



كلية الحقوق
قسم القانون المدني

بجث بعنوان

الاتفاق التمهيدي لعقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء

إعداد

الباحثة / سلوى عبد العزيز شعبان الصياد

مقدمة:

انتشرت في الآونة الأخيرة ظاهرة بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء أي بيع المبنى وهو مازال في مرحلة التشييد أو حتى قبل ذلك وهو ما زال في مرحلة المشروع وقيد البحث، وذلك بسبب أزمة الإسكان وارتفاع أسعار الأراضي ومواد البناء وجسامة تكاليف البناء، وأصبح من المألوف شراء بناء قبل إكمال عمليات البناء حيث يقوم المشتري بحجز الوحدة السكنية التي يريد شراءها ويدفع الثمن تدريجياً على هيئة أقساط حسب التقدم في أعمال البناء، وفي المقابل يستفيد البائع من هذه الأقساط في تمويل مشروع البناء.

وعلى الرغم من إنتشار ظاهرة بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء إلا أن المشرع المصري لم يقم بتنظيم هذا العقد ولم يضع له من الأحكام التي تكفل حقوق المشتريين من المخاطر التي قد يتعرضون لها من جراء إبرام عقد بيع شئ مستقبل، وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي تنبه إلى خطورة هذا العقد وقام بتنظيم بيع العقارات تحت الإنشاء من خلال القانون الصادر في ٣ يناير ١٩٦٧ الخاص بتنظيم وبيع المباني تحت الإنشاء، وضع قواعد خاصة لعقد بيع عقار تحت الإنشاء تختلف عن بقية العقود التي قد تتشابه، فهو عقد مستقل وله ذاتية خاصة تميزه عن غيره من العقود وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لهذا العقد حيث أن محل البيع يكون غير موجود عند إبرام العقد أو لم يكتمل وجوده بعد، كما أنه وضع قواعد عامة تطبق على بيع عقار تحت الإنشاء بوجه عام وقواعد خاصة لا تطبق إلا إذا كان العقار المبيع مخصص للسكنى، أي أنه كثف الحماية للمشتري عندما يكون المبيع وحدة سكنية، حيث أنه إشتراط في هذه الحالة الأخيرة أن يتم إبرام العقد في إطار معين لا يمكن تجاوزه.

وعقد بيع عقار تحت الإنشاء هو الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء أو إقامة عقار خلال مدة يحددها العقد، ويفترض إبرام بعض العقود والتي من بينها عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء المرور بمراحل متعاقبة تبدأ بالتفاوض وتنتهي بإبرام العقد النهائي المقصود، وتنص المادة ٨٩ مدني مصري على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد)، وتنص المادة ١١٠١ مدني فرنسي جديد على أن: (العقد هو إتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء إلتزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها)، ولكن الإرادة التي تبرم العقد من الممكن ألا تتجه إلى إبرامه بصفة نهائية بل لمجرد التمهيد لعقد آخر نهائي وهذا العقد كغيره من العقود ولكنه عقد غير بات أي أنه مرحلة تمهيدية في التعاقد النهائي، والعقود التمهيدية لها دور كبير في عملية إبرام العقد خاصة العقود الكبيرة والمهمة إذ تبرز وبشكل ملحوظ مرحلة ما قبل التعاقد والتي يتم خلالها إبرام هذه العقود، وفي عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء أجاز المشرع الفرنسي للطرفين أن يبرماً إتفاقاً تمهيدياً يسبق البيع النهائي، ولكن في حالة إبرام هذا الإتفاق فقد ألزم

المتعاقدين بإبرام ما يسمى بالإتفاق التمهيدي أو عقد الحجز وجعله العقد الوحيد من بين عقود ما قبل التعاقد النهائي الذي يجوز للطرفين إبرامه، حيث فرض على الطرفين إتباع شكلا معيناً لهذا الإتفاق أي أنه فرض على المتعاقدين إذا أرادا إبرام هذا الإتفاق بهدف التحضير للبيع النهائي أن يسلكا طريقاً معيناً حدده وبين معالمه ووضع له أحكاماً معينة لا يجوز مخالفتها، فالمشرع الفرنسي لم يلزم الطرفين بإبرام الإتفاق التمهيدي ولكن إذا رغبا في ذلك فعليهما أن يحترما التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع.

ولأهمية مرحلة إبرام الإتفاق التمهيدي سنوضح تعريفه والتزامات أطرافه والطبيعة القانونية له كلا في مطلب مستقل، حيث يتناول المطلب الأول تعريف الإتفاق التمهيدي، ويتناول المطلب الثاني أطراف الإتفاق التمهيدي، ويتناول المطلب الثالث الطبيعة القانونية للإتفاق التمهيدي، وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول

تعريف الإتفاق التمهيدي

يتم إبرام العقد بمجرد تبادل إرادتي الإيجاب والقبول بين الطرفين وإتفاق هاتين الإرادتين على إحداث أثر قانوني حيث تنص المادة ١١١٣ مدني فرنسي جديد على أنه: (يتم العقد بإتقاء الإيجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف بموجبهما عن إرادتهما في التعاقد)^(١)، إلا أن الأمر يختلف في بعض العقود والتي لا يكفي لإنعقادها مجرد تبادل الإيجاب والقبول وذلك مثل العقود المهمة و المركبة والتي تسبقها فترة مفاوضات يتم خلالها تبادل المقترحات وتقريب وجهات النظر من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي المنشود^(٢)، حيث يفترض إبرام بعض العقود المرور بمراحل متعاقبة تبدأ بالتفاوض وتنتهي بإبرام العقد النهائي المقصود بها وخلال تلك المراحل يدخل الأفراد في عمليات قانونية متعددة تهدف إلى إفراغ إرادتهم في عقد نهائي، تلك العمليات يطلق عليها إتفاقات ما قبل التعاقد وفيها يسعى كل طرف من طرفي التعاقد إلى تحسين مركزه التفاوضي حتى يحصل على أكبر منفعة ممكنة عند إبرام العقد المقصود، وإذا تعلق الأمر ببيع عقار فإن دور إتفاقات ما قبل التعاقد تكون على جانب كبير من الأهمية حيث تمس الحاجة إلى معرفة معلومات تفصيلية قبل توقيع العقد النهائي فضلاً عن حاجة الأطراف إلى إفراغ إرادتهم بطريقة قانونية إلى أن يتم إستكمال الإجراءات التي يتطلبها القانون لنقل الملكية^(٣).

(١) د / محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد من ١١٠٠ إلى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي)، طبعة ٢٠١٨، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٣٦.

(٢) د/ يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة)، د.ت.، الناشر: دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر، ص ٧.

(٣) د/ إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، د.ت.، د.ن.، ص ٤٠.

وتزداد الأهمية التي تؤديها إتفاقات ما قبل التعاقد النهائي إذا تعلق الأمر بعقار مازال قيد الإنشاء إذ أنه غالباً عند إبرام تلك الإتفاقات لا يكون العقار قد وجد بعد^(١)، ففي عقد الإنشاءات الكبرى تجري عادة دراسة أولية لحالة الموقع المقترح لمعرفة مدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية لإقامة الإنشاءات عليه وذلك ببحث طبيعة المكان وإختبار عمق طبقات الأرض وكذلك بحث آثار المشروع على البيئة المحيطة به وتأثره بها ومدى توافر المرافق الأساسية من طرق وكهرباء ومياه ووسائل نقل وإتصال وغيرها^(٢)، لذلك فإن أهمية العقود التمهيديّة تتزايد في هذه الفترة بشكل خاص وفي مرحلة ما قبل التعاقد بشكل عام^(٣)، حيث أن فكرة العقد التمهيدي تستجيب لإعتبارات نفسية وإقتصادية تسود مرحلة ما قبل التعاقد فالتردد والقلق الذي يكتنف طرفي التفاوض يولد الرغبة لدى كل منهما في التفكير بروية والتحقق من ملاءمة العقد لظروفه وتطلعاته، وقد يكون أحدهما بحاجة لتدبر أمره والبحث عن وسائل لتمويل المشروع هذا فضلاً عن الحاجة إلى دراسة المخاطر الإقتصادية للعقد في المستقبل، وبالتالي فإن إبرام إتفاق تمهيدي يحقق للطرفين نوعاً من إستثمار الوقت ويعبر بلغة قانونية عن شتى العوامل النفسية والإقتصادية المحيطة بهما مضيفاً عليها قيمة قانونية^(٤).

حيث أنه في مجال بيع العقارات تحت الإنشاء لا يكون من المصلحة لطرفي العقد إبرام عقد نهائي ويكون هناك حاجة لإبرام عقد تمهيدي، ففي الفترة التي تسبق البدء في المشروع يكون من مصلحة المملك وهو البائع إختبار مدى تقبل السوق العقاري لمثل مشروعه، وأكثر ما يساعده على ذلك هو معرفة الممتلكين أي المشتريين لعقاره في المستقبل، فإذا ما فرغ من ذلك وإطمأن إلى الحاجة إلى قيام المشروع فإن الإتفاق التمهيدي يساعده على تقدير الثمن، وبالتالي يهيمه أن يرتبط بالمشتري بشكل أوثق وهو ما يحقق له الإتفاق التمهيدي في إنتظار توقيع العقد النهائي الذي يصعب إبرامه في الحال لأسباب عملية أو قانونية^(٥).

وتعتبر المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحل وأخطرها بما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم إنتزمات وحقوق طرفي العقد أو الإتفاق وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتاً طويلاً أكثر من الوقت اللازم لإبرام العقد وخاصة في العقود غير التقليدية التي لا تلائمها القواعد

(١) د/ إبراهيم عثمان بلال، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن، المسؤولية القانونية للمهندس الإستشاري و التنفيذ ومقاول البناء، د.ت.، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥٥.

(٣) د/ يونس صلاح الدين محمد علي، المرجع السابق، ص ٧.

(٤) د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية)، طبعة ١٩٩٨ م، الناشر: دار النهضة العربية، ص ٨٥.

(٥) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٢.

التقليدية للإيجاب والقبول^(١)، لذلك قرر المشرع الفرنسي في عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء إبرام إتفاق تمهيدي يسبق عقد البيع النهائي وفرض على المتعاقدين إذا أرادا إبرام هذا العقد أن يسلكا طريقا معينا حدده وبين معالمه، حيث أن المشرع الفرنسي أوجد ما يسمى بالنطاق المحمي ووضع له تنظيما آمرا ومجاله هو أي عقد يكون الغرض منه نقل ملكية عقار أو جزء من عقار معد للإستعمال السكني وفي هذا النطاق نظم المشرع ما يعرف بالإتفاق التمهيدي الذي يلزم الطرفين بالخضوع لأحكام معينة عند رغبتها في إبرام إتفاق ما قبل التعاقد، وبلغ إهتمام المشرع الفرنسي بهذا النوع من إتفاقات ما قبل التعاقد إلى الحد الذي أبطل معه أي عقد أو إتفاق آخر بديل له^(٢)، حيث ألزم المتعاقدين بإبرام ما يسمى بعقد الحجز وجعله العقد الوحيد من بين عقود أو إتفاقات ما قبل التعاقد الذي يجوز للمتعاقدين إبرامه.

وقد أوجبت المادة ١٥/٢٦١ من قانون البناء والسكن الفرنسي رقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٨ إبرام عقد ابتدائي بالحجز يسبق البيع النهائي في بيع المباني تحت التشييد^(٣)، فالطرفان لهما حرية إبرام أو عدم إبرام إتفاق تمهيدي لكن إذا أرادا إبرام إتفاق تمهيدي بهدف التحضير للبيع النهائي فعليهما إتباع الطريق الوحيد الذي مهده المشرع أمامهما وكل وعد آخر بالبيع أو الشراء يكون باطلا، وقد نصت المادة ١١ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أن: (العقد التمهيدي هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص)، و يتضح من هذا التعريف أن العقد أو الإتفاق التمهيدي هو من الإتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي حيث أنه يهدف إلى التحضير لإبرام البيع النهائي، ويجب أن يتبع هذا الإتفاق التمهيدي إتفاق آخر يعتبر من قبيل إتفاقات ما قبل العقد وهو مشروع البيع النهائي الذي يجب أن يرسل للمشتري قبل شهر من توقيع العقد النهائي^(٤)، حيث أنه فيما يتعلق بفترة المشروع قد يلجأ الأطراف بعد إنتهاء مفاوضاتهم إلى إبرام عقود أولية تمهد أو تحضر لإعداد وإبرام عقود

(١) د/ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، طبعة ٢٠٠١-٢٠٠٢ م، الناشر: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر - فيصل، ص ٥.

