

بررسی فقهی - حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط داشتن پارکینگ برای واحد

پیش فروش شده در قرارداد پیش فروش ساختمان^۱

فرزاد کرمی کلمتی*

علمی - پژوهشی

سید محمد حسین مالائکه پور شوشتری**

چکیده

عده‌ای از فقها شرط را جزئی از ثمن دانسته و برخی دیگر برای شرط در برابر عوضین، وجود استقلالی قائل شده‌اند. بر مبنای نظریه دوم، هر شرط باطلی لاجرم موجب بطلان عقد خواهد شد. گروهی از فقها وفای به شرط را یک تکلیف شرعی محض دانسته در مقابل برخی شرط را توأمان موجب تکلیف بر ذمه مشروط علیه و مستوجب حکم وضعی به نفع مشروط له پنداشته‌اند. بر این اساس یک سو، مشروط علیه مکلف به انجام مفاد شرط است و از سوی دیگر، مشروط له حق مطالبه آن را دارد. بنابراین، تعذر یا تخلف از شرط، مشروط له را بر سر دو راهی فسخ یا امضای مجانی عقد، سرگردان نمی‌کند؛ بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی خود - یعنی حق فسخ - حق مطالبه بهای مالی شرط را نیز دارد. در قانون پیش فروش برابر مواد ۶ و ۷ و ۸ احکام متفاوت با قواعد عمومی قراردادها از جمله بازیافت ثمن پرداختی به نرخ روز بناء، جریمه تأخیر قانونی به شرط فزونی بر مقدار توافق شده و جمع آن با فسخ قرارداد و رعایت قیودی جهت فسخ در فرض فزونی یا کسری مساحت بناء مقرر شده است. بنابراین هر گونه تفسیری از ضمانت اجرای قراردادهای پیش فروش باید با توجه به اصول حاکم بر قرارداد از جمله حمایتی بودن قانون و اصل در وضعیت اجرای کامل قرارداد قرار گرفتن متعهدله بر فرض تخلف متعهد صورت گیرد (ماده ۸). در قرارداد پیش فروش، بر فرض فقدان پارکینگ حین تسلیم به شرط وجود، آنچه متعلق قصد طرفین بوده پرداخت عوض در برابر واحد ساختمانی به همراه پارکینگ می‌باشد و تحویل آپارتمان بدون پارکینگ، خارج از قصد معاملی طرفین بوده است. لذا اجبار خریدار به رضایت به معامله یا فسخ، با توجه به افزایش قیمت‌ها، موجب ضرر است. بنابراین، سوای از ایجاد حق فسخ با لحاظ تعذر تسلیم یا تخلف از شرط، با توجه به اینکه هنگام تحویل واحد ساختمانی؛ از لحاظ ایفای تعهد مشمول عموماً مربوط به عین معین می‌باشد، تحویل آن در همان وضعیتی که حین تسلیم دارد، موجب برائت ذمه متعهد می‌شود، لکن از آنجایی که عدم اختصاص پارکینگ برای واحد ساختمانی، معلول تقصیر پیش فروشنده می‌باشد، پیش فروشنده ضامن پرداخت تفاوت قیمت خواهد بود، نتیجه‌ای که از ماده ۲۷۸ قانون مدنی به دست می‌آید.

کلمات کلیدی: شرط، جزئیت، وصفیت، تخصیص پارکینگ، حق مالی ذمی.

تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۴/۰۵)

^۱ تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۱۲/۲۱)

* استادیار مدعو گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران (نویسنده مسؤول) fkarami506@gmail.com

** استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران h.malaekhpour@SCU.AC.IR

مقدمه

قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای رایج و متداولی است که نسبت به سایر عقود معین، دارای ماهیتی پیچیده و چندگانه است؛ به همین واسطه چه در رویه قضایی و چه در کلام حقوق دانان نظر واحدی در خصوص ماهیت، اوصاف و آثار این قرارداد ارائه نگردیده است، به گونه‌های که عدم رعایت برخی قیود قانونی در قانون پیش فروش ساختمان (مواد ۲ و ۳ و ۴ و ...) از منظر برخی حقوق دانان موجب خروج قرارداد مذکور از حمایت‌های قانونی و عدم شمول عنوان قرارداد پیشفروش بر آن می شود و برخی دیگر، قرارداد پیش فروش را یک عقد رضایی دانسته که عدم رعایت قیود مقرر موجب خروج آن از حمایت‌های قانونی نخواهد شد. بنظر می آید ارائه نظریه صحیحی در خصوص موارد فوق منوط به تحلیل منطقی از ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در پرتو ماده ۱ قانون مذکور می باشد.^۱ قرارداد پیش فروش ساختمان از نظر ماهیت، نهاد حقوقی مستقل با ساختاری منحصر است؛ زیرا از یک سو، واجد انتقال حق مالکیت عرصه به پیش خریدار به نسبت سهم واحد پیش فروش شده است و از سوی دیگر، بر اساس نظریه تملیک تدریجی نسبت به بنا و اعیانی ساخته شده، پیش خریدار مالک ساختمان شناخته میشود (کرمی کلمتی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۸، ۱۳۱). از مشکلات و مصائب قرارداد پیش فروش ساختمان، سوای از فواید فراوان آن، عدم وجود بنای فروخته شده یا تکمیل آن حین تنظیم قرارداد پیش فروش، میباشد؛ که این ایراد موجب بروز اختلافاتی میان طرفین و به تبع آن در رویه قضایی گردیده است. عملاً اختیار نحوه ساخت واحد پیشفروش شده جدای از قرارداد پیش فروش، با سازنده خواهد بود و تفکیک ساختمان نیز قاعداً در اختیار سازنده یا مالک خواهد بود و این کافی است تا علی‌رغم شرط داشتن پارکینگ برای واحد پیش فروش شده، سازنده از اختصاص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده بنا بر دلایل مختلف، امتناع نماید. سوای از دلایل عدم انجام چنین تعهدی از جانب پیش فروشنده، از جمله تورم شدید اقتصادی که منجر به اختلافات میان طرفین در خصوص تعدیل قیمت‌ها میشود، بدین ترتیب فروشنده با استفاده از این حربه سعی در امتیاز گرفتن از پیش‌خریدار دارد. بررسی ضمانت اجرای تخلف از انجام چنین تعهدی، موضوع

^۱ برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به فرزاد کرمی کلمتی، محمد صالحی مازندرانی، «تاملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش فروش ساختمان و قلمروی آن»، مطالعات حقوقی معاصر ۲۲ (۱۳۹۹) و سید مصطفی مصطفوی، سید علی اصغر رحیمی، «ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱ (۱۳۸۹) و عباسعلی دارویی، «قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان»، مطالعات حقوق خصوصی ۲، (۱۳۹۱).

بررسی این تحقیق خواهد بود؛ به گونه‌ای که اظهار نظر در این خصوص در گرو تحلیلی صحیح از ماهیت این تعهد و سپس بررسی ضمانت اجرای آن در فقه و حقوق ایران می‌باشد. در حقوق ایران از یک سو می‌توان با توجه به مواد ۳۵۶ و ۳۶۰ قانون مدنی پارکینگ را از توابع مبیع شمرد که مستقلاً قابل تقویم به پول است و از طرف دیگر حسب ماده ۲۳۴ قانون مدنی آن را وصف مبیع دانست. در فقه نیز نظراتی در خصوص جزئیت چنین مواردی در مبیع یا وصفت آن وجود دارد که در این تحقیق به بررسی آنها پرداخته می‌شود. همچنین با استقراء در متون فقهی نظریه امکان مطالبه بهای شرط در برخی مصادیق شروط، خصوصاً آنجایی که شرط فی نفسه دارای ارزش اقتصادی باشد، طرفدارانی داشته که بر مبنای آن رضایت صرف به معامله، بر فرض تخلف از شرط مصداق حرمت «اکل مال به باطل» و دارا شدن بلاجهت مشروط علیه میدانند.

۱- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و تطبیق قواعد سنتی بر قرارداد مذکور

قرارداد پیش فروش ساختمان از نظر ماهیت، نهاد حقوقی مستقل با ساختاری منحصر است؛ بدین صورت که پیشفروشنده در قبال دریافت عوض قراردادی متعهد به ساخت یا تکمیل واحد ساختمانی پیشفروش شده، در مهلت مقرر خواهد بود و پیش‌خریدار نیز متعهد به رعایت همکاری و حسن نیت و پرداخت اقساط مقرر خواهد بود. بنابراین، قرارداد پیشفروش از یک طرف، سبب انتقال حق مالکیت عرصه به پیش‌خریدار به نسبت سهم واحد پیش فروش شده خواهد شد و از طرف دیگر، بر اساس نظریه تملیک تدریجی نسبت به بنا و اعیانی ساخته شده، پیش‌خریدار مالک واحد پیش‌خرید شده و قسمتهای اختصاصی از جمله پارکینگ میگردد و به نسبت آن، مالک قسمتهای مشاعی نیز شناخته می‌شود.

۱-۱- ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان

گروهی از حقوق دانان قرارداد پیش فروش را تعهد به بیع دانسته اند (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ۳۰۹) و گروهی دیگر آن را قرارداد درباره فروش مال آینده تلقی نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ۲۷۵) و گروهی نیز قرارداد پیش فروش را بیع عین معین تعبیر نموده‌اند (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ۱۷۵). بنظر می‌رسد از آنجایی که ماده یک قانون پیش فروش ساختمان در مقام تعیین قلمروی خویش، مقرر میدارد «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مزبور با هر نوع

کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) در آید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمانی» محسوب میشود»، و با در نظر گرفتن تعریف ارائه شده در خصوص قرارداد پیش فروش توسط قانونگذار، شایان ذکر است آن چه مد نظر بوده، هدف طرفین در قرارداد است نه قالب انتخاب شده قرارداد توسط طرفین، بنابراین چه قرارداد طرفین رسمی باشد و چه عادی و چه در آن داوران تعیین گردند و یا قرارداد بدون تعیین داوران منعقد گردد، از نظر این قانون، قرارداد مذکور باید بر اساس هدف و انتظار نهایی طرفین تفسیر گردد. در واقع قانونگذار با این تعبیر، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آنها ترجیح داده است و توجه به شکل گزینی را در انعقاد قراردادها تضعیف نموده است. بنابراین اگر در قراردادی فروشنده، متعهد به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی مشخص در برابر خریدار باشد این قرارداد سوای از قالب آن، یک قرارداد پیش فروش است؛ اعم از اینکه عنوان قراردادشان مبیعه نامه، قولنامه، صلحنامه، یا قرارداد واگذاری باشد و اعم از اینکه رسماً منعقد شده باشد یا قرارداد، عادی باشد و اعم از اینکه پیش فروشنده مالک زمین باشد یا مالک رسمی منافع زمین باشد. بنابراین به موجب قانون همه اقسام قراردادهایی که ماهیت آن پیش فروش ساختمان باشد قرارداد پیش فروش میباشد. ماده یک قانون پیش فروش ساختمان در جهت توجه به هدف و قصد طرفین در انعقاد قرارداد و عدم توجه قانون به قالب انتخابی آن از این جهت شبیه ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶^۱ و همچنین تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت میباشد.^۲

۱. ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «هر محلی که برای سکنا یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود، در صورتی که تصرف متصرف برحسب تراضی با موجر یا نماینده قانونی او، به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری، به منظور اجاره باشد اعم از این که نسبت به مورد اجاره سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است.»

