

بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان

تاریخ دریافت: ۸۷/۷/۱

تاریخ تأیید: ۸۷/۹/۶

علی اکبر ایزدی فرد*
حسین کاویار**

۸۷

فقه و حقوق / سال پنجم / شماره ۱۸ / پاییز ۱۳۸۷

چکیده

در میان فقها و حقوقدانان، ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان، اختلافی است. نظرات مطرح درباره ماهیت چنین قراردادی، عبارتند از: بیع سلف، استصناع، شرکت، مقاطعه و تعهد به بیع. برخی، ماهیت آن را بر مبنای قرارداد خصوصی و ماده ۱۰ ق.م. تبیین می کنند و آثار یک توافق خصوصی را بر این نوع قراردادها بار می کنند، ولی برخی دیگر، ماهیت این نوع قراردادها را بیع می دانند و معتقدند که چون مبیع یعنی آپارتمان، در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و بعد از مدتی در آینده به وجود خواهد آمد، بنابراین آثار عقد بیع نیز از زمان ایجاد آپارتمان، تحقق می یابد و در اینجا قرارداد پیش فروش آپارتمان، بیع معلق است و اثر اصل عقد بیع که انتقال مالکیت است، پس از تحقق معلق علیه (ساخته شدن آپارتمان) بروز می یابد. پس با وجود نظرات مختلف، قرارداد پیش فروش آپارتمان به عقد بیع نزدیک است، به همین دلیل، آثار و مقررات بیع بر این نوع قراردادها حاکم است.

واژگان کلیدی: قرارداد پیش فروش، آپارتمان، قرارداد خصوصی، بیع، لایحه پیش فروش ساختمان.

* استادیار دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه حقوق خصوصی (ali85akbar@yahoo.com).
** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (mirhosseinkaviar@gmail.com).

۱. طرح مسئله

از میان نیازهای اولیه و ضروری بشر، داشتن مسکن مناسب جایگاه ویژه‌ای دارد. ضرورت داشتن مسکن با مالکیت شخصی در جامعه ما یک تفکر رایج است. به همین دلیل، تقاضا برای مسکن ارزان‌قیمت (مانند آپارتمان) افزایش یافته است و ساخت مسکن ارزان، شیوه‌ای برای کسب درآمد عده‌ای شده است.

به‌طور کلی، خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود:

نخست: فروش آپارتمان ساخته شده.

دوم: فروش آپارتمانی که هنوز ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود.

موضوع بحث ما در این نوشتار، دربارهٔ قسم دوم است. مهم‌ترین مسئله در این مورد، توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که با توجه به اینکه در هنگام قرارداد، هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است، قرارداد مزبور چگونه قراردادی است و داخل در کدام ماهیت حقوقی است؟ پرسش اصلی این است که با توجه به اینکه یکی از شرایط مبیع، موجود بودن آن در حین عقد است و آپارتمان در حین عقد بیع ساخته نشده است، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از وجاهت شرعی برخوردار است یا خیر؟ لازم به ذکر است در خصوص سفارش ساخت مسکن یا آپارتمان به شکل امروزی بحثی در متون فقهی دیده نمی‌شود.

۲. مفهوم‌شناسی

اصطلاح «پیش‌فروش» ترکیبی است از دو کلمه «پیش» به معنای قبل، سابق و گذشته و «فروش» که اسم مصدر از فعل فروختن است. آپارتمان یا واحد آپارتمانی، واژه فرانسوی است و در تعریف آن می‌گویند: «قسمتی از عمارت، مرکب از چند اتاق و ضمایم آنها. به عبارت دیگر، ساختمانی شامل چند واحد مجزا برای سکونت یا کارهای اداری یا تجاری» (معین، ۱۳۶۰، ۱: ۲۷ و انوری، ۱۳۸۱، ۱: ۴۱).

از آنجا که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در فقه مسبوق به سابقه نیست، نمی‌توان تعریفی برای آن در متون فقهی یافت. در قوانین و مقررات نیز بحثی از پیش‌فروش

آپارتمان نشده است و طبعاً تعریف قانونی درباره این نوع قراردادها نداریم. با توجه به شرایط و ویژگی این نوع قرارداد، می‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عبارت است از: «قراردادی که به‌موجب آن، فروشنده تعهد می‌کند آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، بسازد و پس از تکمیل آن، در موعد مقرر و در ازای دریافت مبلغ قراردادی، به خریدار تحویل دهد».

۳. ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان

آنچه مسلم است، برای اینکه بتوان در مورد ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی اظهار نظر قطعی کرد، لازم است اقدام معمول در تنظیم اینگونه قراردادها، به‌نحو صحیح توصیف شود. بی‌شک توصیف اعمال حقوقی، تابع عناوینی که طرفین بر آن می‌نهند نیست، بلکه از مندرجات و محتویات سندی که تنظیم می‌کنند، باید قصد مشترک طرفین را احراز کرد و بر مبنای این قصد مشترک، ماهیت آن را تبیین کرد. در اینجا ما ابتدا قالب‌ها و نهادهای متعدد حقوقی را که ممکن است قرارداد پیش‌فروش آپارتمان منطبق با آنها باشد، بررسی می‌کنیم، سپس با ملاحظه استدلال‌های مختلف، ماهیت این نوع قرارداد را تبیین و نظر مختار خود را تحلیل خواهیم کرد.

۳-۱. بیع سلف (سلم)

بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش‌فروش و پیش‌خرید نیز گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲: ش ۳۶۵۷). در موردی که عقد بیع میان فروشنده و خریدار واقع می‌شود و فروشنده تعهد می‌کند که مبیع را مطابق با مقدار و اوصاف و جنسی که در قرارداد ذکر شده است، در موعد معینی تهیه و به خریدار تسلیم کند، در این مورد، مبیع کلی و در ذمه است و تعهد فروشنده در تسلیم مبیع مؤجل است، ولی تعهد خریدار مبنی بر پرداخت ثمن به‌صورت نقد است. در فقه به این نوع عقد، بیع سلف یا سلم می‌گویند. فقهای امامیه برای درستی و نفوذ بیع سلف شرایط گوناگونی را ضروری شناخته‌اند که پاره‌ای از آنان مانند: مضبوط بودن، موعد تسلیم مبیع، ذکر جنس، مقدار و اوصاف مبیع از شرایط عمومی همه اقسام بیع است و اینکه متاع یا کالایی که پیش‌فروش شده

است، در موعد مقرر بسیار و فراوان باشد، هرچند در زمان انعقاد عقد، نایاب باشد (محقق حلّی، ۱۴۱۰: ۱۳۴؛ فاضل الآبی، ۱۴۰۸، ۱: ۵۲۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳، ۲: ۴۴؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۱۱، ۲: ۴۷۲ و محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۴: ۲۰۶). علاوه بر شرایط پیش گفته، دو شرط دیگر در بیع سلف جلب توجه می‌کند که عبارت است از: «لزوم نقد بودن ثمن» و «لزوم قبض ثمن در مجلس عقد».

قبض ثمن توسط فروشنده پیش از تفرق از مجلس عقد، شرط صحت معامله سلف است که اگر پیش از قبض، متفرق شوند، باطل است و اگر فروشنده بعضی از ثمن را قبض کند، بیع صحیح است، در آنچه قبض کرده است و باطل است در باقی. اگر شرط کند که ثمن از بابت طلبی باشد که بر ذمه او دارد، بعضی گفته‌اند باطل است، چون بیع دین به دین است و بعضی گفته‌اند در عین صحت، چنین بیعی کراهت دارد (محقق حلّی، ۱۴۱۰: ۱۳۴؛ همو، ۱۴۰۹، ۲: ۳۱۹؛ فاضل الآبی، ۱۴۰۸، ۱: ۵۲۳؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۱۱، ۲: ۴۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳: ۴۰۹-۴۰۸؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ۳: ۳۱۷؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ۱: ۵۷۰ و موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۱: ۵۴۴). البته تمایل بیشتر فقها به قول دوم است.

