جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

# التنظيم القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء
# (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

تبارك ثابت حسن

إلى مجلس كلية القانون / جامعة القادسية

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

عقيل سرحان محمد

٢٠٢١م ١٤٤٢هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

# ((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة–الآية(١)

# الأهداء

إلى من اطفأ الموت شمعته و فاضت روحه الى الرفيق الاعلى تاركاً وراءهُ قمرين ينيران ما تبقى من طريقه، إلى استاذي الفاضل الذي تعجز الكلمات عن وصفه، الساند لي و المرشد بالنصح و التصحيح عند اختيار العنوان استاذي المرحوم ألمشرف ألدكتور نبراس ظاهر جبر

إلى من سعى و شقى لأنعم بالراحة و الهناء، الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي الى طريق النجاح، إلى من اضاف الى اتعابه عناء تكويني، ورباني فأحسن تربيتي، والدي الغالي

إلى من وهبتني الحياة، و مازالت تقدم لي يد العون، الحبيبة الأولى و الآخيرة، أمي الغالية

إلى شريكي في الحياة، من كان لي سنداً و زرع الامل في قلبي، من شجعني بكل حب و أخلاص و صبّر معي، زوجي الحبيب

إلى من كانوا يضيئون الطريق لي وعلموني الصبر مهما تبدلت الظروف، أخوتي

إلى ام قمري و ملجأي بعد الله، من ساندتني بالصعوبات رفيقة دربي، أختي

إلى طفلي الذي لم يرى النور بعد، اهدي لك ثمرة جهدي لتصبح فخوراً بي فيما بعد.

## ((شكر وثناء))

الشكر لله تعالى منّ عليّ ووفقني طيلة مشواري، فالحمد لله أولاً و آخراً سراً و جهاراً على نعمه، والشكر للحبيب المصطفى صلى اله عليه و اله وسلم و آل بيته الأطهار لفضلهم عليّ بتوفيقي وإنارت طريقي لانهم وسيلتي الوحيدة لمناجاة الباري عز وجل.

واعترافاً منا لأهل الفضل و تعبيراً عن امتنانا اتقدم بالشكر و الثناء إلى استاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عقيل سرحان محمد الذي استقبلني بكل رحابة صدر لكي اكمل مشواري البحثي وأشار عليّ بالنصائح والمعلومات القيمة، فأشكره على حسن توجيهه وأشرافه الذي لم يخلُ من التشجيع الدائم، مما كان له الأثر الأكبر في اخراج الرسالة على هذا الوجه، فجزاه الله عني خير الجزاء في الدنيا والأخرة.

وأتوجه بالشكر والأمتنان إلى عمادة كلية القانون لما أولته من رعاية وعناية طيلة مسيرتي الدراسية.

كما أتوجه بالشكر و الامتان الى اصحاب الرسالة السامية واصحاب الفضل من بعد الله سبحانه وتعالى من مهدوا لي طريق العلم السيد عميد كلية القانون وأساتذتي الأفاضل في كلية القانون جامعة القادسية كافة فهم المستند الأساسي لوصولي إلى ما أنا عليه الأن، وأخص بالشكر والتقدير استاذي الفاضل د. محمد كاظم محمد العوادي لما بذله من جهد لإعانتي و كان المحفز للوصول الى هدفي وزودني بالمعلومات القيمة لإتمام هذه الرسالة.

كما أتوجه بالشكر و التقدير لزملائي من زرعوا التفاؤل في دربي والى كل من قدم لي الدعم و المساعدة، وبخاصة الأستاذ رسول وصديقاتي الأخوات آمنة ياسين – دعاء حميد لجهودهم المبذولة بكافة مراحل الرسالة.

وبالأخير أشكر كل من قصرت بذكره فأنا أحمل له الامتنان في قلبي.

الباحثة

# المستخلص

يعد عقد حجز الوحدات العقارية قيد الأنشاء من العقود الحيوية وحديثة الظهور على الساحة القانونية من ناحية تنظيم أطرها القانونية وتحديد الألتزامات المترتبة على طرفيّه، وتمتد فائدة هذا العقد الى اكبر شريحة في المجتمع وهي الراغبة بالحصول على وحدة عقارية اياً كان الغرض منها وذلك من خلال حجزها تمهيداً للحصول عليها بعد اتمام البناء وتوفير الثمن اللازم لشرائها، واذ كان من المسلم به قانوناً ان العقد متى ما انصب على عقار فأنه يستلزم نقل ملكيته الى المشتري الا انه في عقدنا محل البحث لا يرتب اي اثر بنقل الملكية اذ يقتصر عمل المستثمر العقاري على حجز الوحدة العقارية للمحجوز له مع التزام الاخير بدفع نسبة معينة من الثمن الى جهات متخصصة بذلك وليكون بمثابة ضمانة لإتمام عملية البناء.

ويثير موضوع الطبيعة القانونية لهذا العقد جدلاً على مستوى الفقه القانوني بالنسبة للدول المنظمة له، حيث يذهب البعض على عده وعداً بالبيع معلق على شرط واقف بينما يذهب الاخر على أنه وعداً بالتفضيل، وهنالك من يرى بأنه عقد مستقل ذو طبيعة خاصة في حين يذهب الاخير على اعتباره بيع بالعربون، ولما كان هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين فأنه يرتب التزامات متقابلة على ذمة طرفيه ومتى ما اخل احدهم بالتزاماته فأن ذلك يؤدي الى قيام المسؤولية العقدية.

وبخلو التشريع العراقي من نصوص تتناول تنظيم هذا العقد فيكون الزاماً علينا البحث في القواعد العامة لمعرفة مدى كفايتها لإبرام مثل هكذا عقد.

المحتويات


| ت | العنوان | الصفحة |
|---|---|---|
| 1 | **المقدمة** | ١-٥ |
| 2 | **الفصل الأول: التأصيل النظري لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الانشاء** | ٦-٨٠ |
| 3 | **المبحث الأول: مفهوم عقد حجز الوحدات العقارية** | ٧-٥١ |
| 4 | المطلب الأول: التعريف بعقد حجز الوحدات العقارية | ٧-٢٦ |
| 5 | الفرع الأول: تعريف عقد حجز الوحدات العقارية | ٨-١٤ |
| 6 | الفرع الثاني: خصائص عقد حجز الوحدات العقارية | ١٥-٢٦ |
| 7 | المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية وتمييزه عما يشتبه به من عقود اخرى | ٢٦-٥١ |
| 8 | الفرع الأول: التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الانشاء | ٢٦-٤٠ |
| 9 | الفرع الثاني: تمييز عقد حجز الوحدات العقارية عما يشتبه به من عقود اخرى | ٤٠-٥٠ |
| 10 | **المبحث الثاني: ابرام عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء** | ٥١-٨٠ |
| 11 | المطلب الأول : الرضا في عقد حجز الوحدات العقارية | ٥٢-٧٢ |
| 12 | الفرع الأول: المستثمر العقاري | ٥٢-٦٤ |
| 13 | الفرع الثاني: المحجوز له | ٦٥-٧١ |

| | | |
|---|---|---|
| 14 | المطلب الثاني: المحل في عقد حجز الوحدات العقارية | ٧٢-٨٠ |
| 15 | الفرع الأول: العقار المفترض بناؤه | ٧٢-٧٧ |
| 16 | الفرع الثاني: المبلغ النقدي | ٧٧-٨٠ |
| 17 | **الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء** | ٨١-١٥٠ |
| 18 | **المبحث الأول** : الاثار القانونية لعقد حجز الوحدات العقارية | ٨٢-١١٩ |
| 19 | المطلب الأول: التزامات المستثمر العقاري | ٨٢-١٠٢ |
| 20 | الفرع الأول: تخصيص العقار | ٨٣-٨٨ |
| 21 | الفرع الثاني: الالتزام ببناء العقار المحجوز | ٨٨-٩٩ |
| 22 | الفرع الثالث: الالتزام بأعداد عقد البيع النهائي | ٩٩-١٠٣ |
| 23 | المطلب الثاني: التزامات المحجوز له | ١٠٣-١١٩ |
| 24 | الفرع الأول: الالتزام بدفع المبلغ النقدي | ١٠٣-١١١ |
| 25 | الفرع الثاني: الالتزام بشراء العقار | ١١٢-١١٩ |
| 26 | **المبحث الثاني**: **جزاء الاخلال بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الأنشاء** | ١١٩-١٥٠ |
| 27 | المطلب الأول: قيام مسؤولية اطراف عقد حجز الوحدات العقارية | ١٢٠-١٣٠ |
| 28 | الفرع الأول: قيام مسؤولية المستثمر العقاري | ١٢٠-١٢٧ |
| 29 | الفرع الثاني: قيام مسؤولية | ١٢٨-١٣١ |

| | | |
|---|---|---|
| | المحجوز له | |
| 30 | المطلب الثاني: أثر قيام المسؤولية العقدية لإطراف عقد حجز الوحدات العقارية قيد الانشاء | ١٣١-١٥٠ |
| 31 | الفرع الأول: التنفيذ | ١٣١-١٤١ |
| 32 | الفرع الثاني: الفسخ | ١٤١-١٥٠ |
| 33 | **الخاتمة** | ١٥١-١٥٦ |
| 34 | **المصادر** | ١٥٧-١٧٤ |
| 35 | **المستخلص بالإنكليزي** | A-B |

# المقدمة

# المقدمة

## اولاً: جوهر فكرة الدراسة

مّما لا شك فيه أن القطاع العقاري هو واحد من أهم القطاعات التي تدور حوله حركة باقي القطاعات الآخرى، وهو ما يشغل بال الدول التي تسعى إلى تنظيم الاستثمار فيها على نحو يخفف من وطئة أزمة السكن التي تعد من اعقد المشاكل التي تواجهها المجتمعات البشرية، فاستحقاق كل شخص بالحصول على سكن ملائم ولائق به هو حق تتكفل الدولة بضمان الحصول عليه، ألا إن المواطنين ما يزالون يعانون من هذه الأزمة التي تزداد شيئاً فشيئاً تبعاً للزيادة المستمرة في النمو السكاني علاوةً على الحروب والكوارث التي تسببت في إنهيار الكثير من البنى التحتية والوحدات العقارية، بالإضافة إلى أن هذه الأزمات ساهمت في غلاء اسعار مواد البناء مّما ساعد على ارتفاع سعر الوحدات العقارية.

وفضلاً عن كل ذلك، فأن العراقيل التي قد تواجه الافراد في حال مباشرتهم البناء كنقص الخبرة والكفاءة يولد الحاجة إلى التعاقد مع اشخاص ذوي خبرة بهذا الشأن، الأمر الذي دفع بعض التشريعات القانونية إلى سلوك نهج مغاير في بيع الوحدات العقارية من خلال إنشاء مجمعات عقارية سواء كانت للاستخدام السكني أو المهني يلتزم احد اطراف العقد المتمثل بالمستثمر العقاري ببنائها حسب المواصفات المتفق عليها مع الطرف الآخر– المحجوز له– ومن ثم حجزها له من غير ترتيب أي أثر بنقل ملكية العقار بواسطة عقد تمهيدي أو أولي يسمى بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء الذي يمهد إلى إبرام عملية بيع عقار عادي فيما بعد، فعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء واحداً من العقود التي دفعت الحاجة الملحة إلى ظهورها في الاوساط القانونية بوصفه خطوة تمهيدية لبيع عقار مكتمل بنائه، وقد ادركت بعض القوانين الحاجة إلى هذا العقد وسعت إلى تنظيمه حتى بات نقلة نوعية لعمل المستثمرين العقاريين الذين كان يقتصر عملهم على أسلوب تقليدي متمثل بإنجاز اعمال بناء على أراضٍ مملوكة للأفراد وبموجب تصاميم معدة من قبلهم، في حين أن تنفيذ عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يتم بأسلوب حديث يتضمن بناء وحدات عقارية على أراضٍ مملوكة للمستثمر وبمواصفات متفق

عليها والاستعانة بأشخاص متخصصين من خبرات فنية في مجال الإعمار على نحو يضمن تنشيط حركة التجارة والتداول الذي ينعكس بدوره إيجاباً على النشاط الاقتصادي في البلد.

**ثانياً: أهمية الدراسة**

تكمن أهمية دراسة عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من أهمية العقود ذات الطبيعة التمهيدية التي تعاني من القصور التشريعي لها، فإذا كانت تلك العقود التمهيدية لا ترقى إلى درجة العقد بمفهومه الفني الدقيق على اعتبار أنها مجرد خطوة مبدئية للعقد النهائي ألا إن بوساطتها وعن طريقها تتم إبرام العقود النهائية، إذ أن غالبية العقود وقبل افراغها في صيغة نهائية تكون بإمس الحاجة إلى مرحلة مسبوقة بمجموعة من الخطوات تتجسد بصورة عقد تمهيدي، مّما يجعل دراسة هذه العقود مادة خصبة للتأصيل والتمحيص نظراً لقيمتها العلمية والعملية.

فمن الناحية العلمية، تظهر أهمية دراسة عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء بوصفه محاولة مبدئية للتعمق في دراسة هكذا نوع من أنواع العقود المنصبة على عقار من غير أن ترتب أي آثر بنقل ملكيته كما هو الغالب في العقود الواردة على عقار بحسب القواعد العامة في القوانين المدنية، إذ لم تنل هذه العقود – التمهيدية– نصيبها من الدراسات القانونية وهذا ما يجعل هذه الدراسة المتخصصة بداية لدراسات آخرى من شأنها أن تثري المكتبات القانونية بتقديم مادة جديدة تخص هذا النمط من انماط العقود التي يكون محلها عقار غير منجز.

إما من الناحية العملية، أن لهذا العقد أهمية عملية تطال افراد المجتمع بصورة عامة كونه يحقق الرفاهية المتمثلة بتوفير مبانٍ صالحة للاستخدام السكني او لممارسة اي نشاط مهني آخر، فضلاً عن المصلحة التي يحققها لأطراف العقد بصورة خاصة، فبالنسبة للمستثمر العقاري تبرز اهميته من خلال جس نبض حالة السوق، من ثم معرفة فرص نجاح المشروع العقاري عن طريق اختبار مدى تقبل السوق له والوقوف على وضعه الاقتصادي فيما إذا كان قادراً على اكمال بناء العقار أو لا، وقبل أن يقوم المستثمر العقاري بالإعلان عن مشروعه التجاري الذي يرغب بإقامته سيكون من مصلحته أن يعرف عدد المقبلين لشراء البناية فيما بعد وذلك عن طريق

الحاجزين للعقار محل العقد، فضلاً عن الأهمية التي تمنح للمستثمر العقاري التي تتجلى بأخذه لوقت الكافي لتحديد الثمن لكون كلا التشريعات محل الدراسة المقارنة أعطت الحق له بإن يغير الثمن الاحتمالي الذي حدد عند إبرام العقد التمهيدي متى ما اقتضت الضرورة ذلك.

أما بالنسبة للمحجوز له فتظهر الأهمية العملية لهذا العقد بأنه يهيئ للأخير فرصة الاختيار بين افضل العروض المقدمة له، فيلجئ إلى حجز وحدة عقارية في مبنى معين من غير أن يلتزم بصفة نهائية، كما يُمكنه من الحصول على تلك الوحدة العقارية بمواصفات تم الأتفاق على حيثياتها ابتدءاً بصورة تمكنه من الاستفادة منها على النحو المخصص لبنائها، ومتى ما كان المحجوز له غير قادر على دفع ثمن الوحدة العقارية كاملةً عند إبرام العقد التمهيدي فأعطى له هذا العقد الوقت الكافي لتدبيره لحين إبرام عقد البيع النهائي.

أضف إلى ذلك، أن هكذا عقد _عقدنا موضع البحث_ يساهم بشكل كبير في التخفيف من آزمة السكن، اذ أن وجود اشخاص تتكفل بإعداد مشروعات عقارية على نحو مختص ينعكس بصورة ايجابية على الدولة ويقطع اشواطاً كبيرة فيما يتعلق بإنجاز اكبر عدد من الوحدات العقارية في مدة زمنية معقولة قد يحصل فيها المستثمر العقاري على دعم مالي من الدولة بوصفهِ شخصاً مهنياً ومن ثم يوفر للدولة جهد حل مشكلة العشوائيات والتجاوز على أراضيها وممتلكاتها.

## ثالثاً: اشكالية الدراسة

قد تبدو بعض العلاقات القانونية بظاهرها متشابهة ومؤدية النتائج نفسها من الناحية الأقتصادية، فما يحصل عليه المتعاقد مع مقاول بناء دار سكنية هو ذاته ما يحصل عليه المتعاقد جراء حجز دار سكنية تمهيداً لشراؤها فيما يعد، ألا إن القوانين محل الدراسة المقارنة نظمت كلٌ من هذه العلاقات تنظيماً مستقلاً وبنصوص قانونية مختلفة، وإذ كانت القاعدة العامة في القانون المدني العراقي تبيح للأفراد إبرام ما يشاؤون من العقود غير المسماة من منطلق الحرية التعاقدية وخضوعاً لمبدأ سلطان الإرادة، فتبرز اشكالية هذا الموضوع في صعوبة تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد وما يثار بخصوص ذلك من مشاكل نظرية وعملية باعتبار ان

الاحكام القانونية المنظمة لأثار هذا العقد غير محددة من قبل المشرع العراقي ولا حتى الفقه القانوني متفق بشأنها.

**رابعاً: الاسئلة البحثية**

تثار بشأن هذه الدراسة تساؤل مركزي، وهو ما مدى كفاية القواعد العامة بتوفير الضمانات الكافية لإطراف العقد للحصول على وحدة عقارية ما زالت قيد الإنشاء؟

ومن هذا التساؤل تنبثق مجموعة من التساؤلات الفرعية يمكن بيانها كالاتي:

١. ما المقصود بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء؟ وما الخصوصية التي يتمتع بها مقارنةً مع باقي العقود التي تنصب على عقار او العقود ذات الطبيعة التمهيدية؟
٢. ما الطبيعة والتكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء؟
٣. ما متطلبات انعقاد عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء؟ وما خصوصية المحل في إبرام هذا العقد؟
٤. ما الالتزامات التي يرتبها عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء على كلا طرفي العقد، وما الجزاء المترتب على الاخلال بهذه الالتزامات العقدية؟

## خامساً: منهجية الدراسة

سنعتمد منهج البحث المقارن كأسلوب للبحث في هذه الدراسة مع التشريعات القانونية محل الدراسة وهي كلٌ من القانون المدني العراقي من جهة والقانون الفرنسي والقانون الجزائري من جهة آخرى لوجود ترابط بينهما من حيث تنظيم العقد- مع وجود اختلاف في التفاصيل- بموجب قوانين خاصة كقانون البناء والسكنى الفرنسي وقانون الترقية العقارية الجزائري النافذ، وهذا من شأنه أن يثري الموضوع عن طريق المقارنة بينهما وبين القواعد العامة المكرسة في القانون المدني العراقي الذي يخلو من تنظيم مباشر للعقد، ولا تقتصر المقارنة على قواعد القانون المدني بل تتعداها إلى قوانين خاصة آخرى وبحسب الحاجة، كما سنتطرق إلى بيان موقف القضاء إذ تتضمن الدراسة بعض القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع ولا سيما في القضاء الفرنسي للتعرف على طبيعة العقد والبحث بالتزاماته.

**سادساً: هيكلية الدراسة**

نظراً لما يناسب موضوع الدراسة فقد اعتمدنا التقسيم الثنائي كأسلوب للبحث: حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى بيان التأصيل النظري لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، مقسمين ذلك على مبحثين، المبحث الأول لبيان مفهوم عقد حجز الوحدات العقارية من خلال تعريفه وبيان سماته فضلاً عن معرفة طبيعته القانونية، اما في المبحث الثاني فستطرق فيه إلى أركان عقد حجز الوحدات العقارية من ناحية المحل والاطراف المكونة له، ونخصص الفصل الثاني للتعرف على الأَحكام القانونية الخاصة بعقد حجز الوحدات العقارية وذلك على مبحثين: ففي المبحث الأول سنتطرق لبيان التزامات كلا الطرفين، أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى معرفة الجزاء المترتب في حال قيام المسؤولية العقدية.

ثم اختتمنا دراستنا لهذا العقد بخاتمة تضمن ما توصلنا إليه من نتائج ومقترح لمشروع قانون مختص بتنظيمه.

# الفصل الاول

# التأصيل النظري لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

# الفصل الأول

## التأصيل النظري لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يعد من العقود حديثة الظهور نسبياً في الواقع العملي، فنظراً لما للسكن من أهمية قصوى تتجلى لدى أفراد المجتمع بصورة عامة فقد عمدت بعض الدول إلى تسهيل اقتناء تلك الدور السكنية للأفراد من خلال تقنين بعض العقود التي تتعلق بالمجال العقاري، وتميزت هذه العقود بتسهيلات عدة تتمثل بإزاحة بعض العراقيل التي قد تؤدي إلى عدم كسب الفرد مناه بالحصول على دار سكنية ملائمة للمعيشة، فعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء قد نظم بموجب القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤، وقانون الالتزام بضمان عيوب البناء الصادر بتاريخ ٣ كانون الثاني لسنة ١٩٦٧ المعدل بقانون رقم (٥٧٤) لسنة ١٩٦٧، وفي قانون البناء والسكنى الفرنسي (بيع العقارات للبناء والتجديد) لسنة ١٩٧٨ المعدل بموجب القانون رقم (٨٧٣) لسنة ٢٠١٩ وايضاً لقي تنظيماً ومكاناً له في التشريع الجزائري سواء في قانون الترقية العقارية لسنة ١٩٨٦ المُلغى أو في قانون الترقية العقارية النافذ رقم (٠٤-١١) لسنة ٢٠١١، فالدول المنظمة لأَحكام هذا العقد قامت باستثمار اموالها لمواجهة الطلب المتزايد في مجال السكن، مع الأشارة إلى عدم وجود أي تنظيم له في الوقت الحاضر في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ أو القوانين الآخرى ذات الصلة.

ففي هذا الفصل سنتطرق في مبحثه الأول إلى بيان مفهوم عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من خلال معرفة المعنى الفقهي والتشريعي له وايضاً بيان أهم ما يتسم به من سمات، ومن ثم سنعرج إلى استيضاح التكييف القانوني للعقد محل البحث وتمييزه عن أهم ما يشتبه به من أوضاع، أما في المبحث الثاني فسنبحث في اركان العقد سواء من ناحية الرضا أو المحل الذي ينصب عليه.

## المبحث الأول

## مفهوم عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

يعد عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من العقود المرتبطة بحاجة الفرد للسكن فتظهر أهميته بتوفير المأوى المناسب لهم، ولما كان العقد محل البحث من العقود الحديثة فان دراسته وكأي فكرة قانونية جديدة يستلزم تحديد مفهومها أولاً كونه البوابة التي تمكننا الولوج في تفاصيله للإحاطة به، وذلك بالتعريف به والوقوف على معناه، وامام حداثة هذا الموضوع فإن تحديد مفهومه لا يكتمل من غير تحديد طبيعة هذا العقد لتكييفه وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع.

وبناءً على ما ورد أعلاه، فاننا سنتناول دراستنا لهذا المبحث بتقسيمه على مطلبين: نخصص المطلب الأول لتعريف عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، أما في المطلب الثاني فسنوضح فيه تكييفه القانوني وتمييزه عما قد يشتبه به من عقود.

### المطلب الأول

### التعريف بعقد حجز الوحدات العقارية

لقي عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء اهتماماً واسعاً لدى الدول التي نظمته في مجمل قوانينها المدنية أو في القوانين الآخرى ذات الصلة، وذلك لما له من أهمية واسعة تتجلى في توفير سكن لائق للمواطنين على وفق الخطط والمتطلبات التي توضع من قبل المستثمر العقاري، وللتعريف بهذا العقد فان ذلك يتطلب بيان معناه لأستخلاص ابرز السمات التي يتسم بها، وعليه سنقسم الدراسة في هذا المبحث على فرعين: الأول لتعريف عقد حجز الوحدات العقارية، أما الفرع الثاني فيتطلب الأمر منا البحث عن خصائص هذا العقد بوصفها مسألة تكمل موضوع التعريف.

## الفرع الأول

## تعريف عقد حجز الوحدات العقارية

للوقوف على التعريف بعقد حجز الوحدات العقارية سنتناول التعريفات التي جاءت بها التشريعات في القوانين محل الدراسة المقارنة، من ثم بيان التعريف الفقهي له وذلك على النحو الأتي:

**اولاً: التعريف التشريعي**

ان عقد حجز الوحدات العقارية قيد الانشاء قد لقي اهتماماً واسعاً لدى الدول التي تولت تنظيمه، ففي القانون الفرنسي كان بيع الممتلكات المستقبلية الجديدة محكوماً في البدء بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني الفرنسي المنظمة لعقد البيع، إذ تشير المادة (١١٦٣)[١]، من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦ بإن العقار المستقبلي يمكن أن يكون موضوعاً لعقد ما، ألا إن ذلك لم يكن مناسباً جداً لهذه العمليات لانه لم يوفر للمشتري ضمانة كافية ولم يسعفه من المخاطر التي قد ينطوي عليها البناء، من ثم فقدان الأموال التي تقدم لتمويل البناء، ولتدارك هذه ألاخطار فقد أنشأ المجلس التشريعي نظاماً محدداً لبيع الممتلكات العقارية المستقبلية في عام ١٩٦٧، وتم إدراج بعض أَحكامه العامة في القانون المدني الفرنسي (١٦٠١ وما بعدها)، وتم ادراج الباقي في قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل (المواد ٢٦١ وما بعدها)[٢].

فقد جاءت المادة (١٦٠١) من القانون المدني الفرنسي لتعرف عقد بيع المباني قيد الإنشاء بصورة عامة، بانه: "البيع الذي بموجبه يتعهد البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد وهو أما أن يكون لإجل أو حسب الحالة المستقبلية"، فيتضح من المادة أعلاه أن المشرع الفرنسي قد وضع صورتين يمكن للمتعاقدين من خلالهما إبرام عقد بيع المباني تحت الإنشاء، تاركاً لهما حرية اختيار أحداهما من غير الآخرى وهما: بيع المباني تحت الإنشاء المضاف لأجل والتعاقد حسب الحالة المستقبلية للبناء المعروف ب(عقد بيع العقار

---

(١). "ان محل الالتزام يكون اما اداء حالاً أو مستقبلياً..".

(2) Stéphane Glock, Op. Cit, p39.

علـى الخارطـة)[1]، فـالبيع الآجـل يعـرف وبحسـب الفقـرة الثانيـة مـن المـادة أعـلاه بانـه: " هـو العقـد الـذي يلتـزم بموجبـه البـائع بتسـليم المبنـى عنـد إتمامـه، ويلتـزم المشـتري باسـتلامه ودفـع ثمنـه بتـاريخ التسـليم، علـى أن يـتم أنتقـال الملكيـة بقـوة القـانون بإثبـات إتمـام البنـاء بموجـب سـند رسـمي، وينـتج آثـاره بصـورة رجعيـة تعـود إلـى تـاريخ البيـع"، وعلـى وفـق هـذا التعريـف أن الملكيـة لا تنتقـل إلـى المشـتري إلا عنـد إتمـام عمليـة البنـاء ولكـن أنتقالهـا يسـري بـاثر رجعـي، ويبـدو أن عقـد حجـز الوحـدات العقاريـة قيـد الإنشـاء مـا هـو إلا صـورة مـن صـور البيـع الآجـل لكونـه لا يقوم بنقل أي ملكية للمحجوز له إلا حين إتمام البناء.

ونُظمـت أَحكـام عقـدنا محـل البحـث فـي نطـاق المـادة (١١) مـن قـانون ٣ كـانون الثـاني لسـنة ١٩٦٧ المعـدل تحـت مسـمى العقـد التمهيـدي، لتعرفـه بإنـه: (العقـد الـذي يلتـزم بموجبـه البـائع بحجـز العقـار أو جـزء منـه إلـى المشـتري، مقابـل ايـداع ضـمان مقـدم فـي حسـاب خـاص)، أمـا فـي ظـل المـادة (١٥-٢٦١) مـن قـانون البنـاء والسـكنى الفرنسـي المعـدل، فقـد أطلـق علـى هـذا العقـد تسـمية العقـد الأولـي الـذي يكـون سـابقاً لعقـد البيـع النهـائي فنصـت المـادة علـى: " أولاً-يجـوز أن يسـبق البيـع المنصـوص عليـه فـي المـادة (١٠-٢٦١) عقـد تمهيـدي يلتـزم بموجبـه البـائع، بتخصـيص مبنـى أو جـزء مـن مبنـى إلـى المشـتري مقابـل ايـداع ضـمان مقـدم إلـى حسـاب خـاص، ويجـب أن يشـتمل هـذا العقـد علـى المعلومـات الضـرورية المتعلقـة بمحتويـات المبنـى ونوعيـة البنـاء ومهـل إنجـاز الأشـغال بالإضـافة إلـى محتـوى المكـان المخصـص لهـذا المشـتري ووضـعه وثمنـه، وتكـون الأمـوال المودعـة للضـمان غيـر قابلـة للحجـز والتصـرف بهـا حتـى إبـرام عقـد البيـع، ويعتبـر بـاطلاً كـل وعـد آخـر بالشـراء أو البيـع"، وقـد كـان المشـرع الفرنسـي موفقـاً عنـد صـياغته لهـذه المـادة، بوصـفها اكثـر شـمولية وتنظيمـاً لمحتـوى هـذا العقـد نظـراً لمـا تحتويـه مـن وصـف لتلـك البيانـات والمسـتندات اللازمـة لإبرامـه، كمـا أنـه أوضـح الآثار القانونية كافة المترتبة بموجبه.

(١) عرف بأنه " هو ذلك العقد الذي يرد على محل لم يتم انشاؤه بعد، وبموجب هذا العقد يتعهد البائع بأنشاء عقار معين أو وحدة معينة على وفق نماذج معينة تحددها وثائق العقد، وكما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار الى المكتتب او تسليمه اياه، أي الى الممتلك المشتري في المستقبل مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري له" انظر : د.سمير عبد السميع الاون، تمليك وحدات البناء تحت الانشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، ط١، مطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص٩.

ولم يكن التصور المتقدم بعيداً عن موقف المشرع الجزائري، حيث نظم وبشكل مفصل عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء المسمى بين طيات قانونه باسم (عقد حفظ الحق)، في ظل قانون الترقية العقارية النافذ رقم (٠٤-١١) الصادر في سنة ٢٠١١/٢/١٧، فجاءت المادة (٢٧) لتعرف هذا العقد بانه: " العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور أنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الآخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة ٥٦ من هذا القانون، ويحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم".

ولو اقتربنا من دائرة المحل الذي ينصب عليه هذا العقد، فان تساؤلاً يثار بهذا الصدد مفاده ما حكم العقد الذي يرد على محل مستقبلي ليس له وجود وقت العقد؟

بالرجوع إلى القواعد العامة في القوانين محل الدراسة المقارنة نجد الأصل أن يرد المحل على شيء موجودا وقت أنعقاد العقد، ألا أنها إجازت[١]، أن يتم التعامل بالأشياء المستقبلية ما لم ترد على تركة أنسان على قيد الحياة أو على حق المؤلف[٢]، فكل التزام محله غير موجود وقت التعاقد لكنه ممكن الوجود مستقبلاً فهو جائز، فان كان المستقبل امر محقق الوقوع ينعقد العقد لأجل[٣].

أما على مستوى القانون العراقي فلم يكن هناك تنظيماً لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، ولما كان عقدنا موضع البحث من العقود الواردة على عقار وهذا الآخير وكما هو

---

(١) المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي الذي تم تعديله سنة ٢٠١٦: "ان محل الالتزام يكون اما اداء حالاً او مستقبلياً.."، المادة (٩٢) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥: "يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، الا في الاحوال التي نص عليها القانون، المادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي: "يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة و الغرر. ٢. غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل".

(٢) المادة (٣٩) من قانون حماية المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١: "يعتبر باطلاً تصرف المؤلف في مجموع انتاجه الفكري المستقبل".

(٣) ينظر: د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٦٦. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الاول، الكويت، ١٩٨٢، ص٣٥٨. د. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط٣، موقم للنشر، الجزائر، ٢٠١٣، ص٢٢٨.

معروف يسجل كل تصرف متعلق به في دائرة التسجيل العقاري[١]، فلا يرتب أي أثر بنقل الملكية أو التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، لذا من الضروري ايجاد تنظيم خاص لهذا العقد نظراً لأهميتهِ في المجتمع.

**ثانياً: التعريف الفقهي**

ممّا لاشك فيه أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، يعد من العقود الحيوية في الواقع العملي، وهو خطوة أولية تسبق التوقيع على العقد النهائي لبيع العقار[٢]، وقد أطلق عليه تسميات عدة كالعقد الأولي أو عقد الحجز أو عقد حفظ الحق وسنتناول بيانها تباعاً:

عند البحث في أبرز التعريفات التي عرف بها عقد حجز الوحدات العقارية، نجده عرف بإنه: (البيع الذي يلتزم فيه مالك مشروع البناء بنقل ملكية المبنى عند تمام البناء غير أن الملكية تنتقل بأثر رجعي من وقت التعاقد لا من تاريخ تمام البناء، ولا يلزم المشتري بدفع أي قسط من الثمن قبل تمام البناء لكن بمقدور المتعاقدين الأتفاق على أن يودع المشتري باسمه وديعة نقدية مصرفية كضمان لصاحب المشروع بدفع الثمن عند إتمام البناء)[٣]، ويلاحظ من التعريف أعلاه، أن ملكية العقار لا تنتقل فوراً عند إتمام العقد بل بعد إتمام عملية البناء ولكن بأثر رجعي، وإن للمحجوز له الأولوية في تملك تلك الوحدة العقارية محل العقد بعد ايفائهِ بالالتزامات الملقاة عليه، مع عدم التزامه بدفع أي قسط من اقساط البناء ما عدا مبلغ ما يسمى بوديعة ضمان أو التسبيق النقدي[٤]، وما يؤاخذ هذا التعريف أنه أطلق على هذا العقد تسمية بيع في حين أن العقد لا يتضمن بيع بالمعنى القانوني وانما يقتصر فقط على حجز وحدات عقارية بالإمكان أن تنتهي فيما بعد إلى عملية بيع عقار عادي.

وبالمثل لما تقدم هناك من عرف عقد الحجز بإنه: (عقد أولي، يحتفظ بموجبه المشتري بحقه في تملك الشقة السكنية وفقاً للخطط والمواصفات الموضوعة مسبقاً، وذلك بالإستناد إلى المادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي رقم (٨٧٢) لسنة ١٩٧٨ المعدل

---

(١) المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي: "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

(٢) مما يجدر الإشارة اليه اننا لم نتطرق إلى تعريف العقد من الناحية اللغوية وذلك لرسوخه في الذهن القانوني.

(٣) د. علاء حسين علي عقد بيع المباني تحت الإنشاء(دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٢٠.

(٤) سنتطرق إلى بيان تسمية هذا المبلغ النقدي وتكييفه القانوني وكيفية دفعه عند البحث في التزامات المحجوز له.

الذي حظر وبشكل تام أي عقد آخر غيره، فهو عقد فريد من نوعه وعليه لا يمكن تصوره مع أي عقد آخر سابق كالوعد بالبيع[١]، ونرى من خلال هذا التعريف أن أهم ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود هي الصفة المعطاة له المتمثلة ب (الأولوية)، وبالوقت نفسه مدى خطورته بحيث ابطل معه المشرع الفرنسي إبرام أي عقد آخر، ألا إن ما يعيب على واضعه بإنه لم يكن تعريفاً جامعاً يبين ماهية العقد ولم يبين فيه الالتزامات الناتجة عنه، سواء تلك التي تقع على عاتق المستثمر العقاري أو على المحجوز له.

وفي ذات المعنى عُرف بإنه: (عقد ابتدائي إلزامي محدد مقابل الأيداع، يتعهد بموجبه البائع بحجز وحدة سكنية للمشتري وان أي وعد آخر بالبيع أو الشراء يعد باطلاً، ويمكن ايضاً أن يبرم ذلك العقد الأولي حتى قبل أن يمتلك البائع أرض البناء، أو حصل على إذن تخطيط، ويحدد النظام الأساسي الحد الأدنى من المعلومات المتعلقة بالعقار (مساحة الطوابق وعدد الغرف...)، وكذلك جودة المبنى والمواعيد النهائية لإنجاز العمل فضلاً عن موقع العقار وسعره، فيضع هذا العقد التزاماً على البائع لحجز وحدة مسكن وعلى المشتري أن يدفع وديعة لا تزيد عن٥% من السعر)[٢]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بشرح مسهب متضمناً لتفاصيل لا حاجة لها ضمن التعريف، كما أنه أثار مسألة أن المستثمر العقاري قد يبرم عقد الحجز مع المحجوز له حتى قبل أن يمتلك تلك الأرض، فكيف يتصرف المستثمر العقاري بعقار لا يملكه بعد!؟، هذا الأمر سنبينه عند الكلام على التزاماته فيما بعد.

كما يعُرف بإنه: (عقد تمهيدي، يرتب التزام على البائع بالأحتفاظ للمشتري بمبنى أو جزء من المبنى المراد تشييده، وهو بالتالي التزام يرافقه شرط تنفيذ مشروع البناء في عقد الحجز)[٣]، يتضح ممّا سبق ذكره بإنه التزام المستثمر العقاري الأول هو حجز تلك الوحدة العقارية باسم المحجوز له وهو المسؤول عن تنفيذ العقد بصورة تكفل حماية حقه، من ثم

(1).Commisson de droit immobilier, contrat de reservation Et avant-contrat, compet rendu de la reunion du 21 septembre 2011 , p.2.

(2). Stéphane Glock, REAL PROPERTY LAW PROJECT FRANCE, p.49.

(3). Christiane Loyer-Larher, VENTE D'IMMEUBLES A CONSTRUIRE / Contrat préliminaire/ Qualification juridique / Obligations du réservant, Études et dossiers (Institut d'études judiciaires de Rennes), p.14.

يعد هو المسؤول عن التعرض في حالة مزاحمة الآخرين له، فضلاً عن التزامه بإكمال البناء، إلا أننا لم نلاحظ في طيات التعريف أي بيان لالتزامات المحجوز له، ويلاحظ على التعريفين أعلاه، أن في ظل نطاق القانون الفرنسي يوجد ثلاث صور للعقود التمهيدية، فبالإضافة إلى الوعد البيع والوعد بالتفضيل يوجد العقد الأبتدائي، وقد عرف بإنه: " مرحلة وسطى ما بين المفاوضات العقدية والعقد النهائي، إذ يعد العقد الأبتدائي مشروعاً متكاملاً للتعاقد وله عدة مظاهر قانونية تختلف باختلاف الغايات التي هدف اليها الأطراف عند إنشاء هذا النوع من التعاقد"[١]، وان الأطراف غالباً ما تتصرف ارادتهم إلى إبرام هكذا عقد في الميدان العقاري، لتوفير الوقت اللازم للمحجوز له ليتأكد من مدى جدية المستثمر العقاري ببناء العقار بحسب ما اتفق عليه من مواصفات، ولتمكين المستثمر العقاري بمعرفة حالة السوق ومدى قدرته المالية لإتمام البناء.

وقد عرف كذلك بانه: (عقد خاص، يحجز بموجبه المشتري عقار مازال في طور الإنجاز من خلال دفع وديعة ضمان إلى البائع، ويتضمن توقيع العقد أولوية الشراء له إذ كان المبنى قد اكتمل بالفعل)[٢]، فيبدو من خلال التعريف المذكور عدم ترتيب أي حق للمحجوز له على ذلك العقار المحجوز سوى أولوية شراؤه في حالة إنجاز البناء في المستقبل.

بينما يعرف[٣] بإنه: (عقد الحجز هو ذلك العقد الذي يتخذ شكل عقد أولي، أي حجز أو حفظ عقار ما مع التقيد بقواعد الزامية محددة، والغرض منه هو حفظ المسكن المختار وتحديد عناصره الأساسية "وصف الممتلكات، والسعر، والجدول الزمني للتسليم"...)،

---

(١) د. عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية التي للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، بحث مشارك في المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المغرب، ص٨١.

(2). Acheter sur plan, Ce qu'il faut savoir avant de signer, p1. Publié sur le lien https://edito.selogerneuf.com/conseils-d-experts/acheter/vefa-5-points-scruter-avant-de-signer-votre-contrat-de-reservation-article-13988.htmland https://www.immoneuf.com/conseils/les-6-points-cles-d-une-vente-sur-plans-reussie/a6030

(3). LA VENTEEN L ENTAT FUTUR D-Achevement, Article publie par Notaires Paris-ill- de- France, p.3.

ويلاحظ على التعريف أنه جاء خالياً من أي أشارة إلى الالتزامات التي يرتبها عقدنا محل البحث.

وكذلك عرف بإنه: (هو ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه البائع بحجز ألاماكن المحددة للمشتري مقابل وديعة التأمين التي يدفعها الآخير وذلك بالإستناد إلى النماذج المنصوص عليها في الفقرة ٣ من المادة ١٦٠١ الواردة القانون المدني الفرنسي بحيث يشمل النموذج موقع المبنى والخطط المرفقة وجودة الإنشاء، وكذلك الأشعار الوصفي الموجز المرفق بهذا العقد والموقع من قبل الأطراف والذي يقر حامل الحجز باستلام نسخة منه، وان تلك المستندات المقدمة تتضمن "أشعار وصفي بالموجز وخطة التنبؤ للمباني المختارة")[١]، فيبدو من التعريف أعلاه أنه لجأ إلى وصفه بإنه نوع من أنواع التعهدات، وهو بهذا المعنى قد ادخل فيه كافة التصرفات القانونية (التعهدات) بصورة عامة، بحيث يشمل الإرادة المنفردة والعقد، ويلاحظ ايضاً أن واضع التعريف حاول التركيز على أهمية تلك المستندات المرفقة بالعقد التي تبين الحالة النهائية للبناء ومدى مطابقتها له عند الأكتمال.

وعرّف بانه:( ذلك العقد الذي يرتب التزام على عاتق المرقي العقاري (المستثمر العقاري) بتخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء للمحجوز له ونقل ملكيته له بعد الأنتهاء من البناء بموجب عقد آخر)[٢]، ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه إلا من حيث التسميات التي أطلقها على أطراف العقد ويؤاخذ عليه ما تم مؤاخذته على سابقه في أنه لم يكن تعريفاً جامعاً، حيث جاء مقتصراً ببيان التزامات المستثمر العقاري من غير أي ذكر لالتزامات المحجوز له.

وفي ضوء ما تقدم من تعريفات، يمكننا أن نستنتج تعريفاً لهذا العقد ونعرفه بإنه:

عقد تمهيدي، رسمي منصب على عقارٍ ما زال قيد الإنشاء، يلتزم بموجبه المستثمر العقاري بحجز وحدة عقارية باسم المحجوز له، مع التزام الآخير بدفع مبلغ من النقود لدى

(1) CONTRAT DE RESERVATION. Logement en V.E.F.A. Publié sur le lien https://notairesdugrandparis.fr/sites/default/files/la_vefa_vente_en_letat_futur_dachevement_mai_2016.pdf.

(٢) ينظر: محمد بن عامر، عقد حفظ الحق كتقنية للترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس، المدية، ٢٠١٤، عدد٢، ص٣٤٤.

الجهة المختصة بذلك، على أن يتم البيع ونقل الملكية له عند الأكتمال من البناء بعقد آخر يسمى بالعقد النهائي عند الأتفاق على ذلك.

## الفرع الثاني

## خصائص عقد حجز الوحدات العقارية

بناءً على ما تم التوصل اليه من تعريف لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، يمكن بيان سمات هذا العقد على النحو الأتي:

**اولاً: عقد حجز الوحدات العقارية عقداً تمهيدياً**

يعد عقد حجز الوحدات العقارية عقداً تمهيدياً، ويُعرف الآخير بإنه التفاوض على العقد فهو حصول اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو اكثر بمقتضى أتفاق بينهم، يتم من خلاله تبادل وجهات النظر وبذل المساعي المشتركة بهدف الوصول إلى تصور مشترك لإبرام عقد في المستقبل[١]، وقد عُرف ايضاً بإنه العقد الذي يسبق إبرام العقد النهائي المنشود والذي يكون بدوره ممهداً لهذا الآخير، ويترتب على مخالفته المسؤولية العقدية وان لم يبرم العقد النهائي[٢].

