

دسترس



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

بایاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و بهواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادران و اعضای هیئت علمی و واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با پژوهش.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام پژوهش های و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج پژوهش های و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلاینند



تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب حمیرا دهقانی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ

۱۳۹۷/۱۰/۳۰ از پایان نامه خود تحت عنوان:

" نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان "

با کسب نمره و درجه دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و.....) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و..... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچ‌گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: حمیرا دهقانی

تاریخ و امضاء:



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد مرودشت
دانشکده علوم انسانی
پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد (M.A)
رشته حقوق خصوصی

عنوان
نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان

استاد راهنما
دکتر علی مزارعی

نگارش
حمیرا دهقانی

زمستان ۱۳۹۷



صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد (M.A)

نام و نام خانوادگی دانشجو: حمیرا دهقانی در تاریخ ۳۰ / ۱۰ / ۱۳۹۷ رشته حقوق خصوصی
از پایان نامه خود با عنوان: "نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان"

با درجه و نمره دفاع نموده است.

نام و نام خانوادگی اعضای هیأت داورى سمت امضاء اعضای هیأت داورى

۱- دکتر علی مزارعی استاد راهنما

۲- دکتر جمیله جعفری استاد داور

۳- دکتر حجت اله ایزدی استاد داور

مراتب فوق مورد تأیید است .

مدیر / معاونت پژوهشی

مهر و امضاء

تقدیم به:

به خدای احساس، به انبای محبت و پیامبر همد کودکی ام، به کسی که اگر این فرزند حقیر را سائیه جای گرفتن در زیر کف پای خود می دید من بهشتی می شدم. چرا که گفته اند: "بهشت زیر پای مادران است" به کسی که یاد و خاطرات همیشگی اش در ذهنم، تجسم و یاد نسیم بخش مرصع، غبار غربت را در این شهر غریب از چهره ام می زداید این هدیه را از فرزندت بپذیر شاید حتی از حقوق جبران ناپذیرت را ادا کرده باشم.

و تقدیم به دست های منته به نگاه خسته پدرم:

به تنهائی که با هم بعد از (خداوند و ائمه اطهار علیہ السلام و "مادر مهربانم").

نزدیک ترین دوست دوران کودکی و جوانی و جوانی ام، تقدیم به آئینه تمام رخ و طاقت فرمای روزگار و شجاع ترین پهلوان افلاک های خیالی ام و تنها تسلی بخش فکرو ذهنم در همه مواقع...

سپاس‌گزاری

سپاس‌گذاری را که انسان را به رحمت و ویژه خود متعجب‌نموده به خطابات رحیمی خود اختصاص داد و تا در بستر (بلوغ) طبیعت به اختیار مسیر (بلاغ) فطرت را در صراط مستقیم شریعت تا وصول به مقام خلافت طی کند. (انابه‌نا السبیل اما سکر او اما کفر او)

بر خود لازم می‌دانم تشکر ویژه‌ای داشته باشم از استاد راهنمای ارزشمندم جناب دکتر علی مزارعی که راه تحقیق و پژوهش را به من آموختند و دلسوزانه در طول نگارش این رساله مرارتهایی و ارشاد نمودند و بنده را در به ثمر رساندن این رساله یاری رسانند. و از راهنمایی و ارشاد ایشان کمال استاده را نمودم. و همچنین لازم می‌دانم از تمامی اساتید معظم و کران قدر که در مدت تحصیل در دانشگاه آزاد واحد مروودشت از حضورشان بهره‌مند شدم صمیمانه تشکر نمایم.

و سپاس از کسی که اگر او نبود راه به جایی نمی‌بردم.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
۲	مقدمه.....
	فصل اول: مبانی و مفاهیم
۱۱	مبحث اول: تعریف مفاهیم و اصطلاحات.....
۱۱	گفتار اول: مفهوم قرارداد.....
۱۱	بند اول: تعریف لغوی قرارداد.....
۱۳	بند دوم: تمایز قرارداد با مفاهیم دیگر.....
۱۳	الف : تمایز عقد و قرارداد.....
۱۴	ب : تمایز تعهد، عقد و قرارداد.....
۱۴	ج : تمایز میان تفاهم نامه، توافق نامه و قرارداد.....
۱۵	د: تمایز قرارداد با واقعه حقوقی و ایقاع.....
۱۶	بند سوم: قرارداد الحاقی.....
۱۷	گفتار دوم: مفهوم مشارکت.....
۱۷	بند اول :مفهوم لغوی.....
۱۷	بند دوم: مفهوم اصطلاحی.....
۱۷	گفتار سوم: مفهوم قرارداد مشارکت.....
۱۷	بند اول : مفهوم فقهی قرارداد مشارکت.....
۱۸	بند دوم: مفهوم حقوقی قرارداد مشارکت.....
۱۹	گفتار چهارم : پیشینه ، طرفین ، مفاد و تعهدات قراردادهای مشارکت در ساخت.....
۱۹	بند اول:پیشینه قرارداد مشارکت در ساخت.....
۱۹	بند دوم:طرفین قرارداد مشارکت در ساخت.....
۲۰	بند سوم:شریک خوب.....
۲۰	بند چهارم:مفاد قرارداد مشارکت در ساخت.....
۲۰	بند پنجم:الزام آور بودن قرارداد مشارکت در ساخت.....
۲۱	بند ششم:امضای سند در قرارداد مشارکت در ساخت.....
۲۱	بند هفتم:محدودیت پیش فروش واحدها در قرارداد مشارکت در ساخت.....
۲۱	بند هشتم:فسخ قرارداد در قرارداد مشارکت در ساخت.....