بنابراین، در فقه یکی از شرایط صحت بیع سلم، این است که ثمن در مجلس عقد به فروشنده تسلیم شود، ولی در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است و این سکوت به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است.

با وجود این، برخی از اساتید حقوق، به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه و به استناد این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م. بیع صرف به عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت است» آورده شده است، اعتقاد دارند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد و پیش از تفرق طرفین، صورت پذیرد (امامی، ۱۳۸۳، ۱: ۴۴۱ و جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ۱: ۵۶۲).

با توجه به شرایط مربوط به تحقق بیع سلف در فقه و اینکه مبیع باید کلی در ذمه باشد و ثمن باید نقد باشد و در مجلس عقد پرداخت شود، نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را ذیل عنوان بیع سلف، تحلیل و ماهیت آن را تبیین کرد؛ زیرا، آپارتمان با توجه به مشخصات و موقعیت جغرافیایی و ابعاد و مساحت آن، مال قیمی و عین معین محسوب می‌شود که در آینده به وجود خواهد آمد. علاوه بر این، به‌طور

معمول در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، ثمن معامله به صورت اقساط مشخص می‌شود و در فواصل زمانی معینی به تناسب پیشرفت کار و عملیات ساختمانی، اقساط ثمن به سازنده پرداخت می‌شود.

۲-۳. استصناع

مقصود از عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت این است که کسی به نزد صنعت‌گر بیاید و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد، به ملکیت او درآورد. در این حال، قراردادی میان این دو به امضا می‌رسد که صاحب صنعت، تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت کند. در اینگونه قراردادها، کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است که سازنده، تسلیم مشتری می‌کند. موضوع تعهد، زمان انعقاد عقد موجود نیست، ولی نویسندگان اهل سنت این عقد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱: ۱۱۶؛ سمرقندی، ۱۴۱۴، ۲: ۳۶۳؛ کاشانی، ۱۴۰۹، ۵: ۲-۴؛ حنفی مصری، ۱۴۱۸، ۶: ۲۸۳ و ابن‌عابدین، ۱۴۱۵، ۵: ۳۵۳) و آن را استثناً موجود بودن مبیع در زمان انعقاد عقد، تلقی می‌کنند. در خصوص صحت یا عدم صحت قرارداد سفارش ساخت، در فقه مباحثی مطرح شده است.

شیخ طوسی می‌نویسد:

سفارش ساخت چکمه، کفش و ظروفی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود، روا نیست. شافعی نیز همین نظر را برگزیده است. ابوحنیفه می‌گوید: این قرارداد جایز است؛ زیرا، مردم اینگونه قراردادها را بین خود منعقد می‌کنند. دلیل ما بر باطل بودن این قرارداد، آن است که اولاً ما اجماع داریم که تحویل دادن این کالاها بر صاحب صنعت واجب نیست و او مخیر است که کالای مورد قرارداد را تحویل دهد و یا قیمت را به خریدار بازگرداند و خریدار هم ملتزم نیست که آن را تحویل بگیرد. اگر قرارداد درست می‌بود بر هم زدن آن جایز نبود. ثانیاً کالای مورد قرارداد مجهول است؛ یعنی نه با دیدن مشخص شده و نه از طریق بیان ویژگی‌ها و اوصاف آن. بنابراین، قرارداد مزبور نباید صحیح باشد (طوسی، ۱۴۱۷، ۳: ۲۱۵).

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا قرارداد سفارش ساخت، یک

قرارداد و معامله مستقل است یا اینکه در قالب یکی از عقود معین و شناخته شده مثل بیع جای می‌گیرد؟

حقیقت آن است که این نوع قرارداد در دادوستد و معاملات مردم رواج یافته است و عقلای جامعه نیز بر این نوع توافق‌ها صحه می‌گذارند، ولی این مسئله که همه موارد آن بیع محسوب می‌شود یا نمی‌شود، مشخص نیست، بلکه برخی از انواع آن بیع است و برخی از انواعش قرارداد خصوصی الزام‌آور و وعده بیع است. به‌طور کلی، قرارداد سفارش ساخت سه صورت دارد و باید حکم آن را در هر یک از این صورت‌ها، به‌طور مستقل بررسی کرد:

صورت نخست: میان طرفین (سفارش‌دهنده و سازنده) قرارداد تملیک قطعی در مقابل قیمت بسته می‌شود؛ یعنی قصد مشترک طرفین، تملیک و تملک است. این صورت، به این دلیل که از مصادیق بیع است، باید همه شرایطی را که شارع در بیع به‌عنوان یک عقد تملیکی قرار داده است، دارا باشد. بنابراین، صحت این قسم از سفارش ساخت، مشروط بر این است که ثمن معامله، زمان تحویل کالا، مقدار کالا و ویژگی‌های آن مشخص باشد.

سفارش ساخت گاهی درباره یک شیء معین است و گاهی درباره یک شیء کلی. اگر مورد سفارش، یک کالای شخصی باشد، مثل اینکه شخص، ساختن یک کشتی بزرگ را سفارش دهد که سازنده، بخشی از آن را ساخته است، از آنجا که هنوز کار ساخت این کشتی به اتمام نرسیده است، سازنده آن را بدین شرط در مقابل قیمت به سفارش‌دهنده تملیک می‌کند که ساخت آن را تکمیل کند. بنابراین، مفهوم حقیقی سفارش ساخت کشتی آن است که سفارش‌دهنده، همین کشتی نیمه‌ساخته را می‌خرد و شرط می‌کند که سازنده، کار ساخت باقیمانده را هم تکمیل کند. این نوع معامله (بیع) درست است، البته به شرط آنکه خصوصیات آن مشخص باشد، ولی اگر مورد سفارش امری کلی باشد، از آنجا که فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالا است و ساختن هم نیاز به گذشت زمان دارد، به‌ناچار تحویل کالا در زمان آینده خواهد بود. از سوی دیگر، بیعی که کالای فروشی در آن کلی است و تحویل این کالا در زمان آینده انجام می‌شود، بیع سلف و سلم است. بر این اساس، صحت این صورت

از سفارش ساخت، به جمیع شرایط بیع سلم مشروط است. این شرایط را در مباحث پیشین بحث کردیم.

صورت دوم: در صورتی که میان سفارش دهنده و سازنده، عقد و قرارداد قطعی بسته می‌شود، مبنی بر اینکه سازنده کالا را بسازد و پس از اتمام ساخت و زمانی که کالا آماده بهره‌برداری و انتفاع شد، آن را به سفارش دهنده بفروشد، این قسم بیع محسوب نمی‌شود؛ زیرا، در این نوع قرارداد تصریح شده است که خرید و فروش پس از ساخت انجام شود و شاید علت آن نیز این باشد که خریدار به توانایی و قدرت سازنده مبنی بر ساخت و تحویل، اعتماد کافی ندارد، پس، به همین دلیل تن به انعقاد معامله بیع قطعی نمی‌دهد.

ابن حمزه در وسیله می‌گوید: «کسی که سفارش ساخت کالایی را از قبل می‌دهد و سازنده، آن را می‌سازد، بین تسلیم کالا و خودداری از آن، مخیر است و سفارش دهنده هم بین قبول و ردّ مبیع مختار است» (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۵۷).

در توجیه گفتار ایشان، برخی بر این باورند که چنین معامله‌ای شرط ابتدایی است و اگر شرط ضمن عقد باشد، لازم‌الوفاست (انصاری، ۱۴۱۵، ۲: ۵۷۱).

الزام‌آور بودن شرط ابتدایی، در فقه امامیه مورد اختلاف است. بیشتر معتقدند که الزام‌آور نیست، ولی برخی از متأخرین آن را الزام‌آور دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲: ۱۱۱).

به نظر ما، این قسم از استصناع، یک قرارداد خصوصی الزام‌آور با شرایط خاص خود است. بدین سبب، عموم آیه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) آن را در برمی‌گیرد و دلیلی نیز بر تخصیص این عموم اقامه نشده است. بر این اساس، بر هر یک از طرفین قرارداد، واجب است که به قرارداد و آنچه بدان ملتزم شده‌اند، وفا کنند. از طرف دیگر، با لحاظ روایت «المؤمنون عند شروطهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۲: ۲۷۷)، هرکدام از طرفین متعهدند در زمان مقرر و با شرایط مندرج در قرارداد، به ساخت کالا، تحویل آن و تسلیم قیمت اقدام کنند و حق تخلف از تعهد خود را نیز ندارند (برای مطالعه بیشتر درباره شرایط ابتدایی، ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۲: ۵۰-۵۳ و کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱: ۶۵-۶۸).

صورت سوم: این است که میان سفارش دهنده و سازنده، فقط وعده خرید و فروش تحقق یابد، آن هم وعده‌ای غیرقطعی. بدین ترتیب که سفارش دهنده بگوید: این کالا یا کالاها را برایم بساز و شاید من آنها را از تو خریداری کنم. بی‌تردید قرارداد میان این

دو، چیزی بیش از وعده دادن به یکدیگر که در آن به قطعی نبودن کار تصریح شده است، نیست و هیچ دلیل شرعی وجود ندارد که باعث شود آن دو بیشتر از حد توافق، عمل کنند و این وعده دادن، هیچ‌گونه الزامی برای هیچ‌یک از طرفین به وجود نمی‌آورد. این قسم، بیع به‌شمار نمی‌رود.

با توجه به مباحث پیش‌گفته، قراردادهای راجع به ساخت و تکمیل آپارتمان در آینده که در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد، آیا منطبق با قرارداد سفارش ساخت است یا خیر؟ و اگر منطبق باشد، با کدام قسم از اقسام سفارش ساخت انطباق دارد؟

در اینجا باید بگوییم که سفارش ساخت در معنای وسیع خود، می‌تواند ساخت هر کالایی را دربرگیرد، ولی باید اوصاف و مشخصات کالاهایی که در آینده ساخته خواهد شد، نزد طرفین معلوم و مشخص باشد که به اختلاف کالا، کیفیت معلوم شدن آن نیز متفاوت خواهد بود. بنابراین، به‌نظر می‌رسد قراردادهای مربوط به ساخت آپارتمان می‌تواند در زمره قراردادهای از قسم اول سفارش ساخت (در موردی که سفارش ساخت مربوط به کالای عین معین است) قرار گیرد، مشروط بر اینکه مشخصات، ابعاد، مساحت و اوصاف دیگری که برای ساخت آپارتمان در زمین معلوم و معینی لازم است، نزد طرفین و در قرارداد آنها معلوم و مشخص باشد تا از تعهدات طرفین و نیز از مورد معامله، رفع جهل و غرر شود. حتی می‌توان گفت در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، هنگام انعقاد قرارداد، زمینی که در آن آپارتمان بنا خواهد شد معلوم و معین می‌شود و پس از انعقاد قرارداد، زمین به نسبت سهم مشاع خریداران، به آنها منتقل می‌شود. البته، قرارداد زمانی اجرا می‌شود و تمام شده تلقی می‌شود که فروشنده به تعهد خویش مبنی بر ساخت واحد آپارتمانی در زمین مذکور، با توجه به نقشه‌های ساختمانی و اوصاف و ویژگی‌های مذکور در قرارداد، عمل کند و پس از ساخت و اتمام پروژه، خریدار، خود به خود مالک آپارتمان می‌شود.

۳-۳. عقد شرکت

برای تحقق شرکت، باید دو یا چند حق مالکیت با هم درآمیزد. هدف از اجتماع حقوق مالکین، رسیدن به یک نفع مشترک است. در واقع با تحقق شرکت، مالکیت‌های

جزء، اصالت خود را از دست می‌دهند و در یک مالکیت جمعی و مشترک ادغام می‌شوند. این اجتماع مالکیت‌ها ممکن است به ایجاد یک شخصیت حقوقی منجر شود. این حالت اجتماع و امتزاج حقوق چند مالک در هر جزء از مال مشترک و انتشار هر حق در مجموع اجزا، اشاعه نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲: ۹ و امامی، ۱۳۷۷، ۲: ۱۳۱).

مطابق ماده ۱ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار: «مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به‌نحو مشاع، به‌منظور انتفاع طبق قرارداد».

با توجه به مقدمات مذکور باید بگوییم که برخی مواقع، شخصی که مالک قطعه زمینی است و می‌خواهد در آن زمین به احداث مسکن یا آپارتمان اقدام کند، سرمایه کافی برای این کار ندارد. بنابراین، با شخصی که سرمایه دارد و صاحب مصالح ساختمانی است، به‌منظور احداث مسکن و آپارتمان توافق و مشارکت می‌کند و مقرر می‌کنند که پس از احداث و تکمیل واحدهای آپارتمانی، هرکدام، مالک تعدادی از واحدها شوند.

حال با توجه به مباحث پیش‌گفته، آیا می‌توان گفت قراردادی که بین متقاضیان و سازندگان واحدهای آپارتمانی منعقد می‌شود و با عنوان قرارداد پیش‌فروش در میان مردم شناخته شده است، همان عقد شرکت است و به‌عبارتی، شرکت ساختمانی که مالک زمین است و متقاضیان که صاحبان سرمایه‌اند، در مورد احداث واحدهای آپارتمانی در زمین مشخص با یکدیگر مشارکت می‌کنند؟

ممکن است چنین گفته شود که با انعقاد قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در واقع متقاضیان با شخص سازنده، در احداث آپارتمان مشارکت می‌کنند و عنوان این توافق و قرارداد طرفین را باید عقد شرکت یا مشارکت نامید، نه پیش‌فروش آپارتمان. با کمی دقت متوجه خواهیم شد که:

اولاً. قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نمی‌تواند بر مبنای عقد شرکت تحلیل شود؛ چون همان‌طور که گفتیم، مطابق مواد قانون مدنی راجع به عقد شرکت، شرکت جزء عقود جایز است (برگرفته از مواد ۵۷۸ و ۵۸۹ ق.م.ا). بنابراین، هریک از طرفین در عقد شرکت می‌تواند هر موقع که خواست، عقد را فسخ کند یا با فوت و حجر هریک از طرفین، عقد منفسخ خواهد شد و حال آنکه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در زمره عقود

لازم است و هریک از طرفین ملزم به انجام تعهدات قراردادی خویش‌اند و حق ندارند بدون مجوز قانونی یا قراردادی، اقدام به فسخ قرارداد کنند.

ثانیاً. در عقد شرکت، طرفین عقد، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن، مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند، ولی در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، فروشنده یا سازنده بر طبق نقشه ساختمانی و مشخصات دیگر آپارتمان‌ها، واحدهای آپارتمانی را به صورت جدا و مستقل به متقاضیان پیش‌فروش می‌کند. بنابراین، هریک از خریداران نسبت به آپارتمان خویش حق مالکیت دارد و نیز مالک سهم مشاعی از زمین که آپارتمان بر روی آن بنا شده است (به نسبت مساحت آپارتمان)، می‌شود و در بخش‌های مشترک آپارتمان نیز مالکیت پیدا می‌کند. پس، نمی‌توان گفت که خریدار یک واحد آپارتمانی، نسبت به آپارتمان‌های دیگر حق دارد. حال آنکه در عقد شرکت، همه شرکا در کل سرمایه، سهم مشاعی دارند.

ثالثاً. در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، خریدار یا سازنده، در مقابل یکدیگر ملزم به انجام تعهدات ناشی از قرارداد هستند. بنابراین، قرارداد طرفین، در زمره عقود مغایه‌ای است و هرکدام سعی می‌کنند که سود بیشتری به دست آورند و به عبارتی، منافع طرفین برای رسیدن به سود مشترک، در مقابل هم قرار دارد نه در کنار یکدیگر؛ نظیر آنچه در عقد شرکت وجود دارد.

با توجه به دلایل پیش‌گفته، نمی‌توان گفت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، عقد شرکت و یا مضاربه است.

