

مشکلات اجرایی قانون پیش فروش ساختمان از منظر حقوق موضوعه

اکبر انصاری^۱

کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق

طیبه مرادی

کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور تهران، واحد پرند

چکیده

تهیه مسکن از مشکلات اساسی جامعه بشری در همه عصرها بوده است. با تحولات زندگی بشری از روستایی به شهری، جامعه با محدودیت ساختمان مواجه گردیده و ادامه این مشکلات منجر به اختلافات خریداران و فروشندگان گردیده و این موضوع قانونگذار را بر آن داشت تا تمهیداتی را در راستای تهیه مسکن انجام دهد که قانون پیش فروش ساختمان در این خصوص تصویب گردید و تشریفات ویژه ای را برای جلوگیری از سوءاستفاده فروشندگان و سازندگان مقرر نموده است. تشریفات مذکور شامل تنظیم قرارداد پیش فروش در دفاتر اسناد رسمی و انجام کارشناسی های مختلف و اخذ مجوز از نهادها و سازمانهای خاص می باشد که این موضوع سندیت این قراردادها را بیشتر می نماید، ولی مشکلاتی را نیز برای فروشندگان و سازندگان به وجود خواهد آورد که در این پژوهش به بحث پیرامون آن پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: قرارداد پیش فروش، تعهدات، حقوق موضوعه ی ایران،

^۱ نویسنده مسئول: syberg1401@gmail.com

با توسعه شهرنشینی و بیشتر شدن جمعیت، مسلمانان ساخت و سازها برای اینکه این جمعیت را در خود جای دهد افزایش پیدا کرده است و به تبع آن، قراردادهایی نیز برای این ساخت و سازها از منظر حقوقی به وجود آمده است. یکی از مسائلی که در شهرها علی الخصوص شهرهای بزرگ بسیار مطرح شده است پیش فروش آپارتمان می باشد. در شهرهای بزرگ که جمعیت بیشتر است و زمین کمتر، آپارتمان سازی علی الخصوص انبوه سازی رواج بیشتری دارد که در این میان باعث ازدیاد قراردادهای خرید و فروش می شود که در خصوص قراردادهای پیش فروش این مقاله، مباحثی را مطرح خواهد کرد. در قانون پیش فروش اعم از پیش فروش خانه یا آپارتمان پیش بینی شده است و تعریف مشخصی دارد. پیش فروش یا از طریق مالک است یا از طریق سازنده ای که ملک را می سازد، حتی کسی که خود خانه را خریده تا زمانی که به اتمام نرسیده است می تواند اقدام به پیش فروش کند این مساله در قانون پیش فروش ساختمان در دی ماه ۱۳۸۰ مصوب شده است که البته در ماده ۱۸ به جای پیش فروش از عبارت انتقال حقوق و تعهدات پیش خریدار بهره گرفته است. در واقع در حقوق ایران پیش فروش ساختمان انتقال ساختمانی که عملیات آن هنوز به اتمام نرسیده است با قصد بیع، پیش فروش قلمداد می شود. خرید و فروش ساختمانی که هنوز به اتمام نرسیده است در دسته بندی سایر عقود تملیکی مثل هبه اعم از عقد معوض و عقد غیر معوض یا صلح تملیکی، در معنای خاص کلمه «پیش فروش» به حساب نمی آید ولی در کل، مشمول عنوان پیش فروش واقع می شود و قانون مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹، این اصطلاح را در معنای عام به کار برده است. در هر صورت، بحث معامله معارض با قرارداد پیش فروش، شامل این نوع معاملات نیز می گردد. در این خصوص نظرات موافق و مخالفی وجود دارد دسته اول می گویند: چون در پیش فروش ساختمان «عین» موضوع معامله، هنوز موجود نیست، از ابتدا با بیع معین بودن آن مخالفت کرده اند و بیع کلی فی الذمه نیز به حساب نمی آید چون مصداق بیشتر ندارد و نمی تواند کلی در نظر گرفته شود. بنابراین از منظر بیشتر نویسندگان حقوقی، «پیش فروش ساختمان» از ذیل عنوان «بیع» بیرون می رود. اما از نظر آنانی که پیش فروش را دارای ماهیت قولنامه می دانند، معامله معارض با آن را نیز محکوم به حکم معامله معارض با قولنامه حساب می کنند و بنابراین آن معامله را صحیح دانسته و برای پیش خریدار همانند ذی نفع قولنامه فقط حق مطالبه خسارت قائل هستند. هر چند حتی در قولنامه نیز در کنار حق دینی، حق عینی بالقوه وجود دارد و معامله معارض با آن غیر قابل اجرا می باشد و ذی نفع قولنامه این توانایی را دارد با رد معامله، باعث باطل شدن آن گردد. همینطور می توان گفت که فرد مختار است مطالبه خسارت کرده و معامله معارض را بپذیرد، گر چه حتی پذیرش صریح یا ضمنی آن لازم نیست. از نظر برخی از حقوقدانان مخصوصاً آنهایی که پیش فروش را یک عقد غیر معین محسوب می کنند یا یک عقد معین با همین نام، مخصوصاً پس از تصویب قانون خاص در سال ۱۳۸۹ در دسته بندی بقیه عقدها با همین نام قرار می گیرد

مبحث اول: مفهوم لغوی و حقوقی پیش فروش

«پیش فروش» اسم مصدر از فعل فروخت و مرکب از دو کلمه «پیش» (به معنی قبل، سابق، گذشته) و «فروش» می باشد و ترکیب این دو کلمه در معنی عبارتست از «فروختن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و فروشنده پولی می گیرد که بعد آن را تحویل می دهد». پیش فروش در حقیقت اسمی است که از منظر فروشنده بر معامله ای که انجام می دهد اطلاق می شود ولی از منظر خریدار معامله «پیش خرید» است. پیش خرید در لغت به معنای «خریدن کالایی است که هنوز حاضر و موجود نیست و خریدار پولی می دهد که بعد کالا را تحویل بگیرد»^۲

ماده ۳ این مصوبه می گوید که قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن یعنی از سوی

