

اختلاف مساحت در ساختمان‌های پیش‌فروش: نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد^۱

علی طهماسبی^۲

تاریخ ارسال: ۹۱/۲/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۵/۱۸

چکیده

اشخاص آزادند، به هر صورت که تمایل دارند و خلاف قواعد آمره نباشد، اقدام به انعقاد قرارداد نمایند؛ در عین حال، یکی از ملاحظات مورد نظر سیاستگذاران حمایت از طرف ضعیف قرارداد است که احتمال دارد در پرتو اصل آزادی قراردادها تأمین نگردد. بر این مبنا، قانونگذار در قانون پیش‌فروش ساختمان، در صدد حمایت از پیش‌خریدار برآمده است. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، معمولاً موضوع معامله در زمان انعقاد آن وجود ندارد و توافق طرفین بر ساخت آن در آینده است. در نتیجه، ممکن است مساحت ساختمان ایجاد شده با مساحت مورد توافق، اختلاف داشته باشد. گاه مساحت بیش از میزان تعیین شده در قرارداد است که قانونگذار در این خصوص بین فرضی که اضافه مساحت بیش از پنج یا تا پنج درصد باشد، قائل به تفصیل شده و صرفاً در فرض اول به پیش‌خریدار حق داده قرارداد را فسخ نماید. همچنین ممکن است، مساحت ساختمان کمتر از میزانی باشد که در قرارداد بر آن توافق شده است. در این مورد نیز قانونگذار فرض کسر مساحت تا پنج درصد را از فرض کسر مساحت بیش از پنج درصد تفکیک و فقط در فرض دوم پیش‌خریدار را محق در فسخ قرارداد دانسته است. به علاوه، در صورت فسخ، وی قیمت روز بناء را دریافت می‌کند. بر این اساس، می‌توان نکته اساسی این قواعد را حمایت از پیش‌خریدار و جلوگیری از اجحاف پیش‌فروشنده نسبت به او دانست.

کلیدواژه‌ها: طرف ضعیف قرارداد؛ پیش‌فروشنده؛ پیش‌خریدار؛ پیش‌فروش ساختمان؛ مساحت؛ قیمت روز

۱. از آقای علی رشیدی، مستشار محترم شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان کردستان، برای راهنمایی‌های ارزنده‌شان سپاسگزارم
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه رازی کرمانشاه

۱- مقدمه

فراهم آوردن امکانات لازم، برای انبوه‌سازی ساختمان به سرمایه‌های هنگفتی نیاز دارد، که کمتر کسی ممکن است، بتواند آن را به تنهایی تأمین نماید. لذا اشخاص ممکن است جهت تأمین مالی پروژه‌های خود به نهادهای مالی از جمله بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری متوسل گردند، تا از طریق دریافت وام، مقصود خود را جامه عملی کنند و مشکل فقدان سرمایه کافی برای ساختمان‌سازی را حل نمایند. با این حال این نهادها بدون چشم‌داشت، به اشخاص وام پرداخت نمی‌کنند و طبیعتاً سود این وام‌ها افزایش هزینه تولید کالا (ساختمان) را در پی دارد و باعث می‌شود سازنده نسبت به اشخاصی که برای احداث ساختمان وامی دریافت نکرده و سود نپرداخته‌اند، در بازار رقابتی در جایگاه ضعیف‌تری قرار گیرد.

همچنین، نهادهای موصوف ضمن اعتبار سنجی وام‌گیرنده، برای اطمینان از بازپرداخت وام اقدام به اخذ وثیقه‌های مختلف از متقاضی می‌کنند که تأمین چنین وثیقه‌های صرف نظر از هزینه‌های مختلفی که در بردارد، چندان ساده نیست؛ بعلاوه دادن وثیقه در وام‌های بلند مدت باعث می‌شود راهن تا پایان سررسید آزادی عملش را برای تصرف در اموال مرهونه تا حدودی که منافی حق مرتهن است از دست دهد (مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی)؛ بنابراین، هرچند تأمین مالی پروژه از طریق دریافت وام از نهادهای مذکور، ممکن است دارای مزایایی باشد، اما معایب آن هم زیاد است و نمی‌توان به سادگی آنها را نادیده گرفت.

مشکلات فوق را می‌توان در پرتو مشارکت خریداران آتی ساختمان در گردآوری حل سرمایه حل نمود؛ زیرا در جامعه اشخاصی هستند که توانایی پرداخت نقدی تمام ثمن را ندارند، اما می‌توانند آن را در چند قسط پرداخت نمایند، یا با وجود داشتن توانایی پرداخت، ترجیح می‌دهند سرمایه خود را در جای دیگری به کار گیرند و با سود حاصل از آن، اقساط خرید ساختمان را به تدریج پرداخت نمایند. در چنین شرایطی است که پیش‌فروشنده ترجیح می‌دهد به جای وام از نهادهای مالی که در اغلب اوقات وقت‌گیر است از سرمایه مالکان آتی ساختمان استفاده کند.

با وجود این، ممکن است مسائل حقوقی متعددی در زمینه پیش‌فروش ساختمان بروز نماید که نیازمند راه‌حل‌های حقوقی است. بدیهی است، با فقدان بسترهای حقوقی لازم که بتواند پاسخگوی مشکلات احتمالی موجود در این مقوله باشد، تحقق اهداف مورد نظر در این حرفه ممکن نیست و پس از چندی،

فضای نامنی را میان مردم ایجاد می‌کند که باعث عدم استقبال از این راه‌کار می‌شود؛ در نتیجه، سرمایه‌گذاران از سرمایه‌گذاری در این حوزه خودداری می‌کنند و پیش‌خریداران نیز حفظ سرمایه هر چند ناچیز خود را بر به خطر انداختن آن ولو به قیمت دستیابی به ثروت بیشتر ترجیح می‌دهند. جهت طراحی قواعد حقوقی مناسب، که توانایی ایجاد انگیزه رفتاری مناسب در اشخاص را داشته باشد، در نظر گرفتن مصالح متعارض ضروری است و بدون در نظر گرفتن این مسائل و بررسی آثار این قواعد بر رفتار افراد، ممکن است قاعده ایجادشده چندان مطلوب نباشد و صرفاً اشخاص را به وجود یک متن قانونی دلخوش کند، که این امر نمی‌تواند غایت مطلوب یک نظام حقوقی باشد (پاسنر، ۲۰۰۳، صص ۲۶-۲۴ و مرکورو و مدما، ۲۰۰۶، صص ۵۰-۴۵). بر این اساس، قواعد حقوقی در عین ترغیب سرمایه‌گذاران به تولید ساختمان، باید مصالح طرف ضعیف قرارداد (پیش‌خریدار) را نیز در نظر بگیرد و راه‌حل‌های مناسبی را برای تأمین حقوق او فراهم آورد.

بروز مسائل مختلف مربوط به پیش‌فروش ساختمان، از قبیل اختلاف نظر در اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد به دلیل موجود نبودن موضوع در زمان معامله، ماهیت قرارداد پیش‌فروش، وجود اختلاف در میزان مساحت مورد توافق و مساحت ساختمان ایجاد شده، فروش ملک به اشخاص مختلف و مسائل مرتبط دیگر سالها ذهن مسئولان و مردم کشورمان را به خود مشغول کرد تا سرانجام نیازها و ضرورت‌های موجود در جامعه، سیاستگذاران را وادار نمود برای حل این مشکلات یا دست‌کم کاستن از میزان آن، هرچند دیر هنگام، تکاپو کنند که نتیجه آن در قالب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ است.^۱

۱. البته در سال ۵۸ شورای انقلاب «لایحه قانونی حمایت از پیش‌خریداران واحدهای مسکونی» را تصویب نمود که صرفاً در خصوص شهرک‌ها یا مجموعه‌های ساختمانی با بیش از ده دستگاه قابل اعمال بود. به علاوه فقط حاوی مقرراتی در زمینه عدم دریافت مستقیم وجه از پیش‌خریدار توسط پیش‌فروشنده و واریز آن به حسابی در بانک مسکن بود که سازندگان قبل از افتتاح حساب، باید طرح کامل تأیید شده از طرف مقامات ذیصلاح را به ضمیمه نمونه قرارداد خریداران به بانک تسلیم می‌نمودند (تبصره ۱)؛ همچنین، عرصه و اعیان طرح و منابع مالی مربوط تا میزان ارزش طلب پیش‌خریداران و بانک، قبل از انتقال قطعی واحدهای مسکونی به پیش‌خریداران، توسط اشخاص حقیقی و حقوقی قابل تأمین نبوده و فقط تأمین‌کنندگان منابع مالی طرح چنین حقی را خواهند داشت (تبصره ۲). چنانکه ملاحظه می‌گردد لایحه جامعیت لازم را نداشت و آیین‌نامه اجرایی آن هم تا سال ۱۳۷۴ به تصویب نرسید. در نتیجه در عمل نتوانست مشکل قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و مسائل مربوط به آن را حل نماید.