وللعقود التمهيدية دور مهم في عملية إبرام عقد البيع النهائي، خاصةٍ أن كان التصرف القانوني الذي يحاول الأطراف الأتفاق عليه متعلق بعقار ما زال في طور الإنجاز لم يكتمل بناؤه بعد، حيث يتطلع كل طرف إلى معرفة التفاصيل الخاصة بالعقد واستبقاء حريته في عدم التعاقد بشكل نهائي إلى حين لحظة الأتفاق النهائي، فيسعى الأطراف إلى المحافظة اطول مدة ممكنة لما لهم من حرية تعاقدية، لمعرفة كافة التفاصيل والشروط التي ينص عليها العقد.

واستعملت التشريعات المنظمة لإحكام عقدنا موضع البحث تعبيرات مختلفة عبرت من خلالها عن السمة التمهيدية له وبإنه يسبق عقد البيع النهائي، فقد جاءت المادة (١١) من قانون ١٩٦٧ المعدل لتعرف العقد التمهيدي بإنه: (هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بحجز العقار أو جزء منه إلى المشتري، مقابل ايداع ضمان مقدم في حساب خاص)، ومن ثم جاءت المادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل لتبين لنا صفة التمهيد لعقد حجز الوحدات العقارية لتنص على: (يجوز أن

---

(١) ينظر: رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٦٣.

(٢) ينظر: جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الاول، مارس، ١٩٩٦، ص١٤.

يسبق البيع المنصوص عليه في المادة ١٠-٢٦١ عقد أولي يتعهد بموجبه البائع مقابل ايداع ضمان مقدم إلى حساب خاص بإن يحتفظ للمشتري بمبنى أو جزء غير مبنى...).

فيلاحظ على ما سبق ذكره، أن المشرع الفرنسي قد أطلق صفة العقد الأولي على عقد الحجز تارةً، فضلاً عن تسميته له بالعقد التمهيدي في ظل المادة (١١) من قانون ١٩٦٧ المعدل تارةً آخرى، وبالرجوع إلى المعاجم الفرنسية وجدنا أن عبارة (Avant-Contrat)[١]، ما هي ألا ذات معنى واحد فتفسر أنها أولي أو تمهيد، وقد اعتبر المشرع الفرنسي عقد الحجز خطوة تمهيدية لإبرام عقد آخر هو عقد البيع النهائي، حيث يُكمن بموجبه مصلحة لكلا أطراف العقد، فبالنسبة للمحجوز له فله الحرية بالأختيار بين افضل العروض المقدمة له من غير أن يلتزم بصفة نهائية على أمل أن يظهر له فيما بعد عرض آخر وبشروط افضل، كما أنه لا ينوي أن يرفضها بصورة نهائية خوفاً من أن لا يجد فرصة آخرى افضل منها، أما مصلحة المستثمر العقاري تتجلى من خلال الوقوف على امكانية تنفيذ المشروع فيلجأ إلى حجز المبنى للمحجوز له وبيعه له عند أكتمال البناء، بعد أن يتم التعرف على حالة السوق، وايضاً قد يصل الأمر في بعض الأحيان إلى مقاسمة المحجوز له في تحمل بعض المسؤوليات وإنجاز الاعمال بدلاً منه في حالة الأتفاق عليها مسبقاً[٢].

وقد أبدى الفقه الفرنسي تاييده لما ذهب إليه المشرع الفرنسي بمنح سمة التمهيد لهذا العقد، فبيع المباني السكنية ذات الأستخدام المختلط والمباني المخصصة لذوي المهن بعد أكتمال بنائها في المستقبل، يتم من خلال إبرام (عقد أولي) بمقتضاه يحتفظ المحجوز له بالوحدة العقارية محل العقد طبقاً للاوصاف والخطط المحددة وسعر البيع التقديري الذي تم الأتفاق عليه ما بين المتعاقدين[٣].

وجاء موقف المشرع الجزائري مختلفاً حسب القوانين التي نظمت هذ العقد، ففي قانون الترقية العقارية المُلغى لسنة ١٩٨٦ جاءت المادة (٣١) بقولها: (يحرر العقد التمهيدي المسمى بعقد حفظ الحق في شكل عرفي...)، فيلاحظ من النص أعلاه أن المشرع قد اشار صراحةً للسمة التمهيدية لهذا العقد، ألا إنه الغيت أَحكام هذا القانون بموجب قانون الترقية العقارية

---

(1) ( Avant- Contrat)، هو اتفاق يبرم بصورة مؤقتة من اجل ابرام عقد اخر في المستقبل، ينظر:
Dictionnaire Larousse poche, 2018,Ed. Annivrrsayre bicntenaire Pierre Larousse, Parise: DL 2017, 1 vol, p.98.

(٢) ينظر: د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٧٤.

(3). Commisson de droit immobilier, Op. Cit, p.1 .

لسنة ١٩٩٣ الذي لم يحمل بين طياته أي وجود لهذا العقد[١]، إلى حين صدور القانون النافذ (الترقية العقارية) لسنة ٢٠١١ الذي اعاد تنظيمه، بموجب المادة (٢٧) منه المسبوقة الذكر، التي لم تنص صراحة على السمة التمهيدية لعقد حفظ الحق ولكن قد يستنتج ذلك ضمناً، على اعتبار أن كلا المستثمر العقاري (المرقي العقاري) والمحجوز له غير ملتزمين بصورة نهائية لإبرام العقد النهائي الناقل للملكية.

ألا إن هناك من اقر بالسمة التمهيدية لهذا العقد وفق القانون الجزائري النافذ، مبررين ذلك بإعتباره عقد ابتدائي لبيع عقار ما زال في طور البناء، يتمكن المحجوز له من خلاله التعرف على مدى جدية المشروع ومدى توافقه مع المواصفات الأساسية للأبنية المتفق عليها مع المستثمر العقاري، وليتمكن الآخير من دراسة عملية البناء من جوانب متعددة كأن تكون مالية أو تقنية...الخ، وخاصة فيما يتعلق بتمويل المشروع من خلال الحصول على القروض حيث اجاز القانون (٠٤-١١) له ذلك[٢].

أما القانون العراقي فإنه لم ينظم عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء في ظل القانون المدني أو القوانين الآخرى ذات الصلة، وهذا يقودنا بدوره لسؤال مفاده هل أن في حكم القواعد العامة المقننة في القانون المدني العراقي ما تسري أَحكامها على هذا العقد التمهيدي؟

نظم القانون العراقي أَحكام العقد الأبتدائي أو التمهيدي في المادة (٩١) من القانون المدني تحت مسمى الوعد بالتعاقد حيث نصت على: (١-الأتفاق الأبتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً ألا إذ حدد المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها.٢- فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته في الأتفاق الأبتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام هذا العقد)، واستناداً إلى التصور المتقدم ذكره يمكن القول بإنه ومن حيث المبدأ بالإمكان إبرام عقد حجز لتمليك عقار قيد الإنشاء إذا ما استوفى هذا العقد

(١) ينظر: د. خواثرة سامية، التزامات المكتتب وصاحب حفظ الحق في القانون (٠٤-١١)، بحث منشور في مجلة تشريعات التعمير والبناء، مجلة اكاديمية دولية تفصيلية محكمة تعني بتوفير البحوث والدراسات في المجال العمراني، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد٦، جوان، ٢٠١٨، ص٩٦.

(٢) ينظر: نجية بن حمام، عقد حفظ الحق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة، ٢٠١٦، ص٧.

أركانه وشروطه على اعتبار أنه عقد تمهيدي، ابتدائي كما نصت الفقرة الأولى من المادة أعلاه، ألا إنه ولما كان عقد حجز الوحدات منصباً على عقار فإنه وبحسب الفقرة الثانية من المادة نفسها ينبغي أن يستوفي الشكلية اللازمة وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهو ما يصطدم مع أَحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ وعلى النحو الذي سنتناول بيناه تفصيلاً عند البحث في رسمية هذا العقد.

ويترتب على كون العقد الآخير عقد تمهيدي نتائج ابرزها: عدم أنتقال الملكية لحظة إبرامه على الرغم من ترتيبه لالتزامات خاصة كالتشييد من قبل المستثمر العقاري ودفع وديعة الضمان من قبل المحجوز له، وايضاً أمكانية الرجوع عن العقد خلال مدة معينة ومحددة بنص القانون تحسب منذ لحظة إبرام العقد التمهيدي.

**ثانياً: عقد حجز الوحدات العقارية عقد رسمي**

يراد بالعقد الرسمي هو "العقد الذي يصدر من موظف عام مختص على وفق الأوضاع التي يحددها القانون فيتم افراغ رضاء الطرفين في كتابة أو محرر رسمي"[(١)]، وان رسمية العقد لدى القانون الفرنسي لم ينص عليها بشكل صريح، وانما ممكن أن يستدل ضمناً من خلال ما ورد في المادة (٢٩-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: " يتم ايداع الضمانة في حساب خاص باسم المشتري في مصرف أو مؤسسة متخصصة بهذا المجال أو لدى كاتب العدل.."، فبما أن الأموال التي يودعها المحجوز له لدى كاتب العدل والآخير ما هو ألا موظف مختص كل ما يصدر منه يعد رسمياً إذن عقد حجز الوحدات العقارية رسمياً.

وعلى ضوء هذا التصور المتقدم فإن الفقه الفرنسي بدوره أنقسم على قسمين لأعتبار عقد الحجز رسمياً او لا في القانون الفرنسي؟

وجاء هذا الأختلاف نتيجة لإختلافهم في تكييف العقد نفسه، فهناك جانب من الفقه الفرنسي من يكيفه بإنه وعداً بالبيع وعليه يخضع للرسمية، فيصبح عقداً رسمياً وواجب تسجيله استناداً إلى المادة (١٨٤٠/أ ) من قانون الضرائب العامة الفرنسي وذلك لتجنب

---

(١) ينظر: د. احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ( المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام- العقد – الارادة المنفردة- المسؤولية المدنية- الاثراء بلا سبب)، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٨، ص١٢. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط٢، تونس، ١٩٩٧، ص٧٦.

الغش بين طرفي العقد ولضمان استقرار المعاملات[١]، بينما يرى الجانب الآخر بإنه ليس الزامياً كخطوة أولية تسجيل عقد الحجز على اعتبار أنهم لم يكيفوه وعداً بالبيع[٢]، من ثم أن إجراءات تسجيل العقد ليس الزامية ولكن من الممكن تسجيله لإعطاء العقد تاريخاً معيناً يتم من خلاله تثبيت الحقوق وتحديد الالتزامات، فلا يشترط أن تفرغ محتويات العقد بصورة رسمية تصدر من موظف مختص بل يجوز أن يحررها المتعاقدين بوثيقة عرفية وتسجل فيما بعد لدى الجهات المختصة[٣]، و نرجح الجانب الاخير لكونه اقرب للواقع العملي.

أما على نطاق القانون الجزائري، فان قانون الترقية العقارية الملغى لسنة ١٩٨٦ اشترط أن يكون عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء(حفظ الحق) رسمياً وان كان قد اعطى الحرية لأطرافهِ بكتابته فيما بينهم ألا إنه اشترط عليهم التسجيل فيما بعد، استناداً للمادة (٣١) التي نصت على: (يحرر العقد التمهيدي المسمى بعقد حفظ الحق في شكل عرفي ويخضع لإجراءات التسجيل)، ويؤاخذ على المادة أعلاه، أن المشرع لم يحدد مدة يتم خلالها تسجيل العقد لإن ذلك يؤدي إلى فتح المجال للتلاعب فبمجرد أنكار المستثمر العقاري لتوقيعه يتهرب من التزاماته ومسؤولياته.

أما في مرحلة قانون الترقية العقارية الجزائري لسنة ١٩٩٣ الملغى الذي لم ينظم بين طياته أَحكام عقدنا محل البحث، نجد خلال تلك المدة الزمنية وما قبل صدور قانون الترقية العقارية النافذ أن القضاء الجزائري قد اصدر قراراً يبين من خلاله رسمية العقد موضع البحث، فحسب ما جاء بقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٠ في قضية (ع–ح) ضد مؤسسة ترقية السكن العائلي لأم البواقي، حيث رفضت هذه الآخيرة تسليم السكن موضوع عقد حفظ الحق إلى المتعاقد بحجة أن العقد لا يكتسي الصيغة الرسمية، حيث جاء في تسبيب القرار (بالفعل لما يثيره الطاعن في محله ذلك أن المقرر قانوناً بالمادة ٣١ السابقة الذكر فإن العقد التمهيدي المسمى بعقد حفظ الحق في اطار البيع الآجل، يحرر في شكل عقد عرفي ويخضع

---

(١) جيروم هوييه، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، ط١، مؤسسة المجد الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع، ٢٠٠٣، ص٤٤٧.

(2) Commission de droit immobillierm,Op. Cit, p.3

(٣) ينظر: د. احمد ابراهيم الحياري، حماية المشتري في بيع البناء تحت الأنشاء (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والاردني)، بحث منشور في المجلة الكويتية، العدد٤، السنة ٣٣، ٢٠٠٩، ص٣٠١.

لإجراءات التسجيل، فهو عقد رسمي ناجز يرتب التزامات متبادلة لا يجوز تجاهلها وهي الالتزامات التي يتعين تنفيذها طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية)[1].

وبصدور أَحكام القانون النافذ (٠٤-١١)، فيبدو أن موقف المشرع الجزائري لرسمية العقد كان واضحاً، فعند الأطلاع على المادة (٢٥) من القانون أعلاه التي نصت على: (...كل عقد من طرف المرقي العقاري يجب أن يعدّ قانونا في شكل رسمي)، وبما أنه عقد الحجز (حفظ الحق) أطرافه المحجوز له والمستثمر العقاري (المرقي العقاري)، فيجب أن يعد بصورة رسمية اسوة بعقد بيع العقار على التصاميم، وجاء المرسوم التنفيذي رقم (١٣-٤٣١) المؤرخ في ١٨ ديسمبر لسنة ٢٠١٢ المحدد لنموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للإملاك العقارية ليؤكد رسمية العقد، إذ نص على تحرير عقد حفظ الحق أمام موثق والقيام بتسجيله، كما نص صراحة على اعفائه من التزام ألاشهار العقاري لدى المحافظة العقارية[2].

أما في اطار التشريع العراقي، وبالرجوع إلى أَحكام القواعد العامة المقررة في القانون المدني فإن التصرفات القانونية المنصبة على عقار كافة لا تنعقد صحيحة إلا بالتسجيل في السجل العقاري حتى بالنسبة للعقد الأبتدائي بحسب ما أنتهت اليه المادة (٩١/٢) من التقنين المدني التي نصت على: ( إذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته في الأتفاق الأبتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)، ألا إن ذلك يصطدم مع المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على: (١.التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. ٢. لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

---

(١) قرار صادر من الغرفة المدنية رقم ٣٧٢٣٣٩، بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٠، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد٢، ٢٠٠٧.

(٢) مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، فرع قانون الهيئة والتعمير، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ٢٠١٤-٢٠١٥، ص١٦٧.

فكل تصرف لا ينشأ أي من الحقوق أعلاه لا يسجل بحسب قانون التسجيل العقاري[1]، فهذه العقود التمهيدية- من ضمنها عقدنا محل البحث- لا تدخل في نطاق التصرفات العقارية التي وضعتها المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري، من ثم أنها لا تسجل لكون ما يترتب عليها هو حقوق شخصية فقط وليس عينية وبما أنه وجد تعارض ما بين القانون المدني العراقي المادة (٢/٩١) والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري، فنرجح ما نص عليه قانون التسجيل العقاري بإعتبار أن القانون الخاص يقيد القانون العام[2].

**ثالثاً: عقد حجز الوحدات العقارية عقد غير ناقل للملكية**

تعد التصرفات التي تقع على عقار، من أهم التصرفات القانونية التي نص القانون على وجوب تسجيلها في السجلات الرسمية، وذلك لحماية المشتري من نكول البائع عن تسجيل العقار باسمه، ولتوفير ضمان اكبر للبائع بالحصول على حقه من الثمن، فمن أهم السمات التي يتميز بها عقد حجز الوحدات العقارية والتي ينفرد بها عن غيره من العقود المنصبة على العقار، بكونه عقداً غير ناقل للملكية، فمجمل التشريعات التي نظمته اقتصرت على حق المستثمر العقاري بحجز العقار للمحجوز له وعدم نقل الملكية له.

فبالنسبة للتشريع الفرنسي، وفي ضوء تنظيمه لعقدنا موضع البحث في المادة (١١) من قانون ١٩٦٧ المعدل التي نصت على أنه "هو العقد الذي يلتزم البائع بحجز عقار أو جزء منه إلى المشتري في مقابل ايداع ضمان في حساب خاص"، يلاحظ أنه اقتصر فقط على حجز ذلك العقار محل العقد إلى المحجوز له من غير نقل ملكيته، فعقد الحجز ما هو إلا ممهد لإبرام العقد النهائي الناقل للملكية، فيبقى المستثمر العقاري مالكاً للعقار محل العقد إلى حين إتمام عملية البناء، وقد اعطى المشرع الحرية إلى الأطراف عند إبرام العقد في

(١) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان-الاردن، ٢٠١٠، ص٢٠٤.

(٢) ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الايجار- المقاولة)، مكتبة السنهوري، بغداد- شارع المتنبي، ٢٠١٧، ص٤٤.

الأتفاق على المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي الناقل للملكية بعد اكمال عملية البناء فلم يحددها بموجب نص قانوني تاركاً ذلك إلى محض ارادتهم[١].

وعلى وفق التصور ذاته جاء موقف المشرع الجزائري، فرغم تعلق عقد الحجز (حفظ الحق) بملكية عقار، ألا إنه لا ينقل الملكية إلى صاحب الحق إلا بموجب العقد النهائي الناقل للملكية بعد الإتمام من إنجاز البناء[٢]، على أن شهر العقار لا يخص أَحكام عقد الحجز ( حفظ الحق) بل يتعلق بالعقد النهائي الذي يلزم المرقي العقاري[٣]، فالمشرع واستناداً لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم (١٣-٤٣١)[٤]، وفي ضوء الملحق الثاني الخاص بنموذج عقد حفظ الحق، بإن عقدنا يخضع للتسجيل طبقاً لأَحكام قانون التسجيل والطابع وهو معفي من التزامات الشهر العقاري، فيعد عقداً غير ناقل للملكية، وان نقل الملكية يكون بموجب بمجرد التوقيع على العقد النهائي المبرم بين الطرفين أمام الموثق[٥].

وبما أن عقد حجز الوحدات العقارية لم ينظم بين طيات أَحكام القانون المدني العراقي والقوانين الآخرى ذات الصلة، فلا يمكن وفقاً لنصوص القوانين المنظمة للعقار بموجب القانون المدني أو القوانين الآخرى أن يبرم بها هذا العقد، لكون كل تصرف متعلق بالعقار –كما اسلفنا ذكره– يجب أن تنتقل الملكية به من خلال اتباع الشكلية التي ينص عليها القانون، ولكن بما إننا أنتهينا من إنه عقداً تمهيدياً فهو يرتب حقاً شخصياً نجد اساسه في العقد أو الأتفاق

---

(1) Mohammed KHerradji, la vente sur plan ou La vente en Letat future dachevement entre Le droit Francais et Le droit algerien, Master, Universite de de Perpignan, 2007, p.18

(٢) نسيمة موسى، ضمانات تنفيذ عقد لترقية العقارية (عقد بيع العقار في طور الانجاز)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر،٢٠١٥، ص١٠٨.

(٣) المادة (٣٣) من قانون الترقية النافذ: " يلتزم المرقي العقاري بعد ٣ اشهر كحد اقصى على اثر الاستلام المؤقت للبناية او جزء منها، بأعداد عقد بيع البناية المحفوظة او جزء منها، امام موثق مقابل التسديد الكلي للثمن من طرف صاحب حفظ الحق".

(٤) المرسوم التنفيذي (١٣-٤٣١) تحت عنوان نقل الملكية واعداد عقد البيع النهائي: " يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا، بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، امام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع".

(٥) مرناش بلال– طوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل قانون رقم (٠٤-١١)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الاعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية–الجزائر، ٢٠١٥، ص٢٦.

الأبتدائي (الوعد بالتعاقد) وعليه فإنه لا ينقل الملكية وانما يرتب حق شخصي للموعود له في مواجهة الواعد.

**رابعاً: عقد معاوضة و ملزم للجانبين**

يراد بعقد المعاوضة، هو العقد الذي يعطي فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يأخذ[١] ، وقد وردت عدة تعاريف للعقد الملزم للجانبين، فقد عرف بانه: العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة بين طرفي العقد، فيكون كل طرف دائناً ومديناً في الوقت ذاته[٢]، وعرف كذلك بإنه: العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين، كعقد البيع الذي يلتزم البائع بتسليم المبيع في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن[٣]، وعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يتسم بكونه عقداً ملزم للجانبين كونه يرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد، فالمستثمر العقاري ملتزم بحجز العقار إلى المحجوز له، والآخير يلتزم بدفع وديعة ضمان تقدم إلى حساب خاص.

وعلى مستوى القانون الفرنسي، يعد عقد الحجز عقداً ملزم للجانبين وفق المادة (١١) من القانون المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء التي حددت التزامات أطراف العقد، فيقع على عاتق المستثمر العقاري التزاماً متثمثل بحجز العقار أو جزء منه للمحجوز له والآخير يلتزم بدفع وديعة ضمان وباسمه إلى حساب خاص، وتختلف هذه الوديعة بإختلاف مدة العقد نفسه، كما جاء المادة (٢٦١-٢٨) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: (لا يجوز أن يتجاوز مبلغ وديعة الضمان عن ٥% من سعر العقار المتوقع أن كانت مدة العقد لا تتجاوز سنة واحدة، وهذه النسبة تقتصر

---

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) مع المقارنة بالفقه الاسلامي، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٣. د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (المجلد الاول- مصادر الالتزام)، ط٢، بيروت، ١٩٧٢، ص٣٧. د. احمد شوقي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد بالإشارة الى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في ابرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص٦٠. د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الاول ( المصادر الارادية)، دار هومة، ٢٠١٤، ص١١٥.

(٣) ينظر: محمد علي البدوي الازهري، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج١، ط٢، مكتبة الوحدة للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص٣٩.

علـى ٢% فقـط مـن سـعر العقـار أن كانـت مـدة العقـد لا تتجـاوز سـنتين، ولا يلتـزم المشـتري بـدفع أي وديعـة أن كانـت مـدة العقـد تتجـاوز السـنتين)، وان هـذا الأمـر قـد يثيـر أشـكالاً، فحسـب مـا جـاء فـي المـادة أعـلاه أن كانـت مـدة العقـد تتجـاوز السـنتين فإنـه لا يلتـزم المحجـوز لـه بـدفع أي مبلـغ كوديعـة ضـمان ولا يحـق للمسـتثمر العقـاري مطالبتـه بـذلك ايضـاً، فكيـف يعـد عقـد ملزمـاً للجـانبين وهـو مرتـب التـزام يقـع علـى عـاتق المسـتثمر العقـاري فقـط بحجـز العقـار إلـى المحجـوز لـه! خاصـةً أن التـزام الآخيـر بـدفع بـاقي ثمـن العقـار للمسـتثمر العقـاري لا يكـون وفـق هـذا العقـد وانمـا بموجـب العقـد النهـائي الـذي سـيبرم فيمـا بعـد، فكـان الأجـدر علـى المشـرع الفرنسي أن يقوم بتحديد نسبة لتلك الوديعة تدفع مهما كانت مدة العقد.

أمـا بالنسـبة لموقـف القـانون الجزائـري، فـإن المـادة (٢٧) مـن قـانون الترقيـة العقاريـة النافـذ أوضـحت التزامـات الطـرفين فـي عقـد الحجـز (حفـظ الحـق)، إذ نصـت علـى: (هـو العقـد الـذي يلتـزم بموجبـه المرقـي العقـاري بتسـليم العقـار المقـرر بنـاؤه أو فـي طـور البنـاء لصـاحب حفـظ الحـق فـور أنهائـه، مقابـل تسـبيق يدفعـه هـذا الآخيـر لـدى هيئـة ضـمان عمليـات الترقيـة العقاريـة)، فـالتزام المرقـي العقـاري يتمثـل بتسـليم العقـار بعـد إتمـام عمليـة إنجـاز البنـاء للمحجـوز لـه، أمـا التـزام الآخيـر فيتمثـل بـدفع مبلـغ التسـبيق الـذي يحـدد ب٢٠% مـن ثمـن العقـار التقـديري عنـد إبـرام عقـد الحجـز (حفـظ الحـق)، ولكـن هـذا المبلـغ النقـدي المـدفوع مـن قبـل المحجـوز لـه لا يحـق للمسـتثمر العقـاري أن يتصـرف بـه[1]، لعـل هـذا الأمـر يـدفعنا إلـى سـؤال محـوره، كيـف يمكن اعتبار العقد ملزم للجانبين بالرغم من منع المستثمر العقاري به؟

بالإسـتناد إلـى مـا جـاء فـي المـادة (٢-٣٢) مـن قـانون الترقيـة العقاريـة الجزائـري النافـذ فالتسـبيق المـالي لـه أهميـة فـي فسـخ العقـد، كـون المحجـوز لـه يخسـر ١٥% مـن مبلـغ التسـبيق فـي حـال عدولـه عـن شـراء العقـار المحجـوز لـه، فهنـاك رأي[2]، يعـده مـن العقـود التبادليـة الناقصـة لكـون هـذا الالتـزام الواقـع علـى عـاتق المحجـوز لـه يتـآخر المسـتثمر العقـاري (المرقـي العقـاري) بألاسـتفادة منـه وتتمركـز اسـتفادته بحـالتين، أمـا فـي حالـة الفسـخ ومـن ثـم يخسـر المحجـوز لـه ١٥% منـه، أو فـي حالـة إتمـام البنـاء وتحريـر العقـد النهـائي فيحتسـب كجـزء مـن

(١) سنتطرق الى معرفة التكييف القانوني لهذا المبلغ النقدي وجواز التصرف به من عدمه في الفصل الثاني.

(٢) ينظر: سهام مسكر، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الاخوة، منتوري-قسنطينة، ٢٠١٦، ص٢٥٨-٢٥٩.

الثمن، ألا أنه وبكل حال من الاحوال عدم دفع المحجوز له لهذا التسبيق يؤدي إلى عدم حجز المستثمر العقاري العقار له، وهذا ما تؤكده الأحكام القضائية ، فقد اكدت المحكمة العليا على أن عقد الحجز (حفظ الحق) هو عقد ملزم للجانبين وذلك بالإستناد إلى قرارها المؤرخ ٢٠٠٩/٤/٨ في قضية (س، ن) ضد المؤسسة الولائية لترقية السكن العائلي بأم البواقي، حيث قضت على: (الطاعن غير ملزم بتسديد هذا المبلغ المحدد من جانب واحد ألا إذا وافق على ذلك بإرادته طالما أنه غير موجود في عقد حفظ الحق الذي يربط الطرفين، ولا يوجد أمام القضاء ما يفيد أن هذا المبلغ قد تم الأتفاق عليه، حتى يمكن الزام الطاعن بتسديده أو الخروج من السكن، لإن طبيعة عقد حفظ الحق ملزم للجانبين وليس بعقد إذعان)[١].

أما على مستوى القانون العراقي، وبالرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني التي تختص بتنظيم العقد، فنجد أن المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي قد عرفت العقد بانه: "هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"، فالعقد هو تصرف قانوني يتكون بتطابق ارادتين لخلق حالة جديدة في وقت مستقبل وهو بهذا يختلف عن التصرف القانوني الصادر من إرادة واحدة[٢]، وبما أن عقدنا موضع البحث كما أوضحنا من قبل منشئ التزامات تقع على عاتق الطرفين وايضاً مرتب لحقوق شخصية للمحجوز له والمستثمر العقاري، فيعد عقد معاوضة ملزم للجانبين ويترتب على مخالفة أَحكامهِ الفسخ والتعويض على اساس المسؤولية العقدية.

---

(١) ينظر: مجلة المحكمة العليا الجزائرية، عدد٢، ٢٠٠٩، ص٢٤٣، نقلاً عن:
www.elmohami.com ، ٢٠٢٠/٨/٢٠ تاريخ اخر زيارة ٠٧:٧م

(٢) ينظر: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ( دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة بآراء الفقه واحكام القضاء، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل – العراق، ٢٠٠٦، ص٣٧.

## المطلب الثاني

## التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية وتمييزه عما يشتبه به من عقود

لا خلاف في القوانين المنظمة لهذا العقد حول الطبيعة القانونية لهذا التصرف القانوني بإعتباره عقداً، فهو ليس بواقعة أو إرادة منفردة وانما تصرف في صورة عقد وكما قلنا فيما سبق، عقداً تمهيدي، رسمي، غير ناقل للملكية وايضاً معاوضة وملزم للجانبين، ألا إن مفهوم هذا العقد لا يكتمل من غير بيان تكييفه القانوني، لان بيان هذا التكييف هو الأمر الأساس المتكل عليه لرسم آثار العقد ولتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع، ويمكننا من خلال معرفته أن نمهد لتحديد التزامات وحقوق الأطراف وما يترتب عليها من تبعات قانونية في حال مخالفتها.

لذا سنتناول في هذا المطلب تحديد ذلك التكييف، من خلال عرض ابرز الآراء الفقهية التي قيلت فيها وترجيح ألانسب منها وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب، ومن ثم نعرج إلى تمييزه عن بعض العقود التي تتشابه معه وهذا ما سنبحثه في الفرع الثاني من ذات المطلب وعلى النحو الأتي:

### ألفرع الأول

### التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، قد أثار جدلاً كبيراً حول تكييفه القانوني بين فقهاء القانون، الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة عرض الأتجاهات المختلفة المتعلقة بتكييف هذا العقد على مستوى الفقه والقضاء وعلى النحو الأتي:

**اولاً: موقف الفقه والقضاء في فرنسا**

إن التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء كان محل بحث وخلاف لدى الفقه والقضاء الفرنسي، لذا سنحاول أن نحلل موقف كلا منهم وعلى النحو الأتي:

**١- التكييف الفقهي في فرنسا:**

اختلف الفقهاء الفرنسيين فيما بينهم بشأن هذا التكييف وظهرت اتجاهات عدة وكالأتي:

**أ_ الأتجاه القائل بإنه وعدٌ بالتفضيل**

ذهب راي من الفقه الفرنسي[١]، إلى تكييف عقد الحجز المسمى بين طيات قانون بيع العقارات المقرر بناؤه ب (العقد التمهيدي) بإنه وعدٌ بالتفضيل[٢]، ويقصد بالآخير هو كل أتفاق يبرم بصورة أولية يتعهد بموجبه الواعد بتفضيل الموعود له عن غيره في حالة تصرفه بالعين المبيعة، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد[٣]، من ثم فإنهم ذهبوا إلى تكييف عقد الحجز على أنه وعدٌ بالتفضيل مستندين على ذلك بعدة أوجه:

**الوجـــه الأول:** أن المحجوز له في عقد حجز الوحدات العقارية يتمتع بذات الحقوق وألامتيازات التي يتمتع بها الموعود بتفضيله فيما يخص العقار محل عقد الحجز، وهذا ما يؤيده الفقهاء الفرنسيين على اعتبار أن العنصر المشترك بين العقدين هو طبيعة التراضي[٤]، ففي كلاهما لا يكون المالك مجبراً على البيع بل يترك له الحرية عند أكتمال البناء وفي حالة توافرت نية البيع لديه فإنه يفضل المحجوز له على غيره، مع ترك الحرية الكاملة له بالبيع من عدمه.

ويلاحظ على الرأي أعلاه أن المستثمر العقاري ليس مخيراً ببيع العقار إلى المحجوز له عند أكتمال البناء من عدمه، بل أنه التزام يقع على عاتقه ولا بد أن يقوم ببيعه له ما لم يتضمن العقد شرطاً يقضي بتراجع المستثمر العقاري عن البيع وتعويض المحجوز له عن النفقات وغيرها، على اعتبار أن عقد الحجز هو عقد ملزم للجانبين، يرتب التزامات متقابلة

---

(1) R. Saint- Alary, La vente d'immeuble a' construire et l 'obligation de garantie a' raison des vices de construction, JCP, 1968, p.47.

(٢) ان المشرع الفرنسي قد نظم الوعد بالتفضيل بموجب التعديل الصادر في ٢٠١٦ وعرفه في المادة (١/١١٢٣) مدني وعلى النحو الاتي :

''Le pacte de preference est le contrat par lequel une partie s'engage a'proposer priotairement a'son beneficiaire de traiter avec lui pour le cas ouelle deciderait de ،contracter''.

اي انه العقد الذي يتعهد بمقتضاه احد الاطراف ان يعطي الافضلية للمستفيد من الوعد في حالة اذ قرر الواعد التعاقد.

(٣) د. انور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٨٠.

(4). Francois Collart Dutilleu, les contrats preparatoires a' la vente d'immeub'e, ed Sireym، 1988, p.103-104.

لكلا أطراف العقد، فالتزام المستثمر العقاري يتمثل بحجز العقار وإكمال بنائه ونقل ملكيته إلى المحجوز له بموجب العقد النهائي، بينما يلتزم الآخير بدفع المبلغ النقدي في البدء وإبرام عقد البيع النهائي مع المستثمر العقاري عند إنجاز البناء.

**الوجه الثاني:** هناك من يرجع سبب تكييف عقد الحجز على أنه وعدٌ بالتفضيل على اعتبار أن للواعد في الوعد بالتفضيل أن يقوم بعدة تعديلات على محل الوعد، إذ يجوز له أن يقوم بإي تصرف قانوني على محل الوعد ماعدا بيعه إلى الغير قبل عرضه عليه، على أن لا تؤدي تلك التعديلات إلى بطلان العقد، وعلى السياق نفسه فإن عقد حجز الوحدات العقارية يكون للحاجز فيه أن يقوم بعدة تعديلات على العقار المقرر كنوعية المواد المستخدمة للبناء أو تهيئته، مع الآخذ بعين الأعتبار أن لا تؤدي تلك التعديلات إلى تغيير في المواصفات الأساسية للعقار المتفق عليها في العقد[1]، ونرى صواب هذا التفريق بين العقدين.

**الوجه الثالث:** يستند على المدة[2]، بوصفها هي العنصر الأساس والمشترك بين العقدين، ففي الوعد بالتفضيل يجب أن تحدد المدة اللازمة لإبرام العقد التي يتم البيع خلالها ابتداء، فإذا اظهر الواعد رغبته بالبيع والموعود له رغبته بالشراء يتم البيع النهائي، أما إذا أنقضت المدة ولم يظهر الواعد رغبته بالبيع، أو إذ اظهر رغبته ولم ينوي الموعود له الشراء فالوعد يسقط[3]، ويلاحظ أن الآخذ بهذا الوجه منطقي كون عنصر المدة مشتركاً بين العقدين، حيث اشترط المشرع الفرنسي وفي المادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل على أن يكون محدد المدة وذلك بقوله: (... يجب أن يتضمن هذا العقد المعلومات الأساسية المتعلقة بطبيعة المبنى ونوعية وجودة البناء والوقت اللازم لإتمام العمل...)، فيجب تحديد المدة اللازمة لإتمام البناء وذلك لإعطاء فكرة عن تاريخ تسليم البناية.

هذا ويذهب جانب من الأتجاه الذي يكيف هذا العقد على أنه وعد بالتفضيل إلى التمييز فيما إذا كان عقد الحجز قد إبرم قبل إنجاز مشروع البناء أو بعده، فإذا إبرم العقد قبل إتمام

---

(١) نجية بن حمام، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢) ينظر: محمد لخضاري، عقد حفظ الحق( دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي )، بحث منشور في جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد الحادي عشر، عدد١، ٢٠٢٠، ص٣٧١.

(٣) ينظر: احمد ابراهيم حسين الحياري، التنظيم التشريعي للوعد بالتفضيل (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد٨، عدد٣، ٢٠١٦، ص٧.

البنـاء فهـو يعـد وسـيلة لاختبـار حالـة السـوق ومعرفـة مـدى قـدرة المسـتثمر العقـاري لإكمـال مشـروعه العقـاري، وعلـى هـذا النحـو فإنـه لا يعـد وعـد بالتفضـيل، أمـا إذا كـان العقـد قـد إبـرم بعـد إتمـام البنـاء، فهـو عقـداً تمهيـدي لإبـرام عقـد البيـع النهـائي الناقـل لملكيـة البنـاء، فيترتـب علـى المسـتثمر العقـاري فـي هـذه الحالـة أن يقـوم بتفضـيل المحجـوز لـه عـن غيـره مـن الـراغبين بشـراء هـذا العقـار[١]، ويؤخـذ علـى هـذا الأتجـاه بإنـه لـيس هنـاك فرقـاً فـي حالـة مـا إذ اتـم البنـاء أو لا، لكـون العقـد فـي الحـالتين مـا هـو ألا للتريـث قبـل إبـرام العقـد النهـائي للتأكـد مـن حالـة السـوق بالنسـبة للمسـتثمر العقـاري ولمعرفـة مـدى امكانيتـه لإكمـال البنـاء، وبالنسـبة للمحجـوز لـه علـى أن لا يلتـزم بـاي صـفه نهائيـة فتتـرك لـه الفرصـة بـإن يختـار مـن افضـل العـروض المقدمـة لـه، من ثم لا حاجة للتفرقة أعلاه.

وقـد واجـه تكييـف العقـد علـى أنـه وعـداً بالتفضـيل أنتقـادات وكانـت أوجـه الـرد عليـه متعـددة، فهنـاك مـن يـرى[٢] بـإن الوعـد بالتفضـيل يفتـرض وجـود تنـافس علـى مشـروع البنـاء الـذي مـا زال تحـت الإنشـاء بـين اكثـر مـن شـخص ممّـا يـؤدي إلـى التـزام البـائع بتفضـيل احـد الأشـخاص علـى غيـره عنـد إتمـام البنـاء، بينمـا أن فكـرة وغايـة العقـد تتنـافى تمامـا عـن ذلـك، فـأطراف العقـد ارادا أن يكـون جـوهر العقـد هـو التأكـد مـن حالـة السـوق والتأكـد مـن جديـة المشـروع والقـدرة علـى اكماله وتنفيذه.

ويـذهب راي إلـى أن الفـرق بـين العقـدين يكـون مـن ناحيـة تقـدير الـثمن، فـالثمن فـي الوعـد بالتفضـيل لـيس مـن الضـروري أن يحـدد ابتـداء، فقـد لا تكـون هنـاك أي نيـة بيـع موجـودة لـدى الواعـد، فيتـرك تحديـد الـثمن إلـى الوقـت الـذي يقـرر فيـه الواعـد البيـع، فوفقـا لمبـدأ سـلطان الإرادة أن الواعـد غيـر ملـزم بتحديـد الـثمن للموعـود لـه بـل يكفـي فقـط بإظهـار الرغبـة لـه بـالبيع[٣]، وعلـى عكـس ذلـك تمامـاً فـان عقـد حجـز الوحـدات العقاريـة يحـدد اثنـاء إبـرام العقـد، وان المشـرع

(1).CL Thibierge, La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, rev.eco.et.dr.imm, n 28, 1967, p 17.

نقلاً عن: مخناش كنزة، الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، كلية الحقوق– جامعة قسنطينة، الجزائر، عدد٥٠، المجلد أ، ٢٠١٨، ص٤٢٠

(٢) د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٧٥.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج١، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٧١.

الفرنسي في عقدنا محل البحث لم يشترط تحديد الثمن بصورة نهائية، فإجاز أن يحدد الثمن في العقد الأبتدائي بشكل تقريبي يراعى فيها التعديلات التي طلبها المحجوز له لاحقاً أو أي تضخم مالي قد يحدث(١).

في الوعد بالتفضيل يجب أن يكون المحل محدداً على نحو واضح، بينما في عقد حجز الوحدات العقارية لا يكون العقار محل العقد محدداً تحديداً دقيقاً، مع اعطاء الحق للمحجوز له إذا طرأ أي تغيير على مشروع البناء أن ينسحب من العقد ولا يبرم العقد النهائي مع استرداد الضمان الذي أودعه(٢).

وهناك من يرى(٣)، بإنه لا يمكن أن يكيف عقد الحجز وعدٌ بالتفضيل، وذلك بسبب البيانات التي يتضمنها كلا العقدين، ففي الوعد بالتفضيل يجب أن يتم تحديد تلك البيانات بشكل نهائي وبصورة غير قابلة للتعديل، بينما تكون تلك البيانات في عقد حجز الوحدات العقارية تقريبية قابلة للتعديل حسب الظروف المستجدة.

وبعد استعراض الآراء المؤيدة والمعارضة في التكييف أعلاه، يمكن القول بعدم صوابه، استناداً إلى مسألة جوهرية تبرز الفرق بين العقدين إلا وهي أن عقد حجز الوحدات العقارية يكون المستثمر العقاري ملتزماً فيه بحجز الوحدة العقارية إلى المحجوز له مقابل التزام الآخير بدفع وديعة ضمان مقدمة إلى حساب خاص، وهذا الأمر لا يمكن القول بانطباقه على الوعد بالتفضيل لكون الموعود له غير ملتزم بدفع أي ضمان إلى الواعد الذي يكون التزامه بالبيع وليس الحجز.

**ب_ الأتجاه القائل بإنه وعد بالبيع معلق على شرط واقف**

وبعد أن وجّه الرأي الأول بانتقادات عدة، ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي على عدّ عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء وعدٌ بالبيع معلق على شرط واقف إلا وهو إتمام

---

(١) . المادة (٢٦١-٢٦) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب ان يبين بالعقد: الثمن التقديري للبيع، وعند الاقتضاء طرق اعادة النظر فيه في الحدود والشروط الملحوظة..."

(2). Michel Dagot, vente d' immeuble a' construire, 1983, p.133.

نقلاً عن : محمد لخضاري، مصدر سابق، ص٣٧٠.

(٣) ينظر: سيبل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني تحت الانشاء، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، اربيل، ٢٠١١، ص٨٩.

إنجاز البناء[١]، والمقصود بالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، فإذا تحقق الشرط تحقق الالتزام وإذا تخلف تخلف الالتزام، ويمكن القول بإن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير مؤكد الوجود[٢].

فيرى اصحاب هذا الأتجاه بإن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، ما هو إلا وعدٌ أنفرادي بالبيع معلق على شرط واقف وهو قيام المستثمر العقاري بإتمام البناء على اكمل صورة، وعليه يكون ملزماً بالبيع متى ما اتم الإنجاز، ويعد هذا الشرط صحيحاً فلا تتقيد إرادة المستثمر العقاري به بل تكون مرتبطة بالظروف الخارجية وخاصةً المالية منها التي تسمح بإتمام مشروع البناء، فالالتزام الذي يقع على عاتق المستثمر العقاري اجباري بينما لا يوجد أي التزام يقع على عاتق المحجوز له بالشراء رغم ايداعه وديعة الضمان (التسبيق المالي)، ولا يوجد أي سبيل للآخير بالزام المستثمر العقاري على إتمام البيع[٣]، ألا إننا يمكننا أن نرد على ذلك، وان لم يكن هناك أي التزام للمحجوز له بالشراء ألا إنه وبمفهوم المخالفة لما جاء به المشرع الفرنسي في المادة (٣١-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل بينت أن المحجوز له لا يتنازل عن وديعة الضمان إلا في حال توفر سبب من الأسباب التي ذكرها على سبيل الحصر وهي " في حالة عدم احترام اجال العقد، وفي حالة تجاوز نسبة الضمان عن ال ٥%، أو بسبب عدم تحصيل البائع القرض وعجز عن التمويل وحسابه يقل عن ١٠%، وإذ لم يحصل البائع ايضاً على الوسائل والمعدات اللازمة لإتمام الإنجاز، وآخيراً أن كانت نوعية البناء المنجز يتطلب تخفيض في الثمن التقديري بنسبة تفوق ١٠%"، فمتى ما أنعدمت هذه الأسباب على المحجوز له أن يفقد مبلغ الوديعة لمصلحة المستثمر العقاري.