۳-۴. مقاطعه

مقاطعه به معنای تعهد کردن، تعهد کردن کاری برای دولت، در برابر اجرت، به موجب قرارداد و صورتمجلس مناقصه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۵: ش ۱۳۱۹۹).

قرارداد مقاطعه را در اصطلاح می‌توان چنین تعریف کرد: «قراردادی که به موجب آن، یکی از طرفین (مقاطعه‌کار) ملتزم به انجام کاری، در مقابل بهایی که طرف دیگر (کارفرما) متعهد به پرداخت آن می‌شود». مطابق این تعریف، کارفرما عبارت است از کسی که صاحب کار است و اجرای کار را به مقاطعه‌کار می‌سپارد و مقاطعه‌کار نیز کسی است که تعهد می‌کند عمل مورد توافق را در مدت مشخص انجام دهد.

صرف نظر از بحث پیرامون ماهیت قرارداد مقاطعه، گاهی اوقات برای اجرای پروژه‌ها و انجام کارهای ساختمانی، از قرارداد مقاطعه استفاده می‌شود. به این صورت که شخصی که می‌خواهد کار ساخت و ساز انجام دهد، زمین مورد نظر، نقشه‌های ساختمانی، مشخصات فنی و نقشه‌های دیگر (کلی، تفصیلی و اجرایی) را از قبل تهیه کرده است و برای اجرای کامل همه مراحل عملیات ساختمانی، با یک پیمانکار قرارداد می‌بندد که در قبال دریافت مبلغی، موضوع تعهد را در مدت زمان قراردادی، انجام داده و به او تحویل دهد.

حال با توجه به مباحث پیش گفته، آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، در قالب قرارداد مقاطعه می‌گنجد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان فرض کرد که پیش‌خریداران یا متقاضیان به‌عنوان کارفرما، ساخت و ساز واحدهای آپارتمانی را به سازندگانی به‌عنوان پیمانکار و مقاطعه‌کار در ازای پرداخت مبالغ مورد توافق، می‌سپارند؟

باید بگوییم که عنوان کارفرما برای متقاضیان آپارتمان یا واحدهای مسکونی که عمدتاً از آشنایی هستند که به دلیل فقدان قدرت خرید نقدی و نداشتن مسکن مناسب، اقدام به خرید آپارتمان با شرایط پرداخت اقساطی می‌کنند، صحیح نیست؛ زیرا، قصد ندارند خود را مثل کارفرمایان متعهد کنند.

علاوه بر آن ممکن است پیش‌فروش‌کنندگان واحدهای آپارتمانی، ابزار و مصالح لازم برای ساخت و ساز را نداشته باشند و به همین دلیل برای اجرای عملیات ساختمانی و احداث آپارتمان و انجام پروژه، از یک یا چند پیمانکار استفاده کنند. به عبارت دیگر، رابطه بین متقاضیان و سازندگان با پیش‌فروش‌کنندگان، غیر از رابطه‌ای است که پیش‌فروش‌کنندگان به‌عنوان کارفرما با پیمانکار یا مقاطعه‌کار دارند. بنابراین، باید میان رابطه پیش‌فروش‌کنندگان با پیمانکاران و رابطه میان خریداران با پیش‌فروش‌کنندگان تفکیک قائل شد؛ یعنی اگر پیش‌فروش‌کنندگان برای احداث ساختمان از پیمانکار استفاده کنند، پیمانکار در مقابل کارفرما (پیش‌فروش‌کنندگان) مسئول است و باید به تعهدات خویش در موعد مقرر عمل کند و کارفرمایان نیز در مقابل متقاضیان یا خریداران متعهد و مسئول‌اند. پس، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از شمول قراردادهای پیمانکاری و مقاطعه‌کاری خارج است.

۳-۵. تعهد به بیع (قولنامه)

از مصادیق روشن قرارداد خصوصی که در عرف معاملات، رواج گسترده‌ای یافته است، تعهد به بیع یا به عبارتی، وعده متقابل بیع است که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به «قولنامه» معروف است. قولنامه نوشته‌ای است که به موجب آن، یک طرف تعهد می‌کند که در آینده عمل حقوقی معینی را انجام دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۸، ۵: ۱۰۱).

برخی از فقها شرط خارج از قرارداد را مترادف «وعده» دانسته‌اند و در اثبات وجوب وفای به آن، تردید کرده‌اند.

میرزای قمی معتقد است: «هر التزامی که مکلف بکند، وفای به آن واجب است و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است یا آنکه شرط را در ضمن عقد لازمی بکند و هرگاه غیر این صور باشد، داخل در «مطلق وعده» می‌شود و مشهور علما، وفای به وعده را واجب نمی‌دانند، ولی وعده اگر متضمن بر معاوضه یا شبیه معاوضه باشد، مقرون به الزام و التزام است. به خلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست» (قمی، ۱۴۱۳، ۳: ۲۸۵). شرط ابتدایی نیز از منظر حقوقی فقط یک وعده اخلاقی نیست و گاهی متضمن یک معامله و معاوضه طرفینی است.

طباطبایی یزدی نیز بر این مطلب صحه گذارده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲: ۱۱۷). صاحب عوائد/لایم نیز گوید: «نحن نقول بوجوب الوفاء بكل وعد و قد صرح به جماعه؛ یعنی علاوه بر اینکه او وفا به هر نوع وعده‌ای را واجب می‌داند، معتقد است، وعده دیگری از فقها نیز بر این مطلب تصریح دارند» (نراقی، ۱۴۰۸: ۴۲).

به نظر می‌رسد وعده‌هایی که متضمن هر نوع تعهدی باشند، لازم‌الوفایند و وعده‌دهنده نمی‌تواند از انجام تعهد خود استنکاف کند. بنابراین، در صورتی که توافق طرفین شرط ابتدایی متضمن تعهد باشد، هرچند خارج از عقد لازم صورت پذیرد، به موجب ادله وفای به شرط و عقد لازم‌الوفاست.

همین امر می‌تواند مستند وجوب عمل به قولنامه باشد. در این صورت، قولنامه نیز از مصادیق شروط ابتدایی خواهد بود. قانون مدنی در ارتباط با قولنامه ساکت است، ولی کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۳، قولنامه‌هایی را که در

ضمن عقد لازم انجام نگرفته باشد، فاقد اعتبار دانسته است (پاسخ پرسش‌ها از کمیسیون و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی: ۴۵)، در صورتی که هم‌اکنون عرف قولنامه را نوعی قرارداد تلقی می‌کند و آن را باعث التزام می‌داند.

گاه طرفین عقد، برای انعقاد قراردادی گفتگو و مذاکره می‌کنند که این گفتگوهای مقدماتی منجر به توافق میان طرفین می‌شود، ولی مشکلی در میان است که مانع از انعقاد قرارداد می‌شود. در اینگونه موارد است که پیمان مقدماتی یا پیش‌قرارداد درباره انعقاد نهایی قرارداد مورد نظر بسته می‌شود و بر مبنای آن، هر دو طرف خود را ملتزم به پیمان بستن می‌کنند. بنابراین، در اینجا مقصود از قرارداد مقدماتی، فقط ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است و به عبارتی، موضوع قرارداد یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت، تعهد بر انشای آن است. در این فرض، دو طرف مایل نیستند که مفاد عقد اصلی در خارج تحقق یابد، بلکه می‌خواهند ملتزم به انجام آن شوند و انشای نهایی عقد مورد نظر را به تراضی دیگری موقوف سازند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۶، ۱: ۳۷۷؛ همو، عقود معین، ۱۳۷۶، ۱: ۵۶ به بعد و شهیدی، ۱۳۷۸: ۲۳). پرسش اساسی که در مورد این نوع قراردادها مطرح می‌شود آن است که پس از تحقق قولنامه، خریدار نسبت به مورد معامله چه نوع حقی پیدا می‌کند؟ به عبارت دیگر، فروشنده می‌تواند مورد معامله را به‌طور نافذ به اشخاص ثالث منتقل کند یا خیر؟

پاسخ مسئله اساساً بستگی به این دارد که آیا قرارداد تشکیل بیع، برای طرفی که طبق قرارداد به سود او تعهد به فروش شده است، نوعی حق عینی نسبت به مورد معامله ایجاد خواهد کرد یا اینکه اثر قرارداد فقط پیدایش یک تعهد و یک دین خالص، بر عهده متعهد به سود متعهد له است؟ گرایش بعضی از آرای قضایی که در مورد معاملات اموال غیرمنقول صادر شده است بر این است که در موارد پیش‌گفته، نتیجه قرارداد فقط پیدایش تعهد به سود متعهد له است و حق عینی برای متعهد له نسبت به مال معین یا مجموعه معین که فروش قسمتی از آن تعهد شده است، ایجاد نخواهد شد.^۱

۱. ر.ک: رأی اصراری شماره ۲۸۷-۸/۴۵.

