



جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون المدني

ماهية عقد بيع العقار تحت الإنشاء وطبيعته

بحث مستل من أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق

إعداد الباحث
عبد الإله أحمد خليفة المشهداني

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محسن عبد الحميد البيه

أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

الفصل التمهيدي

ماهية عقد بيع العقار تحت الإنشاء وطبيعته

يعد عقد بيع العقار تحت الإنشاء من العقود التي ظهرت حديثاً في العديد من التشريعات الدولية منها الإمارات العربية المتحدة في إمارة (دبي) والبحرين للقضاء على عمليات البيع الاحتيالية التي ذهب ضحيتها الكثير من المشتريين في العراق ومصر وغيرها من الدول التي لم تنظم هذا العقد إلى يومنا هذا.

إن ارتفاع النسبة السكانية في العراق وقلة المساحة المخصصة للسكن وقلة الموارد المادية وارتفاع أسعار العقارات المنجزة ارتفاعاً باهظاً دعا إلى ضرورة تنظيم هذا العقد تنظيم خاص.

قبل التطرق إلى التزامات الأطراف في عقد بيع العقار تحت الإنشاء والضمانات التي تقدمها الأطراف المتعاقدة لإتمام العملية التعاقدية فإنه من الأولى أن نوضح مفهوم عقد بيع العقار تحت الإنشاء وخصائصه التي ينفرد بها عن غيره من العقود المشابهة له. وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء وخصائصه.

المبحث الثاني: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن غيره من العقود المشابهة.

المبحث الأول

تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء وخصائصه

نتيجة عدم إيراد تعريف لعقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون العراقي والقانون المصري فإنه لا مناص إلا بالرجوع إلى التشريعات التي نظمت هذا العقد لبيان مفهوم هذا العقد وكذلك الرجوع إلى الفقه الذي تناول هذا العقد لبيان مدلول هذا العقد وخصائصه التي ينفرد بها عن غيره من العقود. وبناءً على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى الآتي:

المطلب الأول: التعريف التشريعي والتعريف الفقهي.

المطلب الثاني: خصائص عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

المطلب الأول

التعريف التشريعي والتعريف الفقهي

لبيان مدلول عقد بيع العقار تحت الإنشاء فإنه من الأولى أن نبين تعريف هذا العقد في الاصطلاح التشريعي والاصطلاح الفقهي لبيان مضمون هذا العقد بصورة واضحة. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين من خلال الآتي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي.

الفرع الأول

التعريف التشريعي

ظهرت في الآونة الأخيرة ظاهرة بيع العقارات قبل اكتمالها من بناء من قبل أفراد أو مؤسسات، ويتم الإعلان عن هذه العقارات عن طريق وسائل الإعلام المختلفة التي تحدد موقع البناء ومواصفاته وموعد اكتماله وكيفية دفع قمن البناء وموعد تسجيل البناء باسم المشتري.

كان القانون الفرنسي في تنظيم هذا العقد الحيوي الذي بات تنظيم هذا العقد من المسائل البالغة الضرورة، فقد نظم عقد العقارات تحت الإنشاء في قانون يناير عام ١٩٦٧ ثم سار على هذا المنوال في تنظيم هذا العقد في الدول العربية كل من الإمارات العربية المتحدة والبحرين والسعودية، وقد عرفه القانون الفرنسي في المادة (١/٦٠١) بأنه تعهد البائع بموجبه بناء مبنى خلال فترة يحددها العقد^(١).

من هذا التعريف يظهر أن البائع عليه التزامات بعد إبرام عقد البيع لا تتعلق بنقل الملكية بل بعمل معين وخلال فترة معينة مما يعطي انطباع أولي على تشابه هذا العقد بعقد المقاوله إلا أن ذلك لا يعني بالتشابه الحتمي كما سنرى لاحقاً. وقد عرفه المشرع الإماراتي بأنه بيع الوحدات العقارية المقررة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها^(٢). وقد سمى هذا البيع بالبيع على الخارطة، أما المشرع العراقي فلم ينظم هذا العقد رغم كثرة وجوده من الناحية الواقعية وكثرة المنازعات القضائية حوله. ولن نخوض بالتزامات بائع العقار الآن بل سنبيين في هذا المبحث خصائص هذا العقد وطبيعة هذا العقد ونحيل بشأن التزامات البائع إلى الباب الأول من هذا البحث.

(١) محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي؛ الطبعة الأولى، سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٧، ١٧٦.

(٢) المادة (٢) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

وقد عرفه المشرع المغربي بأنه يعتبر عقد بيع العقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعاً لتقدم الأشغال ويحتفظ البائع بحقوقه.... الإشغال^(١).

وقد نظمته المشرع الجزائري في القانون رقم (١١ - ٠٤) لسنة ٢٠١١ إلا أن المشرع لم يعرف هذا العقد وحسباً فعل المشرع عند عدم إيراد تعريفها لها العقد إذ إن وضع تعريف للعقد يعني جعل هذا العقد جامداً لا يواكب التطورات التي تحصل في المجتمع.

وقد عرفه المشرع البحريني بأنه بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخريطة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها^(٢).

الفرع الثاني

التعريف الفقهي

(١) المادة (١/٦١٨) من القانون رقم ٤٤,٠٠ لسنة ٢٠١٦، العدد (٥٠٧٥)، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ٢٥ يناير ٢٠١٦.

(٢) المادة (١) من قانون تنظيم القطاع العقاري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧، العدد (٣٣٢٥)، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ٣١ أغسطس ٢٠١٧.

عرفه جانب من الفقه بأنه عقد بيع لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم البائع بتسهيل البناء خلال الأجل المحدد في العقد وبالمواصفات المتفق عليها وأن ينقل ملكيتها إلى المشتري الذي يلتزم بدفع الثمن نقدي على شكل أقساط للبائع بحسب التقدم في أعمال البناء^(١).

يتبين من هذا التعريف أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء واقع على بناء لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم البائع بإنشائه أو إكماله في مدة محددة، كما يوقع هنا التعريف التزام على المشتري وهو دفع الثمن على شكل (أقساط) بحسب التقدم في إكمال البناء.

أيضاً عرفه جانب آخر من الفقه أنه عقار لم يتم إنشائه بعد. يتعهد المالك بإنشائه خلاله وفق الاتفاق ويتعهد بنقل ملكية هذا العقار بعد إكماله إلى المشتري^(٢). يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر العقار تحت الإنشاء على عقار لم يتم أي جزء منه بعد كما يلاحظ عليه أنه لم يبين نوع هذا العقد هل هو عقد شراء أم عقد مقاوله...، وكذلك لم يبين التزامات الطرف الآخر وبين التزامات المالك فقط. إلا أنه في موضع آخر يبين أن هذا العقد هو عقد شراء وحدد أيضاً التزام المشتري بدفع الثمن وحدد له معيار معين لدفع الثمن وهذا الثمن إما أن يدفع مقدماً دفعة واحدة أو يقسط الثمن على دفعات حسب مراحل اكمال البناء^(٣). وقد عرفه بأنه إيجاب المشتري على شراء وحدة سكنية في بيع مستقبل بناءً على إعلان عبر وسائل الإعلام المختلفة وقبول البائع على الشراء والتزام البائع ببناء العقار خلال المدة المتفق عليها ونقل وتسليم العقار إلى المشتري مقابل الثمن المتفق عليه^(٤).

