

تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت

بر قراردادهای پیش فروش

از منظر فقهی - حقوقی و قانون پیش فروش ساختمان*

- قاسم اسلامی نیا^۱
- کیان فولادی^۲
- حمیدرضا پرهام مهر^۳

چکیده

یکی از قراردادهای رایج و پرکاربرد، قرارداد مشارکت در ساخت فیما بین مالک زمین و سازنده برای احداث واحدهای آپارتمانی است. در این بین، فسخ قرارداد مشارکت پیش از احداث آپارتمان‌های پیش فروش شده و تأثیر آن بر پیش خریداران سهم سازنده، یکی از موضوعات پرچالش و بحث‌برانگیز است. دیدگاهی که ماهیت عقد پیش فروش در قرارداد مشارکت در ساخت را بیع به معنای رایج و سنتی آن می‌داند، با تأثر از بحث تملیکی بودن عقد بیع و اصولی همانند اصل صحت و اصل عدم قهقراپی اثر فسخ و در عین حال بدون در نظر داشتن ماهیت و لوازم قرارداد مشارکت در ساخت، عقیده دارد که فسخ بعدی، تأثیری

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. استادیار حقوق دانشگاه زابل (نویسنده مسئول) (esliminia@uoz.ac.ir).

۲. استادیار حقوق دانشگاه پیام نور (kinfulladi@pnu.ac.ir).

۳. مربی گروه حقوق دانشگاه زابل (parhammehr@uoz.ac.ir).

بر پیش فروش‌های قبلی ندارد. در مقابل به موجب دیدگاه دوم که پیش فروش سهم سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد عهده‌ی و مستمر را دارای عناصری متفاوت و خاص نسبت به مفهوم رایج و اصطلاحی بیع می‌داند، حتی با قرائت تملیکی از همه انواع عقد بیع و با در نظر داشتن اصل تراضی و ساختار قرارداد مشارکت در ساخت و وابستگی تام قرارداد پیش فروش به آن قرارداد، با فسخ قرارداد مشارکت قبل از اجرایی شدن آن، امکان تسلیم مبیع در بستر قرارداد مشارکت به مثابه مادر و پایه قراردادهای پیش فروش، منتفی و قراردادهای پیش فروش دچار انفساخ قهری می‌گردد. این نوشتار با تبیین و تحلیل ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و رابطه آن با قراردادهای پیش فروش در قالب تئوری مادر و جنین و عقد معلق و در نظر داشتن اصل حاکمیت اراده، به اثبات نظریه دوم رسیده است و آن را برطرف کننده برخی چالش‌های حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان ناشی از قرارداد مشارکت در ساخت در رویه قضایی ایران می‌داند.

واژگان کلیدی: قرارداد مشارکت در ساخت، فسخ، پیش فروش، آپارتمان، تملیکی، مبیع.

مقدمه

افزایش حجم ساخت‌وساز مسکن به دلیل تقاضای زیاد به ویژه در مناطق پرتراکم شهری و سود بالای آپارتمان‌سازی، بسیاری از صاحبان ویلاها و ساختمان‌های قدیمی را ترغیب به آپارتمان‌سازی از طریق قرارداد مشارکت در ساخت می‌نماید، که طرف دوم قرارداد به عنوان سازنده، کار ساخت‌وساز را بر عهده می‌گیرد و واحدهای ساخته‌شده به نسبت آورده و توافق طرفین تقسیم می‌گردد. با این حال، همه قراردادهای مشارکت در ساخت با موفقیت به اتمام نمی‌رسد و احتمال عدم توانایی سازنده در احداث و یا تکمیل واحدهای پروژه، به دلایل مختلفی وجود دارد. در این بین، اگر واحدی پیش فروش نشده باشد، آثار حقوقی فسخ فی‌مابین طرفین با دشواری خاصی مواجه نیست. اما چنانچه قرارداد مشارکت در ساخت بعد از پیش فروش فسخ گردد، تبیین آثار حقوقی فسخ بین مالک و سازنده و پیش‌خرداران قرارداد مشارکت در ساخت، اهمیت زیادی دارد و هیچ قانون مصرح و یا نوشتار مستقلی هم به صورت مستقیم، به تبیین آثار حقوقی

فسخ قرارداد مشارکت بر پیش‌خریدهای سهم‌سازنده پرداخته و این امر موجب اختلاف در رویه دادگستری محاکم و اطلاع دادرسی گردیده است.

از طرفی راجع به موضوع حاضر، بعضاً رویه قضایی با استناد به نظریه تملیکی بودن عقد بیع، اصول حقوقی، منابع فقهی و همچنین مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی که اصولاً در مورد عدم تأثیر فسخ بر عقود و قراردادهای آنی و دارای عین معین است، حکم به عدم تأثیر قهقرایی فسخ می‌دهد؛ به عنوان مثال هیئت عالی قوه قضاییه راجع به همین موضوع چنین اظهار نظر نموده است:

«اثر فسخ به زمان بعد از اعلام فسخ می‌باشد و اثر قهقرایی ندارد. از این رو با احراز و استقرار حق پیش‌خریدار به یکی از واحدهای آپارتمانی در دست ساخت، همان‌طور که وی می‌تواند حکم علیه سازنده را درخواست نماید، در ضمن وی می‌تواند رأساً نسبت به تکمیل یا ساخت واحد پیش‌خرید شده اقدام نماید»^۱.

ظاهراً قائلان به این نظریه با در نظر داشتن نظریه تملیکی بودن عقد بیع در فقه، به محض انعقاد قرارداد پیش‌فروش، شخص ثالث را دارای یک حق مستقر و قطعی می‌دانند که فسخ بعدی قرارداد مشارکت، حتی پیش از اجرایی شدن آن، نمی‌تواند خدشه‌ای به حق مزبور وارد نماید. اما رویکرد فوق، لوازم و چالش‌هایی را به همراه دارد که به راحتی قابل رفع نیست؛ از جمله اینکه در صورت عدم تأثیر فسخ، تکلیف ساخت واحدهای پیش‌فروش شده با کیست؟ آیا تعهدات سازنده به صورت قهری به مالک و یا پیش‌خریدار منتقل می‌شود؟ در حالی که در متن قرارداد مشارکت، این نوع انتقال تعهد پیش‌بینی نشده است. به عبارتی، تبدیل تعهد در قرارداد مزبور، مبنای قراردادی، قانونی و شرعی ندارد. آیا در مجموعه‌های چندین واحدی که ناگزیر مدیریت واحدی بر ساخت آن‌ها حاکم است، هر پیش‌خریداری می‌تواند به تنهایی و بدون توجه به سایر واحدها، نسبت به ساخت واحد خود اقدام نماید، در حالی که مثلاً شناژ و پی ساختمان مشترک است؟ آیا امکان الزام سازنده به ادامه ساخت وجود دارد؟ در حالی که اگر امکان الزام او به ساخت وجود می‌داشت و یا اگر سازنده توانایی ساخت واحدها را داشت، اصولاً قرارداد مشارکت در ساخت فسخ نمی‌شد.

1. <<http://www.dadfarandadandish.com>>.

در مقابل بر اساس دیدگاه دوم می‌توان حق پیش‌خریدار را تابعی از حق سازنده دانست و معتقد بود که تا زمان عدم ساخت و تکمیل واحد، حق سازنده بر سهم‌الشرکه قراردادی، یک حق متزلزل است و اگر قرارداد مشارکت در این مرحله فسخ گردد، به تبع آن، حق ثالث نیز قابل استقرار و تحقق نیست. با این حال، قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ هم در این زمینه ابهامات و اشکالات زیادی دارد و منعکس‌کننده نظریات معتبر فقهی - حقوقی نیست؛ زیرا اولاً به تصریح ماده ۱ قانون مزبور، آن قانون مربوط به پیش‌فروش‌های رسمی است و پیش‌فروش‌های عادی به صورت تخصصی از شمول آن خارج است؛ ثانیاً این قانون نسبت به مواردی که سرمایه‌گذار بعد از پیش‌فروش واحدهای متعلق به خود، از ادامه پروژه سر باز می‌زند و امکان الزام او میسر نیست و در عین حال مالک و پیش‌خریدارهای سازنده نیز با یکدیگر به توافق نمی‌رسند، سکوت اختیار کرده است و تبیین موضوع مفروض از منظر فقهی و حقوقی در راستای حل پرونده‌های مربوطه و تکوین رویه قضایی متقن و علمی و ایجاد رویه واحد در فرض مذکور ضروری است.

