



وضعیت حقوقی تعهدات سازنده پس از کشف بطلان قرارداد مشارکت در ساخت

سبحان عباس پور^۱
مجید عباسی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۹/۲۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۱۱/۲۰

چکیده

سازنده یکی از دو رکن مهم قرارداد مشارکت در ساخت تلقی می‌شود که ابتکار عمل بسیار بالایی در نحوه و کیفیت اجرای پروژه ساختمانی خواهد داشت. در حقیقت با انعقاد قرارداد مشارکت، مالک عمده اختیارات و نقش‌های قابل ایفاء جهت احداث پروژه را به سازنده تفویض می‌نماید و لذا سازنده، برای انجام این تعهد و نیز تأمین مالی خود، تعهدات عهدی و تملیکی گوناگونی در برابر مالک (به عنوان طرف قرارداد) و اشخاص ثالث می‌نماید. یکی از وضعیت‌های حقوقی پربسامد و مبتلا به در رویه قضایی، وضعیت بطلان قرارداد مشارکت در ساخت به هریک از دلایل اعم از فقدان شرایط اساسی صحت معامله، توقیف، مصادره، ممنوع‌المعاملگی و ... می‌باشد. این مقاله به تحلیل این مسأله اساسی پرداخته است که در فرض بطلان قرارداد مشارکت در ساخت، چه آثاری بر تعهدات سازنده تحمیل می‌شود؟ با تفکیک تعهدات عهدی و تملیکی سازنده و نیز تفکیک عقود و اعمال حقوقی، این نتیجه حاصل شده است که در فرض بطلان، اعیانی متعلق به مالک است و سازنده مستحق اجرت المثل به قیمت عادلانه خواهد بود. مضافاً اینکه دلیلی بر بطلان و بی‌اعتباری گواهی‌ها و پروانه‌های صادره مبتنی بر بطلان قرارداد مشارکت در ساخت وجود نخواهد داشت.

کلید واژه‌ها

قرارداد مشارکت در ساخت، بطلان قرارداد، سازنده، مالک، استرداد عوضین.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران

^۲ استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران (نویسنده مسئول).

مقدمه:

قراردادهای مشارکت در ساخت یک از پیچیده‌ترین و فنی‌ترین نمونه‌های قراردادی است که نحوه تنظیم این قرارداد، تاثیر مستقیمی بر سرنوشت و آینده مالکیت طرفین و دعاوی احتمالی ناشی از آن خواهد داشت. در قراردادهای مشارکت در ساخت، احراز مالکیت مالک (طرف اول)، کیفیت تقسیم سهم‌الشرکه (تقسیم واحدها پس از اتمام ساختمان)، جواز یا منع پیش فروش واحدها توسط سازنده، پیوست فنی مشتمل بر مصالح ساختمانی مورد توافق، مدت پروژه، تعیین ناظر و نماینده، تعیین زمان تحویل و اخذ پایان کار و انتقال سند، اعطاء وکالت کاری به سازنده، تعیین تکلیف وام پروژه، وجه التزام‌های ناظر به تاخیرات پروژه، فسخ و داوری، از جمله مسائل برجسته و تاثیرگذار در قراردادهای مشارکت در ساخت است که طرفین قرارداد می‌بایست با مذاقه موارد مذکور را مطمح نظر خویش قرار داده و موشکافانه و به طور شفاف در خصوص آن تعیین تکلیف نمایند.

قراردادهای مشارکت در ساخت همچون سایر قراردادها قابلیت بطلان را دارد؛ به دیگر سخن، یک قرارداد مشارکت در ساخت، ممکن است به هر دلیلی اعتبار خود را از دست بدهد و با کشف فساد، معامله باطل تلقی شود؛ حال اگر قرارداد مشارکت در ساخت منحل شود، تکلیف تعهدات طرفین به یکدیگر و اشخاص ثالث چه خواهد شد؟ تکلیف تعهدات تملیکی سازنده نسبت به مالک اولیه و یا نسبت به پیش خریداران از یکسو و تکلیف تعهدات عهدی سازنده و همچنین وضعیت اوراق، گواهی‌ها، اموال منقول و وجوه گوناگون پرداخت شده، که تحلیل آن در فرض بطلان حائز اهمیت است. پاسخ علمی و منطقی به هریک از حالت‌های مذکور مستلزم تشریح نوع اشخاص و نوع قراردادهای منعقد می‌باشد که پس از موضوع‌شناسی در مبحث نخست، در فصل‌های دوم و سوم به این مهم پرداخته خواهد شد.

۱- موضوع‌شناسی و مفاهیم پژوهش

۱-۱- ماهیت و اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت

توصیف ماهیت و ویژگی‌های قرارداد مشارکت در ساخت، مقدمه‌ای ضروری بر موضوع این مقاله تلقی می‌شود؛ زیرا کیفیت تشکیل و رابطه حقوقی بین مالک و سازنده و آنچه در نتیجه عقد ایجاد می‌شود (اعم از آنکه مالکیت باشد یا حق تقدم و ...) و همچنین لزوم و بقاء این رابطه در خصوص بطلان عقد، مؤثر بوده و ملازمه انفکاک‌ناپذیری دارد.

۱-۱-۱- لزوم یا جواز عقد

برای تشخیص لازم یا جایز بودن عقد شرکت مدنی، دشواری خاصی وجود ندارد و قانونگذار صراحتاً شرکت مدنی را جزء عقود جایز قلمداد نموده است. ماده ۵۸۶ تصریح دارد اگر برای شرکت، درضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هریک از شرکاء هر وقت که بخواهد می‌تواند رجوع کند. وفق منطوق ماده

۵۸۶ قانون مدنی، شریک می‌تواند علی‌الاصول هر وقت که بخواهد از شراکت رجوع نماید. اما نکته حائز اهمیت آن است که اگر چه قرارداد مشارکت در ساخت، یکی از اقسام شراکت است و فی الواقع آورده مالک (طرف اول: مشارکت دهنده) با آورده طرف دیگر (سازنده: مشارکت گیرنده) که «خدمت و پیمان ساخت بنا» است، ترکیب و مزج می‌شود، معذک این نوع از شراکت، مانند شرکتهای مدنی سنتی تابع اطلاق ماده ۵۸۶ نبوده و احکام کاملاً مستقل و اختصاصی بر آن حکومت دارد. زیرا عقد شرکت از عقود اذنی است و در عقد اذنی فوت سبب بطلان اذن است و چون قوام عقد، حدوثاً و بقاءً نیازمند اذن است، با انتفاء اذن، عقد نیز منتفی می‌گردد. اما درخصوص قراردادهای مشارکت در ساخت باتوجه به تعیین اجل و مدت رجوع اساساً امکان پذیر نمی‌باشد. اگر چه در خصوص اثر فوت یا حجر طرفین قرارداد مشارکت در ساخت بر استمرار و اعتبار عقد دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد.

البته برخی حقوقدانان با استناد به قید مندرج در ماده ۵۶۸ معتقد به لازم شدن عقود جایز در فرض اشتراط در ضمن عقد لازم شده اند. معذک به نظر می‌رسد استدلال به تحقق انفساخ در شرکت مدنی در وضعیت فوت احدی از شرکاء حتی با وصف تعیین مدت، بدان جهت است که درج عقد جایز در ضمن عقد لازم یا تعیین اجل، ماهیت عقد جایز را به لازم مبدل نمی‌سازد و صرفاً مانع از حق فسخ می‌گردد. حقوقدانان با استناد به لفظ «کلیه» در ماده ۹۵۴ قانون مدنی، قائل بر این نظر شده‌اند. (قاسمی‌حامد، ۱۳۹۹، ۵۳)

با توصیفات فوق و نظر به این قرارداد که قرارداد مشارکت در ساخت جزء قراردادهای جدید و ترکیبی است و عقدی نامعین تلقی می‌شود، جزء عقود لازم است.

۲-۱-۱- معوض یا مجانی بودن

عقود، از یک منظر به معوض (مغابنی) و غیرمعوض (مسامحی) تقسیم می‌شود؛ مقصود از عقود معوض، عقود هستند که هدف اقتصادی، سودجویی، داد و ستد و تعادل اقتصادی مدنظر طرفین قرار دارد. به این دسته از عقود عقود مغابنه و معامله گفته می‌شود؛ نظیر بیع، اجاره و معاوضه. البته عقود معوض، امروزه توسعه یافته و در حقوق تجارت بین‌الملل نمونه‌های نوینی را به خود اختصاص داده است؛ مانند قراردادهای تجارت متقابل (Counter Trade)، بیع متقابل، خرید متقابل، معاملات تهاتری، معاملات جبرانی و ... اما عقود غیرمعوض (مجانمی، مسامحی) عقود هستند که هدف از آن خلاصی از یک اختلاف یا احسان است؛ نظیر صلح و هبه. (کاتوزیان، ۱۴۰۰ و آقاموسی‌طهرانی، ۱۳۹۴، ۱۴۱۲۸)

نظر به اینکه در عقد شرکت، طرفین سود اقتصادی را دنبال می‌کنند و بنای ایشان بر احسان نیست، لذا شرکت مدنی جزء عقود معامله است. در قرارداد مشارکت در ساخت نیز همین بحث تعادل اقتصادی حاکم است. یعنی در بحث تقسیم واحدها و قدرالسهم‌ها طرفین به طور دقیق میان ارزش ملک و متراژ

عرصه و اعیانی، تناسب برقرار می‌نمایند؛ لذا عقد مشارکت در ساخت نیز جزء عقود معوض (مبتنی بر معامله و مغاینه) قلمداد می‌گردد.