(٢) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤١.

(٣) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاوله مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين FIDIC، الطبعة الأولى ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م، د.ن.، ص ٢٢٠.

(٤) د/ محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القوانين المصري والفرنسي والكويتي)، الطبعة الأولى ١٩٨٧ م، الناشر: سيد عبدالله وهبة - القاهرة، ص ٤٨٤.

مستقبلية وبذلك تبرز فترة المشروع بشكل واضح ويكثر اللجوء إليها لا سيما في العقود المهمة كالعقود الابتدائية المتعلقة بالبيع العقاري^(١).

ولكن قد تشوب هذه الإتفاقات التمهيدية بعض المسائل التي تعوق دون الوصول إلى إتفاق ما أو وجود أسباب تدعو إلى قطع المفاوضات، كأن يكتشف أحد الطرفين أن مصلحته الإقتصادية تتعدم أو تختل إذا ما أبرم العقد مع الطرف الآخر أو كأن يتلقى عرضاً أفضل من الغير^(٢)، وبذلك فإن الإتفاق التمهيدي يحقق مصلحة الطرفين معاً مصلحة المشتري من حيث إستطاعته أن يتخلص من هذا الإتفاق إذا تراءى له ذلك حيث أنه قد يكون في مرحلة الخيار بين عروض مختلفة ولا يريد أن يلتزم بصفة نهائية على أمل أن يظهر له فيما بعد عروضاً أخرى بشروط أفضل كما أنه لا يريد أن يرفضها بصفة نهائية خشية ألا يستطيع أن يجد عروضاً أخرى، كما أنه يحقق مصلحة البائع من حيث أنه لا يلتزم إلا بحجز عقار أو جزء من عقار دون أن يلتزم بالبيع أو البناء فذلك يمكنه أيضاً من معرفة حالة السوق ومن الحصول على جزء من الثمن يساعده على تمويل عملية البناء، فمرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة هامة وتناسب الحالة الإقتصادية للطرفين، فقد يرغب أحدهما أو كلاهما في إبرام عقد ما ولكن لضيق ذات اليد يكتفي الطرفان بالإرتباط مبدئياً برباط مؤقتة تحدد فيه العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه حتى يضمن أحدهما أو كلاهما عدم ضياع الفرصة منه خاصة إذا كانت الصفقة مناسبة^(٣).

وبالنسبة لإنعقاد الإتفاق التمهيدي فإن المادة ٣١ من قرار ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ الصادر بتنفيذ قانون ٣ يناير الفرنسي تنص على أن: (العقد التمهيدي يجب أن يبرم كتابة ويجب أن تسلم نسخة من العقد للمشتري المحتمل)، كما نصت المادة ٢٧/٢٦١ من قانون الإسكان الفرنسي رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٧٨ على أن: (يتم تحرير العقد التمهيدي كتابة ويجب تقديم نسخة إلى المشتري قبل أي إيداع للأموال)، أي أن العقد التمهيدي عمل كتابي ويعتبر من العقود الشكلية وفي ذلك تنص المادة ١١٠٩ مدني فرنسي جديد على أن: (يكون العقد شكلياً عندما تكون صحته موقوفة على إستيفاء الشكليات التي يحددها القانون)^(٤)، فالعقود الشكلية لا يكفي لإنعقادها مجرد التراضي عليها وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك إفراغها في شكل معين إما بناء على إتفاق الطرفين أو بناء على إشتراط القانون لذلك حماية للمتعاقدين أو أحدهما من خطورة العقد لما في إفراغه

(١) د/ يونس صلاح الدين محمد علي، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن، المسؤولية القانونية للمهندس الإستشاري، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٣) د/ عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعريون وعقد البيع الإبتدائي، طبعة ١٩٩٢ م، الناشر: دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى، ص ١٢.

(٤) د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٢.

في شكل معين من تنبيه لخطورته^(١)، وهذا الشكل الخاص يعتبر شرطاً من شروط إنعقاد العقد بحيث إذا تخلف لا ينعقد العقد ويكون باطلاً^(٢).

ويتضح من ذلك أن عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء هو عقد شكلي في جميع مراحلها سواء في مرحلة العقد التمهيدي أو في مرحلة العقد النهائي، وهو ما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٢/١٠١ مدني مصري بأنه: (إذا اشترط القانون لتتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد).

وأياً كانت قيمة الكتابة سواء كانت شرطاً لصحة العقد أو وسيلة للإثبات فإنها هامة وضرورية لأن محل البيع غير موجود وقت العقد لذلك اشترطت المادة السابقة من القرار التنفيذي أن يبرم العقد كتابة، فالكتابة من شأنها أن تبعث الطمأنينة في النفوس والإقلال من إحتتمالات النزاع في الحقوق مستقبلاً^(٣)، كما أنها تتميز بأنها دليل يمكن إعداده مقدماً أي عند صدور التصرف القانوني وقبل حصول نزاع بشأنه مما يؤدي إلى تحديد مركز كل متصرف بما له من حقوق وما عليه من إلتزامات تحديداً واضحاً بحيث إذا ثار نزاع بين الطرفين في المستقبل فإنه يسهل حسمه مع وجود الدليل الكتابي إذ تعبر الكتابة عن الواقعة التي تتناولها، وإذا كانت الكتابة لإنعقاد العقد فإنها تعتبر ركناً في التصرف القانوني لا يقوم بدونها حيث أن العقد غير المكتوب يكون باطلاً وغير موجود حتى مع إثباته بالإقرار أو اليمين^(٤).

ويطلق على الإتفاق التمهيدي عقد الحجز لأنه يعقد في المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي، فالصورة المنتشرة الآن في مجال تملك العقارات تحت الإنشاء هي قيام أصحاب المشروعات الكبرى بالدعاية المرئية المسموعة والمقروءة وغيرها من وسائل الإتصال بإعلان موجه للأفراد لحجز وحدة سكنية أو تجارية سيتم بناؤها خلال مدة معينة مع تقديم مقدم حجز^(٥)، ويكون البائع في هذه المرحلة حاجز والمشتري محجوز له وذلك كما نصت المادة ١١ من قانون

(١) د/ جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزام)، طبعة ١٩٩٧م، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥٢.

(٢) د/ ياسين محمد يحيى، النظرية العامة للإلتزامات (دراسة مقارنة بقانون المعاملات المدنية السوداني)، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، طبعة ١٩٨٦م، الناشر: وحدة الطبع والتصوير - جامعة القاهرة، ص ١٥.

(٣) د/ سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات الجديدة في القانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، طبعة ٢٠٠٨ م، الناشر: دار النهضة العربية، ص ٦٦.

(٤) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، طبعة ٢٠٠٢، الناشر: دار النهضة العربية، ص ١٩.

(٥) أ/ سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، الناشر: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية - الإسكندرية، ص ١٣.

٣ يناير ١٩٦٧ والمادة ١٥/٢٦١ من قانون الإسكان الفرنسي ١٩٧٨، حيث يلتزم البائع الحاجز بحجز وحدة سكنية للمشتري في مقابل التزام المحجوز له المشتري بإيداع وديعة ضمان في حسابه الخاص بأحد البنوك أو منشأة مالية أو لدى الموثق^(١).

ويعتبر أهم جانب من الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد يكمن في كيفية حماية أطراف العقد المزمع إبرامه في هذه المرحلة أي حمايتهم في مرحلة التفاوض للتمهيد لإبرام العقد، حيث أنها تتطلب التدقيق في مسائل مختلفة بشأن العقد^(٢)، لذلك فقد تطلب القانون بعض البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد التمهيدي وفرض جزاء على مخالفة هذه البيانات، حيث قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢/٣١ من القرار التنفيذي الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ أن: (العقد يجب أن يحتوي على البيانات الأساسية المتعلقة بحالة البناء ونوعيته ومدة تنفيذ أعمال البناء وثمان الوحدة التي تم حجزها وإذا كان العقد وارداً على جزء من عقار وجب تحديد وضع هذا الجزء بالنسبة للعقار بوجه عام).

وقد أضافت المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من نفس القرار السابق ذكره بعض التحديدات لمضمون هذه البيانات الملزمة التي يجب أن يشملها العقد وقررت أن: (العقد يجب أن يحدد المساحة التقريبية للعقار المبيع وعدد الحجرات الرئيسية وغرف الخدمة وكذلك طبيعة ونوعية المواد المستخدمة في البناء، ويجب أن يحدد العقد أيضاً تاريخ إبرام العقد النهائي أو أن يشير البائع إلى أن العقد النهائي سيعقد قبل تاريخ معين يحدده، كما يجب أن يحدد العقد القروض التي أعلن الحاجز البائع أنه سيجعل المحجوز له المشتري يحصل عليها أو التي سيحول إليه منفعتها مع تحديد مقدارها وشروطها وإسم المقرض، وأخيراً يجب أن يحدد العقد السعر المتوقع للبيع وتحديد أسس مراجعته حسب الشروط التي وضعتها المادة ٢٠ من القرار التنفيذي^(٣)).

كما أن قانون الإسكان الفرنسي ١٩٧٨ قد إشتراط إدراج بيانات معينة في الإتفاق التمهيدي حيث تنص المادة ١٥/٢٦١ منه على: (وجوب بيان العقار المحجوز وتفصيل عملية البناء ونوعية المواد، ومدة تنفيذ الأعمال والثمان التقديري أو طريقة مراجعة الثمن والتاريخ الذي يتم فيه التوقيع على العقد النهائي، والقروض التي سيدبرها الحاجز أو تحول إليه منفعتها وعلى وجه الدقة مقدار هذه القروض وشروطها وأسماء المقرضين)^(٤).

وبالتالي وبهذه النصوص التي قررها المشرع الفرنسي يكون قد ألزم البائع بالإفصاح في هذا العقد، والإفصاح في العقود يعني إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في

(١) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

(٢) د/ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ٦.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٤) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٣.

مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار هذا الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستتير والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل وحماية الثقة المشروعة في العقد^(١).

كما أن ذلك يتفق مع القواعد العامة في القانون المدني المصري حيث تنص المادة ١٠١ منه على أن: (الإتفاق الذي يعد بموجبه كلا العاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه) والمسائل الجوهرية هي أركان العقد المراد إبرامه بصفة نهائية فإذا كان العقد بشأن بيع شئ ما فإنه يجب الإتفاق في عقد الوعد نفسه على ماهية المبيع وأوصافه وحدوده ومعالمه إذا كان عقارا والثمن المنفق عليه والتزامات البائع بشأن الملكية، فإذا لم يتفق الطرفان على هذه المسائل الجوهرية فإن عقد الوعد ذاته لا ينعقد باعتبار أن الإتفاق عليها من أركان عقد الوعد ذاته التي يتوقف عليها إنعقاده وبالتالي لا ينعقد العقد النهائي المقصود^(٢)، فعندما يرغب طرفا الإتفاق التمهيدي في إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحدة مثل عقد الإنشاء المعماري فإنهما يقومان بوضع شروط رئيسية تحكم إبرام هذا العقد في المستقبل وبدلا من أن يناقش الطرفان في كل مرة تفاصيل العقد المراد إبرامه فإنهما يتفان بمقتضى هذا الإتفاق على الشروط الأساسية التي تيرم طبقا لها العقود اللاحقة^(٣).