لذا سؤال اصلی این نوشتار آن است که آیا با فسخ قراردادهای مشارکت در ساخت، پیش از احداث و یا تکمیل عرفی واحدهای موضوع قرارداد، تحویل و تسلیم مبیع پیش‌فروش شده توسط سازنده در بستر قرارداد مشارکت امکان‌پذیر است؟ و در غیر این صورت، تکلیف قانونی و شرعی قراردادهای پیش‌فروش چیست؟

با توجه به سؤالات فوق‌الذکر، این نوشتار برای اولین بار به یکی از جنبه‌های مهم قرارداد مشارکت در ساخت، یعنی «پیش‌فروش سهم سازنده و تأثیر فسخ بعدی قرارداد مشارکت بر پیش‌فروش‌های قبلی» پرداخته است. در حالی که ماهیت پیش‌فروش ساختمان در حالت عادی از مبحث عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع متأثر است و این نوشتار در قسمت آغازین نیز به آن پرداخته است؛ لیکن در نهایت، تحلیل قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد عهده‌ی و مستمر، موجب پاسخ به سؤال اصلی مقاله می‌گردد. از طرفی، علاوه بر اینکه قانون مدنی به آثار فسخ قراردادهای عهده‌ی و مستمر بر معاملات پیشین نپرداخته است، قانون پیش‌فروش ساختمان نیز که به حق سازنده در مورد پیش‌فروش اشاره نموده است، نسبت به آثار عدم اجرای قرارداد مشارکت توسط سازنده

و تأثیر آن بر پیش‌فروش‌های انجام‌شده ورود پیدا نکرده است؛ زیرا ظاهراً تصویب‌کنندگان این قانون نتوانسته‌اند در مورد ماهیت پیش‌فروش سهم سازنده به اجماع خاصی برسند و لذا موضوع مهم و چالش‌برانگیز مزبور را مسکوت گذاشته‌اند و این موضوع نیز موجب سردرگمی صاحبان دعوی و همچنین نظام قضایی در این عرصه گردیده است.

با وجود آنکه قرارداد مشارکت در ساخت و پیش‌فروش واحدهای آپارتمانی که طبق قرارداد موصوف باید در آینده احداث گردند، از مسائل مورد ابتلاء زندگی شهری نوین است و لذا در کتب فقهی اصیل به صورت مستقیم مورد بحث واقع نگردیده است، اما در عین حال می‌توان با طرح مباحثی همانند عهدی یا تملیکی بودن قرارداد پیش‌فروش، ماهیت فقهی سهم‌الشرکه سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت و تبیین محدوده و شمول اصل تراضی و ارتباط آن با اصل صحت قراردادها، موضوع نوشتار را از جنبه فقهی نیز واکاوی نمود.

از منظر نوشتار حاضر برای پاسخ به سؤال تحقیق و داوری بین دو دیدگاه پیش‌گفته باید ماهیت بیع پیش‌فروش و قرارداد مشارکت در ساخت، شرایط ایجاد سهم‌الشرکه و ارکان و عناصر قرارداد مشارکت و قصد و نیت طرفین که منطبق با اصل تراضی و حاکمیت اراده است، مورد امعان نظر واقع گردد. لذا در گام اول (بعد از اشاره به پیشینه تحقیق)، ارکان قرارداد مشارکت در ساخت توضیح داده می‌شود.

در گام دوم، ماهیت فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان مطرح خواهد شد. سپس برای تبیین و تحلیل فسخ و یا مختومه شدن قرارداد مشارکت در ساخت و تأثیر آن بر پیش‌فروش‌های سهم سازنده، قصد و نیت طرفین (اصل تراضی) در قالب تئوری مادر و جنین و تئوری عقد معلق و نحوه انطباق آن با قرارداد پیش‌فروش مطرح می‌گردد. در ادامه بر حسب ضرورت، قاعده عدم تأثیر فسخ بر حق ثالث مورد تحلیل و نقد واقع می‌گردد و در خاتمه از نارسایی تمسک به اصل صحت برای تنفیذ قراردادهای پیش‌فروشی که نافرجام باقی مانده‌اند، سخن خواهیم گفت.

پیشینه تحقیق

با مراجعه به وبگاه‌های معتبر علمی همانند مگیران و نورمگز مشخص می‌گردد که

هیچ تحقیقی راجع به موضوع اصلی این نوشتار، یعنی «آثار حقوقی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت» وجود ندارد. در حقیقت بیشتر تحقیقات مربوط به این حوزه، راجع به تحلیل ماهیت عقد پیش فروش ساختمان است که به عقیده این نوشتار به صرف تحلیل آن نمی‌توان به جواب قاطعی در مورد تأثیر فسخ بر قراردادهای پیش فروش قبلی رسید و لازم است متن قرارداد مشارکت در ساخت و قانون پیش فروش ساختمان مورد واکاوی قرار گیرد. در عین حال در ادامه، به مهم‌ترین تحقیقاتی که فقط تا حدودی مربوط به چند صفحه ابتدایی تحقیق حاضر است، اشاره می‌نمایم.

- قبولی درافشان (۱۳۸۶: ۹۳) در کتاب *مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران*، به تحلیل ماهیت بیع (و نه قرارداد پیش فروش) از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان پرداخته است.

- غریبه و مسعودی (۱۳۹۰: ۱۵۷) در مقاله «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، بیع مزبور را بدون لحاظ جایگاه آن در قرارداد مشارکت در ساخت تحلیل نموده‌اند.

- رحیمی و خدارحمی (۱۳۹۳: ۳) در مقاله «مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران» به هیچ عنوان اشاره‌ای به پیش فروش سهم سازنده نداشته‌اند.

- چگنی و سیاه‌بیدی کرمانشاهی (۱۳۹۹: ۹۵) در مقاله «بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق» به صورت کلی به تأثیر فسخ بر قراردادهای تبعی و فرعی اشاره نموده و بحث خاصی در مورد فسخ قرارداد مشارکت ارائه ننموده‌اند.

- زارعی و رحیمی (۱۳۹۸: ۹۵-۱۱۶) در مقاله «بررسی فقهی حقوقی تأثیر فسخ معامله مبنا بر معاملات تملیکی متعاقب»، این موضوع را با معیار قرار دادن خیارات قانونی و قراردادی مورد تحلیل قرار داده‌اند که تخصصاً از موضوع نوشتار حاضر خارج است.

بدین ترتیب تحقیقاتی که تا کنون در زمینه قراردادهای پیش فروش ساختمان و چالش‌های حقوقی پیرامون آن به انجام رسیده‌اند، هیچ‌گاه به تحلیل پیش فروش سهم‌الشرکه سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت پرداخته‌اند؛ حال اینکه در رویه عملی طرفین قرارداد مشارکت در ساخت، پیش فروش سهم‌الشرکه سازنده بلافاصله پس

از انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت، به امری متداول و متعارف بدل گردیده که در فرض فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، ابهامات و دشواری‌های حقوقی متعددی برای طرفین قرارداد مشارکت و خریداران سهم‌الشرکه سازنده و به تبع آن محاکم دادگستری ایجاد خواهد کرد. در فرض پیش‌فروش سهم مالک، حتی در صورت فسخ قرارداد مشارکت، با عنایت به مالکیت مالک بر عرصه، وی موظف به احداث و تکمیل واحد پیش‌فروش شده خواهد بود (مگر با ذکر شرط مباشرت سازنده). اما ابهام اصلی در فرضی محقق می‌گردد که در قرارداد مشارکت، سازنده اقدام به پیش‌فروش سهم‌الشرکه خود نماید و پس از آن با فسخ قرارداد نخستین مواجه گردد. لازم به ذکر است که این نوشتار تا جایی به ماهیت عقد پیش‌فروش پرداخته است که تأثیر فسخ قرارداد مشارکت بر آن را مورد تحلیل قرار دهد. در واقع، طرح ماهیت پیش‌فروش فقط در راستای پاسخ‌دهی نقادانه و استدلالی به موضوع مقاله بوده که امری ضروری بوده است و در هیچ یک از قسمت‌های این نوشتار، طرح مباحث پیش‌فروش خارج از موضوع اصلی مقاله نبوده است.

