

ماهیت قراردادهای ساخت‌وساز (در فرض پیش‌فروش)

علی‌اصغر حاتمی* - حانیه ذاکری‌نیا**

چکیده

یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز، احداث واحدهای ساختمانی تجاری یا مسکونی عمدتاً عمودی در قالب مجتمع و فروش این گونه تأسیسات قبل از احداث می‌باشد که در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قراردادهای ساخت‌وساز تعبیر می‌شود که در نوع خود جدید و ابداعی محسوب است. آگاهی بر کم‌وکیف این گونه قراردادهای که روزبه‌روز شایع‌تر می‌شوند، به‌ویژه برای حقوق‌دانان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. اما از آن‌جا که موضوع این‌گونه قراردادهای (قرارداد پیش‌فروش واحد ساختمانی) 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 قلمرو عقود معین، در توجیه ماهیت این قراردادهای قابل طرح است؛ که در سطور آینده به بررسی آن‌ها می‌پردازیم و در پایان پیش‌نهادات عملی جهت رفع مشکلات اجرایی ارائه خواهیم داد.

کلیدواژه: قرارداد ساخت‌وساز، پیش‌فروش، بیع سلف، عقد استصناع، بیع معلق، جعله‌ی خاص، عقد غیرمعین

* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، عهده‌دار مکاتبات hatami@shirazu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز

تاریخ وصول: ۸۸/۱/۲۲ پذیرش نهایی: ۸۸/۱۰/۲۷

۱- مقدمه

زندگی مدرن امروز در قلمرو قراردادهای همانند بسیاری از زمینه‌ها، پدیده‌های پیچیده و متعددی را موجب گشته است. یکی از مظاهر آن، پدیده‌ی آپارتمان‌سازی و قراردادهای نقل و انتقال آن می‌باشد. همین امر سبب شد که قانون‌گذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمان‌ها مبادرت ورزد. لیکن در این رابطه، با توجه به مقتضیات زمانی، انبوه‌سازی و احداث واحدهای مسکونی در قالب مجتمع، مقدمتاً مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قراردادهای ساخت‌وساز تعبیر می‌شود. شبهه از این‌جا آغاز می‌شود که اگر در عقود بایستی موضوع مورد معامله معلوم و موجود باشد و معامله بر سر مجهول و یا معدوم صحیح نیست، پیش‌فروش یک واحد ساختمانی که نه موجود است و نه معلوم؛ (چرا که خریدار بر اساس نقشه‌ای می‌خرد که کیفیت مصالح ساختمانی و اجرای کامل آن نقشه معلوم نیست)، با کدام یک از موازین قابل تطبیق است؟ به لحاظ این‌که راه‌اندازی یا گشایش کار ساخت‌وساز و عمران، ضرورتی انکارناپذیر است.

مشکل دیگر، در مرحله‌ی اثبات دعوای این‌گونه قراردادهاست؛ و این امر از آن‌جا ناشی می‌شود که دفاتر اسناد رسمی از تنظیم قراردادهای ساخت‌وساز ابا دارند. ایده‌های سنتی که هنوز در کشور ما بر حقوق ثبت سیطره دارد، مانع از آن است که این‌گونه قراردادهای رسمیت یابند و آمار بسیاری از پرونده‌های دادگستری در این خصوص کم شود و یا فکر نقض عهد از مخیله‌ی افراد طماع دور شود. دفاتر رسمی معمولاً از تنظیم اسناد متضمن شرط و شروط خودداری می‌کنند؛ تا معامله آن‌چنان قطعی شود که نخواهند پاسخ‌گوی سؤالات طرفین یا مقامات قضایی و یا بازرسان ثبتی شوند؛ و چنان‌چه متصدی دفترخانه‌ی رسمی نیز، خود اهل مطالعه و دقت بوده و هم‌متی جهت حل این مشکلات داشته باشد، ایده‌های سنتی بازدارنده‌ی حاکم بر حقوق اسناد رسمی، مانع رغبت او می‌شود.

نتیجه آن‌که این‌گونه قراردادهای به‌طور دست‌وپا شکسته بین پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار، به‌طور غیررسمی تنظیم، و باعث تولید دعوای مختلفی از مطالبه‌ی چک بلامحل (که طرفین بابت تضمین به یکدیگر داده‌اند)، گرفته؛ تا توقیف عملیات ساخت‌وساز، مطالبات فروشنده‌ی مصالح و کارگر، بیمه و... می‌شود. این مشکلات، تا حدودی با تصویب لایحه‌ی پیش‌فروش ساختمان برطرف خواهد شد؛ از آن‌جا که در این لایحه، ثبت قراردادهای ساخت‌وساز در دفاتر اسناد رسمی الزامی شده است. در این پژوهش سعی شده است پس از طرح محل نزاع (گفتار اول)، نظریه‌های مختلفی که در ماهیت قراردادهای ساخت‌وساز (در

فرض پیش‌فروش) ابراز شده است، جمع‌آوری (گفتار دوم) و نظریه‌ی صائب که واجد آثار راه‌گشا باشد (گفتار سوم)، تبیین شود.

۲- محل نزاع

۲-۱ - تشکیک در موجود بودن موضوع قرارداد

یکی از شرایط و اوصاف مالی که موضوع انتقال قرار می‌گیرد، آن است که هنگام عقد موجود باشد. این شرط اختصاص به تعهداتی دارد که موضوع آن عین معین است. ماده‌ی ۳۶۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است.» لذا در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آن است، باید هنگام عقد موجود باشد؛ زیرا در این موارد عقد، تملیکی است و مورد معامله توسط یکی از متعاملین به دیگری تملیک می‌شود و فقط مال موجود می‌تواند مورد تملیک قرار گیرد. به همین جهت در این‌گونه موارد هرگاه عین در زمان انتقال موجود نباشد به موجب ماده‌ی مذکور عقد باطل است. ولی در تعهداتی که موضوع آن کلی است وجود مال مورد انتقال در هنگام عقد ضرورت ندارد؛ زیرا انتقال مصداق معین با تراضی صورت نمی‌پذیرد؛ بلکه با تعیین مصداق خارجی آن عین به‌وسیله‌ی متعهد انجام می‌شود و به‌طور معمول مظهر این اقدام «تسلیم» می‌باشد؛ و آن چه اهمیت دارد، توانایی فروشنده و امکان اجرای موضوع تعهد است، نه وجود عین هنگام عقد بیع.

نویسندگان مشهور عرب هم‌چون صبحی محمصانی در کتاب «النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه»، نیز موجود بودن مورد معامله را از شرایط عقد بیع می‌دانند. و لذا بستن عقد بر معدوم باطل است؛ لیکن این قاعده در تمام انواع عقود کلیت ندارد؛ بلکه منطبق با مواردی است که مورد معامله، عین باشد. برای مثال در مواردی که موضوع عقد، عمل یا منفعت است در حقیقت هنگام عقد، معدوم است و به تدریج حاصل می‌شود؛ مانند عقد اجاره‌ی اشیا که منافع با استیفای مستأجر تدریجاً حادث می‌شود. در این صورت با استناد به اصل مزبور (موجود بودن موضوع)، باید اجاره باطل باشد؛ لیکن به موجب قاعده‌ی استحسان، نیاز مبرم مردم و ثبوت عقد اجاره در کتاب، سنت و اجماع، این عقد را صحیح می‌دانند. سایر عقودی که متعلق آن‌ها منفعت (عاریه) یا عمل (وکالت، اجاره‌ی خدمات، کفالت و جعاله) می‌باشد، نیز حکمی مشابه دارند. بنا بر آنچه ذکر شد، شرط «وجود» در عقود علیه، محدود به مواردی است که موضوع عقد، عین معین است؛ پس در

بیع عین معین لازم است که مبیع، موجود باشد و بیع بر معدوم باطل است. این نویسندگان در خصوص مستندات این اصل (شرطاً) چنین ذکر کرده است: «این قاعده مستند به حدیث شریفی است از پیامبر (ص) که بیع حَبَلِ الْحَبَلَه (بیچه شتر در شکم مادر) را نهی فرموده است. زیرا مبیع در این بیع، موجود نیست.» (فروش آپارتمان‌های ساخته‌نشده / ۱۴ و ۱۵).

این که معامله بر سر معدوم غرری و باطل است، مطلق نیست؛ می‌توان آن‌چه را که زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد اما عادتاً نسبت به وجود آن در آینده علم داریم، معامله کرد. در چنین مواردی غرر نیست و در نتیجه معامله صحیح است؛ مانند بیع سلم و استصناع.^۲

با توجه به توضیحات فوق، شبهه در این جاست که اگر در عقود می‌بایست موضوع، موجود باشد و معامله‌ی معدوم صحیح نیست، موضوع قرارداد پیش‌فروش که همانا سازه‌هاست، در زمان انعقاد قرارداد میان پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده، موجود نمی‌باشد؛ زیرا طرفین تنها بر اساس نقشه‌ای اقدام به بستن قرارداد می‌کنند که به اجرا درنیامده است.

