

انتقال مالکیت در بیع مال آینده

دکتر محمدرضا پیرهادی*

چکیده

مبیع در عقد بیع از جنبه‌های مختلف می‌تواند وضعیتهای متفاوتی داشته باشد، که صحت یا عدم صحت این گونه قراردادهای تحت عنوان بیع، نیاز به بررسی و استدلال دارد. یکی از این جنبه‌ها، موجود بودن مالی است که فروخته می‌شود. چنانچه مبیع، در زمان عقد وجود خارجی نداشته باشد بلکه در آینده توقع ظهور آن برود، مثل محصولات کشاورزی که قبل از ظاهر شدن و به دست آمدن خرید و فروش می‌شوند، یا کالایی که سفارش ساخت آن از سوی خریدار (سفارش دهنده) به فروشنده (صنعتگر) داده می‌شود. چگونه می‌توان بر صحت چنین معاملاتی تحت عنوان بیع، استدلال کرد، موضوع مقاله حاضر است که با کنکاشی در حقوق ایران، انگلیس و برخی کشورهای عربی چون مصر، به این امر پرداخته شده است.

کلید واژه‌ها: مال آینده، بیع آیندان، کلی فی الذمه، کلی در معین، کالای غیر

معین.

مقدمه

از مباحث مطرح شده در انتقال مالکیت کالای آینده برمی آید که مال آینده در نظامهای مختلف حقوقی غالباً در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر مورد توجه و بررسی قرار گرفته است.

بیع محصولات کشاورزی ممکن است گاه به صورت سلم و کلی فی الذمه صورت گیرد و از این جهت که مال در آینده ایجاد می شود، «بیع مال آینده» یا «بیع آیندان» تلقی شود. در این حالت فروشنده محدودیتی ندارد و از نوع مبیع با اوصاف قراردادی می تواند تحصیل کند و به خریدار تحویل دهد. با دقت در مباحثی که فقهاء و صاحب نظران حقوقی طرح شده است، در می یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی را می فروشد. در نتیجه آن محصول به آن معامله مربوط و مختص آن بیع و آن خریدار می شود. در این خصوص دو حالت متصور است:

(۱) هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ مورد نظر ظاهر نشده و در این حالت اقدام به فروش شود،

(۲) محصول ظهور یافته و به اصطلاح، بدو صلاح و حاصل نما شده باشد که در فقه تحت عنوان بیع اثمار از آن بحث شده است.

در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه موضوع معامله مال آینده به صورت کلی فی الذمه (مثلاً از تولیدات آینده یک خط تولید) است و گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، کالایی صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می شود. از طرفی این مصنوعات بشری ممکن است از اموال منقول یا غیر منقول باشند. مصنوعات (منقول) که به صورت سفارش خاص خریدار صرفاً و منحصرأ برای او ساخته می شوند، در فقه عنوان «بیع استصناع» را به خود اختصاص داده و مصنوعات غیر منقول سفارشی و منحصر خریدار نیز غالباً در قالب بیع آپارتمانهای ساخته نشده مورد بررسی قرار گرفته اند. بنابراین در گفتار اول از این مقاله به تعریف بیع مال آینده و سپس طی دو

گفتار بعدی، به مطالعه و بررسی بیع مال آینده به صورت عین شخصی و بیع مال آینده به صورت عین کلی، می‌پردازیم.

گفتار اول - تعریف بیع مال آینده

بیع مال آینده، بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد ولی بایع تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد. مانند نجاری که یک دست مبل می‌فروشد که دو ماهه تحویل دهد. این مبلیها باید در آینده ساخته شوند و تاریخ «تشخص مبیع» بعد از وقوع بیع است [۱، ج ۱، ص ۹۲۸].

در بیع مال آینده (Vente De Chose Futures) نیز ممکن است زارعی تعهد کند صد من گندم سال جاری مزرعه معینی را در برابر مبلغ معین به مشتری منتقل کند. در این مورد نیز زمان تشخیص یافتن مبیع پس از زمان انعقاد بیع است [۲، ج ۳، ص ۶۳].

بیع مال آینده در حقوق انگلیس تحت عنوان Sale of Future Goods^۱ [۳، ص ۳۲۹] و در حقوق کشورهای عربی تحت عنوان «بیع الاشياء المستقبله» [۴، ص ۱۶۶، ۵، ص ۳۶] بررسی شده است.

با توجه به مباحث مطرح در نظامهای حقوقی مختلف، مبیع آینده غالباً یا بعداً تولید و ساخته می‌شود و یا نظیر محصولات کشاورزی در آینده به زیر کشت رفته و رشد و نمو می‌یابد. در برخی نظامهای حقوقی، معامله پشم گوسفند که بعداً رشد و نمو می‌یابد و یا شیر گاوهای متعلق به بایع که در آینده حاصل می‌شود نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح شده است [۶، صص ۲۱۹-۲۱۷، ۷، ص ۲۳۹].

1 - P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, The Sale Of Goods, 10Th ed, LongMan Pearson Education, London, 2001 p.339

- الدكتور محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع - التأمین (الضمان) - الايجار (دراسة مقارنة)، منشورات الطبى، الحقوقية، بيروت - لبنان، ۲۰۰۵، ص ۱۶۱ - دکتر عبدالرزاق احمد السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، (۲) محل العقد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الطبى الحقوقية، بيروت - لبنان، ۱۹۹۸، ص ۲۱

از طرفی در بیع مال آینده گاه کالای مورد معامله کالایی است که به محض به وجود آمدن مختص آن معامله است و مبیع حالت سفارش شخصی و معین دارد و امکان تعیین و تخصیص آن برای اشخاص دیگر منتفی است و با ایجاد کالای مزبور، موضوع بیع مال آینده معین و مشخص می‌شود. گاهی نیز مورد معامله در آینده کامل می‌شود اما صورت نوعیه اولیه آن یا بخشی از آن در حین عقد وجود دارد. مثل بیع محصولات یک مزرعه یا باغ خاصی که بعد از بدو صلاح و حاصل نما شدن موضوع معامله قرار می‌گیرد. گاهی مال آینده حالت کلی دارد و با آن که در آینده ایجاد می‌شود از آن جا که منحصر به موضوع معامله نیست، باید بخشی از کالای کلی آینده برای معامله مال آینده تعیین شود.

در حقوق انگلیس، یکی از اقسام کالای غیر معین (Unascertained goods) کالایی است که موجود نیست و ساخته یا محصولی کشاورزی است که توسط بایع تولید خواهد شد. همچنین کالای آینده شامل کالایی است که موجود است اما هنوز مال فروشنده نیست و غالباً به صورت کلی در زمه که در زمان عقد در ملکیت دیگران موجود است، مورد معامله قرار می‌گیرد. در هر حال کالای آینده کالای معین نیست [۳، ص ۳۴۶]. در توجیه قسمت اخیر (یعنی کالای آینده ای که موجود است) می‌توان گفت از این جهت کالای آینده محسوب شده است که در آینده معین می‌شود و نظر به وجود مال در زمان عقد نیست. در نتیجه تعریف بیع مال آینده در نظام حقوقی مار الذکر، متفاوت و قلمرو شمول آن (با تداخل مفهوم غیر معین بودن با مفهوم کالای آینده) دگرگون می‌شود. مال آینده شامل کالایی که موجود است ولی هنوز ملک فروشنده نیست نیز خواهد شد.

در حقوق انگلیس انتقال مالکیت کالای آینده مشمول حکم بند ۱ قاعده ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ است که مقرر می‌دارد: «جایی که یک قرارداد بیع کالای غیر معین یا مال آینده از طریق توصیف منعقد می‌شود و کالا با آن اوصاف و در وضعیت قابل تحویل به طور غیر مشروط به قرارداد اختصاص می‌یابد؛ خواه توسط فروشنده با رضایت خریدار یا توسط خریدار با رضایت فروشنده بلافاصله مالکیت کالا به خریدار منتقل می‌شود. این رضایت ممکن است صریح یا ضمنی باشد و

ممکن است قبل یا بعد از عمل تخصیص کالا داده شود». در خصوص وضعیت قابل تحویل به طور غیر مشروط و رضایت متعاقدين نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که مفاد این بند تمایزی بین فروش کالای آینده که به صورت کلی مورد تعهد قرار می‌گیرد با حالتی که تهیه محصول از محل خاصی منحصرأ برای مشتری معامله می‌شود و یا شئی آینده خاصی به طور منحصر به خریدار فروخته می‌شود، قایل نشده است. اما رویه قضایی همان‌طور که در پرونده Howell V. CoupLand (1876) (در معامله محصول گوجه فرنگی از بوته‌های موجود در قطعه زمین خاصی) مطرح شده چنین مواردی را متمایز کرده است. لذا در فروش محصولات کشاورزی نیز دو حالت متصور است یکی اینکه به صورت کلی فی الذمه معامله شوند و دیگر این که محصول مزرعه خاصی مورد معامله قرار گیرد.

در حقوق مصر، بیع مال آینده تحت عنوان «بيع الاشياء المستقبله» بحث شده است. اراده متعاقدين می‌تواند به وقوع بیع، نسبت به شئی که بعداً بوجود می‌آید و ایجاد آن در آینده ممکن است، تعلق گیرد. ماده ۱/۱۳۱ قانون مدنی مصر در خصوص جواز آن، مقرر داشته است: «جایز است که محل التزام شئی آینده باشد». ماده ۲/۱۸۸ قانون موجبات و عقود لبنان نیز مقرر می‌دارد: «جایز است که موضوع عقد شئی آینده باشد». این نصوص قانونی متضمن قاعده عامی در جواز بیع اشیاء آینده است. در مورد بیع اشیاء آینده در حقوق مصر به مثالهایی چون: بیع مقدار معینی از محصولات یک صنعتگر قبل از آن که وی شروع به ساخت کند، بیع محصول قبل از ظهور آن یا حتی قبل از زرع آن و همچنین بیع منزل قبل از بنا شدن آن، اشاره شده است [۴، ص ۱۶۶، ۵، صص ۴۰-۳۹].

همچنین وقتی مبیع شئی آینده است به حسب اراده متعاقدين، بیع صور مختلفی خواهد داشت. گاه اراده متعاقدين به التزام مشتری به پرداخت ثمن صرف نظر از وجود مبیع یا عدم آن تعلق می‌گیرد. در نتیجه مشتری در خصوص وجود ذات مبیع، بی پروا و سهل انگار (مجازف) است. مثال در این خصوص بیع صیاد نسبت به ماهی‌هایی است که از تور ماهیگیری او به دست خواهد آمد و اراده متعاقدين بر این است که ولو تور ماهیگیری به طور کلی خالی از ماهی خارج شود، ثمن پرداخت شود و بیع در

این حالت با آن که از عقود غرری است ولی معتبر است و این عقد در قانون مصر صحیح محسوب شده و موسوم به «بیع بات» است [همان قبلی].
 به علاوه گاه بی پروایی و سهل انگاری در مقدار مبیع است، به صورتی که خریدار ملتزم به ثمن متفق علیه می‌شود، صرف نظر از مقدار مبیع یا کمیت آن. در این حالت اعتبار بیع معلق بر شرط تعلیقی است و آن وجود مبیع در آینده است. اگر مبیع به وجود آید شرط محقق و بیع تمام است و مقدار مبیع هر چه باشد مشتری ملتزم به ادای ثمن است. اما اگر مبیع به وجود نیاید بیع نیز معدوم و مشتری ملتزم به پرداخت ثمن نخواهد بود [۸، ص ۴۶].

در حقوق مصر نیز تقسیم بیع مال آینده به بیع مال آینده به صورت عین شخصی (منحصر برای خریدار) و به صورت کلی، تلویحاً قابل قبول است. از این رو برخی گفته اند: اگر مبیع کالای سفارشی خاص مشتری باشد وقتی ساخت مبیع تمام می‌شود یا ساخت آن به درجه ای برسد که برای معین شدن کافی باشد، از این زمان، مالکیت به مشتری منتقل می‌شود. اشیایی نیز که به صورت سری و وفق نمونه واحدی ساخته می‌شوند، بعد از خاتمه ساخت، صرفاً به عنوان نوع مبیع در نظر گرفته می‌شود. لذا لازم است اقدام به تعیین مبیع بذاته نیز صورت گیرد و بعد از این مالکیت به مشتری منتقل می‌شود [۹، ص ۴۶].

