

تحلیل پذیرش اصل جبران خسارت در قراردادهای مشارکت در ساخت

حمیده پرهام

کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

چکیده

رواج و گسترده شدن قراردادهای مشارکت در ساخت و در کنار آن مورد ضرر و زیان قرارگرفتن طرفین و البته مالکین بیشتر و عدم آشنایی با ابعاد حقوقی این قراردادها خود گویای این است که این بررسی عمیق مبحث قراردادهای مشارکت در ساخت از نیازهای به روز است و مشارکت در ساخت از جمله مصادیق مشارکت مدنی است؛ در این نوع مشارکت مالک و سازنده با هم شریک هستند به این صورت که مالک صاحب زمین است و سازنده، سرمایه گذاری کرده و اقدام به ساخت می کند. لذا لزوم التزام به کلیه آثار هریک از عقود معین و نامعین و در نهایت مستقل بودن و همچنین پذیرش اصل توافق بر خسارت و تعیین دیرکرد در قرارداد مشارکت در ساخت را میتوان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادی و عرف و بنای عقلا توجیه نمود. همچنین میتوان گفت، صرف مالکیت طرف قرارداد در قراردادهای مشارکت در ساخت کفایت نمیکند این قراردادها باید منجز و قطعی باشد.

واژه‌های کلیدی: مالکیت، مشارکت، ساخت و ساز.

مقدمه

از آنجائیکه کمیاب بودن تحقیق و بررسی پیرامون مبحث فوق الذکر محقق را در پی این وا داشت که بررسی موشکافانه تری در این قراردادهای انجام دهد لذا قرارداد عبارتست از توافق دو اراده ضروری در جهت ایجاد یک اثر حقوقی. چه بسا که بتواند از این طریق در زیانهای کمتر و دقت بیشتر در انجام شدن این قراردادهای تأثیری هر چند کوچک داشته باشد. با توجه به جایگاه قرارداد و مشارکت و قواعد و مبانی حقوقی و مقررات موجود، این سه واژه مهم و مرتبط با موضوع باید تفسیر و بررسی شود:

۱. مالکیت: در لغت یعنی مالک بودن. در اصطلاح حقوقی، حقی است که انسان نسبت به شیء دارد و می تواند هر گونه تصرفی در آن بکند بجز آنچه که مورد استثنای قانون است. همچنین مطابق قانون مدنی حق استعمال و بهره برداری و انتقال یک چیز بهر صورت مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد.

۲. مشارکت: مشارکت از نظر لغوی به معنی شرکت کردن است. مشارکت، نوعی رفتار بامردم است که آنان را قادر می سازد تا بر حوادث مؤثر بر زندگیشان تأثیر قاطع بگذارند، به همین خاطر باید از آزادی کامل و از جمله حق اظهار نظر برخوردار باشند و دارای اهمیت و ارزش تلقی شوند. در باره مفهوم مشارکت عقاید مختلفی بیان شده است. مفهوم مشارکت به معنی دست در دست هم گذاشتن برای انجام دادن کاری است و ابعاد آن می تواند اجتماعی، فکری، اقتصادی و حتی سیاسی باشد. مشارکت عبارت است از فعالیت های ارادی و داوطلبانه که از طریق آن، اعضای یک جامعه در امور محله، شهر، روستای خود شرکت می کنند و به صورت مستقیم و غیرمستقیم در شکل دادن به حیات اجتماعی خود سهیم می شوند. برخی از صاحب نظران در تعریف و تحلیل مشارکت، از توسعه ملی فراتر رفته و نگرشی کلان بدان داشته اند. آنان مشارکت را به معنی «شرکت فعال انسان ها در حیات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی و به طور کلی تمامی ابعاد حیات دانسته اند.

۳. ساخت و ساز: در لغت بمعنی آمادگی، کارساختگی میباشد.

الف- بیان مسئله و ضرورت تحقیق

در سالهای اخیر فضای گسترده ای که برای نوسازی ها ایجاد شده زمینه ساز ایجاد شغل جدیدی در ساخت و سازها با عنوان «ساز و فروش ها» را به وجود آورده که کمتر شدن توانمندی سازندگان و عدم توانایی سرمایه گذاری و دریافتهای وام های بانکی کلان مالکان و عدم برخورداری آنان از فن و تخصص لازم باعث شد که کم کم سازندگان و مالکان وارد حوزه مشارکت شوند/ قرارداد مشارکت در ساخت یکی از انواع قراردادهای ساخت و ساز است که مطابق آن مالک زمین باشخص دیگری (حقیقی یا حقوقی) قراردادی منعقد میکند تا در ازای ساختن پروژه های ساختمانی در زمین مزبور، در آنچه ساخته میشود شریک گردند. رواج این نوع قراردادها لزوم بررسی هرچه بیشتر آن را نمایان تر می سازد و بررسی حقوقی این قراردادها میتواند زمینه سازی برای روشن تر شدن و اصولی تر شدن آنها باشد؛ لذا ضروری است راه حل هایی در جهت شفاف تر شدن این قراردادها تعیین و مطرح میشود.