بند نهم: آثار فسخ	۲۲
مبحث دوم: طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۲۲
گفتار اول : شرایط اشخاص حقیقی	۲۳
گفتار دوم : شرایط اشخاص حقوقی	۲۴
گفتار سوم: مسئولیت نوشتن و تنظیم قرارداد مشارکت در ساخت	۲۴
گفتار چهارم : موضوع قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۲۵
مبحث سوم: آورده و سهم الشرکه طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۲۷
گفتار اول : آورده و سهم الشرکه مالک (طرف اول)	۲۷
گفتار دوم : آورده و سهم الشرکه سازنده (طرف دوم)	۲۸
گفتار سوم: فرمول محاسبه آورده طرفین قرارداد مشارکت در ساخت	۳۰

فصل دوم: مدت و زمان اجرای قرارداد مشارکت ساخت و ساز و ضمانت اجرای آن

مبحث اول : ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت	۳۳
گفتار اول: مدت و زمان اجرای قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۳۳
گفتار دوم: تعهدات طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۳۴
بند اول : تعهدات مالک (طرف اول)	۳۴
الف: دریافت پروانه با جواز ساختمان	۳۴
ب: تحویل ملک	۳۵
ج: اقدامات ثبتی	۳۶
د: نمونه شرط انجام امور ثبتی و تفکیکی توسط سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت	۳۶
بند دوم : تعهدات سازنده (طرف دوم)	۳۶
الف: دارا بودن قدرت مالی و تجربه فنی و اجرایی	۳۶
ب: انجام عملیات اجرایی ساخت و ساز	۳۷
ج: دادن تضمین مناسب	۳۷
مبحث دوم: شرایط قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۳۸
گفتار اول: پیش فروش واحدها	۳۹
گفتار دوم : تقسیم واحدها	۴۱
گفتار سوم : تحویل واحدها	۴۲
گفتار چهارم : ضمانت های اجرای قرارداد	۴۴
گفتار پنجم: خسارت ناشی از عدم انجام تعهد	۴۵

گفتار ششم: روش ها و شیوه های جبران خسارت ناشی از تأخیر و یا عدم انجام تعهد	۴۶
بند اول: تعیین خسارت (خسارت روز شمار)	۴۶
بند دوم: پرداخت خسارت به صورت معین (ثابت)	۴۶
بند سوم: انجام موضوع قرارداد توسط مالک به حساب سازنده	۴۷
مبحث سوم: قوه قهریه یا فورس ماژور در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۴۷
مبحث چهارم: داوری و فسخ قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۴۹
گفتار اول: داوری و حل اختلاف قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۴۹
گفتار دوم: فسخ و اقدامات پس از آن در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز	۵۰
فصل سوم: شرایط و ضوابط حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان	
مبحث اول: مالک، طرفین عقد و مالکیت در قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان	۵۴
گفتار اول: طرفین عقد	۵۴
گفتار دوم: مالک زمین	۵۵
بند اول: مالکیت عین	۵۵
بند دوم: مالکیت منافع	۵۷
بند سوم: مالکیت عین و منافع	۶۰
بند اول: تعهدات مالک	۶۴
بند دوم: تعهدات مجری طرح	۶۵
مبحث دوم: شروط مرسومه ضمن عقد در قرارداد مشارکت	۶۹
گفتار اول: شرط تسلیم زمین توسط مالک به مجری	۶۹
گفتار دوم: شرط پرداخت هزینه های ساختمانی اجرای طرح	۷۱
گفتار سوم: شرط پرداخت هزینه های اداری اجرای طرح	۷۳
گفتار چهارم: شرط پرداخت اجاره بها از جانب مجری به مالک	۷۴
مبحث سوم: ضوابط ساخت و ساز در عقود مشارکت بین متصدیان ساخت و ساز و خریداران	۷۴
گفتار اول: امکان تغییر در قرارداد در چهارچوب تعدیل قرارداد	۷۵
گفتار دوم: ضرورت تحویل آپارتمان در موعد مقرر	۷۷
گفتار سوم: شرط خسارت دیرکرد در صورت انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت	۷۸
نتیجه گیری و پیشنهادات	۸۰
منابع و مراجع	۸۰
پیوست	۹۱