از این رو، ادامه بحث را در دو گفتار تحت عناوین «بیع مال آینده به صورت عین شخصی» و «بیع مال آینده به صورت عین کلی» پی می‌گیریم و در هر یک، صحت یا بطلان این عقود، زمان و نحوه انتقال مالکیت را بررسی کنیم.

گفتار دوم - بیع مال آینده به صورت عین شخصی

انتقال مالکیت کالای آینده در نظامهای مختلف حقوقی غالباً در قالب محصولات کشاورزی یا کالای ساخت بشر مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. گرچه موارد دیگری که چندان مورد توجه نبوده نیز قابل تصور است. مثل آن که چند تن ماهی موضوع بیع قرار گیرد و زمان تحویل آن به نحوی تعیین شود که در عمل ماهیهایی که تحویل خواهد شد یا در حین انجام بیع موجود نیستند (یعنی در آینده تخم

ریزی خواهند شد) یا آن که نوزادی بیش نیستند و در آینده رشد و نمو خواهند کرد یا آن که شیر یا پشم حیوان خاصی که در آینده دست می دهد، مورد بیع قرار گیرد. در مورد محصولات کشاورزی با دقت در مباحث فقها و صاحب نظران در می یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده، محصول مزرعه یا باغ خاصی را می فروشد. در این جا دو حالت متصور است؛ یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص و مورد نظر، ظاهر نشده است، مع ذلک اقدام به فروش محصول شود. دوّم این که به اصطلاح، محصول (یا بخشی از آن) ظهور یافته و بدو صلاح و حاصل نما شده باشد که در فقه از آن تحت عنوان «بیع اثمار» بحث شده است.

در خصوص مصنوعات بشری گاه با توجه به سفارش خاص خریدار، کالایی صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می شود. از طرفی این مصنوعات بشری ممکن است از اموال منقول یا غیر منقول باشد. مصنوعات (منقول) که به صورت سفارش خاص خریدار صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می شود در فقه عنوان «بیع استصناع» را در فقه به خود اختصاص داده است. از مصنوعات غیر منقول مورد سفارش منحصر خریدار نیز غالباً در قالب بیع آپارتمانهای ساخته نشده، بحث شده است. بنا براین موضوع بیع مال آینده به صورت عین شخصی، صحت بیع مزبور و نیز تعیین زمان و نحوه انتقال مالکیت بیع، در دو فرض مزبور، قابل طرح است.

الف - بررسی صحت بیع مال آینده به صورت عین شخصی

موضوع بیع مال آینده به صورت عین شخصی غالباً محصولات کشاورزی یا مصنوعات بشری اعم از اموال منقول یا غیر منقول را شامل می شود که در ادامه به بررسی می پردازیم:

۱- بیع محصولات کشاورزی (بیع اثمار) به صورت عین شخصی

بیع اثمار ممکن است قبل از ظهور و بدو صلاح و یا بعد از آن باشد. فقها بیع

ثمره بعد از بدو صلاح را به استناد روایاتی صحیح دانسته اند [۱۰، ۸، ص ۲۰۹].

برخی از فقها صحت بیع را منحصر به ثمره شجره بعد از بدو صلاح ندانسته و آن را به طور کلی شامل محصولات کشاورزی دانسته اند [همان قبلی].

اغلب فقیهانی که متعرض بحث بیع ثمره قبل از ظهور یا بدو صلاح شده اند به علت معدوم بودن مبیع و برخی به علت غرر باطل دانسته‌اند. بیع ثمره قبل از ظهور را برخی از فقیهان امامیه به استناد روایاتی صحیح و برخی دیگر با تبعیت از اجماع، آن را باطل دانسته اند گرچه صحت آن را خالی از قوت نمی بینند [۱۱، ج ۳، ص ۳۰۴].

بیع ثمره به صورت سلم با بیع ثمره قبل و بعد از ظهور، این تفاوت ظریف را دارد که در مورد اخیر علاوه بر این که کشت و زرع و فراهم کردن مبیع بر عهده بایع است، در واقع محل کشت و زرع و ثمره نیز در مزرعه یا باغ معینی خواهد بود.

لذا در فقه، در بیع اثمار، این که بیع قبل یا بعد از ظهور محصول بر درخت یا بوته موجود منعقد شده، محل بحث بوده است. برخی فروختن میوه روی درخت، قبل از بروز و نمودار شدن آن برای یک سال را بدون ضمیمه^۲ جایز ندانسته‌اند اما فروش برای دو سال و بیشتر و یا با ضمیمه را جایز می‌دانند. در عین حال بعد از نمودار شدن، چنان چه صلاح آنها آشکار شده باشد، بیع آن را جایز می‌شمرند. بنا بر این نظر، حتی اگر بعضی از میوه‌های باغ نمودار شده باشد، فروختن تمام میوه آن، چه میوه های موجود و چه میوه‌های دیگری که در آن سال می‌آورد جایز است، خواه درخت یکی باشد یا بیشتر و خواه جنس میوه مختلف باشد، خواه یکی. اما فروختن کشت در حالی که بذر است قبل از نمودار شدن کشت را جایز ندانسته‌اند. اما صلح آن را موجه تلقی کرده‌اند و فروختن خوشه قبل از نمودار شدنش و بسته شدن دانه‌اش را نیز خلاف و بعد از بسته شدن آن را جایز می‌دانند، چه دانه آشکار باشد مثل جو یا آن که پوشیده باشد مانند گندم. همچنین بیع صیفی و سبزیجات مثل خیار و بادنجان و خربزه و مانند آنها قبل از ظهورشان را جایز ندانسته اند، ولی بعد از بسته شدن و ظهور آنها و با مشاهده بعضی و حتی با مشاهده نکردن بعضی از آنها در زیر برگها را جایز و اگر نظیر هویج و شلغم باشد که مقصود قسمتی است که زیر زمین پوشیده است، قبل از در آوردن، بیع آن را مشکل دانسته اما باطل اعلام نکرده‌اند. مواردی مثل پیاز که

۲- منظور یک مال دیگرست که به ضمیمه مبیع، فروخته شود.

قسمت ظاهر آن هم مقصود است، فروش قسمت نمایان آن به تنهایی و با ریشه جایز دانسته شده است [۱۲، ج ۲، صص ۴۵۶، ۴۴۹، ۴۴۷].

از عبارات مذکور بر می آید که وقتی عرفاً احتمال فراهم شدن حتی قسمتی از محصول وجود دارد و محصول در آینده رشد و نمو خواهد کرد و فراهم خواهد شد، بیع آن صحیح است و وجود احتمالی محصول حسب عرف و عادت (با توجه به این که وقتی قبل از بروز محصول، برای دو سال و بیشتر، معامله شود، صحیح است) کافی است و وجود آن در زمان عقد ضرورتی ندارد.

قانون مدنی ایران (ق. م.) در ماده ۳۶۱ مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». حکم این ماده مختص عین معین و عین کلی در معین است و صرفاً در بیع بر عین خارجی و بیع بر عین کلی در معین، وجود مبیع از عناصر سازنده بیع است و با فقدان آن در زمان عقد، بیع باطل خواهد بود.

به نظر برخی از حقوقدانان، اولاً؛ معنی موجود بودن در این جا یعنی آن که مبیع در زمان انعقاد بیع موجود یا بعد از آن ممکن الوجود باشد. بنا بر این اگر مبیع در اصل غیر موجود و یا امکان وجود آن در آینده منتفی باشد، بیع باطل خواهد بود. ثانیاً؛ اگر قصد طرفین این باشد که بیع بر مبیعی که فعلاً موجود است منعقد گردد و نه بر مالی که ممکن الوجود است، در این حالت اگر مبیع در زمان بیع غیر موجود باشد هر چند که امکان وجود آن در آینده وجود داشته باشد، بیع باطل خواهد بود و علت بطلان آن ناشی از قصد طرفین است اما اگر قصد طرفین این نباشد که مبیع موجود در حین عقد را معامله کنند، اشکالی بر صحت بیع وارد نیست. به عبارت دیگر، وقوع بیع بر مبیعی که بعداً به وجود می‌آید منطبق بر قصد طرفین بوده و لذا جایز است [۱۳، ج ۴، صص ۱۹۲-۱۹۱].

در مورد بیع اثمار و محصولات طبیعی که بعداً به وجود می‌آیند. ماده ۴۰ قانون موجبات و عقود لبنان مقرر می‌دارد: «اگر ثمره درخت یا منتجات بستان یا محصولی که هنوز وقت چیدن آن نرسیده، فروخته شود، ثمره و محصول در ضمانت بایع باقی می‌ماند تا زمانی که نضوج آن تمام و کامل شود». با توجه به حکم این نص،

اگر ثمره بعد از وجود و قبل از نضح آن، جزافاً فروخته شود. در این حالت چون مبیع معین بالذات است، مالکیت به مجرد عقد به مشتری منتقل می‌شود [۹، ص ۱۴۱]. ظاهراً ضمان بایع به جهت عدم تسلیم مبیع کامل است.

در حقوق انگلیس یکی از اقسام کالای غیر معین، محصول کشاورزی است که توسط بایع تولید خواهد شد [۲، ص ۳۴۱]. کالای آینده اگر به حد کافی هویت یافته باشد می‌تواند کالای معین تلقی شود. در این حالت تلف آن باعث عقیم شدن و انحلال قرارداد می‌شود. در دعوی Howell V. Coup Land (1876) در خصوص فروش ۲۰۰ تن گوجه فرنگی که می‌بایست از بوته‌های موجود در یک قطعه زمین خاصی حاصل می‌شد، دادگاه چنین رأی داد که علی‌رغم این واقعیت که کالا هنوز موجود نبوده، اما معامله مزبور، فروش کالای معین بوده است و لذا از بین رفتن محصول، باعث بطلان قرارداد است [همان، صص ۲۴۰-۲۳۹].

۲- بررسی صحت بیع آینده مصنوعات بشری به صورت عین شخصی

مبیع در بیع آینده مصنوعات بشری به صورت عین شخصی ممکن است به صورت مال منقول یا غیر منقول مورد معامله قرار گیرد. همان‌طور که اشاره شد، در فقه اسلامی معامله چنین مال منقولی تحت عنوان «بیع استصناع» بررسی شده است. بیع آینده مال غیرمنقول به صورت عین شخصی در مورد آپارتمانهای ساخته نشده رایج است. به نظر می‌رسد که وجه تمایز بیع استصناع (بیع آینده مال منقول) از بیع آینده مال غیر منقول (بنای ساخته نشده) در این است که در بیع آینده چنین غیرمنقولی، در زمان معامله، فروشنده، هسته اولیه مبیع را مالک است و سلطه یا مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین معینی را دارد و بیع معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود، صورت می‌گیرد. هر چند در این دو معامله (بیع آینده مال منقول و غیرمنقول)، مصالح ساخت ممکن است عین معین یا عین کلی باشد. در ذیل به بررسی دو مورد اخیر می‌پردازیم:

۲-۱- بررسی صحت بیع استصناع

در معامله مال آینده مصنوعات منقول بشری، گاه خریدار با صنعتگری به عنوان فروشنده توافق می‌کند که کالایی را با مشخصات خاصی به قیمت معینی برای او بسازد. توافق طرفین گاه چنان است که مبیع با اوصاف خاصی منحصرأً برای خریدار ساخته می‌شود و به عبارتی موضوع معامله امری شخصی است و گاه فروشنده تولید کننده کالایی است و توافق طرفین به صورت خرید مقداری از کالاهای تولیدی او در آینده شکل گرفته و به تعبیری، امری کلی است [۱۴، ص ۲۰۱].

در فقه امامیه در این خصوص برخی از فقها وارد بحث شده و تحت عناوین استصناع یا قرارداد سفارش ساخت آنرا بررسی کرده اند. برخی استصناع را جایز ندانسته و معتقدند که سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرفهایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود، جایز نیست [۱۵، ج ۳، ص ۲۱۵]. لذا اگر کسی چنین سفارشی بدهد، قراردادش صحیح نخواهد بود و صاحب صنعت اختیار دارد که آن کالا را تحویل دهد یا ندهد. حال اگر آن را تحویل داد، سفارش دهنده مسخیر است که آن را رد یا قبول کند [۱۶، ج ۲، ص ۱۹۴]. این دسته از فقهاء معتقدند که در چنین عقدی، بنابر اجماع، تسلیم کالا واجب نیست و بایع بین تسلیم و رد ثمن مختار است و مشتری هم ملزم به قبض نیست. حتی اگر قرارداد هم صحیح می‌بود، این امور جایز نبود و به دلیل این که موضوع معامله مجهول است و با مشاهده یا توصیف آن، معلوم نشده است، در نتیجه منع از آن واجب خواهد بود [۱۵، ج ۲، ص ۲۱۵].