بودن آنان، اسباب و همن مقام شامخ انسان را فراهم نماید! چنین گفته‌هایی در آن روزگار دخالت‌های بی‌منطق و بدون ضابطه مقامات دولتی آنان را می‌آزرد طرفدارانی پیدا کرد؛ زیرا چیزی بهتر از شعار برابری فقیر و غنی، نجیب‌زاده و عامی نمی‌تواند روح عدالت‌جوی انسان را به خود جلب کند.

اصل حاکمیت اراده، که قاعده‌ای مقدس بود مورد توجه قرار گرفت و انسان‌ها را به بستن قرارداد برابر تشویق می‌کرد. اگر به ذهن کسی می‌رسید که ممکن است طرف دیگر به دلیل داشتن امکانات متعدد، از قبیل مشاوره حقوقدانان زبردست و سرمایه کلان شکست بخورد، اصل موصوف، نادرستی پندارش را به او یادآوری می‌کرد که آن دو از نظر حقوقی باهم برابر هستند و بنابراین هر یک می‌توانند سود و زیان خود را به بهترین نحو تشخیص دهند؛ در چنین شرایطی قرارداد، عادلانه‌ترین وسیله توزیع ثروت است که می‌تواند به کار گرفته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۴۶-۱۴۴)؛ زیرا وقتی طرفین خود، با اراده سالم بر انعقاد قرارداد توافق کنند، می‌توانند بهترین قالب را برگزینند و اندیشه‌های خود را در پرتو آزادی کاملی که از اصل فوق حاصل شده، به منصفه ظهور رسانند.

با وجود این، دیری نپایید که نادرستی این اندیشه هویدا شد. کارخانه‌ها که کارگرها در پناه اصل برابری و از طریق انعقاد قرارداد به آن راه یافته بودند مسلخ ارزش‌های انسانی مورد احترام فردگرایان شد (عراقی، ۱۳۸۱، صص ۵۹-۵۵). مستأجرانی که با انعقاد قرارداد ساکن ملک شدند، پس از پایان مدت اجاره، ملزم به تخلیه عین مستأجره بودند، اگر چه در نتیجه فعالیت آنان، به‌ویژه املاک تجاری، بر ارزش ملک افزوده می‌شد و مالک می‌توانست پس از پایان قرارداد اجاره و تخلیه عین مستأجره از نتیجه کوشش مستأجر بهره‌مند گردد. تولیدکننده، بویژه در بازارهای غیررقابتی می‌توانست در صورت تصمیم به انعقاد قرارداد، هر طور مایل بود با مصرف‌کننده قرارداد ببندد؛ در مقابل مصرف‌کننده یا باید از دریافت کالا یا خدمت تولیدکننده موصوف چشم‌پوشی کند یا تمام شرایط پیشنهادی او را بپذیرد و معلوم است که راه‌حل اول در بسیاری از موارد اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار است؛ متقابلاً راه‌حل دوم نمی‌تواند انسان عدالت‌جو را اقناع نماید و آرامش خاطر او را در پی داشته باشد. در هنگام انعقاد قرارداد، پیش‌فروشنده ساختمان در مقایسه با پیش‌خریدار از نظر مالی و داشتن اطلاعات، جایگاه بهتری دارد. بعلاوه، پس از انعقاد قرارداد، او مجری است و ممکن است ساختمان را بصورت غیرمطابق با مفاد توافق بسازد یا در احداث آن تأخیر داشته باشد و در زمان مقرر آن را تحویل ندهد. این

قانونگذار سعی نمود، تا حدودی قواعد حقوقی حاکم بر موضوع را روشن نماید و گاه با وجود قواعد عام^۲ شاید به دلیل نارسایی آنها در پیش‌فروش ساختمان - راهی دیگر در پیش گرفت^۳. با وجود این، هدف این نوشتار، صرفاً بررسی قواعد حقوقی حاکم بر فرض اختلاف طرفین در مساحت بنای ساخته شده و مساحت مورد توافق است، اما پیش از ورود به این موضوع، اشاره اجمالی به موضوع حمایت از طرف ضعیف، قرارداد بطور کلی و نشانه‌های آن در قانون پیش‌فروش ساختمان ضروری است. سپس به بررسی قانون مدنی و قانون ثبت در خصوص اضافه، یا کسر مساحت ملک نسبت به میزان مورد توافق اشاره خواهد شد تا ضمن معلوم نمودن نارسایی این قواعد در مورد ساختمان‌های پیش‌فروش، قواعد مذکور در قانون پیش‌فروش^۴ بررسی گردد و ابعاد حمایتی آن، در تأمین مطلوب‌تر حقوق طرف ضعیف قرارداد در برابر پیش‌فروشنده روشن شود.

۲- پیش‌خریدار، طرف ضعیف قرارداد پیش‌فروش ساختمان

در دوران سیطره اندیشه فردگرایان که به برابری انسان‌ها و عدم لزوم دخالت مقامات عمومی اعم از قانونگذار و غیره اعتقاد داشتند، این گفته بر سر زبان‌ها بود، که انسان‌ها به صرف انسان بودن جایگاه برابری دارند و هر کس سود و زیان خود را بهتر از دیگران تشخیص می‌دهد و پدرسالاری^۵ را به سختی مذموم می‌دانستند. بر این اساس، مداخله قانونگذار یا هر نهاد دیگر، ناقض برابری افراد بود و چه بسا با پیش‌کشیدن توهم محجور

۲. منظور از قواعد عام در این مقاله، قواعد مندرج در قانون مدنی و قانون ثبت است، اگر چه ممکن است این عنوان با انتقاد مواجه باشد اما برای تمایز آن از قانون پیش‌فروش ساختمان که صرفاً ناظر به ساختمان‌های پیش‌فروش شده است، مناسب به نظر می‌رسد.

۳. در ادامه به بعضی از این موارد در حدی که با موضوع مقاله مرتبط است، اشاره خواهد شد.

۴. با وجود اینکه در ماده ۲۵ مقرر شده آیین نامه اجرایی قانون ظرف سه ماه از تاریخ تصویب توسط وزارت دادگستری با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و پس از تایید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید، متأسفانه تا تاریخ نگارش مقاله حاضر که نوزده ماه از تاریخ تصویب قانون گذشته، آیین نامه موصوف به تصویب نرسیده است. در نتیجه با وجود انتشار قانون، به علت عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی باید آن را مشمول قسمت اخیر ماده ۲ قانون مدنی و غیر لازم‌الاجراء دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۵۰، هاشمی، ۱۳۷۷، صص ۵-۳۹۴، موسی‌زاده، ۱۳۷۷، ص ۱۵۲). به علاوه علیرغم پیش‌بینی تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۰، قانونگذار مهلتی برای تصویب آن پیش‌بینی نکرده و اطلاعی از وضعیت این آیین‌نامه هم در دست نیست.

5. Paternalism

وضعیت، ممکن است پیش‌خریدار را در موضع ضعف قرار دهد و موجب پایمال شدن حقوق او بوسیله پیش‌فروشنده گردد. به اعتقاد اندیشمندان، وجود این شرایط، ممکن است باعث ایجاد وضعیتی گردد که می‌توان از آن به اجبار اقتصادی^۶ تعبیر نمود و برای طرف مقابل غیر از انعقاد قرارداد با یک فروشنده یا عرضه‌کننده خاص، چاره دیگری متصور نیست (استون، ۲۰۰۲، ص ۱۳ و نیبا، ۲۰۰۷، ص ۳۴).

