

بررسی ضمانت اجرای قرارداد مشارکت مدنی ساخت و ساز

چکیده:

قراردادهای ساخت و ساز از جمله قراردادهای مشارکت مدنی است که در جوامع امروز بسیار رایج شده است که در واقع تلفیق مالکیت ملک و سرمایه نقدی و غیر نقدی است لیکن مسأله ای که صاحب ملک را دچار نگرانی می سازد عدم انجام تعهد طرف قرارداد و ایجاد خسارت به مالک ملک می باشد پیش بینی ضمانت اجرایی عمومی قراردادها از جمله جبران خسارت، الزام به تعهد و تحویل قرار داد، فسخ و قانون خاص پیش فروش آپارتمان برای جلوگیری از ضرر در قانون و عرف سبب خواهد شد قراردادهای مشارکت ساخت و ساز طی فرآیند منطقی و قانونی منعقد گردد. سه ضلع ملک، مالک و شریک که شریک می تواند پیمانکار یا کار فرما برای ساخت پروژه نیز محسوب شود. توافق طرفین قرارداد برای پیش بینی سرمایه و نیروی اجرایی می تواند به عنوان مورد استفاده قرار بگیرد. این پژوهش ضمانت اجراهای حقوقی را جهت تسهیل کارگزاران و شرکای قراردادهای ساخت و ساز مورد بررسی و واکاوی قرار می دهد.

کلید واژه: قرارداد مشارکت، ملک، مالک، شرکت مدنی، تعهد

۱- مقدمه:

مشارکت مدنی به معنای درآمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد، به نحو مشاع، به منظور انتفاع و طبق قرارداد است. در حقیقت مشارکت مدنی و اختلافهای ناشی از آن یکی از دلایل مراجعه افراد به محاکم قضایی محسوب می شود. مواد ۵۷۱ به بعد قانون مدنی در باب شرکت است؛ شرکتها به دو نوع مدنی و تجاری تقسیم می شوند. شرکت های تجاری مشمول قانون تجارت هستند و به محض ثبت، از شخصیت حقوقی برخوردار می شوند اما شرکت های مدنی یا مشارکت مدنی تابع قانون مدنی هستند و شخصیت حقوقی ندارند یعنی شرکا با سرمایه نقدی یا غیرنقدی جمع می شوند و با هم مشارکت می کنند. در حقیقت سرمایه یا راس المال می تواند منقول یا غیرمنقول باشد.

ماده ۵۷۱ قانون مدنی نتیجه عقد شرکت است نه تعریف عقد شرکت؛ قانونگذار هیچ تعریفی از عقد شرکت ارائه نکرده است زیرا مواد این قسمت برگرفته از فقه امامیه است و بیشتر فقهای امامیه اعتقادی به عقد شرکت ندارند و قانونگذار نیز از نظر مشهور فقها پیروی کرده است.

عقد مشارکت ساخت و ساز یکی از عقود است که در عقود متداول جامعه امروز مورد استقبال بنگاههای اقتصادی و سرمایه گذاران در عرصه شهرسازی مدرن می باشد.

در میان فقهای متأخر مرحوم سید کاظم یزدی طباطبایی در کتاب عروه الوثقی در باب شرکت و اقسام آن مواردی را مطرح کرده است و با صراحت می گوید که شرکا می توانند عقد شرکت مستقلاً بدون امتزاج و اختلاط سرمایه ایجاد کنند.

اگرچه قانونگذار در هیچ قسمتی از قانون مدنی به صراحت نامی از عقد شرکت نیاورده است ولی مفسران می گویند منظور از شرکت، عقد شرکت است.

بر اساس نظر عده ای از فقها، عقد شرکت وجود دارد اما باید پایه آن امتزاج سرمایه ها باشد، این در حالی است که بر اساس نظر حقوقدانان مدرن امروزی شرکا می توانند عقد شرکت مدنی را بدون امتزاج سرمایه ها منعقد کنند.

عقد شرکت یک عقد بانام و معین است؛ هنگامی که عقد شرکت ایجاد می شود نتیجه این عقد، اشاعه است همچنین وقتی عقد شرکت منعقد می شود این عقد از باب اشاعه، لازم است اما از جهت دیگر، جایز و قابل فسخ است؛ این عقد همانند عقد مضاربه و از جمله عقود جایز است اما باید گفت که اشاعه این عقد قابل فسخ نیست مگر این که با توافق شرکا، تقاضای تقسیم به معنای عام شود.

در مواد قانون مدنی آمده است که شرکت به دو نوع «عقد شرکت» و «شرکت غیرعقدی» تقسیم می شود. از جمله اقسام شرکت غیرعقدی می توان به شرکت غیرعقدی ناشی از عقد بیع و شرکت غیرعقدی ناشی از ارث که شرکته قهری است و اراده اشخاص در ایجاد آن دخالتی ندارد، اشاره کرد.

هنگامی که عقد شرکت ایجاد شد، نسبت به سرمایه، اشاعه صورت می گیرد و در این نوع عقد شرکت، تصرف هر یک از شرکا در مال، مجاز است اما در شرکت غیرعقدی، تصرف مادی هر یک از شرکا در مال مشاع، بدون اذن همه شرکا جایز نیست همچنین هرگاه عقد شرکت توسط یکی از شرکا فسخ شود، تبدیل به یک شرکت غیرعقدی می شود.

در عقد شرکت طرفین به مقدار سرمایه خود اشاره و میزان سهام را ذکر می کنند؛ اگر دو نفر بخواهند یک عقد شرکت منعقد کنند، در صوتی که به مقدار سرمایه اشاره نشود، اصل بر بالمناصفه خواهد بود مگر این که خلاف آن به اثبات برسد. موضوع شرکت نیز مختلف بوده و این پایه و اساس عقد شرکت است که اهمیت بسیار دارد.

این موضوع نیز باید مورد توجه قرار گیرد که بیشتر فقها قایل به عقد مستقلاً به نام عقد شرکت نبودند اما بعدها به نوعی ارفاق کرده و اعلام کردند که عقد شرکت نیز خواهیم داشت اما قبل از عقد شرکت، لازم است سرمایه ها با هم مختلط و ممزوج شود تا عقد شرکت ایجاد شود. اما همین فقها، تنها شرکت در اموال را پذیرفته و شرکت در اعیان، وجوه و اعمال را باطل می دانند.

۲- ماهیت شرکت مدنی در ساخت

مشارکت در ساخت از جمله مصادیق مشارکت مدنی است؛ در این نوع مشارکت مالک و سازنده با هم شریک هستند به این صورت که مالک صاحب زمین است و سازنده، سرمایه گذاری کرده و اقدام به ساخت می‌کند. فقها مشارکت در ساخت و ساز را نیز پذیرفته‌اند چون اموال موضوع اصلی آن است. در قانون مدنی در باب احکام حتی یک ماده قانونی مستقل که گویای عقد شرکت باشد، وجود ندارد و هر ماده‌ای که وجود دارد، راجع به شرکت‌های غیر عقدی است.

پیش بینی ضمانت اجراهای لازم برای انجام تعهدات طرفین از دیدگاه منطق حقوقی صرف از زاویه منطق محض حقوقی به نظر می‌آید می‌توان عقد مشارکت مدنی را به نوعی، عقد معین جعاله دانست. دلیل این امر نیز این است که مالک زمین متعهد می‌شود که در مقابل ساخت آپارتمانی با کیفیات معینه، تعدادی از واحد ها را که علم اجمالی نسبت به آن موجود است به ملکیت مجری طرح در آورد؛ و این دقیقاً تعریفی است که در کتب حقوقی در مورد عقد جعاله ارائه شده است (جعاله خاص).

در تعریف جعاله، ماده ۵۶۱ قانونی مدنی می‌نویسد "التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین" و در مورد عقد مشارکت مدنی این تعریف صدق می‌نماید زیرا همانطور که بیان شد مشارکت مدنی عبارت است از، التزام شخصی (مالک) به اداء اجرت معلوم (تعدادی از آپارتمان ها) در مقابل عملی (ساخت آپارتمان) اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین. (اسکینی، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۱۹۱)

با دقت در تعاریف فوق به نظر می‌رسد که به طور کامل عقد مشارکت مدنی را بر عقد جعاله خاص قابل تطبیق است.

در باب تفاوت این دو عقد از منظر دیدگاه حقوقی باید اذعان داشت که در عقد جعاله عامل مخارج انجام موضوع جعاله را پرداخت می‌نماید تا در صورت اتمام آن اجرت معلومی را از جاعل در یافت نماید و قبل از انجام و اتمام عمل مورد نظر به هیچ عنوان مالک مورد جعاله نیست در حالی که به نظر نگارنده در عقد مشارکت مدنی عامل یا همان مجری طرح صرفاً به امید دریافت مال مورد نظر - که تعدادی از آپارتمان ها می‌باشد - اقدام به ساخت آپارتمان نمی‌کند بلکه از لحظه انعقاد عقد، مالک این آپارتمان ها می‌شود و می‌تواند آن ها را تملک کرده و حتی به فروش برساند.

