

## جستاری در تعهدات طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان و ضمانت اجرای حقوقی تخلف از آن

الهیار قزوینی فیروزکلا<sup>۱</sup>

عباس سماواتی<sup>۲</sup>

جبرائیل امیدی<sup>۳</sup>

### چکیده

هدف مقنن از تدوین قانون پیش فروش ساختمان، سامان دادن به بخشی از روابط قراردادی مردم مصوب شده است. سیاست تقنینی شایسته در این بخش با عبارت موضوع مورد قرارداد (پیش فروش ساختمان)؛ باید مبتنی بر ضمانت اجراها و سازوکارهای حقوقی استوار باشد، این مهم کارآمدی خود را در صورت عدم اجرای ایفای تعهدات و تخلف طرفین مطابق آن چه که در متن قرارداد تنظیم شده نشان خواهد داد، زیرا وضع ضمانت اجراهای حقوقی در حوزه حقوق خصوصی برای ایجاد یک نظم قراردادی راهگشا می باشد. با این حال قانون پیش فروش ساختمان در برخی موارد به خاطر جلوگیری از معاملات معارض و کلاهبرداری افراد منفعت طلب در این قلمرو به ضمانت اجرای حقوقی متوسل شده است. و مقاله حاضر با تحلیل و بررسی تمامی حالات ضمانت اجرای حقوقی تخلف تعهدات طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان و آثار آن پرداخته است. گرچه ضمانت اجراهای کیفری قانون این قرارداد نیز در رساله مطرح و مورد بررسی قرار گرفت که دارای محسناتی است. و ممکن است نظریات حقوقی و کیفری دیگری در تحلیل و بررسی ضمانت اجرای تخلف تعهدات طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان طرح گردد که به لحاظ فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گیرد.

### واژگان کلیدی

قرارداد، پیش فروش ساختمان، ضمانت حقوقی، تعهد.

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره) شهرری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: ghazvinialahyar@gmail.com

۲. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره) شهرری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
(نویسنده مسئول)

Email: Ab.sama@chmail.ir

۳. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره) شهرری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: omidjebraeal@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۴۰۴/۴/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۲/۳

## طرح مسأله

با مطالعه و تحلیل در قانون پیش فروش ساختمان معلوم می‌شود، مقنن شرایطی را برای تنظیم انعقاد قرارداد پیش فروش پیش بینی کرده است، پیش فروش ساختمان از منظر سازندگان و پیش خریداران نسبت به انجام ایفای تعهدات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، و لذا مشکلات زیادی پیرامون آن ممکن است به وجود آید. با توجه به این که ساختمان هنوز ساخته نشده است، احراز اراده و قصد جدی پیش فروشنده توسط پیش خریدار دشوار است و از این حیث بستر مناسبی برای کلاهبرداری فراهم می‌گردد؛ با این توضیح که به واسطه تبلیغات اغوا کننده شخص کلاهبردار، بدون آن که ساختمانی وجود داشته باشد، مبالغی از پیش خریداران اخذ شود. همچنین حتی با فرض اراده و قصد جدی در پیش فروشنده مبنی بر ساخت یا تکمیل واحد ساختمانی، ممکن است پیش فروشنده ساختمان را به اشخاص متعددی پیش فروش کند، و با توجه به این که ساختمان در زمان انعقاد قرارداد ساخته نشده است و پیش فروشنده تعهدات متنوع و بسیاری در برابر پیش خریدار برعهده دارد، تخلف از مفاد چنین قراردادهایی بیشتر قابل تصور است. در خرید شرایطی مسکن بعضاً طرفین به تعهدات خود پایبند نیستند و موجب بروز مشکلاتی برای هم دیگر هستند، که یکی از این‌ها همین خرید مسکن به صورت قرارداد پیش فروش می‌باشد، که به دلیل عدم بضاعت مالی در خرید مسکن این نوع قرارداد در جامعه بسیار رایج شده و تنظیم این نوع قرارداد (قرارداد پیش فروش ساختمان)؛ باعث بروز اختلاف طرفین قرارداد و طرح شکایت در محاکم قضایی شده است. هدف اصلی این مقاله که با عنوان « جستاری در تعهدات طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان و ضمانت اجرای حقوقی تخلف از آن.» می‌باشد به نگارش درآمده است، گرچه این قرارداد به لحاظ ضمانت اجرای کیفری هم در رساله مطرح و مورد بررسی قرار گرفت که دارای مَحَسَناتی می‌باشد.

منظور از ضمانت اجرای حقوقی تخلف تعهدات طرفین (پیش فروشنده و پیش خریدار) در قرارداد پیش فروش ساختمان آثار و تبعات عدم اجرای قرارداد برای شخص متخلف از قرارداد است.

تعهد در واقع رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از دیگری انجام دادن امری را بخواهد. این رابطه به اعتبار حق متعهدله، طلب، و به لحاظ التزام مُتعهد، دَین نامیده می‌شود. ولی برای آنکه تصور نشود در حقوق ما تعهد بستگی کامل به شخصیت اطراف آن دارد، و به علاوه تعریف نیز بتواند تعهد جاعل و امضاء کننده سند در وجه حامل را دربر گیرد، بجای آنکه تعهد رابطه حقوقی بین اشخاص تعبیر شود. لکن به نظر میرسد تعهد وضع حقوقی است که به موجب آن شخصی عهده دار انجام کاری میشود. لذا پرسش‌هایی مطرح میشود که کدام

رویدادهای اجتماعی سبب ایجاد تعهد است؟ یا تعهد چه آثاری دارد؟ و نحوه چگونگی ایفای اجرای تعهد به چه صورت می باشد؟ عواملی که باعث سقوط تعهد میگردد چیست؟ عقد و ایقاع و ضمان قهری در زمره منابع تعهد هست یا خیر؟ که مورد بررسی قرار گرفت.

### آرکان تعهد در عقود و قراردادها

" برای تصور هر تعهد در قرارداد چند رکن ضروری است:

۱- موضوع تعهد: تعهدات ناشی از قرارداد یعنی امری که شخصی در برابر دیگری به عهده می گیرد. یا الزامات خارج از قرارداد یا ضمان قهری که شامل غصب، اِتلاف، تَسبیب، اِسْتِیفاء است. موضوع تعهد ممکن است یکی از این امور باشد.

**الف:** انتقال مال، مانند این که مالکی ضمن قولنامه تعهد می کند کارخانه خود را به دیگری بفروشد.

**ب:** انجام دادن کار، چنان که مقاطعه کاری تعهد می کند که ساختمانی را در مدت معینی بسازد.

**ج:** خودداری از انجام دادن کار، نظیر تعهد مالک در برابر مستأجر به این که مغازه مجاور او را اختصاص به کسب معینی ندهد.

۲- اطراف تعهد: برای تصور تعهد وجود یک شخص به عنوان طلبکار و شخص دیگر به عنوان مدیون ضرورت دارد، چون تعهد رابطه ای است بین دو یا چند شخص طبیعی یا حقوقی.

۳- رابطه حقوقی: مقصود از این رابطه تسلطی است که طلبکار بر اموال بدهکار پیدا می کند و به موجب آن می تواند با استفاده از دارایی او وسایل اجرای تعهد را فراهم کند، منتها این تسلط را به دو روش می توان تعبیر کرد.

بعضی گفته اند که اجازه تصرف در مال مدیون به لحاظ رابطه حقوقی است که بین شخص او و طلبکار ایجاد می شود.

برخی دیگر به جای رابطه خصوصی بین دائن و مدیون عنصر اساسی تعهد را موضوع آن دانسته اند. به موجب این نظر که به مکتب مادی و موضوعی مشهور شده است، تعهد رابطه با شخصیت دو طرف ندارد و به خودی خود امر مادی و با ارزشی است. آن چه رکن اصلی تعهد را تشکیل می دهد ارزش اقتصادی موضوع آن است نه کسانی که آن را به وجود آورده اند. با قبول این نظر که در حقوق آلمان طرفداران زیاد دارد موضوع تعهد بستگی خود را با شخصیت دو طرف آن از دست می دهد و مانعی ندارد که این اشخاص تعبیر پیدا کنند و موضوع تعهد باقی بماند یا تعهدی به وجود آید بدون این که در برابر شخص معین باشد." (کاتوزیان، ناصر: دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۴)

## اسباب ایجاد تعهد در عقود و قراردادها

"قانون مدنی اسباب ایجاد تعهد را به صراحت معین نکرده، ولی بیشتر نویسندگان حقوقی به تقلید از قانون ناپلئون تعهد به معنی اعم از تعهد و الزام را در پنج مورد می‌دانند:

**۱- عقد:** مهمترین منبع تعهد عقد است. چون بیشتر دیون را اشخاص در اثر توافق با هم به وجود می‌آورند. که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی بیان شده است. ولی به تدریج از اهمیت عقد کاسته می‌شود و امروزه بیشتر تعهدات را قانون بر اشخاص تحمیل می‌کند.