برخی دیگر از فقیهان امامیه گفته‌اند که استصناع مصدر و به معنی استصنع الشی یا درخواست ساخت شئی است. اما فقهای امامیه مگر تعداد کمی از آنها مثل شیخ طوسی و ابن حمزه و ابن سعید، متعرض این عنوان نشده‌اند. بنابراین آشکار نیست که آیا حقیقت آن، عقد است یا نه؟ و اگر عقد باشد آیا صحیح است یا نه؟ و اگر صحیح باشد آیا لازم است یا نه؟ و اگر لازم باشد آیا بیع است یا اجاره [۱۷، ج ۲، ص ۵۷۱].

ظاهر کلام شیخ طوسی این است که چنین عقدی فاسد است. اما از ظاهر کلمات ابن حمزه و ابن سعید بر می‌آید که استصناع، عقدی صحیح و جایز است و طرفین عقد حق فسخ دارند [همان قبلی].

ابن حمزه در «الوسيله» 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 رد مبیع، مختار است» [۱۸، ص ۲۵۷]. همچنین ابن سعید در «الجامع للشرایع» می‌گوید: «فردی سفارش چیزی مثل کفش را می‌دهد و صانع آن را انجام می‌دهد، از سوی سفارش دهنده غیر لازم است و حق رد آن را دارد» [۱۹، ص ۲۵۹].

در توجیه گفتار ایشان برخی بر این باورند که چنین معامله ای شرط ابتدایی است و اگر شرط ضمن عقد لازم باشد، لازم الوفاء است [۱۷، ص ۵۷۱]. الزام آور بودن شرط ابتدایی در فقه امامیه مورد اختلاف است. اغلب معتقدند که الزام آور نیست اما برخی از متأخرین آن را الزام آور دانسته‌اند [۲۰، ج ۲، ص ۱۱۱؛ ۲۱، ص ۱۴۲ به بعد]. به بیان دیگر هرگاه تعهدی در یک قرارداد، مورد توافق قرار گیرد و از حالت وعده صرف خارج شود و مدلول مطابقی و التزامی داشته باشد، لازم الوفا است. برخی از حقوقدانان ایرانی اظهار داشته‌اند: «در استصناع خریدار به صاحب صنعتی (صانع) دستور می‌دهد یا استدعا می‌کند که کالایی را برای من درست کن و لوازم و مواد آن را از خودت بگذار، با خصوصیتی که می‌گویند و آن صانع هم می‌پذیرد و به سفارش او عمل می‌کند، در واقع نوعی از بیع آیندگان است و ارتباطی به بیع سلم ندارد و قبض ثمن نیز در مجلس بیع، ضرورت ندارد ولی معمولاً بیعانه می‌دهند و مقصود از ضرب الاجل این است که بایع مبادا تأخیر کند. پس اگر سفارش مشتری قبل از اجل حاضر و به او تسلیم شد ملزم به قبض است. اختلاف بسیار در اطراف بیع استصناع دیده شده است. اصح انظار، نظر ابو یوسف شاگرد ابو حنیفه است. بر لزوم این بیع، مانند هر بیع دیگر، هیچ نصی وجود ندارد» [۲۲، صص ۴۲۷-۴۲۵].

علت این که اظهار شده که بیع استصناع ارتباطی به سلم ندارد، به این جهت است که در فقه اسلامی برخی استصناع را مصداق سلم دانسته‌اند [۲۳، ص ۲۴، ج ۳، ص ۲۱۷] و برخی دیگر گفته‌اند اگر مدت تحویل کالا را خریدار ذکر کند، استصناع است و

اگر بایع ذکر کند، سلم است چون بر سبیل استمهال آن را ذکر کرده است [۲۵، ج ۱۲، ص ۹۹].

در خصوص لزوم بیع استصناع و تمایز آن از سلف و سلم، لازم به ذکر است که سفارش ساخت ممکن است به ۳ صورت واقع شود:

الف) به صورت بیع قطعی؛ چنان چه سازنده کالای مورد سفارش را در برابر قیمت آن به ملکیت سفارش دهنده در آورد و او نیز تملک را انشاء کند. انشاء این عقد با قصد تملیک و تملک، همان بیع است و حقیقت بیع این است که یک طرف کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر در آورد و این معنا در این مورد وجود دارد. هیچ تفاوتی بین این بیع با سایر اقسام بیع، وجود ندارد، جز این که در بیع استصناع کالای مورد معامله ساخته نشده و طرفین توافق می‌کنند که فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد. این قرارداد مبادله عین در برابر قیمت همان بیع است و احکام بیع را دارد و طبعا باید همان شرایط بیع در آن وجود داشته باشد.

ب) گاه توافق طرفین تعهد به بیع است؛ سازنده متعهد به ساخت و فروش و سفارش دهنده متعهد به خرید آن بعد از ساخت می‌شود.

ج) گاه طرفین صرفاً یک وعده غیر قطعی به یکدیگر می‌دهند. سفارش دهنده می‌گوید این کالا را بساز، شاید آن را بخرم و سازنده آن سفارش را می‌پذیرد. یا آن که سازنده می‌گوید پس از یک ماه مراجعه کن، شاید این کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارت قرار دهم تا آن را بخری [۱۴، ص ۲۰۱].

دو قسم اخیر مصداق بیع نیستند ولی قسم اول بیع استصناع است. از دقت در کلمات فقهاء بر می‌آید که گاه به جهت عدم توجه به سه قسم توافق مذکور، قایل به عدم جواز یا بطلان یک رابطه حقوقی شده اند.

برخی، عناصر بیع استصناع را از قرار ذیل دانسته‌اند:

- « ۱- مبیع در نمۀ بایع است. پس بیع عین خارجی نیست. ۲- عامل سفارش در ساخت. پس ساختن چیزی مادی مورد تعهد عاقد سفارش پذیر است، خواه سفارش پذیر خود سازنده باشد یا تعهد تهیه آن را به وسیله سازنده‌ای دیگر کند. این عنصر، بیع سلم را خارج می‌کند. ۳- مصالح ساختن مبیع را سفارش پذیر تقبل می‌کند، نه

سفارش دهنده. ۴- ثمن در برابر مصالح مزبور و عمل، پرداخته می‌شود اما نباید این عقد را مرکب از بیع و اجاره دانست، چون دو تعهد مستقل وجود ندارد و غلبه در جانب تملیک عین است پس این عقد، یک بیع است ۵- ذکر اجل برای تسلیم مبیع؛ وسوسه هایی که در شناخت ماهیت حقوقی استصناع در گذشته کرده‌اند، ابتدایی است و نارسا بودن مقدار اندیشه‌ها را نشان می‌دهد» [۲۲، صص ۴۲۷-۴۲۶].

خلاصه کلام آن که در «بیع مال منقول آینده مصنوعات بشری به صورت عین شخصی» یعنی وقتی خصوصیات کالا به صورت سفارش خاص خریدار، عرفاً از لحاظ جنس و وصف و مقدار مشخص می‌شود، مثل سفارش ساخت کشتی خاصی با مواد مشخص و قابلیت حمل معلوم و با خصوصیات معین از نوع موتور و غیره، مصداق عقد بیع استصناع است و در حالت دوم یعنی وقتی کالای مورد سفارش امری کلی باشد، مصداق بیع سلم خواهد بود [۱۴، صص ۲۲۸-۲۲۷].

در حقوق انگلیس نیز متمایز بودن بیع مال آینده به صورت عین شخصی و به صورت مال کلی از هم، از بیان صاحب نظران قابل استفاده است. به نظر برخی مفاد بند ۱ قاعده ۵ ماده ۱۸ از قانون اشاره شده، یکی از قواعد تعیین قصد طرفین در خصوص انتقال مالکیت کالا به خریدار است و لذا اگر قصد دیگری خواه صریح و یا ضمنی در این خصوص وجود داشته باشد باید عنصر قصد مشترک مورد توجه و نصب العین دادرس قرار گیرد [۲، ص ۳۳۲]. اگر قصد مشترک معلوم نباشد، انتقال مالکیت در کالای آینده مشمول بند ۱ قاعده ۵ از همان قانون است و باید تخصیص غیر مشروط توأم با رضایت محقق شود. بنابر این به جهت تحقق این موارد، وقتی فروشندگان کالای مورد سفارش خریدار (ژنراتور) را ساخته بودند، رأی دادگاه تأیید همین نظر بود مبنی بر این که وقتی ژنراتورها برای تحویل آماده شده و خریدار فاکتورهای همراه با اطلاعیه آمادگی به تحویل متضمن شماره سریال ژنراتورهای فروخته شده را از فروشنده دریافت کرده، مالکیت منتقل شده است. زیرا در این مرحله فروشندگان همه موارد لازم را وفق قرارداد انجام داده بودند و وجود شماره سریالها این امر را میسر کرده بود که ژنراتورهای فروخته شده، مشخص شوند [همان قبلی].

از دقت در این رأی و دیگر آرای مربوط به فروش کشتی خاص که کالای سفارش شده مختص و منحصر به سفارش دهنده، ساخته می‌شود، بر می‌آید که ظاهراً در حقوق انگلیس نیز ملاک تمایز بیع مال آینده به صورت شخصی و به صورت مال کلی، در انتقال مالکیت آنها، باید همان سفارش منحصر برای خریدار و یا سفارش از یک خط تولیدی که در آینده ساخته می‌شود باشد. در حالت دوّم (سفارش از یک خط تولید) مسئله تخصیص غیر مشروط با رضایت متعاقدین مطرح است اما درحالت سفارش اختصاصی در واقع با ساخت عمل، تعیین و تخصیص غیر مشروط محقق می‌شود.

۲-۲- بررسی صحت بیع غیر منقول ساخته نشده

بیع مال غیر منقول آینده، غالباً تحت عنوان آپارتمان ساخته نشده، مورد بررسی قرار گرفته است. وقتی موضوع بیع، به عنوان مثال، آپارتمانی است که هنوز ساخته نشده است. با توجه به مقررات قانون مدنی ایران که مبیع را شامل عین معین و کلی فی الذمه دانسته، اولین سوالی که مطرح شده این است که موضوع این بیع جزء کدام یک از موارد مذکور است. به بیان دیگر آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، می‌تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد؟ در پاسخ به این سوال برخی به درستی گفته‌اند در قرارداد پیش فروش آپارتمان به طور معمول موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و دیگر مشخصه‌های آپارتمان در نقشه ساختمانی و در قرارداد، معین می‌شود و فروشنده تعهد می‌کند که آن را ظرف مهلت معینی بسازد و تحویل دهد. بنابراین آپارتمانی که با مشخصات معین ساخته می‌شود با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن نمی‌تواند عین کلی فی الذمه باشد و نمی‌توان آپارتمان دیگری مثل آن تصور کرد و هر آپارتمانی با دیگری تفاوت دارد. مع الوصف در برخی آرای محاکم ایران، آپارتمانهای پیش فروش شده را به عنوان مال مثلی تلقی و تسامح عرفی و دید مردم را نسبت به شباهت آپارتمانها صحیح دانسته و در صورتی که فروشنده اقدام به انتقال آپارتمان موصوف به غیر کرده باشد، فروشنده را ملزم به تحویل آپارتمان از نوع مشابه کرده‌اند. (۲۶، صص ۲۷-۳۰)

سؤال دیگری که مطرح است این است که آیا آپارتمان ساخته نشده یا آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود می‌تواند موضوع بیع کلی در معین واقع شود؟ پاسخ منفی است، زیرا کلی در معین شامل اموال مثلی است یا به تعبیر دیگر شامل اشیاء متساوی الاجزا است. در صورتی که آپارتمان موصوف، قیمی محسوب می‌شود. مضافاً در کلی در معین، اجزاء مبیع باید به هنگام عقد، در عالم خارج موجود باشد و مقدار فروخته شده به صورت کلی در معین، محصور در داخل آن باشد. در حالی که در ما نحن فیه، در هنگام بیع، موضوع قرارداد هنوز وجود خارجی ندارد و سازنده باید در آینده در موعد معینی آن را طبق نقشهٔ ساختمان، بسازد و تحویل خریدار دهد.