۳- دیدگاههای مختلف در مورد مشارکت مدنی

۳-۱- دیدگاه منطق حقوقی با رویکردی به عرف

منطق محض حقوقی ما را به سمت تعریف عقد مشارکت مدنی بر مبنای جعاله رهنمون خواهد کرد ولی با توجه به نقشی که عامه مردم در مراودات اجتماعی و اقتصادی خود برای چنین عقدی قائل هستند به راحتی نمی‌توان آن را به نوعی تشریح کرد که عنوان جایز بر آن بار شود که طرفین به یک عقد جایز به

چشم لازم بنگرند یا در قرارداد خصوصی خود آن را لازم انگارند زیرا در اصول حقوقی ما چنین برداشتی صحیح نیست بلکه بدین معنی است که در عمل طی مدت های مدیدی به عقدی که لزوم و جواز آن در تردید بوده است به چشم یک عقد لازم نگریسته شده و این واقعیت ناشی از احساس جامعه به لزوم این عقد و نقش تعیین کننده آن در حیات حقوقی جامعه بوده و نه صرفاً استناد به اصل اصالة اللزوم. بنابراین با توجه به مفهوم لزوم عرفی عقد مشارکت مدنی می توان نتیجه گرفت که علیرغم تمامی شباهت هایی که این عقد با جعاله دارد و حتی می توان بخشی از آثار جعاله را بر آن مترتب نمود ، اما در مورد لزوم یا جواز این عقد نو ظهور باید قائل به لزوم آن شد و از جایز بودن آن به دلائل فوق الذکر صرف نظر نمود. در واقع و در یک جمع بندی کلی مهم ترین تفاوت این مبحث با مبحث پیشین که از باب پذیرش نزدیکی این عقد به عقد جعاله همسو هستند این است که در بحث منطق حقوقی با رویکردی به عرف بر خلاف منطق صرف حقوقی از گذاردن عنوان جایز بر این عقد به دلائل عنوان شده خودداری می شود. الزام به بستن قرارداد، جز در مواردی که به حکم قانون مقرر شده است، فقط در صورتی مجاز شمرده می شود که امتناع از معامله به منظور بهره برداری غیراخلاقی از یک وضع انحصاری انجام گیرد و در صورتی که شخص برای دفاع از منافع مشروع خود از انعقاد قرارداد سرباز می زند، هیچ چیز نمی تواند در این راه مانع او شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱: ۱۹۵).

۳-۲- دیدگاه تعهدات طرفین

وقتی که به تعهداتی که طرفین در برابریکدیگر دارند به طور مستقل توجه شود ، خواسته یا نا خواسته نتیجه گرفته می شود که این عقد باید جزو عقودی باشد که در نتیجه آن در دسته عقود لازم قرار گیرد. زیرا چنانچه جواز این عقد را بپذیریم مطابق قواعد حقوقی ، دیگر شروط و تعهداتی که ضمن عقد شرط می شوند لازم الوفا نمی باشند و می دانیم که رویه قضایی ما و رویه عمومی مردم در انعقاد اینگونه معاملات ، لازم الوفا بودن این تعهدات را نپذیرفته است. بلکه بر عکس مطابق با اهداف این عقد ، پذیرفته ایم که تعهدات ضمن آن حتماً باید لازم الوفا باشد.

بنابراین عقد مشارکت مدنی عقدی است لازم و به هیچ وجه نمی توان آن را در قالب عقود معین جایزی مانند جعاله قرار داد.

البته در اینجا باید بحثی نیز در مورد عقد شرکت داشت که هر چند همانند عقد جعاله جایز است و به تبع حکم این بند به آن نیز سرایت می کند اما با تدقیق در نوع تعهدات طرفین می توان اذعان داشت که از این دیدگاه این عقد تا حدی شبیه به عقد شرکت می باشد زیرا مجری با انعقاد عقد مشارکت مدنی مأذون در تصرف در زمین مالک می باشد و در انتها نیز طرفین آپارتمان ها را به نسبت سهام خود تقسیم من نمایند. که این مطلب دقیقاً مطابق با تعریف عقد مشارکت می باشد.

اما از طرفی تفاوت هایی نیز که عقد مشارکت مدنی با عقد شرکت دارد بسیار مهم است و مهم ترین نکته ای که غافل بودن از آن ما را به اشتباه می کشاند این است که عقد شرکت دو قسم است.

الف- شرکت غیر عقدی و آن اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد است به نحو اشاعه (ماده ۵۷۱ قانون مدنی)

ب- شرکت غیر عقدی و آن عقدی است بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک می باشد و آن را شرکت مدنی گویند. (امامی ، ج ۲ ، ص ۱۲۹)

قسمت الف که صحبت از شرکت غیر عقدی می کند مطمئناً به هیچ عنوان مناسبتی با عقد مشارکت مدنی ندارد و آنچه که به غایت ما را به تفکر وا می دارد قسمت ب یا همان مفهوم شرکت عقدی است.

اما باید گفت موضوعی که از ذهن دور مانده و در نتیجه گیری بسیار موثر است به نقل از دکتر امامی به شرح ذیل می باشد.

" شرکت عقدی عبارت است از ... اثر عقد مزبور آنستکه هر یک از شرکا بنماینده‌گی از طرف دیگران می تواند به وسیله کسب و معامله در مال الشرکه تصرف نماید. هر یک اط شرکا مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می نمایند مگر آنکه شرکا قرارداد مخصوصی گذارند و اداره امور شرکت را بیک یا چند نفر واگذار کنند که در این صورت معلوم می گردد که شرکا اذن در تصرف بعنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده اند ... "

پس از ملاحظه و مذاقه در متن انشایی مرحوم دکتر امامی می توان دید که عقد مشارکت مدنی با عقد شرکت مدنی یا همان عقد شرکت عقدی بسیار متفاوت است زیرا همانطور که می دانیم هر چند در عقد مشارکت مجری در زمین تصرف می کند اما از همان ابتدا ترتیبی برای تقسیم آپارتمان ها بین خود در نظر گرفته اند و هیچ یک حق ندارند آپارتمان متعلق به دیگری را به فروش برساند و هیچ گونه تصرف حقوقی دیگری در آن بنماید که این مورد بارز ترین خصیصه عقد شرکت مدنی یا همان شرکت عقدی از نظر دکتر امامی شمرده شده بود.

۳-۳- دیدگاه عرف

در عرف فعلی معاملاتی اشخاصی که خود را در قبال یک قرارداد مشارکت مدنی ملزم می نمایند تا حدود بسیار زیادی به آن به چشم یک قرارداد بسیار محکم می نگرند که به غیر از حالات خاص و شرایط معینه حق فسخ ندارند و نه به عنوان عقدی که هر کدام به راحتی و با اعلام به طرف خود بتواند آن را فسخ نماید که البته منطقی هم به نظر می رسد و تنها راهی است که باعث ایجاد ثبات و نظم در روابط بین مردم در مورد املاک غیر منقول آن ها می شود.

از دیدگاه عرف با توجه به ارتباط تنگاتنگ این عقد با اموال غیر منقول ، اقبال عمومی بر لازم دانستن این عقد و التزام در قبال تعهدات ، از سوی طرفین است.

بنابراین از منظر عرف بدون اینکه نیاز به بررسی دقیق جزئیات این عقد باشد با توجه به مفاهیم عنوان شده و با توجه به ارزشی که اموال غیر منقول در اجتماع دارند و حمایتی که قانون از اینگونه اموال به دلیل ارزش اقتصادی بالای آن ها و تاثیر آن ها در جامعه دارد .

۴- بررسی ضمانت اجرای عمومی قرارداد ساخت

ضمانت اجرای ساخت شامل قواعد عمومی قراردادها که اعم از جبران خسارت، الزام و فسخ می باشد و دارای قواعد اختصاصی قرار داد شامل نقض پیش بینی شده و مورد توافق طرفین و قرار داد است.

۴-۱- پیش بینی نقض قرارداد

مفهوم «نقض قابل پیش بینی قرارداد» در قواعد عمومی قراردادهای ایران شناخته نیست و به طور صریح برای آن ضمانت اجرایی منظور نشده است، بلکه پس از بستن قرارداد و عدم پایبندی به مفاد آن، ضمانت اجراها، متناسب با پیمان شکنی، در دسترس زیان دیده قرار می گیرند. ماده ۲۲۱ قانون مدنی در این راستا مقرر می دارد «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است...» و در ماده ۲۲۶ آمده است «در مورد عدم ایفای تعهد از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید، مگر اینکه برای ایفای تعهد، مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی باشد و اگر برای ایفای تعهد، مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است».

پس از تصویب معاهده بیع بین المللی کالا ۱۸۷ که متضمن نقض قابل پیش بینی قرارداد است ۱۸۸ موضوع یادشده، مورد توجه پژوهشگران حقوق تجارت بین الملل قرار گرفت. سپس مطالعه تطبیقی آن با حقوق مدنی آغاز شد (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۳۵) و گروهی تلاش کردند قاعده «وجود خیار فسخ به دلیل پیش بین نقض قرارداد» را در حقوق ایران تعریف کنند تا کسی که می تواند ثابت کند طرف او مرتکب پیمان شکنی خواهد شد با استفاده از حق مزبور عقد را منحل کرده و مانع ورود زیان به خود یا کاهش آن شود. (امینی و دیگران، ۱۳۹۰: ۳۵). در چنین وضعی، انتظار تحقق نقض عهد و امکان اخذ خسارت ناشی از آن برای زیان دیده نامعقول است. لذا در نظر گرفتن حق فسخ می تواند تا حدودی، حقوق طرف قرارداد را تأمین کند، ولی هنگامی که تنها احتمال نقض قرارداد می رود و دلایل کافی برای تحقق آن در آینده موجود نیست چه باید کرد؟ در چنین وضعی مطلوب نیست متعهدله بتواند قرارداد را فسخ یا معلق کند، ولی منطقی هم نیست همچنان به اجرای قرارداد پایبند بوده و شاهد وقوع زبانی باشد که احتمال رخداد آن را می داد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۵۹)

در قانون مدنی ما نص صریحی که بر ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد دلالت کند وجود ندارد، ولی در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن، مواردی وجود دارند که گمان می رود یکی از دو سوی قرارداد، مرتکب پیمان شکنی شود و قانونگذار در خصوص مورد، تدابیر قانونی وضع کرده است.

