

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**پردیس دانشگاهی**

**حقوق**

**حقوق خصوصی**

**بررسی حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز**

**از:**

**الناز نیکپور خشکرودی**

**استاد راهنما:**

**دکتر اکبر ایمان پور**

**استاد مشاور:**

**دکتر رضا مقصودی پاشاکی**

**اسفند ۹۲**

تقدیم:

به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آلام زمینی ام است.

به استوارترین تکیه گاهم دستان پر مهر پدرم...

به زیباترین نگاه زندگیم چشمان زیبای مادرم...

به بخشنده ترین راهنمایان راهم استادان بزرگوارم...

## تقدیر و تشکر:

از استاد فرزانه و دلسوز؛ جناب آقای دکتر اکبر ایمان پور که در کمال سعه صدر، با حسن خلق و فروتنی، از پیچ کلمی در

این عرصه دریغ نمودند و زحمات راهنمایی این پایان نامه را بر عهده گرفتند کمال تشکر را دارم؛

از استاد گرامی، جناب آقای دکتر رضا مقصودی، که زحمات مشاوره این پایان نامه را متقبل شدند و بدون مساعدت

ایشان، این پروژه به نتیجه مطلوب نمی رسید سپاسگزارم؛

در پایان از ریاست محترم پردیس دانشگاهی جناب آقای دکتر دمیرچی نهایت تشکر و سپاسگذاری را دارم

## فهرست مطالب

۲	مقدمه .....
۴	۱- بیان مسئله تحقیق .....
۵	۲- سوالات تحقیق .....
۵	۳- فرضیات تحقیق .....
۶	۴- روش تحقیق .....
۶	۵- پیشینه تحقیق و ضرورت انجام .....
۷	۶- اهداف تحقیق .....
۷	۷- مشکلات تحقیق .....
۷	۸- سازماندهی و ساختار تحقیق .....
۹	فصل اول: کلیات .....
۱۰	۱-۱- سابقه‌ی تاریخی .....
۱۱	۱-۲- مفاهیم .....
۱۲	۱-۲-۱- مفهوم قرارداد .....
۱۲	۱-۲-۲- مفهوم مشارکت .....
۱۳	۱-۲-۳- مفهوم قرارداد مشارکت در ساخت و ساز .....
۱۳	۱-۳- عنوان قرارداد مشارکت در ساخت و ساز .....
۱۴	۱-۴- ماهیت .....
۱۴	۱-۴-۱- عقد شرکت .....
۱۷	۱-۴-۲- ماده ۱۰ قانون مدنی .....
۱۹	۱-۴-۳- عقد اجاره .....
۱۹	۱-۴-۴- عقد وکالت .....
۲۰	۱-۵- ارکان قرارداد مشارکت در ساخت و ساز .....
۲۰	۱-۵-۱- طرفین .....

۲۳	..... ۱-۵-۲- سهم الشرکه
۲۸	..... ۱-۶- انواع قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۲۸	..... ۱-۶-۱- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز از حیث موضوع ساخت
۲۹	..... ۱-۶-۲- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز از حیث اشخاص حقیقی یا حقوقی بودن
۳۳	..... ۱-۷- ویژگی های قرارداد مشارکت
۳۳	..... ۱-۷-۱- لازم بودن
۳۶	..... ۱-۷-۲- عهدی و تملیکی بودن
۳۶	..... ۱-۷-۳- رضایی بودن
۳۹	..... ۱-۷-۴- مختلط بودن
۴۱	..... فصل دوم: حقوق و تعهدات طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و قائم مقامان آن ها
۴۲	..... ۲-۱- حقوق و تعهدات طرفین قرارداد
۴۳	..... ۲-۱-۱- حقوق مشترک و متقابل طرفین اصیل قرارداد
۴۶	..... ۲-۱-۱-۲- تملیک و تملک زمین و سازه ها
۴۹	..... ۲-۱-۱-۲- تقسیم سود و زیان
۵۳	..... ۲-۱-۱-۳- پیش فروش قدرالسهم به ثالث از سوی هر طرف و بررسی لزوم کسب اذن از طرف دیگر
۵۴	..... ۲-۱-۲- تعهدات مخصوص مالک زمین
۵۴	..... ۲-۱-۲-۱- اخذ پروانه ساختمان
۵۴	..... ۲-۲-۱-۲- تسلیم زمین
۵۵	..... ۲-۲-۱-۳- انجام اقدامات ثبتی و تفکیک
۵۵	..... ۲-۳-۱- تعهدات مخصوص سازنده
۵۵	..... ۲-۳-۱-۱- انجام پروژه ساخت و ساز
۵۷	..... ۲-۳-۱-۲- پذیرش نظارت مالک زمین بر اجرای عملیات ساخت و ساز
۵۷	..... ۲-۳-۱-۳- دادن تضمین ها
۶۱	..... ۲-۲- حقوق و تعهدات قائم مقامان قرارداد
۶۳	..... ۲-۲-۱- حقوق و تعهدات طرفین اصیل قرارداد مشارکت در ساخت و ساز به عنوان فروشنده اول