یکی از مهمترین اهرم‌های قدرت، که برای طرفین قرارداد قابل تصور است و آنان را در جایگاهی قرار می‌دهد که ممکن است از وضعیت طرف دیگر به سود خود بهره‌برداری نماید، داشتن اطلاعات کافی و مؤثر در انتخاب مطلوب است، به این معنا که هر چه اطلاعات فرد بیشتر باشد، انتخابهای او سنجیده‌تر است (نیبا، همان، ص ۳۴). داشتن اطلاعات ضروری و شفافیت بازار پیش‌شرطهای ضروری کارکرد مناسب آزادی قراردادی و اقتصاد مبتنی بر بازار هستند. حمایت از مصرف‌کننده از طریق تحدید آزادی قراردادی از این واقعیت سرچشمه می‌گیرد که او از کالا و خدمات مورد معامله اطلاعات کمتری دارد و در نتیجه در جایگاه پایین‌تری است (کوتر و یولن، ۲۰۰۳، ص ۱۱۲-۱۱۱). البته در انعقاد قرارداد هر یک از طرفین تا حدی که برای انجام معامله ضروری است، اطلاعاتی در خصوص موضوع معامله، توانایی پرداخت و غیره افشاء می‌نماید، اما از آنجا که با افشای اطلاعات بیشتر ممکن است از سود افشاء‌کننده کاسته شود، لذا او سعی می‌کند تا حد امکان از افشای اطلاعات خودداری کند و به حداقل اکتفاء نماید. از طرف دیگر، داشتن حسن‌نیت در قراردادهای ایجاب می‌کند، در عقودی که یک طرف نسبت به دیگری موقعیت برتری دارد، حقایق مؤثر بر تصمیم طرف مقابل را افشاء نماید (تریئل، ۲۰۰۳، صص ۴۳۳-۴۲۰) زیرا تصمیم‌گیری درست در فضایی که شخص اطلاعات کافی در دست نداشته باشد، به وهم و خیال نزدیک‌تر است تا واقعیت و چندان نمی‌توان به نتایج مثبت آن امیدوار بود. به همین دلیل، در موردی که مصرف‌کننده (طرف ضعیف قرارداد) اطلاعات کافی برای تصمیم‌گیری درست در اختیار ندارد، حق انصراف^۷ از قرارداد برایش شناخته می‌شود؛ اعم از اینکه فقدان اطلاعات ناشی از پیچیدگی قرارداد باشد یا نحوه انعقاد آن مثل قراردادهای فروش از راه دور^۸ (ترین، ۲۰۰۸، ص ۱۴۹).

با لحاظ این مسائل، بحث حمایت از طرف ضعیف قرارداد

به میان آمد تا اشخاص به حال خود رها نشده و زیر سرپوش اصل برابری و حاکمیت اراده مورد استثمار قرار نگیرند (چارمن، ۲۰۰۷، ص ۱۲۸). در واقع با وقوع مشکلات فوق، چهره اصول مذکور در عمل بر همگان آشکار شد که برابری حقوقی بدون برابری اقتصادی معنا و مفهومی ندارد و چنین سودایی را ظاهراً در عالم فانی نمی‌توان تصور کرد.

حال که از طریق فوق نمی‌توان کاستی‌ها را به طور کامل برطرف نمود، باید به دنبال راهکاری بود که بتوان از طریق آن تا حدی از شدت آن کم کرد. بر مبنای چنین اندیشه‌ای است که در حوزه‌های مختلفی چون رابطه کارگر و کارکافرا، مؤجر و مستأجر، تولیدکننده و مصرف‌کننده و پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار قوانین مختلفی برای حمایت از طرف ضعیف، به تصویب رسید (مارکسینیس، ۲۰۰۶، صص ۴۸-۴۷ و راینار، ۲۰۰۷، صص ۹-۸). می‌توان گفت دلیل رویکرد پدرسالارانه به حقوق^{۱۰} خصوصی، اندیشه حمایت از طرف ضعیف قرارداد اعم از کارگر، مستأجر، مصرف‌کننده و غیره بوده است؛ زیرا نظر به عدم دستیابی طرفین به برابری در پرتو اصل آزادی قراردادها، که خود معلول عوامل دیگری از جمله نابرابری اقتصادی و فقدان اطلاعات کافی بوسیله یک طرف قرارداد است، باید راه دیگر برای رسیدن به مقصود طراحی نمود و از طریق قواعد حقوقی و دخالت مقامات عمومی شدت مشکل را کاهش داد. این موضوع به ویژه با مقوله‌ای موسوم به قانونمند نمودن حقوق قراردادهای^{۱۱} (یا بطور کلی حقوق خصوصی) بر اساس حقایق بنیادین^{۱۲} مندرج در قانون اساسی تشدید شده است. طرفداران این رویکرد بر این باورند که این دسته از حقوق و لزوم رعایت کرامت انسانی در حقوق خصوصی تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم دارد و باید در وضع و تفسیر قواعد حقوق خصوصی، به عنوان اصول راهنما مورد توجه قرار گیرند. برابری طرفین، به طور مسلم یکی از اصول مذکور است که باعث می‌شود سیاستگذاران تا حدودی از حقوق قراردادهای مبتنی بر اندیشه‌های لیبرالی، که چکیده آن را می‌توان در آزادی مطلق قراردادی بیان نمود، فاصله بگیرند و به سوی قاعده مبتنی بر دخالت مقامات عمومی (اعم از قانونگذار یا دادگاه) در قراردادهای سیر کنند. زیرا رها کردن طرفین به حال خود، بدون توجه به اوضاع و احوال و شرایط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی نتیجه‌ای جز عدم برابری در برنخواهد داشت که نمی‌تواند غایت مطلوب یک نظام حقوقی

10. paternalistic approach to private law
11. Constitutionalisation of Contract Law
12. fundamental Rights

6. Economic duress
7. Right of withdrawal
8. Informational deficits
9. Distance selling of goods

صورت گیرد، سردفتری که در صدد تنظیم و ثبت سند آن معامله است، ابتدا وضعیت ملک را از اداره ثبت استعلام می‌نماید و در صورتی اقدام به ثبت سند می‌کند که اداره ثبت، مالکیت فروشنده را تصدیق نماید، در غیر این صورت ثبت سند و در نتیجه انجام معامله ممکن نخواهد بود.

استرداد خسارت پیش‌خریدار به قیمت روز بنا در صورت فسخ قرارداد به علت تخلف پیش‌فروشنده یا در مواردی حتی در فرض عدم فسخ قرارداد (مواد ۷ و ۸ قانون پیش‌فروش) مسئولیت محض پیش‌فروشنده نسبت به خساراتی که در نتیجه عیب ساختمان به پیش‌خریدار (و اشخاص ثالث) وارد می‌شود (ماده ۹)

وضع قواعدی خاص، در خصوص اختلاف طرفین در مورد مساحت مندرج در قرارداد و مساحت ساختمان ایجاد شده. البته موارد دیگری هم در این قانون پیش‌بینی شده^{۱۴} که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد، در این نوشتار صرفاً حمایت از پیش‌خریدار در فرض اختلاف در مساحت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. قواعد حاکم بر اضافه یا کسر مساحت ملک مورد معامله

قانونگذار در فرض کمتر یا بیشتر بودن مقدار مبیع نسبت به میزان توافق شده، قواعد حقوقی خاصی را برای حل اختلاف پیش‌بینی نموده است. به طور مشخص در مورد موضوع این نوشتار، در قانون مدنی اقدام به وضع احکامی در مورد ملکی که بر مبنای داشتن مساحت معین مورد معامله قرار گرفته اما بعد فقدان مساحت مورد توافق آشکار می‌شود، نموده و فروض مختلفی را از هم تفکیک و احکام آن را بیان نموده است. بعلاوه در قانون ثبت هم فرض خاصی مورد توجه قرار گرفته و حکم آن بیان شده است. ما احکام این دو قانون را با عنوان قواعد عام مربوط به اختلاف مساحت بررسی خواهیم نمود و آنگاه به مطالعه قواعد خاص مندرج در قانون پیش‌فروش ساختمان می‌پردازیم تا تفاوت‌های این قواعد بروشنی آشکار و معلوم گردد چه نارسایی‌هایی در قواعد دسته اول وجود داشته که سیاستگذاران را به ارائه راه‌حلهای دیگر وادار کرده است.

۱۴. از جمله عدم امکان توقیف و تأمین عرصه و اعیان واحد پیش‌فروش شده و نیز اقساط و وجوه وصول و یا تعهدشده بابت آن، قبل از انتقال رسمی واحد پیش‌فروش شده به پیش‌خریدار به نفع پیش‌فروشنده یا طلبکار او (ماده ۱۵) یا عدم امکان توافق بر وجه التزام کمتر از حداقل مقرر در قانون (ماده ۶)

و وسیله رسیدن به عدالت باشد (مارکسینیس، پیشین، ۴۹-۴۵)؛ در واقع مطابق این رویکرد، عدم حمایت از طرف ضعیف در صورت عدم تعادل فاحش قدرت چانه‌زنی میان طرفین قرارداد، منجر به نقض کرامت انسانی او می‌گردد که باید از آن اجتناب شود (اسمیت، ۲۰۰۶، صص ۱۲-۱۱)^{۱۳}.

