



Tikrit University Journal for Rights

Journal Homepage : <http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t>

كلية القانون  
College of Law

## Transfer of ownership of real estate under construction

**Dr. Lecturer .Muthanna Rashid Abdullah**

College of rights, University of Nahrain, Baghdad ,Iraq

[Muthanna.rashid@nahrauniv.eud.iq](mailto:Muthanna.rashid@nahrauniv.eud.iq)

### Article info.

#### Article history:

- Received 24 December 2024
- Accepted 7 February 2025
- Available online 1 March 2025

#### Keywords:

- Property
- Real Estate

**Abstract:** The great development witnessed by the world in the field of construction and building and the rise in the housing crisis as well as the rise in prices in residential buildings, which increased the difficulties of purchasing these buildings, which led to the diversity of types of contracts concluded to purchase residential units still under construction and pay them in a periodic manner paid on specific dates, and this was the result of the government's inability to provide safe housing for citizens, which prompted the private sector through investment to build residential complexes and sell them to citizens, and this is done by concluding investment contracts between the investor and the National Investment Authority and granting an investment license.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

## انتقال الملكية للعقارات تحت قيد الأنشاء

م.د. مثنى رشيد عبدالله

كلية الحقوق، جامعة النهريين، بغداد، العراق

[Muthanna.rashid@nahrauniv.eud.iq](mailto:Muthanna.rashid@nahrauniv.eud.iq)

معلومات البحث :

**الخلاصة:** أن التطور الكبير الذي شهده العالم في مجال البناء والانشاء وارتفاع أزمة السكن وكذلك ارتفاع الأسعار في الأبنية السكنية مما زاد من الصعوبات شراء هذه الأبنية ، مما دفع من تنوع أنواع العقود المبرمة لشراء الوحدات سكنية مازالت تحت الانشاء وتسديدها على شكل دوري تدفع بمواعيد محددة ، وهذا كان نتيجة عجز حكومي من توفير سكن آمن للمواطنين مما دفع القطاع الخاص عن طريق الاستثمار من تشيد مجمعات سكنية وتباع على المواطنين ، ويتم هذا من خلال أبرام عقود استثمارية أطرافها المستثمر والهيئة الوطنية للاستثمار ومنحة أجازة استثمارية .

تواريخ البحث:

- الاستلام : ٢٤ / ايار / ٢٠٢٤

- القبول : ٧ / كانون الثاني / ٢٠٢٥

- النشر المباشر : ١ / آذار / ٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :

- الملكية

- العقارات

© ٢٠٢٣ , كلية القانون، جامعة تكريت

### المقدمة : اولاً : موضوع البحث .

النمو السكاني الذي شهده العالم في مختلف الدول والعراق منهم ، وقله المدن السكنية الحديثة حيث ظهرت الحاجة الى تدخل الدولة بشكل ملحوظ من النهوض بالواقع السكني الذي يعاني منه العالم ، ولكن الدولة بوحدها غير قادرة ، وهنا تكون بحاجة الى الأموال القطاع الخاص من أجل تنمية القطاع السكني وتلبية احتياج المواطنين من الوحدات السكنية ، تلجأ الدولة للاستثمار عن طريق الشركات المحلية او الأجنبية ، مما دفع الافراد الى التعاقد من أجل شراء الوحدات السكنية التي لم يتم أنجازها ، وبما أن هذه الوحدات يتم دفع مبالغها بوقت أجل مما دفع الناس على شرائها ، وهذا الدفع يساعد المستثمر على اكمال اعمال البناء من خلال المبالغ التي يحصل عليها من دفع الأقساط من قبل الأشخاص الذين تقدموا لشراء الوحدات السكنية ، وغياب تنظيم التشريعي دفع أصحاب النفوس الضعيفة من المستثمرين استغلال هذه الوسيلة بالنصب على المتقدمين على شراء الوحدات السكنية قيد الانشاء والاحتتيال عليهم ، وعدم تنفيذ الالتزامات وفق المواصفات المتفق عليها مع البائع للوحدات السكنية ، وهنا لابد من تشريع قانون من سد النقص التشريعي وما ذهبت إليه مختلف التشريعات من إيجاد تنظيم قانوني لعقد بيع العقار قيد الانشاء .

### ثانياً: أهمية البحث .

أن البحث كان يدور على عقد بيع العقار قيد الانشاء وحل مشكله السكن ، وهذا لاسيما بعد أقبال الكثير من الشركات الاستثمارية ما كان منها أجنبي وما كان منها محلي على الاستثمار في هذا المجال ، حيث دفع هذا الى التفكير لسن تشريع من خلاله التعرف على نوع العقد المبرم بين الطرفين ، والتزامات كل من طرفي العقد ، حيث شاع هذا النوع من العقود في وقتنا الحاضر وذلك لزيادة المشاريع الاستثمارية والحاجة لتملك وحدات سكنية بصورة ميسره من خلال الدفع بالأقساط ، ولابد من توفر الضمانات لطرفي العقد إذا اخل البائع بالالتزام من خلال عدم اكمال أنشاء العقار أو عدم نقل الملكية ، حيث ان هذا النوع من الاستثمار ساعد على حل مشكله السكن وساعد أيضاً على التطور الاقتصادي .

### ثالثاً : مشكله البحث .

حيث اعترض البحث صعوبات عده منها عدم وجود تشريع خاص ينظم بيع العقارات قد الانشاء ، مما حتم الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني ،وتطبيقها على هذا النوع من العقود ، من حيث الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار قيد الانشاء ، وكذلك الالتزامات التي تقع على أطراف بيع العقار قيد الانشاء وهم كل من البائع والمشتري ، والضمان التي يجب أن تتوفر لطرفي العقد وبالأخص المشتري وهو الطرف الضعيف لأنه يقوم بدفع الثمن بالكامل ولم يتم نقل ملكيته إليه .

### رابعاً: منهج البحث .

اعتمدنا المنهج المقارن حيث عمد الباحث الى دراسة النصوص القانونية ومقارنتها ، على فحواها ومضمونها من أجل استنباط الاحكام القانونية إلى احكام عامه تطبق على الوقائع المعروضة في انتقال ملكية العقار قيد الانشاء ، واستخدام المنهج المقارن بين القانون العراقي والقوانين المقارنة .

### خامساً: خطة البحث .

سيتم تقسيم موضوع البحث ضمن خطة بحثيه مكونه من مقدمه ومبحث ومطلبين المطلب الأول الطبيعة القانونية لعقد انتقال ملكيه العقار تحت قيد الانشاء ، المطلب الثاني الاحكام القانونية المترتبة على بيع العقارات قيد الانشاء ، وبعده خاتمه تتضمن نتائج ومقترحات .

## المطلب الاول

### الطبيعة القانونية لعقد انتقال ملكية العقار تحت قيد الانشاء

كان من نتائج مبدأ سلطان الإرادة أن اصبح المتعاقدين أن يظهرُوا أرائهم في أي عقد من العقود ، فالمرشع لا يستطيع تتبع ما يبتدعه الافراد من عقود وضع تنظيم ملائم لكل عقد ، وحيث عقد بيع العقار قيد الانشاء يختلف عما غيره من العقود وذلك كون أن محل العقد غير موجود عند التعاقد ويكون التزام بائع العقار بإنشاء العقار أولاً ثم الالتزام بنقل الملكية ثانياً .

الالتزام الأول بائع العقار هو القيام بنشاء العقار وهنا يكون مشابه لنفس التزام المقاول في عقد المقولة ، والالتزام الثاني هو نقل ملكية العقار الى المشتري بعد أنشائه ، ويكون مشابه للالتزامات التي تقع على البائع في عقد البيع التقليدي ، وهل بالإمكان أن نطبق أحكام البيع التقليدية ، أو أنه اقرب لعقد المقولة ، أو من العقود الوعد بالبيع <sup>١</sup> .

ولبيان طبيعة هذا العقد وللوقوف على لاد من تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد الحديث ، والتميز بينة وبين العقود المشابه له ، لنحدد هل هو عقد بيع تقليدي ، أم عقد مقولة ، ام عقد مستقبلي أم عقد وعد بالبيع ، ام هو عقد جديد له خصوصية خاصة به بالرغم مع الرغم من اشتراكه بخصائص عامة لتلك العقود .

## الفرع الاول

### عقد تملك العقار تحت الانشاء والعقود المسماة

فأن العقود المسماة ذات تنظيم خاص اضافة الى تنظيمها العام ، فهي تحكمها القواعد الخاصة التي جاء بها المرشع لكل عقد منها فضلاً عن القواعد العامة في نظرية العقد ، وقد يتفق المتعاقدان في بعض الأحيان على ابرام عقد مسمى ولكنهما يتركان بعض النقاط التفصيلية ، وهذا يتيح للقاضي وهو يفسر العقد أو يكمله أن يلجأ إلى القواعد التي وضعها المرشع لهذا العقد <sup>٢</sup> .

وفي العادة تملك العقار تحت الانشاء الى احد العقدين من العقود المسماة وهم كل من عقد البيع وعقد المقولة ، وعند تحليلنا لهذا العقد عدم إمكانية ادخاله في هذا القالبين لاد من الاعتراف له بذاتية مستقلة ، وهنا سوف يدخل في طائفة العقود الغير المسماة إلى ان يتم تنظيم منفصل خاص به ، كما هو في فرنسا ويسمى (بالاطار المحمي) .