علت این تفاوت در حوزه حقوق مدنی و تجارت در اعتباری بودن بیش تر قراردادهای بازرگانی است: برخلاف غیربازرگانان که به طور معمول، نقدی معامله می کنند، بازرگانان به دلیل ارزش بالای اقتصادی و تعداد زیاد معاملات، نمی توانند تعهدات خود را فی المجلس به انجام رسانند. (طالب احمدی، ۱۳۷۸: ۱۱۰) کالای بازرگانی، نسبه خریداری می شود و از محل فروش آن، علاوه بر سودی که به دست می آید، مطالبات فروشنده نیز پرداخت می شود. اگر مقدار کالای فروخته شده زیاد باشد، امکان تحویل فوری آن وجود ندارد. گاهی فروشنده پس از تولید یا تهیه کالا، آن را به نشانی خریدار ارسال می کند. از همین رو وضعیت هایی که احتمال نقض قرارداد در آینده دارند در معاملات بازرگانی بیشتر از معاملات غیربازرگانی دیده می شود.

الف- تعهدات مالک تحویل ملک در زمان مقرر و معمولاً دادن وکالت کاری به سازنده است که تا سازنده امکان مراجعه به شهرداری و اخذ پروانه ساختمانی را داشته باشد.

در مواردی هم ممکن است پروانه ساختمانی توسط مالک اخذ شده باشد و نیاز به این وکالت کاری نباشد.

در قرارداد معمولاً تاریخ شروع مدت زمان قرارداد را تاریخ تحویل ملک توسط مالک قرار می‌دهند که باید تحویل با صورتجلسه کتبی به عمل آید و بدین شکل تأخیر در تحویل منجر به کاهش مدت زمان اجرای قرارداد نمی‌گردد و برای تأخیر در تحویل تا یک مدت زمان مشخص خسارت تأخیر قرار داده و برای بعد از آن تاریخ به سازنده حق فسخ قرارداد می‌دهند. مالک باید زمینه اجرای قرارداد و ادامه پروژه را تا آنجا که مربوط به اوست فراهم آورد مراجع قانونی مانند شهرداری و سایر نهادهای ذیربط مالک را به رسمیت می‌شناسند لذا مالک باید وکالت کاری جامع در این خصوص به سازنده بدهد و یا اینکه در موارد لازم شخصاً امور قانونی مربوطه را پیگیری نماید تا از اختلال در ادامه کار پروژه جلوگیری شود و اگر اختلال در ادامه کار پروژه ناشی از عدم پیگیری مالک باشد باید ضمانت اجرای لازم را برای این مورد پیش بینی نمود.

از آنجا که سند رسمی به نام مالک می‌باشد سازنده خواستار تنظیم سند به نام خودش به نسبت سهام وی در مال مورد مشارکت می‌باشد. به نظر می‌رسد که باید از تنظیم سند به نام سازنده در ابتدای قرارداد خودداری شود و دلیل آن روشن است چرا که هنوز سازنده آورده‌ای ندارد تا بتواند بخشی از آورده مالک را سهمیم شود لذا بهتر است پس از پیشرفت پروژه به میزان ۵۰ درصد به همین میزان از سهم سازنده به نام وی تنظیم سند شود و الباقی در پایان پروژه معهداً تضمین لازم از مالک در این خصوص اخذ شود و ضمانت اجراهای لازم از قبیل خسارت تأخیر در تنظیم سند و یا وجه التزام کافی در قرارداد پیش بینی شود.

ضمانت اجرای تعهدات سازنده:

۱- احداث ساختمان

۲- احداث طبق کیفیت و مشخصات موارد توافق

۳- انجام تعهدات ظرف مهلت مقرر

۴- تعهدات سازنده در قبال اشخاص ثالث مانند همسایگان و کارگران

لازم است برای اجرای هر کدام از این تعهدات در قرارداد ضمانت اجرای لازم پیش بینی شود می‌توان ضمانت اجراهای ذیل را پیش بینی نمود:

برای مورد ۱: دادن حق فسخ به مالک و مطالبه وجه التزام

برای مورد ۲: در صورت امکان رفع نقص و اجرا مطابق کیفیت مندرج در قرارداد والا پرداخت خسارت و وجه التزام

برای مورد ۳: پرداخت خسارت برای مدت زمان مشخص مثلاً دو ماه تأخیر در هر یک از مراحل زمانبندی و سپس قرداد حق فسخ برای مالک و مطالبه خسارات تأخیر تادیه و همچنین وجه التزام

برای مورد ۴: قرار دادن وجه التزام و دادن اختیار به مالک که چنانچه سازنده به تعهدات خود عمل ننماید مالک بتواند خسارات را به صلاحدید خود پرداخت و از سازنده مطالبه نماید.

۴-۲- الزام به قرارداد

معنای لغوی لزوم یعنی «پای‌بندبودن، ادامه‌یافتن»، بندر ریگی، محمد، ترجمه منجدالطلاب، انتشارات اسلامی، چ. ۶، ۱۳۶۸) معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد؛ زیرا، اصل لزوم از قواعد تأسیسی نمی‌باشد بلکه امضایی است. و چون الفاظ به‌کاررفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در

دریافت معانی واژه‌ها باید به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود و معنای عرفی لزوم، همان پای‌بند بودن به عقد و مفاد آن می‌باشد. یعنی عقد دوام دارد و مستدام است، مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد. البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می‌باشند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند. ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می‌کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آن چه به وجود آورده‌اند، پای‌بند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود؛ خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به ماعقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم باشد یا جایز.

به همین علت است که قانون مدنی، قراردادهای را جایز و لازم شمرده است (ماده ۱۸۴ ق.م.) و یا این که عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز (ماده ۱۸۷ ق.م.) و در عقد لازم نیز ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون، حق فسخ آن را داشته باشد. و گاه نیز عقد، برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است (خیار مجلس، خیار حیوان به استناد مواد ۳۹۷ و ۳۹۸ ق.م.) و در عقد هم ممکن است برای یکی از دو طرف یا هر دو و حتی شخص ثالث، «شرط خیار» شود.

این تقسیم‌بندی همان گونه که در بخش فقهی این تحقیق ارائه شد برگرفته از تقسیم‌بندی است که در فقه معهود است و «جایز» را در فقه به دو معنا تعبیر کرده‌اند:

الف - به معنی قابل فسخ: در این صورت، هرگاه در عقد لازمی خیاری وجود داشته باشد چون به استناد خیار مزبور، عقد مذکور قابل فسخ است، این عقد را هم جایز گویند. ولی جایز به این معنا هرگز در مقابل لازم به کار نمی‌رود و استعمال لغت جایز در این معنا، همیشه قرینه‌ای به همراه دارد.

ب - جایز بودن به معنی عقدی که ذاتاً بدون خیار قابل فسخ است و همین عقد جایز است که با موت و یا جنون و سفه یکی از متعاقدين منحل (منفسخ) می‌شود. (م ۶۶۶ ق.م)

عقد جایز وقتی به شکل مطلق (یعنی به عنوان قرینه) گفته شود به همین معناست. و با توجه به همین معناست که می‌گویند؛ خیار از مختصات عقد لازم است و در عقد جایز، خیار وجود ندارد.

پس، لزوم عقد، قاعده‌ای است شکننده و قابل انعطاف که تنها به عنوان اصل پذیرفته شده است. یعنی هر عقدی لازم است مگر این که جواز عقد به طور کلی یا امکان فسخ آن در موارد خاص احراز شود.

