

عقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون

علي داخل راضي الخفاجي

الأستاذ المشرف الدكتور محمد صادق

عضو الهيئة العلمية في جامعة السيدة معصومة عليها السلام

مساعد مشرف الدكتور مهدي ميرداداشي

جامعة المصطفى العالمية كلية العلوم والمعارف

Contract for the sale of real estate under construction

المستخلص

أن العقد لا يلزم الا المتعاقدين، وفقا لمبدأ سلطان الارادة، فهو أداة تعبير عن الارادة لا تلزم سوى أصحابها المباشرة أو غير المباشرة و أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين حيث إن المبدأ العام في استقرار المعاملات ،هو أن العقد شريعة المتعاقدين، و الاصل في العقود أن أثارها تنصرف إلى عاقدتها، وتوول إليهم، و لا تتعداهم إلى الخلف، فلا يستفيد من العقد الا من أبرمه، وكان طرفاً فيه، و لا يضار منه أحد سوى عاقيه الذين تنتقل إليهم وحدهم الحقوق و الالتزامات المتولدة عنه، و هذا هو ما يطلق عليه مبدأ الاثر النسبي للعقد ، إذا فالأصل أن المتعاقدين ملزمون باحترام و تنفيذ ما أنشأته إرادتهما كما أنه لا يجوز لاحدهما نقض العقد أو التعديل منه ولكن من خلال تطور مناخ الحياة الاقتصادية ظهرت استثناءات لقاعدة نسبية أثر العقد ومن هذه الاستثناءات قاعدة الاشتراط لمصلحة الخلف و التعهد عن الخلف ، إذ بوجود هاتين القاعدتين أصبح من الممكن أن يكتسب الخلف حقوقاً من عقود لم يكن طرفاً فيها ومن كل ذلك تظهر أهمية هذا النوع من التعاقد بازدياد الحاجة إليه في الحياة العملية لما يفرزه من مرونة للمتعاقدين في إنشاء الالتزامات التعاقدية من جهة، وما يحققه من استقرار للمعاملات وتحقيق لمبادئ لعدالة من جهة ثانية في بعض الحالات أيضاً تبقى بعض العقود منتجة لأثارها بإرادة أخرى غير ارادة طرفيها تجاه شخص آخر من غير المتعاقدين. فغير المتعاقد يمكن أن يكتسب في المستقبل صفة المتعاقد، في عقد لم يشارك في إبرامه؛ و يتدخل في تنفيذه. و هذا التدخل للخلف قد يكون تدخلا الزاميا بمقتضى القانون ، أو يتقرر هذا التدخل للخلف بحكم الاتفاق. الكلمات المفتاحية: العقد،نسبية اثر العقد،التعهد لنفع الخلف،التعهد عن الخلف، اثر الخلف في العقد.