بر این اساس، در قانون پیش‌فروش ساختمان، قانونگذار حمایت از طرف ضعیف قرارداد (پیش‌خریدار) را تا حدودی مدنظر قرار داده است تا او اسیر توان مالی و اطلاعاتی پیش‌فروشنده نگردد؛ زیرا در غالب موارد، پیش‌خریدار شخصی است که دایره انتخابش در خرید یا عدم خرید ساختمان خلاصه می‌شود و میزان امکانات او چنان نیست که بتواند گزینه دلخواه را انتخاب کند. در حالی که پیش‌فروشنده، دست کم نسبت به پیش‌خریدار از نظر مالی و داشتن اطلاعات در وضعیت بهتری قرار دارد و دایره انتخابش وسیع‌تر است. پس در چنین شرایطی که بازار و اصل آزادی قراردادها با شکست مواجه شده است و نمی‌تواند برابری طرفین را تأمین نماید، باید از طریق قواعد حقوقی مناسب این تقیصه را برطرف نمود تا وضعیت طرفی که در انجام معامله قدرت کمتری دارد، بهبود یابد و اسیر وضعیت برتر طرف مقابل که با تمسک به اصل آزادی قراردادها فعالیت می‌کند، نگردد. در این قانون تدابیر مختلفی در راستای حمایت از پیش‌خریدار به کار گرفته شده که می‌توان موارد برجسته آن را به شرح زیر ذکر نمود:

انتقال تدریجی مالکیت ساختمان، با ایجاد تدریجی آن (ماده ۱۳) که سبب ایجاد حق عینی برای خریدار می‌گردد و معامله نسبت به آن بدون اجازه او، تابع قواعد معاملات فضولی خواهد بود و خریدار می‌تواند مال خود را در دست هرکس بیابد آن را تعقیب نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۲۵).

قانونگذار در معاملات پیش‌فروش، تنظیم سند معامله در دفتر اسناد رسمی را ضروری دانسته است (ماده ۹ قانون پیش‌فروش ساختمان) تا از تکرار مشکل انتقال موضوع قرارداد به اشخاص مختلف که سالهاست به یکی از معضلات جامعه تبدیل شده، بکاهد. حسن شیوه موصوف، در این است که سردفتر پس از تنظیم و ثبت سند، خلاصه آن را به اداره ثبت ارسال می‌کند و اداره مذکور این اطلاعات را در دفتر ثبت املاک وارد می‌کند. هر گاه نسبت به این ساختمان پیش‌فروش شده، معامله دیگری

۱۳. برای مطالعه استدلالهای موافقان و مخالفان تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، ر.ک:

TOM BARKHUYSEN AND SIEWERT LINDENBERGH, Constitutionalisation of Private Law, 2006, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, LEIDEN / BOSTON, First Edition.

۱-۳- قواعد حقوقی عام مرتبط با اختلاف مساحت ملک

طرفین قرارداد، مقدار مبیع را هنگام انعقاد آن مشخص می‌کنند - با وجود این، ممکن است بعداً معلوم گردد، مبیع کمتر یا بیشتر از میزان مورد توافق است - لذا، در این شرایط بررسی اعتبار معامله و حقوق طرفین ضروری به نظر می‌رسد. قانون مدنی در مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ قواعد حقوقی حاکم بر این موضوع را بیان نموده است. مطابق مواد مذکور کمیت ممکن است جنبه وصفی داشته و صرفاً موضوع را توصیف نماید، یا هر جزء مبیع در برابر جزئی از ثمن قرار گیرد؛^{۱۵} در مورد اخیر گفته می‌شود مقدار بیانگر میزان تعهد است؛ قانونگذار احکام فروش مذکور را یکسان ندانسته و حسب مورد قواعد خاصی را وضع نموده است.

۱-۳-۱- مقدار به عنوان وصف مبیع

در ادبیات رایج حقوقی گفته می‌شود مقدار مبیع گاه صرفاً وصف آن را تشکیل می‌دهد و نمی‌توان گفت هر جزئی در برابر بخشی از ثمن قرار می‌گیرد. در مورد املاک این قضیه جایی صادق است که ارزش ملک آنقدر زیاد نباشد که بصورت متری به فروش برسد بلکه یک قطعه زمین با حدود اربعه و مساحت مشخص مورد معامله قرار می‌گیرد اما بعد فقدان مساحت مورد توافق آشکار می‌گردد (امامی، ۱۳۸۹، ۲۸۶-۲۸۵ و شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۶۰). قانون مدنی در مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ در مورد این فرض حکم داده است. مطابق ماده ۳۵۵ اگر ملکی بشرط داشتن مساحت معین فروخته شود و بعد معلوم گردد، کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند. همچنین به موجب ماده ۳۸۵ اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت. بر این اساس به ظاهر در هر مورد متضرر صرفاً حق دارد برای دفع ضرر خود، معامله را فسخ نماید. اگر مساحت ملک بیشتر از میزان مورد توافق باشد، فروشنده و هر گاه مساحت آن کمتر باشد، خریدار می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد نموده و از

خود دفع ضرر نماید و ظاهراً در هیچ حال، خریدار نمی‌تواند مطالبه ارزش نماید چرا که هیچ بخشی از ثمن در برابر وصف قرار نمی‌گیرد (الاوصاف لایقابل بالاعواض). همچنین حق فسخ صرفاً به متضرر جاهل داده می‌شود و برای شخص که عالم به موضوع است نمی‌توان قائل به حق فسخ شد؛ زیرا در این صورت او اقدام به زیان خود کرده و خود کرده را تدبیر نیست.

با این حال، منع مطالبه ارزش با وجود عدم فسخ، غیرمعقول به نظر می‌رسد و همسو با بعضی استادان باید گفت "قاعده عقلی و بدیهی این است که هر عاملی که مؤثر در موازنه ارزش باشد اگر مشروط له (در فرض تخلف آن عامل اعم از شرط یا وصف) جانب ابقاء عقد را بگیرد (چون نفع او در آن است) حق مطالبه ارزش را دارد، مگر آنکه نص صریح بر خلاف آن باشد. سلب حق اخذ ارزش (در صورت تمایل زیان‌دیده از تخلف وصف) از او مخالف قاعده لاضرر است. ابقاء عقد با روح اقتصاد معاملات وفق می‌دهد و با نصوص شرع هم وفق می‌دهد، کسی که جانب ابقاء عقد را می‌گیرد آدم منطقی است. حال اگر سزاوار احسنت و مرحبا نباشد چرا سزاوار جریمه باشد ..." (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص ۵-۸۳ و ۱۳۸۸ (الف)، صص ۳۵۸-۳۶۰، ۱۳۸۸ (ب)، صص ۲-۳۷۱). به علاوه منع دریافت ارزش با وجود ابقاء قرارداد، انگیزه قانون‌گریزی را در افراد ایجاد می‌کند؛ زیرا فروشنده می‌تواند با علم به کسر مساحت ملک و با این امید که خریدار عقد را فسخ نمی‌کند^{۱۶} و نیز حق دریافت ارزش ندارد، مالش را به او بفروشد؛ در این صورت قواعد حقوقی، به جای ایجاد انگیزه در فروشنده برای رعایت قانون، او را به سوء استفاده ترغیب می‌کند.

در عین حال، احکام قانونگذار را که در فرض کمتر بودن مبیع به خریدار و در صورت بیشتر بودن آن به فروشنده حق فسخ داده، باید ناظر به مورد اغلب دانست که آنان از کمبود یا اضافه مساحت متضرر می‌شوند. لذا، اگر مساحت ملک بیشتر باشد اما خریدار ضرر کند و وی نتواند به نحو مطلوب در آن ساخت و ساز نماید، می‌توان به او حق داد قرارداد موصوف را فسخ نماید.