۲. تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ت: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از این که معامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تامین حق استرداد، اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.»

بر اساس قرارداد پیش فروش ساختمان، پیش فروشنده متعهد به احداث^۱ یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در زمین مشخص، ظرف مدت معین با اوصاف و امکانات و مشخصات مصرح در قرارداد و انتقال قطعی آن به پیش خریدار می‌شود. ماهیت پیچیده و چندگانه‌ی این قرارداد و موجود نبودن مورد معامله حین انعقاد قرارداد، عواملی است که تشخیص ماهیت آن را از سایر قراردادهای مشکل ساخته است. در این قرارداد، پیش فروشنده مال موجودی را مورد معامله قرار نمی‌دهد، بلکه متعهد می‌شود در ازای آن چه به عنوان عوض قراردادی از پیش خریدار به صورت اقساط دریافت می‌دارد، مطابق با توافق ساختمانی به او تحویل دهد؛ همین عامل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان را با ابهام مواجه کرده است (حسین زاده و سکوتی، ۱۳۹۵، ۳۷).

در شرایط فعلی باید قرارداد پیش فروش ساختمان را عقدی معین، با نام و با ویژگی‌های منحصر به خود دانست و ماهیت آن را با توجه به این قانون تبیین و تحلیل کرد. مستنبط از ماده ۱۰ این قانون، قرارداد پیش فروش ساختمان نهاد حقوقی مستقل با ساختاری خاص و مختلط است که واجد انتقال مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش فروش شده به پیش خریدار است هم چنین وفق ماده ۳۱ قانون مذکور، نسبت به بنا و اعیانی بر اساس نظریه تملیک تدریجی تحلیل می‌شود؛ بدین صورت که با انعقاد قرارداد پیش فروش، بخشی از عرصه یا زمین به نسبت سهم خریداری شده به پیش خریدار منتقل می‌شود. ماده ۱۰ این قانون مقرر می‌دارد «در مواردی که بانکها به پیش خریداران بر اساس قرارداد پیش فروش تسهیلات خرید می‌دهند، وجه تسهیلات از طرف پیش خریدار توسط بانک به حساب پیش فروشنده واریز و مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش خریداری شده و حقوق پیش خریدار نسبت به آن واحد به عنوان تضمین اخذ می‌گردد». این ماده مبین آن است که با انعقاد قرارداد، بخشی از مالکیت عرصه به پیش خریدار انتقال می‌یابد و پیش خریدار به واسطه این حق مالکیت قادر است آن را در رهن بانک قرار دهد^۲ و نسبت به بنا و اعیانی نیز، هر مقداری که از آن ساخته می‌شود، به مالکیت پیش

^۱ در این حالت به موجب بند ۴ ماده ۴ قانون پیش فروش ساختمان، باید عملیات پی ساختمان یا همان عملیاتی که پس از خاک برداری و در اجرای پی ریزی جهت استقرار ستون‌های ساختمان یا دیوارهای باربر بر روی پی انجام می‌گیرد و با پایان آن، اجرای اسکلت ساختمان شروع می‌شود، به اتمام رسیده باشد.

^۲ توجه به این نکته ضروری است که انتقال مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش فروش شده به پیش خریدار، به دلالت ماده یک قانون پیش فروش ساختمان و بند یک تبصره ی ذیل آن، ناظر به مواردی است که پیش فروشنده مالک رسمی زمین و یا شخصی باشد

خریدار در می‌آید؛ در مقابل، پیش خریدار نیز مکلف می‌شود در فواصل زمانی تعیین شده که عموماً به تناسب پیشرفت کار تعیین می‌شود، عوض قراردادی را به پیش فروشنده پرداخت نماید. در تأیید این نظر، صدر ماده ۳۱ قانون پیش فروش ساختمان مقرر می‌دارد: «پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده میگردد...» (کرمی کلمتی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹، ۱۴۸. طالقان غفاری و نعمتی، ۱۳۹۷، ۳۸).

۱-۲- اوصاف قرارداد پیشفروش ساختمان

نظر به ماده ۱ قانون پیشفروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش فروش به عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز میباشد. قرارداد پیشفروش مطابق ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان که مقرر نموده است «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیشفروش شده میشود» یک عقد تملیکی است. مطابق ماده ۱۵ قانون مذکور، عرصه و اعیان ملک پیشفروش شده قابل توقیف و تأمین به نفع طلبکاران پیشفروشنده نیست که این امر دلالت بر این دارد که ملک به تدریج ساخت در ملکیت پیش‌خریدار قرار میگیرد (دارویی، ۱۳۹۰، ۱۵۲). به عبارت دیگر این قرارداد در زمان انعقاد صرفاً مقتضی تملیک را فراهم می‌آورد و تملیک نهایی منوط به «شرط» ساخت ساختمان است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ۱۸۷). قرارداد پیش فروش ساختمان از جنبه‌های دیگر یک عقد رضایی است. هر چند ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر میدارد تنظیم قرارداد میبایست به وسیله سند رسمی باشد لیکن ضمانت اجرای عدم رعایت این امر در ماده ۲۳ قانون و ماده ۱۸ آییننامه اجرایی حبس و جزای نقدی است و از لحاظ حقوقی فاقد ضمانت اجرا میباشد. ماده ۱ این قانون که مقرر میدارد هر قراردادی و با هر عنوان قرارداد پیش فروش است توهّم تشریفاتی بودن این عقد را از ذهن میزداید.

ماهیت قرارداد پیشفروش ساختمان با در نظر گرفتن مواد ۱۳، ۱۵، ۱۶ و این قانون معوض بوده و بنابراین قرارداد پیش فروش ساختمان در زمره عقود معوض جای میگیرد. گفته شده است (دارویی، ۱۳۹۰، ۱۵۵) با توجه به بند ۵ ماده ۲ قانون مذکور که در آن مقرر شده است «در قراردادهای معوض باید بها یا عوض قراردادی و مقدار اقساط و نحوه پرداخت ذکر شود...» لذا قرارداد پیشفروش

که در ازای سرمایه گذاری، واحدهای مشخصی از بنای احداثی به وی تعلق داشته باشد. از این رو با عنایت به بند ۲ تبصره همان ماده، منصرف از مواردی است که عرصه ی ساختمان پیش فروش شده وقف باشد و یا پیش فروشنده مستأجری باشد که به موجب سند رسمی فقط حق احداث بنا بر روی عین مستأجره را دارد.

ساختمان عقدی با ماهیت دوگانه می‌باشد که هم می‌تواند معوض باشد و هم مجانی. در پاسخ می‌توان گفت هر چند ممکن است قرارداد پیشفروش بدون عوض به پیش‌خریدار واگذار گردد، لیکن این امر ماهیت عقد را تغییر نمی‌دهد، چرا که اولاً؛ مطابق نص صریح مواد ۱ و ۱۳ قانون مذکور قرارداد پیش فروش یک عقد معوض می‌باشد، ثانیاً؛ شرط عوض در قراردادهای مجانی و یا عکس آن عدم دریافت عوض در عقد معوض ماهیت عقد را تغییر نمی‌دهد. چنانچه شرط عوض در عقد هبه ماهیت هبه را معوض نمی‌نماید، در خصوص قرارداد پیش فروش نیز وضع به منوال بوده منتها، عکس آن صادق است (کرمی کلمتی، صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹، ۱۴۸).

در تقسیم بندی عقود به عقود لازم و جایز با توجه به اینکه هیچکدام از طرفین قرارداد پیشفروش بدون علت قانونی حق فسخ عقد را نداشته و فوت، جنون یا سفه احد طرفین نیز تأثیری در انحلال قرارداد ندارد، قرارداد پیشفروش عقدی لازم می‌باشد. همچنین ماده ۱۸۹ قانون مدنی مقرر میدارد «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود» لذا از آنجایی که در زمان انعقاد قرارداد پیشفروش، اثر آن موقوف به امر خارجی نمی‌باشد و اثر قرارداد در زمان انعقاد عقد ظاهر می‌گردد قرارداد پیشفروش، عقدی منجز است و ساخت و تکمیل واحد پیش فروش شده در آینده امری تعلیقی که مانع تحقق اثر عقد باشد، نیست.

۱-۳- شرایط صحت شرط تعهد به تخصیص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده

شرط، نوعی عمل حقوقی است که مانند هر عمل حقوقی دیگر، صحت و اعتبارش منوط به تحقق شرایطی در موضوع و طرف یا طرفین آن است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۸۷). برای صحیح بودن شرط، شروطی مقرر شده است؛ در این خصوص مرحوم شیخ انصاری (ره) نه مورد را به عنوان شرایط صحت شرط مطرح نموده که برخی را می‌پذیرد. از جمله شرایط مهم صحت شرط، مقدور بودن شرط برای مشروط علیه است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ۱۵)؛ در این خصوص شیخ انصاری می‌فرماید «ان یكون داخلاً تحت قدره المكلف» (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ۱۵) که حکایت از این دارد که انجام شرط باید در حیطه اقتدار مشروط‌علیه باشد، در غیر این صورت شرط به واسطه غیر مقدور بودن باطل خواهد بود (بند یک ماده ۲۳۲ قانون مدنی ایران). بند ۳ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان، ذکر اوصاف و مشخصات واحد پیش فروش شده از جمله پارکینگ را در قرارداد پیش فروش الزامی شمرده است. مشروع بودن شرط با لحاظ عدم نفوذ التزام به امر حرام و

داشتن نفع عقلایی برای شرط، عدم مخالفت با کتاب و شرع، خلاف مقتضای عقد نبودن شرط، منجز بودن شرط و ... از دیگر شروط صحت شرط محسوب میگردند.

