

العقد التمهيدي كأحد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء " دراسة مقارنة "

بحث مستل

المستخلص:

العقد التمهيدي هو احد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الانشاء، وذلك في المرحلة السابقة على التعاقد، وهو ضمان خاص في النطاق الخاص (أي اذا كان الغرض من الشراء هو للسكنى او للسكنى والاستعمال المهني معاً) دون النطاق العام، نظمه المشرع الفرنسي وحدد معالمه، وبذلك ليس للمتعاقدين اذا ما أرادوا إبرامه الخروج عن تلك الضوابط الحدود، بل يجب عليهم التقييد بها، وهي تشكل ضماناً للبائع وذلك لانها تتيح للبائع الفرصة في دراسة حالة السوق وكذلك التحضير للبدء باعمال البناء كالحصول على الرخص اللازمة للمباشرة باعمال البناء مثلاً.

Contract primer is one of the guarantees of the seller in a contract of sale of buildings under construction, in the pre-contract, a special insurance in the private sphere (if the purpose of purchase is habitable or uninhabitable and use both professional) without the public domain, organized by the French legislator and select features , and thus not to the contractors if they are to be concluded to depart from such controls the border, but they should restrict it, and they constitute a guarantee for the seller and that it allows the seller the opportunity to study the market situation as well as preparations for the start of construction work such as obtaining the necessary permits to begin construction work, for example.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد وعلى اله واصحابه الطيبين الطاهرين وعلى من تبع هديه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:
نعرف بمقدمة بحثنا من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

تتعدّد العقود- كقاعدة- بمجرد اتفاق ارادة الطرفين على انشائها، فالتراضي وحده هو الذي ينشئ العقد دون اشتراط ان يجيء هذا العقد في شكل معين يحدده القانون، ولا يشذ عقد البيع بوجه عام عن هذه القاعدة، فالبيع عموماً ينعقد بمجرد اتفاق البائع والمشتري على العناصر الجوهرية للعقد.

اما بالنسبة لعقد بيع المباني قيد الانشاء الذي نظمه كل من القانون الفرنسي بموجب القانون (٣) كانون الثاني ١٩٦٧، القانون الاماراتي بموجب مجموعة من التشريعات العقارية، كذلك القانون الجزائري بموجب المرسوم التشريعي المرقم (٠٣/٩٣) لسنة ١٩٩٣، الا انه يعد تسمية جديدة على الواقع القانوني العراقي والمصري بالرغم من الازمة السكنية التي اصبحت ظاهرة عامة، تستدعي وضع الحلول المناسبة لها على صيغ مشاريع املاً ان تصبح قوانين لوضع المعالجات القانونية اللازمة لمثل هذه المشاكل.

القانون الفرنسي سبق القوانين العربية بالتنظيم هذا العقد، وقد فرق المشرع الفرنسي بين ابرام هذا العقد في النطاق الخاص (أي اذا كان الغرض منه هو السكنى او كان الغرض منه هو السكنى والاستعمال المهني معاً)، عنه في النطاق العام (أي اذا كان الغرض منه تجارياً او صناعياً او.... غير اغراض النطاق الخاص)، فجعله عقداً شكلياً في الفرض الاول وابقاءه رضائياً في الفرض الثاني.

فبالنسبة لابرام العقد في النطاق الخاص حدد المشرع الفرنسي صورتين فقط يمكن للمتعاقدین اختيار احدها وهما: البيع لاجل، والبيع حسب الحالة المستقبلية وهي الصورة الغالبة لهذا العقد، والمشرع الفرنسي لم يكتفي بذلك فقط، بل انه فرض على المتعاقدین اذا ارادوا ابرام عقد تمهيدي بهدف التحضير للعقد النهائي ان يسلكا طريقاً معينة حدد معالمه دون تركها لاتفاق

المتعاقدين، فالمتعاقدين حرية ابرام او عدم ابرام العقد التمهيدي، ولكن اذا ارادا ذلك، فعليهما اتباع الطريق الذي حدده المشرع.

فالعقد التمهيدي ما هو الا من قبيل الاتفاقات التي تسبق العقد النهائي، أي ما قبل

العقد.

ثانياً: اهمية الموضوع وسبب اختياره:

تضطلع العقود التمهيدية بدور كبير في عملية ابرام العقد، اذ تبرز وبشكل كبير مرحلة ما قبل التعاقد والتي يتم خلالها ابرام هذه العقود، وخاصة فيما يتعلق بالتصرفات الواردة على العقار التي هي في قيد الانشاء، حيث ان محل البيع هو عقار غير موجود اثناء التعاقد، وهذا قد يشكل مخاطر لكلا طرفي العقد، فالبائع قد يتمكن خلال هذه المرحلة من معرفة حالة السوق، وكذلك القيام بالاجراءات القانونية اللازمة للبدء في مشروع البناء كالحصول على رخص البناء، الارض التي سيقام عليها المشروع وغيرها من الاجراءات اللازمة، ونفس الشيء بالنسبة للمشتري فقد يكون امامه عروض مختلفة ولا يريد ان يلتزم بصفة نهائية على امل ان يظهر له فيما بعد عرض اخر افضل، كما انه لا يريد ان يرفض العرض الذي امامه خشية الا يجد عرضاً اخرى، فيحقق له العقد التمهيدي رغبته في (حجز) عقار معين لمدة معينة، دون ان يلتزم بصفة نهائية.

اما سبب اختياري العقد التمهيدي موضوعاً للبحث هو الاهمية التي تضطلع بها العقود التمهيدية في الاعداد والتحضير لابرام العقد النهائي، وكذلك الوقوف على مدى قوتها الالزامية في مرحلة ما قبل التعاقد، واخيراً وجود الحاجة الى تنظيم هذا العقد في القوانين التي لم تنظمها وعلى رأسها القانون العراقي.

ثالثاً: فرضيات البحث:

ان موضوع الدراسة ينصب على العقد التمهيدي كأحد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الانشاء، ويهتم هذا الموضوع بايجاد الاجابة للاستئلة الآتية:-

- ١- ما المقصود بالعقد التمهيدي ؟
- ٢- ما هي الشروط الواجب توافرها في العقد التمهيدي ؟
- ٣- ما هي الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي ؟
- ٤- ما هي الاثار القانونية المترتبة على العقد التمهيدي في حال ابرامه ؟

رابعاً: منهجية البحث:

اعتمد البحث على النهج المقارن بين القوانين الفرنسية (القانون المدني الفرنسي، قانون (٣) كانون الثاني لسنة ١٩٦٧، قانون البناء والسكن الفرنسي بقسميه التشريعي والتنظيمي) وبين المرسوم التشريعي الجزائري المرقم (٠٣/٩٣) لسنة ١٩٩٣، المنظم لعقد بيع العقار بناء على التصاميم بين مجموعة من التشريعات العقارية المنظمة لموضوع البيع على الخارطة، وأخيراً بين القانون المدني المصري والعراقي، مع الاستئناس بموقف بعض القوانين العربية كلما امكن، كما اعتمدت الدراسة على النهج التحليلي الذي يقوم على اساس تحليل الفكرة ومناقشتها في ضوء الاراء السديدة لكي يتم اسنادها الى النص التشريعي المعالج لها ان وجد.

