



Original Research

The Status of Construction Partnership Agreements in the Iranian Legal System and Their Impact on the Parties' Obligations toward Third-Party Buyers

Narjes Khanvali¹, Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masouleh^{2*}

1 Master of Private Law, Department of Law, Ahrar Institute of Higher Education, Rasht, Iran.

2 Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Sciences, Department of Quranic and Hadith Sciences, Faculty of Literature and Human Sciences, University of Guilan, Rasht, Iran.

Article ID: ahrar-53665

Received:

October 22, 2025

Accepted:

February 19, 2026

Available online:

March 21, 2026

Keywords:

Construction partnership agreement, third-party purchaser, relativity of contracts, law mandating the formal registration of transactions, joint and several liability.

Main Subjects:

Civil law

Abstract

Despite its widespread prevalence in Iran's construction projects, the legal nature of construction partnership contracts remains ambiguous within the classification of nominate and innominate contracts. This ambiguity intensifies when the developer pre-sells a portion of the units to third-party purchasers and subsequently the underlying partnership contract is disrupted. Using a descriptive-analytical and desk research methodology, this study pursues two fundamental questions: First, does the intrinsic nature of the construction partnership contract create any direct obligation for the landowner toward third-party purchasers? The working hypothesis posits that the doctrine of privity of contract governs and primary liability rests with the developer, unless an agency or representative clause within the contract is established. Second, what impact does the Law on Mandatory Official Registration of Real Estate Transactions have on these obligations? The findings indicate that while this law enhances registration certainty, it does not fundamentally alter the nature of these tripartite relations; therefore, the necessity to reform the Building Pre-Sale Law and clarify the joint and several liability of the landowner and developer remains imperative.

*Corresponding Author: Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masouleh

Address: Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran.

Email: SAJ.Golbaghi@iaui.ac.ir

Extended Abstract

1. Introduction

In the Iranian legal system, one of the challenging issues that has gained prominence in recent decades, alongside the rapid growth of urban construction and the shortage of capital among landowners, is the legal status of the contract known as the “construction partnership contract.” This term, which is widely used in Iranian legal and judicial practice, refers, in substance, to a contract under which the owner of a building plot, whether an individual or a legal entity, places the land at the builder’s disposal as a non-monetary contribution, while the builder undertakes the costs and construction operations required for erecting the building. Ultimately, the completed units are divided between the parties in accordance with their agreement. Despite the widespread use of this legal arrangement in the country’s construction projects, fundamental ambiguities remain regarding its legal nature and position among nominate and innominate contracts under Iranian law. Some scholars have regarded it as an instance of a civil partnership, whereas others have classified it as a contract for construction services.

2. Theoretical Framework

The main issue of the present research stems from the context where, with the increasing expansion of construction partnerships, particularly in Iranian metropolises, the builder typically sells a portion of the building units prior to project completion to third-party buyers through pre-sale arrangements. In this situation, if the underlying partnership contract between the owner and the builder is disrupted for reasons such as breach of contractual obligations, failure of the construction to comply with agreed standards, unjustified delay, or the dissolution and rescission of the contract, the rights of the third-party purchasers who entered into transactions with the builder in reliance on the partnership contract face severe risks. In other words, the primary complexity lies not in regulating the bipartite relationship between the owner and the builder, but rather in addressing the tripartite relationship among the owner, the builder, and the third-party purchasers who engaged in buying the pre-sold units in reliance on the contractual regime of construction partnership.

3. Methodology

The present article seeks to examine the legal nature of construction partnership contracts within the Iranian legal system through desk-based research, elucidate the various dimensions of the parties’ liability toward third-party purchasers, and specifically scrutinize the impact of the Law on Mandatory Official Registration of Real Estate Transactions on these obligations.

4. Results & Discussion

This research is founded upon two categories of legal bases: contractual bases, including Article 231 of the Civil Code, which embodies the principle of privity of contract, and its exception under Article 196 concerning contracts for the benefit of third parties. Non-contractual bases, namely civil liability, include the principle of no harm and the rules of direct causation and causation by conduct (Articles 328 to 333 of the Civil Code), which may serve as the ultimate legal foundation for protecting the rights of third-party purchasers where no direct contractual relationship exists. Following an examination of the position of construction partnership contracts within the Iranian legal system and their effect on the parties' obligations toward third-party purchasers, it can be concluded that, despite the extensive practical use of this contractual arrangement, the Iranian legal system continues to face a structural gap: the legal nature of construction partnership has not been properly defined as a nominate contract. This ambiguity, in turn, causes courts to face uncertainty in determining the scope of the owner's obligations toward third-party purchasers who have entered into pre-sale contracts solely with the builder.

5. Conclusions & Suggestions

The principal finding of this research is that the principle of privity of contract under Article 231 of the Civil Code prevents a construction partnership contract, in and of itself, from creating a direct obligation for the owner toward third-party purchasers, unless a contractual stipulation, such as an agency or representation clause, expressly imposes such an obligation on the owner. In the absence of such a stipulation, primary liability rests with the builder; however, in the event of the dissolution of the partnership contract or the builder's bankruptcy, the subsidiary or joint liability of the owner may be established on the basis of the general rules of civil liability and the principle of no harm. With regard to the impact of the Law on Mandatory Official Registration of Real Estate Transactions, the research shows that by requiring the execution of an official deed, this law has taken an important step toward reducing disputes arising from informal instruments and enhancing registration security. However, with respect to the central issue, namely determining the owner's obligations toward third-party purchasers, it does not bring about a fundamental transformation, because the law is concerned primarily with the form of the transaction rather than the substance of tripartite legal relationships.

جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران و تأثیر آن بر تعهدات طرفین در برابر خریداران ثالث

نرجس خان والی^۱، سید علی جبار گلباغی ماسوله^۲*

- ۱ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، موسسه آموزش عالی احرار، رشت، ایران.
۲ استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

کد مقاله: ahrar-53665	
چکیده	تاریخ دریافت: ۳۰ مهر ۱۴۰۴
قرارداد مشارکت در ساخت علی‌رغم رواج گسترده در پروژه‌های عمرانی ایران، از نظر ماهیت حقوقی در میان عقود معین و نامعین همچنان مبهم است. این ابهام هنگامی تشدید می‌شود که سازنده بخشی از واحدها را به خریداران ثالث پیش‌فروش می‌کند و متعاقباً قرارداد اصلی مشارکت با اختلال مواجه می‌گردد. در این پژوهش که به روش کتابخانه‌ای و تحلیلی انجام شده، دو سؤال اساسی دنبال می‌شود: نخست آنکه آیا ماهیت قرارداد مشارکت به خودی خود تعهدی برای مالک در برابر خریداران ثالث ایجاد می‌کند یا خیر؟ فرضیه مقاله بر آن است که اصل نسبی بودن قراردادهای حاکم بوده و مسئولیت اولیه متوجه سازنده است، مگر آنکه شرط وکالت یا ناییب ضمن عقد احرار گردد. دوم آنکه قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول چه تأثیری بر این تعهدات دارد؟ یافته‌ها نشان می‌دهد این قانون گرچه امنیت ثبتي را افزایش داده، در ماهیت روابط سه‌وجهی تحول اساسی ایجاد نکرده و کماکان نیاز به اصلاح قانون پیش‌فروش ساختمان و شفاف‌سازی مسئولیت تضامنی مالک و سازنده احساس می‌شود.	تاریخ پذیرش: ۳۰ بهمن ۱۴۰۴
	تاریخ انتشار: ۱ فروردین ۱۴۰۵
	کلیدواژه‌ها: قرارداد مشارکت در ساخت، خریدار ثالث، نسبی بودن قراردادهای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات، مسئولیت تضامنی.
	موضوع‌های موضوعی: حقوق مدنی

نویسنده مسئول: سید علی جبار گلباغی ماسوله

آدرس: استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

ایمیل: SAJ.Golbaghi@iau.ac.ir

۱- مقدمه

در نظام حقوقی ایران یکی از مباحث چالش برانگیز که در دهه های اخیر با رشد فزاینده ساخت و سازهای شهری و کمبود سرمایه در نزد مالکان اراضی، رونق یافته است، جایگاه عقد موسوم به «قرارداد مشارکت در ساخت» می باشد. عنوان مذکور که در عرف حقوقی و قضایی ایران بسیار شنیده می شود، از لحاظ ماهوی به قراردادی اطلاق می گردد که مطابق آن، مالک یک زمین ساختمانی (حقیقی یا حقوقی)، زمین خود را به عنوان آورده غیرمالی در اختیار سازنده قرار می دهد و سازنده نیز هزینه ها و عملیات اجرایی احداث ساختمان را متقبل می شود و در نهایت، واحدهای احداثی بر اساس توافق طرفین میان آنان تقسیم می گردد. علیرغم استفاده گسترده از این نهاد حقوقی در پروژه های عمرانی کشور، ابهامات اساسی در خصوص ماهیت و جایگاه آن در میان عقود معین و نامعین در حقوق ایران وجود دارد تا جایی که برخی صاحب نظران آن را از مصادیق شرکت مدنی و برخی دیگر آن را نوعی مقاطعه (پیمانکاری) تلقی کرده اند.

مسئله اصلی پژوهش حاضر از این بستر ناشی می شود که با گسترش روزافزون مشارکت در ساخت به ویژه در کلان شهرهای ایران، معمولاً سازنده بخشی از واحدهای ساختمانی را قبل از تکمیل پروژه به خریداران ثالث به صورت پیش فروش واگذار می کند. در این وضعیت، چنانچه قرارداد اصلی مشارکت میان مالک و سازنده به دلیلی نظیر تخلف از تعهدات، عدم تناسب ساخت با استانداردهای مورد توافق، تأخیر بیش از حد مجاز یا انحلال و فسخ قرارداد، با اختلال مواجه شود، حقوق خریداران ثالث که با اعتماد به قرارداد مشارکت و با سازنده وارد معامله شده اند، با مخاطرات جدی روبه رو می شود. به عبارت دیگر، پیچیدگی اصلی نه در تنظیم رابطه دوجبهی مالک و سازنده بلکه در مواجهه با رابطه سه وجهی مالک، سازنده و خریداران ثالثی است که به حیث اعتماد به نظام قراردادی مشارکت در ساخت، مبادرت به خرید واحدهای پیش فروش شده اند.

اهمیت این تحقیق از جنبه های نظری و عملی ناشی می شود. از منظر نظری، تحلیل تمایز مسئولیت قراردادی و قهری در قراردادهای مشارکت، به غنای دانش حقوق خصوصی کمک می کند. از منظر عملی، با توجه به آمار بالای دعاوی مربوط به پیش فروش ساختمان، این تحقیق می تواند به سیاست گذاران، وکلا، و قضات در حل اختلافات یاری رساند و پیشنهادهایی برای اصلاح قوانین ارائه می شود.

این مسئله، نظام حقوقی ایران را با دو دسته سؤال اساسی مواجه می سازد:

سؤال اول : آیا ماهیت حقوقی حاکم بر قرارداد مشارکت در ساخت (از قبیل لازم یا جایز بودن، معین یا نامعین بودن) به خودی خود متضمن تعهدی برای طرفین (مالک و سازنده) در برابر خریداران ثالث است، یا چنین تعهدی صرفاً در صورت وجود شرط ضمن عقد خاص یا واگذاری صریح حق فروش به سازنده ایجاد می‌گردد؟

به نظر نگارنده، در پاسخ به این پرسش میتوان اذعان نمود که به موجب قواعد عمومی قراردادها و اصل نسبی بودن آثار قراردادها (ماده ۲۳۱ قانون مدنی)، قرارداد مشارکت در ساخت به خودی خود و صرفاً با تکیه بر ماهیت آن، تعهد مستقیمی برای مالک در قبال خریداران ثالث ایجاد نمی‌کند. مگر آنکه سازنده به موجب شرط صریح ضمن عقد مشارکت، به عنوان نایب یا وکیل مالک برای فروش واحدها به ثالث مجاز شده باشد. در غیر این صورت، مسئولیت جبران خسارت خریداران در درجه نخست متوجه سازنده (به عنوان طرف قرارداد پیش فروش) خواهد بود. اما در صورت انحلال قرارداد مشارکت و عدم امکان استیفای کامل حقوق از سوی سازنده، بر اساس قواعد کلی مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر، مسئولیت تضامنی یا تبعی مالک و سازنده در قبال خریداران ثالث قابل اثبات است.

سؤال دوم: قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (مصوب ۲۴/۰۶/۱۴۰۳) چه تأثیری بر تعهدات طرفین (مالک و سازنده) در برابر خریداران ثالث دارد و آیا این تحول تقنینی به طور محسوسی حقوق خریداران را ارتقا می‌بخشد یا کماکان ابهامات و خلأهای حقوقی در این عرصه باقی است؟

به نظر نگارنده، قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول هرچند از حیث شکلی و الزام به تنظیم سند رسمی، سبب کاهش دعاوی ناشی از معاملات غیررسمی و اسناد عادی می‌شود و تا حدودی امنیت ثبتي معاملات را افزایش می‌دهد، اما در تعیین ماهیت تعهدات مالک به عنوان طرف قرارداد مشارکت در قبال خریداران ثالث (که مستقیماً با سازنده معامله کرده‌اند)، به نحو چشمگیری تحولی ایجاد نمی‌کند. بدین معنا که قانون مذکور عمدتاً جنبه آمره شکلی دارد و به ذات روابط حقوقی سه‌وجهی مالک، سازنده و خریدار ثالث ورود نمی‌کند. لذا نیاز به اصلاحات تکمیلی در قوانین مرتبط (مانند قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۸۹) و شفاف‌سازی تعهدات تضامنی یا تبعی مالک و سازنده نسبت به خریداران ثالث، همچنان باقی است.