به نظر می‌رسد درج شرط اختصاص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده، چنانچه از ناحیه مالکی باشد که اقدام به پیش فروش واحد پیش فروش شده می‌نماید، کلیه شرایط صحت شرط را داراست و چنانچه پیش فروش توسط سازندهای باشد که بر اساس قرارداد مشارکت، مجاز به پیش فروش واحدها میباشد؛ مشروط به این است که بر اساس قرارداد مشارکت در ساخت با مالک، واحدهای سهمی سازنده دارای پارکینگ باشند و الا چنین شرطی به واسطه عدم قدرت بر تسلیم یا غیرمقدور بودن شرط، باطل خواهد بود. در غیر اینصورت و چنانچه واحدهای سهمی پیش فروشنده دارای پارکینگ باشند، تمام شرایط صحت شرط اختصاص پارکینگ برای پیش خریدار، فراهم است.

۲- ماهیت شرط تخصیص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده

گسترش آپارتمان نشینی و احداث ساختمانهای چند طبقه با واحدهای زیاد و تعداد زیاد خودروها و کم عرض بودن کوچه‌ها و ناامن بودن آنها موجب ضرورت ایجاد پارکینگ در واحدهای ساختمانی میگردد. در بیع عین معین موجود، مسئله تخلف از شرط یا وصف یا جزء از حیث داشتن یا نداشتن پارکینگ، مطرح نمی‌شود؛ چرا که حسب سند رسمی یا صورت مجلس تفکیکی و یا گواهی پایان کار شهرداری اختصاص یا عدم اختصاص پارکینگ به واحد ساختمانی مشخص است و طرفین بر همان مبنا معامله میکنند، لیکن در پیش فروش واحدهای مسکونی بسیار پیش می‌آید که در قرارداد پیش فروش، شرط داشتن پارکینگ شود ولی در عمل پارکینگ به واحد مذکور اختصاص نمی‌یابد. در خصوص ماهیت تعهد و شرط ایجاد پارکینگ برای واحد پیش فروش شده، با توجه به مبانی فقهی، مال قیمی را به شرط وجود میتوان فروخت و در توجیه مبانی این قرارداد به شدت اختلاف وجود دارد با فرض پذیرش قرارداد پیش فروش به عنوان یک عقد معین و با توجه به معیارهای دیگر از جمله شروط ضمن عقد و توابع مبیع، ماهیت این شرط تبیین تا در پرتو ماهیت آن، ضمانت اجرای تخلف از آن را تعیین نمود.

۲-۱- نظریه و صفت شرط پارکینگ برای واحد پیش فروش شده

شرط صفت، اصولاً برای نشان دادن صفتی از مورد معامله که حینالعقد وجود دارد به کار میرود بنابراین نمیتوان ماهیتش را جدا از مورد معامله در نظر گرفت بلکه وابستگی کامل به خود مورد

معامله دارد. به همین جهت ماده ۲۳۵ قانون مدنی ایران در بیان ضمانت اجرای شرط، صرفاً امکان فسخ را برای مشروط له پیش بینی نموده است. به عبارت دیگر بر خلاف شرط فعل که دایر مدار الزام و التزام ضمن عقدی بر ذمه مشروط علیه و انجام مفاد شرط در آینده است؛ در شرط صفت هیچ التزامی بر ذمه مشروط علیه دائر بر ایجاد وصف موصوف وجود ندارد؛ بلکه شرط وصف، شرط وجود است نه ایجاد.

به موجب شرط صفت، در زمان عقد مقرر می‌شود که دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد؛ مانند آنکه منزلی معین فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که دارای مساحت معینی باشد یا مصالح به کار رفته در آن از نوع خاصی باشد (صبحی محمضانی، ۱۹۷۲ ق، ج ۲، ۴۵۵). شرط صفت همواره به وجود صفتی در مورد معامله مرتبط می‌شود و به این دلیل است که گفته شده است ملزم شدن مشروط علیه در زمان عقد بیع به ایجاد صفتی در موضوع معامله، شرط صفت محسوب نمی‌شود بلکه این موضوع از اقسام شرط فعل است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۲۱۶). همانگونه که مشخص است در قرارداد پیش فروش ساختمان که واجد ماهیت دوگانه عهدی (برای پیش فروشنده) و تملیکی (برای پیش خریدار) است؛ کلیه شروط ضمن عقد، واجد خصیصه تعهدآور برای متعهد می‌باشد و پیش فروشنده متعهد به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی برابر قرارداد پیش فروش می‌باشد و لذا شرط اختصاص پارکینگ برای واحد ساختمانی تخصصاً از مقوله شرط صفت خارج است.

۲-۲- نظریه جزئیت پارکینگ برای واحد ساختمانی پیش فروش شده

در تبیین معنا و ماهیت توابع مبیع، نظرات متخلفی از جانب حقوقدانان بیان شده است، برخی معتقدند با توجه به معیارهای قانونی، نه تنها مالیکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود بلکه توابع آن از جمله آب و برق عرفاً به تبعیت از مبیع منتقل می‌شوند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۰) برخی دیگر تسلیم توابع مبیع از جمله سند مالکیت آن را لوازم عقلی و یا عرفی عقد میدانند (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ۲۳۶) برخی دیگر هم توابع مبیع را اموری دانسته که از نتایج عرفیه عقد هستند و بدون ذکر در عقد هم طرفین معامله ملزم به انجام آن هستند (شاه باغ حائری، ۱۳۷۶، ج ۱، ۱۹۹). برخی فقها معتقدند هر آنچه استعداد و ظرفیت آن را داشته باشد که از توابع مبیع باشد داخل در آن محسوب می‌شود (اصفهان‌ی، ۱۳۸۰ ق، ۳۵۸) و برخی دیگر معتقدند هر آنچه عادتاً داخل در مبیع باشد از توابع مبیع است (موسوی خمینی، ۱۳۸۰ ق، ۳۵۸) و برخی دیگر بیان نموده هر آنچه حسب عرف عام و خاص داخل در معنای لفظ مبیع باشد نتیجتاً داخل در عقد است (سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ۴۸۲. حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق،

ج ۵، ۶۶۹). فصل مشترک تعاریف فقها و حقوق دانان از توابع مبیع «دخول توابع در مبیع، حسب عرف و عادات اعم از آنکه قصد معاملی طرفین بر آن باشد یا خیر و اعم از آنکه طرفین عالم بر عرف باشند یا جاهل» است.

بنظر میرسد شرط اختصاص پارکینگ و به تبع آن تحویل پارکینگ به پیش خریدار در موعد مقرر به انضمام مبیع از جمله مواردی که بدون ذکر در عقد، عقد منصرف به آن باشد، نیست؛ چه آنکه فهم عرفی از معاملات و شروط ضمن عقد مبین این امر است که شرط عدم دخول پارکینگ در مبیع، جایز و پارکینگ مستقلاً قابل فروش است. همچنان که برابر بند ۳ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان امکانات واحد پیش فروش شده از جمله پارکینگ منوط به ذکر در عقد است، بنابراین اگر پارکینگ از توابع صرف مبیع میبود که از همان ضمانت اجرای تخلف از عدم تسلیم مبیع برخوردار باشد، دیگر نیازی نبود مقنن داشتن پارکینگ برای واحد پیش فروش شده را منوط به ذکر در قرارداد کند چرا که توابع مبیع بدون ذکر هم داخل در مبیعانند (ماده ۳۵۶ قانون مدنی)، قابل ذکر است قید برخورداری واحد پیش فروش شده از پارکینگ یا عدم آن از الزامات شکلی قرارداد پیش فروش است به گونهای که حسب ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان صرفاً با ذکر در عقد است که پیش خریدار میتواند تحویل آن را مطالبه نماید. از طرف دیگر شرط ساخت، تکمیل و تحویل پارکینگ برای واحد پیش فروش شده از مقوله هستها نیست تا ضمانت اجرای آن را در ضمانت اجرای تخلف از تحویل مبیع و یا توابع آن جستجو کرد؛ بلکه ماهیت این توافق یک شرط ضمن عقدی دایر بر الزام سازنده (پیش فروشنده) به انجام چنین شرطی در آینده است و به اصطلاح اصولی از مقوله بایدها است و بنظر میآید توابع مبیع از امور هستها بوده که حین العقد موجود و قابل تسلیم هستند مثل سند مالکیت، آب و برق و ... حال آنکه موضوع شرط مورد بحث، تعهد به انجام امری معین در آینده است، که تحلیل صحیح از ضمانت اجرای آن نیازمند توجه به متون غنی فقهی در زمینه انواع شروط ضمن عقد و ماده ۸ قانون پیش فروش ساختمان مبنی بر دریافت ثمن معامله در فرض فسخ قرارداد به علت تخلف پیش فروشنده، به نرخ روز و نه همان مبلغ پرداختی است. بنابراین اظهارنظر در خصوص رضایت به معامله و امکان پذیری دریافت بهای شرط به نرخ روز باید منطبق بر واقعیتها و تحلیل منطقی از مجموع مواد قانون پیشفروش ساختمان باشد به گونهای که بر خلاف قواعد عمومی قراردادها که در صورت فسخ معامله صرفاً همان ثمن پرداختی باز یافت میشود در قرارداد پیش فروش ثمن به نرخ روز بناء قابل وصول است، که این مبلغ برابر ماده ۶ همان قانون با خسارات تأخیر قانونی به شرط تساوی یا

از دیداد از خسارات توافق شده (والا همان مبلغ توافق شده ملاک خواهد بود)، قابل وصول است؛ که این راه حل دقیقاً منطبق بر مترقی‌ترین قواعد حقوقی مبنی بر جبران خسارات قراردادی و "قراردادن متعهد له در همان وضعیتی که اگر قرارداد اجرا میشد، قرار میگرفت" میباشد. همان گونه که در صورت افزایش یا کاهش مساحت بناء بعد از اخذ صورت مجلس تفکیکی از قواعد عمومی قراردادها پیروی نشده است؛ به نحوی که حسب ماده ۷ قانون مذکور در صورتی که مساحت بناء براساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، مابه التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت. لیکن چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد (۵٪) افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد (۵٪) باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد (۹۵٪) مقدار توافق شده باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بناء و براساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند. در صورتی که حسب ماده ۳۸۵ قانون مدنی دو طرف فارغ از میزان کسری یا فزونی صرفاً حق فسخ دارند. بنابراین تفسیر تعهدات طرفین در قرارداد پیش فروش ساختمان باید با توجه به اصول اساسی مندرج در قانون حاکم (ق. پ. ف. س) از جمله حمایتی بودن نسبت به پیش خریدار و اصل قراردادن متعهد له در فرض وضعیت اجرا شدن قرارداد در صورت فسخ قرارداد و... صورت گیرد.