با وجود این، برخی آرای محاکم ایران حاکی از آنست که: «تملک یک واحد آپارتمان تا قبل از صورتجلسه تحویل آپارتمان مورد اختلاف، مربوط به همهٔ اعضاء و در رابطه با هر یک از واحدها و از مصادیق کلی در معین بوده و آپارتمان خاصی را شامل نمی‌شده است» [همان، ص ۳۹].

برخی از حقوقدانان و بخشی از آرای محاکم، قرارداد آپارتمان ساخته نشده را یک قرارداد خصوصی و بر مبنای مادهٔ ۱۰ ق.م. نافذ و معتبر تلقی کرده‌اند [همان، ص ۷۸]. به نظر برخی از حقوقدانان، آپارتمان ساخته نشده، عین معین نیز نمی‌تواند باشد، چون در حین عقد موجود نیست و باید در آینده ساخته شود و با توجه به مادهٔ ۲۶۱ ق.م. اظهار داشته‌اند که موجود نبودن مورد معامله عین معین، در دو صورت قابل تصور است: یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته بوده است؛ مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد، هنوز به وجود نیامده باشد؛ مانند این که مورد معامله خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشهٔ معین و با مصالح مشخص در قطعهٔ زمین معین، ساخته خواهد شد. با توجه به مشخصات مذکور، چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است، در حالی که در زمان معامله موجود نیست. نتیجه این که در هر دو صورت، عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است [۲۷، ج ۱، ص ۳۲۹]. برخی دیگر اظهار داشته‌اند که موجود بودن عین معین به هنگام انعقاد بیع ضروری

است و لازمه تملیک عین معین وجود آن هنگام عقد است و اگر در آینده موجود شود، فروش و معامله راجع به آن باطل است، چون موجب غرر است [۲۸، ج ۱، ص ۴۲۵].

بر خلاف نظر مذکور، ممکن است گفته شود مبیع در فرض ما عین معین است و باید در زمان تراضی به استناد ماده ۳۶۱ ق.م. موجود باشد. لذا این معامله، بیع نیست بلکه تعهد به فروش است و در نتیجه خریدار حق دینی دارد. اگر مقصود طرفین تعهد به بیع باشد بی گمان پاسخ مزبور منطقی است، اما در فرضی که طرفین می‌خواهند عقد بیع را منعقد کنند، تحلیل مزبور تفسیری است که به دو طرف عقد تحمیل می‌شود. پس یا باید عقد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجود نبودن مبیع، باطل دانست. اما در فرض مزبور نباید مبیع را عین معین تصور کرد، زیرا نه تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد بلکه ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش مؤثری دارد، پس نمی‌توان آن را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میان عین و کلی است. منتها با ساخته شدن وجود خارجی و عین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌شود و خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد [۲۹، ج ۱، صص ۲۷۶-۲۷۵].

برخی دیگر با قبول صحت عقد استصناع، معتقدند که قرارداد راجع به ساخت آپارتمان می‌تواند در زمره قراردادهای سفارش ساخت، آن هم در موردی که سفارش ساخت مربوط به کالای عین شخصی است، قرار گیرد. مشروط بر این که مشخصات و ابعاد و مساحت و سایر اوصافی که برای ساخت آپارتمان در زمین معلوم و معینی لازم است، نزد طرفین و در قرارداد معلوم و مشخص شود [۲۶، ص ۶۳]. برخی از فقهای امامیه عقد استصناع را نه تنها منافی با قاعده و اصلی که عقد باید بر موضوع موجود واقع شود، ندانسته اند بلکه مطابق آن نیز می‌دانند. حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط لازمه عقد بیع نیست و معنی تملیک در این گونه موارد در واقع احداث همان وضعیتی است که برعهده فروشنده بوده و به خریدار منتقل می‌شود. با این توضیح که هر زمان مال آینده وجود پیدا کند، ملک خریدار می‌شود [۳۰، صص ۳۶ و ۳۴].

اما به نظر می‌رسد با توجه به مباحث فقهی در عقد استصناع که در بیان مصادیق ناظر به مال منقول است و با توجه به این تفاوت که در بیع مال غیر منقول آینده، در زمان

معامله، فروشنده هسته اولیه مبیع (زمین آپارتمان) را مالک است و سلطه یا مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین معینی را دارد و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود، صورت می‌گیرد، علی‌هذا بهتر است آن را از بیع استصناع متمایز کنیم. اگر کسی اصرار بر عنوان گذاری واحد بر این دو معامله داشته باشد، باید توجه کند که در هر صورت بین این دو، این تمایز غیر قابل انکار وجود دارد.

به نظر برخی مبیع نمی‌تواند خارج از سه قسم مذکور در قانون مدنی باشد و بر خلاف آن چه قانونگذار ایران در بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. و انمود کرده است، در همه اقسام بیع، الزاماً انتقال مالکیت همزمان با بیع نیست. در بیع آپارتمان ساخته نشده نیز انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول صورت نمی‌گیرد. بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک عنوان صادق نیست. به سخن دیگر، بیع آپارتمان ساخته نشده از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است [همان، صص ۴۴-۴۱]. با وجود این شاید بتوان گفت اگر تشخیص و تعیین کالا را موجب تعلیق و عقد را معلق به شمار آوریم، با چنین مبنایی باید بپذیریم که بیع مال کلی (که تشخیص و تعیین بعد از بیع انجام می‌شود) نیز بیع معلق است. حال آن که قبول این مطلب، مشکل است. به نظر می‌رسد در این موارد با انجام عقد تعهدی به طور منجز به وجود می‌آید و متعهد با انجام تعهد خود موجب تشخیص و تعیین و ایجاد رابطه اعتباری مالکیت بین شخص خریدار و شئی (مبیع) می‌شود و هویداست که این وضعیت از عقد معلق متمایز است. به بیان دیگر این که ایجاد حق عینی و رابطه بین خریدار و شئی خاص منوط به انجام عمل تعیین است، نمی‌تواند به معنی معلق بودن عقد بیع محسوب شود.

به تعبیری می‌توان گفت که تعلیق بر موجودیت آپارتمان، یک حادثه خارجی و خارج از اختیار طرفین تلقی نمی‌شود. قرارداد چنان از استحکامی برخوردار است که حصول آن در آینده، امری حتمی و یقینی است و تعلیق شئی معلوم الحصول در آینده که در انشاء عقد، مشروط به حصول آن شئی شده باشد، محل اشکال است [۳۱، ج ۲، ص ۱۱].

در صحت بیع غیر منقول (آپارتمان) ساخته نشده، به طور خلاصه می‌توان افزود، وقتی فروشنده سلطه و مالکیتی نسبت به زمین برای ایجاد اعیانی دارد و با رعایت محدودیت‌های قانونی در ایجاد اعیانی، اقدام به معامله مالی که شامل عرصه (موجود) است و ایجاد و ساخت اعیانی در آن از تعهدات منجز فروشنده است، می‌کند، در واقع مصداق معامله معدوم ممکن الوجود به تبع موجود است که امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجزی است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله‌ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متراژ اختصاصی اکتیوای خود بر زمین (و همچنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می‌یابد. به علاوه در خصوص قسمت معدوم هم قابل ذکر است که مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در معین یا کلی در ذمه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به عنوان تعهدی منجز) تعیین می‌یابد. مضافاً با توجه به دیگر مباحث فقهی در بیع مال آینده، می‌توان به طریق اولویت نیز قائل به صحت این معامله شد. با این توضیح که وقتی در فقه امامیه، بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال، جایز دانسته شده است [۱۲، ۲، صص ۴۵۱، ۴۴۹، ۴۴۷] و در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است ولی بخشی از خود مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود و ایجاد ثمره در آینده بنا به احتمال عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مثل شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد بنا، عرفاً از تعهدات قابل انجام به صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به طور صد در صد در توان متعهد نیست؛ بنا بر این به طریق اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن قسمتی از مبیع است (و ایجاد حق عینی حداقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است) و ساخت آن با رعایت مقررات حاکم کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود. البته اگر فروشنده سلطه و مالکیتی برای ایجاد اعیانی در زمین نداشته باشد، انجام بیع آپارتمان ساخته نشده از سوی او معتبر نخواهد بود. همچنین بیع آپارتمان ساخته نشده، بدون رعایت محدودیت‌های قانونی حاکم بر سلطه و مالکیت فروشنده، محل اشکال است. به عنوان مثال اگر در زمینی ۲۰۰ متری واقع در کوچه‌ای ۶ متری، آپارتمانی ۲۰۰ متری به

صورت پیش فروش و ساخته نشده، واقع در طبقه چهلّم (و نظایر آن که ساخت آن با مانع قانونی مواجه است) فروخته شود، نمی‌توان قایل به صحت چنین معامله‌ای شد.

با توجه به ضرورت و نیاز اجتماعی امروزه در جامعه ایران نیز بیع آپارتمان ساخته نشده یکی از شایع‌ترین اقسام بیع املاک است و از مجموع آرای قضایی و دکترین حقوقی بر می‌آید که حقوقدانان در پی توجیه صحت این معاملات و حمایت از حقوق خریداران و مصرف‌کنندگانی‌اند که با رشد صعودی قیمت‌ها در صورت باطل تلقی کردن این معاملات، ضررهای ناعادلانه و غیر قابل جبرانی را متحمل می‌شوند.

از آنجا که این ضرورتهای اجتماعی در کشورهای پیشرفته زودتر نمایان شده عملاً با دخالت قانونگذاران این معاملات سازماندهی شده‌اند. اقدامی که قانونگذار ایران نیز لازم است به تناسب شرایط اجتماعی و مبانی حقوق داخلی انجام دهد.

در حقوق فرانسه نیز به موجب بند ۳ ماده ۱۶۱۰ ق.م. فروش ساختمانهای در حال احداث یک بیع تلقی شده است که به موجب آن بایع متعهد به ساختن یک بنا در موعد معین می‌شود. چنین قراردادی به دو صورت منعقد می‌گردد:

(۱) بیع به وعده (۲) بیع مال آینده (احداث بنا در آینده). البته قسم اول چون بایع متعهد است ساختمان را تکمیل و تحویل دهد و خریدار هم متعهد است آن را قبض کند و قیمت آن را در تاریخ تحویل بپردازد، در عمل چندان رواج نیافته است. اما قسم دوم که به موجب آن بایعب بلافاصله حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد و مالکیت ساختمان نیز به هر مقدار که ساخته شود به تدریج وارد ملکیت خریدار می‌شود و خریدار نیز ملزم است قیمت ساختمان را به تناسب پیشرفت کار بپردازد و در عمل پس از پایان ساختمان از سوء استفاده‌های احتمالی فروشنده جلوگیری می‌شود و حتی اگر فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد، آن چه ساخته شده متعلق به خریدار است، به مراتب رایج تر است [۳۰، صص ۲۹-۳۷].

در حقوق کشورهای مصر و انگلیس نیز به جهت تجویز انتقال مال آینده، توجیه صحت چنین معاملاتی با سهولت بیشتری، میسر است.