پیش‌خریدار 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 فلسفه وجود ماده ۳ این است که در بنگاه معاملات ملکی هیچ قراردادی نبایستی تنظیم شود و یا در دفتر سازنده و اگر چنین شد قرارداد معتبر نیست. در ماده ۴ مدارک لازم را گفته است مثل سند رسمی مالکیت یا سند اجاره با حق احداث اعیانی، پروانه کلی ساختمان و... در ماده ۶ خسارات تاخیر را پیش‌بینی کرده است و می‌گوید چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد یا به تعهدات خود عمل ننماید مکلف است جریمه تاخیر به پیش‌خریدار بپردازد بر اساس درصدهایی که در این مصوبه پیش‌بینی شده است. در ماده ۴ گفته در صورت عدم اقدام به موقع به سند رسمی انتقال روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد به عنوان جریمه از سوی پیش‌فروشنده؛ ماده ۷ راجع به کاهش یا افزایش مساحت است چون وقتی آپارتمان ساخته می‌شود مساحت با آن چیزی که در قرارداد پیش‌بینی شده یکی نیست و مواد قانون مدنی در اینگونه موارد گنگ و مشکل‌زا است. ماده ۸ حق فسخ پیش‌خریدار است که می‌گوید اگر خریدار حق فسخ خود را به کار برد پیش‌فروشنده بایستی خسارات وارده را نیز به او بپردازد. ماده ۹ خسارات ناشی از عیب ساختمان یا عدم رعایت ضوابط قانونی است. ماده ۱۰ می‌گوید اگر خریدار وامی بگیرد این وام بایستی به حساب پیش‌فروشنده واریز شود که قابل بحث است. ماده ۱۱ شیوه پرداخت اقساط قرارداد را پیش‌بینی کرده است که گفته ۱۰ درصد بایستی همزمان با تنظیم انتقال سند رسمی پرداخت شود ماده ۱۲ گواهی پیشرفت کار از سوی مهندس ناظر ماده ۱۳ مهم است کل ماده ۱۳ می‌گوید: پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد و در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان با تایید مهندس ناظر در صورتی که تمام اقساط را پرداخت کند با ارائه مدرک مبنی بر ایفای تعهدات می‌تواند با مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی تنظیم سند انتقال به خود را درخواست کند. اگر پیش‌فروشنده ظرف ده روز از اعلام دفترخانه از انتقال رسمی مال پیش‌فروش شده خودداری کند سند رسمی تنظیم می‌شود. ماده ۱۴ می‌گوید پرداخت تمامی اقساط توسط پیش‌فروشنده است. ماده ۱۵ غیرقابل توقیف بودن عرصه و اعیان آپارتمان پیش‌فروش شده است، چون در حقیقت اساس این قرارداد در اثر توقیف به هم می‌ریزد. ماده ۱۶ حق فسخ پیش‌فروشنده است و می‌گوید در اثر عدم پرداخت بها در مواعد مقرر، پیش‌فروشنده می‌بایستی مراتب را کتبا به دفترخانه تنظیم‌کننده سند اعلام کند و اگر طرف طرف یک هفته پرداخت نکرد پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. در ماده ۱۷ واگذاری حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده است که اگر انتقال به غیر واقع شد پیش‌خریدار و انتقال‌گیرنده متضامنا مسئول در برابر پیش‌فروشنده هستند. در ماده ۲۰ حل اختلافات از طریق داوری است که می‌گوید کلیه اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش از سوی هیئت داوران و در صورت عدم توافق بر داور مرضی‌الطرفین، یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انتخاب می‌شود. پس بنابراین داوری اجباری هم در اینجا پیش‌بینی شده است. مکانیزم انتخاب سه داور را نیز پیش‌بینی کرده است مواد ۲۱، ۲۲ و ۲۳ کيفرهایی را برای تخلف در این مقررات پیش‌بینی کرده است در ماده ۲۴ هم صریحا گفته بنگاه‌های معاملات املاک حق هیچ‌گونه دخالتی در تنظیم سند پیش‌فروش ندارند.^۳

مبحث دوم: ماهیت قرارداد پیش‌فروش

یکی از مهم‌ترین مسائل هر قرارداد، تعیین و بررسی آثار آن قرارداد است زیرا هدف از ایجاد و انعقاد هر عمل حقوقی، دستیابی به آثار آن است. پیش‌فروشنده به عنوان طرف قرارداد یا پیش‌خریدار، مانده‌همه عقود معوض که طرفین قرارداد در برابر تعهداتی را به عهده دارند، حقوقی دارند. در همه عقود معوض، هریک از طرفین قرارداد، علاوه بر اینکه در برابر طرف دیگر قرارداد، متعهد به انجام دادن تعهداتی می‌شود، حقوقی را نسبت به طرف دیگر کسب می‌کنند. از جمله مهم‌ترین حقوق

^۳ مسروری، محمد باقر، مجله قضاوت، شماره ۷۰، سال ۱۳۹۰، صفحه ۲۱

پیش فروشنده، حق دریافت عوض یا بها و یا اقساط عوض یا بها است. حق رفع عیب و نیز حق تغییر در برخی اوصاف ساختمان به طور یک طرفه نیز از حقوق دیگر پیش فروشنده است. حق فسخ و حبس و حق عدم تنفیذ قرارداد مربوط به انتقال قرارداد از سوی پیش خریدار بدون اذن پیش فروشنده از حقوق مهم دیگر پیش فروشنده است.^۴

منظور از قرارداد پیش فروش قراردادی است که به موجب آن مالک یا ذیحق پس از اخذ مجوزهای لازم از مراجع ذیصلاح از جمله شهرداری، متعهد به ساخت و تحویل واحد ساختمانی با مساحت و مشخصات معین در موعد مشخص در قبال عوضی معلوم که معمولاً به صورت اقساط پرداخت می‌شود، می‌باشد. ماده ۱ قانون در تعریف قرارداد پیش فروش اینچنین تدوین گردیده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربردی از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید از نظر مقررات این قانون قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب می‌شود.»

موضوعی که قبل از تصویب قانون مطرح بود، ماهیت و صحت قرارداد پیش فروش بوده است. تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان بر اساس ماده ۱۰ ق.م و تحت عنوان «قراردادهای خصوصی» مطرح می‌گردد و از لحاظ شرایط و آثار واجد شرایط و آثار قراردادهای خصوصی است. از این حیث مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م و قراردادی الزام آور شناخته می‌شود، طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش ملتزم و مسئول هستند و در صورت عدم انجام تعهد از سوی یک طرف، طرف دیگر، می‌تواند از او به انجام الزام کند، یا قرارداد را فسخ نموده و خسارت دریافت دارد. قرارداد پیش فروش ساختمان و مبنای الزام آور بودن این قراردادها و تعهد فروشنده مبنی بر سلب اختیار فروش به دیگری از خود، نوعی حق برای خریدار بوجود می‌آورد که طبق آن می‌تواند در صورت فروش ساختمان توسط متعهد به دیگری، قرارداد با شخص ثالث را ابطال و متعهد را ملزم به فروش مال به خود کند. با تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان تحت عنوان «قرارداد خصوصی» می‌توان آن را در قالب قراردادهای مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م همچون قرارداد «تعهد به بیع» یا «قرارداد تشکیل بیع» یا «وعده بیع» آورد که در مفهوم اصلاحی و عرفی عمدتاً «قولنامه» نامیده می‌شود. همچنین به خطار گستردگی حوزه عقد صلح و در حقیقت برابر کردن آن با ماده ۱۰ ق.م، می‌توان قرارداد پیش فروش ساختمان را در قالب «عقد صلح» نیز آورده و تنها نیاز خواهد بود، عنوان «صلح» به طور صریح یا ضمنی بر آن قرار گیرد. علت این امر که قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق.م گنجانده شد، منطبق نبودن آن یا هیچ یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. البته در پاره‌ای موارد امکان فروش واحدهای آپارتمانی کاملاً مشابه به طریق بیع کلی فراهم بود اما در اکثر موارد عدم تطابق با هیچ یک از عقود معین به همراه مخالفت قانون نبودن این قرارداد و دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، کافی است تا بتوان این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ ق.م جای داد.