۲-۱-۳- مقدار بیانگر میزان تعهد

در این فرض، ملک دارای چنان ارزشی است که هر جزئی در برابر جزئی از ثمن قرار می‌گیرد؛ چنانکه در اکثر شهرها، قیمت آپارتمان موضوع عقد بیع بر اساس مساحت آن تعیین شده

۱۶. خریدار ممکن است به دلایل مختلف از جمله تغییر قیمت ملک، نیاز به آن به علت مجاورتش با دیگر املاک خود، عدم امکان تهیه ملک مناسب دیگر و غیره، از فسخ قرارداد صرف نظر نماید

۱۵. هر چند همچنانکه در ادامه خواهد آمد، اساساً تقسیم شرط مقدار به وصفی و غیر وصفی مورد انتقاد بوده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص ۹۱-۸۵) و پذیرش آن با مشکل روبرو است، اما به جهت تفهیم بهتر مطالب، در این بخش از مقاله تفکیک شده است.

ثبت، در خصوص فرض اضافه^{۱۷} مساحت ملک دارای سند مالکیت که با سند رسمی منتقل شده، اقدام به وضع قاعده‌ای متفاوت با احکام فوق نمود^{۱۸}؛ چه به موجب ماده ۱۴۹ قانون موصوف، نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید.

در صورتی که اضافه مساحت، در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال به مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد، اداره ثبت اسناد را اصلاح و به ذینفع اخطار می‌نماید تا وجه تودیع را از صندوق ثبت دریافت کند عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدت زائد بر ده سال از تاریخ اصلاح سند اعراض محسوب می‌شود و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌گردد. "این ماده اصلاً از استرداد اضافه مساحت از سوی بایع سخن نگفته است. نیز از اشتراک در مبیع حرفی نزنده است و به مشتری به علت حصول اشتراک در مبیع، خیار عیب (که منتهی به فسخ معامله گردد) و حق فسخ نداده است. بلکه معامله را ابقاء کرده و دو راه نشان داده است:

الف- طرفین نسبت به اضافه مساحت صلح و تسالم کنند، بطوری که آن اضافه را مشتری تملک کند.

ب- اگر صلح و تسالم نشد در آخرین مرحله حتی اگر مشتری مطالبه نکند، سند معامله را به نفع خریدار اصلاح می‌کند البته نه مجانی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۸۹).

شاید بتوان گفت، ماده مذکور فرضی را مورد حکم قرار داده است که تمام ملک مورد معامله قرار گرفته اما در نتیجه اشتباه در محاسبه، کل ثمن پرداخت نشده است؛ چرا که در ماده از پرداخت ثمن و اصلاح سند سخن به میان می‌آورد نه انجام

۱۷. مقدار اضافه مساحت، نسبت به مقداری که در معامله ذکر شده، باید طوری باشد که عنوان اضافه مساحت صدق کند و این یک قدر متیقن دارد و قدر متیقن آن مواردی است که اضافه مساحت به کار بایع نمی‌آید. اما اگر آن زمین را که پلاک معین دارد به قید اینکه پانصد متر است بفروشد و بعد معلوم شود دو هزار متر است! این اضافی را اضافه مساحت نمی‌گویند و به یقین ماده ۱۴۹ قانون ثبت ناظر به آن نیست و مشمول عموماً است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص ۹۰-۸۹).

۱۸. اینکه می‌توان ماده ۱۴۹ را در غیر مورد موضوعات مندرج در آن اعمال نمود یا نه، قابل تأمل است. بعضی معتقدند اگر زیاده به قدری باشد که استرداد آن برای بایع کاری عبث باشد، همین قاعده جاری می‌گردد هر چند موضوع معامله ملک دارای شرایط مذکور در ماده نباشد (جعفری لنگرودی، همان، ص ۸۸) همچنین برای اعمال آن در اموال منقول ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۱۸.

و هر مترش در برابر مقداری از ثمن به فروش می‌رسد. در نتیجه با فقدان قسمتی از موضوع، قرارداد تجزیه و مطابق قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد، قرارداد نسبت به بخش غیر موجود باطل (ماده ۳۶۱ قانون مدنی) و نسبت به قسمت موجود صحیح است. در نتیجه مطابق ماده ۳۸۴ قانون مدنی، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تادیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع بیشتر از مقدار تعیین شده باشد، زیاده مال بایع است.

حق اعطاء شده به خریدار، در فرض کمتر بودن مبیع نسبت به میزان توافق، از مصادیق خیار تبعض صفت است (ماده ۴۴۱ قانون مدنی) که قانونگذار در صورت جهل متضرر به بطلان بعض قرارداد، به او حق داده است بخش صحیح قرارداد را فسخ و ثمن را در صورت پرداخت مسترد دارد یا بخش صحیح قرارداد را قبول و نسبت به بخش باطل، تقسط ثمن را درخواست نماید، اما در صورت علم به بطلان، امکان فسخ بخش صحیح قرارداد وجود ندارد؛ بلکه خریدار صرفاً می‌تواند تقسیت ثمن را مطالبه نماید (ماده ۴۴۳ قانون مدنی).

در فرض بیشتر بودن مبیع، مازاد متعلق به فروشنده است؛ زیرا نسبت به این بخش اساساً قراردادی منعقد نشده است. با وجود این، حکم مذکور طرح سؤالات متعددی را موجب می‌شود؛ آیا مازاد ملک بصورت مفروز متعلق به فروشنده است یا وی مشاعاً در آن سهم است. به طور مسلم در این صورت، نمی‌توان سهم فروشنده را مفروز دانست؛ زیرا یک قطعه ملک با حدود و مساحت معین فروخته شده است نه بخش مشخصی از آن تا گفته شود، مازاد مفروزاً در ملکیت فروشنده باقی مانده است. بنابراین سهم فروشنده بخش مشاعی از ملک است که این امر به ضرر خریدار است؛ زیرا ملکی را که او بر اساس مفروز بودن خریده، در واقع مشاع است؛ لذا باید این حق را داشته باشد که بر مبنای عیب (شرکت) قرارداد را فسخ نماید (انصاری، ۱۳۷۹ ص ۳۹ و کاتوزیان، ۱۳۷۹، صص ۳۴۵-۳۸۴ و امامی، ۱۳۸۹، ص ۲۸۸). به این صورت حق فروشنده و خریدار در نظر گرفته شده و مقتضای معاوضه ایجاب می‌کند اگر بخش مشاعی از ملک متعلق به فروشنده تلقی می‌شود، ضرر خریدار با دادن حق فسخ به او دفع گردد.

بدیهی است، اعمال قواعد حقوقی فوق، ناظر به فرض شکست توافق و عدم کارایی قرارداد برای حل مشکل است والا اگر آنان بتوانند با توافق اختلاف خود را حل نمایند، این قواعد اعمال نمی‌گردند.

شاید به جهت همین مشکلات است که قانونگذار در قانون

معامله نسبت به بخش مازاد؛ همچنین ممکن است گفته شود، حکم مواد ۱۴۹ و ۳۸۴ از نظر متعلق دانستن مازاد به فروشنده یکسان اما از جهت نحوه حل مسأله متفاوتند؛ به این صورت که قانون ثبت برای ممانعت از بروز اختلافات ناشی از اشاعه، پرداخت ثمن اضافه مساحت را بر تعلق آن به فروشنده ترجیح داده است و در نتیجه مسائلی از قبیل تعلق مازاد به فروشنده و مشکلات ناشی از آن در موردی که ملک ثبت شده به فروش می‌رود، مطرح نمی‌گردد.^{۱۹}

در خصوص ارتباط این ماده با مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی نیز، باید گفت علیرغم ادعای نسخ ماده ۳۵۵ بوسیله ماده ۱۴۹ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۲)، منطوق ماده اخیر صرفاً املاک دارای سند مالکیت را در بر می‌گیرد و املاک غیر آن از شمولش خارج، و تابع مواد قانون مدنی است. بعلاوه، ماده ۱۴۹ صرفاً حاکم بر فرض اضافه مساحت ملک است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۳۷)^{۲۰}؛ بنابراین در فرض کسر مساحت، مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی اعمال می‌گردد.^{۲۱} بر این اساس به نظر می‌رسد، هر یک از مواد مذکور (ماده ۱۴۹ ق.ث. مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ ق.م) در فرض خاصی قابل اعمال است و می‌توان آنها را با هم جمع نمود.

۳-۱-۳- راهکارهای حقوقی مختص قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

در قراردادهای پیش‌فروش معمولاً^{۲۲} در زمان انعقاد قرارداد،

۱۹. به تعبیر بعضی از استادان تشریفات مذکور در این ماده که برای جبران خلل تساوی ارزش عوضین لحاظ شده، جز اداره عقد هیچ عنوان نمی‌تواند داشته باشد (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۸۹).