ب - زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت عین شخصی

به نظر برخی انتقال مالکیت در بیع مال آینده در حقوق فرانسه و قانون مدنی ایران از تاریخ تشخیص مبیع خواهد بود [۳۲، ج ۱، ص ۵۰۸]. اما با توجه به مباحث پیشین باید در این خصوص قایل به تفصیل شد:

انتقال مالکیت در محصولات کشاورزی و اثمار که در آن مبیع، ثمره بعد از ظهور و بدو صلاح بوده و به اصطلاح حاصل نما شده است، هر چند تا رسیدن به کمال خود، مستلزم گذشت زمانی متعارف و متناسب با نوع مبیع و انجام کارهایی در خصوص مبیع است، اما در مورد انتقال مالکیت با توجه به این که مبیع موضوع و محلی خارجی دارد و صورت نوعیه اولیه آن به وجود آمده و رابطه سلطه و قدرت خریدار بر شی خارجی متصور است، می‌توان گفت با توجه به تملیکی بودن عقد بیع در فقه امامیه و قانون مدنی ایران، انتقال مالکیت همزمان (حتی در معنی ایجاد حق عینی) با عقد صورت می‌گیرد. اما در فرض صحت بیع اثمار قبل از ظهور و بدو صلاح، مالکیت به معنی ایجاد حق عینی، قابل انتقال نیست و اگر عقد بیع را در این خصوص صحیح و نیز تملیکی تلقی کنیم، در واقع باید معنی اعم مالکیت را که سلطه و مالکیت بر قابلیت خاصی از مال متعلق به فروشنده است، اراده کنیم. به عبارت دیگر سلطه و مالکیت بر مبیع، به تبع سلطه بر بوته، درخت، مزرعه یا باغ خاصی، آن هم با این قید که از بوته یا درخت مزرعه یا باغ خاصی، فراهم شود، قابل طرح و حق عینی بر مبیع بعد از ظهور و بدو صلاح، قابل تصور خواهد بود.

در حقوق مصر، انتقال مالکیت در محصولات آینده کشاورزی با توجه به قصد طرفین صورت می‌گیرد. ممکن است محصولی که با بدو صلاح یا انعقاد آن وجود یافته است، به خریدار منتقل شود یا توافق به انتقال مالکیت پس از درو و جمع کردن محصول باشد. در صورت سکوت طرفین و شک در زمان انتقال مالکیت، ملاک وقت درو و جمع کردن محصول است [۱۳، ج ۴، ص ۴۱۸].

از طرفی در بیع مال آینده گفته شد که مبیع گاه صرفاً برای خریدار ساخته می‌شود و عین شخصی و جزئی منحصر به خریدار است و گاه سازنده، صنعتگری است که کالایی را در دست تولید دارد و کالا را به صورت کلی و به اصطلاح تولید

کنندگان به صورت خط تولید تهیه و سفارشهای متعدد از خریداران خود دریافت می‌کند. در حالت اول (که مبیع صرفاً به سفارش خریدار و منحصر برای او ساخته می‌شود) بلا تردید با اتمام ساخت، مبیع مشخص و معین شده و می‌توان گفت مالکیت در این لحظه نسبت به کل مبیع منتقل شده است. اصولاً وقتی مبیع عین شخصی و مختص خریدار باشد، تسلیم و تسلیم نقشی در انتقال مالکیت ندارد. در این حالت (که ساخت مورد معامله تمام شده است) مبیع عین معین متعلق به خریدار است و فروشنده حق تصرف حقوقی در آن را ندارد. اما در پاسخ به این سؤال که در زمان ساخت و در حالتی که مبیع لحظه به لحظه طی عملیات ساخت تکمیل می‌شود، آیا با تهیه یا نصب هر قطعه مالکیت آن به خریدار منتقل می‌شود یا خیر، باید گفت اگر طرفین به این امر تصریح کرده باشند، انتقال مالکیت با تهیه یا نصب هر قطعه بلا اشکال خواهد بود و تردیدهای احتمالی را می‌توان به نحوی توجیه کرد. اما در صورت سکوت طرفین، محل تأمل است. از سویی می‌توان گفت که آخرین جزء مبیع با اجزای قبل آن تفاوتی در انتقال مالکیت ندارد تا در یک آن، باعث انتقال مالکیت بقیه اجزاء شود و هر جزء با ایجاد خود، ضمن این که به عنوان جزیی از مبیع معین و نتیجتاً به خریدار منتقل می‌شود. از طرفی ممکن است بگوییم تا آخرین جزء مبیع، تهیه یا به آن اضافه نشود، عنوان مبیع که ناشی از کل اجزای آن است صادق نخواهد بود. در پاسخ به این شبهه می‌توان گفت که با توجه به قصد ضمنی طرفین در سفارش کالای شخصی و منحصر به خریدار، هر جزء تهیه یا تعبیه شده در مبیع به قصد تعلق به بیع و تملیک به خریدار تهیه و ضمیمه مبیع می‌شود و خریدار نیز همین قصد ضمنی را دارد. اما در هر حال این انتقال مالکیت نمی‌تواند مانع ادامه کار و ساخت بایع شود و تا ساخت مبیع پایان نیابد، قصد ضمنی بر این است که فروشنده اختیار تصرف و ساخت و تکمیل آن را دارد و خریدار حقیقی به تصرف منجر به ممانعت فروشنده در این خصوص را ندارد و حتی عرفاً (که معمولاً آن چه در عرف معمول است، به عنوان قصد ضمنی طرفین در نظر گرفته می‌شود) فروشنده تا قبل از نصب قطعات حق تعویض آنها و هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی را در قطعات تهیه شده، دارد. لذا باید بین تهیه کالا و نصب قطعات نیز تمایز قایل شد. بنابراین با نصب هر قطعه، آن قطعه به عنوان جزیی از مبیع

معین می‌شود و چون مبیع منحصر و مختص مشتری است به خریدار اختصاص می‌یابد.

در حقوق مصر به نظر برخی، اگر مبیع مال آینده باشد و ساخت آن در آینده صورت گیرد، انتقال مالکیت به مشتری به مجرد عقد نخواهد بود، چون مبیع در اینجا غیر موجود است. همچنین مشتری مالک مواد مصرفی در ساخت آن هم نمی‌شود چون این مواد معقودعلیه نبوده‌اند [۲۲، ج ۱۰، بند ۱۱]. ولی وقتی ساخت مبیع تمام می‌شود یا ساخت آن به درجه‌ای برسد که برای تعیین کافی باشد، از این زمان، مالکیت به مشتری منتقل می‌شود [۹، ص ۱۴۱]. در واقع این عبارت ناظر به حالتی است که مورد معامله کالای شخصی و منحصر به خریدار است.

به نظر برخی، در فروش چیزی که هنوز ساخته نشده است مثل این که یک کارخانه پارچه بافی مقداری پارچه بافته نشده بفروشد، مبیع شی غیر معین بالذات است و در نتیجه به نظر نمی‌رسد که مالکیت آن به خریدار منتقل شود. مگر بعد از آن که بافتن آن تمام شود. لذا الیافی که پارچه از آن بافته می‌شود، ملک مشتری نشده بلکه در ملکیت بایع باقی می‌ماند تا این که عمل بافت تمام شود. چون کارخانه الیاف پارچه را فروخته، بلکه پارچه را فروخته است [۱۲، ج ۴، ص ۲۳۶].

با توجه به مثال مزبور قابل ذکر است که دو حالت متمایز در بیع پارچه و نظایر آن هم متصور است: یکی این که بیع به صورت کلی مورد معامله قرار گیرد و بایع متعهد بافتن و تحویل مقداری از کالای کلی تولیدی خود شود. دوّم این که سفارش مختص مشتری باشد (مثلاً سفارشی با طرح خاصی که منحصر به مشتری است یا با ابعاد خاصی مثلاً در فروش سنگ یا شیشه که مختص خریدار است پذیرفته شود) در این حالت با بافتن پارچه یا بریدن شیشه یا سنگ، مبیع برای خریدار متعین و مشخص می‌شود و در نتیجه مالکیت به او منتقل می‌شود. ولی اگر مبیع به صورت کلی بوده و کارخانه به صورت سری پارچه را تولید کند، پس از تعیین و افراز مبیع برای مشتری، انتقال مالکیت در معنی ایجاد حق عینی صورت می‌گیرد.

با توجه به حکم نص ماده ۴۰ قانون موجبات و عقود لبنان اگر ثمره بعد از وجود و قبل از نضج آن جزافاً فروخته شود، در این حالت مالکیت به مجرد عقد به مشتری منتقل می‌شود، زیرا مبیع معین بالذات است [۹، ص ۱۴۱].

به نظر برخی انتقال مالکیت در محصولات آینده با توجه به قصد طرفین صورت می‌گیرد. ممکن است محصولی که با بدو صلاح یا انعقاد آن، وجود یافته است، به خریدار منتقل شود یا توافق به انتقال مالکیت پس از درو و جمع کردن محصول باشد. در صورت سکوت طرفین و شک در زمان انتقال مالکیت، ملاک وقت درو و جمع کردن محصول است [۱۲، ج ۴، ص ۴۱۸].

به نظر برخی در خصوص محصولات فنی مالکیت به خریدار منتقل نمی‌شود مگر هنگامی که فروشنده آن را به مشتری تسلیم کند یا آن را تحت تصرف وی قرار دهد. چون فروشنده محصولات فنی، حق خاصی دارد که محصولاتش را به نحوی که مایل باشد، تهیه و نشر می‌دهد [همان، ص ۴۱۹].

در حقوق انگلیس به نظر برخی، در بیع محصولی که در مزرعه بایع به وجود خواهد آمد یا پشم گوسفندها یا شیر گاوهای متعلق به بایع، مالکیت کالا بلافاصله منتقل می‌شود. ظاهراً بیع محصول مزرعه مورد نظر، قبل از وجود محصول صحیح است و انتقال مالکیت با موجود شدن کالا واقع می‌شود. لذا گفته شده در دعوی که کالا باید توسط فروشنده کشت و رشد داده شود، ممکن است به درستی رأی داده شود که مالکیت کالا به محض موجود شدن به میزان مورد معامله به خریدار منتقل می‌شود [۲، ص ۳۴۱] و در تاریخ موجود شدن کالا بدون عمل تعیین کالا، مالکیت آن منتقل خواهد شد [۶، ص ۲۱].

به علاوه در بیع مصنوعات بشری، مسئله فروش مال آینده و مسئله تعیین و تخصیص در چند دعوی مربوط به ساخت کشتی مطرح شده است. در این دعوی مثل موردی که همه کالا باید توسط فروشنده ساخته شود، فرض کلی این است که تا اتمام ساخته شدن کالای مورد معامله، مالکیت منتقل نمی‌شود. حتی اگر توافق شده باشد که ثمن به طور اقساطی در طول زمان ساخت کشتی، پرداخت شود [۳، ص ۳۳۱].

در عین حال گفته شده که پرونده تردیدی نیست که قرارداد می‌تواند به صورتی تنظیم شود که به خریدار حق ادعای مالکیت نسبت به قطعاتی را دهد که وقتی به هم متصل می‌شوند، یک کشتی کاملی را می‌سازند.^{۲۷} از آن زمان این امر رایج و معمول شده است که در قراردادهای کشتی‌سازی وقتی که ثمن به صورت اقساطی و در طول پیشرفت کار پرداخت می‌شود، چیزی شبیه این نظر، مورد توافق قرار می‌گیرد. بنابراین در پرونده *Re Blyth Shipbuilding Co (1926)* که شخص A توافق کرد که یک کشتی برای B بسازد و ثمن به صورت اقساط در طول پیشرفت کار پرداخت شود، قرارداد فی مابین مقرر می‌داشت که با پرداخت اولین قسط، خود کشتی و تمام مصالح و چیزهای تخصیص یافته به آن، از آن پس، ملک طلق و بلا منازع خریدار شود که در مالکیت او نیز باقی خواهد ماند [ص ۳۰، ص ۳۳۰].

به نظر برخی، بر خلاف آن چه که قانونگذار ایران در بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م.اظهار کرده است، در همه اقسام بیع، الزاماً انتقال مالکیت هم زمان با بیع صورت نمی‌گیرد، از جمله، در بیع آپارتمان ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع، هم‌زمان با ایجاب و قبول نیست، بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک عنوان نیست. ضمن آن که تملیک تدریجی در قالب شرط، در حقوق ما نافذ است و اگر تطبیق تملیک به ساخته شدن آپارتمان، پذیرفته شود، دلیلی وجود ندارد که آن را در ساخته شدن بخشی از آپارتمانهای ساخته شده (نیمه ساخته) نیز به همان شکل نپذیریم [ص ۴۴-۴۱]. به تعبیر دیگر، فرض موجه در انتقال مالکیت آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود آن است که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، لذا حق مالکیت پس از ایجاب، انتقال می‌یابد و تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است. مبیع چیزی میان معین و کلی است، منتها با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌شود و خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد. لذا پس از پایان کار عین آنچه ساخته شده به ملکیت خریدار در می‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده، استناد کند [ص ۲۷۷، ۲۷۵، ۲۷].