بررسی کلام فقها در باب رابطه شرط و عقد بیانگر دو استنباط از آن است؛ عده‌ای شرط را جزئی از ثمن یا مثن دانسته و عده‌ای دیگر برای شرط در برابر عوضین، وجود استقلالی قائل میباشند. مرحوم نراقی (ره) معتقدند «همانگونه که در برابر هر جزئی از مبیع، بخشی از ثمن قرار گرفته، در برابر شرط نیز قسمتی از ثمن قرار می‌گیرد. چه تفاوت میکند که شخصی خانه‌ای بخرد و در ضمن آن شرط کند که باغچه مجاور آن ملک خریدار باشد، یا از ابتدا خانه و باغچه مجاور را به ثمن معین خریداری کند؟» (نراقی، ۱۴۰۸ ق، ج ۵، ۱۲۵). به عبارت دیگر، ایشان معتقدند که با توجه به ادله وجوب وفای به شرط ضمن عقد، مشخص است که شرط جزئی از دو عوض شده، بنابراین، همچون سایر اجزای عوضین لازم گردیده است. بر مبنای این نظریه، هر شرط باطلی موجب بطلان عقد خواهد شد. برخی فقها در مقام استدلال گفته‌اند، باطل بودن شرط از آن جهت موجب بطلان عقد میشود که با توجه به جزئیت شرط نسبت به عوضین و پس از باطل شدن شرط، مشخص نیست کدام جزء از ثمن در برابر شرط قرار گرفته است و لذا بیع به علت مجهول بودن ثمن، باطل میشود (علامه

حلی، بیثنا، ج ۱، ۳۲۱). از جمله لوازم و تبعاتی که پذیرش این نظریه به دنبال دارد سوای از بطلان عقد به واسطه بطلان شرط، امکان تقسیط ثمن پس از تخلف از شرط میباشد. محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۳۱). با این نظریه فرع در ردیف اصل قرار گرفته و تعهد ناشی از شرط و عقد هر دو به تعهدات اصلی موصوف می‌شوند و طبعاً شرایط صحت معاملات، در شرط نیز لازم خواهد بود (عاملی، ۱۳۹۵، ۵۷). برخی فقها معتقدند شرط به دلیل تاثیری که در افزایش یا نقصان قیمت مورد معامله دارد، جزئی از عوضین محسوب می‌گردد «انما الشرط محسوب من الثمن و قد حصل باغیاره نقص فی القیمه» (طباطبایی، ۱۴۰۴، ق، ج ۱، ۴۳۸).

در رد نظریه جزئیت شرط گفته شده است، اقتضای شرطیت، عدم مقابله بین شرط و جزئی از عوضین است و گرنه قرار از شرطیت به جزئیت منقلب میشود و در این خصوص، هیچ فرقی بین انواع شروط نیست، حتی تخلف شرطی که فی حد نفسه - یعنی در صورتی که در ضمن عقد قرار نگیرد - در ازای آن بها داده می‌شود مثل خیاطت، موجب ثبوت ارزش نیست (عاملی، ۱۳۹۵، ۶۰ و ۶۱). نظریه مذکور از جانب مرحوم شیخ انصاری نیز مورد نقد قرار گرفته به گونه ای که ایشان معتقدند هر چند شرط در ازدیاد و نقصان قیمت مؤثر است، ولی این به معنای این که طرفین در قرار معاملی خویش قسمتی از ثمن را در برابر شرط قرار داده باشند، نیست. به نظر می‌رسد همانگونه که برخی حقوقدانان به بیانی دیگر گفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۳۲) این نظریه به کل قابل رد نیست؛ چرا که فهم عرفی از مفاد عقد، دلالت بر پرداخت ثمن یا تسلیم مبیع در مقابل انجام تعهد طرف دیگر به انضمام کلیه شروط ضمن عقد است و عرف تفاوتی میان فروش خانه به همراه خودرو به قیمت مشخص با شرط تملیک همان خودرو ضمن فروش خانه، نمی‌گذارد.

۲-۳- نظریه تکلیف و حق مالی ذمی

ماده یک قانون پیش فروش ساختمان در مقام تعریف از قرارداد پیش فروش ساختمان، قرارداد پیش فروش ساختمان را از منظر تکلیف پیش فروشنده، عقد عهدی می‌داند و از منظر حقوق پیش خریدار واجد اثر تملیکی می‌داند.^۱ لیکن مالکیت تدریجی پیش خریدار بر واحد ساختمانی منوط به

^۱ ماده ۱ «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید، از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود.»

پرداخت اقساط مقرر در قرارداد میباشد.^۱ همچنین مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش فروش شده، بر اساس ماده ۱۰ قانون پیش فروش ساختمان منتقل میشود^۲ هرچند بند ۳ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان^۳ از ذکر پارکینگ به عنوان اوصاف و امکانات واحد ساختمانی نام برده است؛ لیکن داشتن پارکینگ وصف مبیع نمیشود بلکه ماهیت آن با توجه به اینکه در قرارداد پیش فروش، تعهد به ایجاد و اختصاص آن در آینده میشود، شرط فعل مثبت مادی است؛ چرا که وصف قید عارض بر موضوع است و داشتن پارکینگ قید عارض بر واحد ساختمانی نمیشود. وصف مبیع، از قبیل کیفیت یا کمیت مثل مساحت ساختمان و نوع ابزار به کار رفته در آن می‌باشد و نسبت به پارکینگ چنین امری صادق نمیشود.

در خصوص رابطه حق و تکلیف گفته شده است هر جا حق ذمی وجود دارد طرفین آن عبارتند از ذیحق و منعلیه‌الحق. ذیحق مالک مالی در ذمه من علیه‌الحق است و در صورت مطالبه، مکلف به ادای حق و افراف ذمه خویش است، ولی آنجایی که از جانب شارع تکلیفی برای شخص مقرر می‌شود چنین تکلیفی برای شخص متصور نیست (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۰۲). به عبارت دیگر در تکالیف شرعی هرچند تکلیفی برای شخص وجود دارد ولی حق مطالبه وجود ندارد همانند نفقه اقارب که تکلیف است و اسقاط اقارب تاثیری در پرداخت آن ندارد. مسئله‌ای که برخی حقوقدانان در این خصوص مطرح نموده اند این است که در مواردی که شرط پرداخت مال یا عملی دارای ارزش مالی است، آیا مفاد شرط یک تکلیف محض همچون نفقه اقارب است یا موجد حقی از نوع ذمی همانند نفقه زوجه برای مشروطعلیه میباشد (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۰۲). برخی فقها با استناد به اصل

^۱ ماده ۱۳ «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد و در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان، با تایید مهندس ناظر در صورتی که تمام اقساط را پرداخت یا عوض قراردادی را تحویل داده باشد، با ارائه مدارک مبنی بر ایفای تعهدات، می‌تواند به مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی، تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود را درخواست نماید. چنانچه پیش‌فروشنده حداکثر ظرف ده روز پس از اعلام دفترخانه از انتقال رسمی مال پیش‌فروش شده خودداری نماید، دفترخانه با تصریح مراتب مبادرت به تنظیم سند رسمی به نام پیش‌خریدار یا قائم مقام وی می‌نماید. اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک مکلف است به تقاضای ذی‌نفع نسبت به تفکیک و یا افراز ملک پیش‌فروش شده اقدام نماید»

^۲ ماده ۱۰ «درموردی که بانک‌ها به پیش‌خریداران براساس قرارداد پیش‌فروش، تسهیلات خرید می‌دهند، وجه تسهیلات از طرف پیش‌خریدار توسط بانک به حساب پیش‌فروشنده واریز و مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش‌خریداری شده و نیز حقوق پیش‌خریدار نسبت به آن واحد به عنوان تضمین اخذ می‌گردد.»

^۳ بند ۳ ماده ۲ «اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری.»

عدم تکلیف مشروط علیه معتقدند شرط، تکلیفی برای مشروط علیه قرار نمیدهد و در صورت تخلف صرفاً حق فسخ برای مشروطه متصور است (شهید ثانی، ۱۳۷۹ ق، ج ۳، ۵۰۶). برخی فقها نیز وفای به شرط را یک تکلیف شرعی محض میدانند (شیخ انصاری، ۱۴۲۰ ق، ج ۶، ۶۲) به این صورت که وجوب وفای به آن را وجوب تکلیفی در مقابل وجوب حقی، میدانند، به گونهای که در وجوب حقی، یک حق از ناحیه تکلیف مزبور برای مشروط له به وجود میآید که میتواند آن را اسقاط نماید و میتواند مشروط علیه را ملزم به انجام مفاد شرط کند. لکن از منظر دیدگاه فائلین به وجوب حقی، همچنان شرط موجب حق ذمی که بر مبنای آن، حق مطالبه بهای شرط وجود داشته باشد، نیست. اما از دیدگاه تکلیف شرعی محض که وجوب وفای به شرط صرفاً وجوب تکلیفی است چنین مواردی صادق نیست؛ به عبارت دیگر، از منظر این دیدگاه، وفای به شرط صرفاً یک تکلیف شرعی است و واجد حکم وضعی از نوع الزام مشروط علیه به انجام مفاد شرط نخواهد بود، همانند نفقه اقارب که از باب وجود مواسات و تکلیف شرعی محض است و نفقه برای نفقه گیرنده، حق نیست تا بتواند آن را ساقط کند یا از باب وجود حق، برای مطالبه آن شکایت کند، بلکه از باب امر معروف و الزام به تکلیف شرعی میتواند شکایت کنند؛ بنابراین از منظر این دیدگاه، ضمانت اجرای الزام به وفای عهد در شروط و تعهدات وجود ندارد، بلکه در صورت تخلف از مفاد شرط، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت، در مقابل برخی دیگر معتقدند که شرط موجب تکلیف بر ذمه مشروط علیه و در مقابل حکم وضعی به نفع مشروط له به نحو همزمان میگذرد؛ یعنی از یک طرف مشروط علیه مکلف به انجام مفاد شرط میشود و از طرف دیگر، مشروط له حق مطالبه آن را دارد (صاحب جواهر، ۱۳۹۴ ق، ج ۲۷، ۶۹. مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ۲۸۲. موسوی خمینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ۲۲۱). نمونههای این قسم موارد را میتوان در مصادیقی از مواد ۶ و ۷ و ۸ و ۱۸ قانون پیش فروش ساختمان یافت. به موجب نظریه مذکور، شرط، موجد یک نوع حق مالی است و برای صاحب آن، حق دینی به وجود می‌آورد و حتی گاه حق دینی مزبور می‌تواند به حق عینی تبدیل گردد. برخی از اساتید حقوق ذیل عنوان تلف شرط قبل از قبض، عدم تسلیم موضوع شرط فعل را چنانچه شرط در موازنه ارزش عوضین مؤثر باشد، همانند موردی که شخصی مزرعه‌های خریداری نماید به شرط اینکه بایع در آنجا چاه عمیقی حفر نماید، که در این صورت دو نوع خلل ۱- خلل در موازنه ارزش ۲- خلل در تسلیم، در معامله روی میدهد، ایشان معتقدند در صورت خلل در تسلیم، مشروط له میتواند معامله را فسخ نموده و فسخ از حین عقد مؤثر است، و در صورت خلل در موازنه ارزش، حق مطالبه ارزش (مابه ازای شرط یا بهای مالی شرط) برای