۲۰. برای ملاحظه نظری که به ظاهر معارض نظر مذکور در متن است، ر.ک (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۲۷ و ۱۳۷۶ (ج)، ص ۲۱۳)
۲۱. بعضی استادان ماده ۱۴۹ را ناظر به فرضی می‌دانند که مقدار بصورت شرط ضمن عقد نیامده باشد والا آن را از شمول این ماده خارج می‌دانند؛ زیرا اعمال ماده موصوف مشروط به وضعیتی شده که قراردادی بین طرفین در خصوص مازاد منعقد نشده باشد و شرط مساحت به معنای انعقاد قرارداد در خصوص مازاد است. به علاوه اگر مبیع به عنوان یک کل تجزیه‌ناپذیر موضوع معامله قرار گرفته باشد، تعلق عین آن به فروشنده منتفی (برخلاف ماده ۳۸۴ قانون مدنی) و خریدار ثمن بخش موصوف را که در نتیجه اشتباه در محاسبه لحاظ نگردیده، پرداخت می‌کند (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۹).

۲۲. قید معمولاً به این جهت است که مطابق ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) 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 (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود. بنابراین ممکن است در زمان انعقاد قرارداد، صرفاً پی ساختمان احداث (مستتیب از بند ۴ ماده ۴) و

ساختمان وجود ندارد و با پایان عملیات پی ساختمان، پیش‌فروشنده با تعهد بر احداث ساختمان، آن را منتقل می‌کند^{۲۳} (ماده ۴ قانون). در نتیجه، احتمال دارد بین موضوع توافق و ساختمان ایجاد شده از نظر مساحت، مطابقت وجود نداشته باشد. قانونگذار با ناکافی دانستن قواعد عام، قواعد خاصی را در قانون پیش‌فروش ساختمان پیش‌بینی کرده است تا نارسایی‌های قواعد موصوف را برطرف نماید. مطابق ماده ۷ این قانون، 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 محاسبه خواهد شد، لیکن چنانچه مساحت بنا تا ۵ درصد افزون بر زیر بنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از ۵ درصد باشد، صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده، کمتر از نود و پنج درصد مقدار توافق شده باشد، پیش‌خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناسی از پیش‌فروشنده مطالبه کند.^{۲۴} مطابق ماده فوق^{۲۵}، مساحت ساختمان ممکن است بیشتر یا کمتر از میزانی باشد که طرفین بر آن توافق کرده‌اند. به علاوه در هر دو فرض، اختلاف ممکن است تا پنج درصد یا بیشتر از آن باشد. ما بر همین مبنا در دو فرض به بررسی موضوع پرداخته و احکام آن را مشخص می‌نماییم:

اول- اضافه مساحت

ممکن است، ساختمانی با مساحت معین پیش‌فروش شود، اما

پیش‌فروشنده تعهد بر ساخت آن کرده یا ساختار آن ایجاد و فقط نیاز به تکمیل داشته باشد. اگر چه فرض اختلاف مساحت ساختمان با میزان توافق شده در هر دو فرض احداث و تکمیل قابل تصور است، اما به نظر می‌رسد در فرض احداث این مسأله حادث و قدرت مانور پیش‌فروشنده برای ایجاد ساختمان با مساحت کمتر یا بیشتر از میزان توافق شده، بیشتر است. به همین دلیل مباحث مقاله عمدتاً با لحاظ فرض فقدان ساختمان و تعهد بر احداث آن بیان شده است؛ در عین حال مطالب در مورد ساختمانی که در زمان معامله ایجاد و پیش‌فروشنده با تعهد بر تکمیل آن را انتقال می‌دهد، صادق است.

۲۳. با توجه به ماده ۴ قانون که تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر اتمام عملیات پی ساختمان را از جمله مدارک لازم برای تنظیم قرارداد پیش‌فروش می‌داند، باید گفت اگر قرارداد قبل از ایجاد پی ساختمان منعقد گردد، مشمول این قانون نیست.

۲۴. جالب است که قانونگذار در متن یک ماده قانونی، گاه از اصطلاح پیش‌خریدار استفاده نموده و گاه کلمه پیش را حذف و آن را بصورت خریدار به کار برده است! همچنین در ماده ۲۰ از لفظ فروشنده و خریدار استفاده کرده است!

۲۵. به موجب ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، تصریح مواردی از جمله احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) قانون در قرارداد پیش‌فروش الزامی است.

پیش‌خریدار وضع کرده است، تا پیش‌فروشنده با سودای استفاده از پول پیش‌خریدار در ایجاد ساختمان و استرداد ثمن دریافتی به او و کسب سود سرشار از این طریق، ساختن بنای بزرگتر را ابزاری برای سودجویی خود در لوای قانون قرار ندهد؛ زیرا در غیر این صورت پیش‌فروشنده که در زمان ساخت نیاز به جمع‌آوری سرمایه دارد، از طریق مردم سرمایه لازم برای ساخت را فراهم می‌کند و با این امید که پیش‌خریدار توانایی پرداخت ارزش اضافه مساحت را ندارد، ساختمانهای ایجاد خواهد نمود که بیشتر از پنج درصد میزان مورد توافق، اضافه مساحت دارند. اگر در این شرایط، با فسخ قرارداد از سوی پیش‌خریدار مبلغ مندرج در قرارداد به او مسترد شود (صفایی، ۱۳۸۴، صص ۳۱۰-۳۰۹)، قانون به پیش‌فروشنده حق داده برای کسب ثروت از یک اهرم قانونی به سود خود و به ضرر پیش‌خریدار استفاده نماید.

دوم- کسر مساحت

جنبه دیگر اختلاف، فرض کسر مساحت ساختمان در مقایسه با میزان توافق شده در قرارداد است. در این صورت هم مانند فرض قبل، کسر مساحت ممکن است تا پنج درصد یا بیشتر از آن میزان باشد. برای مثال، در قرارداد پیش‌فروش طرفین توافق کرده‌اند که مساحت ملک ۲۰۰ متر باشد، اما پس از ایجاد ساختمان، ممکن است مساحت آن کمتر یا بیشتر از صد و نود متر یا مساوی آن باشد. در صورتی که مساحت ملک ۱۹۰ متر یا بیشتر از آن میزان باشد (یعنی کسر مساحت تا پنج درصد)، پیش‌خریدار حق ندارد قرارداد را فسخ کند بلکه صرفاً می‌تواند خسارت خود را بر مبنای قیمت قراردادی، از پیش‌فروشنده دریافت نماید، اگرچه شاید حمایت بایسته از طرف ضعیف قرارداد، ایجاد می‌کرد قانونگذار پرداخت قیمت روز بناء را مورد حکم قرار دهد، اما اگر کسر مساحت ساختمان بیشتر از پنج درصد میزان توافق شده (مثلاً ۱۸۷ متر) باشد، پیش‌خریدار می‌تواند ضمن عدم فسخ، خسارت خود را بر مبنای قیمت روز بناء از پیش‌فروشنده دریافت کند یا قرارداد را فسخ نماید و بر مبنای ماده ۸ و تبصره آن، خسارات وارده را بر مبنای مصالحه یا برآورد کارشناس مرضی‌الطرفین از پیش‌فروشنده دریافت کند. در عین حال، هرگاه آنان نتوانند در این خصوص به توافق برسند، مطابق نظر کارشناس منتخب دادگاه، تمام مبالغ پرداختی بر اساس قیمت روز بناء همراه با خسارات قانونی به پیش‌خریدار مسترد می‌گردد. بدین ترتیب، در فرض کسر مساحت بیش از پنج درصد، قانونگذار به حمایت از پیش‌خریدار توجه داشته است و تا حدود زیادی سعی کرده او را در موقعیتی قرار دهد که متضرر نشود؛ زیرا در نتیجه تورم قیمت ملک در زمان ایجاد بیشتر از

پس از ساخت، مساحت آن بیشتر از میزان توافق شده باشد. در این صورت بر خلاف آنچه در قانون مدنی پیش‌بینی شده، نمی‌توان گفت مازاد متعلق به فروشنده بوده و مورد معامله قرار نگرفته (ماده ۳۸۴) یا او حق فسخ دارد (ماده ۳۸۵). در واقع مطابق ماده ۱۷ اگر اضافه مساحت تا پنج درصد میزان توافق شده باشد، هیچیک از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارد، بلکه پیش‌خریدار صرفاً بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد، ارزش مساحت اضافه را به پیش‌فروشنده خواهد پرداخت که ممکن است کمتر از قیمت روز بنا باشد. بر این اساس اگر ساختمانی بر مبنای داشتن صد متر مساحت پیش‌فروش شود، اما پس از ایجاد، مساحت آن صد و چهار متر باشد، پیش‌خریدار بدون داشتن حق فسخ صرفاً باید قیمت چهار متر اضافه را به میزان مندرج در قرارداد، به پیش‌فروشنده بپردازد.