به نظر می‌رسد که در بیع آینده غیرمنقول (آپارتمان) ساخته نشده، اولاً: در زمان معامله، فروشنده هسته اولیه مبیع (زمین و فضایی ایجاد اعیانی) را مالک است. به بیان دیگر سلطه یا مالکیت ایجاد اعیانی در زمین معینی را دارد و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود، صورت می‌گیرد و خریدار با بیع سلطه و مالکیت و حق عینی نسبت به فضای واحد آپارتمانی مورد معامله و عرصه آن به قدر السهم، واحد اختصاصی خود را کسب می‌کند و با توجه به این که واحد آپارتمان مختص او ساخته می‌شود با ساخت هر جزء از واحد مورد معامله، حق عینی نسبت به آن جزء هم برای خریدار ایجاد می‌شود. در عین حال فروشنده و سازنده نیز حق دخل و تصرف در ساخت را دارد و با تکمیل واحد مورد معامله، مالکیت خریدار بر مبیع در معنای ایجاد حق عینی برای خریدار به طور کامل محقق می‌شود. و اراده ضمنی طرفین به وجه مذکور قابل تصور و موجه است، در عین حال، تصریح طرفین به ایجاد حق عینی با ساخت هر قسمت از بنا می‌تواند هر شبهه احتمالی را در این خصوص رفع کند.

به عبارت دیگر، با توجه به این که در بیع غیر منقول ساخته نشده (بر خلاف بیع آینده مال منقول یعنی عقد استصناع) به تبع سلطه یا مالکیت فروشنده بر زمین و فضای آپارتمان، سلطه یا مالکیتی برای خریدار نسبت به قسمت موجود این مبیع، متصور است. از این رو، می‌توان با وقوع عقد به نوعی قائل به حق عینی برای خریدار شد. هر چند مصالح ساخت آن ممکن است مثل بیع مال آینده منقول، مال معین در زمان عقد یا مال کلی یا مال آینده باشد و حق عینی نسبت به مصالح ساخت، حسب مورد و بنا به طبیعت آن، برای خریدار ایجاد خواهد شد.

در خصوص انتقال مالکیت مصالح ساختمانی مربوط به ساختمان در حال ساخت، مطالبی در حقوق انگلیس مطرح شده است که به تناسب موضوع در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرند.

به عنوان مثال در خصوص سازندگان ساختمان یا پیمانکاران ساختمانی که قراردادی را به صورت نیمه کاره (اغلب به دلیل ورشکستگی) رها می‌کنند و مسئله اختلاف در مالکیت مصالح ساختمانی حمل شده به محل ساختمان، موضوع دعوا قرار

می‌گیرد، دو حالت متصور است: اولاً، سازنده ساختمان آن را پیش فروش کرده است. به عبارت دیگر ادعای مالکیت خریداران از چنین سازنده‌ای به عنوان یکی از عوامل دخیل در تحلیل انتقال مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان محسوب می‌شود. در این جا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این قبیل خریداران نیز می‌توانند مدعی مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان شوند یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا عمل تخصیص برای چنین خریدارانی صورت گرفته است یا نه؟

در پاسخ به این پرسش، برخی گفته‌اند که اگر محل ساختمان متعلق به سازنده باشد و او صرفاً قراردادی برای فروش یا انتقال بنای کامل منعقد کرده باشد (با توجه به این که در مبنای این بیان تا ساختمان کامل نشود مالکیتی به خریداران منتقل نمی‌شود) تقریباً غیر ممکن است که مالکیت این مصالح ساختمانی قبل از اتمام ساختمان و انتقال زمین به خریداران، منتقل شود و در واقع فقط سازنده می‌تواند مدعی مالکیت مصالح باشد. این تحلیل در حقوق ایران نیز قابل قبول است و خریدار در مراحل ساخت نسبت به مصالح موجود در محل ساختمان طرف قرارداد نیست و نمی‌تواند نسبت به آنها ادعای مالکیت کند. ثانیاً، مالکیت زمین ساختمان قبلاً از سازنده به خریداران منتقل شده است و خریداران در زمین محل ساختمان شریکند و یا سازنده (به عنوان پیمانکار) برای نوسازی و ساخت بنای جدیدی در زمین متعلق به مالک، از یک سو با مالک زمین و از سوی دیگر با فروشنده مصالح، قرار داد منعقد کرده است و یا به منظور تعمیر ساختمان موجود از یک طرف با مالک ساختمان قدیمی و از طرف دیگر با فروشنده مصالح ساختمانی وارد قرارداد شود. در این حالت (در فرض ورشکستگی پیمانکار سازنده) از سویی مالک زمین یا بنای در حال تعمیر می‌تواند ادعا کند که مالکیت مصالح حمل شده به محل ساختمان به او منتقل شده و از طرفی طلبکاران سازنده (پیمانکار) نیز می‌توانند ادعا کنند که مصالح در ملکیت سازنده، باقی است و هنوز به مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر، منتقل نشده است [۳۲۰].

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد در حقوق انگلیس زمانی که کالا باید در یک ساختمان یا زمینی توسط فروشنده تهیه و نصب یا مستقر شود، تا وقتی که کالا به معنی فنی خود ثابت شود یا به زمین یا ساختمان ملحق و متصل شوند، قاعده کلی یا

فرض قانونی این است که تا زمان، انجام کار نصب یا استقرار یا این که به یک مفهوم معقولی، مصالح به جزیی از پیکره ساختمان تبدیل گردد، مالکیت مصالح منتقل نمی‌شود [همان قبلی].

در حقوق ایران نیز می‌توان گفت که در حالت اخیر که سازنده از سویی با مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر، قراردادی برای تهیه و نصب مصالح، منعقد کرده و از سویی مصالح را از فروشنده‌ای اکتیفا کرده است، با توجه به این دو قرارداد، حسب ظاهر، مالکیت مصالح ابتدا وارد ملکیت سازنده می‌شود و با نصب آن و در اثر اجرای قرارداد پیمانکاری منعقد شده با مالک زمین یا ساختمان وارد ملکیت مالک می‌شود. در عرف نیز شایع است که چنین سازنده‌ای به عنوان پیمانکار قبل از نصب کالا، اختیار دخل و تصرف در کالاها را دارد. در صورتی که رابطه سازنده با مالک، رابطه پیمانکار با مالک باشد، حالت استقلال دارد و به تعبیر برخی، از کارفرما تبعیت نمی‌کند و کارگر کارفرما نیست تا تابع کارفرما باشد [۲۴، ص ۱۸]. در صورتی که سازنده به عنوان استادکار یا بنا یا هر عنوان دیگری، برای مالک اقدام به خرید کند، مالکیت مصالح مستقیماً داخل در مالکیت مالک ساختمان می‌شود.

در حقوق انگلیس غالباً این مسئله این‌گونه توضیح داده می‌شود که در چنین مواردی قرارداد سازنده با مالک زمین یا ساختمان در حال تعمیر، یک قرارداد مختلط کار و مصالح است و نه فروش کالا. از این رو، اگر قرارداد به صراحت به قصد فروش کالا، ایجاد شده باشد تا پس از آن، توسط فروشنده نصب هم بشود، در این صورت قانون بیع کالا، اعمال می‌شود و حتی ممکن است برابر قاعده ۱ ماده ۱۸ از قانون مارالذکر، اگر کالای مورد معامله، کالای معین و مشخصی باشد با انعقاد قرارداد، مالکیت منتقل شود [۲، ص ۲۳۱].

در حقوق ایران بالاتر دید اگر دو قرارداد بیع و نصب مصالح به طور مجزا و با ثمن و اجرت مستقل مقصود طرفین بوده باشد، هر چند که به ظاهر طی یک قرارداد و یک انشاء (شامل هر دو موضوع) محقق شود، در مورد کالا، احکام بیع جاری خواهد بود و در صورتی که قرارداد فروش و نصب، نه به ظاهر بلکه به واقع یک قرار داد

مخلف از انتقال مالکیت عین و نصب آن باشد و غلبه ارزش و قیمت مورد معامله با عین باشد نیز می‌توان احکام بیع را بر آن جاری کرد.

علاوه بر حالت مذکور، گاه در کنار پیمانکار اصلی و مالک ساختمان اشخاص دیگری از جمله پیمانکاران فرعی دخیلند که با توجه به این که مصالحی را به محل کار آورده‌اند، در صورت ورشکستگی پیمانکار اصلی، مدعی مالکیت مصالح می‌شوند.

برای مثال در پرونده‌ای^۶ خواهانها پیمانکار دست دومی بودند که مصالحی را به محل ساختمان به منظور مصرف در بنای در حال ساخت، توسط خوانندگان یعنی پیمانکاران اصلی، آورده بودند. ساختمان متعلق به آژانس خدمات مستغلات (یک تشکیلات عمومی) بود. پیمانکاران اصلی ورشکسته شده بودند و آژانس ضمن آن که قرارداد با آنها را فسخ کرده و به اعتبار آن خاتمه داده بود، اظهار کرده بود که با توجه به این که مالکیت مصالح به آنها منتقل شده است، از مصالح و ابزاری که توسط خواهانها به محل آورده شده، بود استفاده خواهد کرد. لکن خواهانها (پیمانکاران فرعی) با طرح دعوی در محکمه، ادعا کرده بودند که مالکیت این مصالح طبق شرایط قرارداد کاری آنها (با پیمانکار اصلی) هنوز متعلق به ایشان است. دادگاه، پس از بررسی، چنین رأی داد که شرایط یادشده هرگز مورد قبول (کارفرما) واقع نشده و شروط قرارداد آژانس، حاکم بر قضیه است، زیرا خواهانها باید هنگام قرارداد با پیمانکاران اصلی از این شرایط آگاه بوده باشند. شروط قرارداد آژانس با پیمانکاران اصلی، مقرر می‌داشت که مالکیت مصالح و تجهیزات آورده شده به محل ساختمان به آنها (کارفرما) تعلق دارد و بنابراین در این جا مسئله تخصیص وفق قاعدهٔ ۵ ماده ۱۸ از قانون مزبور، بروز نمی‌کند و مالکیت مصالح، مشمول شروط صریح قرارداد است نه تابع این قاعده [همان قبلی].

در واقع دادگاه با این فرض و به اتکای ظاهر امر اظهار داشته که پیمانکار دست دوم (که در اجرای پیمان اصلی اقدام به انعقاد قرارداد کرده است) با توجه و علم به مفاد قرارداد پیمانکار اصلی و منطبق با آن قرارداد، اقدام به معامله کرده است. اگر پیمانکار دوم شروط جدیدی در نظر داشته است باید این شروط مورد قبول کارفرما

نیز واقع می‌شود و الا بلا اثر است. البته اگر به جای پیمانکار دست دوم، فروشنده‌ای با پیمانکار اصلی معامله کند، او تکلیفی به رعایت مفاد قرارداد مالک با پیمانکار ندارد و اگر در زمان عقد با پیمانکار اصلی، شرط حفظ مالکیت تا پرداخت ثمن را صریحاً در قرارداد خود آورده باشد و پیمانکار اصلی را فردی مستقل در معامله یا حتی نماینده کارفرما تلقی کنیم، در هر دو صورت چنین شرط صریحی علیه کارفرما، نیز قابل استناد است.

به عبارت دیگر جایی که فروشنده به شخصه در کار ساخت (به عنوان پیمانکار فرعی) دخالت نمی‌کند و کالا را در اجرای قرارداد منعقد با یک پیمانکار به محل ساختمانی تحویل می‌دهد، انتقال مالکیت بر مبنای مفاد قرارداد منعقد بین آنها، صورت می‌گیرد. حسب ظاهر تحویل کالا برابر قاعده ۵، تخصیص کالا محسوب می‌شود، اما ممکن است تخصیص غیر مشروط نباشد، چون امروزه به دلیل رواج قرار دادن شروط حفظ حق مالکیت که فروشنده را قادر می‌سازد تا زمان پرداخت ثمن ادعای مالکیت کالا را داشته باشد، چنین وضعی بسیار متداول است و با وجود چنین توافقی تمسک به این ظهور منتفی است. اگر چه ممکن است دادگاهها به درستی در جایی که کالا در کارهای ساختمانی به کار رفته و تثبیت شده باشد، تمایلی به حمایت از شروط حفظ مالکیت نداشته باشند [۳، ص ۳۳۲].

