

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق و الهیات

بخش معارف اسلامی و حقوق

پایان نامه تحصیلی برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش خصوصی

ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش فروش ساختمان

مؤلف:

مریم مجیدیان

استاد راهنما:

دکتر حسن مراد زاده

استاد مشاور:

دکتر محمدرضا امیر محمدی

بهار ۹۲

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!



دانشگاه شهید باهنر کرمان

این پایان نامه به عنوان یکی از شرایط درجه کارشناسی ارشد به

بخش معارف اسلامی و حقوق

دانشکده حقوق و الهیات

دانشگاه شهید باهنر کرمان

تسلیم شده و هیچگونه مدرکی به عنوان فراغت از تحصیل دوره مزبور شناخته نمی شود

دانشجو:

استاد راهنما:

استاد مشاور:

دور ۱:

دور ۲:

نماینده تحصیلات تکمیلی دانشکده در جلسه دفاع:

معاون آموزشی و پژوهشی دانشکده:

حق چاپ محفوظ و مخصوص به دانشگاه شهید باهنر کرمان است.

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

تقدیم به:

پدر و مادر و همسر

به خا ؛ پا ؛ میهنم

و به جویندگان راه دانش

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

تقدیر و تشکر:

سپاس خدایی را که هر چه دارم از اوست ، به امید اینکه توفیق یابم جز خدمت به خلق او نکوشم. نمی توانم معنایی بالاتر از تقدیر و تشکر بر زبانم جاری سازم و سپاس خود را در وصف استادان خویش آشکار نمایم، که هر چه گویم و سراپم، کم گفته ام.

با سپاس فراوان از استاد راهنمای فرهیخته ام جناب آقای دکتر مرادزاده که در طول مدت انجام این پایان نامه از رهنمودهای علمی و اخلاقی ایشان بهره مند شدم و درگاه خداوند بزرگ را شاکرم که افتخار شاگردی ایشان را نصیب نمود.

از استاد مشاور گرامی جناب آقای دکتر امیر محمدی به خاطر رهنمودهای علمی و اخلاقی ارزنده ایشان بسیار سپاسگزارم.

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

چکیده:

قرار داد پیش فروش ساختمان قراردادی است که به موجب آن مالک رسمی زمین یا سرمایه گذار (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در زمین مذکور در مقابل طرف دیگر قرار داد (پیش خریدار) می شود. این قرارداد از جمله نهادهای حقوقی است که در فقه و قانون مدنی سابقه ندارد. از این رو، اخیراً قانون گذار به منظور رفع کاستی ها و مشکلات موجود در عرصه پیش فروش ساختمان و تنظیم روابط طرفین قرارداد مذکور قانونی را به همین عنوان تصویب کرده است که محورهای اصلی آن تثبیت مالکیت پیش خریدار، تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد و پیش بینی ضمانت اجرای نقض آن است. تحقیق حاضر ضمن بررسی ماهیت، اوصاف و ضمانت اجرای حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان، نقاط قوت و ضعف قانون جدید را مورد تحلیل و نقد قرار داده و به این نتیجه دست یافته است که: اولاً: قرارداد پیش فروش ساختمان از حیث ماهیت و اوصاف قراردادی خاص با ویژگی های منحصر به خود است که ماهیت آنرا باید منحصراً بر اساس قانون جدید تحلیل نمود. ثانیاً: از نظر ضمانت اجرا، ثالثاً: در راستای هدف تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، قانونگذار نهاد داوری را پیش بینی کرده است که داوری مزبور از نوع داوری اجباری بوده و از حیث ماهیت نیز جزو داوری قانونی می باشد.

واژگان کلیدی:

قرارداد پیش فروش ساختمان، پیش فروش، قرارداد خاص، ضمانت اجرا، مسئولیت قراردادی

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۷	مبحث اول: معنا و مفهوم پیش قرارداد
۹	مبحث دوم: ماهیت حقوقی پیش قرارداد
۱۰	گفتار اول: قرارداد با نام یا بی نام
۱۲	گفتار دوم: لزوم یا جواز پیش قرارداد
۱۴	گفتار سوم: تملیکی یا عهدی بودن پیش قرارداد
۱۵	گفتار چهارم: رضایی یا تشریفاتی بودن پیش قرارداد
۱۶	گفتار پنجم: وعده یک جانبه یا دوجانبه
۱۹	گفتار ششم: بیع یا تعهد به بیع
۲۲	مبحث سوم: اشکال تنظیم پیش قرارداد
۲۲	بند اول: اسناد پیش قراردادی جزو اسناد رسمی هستند یا اسناد عادی
۲۶	بند دوم: نیروی اثباتی و قابلیت استناد اسناد پیش قراردادی
۲۸	مبحث چهارم: آثار حقوقی پیش قرارداد
۳۲	مبحث پنجم
۳۷	نتیجه گیری فصل اول