المقدمة

لقد كان للأزمة الاقتصادية والاجتماعية أثرا كبيرا في الحاجة إلى إيجاد مساكن للشباب مما دفع الدولة إلى خلق وسائل مبتكرة للتغلب على تلك المشكلة، ومن تلك الوسائل تدخلت الدولة لتنفيذ مشاريع وطرحها للتعاقد بما يسمى مباني تحت الإنشاء. ويلتزم بموجب هذا النظام البائع بإقامة بناء وفقا للمواصفات المحددة في العقد وتسليمه للمشتري خلال مدة معينة وذلك في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن طبقا للاتفاق المنصوص عليه في العقد بينهما. خصائص عقد بيع العقار تحت الإنشاء يحدث أحيانا 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 لجانبين وأنه من عقود المساومة والتفاوض لا من عقود الإذعان ويكتفي بهذه الخصائص ونبين الخصائص الخاصة التي ينفرد بها هذا العقد عن غيره والتي تعطي انطباعا خاصا 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^٢: 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 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^٤ 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 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^٥ 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^٦، ونص القانون المدني المصري على أن عقود بيع عقار هي عقد رضائي^٧ فإن عقد بيع العقار تحت الإنشاء نجده عقد شكلي لأهميته الشكلية على الواقع العملي، فنكمن 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^٨، وكذلك المشرع في إمارة دبي^٩ 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 عن غيره من العقود؟ 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 لحدثة 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^{١٠}. أما يمكن اعتباره عقد مقاوله على أساس أن البائع يقوم بعمل لصالح المشتري دون أن يكون البائع تابع للمشتري في تنفيذ العمل^{١١}؟ أما يمكن اعتباره عقد مركب من عقد بيع وعقد مقاوله؟ أما يمكن اعتباره عقد بيع إيجاري على أساس أن المشتري في العقدين يدفع الثمن على أقساط متعددة^{١٢}؟ أم يمكن اعتباره بيع عادي باعتباره أن كلا العقدين واقعين على بيع عقار. 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^{١٣}، فالمدن يلتزم بالقيام بعمل لصالح الدائن وكذا الوكيل يلتزم بالقيام بعمل لصالح الموكل فالوكيل والمدن 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^{١٤} 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^{١٥}، 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^{١٦}، 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 أيضاً تمتد على الأعمال المادية بخلاف القانون المصري الذي قصرها على التصرفات القانونية مما اتساع نطاق عقد الوكالة في القانون العراقي وضيق نطاقها في القانون المصري إلا أن ذلك لا يعني 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^{١٧}. كذلك يختلف عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن الوكالة بأن الوكالة تنتهي بموت أحد أطرافها^{١٨} بخلاف عقد بيع العقار تحت 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^{١٩}. 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^{٢٠} أيضًا يختلف عقد بيع العقار تحت الإنشاء عن عقد الوكالة بأن الأول ينتهي بانتهاء العمل والمدة المتفق عليها معاً 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^{٢١} 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 العقد، 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 مميزات تنفيذ العقد لا أهم التزام يقع على عاتق البائع وبالتالي فإن في هذا العقد يحدد الثمن وإلا فلا يصح البيع^{٢٢} بخلاف عقد الوكالة الذي قد يحدد فيه الأجر وقد لا يحدد فيه الأجر^{٢٣}. كذلك تختلف الوكالة من 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..."^{٢٤}. بخلاف القانون المصري الذي وضع نصاً واضحاً بأنها تبرعيه^{٢٥}، 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. عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد المقاولة 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^{٢٦}. يتشابه 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^{٢٧}، 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 العقد 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^{٢٨}، 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^{٢٩}. لأنه لو 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 تبين هذا الشبه أصبح من الأهمية أن نتبين أوجه الاختلاف بين هذين العقد حتى لا يؤخذ انطباع بتشابه هاذين العقد من حيث المضمون واختلافهم بالمسميات فقط، فعقد البيع لا ينعقد صحيح إلا بتحديد الثمن وإلا كان البيع باطل بخلاف المقاولة التي تتعقد صحيحة وإن لم يحدد الثمن (١/٨٨٠) ف.م.ع. و (٦٥٩) ف.م.