(١) سبيل جعفر حاجي، ضمانات عقار بيع المباني قبل الإنشاء، دراسة مقارنة، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص٢٧.

(٢) سمير عبد السميع الأود، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات، ط١، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩.

(٣) سمير عبد السميع الأودن، المرجع نفسه، ص٩٧.

(٤) محمد سعد خليفه، أحكام بيع البناء على الخارطة، دراسة مقارنة، دار النهضة، ٢٠١٥، ص١٢.

وقد عرفه أيضًا بأنه عقد تملك المشتري لعقار لم يبدأ بنائه بعد أو لم يكتمل مع تملك البائع بناء العقار خلال الفترة المحددة مقابل تعهد المشتري بدفع أقساط المبيع في مواعيدها^(١).

وقد عرفه جانب آخر من الفقه بأنه عقد منصب على بيع عقار محله لم ينجز بعد أو طور الإنجاز يلتزم البائع بإنجازه وإتمامه خلال الأجل المحدد في العقد على وفق المرتسمات والخرائط والمواصفات المطلوبة والمتفق عليها والمطابقة لقواعد البناء والتعمير مع تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية ويلتزم البائع أيضًا بنقل الملكية العقارية وتسليمه إلى المشتري ويلتزم الأخير بدفع الثمن على شكل أقساط أو دفعات مجزئة على مراحل التشييد حسب تقدم الأشغال ونسب الإنجاز مخصومة من ثمن البيع مقابل ضمانات قانونية للأقساط المدفوعة وضمن إتمام العمل وحسن إنجازه^(٢).

ومن جملة هذه التعاريف الفقهية نجد أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا يختلف عن غيره من العقود في ضرورة توافر أركان العقد من تراضي بين البائع والمشتري على سعر البناء قبل بنائه أو إكماله وعلى المواصفات والمدة الكافية لتسليح البناء وتسلم الثمن وكذلك محل العقد المتمثل للبائع بالثمن وللمشتري بالبناء وكذلك ركن السبب المتمثل للبائع في احتياجه للأموال لإكمال البناء وللمشتري باحتياجه لسكن يأوي نفسه وأهله. ونحن بدورنا نعرف عقد بيع العقار تحت الإنشاء بأنه بيع عقار لم يكتمل إنجازه بعد ويباع قبل إنجازه على أنه في طور الإنجاز يلتزم البائع بإكماله وتسليمه ونقل ملكيته للمشتري مع تقديم الأول ضمان كاف للأخير بإكماله وتسليمه ونقل ملكيته خلال الفترة المتفق عليها مقابل ثمن متفق عليه بين الطرفين يدفعه المشتري حسب مراحل التقدم في البناء والمواصفات المتفق عليها وحسب الاتفاق.

(١) ضحى محمد سعيد عبد الله، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكليفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد ٤٩، ٢٠١٢، ص ٢٣٢.

(٢) ذنون يونس صالح ؛ علي سليمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكليفه القانوني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد ١، العدد ١، ٢٠١٦، ص ٢٩٠.

وإذا كان في عقد المعاولة يلتزم المفاوض بتأدية عمل^(١) وإذا كان البائع في عقد بيع العقار في القانون العراقي يلتزم بتسجيل الملكية في الدوائر المختصة^(٢) وفي القانون المدني المصري يلتزم بنقل ملكية المبيع^(٣) إلا أنه في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا يلتزم البائع بتأدية العمل ونقل وتسجيل الملكية فقط بل يلتزم أيضاً بتقديم ضمانات كافية لإنجاز العمل خشية احتيال البائع على المشتري بأخذ أقساط المبيع دون إنجاز العمل كذلك أن المشتري في هذا العقد طرف ضعيف فهو يحتاج المال لشراء عقار منجز ويحتاج أيضاً بديل للاستغناء عن العقار غير المنجز لذلك يجب تقديم ضمانات كافية تكفل له عدم سرقة أمواله أو التأخر في إنجاز العمل.

المطلب الثاني

(١) المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، العدد (٢٣٣٨)، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ١٩٥١ / ٩ / ٨؛ المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ٢٩ يوليو ١٩٤٨.

(٢) المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري.

خصائص عقد بيع العقار تحت الإنشاء

يحدث أحياناً تشابه بين عقد وآخر من العقود ولا يقصد من وراء ذلك التعرف على الخصائص المشتركة بقدر ما يقصد به معرفة الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود فعقد بيع العقار تحت الإنشاء له خصائص عامة يتشابه بها مع العقود الأخرى، فهو يتشابه مع العقود الأخرى بأنه من عقود المعاوضة وأنه ملزم لجانبيين وأنه من عقود المساومة والتفاوض لا من عقود الإذعان ويكتفي بهذه الخصائص ونبين الخصائص الخاصة التي ينفرد بها هذا العقد عن غيره والتي تعطي انطباعاً خاصاً له لدى المشرع العراقي والمصري تجعلهما في ضرورة لتنظيم هذا العقد وتوفير الحماية لطرفيه وخلفهما، وتتمثل خصائصه الخاصة بالآتي:

١- أنه عقد محله بيع عقار لم ينجز بعد يسلم بعد الإنجاز^(١):

فهو عقد بيع عقار لم يكتمل بعد ويتم تسليمه بعد الإنجاز، فلا يقتصر التزام البائع على نقل الملكية فحسب كما في البيوع الأخرى ولا يقتصر الالتزام على إنجاز البناء كما في عقد المقاوله بل يلتزم بإكمال البناء ونقل الملكية بعد إكمال البناء.

٢ - تعهد البائع بعد إبرام العقد ببيع العقار غير المنجز بإكماله:

في سائر البيوع الأخرى لا يتعهد البائع بإنجاز المبيع بعد إبرام العقد بل تنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد^(٢) إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون على شكلية معينة فهنا يلزم التسجيل كما في قانون المركبات العراقي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ الذي اعتبر التسجيل ركن أساسي لانعقاد البيع وكذا قانون المركبات رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٥ العراقي الذي يعتبر تسجيل الماكينة ركن لانعقاد البيع بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يتعهد بموجبه البائع بإكمال البناء وتسليمه إلى المشتري صالح لسكن أو للقيام بالأعمال التجارية عليه فهذه خصوصية ينفرد بها

(١) سبيل جعفر حاجي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري.

هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى التي لا تلزم البائع سوى بنقل الملكية أو تسجيلها دون إكمالها.