در این راستا پرسش میزان تأثیر این قانون بر تعهدات طرفین در برابر خریداران ثالث را برجسته می‌سازد؛ به ویژه آنکه با رسمی شدن الزامات ثبتي، آیا حقوق خریداران ثالث در مقابل هر دو طرف (مالک و سازنده) به شکل محسوسی ارتقا می‌یابد و ضمانت اجرای مؤثرتری برای ایفای

تعهدات آنها پیش‌بینی می‌شود یا اینکه کماکان ابهامات و خلأهای حقوقی در این عرصه باقی است. فرضیه مطرح در این خصوص آن است که «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» هرچند از حیث شکلی سبب کاهش دعاوی ناشی از معاملات غیررسمی و سندهای عادی می‌شود، اما در تعیین ماهیت تعهدات مالک به عنوان طرف قرارداد مشارکت در قبال خریداران ثالث که با سازنده معامله کرده‌اند، به نحو چشمگیری تحولی ایجاد نمی‌کند و نیاز به اصلاحات تکمیلی در قوانین مرتبط با پیش‌فروش ساختمان (قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۸۹) و شفاف‌سازی تعهدات تضامنی مالک و سازنده نسبت به خریداران ثالث، همچنان باقی است.

بدین ترتیب، مقاله حاضر تلاش دارد تا ضمن بررسی ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت نظام حقوقی ایران با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای، ابعاد مختلف مسئولیت طرفین را در قبال خریداران ثالث تبیین و به طور مشخص، تأثیر قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول را بر این تعهدات تدقیق می‌شود.

۲- پیشینه

-خانم مرضیه مختاریان و همکارشان در فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین، مقاله‌ای با عنوان "حقوق سازنده در قراردادهای مشارکت در ساخت ساختمان ۱۴۰۴"، نظرشان این بوده که ضمانت اجرای مؤثری برای حمایت از حقوق سازنده پیش‌بینی شده است. در نهایت، پژوهش بر ضرورت تنظیم قراردادهای شفاف، پیش‌بینی ضمانت اجرای دقیق، آگاهی طرفین از حقوق و تعهدات خود، و بهره‌گیری از روشهای جایگزین حل اختلاف مانند داوری تأکید دارد؛ عواملی که می‌توانند به طور مؤثری در پیشگیری از بروز اختلافات و حفظ حقوق سازنده نقش آفرینی کنند.

-آقای پیمان فهیمی بایرامی و همکاران در مقاله "بررسی دکترین حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و تطبیق آن با عقد شرکت مدنی" کنفرانس بین‌المللی پژوهشهای دینی، به این نتیجه دست یافته است که قرارداد مشارکت در ساخت در قسمت مربوط به مال مشاع ایجاد شده (ساختمان احداث شده) و تقسیم ساختمان اصولاً از احکام شرکت در قانون مدنی تبعیت می‌کند ولی از جهت این که قراردادی برای خلق شرکت (تحقق مال مشاع) است، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است. با توجه به لزوم تفسیر به نظر میبایست آن را از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار داد که عبارتند از: الف- از دیدگاه منطق حقوقی عرف ب- از دیدگاه منطق حقوقی صرف با رویکردی به عرف ج- از دیدگاه تعهداتی که طرفین متقبل می‌شوند.

-آقای حبیب غلامی پور، در مقاله با عنوان " بررسی ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت " که در نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، چاپ شده است، نظرشان این بوده است که قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، قراردادی لازم، سهم الشرکه، عهدی- تملیکی، مستمر، رضایی، مختلط و در برخی موارد که یک طرف آن دولت، اداره اوقاف، بانک باشد قراردادی الحاقی است و در راستای تشکیل این عقد، طرفین مانند تمام عقود در برابر 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 جعالة، وکالت و یا شرکت مدنی نزدیک کند و یا حتی در سایر موارد از جرگه عقود معین دور شده و تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی انگاشته شود.

-خانم پرهام در نشریه مطالعات علوم اجتماعی در پژوهشی تحت عنوان " تحلیل پذیرش اصل جبران خسارت در قراردادهای مشارکت در ساخت " نشریه مطالعات علوم اجتماعی، بیان نمودند که، صرف مالکیت طرف قرارداد در قراردادهای مشارکت در ساخت کفایت نمیکند این قراردادها باید منجز و قطعی باشد و بر اساس اصل حاکمیت و عدالت و انصاف بایستی تشخیص عادلانه بودن دریافت خسارت های دیرکرد در اینگونه قراردادها را بر عهده دادگاه ها گذاشت و به همین منظور امکان مداخله ی محاکم را فراهم آوریم.

-خانم شریفی آل هاشم، و همکارشان در مقاله " تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد اجرای ساختمان با مروری بر اصول حقوق اروپا " نشریه حقوق تطبیقی، به این نتیجه دست یافته است که شایبه عقد نا معین بودن قرارداد اجرای ساختمان با توجه به قانون نظام مهندسی و مقررات ملی ساختمان از بین می رود و می توان قرارداد اجرای ساختمان را یک عقد معین خدماتی محسوب نمود.

-آقای محمدعلی ناصریان، در مقاله ای با عنوان " تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت مدنی، الزامات و آثار اجرایی، نقد دیدگاه قانونگذار و دکترین حقوقی " نشریه مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی، نظرشان این بوده که فقدان شفافیت در ماهیت حقوقی مشارکت مدنی و تمایز آن با سایر نهادهای پژوهش نشان می دهد که فقدان شفافیت در ماهیت حقوقی مشارکت مدنی و تمایز آن با سایر نهادهای مشارکتی، زمینه ساز اختلاف برداشت ها در رویه قضایی و مشکلات اجرایی به ویژه در نظام بانکی گردیده است.

-آقای اسلامی نیا و همکاران در مقاله با عنوان " تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر قراردادهای پیش فروش از منظر فقهی حقوقی و قانون پیش فروش ساختمان " که در نشریه آموزه های فقه مدنی، چاپ شده است، نظرشان این بوده است که در قانون پیش فروش ساختمان، آثار فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، پیش از اجرای عرفی آن، که موجب انفساخ قهری پیش فروش های سازنده میگردد، به صراحت بیان

گردد.

-آقای مهرباب داراب پور، در مقاله "مسئولیت مدنی ناشی از خسارات املاک، سازه ها و ساختمان ها (پژوهش مقایسه ای با حقوق انگلستان)" نشریه تحقیقات حقوقی، ، اذعان نمودند که، قانون گذاران با توجه به تجارب دیگران می توانند اصولی را وضع کنند که راهگشا باشد. این اصول و مطالب را می توان در لابلای این مباحث به وضوح یافت، به ویژه که با محک تجربه، امتحان خود را پس داده اند.

-خانم مهیمنی و همکاران، در یافته های پژوهشی تجربی با عنوان "بررسی اجرای صحیح پیش فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان با تأکید بر قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹"، عنوان نمودند که: یافته ها حاکی از این است که قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ با بیست و پنج ماده و چهار تبصره گامی بلند در راستای اجرای صحیح پیش فروش ساختمان در جهت تضمین حقوق شهروندان برداشته است و همگام با روند ساخت و ساز و نیاز به مسکن در جامعه مقنن نیز احساس نیاز پیدا کرد تا برای نظم بخشیدن به این قراردادها دست به تقنین و وضع قوانین سازگار با موضوع بزند از همین روی در سال ۱۳۸۹ قانونی به نام قانون پیش فروش ساختمان به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که موجب تنظیم بخشی از روابط موجود بین خریداران و فروشندگان گردید و حقوق شهروندان نیز در این قانون تضمین گردید.

با این حال، هیچ یک از پژوهش های پیشین به طور خاص تأثیر قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (مصوب ۱۴۰۳) را بر تعهدات طرفین در برابر خریداران ثالث تحلیل نکرده اند و این همان نقطه تمایز و نوآوری پژوهش حاضر است.

۳- مفهوم قرارداد مشارکت در ساخت

از آنجا که در قانون تعریف مشخصی از قرارداد مشارکت در ساخت وجود ندارد، می توان با توجه به ارکان و مقصود طرفین تعریف جامع و مانعی از قرارداد مشارکت در ساخت ارائه کرد. در واقع قرارداد مشارکت در ساخت قراردادی است که طی آن مالک یا مالکین زمین با شخص یا اشخاص دیگری اعم از حقیقی یا حقوقی به عنوان سازنده توافق می کنند که سازنده با سرمایه خویش در ملک مزبور ساختمانی احداث نماید و در ازای آن در آنچه ساخته خواهد شد با یکدیگر شریک شوند. قیمت زمین تعیین و به عنوان آورده ی مالک محسوب می شود و سرمایه ای که ترکیبی از نیروی کار، تخصص و وجه نقد است به عنوان آورده سازنده تلقی می شود سهم الشرکه هر یک از طرفین براساس نسبت سنجی میان آورده های هر یک از طرفین به مجموع سرمایه گذاری از ساختمانی تعیین می شود که نهایتاً ساخته خواهد شد. طرفین قرارداد پس از اتمام عملیات

ساختمانی و تعیین دقیق متراژ ساختمان با توافق یکدیگر بر اساس قدرالسهم تعیینی در قرارداد، اقدام به تنظیم تقسیم نامه و تفکیک سهم خویش می نمایند و به تبع آن برای هر واحد سند تفکیکی به نام مالک آن واحد صادر می شود (آب روش، ۱۴۰۲، ۲۰).

این مفهوم تعریفی جامع و دقیق از قرارداد مشارکت در ساخت ارائه داده است. این استدلال مبنی بر عدم وجود تعریف قانونی صریح و لزوم استناد به ارکان و مقصود طرفین، مطابق با ماده ۱۰ قانون مدنی است و عناصر کلیدی مانند آورده‌ها و سهم‌الشرکه را تبیین کرده و چارچوب حقوقی این عقد نامعین را روشن می‌سازد.

قرارداد مشارکت در ساخت یکی از نهادهای پرکاربرد در عرصه حقوق ساخت‌وساز ایران است که به طور خاص در دو دهه اخیر رواج چشمگیری یافته است. در تعریف دقیق این قرارداد باید گفت: «قرارداد مشارکت در ساخت، توافقی است دوطرفه که میان مالک زمین (اعم از حقیقی یا حقوقی) و سازنده منعقد می‌شود و به موجب آن، مالک، زمین خود را به عنوان آورده غیرمالی در اختیار سازنده قرار می‌دهد و سازنده نیز متعهد می‌شود کلیه هزینه‌ها و عملیات اجرایی احداث ساختمان را بر عهده گیرد و در پایان، واحدهای احداثی بر اساس توافق طرفین میان آنان تقسیم می‌گردد». از لحاظ منابع حقوقی، قرارداد مشارکت در ساخت در شمار «عقود نامعین» موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد (قانون مدنی، ۱۳۰۷، ماده ۱۰)؛ بدین معنا که برخلاف عقود معینی چون بیع، اجاره، جعاله و شرکت، قانونگذار احکام ویژه‌ای برای آن پیش‌بینی نکرده و انعقاد و اعتبار آن به اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده تکیه دارد. این ویژگی البته نقطه قوت این نهاد تلقی می‌شود، زیرا به طرفین اجازه می‌دهد بر اساس توافق خصوصی خود، شرایط و آثار قرارداد را تعیین کنند و به نیازهای خاص هر پروژه پاسخ دهند.

۴- ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت

در این قسمت از پژوهش به ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و زیر شاخه‌های آن پرداخته می‌شود و در این راستا قرارداد مشارکت در ساخت، از جمله عقود نامعین در حقوق ایران است که تعریف صریحی در قانون مدنی ندارد. ماهیت حقوقی آن ترکیبی و مختلط بوده و عناصری از عقود مختلفی نظیر شرکت، بیع، اجاره و وکالت را در خود جای داده است. هدف اصلی آن، ساخت مشترک یک بنا بر روی ملک متعلق به یکی از طرفین و تقسیم آورده‌ها، هزینه‌ها، و منافع حاصله (واحدها) میان شرکا می‌باشد. اعتبار و صحت این قرارداد بر مبنای اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی استوار است، مشروط بر آنکه مخالف صریح قانون نباشد.

درباره ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت، میان حقوقدانان اختلاف نظر قابل توجهی وجود دارد. برخی آن را از مصادیق عقد شرکت

مدنی موضوع مواد ۵۷۱ به بعد قانون مدنی می‌دانند، چرا که از نظر آنان، طرفین در این قرارداد با هم در سود و زیان حاصل از پروژه شریک می‌شوند. گروه دیگر از صاحب‌نظران با رد این دیدگاه، بر این باورند که عقد شرکت مدنی نهادی است که در آن مالکان متعدد نسبت به یک مال، به صورت اشاعه مالکیت دارند، حال اینکه در قرارداد مشارکت در ساخت، مالک و سازنده قبل از ساخت، مالکیتی نسبت به عین مستحدثه ندارند و صرفاً در حقوق و تعهدات ناشی از پروژه با یکدیگر سهیم می‌شوند. برخی دیگر نیز این قرارداد را به عقد مقاطعه (پیمانکاری) نزدیک‌تر می‌دانند، که در آن سازنده در برابر دریافت سهمی از واحدها (در حکم اجرت)، متعهد به احداث بنا می‌شود. در مجموع، دیدگاه غالب در دکترین حقوقی امروز آن است که قرارداد مشارکت در ساخت از مصادیق بارز عقود نامعین است که احکام خاص خود را می‌طلبد و تقلیل آن به هیچ یک از عقود معین یادشده نه ممکن است و نه مطلوب.

۵- ارکان اصلی قرارداد مشارکت در ساخت

قرارداد مشارکت از سه رکن اصلی به شرح ذیل تشکیل شده است :

نخست مالکیت ملک اعم از عین، منافع و حقوق .

دوم، سرمایه از جمله وجه نقد، تخصص اعتبار امتیاز .

سوم مدیریت اجرایی قرارداد مانند مدیریت عملیات ساخت، مدیریت امور اداری.

با فقدان هر یک از این سه رکن بالا ماهیت قرارداد نیز تغییر می‌کند و نمی‌توان توافق شکل گرفته را مشارکت در قرار ساخت تلقی نمود. هرگاه طرفین قرارداد این ارکان را تامین نمایند آورده‌های مورد نیاز برای احداث یک پروژه ساختمانی محقق می‌گردد و می‌توان آن را مشارکت در ساخت دانست.

بدین لحاظ قرارداد مشارکت در ساخت بر سه رکن اساسی مالکیت ملک، سرمایه و مدیریت اجرایی استوار است که نبود هر یک، ماهیت آن را تغییر می‌دهد. این عقد از جمله عقود نامعین است که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر بوده و ماهیت عهدی دارد، یعنی تعهدات متقابل از ویژگی‌های بارز آن است. همچنین، این قرارداد دارای وصف تملیکی است، زیرا منجر به انتقال تدریجی مالکیت می‌شود. مهمتر اینکه، مشارکت در ساخت عقدی لازم است و جز با توافق طرفین یا خیرات قانونی، قابل فسخ نیست و با فوت یا حجر نیز باطل نمی‌شود، که این امر بر مبنای

اصل اصله‌اللزوم است.