۱. ارکان قرارداد مشارکت در ساخت

قرارداد به معنای توافق، تراضی و عقد است. عقد نیز به معنای بستن و گره زدن است. در واقع طرفین در اثر عقد و تراضی، حقوق و تعهداتی پیدا می‌کنند که در یکدیگر تنیده شده و پیدایش و استمرار هر تعهدی به تعهد طرف دیگر وابسته است (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۲۷۷/۱). اصولاً قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد معاوضی، بین مالک عرصه و شخصی که متعهد به ساخت اعیان بر روی عرصه می‌گردد، منعقد می‌گردد. ایجاب و قبول در قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد مستمر، نه پایان عقد که آغازی بر پذیرش تعهدات مندرج در عقد و بلکه زمینه‌سازی برای آن است. بر اساس لغت‌نامه دهخدا، پیش‌خرید به عنوان (اسم مصدر) عبارت است از خریدن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و خریدار پولی می‌دهد که بعداً کالا را تحویل بگیرد. پیش‌فروش نیز عبارت است از فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن. قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یکی از عقود نامعین، زیرمجموعه آیه شریفه

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده / ۱) محسوب می‌گردد و می‌توان با توجه به اصل تراضی و قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷)، از نظر فقهی نیز آن را تحلیل نمود. افزون بر آن، این نوشتار قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که مربوط به پیش‌فروش‌های رسمی است، متن قول‌نامه‌های رایج در بنگاه‌های معاملاتی ملکی را نیز که مربوط به پیش‌فروش‌های عادی و غیر رسمی و منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی است، ملاک تحلیل و تبیین ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و تأثیر فسخ بعدی برای پیش‌فروش‌های قبلی در نظر گرفته است. پیش از تحلیل بحث به بعضی از مواد مهم قرارداد مشارکت در ساخت که مربوط به موضوع این مقاله است، اشاره می‌گردد. معمولاً در ماده ۱ قرارداد مشارکت، اسامی و مشخصات طرفین معامله قید می‌گردد. در ماده ۲ به موضوع قرارداد مشارکت در ساخت تحت عنوان احداث بنا اشاره می‌گردد. در ماده ۳ قرارداد مشارکت، آورده هر یک از طرفین مشخص می‌شود. در قرارداد مزبور، آورده مالک زمین اوست که به صورت بالفعل و نقد در هنگام انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت موجود است. آورده سازنده به عنوان طرف دوم قرارداد نیز احداث همه واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت تا پایان مهلت قرارداد تعیین می‌گردد. در ماده ۴، شرط اختصاص سهم‌الشرکه به طرفین قرارداد بر اساس آورده‌ها و تعهدات آنها تعیین می‌گردد. در ماده ۵، حق نقل و انتقال طرفین قرارداد مشارکت از نظر فروش و پیش‌فروش تعیین می‌گردد و این امکان وجود دارد که از ابتدای قرارداد، حق پیش‌فروش برای سازنده به رسمیت شناخته شود.

در این قرارداد، آورده یک طرف زمین و آورده طرف دیگر، ساخت واحدهای مورد نظر است. آورده یک طرف نقد است؛ اما آورده طرف دیگر باید به تدریج در طول قرارداد ایجاد شود. سهم مالک قطعی و مستقر است؛ اما سهم سازنده که منوط به ایجاد است، متزلزل و غیر قطعی است. همچنین زمین به طور مطلق و برای یک زمان نامحدود و برای هر نوع نقل و انتقالی در اختیار سازنده قرار نمی‌گیرد؛ بلکه زمین برای مدتی محدود و برای ساخت کامل واحدها در اختیار سازنده قرار داده شده است. قید زمان دارای آثاری است که در مباحث بعد به آن می‌پردازیم.

۲. ماهیت حقوقی پیش فروش

با توجه به اینکه آپارتمان ساخته نشده، یکی از مسائل مستحدث و نوظهور محسوب می‌گردد، در مورد اتصاف آن به هر یک از مصادیق بیع، نظرات مختلفی وجود دارد. گروهی معتقدند که آپارتمان ساخته نشده، عین معین نیست؛ چون در هنگام عقد وجود خارجی ندارد. اما در مقابل، گروهی به استناد مشخص بودن فضا، ابعاد، مترها و سایر مشخصات، آن را عین معین می‌دانند. اما موضوع مفروض، کلی در معین هم نیست؛ زیرا این اصطلاح اشاره به مصادیقی دارد که در هنگام عقد وجود دارد و تنها مصداق آن مشخص نیست. کاتوزیان فروش آپارتمان ساخته نشده را بیع مال آینده می‌داند که به حکم عادت در آینده ایجاد می‌شود و آن را چیزی میان عینی و کلی می‌داند و معتقد است که در بیع مزبور، «زمینه پیدایش مال» در دید عرف ارزش دارد؛ اما در مجموع معتقد است که باید آن را در حکم کلی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۵). در ادامه این نوشتار، منظور از توصیف در حکم کلی بودن آپارتمان آینده و مبانی فقهی - حقوقی آن به بحث گذاشته خواهد شد. به هر حال، منظور از کالای آینده کالایی است که در تاریخ عقد، وجود خارجی و ملموس ندارد؛ اما با بیع به عنوان پیش فروشنده تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد. در حقوق کشورهای عربی، قرارداد پیش فروش با عنوان «بیع الأشیاء المستقبلة» بررسی می‌شود که در آینده به وجود می‌آید یا ساخته می‌شود (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۲۹).

۱-۲. ماهیت عقد پیش فروش از منظر فقهی

مبنای نظر کسانی که معتقدند فسخ بعدی، حتی اگر ناشی از عدم اجرای قرارداد مشارکت در ساخت باشد، تأثیری بر پیش خریدهای قبلی ندارد، غالباً ناشی از عقیده آن‌ها به تملیکی بودن پیش فروش است؛ زیرا به عقیده این گروه، پیش فروش نیز نوعی عقد تملیکی است و به محض انعقاد، مالی که در آینده قرار است ساخته شود، منتقل می‌گردد و فسخ بعدی تأثیری در نقل و انتقال قطعی قبلی ندارد و نمی‌تواند مالکیت مستقر شده را زائل نماید. در واقع از منظر فقها، عین آن چیزی است که اگر در خارج موجود شود، مشتمل بر ابعاد ثلاثه یعنی عرض، طول و ارتفاع است. لذا عین را شامل

همه موارد از جمله کلی در معین و کلی فی الذمه می‌دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲):
 زیرا به هر حال در هنگام اجرای تعهد و تسلیم به خریدار، لاجرم باید در قالب عین معین
 محقق گردد (لطفی، ۱۳۸۸: ۲۰۸). به عبارتی، فقها لفظ عین را صرفاً در مقابل منفعت
 استعمال می‌نمایند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۰)؛ هرچند حقوق‌دانان غالباً لفظ عین را
 در مورد کالای معین استفاده می‌کنند و معتقدند که عین به کالای محسوس اطلاق
 می‌گردد، اما با اضافه کردن قید معین و استفاده از اصطلاح «عین معین» نشان داده‌اند
 که همچنان تحت تأثیر تعریف و برداشت فقها از عین هستند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲).
 نتیجه تعریف فقهی از عین آن است که همه اقسام بیع (اعم از کلی، معین و مال آینده)
 از دیدگاه فقها تملیکی محسوب می‌شود. در عین حال، این سؤال قابل طرح است که
 آیا قرائت تملیکی از بیع پیش‌فروش به معنای انتقال قطعی و مستقر آن است؟ با مذاقه
 در آثار فقها می‌توان به این نتیجه رسید که از نظر آن‌ها:

«تملیک به معنای تسلیط بر عین، انحصاراً به صورت آنی نیست. بلکه اگر زمینه
 تملیک با ایجاب و قبول هم ایجاد گردد، به آن تملیک اطلاق می‌گردد؛ زیرا مالکیت
 عبارت است از رابطه اعتباری اختصاص یک موضوع به یک شخص که بیانگر
 حقانیت وی نسبت به تصرف در مملوک خود و جلوگیری از تصرف دیگران در آن
 است» (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۹۳).

