

Analysis of the Termination of Pre-Sale Contracts for Buildings and the Impact of Termination of Construction Partnership Agreements on Such Contracts

Mohammad Ali Khorsandian¹, Milad Mollaie Khas^{2*}, Foad Hashemzadeh³

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: mkhorsandian@yahoo.com

2. PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

*Corresponding Author: Email: m.mollaie.uk@gmail.com

3. PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: foadhz88@gmail.com

ABSTRACT

The pre-sale contract of the building, which is explained according to the CPC approved in 1389, has a different mechanism from the civil law in terms of dissolution, especially termination of the contract. Notice these rules which are discussed in the description of the article; Questions arise that in case of shortage or increase in area or violation of the obligation and defective construction, is there a place to implement Articles 237 to 239 related to the condition of action and Articles 355, 384 and 385 of the Civil Code? What will be the legal status of the pre-sale contract if the construction contract is concluded between the landowner and the contractor before the pre-sale contract, and after the pre-sale contract is concluded, the partnership contract is terminated or it is not possible to fulfill it? This article explains the specific conditions of this law and



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/jlr.2023.304052.1768

Received:
24 June 2023

Accepted:
11 December 2023

Published:
4 January 2025



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



mentions the provisions of the cases of disputes over the area of the unit made with the contract, which is the right of termination and compensation. It is also said that non-observance of the formalities of the official document leads to the withdrawal of the contract from the benefits of the pre-seller law, including facilitating the right of termination for the pre-seller. Also, the present article, while stating the different cases of termination of the construction participation contract, shows that the termination has no effect on the pre-sale contract and the land owner cannot waive his obligations by transferring the land.

Keywords: Law of Pre-Sale of Buildings, Sale of Buildings, Salesman, Buyer, Participation in Construction.

Funding:

The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohammad Ali Khorsandian: Methodology, Resources, Data Curation, Supervision, Project Administration.

Milad Mollaie Khas: Methodology, Formal Analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Foad Hashemzadeh: Formal Analysis, Investigation, Writing - Review & Editing.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Khorsandian, Mohammad Ali, Milad Mollaie Khas & Foad Hashemzadeh. "Analysis of the Termination of Pre-Sale Contracts for Buildings and the Impact of Termination of Construction Partnership Agreements on Such Contracts". *Journal of Legal Research*, 23, no. 60 (January 4, 2025), 567-594.

Extended Abstract

Due to the frequency and importance of housing pre-sale transactions, the legislator enacted the building pre-sale law in 1389 to ensure public order and support people's participation in housing construction, and its executive regulations were also enacted in 1393. This law provided a mechanism to prevent the parties' losses and reduce lawsuits, which determines the terms and framework of concluding these contracts, but there are still challenges in this field. The aforementioned law has been established focusing on the way of setting up a special contract under the title of building pre-sale contract and the regulations surrounding it. Knowing the terms, effects, rules and regulations of any contract requires explaining the nature of that contract. According to Article 1 of the Building Advance Sale Law approved in 1389, the building advance sale contract is any contract with any title by which the official owner of the land (pre-seller) undertakes to build or complete a specific building unit on that land, and the said building unit with any The type of use becomes the property of the other party of the contract (pre-purchaser) from the beginning or during construction and completion or after the completion of construction operations. Regardless of which division the pre-sale contract of the building falls into, this article tries to express the special rules that this contract has in the face of the contract of participation in construction. Since the pre-sale contract according to the Civil Code, in terms of liquidation, especially termination of the contract, has a mechanism different from the civil law, some of which have been discussed in this article. The above-mentioned law has provided certain rules for the parties to the contract in the implementation of their obligations. But the institutions involved in the process of approving the law did not pay special attention to the legal issues and ambiguities in the field of pre-sale of the building and focused more on the enforcement mechanisms of this law.

Issues such as the format of the pre-sale contract, its main effect, the guarantee of implementation of fraud compared to the law and the legal aspects of the structure of the approved materials, are not only confusing but also lead to confusion of the parties or the parties. The issue that is discussed more in this article is about the effect of termination of contracts as a result of each other.

The contract of participation in construction due to economic participation and pooling of people's capital in a special institution is very much considered today, and sometimes mass construction companies and other construction contractors, due to the economic status and purchasing power of the people, take various contracts in this field. The conclusion of participation contracts in the construction before or after the pre-sale contract of real estate and buildings and vice versa has effects. It is explained that the pre-sale contract is in the

spotlight due to the public's desire for continuous and low-cost investment, so this is important. It is required that the obstacles and ambiguities in the path of conclusion and implementation be removed from the parties. In order to facilitate the matter and determine the rules, the legislator has tried to establish a suitable structure by establishing the rules that will be discussed further. However, the way of action of the legislator should be in a way that removes the obstacles and not increases the obstacles and ambiguities, because the establishment of regulations should be accompanied by the resolution of the problems and not just the resolution of the task. Now, according to these rules that are discussed in the description of the article; Some questions come to mind, that in case of lack or increase of the area or violation of the implementation of the obligation and defective building, is there a place for the implementation of articles 237 to 239 related to the condition of the act and articles 355, 384 and 385 of the Civil Code? If before the pre-sale contract, the construction participation contract is concluded between the land owner and the contractor, and after the pre-sale is concluded, the participation contract is terminated or it is not possible to do so, what will be the legal status of the pre-sale contract? This article explains the special conditions of this law and mentions the rulings of the differences in the area of the unit built with the contract, which has the right to cancel and receive damages. It has also been said that failure to comply with the formalities of the official document leads to the withdrawal of the contract from the benefits of the pre-sale law, including the facilitation of the right of termination for the pre-seller. Also, the present article, while stating the different types of termination of the construction participation contract, shows that the termination has no effect on the pre-sale contract and the land owner cannot avoid his obligations by transferring the land.

تحلیل فسخ قرارداد پیش‌فروش ساختمان و اثر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر آن

محمد علی خورسندیان^۱، میلاد ملائی خاص^۲، فؤاد هاشم‌زاده^۳

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
mkhorsandian@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
*نویسنده مسئول: m.mollaie.uk@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
foadh88@gmail.com

چکیده:

قرارداد پیش‌فروش ساختمان که طبق قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ تبیین شده، از حیث انحلال به‌ویژه فسخ قرارداد، سازکاری متفاوت با قانون مدنی دارد. با توجه به این قواعد که در شرح مقاله به آن پرداخته می‌شود، سؤالاتی به ذهن متبادر می‌گردد که در صورت کاستی یا فزونی مساحت و یا نقض اجرای تعهد و معیوب بودن ساختمان احداثی، آیا محلی برای اجرای مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ مربوط به شرط فعل و مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی وجود دارد؟ اگر قبل از قرارداد پیش‌فروش، قرارداد مشارکت در ساخت میان مالک زمین و مقاطعه‌کار منعقد شود و پس از انعقاد پیش‌فروش، قرارداد مشارکت فسخ شود یا انجام آن امکان‌پذیر نباشد، وضعیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش چه خواهد بود؟ این مقاله شرایط خاص این قانون را تبیین می‌کند و به ذکر احکام حالت‌های اختلاف مساحت واحد ساخته‌شده با قرارداد که حق فسخ و اخذ خسارت است، می‌پردازد. همچنین گفته شده عدم رعایت تشریفات سند رسمی منجر به



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/jlr.2023.304052.1768

تاریخ دریافت:
۳ تیر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:
۲۰ آذر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:
۱۵ دی ۱۴۰۳

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد تشریح مراجعه کنید.



خروج قرارداد از مزایای قانون پیش‌فروش از جمله تسهیل حق فسخ برای پیش‌فروش‌کننده است. همچنین مقاله حاضر ضمن بیان حالت‌های مختلف فسخ قرارداد مشارکت در ساخت نشان می‌دهد که فسخ تأثیری در قرارداد پیش‌فروش ندارد و مالک زمین نیز نمی‌تواند با انتقال زمین از تعهدات خود سر باز بزند.

کلیدواژه‌ها:

قانون پیش‌فروش ساختمان، پیش‌فروش ساختمان، پیش‌فروش‌کننده، پیش‌خریدار، مشارکت در ساخت.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محمدعلی خورسندیان: روش‌شناسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.
میلااد ملائی خاص: روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.
فؤاد هاشم‌زاده: تحلیل، تحقیق و بررسی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

خورسندیان، محمدعلی، میلااد ملائی خاص و فؤاد هاشم‌زاده. «تحلیل فسخ قرارداد پیش‌فروش ساختمان و اثر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر آن». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۳، ش. ۶۰ (۱۵ دی ۱۴۰۳)، ۵۶۷-۵۹۴.