- ۶۳ ..... ۲-۲-۱-۱- حقوق طرفین اصیل قرارداد به عنوان فروشنده اول.....
- ۶۳ ..... ۲-۲-۱-۱-۱- حق تغییر یک جانبه در برخی اوصاف ساختمان از سوی فروشنده.....
- ۶۵ ..... ۲-۲-۱-۱- تعلیق اجرای قرارداد به علت فورس ماژور.....
- ۶۷ ..... ۲-۲-۱-۱-۳- حق تعدیل یک جانبه قرارداد.....
- ۶۸ ..... ۲-۲-۱-۲- تعهدات طرفین اصیل قرارداد به عنوان فروشنده اول.....
- ۶۹ ..... ۲-۲-۱-۲- پذیرش حق عینی مشتری و عدم انتقال مورد معامله به غیر.....
- ۷۰ ..... ۲-۲-۱-۲- پرداخت خسارت عدم النفع.....
- ۷۱ ..... ۲-۲-۱-۳- پرداخت خسارت تأخیر در انجام تعهد.....
- ۷۲ ..... ۲-۲-۱-۴- ساخت و تکمیل بنا مطابق شرایط قراردادی.....
- ۷۳ ..... ۲-۲-۲- حقوق و تعهدات قائم مقام طرفین اصیل قرارداد.....
- ۷۳ ..... ۲-۲-۱- حقوق قائم مقام.....
- ۷۴ ..... ۲-۲-۱-۱- مطالبه خسارت.....
- ۷۶ ..... ۲-۲-۱-۲- استفاده از ضمانت حسن انجام کار.....
- ۷۷ ..... ۲-۲-۱-۳- عدم پرداخت مبلغ اضافی.....
- ۷۸ ..... ۲-۲-۲- تعهدات قائم مقام.....
- ۷۸ ..... ۲-۲-۲-۱- پرداخت ثمن در مواعد مقرر.....
- ۸۰ ..... ۲-۲-۲-۲- تسلیم ساختمان.....
- ۸۱ ..... ۲-۲-۲-۳- عدم دخالت در عملیات اجرایی احداث بنا.....
- ۸۳ ..... ۲-۲-۳- حقوق و تعهدات شخص ثالث در قبال قائم مقام طرفین اصیل قرارداد.....
- ۸۵ ..... ۲-۳-۱- وضعیت معامله معارض.....
- ۸۶ ..... ۲-۲-۱-۱- انتقال موضوع معامله توسط طرفین اصیل قرارداد.....
- ۹۰ ..... ۲-۲-۱-۳- انتقال موضوع معامله توسط قائم مقام.....
- ۹۱ ..... ۲-۲-۳- حقوق و تعهدات شخص ثالث در برابر طرفین اصیل قرارداد.....
- ۹۱ ..... ۲-۲-۳-۱- حقوق شخص ثالث.....
- ۹۳ ..... ۲-۲-۳-۲- تعهدات شخص ثالث.....

۹۴	.....۲-۲-۳-۳- حقوق و تعهدات شخص ثالث در برابر قائم مقام
۹۴	.....۲-۲-۳-۳-۱- حقوق شخص ثالث
۹۵	.....۲-۲-۳-۳-۲- تعهدات شخص ثالث
۹۶	..... فصل سوم: انحلال قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و ضمانت اجراها
۹۷	.....۳-۱- انحلال قرارداد
۹۹	.....۳-۱-۱- فسخ
۱۰۲	.....۳-۱-۱-۱- تعریف فسخ و ماهیت آن
۱۰۲	.....۳-۱-۱-۲- مبنای فسخ و آثار آن
۱۰۳	.....۳-۱-۲- انفساخ
۱۰۳	.....۳-۱-۲-۱- مفهوم و ماهیت انفساخ و انواع آن
۱۰۵	.....۳-۱-۲-۲- تفاوت فسخ با انفساخ
۱۰۶	.....۳-۱-۳- تفاسخ
۱۰۷	.....۳-۱-۴- تفاوت فسخ با تفاسخ
۱۰۸	.....۳-۲- ضمانت اجرای نقض قرارداد
۱۱۶	..... نتیجه گیری
۱۲۲	..... فهرست منابع
۱۲۸	..... ضمیمه شماره ۱ : نمونه ی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز



بررسی حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز  
الناز نیکپور خشکرودی

در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز مالک زمین با سازنده (شخص حقیقی یا حقوقی)، قرارداد منعقد می نماید تا در ازای ساختن پروژه ای ساختمانی در زمین مزبور، در آن چه ساخته می شود شریک گردد.

قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، قراردادی لازم، مسهم 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 جعاله، 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.

در این قرارداد علاوه بر حقوق و تعهداتی که طرفین اصیل قرارداد نسبت به یکدیگر دارند، در صورتی که یکی از طرفین قرارداد اقدام به پیش فروش ساختمان در حال احداث نماید، نسبت به طرف قرارداد ثانویه که بر حسب مورد ممکن است قائم مقام یکی از طرفین اصیل قرارداد باشد نیز حقوق و تعهداتی را دارا می باشند و همچنین در حالتی که قائم مقامان طرفین اصیل قرارداد اقدام به معامله ای نسبت به ساختمان در حال احداث نماید نیز حقوق و تعهداتی بر اساس مفاد قراردادهای منعقد برای هریک از طرفین اصیل، قائم مقامان آن ها و شخص ثالث ایجاد خواهد نمود.

قرارداد مشارکت در ساخت و ساز مانند سایر قراردادها ممکن است منحل شود و اسباب انحلال آن بسته اراده طرفین قرارداد و شرایط و مفاد قراردادی و قانونی ممکن است فسخ، انفساخ و یا تفاسخ باشد که هریک از این موارد انحلال دارای ضمانت اجرایی خاص خود است که می توان مهمترین اثر آن را جبران خسارت های ایجاد شده دانست.

کلید واژه: مالک زمین، سازنده، قرارداد، مشارکت، ساخت و ساز.

**Abstract:**

**a legal study the partnering construction contract**

**Elnaz nikpour khoshkrud**

In the contract of partnership in construction work , the owner of land (true person) will conclude a contract with maker in order to become a partner in what is made in that piece of land. The contract of partnership in construction work is a necessary , replaced , convenented-possessed , continuous , mixed contract and in some cases when in one side is government , endowment office and bank it is called an annexed one and in the direction of forming this contract , the two parties will have undertakings toward each other the same as all other contracts and after studying this contract it is probable to relate that to one of the specific contracts mentioned in civil law such as : reward , proxy , and or civil company and even in other cases it will get away from specific contracts and it is considered to be under the covering of article 10 of civil law.

In this contract , in addition to regulations and undertakings that the two parties of the contract will have toward each other , if either of them wants to sell his/her own share of construction work in advance they will also have regulations and undertakings toward the second party that it is possible to be the successor of either of the two parties and also in a case that the successors of true born of two parties do an action for selling the constructing building , they will also have regulations and undertakings based on the contents of concluded contracts for either of the two parties who are true born, their successors and third person. This kind of contract may dissolve the same as other contracts and the tools of dissolution depend on the will of the two parties, their conditions and the contents of their contract that it may be termination of contract, cancellation that each one of dissolution affairs has it`s own executive guaranty , so that it`s most important effect is considered to be the compensation of damages, which have been made.

**Key words** : the owner of land , maker , contract , partnership , construction work

# مقدمه

## مقدمه:

یکی از مظاهر زندگی مدرن امروز احداث واحدهای ساختمانی تجاری یا مسکونی عمدتاً در جهت عمودی در قالب مجتمع است که شاید به دلیل شراکت دو یا چند نفر در ابتدا مستلزم انعقاد قراردادهایی باشد.