فصل دوم: شرایط و آثار قرارداد پیش فروش ساختمان

۴۱	مبحث اول: شرایط انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان
۴۱	گفتار اول: شرایط عمومی صحت قرارداد پیش فروش آپارتمان
۴۳	بند اول: قصد و رضای طرفین
۴۵	بند دوم: ایجاب
۴۷	بند سوم: قبول
۴۸	بند چهارم: اهلیت طرفین
۴۹	بند پنجم: مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان
۵۳	بند ششم: جهت معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان
۵۵	گفتار دوم: تشریفاتی یا رضایی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان
۵۹	مبحث دوم: آثار قرارداد پیش فروش ساختمان

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

گفتار اول : اثر قرارداد نسبت به طرفین..... ۵۹

بند اول: تعهدات پیش فروشنده..... ۶۰

بند دوم: تعهدات پیش خریدار..... ۶۲

گفتار دوم : تخلف از شرایط قرارداد و ضمانت اجرای آن..... ۶۳

بند اول: ضمانت اجرای عدم احداث یا تکمیل ساختمان با شرایط مقرر..... ۶۳

بند دوم: ضمانت اجرای عدم تحویل در موعد مقرر..... ۶۵

بند سوم: ضمانت اجرای عدم انتقال قطعی (رسمی)..... ۶۵

بند چهارم: ضمانت اجرای ناشی از عیب بناء و تجهیزات آن و عدم رعایت ضوابط قانونی..... ۶۶

نتیجه گیری فصل دوم..... ۶۹

نتیجه گیری نهایی..... ۷۰

فهرست منابع..... ۷۳

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

مقدمه

نیازهای اقتصادی و اجتماعی جامعه و رشد بی سابقه جمعیت در سالهای اخیر و همچنین پیشرفت روز افزون فناوری، موجبات رشد نهادهای حقوقی جدید گردیده که سابقه فقهی و حقوقی ندارند. سامان دادن به نهادها و اعلام حقوقی جدید، حقوقدانان و قانونگذاران را بر آن داشته تا با ارائه راه حل‌های حقوقی نوین از بروز مشکلات جلوگیری نمایند. «قراردادهای پیش فروش ساختمان» نیز از این قبیل اعلام حقوقی می باشد که با توجه به نیاز اساسی افراد به تأمین مسکن مناسب، متقاضیان، خرید و فروش اقساطی بر اساس این نوع قراردادهای را ترجیح داده و به تدریج در معاملات مردم رواج پیدا کرده و با توجه به وجود فروشندگان و شرکتهای ساخت و ساز شکل انعقاد و نحوه تنظیم این نوع قراردادها نیز متنوع گردیده است.

احداث واحدهای ساختمانی تجاری یا مسکونی عمدتاً عمودی در قالب مجتمع و فروش این گونه تأسیسات قبل از احداث یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز می باشد که در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قراردادهای ساخت و ساز تعبیر می شود که در نوع خود جدید و ابداعی محسوب می شود. آگاهی از کم و کیف این گونه قراردادها که روز به روز شایعتر می شوند، به ویژه برای حقوقدانان ضرورتی اجتناب ناپذیر است. اما از آنجا که موضوع اینگونه قراردادها (قراردادهای پیش فروش ساختمان) در زمان انعقاد، نه موجود است و نه معلوم، چنین قراردادی ظاهراً شرطی از شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات (موجود و معلوم بودن موضوع معامله) را فاقد خواهد بود. بر همین اساس نظریات مختلفی در توجیه ماهیت این قرارداد قابل طرح است. ماهیت حقوقی این نوع قراردادها هم در میان حقوقدانان و هم در رویه قضایی اختلافی بوده و لذا بعضی ماهیت آن را بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین می نمایند و لذا آثار یک قرارداد خصوصی را بر این نوع قراردادها بار می کنند. اما برخی دیگر ماهیت این نوع قراردادها را بیع دانسته و معتقدند که چون مبیع یعنی ساختمان در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی نداشته و بعد از مدتی در آینده به وجود خواهد آمد، لذا آثار عقد بیع نیز از زمان ایجاد ساختمان، تحقق یافته و در این جا قرارداد پیش فروش ساختمان بیع معلق بوده و اثر اصل عقد بیع که انتقال مالکیت می باشد، پس از تحقق معلق علیه (ساخته شدن ساختمان) بروز خواهد یافت. اما نظر صحیحتر آن است که قرارداد پیش فروش ساختمان تعهد به بیع است. زیرا طرفین نخواسته اند که عقد از هم اکنون واقع شود بلکه قصد انشای آن در زمان آینده داشته اند. مشکل دیگر، در مرحله اثبات دعوی اینگونه قراردادها بود و این امر از آنجا ناشی می شد که دفاتر اسناد رسمی از تنظیم قراردادهای ساخت و ساز ابا داشتند. ایده های سنتی که هنوز در کشور ما بر حقوق ثبت سیطره دارند مانع از