مقدمه

با توجه به فراوانی و اهمیت معاملات پیش‌فروش مسکن، قانون‌گذار برای تأمین نظم عمومی و حمایت از مشارکت مردم در ساخت مسکن، قانون پیش‌فروش ساختمان (زین پس: ق.پ.س. یا قانون پیش‌فروش) را در سال ۱۳۸۹ وضع نمود و آیین‌نامه اجرایی آن نیز در سال ۱۳۹۳ وضع شد. این قانون سازکاری را جهت جلوگیری از ضرر و زیان طرفین و کاهش دعاوی پیش‌بینی نمود که تعیین‌کننده ضوابط و چهارچوب انعقاد این قراردادها است اما همچنان چالش‌هایی در این زمینه موجود است. جنبه‌های گوناگون این قرارداد در قانون مذکور پیش‌بینی شده است. این قانون نحوه انعقاد، تشریفات اجرایی، میزان تعهدات، ارجاع اختلاف و سایر مواردی را که در صورت توافق طرفین مبنی بر حکومت این قانون بر قرارداد باید مورد پذیرش ایشان قرار گیرد، ذکر می‌کند، اما در باب اینکه نقض عهد از جانب کدام یک از طرفین حادث شده باشد، موضع مقنن متفاوت است. همان‌گونه که در اصول کلی قراردادها آمده است راه حل‌های مختلفی در زمینه اجرای تعهدات قراردادی وضع شده است، از الزام و انجام به‌وسیله دیگری گرفته تا حق فسخ و اخذ خسارت؛ در قانون پیش‌فروش ساختمان، از آنجا که نفس قرارداد، تعهد به ساخت و تکمیل بنا بوده عملاً عنصر الزام و اجبار به ساخت در بطن قرارداد موجود است. اما حق فسخ مصرح در این قانون همراه با انجام پیش‌شرط‌هایی است که این شرایط در مواد ۶، ۷، ۸ و ۱۶ ق.پ.س. تصریح شده است. این قانون اعمال حق فسخ را منوط به اجرایی نمودن این تشریفات دانسته است؛ اما سؤالی که مطرح می‌گردد این است که در صورت کاستی یا فزونی مساحت و یا نقض اجرای تعهد و معیوب بودن ساختمان احداثی، آیا محلی برای اجرای مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ مربوط به شرط فعل و مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی وجود دارد؟ اگر قبل از قرارداد پیش‌فروش، قرارداد مشارکت در ساخت میان مالک زمین و مقاطعه‌کار منعقد شود و پس از انعقاد قرارداد پیش‌فروش، قرارداد مشارکت فسخ شود یا انجام آن امکان‌پذیر نباشد، وضعیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش چه خواهد بود؟ آیا صرف انعقاد قرارداد عادی با شرایط مذکور در قانون پیش‌فروش، استثنائی بر قواعد عام قراردادی محسوب می‌شود یا برای شمول قانون، انعقاد قرارداد به‌موجب سند رسمی ضروری است؟

برای تشخیص ماهیت، اوصاف حقوق طرفین و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان مقالات و آثاری تدوین شده است که به‌صورت مستقیم از دیدگاه‌های مختلف، ابعاد متعدد این موضوع را مدنظر قرار داده‌اند و در منابع این تحقیق به‌بیشتر آنان اشاره و مراجعه شده است. هرچند در آثار گذشته، مباحثی در باب «فسخ قرارداد پیش‌فروش» طرح گردیده اما مقاله‌ای مستقل با این عنوان دیده نمی‌شود، لذا این

تحقیق بر روی فسخ این قراردادها تمرکز دارد. مقاله حاضر نخست با تعریف قرارداد پیش‌فروش، ماهیت این قرارداد را با پژوهی می‌کند و نظریه خود را طرح می‌نماید، سپس مبنای حق فسخ را مورد مطالعه قرار داده و به تفکیک به تبیین موارد حق فسخ توسط پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار می‌پردازد. در واپسین بخش، این تحقیق برای نخستین بار در بین آثار نگاشته‌شده بحث از اثر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر قرارداد پیش‌فروش را طرح می‌کند. در این قسمت این مقاله نظریه خود را با تفکیک قراردادهای عادی از قراردادهای رسمی پیش‌فروش تمهید می‌نماید.

۱- تعریف قرارداد پیش‌فروش

به موجب ماده ۱ ق.پ.س، قرارداد پیش‌فروش ساختمان عبارت است از 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 معنای اصطلاحی، منظور از پیش‌فروش آن است که مبیع قبل از آنکه ساخته شود و وجود خارجی داشته باشد مورد معامله قرار گیرد. در رابطه با مفهوم لغوی پیش‌فروش همان‌طور که از آن برمی‌آید یعنی فروش از قبل، فروش پیش از موعد. پیش‌فروش یعنی فروختن چیزی پیش از آماده شدن آن.^۱ در تعریف دیگر پیش‌فروش یعنی فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، گرفتن بها قبل از تحویل مال یا غله و پیش‌فروشنده آنکه قبل از موعد مقرر و تهیه شدن جنس بهای کالا را می‌گیرد.^۲ در زمینه پیش‌فروش ساختمان در واقع ساختمانی مورد فروش واقع می‌شود که هنوز وجود خارجی و بالفعل ندارد؛ و مفهوم حقوقی پیش‌فروش، تعبیری دیگر از بیع سلف یا بیع سلم است و به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، پیش‌فروش و پیش‌خرید عبارت عامیانه بیع سلم تلقی می‌شود.^۳

فارغ از معنای تحت‌اللفظی قرارداد پیش‌فروش با توجه به تصریح صدر ماده به قید «هر قرارداد با هر عنوانی»، این پرسش طرح می‌گردد که آیا قرارداد پیش‌فروش ساختمان می‌تواند هر عنوانی داشته باشد؟ باید گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در تقسیم‌بندی عقود به معین و غیرمعین داخل در عقود معین است؛ زیرا این قراردادها موضوع قانونی خاص قرار گرفته و شرایط انعقاد، آثار و احکام آن از طرف

۱. حسن انوری، فرهنگ بزرگ سخن (تهران: سخن، ۱۳۸۱)، ۲۹۸.

۲. علی‌اکبر دهخدا، لغتنامه دهخدا، جلد دوم (تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷)، ۵۹۸۳.

۳. محمدجعفر جعفری ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸)، ۱۱۹.

قانون‌گذار تعیین شده است. از این رو باید عنوان مندرج در قانون را داشته باشند.^۴ در تحلیل ماهیت این قرارداد برخی از حقوق‌دانان، قبل از تصویب این قانون قائل به بیع بودن این قرارداد بودند.^۵ برخی دیگر نیز این قرارداد را در قالب تعهد به بیع تبیین نموده‌اند.^۶ حتی پس از تصویب قانون نیز عده‌ای ماهیت این قرارداد را از مصادیق بیع شمرده‌اند.^۷ در تحلیل ماهیت این عقد باید گفت با توجه به اینکه واگذاری عین معین قیمی که هنگام عقد موجود نیست (ساختمان) به صورت کلی در ذمه امکان ندارد، لذا قائل شدن به عقد بیع ممکن نیست و کسانی که قائل به بیع شده‌اند از تعریف معهود عدول کرده‌اند. از سویی چون قصد طرفین تملیک و انتقال در زمان عقد است، معتقد شدن به «تعهد به بیع» نیز نمی‌تواند با قصد طرفین سازگار بوده و مورد پذیرش قرار گیرد. همچنین باید توجه داشت که از جنبه دیگر، بخشی مهم از این قرارداد تعهد به ساخت است که در ماده ۱ ق.پ.س. نیز به آن تصریح شده است و این تعهد از نظر ماهیت، در عقد مقاطعه‌کاری یا اجاره اشخاص جای می‌گیرد اما چون دو طرف، یک عقد واحد را اراده کرده‌اند نه چند عقد، لذا نمی‌توان این قرارداد را مرکب از دو عقد فروش مشاعی زمین و تعهد به ساخت دانست.^۸ از این رو بهترین تحلیل، ایجاد یک عقد خاص معین شده به موجب قانون است که جدای از بیع و مقاطعه‌کاری است.

با نگاه به نظر بیشتر حقوق‌دانان و فقها مبنی بر ترجیح اراده باطنی نسبت به اراده ظاهری توسط قانون‌گذار^۹ و توجه کمتر به نحوه ابراز اراده در انعقاد قراردادها^{۱۰}، اگر طرفین اقدام به انعقاد قراردادی

۴. جلیل قنوتی، نیما سکوتی و جواد حسین‌زاده، «ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۰، ۷۱ (۱۳۹۴)، ۱۲۷.

۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، چاپ نهم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ۲۷۵؛ علی‌اکبر ایزدی فرد و حسین کاویار، «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، فقه و حقوق، ۵، ۱۸ (۱۳۸۷)، ۱۰۸.

۶. مهدی شهیدی، اندیشه‌های حقوقی مجموعه مقالات حقوقی (تهران: مجد، ۱۳۸۷)، ۲۶.

۷. سام محمدی و سیدحسن حسینی مقدم، «زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان»، حقوق خصوصی، ۹، ۲ (۱۳۹۱)، ۱۵۷؛ نسرین خدارحمی، مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس (تهران: جنگل، ۱۳۹۲)، ۱۰۱.

۸. محمدعلی خورسندیان، «تمایز مقاطعه‌کاری و بیع»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ۸، ۳۴ (۱۳۸۳)، ۱۴۲؛ محمدعلی خورسندیان و قادر شنیور، «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲، ۴ (۱۳۹۰)، ۱۰۸.