در عرف حقوقی ما عقد مشارکت مدنی یا قرارداد مشارکت، به قراردادی گفته می‌شود که طی آن یک یا چند مالک و یک یا چند سازنده یا مجری طرح سرمایه‌گذاری مشترکی را برای احداث ساختمانی با کیفیات معین آغاز می‌کنند و سرمایه مالک، زمین وی و سرمایه مجری طرح نیز تادیه تمامی هزینه‌های مربوط به ساخت آپارتمان یا مجموعه مورد نظر است. در راستای تشکیل این عقد، طرفین مانند تمام عقود نسبت به هم تعهداتی می‌نمایند که بعد از بررسی ممکن است ذات این عقد را به یکی از عقود معین بیان شده در قانون مدنی مانند جعاله و یا شرکت نزدیک کند و یا حتی در سایر موارد از جرگه عقود معین دور شده و تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی انگاشته شود.

دارندگان زمین و خانه‌های کلنگی مایل هستند تا در احداث ساختمان بر روی املاک خود با سازندگان مشارکت نمایند بدین شکل که مالک ملک خود را به عنوان آورده قرار می‌دهد و سازنده کلیه هزینه‌های ساخت را متقبل می‌شود. در تنظیم قراردادهای مشارکت در ساخت نکات ضروری را باید مورد توجه قرار دهید: از حیث اصالت و صحت اسناد و همچنین سمت مالک موارد مذکور در معامله خانه یا زمین را باید رعایت کنید، از حیث انتخاب سازنده باید سازندگان با تکیه بر توانایی‌های بالقوه و برنامه‌های مالی خود قراردادهای مشارکت را امضاء کنند و بسیار اتفاق می‌افتد که برنامه‌های آنها به نتیجه‌های مورد نظر آنها نمی‌رسد و ادامه کار پروژه با مشکل مواجه می‌شود لذا باید ضمانت‌های لازم را پیش‌بینی نمود.

همچنین سازندگان برای شروع کافی است قرارداد را امضاء نمایند و ممکن است که لازم نباشد وجهی هم در هنگام انعقاد قرارداد مبادله شود. چه بسا اشخاصی به راحتی به امضاء قراردادهای مشارکت تن داده و متعاقباً اجرای قرارداد را رها نمایند. اینجا مالک است که با مشکل جدی مواجه است چرا که باید اجرای تعهدات سازنده را از دادگاه بخواهد یا با توسل به شروط فسخ احتمالی موجود در قرارداد، فسخ قرارداد را اعلام و تنفیذ آن را از دادگاه بخواهد. لذا لازم است که به مالک تذکر داده شود که توانایی‌های سازنده را بررسی و همچنین تضمینات کافی برای اجرای تعهدات سازنده اخذ شود. از آنجا که پرداخت هزینه‌های ساخت به عهده سازنده می‌باشد سازنده برای کاهش هزینه‌های خود تلاش خواهد کرد و این تلاش منجر به پائین

آمدن کیفیت و عدول از شرایط قرارداد و نارضایتی و نتیجتاً بروز اختلاف خواهد شد. لازم است مشخصات کامل مصالح تشریح شده و نقشه‌های اجرایی و تفصیلی به صورت دقیق تهیه و ضمیمه قرارداد گردد تا زمینه این سوء استفاده از بین برود.

مشارکت بدین مفهوم است که هر یک از طرفین آورده‌ای دارد و این دو آورده با هم ممزوج شده و هر یک از طرفین بالنسبه به میزان آورده خود در این مال ممزوج شریک می‌باشند. باید آورده‌های هر یک از طرفین به دقت مشخص و ارزیابی شوند و بر این اساس سهم هر یک از طرفین در مال مورد مشارکت مشخص گردد.

برای مثال اگر قیمت ملک برابر با پانصد میلیون تومان باشد و هزینه اجرا نیز به همین میزان محاسبه و ارزیابی گردد طرفین بالمناصفه در مال مورد مشارکت شریک خواهند بود. معمولاً آورده مالک زمین است و سازنده کلیه هزینه‌های صدور پروانه و هزینه‌های ساخت را تقبل می‌نماید و متعهد به اخذ پایان کار و صورتجلسه تفکیکی و همچنین خرید امتیازات قانونی مانند آب و برق و گاز می‌باشد. مدت قرارداد لازم است به شکل یک برنامه زمانبندی باشد تا سازنده ملزم به پیشبرد پروژه طبق برنامه باشد.