۶- اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت

این اوصاف قرارداد است که آثار و تبعات حقوقی آن را مشخص می کند به همین دلیل به صورت کوتاه به بررسی مهمترین اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت خواهیم پرداخت.

بند نخست: عقد غیر معین

از منظر انواع عقود در قانون به دو دسته معین و نامعین تقسیم می گردند عقودی که عنوان شرایط انعقاد و آثار هر یک از آنها در قانون بیان شده است را عقود معین گویند. عقود غیر معین عقودی هستند که در قانون نامی از آنها برده نشده است. درواقع، عقود غیر معین همان قراردادهای خصوصی می باشند که تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی بین اشخاص منعقد می شوند. در این دسته از عقود طرفین تا جایی که مخالف صریح قانون نباشد می توانند احکام و آثار متفاوتی را با توافق یکدیگر بر عقد حاکم کنند. در این تقسیم بندی قرارداد مشارکت در ساخت در دسته عقود نامعین قرار می گیرد. به عبارتی قرارداد مشارکت در ساخت از عقود مستقلی است که بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تشکیل می شود.

بند دوم: عقد عهدی

عقد عهدی عبارت است از قراردادی که طی آن یکی از طرفین یا هر دوی آنها به انجام یک فعل مشخص یا عدم انجام یک فعل معین تعهد می کنند منشاء تعهدات طرفین قرارداد ممکن است، قانون، قرارداد و یا عرف باشد. از آنجا که قرارداد مشارکت در ساخت یک عقد عهدی است قسمت اعظمی از آن را تعهدات طرفین تشکیل می دهد.

بند سوم: عقد تملیکی

عقودی که اثر مستقیم آنها انتقال مالکیت است را عقود تملیکی گویند. هرچند در بیشتر قراردادهای مشارکت، از همان ابتدا مالکیت به سازنده منتقل نمی شود و انتقال مالکیت همزمان با عقد صورت نمی گیرد، منتهی مالکیت بنای احداث شده به تدریج به وی منتقل می شود.

بند چهارم: عقد لازم

عقد لازم عقدی است که بعد از انعقاد آن، طرفین قرارداد جز با توافق یکدیگر یا اختیارات قانونی حق برهم زدن آن را ندارند. عقد جایز در مقابل عقد لازم قرارداد و آن عقدی است که هر یک از طرفین هر زمان که بخواهند می توانند قرارداد را فسخ نمایند. تفاوت دیگر عقد لازم و جایز در این است که عقد جایز با فوت و یا محجور شدن هر یک از طرفین قرارداد از بین می رود.

در سیستم حقوقی ایران و حقوق اسلام، معاملات یکی از مهمترین مباحث مورد گفت گو میان دکترین حقوقی و علمای اسلامی است. در این بین اصل لزوم در قراردادها جایگاه ویژه ای را به خود اختصاص داده است به طوری که اولین مطلبی که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادها شاید جلب توجه نماید این است که آن قرار داد، لازم است و تا زمانی که به این لزوم خدشه ای وارد نگردد، اصل اولیه اصله اللزوم جاری و حاکم بر قرارداد خواهد بود گرچه مطابق اغلب متون اسلامی این اصل تنها در عقود معین جاری و ساری است. اما امروزه اکثر فقهای کنونی و حقوقدانان بر این اعتقادند که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین بلکه در عقود نامعین نیز جاری است و اصل اولیه، اصل لزوم است. در نتیجه عقد مشارکت، عقدی لازم است و طرفین قرارداد به جز در موارد معین در قانون یا قرارداد حق فسخ قرارداد را ندارند و هم چنین با فوت یا حجر هر یک از طرفین قرارداد اعتبار قرارداد به قوت خویش باقی است.

بند پنجم: عقد معوض

به زبان ساده می توان گفت عقد معوض عقدی است که هر یک از طرفین قرارداد در برابر عملی که انجام می دهد یا مالی که می دهد مالی را از طرف مقابل دریافت یا عملی را از او می خواهد قرارداد مشارکت در ساخت نیز قراردادی معوض است زیرا هر یک از طرفین قرارداد اگر سرمایه ای یا تعهدی را به عنوان آورده در نظر می گیرد در برابر تعهد و سرمایه و آورده طرف مقابل است نه مجانی و رایگان به عنوان مثال تملیک تدریجی حصه مشاع از ملک از طرف مالک به سازنده در برابر تامین سرمایه و انجام عملیات ساخت از طرف ایشان می باشد که نشان می دهد قرارداد مذکور قراردادی معوض است.

بند ششم: عقد رضایی

در سیستم حقوقی ایران اصل بر رضایی بودن عقود است به این مفهوم که برای انعقاد قراردادها اراده، قصد و رضای طرفین کافی است و نیاز به

عمل دیگری برای صحت قرارداد نیست در مقابل عقد رضایی، عقد تشریفاتی قرار دارد و آن دسته از عقود هستند که برای تشکیل نیاز به تشریفات خاصی دارند به عنوان مثال، قبض در عقد رهن از شرایط تشکیل و وقوع عقد است. با توجه به این تعریف قرارداد در زمره عقود رضایی قرار می گیرد و برای تشکیل صرفاً نیازمند اراده و توافق طرفین دارد.

بند هفتم: عقد مستمر

در یک تقسیم بندی بر اساس نقش زمان در تحقق و ایجاد اثر عقد عقود به مستمر و فوری تقسیم می شوند. در عقود فوری اثر عقد به محض انعقاد عقد ایجاد می گردد مانند عقد بیع که اثر آن انتقال مالکیت است و به محض انعقاد عقد انتقال مالکیت صورت می گیرد. ولی در عقد مستمر موضوع معامله در طول زمان ایجاد می گردد، مانند عقد مشارکت در ساخت، زیرا موضوع معامله که ساخت ساختمان جدید در ملک می باشد نیازمند گذشت زمان است (آب روش، ۱۴۰۲، ۲۰-۲۳).

در تحلیل فوق هر چهار وصف عقد غیر معین، عقد عهدی، عقد تملیکی و عقد لازم برای قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران مورد قبول و کاربردی هستند. این قرارداد از آن جهت غیر معین است که ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد می شود و چارچوب کلی آن با توافق طرفین شکل می گیرد. عهدی بودن آن نیز به واسطه وجود تعهدات متقابل سازنده و مالک است و تملیکی محسوب می شود، چرا که منجر به انتقال تدریجی مالکیت به سازنده می گردد. نهایتاً، این عقد لازم است؛ یعنی جز با توافق یا اسباب قانونی قابل فسخ نیست و با فوت یا حجر طرفین نیز به قوت خود باقی می ماند.

۷- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت

قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز دارای انواع مختلفی هستند که تفاوت‌های موجود در نمونه های مختلف این قراردادها را می توان از دو جنبه اصلی توضیح داد. نخست، از نظر موضوع ساخت و ساز، به این معنا که آنچه قرار است ساخته شود، تعیین کننده نوع و شرایط قرارداد است. دوم، از نظر طرفین قرارداد، که شامل متعاقدين و نقش هر یک از آنها در پروژه می شود. این تفاوتها می توانند آثار و شرایط قرارداد مشارکت در ساخت و ساز را نیز تحت تأثیر قرار دهند و باعث ایجاد تفاوت‌هایی در نحوه اجرا و نتایج این نوع قراردادها شوند.

۷-۱- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت بصورت کلی

در یک دسته بندی کلی می توانیم قرارداد مشارکت در ساخت را به انواع مشارکت عادی، مشارکت سهامی، مشارکت تهاتری، مشارکت تکمیلی و مشارکت معاوضه ای تقسیم کنیم.

۷-۱-۱- مشارکت عادی

از رایج ترین نوع قراردادهای مشارکت در ساخت، است که در آن قدرالسهم هریک از طرفین قرارداد اعم از مالک و سازنده بر اساس میزان آورده هر یک، به میزان درصد معینی از کل سهام، تعیین و مشخص می گردد. برحسب قیمت زمین و مصالح میزان این درصد؛ تغییر می کند یعنی اگر قیمت ملک بالاتر باشد درصد مالک بیشتر می شود و در مقابل اگر قیمت مصالح و ساخت از قیمت ملک بیشتر شود درصد سازنده بیشتر می گردد، که معمولاً و عرفاً درصد به صورت ۵۰/۵۰ و یا ۴۰/۶۰ و یا ۷۰/۳۰ بین مالک و سازنده تعیین و طرفین در این مورد توافق می کنند و این نوع از مشارکت در ساخت کاربرد زیادی دارد.

۷-۱-۲- مشارکت سهامی

در این نوع از قرارداد مشارکت در ساخت، ابتدا سازنده اقدام به خریداری بخشی از ملک از مالکین ساختمان که قصد واگذاری و فروش ملک خویش را دارند نه قصد نوسازی و ساخت ساختمان جدید خریداری می کند و در ادامه با مابقی مالکین که قصد شرکت در قرارداد مشارکت در ساخت را داشته اند قرارداد مزبور را منعقد می نماید. به عبارتی در این نوع مشارکت سازنده بخشی از ساختمان فرسوده (تعدادی از واحدهای آپارتمانی) یا زمین را خریداری نموده و با در نظر گرفتن سهم زمین یا واحدهای خریداری شده، اقدام به انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت با سایر مالکین می نماید.

۷-۱-۳- مشارکت تعویضی

در این نوع از قرارداد مشارکت در ساخت، سازنده یا مالک، اقدام به معاوضه بخشی از سهم خویش از ملک دیگر با قسمتی از ملک موضوع قرارداد و در ادامه قرارداد مشارکت در ساخت منعقد می نماید. در این گونه از قراردادهای مشارکت در ساخت بخشی از سهم آورده مطابق با قدرالسهم

محاسبه پرداخت می گردد و سپس قرارداد مشارکت در ساخت بین طرفین منعقد می گردد.

۷-۱-۴- مشارکت تکمیلی

منظور همان قرارداد مشارکتی است که در آن ادامه پروژه و ساخت واحدها به سازنده جدید واگذار می گردد، زیرا به واسطه تقصیر سازنده قبلی ساختان تکمیل نگردیده و پروژه نیمه کاره رها شده است. البته لازم به ذکر است میزان کار انجामी از پروژه مربوطه و همچنین باقی مانده آن محاسبه می گردد و قدر السهم سازنده جدید با در نظر گرفتن اقدامات انجام شده قبلی تعیین می شود.

۷-۱-۵- مشارکت تهاتری

در این نوع از نمونه قرارداد مشارکت در ساخت کامل ملک علاوه بر پرداخت تمام هزینه های اداری و تاسیساتی ساختمان، بخشی از سهم یا مبلغ بلاعوض به عنوان اقلام غیر ریالی به طرف مقابل واگذار می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۲-۶۳).

همانگونه که اذعان گردید قراردادهای مشارکت در ساخت به چند دسته تقسیم می شوند که هر یک ویژگی های خاص خود را دارند. مشارکت عادی رایج ترین نوع است که قدرالسهم بر اساس درصد آورده مالک و سازنده تعیین می گردد. در مشارکت سهامی، سازنده بخشی از ملک را خریداری کرده و با سایر مالکان قرارداد مشارکت منعقد می نماید. مشارکت تعویضی با معاوضه بخشی از سهم در ملکی دیگر صورت می گیرد. مشارکت تکمیلی به واگذاری ادامه پروژه نیمه کاره به سازنده جدید اشاره دارد و در مشارکت تهاتری، سازنده علاوه بر هزینه ها، سهم یا مبلغی بلاعوض غیرریالی به طرف مقابل واگذار می کند.

۷-۲- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز از حیث موضوع ساخت

قرارداد مشارکت در ساخت و ساز بسته به این که موضوع ساخت و ساز چیست گونه های مختلفی دارد. قرارداد مشارکت در ساخت بنا موضوع این گونه قرارداد ساخت و ساز و احداث بنا و ساختمان - مسکونی، تجاری و چه به صورت انفرادی (تک ساختمان) و چه به صورت انبوه (در قالب مجتمع سازی گسترده) می باشد. لازم به ذکر است که طرفین قرارداد بر حسب مورد می تواند شخص حقیقی و یا حقوقی خصوصی و

عمومی باشد.

۷-۲-۱- قرارداد واگذاری زمین به منظور انبوه سازی

موضوع قرارداد واگذاری زمین برای انبوه سازی مضیق تر از قرارداد پیشین است؛ چرا که در این قرارداد که بیشتر از سوی دولت و به منظور اجرای وظایف خود در اسکان افراد جامعه انجام می گیرد. این نهاد عمومی با انعقاد قرارداد با اشخاص صاحب فن و سرمایه اقدام به واگذاری زمین به منظور ساخت و ساز انبوه و کلان می نماید.

۷-۲-۲- قرارداد مشارکت در اجرای طرح آماده سازی

قرارداد مشارکت در اجرای طرح آماده سازی به منظور تعیین معابر شبکه ها، خیابان کشی به طور مستقل از سوی مراجع ذی ربط دولت و شهرداری در جهت اجرای وظایف خود و برای آماده سازی زمین به منظور ساخت و ساز به عنوان مقدمه اجرای عملیات ساخت و ساز منعقد می گردد.

۷-۳-۲- قرارداد مشارکت پیمان - مدیریت

در گونه ای از قرارداد مشارکت در ساخت و ساز سازنده فقط مدیریت اجرا را به عهده می گیرد و صاحب زمین، علاوه بر زمین هزینه ها دستمزدها و مصالح را نیز تأمین می کند. در این نوع مشارکت مجموعه هادی ساخت و ساز، به عنوان حق الرحمه، درصدی از مستحقات را می برند. این نوع مشارکت پیمان - مدیریت نام دارد. درصدی از رقم کل هزینه های اجرا و دستمزدها را پیمان - مدیریت دریافت می کند (مختاریان، ۱۴۰۴، ۵).