۹. ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۱۰. کاتوزیان، پیشین، ۲۴۵؛ حسن رهپیک، حقوق مدنی، چاپ دوم (تهران: خرسندی، ۱۳۸۷)، ۵۹؛ عبدالمجید امیری

نمایند و قصد واقعی ایشان قرارداد پیش‌فروش بوده باشد، در این فرض قرارداد منعقد را بایستی قرارداد پیش‌فروش ساختمان تلقی نمود و احکام قانون پیش‌فروش را در صورت رعایت مفاد مقرر در این قانون بر این قرارداد حاکم دانست، اما دشواری جایی است که چنین پیمانی فاقد تشریفات قانون پیش‌فروش باشد به خصوص اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۳ برای پیش‌فروش بدون سند رسمی یا مجوز، جرم‌انگاری نموده است. به نظر می‌رسد در این حالت با توجه به آنچه درباره ماهیت این قرارداد بیان شد، باید عقد را مصداقی از ماده ۱۰ قانون مدنی دانست که مطابق قواعد عمومی قراردادها و همچنین ملاک روشنی که از قانون پیش‌فروش استنباط می‌شود عقدی صحیح است و نهی مذکور چون ارشاد به شرایط صحت معامله ندارد، لذا موجب فساد نیست.^{۱۱} اما ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده در این قانون بر چنین معامله‌ای بار نمی‌شود. به هر روی رعایت تشریفات مندرج در قانون پیش‌فروش، قرارداد مذکور را تابع این قانون قرار می‌دهد. هرچند عده‌ای شمول قانون پیش‌فروش بر قرارداد را مستلزم قید نمودن تشریفات قانون پیش‌فروش (از جمله شرط ارجاع اختلاف به داوری، انتقال و ...) در قرارداد به‌عنوان شرط ضمن عقد می‌دانند.^{۱۲}

۲- حق فسخ و مبنای آن

زمانی که یک اراده به‌صورت مستقل عمل حقوقی را انشا می‌کند، صحبت از ایقاع به میان می‌آید. به تعبیری ایقاع، انشای اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود.^{۱۳} حق فسخ مصداقی از ایقاع است که منجر به انحلال و برهم زدن یک‌جانبه عقد می‌شود. فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان هستی حقوقی قرارداد به‌وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث.^{۱۴} بنابراین فسخ یکی از عواملی است

قائم‌مقامی، حقوق تعهدات، جلد دوم (تهران: میزان، ۱۳۷۸)، ۱۸۹؛ مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران: حقوق‌دان، ۱۳۷۷)، ۲۰۳؛ حسن امامی، حقوق مدنی، جلد چهارم (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶)، ۱۹؛ مرتضی بن محمدامین انصاری، مکاسب، جلد ۸ (نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، ۱۴۰۱)، ۱۱؛ حسن بن یوسف حلی، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، جلد سوم (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ه.ق)، ۱۲۹.

۱۱. شیخ محمدکاظم خراسانی، کفایه الاصول (قم: آل‌البیت، ۱۴۰۹ ه.ق)، ۱۸۸؛ سیدمحمدباقر صدر، درس فی علم الاصول، ج. ۱ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۶ ه.ق)، ۳۵۶.

۱۲. رضا باستانی‌نامقی، جواد پیری و امیرصادق رحمانی، تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش ساختمان (تهران): مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶، ۴۲.

۱۳. ناصر کاتوزیان، ایقاع (تهران: نشر یلدا، ۱۳۸۹)، ۱۹.

۱۴. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۹۰)، ۱۲۴.

که منجر به سقوط تعهدات ناشی از قرارداد می‌شود. برای فسخ وجود قرارداد مقدم، شرط لازم است، چراکه با فسخ هستی حقوقی یک قرارداد خاتمه می‌یابد و لازمه وجود آن، قرارداد است.^{۱۵} تعریفی دیگر که کامل‌تر به نظر می‌رسد این چنین است: فسخ عبارت است از حقی مالی و گاهی غیرمالی که به واسطه قانون و یا اشتراط احد طرفین در عقد و به منظور جلوگیری از ضرر، حدوث پیشمانی برای هر یک از متعاملین یا هر دوی آنها و یا ثالث، ایجاد شده و به صاحب آن حق می‌دهد که به طور یک طرفه عقد را منحل و به هستی و موجودیت حقوقی قرارداد پایان دهد.^{۱۶} در زمینه حق فسخ مبانی متعددی بیان شده است از جمله حاکمیت اراده، جبران ضرر، تقابل تعهدات، نظریه حمایتی و ... که به اختصار مواردی از این مبانی توضیح داده می‌شود.

به مقتضای اصل عدالت، احکام نخستین و حقوق اشخاص محدود به گستره‌ای است که ضرر و زیان ایجاد نشود و حق فسخ، یکی از محدودیت‌های حق نخستین شخصی است که اعمال حق او موجب زیان به دیگری است. یکی از مهم‌ترین قواعدی که می‌توان آن را به عنوان مبانی فسخ مطرح نمود، قاعده لاضرر است. این قاعده را می‌توان به عنوان مبانی عمومی یا خاص حق فسخ مورد توجه قرار داد. فقهای امامیه در تبیین اختیارات به این مبنا اشاره کرده‌اند؛ برخی از فقها، مبانی خیار غبن را نفی ضرر می‌شمارند^{۱۷} و نیز نفی ضرر را به عنوان یکی از مبانی خیار غبن و خیار عیب و خیار تأخیر پذیرفته‌اند.^{۱۸} برخی دیگر در این توجیه بیان نموده‌اند که عدم تسلط مغبون بر فسخ بیع غبنی، برای او زیانآور است.^{۱۹} مبنایی بهتر که برای حق فسخ قائل شده‌اند، حاکمیت اراده است. این دیدگاه در برخی از اختیارات همچون خیار شرط صحیح است. به وجود آمدن حق فسخ قرارداد، در بسیاری از موارد ناشی از اراده طرفین است؛ توافق به عنوان مدار و مبانی تعیین‌کننده حدود رابطه طرفین عقد، این اختیار را به طرفین می‌دهد که حدود و مرزهای رابطه خود را تعیین نمایند و در صورت تخلف یکی از طرفین از آن حدود، طرف دیگر حق فسخ عقد را داشته باشد.

پاره‌ای هم مدعی نظریه حمایتی شده‌اند بدین ترتیب که عرف و شارع، به منظور حمایت از متعاقدين، خیار فسخ را منظور نموده تا از حقوق دو طرف معامله در مقابل یکدیگر حمایت شود و طرف ضعیف در

۱۵. مصطفی‌السان و دیگران، «مبانی فسخ قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران»، قضاوت، ۱۶، ۸۸ (۱۳۹۵)، ۷۵.

۱۶. فریدون نهرینی، ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲)، ۳۴.

۱۷. محمدبن حسن طوسی، الخلاف، جلد ۲ (قم)

۱۸. حلی، پیشین، جلد ۱، ۸۶.

۱۹. انصاری، پیشین، ۳۷۳.

قرارداد که به موجب شرایط خاص زیر سلطه و تحمیل طرف مقابل است، از این وضعیت خارج شود؛^{۲۰} به نوعی در این نظریه نیز دفع ضرر مطرح است. این نظر مدعی است حق فسخ زیر لوای واحد قرار نمی‌گیرد، بلکه از دو منشأ کاملاً متفاوت یعنی اراده محض و قانون ناشی می‌شود.^{۲۱} اما اگر منظور معتقدین این نظریه محدودیت حقوق اشخاص در گستره اعمالی است که ضرری برای دیگران نداشته باشد تفاوتی با نظر نخست ندارد و اگر هم به حمایت قانون‌گذار از همه حقوق عقلایی اشاره داشته باشد سخنی جدید ندارد.

۳- موارد فسخ در قانون پیش‌فروش

با توجه به حمایتی بودن قانون پیش‌فروش نسبت به پیش‌خریدار و به نوعی امری بودن قانون مذکور، بر طرفین لازم است تا تشریفات مذکور در این قانون را اجرا نمایند. وفق ماده ۲ ق.پ.س، اقل اموری که باید در قرارداد ذکر گردد، بیان شده است. از این موارد می‌توان به تعیین اوصاف، مساحت بنا، زمان تحویل و قید نمودن مواد ۶، ۷، ۸، ۱۱، ۱۲، ۱۶ و ۲۰ اشاره نمود.^{۲۲} در زمینه حق فسخ قرارداد و مواردی که طرف متضرر از قرارداد، با حمایت قانون‌گذار و تصریح در قرارداد توانایی برهم زدن آن را پیدا می‌کند، مستندی قانونی باید ذکر شود. لذا مواد ۶، ۷ و ۱۶ ق.پ.س در مورد حق فسخ پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده تصریح نموده‌اند. در ذیل به تحلیل این موارد و تطبیق قواعد عام پرداخته می‌شود:

۳-۱- حق فسخ پیش‌خریدار

رویه حاکم بر قانون پیش‌فروش، حمایت از پیش‌خریداران است. در این راستا در قانون مذکور جهات و ابعاد متفاوتی در جهت منافع پیش‌خریدار پیش‌بینی شده است، که در ادامه به برخی از این موارد پرداخته می‌شود.

۳-۱-۱- حق فسخ پیش‌خریدار ناشی از تأخیر پیش‌فروشنده

از آنجا که موضوع قرارداد پیش‌فروش عبارت است از تعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص به منظور انتقال مالکیت آن، در نتیجه زمان اجرای تعهد در آینده از اهمیتی ویژه برخوردار است، زیرا از جمله مقاصد اصلی پیش‌خریدار زمان تحویل واحد پیش‌فروش شده است. با توجه به بند ۷ ماده

۲۰. السان و دیگران، پیشین، ۸۷.

۲۱. همانجا

۲۲. عباسی داکانی، شرح قانون پیش‌فروش ساختمان، ۲۷.