برای رفع این شبهه باید گفت با این که بنا (ساخت‌وساز) معدوم است؛ اما چون زمین محل اجرای ساخت‌وساز موجود می‌باشد، توافق بر معدوم به تبع موجود، مخالف صریح قانون نیست؛ چراکه مشابه آن از جانب مقنن در برخی عقود دیده می‌شود؛ مانند وقف که در آن، وقف بر معدوم به تبع موجود صحیح است.

۲-۲ - تشکیک در معلوم و معین بودن موضوع قرارداد

بررسی مسأله‌ی «مجهول بودن مورد معامله» در حقوق مدنی، اهمیت ویژه‌ای دارد. چراکه آثار آن، در تمامی ابواب فقه معاملات به چشم می‌خورد. در هر یک از قراردادهای اعم از بیع، اجاره، مشارکت‌ها و غیره، لزوم رفع ابهام از مورد معامله به‌عنوان شرط درستی قرارداد مطرح است. مجهول بودن مورد معامله نه تنها وضعیت حقوقی عقد را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ بلکه به‌دنبال آن روابط حقوقی طرفین را نیز دگرگون می‌سازد. رفع ابهام از مورد معامله از سه جنبه‌ی جنس (ذات)، کیفیت (وصف) و مقدار ضرورت دارد.

۱- شرح النیل و شفاء العلیل؛ النهی عن بیع حبل الحبله؛ الجزء الثامن؛ صص ۱۰۱-۱۰۳. (ر.ک: www.al-islam.com)

۲- قاعده: «ان کل معدوم مجهول الوجود فی المستقبل، لایجوز بیعه؛ وان کل معدوم محقق الوجود فی المستقبل، بحسب العاده، یجوز بیعه»؛ (الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره؛ سلسله محاضرات العلماء البارزین / ۲۸).

آنچه در معامله سبب غرر از جهت جهل به مورد معامله می‌شود، اختلاف قیمت و ارزش مبادله کالا بین طرفین است که در نتیجه، موجب جهل دو طرف معامله به عوض می‌شود. بنابراین، حدود اعلام اوصاف کیفی و کمی مورد معامله تا اندازه‌ای است که به موجب آن ارزش، قیمت و انگیزه‌های طرفین معامله متفاوت می‌شود. البته معیار درک قابل توجه بودن اختلاف (اساسی بودن اوصاف)، عرف است.^۱

ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی در بخش نخست خود در برگیرنده‌ی اصل لزوم رفع ابهام از مورد معامله است. قسمت اخیر این ماده، در اشاره به وجود موارد استثنا، بیان می‌دارد: «... مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

هدف قانون‌گذار همواره آن است که تا حد امکان، اراده‌ی طرفین قرارداد را محترم بشمارد و از بطلان قرارداد جلوگیری کند (اصل اعتبار و لزوم قراردادها). از سوی دیگر، نقش مهم‌تر قانون‌گذار، جلوگیری از بروز خصومت در روابط قراردادی و ایجاد نظم در سطح جامعه است.

در خصوص قرارداد پیش‌فروش ساخت‌وساز باید گفت، این قرارداد، بالاخره با تعیین واحد پیش‌خریدار پس از آن که طرفین طبق نقشه و با ذکر تمامی جزئیات، از کمیّت و کیفیت آن چه در آینده ساخته می‌شود، آگاهی پیدا کردند، نافذ می‌باشد؛ چراکه قرارداد مستقلی است که هیچ مخالفتی با صریح قانون ندارد. هم‌چنان که طبق عقد صلح ممکن است شخص تعهد به پرداخت نفقه اشخاص معین برای مدتی بنماید، در این فرض نیز میزان نفقه به‌ازای هر ماه معلوم نیست و از باب مسامحه معلوم فرض می‌شود.

نرخ‌ی که طرفین به‌عنوان هزینه‌ی انجام پروژه‌ی ساخت‌وساز، پیش‌بینی می‌کنند، در شرایط ثبات بازار، علم اجمالی بدان، ایجاد غرر نمی‌نماید؛ اما در شرایطی که نرخ هزینه‌ها در بازار مرتب در نوسان می‌باشد و از ثبات اطمینان‌بخشی برخوردار نیست، روشن است که ارجاع و اعتماد به قیمت بازار، جهت برآورد هزینه‌های ساخت‌وساز، علاوه بر این که اتکا بر مجهول است، مستلزم غرر در قرارداد و بطلان آن نیز می‌باشد. چراکه تعیین میزان آورده، بر اساس مبانی تغییرپذیر و غیرثابت و احتمالی است و این اندازه احتمال، با «معلوم بودن» منافات دارد، و از این رو موجب «غرر در معامله» می‌شود.

۱- مطالعه‌ی تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی؛

۳- نظریات مختلف در باب ماهیت قراردادهای ساخت و ساز (در فرض پیش فروش)

۳-۱- نظریه‌ی ملهم از بیع سلف

در تقسیمات بیع، این عقد به یک اعتبار به بیع نقد، بیع نسبه، بیع سلم (سلف) و بیع کالی به کالی منقسم می‌شود.

در تعریف بیع سلف آمده است که فروشنده تعهد می‌کند در ازای دریافت ثمن، کالای مورد نظر را مطابق با اوصاف مضبوط در قرارداد، تهیه و در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد. تعهد فروشنده مؤجل می‌باشد و در مقابل، خریدار باید ثمن مورد معامله را در مجلس عقد نقداً به فروشنده پرداخت کند. (شرایع الاسلام/۱/۱۹۹).

فقیهان امامیه برای درستی بیع سلف، شرایطی را آورده‌اند که پاره‌ای از آن‌ها هم‌چون مضبوط بودن موعد تسلیم مبیع و ذکر جنس، مقدار و اوصاف مبیع و این که مبیع هر چند هنگام عقد نایاب است، در زمان تسلیم فراوان باشد؛ از شرایط عمومی تمام اقسام بیع می‌باشد. علاوه بر این شرایط، وجود دو شرط دیگر نیز در بیع سلف لازم است: لزوم نقد بودن ثمن و لزوم قبض ثمن در مجلس عقد. (الوسيله الی نیل الفضیله/۲۴۱؛ شرایع الاسلام/۱۹۹ تا ۲۰۲؛ تحریرالوسيله/۴۳۷/۲؛ المسائل المنتخبه/۲۵۱ و ۲۵۲).

هر چند عنوان بیع سلف در فقه برای پیش فروش کالاها به کار می‌رود؛ اما باید توجه داشت اصطلاح سلف یا سلم در جایی استعمال می‌شود که مبیع، کلی در ذمه باشد و نه عین معین؛ و مصادیق مبیع در عالم خارج به هنگام تحویل آن باید فراوان باشد. به عبارت دیگر، کالایی که موضوع بیع سلف قرار می‌گیرد، لازم است کلی در ذمه باشد؛ یعنی مثلی و دارای مصادیق فراوان باشد.

بیع سلف در حقوق سایر کشورها نیز تحت عناوین دیگری وجود دارد که در زیر برخی از آن‌ها بررسی می‌شود:

در حقوق فرانسه «پیش فروش کالاها»، با دو اصطلاح «Vente de la chose future» و «Vente d'une chose à fabriquer»، زیر عنوان عقد بیع مورد بحث

۱- برای ملاحظه‌ی نظریات فقهی متفاوت در خصوص لزوم قبض ثمن در بیع سلف، ر.ک: بررسی اعتبار بیع کالی به کالی در حقوق ایران و منابع فقهی/ ۱۵۲ تا ۱۵۸؛ اشتراط قبض ثمن در بیع سلف با مطالعه‌ی تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران/ چکیده.

قرار می‌گیرد. یکی از حقوق دانان ما این اصطلاح را به «بیع آیندان» تعبیر نموده است. (دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت/۱/۵۰۸). در بند ۱ ماده‌ی ۱۶۰۱ قانون مدنی این کشور، از «بیع اموال غیرمنقولی که در آینده ساخته خواهد شد»^۱ بحث شده است. ^۲ در سال ۱۹۷۸ قانون خاصی در زمینه‌ی ساخت و ساز واحدهای مسکونی و مقررات راجع به آن با عنوان «Code de la construction et de l'habitation» به تصویب رسید.

بهموجب قسمت اخیر بند ۱ ماده‌ی ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه و نیز بندهای دوم و سوم ماده‌ی ۲۶۱ قانون ساخت و ساز و مسکن (فرانسه)، بیع ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد، به دو شکل می‌تواند انعقاد یابد:

(۱) بیع به وعده (بیع مؤجل یا مدت‌دار)^۳

(۲) بیع ساختمان در وضعیتی که تکمیل خواهد شد. (بیع با شرط تکمیل بنا در آینده).^۴ (فروش آپارتمان‌های ساخته نشده/۱۵ و ۱۶؛ قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان / ۲۹، ۹۴ تا ۱۰۳).

