمان برای قراردادهای تنظیم شده به صورت رسمی است. و در قراردادهای عادی در حد مقررات عام قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است. از سوی دیگر با توجه به مواد قانونی مذکور ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا و پس از تنظیم سند رسمی پیش فروش از مزایای مقرر در این قانون استفاده کند. با این توضیح داور مقرر در ماده ۲۰ برای قراردادهای عادی ممکن نیست و مطابق مقررات عمومی اختلافات ناشی از این قراردادها در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است».

۲۸. عباسعلی، دارویی، پیشین، صص ۱۵۳ و ۱۵۴.

۲۹. جواد، حسین‌زاده و نیما، سکوتی، پیشین، صص ۵۳ و ۵۴.

است. با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن، اصل آزادی قراردادهای، در نفوذ و حاکمیت اصل یادشده تردیدی نیست؛ چراکه اصل حاکمیت اراده هم بر انعقاد عقد حکومت می‌کند و از خود اثر می‌گذارد و هم در اجرای عقد. از این رو، نتیجه‌ای که از اصل حاکمیت اراده در مرحله انعقاد قرارداد به دست می‌آید، از دو جنبه ماهوی و شکلی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ به گونه‌ای که از لحاظ شکلی، اصل حاکمیت اراده متضمن جعل رضایی بودن قراردادهای است. همچنین از مواد ۱۹۰، ۱۹۱ و ۹۳۳ قانون مدنی استنباط می‌شود که حسب این اصل، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای انعقاد قراردادهای است؛ استقرا در شرایط درستی عقود معین این استنباط را تقویت می‌کند، زیرا به جز موارد نادر و منصوص، در هیچ از عقود تشریفات خاصی بر شرایط عمومی افزوده نشده است.

دوم اینکه در قانون پیش‌فروش ساختمان، تنظیم سند رسمی از شرایط اساسی و ماهوی این قرارداد و عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری و بطلان قرارداد شناخته نشده، زیرا برای این امر از سوی قانون‌گذار ضمانت اجرایی پیش‌بینی نگردیده است. صرفاً در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون یادشده، عدم تنظیم سند رسمی موجب مسئولیت کیفری دانسته شده که با صحت قرارداد پیش‌فروش منافاتی ندارد و مؤید رضایی بودن آن است؛<sup>۳۰</sup> چراکه در ماده ۲۳ این قانون، در بیان و تعیین مسئولیت کیفری، ضمانت اجرای حقوقی مقرر نشده است؛ درحالی که چنانچه این امر در نظر قانون‌گذار از شرایط اساسی و ماهوی تشکیل این قرارداد بود، می‌بایست عدم رعایت آن موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد معرفی می‌شد. افزون بر این، در حقوق ایران اصل بر رضایی بودن اعمال حقوقی است و یکی از آثار پذیرش این اصل، اعمال آن در موضع شک است. از آنجا که اصل یادشده به هنگام تردید در تشریفات بودن معاملات جاری می‌شود، مقتضی عدم شرطیت تنظیم سند رسمی در قانون پیش‌فروش ساختمان بوده، بر رضایی بودن این قرارداد دلالت دارد.

سوم، بحث رضایی بودن قراردادهای با اصل صحت در شبهه حکمی ارتباط پیدا می‌کند؛ به این معنا که گاه قراردادهایی که به صرف تراضی تشکیل شده و شرط یا تشریفات شکلی

۳۰. نیما، سکوتی، ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۰.

در تنظیم آن‌ها رعایت نشده است، از حیث صحت و بطلان مورد شبهه قرار می‌گیرند؛ لیکن نظر به اینکه اصل صحت ضمن ماده ۳۲۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است، از اصل نامبرده نیز می‌توان به‌عنوان یکی از مبانی و دلایل رضایی بودن اعمال حقوقی در حقوق ایران و به تبع آن، قرارداد پیش‌فروش ساختمان نام برد.

عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی و در دفترخانه اسناد رسمی موجب خروج قرارداد یادشده از شمول قواعد و مزایای قانون پیش‌فروش ساختمان نمی‌شود؛ چراکه علاوه بر مراتب پیش‌گفته، اولاً عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی و نه واگذاری حق و حقوق پیش‌خریدار به دیگری، فقط موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ همان قانون و آیین‌نامه آن خواهد شد و در هیچ‌یک از مواد قانون پیش‌فروش ساختمان و آیین‌نامه آن ضمانت اجرای حقوقی پیش‌بینی نشده است. به‌موجب این ماده «اشخاص که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند به حیس از ۹۱ روز تا یکسال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». بنابراین عنصر مادی این بزه، ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف مورد نظر قانون‌گذار است و این نیز جرمی مطلق، و مقید به نتیجه نیست. به عبارت دیگر، همین که پیش‌فروشنده به طریقی غیر از طریق موردنظر قانون‌گذار در تنظیم سند رسمی مبادرت به انعقاد قرارداد پیش‌فروش با دیگری نماید، جرم موضوع این قسمت از ماده ۲۳ محقق شده، حصول نتیجه، شرط تحقق این بزه نیست. آنچه باید در مورد ماده ۳ بیان کرد اینست که ضمانت اجرای مربوط به تنظیم سند رسمی متوجه پیش‌فروشنده است و شامل پیش‌خریدار نمی‌شود؛ یعنی چنانچه پیش‌خریدار با تنظیم یک قرارداد عادی مبادرت به پیش‌خرید یک آپارتمان کند، گرچه به تکلیف قانونی مقرر در ماده ۳ قانون یادشده عمل نکرده است، اما عدم رعایت این امر جرم نیست. دلیل این حکم قانون‌گذار آنست که قانون پیش‌فروش یک قانون حمایتی است و قانونی است که از پیش‌خریدار حمایت می‌کند و چون معمولاً پیش‌فروشنده فردی قوی‌تر است، قانون‌گذار جهت حمایت از پیش‌خریدار برای او جرم‌انگاری نکرده است. نکته قابل تأمل دیگر در این باره بیان این مورد است که چنانچه پیش‌خریدار بخواهد حقوق خود را در خصوص ساختمانی که پیش‌خرید کرده به شخص یا

اشخاص ثالث واگذاری کند، او نیز طبق ماده ۳ قانون باید حقوق و تعهدات ناشی از آن را با تنظیم سند رسمی منتقل نماید، اما عدم رعایت این تکلیف قانونی از سوی پیش‌خریدار، ضمانت اجرای کیفری ماده ۲۳ را نیز به دنبال نخواهد داشت، چرا که مدلول مقررات قانون پیش‌فروش ساختمان از جمله ماده ۲۳ قانون یادشده به اشخاصی اشاره دارد که اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، نه اشخاصی که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد پیش‌فروش را به اشخاص ثالث واگذار می‌کنند و قانون‌گذار در مقام بیان صرفاً به کسانی اشاره دارد که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، نه پیش‌خریداری که حقوق ناشی از قرارداد پیش‌خرید خود را به دیگری واگذار کند. تفسیر مضیق کیفری نیز اقتضای چنین تفسیری را دارد. دوم، همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در خصوص قرارداد پیش‌فروش، با توجه به تعریف ارائه‌شده از سوی قانون‌گذار در ماده ۱ همان قانون، آنچه مد نظر بوده، هدف طرفین در قرارداد است، نه قالب انتخاب‌شده قرارداد از جانب طرفین. بنابراین چه قرارداد طرفین رسمی باشد و چه عادی، و چه در آن داوران تعیین شوند و یا قرارداد بدون تعیین داوران منعقد گردد، قرارداد یادشده یک قرارداد پیش‌فروش بوده، از نظر قانونی این قرارداد باید بر اساس هدف و انتظار نهایی طرفین تفسیر گردد. سوم، بنابر مراتب پیش‌گفته و از آنجایی که تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت عادی ضمانت اجرای کیفری و آن‌هم فقط برای پیش‌فروشنده داشته، و از آنجا که قانون پیش‌فروش ساختمان یک قانون حمایتی برای حمایت از طبقه پیش‌خریدار بوده، اقتضای چنین امری این است که با توجه به عبارات به‌کاررفته در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قراردادی که شرایط ماده ۱ را داشته، لیکن به صورت رسمی تنظیم نشده است، قرارداد پیش‌فروش محسوب شود. و از آنجایی که به حکم ماده ۲۰ همان قانون کلیه اختلافات ناشی از ... قرارداد پیش‌فروش در صلاحیت داوری است، حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش عادی را نیز می‌توان در صلاحیت هیئت داوری دانست؛ اعم از اینکه چنین قرارداد پیش‌فروشی به صورت رسمی تنظیم شده باشد یا یک قرارداد پیش‌فروش عادی باشد<sup>۳۱</sup>.

۳۱. فرزاد، کرمی کلمتی و پژمان، محمدی، «بررسی تأثیر عدم رعایت حداقل‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان»، دومین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت و حقوق، (۱۳۹۷)، ص ۱۰.