۲ ق.پ.س که تعیین زمان تحویل را بر عهده طرفین قرار داده است و باید در قرارداد قید شود، در صورت عدم تحویل واحد ساختمانی در موعد مقرر، قانون‌گذار وفق ماده ۶ ق.پ.س^{۳۳} قائل به حق مطالبه جریمه تأخیر شده است. لیکن پرداخت جریمه، بدل از اجرای تعهدات قراردادی متعهد نیست؛ متضرر می‌تواند افزون بر اخذ خسارت تأخیر به‌موجب اختیارات، قرارداد را فسخ کند. همچنین طرفین می‌توانند مبلغی بیش از جریمه مقرر در ماده ۶ را تعیین نمایند. نحوه محاسبه و میزان پرداخت جریمه طی ۴ بند ذیل ماده ۶ تصریح شده است، بدین توضیح: «۱- در صورتی که واحد پیش‌فروش شده و بخش‌های اختصاصی نظیر توقفگاه (پارکینگ) و انباری در زمان مقرر قابل بهره‌برداری نباشد تا زمان تحویل واحد به پیش‌خریدار، معادل اجرت‌المثل بخش تحویل نشده؛ ۲- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمت‌های مشاعی، روزانه به میزان نیم درصد (۰/۵٪) بهای روز تعهدات انجام‌نشده به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار؛ ۳- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمت‌های خدمات عمومی موضوع بند (۹) ماده (۲) این قانون از قبیل خیابان، فضای سبز، مساجد، مدارس و امثال آن روزانه به میزان یک در هزار بهای روز تعهدات انجام‌شده به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار؛ ۴- در صورت عدم اقدام به‌موقع به سند رسمی انتقال، روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد». با توجه به نص این ماده، زمان در این نوع تعهد منوط به اراده و توافق طرفین است و تعهد مذکور به نحو وحدت مطلوب نبوده و الزام به احداث و تکمیل بنا توسط پیش‌فروشنده که در ذات قرارداد پیش‌فروش وجود دارد، امکان‌پذیر است، هرچند که پیش‌خریدار توان فسخ آن را دارد.

پیش‌خریدار وفق قانون پیش‌فروش اختیاراتی دیگر نیز دارد. یکی از این اختیارات در ماده ۱۴ بیان شده است؛ مطابق این ماده در صورتی که کمتر از ۱۰ درصد پیشرفت فیزیکی مانده باشد، پس از تأیید مهندس ناظر مبنی بر باقی بودن اقدامات جزئی، پیش‌خریدار می‌تواند با حضور در دفتر ثبت اسناد رسمی ادامه عملیات اجرایی و تکمیل بنا را بر عهده بگیرد. ماده مذکور فقط جهت اعمال در مواردی است که مقداری مشخص از کار انجام شده باشد و پیش‌خریدار کلیه تعهدات خود را انجام داده باشد، چراکه فسخ پیش‌خریدار در چنین موقعیتی که همراه با کاهش ارزش پول وی و افزایش قیمت مسکن است، به نفع پیش‌خریدار نبوده و به همین دلیل، قانون پیش‌فروش مقرراتی خاص را برای این قراردادهای در نظر گرفته است. از نظر شورای نگهبان به دلیل اینکه ماده ۱۴ استثنائی بر قواعد عمومی قراردادهای

۳۳. چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد و 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. اجرای مقررات این ماده مانع از اعمال اختیارات برای پیش‌خریدار نیست.

تحمیل کرده است، جز در صورت اشتراط ضمن عقد نسبت به طرفین اعمال نخواهد شد.^{۲۴}

۳-۱-۲- حق فسخ پیش‌خریدار ناشی از تخلف وصف یا شرط مساحت ملک مورد معامله

قانون‌گذار در فرض فزونی یا کاستی مقدار مبیع به میزان توافق شده، قواعدی خاص را برای حل اختلاف پیش‌بینی نموده است. گرچه طرفین قرارداد مقدار مبیع را هنگام انعقاد آن مشخص می‌کنند اما بسیاری اوقات در ساختمان‌سازی بعداً معلوم می‌گردد که مساحت واحد کمتر یا بیشتر از میزان مورد توافق است؛ در این شرایط بررسی اعتبار معامله و حقوق طرفین ضروری به نظر می‌رسد. قانون مدنی در مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵^{۲۵}، قواعد حاکم بر این موضوع را بیان داشته است. زمینه اصلی این بحث در فقه است. در آنجا دقت شده که کمیت ممکن است جنبه «وصف» داشته و تنها موضوع را توصیف نماید یا آنکه «جزئیت» را برساند یعنی هر جزء مبیع در برابر جزئی از ثمن قرار گیرد.^{۲۶} قانون‌گذار نیز با نوعی تشبیه به این موضوع پرداخته و احکام فروض مذکور را یکسان ندانسته و حسب مورد قواعدی خاص را وضع نموده است.^{۲۷} ماده ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م در ظاهر ناظر به تعیین مقدار به‌عنوان وصف است. بر این اساس در هر مورد، متضرر کاستی یا فزونی مبیع تنها حق دارد برای دفع ضرر خود، معامله را فسخ نماید. در این حالت برخی از حقوق‌دانان حق ارزش را نیز معقول دانسته و گفته‌اند هر عاملی که مؤثر در موازنه ارزش باشد (در فرض تخلف آن عامل اعم از شرط یا وصف) اگر مشروط‌اله جانب ابقا را بگیرد، چون نفع او در آن است، حق مطالبه ارزش را دارد مگر آنکه نصی صریح بر خلاف آن باشد.^{۲۸} در فقه هم در مورد کاستی

۲۴. باستانی‌نامقی، پیری و رحمانی، پیشین، ۱۴۵.

۲۵. ماده ۳۵۵: اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که 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 تقیصه تراضی نمایند. ماده ۳۸۴: هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بود و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاد از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است. 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 درآید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.

۲۶. انصاری، پیشین، جلد ۶، ۸۲؛ سید محمدجواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۶ (بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا)، ۳۸۱.

۲۷. کاتوزیان، پیشین، جلد ۱، ۱۲۴.

۲۸. محمدجعفر جعفری لنگرودی، صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲)، ۸۳؛ علی طهماسبی، «اختلاف مساحت در ساختمان‌های پیش‌فروش: نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد»، دانش حقوق مدنی، ۱، ۱ (۱۳۹۱)، ۲۰.

مقدار ملک، برخی در کنار حق فسخ، حق مطالبه آرش را پذیرفته‌اند؛^{۲۹} و در این مورد به طرف «جزئیّت» مقدار گرایش یافته‌اند. این نظریه با واقعیت سازگارتر است زیرا در نظر عرف بسیاری از اوقات هر جزء از ملک در برابر جزئی از ثمن قرار می‌گیرد، مانند شیوه‌ای که برای تعیین قیمت آپارتمان‌ها بر اساس مساحت در بازار رایج است. حق فسخی که به خریدار داده شده نیز از مصادیق خیار تبعض صفقه است که مخصوص حالت جهل متضرر است. در صورت علم، امکان فسخ نبوده و متضرر تنها می‌تواند تقسیط ثمن را مطالبه کند.^{۳۰} در فرض بیشتر بودن مبیع، مازاد متعلق به فروشنده است، زیرا نسبت به این بخش اصلاً قراردادی منعقد نشده است.

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 پیش‌خردار در خصوص عدم رعایت خصوصیات ساختمان پیش‌فروش شده توسط پیش‌فروشنده دارد، خیار تخلف وصف یا شرط است اما ماده ۷ ق.پ.س بیان داشته است: «در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت‌مجلس 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 افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچ‌کدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد مقدار توافق شده باشد پیش‌خردار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناسی از پیش‌فروشنده مطالبه کند». مبنای پذیرش حق آرش در این ماده پذیرش شرط کمیت به صورت جزئیّت است که رویکردی مناسب و جبران‌کننده نقص قانون مدنی دست‌کم در قراردادهای پیش‌فروش است؛ چراکه قانون مدنی در ماده ۳۵۵ و ۳۸۴ در مورد «ملک» و «خانه» تنها فرض وصف بودن مقدار را در نظر گرفته و نتوانسته بود جزئیّت مقدار را در معاملات املاک در نظر بگیرد. نبود خیار در افزونی یا کاستی محدود بنا نیز که در این ماده آمده است حکمی مناسب است که قواعد عام قانون مدنی را تخصیص می‌نماید؛ بنابراین در صورتی که طرفین قرارداد پیش‌فروش را وفق موازین و الزامات قانون پیش‌فروش منعقد نمایند بدین سبب که قانون پیش‌فروش خاص مؤخر بوده و قانون مدنی عام مقدم است، تسری

۲۹. انصاری، پیشین، جلد ۶، ۸۷.

۳۰. طهماسبی، پیشین، ۲۱.

قانون مدنی بر قرارداد پیش‌فروش در فرض رعایت تشریفات و انعقاد رسمی آن، مشمول بحث تخصیص شده و تنها در فرضی که تمامی تشریفات قانون پیش‌فروش رعایت شود، مواد ۳۵۵، ۳۸۴ ق.م. به موضوع قرارداد پیش‌فروش تعمیم نمی‌یابد؛ لیکن در حالتی که قرارداد منعقد به صورت سند عادی باشد و یا متعاقبین تشریفات مندرج در ماده ۲ و سایر مواد قانون پیش‌فروش را مراعات ننمایند، حکومت قانون مدنی بر آن قرارداد بدیهی است و دیگر جای ابهامی در این موضوع باقی نمی‌ماند.