٣- تنازل المشتري في بيع العقار تحت الإنشاء عن حقه إلى مشتري آخر:

لا يجيز المشرع العراقي والمصري تنازل المشتري عن حقه إلى مشتري آخر إلا بنص صريح أو مبرر^(١) بخلاف المشرع الإماراتي في إمارة دبي الذي أجاز في بيع العقار تحت الإنشاء التنازل إلى مشتري آخر في المادة (٦) وهذه خصوصية أخرى تفرده عن غيره من العقود الأخرى.

٤- عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد شكلي:

إذا كان الأصل في العقود التراضي إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون بأن تكون شكلية وإذا كان القانون المدني العراقي نص على أن عقود بيع العقار هي عقود شكلية^(٢)، ونص القانون المدني المصري على أن عقود بيع عقار هي عقد رضائي^(٣) فإن عقد بيع العقار تحت الإنشاء نجده عقد شكلي لأهميته الشكلية على الواقع العملي، فتكمن أهميته العملية باطمئنان البائع بالحصول على الثمن في مواعيدها المحددة التي تكفل له إتمام البناء وأيضاً اطمئنان المشتري بتنفيذ البائع التزاماته وعدم بيع العقار إلى مشتري آخر وقد نص القانون الأردني على شكلية عقد بيع العقار تحت الإنشاء^(٤)، وكذلك المشرع في إمارة دبي^(٥) الذي جعل من الشكلية ركن أساسي في العقد وإلا بطل هذا العقد. يتجلى مما سبق الخصائص الخاصة لهذا العقد والتي دفعت إلى التساؤل بأنه إذا كان هذا العقد يمتاز بهذه الخصائص فما هي إذا طبيعة هذا العقد

(١) المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (٩٤٨) من القانون المدني المصري.

(٢) المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي، المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ١٩٧٢/٣/٩، العدد ١٩٩٥.

(٣) المادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري.

(٤) المادة (٣) من قانون ملكية الطوابق والشقق.

(٥) المادة (١/٣) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي.

عن غيره من العقود؟ للإجابة على هذا التساؤل وجب المبحث الثاني من هذا الفصل بعنوان
تميز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن غيره من العقود المشابهة له وهو ما سنتعرف عليه من
خلال المبحث الآتي:

المبحث الثاني

تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن غيره

من العقود المشابهة

إن تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن غيره من العقود المشابهة له يعد من أكثر المسائل جدلاً بين الفقه القانوني لحدائثة هذا العقد على الواقع العملي في العراق ومصر وعلى الواقع القانوني في الدول التي نظمت هذا العقد، فهل يمكن اعتباره عقد وكالة على أساس أن الوكالة ممكن أن تكون في الأعمال المادية والتصرفات القانونية^(١). أما يمكن اعتباره عقد مقاوله على أساس أن البائع يقوم بعمل لصالح المشتري دون أن يكون البائع تابع للمشتري في تنفيذ العمل؟^(٢)، أما يمكن اعتباره عقد مركب من عقد بيع وعقد مقاوله؟، أما يمكن اعتباره عقد بيع إيجاري على أساس أن المشتري في العقد يدفع الثمن على أقساط متعددة؟^(٣)، أم يمكن اعتباره عقد بيع عادي باعتبار أن كلا العقدين واقعين على بيع عقار. للإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد الوكالة

المطلب الثاني: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد المقاوله.

المطلب الثالث: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن العقد المركب.

المطلب الرابع: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد البيع الإيجاري.

المطلب الخامس: تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد العقار الموجود.

المطلب الأول

(١) المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد أول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤، ص ٨.

(٣) عبد الحميد عثمان الحفني، نطاق التأمين الإيجاري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضروور من تهدم البناء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٧٨.

عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد الوكالة

اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى المناداة بأن العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص ببناء عقار لمصلحة شخص آخر هو عقد وكالة^(١)، فالمدين يلتزم بالقيام بعمل لصالح الدائن وكذا الوكيل يلتزم بالقيام بعمل لصالح الموكل فالوكيل والمدين يقومان بعمل لصالح طرف آخر غيرهما غير أن البعض الآخر من الفقه الفرنسي رفض اعتبار الاتفاق بالبناء لمصلحة شخص آخر وكالة لأن الوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية ولا تكون في الأعمال المادية^(٢) غير أن القانون العراقي جعل الوكالة في التصرفات القانونية والأعمال المادية حيث قال بأن الوكالة عقد يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم^(٣)، والذي يتفق هذا التعريف مع الرأي الأول من الفقه الفرنسي بخلاف القانون المصري أخذ بالرأي الثاني وقصر الوكالة على التصرفات القانونية، فهو عرفها بأنها عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل^(٤)، ومن جملة ما سبق يتضح إمكانية الوكالة في بيع العقار تحت الإنشاء في القانون العراقي للوهلة الأولى لأن الوكالة لا تقتصر على التصرفات القانونية في القانون العراقي وإنما أيضًا تمتد على الأعمال المادية بخلاف القانون المصري الذي قصرها على التصرفات القانونية مما يعني اتساع نطاق عقد الوكالة في القانون العراقي وضيق نطاقها في القانون المصري إلا أن ذلك لا يعني أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء أصبح يماثل عقد الوكالة في الأحكام لأن البائع في هذا العقد ملزم بتحقيق نتيجة وهي إنجاز البناء وضمان سلامته من العيوب بخلاف عقد الوكالة الذي يكون الوكيل فيه مكلف ببذل عناية الشخص المعتاد إذا كان بأجر^(٥). كذلك يختلف عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن الوكالة بأن الوكالة تنتهي بموت أحد أطرافها^(٦) بخلاف عقد بيع العقار تحت

(١) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٢) -V.GUY de crecy, le promoteur du construction immobiliere a usaae dhabitation, these paris, 1960, p.56 ets.

- De seprais " Guide de coproprietaives et des societes de constuction " np. 211

مشار إليه لدى: محمد المرسي زهرة، ص ٤٨.

(٣) المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري.

(٥) المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٠٤) من القانون المدني المصري.

(٦) المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٠٤) من القانون المدني المصري.