أيما كان الرأي في تكيف عقد تملك العقار قيد الانشاء فإنه يخضع لقواعد الحماية التي يكفلها القانون المدني لأحد المتعاقدين في مواجهة المتعاقد الآخر .

وسنتناول **عقد تملك عقار تحت الانشاء وعقد بيع ، وكذلك عقد تملك عقار تحت الإنشاء وعقد**

### المقولة .

١- إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ، ١٩٩٨م ، ص ٨٠ .  
٢- محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨م ، ص ٤٥ .

## أولاً: عقد تملك عقار تحت الإنشاء وعقد البيع

عرفت المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي البيع "البيع مبادلة مال بمال" <sup>١</sup> وبعدها تم وضع تعريف للعقار تحت قيد الإنشاء في القانون المدني الفرنسي في نص المادة (١٦٠١-١) والتي جاء فيها "يتم بيع المساكن ويقع على البائع بالبناء بالوقت المحدد في العقد وينتهي الالتزام بعد الإنجاز والتسليم" <sup>٢</sup>.

فأن عدم وجود تعريف لعقد تملك عقارات تحت قيد الإنشاء في كل من العراق ومصر وإنما تم تعريفه في القانون المدني الفرنسي في القطاع المحمي وأن أي عقد خارج هذا القطاع يخضع للقواعد العامة ، وفي بعض الأحيان يثور تساؤل هل أن عقد تملك عقار قيد الإنشاء هو عقد بيع بالمعنى الدقيق يخضع للنظام القانوني لعقود البيع <sup>٣</sup>

ومن يرى حيث أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يكون أقرب من عقود بناء السفينة تحت الإنشاء وهذا ما جاء بعقود بيع السفينة في القانون البحري عندما تكون السفينة تحت الإنشاء أشار إلى أمثلة هي بذاتها حالات بيع العقار تحت الإنشاء ،عقد بيع السفينة تحت الإنشاء تشابه أذا ما قامت شركة بحيازة قطعة أرض ملاصقة لطريق تم تمهيده حديثاً ، وحيث أن الشركة أعلنت عن إنشاء عدة منازل قبل البدء في الإنشاء ، فهنا نكون أمام البيع المستقبلي ، وأن اطراف العقد اتفقوا على العناصر الرئيسية لقيام العقد وصحته ، حيث أن كل من شروط الرضا والسبب والتمن متوافرة ألا عنصر واحد لم يتوفر وهو عنصر المبيع الذي يعتمد على نشاط المدين <sup>٤</sup>.

وحيث هنالك العديد من النظريات للتمييز عقد العقارات قيد الإنشاء بين العمل التجاري والعمل المدني منها تأثير بالطابع الموضوعي للقانون التجاري كنظرية المضاربة ، والبعض ذهب الى التأثير بالطابع الشخصي كنظرية المشروع والحرفة التجارية ،وتبدو أهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني في عدة مسائل ومن هذه المسائل تحديد الاختصاص القضائي ، واحكام الإفلاس وغيرها <sup>٥</sup>.

والكثير من التشريعات المقارنة اختلفت في تحديد الاعمال التجارية ، البعض منهم أوردها على سبيل الحصر والبعض أوردها على سبيل المثال والمشرع العراقي أوردها في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ <sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> -يقابلها نص المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري "البيع عقد يلزم فيه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل نقدي"؛ وتقابلها نص المادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي " يعد البيع بمثابة اتفاقية تلزم شخص بتسليم ما يختاره والأخر للدفع. يمكن أن يكون الأمر حقيقي من خلال عمل أصيل أو خاص "

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé .

- ٢

La vente d'immeuble a coustrire est celle par laquelle le vendeur s'oblige a edifier un Immeuble dans un delai determine par le contrat .

<sup>٣</sup> - إبراهيم عثمان بلال ،تمليك العقارات تحت الإنشاء ، مرجع سابق ، ص ٨٠.

<sup>٤</sup> -علي البارودي ،مبادئ القانون البحري ، المكتب العربي الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٦٩م ، ص ٤٥ .

<sup>٥</sup> -سميحة القليوبي ،الوسيط في شرح القانون المصري ، نظرية الاعمال التجارية والتاجر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ م ، ج١ ، ص ٦٧.

<sup>٦</sup> - نصت المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ "تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها القصد مالم يثبت العكس : أولاً: شراء او استئجار الأموال منقولة كانت ام عقاراً لأجل بيعها او اجارها .

ثانياً: .....

وكذلك نصت المادة السادسة من قانون التجارة العراقي " يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته"

وبما جاء في قانون التجارة ، كل عمل يعد تجارياً اذا كان القصد منة تحقيق الربح وضع راس مال معين في عمل معين وذلك من اجل تحقيق الربح ، وفي حالة تطبيق هذا المفهوم على بيع العقارات قيد الانشاء فهناك تشابه بينهما ، حيث أن المستثمر يقوم بشراء ارض معينة وذلك من أجل بنائها والاستثمار فيها وبيعها المشتريين مقابل ثمن معين<sup>١</sup>.

وفي صدد تكييف عقد بناء السفينة الحالة التي يتم التعاقد فيها بين الشخص المجهز وشخص آخر (بناء) على القيام بعمل سفينة مقابل ثمن معين ومن يقوم في البناء العمال واستخدام مواد البناء بناءً على المواصفات المتفق عليها ، وان التساؤل الذي يثار هل العقد عقد مقاوله ام عقد بيع مستقبلي أو بيع تحت التسليم وكل من العقد يتميز عن الآخر ، ففي عقد المقاوله يقوم المقاول بتقديم كل ما لديه من فن وخبرة على مواد تصبح بصورة تدريجية ملكا لرب العمل ، وفي حال تعاقد شخص مع مقاول على أن يشيد له بناء على أرض يملكها ، فإن مالك الأرض يكتسب ملكية الأرض بقدر تم بناءه. أما في البيع تحت التسليم فإن البائع يبني الشيء ويوجده ويسلمه عندما يتم البناء

ويرى فقهاء القانون البحري أن بناء السفينة هو عقد ولكن لا يعد عقد تشيد أو عقد مقاوله ، لأنه لا يوجد اندماج متعاقب للبناء ، وليس هنالك انتقال متعاقب للملكية ، وانما يمكن اعتباره بيع تحت التسليم ، تبقى فيه الملكية للبناء حتى التسليم<sup>٢</sup>. عند بيع السفينة من قبل البناء في الوقت الذي يتم فيه البناء ، ومثله الصانع يبيع الآلة التي أنجز صناعتها ويكون محل الالتزام هو نقل شيء مستقبلي<sup>٣</sup>.

وهنا نجد فقهاء القانون البحري يتجهون الى تكييف عقد بناء السفينة المشابه لعقد تملك عقار تحت الانشاء إلى أنه عقد بيع لأجل<sup>٤</sup> .ومن يرى أن العقد بيع عادي وهو عقد نقل ملكية مقابل ثمن ، وينطلق هذا الرأي من القول بوجود التزام على الشخص المتعاقد بنقل الملكية وبما هو عليه في عقد البيع ، وتأكيد على هذا حيث يذهب الشراح بإمكان قياس عقد بيع العقارات تحت الانشاء على عقد الأستصناع ، وان عقد الأستصناع يرد على شيء وفيه يقوم الصانع بالتوريد المواد لازمة للصنع ، ويكون بيع شيء مستقبلا بأن ما يواجه المتعاقد عند إبرام العقد ليس هو العمل المكلف به الصانع بل الشيء الذي تم صناعته<sup>٥</sup> ، أن العقد هو عقد بيع أشياء مستقبلية حيث يرد البع على جزء من مبنى لم يكن موجود في الواقع الا رسمه على ورق فيشمل التعاقد ، وهو ان يتعهد البائع للعقار قيد الانشاء بأثناء المبنى في وقت معين ويقون بنقل الملكية الى الشخص المشتري عند أقامته<sup>٦</sup>.

حيث أن عقد تملك عقار تحت الانشاء يمكن اعتباره عقد بيع وينظر الى العقد على أنه نقل ملكية من الشخص المملك إلى الشخص المتملك مقابل ثمن ولو اقتصر الأمر على ذلك لأصبح العقد عقد بيع صحيحاً ، ولكن هنالك شيء جوهري قد غاب وهو يقع على عاتق الشخص المملك وهو الالتزام بإيجاد المعقود عليه أي الالتزام بإقامه العقار ، ويكون له الدور الاعب في تكييف العقد .

١- باسم محمد صالح ، النظرية العامة - التاجر ، العقود التجارية ، العمليات المصرفية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٣م ، ص ٣٣.

٢ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٨٢.

٣ - خست المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . ١- "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً ناقياً للجهالة والغرر " ويقابلها نص المادة ١٣١ من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ . ١- "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً"

٤ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٨٢.

٥ - لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاوله ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٢ م ، ص ١٧ .

٦ - سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٠م ، ص ١٧٩ وما بعدها .

