

ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان

جلیل قنواتی^{۱*}، نیما سکوتی^{۲**}، جواد حسین زاده^{۳***}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ

۳. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۱۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۰۹/۲۱)

چکیده

قانون پیش فروش ساختمان، قانونی است خاص، جهت سر و سامان دادن به قراردادهای پیش فروش ساختمان و تنظیم روابط طرفین این قرارداد. وضع این قانون این اثر مهم را به دنبال داشته که قرارداد پیش فروش ساختمان را که قبل از تصویب این قانون، قرارداد غیرمعین بوده، به قرارداد معین و بانام تبدیل کرده است. این قانون همچنین متضمن مواد و احکامی است که بررسی ضمانت اجرای آنها از اهمیت به سزایی برخوردار است؛ از جمله می‌توان به مواد ۱ و ۲ قانون مزبور اشاره کرد. تبعیت هر قرارداد پیش فروش، در هر قالب و عنوانی که منعقد شود از این قانون؛ تعیین و احصاء اشخاصی که می‌توانند اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند و نیز پیش‌بینی داوری اجباری از جمله احکام اصلی قانون نامبرده می‌باشد. این مقاله با بررسی ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان در صدد ارائه راه‌حل‌ها و ضمانت اجرای نقض این قانون است.

کلیدواژه‌گان: قانون پیش فروش ساختمان، عقد معین، قرارداد پیش فروش ساختمان، ضمانت اجرا

* Email: j_ghanavati@yahoo.com

** Email: N.sokouti@usc.ac.ir

*** Email: Hoseinzadeh@usc.ac.ir

مقدمه

در تاریخ ۸۹/۱۰/۱۲ قانونگذار اقدام به تصویب قانونی تحت عنوان قانون پیش فروش ساختمان نمود که از جنبه‌های مختلف در خور توجه است، اما برخی جنبه‌های آن از جمله تأثیر احکام قانونی مندرج در این قانون بر اراده طرفین و ضمانت اجرای آن از حساسیت بیشتری برخوردار است؛ چه آنکه ممکن است تفسیرهای مختلفی در پی داشته باشد، علت این امر نیز مداخله قانونگذار در تعیین مفاد قرارداد مزبور است که با توجه به اصول حقوقی جای بحث و تأمل دارد. این تحقیق به دنبال پاسخ به این سؤال‌هاست که اولاً ضمانت اجراهای تخلف از احکام ماهوی قانون مزبور چیست؟ ثانیاً وضعیت توافق برخلاف قانون مزبور چگونه است؟ از این رو، در این مقاله مواد ۱ و ۲ ق.پ.ف.س در جهت پاسخگویی به دو سؤال مزبور مورد تحقیق و بررسی قرار می‌گیرد.

۱. تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان

قانون پیش فروش ساختمان در ماده ۱ اقدام به تعریف این قرارداد کرده است. به موجب این ماده «قرارداد پیش فروش ساختمان عبارت است از هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید».

۱. آنچه با ملاحظه ابتدایی این ماده به ذهن متبادر می‌شود این است که فقط مالکان رسمی زمین می‌توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان نمایند و اشخاص دیگر نمی‌توانند چنین قراردادی منعقد نمایند، زیرا چنانکه ملاحظه شد ماده‌ی مزبور در مقام تعریف قرارداد پیش فروش به صراحت مقرر می‌دارد: «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 ... از نظر مقررات این قانون قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب می‌شود». ولی این نتیجه با تبصره ذیل ماده پیش گفته همخوانی کامل ندارد؛ زیرا تبصره مزبور اشخاص دیگری را معرفی کرده که می‌توانند اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند. در تبصره مزبور آمده است: «اشخاص ذیل نیز می‌توانند در چهارچوب این قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می‌گیرد اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند:

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

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

بنابراین، با توجه به این تبصره علاوه بر مالک رسمی زمین، اشخاص مقرر در تبصره ذیل ماده ۱ نیز می توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان نمایند. در نتیجه، در مقام جمع بین ماده ۱ ق.پ.ف.ش و تبصره ذیل آن باید گفت شخصی که اقدام به پیش فروش ساختمان می نماید یا باید مالک رسمی زمین باشد، یا مستأجری باشد که حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را داشته و یا شخصی باشد که در ازاء سرمایه گذاری، واحدهای مشخصی از بنای احداثی به وی تعلق داشته باشد. در نتیجه، با عنایت به مراتب فوق به نظر می رسد که تعریف ماده ۱ ق.پ.ف.س از قرارداد پیش فروش ساختمان تعریف جامعی نیست و همه اشخاصی را که می توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان نمایند، در بر نمی گیرد. بهتر بود قانونگذار در متن ماده بدون ذکر «مالک رسمی زمین» دو طرف قرارداد پیش فروش را پیش فروشنده و پیش خریدار می دانست و در تبصره ۱ مصادیق پیش فروشنده را بیان می کرد.

۲. نکته قابل توجه دیگر در ماده ۱ ق.پ.ف.س عبارت «هر قراردادی با هر عنوان» است. در اینجا این پرسش مطرح می شود که آیا قرارداد پیش فروش ساختمان می تواند هر عنوانی داشته باشد؟ به منظور توضیح مطلب باید گفت عقود و قراردادها از جهت الگوی ماهیتی به عقود معین و غیرمعین تقسیم می شوند. قرارداد پیش فروش ساختمان نیز در این تقسیم بندی، داخل در عقود و قراردادها معین است؛ زیرا این قراردادها موضوع قانون خاصی قرار گرفته و شرایط انعقاد، آثار و احکام آن از طرف قانونگذار در قانون پیش فروش ساختمان تعیین شده است. از این رو، قراردادهای پیش فروش ساختمان علی الاصول باید عنوان مندرج در قانون پیش فروش ساختمان را داشته باشند. لیکن حقوقدانان در تحلیل ماهیت این قرارداد اختلاف نظر دارند. در این میان قبل از تصویب این قانون بیشتر نویسندگان ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان را از مصادیق بیع دانسته و آن را بر این اساس توجیه می کردند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۷۵؛ ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۸؛ غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۲). برخی نیز در قالب تعهد به بیع (قرارداد تشکیل بیع) تحلیل کرده اند (شهیدی، ۱۳۸۷،

ص ۲۶). گروهی نیز ماهیت این قرارداد را بر قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی منطبق کرده‌اند (حاتمی و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۸۷؛ سعادت‌مصطفوی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱-۱۵۳). بعد از تصویب قانون نیز عده‌ای ماهیت این قراردادها را از مصادیق بیع شمرده‌اند (محمدی و حسینی‌مقدم، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷؛ خدارحمی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۱؛ طباطبائی و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۷۳).