در فرضی که اضافه مساحت ملک بیشتر از پنج درصد میزان توافق شده باشد، قانونگذار در راستای حمایت از پیش‌خریدار (طرف ضعیف قرارداد) صرفاً به او حق داده قرارداد را فسخ یا قیمت اضافه مساحت را بر اساس مبلغ مندرج در قرارداد به پیش‌فروشنده بپردازد و پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را ندارد. دلیل عدم اعطای حق فسخ قرارداد به پیش‌فروشنده، این است که او مجری ساختمان و در نتیجه مسئول اضافه مساحت بوده و بنابراین بر فرض تضرر هم، نمی‌تواند برای اقدامی که خود کرده به وسایل جبرانی دسترسی داشته باشد. در عین حال، مطابق قانون مدنی، در صورت فسخ قرارداد عوضین باید مسترد گردند (وحدت ملاک ماده ۲۸۶ قانون مدنی)، یعنی پیش‌خریدار ساختمان را پس دهد و پیش‌فروشنده نیز ثمن دریافتی یا مثل آن را به پیش‌خریدار مسترد می‌کند. این موضوع، با توجه به کاهش ارزش پول در اثر افزایش تورم، به ضرر پیش‌خریدار است. به این دلیل مطابق ماده ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان و تبصره آن، در صورت فسخ قرارداد، پیش‌فروشنده مکلف است خسارات وارده را بر اساس مصالحه طرفین یا بر آورد کارشناس مرضی‌الطرفین به پیش‌خریدار بپردازد. تا اینجا قانونگذار حکم جدیدی بیان نکرده است بلکه با توجه به اصل آزادی قراردادها به طرفین اختیار داده اختلاف خود را با سازش حل و فصل نمایند. حتی بدون تصریح به این موضوع هم، آنان می‌توانستند با توافق به اختلافشان پایان دهند.

نوآوری قانون در تبصره ماده مذکور است که مطابق آن، در صورت عدم توافق طرفین، تمام مبالغ پرداختی بر اساس قیمت روز بناء، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی به همراه سایر خسارات قانونی به پیش‌خریدار مسترد نماید. به این ترتیب، قانونگذار قاعده‌ای عادلانه را برای حمایت از

زمان انعقاد قرارداد است؛ در نتیجه اگر مقنن پیش‌فروشنده را مکلف به پرداخت مبلغ قراردادی می‌نمود، در واقع او را تشویق می‌کرد با اندیشه تصاحب ثروت، اقدام به نقض عهد و ساختن بنایی با مساحت کمتر (بیش از پنج درصد) نماید تا پیش‌خریدار قرارداد را فسخ نموده و پیش‌فروشنده آن را با مبلغی بالاتر از ارزش قرارداد به دیگری بفروشد.

در واقع، قانونگذار در وضع قواعد فوق و حکم به پرداخت قیمت روز بناء، مورد اغلب را در نظر گرفته و فرض را بر این گذاشته است که قیمت روز بناء، بیشتر یا دست کم مساوی میزان آن در زمان انعقاد قرارداد است و بنابراین با پرداخت آن به پیش‌خریدار وی متضرر نخواهد شد. با این حال در موارد نادری ممکن است قیمت روز بناء کمتر از قیمت زمان انعقاد قرارداد باشد که در این صورت حمایت از پیش‌خریدار ایجاب می‌کرد، قانونگذار پرداخت قیمت مندرج در قرارداد را مقرر نماید. به عبارت دیگر، شاید بهتر بود مقرر می‌شد قیمت روز بناء به پیش‌خریدار 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 پیش‌خریدار با دریافت قیمت روز بناء نسبت به زمان انعقاد قرارداد کم نشود که این هدف با دریافت قیمت روز بناء حاصل می‌گردد؛ اعم از اینکه قیمت مذکور بیشتر، کمتر یا مساوی میزان مندرج در قرارداد باشد. به علاوه، نمی‌توان با اندیشه حمایت از پیش‌خریدار، بطور کلی پیش‌فروشنده را نادیده گرفت.

سوم - مفهوم قیمت روز بناء

قانونگذار، در مواد ۷ و ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان، در صورت عهدشکنی پیش‌فروشنده و فسخ قرارداد توسط پیش‌خریدار و حتی عدم فسخ (در فرض کسر مساحت بیش از پنج درصد و مطالبه قیمت آن) به پرداخت قیمت روز بناء به پیش‌خریدار حکم کرده است و طرح این سؤال را موجب شده که منظور از قیمت روز بناء، قیمت چه زمانی است. به طور مشخص در این خصوص، سه زمان قابل طرح است: ۱. قیمت روز فسخ یا مطالبه در فرض عدم فسخ قرارداد توسط پیش‌خریدار ۲. قیمت روز صدور حکم ۳. قیمت روز پرداخت. اگر چه ممکن است مواد مذکور با هر یک از این سه زمان همخوانی داشته باشند، اما به نظر می‌رسد فلسفه حمایت از پیش‌خریدار که مبنای وضع چنین حکمی از سوی قانونگذار شده، ایجاب می‌کند وی قیمت روز پرداخت را دریافت نماید؛ چه در غیر این صورت، اگر به تغییر قیمت از روز فسخ تا روز پرداخت توجه نشود و پرداخت قیمت روز فسخ مورد حکم قرار گیرد، نقض غرض خواهد بود و نمی‌توان ادعا نمود خسارت

پیش‌خریدار بطور کامل جبران و او در وضعیتی قرار گرفته که در صورت اجرای قرارداد، حاصل می‌شد.

ابهام دیگری که از توجه به مواد ۷، ۸ و تبصره آن و نیز ماده ۲۰ قانون ناشی می‌شود این است که مقنن در تبصره ماده ۸ مقرر داشته، میزان خسارت را طرفین یا کارشناس منتخب آنان تعیین کنند و در صورت عدم توافق بر میزان خسارت یا انتخاب کارشناس، میزان آن را کارشناس منتخب مرجع قضایی تعیین می‌نماید. در واقع، به موجب تبصره ماده ۸ با عدم توافق طرفین، مرجع قضایی برای رسیدگی و تعیین کارشناس دادگاه صالح است؛ همچنین مطابق ماده ۷ در صورت عدم توافق طرفین میزان خسارت را کارشناس تعیین می‌نماید. هر چند این ماده مقام انتخاب‌کننده کارشناس را تعیین ننموده اما واضح است که با وصف عدم توافق طرفین در انتخاب آن، قاعدتاً باید مرجعی برای تعیین آن مشخص گردد که با توجه به تبصره ماده ۸ و اصل ۱۵۹ قانون اساسی که دادگستری را مرجع عمومی رسیدگی به تظلمات قرار داده است، باید دادگاه را مقام صالح دانست. در عین حال مطابق ماده ۲۰، کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیئت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار، یک داور از سوی فروشنده، یک داور مرضی‌الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی‌الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد. حال سؤال این است که آیا با توجه به پیش‌بینی داوری اجباری در خصوص اختلافات ناشی از اجرای مفاد قرارداد در ماده مذکور، دخالت مرجع قضایی متصور است؟

در پاسخ به این سؤال، با توجه به عدم اطلاق مرجع قضایی به داور و عدم انجام کار لغو توسط قانونگذار، باید گفت در فرض اختلاف مساحت به شرح مذکور در ماده ۷ و نیز فسخ قرارداد توسط پیش‌خریدار به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، اگر طرفین بر میزان خسارت یا تعیین کارشناس توافق نکنند، مرجع قضایی صالح به رسیدگی است و از طریق کارشناس قیمت روز بناء و خسارت را تعیین می‌نماید؛ در واقع اختلافات مذکور در ماده ۷ و ۸ و تبصره آن از شمول ماده ۲۰ خارج است؛^{۲۶} زیرا بر

۲۶. نظریه شماره ۷/۱۷ مورخ ۹۱/۱/۱۹ اداره کل حقوقی: مقررات تبصره ماده ۸ قانون پیش‌فروش آپارتمان [ساختمان]، ناظر به مورد خاصی است که پیش‌خریدار به لحاظ تخلف پیش‌فروشنده حق فسخ خود را اعمال می‌نماید که در این صورت پیش‌فروشنده باید خسارات وارده را پرداخت کند. اگر در میزان خسارت طرفین توافق حاصل نشود، به استناد این تبصره، نظر کارشناس منتخب مراجع قضایی باید ملاک عمل قرار گیرد، در حالی که مقررات ماده ۲۰ عام و کلی است و کلیه اختلافات ناشی از تعبیر یا تفسیر یا اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش به استثناء مورد مذکور را شامل می‌گردد.