برخی از اساتید حقوق معتقدند که فروشنده هنگام معامله، مالک است و در نتیجه، حق دارد مال را به دیگری انتقال دهد، ولی در کنار این حق، وظیفه دارد که زمینه اجرای قولنامه را از بین نبرد. پس اگر با اعمال حق خویش از وظیفه بگریزد و آن را وسیله اضرار به دیگران قرار دهد، از حق خود سوء استفاده کرده است. بنابراین، انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری، چون با حقوق خریدار در تعارض است، پس به درخواست ذی نفع، قابل ابطال است (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۶، ۱: ۶۴-۶۵).

حال آیا می توان گفت که مطابق قرارداد پیش فروش آپارتمان، سازنده تعهد می کند در ازای تعهد متقاضی مبنی بر پرداخت بهای آپارتمان در فواصل زمانی معین، آپارتمان مورد توافق را بر طبق نقشه های ساختمان و اوصاف مشخص شده، در زمین معلوم و معینی بسازد و پس از تکمیل آن و هنگامی که آماده تحویل شد، به خریدار انتقال دهد یا به عبارتی، طرفین به تعهد خویش مبنی بر انشای عقد بیع پس از تکمیل واحد آپارتمانی، عمل کرده و عقد بیع را جاری سازند؟

با امعان نظر نسبت به قراردادهای مربوط به آپارتمان هایی که در آینده ساخته خواهد شد، باید بگوییم که قرارداد پیش فروش آپارتمان نمی تواند فقط یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد؛ زیرا:

اولاً. در تفسیر هر قراردادی باید به قصد و خواست مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در قرارداد پیش فروش آپارتمان، قصد سازنده و متقاضی این نیست که فقط یک وعده بیع محقق شود، بلکه پس از انعقاد قرارداد و بعد از آنکه خریدار، بخشی از بهای مورد توافق را به سازنده پرداخت می کند و مقرر می سازد که بقیه بهای آپارتمان را در فواصل و مواعد زمانی معینی با توجه به پیشرفت کار به سازنده پرداخت کند و سازنده نیز تعهد می کند که در موعد مقرر در قرارداد، آپارتمان را طبق توافق بسازد و به متقاضی تحویل دهد، اینگونه برمی آید که طرفین قصد خرید و فروش داشته باشند، نه تعهد به بیع.

ثانیاً. در قراردادهای پیش فروش، با توجه به اینکه کسانی که برای واحدهای آپارتمانی به صورت پیش فروش متقاضی خرید می شوند، معمولاً از اقشار کم درآمدی هستند که از قدرت خرید کمتری برخوردارند، پس، بخشی از مبلغ را به صورت وام از

بانک تهیه می‌کند، یا به صورت اقساطی بعد از تحویل آپارتمان، به خود سازنده یا فروشنده می‌پردازند. فروشندگان به منظور تضمین پرداخت اقساط مبلغ معامله، در زمان انعقاد قرارداد پیش‌فروش، مقرر می‌سازند که آپارتمان مد نظر، تا پایان پرداخت اقساط ثمن، در رهن فروشنده یا بانک باشد؛ یعنی خریدار به‌عنوان مالک، آپارتمان را در رهن فروشنده قرار دهد. این شرط در واقع بیان‌کننده قصد واقعی طرفین مبنی بر تحقق بیع و مالکیت متقاضی بر آپارتمان موصوف است و به‌واسطه این حق، می‌تواند آپارتمان را به رهن بگذارد.

۳-۶. قرارداد خصوصی

مطابق این تحلیل، سازندگان واحدهای آپارتمانی برای انجام تعهد خویش، زمین معینی را تهیه و زمین مورد نظر را به متقاضیان انتقال می‌دهند. سپس تعهد می‌کنند که در آن زمین، بر طبق نقشه‌های ساختمانی و مشخصات و ابعاد دیگر قراردادی، آپارتمان‌های مورد تعهد را بسازند و به متقاضیان منتقل کنند.

بر طبق تحلیل مذکور، قراردادهای موضوع ماده ۱۰ ق.م. فقط شامل عقود عهدی نمی‌شود، بلکه عقود تملیکی را نیز دربرمی‌گیرد. بنابراین، در این مورد، قرارداد خصوصی تملیکی است و خریدار، مالک واحد آپارتمان در زمان انعقاد قرارداد خواهد شد. پس، متقاضی، مبالغ مورد تعهد را پرداخت می‌کند، به این قصد که مالک آپارتمان خواهد شد و سازنده نیز تعهد می‌کند که در ازای پرداخت آن مبالغ، آپارتمان را بسازد و به متقاضی تحویل دهد.

در اینکه آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان یک قرارداد خصوصی بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. است و مطابق آن، متقاضی مالک آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود، خواهد شد و آثار دیگر عقد تملیکی بر آن بار می‌شود، باید بگوییم که این تحلیل در واقع همان عقد بیع است و آثار عقد بیع نیز بر آن جاری می‌شود، ولی برای فرار از تفسیر صحیح ماده ۳۶۱ ق.م. و تحلیل مطابق با مقتضیات و شرایط روز این ماده، متوسل به ماده ۱۰ ق.م. می‌شوند و عنوان آن را قرارداد خصوصی می‌گذارند و در آن قالب، آثار و شرایط عقد بیع را جاری می‌کنند که لازم است در اینجا به این نکته اساسی اشاره کنیم

که در تفسیر و تبیین ماهیت قراردادهایی که به مرور زمان در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی جامعه، در روابط معاملاتی مردم رواج یافته است، باید در وهله اول به مفاد اینگونه قراردادها توجه کنیم و احراز کنیم که آیا قرارداد پیش گفته با قالبها و عقود شناخته شده توسط قانونگذار منطبق است یا نه و در صورتی که با هیچ یک از این قالبها مطابقت نداشته باشد و مغایرت و مخالفتی نیز با قوانین و مقررات امری نداشته باشد، در قالب ماده ۱۰ ق.م. تحلیل کرد و نباید برای فرار از مقررات مذکور در عقود معین، قرارداد را بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. تحلیل کرد. نظیر آنچه در قرارداد پیش فروش آپارتمان و ماهیت این نوع قراردادها صورت می گیرد؛ زیرا، در این نوع قراردادها، موضوع قرارداد عبارت است از آپارتمانی که در آینده ساخته می شود و آپارتمان عین معین است. بنابراین، چون عین معین مطابق ماده ۳۶۱ ق.م. باید هنگام عقد، موجود باشد، پس نمی تواند قرارداد بیع باشد و می گویند قرارداد خصوصی است و براساس ماده ۱۰ ق.م. است. حال آنکه اگر تفسیری صحیح و منطقی از ماده ۳۶۱ ق.م. ارائه کنیم، همین قرارداد پیش فروش آپارتمان که همه آثار و شرایط بیع را دارد، در قالب عقد بیع تحلیل و تبیین خواهد شد و نیازی به ماده ۱۰ ق.م. نخواهیم داشت. بنابراین، باید در تفسیر مواد قانونی، به نیازهای فعلی و مقتضیات عرفی توجه کنیم و با تفسیر صحیح و منطقی، موانع و مشکلات حقوقی جامعه را مرتفع سازیم.