**۲- شبه عقد:** اعمال ارادی و مشروعی است که بدون توافق اشخاص نیز ایجاد تعهد می‌کند، که در ماده ۳۰۱ قانون مدنی مشهود است. در این مورد الزام گیرنده آن چیز مستند به قرارداد نیست، ولی کار ارادی ارتکاب شده سبب می‌شود که قانون او را در برابر مالک مدیون قرار دهد. بی‌گمان اراده دو طرف را نباید سبب ایجاد تعهد به شمار آورد. زیرا نه تنها هدف گیرنده مال این نبوده است که خود را مدیون سازد، مالک نیز به سبب تصور نادرستی که از حقیقت امر داشته است می‌خواسته که دین واهی خویش را پردازد. در حقوق کنونی اسباب ایجاد تعهد محصور نیست و الزام وجود ندارد که تعهد ناشی از عقد یا امری شبیه آن باشد. وانگهی وقایعی که به عنوان شبه عقد منبع تعهد قرار گرفته است هیچ شباهتی با آن ندارد. زیرا عنصر اصلی هر عقد توافق دو اراده در ایجاد دین است و حال آن که در شبه عقد اصل عمل هم ارادی باشد هدف مرتکب آن ایجاد تعهد نیست و در واقع این قانون است که دین را بر او تحمیل می‌کند.

**۳- جرم:** اعمال نامشروعی که مرتکب به عمد و به قصد اضرار به دیگری انجام می‌دهد. خواه از نظر کیفی جرم باشد یا نباشد. مثلاً عدم اجرای تعهد قرارداد، تبانی در فرار دین در اجرای قرارداد.

**۴- شبه جرم:** یعنی اعمال نامشروعی که شخص در اثر بی احتیاطی یا بی مبالاتی مرتکب آن شده است. جدایی جرم و شبه جرم از نظر حقوقی ثمری ندارد. زیرا در هر دو صورت مرتکب ملزم به جبران تمام خسارت است. پس با حذف این دو واژه باید اعمال نامشروع را منبع تعهد شمرد.

**۵- قانون:** الزامی که مستند به هیچ یک از این اسباب چهارگانه نیست، تعهد ناشی از قانون نامیده می‌شود. مانند: تعهد مربوط به انفاق به خویشان یا تعهدهایی که صاحبان املاک مجاور در برابر هم دارند. ولی باید دانست که قانون منبع اصلی تمام تعهدات و الزامات است.

منظور از تقسیم اسباب تعهد، اموری است که قانون آنها را سبب ایجاد دین قرار داده است. پس نباید قانون را در ردیف عقد و شبه عقد از اسباب عادی و درجه دوم تعهد قرارداد دانست."

(امامی، سید حسن: حقوق مدنی، جلد یک، ص ۱۲۸.)

### اجبار به ایفای تعهد یا فسخ قرارداد در معاملات

در فقه اسلامی اجباری بودن قرارداد پذیرفته شده و برای آن به آیه شریفه ۱، سوره مبارکه مائده می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و احادیث و اخبار استناد می کنند. اصل اجباری بودن قرارداد موافق مصلحت جامعه است، که مصلحت جامعه اقتضا می کند که معاملات و روابط اقتصادی افراد استحکام و ثبات داشته باشد. اگر هر کس به دلخواه از زیر بار تعهدات خویش شانه خالی کند و قراردادهایی را که با دیگران بسته است یک جانبه نقض نماید، روابط اجتماعی مختل خواهد شد و نظم جامعه برهم خواهد خورد. طرفین قرارداد مکلفند قرارداد را اجرا و به شرایط آن عمل کنند. در صورتی که شخصی در قرارداد تعهد به انجام عملی داده باشد، در صورت تأخیر متعهد در انجام تعهد خود، شخصی که به نفع او تعهد شده است می تواند با مراجعه به دادگاه، با طرح دادخواست الزام به ایفای تعهد، طرف متخلف را به انجام تعهداتش الزام نماید. بسته به این که موضوع تعهد چه باشد، ممکن است موضوع دادخواست نیز تغییر کند. مثلاً اگر موضوع تخلف پرداخت ثمن باشد، دادخواست مناسب، الزام به پرداخت ثمن خواهد بود. و ماده ۳۷۶، ۳۳۸، ۲۳۹، ۲۱۹ قانون مدنی بیانگر اجبار به ایفای تعهد است.

### ایجاد حق فسخ در عقود و قراردادها

فسخ، به معنای برهم زدن یک طرفه قرارداد از سوی یکی از طرفین و یا شخص ثالث است. فسخ انحلال ارادی قرارداد است و تا زمانی که طرف دارای حق فسخ حق خود را اعمال نکرده است قرارداد به قوت خویش باقی خواهد بود. منظور از فسخ معامله این است که یکی از طرف ها با مجوزی که قانون یا قرارداد در شرایط خاصی به وی می دهد، اقدام به انحلال و برهم زدن قرارداد نماید. لذا در عقود جایز هریک از طرفین هر زمان که تمایل داشته باشند می تواند قرارداد را فسخ نماید. اما در عقود لازم تنها در موارد معینی به وسیله یک طرف، قرارداد قابل فسخ است. این موارد ممکن است به موجب قانون باشد و یا به موجب توافق طرفین. چنین اختیاری در قانون مدنی خیار (یعنی اختیار فسخ) نامیده می شوند.

اما آن چه به نظر می رسد فسخ را به عنوان یک ضمانت اجرایی حقوقی قرارداد نمی توان تلقی کرد، چون با فسخ، عملاً قرارداد منحل می شود و اجرای قرارداد منتفی می گردد، اما این حق، ابزار مناسبی است که می تواند احتمال تخلف از قرارداد را از سوی شخص متعهد به حداقل برساند. باید توجه کرد که در موقع فسخ یا انفساخ، تکلیف مطالبات متقابل، حقوق کارگران، کارمندان، تجهیزات و ماشین آلات، مصالح پای کار ساختمانی، مالیات ها، هزینه های بیمه و غیره به طور روشن و دقیق معلوم گردد.

## ایجاد حق انفساخ در قرارداد

انفساخ به معنای انحلال قرارداد به صورت خود به خود و قهری است. در انفساخ، بدون آن که یکی از طرفین دخالت داشته باشند، قرارداد از بین می‌رود. یکی از ابزارهایی که طرفین قرارداد می‌توانند به عنوان حربه ای علیه فرد متخلف از قرارداد استفاده کنند قراردادن شرط انفساخ در قرارداد است. در این حالت اگر یکی از طرفین از قرارداد تخلف کند، قرارداد خود به خود منحل می‌شود.

منشاء انفساخ قرارداد ممکن است حکم قانون باشد. مثلاً براساس قانون مدنی، در عقد وکالت در صورت فوت موکل و یا وکیل، وکالت منفسخ می‌گردد. همچنین منشاء انفساخ می‌تواند توافق طرفین باشد. مثلاً ممکن است در قرارداد فروش ملک طرفین توافق کنند که در صورت پاس نشدن چک و برگشت خوردن چک خریدار، قرارداد منفسخ گردد. در این حالت اگر چک خریدار برگشت خورد قرارداد خود به خود و بدون آن که نیاز به عمل حقوقی خاصی از سوی طرفین باشد، منحل می‌گردد. با وجود اجباری بودن قرارداد برابر ماده ۲۱۹ قانون مدنی بر می‌آید که دارای حدودی باشد:

**الف:** متعاملین می‌توانند به موجب مقتضای اصل حاکمیت اراده با تراضی و موافقت یکدیگر قراردادی را که قبلاً منعقد نموده اند را برهم بزنند، این عمل در اصطلاح حقوقی اقاله نام دارد.