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

آن بود که این گونه قراردادها رسمیت یابند و آمار بسیاری از پرونده های دادگستری در این خصوص کم شود. نتیجه آنکه اینگونه قراردادها به طور ناقص بین پیش فروشنده و پیش خریدار، به طور غیر رسمی تنظیم می شد و باعث تولید دعاوی مختلفی از مطالبه چک بلا محل (که طرفین بابت تضمین به یکدیگر داده بودند) گرفته؛ تا توقیف عملیات ساخت و ساز، مطالبات فروشنده مصالح و کارگر و... می شد. برای حل این مشکلات، لایحه پیش فروش ساختمان به پیشنهاد قوه قضائیه توسط دولت در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۲۴ جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال گردید و در نهایت در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ به تأیید مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ در نهایت در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۸ در روزنامه رسمی انتشار یافت. از آنجا که «قرارداد پیش فرو ساختمان» یک نوع پیش قرارداد است لذا در فصل اول به تبیین ماهیت حقوقی پیش قرارداد پرداختیم. در تعریف پیش قرارداد به طور کلی باید چنین گفت: پیش قرارداد، قراردادی است که طرفین آن اعم از یکی از آنها یا هر دو ملزم به انجام تعهدات پیش بینی شده در قرارداد می شوند. یکی از شایعترین پیمانهای مقدماتی، قولنامه خرید و فروش املا ؛ است که به موجب آن دو طرف متعهد به بیع با شرایط معین در قولنامه می شوند. قرارداد پیش فروش ساختمان نیز پیش قراردادی است که موضوع آن تعهد به انجام بیع است و بر طبق قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ باید به صورت رسمی تنظیم شود تا معتبر تلقی گردد. اما باید این نکته را به خاطر سپرد که «پیش قرارداد» آثار ویژه خود را دارد و در واقع تمهید مقدمه است و نباید آنرا واجد همان آثار عقد اصلی دانست. همچنین باید یادآور شد که قرارداد پیش فروش ساختمان، یک عقد تشریفاتی است که باید با تنظیم سند رسمی در دفتر خانه اسناد رسمی منعقد گردد (ماده ۵ قانون پیش فروش ساختمان) و تنها کسانی می توانند به عنوان پیش فروشنده، اقدام به تنظیم و اجرای چنین قراردادی نمایند که حقوق سه گانه آنها برای پیش فروش ساختمان (مذکور در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان و تبصره آن) مستند به سند رسمی بوده و پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه فنی هر واحد و تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر اتمام عملیات پی ساختمان و سایر مدار ؛ مورد نیاز را به دفتر خانه تنظیم کننده قرارداد، ارائه نمایند. به نظر می رسد که قانون پیش فروش ساختمان، قانون حمایتی و برای حمایت پیش خریداران وضع شده و در این راستا سعی داشته است ابواب سوء استفاده های احتمالی پیش فروشندگان را مسدود نماید. یکی از ضرورت های انجام این پژوهش ، همین جدید التصویب بودن قانون مزبور و کمی تحقیقات راجع به آن است. لذا نقد و بررسی این قانون و بیان نقاط ضعف و قدرت آن به رفع نواقص قانون مزبور یاری می نماید. به همین دلیل فصل دوم از تحقیق خویش را به نقد و بررسی قانون پیش فروش ساختمان

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

اختصاص داد. قانونی نو و جدید که داعیه ی حمایت از حقوق پیش خریداران و پیش فروشندگان واحدهای ساختمانی پیش فروش شده را دارد .

در پایان یادآور می شود که نوع تحقیق بر اساس طرح تحقیق و اهداف آن، تحلیلی – توصیفی است و شیوه های جمع آوری داده ها کتابخانه ای می باشد.