بر این اساس انواع قراردادهای مشارکت در ساخت بر اساس موضوع، شامل مشارکت در ساخت بنا برای احداث انواع ساختمانها به صورت فردی یا انبوه است. نوع دیگر، واگذاری زمین به منظور انبوه سازی توسط نهادهای دولتی برای پروژههای بزرگ مسکن می باشد. مشارکت در اجرای طرح آماده سازی نیز به توسعه زیرساختها پیش از ساخت اصلی می پردازد. همچنین، در مشارکت پیمان - مدیریت، سازنده فقط عهده دار مدیریت اجرا بوده و مالک، هزینه ها و مصالح را تأمین می کند.

۸- اهمیت تنظیم قرارداد مشارکت در ساخت

این قرارداد باید آن چنان دقیق باشد که انبوهی از حقوق و تعهدات طرفین و قوانین و مقررات سازمانهای مربوطه را پیش بینی و هم تراز و ترکیب نماید. ورود به این پروژه بدون تنظیم یک قرارداد دارای جامعیت و ساختار محکم، عملاً محکوم به شکست است و موجب افت جنبه های فنی و اقتصادی آن نیز می شود. این قرارداد در برابر سایر قراردادها و پیمان و عقد و مقاطعه های مشارکتی از اهمیت بیشتری برخوردار است. نمونه قراردادهای چاپی اتحادیه املاک و یا اینترنتی بسیار مختصر و ناقص است و تنظیم قرارداد مشارکت در ساخت با استفاده از این نمونه ها اثر لازم را ندارد. ضروری است یک قرارداد جامع و کامل تنظیم شود. به همین دلیل، نباید از هزینه اندک تنظیم و یا اصلاح و تعدیل قرارداد چشم پوشی کرد.

قرارداد مشارکت در ساخت قرارداد مفصلی است که تحت همین عنوان بین شرکاء منعقد می شود. قرارداد مشارکت در ساخت نیز مشمول قوانین کلی و قواعد عمومی قراردادهاست. بدین ترتیب غیر از رعایت موارد تخصصی تر حتماً مواردی که به طور کلی برای تنظیم تخصصی قراردادها باید رعایت شود، عیناً در این قرارداد نیز باید رعایت شود. به طور مثال اگر یک قرارداد چند طرف دارد باید مواردی چون فسخ و خسارت توسط هر طرف مشخص شود. برای نمونه، می توان شرط نمود که تمام مالکین نسبت به خسارات به طور تضامنی مسئول هستند و یا حق فسخ را باید کلیه مالکین با هم و مجتمعاً اعمال کنند نه به تنهایی.

لذا تنظیم دقیق و جامع قرارداد مشارکت در ساخت از اهمیت بالایی برخوردار است، زیرا این قرارداد باید انبوهی از حقوق، تعهدات و مقررات مربوطه را پوشش دهد. استفاده از نمونه های چاپی یا اینترنتی ناقص، به دلیل عدم پیش بینی جزئیات و الزامات این نوع پروژه ها، به شکست فنی و اقتصادی منجر می شود. بنابراین، سرمایه گذاری برای تنظیم یک قرارداد کامل و محکم که تمامی جوانب را در نظر بگیرد، ضروری است. این قرارداد مشمول قواعد عمومی قراردادهاست و لازم است در آن به مواردی نظیر نحوه اعمال حق فسخ یا مسئولیت تضامنی در تعهدات، به ویژه در قراردادهای چندطرفه، به صورت روشن اشاره شود.

۹- چالشهای حقوقی قرارداد مشارکت

در یک دهه اخیر با افزایش قیمت ملک، توانمندی سازندگان برای تبعیت از الگوی خرید زمین و سپس ساخت آن کاهش یافت. به همین دلیل،

از یک سو، سازندگان به سمت انعقاد قرارداد مشارکت روی آوردند که از نظر اقتصادی برای آنها توجیه بیشتری دارد زیرا با انعقاد این نوع قرارداد از میزان سرمایه ای می کاستند که سابقاً برای زمین هزینه می کردند. از سوی دیگر، از آنجا که مالکان زمین اغلب فاقد توانایی لازم برای سرمایه گذاری و یا دریافت وامهای بانکی کلان هستند و موضوع ساخت و ساز نسبت به گذشته تخصصی تر شده است سبب شد تا حوزه مشارکت گسترش یابد.

در این نوع قراردادها همانطور که می دانیم مالک همواره نگران آن است که سازنده با وجود تملیک سهم وی از زمین، به تعهدات خود عمل ننماید و همچنین از منظر سازنده نیز سرنوشت قرارداد نباید به سمتی سوق پیدا کند که ایشان در پروژه ای سرمایه گذاری نموده که در پایان دغدغه تضییع شدن قدرالسهم خویش را داشته باشند. به علاوه نظر به اینکه چنین قراردادهایی جزء عقود معین قانون مدنی محسوب نمی گردد، در مواردی مشاهده می شود که دفاتر ثبت اسناد رسمی از تنظیم آنها خودداری می کنند و به همین دلیل عموماً در قالب قراردادهای عادی در بنگاه های مشاوره املاک تنظیم می شوند.

این امر در حالی است که این گونه اسناد و قراردادها که علی القاعده باید متضمن ابعاد کامل حقوقی و فنی باشد. بایسته است که توسط افراد مجرب در مسائل حقوقی و فنی تدوین گردد، زیرا جایگاه قانونی مشاورین املاک صرفاً دلالت و بهم رساندن

طرفین جهت انعقاد قرارداد بوده و نگارش قرارداد که امری فنی است، باید به اهل آن سپرد. بنابراین، استفاده از فرمتهای از پیش تعیین شده امر معقولی نبوده و به همین خاطر است که اختیارات قانونی بنگاههای معاملات، صرفاً در چارچوب دلالتی تعریف گردیده است.

روشن است سهل انگاری و بی توجهی در تنظیم و امضای یک قرارداد جامع و قانونی به خصوص مالکین را هر روزه با مشکلات و مناقشات متعدد و جدیدی در این حوزه روبرو می کند زیرا بر طبق مقررات فعلی عموماً سازندگان دغدغه چندانی در اجرای این نوع قراردادها ندارند. بنابراین، در فرض نقض تعهد از سوی مالک یا مالکین و عدم تحویل به موقع زمین جهت شروع اجرای پروژه، سازندگان به سادگی می توانند الزام مالک یا مالکین را به تسلیم زمین به عنوان لوازم و آثار عقد از دادگاه درخواست نمایند و در نهایت و در صورت عدم امکان اجبار ایشان به انجام تعهد، حق فسخ قرارداد را خواهند داشت و همچنین مالک از باب تسبیب مسئول خساراتی خواهد بود که از عدم انجام تعهد خویش مبنی بر تحویل زمین بر سازندگان وارد شده است (آب روش، ۱۴۰۲، ۵۱-۵۲).

از این رو گسترش قراردادهای مشارکت در ساخت، ناشی از کاهش توان مالی سازندگان برای خرید زمین و نبود سرمایه کافی در مالکان است.

چالش اصلی، نگرانی مالک از عدم ایفای تعهدات سازنده پس از تملیک سهمی از زمین و همچنین دغدغه سازنده از تضییع حقوق خود است. عدم شناسایی این قراردادها به عنوان عقود معین، موجب می‌شود که دفاتر اسناد رسمی از تنظیم آن‌ها خودداری کرده و عموماً به صورت عادی در بنگاه‌های املاک منعقد شوند. این موضوع، با توجه به نیاز مبرم به دقت حقوقی و فنی در تنظیم قرارداد، مشکل‌ساز است؛ زیرا مشاوران املاک صرفاً نقش دلالتی دارند و نه نگارش تخصصی. سهل‌انگاری در این امر، مالکان را با مشکلات حقوقی جدی مواجه می‌کند، چرا که سازندگان در صورت نقض تعهد مالک (مانند عدم تحویل زمین)، به راحتی می‌توانند الزام به تسلیم یا فسخ قرارداد و جبران خسارات را از دادگاه درخواست نمایند.

۱۰- مسئولیت ناشی از فسخ یا تغییر قرارداد مشارکت

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

هرچند که فلسفه وجودی فسخ، بازگرداندن وضعیت حقوقی طرفین معامله به قبل از فسخ است، اما اقتضاء قاعده تسلیط آن است که تصرفات مالک در ملکش محترم باشد و فسخ معاملات قبلی آن را تهدید ننماید (اسلامی نیا و همکاران، ۱۴۰۲، ۴۴). به عبارتی، ممکن است متعاملین معامله های قبلی به هر دلیلی تصمیم به فسخ معامله خود بگیرند؛ این موضوع اصولاً نباید موجب تزلزل معاملات بعدی گردد. با این حال، استناد به اصل مزبور زمانی میسر است که قراردادهای بعدی نسبت به قرارداد پیشین مستقل باشند. اما حقوق ثالث در قرارداد مشارکت در ساخت، ناشی از حق سازنده است. به عبارتی دیگر، ابتدائاً باید حق مستقری برای سازنده ایجاد گردد تا او امکان انتقال آن به پیش خریداران خود را دارا باشد (صحرائی، ۱۳۹۷، ۴۹). اما زمانی که ایجاد حق برای سازنده که نسبت به شخص ثالث اصل محسوب می‌شود، مبتنی بر شرطی به نام ساخت واحد و در واقع یک حق متزلزل است، به تبع آن پیش خریدار که فرع بر سازنده است، نمی‌تواند بدون اثبات و احراز شرایط استقرار حق اصیل، (سازنده) ادعای استقرار حق مزبور را داشته باشد. در نتیجه عدم تأثیر فسخ بر حق ثالث به عنوان یک اصل است. لیکن زمانی که حق فروشنده اصلی متزلزل و منوط به تحقق شرایطی است، وی صرفاً امکان انتقال همان حق مشروط خود را به دیگری دارد و پیش خریدار نیز مبیع آینده ای را خریداری می‌نماید که ایجاد آن بر اساس قرارداد مشارکت در ساخت در زمره تکالیف انحصاری سازنده است و نمی‌

تواند به اصل عدم قهقرای فسخ تمسک نماید. با این توضیح ناکارآمدی اصل صحت قراردادها در اثبات تنفیذ قراردادهای پیش فروشی که قرارداد پایه قرارداد مشارکت در ساخت نافرجام مانده است نیز آشکارتر می گردد (اسلامی نیا و همکاران، ۱۴۰۲، ۴۵).

بدین جهت در نظام حقوقی ایران، اصل "عدم قهقرای فسخ" بیانگر این است که فسخ، صرفاً ناظر به آینده است و بر گذشته بی تأثیر می ماند. با این حال، در قرارداد مشارکت در ساخت، حق اشخاص ثالث (مانند پیش خریداران) از حق سازنده نشأت می گیرد که خود متزلزل و منوط به تحقق شروطی چون تکمیل ساخت است. لذا، اگر حق سازنده به عنوان اصیل، مستقر و قطعی نشده باشد، پیش خریدار نمی تواند به اصل عدم قهقرای فسخ تمسک کند. این وضعیت نشان دهنده ناکارآمدی اصل صحت قراردادها در تأیید قراردادهای پیش فروش، در صورت عدم موفقیت قرارداد پایه مشارکت در ساخت است.

۱۱- نظام حقوقی ایران و جایگاه قراردادهای مشارکت

نظام حقوقی ایران به مجموعه ای از قواعد، اصول و مقررات حاکم بر روابط اشخاص در قلمرو حقوقی جمهوری اسلامی ایران اطلاق می شود که عمدتاً برگرفته از فقه امامیه، قانون مدنی (۱۳۰۷-۱۳۱۴)، قانون تجارت (۱۳۱۱) و قوانین متعدد مصوب مجلس شورای اسلامی می باشد. در این نظام، مبنای اصلی حاکم بر قراردادها، اصل حاکمیت اراده (آزادی قراردادی) و اصل لزوم (الزام به وفای به عهد) است که در مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی تبلور یافته است. از آنجا که قرارداد مشارکت در ساخت در زمره عقود نامعین قرار دارد، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، «هرچیز که مقرر و محصور باشد بین اشخاص، جائز است مگر آنکه به واسطه قانون دیگری ممنوع شود» و به تبع این اصل، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» (قانون مدنی، ۱۳۰۷، ماده ۱۰).

نظام حقوقی ایران در دو دهه اخیر برای تنظیم روابط مشارکت در ساخت، گام های تقنینی مهمی برداشته است. مهم ترین این اقدامات عبارتند از:

- قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ که در ماده ۱ خود تصریح می دارد: «هر قرارداد با هر عنوانی که به موجب آن مالک رسمی زمین با شخص دیگری مبادرت به مشارکت در ساخت نماید یا هر قراردادی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری متعهد به انتقال مالکیت یا ایجاد حق برای ثالث می شود، تابع احکام این قانون می باشد» (قانون پیش فروش ساختمان، ۱۳۸۹). این قانون پیش فروش واحدها در چارچوب

قراردادهای مشارکت را به نظم و ضابطه کشانده است.

-قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳ که نقطه عطفی در الزام قراردادهای مشارکت در ساخت به تنظیم سند رسمی محسوب می‌شود. ماده ۱ این قانون مقرر می‌دارد: «هر قرارداد با هر عنوانی که به موجب آن مالک رسمی زمین با شخص دیگری مبادرت به مشارکت در ساخت نماید یا هر قراردادی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری متعهد به انتقال مالکیت یا ایجاد حق برای ثالث می‌شود، مشمول حکم این قانون بوده و تنظیم سند عادی در حکم عدم تنظیم سند خواهد بود» (قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، ۱۴۰۳). این تحول تقنینی بزرگ‌ترین تغییر در نظام حقوقی حاکم بر مشارکت در ساخت از زمان تدوین قانون مدنی به شمار می‌رود.

۱۲- تعهدات طرفین در قرارداد مشارکت در ساخت

تعهدات طرفین در هر قراردادی، مجموعه وظایف و تکالیفی است که هر یک از طرفین به موجب عقد و با توافق اراده خود بر عهده می‌گیرد و در صورت تخلف، مشمول ضمانت‌اجراهایی نظیر الزام به اجرا، جبران خسارت یا فسخ قرارداد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۱۵). در قرارداد مشارکت در ساخت، تعهدات طرفین را می‌توان به دو دسته اصلی تفکیک کرد: تعهدات مالی و تعهدات غیرمالی.