برای بهتر شدن مفهوم پیش فروش و تمایز آن سایر مفاهیم می‌توان پیش فروش را با بیع مال آینده مقایسه نمود. کالایی که باید منحصراً برای خریدار در آینده ساخته شود که به نوبه خود ممکن است منقول یا غیر منقول باشد.^۵ برخی نویسندگان معتقدند در مورد مالی که احتمال وجود در آینده را دارد، طبق قاعده امکان انتقالش نیست.^۶ به نظر نویسنده‌ای دیگر، انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود پذیرفته نیست. در مقایسه بیع سلف با قرارداد پیش فروش نیز برخی معتقدند که بیع سلف یا سلم در مبیع کلی فی الذمه مصداق دارد نه مبیع عین معین. به علاوه اینکه در این نوع بیع برخلاف پیش فروش آپارتمان، ثمن نقداً همزمان با انعقاد قرارداد پرداخت می‌شود، لذا پیش فروش آپارتمان با انواع عقد بیع تفاوت اساسی دارد. عقد صلح نیز

۲- طباطبایی، محمد صادق، عباس، کیانی، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم

۵ - پیر هادی، محمد رضا، قراردادهای پیش فروش ساختمان در ایران، دانشکده آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۲۸

۶ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، اول، نشر میزان، چاپ اول، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۵، ص ۱۲

می‌تواند قالب مناسبی برای قرارداد پیش فروش آپارتمان باشد ولی بدلیل اینکه عنوان صلح میبایستی بطور صریح یا ضمنی بر آن قرار گیرد، بهترین گزینه در این خصوص گنجاندن قرارداد پیش فروش در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان قرارداد خصوصی می‌باشد. در واقع قرارداد پیش فروش عقدی لازم است و لزومش را نیز از ماده ۱۰ گرفته است و به همین دلیل گنجاندن قرارداد پیش فروش در قالب عقود شرکت و استصناع که عقود جایزند، منتفی خواهد بود. لذا قرارداد پیش فروش آپارتمان از کلیه عقود سنتی متفاوت است و به همین دلیل قانون خاصی را می‌طلبید.

مبحث سوم: سیر تاریخی و قانونی قرارداد پیش فروش ساختمان

ماده واحده ای تصویب شد، که با توجه به کلی گویی و مختصر بودن آن کافی نبود و فقط پیش خریداران را وادار می کرد تا هزینه مربوط به پیش خرید ساختمان بیش از ده واحد را به حساب بانک مسکن واریز نمایند. قانون تملک آپارتمان ها مصوب ۱۳۴۳ نیز بحثی از پیش فروش آپارتمان و وضعیت حقوقی آن به میان نیاورده است. در سال های اخیر، پیش نویس قانون «پیش فروش ساختمان» تهیه و در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۹ با اعمال پاره ای تغییرات به تصویب هیئت دولت رسیده و به صورت لایحه تقدیم مجلس گردید. این لایحه سرانجام در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و شکلی قانونی به خود گرفت. این قانون مشتمل بر ۲۵ ماده است، و در سه فصل نظام یافته است.

گفتار اول: بررسی ماده ۱ قانون

صرف نظر از اینکه چه ماهیتی برای قرارداد پیش فروش آپارتمان قائل باشیم، قرارداد هیچ مغایرتی با فقه ندارد و چنانچه تعهد به مبيع بدانیم نیز می‌تون گفت همان تعهداتی است که اشخاص میتوانند به اراده خود به عهده گرفته و در فقه نیز موارد مشابه آن وجود دارد و چنانچه این قرارداد را یک قرارداد خصوصی بدانیم نیز هم‌چنان که گفته شد نه نفس قرارداد در فقه منع شده و نه در مفاد این قرارداد با مانعی روبروست.

منظور از قرارداد پیش فروش، قراردادی است که به موجب آن مالک یا ذیحق پس از اخذ مجوزهای لازم از مراجع ذیصلاح و از جمله شهرداری متعهد به ساخت و تحویل واحد ساختمانی با مساحت و مشخصات معین در موعد مشخص در قبال عوضی معلوم که معمولاً به صورت اقساط پرداخت می‌شود، می‌باشد. ماده ۱ «قانون» در تعریف قرارداد پیش فروش چنین تدوین گردیده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب می‌شود» به طور کلی خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود:

الف- فروش آپارتمان ساخته شده که ممکن است از سوی مالک ساختمان یا مالک آپارتمان انجام شود.

ب- فروش آپارتمان که هنوز ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود و در این روش به طور معمول موقعیت و ابعاد و مشخصه‌های آپارتمان در نقشه ساختمان معین می‌شود و فروشنده متعهد می‌شود آپارتمان را در ظرف مدت معین بسازد.^۷

گفتار دوم: تعهد مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) بر احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین

بند اول: ساخت یا تکمیل ساختمان

^۷ امامی، مصطفی، ماده یک تاده قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۳۸۵، ۱۷۵.

ساخت یا تکمیل ساختمان یا واحد مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و نقشه ساختمانی طبق قراردادهای پیش فروش فی مابین سازندگان و متقاضیان، مهم‌ترین و اصلی‌ترین تعهد پیش‌فروشنده است که ساختمان مورد توافق را براساس نقشه ساختمانی و براساس اوصاف مذکور در قرارداد و در زمین معین ساخته پس از اتمام عملیات ساخت به پیش‌خریدار تحویل نماید که این امر تلویحا از آن قسمت از ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان « مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود» قابل استنباط است. بدین ترتیب در این قراردادها پیش‌فروشنده متعهد می‌شود ساختمان موضوع قرارداد را براساس اوصاف و مشخصات فنی مذکور در قرارداد ساخته و تحویل پیش‌خریدار نماید. در غیر این صورت پیش‌خریدار می‌تواند الزام پیش‌فروشنده را به انجام تعهدات قراردادی از مراجع ذیصلاح بخواهد یا از باب تخلف از مفاد قرارداد فی مابین، خسارت دریافت نماید.

بند دوم: تحویل ساختمان

با توجه به اینکه در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موضوع قرارداد به هنگام انعقاد قرارداد وجود خارجی نداشته و بایستی ظرف مدت معینی در آینده ساخته شود، پیش‌فروشنده متعهد است. عقد قراردادها دارای تقسیمات مختلفی هستند که در برخی از کتب حقوقی، به ۴۰ مورد نیز می‌رسند. تقسیم عقد به لازم و جایز دارای آثار علمی است. که خود دارای تاثیراتی است که خارج از حوزه بحث ما می‌باشد.

قرارداد پیش فروش آپارتمان در رویه قضایی

یکی از راه‌های شناخت قرارداد پیش فروش آپارتمان، شناخت هر چه بیشتر رویه ی قضایی در این باره است. هر چند رویه ی قضایی ایران در زمینه مسائل مختلف حقوقی هنوز نتوانسته است آن طور که بایسته است راهنما و هدایت کننده و به عبارت دیگر موثر در روند انجام امور حقوقی باشد. قرارداد نو ظهور پیش فروش ساختمان نیز از این حکم مستثنی نیست. آراء متشکک و استدلال‌های گوناگون دادگاه‌ها مانع از این می‌شود که بتوان حکم کلی و نظر جامعی درباره ی رویه ی قضایی ارائه داد. با این وجود به بررسی برخی آراء دادگاه‌ها می‌پردازیم. لازم به ذکر است که آراء ارائه شده در محدوده ی زمانی سال‌های ۹۱-۶۳ صادر شده‌اند. آرایه‌ی که دقت در آن‌ها، این استنباط را تقویت می‌کند که همان اختلاف نظرهایی که در مباحث نظری و تئوری در خصوص موضوعی وجود دارد، در عمل نیز وجود دارد.^۸

در خصوص موضوع مورد بحث یعنی «قرارداد پیش فروش آپارتمان» از آنجا که در میان کتاب حقوقی بحث تفضیلی زیادی مشاهده نمی‌شود، یکی از راه‌های آگاهی یافتن از اختلاف نظرها و نظرات گوناگونی که در این مورد مطرح است، دقت و تامل در آراء و رویه ی قضایی است که در این مورد وجود دارد و این آراء می‌تواند به ما در راه شناخت دقیق ماهیت قرارداد مزبور، کمک کنند. آرایه‌ی که در این زمینه وجود دارد را می‌توان در پنج دسته تقسیم بندی نمود:

دسته اول: آرایه‌ی که نظریه ی معلق بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان را مطرح می‌کنند.^۹

«تعهد شرکت به ساختن آپارتمان و فروش آن در آتیه نوعی عقد معلق بوده و موجب خروج موضوعی از شمول مقررات مواد ۳۶۲ و ۳۳۸ قانون مدنی است: و عقد مشمول تعریف بیع نبوده و آثار عقد بیع را ندارد.»