---

(1).Frank Steinmetz, les ventes d'immeubles à construire, hèse, Montpelier, 1970, p 316.

(٢) ينظر: د.حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٣٦٧ هجري، ص٨٤. د. ايمان طارق ألشكري، اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة زين الحقوقية و الادبية، بيروت – لبنان، ٢٠١٨، ص١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف– الحوالة – الانقضاء)، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص٣٦. محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص٢٤ .

(3) Frank Steinmetz, Op. Cit, p316.

وقد استند رأي[1]، على تكييف عقد حجز الوحدات العقارية بإنه وعدٌ بالبيع معلق على شرط واقف لمفهوم المخالفة بما جاء في المادة (١١) من قانون ١٩٦٧: ( يبطل كل وعد آخر بالبيع والشراء)، كذلك المادة (١٥-٢٦١)[2] من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي اكدت ذلك: ( يعتبر باطلاً أي وعد شراء أو بيع آخر)، فلا يمكن أن يسبق العقار المقرر بناؤه أي عقد غير عقد الحجز المنظم بموجب أَحكام خاصة، وسرعان ما واجه هذا التكييف بالرفض على اعتبار أن المشرع الفرنسي لم يقصد من تلك المواد القانونية اعطاء أي تكييف للعقد التمهيدي (عقد الحجز)، أنما جاء تقنينه لحماية المحجوز له من استغلال المستثمر العقاري، واقامة توازن بين الطرفين، فمتى ما خالفوا الأطراف أَحكام المواد المسبوقة الذكر يكون جزاء أتفاقاتهم المسبقة لعقد البيع بغير صورة العقد التمهيدي (عقد الحجز) البطلان.

وقد تم الرد على تكييف العقد بكونه وعد بالبيع معلق على شرط واقف، على أساس أن الشرط ما هو إلا أمر ثانوي خارج عن العقد في حين أن إتمام إنجاز البناء الذي علق عليه الوعد بالتعاقد هو جوهر وغاية العقد، وإذا قلنا بإن هذا العقد هو وعد بالبيع معلق على شرط فهذا يستوجب بإن العقد يكون قد استجمع كافة عناصره قبل أن يتحقق الشرط بينما الأمر يختلف في عقد الحجز لان عناصره الرئيسة كالثمن والبناء لم تحدد بصفة نهائية[3].

وبعد استعراض من ايد اعتبار عقد الحجز وعد بالبيع معلق على شرط واقف ومن خالفه، نلاحظ أنه لو سلمنا جدلاً بكونهِ وعدٌ بالبيع فلابد من بحث مسألة جوهرية تتعلق بمدى إمكانية تسجيل عقد حجز الوحدات العقارية بالإستناد إلى المادة (١٨٤٠) من قانون الضرائب العامة الفرنسي، في حين يعتبر عقد الحجز ابتداءاً عقد عرفي لا يخضع لإجراءات التسجيل، وهذا يتنافى مع ما جاء في المادة (١٨٤٠) التي ابطلت بطلاناً مطلقاً أي وعد بالبيع عرفي ما لم يسجل خلال مدة ١٠ أيام[4]، فعقد حجز الوحدات العقارية لا

(1). François Magnin, la distinction entre contrat de réservation et promesse unilatérale de vente d'immeuble, recueil Dalloz, sommaire commenté, 1993, p 36.

(2) ".nulle toute autre promesse d'achat ou vent".

(٣) د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٧٥.

(٤) " يبطل كل وعد بالبيع ما لم يسجل في مدة ١٠ ايام"

يسجل ابتداء، من ثم فإنه لا يعد وعدٌ بالبيع[١]، فضلاً عن ان مسألة اتمام الانشاءات و تسديد الثمن الكامل هي التزامات يعتمد انجازها على ارادة المتعاقدين ولا يمكن ان يناط تكييف الشرط الواقف على ارادة المتعاقدين بل يتعلق ذلك بالواقعة الشرطية ذاتها[٢].

**ج_ الأتجاه القائل بالتكييف المزدوج لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء**

هناك من يرى[٣]، أن العقد التمهيدي (عقد حجز الوحدات العقارية) ذو تكييف مزدوج، يختلف من حالة إلى آخرى حسب ملابسات وظروف الأتفاق وتبعاً للزمن الذي يبرم فيه هذا العقد، أي أن تكييف العقد يختلف ما إذا إبرم قبل البدء بالبناء أو بعده، فإذا إبرم قبل البدء بالبناء يعد اداة لاختبار حالة السوق وللوقوف على الجدوى الأقتصادية من تنفيذ مشروع البناء، فإذا استطاع المستثمر العقاري تنفيذ مشروع البناء فإنه يلقي عليه الحد الأدنى من الالتزامات وهو تفضيل المحجوز له عن غيره عند البيع فيعد هنا وعدٌ بالتفضيل، أما إذا إبرم العقد بعد البدء بالبناء فإنه لا يكون وسيلة لاختبار السوق، أنما يصبح وسيلة للخروج من المفاوضات فيصبح التزام المستثمر العقاري التزاما بالتعاقد، فالعقد هنا يعد وعدٌ بالبيع.

وقد أنتقد هذا الرأي ايضاً، بأنه يجب أن يكون للأتفاق تكييفٌ واحد لا يتغير بحسب الاحوال والظروف التي يمر بها العقد، وبعكسه يمكن أن يكون وسيلة للاستغلال بيد المستثمر العقاري للتخلص من الالتزامات الواقعة على عاتقه[٤].

**د_ الأتجاه القائل بإن عقد حجز الوحدات العقارية ذو طبيعة خاصة**

نظراً لما أثير من جدل واسع حول تكييف عقدنا محل البحث، فقد ذهب الأتجاه الرابع[٥]، إلى تكييف هذا العقد على أنه عقد ذو طبيعة خاصة، استناداً لطبيعة لالتزامات الناشئة ما

---

(1) Commisson de droit immobilier, Op,Cit , p2.

(٢) د. هادي حسين الكعبي، احتفاظ البائع بملكية المبيع ( دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١، ص٤٩-٥٣.

(3) Jean Louis Bergel, les contrats préliminaire de réservation dans les ventes, d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? ,J.C.P, 1974.1 , N0 14 . p 2669.

نقلاً عن: شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة منتوري-قسنطينة، ٢٠١١-٢٠١٢، ص٩٢.

(٤) ينظر: د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٧٦.

(5) Daniel Sizaire, vente immruble a' construire, Ed Juris-Classeur, Fascicule 83-50, 2002, p17.

بين أطرافه، أو بسبب العملية المعقدة الناتجة من إبرام العقد أو بالنظر إلى الغاية المرجوة منه، فهو لا يرتبط بنظام الوعد بالتعاقد، من ثم لا يمكن أن يعد وعد أنفرادي بالبيع، فيرى اصحاب هذا الرأي على أن العقد التمهيدي (عقد الحجز) ليس كطبيعة باقي العقود التمهيدية الآخرى، وان كان يعتبر من أتفاقات ما قبل التعاقد، ألا إنه يقوم بدور مهم في اختبار حالة السوق ومعرفة الجدوى الأقتصادية للبناء.

**٢: التكييف القضائي لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء في فرنسا**

إن موقف القضاء الفرنسي كان متردد ومتناقض حول مسألة تكييف عقد حجز الوحدات العقارية، فقد كيف تارة على أنه وعداً بالبيع وتارة آخرى على أنه عقد ذو طبيعة خاصة، ففي قرار صادر من محكمة ين الفرنسية بتاريخ ١٩٧٣/١٢/١٨: (في قضية ألانسة التي إبرمت عقد تمهيدي (عقد حجز)، مع شركة مدنية تدعى لحجز شقة في مجمع عقاري، فقامت بإعطاء وديعة ضمان لهم، وبتاريخ ١٩٧١/١٢/١٤ قامت الشركة باستدعاء ألانسة لتوقيع عقد البيع النهائي أمام الموثق، فقامت الآخيرة برفض القيام بالتوقيع، وطلبت من الشركة استرداد وديعة الضمان التي قامت بدفعها وذلك على اساس أن العقد المبرم بينهما لم يتم تسجيله خلال ١٠ ايام من موعد إبرامه، وعليه يعد باطلاً بالإستناد إلى نص المادة (١٨٤٠) من قانون الضرائب العامة الفرنسي)[1]، فقد نظرت المحكمة في هذه القضية واعتبرت العقد التمهيدي وعدا أنفرادياً بالبيع ملزم من جانب الحاجز فقط، و يحق للانسة استرداد وديعة الضمان، وفي قرار آخر صادر من القضاء الفرنسي قد نفى فيه صفة الوعد بالبيع على عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ،حيث رأت المحكمة العليا بموجب قرارها الصادر في ٢٧ اكتوبر لسنة ١٩٧٥[2]، بإن العقد الأولي (عقد الحجز) هو عقد ذو طبيعة خاصة وليس وعداً بالبيع فلا يلزم تسجيله، فالعقد التمهيدي لا يعد وعدٌ بالبيع كون الأطراف قررت عدم تقديمه إلى اجراءات التسجيل الرسمية، وفي قرار آخر صادر في ٢٧/اكتوبر/١٩٧٥، قضت بموجبه محكمة النقض الفرنسية بان: ( نقض القرار الصادر من محكمة رين الفرنسية، وكيفت العقد التمهيدي

---

نقلا عن: محمد لخضاري، مصدر سابق، ص٣٧١.

(1) Alain Castel, vente d immeuble a coustraic E tudes et documents de L. I. E. de Runnes, volume 3, N2, p 36-35.

(2) Cass. Civ.III Bull. Civ. 29 January 1979 :

نقلاً عن: ChristianeLoyer-Larher, Op. Cit, p15.

ولإول مرة بإنه عقداً ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين يتضمن التزامات متبادلة، حيث يلتزم البائع في مقابل وديعة الضمان أن يحجز للمشتري المحتمل عقاراً أو جزءاً من عقار، ومن ثم فان مثل هكذا عقد يجب أن لا يختلط بالوعد ألانفرادي بالبيع بالمعنى الوارد في المادة ١٨٤٠ من قانون الضرائب العامة)[١]، وفي قرار آخر صادر بتاريخ ٢٧ ابريل ٢٠١٧[٢] اكدت المحاكم الفرنسية هذا الرأي حيث قضت على: ( أن عقد الحجز لا يمكن أن يعدّ وعدٌ بالبيع، كون البائع غير ملزم ببيع العقار إلى المشتري).

وأن آخر ما توصل اليه القضاء الفرنسي بخصوص تكييف العقد عدّه عقدٌ ذو طبيعة خاصة ومستقل عن عقد البيع النهائي الذي يبرم بعد إتمام البناء، فجاء في قرار محكمة النقض الفرنسية اقرت فيه بإن عقد حجز الوحدات العقارية هو عقد مستقل فقضت به على: (عقد الحجز وعقد البيع النهائي للعقار رغم بإن العمليتان يقعان على نفس العقار، وعلى الرغم من أن إبرام عقد الحجز ما هو إلا ممهد لإبرام البيع النهائي للعقار ألا إنه عقد مستقل، وعقد اختياري ايضاً فلا يلزم الطرف المحتفظ بالبيع ولكن يلزمه بالأحتفاظ بالعقار من اجل البيع)[٣]، وفي قرار آخر[٤] صدر بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٩ جاء القضاء الفرنسي ليؤكد هذا التكييف، حيث قضى على:( أن عقد الحجز هو عقد مستقل وبالتالي بطلانه لا يؤثر على عقد البيع النهائي).

**ثانياً: موقف الفقه والقضاء في الجزائر**

على غرار التكييف القانوني لعقد حجز الوحدات العقارية في التشريع الفرنسي، فقد اختلف الفقهاء أو الباحثين في الجزائر حول التكييف القانوني لهذا العقد، وهذا ما سنحاول أن نبينه وعلى النحو الأتي:

---

(1). Cass. Civ 27 oct 1975..

(2). Cass. 3e civ, n.15519-16, 27 April 2017.

(3) Cass. Civ.III , n. 25.451-10, 30 Nov, 2011.

(4)Cass. Civ.III, n. 11707-18, 21 March 2019.

**١- التكييف الفقهي لعقد حجز الوحدات العقارية في الجزائر[١]**

إن الفقه الجزائري قد عرج إلى تكييف عقدنا محل البحث من خلال عدة اراء:

**أ_ عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء بيع بالعربون**

هناك من يرى[٢]، بإن طبيعة عقدنا موضع البحث هو بيع بالعربون[٣]، ويقصد به هو أتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد مع دفع احدهما مبلغاً للآخر عند إبرام العقد ليكون بمثابة جزاء للعدول عن العقد في حالة فسخ العقد بسبب من احد الطرفين، وقد استدلوا في هذا التكييف على اساس أن المحجوز له (صاحب حفظ الحق) يدفع تسبيقاً باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهو ما يسمح له بالعدول عن إبرام البيع النهائي الناقل لملكية العقار، ولكن سرعان ما واجه هذا التكييف بالنقد[٤]، على اعتبار أن مبلغ التسبيق النقدي الذي يدفعه المحجوز له هو ليس للمستثمر العقاري وانما لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وكذلك في حالة عدول المشتري في البيع بالعربون فإنه يفقد مبلغ العربون بينما في عقدنا محل البحث إذا عدل المحجوز له (صاحب حفظ الحق) واختار فسخ العقد فإنه يفقد فقط نسبة ١٥% من مبلغ التسبيق المدفوع، وفي البيع بالعربون إذا عدل البائع فإنه يقوم برد ما قبضه أو مثله بينما في عقدنا محل البحث فان المرقي العقاري

---

(١) هناك من انكر التكييف الذي تبناه البعض من الفقه الفرنسي لعقدنا موضع البحث كما اسلفنا ذكره بأنه وعداً بالبيع من ناحية ان عقد (حفظ الحق) هو عقد ملزم للجانبين وليس ملزم لجانب واحد فبمقابل التزام المستثمر العقاري بتخصيص العقار للمحجوز له يلتزم الاخير بدفع المبلغ النقدي، ومن ناحية اخرى لا يخضع عقدنا موضع البحث لإجراء الاشهار العقاري، حيث نص المشرع الجزائري و بشكل صريح على انه معفي من الاشهار العقاري حسب المرسوم التنفيذي رقم (١٣-٤٣١) الخاص بنموذج (عقد حفظ الحق- البيع على التصاميم): "معفى عقد جفظ الحق من التزام الاشهار العقاري" على خلاف الوعد ببيع العقار الذي يجب ان يشهر حسب ما جاء في قانون المالية الجزائري لسنة ٢٠٠٣. ينظر: شعبان عياشي، مصدر سابق ،ص٨٣، نجية بن حمام، مصدر سابق، ص١٧.

(٢) شوقي بناسي، عقد الترقية العقارية (عقد حفظ الحق- البيع على التصاميم)، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٩، ص٩٢.

(٣) المادة (٧٢) من القانون المدني الجزائري: "يمنح دفع العربون وقت أبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليه، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده...واذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"، ينظر: د. حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٦،ص٤٠.

(٤) ينظر: ايمان بوستة، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٧، ص٣٧٣.

(المستثمر العقاري) لا يحق له العدول عن العقد وانما يكون له الحق في فسخ العقد في حالة إذ ما اخل المحجوز له بالتزاماته العقدية[١].

**ب_ عقد حجز الوحدات العقارية عقد تمهيدي لعقد البيع النهائي**

ويذهب رأي[٢]، إلى عدّ عقدنا محل البحث عقداً تمهيدياً لعقد البيع النهائي الناقل لملكية العقار، بالإستناد إلى ما جاء في نموذج عقد حفظ الحق المنظم بموجب المرسوم التنفيذي (١٣-٤٣١) : "يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا، بموجب التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي أمام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع"، ويمكننا أن نرجح هذا التكييف كونهُ ألاقرب لعقدنا محل البحث مع الأحتفاظ بإستقلاليته عن بعض العقود التمهيدية الآخرى كالوعد بالبيع مثلاً.

**٢. التكييف القضائي**

إن القضاء الجزائري وبحدود اطلاعنا لم يتطرق إلى بيان التكييف القانوني لعقدنا موضع البحث بل اكتفى بأصدار قرارات بينت سمات العقد من غير بيان تكييفه القانوني، منها قرارها رقم (٣٧٢٣٣٩) الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٠من المحكمة العليا في الجزائر حيث قضى على: (يحرر عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية، في شكل عرفي ويخضع لإجراءات التسجيل، ويرتب التزامات متبادلة بين المتعاقدين، مع مراعاة المادة ١٠٧ من القانون المدني الجزائري).

وفي قرار آخر[٣] قضت على: (الطاعن غير ملزم بتسديد هذا المبلغ المحدد من جانب واحد إلا إذا وافق على ذلك بإرادته طالما أنه غير موجود في عقد حفظ الحق الذي يربط الطرفين، ولا يوجد أمام القضاء ما يفيد أن هذا المبلغ قد تم الأتفاق عليه، حتى يمكن الزام الطاعن بتسديده أو الخروج من السكن، لإن طبيعة عقد حفظ الحق ملزم للجانبين وليس بعقد إذعان)، فاقتصرت القرارت أعلاه ببيان سمات هذا العقد بكونه شكلي ورسمي وملزم للجانبين.

---

(١) ينظر: المادة ٣٢ من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ.

(٢) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص ٩٦، شعبان عياشي، مصدر سابق، ص٨٨.

(٣) قرار صادر لسنة ٢٠٠٩، المحكمة العليا الجزائرية، مصدر سابق، ص٢٤٣.

**ثالثاً: التكييف القانوني في العراق**

بالرغم من عدم تنظيم أَحكام هذا العقد في ظل القوانين المدنية العراقية، ألا إن البعض من الشراح العراقيين حاول بيان تكييفه القانوني، حيث هناك من كيفه بإنه صورة من صور عقود التفاوض السابقة على إبرام العقد النهائي، على اعتبار أن الغاية الأساسية المرجوة من هذا العقد هي عدم توفر النية لطرفي العقد بالالتزام بالتعاقد بشكل نهائي، فالحجز بحسب وجهة نظر الأطراف ما هو إلا اجراء قانوني للاستكشاف التعاقدي، من خلاله يتمكن الحاجز وهو المستثمر العقاري من معرفة حالة السوق، وتكون لديه القدرة على تقييم مشروعه سواء من الناحية التجارية أو المالية، ومن خلال مدة الحجز يستطيع الحصول على كافة التراخيص والمستندات الأدارية وكذلك التمويل اللازم للبناء كالحصول على قرض، والمحجوز له من خلاله يتمكن من الوقوف على جدية المشروع، وامكانية تنفيذه أو لا، فيرى صاحب هذا الأتجاه أن الغاية من هذا العقد لا يمكن أن تتحقق بالوعد بالتعاقد، لكون الواعد سواء كان من البائع أو المشتري يكون ملزماً بإبرام العقد متى ما اظهر الطرف الآخر رغبته بذلك، فيتفق كل من المستثمر العقاري والمحجوز له للدخول بعقد تفاوضي مسبق لعقد البيع النهائي إلا هو عقد الحجز[1].

بينما يرى الآخر[2]، على أنه تعاقداً نهائياً، فهو ليس وعدٌ بالتفضيل ولا وعدٌ بالتعاقد، وقد استند على ذلك بإن الحجز يتم عادة بعد أن يتم الأنتهاء من تصميم البناء وتحديد وحداته والثمن المحدد لكل وحدة منها، فالحجز عندما يقع على وحدة معينة فيدل على أنه تم تحديد المحل والثمن، وأن كان الثمن قابل للتغيير بعد الأنتهاء من البناء.

**خلاصة القول:**

بعد عرض ابرز ما قيل فقهاً وقضاءاً حول مسألة تكييف عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، فهل يمكن أن نكيف عقدنا موضع البحث بإنه وعدٌ بالبيع على وفق أَحكام القانون المدني العراقي؟

إن مسألة تكييفه بكونه وعدٌ بالبيع محل نظر، كون الآخير ابرز ما يميزه عن العقود الآخرى هو ترتيبه لالتزامات تقع على عاتق الواعد فقط في حين أن عقد حجز الوحدات

(١) د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٧٧.

(٢) سيبل جعفر حاجي عمر، مصدر سابق، ص ٨٩.

العقارية يرتب التزامات متبادلة محددة بنص القانون تقع على عاتق المستثمر العقاري والمحجوز له، ومن جهة آخرى من ناحية الشكلية كون كل تصرف يقع على عقار في إطار أَحكام الوعد بالبيع لابد أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، استناداً إلى أَحكام القانون التسجيل العقاري بأعتبار أن هذا القانون ينص صراحة على تسجيل الحقوق العينية أو التبعية فقط وما ينتج عن الوعد بالبيع ما هو إلا حق شخصي وليس عيني، ألا إنه بالرغم من أن محل عقد حجز الوحدات العقارية هو عقار لم يكتمل بناؤه بعد ألا إنه لا يسجل في دائرة التسجيل العقاري.

بعد أن بينا رفضنا لتكييف العقد بإنه وعدٌ بالبيع، فهل يمكن أن نكيفه بإنه صوره من صور بيع الأشياء المستقبلية وفقاً لإحكام للقانون المدني العراقي؟

المقصود ببيع الأشياء أو الأموال المستقبلية، هو المال الذي لا وجود له وقت التعاقد ولا يكون موجود في ذمة من يأمل الحصول عليه وان كان موجود في ذمة آخرى، فأما أن يكون منزل لم يبنَ بعد أو لوحة لم ترسم[1]، فالشيء المستقبلي إذا كان محلاً لعقد البيع لا يكون هذا المحل باتاً وكاملاً وانما يكون مجرد احتمال أو أمل، فيصبح العقد هنا من العقود الأحتمالية لان المشتري يخاطر في وجود المبيع في ذاته أو كميته، ولا يترتب على البائع بموجب عقد بيع الأشياء المستقبلية أي التزام بنقل الملكية إلى المشتري فوراً ولا يعطي الحق للآخير بمطالبة البائع بنقل ملكية بأعتبار أن حق المشتري ما هو إلا شخصي يخوله تربص المبيع فمتى ما تحقق وجوده امتلكه بقوة القانون[2].

فعلى الرغم من كون عقدنا موضع البحث وعقد بيع الأشياء المستقبلية لا ينقلان الملكية ابتداءً ألا أنه لا يمكن أن نكيفه بذلك، لكون المشتري في عقد بيع الأشياء المستقبلية لا يقوم بدفع أي ثمن ولا يترتب عليه أي التزام، بينما في عقدنا محل البحث فان واجب على المحجوز له بدفع مبلغ نقدي إلى جهة متخصصة لهذا الغرض، وأن عقد بيع الأشياء المستقبلية متى ما تحقق وجود المبيع فإنه يقوم بنقل الملكية إلى المشتري ألا إن عقدنا موضع البحث لا ينقل

---

(١) ينظر: د. عدنان ابراهيم السرحان– د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الاردني (مصادر الحقوق الشخصية– الالتزامات) دراسة مقارنة، الفجر للطباعة، ١٩٩٧، ص١٦٩.

(٢) ينظر: سنان عبد الحمزة تايه البديري، بيع الاموال المستقبلية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية النهرين للحقوق– جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٠.

الملكيـة وأن تحقـق وجـود المحـل (العقـار) علـى أرض الواقـع إلا بموجـب عقـد آخـر مسـتقل تمامـاً عن عقدنا يسمى بالعقد النهائي الناقل للملكية.

مـن ثـم يمكننـا القـول، وفـي ظـل عـدّ هـذا العقـد مـن العقـود غيـر المسـماة فـي القـانون المـدني العراقـي ولا فـي القـوانين الآخـرى ذات الصـلة، بتكييـف العقـد بإنـه مـن العقـود التمهيديـة ذات الطبيعـة الخاصـة يرتـب التزامـات متبادلـة علـى عـاتق طرفـي العقـد مـع وجـود ضـمانات تضـمن تنفيـذ هـذه الالتزامـات، وهـذا مـا يظهـر ضـرورة تنظـيم هـذا العقـد كـون القواعـد العامـة فـي القـانون المدني العراقي الخاصة بالعقود التمهيدية غير كافية وغير ضامنة لحقوق الطرفين.

## الفرع الثاني

## تمييز عقد حجز الوحدات العقارية عما يشتبه به من عقود آخرى

يقتـرب عقـد حجـز الوحـدات العقاريـة قيـد الإنشـاء مـن عقـود آخـرى، الأمـر الـذي قـد يثيـر الشـبه بينهمـا، ألا إن لهـذا العقـد خصـائص وأَحكـام تميـزه عـن غيـره، لـذا سـنفرد فقـرة لكـل مـن هذه العقود للوقوف على أوجه الشبه والأختلاف وعلى النحو الأتي:

**اولاً: تمييز عقد حجز الوحدات العقارية عن عقد البيع على الخريطة**

إن عقـد بيـع العقـار علـى الخريطـة مـن العقـود المسـتحدثة التـي أنتشـرت فـي ظـل وجـود ازمـة السـكن، تـولى تنظيمـه المشـرع الفرنسـي بموجـب المـادة (١-١٦٠١) مـن القـانون المـدني ألتـي تـنص علـى " بيـع العقـار المقـرر بنـاؤه الـذي يلتـزم بموجبـه البـائع ببنـاء أو اقامـة عقـار خـلال مـدة يحـددها العقـد"، وعلـى ضـوء ذلـك جـاءت (الفقـرة الثالثـة مـن المـادة أعـلاه) لتبـين لنـا صـورة عقـد البيـع علـى الخريطـة، فعرفتـه بانـه: "هـو العقـد الـذي بموجبـه ينقـل البـائع فـوراً إلـى المشـتري حقوقـه علـى الأرض اضـافة لملكيـة الأبنيـة الموجـودة، والإنشـاءات الأتيـة تصـبح ملكيـة المشـتري تباعـاً مع إتمام التنفيذ، ويلتزم المشتري بدفع ثمنها تبعاً لتقدم الأشغال".

وعلـى مسـتوى التشـريع الجزائـري، فقـد أسـماه بعقـد البيـع علـى التصـاميم ونظمـه بموجـب المـادة (٢٨) مـن قـانون الترقيـة العقاريـة النافـذ التـي تـنص علـى: "عقـد البيـع علـى التصـاميم لبنايـة أو جـزء مـن بنايـة مقـرر بناؤهـا أو فـي طـور البنـاء، هـو العقـد الـذي يتضـمن ويكـرس تحويـل حقـوق الأرض وملكيـة البنايـات مـن طـرف المرقـي العقـاري لفائـدة المكتتـب مـوازاة مـع تقـدم الأشـغال، وفـي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

وقد نال هذا العقد عناية من جانب الدراسات القانونية ايضاً، فقد عرف بإنه بيع لعقار لم يشيد بعد فيلتزم البائع بتشييده ونقل ملكيته إلى المشتري بأشكال مختلفة حسب نوع البيع[١].

أما في العراق، فقد حاول بعض الباحثين تعريفه بانه: "هو ذلك العقد المنصب على بيع عقار لم يشرع ببنائه أو في طور الإنشاء، يلتزم بمقتضاه المستثمر العقاري بإنجازه خلال اجل محدد على وفق المرتسمات والخرائط المتفق عليها ونقل ملكيته إلى المشتري الذي يلتزم بدوره بدفع الثمن اقساطاً تبعاً لتقدم نسب الإنجاز مقابل ضمانات قانونية للأقساط المدفوعة وضمان إتمام العمل وحسن إنجازه"[٢].

**اوجه الشبه:**

وعلى ضوء ما سبق ذكره، نلاحظ أن هناك أوجه شبه بينه وبين عقدنا محل الدراسة يمكن بيانها، وعلى النحو الأتي:

أ. **وحدة المحل:** إن المحل في كلا العقدين هو عقار ما زال في طور الإنجاز أو البناء لم يكتمل بعد، فبالنسبة لعقد البيع على الخريطة فإنه بحسب المادة (٣-١٦٠١) في القانون المدني الفرنسي[٣] سميّ المحل ب(المنجزات المستقبلية)، أي محل العقد هو كل عقار ينجز مستقبلاً، وعلى المنوال نفسه سار المشرع الجزائري، بإن يرد -عقد البيع التصاميم كما اسماه- على عقار في طور البناء أو لم ينجز بعد على بناية لم تبنَ بعد، حسب ما استخلص من المادة (٢٨) من قانون الترقية العقارية ٢٠١١: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء".

كذلك الحال بالنسبة لمحل عقد الحجز فهو وبالإستناد للمادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: " اولاً-يجوز أن يسبق البيع المنصوص عليه في المادة (١٠-٢٦١) عقد تمهيدي يلتزم بموجبه البائع، بتخصيص مبنى أو جزء من مبنى إلى

---

(١) ينظر: لامية كتو، عقد بيع العقار على التصاميم في القانون رقم (١١-٤) المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزوو، ٢٠١٣، ص٣٦.

(٢) محمد كاظم محمد، عقد البيع على الخريطة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون-جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٥، ص١٣.

(٣) المادة (١٦٠١-٣) القانون المدني الفرنسي: "البيع بالحالة المستقبلية هو العقد الذي بموجبه ينقل البائع فوراً الى المشتري حقوقه على الأرض اضافة الى ملكية الابنية الموجودة، والانشاءات الاتية تصبح ملكية المشتري تباعاً مع اتمام التنفيذ، ويلتزم المشتري بدفع ثمنها تبعاً لتقدم الاشغال".

المشتري مقابل ايداع ضمان مقدم إلى حساب خاص.."، وبما أن المادة (٢٦١-١٠) خاصة بعقد البيع على الخريطة فيدل على أن المحل في كلا العقدين واحد، والأمر كذلك بالنسبة لقانون الترقية العقارية النافذ وبحسب المادة (٢٧) التي تنص على: (بتسليم العقار المقرر بناءه أو في طور البناء...).

ب. **كلاهما عقد مسمى بالنسبة للتشريعات التي نظمتهما:** إن العقود المسماة هي التي تولى المشرع تنظيمها وخصها باسم معين نظراً لكثرة شيوعها بين الناس وحاجة المجتمع اليها[١]، وان عقد حجز الوحدات العقارية وعقد البيع على الخريطة كلاهما من العقود المسماة التي أولتها التشريعات القانونية عناية كبيرة عند تنظيمها، فسمي عقد حجز الوحدات العقارية بعقد الحجز والعقد التمهيدي في اطار قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل، وكذلك بالبيع الآجل في القانون المدني الفرنسي عند تنظيمه لبيع العقارات المعدة للبناء[٢]، أما عقد البيع على الخريطة فسمي بالاسم ذاته في قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل، وأطلق عليه تسمية البيع حسب الحالة المستقبلية في التقنين المدني الفرنسي في ضوء المادة (١٦٠١-٣).

إما على نطاق القانون الجزائري، فأصطلح عقد حفظ الحق على عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وعقد البيع على التصاميم على عقد البيع على الخريطة.

إما المشرع العراقي، فأنه جاء خالياً من تنظيم كلا العقدين، فعقد بيع العقار على الخريطة وعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يعد كلاهما من العقود غير المسماة في ظل نطاق التشريع العراقي.

ت. **الرسمية:** يعتبر عقد البيع على الخارطة بموجب القانون الفرنسي عقداً رسمياً، إذ نصت المادة (٢٦١-١١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب أن يبرم العقد بموجب سند رسمي...)، كذلك الحال بالنسبة لعقد حجز الوحدات العقارية إذ تذهب بعض القوانين المنظمة له باضفاء صفة الرسمية، وكان موقف المشرع الفرنسي بالنسبة

---

(١) ينظر: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣، ص٢٤. د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، دار محمود، ٩ شارع سامي البارودي- باب الخلق - القاهرة، ص١٠.

(٢) المادة (١٦٠١-١) القانون المدني الفرنسي: "بيع العقار المعد للبناء هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بأنشاء بناء في مهلة محددة في العقد، يمكن ان يعقد البيع لآجل او بالحالة المستقبلية للإنجاز"

إلى عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء غير واضح، ألا إنه يمكن الأستدلال على الرسمية من المادة (٢٦١-٢٩) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: "يتم ايداع الضمانة في حساب خاص باسم المشتري في مصرف أو مؤسسة متخصصة بهذا المجال أو لدى كاتب العدل.."، فبما أن الأموال التي يودعها المحجوز له لدى كاتب العدل والآخير ما هو إلا موظف مختص فيدل على أن عقد حجز الوحدات العقارية رسمياً.

وعلى السياق نفسه سار المشرع الجزائري، إذ اشترط الرسمية في كلا العقدين حيث أن المرسوم التنفيذي (١٣-٤٣١) حدد نموذج عقد الحجز (حفظ الحق) وعقد البيع على الخريطة ( البيع على التصاميم)، واوجب فيه المشرع الجزائري أن يفرغ كلا العقدين في شكل رسمي وان يتضمن كافة البيانات اللازمة والوثائق المرجعية.

د. **معاوضة وملزم للجانبين:** يشترك عقد الحجز مع عقد البيع على الخريطة بانهما يرتبا التزامات متبادلة على عاتق طرفيهما، فعقد البيع على الخريطة يعد من العقود الملزمة للجانبين ايضاً، إذ يلتزم فيه كل طرف من العقد بالتزام يقابل الطرف الآخر، فالمشتري يلتزم بدفع الثمن الذي يكون على شكل اقساط تكون حسب تقدم الاعمال، في حين يلتزم المستثمر العقاري بنقل الملكية المبيع وتسليمه على وفق المعايير الفنية المتفق عليها، بالإضافة إلى جملة من الضمانات القانونية التي تتمثل في ضمان حسن الإنجاز، وسير عناصر التجهيز[1]، وكذلك الحال لعقد الحجز الوحدات العقارية حيث يرتب التزامات متبادلة على أطراف العقد، من خلال التزام المستثمر العقاري بحجز وتشييد البناء الذي ما زال في طور الإنجاز ونقل ملكيته إلى المحجوز له، مع التزام والآخير بدفع وديعة ضمان مسجلة باسمه في حساب خاص تعتبر كوديعة ضمان أو تسبيق مالي قبل إتمام الثمن.

**اوجه الأختلاف:**

على الرغم من أوجه الشبه بين العقدين، فإن هناك أوجه اختلاف واضحة يمكن بيانها بالأتي:

(١) داني حمداني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج-البويرة، الجزائر، ٢٠١٣، ص١٠.

أ. **من حيث أنتقال الملكية:** يعد عقد بيع العقار على الخريطة من العقود الناقلة للملكية ويظهر ذلك بدلالة المادة (٣-١٦٠١) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على: "هو العقد الذي بموجبه ينقل البائع فوراً إلى المشتري حقوقه على الأرض اضافة إلى ملكية الأبنية الموجودة، والإنشاءات الأتية تصبح ملكية المشتري تباعاً مع إتمام التنفيذ، ويلتزم المشتري بدفع ثمنها تبعاً لتقدم الأشغال"، فيلاحظ من المادة أعلاه أن الملكية تنتقل عند إبرام هذا العقد إلى المشتري ولكن ليس بأكملها بل بمراحل تكون أولها عند إبرام العقد منصبة على الأرض والمشيدات الموجودة عليها تعقبها مراحل متعددة، إذ ينتقل كل جزء يتم بنائه من قبل المستثمر العقاري إلى حين يتم أنتقال العقار بإكمله عند الأنتهاء من البناء، مع الآخذ بعين الأعتبار تلك ألاقساط التي تدفع من قبل المشتري والمتناسبة مع تقدم ذلك البناء، على خلاف عقد الحجز، فلا تنتقل أي ملكية عند إبرامه، بل يقتصر على حجز المستثمر العقاري للوحدة العقارية باسم المحجوز له[١]، مع التزام الآخير بدفع وديعة الضمان التي لم ينص المشرع الفرنسي على كونها جزءاً من الثمن.

وعلى ضوء ذلك جاء موقف المشرع الجزائري، فعقد البيع على الخريطة (البيع على التصاميم) هو عقداً نهائياً ناقل لملكية العقار ويخضع لإجراءات التسجيل العقارية كافة، وسندنا في ذلك المادة (٢٨) من قانون الترقية العقارية (٠٤-١١) "...هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"، فملكية العقار تنتقل في عقد بيع العقار على الخريطة موازاة مع تقدم الأشغال وتسديد المكتتب الثمن لما هو منجز من البناية وبصفة دورية[٢]، بينماعقدنا موضع البحث لا ينقل الملكية، أنما تنتقل عند إبرام العقد النهائي[٣].

---

(١) المادة (٢٦١-١٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "..عقد تمهيدي يلتزم بموجبه البائع بتخصيص مبنى او جزء من مبنى الى المشتري مقابل ايداع ضمان مقدم الى حساب خاص".

(٢) سمية بولحية، مقال بعنوان: مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم، منشور على الموقع الالكتروني: تاريخ اخر زيارة: ٢:٢م، ٢٢\٢\٢٠٢٠.soumiabou85@gmail.com .

(٣) المادة (٣١) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: "يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب اعداد عقد البيع امام موثق طبقاً للتشريع المعمول به".

ب. **من حيث الفسخ:** لما كان كلا العقدين من العقود الملزمة للجانبين، فيجوز أن يطلب احد المتعاقدين الفسخ إذ لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، فبالنسبة للفسخ في عقد البيع على الخريطة، فإن أَحكامه تخضع للقواعد العامة في القانون الفرنسي ولم تذكر على سبيل الحصر، فبمجرد عدم تنفيذ احد الأطراف لالتزامه يجوز للطرف الآخر فسخ العقد، بخلاف أَحكام الفسخ في عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء حيث أوردها التشريع الفرنسي على سبيل الحصر على النحو الذي سنتناول بيانه عند البحث في أَحكام هذا العقد.

أما في التشريع الجزائري فان المادة (٣٢) من قانون الترقية العقارية (٠٤-١١) دلت على أن يمكن فسخ عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء (حفظ الحق )، في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من احد المتعاقدين بشرط قبول الطرف الآخر، أما في ما يخص عقد البيع على التصاميم فقد أورد المشرع الجزائري وفي نص المادة (٥٣) من قانون (٠٤-١١) على: "يتعين على المكتتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في ألاجال المنصوص عليها، وفي حالة عدم التسديد، يحتفظ المرقي العقاري بحق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق. ويترتب على عدم تسديد دفعتين متتاليتين فسخ العقد بحكم القانون بعد اعذارين مدة كل واحد منهما ١٥ يوماً يبلغان عن طريق المحرر القضائي ولم يتم الرد عليهما"، فيبدو أن المشرع الجزائري قد اعطى صلاحية للمرقي العقاري لفرض العقوبة على المكتتب جزاء عدم التسديد، وما يلاحظ عليه أن مدة الأعذار في عقد بيع العقار على التصاميم تمثل نصف مدة الأعذار في عقد حفظ الحق، فلمحجوز له (صاحب حفظ الحق) له حماية اكبر من المكتتب من خلال المدة الممنوحة له بالوفاء بالتزاماته[١].

أما في العراق، بالرغم من عدم تنظيم كلا العقدين بموجب القوانين المدنية وبالرجوع إلى أَحكام القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي، فلا ضير في تطبيق أَحكام الفسخ الخاصة بعقد البيع على النموذج عند إخلال الأطراف بالتزاماتهم في عقد البيع على الخريطة[٢]، أما في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء فتطبق القواعد العامة المتعلقة بالجزاءات المترتبة على الطرفين في حالة الآخلال بالمسؤولية العقدية.

---

(١) ريم رفيعة لعور، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران-الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص٢٨-٢٩.

(٢) المادة (٥١٨) من القانون المدني العراقي.

**ثانياً: تمييز عقد حجز الوحدات العقارية عن البيع بالتقسيط**

يقصد بالبيع بالتقسيط هو البيع الذي يكون سداد الثمن فيه مجزءاً على عدة اقساط على أن يكون جزءاً منها لاحقاً على تسلم المبيع[1]، وقد نظم أَحكام هذا البيع في ظل المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (١. إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. ٢. فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً جاز للمتبايعين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع ألاقساط ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقاً لأَحكام التعويضات الأتفاقية. ٣. وإذ سددت ألاقساط جميعاً أنتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع ألا إذا وجد أتفاق يقضي على غير ذلك. ٤. وتسري أَحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً).

ممّا تقدم يلاحظ اشتراك عقد البيع بالتقسيط مع عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء بنواحي وافتراقهعنه بنواحي آخرى، وعلى النحو الأتي:

**اوجه الشبه:**

١. **من حيث الثمن:** إن الثمن في عقد البيع بالتقسيط يتخذ صورتين، أما أن يكون بشكل اقساط دورية أو بشكل ثمن مؤجل يدفع بعد أنتقال الملكية، والصورة الآخيرة تشترك مع صورة دفع الثمن في عقد حجز الوحدات العقارية، الذي يلتزم المحجوز له فيها بعد أنتقال الملكية بدفع ثمن العقار المنجز.

٢. **من حيث سمة الأئتمان:** إن عقد البيع بالتقسيط يعد من عقود الأئتمان، لإنه من العقود التي يتآخر تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمة احد طرفيه عن تنفيذ الآخر، فسمة الأئتمان تظهر مرة بجانب المشتري الذي يلتزم بدفع عدداً من اقساط الثمن تشكل الجزء الأكبر منه قبل تسلم المبيع أو نقل الملكية اليه، وتظهر مرة آخرى بجانب البائع الذي يسلم المبيع إلى المشتري قبل سداد الآخير الثمن بأكمله[2]، والأمر نفسه ينطبق على عقد الحجز، فصفة

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى، ط١، مطبعة الجامعة، الكويت، ١٩٨٤، ص٢٠.

(٢) ينظر: محمد كاظم محمد، مصدر سابق، ص٥٢.

الأئتمان تظهر بالنسبة إلى التزام المحجوز له بدفع مبلغ من المال مقابل التزام المستثمر العقاري بنقل ملكية ذلك العقار بعد إتمام الإنجاز.

**اوجه الأختلاف:**

١. **من حيث أنتقال الملكية:** في عقد البيع بالتقسيط يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن تنتقل الملكية فيه ولكنها موقوفة[١]، بينما أن أهم ما يتسم به عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، أنه عقداً غير ناقل للملكية باي وجه من الوجوه.

٢. **من حيث المحل:** إن المحل الذي يرد على كلا العقدين هو المبيع والثمن، فالمبيع لا يتغير أما الثمن فبموجب عقد البيع بالتقسيط يحدد بصورة نهائية غير قابلة للتغيير فيما بعد، فلا يستطيع المشتري أن يقلل ولا البائع أن يزيد من مقداره عند نقل الملكية وذلك بموجب القواعد العامة الخاصة بالبيع، بينما الثمن في عقد حجز الوحدات العقارية يكون قابلاً للتغيير عند إبرام عقد البيع النهائي، فسمح بذلك المشرع الفرنسي[٢]، الذي أعطى الحق للمستثمر العقاري أن يغير بالثمن عند إبرام العقد النهائي نظراً لما قد يستجد اثناء مرحلة الإنجاز من زيادة في تكاليف البناء، وعلى العكس من ذلك جاء موقف المشرع الجزائري الذي لم ينص على تغيير السعر عند إبرام عقد حجز الوحدات العقارية حتى في حال وجود مبررات تبرر ذلك[٣].

٣. **من حيث التنظيم القانوني:** إن عقد البيع بالتقسيط قد لقي تنظيماً واسعاً في ظل القوانين المدنية في معظم الدول ومن ضمنها القانون المدني العراقي على عكس عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء الذي اقتصر تقنينه على بعض القوانين التي نصت عليه بنصوص آمرة، من غير أن نلاحظ أي وجود له في القانون المدني العراقي أو القوانين الآخرى ذات الصلة في الوقت الحالي.

---

(١) المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي: "..٣. واذ سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع الا اذا وجد اتفاق يقضي على غير ذلك".

(٢) ينظر: المادة (٢٦١-٢٦) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب ان يبين في العقد الثمن التقديري للبيع، وعند الاقتضاء طرق اعادة النظر فيه في الحدود و الشروط الملحوظة..".

(٣) مما يجدر الاشارة اليه ان المشرع الجزائري اعطى خاصية تغيير السعر لعقد بيع العقار على التصاميم دون عقدنا محل البحث، حسب ما نصت عليه المادة (٣٨) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: "في كل الاحوال يجب تبرير تغييرات السعر..".