در کنار این موارد در بابهایی از این مقاله که به شناسایی ابعاد و ماهیت موضوع میپردازد سعی میشود به طور اجمالی به موضوع کلی قرارداد و بررسی عمیق تر ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و ارتباط آن با قرارداد مذکور نیز پرداخته شود تا چه بسا بتواند این نوع از قراردادها را از پایه مورد بررسی قرار داده و در نهایت این بررسی ها بتواند در جهت حقوقی تر و اصولی تر بودن قراردادهای مشارکت در ساخت مثمر ثمر واقع شود.

ب- سوالات و فرضیه های تحقیق

در این تحقیق سعی شده به این مسائلكه:

- ۱- در حقوق موضوعه ایران اصل حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت چه اصلی است و بر چه ماده ای استوار است؟
- ۲- در جائیکه فسخ کننده قرارداد در اثنای توافق، مالک باشد، تکلیف و تعیین خسارت ها چگونه است؟

فرضیه ها:

همچنین در مورد مسئله های مذکور این فرضیه ها مدنظر میباشد:

- ۱- بنظر میرسد قرارداد مشارکت در ساخت دارای ۴ بعد است حقوقی، مالی، فنی، اخلاقی که برای هر کدام باید مفادی را در قرارداد نوشت و پیش بین های لازم را انجام داد.
- ۲- بنظر میرسد قرارداد مشارکت در ساخت بر اصل توافق بر پذیرش خسارت ها از جانب هر یک از طرفین قرارداد بر پا شده باشد.

بنابراین یافتن پاسخ این پرسش علاوه بر آثار متفاوتی که بر قبول هر نظریه مترتب می شود، روش شدن مسائل علمی دیگری از جمله جواز یا عدم جواز اینگونه همکاری ها، که خود محل مناقشه ی بسیاری از صاحب نظران بوده و هست.

ج-پیشینه و اهداف تحقیق

در ابتدا باید متذکر شویم که این موضوع فاقد سبقه فقهی است پس در باب بررسی فقهی منبع خاصی وجود ندارد فقط در کلیات قراردادهای میتوان از کتبی مانند لمعه و در بابهای تطبیق دادن موضوع به آثاری نظیر استصناع سید محمود هاشمی و مقاله ای به همین نام از محمد مومن قمی اشاره کرد و برای بررسی حقوقی میتوان به کتبی مانند جلد ۱ حقوق مدنی دکتر امامی و از سایر موارد به قراردادهای پیشفروش آپارتمان نوشته حسن عزیززاده و از مقالات هم به مقاله علی اصغر حاتمی و مقاله هانیه ذاکری نیا در مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی و از کتب به روزتر مرتبط با موضوع به (تکنیک های سرمایه گذاری در املاک و مستغلات) محمود حقیقت طلب اشاره کرد و در بحثهای عرفی هم از ترمینولوژی حقوقی لنگرودی و نظم مرحوم کاتوزیان و در کنار اینها به وبلاگها و مرورگرهای اشاره کرد از جمله وبلاگ محمود حقیقت طلب که بسیار جامع است اما به طور کلی موضوع مورد نظر دارای منابع کم و حتی نایابی است و تحقیق بیشتر در این باب ضروری به نظر میرسد و این رساله میتواند در تحقیقات بعدی بسیار موثر واقع شود.

این تحقیق در پی آن است که به بررسی جامعی در این باب بپردازد و تحلیل ها بیشتر نشان میدهد که مقررات حقوقی ایران نیز در این زمینه، پاسخگوی سوالات و شبهات مطروحه پیرامون مفهوم، ماهیت، قلمرو و ارکان قرارداد مشارکت در ساخت نمی باشد. و در خصوص توجیه این قراردادهای نیز باید گفت که انطباق قرارداد مشارکت در ساخت را بر یکی از عقود معین چون اجاره یا بیع یا برخی از عقود غیر معین نظیر استصناع یا مقاطعه کاری با عنایت بر ضوابط قانونی موجود و قصد متعاقدين میتوان مطرح کرد اما لزوم التزام به کلیه آثار هریک از عقود معین و نامعین ما را از این تطبیق باز میدارد و در نهایت مستقل بودن قرارداد مشارکت در ساخت را میتوان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادی و عرف و بنای عقلا توجیه نمود و در این مقاله سعی میشود که تا حدودی هریک از این موارد به تفکیک بررسی شود و در کنار آن در جهت ابعاد حقوقی بحث تدابیر قابل اتخاذی مطرح میشود یعنی در ابتدا سعی میشود ابعاد و ماهیت مساله ای که قرار است بررسی شود شناسایی شود سپس تحلیل شود.

سعی ما بر اینست که در این تحقیق پاسخی مناسب برای سوالات ذکر شده از میان مجموع منابع فقهی و حقوقی بیابیم تا بتواند در اقدامات و وظایف نهادهای حمایتی از قبیل محاکم قضائی، دفاتر اسناد رسمی، بنگاه های معاملاتی و ... اثرگذار باشد. هر چند ادعای آن نداریم که نقطه نظرات و نتایج بدست آمده درست ترین و کاملترین خواهد بود.