وفي عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يكون محل العقد غير موجود وقت إبرام العقد ولكنه قابل للوجود في المستقبل وبالتالي فإن دور إتفاقات ما قبل التعاقد تكون على قدر كبير من الأهمية وتكون هناك حاجة إلى معرفة معلومات تفصيلية حول هذا الأمر قبل توقيع العقد النهائي^(٤)، لذلك وفي سبيل تعيين محل العقد بطريقة دقيقة ولتفادي ما قد ينشأ من منازعات بشأنها إستلزم القانون الفرنسي سواء فيما ورد في المادة ١٥/٢٦١ من قانون الإسكان أو ما ورد في المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من القرار التنفيذي الصادر في ١٩٦٧ أن يتضمن عقد الحجز ذكر البيانات الجوهرية المتعلقة بمكونات المبنى ومواصفات البناء ومدة تنفيذ أعمال البناء وتعيين الوحدة المحجوزة وثمنها وألزمت المشتري بأن يودع في حساب خاص مبلغا معيناً

(١) د/ سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى ١٩٩٩، الناشر: دار النهضة العربية، ص ٨.

(٢) د/ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٣) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن، المسؤولية القانونية للمهندس الإستشاري، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٠.

كضمان^(١)، وبالتالي يجب أن تحدد الوحدة السكنية بأوصافها كاملة حيث يجب تحديد المساحة التقريبية للعقار المبيع وعدد الحجرات الرئيسية وغرف الخدمة ونوعية المواد المستخدمة في البناء وكذلك تحديد أوصاف المبنى الموجودة فيه الشقة^(٢).

فيجب تعيين الوحدة السكنية تعيينا نافيا للجهالة وذلك لأنه إذا كان محل الإلتزام منزلا وجب بيان أوصافه و مساحته وعدد طوابقه وموقعه ورقمه في السجل^(٣). فحتى يحقق الإتفاق التمهيدي الغرض من إنشائه يجب أن يتضمن تحديدا دقيقا للبناء المراد شراؤه من حيث موقعه ومساحته ومكوناته كما يجب تحديد المواد المستخدمة في أعمال البناء وإلحاق المخططات الهندسية والفنية لهذه الأعمال بالإتفاق التمهيدي مع ملاحظة أن هذه البيانات ذات طابع عام وتقديري بحيث يمكن للبائع أن يعدل فيها متى إضطرته ظروف العمل لذلك وفي هذه الحالة يحق للمشتري المحجوز له المطالبة بالفسخ وإسترداد ما دفعه^(٤).

كما أن الإتفاق التمهيدي يجب أن يحدد تاريخ إبرام العقد النهائي أو أن يشير البائع إلى أن العقد النهائي سيعقد قبل تاريخ معين يحدده حيث أن تحديد التاريخ على وجه الدقة هو أمر يصعب حدوثه وذلك يتفق مع نص المادة ١٠١/١ مدني مصري والتي تنص على أنه: (لكي ينعقد الوعد بالتعاقد يجب أن تعين فيه المدة التي يجب إبرام العقد الموعود به فيها) وإشترط تعيين المدة في الوعد لا يقتضي أن يكون هذا التعيين صريحا بل يكفي لصحة الوعد أن يكون من الممكن إستخلاص مدة ضمنية من ظروف الإتفاق^(٥)، فيجب أن يحدد البائع الحاجز في الإتفاق التمهيدي الفترة اللازمة لإنجاز أعمال البناء ولو بشكل تقريبي والتاريخ الذي يمكن فيه إبرام عقد البيع النهائي^(٦).

(١) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٢) د / هدى سعيد النمير، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات (دراسة في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م الخاص بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر)، طبعة ١٩٨٩م، د.ن.، ص ١٠٧.

(٣) د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، طبعة ١٩٦٨م، الناشر: دار النهضة العربية - بيروت، لبنان، ص ١٢٦.

(٤) د/ أحمد إبراهيم الحباري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الرابع - السنة الثالثة و الثلاثون، طبعة: محرم ١٤٣١ هـ - ديسمبر ٢٠٠٩ م، الناشر: مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٣٠١.

(٥) د/ إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، د.ت.، الناشر: مكتبة عبدالله وهبة - عابدين، مصر، ص ١٤١.

(٦) د/ أحمد إبراهيم الحباري، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

وفي حالة إمكانية البائع تحديد تاريخ إبرام العقد النهائي بدقة فإنه يحدد المدة التي سيرسل خلالها إلى المشتري مشروع البيع أو يضيف مشروع البيع كملحق للعقد التمهيدي^(١)، حيث يجب تحرير ملحق لعقد البيع أو وثيقة تودع لدى الموثق تتضمن بيانات عن تكوين العمارة وخصائصها الفنية وصورة من لائحة ملكية الشقق^(٢)، ويجب إعلان هذا المشروع إلى المشتري قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع العقد ويتم تحديد الشروط النهائية للعقد النهائي المراد إبرامه في هذا المشروع بالإضافة إلى أنه يلزم البائع الملتزم بالحجز بصفة نهائية بحيث لا يمكنه أن يعدل في هذه الشروط حتى تاريخ توقيع العقد النهائي^(٣)، حيث أن عقود فترة المشروع هي العقود التمهيديّة المتعلقة بإبرام العقد النهائي أو اللاحقة للتفاوض والسابقة على إبرام العقد النهائي^(٤).

ويجب أن يحدد الإتفاق التمهيدي القروض التي أعلن الحاجز البائع أنه سيدبرها و يجعل المحجوز له المشتري يحصل عليها أو التي سيحول إليه منفعتها مع تحديد مقدارها وشروطها واسم المقرض وذلك كما نصت المادة ١٥/٢٦١ من قانون الإسكان الفرنسي رقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٨^(٥).

ويجب أن يشتمل الإتفاق التمهيدي على تحديد نهائي أو تقريبي للثمن المطلوب وقد أجاز القانون الفرنسي أن يحدد الثمن بشكل نهائي لا يقبل التعديل أو بشكل تقريبي يراعى فيه التعديلات التي قد يطلبها المحجوز له لاحقا، إضافة إلى إمكانية الإتفاق على مراجعة الثمن في حالات التضخم المالي^(٦)، والأصل أن يتم تقدير الثمن في العقد ذاته إلا أنه يكفي مع ذلك أن يتضمن العقد الأسس التي يتم تقدير الثمن على أساسها وذلك طبقا للمادة ٤٢٣ مديني مصري، فإذا لم يتم الإتفاق على تقدير الثمن أو على الأسس الكفيلة بتقديره فلا ينعقد البيع لتخلف ركن من أركانه^(٧)، فيجب أن يحدد العقد السعر المتوقع للبيع أي السعر المحدد بصفة تقريبية حيث أنه من الصعب تحديد الثمن بصفة نهائية عند إنعقاد الإتفاق التمهيدي وذلك لأن تنفيذ العقد وهو إقامة العقار المبيع يستغرق مدة من الزمن بطبيعة الحال وقد يحدث خلال هذه المدة تغيير لأسعار مواد البناء أو الأجور وهكذا، وبالتالي يجب أيضا تحديد الأسس التي يجب أن يتم على

(١) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٦.

(٢) د/ عبد الناصر توفيق العطار، تملك الشقق والطبقات، الطبعة الثانية، د.ت.، د.ن.، ص ٤١.

(٣) مشار إليه في: د/ محمد المرسي زهرة، *Meysson et Tirard, precite, no 20* مرجع سابق، ص ٤٨٦.

(٤) د/ يونس صلاح الدين محمد علي، مرجع سابق، ص ٨.

(٥) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٦) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٧) د/ سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، (مقالة - بيع)، طبعة ١٩٩٩م، الناشر:

دار النهضة العربية - القاهرة، ص ٣٧٥.

أساسها مراجعة الثمن أو إعادة تقديره، حيث يجوز أن تتضمن بعض العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة نصوص تسمح بتعديل ثمن العقد طبقاً لأسس متفق عليها بين طرفي العقد^(١).

والمحجوز له المشتري لا يلتزم بدفع الثمن في الإتفاق التمهيدي وإنما يلتزم بدفع مبلغ من المال عند إبرام عقد الحجز كضمان للبائع^(٢)، ويلاحظ أن تاريخ إبرام العقد النهائي يحدد نسبة وديعة الضمان التي يلتزم المشتري بإيداعها في حسابه الخاص في أحد البنوك أو لدى الموثق، فقانون الإسكان الفرنسي رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٧٨ يلزم المحجوز لصالحه أن يودع وديعة ضمان مقابل إتزام الحاجز بالحجز كما يحدد نسبة هذا الضمان حيث تنص المادة ٢٨/٢٦١ منه على أن: (نسبة الضمان تكون ٥% من الثمن التقديري إذا كانت مدة القيام بأعمال البناء لا تتجاوز سنة، و ٢% من الثمن التقديري إذا لم تكن مدة القيام بأعمال البناء تتجاوز سنتين، أما إذا كانت مدة تنفيذ الأعمال تتجاوز سنتين فهذا الضمان غير مطلوب ويجب فتح حساب خاص لهذا الضمان لدى بنك أو مؤسسة مؤهلة لذلك أو لدى موثق)^(٣).

وبالتالي فإن مقدار وديعة الضمان يختلف بحسب الموعد المتفق عليه لإبرام عقد البيع، فلا يجوز أن يزيد على ٥% من الثمن إذا كان موعد البيع المتوقع أقل من سنة و ٢% من الثمن إذا كان هذا الموعد أقل من سنتين، وفي الحالتين يجب أن يودع هذا المبلغ في حساب خاص بإسم المحجوز له أو لدى كاتب العدل أو الموثق كضمان لشراء المحجوز له العقار المحجوز، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه أو إسترداده أو الحجز عليه قبل إبرام عقد البيع النهائي^(٤). وحول مصير هذا الضمان يجب التمييز بين ثلاثة فروض، فإذا تم البيع وفق الشروط المنصوص عليها في عقد الحجز أعتبر هذا المبلغ جزءاً من الثمن، وإذا لم يتم البيع بفعل الحاجز فإن للمشتري إسترداد ما دفعه، وإذا لم يتم البيع بسبب المحجوز له فإنه يفقد هذا الضمان وليس له أن يسترد ما دفعه وذلك فيما عدا حالة ممارسة المحجوز له لحقه في العدول.

وقد إستثنى المشرع بعض الحالات من هذا الحكم بحيث يكون للمحجوز له إسترداد وديعة الضمان على الرغم من عدم إتمام البيع وهي زيادة الحاجز للثمن بما يزيد على ٥% من الثمن التقديري وعدم حصول المحجوز له على القروض التي أشار إليها الحاجز في عقد الحجز، وعدم إنجاز الحاجز لأحد العناصر التجهيزية المنصوص عليها في عقد الحجز، وتغيير الحاجز في تكوين البناء بشكل ينقص من قيمته بما يزيد على ١٠% من الثمن التقديري

(١) المهندس / لوثر ميرهم جرجس، إدارة عقود التشييد المحلية والدولية (تعديل ثمن العقد لتغير أسعار عناصر التكلفة)، إصدار ٢٠١٠، الناشر: دار الكتب والوثائق القومية، جمهورية مصر العربية، ص ١٧.

(٢) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٣) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٤) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

للمبيع^(١). وفي ذلك نص المشرع الفرنسي في المادة ٣٥ من القرار التنفيذي ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ على أن: (الوديعة ترد إلى المحجوز له إذا لم يبرم البيع النهائي بسبب البائع أو إذا تجاوز ثمن الوديعة نسبة ٥% من ثمن المبيع أو إذا لم يتم الحصول على القروض المحددة في العقد التمهيدي أو إذا كان مقدار القروض المحددة في العقد التمهيدي أقل بنسبة ١٠% عن المقدار المتوقع في العقد)^(٢)، وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣١/٢٦١ من قانون الإسكان الفرنسي رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٧٨ حيث أجازت للمشتري أن ينسحب في حالات معينة ولا يلتزم بالإتفاق التمهيدي^(٣)، فالمشتري يلتزم بدفع وديعة ضمان عند إبرام الإتفاق التمهيدي مقابل إتزام البائع بالحجز ويستطيع المشتري إسترداد هذه الوديعة في حالات معينة حددها القانون حيث ترد إلى المحجوز له المشتري خلال ثلاثة أشهر إذا لم ينعقد العقد النهائي في المدة المحددة بسبب يرجع إلى البائع أو إذا ظهر في العقد النهائي المقترح ما يخالف المواصفات المقترحة^(٤)، كما أنه يجوز للمشتري أن ينسحب و لا يلتزم بالإتفاق التمهيدي في حالة غش البائع^(٥)، ولا تقبل قيمة هذه الوديعة للحجز عليها أو التنازل عنها أو التصرف فيها حتى تاريخ إنعقاد البيع النهائي^(٦)، وإذا كانت المدة التي يجب أن يتحقق البيع خلالها تزيد عن سنتين فلا يلتزم المشتري بدفع وديعة الضمان. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد ألزم المتعاقد المهني وهو البائع بالتزامات تبعية بالإضافة إلى الإلتزامات الأصلية المتولدة عن العقود التي يبرمها مع غيره ممن لا يتوافر لديهم التخصص المهني في مجال البناء حيث إنتهى إلى إقرار إلتزام عام بالإعلام والتوجيه في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين وذلك في عقود المقاوله بصفة عامة ومقاولات البناء والتشييد بصفة خاصة، حيث أنه لم يعد قاصرا على المقاول والمهندس المعماري فحسب بل مد هذا الإلتزام إلى كل من يتعامل على وجه الإحتراف في بناء العقارات بقصد بيعها أو يتوسط في ذلك^(٧).