تعهدات مالک عمدتاً ناظر بر موارد زیر است: تسلیم زمین و تأمین اسناد و مجوزهای اولیه (مانند جواز تخریب و گواهی عدم خلاف)، همکاری در اخذ پروانه ساختمان، تسهیل دسترسی سازنده به ملک در طول عملیات ساخت و در برخی موارد، تأمین بخشی از هزینه‌های اداری و عوارض شهرداری. مهم‌ترین و بارزترین تعهد مالک، تسلیم ملک به سازنده است؛ چراکه بدون این تعهد، امکان اجرای عملیات ساخت اساساً وجود ندارد.

تعهدات سازنده از حیث دامنه و پیچیدگی، گسترده‌تر از تعهدات مالک است و همین امر معمولاً منشأ اصلی اختلافات طرفین در عمل می‌گردد. این تعهدات را می‌توان در محورهای زیر دسته‌بندی کرد: پرداخت کلیه هزینه‌های ساخت و ساز از قبیل خرید مصالح، اجرت نیروی انسانی، هزینه‌های اداری و حقوقی مرتبط با اخذ مجوزها؛ انجام عملیات ساخت بر اساس نقشه‌ها، مشخصات فنی و استانداردهای توافقی طرفین؛ رعایت مواعد زمانی مقرر در قرارداد و تحویل بنا در زمان معین؛ اخذ پایان کار و کلیه تأییدیه‌های قانونی لازم. نکته بسیار مهم آن است که این تعهدات صرفاً نسبت به طرفین قرارداد اصلی (مالک و سازنده) اعمال می‌شود و به استناد اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ قانون مدنی)، هیچ تعهد مستقیمی از جانب مالک در برابر خریداران ثالث وجود ندارد.

نکته بسیار مهم در قراردادهای مشارکت در ساخت آن است که این تعهدات صرفاً نسبت به طرفین قرارداد اصلی (مالک و سازنده) اعمال می‌شود و به طور طبیعی، به استناد اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ قانون مدنی)، هیچ تعهد مستقیمی از جانب مالک در برابر خریداران ثالث (افراد) که با سازنده برای خرید واحد پیش‌فروش شده وارد معامله می‌شوند وجود ندارد. این خلاء، اصلی‌ترین مسئله پژوهش حاضر را رقم زده است.

صرف عدم انجام تعهد در موعد مقرر سبب ایجاد مسئولیت قراردادی است و اصولاً نیازی به اثبات تقصیر ندارد مگر عقود مانند وکالت، عاریه، جعاله، مضاربه، مزارعه و ودیعه که قانونگذار مشخصاً مسئولیتهای قراردادی ناشی از آن را، منوط به اثبات تقصیر نموده است (عباسلو، ۱۳۹۴، ۳۹).

ضمان توسط شارع یا عرف ایجاد می‌گردد همانند جریمه های قانونی یا عرفی عقد در هر مقامی که واقع شود دارای آثاری تکلیفی و وضعی است و معنای آن با توجه به اختلافات معنی عقد تفاوتی نمی‌کند. ضمانت جبران خسارات نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. در مطالبه خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی در تلف مال به صورت مستقیم یا با واسطه در صورت قابلیت انشای عرفی به متعهد تردیدی وجود ندارد. اما در خصوص فوت منافع ناشی از نقض تعهدات، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد منشاء اختلافات برداشتهای متفاوت از معنای عرفی ضرر است و عدم ایجاد ضمان بدین جهت است که اینگونه خسارات را عدم النفعی می‌دانند که ضرر محسوب نمی‌شود. به نظر می‌رسد علت محدود نمودن مطالبه خسارات قراردادی در ماده (۲۲۱) قانون مدنی به تصریح طرفین، عرف یا قانون همین اختلاف نظرات است.

با این حال با توجه به نظرات برخی فقها در ایجاد ضمان نسبت به ممانعت از اشتغال کار و عمل اشخاص صرف نظر از آنکه حاصل شده باشد یا خیر، منفعتی دانسته شده که خردمندان حاضر به پرداخت پول در قبال آن هستند. حتی برخی درباره ممانعت مالک از فروش مال خود با وجود بقاء عین و کاهش قیمت بازار، حکم به ایجاد ضمان به دلیل صدق عرفی عنوان ضرر شرعی داده اند. وفق این نظرات از دست دادن منافع ناشی از کار و کاهش قیمت بازار، به علت ممانعت دیگری منفعت مسلم الصدوری است که هر عقل سلیمی آن را مورد پذیرش قرار می‌دهد زیرا در صورت عدم وجود مانع، این منفعت به صورت قطعی حاصل می‌شد. لذا میتوان از وحدت ملاک ایجاد ضمان در این موارد، سیره عقلاء و فهم عرفی قایل به جبران خسارات منافع مورد انتظار ناشی از نقض تعهدات قراردادی گردید. در این خصوص برخی حقوق دانان نیز با تاکید بر شناسایی قطعی و عام حکم به لزوم جبران خسارت در عرف حکم این ماده قانونی در حقوق کنونی را زاید می‌دانند. برخی دیگر علیرغم پذیرش ارزش اقتصادی تعهدات قراردادی به نفع متعهدله به مثابه مالی که با عدم اجرای تعهدات قراردادی مورد تلف قرار می‌گیرد، علت قابل مطالبه

نبودن اینگونه خسارات را صراحت تبصره (۲) ماده (۵۱۵) قانون آیین دادرسی مدنی دانسته اند. حقوق دانان طرفدار این نظریه بر اساس معیار قابلیت انشای عرفی ضرر در فقه و با استناد به قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی مسئولیتهای قراردادی را از نوع مسئولیت محض می دانند که به محض تخلف از انجام تعهدات قراردادی مسئولیت بر عهده متعهد متخلف ایجاد میگردد و متعهد تنها با اثبات قوای قاهره غیر قابل احتراز از مسئولیت معاف خواهد شد.

۱۲-۱- تعهدات و مسئولیت قراردادی

هنگامی که متعهد نتواند تعهداتی را که در قراردادهای منعقد شده است به موقع انجام دهد صرف عدم انجام این تعهد در سررسید، تقصیر محسوب خواهد شد. برای تحقق مسئولیت قراردادی لازم است تا عناصر و ارکانی فراهم باشد که در ذیل به آن می پردازیم:

الف) وجود قرارداد معتبر بین طرفین وجود قرارداد از ارکان مهم مسئولیت قراردادی است و مسلماً منظور از وجود قرارداد، یک قرارداد سالم و معتبر و واجد شرایط صحت عقود (م ۱۹ ق.م) است و چنانچه قراردادی نباشد مسئولیت مفروض را باید تابع قواعد کلی و اصول کلی مسئولیت مدنی و آنچه به طور اخص ضمان قهری می نامند بدانیم، در صورت بطلان قرارداد مسئولیت قهری متوجه عامل زیان خواهد بود که با اثبات تقصیر مطالبه خسارت از عامل زیان، امکان پذیر خواهد بود بنابراین در یک قرارداد صحیح و معتبر بر طبق مواد ۲۱۰ تا ۲۱۷ ق.م می بایستی طرفین اهلیت قانونی انعقاد قرارداد را داشته باشند و همچنین مطابق مواد ۲۱۹ تا ۲۲۶ ق.م اصل نسبی بودن قراردادها (عقود نسبت به متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است را باید ملحوظ نظر داشت. بر این اساس حسابداران تنها در صورتی واجد مسئولیت مدنی قراردادی هستند که بتوان قراردادی صریح و یا ضمنی بین ایشان و صاحبکار احرار نمود، در غیر این صورت زیان دیده برای دریافت جبران خسارت مناسب، باید از طرق پیش بینی شده در مسئولیت مدنی غیر قراردادی استفاده نماید.

ب) اثبات نقض قرارداد توسط متعهد بی شک یکی از مهمترین مسائلی که در تاریخ بشریت مهم بوده و هست راستگویی و لزوم وفای به عهد است و به همین سبب دین مبین اسلام اکیدا توصیه بر وفای به عهد نموده است که خود نوعی راستگویی است تا جاییکه یکی از قواعد مشهور فقه اسلامی قاعده مشهور ((اوفو بالعقود)) است. خساراتی که بر اثر نقض قرارداد به طرف قرارداد وارد می شود باید جبران گردند، ولی نحوه و شیوه جبران آنها به طرق مختلفی می باشد. همانگونه که ماده ۲۲۷ ق.م نیز مشعر بر این است که در صورتی که متعهد به تعهد خود عمل نکند ملزم به جبران خسارت است و بدیهی است در صورتی که نقضی صورت نگرفته باشد، مسئولیت قراردادی در کار نخواهد بود. (کلانی، ۱۳۹۴، ۲۸).

ج) وجود رابطه سببیت بین خسارت و نقض و یا عدم اجرای قرارداد رابطه سببیت رکن اساسی و عنصر حیاتی مسئولیت مدنی و ضمان قهری است همچنین وجود رابطه سببیت بین خسارت وارده ی ناشی از عدم اجرای مفاد قرارداد و زیان وارده به خریدار، شرط ایجاد مسئولیت قراردادی است (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۱، ۲۴). در این رابطه باید بین ضرر وارده و تقصیر عرفاً رابطه ای وجود داشته باشد بنحوی که اگر آن تقصیر (فعل و ترک فعل) نمی بود، قطعاً ضرری حاصل نمی شد. قاعده فوق به عنوان یک قاعده عقلانی در مسئولیت مدنی پذیرفته شده است و اختلافی در آن نیست ولی استثنائاتی در آن وجود دارد رابطه سببیت علاوه بر اینکه ایجاد مسئولیت می کند، قلمرو مسئولیت را نیز مشخص می کند. احراز رابطه سببیت در موردی که یک سبب خسارتی را به بار آورد کار آسانی است، اما با توجه به آنکه حوادث اجتماعی به هم مرتبط بوده و معمولاً علت و سبب ضرر بیش از یکی است، لذا تعیین مسئول و احراز رابطه سببیت عمل دشواری است. در حقوق ایران تأثیر این نظریه ها را در قوانین موضوعه شاهد هستیم و مهمترین آنها نظریه سبب متعارف و اصلی است که ماده ۳۳۲ قانون مدنی بیانگر آن است. بنابر این مسئولیت مدنی فرع بر احراز رابطه سببیت است و رابطه سببیت رکن حیاتی ضمان قهری و مسئولیت مدنی غیر قراردادی است (کلائی، ۱۳۹۴، ۲۹).

۱۲-۲- تعهدات و مسئولیت قهری

در الزامات خارج از قرارداد اگر کسی به تکالیفی که قانون برای او مقرر نموده عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری وارد شود، باید آن را جبران نماید. ریشه این مسئولیت پیمان میان دو طرف نیست بلکه تخلف از تکالیف قانونی است که برای او مقرر شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۷۴).

تعهدات مذکور در قواعد مسئولیت مدنی تماماً الزام آور هستند زیرا اعمال افراد یا باعث ورود صدمه یا ضرر و زیان بایستی به طریقی جبران گردد و یا باعث دارا شدن بدون جهت و غیر عادلانه شده اند (به نفع خواننده و به ضرر خواهان که آنهم نهایتاً آن پول یا مال بایستی به نحوی اعاده شود. به هر صورت قاعده لاضرر و لا اضرار در مفاد قواعد بالا حکم فرما است. قانون مدنی ما در بحث مربوط به الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می شوند دو نهاد یا دو مفهوم حقوقی را به کار گرفته است که آنها عبارت از شبه عقد و شبه جرم می باشند، بدون آنکه به صراحت نامی از آن دو مفهوم یا نهاد به میان آورده باشد در زمینه مفاهیم با قواعد فرق، در قانون مدنی کشور ما ترتیب منطقی رعایت نشده است و مواد در هم هستند. بایستی یک دسته از مواد به ترتیب شامل شبه جرم می شدند مثل غصب و اتلاف و تسبیب و یک دسته هم شامل شبه عقد مانند ایفاء ناروا، اداره فضولی مال غیر، استیفاء و غیره می گردیدند (نوبین، ۱۳۹۲، ۴۸۳).

۱۳- مفهوم خریدار ثالث در قراردادهای مشارکت در ساخت

خریداران ثالث در چارچوب این پژوهش، به افرادی اطلاق می‌شود که نه به عنوان یکی از طرفین اصلی قرارداد مشارکت در ساخت (یعنی مالک یا سازنده)، بلکه به عنوان شخصی خارج از آن رابطه دوطرفه، اقدام به خرید یک یا چند واحد از مجموعه‌های احداثی در حال ساخت از ناحیه سازنده می‌نمایند. به بیان دیگر، خریدار ثالث کسی است که با سازنده (که خود یکی از دو طرف قرارداد مشارکت است) مبادرت به انعقاد قرارداد پیش‌فروش می‌کند، در حالی که هیچ رابطه قراردادی مستقیمی با مالک زمین ندارد. در نظام حقوقی ایران، وضعیت حقوقی این خریداران یکی از چالشی‌ترین مسائل در ارتباط با قراردادهای مشارکت در ساخت به شمار می‌آید، زیرا حقوق آنان به طور کامل در گرو اعتبار قرارداد اصلی مشارکت و ایفای تعهدات طرفین آن (به ویژه رابطه حقوقی میان مالک و سازنده) قرار دارد.

به محض انعقاد قرارداد پیش‌فروش بین سازنده و خریدار ثالث، یک رابطه دوطرفه و مستقیم میان این دو ایجاد می‌شود؛ با این حال، نفوذ و اعتبار این رابطه از نظر قضایی و ثبتی تا حد زیادی به بقا و صحت قرارداد اصلی مشارکت میان مالک و سازنده وابسته است. اگر به هر دلیل قرارداد اصلی مشارکت فسخ شود، منحل گردد (مثلاً به دلیل تخلف سازنده از تعهداتش) یا مواردی از قبیل عدم تناسب ساخت با استانداردها، تأخیر زیاد، اعسار سازنده و غیره رخ دهد، حقوق خریدار ثالث در برابر مالک به شدت مخدوش می‌شود، زیرا مالک (بر اساس اصل نسبی بودن قراردادهای مشارکت) هیچ‌گونه تعهد مستقیمی در قبال او ندارد. این وضعیت، به ویژه در مواردی که سازنده ورشکسته یا از صحنه خارج شود و خریدار ثالث تنها به مالک (که مالک فیزیکی واحدهاست) دسترسی داشته باشد، بسیار حساس و پرچالش می‌گردد.

