

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب مجید علی زاده دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۵ از پایان نامه خود تحت عنوان الگوی مطلوب قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران با کسب نمره ۱۷/۷۵ دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم .

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 نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

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

۳) چنانچه بعد از 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 می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت .

نام و نام خانوادگی

تاریخ و امضاء

نشور اخلاق پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و به پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعلامی فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشجویان و اعضای هیات علمی و احدی 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، 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 بکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن و پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و محافظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و نموداری از هرگونه حرمت کشی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتیجه تحقیقات و انتقال آن به بکاران 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 آلائند.

نام و نام خانوادگی: محمد علی زاده

تاریخ و امضا



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده حقوق، گروه حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

الگوی مطلوب قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران

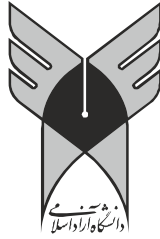
استاد راهنما:

دکتر حسین رحیمی خجسته

نگارنده:

مجید علی زاده

زمستان ۱۳۹۴



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده حقوق

با یاری خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد خانم /آقا مجید علی زاده در رشته حقوق خصوصی با عنوان: الگوی مطلوب قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران با حضور اساتید راهنما و هیات داوران در تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۵ ساعت ۱۳:۳۰ در محل سالن کنفرانس برگزار و با کسب نمره ۱۷/۷۵ مورد تصویب قرار گرفت.

-استاد راهنما

دکتر حسین رحیمی خجسته

۲-استاد/استادان داور

دکتر سهیل طاهری

دکتر مهشید طبایی

۳-مدیر گروه آموزشی

دکتر حسین مظلوم

سپاسگزاری:

حد و سپاس پروردگاریکتراسنراست که عزیز و زیباست و طاعتش موجب قربت است. انجام این پژوهش را مدیون انسان های بزرگی، ستم که محبت و خضوع را امضا کرده اند. استاد بزرگوارم جناب آقای دکتر حسین رحیمی خجسته که با زبان کلمات قادر به سپاسگزاری از ایشان نخواهم بود و از خداوند متعال سلامت و سعادت ایشان را خواستارم. هم چنین از تمامی دوستان و عزیزانی که با کمک های ارزنده خویش مراد مراحل مختلف مکارش این پژوهش یاری نمودند، تشکر و قدردانی می نمایم.

تقدیم به:

پدر و مادر عزیز و مهربانم که در سختی های دشواری های زندگی، همواره یاورمی دلسوز و فداکار

و پشتیبانی محکم و مطمئن برایم بوده اند.

الگوی مطلوب قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران

فهرست تفصیلی

	<u>عنوان</u>	<u>صفحه</u>
۱	الف-چکیده	
۲	ب-مقدمه	
۲	تعریف مسئله	
	ج-ضرورت و انگیزه انتخاب موضوع	
		۳
۳	د-سوال های تحقیق	
۳	ه-فرضیه های تحقیق	
۴	و-اهداف تحقیق	
۴	ز-سوابق پژوهشی تحقیق	
۴	ح-روش تحقیق	
۴	ط-نتایج علمی قابل پیش بینی از تحقیق	
۵	ی-طرح و توجیه پلان	

فصل اول: کلیات

۸	مبحث اول: مفهوم و پیشینه قرارداد مشارکت در ساخت
۸	گفتار اول: مفهوم قرارداد مشارکت در ساخت
۸	گفتار دوم: پیشینه تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت
۸	بند اول: پیش از انقلاب
۹	بند دوم: پس از انقلاب
۱۰	مبحث دوم: مشروعیت و ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت
۱۰	گفتار اول: مشروعیت قرارداد مشارکت در ساخت