از رهگذر این پژوهش باید در پی پاسخ به این سؤالات بود که به طور کلی:

ماهیت حقوقی «قراردادهای پیش فروش ساختمان» چیست؟ و با توجه به اینکه در هنگام انعقاد قرارداد هنوز ساختمان موجود نیست و یا ساخته نشده است قرارداد مزبور بیع نامه است یا تعهد به بیع؟ و آیا می توان ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان را بر مبنای قراردادهای خصوصی و ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین نمود؟ آیا پیش قرارداد واقعاً پیش قرارداد است یا خود بیع اصلی است؟ و آیا قانون مزبور از سوء استفاده های احتمالی افرادی که به ساخت و ساز آپارتمان ها می پردازند جلوگیری می نماید؟ و آیا قانون مزبور تمام موارد پیش فروش را شامل می شود؟

همانطور که قبلاً اشاره شد قانون پیش فروش ساختمان یک قانون جدید التصویب است و تحقیقات اندکی راجع به آن انجام شده است. با این حال چندین مقاله با موضوع قراردادهای پیش فروش ساختمان در مجلات فقهی – حقوقی وجود دارد که بیشتر از منظر فقهی به نقد و بررسی این نوع قراردادها پرداخته اند و به دنبال یافتن سابقه فقهی – حقوقی این قسم قراردادها هستند و کمتر به نقد و تحلیل قانون مصوب سال ۱۳۸۹ پرداخته اند. گفتنی است که پایان نامه ای در سال ۱۳۸۲ به نگارش آقای حسن علیزاده دانشجوی دانشگاه شهید بهشتی با موضوع قراردادهای پیش فروش ساختمان وجود دارد منتهی در آن زمان هنوز قانون پیش فروش ساختمان به تصویب مجلس نرسیده بود و ایشان هم بیشتر ماهیت حقوقی این قبیل قراردادها را بررسی نموده اند و در چکیده پایان نامه شان به نبود قانونی کارآمد در جهت هدفمند نمودن این قبیل ساخت و سازها تصریح نموده اند. ما در این تحقیق قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ را پیش رو داریم و به نقد این قانون می پردازیم.

به همین منظور با توجه به اینکه قانون پیش فروش ساختمان در جهت جلوگیری از سوء استفاده های افراد در ساخت و ساز ساختمان تمهیداتی را پیش بینی نموده نقد و بررسی نقاط ضعف و قدرت قانون مزبور هدف اصلی تحقیق می باشد.

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

چنین به نظر می رسد که این تحقیق می تواند مورد استفاده شرکت های ساختمانی و پیمانکاری انبوه ساز که به ساخت و ساز آپارتمانها و پیش فروش ساختمانهای نیمه تمام اشتغال دارند قرار بگیرد و مسائل حقوقی راجع به این قبیل قراردادها را برایشان روشن نماید تا با اطلاع از مسائل قانونی و حقوقی به انعقاد این قبیل قراردادها اقدام نمایند. بعد از اتمام ساخت و ساز پیش فروشنده به شهرداری مراجعه و اقدام به اخذ پایان کار می نماید تا بتواند بقیه مراحل قانونی انتقال را انجام دهد لذا این تحقیق می تواند اطلاعات خوبی در مورد این قبیل قراردادها در اختیار شهرداری ها نیز قرار دهد.

این پژوهش از یک مقدمه، دو فصل اصلی، مباحث و گفتارهای متعدد و نتیجه گیری تشکیل شده است. فصل اول به بررسی ماهیت حقوقی پیش قرارداد اختصاص دارد که مشتمل بر دو مبحث است. در فصل دوم هم به بررسی موضوع ماهیت حقوقی و احکام قراردادهای پیش فروش ساختمان توجه شده است که این موضوع هم از ابعاد مختلف مورد بررسی قرار گرفته است.

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

فصل اول:

ماهیت حقوقی پیش

قرارداد

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

پیشرفت روزافزون بشر و گسترش و توسعه روابط و مناسبات تجارتي و همچنین تغییر نوع معاملات بین مردم، موجب گردیده تا اشخاص پیش از ورود به قلمرو قراردادها، به شکل نهایی، از پیش قراردادها و قراردادهای مقدماتی استفاده نمایند و یا با ارزیابی هایی که انجام داده اند و پس از تعیین تکلیف و اتخاذ تصمیم پایانی خود، اراده هایشان را در قالب قرارداد نهایی ابراز نمایند. از جمله وضعیت های حقوقی که در این بین امکان تحقق آن وجود دارد «وعده به انعقاد عقد» یا «پیش قرارداد» می باشد. «وعده به انعقاد عقد» یا «پیش قرارداد» عبارت است از اینکه یک طرف قرارداد یا هر دو به انعقاد عقد مورد نظرشان در آینده تعهد می سپارند. البته این نوع وعده مادامی که در قالب اراده های متقابل و طرفینی قرار داشته و شرایط صحت و لزوم عقد در آن رعایت شده، قراردادی الزام آور برای متعهد به آن محسوب می شود. در این فصل ابتدا سعی می کنیم تعریفی از پیش قرارداد را ارائه نماییم (مبحث اول) سپس ماهیت حقوقی پیش قرارداد را بررسی نماییم (مبحث دوم). در مباحث سوم و چهارم به ترتیب نحوه تنظیم پیش قرارداد و آثار حقوقی پیش قرارداد را تحلیل نموده ایم و در مبحث آخر (مبحث پنجم) به بررسی اصل حسن نیت در دوره پیش قراردادی پرداخته ایم.

pdfMachine

Is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Produce quality PDF files in seconds and preserve the integrity of your original documents. Compatible across nearly all Windows platforms, if you can print from a windows application you can use pdfMachine.