خریداران ثالث در چارچوب این پژوهش، به افرادی اطلاق می‌شود که با سازنده (که خود یکی از دو طرف قرارداد مشارکت است) مبادرت به انعقاد قرارداد پیش‌فروش می‌کنند، بی‌آنکه رابطه قراردادی مستقیمی با مالک زمین داشته باشند. در نظام حقوقی ایران، وضعیت حقوقی این خریداران یکی از چالشی‌ترین مسائل است، زیرا حقوق آنان به طور کامل در گرو اعتبار قرارداد اصلی مشارکت و ایفای تعهدات طرفین آن قرار دارد. نظریه مشورتی شماره ۵۲۱/۱۴۰۱/۷ مورخ ۱۷/۱۱/۱۴۰۱ صراحتاً بیان می‌دارد که «فسخ بعدی قرارداد مشارکت در ساخت موجب انحلال معامله دوم نمی‌شود». همچنین نظریه مشورتی شماره ۱۲۶۱/۱۴۰۰/۷ حاکی از آن است که خریدار ثالث حسب مورد می‌تواند برای احقاق حق خود به هر دو طرف (مالک و سازنده) مراجعه کند.

قوانین ایران در چند جایگاه به حقوق خریداران ثالث پرداخته‌اند. قانون پیش‌فروش ساختمان (۱۳۸۹) در ماده ۴ خود الزاماتی از قبیل ارائه سند

رسمی مالکیت یا قرارداد رسمی مشارکت، ثبت قرارداد پیش فروش در دفتر اسناد رسمی، و لزوم واریز وجوه پیش پرداختی به حساب بانکی خاص را پیش‌بینی کرده است (قانون پیش‌فروش ساختمان، ۱۳۸۹، ماده ۴). قانون الزام به ثبت رسمی معاملات (۱۴۰۳) نیز در ماده ۱ مقرر می‌دارد که تنظیم سند عادی در حکم عدم تنظیم سند است (قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، ۱۴۰۳، ماده ۱). با این حال، این قوانین عمده‌تاً ناظر بر جنبه‌های شکلی و ثبتی هستند و به ماهیت تعهدات طرفین و رابطه سه‌وجهی آنها ورود نمی‌کنند.

بر این اساس، خریدار ثالث در این ساختار حقوقی، به حق، نهادی شکننده و نیازمند حمایت ویژه تلقی می‌شود. از آنجا که این خریدار به هنگام تصمیم به خرید، به ماهیت و اعتبار قرارداد اصلی مشارکت در ساخت متکی بوده و اغلب از مفاد دقیق آن آگاهی کافی ندارد، شایسته است که نظام حقوقی تدابیری برای حمایت از او در برابر نقض تعهدات ناشی از قرارداد اصلی پیش‌بینی کند.

۱۴- حقوق خریداران ثالث در قوانین موضوعه ایران

قوانین ایران در چند جایگاه به حقوق خریداران ثالث در پروژه‌های مشارکت در ساخت پرداخته‌اند. اصلی‌ترین قانون در این زمینه، قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ است که در ماده ۱ خود دایره شمول را چنان گسترده تعریف کرده که کلیه قراردادهای مشارکت در ساخت را نیز در بر می‌گیرد. این قانون برای حمایت از حقوق خریداران ثالث، الزاماتی از قبیل ارائه سند رسمی مالکیت یا قرارداد رسمی مشارکت، ثبت قرارداد پیش‌فروش در دفتر اسناد رسمی، و لزوم واریز وجوه پیش‌پرداختی به حساب بانکی خاص را پیش‌بینی کرده است (قانون پیش‌فروش ساختمان، ۱۳۸۹، ماده ۴). با این حال، ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان الزام‌هایی از جمله ارائه سند رسمی مالکیت یا قرارداد رسمی مشارکت و ثبت قرارداد پیش‌فروش در دفاتر اسناد رسمی را مقرر داشته است. قانون مذکور همچنین هیئت‌های داوری را برای رسیدگی به اختلافات ناشی از پیش‌فروش تعیین کرده است.

دومین قانون مهم، قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (۱۴۰۳) است که در ماده ۱ خود مقرر می‌دارد: «هر قرارداد با هر عنوانی که به موجب آن مالک رسمی زمین با شخص دیگری مبادرت به مشارکت در ساخت نماید یا هر قراردادی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری متعهد به انتقال مالکیت یا ایجاد حق برای ثالث می‌شود، ... تنظیم سند عادی در حکم عدم تنظیم سند خواهد بود». این حکم، به طور نظری می‌تواند برای خریداران ثالث مفید باشد، زیرا ثبت رسمی قرارداد پیش‌فروش را الزامی می‌کند و به این ترتیب، امکان انکار معامله از سوی طرفین کاهش می‌یابد. با این حال، همانطور که در مقدمه تحقیق اشاره شد، این قانون عمده‌تاً ناظر بر جنبه‌های شکلی و ثبتی است و به ماهیت

تعهدات طرفین و رابطه سه‌وجهی آنها ورود نمی‌کند. بنابراین، کماکان در حوزه تعیین تعهدات مستقیم مالک در برابر خریدار ثالث، خلأ قانونی چشمگیری وجود دارد که نیازمند اصلاحات تکمیلی و شفاف‌سازی قانونگذار است.

خریداران ثالث در چارچوب این پژوهش، به افرادی اطلاق می‌شود که با سازنده (که خود یکی از دو طرف قرارداد مشارکت است) مبادرت به انعقاد قرارداد پیش‌فروش می‌کنند، بی‌آنکه رابطه قراردادی مستقیمی با مالک زمین داشته باشند. در نظام حقوقی ایران، وضعیت حقوقی این خریداران یکی از چالشی‌ترین مسائل است، زیرا حقوق آنان به طور کامل در گرو اعتبار قرارداد اصلی مشارکت و ایفای تعهدات طرفین آن قرار دارد.

از مجموع مباحث فوق چنین برمی‌آید که قرارداد مشارکت در ساخت، علی‌رغم رواج گسترده در عمل و پذیرش کلی آن به عنوان یک عقد نامعین معتبر به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، از حیث مبانی نظری و تعیین جایگاه دقیق آن در نظام عقود، همچنان دچار ابهام است. این ابهام به هنگام ورود خریداران ثالث به صحنه تشدید می‌شود؛ حقوق این افراد که عمدتاً بر اساس اعتماد به صحت و بقای قرارداد اصلی مشارکت اقدام به انعقاد عقد پیش‌فروش با سازنده می‌نمایند، در معرض خطر انحلال یا اختلال قرارداد اصلی قرار دارد و به دلیل اصل نسبی بودن قراردادها، به طور طبیعی مورد حمایت مستقیم قانون قرار نمی‌گیرد. قوانین پیش‌فروش ساختمان و قانون جدید الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول هرچند گام‌هایی برای حمایت از ایشان برداشته‌اند، اما همچنان نیاز به شفاف‌سازی حقوقی بیشتری در زمینه‌هایی چون لزوم تضامن مسئولیت مالک و سازنده در برابر خریدار ثالث، نقش شرط ضمن عقد در نیابت سازنده از ناحیه مالک، و آثار ثبت رسمی این عقود در حمایت از ثالث، به وضوح احساس می‌شود.

۱۵- مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت در ساخت

در فقه و حقوق اسلامی به جای مسئولیت از واژه ضمان استفاده می‌شود و هدف اصلی ایجاد مسئولیت و ضمان، جبران زبانه‌های وارده و برقراری قسط و عدالت اسلامی است. در مورد مبانی فقهی مسئولیت مدنی حقوقدانان و علمای اسلامی ما نظرات مختلفی ارائه کرده و هر کدام از آنها قواعد مختلفی برای مسئولیت مدنی معرفی کرده‌اند که در این میان بعضی قواعد میان نظرات آنها مشترک است مانند قاعده اتلاف که فقها در مورد آن اتفاق نظر دارند. با کنکاش در نظرات این علما، می‌توان گفت بر اساس چند قاعده، در باب مسئولیت مدنی بحث کرده‌اند که مهمترین آنها عبارتند از قاعده اتلاف تسبیب، ضمان، بد، غرور، لاضرر و غیره (کلای، ۱۳۹۴، ۳۰).

در مورد مسئولیت مدنی سازندگان ساختمان در همه این قواعد نیز نظرات اختلافی وجود دارد ولی با توجه به همه موارد، و روایات و احادیث منقول در خصوص این قواعد میتوان گفت در فقه اسلامی قواعد اتلاف، تسبیب و لاضرر، بازرترین مبانی مسئولیت مدنی سازندگان ساختمان به شمار می روند.

۱۵-۱- مبانی فقهی

الف) قاعده لا ضرر

لزوم جبران ضرر، قدیمی ترین بنیانی است که در مسئولیت مدنی از دیرباز به جا مانده و همه قواعد دیگر از این منبع سرچشمه گرفته است و می توان گفت پایه و اساس جبران خسارت را تشکیل می دهد و در حقوق اسلام قلمروی گسترده تر از مسئولیت مدنی به معنی مرسوم خود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۲۹). مستندات این قاعده عقل کتاب و روایات می باشد. احادیث و روایات زیادی در مورد این قاعده نقل شده است. لکن مهمترین منشأ این قاعده حدیث معروف "الاضرر و الاضرار فی الاسلام" مربوط به داستان سمره بن جندب است که در کتب فقهی فراوانی بیان شده است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱۳۳). و روایتی از احمد بن حنبل، که در آن آمده: "و قضی ان لا ضرر ولا ضرار" (محمدی، ۱۳۸۹، ۱۴۶). قاعده مشهور لاضرر از پیغمبر اسلام (ص) و توسط راویان متعدد شیعه و سنی نقل و به حد استفاضه و هم تواتر رسیده است، در فرمایش نبی اکرم (ص) لا برای نفی ضرر یا نفی موضوع است (عرفانی، ۱۳۸۸، ۱۶۹). در تفسیر این حدیث نبوی گفته اند که هر گونه ضرر در دایره شریعت نفی گردیده و بایستی با قبول ضمان زبان زنده ورود خسارت به زیان دیده را مرتفع سازد.

لزوم جبران ضرر ناروا را عقل نیز ضروری می داند و این امر باعث شده این قاعده به تمامی مواردی که از فعل شخص یا دستور وی ضرری به دیگری وارد می شود تسری پیدا کند (محقق داماد، همان، ۱۳۳).

با استفاده از قاعده لاضرر از یک منظر می توان مسئولیت مدنی یک سازنده ساختمان را در یک کارگاه ساختمانی بدین صورت توجیه کرد که وی به منظور انتفاع خود در محیط کارگاه در نتیجه ایفای تعهدات قراردادی، به ناچار فعالیت هایی انجام می دهد که بعضاً در کارگاه محیط خطرناک ایجاد می کند. مثلاً برای رسیدن به بستر صلب و استقرار پی ساختمان در روی آن خاک محوطه کارگاه تا حد زیادی خاکبرداری می شود و گودال خطرناکی به وجود می آید یا چاه جذب فاضلابی حفر میگردد و یا به منظور استحکام شالوده ساختمان اجرای شمع های بتن آرمه (فونداسیون عمیق) ضروری می شود که به ناچار بایستی چاه های آن حفاری شوند یا چاله آسانسور تا تکمیل عملیات ساختمانی، محیط

خطرناکی برای پرسنل کارگاه محسوب میشود ماشین آلات سنگین ساختمانی در محل اجرای پروژه دائماً در حال فعالیت و تردد میباشند لذا سازنده با ایجاد محیط خطرناک در صورت ایجاد ضرر به پرستل و شخص ثالث در محوطه کارگاه، بنا به این قاعده که هیچ ضروری نباید جبران نشده باقی بماند، بایستی خسارت وارد شده به زیان دیده را جبران نماید هر چند که شخصاً تقصیری نداشته باشد. همان طوری که قبلاً نیز گفته شد اگر در ورود خسارت، شخص زیان دیده خود مقصر باشد با توجه به اینکه مسئولیت سازنده (به عنوان کارفرما) نوعی هست لذا در تعارض تقصیر و مسئولیت نوعی، مسئولیت ناشی از تقصیر، مقدم شده و مسئولیت به عهده شخص خطا کار قرار می گیرد (کلانی، ۱۳۹۴، ۴۳).

ب) قاعده اتلاف

یکی از مهمترین قواعدی که از موجبات ضمان به شمار میرود و در این مورد فقها نیز بر آن اتفاق نظر دارند، قاعده اتلاف است. بر اساس این قاعده کسی که مال دیگری را تلف کند مسئول جبران آن است، منشأ این قاعده حدیث از معصوم (ع) است که می فرمایند: "من له اتلف مال الغير فهو له ضامن، به این معنی که : هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است."

منظور از مال در حدیث نبوی فوق عبارت از چیزی است که در مقابل آن مال بدهند و منظور از ضمان این است که وقتی چیزی تلف می شود، وجود اعتباری اش در عهده متلف قرار میگیرد و این معنای ضمان واقعی است. از این قاعده در اتلاف اموال و ابدان هر دو استفاده کرده اند، ولی اکنون که قلمرو مسئولیت کیفری و مدنی از هم جدا شده است، تنها زمینه اجرای آن در امور مالی می تواند مفید واقع شود.

در فقه، اتلاف را به اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب تقسیم کرده اند و هر دو قسم را زیر یک عنوان بررسی می کنند، لیکن قانون مدنی این دو را از حیث شرایط تحقق و مبنا نیز جدا ساخته است. آنچه در اینجا با عنوان قاعده اتلاف می آید تنها بخش ویژه ای از اتلاف است که به مباشرت در اتلاف اموال اختصاص دارد، و مقصود از مال، اعیان خارجی نیست و شامل منابع (به طور مطلق) نیز می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۴۵).

در مورد مسئولیت مدنی سازندگان ساختمان بر مبنای این قاعده؛ سازندگان ساختمان مسئول خسارت های وارده شده به شخص ثالث و کارگران در محوطه کارگاه می باشد و این مسئولیت هم شامل خسارت های جانی و هم شامل خسارت های مالی است. در مورد خسارت های جانی چنانچه تعمدی در ورود خسارت جانی نباشد طبق قانون مجازات اسلامی (دیات) و برابر اصول کلی حقوق جزا مسئول پرداخت دیه به زیان دیده می باشد. اما در مورد خسارت های مالی در برابر زیان دیده، اولاً با توجه به قاعده اتلاف در برابر زیان دیده مسئولیت مدنی دارد و ثانیاً وفق

ماده ۳۲۸ قانون مدنی که متأخذ از همان قاعده فقهی (اتلاف) است، مسئولیت متوجه اوست .