**ب:** ممکن است قرارداد به علت قانونی بخاطر حمایت از حقوق طرفین قرارداد فسخ و یا در موارد خاص بدون اراده متعاقدین منفسخ گردد. مانند خیار تدلیس، خیارغبن، خیارعیب، عقد خیاری، خیار شرط، شرط فاسخ، که در ماده ۴۱۶، ۴۲۲، ۱۸۸، ۳۹۹، ۳۸۷، قانون مدنی مشهود است.

**ج:** ممکن است چیزی در قرارداد ذکر نشده باشد ولی برحسب عرف و عادت لازمه قرارداد باشد. مثلاً در فروش خانه، تأسیسات لوله کشی و حق استفاده از آب و برق و کنتور آن‌ها طبق عرف و عادت داخل در مبیع و متعلق به خریدار است. که در ماده ۲۲۵ قانون مدنی بیان شده است.

"به نظر برخی از حقوق دانان مقتضای اصل الزامی بودن قرارداد و پذیرش اجرای اجباری به عنوان اصل آن است که اجبار بر مطالبه خسارت مقدم باشد و این دو نیز در طول هم باشند نه در عرض هم. لیکن این نظر هم قابل خدشه است و با حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی و مصلحت اجتماعی سازگار نیست." (محقق داماد، سید مصطفی: نظریه عمومی شروط و التزامات، ص ۲۲۴).

"در حقوق ایران اصل بر اجرای عین تعهد است و تا زمانی که اجرای عین تعهد ممکن است نمی‌توان از ضمانت اجرای فسخ بهره مند شد. این قاعده مبتنی بر قول گروهی از فقهای امامیه

است، هر چند فقهای بزرگی قائل به تخییر شده اند، یعنی بر آنند که الزام به اجرای عین تعهد و فسخ در یک ردیف و به بیانی در عرض هم هستند و متعهدله اختیار دارد به هر یک از این دو ضمانت اجرا متوسل گردد. این نظر با توجه به مشکلات عملی اجبار قضایی مناسب تر و با حقوق تطبیقی و اسناد بین المللی، مانند کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب سال ۱۹۸۰ سازگارتر است. به طور کلی گرایش غالب در حقوق تطبیقی بر این است که متعهدله در انتخاب هر یک از ضمانت های اجرائی مقرر مخیر است و در صورت نقض تعهد می تواند به ضمانت اجرای اجبار، و در صورت امکان یا فسخ در صورت نقض عمده یا اساسی قرارداد یا مطالبه خسارت یا ضمانت های اجرائی دیگر متوسل گردد. " ( صفایی، سید حسین: حقوق بیع بین الملل، صفحه ۸۷، شماره ۱۸۳).

" اجبار به انجام تعهد فقط در صلاحیت مقامات صالحه قانونی است و متعهدله نمی تواند بدون مراجعه به این مقامات، از طریق غیر قانونی مثلاً از راه اعمال زور و قدرت شخصی، متعهد را مجبور کند. اگر طلب مستند به سند رسمی لازم الاجرا یا سندی که در حکم آن است مانند چک باشد، برای اجبار متعهد، مراجعه به دادگاه لازم نیست و متعهدله می تواند از اداره ثبت اسناد اجرای مفاد سند را تقاضا کند. اما اگر سند لازم الاجرا در میان نباشد، متعهدله برای اجبار متعهد به انجام تعهد باید به دادگاه مراجعه کند. اجبار متعهد برحسب این که موضوع تعهد مال یا انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد به شیوه های مختلف انجام می شود. " ( ألفت، نعمت الله: اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد، ویژه حقوق تطبیقی، صفحه ۶۳، شماره ۷۹).

### استفاده از حق حبس برای طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

حبس به معنی نگاه داشتن و بازداشتن است. حق حبس به معنی حق و اجازه قانونی در نگه داشتن مال یا تعهدی است که قرار است انجام شود. در یک قرارداد خرید و فروش که می تواند موضوع آن انتقال ملک و یا هر کالای دیگر باشد، هر یک از فروشنده و خریدار حق دارد از تحویل و تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا این که طرف دیگر معامله حاضر به تسلیم شود. عبارتی، هر یک از طرفین می تواند با نوعی گروکشی قانونی، از ایفای تعهد خود در مورد تحویل ملک یا مبلغ قرارداد خودداری کند تا این که طرف مقابل به تعهد خود عمل کند. براساس قانون، اگر با وجود رسیدن موعد پرداخت، خریدار از پرداخت ثمن سرپیچی کند فروشنده حق دارد از تسلیم مبیع به وی خودداری کند تا زمانی که خریدار حاضر به پرداخت شود، که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی به وضوح روشن است.

" حق حبس به معنی جایز بودن عدم ایفای تعهد قراردادی است و به واسطه عدم ایفای تعهد

متقابل در قرارداد برای طرف یا اطراف عقد ایجاد می شود. بیع به عنوان مصداق بارز یک عقد تملیکی معوض بر این مبنا استوار است که قبض و اقباض مبیع و ثمن همزمان صورت بگیرد و به طور ضمنی هر کدام از طرفین عقد را ملزم می کند که مورد تعهد خود را همزمان با تسلیم مورد تعهد طرف مقابل تسلیم کند، بنابراین در فرض اطلاق عقد هر کدام از طرفین می تواند در صورت امتناع طرف مقابل از تسلیم، مقابله به مثل کند. ( باستانی نامقی، رضا، تحلیل و آسیب شناسی قانون پیش فروش ساختمان، ص ۱۰۳.)

بنابراین، حق حبس امری موافق قاعده و نشئت گرفته از اراده طرفین است و در تمام عقود که ناقل مالکیت عین، منفعت یا حق مربوط به عین است، جاری می شود. همچنین باید اذعان داشت که به لحاظ تحلیلی در قراردادهایی که طرفین دو تعهد متقابل دارند، تقابل میان دو تعهد نیز جزو مفاد قرارداد و تعهد ضمنی طرفین است و از این جهت قول به جریان حق حبس در چنین قراردادهایی نیز قوی است. حق حبس بنا بر تحلیل فوق مبتنی بر تقابل بودن تعهد طرفین قرارداد و اراده ضمنی ایشان بر ایفای تعهدات متقابل است. " پذیرش اجل در قرارداد به این معنا است که یک طرف از مطالبه همزمان اجرای تعهدی که به نفعش صورت گرفته با تعهدی که به عهده دارد صرف نظر کرده باشد، به بیان ساده تر طرفی که تعهد وی در قرارداد حال است از حق حبس صرف نظر کرده است. با وجود این باید توجه داشت که صرف وجود اجل در قرارداد مانع از جریان حق حبس در آن قرارداد نیست و طرف دیگر قرارداد که تعهدش مؤجل شده است می تواند قبل از اجرای تعهدی که بر دوش دارد، اجرای تعهد طرف مقابل را مطالبه کند، زیرا حق حبس امری استثنایی نیست که مستلزم تفسیر مضیق باشد و ارتکاز ذهنی عقلا وجود حق حبس در چنین مواردی را موجه می داند. " ( امینی، منصور، و عابدیان، میرحسین، و عبدالصالح شاهنوش فروشانی، محمد: مبانی و قلمرو « حق حبس » در حقوق ایران و فقه امامیه و مقایسه آن با حقوق کامن لا، فرانسه و آلمان، فصلنامه قضاوت، ص ۱۱ و ۱۳، شماره ۸۶.)

قرارداد پیش فروش ساختمان یک قرارداد معوض و مؤجل به حساب می آید. از یک سو تعهد اصلی پیش فروشنده به ساخت و تکمیل بنا در یک بازه زمانی صورت می گیرد و از سوی دیگر پرداخت بهای ساختمان از طرف پیش خریدار نیز به صورت اقساطی و مؤجل انجام می پذیرد. در قرارداد پیش فروش ساختمان، طبق بند ۵ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت بهای واحد ساختمانی باید به صراحت در قرارداد ذکر شود. عرف حاکم بر مسئله ایجاب می کند که ایفای تعهد از طرف پیش فروشنده همواره مقدم بر پیش خریدار باشد، به این معنا که پرداخت اقساط از سوی پیش خریدار منوط به پیشرفت بخشی از پروژه می شود. در واقع پیش فروشنده پذیرفته است که اجرای تعهد پیش خریدار مبنی بر پرداخت اقساط همواره مؤخر از اجرای تعهد او مبنی بر تکمیل عملیات ساختمانی باشد و به این وسیله حق حبس خود را ساقط



کرده است. اما پیش خریدار به مقتضای تقابلی که میان تعهدات وجود دارد، حق امتناع از پرداخت اقساط تا زمانی که پیش فروشنده حاضر به اجرای تعهد خود شود را خواهد داشت.