ص^{٣٠}. في عقد البيع لا ينتهي العقد بموت أحد أطراف العقد بخلاف المقاولة والتي تنهي عقد المقاولة إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار المادة (١/٨٨٨) من القانون العراقي وتقبلها 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 العقد في جميع جزئيات العقد بل تشابهه 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 معاولة خلال فترة الإنجاز وعقد بيع بعد الإنجاز، فعند الإنجاز ينقلب العقد من معاولة إلى بيع تنتقل فيه الملكية إلى المشتري^{٣١}، وقد عيب على هذا الرأي لأن تكليف العقد وقت إبرامه هو واحد منذ إبرامه وحتى انتهائه ولا يجوز تغيير تكليف العقد وقت تكوينه عن وقت تنفيذه دون الاعتداد بما قد يترتب عليه من نتائج ولو كان المقاول 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 وكيف يبيع لشيء حاضر لا شيء مستقبل^{٣٢}. ونميل مع ما جاء به الفقه^{٣٣} من حيث جعل عقد المعاولة مستقل بأحكامه عن عقد البيع لأنه لو كان عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد معاولة ابتداءً وعقد بيع انتهاءً لأصبح هناك تناقض تام في إتمام عقد بيع العقار تحت الإنشاء، يكمن هذا التناقض بأن لرب العمل في عقد المعاولة التحلل من المعاولة وإيقاف التنفيذ في أي وقت بخلاف البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة واحدة^{٣٤}، 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 المعاولة الذي لا يشترط تحديد الأجر^{٣٥}، للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقول أما في المعاولة فلا امتياز على المقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت^{٣٦}، إذا فآثار عقد المعاولة المختلفة عن آثار البيع تجعل من الاستحالة دمج هاذين العقدين معا في آثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء لما في ذلك من استعمال في عمل بلا التزامات أطراف هذا العقد لصورة قطعية، ففي عقد المعاولة يكون لرب العمل التحلل من هذا العقد وإيقاف التنفيذ بالإرادة المنفردة في حين لا يوجد هذا الحق في عقد البيع وكذلك الفوائد في عقد المعاولة تسرى من وقت المطالبة القضائية في حين فوائد البيع تسرى من يوم الإصدار بالدفع أو تسليم المبيع وكذلك أن المعاولة لا امتياز فيها بخلاف البيع الذي فيه امتياز للبائع فمن هذا يتضح أن ما يعطى في البيع يسلب في المعاولة وما يعطى في المعاولة يسلب في البيع فكيف يمكن أن يعطى أحد الأطراف حقاً ثم يسلب ذات الحق في عقد واحد وهو عقد بيع العقار تحت الإنشاء؟ يرى جانب من الفقه بأن طبيعة عقد بيع العقار تحت الإنشاء تختلف عن طبيعة عقد المعاولة بملكية الأرض، فإذا قدم الباني العمل فقط أو العمل ومواد البناء معاً عد الباني هنا مقولاً 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 بناء العقار خلال فترة محددة^{٣٧}، 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 المعاولة^{٣٨}. يرى جانب آخر من الفقه بأن المعاولة تطبق على كل عقود البناء دون النظر إلى مسألة تقديم الأرض ومواد البناء^{٣٩}، 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 المعاولة لا يستوعب كل أحكام هذا العقد^{٤٠}. ويبدو أن بيع العقار تحت الإنشاء يتميز عن المعاولة بالوصف لمحل عقد بيع العقار تحت الإنشاء وقت التعاقد وبالذافع 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 المعاولة 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 المعاولة الذي يكون فيه دافع المقاول غالباً لأغراض التجارة من وراء حاجته إلى المال من رب العمل ودون أن يكون له رغبة بإكمال البناء فهو لم يكن مالكا من الأساس للأرض وحاجة رب العمل إلى التخلص من أعباء البناء أو عدم خريته في البناء هي الدافع الرئيسي لتعاقد دون أن يكون دافعه الرئيسي هو الحصول على عقار يعيش فيه أو ليعتاش منه. عقد بيع العقار تحت الإنشاء والعقد المركب ما مدى اعتبار عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقداً مركباً. عقد بيع وعقد معاولة؟ عرف العقد المختلط بأنه العقد الذي يتضمن عدة عمليات قانونية ينهض بكل منها غالباً عقد واحد من عدة عقود مجتمعه^{٤١}. يثار التساؤل هنا حول إرادة المتعاقدين عن هذا العقد هل هما قصداً تطبيق أحكام العقدين معاً تحت إطار عقد بيع العقار تحت الإنشاء أم ماذا؟ للعقد المركب احتمالان يحكمان القواعد التي تطبق عليه فهو إما أن يكون المتعاقدان قصداً تحقيق أغراض متعددة أو قصداً تحقيق غرض واحد^{٤٢}. لو قيل أن المتعاقدين في عقد بيع العقار تحت الإنشاء قد قصداً تحقيق أغراض متعددة بأن كان أوله بيع وآخر معاولة لنتجت الحاجة إلى تنظيم محل العقد ولما دعا الواقع إلى تنظيم هذا العقد لأن أحكام عقد البيع ستطبق أولاً ثم أحكام عقد المعاولة وله في المرحلة اللاحقة. وجل ما يمكن أن يوصف هذا العقد بالعقد المركب، فهو يشترى العقار وتطبق أحكام بيع العقار هنا ثم يكلف المشتري البائع بإكمال البناء باعتبار البائع هنا مقاول لتطبيق أحكام المعاولة، ولو قيل أن المتعاقدين أخذوا بالاحتمال الثاني