خامساً: خطة البحث:

لقد اعتمدنا على الخطة الاتية في بحث الموضوع، وهي تشتمل على مقدمة وثلاث مطالب وخاتمة، وكالاتي:
المقدمة

المطلب الاول: مفهوم العقد التمهيدي

الفرع الاول: تعريف العقد التمهيدي

الفرع الثاني: شروط العقد التمهيدي

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي

المطلب الثالث: اثار العقد التمهيدي

الفرع الاول: اثار العقد التمهيدي بالنسبة الى البائع

الفرع الثاني: اثار العقد التمهيدي بالنسبة الى المشتري

المطلب الأول

مفهوم العقد التمهيدي

لبيان مفهوم العقد التمهيدي يتوجب علينا تعريفه أولاً، ثم بيان الشروط الواجب توفرها فيه، وذلك من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف العقد التمهيدي

الفرع الثاني: شروط العقد التمهيدي

الفرع الأول

تعريف العقد التمهيدي

يفترض إبرام بعض العقود المرور بمراحل متعاقبة، تبدأ بالتفاوض وتنتهي بإبرام العقد النهائي المقصود، وخلال تلك المراحل يدخل الأشخاص في عمليات قانونية متعددة تهدف الى افرغ ارادتهم في عقد نهائي، تلك العمليات، يطلق عليها اتفاقات ما قبل التعاقد Avant Contract، وفيها يسعى كل طرف من طرفي التعاقد الى تحسين مركزه التعاقدي، حتى يحصل على اكبر منفعة ممكنة عند ابرام العقد المقصود، وهي على أي حال اتفاقات تنتج اثار قانونية، وان اختلفت عن اثار العقد المقصود^(١).

إذا تعلق الأمر ببيع عقار، فان دور اتفاقات ما قبل التعاقد تغدوا على جانب كبير من الاهمية، حيث تمس الحاجة الى معرفة معلومات تفصيلية قبل توقيع العقد النهائي، فضلاً عن حاجة الاطراف الى افرغ ارادتهم بطريقة قانونية، الى ان يتم استكمال الاجراءات التي يتطلبها القانون لنقل الملكية، وتزداد الاهمية التي تؤذيها اتفاقات ما قبل التعاقد، اذا تعلق الامر بعقار ما زال قيد الانشاء، اذ انه عند ابرام تلك الاتفاقات لا يكون العقار قد وجد بعد^(٢).

والمشرع الفرنسي قد اهتم بالعقد التمهيدي ونظم احكامه في مجال بيع العقار قيد الانشاء، وبلغ اهتمامه بهذا النوع من اتفاقات ما قبل التعاقد الى الحد الذي ابطل معه أي عقد او اتفاق اخر بديل له^(٣).

المشرع الفرنسي عرف العقد التمهيدي في المادة (١١) من قانون (٣) كانون الثاني ١٩٦٧ الفرنسي بانه: العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار او جزء منه للمشتري في مقابل ايداع ضمان في حساب خاص.

لنا على التعريف اعلاه الملاحظات الاتية:

١- انه جعل من وديعة الضمان عنصراً من عناصر وجود العقد، الامر الذي يمكن اعتبار العقد ملزماً للجانبين، وان كانت المادة (٣٢) من القرار التنفيذي للقانون (٣) كانون الثاني ١٩٦٧، حيث انه لا يجوز طلب وديعة الضمان اذا كانت مدة تنفيذ العقد تجاوز السنتين، وفي هذه الحالة يبدو العقد ملزم لجانب واحد فقط.

٢- يهدف هذا العقد الى التحضير لابرام البيع النهائي، يمكنه من معرفة حالة السوق، ومن الحصول على جزء من الثمن يساعده على تمويل عملية البناء، كما يعطي للمشتري فرصة في اختيار انسب العروض المقدمة دون ان يلتزم بصفة نهائية على امل ان يظهر فيما بعد عرض اخر بشروط افضل دون ان يلتزم بصفة نهائية.

٣- العقد التمهيدي يتضمن التزامات متبادلة، حيث يلتزم البائع في مقابل ودیعة الضمان التي يقدمها المشتري المحجوز له بحجز الوحدة المتفق عليها.

٤- ان العقد التمهيدي هو عقد تام من حيث الشروط والاركان، الا انه عقد تمهيدي لابرام العقد النهائي، ولا ينقصه سوى اعادة صياغته في شكل معين ليجعل منه عقداً نهائياً.

٥- للطرفين حرية في ابرام العقد التمهيدي في النطاق الخاص، ولكن اذا رغبا في ذلك فعليهما ان يحترما التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذه العقد، اما خارج هذا النطاق المحمي فلا توجد أي قيد على ارادة الاطراف المتعاقدة في ابرام أي نوع من الاتفاقات ما قبل التعاقد، فيمكن ان يبرموا وعداً ملزماً للجانبين بالبيع والشراء، او وعد ملزم لجانب واحد، او ان يلجأ الى الوعد بالتفضيل.

أما بالنسبة لموقف القانون الجزائري من العقد التمهيدي، فاملاحظ ان المشرع الجزائري لم يفرد احكاماً خاصة بالعقد التمهيدي في المرسوم التشريعي المرقم ٣/٩٣ لسنة ١٩٩٣ المتعلق بالترقية العقارية، وانما كان هذا العقد معروفاً في الجزائر من قبل بموجب القانون رقم (٧-٨٦) المؤرخ في ١٩٨٦/٣/٤ المتعلق بالترقية العقارية، وكان يعرف باسم (عقد حفظ الحق)، وكان بمثابة البيع الابتدائي في انتظار عقد البيع النهائي، غير انه بعد ان تم الغاء هذا القانون بموجب المرسوم التشريعي الجديد المتعلق بالترقية العقارية لسنة ١٩٩٣ اصبح عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري عقداً نهائياً.

ففي حين تبقى الالتزامات في البيع الابتدائي دون تنفيذ، فانها في بيع العقار بناء على التصاميم تنفذ من اللحظة التي يتم فيها تراضي الطرفين وابرام العقد، فيشرع المرقى العقاري بتنفيذ التزامه بالتشييد والمشتري بدفع الاقساط من الثمن، وان كان الالتزام بالتسليم من قبل البائع العقار المبيع قد يتأخر تنفيذه، فهذا يرجع الى طبيعة المحل في هذا العقد باعتباره عقار غير

موجود عند التعاقد، وعليه فلا يتأتى تسليمه فور إبرام العقد وإنما ينفذ عند انتهاء البائع من اكمال البناء.

كما ان بيع العقار بناء على التصاميم هو عقد نهائي يعتد بتاريخه لسريان عقد البيع، بينما لا يعتد بتاريخ البيع الابتدائي كتاريخ لسريان عقد البيع، وإنما العبرة بتاريخ إبرام العقد النهائي الذي يعد وحده قانون المتعاقدين وتستقر العلاقة بينهما.

اما بالنسبة لموقف القانون الإماراتي من العقد التمهيدي، فالملاحظ على نص المادة (١٠) من القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السحل العقاري المبدئي في امارة دبي، انها نصت على انه: (يحظر على المطور او الوسيط إبرام عقود بيع عرفية لبيع عقارات او وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة ويقع باطلاً كل عقد يبرم قبل الحصول على تلك الموافقة).

يتبين لنا من النص اعلاه، ان العبرة بالعقود الرسمية في اطار البيع على الخارطة، وانه يحظر على المطور او الوسيط إبرام عقود عرفية، كما ان هذه العقود لا يتم الموافقة عليها الا بعد الحصول الموافقة من الجهات المختصة، كما ان المشرع قد رتب البطلان كجزاء على عدم الحصول على الموافقات المذكورة، أي انه لم يعد للعقد العرفي أية حجية في اطار البيع على الخارطة، ولعل الحكمة من ذلك هو ان الرسمية في العقود تعد ضماناً لاطرافه، نظراً لما تنطوي عليه مثل هذه العقود من مخاطر لكون المحل شيء مسبقاً قابل للوجود.