مشروط له به دو علت اصل ابقای عقود و اصل لاضرر با توجه به حدیث «الحرام لا یفسد الحلال»، بر قرار است، نمونه این مورد را در خیار تبعض صفقه میدانند و معتقدند ارزش اقتصادی این قسم شروط بیش از عیب مبیع است که در آن، مجال ارزش داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۷۵ و ۷۶). علامه حلی در مبحث عقد مساقات می‌فرماید «هرگاه مالک بر عامل، انجام عمل معینی را در ضمن عقد شرط کند، بر عامل لازم است که عمل را انجام دهد و چنانچه تخلف نماید، مالک حق فسخ عقد یا الزام عامل به پرداخت اجرت عمل را به نحو اختیاری خواهد داشت» (علامه حلی، بی‌تا، ج ۳، ۱۵۳). لذا با استقراء در متون فقهی به نظر می‌آید مطالبه بهای شرط در برخی مصادیق شروط، خصوصاً آنجایی که شرط فی نفسه دارای ارزش اقتصادی باشد، امکان‌پذیر است و مبنای آن را نیز حرمت «اکل مال به باطل» در فرض رضای به عقد و دارا شدن بلاجهت مشروط علیه میدانند. بر این اساس، تعذر یا تخلف از شرط، مشروط له را بر سر دو راهی فسخ یا امضای مجانی عقد سرگردان نمیکند بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود - یعنی حق فسخ - حق مطالبه بهای مالی شرط را دارد (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۲، ۳۰۵).

برخی حقوق دانان پیرامون نظریه مذکور بیان داشته‌اند بی تردید شرط از منابع تعهد و موجب نوعی حق به نفع مشروط له و بر عهده مشروط علیه میگردد، که در این حق مالی، سه رکن «ذی حق»، «من علیه الحق» و «موضوع حق» وجود دارد که در خصوص شرط، مشروط له صاحب حق است و میتواند الزام مشروط علیه را به ایفای شرط بخواهد. ایشان معتقدند موضوع شرط همیشه مال نیست بلکه ممکن است انجام فعل یا ترک عمل باشد، و این عمل گاه قابل ارزیابی به مال است و گاه دیگر چنین قابلیت ندارد. در خصوص موضوع حق ناشی از شرط مالی، چنانچه مال مزبور عین معین و تملک آن به نحو شرط نتیجه، شرط شده باشد در این صورت، شرط موجب حق عینی از نوع اصلی است و اگر مال مزبور عین معین و تملیک آن به نحو شرط فعل باشد در این فرض، بر خلاف صورت اول که حق ناشی از آن از مقوله ملکیت است، حق ناشی از شرط فعل، تملیک است که یک فعل حقوقی بر عهده مشروط علیه قرار میگیرد، و تا قبل از انجام آن فعل، مالکیت اعتباری پدید نمی‌آید، و در خصوص نوع حق مشروط له قبل از انجام فعل مذکور بیان شده هر چند حق عینی اصلی پدید نمی‌آید ولی نوعی حق عینی تبعی برای مشروط له پدید می‌آید. حق عینی تبعی حقی است که به تبعیت یک حق بر عهده دیگری نسبت به چیزی تحقق مییابد که آن چیز، متعلق ایفای تعهد است، که بر مبنای آن، بر خلاف فرض اول که ذی حق مستقیماً بر موضوع شرط حق عینی دارد، در این

حالت، حق بر عین به تبع وجود تعهد بر عهده مشروط علیه بوده و از نوع اصلی نیست، همانند حق وثیقه که واسطه دین بر ذمه شخص حق عینی تبعی بر عین مرهونه پدید میآید (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۰۷-۳۱۱).

برخی حقوق دانان معتقدند جایی که به موجب تعهد حق مطالبه برای متعهد له به وجود میآید آن را در شمار دارایی او میآورند و به عنوان مال مطالعه میکنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ۲۲). میان اثر ناشی از شرط فعل و شرط نتیجه تفاوت وجود دارد و هرچند در شرط نتیجه برای مشروط له مالکیت در ذمه به وجود میآید ولی اثر حاصل از شرط فعل صرفاً التزام به انجام فعل است (صاحب جواهر، ۱۳۹۴ ق، ج ۲۷، ۶۹) به موجب این نظریه (حق ذمی مالی) در مواردی که موضوع شرط، پرداخت مال یا انجام عمل دارای ارزش اقتصادی باشد، همزمان دو حق تکلیفی (تکلیف به انجام فعل و عمل) و وضعی (حق مالی) برای مشروط له پدید میآید. برخی اساتید حقوق معتقدند در معامله ای که شرط فعل گنجانده شده است سه موضوع باید لحاظ شود اولاً؛ تمام ثمن در برابر مبیع است، ثانیاً؛ تمام ثمن در برابر مبیع وابسته به شرط است، ثالثاً؛ وجود شرط غالباً در افزایش ثمن مؤثر است. ایشان در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل دارای ارزش مالی، روش سنتی - فسخ یا رضایت به معامله - در فرض تعدر شرط را فاقد مینا و نص شرعی دانسته به گونه ای که در فرض تعدر شرط در راستای ابقای عقود و انجام عمل مشروع، نباید ضرری از باب ابقای عقد متحمل شوند، که در این فرض حق مطالبه ارزش (بهای شرط) را برای مشروط له متصور میشوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۸۱-۸۳). به نظر میرسد چنانچه بتوان برای شرط ارزش مالی تصور نمود به گونهای که در شرط تخصیص پارکینگ برای واحد ساختمانی چنین است، اجبار مشروط له به فسخ عقد یا رضایت به معامله مخالف اصل لاضرر و تحکیم معاملات بوده و راه برای سوء استفاده سودجویان باز شده به نحوی که پس از آگهی پیش فروش ساختمان، و درج شرط اختصاص پارکینگ در قرارداد پیش فروش، هنگام تفکیک از اختصاص پارکینگ به واحد پیش فروش شده امتناع نموده و آن را محملی برای اخاذی نمایند یا آن را به سایر پیش خریداران که در قرارداد خود پارکینگ ندارند، واگذار نماید؛ بنابراین رضایت به چنین معاملهای، با توجه تورم شدید و کاهش شدید ارزش پول، موجب ضرر ناروایی بر مشروط له میگردد و از طرف دیگر فسخ قرارداد و استرداد ثمن پرداختی نیز با توجه به کاهش ارزش پول مضرر و در هرحال موجب ضرر پیش خریداران و افزودن دارایی بلاجهت سرمایه داران میگردد. لذا پیشنهاد میشود در خصوص تخلف از شروط و خصوصاً شرط اختصاص پارکینگ

برای واحد فروخته شده مقرر شده ای با شرایط فوق تنظیم و تا آن زمان محاکم با لحاظ اصول حاکم بر قانون پیش فروش ساختمان و مبانی فقهی و نظرات برخی فقها که بیان شد، در صورت رضایت به معامله، قیمت پارکینگ که دارای ارزش مالی است را با ارجاع به کارشناس، محاسبه و مورد حکم قرار دهند.

۳- ضمانت اجرای تخلف از شرط تخصیص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده

همانگونه که بیان شد، پس از درج شرط داشتن پارکینگ برای واحد پیش فروش شده در قرارداد پیش فروش، ممکن است پیش فروشنده بنا بر دلایلی از تخصیص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده به پیش خریدار سرباز زند. بنابراین، ضمانت اجرای تخلف از شرط مذکور از حیث وصفیت، جزئیت یا التزام شرطی و حق مالی ذمی، در سه قسمت مجزا بررسی میشود.

۳-۱- ضمانت اجرای تخلف از شرط تخصیص پارکینگ از حیث وصفیت شرط مذکور

چنانچه شرط داشتن پارکینگ برای واحد ساختمانی را شرط وصف بدانیم، بر فرض کشف خلاف، الزام به تحصیل آن امکان پذیر نمیشود و فقط برای مشروط له، خیار فسخ ایجاد میگردد. برخی فقها معتقدند که الزام به انجام شرط ناظر بر روایت «المؤمنون عند شروطهم» در این قسم شرط جاری نیست و مختص دو شرط دیگر است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ۵۹. فقیه، ۱۴۰۷، ق، ج ۳، ۲۵۹). به عبارت دیگر میتوان گفت وفا در شرط صفت متصور نیست و تغییر واقع امکان ندارد، یعنی مبیع یا وصف موصوف را دارا است یا نه، لذا امکان الزام به امر غیر موجود، محال عقلی است. همانگونه که گفته شد قول مشهور فقهای امامیه در خصوص تخلف از شرط وصف، این است که مشروط له، در صورت کشف خلاف، صرفاً حق فسخ عقد یا رضایت به معامله را دارد (صاحب جواهر، ۱۳۹۴، ق، ج ۴، ۱۵۷). در مقابل برخی دیگر با ارائه نظریه‌های، مطابق ذوق عرف و معاملات و با توجه به نیازهای امروزی جامعه، معتقدند که نصی بر قول مشهور وجود ندارد در اینکه در صورت ابقاء عقد، حق مطالبه ارش ندارد... به احتمال قوی مستند آنان همان قاعده «الاصاف لایقابل بالاعواض» است که هیچ اساس ندارد... سلب حق ارش از مشروط له مخالف قاعده لاضرر است. ابقاء عقد با روح اقتصاد و معاملات وفق میدهد و با نصوص شرع هم وفق میدهد، لیکن دلیلی بر اسقاط حق مطالبه ارش یا ما به ازای شرط وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۸۳ و ۸۴).