برعکس، التزام به مفاد عقد قاعده‌ای است عام که در عقد لازم و جایز و خیاری همواره وجود دارد. یعنی در عقد جایز و خیاری نیز تا موقعی که عقد فسخ نشده است، دو طرف ملزم به مفاد آن هستند و کسی که حق فسخ دارد، نمی‌تواند نتایجی را که پیش از برهم زدن عقد به بار آمده است، نسبت به خود نپذیرد. (م ۱۲۶ ق.م) امین نیز چنین وضعیتی را دارد و با این که حق دارد ودیعه را فسخ کند، ملتزم به حفاظت از

مال مورد امانت است. (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر میزان، ش. ۱۰۱)

اصل لزوم، زمانی در عقود و قراردادهای جاری است که صحت قرارداد، قبلاً احراز شده باشد. یعنی قرارداد تمامی ارکان و شرایط صحت معامله را باید داشته باشد. هر قرارداد، علاوه بر داشتن شرایط عمومی صحت قرارداد که در مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م. آمده است، چنانچه ارکان و شرایط ویژه‌ای نیز قانون‌گذار یا عرف برای معامله‌ای قائل باشد، داشتن شرایط عمومی و اختصاصی آن عقد و قرارداد، مجموعاً شرط صحت قرارداد

است. برای مثال، یک قطعه زمینی که در یک منطقه شهر واقع است، معمولاً در نظر عرف بایستی قابلیت ساختمان داشته باشد. زیرا قابلیت ساختمان، در صورتی که معامله زمینی جهت احداث ساختمان باشد، وصف اساسی و مهم مورد معامله می‌باشد. در صورت عدم قابلیت ساختمان، معامله صحیح نمی‌باشد و اصل لزوم نیز بر آن قرارداد جاری نمی‌شود یا طرفین معامله، زمین فوق را که عرفاً برای تأسیس مدرسه قابلیت ندارد، برای احداث مدرسه‌ای معامله کنند؛ نظر به این که احداث مدرسه وصف اساسی و مهم زمین می‌باشد، چنانچه این قابلیت موجود نباشد، معامله صحیح نیست و اصل لزوم نیز جاری نمی‌باشد. اصل لزوم به دنبال جریان اصل صحت در قرارداد جاری می‌شود. از آن جایی که جهت در قراردادهای هدف فوری و مستقیم متعهد است و از ارکان صحت در قرارداد محسوب است و جهت در قراردادهای نوعی یکسان است یعنی همیشه در بیع، تعهد خریدار، جهت تعهد فروشنده و بالعکس است و در هبه و قراردادهای غیرمعوّض، قصد بخشش و... بنابراین، قراردادی که فاقد جهت باشد یا جهت نامشروع داشته باشد، فاقد اثر است و طرفین قرارداد را ملزم به پایبندی به تعهد نمی‌سازد. فلذا، چنانچه بعد از عقد (قرارداد)، تعهد یکطرف اجرا نشود، طرف دیگر از ایفای تعهد معاف خواهد شد.

حق حبس که برای یکی از متعاملین به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر شناخته شده است؛ هم چنین، فسخ قرارداد، در صورت عدم اجرای تعهد به وسیله یکی از متعاملین؛ و سقوط تعهد در موردی که اجرای تعهد طرف دیگر به علت قوه قاهره (فورس ماژور)، غیرممکن و متعذر می‌شود، همه این موارد، به علت فقدان جهت و یا پدید نیامدن جهت قرارداد می‌باشد که به دنبال آن، اصل لزوم نیز جاری نمی‌شود و یا در صورت جاری شدن اصل لزوم، به علت عدم اجرای تعهد در موارد خاص، جهت تعهد طرف دیگر قرارداد، حاصل نمی‌شود و لذا موجب عدم پایبندی طرف دیگر نسبت به تعهداتش را نیز فراهم می‌سازد.

۴-۲-۱- آثار الزام به تعهد

از آثار و نتایج لزوم قرارداد و التزام به مفاد آن، این است که فسخ و اقاله فقط نسبت به قطع آثار عقد در آینده می‌باشد. ولی آن آثاری که قبل از فسخ و تفاسخ ایجاد شده است همچنان بدون تعرض فسخ و تفاسخ (اقاله) پابرجاست و اصل لزوم بر آن سیطره دارد فرق نمی‌کند که مبنای خیار «حکومت اراده» باشد و یا «لاضرر»؛ هر دو مبنای تأکیدی بر اصل لزوم قرارداد می‌باشند. با این بیان که در حکومت اراده، طرفین تا زمانی که موعد اعمال خیار نرسیده است، ملزم هستند؛ زیرا طرفین آن‌طور خواسته‌اند و زمانی که موعد اعمال خیار فرا رسید باز حکومت اراده و تراضی طرفین مبنای اعمال خیار است. فلذا کسی که خیار، علیه او شرط شده است نمی‌تواند از آن سرباز زند و معترض باشد.

ماده ۲۲۷ ق.م. مقرر می‌دارد؛ «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود». همچنین از دیگر مواردی که در قانون مدنی تأکیدی بر لزوم قرارداد می‌باشد، مفهوم ماده ۲۲۹ ق.م. است که حالت فورس ماژور را در قرارداد بیان می‌کند.

دکتر سیدحسین صفایی در توضیح (صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چ. اول، ص. ۴۰۴). ه. ۲۲۹ ق.م. تبیین می‌کنند که آثار فورس ماژور در یکی از سه چیز است:

۱ - موجب سقوط تعهد می‌شود.

۲ - موجب انحلال قرارداد می‌شود.

۳ - موجب تعلیق قرارداد می‌شود.

ایشان تصریح می‌نمایند که فورس ماژور در صورتی که عدم اجرای دائمی را در پی داشته باشد، موجب انحلال قرارداد و سقوط تعهد خواهد شد. در این حالت، فورس ماژور موجب برائت متعهد و معافیت او از مسؤولیت خواهد بود و متعهد نمی‌تواند به علت عدم اجرای قرارداد، مطالبه خسارت کند (ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران).

البته در تعهدات دو تعهدی یا ملزم‌الطرفینی که در آن‌ها همان‌طوری که قبلاً گفته شد، تعهد یک‌طرف، جهت تعهد دیگری است، هر گاه تعهد یک‌طرف به علت فورس ماژور ساقط شود، تعهد طرف دیگر نیز ساقط می‌شود و قرارداد منحل خواهد شد. همبستگی تعهدات در قراردادهای فوق‌الذکر، مستلزم این نتیجه است. زیرا بقای تعهد یکی از طرفین با وجود سقوط تعهد طرف دیگر به علت فورس ماژور با ماهیت این‌گونه قراردادها و اراده طرفین مباینت دارد و به هیچ‌وجه قابل دفاع نیست. البته پس از انحلال قرارداد، در صورتی که یک‌طرف قرارداد پرداخت‌هایی بیش از آن‌چه دریافت کرده، انجام داده باشد، یعنی، پیش‌پرداختی انجام داده و کالایی در ازای آن تحویل نگرفته باشد، براساس اصل استفاده بلاجهت و یا دارا شدن غیرعادلانه، به تعبیر دیگران، قابل استرداد است.

البته چون از آثار فورس ماژور این است که متعهد از مسؤولیت معاف می‌شود؛ در مواردی که به علت فورس ماژور، قرارداد اجرا نشده یا به تأخیر بیفتد، متعهد نمی‌تواند بدین سبب مطالبه خسارت نماید؛ زیرا فورس ماژور، لزوم قرارداد را رفع می‌کند. رأی شماره ۲ - ۴۹ - ۲۴ مورخ ۵ مردادماه ۱۳۶۲ دیوان دאوری دعاوی ایران و آمریکا نیز، مؤید همین مطلب است.

ماده ۱۰ ق.م. بیانگر اصل مهم دیگری نیز می‌باشد و آن اصل آزادی در قراردادها و اصل حاکمیت اراده است. این اصل در میان حقوق‌دانان اسلامی نیز وجود دارد. البته درخصوص ماده ۱۰ ق.م. بعضی از حقوق‌دانان قائل‌اند که مفاد ماده، مستند به اصل حاکمیت اراده است و اصل حاکمیت اراده نیز از حقوق فرانسه اقتباس شده و قبل از تصویب این ماده، در نظام حقوقی ایران وجود نداشته است بلکه به تبعیت از عده‌ای فقهای امامیه، قرارداد منعقد، وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌گردید و اگر قراردادی تحت نام عقد معین به وجود نمی‌آمد، ارزش و اعتباری نداشت. در نتیجه، سعی می‌شد که قراردادهای بی‌نام در قالب عقد صلح در آید ولی با تصویب ماده ۱۰ ق.م. این مشکل مرتفع شد.

عده‌ای دیگر، معتقدند که این تصور که در فقه و اسلام آزادی در قراردادها وجود ندارد، تصور صحیحی نیست بلکه برعکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده وجود دارد. زیرا مشهور فقهاست که «العقود تابع للقصود» و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است.

بلکه تعهد به انشای عقد بیع و یا تعهد به انشای عقد اجاره می‌باشد و از آن‌جا که مورد معامله، مطابق ماده ۲۱۴ ق.م. که بیان می‌کند «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند»، نظر به این‌که عمل، اعم از عمل حقوقی و عمل مادی است؛ فلذا، پیش‌قرارداد از لحاظ

حقوقی معتبر است و مشمول ماده ۱۰ ق.م. است و مطابق ماده ۱۹ ق.م. لازم‌الاتباع است و اصل لزوم بر آن جاری است.

۴-۳- وجه التزام

در اینکه آیا وجه التزام کیفر تخلف از انجام تعهد و نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف در نظر گرفته شده ، یا این مبلغ (وجه التزام) ، برای جبران خساراتی است که از نقض تعهد به متعهد له وارد میشود ، جای بحث و تامل است . در برخی از کشورهای اروپایی ، از جمله فرانسه چنین شرطی را (شرط کیفری) یا (clause penal) مینامند که از آثار و بقایای حقوق رومی است . در رم قدیم ، این شرط واقعا جنبه کیفری داشته است و برای مجازات متخلف در نظر گرفته میشد و هیچ ضرورتی نداشت که تناسب و تعادل بین خسارت وارد شده و مبلغ تعیین شده رعایت گردد . رومی ها به بدهکاری که بدهی خود را نمی پرداخت ، به دید مجرم می نگریستند و برای او مجازات شدید کیفری در نظر می گرفتند.