والمشرع المصري لم يفرد أي احكام خاصة بالعقد التمهيدي، بالرغم من ازيااد ظاهرة حجز الوحدات السكنية مقابل دفع مقدم من الحاجزين، وما يجري عليه العمل يكشف في بعض الاحيان ان العقد التمهيدي يعد تعاقداً نهائياً، على ان المشرع المصري قد عنى في القانون المدني بتنظيم الوعد بالتعاقد في المادة (١٠١) التي نصت على ان: (١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عنيت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها).

٢- واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد).

وعلى ذلك من المتصور ان يبرم مالك المشروع والمشتري وعداً بالتعاقد على تمليك عقار قيد الانشاء سواء أكان الوعد ملزماً مالك المشروع او للاتنين معاً، فيكون هذا الاتفاق صحيحاً وملزماً لاحد الطرفين او كليهما اذا ما استجمع العناصر اللازمة لصحته وخاصة تعيين المعقود عليه والمقابل والمدة التي يكون الوعد ملزماً خلالها.

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فهو لا يختلف عن موقف المشرع المصري من حيث عدم افراده باي احكام خاصة بالعقد التمهيدي، وهو ايضاً على غرار المشرع المصري قد نظم في القانون المدني العراقي الوعد بالتعاقد في المادة (٩١) التي نصها: (١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها.

٢- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد).

الملاحظ على نص المادة (٩١) من القانون المدني العراقي، انه يشترط في الوعد بالتعاقد شروطاً وهي:

- ١- الوعد بالتعاقد عقد، ولهذا يلزم توافر الشروط العامة لانعقاد العقد.
- ٢- الاتفاق على المدة التي يجب ان يبدي الموعود له رغبته خلالها.
- ٣- ضرورة مراعاة الشكل في عقد الوعد اذا كان الموعود بابرامه من العقود الشكلية، ولهذا يتعين لصحة عقد الوعد ان يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الموعود بابرامه.

الحكمة من اشتراط الشكلية هي عدم التهرب من الشكل الذي قد يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الاصلي، لانه لو فرض ان الشكل لم يراع في عقد الوعد، فانه لا يكون وعداً مؤدياً الى الغرض المقصود منه، ومن ثم الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود به، ولكنه مع ذلك يكون عقداً غير مسمى يرتب التزامات شخصية على عاتق الواعد، ما لم يكن هناك نص يقضي بغير ذلك^(٤).

يتضح مما سبق، انه اذا اخضع القانون انعقاد البيع الى شكل معين فعندئذ يجب ان يفرغ الوعد بالبيع بنفس الشكل الذي تطلبه القانون لانعقاد البيع النهائي، فالبيع العقاري مثلاً تحتاج قيامها الى التسجيل، ولكن لا يتم تسجيل الوعد ببيع العقار استناداً الى نصوص قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، أي انها تقتصر على تسجيل العقود النهائية فقط، والذي نراه ضرورة تسجيل الوعد ببيع العقار، وذلك حماية لحقوق المشتري من نكول البائع عن تسجيل العقار باسم المشتري بعد الانتهاء من انشاءه.

والجدير بالذكر ان المادة (٢٠) من قانون ملكية الطوابق والشقق الاردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ والمعدل بموجب القانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٨٥ والمعدل بموجب القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٠ تنص على انه: (أ- على الرغم مما ورد في هذا القانون او في أي تشريع اخر يكون الاتفاق الذي يتعهد فيه شخصان متعاقدان او اكثر بابرام عقد في المستقبل يبيع بموجبه احدهما للاخر شقة او طابقاً او بناية لم يباشر بانشاءها او كانت تحت الانشاء عند الاتفاق على ارض تمت التسوية فيها اتفاقاً قانونياً وملزماً للمتعاقدين في حال توثيقه لدى مديرية تسجيل الاراضي المختصة ويجب ان يتضمن هذا الاتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفا للعقار المراد بيعه والثن المتفق عليه.

ب- لا يجوز اجراء أي معاملة تسجيل على تلك الارض او الشقة او الطابق او البناية موضوع الاتفاق الا بموافقة المتعاقدين.

ج- بعد تنفيذ الاتفاق (عقد الوعد بالبيع) وفقاً للشروط المتفق عليها يتم نقل ملكية العقار موضوع الاتفاق بناء على طلب من المتعاقدين بعد استيفاء الرسوم القانونية المقررة.

د- يعود الفصل في أي نزاع يتعلق بالاختلاف حول شروط العقد او تنفيذه للمحاكم النظامية المختصة.

هـ- يستوفي رسماً مقداره خمسة دنائير مهما كانت قيمة العقار عند توثيق الاتفاق لدى مديرية تسجيل الاراضي المختصة).

يتضح من خلال احكام هذه المادة القانونية انه يقع صحيحاً وملزماً الاتفاق الذي يتعهد فيه شخصان متعاقدان او اكثر بابرام عقد في المستقبل يبيع بموجبه احدهما للاخر شقة او طابقاً او بناية لم يباشر بانشاءها او كانت قيد الانشاء عند الاتفاق على ارض تمت التسوية فيها،

وعلى ان يتم توثيقه لدى مديرية تسجيل الاراضي المختصة، ويجب ان يتضمن الاتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفا للعقار المراد بيعه والثمن المتفق عليه، وتحديد مدة نفاذه وفي حالة تنفيذ عقد الوعد بالبيع ووفقا للشروط المتفق عليها يتم نقل ملكية العقار موضوع الاتفاق بناء على طلب من المتعاقدين وبعد ان تستوفي الرسوم القانونية المقررة، واذا نكل البائع عن اتمام البيع مثلا وقاضاه المشتري طالبا تنفيذ الوعد قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد، وتقوم عندئذ دائرة الاراضي بتسجيل الموعد به باسم المشتري تنفذا لقرار المحكمة، اما فيما يتعلق بالعقارات الاخرى فقد درجت دوائر تسجيل الاراضي في القانون الاردني على عدم تسجيل وعود البيع الخاصة بها بحجة عدم وجود نص تشريعي مشابه لنص المادة (٢٠) من قانون ملكية الطوابق والشقق يوجب تسجيلها.

يتبين لنا مما سبق ان القانون الفرنسي قد نظم العقد التمهيدي من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فضلا عن الآثار المترتبة عليه، اما المشرع الجزائري فانه لم يفرد أي احكام خاصة به في المرسوم التشريعي لسنة ١٩٩٣ المتعلق بالترقية العقارية، بالرغم من النص عليه في القانون الملغي، اما بالنسبة الى القانون الاماراتي فقد حرم على المطور العقاري او الوسيط ابرام عقود عرفية متعلقة بالبيع على الخارطة، اما بالنسبة الى القانونين المصري والعراقي فقد خلا من ايراد احكام خاصة به، اما بالنسبة الى القانون الاردني فقد اختار الية الوعد بالبيع العقاري لمعالجة موضوع بيع العقارات قيد الانشاء متى وقعت تلك العقارات في اراضي تمت فيها اعمال التسوية ذلك ان هذه الالية تكفل للمشتري الحصول على المبيع بعد اكمال بنائه، وتأمل من المشرع العراقي عموما والكوردستاني خصوصا الاقتداء بالالية التي اخذ بها المشرع الاردني.