د-روش تحقیق

گردآوری مطالب، نوعا توصیفی - تحلیلی به طریق کتابخانه ای بوده است و منابعی که مورد استفاده قرار گرفته کتب حقوقی و فقهی و قانون می باشد و تا حدودی با مباحث مورد نظر ارتباط دارد.

ه-ساماندهی تحقیق

تحقیق حاضر در دوگفتار کلی نگاشته شده است که گفتار اولیه بحث در خصوص اصول قراردادهای در حقوق ایران و مختصری درباره ی اصول قراردادهای مشارکت پرداخته و در گفتار دوم درباره ی اصل پذیرش توافق بر خسارت ها و بررسی چگونگی

تعیین خسارت دیرکرد و همچنین بررسی عدم صدور گواهی عدم حضور توسط دفتر اسناد رسمی در انعقاد این قرارداد نوپا به بحث و بررسی می پردازد.

گفتار اول: اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت

در نظام حقوقی ایران و اسلام، باب معاملات از پرچینالترین مباحثی است که نظریه پردازان حقوق اسلام و ایران را به نقد و بررسی موضوعات آن واداشته است. در این میان، اصل لزوم در قراردادهای، جایگاه ویژه‌ای دارد که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادهای، اولین مطلبی که شاید مدنظر می‌آید این است که؛ آن قرارداد، لازم است و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه «اصاله اللزوم» بر آن جاری و حاکم است.

البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند. اما امروزه، این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوق دانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است.

۱- دیدگاه حقوقی در خصوص قراردادها

نظر به این که قانون مدنی الهام گرفته از فقه امامیه می‌باشد و در شیوه قانون گذاری طوری عمل شده که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است و از آن جا که از زمان ماضی در بحث فقهی عقود یک سری عقود معین با شرایط و خصوصیات ویژه متبادر به ذهن می‌شد، این سؤال مطرح است که اصل لزوم قراردادهای نیز که ریشه در فقه دارد آیا صرفاً حول عقود معین است؟ یعنی، اصاله اللزوم محدود به عقود معین می‌باشد و در این خصوص جاری است؛ لیکن با قدری تأمل به این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند اصاله اللزوم در عقود، و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، شامل عقود نامعین نیز می‌شود.

الف - معنای «اصل»

با اندکی تأمل در مواد قانون مدنی ایران ملاحظه می‌شود که هر جا از مفهوم اصل و مدلول آن استفاده شده است مثل «اصل عدم تبرع در ماده ۲۶۵ ق.م.» و «اصل تسلیط در ماده ۳۰ ق.م.» و «مدلول «اصل صحت در ماده ۲۲۳ ق.م. واره اصل، اصطلاحاً با معنای لغوی آن که ریشه و پایه است، همخوانی دارد. زیرا در تمامی موارد فوق الذکر، اصل به معنای قاعده کلی و مبنای اولیه به کار برده شده است؛ مگر این که به دلایلی خاص، استثنا شده باشد. و اصل لزوم نیز اصطلاحاً همین معنا را می‌دهد. زیرا غالب عقودی که بین افراد جامعه واقع می‌شود، عقد لازم هستند (نه عقد جایز) و مدار زندگی نیز بر عقود لازم است. بنابراین، از این غلبه اتخاذ اصل کرده‌اند و گفته‌اند: هر عقدی نسبت به متعاقبین و قائم مقام آنان لازم الاتباع است (یعنی قابل فسخ و انحلال نیست)، مگر در خصوص مواردی که قانون تصریح کرده باشد و مقصود از عبارت «اصاله اللزوم در عقود» همین معناست.

ب - معنای «لزوم»

لزوم، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام کننده به آن‌ها نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ ق.م) عکس حالت فوق را جواز گویند.

پس معنای لغوی لزوم یعنی «پای بند بودن، ادامه یافتن، دوام یافتن، دوام پیدا کردن» و معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد؛ زیرا، قاعده اصاله اللزوم از قواعد تأسیسی نمی‌باشد بلکه امضایی است. و چون الفاظ به کاررفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در دریافت معانی واژه‌ها باید به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود و معنای عرفی لزوم، همان پای بند بودن به عقد و مفاد آن می‌باشد. یعنی عقد دوام دارد و مستدام است، مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد.

البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می‌باشند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند. ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می‌کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آن چه به وجود آورده‌اند، پای بند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود؛ خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به ماعقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم باشد یا جایز.

به همین علت است که قانون مدنی، قراردادها را جایز و لازم شمرده است (ماده ۱۸۴ ق.م.) و یا این که عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز (ماده ۱۸۷ ق.م.) و در عقد لازم نیز ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون، حق فسخ آن را داشته باشد. و گاه نیز عقد، برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است (خیار مجلس، خیار حیوان به استناد مواد ۳۹۷ و ۳۹۸ ق.م.) و در عقد هم ممکن است برای یکی از دو طرف یا هر دو و حتی شخص ثالث، «شرط خیار» شود.