لإمكان لمثل هكذا التزام إيجابي في عقد البيع، وهذا ما يظهر اثر المملك في عدم أنجاز البناء أو هنالك عيب فيه، وذلك لأن العقد من عقود البيع، حيث يؤدي الى اختصار مسؤولية مسؤوليه المملك عن عدم التنفيذ في الفسخ مع التعويض، وهذا لأن المر يتعلق بعقار معين بذاته، لم يكن موجود بالفعل، على نحو لا يمكن معه تصور الالتجاء إلى التنفيذ العيني على نفقة المدين، وفي تم التنفيذ وتبين أن التنفيذ معيب تكون مسؤولية المملك في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، بما هو مقرر في العقد وهذا لا يكفي في تحقيق الحماية الكافية للمتملك، إذا كان هنالك عيب في العقار، بعد أنجازه وتسليمه وقد يؤثر هذا في سلامته ومئاته<sup>١</sup>.

فقد نرى أن فكرة البيع لا تنسخ لك صور تملك العقار تحت الانشاء، ففي البيع يكون نقل الملكية دائماً في مقابل ثمن نقدي، أما في عقد تملك العقار تحت الانشاء، قد يكون المقابل أما ان يكون نقدياً وقد يكون ثمننا عينياً.

### ثانياً: عقد تملك العقار تحت الإنشاء وعقد المقاوله

وحيث يمكن أن نكيف عقد تملك العقار تحت قيد الانشاء بانه عقد مقاوله، وما ذكرنه سابقاً هنالك التزام يقع على عاتق الشخص المملك لا يكاد يختلف عن الالتزام الذي يقع على المقاول، وكذلك فإن المسلم به في عقد المقاوله قيام المقاول بتقديم المواد من عنده لا يخرج العقد من مفهوم عقد المقاوله، وما أكد عليه هذا الاعتبار حيث أن الفقه لم أي اعتبار ولا أي أهمية للمواد المستخدمة في المقاوله من قبل المقاول، ويجعل العقد من قبيل المقاوله حتى وأن كانت المواد المستخدمة في البناء أعلى من قيمة العمل<sup>٢</sup>، وكذلك يمكن اعتبار التطور الحديث في مهنة المقاول، جعل العديد من يمتنون مهنة المقاول، يسخرون خبراتهم في أعداد وتنفيذ وتسويق مشروعات تملك العقارات تحت قيد الانشاء، وهل بالإمكان أن نعتبر العقد المبرم بين المملك والمتملك الوارد على عقار قيد الانشاء من عقود المقاوله<sup>٣</sup>.

وحيث أن بيع العقار قيد الانشاء قد ثار جدل بين فقهاء القانون في كيفية تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، ولحدائته هذا النوع من البيوع من النواحي القانونية والواقعية ولعدم وجود تنظيم قانوني له، حيث أتجه المشرع على اعتباره من عقود المقاوله.

القانون المدني العراقي عرف عقد المقاوله في المادة ٨٦٤ "المقاوله عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر"<sup>٤</sup>، وقد عرف عقد الاستصناع بأنه "عقد يشترى به في الحال بشيء مما يصنع، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد"<sup>٥</sup>، ومن الفقه ما يرى أن الأرض التي يقام عليها البناء هي أساس التفرقة بين عقد المقاوله وعقد البيع أي يمكن القول أن معيار التفرقة بين عقد بيع عقار قيد الانشاء وعقد المقاوله يمر بملكية الأرض،

١ - إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الانشاء، مرجع سابق، ص ٨٤.

٢ - محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩م، ص ٤٧، وما بعدها.

٣ - إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الانشاء، مرجع سابق، ص ٨٥.

٤ - يقابلها من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ نص المادة ٦٤٦ "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقدين الآخرين" وكذلك نص القانون المدني العراقي في المادة ١/٨٦٥ "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عملة على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً ٢- كما أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً؛ ويكون استصناعاً"؛ تقابلها من القانون المدني المصري المادة ١/٦٤٧ "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً"

٥ - مروان حسين، ومحمد الهبول، عقد الاستصناع - دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، بحث منشور في مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد ٥، ٢٠٢٠، ص ١٥٢.

ويميز بين عدة فروض<sup>١</sup> ، الفرض الأول : في حال اقتصر الباني فقط تقديم العمل ، ويقع على مالك الأرض هو من يملك مواد البناء المستخدمة ، يعتبر العقد مقاوله ، الفرض الثاني :ويمكن كذلك اعتباره عقد مقاوله إذا اقتصر الممتلك على تقديم الأرض ، وكان على الشخص الباني تقديم العمل والبناء ، الفرض الثالث : أما في حالة قيام الشخص الباني المقاول بتقديم مواد البناء ، بالإضافة الى الأرض التي سيقام عليها البناء والعمل فيمكن اعتباره العقد بيعاً ورد على شيء مستقبلي<sup>٢</sup> .

حيث أن الأرض هيه معيار التميز بين بين المقاوله والبيع ، فإن قيمة الأرض دائماً تأخذ بالاعتبار كون الأرض ذات أهميه بموجب قاعدة رومانية قديمة تقول أن كل ما بني على الأرض يعتبر أقل أهمية من قيمة الأرض<sup>٣</sup> ، ومنهم من رأى فيما اذا كان العقد بيعاً أو عقد مقاوله حسب القيمة وتشمل كل من قيمة المادة وقيمة العمل وفي حال تجاوز قيمة العمل قيمة المادة وفي هذا الحال نكون امام عقد مقاوله ، أما اذا كانت قيمة المادة تزيد عن قيمة العمل نكون امام عقد بيع<sup>٤</sup> .

وفي بعض الأحيان خروج تملك العقار تحت الانشاء عن مفهوم المقاوله ، لأن فكرة المقاوله لا تقدم وعاء صالح لاستيعاب أو لتفسير عقد تملك تحت الانشاء بكافة صورته وفروضة ، وهي وان كانت تكفي لاستيعاب وتفسير عقد تملك العقار تحت الانشاء كلما كان المتعاقد الممتلك قد قدم الأرض من عنده ، او كان قد اكسبها من المتعاقد المملك قبل تشيد البناء ، وعند ابرام العقد وهذا يشبه البيع المستقبلي في القانون الفرنسي ، حيث لا حضنا أن عقد تملك العقار تحت الانشاء يتميز عن عقد المقاوله ، وذلك لوجود التزام بنقل الملكية فيه لا مقابل له في عقد المقاوله ويتميز عن البيع بمفهومه العادي وذلك لوجود عائق المملك بتشيد البناء وأقامته ، وهنا يجب تملك العقار تحت الانشاء يجب أن يكون هنالك التزامين وهي الالتزام بتشيد والالتزام بنقل الملكية ، وغيرها من الالتزامات الأخرى الناشئة عن صفة المعاوضة في هذا العقد ، وأخصها الالتزام بالوفاء بالمقابل<sup>٥</sup> .

وحيث نرى أن المدين في هذا الالتزام بالتشيد هو المملك يتصرف بحرية واستغلال على النحو الذي يتصرف به المقاول ، لأن المملك ينفذ عملة بقصد تحقيق الربح الذي يحققه وهو ينفذ التزامه بالتشيد يعلو في الاغلب على الربح الذي يحققه عقد بيع الأرض الذي يقوم عليه العقار ، حيث يقع على عاتق المملك التزاما بالضمان والتزاما بالتأمين .

١ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، ٢٠٢١م ، ص ٣٢ .

٢ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، ٢٠٢١م ، ص ٣٣ .

٣ - عدنان إبراهيم سرحان ، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاوله الوكالة ، الطبعة الخامسة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣ ، ص ٢٢ .

٤ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود الواردة على العمل ، ج٧ ، المجلد ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤م ص ٦ ؛ أسماء باقر محمد ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

٥ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٨٨ .

## الفرع الثاني

### عقد تملك العقار تحت الإنشاء والعقود غير المسماة

لقد تناولنا في المطلب السابق عقد تملك العقار تحت الإنشاء يختلف عن عقد البيع العادي بوجود التزام أساسي على عاتق المملك وهو الالتزام بإيجاد المعقود عليه وكذلك يختلف عن عقد المقاوله بوجود انتقال الملكية وان اطراف العقد هو المملك والمتملك ، وقد يكون دوره قد اقترب من دور بائع العقار القائم ، ألا أنه يتجاوزة ، كما لو أن اقترب من دور المقاول وايضاً يتجاوز هذا الدور ، ومعنى ذلك أننا بصدد عقد مستقل لم يوجد له المشروع له المشرع المصري تسميه ويمكن أن نطلق عليه عقد غير مسمى . سوف نتناول في هذا المطلب فرعين .

**أولاً : عقد تملك العقار تحت الإنشاء عقد مستقل .**

**ثانياً : عقد تملك العقار تحت الإنشاء وقواعد العقود غير المسماة .**

#### أولاً: عقد تملك العقار تحت الإنشاء عقد مستقل

يمكن ان يوصف البيع الوارد على شيء مستقبل ، او يمكن أن يوصف بعقد المقاوله ، هنالك أمور ثلاث على عقد بيع عقار تحت الإنشاء .