۳-۷. بیع

ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع می گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین، به عوض معلوم». با توجه به این تعریف، مبیع باید عین باشد. به موجب ماده ۳۵۰ ق.م. «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین، به طور کلی از شیء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی در ذمه باشد».

۳-۷-۱. کلی در ذمه

کلی مفهومی ذهنی و انتزاعی است که بر افراد عدیده صدق می کند. در صورتی موضوع دین کلی است که فقط صفات و مقدار آن معین باشد. در اینگونه تعهدات،

مدیون موظف نیست که مال معینی را در مقام وفای به عهد به طلبکار بدهد، ولی باید فردی را انتخاب کند که شرایط موضوع تعهد را داراست. در موردی که موضوع تعهد عین کلی است، ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد، موجود باشد؛ زیرا، انتقال با تراضی صورت نمی‌پذیرد. در عقد تملیکی نیز مانند بیع، هرگاه عین کلی موضوع تعهد باشد، انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به‌وسیله بدهکار انجام می‌شود و به‌طور معمول، مظهر این اقدام، تسلیم است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۸).

حال پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، می‌تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد یا خیر؟ در پاسخ به پرسش مذکور باید گفت که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، معمولاً موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و مشخصه‌های دیگر آپارتمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد، معین می‌شود و فروشنده تعهد می‌کند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل خریدار دهد. بنابراین، آپارتمانی که با مشخصات پیش‌گفته ساخته می‌شود، با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن، عین معین محسوب می‌شود و وقتی عین معین باشد، حتماً مال قیمی خواهد بود، پس نمی‌توان آپارتمانی مثل آن تصور کرد، هرچند نقشه ساختمانی، مساحت و اوصاف آپارتمان‌ها از حیث اسکلت ساختمان، نمای آن، اتاق‌ها و پنجره‌ها شبیه آپارتمان‌های دیگر باشد، ولی در اینجا هریک از آپارتمان‌ها با دیگری تفاوت دارد و تک به تک قیمی محسوب می‌شوند.

همچنین در بیع کلی، تملیک مبیع با وجود و تملیک آن به‌وسیله فروشنده، انجام نمی‌پذیرد و باید از سوی او به‌عنوان مبیع تعیین شود، ولی در پیش‌فروش آپارتمان، زمانی که آپارتمانی با اوصاف قرارداد ساخته و تکمیل شد، خریدار مالک می‌شود و حق مالکانه دارد.

۲-۷-۳. کلی در معین

هرگاه موضوع تعهد، مقدار معین از مالی باشد که اجزای آن از هر حیث با هم برابرند، به اصطلاح قانون مدنی، آن موضوع «در حکم عین خارجی» است (ماده ۴۰۲ ق.م. یا

به تعبیر ماده ۳۵۰ ق.م. منظور از کلی در معین، مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاست (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۶؛ امامی، ۱۳۸۳، ۱: ۴۳۳ و شهیدی، ۱۳۷۷، ۱: ۳۲۹). در اینجا تا زمانی که فروشنده، مبیع را از توده معین انتخاب نکرده است یا حادثه‌ای مبیع را مشخص نساخته است، خریدار بر هیچ مال معینی حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که به اجمال می‌دانیم که مبیع در داخل آن توده معین است و به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱: ۳۲).

آپارتمان ساخته نشده یا به عبارتی، آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی در معین واقع شود؛ زیرا:
اولاً. مطابق تعریف، کلی در معین شامل اموال مثلی است، یا به عبارتی، اشیای متساوی الاجزا که همه اجزای آن مال از هر حیث با هم برابر باشد، حال آنکه آپارتمان مورد بحث، مال قیمی محسوب می‌شود.

ثانیاً. در کلی در معین، زمان انعقاد عقد بیع، اجزای مبیع باید در عالم خارج موجود باشد و مقدار فروخته شده به صورت کلی در معین، محصور در داخل آن باشد، هرچند از یکدیگر تفکیک و جدا نشده باشد. در حالی که در آپارتمان ساخته نشده، هنگام پیش‌فروش، هنوز آپارتمان وجود خارجی ندارد و قرار است در آینده و در موعد معینی سازنده بر طبق نقشه ساختمانی آن را بسازد و به خریدار تحویل دهد.

۳-۷-۳. عین معین (نظر مختار)

در فقه مرسوم است که مبیع عین معین باید در زمان عقد، موجود باشد تا تملیک صورت پذیرد. چون حق قائم به معدوم نمی‌شود و تراضی درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد، درست نیست؛ زیرا، بنا به فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ ق.م. نیز ناظر به همین فرض است. مشهور فقها نیز تعلیق در تملیک را نمی‌پذیرند و معتقدند که تملیک باید منجز باشد و در زمان وقوع عقد، صورت پذیرد. ولی در مقابل، عده‌ای از فقها می‌گویند:

«بیع، انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری، چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده؛ مثلاً وقتی گندمی هم‌اکنون وجود ندارد و شخصی گفت فروختم یک تن گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد، به تو انتقال می‌دهم. یعنی انتقال فعلی است، ولی ملک فعلی نیست، بلکه معلق به وجود است» (نراقی، ۱۴۰۸: ۳۸).

نکته مهمی که از بیان محقق نراقی قابل استنباط است، این است که بین انتقال و تملیک باید تفکیک قائل شد و تملیک می‌تواند به صورت معلق صورت پذیرد (همان‌طور که نمونه‌هایی از آن را از قبیل اجاره به شرط تملیک و وصیت، در حقوق خودمان داریم). به علاوه، انتقال مبیع در زمان عقد، از مقتضیات اطلاق عقد است، نه از مقتضیات ذات عقد و طرفین می‌توانند سببی برپا سازند که تأثیر آن معلق به وجود مبیع در آینده باشد؛ زیرا، در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب، در اختیار سازنده آن است. علاوه بر آن، قانونگذار در مواد ۱۸۴ و ۱۸۹ ق.م. صحت عقد معلق را پذیرفته است و موارد بطلان (وقف، ضمان و نکاح) را در قانون، به صراحت ذکر کرده است. بنابراین، تردیدی در پذیرش تعلیق در عقد بیع نیز باقی نمی‌ماند.

ماده ۳۶۱ ق.م. درباره موجود بودن عین معین به هنگام عقد، می‌گوید: «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا در فروش عین معین، مبیع باید حتماً و لزوماً به هنگام انعقاد عقد بیع، وجود خارجی داشته باشد یا خیر؟ همه چیز بستگی به تفسیر ماده ۳۶۱ ق.م. و وجود اعتباری یا مادی مبیع عین معین در زمان عقد دارد. یکی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۳۶۱ ق.م. می‌نویسد:

تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م. و مبنای بطلان بیع مال معدوم، تحلیل دیگری را به ذهن می‌آورد و منطق حقوقی آن را می‌پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم‌اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند، یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است، با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد:

در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد، عقیم می‌ماند؛ زیرا، بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ ق.م. نیز ناظر به همین فرض است. برای مثال، اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد، بفروشد و خریداری که گندم‌ها یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حملی را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک، هم‌اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود؛ زیرا، حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۶، ۱: ۲۷۵).

مطابق این نظر، به محض انعقاد عقد بیع نسبت به آپارتمان غیرموجود، تملیک صورت نمی‌گیرد، بلکه پس از ساخت و بنای آپارتمان مورد توافق، اثر اصلی عقد بیع یعنی تملیک صورت می‌گیرد و خریدار دارای حق عینی می‌شود. بنابراین، فروشنده حق ندارد آپارتمان ساخته شده را به دیگری منتقل کند.

اشکال و ایرادی که ممکن است بر این نظر متصور شود، آن است که چگونه ممکن است عقد بیع محقق شود و اثر آن پس از مدتی به وجود آید؟ به عبارتی، ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبب را به وجود آورد و تراضی نمی‌تواند بین این دو تلازم منطقی، فاصله اندازد.