" حق حبس به روشهای مختلفی از بین می رود::

۱- طرفین یا یکی از آنها، در متن قرارداد صراحتاً این حق را از خود ساقط کند.

۲- تعیین مدت برای یکی از دو تعهد است. اگر یکی از دو تعهد مدت داشته باشد، نشان دهنده توافق طرفین بر این است که اجرای یکی از تعهدها مقدم باشد. یعنی آن طرفی که انجام تعهدش زمان ندارد، باید هرچه سریعتر تعهد خود را عملی کند و حق ندارد اجرای آنرا تا انجام طرف مقابل به تعویق بیندازد.

۳- تسلیم ثمن یا مبیع معامله است. اگر یکی از طرفین به میل خود آنچه را بعهده داشته است تحویل دهد، به این وسیله از حق حبس خود صرف نظر کرده است. هر یک از دو طرف قرارداد اگر به تعهد خود عمل کنند، راه برگشت نخواهند داشت، چرا که حق حبس تا قبل از تحویل و انجام تعهد است." ( شهیدی، مهدی؛ آثار قراردادهای و تعهدات؛ ص ۱۶۶. - اصغرزاده، علی؛ ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان؛ فصلنامه علامه، ص ۱۳، ش ۰۲)

### گرفتن تضمین طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

وقتی قراردادی منعقد می شود، همواره این تردید وجود دارد که ممکن است متعهد به قول خود وفا نکند یا امکان دارد که در انجام تعهدات تأخیر روا دارد. همچنین این احتمال هم وجود دارد که پس از اجرای قرارداد مشخص شود که در اجرا نقضی موجود است. بدیهی است که در این موارد شرط جبران خسارت چاره ساز است. اما این خسارت از چه منبعی باید تأمین و پرداخت شود؟

اگر بنا باشد متعهدله پس از وقوع تخلف از ناحیه متعهد به دادگاه مراجعه کرده و با تقبل هزینه دادرسی و حق الوکاله و تحمل مشقت عاقبت به اصل حق خود برسد، با توجه به طول مدت رسیدگی و کاهش ارزش پول نهایتاً چیزی دستگیرش نخواهد شد از این رو باید تدابیری اندیشید که جبران خسارت حتی المقدور در مدتی کوتاه و با طرح دعوی و رفتن به دادگستری هم بر دوش متعهد متخلف تحمیل شود. برای وصول به این اهداف از متعهد تضمین گرفته می شود. معتبرترین تضمین، ضمانت نامه بانکی و متزلزل ترین تضمین سفته است.

۱- ضمانت نامه بانکی: سندی است که به موجب آن بانک در مقابل ذی نفع ضمانت نامه متعهد می شود به محض و به صرف اعلام او (متعهدله) مبلغ ضمانت نامه را به وی بپردازد، بنابراین متعهدله می تواند به محض احساس خطر، وجه ضمانت نامه را وصول کند و این متعهد است که با اثبات این که تخلفی نکرده است به دادگاه مراجعه و گرفتاری ها و هزینه های دعوی

را تقبل می نماید.

**۲-** چک تضمینی را معمولاً بدون تاریخ می گیرند. این چک همیشه قابل مطالبه و وصول است. اما چون تاریخ ندارد فاقد جنبه کیفری می باشد. بنابراین متعهدله می تواند در صورت تخلف متعهد، چک تضمینی را تاریخ بزند و با صدور اجرائیه از طریق اجرای ثبت نسبت به وصول آن اقدام نماید. در این حالت باز این متعهد است که اگر اقدام به وصول را صحیح نمی داند، باید به دادگاه مراجعه و ابطال اجرائیه را تقاضا کند.

**۳-** وقتی تضمین پیش پرداخت سفته باشد، متعهدله ناچار است برای وصول آن اقدام به واخواست نموده و سپس با طرح دعوی درصدد مطالبه دینش برآید. در این حالت با طرح دعوی برعهده متعهدله است و متعهد از مزایای خوانده دعوی بودن استفاده می کند.

### گرفتن ضامن طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

هر یک از طرفین قرارداد برای استحکام تعهدات مالی طرف مقابل می تواند قراردادی بخواهد برای تعهدات خود ضامن معرفی کند. در این حالت شخص ثالثی به عنوان ضامن، اجرای تعهدات مالی از طرفین را برعهده می گیرد و در صورت تخلف متعهد، ضامن مسئول اجرای تعهد وی خواهد بود. مثلاً اگر در قرارداد وجه التزامی برای تخلف فروشنده از اجرای تعهدات پیش بینی شود، ضامن تعهد فروشنده را در خصوص پرداخت وجه التزام ضمانت می کند.

در مورد گرفتن ضامن دو نکته مورد توجه می باشد:

**اول:** اینکه ضامن صرفاً می تواند تعهدات مالی طرفین را که حاصل تحویل یک مال است برعهده بگیرد و امکان ضمانت سایر تعهدات را ندارد.

**دوم:** اینکه در قانون مدنی اگر شخصی ضمانت دیگری را برعهده بگیرد، تعهد از متعهد اصلی به ضامن منتقل می شود و متعهد اصلی دیگر تعهدی ندارد. بنابراین در این صورت بهتر است در قرارداد ذکر شود که علاوه بر ضامن، متعهد اصلی نیز بصورت همزمان مسئول است. به این نوع از مسئولیت، مسئولیت تضامنی اطلاق می شود. شایان ذکر است که مواد ۶۸۴ تا ۷۲۳ قانون مدنی، به احکام و آثار عقد ضمان پرداخته است.

### مطالبه وجه التزام طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

در قراردادها معمولاً برای تضمین و تحکیم تعهدات طرفین به صورت شرط ضمن عقد مبلغی پیش بینی می شود تا در صورت تخلف هر کدام از طرفین از تعهدات قراردادی، به عنوان جریمه به طرف مقابل پرداخت شود. این مبلغ را اصطلاحاً وجه التزام می نامند. اگر در قرارداد، وجه التزام و جریمه ای برای تأخیر یا عدم ایفای تعهدات پیش بینی شده باشد، این جریمه قابل مطالبه است، و ماهیت وجه التزام به دو صورت قابل تصور است:

۱- کیفر تخلف از انجام تعهد که نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف در نظر گرفته شده.

۲- بعنوان جبران خساراتی که نقض تعهد به متعهدله وارد می شود. که در ماده ۲۳۰ قانون مدنی مشهود است. فایده ای که شرط تعیین وجه التزام برای شخص ذینفع دارد، اینکه او را از اثبات اصلی خسارت و مقدار و میزان آن معاف می کند. لذا پرسش می شود آیا با مطالبه وجه التزام، اصل تعهد هم قابل مطالبه هست؟ عبارتی آیا شخص ذینفع می تواند هم وجه التزام را مطالبه کند؟ و هم اجرای تعهد اصلی را؟ جواب این است که اگر وجه التزام برای تخلف از انجام دادن اصل تعهد باشد، مطالبه وجه التزام به همراه اجرای اصل تعهد قاعدتاً قابل پذیرش نیست، مگر اینکه طرفین قرارداد آنرا صراحتاً پذیرفته باشند یا اینکه از قرارداد برآید که چنین چیزی مورد توافق طرفین بوده است.