الأول : اختلاف صور العقد ، حيث يقوم المملك بتقديم جميع العناصر الازمه لتكوين محل العقد وهي كل من أرض ومواد وعمل ،وبعده يتم نقل محل العقد الى الشخص المتعاقد المملك ، وهنالك صورته أخرى للعقد وهي ان يقدم المتملك عنصر الأرض والمملك عنصر المواد والعمل وهناك صورة أخيرة وهي ان يقوم المتعاقد المتملك نقل ملكية الأرض إلى المتعاقد المملك لكي يتلقى مقابلها عدد من الوحدات المقامة عليها ، فينضم هذا الفرض بالصورة الأولى وحيث تبقى الأرض ملك صاحبها فيتملك ما يقيمه المملك عليها ما يساوي قيمة العمل والمواد المقدمة منه ، ويمكن لصاحب الأرض أن ينقل للشخص الذي قام بتقديم المواد ملكية ما يخصه من وحدات ، وهذا يكون مخالف لما كان عليه في الصورة الأولى .

الثاني : حيث ان العقد الوارد على شيء مستقل ، وعقد المقاوله لا يتسع لعقد تملك العقار تحت الإنشاء في أي صورة من صورة يقع على المملك كافة عناصره ، اما عنصر البيع يمكن ان يستوعب عنصر نقل الملكية الواقع على الأخير ، ولا يمكن له أن يستوعب عنصر الالتزام بإيجاد المعقود عليه ، وهذا يكون مخالف لقالب المقاوله أن يستوعب عنصر الالتزام بإيجاد المعقود عليه ، ولا يمكن له أن يستوعب عنصر نقل الملكية ، حيث أن الصورة الثانية التي يقوم عليها التملك عنصر الأرض لا يمكن لقالب البيع أن يستوعب العنصرين السابقين ،<sup>١</sup>

وحيث أن العنصرين السابقين هما عنصر الالتزام بإيجاد المعقود عليه والمتمثل بصاحب المواد والعمل ، وكذلك عنصر نقل الملكية وذلك أن النقل يتم من صاحب الأرض الى الشخص المقدم للمواد والعمل ، اما المقاوله حيث تختلف باختلاف الصور ، ففي الصورة الأولى ضرورة وجود عنصر نقل الملكية ،

١١ -سليمان مرقص ، قانون ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفقا للتشريعات المعمول بها لأن والاحداث احكام النقص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢م ، ص ١٠٠٠ .

وهذا لا يمكن وجودة في عقد المقاوله ، اما الصورة الثانية لوجود لعنصر نقل الملكية في بعض الفروض حيث يجعل من قالب المقاوله قابل للاستيعاب ، ويمكن ان يوجد في فروض أخرى مما يمنع من استيعابها<sup>١</sup>.

الثالث: حيث أن هنالك اختلاف في طبيعة العناصر الداخلة في كل منهما لكن جميع هذه العناصر تخفي هدف مشترك تسعى لتحقيقه ، وهو ضمان حصول المتعاقد على وحد معينة لم يتم بنائها ، وهذه الوحدة في الهدف تبرر وحدة العقد الوارد عليها من ناحية<sup>٢</sup>.

وهذا اعطى مبرر للعقد ذاتية مستقلة عقدي البيع وعقد المقاوله من ناحية أخرى ، حيث يؤكد الهدف المذكور هو الذي يبرر السعي إلى إيجاد قواعد قانونية تتوافق مع خصوصية العقد ، وحيث أن هذه القواعد تدور بالطبع حول الوحدة المتعاقد عليها وكفاله تملك الوحدة للمتعاقد الممتلك من ناحية أخرى .

وقد أتضح عدم إمكانية ادراج عقد بيع عقار تحت الانشاء تحت مسمى وذلك للأسباب الآتية ، عقد بيع مسمى في ضوء التشريعات التي قامت بتنظيم هذه النوع من البيوع ، وذلك لما له من خصوصية مستقلة التي ميزته عن غيره من العقود ، وذلك من خلال قيام التشريعات المقارنة من خلال تقنين العقد المذكور ورسم معالم العقد وقد يكون بعيد عن العقد العادي<sup>٣</sup>.

حيث أن العقارات قيد الانشاء وفق نصوص القانون المدني ، عدم إمكانية إتمام العقد قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري<sup>٤</sup>.

ان اتجاه المشرع العراقي الى عدة اتجاهات فقهية في الطبيعة القانونية للتصرف العقاري قبل التسجيل ويمكن حصر تلك الآراء بثلاث اتجاهات .

الاتجاه الأول : حيث أن عقد البيع الذي لم يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري يعتبر عقد غير منعقد ، ويترتب عليه بعض الآثار الشخصية بين المتعاقدين ليس باعتباره واقعه قانونية ، لكونه عقداً غير مسمى ، مقتضاه القيام بعمل ، والذهاب الى دائرة لإكمال الإجراءات القانونية ونقل ملكية العقار الى المشتري وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي<sup>٥</sup>.

وقد اعتبر هذا العقد قبل تسجيله من العقود الغير مسماه وان العقد الغير مسمى هو عقد ملزم لأطرافه وصحيح ، بحيث عند أحلال احد الطرفين به التزام بدفع التعويض على أساس المسؤولية العقدية<sup>٦</sup> ، وان انصار هذا الرأي على أن بيع العقار من العقود الشكلية وبدونه لا ينعقد العقد ، لكون لا يوجد في نصوص القانون المدني العراقي يسمح ببيع العقار الغير المسجل ، ومن ثم ترتيب الآثار عليه وان

١ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

٢ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٩٤ .

٣ - علي سلمان صالح ، التنظيم القانوني لعقد البيع على التصميم الهندسي ، دراسة مقارنة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، ٢٠١٦م ، ص ١٠٢ .

٤ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

نص المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي " بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون " وهذا ما أكدته نصوص قانون التسجيل العقاري المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م مقتناً لقاعدة الشكلية للتصرفات الواردة على ملكية عقار .

٥ - عبد الباقي البكري ، عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج ١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعه الموصل ، ١٩٨٠م ص ١٢٧ .

٦ - خصت المادة ١٧٠ / ١ من القانون المدني العراقي " يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ، ويراعي في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ "

اما اذا كان التعويض منقذ عليه من قبل الطرفين ، أما اذا لم يكن مقدراً فيتم تقديره وفق احكام المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي فقد نصت "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره "

التراضي وارتباط الايجاب بالقبول السابق على التسجيل لا يمكن انكاره ولهذا اعتباره عقد مسمى ،  
ويترتب على الاخلال به ، التعويض المترتب على أساس المسؤولية العقدية .

وهناك رأي يعتبر العقد باطل اذا وقع قبل التسجيل ولا يمكن التمسك به وبما يرد فيه من شروط ومنها  
الشرط الجزائي ، وفي حال اخلال به من احد الطرفين على المتضرر أن يطالب بالتعويض عما أصابه  
من ضرر، ويكون أساس المطالبة المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية وان ان هذا المبدأ ما  
بني على باطل<sup>١</sup> .

فأن عقد بيع العقار قيد الانشاء يكون ذو طبيعة خاصة ومستقل عما يميزه عن غيره من الصور المعروفة  
من العقود العامة حيث يحتوي من الضمانات التي توفر الحماية لجميع اطراف العقد حيث أنه يوفر  
فرصة الحصول على مؤوى ملائم يقوم بدفع ثمنه على شكل دفعات عندما يكون عاجز عن شراء سكن  
جاهز وكذلك يوفر مصلحة للبائع ويكون هذا عن طريق تمويل المشروع والتمن المقدم من قبل المشتريين  
للوحدات السكنية قبل اكتمال البناء ومن هنا لا بد من تشريع قانون يتولى هذا النوع من العقود بغية حماية  
المشتريين الذين يقومون بشراء العقارات تحت الانشاء .

#### ثانياً: عقد تملك العقار تحت الإنشاء وقواعد العقود غير المسماة .

حيث أن العقود غير المسماة تخضع لنفس القواعد العامة التي تخضع غيرها من العقود، وحيث أن هذا لا  
يمنع أن يكون كل عقد من العقود الغير مسماة ذاتية مستقلة مما تجعل اثاره مختلفة سواء كانت قليلة أو  
كثيرة من غيرها من العقود ، وحيث أن القواعد العامة غير كافية لمواجهة خصوصيات كل عقد من  
العقود الغير المسماة ، مما يدفع الأمر للبحث عن قواعد أضافيه من أجل مواجهة الخصوصيات ،ويمكن  
أن تنقسم العقود غير المسماة لنوعين وهي العقود الغير المسماة البسيطة وتكون غير متطابقة مع أي من  
غيرها من العقود المسماة ، مثل عقد النشر وعقد المباراة الرياضية ، وهنا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى  
اقرب نوع من العقود مشابه للعقد المعروف عليه بطريقة القياس ، وهناك نوع آخر من العقود تسمى  
لعقود الغير المسماة المختلطة ، ويمكن ان تعرف العقود المختلطة الذي يتضمن عناصر عدة عقود مسماة  
، مثل عقد الفندقية حيث يكون من عقد أيجار وعقد بيع الطعام وعقد ودیعة (للأمتعة ) حيث ممكن الاخذ  
بالقياس في هذا النوع من العقود وذلك لتعدد العقود التي ترتبط بالعقد الذي يراد القياس عليه وحيث  
يختلف كل منهما عن الاخر اختلاف جوهري<sup>٢</sup> .

وحيث أن هنالك نظريتان للعقد المختلط الأولى وهي نظرية التغليب وهي التي يكون فيها العقد المختلط  
يتغلب على بقية العناصر الأخرى الثانوية ، أي أن العقد الذي يتكون مضمونه من عناصر تنتمي لعد  
عقود مسماة يجب أن تهي تلة طبيعة العقد المسمى الذي تنمي ألية العناصر الأخرى وتكون ذات أهمية  
كبيرة .