البته، نه تنها در عقود، اصل لزوم جاری است بلکه در ایقاعات نیز این لزوم وجود دارد. با این فرق که در ایقاع، مبنای لزوم، ارتباطی است که این کار ارادی با حقوق دیگران پیدا می‌کند. زیرا درست است که ایقاع در مرحله وقوع، یک طرفی است ولی در مرحله اجرا، همانند عقد دوطرفی است و آثار آن محدود به ایقاع کننده نمی‌شود. پس، اگر مفاد ایقاع ناظر به ایجاد حق برای دیگران باشد کفه مقابل آن التزامی است که بر دوش ایجادکننده می‌ماند و گریزی از اجرای آن نیست. «لزوم ایقاع گاه فراتر از قراردادها می‌رود. چنان که به نظر مشهور، خیار شرط در آن راه نمی‌یابد... بی‌گمان ایقاع با یک اراده واقع می‌شود. لیکن از امکان ایجاد حق به تنهایی نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که اسقاط حق ایجاد شده نیز، در اختیار موقع باشد».

ج- اصل آزادی قراردادها

یکی دیگر از اصول قراردادها، «آزادی قراردادها» می‌باشد. از آنجائیکه مبنای حقوق خصوصی ایران آزادی اراده می‌باشد این امر نیز در مقررات و مبانی فقهی نیز قابل مشاهده می‌باشد. به همین دلیل در حقوق اسلامی از این آزادی به «اصل اباحه» تعریف شده است، به این معنی که هر امری حلال و آزاد است مگر خلاف آن تصریح شده باشد. به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی که یکی از مواد اصلی حامی آزادی قراردادها است، اطمینانی است که در طرفین یک قرارداد ایجاد می‌کند و آنان را مادامیکه تصمیمی بر خلاف قانون اتخاذ ننموده باشند میتوانند درباره ی قراردادهای آتی خود تصمیم بگیرند و شروط یا محتوای آن را انتخاب و یا تغییر دهند، این آزادی به این دلیل است که همواره عنصری بالاتر از آن، که همان قانون است، وجود دارد هر جا لازم باشد مانع آن شده و از عواقب غیرمعقول و مخالف قانون و عدالت جلوگیری می‌نماید.

۲- دیدگاه حقوقی در خصوص مشارکت مدنی

هر چند منطق محض حقوقی ما را به سمت تعریف عقد مشارکت مدنی بر مبنای جعاله رهنمون خواهد کرد ولی با توجه به نقشی که عامه مردم در مراودات اجتماعی و اقتصادی خود برای چنین عقدی قائل هستند به راحتی نمی‌توان آن را به نوعی تشریح کرد که عنوان جایز بر آن بار شود و از مفهومی که آن را لزوم عرفی نامیدیم به سادگی گذشت. در مفهوم لزوم عرفی باید گفت که بدین معنی نیست که طرفین به یک عقد جایز به چشم لازم بنگرند یا در قرارداد خصوصی خود آن را لازم انگارند زیرا در اصول حقوقی ما چنین برداشتی صحیح نیست بلکه بدین معنی است که در عمل طی مدت های مدیدی به عقدی که لزوم و جواز آن در تردید بوده است به چشم یک عقد لازم نگریسته شده و این واقعیت ناشی از احساس جامعه به لزوم این عقد و نقش تعیین کننده آن در حیات حقوقی جامعه بوده و نه صرفاً استناد به اصل اصاله اللزوم. در اینجا بیان این نکته نیز لازم است که در مواردی که استناد به اصل اصاله اللزوم می‌شود بحث از مفهوم لزوم عرفی محلی ندارد اما در مقابل استدلالی که اصاله اللزوم را بدین شکل نمی‌پذیرد و قرارداد هایی را که اکثریت علما در مبنای اصاله اللزوم لازم می‌دانند، جایز می‌پندارند، می‌توان با استناد به مفهومی که در سطور فوق ذکر بیان شد به راحتی به لازم بودن این دسته از عقود و قرارداد های خصوصی نظر داد.

البته در اینجا باید بحثی نیز در مورد عقد شرکت داشت که هر چند همانند عقد جعاله جایز است و به تبع حکم این بند به آن نیز سرایت می‌کند اما با تدقیق در نوع تعهدات طرفین می‌توان اذعان داشت که از این دیدگاه این عقد تا حدی شبیه به عقد شرکت می‌باشد زیرا مجری با انعقاد عقد مشارکت مدنی مأذون در تصرف در زمین مالک می‌باشد و در انتها نیز طرفین آپارتمان ها را به نسبت سهام خود تقسیم من نمایند. که این مطلب دقیقاً مطابق با تعریف عقد مشارکت می‌باشد.

اما از طرفی تفاوت هایی نیز که عقد مشارکت مدنی با عقد شرکت دارد بسیار مهم است و مهم ترین نکته ای که غافل بودن از آن ما را به اشتباه می کشاند این است که عقد شرکت دو قسم است.

الف- شرکت غیر عقدی و آن اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد است به نحو اشاعه.

ب- شرکت غیر عقدی و آن عقدی است بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک می باشد و آن را شرکت مدنی گویند.

