

32 نکته کلیدی در مشارکت در ساخت

نکته 1: قرارداد مشارکت در ساخت و نکات حقوقی مرتبط با آن از دشوارترین و پیچیده ترین مباحث در دعاوی موجود در دادگاههای دادگستری است و بعضا بین قضات دادگستری نیز در نکات حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت اختلاف نظرهای جدی مشاهده می شود. بنابراین انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت و مدیریت حقوقی آن تا خاتمه پروژه از اهمیت ویژه ای برخوردار است. هرگونه اشتباه در این مسیر می تواند باعث بروز خسارات کلان و غیرقابل جبرأت شود.

نکته 2: قراردادهای مشارکت در ساخت آماده در بسیاری از موارد حاوی اشتباهات و بی دقتی های فاحش و عمده هستند علاوه بر اینکه مطابق نیازهای شما هم تنظیم نشده اند.

نکته 3: همواره توجه داشته باشید که نقش داور یا حکم در قرارداد مشارکت در ساخت یا هر قرارداد دیگری نقشی مشابه نقش قاضی دادگاه است و نه صرفا میانجی گری و ایجاد صلح و سازش بین طرفین دعوا. بنابر این اگر داور قرارداد مشارکت در ساخت را به گونه ای انتخاب می کنید که با طرفین قرارداد دوستی و نزدیکی دارد می بایست به وی اطلاع دهید که در اثر پذیرش نقش داور، وی نهایتا ملزم به صدور رای به نفع یک طرف و به ضرر طرف دیگر است و بدین ترتیب یک طرف قرارداد از وی رنجیده خواهد شد. در بسیاری از موارد طرفین قرارداد یا خود داور از نقش واقعی خویش مطلع نیستند و داوری را با ریش سفیدی ویا میانجی گری اشتباه می گیرند. چنین اشتباهی برای داور و نیز طرفین قرارداد مشکلات جدی به بار می آورد: عدم صدور رای داوری در مدت مقرر باعث می شود که داور ملزم به جبران خسارات طرفین گردد و به حکم دادگاه تا پنج سال از داوری محروم گردد علاوه بر آن به علت وجود شرط داوری در قرارداد، دادگاه نیز تا انقضای مدت داوری یا استعفای داور به اختلاف طرفین رسیدگی نمی کند. در چنین شرایطی به جای داور، شخصی را به عنوان میانجی در قرارداد برگزینید.

نکته 4: انتخاب کارشناس فنی مرضی الطرفین در قرارداد مشارکت در ساخت بسیار راهگشا است. بسیاری از مسایل و مشکلات قرارداد مشارکت در ساخت، اختلافاتی است که نیازی به مراجعه به دادگاه یا داوری ندارد و با اظهارنظر کارشناسی حل می شود. حتی در صورت طرح دعوا در دادگاه یا داوری نیز می توان از نظرات همین کارشناس استفاده نمود. لزومی ندارد که کارشناس فنی مورد توافق، کارشناس رسمی باشد.

نکته 5: هرگز تعیین شخص داور را به بعد از بروز اختلاف موکول ننمایید.

نکته 6: اگر شخص داور را در قرارداد مشارکت در ساخت مشخص می‌کنید (که قویا توصیه می‌شود) قبولی داوری را نیز ذیل قرارداد مشارکت در ساخت از وی اخذ کنید.

نکته 7: حتما زمانی که داور باید ظرف آن زمان اظهار نظر کند را در قرارداد مشخص کنید.

نکته 8: طریق ابلاغ رای داور به طرفین اختلاف را در قرارداد پیش بینی کنید.

نکته 9: در خصوص امکان خلاف در ساخت (خلاف متعارفی که باعث سود طرفین است) از جانب سازنده و چگونگی پرداخت جریمه های آن و اضافه ارزش حاصل از آن حتما پیش‌بینی های لازم در قرارداد انجام شود.

نکته 10: برای تخلف از تعهدات مهم طرف مقابل حتما وجه التزام (مثلا در قالب خسارت روزانه) تعیین شود.

نکته 11: حتی المقدور زمانبندی پیشرفت کار مطابق با تعاریف و زمانبندی ارائه شده در دفاتر خدمات الکترونیک یا تعاریف استاندارد دیگر روشن شود. تفاوت تعریف طرفین از مراحل پیشرفت کار (مثلا فونداسیون، اسکلت و...) می‌تواند باعث بروز مشکلاتی شود.

نکته 12: اگر طرف قرارداد شما شرکت سهامی یا مسولیت محدود باشد (و نه شخص حقیقی) حتما در نظر داشته باشید که در صورت تخلف وی از قرارداد، خسارات وارد بر خود را از شرکای آن شرکت نمی‌توانید مطالبه کنید مگر اینکه خلاف این مساله در قرارداد تصریح شده باشد.

نکته 13: لازمه انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت، پرداخت پول یا چک روز از جانب سازنده نیست. قرارداد اصولا به محض امضا معتبر و لازم الاجرا است.

نکته 14: در نامگذاری قرارداد مشارکت در ساخت از اصطلاحاتی مشابه «شرکت مدنی» یا «مشارکت مدنی» استفاده نکنید. توافقات طرفین در قرارداد مشارکت در ساخت اصولا ارتباطی با باب شرکت در قانون مدنی ندارد.

نکته 15: در قرارداد مشارکت پیش بینی نمایید که اگر طرف مقابل به تعهدات قراردادی خویش عمل ننمود شما حق فسخ دارید. بدین ترتیب لازم نیست که برای استفاده از حق فسخ خود ابتداء الزام طرف مقابل به ایفای تعهدات قراردادی را از دادگاه بخواهید.