علایم اختصاری

قانون مجازات اسلامی	ق.م.ا.
شرح قانون مجازات اسلامی	ش.ق.م.ا.
محشای قانون مجازات اسلامی	م.ق.م.ا.
قانون مجازات اسلامی تعزیرات	ق.م.ا.ت.
قانون مجازات عمومی	ق.م.ع.
قانون حدود و قصاص	ق.ح.ق.
شرح قانون حدود و قصاص	ش.ق.ح.ق.
آیین دادرسی کیفری	آ.د.ک.
قانون اساسی	ق.ا.
قانون مدنی	ق.م.
حقوق جزای عمومی	ح.ج.ع.
حقوق جزای اختصاصی	ح.ج.ا.
رجوع کنید	ر.ک.
بدون تاریخ	بی تا
شمار	ش.

چکیده

قرارداد مشارکت در ساخت، یکی از انواع قراردادهای ساخت و ساز است که مطابق آن مالک زمین با شخص دیگری (حقیقی یا حقوقی) قراردادی منعقد می‌کند تا در ازای ساختن پروژه‌ای ساختمانی در زمین مزبور، در آنچه ساخته می‌شود شریک گردند. قدرالسهم هر طرف، به نسبت آورده‌ی هر یک تعیین می‌شود و به تدریج که ساختمان ساخته می‌شود مالکیت هر یک از طرفین نسبت به سازه‌ها و زمین هم به وجود می‌آید و پس از پایان ساخت و ساز، تفکیک و با نام هر کدام، به ثبت می‌رسد. در خصوص ماهیت حقوقی قرارداد مزبور، در بررسی عقود قابل تطبیق در قلمرو عقود معین عقد بیع و عقد شرکت و در قلمرو عقود نامعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی، مطمع نظر قرار می‌گیرد. در بحث از شرایط عمومی، آپارتمان ساخته نشده به عنوان عین معین و مال قیمی در نظر گرفته می‌شود و موجود بودن زمین در حین انعقاد قرارداد و مالکیت مالک نسبت به عین و منافع زمین جزو شرایط اختصاصی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می‌باشد. در بحث از اوصاف، قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، قراردادی لازم، معوض، عهدی-تملیکی، مستمر، رضایی، مختلط و د راکثر موارد الحاقی می‌باشد. در بیان آثار قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، تسلیم زمین، تنظیم سند رسمی و تهیه مقدمات آن و در اکثر اوقات اخذ پروانه ساختمان به عنوان تعهدات مالک؛ ساخت و تکمیل بنا مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و بر اساس نقشه ساختمانی و تحویل ساختمان در موعد مقرر به عنوان تعهدات شریک در نظر گرفته می‌شود. لذا مستقل بودن قرارداد مشارکت در ساخت را می‌توان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادی و عرف و بنای عقلا توجیه نمود. این تفسیر از قرارداد مشارکت در ساخت مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی است که مستلزم آثار وضعی می‌باشد و این از آن جهت است که عقود منحصر به عقود معین نبوده و برای ترتب آثار وضعی نیازی نیست تا همه توافقات و قراردادها را از باب توقیفی بودن عقود در قالب عقد معین تفسیر نمود زیرا همین که شارع، ردع و منعی بر قراردادی به طور ویژه وارد ننموده باشد، موید صحت آن عقد است.

واژگان کلیدی: عقد، قرارداد مشارکت، عقد معین، عقد نامعین.