الفرع الثاني

شروط إبرام العقد التمهيدي

نظم المشرع الفرنسي انشاء العقد التمهيدي من حيث الشكل والمضمون وكالاتي:

أولاً: الشروط الشكلية

١- اشترط القانون ان يكون عقد الحجز مكتوباً^(٥)، والكتابة هنا هو شرط لصحة العقد، لا مجرد وسيلة للإثبات، لذا لا يشترط ان يفرغ هذا العقد بورقة رسمية تصدر عن موظف مختص، بل يكفي ان يحرر بوثيقة عرفية يحررها المتعاقدان وتوثقها الجهة المختصة^(٦).

٢- يجب ان يحتوي العقد التمهيدي على مجموعة من البيانات حددها المشرع في قانون البناء والاسكان وتتعلق بمبلغ وديعة الضمان الواجب دفعه^(٧)، وبشروط الاسترداد^(٨)، كما يجب ان يتضمن هذا العقد نصاً صريحاً يبيح للمشتري العدول عن البيع وتحديدًا للفترة التي يستطيع المحجوز له خلالها ممارسة هذا الحق. ويقوم هذا الحق على المادة (١-٢٧١R) من قانون البناء والاسكان، التي جاءت لتكمل الحماية التي منحها المشرع للمشتري باعتباره مستهلكاً، وذلك عندما يسعى البائع اليه ويعرض عليه ابرام هذا العقد، ومدة هذا الخيار (٧) ايام تبدأ من وقت ابرام العقد.

ومما يجدر ذكره هنا هي مسألة اعتبار تسجيل العقد التمهيدي شرط لانعقاده ام لا؟
ان الاجابة على هذا التساؤل يكون مرتبط بتكييف هذا العقد، ذلك ان المادة (A-١٨٠٤) من القانون العام للضرائب الفرنسي التي توجب ان يتم تسجيل الوعد الانفرادي بالبيع، وذلك خلال عشرة ايام من تاريخ الموافقة عليها من الحاجز والا كان الجزاء هو البطلان، ذلك انه اذا اعتبرنا العقد التمهيدي وعداً انفرادياً بالبيع يتعين تطبيق المادة المذكورة، اما اذا لم يتم تكييف العقد بانه وعد انفرادي فلا تطبق المادة المشار اليه، أي ان حسم هذه المسألة تعتمد على التكييف القانوني للعقد التمهيدي، وهذا ما سنبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ثانياً: الشروط الموضوعية

نصت المواد (٢٦١-٢٦٠R, ٢٥-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي على الشروط الموضوعية الآتية:

أ- يجب ان يشير العقد التمهيدي على وصف لمساحة المبنى محل العقد، عدد الغرف الرئيسية وغرف الخدمية وتوابع المبنى، واذا كان العقد وارد على جزء من المبنى وجب تحديد هذا الجزء بالنسبة للبناء ككل.

يعد هذا الوصف مهم جداً بالنسبة للاطراف المتعاقدة، وذلك للامكان من مقارنة العقد التمهيدي مع العقد النهائي.

ب- يجب ان يتضمن عقد الحجز تحديد لنوعية المواد التي ستدخل في اعمال البناء، كما يجب الاشارة الى المعدات والتجهيزات اللازمة للبناء.

ج- يجب ان يحدد الثمن المتوقع للبيع، وعند الاقتضاء تحديد اسس مراجعته ضمن الحدود والشروط المنصوص عليها في المادة (١٥-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

د- تحديد تاريخ ابرام العقد النهائي، وقد يكون من الصعوبة تحديد تاريخ محدد على وجه الدقة من قبل البائع، ولذلك يشير الى ان العقد النهائي سيعقد على اقصى تقدير قبل تاريخ معين يحدده.

ه- من خلال تحديد تاريخ ابرام العقد النهائي يتم تحديد نسبة وديعة الضمان، واذا كان هناك مقتضى ان يحدد القروض التي اعلن عنها البائع، وان عدم الحصول عليها يؤدي الى فسخ العقد.

البيانات التي تم ذكرها هي بيانات ذات طابع عام وتقديري، بحيث يمكن للبائع ان يعدل فيها (كنوعية المواد المستخدمة مثلاً) متى اضطرته ظروف العمل لذلك، ونرى انه من الافضل ان يتم اعداد نموذج لعقد بيع ابتدائي للمباني قيد الانشاء، وكما يفضل ان تكون تلك النماذج موحدة بالنسبة الى البيانات التي يجب ان يتضمنها، ونرى ضرورة اشتغال هذا النموذج على البيانات الاتية: (هوية الاطراف المتعاقدة، الرسم العقاري الاصلي موضوع البناء، تاريخ ورقم رخصة البناء، وصف العقار محل البيع، ثمن البيع النهائي وكيفية الاداء، اجال التسليم، مراجع الضمانات البنكية او اية ضمانات اخرى، ان يرفق العقد نسخ مطابقة لاصل التصاميم المعمارية بدون تغيير).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي

اختلف الفقه والقضاء في فرنسا حول الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي (عقد الحجز) وتعددت الاراء بشأنه وكالاتي:

أ- ذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٩)، الى اعتبار العقد التمهيدي بانه وعد بالتفضيل، يلتزم بمقتضاه مالك المشروع بعرض المشروع على الملتزم له بالحجز (المشتري) بالافضلية على الاخرين اذا ما اراد مالك المشروع تنفيذه.

فعلى الرغم من ان الوعد بالتفضيل يشترك مع العقد التمهيدي في ان كلا العقدين يدخلان في دائرة ما قبل التعاقد، فهما يمهدان للعقد المراد ابرامه لكنهما يختلفان فيما يلي:

١- ان الوعد بالتفضيل يفترض وجود تنافس على مشروع البناء بين اكثر من شخص، فيلتزم مالك المشروع بتفضيل احدهما على الاخر عند ابرام العقد النهائي وهو ينافي الهدف من العقد التمهيدي التي سبقت الاشارة اليها.

٢- في الوعد بالتفضيل يتم تحديد البيانات بشكل نهائي غير قابل للتعديل، بينما تكون البيانات في العقد التمهيدي عامة تقديرية قابلة للتعديل حسب الظروف المستجدة.

٣- الوعد بالتفضيل لا يتفق مع العقد التمهيدي من حيث كيفية تقدير الثمن، فالثمن يتحدد في الوعد بالتفضيل، عن طريق عرض مقدم من الغير^(١٠)، بينما يتم تقدير الثمن في العقد التمهيدي دون حاجة لتدخل من الغير.

٤- مالك المشروع في الوعد بالتفضيل يلتزم بالبيع، بينما هو لا يلتزم بالبيع في العقد التمهيدي، وإنما يلتزم بالحجز فقط.

استناداً على ما سبق بيانه، فانه لا يمكن عد العقد التمهيدي وعداً بالتفضل.

ب- اعتبر جانب آخر من الفقه الفرنسي^(١١) ان العقد التمهيدي هو وعد بالبيع معلق على شرط واقف هو اكتمال البناء.

ان هذا الاتجاه يبحث عن حل لمشكلة تطبيق المادة (١٨٤٠) من قانون الضرائب العام الفرنسي، الذي يستلزم تسجيل العقد خلال (١٠) ايام من تاريخ ابرامه، والا كان العقد باطلاً، ويستند هذا الراي الى المادة (١٥-٢٦١ L) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

فبمقتضى مفهوم المخالفة ان العقد التمهيدي هو نوع من انواع الوعد الانفرادي بالبيع.