به نظر می‌رسد علت درج چنین قیدی در تعریف قرارداد مزبور، این است که ممکن است اشخاص اقدام به انعقاد قراردادی نمایند و به آن عنوانی مثل بیع بدهند در صورتی که قصد واقعی آنان انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان بوده است. در این صورت، قرارداد منعقد، قرارداد پیش‌فروش ساختمان تلقی شده، احکام و مقررات قرارداد پیش‌فروش ساختمان در مورد آن اعمال خواهد شد. در واقع قانونگذار با این تعبیر، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آنها ترجیح داده است و توجه به شکل‌گرایی را در انعقاد قراردادها تضعیف نموده است. در این راستا مواد مختلفی از قانون مدنی^۱ و برخی قوانین دیگر^۲ نیز، حکایت از حاکمیت اراده باطنی دارند به طوری که می‌توان بر اساس این مواد اراده باطنی را به عنوان اصل پذیرفت. (فتواتی، ۱۳۸۳، ص ۸۷)؛ در مقابل، گفته شده است دیدگاه مشهور فقه امامیه، ترجیح نظریه اراده ظاهری در مقام اثبات است؛ به این معنا که ادعای خلاف مفهوم عرفی ایجاب و قبول که به روشنی و صراحت در معنای خود به کار رفته، پذیرفته نمی‌شود و دادگاه به مقتضای عرفی الفاظ ایجاب و قبول توجه می‌کند و بر اساس همان فهم عرفی حکم می‌کند جز در مواردی که خلاف آن اثبات شود (محقق‌داماد و همکاران، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۹۶).

۱. ماده ۱۹۶ ق.م: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نمایند یا بعد خلاف آن ثابت شود...» ماده ۱۱۴۹ ق.م: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت در رجوع کند مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد.»

۲. تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.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 تامین حق استرداد، اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.» ماده ۱ قانون روابط موجر و مستاجر 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 موجر 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.»

۳. با توجه به تعریف مندرج در ماده ۱ ق.پ.ف.س و نکات اشاره شده، می‌توان ویژگی‌های زیر را برای این نوع قراردادها بر شمرد:
۱. قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقدی است معین که برای تحقق ماهیت آن اجتماع شرایط این قراردادها لازم است هر چند عنوان پیش‌فروش ساختمان نداشته باشد.
 ۲. پیش‌فروشنده یا باید مالک رسمی زمین باشد یا مستاجری که حق احداث بنا بر روی عین مستاجر را داشته یا شخصی باشد که در ازاء سرمایه‌گذاری، واحدهای مشخصی از بنا احداثی به وی تعلق داشته باشد.
 ۳. ممکن است قراردادهای مزبور به دو صورت منعقد شوند؛ در صورت اول هیچ نوع اعیانی در زمان انعقاد قرارداد ایجاد و ساخته نشده است بلکه پیش‌فروشنده تعهد به احداث ساختمانی مطابق با نقشه و قرارداد پیش‌فروش می‌نماید^۱ و در صورت دوم بخشی از اعیانی روی عرصه ایجاد شده ولی نه بطور کامل، بلکه به صورت نیمه‌کاره که در این حالت پیش‌فروشنده متعهد به تکمیل ساختمان طبق نقشه و قرارداد معین می‌شود.
 ۴. در این قراردادها، در زمان انعقاد قرارداد، واحد ساختمانی که در آینده به پیش‌خریدار تعلق خواهد گرفت، مشخص می‌شود و همچنین از طریق ذکر اوصاف کلی ساختمان، طرفین نسبت به مورد معامله علم پیدا کرده و مشخصات کلی ساختمان نزد آنان معلوم و مشخص می‌گردد.
 ۵. مورد این قراردادها، فقط املاک مسکونی نیست، بلکه املاک تجاری نیز می‌تواند متعلق موضوع و مورد قرارداد، قرار گیرد.
 ۶. دایره شمول قراردادهای مزبور وسیع بوده و انتقال مالکیت بسته به مورد می‌تواند در سه زمان مختلف یعنی در مرحله انعقاد قرارداد، یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی صورت گیرد.

۱. گفتمنی است در این حالت به موجب بند ۴ ماده ۴ ق.پ.ف.س باید عملیات پی‌ساختن یا همان عملیاتی که پس از خاکبرداری و در اجرای پی‌ریزی جهت استقرار ستون‌های ساختمان یا دیوارهای باربر بر روی پی انجام می‌گیرد و با پایان آن، اجرای اسکلت ساختمان شروع می‌شود، به اتمام رسیده باشد.

۲. بررسی ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان

در ماده ۲ ق.پ.ف.س مقرر شده است: «در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل موارد زیر تصریح شود» و در ذیل آن به ۱۱ مورد اشاره شده است. آنچه نیاز به بررسی دارد درجه الزام ناشی از کلمه «باید» بکار رفته در صدر ماده مزبور است تا معلوم شود عدم اشاره و تصریح به بندهای پیش‌بینی شده در قرارداد چه ضمانت اجرایی در پی خواهد داشت؟

ضمانت اجرای موارد یازده گانه یکسان نیست. چه آنکه برخی از بندهای مزبور ناظر به شروط لازم برای صحت قرارداد و برخی دیگر ناظر به دیگر جنبه‌های قرارداد هستند. بر این اساس، طبیعی است ضمانت اجرای موارد متفاوت، یکسان نباشد. با در نظر گرفتن این امر بررسی ضمانت اجرای موارد مختلف اعم از مقررات ناظر به شروط لازم برای صحت این قرارداد، مقررات ناظر به مسئولیت قهری و تعدیل قرارداد، مقررات ناظر به مسئولیت قراردادی و مقررات ناظر به آثار قرارداد در قانون پیش‌فروش ساختمان در پی خواهد آمد:

۲-۱. مقررات ناظر به شروط لازم برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز مانند هر قرارداد دیگری، باید شرایط اساسی صحت معاملات جمع باشد. در این راستا برخی از بندهای مندرج در ماده ۲ ق.پ.ف.س، ناظر به این گونه از شرایط صحت هستند؛ از این رو در اینجا به بررسی آن قسم از بندهای مزبور که ناظر به شرایط صحت قرارداد هستند، می‌پردازیم:

۲-۱-۱. اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی

این بند از دو جهت قابل توجه است؛ یکی از جهت تعیین اهلیت طرفین، چه آنکه انجام دادن اعمال حقوقی نیازمند وجود تمیز و اراده است. کسی که بتواند امور مختلف را از همدیگر تمیز بدهد می‌تواند اراده معتبر برای انجام دادن اعمال حقوقی داشته باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۶، ص ۲۲۲؛ قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۷۰). علاوه بر این یکی دیگر از ارکان عقد را متعاقدين تشکیل می‌دهند که فقها تحت عنوان شرایط متعاقدين از آن بحث می‌کنند (علی‌آبادی، ۱۳۸۷، ص ۸۴؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۲۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۵۱۱). و دیگری از جهت تعیین طرفین پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار یعنی متعهد و متعهدله قرارداد، زیرا از یک طرف ایجاب باید خطاب به شخص معینی باشد؛ چرا که

احداث می‌شود، اشاره و تصریح شود. در نتیجه مطابق شرایط عمومی صحت معاملات، رعایت بندهای مزبور از جمله شرایط لازم دیگر برای صحت قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است که عدم رعایت آن به علت مبهم شدن موضوع معامله، موجب بطلان قرارداد خواهد شد.

۲-۱-۴. بها یا عوض قراردادی

قرارداد پیش‌فروش ساختمان عقدی است معاوضی که علت تعهد هر یک از طرفین وابسته به علت تعهد طرف مقابل است. در نتیجه همبستگی دو عوض و نیز لزوم معلوم بودن موضوع معامله ایجاب می‌نماید عوض نیز همانند معوض معلوم و مشخص باشد. بنابراین در صورت مجهول بودن میزان عوض قراردادی یا تاریخ پرداخت آن یا تعداد اقساط و ... معامله غرری شده و باطل خواهد بود. به همین دلیل قانون‌گذار برای جلوگیری از غرری شدن معامله و به تبع آن بطلان قرارداد، در ماده ۲ ق.پ.ف.س و در قالب بندهای ۵ و ۶ مقرر می‌دارد که در قرارداد پیش‌فروش، بها یا عوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت، شماره قبوض اقساطی بها، تحویل و انتقال قطعی تصریح شود.