لذا از نظر فقها، ملازمه‌ای بین تحقق مالکیت و وجود متعلق آن در خارج نیست. از
 دیدگاه فقها، مالکیت بیش از آنکه از أعراض خارجی باشد، امری ذهنی و از اعتباریات
 عقلی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۴/۱). از طرفی مال آینده معدوم مطلق نیست؛ بلکه
 دارای یک وجوب اعتباری است که جایگاه آن ذمه متعهد است (موسوی خمینی، ۱۴۰۴:
 ۱۷). در این صورت، شخص مالک چیزی می‌گردد که در چهارچوب توافق باید در
 آینده ایجاد گردد. لذا فقهای امامیه، نفس سلطه قانونی را مالکیت نامیده و آن را
 مختص به عین معین نمی‌دانند؛ بلکه آن را «سلطنتی اعتباری که توسط شارع مقدس و
 عقلاً ثابت است، تعریف نموده‌اند» (صفار، ۱۳۷۳: ۴۵).

با توضیحات فوق مشخص می‌گردد که در مکتب فقهی اسلام، مالکیت مفهوم
 گسترده‌ای دارد و منحصر در مبیع خارجی نیست؛ بلکه به مالی که ایجاد آن به ذمه

شخص منوط می‌گردد نیز اطلاق می‌شود و اگر ذمه مزبور نتواند مال مورد تعهد را ایجاد نماید، بیع به جهت فقدان موضوع، فاقد اعتبار است (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۰). در واقع، مالکیت از طریق یک خط اعتباری و فرضی، اشخاص را به اموال مرتبط می‌نماید و در این خط فرضی، تفاوتی بین معین بودن یا در ذمه بودن نیست. به عبارتی با توجه به اینکه مبیع، کلی و یا فعلاً ناموجود است، ظرف مال مزبور بر خلاف عین معین، ذمه است و خریدار در واقع مالک مافی الذمه فروشنده می‌شود؛ بی‌آنکه مالک چیزی در عالم خارج گردد. البته گروهی با نوعی رویکرد حمایتی و جانبدارانه معتقدند که پیش‌خریدار به صورت آنی و قطعی، مالک قسمتی از عرصه موجود می‌گردد (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۰۷). این گفته در صورتی صحیح است که قرارداد مشارکت به عنوان بستری که در آن پیش‌خرید انجام شده است، عرصه را تبدیل به واحد نماید. اما در صورتی که قرارداد مشارکت در ساخت بدون ایجاد موضوع مختومه گردد، مالکیت بر عرصه نیز زائل می‌گردد؛ به این دلیل آشکار که بر اساس مفاد قرارداد مشارکت در ساخت، پیش‌فروشنده حق انتقال عرصه را فقط با تعهد به ساخت واحدهای مورد نظر داشته و انتقال عرصه بدون عملی شدن موضوع قرارداد مشارکت، از شمول توافق و قصد و نیت متعاملین خارج است (همان: ۱۳۰). لذا هرچند که «انتقال حق عینی و از جمله مالکیت، یک عمل مجرد است که نیاز به ظهور خارجی ندارد و با صرف یک تحلیل و تشخیص ذهنی تصدیق می‌شود» (محسنی، ۱۳۸۲: ۶۰)، لیکن مالکیت اعتباری مزبور در نهایت باید تبدیل به وجود عینی گردد.

در بیع آپارتمان ساخته‌نشده به محض اتمام ساخت که «مبیع به صورت قطعی قابلیت تسلیم و تسلیم را داراست، مالکیت متزلزل، مستقر و تثبیت می‌گردد» (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۳۴). در واقع، «انتقال مالکیت به مجرد عقد، در صورتی مواجه با عدم قابلیت اجرا می‌شود که امکان مادی و عینی آن موجود نیست و به محض وجود عینی و مادی، مانع برطرف و انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد» (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۲۰). لذا بیع آپارتمان ساخته‌نشده عقدی است تملیکی که اثر آن یعنی تملیک به پیش‌خریدار، منوط به ایجاد و تولید نهایی مبیع است و تا حصول معلق علیه به تأخیر می‌افتد (افتخاری، ۱۳۸۲: ۴۲).

به هر حال بر اساس نظریات فقهی، عقد بیع در تمامی فروض آن تملیکی است و

در عین حال باید به این مهم توجه داشت که همزمان با عقد، حق عینی برای خریدار مال کلی فی‌الذمه قابل تصور نیست (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۰)؛ زیرا مالکیت بر مال آینده، یک سلطه و استیلا و به تعبیری دیگر، یک حق بر ذمه و یا یک حق دینی است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۹۲). از این مبحث نتیجه گرفته می‌شود که حتی با خوانش تملیکی از قرارداد پیش‌فروش، قبل از احداث واحد پیش‌فروش شده، نمی‌توان یک حق عینی برای پیش‌خريدار تصور نمود. بلکه فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، پیش از ایجاد حق عینی باعث از بین رفتن زمینه ایجاد عین و در نتیجه انفساخ قهری پیش‌فروش می‌گردد (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۱۶). در حقوق کشورهای عربی همانند سوریه، لبنان و لیبی نیز در صورتی که موضوع قرارداد در موعد مقرر، وجود خارجی پیدا نکند، آن بیع باطل است (شعاریان، ۱۳۹۱: ۸۳-۱۲۱).

۲-۲. ماهیت عقد پیش‌فروش از منظر حقوقی

از نظر حقوق دانان، مالکیت در معنای تام و واقعی خود، «فقط بر عین معین قابل تصور است و لذا در بیع کلی و یا ناموجود، تا عین موجود نشود، مالکیت محقق نمی‌شود» (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۹۱)؛ زیرا منظور واقعی از تملیکی بودن عقد بیع آن است که به مجرد عقد، مورد معامله همراه با انتقال اعتباری، در دنیای واقع نیز قابلیت نقل و انتقال را دارا باشد (صفایی، ۱۳۸۵: ۴۰/۲). به نظر شهیدی به جز بیع عین معین، تملیک نمی‌تواند در هنگام عقد صورت پذیرد؛ بلکه در موارد کلی، اثر عقد پیدایش تعهد به تسلیم و نه تملیک است و بالتبع انتقال مالکیت بعد از تعیین و ایجاد محقق می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴). به عقیده کاتوزیان نتایج عقد با در نظر داشتن اجرای آن، به دو گروه تقسیم می‌شود: آثاری که همراه با عقد و بلافاصله به وجود می‌آید و با نفوذ عقد ملازمه دارد و آثاری که به علت ویژگی‌های مربوط به آن‌ها، بر عهده یکی از طرفین یا هر دو باقی می‌ماند و به ذمه تعلق می‌گیرد. لذا وقتی که عقد تعهدی به وجود می‌آورد، صرفاً با اجرای آن کامل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۵۷/۱)؛ در نتیجه، تملیک مستقیم جایی صورت می‌پذیرد که مورد معامله عین معین باشد؛ لیکن در فرضی که عین کلی یا ناموجود است، تملیک (مسلط کردن فرد بر مال برای انجام هر گونه تصرفی که با مقتضای آن مال

سازگاری دارد) با تعیین مصداق آن از طرف مدیون و یا امکان تسلیم تحقق می‌پذیرد (همو، ۱۳۸۸: ۶۵/۲). بر این اساس، اگر مبیعی قابلیت انتقال آنی در لحظه عقد را نداشته باشد، بیع مربوط به آن نیز تملیکی نیست.