۱۰	بند اول: اصل آزادی قراردادها
۱۳	بند دوم: اصل اباحه
۱۳	بند سوم: عرف و سیره ی عقلا
۱۵	گفتار دوم: ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت
۱۵	بند اول: انطباق ماهیت با عقود معین
۱۵	الف: بیع
۱۸	ب: اجاره اشخاص
۱۹	ج: جعاله
۲۱	د: عقد شرکت
۲۳	و: عقد مضاربه
۲۵	بند دوم: انطباق ماهیت با عقود نامعین
۲۵	الف: عقد استصناع(قرارداد سفارش ساخت)
۲۶	ب: قرارداد پیش فروش ساختمان
۲۷	ج: مقاطعه کاری(پیمانکاری)
۲۹	د: عقد مستقل مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی
۳۰	مبحث سوم: ارکان قرارداد مشارکت در ساخت
۳۰	گفتار اول: طرفین قرارداد مشارکت در ساخت
۳۰	بند اول: نام گذاری طرفین قرارداد مشارکت در ساخت
۳۱	بند دوم: هویت طرفین قرارداد مشارکت در ساخت
۳۳	گفتار دوم: آورده و سهم الشرکه
۳۳	بنداول: آورده
۳۴	الف: آورده مالک زمین
۳۵	ب: آورده شریک
۳۷	بنددوم: سهم الشرکه
۳۷	الف: سهم الشرکه مالک زمین
۳۷	ب: سهم الشرکه شریک

فصل دوم: شرایط، اوصاف و آثار قرارداد مشارکت در ساخت

۴۰	مبحث اول: شرایط قرارداد مشارکت در ساخت
۴۰	گفتار اول: شرایط عمومی قرارداد
۴۰	بند اول: قصد و رضای طرفین
۴۲	بند دوم: اهلیت طرفین
۴۳	بند سوم: وجود موضوع
۴۴	بند چهارم: قدرت بر تسلیم
۴۴	بند پنجم: معلوم و معین بودن موضوع
۴۶	بند ششم: مشروعیت جهت در قرارداد مشارکت در ساخت
۴۸	گفتار دوم: شرایط اختصاصی قرارداد مشارکت در ساخت
۴۸	بند اول: اشتراک هدف معین
۴۸	بند دوم: تدارک آورده و سهم الشرکه
۴۹	بند سوم: مشارکت در سود و زیان
۵۷	مبحث دوم: اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت
۵۱	گفتار اول: لازم بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۳	گفتار دوم: معوض بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۳	گفتار سوم: رضایی بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۶	گفتار چهارم: عهدی تملیکی بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۶	گفتار پنجم: مستمر بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۶	گفتار ششم: مختلط بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۷	مبحث سوم: آثار قرارداد مشارکت در ساخت
۵۸	گفتار اول: تعهدات مالک زمین
۵۸	بند اول: تسلیم زمین
۵۸	بند دوم: اخذ پروانه ساختمان

۵۸	بند سوم: اقدامات ثبتی تفکیکی
۵۹	گفتار دوم: تعهدات شریک
۵۹	بند اول: دارا بودن امکانات و صلاحیت علمی، فنی و قانونی
۵۹	بند دوم: انجام پروژه ی ساخت و ساز
۶۱	بند سوم: پذیرش نظارت مالک زمین
۶۱	بند چهارم: دادن تضمین ها
۶۱	الف: تضمین حسن انجام کار
۶۲	ب: تضمینات مربوط به خسارت تاخیر انجام بعهد
۶۳	ج: تضمین سرمایه

فصل سوم: انحلال، تقسیم منافع و روش های حل اختلاف

۶۵	مبحث اول: اسباب انحلال در حقوق ایران
۶۶	گفتار اول: اسباب عمومی انحلال
۶۶	بند اول: اقاله یا تفاسخ
۶۷	بند دوم: فسخ
۶۸	بند سوم: انفساخ یا انحلال قهری
۶۹	گفتار دوم: اسباب اختصاصی انحلال
۶۹	بند اول: تلف موضوع در قرارداد مشارکت در ساخت
۷۰	بند دوم: غیر مقدور شدن هدف مشترک در قرارداد مشارکت در ساخت
۷۱	مبحث دوم: تقسیم منافع
۷۲	مبحث سوم: حل اختلاف طرفین مشارکت