للعقد المركب بأن قصدا تحقق غرض واحد فإن وجود العراقل 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 المقاولة... لأن لكل عقد أسباب خاصة في نشوئه ولكل عقد التزامات تختلف عن التزامات العقد الآخر لذلك لو قلنا في موضوع البحث اتجه 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 العقدان معا 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 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^٣، يشتهر عقد بيع العقار تحت الإنشاء بأنه عقد مركب من عقدين هما أما المقاولة 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 مقاولة 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 المقاولة 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 مقاولة حيث ستطبق أحكام المقاولة 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 عقداً مركباً من عقدين المقاولة والبيع أو البيع الإيجاري والعمل إلا أنه يمكن أن يكون عقداً مركباً من عقد مدني وتجاري فهو تجاري بالنسبة إلى البائع ومدني بالنسبة إلى المشتري، قد أشار القانون العراقي والقانون المصري إلى أنه من ضمن الإكمال التجارية البناء والترميم والهدم^٤، كما أشار القانونيين العراقي ضمنا والمصري صراحة على تطبيق أحكام العقد المركب^٥، وهنا يطبق الاحتمال الأول للعقد المركب الذي طرحه البعض من الفقه^٦ وبهذا يكون عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد بيع العقار تحت الإنشاء مركباً إذا كان البائع يمارس البيع والبناء باعتباره تاجراً 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 عقد بيع تحت الإنشاء وعقد البيع الإيجاري عرف عقد البيع الإيجاري بأنه إيجار من جانب البائع مصحوب بوعده بالبيع لا يتحول إلى بيع فعلي ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بسداد آخر قسط من الثمن^٧، 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 منفعة السلعة وثمن شرائها^٨، وهو سائر لعقد البيع^٩، 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 تبعية هلاك العقار فتبعية الهلاك في البيع الإيجار على المشتري^{١٠} بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يضمن البائع تبعية الهلاك^{١١} ويرجع سبب ذلك إلى حالة وضع اليد فواضع اليد هو الذي يتحمل إهلاك حتى ولو لم يكن تقصير منه. عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد عقار موجود لاشك أن التمييز بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد بيع العقار الموجود ليست تمييزاً فلسفياً بل ضرورة يفرضها الواقع فإذا كان كلا العقدين محلهما بيع العقار والثمن وأطرافهما قد يكونان طبيعيين أو معنويين وسببهما حاجة للمبيع للمشتري وحاجة الثمن للبائع وخصائصهما إنهما من عقود المعاوضة وأنهما من العقود الملزمة للجانبين وأنهما من عقود المساومة والتفاوض لا من عقود الإذعان فإن هذا التشابه لا يعني أن كلا العقدين مضمونهما واحد فالبايع في بيع العقار الموجود أو العادي لا يضمن سوى العيوب الخفية^{١٢} 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^{١٣}، ومن حيث حالة بيع العقار يكون وقت بيع العقار الموجود في أي حال، شاء البائع طالما أنه مالك للمبيع ملكية مشروعة أو موكلاً بالبيع، بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي لا يجوز فيه البيع قبل تاريخ وضع