در همین راستا، به نظر شهیدی تعریف ماده ۳۳۸ برای عقد بیع جامع نیست و عقد بیعی را که موضوع آن کلی است، در بر نمی‌گیرد. به عقیده ایشان، در ماده ۳۳۸ عقد بیع به تملیک عین تعریف گردیده است؛ در صورتی که در همه انواع بیع، تملیک عین در زمان عقد نمی‌تواند صورت بگیرد، بلکه نتیجه بیع کلی و یا مال آینده صرفاً پیدایش تعهد یعنی تکلیف قانونی بر عهده فروشنده مال کلی است و انتقال مالیکت مبیع پس از تعیین صورت می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴). لذا ماده ۳۳۸ به موارد غالب ناشی از عقد بیع نظر داشته و یا منظور ماده این است که عقد بیع در هر صورت، هرچند با فاصله، منتهی به تملیک عین به عوض معلوم خواهد شد. هرچند ممکن است چنین تصور شود که اگر بیع آپارتمان ساخته نشده به عقدی غیر تملیکی تعبیر گردد، پیش فروشنده بعد از پیش فروش اولیه می‌تواند آن را به دیگری منتقل نماید و تنها باید پاسخگوی عهدشکنی خود باشد؛ زیرا بر اساس این رویکرد، پیش خریدار فاقد حق عینی بر ملک پیش خریداری شده است. لذا برای رفع اشکال مزبور، بیع پیش فروش را در حکم بیع معین می‌دانند. اما این ایراد به سهولت قابل رفع است؛ زیرا پیش فروشنده با پیش فروش ملک در واقع، زمینه ایجاد واحد را به پیش خریدار اول منتقل نموده و در نتیجه نمی‌تواند همزمان و یا بعد از آن پیش زمینه ایجاد عین را به دیگری منتقل نماید. در واقع، ذمه او در مورد احداث آپارتمانی با موقعیتی خاص و معین شده به پیش خریدار اولیه مشغول شده و نمی‌تواند همزمان آن ذمه را به دیگران نیز منتقل نماید؛ هرچند که برای پیش خریدار هم تا پیش از ایجاد عین، حق عینی به وجود نمی‌آید.

از توضیحات فوق چنین برمی‌آید که پیش فروش آپارتمان به طور همزمان واجد بعضی از عناصر و ویژگی‌های عین معین و کلی است و ظاهراً الحاق آن به مبیع کلی به صورت کامل امکان‌پذیر نیست؛ زیرا با تعیین مشخصات مکانی آپارتمان، ذمه وی به نوع مشخصی از مبیع تعلق گرفته است و با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سبب پیشین (تراضی) با ضمیمه شدن ساخت آپارتمان موجب

تحقق تملیک تام و مستقر گشته و قهراً به خریدار تعلق می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۷۸):

مگر اینکه قانون‌گذار در نوع خاصی از پیش‌فروش، همانند پیش‌فروش‌های رسمی براساس قانون پیش‌فروش ساختمان، تملک تدریجی را پذیرا گردد (یوسف‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۴). اما به طور کلی و در غیر از این موارد خاص، حق مالکیت تام پس از ایجاد مبیع انجام می‌پذیرد و هیچ‌گاه تملیک بر معدوم استوار نمی‌شود و به بیان دیگر، هرچند تملیک ناقص و غیر مستقر در مرحله ذهنی نیز می‌تواند ایجاد گردد (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵)، اما تملیک تام و مستقر در زمانی قابلیت تحقق دارد که مبیع به مرحله پیدایش عینی برسد. تنها اشکالی که تصور می‌شود، ایراد جدایی سبب از اثر است؛ زیرا ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبب (مالکیت) را به وجود آورد و تراضی قادر نیست که بین این دو ملازم منطقی فاصله اندازد. ولی ایراد مزبور ناشی از همسان‌پنداری امور تکوینی و اعتباری است؛ زیرا اصولاً در موضوعات اعتباری، کیفیت و زمان و شرایط تأثیر سبب را خالق اعتباری آن موضوع اعتباری معین می‌سازد. «در حقیقت 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 ساخت مبیع در آینده کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۷۵).

به هر حال در قرارداد مشارکت در ساخت که آورده طرف دوم قرارداد، احداث واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت است، پیش‌خریدار بلافاصله مالک تام و غیر متزلزل واحدهایی که در آینده قرار است ایجاد گردد، نمی‌شود؛ مگر اینکه پیش‌فروشنده اقدام به اجرای قرارداد نموده و واحدهای مزبور را ایجاد نماید؛ زیرا وقتی که مالکیت قطعی طرف دوم قرارداد (سازنده)، منوط و مشروط به اجرای قرارداد مشارکت در ساخت است؛ اصولاً نمی‌تواند بیش از این حق را به پیش‌خریدار منتقل نماید. به عبارتی اگر سهم خود را پیش‌فروش نماید، پیش‌خریدار حقیقی بیش از سازنده پیدا نمی‌کند. نمی‌توان حق سازنده را منوط و مشروط به ساخت واحدها قلمداد نمود، اما حق پیش‌خریدار سازنده را وابسته و معلق بر ساخت واحدها توسط سازنده ندانست (افتخاری، ۱۳۸۲: ۴۲)؛ زیرا اصولاً اعطاکننده حق نمی‌تواند بیش از حق خود را به دیگران منتقل نماید و به عبارتی فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن شیء باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷/۲).

علاوه بر این، در قرارداد مشارکت معمولاً قید می‌گردد که طرف دوم قرارداد باید نسبت به احداث واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت اقدام نماید و این امکان تا زمانی برقرار است که سازنده در قرارداد مشارکت، سمتی داشته است و بعد از بین رفتن سمت، امکان ساخت و تسلیم مبیع توسط او وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۳)؛ مگر اینکه مالک با پیش‌خریداران سازنده برای انتقال و تملیک واحد به توافق خاصی برسد. با این حال تحلیل قصد و نیت طرفین می‌تواند در این زمینه نیز راهگشا باشد.

۳. تحلیل قصد و نیت طرفین و تئوری مادر و جنین

با توجه به قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد»، قصد و نیت متعاملین نقش مهمی در ترسیم چهارچوب یک قرارداد دارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۶۳/۸) و به موجب اصل تراضی و یا اصل حاکمیت اراده بر طرفین قرارداد و یا قراردادهای تبعی و فرعی منبعث از قرارداد اصلی تحمیل می‌گردد (سنجولی و کیخا، ۱۴۰۰: ۱۹۴). پیش‌خریداری که با اتکاء به قرارداد مشارکت در ساخت، واحدی را از سازنده پیش‌خرید می‌نماید، باید بیش از هر چیزی به محدودیت‌ها و تکالیفی که قرارداد مشارکت در ساخت بر اساس اصل تراضی بر عهده سازنده گذاشته است، واقف گردد؛ زیرا همچنان که وی می‌تواند برای اثبات حق خود به حق سازنده در مورد پیش‌فروش واحد استناد نماید، لاجرم باید تکالیف و محدودیت‌های سازنده در قرارداد مشارکت را نیز پذیرا گردد.

در پیش‌فروش‌های انجام‌شده مقرر است که طرف دوم قرارداد با استفاده از فرصت قرارداد مشارکت در ساخت، واحد پیش‌فروش شده را به طور کامل ساخته و تحویل دهد که با فسخ قرارداد پیش از ساخت واحد، این امر به عنوان مبنای تراضی منتفی می‌گردد. در واقع ایجاد مالکیت برای پیش‌خریدار، فرع بر احداث بنای پیش‌فروش شده توسط پیش‌فروشنده است و بدون احداث بنای پیش‌فروش شده توسط متعهد و بایع، مالکیتی قابل تکوین نیست. در نتیجه چنین تحلیلی می‌توان گفت که اختصاص واحد ساخته‌نشده به سازنده و سپس تملیک آن به پیش‌خریدار، یا یک امر محال است و یا مستلزم تملیک واحدهای ساخته‌شده توسط مالک بعد از مختومه شدن قرارداد مشارکت در ساخت است که نوعی اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه است

(صدوق، ۱۴۱۳: ۹۶/۳)؛ زیرا اصولاً پیش‌فروش‌ها باید در بطن و ظرف قرارداد مشارکت، تبدیل به واحد شود.

اگر در ضمن قرارداد مشارکت، واحد پیش‌فروش شده به مرحله ایجاد واحد برسد و سپس قرارداد مشارکت فسخ گردد، پیش‌خریدار قهراً مالک واحد بوده و فسخ بعدی تأثیری بر آن ندارد. در حالی که تا قبل از ایجاد واحدهای موضوع قرارداد، عقد پیش‌خرید صرفاً یک قرارداد طفیلی و وابسته به قرارداد مشارکت محسوب می‌شود و پیدایش مبیع باید در بطن قرارداد مشارکت در ساخت صورت گیرد. اگر با انجام موفقیت‌آمیز قرارداد مشارکت، پیش‌خرید مال در ذمه پیش‌فروشنده، تبدیل به عین معین گردد، استقلال خود را نسبت به قرارداد مشارکت به دست می‌آورد و فسخ و یا مختومه شدن قرارداد مشارکت، تأثیری در آن ندارد و مشمول اصل عدم تأثیر قهقرایی فسخ می‌گردد. اما اگر قبل از پیدایش واحد پیش‌فروش شده، قرارداد مشارکت مختومه و حیات حقوقی خود را قبل از تحقق موضوع قرارداد از دست داد، امکان پیدایش ملک پیش‌فروش شده در چهارچوب قرارداد مشارکت که مبنا و پایه پیدایش و مشروعیت قرارداد پیش‌فروش است، منتفی می‌شود.