"برخی از حقوق دانان معتقدند: امکان دریافت همزمان وجه التزام و الزام متخلف به انجام تعهد را مجاز می دانند. برای جلوگیری از تفاسیر مختلف، بهتر است در قرارداد نسبت به این امر صراحتاً تعیین تکلیف شود و مشخص شود که آیا متعهدله به صورت همزمان حق دریافت وجه التزام و الزام متعهد به تعهد اصلی وجود دارد یا خیر؟ چنانچه وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد باشد، مثل اینکه در قرارداد شرط شود که هر یک از طرفین در موعد مقرر به تعهد خود عمل نکند، باید برای هر روز تأخیر مبلغی به عنوان خسارت بپردازد. بهتر آن است که قید شود پرداخت این خسارت روزانه تکلیف متعهد را نسبت به اصل انجام تعهد ساقط نمی کند در هر حال متعهد باید به تعهد خود عمل کند، پرداخت این وجه تا زمانی که تعهد اجرا نشده ادامه خواهد داشت، ولو اینکه مبلغ پرداختها از کل مبلغ استحقاقی طرف دوم بابت انجام قرارداد فراتر رود. لذا مطالبه وجه التزام منافاتی با اجرای اصل تعهد ندارد." (اقدامی، حسین، و کشاورز، بهمن: راهنمای حقوقی خرید و فروش پیش خرید و پیش فروش املاک و مستغلات، صفحات ۷۲ و ۷۳، چاپ ۱۰، ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه ۱۴۰۲)

### جبران ضرر ناشی از عدم ایفای تعهد طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

خُلفِ وعده متعهد موجب خسارت به متعهدله می شود. متخلف باید زیان وارد بر متعهدله را جبران کند. در این حالت مبلغ معینی بابت خسارت به متعهدله پرداخت می شود. برحسب مورد این پرداخت می تواند جایگزین تعهد اصلی باشد یا نباشد. این خسارت وقتی قابل مطالبه است که:

۱- مدت معینی برای انجام تعهد تعیین شده باشد.

۲- این مدت منقضی شده باشد.

۳- در حالتی که تعیین زمان انجام تعهد با متعهدله باشد، متعهدله ثابت کند که با ارسال اظهارنامه رسمی اجرای تعهد را مطالبه کرده است.

۴- لزوم جبران خسارت باید در قرارداد تصریح شده یا به حکم قانون یا عرف، متخلف به جبران خسارت مکلف باشد. بهتر است این مسئله در قرارداد ذکر شده تا برای اثبات ادعا به عرف یا قانون نیاز نباشد، که در ماده ۲۲۷ قانون مدنی مشهود است.

۵- عدم ایفاء تعهد به علت بروز قوه قاهره (فورس ماژور) نباشد.

طبق قواعد عام مسئولیت مدنی پیش فروشنده و پیش خریدار اصولاً ضامن تمام خساراتی هستند که به واسطه تقصیر ایشان به دیگری وارد می شود هرچند قواعد عمومی بطور کلی این موضوع را مورد پذیرش قرار داده اند، اما دشواری های خاصی که در رابطه با دامنه خسارات قابل مطالبه، اثبات وقوع خسارات و رابطه سببیت وجود دارد باعث شده است که قانون گذار در بند ۸ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان طرفین را ترغیب کند که در مورد خسارات تعیین تکلیف کنند. با توجه به اینکه مقنن در مورد این موضوع توضیحات خاصی نداده است، لزومی ندارد که طرفین قرارداد پیش فروش ساختمان جزئیات را در مورد خسارات بیان کنند و به نظر می رسد حتی ذکر این نکته که متخلف از قرارداد ضامن خسارات ناشی از تخلف خود خواهد بود نیز کافی باشد.

"ضرر ممکن است از بین رفتن مال باشد مثلاً اگر کسی با دیگری قرارداد کند که اسب وی را نگهداری کند و در نتیجه عدم اجرای تعهد، اسب تلف شود، متعهد مسئول و مکلف به جبران خسارت است. ضرر ممکن است تلف منفعت و یا تلف منفعت ممکن الحصول در اثر عدم اجرای تعهد طرفین قرارداد باشد، که آن را ضرر مادی گویند مثلاً اگر کسی با پیمانکاری قرارداد بسته باشد که سینمایی برای او بسازد و در تاریخ معین تحویل دهد، در صورتی که پیمانکار در اجرای تعهد تأخیر کند، صاحب سینما می تواند ادعا کند از منفعتی که از فروش بلیت در این مدت می بایست به دست آورد محروم شده و از این طریق زیان دیده است. ضرر ممکن است صدمات روحی و معنوی باشد، صدمه ای است که به حیثیت و آبروی شخص یا به عواطف و احساسات او وارد می شود. مثلاً اگر کسی عده ای را به شام دعوت کند و رستوران طرف قرارداد از اجرای به موقع تعهد خودداری کند و به حیثیت و آبروی میزبان لطمه وارد شود، وی می تواند ادعای ضرر معنوی و تقاضای جبران آن را از طریق الزام به پرداخت مبلغی پول یا عذرخواهی و مانند آن بنماید، که طریقه جبران ضررهای فوق در ماده ۱، ۲، ۳، ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری و ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی مشهود است.

"در فقه اسلامی در اینکه آیا عدم النفع ضرر و قابل جبران است یا خیر، اختلاف است. فقهای امامیه در پاره ای موارد، جبران خسارت عدم النفع را پذیرفته اند. مثلاً هرگاه کسی کارگر

اجبر شده ای را بازداشت کند ضامن است." (رحیمی، حبیب الله: مسئولیت مدنی؛ ص ۱۹۷، شماره ۷۳).

"متعهدله فقط می تواند جبران ضرر مسلم، حتمی، قابل پیش بینی، مستقیم، و بدون واسطه از عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای آن ناشی شده باشد را مطالبه کند، نه ضرر احتمالی و غیر مستقیم. مقصود از ضرر مسلم زبانی است که تحقق یافته یا به احتمال قوی و برحسب جریان عادی امور در آینده تحقق می یابد. پس اگر مقاطعه کاری متعهد شود که ساختمانی برای دیگری بسازد و آن را در موعد معین تحویل دهد، لیکن در تحویل ساختمان تأخیر نماید، فقط ضرر مسلم و حتمی صاحب ساختمان، اجرت المثل ساختمان در فاصله بین موعد مقرر در قرارداد و تاریخ اجرای تعهد قابل جبران است. اما وی نمی تواند ادعا کند که اگر ساختمان در موعد مقرر تحویل می شد آنرا به دو برابر اجاره بهای روز به ی مؤسسه اجاره می داد ولی تأخیر در اجرای تعهد در قرارداد موجب شده که مؤسسه مزبور ساختمان دیگری اجاره کند، پس متعهد باید اجاره بهای ادعایی را بعنوان خسارت بپردازد. ضرر زائد بر اجرت المثل احتمالی است نه مسلم." (کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، ص ۳۵۰، ش ۸۱۱)

بنابراین زمانی دادگاه حکم به خسارت می دهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است، که در ماده ۲۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی مشهود است. در نتیجه برابر ماده ۵۲۰ قانون آئین دادرسی مدنی، متعهدله نمی تواند جبران ضرر غیر مستقیم و با واسطه را طلب کند. "دلیل اینکه مسئولیت متعهد محدود به ضرر مستقیم شده این است که وجود رابطه سببیت عرفی بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده لازم است. و در ضرر غیر مستقیم رابطه سببیت عرفی وجود ندارد و ممکن است این ضرر اسباب و علل دیگری داشته باشد. لذا رابطه سببیت بین عدم اجرای تعهد و ضرر غیر مستقیم وجود ندارد. بنابراین مستقیم بودن ضرر به این معنی نیست که هیچگونه فاصله و واسطه ای در ایراد ضرر نباید وجود داشته باشد؛ بلکه مقصود آن است که رابطه سببیت یا استناد عرفی بین عدم اجرای تعهد و زیان وارد شده لازم است، یعنی فاصله بین عدم اجرای تعهد و ضرر نباید به اندازه ای باشد که عرف خسارت را به نقض قرارداد نسبت ندهد." (کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۳۵۰).