الأساسات اللازمة للعقار المزمع بناؤه^{٤٤}، 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 يتم عن جدية بانجازه البناء إذا ما علم أن جهة الأساس مقارنة بقيمة ما يحمله الأساس من بناء تكاد أن تكون زهيدة وبالتالي يفتح الباب لكل عديم مروءة بالاحتيايل 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 ولإطمئنان المشتري بحصوله على العقار بالمدة المحددة اتفاقاً أو قانوناً، في بيع العقار العادي يجوز الوعد بالمبيع قبل شراء العقار شريطة أن تعين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه^{٤٥}، بخلاف عقد بيع العقار تحت الإنشاء التي لا يجيز المشرع الفرنسي إبرام العقد النهائي إلا بإبرام العقد التمهيدي^{٤٦}، 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^{٤٧}. 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^{٤٨}. 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^{٤٩}، 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 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 وتتأى 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^{٥٠}، 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 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.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

- ١- اختلفت القوانين المقارنة في دور التسجيل في عقد بيع العقار، فيعد ركناً لانعقاد البيع في القانون العراقي، بينما يعد شرطاً لإنقال الملكية في القانون المصري، كما يعد شرطاً لتنفيذ البيع تجاه الغير في القانون الفرنسي.
- ٢- إن الحالات التي تعد فيها الكتابة ثابتة التاريخ، قد جاءت على سبيل المثال، وتظهر أهميتها في مجال حسم تراحم حقوق المشتريين بحيث أن العبرة تكون لمن كان عقده ثابت التاريخ، إلا إذا كان أحد العقدين مسجلاً، فعندئذ تكون العبرة للعقد المسجل، غير أن المشرع المصري خالف هذه القاعدة وأخذ بإبطال العقد الثاني وإن كان مسجلاً.
- ٣- لم ينظم المشرع العراقي والكوستاني أسوة بالمشرع المصري، عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، ولم يجز تسجيله، لذا لا يمكن عده عقداً للبيع، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم بصورتين، وهما بيع الأجل وبيع حسب الحالة المستقبلية.
- ٤- تبادر اطراف عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء لتصديق العقد لدى الكاتب العدل، بالرغم من انعدام أثره لإنشاء الحقوق العينية العقارية.

٥- لا يحق للمشتري على وفق القانون العراقي، المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري في مجال بيع الشقة تحت الانشاء الا استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨).

٦- اختلفت التشريعات المقارنة بالنسبة لضمان إكمال بناء العمارات السكنية، حيث إن المشرع العراقي عالج هذا الضمان من خلال حجز الأرض المخصصة للعمارات السكنية حتى تمام المشروع بأكمله، كما انه فرض على المستثمر تقديم خطاب الضمان المصرفي لمصلحة الجهة الحكومية المختصة، ولا يستفيد المشتري من هذا الضمان، أما المشرع الفرنسي فإنه عالج من خلال فرض اللجوء الى وسيلتين، وهما فتح الإعتماد المصرفي والكفالة التضامنية.

٧- يظل مشتري الشقة تحت الانشاء بلاضمان من التعرضات التي تواجهه من البائع أو الغير لحين اكتمال الشقة وتسجيله باسمه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري العراقي.

ثانياً: الاقتراحات

- ١- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (الحادية عشرة/ثالثاً) من قانون الكتاب العدول رقم (٢٧) لسنة (١٩٧٧) المعدل، على الوجه الآتي: (لا يجوز للكاتب العدل، تنظيم التصرفات العقارية وتوثيقها، إلا اذا كان العقار من الوحدات السكنية التي لم تكتمل بناؤها حين إبرام العقد).
- ٢- نقترح تدخل المشرع العراقي والكوستاني في تنظيم بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء بأحكام خاصة، بما يضمن حقوق المشتري من إكمال البناء وانتقال ملكية الشقة اليه، ولهذا الغرض نقترح ما يأتي: (١- على البائع تسليم الشقة الى المشتري عند اتمامها، ويتم انتقال ملكيتها اليه بقوة القانون وتسجيلها باسمه من وقت إبرام العقد الموثق، ٢- تتمثل ضمانات إكمال بناء العمارات السكنية ووحداتها، بما يأتي: أ- فتح الإعتماد المصرفي: يلتزم بموجبه الطرف الذي وافق على منحه بأن يسلف البائع أو يدفع لحسابه المبالغ الضرورية لإنجاز بناء العمارة ووحداتها على وجه الصالح للسكنى، ويجب أن تنص هذه الاتفاقية على حق المشتري من الرجوع على الضامن عند الاقتضاء. ب- عقد الكفالة: يلتزم بموجبه الكفيل تجاه المشتري بالتضامن مع البائع، بدفع المبالغ الضرورية لإنجاز بناء العمارة ووحداتها، على وجه صالح للسكنى. ج- لا يشترط تطبيق الفقرتين اعلاه بالنسبة للعمارة السكنية الواحدة).

المصادر والمراجع

- ١- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
- 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، ط ١، 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 المقاوله، شرح أحكام عقد المقاوله، 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 المقاوله، ط ٢، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- ١٤- علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، ومنشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١٤.
- ١٥- درع حمادة البيع الإيجاري، الطبعة الأولى مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

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

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

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

هوامش البحث

١ استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة المصطفى العالمية

٢ استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة حكومية قم

٣ سبيل جعفر حاجي، المرجع السابق، ص ٤٠.