از میان نیاز های اولیه و ضروری بشر، داشتن مسکن متناسب، جایگاه ویژه ای دارد که از همان ابتدای استقرار او بر زمین بوده است. در عصر حاضر نیز با افزایش جمعیت کره ی زمین و محدودیت فضای استقرار افراد بشر در آن، ساخت و سازها اهمیت قابل توجهی یافته است. تقریباً در بیشتر کشورهای جهان، تولید مسکن به لحاظ هزینه های هنگفت، معضلی بزرگ محسوب می شود. از سوی دیگر محدودیت امکانات شهری از جمله زمین، موجب شده است شهرها از حالت افقی به حالت عمودی گسترده شوند و به جای خانه ها و ویلاهای یک یا دو طبقه، ساختمانهای چند طبقه و برج های عظیم ساخته شود. همان گونه که می دانیم قراردادهای در زندگی اجتماعی نقش بسیار ایفا نموده و نیاز های اشخاص در زندگی اجتماعی به وسیله آنها مرتفع و روابط حقوقی آنان تنظیم می گردد. یکی از این قراردادها که امروزه در جامعه متداول و رایج گردیده، قرارداد مشارکت در ساخت و ساز است که ظرف چند سال اخیر به لحاظ شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه و افزایش جمعیت، ظهور یافته است. مالکان زمین به دلیل نداشتن یا کمبود سرمایه از یک طرف و گرانی مصالح و نیروی کار از طرف دیگر و صاحبان سرمایه و سازندگان هم برای منفعت و سود بیشتر، دست به انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می زنند. اما با توجه به اینکه قراردادی به این نام در قوانین و مقررات مورد بحث و بررسی قرار نگرفته و قانونگذار به صراحت شرایط، آثار و احکام آن را مقرر ننموده است این امر مشکلاتی را در خصوص این قراردادها ایجاد می کند و در نتیجه آن روابط حقوقی طرفین قرارداد با ابهامات و اشکالاتی مواجه می شود. به رغم تازگی موضوع و طبعاً کمبود منابع فقهی و حقوقی که به طور خاص در این موضوع قابل بهره برداری باشند، اما رواج روز افزون معاملاتی از این دست و لزوم همگامی نظام حقوقی و پویایی آن با تحولات روز، و در نهایت ضرورت تبیین ماهیت این قراردادها تحقیق جداگانه می طلبد که این پژوهش به انجام آن مبادرت نمود. مهم ترین مسئله در بحث ما در مجموعه حاضر، در خصوص ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی است که ممکن است تفاسیر گوناگونی از آن بشود. از جمله اینکه چنین قراردادی همان قرارداد استصناع در فقه است یا اینکه این نوع قراردادها در قالب عقد بیع بوده و لذا مالک زمین نمی تواند آپارتمانی را که در آینده ساخته خواهد شد به دیگری واگذار نماید و یا اینکه قرارداد مشارکت در ساخت، همان قرارداد مقاطعه کاری است و شرایط عمومی پیمان باید بر آن حکومت کند. همچنین ممکن است این نوع توافرها را قرارداد خصوصی تلقی کرده و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین و تفسیر نمود. پذیرش هر کدام از نظرات فوق آثار مختلفی در پی خواهد داشت. در ضمن در عرف حقوقی ما عقد مشارکت مدنی یا قرارداد مشارکت، به قراردادی گفته می شود که طی آن یک یا چند مالک و یک یا چند سازنده یا مجری طرح که سرمایه گذاری مشترکی را برای احداث ساختمانی با کیفیات معین آغاز می کنند و سرمایه مالک، زمین وی و

سرمایه مجری نیز تادیه هزینه های ساخت آپارتمان است. پس شیوا ترین تعریفی که می توان از این نوع عقد ارائه داد به شرح ذیل است:

"سرمایه گذاری مشترکی برای ساخت آپارتمان است بین مالک یا مالکین از یکسو و مجری یا مجریان از سوی دیگر که گروه اول زمین و گروه دوم هزینه ها را تقبل می نمایند".

در راستای تشکیل این عقد، طرفین مانند تمام عقود نسبت به هم تعهداتی می نمایند که بعد از بررسی ممکن است ذات این عقد را به یکی از عقود معین بیان شده در قانون مدنی مانند جعاله و یا شرکت نزدیک کند و یا حتی در سایر موارد از جرگه عقود معین دور شده و تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی انگاشته شود.

در این مجال سعی بر آن است که با بررسی دقیق خصایص عقد مشارکت در ساخت و تعهداتی که طرفین در قبال هم می نمایند ماهیت این عقد بیش از پیش روشن شده و رژیم حقوقی حاکم بر آن به عنوان یک عقد نو ظهور مشخص گردد. بیان این نکته نیز ضروری می نماید که از آنجایی که بر خلاف عقود معین، تعریفی دقیق از این عقد وجود ندارد لذا بر آن شدیم تا با تحلیل عرف رایج در معاملات کنونی ملکی کشور ماهیت این عقود را بیشتر دریابیم.