۲-۱-۴-۱. پیش‌پرداخت و اقساط بهای مورد معامله

از جمله آثار اصل آزادی قراردادی، آزادی طرفین قرارداد در تعیین محتوا و شرایط قرارداد و تعیین نحوه پرداخت عوض قراردادی است. این امر علی‌الاصول در مورد قراردادهای پیش‌فروش ساختمان نیز صادق است. با وجود این، قانون‌گذار در ماده ۱۱ ق.پ.ف.س حکمی خلاف این امر را پیش‌بینی کرده است. در ماده مزبور بیان شده است: «در پیش‌فروش ساختمان نحوه‌ی پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد طبق توافق طرفین خواهد بود ولی حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق نمایند». همانگونه که ملاحظه می‌شود حکم قانون‌گذار در این ماده حکمی خلاف اصول و قواعد عمومی است، زیرا در تعیین محتوا و شرایط قرارداد که حقوق طرفین قرارداد است، مداخله می‌نماید.

اکنون این پرسش مطرح است که ضمانت اجرای حکم قانون‌گذار در این ماده چیست؟ به تعبیر دیگر آیا عدم رعایت آن بطلان قرارداد است یا تاثیری در وضعیت قرارداد ندارد؟ در پاسخ هر چند در بادی امر به قرینه ماده ۱۹ به نظر می‌آید که منظور مقنن از عبارت «تنظیم سند قطعی» مذکور در ماده ۱۱ همان تنظیم سند نهایی و انتقال قطعی موضوع مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۹ پس

از انجام کلیه تعهدات باشد اما به نظر می‌رسد عبارت تنظیم سند قطعی با مسامحه، به جای عبارت تنظیم سند رسمی در ماده ۱۱ به کار رفته است (محمدی و حسینی مقدم، ۱۳۸۹، ص ۱۶۶). با این وصف پرداخت حداقل ۱۰٪ از بهاء همزمان با انعقاد قرارداد، از جمله شرایط اختصاصی تشکیل این قرارداد در کنار سایر شرایط عمومی لازم برای تشکیل قراردادها بوده و عدم رعایت آن سبب خروج قرارداد منعقد از شمول قانون پیش فروش ساختمان شده و در نتیجه باعث می‌شود که طرفین قرارداد امتیازات پیش‌بینی شده در این قانون را از دست داده و از حمایت‌های آن محروم شوند، نه اینکه هیچ قراردادی میان طرفین منعقد نشود. در این صورت رابطه طرفین را باید جداگانه تحلیل و ماهیت آن را به دست آورد (داوویی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷).

۲-۱-۵. زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی

موضوع قراردادهای پیش فروش، 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 پیش خریدار زمان تحویل ساختمان یا واحد پیش فروش شده است. قانونگذار به همین منظور در بند ۷ ماده ۲ ق.پ.ف.س مقرر می‌کند که باید زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش 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 در بالا نیز بیان شد، آنچه از جمله مقاصد اصلی پیش خریدار تلقی می‌شود، زمان تحویل و به تبع آن تحویل واقعی واحد ساختمانی پیش فروش 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 پیش خریدار بعد از اتمام عملیات ساختمانی صورت گیرد. بنابراین باید بر این باور بود که اگر زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده مشخص گردد اما زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی مجهول بماند، می‌توان به طور تلویحی زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی را همان زمان تحویل دانست.

۲-۲. مقررات ناظر به مسئولیت قهری و تعدیل قرارداد در قانون پیش‌فروش ساختمان

قسمت اول بند ۸ ماده ۲ ق.پ.ف.س راجع به تعیین تکلیف در مورد خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای است که ناظر به ماده ۹ همان قانون بوده و به مسئولیت قهری پیش‌فروشنده مربوط می‌شود. هدف از پیش‌بینی آن جبران خسارت ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی در برابر پیش‌خریدار و اشخاص ثالث است. به همین منظور قانون‌گذار جهت تسهیل و جبران کلیه خسارات وارده، نهاد بیمه را پیش‌بینی کرده است. زیرا، همانطور که عده‌ای از حقوقدانان نیز گفته‌اند، یکی از راه‌های تضمین اصل جبران کامل خسارت، اجباری نمودن بیمه مسئولیت است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۷۰۴؛ همو، ۱۳۸۵، ص ۱۷۷؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۳۲۰؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶).

با پیش‌بینی قسمت اول بند مزبور مبنی بر تعیین تکلیف راجع به خسارات و تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، قانونگذار پیش‌فروشنده را ملزم به بیمه کردن مسئولیت خود کرده است. اما ذکر این مطلب ضرورت دارد که عدم رعایت این تکلیف فاقد ضمانت اجراست، یعنی سبب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد نمی‌شود؛ زیرا ارتباطی با شرایط اساسی صحت معاملات ندارد، ولی پیش‌بینی آن واجد این مزیت است که جبران خسارت وارده به پیش‌خریدار و اشخاص ثالث را با سهولت و به طور کامل امکان‌پذیر می‌نماید (بابایی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۱) در صورتی که پیش‌فروشنده مسئولیت خود را بیمه کند، خواهان یا زیان‌دیده می‌تواند تنها با اثبات اینکه در نتیجه عیب بنا و ... متحمل خسارت شده است، خسارات وارده به خود را از بیمه مطالبه نماید. حال آنکه در غیر این صورت، پیش‌خریدار و اشخاص ثالث در صورتی می‌توانند خسارت وارده به خود را مطالبه نمایند که ارکان مسئولیت مدنی جمع باشد.

با این حال قسمت دوم بند ۸ ماده مزبور مشعر بر تعیین تکلیف راجع به تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله، ناظر به تعدیل قرارداد و خيار تخلف شرط است. علت اینکه قانون‌گذار طرفین را مکلف به تعیین تکلیف راجع به تغییر قیمت یا تعدیل قرارداد نموده، این است که معمولاً قبل از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان، قراردادهای راجع به پیش‌فروش طوری تنظیم می‌شدند که پیش‌فروشنندگان می‌توانستند به بهانه‌های مختلف مبالغ بیشتری از طرف دیگر قرارداد مطالبه نمایند، اما اینکه قانون‌گذار با پیش‌بینی چنین بندی، مطالبه مبالغ اضافی از مبلغ اصلی و اولیه را منوط به پیش‌بینی طرفین در قالب شرط تعدیل قرارداد در قرارداد پیش‌فروش کرده است. در نتیجه،

ضمانت اجرای عدم پیش‌بینی راجع به تعدیل قرارداد، عدم امکان مطالبه مبالغ اضافی از مبلغ اصلی و اولیه قرارداد می‌باشد.