در حقوق انگلیس^۵، پیش‌فروش کالاها با اصطلاح «Sale of future goods» زیرعنوان بیع مال آینده مورد بحث قرار گرفته است. بهموجب ماده‌ی ۱ قانون بیع کالاها: «... زمانی که انتقال مالکیت کالاها در زمان آینده یا منوط و مشروط به بعضی شرایط است که بعداً به وجود خواهد آمد و قرارداد کامل می‌شود، این نوع قرارداد، «توافق برای فروش» نامیده می‌شود». نویسندگان حقوقی و رویه‌ی قضایی انگلیس، شرط راجع به انتقال مالکیت کالای آینده را قبل از تکمیل و اتمام ساخت آن صحیح و روا می‌دانند. بدین ترتیب که متناسب با پیش‌رفت عملیات ساخت، مالکیت شیء در حال ساخت و تولید، در مقابل پرداخت اقساط ثمن، به خریدار منتقل می‌شود. این شرط را «انتقال مالکیت قبل از اتمام و تکمیل»^۶ یا «شرط تملیک تدریجی» می‌نامند و معمولاً در قراردادهای ساخت کشتی رایج است. پیش از تصویب قانون بیع کالا، در خصوص قراردادهای راجع به فروش کالایی که تحصیل خواهد

1-Vente d'immeuble à construire

۲- بند ۱ ماده‌ی ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه: «بیع ساختمانی که ساخته خواهد شد عبارت است از بیعی که بهموجب آن فروشنده تعهد می‌کند که ساختمانی را در یک موعد معین شده بهموجب قرارداد بسازد ...»

3-La vente à terme

4-La vente en l'état futur d'achèvement

۵- ر.ک: قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان/۲۹، ۹۴ تا ۹۰.

6-Sale of Goods Act

7-Passing of property before completion

شد، تفاوتی میان قواعد کامن لا و انصاف وجود داشت. در کامن لا، به محض تحصیل کالا توسط فروشنده، مالکیت آن به خریدار انتقال نمی‌یافت؛ در حالی که به موجب قواعد انصاف، به محض آن که فروشنده مالکیت را به دست آورد و به شرط این که مورد معامله طبق قرارداد، قابل تعیین باشد، مالکیت به خریدار منتقل می‌شود.

موضوع پیش‌فروش کالاها، در حقوق کشورهای عربی، نظیر مصر^۱، با عنوان «بیع الاشياء المستقبله» (الوسیط فی شرح القانون المدنی/ ۱۹۲/۴) بررسی می‌شود. ماده‌ی ۱۳۱ قانون مدنی مصر در این خصوص بیان می‌دارد: «موضوع تعهد می‌تواند یک شیء مستقبل (آینده) باشد»^۲.

در قانون مدنی ایران، به لزوم قبض ثمن در بیع سلف تصریح نشده است؛ این سکوت به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می‌توان مدعی شد که چون حکمی در قانون وجود ندارد، نظر فقها می‌بایست این نقص را جبران کند. (عقود معین / ۱/ ۱۷۴ و ۳۱۸). از ماده‌ی ۳۱۴ قانون مدنی که مقرر داشته است: «... در بیعی که قبض شرط صحت است، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است؛ نه حین وقوع بیع ...»؛ معلوم می‌شود که غیر از بیع صرف، حداقل گونه‌ی دیگری از بیع وجود دارد که در آن، «قبض» شرط صحت می‌باشد و آن، بیع سلف است که اگر ثمن در مجلس قبض نشود، به صورت کالی به کالی درمی‌آید و بدین ترتیب، قانون‌گذار خواسته که بیع سلف، با کالی به کالی شدن، در معرض بطلان قرار نگیرد.^۳

در بیع سلف، ثمن نقد و مبیع که در قرارداد پیش‌فروش، واحد ساختمانی است، مؤجل می‌باشد.^۴ لیکن شرط اول در تحقق این بیع، آن است که اشباه و نظایر مبیع، شایع باشد به گونه‌ای که از این طریق، رفع جهالت شود.

مناقشه‌ای که ممکن است در خصوص تحقق این شرط در قرارداد پیش‌فروش وارد باشد، این است که مجتمع ساخته شده، دارای طبقات و واحدهای متفاوت با جغرافیای

۱- ر.ک: قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان/ ۹، ۸۸ تا ۹۰.

۲- «يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً».

۳- ر.ک: دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت / ۵۳۹. برای ملاحظه‌ی پاسخ این شبهه، ر.ک: بیع کالی به کالی / ۵۰ و ۴۹.

۴- برای توضیح بیش‌تر ر.ک: سیدحسن امامی؛ حقوق مدنی / ۱/ ۴۵۳ و ۴۵۴؛ ترمینولوژی حقوق / ۱۱۹؛ حقوق بانکی / ۲۸۶ تا ۲۸۱؛ عقود معین / ۱/ ۲۷۱ تا ۳۷۵؛ شرایع الإسلام / ۱/ ۲۰۲؛ تحریر الوسیله / ۲/ ۴۳۵ تا ۴۴۱.

متفاوت از جهت شرقی، غربی، شمالی و جنوبی می‌باشد، و با این کیفیت چون اشباه و نظایر متفاوتی وجود دارد، واحد ساختمانی مال قیمی محسوب می‌شود و نه مال مثلی (قراردادهای پیش فروش آپارتمان/۳۵)، این شرط لازم برای تحقق بیع سلف، مخدوش می‌شود. اما می‌توان با تعیین واحدها از سوی طرفین، و موقعیت آن، آنچه را مقصود از این شرط است (که همانا رفع جهالت می‌باشد)، تأمین کرد؛ به‌خصوص آن که معمولاً معاملات سلف مبتنی بر مسامحه است.

شرط دیگر معامله‌ی سلف، آن است که ثمن می‌بایست نقداً به بایع تسلیم شود؛^۱ حال آن که در عموم قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، پیش‌خریدار تمام ثمن را یک‌جا و در زمان انعقاد قرارداد نمی‌پردازد؛ بلکه آن را در مراحل مختلف و به‌صورت اقساط، به پیش‌خریدار تسلیم می‌کند. بنابراین، راه‌حلّ عملی این است که آنچه نقد داده می‌شود - قسط اول ثمن - به‌منزله‌ی خرید بنا (سلف) به‌حساب آید و اقساط آتی، به‌عنوان فروش (نسبیه) جزء مشاع عرصه قرار داده شود.

در قانون تملک آپارتمان‌ها (ماده‌ی ۱۰)^۲، اصولاً مالک هر یک از واحدها، مالک جزء مشاعی از عرصه می‌باشد. بنابراین لازم است در قرارداد پیش‌فروش ساختمان قید شود که پرداخت نقدی، به‌عنوان ثمن اعیانی اختصاصی ساختمان؛ و آورده‌های آتی، به‌عنوان ثمن معامله‌ی نسبیه‌ی جزء مشاع عرصه می‌باشد.

۱- گرچه عقیده‌ی برخی فقها و حقوق‌دانان بر این است که شرط تسلیم ثمن، یک نوع تکلف بی‌جاست. (برای مشاهده‌ی نظرات مختلف در این زمینه ر.ک: استصناع (قرارداد سفارش ساخت) // ۲۱۴ تا ۲۲۹. در معامله‌ی نسبیه عکس معامله‌ی سلف است. لازم نیست مبیع به قبض مشتری درآید تا معامله صحیح باشد بلکه تسلیم مبیع شرط لزوم بیع نسبیه است نه شرط صحت آن. برای ملاحظه‌ی نظریات فقهی متفاوت در خصوص لزوم قبض ثمن در بیع سلف، ر.ک: بررسی اعتبار بیع کالی‌به‌کالی در حقوق ایران و منابع فقهی/ ۱۵۸ تا ۱۵۲.

۲- ماده‌ی ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها: «هرکس آپارتمانی را خریداری می‌نماید، به‌نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود، در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد، مشاعاً سهمیم می‌گردد؛ مگر آن که مالکیت زمین مزبور به‌علت وقف یا خالصه بودن یا علل دیگر متعلق به غیر باشد که در این صورت باید اجور آن را به همان نسبت به پردازد. مخارج مربوط به محافظت ملک و جلوگیری از انهدام و اداره و استفاده از اموال و قسمت‌های مشترک و به‌طور کلی، مخارجی که جنبه‌ی مشترک دارد و یا به‌علت طبع ساختمان یا تأسیسات آن اقتضا دارد یک‌جا انجام شود نیز باید به تناسب حصه‌ی هر مالک به‌ترتیبی که در آیین‌نامه ذکر خواهد شد، پرداخت شود؛ هر چند آن مالک از استفاده از آنچه که مخارج برای آن است صرف‌نظر نماید.»