Get yours now!

مبحث اول : معنا و مفهوم پیش قرارداد

وعده قرارداد که پیش قرارداد نیز نامیده شده است ، پیمان مقدماتی است که درباره انعقاد قرارداد مطلوب دوطرف بسته می شود و هر دو یا یکی از آنان را ملتزم به تراضی نهایی می کند^۱. یکی از شایع ترین پیمان های مقدماتی «قولنامه» است^۲ که به موجب آن دو طرف متعهد به بستن قرارداد با شرایط معین در قولنامه می شوند. قولنامه ، کلمه ای است که از دو واژه «قول» و «نامه» تشکیل شده است. دکتر معین در فرهنگ لغات خود برای قول معانی مختلفی ذکر کرده اند : ۱- سخن ، گفتار ، کلام و ... ۴- عهد و پیمان ۵- وعده انجام دادن کاری و زیرقول خود زدن یعنی عهد خود را شکستن، به گفته خود عمل نکردن^۳.

نامه :

درپارسی باستان نامک بوده و به صورت معرب درآمده است به معنی : ۱-ورقه ای که روی آن مطالبی خطاب به کسی نویسند ، رقعہ ، مکتوب ، سند^۴ و نیز به معنی : نوشته ، کاغذ نوشته شده و کتاب^۵.

استاد دکتر جعفری لنگرودی قولنامه را اینطور تعریف نموده اند : « قولنامه ، نوشته ای است غالباً عادی از توافق برواق ساختن عقدی درمورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی است. این توافق ها مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است»^۶.

قولنامه در معنای عرفی مصطلح قول و قرار گزاردن ، پیمان بستن و معادل واژه «پرامیس»^۷ در انگلیسی می باشد. با اندکی دقت در معانی و تعاریف عرفی و حقوقی ارائه شده ملاحظه می گردد که معنی حقوقی نه تنها فاصله ای از معنای لغوی و عرفی آن ندارد بلکه دقیقاً منطبق بر آن می باشد. قولنامه واژه ای عرفی و برخاسته از بطن اجتماع است .

فلذا در تعبیر و تفسیر آن باید آنچه جامعه مورد نظر داشته است ملحوظ گردد. مبحث پیش قرارداد در فقه سابقه ندارد و به هنگام تدوین جلد اول قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ نیز پیش بینی خاصی در این مورد صورت نگرفت. با تصویب قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ و الزام افراد به تنظیم

۱- کاتوزیان ، ناصر ، دوره مقدماتی حقوق مدنی ، اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع ، تهران ، شرکت سهامی انتشار ، چاپ سیزدهم ، ۱۳۸۷ ،

ص ۸۲

۲- همان

۳- معین ، محمد، فرهنگ فارسی ، جلد ۲ ، تهران، انتشارات امیر کبیر ، چاپ پنجم، ۱۳۶۴، ص ۲۷۴۸

۴- همان ، جلد ۴ ، ص ۴۶۳۱.

۵- عمید، حسن، فرهنگ یک جلدی، تهران، انتشارات امیر کبیر ، چاپ دوم، ۱۳۶۲، ص ۱۰۲۲

۶- لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی ، تهران، انتشارات گنج دانش ، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲، ص ۵۵۲

۷- promise

سند رسمی، موانعی چون مفاصحاسب دارایی، شهرداری و غیره باعث شد که مردم در قراردادهای به سمت پیش قرارداد گرایش پیدا کنند. اما باید یادآور شد که یک پیش قرارداد، انحصاراً یک بیع یا قرارداد تشکیل بیع یا تعهد بر خرید و فروش نیست بلکه ممکن است یک قول و وعده ساده بر تشکیل معامله در آینده یا یک انشای معلق و یا مفاهیم دیگری که در اصل فاقد ارزش حقوقی است باشد، که در نتیجه تخصیص بحث به تعهد بر بیع مال غیر منقول زیر موضوع پیش قرارداد با حقیقت محتوای تمام پیش قراردادها سازگار نیست. پیش قرارداد در قانون موضوع تعریف شده ای نیست و منظور از آن در معنای متعارف، نوشته ای غالباً عادی است که پیش از تشکیل قرارداد اصلی بین طرفین با عبارات و مفاهیم گوناگون و متفاوت توسط ایشان تنظیم و امضاء می گردد و قراردادهایی را در برمی گیرد که منعکس کننده ی نظریات و اهداف خاص طرفین است، و از طرف دیگر، مفاهیم آن گاهی با هم متناقض است.