الإنشاء الذي لا ينتهي بموت أحد أطرافها والسبب في ذلك أن عقد الوكالة قائم على الاعتبار الشخصي بإيجاب الموكل للوكيل يكون بسبب صفات شخصية يتمتع بها الوكيل عن غيره وكذلك الصفات الشخصية للموكل عند قبول الموكل بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي لا يركز على صفات أطراف العقدة بل يركز على مضمون العقد كم سعر العقار؟ متى ينجز؟ كيف يدفع ثمنه... ومن هنا فإن الورثة يحلون محل المورثون في تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق مورثهم قبل اقتسام التركة^(١). أيضًا يختلف عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد الوكالة بأن الأول ملزم لجانبين بخلاف الثاني الغير ملزم لجانبين^(٢) أيضًا يختلف عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد الوكالة بأن الأول ينتهي بانتهاء العمل والمدة المتفق عليها معًا أي ينتهي بالعمل الذي اتفق على انجازه وبالمدة المتفق الذي ينتهي بها انجاز العمل وبالتالي لا يستطيع المشتري المطالبة بالعقار قبل انتهاء المدة المتفق عليها ولا يستطيع أن يطالب بالتعويض عن عيوب بناء العقار خلال الفترة المتفق عليها بناء العقار لأن الأخير لم ينجز بها ولم تنتهي المدة المتفق عليها بعد بخلاف عقد الوكالة التي تنتهي أما بإتمام العمل المتفق عليه أو بانتهاء المدة المتفق عليها^(٣) ولعل هذا الاختلاف في وجود أداة الشرط في عقد الوكالة وعدم وجودها في بيع العقار تحت الإنشاء يعود إلى معيار الالتزامات التي تقع على عاتق أطراف العقدين، فبينما يكون الوكيل مكلف ببذل عناية الشخص المعتاد يكون البائع مكلف بتحقيق نتيجة وهنا يثار التساؤل حول أثر القوة القاهرة على التزامات البائع؟ للإجابة عن هذا التساؤل بمفهوم واسع نرجى هذه الإجابة إلى الباب الثاني المتعلق بآثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء، يختلف أيضًا عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد الوكالة بأن الأول لا يحدد فيه الأجر بأي حال من الأحوال لأن البائع ينفذ التزامه ببناء العقار وتسليمه وتسجيله بناءً على عقد بيع لا بناءً على عقد عمل وإن وجد العمل ضمن هذا العقد إلا أنه يعد من متممات تنفيذ العقد لا أهم التزام يقع على عاتق البائع وبالتالي فإن في هذا العقد يحدد الثمن وإلا فلا يصح

(١) المادة (١١٠٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٨٨٦) من القانون المدني المصري.

(٢) المادة (٩٤٧) من القانون المدني العراقي والمدنيين (١-٧١٥، ١-٧١٦) من القانون المدني المصري.

(٣) المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٧١٤) من القانون المدني المصري.

البيع^(١) بخلاف عقد الوكالة الذي قد يحدد فيه الأجر وقد لا يحدد فيه الأجر^(٢). كذلك تختلف الوكالة عن عقد بيع العقار تحت الإنشاء بأنها الأصل تبرعيه في القانون العراقي وإن لم ينص إلى ذلك بنص واضح حيث أشار إلى ذلك " وإذا كانت الوكالة بأجر ..."^(٣). بخلاف القانون المصري الذي وضع نصًا واضحًا بأنها تبرعيه^(٤)، على عكس عقد بيع العقار تحت الإنشاء فهو فهو باعتباره عقد بيع فيكون من عقود المعاوضة. ومن جملة ما سبق يتضح أنه إن كان عقد بيع العقار تحت الإنشاء يتشابه مع عقد الوكالة في بعض الأمور إلا أنه يختلف عن عقد الوكالة في كثير من الأمور.

المطلب الثاني

عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد المقاوله

(١) المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٧١) من القانون المدني المصري والمادة (٥٢٦) مدني عراقي.

(٢) المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٠٤) من القانون المدني المصري.

(٣) المادة (٩٤٧) من القانون العراقي.

(٤) المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري.

عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنها " المقاولة عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر". وقد عرفها القانون المدني المصري في المادة (٦٤٦) بأن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقدين الآخرين" يختلف عقد المقاولة في القانون العراقي عن القانون المصري^(١). ويتشابه عقد بيع العقار تحت الإنشاء مع عقد المقاولة بأن البائع يلتزم كما يلتزم المقاول بالقيام بأعمال مادية لمصلحة الطرف الآخر وهذا التشابه مستخلص من تعريف عقد المقاولة في القانون العراقي في المادة (٨٦٤) " يؤدي عملاً....". وكذلك المادة (٦٤٦) من القانون المصري " يؤدي عملاً...." وكذلك الحال في القانون السوري والقانون الليبي والقانون الإماراتي^(٢)، ويتشابه عقد بيع العقار تحت الإنشاء مع عقد المقاولة بأن البائع في الأول والمقاول في الأخير مسؤولان عن جودة المواد وضمانها للطرف الآخر إلا أن هذا التشابه ليس مطلقاً بين العقدين لأن البائع في بيع العقار تحت الإنشاء مسئول عن الجودة والضمان بصورة قطعية بخلاف المقاول الذي لا يكون مسئول عن جودة المواد وضمانها إلا إذا تعهد بتصاريح مادة العمل كلها أو بعضها منه^(٣)، ويتشابهان كذلك بأن على البائع والمقاول أن يأتيا بما يحتاجان إليه في إنجاز العمل على نفقتهم الخاصة إلا أنه في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا يمكن أن يوجد من الممكن فيه أن يقضي الاتفاق أو العرف بأن تكون أدوات إنجاز العمل أو المهمات الإضافية لإنجاز العمل على الطرف الآخر^(٤). لأنه لو

(١) نميز بين العقد المقاولة ذاته في القانون العراقي والقانون المصري ، فبينما عرف المشرع العراقي المقاولة (عقد يتعهد ... لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)، عرفها المشرع المصري (المقاولة عقد بتعهد به ... لقاء أجر يتعهد به المتعاقدين الآخرين)، ولا تتضح المشكلة باستخدام أحد الطرفين أو أحد المتعاقدين وإنما تتضح من استخدام الفرد والجمع في تعريف واحد وهذا ما اتضح في القانون المدني المصري بعقد المقاولة في المادة (٦٤٦) حيث استخدم مصطلح (أحد المتعاقدين) بالنسبة للمقاول ومصطلح (المتعاقدين الآخرين) بالنسبة لرب العمل، ولو أخذ بحرفية القانون المدني المصري في هذا التعريف لأصبح من الممكن أن يكون المقاول واحداً أو أكثر ومن غير الممكن أن يكون رب العمل واحد بل يجب أن يكون الحد الأدنى لرب العمل اثنان أو أكثر وهذا غير مسلم به فلا مبرر لجعل أحد المتعاقدين مفرد فقط أو جعل أحد المتعاقدين أكثر من واحد على الأقل وقد سار القانون المدني المصري على تقيض هذا التعريف في مواضع عدة

المادة (٦٧٤) والمادة (٦٩٩) والمادة (٧١٨) والمادة (٧٤٧) والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.
(٢) المادة (٦١٢) من القانون المدني السوري والمادة (٦٤٥) من القانون المدني الليبي والمادة (٨٧٢) من القانون المدني الإماراتي.

(٣) المادة (٨٦٦) عراقي، والمادة (٦٤٨) مصري، والمادة (٦١٤) من السوري، والمادة (٦٤٧) ليبي، والمادة (٨٧٥) إماراتي.

(٤) المادة (١/٨٦٧) عراقي، والمادة (٦٤٩) مصري، والمادة (٢/٦١٥) سوري، والمادة (٢/٦٤٨) ليبي، والمادة (٨٧٦) إماراتي.