در قانون مدنی فرانسه شرط کیفری از ماده ۱۲۲۶ تا ماده ۱۲۳۳ با عنوان (تعهدات با شرط کیفری) پیش بینی گردیده و نحوه تحقق و اعتبار و آثار آن در این مواد بیان شده است . ماده ۱۱۵۲ این قانون در ذیل فصل مربوطه به (خسارات ناشی از عدم انجام تعهد) آمده و اعلام کرده (هر گاه در قرارداد ، مقرر شده باشد که هر یک از طرفین که به تعهد خود عمل نکند ، مبلغی به عنوان خسارت بپردازد ، متعهد له حق ندارد بیشتر از آنچه مقرر شده مطالبه کند . متعهد هم نمیتواند کمتر از آن پرداخت کند) . تفاوتی که در ظاهر ، بین مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ وجود دارد ، این است که در ماده ۱۱۵۲ موضوع شرط ، مبلغ معینی وجه نقد است ، در حالی که موضوع شرط ماده ۱۲۲۶ هر چیزی اعم از مال یا انجام عمل می تواند باشد .

رویه قضایی فرانسه ، همه این شروط را (شرط ماده ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ به بعد) شرط کیفری دانسته است ، اما بعضی از نویسندگان حقوقی بین شرط کیفری مندرج در ماده ۱۲۲۶ به بعد قانون مدنی و شرط موضوع ماده ۱۱۵۲ این قانون قائل به تفکیک شده اند .

در حال حاضر حقوق ایران علمای حقوق ماهیت وجه التزام را خسارت میدانند ، خسارتی که به توافق طرفین قبلاً معین شده است آن را به نوعی خسارت عدم انجام تعهد می دانند که دو طرف در باره میزان آن توافق کرده اند . ماده ۲۳۰ ق.م. ایران مؤید این معناست . نکته ای که قابل ذکر است اینکه در حقوق فرانسه در نهم ژوئیه ۱۹۷۵ قانونی به تصویب رسید که به موجب آن ، به قاضی اجازه داده شده شرط کیفری (وجه التزام) را در صورتی که نامتناسب تشخیص دهد ، تعدیل کند . بدین معنی که اگر مبلغی که در قرارداد به عنوان شرط کیفری تعیین شده نسبت به اصل قرارداد ، گزاف و سنگین باشد ، آن را به نفع متعهد ، تخفیف دهد و اگر ناچیز و کم ارزش باشد و به نفع متعهد له ، افزایش دهد .

در حالی که در حقوق ایران از ماده ۲۳۰ قانون مدنی چنین امری استنباط نمی شود و به هر میزانی که مقرر شده باشد با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین و با توجه به تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی فی مابین طرفین نافذ خواهد بود . هر چند در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی قبلی (مصوب ۱۳۱۸)

توافق طرفین در خصوص و جه التزام بیش از دوازده در صد در سال را تحت هر عنوان فاقد ضمانت اجرایی دانست .

۴-۳-۱- تأدیه خسارات

اساساً مسؤولیت قراردادهای که معمولاً در اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی فی مابین طرفین مقرر میشود با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین فی مابین اصحاب قرارداد نافذ است . در خصوص خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات در مواد ۲۲۶ به بعد ق.م و قوانین دیگر همچون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده و در بعضی مواقع هم قانونگذار خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد را بدون حاکمیت اراده طرفین رأساً انتخاب میکند . بدین منظور انواع خسارات را در ذیل بیان می کنیم:

۱- تعیین خسارت به وسیله قانون

علاوه بر مواردی که در صدر مطلب از قانون مدنی که براساس حاکمیت اراده طرفین مسؤولیت قراردادی را معین می کند موارد دیگری نیز وجود دارد که به وسیله قانون خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا تأخیر در انجام تعهد تعیین می شود . ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نسبت به میزان خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام حداکثر خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام را ۱۲٪ در سال اعلام کرده بود که طرفین اگر زائد بر آن توافق می کردند در واقع خلاف قسمت اخیر ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب می شده و نافذ نبوده است . اختیار حاکمیت اراده در اینجا محدوده شده شاید این امر از جهت نظم عمومی اقتصادی بوده است . در حال حاضر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در خصوص خسارت تأخیر تأدیه و صورت عدم وجود قرارداد فی مابین طرفین در اجرای تبصره ماده ۵۱۵ همان قانون فقط شاخص بانک مرکزی را معتبر می داند .

۲- تعیین خسارت توسط دادگاه

میزان خسارت ، با رسیدگی قضایی توسط داد گاه تعیین میشود . در این گونه موارد ، متعهد له باید ثابت کند که از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن ، به او خسارت وارد شده است . مقدار و میزان این خسارت را با دلایل اثباتی ، از جمله جلب نظر کارشناس معین کند . در اینکه آیا متعهد له برای مطالبه خسارت ، باید تقصیر متعهد و تخلف او از قرارداد را هم ثابت کند یا اینکه متعهد باید اجرای آن اثبات کند تا از پرداخت خسارت معاف شود ، باید به نوع تعهد توجه کرد . اگر تعهد از نوع تعهدات به نتیجه باشد ، همین که نتیجه کار حاصل شد متعهد مسؤول پرداخت خسارت است ، مگر اینکه ثابت کند حادثه خارجی که نمی توان به او مربوط کرد ، مانع اجرای تعهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق . م) . ولی اگر تعهد از تعهدات به وسیله باشد ، اثبات تقصیر متعهد به عهده زیان دیده است.

۳- تعیین خسارت توسط طرفین

این توافق چنانچه بعد از وقوع خسارت باشد به عنوان صلح در اجرای ماده ۷۵۲ ق.م که اعلام میدارد : (صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن

واقع شود.) محسوب خواهد شد. اما چنانچه قبل از وقوع خسارت در اجرای ماده ۱۰ همان قانون باشد همانطوری که در تعریف وجه التزام بیان شد به عنوان وجه التزام محسوب خواهد شد. که نظرات مطروحه در خصوص آن به شرح زیر بیان می شود.

۴- تعیین وجه التزام در مقابل خسارت

در فقه وجه التزام از سنخ ضمانات است، و مسایل ضمانات حکم است (قانون امری است) نه حق، لذا اراده افراد درباره وجه التزام بی اثر است. به نظر استاد جعفری لنگرودی صغری و کبری در این استدلال محل منع است. صاحب جواهر گفته اند که اخذ وجه التزام اکل مال به باطل است. اما روایاتی وجود دارد که دلالت بر صحت وجه التزام دارد:

۱- دو روایت صحیح از معاویه بن وهب در باب مکاتبه که اگر عبد تأخیر در پرداخت اقساط بدهی کند به رق باز می گردد و اقساطی که داده است به عنوان وجه التزام از آن مالک او می گردد. (قمی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۶۱)

۲- حدیث محمد الحلبی: قال كنت قاعد اعند قاض من القضاء و عنده ابو جعفر (ع) جالسه، فأتاه، رجلان، فقال احدهما: انی تکاریت ابل هذا الرجل لیحمل لی متاعاً الی بعض المعادن، فاشترطت علیه أن یدخلنی المعدن یوم کذا و کذا لانها سوق اتخوف ان تفوتنی، فان احتسبت عن ذلک حططت من الکرى لكل یوم احتسبته کذا و کذا، و انه حسنتی عن ذلک الوقت کذا و کذا یوماً. فقال القاضی: هذا شرط فاسد، وفه کراه. فلما قام الرجل، اقبل الی ابو جعفر (ع) فقال هذا شرط جائز مالم یحط بجميع کراه. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۵۲۶)

روایت مذکور که راوی آن از راویان معتبر است نشان می دهد که امام (ع) وجه التزام را تا زمانی که میزان وجه التزام به میزان کل کرایه نباشد یا بیشتر از آن نباشد فیما بین طرفین نافذ می دانند. یعنی مثلاً اگر در مبیعه نامه ای قید شود که چنانچه فروشنده در مهات معین شده در دفتر خانه معینه جهت تنظیم سند رسمی حاضر نشود فلان مبلغ باید به عنوان وجه التزام پرداخت این مبلغ نباید به میزان ثمن معامله یا بیشتر از آن باشد چرا که در آن صورت خریدار در واقع بدون پرداخت ثمنی مالک مبیع می شود از این جهت است که میزان وجه التزام را محدود می کنند.

۳- خبر محمد بن مسلم عن احد هما (ع) فی الرجل و یقول لعبده اعتقک علی ان ازوجک ابنتی؛ فان تزوجت او تسریت علیها فعلیک مأه دینار؛ فاعتقه علی ذالک و تسری او تزویج. قال (ع) علیه شرطه. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۳)

با صراحت این مستندات در جواز وجه التزام از نظر فقهی نایستی تردید کرد.

(ب) نظرات علمای حقوق: علمای حقوق وجه التزام در عقود و قراردادهای را مورد پذیرش قرار داده اند. النهایه آنچه که مورد مناقشه است این که آیا وجه التزام مقرر شده در هر حال قابل مطالبه است یا فقط در

بعضی مواقع قابل مطالبه است به عبارت دیگر آیا فقط خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهد نیز قابل مطالبه می باشد .

استاد کاتوزیان معتقدند: در مواد ۷۲۷ و ۷۲۸ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ (که در حال حاضر ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در این زمینه وجود دارد) خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در برابر خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد نهاده شده است . منبع این دو خسارت یکی است : هر دو ناشی از عهد شکنی است با این تفاوت که در یکی انجام تعهد به طور قاطع منتفی شده و در دیگری به هنگام انجام نشده و بخشی از مطلوب از دست رفته است . هر دو خسارت نیز قابل مطالبه است و امتیازی بر یکدیگر ندارد . با وجود این تقسیم بی فایده نیست و هر کدام احکام و شرایط ویژه برای مطالبه دارد که در ذیل به آن خواهیم پرداخت.