وإلتزام البائع بإعلام المشتري بالمعلومات المتعلقة بالمبيع لا يقوم إلا إذا ثبت عدم قدرة المشتري على الإحاطة بمثل هذه المعلومات رغم بحثه وإستعلامه عنها^(٨)، فالنقد والتطور التقني

(١) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٣) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٤) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاوله، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٥) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٦) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

(٧) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاوله، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٨) د/ عبد العزيز المرسي حمود، الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة (دراسة مقارنة)، طبعة ٢٠٠٥م، د.ن.، ص ٨٨.

الذي يعيشه عالمنا المعاصر أسفر عن وجود تباين بين أفراده فلم يعد الأفراد متساويين في مراكزهم القانونية والإقتصادية، وإختلال التوازن بين المتعاقدين مظاهر كثيرة ومتنوعة على أن أشدها خطراً وأعظمها تأثيراً هو إختلال التوازن بينهما في المعرفة بكل ما يتصل بالعقد المراد إبرامه من بيانات ومعلومات، ويرجع إختلال التوازن في المعرفة بين الطرفين في المرحلة السابقة على التعاقد إلى التطورات الإقتصادية والتكنولوجية والفنية حيث شهد العالم في الآونة الأخيرة مجموعة من التقلبات الإقتصادية والتكنولوجية التي إهتزت لها موازين الأفكار القانونية إهتزازاً كبيراً^(١)، وذلك كالوضع المتميز الذي يتمتع به الطرف الأقوى في عقود الإذعان والذي تنطبق شروطه على عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء، فمن المعلوم أن عقد الإذعان يتسم بإنفراد وسيطرة أحد طرفيه بوضع شروطه نظراً لما يتمتع به هذا الطرف من قوة إقتصادية كبيرة تكفل له الهيمنة في مرحلة تكوين العقد وإبرامه وما على الطرف الآخر الضعيف إلا أن يقبل العقد برمته دون مناقشة أو تعديل.

وقد أضاف التقدم العلمي والتكنولوجي الذي لحق بالحياة المدنية المعاصرة لأصحاب المراكز الإقتصادية قوة جديدة إلى جوار قوتهم الإقتصادية ألا وهي القوة العلمية التي تكفل لهم الإلمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بالعقود التي يبرمونها من معلومات، الأمر الذي ساعد على أن يتخذ الإذعان طابعاً مزدوجاً يكون فيه أحد طرفي العقد على مستوى عال من العلم والدراية بالمعلومات المتصلة بالعقد فضلاً عن مركزه الإقتصادي المتميز، في حين أن الطرف الآخر شخص بسيط ذو مكانة متواضعة من حيث المركز الإقتصادي ومن حيث مستوى الدراية والمعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد، ومن الطبيعي أن يودع المشتري في عقد الإذعان ثقته في البائع نظراً لما يتمتع به الأخير من مقومات العلم والدراية بالمعلومات المتعلقة بالمبيع فضلاً عن قوته الإقتصادية فينتظر منه أن يزوده بتلك المعلومات دون أن يكلفه مشقة البحث والإستعلام عنها^(٢)، و أساس الإلتزام بالإفشاء بمعلومات معينة إلى المتعاقد قبل إبرام العقد مصدره العرف المألوف في التعامل أو طبيعة العقد التي تفترض قدراً كبيراً من الثقة والأمانة إزاء عقد جوهري مثل عقد التشييد^(٣)، وقد نصت المادة ١٤٨/١ مدني مصري على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) كما تنص المادة ١١٠٤ مدني فرنسي جديد على أنه: (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية)^(٤)،

(١) د/ علي عبد الرازق ويح، حماية التراضي في إطار التعاقد عن طريق التلفزيون (دراسة مقارنة بين القانون

المدني والفقاه الإسلامي)، الطبعة الأولى ٢٠١٧م، الناشر: مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية، ص ١٣.

(٢) د/ عبد العزيز المرسي حمود، الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٣) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن، المسؤولية القانونية للمهندس الإستشاري، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٢٩.

فحسن النية يفترض من الأطراف الإفصاح عن كافة البيانات والمعلومات الهامة المتعلقة بمحل وموضوع التعاقد^(١) سواء في مرحلة التفاوض أو في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه.

وبالتالي فإن البائع يلتزم بأن يقدم للطرف الآخر وهو المشتري بيانات ومعلومات معينة تفصيلية خاصة بالعقد المزمع إبرامه تساهم في تكوين الرضاء الواعي المتبصر وتؤثر على وجود الإرادة الحاسمة في إبرام العقد وهو الأمر الذي حرص على بيانه جميع شراح القانون المدني الفرنسي المعاصرين^(٢) بتأكيد أن هذا الإلتزام يجد مكانه في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وفي ذلك تنص المادة ١١١٢-١ مدني فرنسي جديد على أنه: (يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد الآخر)^(٣).

فالإلتزام البائع بإعلام المشتري بالبيانات الهامة والضرورية في العقد هو إلتزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين بأن يقدم للطرف الآخر كافة المعلومات المؤثرة في قبوله للتعاقد والتي يعجز عن الإحاطة بها أو كان من المتوقع تبصيره بها نظرا لظروف التعامل أو صفة المتعاقد^(٤)، فبعض العقود ومنها عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء تنشئ بالإضافة إلى إلتزاماتها الأصلية إلتزاما تبعا على عاتق أحد طرفيها بأن يحذر الطرف الآخر أو يثير إنتباهه إلى ظروف ومعلومات معينة بحيث يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية^(٥).

وبالتالي فإنه في مرحلة تكوين العقد وإبرام العقد التمهيدي يلتزم البائع بأن يقدم للمشتري كل البيانات اللازمة لإنعقاد العقد، حيث أنه في بعض العقود يلتزم أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل ومستتير بحيث يكون على علم بكافة تفاصيل العقد وذلك بسبب ظروف وإعتبارات معينة ترجع إلى طبيعة العقد ذاته وطبيعة محله حيث يكون من المستحيل على أحدهما أن يلم بالبيانات اللازمة لإنعقاد العقد أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بالإدلاء بالبيانات بحيث أن الإخلال بها

(١) د/ علي عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢) جستان، فلور واوبير، ستارك، جوجلار، مشار إليه في: د / نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، طبعة ١٩٩٠م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، ص ٢٤.

(٣) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٤) د/ علي عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص ١٩.

(٥) د/ نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص ١٧.

لا يثير مسئوليته العقدية فحسب بل يثير التساؤل حول تطبيق العديد من الجزاءات ومدى إمكان طلب إبطال العقد بل وإمكان تطبيق بعض الجزاءات الخاصة المدنية والجنائية^(١).

لذلك قرر المشرع الفرنسي نوعين من الجزاءات منها ما هو جنائي ومنها ما هو مدني عند تخلف أي من البيانات التي أوجب المشرع أن يتضمنها الإتفاق التمهيدي حيث تنص المادة ١/١٣ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أن: (كل شخص - البائع أو الوسيط - يشترط الحصول أو يحصل بالفعل على أقساط بالمخالفة لأحكام المادتين ٨ و ١١ يعاقب بالسجن لمدة تتراوح ما بين شهرين وسنة وغرامة يتراوح مقدارها بين ٢٠٠٠ إلى ٤٠٠٠٠ فرنك، أو بإحدى هاتين العقوبتين)^(٢)، وتوقع هذه العقوبة في مرحلة إبرام الإتفاق التمهيدي إذا تم إيداع الوديعة في حساب آخر غير الحساب الخاص بالمشتري أو تقرر إمكانية التصرف فيها وقابليتها للحجز عليها والتنازل عنها قبل إبرام البيع النهائي أو إذا سلمت الوديعة بين يدي البائع^(٣)، كما نصت المادة ١٥/٢٦١ من قانون البناء والسكن الفرنسي رقم ٦٢١ لسنة ١٩٧٨ على: (أن يرد مبلغ الضمان في مهلة ثلاثة أشهر إلى المشتري إذا لم يبرم العقد النهائي بسبب يرجع إلى البائع أو إذا ظهر في العقد النهائي المقترح ما يخالف المتوقع من مواصفات بطريقة غير عادية) وقرر القانون جزاءات جنائية على مخالفة أحكامه تتمثل في الحبس والغرامة^(٤)، أي أن البائع يفقد مبلغ وديعة الضمان إذا كان عدم التعاقد راجعا إليه^(٥).

وتنص المادة ٢/١٣ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أنه: (لا يعتبر من قبيل الدفع المعاقب عليه الإيداع في حساب بنكي مفتوح بإسم المودع الذي يستطيع التصرف فيها في أي وقت دون أي قيد و هو ما يسمى بالوديعة الحرة)، أي أن الحصول على جزء من الثمن قبل ميعاد إستحقاقه لا يقع تحت طائلة العقاب و لكن بشرطين وهما أن يكون الحساب مفتوح وبإسم المودع وهو المشتري وأن يستطيع المشتري التصرف في الوديعة كما يشاء دون قيد أو شرط^(٦)، هذا بالنسبة للجزاء الجنائي.

أما بالنسبة للجزاء المدني فقد نصت المادة ١١ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أنه: (يعتبر باطلا كل وعد آخر بالبيع أو بالشراء)، فأبي وعد آخر بالشراء أو البيع أو أي عقد

(١) د/ سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

(٤) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المفاوضة، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٥) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٦) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

تمهيدي آخر غير ذلك الذي نظمه المشرع يكون باطلا^(١)، وبالتالي فإذا قام الطرفان بإبرام إتفاق تمهيدي آخر مختلف عن ذلك الذي نظمه المشرع أو إذا لم يحتو الإتفاق على التحديدات والبيانات التي إستلزم المشرع بيانها فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، فمن أسباب تقرير بطلان العقد الباطل عدم إفراغ العقد الشكلي في الشكل الذي يشترط لإتفاقه إفراغه فيه أو إذا لم يعين المحل تعيينا كافيا، كذلك يقع باطلا البيع الذي يعقد دون ثمن أو الذي يكون الثمن فيه صوريا أو تافها أو غير معين ولا قابلا للتعيين^(٢)، وهو ما تقرره المادة ١١٧٢ مدني فرنسي جديد والتي تنص على أنه: (تخضع صحة العقود الشكلية لمراعاة الشكليات التي يحددها القانون والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد ما لم يكن تصحيحه ممكنا)^(٣).

كما تنص المادة ١٢ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أن: (يعتبر غير مكتوب كل شرط مخالف للمادة ١١)، فوجود أي شرط مخالف لما نص عليه المشرع يكون باطلا فالشرط وحده يبطل مع بقاء العقد صحيحا، حيث أنه إذا تخلف شرط من الشروط التي تتوقف عليها صحة العقد يكون العقد قابلا للإبطال^(٤)، فإذا أبرم الطرفان نفس العقد التمهيدي الذي نظمه المشرع وكان متضمنا بعض الشروط المخالفة فإن الشرط يبطل وحده ويبقى العقد قائما، ويتفق ذلك مع نص المادة ١١٨٤ مدني فرنسي جديد والتي تقرر أنه: (عندما لا يطل سبب البطلان إلا شرطا أو عدة شروط في العقد فلا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد كله إلا إذا كان هذا الشرط أو هذه الشروط قد شكلت العنصر الدافع لتعهد الأطراف أو أحدهم)، كما تنص المادة ١٤٣ مدني مصري على أنه: (إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فقط فإن هذا الشق هو الذي يبطل إلا إذا كان العقد لا يتم بغير هذا الشق فإن العقد كله يبطل) أي أنه يتم تطبيق الإنقاص في هذه الحالة لتجنب وتفادي بطلان ما بقي صحيحا من العقد بعدم مد البطلان إليه^(٥)، وبالتالي يكون الجزاء المدني إما البطلان وإما الإنقاص أوالبطلان الجزئي.