۲-۳. مقررات ناظر به مسئولیت قراردادی در قانون پیش‌فروش ساختمان

مطالعه و دقت نظر در قانون پیش‌فروش ساختمان از جمله مبین این است که پیش‌فروشنده متعهد به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی مورد معامله بر اساس قرارداد پیش‌فروش منعقد و تحویل آن به پیش‌خریدار در زمان مقرر در قرارداد است (ماده ۱ و بند ۷ ماده ۲). از طرفی، طبیعی است که تخلف از این تعهدات و تکالیف، مسئولیت‌هایی را برای پیش‌فروشنده در پی خواهد داشت. از این رو، مواد مربوط به مسئولیت‌های قراردادی پیش‌فروشنده در قانون پیش‌فروش، بررسی می‌شود.

۲-۳-۱. خسارت تاخیر انجام تعهد (جریمه تأخیر) در قرارداد پیش‌فروش

اشاره شد از جمله تعهدات پیش‌فروشنده و بلکه مهم‌ترین تعهد او، ساخت و تکمیل واحد پیش‌فروش شده است. در ارتباط با این تعهد پیش‌فروشنده و به عنوان یکی از ضمانت‌های اجرای آن، قانون‌گذار نهاد جریمه تأخیر یا خسارت تأخیر انجام تعهد را پیش‌بینی کرده است. در این باب، ماده ۶ ق.پ.ف.س مقرر می‌کند: «چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد یا به تعهدات خود عمل ننماید علاوه بر اجرای بند ۹ ماده (۲) این قانون مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به پیش‌خریدار بپردازد مگر اینکه به مبالغ بیشتری به نفع پیش‌خریدار توافق نمایند...». همانطور که ملاحظه می‌شود این ماده ناظر به خسارت تأخیر (جریمه تأخیر) انجام تعهد است که فلسفه پیش‌بینی آن جلوگیری از تأخیر در انجام تعهد از سوی پیش‌فروشنندگان است، زیرا یکی از مشکلات موجود در این زمینه (قراردادهای پیش‌فروش ساختمان) تاخیرهای طولانی مدتی بوده که پیش‌فروشنندگان در انجام تعهد خود مرتکب آن می‌شدند. در نتیجه قانون‌گذار با پیش‌بینی و وضع این ماده درصدد جلوگیری از این تأخیرهاست.

در اینجا این سوال مطرح می‌شود که ضمانت اجرای عدم اشاره به حکم ماده مزبور در قرارداد چیست؟ به عبارتی آیا اساساً طرفین می‌توانند حکم ماده مذکور را به کلی نادیده گرفته و از آن صرف‌نظر کنند یا نه؟

این سوال از آنجا ناشی می‌شود که قانون پیش‌فروش ساختمان از یک‌طرف مثل قانون کار، قانونی حمایتی است و بیشتر جهت حفظ حقوق پیش‌خریداران وضع شده و واجد وصف آمره است که در این حالت توافق برخلاف آن ممکن نخواهد بود. از سوی دیگر مقرر کردن لزوم پرداخت خسارت به میزان مورد اشاره در ماده ۶ به پیش‌خریدار توسط پیش‌فروشنده در مواقعی که پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر به تعهدات خود عمل ننماید، به صورت قانون امری و بدون ذکر رضایت و توافق طرفین بر این موضوع خلاف موازین و منطبق حقوقی است.

در مقام اظهار نظر و پاسخ به سوال فوق باید گفت، به نظر می‌رسد با لحاظ فلسفه وضع ماده مزبور و قانون پیش‌فروش ساختمان، جنبه حمایتی داشتن آن در خصوص ماده ۶ ارجحیت داشته و در صورت نادیده گرفتن طرفین نیز (عدم اشاره به مفاد ماده مذکور) در رابطه بین آنان معجزی خواهد بود. از طرفی وضع این قانون این اثر مهم را به دنبال داشته که قرارداد پیش‌فروش ساختمان را به جمع عقود معین و بانام اضافه کرده است و با توجه به اینکه غالب شرایط و آثار قرارداد از سوی قانون‌گذار بیان شده است، به این دلیل چنانچه طرفین درباره امری از جمله موضوع مورد بحث سکوت کرده باشند از مواد قانون مذکور می‌توان در تکمیل قرارداد استفاده کرد.

متعاقباً پرسش دیگری مطرح می‌شود که آیا امکان تغییر میزان خسارت تأخیر انجام تعهد که در ماده ۶ ق.ب.ف.س پیش‌بینی شده به وسیله طرفین وجود دارد یا خیر؟

پاسخ به این پرسش مبتنی بر این واقعیت است که آیا ماده مذکور در قانون پیش‌فروش ساختمان در این زمینه (خسارت تأخیر انجام تعهد) امری است یا تکمیلی؟ اگر این ماده را از قوانین امری بدانیم، امکان تغییر در مقدار آن به میزان کمتر از مقدار پیش‌بینی شده وجود ندارد اما اگر این تبصره را از قوانین تکمیلی تلقی کنیم، امکان تغییر در میزان آن وجود خواهد داشت.

در زمینه اصل حاکم علمای حقوق نظرات متفاوتی دارند؛ عده‌ای اصل را بر امری بودن قانون گذاشته و قوانین تکمیلی را خلاف اصل می‌دانند که باید وجود آنها به اثبات رسد و عده‌ای نیز نظر برخلاف آن داشته و برخی دیگر هم با ارائه ضوابط و معیارهایی قابل به تفکیک شده‌اند.

یکی از حقوقدانان پس از طرح این موضوع و بیان مشکلاتی که در عمل اتفاق می‌افتد، اصل تکمیلی بودن قوانین را پذیرفته و آن را از آثار آزادی اراده تلقی می‌کند. بر اساس همین اصل، خلاف مدلول ماده ۳۸۷ ق.م.را درست می‌دانند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۲۹). بنابراین از نظر این حقوقدان اصل امری نبودن قانون از مفاد ماده ۱۰ ق.م. و اصل حاکمیت اراده مستفاد می‌گردد.

حقوقدان دیگری نیز در این مورد معتقد است: «... مقنن ذکر نکرده است که فلان قانون تعویضی یا امری است زیرا موضوع تشخیص انواع قانون، بسته به اهمیت نسبی آزادی فردی و منافع اجتماعی است و این نسبت همیشه به یک قرار نمی ماند و قانون که قاعده کلی و بالنسبه ثابتی است نمی تواند پیوسته با این تحولات متناسب شود. بنابراین تعیین نوع قانون طبعاً به قاضی محول می گردد و قاضی باید از روی دلایلی که موجب ایجاد آن قاعده شده، نوع آن را تشخیص دهد. علمای حقوق سعی کرده اند معیار و ملاکی برای تشخیص انواع قانون کشف کنند ولی تاکنون میزان ثابتی به دست نیامده است چه بسا اموری که دیروز مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه بود، امروز موافق آن است و به عکس» (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۶).

در نظریه دیگری گفته شده است: این استدلال [استدلال دکتر لنگرودی]، با ظاهر ماده و به ویژه قید صریح نبودن قانون مخالف در آن موافق است. ولی داوری در این باب مستلزم توجه به مجموع نظام حقوقی کنونی است که از استقراء در آن به خوبی نسبی بودن این اصل، استنباط می شود. از تاریخ تصویب قانون مدنی، تاکنون این نظام تغییر فراوانی کرده است چندان که دیگر نمی توان گفت مداخله آمرانه قانونگذار در قراردادها، جنبه استثنایی و خلاف اصل دارد. در حقوق کنونی اصل آزادی قراردادی تنها به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده و در نتیجه ضرورت های تازه اجتماعی و اقتصادی چنان محدود گردیده است که در پاره ای زمینه ها باید اصل را بر امری بودن قانون قرار داد. چنانچه در روابط خانوادگی، مالک و مستاجر، بیمه گر و بیمه گذار و اجاره اشخاص، حمل و نقل دریایی و هوایی بی گمان اصل تکمیلی بودن قانون اعتبار ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۵۳).