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

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

٦ 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.

٧ المادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري.

٨ المادة (٣) من قانون ملكية الطوابق والشقق.

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

١٠ المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي.

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

١٢ 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.

١٣ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٨.

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

مشار إليه لدى: محمد المرسي زهرة، ص ٤٨.

١٥ المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي.

١٦ المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري.

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

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

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

٢٠ المادة (٩٤٧) من القانون المدني العراقي والمادتين (٧١٥-١، ٧١٦-١) من القانون المدني المصري.

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

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

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

٢٤ المادة (٩٤٧) من القانون العراقي.

٢٥ المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري.

^{٢٦} نميز بين العقد المقاولة ذاته في القانون العراقي والقانون المصري، فبينما عرف المشرع العراقي المقاولة (عقد يتعهد به ... لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)، عرفها المشرع المصري (المقاولة عقد بتعهده 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 للمقاولة ومصطلح (المتعاقدين الآخرين) بالنسبة لرب العمل، ولو أخذ بحرفية القانون المدني المصري في هذا التعريف لأصبح من الممكن أن يكون المقاولة 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 نقيض هذا التعريف في مواضع عدة

المادة (٦٧٤) والمادة (٦٩٩) والمادة (٧١٨) والمادة (٧٤٧) والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.

^{٢٧} المادة (٦١٢) من القانون المدني السوري والسادة (٦٤٥) من القانون المدني الليبي والمادة (٨٧٢) من القانون المدني الإماراتي.

^{٢٨} المادة (٨٦٦) عراقي، والمادة (٦٤٨) مصري، والمادة (٦١٤) من السوري، والمادة (٦٤٧) ليبي، والمادة (٨٧٥) إماراتي.

^{٢٩} المادة (١/٨٦٧) عراقي، والمادة (٦٤٩) مصري، والمادة (٢/٦١٥) سوري، والسادة (٢/٦٤٨) ليبي، والمادة (٨٧٦) إماراتي.

^{٣٠} 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، ص ١٥.

^{٣١} محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط ٢، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٩-٢٠.

^{٣٢} عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٤، ص ٢٦.

^{٣٣} عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص ٢٦.

^{٣٤} المادة (٥٨١، ٨٨٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٦٣) من القانون المدني المصري.

^{٣٥} 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.

^{٣٦} المادة (١٣٧٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١١٤٨) من القانون المدني المصري. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص ٢٣ - ٢٤ هامش ٣.

^{٣٧} محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦١.

^{٣٨} محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٢٨.

^{٣٩} 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.

^{٤٠} علاء حسين على، المرجع السابق، ص ٤٩ - ٥٠.

^{٤١} محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٤٨.

^{٤٢} المرجع نفسه، ص ٤٩.

^{٤٣} محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٤٩.

^{٤٤} المادة (٥) من القانون التجاري العراقي، والمادة (٥) من القانون التجاري المصري.

^{٤٥} 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 تجارياً 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".

^{٤٦} محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٤٩.

- ٤٧ عبد الحميد عثمان الحنفي، المرجع السابق، ص ٧٨.
- ٤٨ درع حماد، البيع الإيجاري، الطبعة الأولى مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٩، ٢٠.
- ٤٩ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، ١٩٦٠، ص ٢٨.
- ٥٠ درع حماد، المرجع السابق، ص ١٣٣.
- ٥١ المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٢٧) من القانون المدني المصري.
- ٥٢ العيب الخفي: هو العيب الذي يتقص من قيمة الشيء نقصا ممسوسا 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.
- ٥٣ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦٣.
- ٥٤ المرجع نفسه، ص ٦٤.
- ٥٥ المادة (٩١) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٠١) من القانون المدني المصري، والمادة (٧١) من القانون المدني الجزائري.
- ٥٦ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٦٥.
- ٥٧ المادة (٣) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، والمادة (١٨ ، ١٩) من قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.
- ٥٨ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٥.
- ٥٩ المرجع نفسه، ص ٧٨.
- ٦٠ 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.