الف- بیان مسأله

در دنیای امروز انواع معاملاتی ظهور یافته است که در گذشته، وجود آنها بسیار کم و در حد نیاز شخصی بوده است ولی امروزه در عصر صنعت و پروژه ها و سرمایه گذاریهای عظیم، این معاملات و به تبع آنها قراردادهای مربوط به آن، قابلیت جوابگویی به نیازهای مهم اقتصادی را دارا می باشند. در این رابطه یکی از مهم ترین قراردادهایی که می توان نام برد، قرارداد مشارکت در ساخت است. نیاز انسان به مسکن از جمله نیازهای طبیعی و ابتدایی انسان از همان آغاز استقرار او بر زمین بوده است. انسان در طول تاریخ در جهت رفع این نیاز خود، به راههای گوناگون دست به کار شده است. در عصر حاضر با افزایش ناگهانی جمعیت کره ی زمین و محدودیت فضای استقرار انسانها در آن، ساخت وسازها اهمیت قابل توجهی یافته است. در بیشتر کشورهای دنیا، ساخت مسکن به دلیل تحمیل هزینه های هنگفت، معضل بزرگی به وجود آورده است. از سوی دیگر محدودیت امکانات شهری مانند زمین، باعث شده است تا شهرها از حالت افقی به حالت عمودی گسترده شوند و به جای خانه ها یا ویلاهای یک یا دو طبقه، ساختمانها و برجهای چند طبقه و آپارتمان های عظیم ساخته شود. از طرف دیگر با افزایش امید به زندگی انسان و بالا رفتن نرخ رشد جمعیت کره ی زمین، دولتها با مشکلات جدی برای بر طرف کردن نیازهای مردم خود مواجه شده اند.^۲

۱- حاتمی، علی اصغر، (۱۳۸۹)، ماهیت قراردادهای ساخت و ساز، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶، ص ۵۵.

۲- میرنظامی، منصوره، (۱۳۹۵)، نظام مالکیت در قراردادهای مشارکت عمومی_خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی.

صنعت ساختمان یکی از قدیمی ترین و مهمترین بخش های زیر بنایی در امر توسعه ی اقتصادی هر کشوری می باشد، به ویژه در ایران که از قدیم الایام زمین و ملک از با ارزش ترین دارایی های مردم و نوعی وسیله ی ثروتمند شدن محسوب می گردد و همین، دلیلی برای افزایش معاملات مرتبط با زمین و مسکن بوده است. در این میان، عده ی محدودی صاحب زمین هستند که اگر تنها آنان را دارای حق سکونت در زمین بدانیم، دیگر جایی برای سایر مردم باقی نخواهد ماند. از سوی دیگر، مالکان زمین نیز لزوماً تخصص کافی یا توانایی مالی ساخت و ساز را ندارند؛ بنابراین، این دو گروه (مالکین زمین و صاحبان تخصص فنی و توان مالی) در صدد مشارکت و همکاری با یکدیگر برآمده تا اقدام به ساخت و ساز کرده و از آنجا که مالکین زمین معمولاً چیزی جز زمین ندارند تا در ازای ساخت و ساز و اقدامات طرف مقابل بپردازد، می پذیرند تا سهمی را از آنچه ساخته شده است به سازنده یا طرف مقابل تعلق یابد. موضوع مورد بحث در خصوص این قبیل مشارکتها در زمینه ی ساخت و ساز، توصیف حقوقی و نگارش قراردادی است که مشارکت مالک زمین و سازنده را تحقق می بخشد. اما مشکل اینجاست که در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان و مشروعیت آن و بالاخص نگارش این نوع خاص از قرارداد، بحث حقوقی مجزا و اصیلی دیده نشده است. بی تردید توصیف دقیق این نوع قراردادها و بررسی ماهیت آنها و نگارش نمونه ی مطلوبی از آن می تواند بسیاری از ابهامات و مشکلات و معضلات مربوط به این نوع قراردادها را بر طرف کرده و آثار حقوقی آن را روشن کند. در حال حاضر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان در دسترس عموم مردم است و عمده این دسترسی در تبعیت از این نمونه قراردادها از طریق استفاده ی دفاتر مشاور املاک از آنهاست که گذشته طریق اتحادیه املاک در انتشار یافته است و نمونه هایی نیز به انتخاب و طرز فکر و میزان سواد این دفاتر مورد استفاده قرار می گیرد و به صورت محدودی نیز امکان نگارش این قراردادها توسط کارشناسان حقوقی با مراجعه ی مردم به ایشان نگارش می یابد حال با در نظر گرفتن تجربه ی دفاتر املاک و سواد کارشناسان حقوقی این قراردادها در عمل با مشکلات بسیار گسترده و فراگیری روبرو هستند.