با وجود نظرات فوق، عده ای از نویسندگان برای یافتن معیاری در شناخت قوانین تکمیلی و امری شاخص هایی برای تمییز قوانین امری از تکمیلی ارائه داده اند:

۱. غالب احکام مربوط به شرایط اساسی انعقاد قرارداد که متضمن مصلحت عمومی و تنظیم و تنسيق روابط عمومی افراد جامعه است از قواعد امری است و در صورت تردید، باید اصل را بر امری بودن قانون گذاشت. آنچه درباره قصد و رضای طرفین و اهلیت آنها و معلوم و معین بودن موضوع معامله مقرر گردیده است از همین قبیل است. بنابراین تراضی بر خلاف مقررات مذکور بی اثر و محکوم به بطلان است.

۲. در مورد آثار قراردادهای باید بین معاملات مربوط به حقوق مالی افراد و احوال شخصیه و خانواده تفاوت گذاشت. در قراردادهای مالی، قانون برای اشخاص آزادی بیشتری قائل است و به طور استثنایی آزادی را محدود می‌کند، لذا در صورت تردید، اصل تکمیلی بودن قوانین است. برعکس اغلب قوانین مربوط به خانواده و احوال شخصیه اصولاً امری است، مثلاً طرفین عقد نکاح نمی‌توانند با تفاسخ موجب انحلال نکاح شوند و چنین است سایر معاملات آمره دیگر.

۳. اغلب قوانین حقوق اساسی به ویژه آن قسمت که مربوط به حقوق ملت است (اصل ۱۹ تا ۲۴ قانون اساسی) و نیز اصل مربوط به مرجعیت دادگستری برای رفع تظلمات و شکایت و احقاق حقوق عامه (اصل ۱۵۶ و ۱۵۷) از قوانین امری است و نیز غالب قوانین مربوط به حقوق کار و اجاره مسکن برای کسب و کار و تجارت و حقوق جزا از قواعد امری است.

۴. یکی از نشانه‌های قوانین امری لحنی است که قانون‌گذار در بیان احکام خود به کار می‌برد برای مثال آوردن کلمه باید، مکلف است، ممنوع است، ظهور در امری بودن حکم دارد در حالی که کلمه می‌توانند یا اختیار دارد به طور معمول برای بیان قواعد تکمیلی است.

۵. قواعدی که هدف از تنظیم آن حفظ حقوق اشخاص ثالث است، از جمله قوانین امری است، زیرا با تراضی نمی‌توان حقوق اشخاص ثالث را تضییع کرد.

۶. احکام استثنایی که بر خلاف قواعد کلی قراردادهای وضع می‌شود و در نتیجه تراضی طرفین نیست، از قواعد امری است؛ زیرا وضع استثنایی آنها نشان می‌دهد که قانون‌گذار نمی‌خواسته است امکان تراضی بر خلاف آنها را بپذیرد (نوبخت، ۱۳۸۸، ص ۱۱۰).

با توجه به اینکه هدف از طرح این مقدمه بررسی موضوع امری یا تکمیلی بودن حکم قانون‌گذار در ماده ۶ ق.پ.ف.س در مورد خسارت تأخیر انجام تعهد بود، اینک با استفاده از مطالب فوق به نظر می‌رسد حکم قانون‌گذار در ماده ۶، یک قاعده امری است؛ زیرا قرارداد پیش‌فروش ساختمان یکی از قراردادهای مالی و خسارت تأخیر انجام تعهدات نیز ناظر به رابطه خصوصی طرفین قرارداد است که اصولاً باید طرفین قرارداد آزادی عمل داشته باشند؛ زیرا علی‌الاصول قانون‌گذار در زمینه روابط خصوصی و آثار قراردادهای مالی به طرفین آزادی عمل بیشتری اعطا نموده و تنظیم این رابطه خصوصی را به خود آنان واگذار می‌نماید تا در وهله اول، قانون حاکم بر روابطشان، قانونی باشد که ناشی از اراده خود آنهاست، به عبارت دیگر، قانون‌گذار قبل از همه چیز تراضی خود آنان را قانون حاکم بر روابطشان تلقی می‌کند اما همانطور که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در ماده مزبور

حکمی استثنایی و برخلاف اصول و قواعد عمومی وضع کرده است و وضع استثنایی آن مبین امری بودن حکم مزبور می‌باشد. همچنین، در تکمیل آن می‌توان به مفهوم مخالف قسمت پایانی ماده مزبور نیز اشاره کرد که مقرر داشته: «... مگر اینکه به مبالغ بیشتری به نفع خریدار توافق نماید...»، زیرا قانون‌گذار فقط تراضی به بیشتر از میزان پیش‌بینی شده را امکان‌پذیر دانسته است، نه کمتر از آن را. و از طرفی اشاره شد که قانون پیش فروش ساختمان، قانونی است حمایتی که نتیجه منطقی آن، امری تلقی شدن حکم ماده مزبور است.

۲-۳-۲. خسارت ناشی از تخلف پیش‌فروشنده

قانون‌گذار در این خصوص (خسارت ناشی از تخلف پیش‌فروشنده) مقرر کرده است: «در تمامی موارد که به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید پیش‌فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی‌الطرفین به پیش‌خریدار بپردازد» (م ۸ ق. پ. ف. س.).

در این ماده نیز همچنانکه ملاحظه می‌شود قانون‌گذار اعمال دو حق را برای پیش‌خریدار مجاز شمرده است؛ هم حق اعمال خیار و هم حق دریافت خسارت. در نتیجه به نظر می‌رسد اگر طرفین به مفاد ماده مزبور نیز در قرارداد اشاره و تصریح نکرده باشند، با توجه به اینکه قانونگذار در این ماده حکم تازه‌ای مقرر نکرده، بلکه در مقام بیان یکی از قواعد مسلم حقوقی بوده است، حکم آن مجری خواهد بود.

۲-۴. مقررات ناظر به آثار قرارداد در قانون پیش‌فروش ساختمان

قرارداد پیش‌فروش ساختمان در رابطه بین طرفین آن واجد آثار و نتایجی است؛ امکان فسخ قرارداد به دلیل تخلف وصف یا شرط، نحوه پرداخت عوض قراردادی، حق حبس و امکان فسخ قرارداد توسط پیش‌فروشنده به جهت تأخیر در پرداخت عوض قراردادی از ناحیه پیش‌خریدار از جمله این آثار است. از این‌رو بررسی مواد مربوط به این آثار موضوع بحث این قسمت از مقاله است.