بنابراین با توجه به شرایط تحقق بیع سلف در فقه، این که ثمن باید نقد باشد و در مجلس عقد پرداخت شود و این که لازم است مبیع، کلی در ذمه باشد، نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را زیرعنوان بیع سلف تحلیل و ماهیت آن را تبیین کرد. چرا که واحدهای ساختمانی، با توجه به مشخصات، موقعیت جغرافیایی، ابعاد و مساحت آن، مال قیمی و عین معین به‌شمار می‌روند که در آینده به‌وجود می‌آید و از این‌رو در قالب بیع سلف نمی‌گنجد.

۲-۳ - نظریه‌ی ملهم از عقد استصناع^۱

عقد استصناع در نظر علما و حقوق‌دانان عامه، قراردادی است که با صنعت‌گری منعقد می‌شود تا چیزی بسازد. در این قرارداد، عامل را صانع، خریدار را مستصنع و موضوع را مصنوع می‌نامند. لذا مبیع کالایی است که با عمل سازنده روی عینی که وی تسلیم مشتری می‌کند، فراهم می‌آید. آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، موضوع تعهد در هنگام انعقاد عقد موجود نیست.

در بین امامیه، به‌جز معدودی از فقها، اکثریت آنان راجع به استصناع اظهارنظر نکرده‌اند. شیخ طوسی به دو دلیل عقد استصناع را باطل می‌داند؛ اول آن که به اجماع شیعه، تسلیم شیء ساخته شده بر صانع (سازنده) واجب نیست؛ دوم آن که، کالای سفارش شده مجهول می‌باشد. (خلاف/۳/۲۱۵).

فروض مختلف سفارش ساخت (استصناع) (قرارداد سفارش ساخت) (۲۳۷ تا ۲۳۹): اکنون لازم است حالات مختلف «سفارش ساخت» معمول میان مردم را بررسی کنیم: حالت اول در جایی است که سفارش در قالب تملیک و تملک قطعی (و بدون انتظار) صورت می‌پذیرد. قالب قرارداد سفارش ساخت در این حالت، عقد بیع است که رعایت شرایط درستی بیع در آن لازم می‌باشد.

این قرارداد، در صورتی که کالای مورد سفارش، مالی جزئی و در حال ساخت باشد (مانند سفارش ساخت کشتی مشخصی که مقداری از آن ساخته شده است)، قرارداد فروش یک کالای موجود خواهد بود مشروط بر این که مقدار باقی‌مانده بدان ضمیمه شود (مثل

۱- برای توضیح بیشتر رک: ۱- بیع استصناع؛ ۲- مطالعه‌ی تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق؛ ۲- استصناع (قرارداد سفارش ساخت) (۲۱۴ تا ۲۲۹)؛ ۴- فروش آپارتمان‌های ساخته نشده/۱۵؛ ۵- استصناع (سفارش ساخت کالا).

این که سفارش دهنده شرط کند که سازنده می‌بایست ساخت آن کشتی را به مواد مشخص و با خصوصیات معین به اتمام برساند).

در صورتی که کالای مورد سفارش امری کلی باشد، بنابر نظر مشهور مصداقی از بیع سلم خواهد بود که رعایت شرایط این نوع بیع در آن لازم می‌شود. لیکن باید پذیرفت، میان استصناع و سلم علی‌رغم وجوه تشابه^۱، تفاوت‌هایی وجود دارد، از جمله آن که در بیع سلم، قبض ثمن در حین عقد به نحو شرط لزوم (و نه به نحو شرط صحت)، لازم‌الرعايه است؛ در حالی که در استصناع این محدودیت وجود ندارد.

حالت دوم زمانی است که میان سفارش دهنده و سازنده، قراردادی قطعی بسته شود مبنی بر این که سازنده، کالا را بسازد و پس از ساختن، آن را به سفارش دهنده بفروشد. این حالت نیز مصداق عقد است؛ اما نه عقد بیع؛ لذا عموم آیهی «اوفوا بالعقود»، آن را در بر می‌گیرد و بر هر یک از طرفین واجب خواهد بود که به قرارداد و آنچه ملتزم شده‌اند، وفا کنند.

در حالت سوم، صرفاً توافقنامه‌ای میان طرفین منعقد می‌شود که به موجب آن سازنده ساختن چیزی را می‌پذیرد بدون آن که تعهدی بر طرف بار شود. از آن جا که هیچ‌یک از آن‌ها به چیزی التزام نداده است و هیچ دلیل شرعی نیز به الزام طرفین یا یکی از آن‌ها بر بیش از مورد توافق، وجود ندارد، قرارداد سفارش ساخت در این حالت بیع نبوده و صرفاً وعده‌ای است جایز. بنابراین اگر سازنده خواست، آن کالا را می‌سازد و برای فروش عرضه می‌کند؛ چنان که خریدار نیز پس از آن که کالای مورد توافق بر او عرضه شد، مختار است آن را بخرد یا نخرد. به نظر می‌رسد قالب دو حالت اخیر، نوعی قول‌نامه است؛ با این تفاوت که اولی قول‌نامه‌ای لازم‌الرعايه یا لازم و دومی قول‌نامه‌ای جایز است.

در باب ماهیت عقد استصناع، نظراتی ارائه شده است از جمله: عقد مستقل لازم؛ به عنوان قسمی از اقسام عقد بیع؛ یا از اقسام عقد اجاره؛ یا ترکیبی از چند عقد (وکالت، بیع و اجاره) و یا این که استصناع، عقد نیست و صرفاً امر به ساختن شیء به نحو تضمینی می‌باشد.^۲

۱- وجوه تشابه استصناع و سلم: ۱- در هر دو، مبیع نه در نزد فروشنده موجود است؛ و نه اساساً وجود خارجی دارد؛ ۲- در هر دو، بیان جزئیات و مشخصات مبیع لازم می‌باشد؛ ۳- در هر دو، مبیع موصوف در ذمه‌ی فروشنده است و او می‌بایست آن را در موعد مقرر به خریدار تسلیم کند.
۲- برای ملاحظه تفصیل توجیهاات ارائه شده رک: استصناع (سفارش ساخت کالا) / ۶ تا ۲۴.

توجیه تطبیق عنوان قراردادهای پیش‌فروش واحد ساختمانی با عقد استصناع به این نحو است که پیش‌خریدار در حقیقت سفارش ساخت واحد ساختمانی را به پیش‌فروشنده می‌دهد؛ لیکن به‌نظر می‌رسد با وجود اختلافاتی که در درجه‌ی اول بر سر صحت عقد استصناع و در درجه‌ی بعد در خصوص ماهیت آن وجود دارد، اولی، رها کردن این قالب برای ماهیت قراردادهای ساخت‌وساز، است.

۳-۳- نظریه‌ی ملهم از تعهد به بیع (قول‌نامه)

وعده‌ی عقد؛ تعهد به بستن قرارداد راجع به موضوع معین، و نیز تعهد راجع به اقدام به عملی معین است (همان مفهومی که از اصطلاح Promesse de contracter یا Promesse قصد می‌کنند). طرفین در این وعده، قصد انشا می‌کنند و عقدی که موضوع وعده‌ی عقد است، عقد اصلی نامیده می‌شود. (ترمینولوژی حقوق/۴۶۴).

می‌توان گفت وعده‌ی عقد، یک قرارداد مقدماتی است که تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی محسوب می‌شود و به‌عبارتی موضوع قرارداد، یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است. در این فرض، به‌لحاظ این که مشکلی در میان است که مانع از انعقاد قرارداد می‌شود، دو طرف مایل نیستند که مفاد عقد اصلی در خارج تحقق یابد؛ آن‌ها می‌خواهند ملتزم به انجام آن شوند و انشای نهایی عقد مورد نظر را موکول به تراضی دیگری سازند. (قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان/۷۲).

سؤالی که در این‌جا مطرح می‌شود، این است که آیا با توجه به این‌که در هنگام قرارداد، واحد ساختمانی موجود نیست و یا ساخته نشده است (که به‌عنوان مانعی برای انعقاد بیع محسوب می‌شود)، قرارداد مزبور می‌تواند تعهد به بیع باشد؟

خلاصه‌ی پاسخی که یکی از حقوق‌دانان برجسته‌ی کشورمان (عقود معین / ۱ /

۲۷۵ و بعد) بیان می‌دارد، از این قرار است:

ممکن است گفته شود مبیع در فرض ما، عین معین است و باید در زمان تراضی موجود باشد (ماده‌ی ۳۶۱ قانون مدنی) پس درباره‌ی بیع آپارتمان ساخته نشده، پاسخ مرسوم این است که بیع نبوده و تعهد به فروش می‌باشد یعنی فروشنده ملتزم می‌شود که ساختمان را طبق شرایط پیمان بسازد و به طرف دیگر بفروشد در نتیجه خریدار حق دینی خواهد داشت. البته باید گفت اگر مقصود دو طرف، تعهد به فروش باشد، بی‌گمان پاسخ مزبور منطقی است؛ ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین‌وسیله عقد بیع را منعقد سازند،

تحلیل مزبور تفسیری است دل‌به‌خواه که بر دو طرف عقد تحمیل می‌شود؛ پس یا باید آن بیع را نافذ شناخت، یا به دلیل موجود نبودن مبیع، باطل دانست. (فروش آپارتمان‌های ساخته نشده/۱۶).