قسمت الف که صحبت از شرکت غیر عقدی می کند مطمئناً به هیچ عنوان مناسبتی با عقد مشارکت مدنی ندارد و آنچه که به غایت ما را به تفکر وامی دارد قسمت ب یا همان مفهوم شرکت عقدی است.

اما باید گفت موضوعی که از ذهن دور مانده و در نتیجه گیری بسیار موثر است به نقل از دکتر امامی به شرح ذیل می باشد. «شرکت عقدی عبارت است از ... اثر عقد مزبور آنست که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می تواند به وسیله کسب و معامله در مال شرکت تصرف نماید. هر یک از شرکا مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می نمایند مگر آنکه شرکا قرارداد مخصوصی گذارند و اداره ی امور شرکت را به یک یا چند نفر واگذار کنند که در این صورت معلوم می گردد که شرکا اذن در تصرف بعنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده اند».

پس از ملاحظه در متن انشایی مرحوم دکتر امامی می توان دید که عقد مشارکت مدنی با عقد شرکت مدنی یا همان عقد شرکت عقدی بسیار متفاوت است زیرا همانطور که می دانیم هر چند در عقد مشارکت مجری در زمین تصرف می کند اما از همان ابتدا ترتیبی برای تقسیم آپارتمان ها بین خود در نظر گرفته اند و هیچ یک حق ندارند آپارتمان متعلق به دیگری را به فروش برساند و هیچ گونه تصرف حقوقی دیگری در آن بنماید که این مورد بارز ترین خصیصه عقد شرکت مدنی یا همان شرکت عقدی از نظر دکتر امامی شمرده شده بود.

گفتار دوم: بررسی خسارت دیرکرد در قرارداد مشارکت در ساخت

در این گفتار سعی بر اینست که در خصوص مشارکت در ساخت از جمله مصادیق مشارکت مدنی است؛ در این نوع مشارکت مالک و سازنده با هم شریک هستند به این صورت که مالک صاحب زمین است و سازنده، سرمایه گذاری کرده و اقدام به ساخت می کند. فقها مشارکت در ساخت و ساز را نیز پذیرفته اند چون اموال موضوع اصلی آن است. لذا در قانون مدنی در مبحث احکام حتی یک ماده قانونی مستقل که گویای عقد شرکت باشد، وجود ندارد و هر ماده ای که وجود دارد، راجع به شرکت های غیر عقدی است.

۱- اصل جبران پذیری خسارت

در خصوص اعمال مقررات و تعیین و پرداخت خسارت ها باید اذعان کرد که مهم ترین عواقب ناشی از نا برابری در میزان مسئولیت ها برای هر یک از طرفین قرارداد، در حین اجرای طرح پیش می آیند.

بیشترین مشکلی که اکثراً برای سازنده ها بوجود می آید بعلت کمبود نقدینگی برای تامین هزینه های جاری، تهیه مصالح و پرداخت تعهدات مالی به پیمان کاران جزو بوجود می آید که در حالیکه این شرایط استمرار داشته باشد منجر به عقب افتادن کارها نسبت به برنامه ی زمانبندی شده می گردد.

این عقب افتادن ها و تاخیر در کار که یقیناً در بررسی های مرتبط به تاخیرهای اجرایی طرح، از تاخیرهای غیرمجاز محسوب می شود، که به استناد بند (ب) از ماده ۵۰ جرائم، تاخیر به پیمان کاران تعلق پیدا می کند. بنابراین باید دید که اگر چنین

مسأله هایی در خصوص کمبود نقدینگی برای کارفرما یا سازنده یا پیمانکار بوجود آید، چه روشی را در پیش خواهد گرفت؟ شایان ذکر است که مطلب پیش گفته همیشه تحقق پیدا نمی کند، زیرا در بند (د) از ماده ۳۰ تصریح شده که در اجرای مفاد این ماده برای تمدید مدت قرارداد، در صورت بروز تاخیرهای همزمان، عوامل مختلف درج شده در بند (الف) فقط یکبار باید محاسبه شوند، که امکان دارد همین تاخیر در پرداخت صورت وضعیت ها، همزمان با یکی دیگر از ده مورد مندرج در بند (الف) از ماده ۳۰ باشد که در آن حالت به هیچ نحوی جبرانی از بابت عدم انجام تعهدات مالی کارفرما یا سازنده برای پیمانکار صورت نخواهد گرفت.

۲- تحلیل حقوقی پذیرش توافق بر خسارت

از آنجائیکه اعتبار این قبول یا پذیرش، الهام گرفته از نظام حقوقی فرانسه و عدم مغایرت آن با حقوق اسلام است این توافق را میتوان بعنوان اصلی مهم در حقوق ایران ذکر کرد. به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران که اولین متن قانونی در این زمینه میباشد اینگونه بنظر میرسد که اولین مبنای حق تعیین خسارت توسط طرفین یک قرارداد، قانون است که دلیل عدم مخالفت حقوق ایران بخاطر تنفیذ آن توسط مقررات اسلامی و فقهی میباشد. از طرفی نیز در هیچیک از نوشته های حقوقی مبحثی در مخالفت با این اصل توسط حقوقدانان مطرح نشده است.