حال سوال اینکه ماهیت قرارداد مشارکت جزو عقود معین است یا نامعین؟ یا در صورت انعقاد قرارداد هریک از طرفین می توانند آن را فسخ کنند یا خیر؟ یا بر آن چه اصلی از اصول حقوقی حاکم است؟ یا باتوجه به گران شدن روز افزون مصالح ساختمانی و تورم در صورت عدم توانایی در ساخت تکلیف قرارداد چه می شود؟ یا می شود قرارداد را تعدیل کرد؟

ب- اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

در این مورد تحقیقات کمی انجام شده است و با در نظر گرفتن این مطلب که در کشور ما ساخت ساختمانهای نوساز و آپارتمانی به همین روش مشارکت در ساخت فرا گیر شده است و در حال حاضر در مرکز استفاده از این نمونه قراردادها یعنی دفاتر مشاورین املاک نمونه قراردادی مشخص و با ثبات که به صورت فراگیر از آن استفاده گردد و حداقل مشکلات را در صورت بروز اختلاف به وجود بیاورد، مسجل نگردیده است و مشکلات بسیار و

برداشت های متفاوتی از قراردادهایی که در این مورد تنظیم میگردد به چشم میخورد لذا، با ارائه ی نمونه ی مطلوبی از این نوع خاص از قرارداد، سعی داریم تا که با استفاده از نمونه های بهتر و علمی تر از مشکلات و معضلات ناشی از اجرای این قراردادها کاسته شود. با توجه به این توضیحات انجام تحقیق نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان ضروری به نظر می رسد.

ج- اهداف تحقیق

آرمان ما از نگارش هر قراردادی اجرای صحیح و به موقع و بدون هیچ مشکلی بر مبنای توافقات در آن قرارداد است اما هدف واقعی کاستن این مشکلات است. هدفی که به صورت ویژه برای این تحقیق در نظر گرفته شده است نگارش نمونه ای مطلوب و برتر از نمونه های سابق این قراردادها است و هدف کاربردی از این تحقیق پیشگیری و کاستن از مشکلات اجرایی از این نمونه قراردادها است.

هدف کلی:

۱- بررسی نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان

اهداف جزئی:

۱- بررسی مشکلات اجرایی قرارداد مشارکت ساخت آپارتمان در قوانین جاری کشور و ارائه راهکارهای مناسب.

۲- بررسی اصول و قواعد کلی حاکم بر قرارداد مشارکت

۳- بررسی مبنای حقوقی بنیادین قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان

د- سؤالات تحقیق

پرسش اصلی

۱. اصول و قواعد کلی حاکم بر قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان چیست؟

پرسش های فرعی

۱. مبنای حقوقی بنیادین قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان چیست؟

۲. قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان در تقسیمات عقود در کدام دسته جای دارد؟

۳. در قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان ضمانت اجراهای لازم در صورت امتناع از قرارداد و شروط آن چیست؟

ه- فرضیه های تحقیق

فرضیه اصلی

۱- قواعد کلی حاکم بر قرارداد مشارکت بدین صورت است که ذات این عقد به یکی از عقود معین بیان شده در قانون مدنی مانند: جعاله، وکالت و یا شرکت مدنی نزدیک می باشد و در سایر موارد از جرگه عقود معین دور شده، تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی انگاشته شود.

فرضیات فرعی

- ۱- به نظر میرسد مبنای اصلی قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان از اصل آزادی قراردادهاست.
- ۲- به نظر میرسد قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، جزو هیچ کدام از عقود مشخص شده در قانون نیست، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی جزو قراردادهای خصوصی حساب شده و معتبر به حساب می آید.
- ۳- به نظر می رسد در قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان ضمانت اجراهای لازم در صورت امتناع از قرارداد فسخ می باشد..

و- مرور ادبیات و سوابق مربوطه

حاتمی (۱۳۸۹) در پژوهش خود تحت عنوان ماهیت قراردادهای ساخت و ساز بررسی کرد یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز، احداث واحدهای ساختمانی تجاری یا مسکونی عمدتاً عمودی در قالب مجتمع و فروش این گونه تأسیسات قبل از احداث می باشد که در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی است که از آن به قراردادهای ساخت و ساز تعبیر می شود که در نوع خود جدید و ابداعی محسوب است. آگاهی بر کم و کیف این گونه قراردادها که روزبه روز شایع تر می شوند، به ویژه برای حقوق دانان ضرورتی اجتناب ناپذیر است. اما از آن جا که موضوع این گونه قراردادها (قرارداد پیش فروش واحد ساختمانی) در زمان انعقاد، نه موجود است و نه معلوم، چنین قراردادی ظاهراً شرطی از شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات (موجود و معلوم بودن موضوع معامله) را فاقد خواهد بود. بر همین اساس نظریات مختلفی در قلمرو عقود معین، در توجیه ماهیت این قراردادها قابل طرح است؛ که در سطور آینده به بررسی آن ها می پردازیم و در پایان پیشنهادات عملی جهت رفع مشکلات اجرایی ارائه خواهیم داد.