۳-۱-۱- مستمر یا آنی بودن

یکی از تقسیمات عقود، تقسیم به آنی و مستمر است. مقسم این تقسیم‌بندی ناظر به زمان تأثیر و ماهیت تحقق آثار عقد است. در عقدی مانند بیع، به محض ایجاب و قبول، مشتری مالک مبیع است و عقد، خاتمه یافته محسوب می‌شود. اما در عقودی مانند اجاره، استخدامی و کارگری یا مضاربه، قرارداد ماهیتاً زماندار بوده و تحصیل منافع تدریجاً حاصل می‌شود. اگرچه اشاعه، به معنای اثر دفعی در شرکت مدنی قهراً و به یکباره حاصل می‌شود اما در قرارداد مشارکت در ساخت، تعهدات مستمر و تدریجاً حاصل می‌گردد. (امامی، ۱۳۹۸، ۶۰)

از یکسو فرآیند احداث ساختمان، امری تدریجی و مستلزم گذر زمان است و از سوی دیگر تعهدات مالک نیز به طور تدریجی و به فراخور پیشرفت پروژه و بسته به شروط فیما بین حاصل می‌شود. لذا مشارکت در ساخت، جزء عقود مستمر تلقی می‌گردد.

۴-۱-۱- عهدی یا تملیکی بودن

درخصوص قرارداد مشارکت در ساخت، به نظر می‌رسد هر دو چهره عقد عهدی و عقد تملیکی وجود دارد. از یکسو، مشارکت دهنده، ملک را به میان می‌آورد و سازنده نیز نیروی کار، تخصص، مصالح ساختمانی و سایر اموال مادی و فکری خویش را به کار می‌بندد و در نتیجه اعیانی در حال احداث که حاصل از ترکیب و مشارکت اموال مالک و سازنده است، چهره تملیکی پیدا می‌کند؛ زیرا هم مالک مالک، در مصالح و اعیانی احداثی مالکیت مشاعی خواهد یافت و هم سازنده در عرصه ساختمان و همه اجزاء آن شریک است. تا اینجا که توضیح داده شد، مشاعی بودن مالکیت اثر اولیه و عملی مشارکت در ساخت است.

اما نکته حائز اهمیت آن است که برخلاف مشارکت مدنی که صرفاً شرکاء مال را می‌آورند و هیچ تکلیف و تعهد و تراضی برای تقسیم و افراز و تفکیک از ابتدا ندارند؛ مگر آنکه متعاقباً چنین اراده‌ای نمایند، در قرارداد مشارکت در ساخت، طرفین از ابتدا در صدد تقسیم واحدهای ساختمانی آتی‌الاحداث هستند؛ در حقیقت مشارکت در ساخت ماهیتاً مشتمل بر تملیک و تعهد است؛ تملیک سهم‌الشرکه و متعاقباً تفکیک قدرالسهم‌ها و صدور اسناد مالکیت تفکیکی برای هر واحد آپارتمان برای هریک از مالکین یا سازندگان بنا به توافق (تقسیم‌نامه) اولیه ایشان. (فهیمی و رادان، ۱۳۹۸، ۱۰) معذک نویسندگان چنین تعبیر نموده‌اند قرارداد مشارکت در ساخت عقدی عهدی است که زمینه تملیک را در

آینده فراهم می نمایند و ماهیتی شبیه به قولنامه دارد؛ نه آنکه مشارکت در ساخت عقدی تملیکی یا نیمه تملیکی باشد.

هیأت عالی قوه قضائیه با اعتقاد به تملیکی بودن قرارداد مشارکت در ساخت چنین اظهارنظر نموده است: "با احراز و استقرار حق یکی از پیش خریداران نسبت به یکی از واحدهای در دست ساخت، همانطور که وی میتواند حکم علیه سازنده را درخواست نماید، در ضمن وی رأساً می تواند نسبت به تکمیل یا ساخت واحد پیش خریداری شده اقدام نماید" در مقابل گروهی معتقدند برخلاف آورده طرف اول (مالک) که نقد است (زمین)، آورده طرف دوم منوط به احداث و ساخت است و لذا تا زمان ایفاء تعهد حقی است متزلزل، نه مالکیتی مستقر.

مذللک گروهی از نویسندگان معتقدند پیش فروش، نوعی بیع است (چه بیع کلی، چه بیع کالای آینده) در هر صورت همه اقسام بیع، شامل تملیک میشود؛ تملیک هم عبارت است تسلیط بر عین؛ حتی اگر منحصرأ به صورت آنی حاصل نشود بلکه اگر زمینه تملیک هم ایجاد شود و تملیک در آینده حاصل شود، به آن تملیک اطلاق میشود. زیرا مالکیت رابطه اعتباری اختصاص یک موضوع به یک شخص است که مانع از تصرف اغیار در آن مملوک میشود. (قبولی درافشان، ۱۳۸۶، ۹۳) حتی از نظر فقها نیز ملازمه ای بین وجود مالکیت و وجود عین در خارج وجود ندارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج: ۱، ۵۴) فراتر از این، فقها، نفس سلطه قانونی را مالکیت دانسته و آنرا منحصر در عین نمیدانند. بلکه آنرا «سلطنتی اعتباری که توسط شارع مقدس و عقلاً ثابت است، تعریف نموده اند» (صفار، ۱۳۷۳، ۴۵)

یکی از نویسندگان چنین اظهار عقیده نموده است: بیع آپارتمان ساخته نشده، عقدی است تملیکی که اثر آن یعنی تملیک به پیش خریدار، منوط به ایجاد و تولید نهایی مبیع است و تا حصول معلق علیه به تأخیر می افتد. با این توصیف، نویسندگان حقوقی چنین نتیجه گرفته اند که صرف تملیکی بودن پیش فروش، به معنای استقرار حقوق مالکانه نیست و ساخت و تکمیل آپارتمان، زمان استقرار مالکیت و معلق علیه است. لذا حتی با خوانش تملیکی از قرارداد پیش فروش نمیتوان حق عینی کاملی برای پیش خریدار تصور نمود و فسخ قرارداد مشارکت در ساخت پیش از ایجاد حق عینی باعث از بین رفتن زمینه های حق عینی و انفساخ قهری قرارداد پیش فروش خواهد شد (بنی هاشمی، ۱۳۹۶، ۱۱۶) در حقوق کشورهای عربی مانند سوریه، لبنان و لیبی هم اگر موضوع قرارداد در موعد مقرر وجود خارجی پیدا نکند، آن بیع باطل است. (شعاریان، ۱۳۹۱، ۱۲۱)

استدلال دیگری در نفی مالکیت پیش خریدار بر واحد ساخته نشده اقامه گردیده آن است که پیش خریدار، سهم سازنده را مالک میشود و سازنده زمانی مالک میشود که پروژه را احداث نماید. لذا مالکیت پیش خریدار تابعی از مالکیت سازنده است. در تعبیری فقهی فاقد شیء نمیتواند معطی شیء باشد. لذا اگر سازنده، فاقد مالکیت مستقر و کامل باشد نمیتواند مالکیت کامل و مستقری را به پیش خریدار منتقل نماید. لذا آنچه به پیش خریدار منتقل میشود، مالکیتی متزلزل است و لذا است که پیش فروش تابع

استحکام و بقاء عقد اول (مشارکت در ساخت) است و چهره‌ای مستقل از آن ندارد. مگر آنکه واحدها احداث شود. در این صورت است که فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، تأثیری بر مالکیت پیش خریدار ندارد. (اسلامی‌نیا و دیگران، ۱۴۰۲، ۴۰ و صحرایی، ۱۳۹۷، ۴۹)