وجد اتفاق أو عرف يجعل احتياجات إنجاز البناء على عاتق الطرف الآخر لتحول عقد بيع العقار تحت الإنشاء إلى عقد بيع عقار موجود لأن العلاقة بين أطراف هذا العقد هي علاقة واحدة منذ إبرام العقد وحتى تنفيذ كامل الالتزامات بينهما أو القسمة بينهما بخلاف العقود الأخرى التي قد تتحول العلاقة بينهما فقد تتحول العلاقة بين المستأجر والمؤجر إلى علاقة بين المشتري والبائع على خلاف بيع العقار تحت الإنشاء الذي يلتزم فيه البائع بإنجاز البناء على نفقته وإن كان من الممكن أن يقدم المشتري ما يحتاج له البائع في إنجاز البناء على أن تستقطع من قيمة العقار أو تعطي له تبرعاً. وبعد تبيان هذا الشبه أصبح من الأهمية أن نتبين أوجه الاختلاف بين هذين العقدين حتى لا يؤخذ انطباع بتشابه هاذين العقدين من حيث المضمون واختلافهم بالمسميات فقط، فعقد البيع لا ينعقد صحيح إلا بتحديد الثمن وإلا كان البيع باطل بخلاف المقابلة التي تنعقد صحيحة وإن لم يحدد الثمن (١/٨٨٠) ف.م.ع و (٦٥٩) ف.م.ص.^(١) في عقد البيع لا ينتهي العقد بموت أحد أطراف العقد بخلاف المقابلة والتي تنهي عقد المقاول إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار المادة (١/٨٨٨) من القانون العراقي وتقابلها المادة (٦٦٦) من القانون المدني المصري، وفي عقد بيع العقار تحت الإنشاء لم تكن شخصية أطراف العقد محل اعتبار لدى كل واحد منهم تجاه الآخر بل كان موضوع العقد هو محل اعتبار لدى المتعاقدين وبالتالي يتضح أن العلاقة في هذا العقد لا تنتهي بموت أحد أطرافها إلا إذا عجز ورثة الطرف المتوفى عن تنفيذ التزامات مورثهم أو حصل اتفاق بين الورثة والطرف الآخر على إنهاء العلاقة العقدية بينهما قياساً على المادة (١/٨٨٨) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٦٦) من القانون المدني المصري ولا يعني التشابه التام بين العقدين في جميع جزئيات العقدين بل تتشابه في حالة وفاة أحد أطراف العقد الذي ممكن أن يؤثر على العمل وهنا الراجح يكون البائع. يرى جانب من الفقه بان عقد العقار تحت الإنشاء هو عقد مقابلة خلال فترة الإنجاز وعقد بيع بعد الإنجاز، فعند الإنجاز ينقلب العقد من مقابلة إلى بيع تنتقل فيه الملكية إلى المشتري^(٢)، وقد عيب على هذا الرأي لأن تكييف العقد وقت إبرامه هو واحد منذ إبرامه

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٢٤؛ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقابلة، شرح أحكام عقد المقابلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٥.

(٢) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقابلة، ط ٢، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٩-٢٠.

وحتى انتهائه ولا يجوز تغيير تكييف العقد وقت تكوينه عن وقت تنفيذه دون الاعتداد بما قد يترتب عليه من نتائج ولو كان الما قول قصد أن يبيع شيء مصنوع لجاز له أن يقدم لرب العمل ذلك وإن ملكية الشيء المصنوع لا تنتقل بموجب العقد الأصلي بل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لشيء حاضر لا شيء مستقبل^(١). ونميل مع ما جاء به الفقه^(٢) من حيث جعل عقد الما قولة مستقل بأحكامه عن عقد البيع لأنه لو كان عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد ماقولة ابتداءً وعقد بيع انتهاءً لأصبح هناك تناقض تام في إتمام عقد بيع العقار تحت الإنشاء، يكمن هذا التناقض بأن لرب العمل في عقد الما قولة التحلل من الما قولة وإيقاف التنفيذ في أي وقت بخلاف البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة واحدة^(٣)، في عقد البيع يجب تحديد ثمن البيع وإلا بطل البيع إلا إذا تبين من نية المتعاقدين اتجاههم اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما بخلاف عقد الما قولة الذي لا يشترط تحديد الأجر^(٤)، للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقول أما في الما قولة فلا امتياز على الما قول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت^(٥)، إذا فأثار عقد الما قولة المختلفة عن آثار البيع تجعل من الاستحالة دمج هاذين العقدين معاً في آثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء لما في ذلك من استعمال في عمل بلا التزامات أطراف هذا العقد لصورة قطعية، ففي عقد الما قولة يكون لرب العمل التحلل من هذا العقد وإيقاف التنفيذ بالإرادة المنفردة في حين لا يوجد هذا الحق في عقد البيع وكذلك الفوائد في عقد الما قولة تسرى من وقت المطالبة القضائية في حين فوائد البيع تسرى من يوم الإعذار بالدفع أو تسليم المبيع وكذلك أن الما قولة لا امتياز فيها بخلاف البيع الذي فيه امتياز للبائع فمن هذا يتضح أن ما يعطى في البيع يسلب في الما قولة وما يعطى في الما قولة يسلب في البيع فكيف يمكن أن يعطى أحد الأطراف حقاً ثم يسلب ذات الحق في عقد واحد وهو

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤، ص ٢٦.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ٢٦.

(٣) المادة (٥٨١، ٨٨٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٦٣) من القانون المدني المصري.

(٤) المادة (٥٢٨، ٨٨٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٢٤، ٦٥٩) من القانون المدني المصري. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤، هامش ٣؛ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٥ هامش ١.

(٥) المادة (١٣٧٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١١٤٨) من القانون المدني المصري. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص ٢٣-٢٤ هامش ٣.