فصل چهارم: قرارداد مشارکت در ساخت

۷۷	مبحث اول: برخی شرایط ویژه قرارداد مشارکت در ساخت
----	---

۷۷	گفتار اول: تملیک و تملک تدریجی زمین و بنای احدائی (در قالب شرط نتیجه)
	گفتار دوم: پیش فروش قدر السهم به ثالث از سوی هرطرف و بررسی لزوم کسب اذن از طرف دیگر
۷۹	
۷۹	گفتار سوم: تعلیق قرارداد به موجب بروز قوه قاهره
۸۳	گفتار چهارم: تعدیل قرارداد در اثر تغییر اوضاع و احوال
۸۷	گفتار پنجم: انتقال قرارداد
۸۸	بند اول: انتقال قهری
۸۸	بند دوم: انتقال ارادی
۹۰	مبحث دوم: نمونه قرارداد مشارکت در ساخت
۱۰۴	نتیجه گیری
۱۰۶	فهرست منابع و مآخذ

الف-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 می کند تا در ازای ساختن پروژه ای ساختمانی در زمین مزبور در آنچه ساخته می شود، شریک گردند و قدر السهم هر طرف که به نسبت آورده های ایشان (زمین و ساخت و ساز) تعیین می شود، پس از پایان ساخت و ساز، تفکیک و با نام هر کدام، به ثبت می رسد. سوال و نیاز اصلی که در مورد این نوع خاص از قراردادها به وجود آمده است کم کردن از مشکلات ناشی از اجرای این نوع از قراردادها به وسیله ی ارایه ی الگوی مطلوبی از آن است که به دلیل فراگیری این نوع از قراردادها بروز مشکلات ناشی از آن نیز روز به روز بیشتر می گردد. در این راستا لازم است ابتدا کلیات قراردادها بررسی گردد که مسایلی همچون مشروعیت و ماهیت و همچنین ارکان قرارداد مشارکت در ساخت و نیز شرایط، اوصاف، آثار و انحلال این قرارداد مورد بررسی قرار گرفته است. پس از بررسی این موارد کلی که لازم و ضروری بوده است مواردی خاص قرارداد مشارکت در ساخت همچون حل اختلاف، تملیک و تملک تدریجی زمین و بنای احداثی، پیش فروش قدر السهم از سوی طرفین و تعدیل، تعلیق و انتقال قرارداد مورد بررسی قرار گرفت. پس از بررسی این مباحث و با توجه به آیین نگارش قراردادها و با رعایت شکل و اصول کلی نگارش قراردادی، نمونه ای از قرارداد مشارکت در ساخت نگارش یافته است که در ضمن آن نیز مسایل مهمی همچون مابه التفاوت (بلاعوض)، تقسیم نامه، پیش فروش، شرط مذاکره ی مجدد و فورس ماژور جدای از بندهای اصلی قرارداد که آنها نیز خود به تفصیل بیان شده اند مورد طرح و بررسی قرار گرفته است با امید به اینکه با علم و اطلاع بیشتر از این نوع خاص از قرارداد مشکلات ناشی از اجرای آن نیز در مرحله ی عمل رو به کاستی گذارد و باشد که به وسیله ی نگارش قراردادی مناسب از بروز مشکلات حدالامکان جلوگیری نمود.

کلید واژه ها: مشارکت در ساخت، مالک زمین، شریک (سازنده)، آورده، قدرالسهم، تملیک و تملک تدریجی، ساخت و مشارکت، عقد تشریک، پیش فروش.

ب-مقدمه

تعریف مسئله:

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 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.

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 لزوما 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 معمولا 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. در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت و مشروعیت آن و بالخصوص 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 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 از طریق اتحادیه املاک در گذشته 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. منظور از این تحقیق توصیف و تشریح این نمونه قراردادها و خروج نمونه قراردادی هرچند نه کامل - به دلیل مشکلات اجتناب ناپذیر این قراردادها در عمل - ولی مناسبتر از ماقبل آن است.

ج- ضرورت انجام پژوهش:

در این مورد تحقیقات کمی انجام شده است و با در نظر گرفتن این مطلب که در کشور ما ساخت ساختمانهای نوساز 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 برداشتهای 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 باشد که با استفاده از نمونه های بهتر و علمی تر از مشکلات و معضلات ناشی از اجرای این قراردادها کاسته شود.