حيث يخضع العقد المختلط لجميع ما يخضع له العقد المسمى المتغلب ، وهنا يمكن القول أن العقد  
المختلط يرد على العقود المسماة ، فيجب أن يدرج في عقد مسمى معين رغم عدم تجانس الخاصة بالعقد  
ورغم وجود عناصر تنتمي لعقد آخر ، والثانية نظرية الادمج ومفاد هذه النظرية القواعد القانونية التي  
تنظم عنصر قانوني تحكم هذا العنصر بقطع النظر عن العقد المسمى الذي يوجد فيه العنصر ، وسواء

١ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص٣٧ .

٢ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي ترد على الملكية البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية القاهرة ،  
١٩٨٦م ، ص٤١ .

كان هذا العقد عقداً بسيطاً ينحصر هذا العنصر ، او كان عقداً مختلطاً يضم هذا العناصر إلى جانب عناصر أخرى ، حيث ان عقد تملك العقار تحت الانشاء يكون منتمي لطائفة العقود المختلطة ولا ينتمي للعقود البسيطة ، لان العناصر المكونة له بعض هذه العناصر في عقد البيع والبعض الاخر من هذه العناصر في عقد المقاوله<sup>١</sup>.

وحيث نرى أن نظرية الادماج هي النظرية الأولى بالاتباع فعقد تملك عقار تحت الانشاء قواعد البيع فيما يتعلق بنقل الملكية ، اما للالتزام بالتشديد فهنا يطبق عليه قواعد العدالة وهذا ما يطلبه بالفعل تحقيق الحماية للزامه للتمليك في هذا العقد والتي رأينا أنه لا يستطيع أن يتحقق عن طريق عقد البيع وعقد المقاوله ، حيث أن فكرة العقد المختلط بصدد الاستصناع وهذا العقد يكون شبيهه بالعقد محل الدراسة ، ولإخذ بنظرية بنظرية الادماج وان أي من العقدين احكامهم لا تكفي للمواجهة المسائل التي يمكن ان تثار في عقد الاستصناع ، لأنها تؤدي إلى اثاره صعوبات فيما تتعلق في المسائل التي تتعارض مع عقد المقاوله وعقد البيع وما يترتب من عوض وكيفية تحديده ، وانهاء العقد بالإرادة المنفردة ويجب المفاضلة بين العقدين .

للمتعاقدين المتملك والحماية واجب ان توفر هيه كفيلة بحسم هذه المشكلة في عقد تملك العقار تحت الانشاء ، لأن هذه الاعتبارات تتطلب تطبيق النظام القانوني للمقاوله ويجب أن يقتصر تطبيق النظام القانوني لعقد البيع على مسألة واحدة هيه مسألة نقل الملكية وما يمكن ان يلحق بها من مسائل كما هو عليه في ضمان الاستحقاق .

## المطلب الثاني

### الاحكام القانونية المترتبة على بيع العقارات قيد الانشاء

أن بيع العقارات قيد الانشاء يترتب عليه التزامات تقع على طرفي العقد ، وحيث أن هذه الالتزامات تكون متقابلة بين طرفي العقد ، فبمجرد انعقاد العقد بصورة صحيحة تكون هنالك التزامات تقع هذه الالتزامات على كل من البائع والمشتري ، وذلك لأن العقد يقع على عقار غير موجود عند أبرام عقد البيع ، حيث يكون التزام البائع ببناء العقار والتزام المشتري بتسليم المبالغ . سوف نتناول في هذه المطلب فرعين .

#### الفرع الأول: التزامات البائع بنقل الملكية.

#### الفرع الثاني: التزامات البائع بالضمان .

١ - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق، ص ٩٩ .

## الفرع الأول

### التزامات البائع بنقل الملكية

يعد الالتزام بنقل الملكية العقارية للمشتري التزاماً جوهرياً يقع على عاتق البائع ، حيث يعتبر هذا الالتزام التزاماً ابدياً لا يسقط بالتقادم ومن أجل اكتمال البيع لابد من توفر شروط نقل الملكية ، ولا بد من توفر جميع شروط نقل الملكية العقارية للمشتري على أكمل وجه .

وبما نحن في عقد بيع عقار قيد الإنشاء يعني أمام بيع عقار لم يكتمل بعد ويكون التزام البائع وفق الشروط المتفق عليها ، ويتم نقل الملكية بمجرد تمام العقد وهذا ما جاء بالقانون المدني العراقي<sup>١</sup> .

حيث أن في عقد بيع العقار قيد الإنشاء لا يمكن أن يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وإنما عندما يوقع الطرفين العقد ، يكون هنالك التزام بنقل العقار قيد الإنشاء سواء كان شقة أم دار سكني ، فمحل الالتزام قابلاً للتنفيذ عند إبرام العقد لأنه ما يزال قيد الإنشاء ولم يكتمل تنفيذه ، وهذا يكون مانعاً للتسجيل العقاري يمنع دائرة التسجيل العقاري قبل الإنجاز ، ويكون قابلاً للتسجيل بعد أن يتم الكشف على العقار وتأكد من إتمام إنجازها حيث يتم التسجيل باسم المشتري<sup>٢</sup> .

ويتم نقل الملكية للعقار قيد الإنشاء إلى الشخص المشتري بمجرد إكمال الأعمال البناء ، حيث تكون الوحدات العقارية جاهزة للاستعمال ، بموجب الغرض الذي أعد لها سواء كان سكني أو تجاري ، وأن الانتقال يكون بأثر رجعي يعود إلى التاريخ البيع ، وكذلك يترتب عدم نفاذ التصرفات التي يمكن أن توقع بالضرر بمصلحة المشتري والتي رتبها البائع على العقار المبيع خلال هذه المدة<sup>٣</sup> ، أما التصرفات النافعة تكون نافذة ( كالتأمين ) وقد يتعرض البائع للخطر من المشتري وعدم دفع الثمن ، وهذا يتم بمجرد انتقال الملكية للمشتري ، وكذلك يتعرض الشخص المشتري إلى خطر عدم المطابقة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها بموجب العقد ، حيث أن موقف المشتري يكون هو الأقوى وقد يحصل على ملكية البناء بعد أثبات صلاحيته للغرض المعد له ، وبإمكان المشتري في حال وجود خلاف أن يحجز الثمن وهذا تطبيقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ ، وغيرها من الضمان التي قدمها المشرع للشخص المشتري للعقار قيد الإنشاء<sup>٤</sup> .

ويمكن أن تنتقل الملكية حسب التقدم في أعمال البناء وتاريخ اندماجها بالأرض ويرد على المنشآت والمشيدات المستقبلية ويكون المشرع قد أخذ بنظرية الالتصاق التي تكون سبباً من أسباب كسب الملكية

١ - نصت المادة ٥٣١ من القانون المدني العراقي "إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزئياً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز " ويقابله نص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري " الالتزام بنقل الملكية أو حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " وكذلك نصت المادة ٩٣٢ من القانون المدني المصري "نقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية " وكذلك نصت المادة ٩٣٣ من القانون أعلاه " المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ " وكذلك نص المادة ١/٩٣٤- من القانون أعلاه " في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحدود العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت نافذة للملكية أو غير نافذة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر "

٢ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الإنشاء ، مرجع سابق ، ص ٧٩ .

٣ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الإنشاء ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

٤ - محمد كاظم محمد ، عقد البيع على الخريطة ، أطروحة دكتوراه مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، ٢٠١٥م ، ص ١٠٨ .

التي تقع على منشآت مستقبلية<sup>١</sup> ، وهذا ما تناوله المشرع الفرنسي وفق ما إذا كان البيع قد تم وفق البيع المستقبلي أو البيع لأجل .

أما المشرع الإماراتي وضع شرط انتقال الملكية في الوحدات السكنية المباعة على الخارطة ولم يكن هنالك تنظيم اتحادي ينظم المعاملات التي يمكن أن تقع على العقارات ، وحيث ترك الامر التنظيمي لكل إمارة على حدة وأن مراحل التسجيل تكون على مرحلتين .

حيث أن المشرع في إمارة دبي ذهب الى التسجيل المبدئي ويتم هذا على كافة التصرفات التي يمكن أن تقع على العقارات قيد الانشاء ، حيث يتم تسجيل كافة التصرفات الخاصة للوحدات العقارية التي تم بيعها على الخارطة أو التي مازالت قيد الانشاء سواء بالبيع أو بالرهن وغيرها من التصرفات القانونية ، ويكون ذلك بتقديم طلب تسجيل الوحدة العقارية ، الى دائرة الأملاك والأراضي ، ويقع على البائع توفير المستندات المطلوبة من أجل اكمال عمليات التسجيل<sup>٢</sup> ، وان المشتري يصبح مالكا بمجرد أن تتم عملية التسجيل للوحدة العقارية المباعة ، وهذا يكون شرط الوفاء بالمستحقات المالية ، وفي حالة عدم وفاء المشتري للمستحقات يمكن للبائع ان يطلب فسخ العقد ، وهذا يتم من خلال انذار الجهة المختصة بأن المشتري لم يوفي بالتزاماته ، وهي بدورها تمهل الشخص المشتري مدة للوفاء ، وفي حال انقضاء المدة ولم يقم بالوفاء من حق البائع فسخ العقد ورد ما هو مستحق للمشتري<sup>٣</sup> .