عقد بيع العقار تحت الإنشاء؟ يرى جانب من الفقه بأن طبيعة عقد بيع العقار تحت الإنشاء تختلف عن طبيعة عقد المقاولة بملكية الأرض، فإذا قدم الباني العمل فقط أو العمل ومواد البناء معاً عد الباني هنا مقاولاً وإذا قدم الباني العمل ومواد البناء والأرض عد الباني هنا بائعاً وطبقت أحكام عقد عقار تحت الإنشاء لأن البائع يمتلك الأرض التي سيقام عليها البناء أو له سلطة عليها ويلتزم ببناء العقار خلال فترة محددة^(١)، يرى جانب آخر من الفقه بأنه بيع العقار على الخارطة يلتزم فيه المطور بإنشاء البناء ونقل الملكية إلى المشتري وهذا الالتزام لا مقابل له في عقد المقاولة^(٢). يرى جانب آخر من الفقه بأن المقاولة تطبق على كل عقود البناء دون النظر إلى مسألة تقديم الأرض ومواد البناء^(٣)، وقد انتقد هذا الرأي الأخير على أساس أنه يؤدي إلى نتائج غير منطقية، فقد يحتاج مشروع البناء إلى عمل متطور وخبرة وتخصص وقد يكون البناء أقل أهمية قياساً بالأرض التي يقام عليها البناء ومن ناحية أخرى أهمل هذا الرأي عنصر الشراء ونقل الملكية فتعاقد المالك بالبناء يقابله تعاقد المشتري بشراء البناء وأن عقد المقاولة لا يستوعب كل أحكام هذا العقد^(٤). ويبدو أن بيع العقار تحت الإنشاء يتميز عن المقاولة بالوصف لمحل عقد بيع العقار تحت الإنشاء وقت التعاقد وبالدفاع الرئيسي لإبرام هذا العقد، فالمبيع بالنسبة للبائع هو التزام موصوف بعدم اكتمال انجازه وبالنسبة إلى المشتري المحل هنا الثمن هذا لكنه لا يعطى دفعه واحدة بل على دفعات متعددة بخلاف عقد المقاولة التي يكون فيها المحل بناء لم يوجد ويراد تكوينه أو بناء وجد شيء منه ويتعاقد على إكمال الجزء الغير منجز دون التطرق إلى الدوافع الخفية، فدافع البائع إلى التعاقد هو الحصول على الثمن لإكمال إنجاز البناء بغض النظر هل كان الدافع الخفي من وراء ذلك المرابحة أم التخلص من هذا العقار ودافع المشتري هو الحصول على عقار لا يستطيع الحصول عليه لو كان الثمن دفعه واحدة وحاجته إلى هذا العقار بغض النظر ما إذا باعه في المستقبل لأجل الربح أو حوله إلى عقار تجاري بخلاف عقد

(١) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦١

(٢) محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) A.G. Guest, chitty on contracts vol. 11 (specific contracts), sweet and Maxwell, London, 1968, p.1 and after.

مشار إليه لدى: علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، ومنشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١٤

(٤) علاء حسين على، المرجع السابق، ص ٤٩ - ٥٠.

المقاوله الذل ففك المقلول ءالبا لأءراض الءءارة من وراء ءاءءه إلى المال من رب العمل وءون أن ففكون له رءبه باءمال البناء فهو لم ففن مالكا من الأساس للأرض وءاءة رب العمل إلى الءلص من أعباء البناء أو عءم ءربءه فف البناء هف الءافع الرئفسف لءعاقل ءون أن ففكون ءافعه الرئفسف هو الءصول على عقلار فففش ففبه أو لفعااش منه.

المطلب الءالء

عقل ءفب العقلار ءء الءنشاء والعقل المركب

ما مدى اعتبار عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقدًا مركبًا. عقد بيع وعقد مقاوله؟ عرف العقد المختلط بأنه العقد الذي يتضمن عدة عمليات قانونية ينهض بكل منها غالبًا عقد واحد من عدة عقود مجتمعه^(١). يثار التساؤل هنا حول إرادة المتعاقدين عن هذا العقد هل هما قصدا تطبيق أحكام العقدين معًا تحت إطار عقد بيع العقار تحت الإنشاء أم ماذا؟ للعقد المركب احتمالان يحكمان القواعد التي تطبق عليه فهو إما أن يكون المتعاقدان قصدا تحقيق أغراض متعددة أو قصدا تحقيق غرض واحد^(٢). لو قيل أن المتعاقدين في عقد بيع العقار تحت الإنشاء قد قصدا تحقيق أغراض متعددة بأن كان أوله بيع وآخر مقاوله لنتفت الحاجة إلى تنظيم محل العقد ولما دعا الواقع إلى تنظيم هذا العقد لأن أحكام عقد البيع ستطبق أولاً ثم أحكام عقد المقاوله وله في المرحلة اللاحقة. وجل ما يمكن أن يوصف هذا العقد بالعقد المركب، فهو يشتري العقار وتطبق أحكام بيع العقار هنا ثم يكلف المشتري البائع بإكمال البناء باعتبار البائع هنا مقاول لتطبق أحكام المقاوله، ولو قيل أن المتعاقدين أخذوا بالاحتمال الثاني للعقد المركب بأن قصدا تحقق غرض واحد فإن وجود العراقيل التي تحول دون إتمام هذا العقد ستكون حتمية والسبب في ذلك أن لكل عقار أحكامه الخاصة التي تطبق عليه دون سواه فعقد البيع له أحكامه الخاصة التي تطبق عليه ولا يمكن أن تطبق هذه الأحكام على عقد العمل أو عقد الوديعة أو عقد المقاوله... لأن لكل عقد أسباب خاصة في نشوئه ولكل عقد التزامات تختلف عن التزامات العقد الآخر لذلك.

لو قلنا في العقد موضوع البحث أتجه المتعاقدان إلى تحقيق غرض واحد فإن تصادم أحكام العقود المندرجة تحت عقد بيع العقار تحت الإنشاء سيكون حتمي، متى يبدأ العقد الأول ومتى ينتهي؟ ماذا لو أخل البائع بالتزامه في العقد الثاني المرتبط به بسبب العقد الأول هل يفسخ

(١) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٤٨.

(٢) المرجع نفسه، ص ٤٩.

العقدين معًا أم ماذا؟ ماذا لو سلم البائع المبيع في طور الإنجاز وكان للبائع باقي الثمن لدى المشتري وأخل الأخير بعدم السداد بعد أن أكمل البناء هل يحجز البائع على المبيع رغم تسليمه للمشتري، فمن هذا يتضح أن هناك صعوبات بالغة في إدماج عقدين لإظهار عقد بيع العقار تحت الإنشاء، يرى جانب من الفقه أن التغلب على صعوبة العقد المركب المتجه إلى تحقيق غرض واحد يمكن في تغليب العقد الأساسي الذي يتفق مع غرض العملية التعاقدية المركبة وجعل حكم العقد الأساسي على التعاقد كله^(١)، يشتهر عقد بيع العقار تحت الإنشاء بأنه عقد مركب من عقدين هما أما المقاوله والبيع أو العمل والبيع الإيجاري وهو ما سنتطرق له في المطلب الرابع، عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو ليس عقد مركب بأي حال من الأحوال لكن لو افترضنا أنه عقد مركب من عقد بيع وعقد مقاوله وجعلنا عقد البيع هو الأساس وترتب عليه أهم التزام على عاتق البائع وهو نقل الملكية وعلى عاتق المشتري دفع الثمن لأدى ذلك إلى إكمال أحكام عقد المقاوله وبيع العقار على ما هو عليه باعتباره عقد بيع عقار موجود ولتهرب البائع من إكمال البناء باعتبار أن العقد الأساسي هو البيع وهنا يكون المشتري قد افتقر على حساب مصلحة البائع واندثار هدفه من هذا التعاقد المتمثل بالحصول على عقار بعد فترة محددة ما يستطيع أن يحصل عليه لولا عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يرتب التزامات على الطرفين لا تتعلق بنقل الملكية ودفع الثمن بل تتعلق بالتزام البائع إكمال البناء خلال فترة محددة وتقديم البائع ضمانات تكفل إكمال البناء وتسليمه ونقل ملكيته إلى المشتري وكذلك عندما يكون العقد الأساسي عقد مقاوله حيث ستطبق أحكام المقاوله وتلغى أحكام عقد البيع ولن تنتقل الملكية إلى المشتري لذلك يبدو مما سبق عدم إمكانية جعل عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد مركب، وإذا كان من غير الممكن اعتباره عقدًا مركبًا من عقدين المقاوله والبيع أو البيع الإيجاري والعمل إلا أنه يمكن أن يكون عقدًا مركبًا من عقد مدني وتجاري فهو تجاري بالنسبة إلى البائع ومدني بالنسبة إلى المشتري، قد أشار القانون العراقي والقانون المصري إلى أنه من ضمن الإكمال

(١) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٤٩.