همچنین در سال ۱۳۶۲ کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی وقت، در مقابل مطالبه و وصول وجه التزام در قراردادها که شرط عدم انجام تعهد بوده است دارای جنبه ی شرعی بوده و اینکه بتوان وجه التزام از کسی که تعهد داشته و به آن عمل نکرده صرفنظر از علل، مطالبه نمود یا خیر؟

در طی رای، اینگونه پاسخ داده که اگر این شرط در ضمن معامله ای شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی را با عنوان خسارت تادیه نماید، مطالبه ی چنین وجه تخلفی به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی بلامانع است. همچنین به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی که میتواند معنای مهم دیگری در تایید این شرط باشد. و اینگونه بنظر میرسد که براساس مفهوم صریح این ماده هر یک از طرفین تعهد یا قرارداد میتوانند هر شرطی را که صلاح بدانند به منظور جبران خسارت احتمالی در آینده در قرارداد ثبت کنند و بر همین اساس ملزم به رعایت و اجرای آن می باشند به شرط آنکه مخالف قانون نباشد وگرنه شرط باطل است و عقد یا قرارداد در جای خود باقی است.

با همه ی این تفاسیر اینگونه بنظر میرسد که لزوم جبران خسارت متضرر بی تقصیر براساس قواعد عقلی و حقوقی و همچنین عرفی و وجدانی نیز میتواند پشتیبان این شرط باشد. در قراردادهای مشارکت در ساخت، هرگاه هر یک از طرفین قرارداد بصورت عمدی یا به تقصیر موجبات خسارت به طرف دیگر قرارداد را فراهم آورد نظام حقوقی و اجتماعی و همچنین رویه ی عقلی ایجاب می کند که آن خسارت بدون جبران باقی نماند و عامل ایراد خسارت را بعنوان ضرر زننده مسئول جبران آن بدانیم.

همچنین در اسلام براساس قاعده لاضرر حکم اینچنین است که هر نوع ضرری که جبران نشود در اسلام نهی شده است و این مطلب خود مثبت این ادعا است.

۳- عدم تعادل در میزان حقوق طرفین قرارداد در وقوع تاخیرها

از دیدگاه رعایت تعادل و یکسانی برای هر یک از طرفین قرارداد در برخورداری از تبعات حقوقی عملکرد قابل قبول یا عدول از انجام دادن وظایف تعهد شده در قرارداد، ضروری است هر گونه قضاوت یا ریشه یابی و نتیجه گیری درباره ی پیشامدهای غیرعادی و پیش بینی نشده در طی فرآیند اجرای طرح، بصورتی انجام پذیرد که اولاً نتایجی که از آن بدست می آید قابل اعتماد باشد و ثانیاً هر یک از طرفین تعهد یا قرارداد در موقعیتی برابر و مساوی در حوزه ی تاثیرپذیری از مقررات انضباطی یا تنبیهی قرار داشته باشند.

همچنین در صورتیکه تعیین میزان خسارت وارد شده به مالک یا مالکین واگذار گردد، چه نتیجه ای را باید انتظار داشت؟ در پاسخ به این سوال، بایستی خود بررسی کننده بدانند که آیا سهمی در این تاخیرها داشته است یا خیر. اگر چه شاید نتوان امیدوار بود که این بررسی را اعلام کند و مسئولیت را بر عهده بگیرد!

با توجه به موارد تعیین شده در بندهای قرارداد بایستی علل تاخیر کار را بررسی کرد و میزان مدت مجاز و غیرمجاز آنرا با توافق سازنده یا پیمانکار تعیین نمود تا به نتیجه ی گزارش برسیم و معادل مدت تاخیر مجاز، مدت پیمان را تمدید نمائیم.

۴- الزامات هر یک از طرفین

همانطور که امروز در جامعه مشاهده میکنیم در تعهداتی که بین مالک و سازنده منعقد می شود برخی از این قراردادها منجر به فاسد کردن عقد خواهند شد و برخی نیز فقط خود فاسد هستند. بنابراین در مشارکت در ساخت اولین تعهدی که مالک به

آن ملزم می شود اینست که زمین خود را به تصرف سازنده یا مجری طرح در آورد و در مقابل، سازنده یا مجری طرح ملزم میشود که مراحل ساخت را با توجه به مفاد قرارداد، اجرایی سازد.

اما آنچه که ضروریست این است که ماهیت حقوقی این شروط بنا به موارد مختلف متفاوت میباشد اما شروط ضمن عقد آنقدر زیاد است که هر کس با توجه به موقعیت خاص خود میتواند شرطی متفاوت از مابقی طرفین در عقد درج کند و این شروط خاص نباید خلاف مقتضای ذات عقد باشد.

۵- مدت زمان اجرای توافق یا قرارداد

تعیین مدت، در قراردادها لازم و ضروری است که به شکل یک برنامه ی زمانبندی شده باشد تا سازنده بتواند به پیشبرد پروژه طبق برنامه ملزم شود و برای اجرای هر مرحله از ساخت مدت زمان خاصی پیش بینی شود و همچنین بایستی برای تاخیر در هر یک از مراحل برنامه زمانبندی شده ی قرارداد، ضمانت اجراهای لازم مشخص شود.