۲-۴-۱. امکان فسخ قرارداد به دلیل تخلف وصف یا شرط

مطابق قانون و قرارداد پیش‌فروش ساختمان، ساخت یا تکمیل ساختمان یا واحد پیش‌فروش شده مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و نقشه ساختمانی از تعهدات اصلی پیش‌فروشنده است. از طرف

دیگر، برابر قواعد عمومی یکی از اختیاراتی که پیش خریدار در خصوص عدم رعایت خصوصیات ساختمان پیش فروش شده توسط پیش فروشنده دارد، اختیار تخلف وصف یا شرط است اما مفاد ماده ۷ ق.پ.ف.س که بیان داشته: «در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت، لیکن چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد (۵٪) افزون بر زیر بنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد (۵٪) باشد... چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد (۹۵٪) مقدار توافق شده باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه نماید»، ناظر بر اسقاط این خیار بدون در نظر گرفتن توافق طرفین است. در نتیجه نظر به اینکه مفاد ماده مزبور از این حیث خلاف قواعد عمومی موجود در قانون مدنی در مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ است، نیاز به توافق دارد و اینکه قانون‌گذار در صدر ماده ۲ مقرر کرده است در قرارداد پیش فروش حداقل باید به موارد زیر تصریح شود، در خصوص مفاد ماده ۷ بیان شده به این معنی است که چنانچه طرفین بخواهند مقررات این ماده (۷) در رابطه بین آنها مجری باشد، باید به مفاد آن در قرارداد پیش فروش اشاره و در مورد آن توافق نمایند. به عبارتی، تنها در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد تصریح و مورد توافق قرار گیرد، به این شکل عمل می‌شود. در غیر این صورت، مطابق قواعد عمومی رفتار خواهد شد؛ یعنی پیش خریدار می‌تواند به استناد خیار تخلف وصف یا تخلف شرط قرارداد منعقد را فسخ نماید.

لیکن چنانچه مقررات ماده مذکور مورد توافق قرار گیرد، عدم مطابقت مساحت بنا با مقدار مقرر شده در قرارداد به دو صورت متصور است: مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی بیشتر از مساحت قید شده در قرارداد باشد؛ مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی کمتر از مساحت قید شده باشد.

۲-۱-۴-۱. زیادتی مساحت بنا از مساحت قیده شده در قرارداد پیش فروش

قانون پیش فروش ساختمان در ماده ۷ پیرامون حالتی که مساحت بنا مطابق صورت مجلس تفکیکی مازاد بر مقدار توافق شده در قرارداد باشد، دو فرض را مد نظر قرار داده است:

فرض نخست آن که، اگر اضافه مساحت بنا مطابق صورت مجلس تفکیکی تا پنج درصد میزان توافق شده باشد، هیچ یک از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند، بلکه پیش خریدار صرفاً بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد، ارزش مساحت اضافه را به پیش خریدار خواهد پرداخت.

فرض دوم این که، چنانچه اضافه مساحت بنا مطابق صورت مجلس تفکیکی بیشتر از پنج درصد مورد توافق باشد، در این حالت طبق صدر همان ماده تنها پیش خریدار این اختیار را می یابد که قرارداد را فسخ یا قیمت اضافه مساحت را بر اساس مبلغ مندرج در قرارداد به پیش فروشنده بپردازد (طهماسبی، ۱۳۹۱، ص ۲۳).

۲-۴-۱-۲. نقصان مساحت بنا از مساحت قید شده در قرارداد پیش فروش

قانون گذار قانون پیش فروش ساختمان حکمی متفاوت از قواعد عمومی قانون مدنی در باب موضوع بیان داشته است. به طوری که بر اساس ذیل ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان، چنانچه مساحت بنا مطابق صورت مجلس تفکیکی تا پنج درصد کمتر از مقدار تعیین شده در قرارداد باشد. در این صورت، پیش خریدار حق فسخ قرارداد را نداشته و باید مأخوذ به قرارداد باشد و تنها می تواند از پیش فروشنده تفاوت قیمت را طبق نرخ مندرج در قرارداد مطالبه نماید. لیکن چنانچه، مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی افزون بر پنج درصد، کمتر از مساحت توافق شده باشد، در این صورت قانون گذار این اختیار را به پیش خریدار اعطاء کرده تا قادر باشد که ملزم به قرارداد بماند یا معامله را فسخ کند. لذا اگر وی حالت نخست را انتخاب کند، می تواند به استناد ذیل همان ماده خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند.

۲-۴-۲. اعمال حق حبس

ماده ۱۲ ق.ب.ف.س مقرر کرده است: «در صورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تائیدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقق پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید و مهندس ناظر مکلف است به تقاضای هریک از طرفین ظرف یک ماه گزارش پیشرفت کار را ارائه نماید».

همچنانکه از این ماده بر می آید و نیز از آنجایی که قراردادهای پیش فروش ساختمان، جزو قراردادهای دو یا چند تعهدی و معوض می باشد، به همین جهت تعهدات طرفین وابستگی متقابل

داشته و علت تعهد هریک از طرفین، تعهد طرف مقابل است. ماده ۳۷۷ ق.م در این ارتباط بیان می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود». به این دلیل الزام یکی از دو طرف به اجرای تعهد او پیش از اجرای تعهد طرف دیگر، مجاز نیست (بروجردی‌عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۷۷؛ حائری‌شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۸۳؛ باقری، ۱۳۸۴، ص ۱۳۹). در نتیجه در قراردادهای پیش‌فروش نیز به دلیل وجود حکم مندرج در ماده ۳۷۷ ق.م به عنوان قاعده عمومی و عدم اختصاص آن به بیع از یک طرف و نیز وجود ماده ۱۲ ق.پ.ف.س از طرف دیگر، چنانچه پیش‌فروشنده به تعهد خود مبنی بر احداث ساختمان طبق مفاد قرارداد عمل ننماید، پیش‌خریدار نیز می‌تواند از عمل به تعهد خود مبنی بر پرداخت اقساط، خودداری نموده، از حق حبس استفاده کند و پرداخت آن را منوط به ادامه تکمیل ساختمان نماید. اما با وجود این، قانون‌گذار در بند ۱۱ ماده ۲ ق.پ.ف.س مقرر داشته که باید به حکم این ماده نیز در قرارداد پیش‌فروش اشاره و تصریح شود که به نظر می‌رسد این امر تأکیدی بیش نیست و الا این امر از اصول کلی قراردادها نیز قابل استنباط است.

۲-۴-۳. امکان فسخ قرارداد توسط پیش‌فروشنده

پیش‌خریدار نیز مانند پیش‌فروشنده در قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعهداتی را به عهده دارد. از این‌رو اولین تعهد و وظیفه پیش‌خریدار به عنوان کسی که مالی را از دیگری، مورد معامله قرار می‌دهد، تأدیه بها یا عوض قراردادی است. در این راستا با توجه به فلسفه پیدایش قراردادهای پیش‌فروش ساختمان،^۱ انجام این تعهد اصلی پیش‌خریدار یعنی پرداخت عوض قراردادی به صورت اقساط صورت می‌گیرد. در این قراردادها پیش‌خریدار معمولاً به هنگام انعقاد قرارداد، بخشی از عوض قراردادی را که به آن پیش‌پرداخت گفته می‌شود، پرداخت کرده و بقیه عوض قراردادی به تدریج و به تناسب پیشرفت عملیات ساختمانی به اقساط از پیش‌خریدار دریافت می‌گردد. بدین

۱. به نظر می‌رسد فلسفه پیدایش قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را می‌توان در دو عنصر عدم قدرت خرید نقدی توسط پیش‌خریداران و متقاضیان واحدهای ساختمانی اعم از مسکونی و تجاری و همچنین نیاز به تأمین سرمایه جهت صرف هزینه‌ها در مراحل مختلف ساخت از سوی پیش‌فروشدگان، جستجو کرد.