هنا يثير تساؤل مفاده، هل يتطلب تسجيل العقد التمهيدي والا يعتبر باطلاً؟

بالرجوع الى نص المادة (١٥-٢٦١ L) من قانون البناء والسكن الفرنسي، فانه يبين فيه ان عقد بيع المباني قيد الانشاء في النطاق الخاص يمكن ان يسبقه عقد تمهيدي، وفي هذا العقد يلتزم مالك المشروع بالحجز فقط مقابل التزام المشتري بدفع وديعة الضمان، وذلك تمهيداً وتحضيراً

لابرام العقد النهائي، أي ان المادة المشار اليها لم تهدف الى تكييف العقد التمهيدي، وانما كان هدفه اقامة التوازن بين مصلحة الطرفين.

كذلك اذا ما اعتبرنا العقد التمهيدي وعداً باردة منفردة، فان معنى ذلك ان ابرام العقد يتوقف على ارادة المحجوز له وحده دون تدخل من ارادة الحجز (مالك المشروع) الذي سبق وان اعطى موافقته في العقد التمهيدي، وهذا غير صحيح، اذ انه لا يمكن ان نتجاهل بصفة مطلقة ارادة الحاجز (مالك المشروع)، فارادة الحاجز هنا مهمة اذ ما زال في حاجة الى هذه الارادة في تحديد الثمن النهائي وتحديد المحل موضوع التعاقد.

تبين لنا انه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي بانه وعد بالبيع معلق على شرط واقف وهو اكتمال البناء، وان مسالة تسجيل العقد التمهيدي لم ينص عليها المشرع الفرنسي، كما ان دوائر التسجيل العقارية لا تسجل الا العقود النهائية، وعندئذ فالوعد بالبيع العقاري لا يمكن تسجيله في هذه الدوائر، وفي هذه الحالة يصبح العقد التمهيدي من العقود الرضائية لا يمكن الاجبار على تنفيذها.

ج- العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة

بالرجوع الى نص المادة (١١) من قانون (٣) كانون الثاني ١٩٦٧ الفرنسي، يتبين لنا ان هذه المادة قد حددت الاطار العام للعقد التمهيدي، مع ترك التفاصيل للطرفين يتفقان عليها حسب الاتفاق، وذلك بزيادة التزامات البائع مثلاً، او زيادة التزامات المشتري، وبحسب هذه الطريقة سيتم تحديد محتوى العقد ومن ثم طبيعته، وعلى هذا الاساس يكون العقد التمهيدي ذو طبيعة متغيرة له حده الادنى الذي حدده المشرع الفرنسي، ولكنه قد يزيد الطرفان من هذا الحد الذي حدده المشرع^(١٢).

بالاستناد الى ما تقدم، ذهب البعض^(١٣)، الى اعتبار العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة، تختلف من حالة الى اخرى حسب ظروف وملابسات العقد.

ففي رأي انصار هذا الاتجاه، انه يجب التفرقة بين ما اذا كان العقد التمهيدي قد انعقد قبل او بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء، فالعقد التمهيدي يمكن ان يتدخل في مرحلتين مختلفتين: فاذا ابرم العقد التمهيدي قبل البدء في تنفيذ مشروع البناء، فالعقد التمهيدي يقتصر دوره على كونه اختبار لحالة السوق، ووسيلة لدراسة المشروع، وهنا على البائع ان يلتزم بحجز البناء او

جزء من البناء، أي الالتزام بعرضها على المشتري بالافضلية على الآخرين في حال بيعها، فهو هنا مجرد وعد بالتفضيل، أما إذا تدخل العقد التمهيدي بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء، فدوره هنا إنما وسيلة للخروج بمفاوضات، عليه يأخذ العقد التمهيدي طبيعة جديدة، فالالتزام البائع بالحجز يصبح التزاماً بالبيع، وبالتالي فإن العقد التمهيدي يعتبر وعد انفرادي بالبيع.

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، فالملاحظ أن هناك اهتمام من قبل محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، وباستقراء هذه الأحكام نجد أن المحكمة المذكورة قد فرقت في هذا الصدد بين حالتين: الحالة الأولى: وهي عندما تبرم هذا العقد قبل البدء في إقامة البناء، وفي هذه الحالة ذهبت محكمة النقض إلى أن: (عقد الحجز يكون عقداً من نوع خاص *sui generis*) ملزم للجانبين ويشتمل على التزامات متبادلة يتعهد بمقتضاها البائع بحجز وحدة سكنية - شقة أو طابق - في البناء المراد انشاؤه للمشتري في مقابل دفع هذا الأخير لمقدم نقدي ضماناً لهذا الحجز)، وانتهت المحكمة صراحة إلى عدم اعتبار عقد الحجز في هذه الحالة وعداً بالبيع من جانب واحد^(٤)، أما في الحالة الثانية: وهي إذا كان البناء قد شيد فعلاً وقت إبرام عقد الحجز، فإن: (هذا العقد يعتبر حينئذ وعداً بالبيع من جانب البائع مقبولاً من قبل المكتسب)^(٥).

الملاحظ على موقف القضاء الفرنسي أنها تعتبر العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة له حد أدنى من التحديد من قبل المشرع، إلا أن وظيفته يختلف من حالة إلى أخرى حسب ظروف وملابسات العقد، أي أن طبيعته يتغير بحسب مرحلة إبرامه (أي قبل أو بعد البدء بتنفيذ المشروع)، عليه إذا أبرم العقد قبل البدء في تنفيذ المشروع فهو عقد من نوع خاص، أما إذا أبرم العقد بعد البدء في تنفيذ المشروع فإنه يكون وعداً بالبيع من جانب البائع، ونرى الأخذ بهذا الاتجاه يجد صعوبة في التطبيق.

أما بالنسبة لموقف القانون الجزائري، فإنه وكما تبين لنا في تعريف العقد التمهيدي أن القانون الجزائري لم ينص على العقد التمهيدي في المرسوم التشريعي المرقم ٣/٩٣ لسنة ١٩٩٣ المتعلق بالترقية العقارية، على الرغم من أنه قد نص عليه في القانون الملغي المتعلق بالترقية العقارية لسنة ١٩٨٦، والذي أطلق عليه (عقد حفظ الحق).

اما بالنسبة لموقف القانون الاماراتي، فهو كما تبين لنا مما سبق ان القانون الاماراتي يحظر ابرام عقود عرفية، فالعبرة في القانون الاماراتي بالعقود الرسمية فقط في اطار البيع على الخارطة.

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري والعراقي، فانهما لم ينظما عقد بيع المباني قيد الانشاء، وكذلك لم ينظما احكاماً خاصة بالعقد التمهيدي، وما يجري عليه العمل في بعض الاحيان ان الواقع العملي يكشف لنا ان عقد الحجز يعد تعاقداً نهائياً وليس مجرد وعد بالتفضيل او وعداً بالتعاقد، ذلك ان الحجز يتم عادة بعد الانتهاء من تصميم المبنى وتحديد وحداته والتمن المقرر لكل منها، وان الحجز يقع على وحدة معينة او على الاقل عدد من الوحدات مما يبين انه تم تحديد المحل والتمن، ومع ذلك فكثيراً ما لا يكون المقابل محدداً على نحو كاف، وانما يكون هناك تحديداً مبدئياً، ويكون المفهوم ان يتحدد الثمن المقابل بصفة نهائية وعند الانتهاء من البناء وفقاً للتكلفة بحيث يتوقف في النهاية على ما يقرره البائع، وامام هذه المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري، لذلك نرى من الضروري وجود تنظيم تشريعي للعقد التمهيدي، وذلك لتوفير حماية للمشتري، بحيث يكون المشتري على بينة من الوحدة بالموصفات المطلوبة والاقساط وكيفية دفعها وغيرها من التفاصيل.