با نظر بر قراردادهای پیش‌فروش ساختمان باید گفت که این نوع قرارداد نمی‌تواند صرفاً یک تعهد به بیع یا وعده‌ی بیع متقابل باشد، زیرا: اولاً در تفسیر هر قراردادی می‌بایست به قصد و خواست مشترک طرفین آن توجه کرد. از تعهداتی که طرفین در یک قرارداد پیش‌فروش ساختمان عهده‌دار می‌شوند، این‌گونه برمی‌آید که قصد خرید و فروش دارند، نه تعهد به بیع. ثانیاً از آن‌جا که اغلب پیش‌خریداران از اقشار کم‌درآمد هستند، بخشی از ثمن را به صورت وام از بانک تهیه می‌کنند و یا به صورت اقساطی بعد از تحویل واحد ساختمانی، به خود سازنده یا پیش‌فروشنده می‌پردازند. پیش‌فروشنده‌گان به منظور تضمین پرداخت اقساط ثمن معامله، هنگام قرارداد پیش‌فروش مقرر می‌کنند که واحد ساختمانی موصوف تا پایان پرداخت اقساط ثمن، در رهن پیش‌فروشنده یا بانک باشد. یعنی پیش‌خریدار به عنوان مالک، واحد ساختمانی را در رهن پیش‌فروشنده یا بانک قرار می‌دهد. (قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان/۷۵ تا ۷۷).

۴-۳- نظریه‌ی قایل به بیع معلق

به نظر برخی نویسندگان حقوقی، عقد معلق عقدی است که مُشاء، هنگام عقد (به وجود نهایی و بی‌تزلزل) موجود نشود. معلق بودن عقد باعث جواز عقد نمی‌شود و عقد معلق به موت و جنون طرفین منفسخ نمی‌شود. (ترمینولوژی حقوق/۳۶۲).

بر اساس نظری در فقه نیز معلق کردن (انشای) عقد، به چیزی که در هنگام عقد وجود ندارد، احتیاطاً جایز نیست؛ چه شخص بداند که در آینده به وجود خواهد آمد و چه نداند. (تحریر الوسیله/ترجمه/۲/۳۶۶ تا ۳۶۹).

در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نمی‌باشد؛

۱- برای مثال با انعقاد قرارداد، پیش‌خریدار بخشی از بهای مورد توافق را به سازنده پرداخت می‌کند و مقرر می‌شود که بقیه‌ی بهای ساختمان را در فواصل و مواعد زمانی معینی با توجه به پیش‌رفت کار به سازنده بپردازد و سازنده نیز تعهد می‌کند که در موعد مقرر در قرارداد، واحد ساختمانی را طبق توافق ساخته و به متقاضی تحویل کند.

بلکه چنانچه اشاره شد تملیک، گاه با وجود یافتن مبیع به وسیله‌ی فروشنده، انجام می‌شود و گاه باید از طرف بایع به‌عنوان مبیع تعیین شود.

گروهی از حقوق‌دانان (فروش آپارتمان‌های ساخته نشده/۱۷) معتقدند که بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، از نوع بیع معلق است. نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است که در حقوق ایران اگر چه در بیع آینده (بیع آپارتمان‌های ساخته نشده)، تملیک تدریجی به مفهومی که در حقوق فرانسه و رویه قضایی آن کشور است^۱، وجود ندارد ولی این مفهوم (تملیک تدریجی) در قالب شرط در حقوق ما می‌تواند نافذ باشد؛ زیرا اگر بپذیریم تملیک، معلق به ساخته شدن آپارتمان است، دلیلی وجود ندارد که تملیک بخشی از آپارتمان‌های ساخته شده (نیمه ساخته) را نیز به همان شکل (تدریجی) بپذیریم. بنابراین به‌موجب شرط مزبور (تملیک تدریجی)، خریدار، علاوه بر مالکیتش بر زمین به هر میزان و مقداری که از آپارتمان ساخته شود خودبه‌خود مالک می‌شود، در نتیجه با چنین شرطی از سوءاستفاده‌های احتمالی سازندگان (فروشنندگان) جلوگیری می‌شود و حقوق خریداران و مصرف‌کنندگان تضمین و تأمین می‌شود و فروشنده نخواهد توانست قبل از اتمام کار (پایان ساختمان) مورد معامله را به دیگران منتقل سازد.

نحوه‌ی تطبیق بیع معلق بر قرارداد پیش‌فروش را شاید بتوان این‌گونه تبیین کرد که در این قرارداد، انتقال سازه‌ها به پیش‌خریدار، هم‌زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص واحدها صورت می‌گیرد؛ و بنابراین مالکیت پیش‌خریدار نسبت به واحد ساختمانی، از طریق بیع معلق خواهد بود. اما باید گفت این احتمال وجود دارد در فاصله‌ی میان انعقاد قرارداد و تملک واحد ساختمانی، پیش‌خریدار با سوءاستفاده‌های پیش‌فروشنده مواجه شود؛ بدین مفهوم که پیش‌فروشنده ممکن است، بر سر واحد ساختمانی مورد نظر، به‌سبب عدم تملک پیش‌خریدار، با اشخاص متعددی قرارداد پیش‌فروش ببندد.

۱- به‌موجب بند سوم ماده‌ی ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه، بیع آینده، قراردادی است که به‌موجب آن بایع بلافاصله حقوق خود در زمین از جمله مالکیت ساختمان را به خریدار انتقال می‌دهد؛ بدین مفهوم که هر قدر از ساختمان که ساخته می‌شود متعلق به خریدار می‌باشد و این اثر آینده (کل ساختمان) به‌تدریج در ملکیت خریدار درمی‌آید (تملیک تدریجی)؛ خریدار نیز ملزم است قیمت ساختمان را به حکم پیش‌رفت کار بپردازد.

۳-۵ - نظریه‌ی قایل به جعاله‌ی خاص

جعاله، التزام شخص است به پرداخت اجرت معلوم در مقابل عملی. معین بودن، شرط صحت جعاله نیست. ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جُعَل، حق الجعاله و جُعَلِیّه گویند.^۱

در جعاله‌ی خاص، جاعل قصد دارد که از طریق عمل و کار «شخص معینی» که مورد نظر اوست، به نتیجه‌ی مطلوب برسد. به عبارت دیگر، خصوصیات عامل مورد نظر جاعل است و بنابراین انجام عمل توسط شخص دیگری غیر از شخص معین مورد نظر جاعل، صحیح نیست و جاعل را ملتزم به پرداخت جُعَل (اجرت) نمی‌کند.^۲

نظریه‌ی دیگری که در باب ماهیت قراردادهای ساخت‌وساز می‌توان ابراز کرد و با پیشینه‌ی تاریخی این‌گونه قراردادها از حیث عنوان، سازگارتر است، این است که قرارداد تحت قالب جعاله‌ی خاص درآید. مالک عرصه با عامل پیمان می‌بندد که چنانچه برای او یک مجتمع مسکونی در عرصه‌ی مورد معامله، با مشخصاتی معین بسازد، (مالک) ملتزم است مبلغ معینی به‌عنوان دستمزد و یا تعدادی از واحدهای ساخته شده را به تملیک او درآورد. از این‌رو غالب قراردادهای ساخت‌وساز تحت عنوان «پیمان مشارکت در عمران» نام‌گذاری شده است و مالک عرصه به‌عنوان کارفرما؛ و مجری پیمان به‌عنوان عامل یا پیمان‌کار می‌باشند.

توجیه تطبیق عنوان جعاله با قراردادهای پیش‌فروش به این ترتیب است که شخص ثالث - که همان پیش‌خریدار می‌باشد - ملتزم می‌شود که در مقابل احداث و تحویل و تملیک یک یا چند واحد آپارتمان، فلان مبلغ را بسته به پیش‌رفت کار احداث، به سازنده‌ی آن به‌عنوان جُعَل بپردازد.

اگرچه این نظریه در مقام اعتبار و انعقاد این‌گونه قراردادها توجیه قانونی دارد؛ اما از نظر آثار آن - که مانع عنوان جعاله می‌باشد - طرفین قرارداد ممکن است با مشکلاتی مواجه شوند:

ایراد اساسی آن است که جعاله بین طرفین جایز است (نه لازم) و با نوسان قیمت، هر یک از طرفین ممکن است آن را به هم بزنند.

۱- ر.ک: ۱- مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مدنی؛ ۲- ترمینولوژی حقوق/۱۹۶؛ ۳- تحریرالوسیله (ترجمه)/۲/ ۵۱۳ تا ۵۲۱.