۲-۱- بطلان قرارداد

۱-۲-۱- تعریف و انواع بطلان

بطلان، صفت عمل حقوقی باطل است؛ بطلان ذاتی (مطلق) بی اثر بودن عقد یا ایفاء به علت فقدان شرط یا شروطی است که بدون آنها قانوناً نمی‌تواند اثر داشته باشد و رضایت ذی‌نفع هم نمی‌تواند آن را مؤثر کند. بطلان نسبی صفتی است در یک عمل حقوقی که در آن رعایت کامل شرایط قانونی نشده لذا این قرارداد نسبت به ذی‌نفع در حالت تزلزل (بین صحت و فساد) قرار دارد و به تعبیر فقها این قرارداد، موقوف است مانند موارد معاملات اشتباهی، اکراهی یا حجر عاقد و ... (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ۱۱۵) اصطلاح بطلان نسبی در حقوق شرکت‌های تجاری در حقوق تجارت ایران نیز استعمال می‌گردد به طور مثال وفق ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت «انتقال سهام بانام باید در دفتر سهام شرکت ثبت بشود و انتقال دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی او باید انتقال سهام را در دفتر سهام شرکت امضا کند.» لذا در این مورد انتقال سهم فیما بین انتقال دهنده و انتقال گیرنده صحیح است؛ اما شرکت یا اشخاص ثالث می‌توانند بطلان آن را از محکمه تقاضا نمایند. (نوبین، ۱۴۰۰، ۲۶)

باطل بودن قرارداد اگر ناشی از شرایط صحت معامله باشد و از شرایط ماهیتی باشد، در رویه قضایی، بطلان نامیده می‌شود و دادگاه حکم بر «اعلام بطلان» صادر می‌نماید. یعنی گویی از ابتدا عقدی واقع نشده است. اما گاهی اوقات قصد و رضای معاملی وجود داشته، اما به جهت عیوب عارضی (نظیر معامله فضولی) عقد، قابلیت ترتب اثر قانونی را ندارد که در این صورت دادگاه حکم بر ابطال قرارداد صادر خواهد نمود. (حکاک‌زاده و سالمی، ۱۴۰۰، ۱۰۸-۱۰۴) به عبارت دیگر، گاهی اساساً عقدی واقع نمی‌شود و دادگاه «عدم وقوع عقد» را کشف می‌کند لذا حکم بر اعلام بطلان صادر می‌نماید؛ اما گاهی عقدی که واقع می‌شود فاقد ترتب اثر حقوقی است و دادگاه با کشف عدم ترتب اثر، قرارداد را ابطال می‌کند. (رضوی، ۱۴۰۰، ۱۷) در تشریح بهتر تفاوت میان این دو اصطلاح یکی از قضات بیان داشته که نهاد ابطال (قابلیت ابطال) به عدم نفوذ، شباهت دارد و درخصوص بطلان نسبی استعمال می‌شود و تفاوتش با نهاد بطلان مطلق نیز از همین معنی آشکار می‌شود زیرا در بطلان مطلق، اساساً عقدی واقع نشده و قابلیت ترمیم را ندارد و به طور مطلق و نسبت به همه طرف‌ها کأن لم یکن تلقی می‌شود. (اصغرزاده‌بناب، ۱۴۰۰، ۹۶)

۲-۲-۱- موجبات بطلان عقد

۱-۲-۲-۱- مستحق للغير

مستحق للغير به وضعیتی اطلاق می‌شود که شخصی نسبت به مال دیگری معامله فضولی انجام دهد. در قرارداد مشارکت در ساخت اگر طرف اول قرارداد (مشارکت‌دهنده) مالکیتی در عرصه مورد احداث ساختمان نداشته باشد، در این صورت واگذاری ملک به سازنده از باب مستحق للغير بودن موضوع مورد معامله، قراردادی غیرنافذ است و در این صورت صحت معامله امری متزلزل بوده و منوط به تنفیذ مالک اصلی است. لذا در فرضی که مالک حقیقی، پس از اطلاع از وقوع معامله فضولی آن را تنفیذ ننماید، قرارداد مشارکت در ساخت باطل تلقی خواهد شد.

۲-۲-۲-۱- مصادره

چنانچه ملکی منطبق بر یکی از مصادیق موضوع اصل چهل و نهم قانون اساسی باشد در اینصورت، ملک مصادره خواهد شد. به طور مثال اگر کاشف به عمل آید که ملک جزء املاک رژیم پهلوی بوده و این عرصه مورد معامله مالک و سازنده قرار گرفته است، در این صورت ملک مصادره شده و حکم بر بطلان قرارداد مشارکت در ساخت صادر خواهد شد.

۳-۲-۲-۱- توقیف

اگر یکی از بستانکاران یا هریک از ذی‌نفعان بابت طلب خود، ملک موضوع قرارداد مشارکت در ساخت را قبل از تاریخ انعقاد قرارداد، توقیف کرده باشد، آنگاه چون توقیف مقدم بر انعقاد عقد بوده، لذا عقد باطل توصیف می‌شود.

۴-۲-۲-۱- محجوریت مالک

وفق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، اهلیت طرفین یکی از شرایط اساسی صحت هر معامله است. در مواد بعدی در تفسیر اهلیت بیان گردیده که اهلیت عبارت از رشد، بلوغ و عقل. لذا شخصی که سفیه، صغیر یا مجنون باشد، اهلیت معاملاتی نخواهد داشت. البته حجر به دو دسته حجر حمایتی و حجر سوءظنی تقسیم شده است که قسم اخیر شامل معاملات شخص ورشکسته می‌شود. مضافاً اینکه ممکن است شخصی مشمول هیچ از شقوق مزبوره نباشد اما بنا به دستور مقام قضایی ممنوع معامله باشد. در هریک از شرایط فوق نظر به اینکه معامله انجام شده (قرارداد مشارکت در ساخت) از سوی شخص فاقد اهلیت منعقد شده، باطل تلقی می‌گردد.

۲- آثار بطلان قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به حقوق طرفین

۱-۲- توافقی یا عدم توافقی در خصوص ضمانت اجرای بطلان

ذیل این عنوان دو فرض گوناگون متصور است. نخست اینکه طرفین در خصوص فرض بطلان، احتمالاتی را پیش‌بینی نموده و ضمانت‌اجراهایی را در نظر گرفته باشند و فرض دیگر آن است که در خصوص بطلان سکوت نموده باشند.

۱-۱-۲- وجود توافقی

در صورت وجود توافقی میان مالک و سازنده این ضمانت اجرا (شرط) ممکن است شرطی صحیح یا باطل باشد که ذیلاً به آثار هریک می‌پردازیم:

۱-۱-۱-۲- مشروعیت شرط و توافقی

حال اگر این توافقی، مشروع، معتبر و قانونی باشد، زمانی که شرط (بطلان) رخ دهد، مشروط (موضوع توافقی) می‌بایست رعایت و اجرا گردد.

به طور مثال مالک و سازنده توافقی می‌کنند که اگر قرارداد، باطل شد، تا هر میزانی که پروژه پیشرفت داشته، کلیه عرصه و اعیان بانضمام لواحق و امتیازات متعلق به مالک بوده و مالک متعهد است معادل ریالی قدرالسهم سازنده از اعیانی را وفق تقسیم‌نامه برطبق نظریه کارشناس مرضی‌الطرفین به سازنده پرداخت نماید. در چنین فرضی، شرط صحیح و معتبر بوده و بدیهی است اگر به هر جهتی طرفین در آینده قرارداد باطل شود، درخصوص وضعیت مالکیت اعیانی واحدها و یا اجرت زحمات سازنده و حقوق و سهام وی هیچ اختلافی باقی نخواهد ماند. زیرا توافقی مشروع و صریحی فی‌مابین وجود دارد که جای ابهامی باقی نگذاشته است.

۲-۱-۱-۲- عدم مشروعیت شرط

فرض دیگر آن است که درخصوص شرایط بطلان قرارداد مشارکت در ساخت توافقی شده، اما توافقی مزبور به جهتی نامعتبر و باطل گردد. در صورت فقدان شرایط صحت عقد از باب (الباطل کالمعدوم) حکم بر عدم اشتراط می‌گردد.