المطلب الثالث

آثار العقد التمهيدي

يترتب على العقد التمهيدي التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، الالتزام الاساسي الواقع على البائع هو حجز الوحدة المراد شراؤه، اما المحجوز له فلا يلتزم بالشراء، وانما يلتزم بدفع مبلغ من المال عند ابرام العقد التمهيدي، كضمانة للبائع، ومقدار هذا الضمان يختلف بحسب وقت ابرامه. وفيما يلي بيان هذه الالتزامات من خلال الفرعيين الاتيين:

الفرع الاول: اثر العقد التمهيدي بالنسبة الى البائع

الفرع الثاني: اثر العقد التمهيدي بالنسبة الى المشتري

الفرع الأول

اثر العقد التمهيدي بالنسبة الى البائع

يمكن بيان هذه الآثار بالنسبة الى البائع وكالاتي:

١- الالتزام الاساسي بالنسبة الى البائع هو حجز الوحدة المراد شراؤها، وهذا الالتزام يختلف طبيعته ومضمونه بحسب الفترة الي ابرم فيها العقد التمهيدي، فاذا ابرم قبل البدء باعمال البناء كان التزام البائع بالحجز سلبياً، ويقتصر على عدم البيع لغير المحجوز له، ويبرر هذا الحكم كون شروط العقد لم تحدد بعد بشكل نهائي، اما اذا ابرم العقد التمهيدي بعد البدء في اعمال البناء، فان التزام البائع ينقلب ايجابياً ويعتبر بمثابة وعد بالبيع^(١٦).

قد يثار في هذا الصدد تساؤل مفاده، ما الحكم في حال قيام البائع (الحاجز) بحجز المبنى او جزء منه الى اكثر من مشتري ؟

بالنسبة لموقف القانون الفرنسي، فالملاحظ على نص المادة(١٥-٢٦١L) من قانون البناء والسكن الفرنسي، وفي نهاية الفقرة الاخيرة منها نص المشرع الفرنسي على انه: (...ويعتبر باطلاً كل وعد اخر بالبيع او الشراء فيما عدا ذلك).

اما المشرع المصري، فقد عالج حالة التزحم في العقارات غير المعدة للسكنى^(١٧)، وهو العبرة بالاسبقية المطلقة في التسجيل عند التزاحم بين المشتريين بعقود ابتدائية من بائع واحد، وبمعنى اخر فان مجرد الاسبقية في التسجيل هي الفيصل في نقل الملكية. وهذا يعني ان بيع العقار لاكثر من واحد بعقد ابتدائي هو تصرف صحيح من الناحية المدنية، ولا يتعرض البائع للمسألة الجنائية، حتى ولو كان البائع والمشتري الثاني سيء النية متواطئين كل التواطؤ على الاضرار بالمشتري الاول، اما حكم التزاحم في العقارات المعدة للسكنى، فهو عدم الاعتداد بالاسبقية، اذا اقترن بالغش او التواطؤ، وبمعنى اخر فان مجرد الاسبقية في التسجيل لم تعد هي الفيصل في نقل الملكية، وانما بالإمكان الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت اليه الملكية بسوء نية البائع وتواطؤه على حرمان المشتري الاول من المسكن، انتصاراً للمبدأ الفقهي القائل بان الغش يفسد كل شيء . وهذا يعني ان بيع العقار للمشتري الثاني على خلاف مقتضى عقد المشتري الاول هو تصرف باطل من الناحية المدنية، ويتعرض البائع للمسألة بعقوبة النصب من الناحية الجنائية^(١٨).

مما سبق بيانه هل بالامكان تطبيق الاحكام السابق الاشارة اليها على العقود الابتدائية في بيع العقار قيد الانشاء؟ وخاصة في ظل ازمة الإسكان التي يمر بها البلاد في الوقت الحاضر هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية كثرة وجود اصحاب الضمان الميثة التي تسعى جاهداً للحصول على ارباح طائلة على حساب المشتريين اصحاب الدخول المحدودة؟

الاجابة عن هذا التساؤل يكون عن طريق ما سبق بيانه بصدد الوعد بالتعاقد (الوعد بالبيع العقاري)، وان مثل هذه العقود لا يتم تسجيلها، وكل ما يكون بيد المشتري المحتمل هو عقد رضائي وبالتالي نجد انه من الصعوبة الاستناد الى الاحكام السابق الاشارة اليها وتطبيقها على العقود التمهيديّة ببيع العقار قيد الانشاء، وما يتم العمل به في اقليم كوردستان العراق ان في حال ما اذا ابرم اكثر من عقد تمهيدي بصدد شقة واحدة مثلاً، فيتم حل هذه الاشكالية عن طريق تبليغ صاحب العقد الثاني بوجود عقد اخر سبقة في الابرام، ويتم تخييره اما بابرام عقد جديد بصدد شقة ثانية او اختيار استرداد المبلغ الذي دفعة.

٢- على البائع رد ما قبضه من وديعة الضمان الى المحجوز، وذلك في الحالات المذكورة في المادة (٣١-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

٣- يجب ان يبرم العقد كتابة وتسلم نسخة منه الى المشتري^(١٩).

٤- من اجل ان يكون رضاء المحجوز له بالعقد التمهيدي سليماً متتوراً بكافة تفصيلات المبنى او جزء منه، هنا يتوجب على البائع ان يقوم بالافضاء بالمعلومات التفصيلية المتعلقة بذلك المبنى او جزء منه، دون الاكتفاء بالمعلومات التي استلزمها النصوص المتعلقة بها^(٢٠)، ومن الاحكام الحاسمة في هذا الصدد، ما حكمت به محكمة باريس في (٢١ نوفمبر ١٩٧٥) بخصوص عقد الحجز الابتدائي لشقق التمليك في سبيل التشييد من ان: (مبدأ حسن النية التعاقد يلقى بالالتزام بالافضاء للمتعاقد الاخر بكافة المعلومات الصحيحة اللازمة لتتوير رضائه في هذا الخصوص دون ان يترك الامر له لاكتشافه بمحض الصدفة خلال قراءة ١٤٠ صفحة تمثل اللائحة الاساسية للتعاقد بكل ما اخفي عليها من تعديلات وملاحق واضافات لم يستطيع معها المشتري الحاجز - ان يكتشف ان المساحة الفعلية للشقة المجوزة قد تم انقاصها الى حوالي النصف)^(٢١).

وفي قرار آخر من محكمة النقض الفرنسية ذهبت المحكمة الى ربط الالتزام بالادلاء بالمعلومات بوجود توافر حسن النية في تنفيذ العقد، اذ قضت في ١٧ / ١١ / ١٩٩٣ الى ان : (امتناع متعهد بيع الشقق عن اعلام المشتري بالاطفاء التي وقع فيها المهندس انما يشكل خرقاً لالتزام الاعلام ولمبدأ تنفيذ العقود وفقاً لحسن النية مما يرتب المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاضرار اللاحقة بالمشتري ومنها تقويت الفرصة عليه لشراء شقة اخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع امكانياته المالية ومنها استفادته من التسهيلات الضريبية المقررة في حينه)^(٢٢).

مبدأ حسن النية يتطلب الاستقامة^(٢٣)، في التعامل بحيث يكون كل متعاقد على بينة تامة بما التزم به وبما وعد به، وان ما وعد به مطابق لما ينتظره.