در نتیجه نظر به اینکه مفاد ماده مزبور از این حیث، خلاف قواعد عمومی موجود در قانون مدنی است، این موارد بایستی در قرارداد قید شود. ممکن است این شائبه وجود داشته باشد که نظر به امره بودن حکم مواد قانون پیش‌فروش بر فرض عدم تراضی طرفین و عدم ذکر مواد ۶، ۷ و ۸ ق.پ.س در قرارداد، باز هم قانون پیش‌فروش بر قرارداد حاکم است؛ در پاسخ به این شائبه می‌توان استدلال کرد که الزام مذکور از منطوق مواد ۲، ۳ و ۴ ق.پ.س، برداشت می‌شود، چراکه در صدر ماده ۲ ق.پ.س، بیان شده: «در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود»؛ لفظ «باید» در صدر ماده بیانگر تکلیف و الزام متعاقبین به درج موارد مندرج در ماده ۲ بوده و ایشان مکلف به ذکر آن در قرارداد هستند. در تأیید این موضوع می‌توان به مواد ۳ و ۴ قانون مذکور اشاره نمود. در ماده ۳ ق.پ.س به صراحت الزام طرفین به رعایت ماده ۲ ق.پ.س و انعقاد قرارداد از طریق تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی با درج در سند مالکیت ملک را مدنظر قرار داده است، لذا چنانچه طرفین خواهان حکومت قانون پیش‌فروش بر قرارداد خود باشند، ضروری است که الزامات قانون مذکور را رعایت نمایند. بدیهی است عدم رعایت تشریفات قانون پیش‌فروش، اعم از عدم رعایت مفاد ماده ۲ و یا تنظیم قرارداد به صورت عادی، دیگر جنبه حمایتی و اعمال موادی همچون ۶، ۷ و ۸ ق.پ.س بر قرارداد مذکور امکان‌پذیر نیست. در مقابل نیز این دیدگاه هم قابل طرح است که بر فرض رعایت تشریفات قانون پیش‌فروش و انعقاد به صورت رسمی، اگر احکام مذکور در مواد ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۱، ۱۲، ۱۴، ۱۶ و ۲۰ در قرارداد تصریح نشود، چون قرارداد به صورت رسمی منعقد شده لذا مشمول قانون پیش‌فروش بوده و مقررات آن قانون بر قرارداد حاکم است؛ در این خصوص به نظر می‌رسد دیدگاه اول نزدیک‌تر به صواب باشد، چراکه مقنن تکلیف به ذکر احکام خاص این مواد در قرارداد را نموده و الزام طرفین به ذکر این احکام برای آگاهی و اطلاع ایشان از چنین مقررات و ضمانت اجرایی است. در این راستا شورای نگهبان در زمان بررسی و تأیید قانون پیش‌فروش به صراحت تأکید می‌نماید که موارد مندرج در این قانون تنها برای مواردی است که طرفین به آن اشاره می‌نمایند و در قرارداد ایشان وفق ضوابط قانون درج می‌شود، در غیر این صورت

تسری آن به‌عنوان قاعده‌ای عام بر قرارداد، خلاف شرع است.

در خصوص ماده ۷ ق.پ.س، گاهی مساحت بنا در پایان کار که در صورت‌مجلس تفکیکی نیز قید شده، بیش از مساحتی است که در قرارداد پیش‌فروش قید می‌شود که معمولاً به سود پیش‌خریدار است. با این حال به دلیل اینکه ممکن است مطلوب پیش‌خریدار نباشد، قانون‌گذار با وجود شرایطی به پیش‌خریدار حق فسخ داده است. لیکن در مورد زیاده، اگر مساحت بنا بر اساس صورت‌مجلس تفکیکی تا پنج درصد بیشتر از مساحت زیربنای مقرر در قرارداد باشد، در این صورت هیچ یک از طرفین حق فسخ ندارند و پیش‌خریدار باید مابه‌التفاوت را بر اساس نرخ مندرج در قرارداد به پیش‌فروشنده پرداخت نماید. قانون‌گذار برای حفظ حقوق پیش‌خریدار، مقرر داشته که مابه‌التفاوت مساحت آپارتمان پس از صدور صورت‌جلسه تفکیکی، بر اساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه می‌شود؛ اما چنانچه به پیش‌فروشنده نیز به دلیل مساحت اضافه، توانایی فسخ قرارداد اعطا می‌شود، می‌توانست موجبات سوءاستفاده وی را فراهم آورد. چون قیمت املاک اغلب رو به افزایش است و این کار می‌توانست حربه‌ای برای فسخ و سود بردن ناعادلانه فروشنده قرار گیرد. همچنین در اینجا قانون، حقوق پیش‌فروشنده را نیز مدنظر دارد تا پیش‌خریدار بی‌دلیل اقدام به فسخ قرارداد ننماید.^{۳۱} حتی پیش‌خریدار را ملزم به پرداخت مابه‌التفاوت نیز می‌کند، زیرا در غیر این صورت، مقدار اضافی را بدون عوض مالک شده است و این دارایی ناعادلانه به شمار می‌آید.

در فرض دوم، اگر مساحت بنا بر اساس صورت‌مجلس تفکیکی افزون بر پنج درصد مساحت زیربنای مقرر در قرارداد باشد، پیش‌خریدار این اختیار را دارد که معامله را فسخ کند یا معامله را قبول و مابه‌التفاوت را پرداخت کند. در واقع از آنجا که پیش‌فروشنده مقدار مساحت را اعلام می‌کند، قانون‌گذار حق فسخی برای او قائل نشده است؛ زیرا فروشنده خود عامل ایجاد چنین وضعیتی بوده و از مندرجات قرارداد تخلف کرده است.^{۳۲}

فرض دیگر ماده ۷ کسر مساحت است که کاستی تا پنج درصد به دلیل تأمین عرفی مطلوب خریدار موجب حق فسخ برای وی نیست و تنها مابه‌التفاوتی را که بر اساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه می‌شود، دریافت می‌دارد؛ اما اگر مساحت بیش از پنج درصد از مفاد قرارداد کمتر باشد (کمتر از ۹۵

۳۱. صادق سلیمی و لیلا دشتبانیان، «تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش‌فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و امارت دبی»، حقوق تطبیقی، ۲۲ (۱۳۹۱)، ۳۳.

۳۲. فیروز احمدی و هنگامه غضنفری، «ماهیت حقوق پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن»، پژوهش‌های حقوقی، ۷، ۱۴ (۱۳۸۷)، ۲۶۵.

درصد مقدار توافق شده)، پیش‌خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند؛ اما اگر به قرارداد پایبند بماند، می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناس از پیش‌فروشنده بخواهد. در صورتی که مساحت بنا بیش از مقدار مساحت مقرر در قرارداد باشد، محاسبه قیمت بر اساس نرخ روز انعقاد قرارداد یا همان نرخ مقرر در قرارداد است که با توجه به تورم و تغییر قیمت ملک، این امر تضمین‌کننده حقوق پیش‌خریدار است.^{۳۳}

۲-۳- فسخ قرارداد توسط پیش‌فروشنده وفق ماده ۱۶

ضمان معاوضی اقتضا دارد در مقابل تعهدات پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار نیز نسبت به اجرای تعهدات قراردادی خود به نحو کامل متعهد و مسئولیت‌پذیر باشد. از این رو نخستین وظیفه پیش‌خریدار به‌عنوان کسی که ملکی را از دیگری دریافت می‌کند، تأدیه بها یا عوض قراردادی است. در این راستا با توجه به فلسفه پیدایش قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، انجام این تعهد اصلی پیش‌خریدار یعنی پرداخت عوض قراردادی به‌صورت اقساط صورت می‌گیرد.^{۳۴} ماده ۱۱ ق.پ.س، نحوه پرداخت بهای موضوع قرارداد را بر اساس توافق طرفین دانسته، اما الزام قانونی ناشی از این ماده به پرداخت حداقل ده درصد از بها هم‌زمان با تنظیم سند قطعی است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد به دلیل حمایتی و در نتیجه آمره بودن قانون پیش‌فروش ساختمان، توافق خلاف این ماده پذیرفته و مسموع نخواهد بود؛^{۳۵} بنابراین تعهد پیش‌خریدار به پرداخت اقساط خود به دو قسمت تقسیم می‌شود: نخست، پیش‌پرداخت در زمان انعقاد قرارداد که بخشی از عوض قراردادی را شامل می‌شود، دوم، مابقی عوض قراردادی که به‌تدریج و به تناسب پیشرفت عملیات ساختمانی به اقساط از خریدار دریافت می‌گردد. لذا این تعهد پیش‌خریدار، حقی را برای پیش‌فروشنده مبنی بر مطالبه عوض قراردادی و در نهایت فسخ قرارداد ایجاد می‌نماید؛

۳۳. سلیمی و دشتبانیان، پیشین، ۳۴.

۳۴. قنواتی، سکوتی و حسین‌زاده، پیشین، ۱۴۲.

۳۵. شایان ذکر است که اجرای تشریفات قانون پیش‌فروش که از سوی مقنن به‌صورت الزامی پیش‌بینی شده است، مختص مواردی است که طرفین قرارداد پیش‌فروش را به‌صورت سند رسمی در دفترخانه اسناد رسمی منعقد نمایند، بدون تردید انعقاد قرارداد به‌صورت سند عادی، طرفین را ملزم به لحاظ نمودن قواعد مصرحه در قانون پیش‌فروش نمی‌نماید و قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود؛ اما عدم آگاهی و اطلاع‌رسانی و الزام نسبت به انجام قرارداد پیش‌فروش مطابق قانون این چالش را ایجاد نموده که طرفین در مقام اثبات، به‌ناچار، استناد به قانون پیش‌فروش را مدنظر دارند که این‌که در محاکم با این پیش‌فرض که عادی بودن سند منجر به خروج قرارداد از قانون پیش‌فروش می‌شود و وفق قواعد عام قراردادی نسبت به آن رسیدگی می‌نمایند. با این همه در ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرای قانون پیش‌فروش، اقدام به پیش‌فروش ساختمان را بدون سند رسمی ممنوع نموده و مرتکب را طبق مواد ۲۳ و ۲۴ ق.پ.س مجرم تلقی می‌نماید.