۲-۱-۲- وضعیت عدم توافقی

مقصود از وضعیت عدم توافقی دقیقاً شرایطی است که طرفین در زمان تنظیم قرارداد مشارکت در ساخت (اعم از نسخه اصلی یا در ضمن پیوست‌های آن) و یا طی الحاقیه‌های احتمالی بعدی، هیچ توافقی راجع به انواع طرق بطلان و سازوکارهای حقوقی ناظر به شرایط پس از بطلان نمی‌نمایند. در این بند می‌خواهیم بررسی نماییم که در فرض سکوت قرارداد مشارکت در ساخت راجع به شرایط پس از بطلان،

چه آثار و شرایطی نسبت به طرفین (مالک/ مالکین و سازنده/ سازندگان) جاری خواهد شد؟ لذا در مبحث دوم فروض گوناگون در وضعیت بطلان قرارداد و حقوق طرفین در وضعیت استرداد عوضین مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۲- فرضی ناظر به کیفیت استرداد عوضین در فرض بطلان

یکی از تعهدات سازنده که عمده تعهد او را شامل می شود تعهد به ساخت و احداث پروژه می باشد. حال با فرض عدم انتقال مالکیت واحد/ واحدهای در حال ساخت یا ساخته شده، می خواهیم به شقوق گوناگون آثار قابل حمل بر روابط طرفین بپردازیم. بدیهی است اگر پروژه هنوز آغاز نشده است در این صورت با وصف بطلان قرارداد، عملاً «استرداد عوض» منتفی خواهد بود زیرا سازنده ارزش افزوده‌ای به پروژه اضافه نکرده و اقدامی را معمول نداشته تا «عوض» تولید شود. البته اگر سازنده مبلغی به عنوان مساعده یا تحت هر عنوان دیگر به سازنده پرداخت نموده باشد این وجه بایستی مسترد گردد که موضوعاً از بحث تعهدات تملیکی خارج است. اما محل بحث جایی است که تعهدات تملیکی سازنده جزئاً یا کلاً ایفاء گردیده است. در چنین شرایطی چند تحلیل قابل تأمل است:

۲-۲-۱- فرض تعلق اعیانی به سازنده

باتوجه به اینکه قرارداد باطل شده، استرداد عوضین حکم میکند که کل عرصه برای مالک اولیه و کل اعیانی برای سازنده باشد. (براساس قاعده فقهی الزرع للزارع ولو کان زارعاً) مانند آنکه شخصی در زمین کشاورزی غصبی، کشت کند. بدیهی است زراعت متعلق به غاصب است، نه مالک زمین و زارع باید اجرت المثل تصرف غاصبانه را پرداخت نماید. در مانحن فیه نیز سازنده باید اجرت مسکن در ملک را به مالک بدهد. (این قول با قاعده انصاف و شروط تبانی ضمن العقد به نظر سازگاری ندارد.

۲-۲-۲- فرض تعلق اعیانی به مالک و تعهد به پرداخت اجرت المثل

باتوجه به اینکه آپارتمان ها در ملک متعلق به مالک اولیه احداث شده است لذا از باب قاعده ید (قرار گرفتن آپارتمان در عرصه، مستلزم تبعیت مالکیت آپارتمان از مالکیت عرصه است) و همچنین بنای اولیه و عقلایی که مالک نباید در ازای قرارداد مشارکت از منفعت اصلی محروم شود، لذا کل آپارتمان ها (شش دانگ عرصه و اعیان متعلق به مالک بوده) و مالک مکلف است اجرت المثل اقدامات سازنده را از باب استیفاء (ماده ۳۰۶ قانون مدنی) به او پرداخت نماید. قطعاً در این صورت متضرر تمام عیار، سازنده و برنده حقیقی، مالک خواهد بود.

۳-۲-۲- فرض تعلق اعیانی به مالک و تعهد به پرداخت یوم الاداء حصه سازنده

فرض سومی که شاید از رهگذر آن بتوان تعادل حقوقی و اقتصادی میان حقوق مالک و سازنده برقرار نمود آن است که بگوییم اگر چه قرارداد مشارکت در ساخت چنانکه در فصل نخست توضیح داده شد یک قرارداد نوین و مبتنی بر ماده ۱۰ قانون مدنی و ارکان و آثار آن کاملاً متفاوت با عقد شرکت (شرکت مدنی) در قانون مدنی می‌باشد، با این حال، مشابهت‌هایی که کماکان بین عقد شرکت و قرارداد مشارکت در ساخت وجود دارد، سبب می‌گردد که حداقل در خصوص این محل نزاع بتوان از منافع آن کمک گرفت.

وفق ماده ۵۸۷ به بعد قانون مدنی، یکی از طرق انتفاء و انحلال عقد شرکت مدنی، تقاضای تقسیم است؛ در تقسیم شرکت مدنی، شرایطی وجود دارد از جمله اینکه تقسیم به تراضی باشد و اگر تراضی حاصل نشد حاکم (دادگاه) اجبار می‌نماید (مانند دستور فروش) و نهایتاً قانون حکم می‌نماید که در هر صورت تقسیم نباید موجب ضرر شرکاء باشد و الا از موجبات بطلان تقسیم تلقی می‌گردد. (ماده ۵۹۹ به بعد)

به نظر می‌رسد، قرارداد مشارکت در ساخت چون یک قرارداد مغایبی (معاملی) است و هر دو طرف در یک صنعت پرارزش (ساختمان) سرمایه‌گذاری می‌کنند، می‌توان با وحدت ملاک از عقد شرکت مدنی چنین حکم نمود که بهتر است در چنین وضعیتی در نتیجه بطلان، مالک اولیه را، مالک بر شش دانگ کل عرصه و اعیان مجتمع ساخته شده تلقی نمود با این قید و شرط که مالک «نه معادل با اجرت المثل موضوع ماده ۳۰۶ قانون مدنی» بلکه معادل ربالی سهم مالکانه سازنده (به مثابه یک شریک مدنی) را به او پرداخت نماید و در این خصوص حق حبس نیز مجرا باشد.

حسن این تفسیر آن است که هم با تئوری‌های سنتی حقوق مدنی قابل تطبیق است و هم با واقعیت‌های روز و ارزش‌های معاملاتی سازگار است. ما با این پیشنهاد هم به معنای واقعی کلمه عوض را به صاحب اصلی‌اش عودت می‌دهیم و مضافاً اینکه نهادهای سنتی حقوقی، منافی با واقعیت‌های بازار نخواهد بود.

۳- آثار بطلان قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به اشخاص ثالث

در این فصل تأثیر «اعلام بطلان» بر حقوق اشخاص ثالث را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. اعلام بطلان به معنای کشف فساد در خصوص شرایط زمان انعقاد معامله است که وجه اتم آن موارد مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. مواردی نظیر اهلیت، قصد و رضا و ... زمانی که دادرس احراز مینماید که یکی از شروط اساسی و صحت عقد، از ابتدا مفقود بوده و اساساً عقدی به درستی منعقد و اثر حقوقی تولید و ایجاد نگردیده است، با اعلام «بطلان» معامله، رابطه حقوقی که طرفین یکدیگر را ذی‌نفع و متعهد آن می‌پنداشتند، رسماً منتفی و کأن لم یکن اعلام می‌کند. چنانکه از نام و ترکیبات این اصطلاح واضح

است، بطلان، حکمی اعلامی است و جنبه کاشفیت دارد. به این معنا که دادگاه موضوع جدیدی را ایجاد و تأسیس نمی‌نماید و در نتیجه حکم اعلام بطلان (صرفاً همین خواسته) اجرائیه‌ای صادر نخواهد شد زیرا در عالم خارج حادثه جدیدی رخ نخواهد داد و صرفاً دادگاه خط بطلان و مهر پایانی بر اعتباری که طرفین برای معاملات خود قائل بودند میزند.

طبیعتاً با باطل فرض شدن یک معامله از ابتدای انشاء، کلیه اقدامات طرفین نیز بالطبع بدون پشتوانه خواهد شد. مانند ساختمانی که روی فونداسیون و اسکلت و ستون بنا شده و یکی از ستون‌های اصلی آن برداشته و یا یکی از پایه‌های زیرین آن منهدم شود. طبیعی است، دیگر ساختمانی وجود خارجی نخواهد داشت یا همچون مایی که در ظرفی باشد؛ با شکسته شدن ظرف، دیگر مظرופی تصور نخواهد شد.

۱-۳- تأثیرات بطلان بر تعهدات تملیکی و عهده سازنده به دیگران

زمانی که مالکین با سازنده قرارداد مشارکت در ساخت را به تصور صحت ارکان آن منعقد می‌کنند و بعداً فساد معامله کشف میشود گویی هیچ تعهدی ایجاد نشده است. مثلاً سازنده‌ای که سفیه بوده تعهد کرده سقف دوم را ظرف شش ماه پس از امضاء قرارداد تکمیل خواهد نمود. در این فرض، چون قرارداد مشارکت در ساخت، قرارداد مالی توصیف میشود و بار مالی دارد و شخص سفیه ممنوع از مداخله در امور مالی خویش است، لذا نمی‌توان سازنده سفیه را متعهد به احداث مجتمع و بنا تصور نمود.

با توضیحی که بیان شد اگر به فرض شخص سفیه فوت نماید و مالکین دعوای مطالبه وجه التزام (خسارت) تأخیر بابت عدم اجرای سقف دوم تا موعد معهود را بطرفیت وراثت سازنده اقامه نمایند، وراثت خواهند توانست با طرح دعوای تقابل به خواسته اعلام بطلان قرارداد به جهت حجر (عدم اهلیت) طرفین و استناد به فقد شرایط موضوع ماده ۱۹۰، از تعهد پرداخت وجه التزام شانه خالی کنند؛ زیرا به واقع متوفی اراده معتبری برای پذیرفتن اصل تعهد یا وجه التزام ناظر بر آن نداشته است. لذا منتفی شدن کلیه تعهدات فیما بین چنانکه در فصل اخیر گذشت، نیازی به توضیح بیشتر ندارد.