دسته دوم: آرایه‌ی که قرارداد پیش فروش آپارتمان را تعهد به بیع می‌داند «... قید عبارت خریدار و فروشنده در مورد معامله در سند نمی‌تواند گویای انجام معامله ی قطعی باشد. کما این که در ماده ی ۳۳۹ ق.م.هم از توافق با بیع و مشتری گفتگو کرد

^۸ - بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آیینی دیوان عالی کشور، (در بیع و احکام راجع به آن)، نشر فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۹ص ۲۵

^۹ - زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۲.

^{۱۰} - رای شماره ۳۰/۳، ۳۰۶/۱۰/۱۳۷۱؛ شعبه سوم دیوان عالی کشور، به نقل از زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول،

حال آنکه هدف این توافق برای تحقق عقد نیست؛ بلکه متعاقب این توافق، عقد بیع با ایجاب و قبول واقع می شود.»
دسته سوم: آرایه که قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع می دانند،^{۱۱} «مستنبط از قرارداد مستند دعوی، بیع به مفهوم قانون مدنی بوده نه "تعهد به بیع" و قید "هنگام انتقال قطعی" در قرارداد عرفا ناظر به انجام تشریفات ثبتی معامله می باشد و غیره... "همچنین در رای دیگری

آمده است که "... مستفاد از قرارداد مستند دعوی این است که بیعی که فیما بین طرفین محقق گردیده با توجه به تصریح ماده دو قرارداد و این که خریدار تا قبل از تنظیم سند رسمی انتقال هرگونه معامله و نقل و انتقال را نسبت به آپارتمان مورد معامله از خود سلب نموده و این عدم قابلیت انتقال ناظر به متعاملین و امضاکنندگان قرارداد بوده و تا زمانی که قرارداد موصوف به ترتیبات مقرر در ماده ی پنج قرارداد و یا به طریق قانونی فسخ نگردیده، دارای قوت و اعتبار قانونی بوده است."^{۱۲} رای دیگری در همین زمینه از شعبه ی اول دیوان عالی کشور صادر شده است که مقرر می دارد: مستفاد از قرارداد مستند دعوا این است که بیع فیما بین خواهان به عنوان خریدار و فروشنده محقق گردیده و تا زمانی که قرارداد موصوف به ترتیبات مقرر در ماده ی ۵ آن قرارداد یا به طریق قانونی فسخ نگردیده، دارای قوت و اعتبار عقد بیع در حدود ماده ی ۱۰ ق.م. بوده و تنظیم سند فروش با دیگری توسط فروشنده به لحاظ مستحق للغير بودن بیع خلاف شرع و قانون می باشد."^{۱۳}

البته رای فوق دارای ابهام بوده و نوعی اختلاط عناوین حقوقی در آن به چشم می خورد و ایراد اساسی که بر استنباط قضات شعبه اول دیوان در خصوص تعیین ماهیت قرارداد مزبور وارد است، آن است که عقد بیع در زمره ی عقود معین بوده و تابع احکام، شرایط و آثار خاص خود در قانون مدنی می باشد. از طرف دیگر قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م. به تعبیر قانون مدنی "قرارداد خصوصی" و جزء عقود بی نام بوده و بنابراین، از لحاظ ماهیتی، عقد بیع و قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م. با یک دیگر متفاوتند و عبارت "بیع در حدود ماده ۱۰ ق.م." اختلاط عناوین حقوقی بوده و صحیح به نظر نمی رسد.^{۱۴}

دسته ی چهارم: آرایه که قرارداد پیش فروش آپارتمان را قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م. می دانند، در همین زمینه آرایه صادر شده است از جمله در رای آمده است که "مستندا به مواد ۱۰ ق.م، خواهان با پرداخت ۷۵٪ ارزش ملک مورد معامله به قیمت روز در وجه شرکت سازنده، سازنده را مکلف به تحویل آپارتمان مورد نظر با مشخصات مندرج در قرارداد شماره ی ۸۰۰۰ مورخ ۵۶/۲/۲۶ تنظیمی فیما بین طرفین می نماید و ..."^{۱۵}

در رای دیگری که به تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ در پرونده ی شماره ی ۸۹-۹۴۰-۴۱۷ در دادنامه شماره ۱۳۰۲-۹۱-۱۳۴۸ صادر شده است، نیز نظریه ی قرارداد خصوصی بودن قرارداد پیش فروش دیده می شود.

جریان این پرونده از این قرار می باشد که آقای... وکیل خواهان به طرفیت خواندگان به ترتیب ۱- ... ۲- ... ۳- ... ۴- ... به خواسته ی الزام خواندگان به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی انتقال به شرح متن دادخواست مقوم به مبلغ ۵۱۰۰۰۰۰۰ ریال و همچنین الزام خواندگان به تسلیم و تحویل مبیع مقوم به ۵۱۰۰۰۰۰۰ ریال به شرح دادخواست تقدیمی اقامه ی دعوا نموده است. وکیل خواهان اجمالا استناد داشته است که خواندگان ردیف اول الی سوم طبق قرارداد پیش فروش، تنظیم شده طبق نمونه قراردادهای پیش فروش، شش دانگ یک واحد آپارتمان جزء پلاک های ثبتی ۳۷۷۸ و ۳۹۴۹ الی ۳۹۵۳ از ۷۲

^{۱۱} - رای شماره ی ۱۲۱۸۴۲، مورخ ۷۰/۱۰/۲۱، شعبه ی ۲۱ دیوان عالی کشور. به نقل از ف زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۳.

^{۱۲} - رای شماره ۷۶/۲۰۲۳، مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۲، شعبه ی ۱۷ دادگاه حقوقی تهران. به نقل از علیزاده، حسن، قرارداد پیش فروش آپارتمان، نشر میثاق عدالت، چاپ اول، ص ۳۶.

^{۱۳} - علیزاده، حسن، قرارداد پیش فروش آپارتمان، نشر میثاق عدالت، چاپ اول، ص ۵۲.

^{۱۴} - حسین علیزاده، همان، ص ۵۲

^{۱۵} - رای شماره ۲۰۲۳/۷۶، مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۲، شعبه ی هفدهم دادگاه انقلاب اسلامی ایران

اصلی به انضمام پارکینگ و انباری مربوطه را با دریافت ثمن به استثنای دو قسط ثمن که هنگام تنظیم سند انتقال و تسلیم مبیع پرداخت می شود، به خواننده ردیف چهارم انتقال داده اند و خواننده ی ردیف چهارم نیز مطابق با مبیع نامه مورخه ۸۷/۱۱/۲۴ به خواهان واگذار نموده و تمامی ثمن معامله را نقدا از موکل دریافت داشته است؛

در عین حال خوانندگان ردیف اول الی سوم از انتقال رسمی سند به نام خواهان امتناع می کنند.