٤. **من حيث اثر أنتقال الملكية:** في البيع بالتقسيط إذ أوفى المشتري الثمن كاملاً تحقق الشرط وتنتقل الملكية إلى المشتري بأثر رجعي، لكن بما أن القاعدة ليست من النظام العام فإنه بإمكان الطرفين الأتفاق على أنتقالها قبل دفع ألاقساط، ألا إن هذا الأتفاق موقوف على شرط واقف وهو دفع آخر قسط، من ثم تنتقل الملكية بأثر رجعي بموجب القانون أو من وقت تحقق الشرط بحسب الأتفاق[١]، بينما في عقد حجز الوحدات العقارية فان الملكية لا تنتقل ألا بموجب عقد بيع نهائي مستقل تماماً عن عقدنا محل البحث.

**ثالثاً: تمييز عقد حجز الوحدات العقارية عن المفاوضات العقدية**

إن التعاقد فيما سبق كان يتميز بالسهولة والمرونة، فبمجرد أن يعرض احدهم إيجاب على الآخر الذي يلبث إلى الموافقة عليه فينعقد العقد، ألا إنه سرعان ما تطور التعاقد واصبح يمر بعمليات مركبة ومعقدة جداً وبوسائل متعددة، نظراً إلى تطور الأقتصاد والتجارة بشكل ملحوظ وظهور العقود المركبة أو المعقدة التي تحتاج إلى مفاوضات عدة قبل أن يتم إبرام العقد النهائي، فيقصد بالمفاوضات العقدية هي التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء لغرض الوصول إلى أتفاق بين الأطراف المتفاوضة لإبرام عقد ما[٢]، أما القوانين الوضعية فلم تنص بشكل مباشر على تلك المفاوضات ألا إنها اشارت ضمناً اليها إذ ورد في المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على: "١. يطابق القبول الإيجاب إذا اتفقا الطرفان على المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الأتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الأتفاق بالكتابة. ٢. وإذا اتفق الطرفان على جميع الوسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الأتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تمّ..".

---

(١) ينظر: د. جعفر الفضلي- حارث ظاهر الدباغ، دور شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (السنة الثامنة-١)، عدد١٦، كلية الحقوق-جامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص٣٢.

(٢) ينظر: رجب كريم عبد الاله، مصدر سابق، ص٦٢. وعود كاتب الانباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنيت، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون-جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص٢٠٠. د. حسام الدين كامل الآهواني، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية للالتزام)، ط٣، المجلد الاول، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٩٧.

فعلى ضوء ما سبق ذكره، يتبين لنا أن المفاوضات العقدية وعقد حجز الوحدات العقارية يقتربان بإوجه شبه فيما بينهما ويبتعدان عن بعضهما بإوجه اختلاف:

**اوجه الشبه:**

١. **كلاهما ممهدان لإبرام العقد النهائي:** فالمفاوضات العقدية تهدف إلى الأعداد والتحضير لإبرام عقد نهائي في المستقبل[١]، وهو الأمر عينه في عقد حجز الوحدات العقارية الذي يعد عقد أولي يمهد إلى إبرام عقد بيع نهائي للعقار محل العقد.

٢. **كلاهما مؤقت المدة:** تعد المفاوضات العقدية من الأتفاقات المؤقتة التي تنشئ التزامات مؤقتة على عاتق الطرفين أو احدهما لتنظيم العلاقة التفاوضية، فلا توجد إلا بمدة محددة يستغرقها الطرفين[٢]، والأمر ذاته في عقد حجز الوحدات العقارية الذي يعد من عقود المدة المؤقتة التي تنتهي بإبرام العقد النهائي، فالمشرع الفرنسي نظم مدته بشكل واضح وعلق نسبة وديعة الضمان به، على أنه إذا كان العقد يبرم خلال سنة فنسبة وديعة الضمان تكون ٢% وإذا كان لمدة سنتين فإن نسبة وديعة الضمان تكون ٥% وإذا اكثر من ثلاثة سنوات فلا يلتزم المحجوز له بدفع أي مبلغ.

٣. **كلاهما واجب الأعلام عن العقد النهائي:** فيجب على المتفاوض أن يعلم الطرف الآخر عن كل ما لديه من معلومات وبيانات متعلقة بالتفاوض العقدي طالما لها أهمية في التعاقد، ليعطي صورة تامة عن مضمون العقد المراد إبرامه في المستقبل[٣]، والأمر ذاته في عقد حجز الوحدات العقارية، فإوجبت المادة (٢٦١-١٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل المستثمر العقاري بإعطاء كافة التفاصيل المتعلقة بعقد البيع النهائي واعلام المحجوز له بوصف العقار وصفاً دقيقاً وتاماً.

---

(١) ينظر: مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق-جامعة الشرق الاوسط، الجزائر، ٢٠١٤، ص١١.

(٢) جعفر ايت سلمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص١٠.

(٣) د. جواد كاظم جواد سميسم، مراحل العقد بين الارادة العقدية والتشريعية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٣، العدد ٢، ج٢، ٢٠١٨، ص٩٢.

**اوجه الأختلاف:**

١. **مـن حيـث نـوع الالتـزام:** إن المفاوضـات العقديـة ترتـب التـزام ببـذل عنايـة يقـع علـى أطرافهـا، فـأطراف المفاوضـات ليسـوا ملـزمين بـإبرام التعاقـد بـل إلـزامهم يقتصـر علـى إبـرام تلـك المفاوضـات بحسـن نيـة، فعنصـر الأحتمـال متـوافر فـي المفاوضـات وبكثـرة لأن العقـد النهـائي لـيس مؤكـداً إبرامـه[١]، أمـا عقـد حجـز الوحـدات العقاريـة فإنـه التـزام بتحقيـق نتيجـة وهـي إبـرام عقد البيع النهائي للعقار المنجز.

٢. **مـن حيـث الضـمان:** فـلا يلتـزم أي طـرف فـي المفاوضـات العقديـة بـدفع أي مبلـغ كوديعـة ضـمان بينمـا فـي عقـد الحجـز فـالمحجوز لـه ملتـزم بـدفع مبلـغ مـن النقـود إلـى جهـات مختصـة بذلك.

٣. **مـن حيـث نـوع المسـؤولية:** فالمفاوضـات العقديـة علـى وفـق الـرأي الـراجح لـدى الفقـه[٢] لا تقـيم أي رابطـة عقديـة بـين طرفيهـا، لـذا فهـي عمـل مـادي يقـوم بـه المتفاوضـين ولا تكـون هنـاك أي مسـؤولية لمـن عـدل عنهـا ألا إذا اقتـرن هـذا العـدول بخطـأ فهنـا يجـب التعـويض علـى اسـاس المسـؤولية التقصـيرية[٣]، أمـا فـي نطـاق عقـد حجـز الوحـدات العقاريـة فإنهـا تقـوم علـى اسـاس المسـؤولية العقديـة بالإسـتناد إلـى طبيعتـه بكونـهِ عقـداً تتـوفر فيـه جميـع الأركـان مـن رضا ومحل وسبب.

---

(١) د. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات واثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في جامعة بنها، ج٣، العدد٤٣، ص١١٣.

(٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص١٣٥. د. حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاقتصادية والادارية، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة، المجلد العشرون، العدد الثاني، ٢٠١٢، ص٥٦٣.

(٣) هناك من يرى بأن مجرد الدخول في مفاوضات ينشئ بين الاطراف اتفاق وهذا الاتفاق اما يكون صريحاً او ضمنياً، فاذا اخل احد الاطراف بالمفاوضات فإنه يسأل عن تعويض الطرف الاخر بالأضرار الناشئة عن هذا الاخلال وفقاً لإحكام المسؤولية العقدية استناداُ الى هذا الاتفاق الصريح او الضمني. ينظر: سليمان براك، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق- جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص٨٥-٨٤.

## المبحث الثاني

## إبرام عقد حجز الوحدات العقارية

إن عقد حجز الوحدات العقارية عقداً كسائر العقود يخضع للقواعد العامة من حيث ضرورة توفر اركانه من رضا ومحل وسبب، ونشير هنا إلى أنه لا يوجد شيء جديد يقال في السبب عما يقال في النظرية العامة للعقد، ألا إن البحث في ركني الرضا والمحل يستدعي منا بيان أطراف عقد الحجز وبيان محل هذا العقد لما له من خصوصية تميزه عن باقي العقود الآخرى.

لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول منه لبحث الرضا، أما الثاني فأفردناه لبحث ركن المحل في عقد الحجز، وعلى النحو الأتي:

### المطلب الأول

### الرضا في عقد حجز الوحدات العقارية

إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ما هو إلا عقد كسائر العقود التي لا بد من توافر الرضا فيها لكي ينعقد بصورة صحيحة ومنتج لكافة الآثار القانونية المترتبة عليه، فلا بد من صدور إيجاب من احد العاقدين ليقابله قبول من قبل المتعاقد الآخر متفقين فيه على كافة الحيثيات والمسائل التفصيلية الواجب ذكرها في العقد، ويجب أن تكون إرادة كلا الطرفين (المستثمر العقاري والمحجوز له) خالية من أي عيب قد يعتريها من عيوب الإرادة، ومتجهة نحو احداث آثر قانوني محدد.

لذا سنقتصر في مطلبنا هذا على بيان أطراف هذا العقد، لنخصص الفرع الأول منه لبيان تعريف المستثمر العقاري وما أهم الشروط الواجب توفرها فيه ليكتسب تلك الصفة، أما الفرع الثاني فسيكون للتعرف فيه على الطرف الآخر المتمثل بالمحجوز له، وعلى النحو الأتي:

## الفرع الأول

## المستثمر العقاري

إن المستثمر العقاري يعد هو الطرف ألاهم في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وقد أطلق عليه تسميات مختلفة، ففي نطاق القانون الفرنسي اصطلح عليه اسم "متعهد الأنماء العقاري"، أما في القانون الجزائري فيسمى ب (المرقي العقاري)، وفي العراق وفي ظل قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل بقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ فقد اشار إليه بالفقرتين (١٢-١٣) من المادة (١) بتسمية (المطور، المطور الثانوي)[١].

لذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين: الأولى منها تختص بتعريف المستثمر العقاري في ظل القوانين التي نظمته، أما الثانية فستختص بمعرفة مجمل الشروط القانونية الواجب توفرها به، وعلى النحو الأتي:

**اولاً: تعريف المستثمر العقاري**

إن معظم التشريعات[٢] قد عرفت المستثمر العقاري عند تنظيمها لعقد البيع على الخريطة، أما بالنسبة للتشريعات إلتي أولت عناية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، فنراها خالية من اعطاء تعريف له فالمشرع الفرنسي لم يعرفه، واقتصر دوره بتحديد مجمل ألانشطة التي يقوم بها الآخير من خلال تعريفه للترقية العقارية أو ما يسمى بعقد الأنماء العقاري في المادة (١-١٨٣١) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على:" أن عقد الأنماء العقاري هو توكيل ذو مصلحة مشتركة بموجبه يلتزم شخص يدعى (متعهد الأنماء العقاري) تجاه صاحب البيان بإن يقوم ولقاء ثمن متفق عليه وبموجب عقود أجارة صناعة

---

(١) المادة (١) الفقرة ١٢ نصت على: "المطور: كل شخص طبيعي او معنوي حاصل على اجازة الأستثمار للمشاريع الاستراتيجية في قطاعي بناء المدن السكنية والمناطق الاستثمارية او أي قطاع تنموي اخر تقع خارج التصميم الاساس تقترحه الهيئة ويوافق عليها مجلس الوزراء"، اما الفقرة ١٣ نصت على: كل شخص طبيعي او معنوي تنتقل اليه ملكية جزء من المشروع الاستثماري لغرض تطويره ضمن مشاريع المدن السكنية الكبرى والمناطق الاستثمارية او أي قطاع اخر تقع خارج التصميم الاساس تقترحه الهيئة ويوافق عليه مجلس الوزراء وفقاً للتصميم الأساسي للمشروع".

(٢) ينظر: المادة (٢) من قانون تنظيم التطوير العقاري القطري (٦) لسنة ٢٠١٤ التي عرفت المستثمر العقاري بانه: "الشخص الطبيعي او المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها..". و كذلك المادة (٢) من قانون حساب ضمان التطوير العقاري في امارة دبي الصادر رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧ الذي اطلق عليه تسمية المطور فنصت على:" الشخص الطبيعي او المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها...".

أو عقود تلزيم، بتحقيق مشروع بناء مؤلف من طابق واحد أو عدة مبان، كما أن يباشر بذاته أو بواسطة غيره، مقابل أجر متفق عليه، كل أو بعض العمليات القانونية والأدارية والمالية المؤدية إلى ذات الغرض، وهذا المتعهد بالأنماء يضمن تنفيذ الالتزامات الموضوعة على عاتق الأشخاص الذين تعامل معهم باسم صاحب المنشأة أو المشروع".

وقد وجه لهذا التعريف أنتقاداً، بأعتبار أن المشرع الفرنسي لم يميز بين رب العمل والمستثمر العقاري المنجز للعقار فعدم اعطاء الأستقلالية للآخير تنقص من قيمتهِ لكون المستثمر العقاري هو ليس حرفي أو مهني بقدر كونه تاجراً، وبغير تلك الأستقلالية لا يمكن لعب أي دور في عملية إنجاز البناء، فالمستثمر العقاري هو ليس فقط وكيلاً أو مشيداً للعقار بل أنه وسيط اقتصادي أو قانوني بين الأشخاص الذين لديهم مؤهلات فنية كافية للقيام بعمليات الترقية العقارية[1].

وبالرغم من ألانتقاد أعلاه، أن القضاء الفرنسي أعتمد على هذه المادة لوضع تعريف للمستثمر العقاري في عملية الترقية العقارية، فعرفه على أنه هو "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يأخذ المبادرة ويبذل العناية الرئيسية والأساسية بالعملية العقارية، فيتكفل بإن يُسلم أو يبيع أو يورد عقاراً مطابقاً لقواعد الفن، وخالياً من العيوب"[2].

وعلى مستوى التشريع الجزائري، فقد كانت مهنة المستثمر العقاري غير مقننة أي لم تنظم بشكل واضح قبل صدور قانون الترقية العقارية النافذ، فلم يتطلب الدخول لهذا النشاط التجاري سوى التسجيل في القيد التجاري كإجراء وحيد لنشأة عملية الترقية العقارية، إلى حين صدور قانون الترقية العقارية النافذ الذي سرعان ما نظم هذه المهنة بشكل واسع وصريح وبصورة لا تقبل الشك والتأويل، فجاءت المادة (٣) من قانون الترقية العقارية النافذ معرفة له إذ نصت على : (كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو اعادة تأهيل، أو تجديد أو اعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب احد هذه التدخلات، أو تأهيل الشبكات بقصد بيعها أو تأجيرها)، وتلتها المادة (١٤) من القانون

(١) ينظر: سهام مسكر، مصدر سابق، ص٢١.

(٢) قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، ١٩٧٢/٢/١ نقلاً عن: زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين ( دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية– العلوم في القانون فرع قانون الاعمال، جامعة الحاج لخضر–بانته، الجزائر، ٢٠٠٩–٢٠٠٨، ص٢٠١.

نفسه لتبين لنا النشاط المخول له، فعرفت نشاط الترقية العقارية بإنه: (مجموع من العمليات التي تسأهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو الأيجار أو تلبية الحاجات الخاصة، يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضياً يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري).

وهناك من علق على هذا النص، بإن ما جاء في المادة (١٤) اجاز أن يرد نشاط الترقية العقارية لتلبية الحاجات الخاصة، أي أن صفة المرقي العقاري يمكن أن تطلق على الشخص حتى لو كان عمله مقتصراً على إنشاء مبنى لسكناه أو مقراً لاعماله وبالإضافة إلى ذلك، ما يلاحظ في النصين أعلاه أن صفة المستثمر العقاري (المرقي العقاري) يمكن أن تعطى إلى أي شخص يمارس نشاط ما من نشاطات الترقية العقارية من غير أن يستلزم إجازة أو الية لممارسة المهنة[١]، وان سلمنا بإن ظاهر النصوص أعلاه توحي بإن أي شخص يمكنهُ أن يمارس عملية من عمليات الترقية العقارية تطلق عليه صفة المستثمر العقاري، ألا إن المادة (٢٣) من القانون المذكور جاءت لتزيل هذا الشك والألتباس لتنص على مجموعة من الأجراءات المطلوبة منه لكي يستطيع أن يمارس نشاط ما من أنشطة الترقية العقارية: ( يتطلب منح الأعتماد للمرقي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين ويعد ترخيصاً لممارسة المهنة، مع مراعاة القيام بالأجراءات الشكلية الأدارية والجبائية المطلوبة للحصول عليه، يمسك الوزير المكلف بالسكن والعمران الجدول الوطني، تحدد كيفيات مسك الجدول الوطني عن طريق التنظيم)، وكذلك ما جاء في المرسوم التنفيذي (٢-٨٤) المؤرخ في (٢٠١٢/٢/٢٠) المختص بتحديد كيفيات منح الأعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذلك كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، والذي تم بموجبه تحديد كافة الأجراءات المطلوبة من المرقي العقاري لكي يستطيع ممارسة مهنته[٢].

أما على مستوى الفقه، فلم يكن الفقه الفرنسي غافلاً عن تعريف المستثمر العقاري، فقد عرفه بانه: "هو شخص طبيعي أو معنوي يتمثل نشاطه في المبادرة بعملية بناء عقار

(١) محمد كاظم محمد، مصدر سابق، ص٥٧.

(٢) وقد عرف المرقي العقاري في هذا المرسوم بموجب المادة (٢) على انه: "يعتبر مرقياً عقارياً كل شخص طبيعي او معنوي يحوز اعتماد او يمارس نشاط الترقية العقارية".

وتنظيمه وفقاً لخطط قانونية وتقنية ومالية، ووضع مباني أو اجزاء من المباني في يد مستعمليها"[١]، وعُرف ايضاً بانه: "هو الوكيل الأقتصادي الذي يتولى إنجاز بناء أو اكثر كي يكتسب ملكيته واحد أو اكثر من الأشخاص الذي يطلق عليهم متلقي الملكية"[٢]، ويلاحظ أن هذا التعريف هو ألاقرب للصواب وذلك لبيان صفة المستثمر العقاري في عقد الحجز الذي يقتصر دوره على حجز البناء للمحجوز له وبيعه له عند الإتمام فيكون بمثابة متلقي لتلك الملكية المحجوزة له، وقد عرف المستثمر العقاري بأنه: " الشخص الذي يتولى وبمقابل اجر متفق عليه تحقيق العملية المعمارية التي يتعهد بها اليه رب العمل بمقتضى عقد التمويل العقاري، وذلك للقيام بكل ما يتطلبه هذا العمل من تمويل وادارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة حتى تسليم العقار تاما خالياً من أي عيوب"[٣]، وعرف [٤] ايضاً بانه: " هو الشخص الذي يلتزم ببناء عقار خلال مدة محددة، سواء قام بعملية البناء بنفسه أو عن طريق غيره، وهذا الالتزام يستمر حتى الأنتهاء من عمليات البناء وأكتمال وجود العقار فعلياً".

وقد يكون المرقي العقاري شخصاً من اشخاص القانون العام أو الخاص[٥]، فالمرقي العقاري العام "يتمثل في الجماعات المحلية بالإضافة إلى المؤسسات العمومية المؤهلة المتمثلة في الوكألات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وديوان الترقية والتسيير العقاري، المؤسسة الوطنية للترقية العقارية والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره

---

(1). ROGER SAINTALARY, Droitde la construction, presses Universitorires de France, 1977, p311-312.

(2). Philippe JESTAZ, Philippe MALINVEAUD, Droitede la promotion limmobiliere, Paris, DALLOZ, 1982, p1.٤

نقلا عن يزيد عربي باي، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر- بانته، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠٠٩، ص٢١.

(٣) عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها)، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط١، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٧، ص٥٤٢.

(٤) د. سمير عبد السميع الأون، مصدر سابق، ص٥١.

(٥) المادة (١٩) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: "يسمح لكل شخص طبيعي او معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين ٣، ١٨ اعلاه، طبقاً للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون".

والصندوق الوطني للتوفير وألاحتياط"، أما المرقي العقاري الخاص فهو " الشخص الطبيعي، المتمتع بشخصية قانونية طيلة فترة وجوده أي مدى حياته، وقد يكون المرقي العقاري الخاص شخصاً معنوياً ليس من اشخاص القانون العام، وتقسم الأشخاص المعنوية الخاصة إلى شركات تهدف إلى تحقيق الربح، يكون في شكل شخص واحد في اطار شركة ذات شخص واحد أو في شكل اشخاص متعددة في اطار شركات ذات مسؤولية محدودة أو في شكل أو شركة مساهمة وهي تأخذ شكل الشركات التجارية"[١].

وفي التشريع العراقي، نجد أن قانون الاستثمار المعدل قد أورد تعريف للمستثمر العراقي في المادة (١ /تاسعاً) التي عرفته على أنه: "هو الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار والذي يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً مسجلاً في بلد اجنبي"، وعلى المنوال نفسه قد عرف المستثمر الأجنبي في الفقرة التي تليها، أما في (الفقرة ١٢ من المادة أعلاه) فقد افردها لوضع تعريف المطور فعرفه بانه: "كل شخص طبيعي أو معنوي حاصل على إجازة استثمار للمشاريع ألاستراتيجية في قطاعي بناء المدن السكنية والمناطق الاستثمارية أو أي قطاع تنموي آخر يقع خارج التصميم الأساس تقترحه الهيئة ويوافق عليه مجلس الوزراء"، أما المطور الثانوي اختصت (الفقرة ١٣ من ذات المادة) بتعريفه بإنه "هو كل شخص طبيعي أو معنوي تنتقل اليه ملكية جزء من المشروع الاستثماري لغرض تطويره ضمن مشاريع المدن السكنية الكبرى والمناطق الاستثمارية أو أي قطاع تنمويآخر يقع خارج التصميم الأساس تقترحه الهيئة ويوافق عليه مجلس الوزراء".

وعلى وفق ما سبق ذكره يمكننا أن نصوغ تعريف للمستثمر العقاري، فنعرفه بانه: هو كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر لدية المقدرة المالية الكافية والخبرة الفنية للقيام بإنجاز الوحدات العقارية أياً كان الغرض منها، وفقاً لما عليه من مواصفات تم الأتفاق عليها مسبقاً مع المحجوز له، وذلك بعد حصوله على إجازة ممارسة المهنة من الجهات الرسمية المخولة بذلك.

---

(١) نادية عارف– امال صوالح عمار، النظام القانوني لعقد حفظ الحق في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق، جامعة الشهيد لحمة لخضر–الوادي، الجزائر، ٢٠١٧–٢٠١٨، ص٢٤.

**ثانياً: الشروط الواجب توفرها في المستثمر العقاري**

نظراً لما لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من أهمية وما يتمتع به من خصوصية، فقد عمدت التشريعات المنظمة له بتقييد ممارسة هذا النشاط على بعض الأشخاص عن غيرهم، فلا يستطيع أي شخص إبرام هذا العقد بل اقتصر ذلك على من يمنحون اعتماداً من السلطات المختصة لممارسة المهنة، فجاءت التشريعات المنظمة لفئة المستثمر العقاري بمجموعة من الشروط التي يجب توفرها به، فضلاً عن بعض التراخيص الواجب أن يحصل عليها وهي مقررة بطبيعة الحال لحماية المحجوز له من أن يخسر امواله التي يودعها كضمان في مشروع وهمي كان قد توهم بجديته، أو من حيث مدى اكتساب المشروع المنفذ للشروط الفنية، فالترخيص الأداري الممنوح للمستثمر العقاري لا يمنح من قبل الجهة الأدارية ألا إذا كان الشخص مناسباً ومتمتع بالقدرة المالية والفنية لإتمام المشروع العقاري بالشروط اللازمة.

فعلى نطاق التشريعات الفرنسية، كان الملاك يشترون ألاراضي ثم يبيعونها إلى المقاولين ليقوموا بإنجاز البناء لتكون سكنات خاصة بهم، ألا إن الأمر تطور فيما بعد وأصبحت توكل إلى مقاولين لإنجاز تلك العمليات، وتطور اكثر فأصبحت توكل إلى شركات بناء تقسم الأرض فيما بين المشتريين على وفق نظام الملكية المشتركة[1] بهدف ضمان حقوقهم من الضياع، ومن بعدها اسندت هذه المهمة إلى المستثمر العقاري الذي يلتزم لصالح رب العمل بتشييد البناء حسب المواصفات المحددة بموجب عقد الحجز أو عقد البيع على الخريطة، فالمستثمر العقاري أما إن يكون بصورة شخص طبيعي أو شركة مدنية، فالواقع

(١) الملكية المشتركة: مع ازدياد النمو الديموغرافي استحدث نوع جديد من البيانات اطلق علية في فرنسا مصطلح الملكية المشتركة يهتم بتحديد حقوق و التزامات الملاك المشتركين و تنظيم التدبير الجماعي للعقاررمع ذكر كافة البيانات المتعلقة بوصف العقار من حيث موقعه وومساحته فضلاً عن الابنية المشيدة به، ويشمل هذا النظام وصف مختصر لتقسيم العقار وينظم قواعد التيسير و الادارة لتحقيق نوع من التوازن بين المصالح الفردية للملاك المشتركين وبين المصالح الجماعية للملكية المشتركة، وقد تم وصف هذا النظام من قبل الفقه الفرنسي على انه دستور يتعين ان تحترم قواعده من قبل الجمع العام ووكيل الاتحاد. ينظر: وائل العياط، الاحكام الخاصة لنظام الملكية المشتركة، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية- جامعة الحسن الأول، المغرب، ٢٠١٨، منشور على الموقع الالكتروني:
.www.droitetentrprise.com، تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/١/١٥، ٢:٠٣م.

العملي في فرنسا وسع من النطاق الشخصي لهذه المهنة ألا إنه لم يستثنِ التعاونيات العقارية وذلك بهدف تشجيع كل شخص لديه المقدرة المالية والفنية للدخول بعمليات الترقية العقارية، ولم يحدد شروطاً معينة يلتزم المستثمر العقاري بتحقيقها فيه بل تاركاً ذلك لاختيار رب العمل(١).

أما المشرع الجزائري، فقد تبنى الطبيعة التجارية لعمليات الترقية العقارية على اعتبار أن شراء المستثمر العقاري لتلك الأرض ليشرع ببنائها وحجزها للمحجوز له وبيعها له بمجرد الإتمام من إنجازها وذلك بموجب عقد حجز الوحدات العقارية (حفظ الحق) يعتبر عمل تجاري، أو قد يبيعها له حتى قبل إتمام البناء ونقل ملكيتها له مقابل دفعه لأقساط دورية بحسب تقدم البناء بموجب عقد البيع على الخريطة (البيع على التصاميم)، فهذه العمليات القانونية يجب أن تخضع لأَحكام تجارية بحكم طابعها التجاري، ولكي يكتسب المستثمر العقاري صفة التاجر فلا بد من توافر شروط منصوص عليها في القواعد العامة سواء كانت في القانون التجاري أو القوانين والمراسيم التنفيذية التي تنظم مهنة المستثمر العقاري، إذا كنا قد سلمنا بإن المستثمر العقاري (المرقي العقاري) يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، فالأمر يؤدي بنا إلى القول على أن هناك شروط تتعلق بالأول وآخرى تختص بالثاني منه وهي كالأتي:

**١- الشروط المتعلقة بالشخص الطبيعي**

هناك مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في الشخص المرشح للحصول على إجازة ممارسة مهنة المستثمر العقاري (المرقي العقاري)، وهي منظمة على نحو صريح بحسب القانون الجزائري المنظم لمهنة المستثمر العقاري، أما بالنسبة للقانون الفرنسي والعراقي فيصار إلى بحثها حسب القواعد العامة، ويمكن بيان ذلك على النحو الأتي:

أ. **ان يكون تاجراً:** أشار المشرع الجزائري وبصورة جلية إلى وجوب أن يرفق الطلب المقدم من قبل الراغب بالحصول على الإجازة الممنوحة للمرقي العقاري على مجموعة من المستندات التي تدل بصورة واضحة على أن المتقدم يجب أن يكون تاجراً، بالإضافة إلى ما جاء في المادة (١٨) من قانون الترقية العقارية النافذ التي نصت على: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام باعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية

(١) Stéphane Glock, opct, p.45.

موضوع المادتين (٣،١٨)، طبقا للتشريع المعمول به وبموجب الشروط المحددة في هذا القانون".

إما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد عرف التاجر في المادة (١٢١-١) من قانون التجارة ١٩٣٥ المعدل لسنة ٢٠٢١ على أنه: "التجار هم من يقومون باعمال تجارية وجعلوها مهنتهم المعتادة"، ويمكننا أن نستدل ضمناً على أن عمل المستثمر العقاري يعد تجارياً من خلال الأستناد على المادة (١١٠-١) من القانون نفسه التي نصت على: " يعتبر القانون الاعمال التجارية: ٣. جميع المعاملات الوسيطة لشراء أو ألاكتتاب أو بيع المباني وصناديق الاستثمار، تداول أسهم الشركات العقارية"، على وفق المادتين أعلاه، يمكننا أن نطلق صفة التاجر على المستثمر العقاري لكون العمل الذي يقوم به تجارياً.

وفي نطاق التشريع العراقي وبالرجوع إلى قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل نجد أن المادة (٧) قد عرفت التاجر بانه: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الأحتراف عملاً تجارياً وفق أَحكام هذا القانون"، فهل يعتبر عمل المستثمر العقاري على وفق أَحكام قانون التجارة العراقي، تجارياً أو لا؟

استناداً إلى ما نصت عليه المادة (٥) من القانون أعلاه: "تعتبر الاعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ...سادساً: مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة.."، فيلاحظ أن عمل المستثمر العقاري المنصب على بناء عقار ما زال في طور الإنجاز يعد تجارياً، ومتى ما مارسه لحسابه الخاص وعلى سبيل الاحتراف وكان متمتعاً بالإهلية القانونية فإنه يعد تاجراً.

ب. **الأهلية التجارية:** اشترط المشرع الجزائري أن يكتسب المستثمر العقاري الأهلية التجارية، فقد نصت المادة (٦) من المرسوم التنفيذي (١٢-٨٤) الخاص بعمليات الترقية العقارية على: "يجب أن لا يقل عمره عن ٢٥ سنة.."، ويلاحظ على المادة أعلاه بإن السن القانوني يتعارض مع ما جاء في المادة (٤٠) من القانون المدني الجزائري التي حددت البلوغ ب (١٩) سنة وايضاً يتعارض مع أَحكام قانون التجارة الجزائري[1]، التي لم تحدد أهلية التاجر بل تركت ذلك إلى أَحكام القانون المدني.

(١) المادة (٥) من قانون التجارة الجزائري رقم (٨٨-٠٤) لسنة ١٩٨٨: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكراً كان او انثى البالغ من العمر ثمانية عشر كاملة والذي يريد مزاولة التجارة ان يبدأ في العمليات التجارية...".

إما التشريع الفرنسي، قد سمح لكل شخص بالغ أن يمارس العمل التجاري من غير أي عائق، ويفهم ذلك ضمناً من قانون التجارة المعدل الذي أقتصر على منع القاصر من مزاولة العمل التجاري ما لم يحصل على إذن من القاضي، بحسب المادة (١٢١-٢) التي نصت على: "يمكن للقاصر الذي تم تحريره أن يكون تاجراً بتفويض من قاضي الوصاية..".

إما بخصوص التشريع العراقي، فإشترط وبشكل صريح على وجوب تمتع التاجر بالأهلية المدنية الكاملة، بحسب المادة (٨) من قانون التجارة النافذ التي نصت على: "يشترط في التاجر أن يكون متمعاً بالإهلية وان يكون عراقي الجنسية، ويجوز لغير العراقي أن يمارس العمل التجاري وفقاً لمتطلبات خطة التنمية وبإذن من الجهة المختصة".

ت. **ان لا يكون محظوراً من مزاولة العمل التجاري:** نص المشرع الجزائري في ظل قانون الترقية العقارية النافذ وبموجب المادة (٢٠) على منع بعض الأشخاص واستبعادهم من ممارسة عمليات الترقية العقارية في حالة قيامهم ببعض الاعمال التي تمنع عنهم مزاولة الاعمال التجارية فقد نصت على: " لا يمكن أن يكونوا مرقيين عقاريين، منشئين أو مشاركين، بألافعال قانوناً أو فعلياً، بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط، للمبادرة بمشاريع عقارية تخضع لهذا القانون، الأشخاص الذين تعرضوا إلى عقوبات بسبب أحدى المخالفات الأتية: التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية، السرقة واخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقعات، النصب واصدار شيك من من غير رصيد، رشوة موظفين عمومين، شهادة الزور واليمين الكإذبة والغش الضريبي، الجنح المنصوص عليه بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية، كما يمنع من ممارسة هذا النشاط ألاعضاء المشطوبون تأديبياً وبصفة نهائية، بسبب الآخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات".

إما المشرع الفرنسي، وعند الأطلاع على موقفه في قانون (٣/٦٧) المعدل بنطاق المادة (١٥) المختصة بإحكام عقد البيع على الخريطة، نجد أنه استبعد طائفة من الأشخاص من مزاولة اعمال المستثمر العقاري من الذين صدرت ضدهم أَحكاماً في جرائم السرقة والنصب واصدار الصكوك بمن غير رصيد أن يباشروا بصفة معتادة لحسابهم أو لحساب الغير اية عملية من عمليات بيع العقار على الخريطة، فنصت على: " لا يمكن للأشخاص العمل باي صفة مباشرة لو من خلال وسيط، بمفردهم أو نيابة عن الآخرين، في العمليات الخاضعة لإحكام هذا القانون، والأشخاص المدانين باي جريمة من هذا القانون"، وعلى

سبيل القياس بما أن القانون أعلاه، اختص بإحكام عقد الحجز وعقد بيع العقار على الخريطة، فضلاً عن أن المستثمر العقاري بالعقدين هو نفس الشخص، فهذا يدل على امتداد المنع للمستثمر العقاري في عقد الحجز ايضاً.

وفي نطاق التشريع العراقي، وعلى الرغم من أنه لم ينظم مهنة المستثمر العقاري بشكل صريح، ألا إنه يمكن الوقوف على الفئات المحظورة من ممارسة مهنة التاجر بالرجوع إلى قانون أنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ تحديداً المادة (٥-٢) التي تنص على: "يحظر على الموظف ما يأتي: ٢. مزاولة الاعمال التجارية وتأسيس الشركات والعضوية في مجالس ادارتها عدا أ- شراء اسهم الشركات. ب- الأعمال التي تخص امواله التي ألت اليه أرثاً أو أدارة اموال زوجه أو اقاربه حتى الدرجة الثالثة التي آلت اليهم ارثاً، وعلى الموظف أن يخبر دائرته بذلك خلال ٣٠ يوماً".

من ثم جاء قانون الاستثمار النافذ، وانظمته لتحظر بعض الأشخاص من الحصول على الإجازة الاستثمارية، ففي المادة (٢) من نظام الاستثمار لسنة ٢٠٠٩ نص على: "لا تمنح إجازة الاستثمار في إحدى الحالات الأتية: أولا- إذا اخل المستثمر بإي من الالتزامات المنصوص عليها في الفصل الرابع من قانون الاستثمار لإكثر من مرة. ثانياً- إذا ثبت ارتكاب المستثمر جريمة مخلة بالشرف في داخل جمهورية العراق أو خارجها. ثالثاً- إذا تسبب المستثمر بخرق أية أتفاقية أو معاهدة دولية يكون العراق طرفاً فيها"، وايضاً امتد الحظر إلى الأشخاص الذين أعلن افلاسهم[١].

د. **إن يكون وطني الجنسية:** اشترط المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي (١٢-٨٤) وفي المادة (٦) التي نصت على وجوب تقديم الجنسية الجزائرية عند ايداع طلب الأعتماد، وقد أنتقد[٢]، هذا الشرط على اساس أنه يتعارض مع ما جاء في قانون الاستثمار الجزائري رقم (٠١-٠٣) لسنة ٢٠٠١ وبالإخص المادة (١٤) التي تنص على: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون

(١) ينظر: لائحة اليات وضوابط الاستثمار الصادرة من مجلس الوزراء ذات العدد ٣٧٩ الصادرة في ١١-٦-٢٠١٢ الفقرة ٨ منها : "وجوب ان لا يكون قد صدر اعلان او حكم بإفلاس الشركة او الجهة المستثمرة او المستثمر (الشخص الطبيعي)".

(٢) حلواجي عبد الرؤوف، النظام القانوني للمرقي العقاري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة بن يوسف-بن خدة، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٢١.

الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار"، فحصر المهنة على الوطنيين من غير الأجانب امر يؤدي إلى عدم احترام مبدأ المعاملة بالمثل[١].

في حين لم يقيد عمل الأجانب في المجال التجاري الفرنسي حيث سمح لكل الأشخاص سواء كان فرنسيين أو غيرهم بمزاولة العمل التجاري، ، ويمكننا أن نستدل على ذلك من خلال المادة (٣) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن أهلية الشخص يعتمد بها على قوانين الدول التي ينتمي اليها الشخص[٢]، فمتى ما كان التاجر اجنبي فإنه يخضع إلى قانون الدول التي ينتمي اليها وهذا دليل على جواز أن يمارس التاجر مهنته في فرنسا بغض النظر عن جنسيته.

وعلى السياق ذاته سار المشرع العراقي وبالإخص في قانون الاستثمار، حيث لم يقيد العمل على الأشخاص الوطنيين بل سمح للأجانب بمنحهم شهادة الاستثمار وذلك عند تعريفه للمستثمر الأجنبي في ظل المادة (١) الفقرة عاشراً من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

**٢- الشروط المتعلقة بالشخص المعنوي**

لم يحدد النظام القانوني لأي من التشريعات المنظمة لمهنة المستثمر العقاري شكلاً قانونياً محدداً للشخص المعنوي، بل اكتفت بذكر مجمل الشروط التي وجب توافرها فيه، فبالنسبة للتشريع الجزائري نص على تلك الشروط في المادة (٢-٦) من المرسوم التنفيذي (١٢-٨٤) التي تماثل الشروط المنطبقة على المرقي العقاري ذو الشخص الطبيعي مع مراعاة الطبيعة القانونية للشركة التجارية التي تعتبر كيان مستقل له مميزاته وطبيعته الخاصة، فيجب توفر الشروط الأتية:

أ. **أنطباق كافة الشروط القانونية للمستثمر العقاري ذو الشخص الطبيعي على ملاك الشركات التجارية:** يجب أن تنطبق الشروط المتعلقة بضمان حسن السيرة والسلوك المنصوص عليها للشخص الطبيعي وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة، ويجب أن لا تنطبق عليهم احد موانع ممارسة المهنة

(١) وقد نص المشرع الجزائري دون غيره من قوانين الدول المقارنة على وجوب ان يكون المستثمر العقاري متمتعاً بحقوقه المدنية، وهذا ما اكدته المادة (٢١) من قانون الترقية العقارية النافذ بقولها:".. يجب على المرقي العقاري الذي يلتمس اعتماداً ان يتمتع بحقوقه المدنية، وتحدد كيفيات منح الاعتماد عن طريق التنظيم".

(٢) المادة (٣) من القانون المدني الفرنسي: ".. يخضع الفرنسيون حتى المقيمون منهم في البلدان الاجنبية، للقوانين التي ترعى احوالهم الشخصية وأهليتهم".

المنصوص عليها وفق المادة (٢٠) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ، وحصول الشركات التجارية على محلات تجارية ومهنية تسمح بممارسة لائقة لنشاط الترقية العقارية، ويجب اثبات وجود هذه المحلات عند التسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين(١).

ويسري الأمر ذاته في التشريع الفرنسي، إذ نصت المادة (١٨٤٧) من القانون المدني على: "إذا قام شخص اعتباري بممارسة الأدارة فإن مديريه يخضعون للشروط والالتزامات ويتحملون المسؤوليات المدنية والجزائية ذاتها كما لو كانوا مديرين باسمهم الشخصي.."

أما في العراق، فإن كافة الشروط المطلوب توفرها على الشخص الطبيعي تنطبق ايضاً على الشخص المعنوي من غير تمييز بينهما، وهذا ما اكدته المادة (٧) من قانون التجارة التي عرفت التاجر الطبيعي والمعنوي معاً.

ب. **خضوع الشخص المعنوي للقوانين الوطنية:** أشترط المشرع الجزائري أن يكون الشخص المعنوي المترشح للحصول على إجازة ممارسة نشاط الترقية العقارية خاضعاً لإحكام القوانين الجزائرية[٢]، وهذا الخضوع يكون باتخإذه شكل من اشكال الشركات التجارية الجزائرية ولم يحدد النظام القانوني لقانون الترقية العقارية النافذ ولا المرسوم التنفيذي شكلاً معيناً يجب اتخإذه فالأشكال التجارية كافة تعد مقبولة للدخول في النشاط التجاري، وهذا يدل وبصورة واضحة على استبعاد الشركات الأجنبية من ممارسة نشاط الترقية العقارية.

وعلى السياق ذاته سار المشرع الفرنسي، إذ اشترط في تحديد الطابع التجاري للشركة أن تتخذ أحد أنواع الشركات الفرنسية، فنصت المادة (١-٢١٠) من قانون التجارة المعدل على:" .. تكون الشركات تجارية بحكم شكلها ومهما كان الغرض منها، وتتخذ شكل شركات تضامنية عامة أو شركات التوصية البسيطة أو شركات ذات مسؤولية محدودة أو شركات مساهمة".

ولم يكن المشرع العراقي بمعزلاً عن ذلك، إذ نص وبموجب المادة (٢٣) من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل بقانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ على: "تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق احكام هذا القانون عراقية".

---

(١) حلواجي عبد الرؤوف، مصدر سابق، ص٢٧.

(٢) ينظر: المادة ٦ من المرسوم التنفيذي الجزائري ١٢-٨٤.

ت. **اثبات القدرات المالية للشخص المعنوي:** يجب على الشركة التجارية المقدمة لطلب الحصول على إجازة ممارسة المهنة أن تثبت وجود قدرات مالية كافية وهذا ما اكدته المادة (٦) من المرسوم التنفيذي الجزائري (٨٤-١٢) التي تنص على: "ان يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية"، فيودع التصريح الموقع من قبل الممثل القانوني للشركة والمصادق عليه كوثيقة في الملف المرفق لطلب الأعتماد، مع الأشارة إلى أن القدرات المالية للشخص المعنوي تكون واضحة المعالم من خلال تلك الوسائل القانونية المعطاة للشركات التجارية على خلاف الشخص الطبيعي الذي يقتصر دوره بتصريحه لمعرفة مدى امكانيته المادية[١].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد اشترط بموجب المادة (١-٢١٠) من قانون التجارة المعدل على: "..يتم تحديد موضوع الشركة ومقدار رأس المال بموجب النظام الأساسي للشركة".

وبخصوص التشريع العراقي، بما أن ملزم على المستثمر العقاري ان يتخذ شكل احد الشركات العراقية، لذا فقد نصت المادة (٢٨/اولاً) من قانون الشركات العراقي المعدل على الحد الادنى لرأس المال فنصت على: " لايقل الحد الادنى لرأس مال الشركات المساهمة عن مليوني دينار (٢٠٠٠٠٠٠) دينار، ولا يقل الحد الادنى لرأس مال شركة محدودة المسؤولية عن مليون (١٠٠٠٠٠٠) دينار، ولا يقل الحد الادنى لرأس مال بقية الشركات عن خمسمائة الف (٥٠٠٠٠٠) دينار".

(١) ينظر: حلواجي عبد الرؤوف، مصدر سابق، ص٣٢.

## الفرع الثاني

## المحجوز له

وهو الطرف الثاني في العلاقات التعاقدية الخاصة بإحكام عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وفي اغلب الأحيان هدفه يقتصر على شراء تلك الوحدة العقارية المتعاقد عليها التي يتطلع إلى رؤيتها منجزة قد اكتمل بناؤها خلال الآجل المتفق عليه في العقد، لذا غالباً ما يكون ليس بطرف مهني فلا يشترط فيه سوى تلك الشروط المتعلقة في القواعد العامة التي تجعل إرادته سليمة خالية من أي عيب يعتريها لكي ينعقد العقد صحيحاً مرتباً لآثارهِ القانونية التامة، وان تتوفر لديه المقدرة المالية لدفع مقدم الحجز المختلف مقداره ما بين القانون الفرنسي والجزائري كما أشرنا اليه سابقاً.