حال اگر سازنده سفیه در مثال فوق، قراردادهای متفاوت عهده و تملیکی دیگری منعقد نماید، تکلیف آنها در خصوص «اشخاص ثالث» چه خواهد شد. مثلاً سازنده با حضور در دفترخانه به آقای الف وکالت محضری جهت اخذ پروانه ساختمانی را تفویض کند، سفارش خرید بتن آماده بدهد، با تیم آرماتوربندی قرارداد ببندد، واحد ۲ شرقی موضوع قدرالسهم خویش را پیش‌فروش نماید و ...

به نظر می‌رسد در مثال‌های فوق دلیلی برای تفکیک فروض گوناگون وجود ندارد و می‌توان بدون تردید قائل بر بی‌اعتباری کلیه حالت‌های فوق گردید.

مثلاً اگر سازنده سفیه به شخص الف (وکیل دوم) وکالت در اخذ پروانه را تفویض نموده است، وکالت موصوف به دو جهت باطل است؛ اولاً به این سبب که «موکل» حدوثاً و بقاءً نباید محجور باشد، درحالی‌که در عقد وکالت مذکور، سازنده از همان ابتدا محجور بوده لذا عقد وکالت به این جهت از ابتدا

باطل و مترتب فساد است. (لذا عقد وکالت باطل و سند محضری نیز مستلزم صدور حکم ابطال است) ثانیاً؛ وکالت دوم مبتنی بر وکالت اول بوده و تفویض شده و وکالت اولیه نیز خودش باطل است؛ چون سفیه، «وکیل وکالتنامه اول» بوده و در همان سند نخست نیز شرایط صحت معامله وجود نداشته است. درخصوص قراردادهای دیگر نیز همین کیفیت برقرار است؛ در واقع چون سفیه (عنصری که با وجود آن اصلاً عقد مالی شکل نمی‌گیرد) قراردادهای پیمانکاری، فروش و ... همگی مستلزم انتفاء بوده و اثری بر آنها مترتب نیست. لذا اگر پیمانکار، دعوای مطالبه وجه «مبلغ قرارداد پیمانکاری» یا «پیش خریدار» دعوای الزام به تکمیل و تحویل و انتقال سند و ... را بطرفیت سازنده سفیه اقامه نماید، قیّم منصوب یا سایر نمایندگان قانونی سفیه به «بطلان» قرارداد پایه تمسک نموده و قراردادهای بعدی نیز هم اصالتاً و هم تبعاً محمول بر بطلان خواهد بود.

چنانکه در همین راستا رؤسای شعب ۲۱، ۳۵، ۴۲ و ۴۵ دیوان عالی کشور در تأیید رأی صادره از شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران (موضوع جلسه صدور رأی وحدت رویه ۸۱۰) چنین اظهار نظر نمودند: «بین بطلان معامله نخست و بطلان آن تفاوت وجود دارد. در مورد بطلان بیع اول، هیچ کس تردیدی ندارد که معاملات بعدی نیز هر چند تا که باشد باطل خواهد بود زیرا مالکیتی به خریدار منتقل نشده است تا او بتواند به دیگری واگذار نماید، پس بطلان قرارداد، اثر قهقریایی دارد...» حال اگر این پروژه که سفیه در حال اجراست، اعیانی احداث شود یا یک پروانه و گواهی اداری صادر شود، تکلیف این امور چه خواهد شد؟ آیا اعیانی معدوم و یا گواهی ابطال خواهد شد؟ به تفکیک بررسی میکنیم.

۲-۳- تعیین تکلیف گواهی های صادره

اگر شهرداری به استناد درخواستی که از سوی سازنده سفیه بوکالت از مالک در شهرداری منطقه ثبت شده، تقاضای صدور پروانه ساختمانی (یا حتی پایان کار) نموده و پس از بازدید و دریافت وجوه و عوارض دولتی، بطلان قرارداد پایه اعلام گردد، (حتی پس از تکمیل کل بنا) آیا پروانه ساختمانی، گواهی عدم خلاف، پایان کار و اسناد فنی و استاندارد از این دست نیز مستلزم ابطال است؟ به نظر می‌رسد اثرگذاری بطلان بر عقود بعدی، ناظر به زمانی است تعهدی مبتنی بر تعهد اولیه ایجاد شده باشد اما در اعمال عمومی، حاکمیتی و اموری که دارای ناظران سازمانی و غیره می‌باشد اساساً به نظر نمی‌رسد اهلیت شخص یا حتی سایر عوامل که عامل «بطلان عقد» باشد تأثیر بگذارد.

درخواستی به شهرداری واصل شده؛ کارشناس فنی و شهرسازی، مهندسان ناظر مکانیک، برق و تأسیسات و معماری نیز بازدیدها را به عمل آورده و کل پروژه مورد تأیید ایشان است. عوارض دولتی نیز پرداخت و یک گواهی با رعایت کلیه استانداردها و پرداخت کلیه حقوق دیوانی صادر شده است. باتوجه به اینکه اولاً اصل بر صحت است و فساد محتاج دلیل است و ثانیاً هیچ تلازمی فیما بین «صحت قرارداد

مشارکت در ساخت» با «اعتبار گواهی‌های اداری» وجود ندارد به نظر می‌رسد نمی‌توان پروانه‌ها و گواهی‌های صادره را باطل توصیف نمود.

البته این نکته در خصوص «بطلان» با همین قوت مطرح می‌شود و در خصوص «ابطال» متفاوت به نظر می‌رسد زیرا در آن صورت اعتقاد به اعتبار گواهی‌های صادره از باب مشخصات و اوصاف ساختمان و محل ساخت پروژه است، نه مشخصات مالک. به طور اگر ۱۰ سال پس از اتمام ساخت یک بنا، کاشف به عمل بیاید که اساساً پلاک ثبتی عرصه اولیه به نام مشارکت‌دهنده نبوده و مثلاً متعلق به شخص حقیقی یا شرکت یا سازمان بوده و یا به حکم محاکم اصل ۴۹ جزء املاک مشمول مصادره بوده و به هر ترتیب مالکیت نخستین منتفی گردد. در این صورت بدیهی است پایان کاری که به نام مالک پلاک ثبتی اولیه صادر شده از آن جهت که مشعر بر رعایت اصول فنی و شهرسازی و معماری (یا پرداخت جریمه موضوع کمیسیون ماده ۱۰۰) بوده غیرقابل خدشه است اما نام دارنده گواهی، بالطبع مستلزم تغییر است؛ مثلاً ممکن است صاحب پروانه به «بنیاد علوی» تغییر نام پیدا کند اما این به آن معنا نیست که فرآیندهای ناظر بر نظارت میدانی و ساخت و ساز و ... به طور کلی از ابتدا آغاز گردد.

همچنین لازم به ذکر است موانع موقتی نظیر توقیف یا در رهن بودن نافی پیگیری جهت دریافت مجوزات و گواهی‌های اداری تلقی نمی‌گردد. به طور مثال وفق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۴۶۲ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در نقض دادنامه شماره ۲۲۴ مورخ ۷/۵/۱۳۹۱ صادره از شعبه ۲۰۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین استدلال شده است: "درخصوص تجدید نظر خواهی ۱- الف.م.س. ۲- علی م. ۳- م. ر. ۴- م. ۵- ب. ج.ت.ن. ۶- م. الف. ۷- ک. ر. با وکالت ع.ن. و م. و.پ. به طرفیت ع. الف. و م. ی. نسبت به دادنامه شماره ۲۲۴ مورخ ۷/۵/۱۳۹۱ صادره از شعبه ۲۰۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن به آن قسمت از دادنامه پیرامون الزام به اخذ سند و یا پایانکار و صورت‌مجلس تفکیکی قرار رد دعوی صادر گردیده است نظر به استعلام واصله شماره ۲۲۴۷ مورخه ۷/۱۰/۱۳۹۰ حکایت از بازداشت ۴۵ سهم از یک آپارتمان ... می باشد نه کل عرصه پلاک ثبتی و همچنین اخذ پایانکار و صورت‌مجلس تفکیکی با بازداشت ملک ولو به شرح فوق منافاتی با خواسته مزبور ندارد بنابراین دادنامه تجدیدنظر خواسته در مقام اعتراض با مدلول ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی قابل انطباق می باشد فلذا در اجرای ماده ۳۵۳ قانون مارالذکر ضمن نقض این قسمت از دادنامه تجدیدنظرخواسته..."