در واقع، قرارداد مشارکت به‌سان رحمی است که قرارداد پیش‌فروش در آن پرورش می‌یابد. اگر جنین مزبور (قرارداد پیش‌فروش) به مرحله تولد و حیات مستقل برسد (واحد پیش‌فروش ایجاد گردد)، فسخ بعدی قرارداد مشارکت در ساخت، در آن تأثیری ندارد و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی حاکم بر مسئله است. اما اگر قرارداد مشارکت در ساخت در مرحله قبل از تحقق کامل پیش‌فروش که به مثابه رشد جنین در رحم مادر است، مختومه شود، امکان ایجاد واحد (تولد جنین) در قالب و بستر مزبور که از شروط مورد تراضی در قرارداد مشارکت در ساخت است، منتفی می‌گردد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۱۰). با این حساب، اثر قید زمان در قرارداد مشارکت آن است که در صورت عدم هیچ‌گونه اقدامی در مدت زمان قرارداد مشارکت، قرارداد مذکور سالبه به انتفاء موضوع می‌گردد؛ زیرا زمان در قرارداد مشارکت در ساخت، یا موضوعیت دارد یا لااقل یکی از ارکان و شرایط مهم آن است. قید زمان پایان قرارداد مشارکت، واجد این اثر است که طرف دوم قرارداد باید در ظرف زمانی معهود، آورده خود را محقق کند تا بتواند از منافع قرارداد

مشارکت بهره ببرد. بر اساس نظریه شماره ۴۱۳۳/۷ - مورخ ۱۳۸۷/۷/۶ اداره حقوقی
قوة قضائیه:

«با توجه به قصد و اراده طرفین در زمان عقد قرارداد احداث بنا در زمان معین، اگر سازنده در مهلت تعیین شده موفق به اخذ پروانه نشود، احداث آن سالبه به انتفای موضوع است و سازنده نمی‌تواند الزام مالک به تحویل ملک و احداث ساختمان را خواستار شود».

به عقیده این نوشتار، قصد و نیت طرفین قرارداد مشارکت و پیش‌خریداران قرارداد مشارکت، با استفاده از تئوری عقد معلق نیز قابل توضیح است.

۴. تئوری عقد معلق و انطباق آن با قراردادهای پیش‌فروش

در قرارداد پیش‌فروش در مرحله قبل از ایجاد مبیع، یک مالکیت ناقص وجود دارد که به اعتبار احتمال تحقق ساخت کامل و قابل بهره‌برداری در آینده دارای ارزش است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۳۱). بر اساس توضیحات پیشین نیز حق مالکیت پس از ایجاد مبیع، به طور قطعی منتقل می‌گردد و بر معدوم مستقر نمی‌شود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۲۵). لذا برای توصیف ماهیت بیع پیش‌فروش آپارتمان می‌توان از تئوری عقد تملیکی معلق نیز بهره برد. در این نوع بیع، قصد انشاء بدون هیچ تعلیقی بیان می‌شود، لکن ثمره و محصول انشاء، موقوف به تحقق امر خارجی است؛ زیرا اصولاً حق مالکیت پس از ایجاد مستقر می‌گردد (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵).

به عبارتی، هر عقدی متشکل از دو مفهوم است: تشکیل عقد، و تأثیر آن. به محض اینکه یک عقد منعقد گردد، مفهوم تشکیل بر آن صادق است؛ اما تشکیل عقد الزاماً به معنای ایجاد اثر عقد نیست، بلکه گاهی نفس عقد زمینه تملیک را فراهم می‌نماید (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۲۷) و ممکن است میان تشکیل و تأثیر عقد فاصله افتد. عقد بیع پیش‌فروش با اراده طرفین به وجود می‌آید، اما اثر حقوقی آن مستلزم ایفاء تعهد ساخت آپارتمان است (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۱۹). در نتیجه، تملیک همیشه به معنای نقل ملک فعلی متعلق به فروشنده نیست، بلکه با ایفاء تعهد و استحصال، واحد پیش‌فروش شده لااقل برای یک لحظه در مالکیت بایع وارد و متعاقباً به پیش‌خریدار تملیک می‌شود. لذا در

پیش فروش به عنوان یک عقد معلق، عقد صرفاً با ایجاب و قبول به اتمام نمی‌رسد؛ بلکه ایجاب و قبول، آغاز یک فرایند است و تملیک مستلزم انجام تعهد توسط فروشنده است (ماده ۳۶۱). بر این اساس، بیع شیء آینده‌ای که در قالب یک شیء معین و مشخص ظهور خواهد کرد، عقدی تملیکی است که اثر آن (تملیک مبیع به مشتری و تملیک ثمن به بایع) بر اساس خصیصه معاوضی بودن آن و فعلیت نداشتن مبیع در هنگام عقد، معلق بر ایجاد و تولید نهایی مبیع است و تا حصول معلق‌علیه به تأخیر می‌افتد. با توضیحات مزبور، جایگاه اصل عدم تأثیر فسخ بر حقوق ثالث در قرارداد مورد بحث نیز مورد خدشه و آسیب واقع می‌گردد.

۵. تحلیل قاعده عدم تأثیر فسخ بر حقوق ثالث

در برخی نظام‌های حقوقی، فسخ باعث انحلال زمان قرارداد از ابتدای انعقاد می‌گردد؛ اما در نظام حقوقی کشور ما به عنوان یک قاعده کلی، فسخ ناظر به زمان آینده و بعد از فسخ است و نسبت به گذشته بی‌تأثیر است که به آن اصل عدم قهقرایی فسخ گفته می‌شود (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۲۶).

هرچند که فلسفه وجودی فسخ، بازگرداندن وضعیت حقوقی طرفین معامله به قبل از فسخ است، اما اقتضاء قاعده تسلیط آن است که تصرفات مالک در ملکش محترم باشد و فسخ معاملات قبلی آن را تهدید نماید (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱/۴۶۵). به عبارتی، ممکن است متعاملین معامله‌های قبلی به هر دلیلی تصمیم به فسخ معامله خود بگیرند؛ این موضوع اصولاً نباید موجب تزلزل معاملات بعدی گردد. با این حال، استناد به اصل مزبور زمانی میسر است که قراردادهای بعدی نسبت به قرارداد پیشین مستقل باشند. اما حقوق ثالث در قرارداد مشارکت در ساخت، ناشی از حق سازنده است. به عبارتی دیگر، ابتدائاً باید حق مستقری برای سازنده ایجاد گردد تا او امکان انتقال آن به پیش خریداران خود را دارا باشد (صحرائی، ۱۳۹۷: ۴۹). اما زمانی که ایجاد حق برای سازنده که نسبت به شخص ثالث اصل محسوب می‌شود، مبتنی بر شرطی به نام ساخت واحد و در واقع یک حق متزلزل است، به تبع آن، پیش خریدار که فرع بر سازنده است، نمی‌تواند بدون اثبات و احراز شرایط استقرار حق اصیل (سازنده)، ادعای استقرار حق مزبور را داشته

باشد (زندى، ۱۳۹۰: ۷۳). در نتیجه، عدم تأثیر فسخ بر حق ثالث به عنوان یک اصل است. لیکن زمانی که حق فروشنده اصلی متزلزل و منوط به تحقق شرایطی است، وی صرفاً امکان انتقال همان حق مشروط خود را به دیگری دارد (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲) و پیش‌خریدار نیز مبیع آینده‌ای را خریداری می‌نماید که ایجاد آن بر اساس قرارداد مشارکت در ساخت، در زمره تکالیف انحصاری سازنده است و نمی‌تواند به اصل عدم قهقراى فسخ تمسک نماید. با این توضیح، ناکارآمدی اصل صحت قراردادها در اثبات تنفیذ قراردادهای پیش‌فروشی که قرارداد پایه (قرارداد مشارکت در ساخت) نافرجام مانده است نیز آشکارتر می‌گردد.