وبذلك نكون أوضحنا تعريف الإتفاق التمهيدي والبيانات التي يجب أن يتضمنها وجزاء مخالفة هذه البيانات والشروط، إلا أن هذه البيانات والتحديدات التي تطلبها المشرع يتم بيانها بصفة تقريبية ولا تمنع البائع من تعديلها فيما بعد ولكن بشرط موافقة المشتري على هذه

(١) د/ جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٢) د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "٣"، في العقود المسماة، المجلد الأول: عقد البيع، الطبعة الخامسة ١٩٩٠م، د.ن.، ص ٢٨٨.

(٣) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٤) د/ جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص ١٩١.

(٥) د/ عبد العزيز المرسي حمود، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، إيداع ٢٠٠٦، الناشر: دار الشمس للطباعة، ص ٣٩٢.

التعديلات فالمشتري له الحق في رفض البيع إذا لم يوافق على التعديلات التي قام بها البائع بالإضافة إلى إسترداد وديعة الضمان التي دفعها^(١)، حيث أنه لا يجوز إسترداد وديعة الضمان إلا لأسباب مشروعة^(٢)، كما أن القانون أجاز للمشتري أن ينسحب في حالات معينة ولا يلتزم بالإتفاق التمهيدي وقد حددت المادة ٣١/٢٦١ من قانون الإسكان الفرنسي رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٧٨ والمادة ٣٥ من القرار التنفيذي ١٩٦٧ هذه الحالات والتي ذكرناها سابقا. أما إذا أدخل البائع الملتزم بالحجز تعديلات على سعر البيع دون موافقة المشتري فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ يبرر رفض المشتري إبرام عقد البيع النهائي كما يبرر إلتزامه بتعويض المشتري عن الأضرار التي أصابته^(٣)، وهو ما يؤكد حرص المشرع الفرنسي على حماية المشتري بإعتباره الطرف الضعيف في العقد وذلك بإلزام البائع بإعلام المشتري بكل البيانات الهامة والضرورية في العقد وبأي تعديلات قد تطرأ عليها لأي سبب من الأسباب. وبالتالي إذا كان محل البيع وحدة سكنية فإن المشتري يتمتع بحماية مكثفة حيث أن المشرع الفرنسي أوجد للطرفين طريقا إختياريا وأجاز لهما إبرام إتفاق تمهيدي يسبق البيع النهائي ولكنه فرض على المتعاقدين إذا أرادا إبرام هذا الإتفاق أن يسلكا طريقا معينا حدده وبين معالمه وإشترط إدراج بيانات معينة فيه وأورد جزاءات مدنية وأخرى جنائية في حالة تخلف أي من البيانات التي أوجب المشرع وجودها في الإتفاق التمهيدي.

المطلب الثاني

أطراف الإتفاق التمهيدي

يلتزم البائع في عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء ببناء العقار محل البيع حتى يتمكن من نقل ملكيته وتسليمه إلى المشتري خلال مدة يحددها العقد حيث أن إرتفاع تكلفة مشروعات البناء جعلت الباني الذي يقوم ببناء عمارة بقصد بيع وحداتها يخشى الإنتظار إلى أن يتم البناء ثم يبدأ في بيع هذه الوحدات لذلك فهو يحرص على أن يرتبط مع راغبي شراء هذه الشقق القابلة للوجود في المستقبل في وقت مبكر حتى قبل أن يبدأ في عمليات البناء^(٤)، وقد عرفت المادة ١١ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ العقد التمهيدي بأنه ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص، فالإتفاق التمهيدي شأنه شأن أي عقد أو إتفاق يرتب إلتزامات على عاتق طرفيه البائع و

(١) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٩٠.

(٢) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٣) محكمة باريس جلسة ١٩٨٣/٧/٥، مشار إليه في: د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٤) د/ هدى سعيد النمير، مرجع سابق، ص ١٠١.

المشتري وبما أنه يعتبر عقد حجز فإن البائع يكون حاجز والمشتري محجوز له، فالبائع في هذه المرحلة يلتزم بحجز الوحدة السكنية محل عقد البيع للمشتري وذلك في مقابل قيام المشتري بإيداع ودیعة ضمان في حساب خاص بإسمه في بنك أو منشأة تصلح لهذا الغرض أو لدى الموثق. وبالطبع فإن ذلك يحقق مصلحة كلا من الطرفين حيث أن البائع لا يلتزم إلا بحجز عقار أو جزء من عقار دون أن يلتزم بالبيع حتى يتمكن من معرفة حالة السوق ومن الحصول على جزء من الثمن يساعده على تمويل عملية البناء، كما يحقق مصلحة المشتري الذي يكون في مرحلة الخيار بين عروض مختلفة ولا يريد أن يلتزم بصفة نهائية على أمل أن يظهر له فيما بعد عروضاً أخرى بشروط أفضل كما أنه لا يريد أن يرفضها بصفة نهائية خشية ألا يستطيع أن يجد عروضاً أخرى^(١).

ولكن نظراً لأهمية وضخامة مشروعات الإنشاء والتعمير والتي نشأت وانتشرت نتيجة أزمة الإسكان فلم يعد يقتصر أطراف العقد على البائع والمشتري فقط وإنما امتد ذلك ليشمل أطرافاً أخرى تتدخل بطبيعة الحال للمساهمة في تحقق البيع بصفة نهائية كالموثق والمهندس المعماري والممول العقاري والمؤمن. فالموثق هو الموظف المختص بتسجيل العقد في السجلات الخاصة بالشهر العقاري حسب الإجراءات التي حددها القانون، وقد نصت المادة ٧ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أن: (عقد بيع عقار تحت الإنشاء لا يجوز أن يعقد إلا بعمل رسمي) ونص المشرع المصري في المادة ١٠ من قانون الإثبات على أن: (المحركات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصاته) فيجب لإعتبار الورقة رسمية من حيث قوتها في الإثبات أن تكون صادرة بالفعل من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وأن يكون طبيعة المحرر أو موضوعه داخلاً في إختصاصه، و أن يتم هذا الإصدار طبقاً للأوضاع القانونية^(٢)، ويقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عمومية كل من تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها ولو كانوا بدون أجر، فمن يقوم بتحرير التصرفات هو الموثق، حيث أن موثق الشهر العقاري يختص بتحرير جميع المحركات الواجبة الشهر والتوثيق طبقاً لقانون الشهر العقاري والتوثيق^(٣).

ويلاحظ أن التصرفات العقارية في فرنسا تتم عبر الموثق وما يستلزمه قيامه بعمله من وثائق يفرضها هو على الطرفين أو من وثائق مطبوعة مسبقاً غالباً ما تأخذ في الإعتبار مصلحة

(١) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٢) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، ص ١٠٠.

(٣) د/ سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٦٩.

البائع أكثر من مصلحة المشتري، ومن أجل ذلك إهتمت التشريعات المنظمة للتصرفات العقارية بفرض بعض الشروط المتميزة بالشكلية المتشددة من أجل تحقيق حماية المشتريين لذلك فقد تطلب المشرع الفرنسي لإنعقاد البيع تحت الإنشاء بغرض السكن أن يفرغ العقد في وثيقة رسمية^(١)، ويترتب على تخلف شرط أو أكثر من الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي بطلان هذا المحرر وعدم الإعتداد به بحيث إذا صدر من غير مختص أو صدر دون مراعاة الأوضاع القانونية أو غير ذلك فإنه لا يعتبر محررا رسميا^(٢). بالإضافة إلى أن الموثق يقوم بتحرير ملحق لعقد البيع أو وثيقة توضع لديه وتتضمن بيانات عن تكوين العمارة وخصائصها الفنية وصورة من لائحة ملكية الشقق^(٣)، كما أن وديعة الضمان التي يلتزم المشتري المحجوز له بإيداعها في حسابه الخاص بأحد البنوك يمكن أن توضع لدى الموثق.

كما أنه يقوم بدور هام وقت إبرام العقد حيث يجب عليه أن يتأكد من العقار المبيع خاليا من الرهون ومن حقوق الإمتياز كما أن إثبات تمام وضع الأساسات يتم بواسطة أحد الأفراد المتخصصين أو بإقرار أمام الموثق، بالإضافة إلى أن إثبات ثمن البيع التي إنعقدت بالفعل والتي تعتبر من مصادر تمويل مشروع البناء تكون عن طريق إقرار من الموثق والذي يجب اللجوء إليه في النطاق الخاص لتوثيق العقد وإلا كان باطلا، وعند إثبات إنتهاء البائع من أعمال البناء فإن ذلك يكون بإتفاق الأطراف وإقرارهم بذلك أمام الموثق.

ففي عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يبدو تدخل الموثق ضروريا لصحة العقد وإلا كان باطلا وذلك حماية للمشتري والذي يقدم على تصرف خطير وهو شراء وحدة سكنية لم يتم بناؤها بعد أو لم تكتمل عمليات البناء الخاصة بها وبالتالي كان لزاما على المشرع أن يتشدد في وجوب تسجيل العقد بواسطة الموثق، حيث أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بالتسجيل^(٤)، وتتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم ويجب أن تشمل طلبات الشهر والمحركات الواجبة الشهر على

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد (ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التعسفية - دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلوأمركية)، طبعة ١٩٩٠ - ١٩٩١ م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، ص ١٩٠.

(٢) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) د/ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ٤١.

(٤) د/ عبد الحميد الشوربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، طبعة ١٩٨٦، الناشر: دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ص ٢٩.

البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده^(١)، فتسجيل الإتفاق التمهيدي يكون ضروريا لصحة العقد وبدون التسجيل يكون العقد باطلا وذلك على عكس عقد البيع التقليدي حيث يكون التسجيل إجراء لاحق على إبرام العقد حتى يترتب عليه نقل الملكية والإحتجاج بها في مواجهة الغير. وعلى الرغم من أن القول بجواز تسجيل عقد بيع شقة تحت الإنشاء قبل الإنتهاء من أعمال البناء يعني السماح للمشتري بإتخاذ إجراءات نقل ملكية حق لم يوجد بعد لعدم إكتمال عناصره، إلا أنه لا يوجد ما يحول دون تسجيل عقد بيع عقار تحت الإنشاء في القانون الفرنسي حيث أن الأمر لا يتعلق بمجرد عقد بيع لشيء مستقبل حتى يلزم تمام إقامة البناء لإمكان إجراء التسجيل وإنما يتعلق بعقد مستقل قائم بذاته يضم عناصر من عقد البيع و هي الأرض والحيز المخصص للوحدة المتعاقد عليها مما يعلو هذه الأرض، أي أن تسجيل العقد يعني مجرد تملك العنصر العقاري في الأرض المنققة على البناء عليها والحيز الذي يعلوها، وبالتالي فإن الفراغ الذي يعلو الأرض هو جزء أصيل من العقار الذي تمثله لأن المشرع جعل ملكية الأرض شاملة لما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها قانونا^(٢). وعلى ذلك فإنه يمكن تسجيل عقد بيع الشقة المستقبلية فورا وينتج هذا التسجيل كافة آثاره القانونية من حيث المفاضلة بين المشتريين المتعديين للشقة الواحدة حيث يفضل الأسبق في التسجيل^(٣)، وبالتالي فإن إجازة تسجيل عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يكفل حماية حقوق المشتريين من خطر نفاذ التصرفات التي قد يبرمها البائع في حق المشتري في الفترة السابقة على إتمام البناء^(٤)، كما أنه يقوم بتنبية المشتري عند الإقدام على إبرام هذا العقد، وهو ما يوضح أهمية الدور الذي يلعبه الموثق في الإتفاق التمهيدي والمهندس المعماري هو الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمار يؤهله لأن يضع التصاميم والخرائط والرسومات والنماذج ويقدر الأبعاد والقياسات المختلفة للمنشآت والأبنية المراد إقامتها ويشرف على تنفيذها، وقد عرفت لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية المهندس المعماري بأنه الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الإبتكاري والتنفيذ وله إمام تام بفن البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته، ويشترط أن يكون حائزا على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين وأن يكون عضوا

(١) د/ عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣) د/ مصطفى عبد السيد الجارحي، ملكية الشقق (دراسة علمية وفقهية مقارنة)، الطبعة الأولى ١٩٧٧م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، ص ٢٣٣.