۳-۳- تعیین تکلیف مالکیت اعیانی و مستحذات

اگر اعیانی و مستحذاتی در پروژه ایجاد شده و حکم بر اعلام بطلان قرارداد مشارکت در ساخت صادر شود. در این صورت آیا باید میان حالتی که پروژه دارای موقعیت قانونی و عرفی تکمیل شده بوده یا خیر؟ واضح ترین فرض آن است که سازنده بلافاصله پس از آغاز پروژه سهم خود را به ثالثی منتقل نماید،

بدیهی است با انتفاء شرایط صحت عقد اولیه، عقود بعدی نیز بالتبع کأن لم یکن تلقی خواهد شد و گویا پیش خریدار چیزی را مالک نشده است. (الباطل کالمعدوم) در این صورت پیش خریدار نیز ضرر قابل توجهی را متحمل نخواهد شد (در مقایسه با پیش خریدار در مثال بعدی)

فرض بعدی آن است که پیش خریدار ملکی را که تکمیل شده است، از سازنده سفیه و فاقد اهلیت خریداری کند در اینصورت نیز خریدار مالک چیزی نشده است؛ زیرا نه تنها بیع، مبتنی بر مشارکت در ساخت فاسد منعقد شده بلکه بایع نیز فاقد اهلیت است لذا پیش فروش نیز اصالتاً و تبعاً باطل است.

در بدبینانه‌ترین وضعیت اینکه اگر شخصی آپارتمان کاملاً مهیا شده‌ای را به عنوان منتقل الیه دست چندم خریداری نماید در حالیکه او مستقیماً مبیع را از شخص سفیه خریداری ننموده باشد آیا باز هم مالکیت او بی اعتبار است؟ مثلاً شخص «د» از «ج»، «ج» از «ب» (که هر سه اهلیت دارند) و «ب» از «الف» (سازنده سفیه) آپارتمان را خریداری کرده باشند؛ آیا می‌توان مالکیت «د» بر عین آپارتمان را منتفی دانست و تعاقب ایادی را عامل تزلزل مالکیت او توصیف نمود؟ به نظر می‌رسد باز هم پاسخ مثبت است و نمیتوان اصل استحکام معاملات بویژه در بازار املاک را توجیه کننده عدم بطلان مالکیت «د» دانست. زیرا وقتی معامله «الف» و «ب» به جهت سفاکت «الف» باطل اعلام شود، در واقع اینچنین توصیف میشود که «ب» نیز بدون وصف مالکانه، مبیع را به «ج» منتقل کرده و همین استدلال برای آخرین معامله نیز به کار می‌رود. لذا هر تعداد که ایادی متعاقب در سلسله معاملات وجود داشته باشد همگی «باطل» توصیف خواهد شد. بویژه آنکه عقود ناقله تابع عین است و ذی‌نفع (محکوم) له در دعوای اعلام بطلان می‌توان عین را در ید هر شخصی که باشد مطالبه نماید. (وفق ماده ۱۹۷ قانون مدنی و احکام بحث غصب در مواد ۳۰۷ به بعد همان قانون)

دادنامه شماره ۱۹۳/۶۰۲۲۰۶۰۹۹۷۰۹۴ مورخه ۱۳/۳/۱۳۹۴ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر تهران در نقض دادنامه شماره ۱۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۸ شعبه ۱۹۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران مؤید همین امر است که حکم اعلام بطلان نخستین مبنای روابط پایه و دلیل مالکانه آن (بطلان عقد نخست) موجب بی اعتباری مالکیت ایادی بعدی خواهد بود: "تجدیدنظرخواهی آقای ع. الف. خ. م. با وکالت آقای ح. الف. ب. به طرفیت آقایان ا. الف. ب. ۲. خ. الف. از دادنامه شماره ۱۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۸ شعبه ۱۹۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران که طی آن حکم بر بطلان دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته خلع ید از پلاک ثبتی ... فرعی از ... اصلی و قلع و قمع مستحقات صادر شده وارد می باشد زیرا مالکیت تجدیدنظرخواه (خواهان بدوی) بر پلاک ثبتی مورد دعوی به استناد سند رسمی مالکیت و پاسخ اداره ثبت اسناد جنوب غرب تهران ثابت بوده و استیلاء ید خواندگان بر پلاک مزبور بر مبنای سند رسمی انتقال شماره ... مورخ ۱۳۸۳/۷/۳۰ دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران مشعر بر انتقال پلاک مزبور از ناحیه تجدیدنظرخواه به تجدیدنظرخوانده ردیف یک استوار شده که به دلالت رای شماره ۷۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۵ صادره از شعبه ۱۷۹ دادگاه عمومی تهران حکم بر بطلان سند مزبور صادر شده و با این

وصف فساد معاملات واقع شده بین تجدیدنظرخوانده ردیف یک و ایادی بعدی نیز محرز بوده و تصرفات تجدیدنظرخواندگان در ملک مزبور به لحاظ فقدان مبانی قانونی و عدم انتقال ملک به ناقل قانونی به آنان عدوانی و غاصبانه تلقی گردیده زیرا مطابق ماده ۳۶ قانون مدنی تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود مطابق ماده ۳۱۱ همان قانون غاصب باید مال مغضوب راعیناً به صاحب آن رد نماید بنابراین دادگاه با پذیرش تجدیدنظرخواهی به استناد بندهای ج و ه ماده ۳۴۸ صدر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض نموده و با توجه به دلایل و مستندات فوق الذکر و اینکه دلیلی از ناحیه تجدیدنظرخواندگان مبنی بر انتقال ملک به ناقل قانونی به آنان ارائه نشده و لذا دعوی خواهان را ثابت تشخیص داده و به استناد مقررات یاد شده حکم بر محکومیت تجدیدنظرخواندگان به خلع ید از پلاک ثبتی ... فرعی از ... اصلی و قلع و قمع ابنیه احدائی در آن به علاوه پرداخت خسارات دادرسی به تجدیدنظرخواه صادر و اعلام می‌شود این رای قطعی است."

بدیهی است عوامل بطلان عقد به اهلیت ختم نمیشود. مثلاً اگر قرارداد مشارکت در ساخت به سبب «جهت نامشروع» باطل اعلام گردد، آیا بازهم مالکیت آپارتمانها برای ایادی بعدی قابل خدشه خواهد بود؟ به طور مثال در ضمن قرارداد مشارکت در ساختی تصریح میشود که این مجتمع تجاری جهت تولید، بسته‌بندی و عرضه مشروبات الکلی یا مواد مخدر و روانگردان احداث می‌گردد. اگر یکی از واحدهای این آپارتمان به زوجی جوان (که حتی از فروشنده‌های قبل از خود نیز بی‌اطلاع هستند چه رسد به متن و مفاد قرارداد مشارکت در ساخت) آیا دادرسی حق دارد مالکیت این زوج که برای زندگی مشترک این آپارتمان را خریداری نمودند را منتفی اعلام نماید؟

به نظر می‌رسد در اینجا باید قدری بیشتر تأمل نمود و موضوع با شقّ اخیر تفاوت‌های بسیاری دارد بویژه آنکه با قاعده مهم «انصاف» قدری ناسازگار به نظر می‌رسد. اگرچه حقوق سنتی و نظریات کلاسیک حقوقی مؤید سلب مالکیت است؛ ولو از خریدار دست دهم حتی اگر بهترین مقاصد و منویات را داشته و مانند آنکه بلافاصله پس از تملک آن را وقف نمایند. زیرا اگر مشارکت اولیه به جهت فقدان مشروعیت باطل تلقی گردد، با چه توجیهی معاملات بعدی که میان سازنده و خریداران بعدی منعقد شده صحیح توصیف گردد؟ راهکار مسلّم حقوقی وجود ندارد. با این وجود اگر به برخی از ظرافت‌های حقوقی توجه شود، می‌توان «عرف»، «فرهنگ» و «زیباشناسی حقوقی» را در دادنامه‌ها منعکس نمود. به طور مثال دادرسی محترم می‌تواند در این قضیه چنین توصیف نماید که وصف مجرمانه یا نامشروعی که در حکم اولیه وجود داشته کأن لم یکن تلقی می‌گردد. به عبارت دیگر دادگاه به جای وارد دانستن دعوای اعلام بطلان به جهت عدم مشروعیت، مبادرت به صدور حکم بر ابطال شرط مندرج در قرارداد را نماید. اگر چه همین رویکرد نیز با چند ایراد مواجه خواهد بود که من جمله آن بی‌توجهی به شرط بنایی است که تشکیل دهنده عقد است.