د-سوالات:

- ۱- اصول و قواعد کلی حاکم بر قرارداد مشارکت در ساخت چیست؟
- ۲- مبنای حقوقی و بنیادین قرارداد مشارکت در ساخت چیست؟
- ۳- آیا میتوان با نگارش نمونه مطلوبی از قرارداد مشارکت در ساخت بر نحوه اجرای این قراردادها و تعهدات ناشی از آن تاثیرات مثبت و ملزم کننده ای را ایجاد کرد و از مشکلاتی که امکان بروز آنها وجود دارد، کاست؟

ه- فرضیه های تحقیق:

- ۱- قرارداد مشارکت در ساخت بر اساس اصول و قواعد کلی حقوقی قابل موجه سازی است.
- ۲- مبنای اصلی قرارداد مشارکت در ساخت اصل آزادی قراردادهاست.

۳-نگارش نمونه مطلوبی از قرارداد مشارکت در ساخت در عمل، از مشکلاتی که امکان بروز آنها وجود دارد، خواهد کاست.

و-اهداف اصلی و فرعی:

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. در واقع اهداف فرعی این تحقیق، توضیح و تفسیر حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت جهت شناساندن آن به مخاطب است و هدف اصلی به کار بردن عالمانه ی نمونه ی ارجحی از این نوع قرارداد است تا در عمل از مشکلات اجرایی آن و مراجعه مردم به مراجع قضایی کاسته شود.

ز-سوابق پژوهشی تحقیق:

با بررسی و دقت در مطالب کتب، مقالات و پایان نامه ها تا جایی که نگارنده آگاهی دارد در زمینه ی این موضوع، کتب، مقالات و پایان نامه هایی که مستقیماً و از این زاویه به بررسی موضوع پرداخته باشد یافت نشد، اما در ارتباط با کلیت این قراردادها و قراردادهای ساخت و ساز کتب و مقالاتی هرچند محدود به چشم می خورد.

کتب و مقالات و پایان نامه های مذکور نیز هر یک از زاویه ای خاص به کلیت قراردادها و بعضاً قراردادهای مشارکت در ساخت پرداخته اند، اما در تحقیق حاضر به صورت مبسوط و خاص به بررسی موضوع ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت و نگارش نمونه ای مطلوب از این نوع خاص از قرارداد پرداخته خواهد شد.

ح-روش تحقیق:

روش تحقیق در این پژوهش توصیفی-تحلیلی است. به این صورت که ابتدا کتب، مقالات و سایر منابع معتبر در این زمینه گردآوری می شوند و سپس از میان مطالب و نظرات مطروحه در هر باب پس از بیان نقاط قوت و ضعف آنها، به بیان نظرات خویش پرداخته تا ضمن مشخص شدن قالب حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت، ماهیت حقوقی این قراردادها مورد بررسی قرار گیرد و در نهایت بتوان با در نظر گرفتن جمیع جهات نمونه ی مطلوبی از این نوع خاص از قرارداد را ارائه داد.

ط-نتایج عملی قابل پیش بینی از تحقیق:

- ۱- کمک به نظریه پردازان و صاحب نظران حقوقی در مواجهه با ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت و در نتیجه رفع اختلاف نظرها در این زمینه.
- ۲- امید است که با توجه به کاربرد فراوان این نوع قراردادها در جامعه، در عرصه ی قانونگذاری نیز قانونگذار را در تدوین قوانین جدید هدایت نماید.
- ۳- امید به ارائه ی راهکار مناسب به قوه ی قضاییه در اجرای بهتر وظایف محوله و به خصوص یاری قضات محترم و رفع اختلاف در آرای صادره.
- ۴- و صد البته امید به استفاده از نمونه های شایسته در انعقاد و نگارش این نوع قرارداد تا باشد در عمل با مشکلات و معضلات کمتری مواجه شد.

ی- طرح و توجیه پلان:

قرارداد مشارکت در ساخت، یکی از انواع قراردادهای ساختمانی است که پس از تصویب قانون زمین شهری، در سال ۱۳۷۲ در ایران ظهور و رواج یافت و در نگاهی کلی پیشینه ی تاریخی این نوع خاص از قرارداد را با نگاهی به قوانین مصوب مرتبط می توان تحت دو عنوان پیش از انقلاب و پس از انقلاب مطالعه کرد. مشروعیت قرارداد مشارکت در ساخت، ذیل سه عنوان اصلی اصل آزادی قراردادهای، اصل اباحه و عرف و سیره ی عقلا تشریح می گردد. شبیه ی اصلی در مشروعیت این قرارداد، در بحث از موضوع آن (ساخت و ساز) ایجاد می گردد که با فرض وجود برای بنای احدائی به تبع موجودیت زمین، جهل به آنها با ارائه ی نقشه های ساخت و ساز و تعیین نوع کاربری واحدها از نظر مسکونی، تجاری و ... و قدرالسهم هرطرف به تناسب آورده ها، مرتفع می شود. در خصوص ماهیت حقوقی قرارداد مزبور، در بررسی عقود قابل تطبیق در عقود معین (بیع، اجاره ی شخص، جعاله ی خاص، عقد شرکت و عقد مضاربه) و عقود نامعین (عقد استصناع(قرارداد سفارش ساخت)، قرارداد پیش فروش ساختمان و مقاطعه کاری (پیمانکاری)) و قرارداد مستقل بر مبنای ماده ی ده قانون مدنی، مورد نظر قرار می گیرند. ارکان قرارداد مشارکت در ساخت عبارتست از طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و تحت آن نام گذاری و هویت طرفین قرارداد مشارکت در ساخت مطرح می گردد و همچنین رکن بعدی قرارداد مشارکت در ساخت عبارتست از آورده و به تبع آن سهم الشرکه ی هریک از مالک زمین و شریک (سازنده). شرایط عمومی قرارداد عبارتند از قصد و رضای طرفین، اهلیت طرفین، وجود موضوع، قدرت بر تسلیم، معلوم و معین بودن موضوع و مشروعیت جهت که این شرایط در مورد قرارداد مشارکت در ساخت نیز لازم است و علاوه بر این شرایط عمومی، شرایطی اختصاصی در قرارداد مزبور، از جمله؛ اشتراک هدف معین، تدارک آورده و سهم الشرکه و مشارکت در سود و زیان مورد بررسی قرار گرفته است. در بحث از اوصاف، جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت در تقسیمات عقود، پیشنهاد می گردد مشارکت در ساخت، قراردادی لازم، معوض، رضایی، عهدی-تملیکی، مستمر و مختلط باشد. در بیان آثار قرارداد مشارکت در ساخت، تعهدات مالک زمین شامل تسلیم زمین، اخذ پروانه ی ساختمان و اقدامات ثبتی تفکیکی و تعهدات شریک

شامل دارا بودن امکانات و صلاحیت علمی، فنی و قانونی، انجام پروژه ی ساخت و ساز، پذیرش نظارت مالک زمین و دادن تضمین ها (تضمین حسن انجام کار، تضمینات مربوط به خسارت تاخیر انجام تعهد و تضمین سرمایه) به طور مجزا تبیین می گردد. در خصوص انحلال قرارداد مشارکت در ساخت، در بررسی اسباب عمومی انحلال؛ اقاله یا تفاسخ، فسخ و انفساخ یا انحلال قهری و در اسباب اختصاصی انحلال؛ تلف موضوع در قرارداد مشارکت ساخت و غیر مقدور شدن هدف مشترک در قرارداد مشارکت در ساخت مطمع نظر قرار می گیرند. با ایفای تعهدات قراردادی و تقسیم منافع توسط متعاقدین قرارداد مشارکت در ساخت خاتمه یافته محسوب شده و در این راستا، مالک زمین با حضور در دفاتر اسناد رسمی نسبت به انتقال رسمی سهم شریک از زمین اقدامات لازم را انجام می دهد و اداره ی ثبت با تنظیم صورتمجلس تفکیکی برای هریک از واحدها، سند مجزا با نام مالک آن (حسب مورد مالک زمین یا سازنده) صادر می کند. حلی اختلاف در قرارداد مشارکت در ساخت از طریق مراجع دادگستری و نیز حل اختلاف از طریق داوری مورد نظر نگارنده بوده است. حل اختلاف از طریق داوری برای طرفین قرارداد مشارکت در ساخت اختیاری است؛ از این رو در صورت عدم اختیار هریک از آنها به روش داوری، حل اختلاف می تواند از طریق دادگاه به عمل آید. به منظور حل اختلافات، چنانچه طرفین بر داوری توافق نمایند، دو مرحله و مکانیزم، پیش بینی می گردد: حل اختلاف به روش مسالمت آمیز و حل اختلاف با ارجاع به داوری. پیشنهاد می شود اموری هم چون: تملیک و تملک تدریجی زمین و بنای احدائی (در قالب شرط نتیجه)، پیش فروش قدر السهم به ثالث از سوی هر طرف و بررسی لزوم کسب اذن از طرف دیگر، تعلیق قرارداد به موجب بروز قوه ی قاهره، تعدیل قرارداد در اثر تغییر اوضاع و احوال و انتقال قهری و ارادی آن، در متن قرارداد گنجانده شوند. نگارش نمونه ای از قرارداد مشارکت در ساخت با رعایت موارد نگارشی و همچنین ماهیت این عقد خاص و نیز توضیح و تفسیر بیشتر، ذیل برخی مواد نگارش یافته مد نظر نگارنده بوده است.