رستم لو (۱۳۸۹) در پژوهش خود تحت عنوان بررسی فقهی و حقوقی عقد مشارکت و تطبیق آن با قانون بانکداری اسلامی بررسی کرد که مبنای حقوقی شرکت در طی بخشی از مواد قانون مدنی و قانون تجارت بیان شده است. در کل شرکت از جمله عقود است که مبانی آن در فقه و حقوق تبیین شده است. با پیشرفت جوامع روابط بین انسانها از جمله قراردادها اشکال جدیدی به خود می گیرند و این امکان را به افراد می دهد که علاوه بر اشخاص حقیقی با اشخاص حقوقی از جمله بانک نیز وارد معامله شوند. از انواع امروزی قراردادها می توان به عقد مشارکت در نام بانکی اشاره کرد این قرارداد برگرفته از عقد شرکت در فقه و حقوق می باشد. هرچند در تدوین قانون عملیات بانکی تلاش بر این بوده که قراردادهای بانکی از جمله مشارکت منطبق با عقد شرکت در فقه و قانون باشد ولی بانک به فراخور نیازهای خود مفهوم گسترده تری از شرکت را در قانون عملیات بانکی گنجانده است به این

ترتیب که بخشی از قرارداد مشارکت خود را در قالب مشارکت حقوقی انجام می‌دهد که سابقه‌ای در فقه و حقوق ندارد ولی در هر حال قرارداد مشارکت بانکی برگرفته از عقد شرکت در فقه و حقوق می‌باشد.

جاوری (۱۳۸۸) در تحقیق خود تحت عنوان مسئولیت‌های ناشی از نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان به بررسی قرارداد پیش فروش آپارتمان که از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات جامعه است و همین موضوع باعث اختلافات در آراء محاکم و آشفتگی در رویه قضایی شده است، که برای تحلیل درست و منطقی آن بانهادهای حقوقی و در نتیجه ماهیت حقوقی آن قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی انتخاب شده است و سپس مسولیت های طرفین و نقض آنها و ایجاد ضمانت اجراهای ناشی از آن با توجه به ماهیت حقوقی انتخاب شده، مورد تحلیل و تجزیه قرار گرفته است.

مداحی (۱۳۹۱) در پژوهشی تحت عنوان قرارداد مشارکت در ساخت و ساز در حقوق ایران بررسی کرد که قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، در دو، سه دهه ی اخیر در ایران ظهور و رواج یافته است. این قرارداد در شایع ترین شکل خود میان مالک زمین و شریک منعقد می گردد. قدرالسهم هر طرف، به نسبت آورده ی هر یک (زمین و ساخت و ساز و هزینه ی آن) تعیین می شود و به تدریج که ساختمان ساخته می شود مالکیت هر یک از طرفین نسبت به سازه ها و زمین هم به وجود می آید و پس از پایان ساخت و ساز، تفکیک و با نام هر کدام، به ثبت می رسد. در خصوص ماهیت حقوقی قرارداد مزبور، در بررسی عقود قابل تطبیق در قلمرو عقود معین عقد بیع و عقد شرکت و در قلمرو عقود نامعین مضمول ماده ۱۰ قانون مدنی (قولنامه، استصناع، پیش فروش آپارتمان، مقاطعه کاری) و قرارداد مستقل بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، مطمع نظر قرار می گیرد. در بحث از شرایط عمومی، آپارتمان ساخته نشده به عنوان عین معین و مال قیمی در نظر گرفته می شود و موجود بودن زمین در حین انعقاد قرارداد و مالکیت مالک نسبت به عین و منافع زمین جزو شرایط اختصاصی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می باشد. در بحث از اوصاف، قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، قراردادی لازم، معوض، عهدی، تملیکی، مستمر، رضایی، مختلط و در اکثر موارد الحاقی می باشد. در بیان آثار قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، تسلیم زمین، تنظیم سند رسمی و تهیه مقدمات آن و در اکثر اوقات اخذ پروانه ساختمان به عنوان تعهدات مالک؛ ساخت و تکمیل بنا مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و بر اساس نقشه ساختمانی و تحویل ساختمان در موعد مقرر به عنوان تعهدات شریک در نظر گرفته می شود.

گودرزی (۱۳۹۴) در پایان نامه کارشناسی ارشد خود تحت عنوان مبانی حقوقی کنترل مالکانه در قراردادهای مشارکت تجاری (JVC) با تاکید بر قراردادهای پتروشیمی بررسی کرد که اهداف شرکا، طراحی ساختار مالکیت و کنترل مالکانه شرکا در قرارداد پایه، نقش مهمی در مدیریت مشترک امور جوینت ونچر داشته و در تنظیم این گونه قراردادهای، تعیین ساختار تصمیم گیری و نقش هر یک از طرفین در این تصمیم گیری از مهم ترین موضوع هایی است که می بایست با دقت و وسواس زیادی توسط طرفین جوینت ونچر مورد بحث قرار گیرد. همچنین مکانیسم حقوقی کنترل مالکانه، ساختار مدیریت مشترک و تصمیم گیری در قراردادهای جوینت ونچر بین المللی منعقد در صنعت

پتروشیمی ایران نیز مورد بررسی قرار گرفته و راهکارهای حقوقی مناسب جهت تعیین ساختار مدیریت و تصمیم‌گیری و حفظ حقوق مالکانه شرکاء در کنترل و مدیریت مشترک این‌گونه مشارکت‌ها، معرفی شود.