۲- حقوق بانکی/ ۳۵۱.

پاسخی که به این اشکال می‌توان داد این است که این قرارداد را می‌توان در ضمن عقد لازمی وارد کرد. اما مشکل در این جاست که ممکن است یکی از طرفین فوت کند؛ در این صورت عقد جایز حتی اگر در ضمن عقد لازم آمده باشد، بر لزوم باقی نمی‌ماند؛ و ورثه‌ی هر یک از متعاقبین، جز نسبت به عقد لازم، تعهد دیگری ندارند.

شرط الزام به انجام تعهد نیز خلاف مقتضای عقد جعاله می‌باشد؛ چراکه آن چه عامل را به پای‌بندی بر عقد جعاله باقی می‌گذارد، استطاعت اوست و شرط الزام در برخی مواقع، خلاف استطاعت می‌باشد. و با از بین رفتن استطاعت و تعدّر در اجرای تعهد، در عقد اخلال پیش می‌آید. به نظر می‌رسد پاسخ به این اشکال بدین نحو است که تعدّر طرفین از وفای به عهده‌ی که بین خود لازم کرده‌اند، تعدّر اصلی نیست (از ابتدا امری متعذر نمی‌باشد) که خلاف مقتضای جعاله تشخیص داده شود؛ بلکه از قبیل تعدّرات طاری^۱ و حادث می‌باشد (در مرحله‌ی اجرا ممکن است تعدّر (فوت و...) پیش آید) و بنابراین به اعتبار عقد، خدشه وارد نمی‌سازد و تنها ممکن است بر اثر این تعدّر، برای احد از آن‌ها حق فسخ به طرفیت قائم مقام، ایجاد کند. علاوه بر این، حق فسخ به‌عنوان راه‌حل ابتدایی نیست و ممکن است برابر مواد ۲۲۲، ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی، به مشروطه این حق را داد تا به نام خود و به حساب متعهد، تعهد را انجام داده و هزینه‌ها را از دارایی متعهد (اعم از ورشکسته، محجور و ترکه‌ی متوفی) استیفا کند. لذا می‌بینیم که می‌توان شرط الزام کرد.

در هر حال، اگر چه امروزه بیش‌تر پروژه‌های عمرانی بر مبنای عقد جعاله به لحاظ انعطافی که دارد (صلح و جعاله؛ بدیل‌های مناسب برای عقود بانکی/۲۸۸) منعقد و اجرا می‌شود؛ لیکن بهتر است برای گرفتار نشدن در دام جواز عقد جعاله، از آن به‌عنوان قالب قراردادهای ساخت‌وساز بهره‌گیریم و مزایای این عقد (جعاله) را در قالب قرارداد ساخت‌وساز «به‌عنوان عقد نامعین موضوع ماده‌ی ده قانون مدنی» بگنجانیم.

۳-۶ - نظریه‌ی ملهم از ماده‌ی ده قانون مدنی

ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی بیان می‌دارد:

۱- تعدّر طاری در مقابل تعدّر ابتدایی قرار دارد. تعدّر ابتدایی در قرارداد، انعقاد قرارداد بر امر ناممکن است که اثر آن بطلان قرارداد می‌باشد. حال آن‌که در تعدّر طاری، قرارداد، معتبر است لکن پس از انعقاد، اجرای مفاد آن ناممکن می‌شود و نهایتاً منحل می‌شود؛ برگرفته از قوه‌ی قاهره: مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، تصمیمات و آرای دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده/۲۰۹.

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». بنابراین؛ هر قرارداد که عنوان مخصوص در قانون یا عرف ندارد، بین طرفین و قائم‌مقام آنان نافذ و معتبر است؛ مگر این که مخالف صریح (و یا روح مسلم) قانون الزامی و یا نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. به‌علاوه عقود معینه‌ی دارای احکام اختصاصی را می‌توان با حذف آن احکام به‌صورت قرارداد موضوع این ماده درآورد. مانند قرارداد تملیک عین به عوض معلوم که خیارهای مختصه‌ی بیع را ساقط کرده باشند. (طرح اصلاح قانون مدنی/۱۴).

در خصوص قراردادهای ساخت‌وساز باید گفت، این‌گونه قراردادها بالاخره پس از آن که طرفین طبق نقشه و با ذکر تمامی جزئیات، از کمیّت و کیفیت آن‌چه در آینده ساخته می‌شود، آگاهی پیدا کردند، نافذ می‌باشد؛ چراکه هیچ مخالفتی با صریح قانون ندارد. علاوه بر این، مشابه آن، از جانب مقنن در برخی عقود دیده می‌شود؛ مانند وقف که در آن، وقف بر معدوم به تبع موجود صحیح است؛ و همچنین در وصیت، اگر موصی به جزء مشاعی از ماترک باشد، به‌طور حتم در بیش‌تر موارد جزء مشاع ترکه در زمان تصفیه، کاملاً متفاوت با جزء مشاع ترکه در زمان انشای وصیت از جانب موصی است؛ اما چه از باب مسامحه و چه از باب استصحاب اراده‌ی موصی، به این وصیت بر اساس «میزان ماترک در زمان فوت موصی» عمل می‌شود. بنابراین چه مانعی دارد که از باب مسامحه، موضوع قرارداد ساخت‌وساز و پیش‌فروش، معلوم فرض شود. هم‌چنان که طبق عقد صلح ممکن است شخص تعهد به پرداخت نفقه اشخاص معین برای مدتی بکند، در این فرض نیز میزان نفقه به‌ازای هر ماه معلوم نیست و از باب مسامحه معلوم فرض می‌شود.

اشکالی که به این نظریه وارد تشخیص می‌شود این است که قلمرو ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، گرچه در مقام اعتبار به انعقاد قرارداد، توجیه‌پذیر باشد؛ لیکن از نظر آثار، مقنن بیانی ندارد که آیا اولاً این‌گونه قراردادها جایز هستند یا لازم. ثانیاً تاریخ ملکیت هر یک از طرفین چه زمانی است. با این حال، بررسی ماهیت‌های مختلف قابل‌الهام برای توجیه تطبیق عنوان عقود معین با قراردادهای ساخت‌وساز و تفاوت‌های اجتناب‌ناپذیر میان این قراردادها (ساخت‌وساز) و هر یک از عقود معین، می‌رساند که بهتر آن است که این قبیل قراردادها را در قالب ماده‌ی ده قانون مدنی و به‌عنوان عقدی نامعین توجیه و تفسیر کنیم؛ تا بدین ترتیب ملزم به احکام ناظر بر هر یک از عقود معین نباشیم. از این‌رو در ادامه به بررسی مزایا و آثار نظریه پیرو ماده‌ی ده قانون مدنی می‌پردازیم.

۴- مزایا و آثار نظریه‌ی پیرو ماده‌ی ده قانون مدنی

۴-۱- رهایی از احکام و آثار عقود معین

همان‌گونه که در گفتار پیش ملاحظه شد، در توجیه مطابقت قراردادهای ساخت‌وساز با هر یک از عقود معین قابل تطبیق، موانعی بر سر راه قرار داشت که ناشی از احکام و آثار خاص هر یک از این عقود بود. معرفی قراردادهای ساخت‌وساز به‌عنوان یکی از عقود نامعین طبق ماده‌ی ده قانون مدنی این امکان را می‌دهد تا احکام و آثار ویژه‌ی این قراردادها تبیین شود.

۴-۲- قرارداد ساخت‌وساز، قراردادی لازم

در درجه‌ی اول برای جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی پیش‌فروشنده یا پیش‌خریدار بر حسب مورد، در فسخ قرارداد در صورت جواز آن (قرارداد)، باید قرارداد ساخت‌وساز را، عقدی لازم دانست. برای توجیه این امر می‌توان به اصله‌اللزوم در قراردادها تمسک کرده و بدین ترتیب طرفین حق بر هم زدن قرارداد را نخواهند داشت مگر از طریق جعل خیار، اقاله و یا پیدایش موجبی برای خیار.

۴-۳- تعهد پیش‌فروشنده به نتیجه

پیش‌فروشنده در قرارداد ساخت‌وساز مأمور به نتیجه است. تفصیل قضیه و آثار آن در بندهای بعد روشن می‌شود.