التجارية البناء والترميم والهدم^(١)، كما أشار القانونين العراقي ضمناً والمصري صراحة على تطبيق أحكام العقد المركب^(٢).

وهنا يطبق الاحتمال الأول للعقد المركب الذي طرحه البعض من الفقه^(٣) وبهذا يكون عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد مركباً إذا كان البائع يمارس البيع والبناء باعتباره تاجرًا والمشتري مدني في هذه الحالة يكون العقد مركباً ولا يكون العقد مركب إذا كان كلا طرفي عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا يقوموا بهذه العملية لأجل الربح والتجارة.

المطلب الرابع

عقد بيع تحت الإنشاء وعقد البيع الإيجاري

(١) المادة (٥) من القانون التجاري العراقي، والمادة (٥) من القانون التجاري المصري.
(٢) المادة (٤) تجاري ثالثاً " يسرى القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون آخر"، والمادة (٣) من القانون التجارة المصري " إذا كان العقد تجاريًا بالنسبة إلى أحد طرفيه فلا تسرى أحكام القانون التجاري إلا على التزامات ها الطرف وحده، وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك".
(٣) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٤٩.

عرف عقد البيع الإيجاري بأنه إيجار من جانب البائع مصحوب بوعد بالبيع لا يتحول إلى بيع فعلي ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بسداد آخر قسط من الثمن^(١).

عرفه جانب آخر من الفقه بأنه عقد يسلم فيه مالك السلعة إلى المستأجر مع ضمه خيار شرائها أو إعادتها أثناء فترة سريان الإيجار أو بعد انقضاء المدة مقابل أقساط دورية تمثل بدل منفعه السلعة وثمن شرائها^(٢)، وهو سائر لعقد البيع^(٣)، ويبدو أن البيع بالتقسيط هو وعد من البائع المؤجر إلى المشتري المستأجر بنقل ملكية المبيع المأجور حال تمام آخر قسط من الثمن المتفق عليه، يتشابه البيع الإيجاري مع عقد بيع العقار تحت الإنشاء بان الثمن في العقدين مقسط إلى دفعات متعددة وأن المشتري في العقدين غالباً لا يستطيع الحصول على العقار لو كان ثمنه دفعة واحدة فيلجأ إلى أحد العقدين إلا أنهما يختلفان في أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يبرم على عقار لم يكتمل إنشائه بل بخلاف عقد البيع الإيجاري الذي يبرم على عقار لم صالح مكتمل الإنشاء وكذلك يختلفان في تبعة هلاك العقار فتبعية الهلاك في البيع الإيجار على المشتري^(٤) بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يضمن البائع تبعية الهلاك^(٥) ويرجع سبب ذلك إلى حالة وضع اليد فوضع اليد هو الذي يتحمل إهلاك حتى ولو لم يكن تقصير منه.

المطلب الخامس

عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد عقار موجود

(١) عبد الحميد عثمان الحنفي، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) درع حماد، البيع الإيجاري، الطبعة الأولى مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٩، ٢٠.

(٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، ١٩٦٠، ص ٢٨.

(٤) درع حماد، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٥) المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٢٧) من القانون المدني المصري.

لاشك أن التمييز بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد بيع العقار الموجود ليست تمييزاً فلسفياً بل ضرورة يفرضها الواقع فإذا كان كلا العقدين محلها بيع العقار والثن وأطرافهما قد يكونان طبيعيين أو معنويون وسببهما حاجة للمبيع للمشتري وحاجة الثمن للبائع وخصائيهما إنهما من عقود المعاوضة وأنهما من العقود الملزمة لجانبين وأنهما من عقود المساومة والتفاوض لا من عقود الإذعان فإن هذا التشابه لا يعني أن كلا العقدين مضمونهما واحد فالبائع في بيع العقار الموجود أو العادي لا يضمن سوى العيوب الخفية^(١) بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي لا يضمن فيه البائع العيوب الخفية فحسب بل يضمن أيضاً العيوب الظاهرة ويعتبر ضمان العيوب الخفية والظاهرة من النظام العام عند المشرع الفرنسي^(٢)، ومن حيث حالة بيع العقار يكون وقت بيع العقار الموجود في أي حال، شاء البائع طالما أنه مالك للمبيع ملكية مشروعة أو موكلاً بالبائع، بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي لا يجوز فيه البيع قبل تاريخ وضع الأساسات اللازمة للعقار المزمع بنائه^(٣)، وإن كان يبدو أن التمييز في الخاصية الثانية لا تتعلق بوقت البيع بل بحالة المبيع عند التعاقد، فمن خلال ما نقل عن المشرع الفرنسي نجد أن الأخير اشترط حالة المبيع وهي أن يكون أساسه قد وضع، وفي ظل غياب الإنسانية وسقم الضمير وعوز المشتري إلى البناء فإن اشتراط وضع الأساس يجاز بيع العقار تحت الإنشاء أصبح لا يواكب سلامة العملية التعاقدية لأن وضع الأساس لا ينم عن جدية بانجازه البناء إذا ما علم أن جهة الأساس مقارنتاً بقيمة ما يحمله الأساس من بناء تكاد أن تكون زهيدة وبالتالي يفتح الباب لكل عديم مروءة بالاحتيال على المشتري الضعيف بوضع الأساس ثم سرقت أجمل أحلام المشتري الضعيف، لذلك يبدو أن من الأفضل أن لا يجاز عقد بيع العقار تحت الإنشاء قبل أن تكون حالة البناء قد أنجز منها ٢٠% للتأكد من جدية البائع بإنجاز العمل ولاطمئنان المشتري

(١) العيب الخفي: هو العيب الذي يتقص من قيمة الشيء نقصاً ممسوساً أو من منفعته بحيث يجعلها غير صالحة لبعض المنافع المقصودة من شرائها أو نقص بالمنفعة المشروطة في العقد أو إخلال بطبيعة الغرض المقصود من الشيء أو إخلال بتخصيص طبيعة الشيء للغرض المعد له الشرعي. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج الأول، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٧١٧ - ٧٢١، المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٤١٥) من القانون المدني السوري.