اما این حق فسخی که برای پیش‌فروشنده ایجاد می‌شود مستلزم اجتماع شرایطی است. طبق ماده ۱۶ ق.پ.س^{۳۶}، مطالبه اولیه پیش‌فروشنده از طریق دفترخانه و اخطار دفترخانه به پیش‌خریدار نسبت به پرداخت اقساط معوقه طی مهلت یک ماهه و اتمام مهلت عدم پرداخت، شرایطی است که مقدمه ایجاد حق فسخ برای فروشنده است. برخی معتقدند از آنجا که حکم این ماده یکی از مصادیق اصول و قواعد عام حاکم بر قراردادهاست، لذا حکم ماده مزبور در فرض عدم تصریح نیز در رابطه بین طرفین مجری خواهد بود، چه قرارداد با سند رسمی منعقد شده باشد چه با سند عادی.^{۳۷}

همچنین گفته‌اند در صورتی که قرارداد تنظیمی در قالب سند عادی باشد، با توجه به اینکه مثل حق حبس مذکور در ماده ۱۲ ق.پ.س مرجعی برای اعلام عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی وجود ندارد، پیش‌فروشنده می‌تواند حقوق خود را با توسل به سایر طرق مطالبه حق از جمله ارسال اظهارنامه محفوظ دارد. برای مثال می‌تواند با ارسال اظهارنامه خواستار تأدیه اقساط بها شود و چنانچه پیش‌خریدار با وجود ارسال اظهارنامه و انقضای مهلت یک‌ماهه پیش‌بینی شده در ماده فوق‌الذکر، همچنان بر موضع قبلی خود اصرار ورزیده و اقدام به پرداخت اقساط معوقه نکند، در این صورت برای پیش‌فروشنده حق فسخ ایجاد می‌شود.^{۳۸}

این استدلال در حالتی که انعقاد قرارداد با سند عادی صورت پذیرفته باشد با اشکال مواجه است، چراکه در صورت عادی بودن سند (قرارداد) نمی‌توان قانون پیش‌فروش را بر قرارداد حاکم دانست، خواه نسبت به برخی قواعد و خواه نسبت به تمامی آن؛ و خلاف مقصود مقنن است که برخی از قواعد را بر قرارداد حاکم دانست و برخی را منوط به احراز شرایط کرد. اگر امر بر حاکمیت قانون پیش‌فروش بر قرارداد باشد، باید تمامی تشریفات مقرر جهت انعقاد آن را در نظر گرفت. به‌نوعی قانون‌گذار با اختصاص شرایط و قواعدی برای پیش‌فروش ساختمان، پذیرش انتقال مبیعی را که با قواعد عمومی قانون مدنی دشوار است منوط به رعایت تشریفات خاص از جمله سند رسمی نموده است. علاوه بر استدلال فوق، توجه به مواد مذکور در قانون پیش‌فروش نکاتی را روشن می‌کند، از جمله ماده ۱۷ که واگذاری تمام یا

۳۶. ماده ۱۶: در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در مواعد مقرر، پیش‌فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم‌کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش‌خریدار اخطار نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

۳۷. همان، ۱۴۴.

۳۸. نیما سکوتی، «ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۰)، ۱۱۵.

بخشی از حقوق و تعهدات پیش‌فروشنده را پس از کسب رضایت تمامی پیش‌خریداران بلامانع دانسته است. در این زمینه شاید گفته شود قواعد عام قراردادی، انتقال تعهد را منجر به ایجاد حق فسخ برای متعهدله می‌داند. لیکن در قانون پیش‌فروش اول اینکه اخذ رضایت از همه پیش‌خریداران لازم بوده و دوم، در صورت عدم رضایت برخی از پیش‌خریداران حق فسخی را برای آنها ایجاد نمی‌کند، بلکه پیش‌فروشنده ملزم به ایفای تعهد خود است. علاوه بر این ماده ۱۸ قانون مذکور نیز انتقال حقوق و تعهدات پیش‌خریدار به دیگری را منوط به رضایت پیش‌فروشنده دانسته است و در صورت تخلفی پیش‌خریدار، قانون‌گذار او را موظف به پرداخت بها یا عوض قراردادی می‌نماید؛ بنابراین قانون‌گذار در این دو مورد حق فسخی را برای طرفین در نظر نگرفته و تعمیم قواعد عام قراردادی نسبت به این فروش ممکن نیست. لذا باید گفت راه بهره‌مندی از مقررات این قانون، ثبت آن با سند رسمی و تحت شرایط مصرح در این قانون است.

در مورد ماهیت این خیار نیز برخی از نویسندگان از آن به‌عنوان نهادی مشابه خیار تأخیر ثمن یاد کرده‌اند.^{۳۹} هرچند مطابق ماده ۴۰۲ قانون مدنی خیار تأخیر ثمن در مورد بیع عین خارجی است که مبیع نزد بایع باقی مانده باشد و احتمال زیان وی به دلیل اجرای قاعده تلف قبل از قبض برود، لذا مبنای این خیار حکم قانون و قاعده لاضرر است، اما در اینجا تسلیم عین خارجی مطرح نیست. بدین ترتیب بهتر است گفته شود حق فسخی که در ماده ۱۶ ق. پ. س، پیش‌بینی شده، تأسیسی متفاوت از اختیارات مندرج در قانون مدنی است. در جهت تأیید این امر می‌توان به مواد ۴۶، ۴۷ قواعد عمومی پیمان اشاره نمود، در این موارد نیز مقنن حق فسخی را برای کارفرما پیش‌بینی نموده که واجد اوصاف و شرایطی است و پس از انجام شرایط الزامی است که فسخ محقق می‌شود. لذا چنین قواعدی را نمی‌توان در تحت لوای اختیارات مصرح در قانون مدنی دانست؛ شرایط خاصی که برای حق فسخ ماده ۱۶ قانون مذکور در نظر گرفته شده متأثر از نوع و آثار خاص قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است که مبتنی بر سیاست و فلسفه تقنین منطبق با موضوع فنی احداث ساختمان و بنا است که پرداختن به این سیاست تقنین در این مقال نمی‌گنجد.

به هر روی تحقق خیار برای پیش‌فروشنده در صورت عدم پرداخت اقساط توسط پیش‌خریدار، اعم از انعقاد قرارداد به‌صورت رسمی و اشتراط شرط فسخ در قرارداد عادی قابل پیش‌بینی است، چراکه در صورت رسمی بودن قرارداد، قانون پیش‌فروش بر آن حاکم بوده و مطابق ماده ۱۶، پیش‌فروشنده حق

۳۹. حمید ابهری و محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی، «حقوق پیش‌فروشنده در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با حقوق بایع در قانون مدنی»، حقوق خصوصی، ۱۱، ۱ (۱۳۹۳)، ۷۱.

فسخ می‌باید و در صورت عادی بودن سند تنظیمی آن، دیگر تأسیس یا نهاد خاص موضوع ماده ۱۶ قابل تطبیق و اثرگذاری نبوده و طبق قواعد عمومی قراردادها در مورد تعهدات باید مفاد قرارداد و شروط مندرج آن را امان نظر داشت. در صورت عدم پیش‌بینی حق فسخ برای پرداخت نشدن اقساط نیز پیش‌فروشنده می‌تواند ابتدا به اجبار خریدار روی آورد و در صورت عدم امکان اجبار، تعهد موضوع قرارداد را اجرا و مخارج انجام تعهد را از متعهد مطالبه نماید تا با هزینه مشروط علیه شرط مذکور انجام شود.

۴- تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد پیش‌فروش

بحث جدیدی که این نوشتار دنبال می‌کند، تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر قرارداد پیش‌فروش است که مسئله‌ای چالش‌برانگیز بوده و مقنن نسبت به آن موضعی اتخاذ نکرده است. طرفین قرارداد مشارکت که ممکن است مالک رسمی زمین و سرمایه‌گذار باشند،^{۴۰} هر یک می‌توانند سهم خود را به دیگری واگذار کنند و در این صورت، انتقالگیرنده جانشین آنان می‌گردد. همان‌گونه که اشاره شد، قراردادهای پیش‌فروش ممکن است به صورت عادی یا رسمی منعقد شوند، لذا تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت باید در هر فرض تحلیل شود.

۴-۱- تأثیرپذیری قرارداد عادی پیش‌فروش

در صورتی که بعد از قرارداد مشارکت در ساخت، قرارداد پیش‌فروش منعقد شود، برای مثال وقتی مالک زمین با یک سرمایه‌گذار، قرارداد مشارکت در ساخت ببندد تا بر اساس نقشه و توصیف دقیق کمیت و کیفیت، سه واحد مشخص برای صاحب زمین و پنج واحد برای سرمایه‌گذار ساخته شود، اگر صاحب زمین پس از پیش‌فروش یکی از واحدهای خود، قرارداد مشارکت در ساخت را فسخ کند، در این صورت فسخ او نافذ است، زیرا با توجه به ملاک مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م.و جاری دانستن قواعد آنها در خصوص

۴۰. طبق تبصره ماده یک ق.پ.س این اشخاص می‌توانند در چهارچوب این قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می‌گیرد اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند: ۱- سرمایه‌گذارانی که در ازای سرمایه‌گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی آن زمین، ضمن عقد و به موجب سند رسمی به آنان اختصاص می‌یابد. ۲- مستأجرین اراضی اعم از ملکی، دولتی، موقوفه که به موجب سند رسمی حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارند.