باید برای تأخیر در هر یک از مراحل برنامه زمانبندی قرارداد ضمانت اجرا مشخص شود و سازنده خود را مکلف بداند که در ظرف برنامه زمانبندی اجرای پروژه را انجام دهد. اگر برنامه زمانبندی پیش بینی نشود تا پایان مدت قرارداد نمی‌توان مدعی تخلف سازنده در خصوص مدت زمان اجرا شد و در حالی که اطمینان به عدم اجرای پروژه دارید ناچار باید تا پایان زمان اجرای قرارداد صبر نموده و بعد از آن اقدامات قضایی را شروع نمود که نتیجه آن ورود ضرر زیاد به مالک است.

از آنجا که قرارداد در قالب یک عقد مشارکت است لذا مبنای تقسیم سود و زیان آورده طرفین است و نمی‌توان بیش از آورده یک طرف برای وی سودی در نظر گرفت معمولاً در قراردادهای مشارکت در ساخت پیش بینی می‌شود که در پایان قرارداد آپارتمان‌ها به چه شکل بین طرفین تقسیم شوند.

تعهدات مالک تحویل ملک در زمان مقرر و معمولاً دادن وکالت کاری به سازنده است تا سازنده امکان مراجعه به شهرداری و اخذ پروانه ساختمانی را داشته باشد. در مواردی هم ممکن است پروانه ساختمانی توسط مالک اخذ شده باشد و نیاز به این وکالت کاری نباشد. در قرارداد معمولاً تاریخ شروع مدت زمان قرارداد را تاریخ تحویل ملک توسط مالک قرار می‌دهند که باید تحویل با صورتجلسه کتبی به عمل آید.

یکی از موضوعاتی که باعث ایجاد مشکلات عدیده ای برای طرفین می گردد پیش فروش واحد هاست، ممکن است مالک واحد هایی را پیش فروش نموده و تعهداتی را تقبل نماید و به دلیل تخلف سازنده مجبور به پرداخت خسارات زیادی به خریداران خود شود و همچنین ممکن است سازنده قبل از شروع به ساخت و پیشرفت پروژه با توجه به قرارداد مشارکت فی ما بین مبادرت به پیش فروش واحدها نموده و متعاقباً اجرای پروژه را رها نماید اینجاست که عواقب اقدامات سازنده متوجه مالک هم می شود و مالک با خریدارانی روبروست که با اذن وی فی الواقع با آن ها معامله شده است.

ممکن است پروژه برای مثال بیست درصد پیشرفت داشته باشد و به دلیل توقف اجرا و یا استفاده از شرط مندرج در قرارداد مالک قرارداد را فسخ نماید. در این صورت وضعیت حقوق سازنده چگونه است در این خصوص اگر ترتیب خاصی در قرارداد پیش بینی نشده باشد لازم است که مالک با اخذ تامین دلیل هزینه های انجام شده توسط سازنده را برآورد نماید و در این صورت سازنده بالنسبه به آورده خود در پروژه شریک خواهد بود که آثار و عواقب بعدی مال مشترک گریبان گیر پروژه خواهد شد که لازم است برای اجتناب از چنین وضعیتی در قرارداد شرایط و موارد انحلال و فسخ آن پیش بینی شود.

## ۱- بیان مسئله تحقیق

بسیار دیده شده که سازندگان توسط بنگاههای مسکن، دارندگان املاک قدیمی یا اصطلاحاً کلنگی را تشویق به مشارکت می کنند. رویه و عرف معمول بدین شکل است که فردی به عنوان مالک، زمین خود را به عنوان آورده در اختیار فردی تحت عنوان سازنده قرار می دهد و سازنده تعهد می کند که مبلغی برای ساخت آپارتمان روی زمین سرمایه گذاری کند و به نسبت میزان سرمایه آورده شده که بر اساس آن توافق صورت می گیرد طرفین در آپارتمان ساخته شده مالک می شوند. این نوع معامله و توافق که برای هر دو طرف سود آور است تحت عنوان مشارکت مدنی یا مشارکت در ساخت و ساز نام گذاری شده و عقدی است بین یک یا چند نفر مالک و یک یا چند نفر مجری یا سازنده که سرمایه گذاری مشترکی را برای احداث ساختمانی با کیفیات و مشخصات معینه آغاز می کنند و سرمایه مالک زمین او و سرمایه مجری هزینه های ساخت ساختمان است. در این بین هر یک از مالک و مجری دارای تعهداتی هستند مثلاً تعهد مالک آن است که زمین خود را به تصرف مجری دهد و در مقابل مجری متعهد می شود که مراحل ساخت آپارتمان را با توجه به مفاد قرارداد اجرا کرده و هزینه های ساخت را در راستای اجرای قرارداد به عنوان سرمایه شخصا بپردازد. همچنین این قرارداد مانند هر قرارداد دیگری می تواند دارای یکسری شروط ضمن عقد باشد مثل پرداخت هزینه های اداری اجرای طرح یا شرط پرداخت اجاره بها از جانب مجری به مالک و غیره. همینطور مانند هر توافقی و قراردادی می تواند مستعد بروز مشکلاتی هم باشد از جمله مشکلاتی که ممکن