وقد اختلف تلك المسميات المعطاة له، ففي القانون الفرنسي يسمي ب (المشتري) بالإستناد إلى ما ذكر في المادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: "...عقد تمهيدي يلتزم بموجبه البائع بتخصيص مبنى أو جزء من مبنى إلى المشتري"، بينما في القانون الجزائري يطلق عليه تسمية المترشح للملكية في ظل قانون الترقية العقارية الملغى ١٩٨٦، و يقصد به هو الشخص المؤهل لاكتساب الملكية بموجب عقد عرفي يخضع للتسجيل حسب المادة (٣١) من أَحكام هذا القانون، وبعد صدور قانون الترقية العقارية النافذ فقد أطلق عليه تسمية (صاحب حفظ الحق) وذلك استناداً إلى ما جاء في المادة (٢٧) التي تنص على: ".. يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق.."، وتعد تسمية مستمدة من العقد نفسه.

وفي ظل الغياب الصريح له في أنظمة وأَحكام القوانين المدنية العراقية، لذا بالإمكان أن نطلق عليه تسمية (المحجوز له) كون هذا الطرف يقتصر دوره في هذا العقد على حجز الوحدة العقارية باسمه أما الشراء فيكون بعد إتمام الإنجاز بموجب عقد البيع النهائي، فلا يلتزم الطرف محل البحث بشراء تلك الوحدة العقارية إلا بعد أن يبرم عقد البيع النهائي، وفي بعض الأحيان قد يحجز شخص ما عقاراً لمصلحة طرف آخر، فتبقى تسمية هذا الشخص (المحجوز له) أما الطرف الذي حجز العقار لمصلحته فيسمى ب (المستفيد).

إن معظم التشريعات المنظمة لأَحكام هذا العقد لم تشترط شروطاً خاصة واجب توفرها في المحجوز له بل اقتصرت على مجمل الشروط المتعلقة بالقواعد العامة، المتمثلة بالإهلية والإرادة، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القوانين المدنية لدى القوانين محل الدراسة المقارنة، فيما يتعلق بالإهلية نجد أن الأهلية التي ينصب عليها موضوع بحثنا هي اهلية الأداء لكونها تعني صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به قانوناً، أي صلاحيتهِ لمباشرة الاعمال القانونية[1]، فبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد جاء في التعديلات الخاصة بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات الصادرة في شباط لسنة ٢٠١٦ ما يدل على قدرة الشخص الطبيعي بالدخول في العلاقات التعاقدية، ففي المادة (١١٤٥) نجد أنها نصت على: "يحق لكل شخص طبيعي أن يتعاقد، مالم ينص القانون على عدم اهليته..."، فالمحجوز له بمجرد كونه شخصاً طبيعياً بالغ لم يمنع القانون اهليته، فهو قادر على إبرام عقد الحجز مع المستثمر العقاري.

وبالرجوع إلى أَحكام القانون المدني الجزائري لمعرفة ما أهلية الشخص الطبيعي للدخول في علاقة تعاقدية، نجد أن المادة (٤٠) من القانون أعلاه نصت على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد ١٩ سنة كاملة".

وبالمثل لما تقدم، جاءت أَحكام القانون المدني العراقي لتحدد أهلية الشخص الطبيعي البالغ وهي ١٨ سنة كاملة[2]، فمتى ما بلغ المحجوز له سن الرشد القانوني يحق له أن يقوم بكافة الاعمال القانونية من غير قيد أو شرط، ومن هذه الاعمال إبرام عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء على أن تكون ارادته سليمة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وقد يثار سؤالا هنا، حول هل بالإمكان أن يعقد الصغير المميز مثل هكذا عقد؟

بما أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يعد من عقود المعاوضة، التي يلتزم فيها المحجوز له بدفع مبلغ من المال يعد كوديعة للضمان مقابل التزام الطرف الآخر بإتمام البناء

---

(١) ينظر: د. محمد البو شواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط١، ٢٠١٠، ص٣٦. د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٢. محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، ج٢، دار هومة، الجزائر، ٢٠١١، ص٤٦٦.

(٢) ينظر: المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي.

ونقل الملكية له من ثم هنا يعد من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر، التي يجوز أن يعقدها الصغير المميز ولكن بموافقة الولي أو الوصي[١]، وليس للولي أو الوصي مباشرة أي حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وجميع التصرفات الآخرى المقررة لحق من الحقوق المذكورة إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين[٢]

أما فيما يتعلق بالإرادة، فقد أجمعت القوانين المدنية على ضرورة أن يتم التعبير عن الإرادة لكي تنتج اثرها ويعتد بها قانوناً، ولا يمكن أن تتم ما لم يتصل القبول بإرادة الموجب لكي ينعقد العقد، ويعد الأعلان عن مشروع حجز وحدة عقارية أيٌ كان الغرض منها ما تزال في طور الإنشاء المتضمن بيان أوصاف تلك الوحدة وتحديد ثمنها وكافة العناصر الرئيسة لإبرام عقد حجز الوحدة العقارية هو إيجاب بات ونهائي صادر من المستثمر العقاري، فإذا قام المحجوز له بدفع مقدم هو بمثابة قبول لذلك الإيجاب الصادر، فينعقد العقد بعدها مرتباً آثاره القانونية[٣]، فالالتزام بالإعلان يجب أن يتضمن كل المعلومات والبيانات التي تتعلق بموضوع العقد حتى تستنير إرادة المتعاقدين، فمتى ما ادلى الطرف المكلف بهذه المعلومات وصدر رضا من الطرف الآخر عليها لا يمكن الاحتجاج فيما بعد بإنه وقع في غلط[٤].

إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء كباقي العقود الآخرى يستمد قوته الألزامية من صحة رضا المتعاقدين، التي قد يشوبها بعض العيوب بموجبها يصبح العقد نافذ ألا إنه موقوف أي مرتبٌ أثره في الحال لكن صحته مرهونة بإجازته أو نقضه لمصلحة من وقع ضحية العيب،

---

(١) ينظر: المادة (١/٩٧) من القانون المدني العراقي: "يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الوالي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه، اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع و الضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء"، د. عبد المجيد الحكيم- عبد الباقي البكري- محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام-ج١، بغداد، ١٩٨٠، ص٦٤.

(٢) ينظر: المادة (٤٣/ اولاً) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

(٣) ينظر: د. سمير عبد السميع الاون، مصدر سابق، ص١٥.

(٤) ينظر: اكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبد الله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين والرسالة للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٣، العدد ٤٩، ٢٠١٦، ص٤١٢.

فعيوب الإرادة تتمثل في الإكراه والغلط والغبن مع التغرير والإكراه والأستغلال، وسنبينها على نحو مختصر لرسوخها في الذهن القانوني[١]، وعلى النحو الأتي:

١. **الغلط:** يعرف بإنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف الواقع، فهو حالة تقوم بنفس المتعاقد تصور له الأمر على غير حقيقته، وذلك بتصور حالة على إنها صحيحة بينما هي غير صحيحة أو العكس، وقد يقع الغلط في الشخص أو القيمة أو الباعث الدافع إلى التعاقد[٢]، فقد يقع الغلط على صفات جوهرية في الشيء كأن يدلي المستثمر العقاري بإن الوحدة السكنية محل العقد مطلة على البحر، وبعدها يكتشف المحجوز له بإنها ليست مطلة على أي واجهة بحرية[٣]، أو قد يبرم المحجوز له العقد مع المستثمر العقاري لشراء وحدة عقارية مخصصة للسكنى بينما يقوم المستثمر ببناء تلك الوحدة كمكاتب مهنية، فيجوز للمحجوز له أن يحتج ببطلان العقد وفقاً للقانون الفرنسي والجزائري[٤].

أما في القانون المدني العراقي فالعقد يكون موقوف على إجازة من وقع الغلط عليه حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (١١٨) التي نصت على: " لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينفذ العقد: ١. إذا وقع الغلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد"، فيلاحظ من المادة أعلاه أن العقد موقوف على إجازة المحجوز له متى ما إجازه ينفذ العقد، وممّا يجدر بالأشارة اليه أن الغلط في الحساب أو الغلط المادي لا يؤثر في نفاذ العقد، وانما يجب تصحيح هذا العقد كأن يتفق الطرفان على أن تكون مساحة البناء (٢٥٠٠م) ألا إنها تكتب في العقد (٢٥٠م) فهنا فقط يصحح الغلط[٥].

---

(١) مما يجدر الاشارة اليه ان المشرع الفرنسي وفي ضوء المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي المعدل عدّ عيوب الارادة سبب للبطلان النسبي للعقد.

(٢) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج١ (انعقاد العقد)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص٩٧. د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص١٧٧.

(٣) ينظر: د. لينا جميل الحشيمي، بيع العقارات تحت الانشاء (دراسة مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٤، ص٧٦.

(٤) المادة (١١٣٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل: "يعد الغلط في القانون او في الواقع، ما دام غير مغتفر سبباً لبطلان العقد حينما يتعلق بصفات جوهرية في الاداء المستحق او في المتعاقد الاخر". المادة (٨١) من القانون المدني الجزائري: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد، ان يطلب ابطاله".

(٥) ينظر: علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٨٢.

٢. **الغبن مع التغرير**: أو ما يسمى بالتدليس في بعض التشريعات، ويقصد به هو استعمال شخص ما طرق احتيالية بقصد ايقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو الألتجاء إلى الحيلة بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة والتأثير على رضائه لحمله على التعاقد، فيعد الغبن ليس غلطاً تلقائياً أنما هو غلط مدبر يقع فيه المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر[١]، فيجب أن لا يستخدم المستثمر العقاري أي وسيلة احتيالية لإيهام المحجوز له لكي يبرم عقد الحجز، والتغرير في عقدنا محل البحث قد يكون في حالة ما إذا عقد المستثمر العقاري مع المحجوز له عقداً مزوراً، أو قد يكون في صورة كتمانهِ لبعض ألامور الجوهرية المتعلقة في الوحدة السكنية المحجوزة لو علم المحجوز له بها لما إبرم عقد الحجز، فالكذب بإدلاء بعض المعلومات وكتمان البعض الآخر منها يعد تدليساً بحق المحجوز له وعليه يعد سبباً لبطلان العقد على وفق القانون المدني الفرنسي والجزائري[٢].

أما في القانون المدني العراقي فإنه موقوف على إجازة من وقع التغرير عليه بشرط أن تكون تلك الطرق ألاحتيالية هي الدافع للتعاقد، أي قد بلغت قدراً من الجسامة بحيث لولاها ما اقدم المحجوز له لإبرام عقد الحجز، ويعد هذا معياراً شخصياً ينظر به إلى المحجوز له من حيث ثقافته وخبرته وسنه، وان من يدعي التغرير عليه أن يثبت وجوده بكافة طرق الأثبات، وبحسب ما نصت عليه المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "١. إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون،.."، وممّا يجدر الأشارة اليه أن المشرع العراقي، لم يعتبر التغرير وحده عيباً يعيب الإرادة ما لم يقترن معه الغبن، فلا يعد العقد موقوفاً إلا إذا نشأ عنه غبن فاحش وكان المستثمر العقاري على علم به أو من السهل عليه أن يعلمه، وفيما عدا ذلك يرجع المتعاقد

---

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات– المصادر–العقد) دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد٢٠١٦، المجلد الاول، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص٢٢٨. يراجع: د. جميل محمد بني يونس، مفهوم الارادة ودورها في القانون الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الاردن، ٢٠١٢، ص٣٤.

(٢) المادة (١١٣٧) من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي: "...يعد تدليساً كذلك، الاخفاء المتعمد من قبل احد المتعاقدين لمعلومة يعلم ان لها صفة حاسمة بالنسبة للطرف الاخر"، المادة (٨٦–١) من القانون المدني الجزائري: " يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد.."

بالتعويض عن الضرر الذي اصابه إذا كان الغبن يسيراً[١] وهذا ما يفهم عكساً من المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي: "يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذ لم يصبه ألا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به...".

٣. **الإكراه:** يقصد به هو الضغط الذي يمارس على إرادة الشخص يولد لديه رهبة أو خوف تدفعه إلى التعاقد[٢]، فالذي يعيب الإرادة في الإكراه هي ليست الطرق المادية المستخدمة للضغط على إرادة المحجوز له لكي يتعاقد بل تتمثل بالحالة النفسية التي تولد لديه الرهبة والخوف فبالتالي يخضع للتعاقد، كأن يكون في حالة ما إذا هدد المستثمر العقاري أو شخصاً غيره المحجوز له بايقاع ضرر جسماني به أو بشخص عزيز عليه على نحو غير مشروع من اجل دفعه لإبرام العقد، فالإرادة المعيبة تتحقق هنا بين اختيار المحجوز له أما أن يبرم العقد أو يتحمل الضرر أو الأذى الذي يصيبه، وهنا يكون العقد المبرم غير نافذ بحقه بأتفاق غالبية القوانين المدنية ألا إنه موقوف لدى التشريع العراقي[٣].

٤. **الاستغلال:** يقصد به هو استفادة المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد بها المتعاقد الآخر استفادة تؤدي إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فلا يقتصر الأمر بالنظر إلى المضمون المادي لالتزامات الطرفين المتعاقدين وعدم التعادل بينهما، وانما ينظر إلى الحالة النفسية التي تتمثل بحالة الضعف للطرف المغبون[٤].

فقد يستغل المستثمر العقاري حاجة المحجوز له للمباني وخاصة السكنية منها وعدم خبرتهم في مجال البناء فيلحق المحجوز له من تعاقده غبن فاحش، فيعطيه القانون الحق وخلال سنة من تاريخ وقت التعاقد بالمطالبة لرفع الغبن إلى الحد المعقول على اعتبار أن عقدنا محل

---

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد البكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١، ص١٣٩. د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص١٣١.

(٢) ينظر: د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١، ص٧١.

(٣) ينظر: المادة (١١٤٢) من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، والمادة (٨٨) من القانون المدني الجزائري والمادة (١١٥) من القانون المدني العراقي.

(٤) ينظر: د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٧٦-١٩٧٧، ص١٧٢. د. جليل الساعدي، الارادة الباطنة في العقد (دراسة في القانون المدني العراقي)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٧٧.

البحث وكما اسلفنا ذكره يعد من عقود المعاوضة، أو قد يكون العقد تبرع كما لو استغلت الزوجة الثانية هول زوجها الطاغي في السن و حجز لها عقاراً تبرعاً مستغلة في ذلك هواه الجامح لها، فله الحق أن ينقض العقد خلال سنة من تاريخ الإبرام[١].

أما المشرع الجزائري، وفي ظل المادة (٩٠) من القانون المدني فأعطى خيارين للمغبون في هذه الحالة، أما أن يبطل العقد أو يرفع الغبن عنه للحد المعقول، فنصت على:" إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد ألا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد،..".

وقد يرد تساؤلاً، حول هل بالإمكان أن يكون المحجوز له في عقد حجز الوحدات العقارية شخصا معنوياً؟

هناك من اجاب[٢] على التساؤل أعلاه بالنفي، فيرى من غير الممكن أن يكون المحجوز له شخصاً معنوياً، لكون هذا العقد قد ورد على النطاق الخاص وللإستعمالات السكنية، وهذا ما هو متفق عليه في أَحكام القوانين الفرنسية المنظمة لهذا العقد وما اكده المرسوم التنفيذي (١٣-٤٣١) الجزائري الخاص بإحكام عقد حفظ الحق، الذي حصر نطاق تطبيق هذا العقد على المحلات ذات الاستعمال السكني والمهني، وهو بذلك يستبعد المشاريع الكبرى التي يقوم بها الشخص المعنوي كالشركات التجارية.

ولكن يمكننا الرد على الرأي أعلاه، أنه لا ضير من تتفق شركة تجارية مع المستثمر العقاري بحجز بعض الوحدات أيٌ كان الغرض منها ومن ثم قامت ببيعها للحاجزين، أو قد تقوم جمعية تعاونية بحجز بعض العقارات وتوزيعها على اعضائها، وفيما يخص النصوص أعلاه فهي حددت نطاق محل العقد بالشقق السكنية والمحال المهنية فلم تقيد المحجوز له بإن يكون من الأشخاص الطبيعيين غير المعنويين.

---

(١) وجاء حكم المشرع العراقي في الاستغلال مغايراً لعيوب الارادة الاخرى فلا يعتبر العقد غير نافذ بحق المشتري بل اقتصر على رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، وهذا نصت عليه المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي " ... فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول...".

(٢) ينظر: د. سامية خواثرة، مصدر سابق، ص١٠٢.

## المطلب الثاني

## المحل في عقد حجز الوحدات العقارية

إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، كما بينا سابقاً يأتي دائماً مرتباً التزامات في ذمة طرفيه، فهو من العقود الملزمة للجانبين، إذ ينصب التزام المستثمر العقاري على بناء الوحدة العقارية المحجوزة باسم المحجوز له وإتمامها خلال الآجل المتفق عليه في العقد، أما المحجوز له فينصب التزامه على دفع مبلغ من المال، فالمحل في عقد الحجز مزدوج إذ نظرنا اليه من جانب المستثمر العقاري هو العقار المفترض بناؤه وإذ نظرنا إليه من جانب المحجوز له فهو ذلك المبلغ الذي يدفعه قبل إتمام البناء.

لذا اقتضينا في هذا المطلب أن نبحث عن محل عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء على فرعين: سنتعرف بالأول منه على ذلك العقار المفترض بناؤه، أما الفرع الثاني فسنتعرف فيه على المبلغ النقدي، وعلى النحو الأتي:

### ألفرع الأول

### العقار المفترض بناؤه

العقار هو كل شيء مستقر وثابت بحيث لا يمكن نقله و تحويله من دون تلف[1]، وان أهم ما يميز المحل في هذا العقد عن المحل في بيع العقار العادي هو عدم وجوده اثناء إبرام العقد، أي إنه لم يبنَ بعد أو لم يكتمل بناؤه، فما جرت عليه العادة، أن أطراف العقد يتعاقدون على شيء موجود، وإذ تبين أنه غير موجود وقت التعاقد فإنه يكون باطلاً، ألا أنه سرعان ما اجازت التشريعات المدنية التعامل بالأشياء المستقبلية[2]، فإجازت أن يكون المحل شيئاً مستقبلياً، كبيع المحصول أو بيع وحدة سكنية في عقار لم يتم أنشاؤه بعد وان لم يوجد العقار في المستقبل فلا يؤثر ذلك على صحة العقد، بل يكفي أن يكون قابلاً للوجود لحظة أنعقاد العقد.

---

(١) ينظر: المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي، د. عبود عبد اللطيف البلداوي، الحقوق العينية الاصلية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص١٠.

(٢) المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي: "يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذ كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة و الغرر".

وان المشرع الفرنسي قد استعمل لفظ "مبنى" على محل هذا العقد في المادة (١٥-٢٦١ ) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل[١]، أما المشرع الجزائري فأستخدم مصطلح "العقار" المقرر بناؤه" في المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ[٢]، والمقصود به هو مجموعة من الشقق المشتركة لوحدة واحدة مثل العمارة أو المجمع والذي يعد موضوع للملكية المشتركة بين المشترين، أو أنه مجموعة من المواد سواء من الحجارة أو الخشب أو الحديد أو الطين، شيدها الأنسان فوق الأرض أو باطنها واتصلت بالأرض اتصال قرار مهما كان الغرض من إنشائها ومدة استقرارها ودوامها[٣].

أما في العراق، وفي ظل الغياب التام لتنظيم مثل هكذا عقد فارتئينا أن نطلق على المحل تسمية "الوحدة العقارية" مهما كان الغرض المقصود من بنائها.

ومهما اختلفت تلك التسميات المعطاة لمحل هذا العقد، فإنه ينبغي أن تتوفر فيه الشروط العامة التي بموجبها يكون العقد صحيحاً، وعلى النحو الأتي:

١. **امكانية وجود العقار**: لكي ينشئ الالتزام صحيحاً فلا بد أن يكون محله موجوداً، أو ممكن الوجود[٤]، وهذا الشرط لا يكون إلا بالنسبة للأشياء القيمية بأعتبار أن الأشياء المثلية يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء فيكون وجودها في المستقبل مؤكداً[٥]، فشرط الوجود في المستقبل حتى لا تكون هناك استحالة قانونية تحول دون إنعقاد العقد وتمنع من نشوء الالتزام وتسمى بالأستحالة المطلقة التي تقوم بالنسبة لجميع الناس كما لو تعهد المستثمر العقاري ببناء عقار في موقع لا يصلح للبناء، أما الاستحالة النسبية التي تكون مستحيلة على المدين وممكنة

---

(١) "عقد تمهيدي يلتزم بموجبه البائع بتخصيص مبنى او قسماً من مبنى الى المشتري مقابل ايداع ضمانة مقدم في حساب خاص".

(٢) "هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه او في طور البناء...".

(٣) نسيمة بو جنان ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير في قانون العقود والمسؤولية مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة او بكر بلقايد_ تلمسان_ الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص٤٣.

(٤) المادة (١١٢٨) من القانون الفرنسي المعدل، المادة (٩٢) من القانون المدني الجزائري، المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي.

(٥) ينظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي (نظرية العقد و الارادة المنفردة)، ج١، ١٩٨٣، ص٤٠٦.

للغير فلا تحول من غير قيام الالتزام ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذه[1]، كما لو تعهد المستثمر العقاري ببناء عقار ولم يحصل على تلك الرخص الممنوحة له لمباشرة عملية البناء، فيستطيع المحجوز له بهذه الحالة الاتفاق مع مستثمر عقاري آخر.

وبما أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء يعد من عقود المحددة المدة، وهذا ما يفهم ضمنا من نص المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل حيث نصت على: "تتم اعادة الضمانة المودوعة إلى المحجوز له من غير حسم أو غرامة في الاحوال الأتية: أ. إذا لم يبرم عقد البيع بفعل البائع في المهلة المحددة في العقد التمهيدي.."، وايضاً تستند بعض القوانين كقانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل في ظل المادة (٢٨-٢٦١) على تلك المدة لتقدير مبلغ الضمان الواجب دفعه من قبل المحجوز له، الذي يكون بنسبة ٥% إذ كانت مدة البناء لا تتجاوز السنة الواحدة، و ٢% إذا كانت مدة البناء لا تتجاوز السنتين، وقد لا يلتزم بدفع أي مبلغ إذا كالت مدة البناء اكثر من سنتين، فيجب على المستثمر العقاري في هذه الحالة تحديد المدة ابتداء لإنجاز البناء وتسلميه للمحجوز له، وللمتعاقدين الحرية التامة لتحديد الوقت الكافي لإنجاز البناء محل العقد.

أما في القانون الجزائري فلم يلزمهم المشرع بتحديد مدة لإتمام البناء، حيث خلت نصوص قانون الترقية العقارية النافذ من ذكر أي امر متعلق في المدة تاركاً ذلك إلى حكم القواعد العامة الخاصة بتسليم البناء.

٢. **تعيين العقار**: لإنعقاد أي عقد يجب على المتعاقدان أن يتفقا على تعيين محل الالتزام، أو على الأقل أن يتم الأتفاق على الأسس العامة التي تمكن من تعيينه، فإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الأمتناع عنه معيناً أو قابلاً للتعيين[2] وتختلف طرق تعيين المحل باختلاف التعهد، فإذا كان التعهد بنقل حق عيني على شيء بالذات وجب

---

(١) ينظر: المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي. د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات (الكتاب الاول في نظرية العقد)، مكتبة وزارة العدل، القاهرة، ١٩٤٣، ص١٤٧.

(٢) ينظر: المادة (٩٤) من القانون المدني الجزائري، (١٢٨-١) من القانون المدني العراقي، د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١ (مصادر الالتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية)، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ١٩٩٥، ص٢٠٣. سهير حسن هادي، بيع الاشياء المستقبلية (دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الاول/ السنة السابعة، ٢٠١٥، ص٣٧٢-٣٧٣.

بيان ذاتيته، فان كان المحل عقاراً وجب تحديد موقعه وحدوده، أما إذا كان المقصود بنقل حق عيني على شيء لم يتعين بذاته فيجب ذكر جنسه ومقداره[1].

وبما إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ينصب على شيء معين بالذات إلا وهو الوحدة العقارية، فيجب أن تعين تلك الوحدة تعيناً كافياً ومنافياً للجهالة والغرر، إذ نصت المادة (٢٦١-١٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل على: (... يجب أن يتضمن هذا العقد المعلومات الأساسية المتعلقة بطبيعة المبنى ونوعية وجودة البناء والوقت اللازم لإتمام العمل، فضلا عن الطبيعة، والحيز المحجوز وحالته وسعره ..)، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي كان موفقاً بصياغة هذه المادة من خلال الزام المستثمر العقاري بذكر كل الجزئيات والتفاصيل المتعلقة بالعقار وبصورة تحمي المحجوز له حماية تامة من أي نكول أو تقصير من جانبه، فتحديد أوصاف الشيء محل العقد أن كان مستقبلياً يجب أن تكون منافية للجهالة والغرر لكي تمنع أي نزاع محتمل بشأن عدم مطابقة البناء للاوصاف المتفق عليها في العقد، فإذا شاب هذا التعيين أي قصور أو جاء غامضاً غير محدد، فوفقاً للقانون الفرنسي أن هذا الغموض أو الشك يفسر لمصلحة المحجوز له استناداً لما ورد في المادة (١٦٠٢) من القانون المدني الفرنسي: "يجب على البائع أن يشرح بوضوح ما يلتزم به، ويفسر كل أتفاق غامض أو ملتبس ضد البائع".

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فقد اشترط أن يكون المحل معيناً بذاته وإلا عُد باطلاً، بحسب المادة (٩٤) من القانون المدني التي نصت على: " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً...".

وعلى السياق ذاته سار المشرع العراقي، وبمفهوم المخالفة لما ورد في المادة (١٢٩-١) من القانون المدني "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.."، فكل عقد محله مستقبلي ولم يبين أوصافه بصورة تامة يعد باطلاً.

---

(١) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد- الارادة المنفردة- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون مصدران جديدان الحكم- القرار الاداري)، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص٧٢، ص٧٣.

وقد اثيرت مسألة مدى الزام المستثمر العقاري بإدلاء كافة المعلومات للمحجوز له؟ ام أنه يجب على الآخير أن يتحرى عليها بنفسه؟

الأصل أن كل متعاقد يجب عليه أن يتحرى عن كافة البيانات والمعلومات التي ينوي معرفتها من أجل إبرام العقد، ولكن قد يحدث في بعض الأحيان أن احد المتعاقدين غير قادر بالحصول على ما يريده من معلومات أما بسبب عدم درايته أو قلة خبرته بالشيء محل العقد المزمع إبرامه، أو بسبب طبيعة العقد نفسه أو صفة المتعاقد الآخر التي تجعله متفوقاً عليه بسبب كونهُ محترفاً، ففي ظل هذه الظروف يجبر القانون المتعاقد الآخر بالإدلاء بكافة المعلومات والتفاصيل لمحل العقد المستقبلي وبكل صدق وامانة، فعند إبرام عقد بين طرفين غير متساويين في القدرة بالحصول على الحقائق، فالمحكمة تفرض واجباً اشد على الطرف الآخر الأكثر استطاعة على ألايضاح كونه اقرب للمعلومات المتصلة بمحل العقد[١]، وينطبق هذا الأمر على عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء فبموجب القواعد العامة المقننة في القوانين المدنية لدى الدول محل الدراسة المقارنة أو لدى التشريع العقاري فإنه يجب على المستثمر العقاري وبإعتباره طرفاً مهنياً أن يدلي للمحجوز له بكافة المعلومات المتعلقة بعقدنا موضع البحث[٢].

٣. **مشروعية استخدام العقار محل العقد:** إن الأصل في الأشياء الاباحة ولا يحرم منها إلا ما حظر القانون أو النظام العام والأداب التعامل به، فشرط مشروعية المحل هو شرط عام أياً كان محل العقد، فبعض الأشياء تكون خارجة عن التعامل بحكم طبيعتها كالأشياء المشتركة التي يشترك الناس بالانتفاع بها جمعياً، فلا يخول لأحدهم أن ينتفع بها من غير الآخر، أو هناك اشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون، فيكون الالتزام بإنشاء حق عليها باطلاً كما في التعامل بالأموال العامة أو الأموال الموقوفة التي يمنع التصرف بها، أو قد يكون محل العقد يتعارض مع الأداب كما لو إنشأت بعض الدور السكنية للدعارة[٣]، فإذا قام المستثمر العقاري

---

(١) ينظر: اكرم محمود حسين البدو– د. محمد صديق محمد عبدالله، مصدر سابق، ص٤١٩.

(٢) الالتزام بالأعلام سنبحثه مفصلاً عند دراسة التزامات طرفي العقد بموجب الفصل الثاني.

(٣) ينظر: المادة (١١٢٨) من القانون الفرنسي المعدل، المادة (٩٣) من القانون المدني الجزائري، المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي للنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٨١، ص١٢٢–١٢٣.

بإبرام عقد حجز وحدات عقارية تخصص لتكون محلاً للعب القمار أو ممارسة الفحشاء أو وكراً للتعامل بالمخدرات يعد العقد باطلاً.

## الفرع الثاني

## المقابل النقدي

بما إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وكما اسلفنا من قبل يعد من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كلا المتعاقدين مقابلاً لما يعطى، ويعطي مقابلاً لما يأخذ[1]، فبمقابل التزام المستثمر العقاري بتخصيص العقار وحجزه باسم المحجوز له، يلتزم الآخير بدفع مبلغ من النقود والمتمثل بجزء مقدر يعد بمثابة وديعة ضمان أو تسبيق مالي بحسب القوانين المنظمة لأَحكام هذا العقد يودع لدى حساب خاص، فمن أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المحجوز له في عقدنا محل البحث، هو فتح حساب خاص لدى جهة مالية متخصصة كأن تكون مصرف أو وضعها لدى كاتب العدل وذلك بحسب ما تنص عليه القوانين المنظمة لأَحكام هذا العقد، فقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (٢٦١-٢٩) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: (يتم ايداع الضمانة في حساب خاص مفتوح باسم المشتري في مصرف أو مؤسسة متخصصة في هذا المجال أو لدى كاتب العدل...).

أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر وحدد جهة واحدة يتم دفع هذا المبلغ لها، وبحسب ما جاء في المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ "...يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الآخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة ٥٦ من أَحكام هذا القانون" ، وبالرجوع إلى المادة (٥٦) من القانون أعلاه نجد أن هذه الجهة هي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة "يمكن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة أن يكلف ايضاً بإنشطة اضافية عن طريق التنظيم، في إطار المهام المنصوص عليها في هذا القانون.."، وهذا الصندوق هو عبارة عن مؤسسة عامة يمارس المهام المخولة له تحت وصاية الوزير المكلف، ويتمتع هذا الصندوق بشخصية معنوية واستقلال مالي وطابع تعاوني لكونهُ لا يسعى وراء تحقيق الربح[2].

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٦٣، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٩٦.

(٢) سعدية قنى، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، جامعة محمد بن سكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٣، ص١١٦.

وممّا يجدر الأشارة اليه أن هذا المقابل النقدي قد اختلف مقداره بين القوانين المنظمة لإحكام عقدنا موضع البحث، ففي قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل وبحسب المادة (٢٦١-٢٨) أن نسبته لم تكن واحدة بل مختلفة بحسب مدة إتمام البناء فجاء فيها: "لا يجوز أن تتجاوز قيمة الضمانة المودعة ٥% من الثمن التقديري للبيع إذ كانت مهلة إتمام البيع لا تتجاوز السنة، وتحدد هذه النسبة ب ٢% إذ كانت هذه المهلة لا تتجاوز السنتين، ولا يمكن اشتراط أي ايداع إذ كانت هذه المهلة تتعدى السنتين".

أما في التشريع الجزائري فإنه لم يعلق تحديد تلك النسبة على مدة البناء أو غيرها، استناداً لما ورد في المادة (٥٢) من قانون الترقية العقارية النافذ التي نصت على: ".... يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقاً لأَحكام المادة ٢٧ أعلاه لا يتجاوز عشرين بالمائة (٢٠%) من السعر التقديري للعقار وكما تم الأتفاق عليه بين الطرفين"، فمهما طالت مدة البناء أو قصرت تدفع هذه النسبة.

وفي ظل الغياب الصريح لمثل هكذا عقد في التشريع العراقي فلا نجد أي وجود لهذا المقابل النقدي، ألا أننا نرى ضرورة أن يكون هذا المبلغ محدد بنسبة تقاس إلى قيمة الوحدة العقارية المراد شرائها، وعلى كل حال ولما كان هذا المحل – الثمن– مبلغ من النقود، فإنه يخضع للشروط العامة الخاصة بالثمن ويمكن بيانها بالأتي:

**١. إن يكون الثمن نقدياً:**

بما إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، يعد عقداً تمهيدياً لعقد بيع عقار ما زال في طور الإنشاء لم يكتمل بناؤه بعد، فيجب أن يكون المقابل الذي يلتزم المحجوز له بدفعه متمثلاً بمبلغ من النقود، أما إذا كان غير ذلك فلا نكون أمام عقد تمهيدي لبيع وانما عقد مقايضة، فلكي يكون العقد صحيحاً لا بد أن يكون الثمن نقدياً[١]، إذ أن موقف القانون المدني العراقي واضحاً عندما نص على أن كل عملية بيع يقتضي أن يكون الثمن فيها نقدياً[٢].

(١) ينظر: د. رمضان محمد ابو سعود، احكام القانون المدني (العقود المسماة بيع– مقايضة– ايجار– تأمين)، ط١، منشورات الحلبي الثقافية، بيروت لبنان، ٢٠١٠، ص٤٨.

(٢). المادة (٥٢٧) من القانون المدني العراقي: "١. في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدراً بالنقد.."

**٢. إن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير:**

عادةً ما يحدد الثمن بشكل صريح وبرقم معين في العقد الموقع بين المتعاقدين، أو قد يتم تحديده كما لو تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في السوق أو في التجارة أو ما جرت عليه العادة، وقد يكفي لانعقاد العقد صحيحاً هو تحديد الأسس التي يمكن الأستناد عليها من قبل المتعاقدين لتحديد الثمن فيما بعد، ولكن يجب أن تكون تلك الأسس هي موضوعية غير متوقفة على إرادة احد العاقدين دون الآخر[١]، وقد نص القانون المدني العراقي على ثلاث اسس وهي أما البيع بسعر السوق أو البيع على اساس الثمن الذي اشترى به البائع أو السعر المتداول في التجارة أو ما جرت عليه العادة[٢]، وهذا الأمر يمكن أنطباقه على عقدنا محل البحث، وفعل حسناً كلا من المشرع الفرنسي والجزائري اللذان قاما بتحديد نسبة ذلك المقابل النقدي في نصوص آمرة[٣] (كما اسلفنا ذكرها من قبل) لا تتوقف على إرادة المستثمر العقاري أو المحجوز له.

**٣. ان يكون الثمن جدياً:**

لكي يبرم العقد بصورة صحيحة يقتضي أن يكون الثمن الذي أنصب عليه التزام المشتري بدفعه فعلاً بوصفه حقيقياً لا رمزياً للمبيع، وفي الغالب يكون متناسباً مع قيمة المبيع[٤]، فيجب أن لا يكون الثمن صورياً أي يذكر في العقد فقط لاستيفاء الآخير مظهراً خارجياً ولا ينوي فيه البائع أن يتقاضاه من المشتري[٥]، وأن لا يكون الثمن تافهاً عندما يكون مقداره يصل من التفاهة إلى حد عدم تناسبه مع قيمة المبيع مطلقاً[٦].

وان عقدنا محور البحث لا يمكن التصور أن يكون الثمن فيه غير جدي في القوانين المنظمة، كون المبلغ النقدي الواقع على عاتق المحجوز له سيُدفع إلى جهات رسمية

---

(١) ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة (بيع- تأمين- ايجار) دراسة مقارنة، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت،٢٠٠٣،ص٩٦ .

(٢) ينظر: المادة (٥٢٧-٥٢٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر المواد (٢٦١-٢٨ من قانون البناء و السكنى الفرنسي المعدل_ ٥٢ من قانون الترقية العقارية الجزائري

(٤) ينظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص٧٠ ومابعدها.

(٥) ينظر: د. سعيد مبارك- طه الملا حويش- صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (بيع- ايجار- مقاولة)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٧٩.

(٦) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٢٩١.

متخصصة، كالمشرع الفرنسي الذي الزم أن يدفع هذا المقابل إلى كاتب العدل أو مؤسسة رسمية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض[١]، وبالمثل لما تقدم سار المشرع الجزائري الذي الزم المحجوز له (صاحب حفظ الحق) بدفع هذا المبلغ إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة[٢].

(١) ينظر: المادة (٢٦١-٢٨) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل.

(٢) ينظر: المادة (٥٢) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ.

# الفصل الثاني

# الأحكام القانونية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

# الفصل الثاني

# الأحكام القانونية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

يعد عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من العقود التمهيدية ذات الطبيعة الخاصة التي لها ذاتية مستقلة عن باقي العقود الآخرى، لوقوعه على عقار غير موجود وقت إبرام العقد وعدم نقل ملكيته إلى المحجوز له الذي بدوره يقع على عاتقه دفع نسبة معينة من الثمن وليس ثمن العقار بأكمله، فيعد عقدنا محل البحث من العقود التي تتطلب توفير ضمانات وحقوق كافية لكلا الطرفين خضوعاً لمبدأ استقرار المعاملات، فلضمان حق المستثمر العقاري بعدم فوات الفرصة عليه بالحصول على مكسب مالي مقابل الالتزام المترتب في ذمته ببناء العقار حسب ما اتفق عليه من مواصفات عند إبرام العقد التمهيدي مع المحجوز له، ولضمان حق الآخير بعدم ضياع الفرصة بالحصول على وحدة عقارية أياً كان الغرض منها، الأمر الذي يقودنا لمعرفة الالتزامات الواقعة على عاتقهم فضلاً عن بيان المسؤولية التي يسألون عنها بمجرد الآخلال بتلك الالتزامات وعليه يلجأ إلى الجزاءات الخاصة بإحكام هذا العقد لدى قوانين الدول المنظمة لأَحكامه التي غالباً ما تحيل ذلك إلى حكم القواعد العامة، أما بخصوص التشريع العراقي الذي لم ينظم العقد، فسنلجأ لبحث الجزاءات العامة المقننة في القانون المدني الخاصة بالآخلال بالمسؤولية العقدية.

لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، ليختص الأول منه ببيان الالتزامات الواقعة على المستثمر العقاري والمحجوز له، أما في الثاني فسنعرج فيه لمعرفة الأسباب التي تؤدي إلى قيام المسؤولية وما الجزاءات المترتبة لها.

## المبحث الأول

## الآثار القانونية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

نظراً لما لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من مقومات خاصة تميزه عن العقود الآخرى، تتمثل بإبرامه مع عدم وجود المحل وقت التعاقد أو عدم نقل الملكية بالرغم من وقوعه على عقار، الأمر الذي دعى قوانين الدول المنظمة إلى أَحكام هذا العقد ومن اجل الحفاظ على المراكز القانونية لكلا الأطراف، ببحث التزامات طرفي العقد على حدة، فيتمثل التزام المستثمر العقاري بإنجاز البناء حسب ما اتفق عليه من مواصفات في العقد ومن ثم إبرام عقد البيع النهائي الناقل لملكية ذلك العقار، أما التزام المحجوز له فيتمثل بدفع نسبة معينة من الثمن لإثبات جديته بالحصول على الوحدة العقارية فيما بعد.

لذا سنعرج في هذا المبحث ببحث التزامات الأطراف وبشكل مفصل، ليكون المطلب الأول لبحث التزامات المستثمر العقاري أما المطلب الثاني فسيخصص لبحث التزامات المحجوز له.

### المطلب الأول

### التزامات المستثمر العقاري

إن الالتزامات التي تنتج عن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء تعد من الالتزامات الشخصية التي تخضع للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني أو القوانين الآخرى ذات الصلة التي تختص بأَحكام العقد الملزم للجانبين، لكون عقدنا محل البحث لا يرتب أي التزام عيني سواء كان على عاتق المستثمر العقاري أو المحجوز له وان تعلق بعقار، فبالنسبة للطرف الأول في العقد المتمثل بالمستثمر العقاري فيترتب عليه مجمل من الالتزامات، أولها هي تخصيص العقار _محل العقد_ للمحجوز له، وإنجاز بناء ذلك العقار وإبرام العقد النهائي الناقل لملكيته عند الأنتهاء من بنائه للمحجوز له الذي يستقل استقلالا تاماً عن عقدنا موضع البحث.

هذه الالتزامات الواقعة على عاتق المستثمر العقاري لم تترك لمحض إرادة احد الأطراف المتعاقدة بل كانت منظمة بموجب نصوص أمرة، وعليه سنحاول بيانها تباعاً في ثلاث أفرع، ليكون الفرع الأول ببحث تخصيص العقار، أما الفرع الثاني فسيكون لبحث الالتزام

ببناء العقار المحجوز، والفرع الثالث سيكون للبحث في إبرام العقد النهائي، وعلى النحو الأتي:

## الفرع الأول

## تخصيص العقار

يعد تخصيص العقار باسم المحجوز له من أهم الالتزامات التي يرتبها عقدنا محل البحث، لإنه يضمن تفضيل المحجوز له على غيره عند مزاحمة الآخرين له، فلبيان المقصود بتخصيص العقار سنحاول معرفته لدى كل من الفقه الفرنسي والجزائري الذين نظموا أَحكام هذا العقد وهل له وجود في ظل القانون المدني العراقي أو لا، فهناك من الفقه الفرنسي[1]، لم يعطِ لتخصيص العقار معنى واحداً بل فرّق في حال ما إذا كان المستثمر العقاري قد باشر بعملية البناء أو لا، فإذا لم يقم المستثمر العقاري باي عملية من عمليات البناء على العقار محل العقد فإن مصطلح تخصيص العقار يحمل معنى سلبي إلا وهو عدم البيع للغير، فهو بهذا المعنى التزام بالأمتناع عن عمل، أي امتناع عن إبرام عقد بيع مستقبلاً مع أي شخص آخر غير المحجوز له، وقد رجحوا هذا المعنى للتخصيص بسبب الغاية المرجوة من إبرام هذا العقد وهي التريث قبل إبرام العقد النهائي الناقل لملكية العقار للوقوف على حالة السوق، فمن غير المنطقي الزام المستثمر العقاري بتجسيد مشروع البناء من المتوقع عدم نجاحه ومن ثم يضر بمصالحه المالية، أما إذا باشر المستثمر العقاري بعملية البناء فان مصطلح التخصيص يأخذ منحى إيجابياً ألا وهو تبليغ المحجوز له بألاجال المحددة قانوناً وبحسب ما نصت عليها المادة (٢٦١-٣٠) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل[2]، وتعتبر هذه المدة مهمة جداً للمحجوز له للمطابقة بين المشروع التوقعي المتفق عليه في أَحكام هذا العقد وبين المشروع النهائي الذي سيبرم في

(1) O, Toumafond, vent d'immeuble a' constraire, Re'pciv, Janv, 1994, p.14-15.

(٢) المادة (٢٦١-٣٠) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب ان يبلغ البائع مشروع عقد البيع الى المشتري قبل شهر على الاقل من توقيع هذا العقد"

العقد النهائي الناقل للملكية، ففي حال عدم وجود شبه بينهما يسمح المشرع الفرنسي للمحجوز له بفسخ العقد من غير أي حسم أو غرامة[1].

وفي نطاق التشريع الجزائري، فلم يبين المشرع الجزائري المقصود بتخصيص العقار وبالرجوع إلى المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ نجدها عرفت هذا العقد المعروف باسم عقد (حفظ الحق): " هو عقد يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق.."، فالالتزام الأساسي المنصب على عاتق المستثمر العقاري وكما هو ملاحظ في المادة أعلاه هو (تسليم العقار) وليس بتخصيصه فوقع المشرع بخطأ لكون عقدنا محل البحث هو عقد تمهيدي غير ناقل للملكية ولا يلتزم بموجبه المستثمر العقاري بتسليم العقار بل يقتصر على حجزه باسم المحجوز له، ألا إنه سرعان ما تدارك هذا الخطأ من خلال اصدار المرسوم التنفيذي الخاص بنموذج عقد حفظ الحق- عقد البيع على التصاميم رقم (١٣-٤٣١)[2]، والذي الزم فيه المرقي العقاري بتخصيص العقار المقرر بناؤه باسم المحجوز له (صاحب حفظ الحق)، ألا إنه لم يبين المقصود بهذا التخصيص وما الجزاء المترتب على المرقي العقاري في حال مخالفته.