۴-۳- تعیین تکلیف بقاء یا قلع اعیانی و مستحدثات

چنانکه در گفتار قبل بیان شد به نظر می‌رسد وجهی برای معتبر توصیف نمودن قراردادهای ناقله بعد از دست اول وجود ندارد؛ حال پرسش این است که آیا بطلان عقد، مساوی با تکلیف به قلع اعیانی نیز می‌باشد یا خیر؟ علیرغم سلب مالکیت از سازنده و منتقل الیه بعدی، آیا اسکلت، ستون یا حتی آپارتمانهای تکمیل شده قابل قلع و قمع خواهد بود؟ به نظر می‌رسد ملاحظه دقیق مفاد لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸،۹،۲۷ مفید خواهد بود که ماده واحده آن عیناً ذکر می‌گردد:

ماده واحده- در دعاوی راجع به رفع تجاوز و و قلع ابنیه و مستحدثات غیر مجاز در املاک مجاور هر گاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجاد کننده بناء یا مستحدثات از آن بی اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بناء و مستحدثات ومتوجه طرف می شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد.

در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می دهد در غیر این صورت حکم به خلع ید و قلع بناء و مستحدثات غیر مجاز داده خواهد شد. تبصره ۱- منظور از قیمت اراضی در این ماده بالاترین قیمت آن از تاریخ تجاوز تا تاریخ صدور حکم خواهد بود.

تبصره ۲- در صورتی که تجاوز به اراضی مجاور موجب کسر قیمت باقیمانده آن نیز بشود در احتساب ضرر مالک اراضی، منظور خواهد شد.

تبصره ۳- مقررات این قانون نسبت به دعاوی مطروحه ای که تا تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون به حکم قطعی منتهی نشده لازم الرعایه است و هر گاه حکم قطعی صادر شده و اجرا نشده باشد ذینفع می تواند با استناد به این قانون ظرف دو ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون تقاضای اعاده دادرسی نماید.

این لایحه قانونی و ماده واحده آن ۳ شرط همزمان (در اصطلاح اصولی عام مجموعی) برای قابلیت عدم قلع و بقاء ساختمان (با وصف عدوانی بودن احداث بنا) در نظر گرفته است که تلخیصاً عبارتند از:

- ۱- تجاوز ناشی از «جهل متجاوز» به ملک «مجاور» باشد
- ۲- تفاوت میزان ضرر مالک در خصوص «قلع بنا» با حالتی که «خسارت دریافت می‌کند» جزئی باشد.

حال با مذاقه در قانون فوق می‌خواهیم بررسی کنیم در وضعیتی که قرارداد مشارکت در ساخت باطل شده آیا الزاماً باید اعیانی نیز قلع شود؟ به چند نکته اشاره می‌کنیم:

اولاً: منطوق صدر ماده و مضافاً سیاق سایر عبارات این ماده واحده، دلالت بر این دارد که این قانون در مقام تعیین تکلیف تجاوز یک ملک نسبت به ملک مجاور است. مانند آنکه دو پلاک مجاور یکدیگر باشند و مالک پلاک اول به نحوی احداث بنا کند که اعیانی مستحدثه جزاً در پلاک همسایه، قرار گیرد. لذا در این نکته بسیار مهم که منطوق و ظاهر ماده، از بحث ما خروج موضوعی و تخصصی دارد تردیدی وجود ندارد. اما مسأله دیگر این است که آیا ذکر عباراتی نظیر «تجاوز» یا «مجاور» خصوصیتی داشته یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا نمی‌توان با آن دو ملاکی که در ادامه ماده واحده ذکر شده، عدم قلع بنا را نسبت به سایر اعیانی غیرمجاز جاری دانست؟ به عبارت واضح تر اگر ساختمانی اشتباه و عدوانا در عرصه‌ای غاصبانه احداث شده باشد (و اساساً بحث مجاورت و همسایگی هم منتفی باشد) آیا می‌تواند از ملاک و مناط این ماده استفاده نمود و حکم این ماده را به آن قضیه هم سرایت داد یا «مجاورت دو ملک» و «تجاوز یک پلاک در پلاک دیگر» خصوصیتی دارد؟

اگر به اصل رجوع کنیم باتوجه به اینکه اصل اولیه اجرای حکم قلع و قمع است و مالک حق از بین بردن آثار تصرفات غاصبانه را دارد (چنانکه این موضوع در قواعد غصب در قانون مدنی و حتی دعاوی ثلاثه تصرف در قانون آیین دادرسی مدنی بدان تصریح شده است) باید بگوییم این ماده واحده، به دلیل آنکه خلاف اصل است نباید آن را توسعه داد و باید مضیق تفسیر شود و نمی‌توان گفت قرارداد مشارکت در ساخت که باطل شد، به استناد این قانون غیرقابل قلع است (بافرض اجتماع شرایط)

اما اگر از مباحث نظری قدری فاصله بگیریم و وارد عالم عینیات شویم، ملاحظه می‌کنیم که در واقع چه تفاوتی وجود دارد؟ حکمت تقنین این ماده حمایت از مالک بوده و اینجا «عدم قلع» از قضا، «حمایت از مالک در برابر غاصب» را بیشتر تأمین میکند زیرا غاصب هزینه‌های غصب خویش را پرداخت میکند و در واقع بقاء اعیانی، مشروط به پرداخت خسارت و عدم تضرر مالک است. چنانکه منشأ اولیه و فلسفه احکامی چون خلع ید، قلع و قمع، اجرت المثل و ... تماماً حمایت از مالک در برابر غاصب است و نوع این حمایت موضوعیتی ندارد. با تسری این ماده واحده به موضوع بحث، هم می‌توان از اسراف و هدررفتن سرمایه انسانی و مصالح و هزینه تمام شده ساختمان جلوگیری نمود و هم میتوان بدون مناقشه موضوع را فیصله داد.

ثانیاً: از سوی مقابل چنین استدلالی هم قابل طرح است که عدم قلع، به این جهت اختصاص به املاک مجاور و تجاوز اشتباه و بدون قصد اضرار دارد که «جزئی» است نه «کلی» وقتی سازنده‌ای سفیه از صفر یک ساختمان را بی‌آنکه اهلیت داشته باشد بنا می‌گذارد و می‌سازد در واقع هر لحظه که آجر روی آجر این بنا اضافه میشود، یک تصرف عدوانی جدید است. آرماتوربندی که در حال عملیات آرماتوربندی است یا کارگر ساده‌ای که مشغول بتن‌ریزی در فونداسیون است و ... همگی در حال انجام فرآیندهای غاصبانه هستند. کل بنا، به صورت غاصبانه اجرا گردیده است. ماده واحده، برای جبران «یک اشتباه جزئی» تصویب شد نه «یک اشتباه کلی و سراسری». در اینجا اگر چه مالک و سازنده و اشخاص ثالث،

چه بسا همگی جاهل به عنصر «سفه» و فقدان «اهلیت» و «بطلان» هستند (و در واقع عنصر اشتباه و عدم قصد اضرار موضوع ماده واحده حاصل می باشد) اما صرف عدم قصد اضرار شرط کافی برای اعمال ماده واحده نمی باشد.

با همه تفاسیر به نظر می رسد حکم قلع بنا را می توان به سایر ابنیه (ولو غیرمجاور) سرایت داد. چنانکه در بحث زراعت در ملک غیر، قانونگذار چندین حالت را به رسمیت شناخته که از جمله آن محاسبه بهای زراعت و نگهداری آن است. زیرا حقوق، دانشی است که متضمن حفظ نظم عمومی، رعایت انصاف و عدالت می باشد. به نظر میرسد دادرس باید بکوشد تا در هر قضیه ببیند صدور چه حکمی تبعات کمتری برای همه طرفها (اعم از مالک، سازنده و اشخاص ثالث) دارد و حسب مورد و برپایه قاعده انصاف و لاضرر، تفسیر صحیحی ارائه دهد و عنداللزوم به ماده واحده استناد نماید و حتی با اعتقاد به خروج موضوعی از باب احکام ثانویه حکم بر ورود دعوی قلع و قمع صادر ننماید. (الضرورات، تبیح المحظورات)

۵-۳- تعیین تکلیف اجرتها، هزینه ها (دیون و قراردادهای) و اموال منقول

یکی از مواردی که اشخاص ثالث را وضعیت «بطلان مشارکت در ساخت» درگیر می نماید بحث اجرتها، هزینه ها و به طور کلی دیون است. سازنده سفیه یا صغیر یا مجنون، از یک کارخانه چندین تن بتن آماده و چند صد کیسه گچ سفید سفارش می گیرد و متعهد می شود. تکلیف این قراردادها چه میشود؟ در عهده یا تملیکی بودنشان تفاوتی وجود دارد؟ مثلاً آیا میتوان گفت حتی سفیه باعث بطلان قرارداد خرید نمیشود و چون در واقع پروژه متعلق به مالک است، مالک قائم مقام فروشنده (سازنده) خواهد بود؟ این تعبیر به هیچ وجه صحیح نیست زیرا بر اساس اصل نسبی بودن تعهدات و حصری بودن اقسام قائم مقامی، قرارداد خرید به محضی که منعقد شد صرفاً طرفین را نسبت به یکدیگر ملتزم می سازد. بنابراین اگر کارخانه هنوز بتن یا گچ را نفرستاده با اطلاع از بطلان قراردادی که با سفیه یا مجنون بسته، میتواند از تحویل مبیع (در بیع فاسد) امتناع کند. در این حالت ریسکی عملاً بوجود نمی آید.