در این مورد چنین رای داده شده است: «نظر به اینکه طبق مفاد قراردادهای خصوصی مورخ ۸۵/۶/۱ (قرارداد پیش فروش ضمیمه ی رای) و ۸۷/۱۱/۲۴ (قولنامه ی ضمیمه ی رای) منعقده فیما بین متداعیین، انتقال آپارتمان موضوع خواسته به خواهان و تعاقب ایادی قانونی محرز است و نیز نظر به اینکه با وقوع عقد به نحو صحیح، طرفین نه تنها مستلزم به اجرای مفاد آن می باشند؛ بلکه بایستی به آنچه به موجب عرف و عادت و یا قانون، به عقد تحمیل می شود التزام داشته باشند؛ همچنین با توجه به اینکه خوانندگان ردیف اول الی سوم در جلسات دادرسی حضور یافته و ضمن تایید انتقال ملک به خواننده ی ردیف چهارم التزام خود را به اجرای قانون اعلام نموده لکن به سبب اختلاف خواهان اصلی و وارد ثالث تا کنون انتقال را انجام نداده اند و منتظر تعیین تکلیف از سوی دادگاه هستند و با عنایت به اینکه طبق جوابیه شماره ۵۹۷۸۵/غ/ش- مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵ اداره ی ثبت اسناد و املاک شمال غرب تهران آپارتمان موضوع دعوی به نام خوانندگان ردیف اول و سوم ثبت رسمی شده است، بنابراین دادگاه به تبعیت از اصول لزوم و صحت عقد و مستندا به مواد ۱۰-۲۱۹-۲۲۳-۲۲۵ قانون مدنی و مواد ۱۹۸-۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر محکومیت خوانندگان ردیف اول الی سوم به حضور در دفترخانه ی اسناد رسمی و پرداخت خسارات مربوط به حق الوکاله ی وکیل و هزینه ی دادرسی صادر می گردد.»^{۱۶}

دسته ی پنجم: دسته ای از آراء هستند که ایراد عدم وجود مبیع را مطرح ساخته و نتایج متفاوتی از آن گرفته اند. برخی آراء پس از مطرح کردن ایراد، عنوان حقوقی دیگری غیر از بیع را مطرح کرده اند و گروهی دیگر به دلیل همین ایراد، عقد را باطل و دعوا را غیر قابل پذیرش ساخته اند.

از جمله در این آراء آمده است که "به وضوح محرز است که طرفین بیع نامه ای را امضاء کرده اند که مبیعی در آن وجود خارجی نداشته، یعنی طبقه ی دومی احداث نگردیده و حتی در مرحله ی ابتدایی هم شروع نشده بود. بنابراین، خواسته معترض (خواهان: مبنی بر تنظیم سند رسمی) قابل پذیرش نبوده است."^{۱۷}

و نیز در رای دیگری آمده است که: "خواهان دادخواستی به طرفیت خوانندگان تقدیم داشته تقاضای صدور حکم الزام خوانندگان به انتقال رسمی سه واحد پلاک مذکور را نموده است... نظر به اینکه هنگام انعقاد قولنامه، مورد معامله به نحوی که عرفا قابل رویت باشد وجود نداشته است، اوصاف ممیزه در قرارداد وجود خارجی نداشته است و درج نیمه کاره، صرفا به منظور مقبولیت بخشیدن به قولنامه قید شده و موید این واقعیت است. توجهها در دفاعیات موجه و مستدل وکیل خوانندگان دعوی اصلی، دعوی مطروحه خواهان را غیر موجه تشخیص و حکم به رد آن صادر و اعلام می دارد."^{۱۸}

در این رای نیز مثل رای قبلی، دادگاه پس از طرح ایراد عدم وجود مبیع، دعوا را غیر قابل پذیرش اعلام کرده است.

در رای دیگری دادگاه ضمن طرح ایراد مزبور، دعوا را قابل تطبیق با قرارداد دیگری غیر از بیع (تعهد به بیع) دانسته و صرفا به دلیل عدم تطبیق قرارداد با عقد بیع، دعوا را غیر قابل پذیرش ندانسته است. در این رای آمده است: "تعهد شرکت نوسازی (این بوده که) آپارتمانی را که موجود نبوده در ظرف ۲ سال احداث نماید و به خواهان انتقال و تحویل دهد و قرارداد مزبور

^{۱۶} - شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی، مجتمع قضایی شهید بهشتی، مورخ ۹۱/۱/۱۲

^{۱۷} - رای شماره ۲۲/۵۴۰، مورخ ۷۰/۸/۱۴، شعبه ی ۲۲ دیوان عالی کشور. به نقل از فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

^{۱۸} - رای شماره ۱۴۱۸/۷۵ و ۷۰۸/۲-۱۴۱۹/۷۵، شعبه ی ۱۵۷ دادگاه عمومی تهران. به نقل از فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۴.

دلالت بر وقوع بیع ندارد. استنباط دادگاه آن است که مالکیت شرکت مزبور نسبت به آپارتمان موضوع قرارداد در مورخ ۵۴/۵/۱۱ به خواهان منتقل نشده بلکه شرکت فقط تعهد داشته که بر طبق شرایط مندرج در قرارداد عقد بیع را در دفترخانه با خواهان منعقد نماید و در قرارداد برای خواهان حق عینی ایجاد نگردیده است.^{۱۹} به این ترتیب، دادگاه قرارداد مزبور را به دلیل ایراد مطرح شده، قابل تطبیق با قالب تعهد به بیع دانسته است.

بیان اوصاف کمی و کیفی ساختمان در قرارداد پیش فروش

مشخص بودن اوصاف آپارتمان پیش فروش شده در پیش فروش آپارتمان که هنوز ساخته نشده است بسیار مهم می باشد. پیش فروشنده می بایست آپارتمان را برابر اوصاف قراردادی احداث نماید و آپارتمان ساخته شده با آن شرایطی که تعهد نموده است تفاوت نداشته باشد تعیین مساحت و وصف مبیع بیه اندازه ی قابل اهمیت است که ماده ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی درستی عقد بیع را منوط به معلوم بودن مقدار، جنس و وصف کرده است ولی در مواردی که نسبت به وصف بیع یا مقدار آن تردیدی است بیع را به شرط داشتن وصف یا مقدار معین برای مبیع واقع سازد و در این موارد بیع بر مبنای شرط واقع می شود و اگر صفتی را که مورد نظر دو طرف است دارا نباشد به تفاوت موارد ممکن است بیع فسخ یا ثمن به نسبت وضع وجود تعدیل شود.^{۲۰}

آنچه در ماده ۳۵۵ قانون مدنی بیان داشته مفروض این است که شرط مقدار به عنوان وصف ملک مورد تراضی قرار گرفته و ثمن برای کل مبیع، بدون توجه به بهای هر جز از مساحت معین شده است خیار فسخ دو طرف نیز خیار تخلف از شرط صفت است ماده ۲۳۵ قانون مدنی بیان میدارد: هرگاه شرط که ضمن عقد است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

ماده ۳۵۵ فقط اموال غیرمنقول و غیرقابل تجزیه است که کمیت آن با مساحت معین می شود در صورتی که در مورد ۳۸۵ هر نوع مال منقول و غیرمنقول است که بدون ضرر قابل تجزیه عینی نیست.^{۲۱}

در بندهای ۳ و ۴ ماده ۲ به لزوم ذکر اوصاف و امکانات واحد از قبیل مساحت و تعداد اتاقها و نیز مشخصات فنی و معماری ساختمان تصریح شده است و ماده ۱۲ قانون، ضمانت اجرای عدم احداث ساختمان متناسب با مفاد قرارداد بیان شده است. بنابراین، پیش خریدار ملزم به پرداختی نامتناسب با کار انجام شده نیست. ارائه گزارش توسط مهندس ناظر و شرایط شکلی آن در ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون آمده است و بصورت تکلیفی و امره می باشد.