"از نظر فقهی و حقوقی هم گاهی مسئولیت ناشی از تسبیب یعنی ایجاد سبب برای خسارت است، یعنی حتی با وجود واسطه اگر عرف خسارت را به مسبب نسبت ندهد او مسئول خواهد بود. مثلاً اگر شخصی دیوانه یا صغیر غیر ممیزی را وادار به ایراد خسارت نماید، مسبب مسئول است نه مباشر، که ماده ۳۳۲ قانون مدنی گویای این مطلب است." (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۵۹). " این قاعده در باب ضمان قهری و تسبیب مطرح شده ولی با توجه به وحدت بنیادی مسئولیت

قه‌ری و مسئولیت قراردادی، قابل تعمیم به مسئولیت قراردادی است. و در فقه هم از این لحاظ تفاوتی بین دو مسئولیت دیده نمی‌شود." ( کاتوزیان، همان، ص ۳۵۹ )

"در مورد ضررهای غیر قابل پیش بینی که ضرر قابل جبران نیست، در قراردادهای برطبق اصل حاکمیت اراده، خواسته‌ها و پیش بینی‌های طرفین ملاک عمل است و اگر ضرر قابل پیش بینی نباشد در واقع وارد قلمرو قرارداد نشده و جبران آن را نمی‌توان به توافق طرفین نسبت داد. اگر ضرر قابل پیش بینی نباشد، در وجود رابطه سببیت میان ضرر و عدم اجرای قرارداد نیز می‌توان شک کرد؛ مثلاً بازرگانی کت و شلوار خود را به خشکشویی می‌دهد و متصدی تعهد می‌کند تا آن را دو روز بعد ساعت ۱۰ صبح تحویل دهد و بازرگان قصد شرکت در عقد قراردادی را در ساعت ۱۱ آن روز دارد و به تعهد متصدی مزبور اعتماد می‌کند و لباس دیگری را آماده نمی‌کند. در موعد مقرر لباس آماده نمی‌شود و بازرگان چند ساعتی تأخیر می‌کند و به همین جهت سود زیادی از دست می‌دهد. لذا رابطه سببیت میان ضرر تاجر و نقض عهد متصدی وجود ندارد؛ زیرا خود تاجر نیز اهمال کرده است. در نتیجه جبران خسارت یا باید در قرارداد صریحاً قید شده باشد، یا اینکه عرفاً به منزله تصریح در عقد باشد و یا اینکه قانون به آن حکم کرده باشد، و از ماده ۲۲۱ قانون مدنی استنباط می‌شود که خسارت غیر متعارف که عرفاً قابل پیش بینی نیست قابل مطالبه هم نیست." ( صفایی، سید حسین: قواعد عمومی قراردادهای؛ ج ۲، ص ۲۴۳ )

**مطالبه خسارت تأخیر تأدیه موضوع تعهد طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان**

خسارت تأخیر تأدیه به معنی خسارت دیرکرد پرداخت وجه نقد توسط مدیون است. اگر موضوع تعهد، پرداخت وجه نقد باشد و متعهد از پرداخت آن خودداری کند و با وجود مطالبه فروشنده آن را نپردازد، از زمان مطالبه می‌بایست خسارت تأخیر تأدیه را براساس شاخص تورم طبق اعلام بانک مرکزی پرداخت کند. در مورد خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات مقنن رویکرد دیگری اتخاذ کرده است و تنها به ترغیب طرفین اکتفا نکرده است. در ماده ۶ قانون پیش فروش ساختمان مقررات دقیقی در مورد کیفیت ارزیابی خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات پیش بینی شده است. طرفین قرارداد پیش فروش ساختمان می‌بایست طبق بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان مفاد قانونی این ماده را به عنوان شرط ضمن عقد در قرارداد پیش فروش ساختمان بپذیرند و در صورتی که پیش فروشنده حاضر به پذیرش چنین تعهداتی نباشد، نمی‌تواند قرارداد پیش فروش ساختمان را به صورت رسمی منعقد کند، البته پیش فروشنده می‌تواند مبالغ بیشتری به نفع پیش خریدار تعهد کند و این موضوع مانع از تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش ساختمان نیست.

هرگاه موضوع تعهد وجه نقد باشد، اعم از پول داخلی (ریال) و پول خارجی (ارز) و طرفین قرارداد توافق کرده باشند که متعهد در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر مبلغ معینی بپردازد، که چنین توافقی هرگاه به صورت شرط ضمن عقد باشد، شرط جزا یا شرط کیفری نیز نامیده می شود، اثبات ضرر در این صورت لازم نخواهد بود و متعهدله در صورت تخلف متعهد، می تواند تأدیة مبلغ مزبور که وجه التزام نامیده می شود را از متعهد طلب کند گرچه هیچ ضرری به متعهدله نرسیده باشد.

"اصل حاکمیت اراده اقتضاء می کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت معتبر و الزام آور باشد. و تعیین وجه التزام نه فقط برای عدم اجرای تعهد، بلکه برای تأخیر در انجام تعهد نیز صحیح و معتبر است. که برابر ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی قابلیت اجرایی دارد. لذا قانون گذار خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد براساس نرخ تورم را پذیرفته است، و مورد پذیرش و تأیید فقها تا جایی که مغایرتی با شرع نداشته باشد قابل مطالبه است. دادگاه با توجه به ماده فوق با احراز شرایط ذیل باید به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه حکم دهد." (صفایی، سید حسین: پیشین؛ صفحه ۲۴۶).

"۱- موضوع دین باید وجه رایج باشد. چنانکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در ارتباط با ماده ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین در باب خسارت تأخیر تأدیه نسبت به دعاوی از جمله دعوی مطالبه وجه برات که خواسته آن پول خارجی است؛ اعم از وجه رایج داخلی و ارز خارجی است. پس اگر موضوع دین ارز رایج خارجی باشد مشمول ماده فوق خواهد بود. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، شماره ۹۰ - ۱۳۵۳/۱۰/۴ نظر به اینکه پرداخت وجه برات با پول خارجی بنا به مدلول ماده ۲۵۲ قانون تجارت تجویز شده است و مطابق قسمت آخر بند ج ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور، پرداخت تعهدات به ارز با رعایت مقررات ارزی مجاز می باشد و نظر به بند ۱ ماده ۸۷ قانون آئین دادرسی مدنی راجع به ارزیابی خواسته، در مورد پول رایج ایران و پول خارجی، تخصیص دادن ماده ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی به دعاوی که خواسته آن پول رایج ایران است صحیح نیست و عبارت وجه نقد مذکور در این ماده اعم است از پول ایران و پول خارجی." (آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور: نشر معاونت پژوهش).

"لذا با توجه به این رای باید گفت وجه نقد اصولاً اعم از پول داخلی و پول خارجی است. ظاهراً مقصود ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی پول داخلی است. وفق ماده ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ خسارت تأخیر تأدیه در کلیه دعاوی که موضوع آن وجه نقد بود، قابل مطالبه هست و میزان آن ۱۲ درصد در سال تجاوز نمی کرد. و حکم ماده قانونی مذکور تا سال ۱۳۶۲ قابلیت اجرایی داشت، اما در همان سال دریافت خسارت تأخیر تأدیه از سوی شورای نگهبان خلاف موازین شرعی تشخیص داده شد. و ماده ۷۱۹ و ۷۱۲ قانون آئین دادرسی

مدنی و ماده ۳۶ قانون ثبت اسناد و املاک کشور حذف و ماده ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی جایگزین شد. ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی که از تغییر فاحش قیمت سالانه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی تعیین می شود سخن می گوید منظور وجه رایج ایران است. (تنقیح قوانین و مقررات نهاد ریاست جمهوری، ص ۴۲۳).

"اداره کل حقوقی و تدوین قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۱۰۸۲۷ - ۱۳۸۰/۱۱/۲ همین نظر را به شرح زیر پذیرفته است. یعنی وجه رایج مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی به ارزشهای خارجی تسریع پیدا نمی کند. زیرا تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی تعیین می گردد براساس ترقی و تنزل هزینه زندگی است و این تغییر شاخص بر مبنای ارزش ثابت ریال وجه رایج در ایران محاسبه می شود، درحالی که ارزشهای خارجی دائماً در نوسان بوده و اکثراً درحال ترقی نسبت به ریال می باشد و بنابراین ارزشهای مذکور از شمول ضابطه این ماده خارج است و اصولاً وجه رایج به معنای پول رایج در داخل کشور است و شامل پول سایر کشورها نیست." (مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات به اهتمام معاونت حقوقی و توسعه قضائی قوه قضائیه: چاپ روزنامه رسمی کشور؛ ج ۱، ص ۳۲۲).

**۲-** داین باید پرداخت دین را مطالبه کند. ممکن است از طریق اظهارنامه یا تقدیم دادخواست به دادگاه یا پست سفارشی و غیر آن باشد. البته اثبات مطالبه برعهده بستانکار است.