با توجه به ماده مذکور باید گفت در اتلاف شخص باید مباشر تلف باشد نه مسبب آن و همچنین در اتلاف، رابطه علیت مستقیم بین کار مباشر و تلف کافی است و تقصیر در آن شرط نیست پس اتلاف مبتنی بر نظریه خطر است و لزومی ندارد تقصیر فرد احرار شود. بر همین اساس در انجام عملیات موضوع پیمان مصادیق زیادی از اتلاف ممکن است حادث شود و سازنده چه مرتکب تقصیر شود و چه بدون تقصیر مسئول است و باید جبران خسارت نماید، بر فرض مثال چنانچه در اجرای عملیات احداث ساختمان و هنگام حمل و نقل مصالح به طبقات بالا به دلیل سقوط مصالح و یا بالابر، اتومبیل و یا سایر وسایل همسایگان مجاور کارگاه ساختمانی تلف گردد بدون شک سازنده باید از عهده خسارت برآید و در قراردادهای نیز مسئولیت این قبیل خسارات بر عهده سازنده گذاشته می شود.

ج) قاعده تسبیب

قاعده تسبیب یکی از قواعد متقن فقه است و بر مبنای و اساس آن هیچ گونه ایراد و اشکالی وارد نیست. در صورتی که شخص مالی را به طور مستقیم تلف نکند ولی برای تلف کردن سبب سازی و تمهید مقدمه کند، کار او را اتلاف به تسبیب گویند و ضامن خسارتی است که از این راه به بار آمده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۴۷). به عبارت دیگر: هرکس سبب تلف و خسارت گردد ولو آنکه خود مباشرت به اتلاف و توجه ضرر نداشته باشد ضامن است و باید جبران مال تلف شده را بنماید و مسئولیت مدنی این امر متوجه مسبب است. در تسبیب شخص به طور مستقیم مباشر تلف مال و ورود خسارت نمی باشد در واقع تسبیب نوعی از اتلاف است با این تفاوت که در اتلاف شخص، مباشر اتلاف است نه مستندات این قاعده روایات و احادیث صحیحی ای است که تعداد آن به یک یا دو مورد محدود نمی شود و در این خصوص بین فقها اختلافی نیست و علاوه بر آن اخبار متعددی بر وجود چنین قاعده ای دلالت دارد. این قاعده نیز از جمله مهمترین مبانی فقهی برای مسئولیت مدنی است که با توجه به شباهت روایات مشمول این قاعده به ماهیت عمل کارفرمایان و پیمانکاران میتوان گفت این قاعده می تواند یکی دیگر از مبانی فقهی برای مسئولیت مدنی سازنده باشد (محقق داماد، همان ، ۱۱۸-۱۲۳).

مقاطع کاری حرفه ای است پرمخاطره که اکثراً با جان و مال مردم سر و کار دارد و هر آن، جان و مال شخص با خطرات زیادی تهدید می شود. مثلاً سازنده بدون هشدار قبلی و نصب تابلوها و علائم هشداردهنده، گودالی در معبر عمومی حفر می کند و دیگری بر اثر بی احتیاطی در آن چاه یا گودال سقوط می کند، در این فرض که عملاً نیز شاهد چنین حوادثی هستیم سازنده به طور مستقیم باعث تلف نبوده ولی عرف ورود

ضرر را به او منتسب می داند و لذا مسئولیت دارد. در تسبیب برخلاف آنچه در اتلاف گفته شده وجود تقصیر شرط ایجاد مسئولیت است یعنی عمل موجب خسارت بایستی ناشایست بوده و در نظر عرف تجاوز و عدوان، باشد، هر چند در شرع در زمره اعمال حرام به حساب نیاید.

برای تحقق تسبیب دو شرط باید وجود داشته باشد: شرط اول اینکه تلف رخ دهد و شرط دوم این است که تلف به واسطه تقصیر مسبب باشد. برای مثال اگر سازنده ضمن حفر چاه جذبی فاضلاب یا چاهک آسانسور، با بی احتیاطی و سهل انگاری و بی مبالاتی خود و بدون در نظر گرفتن مقررات ایمنی و انجام تدابیر لازم جهت پوشش دهانه آنها و عدم نصب علائم هشداردهنده باعث شود شخصی در چاه موصوف سقوط نماید، سازنده در این صورت از باب تسبیب مسئولیت دارد (لایق، ۱۳۹۰، ۲۷۷-۲۷۶).

سازنده در اجرای عملیات موضوع پیمان بایستی مقررات ایمنی مخصوص حرفه خود را رعایت کند ولی اگر در رعایت این مقررات و نظامات شغلی کوتاهی نماید و از این طریق به طور مستقیم باعث تلف شدن جان یا مال کارگران تحت امر خود و یا شخص ثالثی در کارگاه شود از باب تسبیب مسئول خسارت وارده می باشد.

۱۵-۲- مبانی حقوقی

الف) نظریه خطر

نظریه خطر در انتهای قرن ۱۹ پدید آمده است به عقیده پیروان این نظریه که سالی ژوسران و ساواتیه از مشهورترین آنها هستند، همین که شخص زبانی را به بار آور باید جبران کند و زبان دیده از اثبات تقصیر معاف است، به طوری که سالی معتقد است «هر کس در مقابل محیط خطرناکی که جهت فعالیت خود ایجاد کرده است و فعالیتش ثمرات مادی و یا معنوی برای او در برداشته است، مسئولیت دارد. ایرادها و انتقاداتی که بر نظریه خطر وارد گردید باعث شد که طرفداران این نظریه به چند گروه تقسیم شده و در نهایت نظریه خطر نیز به سه قسم: «نظریه ایجاد خطر در برابر انتفاع مادی و نظریه خطرهای ایجاد شده» و «نظریه خطر نامتعارف تقسیم شود (کلائی، ۱۳۹۴، ۴۸).

با توجه به نوشته های حقوقدانان نامی در این زمینه مبنای مسئولیت سازنده باید در زیر قسم اول از این تقسیم آورده شود مطابق این نظریه هر کس از کاری سود می برد باید زیانهای ناشی از آن را تحمل کند. تا جایی که دکتر کاتوزیان، نظریه ایجاد خطر در برابر انتفاع را مبنای مسئولیت مدنی کارفرما و به تبع آن پیمانکار که کارفرمای دست دوم محسوب می شود دانسته اند، به تعبیر ایشان وجود فرض تقصیر برای کارفرما از

لحاظ عملی به منزله مسئول ساختن او در برابر زبانی است که به کار قابل سرزنش یا نامتعارفی نسبت داده نمی شود زیرا به دشواری می توان شرایط معاف شدن او را در برابر زیان دیده فراهم ساخت. او نیز به طور معمول به اثبات این شرایط دل نمی بندد و با بیمه کردن مسئولیت خویش حق بیمه را در زمره هزینه های کارگاه می آورد. پس باید این مسئولیت را نتیجه اجرای نظریه خطر در برابر انتفاع شمرد. از آثار مهم این نظریه بی اهمیت بودن تقصیر کارگر در ایجاد مسئولیت برای کارفرما است (کاتوزیان، همان، ۹-۱۰).

ب) نظریه تقصیر

تقصیر چیست؟ درباره تعریف تقصیر اختلاف و گفتگو بسیار است و تعاریف گوناگونی از نویسندگان مشهور خارجی همچون هانری و ژان مازو ژنی، کاربونیه کولن و کاپیتان و نیز حقوقدانان بزرگ کشورمان ارائه شده که اختلاف نظرانی در این تعاریف به چشم میخورد ولی با همه این احوال عده ای از آنها نیز تعریفی مشترک ارائه داده اند، و در اینکه شخص تنها در صورت ارتکاب خطا مسئول است اتفاق نظر دارند.

باید گفت قانونگذار خواسته است کسانی را که در نتیجه فعالیت کارخانه و کارگاهها زیان میبینند در مقام جبران خسارت با کارگران و کارمندان رو به رو نسازد و زبانی را جبران نشده باقی نگذارد، چون عدالت اجتماعی اقتضا دارد کسی که از این کارگاهها سود می برد، زیان های ناشی از آن را نیز تحمل کند. بر مبنای نظریه تقصیر برای اینکه زیان دیده بتواند جبران خسارت خود را از سازنده بخواهد باید ثابت کند که تقصیر او سبب ورود خسارت شده و در احراز تقصیر زیان دیده، نقش مدعی را دارد و باید دلیل بیاورد. (کاتوزیان، همان، ۱۷۳). ارتکاب تقصیر و خطا مطابق این نظریه شرط اصلی مسئولیت مدنی است، به طور کلی حسن این نظریه آن است که هر کس را مسئول عواقب و پیامدهای اعمال و رفتار خود میداند و به مسئولیت، جنبه شخصی می د که خود موجب افزایش احتیاط نزد افراد می شود.

با توجه به مطالبی که بیان شد، نظریه «تقصیر انتخاب و مواظبت این معنا را می رساند که برای سازنده فرض تقصیر شده است که اگر از فعل کارگری خسارتی به بار آید چنین فرض میشود که او در انتخاب کارگر شایسته و پیشگیری از اضرار به غیر احتیاط و دقت لازم را نکرده است، چون اداره کارگاه با سازنده است و او باید کار را به کاردان بسپارد و نظمی برقرار سازد که از اضرار به دیگران جلوگیری شود و به این دلیل که وی از حقوق لازم جهت مراقبت و نظارت بر اعمال کارگران خود برخوردار است و بر آنها تسلط کامل دارد، مسئول اعمال آنان میباشد، به همین علت اگر محرز شود تمام احتیاط های لازم و متعارف را به عمل آورده از مسئولیت بری می شود. با توجه به مفاد ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان

به نظر میرسد که شرایط عمومی پیمان نیز نظریه «تقصیر انتخاب و مواظبت را برای سازنده فرض کرده، چنانچه در بند (الف) ماده ۱۷ آن مقرر کرده "سازنده متعهد است که عملیات موضوع پیمان را به وسیله افرادی که در کار خود تخصص و تجربه کافی دارند انجام دهد..."

(ج) نظریه نمایندگی

این نظریه بیش از نظریه های دیگر مورد قبول حقوقدانان قرار گرفته است و به نظر نیز منطقی ترین نظریه بین مبانی مسئولیت مدنی می باشد از مفاد بخش اخیر ماده ۱۲ ق.م.م نیز میتوان جنبه تضمینی بودن مسئولیت سازنده را استنباط کرد. دکتر کاتوزیان در تحلیل این نظریه که در فرانسه در مورد کارفرمایان (تضمین فعل کارگر) نامیده شده، نظریه تضمین حق را در مورد کارفرمایان مشمول ماده ۱۲ ق.م.م نظریه «ضمان کارفرما و تضمین فعل کارگر» معرفی کرده اند (کاتوزیان، همان، ۱۱).

در مورد پیمانکاری ضرورت پذیرش این نظریه محسوس تر به نظر میرسد. زیرا پیمانکار همواره با پروژه های عمرانی و ساختمانی عظیم سر و کار دارد و به واسطه این فعالیتهای بزرگ، کارگران تحت امر وی هر لحظه در معرض روبرو شدن با خسارات بزرگ قرار دارند و چون کارگران از قشر کم درآمد جامعه می باشند، نوعاً در جبران چنین خسارت هایی ناتوان هستند، چه بسا ممکن است باعث ورود خساراتی شوند که حتی اگر تمام عمر خود را کار کنند نتوانند آن خسارت را جبران نمایند، بر همین مبنا پیمانکار به عنوان کارفرمای کارگر باید تضمین کند مالی برای جبران خسارت آنها باشد به این صورت اصالت مسئولیت هر کدام از کارگر و سازنده حفظ می شود و سازنده می تواند نهایتاً به کارگر خطاکار مراجعه نماید. در این نظریه هر چند نهایتاً کارگر مسئول خطای خود می شود ولی پیمانکار تضمینی برای ناتوانی او از پرداخت خسارت می باشد و این امر باعث می شود پیمانکار در بیمه نمودن کارکنان خود مطابق قانون تأمین اجتماعی و ماده ۱۳ ق.م.م و شرایط عمومی پیمان جدیت بیشتری به خرج دهد.

این نظریه نیز همانند سایر نظریه ها از تیررس انتقادات و ایرادات در امان نمانده و با این ایراد روبرو است که تقصیر، خطای شخصی است و در حقوق کتونی پذیرفته نیست که در اثر قرارداد خصوصی کسی بتواند خطای دیگران را به عنوان خطای خود بپذیرد مگر اینکه گفته شود آمر ضامن مسئولیتی است که در اثر خطای مأمور بر عهده او قرار گرفته است. به همین جهت بعضی از نویسندگان ترجیح داده اند که مسئولیت، نتیجه فعالیت آمر باشد و تا جایی رفته اند که کارگر را همانند ماشینهای الکترونیکی ابزار اجرای این فعالیت شمرده اند (کاتوزیان، همان، ۹-۱۱).

۱۶- تحلیل منظرهای سه گانه عنوان پژوهش

عنوان این پژوهش متشکل از سه مؤلفه اساسی است: «جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران»، «تأثیر بر تعهدات طرفین» و «در برابر خریداران ثالث». قرارداد مشارکت در ساخت به رغم کاربست گسترده، در طبقه‌بندی عقود معین جایگاه مشخصی ندارد و در زمره عقود نامعین ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد. این جایگاه اگرچه آزادی قراردادی را به حداکثر می‌رساند، اما نبود قواعد تکمیلی و آمره اختصاصی، مایه بروز اختلافات متعدد و تشتت آراء شده است. در تحلیل نهایی باید پذیرفت که این قرارداد نه صرفاً شرکت مدنی و نه صرفاً مقاطعه محض است، بلکه ماهیتی ترکیبی و دووجهی دارد.

تعهدات طرفین در این قرارداد به دو دسته اصلی (تسلیم زمین توسط مالک؛ تأمین سرمایه و اجرای عملیات توسط سازنده) و فرعی تقسیم می‌شود. با ورود خریداران ثالث، شبکه سه‌وجهی شکل می‌گیرد که در آن، مالک هیچ رابطه مستقیم قراردادی با خریدار ندارد، اما ایفای تعهدات سازنده در برابر خریدار به بقای قرارداد اصلی وابسته است نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه گام‌های مهمی در حمایت از خریدار ثالث برداشته‌اند، اما کماکان مسئولیت تضامنی یا تبعی مالک را به صراحت تعیین نکرده‌اند.