اما اگر تعهد فروشنده به تسلیم مبیع محقق شده باشد چطور؟ آیا سفیه متعهد به استرداد بتن و گچ می باشد یا مالک (با عنایت به اینکه محل دپوی مبیع در کارگاه محل ساخت پروژه است) طبیعتاً در این حالت نیز با مشکلی مواجه نیستیم زیرا عین تابع ید است؛ یعنی محکوم له (در مانحن فیه کارخانه سیمان و گچ) با گسیل داشتن مأمور اجرای محموله های تحویلی را مسترد خواهد نمود (اعم از آنکه تکلیف دعوی مشارکت در ساخت و بحث حقوق مالکانه سازنده و مالکین عرصه در چه مرحله ای باشد)

اما اگر تعهد طرفهای قراردادی سازنده، تملیکی نبوده و عهده ای باشد و در واقع دینی ایجاد شود. در این صورت هم اگر آن دین ایفاء نشده باشد، متعهد به سبب عدم اهلیت سازنده از ایفاء خودداری خواهد نمود. اگر پرداخت وجه یا ایفاء تعهد در چارچوب حقوقی نادرست و من غیرحق و بلاوجه بوده باشد، حق

استرداد آن وفق قواعد عمومی در بحث ایفاء ناروا و نیز ذیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی، برای متعهد برقرار خواهد بود. بنابراین اگر شخصی تعهد نماید که ساختمانی را لوله کشی نماید و مبلغی دریافت کند و بعد از خرید لوله و در اثنای عملیات لوله‌گذاری متوجه عدم اهلیت مقاطعه‌دهنده (سازنده سفیه) گردد، مشارالیه نه تنها می‌تواند بلکه مکلف است ضمن ارسال اظهارنامه مراتب عدم ادامه کار را به سازنده اعلام و نیز هزینه‌ها و خساراتش را مطالبه نماید.

در باب استقلال شروط و عقود عهدی از قائم مقام در عقود تملیکی توجه به یکی از دادنامه‌های صاداری در موضوع قرارداد مشارکت در ساخت حائز اهمیت تلقی می‌گردد. به موجب این دادنامه چنانچه متعاقب قرارداد مشارکت، مالک سهم آپارتمان خود را معامله کند و در قرارداد فروش آپارتمان، شرط خسارت ناشی از عدم انجام تعهد قراردادی درج شده و موجب محکومیت فروشنده به پرداخت وجه التزام ناشی از عدم تنظیم سند شود، مشارالیه مسئول پرداخت خسارت وارده به خریدار است؛ بنابراین نمی‌توان سازنده را به پرداخت آن محکوم کرد؛ زیرا سازنده تعهد مستقلی در این خصوص در قبال خریدار ندارد. (دادنامه شماره ۱۳۹۰۰۲۳۸۰۰۹۵۰۹۹۷۰ مورخه ۹۵/۰۲/۲۵)

نتیجه

۱- استرداد عوضین نتیجه حتمی و قطعی در فرض بطلان هر قراردادی است، لکن حصول و تحقق عملی استرداد عوضین منوط به آغاز عملیات اجرایی است و بدون آن استرداد عوضین موضوعاً منتفی خواهد بود.

۲- در فرض پیشرفت جزئی پروژه ساختمانی و یا اتمام عملیات ساختمانی و کشف بطلان عقد، دیدگاه‌های مختلفی در فصل دوم مطرح شده که تعلق مالکیت اعیانی به مالک و در مقابل تعهد مالک به پرداخت اجرت المثل سازنده متناسب با حصه مالکانه سازنده در فرض صحت عادلانه‌تر به نظر می‌رسد.

۳- در خصوص وضعیت بقاء یا قلع اعیانی باید توجه نمود که موجبات بطلان چیست بدیهی است اگر مالک شخص ثالث باشد نیز امکان قلع تابع قانون ماده واحده خواهد بود.

۴- در خصوص عقود و اعمال حقوقی غیرناقله مانند صدور پروانه‌ها و اقدامات اداری، اگر مفاد پروانه، دستور یا سند اداری، ناشی از حقوق مکتسبه در نتیجه قرارداد مشارکت در ساخت باشد (مانند وکالت کاری سازنده از مالک و اختیار ترهین و ...) این اختیارات و دستورات نیز بالتبع منتفی و کأن لم یکن تلقی خواهد شد. اما چنانچه اسناد و اوراق محصله پس از قرارداد مشارکت در ساخت و قبل از انحلال آن ارتباطی به قرارداد نداشته باشد؛ نظیر مجوز تخریب بنا، در این صورت این اسناد، مجوزات و گواهی‌های بدست آمده به قوت خود باقی است.

۵- در صورت بطلان قرارداد مشارکت در ساخت، عقد یا عقود بعدی (در ارتباط با سازنده یا خریداران بعدی) به تبع فساد عقد اول، باطل محسوب می‌شود و هیچ اثری بر آن بار نخواهد شد. به عبارت دیگر در بطلان بیع یا پیش فروش یا هر عنوان از عقود تنظیمی پس از قرارداد مشارکت در ساختی که از ابتدا فاسد بوده، هیچ تردیدی وجود ندارد و فرض مخالف آن متصور نیست.

منابع

- ابراهیم شعاریان، (۱۳۹۱). ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش: موانع حقوقی و فقهی - راهکارها، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۳(۵)، ۸۳-۱۲۱.
- اسلامی نیا، قاسم، فولادی، کیان، پرهام مهر، حمید رضا. (۱۴۰۲). تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر قراردادهای پیش فروش از منظر فقهی - حقوقی و قانون پیش فروش ساختمان. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۵(۲۸): ۲۷-۵۲.
- اصغرزاده بناب، مصطفی، معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آن، تهران: خرسندی، ۱۴۰۰.
- امامی، اسدالله، کلیات حقوق تعهدات، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
- آقاموسی طهرانی، رضا، معاملات متقابل در حقوق ایران و فقه امامیه، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴.
- بنی‌هاشمی، سیدمهدی، انحلال و ابطال قرارداد در شرایط عمومی پیمان (مباحث علمی - کاربردی)، ۱۳۹۶، جاودانه: جنگل.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق دایره المعارف عمومی حقوق، جلد چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵.
- رضوی، سیدمحمد، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
- صحرایی، محمد (۱۴۰۰) زمان انتقال مالکیت در قراردادهای پیش فروش ساختمان، تهران: بهنامی قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد، تهران: دراک، ۱۳۹۹.
- قبولی درافشان، سیدمحمدهادی (۱۳۹۵) مفهوم بیع و تمایز از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران: مجد.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
- نوبین، پرویز، حقوق مدنی تطبیقی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.



The legal status of the builder's obligations after discovering the invalidity of the construction participation contract

Sobhan Abbaspour*
Majid Abbasi**

Abstract

The builder is considered one of the two important elements of a construction partnership contract, which will have a high degree of initiative in the manner and quality of the construction project. In fact, by concluding a partnership contract, the owner delegates most of the powers and roles that can be performed for the construction of the project to the builder, and therefore, in order to fulfill this obligation and also to finance itself, the builder makes various contractual and proprietary obligations to the owner (as a party to the contract) and third parties. One of the most frequent legal situations that is affected by judicial practice is the invalidity of a construction partnership contract for any of the reasons, including the lack of essential conditions for the validity of the transaction, seizure, confiscation, prohibition of trading, etc. This article has analyzed this fundamental issue: what effects are imposed on the builder's obligations in the event of the invalidity of the construction partnership contract? By separating the contractual and proprietary obligations of the builder, as well as the separation of contracts and legal acts, it has been concluded that in the event of invalidity, the property belongs to the owner and the builder will be entitled to equitable remuneration at a fair price. Additionally, there will be no reason to invalidate or invalidate certificates and licenses issued based on the invalidity of the construction participation contract.

Keywords

Construction participation contract, cancellation of contract, manufacturer, owner, return of exchange.

* PhD Student in Private Law, Ghaemshahr Branch, Islamic Azad University, Ghaemshahr, Iran

** Assistant Professor, Law Department, Faculty of Humanities, Ghaemshahr Branch, Islamic Azad University, Ghaemshahr, Iran (Corresponding Author): d.majidabbasi@gmail.com