این ایراد به این صورت قابل دفع است که «در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب، در اختیار سازنده آن است. دو طرف می‌توانند سببی برپا سازند که مقتضای آن تملیک بی‌درنگ و بی‌قید و شرط مبیع باشد و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. هرکدام از این دو بر طبق مفاد خود، اثر می‌گذارد و در فرض دوم نیز سبب از حرکت و سازندگی فرو نمی‌ماند. به‌ویژه، درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است» (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۶، ۱: ۲۷۶-۲۷۵).

یکی دیگر از نویسندگان حقوقی معتقد است: «انتقال مالکیت به دو شکل متصور است: یکی انتقال مالکیت بالفعل، یعنی همزمان با ایجاب و قبول و دیگری انتقال مالکیت به صورت هدف، ولو اینکه با ایجاب و قبول همزمان نباشد. بنابراین، با پذیرش تصور دوم، اشکال مبیع کلی از بین می‌رود؛ زیرا، در بیع عین کلی زمان انتقال مبیع، مؤخر از زمان وقوع بیع است و تا نمونه آن مشخص نشود، تملیک انجام نمی‌گیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ۱: ۶۶۴).

همچنین ایشان در مورد معنا و مفهوم تملیک در ماده ۳۳۸ ق.م. معتقد است که کلمه تملیک، دارای دو معناست: «۱. انتقال عین به صورت هدف متعاقدين؛ ۲. تسلیط در بیع. آنچه اهمیت دارد این است که با بیع، مشتری را بر مبیع مسلط کند، ولی کسی نگفته که این سلطه باید همزمان با ایجاب و قبول باشد، بلکه تسلیط معنای گسترده‌ای دارد و شامل تسلط پس از تشخیص مبیع هم می‌شود. هرچند از ظاهر قانون مدنی برمی‌آید که الزاماً انتقال مالکیت باید همزمان با عقد بیع باشد که این یک خطاست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ۱: ۴۷۹).

۴. نتیجه

با بررسی و تحلیل نظرات و دیدگاه‌های مختلف پیرامون قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، به نظر می‌رسد در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، دو دیدگاه عمده وجود دارد:

۱. تحلیل ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، بر مبنای ماده ۱۰ ق.م.؛ یعنی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، یک قرارداد خصوصی است که واجد آثار و شرایط یک قرارداد خصوصی است و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش در مقابل یکدیگر مسئول‌اند.

۲. دیدگاه دوم آن است که قرارداد مربوط به پیش‌فروش آپارتمان، بیع است و آثار این عقد بر آن توافق، بار خواهد شد، ولی در اینجا این نکته مهم را باید متذکر شد که در این نوع بیع، انتقال مالکیت مبیع، همزمان با ایجاب و قبول نیست، بلکه با تشخیص

مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه به یک منوال نیست و تملیک با وجود پیدا کردن مبیع صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و به محض تحقق معلق‌علیه، یعنی زمانی که آپارتمان ساخته و آماده تحویل شد، اثر اصلی عقد بیع که همانا انتقال مالکیت است، تحقق می‌یابد و در صحت عقد بیع معلق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی تردیدی وجود ندارد.

حال با توجه به دو دیدگاه پیش‌گفته، به نظر می‌رسد که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان از لحاظ ماهیتی، عقد بیع با شرایط جدید است که ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز اساسی افراد به تأمین مسکن، خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است که رشد فزاینده جمعیت و شهرنشینی، فروش پیش‌پیش آپارتمان و امر ساخت‌وساز را توجیه می‌کند.

آنچه گفته شد، برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر شرکت‌های بزرگ ساختمانی ضرورت دارد و به مصلحت عمومی است. اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان فقط به شکل تعهد بر ساختن و انتقال دادن باشد، فروشنده می‌تواند با پول نیازمندان، کاخی بلند بسازد و به صاحبان اصلی انتقال ندهد. گاهی او می‌تواند به چند برابر بهای قراردادی، سازه خود را بفروشد و جوابی برای عهدشکنی خود نیز ندهد. اگر این دیدگاه ناصواب پذیرفته شود، آپارتمان از آن اوست و اگر به غیر، انتقال دهد، مال خود را انتقال داده است. خریدار فقط می‌تواند پولی را که چندین سال دست فروشنده توانا بوده است، پس بگیرد و اگر درخواست خسارت کند، رباخوار نیز می‌شود. این در حالی است که چنین تفسیری دور از عدالت نهفته در حقوق است.

سابقه موجود در قانون مدنی نیز ادعای ما را تأیید می‌کند. در قانون مدنی، نمونه‌های فراوانی وجود دارد که موضوع عقد، در زمان معامله وجود ندارد و بعداً ایجاد می‌شود. در عقد اجاره، با وجود تملیکی بودن عقد مذکور، موجر، منافع را که در آینده از عین مستأجره تولید می‌شود، به مستأجر تملیک می‌کند و اثر عقد که همانا تملیک منافع است، در آتیه و به تدریج صورت می‌گیرد.

علامه حلی در پاسخ گروهی از شافعی‌ها که گفته‌اند: «موضوع اجاره، عین است

برای انتفاع و منفعت معدوم و مورد عقد، باید موجود باشد»، می‌گوید: «و نمنع أن يكون المعقود عليه موجوداً تحقيقاً فيكفي الوجود التقديرى» (علامه حلی، بی‌تا، ۲: ۲۹۰) و در جای دیگر، برای پاسخ دادن به ابوحنیفه که منفعت را معدوم می‌داند، می‌افزاید: «لأنها مقدره الوجود ولهذا جعلت مورد العقد» (علامه حلی، بی‌تا، ۲: ۲۹۱).

همچنین، موصی به که در وصیت تملیکی، بعد از وصیت و تا زمان فوت موصی و قبول موصی له ایجاد می‌شود.

در عقد ضمان نیز با وجود اینکه قانونگذار بر وجود دین برای صحت ضمان تأکید دارد و ضمانت کردن از دینی که وجود نداشته، باطل است، اگر فقط سبب آن ایجاد شده باشد، ضمان را صحیح می‌داند (ماده ۶۹۱ ق.م.).



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن ادريس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد. ۱۴۱۱ق. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. ج ۲ (دوره ۳ جلدی). مؤسسة النشر الاسلامی. قم: چاپ دوم.
۳. ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی طوسی. ۱۴۰۸ق. الوسيله الی نیل الفضیله. تحقیق: محمد الحسون. کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. قم: چاپ اول.
۴. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی. ۱۴۱۷ق. غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع. تحقیق: ابراهیم بهادری. با اشراف: شیخ سبحانی. قم: مؤسسة الامام الصادق علیه السلام.
۵. ابن عابدین، محمدامین. ۱۴۱۵ق. حاشیة ردالمحتار علی الدر المختار. ج ۵. بیروت: دارالفکر.
۶. ابن فهد حلی، ابی عباس احمد بن محمد. ۱۴۱۱ق. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. ج ۲. تحقیق: مجتبی عراقی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۷. حنفی مصری، ابن نجیم. ۱۴۱۸ق. البحر الرائق شرح کنز الدقائق. ج ۶. دارالکتب العلمیه. بیروت: چاپ اول.
۸. امامی، حسن. ۱۳۷۷ش. حقوق مدنی. ج ۲. کتابفروشی اسلامیة. تهران: چاپ نوزدهم.
۹. امامی، حسن. ۱۳۸۳. حقوق مدنی. ج ۱. کتابفروشی اسلامیة. تهران: چاپ بیست و چهارم.
۱۰. انس زرقاء، محمد. ۱۳۸۰. «گواهی استصناع (سفارش ساخت)». مترجم: محمدزمان رستمی. فصلنامه اقتصاد اسلامی. ش ۱.
۱۱. انصاری، مرتضی. ۱۳۷۲ق. مکاسب. مطبعة الاطلاعات.
۱۲. انصاری، محمدعلی. ۱۴۱۵ق. الموسوعة الفقهیه المیسره. ج ۲. مجمع الفکر الاسلامی. قم: چاپ اول.