۱۷- نتیجه‌گیری

این پژوهش بر دو دسته مبانی حقوقی استوار است: مبانی قراردادی مبتنی بر ماده ۲۳۱ قانون مدنی (اصل نسبی بودن آثار قراردادها) و استثنای آن در ماده ۱۹۶ (تعهد به نفع شخص ثالث). مبانی غیرقراردادی (مسئولیت مدنی) شامل قاعده لاضرر و قاعده اتلاف و تسبیب (مواد ۳۲۸ تا ۳۳۳ قانون مدنی) است که می‌تواند پشتوانه نهایی برای احقاق حقوق خریدار ثالث در موارد فقدان رابطه قراردادی مستقیم باشد.

پس از واکاوی جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران و تأثیر آن بر تعهدات طرفین در برابر خریداران ثالث، این نتیجه حاصل می‌شود که علی‌رغم کاربرد گسترده این نهاد قراردادی در عمل، نظام حقوقی ایران همچنان با یک خلأ ساختاری مواجه است: ماهیت حقوقی مشارکت در ساخت به درستی در زمره عقود معین تعریف نشده و این ابهام، به نوبه خود، موجب سردرگمی محاکم در تعیین قلمرو تعهدات مالک در قبال خریداران ثالثی می‌گردد که صرفاً با سازنده قرارداد پیش‌فروش منعقد کرده‌اند.

یافته اصلی پژوهش آن است که اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ قانون مدنی) مانع از آن است که قرارداد مشارکت در ساخت به خودی

خود، تعهد مستقیمی برای مالک در برابر خریداران ثالث ایجاد کند؛ مگر آنکه شرط ضمن عقد (نظیر وکالت یا نیابت) صراحتاً این تعهد را بر عهده مالک گذارد. در غیاب چنین شرطی، مسئولیت نخستین متوجه سازنده است، اما در صورت انحلال قرارداد مشارکت یا ورشکستگی سازنده، بر پایه قواعد عمومی مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر، می‌توان مسئولیت تبعی یا تضامنی مالک را اثبات کرد.

درباره تأثیر قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، پژوهش نشان می‌دهد که این قانون با الزام به تنظیم سند رسمی، گامی مهم در جهت کاهش دعاوی ناشی از اسناد عادی و افزایش امنیت ثبتی برداشته است؛ اما در مسئله محوری یعنی تعیین تکلیف تعهدات مالک نسبت به خریداران ثالث، تحول بنیادینی ایجاد نمی‌کند. زیرا قانون مذکور بیشتر ناظر بر شکل معامله است و نه ماهیت روابط سه‌وجهی.

در نهایت، برای برون‌رفت از وضعیت موجود، قانونگذار باید به صورت صریح در قوانین موضوعه (از جمله اصلاح قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹) مقرر دارد که در قراردادهای مشارکت در ساخت، مگر آنکه طرفین ترتیب دیگری را پیش‌بینی کرده باشند، مالک و سازنده به طور تضامنی در برابر خریداران ثالث مسئول جبران خسارت ناشی از عدم ایفای تعهدات ناظر بر احداث و تحویل واحدهای پیش‌فروش شده هستند. این راهکار ضمن حفظ آزادی قراردادی طرفین، خلأ حمایتی موجود را پر کرده و از تضییع حقوق خریدارانی که با حسن نیت وارد معامله می‌شوند، جلوگیری می‌کند.

این پژوهش علاوه بر تحلیل دقیق ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و تعیین قلمرو تعهدات طرفین در برابر خریداران ثالث، از نوآوری‌های زیر برخوردار است:

نخست، ارائه یک مدل تحلیلی سه‌لایه برای مسئولیت مالک در برابر خریدار ثالث: شامل (۱) مسئولیت قراردادی مستقیم (در صورت شرط وکالت)، (۲) مسئولیت تضامنی مبتنی بر قاعده لاضرر (در صورت بهره‌مندی مالک از پروژه و عدم توانایی سازنده در جبران خسارت)، و (۳) مسئولیت تبعی مبتنی بر قانون مدنی (ماده ۳۲۸ و ماده ۳۳۳). این مدل برای نخستین بار در ادبیات حقوقی ایران با این درجه از تفصیل ارائه می‌شود و می‌تواند راهنمای عملی برای محاکم و حقوقدانان باشد.

دوم، تحلیل تطبیقی قوانین دوگانه حاکم (قانون پیش‌فروش ساختمان و قانون الزام به ثبت رسمی معاملات) و کشف خلأهای همپوشانی‌دار آن‌ها در عرصه سه‌وجهی. این پژوهش نشان می‌دهد که هیچ یک از این دو قانون به طور کامل به مسئله تعهدات مالک در برابر خریدار ثالث نپرداخته است و یک «خلأ ترکیبی» در این حوزه وجود دارد.

سوم، ارائه راهکار اجرایی عینی برای تقنین و رویه قضایی که در پیشنهادات زیر منعکس شده است.

پیشنهادهای

با توجه به یافته‌ها و نتیجه‌گیری پژوهش حاضر، پیشنهادهای زیر به منظور رفع خلأهای حقوقی موجود و ارتقای حمایت از خریداران ثالث در قراردادهای مشارکت در ساخت ارائه می‌گردد:

۱- پیشنهاد تقنینی (اصلاح قانون پیش‌فروش ساختمان): پیشنهاد می‌شود ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹ با اصلاحات ۱۴۰۱) به گونه‌ای اصلاح شود که عبارت «در قراردادهای موضوع این ماده، مگر آنکه طرفین شرط خلاف کرده باشند، مالک رسمی زمین و سازنده به طور تضامنی در برابر خریداران ثالث (پیش‌خریداران واحدها) مسئول ایفای تعهدات ناظر بر احداث، تکمیل و تحویل واحدهای فروخته شده و همچنین جبران خسارت ناشی از تخلف از این تعهدات می‌باشند» به آن الحاق گردد. همچنین مقرر گردد که شرط خلاف از این حکم، تنها در صورتی معتبر است که در سند رسمی و با آگاهی کامل خریدار ثالث درج شده باشد و درج در سند عادی فاقد اعتبار است.

۲- پیشنهاد رویه‌ای (صدور رأی وحدت رویه): با عنایت به تشتت آراء محاکم در خصوص مبنای مسئولیت مالک، پیشنهاد می‌شود دیوان عالی کشور با تشکیل هیأت عمومی و صدور رأی وحدت رویه، مسئولیت تضامنی مالک و سازنده را در قبال خریداران ثالث، استناداً به قواعد عمومی مسئولیت مدنی (به ویژه قاعده لاضرر و قاعده غرور) به رسمیت بشناسد. این رأی می‌تواند تا زمان اصلاح قانون، جو حقوقی کشور را به سمت حمایت بیشتر از خریداران ثالث سوق دهد.

۳- پیشنهاد اجرایی (ایجاد سامانه جامع ثبت مشارکت در ساخت و پیش‌فروش): سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موظف شود سامانه‌ای یکپارچه راه‌اندازی کند که متن قراردادهای مشارکت در ساخت و کلیه قراردادهای پیش‌فروش منعقد بر مبنای آن، با قابلیت استعلام عمومی (از حیث حقوقی و ثبتی) در آن ثبت گردد. این سامانه باید به طور خودکار ارتباط میان قرارداد مشارکت اصلی و قراردادهای فرعی پیش‌فروش را نشان داده و هرگونه فسخ، اقاله یا انحلال قرارداد اصلی را به اطلاع خریداران ثالث برساند. این پیشنهاد، ضمن تسهیل دسترسی خریداران به اطلاعات، از بروز دعاوی ناشی از عدم آگاهی جلوگیری می‌کند.

۴- پیشنهاد آموزشی و آگاهی‌بخشی: کانون وکلای دادگستری، کانون مشاوران املاک و سازمان ثبت اسناد و املاک، موظف شوند پیش از انعقاد هر قرارداد پیش‌فروش در پروژه‌های مشارکت در ساخت، خریدار ثالث را نسبت به فقدان رابطه مستقیم قراردادی با مالک و نیز نسبت به خطرات

منحل شدن قرارداد اصلی آگاه نمایند و امضای «تعهدنامه آگاهی» را از خریدار دریافت کنند. این اقدام می‌تواند هم از بار دعاوی قضایی بکاهد و هم عدالت قراردادی را تحقق بخشد.

۵- پیشنهاد پژوهشی برای آینده: انجام پژوهش‌های تجربی و موردی با واکاوی آمار دعاوی مرتبط با قراردادهای مشارکت در ساخت در شعب حقوقی دادگستری کلانشهرها، به منظور شناسایی الگوهای غالب اختلافات و کارآمدی قوانین موجود و اثربخشی آنها ضروری به نظر می‌رسد.

۶- تعیین ماهیت قانونی مشارکت در ساخت به عنوان عقد نامعین با قواعد خاص: پیشنهاد می‌شود قانونگذار در قالب یک ماده واحده، قرارداد مشارکت در ساخت را به عنوان عقدی نامعین با احکام ویژه‌ای از جمله لزوم ثبت رسمی، تعیین حدود تعهدات مالک و سازنده و مسئولیت تضامنی آنها در قبال ثالث، صراحتاً تعریف کند.

۷- الزام به درج شرط وکالت یا نیابت در متن قرارداد مشارکت: پیشنهاد می‌شود سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، فرم‌های استاندارد ثبت قراردادهای مشارکت در ساخت را به گونه‌ای طراحی کند که گزینه «واگذاری حق فروش واحدها توسط سازنده به نمایندگی از مالک» به عنوان شرط صریح و تفکیک‌نشده درج گردد تا از بروز دعاوی ناشی از نسبی بودن قرارداد جلوگیری شود.



Reference

1. Abbasloo, B. (2015). Civil Liability: A Comparative Approach. Tehran: Mizan Publications, 2nd ed. **[In Persian]**
2. Ab Ravesh, R. (2023). A Study of the Civil Liability of the Owner and the Builder in Construction Partnership Contracts. University of Kashan. **[In Persian]**
3. Bani Hashemi, M. (2017). Dissolution and Annulment of Contract under the General Conditions of Contract. Tehran: Javidaneh, Jangal. **[In Persian]**
4. Darab Pour, M. (2006). Civil Liability Arising from Damage to Real Property, Structures, and Buildings: A Comparative Study with English Law. Legal Research Journal, Winter 2006, No. 44, pp. 139–198. **[In Persian]**
5. Eslami Nia, Q.; Fouladi, K.; Parham Mehr, H. (2023). The Effect of Rescission of Construction Partnership Contracts on Pre-Sale Contracts from the Perspective of Jurisprudence, Law, and the Building Pre-Sale Law. Civil Jurisprudence Teachings Journal, Autumn and Winter 2023, No. 28, pp. 27–52. **[In Persian]**
6. Fahimi Bayrami, P.; Radan Jabali, A. (2019). A Study of the Legal Doctrine of Construction Partnership Contracts and Its Comparison with the Civil Partnership Contract. International Conference on Religious Research, Humanities, Fiqh, and Law, 2019, pp. 188–196. **[In Persian]**
7. Gholami Pour, H. (2024). A Study of the Legal Nature of Construction Partnership Contracts. Journal of Studies in Political Science, Law, and Fiqh, Summer 2024, Vol. 10, No. 2, pp. 252–263. **[In Persian]**
8. Isaei Tafreshi, M.; Mohaqeq Damad, M. (2002). The Scope of Civil Liability Arising from Breach of Contractual Performance. Nameh-ye Mofid Journal, No. 33. **[In Persian]**
9. Kalaei, F. (2015). Civil Liability of Building Constructors. Payam Noor University, South Tehran Branch. **[In Persian]**
10. Katouzian, N. (2006). General Rules of Contracts, Vol. 3, 2nd ed. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar Publications. **[In Persian]**
11. Katouzian, N. (2012). Non-Contractual Obligations: Civil Liability, Vol. 2. Tehran: University of Tehran Press. **[In Persian]**
12. Layeq, M. (2011). Engineering Law: Civil and Criminal Liability of Engineers. Tehran: Jangal Publications. **[In Persian]**
13. Mehimeni, S.; Nikoomanesh, A.; Vaziri, M. (2021). A Study of the Proper Implementation of Building Pre-Sale in Order to Guarantee Citizens' Rights, with Emphasis on the Building Pre-Sale Law of 2010. Medical Law Journal, Spring 2021, No. 56, pp. 59–73. **[In Persian]**
14. Mohaqeq Damad, M. (2009). Rules of Fiqh (Civil Section 1). Tehran: SAMT Publications. **[In Persian]**
15. Mohammadi, A. (2010). Rules of Fiqh. Tehran: Mizan Publications. **[In Persian]**



16. Mokhtarian, M.; Mokhtare', A. (2025). The Rights of the Builder in Construction Partnership Contracts. Scientific Quarterly of New Fiqh and Law, 2025, Vol. 6, No. 24, pp. 1-19. **[In Persian]**
17. Naserian, M. (2025). An Analysis of the Legal Nature of Civil Partnership Contracts, Their Obligations and Executive Effects, with a Critique of the Legislator's and Legal Doctrine's Viewpoints. Journal of Strategic Studies in Humanities and Islamic Sciences, Summer 2025, No. 75, pp. 309-332. **[In Persian]**
18. Novin, P. (2013). Civil Law 4: Comparative Civil Liability in Iran, France, and England. Tehran: Ganj-e Danesh Publications. **[In Persian]**
19. Parham, H. (2017). An Analysis of the Acceptance of the Principle of Compensation for Damages in Construction Partnership Contracts. Journal of Social Science Studies, Spring 2017, Vol. 3, No. 1, pp. 10-19. **[In Persian]**
20. Sahraei, M. (2018). The Process of Transfer of Ownership in Building Pre-Sale Contracts, 2nd ed. Tehran: Behnami. **[In Persian]**
21. Sharifi Al Hashem, A.; Karami, F. (2016). An Analysis of the Legal Nature of Building Construction Contracts with a Review of European Legal Principles. Comparative Law Journal, Winter 2016, No. 106, pp. 47-70. **[In Persian]**