در واقع در حالتی که فروشنده مصالح با شرط حفظ مالکیت، مصالح ساختمانی را تحویل و اجازه نصب آن را می‌دهد، گویی در عمل خلاف این شرط و به زیان خود اقدام کرده است و این که اگر بعد از نصب، مدعی عین مصالح شود، غالباً به جهت دگرگونی و تغییری که در این عین، با کندن و یا حتی با نصب، رخ می‌دهد، عرفاً استرداد عین منتفی است. به عبارت دیگر در این حالت شرط ساقط و مشروط له مستحق دریافت ثمن خواهد بود و نه استرداد عین.

این مطلب در سفارش ساخت کالا (و به تعبیر فقهای اسلامی بیع استصناع) که در آنجا نیز دو رابطه حقوقی یکی بین خریدار کالا و سازنده و دیگری بین فروشنده مصالح و سازنده مطرح است نیز به عنوان رویه محاکم انگلیس پذیرفته شده است و اگر

مصالح مثلاً در ساخت کشتی به کار گرفته شده باشد مالکیت را انتقال یافته تلقی کرده‌اند [همان قبلی].

گفتار سوم - بیع مال آینده به صورت مال کلی

گاه مبیع آینده حالت کلی دارد و سازنده، تولیدکننده‌ای است که مرتباً کالایی را برای مشتریان خود تولید می‌کند و سفارشهای متعددی به چنین فروشنده‌ای داده می‌شود. بدیهی است، پس از ساخت کالا، فروشنده باید اقدام به تعیین مورد خاصی برای مشتری کند و آن را تسلیم کند.

همان طور که برخی تصریح کرده‌اند، اگر کالای مورد سفارش، امری کلی باشد، مصداق بیع سلم خواهد بود [۱۴، صص ۲۳۷-۲۳۸]. در این گفتار، ابتدا صحت یا بطلان این عقد و سپس زمان و نحوه انتقال مالکیت آن بررسی می‌شود.

الف - بررسی صحت بیع مال آینده به صورت مال کلی

فقه‌های امامیه بیع سلم را که مبیع در حین عقد موجود نیست، با وجود ۴ شرط (بر خلاف فقه‌های عامه که برخی ۵ یا ۷ شرط را در آن لازم دانسته‌اند)، صحیح و معتبر می‌دانند [۲۵، ص ۲۰]. حال اگر از طریق انعقاد بیع سلم، به فروش یک تن گندم یا میوه با مشخصات خاصی با اجل دو سال و رعایت شرایط لازم اقدام شود، در واقع و غالباً از گندم یا میوه‌هایی که در آینده کشت و زرع یا حاصل می‌شود، تحویل داده خواهد شد. علی‌رغم آن که مبیع کلی فی‌الذمه فروشنده است، اما مال آینده است. کسی چنین بیعی را باطل اعلام نکرده است. خصوصاً در زمانهای گذشته وقتی روستایی را تصور کنیم که کشاورز صرفاً با مالک بودن گندم مصرفی خود و گندمی که جهت کشت و زرع لازم داشت، اقدام به معامله سلم می‌کرد و متعاقباً با کشت و زرعی که در نتیجه آن، مبیع در سال آینده به دست می‌آمد، اقدام به تعیین مبیع و تحویل آن می‌کرد. هر چند وقتی که مبیع به صورت کلی فی‌الذمه معامله شود، امکان این که کشاورز از گندم دیگران، تهیه و تسلیم کند، فراهم است و احتمال غرر و ضرر، عرفاً منتفی است ولی آن گندمی که

تهیه و تحویل می‌شود عملاً گندم محصول سال آینده است که در حین عقد وجود نداشته است.

بیع ثمره به صورت سلم با بیع ثمره قبل و بعد از ظهور، این تفاوت را دارد که در مورد اخیر علاوه بر این که کشت و زرع و فراهم کردن مبیع بر عهده بایع است، در واقع محل کشت و زرع و ثمره نیز در مزرعه یا باغ معینی خواهد بود. اما در بیع ثمره به صورت سلم، بایع از مصادیق مال کلی (که گاه موجود و گاه مال آینده است) مبیع را معین و به خریدار اختصاص می‌دهد.

به تعبیر دیگر، عقد استصناع که در آن خریدار از صاحب صنعتی (صانع) درخواست می‌کند که کالایی را برای او درست کند و لوازم و مواد آن را عمل حقوقی انجام یافته، با خصوصیات که می‌گوید، از خود بگذرد و آن صانع هم می‌پذیرد و به سفارش او عمل می‌کند، در واقع نوعی از بیع آیندان است و ارتباطی به سلم ندارد [۲۲، ص ۴۲۷-۴۲۵].

به بیان دیگر وقتی سفارش ساخت کالای خاصی با مواد مشخص و با خصوصیات معین داده شود، مصداق عقد، بیع استصناع است و اگر کالای مورد سفارش امری کلی باشد، مصداق آن، بیع سلم خواهد بود [۱۴، صص ۲۳۸-۲۳۷].

در حقوق انگلیس نیز در وضعیت مشابه^۷ که فروشندگان، دو چرخه‌هایی را به سفارش خریداران ساخته و آنها را به نام خریداران بسته بندی و به آدرسشان ارسال کرده اما قبل از این که کالا در کشتی حمل شود، فروشندگان ورشکسته شده بودند، چنین ابراز عقیده شده که مالکیت به خریداران منتقل نشده است [۳، صص ۲۳۲].

در این پرونده سفارش تولید، منحصر برای خریدار نبوده و سفارش از یک خط تولیدی که در آینده باید ساخته می‌شده، صورت گرفته است لذا با سفارش از یک خط تولید، مسئله تخصیص غیر مشروط با رضایت متعاقدين، مطرح است که در صورت انجام، موجب انتقال مالکیت است. اما در این پرونده به علت ورشکستگی، سفارش تولید به طور کامل محقق نشده و لذا مالکیت هم منتقل نشده است. در عین

حال درحالت سفارش اختصاصی، در واقع با ساخت عمل، تعیین و تخصیص غیر مشروط محقق می‌شود.

مضافاً درحقوق انگلیس درسفارش به یک تولیدکننده (ضمن صحت عقد) ممکن است تحقق تخصیص غیر مشروط حسب نوع کالا و اوضاع واحوال حاکم بر قضیه، متفاوت باشد، خصوصاً وقتی کالا توسط فروشنده‌ای که تولیدکننده یک کالا است، فروخته می‌شود. دادگاههای انگلیس به آسانی نمی‌پذیرند که مواد اولیه تخصیص یافته‌اند. چون این امر ممکن است آزادی فروشنده را در تولید کالا محدود کند [همان، ص ۳۲۴].

ب- زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده بصورت مال کلی

در حالتی که صنعتگر، کالای تولیدی در آینده را به صورت کلی معامله می‌کند یا محصولات آینده کشاورزی به صورت مال کلی معامله می‌شود، انتقال مالکیت به صورت انتقال مالکیت در مبیع کلی فی الذمه خواهد بود و حق عینی با تعیین و اختصاص کالا به خریدار برای او ایجاد خواهد شد، اما عقد سبب تملیک است. در عین حال، بنا بر مبنای کسانی که تملیک را به معنی ایجاد سلطه، حتی در ذمه شخص می‌دانند، مالکیت با عقد حاصل می‌شود و ایجاد حق عینی و اختصاص مال به خریدار، منوط به امور دیگری است.

در حقوق مصر نیز گفته شده است که اشیایی که به صورت سری و وفق نمونه واحدی ساخته می‌شوند، بعد از خاتمه ساخت، صرفاً به عنوان نوع مبیع در نظر گرفته می‌شوند. لذا لازم است اقدام به تعیین مبیع بذاته نیز صورت گیرد و بعد از این، مالکیت به مشتری منتقل می‌شود [۸، ص ۱۴۱].

بنابراین در بیع مال آینده که هنوز ساخته نشده است، مثل این که یک کارخانه مقداری از کالای تولید نشده از خط تولید خود را بفروشد، در این حالت، مبیع شئی غیر معین بالذات است و مالکیت آن به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر بعد از آن که تولید آن کالا تمام شود. مضافاً مصالحی که کالا از آن تولید می‌شود، ملک مشتری نشده، بلکه

در ملکیت بائع باقی می‌ماند تا این که عمل تولید، تمام شود. زیرا کارخانه مصالح تولید را فروخته، بلکه محصول تولیدی خود را فروخته است [۵، ج ۴، ص ۲۳۴].

در حالت مزبور مبیع به صورت کلی معامله شده است و بائع متعهد تولید و تحویل مقداری از کالای کلی است. وقتی مبیع به صورت کلی بوده و کارخانه به صورت سری مبیع را تولید می‌کند، پس از تعیین و افراز مبیع برای مشتری، انتقال مالکیت هم صورت می‌گیرد.

در حقوق مصر، در صورتی که محصولات آینده کشاورزی به صورت کلی معامله شوند و بنای طرفین بر تعیین مقدار از سوی فروشنده باشد، مالکیت منتقل نمی‌شود، مگر این که فروشنده محصول را به همان مقدار برای مشتری، افراز جدا کند [۵، ج ۴، ص ۴۱۸].

در خصوص محصولات فنیف مالکیت به خریدار منتقل نمی‌شود مگر هنگامی که فروشنده آن را به مشتری تسلیم کند یا آن را تحت تصرف وی قرار دهد. چون فروشنده محصولات فنی، حق خاصی دارد که وفق آن، محصولاتش را به نحوی که مایل باشد، تهیه و نشر می‌دهد [همان، ص ۴۱۹].

در حقوق انگلیس در حالتی که موضوع معامله کالای آینده و به صورت کلی فی‌الذمه است، با ایجاد محصول در آینده، انتقال مالکیت با تخصیص غیر مشروط و توأم با رضایت متعاقبین و وفق بند ۱ قاعده ۵ ماده ۱۸ از قانون یادشده، صورت می‌گیرد [۲، ص ۲۳۴].

نتیجه

به طور خلاصه می‌توان گفت که از مجموع مباحث مطرح شده در انتقال مالکیت آینده برمی‌آید که مال آینده در نظامهای مختلف حقوقی، غالباً در قالب محصولات کشاورزی و یا کالای ساخت بشر (اعم از منقول و غیرمنقول) مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. در مورد منافع اموال مثل پشم گوسفند، شیر گاو و یا حتی آب چاه در برخی نظامها این موارد را نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح کرده‌اند. اما

برخی آن را منفعت تلقی و لذا معامله آن را تحت عنوان اجاره، میسر دانسته‌اند. به نظر برخی، این موارد حسب مورد می‌تواند در قالب بیع یا اجاره معامله شوند و معیار و ملاک تشخیص بیع یا اجاره بودن معامله نیز آنست که آیا مقیاس زمانی در قضیه دخالت دارد یا خیر و اگر تملیک عین به عوض به مقیاس زمانی باشد، اجاره است (مثلاً معامله آب چاه از قرار ساعتی و معامله شیر یک گاو و برای یک ماه از قرار روزی A ریال) [۲۶، ص ۲۶۵] و اگر مقیاس زمانی در قضیه دخالت نداشته باشد مثل معامله یک تانکر آب از قنات خاصی و یا معامله ۱۰ لیتر شیر گاو خاصی، می‌تواند در قالب بیع انجام شود. با توجه به این که شیر این گاو در آینده تولید می‌شود، بیع مال آینده محسوب خواهد شد. از طرفی فروش یک تانکر آب از چشمه خاصی، از جهتی با فروش شیر گاو خاصی، تفاوت دارد و آن این که در اولی، آب در حین معامله در مخزن آن چشمه، موجود است اما در دومی این گونه نیست. به جهت همین تفاوت، می‌توان دسته خاصی از اموال را تصور کرد که مشابه فروش آب چشمه خاصند: مثل معامله ذخایر یک معدن و فروش هزار تن سنگ معدن خاص و یا فروش یک تن ماهی خاصی از دریاچه خاصی که در حین معامله موجودند. لذا بر معامله این قبیل اموال، عنوان بیع کالای آینده (وقتی مبنا عدم وجود مال ممکن الوجود در آینده در حین عقد باشد) صدق نمی‌کند. به عبارت دیگر این اموال در حین معامله مالیت دارند اما ملک کسی نیستند و فروشنده با استحصال آن اقدام به تسلیم به خریدار می‌کند. بیع این قبیل اموال، امری رایج و صحیح است و همان طور که در فقه امامیه گفته شده است، تملیک همیشه به معنای نقل ملک (فعلی متعلق به فروشنده) نیست و ممکن است به معنای ایجاد ملکیت برای طرف مقابل باشد. به دیگر سخن، ملکیت فعلی مبیع شرط صحت بیع نیست. چنان که ماهی دریا را با قدرت بر تسلیم به دیگری می‌فروشند تا پس از مدت معینی به خریدار تحویل شود، این بیع صحیح است هر چند موضوع آن هنوز ملک بایع نشده است [۲۷، ج ۴، ص ۱۴]. در واقع با استحصال، این مال، اول ملک بایع می‌شود و تبعاً ملک خریدار. هر چند ممکن است بین برخی از این مثالها و حالت بیع مال آینده، مرز مشترکی هم تصور شود. مثلاً معامله مقدار معینی از ماهی خاصی که به وفور در دریا موجود است، انجام گیرد و تسلیم مبیع دو سال دیگر باشد. ماهی که دو سال بعد

استحصال می‌شود. ممکن است در حال حاضر حتی تخم ریزی هم نشده باشد و یا قطعه بسیار کوچکی باشند و در این مدت به حد مورد نظر طرفین، رشد کند، این قرارداد به نوعی از دسته معامله مال آینده تلقی می‌شود.