قانون مدنی ایران در ماده ۲۳۵، تخلف از شرط صفت را موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط له میداند و الزام به انجام شرط را غیر ممکن میداند. سوای از اینکه بنابر آنچه گذشت؛ شرط اختصاص

پارکینگ برای واحد پیش فروش شده، قابل تطبیق با شرط صفت نیست، قابل ذکر است چنانچه تخلف از شرط اختصاص پارکینگ به واسطه نبود فضا و مکان برای اختصاص پارکینگ باشد، در هر حال انجام شرط غیر قابل الزام است و این مسأله نمیتواند مصداق شرط غیر مقدور موضوع بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باشد، چه آنکه انجام شرط حین العقد غیر مقدور نبوده است بلکه اختصاص آن به واحد پیش خریدار حین العقد و شرط، تعهدی بر ذمه پیش فروشنده بوده که امکان عرفی و عقلی ایجاد و تخصیص آن وجود داشته است و انجام شرط بعداً با تقصیر پیش فروشنده، متعذر شده است.^۱

۲-۳- بررسی ضمانت اجرای تخلف از شرط اختصاص پارکینگ از حیث جزئیت شرط نسبت به عوضین

شرط داشتن پارکینگ برای واحد ساختمانی پیش فروش شده در شهرهای بزرگ از ارزش بسیار بالایی برخوردار است و اساساً فقدان پارکینگ یک عیب اساسی برای ساختمان محسوب میگردد که در ترغیب خریدار به خرید آن و به تبع وجود آن، در ارزش و قیمت ساختمان تاثیر مستقیم و غیر قابل انکاری دارد. به عبارت دیگر چنین شرطی تاثیر مستقیم در موازنه ارزش عوضین دارد؛ چون به صورت مستقیم در افزایش یا کاهش قیمت مورد معامله تاثیر دارد و در صورت فقدان آن، خلل در موازنه ارزش عوضین و خلل در تسلیم روی می دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۸۳ و ۸۴). بدین واسطه است که برخی فقهای امامیه نظریه جزئیت شرط نسبت به عوضین را مطرح نموده و در دفاع از آن استدلال کرده اند (نراقی، ۱۴۰۸ ق، ج ۵، ۳۲۱). هر چند مطلق شروط، خصوصاً شرط داشتن پارکینگ برای واحد ساختمانی، تاثیر مستقیمی در افزایش و یا کاهش قیمت مورد معامله یا میل و رغبت طرف بر انجام معامله دارد؛ لیکن نظریه جزئیات شرط در حقوق ایران پذیرفته نشده است و در فقه نیز مهجور افتاده است، چرا که نتایجی از جمله بطلان عقد به واسطه باطل بودن هر شرط ضمن عقدی و ... را به دنبال دارد که پذیرش تبعات آن، نتایج به مراتب غیر قابل انعطاف تری برای مشروط له به دنبال دارد. بدیهی است چنانچه نظریه مذکور را برای شرط پارکینگ بپذیریم عقد به واسطه نداشتن پارکینگ حین تسلیم، باطل می شود و پیش خریدار ناچار به مطالبه ثمن و خسارات خواهد بود.

۳-۳- بررسی ضمانت اجرای تخلف از شرط اختصاص پارکینگ از حیث التزام شرطی و حق مالی ذمی

^۱ ماده ۲۴۰ قانون مدنی «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

یکی از مهمترین تعهدات پیش فروشنده در قانون پیش فروش ساختمان، ساخت و تکمیل واحد پیش فروش شده بنا بر مفاد قرارداد در زمان مقرر است. ضمانت اجرای تخلف از شرایط ضمن عقد قرارداد پیش فروش ساختمان بعضاً تابع قواعد عمومی قراردادها و شروط ضمن عقد بوده و در برخی موارد نیز تابع احکام خاص خود از جمله امکان اعمال جریمه تاخیر و فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان و یا عدم امکان فسخ قرارداد در مرحله اول در صورت افزایش یا کاهش مساحت بنا میباشد. در صورت تخلف از شرط اختصاص پارکینگ برای واحد پیش فروش شده در گواهی پایان کار و به تبع آن در صورت مجلس تفکیکی، چنانچه امکان اختصاص پارکینگ به وسیله مرجع قضایی با اصلاح صورت مجلس تفکیکی وجود داشته باشد صدور حکم بر اصلاح صورت مجلس تفکیکی و تحویل آن به پیش خریدار وجود دارد، که این امر در دو صورت امکان پذیر است یا پارکینگ اضافی در ساختمان وجود دارد یا واحدهای سهمی پیش فروشنده دارای پارکینگ می باشند که صدور حکم اختصاص پارکینگ به پیش خریدار با اصلاح صورت مجلس تفکیکی امکان پذیر است. چنانچه ساختمان دارای پارکینگ اضافی نباشد و واحدهای سهمی پیش فروشنده نیز پارکینگ نداشته باشند یا کلاً به فروش رفته اند هرچند صدور حکم به تحویل پارکینگ خلاف موازین است؛ لیکن در صورت صدور حکم در این خصوص، در مرحله اجرای احکام با وجود عدم امکان تحویل پارکینگ با استناد به ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، میتوان قیمت پارکینگ را از پیش فروشنده اخذ و به پیش خریدار پرداخت نمود.^۱

^۱ نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۶/۹۹/۷ مورخ ۲۱/۵/۱۳۹۹ قوه قضاییه « احتراماً اگر در زمان عقد بیع فروشنده ملزم به تعیین و اختصاص پارکینگ برای واحد فاقد پارکینگ طبق پایان کار شهرداری و سند مالکیت شود ولی بعد از آن به این تعهد خود عمل نکند و واحدهای دیگر را نیز بفروشد و در زمان صدور رأی دادگاه بدوی که وی را ملزم به اختصاص دادن یک پارکینگ به آن واحد نموده اجرای حکم مبنی بر انجام تعهد و تعیین پارکینگ عملاً امکان پذیر نباشد آیا خریدار حق فسخ دارد یا خیر آیا موضوع مشمول ماده ۳۸۴ قانون مدنی است یا خیر و آیا موضوع از مصادیق تلف حکمی موضوع ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی می باشد یا خیر؟ لازم به ذکر است که دادگاه فروشنده را ملزم به انتقال یکی از پارکینگ‌ها به خریدار نموده است در حالی که با توجه به فروش سایر واحدهای این رأی عمل قابل اجرا نمی باشد.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه :

در فرض سؤال که فروشنده ضمن عقد بیع به تعیین و اختصاص پارکینگ برای واحد فاقد پارکینگ ملزم شده است؛ در پایان کار صادره از سوی شهرداری و سند مالکیت رسمی این واحد فاقد پارکینگ اعلام شده است و پس از عقد فروشنده به تعهد خود عمل نکرده و دیگر واحدهای آپارتمانی و پارکینگ‌ها را به فروش رسانده است:

اولاً، تعهد فروشنده به تعیین و اختصاص پارکینگ برای واحد آپارتمانی موضوع سؤال، تعهدی است که انجام آن در زمان عقد بیع غیر مقدور بوده و مستند به بند یک ماده ۳۳۲ قانون مدنی از جمله شروط باطل است و به موجب ماده ۲۴۰ همین قانون خریدار اختیار فسخ معامله را دارد؛ مگر آن که خریدار در زمان عقد به غیر مقدور بودن انجام شرط آگاهی داشته باشد که در این صورت حق فسخ وی نیز منتفی است.

سواى از اخذ قيمت پارکينگ به وسيله ارزياب در مرحله اجراى احکام؛ هنگام ايجاد اختلاف و در طرح دعوا در محاکم، دادگاه مييايست با بررسى دقيق ابعاد پرونده و ساختمان مشخص نمايد که امکان اصلاح صورت مجلس تفكيكى و تحويل پارکينگ به خواهان دعوا وجود دارد يا با توجه به عدم وجود فضاى مناسب و يا فروش کليه پارکينگها چنين امرى متصور نيست. در فرض نخست، پذيرش دعوا بلا اشکال و در فرض دوم، دعوا مستعد قرار رد دعوا است.

الزام پيش فروشنده يکى از ضمانت اجراهاى تعهد وى مبنى بر ساخت و تکميل ساختمان است. بدين وسيله در صورت عدم انجام تکليف قانونى و قراردادى برابر مواد ۳۷۶ و ۲۲۲ و ۲۳۹ قانون مدنى، ممتنع ملزم به انجام تعهد به صورت مستقيم يا غيرمستقيم و با هزينه وى و در صورت عدم امکان الزام، متعهد له حق فسخ قرارداد را خواهد داشت (ابهرى و تقى پور درزى نقيبى، ۱۳۹۴، ۴-۱۰). برخى حقوق دانان معتقدند در خصوص ضمانت اجراى تسليم ساختمان غير منطبق با اوصاف قراردادى، قانون پيش فروش ساختمان ساکت است و بايد به قواعد عمومى قراردادها مراجعه نمود (خداحمى، ۱۳۹۲، ۱۳۴. کيائى، ۱۳۷۶، ۱۲۷). در مقابل برخى ديگر معتقدند که حسب ماده ۲۳۵ قانون مدنى ضمانت اجراى عدم تسليم غير منطبق مستند به خيار تخلف از وصف ايجاد حق فسخ است و به درستي بيان داشته اند از آنجايى که فسخ مضر به حال پيش خريدار و به نفع پيش فروشنده است بايد تا جاى امکان متعهد را شخصاً يا به وسيله غير و به هزينه ايشان ملزم به انجام تعهدات نمود (ابهرى و تقى پور درزى نقيبى، ۱۳۹۴، ۷) برخى از نويسندگان نيز معتقد به ضمانت اجراى فسخ در صورت عدم اجراى تعهدات پيش فروشنده يا عدم امکان اجراى آن هستند (احمدزاده، ۱۳۹۶، ۱۷). مضافاً به اينکه برابر ماده ۶ قانون پيش فروش ساختمان ميتوان تا زمان انجام تعهد از جريمه مالى استفاده نمود.^۱ از طرف ديگر، برابر ۳ ماده ۲ قانون پيش فروش ساختمان درج امکانات از جمله

ثانياً، در فرض سؤال که فروشنده به تخصيص پارکينگ براى آپارتمان مورد معامله محکوم شده است، چنانچه بر اساس ضوابط شهردارى و وضعيت پارکينگهاى مربوط به ساختمان احداثى، امکان تأمين پارکينگ و اجراى حکم نباشد، با توجه به ملاک ۴۶ قانون اجراى احکام مدنى مصوب ۱۳۵۶، چنانچه محکوم به عين معين بوده و تلف شده و يا به آن دسترسى نباشد، قيمت آن با تراضى طرفين و در صورت عدم تراضى به وسيله دادگاه تعيين و از محکوم عليه وصول مى شود. بنابراين دادگاه قيمت آن را با تراضى طرفين و در صورت عدم تراضى از طريق کارشناسى تعيين و از محکوم عليه وصول مى کند.