(٤) د/ هدى سعيد النمير، مرجع سابق، ص ١٢٨.

بنقابة المهندسين^(١)، كما عرفه ميثاق المهنة الهندسية المعمارية بأنه فنان ومهني يمارس مهنة حرة وغير تجارية^(٢)، فهو يتميز عن غيره من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في عملية البناء بدوره ذي الطابع الذهني الخالص وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني ويغلب على مهمته العنصر التفكيرى سواء فيما يتعلق بالتصميم أو بالإدارة أو بالإشراف على التنفيذ^(٣)، حيث أنه يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه، وقد ورد تعريف المهندس في الباب التمهيدي من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري الصادرة بقرار وزير الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٩ بأن المهندس أو المكتب الهندسي هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المقيد بنقابة المهندسين والمرخص له بمزاولة المهنة في التخصص المطلوب وفق التعاريف المنظمة لذلك^(٤).

وعلى الرغم من أن لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية في مصر تشترط في المهندس المعماري أن يكون حاصلًا على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الأخرى، فإن هذا من باب التنظيم المهني حيث أنه في شأن تطبيق المادة ٦٥١ مدني مصري والإلتزام بالضمان العشري المنصوص عليه فيها فلا عبرة بالحصول على مؤهل دراسي فني في هندسة المعمار بل يكفي لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة قيام الشخص بمهام المهندس المعماري من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد والنسب وخلافه مما يدخل في المهمة الأصلية للمهندس المعماري^(٥)، وبالتالي فالمهندس المدني والميكانيكي والكهربائي الذي يقوم بمهمة المهندس المعماري أو أي شخص غير مؤهل قام بوضع التصميم فإنه يكون قد قام بمهمة المهندس المعماري ومن ثم يكون ملتزمًا بالضمان^(٦)، كما أنه في عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يتولى المهندس المعماري مهمة إثبات إتمام وضع الأساسات و إثبات الإنتهاء

(١) د/ عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها)، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى ١٩٨٧ م، د.ن.، ص ٤١٣.

(٢) د/ سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء (دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى ١٩٩٠ - ١٩٩١ م، د.ن.، ص ١٩.

(٣) د/ محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، طبعة ١٩٩٧ م، الناشر: دار النهضة العربية، ص ٨٤.

(٤) أ/ أشرف محمد عبد الفتاح شعبان - أ / أشرف عبد الوهاب محمود، قانون البناء الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ ولانحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٩ والقوانين والقرارات المتعلقة به، الطبعة السابعة عشر ٢٠١٧، وزارة التجارة والصناعة (الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية)، الناشر: المطابع الأميرية، ص ٧٨.

(٥) د/ عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص ٤١٧.

(٦) د/ سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين، المرجع السابق، ص ٢٠.

من البناء^(١). وتبدو أهمية هذا الدور الذي يقوم به المهندس المعماري من خلال أن إثبات إتمام وضع الأساسات يترتب عليه قيام المشتري بدفع جزء من الثمن، كما يترتب على إثبات الإنتهاء من عمليات البناء إنتقال الملكية إلى المشتري وقيامه بتنفيذ إلتزامه بدفع الثمن.

وقد نصت المادة ٤٠ من قانون البناء المصري رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ على أن يقدم طلب الحصول على الترخيص من المهندس أو المكتب الهندسي المعتمد إلى الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم مرفقا به المستندات اللازمة ويكون من يصدر الترخيص بإسمه مسئولا عما يقدمه من بيانات ومستندات متعلقة بحقه في الترخيص، وفي جميع الأحوال لا يترتب على منح الترخيص أو تجديده أي مساس بحقوق ذوي الشأن المتعلقة بالملكية، ويكون المهندس أو المكتب الهندسي مسئولا عن إستيفاء المستندات وعن أعمال التصميم وعليه الإلتزام عند مراجعة الرسومات وتعديلاتها بالإشترطات التخطيطية والبنائية الخاصة بالموقع والكوادر والأصول الفنية والمواصفات الفنية القياسية المصرية المعمول بها وقت التقدم بطلب الترخيص^(٢).

أما المؤمن فقد أصبح تدخله ضروريا في عملية بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء بعد صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨ الفرنسي الخاص بالمسئولية والتأمين في مجال البناء وطبقا لهذا القانون يلتزم البائع بإبرام نوعين من التأمين وهما تأمين الأضرار وتأمين المسئولية ويجب أن يشير عقد البيع إلى ما يبرر وجود تأمين البناء، فبمقتضى هذا القانون يلتزم البائع بضمان الأضرار التي تهدد متانة البناء أو تجعله غير صالح للإستعمال وقد ألزمه المشرع بالتأمين ضد هذه المسئولية أو هذا الضمان^(٣)، فقد يتعذر على البائع لسبب أو لآخر إصلاح هذه الأضرار مما قد يؤدي إلى ضياع حق المشتري في الضمان لذلك رأى المشرع أن خير وسيلة لحفظ حق المشتري هي إلزام البائع بالتأمين ضد مسئوليته عن الأضرار التي تصيب البناء المبيع أو تلحق به، وبذلك يستطيع المشتري الرجوع مباشرة على شركة التأمين والمطالبة بإصلاح الأضرار التي تلحق بالمبنى محل البيع، كما نظم المشرع نوعا آخر من التأمين أطلق عليه تأمين الأضرار يهدف إلى إصلاح الأضرار بسرعة دون إنتظار لبحث المسئولية عن هذه الأضرار^(٤).

ومن الأطراف الذين يكون لهم دور أيضا في العقد التمهيدي هو ممول العقار وتعد مهنة ممول العقار من المهن الحديثة نسبيا في قطاع التشييد والبناء المعماري في فرنسا نظرا لأهمية وضخامة مشروعات الإنشاء والتعمير وتتمثل مهمة ممول العقار في التنسيق بين مختلف المهام

(١) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) أ/ أشرف محمد عبد الفتاح شعبان - أ / أشرف عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٣٩٦.

(٤) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٣٩٦.

الأخرى المتعلقة بعملية التشييد والبناء^(١)، فممول العقار يكون ملتزماً بالإلتزامات المفروضة على عاتق المعماريين^(٢).

كما أن البنك يعتبر تدخله ضرورياً في مرحلة العقد التمهيدي و لإتمام مشروع البناء، و يقصد بالبنك المؤسسات المالية التي تتدخل في عملية البناء العقاري بهدف تمويلها حيث أنه يقوم بإقراض البائع الباني إما لشراء الأرض التي سيقام عليها مشروع البناء أو لتمويل عملية البناء ذاتها سواء كان الحصول على القرض يقع على عاتق البائع أو المشتري، كما أن البنك هو المكان الطبيعي الذي تودع فيه وديعة الضمان التي يلتزم بها المشتري وذلك لحماية البائع من خطر إفلاس المشتري بالإضافة إلى أنها تحمل البنك الذي يقوم بتمويل المشروع على الإعتقاد في نجاح مشروع البناء من الناحية التجارية، بالإضافة إلى أن البائع يلتزم بتقديم ضمان للمشتري لإتمام عملية البناء أو لإسترداد ما دفعه على الأقل وهذا الضمان عبارة عن فتح اعتماد أو كفالة ولا يعطى إلا عن طريق أحد البنوك أو منشأة مالية مؤهلة لهذا الغرض^(٣)، فالبنك يقوم بضمان إتمام عمليات البناء إما بتمويلها أو برد ما دفعه المشتري، وبالتالي فوجود البنك كأحد أطراف هذا العقد يبعث على الطمأنينة لدى المشتري حيث أنه توجد لدى البنوك إدارات متخصصة لدراسة ظروف السوق ومدى جدية المشروعات التي يريد العملاء إستثمار أموالهم فيها والمخاطر التي يتعرضون لها، كما أن عمليات البنوك تقوم على مجموعة مبادئ عامة تلتزم هذه البنوك بمراعاتها في مباشرتها للمهنة المصرفية بقصد حماية العملاء والجمهور والدولة على السواء وتتمثل هذه المبادئ في إلتزام البنك بالمحافظة على سر المهنة وتقديم المعلومات بالإضافة إلى إلتزام البنك بتقديم النصح والمشورة لعملائه^(٤).

ويتضح مما سبق أن عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يضم أطرافاً عديدة حيث أن عملية البناء ذاتها تستدعي في مراحلها المختلفة تدخل بعض الأشخاص للمساهمة في تحقق البيع بصفة نهائية، وذلك بسبب ضخامة مشروعات البناء بالإضافة إلى الطبيعة التي يتميز بها هذا العقد من حيث أن محل البيع يكون غير موجود وقت إبرام العقد مما أدى إلى إشتراط المشرع أن يتم تحرير العقد في ورقة رسمية أمام الموظف العام وهو الموثق والذي يقوم بتبصير المشتري بخطورة التصرف الذي يقدم عليه بجانب إشتراط أن يحتوي هذا العقد على كافة البيانات

(١) د/ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٢) د/ سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهنيين والمقاولين، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٤) د/ نبيل محمد أحمد صبيح، إلتزام البنك مانح الإلتزام بتقديم النصيحة أو المشورة للعملاء، طبعة ١٩٩٨،

الناشر: دار النهضة العربية، ص ٦.

اللازمة لإيجاد رضاء سليم بحيث يكون المشتري على علم بكافة تفاصيل العقد^(١) وكافة بيانات العقار محل البيع، كما أن المهندس المعماري يقوم بإثبات الإنتهاء من وضع الأساسات وإثبات الإنتهاء من البناء في ورقة رسمية وما يترتب على ذلك من آثار هامة بالنسبة لإلتزام المشتري بدفع الثمن، كما أن المؤمن يقوم بضمان مسئولية البائع عن الأضرار التي تصيب البناء أو تلحق به بالإضافة إلى قيام البنك بضمان إتمام عمليات البناء إما بتمويلها أو برد ما دفعه المشتري.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للإتفاق التمهيدي

تضطلع العقود التمهيديّة بدور كبير في عملية إبرام العقد ولا سيما العقود الكبيرة والمهمة إذ تبرز وبشكل ملحوظ مرحلة ما قبل التعاقد والتي يتم خلالها إبرام هذه العقود وأهم ما يميز هذه العقود هو تعددها وتنوعها، فالعقد وكما هو معلوم يتم إبرامه بمجرد تبادل إرادتي الإيجاب والقبول بين الطرفين وإتفاق هاتين الإرادتين على إحداث أثر قانوني^(٢)، وتنص المادة ١١١٣ مدني فرنسي جديد على أنه: (يتم العقد بإلتقاء الإيجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف بموجبهما عن إرادتهما في التعاقد)^(٣)، كما تنص المادة ٨٩ مدني مصري على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفا التعبير على إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد) ولكن الإرادة التي تبرم العقد من الممكن ألا تنتج إلى إبرامه بصفة نهائية بل لمجرد التمهيّد لعقد آخر نهائي^(٤).

وقد فرض المشرع الفرنسي في عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء على المتعاقدين إذا أرادا إبرام عقد تمهيدي بهدف التحضير للبيع النهائي أن يسلكا طريقا معيناً حدده وبين معالمه^(٥)، وأصبحت العقود التمهيديّة تشكل طائفة قانونية تضم أشكالاً متنوعة بحيث لا تقتصر على الوعد بالعقد، وفكرة العقد التمهيدي تستجيب لإعتبارات نفسية واقتصادية تسود مرحلة ما قبل التعاقد، فالتردد والقلق الذي يكتنف طرفي التفاوض يولد الرغبة لدى كل منهما في التفكير بروية والتحقق من ملاءمة العقد لظروفه وتطلعاته وقد يكون أحدهما أو كلاهما بحاجة لتدبير أمره والبحث عن وسائل لتمويل المشروع فضلاً عن الحاجة إلى دراسة المخاطر الإقتصادية للعقد في

(١) د/ سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) د/ يونس صلاح الدين محمد علي، مرجع سابق، ص ٧.