میرنظامی (۱۳۹۵) در پژوهشی تحت عنوان نظام مالکیت در قراردادهای مشارکت عمومی_خصوصی بررسی کرد محدودیت منابع مالی، سنگینی بار قروض و کسری بودجه دولت‌ها جهت تأمین مالی پروژه‌های بزرگ که نیاز فوری به تحقق آن‌ها احساس می‌شد آن‌ها را به ایجاد نوعی مشارکت و سرمایه‌گذاری بین بخش عمومی و خصوصی سوق داد تا ضمن بالا بردن فضای رقابتی در بخش خصوصی و بهره‌مند شدن از تخصص، دقت، نظارت و پیگیری این بخش طراحی و ساخت پروژه‌های زیرساختی را نیز به انجام برسانند. قراردادهای مشارکت عمومی-خصوصی علی‌رغم اشتراک در یکسری اوصاف نظام مالکیت واحدی نداشته و هرکدام از این قراردادها شرایط و آثار خود را دارا بوده و در زمینه‌ها و موضوعات خاصی اجرا می‌گردند همه‌ی انواع قراردادهای ذیل عنوان مشارکت عمومی-خصوصی منوط به رعایت الزامات و محدودیت‌های قوانین در ایران کاربرد داشته و قابل استفاده‌اند.

ما در این تحقیق بر خلاف تحقیق‌های بالا به بررسی و آسیب‌شناسی قراردادهای مشارکت در ساخت و اینکه به چه نحوی و با چه تدابیری تنظیم شوند که در جریان اجرای آن طرفین با مشکلات عدیده‌ای روبرو نشده و استفاده از راهکارهای مناسب جهت برطرف کردن موارد شناسایی شده اختلافات در قراردادهای مشارکت در ساخت (فنی، حقوقی و ...) و گنجاندن آن در متن قرارداد و رسیدن به الگویی مناسب بیش از پیش لازم می‌باشد که نگارنده در این پایان‌نامه به آن می‌پردازد. به‌طور کل نگارنده در این پژوهش سعی داشته که نخست با بررسی پرونده‌های قضایی مرتبط با این قراردادها به جنبه‌های مختلف بروز اختلافات بین طرفین قراردادهای مشارکت در ساخت پی برده و از آن در اصلاح متن و در شیوه تنظیم این نوع از قراردادهای ساخت استفاده نماید به صورتیکه در قراردادهای مشارکت در ساخت مفادی گنجانده شود که طی آن کلیه تکالیف و وظایف دو طرف و بندهای حقوقی و فنی مربوطه لحاظ گردیده تا اجازه تخطی از آن به موجب قرارداد برای طرفین در طول مدت اجرای قرارداد امکان پذیر نباشد.

ز- روش تحقیق

روش تحقیق حاضر به صورت توصیفی - تحلیلی است و جهت گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه‌ای استفاده می‌شود. در اولین قدم پس از مشخص نمودن ساختار تحقیق، مراجعه به کتابخانه و فیش برداری، پس از آن مرتب نمودن اطلاعات جمع‌آوری شده و سپس نگارش و تحلیل و ارزیابی اطلاعات گردآوری شده. و در ضمن با توجه به ابزارهای ارائه شده محقق ابتدا از گردآوری منابع موجود و مطالعات کتابخانه‌ای به توضیح و تشریح و تعاریف از ابعاد موضوع و آنگاه پس از تشریح مطالب به ارزشیابی و سنجش موضوع ارایه شده بر اساس تحلیل و سبک و سنگین کردن فرضیه‌ها و متغیرهای موجود در آنها به تحلیل عمومی و همه‌جانبه آنها (از زوایا و جنبه‌های

مختلف) پرداخته می شود و در نهایت پس از جمع بندی استدلال ها، پارامترها، تجزیه و تحلیل و نتایج مورد نظر خود را از قلب آنها استخراج کرده و به تعریفی جدید دست پیدا کرده می شود.

ح- ساماندهی تحقیق

این پژوهش شامل سه فصل می باشد که در فصل اول به مبانی و مفاهیم، فصل دوم مدت و زمان اجرای قرارداد مشارکت ساخت و ساز و ضمانت اجرای آن، فصل سوم بررسی شرایط و ضوابط قراردادهای مشارکت در ساخت آپارتمان و در نهایت به نتیجه گیری و پیشنهادات پرداخته ایم