## نتیجه

از مقاله حاضر نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. در شرایط فعلی باید قرارداد پیش‌فروش ساختمان را عقدی معین، با نام و با ویژگی‌های منحصر دانست و ماهیت آن را با توجه به این قانون تبیین و تحلیل کرد. برگرفته از ماده ۱۰ این قانون، قرارداد پیش‌فروش ساختمان نهاد حقوقی مستقل با ساختاری خاص و مختلط است که واجد انتقال مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش‌فروش شده به پیش‌خریدار است. همچنین برابر ماده ۳۱ قانون یادشده، نسبت به بنا و اعیانی بر اساس نظریه تملیک تدریجی تحلیل می‌شود؛ به این صورت که با انعقاد قرارداد پیش‌فروش، بخشی از عرصه یا زمین به نسبت سهم خریداری شده به پیش‌خریدار منتقل می‌شود.

۲. نظر به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش‌فروش به عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است.

۳. نظر به ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان که طرفین قرارداد را به درج شرط داوری ضمن قرارداد ملزم نکرده، بلکه حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد را که ناشی از تعبیر و تفسیر و اجرای قرارداد پیش‌فروش است به داوری ارجاع می‌دهد، باید داوری موضوع این قانون را داوری اجباری قانونی به حکم قانون دانست، نه داوری اجباری قراردادی. هرچند بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان طرفین را به گنجاندن حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش‌فروش ملزم می‌نماید، لیکن این امر موجب تغییر ماهیت این نوع داوری نخواهد شد.

۴. قانون‌گذار در صدر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر کرده است: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیئت داوران... انجام می‌پذیرد...»، در واقع، قانون‌گذار ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعیین کرده است.

۵. بندهای ۱ تا ۵ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، یعنی تعیین اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی و حقوقی، پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی و مشخصات فنی و معماری آن، بها یا عوض قراردادی ناظر به شروط لازم برای صحت این قراردادها بوده و عدم رعایت آنها به جهت ارتباط با شرایط اساسی صحت معاملات، می‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد.

۶. عدم تعرفه داوران در قرارداد پیش‌فروش ضمانت اجرایی ندارد؛ چراکه اولاً با توجه به عبارات کلی «هر قراردادی» و «به هر عنوان» در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروشی که بدون تعیین داوران باشد نیز قرارداد پیش‌فروش است و قراردادی که عنوان قرارداد پیش‌فروش را داشته باشد، به حکم همان ماده، واجد تمام مزایای این قانون خواهد بود و ثانیاً اصل صحت اقتضای این را دارد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدون تعیین داوران صحیح باشد، زیرا در قانون پیش‌فروش ساختمان ضمانت اجرایی جهت عدم تعیین داوران پیش‌بینی نشده و این مورد از شرایط اساسی صحت قرارداد پیش‌فروش نیز نبوده است؛ در نتیجه، بند ۱۰ ماده ۲ قانون ضمانت اجرایی ندارد.

۷. عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی، و نه واگذاری حق و حقوق پیش‌خردار به دیگری، فقط موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ همان قانون و آیین‌نامه آن خواهد شد و در هیچ‌یک از مواد قانون پیش‌فروش ساختمان و آیین‌نامه آن ضمانت اجرای حقوقی پیش‌بینی نشده است. به‌موجب این ماده، «اشخاص که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند به حبس از ۹۱ روز تا یکسال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». بنابراین عنصر مادی این بزه، ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف موردنظر قانون‌گذار است و این نیز جرمی مطلق، و مقید به نتیجه نیست.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۹، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۳۷).
۲. سکوتی، نیما، ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، (۱۳۹۰).
۳. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۵).
۴. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، (تهران: سمت، ۱۳۹۴).
۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).
۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).
۷. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۱).
۸. مجدد، ابوالفضل، موارد الزامی ارجاع به داوری، (قم: ابتکار دانش، ۱۳۹۶).
۹. موحد، محمدعلی، درس هایی از داوری های نفتی، قانون حاکم، (تهران: کارنامه، ۱۳۸۶).
۱۰. معین، محمد، فرهنگ معین فارسی، (تهران: زرین، ۱۳۸۶).
۱۱. واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۳).

## - مقالهها

۱۲. حسین زاده، جواد و سکوتی، نیما، «ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان»، فصلنامه تعالی حقوقی، ش ۱۷ (۱۳۹۵).
۱۳. دارویی، عباسعلی، «قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان»، فصلنامه حقوقی، (۱۳۹۱).
۱۴. سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد، «ماهیت، ویژگیها و صلاحیت داوری در قانون پیش فروش ساختمان»، حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۳۹۶).

۱۵. قنواتی، جلیل؛ سکوتی، نیما؛ حسین‌زاده، جواد، «ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷ (۱۳۹۴).
۱۶. کرمی کلمتی، فرزاد و محمدی، پژمان، «بررسی تأثیر عدم رعایت حداقل‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان»، دومین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت و حقوق، (۱۳۹۷).

(ب) انگلیسی

17. Rene David, Arbitration in International Trade, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, (1983).
18. unctad, consent to arbitration, un, new York, (2003).