(٣) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) د/ عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ١١.

(٥) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨١.

المستقبل^(١)، كما أن وجود إتفاق تمهيدي يسبق العقد النهائي لبيع عقار تحت الإنشاء له أكثر من سبب فالعقار المبيع غير موجود وقت إبرام العقد ومن ثم فلا داعي للإستعجال لإبرام العقد النهائي مباشرة كما أن إبرام هذا إبرام هذا العقد يمكن البائع من معرفة حالة السوق والحصول على جزء من الثمن يساعده على تمويل عملية البناء، بالإضافة إلى أن المشتري لا يريد أن يلتزم بصفة نهائية على أمل أن يظهر له فيما بعد عروضاً أفضل ولا يريد أن يرفض بصفة نهائية خشية ألا يستطيع أن يجد عروضاً أخرى، فالعقد التمهيدي يحقق له رغبته في حجز عقار لمدة معينة دون أن يلتزم بصفة نهائية^(٢).

مثل هذا العقد يمثل حماية مزدوجة إذ يمكن البائع من مراجعة الشروط الفنية والإدارية والقانونية للعقد كما يعطي فرصة للمشتري للبحث عن التمويل المناسب قبل إبرام العقد^(٣)، فالإتفاق التمهيدي يسمح للبائع بأن يختبر السوق العقاري ويتعرف على مدى توافر فرص النجاح التي يمكن أن تصادف مشروعه بالبناء ويحدد له عملاء المحتملين كما يسمح له بأن يرتبط بشكل تقديري بالمشتري المحتمل كما أن هذا الإتفاق يسمح للمشتري بتحديد المبلغ الذي سيدفعه على وجه تقريبي وينظم له كيفية العدول عن التعاقد، وبالتالي فإن هدف المشرع من تنظيم الإتفاق التمهيدي هو التوفيق بين مصالح الطرفين المتعاقدين وغيرهما من أصحاب المصلحة كالبانوك الممولة وشركات التأمين، لأن ترك الأمر دون تنظيم في ظل ظروف السوق وحاجة المشتري الماسة إلى السكن يمكن البائع من إستغلال حاجة المتعاقد الآخر لصالحه في هذا المجال، لذلك فإن وضع قواعد لتنظيم الإتفاق التمهيدي يهدف إلى الحيلولة دون هذا الإستغلال^(٤).

وبالتالي فإن إبرام إتفاق تمهيدي يحقق للطرفين نوعاً من إستثمار الوقت ويعبر بلغة قانونية عن شتى العوامل النفسية والإقتصادية المحيطة بهما مضيفاً عليها قيمة قانونية، فهذا العقد يوفر إذن قدراً من الثقة والإستقرار في العلاقة بين الطرفين على نحو يجعلهما في مركز أفضل يزيد من فرص إبرام العقد النهائي^(٥)، فهذه المرحلة تناسب الحالة الإقتصادية للطرفين بحيث يكتفي الطرفان بالإرتباط مبدئياً برباط مؤقت تحدد فيه العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه حتى يضمن أحدهما أو كلاهما عدم ضياع الفرصة منه^(٦).

(١) د/ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٣) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٤) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٥) د/ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٦) د/ عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ١٢.

والعقد التمهيدي هو عقد وقتي يهدف إلى الإعداد لإبرام عقد آخر نهائي وهو بذلك يختلف عن الإيجاب، فالإيجاب ليس عقدا بل هو تصرف قانوني من جانب واحد، أما الإتفاق التمهيدي هو عقد كامل غاية الأمر أنه يمهد لإنشاء عقد آخر لم يتم إبرامه بعد، لهذا كان عقدا وقتيا يتحدد مصيره بين أحد أمرين إما أن يعقبه إبرام العقد النهائي أو يتقرر إنقضاؤه إذا تعذر إبرام هذا العقد. وتتوقف الطبيعة القانونية لأي عقد على تحديد محتوى التزامات أطراف العقد وقد نصت المادة ١١ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ على أن: (العقد التمهيدي هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص)، ويتضح من هذا النص أن البائع يلتزم بحجز عقار أو جزء من عقار لصالح المشتري ويلتزم المشتري في المقابل بدفع وديعة ضمان في حساب خاص بأحد البنوك أو لدى الموثق، والتزام البائع بالحجز هو قيد على سلطة المالك في التصرف في محل البيع أي أنه بعد أن كانت سلطته في التصرف في ملكه مطلقة قبل الحجز سواء من الناحية المادية بالهدم مثلا أو من الناحية القانونية بالبيع أو الإيجار أصبحت بعد الحجز مقيدة، وذلك كما في الوعد بالتعاقد حيث يلتزم الواعد بأن يتمتع عن القيام بأي عمل يحول دون إبرام العقد الموعود به خلال مهلة إيداع الرغبة في التعاقد، ففي الوعد بالبيع يلتزم الواعد بالألا يتصرف إلى الغير في الشئ الذي وعد ببيعه وإذا أخل بهذا الإلتزام وجب عليه تعويض الموعود له^(١)، والتزام البائع بحجز الوحدة أو البناء المراد شراؤه يختلف مضمونه و صيغته بحسب الفترة التي أبرم فيها عقد الحجز فإذا أبرم قبل البدء بأعمال البناء أي في مراحله الأولى كان إلتزام البائع بالحجز سلبيا ويقتصر على عدم البيع لغير المحجوز له ويبرر هذا الحكم أن شروط العقد لم تحدد بعد بشكل دقيق ونهائي، أما إذا أبرم العقد في مرحلة متقدمة من البناء فإن إلتزام البائع الحاجز ينقلب إيجابيا ويعتبر بمثابة وعد بالبيع، ويترتب على عدم وفاء الحاجز بإلتزامه لتخليه عن مشروع البناء رد ما قبضه من المحجوز له، أما إذا كان عدم الوفاء يعود لسبب آخر فيترتب عليه تعويض المحجوز له عما أصابه من ضرر بسبب هذا العدول إضافة إلى رد ما قبضه منه^(٢).

كما أن المشتري المحجوز له لا يلتزم بالشراء وإنما يلتزم بدفع مبلغ من المال عند إبرام عقد الحجز كضمان للبائع^(٣)، و يلتزم بإيداع وديعة الضمان في حساب خاص بأحد البنوك وهذه الوديعة تتشابه مع العربون وهو مبلغ من المال تحدد قيمته في العقد يسلمه أحد المتعاقدين

(١) د/ إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٣) د/ أحمد إبراهيم الحياوي، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

للمتعاقد الآخر وقت إبرام العقد إما للدلالة على أحقية كل منهما في العدول عن العقد أو للدلالة على نهائيته والبت فيه وتأكيده بالبده في تنفيذه ودفع جزء من الثمن^(١).

ولكن المشرع الفرنسي وضع لهذه الوديعة نظاما يختلف عن العربون، حيث أنها تودع في حساب خاص بإسم المشتري في أحد البنوك أو لدى الموثق كما أن قيمة الوديعة لا تقبل الحجز عليها أو التنازل عنها أو التصرف فيها حتى تاريخ انعقاد البيع النهائي وترد إلى المحجوز له المشتري خلال ثلاثة أشهر إذا لم ينعقد العقد في المدة المحددة بسبب فعل البائع^(٢)، كما أنه إذا كانت المدة التي يجب أن يتحقق البيع خلالها تزيد عن سنتين فلا يلتزم المشتري بدفع وديعة ضمان^(٣)، ومن ثم فهناك إرتباط وثيق بين إلتزام البائع أو المتصرف بإيجاد العقار وإلتزام المشتري المتصرف إليه بتسليم المقابل ويظهر هذا الإرتباط من ناحيتين الناحية الأولى في تحديد الثمن ذاته حيث أن إلتزام المتصرف بإيجاد العقار إنما يتحقق خلال مدة زمنية معينة وخلال هذه المدة يمكن أن تتغير أسعار العناصر الداخلة في تكلفة البناء، لذلك يجب على البائع قبل قيامه بإيجاد العقار أن يراعي في تحديده للثمن هذا الإعتبار حتى لا يفاجأ بعدم قدرته على البناء بالثمن الذي إرتبط به، أما الناحية الثانية تظهر في تحديد ميعاد دفع الثمن حيث أنه غالبا ما يبدأ الإرتباط بالعقد بدفع مقدم حجز ثم يقسط باقي الثمن على دفعات ترتبط على نحو أو آخر بمراحل إتمام إقامة العقار^(٤).

فالإتفاق التمهيدي الذي يمهد لتحقيق البيع ينتج آثار قانونية تختلف عن آثار العقد المقصود^(٥)، فهذا الإتفاق يهدف إلى حجز وحدة سكنية أما عقد البيع النهائي يهدف إلى نقل ملكية هذه الوحدة وتسليمها إلى المشتري الذي يقوم بدوره بدفع المقابل وهو الثمن، أي أنه ينشئ حقوقا وإلتزامات تختلف عن تلك التي سوف تنشأ مستقبلا، وعلى ذلك يمكن تمييز العقود التمهيديّة عن عقد البيع النهائي فهذه العقود تعتبر في ذاتها عقودا كاملة وليست جزءا أو عنصرا في العقد النهائي لأنها ترتب آثارا تختلف عن آثار عقد البيع، غير أنه متى نشأ عقد ينقل الملكية ويقرر إلتزاما بالتسليم ودفع الثمن فإن هذا العقد لا يمكن إعتباره تمهيديا إذ أن تحقق إلتزامات عقد البيع يضع نهاية للفترة التمهيديّة^(٦).

(١) د/ عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٥٣٧.

(٤) أ/ سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٥) د/ إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٦) د/ Collart-Dutilleul op cit n. 4,5 p 3 مشار إليه في: د/ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص ٨٧.

فطالما أن العقد النهائي لم ينعقد بعد فإن الإلتزامات التي يربتها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد فإذا كان الموعد به عقد بيع فلا يلتزم الواعد بالبيع بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه ولا يلتزم الواعد بالشراء بدفع الثمن فهذه إلتزامات لا تترتب إلا على عقد البيع الموعد به لا على مجرد بإبرامه^(١).

ولكنه وعلى الرغم من أن العقد التمهيدي الخاص بعقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يتشابه مع الوعد بالبيع إلا أنه يختلف عنه من أكثر من ناحية فالوعد بالبيع عقد يلتزم فيه الواعد بأن يبيع شيئاً عندما يبدي الموعد له رغبته خلال مدة معينة كما يعد هذا الأخير أن يشتري الشيء ذاته بالثمن المعين إذا أظهر البائع رغبته خلال هذه المدة^(٢)، أما البائع في العقد التمهيدي فإنه يلتزم بالحجز وذلك لا يعني إلتزامه بالبيع وإلا كان المشرع نص على ذلك صراحة أما وقد إستعمل كلمة حجز على وجه التحديد فإنه يقصد إعطائها معنى خاصاً وجديداً، ويترتب على القول بأن الإلتزام بالحجز ليس هو الإلتزام بالبيع نتيجة هامة مقتضاها أنه يصعب القول أن العقد التمهيدي هو وعد بالبيع في أي من صورته، فالوعد بالبيع عموماً يفترض إلتزام الواعد بالبيع ولكن في العقد التمهيدي يلتزم البائع بالحجز وليس بالبيع^(٣).

كما أن العقد الذي يمهد له الإلتفاق التمهيدي وهو عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء يختلف عن عقد البيع التقليدي، فالعقار محل التعاقد لم يتم تشييده بعد ويكون البائع ملزماً ببنائه حتى يستطيع نقل ملكيته وتسليمه إلى المشتري خلال مدة يحددها العقد ويكون المشتري ملزماً بدفع أقساط من الثمن قبل إنجاز الأعمال أو دفعات تحت الحساب تستحق في آجال يحددها الأطراف إما بإعتبار الزمن أو بإعتبار ما يتم إنجازه من مراحل العمل^(٤).