۶. کاربرد اصل صحت قرارداد در تنفیذ قراردادهای پیش‌فروش و تبیین قانون پیش‌فروش ساختمان

اگر بعد از انعقاد قرارداد به هر دلیلی، شک و تردید ایجاد شود که آیا قرارداد منعقدشده صحیح است و یا خیر، با استناد به اصل صحت قراردادها تعیین تکلیف می‌گردد. با این حال، اولاً کاربرد اصل صحت قرارداد مربوط به لحظه انعقاد قرارداد است (زندى، ۱۳۹۰: ۴۷۸). اما در قراردادهای مستمر که باید مفاد آن در طول زمان اجرا شود، اصل صحت ابتدایی، به تنهایی تضمین‌کننده به سرانجام رسیدن آن نیست (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۵۴/۵). ثانیاً اگر کشف شود که قراردادی بعد از انعقاد فاقد موضوع بوده است و یا موضوعی که باید در طی زمان ایجاد می‌شد، به سرانجام نرسیده است، اصل صحت قرارداد به تنهایی برای اعتبار عقد کافی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۵/۴). ثالثاً به اقتضای قاعده «الأصل دلیل حیث لا دلیل له»، این اصل تا جایی کاربرد دارد که دلیل واضح و معتبری برای بی‌اعتباری عقد منعقدشده، موجود نباشد؛ در حالی که در مانحن‌فیه، موضوع قرارداد مشارکت و قراردادهای پیش‌فروش محقق نشده است.

در واقع تسلط بر موضوع معامله در بیع عین معین، می‌تواند به صورت آنی محقق گردد و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی که در مورد عدم تأثیر فسخ بر قراردادهای قبلی است، ناظر به این دسته از عقود است. اما در پیش‌فروش، پیش‌خریدار الزاماً برای تسلط

مادی (و نه حقوقی) بر عین باید به انتظار ایجاد و احداث آن بماند. حتی از نظر تصرف حقوقی، ملک پیش خریداری شده نیز با محدودیت‌هایی همراه است؛ مثلاً قابلیت به رهن گذاشتن یا اجاره دادن را ندارد؛ زیرا بسیاری از تصرفات حقوقی هم مستلزم تعیین خارجی ملک پیش خریداری شده است. در واقع، ارزش ملک پیش خریداری شده بیشتر به زمینه فراهم شده برای ایجاد آن است که نوعی امتیاز مالی هرچند ناقص محسوب می‌شود (نونین و خواجه‌پیری، ۱۳۸۲: ۲۵/۶).

از طرفی، عنوان پیش فروش‌ها در قرارداد موصوف عبارت است از پیش فروش‌های قرارداد مشارکت در ساخت. این جمله اولاً بدین معناست که مجوز قانونی و قراردادی این پیش فروش‌ها ناشی از قرارداد مشارکت در ساخت است. ثانیاً اعتبار و استقرار این پیش فروش‌ها نیز به استقرار و عملیاتی شدن قرارداد مشارکت در ساخت وابسته است (حق‌شناس، ۱۳۹۶: ۶۴). ثالثاً تمامی اختیارات و محدودیت‌های مصرح سازنده در قرارداد مشارکت، بر پیش خریدار تحمیل می‌گردد. از جمله محدودیت‌ها مدت زمان مشخص شده برای ایجاد واحد است.

با توجه به اینکه زمین اصالتاً از آن مالک است و آورده او در پروژه نقد است، در نتیجه مالک، یک حق بالفعل و قطعی دارد. اما در مقابل سازنده که آورده او «سرمایه‌گذاری» و «احداث واحدها» است؛ یک حق متزلزل و غیر قطعی دارد. اگر نامبرده از انجام تعهد خود که مبنای ایجاد سهم‌الشرکه است، خودداری نماید، حقی برای او در ملک مورد نظر تثبیت و مستقر نمی‌شود. در نتیجه، تعهد سازنده بر احداث بنا، پیش شرط و مبنای ایجاد حق برای او محسوب می‌گردد و هر زمانی که تعهد مزبور منتفی گردد، به تبع آن، حق سازنده در پروژه هم منتفی می‌گردد. حق سازنده ناشی از سرمایه‌گذاری اوست و او درصدی معلوم از سرمایه محقق شده خود را در پروژه مالک می‌گردد و هیچ حق دیگری افزون بر آورده و سرمایه محقق شده توسط خود او در پروژه برایش قابل تصور نیست.

البته بعضی عقیده دارند با توجه به اینکه ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر کرده است: «پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌گردد»، در اولین قسط واریزی، یک حق قطعی برای پیش خریدار

ایجاد می‌شود که فسخ بعدی حتی پیش از اجرای قرارداد مشارکت نمی‌تواند در آن خللی وارد نماید. با این حال، این شبهه نیز قابل رفع است؛ زیرا در ادامه همان ماده، لازمه فرض مزبور نیز بیان شده است: «در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان با تأیید مهندس ناظر...، پیش‌خریدار می‌تواند خواستار تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود گردد». به عبارتی، قید «پایان مدت پیش‌فروش و اتمام ساختمان» نیز لازمه چنین درخواستی است و بر اساس آن لازم است که سازنده، احداث ساختمان پیش‌فروش شده را تا پایان مدت قرارداد پیش‌فروش به اتمام رساند. اما در صورتی که عملیات احداث ساختمان توسط پیش‌فروشنده به سرانجام نرسد، امکان تنظیم سند رسمی انتقال ساختمانی که موجود نیست و یا توسط پیش‌فروشنده ایجاد نشده، وجود ندارد. علاوه بر این، بر اساس ذیل ماده ۱ همان قانون، اختصاص حق پیش‌فروش به سازنده، در «ازاء سرمایه‌گذاری» اوست و بدون سرمایه‌گذاری (عوض)، معوضی به سازنده تعلق نمی‌گیرد که امکان انتقال آن را به دیگری داشته باشد. ماده ۱۴ قانون پیش‌فروش نیز به طور واضح این برداشت را تقویت می‌نماید. بر اساس این ماده:

«در صورت انجام کامل تعهدات از سوی پیش‌خریدار، چنانچه پیش‌فروشنده تا زمان انقضای مدت قرارداد موفق به تکمیل پروژه نگردد، با تأیید مهندس ناظر ساختمان مبنی بر اینکه صرفاً اقدامات جزئی تا تکمیل پروژه باقی مانده است (کمتر از ده درصد (۱۰٪)) پیشرفت فیزیکی مانده باشد، پیش‌خریدار می‌تواند با قبول تکمیل باقی قرارداد، به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید و خواستار تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود گردد».

بر اساس این ماده، پیش‌فروشنده باید موفق به تکمیل عرفی ساختمان پیش‌فروش گردد تا با ایجاد حق عینی بر پیش‌خریدار، امکان انتقال قانونی آن میسر باشد. با این توضیحات، در پیش‌فروش ابتدائاً زمینه ایجاد عین به وجود می‌آید و افراد بر اساس زمینه مزبور، اقدام به خرید و فروش می‌نمایند (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵). اما اگر در طول اجرای تعهد مشخص گردد که زمینه مزبور، توانایی ایجاد مبیع پیش‌خریداری شده را ندارد، آن بیع منفسخ است. مفقود شدن زمینه مزبور ممکن است ناشی از دو علت مادی و یا حقوقی باشد. علت مادی مانند اینکه زمین مزبور نشست نماید و امکان

ساخت‌وساز در آن میسر نباشد. علت حقوقی همانند اینکه سازنده‌ای که متعهد به ایجاد واحد گردیده است، از حق ساخت واحد در مدت زمان معین شده استفاده نکند و قرارداد مشارکت مختومه گردد. در واقع در بیع پیش‌فروش، هرچند تملیکی نامیده شود، عقد کامل و تمام‌شده نیست؛ زیرا هنوز موضوع به وجود نیامده است. زمانی پیش‌فروش تبدیل به عقد کامل می‌شود که موضوع آن یعنی «احداث واحد» محقق گردد. اگر تا زمان فسخ، امر مزبور محقق نگردد، بعد از فسخ نیز امکان تحقق موضوع توسط سازنده منتفی می‌شود؛ زیرا سازنده سمت قانونی و قراردادی را در قرارداد مشارکت در ساخت از دست می‌دهد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۷۰).