نکته مهم آنست که پیش قرارداد را نباید با عقد اصلی اشتباه کرد. در پیش قرارداد دو طرف متعهد به بستن قرارداد اصلی در زمان معین می شوند و به طور معمول پیش قرارداد در صورتی تنظیم می شود که دو طرف آمادگی انجام عقد اصلی را ندارند و می خواهند با گرفتن تعهد از یکدیگر، وقوع عقد را در آینده تضمین کنند. پیش بینی «وجه التزام» برای طرفی که از وفای به عهد سرپیچی کند یکی از نشانه های ناتمامی عقد در دید دو طرف است.

در موردی که مقصود از پیمان ایجاد تعهد بر انعقاد قرارداد نهایی است، چنانچه در قولنامه ها مرسوم است، ماهیت عمل حقوقی روشن است: در تحلیل تراضی دو طرف می توان گفت، آنان دو عقد جداگانه بسته اند که هر کدام تابع قواعد عمومی قراردادهاست، با این تفاوت که عقد نخست به عنوان مقدمه عقد نهایی و به منظور تمهید وسایل آن انجام می شود. همچنین است جایی که دو طرف به طور متقابل زمینه تراضی را فراهم می آورند و عقد نهایی از برخورد آن دو التزام بوجود می آید.^۱

بنابراین، پیش قرارداد به عنوان مقدمه ی عقد اصلی شناخته می شود و نایستی آن را با عقد اصلی اشتباه گرفت. وعده قرارداد، پیمانی است الزام آور که در حدود مفاد خود برای دو طرف یا یکی از آنها ایجاد تعهد می کند. منتها، باید این نکته را به خاطر سپرد که «پیش قرارداد» آثار ویژه خود را دارد و در واقع تمهید مقدمه است و نباید آن را با اثر نهایی و مطلوب عقد اصلی اشتباه کرد. اثر

^۱ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص ۳۷۷، شماره ۲۱

«پیش قرارداد» به طور معمول ایجاد دینی است که در صورت اجرا شدن به انعقاد پیمان اصلی و ایجاد اثر ویژه آن می انجامد.^۱

در ادامه به نظر می رسد وعده های پیش قرارداد که متضمن هرنوع تعهدی باشند لازم الوفاء است و وعده دهنده نمی تواند از انجام تعهد خود استکفاف نماید. مضافاً بر اینکه «پیش قرارداد» که طرفین برای انجام تعهدی تنظیم می کنند در دادگاه معتبر است و طرفین بایستی مفاد آن را اجرا کنند و به موجب آن می توان الزام (اجبار) طرفی را که از انجام تعهدش خودداری می کند را از دادگاه درخواست نمود. بدین ترتیب، هدف از تنظیم پیش قرارداد آنست که برای دوطرف یا یکی از ایشان دینی بوجود آید به همین جهت هرگاه متعهد از اجرای تعهد خود سر باز زند دیگری می تواند الزام او را از دادگاه بخواهد. دادرسی نیز در مقام تفسیر قرارداد باید قصد مشترک طرفین را احراز نماید و موظف به عنوانی که طرفین در صدر قرارداد برای عمل حقوقی خود انتخاب نموده اند نیست.

به طور خلاصه، تشخیص طبیعت حقوقی سندی که طرفین تنظیم کرده اند وابسته به تمیز قصد مشترک؛ آنانست: اگر خواسته باشند که بیع با امضای آنان سند واقع شود، دادگاه باید آن را سند بیع بشمارد. برعکس، هرگاه هدف این باشد که بر طبق آن التزام به انشای عقد ایجاد شود نه انتقال، دادگاه آن را «قولنامه» به حساب می آورد. منتها، عرف مسلم در داد و ستدهای ما حکم می کند که، اگر خریدار و فروشنده، به دلیل الزام قانونی یا خواسته خودشان، اشاره به لزوم تنظیم سند رسمی معامله کرده باشند، ظاهر اینست که قصدشان تعهد به انتقال بوده است نه وقوع بیع.^۲

مبحث دوم: ماهیت حقوقی پیش قرارداد

در این مبحث، به پرسش های گوناگون راجع به ماهیت حقوقی پیش قرارداد پاسخ داده ایم و به بررسی این موضوع پرداخته ایم که پیش قرارداد در زمره کدام عقود قرار می گیرد. عقد با نام یا بی نام (گفتار اول)، عقد لازم یا جایز (گفتار دوم)، عقد تملیکی یا عهدی (گفتار سوم)، عقد رضایی یا تشریفاتی (گفتار چهارم)، وعده یکجانبه یا دو جانبه (گفتار پنجم)، بیع یا تعهد به بیع (گفتار ششم).