القاعدة هي الزام المتعاقد بان يقدم الى الطرف الاخر المعلومات المألوفة التي تهم كل متعاقد حسب طبيعة العقد، بالاضافة الى المعلومات ذات الاهمية الخاصة لدى المتعاقد الاخر والتي يستعلم عنها. كل ذلك لكي يكون على بينة من ظروف العقد كله، ومؤدى ذلك ان المتعاقد لا يلتزم بان يقدم كل ما يعلمه، ولكن يقتصر على ما يهم هذا الاخير من معلومات وحسب. وهنا يثور تساؤل عن حدود هذه المعلومات التي يلتزم المتعاقد بتقديمها الى الطرف الاخر، ويترتب على ذلك ان المتعاقد هو الذي يجب عليه ان يحدد حجم ونوع المعلومات التي تهم الطرف الاخر والتي يلتزم بتقديمها دون طلب معين .

مما سبق فان مبدأ حسن النية يعني التعامل بالشرف والاستقامة، وذلك باعطاء المعلومات واعلام المشتري بكل ما يعرفه عن البيع وابداء النصح، وهذا لايعني ان يقف الطرف الاخر مكتوف الايدي ، ذلك ان حسن النية يفرض عليه الاستعلام ، لان الغاية من البيع لا يمكن بلوغها الا بالافصاح من قبل احد الطرفين واستعلام الطرف الاخر^(٢٤).

٥- البائع يلتزم برد وديعة الضمان فقط الى المشتري في حال عدوله عن مشروع البناء، وكان لعدوله مبرر حسب تقدير قاضي الموضوع، اما اذا لم يكن لعدوله عن ابرام البيع النهائي سبباً يبرره، التزم بالاضافة الى رد الوديعة، بتعويض المحجوز له عن الاضرار التي أصابته^(٢٥).

٦- على البائع ان يودع ودائع الضمان في حساب خاص باسم المودع (المحجوزين لهم) في بنك او منشأة تصلح لهذا الغرض^(٢٦)، وان قيمة هذه الودائع لا تقبل الحجز عليها او التنازل

عنها او التصرف فيها حتى تاريخ انعقاد البيع النهائي، وترد الى المحجوز له خلال (ثلاث اشهر) اذا لم ينعقد العقد في المدة المحددة بسبب فعل البائع^(٢٧).

الفرع الثاني

أثر العقد التمهيدي بالنسبة الى المشتري

١- يلتزم المشتري (المحجوز له) عند إبرام العقد التمهيدي -بدفع وديعة ضمان- مقابل التزام البائع بالحجز، والمشتري يستطيع استرداد هذه الوديعة في حالات معينة حددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر^(٢٨)، أي انه في حال توافر الشروط المنصوص عليها في العقد التزم المحجوز له بالشراء والا فقد وديعة الضمان^(٢٩).

٢- الالتزام بحسن النية، وخاصة فيما يتعلق بعدوله عن العقد، وانه حسب المادة (١-٢٧١L) من قانون البناء والسكن الفرنسي المعدل بالمادة (٧٢) من القانون المؤرخ في ١٣/١٢/٢٠٠٠، حيث يمنح المشتري مهلة اسبوع للعدول عن قراره^(٣٠).

٣- الالتزام بالاستعلام، على المشتري (المحجوز له) السعي للعلم بكل ما هو ضروري ومؤثر في قراره، وذلك ببذل الجهد ليستعلم عن ظروف وملابسات البيع المراد ابرامه^(٣١).

الخاتمة

من خلال بحثنا في موضوع العقد التمهيدي كضمانة للبائع في عقد بيع المباني قيد الانشاء- دراسة مقارنة- توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها فيما ياتي:
اولاً: النتائج:

١- يعد العقد التمهيدي احد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الانشاء ولك في المرحلة السابقة على التعاقد التي تعد من اهم واخطر المراحل التي يمر بها عقد بيع المباني قيد الانشاء في النطاق الخاص، وذلك لما ينبغي ان تحتوي عليه من تحديد لاهم الالتزامات وحقوق طرفي العقد، ولما ينشأ عن ذلك من مشاكل قانونية متعددة، سواء ما يتعلق باخلال الالتزامات المحددة سابقاً، او بنطاق ونوع المسؤولية التي تقع على عاتق الطرف المسؤول الذي بسببه لم ينعقد العقد.

٢- يعد العقد التمهيدي ضماناً للبائع في حال ابرام العقد في النطاق الخاص للحماية فقط، وعليه اذا ما اراد الطرفين ابرامه فما عليهما الا اتباع ما رسمه المشرع الفرنسي من الاحكام.

٣- اختلفت القوانين محل المقارنة في صدد الاخذ بالعقد التمهيدي من عدمه، فالمشرع الفرنسي قد حدد معالمه الا انه ترك للمتعاقدين حرية الاخذ به من عدمه، الا انه في حال الاخذ فعليهما اتباع الطريق الذي رسمه المشرع، اما بالنسبة للقانون الجزائري فالملاحظ عليه انه كانت قد نص عليه سابقاً وكان يطلق علي (عقد الحفظ) ولكن بعد صدور المرسوم التشريعي رقم (٠٣/٩٣) لسنة ١٩٩٣، المتعلق بالترقية العقارية الغي هذا العقد، واصبحت العقود التي تبرم بصدد بيع العقار بناء على التصاميم هي عقود نهائية، اما بالنسبة للقانون الاماراتي فانه يحظر العقود العرفية والاقتصار على العقود الرسمية في اطار البيع على الخارطة، اما بالنسبة للقانونين المصري والعراقي، فانهما لم يفردا أي احكام خاصة للعقد التمهيدي، وهنا يتوجب الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني.

٤- اشترط المشرع الفرنسي عدة شروط لابرام العقد التمهيدي منها شكلية وهي: ان يكون العقد مكتوباً، احتواء العقد على مجموعة من البيانات والتي تتعلق ب: وديعة الضمان الواجب دفعها، شروط الاسترداد، حق المشتري في العدول والمدة التي يستطيع خلالها ممارسة هذا الحق، وقسم من هذه الشروط هي شروط موضوعية وهي: وصف المبنى محل العقد، نوعية المواد التي سيستخدم، الثمن المتوقع وعند الاقتضاء تحديد اسس مراجعة ضمن الحدود، تحديد تاريخ ابرام العقد، تحديد نسبة وديعة الضمان.

٥- هناك خلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، وتعددت الآراء بشأنه: فذهب اتجاه إلى أنه وعد بالتفضيل، وآخر أنه وعد بالبيع معلق على شرط واقف هو اكتمال البناء، واتجاه أخير ذهب إلى أنه عقد ذو طبيعة مزدوجة (أي أنه يختلف طبيعته حسب مرحلة إبرامه، أي أنه إذا أبرم قبل البدء في تنفيذ مشروع البناء، فالعقد التمهيدي هنا يعد مجرد وعد بالتفضيل، أما إذا أبرم العقد بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء فهنا يعد وعد انفرادي بالبيع).

٦- يترتب على العقد التمهيدي التزامات متقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين، الالتزام الأساسي الواقع على البائع هو حجز الوحد المراد شراؤها، أما المحجوز له فلا يلتزم بالشراء، وإنما يلتزم بدفع مبلغ من المال كضمانة للبائع.

ثانياً: التوصيات:

١- الملاحظ على موقف القانون الفرنسي أنه كفل حماية البائع من خلال هذا الضمان، وذلك بتنظيمه لهذا العقد، أما القوانين التي تنظم هذا العقد في إطار بيع المباني قيد الإنشاء، واللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد أنها غير كافية لحماية البائع، لذلك نأمل من المشرع العراقي عموماً والكرديستاني خصوصاً تنظيم هذا العقد تشريعياً على غرار القانون الفرنسي بحيث يكفل حماية البائع دون إجحاف لحقوق المشتري.