**۳-** مدیون باید تمکن مالی برای ادای دین داشته باشد. لذا اگر مدیون به حکم دادگاه معسر شناخته شود، مکلف به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه نخواهد شد. به نظر تا زمانی که حکم اعسار به نفع مدیون صادر نشده، ظاهر در تمکن وی از پرداخت است و بستانکار می تواند به این ظهور استناد کند.

**۴-** شاخص قیمت سالانه باید تغییر فاحش کرده باشد. فقط در دوره تورم شدید بستانکار می تواند خسارت تأخیر تأدیه مطالبه نماید. ضابطه دقیقی برای تغییر فاحش شاخص قیمت ها در دست نیست و تشخیص این امر با عرف اقتصادی است. بدیهی است که تغییر اندک شاخص قیمت ها که در کشورهای دیگر هم معمول و اجتناب ناپذیر است مجوز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نخواهد بود. ولی افزایش شدید قیمت ها در سالهای اخیر در ایران تغییر فاحش شاخص به شمار می آید.

**۵-** بستانکار باید خسارت تأخیر تأدیه را طلب کند و در صورت عدم مطالبه دادگاه نمی تواند راساً به آن حکم کند.

**۶-** بدهکار باید از ادای دین امتناع کند.

با احراز شرایط فوق دادگاه براساس نرخ تورم و تغییر شاخص قیمت ها که بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین و جدول آن را در اختیار دادگاه ها می گذارد میزان خسارت تأخیر



تأدیه را مشخص و به پرداخت آن حکم خواهد کرد، مگر این که طرفین به نحو دیگری تراضی نمایند. بنابراین مبدأ محاسبه همان تاریخ سررسید دین است و نرخ تورم از آن زمان تا زمان پرداخت باید ملاک حکم باشد. بنابراین دادگاه در عمل با در نظر گرفتن تغییر شاخص از زمان سررسید تا زمان صدور حکم میزان خسارت تأخیر تأدیه را مشخص و به آن حکم می کند و به واحد اجرای احکام دستور می دهد که میزان خسارت از زمان صدور حکم تا زمان پرداخت را تعیین و اقدام به وصول و ایصال آن نماید. که در ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی قابل استنباط است و با عدالت و انصاف هم سازگار است. این نظر مورد قبول دادگاه ها نیز واقع شده است، هرچند که برخی از حقوق دانان با آن مخالفند و مبدأ محاسبه را زمان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه می دانند. [ ( رجوع شود به کتاب نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه؛ شماره ۸۴۹۷ مورخ ۱۳۸۰/۹/۷ مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات، چاپ روزنامه رسمی کشور، صفحه ۳۲۱، سال ۱۳۸۴). ]

"دکتر شمس در این خصوص معتقد است: صدور حکم نسبت به خسارت موضوع ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی مستلزم این است که خواهان آن را در دادخواست دعوی اصلی یا قبل از ختم دادرسی درخواست نموده باشد، مطابق تبصره ۱ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی. و الا دعوی مستقلی نسبت به آن اقامه کند. در این صورت دادگاه علاوه بر این که خسارت را از تاریخ تقدیم دادخواست تا روز صدور حکم محاسبه و مورد لحوق حکم قرار خواهد داد، دستور می دهد تا با قطعیت حکم و اجرای آن واحد اجرای احکام از صدور حکم تا ختم عملیات اجرایی نیز آن را محاسبه و از محکوم علیه وصول و به محکوم له ایصال دارد. چنانچه این خسارت قبل از اقامه دعوی مطالبه شده باشد خسارت موضوع ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی از زمان مطالبه محاسبه خواهد گردید. نکته دیگر این که قسمت آخر ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی مصالحه طرفین را از شمول ماده استثناء کرده یعنی به طرفین اجازه داده است که از طریق مصالحه و توافق میزان خسارت را بیشتر یا کمتر از مقدار مقرر تعیین کنند، یا آن را با مال دیگری صلح نمایند. در واقع قانون گذار به نوعی خسارت تأخیر تأدیه توافقی را پذیرفته است و این با نظر شورای نگهبان سازگار نیست. مگر این که بگوئیم مقصود مصالحه پس از تحقق شرایط ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی و صدور حکم قطعی دادگاه می باشد، نه تعیین توافقی خسارت در قرارداد و قبل از تحقق شرایط یاد شده استحقاق خسارت تأخیر تأدیه. به عبارتی مصالحه و توافق به کمتر از میزان کاهش ارزش پول مجاز است، نه به مبلغ بیشتر." (شمس، عبدالله: آئین دادرسی مدنی؛ صفحه ۱۱۳).

با توجه به مطالب فوق نتیجه می گیریم که تعیین خسارت تأخیر تأدیه براساس معیار فوق در دوره تورم شدید که زائیده بی ثباتی وضع اقتصادی است قابل توجیه است. ولی در دوره ثبات و

تعادل اقتصادی قابل اعمال نیست. لذا شایسته است خسارت تاخیر تادیه با اثبات ضرر از سوی داین براساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی و قاعده تسبیب یا لاضرر پذیرفته شود. همان طور که در فتوای بعضی از فقها و ماده ۲۲۸ قانون مدنی و برخی آراء دادگاه‌ها پذیرفته شده است.

### اخذ وثیقه جهت تضمین عدم ایفای تعهد طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان

وثیقه عبارت است از مالی که شخص متعهد و یا شخص ثالث به متعهدله و یا طلبکار، که در قرارداد به نفع او تعهد شده است، می‌سپارد تا در صورتی که متعهد به تعهد خود عمل نکند، طلبکار از محل فروش وثیقه تعهدات مدیون و خسارات وارده به خود را جبران نماید.

به عقدی که طبق آن مالی به عنوان وثیقه در اختیار دیگری قرار می‌گیرد عقد رهن گفته می‌شود. به مال مورد وثیقه عین مرهونه. به شخصی که مال او در رهن می‌رود رهن. و به شخصی که مال به نفع او در رهن قرار می‌گیرد مرتهن گفته می‌شود. مال مورد وثیقه می‌تواند مختلف باشد، منقول مانند: ماشین، هواپیما، کشتی، سهام شرکت‌ها، ضمانت نامه بانکی، طلا و جواهرات و هر مالی که دارای ارزش قیمتی باشد. و غیر منقول مانند: ملک. مالی در حکم غیر منقول مانند: جرثقیلی ریلی که در سوله‌های صنعتی نصب شده است. قبل از وثیقه قراردادن ملکی به عنوان تضمین قرارداد، لازم است نسبت به ارزیابی و کارشناسی شرایط ملک مزبور توسط کارشناسان رسمی دادگستری در رشته مربوطه اقدامات مقتضی به عمل آید. در صورت وثیقه قراردادن ملک به عنوان تضمین، متن ذیل در تنظیم سند رسمی عقد رهن پیشنهاد می‌گردد:

**الف:** متعهد کلیه حقوق قانونی متصوره خویش اعم از مالکیت عین و منفعت شش دانگ پلاک ثبتی... به نشانی... را به موجب قرارداد رسمی تنظیمی در دفترخانه اسناد رسمی مورد تأیید متعهدله به عنوان وثیقه جهت تضمین انجام تعهدات قراردادی و غیر قراردادی با ارائه آخرین برگه استعلام وضعیت ثبتی به روز شده در رهن متعهدله قرار خواهد داد.

**ب:** متعهد ملتزم است وکالت نامه بلاعزل با موضوع فروش به نام خویش منتقل نموده و وجوه حاصل از انعقاد معامله در مورد پلاک مذکور را به نفع خویش تملیک نماید. ضمناً به موجب این توافق نامه مقرر گردید که وکالت نامه بلاعزل بوده و متعهد حق عزل و یا ضم وکیل یا امین را از خود سلب و ساقط نموده و اقرار و اعلام نموده که هیچ گونه معامله ای اعم از عین یا منفعت نسبت به پلاک مذکور انجام نداده و تا زمان تداوم قرارداد و عدم تسویه حساب نیز هیچ گونه حق و حقوقی در مورد واگذاری آن اعم از عین یا منفعت نداشته و در صورت انعقاد مسئولیت آن به عهده خود وی می‌باشد. در کلیه موارد فوق متعهد حق هرگونه ادعا یا اعتراض را از خود سلب و ساقط نموده و چنان چه اعتراض یا ادعایی به عمل آید از درجه اعتبار

ساقط است.