وبما أن عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء له طبيعة خاصة ومميزة عن عقد البيع التقليدي فإن العقد الذي يمهد لإبرامه يجب أن تكون له طبيعة خاصة ومتميزة عن بقية الصور المعروفة في القواعد العامة والتي تمهد وتهدف إلى التحضير لإبرام عقد معين. ويتضح مما سبق أنه إذا تم حجز شقة ببناء لم يتم البدء فيه فهذا العقد لا يكون وعداً بالبيع وإنما يكون عقداً من نوع خاص ملزماً للجانبين، فالمادة ١١٠٦ مدني فرنسي جديد تنص على أنه: (يكون العقد ملزماً للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منهما تجاه الآخر على وجه

(١) د/ إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٢) د/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٨١.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

(٤) د/ عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص ٤٦٢.

التبادل^(١)، فالعقد التمهيدي هو عقد ملزم للجانبين حيث يشتمل على التزامات متبادلة يتعهد بموجبها المالك الحاجز لهذه الشقة المحجوزة بحجز الشقة في الدور المتعاقد عليه بعد تحديد مواصفاتها وموقعها ورقمها ومساحتها وعدد حجراتها تحديدا نافيا للجهالة مقابل دفع المشتري المحجوز له لثمن هذه الشقة^(٢).

كما أن القضاء الفرنسي^(٣) رأي في هذا العقد أو الإتفاق أنه ملزم للجانبين ويتضمن التزامات متبادلة حيث يلتزم البائع بمقتضاه بحجز عقار أو جزء من عقار وذلك مقابل المبلغ الذي يتسلمه من المشتري أو يودع لصالحه مقدما كوديعة ضمان، فالعقد التمهيدي هو عقد له طبيعة خاصة تميزه عن الصور الأخرى لفكرة ما قبل العقد المعروفة في القواعد العامة، وهذه الطبيعة الخاصة للعقد التمهيدي لا تبدو فقط من مضمون ومحتوى التزامات كلا الطرفين وإنما أيضا من بعض الأحكام التي تجعل للإتفاق التمهيدي ذاتية خاصة وعلى الأخص فكرة الثمن المتوقع وهي فكرة تقع بين الثمن القابل للتحديد والثمن غير المحدد، وفكرة الحجز أيضا وهي جديدة على اللغة القانونية ولكنها خاصة بالعقد التمهيدي^(٤).

وبذلك نكون أوضحنا فكرة الإتفاق التمهيدي وماله من ذاتية تميزه عن غيره من العقود التي تسبق الإتفاق النهائي ويتضح ذلك من خلال التزامات الأطراف والتي تختلف عن التزامات الأطراف في عقد البيع النهائي حيث يلتزم البائع الحاجز بموجب هذا الإتفاق التمهيدي بأن يحجز للمشتري بناية أو جزءا منها و يلتزم المشتري المحجوز له بإيداع ضمان في حساب خاص بإسمه لدى أحد البنوك أو لدى الموثق، كما أن أطراف هذا العقد لا تقتصر على البائع والمشتري وإنما يشمل أطرافا أخرى.

ومع ذلك لم يلزم المشرع الفرنسي الطرفين بإبرام إتفاق تمهيدي لبيع بناء قيد الإنشاء حتى في نطاق الحماية الخاص فهو طريق إختياري، ولكن إذا رغبا في ذلك فعليهما أن يحترما التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد سواء من حيث الشكل أو المضمون^(٥)، وأي مخالفة لأحكامه الأمره يترتب عليها بطلان العقد.

(١) د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢) نقض فرنسي ٢٧/١٠/١٩٧٥ الموسوعة ١٩٧٨ ص ٥٧ وما بعدها، مشار إليه في: د / سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٣) د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيم والبيع الإئتمانية الأخرى، طبعة ١٩٨٤، الناشر: مطبوعات الجامعة، جامعة الكويت، ص ٤٨.

(٤) د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

(٥) د/ أحمد إبراهيم الحيارى، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(الخاتمة)

وبعد إنتهاء البحث فقد حاولنا توضيح فكرة الإتفاق التمهيدي والذي بمقتضاه يلتزم البائع في عقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص، فهذا الإتفاق هو من قبيل الإتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي والتي تهدف إلى التحضير له وتعمل على التوفيق بين مصالح الطرفين المتعاقدين وغيرهما من أصحاب المصلحة كالبنوك الممولة وشركات التأمين، وقد جعل المشرع الفرنسي هذا الإتفاق هو الوحيد من بين عقود ما قبل التعاقد الذي يجوز للبائع والمشتري إبرامه، حيث أنه نص على أن أي وعد آخر بالبيع أو الشراء غير هذا الإتفاق التمهيدي يعد باطلا بطلانا مطلقا، كما أنه فرض على المتعاقدين إتباع شكلا معيننا عند إبرامه وإشترط إدراج بيانات معينة في هذا الإتفاق وإلا كان باطلا، ورتب المشرع الفرنسي جزاءات عند مخالفة هذه الأحكام منها ما هو مدني ومنها ما هو جنائي.

وبسبب ضخامة مشروعات البناء وتخصص عملية البناء من الناحية الفنية والتطور في أساليب البناء فلم يعد يقتصر أطراف العقد على البائع والمشتري فقط، بل ظهر أشخاص جدد يشاركون في عمليات البناء والتشييد، ومنهم الموثق الذي يقوم بتسجيل العقد وتوثيقه، والمهندس المعماري الذي يقوم بوضع التصميم والنماذج لإقامة المنشآت، والمؤمن الذي يضمن مسؤولية البائع عن الأضرار التي تلحق بالبناء، وممول العقار الذي ينسق بين مختلف المهام المتعلقة بعملية التشييد، والبنك الذي يضمن إتمام عمليات البناء.

وبعد تحليل إلتزامات الطرفين في الإتفاق التمهيدي إتضح أن له طبيعة قانونية متميزة عن الصور المختلفة لفكرة ما قبل العقد، فهو عقد من نوع خاص و ملزم للجانبين حيث أنه يشتمل على إلتزامات متبادلة يتعهد بموجبها البائع الحاجز بحجز شقة في الدور المتعاقد عليه بعد تحديد مواصفاتها و موقعها و رقمها و مساحتها و عدد حجراتها تحديدا نافيا للجهالة، وذلك مقابل دفع المشتري المحجوز له لثمن هذه الشقة.

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى إبرام الإتفاق التمهيدي هو أمر إختياري للطرفين، إلا أن المشرع الفرنسي قرر أنه في حالة إبرام مثل هذا الإتفاق فيجب التقيد بالشروط والأحكام الخاصة به والتي لا يجوز مخالفتها، فيجب على الطرفين أن يحترما التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا الإتفاق سواء من حيث الشكل أو المضمون، وأي مخالفة لأحكامه الأمرة يترتب عليها بطلان العقد.

(قائمة المراجع)

أولاً: المراجع العامة:

- (١) د/ إسماعيل غانم: في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، د.ت.، الناشر: مكتبة عبد الله وهبة - عابدين، مصر.
- (٢) أ/ أشرف محمد عبد الفتاح شعبان - أ/ أشرف عبد الوهاب محمود: قانون البناء الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٩ والقوانين والقرارات المتعلقة به، الطبعة السابعة عشر ٢٠١٧، وزارة التجارة والصناعة (الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية)، الناشر: المطابع الأميرية.
- (٣) د/ توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، طبعة ١٩٦٨م، الناشر: دار النهضة العربية - بيروت، لبنان.
- (٤) د/ جلال علي العدوي: أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، طبعة ١٩٩٧م، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية.
- (٥) د/ سعيد سعد عبد السلام:
- ١- الوجيز في العقود المدنية المسماه (مقولة - بيع)، طبعة ١٩٩٩م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- ٢- الوجيز في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات الجديدة في القانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م، طبعة ٢٠٠٨م، الناشر: دار النهضة العربية.
- (٦) د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون "٣" في العقود المسماه، المجلد الأول: عقد البيع، الطبعة الخامسة ١٩٩٠م، دن. .
- (٧) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن: المسؤولية القانونية للمهندس الإستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، د.ت.، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية.
- (٨) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد: نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- (٩) د/ عاطف عبد الحميد حسن: مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، طبعة ٢٠٠٢م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- (١٠) د/ عبد الحكم فودة: الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الإبتدائي، طبعة ١٩٩٢م، الناشر: دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى.
- (١١) د/ عبد الحميد الشواربي: إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، طبعة ١٩٨٦م، الناشر: دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية.

(١٢) د/ عبد العزيز المرسي حمود:

١- الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة (دراسة مقارنة)، طبعة ٢٠٠٥م، دن.

٢- نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، إيداع ٢٠٠٦م، الناشر: دار الشمس للطباعة - القاهرة.

(١٣) د/ علي عبد الرازق ويح: حماية التراضي في إطار التعاقد عن طريق التليفزيون (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي)، الطبعة الأولى ٢٠١٧م، الناشر: مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية.

(١٤) المهندس/ لوثر ميرهم جرجس: إدارة عقود التشييد المحلية والدولية (تعديل ثمن العقد لتغير أسعار عناصر التكلفة على سند من القوانين والقرارات الصادرة بجمهورية مصر العربية من عام ١٩٨٩م إلى عام ٢٠١٠م)، طبعة ٢٠١٠م، الناشر: دار الكتب والوثائق القومية - مصر.

(١٥) د/ محمد حسن قاسم: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد من ١١٠٠ إلى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي)، طبعة ٢٠١٨م، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية.

(١٦) د/ محمد حسين عبد العال: التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية)، طبعة ١٩٩٨م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.

(١٧) د/ محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، طبعة ٢٠٠١م - ٢٠٠٢م، الناشر: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر - فيصل.

(١٨) د/ محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، طبعة ١٩٩٧م، الناشر: دار النهضة العربية.

(١٩) د/ نبيل محمد أحمد صبيح: إلتزام البنك مانح الإئتمان بتقديم النصيحة أو المشورة للعملاء، طبعة ١٩٩٨م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.

(٢٠) د/ نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، طبعة ١٩٩٠م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.

(٢١) د/ ياسين محمد يحي: النظرية العامة للإلتزامات (دراسة مقارنة بقانون المعاملات المدنية السوداني)، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، طبعة ١٩٨٦م، الناشر: وحدة الطبع والتصوير - جامعة القاهرة.

(٢٢) د/ يونس صلاح الدين محمد علي: العقود التمهيديّة (دراسة تحليلية مقارنة)، د.ت.، الناشر: دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

(١) د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيوع الإئتمانية الأخرى، طبعة ١٩٨٤م، الناشر: مطبوعات الجامعة - جامعة الكويت.

- (٢) د/ إبراهيم عثمان بلال: تملك العقارات تحت الإنشاء في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، د.ت..
- (٣) د/ أحمد إبراهيم الحياوي: حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الرابع - السنة الثالثة والثلاثون، طبعة محرم ١٤٣١ هـ - ديسمبر ٢٠٠٩م، الناشر: مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت.
- (٤) د/ أحمد عبد العال أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاول مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين FIDIC، الطبعة الأولى: ٢٠٠٢م - ٢٠٠٣م، د.ن. .
- (٥) د/ حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد (ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التعسفية - دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلوأمريكية)، طبعة ١٩٩٠م-١٩٩١م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- (٦) د/ سعيد سعد عبد السلام: الإلتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- (٧) أ/ سمير عبد السميع سليمان الأودن: تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، الناشر: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية - الإسكندرية.
- (٨) د/ سمير كامل: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء (دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى ١٩٩٠م - ١٩٩١م.
- (٩) د/ عبد الرازق حسين يس: المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها)، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى ١٩٨٧م.
- (١٠) د / عبد الناصر توفيق العطار: تملك الشقق والطبقات، الطبعة الثانية، د.ت.، د.ن. .
- (١١) د/ محمد المرسي زهرة: بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القوانين المصري والفرنسي والكويتي) الطبعة الأولى ١٩٨٧م، الناشر: سيد عبد الله وهبة - القاهرة.
- (١٢) د/ مصطفى عبد السيد الجارحي: ملكية الشقق (دراسة علمية وفقهية مقارنة) الطبعة الأولى ١٩٧٧م، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.
- (١٣) د/ هدى سعيد النمير: القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات (دراسة في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م الخاص بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر)، طبعة ١٩٨٩م، د.ن.