است بین طرفین قرارداد با اداره ثبت اسناد و املاک یا بین سازنده و پیمانکاران به وجود آید یا حتی بروز مشکلاتی مهمتر همچون خلف وعده طرفین. لذا لازم است موارد مربوط به تنظیم و انعقاد قرارداد مشارکت، تعهدات طرفین و موارد انحلال و فسخ قرارداد و راه های حل و فصل اختلافات در آن شناسایی شود تا هم حقوق مالک زمین و هم حقوق سرمایه گذار حفظ شود، بر همین اساس در این پایان نامه سعی در بررسی مسائل و موارد مذکور داریم.

## ۲- سوالات تحقیق

۱- قرارداد مشارکت در ساخت و ساز در تقسیمات عقود در کدام دسته جای دارد؟

۲- حقوق و تعهدات هر یک از طرفین در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و ضمانت اجراهای لازم در صورت امتناع از

انجام آنها چیست؟

۳- آیا طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز در قبال اشخاص ثالث نیز حقوق و تعهداتی را دارند؟

۴- در صورت بروز اختلاف بین طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز راه های حل و فصل اختلافات کدامند؟

## ۳- فرضیات تحقیق

۱- در راستای تشکیل این عقد، طرفین مانند تمام عقود نسبت به هم تعهداتی می نمایند که بعد از بررسی ممکن است

ذات این عقد را به یکی از عقود معین بیان شده در قانون مدنی مانند جعاله و یا شرکت مدنی نزدیک کند و یا حتی در سایر

موارد از جرگه عقود معین دور شده و تحت لوای ماده ۱۰ قانون مدنی انگاشته شود.

۲- علاوه بر تعهدات اصلی که تسلیم زمین به مجری از سوی مالک و انجام مراحل ساخت آپارتمان با توجه به مفاد قرارداد

از سوی مجری است شروط ضمن عقد بسیاری را میتوان گذاشت که هر یک باعث ایجاد تعهدات و اثرات متفاوتی در عقد

خواهد شد حتی ممکن است بعضی از این شروط باطل و یا مبطل عقد هم باشد مثل اینکه شرطی بر خلاف تسلیم زمین به

مجری در نظر گرفته شود.

۳- در صورت پیش فروش واحدها توسط مالک یا شریک به شخص ثالث حقوق و تعهداتی برای هر دو طرف قرارداد

مشارکت در ساخت و ساز ایجاد خواهد نمود.

۴- در صورت بروز اختلاف بین طرفین قرارداد مشارکت در ساخت ساز می توان از راه های مختلف از جمله مراجعه به شخص ثالث ، حکمیت ، داوری و دادرسی برای حل اختلافات بهره مند شد.

#### **۴-روش تحقیق**

روش تحقیق در این پایان نامه به صورت توصیفی - تحلیلی و گردآوری و تحصیل اطلاعات، به روش کتابخانه ای است بدین صورت که اطلاعات مورد نظر از منابع کتابخانه ای ( کتاب ها، مقاله ها، رساله ها، پایان نامه ها و...) به صورت فیش برداری تهیه و در مرحله نگارش مورد استفاده قرار گرفته و سپس تدوین و تحلیل اطلاعات، به صورت تحلیلی و استنباطی اطلاعات گردآوری شده مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و متن پایان نامه نگارش می یابد.