اگر اینچنین نباشد و برنامه ی زمانبندی شده پیش بینی نشود تا پایان مدت قرارداد نمیتوان مدعی تخلف سازنده در خصوص مدت زمان اجرا شد در حالیکه حتی یقین به عدم اجرای قرارداد یا پروژه باشد در آن زمان ناچار هستیم و باید تا پایان زمان اجرای قرارداد سکوت نموده و بعد از آن اقدامات قضایی را شروع نمائیم که نتیجه ی آن چیزی جز ورود ضرر زیاد به مالک نیست.

۶- سرنوشت قرارداد در حالتی که مالک فسخ کننده است

شاید زمانی وجود داشته باشد که پروژه ای برای مثال چهل درصد پیشرفت داشته باشد و بدلیل توقف در اجرا و با استفاده از شرط مندرج قرارداد، مالک از ناحیه ی خود آن را فسخ می نماید در این صورت تکلیف حقوق سازنده چه می شود؟ در اینگونه موارد اگر شرط یا ترتیب خاصی در قراردادها پیش بینی نشده باشد ضروریست که مالک با اخذ تامين دليل، هزینه های انجام شده توسط سازنده را تخمین بزند و در این حالت سازنده بالنسبه به آورده ی خود در پروژه شریک خواهد بود که آثار و نتایج و عواقب مثبت یا منفی بعدی مال مشترک گریبانگیر پروژه خواهد بود.

همچنین لازم به ذکر است که برای اجتناب گزیدن از اینچنین وضعیت هایی، در تعهدات یا قراردادهای تصریح شود که در صورت ایجاد شرایط فسخ و اجرای آن از سوی مالکین، سازنده تنها مستحق مطالبه ی هزینه های انجام شده ی آن هم پس از کسر کردن خسارات مالک یا مالکین می باشد و دیگر هیچگونه حق عینی در مال مورد مشارکت نخواهد داشت.

۷- چگونگی عدم صدور گواهی عدم حضور

به استناد بند ۸۹ مجموعه بخشنامه های ثبتی، الف: مداخله و مباشرت دفتر اسناد رسمی در تهیه و تنظیم قولنامه ی عادی خلاف شئون سردفتری و ممنوع است. ب: در مواردیکه طرفین قولنامه ی عادی یا مدارک دیگری میان خود شرط کرده باشند که در موعد معین سند معامله ی آنان در دفترخانه مشخص ثبت شود چنانچه موضوع قولنامه در موعد مقرر در آن دفتر به ثبت نرسد به درخواست کتبی ذینفع به صدور گواهی از طرف سردفتر در زمینه ی علت عدم انجام معامله بلامانع خواهد بود.

از طرفی هر چند این گواهی به گواهی عدم حضور معروف است اما نام صحیح آن، گواهی علت عدم انجام معامله است بدلیل اینکه عمده ترین علت عدم انجام معامله عدم حضور است.

بنابراین ممکن است بهر دلیلی حتی با وجود حضور طرفین این گواهی صادر شود و از طرف دیگر صدور این گواهی از سوی سردفتر الزامی نیست و او می تواند با توجه به صلاحدید خود صادر و یا از صدور آن خودداری نماید.

با توجه به مطالب فوق بنظر میرسد گواهی عدم حضور که در این بخشنامه ی ناقص، اشاره ی مستقیمی به آن نشده است و بعنوان عدم ثبت، استنباط می شود لکن گواهی عدم حضور نیاز به احراز شروطی داشته که این احراز با توجه به کلمه ی «ثبت» در این بخشنامه می بایست روشن می شد و اینکه جنبه ها و موارد علت نیز بایستی صراحتاً قید میگردد تا طرفین معامله می توانستند بدون وقت کشی و با فراهم آوردن مدارک مورد نیاز و این گواهی مراحل قانونی را سپری کنند و عدم حضور را بتوانند اثبات کنند.

دستاوردها و نتایج

بنابراین با توجه به مفهوم لزوم عرفی عقد مشارکت مدنی می توان نتیجه گرفت که علیرغم تمامی شباهت هایی که این عقد با جعله دارد و حتی می توان بخشی از آثار جعله را بر آن مترتب نمود، اما در مورد لزوم یا جواز این عقد نو ظهور باید قائل به لزوم آن شد و از جایز بودن آن به دلایل فوق الذکر صرف نظر نمود. لذا با توجه به مباحثی که در مورد جزئیات عقد مشارکت در ساخت داشتیم به اولین سوالاتی که در ابتدای این تحقیق در ذهن داشتیم بر می گردیم و مهم ترین این سوالات در مورد نحوه برخورد با عقد مشارکت مدنی و رژیم حقوقی حاکم بر آن بود.