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مفهوم و پیشینه ی قرارداد مشارکت در ساخت

در این مبحث، پس از بیان مفهومی از قرارداد مشارکت در ساخت که مورد نظر در این نوشتار است، تاریخچه ای از این قرارداد ارائه می گردد.

گفتار اول: مفهوم قرار داد مشارکت در ساخت

قرارداد مشارکت در ساخت یکی از انواع قراردادهای ساخت و ساز است که در آن مالک زمین با شخصی دیگر (حقیقی یا حقوقی)، قرار داد منعقد می نماید تا در ازای ساختن پروژه ای ساختمانی در زمین مزبور، در آنچه ساخته می شود و عرصه، شریک می گردد. در این حالت قیمت زمین محاسبه و به عنوان آورده ی مالک آن محسوب می شود. سازنده نیز سرمایه ای را برای احداث بنا منظور می نماید که آورده ی او محسوب می شود؛ این سرمایه، ترکیبی از نیروی کار و تخصص سازنده و وجه نقد است و جمع این آورده ها، مجموع سرمایه گذاری را تشکیل می دهد. بر اساس نسبت سنجی میان آورده های هر یک از شرکا و مجموع سرمایه گذاری، سهم شرکتی هر طرف، از بنای احداثی تعیین می شود. طرفین پس از پایان عملیات ساخت و ساز، با توافق یکدیگر، بنای احداثی را به نسبت قدرالسهم خود تقسیم و تفکیک می کنند و برای هر واحد، سند مجزا به نام مالک آن صادر می گردد.^۱

گفتار دوم: پیشینه ی تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت

در این گفتار پیشینه ی تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت در دو بخش پیش از پیروزی انقلاب و پس از پیروزی انقلاب مورد بحث قرار میگیرد.

بند اول: پیش از پیروزی انقلاب

نیاز اقشار مختلف جامعه به داشتن مسکن مناسب و توجه دولت به رفع این نیاز مهم و بسیار اساسی منجر شد به اینکه دولت در سال ۱۳۱۷ در بخش مسکن حضور مستقیم پیدا کند. در سال ۱۳۱۷ وزارت دارایی با سرمایه ای

۱- در واژه نامه ی حقوقی ساخت و ساز تعریفی از واژه ی مشارکت ارائه شده که گویای مشارکت مورد نظر در این نوشتار نیست؛ این از آن روست که از این واژه به «شرکت» معادل سازی شده است. در تعریف مزبور آمده است: «مشارکت (Partnershi)، ارتباط دو یا چند نفر برای کسب و کار است که (هر کدام) نماینده دیگر شرکا در مشارکت هستند». (علی رضا میلانی زاده؛ واژه نامه ی حقوقی ساخت و ساز؛ مشهد: جهان فردا، نما، ۱۳۸۵؛ ص ۱۵۳).

در تعریف دیگر، مشارکت همکاری دو یا چند شخص برای انجام یک فعالیت اقتصادی است. هر شخصی که وارد کار مشارکت می شود، معمولاً ارزشی منحصر به خود را در آن مشارکت، دارد. این مشارکت می تواند به شکل پول، ارائه ی مهارت یا استعداد خاص، ماشین آلات، زمین یا تسهیلات یا دیگر دارایی ها باشد. (جیمی هینزی؛ قراردادهای ساختمانی؛ ترجمه: محمد تقی بانکی؛ تهران: موسسه ی اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۷؛ ص ۱۱۴).