#### **۵-پیشینه تحقیق و ضرورت انجام**

در مورد قرارداد مشارکت در ساخت و ساز تا آنجایی که مطالعه صورت پذیرفته و کتاب ها ، مقاله ها و پایان نامه ، وب سایت ها مشاهده گردیده تنها منبع موثق و تقریبا کاملی که در مورد قرارداد مشارکت در ساخت و ساز نگارش یافته است کتاب خانم حانیه ذاکری نیا قرارداد مشارکت در ساخت و ساز ،انتشارات مجد، ۱۳۹۱ می باشد البته می توان از رساله ی دکتری آقای محمد صادقی مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق در دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ هم نام برد و همچنین در مورد قرارداد های پیش فروش آپارتمان می توان از کتاب آقای حسن علیزاده قراردادهای پیش فروش آپارتمان، انتشارات میثاق عدالت و سها دانش تهران، ۱۳۸۳ و کتاب قرارداد پیش فروش آپارتمان خانم فرناز زرنگار انتشارات جاودانه ۱۳۸۹ نام برد.

با اندکی دقت در عناوین منابع مذکور مبرهن است که گروه اول فقط قرارداد مشارکت در ساخت و ساز و تعهدات طرفین اولیه آن را مورد مطالعه قرار داده اند و منابع گروه دوم هم فقط قرارداد پیش فروش را بررسی نموده اند و به تعهدات طرفین اولیه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز آنگونه که باید، نپرداخته اند بنابراین و با توجه به اینکه حقوق و تعهدات طرفین اولیه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز خواه ناخواه با حقوق و تعهدات پیش خرید کنندگان و حتی در صورت فروش آن به شخص ثالث همگی به مرتبط می باشد ضروری بود که در پژوهشی کامل حقوق و تعهدات طرفین مذکور نسبت به هم نیز مورد بررسی قرار گرفته که ما در این پژوهش سعی نمودیم علاوه بر بیان حقوق و تعهدات طرفین اصلی قرارداد مشارکت در



ساخت و ساز در صورت پیش فروش توسط یکی از طرفین حقوق تعهدات آن ها را نیز نسبت به پیش خریدکننده و همچنین شخص ثالث مورد بررسی قرار دهیم.

## **۶-اهداف تحقیق**

هدف اصلی: بررسی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز.

اهداف فرعی: ۱- بررسی مفهوم و جایگاه و انواع قرارداد مشارکت در ساخت و ساز.

۲- شناخت حقوق و تعهدات طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز نسبت به هم.

۳- بررسی و شناخت حقوق و تعهدات طرفین اولیه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز با حقوق و تعهدات

پیش خریدکنندگان و اشخاص ثالث

۴- بررسی موارد انحلال ، فسخ و نقض قرارداد مشارکت در ساخت و ساز

۵- شناخت راه های حل و فصل اختلافات بوجود آمده در قرارداد مشارکت در ساخت و ساز

## **۷-مشکلات تحقیق**

مهمترین مشکل تحقیق در خصوص کمبود منابع معتبر که به طور اختصاصی به اصول و ضوابط حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز پرداخته باشد، بوده است.

## **۸-سازماندهی و ساختار تحقیق**

این پایان نامه در سه فصل به بررسی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می پردازد. فصل اول پایان نامه به بیان کلیات، تاریخچه، مفاهیم، ارکان و انواع قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می پردازد که پس از بیان تاریخچه به بیان مفاهیم مرتبط با قرارداد مشارکت در ساخت و ساز می پردازیم و پس از آن در بحث از ماهیت قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز عقود شرکت، اجاره، وکالت و ماده ۱۰ قانون مدنی را در این باره بررسی نمودیم و سپس ارکان قرارداد مشارکت و انواع آن را بررسی نمودیم و در انتهای این فصل نیز به بررسی ویژگی های این قرارداد پرداخته ایم.

در فصل دوم حقوق و تعهدات طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز را اعم از طرفین اصیل قرارداد و قائم مقامان آن ها و اشخاص ثالث که طرف قرارداد هریک از آن ها می شوند را بیان نمودیم که در سه قسمت مجزا حقوق و تعهدات مختص و مشترک هر یک از طرفین اصیل قرارداد و در قسمت دوم از این فصل حقوق و تعهدات طرفین اصیل قرارداد مشارکت در ساخت و ساز را در قبال قائم مقامان آنها بررسی نمودیم و در انتهای این فصل نیز به بررسی حقوق و تعهدات هریک از طرفین اصیل و قائم مقامان قرارداد را با اشخاص ثالث بررسی نمودیم با این استدلال که هرگاه یکی از طرفین اصیل قرارداد، سهم خود را به دیگری پیش فروش نماید، با توجه به اینکه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز هنوز به اتمام نرسیده قطعاً قرارداد پیش فروش برای طرفین قرارداد مشارکت در ساخت و ساز حقوق و تعهداتی بوجود خواهد آورد که به بررسی آن پرداخته ایم و همچنین در فرضی که پیش خرید کننده هم سهم خود را به شخص دیگری بفروشد نیز موجب ایجاد حقوق و تعهداتی برای طرفین دو قرارداد قبل خواهد شد که در انتهای فصل دوم بررسی شده است.