بود خسارت بر مبنای قیمت روز بناء به پیش‌خریدار پرداخت می‌گردید. در صورت اضافه مساحت، پیش‌فروشنده بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد مستحق دریافتی خواهد بود که ممکن است کمتر از قیمت روز بناء باشد، اما در صورت اختلاف بیش از ۵ درصد، صرفاً پیش‌خریدار حق فسخ دارد. اگر اختلاف بصورت اضافه مساحت بیش از پنج درصد باشد، او می‌تواند قرارداد را فسخ نکند بلکه قیمت اضافه مساحت را بر اساس میزان توافق شده در قرارداد پردازد یا قرارداد را فسخ و خسارت خود را بر اساس قیمت روز دریافت کند. همچنین، در صورت کسر مساحت اضافه بر پنج درصد، وی می‌تواند قرارداد را فسخ کند و خسارت بگیرد یا بدون فسخ قرارداد غرامت دریافت نماید که در هر دو صورت میزان آن بر اساس قیمت روز بنا محاسبه می‌گردد، هر چند معلوم نیست، منظور از قیمت روز بناء، قیمت زمان فسخ، صدور حکم یا روز پرداخت است.

۵- فهرست منابع

اول- منابع فارسی

۱. انصاری، مرتضی (۱۳۷۹)، «مکاسب»، ج ۳، چاپ اول، انتشارات مجیبین، قم.
۲. امامی، حسن (۱۳۸۹)، «حقوق مدنی»، ج ۱، انتشارات اسلامیه، تهران.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱)، «فلسفه عمومی حقوق: تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل»، چ اول، تهران، گنج دانش.
۴. _____ (۱۳۸۸الف)، «الفارق»، ج ۲، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۵. _____ (۱۳۸۸ب)، «الفارق»، ج ۵، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۶. _____ (۱۳۸۲)، «صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق»، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۷. _____ (۱۳۸۷)، «مجموعه محشّی قانون مدنی»، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، «آیین دادرسی مدنی»، ج ۳، چ چهارم، تهران، دراک.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، «حقوق مدنی»، جلد چهارم، شروط ضمن عقد، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۱۰. صفایی، حسین (۱۳۸۴)، «قواعد عمومی قراردادها»، چ چهارم، تهران، نشر میزان.

مبنای تفسیر منطقی قانون، نمی‌توان ماده‌ای از یک قانون را ناسخ ماده دیگر آن دانست و در فرض تعارض احکام قانونی باید تا حد امکان آنها را با هم جمع نمود^{۲۷}.

ممکن است، گفته شود ماده ۷ و تبصره ماده ۸ صرفاً ناظر به تعیین کارشناس است و هیئت داور برای صدور حکم با توجه به ماده ۲۰، صلاحیت دارد. این نظر قابل پذیرش نیست؛ زیرا به موجب ماده ۴۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی داور اختیار تعیین کارشناس دارد و دلیلی ندارد قانونگذار داور را مرجع صدور حکم و دادگاه را مرجع تعیین کارشناس قرار دهد؛ بویژه با لحاظ این موضوع که یکی از اهداف داور اجباری کاهش مراجعه به دادگستری و کاستن از بار دعوی مطرح در آن است (شمس، ۱۳۸۴، صص ۵۲۲-۵۲۱) و در نتیجه اگر اختلاف باید از طریق داور حل شود، لزومی ندارد کارشناسی میزان خسارت که دست‌کم به اندازه صدور حکم پیچیدگی ندارد، در صلاحیت دادگاه قرار گیرد. بنابراین به نظر می‌رسد دادگاه را باید مرجع صالح برای رسیدگی، تعیین کارشناس و صدور حکم دانست.

۴- نتیجه

اصل آزادی قراردادها، این امکان را برای اشخاص فراهم می‌کند که خواسته‌های خود را به شرط عدم مخالفت با قواعد آمره، از طریق انعقاد قرارداد محقق سازند. با این حال اصل مذکور نمی‌تواند بطور مطلق اعمال گردد؛ زیرا گاه طرفین قرارداد قدرت برابری ندارند و اعمال این اصل، باعث تضییع حقوق طرف ضعیف قرارداد می‌گردد. در قرارداد پیش‌فروش، طرفین جایگاه برابری ندارند، پیش‌فروشنده موقعیت بهتری دارد؛ در نتیجه، این احتمال وجود دارد که وی بدون نقض قوانین، از موقعیت، خود به ضرر پیش‌خریدار استفاده کند. به همین دلیل قانونگذار با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان سال ۱۳۸۹، در صدد حمایت از پیش‌خریدار به عنوان طرف ضعیف قرارداد برآمد. به طور مشخص در خصوص اختلاف طرفین در زمینه مساحت مورد توافق و مساحت ساختمان پیش‌فروش، قانونگذار فرض کرده، اختلاف ممکن است تا پنج درصد میزان توافق شده یا بیشتر از این میزان باشد. در صورت اول، هیچ‌یک از آنان حق فسخ ندارند، اعم این‌که از اختلاف ناشی از اضافه مساحت باشد یا کسر آن. با این حال در فرض کسر مساحت، پرداخت قیمت مندرج در قرارداد مورد حکم قرار گرفته، در حالی که بهتر

24. Markesinis Basil S & Hannes Unberath and Angus Johnston (2006), *THE GERMAN LAW OF CONTRACT*, Second Edition, USA, Hart Publishing.

25. Mercoru Nicholas and Steven Medema (2006), *Economics and the Law*, Second Edition, USA, Princeton University Press.

26. Nebbia Paolisa (2007), *Unfair Contract Term in European Law: A Study in Comparative and EC Law*, OREGON, OXFORD AND PORTLAND.

27. Posner Richard A (2003), *Economic Analysis of Law*, Sixth edition, USA, Aspen Publishers.

28. Reiner Schulze (2007), *The New Challenges in Contract Law*, reprinted in *New Features in Contract Law*, Germany, Sellier.

29. Smits, Jan (2006), *PRIVATE LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS: A SCEPTICAL VIEW*, reprinted in *Constitutionalisation of Private Law*, TOM BARKHUYSEN AND SIEWERT LINDENBERGH, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS.

30. Stone, Richard (2002), *THE MODERN LAW OF CONTRACT*, Fifth edition, Great Britain, Cavendish Publishing Limited.

31. Terryn Leuven (2008), *The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, reprinted in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Reiner Schulze, Germany, Sellier.

32. TREITEL GUENTER (2003), *THE LAW OF CONTRACT*, ELEVENTH EDITION, Sweet & Maxwell Evelyne.

۱۱. عراقی، عزت‌الله (۱۳۸۱)، «حقوق کار»، ج ۱، چاپ اول، تهران، سمت.

۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶(الف))، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۳. _____ (۱۳۷۶(ب))، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۴. _____ (۱۳۷۶(ج))، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۵. _____ (۱۳۷۹)، «نظریه عمومی تعهدات»، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.

۱۶. _____ (۱۳۷۸)، «معاملات معوض - عقود تملیکی»، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۷. _____ (۱۳۸۵)، «اعمال حقوقی»، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۸. _____ (۱۳۸۵)، «فلسفه حقوق»، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۹. موسی‌زاده، رضا (۱۳۷۷)، «حقوق اداری ۱ و ۲»، تهران، میزان.

۲۰. هاشمی، سید محمد (۱۳۷۷)، «حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ج ۲، چاپ سوم، تهران، دادگستر.

دوم - منابع انگلیسی

21. Charman Mary (2007), *Contract Law*, Fourth edition, UK, Willan Publishing.

22. Cooter, Robert & Thomas A. Ulen (2003), *Law & Economics*, 3rd ed, USA, Addison Wesley Longman.

23. Dauner-Lieb, Barbara (2007), *A Special Private Law for B2C? Silver Bullet or Blind Alley? Reprinted in New Features in Contract Law*, Germany, Reiner Schulze, Sellier.