حال با اطلاعات بدست آمده به سادگی می توان عقد مشارکت را از حیث انطباق با عقود معین دیگر بررسی نمود و آن ها را در قالب یکی از این عقود گنجانند و تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

نظر شخصی نگارنده بر این است که ما باید دیدگاهی را در نظر بگیریم که تالی فاسد کمتری داشته باشد و مطمئناً در مورد فعلی به دیدگاه عرف رهنمون می شویم و از دیدگاه عرف در می یابیم که هر چند عقد مشارکت مدنی شباهت هایی دارد که ما را به عقد جعله یا شرکت نزدیک می نماید و در مقابل با توجه به یک سری ملاحظات حقوقی تفاوت هایی را با این عقود مشاهده می کنیم. اما مهم ترین نکته که نمی توان از نظر دور داشت بحث لزوم عرفی این عقد است که ما را فقط و فقط در جهتی هدایت می کند که منتهی به صدق عنوان لازم بر این عقد شود و آلا عقدی را پایه ریزی کرده ایم که بنیانی سست تر از عقد وکالت دارد و ما به خوبی به تفاوت های بنیادین این دو عقد واقفیم.

بنابراین چنانچه تحلیل ما، به هر دلیل، ما را به نقطه ای متمرکز سازد که نتیجه آن ترتب عنوان جایز بر عقد مشارکت مدنی باشد ما نه تنها راه درست را پیش رو نگرفته ایم، بلکه آنچنان با حیات اقتصادی جامعه بازی کرده ایم که می توان گفت بسیاری از بنیان های اجتماعی و اقتصادی که بر مبنای این عقد شکل گرفته اند به حتم نابود خواهند شد. النهایه، نظر اینجانب بر این است که عقد مشارکت مدنی که ابتدائاً تحت تاثیر ماده ۱۰ قانون مدنی به وجود آمده، عقدی است لازم، که آرام آرام مسیری را طی می کند که خود به عنوان یکی از عقود نو ظهور دارای رژیم حقوقی مخصوص به خود شود و به مانند عقود بیع یا اجاره تنظیمی در بنگاه های معاملات ملکی دارای شرایط معین و شروط مشخص هستند. همچنین بر مبنای برهان خلف نیز نتیجه می گیریم که عقد مشارکت مدنی عقدی است لازم و به هیچ وجه نمی توان آن را در قالب عقود معین جایزی مانند جعله قرار داد.

همچنین بر اساس اصل حاکمیت و عدالت و انصاف بایستی تشخیص عادلانه بودن دریافت خسارت های دیرکرد در اینگونه قراردادهای بر عهده دادگاه ها گذاشت و به همین منظور امکان مداخله ی محاکم را فراهم آوریم. لذا مشکل عمده ای که امروزه دامنگیر اکثریت مالکین میباشد و بسیار مشاهده میشود اینست، زمانیکه افراد قصد ایجاد اینچنین مشارکت ها را دارند با عزمی راسخ در خصوص سازنده و یا عبارتی طرف دیگر قرارداد تحقیقاتی را بعمل آورند چرا که آن چیزی که تا به امروز در سابقه و تجربیات دیگران و محاکم بوده است این بوده که عدم بررسی شخصیت سازنده در اکثریت مواقع باعث به نتیجه نرسیدن این نوع مشارکت ها شده به این معنی که سازنده یا سازندگان در اثنای قرارداد بدلیل کمبود و یا عدم نقدینگی و یا حتی با حيله های دیگر از ادامه ی تعهد سرباز زده اند و پا به فرار گذاشته اند که در اینصورت قرارداد مشارکت در ساخت نام مشارکت در باخت را بخود گرفته است و این بررسی ها خود میتواند تاثیر بسزایی در هر چه بهتر به ثمر نشستن این نوع از قراردادهای یا مشارکت ها داشته باشد، چرا که بنظر میرسد این خود کمکی به حذف شروط خسارت توافقی که در برخی موارد تفرقه افکن است، باشد و در برخی موارد مصادیق شروط خلاف عدالت و انصاف است حتی اگر بخواهیم به توافق طرفین قرارداد احترام بگذاریم.

منابع:

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، ج ۱، ۱۳۷۰.
- ۲- امامی، اسد...، نقش اراده در قراردادهای، فصلنامه حق، مرکز مطالعات حقوقی و قضایی وزارت دادگستری، اسفند ۱۳۶۴.
- ۳- بندر ریگی، محمد، ترجمه منجد الطلاب، انتشارات اسلامی، چ ۶، تابستان ۱۳۶۸.

- ۴- جعفریلنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، چ ۴، کتابخانه گنجدانش، ۱۳۶۸.
- ۵-،، تهران، چ ۶،، ۱۳۷۲.
- ۶- حاتمی، علی اصغر، ماهیت قراردادهای ساخت و ساز، مجله فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹.
- ۷- خمینی، سیدروح الله، البیع، قم، مطبعه المهر، ج ۱، ۱۳۵۸.
- ۸- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- ۹- ساروخانی، باقر، دایره المعارف علوم اجتماعی، تهران، ۱۳۷۰.
- ۱۰- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، ج ۳، چ ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ۱۲- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، ج ۳، نشر اشجع، ۱۳۸۸.
- ۱۳- قانون آیین دادرسی مدنی ایران.
- ۱۴- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
- ۱۵- مجموعه بخشنامه های ثبتی.
- ۱۶- لایحه پیش فروش ساختمان، ۱۳۸۶/۷/۲۳.