وقد انتقد جانب من الفقه الجزائري[3]، الخطأ الذي وقع فيه المشرع وكذلك طريقة معالجته، بأعتبار أن المراسيم التنفيذية ما هي إلا من التنظيمات التنفيذية التي تخضع لمبدأ المشروعية، فيجب أن لا تكون أَحكام المرسوم التنفيذي مخالفة لأَحكام النص التشريعي بأعتبار أن المراسيم التنفيذية كافة تصدر لتطبيق تلك الأحكام التشريعية.

فمصطلح تخصيص العقار هو ذات المعنى أي غير خاضع للتغيير فبمجرد إبرام عقد (حفظ الحق) وبغض النظر عن المباشرة بعمليات البناء أو لا فان هذا المصطلح يحمل المعنى السلبي والإيجابي في آن واحد، كون المحجوز له في أَحكام التشريع الجزائري ليس كما هو في التشريع الفرنسي، إذ أنه محروم من فسخ العقد (حفظ الحق) وارجاع المبلغ

---

(١) المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "للمشتري فسخ العقد واسترجاع مبلغ الوديعة دون حسم او غرامة في حالة:... د: اذ كان احد عناصر التجهيزات الملحوظة في العقد التمهيدي لم تتحقق".

(٢) المرسوم التنفيذي (١٣-٤٣١) موضوع العقد:"يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق الملك العقاري المقرر بناؤه او في طور البناء".

(٣) ينظر: د. علي فيلالي، العقود الخاصة ( البيع)، موقم للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص٩٨.

النقدي المقدم من قبله من غير أي حسم أو غرامة عند المقارنة بين محتوى العقد التمهيدي (حفظ الحق) ومحتوى العقد النهائي الناقل لملكية العقار[١].

وقد اختلف الشراح الجزائرين بتحليل هذا المصطلح، فهناك من يرى أن مصطلح التخصيص هو ذو معنى سلبي، فالمقصود منه هو الالتزام بعدم التصرف في العقار محل عقد (حفظ الحق) إلا لصاحب حفظ الحق بعد أن يتم الإنجاز، فهو التزام بالأمتناع عن عمل يقع على عاتق المرقي العقاري بوصفه مديناً لصاحب حفظ الحق[٢]، أما الآخر فيرى[٣] أن الالتزام بالتخصيص هو التزام جوهري في عقد (حفظ الحق) فهو يحمل معنيين أو يرتب آثرين، احدهما إيجابي يتمثل بالتزام المرقي العقاري ببناء العقار حسب ما هو مطابق للمواصفات الموجودة في العقد، والآخر سلبي يتمثل بعدم التصرف أو بيع العقار إلا لصاحب حفظ الحق نفسه، فمتى ما قام المستثمر العقاري ببيع العقار المقرر بناؤه (محل عقدنا موضع البحث) إلى شخص آخر فهنا يكون قد خالف التزامه بالتخصيص، من ثم فإنه يخضع إلى جزاءات قانونية منظمة بموجب القانون الخاص بأَحكام عقد حجز الوحدات العقارية نفسه أو بموجب القواعد العامة الموجودة في القانون المدني، ولم يتطرق المشرع الجزائري للجزاء المترتب عند مخالفة المرقي العقاري أَحكام التخصيص بمعنى أنه كان قاصداً بترك الحكم إلى القواعد العامة المتمثلة بالآخلال بالالتزامات العقدية وهذا ما سنبحثه مطولاً في المبحث الثاني عند التكلم عن الجزاءات المترتبة عند اخلال احد الطرفين بالتزاماته.

ويتم التخصيص بموجب اجراءات قانونية منظمة، حيث أن المشرع الفرنسي قد الزم المستثمر العقاري بمجموعة من البيانات التي يجب ارفاقها في عقدنا موضع البحث[٤]، من

---

(١) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٢) حياة حامي، النظام القانوني لبيع بناية في طور الانجاز في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص١٩٤.

(٣) ينظر: اسلام يوسف، الحماية القانونية للمقتني في عقد الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص٧١.

(٤) المادة (٢٦١-٢٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب ان يحدد في العقد التمهيدي المساحة التقريبية الصالحة للسكن في المبنى موضوع هذا العقد وعدد الغرف الاساسية وتعداد غرف الخدمة والتوابع والفسحات، واذ تناول العقد قسماً من مبنى يجب ان يبين هذا العقد ايضاً موقع هذا القسم من المبنى، وتحدد نوعية البناء بشكل تام بواسطة بيان تقني موجز يذكر فيه طبيعة ونوعية المواد وعناصر التجهيزات، واذا كان هذا العقد يتناول قسماً من مبنى فيجب ان

ضمنها ذكر المساحة التقريبية الصالحة للسكن من قبل المحجوز له وعدد الغرف والفسحات والتوابع المفترض بناؤها، وكذلك السعر التقديري للبيع النهائي المتفق عليه ما بين طرفي العقد وكذلك نوعية البناء والمواد المستخدمة فيه، فكل هذه البيانات تسجل باسم المحجوز له وتسلم اليه نسخة من هذا العقد خطياً وحتى قبل أن يودع الآخير أي مبلغ نقدي وذلك حسب ما جاء في المادة (٢٦١-٢٧) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: "يحرر العقد التمهيدي خطياً على أن تسلم نسخة عنه إلى المشتري قبل ايداع أي اموال.."، فيلاحظ أن التزام المستثمر العقاري بالتخصيص هو من أهم الالتزامات التي توفر الضمانة والحماية الكافية للمحجوز له لإبرام عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء.

ولم يكن التشريع الجزائري بمعزل عن ذلك، فقد سار على النهج ذاته واشترط ايضاً مجموعة من البيانات الموضوعية التي يجب أن تذكر في العقد، فبعضها يتعلق بأطراف العقد والبعض الآخر يتعلق بموضوع العقد وبالعقار محل العقد والسعر التقديري له وآجال التسليم ونقل ملكية العقار عن طريق عقد البيع النهائي وشروط وكيفيات فسخ عقد حجز الوحدات العقارية، وأهم تلك البيانات هي ذكر موضوع العقد (عقد حفظ الحق) الذي يتمثل بتخصيص المستثمر العقاري (المرقي العقاري) العقار باسم المحجوز له استناداً إلى المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ التي تنص على: " يلتزم المرقي العقاري بتخصيص العقار باسم المشتري...".

وفي سياق البحث عن أَحكام العقد في التشريع العراقي، فإن مسألة بحث التزامات الطرفين يتعذر بحثها بصورة واضحة أو بخصوصية كما فعلت القوانين المقارنة التي نظمت أَحكام هذا العقد، فمسألة التخصيص في القانون المدني العراقي غير واردة في ابرز العقود التمهيدية[1] المتعلقة بعقار، كون التصرفات التي تختص بالآخير تخضع لشكلية معينة نص عليها القانون، كما جاء في المادة (٢/١١٢٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على: "العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد ألا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً"، ومن ثم أن أي أتفاق ما بين المستثمر العقاري والمحجوز له بتخصيص عقار ما خارج التسجيل العقاري

---

يتضمن هذا البيان التقني تحديد التجهيزات المشتركة المفيدة للقسم المبيع من المبنى، ويجب ارفاق هذا البيان التقني بالعقد".

(١) ابرز العقود التمهيدية المتمثلة ب (الوعد بالتعاقد – الوعد بالبيع – الوعد بالتفضيل).

ليس له أي قيمة قانونية، وعند لجوء الأطراف إلى تسجيله فيما بعد بسجلات التسجيل العقاري فأن دائرة التسجيل العقاري ترفض بسبب عدم وجود عقار على أرض الواقع.

وقد سار القضاء العراقي على ذلك بحسب ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قراراها رقم (١٢٦) الصادر في سنة ٢٠١٢ بخصوص عقار مسجل باسم بلدية راوه التي قامت بتخصيص عقار للمدعي خارج اروقة التسجيل العقاري والذي لم تعطه المحكمة أي آثر قانوني كونه مجرد تخصيص العقار كما ورد في قرار الحكم لا يكسب الحق في طلب التمليك وان التصرفات العقارية لا يعتد بها ألا إذا استوفت الشكلية التي نص عليها القانون وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فيتبين لنا أنه ليس هناك أي قيمة قانونية للتخصيص الذي يقوم به المستثمر العقاري باسم المحجوز له ما لم يسجل في السجلات الخاصة ومن ثم يفقد المحجوز له ضمانة مهمة من ضمانات عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة تنظيمه.

وقد يتبادر إلى إذهاننا سؤال حول ما الحكم لو قام المستثمر العقاري بحجز العقار إلى اكثر من محجوز له؟

بالرجوع إلى القواعد العامة في القوانين المدنية، نجد أن مشكلة البيع إلى اكثر من شخص تحل بألاغلب عن طريق ألاسبقية في التسجيل أما إذا قام البائع يبيع عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري لا يرتب لهذه العملية أي اثر قانوني بأعتبار أن التسجيل هو الأساس المعتمد عليه لنقل ملكية العقار فيبقى البائع في هذه الحالة هو مالك العقار محل العقد الذي لم يكتمل بناؤه بعد ولا ينشئ هذا التصرف سوى التزامات شخصية ما بين المتعاقدين، ولكن هذا الأمر من الصعوبة أنطباقه على عقدنا محل البحث كون الآخير لا يرتب أي اثر بالتسجيل ولا يعد ناقلاً للملكية، فهناك من يرى[1] أن كل ما موجود بيد المشتري هو عقد رضائي فما يتم العمل به هو في حالة إبرام اكثر من عقد تمهيدي بصدد شقة واحدة، فيتم حل هذه المشكلة عن طريق تبليغ صاحب العقد الثاني بوجود عقد آخر يسبقه بالإبرام ويقوم بتخييره أما بإبرام عقد جديد بصدد شقة ثانية أو اختيار استرداد المبلغ النقدي الذي تم دفعه، وان سلمنا القول بإنه الحل الأجدر، ألا إنه على الرغم من ذلك يمكن أن يعرض صاحب العقد الأول إلى مخاطر وخاصة في حالة ما إذا اصر صاحب العقد

(١) ينظر: سيبل جعفر حاجي عمر، مصدر سابق، ص٩٤

الثاني على إبرام العقد مع عدم وجود أي حماية قانونية مقررة لصاحب العقد الأول، فهذه المشكلة يجب أن تحل عن طريق تنظيمها قانوناً وان لا تترك إلى محض إرادة الطرفين، وبالأخص أن مسألة التواطؤ وسوء النية يمكن افتراضها ما بين المستثمر العقاري وصاحب العقد الثاني من اجل الأضرار بمصالح صاحب العقد الأول.

وآخيراً، يبدو أن هذا الالتزام هو الأكثر ضمانة لحقوق المحجوز له من الضياع لكون الآخير هو أولى بهذا العقار من غيره عند الأنتهاء من البناء، ومن ثم عدم ضياع فرصته بالحصول عليه، فالالتزام بالتخصيص يعد هو اساس لانطلاق الالتزامات الباقية لعقدنا محل البحث.

## الفرع الثاني

## الالتزام ببناء العقار المحجوز

من أهم الآثار التي يرتبها العقد موضع البحث هو قيام المستثمر العقاري ببناء العقار محل العقد لكي يضمن وجوده على أرض الواقع ليقوده الأمر فيما بعد لنقل ملكية هذا العقار بموجب عقد آخر يطلق عليه العقد النهائي الناقل لملكية العقار للمحجوز له، و لكن هذا الالتزام لا يستطيع القيام به ما لم يقم المستثمر العقاري بمجموعة من الأجراءات تخول له المباشرة بعمليات البناء وهذا ما سنبينه تباعاً في هذا الفرع، وعلى النحو الأتي:

**اولاً: الالتزام بالحصول على الترخيص الأداري**

إن المستثمر العقاري لا يحق له القيام بعملية البناء ما لم يحصل على رخصة ادارية تخوله القيام بعملية البناء و الاستثمار، وعلى الرغم من أن التشريعات الفرنسية التي تختص بتنظيم عمل المستثمر العقاري جاءت خالية من أي ذكر لهذا الالتزام، فلم تلزمه بأستحصال رخصة للبناء قبل المباشرة ببناء العقار، ألا أنه ملزم بإصدار وثيقة تضم إلى نصوص العقد الأساسية يطلق عليها ب (البيان التقني) وهذا ما اكدته المادة (٢٦١-٢٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على:" ..يحدد نوعية البناء بواسطة بيان تقني موجز تذكر فيه طبيعة ونوعية المواد وعناصر التجهيزات، وإذا كان العقد يتناول قسماً من مبنى فيجب أن يتضمن هذا البيان التقني تحديد التجهيزات المشتركة المفيدة للقسم المبيع من المبنى، ويجب ارفاق هذا البيان التقني بالعقد"، فيلاحظ أن هذه الوثيقة يجب أن تحرر من

قبل المستثمر العقاري ويوقع عليها المحجوز له ومن ثم ترفق مع البيانات التي الزم القانون الفرنسي توفرها في العقد التمهيدي (العقد موضع البحث).

إما على نطاق التشريعات الجزائرية، فقد ألزمت المستثمر العقاري بإصدار ( رخصة البناء) ويراد بها حسب ما تم تعريفها في قانون التهيئة والتعمير الجزائري رقم (٩٠-٢٩) المؤرخ في ١٩٩٠ وفي ضوء المادة (٥٢) على أنها " رخصة تشترط في حالة تشييد البنايات الجديدة مهما يكن استعمالها، ولتجديد البنايات الموجودة وتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه، أو الواجهات المطلة على الساحة العمومية وإنجاز جدار صلب للدعم أو التسييج"، وقد أكد المشرع بضرورة الحصول على هذه الرخصة قبل إبرام أي عملية تشييد لبناية جديدة[١]، وجاء قانون الترقية العقارية النافذ ليؤكد ذلك من خلال المادة (٦) التي نصت على: " تخضع كل عملية ترميم عقاري أو اعادة تأهيل أو تجديد عمراني أو اعادة هيكلة أو تدعيم إلى ترخيص اداري مسبق.."، وهناك من عرف تلك الرخصة على أنها: " هي القرار الأداري الصادر من سلطة مختصة قانوناً، تمنح بمقتضاه الحق للشخص طبيعي كان أو معنوي بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في اعمال البناء التي يجب أن تبرم في قواعد قانون العمران"[٢].

وإن أهم ما يشترط في هذه الرخصة هي صدورها من سلطة ادارية مختصة فغالباً ما تثور الأشكاليات على تلك الرخص التي تمنح من قبل رئيس المجلس الشعبي للبناء من غير اتباع الأجراءات التي يفرضها القانون لمنح هذه الرخصة، ومن شروط منحها هي أن تصدر قبل الشروع بأي عمل من اعمال البناء، فمتى ما كان هناك بناء قائم من غير رخصة يعتبر بناء غير مشروع وعلى الأدارة ازالته، أما إذا كان هناك بناء قديم فيجوز أن تصدر له رخصة للقيام بعمليات التغيير والتحسين ومتى ما رفضت السلطة المختصة منح

(١) المادة (٤٠) من المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١٩ المؤرخ في ٢٥ يناير ٢٠١٥: " يشترط كل عملية تشييد بناية جديدة او كل تحويل بناية تتضمن اشغالها تغيير: مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال او الوجهة ، والهيكل الحامل للبناية والشبكات المشتركة العابرة للملكية، حيازة رخصة البناء طبقاً لإحكام المواد (٤٩-٥٢-٥٥) من قانون رقم (٩٠-٢٩)..".

(٢) حمدي عمر باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٢، ص١٠٠.

الرخصة للحالة الآخيرة يحق للمستثمر العقاري القيام بدعوى قضائية اساسها الزام الأدارة بمنح الترخيص[١].

وفضلاً عن الرخصة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري اشترط الحصول على رخصة التجزئة ويقصد بها حسب ما جاء في المادة (٧) من المرسوم التنفيذي[٢] التي نصت على: "هي وثيقة أدارية تشترط لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع أرضية غير مبنية من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، التي من شأنها أن تستعمل في تشييد بنايات جديدة"، وهناك من عرفها بانها[٣] هذه الرخصة لا يعتد بها كتصرف قانوني ما لم تصدر من السلطات المختصة المتمثل ب (رئيس مجلس البلدية)، وان الهدف منها هو المحافظة على الأستقرار العام في المجتمع من خلال تقسيم الملكية العقارية حسب مخطط شغل ألاراضي المصادق عليه أو مطابقة لوثيقة التعمير وهذا ما اكدته المادة (١٨) من المرسوم التنفيذي (٩١-١٧٦) المعدل التي تنص على:" لا يسلم الرخص بالتجزئة ألا إذ كانت الأرض المجزئة موافقة لمخطط مشغل ألاراضي أو مطابقة لوثيقة التعمير..".

أما في العراق، فبالإمكان الأستعانة بنصوص قانون الاستثمار المعدل الذي نصت أَحكامه على عدم جواز مباشرة المستثمر بأي عملية من عمليات الاستثمار ما لم يكن حاصل على إجازة الاستثمار، وذلك حسب ما جاء في المادة (١٢) التي تنص على: " ثانياً: تمنح الهيئة إجازة استثمار لإنشاء المشروع بناء على طلب يقدم اليها من المستثمر ويشمل الطلب الذي يتقدم به المستثمر ما يأتي: أ_ استمارة الطلب المعدة من قبل الهيئة. ب_ خطة تمويل المشروع مقترنة بضمان جهة التمويل من مؤسسة مالية معتمدة. ج_ المشاريع التي قام بها المستثمر أو شركاؤه في العراق أو خارجه والجهات الساندة له في تنفيذه. د_ تفاصيل المشروع المراد الاستثمار فيه والجدوى الأقتصادية. ه_ جدول زمني لإنجاز المشروع".

---

(١) د. عزري الزين، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية_ جامعة محمد خيضر_ بسكرة، العدد الثامن، ص٥_٤.

(٢) المرسوم التنفيذي رقم ٦-٣ المؤرخ في ٧يناير لسنة ٢٠٠٦ المعدل للمرسوم التنفيذي (٩١-١٧٦) المحدد لكيفيات تحضير الشهادة التعمير ورخصة البناء وشهادة المطابقة والهدم والتسليم.

(٣) د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٤٤.

وهناك من يرى بإن[1]، التصرفات التي تقع على مباني ما زالت في طور الإنجاز تتضمن مخاطر كبيرة على مصالح الأفراد سواء من ناحية احتمال خسارة الشخص المحجوز له للمبلغ النقدي الذي دفعه عند إبرام العقد على مشروع وهمي كان قد اعتقد بجديته، أو من ناحية مدى صلاحية وقوة المشروع المنفذ ومطابقته لكافة شروط السلامة الفنية، فبموجب هذا الترخيص يتحصن المحجوز له من المخاطر المحيطة به كافة، حيث أن السلطات الأدارية المختصة لا تمنح الترخيص إلا لمن تراه يستحق ممارسة هذا النشاط من خلال اثبات جدارته المالية والفنية لإتمام البناء بالشروط اللازمة.

**ثانياً: الالتزام بالأعلام**

بما أن عقدنا موضع البحث يعد من عقود المدة، التي يأخذ تنفيذها فترة من الزمن، ويكون التزام المستثمر العقاري ببناء العقار على مراحل متعددة إلى أن يصل الى الغاية المرجوة من إبرام هكذا عقد، فهل يكون الالتزام بالأعلام عن حالة العقار محل العقد عند مراحل تنفيذ البناء واجب على المستثمر العقاري أو لا؟

أن المقصود بالالتزام بالأعلام أو التبصير هو الالتزام ملقى على عاتق المدين، يفرض عليه أن يدلي بكافة المعلومات والبيانات المهمة في العقد إلى الدائن بشرط أن تكون كافية ولازمة لتكوين رضاءه، بهدف ضمان حسن تنفيذ العقد وهذا الالتزام أما أن يكون في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه[2]، ونجد اساس هذا الالتزام بعدم التكافؤ بين طرفي العقد، لكون أحد الأطراف يكون مهنياً أما الآخر فيكون من عامة الناس، بينما هناك من يرى[3] بإن اساس الالتزام بتبصير المشتري هو قاعدة من قواعد الآخلاق أو يستند إلى مبدأ الثقة في المعاملات بين الناس ومن ثم هذه كلها تنسب إلى فكرة حسن النية في العقود.

ولم يرد في القوانين الخاصة المنظمة لهذا العقد في نطاق التشريع الفرنسي فرض هكذا التزام، ومن ثم يرجع إلى القواعد العامة بهذا الخصوص وبالتحديد نص المادة (١-١١١٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل التي تنص على: "يجب على من يعرف من الأطراف

---

(١) ينظر: علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٩٩ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٦.

(٣) د. اواز سليمان، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص٤١-٤٢.

معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الآخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه، على الرغم من ذلك فان هذا الواجب بالأعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء، وان المعلومات التي لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف، ويقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له أثبات أن الطرف الآخر كان مديناً بها، ويقع على هذا الطرف الآخر اثبات تقديمها له، ولا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الأعلام، وان الآخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١١٣٠ وما بعدها "، فيلاحظ من المادة أعلاه أن المشرع الزم المستثمر العقاري بإعتباره هو الطرف المدين بالعقد بالأدلاء بكافة التفاصيل والحيثيات المتعلقة بعقدنا محل البحث، ومتى ما اخل بهذا الالتزام واغفل عن ذكر أي معلومة لها صلة بمضمون العقد يبطل العقد.

إما المشرع الجزائري، فقد أولى أهمية كبيرة للالتزام بالأعلام في عمليات الترقية العقارية أن كانت بصورة عقد البيع التصاميم من غير أن يلزم المستثمر العقاري بالأعلام عن حيثيات العقد وتفاصيله أن كان بصورة عقدنا محل البحث، وهذا ما يفهم من خلال تقنينه بعض الأحكام في ظل قانون الترقية العقارية النافذ[١]، لذا نعيب على المشرع الجزائري لما أنتهى اليه كون كلا العقدين (البيع على التصاميم- حفظ الحق) هم من نشاطات الترقية العقارية التي يكون احد أطرافها مستثمراً عقارياً فلا نرى هناك أي مبرر بأقتصاره هذا الالتزام على عقداً من غير الآخر، لذا يرجع إلى حكم القواعد العامة الموجودة في القانون المدني الجزائري التي تجبر المدين على الأدلاء بكافة البيانات والمعلومات التي لها صلة رئيسية بموضوع العقد ومتى ما خالف المدين هذا الالتزام فإنه يعد تدليساً ومن ثم يجوز ابطال العقد استناداً إلى المادة (٨٦) من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " يجوز

(١) المادة (٤٧) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: "يجب على المرقي العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها، ويجب على وجه الخصوص: - الوفاء في كل الحالات بالتزاماته- عدم اللجوء الى للإشهار الكاذب او استغلال بأي شكل من الاشكال، حسن نية او ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي وكامل لشركائه...".

أبطال العقد للتدليس... ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وفي سياق القانون العراقي، وبما أن أَحكام هذا العقد لم تنظيم بين طيات القوانين العراقية فنلجأ إلى القواعد العامة المقننة في القانون المدني وبالأخص ما ورد في المادة (١٥٠) التي نصت على: "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، فيجب على كل طرف أن يكفل تنفيذ العقد بصورة تحمي كلا المتعاقدين من أي خطر يهدد مصالحهم جراء هذا العقد.

**ثالثاً: الالتزام بإنجاز البناء المتفق عليه في العقد**

إن الالتزام بالبناء هو الأساس أو الغاية التي يهدف اليها إبرام هذا العقد، ويعد المحور الرئيسي التي تنصب عليه الإرادة العقدية لكلا من المتعاقدين، ويجب أن يكون التزام المستثمر العقاري هو خلال المدة المتفق عليها في العقد ابتداءاً، وان يكون البناء مطابقاً لكافة المواصفات التي تم اشتراطها في العقد الأولي، وهذا ما سنبرزه تباعاً:

**١. الالتزام بإنجاز البناء خلال المدة المتفق عليها:**

يقع على عاتق المستثمر العقاري إنجاز البناء أما خلال مدة تم تحديدها في العقد بشكل صريح أو بشكل ضمني تستخلص من ظروف التعاقد أو قد تترك لحكم القواعد العامة التي يطلق عليها عادةً اسم المدة المعقولة[١]، وسواء قام المستثمر العقاري بنفسه بعمليات البناء ام استعان بغيره كأن تكون شركة تختص بأعمال المقاولة لإتمام البناء بموجب عقد مقاولة يبرم فيما بينهما[٢].

فأن أهم ما يميز التصرفات التي تقع على عقار قيد الإنشاء عن بيع العقار العادي هو قيام المستثمر العقاري ببناء العقار محل العقد، أي أن العقد يبرم بين المتعاقدين قبل تمام

(١) يقصد بالمدة المعقولة هي الفترة الزمنية التي يمكن من خلالها انجاز العمل المعهود للمقاول ببناء العقار ويراعى فيها طبيعة العمل ومدى ما يقتضيه من دقة وامكانيات المقاول المعروفة لرب العمل، وما جرى عليه عرف الحرفة" ينظر: د. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص٨٣.

(٢) المادة (١٦/١) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: " كل شخص طبيعي او معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع او الانجاز ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب اهمية المشروع العقاري".

البناء بصورة كلية، أما إذ إبرم العقد بعد إنجاز البناء فنكون أمام عملية بيع عقار عادي، فالمستثمر العقاري يعد مسؤولاً عن إتمام البناء من تاريخ الحصول على الترخيص لإنجاز البناء إلى حين يصبح الآخير متوافقاً للسكن والعيش فيه ومطابقاً للشروط المتفق عليها في العقد، ويعد التزام المستثمر العقاري هو التزام بتحقيق نتيجة[١]، لكونه ملتزماً نحو المحجوز له بتحقيق الغرض المقصود من إبرام عقد حجز الوحدات العقارية، فلا يلتزم فقط ببذل العناية اللازمة[٢]، ويسأل عن أي اخلال بالتزامه بالبناء ولا يستطيع التخلص من المسؤولية ألا إذا كان هناك سبب اجنبي ادى إلى عدم تنفيذه للالتزام كالقوة القاهرة[٣].

وقد يتراجع المستثمر العقاري عن تنفيذ التزامه في بعض الحالات كعدم نجاحه بتملك الأرض التي سيقيم عليها البناء أو استحقاق ملكية هذه الأرض للغير أو في حالة رفض السلطات المعنية بإعطاء الترخيص له لإقامة البناء أو نزع ملكية الأرض التي كان من المفترض إقامة البناء عليها أو الأستيلاء عليها للمنفعة العامة أو قد يكون في حالة نقص المواد وارتفاع الاسعار وعدم وجود موارد تمويل لازمة لإقامة البناء، فكل هذه الحالات التي تم ذكرها لا يعدها البعض من الفقه من قبيل القوة القاهرة أو السبب الأجنبي التي تجعل المستثمر العقاري متبرئاً من المسؤولية نتيجة الآخلال بالتزامه، أي أنه يسأل عن عدم التنفيذ[٤]،

ويمكننا مناقشة هذا الرأي من وجهتين:

**الوجهة الأولى:** إن القول بعدم نجاح المستثمر العقاري بتملك الأرض التي سيقيم عليها البناء أو استحقاق ملكيتها للغير أو رفض السلطات المعنية بإعطاء الترخيص له أو نزع الملكية للمنفعة العامة لا يعد من قبيل القوة القاهرة في العقد محل البحث فهو بهذا الأمر مخالف للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني ولكن نجد ما يبرره في النصوص الواردة

---

(١) يقصد بها هي التزام المدين بتحقيق الغاية المرجوة من ابرام العقد، فلا يمكن ان يعفى من المسؤولية الا في حال توفر القوة القاهرة. ينظر: د.غالب كامل المهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد بالعقود الالكترونية، مجموعة اليازوري للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص٢٦٧. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط١، منشورات مجمع الاطرش للكتاب- تونس، ٢٠١٥، ص٣٩٢.

(٢) د. لينا جميل الحشيمي، مصدر سابق، ص١٠٨-١٠٩.

(٣) ينظر: د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص٨٥ وما بعدها.

(٤) ينظر: د. سمير عبد السميع الاون، مصدر سابق، ص٥٩.

في القوانين الخاصة بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، إذ أن عدم تملك الأرض للمستثمر العقاري لا يحق له أن يباشر بأي عملية من عمليات البناء على العقار، فالمشرع الجزائري قد الزم كل (مرقي عقاري) بإن يكون مالكاً للأرض التي سيقيم عليها البناء وذلك استناداً إلى المادة (٣٠) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ[١]، فيجب أن يكون المستثمر العقاري مالكاً للأرض بموجب عقد رسمي، وهناك من يرى[٢] أن مثل هذا الشرط هو لإستقرار المعاملات وعدم سيادة الفوضى في المجتمع بسبب قيام بعض المستثمرين العقاريين (المرقيين العقاريين) بإقامة مشاريع سكنية لأراضي غير مملوكة لهم، بالتالي فاقد الشيء لا يعطيه.

**الوجهة الثانية:** أما من ناحية ارتفاع الاسعار والمواد، فنؤيد الفقه بعدم اعتباره من قبيل القوة القاهرة التي تؤدي إلى أنفساخ العقد بحكم القانون، ألا إنه يمكننا أن نعد تغيير الاسعار من قبل الظرف الطارئ الذي يسمح بإعادة النظر فيه وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي الذي نص على أنه متى ما ارتفعت الاسعار والمواد يمكن اعادة النظر بالسعر النهائي المقدر ما بين طرفي العقد للبيع، وذلك استناداً للمادة (٢٦١-٢٦) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: " يجب أن يبين الثمن التقديري للبيع، وعند الأقتضاء طرق اعادة النظر فيه في الحدود والشروط الملحوظة في المادة ٢٦١-١٥ من القانون نفسه.." وبالرجوع إلى المادة (٢٦١-١٥) نجدها حددت تلك العوامل التي تؤدي إلى تغيير السعر التقديري للبيع فنصت على: "... المؤشر الوطني الذي يضعه وزير الأقتصاد والمالية والمستعمل في اعادة النظر في ثمن صفقات تشييد الأبنية، ويعبر هذا المؤشر عن تطور اسعار ألاجور بما فيها التكاليف الأضافية واسعار المواد ونقلها واسعار المعدات المستخدمة مع احتساب استهلاكها..."، فيلاحظ أن ارتفاع الاسعار جاء بنص تشريعي على إنه من القوة القاهرة من ثم لا يمكن القول خلاف ذلك.

---

(١) المادة (٣٠) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: " يجب ان يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المواد ٢٧- ٢٨ اعلاه، اصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتضاء...".

(٢) ينظر: جهيدة أعجيري، عقد بيع البناء على التصاميم، بحث منشور في مجلة الفكر- جامعة بسكرة- محمد خضير، الجزائر، العدد ١٥، ٢٠١٧، ص٣٣٦.

فالتزام المستثمر ببناء العقار يجب أن يكون خلال المدة المحددة في العقد فكما اسلفنا من قبل أن المشرع الفرنسي اشترط أن يكون العقد التمهيدي (عقدنا محل البحث) مشتمل على مدة يتم من خلالها معرفة مدى تسليم البناية تامة الإنجاز، ويفهم ذلك من سياق المادة (٢٦١-١٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: (...يجب أن يشتمل هذا العقد على المعلومات الضرورية المتعلقة بمحتويات البناء ونوعية البناء ومهل إنجاز الأشغال...)، ولم يكتفِ بذلك فعاد في المادة (٢٦١-٢٨) ليعلق التزام المحجوز له بدفع وديعة الضمان على مدة بناء العقد، وقد آيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك بموجب قرارها رقم (١٦٤٢٥-١١)[1]، حيث نصت على: (بما أن السيد x حسب القرار المعترض عليه في (كان، ١٨ يناير، ٢٠١١) إبرم بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠٠٦ مع شركة سو SO عقدي بيع تمهيديين لبيع شقة ومحطتي توقف ضمن اطار البيع قبل إتمام الإنجاز بسعر اجمالي يبلغ ٢٤١٠٠٠ يورو، وبما أنه تم التوصل إلى أتفاق بين الطرفين في يونيو ٢٠٠٨ يقضي ببيع هذه ألاصول بسعر اجمالي يبلغ ١٥٣٠٠٠ يورو إلى السيد X والسيد Y بعد اعلام السيد Y بمشروع البيع في ظل هذه الشروط، وحيث أن الشركة سو SO رفضت التوقيع على مشروع العقد المصدق عليه بعنوان " البيع قبل إتمام التجديد" بسعر ١٥٣٠٠٠ يورو، والمشروع الذي تم ابلاغ المشترين به عن طريق موثق العهود بتاريخ ١٧ سبتمبر ٢٠٠٨، وكون السيدين X و Y وقعا على إتمام البيع، فمراعاة للمادة ٢٦١-٢٦ من قانون البناء والسكنى يجب أن يشير عقد البيع الأولي إلى كل من سعر البيع التقديري ويجب أن يشير إلى طرق اعادة النظر فيه أن دعت الحاجة لذلك ضمن الحدود والشروط المذكورة في المواد ٢٦-١١، ٢٦١-١٥ وإلى الموعد الذي سيتم اجراء البيع فيه وان يشير _ أن اقضت الحاجة_ إلى القروض التي يصرح البائع إلى المشتري بإنه سيحصل عليها أو التي سيحول البائع النفع منها...، ويحمل القرار ألغاء كافة عقود البيع الأولية التي لا تشتمل على تواريخ، وعليه بتجاهل أَحكام المادة ٢٦١-٢٦ من قانون البناء والسكنى التي تتولى حماية المشتري بقدر ما تتولى حماية البائع، فبالتالي يستطيع كلا من البائع والمشتري ابطال هذه

(١) قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، قرار رقم ١٦٤٢٥-١١ الصادر بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١٢(غير منشور).

العقود)، وفي قرار آخر صادر من محكمة ألاستئناف رقم (٠٢/٠٥٦٦٢)[١]، يؤكد على فسخ عقد البيع الأولي إذا لم يحترم المستثمر العقاري الآجل المحدد فيه، حيث قضت فيه على: (يعود فسخ عقد البيع المؤقت إلى الشركة التي لم تكن قادرة في ٦ ديسمبر ١٩٩٩ حيث لم تكن اعمال البناء قد بدأت_ على احترام التزامها بالتاريخ المحدد لإتمام إنجاز المبنى المحدد في ٣١ مارس ٢٠٠٠، وقد اخلت بالتزامها العقدي بعيداً عن أي ظرف قاهر، يملك الزوجان في ظل هذه الظروف الأسس القانونية ليطلبوا التعويض عن الأضرار التي تعرضوا لها بسبب عدم تمكن الشركة من احترام الموعد المحدد لإتمام الإنجاز)، ويلاحظ على القرارات أعلاه أنها أطلقت على عقدنا موضع البحث تارةً بالعقد التمهيدي وتارةً آخرى بعقد البيع الأولي.

أما المشرع الجزائري فلم تذكر بين طيات قوانينه ولا مراسميه التنفيذية أي مدة لإتمام البناء بل ترك أَحكامه للقواعد العامة، أي المدة اللازمة لإنجاز العقار بصفة تقديرية التي قد يتفق عليها الطرفان صراحةً أو تستخلص ضمناً من ظروف التعاقد.

وفي العراق قد الزم المشرع العراقي المستثمر بتحديد مدة يتم من خلالها تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه، فجاء المادة (١٢) من قانون الاستثمار المعدل التي تنص على: "...هـ- جدول زمني لإنجاز المشروع"، فيلاحظ أن للمدة دور مهم في هذا النوع من العقود وذلك لحماية المحجوز له من المماطلة والتسويف الذي قد يحصل من المستثمر العقاري باعمال البناء، ولكي يستطيع المحجوز له من توفير المبلغ اللازم المتبقي من السعر ألاجمالي للعقار.

**٢. الالتزام بإنجاز البناء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد:**

تعد مسألة مطابقة الأوصاف في العقود التي تقع على عقار ما زال قيد الإنشاء مسألة مهمة لكون المحجوز له لا يستطيع أن يلزم المستثمر العقاري بشيء سوى بالمواصفات التي تم ذكرها في العقد، فيجب أن يسلم المستثمر العقاري العقار مطابقاً لتلك الأوصاف وما يشتمل عليه البناء من توصيلات وحدائق وغرف وموقف سيارات... والخ، إذ تسلم المحجوز له المبيع من من غير أي اعتراض عليه يعد ذلك رضاء منه بالمبيع واقراراً بمطابقة الشيء

(١) قرار صادر من محكمة الاستئناف في دوي، رقم القرار ٠٢/٠٥٦٦٢، الصادر بتاريخ، ١٢ يناير ٢٠٠٤ (غير منشور).

المسلم باوصافه المتفق عليها، ألا إنه في مرحلة الإنجاز قد تتغير عدة امور ممّا يجعل المستثمر العقاري يخالف تلك التفاصيل الواردة في متن العقد، كما لو تم الأتفاق على نوافذ من الألمنيوم في حين كانت في الواقع من خشب[1]، فهنا يعد المستثمر العقاري مسؤولاً عن عدم المطابقة ومن ثم سمح المشرع الفرنسي للمحجوز له بفسخ العقد واسترداد مبلغ الوديعة المدفوع من غير قطع أو غرامة، حسب ما ورد في المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: "...هـ- إذا كان احد عناصر التجهيزات الملحوظة في العقد التمهيدي لم تتحقق".

أما في القانون الجزائري، فإن عملية إبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية تتم بعد المطابقة، فشرط المطابقة يعد شرط موضوعي للقيام بعملية التسليم بعد أن يتم التأكد بإن أوصاف المبيع في الواقع مطابقة لكل ما اشترط عليه في العقد سواء من ناحية المقاسات أو الكمية أو غيرها، ويثبت تحقيق ذلك عن طريق صدور شهادة المطابقة التي جاء المشرع الجزائري نص عليها في المادة (٩) من قانون رقم (٠٨-١٥) الصادر بتاريخ ٢٠ يوليو ٢٠٠٨ الذي حدد فيه قواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، فلا يتم استعمال أي بناية ما لم تصدر هذه الشهادة[2].

وقد يقوم المستثمر العقاري بإجراء بعض التعديلات الجوهرية على البناء ممّا يؤدي إلى إنحرافه بشكل بسيط عن المواصفات التي تم ذكرها في العقد، وابلغ المحجوز له بهذه التعديلات فهل يحق للآخير أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة هذه التعديلات، بأعتبار أن المستثمر العقاري قد قصر بتنفيذ التزامه إلا وهو مطابقة المواصفات المذكورة في العقد التمهيدي (عقدنا موضع البحث) مع عقد البيع النهائي الناقل لملكية العقار؟

إجابت محكمة ألاستئناف في باريس على هذا السؤال بموجب قرارها الصادر بتاريخ ٦ سبتمبر لسنة ٢٠٠٠ التي قضت فيه على: (بما أن الطرفين قد وقعا على عقد أولي لبيع مفترض تشييده نص على عناصر التجهيزات الأساسية للمبنى، فلا يمنع البائع بتعديل هذه

(١) د. لينا جميل الحشيمي، مصدر سابق، ص١٠٩-١١٠.

(٢) سارة مقراني، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء احكام القانون (٠٤-١١) رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق- جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص٩٤-٩٥.

العناصر، ويحق أنذاك للمشتري الذي ابلغه البائع حسب الشروط القانونية بمشروع عقد البيع النهائي مع –اخذ التعديلات بالحسبان– أن يشتري حسب الشروط الجديدة أو يتخلى عن الشراء، ولا يمكن للمشتري في حال إتمام البيع أن يطالب بتعويض بحجة أنه تضرر بسبب تقصير البائع من تنفيذ التزامه بالصورة التي نص عليها بموجب العقد الأولي)[١].

وقد يتبادر إلى إذهاننا سؤالا آخر مفاده، متى يعتبر البناء قد تم؟

نظراً لخصوصية وأهمية هذا الالتزام فالمشرع الفرنسي لم يترك فكرة إتمام البناء لمحض إرادة الطرفين وإنما حددها من خلال المادة (٢٦١-١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: ( يعتبر البائع قد أنتهى من اعمال البناء عندما يتم تنفيذ الاعمال واقامة العناصر الرئيسية اللازمة للاستعمال بحسب الغرض المخصص من اجله العقار المبيع) فيلاحظ من خلال المادة أعلاه أن المشرع قد ميز بين عناصر ضرورية وآخرى غير ضرورية لإتمام البناء، وقد حاول البعض إعطاء تصور عن هذه العناصر فيروا أن العناصر الرئيسة هي كل عنصر صغيراً كان ام كبيراً لا غنى عنه في استعمال العقار وما عدا ذلك يعد غير رئيسي، فالبناء لا يكتمل ألا بتنفيذ هذه العناصر أو اقامتها، فكلمة لا غنى عنها قد تؤخذ بمعنى ضيق وهذا يعني الأستحالة باستعمال العقار من غير وجود هذه الاعمال أو قد تؤخذ بمعنى مرن وهي يمكن أستعمال العقار ولكن بمشقة واجهاد كالمصعد مثلاً في بناء يتكون من عشر طوابق سكنية، فعدم وجوده لا يؤدي إلى جعل الأستعمال مستحيلاً ولكن بمشقة واجهاد[٢].

## الفرع الثالث

## الالتزام بأعداد عقد البيع النهائي

بما إن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء لا يرتب أي التزام بنقل الملكية، فلا يقع على عاتق المستثمر العقاري سوى إبرام عقد البيع النهائي الذي يعد هو ناقلاً للملكية،

---

(١) قرار صادر من محكمة الاستئناف الفرنسية، رقم القرار ٢٦٢١٢-١٩٩٨، ٦ سبتمبر ٢٠٠٠ (غير منشور)

(٢) ينظر: د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء (دراسة مقارنة) في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط١، سيد عبدالله وهبة– القاهرة، ١٩٨٧، ص٤٤٧ وما بعدها.

فهناك من يرى[1]، أنه من غير الالتزام بالبناء يصبح من المستحيل الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية، فمتى ما تحقق الالتزام الأول يتحقق الالتزام الآخر وبخلاف ذلك يتعذر على المدين (المحجوز له) بتنفيذ الأداء الذي التزم به في مواجهة دائنه (المستثمر العقاري) المتمثل بدفع باقي ثمن العقار، فالمشرع الفرنسي قد وضع طريقتين لإثبات إتمام البناء لكي ينعقد بعدها عقد البيع النهائي الأولى تتمثل بأتفاق الطرفين وهي الطريقة الطبيعية وتكون عبارة عن أعلان المستثمر العقاري عن تمام البناء قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع عقد البيع النهائي وموافقة المحجوز له على هذا الأعلان بعد مطابقة الأوصاف التي تم ذكرها في العقد مع أوصاف المبيع وموافقته على إتمام عملية البيع النهائي[2]، وهذا الأعلان يجب أن يكون أمام الموثق المختص بتوقيع عقد البيع النهائي لكي يعطي الآخير تاريخاً ثابتاً للإعلان لا شك فيه لكون التزام المحجوز له بدفع الثمن النهائي معلق على تاريخ تمام البناء.

وهنا قد ينصرف إلى الذهن سؤال مفاده هل يحق للمحجوز له أن يتخلى عن هذه المهلة المعطاة له واعتماد تاريخ آخر؟

اجاب القضاء الفرنسي على هذا الأمر بموجب القرار الصادر من محكمة النقض بتاريخ ١٢ مارس لسنة ٢٠٠٣: (ان محكمة ألاستئناف قد اخذت بالحسبان أن هذه المهلة الواردة في المادة ٢٦١-٣٠ في قانون البناء والسكنى الفرنسي غير محددة في العقد خوفاً من بطلانه، وبما أن السيدX قد وقع على سند ينص تخليه عمداً عن هذه المهلة، فقرر أن يبرم عقد البيع النهائي عن طريق سندات موثقة قانونياً، فيعد تصرفه صحيحاً)[3]، وبالرجوع الى المادة (٢٦١-٣٠) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل نجد المشرع لم يأتِ بقاعدة أمرة ومن ثم يكون للأطراف المتعاقدة الحرية بالأتفاق على خلافها، أما الطريقة الثانية لإثبات إتمام البناء، تكون بواسطة الغير فقد يرفض بعض الأحيان وبالأخص الطرف

---

(١) ينظر: د. عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الانجاز ( شرح وتحليل نصوص القانون رقم ٤٤-٠٠)، ط١، ٢٠١١، ص١٩٢.