أما في حالة التسجيل النهائي يتم نقل ملكية العقارات قيد الانشاء حيث يتم تسجيل المشروعات التي يكتمل بنائها في السجل العقاري ، وقد تشمل الوحدات السكنية التي تم بيعها للأشخاص المشتريين والذين أوفوا جميع التزاماتهم<sup>٤</sup> .

حيث أن المشرع في القانون المدني العراقي وفي قانون التسجيل العقاري لا يؤدي دور فاعل في حماية حقوق اطراف العقد ، وحيث الطرف الضعيف في العقد هو المشتري وهذا بالرجع لخصوصية العقد والمتمثل بعدم وجود العقار وقت ابرام العقد ، وبالمقابل حيث ان البائع لم يستوفي الثمن بالكامل حتى يتم نقل ملكية الوحدة السكنية الى الشخص المشتري ، فعند ابرام العقد يقوم الشخص المشتري للوحدة السكنية بدفع على شكل أقساط بعد المقدمة كدفعة أولى ، دون أن يحصل على أي ضمان يضمن له تسجيل الوحدة السكنية باسمه ، وحيث أن ملكية الأرض التي يقع عليها المشروع الاستثماري تبقى رقبته إلى الجهة المالكة له ( المالية أو البلدية ) حتى تصل نسبه الإنجاز ٣٠ % من أنجاز المشروع ، وبعدها يتم نقل ملكية الأرض الجهة التي تقوم بالعمل الاستثماري ، وان الرض تبقى باسم الجهة القائمة بالاستثمار لحين اكمال المشروع ، وبعدها يتم نقل الملكية الى المشتريين ويتم افراز الطوابق والشقق او الوحدات سكنية بموجب ما هو متفق عليه في العقد ، وتسليم كل مالك نسخة قيد العقار<sup>٥</sup> ، حيث يتم حجز الأرض من قبل الهيئة

١ - محمد كاظم محمد ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ .

٢ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق، ص ٨١ ؛ موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الامارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، ٢٠١٨ م ، ص ٩٩ .

٣ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق، ص ٨١ . نصت المادة ٣ / ١ من قانون التسجيل العقاري المبدئي في امارة دبي المرقم (١٩) لسنة ٢٠١٧ م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ م "تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة ، ويقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق ، المتفرعة عنها ، اذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في السجل "

٤ - خص المادة ٨ من القانون أعلاه " يجب على المطرين تسجيل المشروعات التي يكتمل إنشائها في السجل العقاري لدى الدائرة فور حصولهم على شهادة الإنجاز من الجهات المختصة ويشمل ذلك تسجيل الوحدات المباعة بأسماء المشتريين الذين أوفوا بالتزاماتهم التعاقدية وفقاً للإجراءات المتبعة لدى الدائرة "

٥ - قصي سلمان هلال ، انتقال الملكية في عقد بيع العقارات السكنية الجاهزة ، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، مجلد ١٦ ، ٢٠١٨ م ص ٥٦ ؛ أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق، ص ٨٣ .

العامة للاستثمار ، التي يتم إقامة المشاريع السكنية كالدور والشقق الى حين اتمام المشروع بالكامل ، كما ذكرنا سابقاً ، وان الملكية ليست ملكية تامة ، وذلك لكونها مقيدة بنوع الاستعمال والغالية التي حددت لها .<sup>١</sup>

## الفرع الثاني

### التزامات البائع بالضمان

ان الفرد بحاجة للسكن مثل الحاجة للأكل والملبس فلا يمكن له العيش دون أن يكون مسكن أمن فإن عقد بيع العقارات قيد الانشاء يعتبر نوع جديد من البيوع ، وذلك من الناحية التنظيمية للعقود المبرمة بين البائع والمشتري، وذلك من خلال اطلاق حرية البائع في استغلال المشتري وضياع حقوقه من قبل البائع في الكثير من الأحيان ، ولا بد هنا من أن يحاط العقد الضمانات الكافية لطرفي العقد وهم كل من البائع والمشتري .

حيث ان الغرض الأساس من بيع العقار قيد الانشاء هو الحصول على وحده سكنية ، والاساس من بيع العقار قيد الانشاء هو حصول ذوي الدخل المحدود من الحصول على سكن مناسب ويكن التسديد على شكل دفعات وبما هو متفق عليه في العقد ، ويكون هذا حسب المقدرة المالية للأشخاص ذوي الدخل المحدود ، ويقع على البائع التزام بتشييد المبنى وكاملة من أجل تسليمه الى المشتري بموجب المواصفات التي أبرم العقد من أجلها<sup>٢</sup> ، أن ما يقع على البائع من التزامات بنقل الملكية لا يعد كافي من ابرام العقد من اجلها ، وهذا لا يكفي من تمكين المشتري من الاستفادة من الوحدة السكنية ، إضافة الى نقل الملكية وتسليم الوحدة السكنية للشخص المشتري الامتناع للمشتري في المبيع ، وكذلك يجب عدم التعرض وعدم القيام بأي تصرف يمنع المشتري من الاستفادة من الوحدة السكنية ، سواء التعرض كان من الناحية المادية أو من الناحية القانونية ، وان هذه الاعمال من شأنها تمنع المشتري للوحدة السكنية من الانتفاع بها ، بل يقع على البائع ان يضمن الانتفاع بالوحدة السكنية ، وليس فقط انجاز الوحدة وتسليمها ونقل ملكيتها<sup>٣</sup> ، وهنا يجب على البائع أن يلتزم عدم التعرض للمشتري من أجل الاستفادة من الوحدة السكنية<sup>٤</sup> ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع العادي وضمن التعرض والاستحقاق في عقد بيع العقار قيد الانشاء ، حيث يتصل هذا الضمان بنقل الملكية اتصال مباشراً ، لذا فإنه يمكن الاستناد المتبعة في عقد البيع العادي مع اخذ خصوصية هذا العقد<sup>٥</sup> .

أن الالتزام الذي يقع على البائع للمشتري للوحدة السكنية سواء كان التعرض مادي او تعرض قانوني ومنازعته في ملكية المبيع ، فهو التزام يتمثل بالامتناع من القيام بأي عمل يحد المشتري من الانتفاع من الوحدة السكنية<sup>٦</sup> ، وقد يقوم البائع للوحدة السكنية بأفعال تمنع المشتري من الاستفادة من الوحدة السكنية ،

١- خصت المادة (٦/٦) ثالثاً) من نظام بيع وایجار أموال الدولة لغرض الاستثمار رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ على " اذا لم ينفذ المستثمر التزاماته ضمن المدة المحددة في العقد ، فعندئذ تتولى دائرة التسجيل العقاري بناء على طلب هيئة الاستثمار الغاء التسجيل وإعادة الأرض الى مالكيها السابق

٢ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء، مرجع سابق ، ص ٩١.

٣ - نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م ، ص ٣٣٩.

٤ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء، مرجع سابق ، ص ٩١.

٥ - جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الايجار ، والمقولة ، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٧م ، ص ١٣٦.

٦ - عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع ، الايجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩م ، ص ١٥١.

نصت المادة ٥٤٩ من القانون المدني العراقي " ١- يضمن البائع التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كلة او بعضه ، سواء كان التعرض من فعله او من فعل أجنبي يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري .٢- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد ."

دون أن يكون هنالك سند قانوني للبائع في ذلك ، وفي بعض الأحيان يكون التعرض مباشر من قبل بائع الوحدة السكنية (مثل غصب العين المبيعة من الشخص المشتري للوحدة السكنية ) وفي بعض الأحيان يكون التعرض غير مباشر مثل اصدار جهة إدارية امراً يمنع من الانتفاع بالأرض المبيعة<sup>١</sup> ، وأحياناً يكون هنالك حقاً قانونياً يدعي به الشخص البائع للوحدة السكنية ويترتب على هذا الحق حرمان الشخص المشتري من الانتفاع من الوحدة السكنية ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على المبيع أو لاحقاً له ، وخير مثال على ذلك كأن من يقوم بالشراء من مالكة الأصلي أو أن يكتسب ملكيته بالميراث ، حيث في هذه الحالة لا يجوز للشخص البائع أن يطالب من قام بشراء الوحدة السكنية بأن يسترده ، كونه هم من وقع عليه الضمان والقاعدة تقول أن من ألتزم بالضمان عليه عدم التعرض<sup>٢</sup> ، حيث الضمان لا يكفي احتمالية الوقوع وإنما يجب أن يكون التعرض قد وقع فعلاً على الشخص وقد حرمه من الانتفاع بصورة كلية أو جزئية ، ولا يعد كل تعرض من قبل البائع يستحق الضمان من التعرض لأن هنالك حقوق مشروعة للشخص البائع ناشئة عن العقد ، ويكون له الحق من حماية هذه الحقوق بفسخ العقد وذلك لعدم دفع الثمن ، او ان يقوم بحبس المبيع لحين لاستيفاء الثمن ،ويجب أثبات أن التعرض قد وقع بعد البيع لا قبلة ، واذ تحقق هذا الشرط فإن الالتزام بالضمان قد تحقق على البائع<sup>٣</sup> ، أن ضمان التعرض المادي والقانوني الذي تم ذكره من قبل البائع يضاف ألية التعرض من قبل الغير ايضاً ، حيث أن الشخص البائع لا يسأل عن التعرض المادي الصادر من الغير حتى وأن ترتب عليه خروج المبيع من يد الشخص المشتري ، كون دفع التعرض يكون من قبل المشتري والذي يجب أن يدفعه بكل الوسائل المقررة قانوناً من أجل حماية حق الملكية وحيازة الأموال<sup>٤</sup> ، ويتمثل التزام البائع التزام إيجابي وهو دفع كل تعرض يصدر من الغير ، وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة وليس أنزام ببذل عناية ، ويكون هنا التزام البائع التعرض الذي يصدر من الغير ومن يدعي بأن له حق على المبيع قد يكون هذا الحق يتعارض مع حقوق المشتري سواء حقوق كان الحق طبيعي شخصياً أو عينيياً أو ادعاء باطل مثل ادعائه ملكية المبيع أو أنه مستأجر<sup>٥</sup> ، ويقع الضمان على بائع العقار قيد الانشاء كل ما يدعيه الغير من حقوق على الوحدات السكنية ، كأن يدعي ملكية الوحدة العقارية أو رهن لمصلحته ، وان يكون التعرض من الغير تعرض قانوني وهذا ما اشترطه القانون المدني العراقي ، وان يكون هذا الحق ثابت على المبيع قبل البيع ، وان هذا الحق ترتب بسبب اجنبي أو بسبب البائع<sup>٦</sup> .