۱- بیان مساحت آپارتمان در قرارداد پیش فروش آپارتمان

هدف ماده ۷ قانون، حمایت از پیش خریدار است و جهت حفظ حقوق پیش خریدار و تضمین حقوق پیش خریدار ما به التفاف مساحت آپارتمان پس از صدور صورتجلسه تفکیکی بر اساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه می گردد. لیکن چنانچه پیش فروشنده نیز به خاطر مساحت زیادی می توانست قرارداد را فسخ کنید، موجبات سوء استفاده فراهم می شد و می توانست از اقدام مختلفانه خود بهره مند شود. هر چند حمایت یکجانبه از پیش خریدار هم صحیح نیست و ممکن است موجب سوء استفاده های زیادی از جانب وی شود. چون قیمت املاک اغلب رو به افزایش است البته اگر قیمت ها بازار در طول یک تأخیر در ساختمان (ساخت) افزایش پیدا کند، خریدار می تواند درخواست نماید که به منظور گسترش قرارداد اصلی یا بدست آوردن یک قرارداد جدید قیمت خرید بالاتری را بپردازد.

^{۱۹} - رای شماره ۳۹۷ مورخ ۶۹/۶/۱۲، شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور. به نقل از زرنگار، فرناز، همان، ص ۲۶.

۱- کاتوزیان، ناصر، درسهایی از عقود معین، انتشارات گنج دانش، چاپ ۱۲، تهران ۱۳۸۸، ص ۵۱

۲- شهیدی، مهدی، عقود معین ۱ حقوق مدنی، ص ۴۰ الی ۴۱

قانون گذار در فرض کمتر یا بیشتر بودن مقدار مبیع نسبت به میزان توافق شده. قواعد عمومی خاصی را برای اختلاف پیش بینی نموده است. به طور مشخص در مورد موضوع این نوشتار، در قانون مدنی اقدام به وضع احکامی در مورد ملکی بر مبنای داشتن مساحت مورد توافق آشکار می شود. نموده و فروش مختلفی را از هم تفکیک و احکام آن را بیان نموده است. به علاوه در قانون ثبت هم فرض خاصی در مورد توجه قرار گرفته و حکم آن بیان شده است.

۲- پرداخت غرامت برای کمبود متراژ مقدر در قرارداد

محاسبه ما به التفاف مساحت کمتر یا بیشتر بر اساس نرخ مندرج در قرارداد با توجه به بهای روزافزون زمین و آپارتمان از مواردی است که موجب می شود پیش فروشنده با دقت بیشتری نقشه ها و طرح های تصویب و تعهد شده را بر روی ساختمان پیاده نماید، تا تغییر مساحت در آپارتمان بوجود نیامده و مساحت ساختمان مطابق قرارداد تنظیمی احداث شود.

برابر ماده ۷ قانون در صورتی که مساحت بنابر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، ما به تفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت.^{۲۲}

در قانون مقرر شده چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند. به نظر می رسد در اینجا قانون حقوق پیش فروش کننده را نیز مدنظر داشته تا پیش خریدار بی دلیل اقدام به فسخ قرارداد ننماید و صرفاً در صورتی که تغییر بیش از پنج درصد مساحت مقدار در قرارداد باشد، خریدار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. با این حال، اجرای نقشه های ساختمانی در دست پیش فروشنده است و نباید به وی اجازه داد تا ۵ درصد بنای مورد معامله تخلف کند. در مواردی که مساحت واحد تحویل شده کمتر از ۹۵٪ مقدار توافق باشد، مثلاً اگر برابر قرارداد ۱۰۰ متر بنا می بایست احداث شود ۹۰ متر احداث شود، در این صورت خریدار مخیر به دریافت خسارات وارده بر پایه قیمت روز بنا بر اساس نظر کارشناس از پیش فروشنده و یا فسخ قرارداد می باشد. نکته ای که در قسمت اخیر ماده حائز اهمیت است اختیار فسخ قرارداد و دریافت خسارت به نرخ روز در صورت کاهش مساحت آپارتمان برای پیش خریدار است و در صورتی که مساحت زیربنا بیش از مقدار مساحت مقرر در قرارداد باشد، محاسبه قیمت بر اساس نرخ روز است و بر مبنای ماده ۸ و تبصره آن، خسارات وارده را بر مبنای مصالحه یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین از پیش فروشنده دریافت کند. در عین حال هر گاه آنان نتوانند در این خصوص به توافق برسند، مطابق نظر کارشناس منتخب دادگاه، تمام مبالغ پرداختی بر اساس قیمت روز همراه با خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد می گردد. در واقع قانون گذار در وضع قواعد فوق و حکم به پرداخت قیمت روز بنا بیشتر یا دست کم مساوی میزان آن در زمان انعقاد قرارداد است و بنابراین با پرداخت آن به پیش خریدار متضرر نخواهد شد. با این حال در موارد نادری ممکن است قیمت روز بنا کمتر از قیمت زمان انعقاد قرارداد باشد که در این صورت حمایت از پیش خریدار ایجاب می کرد، قانونگذار پرداخت قیمت مندرج در قرارداد را مقرر نماید. به عبارت دیگر، شاید بهتر بود مقرر می شد قیمت روز بنا به پیش خریدار پرداخت شود مگر اینکه قیمت مندرج در قرارداد، بیشتر باشد. در عین حال ممکن است گفته شود هدف قواعد مذکور این است که قدرت خرید پیش خریدار با دریافت قیمت روز بنا نسبت به زمان انعقاد قرارداد کم نشود که این هدف با دریافت قیمت روز بنا حاصل می گردد، اما از اینکه قیمت مذکور بیشتر، کمتر یا مساوی میزان مندرج در قرارداد باشد. به علاوه، نمی توان با اندیشه حمایت از پیش خریدار، به طور کلی پیش فروشنده را نادیده گرفت. که با توجه به تورم و تغییر قیمت ملک این امر تضمین کننده حقوق پیش خریدار می باشد.