۱۳. انوری، حسن. ۱۳۸۱. فرهنگ بزرگ سخن. ج ۱. نشر سخن. تهران: چاپ اول.
۱۴. بحرانی، یوسف. بی تا. حدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره. ج ۲۰ (دوره ۲۵ جلدی). تحقیق: محمدتقی ایروانی. جماعة المدرسين فی حوزة العلمیه فی قم.
۱۵. جعفریور، جمشید. ۱۳۷۸. «بیع استصناع». فصلنامه متین. ش ۳-۴.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۳۸. دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. ج ۱. چاپخانه مشعل آزادی.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۵۸. دانشنامه حقوقی. ج ۵. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۸. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. ج ۲ و ۵. چاپ احمدی. چاپ اول.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن. بی تا. وسائل الشیعه. ج ۱۳ (دوره ۲۰ جلدی). تحقیق: محمد الرازی. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۰. خوانساری، احمد. ۱۳۵۵. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. ج ۳. تحقیق: علی اکبر غفاری. مکتب صدوق. تهران: چاپ دوم.
۲۱. دهخدا، علی اکبر. ۱۳۷۷. لغت نامه. ج ۴. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. چاپ دوم.
۲۲. ذاکر صالحی، غلامرضا. ۱۳۸۳. «شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین». فصلنامه مقالات و بررسی ها. دفتر ۷۶ (۳)، فقه.
۲۳. رملی، شمس الدین محمد. ۱۰۰۴ق. نهاییه المحتاج الی شرح المنهاج فی الفقه علی مذهب الشافعی. ج ۴. المکتبه الاسلامیه.
۲۴. سرخسی، شمس الدین. ۱۴۰۶ق. مبسوط. ج ۱۲. بیروت: دارالمعرفه.
۲۵. سمرقندی، علاء الدین. ۱۴۱۴ق. تحفه الفقهاء. ج ۲. بیروت: دارالکتب العلمیه. چاپ دوم.
۲۶. شکاری، روشنعلی. ۱۳۷۷. شروط ابتدایی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ش ۳۹. فروردین.
۲۷. شهید اول، محمد بن مکی. ۱۴۱۴ق. الدرر الشریعیه فی فقه الامامیه. ج ۳ (دوره ۳ جلدی). قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول.

۲۸. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی. ۱۴۱۰ق. شرح للمعه. ج ۳ (دوره ۱۰ جلدی). به اشراف: محمد کلانتر. قم: انتشارات داوری. چاپ اول.
۲۹. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی. ۱۴۱۶ق. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. ج ۳ (دوره ۱۵ جلدی). مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول.
۳۰. شهیدی، مهدی. ۱۳۷۸. قرارداد تشکیل بیع. مجموعه مقالات حقوقی. تهران: نشر حقوقدان. چاپ دوم.
۳۱. شهیدی، مهدی. ۱۳۷۷. تشکیل قراردادها و تعهدات. ج ۱. تهران: نشر حقوقدان. چاپ اول.
۳۲. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی. ۱۳۸۷ق. مبسوط فی فقه الامامیه. ج ۲. تحقیق: محمد تقی کشفی. قم: المکتبه المرتضویه.
۳۳. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی. ۱۴۱۷ق. خلاف. ج ۳. تحقیق: خراسانی و شهرستانی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول.
۳۴. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی. بی تا. نهایه فی المجرد الفقه والفتاوی. قم: انتشارات قدس محمدی.
۳۵. شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن نعمان. ۱۴۱۰ق. المقنعه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۶. شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه القمی. ۱۴۱۵ق. المقنعه. قم: مؤسسه الامام الهادی علیه السلام.
۳۷. شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه القمی. ۱۴۱۸ق. الهدایه. قم: مؤسسه الامام الهادی علیه السلام. چاپ اول.
۳۸. طباطبایی یزدی، محمد کاظم. ۱۳۷۸ق. حاشیه بر مکاسب. ج ۱ و ۲ (دوره ۲ جلدی). قم: مؤسسه دارالعلم.
۳۹. طباطبایی، علی. ۱۴۰۴ق. ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. ج ۱ (دوره ۲ جلدی). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام للطباعة والنشر. چاپ سنگی.
۴۰. علامه حلّی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. ۱۳۶۸. تبصرة المتعلمین. تهران: انتشارات فقیه. چاپ اول.
۴۱. علامه حلّی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. ۱۴۱۳ق. قواعد الاحکام. ج ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول.

۴۲. علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. بی تا. تذکرة الفقهاء. ج ۱ و ۲ (دوره ۲ جلدی). مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۴۳. فاضل الآبی، زین الدین ابی علی الحسن بن ابی طالب. ۱۴۰۸ق. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. ج ۱. تحقیق: اشتهاودی و یزدی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول.
۴۴. فخرالمحققین، ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف. ۱۳۷۸ق. ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. ج ۱. تحقیق: کرمانی. اشتهاودی و بروجردی. چاپ اول.
۴۵. قمی، ابوالقاسم. ۱۴۱۳ق. جامع الشتات (فارسی). ج ۲ و ۳ (دوره ۴ جلدی). تصحیح: مرتضی رضوی. انتشارات کیهان. چاپ اول.
۴۶. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶. حقوق مدنی: عقود معین. ج ۱. نشر مدرس. چاپ ششم.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶. حقوق مدنی: عقود معین. ج ۲. تهران: نشر گنج دانش. چاپ چهارم.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶. قواعد عمومی قراردادها. ج ۱. شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا. چاپ چهارم.
۴۹. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۸. حقوق مدنی: اموال و مالکیت. تهران: نشر دادگستر. چاپ دوم.
۵۰. کاشانی حنفی، ابوبکر بن مسعود. ۱۴۰۹ق. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ج ۵. پاکستان: مکتبه الحیبیه. چاپ اول.
۵۱. کرکی، علی بن حسین. ۱۴۰۸ق. جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج ۴. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام. چاپ اول.
۵۲. مؤمن قمی، محمد. ۱۳۷۶. استصناع. مجله فقه اهل بیت. ش ۱۱ و ۱۲. سال سوم.
۵۳. مبلّغی، احمد. ۱۳۸۱. نگرشی تاریخی به اجماع. مجله فقه (کاوشی نودر فقه اسلامی). ش ۳۱ و ۳۲. بهار و تابستان.
۵۴. مجلسی، محمدباقر. ۱۴۰۳ق. بحار الانوار. ج ۲ (دوره ۱۱۰ جلدی). بیروت: مؤسسه الوفاء. چاپ دوم.

۵۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن. ۱۴۰۹ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. ج ۲ (دوره ۴ جلدی). تحقیق: صادق شیرازی. تهران: انتشارات استقلال. چاپ دوم.
۵۶. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن. ۱۴۱۰ق. مختصر النافع فی فقه الامامیه. تحقیق: شیخ قمی. تهران: مؤسسه بعثت.
۵۷. محقق داماد، مصطفی. ۱۳۸۲. قواعد فقه: بخش مدنی. تهران: نشر سمت.
۵۸. معین، محمد. ۱۳۶۰. فرهنگ فارسی. ج ۱. تهران: انتشارات امیرکبیر. چاپ چهارم.
۵۹. موسوی خمینی، روح‌الله. ۱۳۹۰ق. تحریر الوسیله. ج ۱ (دوره ۲ جلدی). قم: دارالکتب العلمیه. اسماعیلیان. چاپ دوم.
۶۰. نجفی، محمدحسن. بی تا. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۲۲ و ۲۴. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی. چاپ هفتم.
۶۱. نراقی، احمد. ۱۴۰۸ق. عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام. قم: چاپ سنگی. مکتبه بصیرتی. مطبعة الغدير.
۶۲. نظریور، محمدنقی. ۱۳۸۵. «عملیات بازار باز از طریق اوراق استصناع (مشکلات و راه حل‌ها)». فصلنامه اقتصاد اسلامی. ش ۲۲.
۶۳. یحیی بن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق. الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سیدالشهدا.