نکته 16: در خصوص تعدد طرفین در قرارداد حتما پیش بینی نمایید که اگر بعضی از افراد یک طرف مایل به فسخ بودند و برخی نه، چه نتیجه ای حاصل می‌شود.

نکته 17: در خصوص اقدامات پس از فسخ، پیشبینی‌های دقیق انجام گیرد.

نکته 18: فسخ قرارداد عمل حقوقی یک‌جانبه‌ای است (ایقاع) که در صورت بروز موجبات آن نیازی به حکم دادگاه ندارد و می‌تواند با ارسال اظهارنامه‌ای به طرف مقابل ابلاغ گردد لیکن احراز یا اعلان فسخ قرارداد نیاز به حکم دادگاه دارد.

نکته 19: برخلاف باور عامه، چک نسبت به سفته ابزار قدرتمندتری برای وصول مطالبات است. بنابراین در جهت تضمین تعهدات طرف مقابل چک بگیرید.

نکته 20: اگر به موازات پیشرفت کار، قسمتی از سند به سازنده منتقل می‌شود، حتما تصریح شود که انجام تشریفات این انتقال و من جمله گواهی عدم خلاف، به عهده سازنده است.

نکته 21: اگر سازندگان در قرارداد مشارکت در ساخت متعدد هستند، وجود قرارداد مستقل بین سازندگان که حقوق و تکالیف بین خودشان را مشخص می‌کند ضروری است.

نکته 22: اگر پس از شروع کار قصد تجمیع زمین‌های مجاور و استفاده از تراکم ناشی از این تجمیع در پروژه خود را دارید می‌توانید برای نیل به این مقصود با صاحبان زمین‌های مجاور قرارداد معاوضه زمین با آپارتمان منعقد نمایید. البته توجه داشته باشید که چنین قراردادی مشمول قوانین و محدودیت‌های قانون پیش فروش مصوب سال 1389 است.

نکته 23: در حال حاضر انعقاد قرارداد پیش فروش به صورت عادی و یا در بنگاه‌های مشاوره املاک ممنوع است و جرم محسوب می‌شود. برای انعقاد قرارداد پیش فروش در جایی به غیر از دفترخانه‌های اسناد رسمی می‌توانید از قالب قراردادی تعهد به پیش فروش استفاده کنید اما چون بر اساس قرارداد تعهد به پیش فروش، الزام ممتنع به ایفای تعهدات قراردادی و الزام به انعقاد قرارداد پیش فروش در عمل ممکن است با دشواریهایی همراه باشد، در قرارداد تعهد به پیش فروش برای متخلف از تعهدات قراردادی وجه التزام مناسب تعیین شود.

نکته 24: توجه داشته باشید که اگر تصمیم به استفاده از حق فسخ به وجود آمده در قرارداد مشارکت در ساخت را دارید با ادامه همکاری با طرف مقابل در واقع حق فسخ خود را اسقاط نموده اید.

نکته 25: توصیه می‌شود که پیشرفت کار در بازه‌های زمانی یک یا دوماهه طی صورتجلسه‌ای به امضای سازنده، مالکین (یا نماینده مالکین) و کارشناس فنی مرضی الطرفین برسد.

نکته 26: حتما در خصوص مالکیت پارکینگ ها و انباری‌های اضافه بر تعداد واحدها، در قرارداد تعیین تکلیف شود.

نکته 27: در قسمت مربوط به تعیین نماینده مالکین در قرارداد مشارکت حتی المقدور پیش بینی شود که نماینده مالکین تنها در صورت تعیین جانشین، حق استعفا از سمت خود را دارد.

نکته 28: چکی که بابت ضمانت انجام تعهدات در اختیار یکی از طرفین قرارداد قرار می‌گیرد، در صورت اثبات تخلف طرف و اثبات بروز خسارت و میزان آن، قابلیت وصول دارد اما اگر کل مبلغ چک معادل با وجه التزام تخلف از تعهد در نظر گرفته شود نیازی به اثبات ورود خسارت و میزان آن نیست و صرف اثبات تخلف از تعهد برای مطالبه وجه چک کافی است. بنابراین توصیه می‌شود که به روش اخیر عمل شود.

نکته 29: در بسیاری از قراردادهای مشارکت در ساخت مقرر می‌شود که در صورت فوت یا محجور شدن یک طرف، ورثه وی مأمور انجام تعهدات فرد متوفا یا محجور باشند. صرفنظر از اینکه اعتبار این شرط بدون توافق ورثه چه شکلی پیدا می‌کند، مالکین همواره باید به این نکته توجه نمایند که ورثه سازنده قرارداد ممکن است اصولا اشتغال به ساخت و ساز نداشته باشند یا سازندگان معتبری نباشند. بنابراین وجود چنین شرطی ممکن است به نتایج بی‌انجامد که مورد نظر طرفین و خصوصا مالکین نبوده است. توصیه می‌شود فرض وفات مالکین و سازنده از هم تفکیک شود و برای هر یک تدبیری جداگانه اندیشیده شود.

نکته 30: پایان یافتن زمان قرارداد مشارکت در ساخت قاعدتا به تنهایی به خاتمه قرارداد یا ایجاد حق فسخ برای طرف متضرر نمی‌انجامد مگر اینکه شرط شده باشد.

نکته 31: توصیه می‌شود که در قرارداد مشارکت در ساخت برای طرفی که عامدا یا با تقصیر خود موجباتی را فراهم می‌کند که در نتیجه آن طرف مقابل وی قرارداد را فسخ می‌نماید، جریمه ای در قالب وجه التزام تعیین شود.

نکته 32: در صورتی که بین طرفین در خصوص ایفای تعهدات قراردادی اختلافی حاصل شود، بار اثبات ادعا بر عهده کسی است که متعهد قرارداد محسوب می‌شود مگر اینکه خلاف این در قرارداد شرط شود.