ترتیب، پیش خریدار متعهد می‌شود در مراحل مختلف ساخت و نیز در مرحله تحویل، مبالغی را در مواعد تعیین شده پرداخت نماید.

این تعهد پیش خریدار، متناظراً حقی را برای پیش فروشنده مبنی بر مطالبه عوض قراردادی و نهایتاً فسخ قرارداد ایجاد می‌کند. قانونگذار به عنوان یکی از موارد اجرای قاعده، مطالبه عوض قراردادی و فسخ قرارداد را مانند ضمانت اجرای شرط فعل در قانون مدنی، در طول هم قرار داده است. در این خصوص در ماده ۱۶ ق.پ.ف.س مقرر شده است: «در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در مواعد مقرر، پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش خریدار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید. در غیر این صورت پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت».

بنابراین، قانون‌گذار صرف تخلف در پرداخت عوض قراردادی را موجب حق فسخ ندانسته، بلکه جهت تحقق آن اجتماع شرایطی به شرح ماده پیش گفته را لازم دانسته است اما نظر به اینکه حکم این ماده نیز یکی از مصادیق اصول و قواعد عام حاکم بر قراردادهاست، حکم ماده مزبور در صورت عدم اشاره و تصریح نیز، در رابطه بین طرفین مجری خواهد بود.

نکته دیگری که در اینجا نیاز به طرح و بررسی دارد این است که با توجه به تشریفات ذکر شده برای فسخ، اگر قرارداد منعقد رسمی نباشد، تکلیف چیست؟

در پاسخ به این سوال باید گفت اختیارات به اعتبار زمان تحقق سبب آنها به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ اختیاراتی که از آغاز عقد وجود دارند، هر چند که صاحب آنها آگاه نباشند و مدت‌ها بعد از آن استفاده کنند و اختیاراتی که معلق به وجود شرایطی است که بعد از عقد و در جریان اجرای آن واقع می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۶۸). با توجه به این تقسیم‌بندی، خیاری که در ماده ۱۶ ق.پ.ف.س پیش بینی شده از نوع اختیاراتی است که بعد از عقد و در جریان اجرای آن واقع می‌شود، زیرا خیار مزبور در صورتی محقق می‌شود که شرایط ماده مزبور جمع باشد. در نتیجه در صورتی که قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب سند رسمی و نزد دفاتر اسناد رسمی تنظیم شده باشد، اثبات و احراز شرایط تحقق خیار به شرح ماده پیش گفته با مشکل چندانی مواجه نمی‌شود اما در صورتی که قرارداد تنظیمی در قالب سند عادی باشد، با توجه به اینکه مثل مورد قبل مرجعی برای اعلام عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی وجود ندارد، پیش فروشنده می‌تواند حقوق

خود را با توسل به سایر طرق مطالبه حق از جمله ارسال اظهارنامه محفوظ دارد. برای مثال، می‌تواند با ارسال اظهارنامه خواستار تودیع و تأدیه اقساط بها یا عوض قراردادی شود و چنانچه پیش‌خریدار با وجود ارسال اظهارنامه و انقضاء مهلت یک‌ماهه پیش‌بینی شده در ماده فوق‌الاشعار همچنان بر موضع قبلی خود اصرار ورزیده و اقدام به پرداخت اقساط معوقه ننماید، در این صورت برای پیش‌فروشنده حق فسخ ایجاد می‌شود (سکوتی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵). برخی از نویسندگان درباره‌ی ماهیت این حق فسخ، از آن به عنوان نهادی مشابه خیار تأخیر ثمن یاد کرده‌اند (ابهری و تقی‌پور، ۱۳۹۳، ص ۷۱).

بنابراین و به عنوان نتیجه باید گفت عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب سند رسمی در صورتی که شرایط ماده مزبور جمع باشد تأثیری در به وجود آمدن حق فسخ مزبور ندارد، بلکه تنظیم قرارداد در قالب سند رسمی فقط احراز و اثبات شرایط خیار را تسهیل می‌کند، زیرا آنچه در مرحله حدوث اختلاف بین طرفین اهمیت دارد، اثبات حق فسخ در مرحله ایجاد آن است، چه آنکه بدون احراز و اثبات این مرحله، بدیهی است که مرحله بعدی آن که همان اجرای حق می‌باشد، غیرممکن بوده و هیچ‌گونه آثاری را در پی نخواهد داشت.

نتیجه

قانون پیش‌فروش ساختمان حاوی آثار و نکات متعدد است؛ پس از تردیدهای جدی که در خصوص اصل اعتبار و مشروعیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان وجود داشت، بالاخره این قرارداد موضوع قانونی خاص تحت عنوان «قانون پیش‌فروش ساختمان» قرار گرفت. از جمله مهم‌ترین دستاورد قانون حاضر، اضافه شدن قرارداد موضوع این قانون به زمره عقود معین است. معین بودن قرارداد، واجد این امتیاز است که شرایط انعقاد، آثار و احکام آن از طرف قانون‌گذار معین می‌شود. در این راستا ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و تبصره ذیل آن، ضمن تعریف قرارداد مزبور، اشخاصی را که می‌توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیش‌فروش نمایند، معرفی کرده است. با وجود این، تعریف ماده مورد اشاره از قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعریف جامعی نیست و همه اشخاصی را که می‌توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیش‌فروش نمایند، در بر نمی‌گیرد. از این رو، بهتر بود قانون‌گذار در متن ماده بدون ذکر «مالک رسمی زمین»، دو طرف قرارداد پیش‌فروش را پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار می‌دانست و در تبصره آن مصادیق پیش‌فروشنده را مصرح می‌ساخت. از طرفی، مقتن اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آنها ترجیح داده و توجه به شکل‌گرایی را در انعقاد این قراردادها

تضعیف نموده است. در واقع، قانون گذار کلیه عقود و قراردادهایی را که تحت هر عنوان به منظور و قصد پیش فروش ساختمان منعقد می گردند، قرارداد پیش فروش ساختمان تلقی کرده است. همچنین مورد این قراردادها، فقط املاک مسکونی نیست و املاک تجاری نیز می تواند متعلق موضوع عقد یا مورد قرارداد، قرار گیرد.

بندها و موارد پیش بینی شده در ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان، ذیل پنج دسته کلی جای می گیرند که از آنها می توان به مقررات ناظر به شروط لازم برای صحت قرارداد پیش فروش، مقررات ناظر به مسئولیت قهری و تعدیل این قرارداد، مقررات ناظر به مرجع رسیدگی کننده به اختلافات ناشی از قرارداد، مقررات ناظر به مسئولیت قراردادی و مقررات ناظر به آثار این قراردادها نام برد. با توجه به این امر ضمانت اجرای نقض موارد متفاوت یکسان نیست. در این میان، بندهای ۱ تا ۵ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان، یعنی تعیین اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی و حقوقی، بلاک 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، می تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد. در مقابل بند ۸ ماده مزبور، راجع به مسئولیت قهری و تعدیل قرارداد بوده و پیش بینی آنها واجد این مزیت است که اولاً جبران کامل خسارت زیان دیده را میسر و تسهیل می نماید، ثانیاً تعدیل قرارداد با مانع قانونی روبرو نمی شود. لیکن عدم رعایت این بند ضمن اینکه ممکن است جبران کامل و آسان خسارت زیان دیده را از جمله به دلیل اعسار مسئول زیان با مشکل مواجه سازد، بلکه مطالبه مبالغ اضافی از مبلغ اصلی و اولیة قرارداد را نیز غیر ممکن می سازد.