^۱ ماده ۶ قانون پيش فروش ساختمان « چنانچه پيش فروشنده در تاريخ مقرر در قرارداد واحد پيش فروش شده را تحويل پيش خريدار ندهد و يا به تعهدات خود عمل ننمايد علاوه بر اجراء بند(۹) ماده (۲) اين قانون مکلف است به شرح زير جريمه تأخير به پيش خريدار بپردازد مگر اين که به مبالغ بيشتري به نفع پيش خريدار توافق نمايند. اجراء مقررات اين ماده مانع از اعمال خيارات براى پيش خريدار نيست. ۱- درصورتى که واحد پيش فروش شده و بخش هاى اختصاصى نظير توقف گاه (پارکينگ) و انبارى در زمان مقرر قابل بهره

پارکینگ، به شرط توافق، ضروری است. لذا در صورت عدم امکان تحویل پارکینگ، چه تحویل پارکینگ با مانع قانونی روبرو باشد و چه از لحاظ عینی و مادی امکان تحویل وجود نداشته باشد به واسطه بطلان چنین شرطی در فرض اول، با توجه غیرمقدور بودن شرط، و به علت تخلف از شرط در فرض دوم، برابر مواد ۲۴۰ قانون مدنی (فرض اول) و ۲۳۹ (فرض دوم) پیش خریدار حق فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان را خواهد داشت. و در صورت اعمال حق فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان، برابر ماده ۸ قانون پیش فروش، پیش خریدار حق دریافت ثمن پرداختی به قیمت روز بنا به نسبت مبالغ پرداختی را خواهد داشت^۱ که این مقرر تا حد زیادی از ورود ضرر به پیش خریداران در صورت عدم انجام تکالیف قراردادی پیش فروشندگان و اعمال حق فسخ جلوگیری میکند.

بررسی ضمانت اجرای مختلف از شرط اختصاص پارکینگ در قانون پیش فروش ساختمان نیز در گرو امکان الزام پذیری یا عدم امکان الزام اختصاص پارکینگ به واحد پیش فروش شده است. در فرض امکان پذیری الزام، حسب ماده ۲۳۷ قانون مدنی پیش فروشنده ملزم به اصلاح صورت مجلس تفکیکی و تحویل پارکینگ خواهد شد و در فرض عدم امکان الزام پذیری به واسطه نبودن پارکینگ یا فروش و تحویل کلیه پارکینگها، بدون لحاظ حق تقدم کلیه خریداران، موضوع با لحاظ عهدهی بودن قرارداد پیش فروش از لحاظ تعهدات طرفین بر تملیکی بودن آن، می‌چربد و از دایره شمول شرط غیر مقدور خارج می‌باشد؛ چرا که تعهد پیش فروشنده یک تعهد مؤجل به ساخت و تکمیل و تحویل پارکینگ در زمان آینده است و تخصصاً از عنوان شرط غیر مقدور خارج است. بنابراین، دو ضمانت اجرا در فرض اخیر متصور است، اول؛ حق فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان و مطالبه قیمت روز بنا

برداری نباشد، تا زمان تحویل واحد به پیش خریدار، معادل اجرت المثل بخش تحویل نشده ۲- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمتهای مشاعی، روزانه به میزان نیم درصد (۰/۵٪) بهای روز تعهدات انجام نشده به میزان قدر السهم پیش خریدار ۳- در صورت عدم انجام تعهدات در قسمتهای خدمات عمومی موضوع بند (۹) ماده (۲) این قانون از قبیل خیابان، فضای سبز، مساجد، مدارس و امثال آن روزانه به میزان یک در هزار بهای روز تعهدات انجام شده به میزان قدر السهم پیش خریدار ۴- در صورت عدم اقدام به موقع به سند رسمی انتقال، روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد.

^۱ در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش فروشنده، پیش خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید، پیش فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی طرفین به پیش خریدار بپردازد. تبصره - در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را براساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید.

مستند به ماده ۸ قانون پیش فروش ساختمان با لحاظ تخلف از شرط فعل مثبت مادی ضمن عقد (ماده ۲۳۹ قانون مدنی) و دوم؛ مطالبه قیمت پارکینگ. امروزه پارکینگ دارای ارزش مستقل می‌باشد و مستقلاً نیز قابل واگذاری است و استثنای آن هنگام فروش ساختمان، ممکن است. وجود یا عدم وجود پارکینگ برای ساختمان، تاثیر مستقیمی در افزایش یا کاهش قیمت ساختمان دارد؛ به گونه‌ای که در شهرهای بزرگ وجود پارکینگ یک مزیت بزرگ محسوب می‌شود لذا نمی‌توان پارکینگ را وصف واحد ساختمانی دانست که با تخلف از آن صرفاً حق فسخ یا رضایت به معامله پدید آید. چراکه اوصاف مبیع از دایره الزام و التزام خارج اند، حال آنکه تعهد پیش فروشنده دایر بر ایجاد و ساخت و اختصاص پارکینگ به واحد ساختمانی پیش فروش شده، التزام ضمن عقدی بر عهده پیش فروشنده می‌باشد.

به نظر می‌رسد ماهیت تعهد اختصاص پارکینگ به واحد پیش فروش شده، شرط فعل مادی مثبت که موجب یک حق مالی ذمی بر عهده پیش فروشنده و برای پیش خریدار می‌گردد، می‌باشد و ضمانت اجرای تخلف از آن را باید در ضمانت اجراهای تخلف از شرط ضمن عقد جستجو کرد. برخی حقوقدانان معتقدند شرط گاهی در موازنه ارزش عوضین اثر ندارد و گاهی در این موازنه موثر است؛ که در فرض دوم مشروط له می‌تواند از طرف خود عوض شرط یا ارزش آن را مطالبه نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۷۵ و ۷۶). برخی دیگر از حقوقدانان نیز معتقدند شرط موجود، موجب یک نوع حق مالی است و برای صاحب آن، حق دینی به وجود می‌آورد و حتی گاه حق دینی مزبور می‌تواند به حق عینی تبدیل شود (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ۳۰۵). در میان فقها نیز علامه حلی (علامه حلی، بیتا، ج ۳، ۱۵۳) شهید ثانی (شهیدثانی، ۱۳۷۹، ق، ج ۳، ۵۵) و محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ق، ج ۷، ۳۵۹) معتقدند در صورت تخلف از مفاد شرط، امکان مطالبه بهای شرط وجود دارد. در میان معاصران نیز مرحوم سید طباطبایی یزدی معتقدند شرط واجد یک نوع حق ذمی برای مشروط له بوده که در صورت تخلف برای مشروط له حق مطالبه عوض شرط وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸، ق، ج ۵، ۱۱۶). و مرحوم سید محسن حکیم در شرح عروه الوثقی به توجیه مبانی این نظر پرداخته است (حکیم، ۱۴۰۴، ق، ج ۱۲، ۱۵۰). در حقوق موضوعه چنانچه به موجب تعهد حق مطالبه برای متعهد له به وجود آید آن را در شمار یکی از عناصر دارایی او می‌آورند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۲۲) ولی از نظر اکثر فقها پذیرفتن این امر با مشکل مواجه است (صاحب جواهر، ۱۳۹۴، ق، ج ۲۷، ۶۹). به نظر می‌آید آنچه متعلق قصد و غرض متعاملین قرار گرفته است پرداخت عوض قراردادی در

برابر واحد ساختمانی به همراه پارکینگ می‌باشد و تحویل آپارتمان بدون پارکینگ خارج از قصد معاملی طرفین بوده است و اجبار خریدار به رضایت به معامله یا فسخ، با توجه به تورم شدید و افزایش قیمت‌ها، در هر حال موجب ضرر است. لذا با توجه به اینکه هنگام تحویل واحد ساختمانی؛ از لحاظ ایفای تعهد مشمول عمومات مربوط به عین معین می‌باشد، تحویل آن در همان وضعیتی که حین تسلیم دارد، موجب برائت ذمه متعهد می‌شود، لکن از آنجایی که عدم اختصاص پارکینگ برای واحد ساختمانی، معلول تقصیر پیش فروشنده می‌باشد، پیش فروشنده ضامن پرداخت تفاوت قیمت خواهد بود، نتیجه‌ای که از ماده ۲۷۸ قانون مدنی^۱ و نظریه مشورتی شماره ۱۸۶۲ قوه قضاییه (کمیسیون قضایی قضات دادگستری شهرستان بابل) به دست می‌آید.^۲

نتیجه گیری

در قرارداد پیش فروش ساختمان که واجد ماهیت دوگانه عهده‌ی و سپس تملیکی است؛ کلیه شروط ضمن عقد، واجد خصیصه الزام‌آور برای متعهد می‌باشند و پیش فروشنده متعهد به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی برابر قرارداد پیش فروش می‌باشد و لذا شرط اختصاص پارکینگ برای واحد ساختمانی تخصصاً از مقوله شرط صفت خارج است. بررسی کلام فقها در باب رابطه شرط و عقد بیانگر دو استنباط از آن است؛ عده‌ای شرط را جزئی از ثمن یا مثن دانسته و عده‌ای دیگر برای شرط در برابر عوضین، وجود استقلالی قائل می‌باشند. برخی از فقها معتقدند که شرط موجب تکلیف بر ذمه

۱. ماده ۲۷۸ قانون مدنی «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می‌شود اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه تاخیر در تسلیم نموده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد».