^{۲۲} -بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آیینی دیوان عالی کشور، (در بیع و احکام راجع به آن)، نشر فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۹ص ۳۲

۳- مساحت بیشتر از مساحت قیدشده در قرارداد پیش فروش

ممکن است سساختمانی با مساحت معین پیش فروش شود، اما پس از ساخت، مساحت آن بیشتر از میزان توافق شده باشد. در این صورت بر خلاف آنچه در قانون مدنی پیش بینی شده، نمی توان گفت مازاد متعلق به فروشنده بوده و مورد معامله قرار نگرفته (ماده ۳۸۴). در واقع مطابق ماده ۷ اگر اضافه مسح تا پنج در صد میزان توافق شده باشد. هیچ یک از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارد. بلکه پیش خریدار صرفاً بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد، ارزش مساحت اضافه را به پیش فروشنده خواهد پرداخت که ممکن است کمتر از قیمت روز بنا باشد. بر این اساس اگر ساختمانی بر مبنای داشتن صدمتر مساحت پیش فروش شود، اما پس از ایجاد ، مساحت آن ۱۰۴ متر مربع باشد، پیش خریدار بدون داشتن حق فسخ صرفاً باید قیمت چهار متر اضافه را به میزان مندرج در قرارداد، به پیش فروشنده بپردازد.^{۲۳}

بر اساس قانون پیش فروش ساختمان، از جمله موضوعاتی که باید رد قرارداد پیش فروش ساختمان تعیین گردد، مساحت اعیانی و مساحت کل عرصه و زیربنا است (۳ و ۳۰ ماده ۲). گاهی اتفاق می افتد مساحت بنا در پایان کار قرارداد پیش فروش قید می شود که معمولاً به سود پیش خریداران است. با این حال به دلیل اینکه ممکن است مطلوب پیش خریدار نباشد، قانونگذار با وجود شرایطی به پیش خریدار حق فسخ داده است. برای مثال فردی به دنبال واحد ساختمانی کوچک با مساحت حداکثر ۹۰ متر مربع است و قرارداد پیش فروش واحدی با همین مقدار مساحت را امضا می کند، اما در پایان کار متوجه می شود، مساحت واحد پیش خریداری شده ۱۲۰ مترمربع است که بیشتر از مساحت موردنظر وی می باشد.^{۲۴}

مطابق قانون مدنی ماده ۳۸۴ مقرر می دارد: « هرگاه در حال معامله ، مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم ، کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع، زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است».

مطابق قانون مدنی ماده ۳۸۵ مقرر می دارد « اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه ی آن بدون ضرر ممکن نمی شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم، کمتر یا بیشتر درآید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت».

مطابق ماده ۱۴۹ قانون ثبت: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذی نفع می تواند قسمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند خود را بنماید. در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد اداره ثبت سند را اصلاح و به ذی نفع اخطار می نماید تا وجه تودیعی را از صندوق ثبت دریافت دارد. عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زاید بر ۱۰ سال از تاریخ اصلاح سند اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می شود.

تبصره: در مواردی که تعیین ارزش اضافه مساحت میسر نباشد ارزش اضافه مساحت در زمان اولین معامله به وسیله ارزیاب ثبت معین خواهد شد».

علی الظاهر این دو ماده مغایر و متهافت و متعارض یکدیگرند. زیرا احکام و نتایج و آثار دو ماده مختلف می باشد. یکی پیدایش خیار فسخ برای فروشنده و دیگری انتقال مساحت اضافی با پرداخت اضافی برای خریدار، مضافاً اینکه تاریخ الحاق و تصویب ماده ۱۴۹ به قانون ثبت (۵۱/۱۰/۱۸) موخر بر ماده ۳۵۵ ق.م (۱۳۰۷/۲/۱۸) می باشد. حتی در عمل و در رویه ثبتی، مشکلاتی برای ادارات ثبت اسناد و املاک کشور به وجود آمده است که مبین و گویای نظر این مقاله ، صدور بخشنامه های

^۱ - ابوبکرالکاسانی، علاء الدین ابن بکر مسعود، بدایع الصنایع، ج ۶، المکتبه الحیبیه، چاپ اول، پاکستان ۱۴۰۹، بر گرفته از نرم افزار مکتبه اهل

بیت، صفحه ۲۱۱

^۱ - ابهری، حمید، قانون پیش فروش ساختمان، چاپ اول، سال ۱۳۸۶، ص ۱۴ و ۱۳

متعدد از جانب سازمان ثبت اسناد و املاک کشور از جمله بندهای ۳۸۷ و ۳۹۱ و ۳۹۲ م.ب.ث. و صدور آرای متعدد، از سوی هیئت های نظارت و شورای عالی ثبت می باشد.

اما با اندک تأمل و تدقیق در مواد مارالذکر، می توان دریافت که ماده ۱۴۹ الحاقی قانون ثبت هیچ گونه مغایرت و تعارضی با ماده ۳۵۵ ق.م. ندارد. چرا که قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ تصویب شده و ماده ۱۴۹ ق.ث. در تاریخ ۵۱/۱۰/۱۸ به قانون ثبت الحاق گردیده است. واضح و مبرهن است که قانونگذار ما در هنگام وضع ماده ۱۴۹ ق.ث. از وجود ماده ۳۵۵ ق.م. مطلع بوده و با این پیش فرض، مبادرت به وضع ماده ۱۴۹ الحاقی نموده است. بنابراین، این دو ماده قابل جمع و تفاهم می باشد و اعتقاد به تعارض فی مابین مواد فوق الاشعار منتفی خواهد بود. هرچند که ممکن است گفته شود: " ماده ۳۵۵ ق.م. به وسیله ماده ۱۴۹ ق.ث. نسخ شده است. ۲۵

نوآوری قانون در تبصره ماده مذکور است که مطابق آن، در صورت عدم توافق طرفین، مبالغ پرداختی بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی به همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید. به این ترتیب، قانونگذار قاعده ای عادلانه را برای حمایت از پیش خریدار ایجاد ساختمان و استرداد ثمن دریافتی به او و کسب سودسروش از این طریق، ساختن بنای بزرگتر را ابزاری برای سودجویی خود در لوای قانون قرار ندهد، زیرا در غیر این صورت پیش فروشنده که در زمان ساخت نیاز به جمع آوری سرمایه دارد، از طریق مردم سرمایه لازم برای ساخت را فراهم می کند و با این امید که پیش خریدار توانایی پرداخت ارزش اضافه مساحت را ندارد، ساختمان هایی ایجاد خواهد نمود که بیشتر از ۵ درصد میزان مورد توافق، اضافه مساحت دارند. اگر در این شرایط، با فسخ قرارداد از سوی پیش خریدار مبلغ مندرج در قرارداد به او مسترد شود قانون به پیش فروشنده حق داده برای کسب ثروت از یک اهرم قانونی به سود خود و به ضرر پیش خریدار استفاده نماید. ۲۷

۴- ضمانت اجرای تخلف پیش فروشنده (ماده ۸)

ممکن است در یک قرارداد بر اثر اوضاع و احوال خارجی و تغییرات ناگهانی قیمتها، هزینه های اجرای قرارداد افزایش چشمگیری یابد؛ به گونه ای که با آنچه در قرارداد پیش بینی شده است، تفاوت فاحشی وجود داشته باشد. که حالا ان بحث جداگانه ای در قانون مدنی دارد اما در این مبحث در ماده ۸ ذکر شده که به دلیل تخلف پیش فروشنده می باشد. متأسفانه در قانون پیش فروش ساختمان ماده ای وجود ندارد در مورد اینکه اگر پیش خریدار بخواهد حق فسخ خود را اعمال نماید و پیش فروشنده هم از روی عمد مقصر نباشد بلکه به علت فورس ماژور یا... باشد چه باید کرد؟

هرچند علت تدوین این قانون بیشتر حمایت از حقوق پیش خریدار در برابر پیش فروشنده است تا از سوء استفاده پیش فروشنده جلوگیری لازم را به عمل آورد لذا به نظر می رسد چه پیش فروشنده از عمد یا غیرعمد مرتکب عملی باشد، پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد هرچند بهتر بود قانون گذار ماده ای را هم همانند قانون مدنی برای این مسئله پیش بینی مینمود. البته نظر دیگری هم می توان داد و آن هم اینکه از قانون مدنی این مسئله را اطلاق کنیم و بگوییم که ماده ۸ صرفاً برای تخلف عمدی یا سهل انگاری این نوع استدلال منطقی تر به نظر می رسد زیرا در این صورت از حقوق هر دو، هم پیش خریدار و هم پیش فروشنده حمایت می شود و اگر اینگونه استدلال نماییم موجب سوء استفاده پیش خریدار از حق خود و متضرر شدن فروشنده می شود.