۴-۳-۲- شرایط مطالبه خسارت

مطالبه خسارت شرایط خصوصیتی دارد که در صورت وجود آن ویژگی ها قابل دریافت است از جمله:
۱ - مطالبه خسارت عدم انجام تعهد هیچ گاه با درخواست اجرای آن جمع نمی شود : یعنی طلبکار نمی تواند هم اجبار مدیون به وفای عهد را بخواهد و هم خسارت عدم انجام تعهد را ، حق بر مطالبه خسارت زمانی آغاز می شود که فرصت انجام تعهد پایان یافته است .

منشأ حق، از دست رفتن عوض قراردادی است و مسئولیت مدیون نیز از همین حرمان مایه می گیرد ، پس طبیعی است که نتواند هم اصل دین را بخواهد هم بدل آن را .

خسارتی که گاه از عدم اجرای تعهدهای فرعی ناشی می شود و با تعهد اصل آن مورد مطالبه قرار می گیرد ، اصل (جمع نشدن خسارت و انجام تعهد) را نقض نمی کند . زیرا ، در یک قرار داد مدیون چند تعهد دارد ؛ برای تعهدی که از دسته رفته خسارت می پردازد و تعهدی را که باقی است اجراء می کند ؛ و در نتیجه ، اجرای هیچ تعهدی با خسارت عدم انجام همان تعهد جمع نمی شود . برای مثال فروشنده اتومبیل متعهد است که آن را به خریدار تسلیم کند . ولی در کنار این تعهد اصلی ، ضمان عیب حادث در آن را نیز به عهده دارد . پس ، اگر یکی از لاستیک های آن بترکد ، خریدار می تواند الزام به تسلیم بیع و (ارش) را با هم از فروشنده بخواهد (ماده ۴۲۵ ق.م) این خواسته ، به ظاهر جمع خسارت و اجرای اصل تعهد است ، لیکن در تحلیل نهایی دو تعهد جداگانه است که هر کدام حکم ویژه خود را دارد.

در خواست خسارت تأخیر با درخواست اجرای اصل تعهد منافات ندارد ، زیرا مبنای آن دست رفتن مطلوب دیگری است که با اجرای تعهد نیز به دست نمی آید و با اشکال جمع اصل و بدل روبه رو نمی شود : مالک ، تخلیه مورد اجاره و اجرت المثل منافع تفویض شده را مطالبه می کند . هم چنین در موردی که اجرای تعهد ، پس از مدت ها تأخیر و ورود ضرر از این بابت ، سر انجام بدون اجرا می ماند ، خسارت تأخیر و عدم انجام تعهد با هم جمع می شود ، چرا که هر کدام سبب ویژه خود را دارد .

بدین ترتیب اگر مالکی تعهد فروش زمین خود را بکند و در قول نامه شرط شود که ، در صورت عدم انجام تعهد ، مبلغی به عنوان وجه التزام بپردازد ، طرف قرارداد نمی تواند الزام او به انتقال زمین و تأدیه وجه التزام را با هم بخواهد ، مگر اینکه جزای شرط برای تخلف از موعد مقرر باشد نه انجام اصل تعهد ، ولی اگر

در همین قولنامه درج شود که فروشنده برای هر روز تأخیر مبلغ ده هزار ریال بدهد ، مطالبه این خسارت منافاتی با در خواست الزام او بر انتقال زمین ندارد . (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۱۳)

۲ - خسارت عدم انجام تعهد را در صورتی می توان مطالبه کرد که اصل تعهد به دلیلی قابل اجرا نباشد . طلبکار نمی تواند ، در حالی که اصل تعهد را می توان اجرا کرد ، از بدهکار خسارت بگیرد . از نظر اصول در مرحله نخست باید اجرای تعهد قراردادی را مقدم داشت و آن گاه که این اقدام منتج به نتیجه نگردد به خسارت روی آورد . برای مثال اگر فروشنده ای که ملتزم به تسلیم ده تن سیمان است آن را انجام ندهد ، خریدار نمی تواند ، پیش از مطالبه اصل تعهد یا اثبات عدم امکان آن ، بهای سیمان را از او بخواهد . (کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود معین) ص ۱۴۷)

اختیاری که در پاره ای از قول نامه ها به طور ضمنی به خریدار داده می شود که یا الزام مالک به انتقال ملک را از دادگاه بخواهد ، یا با استرداد بیعانه از او وجه التزام بگیرد ، قاعده عمومی اجرای قرارداد نیست در واقع به خریدار حق داده می شود که قرارداد را فسخ کند و خسارت بگیرد یا اجرای آن را بخواهد : یعنی تا تعهد به انتقال باقی است خواستن خسارت عدم انجام آن امکان ندارد و طلبکار اختیار فسخ یا بقای قرار داد را پیدا می کند .

خسارت تأخیر را در جایی می توان مطالبه کرد که اصل تعهد باقی و قابل اجراء باشد ، برای مثال اگر ثابت شود که مال مورد امانت در نتیجه تفریط امین تلف شده است ، از لحظه تلف ، مالک حق پیدا می کند که مثل یا قیمت آن را بگیرد و نمی تواند در دادخواست خود تا تاریخ صدور حکم و اجرای آن خسارت تأخیر در انجام تعهد را بخواهد . تعهد با تلف موضوع آن از بین میرود و از جهت تأخیر در اجرای آن نمی توان خسارت گرفت.

وجه التزام گاه به صورت شرط تهدید کننده است که به موجب آن مشروطه له طرف خود را ملزم می کند که در صورت عدم اجرای تعهد اصلی باید مبلغی بدهد . اگر وجه التزام برای تأخیر اجرای تعهد اصلی را ؛ در این فرض حالت تعدد مطلوب هست اما اگر وجه التزام برای تخلف از اجرای تعهد باشد فقط می تواند وجه التزام را بخواهد و نمی تواند تعهد اصلی را هم بخواهد یعنی اگر بخواهد می تواند از وجه التزام چشم بپوشد و فقط تعهد اصلی را بخواهد ، و یا می تواند وجه التزام را بخواهد و بس. در این فرض ، حالت وحدت مطلوب است و در حقوق فرانسه نیز چنین است . (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ ، ترمینولوژی حقوق، ص ۳۴۳).

نکته ای باید افزود معنی تعیین وجه التزام این نیست که متعهد مخیر بین اجرای تعهد اصلی یا دادن وجه التزام باشد ، مطلقاً تخییری بر او نیست . (کاتوزیان، ضمان قهری. مسئولیت مدنی، ۱۳۶۹، ص ۱۴۹)

حقوقدانان بین این که خسارت یا وجه التزام مربوط به تأخیر در اجرای تعهد باشد و یا مربوط به اجرای تعهد اصلی باشد ، از جهت قابل مطالبه بودن قایل به تفکیک شده اند که در اولی هم وجه التزام و هم تعهد اصلی را قابل مطالبه و قابل جمع دانسته ولی در دومی فقط یکی از آنها را قابل مطالبه دانسته اند . با امکان اجرای تعهد اصلی امکان مطالبه وجه التزام را منتفی می دانند .

عده ای دیگر از حقوقدانان مطلب را به طور مطلق بیان فرموده اند و تفکیک مزبور را قایل نشده اند و وجه التزام را قابل مطالبه می دانند . استاد حسن امامی در این زمینه فرموده اند : در صورتی که جبران خسارت در عقد تصریح شده باشد . تصریح آن را جزء تعهد قرار می دهد و طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی عقود که

بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قایم مقام آنها لازم الاتباع است. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۴)

ممکن است طرفین در عقد مقرر دارند که در صورت تخلف یا تأخیر، خسارت را متخلف بپردازد و یا کسی را مانند داور معین کنند که خسارت را تقویم کند و ممکن است خسارت به صورت وجه التزام در ضمن عقد معین گردد، هر گاه متعهد در موعد مقرر تعهد خود را ایفا نکرد مبلغ یک صد هزار ریال به متعهد له بپردازد. این تعهد الزام آور می باشد اگر چه وجه التزام مقرر چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل مورد تعهد باشد. این است که ماده ۲۳۰ ق.م.ی گوید (اگر ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی تواند او را به بیش تر (در صورتی که خسارت واقعی بیش تر باشد) یا کمتر از آن چه که ملزم شده است، (در صورتی که خسارت واقعی کمتر باشد محکوم کنند). هم چنان که طرفین می توانند در عقد، خسارت را به صورت وجه التزام پیش بینی کنند، می توانند رفع مسئولیت از خسارت وارده را نیز در صورت تخلف از متعهد درج کنند، زیرا خسارت حقی است مالی و صاحب حق می تواند از آن صرف نظر کند.

استاد سید حسین صفایی در این زمینه فرموده اند: هر گاه طرفین عقد توافق کرده باشند که متعهد، در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر، مبلغ معینی بپردازد. اثبات ضرر در این صورت لازم نخواهد بود و متعهد له در صورت تخلف متعهد می تواند تأدیه مبلغ مزبور را که وجه التزام نامیده می شود از او بخواهد، اگر چه هیچ ضرری به وی نرسیده باشد (ماده ۲۳۰ ق.م.) اصل حاکمیت اراده اقتضا می کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت معتبر و الزام آور باشد. تعیین وجه التزام نه فقط برای عدم اجرای تعهد، بلکه برای تأخیر در انجام تعهد نیز صحیح و معتبر است. (صفایی، ۱۳۹۱، مسئولیت مدنی (الزامات خراج از قرارداد)، ص ۱۵۵)

ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ نیز در تأیید قاعده فوق می باشد.