۴-۴- مالکیت سازه‌ها

هر مقدار که ساخت‌وساز پیش می‌رود، تملیک و تملک قهراً صورت می‌گیرد؛ مگر آن که جزء ساخته شده، جزء مستقلی از اجزای دیگر نباشد؛ بدین معنی که چون پیش‌فروشنده متعهد به نتیجه است، هنگامی مستحق تمام قیمت می‌شود که مورد تعهد را تحویل و تسلیم پیش‌خریدار کند. حال چنانچه در میانه‌ی کار به دلایلی قرارداد، فسخ یا اقاله شود، در صورتی که جزء ساخته شده به‌طور مستقل، صدق عنوان مال بر آن ممکن نباشد، تملیکی

صورت نگرفته است و پیش فروشنده، تنها مستحق اجرت‌المثل کار می‌باشد.^۱ اما اگر آن جزء مستقل، صدق عنوان مال را داشته باشد، مثل آن که سقف بنا نیز زده شده اما گچ‌کاری، موزائیک، کاشی‌کاری و تجهیز واحدهای آپارتمان باقی‌مانده باشد، می‌توان گفت که تملیک و تملک منهای باقی‌مانده‌ی کار حاصل شده است.^۲

۵-۴- روش احتساب ثمن

برابر مفاد ماده‌ی ۵۶۶ قانون مدنی ناظر به ماده‌ی ۴۴۲ همین قانون، ثمن بدین نحو احتساب می‌شود:

یک بار کارشناس مجموعه‌ی آپارتمانی را به شکل موجود ارزیابی می‌کند و یک بار دیگر بر فرضی که تعهدات کاملاً به انجام رسیده بود، ارزیابی می‌کند. نسبت این دو قیمت از میزان ثمن مقرر در قرارداد حساب می‌شود؛ که باقیمانده‌ی آن متعلق به پیش‌خردار است. نسبتی که بدین نحو سنجیده می‌شود، به یک باره تمامی عوامل مؤثر در احداث بنا نظیر خرید مصالح، استخدام نیروی کار و... که جزء حقوق و تکالیف پیش‌فروشنده بوده است، در آن حساب شده است. مصالح را اگر ارزان خریده است یا به دلیل اعتبار خود او بوده است یا ممکن است خود پیش‌فروشنده از این راه تجارت می‌کند که همگی به نفع او محاسبه شده است. پس اگر پیش‌فروشنده به نام و به حساب خود عمل می‌کند، نفع آن را هم خواهد برد.

۶-۴- تأثیر فورس ماژور و عوامل غیرقابل پیش‌بینی و پیش‌گیری

در مواردی که اجرای قرارداد، به علت عوامل غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل پیش‌گیری متعذر شود؛ مانند بحران‌های ناشی از جنگ یا عدم تولید مصالح، اجرای قرارداد، تا زمانی که موانع مرتفع شوند، معلق می‌ماند و نمی‌توان به استناد ماده‌ی ۲۴۰ قانون مدنی، به پیش‌خردار حق فسخ داد.^۳

۱- بر اساس ماده‌ی ۲۶ لایحه‌ی پیش‌فروش ساختمان، اقدام به پیش‌فروش قبل از پیش‌رفت عملیات ساختمانی به میزان ده درصد، مجاز نیست.

۲- مواد ۵۶۵ تا ۵۶۷ قانون مدنی.

۳- ماده‌ی ۲۴۰ قانون مدنی: «اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر این که امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.»

۴-۷- نفوذ یا عدم نفوذ تضمینات

تضمیناتی که ممکن است پیش‌فروشنده در جریان قرارداد بدهد، قرار است:

۴-۷-۱- تضمین حسن انجام کار

طبعاً ممکن است پیش‌فروشنده از نظر به‌کار بردن مصالح و یا اجرای صحیح عملیات ساخت‌وساز به تعهدات قراردادی و یا متعارف عمل نکند. مرسوم است که در این‌باره تضمیناتی از پیش‌فروشنده اخذ شود تا در صورت تخلف، پیش‌خریدار بتواند از محل آن، خسارت مربوط به خود را وصول کند. باید دقت کرد که مبنا و منشأ حقوقی مطالبه در چنین موقعی، خسارت تخلف از انجام تعهد نیست؛ بلکه در واقع اُرش عیب می‌باشد که نحوه‌ی محاسبه‌ی آن بر طبق ماده‌ی ۴۲۷ قانون مدنی است. اما اگر نقیصه مربوط به کمیت باشد، پیش‌فروشنده مجبور به رفع نقایص می‌شود و در صورت استنکاف، پیش‌خریدار با مجوز دادگاه، مجاز خواهد بود تا نقایص را به حساب پیش‌فروشنده مرتفع و دایره‌ی اجرا، از دارایی او (پیش‌فروشنده) وصول کند.^۱

۴-۷-۲- تضمینات مربوط به خسارت تأخیر انجام تعهد

معمول است که در قرارداد، پیش‌فروشنده در قبال تأخیر انجام تعهد مسؤول قلم‌داد شده و بابت هر روز یا هر ماه تأخیر، مکلف است مبلغی به‌عنوان خسارت یا وجه التزام به پیش‌خریدار بپردازد و بدین دلیل تضمیناتی به پیش‌خریدار داده می‌شود تا از محل آن بتواند خسارت تأخیر را وصول کند.

البته باید در نظر داشت که شرط مطالبه‌ی خسارت، آن است که پیش‌فروشنده برابر ماده‌ی ۲۲۸ قانون مدنی نتواند ثابت کند که عدم انجام به‌موقع، معلول حوادث غیرقابل پیش‌بینی و پیش‌گیری بوده است و از جمله‌ی آن استطاعت پیش‌فروشنده بر ادامه‌ی انجام کار است. در این‌جا سؤالی که پیش می‌آید آن است که آیا به واسطه‌ی عدم تمکّن، مورد در زمره‌ی تعلیق اجرای قرارداد است یا از موارد شمول حق فسخ موضوع ماده‌ی ۲۴۰ قانون مدنی؟ به‌نظر می‌رسد که حق فسخ برای پیش‌خریدار ترجیح دارد. بدین علت که ممکن است مدت مدیدی طول بکشد تا پیش‌فروشنده متمکّن شود. در این حالت قایل شدن به صرف

۱- مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی و ماده‌ی ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی.

تعلیق اجرای قرارداد، به ضرر پیش‌خریدار تمام می‌شود. پیش‌خریدار در عین داشتن حق فسخ می‌تواند معامله را باقی‌گذارند و با هزینه‌ی خود به حساب پیش‌فروشنده، ساخت‌وساز را تکمیل کنند و پس از آن مخارج صرف شده را از پیش‌فروشنده أخذ کنند.^۱

۳-۷-۴- تضمین سرمایه

ممکن است پیش‌خریداران تضمیناتی را در قبال آنچه که به پیش‌فروشنده می‌پردازند، از وی بگیرند. درستی و یا تردید در درستی چنین تضمیناتی به دو گونه‌ی زیر قابل بررسی است: اول آن‌که؛ شک نیست که از محل تضمینات مزبور می‌توان معادل اصل سرمایه و خسارات پیش‌خریدار را که ناشی از تعدّی یا تفریط پیش‌فروشنده باشد، تأدیه کرد. ثانیاً؛ سؤال و شبهه در غیر تعدّی و تفریط است که برابر ماده‌ی ۵۵۸ قانون مدنی، اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه‌ی مالک نخواهد شد عقد باطل است؛ مگر این‌که به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، به مالک مجاناً تملیک کند. بنابراین شرط تضمین اصل سرمایه در غیر تعدّی و تفریط پیش‌فروشنده، باطل می‌باشد. زیرا ید پیش‌فروشنده امانی محسوب می‌شود. اما آیا می‌توان بنا بر قسمت دوم ماده‌ی ۵۵۸ قانون مدنی، چون تضمین سرمایه به‌نحو اشتغال ذمه، صحیح دانسته شده است، تضمینات را نیز صحیح دانست؟ اشکال صحت چنین تضمینی در آن است که حق ناشی از آن در صورت تلف سرمایه، یک حق دینی است و قانون‌گذار استثنائاً شرط ضمان را پذیرفته است؛ و این‌که به‌دنبال این حق دینی که هنوز هم به‌وجود نیامده است، بتوان تضمیناتی گرفت، شائبه‌ی مغایرت با ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی را به هم می‌رساند. ولی در پاسخ می‌توان گفت که مفهوم موافق ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی، این معنا را القا می‌سازد که کافی است موجب یا سبب قانونی دینی ایجاد شده باشد تا ضمان از آن صحیح شود بنابراین می‌توان تضمینات مذکور را صحیح دانست.

۳-۸-۴- بی‌آمدهای بطلان قرارداد

اگر معلوم شود که قرارداد از اساس باطل است، بسته به علم و جهل پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار، در مورد بطلان قرارداد، دو حالت مختلف پیش می‌آید:

۱- مواد ۲۲۲ و ۲۳۹ قانون مدنی و ماده‌ی ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی.

حالت اول: اگر پیش‌فروشنده عالم به بطلان قرارداد باشد اعم از این که پیش‌خریدار آگاه به بطلان باشد یا نباشد؛ بر اساس قاعده‌ی اقدام، پیش‌فروشنده هیچ‌گونه حق رجوع برای آنچه بنا کرده است را ندارد. و به استناد قاعده‌ی غرور، پیش‌خریدار استحقاق رجوع به پیش‌فروشنده را برای غرامات دارد.