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد ايقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷، ص ۸۲

^۲ - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱، ص ۵۶.

گفتار اول : قرارداد با نام یا بی نام :

اصل حاکمیت اراده یکی از اصول مهم فلسفه حقوق بوده و مبنای نظریه تعهدات به شمار می آید. این اصل اشعار می دارد که اراده انسان هم قادر به انشاء هر عقدی است و هم برای تعریف و تحدید آثار آن کافی است. به عبارت دیگر نقش اراده در تکوین عقد و آثار مترتب بر آن نقشی تام و تمام است. اساس این نظریه به اصل آزادی اراده انسان باز می گردد و یکی از آثار گوناگون آن نفوذ و اعتبار قراردادهای نامعین است. حاکمیت اراده ی حداقل دو نفر بر انجام عملی و یا انتقال حقی و یا ایفای عهده ی، بین آن دو نفر یک رابطه ی حقوقی را به وجود می آورد که در قانون مدنی گاهی تحت عنوان قرارداد و یا تعهد وزمانی با عناوین التزام، معامله یا عقد به کار رفته است. ماده ۱۰ قانون مدنی می گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

بنابراین هر نوع قراردادی که حداقل بین دو نفر منعقد شود و مخالف صریح قوانین مدون و جاری نباشد، معتبر و نافذ، و برای طرفین این قرارداد که ناشی از حاکمیت اراده آنهاست لازم الاتباع است. در حقوق فرانسه، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی با بیان رساتری اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده را تایید می کند. طبق این ماده «قراردادهایی که مطابق قانون منعقد شده باشند برای طرفین به منزله ی قانونند»^۱.

بنابراین افراد ممکن است قراردادهایی ببندند که جزء هیچ یک از عقود معین پیش بینی شده در قانون نباشد، به شرط آنکه شرایط عمومی صحت قراردادها را مراعات نمایند و قرارداد آنها نافی اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد. پیش از تدوین قانون مدنی و قبول اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰)، پیمان ها ناچار در یکی از قالبهای پیش ساخته ی حقوق وزیر یکی از عنوان های قانونی ارائه می شد، زیرا باور غالب این بود که تنها در سایه ی این عنوان ها است که اراده می تواند التزام به وجود آورد. پس، نه تنها پیمانهای خصوصی تنوع نمی یافت، هرگاه دوتن می خواستند قراری بگذارند که با هیچ یک از «عقود معین» انطباق نداشت، ناگزیر بودند که یا آن را به صورت صلح در آورند یا عقد معین لازمی را، هر چند که صوری باشد، بین خود منعقد سازند و پیمانی را که منظور واقعی آنان است ضمن این عقد شرط کنند. ولی، اصل آزادی قراردادها قالبها را شکست و به «تراضی» قطع نظر از صورت آن، حاکمیت بخشید. از این پس، اشخاص اختیار پیدا کردند

^۱ - دایره المعارف بین المللی حقوق، ۴۳/۲ international Encyclopedia of laws قابل دسترسی در سایت

www.noormags.com، تاریخ مراجعه ۹۱/۹/۲۷

که، در حدود قوانین و اخلاق عمومی، بهر شکل که مایلند پیمان ببندند و هر نامی را که می خواهند بر آن بگذارند.^۱

از نظر حقوقدانان، عقود غیر معین، قراردادهایی است که نام و شرایط خاصی در قانون برای آنها نیست، اما نظر به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها معتبر شناخته می شوند. در حقوق فرانسه تقسیم بندی قراردادها به بانام و بی نام نوعی طبقه بندی ویژه از قراردادها تلقی شده است. براین اساس قراردادهایی که تعریف حقوقی و تنظیمات قانونی آنها شناخته شده است «قرارداد بانام» است. اما توافقاتی که در هیچ یک از مقوله های بانام قرار نمی گیرند، «قرارداد بی نام» نامیده می شوند.^۲ قانونگذار عقود غیر معین را از آن رو به وجود آورده است تا آن دسته از نیازهای حقوقی مردم که در قالب عقود معین نمی گنجد به واسطه ی آنها مرتفع شود.