۲. نشست قضایی مرداد ۱۳۸۶ قضات دادگستری شهرستان بابل

سوال

مبیع مورد معامله یک واحد آپارتمان با داشتن حق پارکینگ بوده است در زمان تحویل مشخص می‌شود مبیع فاقد پارکینگ بوده است و خواهان (خریدار) با تقدیم دادخواست مطالبه مبلغی بابت حق پارکینگ را که تحویل وی نشده است می‌کند آیا چنین دعوای قابلیت پذیرش دارد؟

نظر کمیسیون

چنانچه مفروض این موضوع باشد که وجود پارکینگ در ملک به عنوان وصف یا شرط مبیع مورد توافق قرار گرفته و بهای مورد معامله در مجموع جهت آپارتمان و پارکینگ معین شده باشد، ممکن است چنین متبادر شود که خریدار اختیار فسخ معامله را دارد و اختیار وی ناشی از خیار تخلف از وصف (شرط صفت) یا تخلف از شرط است. لیکن وجود آپارتمان نسبت به پارکینگ قابل تجزیه است یعنی امکان وجود آپارتمان بدون پارکینگ متصور است و بسیاری از آپارتمان‌ها عملاً و قانوناً ممکن است فاقد پارکینگ باشند، لذا خریدار می‌تواند مابه‌التفاوت قیمت یعنی ارزش و بهای مستقل پارکینگ را مطالبه کند.

مشروط علیه و در مقابل حکم وضعی به نفع مشروط له به نحو توأمان می‌گردد؛ یعنی از یک طرف مشروط علیه مکلف به انجام مفاد شرط میشود و از طرف دیگر، مشروط له حق مطالبه آن را دارد. به موجب نظریه مذکور، شرط، موجد یک نوع حق مالی است و برای صاحب آن، حق دینی به وجود می‌آورد و حتی گاه حق دینی مزبور می‌تواند به حق عینی تبدیل گردد. بر این اساس، تعذر یا تخلف از شرط، مشروعیت له را بر سر دو راهی فسخ یا امضای مجانی عقد سرگردان نمیکند بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود - یعنی حق فسخ - حق مطالبه بهای مالی شرط را دارد. الزام پیش فروشنده یکی از ضمانت‌اجراهای تعهد وی مبنی بر ساخت و تکمیل ساختمان است. بدین وسیله در صورت عدم انجام تکلیف قانونی و قراردادی برابر مواد ۳۷۶ و ۲۲۲ و ۲۳۹ قانون مدنی، ممتنع ملزم به انجام تعهد به صورت مستقیم یا غیرمستقیم و با هزینه وی و در صورت عدم امکان الزام، متعهد له حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. مضافاً به اینکه برابر ماده ۶ قانون پیش فروش ساختمان میتوان تا زمان انجام تعهد از جریمه مالی استفاده نمود. از طرف دیگر، برابر ۳ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان درج امکانات از جمله پارکینگ، به شرط توافق، ضروری است. لذا در صورت عدم امکان تحویل پارکینگ، چه تحویل پارکینگ با مانع قانونی روبرو باشد و چه از لحاظ عینی و مادی امکان تحویل وجود نداشته باشد به واسطه بطلان چنین شرطی در فرض اول، با توجه غیرمقدور بودن شرط، و به علت تخلف از شرط در فرض دوم، برابر مواد ۲۴۰ قانون مدنی (فرض اول) و ۲۳۹ (فرض دوم) پیش خریدار حق فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان را خواهد داشت. و در صورت اعمال حق فسخ قرارداد، برابر ماده ۸ قانون پیش فروش، پیش خریدار حق دریافت ثمن پرداختی به قیمت روز بنا به نسبت مبالغ پرداختی را خواهد داشت. این مقرر به حد زیادی از ورود ضرر به پیش خریداران در صورت عدم انجام تکالیف قراردادی پیش فروشندگان و اعمال حق فسخ جلوگیری میکند. همچنین اگر شرط در موازنه ارزش عوضین موثر باشد؛ که در غالب موارد چنین است، مشروط له می‌تواند از طرف خود عوض شرط یا ارزش آن را مطالبه نماید. به نظر می‌رسد آنچه متعلق قصد و غرض متعاملین قرار گرفته است پرداخت عوض قراردادی در برابر واحد ساختمانی به همراه پارکینگ می‌باشد و تحویل آپارتمان بدون پارکینگ خارج از قصد معاملی طرفین بوده است و اجبار خریدار به رضایت به معامله یا فسخ، با توجه به تورم شدید و افزایش قیمت‌ها، در هر حال موجب ضرر است. لذا با توجه به اینکه هنگام تحویل واحد ساختمانی؛ از لحاظ ایفای تعهد مشمول عموماً مربوط به عین معین میباشد، تحویل آن در همان وضعیت که حین تسلیم دارد، موجب برائت ذمه متعهد می‌شود،

لکن از آنجایی که عدم اختصاص پارکینگ برای واحد ساختمانی، معلول تقصیر پیش فروشنده می‌باشد، پیش فروشنده ضامن پرداخت تفاوت قیمت خواهد بود، نتیجه‌ای که از ماده ۲۷۸ قانون مدنی و مواد ۷ و ۸ قانون پیش فروش ساختمان و نظریه مشورتی شماره ۱۸۶۲ قوه قضائیه (کمیسیون قضایی قضات دادگستری شهرستان بابل) به دست می‌آید.

منابع

- ابهری، حمید، تقی پور درزی نقیعی، محمد حسین (۱۳۹۴). تعهد پیش فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۱، ۵۹-۷۸.
- احمدزاده، حامد (۱۳۹۶). بررسی فسخ قرارداد پیش فروش ساختمان، کنفرانس ملی تحقیقات علمی جهان در مدیریت، حسابداری، حقوق و علوم اجتماعی، ۱، ۴۴-۶۳.
- اصفهان، سید ابولحسن (۱۳۸۰ ق). وسیله النجات (چاپ دوم). تهران: نشر عروج.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۷). حقوق مدنی (چاپ اول). تهران: انتشارات اسلامی.
- امین، سید امیر مهدی، شبیری زنجانی، سید حسن (۱۴۰۲). عمومیت شرط قدرت بر تسلیم از منظر فقه امامیه و حقوق ایران، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۷۴، ۴۲-۶۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷) تئوری موازنه (چاپ دوم). تهران: گنج دانش.
- حسین زاده، جواد، سکوتی، نیما (۱۳۹۵). ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان، فصل نامه تعالی حقوقی ۱۷، ۱-۲۰.
- حسینی العاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ ق). مفتاح الکراره فی شرح قواعد العلامه، تحقیق محمد باقر مجلسی (چاپ اول). قم: موسسه نشر الاسلامی.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ ق). مستمسک عروه الوثقی (چاپ دوم). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا). تحریر الاحکام (چاپ اول). مشهد: موسسه طوس.
- حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا). مختلف الشیعه (چاپ اول). قم: چاپ سنگی.
- خدا رحمی، نسرین (۱۳۹۲). مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس (چاپ اول). تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
- خمینی، روح الله (۱۴۱۰ ق). البیع (چاپ اول). قم: موسسه اسماعیلیان.
- دارویی، عباسعلی (۱۳۹۱). قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان، فصل نامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۲، ۸۰-۱۰۱.

- سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ ق). کفایه الاحکام (چاپ اول). قم: موسسه نشر الاسلام.
- مصطفوی، سید مصطفی، اصغر رحیمی، سید علی (۱۳۸۹). ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱، ۷۰-۸۹.
- شاه باغ حائری، سید علی (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی (چاپ اول). تهران: گنج دانش.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۷۹ ق). الروضه البهیة (چاپ دوم). قم: دلیل ما.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ سوم). تهران: نشر حقوقدان.
- شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ ق). مکاسب (چاپ اول). مجمع الفکر اسلامی.
- صاحب جواهر، محمد حسن (۱۳۹۴ ق). جواهرالکلام (چاپ سوم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طالقان غفاری، مهدی. احسان نعمتی (۱۳۹۷). حق فسخ در قرارداد پیش فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی، فصلنامه روانشناسی و علوم رفتاری ایران ۱۳، ۵۰-۷۷.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۸۸ ق). عروه الوثقی (چاپ پنجم). تهران: دارالکتب اسلامیه.
- طباطبایی، علی بن احمد (بیتا). ریاض المسائل (چاپ دوم). قم: موسسه آل بیت.
- عاملی، سید حسن (۱۳۹۵). رابطه عقد و شرط، فقه اهل بیت، ۶۲، ۱۰۱-۱۲۲.
- غریبه، علی. ناصر مسعودی (۱۳۹۰). تحلیل فقهی حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۲، ۱-۲۰.
- فقیه، محمد تقی (۱۴۰۷ ق). قواعد الفقیه (چاپ اول). بیروت: دارالضواء.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). عقود معین (چاپ اول). تهران: انتشارات مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها (چاپ دوم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). نظریه عمومی تعهدات (چاپ پنجم). تهران: نشر دادگستر.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱ ق). جامع المقاصد (چاپ اول). موسسه آل بیت.
- کرمی کلمتی، فرزاد (۱۳۹۸). داوری اجباری در حقوق ایران (چاپ اول). تهران: انتشارات پژوهندگان راه دانش.
- کرمی کلمتی، فرزاد، صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹). تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش فروش ساختمان و قلمروی آن، مطالعات حقوقی معاصر، ۲۲، ۵۵-۷۵.
- کیائی، عبدالله (۱۳۷۶). الزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله (چاپ اول). تهران: انتشارات ققنوس، تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (چاپ دوم). مرکز نشر علوم اسلامی.

- محمصانی، صبحی (۱۹۷۲ ق). الموجبات و العقود (چاپ اول). بیروت: دارالملائین .
- مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ ق). عناوین (چاپ سوم). قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- الموسوی خمینی، روح الله (۱۳۸۰ ق). تعلیقه بر وسیله النجات (چاپ اول). نشر عروج.
- نراقی، ملااحمد (۱۴۰۸ ق)، عوائد الایام (چاپ چهارم). قم: مکتبه بصیرتی.