ملاحظه می شود که حقوقدانان اخیر الذکر مابین این که وجه التزام مربوط به عدم اجرای تعهد باشد یا برای تأخیر در انجام تعهد باشد از جهت قابل مطالبه بودن وجه التزام و اصل تعهد در صورت قراردادی تفکیکی قایل نیستند. حق با این گروه از حقوقدانان می باشد، زیرا اولاً اصل حاکمیت اراده مخدوش می شود و ثانیاً این ترجیح، ترجیح بلا مرجح خواهد بود و این که طرفین از به کار بردن الفاظ در عقود مدلول آن را قصد می کنند و به عنوان یک عبارت صرف به کار نمی برند. از لحاظ قوانین نیز هر چند بر تقویت نظر گروه اول می توان به ماده ۳۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ اشاره کرد که می گوید: هر گاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی باشد، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد متعهد له فقط می تواند یکی از آن دو را مطالبه کند.

ولی اولاً همان طوری که ملاحظه می شود مورد فوق آیین نامه می باشد نه قانون، ثانیاً با تصویب ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره یک آن مصوب ۱۳۷۹ که مؤخر التصویب بر آیین نامه فوق می باشد و با توجه ماده ۵۲۹ همان قانون که قوانین مغایر با قانون آیین دادرسی مدنی را ملغی الاثر اعلام کرده است در نتیجه آیین نامه مذکور نسخ گردیده است. لذا باید گفت وقتی متعهد تخلف کرد اعم از این که وجه التزام

مربوط به اجرای تعهد باشد یا مربوط به تأخیر در اجرای تعهد در هر دو صورت علاوه بر اصل تعهد وجه التزام نیز قابل مطالبه است.

۳- وجه التزام در رویه قضایی

رویه قضایی در برخورد با قابل مطالبه بودن وجه التزام همراه با اصل تعهد بی تأثیر از نظریات ابراز شده توسط حقوقدانان نبوده است. اساساً قضات از محاکم بدوی تا عالی چندان راغب به صدور حکم بر وجه التزام همراه با اصل تعهد نمی باشند. بعضی از قضات محترم علی رغم وجود ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و نظر حقوقدانان حتی نسبت به صدور حکم خسارت تأخیر تادیه اکراه دارند که به عنوان ضمیمه ای بر این نوشته آورده شده است. قاضی محترم در صدور اجراییه علی رغم وجود حکم در خصوص خسارت تأخیر تادیه نسبت به آن قسمت از حکم که مربوط به خسارت تأخیر تادیه است آن را قابل اجراء نمی داند به طریق اولی در خصوص وجه التزام آن را قابل صدور حکم نمی دانند اما با این حال نظرات اقلی وجود دارد که وجه التزام را قابل مطالبه دانسته و خسارت تأخیر تادیه را نیز قابل مطالبه می دانند خواهد شد. در رویه قضایی دو نظریه عمده وجود دارد نظر اکثریت (غالب) این است که وجه التزام فقط برای تحکیم قراردادی از جهت قابل اجراء بودن اصل تعهد می باشد و لذا در صورتی که امکان اجرای اصل تعهد باشد نوبت به مورد مطالبه تضمین آن یعنی وجه التزام نمی رسد ولی در صورت تعذر اجرای اصل تعهد می توان نسبت به مطالبه وجه التزام اقدام کرد. نظر اقلیت این است که توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین و این که چنانچه متعهد مرتکب تخلف شود بر متعهد له این حق ایجاد شده است که بتواند مستحق مطالبه وجه التزام علاوه بر تعهد اصلی شود. در حال حاضر با توجه به تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی هم وجه التزام و هم اصل تعهد قابل اجراء است. در خصوص خسارت تأخیر تادیه نیز اکثریت قضات با توجه به قانون مرقوم قابل مطالبه می دانند. (احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۱۲ و ۱۱۳)

۵- فسخ یا ابطال

۵-۱- امکان فسخ خود قرارداد اصلی

شرط سلب حق انتقال به غیر و یا خودداری از انتقال به غیر در هر دو صورت آن بدون تفکیک وسواس گونه بین آن ها، در واقع یک نوع شرط فعل منفی حقوقی است و حکم کلی ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل را قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ مقرر نموده است مبنی بر این که متخلف ابتدا اجبار به انجام شرط و یا اجبار به خودداری از آن عمل می شود و سپس اگر تعهد قابل انجام از جانب دیگری نباشد، مشروط له حق فسخ قرارداد را دارد.

اما عمل به عمومات ماده ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در خصوص تخلف از شرط فعل منفی حقوقی ممکن نیست. چرا که چگونه قابل تصور است که انتقال و یا پیش فروش صورت گرفته باشد و سپس مشروط له دعوای اجبار به خودداری از پیش فروش به طرفیت مشروط علیه اقامه نماید. در واقع اگر مشروط له ابتدا دعوای الزام به انجام شرط (خودداری از انتقال) را اقامه نماید، با توجه به این که انتقال قبل از طرح دعوا

صورت گرفته است، دعوای مطروحه مسموع به نظر نمی رسد و اگر هم بدواً و ابتدائاً دعوای فسخ قرارداد را با خیار تخلف از شرط فعل مطرح نماید، طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی عمل نشده است. مگر این که گفته شود که عدم امکان اجبار در ماده ۲۳۹ قانون مدنی جهت باز شدن راه فسخ، در این مورد نیازی ندارد که مسبوق به طرح دعوای الزام به انجام شرط باشد.

۵-۲- امکان ابطال انتقال یا پیش فروش

قانونگذار در قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی، حکم خاص در مورد ضمانت اجرای تخلف از این شرط نسبت به خود انتقال صورت گرفته نیز مقرر نموده است که به موجب آن اگر عدم تصرفات ناقله در مورد معامله صریحاً یا ضمناً بر مشتری شرط شده باشد، انتقال صورت گرفته باطل است. البته این ماده در مورد بیع است لکن مثالی از یک حکم کلی است و به تعبیر اصول فقه مورد مخصص نیست. بنابراین طبق قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی، مشروط له می تواند ابطال انتقال صورت گرفته را از دادگاه درخواست نماید.

اکنون این سوال نیز مطرح می شود که علت بطلان قرارداد پیش فروش یا انتقال صورت گرفته مستند به کدام مورد از شرایط اساسی صحت عقد در ماده ۱۹۰ قانون مدنی می شود؟ چرا که هر بطلانی اصولاً باید در چارچوب ماده ۱۹۰ قانون مدنی متصور باشد. به نظر می رسد که بطلان معامله در ماده ۴۵۴ مربوط به بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی گردد. در واقع یکی از شرایط موضوع معامله این است که قابل نقل و انتقال باشد و با سلب و اسقاط حق انتقال به غیر، مورد معامله به طور قراردادی قابل نقل و انتقال نیست. برخی نیز گفته اند که سلب حق انتقال، طبق ماده ۹۵۹ قانون مدنی، متضمن عدم اهلیت تمتع برای انتقال است که در این صورت علت بطلان انتقال در ماده ۴۵۴ قانون مدنی، به عدم اهلیت تمتع و بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون مدنی بر می گردد.

اگر دادگاه از بنای طرفین یا اوضاع و احوال احراز نماید که قصد طرفین قرارداد از اشتراط شرط سلب حق انتقال، غیر قابل نقل و انتقال شدن مورد معامله نباشد، در این صورت نباید به استناد ماده ۴۵۴ قانون مدنی، حکم به بطلان انتقال صادر نمود. چرا که ماده ۴۵۴ قانون مدنی محمول بر این است که طرفین قرارداد، مورد معامله را غیر قابل انتقال قراردادی توافق نموده اند. فلذا اگر این قصد بین مشروط له و مشروط علیه احراز نشود، حکم به بطلان انتقال صورت گرفته وجاهت ندارد. در واقع هرچند که ماده ۴۵۴ قانون مدنی صحبت از بطلان نموده است ولی هر بطلانی باید در چارچوب ماده ۱۹۰ قانون مدنی توجیه شود. در این جا همان طور که گفتیم بطلان منظور ماده ۴۵۴ قانون مدنی، به بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی و غیر قابل انتقال بودن مورد معامله بر می گردد. پس اگر طرفین قرارداد، غیر قابل انتقال بودن موضوع معامله را علیرغم سلب حق انتقال از مشروط علیه، موضوعیت نداده باشند، انتقال صورت گرفته صحیح است و هیچ تعارضی هم با ماده ۴۵۴ قانون مدنی ندارد.