ماده ۸ " در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش فروشنده، پیش خریدار حق فسخ خود را اعمال می نماید، پیش فروشنده

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، ج اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ج ۳، ۱۳۷۸، ص ۱۵۶

۲۶- پور طهماسبی فرد، محمد، اصل تسلط دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، مجله اوکلاء، شماره ۱۹۰، سال ۱۳۸۴، ص ۲۳

۳- صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ چهارم انتشارات میزان، ۱۳۸۴، ص ۳۱۰-۳۰۱

باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین به پیش خریدار بپردازد.^{۲۸} این ماده را می توان به این صورت نیز تفسیر نمود که، چنانچه پیش فروشنده در اجرای تعهد خود، مرتکب تخلفی نشود و به علت قوه قاهره امکان اجرای تعهد وجود نداشته باشد، پیش خریدار حق مطالبه خسارت را ندارد. تبصره- در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید. از جمله مزایای این قانون تعیین چارچوب مشخص و شفاف برای پیش فروش آپارتمان است که به نظر می رسد دست فروشنده ها برای تخلفات عمدی یا سهوی و سوء استفاده از حق خود را خواهد بست. ماده ۸ حق فسخ پیش خریدار می باشد که می گوید اگر خریدار حق فسخ خود را به کاربرد پیش فروشنده بایستی خسارات وارده را نیز به او بپردازد. متأسفانه در این مواد اشاره ای نشده است که حق فسخی هم برای پیش فروشنده وجود داشته باشد و دائم طبق این قانون حق برای پیش خریدار در نظر گرفته شده است، حال اگر پیش خریدار قصد فریب پیش فروشنده را داشته و کار را با گرفتن ایرادات بی مورد به تعویق انداخته است و از حق قانونی خود سوء استفاده پیش خریدار هم فراهم آورده است. نکته دیگری که در ارتباط با این ماده به چشم می خورد، در ارتباط با آن مسئله است که اگرچه در نظام حقوقی ایران نه در قانون مدنی و نه در قانون پیش فروش ساختمان، قانونگذار صریح به حق تغییر در اوصاف ساختمان برای پیش فروشنده اشاره نکرده است، با توجه به برخی دلایل^{۲۹} استناد به شرط ضمن بنایی و یا شرط ضمنی عرفی می توان برای پیش فروشنده حق تغییر در برخی اوصاف ساختمان را قایل شد، زیرا حداقل در عرف برای پیش فروشندگان که خود اغلب افراد متخصص هستند و بیشتر از ضرورت های ایمنی ساختمان و تناسب قیمت و مرغوبیت مصالح آگاهی دارند، چنین حقی به رسمیت شناخته شده است، البته مشروط بر اینکه پیش فروشنده در اعمال حق خود سوء استفاده نکند، زیرا در این صورت علاوه بر وجود حق فسخ برای پیش خریدار، پیش فروشنده باید خسارات وارده را نیز بر مبنای مصالحه یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین بپردازد. (ماده ۸ قانون پیش فروش ساختمان).

۵- نحوه پرداخت خسارت پیش فروشنده به پیش خریدار (ماده ۱۸)

هدف قانون پیش فروش ساختمان حمایت از پیش خریدار و تضمین حقوق پیش خریدار حق فسخ قرارداد را در قانون تعیین شده است و پیش فروشنده باید خساراتی که به پیش خریدار وارد کرده است را بپردازد که این امر به دو صورت می تواند انجام گیرد:

- ۱- یا بر اساس توافق طرفین: مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین (طبق ماده)
- ۲- یا بدون توافق طرفین: پرداخت تمام مبالغ بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی (طبق تبصره)

گفتار پنجم: در صورت عدم توافق طرفین بر میزان پرداخت خسارت (تبصره ماده ۱۸)

تبصره ماده ۸: در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب قضایی همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید.^{۲۹} در تبصره ماده ۸ " قیمت روز بنا " را ذکر نموده تا بدین صورت از تضییع حق خریدکنندگان که در موضع اقتصادی و

۱- اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، مجله ی علامه، شماره ۶ و ۷، ۱۳۸۲، صفحه ۱۳۱

۲۹- ابهری، حمید، قانون پیش فروش ساختمان، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۶، ص ۹

معاملاتی پایین تری نسبت به پیش فروشندگان هستند جلوگیری به عمل آورد. اگر پرداخت خسارت بر اساس روز بنا نباشد باتوجه به تورم های موجود حق خریدار ضایع خواهد شد به طور مثال در ماده ۶ و بندهای آن که خریدار حق فسخ دارد، اگر بخواهد حق فسخ خود را اعمال کند و قیمت روز بنا را املاک قرار ندهیم در این صورت علاوه بر این که سرمایه پیش خریدار برای مدتی متوقف مانده است و نیز هم چنین، شاید سالها طول بکشد که افراد مال باخته به پولی که به حساب " پیش فروشنده" ها واریز کرده اند برسند و شاید هم هیچ وقت چنین فرصتی نصیب شان نشود حال که می خواهد قرارداد را فسخ نماید اگر قیمت زمان انعقاد قرارداد را به او بپردازیم ناعادلانه می باشد. ماده ۱۳ آیین نامه اجرایی قانون، شرایط شکلی اعلام حق فسخ توسط پیش خریدار را پیش بینی کرده است. به این ترتیب که باید با اظهارنامه کتبی و ابلاغ آن از طریق دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده قرارداد و یا طرق مقتضی دیگر باشد. بهتر بود که این طرق مقتضی مقرر در ماده، شفاف تر بیان می شد.

منابع

- ابهری، حمید، قانون پیش فروش ساختمان، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۶
- اصغر زاده، علی، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، مجله ی علامه، شماره ۶ و ۷، ۱۳۸۲
- امامی، مصطفی، ماده ده قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۳۸۵، ۱۷۵
- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آیینی دیوان عالی کشور، (در بیع و احکام راجع به آن)، نشر فردوسی، چاپ اول، سال ۱۳۷۹
- پور طهماسبی فرد، محمد، اصل تسلط دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، مجله اوکلاء، شماره ۱۹۰، سال ۱۳۸۴
- پیر هادی، محمد رضا، قرارداد پیش فروش ساختمان در ایران، دانشکده آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، سال ۱۳۸۹
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، ج اول، انتشارات گنج دانش، تهران چ ۳، ۱۳۷۸
- حاتمی، علی اصغر و ذاکری نیا- ماهیت قراردادهای ساخت و ساز- مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۲، سال ۱۳۸۹، ص ۱۵
- زرنگار، فرناز، قرارداد پیش فروش ساختمان، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵
- صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ چهارم انتشارات میزان، ۱۳۸۴
- طباطبایی، محمد صادق، عباس، کیانی، مجله حقوقی دادگستری، سال ۱۳۷۸
- علیزاده، حسن، قرارداد پیش فروش آپارتمان، نشر میثاق عدالت، چاپ اول
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی، ج دوم، موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ بیست و ششم، سال ۱۳۸۲
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۴۷
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ نهم، ۱۳۸۴
- مسروری، محمد باقر، مجله قضاوت، شماره ۷۰، سال ۱۳۹۰