حيث يتضح عدم إمكانية من جانب البائع أن يدفع التعرض الصادر من الغير أو التعرض المادي والتعرض القانوني وبحج لم يتم النص عليه في العقد ، وبما أن المشرع كانت غايته حماية المشتري من البيوع العادية ، كان من الأولى حمايته في بيوع العقارات قيد الانشاء وذلك لان المشتري هو الطرف الضعيف في العقد ولحاجته الماسة للسكن وعدم القدرة على الشراء منزل مكتمل<sup>٧</sup> ، وفي حاله لم يستطيع البائع ضمان التعرض الذي يصدر من الغير ، فعلا المشتري أن يدعو البائع الى جعل الغير يكف عن تعرضه ، او ان يقوم بالطالبة بالتعويض والرجوع عليه بضمان الاستحقاق اذا تعذر البائع عن تسليم

يقابلها نص المادة ٤٣٩ من القانون المدني المصري " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه "

١ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

٢ - جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الإيجار ، المقاوله ، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٧م ، ص ١٠٧ .

٣ - سمير تناغو ، عقد البيع ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩م ، ص ٢٤٤ .

٤ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .

٥ - منذر الفضل ، صاحب الفتاوي ، شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة ، دار الثقافة ، عجمان الأردن ، ١٩٩٣م ، ص ١١٢ .

٦ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص ٩٥ ؛ موزة سويد سالم السعيد ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ .

٧ - عبد الإله احمد المشهداني ، أحكام عقود بيع العقارات تحت الانشاء ، دراسة مقارنة في القانون العراقي والقانون المقارن ، رساله ماجستير ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠٢٠م ، ص ٦٨ .

المبيع ، وان هذا الحق لا يقوم الا في حال أن الغير أدعى له حق على الأرض التي تم انشاء الوحدة السكنية عليها وقد يتعارض هذا مع حقوق المشتري<sup>١</sup>.

لا يكفي البائع بضمان التعرض منه شخصياً او من الغير بل على البائع أيضاً ضمان تحقيق المواصفات المتفق عليها وضمان العيب الخفي ، القصد بالمواصفات تعني المعايير التي تحدد الذاتية للمعقود عليه وماهي طبيعته وأوصافه ، اما العيوب فتعني وجود خلل في المعقود عليه ، قد يؤدي هذا العيب للتأثير على استعماله ، وان الخلل ينتج عن عوامل متعددة ومختلفة أهم هذه العوامل نوع وطبيعة الأرض التي أقيم عليها العقار ، وكذلك عيوب المواد المستخدمة في بناء الوحدة السكنية كحديد التسليح والسمنت وغيرها من المواد التي يكون لها دخل مباشر في البناء ، وقد ثار خلاف بين عدم المواصفة والعيوب ويجب التفرقة بين العيوب بالمعنى الدقيق<sup>٢</sup>.

عندما تناولنا عقد التملك العقارات تحت الانشاء وهناك رأي في عقد البيع ، وقد يشفع لها الرأي والذي يضع حل لمشكلة مسؤولية المتعاقد لمملك للعقارات قيد الانشاء عن العيوب الخفية في البناء ، ويكون هذا عن طريق تطبيق احكام العيوب الخفية في عقد البيع ، وهل بالإمكان تطبيق احكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع تقبل التطبيق بسهولة على عقد تملك العقار قيد الانشاء ، وهل يؤدي تطبيق هذه الاحكام نتائج عملية مقبولة تحقق المقصود من الضمان<sup>٣</sup>.

إذا كان العيب للاحق قد حدث بقوه قاهرة فالبايع لا يضمنه ، ولكن يتحمل تبعته ، بمعنى ان المشتري يكون له الحق في الفسخ أو انقاص الثمن ولا يكون له الحق في التعويض الكامل المترتب على الضمان ، فإن احكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع غير قابله للتطبيق على عقد تملك العقار قيد الانشاء، حيث أن هذا الضمان وقت البيع ويقتصر على العيوب التي تكون قائمه في هذا الوقت ، بينما عيب البناء في حاله عقد تملك العقار تحت الانشاء لا تكون موجودة في هذا الوقت لأن البناء ذاته لا يكون موجوداً<sup>٤</sup>.

وحيث أن بيع العقارات قيد الانشاء تتميز بالضمان العشري ، ويظهر اهميه هذا الضمان وذلك لخطورة العيوب التي تصيب البناء وقد تؤدي إلى انهيار المبان وتعرض الساكنين بأضرار جسيمة ، وبعض الأحيان لا تظهر إلا بعد مرور فترة زمنية ، وهنا يتكفل بايع العقار بالضمان العشري لكل من المهندسين والمعماريين والمقاولين<sup>٥</sup> ، بيع العقار قيد الانشاء الضمان العشري فيه يكون بمثابة التزام يقع على الشخص البائع للوحدة السكنية يكون مسؤولاً مسؤوليه قانونية وقد قام القانون بتنظيم احكامها دون الحاجة الى النص عليها في العقد ، ولا يحتاج المشتري أن يتمسك بأحكامها أن يثبت خطأ البائع ، ولا يستطيع البائع أن يتحلل من التزامه بهذا الضمان ، حيث أن مسؤوليته تحقق في حال الاخلال بهذا الضمان ، ويكون الالتزام هنا بتحقيق نتيجة ، لأن العقارات المشيدة تكون صالحة لاستعمال من قبل المشتري

<sup>١</sup> - منذر الفضل ، صاحب الفتاوي ، مرجع سابق، ص ١١٢.

<sup>٢</sup> - إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، مرجع سابق، ص ١٨٣.

<sup>٣</sup> - نصت المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي "١- إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ، إن شاء ردة وإن شاء قبله بثمنه المسمى . ٢- والعيب هو ما ينقص الثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه ، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم" ويقابلها نص المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري "١- يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية . المقصودة مستفاد مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له ، ولضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالم بوجوده"

<sup>٤</sup> - مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية ، مصادر الملكية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧م ، ص ٢٤٩ وما بعدها .

<sup>٥</sup> - ديار محمد أمين ، الحماية القانونية للمشتري في عقد البيع على التصاميم ، بحث منشور في مجلة الحوار المتوسطي ، العدد ١٣ ، ٢٠١٦م ، ص ٣٨١.

للوحدة السكنية دون أن يشيها أي عيب يشكل خطر على سلامه البناء والساكين للوحدات السكنية لمدة عشر سنوات ، وفي حال عدم تحقيق النتيجة يكون البائع قد أقرتف خطأ ولم يتخذ كافة الوسائل الاحتياطية<sup>١</sup> ،

حيث أن البائع لا تقتصر مسؤوليته بضمان العيوب الخفية وإنما تشمل أيضاً العيوب الظاهرة ، والمشتري لا يمكن له أن يرى العقار ( الوحدة السكنية ) وفي هذه الحالة تكون عيوبه الظاهرة خفية بالنسبة للمشتري للوحدة السكنية ، عند أبرام العقد في عقد البيع العادي ، فإن البائع لا يلتزم بضمان العيوب الظاهرة ومن المفترض أن المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان بإمكانه أن يتعرف عليها أثناء فحص المبيع بعنايه الرجل المعتاد ، أما في عقد بيع العقار قيد الانشاء حيث يكون المحل عند التعاقد غير موجود ، يصعب على المشتري وقت أبرام العقد أن يكون العقار خالي من أي عيب<sup>٢</sup> ، حيث أن عدم وجود المحل عند إبرام عقد بيع العقار قيد الانشاء له أهميه كبيرة في مسألة العيب الظاهر مقارنة بالبيع العادي والذي يكون محل العقد موجود عند أبرام العقد مما يمكن للشخص المشتري للوحدة السكنية معاينتها قبل قيامه بالشراء ، لا يمكن اعفاء البائع من الضمان الا في حال قبول المشتري اعمال البناء أو مضي مدة شهر على حيازة للعقار ، فإن مسؤوليه البائع في حال وجود عيب ظاهر وقد ظهر العيب خلال مدة معينة ، وخلال سنة من ظهور العيب يتم رفع دعوى اذا رفض الشخص البائع من القيام بصلاح العيب ، وترفع دعوى الضمان خلال سنة ولا يستطيع البائع التخلص من الضمان إلا بعد فوات المدة المحددة ، وأحياناً اذا كان هنالك أثر أجنبي أدى إلى حدوث العيب<sup>٣</sup> .