(٢) المادة (٢٦١-٣٠) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "يجب ان يبلغ البائع مشروع عقد البيع الى المشتري قبل شهر على الاقل من توقيع هذا العقد"

(٣) قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار١٠٣٧٢-٠٢، ١٢ مارس ٢٠٠٣ (غير منشور).

(المحجوز له) بالموافقة على إتمام البناء نظراً لعدم مطابقة أوصاف المبيع في العقد لاوصافه في الواقع ممّا يؤدي إلى تعطيل الآثار التي يرتبها على القانون، فإذا كان الطرفان قد حددوا شخص في العقد (كالخبير مثلاً) يتم اللجوء اليه لمعرفة ما إذا كان البناء قد تم أو لا، فقد اعطى قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل للمستثمر العقاري الحق في الأستعانة بخدمات مقاول لإعطاء افادته بإنتهاء البناء، حيث نص في المادة (٢٦١-٣٢) على: "... يمكن أن يثبت البائع مباشرة الأشغال بجميع الوسائل ولا سيما بإفادة مهندس معمار"، فهنا الأثبات يقع على عاتق هذا الشخص، أما إذا لم يحددوا شخص لهذا الأمر فقانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل كان قد سمح في ضوء المادة (٢٦١-٢) التي نصت على: ( ..ان المحكمة هي التي تتولى في حالة اختلاف الطرفين على الأثبات اختيار الشخص الذي يوكل اليه عملية الأنتهاء من البناء..) فهنا الغير يقوم بعملية قانونية مهمة وهي اثبات الأنتهاء من البناء[1]، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية بموجب قراراها الصادر ٢٠٤١٠-٠٧: ( ...تبين وبموجب المادة ٢٦١-٢٤ من قانون البناء والسكنى الفرنسي أن إتمام الإنجاز يتم اثباته أما عن طريق الأعلان الذي يصدقه مختص حسب ما ورد في المادة ٢٦٠-١ من قانون البناء والسكنى الفرنسي أو عن طريق شخص يتم تعيينه بموجب المادة ٢٦١-٢ من قانون البناء والسكنى الفرنسي، وبكل الاحوال يتم التأكد من إتمام الإنجاز عندما تنجز اعمال البناء الضرورية لإستعمال المبنى الذي تم التعاقد عليه ووفق الغاية التي صمم لها)[2].

إما على نطاق التشريع الجزائري، فقد جاء في المادة (٣٣) من قانون الترقية العقارية النافذ على أن عقد البيع النهائي الناقل لملكية العقار لا يبرم بين المستثمر العقاري ولا صاحب حفظ الحق (المحجوز له) ألا بعد ثلاثة اشهر من تاريخ الاستلام المؤقت للبناية أو جزء من البناية المحفوظة، ويقصد بالاستلام المؤقت " هو محضر يتم اعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد الأنتهاء من الأشغال" [3]، فالاستلام المؤقت يكون ما بين

(١) ينظر: د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق ، ص٤٥١-٤٥٢.

(٢) قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار ٢٠٤١٠-٠٧، الصادر بتاريخ ١٤ يناير ٢٠٠٩ (غير منشور).

(٣) ينظر: المادة (١٥-٣) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ.

المستثمر العقاري والمقاول باعتبار أن المستثمر العقاري ليس بالضرورة أن يكون هو الشخص الملتزم بالبناء، فقد خول له القانون امكانية الأستعانة بمقاول يرتبط معه بعقد مقاولة لكي ينجز البناء[1]، إلا هناك من أنتقد تعريف الاستلام المؤقت بوصفه محضراً لكونه يعتبر واقعة مادية يتم من خلالها تمكين المستثمر العقاري بفحص ومعاينة العقار محل العقد وابداء كافة التحفظات عليه بينما يعد المحضر مجرد محرر للإثبات[2] ، فالغاية المرجوة من هذا الاستلام هي فحص العيوب الواردة في البناء والمطالبة بإصلاحها أن وجدت من طرف المقاول، أما في حالة لم توجد عيوب في البناء أو وجدت وتم اصلاحها تأتي هنا مرحلة الاستلام النهائي، فعلق المشرع الجزائري عملية إبرام عقد البيع النهائي على الاستلام المؤقت.

وهناك من يرى، أنه كان الأجدر على المشرع الجزائري بتوفير حماية اكثر للمحجوز له من خلال السماح له بمعاينة البناء حتى بعد الاستلام النهائي وذلك يكون من خلال الأستعانة بخبير عقاري مختص بأمور البناء، وعلى اثره يلزم المستثمر العقاري بإصلاح العيوب ظاهرة كانت ام خفية في البناء ومن ثم إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية[3]، فمتى ما تضمن عقد البيع النهائي تعديلاً في بنود العقد، ليس أمامه سوى فسخ العقد وخسارة ١٥% من مبلغ التسبيق النقدي المدفوع، فكان الأجدر على المشرع بتوفير حماية قانونية للمحجوز له تمنحه حق التراجع عن إبرام العقد النهائي من غير خسارة أي مبلغ مالي وبدون الأضرار بمصالح المستثمر العقاري متى ما وجدت هناك مبررات للمشتري للعدول، ومنهم من يرى بإنه كان على المشرع الجزائري أن يقتدي بالمشرع الفرنسي فيما يخص اعطاء مهلة للمحجوز له للمقارنة بين الأوصاف التي تم ذكرها بين طيات العقد التمهيدي (عقدنا محل البحث) وبين العقد النهائي، ألا إن قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ جاء خالياً من ذكر هكذا نص، ليقتصر الأمر على المحجوز له بدفع باقي ثمن

---

(١) المادة (١٦-١) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: "كل شخص طبيعي او معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع او الايجار ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب اهمية المشروع العقاري".

(٢) حياة حامي، مصدر سابق، ص٢٠٢.

(٣) ينظر: شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٥٧-١٥٨.

العقار وتحرير عقد البيع النهائي ومتى ما اخل بهذا الالتزام ترتب عليه فسخ العقد ومن ثم خسارة ١٥% من التسبيق النقدي المدفوع ابتداء[١].

## المطلب الثاني

## التزامات المحجوز له[٢]

بعد أن أنتهينا من عرض أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المستثمر العقاري سنحاول في هذا المطلب أن نسلط الضوء على الالتزامات التي تقع على عاتق المحجوز له، التي بدورها تقسم إلى التزامين يتمثل الأول بدفع مبلغ نقدي مقدر القيمة مقابل التزام المستثمر العقاري بتخصيص وحجز العقار باسمه، اضافة إلى الالتزام الآخر والذي يعد بحاجة إلى تأصيل قانوني إلا وهو شراء العقار من خلال إبرام عقد البيع النهائي الناقل لملكية العقار المبيع، ولأكتمال الصورة بصورة أوضح سنقسم هذا المطلب على فرعين يختص الأول بدفع المبلغ النقدي، أما الآخر يختص بإبرام العقد النهائي وشراء العقار، وعلى النحو الأتي:

### الفرع الأول

### الالتزام بدفع المبلغ النقدي[٣]

يعد هذا الالتزام من قبيل الالتزامات الأصلية المقررة الواقعة على عاتق المحجوز له، ويقصد بالالتزام الأصلي هو كل التزام ينشأ مستقلاً استقلالاً تاماً وغير مستند إلى أي التزام آخر، ويوجد على العكس منه ، الالتزام التبعي الذي يوجد متى ما وجد التزاماً اصلياً، فمتى

---

(١) سهام مسكر، مصدر سابق، ص٢٦١.

(٢) سميّ في القانون الفرنسي ب(المشتري) بالاستناد الى ما ذكر في المادة (١٥-٢٦١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "...عقد تمهيدي يلتزم بموجبه البائع بتخصيص مبنى او جزء من مبنى الى المشتري"، اما في القانون الجزائري فقد اطلق عليه تسمية (صاحب حفظ الحق) وذلك استناداً الى ما جاء في المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ: " يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه او في طور البناء لصاحب حفظ الحق..".

(٣) ان التسمية المعطاة لهذا المبلغ النقدي فأنها كانت محل للخلاف ايضاً بين الدول المنظمة للعقد، فالمشرع الفرنسي قد اطلق على المبلغ النقدي الواجب دفعه من قبل المحجوز له باسم ( وديعة الضمان) حسب ما نصت عليه المادة (٢٦١-٢٩) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل " يتم ايداع الضمانة..."، اما المشرع الجزائري فقد اطلق عليه تسمية ( التسبيق النقدي) حسب ما نصت عليه المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ: " يودع مبلغ التسبيق النقدي من طرف صاحب حفظ الحق.."

ما وجد التزامان كان احدهما اساساً لالتزام الآخر عدَ الأول اصلياً والآخر تبعياً[1]، وبما إن عقدنا محل البحث وكما اسلفنا سابقاً من العقود التبادلية الملزمة للجانبين فكان لا بد أن يقع على عاتق المحجوز له التزام يقابل التزام المستثمر العقاري، يتمثل بدفع مبلغ نقدي محدد قيمته ابتداءاً عند إبرام العقد ويعد التزام اصلي غير تابع لأي التزام آخر، وسنحاول في هذا الفرع أن نسلط الضوء عليه وعلى النحو الأتي:

**اولاً : تحديد المبلغ النقدي والجهة التي يودع فيها**

إن كلا من المشرع الفرنسي والجزائري المنظمين لأَحكام هذا العقد قد تدخلا لحماية المحجوز له من تعسف المستثمر العقاري بما يخص قيمة المبلغ النقدي فقاما بتحديد هذه القيمة ابتداء، ففي قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل حددت القيمة بالأعتماد على مدة البناء، ففي ضوء المادة (٢٦١-٢٨) التي نصت على: " لا يجوز أن تتجاوز قيمة الضمانة المودعة ٥% من الثمن التقديري للبيع إذ كانت مهلة إتمام البيع لا تتجاوز السنة، وتحدد هذه النسبة ب٢% إذ كانت هذه المهلة لا تتجاوز السنتين، ولا يمكن اشتراط أي ضمانة إذ كانت هذه المهلة تتعدى السنتين"، ولا يمكن اغفال النظر عن الخطأ الذي وقع به المشرع الفرنسي عندما لم يلزم المحجوز له بدفع أي مبلغ في حال تجاوز مدة البناء السنتين لانه سيصبح عقد ملزم لجانب واحد، وعلى العكس من ذلك سار المشرع الجزائري، إذ قام بتحديد نسبة تدفع مهما كانت مدة البناء، فجاءت المادة (٥٢) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ لتنص على " في حالة حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقاً لأَحكام المادة ٢٧ أعلاه لا يتجاوز ٢٠% من السعر التقديري للعقار، كما تم الأتفاق عليه بين الطرفين".

وقد يتبادر سؤال حول ما سبب اختلاف النسبة فيما بين القانونين الفرنسي والجزائري؟

فهناك من اجاب[2]، بإن المستثمر العقاري (المرقي العقاري) في عقد (حفظ الحق) في القانون الجزائري قد استوفى الشروط اللازمة كافة لتنفيذ مشروعه سواء من ناحية حصوله على رخصة البناء أو من ناحية مدى توفر الملائة المالية الكافية لإتمام البناء، ومن ثم فهو

(١) د. احمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم سميسم جواد، مصادر الالتزام ( دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٥، ص٢٤.

(٢) سامية خواثرة، مصدر سابق، ص١١١.

ملـزم بـإن يجـد محـل العقـد المتمثـل بإتمـام البنـاء، بينمـا المشـرع الفرنسـي وبحسـب المـادة (٢٦١-٢٥) مـن قـانون البنـاء والسـكنى الفرنسـي المعـدل التـي عرفـت العقـد مقتصـرة فقـط علـى التـزام المسـتثمر العقـاري بحجـز البنـاء لصـالح المحجـوز لـه، ومـن ثـم فهـو غيـر ملـزم بإتمـام البنـاء، فهـذا الأمـر هـو الـذي يبـرر النسـبة الضـئيلة التـي تصـل كحـد اقصـى إلـى ٥% مـن الـثمن التقـديري للبيـع، إلا أن هـذا الـرأي محـل نظـر فـيمكن أن نـرد عليـه بـالقول: إذا سـلمنا بـإن تعريـف العقـد عنـد المشـرع الفرنسـي اقتصـر فقـط علـى حجـز العقـار باسـم المحجـوز لـه ألا إنـه وفـي سـياق المـادة (٢٦١-٣٣) مـن قـانون البنـاء والسـكنى الفرنسـي المعـدل نـص علـى ضـرورة اثبـات إتمـام البنـاء وان اسـتعان بخبيـر مـن اجـل ذلـك[١]، وكـذلك عنـد اعطـاء المشـرع الفرنسـي الحـق للمحجـوز لـه بفسـخ العقـد متـى مـا كانـت المواصـفات الموجـودة فـي العقـد التمهيـدي (عقـدنا موضـع البحـث) لـم تتحقـق فـي البنـاء عنـد الأنتهـاء منـه[٢]، فهـذا يـدل علـى أن دور المسـتثمر العقـاري لا يقتصـر فقـط علـى الحجـز بـل يتعـداه إلـى بنـاء ذلـك العقـار طبقـاً للمواصـفات المتفـق عليهـا بـين الطـرفين، فـلا نـرى هنـاك أي مبـرر لفـرق النسـبة بـين كـل القانونين.

وقـد اختلـف القـانونين حـول الجهـة المخولـة التـي سـيدفع لهـا هـذا المبلـغ النقـدي وحـول طبيعتـه القانونيـة، فمـن حيـث الجهـة التـي يخـول القـانون لهـا ايـداع هـذا المبلـغ فقـد اشـترط المشـرع الفرنسـي بـإن تـودع لـدى حسـاب خـاص باسـم ( المحجـوز لـه) سـواء كـان هـذا الحسـاب فـي بنـك أو مؤسسـة مختصـة بـذلك أو فـي بعـض الأحيـان لـدى الموثـق المخـتص بتنظـيم هـذا العقـد (كاتـب العـدل)[٣]، وهـذه مـا اكـده القـرار القضـائي الصـادر مـن محكمـة الـنقض الفرنسـية بتـاريخ ٢٢ سـبتمبر ٢٠١٠ ابطلـت بموجبـه كـل عقـد بيـع أولـي لـم يـتم فيـه تسـليم ضـمانة باسـم المحجـوز لـه إلـى حسـاب خـاص، حيـث جـاء فـي القـرار: (نظـراً للمـادتين ٢٦١-١٥، ٢٦١-٢٩ مـن قـانون البنـاء والسـكنى الفرنسـي، حيـث أن البيـع قبـل إتمـام الإنجـاز قـد يسـبق بعقـد بيـع

(١) المادة (٢٦١-٣٣) من قانون البناء والسكنى الفرنسي: ".. يمكن ان يثبت البائع مباشرة الاشغال بجميع الوسائل ولاسيما بإفادة مهندس معمار".

(٢) المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل نصت على: " ...د/ اذا كانت احد عناصر التجهيزات الملحوظة في العقد التمهيدي لا يجب ان تتحقق.".

(٣) المادة(٢٦١-٢٩) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل نصت على: "يتم ايداع الضمانة في حساب خاص مفتوح باسم المشتري في مصرف او مؤسسة مختصة في هذا المجال او لدى كاتب العدل...".

أولي، يلتزم البائع بموجبه بحجز مبنى أو جزء من مبنى إلى المشتري مقابل ايداع ضمانة تودع في حساب خاص، ويتم ايداع الضمانة بموجب حساب خاص يفتح باسم المشتري في مصرف أو مؤسسة مؤهلة خصيصاً لهذا الغرض أو لدى موثق العهود، حيث أن لرفض الطلب المقدم من قبل السيد لإلغاء عقد البيع الأولي ودفع التعويضات عن الأضرار لكون الشركة لم تحترم أَحكام المادة ٢٦١-٢٨ من قانون البناء والسكنى الفرنسي، وحررت الشيك الذي اصدره السيد كايداع ضمانة والذي كان ممن غيراً قانونياً باسم البائع، فان عدم تسليم ايداع الضمانة باسم المشتري يؤدي إلى ابطال عقد البيع الأولي ولأسباب شرعية)[١]، فمتى ما لم يسلم المحجوز له تلك الضمانة سيفسخ عقد الحجز المبرم بين الطرفين.

إما المشرع الجزائري فقد وقع في تناقض مثير للجدل حول الجهة التي خولها باستلام هذا المبلغ النقدي، ففي سياق المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ نص على: "يودع مبلغ التسبيق النقدي من طرف صاحب حفظ الحق باسم هذا الآخير لدى هيئة الضمان المنصوص عليها في المادة ٥٦ من أَحكام هذا القانون" وبالرجوع إلى المادة (٥٦) من هذا القانون نجد أن هذه الهيئة هي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة التي سبق وأن أطلعنا على تعريفها، ولكن سرعان ما تراجع المشرع عن هذا الأمر لينص في المادة (٥٢) من القانون نفسه على أن الجهة التي سيدفع لها هذا المبلغ هو المستثمر العقاري نفسه، حيث نصت على: " يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري.."، وهذا الخطأ قد تداركه المشرع الجزائري عند اصدار المرسوم التنفيذي رقم (١٣-٤٣١) الخاص بتحديد نموذجي عقد حفظ الحق والبيع على التصاميم الذي نص بان: " على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي يقدر بألارقام والحروف والذي لا يتعدى ٢٠% حسب الأمر بالدفع المعد من طرف المرقي العقاري لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة".

وهناك من يرى[٢] أن دور صندوق الضمانة والكفالة المتبادلة يقتصر على حجز مبلغ الضمان الذي تم دفعه من قبل المحجوز له بوصفه تسبيقاً مالياً للسعر التقديري للبيع

(١) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار ١٦٥١٢-٠٩، الصادر بتاريخ ٢٢ / سبتمبر/٢٠١٠ (غير منشور).

(٢) ينظر: دوة اسيا، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- بليدة،/ الجزائر، ٢٠١٢، ص١٢٩

النهائي مقابل حجز العقار من قبل المستثمر العقاري (المرقي العقاري) باسم المحجوز له دون غيره، وذلك بهدف إبرام عقد البيع النهائي ولحماية المحجوز له ايضاً (صاحب حفظ الحق) الذي لا يقوم بإي عملية شراء ما لم يتأكد من قيام المستثمر العقاري بكافة التزاماته، فيعد هذا التسبيق النقدي بمثابة وسيلة ائتمان لصاحب حفظ الحق لربط المستثمر واجباره بالقيام بكافة الالتزامات المترتبة لغاية إبرام العقد النهائي الناقل للملكية، ففي حالة أي اخلال منه يسترجع المحجوز له مبلغ الضمان.

إما في العراق، فأن المصرف هو الذي يتولى استلام هذا المبلغ النقدي او اي جهة اخرى يتم تعيينها بموجب القانون لإجل هذا الغرض.

**ثانياً: طبيعة وتكييف المبلغ النقدي الذي يدفعه المحجوز له**

إن الطبيعة القانونية لهذا المبلغ النقدي كانت محل خلاف ما بين القانون الفرنسي والجزائري، ففي التشريع الفرنسي يعد هذا المبلغ بمثابة وديعة ضمان وذلك استناداً لما جاء في المادة (٢٦١-٢٩) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي نصت على: "يتم ايداع الضمانة..."، بينما يعده التشريع الجزائري بإنه تسبيق نقدي لثمن العقار محل العقد وذلك استناداً إلى المادة (٢٧) من قانون الترقية العقارية النافذ: " يودع مبلغ التسبيق النقدي من طرف صاحب حفظ الحق.."، وقد أنتقدت هذه الطبيعة القانونية للمبلغ النقدي بكونهِ (تسبيق مالي لسعر البيع النهائي) يدفع على مرحلتين الأولى عند إبرام عقد حجز الوحدات العقارية (عقد حفظ الحق)، والثانية عند إبرام العقد النهائي الناقل لملكية العقار، على اساس أن الالتزام بدفع السعر يجد مصدره في عقد البيع النهائي بينما عقدنا محل البحث لا يعد عقد بيع، فضلاً عن كون المستثمر العقاري لا يلتزم بنقل الملكية مقابل دفع هذا المبلغ وانما يلتزم فقط بتخصيص العقار المفترض بناؤه باسم المحجوز له[1]، ويلاحظ على الانتقاد أعلاه، بإن عقدنا محل البحث وان لم يكن عقد بيع ألا إنه عقد تمهيدي لبيع عقار والتزام المحجوز له هنا هو التزام اصلي ويتبعه التزام آخر وهو دفع المبلغ النهائي عند إتمام البناء ونقل الملكية، فلا ضير من تحديد المشرع الجزائري لطبيعة هذا المبلغ بإنه جزء من المبلغ النهائي، بينما يبرر البعض الآخر أنتقادهم على اعتبار أن السعر التقديري للبيع لا يتم خلال سريان عقد (حفظ الحق) بل يتم عند تحضير العقد النهائي الناقل للملكية، لكون

(١) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٧٠.

المحجوز له عندما يتم البناء ويبرم العقد النهائي سيدفع مبلغ العقار بعد خصم مقدار التسبيق الذي تم دفعه ابتداء كضمان لإتمام عقد حجز الوحدات العقارية[١].

وازاء هذه الطبيعة القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري للمبلغ النقدي الذي يلزم المحجوز له بدفعه، فقد كان للفقه والشراح الجزائريين تكييفهم القانوني لهذا المبلغ النقدي، فهناك من يرى بإنه (عربوناً) ويقصد به مبلغ من المال يدفع إلى البائع على أنه جزء من الثمن ويحق بموجب هذا العقد لكل من المتعاقدين العدول عن العقد قبل تنفيذه مع خسارة مبلغ العربون[٢]، بأعتبار أن المحجوز له (صاحب حفظ الحق) يفقد هذا المبلغ النقدي في حالة فسخ العقد، وذلك حسب ما جاء في المادة (٣٢-٢) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ، وهو الحال نفسه بالنسبة للمشتري الذي يفقد العربون متى ما عدل عن إبرام عقد البيع، فالعربون عند القانون الفرنسي والجزائري يعد دلالة على إمكانية العدول عن العقد، كما جاء في المادة (١٥٩٠) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على:" إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون، كان لكل من المتعاقدين حق العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه" ويقابلها بذلك المادة (٧٢) من القانون المدني الجزائري، فيحق لاحد المتعاقدين أن يعدل عن العقد من غير أن يبرر الأسباب التي دعته إلى ذلك لكونه يستعمل حقه الإرادي الذي خوله له القانون، ألا إن هذا التكييف سرعان ما أنتقد، فمن ناحية أولى أن العربون في عقد البيع العادي يدفعه المشتري للبائع نفسه بينما في عقدنا محل البحث (حفظ الحق) أن المحجوز له يقوم بدفع التسبيق النقدي إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ومن ناحية ثانية بمجرد ما يعدل المشتري في عقد البيع العادي عن إبرام العقد فإنه يفقد مبلغ العربون بأكمله من غير نقص أو زيادة[٣]، بينما يترتب على المحجوز له (صاحب حفظ الحق ) في حالة فسخ عقد (حفظ الحق) في التشريع الجزائري بفقد نسبة ١٥%من ذلك التسبيق المدفوع حسب ما جاء في

(١) حياة حامي، مصدر سابق، ص٢١٥.

(٢) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة ( في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني)، ط٨، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٤، ص٤٦

(٣) ينظر: المادة (٢/٧٢) من القانون المدني الجزائري المعدل.

المادة (٣٢-٢) من قانون الترقية العقارية النافذ[١]، ومن ناحية آخيرة يترتب على عدول البائع في عقد البيع العادي برد مبلغ العربون أن كان موجود أو رد مثله في حالة عدم وجوده بينما في عقد ( حفظ الحق) لا يجوز للمستثمر العقاري العدول عن البيع مهما كان السبب وانما يحق له فقط فسخ العقد في حالة اخلال المحجوز له بالتزاماته استناداً إلى المادة (٣٢-٣) من قانون الترقية العقارية النافذ التي تنص على:" يمكن فسخ عقد حفظ الحق... بطلب من المرقي العقاري في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد اعذار شهرين. ..."

في حين هناك من كيفه[٢] على أنه (شرط جزائي)[٣]، ويقصد بالآخير هو أتفاق الدائن والمدين مقدماً على تحديد مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو بموجب أتفاق لاحق قبل حدوث الضرر[٤]، ويجب أن يحدد قيمة هذا التعويض قبل اخلال احد الأطراف بتنفيذ التزامه، أي سابقاً عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه وجاء في مبررهم بهذا التكييف كون المحجوز له يفقد نسبة ١٥% من مبلغ التسبيق المدفوع في حالة فسخ عقدنا محل البحث فما هذه النسبة إلا بمثابة تعويض أتفاقي عن اخلال المحجوز له بالتزامه بالشراء ومن ثم فالمستثمر العقاري يستفاد من هذه النسبة، فعدوها كضمان للآخير لحمل المحجوز له على القيام بالالتزام الواقع على عاتقه إلا وهو إتمام البيع، إلا أن هذا الرأي قد أنتقد ايضاً، على اساس أن مصدر الشرط الجزائي غالباً ما يكون أتفاق بين الأطراف المتعاقدة، في حين مصدر المبلغ النقدي وفقده بإكمله أو فقد نسبة منه دائماً يكون بنص قانوني محدد تحديداً كاملاً، كما هو الحال في التشريع الفرنسي والجزائري، ومن ناحية آخرى أن خسارة المبلغ

---

(١) المادة (٣٢-٢) :"يمكن فسخ عقد حفظ الحق بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع نسبة ١٥% من مبلغ التسبيق المدفوع".

(٢) شعبان عياشي، مصدر سابق، ص٨٣.

(٣) المادة (١٢٣١-٥) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦: "عندما ينص في العقد ان من يتخلف عن تنفيذ التزامه يدفع، على سبيل التعويض، مبلغ معين فلا يجوز ان يمنح الطرف الاخر مبلغاً يزيد او ينقص عن هذا المبلغ"، ويقابلها المادة (١٨٣) من القانون المدني الجزائري، ولم يكن القانون المدني العراقي بمعزل عن الامر، قد نظمه بموجب المادة (١٧٠) من القانون المدني التي نصت على: "يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد او اتفاق لاحق".

(٤) ينظر: د. بلحاج العربي، احكام الالتزام في ضوء الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص١٢٥.

النقدي المقدم من قبل المحجوز له أو فقدان نسبة ١٥% منه يكون عند فسخ عقدنا محل البحث بسبب المحجوز له من غير أي اخلال منه في حين الشرط الجزائي يستحق متى ما كان المشتري قد اخل بالتزامه التعاقدي وترتب على حدوث ذلك ضرر للبائع(١).

ولنا أن نضيف ملاحظة على التكييف أعلاه، بإن هناك حالات اتفقت بموجبها اغلب القوانين المدنية على وجوب تدخل القاضي فيها لتعديل قيمة الشرط الجزائي، فله أن يخفض بقيمته متى ما كان المبلغ النقدي مجحفاً بحق المدين وعلى الآخير أن يثبت بإنه غير قادر على تسديد قيمته فمتى ما ثبت ذلك كان على القاضي أن يخفض القيمة إلى الحد المعقول أو إلى حد يتناسب مع مقدار الضرر المحاط بالدائن(٢)، وايضاً متى ما قام المدين بتنفيذ بعض من التزامه فعلى القاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي تناسباً مع ما نفذه المدين من التزام، ويجوز للقاضي ايضاً أن يتدخل ليرفع قيمة الشرط الجزائي متى ما كان الضرر متجاوزاً لقيمة الشرط الجزائي وهذا ما اخذت به المادة (١٢٣١-٥) من القانون الفرنسي المعدل التي تنص على: " يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذ كان باهضاً أو تافهاً بشكل واضح"، في حين أن المبلغ النقدي الواجب دفعه على المحجوز له في عقدنا موضع البحث هو محدد بنص القانون ولا يمكن للقاضي أن يتدخل بتعديله سواء كان في حالة الزيادة أو النقصان ومهما كانت الظروف، فلم يترك القانون سواء كان الفرنسي أو الجزائري أي سلطة لتعديل هذا المبلغ بالنسبة للقاضي أو الأطراف المتعاقدة.

ومن جانب آخر نرى أن الشرط الجزائي وان كان في الغالب مبلغاً من النقود، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون عملاً أو امتناعاً أو تقصير باستعمال الحق أو تشديد باستعماله، كما لو اشترط حلول جميع اقساط الدين إذ تأخر المدين في دفع قسط منها، أو إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الأرض بعد أنتهاء الأيجار خالية من الزراعة واشترط في العقد أن الزراعة التي تكون قائمة بعد أنتهاء الأيجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الآخلال بهذا الأتفاق، فيتبين من هذه الحالات أن الشرط الجزائي

---

(١) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٢) المادة (١٢٣١-٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل، يقابلها المادة (١٨٥-١٨٤) من القانون المدني الجزائري، المادة (٣/١٧٠) من القانون المدني العراقي.

فيها لم يكن مقدراً بمبلغ معين من النقود، وانما كان التعويض محدداً بغير النقود[1]، بينما الأمر مخالف في عقدنا كون الالتزام المترتب على المحجوز له دفعه دائماً يكون مبلغ من النقود ولا يمكن افتراض غير ذلك، لكون مصدر الالتزام هو القانون فكل أتفاق على خلاف ذلك يعد مخالفاً للنظام العام بخلاف الشرط الجزائي الذي مصدره أتفاق، فهو ليس قاعدة آمرة.

**خلاصة القول:** نؤيد ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من تكييف المبلغ النقدي الواجب على المحجوز له دفعه بوصفه وديعة ضمان، باعتبار أن الجهة التي يخول اليها دفع هذا المبلغ النقدي بموجب القوانين المقارنة ما هي إلا جهة ضمان هذا من جانب، أما من الجانب الآخر، فان الغرض من دفع هذا المبلغ النقدي هو التأكد من جدية المحجوز له بإبرام عقد البيع النهائي وشراء العقار من المستثمر العقاري بعد أن يتم إنجاز البناء، وعليه هذا المبلغ النقدي ما هو إلا ضمان للمستثمر العقاي بوفاء المحجوز له بالتزاماته.

**ثالثاً: مدى جواز التصرف بالمبلغ النقدي الذي يدفعه المحجوز له**

إن ما يخص كيفية التصرف بهذا المبلغ النقدي، وهل يكون قابل للتصرف به بالحجز عليه أو التنازل عنه من قبل المستثمر العقاري، فأجابت المادة (٢٦١-١٥) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل على أن هذه الأموال تكون غير قابلة للحجز عليها أو التصرف فيها أو التنازل عنها إذ نصت على: " تكون الأموال المودوعة للضمانة غير قابلة للتفرغ والحجز والتصرف بها حتى إبرام عقد البيع النهائي"، بينما المشرع الجزائي فلم نرَ بين طيات قانون الترقية العقارية النافذ أي ذكر لهذا الأمر، فلم يبين كون هذه الأموال (التسبيق النقدي المدفوع) قابلة للحجز أو التنازل أو التصرف به، على عكس ممّا ورد في قانون الترقية العقارية الجزائري المُلغى ٨٦ بموجب المادة (٣٥-٢) الذي اشترط فيه أن تكون هذه الأموال غير قابلة للتصرف بها: "ط/ على أن الأموال التي تم ايداعها من قبل صاحب حفظ الحق تكون غير قابلة للتنازل أو التصرف بها".

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، ٢٠٢٠، ص٧٧.

## الفرع الثاني

## الالتزام بشراء العقار

إن العقد الأولي أو التمهيدي عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، غالباً ما يمر بمرحلتين، الأولى تكون سابقة لتسجيل العقد في السجل العقاري، أما المرحلة الثانية فتكون بعد تسجيل العقد النهائي الناقل للمكية في دائرة التسجيل العقاري ويتم في هذه المرحلة استيفاء الشروط القانونية والأجراءات اللازمة كافة لإبرام عقد البيع النهائي، فبهذه المرحلة ينتهي مفعول العقد التمهيدي ويصبح العقد النهائي هو شريعة المتعاقدين وتستقر العلاقة القانونية فيما بين طرفي العقد، فمتى ما اغفل المتعاقدين بعض الشروط الموجودة في العقد الأولي التي لا تمس النظام العام فهذا يعني أن نيتهما أنصرفت إلى تخليهم عنها، وكذلك الحال عند اضافتهم لشروط آخرى لم توجد في العقد الأولي ولكنها وجدت في العقد النهائي فيدل على أنهم تمسكوا بها، أي بالرغم من استقلال العقد الأولي عن العقد النهائي الناقل لملكية العقار ألا إن التزام المحجوز له بالشراء يعد مكمل لالتزامه بالحجز بموجب العقد الأولي.

ولعل أهم سؤال يبحث عنه في هذا الفرع، هل كون المحجوز له ملزم بإبرام العقد النهائي وشراء العقار أو لا؟

إن التشريع الفرنسي كان حاسماً لهذا الأمر وجعل التزام المحجوز له بإبرام العقد النهائي وشراء العقار هو التزام اختياري وليس اجباري، فقد سمح المشرع الفرنسي للمحجوز له بالعدول عن إبرام عقد البيع النهائي الناقل لملكية العقار خلال اجل محدد لا يتعدى مدة ٧ ايام من تاريخ تبليغ المحجوز له بوجود عقد نهائي عند أكتمال البناء، بحسب ما جاءت به المادة (٢٧١-١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: " في كل عقد ذي توقيع خاص موضوعه تشييد أو تملك عقارات معد للسكن أو الاكتتاب بحصص تعطي الحق بالحصول على حق التمتع أو حق ملكية لعقارات معدة للسكن أو للانتفاع بها أو بيع عقارات معدة للبناء أو إبرام عقد ايجار بقصد التملك العقاري، يحق للمشتري غير المحترف أن يعدل في مهلة سبع ايام اعتباراً من اليوم التالي لإستلامه أول عرض بموجب رسالة يبلغ بموجبها العقد، يتم ابلاغ العقد بموجب رسالة مضمونة مع أشعار بالوصول أو اية طريقة آخرى توفر ضمانة معادلة لتحديد تاريخ الاستلام أو التسليم، ويمارس حق العدول بالشكل

ذاتـه.."، فـيلاحظ بـإن المشـرع الفرنسـي قـد اعطـى الحـق للمحجـوز لـه وخـلال مـدة ٧ ايـام بـرفض شـراء العقـار محـل العقـد التمهيـدي حتـى مـن مـن غيـر وجـود أي سـبب لـذلك وتحتسـب المـدة بعـد أن يـتم تبليـغ المحجـوز لـه بوجـود عقـد البيـع وهـذا مـا اكدتـه المـادة (٢٦١- ٣٠) مـن القـانون أعـلاه التـي ذكـر فيهـا: " يجـب أن يبلـغ البـائع بمشـروع عقـد البيـع إلـى المشـتري قبـل شـهر علـى الأقـل مـن توقيـع هـذا العقـد" ، ولـم يكتـفِ المشـرع عنـد هـذا الحـد بـل يفهـم عكـس ممّـا ورد فـي المـادة (٢٦١-٣١) مـن القـانون نفسـه بإعطـاء الحـق للمحجـوز لـه بالعـدول عـن الشـراء مـع خسـارة مبلـغ الضـمان المـودع لـدى الجهـات المختصـة فـي حـال عـدم تـوفر الأسـباب التـي نادت بها المادة أعلاه.

وعلـى السـياق ذاتـه سـار بعـض شـراح القـانون الفرنسـي الـذي عـدّ بـإن مبلـغ الضـمانة المـودع لـيس لإلـزام المحجـوز لـه فيمـا بعـد بشـراء العقـار بـل يعـد وسـيلة ضـغط علـى ارادتـه، ففـي حالـة عـدول المحجـوز لـه مـن مـن غيـر أي مبـرر شـرعي سـيفقد مبلـغ الضـمانة لـيس كشـرط جزائـي لعـدم التزامـه بالشـراء، لان الشـرط الجزائـي يتحقـق عنـد مخالفـة التـزام أتفـاقي وانمـا يفقـد هذا المبلغ بوصفه مبلغ للاستفادة من الحجز وعدم التصرف به لغير المحجوز له[١] .

أمـا علـى سـياق التشـريع الجزائـري، فقـد اثيـر الخـلاف حـول الـنص الـوارد علـى هـذا الالتـزام، فعنـد امعـان النظـر فـي نـص المـادة (٢٧) مـن قـانون الترقيـة العقاريـة النافـذ نجـد أن المشـرع قـد جعـل مـن التـزام المرقـي العقـاري بتسـليم العقـار المفتـرض بنـاؤه أو فـي طـور البنـاء هـو مقـابلاً لالتـزام المحجـوز لـه بـدفع تسـبيق نقـدي لـدى هيئـة الضـمان والكفالـة المتبادلـة التـي تـنص علـى: " عقـد حفـظ الحـق هـو العقـد الـذي يلتـزم بموجبـه المرقـي العقـاري بتسـليم العقـار المقـرر بنـاؤه أو فـي طـور البنـاء لصـاحب حفـظ الحـق فـور أنهائـه، مقابـل تسـبيق يدفعـه الآخيـر"، وقـد أنتقـد الخطـأ الـذي وقـع بـه المشـرع الجزائـري، لكـون الالتـزام بالتسـليم يترتـب كـأثر مـن آثـار عقـد البيـع النهائي وليس على (عقد حفظ الحق) الذي يعتبر عقداً تمهيدياً[٢].

وسـرعان مـا تـدارك المشـرع الجزائـري هـذا الخطـأ ليعيـد تعريـف عقـد حفـظ الحـق بصـورة غيـر مباشـرة فـي المرسـوم التنفيـذي (٤٣١-١٣) الخـاص بنمـوذج عقـد حفـظ الحـق وعقـد البيـع علـى التصـاميم، فجـاء فيـه: "موضـوع العقـد مـا يلـي: يلتـزم المرقـي العقـاري بموجـب عقـد حفـظ الحـق

(1).Mohmmed Kherradji, Op. Cit, p.16.

(٢) سهام مسكر، مصدر سابق، ص٢٤٨. اسلام يوسف، مصدر سابق، ص٧٠.

هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه ادناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق.."، وهناك من حلل النص أعلاه بإن المشرع الجزائري قد جعل من التزام المستثمر العقاري بتخصيص العقار المفترض بناؤه أو في طور البناء هو مقابل لالتزام المحجوز له بدفع التسبيق النقدي لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة[1]، ولم يسلم هذا التحليل من الانتقاد، فانتقد بإنه غير صحيح وغير دقيق على اساس أن التسبيق لا يدفع إلى المستثمر العقاري (المرقي العقاري) بل يودع لدى صندوق الضمانة والكفالة المتبادلة هذا من جهة، ومن جهة آخرى أن الالتزام بدفع التسبيق النقدي ليس هو ما يقابل التزام المستثمر العقاري بتخصيص العقار باسم المحجوز له بل التزام المحجوز له بشراء العقار محل عقد الحجز بعد إتمام البناء وإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية هو الذي يقابله بالإستناد إلى ما ذكر في المرسوم التنفيذي: " بغرض اقتنائه بعد إتمامه"، فيلتزم المستثمر العقاري بتخصيص العقار لإنه يرغب في حصول الشراء من طرف المحجوز له نفسه وكذلك الآخير يلزم المستثمر العقاري بتخصيص العقار باسمه لكي يقوم بشرائه عند إتمام بناؤه، فيروا[2] أن مبلغ الضمان في التشريع الفرنسي أو مبلغ التسبيق النقدي في التشريع الجزائري ما هو إلا وسيلة ضغط لجبر المحجوز له على شراء العقار، فمتى ما اخل المحجوز له بهذا الالتزام يترتب عليه خسران المبلغ النقدي المدفوع ابتداءً بالإضافة إلى تعويضات آخرى على وفق القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي.

في حين هناك من يرى[3]، أن التزام المحجوز له بشراء العقار ما هو إلا التزام اختياري، مستندين إلى ما ورد في نص المادة (٣٢-٢) من قانون الترقية العقارية النافذ: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري: -بطلب من احد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، -بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من أقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (١٥%) من مبلغ التسبيق

(١) نجية بن حمام، مصدر سابق، ص١٢. محمد بن عامر، مصدر سابق، ص٣٤٩. ايمان بوستة، مصدر سابق، ص٣٧١.

(٢) دوة اسيا، المصدر السابق، ص٢٠٧. شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٧٩.

(٣) محمد بن عامر، مصدر سابق، ص٣٥٤.

المدفوع..."، فنجد أن المشرع الجزائري قد سمح للمحجوز له بفسخ العقد طوال فترة إنجاز المشروع بمعنى آخر، أن المشرع قد جعل للمحجوز له خيارين أما إن يقوم بشراء العقار بعد إتمام بنائه أو فسخ عقدنا محل البحث (حفظ الحق) مع اقتطاع نسبة ١٥% من مبلغ التسبيق النقدي المدفوع، فالالتزام هنا يشمل محل واحد إلا وهو شراء العقار ولكن متى ما ادى المدين شيئاً آخر بدلاً منه برئت ذمته، أي أن الالتزام الأساس أو الرئيسي هو شراء العقار بعد إتمامه، ولكن تبرئ ذمة المحجوز له متى ما عدل عن الشراء، فبالتالي يفسخ عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء بشرط اقتطاع نسبة ١٥% من التسبيق النقدي المدفوع نتيجة لأخلاله بالالتزام، فمصدر الأختيار الممنوح للمحجوز له هو القانون، فيستطيع المستثمر العقاري بإعتباره دائناً أن يطالب بالزام المحجوز له بالشراء و يمتنع عليه المطالبة بالالتزام البديل، ألا إن المحجوز له بوصفه مديناً فهو ملزم بالمحل الأصلي ومع هذا يستطيع قانوناً أن يقوم بإبراء ذمته بدفع البديل ومتى ما قام بذلك أنقضى الالتزام.

ويمكننا أن نلاحظ أن اغلب النصوص المنظمة لأَحكام عقدنا محل البحث، جاءت بعبارة السعر التقديري للبيع، فما المقصود به؟ وهل يمكن أن يعدل هذا السعر النهائي للعقار بعد أن تم الأتفاق عليه ابتداءاً أو لا؟

إن المقصود بالسعر التقديري للبيع وبحسب المرسوم التنفيذي لنموذج عقد حفظ الحق (٤٣١-١٣) : "هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديده للمرقي العقاري، مقابل تسليم البناية أو جزء من البناية التي تم إتمامها موضوع عقد حفظ الحق هذا، ووفقاً للتنظيم والتشريع المعمول به"، وهذا السعر التقديري للبيع في ضوء التشريع الفرنسي فإنه يمكن أن يتم تعديله فيما بعد أما بالزيادة أو النقصان متى ما طرأت ظروف أو حوادث لم تكن متوقعة، بالإستناد إلى ما جاء في سياق المادة (٢٦١-٢٦) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تنص على: " يجب أن يبين في العقد التمهيدي: الثمن التقديري للبيع، وعند الأقتضاء طرق اعادة النظر فيه..."، فيلاحظ بإن المشرع الفرنسي نص وبصورة صريحة على إن السعر النهائي قابل للتغيير عند إبرام العقد النهائي الناقل لملكية العقار الذي تم بنائه متى ما استدعت الضرورة ذلك.