نتیجه‌گیری

رویه قضایی در زمینه آثار حقوقی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر پیش‌فروش‌های قبلی، سردرگم و مبهم است و ظاهراً سایه سنگین نظریه تملیکی بودن بیع و اصل عدم قهقروایی فسخ، بر تصمیم‌گیری قضایی عادلانه و منطبق با ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و پیش‌فروش‌های انجام‌شده حاکم است. در حالی که تحلیل دقیق ماهیت بیع پیش‌فروش و ارکان قرارداد مشارکت در ساخت از منظر فقهی - حقوقی در این زمینه می‌تواند راهگشا باشد. پیش‌فروش آپارتمان ساخته‌نشده از این حیث که تملیک نهایی آن مستلزم ایفاء تعهد از طریق اقدام به ساخت توسط پیش‌فروشنده است، در زمره بیع کلی فی‌الذمه قرار می‌گیرد و هرچند که در هنگام معامله، عرصه موجود است، اما در قرارداد مشارکت در ساخت، اجازه انتقال عرصه به سازنده انحصاراً به شرط ساخت داده می‌شود. از طرفی، قرارداد مشارکت در ساخت بر خلاف عقود مصرح تمثیلی در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی (که با ذکر مواردی همانند مبیع به اجاره یا به رهن داده شود، راجع به تأثیر فسخ بر عقود آنی پیشین است)، یک قرارداد عهدی و در عین حال مستمر است که ایجاب و قبول اولیه تنها زمینه و اقتضاء تملیک را موجب می‌شود که باید در مدت معهود به سرانجام رسد (خوبیاری و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۱۴) و قبل از پیدایش آپارتمان، با مانع حقوقی به نام فسخ ناشی از عدم اجرای قرارداد مشارکت در ساخت مواجه نگردد. در حالی که با مختومه شدن قرارداد مشارکت پیش از احداث واحدهای

پیش‌فروش شده و به تبع آن از دست رفتن سمت سازنده در پروژه و متعذر شدن وفای به مضمون قرارداد، بیع صورت گرفته بدون موضوع تلقی شده (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۵/۵) و بر اساس مواد ۲۱۴، ۲۲۰، ۳۴۸، ۳۶۱، ۳۶۲، ۳۶۷، ۳۶۹ و ۳۷۰ قانون مدنی که متأثر از فقه امامیه است، فاقد اعتبار قانونی است.

در واقع، مفاد قاعده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقط راجع به التزام به نتیجه و هدف عقد نیست؛ بلکه عمل به شرایط و مفاد تراضی برای وصول به نتیجه و هدف عقد نیز در قاعده مزبور مطمح نظر است. وقتی که در قرارداد مشارکت در ساخت، پیدایش حق برای طرف دوم قرارداد، در قبال سرمایه‌گذاری و ساخت واحدهای مورد نظر قرارداد است، ولی نامبرده به تعهداتی که مبنای ایجاد حق فروش واحدهاست، عمل نمی‌نماید، چگونه می‌توان با استفاده از خصیصه تملیکی بودن بیع و سایر اصول فقهی - حقوقی و بدون در نظر داشتن مفاد قرارداد مشارکت در ساخت، پیش‌فروش‌های انجام‌شده را تنفیذ و در هر حال حکم به تسلیم واحدهایی داد که سازنده اقدام به ساخت آن نکرده است؟ در حالی که مفاد بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی در مورد تملیک آنی مبیع، «ناظر به موردی است که مبیع عین معین باشد و قابلیت تملیک را داشته باشد. اما در بیع کلی و یا پیش‌فروش مال آینده، تحقق تملیک منوط به تعیین و یا ایجاد مصداق است» (همو، ۱۳۸۳: ۳۰۶). به عبارتی، احداث واحد پیش‌فروش شده در ظرف زمانی معهود، مقدمه واجب و وجوب تملیک مبیع به پیش‌خریدار است و از نظر عقلی و شرعی، تحقق ذی‌المقدمه بدون تحقق مقدمه که لازم و ملزوم یکدیگرند، امکان‌ناپذیر است.

در مجموع علی‌رغم اختلاف ظاهری فقها و حقوق‌دانان در مورد تعریف عقد تملیکی می‌توان گفت که به عقیده هر دو گروه، در فروش مال کلی یا آینده، زمینه تملیک نهایی و مستقر ایجاد می‌شود. اگر سازنده از فرصت مقرر استفاده کند و زمان قرارداد مشارکت در ساخت به اتمام برسد، زمینه ایجاد مبیع تفویض شده و شخصاً باید پاسخگو باشد؛ زیرا در وضعیت مزبور، قاعده فقهی «البطلان کل عقد بتعذر الوفاء به» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۵)، حاکم بر موضوع است که بعضی از حقوق‌دانان آن را به انفساخ قهری تفسیر می‌نمایند (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۱۶). پیشنهاد مشخص این نوشتار، آن است که در قانون پیش‌فروش ساختمان، آثار فسخ قرارداد مشارکت در ساخت پیش

از اجرای عرفی آن، که موجب انفساخ قهری پیش‌فروش‌های سازنده می‌گردد، به‌صراحت بیان گردد تا پیش‌خریداران سهم سازنده، از ریسک موجود در پیش‌خرید خود مطلع گردند و با اعتبارسنجی کامل پیش‌فروشنده و ارزیابی توانایی او در ایفاء تعهدات موضوع قرارداد مشارکت در ساخت، از پیش‌خریدهای نافرجامی که موجب تضرر آن‌ها و افزایش پرونده‌های مربوطه در دادگستری می‌شود، پیشگیری گردد.

کتاب‌شناسی

۱. افتخاری، جواد، حقوق مدنی (۳)، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲. بنی‌هاشمی، سیدمهدی، انحلال و ابطال قرارداد در شرایط عمومی بیمان، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۶ ش.
۳. پیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶ ش.
۴. جیبی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵. چگنی، مهدی، و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره دوازدهم، شماره ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۶. حق‌شناس، فرهاد، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، سندج، علمی کالج، ۱۳۹۶ ش.
۷. خوبیری، حامد، محمدرضا طباطبایی، علیرضا آرش‌پور، «بررسی جریان احکام فضولی در عقود عهدی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره دوازدهم، شماره ۲۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۸. رحیمی، حبیب‌الله، و نسرین خدارحمی، «مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه قضاوت، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۹. زارعی، رضا، و لیلیا رحیمی، «بررسی فقهی حقوقی تأثیر فسخ معامله مینا بر معاملات تملیکی متعاقب»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۱۰. زندی، محمدرضا، بیع (۸۸-۸۳): رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۱. سنچولی، زینب، و محمدرضا کیخا، «نقد و تحلیل قول مشهور و قانون مدنی در بیع فضولی مبتنی بر قاعده "العقود تابعة للقضود"»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره سیزدهم، شماره ۲۴، پاییز و زمستان ۱۴۰۰ ش.
۱۲. شعاریان، ابراهیم، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش؛ موانع حقوقی و فقهی - راهکارها»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶؛ عقود معین ۱ (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. صحرایی، محمد، زمان انتقال مالکیت در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، چاپ دوم، تهران، بهنامی، ۱۳۹۷ ش.
۱۵. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد دوم)؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل‌البتین، لاجاء التراث، بی‌تا.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه‌المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۲۰. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۲. غریبه، علی، و ناصر مسعودی، «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع»، *فصلنامه فقه حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۲۳. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی‌طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. قاسمی، محسن، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۸۲ ش.
۲۵. قبولی درافشان، سید محمد هادی، *مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس*، تهران، شلاک، ۱۳۸۶ ش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (جلد اول)*، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۲۷. همو، *دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد پنجم): انحلال قرارداد*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۲۸. همو، *دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد چهارم): اجرای قرارداد*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۲۹. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۳۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. لطفی، اسدالله، *سلسله مباحث فقهی، حقوقی؛ عقد بیع*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۳۳. مصطفوی، سید محمد کاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۴. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *زبدة الاحکام*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳۷. همو، *کتاب البیع*، تقریر خرم‌آبادی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۸. نوین، پرویز، و عباس خواجه‌پیری، *حقوق مدنی (۶)؛ عقود معین (یک)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۳۹. هاشمی، سید حسین، *انحلال قراردادها در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۴۰. یوسف‌زاده، مرتضی، *حقوق مدنی ۶؛ عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.