۴۱. ماده ۴۵۴: هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است. ماده ۴۵۵: اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

قرارداد مشارکت و پیش‌فروش، صرف فسخ مشارکت در ساخت موجب زوال حق فسخ پیش‌خریدار نمی‌شود، همچنین حمایتی بودن قانون پیش‌فروش اقتضا دارد که فسخ مشارکت در ساخت، تأثیری در قرارداد پیش‌فروش نداشته باشد. پس پیش‌فروش مانع از این نمی‌شود که یکی از طرفین قرارداد مشارکت نتواند این قرارداد را با اختیارات قانونی و یا قراردادی فسخ نماید؛ اما صاحب زمین در برابر خریدار متعهد است که یا خود نسبت به اتمام بنا اقدام کند و یا سرمایه‌گذاری دیگر را به کار بگمارد. حال اگر پیش‌فروشنده به این تعهد وفا نکند و اجبار او ممکن نباشد، پیش‌خریدار تنها می‌تواند قرارداد را فسخ کند و مبالغ پرداختی و خسارات خود را مطالبه نماید. سؤالی که در اینجا به وجود می‌آید این است که اگر پیش‌خریدار قرارداد خود را فسخ نکند، آیا صاحب زمین می‌تواند اقدام به فروش زمین کند؟ به نظر می‌رسد در صورتی که پیش‌خریدار حقی نسبت به عرصه پیدا کرده باشد، صاحب زمین نمی‌تواند اقدام به فروش زمین بنماید و همین عدم امکان واگذاری هم می‌تواند ضمانت اجرایی برای تکمیل ساخت و انجام تعهد او باشد. با توجه به ملاکی که از قانون پیش‌فروش ساختمان در خصوص صحت قراردادهای پیش‌فروش به دست می‌آید باید گفت پیش‌خریدار نسبت به عرصه صاحب حق شده است. اگر معتقد باشیم که خریدار حقی نسبت به عرصه پیدا نکرده است و قرارداد به صورت عادی منعقد شده باشد، صاحب زمین حق فروش زمین خود یا تغییر نقشه ساخت را دارد و تنها باید خسارات پیش‌خریدار را جبران کند. به تعبیر بهتر در فرض عادی بودن قرارداد پیش‌فروش دیگر حمایت قانون پیش‌فروش از قرارداد ممکن نبوده و پیش‌خریدار تنها مستحق دریافت خسارات وارده است.

اما اگر پیش‌فروش‌کننده، سرمایه‌گذار قرارداد مشارکت در ساخت باشد و بخواهد قرارداد ساخت‌وسازی را که بدان متعهد شده است با مالک زمین فسخ کند، موضوع دشوار است. شاید بگوییم سرمایه‌گذار با قرارداد مشارکت در ساخت، به خصوص اگر مقداری از مصالح را تأمین کرده و بخشی از ساختمان ساخته شده است، حقی نسبت به عرصه و اعیان پیدا کرده است و بخشی از این حق را همراه با تعهد به ساخت، مطابق عقد نامعین ماده ۱۰ ق.م. به پیش‌خریدار انتقال داده است؛ در این صورت پس از فسخ قرارداد خود با مالک زمین، پیش‌خریدار در این بخش جانشین او می‌شود و مانند حالت قبل می‌تواند خود به جای سرمایه‌گذار پیشین به ادامه ساخت بپردازد و مالک زمین را در صورت امتناع، برای پذیرش تکمیل ساخت توسط خودش اجبار کند. بدین ترتیب حتی اگر مالک زمین عقد را فسخ و سازنده را خلع کرده باشد و یا سرمایه‌گذار عقد را فسخ کند، حق پیش‌خریدار محفوظ است و در غیر این صورت به نظر می‌رسد که مالک زمین یا سرمایه‌گذار تنها باید خسارات پیش‌خریدار را جبران کند.

صورت دیگری که قابل فرض است و در عرف معاملات مشارکت در ساخت مشاهده می‌شود، جواز انتقال در صورت پیشرفت فیزیکی به توافق طرفین است؛ برای نمونه اگر در قرارداد مشارکت، تجویز انتقال منافع و حقوق ناشی از آن برای پیش‌فروشنده (کارفرمای قرارداد مشارکت) پس از تکمیل ۶۰٪ بنا یا ساختمان پیش‌بینی شود (یا سلب حق انتقال تا تکمیل به میزان خاص)، بدهی است که انتقال پیش از درصد پیشرفت موجب حق فسخ برای پیمانکار قرارداد مشارکت است (در فرض اشتراط حق فسخ)، در مقابل نیز در صورت عدم پیش‌بینی درصد خاص پیشرفت فیزیکی، به نظر انتقال حقوق ناشی از قرارداد مشارکت امکان‌پذیر است. در توجیه این موضوع می‌شود با بحث تطبیق امر به تعهد به نفع ثالث نوعاً رفع ابهام نمود با این تفاوت که در قرارداد مشارکت در ساخت هیچ‌قیدی از تعهد به نفع ثالث نیست لیکن تجویز انتقال و به تبع آن منتقل نمودن حقوق ناشی از آن به غیر یا ثالث قطعاً متعهد قرارداد مشارکت را ملزم به ایفای تعهدات قراردادی در فرض انتقال می‌کند.

۴-۲- تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت در اعتبار قرارداد رسمی پیش‌فروش

مطابق ماده ۱۳ ق.پ.س^{۴۲} «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد». شاید گفته شود توافق بر تملیک به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار از زمین و مالکیت مشاعی او در خود زمین، می‌تواند ملاکی بر عدم امکان فسخ قرارداد مشارکت باشد؛ چراکه به موجب ماده ۱۳ به حکم قانون، پیش‌خریدار مالک قدرالسهم از عرصه و در واقع یکی از شرکای مشاعی زمین نیز می‌شود، لذا موجب محدودیت طرفین قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به فسخ قرارداد مشارکت می‌شود و فسخ قرارداد مشارکت به هر دلیل اعم از خیار شرط و یا سایر اختیارات نمی‌تواند بدون رضایت پیش‌خریدار صورت گیرد؛ از سوی دیگر یکی از اهداف ثبت اسناد رسمی پایداری حقوق و تعهدات طرفین و حفظ نظم عمومی در معاملات است. به همین منظور در بخشنامه دیرین اداره ثبت اسناد (شماره ۱۰۹۳-۲۵۲۱۶) درج عبارت: «با اسقاط اختیارات» در واگذاری املاک الزامی شده است.

۴۲. ماده ۱۳: پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد و در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان با تأیید مهندس ناظر در صورتی که تمام اقساط را پرداخت یا عوض قراردادی را تحویل داده باشد، با ارائه مدارک مبنی بر ایفای تعهدات می‌تواند با مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی، تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود را درخواست نماید؛ چنانچه پیش‌فروشنده حداکثر ظرف ده روز پس از اعلام دفترخانه از انتقال رسمی مال پیش‌فروش شده خودداری نماید، دفترخانه با تصریح مراتب مبادرت به تنظیم سند رسمی به نام پیش‌خریدار یا قائم‌مقام وی می‌نماید. اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک مکلف است به تقاضای ذی‌نفع نسبت به تفکیک و یا افراز ملک پیش‌فروش شده اقدام نماید.

از این رو یک نظریه، عدم امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت میان مالک بنا یا مستأجر مُجاز به ساخت، با سازنده یا سرمایه‌گذار است.

با وجود این، نظریه‌ای بهتر که می‌توان ارائه داد، این است که اگر پیش‌فروشکننده، مالک زمین یا مستأجر مُجاز به ساخت باشد، می‌تواند قرارداد مشارکت خود را با سازنده فسخ کند و در مدت معقول، شخصی دیگر را جایگزین وی نماید؛ زیرا انواع جریمه‌ها و اجرت‌المثل قسمت‌های اختصاصی، مشاعی و خدماتی که در ماده ۶ ق.پ.س به نفع خریدار پیش‌بینی شده، به‌عنوان ضمانت اجرای این تعهد کافی است. از طرفی عموماً حق درج‌خیز در قراردادها، نسبت به قرارداد مشارکت نیز جاری است و رسمی بودن و غیرقابل فسخ بودن قرارداد پیش‌فروش، منافاتی با امکان فسخ عقد مشارکت ندارد؛ اما اگر پیش‌فروشکننده، سرمایه‌گذاری باشد که برای ساخت واحدهای پیش‌فروش شده با صاحب زمین مشارکت نموده است، او نمی‌تواند قرارداد مشارکت خود را با صاحب زمین فسخ کند؛ زیرا این عمل وی باعث از میان رفتن موضوع تعهد شده و در تعارض با تعهد به تملیک و ساختی است که به‌موجب سند رسمی بر عهده گرفته است. این عمل مانند آن است که کسی بخواهد ملکی را که اجاره داده است تخریب کند که چون متعلق حق غیر است و امکان استبدال ندارد ممکن نیست.

حال اگر همین شخص سازنده بر اساس شرایطی که در عقد مشارکت وجود دارد مدعی فسخ آن عقد شود و از انجام تعهد خود سر باز زند و مالی هم برای پرداخت خسارات و جریمه به خریداران نداشته باشد، به نظر می‌رسد در هر حال خریداران به نسبت سهم خود در عرصه و مقدار ساخته‌شده شراکت خواهند داشت. با فرض امکان فسخ مشارکت در ساخت در مواردی که پیش‌فروش به‌صورت رسمی منعقد شده، در صورت فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، قرارداد پیش‌فروش رسمی منفسخ می‌شود و مطابق ماده ۱۳ پیش‌خریدار به قدرالسهم، مالک بخش مشاعی از عرصه میشود.