(٢) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) المرجع نفسه، ص ٦٤.

بحصوله على العقار بالمدة المحددة اتفاقاً أو قانوناً، في بيع العقار العادي يجوز الوعد بالبيع قبل شراء العقار شريطة أن تعين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه^(١)، بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء التي لا يجيز المشرع الفرنسي إبرام العقد النهائي إلا بإبرام العقد التمهيدي^(٢)، وكذلك الحال في قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي الذي أبطل جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباحة على الخارطة التي لم تسجل في السجل العقاري المبدئي لا بل أن هذا القانون صار بأثر رجعي على العقارات التي لم يكتمل إنشاءها بعد، وكذلك المشرع البحريني الذي جعل البيع على الخريطة متوقف على التقييد في سجل قيد مشاريع البيع على الخريطة^(٣). يثار التساؤل هل الوعد بالبيع والشراء يكون من جانب واحد فقط أم من جانبين؟ فإذا قيل أن الوعد بالبيع من جانب واحد فهنا نكون أمام عقدان عقد وعد بالبيع يلتزم به الواعد إلى أن يظهر الموعد له رغبته أو تنتهي المدة دون إظهار الرغبة. وعقد وعد بالشراء وهنا يلتزم الواعد بالشراء إلى أن تنتهي المدة ولم يظهر الموعد له رغبته أو يظهر الموعد له رغبته قبل انتهاء المدة المحددة للعقد على نفس الشيء^(٤). أو أن يكون الوعد بالبيع والشراء من جانبين وهنا يوجد عقد واحد يلتزم به الطرفان في الوقت ذاته وفي الحالة الثانية يكون البيع قد تم فعلاً وأصبح ملزم للجانبين ويلجأ إلى هذا الوعد أما لتدابير الثمن من قبل المشتري أو لأن إجراءات التسجيل تستغرق وقت أطول ويرغب كل من الطرفين بتقييد الآخر بعقد ابتدائي هو الوعد إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيكون البيع تام^(٥)، ويبدو أن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو وعد بالبيع والشراء من جانبين لأن الوعد من الجانبين قد تم في ذات الوقت وأصبح ملزم على الطرفين فالإلزام من قبل الجانبين هو أساس ظهور الحاجة إلى تنظيم عقد بيع العقار تحت الإنشاء فتعهد البائع بالالتزام بالبناء ونقل الملكية يقابله تعهد المشتري بدفع الثمن بمواعيد

(١) المادة (٩١) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٠١) من القانون المدني المصري، والمادة (٧١) من القانون المدني الجزائري.

(٢) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) المادة (٣) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، والمادة (١٨، ١٩) من قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٥) المرجع نفسه، ص ٧٨.

محددة ولأن عقد بيع العقار تحت الإنشاء غالباً يكون كلا طرفيه بحاجة إلى التزامات الطرف الآخر أو يكون أحد طرفيه ضعيفاً غالباً يكون المشتري ليحقق حلم به تستر الأجساد وتحفظ الأعراض وتأى النفس عن الضياع، لذلك يبدو ضرورة استباقية عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعد بالبيع من جانبين. وبخصوص انتقال الملكية فإن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يستلزم الشكلية لانعقاده^(١)، وهذا خلاف عقد بيع العقار الموجود في التشريعات العربية التي يكفي فيها التراضي لانعقاد بيع العقار باستثناء التشريع العراقي الذي جعل من الشكلية ركن أساسي في البيع حيث أوقف العقود التي تستلزم الشكلية على استيفائها لشكلية في المادة (٩٠) من القانون المدني ثم أوقف عقد بيع العقار على التسجيل في الدوائر المختصة في المادة (٥٠٨) والدائرة المختصة هنا هي دائرة التسجيل العقاري والمختصة طبقاً للمادة (٢) من قانون التسجيل العقاري لسنة ١٩٧١ بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الباتة وما في حكمها على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام. وبهذا يتبين أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء له مدلوله الخاص وخصائصه التي ينفرد بها عن غيره من العقود وطبيعة مختلفة عن العقود الأخرى.

وبهذا يكمل الفصل التمهيدي من العقد موضوع البحث لننتقل بعدها إلى الباب الأول ونستكمل موضع البحث في الباب الثاني.

قائمة المراجع

١- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

(١) المادة (٣٤) من قانون نشاط الترفيه العقارية الجزائري، تاريخ النشر في الجريدة الرسمية ٦ مارس ٢٠١١، العدد (١٤)، والمادة (١٨)، والمادة (١٩) من قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني، والمادة (٣) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

- ٢- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي؛ الطبعة الأولى، سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٧.
- ٣- محمد سعد خليفه، أحكام بيع البناء على الخارطة، دراسة مقارنة، دار النهضة، ٢٠١٥.
- ٤- سبيل جعفر حاجي، ضمانات عقار بيع المباني قبل الإنشاء، دراسة مقارنة، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.
- ٥- سمير عبد السميع الأود، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات، ط١، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٦- ضحى محمد سعيد عبد الله، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد ٤٩، ٢٠١٢.
- ٧- ذنون يونس صالح ؛ علي سليمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد ١، العدد ١، ٢٠١٦.
- ٨- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد أول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤.
- ٩- عبد الحميد عثمان الحفني، نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضروب من تهدم البناء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ١٠- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٢٤؛ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١١- ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤.
- ١٢- ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، ١٩٦٠.

١٣- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط٢، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

١٤- علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، ومنشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص١٤

١٥- درع حماد، البيع الإيجاري، الطبعة الأولى مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

-V.GUY de crecy, le promoteur du construc- tion immobiliere a usaae dhabitation, these paris, 1960, p.56 ets.

-De seprais " Guide de coproprietaives et des societes de constuction " np. 211

- A.G. Guest, chitty on contracts vol. 11 (specific contracts), sweet and Maxwell, London, 1968, p.1 and after.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
٢	الفصل التمهيدي: ماهية عقد بيع العقار تحت الإنشاء وطبيعته.....
٣	المبحث الأول : تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء وخصائصه.....

٤	المطلب الأول: التعريف التشريعي والتعريف الفقهي.....
٤	الفرع الأول : التعريف التشريعي.....
٦	الفرع الثاني: التعريف الفقهي.....
٩	المطلب الثاني : خصائص عقد بيع العقار تحت الإنشاء.....
١٢	المبحث الثاني : تمييز عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن غيره من العقود المشابهة..
١٣	المطلب الأول : عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد الوكالة.....
١٦	المطلب الثاني: عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد المقاولة.....
٢١	المطلب الثالث : عقد بيع العقار تحت الإنشاء والعقد المركب.....
٢٤	المطلب الرابع : عقد بيع تحت الإنشاء وعقد البيع الإيجاري.....
٢٥	المطلب الخامس : عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد عقار موجود
٢٨	قائمة المراجع
٣٠	قائمة المحتويات