مواد ۶ و ۸ قانون پیش فروش ساختمان، در ارتباط با مسئولیت قراردادی است. در این بین، حکم مذکور در ماده ۶، امری بوده و نه تنها امکان توافق بر خلاف آن به میزان کمتر از مقدار مقرر شده در آن ماده وجود ندارد، بلکه در صورت عدم پیش بینی طرفین قرارداد پیش فروش نیز در رابطه آنها مجری خواهد بود. ماده ۸ نیز در باب خسارت ناشی از تخلف پیش فروشنده بوده و در این ماده اعمال همزمان دو حق خیار و دریافت خسارت برای پیش فروشنده مجاز شمرده است. منتها از آنجا که این ماده در مقام بیان یکی از قواعد مسلم حقوقی است، حکم آن حتی در حالت سکوت نیز بین طرفین اعمال می گردد.

قانون‌گذار امکان فسخ قرارداد به دلیل تخلف وصف یا شرط را همراه با قیود و شرایطی کرده است. در واقع، قانون‌گذار در ماده ۷ آن قانون، تنها در صورتی که زیادتى یا نقصان بنا بیش از پنج درصد از مساحت قید شده در قرارداد پیش‌فروش باشد، برای پیش‌خریدار حق فسخ شناخته است. در عین حال به نظر می‌رسد اینکه مقنن در بند ۱۱ ماده ۲ گفته از جمله باید به مفاد ماده ۷ نیز در قرارداد اشاره و مورد تصریح قرار گیرد، به این معنی است فقط در صورتی که مفاد این ماده به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد مورد تصریح و توافق قرار گیرد، به این شکل عمل می‌شود. در غیر این صورت، مطابق قواعد عمومی رفتار خواهد شد.

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 و باعث می‌شود که طرفین امتیازات پیش‌بینی شده در این قانون را از دست داده و از حمایت‌های آن محروم شوند، نه اینکه هیچ‌گونه قراردادی میان آنها منعقد نشود. مضافاً به موجب ماده ۱۲ نیز مقنن حقی، با ماهیت حق حبس برای پیش‌خریدار شناسایی کرده است. سرانجام اینکه قانون‌گذار برای امکان فسخ قرارداد توسط پیش‌فروشنده به دلیل تأخیر در پرداخت عوض قراردادی، مکانیزم خاصی در نظر گرفته است و صرف تأخیر در پرداخت را موجب حق فسخ برای پیش‌فروشنده ندانسته است. لیکن قابل ذکر است که عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش در قالب سند رسمی، تأثیری در به وجود آمدن حق فسخ مزبور ندارد، بلکه تنظیم قرارداد به شکل سند رسمی فقط احراز و اثبات و نیز اعمال حق را با سهولت روبرو می‌سازد.

فهرست منابع

- ابهری، حمید و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۳)، **حقوق پیش‌فروشنده در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با حقوق بائع در قانون مدنی**، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱، صفحات ۷۹-۵۱.
- افتخاری، جواد (۱۳۸۲)، **کلیات عقود و حقوق تعهدات**، چاپ اول، تهران: میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۴)، **حقوق مدنی**، جلد ۱، چاپ بیست و پنجم، تهران: اسلامیه.
- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و کاویار، حسین (۱۳۸۷)، **بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان**، مجله فقه و حقوق، دوره ۱۸، صفحات ۱۱۳-۸۷.
- بابائی، ایرج (۱۳۹۰)، **حقوق بیمه**، چاپ یازدهم، تهران: سمت.

- باقری، احمد (۱۳۸۴)، **فقه مدنی عقود تملیکی بیع - اجاره**، چاپ اول، تهران: سمت.
- جبعی عاملی، زین‌العابدین (شهید ثانی) (بی‌تا)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۳، بیروت: دارالعلم الاسلامی.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حاتمی، علی اصغر و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۸۹)، **ماهیت قراردادهای ساخت و ساز (در فرض پیش‌فروش)**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، صفحات ۹۴-۷۱.
- حائری‌شاه‌باغ، سیدعلی (۱۳۸۲)، **شرح قانون مدنی**، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- خدارحمی، نسرین (۱۳۹۲)، **مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس**، چاپ اول، تهران: جنگل.
- دارویی، عباسعلی (۱۳۹۱)، **قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون پیش‌فروش ساختمان**، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۲، صفحات ۱۶۶-۱۴۷.
- سعادت‌مصطفوی، سیدمصطفی و رحیمی، سید علی‌اصغر (۱۳۸۹)، **ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه**، مجله معارف اسلامی و حقوق، دوره ۱، صفحات ۱۵۶-۱۱۹.
- سکوتی، نیما (۱۳۹۰)، **ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان**، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی-ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ.
- شایگان، سیدعلی (۱۳۷۵)، **حقوق مدنی**، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین: طه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ چهارم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، **اندیشه‌های حقوقی مجموعه مقالات حقوقی**، چاپ دوم، تهران: مجد.
- صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۶)، **اشخاص و محجورین**، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سوم، تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹)، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چاپ اول، تهران: سمت.
- طباطبائی، سیدمحمد صادق و کیانی، عباس (۱۳۹۳)، **تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۸، صفحات ۸۲-۴۵.
- طباطبائی، سیدعلی (۱۴۰۴ هـ.ق)، **ریاض المسائل**، ج ۱، قم: آل‌البتیت.
- طهماسبی، علی (۱۳۹۱)، **اختلاف مساحت در ساختمانهای پیش‌فروش: نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد**، مجله دانش حقوق مدنی، دوره ۱، صفحات ۲۶-۱۵.
- علی‌آبادی، علی (۱۳۸۷)، **ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی**، چاپ دوم، تهران: دانش پذیر.

- غریبه، علی و مسعودی، ناصر (۱۳۹۰)، **تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع**، مجله فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، صفحات ۱۷۵-۱۵۷.
- قائم‌مقامی، عبدالحمید (۱۳۷۸)، **حقوق تعهدات**، جلد ۲، چاپ اول، تهران: میزان.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۶)، **اصول قراردادها و تعهدات**، چاپ هفتم، تهران: نشر دادگستر.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۸)، **الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد**، چاپ هشتم، تهران: میزان.
- قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۷)، **شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد**، چاپ نخست، تهران: دراک.
- قناتی، جلیل (۱۳۸۳)، **مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول**، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **اعمال حقوقی**، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **عقود معین**، ج ۱، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **الزامهای خارج از قرارداد**، چاپ پنجم، تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **وقایع حقوقی**، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق‌داماد، سیدمصطفی و همکاران (۱۳۹۱)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- محقق‌داماد، سیدمصطفی و همکاران (۱۳۸۹)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۲، چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- محمدی، سام و حسینی‌مقدم، سیدحسن (۱۳۹۱)، **زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان**، مجله حقوق خصوصی، دوره ۹، صفحات ۱۸۰-۱۵۵.
- نوبخت، حسین (۱۳۸۸)، **شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی**، چاپ اول، تبریز: فروزش.
- نوین، پرویز (۱۳۸۴)، **انقضاء و انحلال قراردادها**، چاپ اول، تهران: تدریس