در فصل سوم هم در دو قسمت به موارد انحلال قرارداد مشارکت در ساخت و ساز از جمله فسخ، انفساخ و تفاسخ آن بطلان پرداخته ایم و در قسمت دوم از این فصل هم بحث جبران خسارت که به عنوان مهمترین اثر و ضمانت اجرای انحلال قرارداد می باشد، را ذکر نمودیم.

# **فصل اول:**

## **کلیات**

## ۱-۱- سابقه ی تاریخی

نیاز اقشار مختلف جامعه به داشتن مسکن مناسب و توجه دولت به رفع این نیاز مهم و اساسی، منجر به این شد که دولت در سال ۱۳۱۷ در بخش مسکن، حضور مستقیم یابد. در این سال، وزارت دارایی با سرمایه ای معادل ۲۰۰ میلیون ریال و با مشارکت بانک ملی ایران، اقدام به تأسیس «بانک رهنی» نمود. این بانک، ضمن اعطای وام به متقاضیان مسکن، از همان ابتدا هدف خود را تهیه و اجرای طرح های خانه سازی برای طبقات متوسط و کم درآمد قرار داد. از دیگر اختیارات این بانک، تأسیس یک یا چند شرکت با سرمایه عمومی یا خصوصی برای مشارکت در امر ساخت مسکن بود.

در سال ۱۳۲۳، بانک رهنی با خرید ۱۲ هکتار از اراضی شرق تهران در فرح آباد، با اعتباری بالغ بر ۵۰ میلیون ریال، ساخت ۴۰۰ واحد مسکونی را در مجموعه ای به همین نام آغاز نمود.

در سال ۱۳۳۱، دولت با تأسیس «بانک ساختمان»، اقداماتی دیگر در زمینه مسکن سازمان داد. وظیفه این بانک عبارت از نقشه برداری و تقسیم زمین، مطابق با اصول شهرسازی و فروش آن بود. چندی بعد در یکی از زمین های این بانک، مجموعه ۴ بلوک آپارتمانی نازی آباد با مشارکت بانک رهنی ساخته شد. مجموعه سازی کوی نارمک در سال ۱۳۳۴، کوی کالاد سال های ۱۳۳۶ تا ۱۳۳۹، کوی کن ۱۳۳۹ تا ۱۳۴۳، کوی ارتشی فرح آباد سابق و کوی لویزان در سال ۱۳۴۲، پروژه های انبوه سازی بانک ساختمان بودند. (علیزاده، ۱۳۸۳: ۲۰)

در سال ۱۳۴۳ با تأسیس وزارت آبادانی و مسکن و تعریف وظایف و جایگاه این وزارتخانه، در بانک ساختمان نیز تغییراتی بنیادی و اساسنامه ای رخ داد و با نام جدید «سازمان مسکن» فعالیت خود را آغاز نمود. امور بانکی نیز به بانک رهنی منتقل گردید. آپارتمان های بهجت آباد، خیابان فرصت و مقابل پارک ساعی در سال ۱۳۴۷؛ آپارتمان های وحیدیه، خیابان گرگان و شهر آرا در سال ۱۳۵۰؛ احداث مجتمع های مسکونی در شهرهای اصفهان، بوشهر، بندرعباس و شهرک معالی آباد در سال ۱۳۵۴؛ از جمله فعالیت های سازمان مسکن در دوره پس از تأسیس آن به شمار می آید. با بالا رفتن اعتبارات مؤسسات دولتی و گسترش ساخت و ساز، چندین شرکت ساختمان سازی از سوی دولت تأسیس گردید.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، دولت در برنامه های عمرانی تغییرات چشم گیری ایجاد نمود. حجم وسیعی از عملیات های ساخت و ساز بخش خصوصی را متوقف کرد و خود مسئولیت تکمیل آن ها را به عهده گرفت و با پیش فروش این ساختمان ها، منابع مالی مورد نیاز جهت اتمام این پروژه ها را تأمین نمود. هم چنین دولت در نگاهی کلان به مسأله مسکن،