تمام انواع معاملات که در جامعه ی ما صورت می گیرد در هیچ زمانی محدود به همان عقود معینه در قانون مدنی نبوده است بلکه انواع دیگر معاملات که در قانون مدنی از آنها نامی ذکر نشده است را دربر می گیرد.^۳ به همین دلیل تدوین کنندگان قانون مدنی در همان سال تدوین و تصویب آن (۱۳۰۷) به خوبی در یافته بودند که معاملات دیگری که تحت هیچ یک از عناوین عقود معینه قرار نمی گیرند ممکن است صورت بگیرد برای این منظور، ماده ۱۰ قانون مدنی را نیز اضافه کردند به این عبارت که «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»

استنباط بسیاری از حقوقدانان، از ماده ی مرقوم این است که مقنن از طریق انشاء چنین نصی، اعتبار عقود را که فاقد عنوان خاص در قانون مدنی باشند، پذیرفته و اعلام داشته که ادله ی لزوم وفای به عقود، علاوه بر قراردادهای معین، عقود نامعین را نیز در بر می گیرد.

یکی از مهمترین این عقود، پیش قرارداد یا وعده قرارداد می باشد که از دیدگاه حقوقدانان جزو عقود بی نام می باشند. قراردادهای بی نام قراردادهایی هستند که قانونگذار به تعریف آنها نپرداخته است و طرفین قرارداد شرایط و احکام آن را تعیین می کنند و بر طبق ماده ۱۰ ق م معتبر و لازم الوفاء هستند.

^۱ - کاتوزیان - ناصر - عقود معین پیشرفته - جلد اول - تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱، ص ۶.

^۲ - همان

^۳ - امامی، مصطفی - مجله کانون وکلا، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۱۷۵، صفحه ی ۱۵۴، قابل دسترسی در سایت

www.noormags.com، تاریخ مراجعه ۹۱/۹/۲۷

نتیجه ای که از مباحث مطروحه گرفته می شود این است که طبق اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ ق م) پیش قرارداد قراردادی معتبر است و عدم صراحت قانون نسبت به آن نه تنها آنرا از خاصیت نمی اندازد بلکه تمام مزیت آن همین است که از جانب قانونگذار شکل و شرایط خاصی برای آن در نظر گرفته نشده است بنابراین می توان ضمن آن هرگونه تعهدی (تا جاییکه مخالف قانون و اخلاق حسنه نباشد) نمود.

قرارداد پیش فروش ساختمان را باید در زمره عقود بانام (معین) دانست. زیرا قانونگذار در قانون پیش فروش ساختمان به تعریف این قبیل قراردادها پرداخته است. پس قرارداد مزبور یک عقد معین در کنار سایر عقود معین است و ماهیتی مستقل دارد.

گفتار دوم: لزوم یا جواز پیش قرارداد

عقد لازم، عقدی است که هیچیک از دو طرف معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معین. به عبارت دیگر، عقد لازم، جز در موارد استثنایی قابل فسخ نیست. در مقابل، عقد جایز عقدی است که برای هر یک از طرفین سبب خاصی لازم نیست و همواره قابل فسخ است. به عبارت دیگر، در عقد جایز طرف حق دارد، همیشه و بدون هیچ تشریفات، آن را منحل سازد. ماده ۱۸۵ قانون مدنی اعلام می دارد: "عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معین". عقد لازم همچنانکه از نام آن پیداست، عقدی است که پس از تشکیل باقی می ماند و جز در موارد محدود که قانون معین کرده است منحل نمی شود و هر یک از طرفین که تعهدی از سوی این عقد پیدا کنند، موظف به اجرای آن در برابر طرف دیگر خواهد بود. عقد لازم با فوت یا جنون یا سفه یکی از طرفین یا دو طرف منفسخ نمی شود و در صورت فوت طرفین، آثار آن نسبت به وراثت ایشان جریان پیدا می کند. عقد لازم در موارد استثنایی به یکی از سه وسیله ذیل منحل می شود: خیار، اقاله، قانون.^۱

ماده ۱۸۶ قانون مدنی چنین مقرر می دارد: "عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند." عقد جایز را هر یک از طرفین هر زمان بخواهد می تواند فسخ کند و برای فسخ نیازی به خیار و اقاله نیست. عقد جایز همچنین بر خلاف عقد لازم، مطابق ماده ۹۵۴ قانون مدنی با فوت و جنون یکی از طرفین و نیز با سفه هر یک از ایشان در مواردی که رشد در آنان ضروری است، منفسخ می شود.^۲

^۱ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، تهران، انتشارات مجد، چاپ هشتم، ۱۳۹۰، ص ۸۳

^۲ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۸