نتیجه‌گیری

در قرارداد پیش‌فروش، طرفین جایگاه یکسانی ندارند؛ برتری موقعیت پیش‌فروشنده منجر به حمایت قانون پیش‌فروش از پیش‌خریدار به‌عنوان طرف ضعیف قرارداد شده است. به همین علت در بیشتر موارد برای پیش‌خریدار حق فسخ در نظر گرفته شده است. تأخیر در انجام تعهد و عدم تحویل ساختمان در زمان مقرر، علاوه بر مطالبه خسارت تأخیر، حق استفاده از خيارات را برای پیش‌خریدار باز گذاشته و مانعی از این حیث وجود ندارد. لیکن عدم مطابقت ساختمان احداث‌شده با شرایط و اوصاف موردنظر

طرفین که در قرارداد پیش‌فروش قید شده است، طبق ماده ۷ منوط به افزایش یا کاهش بیش از ۵٪ است که این مقررات، با مقررات موجود در قانون مدنی متفاوت است. در قانون پیش‌فروش، قانون‌گذار با دو پیش‌فرض موضع خود را اتخاذ نمود است؛ نخست، فرض اختلاف مساحت تا ۵٪ که در این صورت هیچ‌یک از طرفین حق فسخ ندارند، اعم از اینکه اختلاف مساحت ناشی از اضافه مساحت باشد یا کسر آن؛ اما در همین مقدار، نسبت به پرداخت مابه‌التفاوت در فرض کسر مساحت، پرداخت قیمت مندرج در قرارداد مورد حکم واقع شده که به نظر می‌رسد با توجه به رویکرد حمایتی این قانون از پیش‌خریدار، وی می‌تواند خسارت را بر مبنای قیمت روز بنا مطالبه نماید. در صورت فزونی مساحت، پیش‌فروشنده بر اساس قیمت مندرج در قرارداد، مستحق مطالبه بوده که هرچند امکان دارد کمتر از قیمت روز بنا باشد. دوم، فرض اختلاف بیش از ۵٪ که در این مورد تنها پیش‌خریدار حق فسخ دارد، لیکن او می‌تواند قرارداد را فسخ نماید و یا از این حق خود صرف‌نظر کند. بدین شرح در صورت افزایش مساحت بیش از ۵٪ پیش‌خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ نکند، بلکه قیمت اضافه مساحت را بر اساس میزان توافق شده در قرارداد بپردازد یا قرارداد را فسخ و خسارت خود را بر اساس قیمت روز مطالبه نماید. همچنین در مورد کسر مساحت اضافه بر ۵٪ پیش‌خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ نموده و خسارت بگیرد یا بدون فسخ قرارداد، غرامت قسمت کسری ساختمان را مطالبه کند که در این فرض یعنی در فرض کسر مساحت بیش از ۵٪، میزان خسارت بر اساس قیمت روز بنا محاسبه می‌شود که به نظر می‌رسد، منظور از قیمت روز بنا با توجه به سیاست تقنین قانون‌گذار به حمایت از پیش‌خریدار، قیمت روز پرداخت مقصود وی است.

شایان ذکر است اجرای قواعد فوق زمانی امکانپذیر است که تشریفات قانون پیش‌فروش انجام پذیرفته باشد. یکی از این شروط، انعقاد قرارداد پیش‌فروش به صورت رسمی است؛ لذا عادی بودن قرارداد مذکور منجر به عدم حکومت مقررات این قانون شده و در فرض کسر و افزایش مساحت و سایر تعهدات دیگر، بایستی وفق عمومات قانون مدنی عمل کرد. افزون بر این، تأثیرپذیری قرارداد پیش‌فروش در صورت فسخ قرارداد مشارکت در ساخت یا دو رویکرد عادی بودن قرارداد پیش‌فروش یا رسمی بودن آن همراه بود که در فرض نخست، فسخ قرارداد مشارکت در ساخت را نافذ دانسته و در نتیجه تأثیری بر قرارداد پیش‌فروش نمی‌گذارد؛ لیکن متعهد بایستی تعهد خود را به نحوی اجرا نماید یا متعهد آن را اجرا و به متعهد رجوع کند، که این امر در صورتی که پیش‌خریدار در عرصه صاحب حقی شده باشد قرارداد پیش‌فروش صحیح بوده و ایراد قانونی ندارد. در فرض دوم، رسمی منعقد نمودن قرارداد پیش‌فروش،

وفق ماده ۱۳ ق.پ.س شاید گفته شود توافق بر تملیک به میزان قدرالسهم پیش‌خریدار از زمین و مالکیت مشاعی او در خود زمین می‌تواند ملاکی بر عدم امکان فسخ قرارداد مشارکت در ساخت باشد. البته این فرض را با تبیین دو حالت در زمانی که پیش‌فروش‌کننده، مالک زمین یا مستأجر مجاز به ساخت باشد با حالتی که پیش‌فروش‌کننده سرمایه‌گذاری باشد که برای ساخت واحدهای پیش‌فروش شده با صاحب زمین مشارکت نموده است مورد تحلیل قرار گرفت که در نهایت در فرض نخست با توانایی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت و در فرض دوم با عدم توانایی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، بدین سبب که عمل متعهد در این اقدام منجر به از بین رفتن موضوع تعهد شده و در تعارض با تعهد به تملیک و ساختی است که به موجب سند رسمی بر عهده گرفته است، همراه شد.

فهرست منابع

- ابهری، حمید و محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی. «حقوق پیش‌فروشنده در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با حقوق بایع در قانون مدنی». حقوق خصوصی، ۱۱، ۱(۱۳۹۳)، ۵۱-۷۹. Doi/10.22059: jolt2014.52495.
- احمدی، فیروز و هنگامه غضنفری. «ماهیت حقوق پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن». پژوهش‌های حقوقی، ۷، ۱۴(۱۳۸۷)، ۲۶۹-۲۹۰.
- السان، مصطفی، لیلا نجفی‌زاده، میرمهدی حسینی اشلقی و حسین صبور. «مبانی فسخ قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران». قضاوت، ۱۶، ۱(۱۳۹۵)، ۷۳-۸۹.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. جلد چهارم. تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶.
- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید. حقوق تعهدات، جلد دوم. تهران: میزان، ۱۳۷۸.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. مکاسب، جلد‌های ۲، ۴، ۶، ۸. نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، ۱۴۰۱.
- انوری، حسن. فرهنگ بزرگ سخن. تهران: سخن، ۱۳۸۱.
- ایزدی فرد، علی‌اکبر و حسین کاویار. «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان». فقه و حقوق، ۵، ۱۱۴(۱۳۸۷)، ۸۷-۱۱۴.
- باستانی‌نامقی، رضا، جواد پیری و امیرصادق رحمانی. تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش ساختمان. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۶. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- حلی، حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، جلد سوم. قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ه.ق.
- خداحمی، نسرن. مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس. چاپ اول. تهران: جنگل، ۱۳۹۲.
- خراسانی، شیخ محمدکاظم. کفایه الاصول. قم: آل‌البیت، ۱۴۰۹ ه.ق.
- خورسندیان، محمدعلی. «تمایز مقاطعه‌کاری و بیع». فصلنامه مدرس علوم انسانی، ۸، ۳۴(۱۳۸۳)، ۱۳۱-۱۵۲.
- خورسندیان، محمدعلی و قادر شنیور. «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲، ۴(۱۳۹۰)، ۸۷-۱۱۰. <https://doi.org/10.22075/feqh.2017.1863>
- دهخدا، علی‌اکبر. لغتنامه دهخدا، جلد دوم. تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- رهپیک، حسن. حقوق مدنی. چاپ دوم. تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
- سکوتی، نیما. «ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان». پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۰.
- سلیمی، صادق و لیلا دشتبانیان. «تضمین حقوق طرفین قرارداد پیش‌فروش واحدهای ساختمانی در حقوق ایران و امارت دبی». حقوق تطبیقی، ۲۲(۱۳۹۱)، ۲۷-۴۸.
- شهیدی، مهدی. اندیشه‌های حقوقی مجموعه مقالات حقوقی. تهران: مجد، ۱۳۸۷.
- شهیدی، مهدی. سقوط تعهدات. تهران: مجد، ۱۳۹۰.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادهای تعهدات. تهران: حقوق دان، ۱۳۷۷.

- صدر، سیدمحمدباقر. دروس فی علم الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۶ ه.ق.
 - طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. جلد ۲. قم
 - طهماسبی، علی. «اختلاف مساحت در ساختمان‌های پیش‌فروش: نارسایی قواعد عام در حمایت از طرف ضعیف قرارداد». دانش حقوق مدنی، ۱، ۱(۱۳۹۱)، ۲۶-۱۵.
 - عباسی داکانی، خسرو. شرح قانون پیش‌فروش ساختمان و آیین‌نامه اجرایی آن؛ با رویکرد نقد و بررسی، ماهنامه کانون، ۱۵۳ و ۱۵۴، ۱۳۹۴، ۱۹-۵۶.
 - قنواتی، جلیل، نیما سکوتی و جواد حسین‌زاده. «ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان». دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۲۰، ۷۱(۱۳۹۴)، ۱۲۵-۱۴۸.
 - کاتوزیان، ناصر. عقود معین، جلد ۱. چاپ نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
 - کاتوزیان، ناصر. ایقاع. تهران: نشر یلدا، ۱۳۸۹.
 - کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، جلد‌های اول و دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
 - محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر ابن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد اول. نرم‌افزار جامع فقه اهل‌بیت، ۱۴۰۸ ه.ق.
 - محمدی، سام و سیدحسن حسینی مقدم. «زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان». حقوق خصوصی، ۹، ۲(۱۳۹۱)، ۱۵۵-۱۸۰.
- Doi/10.22059:jolt2013.35163.
- زهرینی، فریدون. ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.