٢- كما نأمل من المشرع العراقي عموماً والكرديستاني خصوصاً وضع نموذج عام للعقد التمهيدي في حال إبرامه، متضمناً جميع المسائل الجوهرية للعقد.

٣- ضرورة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، وعدم تركها لآراء الفقهاء، والذي نراه أنه وعد انفرادي بالبيع، وذلك لكي نتمكن من تحديد قيمته القانونية وكذلك الآثار التي تترتب عليه.

قائمة المصادر

- المصادر العربية

أولاً: الكتب العربية:

- ١- د. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.
- ٢- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٤.
- ٣- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٤- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٥- د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط١، مطابع الوزان العالمية، الكويت، ١٩٨٩.
- ٦- د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لاكثر من واحد في مجال الاسكان، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة الطبع.
- ٧- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج٢، ط١، مؤسسة بحسون، لبنان، ١٩٩٦.
- ٨- د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

ثانياً: البحوث:

- ١- د. احمد ابراهيم الحياوي، حماية المشتري في بناء تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والاردني، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد (٤)، السنة (٣٣)، ٢٠٠٨.

ثالثاً: القوانين

أ- القوانين العراقية:

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

ب - القوانين المصرية

- ١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

ج - القوانين الاماراتية:

- ١- القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ المتعلق بتنظيم السجل العقاري المبدئي في امارة دبي.

د - القوانين الاردنية:

١- قانون ملكية الطوابق والشقق الاردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل بموجب القانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٨٥ والمعدل بموجب القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٠.

هـ - القوانين الفرنسية:

١- قانون الخاص ببيع المباني قيد الانشاء رقم (٣) لسنة ١٩٦٧.

٢- قانون البناء والسكن الفرنسي.

رابعاً: المراسيم

١- المرسوم التشريعي الجزائري رقم (٠٣/٩٣) لسنة ١٩٩٣ المتعلق بالترقية العقارية.

- المصادر الفرنسية

- (١) Frank steinmet, les ventes d immeubles a construrire, these Montpellier, ١٩٧٠.
- (٢) MAGNIN F., Vente d immeuble a construire Regime renforce, Fase.
- (٣) Olivier Tournafond, vente d immeuble a construire, DALLOZ, mars, (١) ٢٠٠٤.
- (٤) Saint Alary, La vente d immeuble a construire et L obligation de garantie a raison des vices de construction, ١٩٦٨.

الهوامش

- (١) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٢٨.
- (٢) د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط١، مطابع الوزان العالمية، الكويت، ١٩٨٩، ص٣٩٣.
- (٣) المادة (١٥-٢٦١L) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٤، ص١٧٠.
- (٥) المادة (٢٧-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٦) د. احمد ابراهيم الحياي، حماية المشتري في بناء تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والاردني، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد (٤)، السنة (٣٣)، ٢٠٠٨، ص٣٠٠.
- (٧) يلتزم المحجوز له بايداع وديعة ضمان مقابل التزام البائع بالحجز، وهذا ما تنص عليه المادة(٢٨-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي، حيث يجب ان لا تتجاوز نسبة هذا الضمان عن ٥% من الثمن التقديري اذا كانت مدة القيام باعمال البناء تتجاوز سنة، و ٢% من الثمن التقديري اذا لم تكن مدة القيام باعمال البناء تتجاوز سنتين، ولا يتم ايداع وديعة الضمان اذا تجوزت مدة تنفيذ العقد عن سنتين.
- (٨) تنص المادة (٣١-٢٦١R) من قانون البناء والسكن الفرنسي على ان : (تتم استرداد وديعة الضمان من دون أي عقوبة في الحالات الآتية:
- أ- اذا لم يتم ابرام العقد بسبب البائع في المهلة المنصوص عليها في العقد التمهيدي.
- ب- اذا تجاوز الثمن في العقد التمهيدي بنسبة ٥% من الثمن المتوقع.
- ج- اذا لم يتم الحصول على القروض الواردة في العقد التمهيدي.
- د- اذا لم يتم الحصول على المعدات والاجهزة المنصوص عليها في العقد التمهيدي.
- هـ- تغيير البائع في تكوين البناء بشكل ينقص من قيمته بما يزيد على ١٠% من الثمن التقديري للمبيع).
- (٩) Saint Alary, La vente d immeuble a construire et L obligation de garantie a raison des vices de construction, ١٩٦٨,p.٤٧.
- (١٠) يعرف جانب من الفقه الوعد بالترفضيل بانة: اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره في حالة تصرفه في العين بالبيع ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد، لمزيد من التفصيل حول الوعد بالترفضيل، ينظر : د. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٨٠.
- (١١) Frank steinmet, les ventes d immeubles a construire, these Montpellier, ١٩٧٠,p.٣١٦.
- (١٢) المادة (١٥-٢٦١L) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

- (١٣) Bergel, obs sous d appel de paris, ٢٣ janv, ١٩٧٥.
- مشار اليه عند: د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤١٦.
- (١٤) نقض مدني في ٢٧ اكتوبر ١٩٧٥، دالوز، ١٩٧٦، ص ٩٧، مشار اليه عند: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص ٢٢٨.
- (١٥) نقض مدني، في ٢١ يونيو، ١٩٧٧، مشار اليه عند: المصدر نفسه، ص ٢٢٩.
- (١٦) MAGNIN F., Vente d immeuble a construire Regime renforce, Fase. Op.cit, n ٤٥-٤٧.
- (١٧) التزام بين المشتريين بعقود ابتدائية في الاراضي الزراعية والفضاء.
- (١٨) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لاكثر من واحد في مجال الاسكان، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة الطبع، ص ٤٣٢.
- (١٩) المادة (٢٧-٢٦) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٢٠) فضلاً عما جاء في المواد (٢٦-٢٥، ٢٦١-٢٥) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٢١) نقض مدني في ٢٤ يونيو ١٩٧١، دالوز، ١٩٧٩، ص ٦٧١، مشار اليه عند: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.
- (٢٢) Cass.Civ. ٣ch. ١٧ nov. ١٩٩٣. IR. ٢٥٦ et.J.C.P. ١٩٩٩. ٢٢٢٨٣.
- نقلًا عن د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج ٢، ط ١، مؤسسة بحسون، لبنان، ١٩٩٦، ص ١٧٤، هامش رقم (٢).
- (٢٣) مضمون هذا الالتزام هو عدم تقديم أي من الطرفين اية بيانات او معلومات مغلوبة او مفرطة في التعامل او مغرقة في التفاوض، حيث انه في كل هذه الاحوال قد تقضي هذه البيانات او المعلومات التي تشترك في صفة واحدة وهي انها غير حقيقية الى التعاقد ويقضي هذا كله نوعاً من الشفافية في التعامل، لمزيد من التفصيل ينظر: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٦.
- (٢٤) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٨.
- (٢٥) د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٠٤-٤٠٥.
- (٢٦) المادة (٢٩-٢٦) من قانون البناء والسكن الفرنسي
- (٢٧) المادة (١٥-٢٦) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٢٨) المادة (٣١-٢٦) من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- (٢٩) اذا تم البيع وفق الشروط المنصوص عليها في عقد الحجز عد هذا المبلغ جزءاً من الثمن.
- (٣٠) Olivier Tournafond, vente d immeuble a construire, DALLOZ, mars, (١) ٢٠٠٤، p.١٧.

(٣١) د. محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص ٢٣.