حالت دوم: اگر پیش‌خریدار یا پیش‌فروشنده در قرارداد ساخت‌وساز، مالی را حسب مورد به یکدیگر پرداخت کرده باشند، و پرداخت کننده عالم به بطلان قرارداد باشد، دریافت کننده بایستی آنچه را که از عین یا عوض نزد او موجود است، مسترد دارد؛ لیکن به استناد قاعده‌ی ما لایضمن، ضامن آنچه تلف شده است، نمی‌باشد.^۱

۹-۴- حق نظارت پیش‌خریدار

پیش‌خریدار حق دارد در طول عملیات اجرایی ساخت‌وساز بر تمامی کارها نظارت داشته باشد. این نظارت استطلاعی است و اگر تخلفی از شرایط ساخت‌وساز اعم از کیفی یا کمی مشاهده کرد، می‌تواند از پیش‌فروشنده رعایت شرایط قراردادی یا قانونی را درخواست کند و در صورت عدم ترتیب اثر، الزام او را از دادگاه بخواهد و در صورت اقتضا از حق فسخ یا سایر آثار و تضمینات قراردادی استفاده کند.

۵- نتیجه‌گیری

از مجموعه‌ی مباحث مطرح شده در این پژوهش، نتایج زیر حاصل می‌شود:
از آن‌جا که در قراردادهای ساخت‌وساز در فرض پیش‌فروش، شخص تنها بر اساس نقشه‌ای واحد ساختمانی را پیش‌خرید می‌کند که به اجرا درنیامده است، موضوع قرارداد موجود و معلوم نمی‌باشد؛ لذا به توجیه این ایراد از طریق بررسی عقود معین قابل تطبیق با قراردادهای ساخت‌وساز، برآمدیم؛ لیکن این قراردادها به دلیل احکام و آثار خاص خود در

۱- قاعده‌ی ما لایضمن بر این اساس تکیه دارد که در تعارض دو قاعده‌ی اقدام و غرور، انصاف ایجاب می‌کند که هیچ‌یک از طرفین معامله‌ی فاسد، سهمشان از اراده‌ی باطل، نادیده گرفته نشود.
قاعده‌ی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» و عکس آن قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، از قواعد مورد عمل میان فقهای عامه و امامیه می‌باشد و مدرک آن متکی بر اسناد و روایات نقلی نیست بلکه ظاهراً از مستقالات عقلیه به‌شمار می‌رود. ر.ک: ۱- القواعد الفقهیه / ۲۱۳/۲ تا ۲۱۸؛ ۲- قواعد فقه (بخش مدنی ۲) / ۱۹۱/۲ تا ۲۰۶.

قالب هیچ‌یک از عقود معین قابل توجیه در تطبیق عنوان، نمی‌گنجد. بنابراین ناچار از تمسک به ماده‌ی ده قانون مدنی و برشمردن این قراردادها در زمره‌ی عقود نامعین هستیم. با توجیه قراردادهای ساخت‌وساز در فرض پیش‌فروش به‌عنوان عقدی نامعین احکام و آثار زیر تبیین می‌شود:

۱- رهایی از احکام و آثار عقود معین؛ ۲- قرارداد ساخت‌وساز، قراردادی لازم است؛ ۳- تعهد پیش‌فروشنده به نتیجه خواهد بود؛ ۴- مالکیت سازه‌ها هم‌زمان با پیش‌رفت عملیات، صورت می‌گیرد و ثمن نیز بر همین اساس قابل احتساب خواهد بود؛ ۵- تضمیناتی از جمله تضمین حسن انجام کار، تضمینات مربوط به حساب تأخیر انجام تعهد و تضمین سرمایه قابل بررسی و اخذ است؛ ۶- قرارداد در صورت بطلان، پی‌آمدهایی خواهد داشت که قابل بررسی می‌باشد.

منابع

- ۱- اسماعیلی، محسن؛ *قوهی قاهره: مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، تصمیمات و آرای دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده*؛ تهران: سروش (انتشارات صدا و سیما)، ۱۳۸۱.
- ۲- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۳.
- ۳- امینی، علی‌رضا، آیتی، سیدمحمدرضا؛ *تحریرالروضه فی شرح اللغه*، ج ۲، سمت و مؤسسه‌ی فرهنگی طه، زمستان ۱۳۷۸.
- ۴- جعفرپور، جمشید، *بیع استصناع*.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، ج ۴، کتابخانه‌ی گنج دانش؛ زمستان ۱۳۶۸.
- ۶- _____، *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، چاپخانه‌ی مشعل آزادی، ۱۳۳۸.
- ۷- _____، *طرح اصلاح قانون مدنی*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
- ۸- _____، *مجموعه‌ی محشی قانون مدنی*، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
- ۹- حمدخاطر، نوری، *عقودالمعلوماتیه، دراسه فی المبادی العامه فی القانون المدنی، دراسه موازنه*، الطبعة الاولى، جامعه آل‌البیت، عمان (الأردن): الدارالعلمیه‌الدولیه و دارالثقافه للنشر و التوزیع، ۲۰۰۱م.
- ۱۰- خاوری، محمودرضا، *حقوق بانکی*، ج ۴، مؤسسه‌ی عالی بانک‌داری ایران، زمستان ۱۳۸۴.
- ۱۱- رضایی، شاهین، *اشتراط قبض ثمن در بیع سلف با مطالعه‌ی تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران*، به‌راهنمایی: سیدحسین مصطفوی. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، بی‌تا.
- ۱۲- الروحانی، السیدمحمد، *المسائل المنتخبه*، بیروت، مکتبه الایمان، ۱۴۱۷ ق.

- ۱۳- سلطانی نژاد، هدایت‌الله، *بررسی اعتبار بیع کالی به کالی در حقوق ایران و منابع فقهی*، ش ۶، نامه‌ی مفید، بی تا.
- ۱۴- السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، ج ۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰م.
- ۱۵- صادقی، محمد، *مطالعه‌ی تطبیقی قرارداد سفارشات ساخت در فقه و حقوق*، به راهنمایی مصلحی، رساله‌ی دکتری، دانشگاه تهران، آذر ۱۳۸۵.
- ۱۶- صادقی نشاط، امیر، *بیع کالی به کالی*، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی؛ صص ۴۹ و ۵۰.
- ۱۷- الضریب، الصدیق محمدالامین، *الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره*، سلسله محاضرات العلماء البارزین، جده، المعهد الاسلامی للبحوث و التدريب، البنك الاسلامی للتنمیه. ۱۴۱۴ه.ق، ۱۹۹۳م.
- ۱۸- الطوسی، ابن حمزه، *الوسیله الی نیل الفضیله*، تحقیق: محمد الحسون، قم، مکتبه السید المرعشی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ ق.
- ۱۹- علیزاده، حسن، *قراردادهای پیش فروش آپارتمان*، میثاق عدالت و سها دانش، تهران، ۱۳۸۳.
- ۲۰- *قانون اجرای احکام مدنی*.
- ۲۱- *قانون تملک آپارتمان‌ها*.
- ۲۲- *قانون مدنی*.
- ۲۳- *لایحه پیش فروش ساختمان*، تاریخ چاپ ۱۳۸۶/۷/۴.
- ۲۴- مؤمن قمی، محمد، *استصناع (قرارداد سفارشات ساخت)*، فقه اهل بیت (ع)، شماره‌ی ۱۱ و ۱۲.
- ۲۵- محقق حلی، *تسرایع الاسلام (ترجمه)*، ابوالقاسم ابن احمد یزدی، ج ۱، چ ۵، مؤسسه‌ی انتشارات دانشگاه تهران، اسفند ۱۳۶۸.
- ۲۶- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۲، سمت، بهار ۱۳۷۴.
- ۲۷- *مطالعه‌ی تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی*:
<http://www.tebyan.net/index.aspx?pid=19667&BookID=16468&PageIndex=3&Language=1&PageIndex=116>
- ۲۸- مکارم الشیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، الجزء الثانی، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۱۶ق.
- ۲۹- موسوی خمینی، سید روح الله؛ *تحریرالوسیله (ترجمه)*، علی اسلامی، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۰- میر معزی، سید حسین، *صلح و جعاله؛ بدیل‌های مناسب برای عقود بانکی*، فقه اهل بیت (ع) سال ۵، شماره‌ی ۱۹ و ۲۰.
- ۳۱- ولویون، رضا، *فروش آپارتمان‌های ساخته نشده*، ماهنامه‌ی آموزشی دادگستری استان تهران، قضاوت، شماره‌ی ۲۰، سال دوم، شادنگ؛ دی ۱۳۸۲.
- ۳۲- هاشمی، سید محمود، *استصناع (سفارشات ساخت کالا)*، فقه اهل بیت (ع)، سال ۵، شماره‌ی ۱۹ و ۲۰.
- www.al-islam.com -۳۳