در مورد محصولات کشاورزی اگر به صورت سلم و کلی فی الذمه معامله شوند، هر چند ممکن است مال در آینده ایجاد و از جهتی بیع مال آینده تلقی شود، ولی فروشنده محدودیتی ندارد و از نوع مبیع با اوصاف قراردادی می‌تواند تحصیل کند و به خریدار تحویل دهد انتقال مالکیت در این حالت، مشمول بحث انتقال مالکیت مال کلی فی الذمه است. با دقت در مباحث فقها و صاحب نظران در می‌یابیم که بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع اثمار، معطوف به حالتی است که فروشنده محصول مزرعه یا باغ خاصی را می‌فروشد. در این خصوص دو حالت متصور است؛ یکی این که هنوز اثری از محصول مزرعه یا باغ خاص، ظاهر نشده باشد و در این حالت، اقدام به فروش شود. حالت دوم این که به اصطلاح محصول ظهور یافته و بدو صلاح و حاصل نما شده باشد. در خصوص حالت اول آنانی که بحث را مطرح کرده‌اند، متفق القول نیستند. هر چند اغلب نظر به بطلان داده‌اند و مبنای بطلان را گاه عدم وجود و گاه غرری بودن معامله دانسته‌اند. مع الوصف از نظر برخی از صاحب نظران بیع این حالت نیز معتبر و صحیح است. در خصوص صحت بیع در مورد حالت دوم کمتر تردید است و غالباً قایل به صحت بیع، در این فرض شده‌اند. انتقال مالکیت مبیع که بدو صلاح شده است و صورت کامل آن در آینده ایجاد خواهد شد (حتی در معنی ایجاد حق عینی) با وقوع عقد، صورت می‌گیرد. در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه معامله به صورت کلی فی الذمه صورت می‌گیرد و مبیع از یک سری و یک خط تولید که بعداً ساخته خواهد شد مورد معامله قرار می‌گیرد. در این حالت، هر چند که معامله از جهتی بیع مال آینده است، اما با توجه به این که محدودیتی برای بایع وجود ندارد، در قالب بیع کلی فی الذمه، عقد را معتبر دانسته‌اند و انتقال مالکیت آن مشمول مباحث انتقال مالکیت کالای کلی در ذمه است. گاه با توجه به سفارش خاص، خریدار مبیع اعم از منقول یا غیر منقول صرفاً و منحصرأً برای او ساخته می‌شود که در این حالت وقتی مبیع مال منقول باشد در فقه امامیه در قالب بیع استصناع، مطرح شده است و فروش

مال غیر منقول آینده در حقوق ایران تحت عنوان آپارتمان (غیر منقول) ساخته نشده، مورد بحث قرار گرفته است. با توجه به این که در بیع مال غیر منقول ساخته نشده، عرصه و فضای (واحد آپارتمان) مورد معامله، حین عقد موجود است و به وجهی، معامله منطبق با بیع معدوم ممکن الوجود به تبع موجود است، می‌توان بین بیع مال آینده منقول و غیر منقول قایل به تمایز شد. در این موارد، ممکن است طرفین در خصوص انتقال مالکیت توافق کنند که با ساخت هر قسمت از مبیع، مالکیت همان قسمت به خریدار منتقل شود. شبهه جدی که در این مورد مطرح می‌شود این است که آیا چنین توافقی در حالتی که فروشنده ورشکسته شود، مالکیت خریدار بر مبیع در حال ساخت، نسبت به طلبکاران او قابل استناد است. در پاسخ دو وجه را به تفکیک باید تصور کرد: یکی این که با توجه به اصل تساوی طلبکاران، حق تقدم و حق ممتاز باید با نص قانونگذار ایجاد شود و همان‌طور که حق عینی در توثیق و رهن از آن جهت در مقابل طلبکاران قابل استناد و حق ممتاز است که قانونگذار آن را منصوص کرده است، بنا براین، در ما نحن فیه نیز تا چنین نصی نباشد، خریدار در مقابل دیگر طلبکاران، قابل حمایت نیست. وجه دوم (و اقوی) آنست که توافق طرفین را موجد حق عینی و در مقابل طلبکاران، قابل استناد بدانیم. اگر طرفین در خصوص انتقال مالکیت کالایی که منحصراً سفارش داده شده و در جریان ساخت است، سکوت اختیار کنند، مبیع مورد توافق در صورتی معین است که تکمیل شده باشد. در این خصوص، نظر غالب بر این است که چون توافق طرفین در معامله بر اجزای مبیع نبوده، انتقال مالکیت در حالتی که مبیع عرفاً در حد کامل باشد، صورت می‌گیرد و تا قبل از آن با توجه به این که لازم است اختیار دخل و تصرف در ساخت برای بایع وجود داشته باشد، مشتری سلطه و قدرتی و یا حق عینی نسبت به اجزای تشکیل دهنده مبیع ندارد و فروشنده حتی بعد از نصب، اختیار تغییر و تعویض را دارد، لذا در حالت سکوت باید انتقال مالکیت در معنی ایجاد حق عینی را منوط به تکمیل مبیع بدانیم. البته در حالت سکوت، با توجه به این که مبیع مختص خریدار، ساخته می‌شود، می‌توان نظر به اوضاع و احوال معامله، اراده ضمنی برای طرفین تصور کرد که با ساخت مبیع، خود به خود، تخصیص و تعیین آن برای خریدار صورت می‌گیرد.

منابع

۱. دکتر محمد جعفر جعفرى لنگرودى ، مبسوط در ترمينولوژى حقوق ج ۱، چاپ اول ، ناشر کتابخانه گنج دانش ، تهران ۱۳۷۸.
۲. مازو ، درس حقوق مدنى ، ج ۲ بخش دوّم. (نقل از دکتر محمد جعفر جعفرى لنگرودى، دائرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، ج ۱، چاپخانه مشعل آزادى، چاپ اول، ۲۵۳۷، ص ۵۰۹)
3. P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, The Sale Of Goods, 10Th ed, Long Man Pearson Education, London, 2001.
۴. الدكتور محمد حسن قاسم، القانون المدنى، العقود المسماه، البيع - التأمين (الضمان) - الايجار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت - لبنان ، ۲۰۰۵.
۵. دکتر عبدالرزاق احمد السنهاورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، دراسه مقارنه بالفقه الغربى ، (۲) محل العقد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، ۱۹۹۸.
6. Benjamin's. Sale Of Goods, Third Edition , Sweet & Maxwell, London, 1992 .
- 7 - M.C.Kuchhal , Business Law, Third Revised Edition , University Of Delhi. Delhi. Vikas Publishing House PvtLtd. 1999.
۸. منصور مصطفى منصور، مذكراه فى القانون المدنى العقود المسماه ، البيع و المقايضة و الايجار، دارالمعارف، بيروت - لبنان ، ۱۹۵۷.
۹. انور سلطان، العقود المسماه ، شرح عقدى البيع و المقايضة، دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان ، ۱۹۹۲. (نقل شده از: بيدان، ج ۱۱، بند ۱۶۷)
۱۰. المولى احمد المقدس الاردبيلى، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸ ، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامى، قم ۱۴۱۱هـ.ق.
۱۱. زين الدين الجبعى العاملى (شهيد ثانى)، الروضه البهيه فى شرح اللمعه دمشقيه، ج ۲، چاپ بيروت، داراحياء التراث العربى، ۱۴۰۲ هـ.ق.
۱۲. السيد روح الله الموسوى الامام الخمينى، تحرير الوسيله، ج ۲، ج ۱، انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، بهار ۱۳۶۸.

۱۳. دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۴، البیع و المقایضه، دار احیاء التراث العربی، بیروت لبنان، بی تا.
۱۴. محمد مؤمن قمی، استصناع، مجله فقه اهل بیت، ش ۱۲-۱۱، پائیز و زمستان ۱۳۷۶.
۱۵. ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی (شیخ طوسی)، الخلاف، ج ۳، الطبع الاولی، مطبعه مؤسسه النشر الاسلامی، قم ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۶. ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی (شیخ طوسی)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، مکتبه المرتضویه، تهران ۱۳۸۷.
۱۷. الشیخ محمد علی الانصاری، الموسوعه الفقئیه المیسره، ج ۲، الطبعه الاولی، مجمع الفکر الاسلامی، قم ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۸. ابی جعفر محمد بن علی الطوسی (ابن حمزه طوسی)، الوسیله الی نیل الفضیله، الصبغه الاولی، مطبعه خیام، مکتبه السید المرعشی، قم ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۹. یحیی بن سعید الحلّی، الجامع للشرایع، المطبعه العلمیه، الناشر مؤسسه سید الشهداء، قم ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۰. محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲.
۲۱. ملا احمد بن محمد مهدی بن ابی ذر نراقی، عوائد الایام (به بعد، نقل از جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران ۱۳۷۹، ص ۹۶).
۲۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، حقوق مدنی، حقوق جزا، چاپ ۱، کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۸۲.
۲۳. الکاشارنی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع، الناشر المکتبه الحبیبه، الطبع الاولی، پاکستان ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۴. شمس الدین محمد بن عرفه الدسوقی، حاشیه الدسوقی، علی الشرح الکبیر، ج ۳، الناشر المطبعه دار احیاء الکتب العربیه، عیسی البابی الحلّی و شرکاه، بی تا.
۲۵. شمس الدین السرخسی، المبسوط، ج ۱۲، المجلدات ۳۰، الناشر دارالمعرفه، بیروت ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۶. حسن علیزاده، قراردادهای پیش فروش آپارتمان، چاپ اول، ناشر میثاق عدالت، تهران ۱۳۸۳.
۲۷. دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۸، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران ۱۳۷۷.



۲۸. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ ۸، کتابفروشی اسلامیه، تهران ۱۳۷۱.
۲۹. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی (عقود معین)، ج ۱، چاپ پنجم، نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران ۱۳۷۳.
۳۰. دکتر رضا ولویون، فروش آپارتمانهای ساخته نشده، مجله پژوهش حقوق و سیاست، دو فصلنامه علمی پژوهشی، سال سوم، شماره ۴، بهار-تابستان ۱۳۸۰.
۳۱. دکتر ابولقاسم گرجی، مقالات حقوقی، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۷۲.
۳۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱.
۳۳. پلانیول و ریبری، ج ۱۰، بند ۱۱ (نقل از انور سلطان، پیشین، ص ۱۴۰).
۳۴. دکتر عزت الله عراقی، جزوه درسی حقوق کار، دانشکده دانشگاه تهران.
۳۵. الشیخ علی بن محمد القمی السبزواری، جامع الخلاف و الوفاق، الطبعه الاولی، المطبعه پاسدار اسلام، انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر (عج)، قم ۱۳۷۹.
۳۶. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی).
۳۷. السید روح الله الموسوی الامام الخمینی، کتاب البیع، ج ۴، الطبعه الرابعه، مؤسسه اسماعیلیان، قم ۱۴۱۰ ه.ق.