یکی از مواردی که می توان قصد مشترک طرفین را در غیر قابل نقل و انتقال شدن مورد معامله احراز نمود این است که در ادامه خود شرط سلب و اسقاط حق انتقال به غیر، به ضمانت اجرای آن تصریح کنند. مورد دیگر نوع قرارداد است که می تواند کاشف از شدت قصد و رغبت طرفین در غیر قابل انتقال شدن موضوع قرارداد باشد. مثلاً همیشه ضمانت اجرای شرط سلب حق انتقال به غیر در عقد آبی بیع با عقد مستمر

مشارکت در ساخت انصافاً و حقاً یکسان نیست. همچنین ضمانت اجرای سلب حق پیش فروش توسط سازنده با سلب حق انتقال عرصه توسط سازنده از دید مالک حقاً و انصافاً یکی نیست. اگر سازنده علیرغم سلب حق انتقال اقدام به پیش فروش نماید، مالک ممکن است اصراری به باطل بودن قرارداد پیش فروش نداشته باشد ولی اگر سازنده علیرغم سلب حق انتقال عرصه اقدام به انتقال مقدار مشاعی از عرصه به شخص دیگر نماید، مطمئناً برای مالک دیوانه کننده است و بنای او بطلان انتقال صورت گرفته بوده است. پس هنر قضاوت به سیاه و سفید دیدن نیست بلکه به منشوری دیدن و بلند نظری است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۷، ص ۷۱۲)

قابل ذکر است که طرفین قرارداد نمی توانند توافق یا اقرار بر صحت یا بطلان یک عقد نمایند. چرا که اقرار در امور حکمی قابل ترتیب اثر نیست. لکن می توانند به امور موضوعی قرارداد، اقرار یا توافق نمایند. از جمله امور موضوعی قرارداد، غیر قابل انتقال شدن مورد معامله به طور قراردادی طبق ماده ۴۵۴ قانون مدنی است. به همین خاطر اگر طرفین شرط کرده باشند که خریدار تا فلان زمان حق انتقال ندارد و اگر منتقل کند معامله صحیح است و فروشنده حق فسخ دارد.

بحث دیگر این که اگر پیش خریدار دعوای الزام به تعهدات قرارداد پیش فروش علیه پیش فروشنده مطرح کند و لاجرم در خصوص خواسته ی الزام به تنظیم سند دعوای خود را علیه طرف دیگر قرارداد مشارکت در ساخت نیز مطرح کند، آیا طرف دیگر قرارداد مشارکت در ساخت در دادگاه می تواند صرفاً طی یک صفحه لایحه به شرط سلب حق پیش فروش و انتقال استناد کند و خود را معاف از تعهد در برابر پیش خریدار و معاف از تنظیم سند برای پیش خریدار بداند در پاسخ باید گفت که به لحاظ شکلی و آیین دادرسی مدنی صرف استناد به شرط کافی نیست و مشروط له در قرارداد مشارکت در ساخت که پیش خریدار دعوای خود را علیه او نیز مطرح نموده است، باید دعوای تقابل به خواسته ابطال قرارداد پیش فروش علیه پیش خریدار و پیش فروشنده (مشروط علیه) مطرح نماید.

ماده ۴۵۴ قانون مدنی: هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی شود مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

۶- ضمانت اجرای اختصاصی پیش فروش واحدها در قرارداد ساخت

یکی از موضوعاتی که باعث ایجاد مشکلات عدیده ای برای طرفین می گردد پیش فروش واحد هاست که دو حالت دارد:

۱- ممکن است مالک واحدهایی را پیش فروش نموده و تعهداتی را تقبل نماید و به دلیل تخلف سازنده مجبور به پرداخت خسارات زیادی به خریداران خود شود.

۲- ممکن است سازنده قبل از شروع به ساخت و پیشرفت پروژه با توجه به قرارداد مشارکت فی ما بین مبادرت به پیش فروش واحدها نموده و متعاقباً اجرای پروژه را رها نماید اینجاست که عواقب اقدامات

سازنده متوجه مالک هم میشود و مالک با خریدارانی روبروست که با اذن وی فی الواقع با آنها معامله شده است

باید توجه نمود یکی از نکات مهم این است که حق پیش فروش واحدها برای سازنده بسیار محدود شود و سازنده تنها حق فروش بخشی از سهم خود آن هم بالنسبه به پیشرفت پروژه داشته باشد و لا غیر.

الف:فسخ قرارداد از ناحیه مالک

ممکن است پروژه مقداری پیشرفت داشته باشد و به دلیلی متوقف گردد وبا استفاده از شرط مندرج در قرارداد مالک قرارداد را فسخ نماید.در این صورت وضعیت حقوق سازنده چگونه است در این خصوص اگر ترتیب خاصی در قرارداد پیش بینی نشده باشد لازم است که مالک با اخذ تامین دلیل هزینه های انجام شده توسط سازنده را برآورد نماید و در این صورت سازنده بالنسبه به آورده خود در پروژه شریک خواهد بود که آثار و عواقب بعدی مال مشترک گریبان گیر پروژه خواهد شد .

لازم است برای اجتناب از چنین وضعیتی در قرارداد پیش بینی شودکه در صورت تحقق شرایط فسخ و اجرای آن از ناحیه مالک سازنده تنها مستحق مطالبه هزینه های انجام شده آن هم پس از کسر خسارات می باشد و هیچگونه حق عینی در مال مورد مشارکت نخواهد داشت.

ب:شرط پرداخت اجاره بها از جانب مجری به مالک

امروزه مرسوم است که مجری طرح یا همان سازنده آپارتمان در حین عقد مشارکت مدنی به نفع مالک زمین تعهد می کند که برای مدت معینی که در آن پروژه ساخت به اتمام می رسد - برای مثال دوازده ماه - مبلغ مشخصی را به صورت ماهیانه به عنوان اجاره بها بپردازد.

در مورد چنین شروطی که اخیراً در بسیاری از معاملات رواج یافته به هیچ عنوان منع قانونی دیده نمی شود و این شرط در زمره شروط صحیحی است که طرفین می توانند با توجه به اصل آزادی اراده در قرارداد خصوصی بگنجانند. می توان گفت که این شروط با توجه به اینکه خلاف اطلاق عقد می باشند کاملاً صحیح و شرعی و قانونی تلقی شده و هیچ ایرادی بر آن ها وارد نیست.

اما در مورد دلیل پیدایش این دسته از شروط می توان گفت، صرفاً جهت تعادل اقتصادی معاملات به کار می روند.

دلیل این امر نیز اینجاست که انگیزه وجودی این شرط با جهت عقد مشارکت در ساخت یکسان است ، هر چند ظاهر آن هیچ تطابقی با اهداف طرفین از انعقاد عقد مشارکت مدنی ندارد. و این جملات به زبان شیوا تر بدین معناست که هر چند در نهایت وجود این شرط باعث پرداخت مبلغی پول به مالک شده و باعث ایجاد موازنه اقتصادی در عقد می شود ولی در ظاهر آن هیچ خصوصیتی نیست که نشان دهد طرفین منظور خاصی از اشتراط آن داشته اند و صرفاً هدف غایی و نهایی مالک و مجری این بوده که مجری با پرداخت مبلغی به مالک اضافه ارزش ملک او را جبران نماید و این شرط را وسیله ای برای ایجاد موازنه اقتصادی قرار دهند.(صفایی، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ص ۳۲۲)

نتیجه گیری:

قراردادهای مشارکت مدنی از جمله قراردادهای رایج و متداول است که طرفین قرارداد برای جلوگیری از ضرر اقدام به ایجاد توافق و پیش بینی در هنگام فورس ماژور می نمایند قرار داد ساخت و ساز در قالب قراردادهای عمومی و پیش فروش آپارتمان مورد حمایت قانونگذار است. وضع شروط از جانب مالک یا کارفرما و شریک در هنگام عقد سبب خواهد شد که طرفین با توجه به شرایط، قرارداد را منعقد کنند. با توجه به خسارتهایی که در شرایط افزایش قیمت مصالح یا نیروی کار ممکن است به وجود آید از راهکارهای جبران خسارت به صورت تادیه منفعت و حق فسخ یا الزام به قرارداد یا استفاده از قانون پیش فروش آپارتمان متناسب با شرایط محدثه قرارداد می توان بهره جست. در صورت افزایش قیمت زمین مالک می تواند بخشی ز سختمن ر به شریک ملک مشاع بفروشد یا به واسطه توافق طرفینی به جبران خسرت پردازند. به طور کلی پیش بینی قانون گذار به صورت قرارداد پیمانکاری است و باید در قالب عقود معین مورد بررسی قرار گیرد.

فهرست منابع:

- بندر ریگی، محمد، (۱۳۶۸) ترجمه **منجدالطلاب**، انتشارات اسلامی، قم.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۳۷۷، **هق، عروه الوثقی**، ج. ۲، تهران.
- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن (معروف به میرزای قمی)،
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲) **ترمینولوژی حقوق**، گنج دانش، تهران.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۸) **مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی**، نشر میزان،
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹) **ضمان قهری**. مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۵)، **حقوق تجارت: شرکت های تجاری**، جلد اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)
- صفایی، حسین و دیگران (۱۳۸۴)، **حقوق بیع بین المللی کالا با مطالعه تطبیقی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۳)، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۸۲
- نیکبخت، حمیدرضا؛ کاظمی نجف آبادی، عباس (۱۳۹۰)، «مبانی قاعده نقض قابل پیش بینی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ویژه نامه شماره ۶، پاییز ۱۳۹۰

صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی . (۱۳۹۱). مسئولیت مدنی (الزامات خراج از قرارداد)، چهارم، تهران، انتشارات سمت

جمعی از نویسندگان (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، جلد سوم، ترجمه مهراب داراب پور، تهران: کتابخانه گنج دانش

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۶)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: انتشارات به نشر

امیری قائم مقامی، (۱۳۸۲) حقوق تعهدات، کلیات حقوق تعهدات تهران: میزان.

اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، تهران، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، انتشارات سمت،