هنالك اختلاف بين البيع الظاهر عما هو عليه البيع الخفي ، في البيع الخفي يشترط أن يكون هنالك مساس بجودة البناء من ناحيه الصلابة التي تجعل من الوحدة السكنية غير صالحة للغرض التي أعدت من أجله ، فيشمل العيب الظاهر هو كل عيب وأن كان بسيط ، والقصد في ذلك عيب المواد المستخدمة في البناء والتي باستطاعة المشتري للعقار التعرف عليه من تلقاء نفسه<sup>٤</sup> ، وهنا يجب للشخص المشتري الرجوع على البائع بالضمان لوجود عيب ظاهر وعلية القيام بإصلاح هذا العيب من البائع ، او يقوم أنقاص السعر الذي تم فيه الشراء ، أو فسخ العقد ، وفي الكثير من الأحيان لا يكون للبائع الممانعة من اصلاح العيب ، فليس له فسخ العقد أو نقاص الثمن ، وعند عدم إمكانية اصلاح العيوب يكون من حق القاضي أنقاص الثمن ، في حال العيب غير جوهري لا يمكن إصلاحه على مشتري الوحدة السكنية فسخ العقد ، حيث أن ضمان العيب الظاهر سواء كان العقد عادي على عقار موجود او عقار قيد الانشاء أي لا يوجد محل العقد فهنا المشرع العراقي يطبق القواعد العامة .

١ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

٢ - أسماء باقر محمد ، عقد بيع العقار قيد الانشاء ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

٣ محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩ ؛ أسماء باقر محمد ، ص ١٠٦ .

٤ - أحمد إبراهيم حسين الحيازي ، حماية المشتري في بيع البناء تحت الانشاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة تكريت ، مجلد ٣٣ ، العدد ٤ ، م ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٠ .

**الخاتمة :**

في ختام هذا البحث يتضح (انتقال ملكية العقارات قيد الانشاء ) من خلال تناول الطبيعة القانونية لعقود ملكية العقارات قيد الانشاء ونوع هذه العقود والاشكاليات التي تواجه انتقال الملكية للعقارات قيد الانشاء ، وانتشار هذا النوع من العقود في وقتنا الحاضر نتج من ازدياد الرغبة للحصول على الوحدات السكنية من قبل الأشخاص ذوي الدخل المحدود من خلال دفع ثمن الوحدة السكنية دفع بالأجل لمدة تحدد بين طرفي العقد ، وهذا الدفع يكون حافز للشخص المستثمر من الحصول على الأموال التي تساعده على تمويل مشروعة ، وكذلك الاحكام التي تنظم نوع الالتزامات بين طرفي العقد من خلال دفع الثمن والتزام البائع بتسليم الوحدة السكنية ونقل الملكية .

**أولاً: النتائج .**

١- حيث أن تملك العقارات تحت قيد الانشاء يعتبر عقد مستقل بذاته ومن الصعب إدراجه ضمن العقود المسماة ، لذى سوف يبقى عقد غير مسمى إلى أن المشرع يضع له تنظيم خاص .

٢- عقد تملك العقار قيد الانشاء يكون له محل مادي يرد عليه حيث يتمثل هذا في جزء من الأرض التي يتم أقامه البناء عليها والجزء من الفراغ الذي يعلوه المخصص للوحدة محل التعاقد ، لذا اقر الفقه إمكانية تسجيل هذا العقد وأن اختلف حول تبرير هذه النتيجة .

٣- مايقع على المقاول والمهندس من ضمان لرب العمل والذي يمكن أن يمتد إلى العلاقة بين المملك والمتملك لا يقتصر للعيوب الخفية كما هو عليه فعقد البيع وانما يمتد لضمان سلامة البناء ومثانته بحيث يمتد إلى العيوب الظاهرة والخفية على حد سواء متى مادام فيه خطر على البناء .

٤- المشرع العراقي لم يضع قانون خاص في عقد بيع العقار قيد الانشاء مما يدفع منظم العقد إلى الجوء الى القواعد العامة في القانون المدني .

٥- يجب على البائع اعلام المشتري بكافة المواصفات والبيانات الضرورية وهذه تعد من الضمانات ، وهنا عليه ان يتحرى بالدقة والمصداقية والشفافية ، من أجل تحقيق رضا المشتري من خلال اعلامه عن كافة مواصفات الوحدات السكنية .

٦- في حال عدم تنفيذ البائع للمشروع وفشلة في تنفيذ مشروعة ، يكون الحق للمشتري للوحدة السكنية من استرداد المبالغ المدفوعة للبائع وفسخ العقد .

**ثانياً: المقترحات .**

١- تنظيم في العقد بصورة صريحة الضمان العشري في العلاقة بين المتعاقد المملك والمتعاقد المتملك ، وعلى ألام المملك بالتأمين على مسؤوليته الناشئة عن هذا الضمان .

٢- على المشرع العراقي بضرورة تشريع قانون ينظم بيع وانتقال ملكية العقار قيد الانشاء ، والحاجة الماسة إليه الانتشار هذا النوع من البيوع في الوقت الحاضر .

٣- إيجاد نظام تسجيل عقد تملك العقار قيد الانشاء قبل اكتمال الانشاء بمجرد التعاقد ، بحيث يقتصر الأمر عند إتمام البناء على التأشير على هامش التسجيل بتمام البناء وتسليمه .

٤- على المشرع إلزام الجهة المستثمرة بإنجاز واكمال المشروع البناء خلال المدة المحددة ، وضع الرقابة من قبل الجهات المختصة ببناء العقار وتسليمه الى الأشخاص خلال المدة المتفق عليها عند ابرام العقد .

## المراجع القانونية :

- ١- محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٧ م .
- ٢- علي البارودي ، مبادئ القانون البحري ، المكتب العربي الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٦٩ م .
- ٣- سميحة القيلوبي ، الوسيط في شرح القانون المصري ، نظرية الاعمال التجارية والتاجر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ م .
- ٤- باسم محمد صالح ، النظرية العامة ، التاجر ، العقود التجارية ، العمليات المصرفية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢ م .
- ٥- لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٦٢ م .
- ٦- سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٠ م .
- ٧- محمد المرسي زهرة ، بيع المباني تحت الانشاء ، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٩ م .
- ٨- سليمان مرقص ، قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر وفقاً للتشريعات المعمول بها لأن واحد احكام النقض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م .
- ٩- عبد الباقي البكري ، عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج ١ ، دار الكتب للطباعة ، والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ م .
- ١٠- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي ترد على الملكية البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ م .
- ١١- نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ م .
- ١٢- جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الايجار ، المقاولة ، دراسة في ضوء التطور القانوني ، معززة بالقرارات القضائية ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ٢٠١٧ م .
- ١٣- سمير تناغو ، عقد البيع ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ م .
- ١٤- منذر الفضلي ، صاحب الفتاوي ، شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة ، دار الثقافة ، عجمان الأردن ، ١٩٩٣ م .
- ١٥- مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، مصادر الملكية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ م .

## الرسائل العلمية :

- ١- إبراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء ، رساله دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٩٨ م .
- ٢- علي سلمان صالح ، التنظيم القانوني ، لعقد البيع على التصميم الهندسي ، دراسة مقارنة ، رساله ماجستير ، كلية الحقوق جامعة تكريت ، ٢٠١٦ م .
- ٣- محمد كاظم محمد ، عقد البيع على الخريطة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ م .

٤- موزة سويد سالم ، بيع العقار على الخارطة ، وفق قوانين دولة الامارات العربية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الامارات المتحدة ، ٢٠١٨م.

٥- عبدالاله احمد المشهداني ، احكام عقود بيع العقارات تحت الانشاء ، دراسة مقارنة في القانون العراقي والقانون المقارن، رساله ماجستير ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠٢٠م .

#### الأبحاث والدوريات :

١- قصي سلمان هلال ، انتقال الملكية في عقد بيع العقارات السكنية الجاهزة ، بحث منشور في مجلة الرافدين ، للحقوق ، كلية الحقوق جامعة الموصل ، مجلد ١٦ ، ٢٠١٨.

٢- ديار محمد أمين ، الحماية القانونية للمشتري في عقد البيع على التصاميم ، بحث منشور في مجلة الحوار المتوسطي ، العدد ١٣ ، ٢٠١٦م

٣- أحمد إبراهيم حسين الحياي ، حماية المشتري في بيع البناء تحت الانشاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة تكريت ، مجلد ٣٣ ، ٢٠٠٩م .

#### القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م .

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م .

٣- القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦م .

٤- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م .

٥- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م