ج: وثیقه مزبور تا تسویه حساب کامل دیون اعم از اصل، کارمزد، سود، خسارات احتمالی به عنوان وثیقه باقی خواهد ماند. هرگونه عرصه و اعیانی، تاسیسات، آب‌نیه، مُستَحَدَثات و هر آن چه متصلاً یا منفصلاً به ملک مزبور اضافه شود داخل در وثیقه مذکور بوده و از توابع آن به شمار خواهد آمد.

لذا با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد بهتر آن است که در متن قرارداد قید گردد که در صورت تخلف متعهد از هر یک از مفاد قرارداد حاضر، متعهدله می‌تواند کلیه خسارات وارد به خود را از محل تضمینات و وثائق متعهد وصول و برداشت نماید و در صورت عدم کفایت تضمینات و وثائق فوق الذکر از طریق قانونی دیگر، برای وصول مطالبات و خسارات وارده به خود اقدام نماید. و متعهد حق هرگونه اعتراض و ادعایی را از خود سلب و ساقط می‌نماید. بنابراین مقنن در قانون مدنی مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ را به موضوع عقد رهن اختصاص داده است.

## نتیجه گیری

هر عقدی بیانگر تلافی اراده و قصد مشترک طرفین در قرارداد است. و در یک قرارداد دو طرف در قبال یکدیگر تعهداتی را می‌پذیرند که ملزم به رعایت اجرای مفاد آن هستند. وقتی قراردادی منعقد می‌گردد متعاملین آنچه را که در ذمه گرفته‌اند در ایفای تعهد مطابق مفاد متن قرارداد ملتزم و مسئول هستند و این الزام آور دانسته شدن به صراحت در مقرر ماده ۲۱۹ قانون مدنی آمده، و در صورت سرپیچی وظایف از جانب یکی، طرف مقابل می‌تواند او را به انجام وظایف الزام کند یا اینکه قرارداد را فسخ نماید و وجه التزام دریافت دارد، که قرارداد پیش فروش ساختمان از این امر مستثنی نیست. لذا پیش فروشنده حق ندارد ساختمان را به دیگری بفروشد چرا که قبلاً این حق را برای پیش خریدار ایجاد نمود که در صورت فروش ساختمان به دیگری توسط پیش فروشنده، پیش خریدار حق دارد ابطال قرارداد تنظیمی پیش فروشنده با شخص ثالث را از دادگاه به عنوان فروش مال غیر تقاضا کند یا اینکه معامله را تنفیذ کند.

بنابراین ضمانت اجرای حقوقی قرارداد به این موضوع می‌پردازد که اگر شخصی از اجرای تعهدات خود سرپیچی کند چه آثار و نتایج و پیامدهای منفی متوجه او خواهد شد. این پیامدها منفی به عنوان تنبیه و جریمه متخلف، به عنوان تضمین انجام قرارداد عمل می‌کنند و به این خاطر « ضمانت اجرای حقوقی قرارداد » نام گرفته‌اند. ضمانت اجرای حقوقی قراردادها طبق توافق طرفین ممکن است متفاوت باشند. لذا هر کس تعهد انجام کاری را قبول می‌کند، باید به آن عمل کند و به عهدش وفا کند. در صورتی که در اثر عدم انجام تعهد یا تأخیر آن، متعهدله یعنی کسی که تعهد به نفع او شده است، متضرر شود، می‌تواند جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را از متعهد مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی به آن اشاره دارد بخواهد و شخص متعهد ملزم به جبران خسارت وارده است.

این که خسارت ناشی از عدم انجام تعهد از متعهد قابل مطالبه باشد، باید شرایط زیر مهیا باشد.

**الف:** باید مدت زمان مشخص شده برای انجام تعهد سپری شده باشد. در مورد عدم ایفای تعهدات از سوی یکی از طرفین قرارداد، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت کند مگر این که برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده باشد و این مدت مزبور سپری شده باشد و اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده، کسی که به نفع او تعهد شده وقتی می‌تواند ادعای خسارت کند که اختیار تعیین زمان انجام تعهد با او بوده و ثابت کند که انجام تعهد را مطالبه کرده است. که در ماده ۲۲۶ قانون مدنی ذکر شده است، و در مورد تقدم بر مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد نصی در قانون دیده نمی‌شود و برابر همین مقرر ذیل عنوان، در خسارت حاصله از عدم

اجرای تعهدات از شرایط مطالبه خسارت به طور مطلق سخن گفته است. بنابراین می توان گفت مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد در عرض اجبار است و الزام به اجرای تعهد بر آن تقدم ندارد و مطالبه خسارت ناشی از تاخیر در اجرای قرارداد یا هزینه های انجام شده با اجرای اجباری عین قرارداد منافات ندارد، حتی مطالبه خسارت با فسخ قابل جمع است.

ب: عدم انجام تعهد در مدت تعیین شده در اثر تقصیر متعهد باشد و متعهد سبب ورود خسارت باشد. اگر متعهد تمامی تلاش و احتیاطات لازم را برای انجام تعهد رعایت کند ولی انجام تعهد مقدور نشود، مسئول جبران خسارت نیست، زیرا کسی که سبب ضرر به دیگری می شود مسئول جبران خسارت است. در این مورد متعهد احتیاط لازم را انجام داده و خسارت وارده به عمل او منسوب نیست. همچنین اگر متعهد بتواند اثبات کند که عدم انجام تعهد به علت عوامل خارج از اراده او بوده است، مسئول جبران خسارات وارده به متعهدله نیست.

## فهرست منابع

(قرآن کریم: آیه شریفه ۱، سوره مبارکه مائده)

### الف: منابع فارسی - کتاب‌ها

- ۱- امامی، سید حسن. (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۱۸، انتشارات کتاب فروشی اسلامی.
- ۲- رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۶)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: انتشارات سمت.
- ۳- شمس، عبدالله. (۱۳۹۲)، آئین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، ج ۳، چ ۲۴، تهران انتشارات دراک.
- ۴- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳)، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، تهران: انتشارات مجد.
- ۵- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد دوم، نوبت چاپ هفدهم، تهران: نشر میزان.
- ۶- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۵)، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
- ۷- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۱ و ۴، تهران: نشر میزان.
- ۸- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، نوبت چاپ هفتم، تهران انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۹- کشاورز، بهمن. اقدامی، حسین. (۱۴۰۲)، راهنمای حقوقی خرید و فروش پیش خرید و پیش فروش (املاک و مستقالات)، انتشارات قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، چاپ دهم.
- ۱۰- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۱)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، جلد اول، انتشارات مرکز نشر علوم انسانی.
- ۱۱- نامقی باستانی، رضا. پیری، جواد. رحمانی، امیرصادق. محمدی، محمدرضا. (۱۳۹۷)، تحلیل و آسیب شناسی قانون پیش فروش ساختمان، پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران: انتشارات قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، چاپ دوم.

### ب - مقالات

- ۱- اصغرزاده، علی. (۱۳۸۲)، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، فصلنامه علامه، صفحه ۷ - ۳۲، سال دوم، شماره دوم.
- ۲- امینی، منصور. عابدیان، میرحسین. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح. (۱۳۹۵)، مبانی و قلمرو «حق حبس» در حقوق ایران و فقه امامیه و مقایسه آن با حقوق کامن لا، فرانسه و آلمان، فصلنامه قضاوت، صفحه ۱ - ۲۶، دوره ۱۶، شماره ۹۶.

۳- الفت، نعمت الله. (۱۳۸۹)، اجرای اجباری حین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد، فصلنامه علمی پژوهشی، شماره ۱۱.

#### پ - نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

۱- رجوع شود به کتاب نظریه اداره کل حقوقی دادگستری، (۱۳۸۱)، تدوین قوانین قوه قضائیه، جلد اول، شماره ۸۴۹۷ - ۱۳۸۰/۹/۷، چاپ روزنامه رسمی کشور.

۲- آرای وحدت رویه، شماره ۸۵۴ - ۱۴۰۲/۹/۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور، نشریه معاونت پژوهش.

#### ت - گزارش ها و مستندات اداری

۱- مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات نهاد ریاست جمهوری به اهتمام معاونت حقوقی و توسعه قضائی، (۱۳۸۴)، قوه قضائیه، جلد اول، چاپ روزنامه رسمی کشور.