أما على نطاق التشريع الجزائري، فالمشرع الجزائري استخدم مصطلح السعر التقديري للبيع في المادة (٥٢) من قانون الترقية العقارية النافذ، ممّا يدل على إن هذا السعر قد

يكون قابل للزيادة أو النقصان في ظل ألارتفاع الفاحش للأسعار من جهة أو للجشع الذي قد يصيب المستثمرين العقاريين من جهة آخرى، ألا إنه نرى في ضوء المادة (٣٨) من القانون أعلاه أن المشرع الجزائري جاء لينص على مراجعة السعر التقديري في نطاق عقد البيع على التصاميم من غير عقدنا موضع البحث (حفظ الحق)، فيرى جانب[١] بإن المشرع قد فتح ثغرة كبيرة يمكن استغلالها من طرف المستثمرين العقاريين، وذلك في حالة إذ تم اعلانهم على اسعار بيع تقديرية تكون منخفضة نسبياً لجلب الزبائن وبعدها يقوم برفع هذا السعر من غير أي مراقبة، بينما يرى الآخر بإن عدم تنظيم المشرع لمسألة مراجعة السعر التقديري لعقد (حفظ الحق) قد يؤدي إلى تعسف المستثمر العقاري بالزيادة بالثمن من غير أي قيد أو شرط، فكان الأجدر على المشرع الجزائري أن يعمم مسألة مراجعة السعر التقديري في عقد البيع على التصاميم على عقدنا محل البحث (حفظ الحق) وذلك لضمان عدم تعسف البائع في تقدير الثمن النهائي[٢].

وعند البحث في هذا المحور قد يورد سؤال، إلا وهو إذا قام المحجوز له بشراء العقار فمتى تنتقل الملكية اليه؟

للإجابة على هذا التساؤل، سنتطرق إلى القواعد العامة الموجودة لدى القانون الفرنسي والجزائري وكذلك العراقي فيما يخص أنتقال الملكية العقارية، وكذلك نبحث بالأحكام الخاصة بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، فبالنسبة إلى التشريع الفرنسي وبحسب ما جاء في المادة (١٥٨٣) من القانون المدني فإن الملكية تنتقل بمجرد الأتفاق على العقد وإبرامه بين المتعاقدين ولو تعلق الأمر بعقار، فنصت المادة أعلاه على: " يكون البيع تاماً بين المتعاقدين والملكية مكتسبة حتماً للمشتري بمواجهة البائع، منذ أن تم الأتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم الشيء واداء ثمنه بعد"، بمعنى أن الملكية تسري بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد التمهيدي ( عقدنا محل البحث) فمتى ما اعلم المستثمر العقاري، المحجوز له بوجود عقد بيع نهائي تنتقل الملكية على اعتبار أن التشريع الفرنسي يأخذ

(١) ايمان بوستة، مصدر سابق، ص٣٨٦.

(٢) اسلام يوسف، مصدر سابق، ص٩٠.

بنظام الشهر الشخصي[1] ويقصد به هو النظام القانوني الذي يقوم على شهر التصرفات بحسب اسماء الأشخاص الصادرة منهم تلك التصرفات، وليس بحسب ارقام العقارات، ويجب أن يكون هذا النظام مستنداً إلى عقد صحيح لا يشوبه أي شائبه ومن عيوبه أنه لا يمنح المشتري الثقة الكاملة في ثبوت ملكية العقار للبائع بسبب عدم دقة التنظيم الفني للسجلات التي قد لا تشتمل على التصرفات الواردة على عقار كافة لكون الشهر يكون بأسماء اشخاص في سجلات عواصم أو محافظات مختلفة، وايضاً تتمثل عيوبه بعدم منح الحجية القانونية للتصرفات المسجلة، لكون هذا النظام ( الشهر الشخصي) لا يطهر عيوب التصرف، ومن العيوب هي صعوبة الكشف عن السجلات فالكشف عن حالة عقار ما يستلزم البحث على اسم المالك الحقيقي لهذا العقار وابيه وجده وعالماً كذلك بأسماء المالكيين السابقين وهذا يثير صعوبة للمشتري.

أما على نطاق التشريع الجزائري، فقد نصت المادة (٣١) من قانون الترقية العقارية النافذ على: " يتم تحويل ملكية العقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ..." فيلاحظ من المادة أعلاه أنه متى ما قام المحجوز له بتسديد السعر النهائي للعقار المتبقي في ذمته بعد خصم مقدار التسبيق الذي تم دفعه ابتداء تنتقل الملكية له، وهذا ما اكده المرسوم التنفيذي (٤٣١-١٣) الخاص بنموذج عقد حفظ الحق تحت عنوان نقل الملكية واعداد عقد البيع النهائي: " يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا، بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، أمام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع".

وقد واجه المشرع الجزائري أنتقادات بهذا الخصوص، فيرى جانب[2] أن الملكية العقارية وعلى وفق ما موجود في القواعد العامة في القانون المدني الجزائري والقوانين الآخرى ذات الصلة فانها تنتقل بمجرد شهر العقد بقوة القانون وليس بتسديد ثمن البيع أو التوقيع على عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وذلك بالإستناد إلى ما ورد في المادة (١٦٥) من القانون المدني الجزائري التي نصت على: " الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه

(١) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي (الاثار القانونية والعملية لعقد البيع الغير المسجل)، ط٢، منشأة المعارف- الاسكندرية، مصر، ١٩٨٧، ص٥٠ وما بعدها.

(٢) سهام مسكر، مصدر سابق، ص٢٥٩.

أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذ كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بألاشهار العقاري"، وكذلك بحسب ما جاء في المادة (٧٩٣) من القانون المدني الجزائري التي نصت على: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الآخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام في حق الغير إلا إذا روعيت الأجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

بينما يذهب الجانب الآخر[١] إلى القول بإن ما جاء به المشرع الجزائري غير دقيق ولا يتماشى مع النظام العام في التشريع الجزائري، لكون الملكية العقارية لا تنتقل في الواقع العملي بالجزائر إلا بمراعاة أَحكام الشهر العقاري، فلا يوجد أي مبرر قانوني يجعل العقد النهائي الناقل لملكية العقار بعد إتمام بنائه غير خاضع لهذه الأحكام، فهو بيع لعقار مبني وموجود يحرر أمام موظف مختص ويسجل لدى مفتشية التسجيل ويشهر بالمحافظة العقارية، فالملكية العقارية لدى التشريع الجزائري تنتقل إلى المشتري بأثر فوري عند مراعاة اجراءات الشهر العقاري، ألا إن السائد حالياً فيما يخص أَحكام عقدنا موضع البحث (عقد حفظ الحق) بمجرد إتمام البناء واستكمال العناصر الجوهرية اللازمة لاستعمال المبنى بعد ثبوت ذلك بورقة رسمية صادرة من موظف مختص، فتنتقل الملكية هنا بأثر رجعي من وقت إبرام العقد التمهيدي[٢].

فيمكننا أن نلاحظ مدى تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي رغم أنه لا يأخذ بنظام الشهر الشخصي، بل يأخذ بنظام الشهر العيني، ويقصد به هو نظام يقوم على شهر التصرفات الواردة بحسب ارقام العقارات لا بحسب اسماء الأشخاص الصادرة منهم تلك التصرفات، و يعتبر هذا النظام هو سنداً لانتقال الملكية والحقوق العينية الآخرى، ويتميز بمنح المشتري الثقة والأستقرار في التعامل مع البائع الذي من المؤكد ثبوت ملكية العقار له، وايضاً منح التصرفات المسجلة الحجة القانونية الكاملة، بالإضافة إلى سهولة الكشف على السجلات فمتى ما اراد المشتري الكشف عن عقار ما فلا يطلب منه معلومات تخص

(١) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٦٠.

(٢) لخضر ميلودي، مصدر سابق، ص٣٨.

مالك العقار أو غيره وانما يكفي الأطلاع على ورقة واحدة من السجل الموجود في التسجيل العقاري والتي تكون مخصصة للعقار المطلوب الكشف عنه[1].

وفي حدود التشريع العراقي، وبالرغم من خلو القوانين من تنظيم أَحكام هذا العقد، ألا إنه وكما اسلفنا ذكره من قبل فمتى ما كان التصرف وارد على عقار فلا بد أن يسجل، فمسألة تسجيل العقد المنصب على عقار هو ركن اساسي لا يمكن تجاهله، فعقد بيع العقار إذ لم تراع في أنعقاده الشروط الشكلية باطل، وهذا ما اكده نص المادة (١١٢٦) من القانون المدني التي نصت على: (العقد الناقل لملكية العقار لا ينتقل ألا إذ روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً)، وبمجرد ما يتم نقل الملكية باسم المحجوز له بموجب العقد النهائي فما يكون على الآخير سوى دفع ثمن العقار المترتب في ذمته من من غير أي نقص، لكون أهم اثر من آثار العقد النهائي هو دفع ثمن العقار من قبل المشتري (المحجوز له سابقاً) لكوننا سنصبح أمام عملية بيع عقار عادي على محل موجود فعلاً، فمتى ما اخل المشتري بهذا الالتزام يفسخ العقد وللبائع ايضاً أن يطالب بالتعويض أن كان له مقتضى.

## المبحث الثاني

## جزاء الآخلال بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء

لما كان الهدف من إبرام العقود هو تنفيذ مضمونها على الوجه الذي ارتضاه الطرفان عند التعاقد، إلا إن تنفيذه على هذا النحو لا يتحقق دائماً تارةً لأسباب ترجع لإرادة عاقديه وتارةً آخرى لأسباب لا دخل لأطراف العقد بها، فهنا تقوم المسؤولية العقدية لإطراف عقد حجز الوحدات العقارية عند اخلال أطراف العقد بالتزامهم العقدي لينشأ عنه ضرر عقدي ويكون هناك بينهما رابطة سببية، فالمسؤولية العقدية هي جزاء اخلال المدين في العقد لتنفيذ التزامه وهي تهدف من خلال الآثار المترتبة عليها إلى تعويض الطرف المضرور عما اصابه من ضرر جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبناءً على ذلك سنتناول في دراستنا للمسؤولية العقدية لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء قيام هذه المسؤولية وآثرها على الرابطة العقدية وذلك على فرعين: الأول لقيام مسؤولية أطراف عقد حجز الوحدات العقارية، والثاني أثر قيام المسؤولية العقدية في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء.

---

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص٥٣ وما بعدها.

## المطلب الأول

## قيام مسؤولية أطراف عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء

تعد المسؤولية العقدية جزاء لعدم قيام المدين في العقد بتنفيذ التزامه ولا تقوم المسؤولية لإطراف عقد حجز الوحدات العقارية إلا بتوافر أركانها، وهي الخطأ من جانب المدين سواء كان مستثمراً عقارياً أو محجوز له، وان ينتج عن هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية تربط بينهما، وسنتناول اركان هذه المسؤولية في ضوء الالتزامات الناشئة عن هذا العقد لكلا من المستثمر العقاري والمحجوز له، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول لقيام مسؤولية المستثمر العقاري، والثاني لقيام مسؤولية المحجوز له، وعلى النحو الأتي:

### الفرع الأول

### قيام مسؤولية المستثمر العقاري

بعد التطرق إلى التزامات المستثمر العقاري وهي تخصيص وإنجاز الوحدة العقارية وإعداد العقد النهائي، فان هذه الالتزامات بالنهاية ما هي إلا سلسلة خطوات ممتدة من الفترة ما بين إبرام عقد الحجز إلى حين إبرام العقد النهائي، حيث يلتزم المرقي بالتزامات متتابعة ومتلازمة، فهي التزامات متتابعة لانها لا تنفذ دفعة واحدة أنما تشمل افعالاً إيجابية وسلبية متتالية وهي متلازمة لشمول موضوعها جملة اشياء مترابطة ببعضها، من ثم لا تبرأ ذمة المستثمر العقاري إلا عند ادائها كلها[1].

وعليه وبالاحتكام إلى اركان المسؤولية العقدية فإن قيام مسؤولية المستثمر في ضوء التزاماته الناشئة عن العقد يتحقق بتحقق أركان المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وعلى النحو الأتي:

(١) د. مصطفى العوجي، القانون المدني– الجزء الاول العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر، ص٣٩.

**اولاً: الخطأ العقدي:**

لا تقوم المسؤولية العقدية للمستثمر العقاري مالم يكن هناك خطأ عقدي، ويراد بالخطأ العقدي هو الآخلال الصادر من المدين لالتزامه الناشئ عن العقد[١]، سواء كان الآخلال عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه أو كان التنفيذ معيباً، فعدم التنفيذ يؤخذ بمعناه الواسع الذي يعني عدم تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه في العقد، من ثم كل أخلال في أي شكل من الأشكال المذكورة يعد خطأ تتحقق به مسؤولية المستثمر العقاري العقدية.

فالمسؤولية العقدية تقوم على فرض وجود عقد صحيح وواجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه وان سبب عدم التنفيذ راجع لفعله وهذا هو الخطأ العقدي[٢]، ويتحقق الخطأ العقدي للمستثمر العقاري في عقدنا محل البحث بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ما لم يتم اثبات السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية[٣] فيثبت خطأ المستثمر العقاري في ضوء الالتزامات المذكورة سابقاً، على النحو الأتي:

١. **اخلال المستثمر العقاري بالالتزام بالتخصيص:** إن الخطأ العقدي لالتزام المستثمر العقاري بتخصيص عقار مقرر بناءه أو في طور البناء للمحجوز له وهو أول التزام يقع على عاتقه بموجب العقد يتحدد بتحديد طبيعة هذا الالتزام[٤]، وهو التزام مزدوج له جانبان احدهما إيجابي متمثل بإجراءات التخصيص أنفة الذكر وهو يتحقق بدءاً عند إبرام العقد وآخر سلبي – مجال تحقق الخطأ العقدي- وهو تخصيص ذات العقار لأكثر من شخص وسبب ذلك هو أن الالتزام السلبي يستلزم الحد من حرية المدين التي كانت كاملة قبل وجود الالتزام، من ثم يعد المستثمر العقاري مرتكباً للخطأ العقدي إذا

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٣٣٢.

(٢) د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للالتزام، ط١، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص٢٣٥.

(٣) د. عدنان سرحان. د. علي احمد المهداوي. د. يوسف محمد قاسم عبيدات، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، ط١، مكتبة الجامعة- الشارقة، ٢٠١٥، ص١٥٨.

(٤) الغالب يحدد في العقد نوع الالتزام فيما اذا كان التزام بتحقيق نتيجة او بذل عناية وفي حال عدم ذكر نوع الالتزام يتولى القانون تحديد طبيعة الالتزامات، فإذا لم يوجد تحديد في العقد او القانون يتولى القاضي هذه المسألة يكون معيار التحديد على أساس إذا كان الالتزام بحسب المألوف تؤدى عناية الرجل العادي في تنفيذه الى تحقيق الغاية منه فإنه يكون التزام بتحقيق نتيجة، اما اذا كان لا يمكن القول ان عناية الرجل المعتاد تؤدي الى تحقيق الغاية يكون التزام ببذل عناية. د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص١٧٠.

ما قام بتخصيص ذات العقار لعدة أشخاص، وعلى وفق القواعد العامة في أحكام المسؤولية يستوي أن يكون اخلاله بهذا الالتزام متعمداً أو بسبب أهماله[1].

٢. **الآخلال بالتزام البناء:** أما الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المستثمر العقاري فهو القيام بالبناء والذي بينا سابقاً أنه يمثل المحور الذي تدور حوله هذه الرابطة العقدية، ومدلول عدم تنفيذه أو الآخلال به على نحو يرتب خطأ عقدي يحدد بحسب طبيعته[2]، وطبيعة هذا الالتزام أنه التزام بتحقيق نتيجة، والذي يلتزم بموجبه المدين بتحقيق النتيجة المرجوة، وليس هناك شكاً من أن هناك عناية تبذل وتتخذ وسائل بهذا الشأن لكن ما يميز هذا الالتزام أن العناية المبذولة لا يتم اخذها بنظر الأعتبار وانما ما يؤخذ هو الهدف المقصود، فالمدين بهذا النوع من الالتزامات يتعهد للدائن أداء محدد لمصلحته[3]، ويعد الالتزام بالبناء التزاماً بتحقيق النتيجة المتمثلة بإتمام البناء على وفق المواصفات المتفق عليها، ويسأل عن الخطأ العقدي إذا لم تتحقق النتيجة مالم يقطع بالسبب الأجنبي وتتحقق المسؤولية سواء كان الخطأ راجعاً لفعله أو لفعل الغير كالمقاول مثلاً، فهو يتحمل ايضاً خطأ الغير الذي ادخله في تنفيذ عقده، ويعد مخطئاً إذا لم ينفذ الالتزام في المدد المتفق عليها أو خلال مدة معقولة في حال عدم الأتفاق على مدة أو كان الالتزام معيباً[4].

٣. **الآخلال بالتزام إعداد العقد النهائي:** أما الالتزام الآخير للمستثمر العقاري فهو اعداد العقد النهائي بعد إتمامه البناء ومجال الخطأ في هذا الالتزام هو عدم قيامه بإعداد العقد النهائي أو عدم اعداده على الوجه المتفق عليه.

وآخيراً، وفيما يتعلق بإثبات الخطأ مما يجدر الأشارة له أن التزام المستثمر العقاري كما بينا سابقاً هو التزام بتحقيق نتيجة، فالتزامه في النهاية ما هو إلا إتمام الوحدة العقارية المتفق على إنجازها وإبرام العقد النهائي بشأنها، فالمحجوز له عليه إقامة الدليل على أن النتيجة لم تتحقق أو لا تتطابق كماً أو كيفاً مع النتيجة الموعود بها من قبل المستثمر

---

(١) د. عبد القادر العرعاوي، مصدر سابق، ص٣٣.

(٢) د. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الالتزام، دون دار نشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٢٠٤.

(٣) د. حسام الدين كامل الآهواني، مصدر سابق، ص٢٧.

(٤) د. علي علي سليمان، مصدر سابق، ص١٥٦.

العقاري، وعليه فإنه يكفي اثبات عدم تحقيق النتيجة المتفق عليها لحظة إبرام العقد ولا حاجة لإثبات الخطأ عن كل مرحلة في المدة ما بين إبرام العقد الأولي واعداد العقد النهائي، من ثم أن مسؤولية المستثمر العقاري تعد منعقدة لوجود قرينة الخطأ على عاتقه وليس على المحجوز له اثباته ولا يتخلص منه إلا بالسبب الأجنبي(١).

**ثانياً: الضرر**

الخطأ العقدي ليس كافياً لوحده لقيام المسؤولية العقدية للمستثمر العقاري، فمجرد عدم تنفيذ المدين التزامه أو إن يتم التنفيذ على نحو معيب قد لا يؤدي إلى تحريك المسؤولية العقدية مالم يكون هناك ضرراً موجب للتعويض، ويمثل الضرر العنصر الثاني في المسؤولية العقدية والذي تدور معه المسؤولية وجوداً وعدماً، فإذا ارتكب المستثمر العقاري خطأ لم يترتب عليه ضرر فلا مسؤولية عليه، على سبيل المثال تأخره في إتمام البناء وإبرام العقد النهائي شرط الضرر لا يتحقق فيه إذا ثبت أن المحجوز له كان مسافراً في الآجل المحدد في عقد الحجز ولم يكن قد عين وكيلاً ينوب عنه، وعلى الرغم من التعاريف المتنوعة لهذا العنصر ألا إنها تنصب جميعها على معنى الخسارة التي يسببها اخلال المستثمر العقاري بتنفيذ التزامه للمحجوز له(٢).

ويتجسد الضرر الناتج عن الخطأ العقدي الصادر من المستثمر العقاري بحرمان المحجوز له من منافع الرابطة العقدية، حيث يعول الآخير على تنفيذ العقد الحصول على منافع منه والتي قد يكون دفع مقابلاً لها(٣)، وهو ما يطلق عليه بالضرر المادي والذي يتألف من عنصرين هما: ما لحق المحجوز له من خسارة وما فاته من كسب جراء عدم

---

(١) هناك من يرى ان الادق قول قرينة المسؤولية وليس قرينة الخطأ، والسبب في ذلك ان افتراض الخطأ يُمكن المدين من اثبات عدم وجوده من جانبه والامر ليس كذلك في الالتزام بتحقيق نتيجة في حين ان قرينة المسؤولية لا يمكن استبعادها الا بالسبب الاجنبي:

Ph. Le Tourneau, Responsabilité civile professionnelle, 2° éd. Dalloz 2005, p.27.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٢٥.

(٢) د. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر الادبي والمادي والموروث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٥١.

(٣) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص٦٠.

التنفيذ[١]، وما يلحقه من خسارة في هذا العقد يتمثل فيما يلحق ذمته المالية من خسارة بسبب قيمة مالية معينة كان من المفترض اضافتها إلى ذمته المالية في حال إتمام العقد النهائي وشراء الوحدة العقارية المحجوزة لصالحه، أما الكسب الفائت (تفويت الفرصة) فهو الكسب الذي فات على الدائن تحقيقه بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره أو تنفيذه بصورة معيبة، فهو تحقيق نتيجة معينة فيما لو نفذ العقد وتفويت الفرصة يعد ضرراً قائماً بحد ذاته[٢]، ويتمثل في عقد حجز الوحدات العقارية بفرصة الحصول على وحدة عقارية من مستثمر آخر والتي تسبب الآخير بتفويتها، وبالرجوع إلى أَحكام عقد حجز الوحدات العقارية فان المحجوز له ينتظر طيلة مدة تنفيذ الوحدة العقارية على أمل حصوله على السكن المتفق على مواصفاته عند إبرام هذا العقد، من ثم فان اخلال المستثمر العقاري بالتزامه يضر بمصلحته في الحصول على سكن، كذلك يفوت عليه فرصة الحصول على مسكن مناسب من خلال مستثمر عقاري آخر، وحتى التأخر في التنفيذ لاسيما أن المحجوز له في هذا العقد يكون مستأجر لسكن لحين حصوله على السكن المتعاقد عليه أو التنفيذ على غير الوجه المتفق عليه.

وينبغي لقيام المسؤولية العقدية للمستثمر العقاري أن يتوفر في الضرر شروط ثلاثة هي: أن يكون محققاً أو مؤكداً ومباشر ومتوقع عن عدم تنفيذ التزاماته للمحجوز له الذي يقع عليه عبء اثبات الأذى الذي لحق به استناداً للقاعدة العامة في أَحكام المسؤولية العقدية والتي تقضي بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع[٣]، مالم يكن هناك غش من جانب المدين أو خطأ جسيم[١]، ليكون التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

---

(١) استناداً لنص المادة ١٩٦ من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية منها والتي جاء فيها:( ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية او منفعة أو اي حق عيني آخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه...)

(٢) د. حمدي عبد الرحمن احمد، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام- العقد والارادة المنفردة، ط٢، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص٥١٥.

(٣) وعادةً ما يبرر قصر التعويض عن الضرر المتوقع فقط في المسؤولية التعاقدية في ان المتعاقدين لم يتعاقدا الا بالنسبة لما يتوقعانه اما الاضرار الغير متوقعة فلا تدخل في دائرة تعاقدهما كون الارادة هي من تحدد مداها وان قد افترض انصراف الارادة للتعويض عن الضرر بالمقدار المتوقع من قبل المدين، وهو الافتراض المعقول وبمثابة الشرط الاتفاقي ويبطل هذا الشرط بالغش والخطأ الجسيم، من ثم لا تعويض عن الضرر غير المتوقع الا اذا كان هناك غش او خطأ جسيم ولتفاصيل اكثر يراجع: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية-

وفيما يتعلق بإثبات الضرر فإنه من حيث المبدأ يقع عبء اثبات الضرر على من يدعيه وهو المحجوز له، فهو من يدعي حدوث الضرر ومن يقع عليه عبء إثباته.

**ثالثاً: العلاقة السببية**

لا يكفي الخطأ والضرر وحدهما لقيام مسؤولية المستثمر العقاري تجاه المحجوز له ما لم يكن هناك علاقة سببية بين خطأ المستثمر العقاري والضرر الذي لحق بالمحجوز له، فينبغي أن يكون هذا الخطأ هو السبب الأساسي لحدوث الضرر، ومن غير توفر هذه العلاقة لا وجود للمسؤولية العقدية[٢].

وهذا قد تتعدد اسباب حدوث الضرر فيصار إلى البحث عن السبب الحقيقي لوقوعه وهل يعتد بجميع الأسباب ام بأحدها وعلى أي اساس وقد ظهرت بهذا الصدد نظريتان هما نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج[٣]، ويراد بها هو أن يكون هناك اكثر من سبب متداخلة في إحداث الضرر فكل منها وفقاً لهذه النظرية يعد سبباً لحدوث الضرر، من ثم يكفي أن ينسب الضرر بأي علاقة كانت لخطأ المستثمر العقاري ليكون مسؤول عن هذا الضرر، أما النظرية الثانية وهي نظرية السبب المنتج والتي يراد بها أن متى ما تعددت الأسباب التي كان لها دخل في إحداث الضرر للمحجوز له لا بد من التمييز بين الأسباب العأرضة والتي تعتبر غير مألوفة ولا تحدث عادةً هذا الضرر وان احدثته فعلى نحو عرضي ولا يكون المستثمر العقاري وفقاً لهذه النظرية مسؤول عنها، أما الأسباب المنتجة فهي أسباب مألوفة من ناحية إحداثها للضرر المتحقق في العادة ويكون المدين مسؤولاً عنها

---

المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مجلد١، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٥.

(١) وتم استحداث فكرة الخطأ الجسيم بحسب ما يرى الاستاذ السنهوري من نظرية تدرج الخطأ المنسوبة للقانون الروماني، ويراد بالخطأ الجسيم كل فعل او امتناع يشكل انحرافاً عن الحد الأدنى المقبول في الالتزام متى ما كان ذلك ناتج عن قلة احتراز او اهمال مقرونين بالإرادة. ولتفاصيل اكثر يراجع: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء الاول، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٦٦٢. عيسى محمد عيسى العماري، اثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل احكام القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠١٤، ص١٣.

(٢) د. عدنان سرحان. د. علي احمد المهداوي. د. يوسف محمد قاسم عبيدات، مصدر سابق، ص١٦١.

(٣) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص٢٥٥.

بحسب هذه النظرية[١] وهي النظرية المعمول بها في الغالب، وفي صدد البحث في عقدنا موضوع الدراسة فان تعدد الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر بالدائن فإنه يعتد بالسبب المنتج أو كما يعبر عنه بالخطأ الذي من شأنه إحداث ضرر بحسب المألوف أو المجرى العادي أو النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء[٢].

ويرى بعضهم[٣]، أن مسألة اثبات العلاقة السببية بين خطأ المستثمر العقاري والضرر اللاحق بالمحجوز له من المسائل الصعبة نتيجة تعدد العقود المتعلقة بعملية البناء والذي ينتج عنه علاقات متشابكة وبمراحل متداخلة فيما بينها الأمر الذي ينتج عنه تعدد الآخطاء[٤]، فمن الصعب اثبات العلاقة السببية لكثرة المتدخلين ومعرفة السبب الحقيقي والمباشر وراء الضرر كحالة التأخر في تسلم المستثمر العقاري للوحدات العقارية من المقاول، كذلك الحال فيما لو اعد المهندس تصميماً معيب أنتج عنه بناء معيب لم يتمكن المستثمر العقاري من كشفه بالرغم من العناية المبذولة بهذا الشأن ممّا يؤدي إلى ظهور العيوب لاحقاً، من ثم تنفيذه على وضعه المعيب وهدمه بعد ذلك وبالنتيجة يكون المستثمر العقاري أمام مسؤولية تأخير في تسليم البناء، وعليه قد يكون السبب وراء الضرر خطأ من يرتبط معهم المستثمر بعلاقات عقدية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما يظهر أهمية العلاقة السببية في مجال عقد حجز الوحدات العقارية، ونحن هنا لسنا بصدد اثبات العلاقة السببية من قبل الدائن لانها مفترضة[٥]، فإثبات الخطأ والضرر يكفي لإثبات السببية بينهما طبقاً للقواعد العامة في عبء الأثبات ومحله لان المدعي بالأثبات ليس عليه أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها ويكفي أن يبرهن على قدر منها يكفي لإفتراض

---

(١) د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص٥٧١.

(٢) استناداً للفقرة الثانية من المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي التي نصت على: (.... بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به) وعليه فأن المشرع العراقي قد أخذ بنظرية السبب المنتج، ويقابل هذه المادة نص المادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري.

(٣) نوي عقيله، النظام القانوني لعقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عكنون- الجزائر، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص٢٦٥ وما بعدها. ريمان حسينية، مصدر سابق، ص١١٦. مسكر سهام، مصدر سابق ٣٧٣.

(٤) مها بن تريعه، مسؤولية المرقي العقاري في أطار عقد الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق _ جامعة الجزائر٢٠١٣- ٢٠١٤، ص٥٩.

(٥) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ٢٤٤.

ثبوت الباقي[١]، ولكننا بصدد نفي المستثمر العقاري العلاقة بين خطأه والضرر والتي تنفى بإثبات السبب الأجنبي والذي يشمل القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير، حيث له اثبات أنتفاء العلاقة السببية بالسبب الأجنبي فقط[٢].

أما فما يتعلق بتعدد العقود المتعلقة بعملية البناء وما ينتج عنه من تداخل العلاقات وبالرجوع إلى القواعد العامة تحديداً المسؤولية عن فعل الغير[٣]، ولما كان البناء المتعهد إتمامه من قبل المستثمر العقاري هو من الاعمال المهمة التي لا يتم تنفيذها إلا بالأستعانة بالغير، وان المستثمر العقاري كان جائزاً له الأستعانة بغيره في تنفيذ التزامه بموجب عقد مقاولة مثلاً أو المكاتب ألاستشارية، فهو مسؤول أمام المحجوز له عن خطأ من استخدمه في التنفيذ، وتقوم مسؤوليته عن فعل الغير الذين عهد اليهم تنفيذ التزامه العقدي[٤]، ولا يمكن له التخلص من هذه المسؤولية بإثبات أنه لم يخطأ في اختيار من عهد اليهم العمل أو في مراقبتهم أو في اعطائهم التوجيهات اللازمة لإتمام العمل، من ثم يعامل خطأ الغير بمثل معاملة خطأ المستثمر العقاري، ويبقى حق الآخير في الرجوع على من عهد اليهم إنجاز العمل على اساس المسؤولية العقدية ايضاً التي تربط بينهما.

---

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني- الالتزامات، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٢) حسين عامر. عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية- التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، ١٩٧٩، ص٣٥٢.

(٣) أشار لها القانون المدني العراقي بطريقة غير مباشرة من خلال نص المادة ٢٥٩-٢ التي تنص على: (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه). ويلاحظ ان المشرع اعطى حق للمدين بإعفاء نفسه من المسؤولية الناشئة عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الاشخاص الذين استخدمهم في تنفيذ التزامه وفي ذلك دلالة على مسؤوليته عن اخطاءهم والا ما اعطي حق اعفاء نفسه من هذه الاخطاء.

(٤) د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير- دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٦٠.

## الفرع الثاني

## قيام مسؤولية المحجوز له

لما كان عقد حجز الوحدات العقارية من العقود الملزمة للجانبين، فإنه يرتب التزامات متبادلة على ذمة عاقديه، وقيام المسؤولية العقدية للمحجوز له يكون بتحقق الأركان المقررة للمسؤولية العقدية في القواعد العامة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وعلى النحو الأتي:

**اولاً: الخطأ**

رأينا فيما سبق إن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من العقد يعد خطأ عقدي يحرك مسؤولية المدين تجاه الدائن، وأن خطأ المحجوز له يحدد في ضوء التزاماته المنبثقة من العقد وهي دفع مبلغ من النقود والالتزام بإبرام العقد النهائي وشراء العقار، فالمعلوم أن الالتزام الأول للمحجوز له هو دفع المبلغ الذي يعد وديعة ضمان وفق الأجراءات المنصوص عليها، ولا يتصور اخلال المحجوز له بالالتزام إلا بفرض عدم قيامه بدفع هذا المبلغ ليعد مخطئاً، وخصوصية هذا الالتزام تظهر عند البحث في ركن الضرر بإعتباره التزام بدفع مبلغ من النقود، أما الالتزام الثاني والمتمثل بإبرام العقد النهائي و شراء العقار والذي مُنح فيه المحجوز له حق العدول كاستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد[1]، ويظهر ذلك جلياً من نصوص المواد في القانون الفرنسي والجزائري بإعتبارها قوانين منظمة لهذا العقد ففي المادة (٢٦١- ٢٦) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل نصت على: " ...- المدة الممتدة من تاريخ توقيع العقد الأبتدائي، والتي يمكن خلالها للمشتري التراجع عن قراره بالأحتفاظ بتنفيذ الاعمال وفقاً لإحكام الفقرة ٢ من المادة ٢٦١- ١٥".

ولم يكن موقف المشرع الجزائري مغايراً لنظيره الفرنسي، فبالإستناد إلى ما جاء في المادة (٣٢) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من احد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، بطلب من

(١) والذي يتلخص بأن الالتزام الذي ينشئ من العقد يعادل بقوته الالتزام الناشئ بقوة القانون، ولا يجوز للمتعاقد التحلل من التزامه الناشئ من العقد. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، ١٩٦٠، ص٢٤٥. د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤١.

صاحب حفظ الحق وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع نسبة ١٥% من مبلغ التسبيق المدفوع.." ومنح هذا الحق صراحةً يكون بهدف حماية المحجوز له ومنحه فترة للتفكير بإعتباره الطرف الضعيف في العقد ليمنح مهلة اضافية للنظر في امر العقد الذي إبرمه على اعتبار أن هذا العقد ما هو إلا خطوة تمهيدية لشراء وحدة عقارية، وإذا ما تم تحديد مهلة زمنية لممارسة حق العدول عن إبرام العقد النهائي كما فعل المشرع الفرنسي الذي حددها بسبعة ايام بحسب ما جاء في المادة (٢٧١-١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: " كل عقد ذي توقيع خاص موضوعه تشييد أو تملك عقار معدّ للسكن أو الاكتتاب بحصص تعطي الحق بالحصول على حق التمتع أو حق الملكية لعقارات معدة للسكن أو للانتفاع بها أو بيع عقارات معدة للبناء أو إبرام عقد ايجار بقصد التملك العقاري، يحق للمشتري غير المحترف أن يعدل في مهلة سبعة ايام اعتباراً من اليوم التالي لاستلامه أول عرض بموجب رسالة يبلغ بموجبها العقد.."، ومن ثم فان عدم الالتزام بضوابط حق العدول واحترام المدة الزمنية لممارسة الحق فإن يصبح التزام المحجوز له باتاً واجب التنفيذ وإلا عد مخطئاً على نحو يحرك مسؤوليته العقدية.

أما في حال عدم تحديد مدة للعدول ( كما فعل المشرع الجزائري) وترك الأختيار للمحجوز له بالشراء أو لا فان عدم الشراء لا يشكل خطأ عقدي يوجب قيام المسؤولية لاننا سنكون أمام التزام بدلي والذي يعرف بإنه التزام له محل واحد إلا أن للمدين التحلل من التزامه بتقديم شيء آخر[١]، من ثم فان المحجوز له بالخيار بين الشراء أو خسارة نسبة من المبلغ النقدي[٢]، وعدم وفاءه بالالتزام بالشراء مقابل خسارة مبلغ الضمان أو نسبة منه لا يعد فيه المحجوز له مخطئا لوجود حق العدول بنص القانون في القوانين المنظمة للعقد، من ثم لا تقوم مسؤوليته العقدية.

---

(١) ويختلف عن الالتزام التخييري والذي يعرف بأنه الالتزام الذي يتضمن محال متعددة تقف على قدم المساواة في الوفاء للمدين، بأن الالتزام البدلي يكون للمدين فقط الحق في الاختيار كما ان عدم امكانية الوفاء في الالتزام الاصلي لسبب اجنبي يعفي المدين من تنفيذ الالتزام البديل بعكس الالتزام التخييري ولتفاصيل أكثر يراجع: د. حمدي عبد الرحمن احمد، مصدر سابق، ص٧٣.

(٢) وقد يكون مصدر الخيار هو الاتفاق كما هو الحال في الاتفاق على جعل العربون جزاء للعدول، فقد نصت لفقرة الثانية من المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي على:( فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد لكل منهما حق العدول. فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً).

**ثانياً: الضرر**

تهدف المسؤولية العقدية إلى جبر الضرر الذي يتسبب به الآخلال العقدي للمدين، لذلك فإن أَحكام هذه المسؤولية تقتضي إلى جانب الخطأ ضرراً يلحق بالدائن، فما هو الضرر الذي يلحق بالمستثمر العقاري نتيجة اخلال المحجوز له بالتزاماتهِ الناشئة عن العقد؟

لما كان الالتزام ألابرز الذي يقع على عاتق المحجوز له هو دفع مبلغ من النقود (الضمان) وهو محله مبلغ نقدي، تظهر لنا خصوصية الضرر الناتج عن اخلال المدين بهذا الالتزام بإن القانون لا يُلزم الدائن به عبء اثبات الضرر الذي لحق به، حيث يفترض القانون على وفق القواعد العامة أن التأخر بتنفيذ هكذا نوع من أنواع الالتزامات حدوث ضرر وألافتراض هنا افتراض لا يقبل اثبات العكس[١]، فمجرد التأخير بالالتزام النقدي ينتج ضرر يستحق الدائن عنه تعويضاً يتمثل بنسب مئوية من المبلغ المطلوب[٢]، وتبرير ذلك أنه لا يتصور قانوناً أن يدعي المدين أن الدائن لم يلحق به ضرر عن عدم التنفيذ أو التأخير فهذا ألافتراض يقوم على سند واقعي متمثل بحرمان الدائن من حق ألاستفادة من حصوله على المبلغ في آجله، وبناءً على ذلك فان عدم وفاء المحجوز له بالتزامه المتمثل بدفع مبلغ من النقود في صندوق الضمان يسبب ضرر مفترض للمستثمر العقاري.

أما بالنسبة للضرر الذي يسببه اخلال المحجوز له بالتزام الشراء فإنه يختلف بحسب وجود حق العدول أو لا، بمعنى إذا كان المحجوز له قد منح مدة للعدول كما هو الحال في التشريع الفرنسي فان اخلال المدين بالالتزام الشراء لا يعد خطأ عقدي إلا بعد مضي مهلة العدول عن الشراء، من ثم متى ما مضت المدة المحددة من غير أن يستعمل المحجوز له حقه في العدول عن الشراء ولم يلتزم بالشراء بعدها فإنه يتسبب بضرر للمستثمر العقاري والمتمثل بحسب القواعد العامة بعناصره وشروطه المذكورة أنفاً، في حين أن عدم وجود مهلة للعدول يجعل الالتزام بدلي كما بينا وعدول المحجوز له عن الشراء ممكن مقابل خسارة نسبة من مبلغ الضمان ولا يكون هناك مجال لحدوث الضرر[٣].

---

(١) يراجع: المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي، د. حمدي عبد الرحمن احمد، مصدر سابق، ص٩٠٥.

(٢) د. سعيد جبر، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩٧.

(٣) فريد بن رمضان، عقد حفظ الحق في الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة زيان عاشور بالجلفة – الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص١٩.

**ثالثاً: العلاقة السببية**

وهو الركن الثالث في قيام المسؤولية العقدية، وتعد العلاقة السببية بين الخطأ الذي يرتكبه المحجوز له والضرر الذي يلحق بالمستثمر العقاري ركناً ضرورياً لقيام مسؤولية المحجوز له وان كانت القوانين لا تشير لهذه العلاقة صراحةً[١]، فلا يكفي أن يخل المحجوز له بتنفيذ الالتزام ويلحق المستثمر ضرراً حتى تقوم مسؤوليته، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر[٢]، وهذا ما يراد بالعلاقة السببية لانه بمن غير توافرها ليس هناك أي مسؤولية عقدية من جانب المحجوز له[٣]، فعدم تنفيذه للالتزام قد يرجع لسبب اجنبي لا دخل للمحجوز له فيه وهنا يستطيع المحجوز له أن ينفي مسؤوليته العقدية بالسبب الأجنبي[٤]، والمتمثل بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[٥] أو خطأ المستثمر العقاري نفسه أو خطأ الغير، فلا تقطع العلاقة السببية لخطأ المحجوز له إلا بالسبب الأجنبي.

---

(١) تفهم ضمناً من نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي وان كان متعلق بالضرر المباشر الا انه من الممكن الاستدلال منه على العلاقة السببية.

(٢) د. عدنان سرحان. د. علي احمد المهداوي. د. يوسف محمد قاسم عبيدات، مصدر سابق، ص١٦١.

(٣) د. علي علي سليمان، مصدر سابق، ص١٩١.

(٤) نص القانون المدني العراقي في المادة(١٦٨) منه على: (... ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

(٥) في السابق كان الفقه يفرق بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة فينظر الى الاول على انه الحدث الذي ليس بالإمكان توقعه، اما الثاني فإنه الحدث الذي ليس من الممكن دفعه اما حالياً فالقوة القاهرة هي مرادف للحادث المفاجئ، فقد هجر الفقه الفصل بينهما وكان هو الاتجاه الغالب الذي عأرض التفرقة لان لا فرق بينهما من حيث المعنى والاثر، وجاء نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي قاطعاً في وحدة اثرهما حيث نصت على: ( اذا ثبت الشخص بأن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) ويقابله نص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٢٧) من القانون المدني الجزائري. د.عبد الرشيد مأمون، العلاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة، بيروت، ١٩٩٨، ص٩٠.

## المطلب الثاني

## آثر قيام المسؤولية العقدية لأطراف حجز الوحدات قيد الإنشاء

متى ما أخل المدين بتنفيذ التزاماته العقدية فان القوانين محل المقارنة وعلى وفق القواعد العامة فيها، تخول الدائن خيارات عدة لمواجهة هذا الآخلال وتترك له حرية الأختيار بينها وان كانت حرية ليست مطلقة، والخيارات هي التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ بمقابل والفسخ، وعند البحث في خيارات الدائن- سواء كان مستثمراً عقارياً أو محجوز له- في مواجهة المدين في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء لا بد أن نراعي خصوصية ذلك العقد بوصفه عقداً تمهيدياً الغرض منه التأكد من إمكانية إبرام العقد النهائي في حال تم تنفيذ كل طرف التزامه بهذا العقد على النحو المتفق عليه، من ثم سنبحث في هذه الخيارات مع مراعاة خصوصية، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول سيختص بالتنفيذ، أما الثاني فسيكون للفسخ، وعلى النحو الأتي:

### الفرع الأول

### التنفيذ

من آثار المسؤولية العقدية أنه متى ما أخل المتعاقد سواء كان مستثمراً عقارياً أو محجوزاً له بتنفيذ التزامه العقدي سواء بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو المعيب أو حتى التأخر، كان للدائن الحق بالمطالبة بالتنفيذ الذي يأخذ صورتين: التنفيذ العيني أي يحصل الدائن على عين ما التزم به المدين (كحصول المحجوز له على الوحدة العقارية المفترض بناؤها، أو كالمبلغ النقدي الذي يوجب على الآخير دفعه) أو التنفيذ بمقابل (التعويض) وسنتناول كل صورة في فقرة مستقلة وعلى النحو الأتي:

**اولاً: التنفيذ العيني**

يراد بالتنفيذ العيني هو جميع الطرق التي تؤدي إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين، ويكون التنفيذ العيني جبرياً عندما يتم اللجوء إلى السلطة العامة من اجل اجبار المدين على تنفيذ التزامه الذي اخل به[1]، وبالرجوع للتشريعات نجد أنها لم تعرف التنفيذ العيني ألا أنها نظمت أَحكامه الموضوعية والأجرائية في نصوص متفرقة، فبالنسبة للقانون

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه الشير، مصدر سابق، ص١٥.

المدني العراقي وتحديداً في المادة (١٧٧-١) إذا لم يوفِ احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد الأعذار بالمطالبة بالتنفيذ أو الفسخ مع التعويض في الحالتين أن كان هناك مقتضى[١].

١- **شروط التنفيذ العيني:** وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني[٢]هناك شروط أربعة يجب توفرها لاقتضاء التنفيذ العيني وهي:

أ. **ان يكون التنفيذ العيني ممكناً:** فإذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لأسباب معينة كالسبب الأجنبي أنقضى الالتزام من غير تعويض، أما إذا كان عدم إمكانية التنفيذ راجع إلى خطأ المدين يصار للتنفيذ بمقابل[٣].

ب. **ان يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين:** ففي حال طلب الدائن التنفيذ العيني وكان ممكناً فليس للمدين به الأمتناع أو تقديم التنفيذ بطريق التعويض[٤]، بل يجبر على التنفيذ العيني، كذلك الحال إذا تقدم المدين بالتنفيذ وكان ذلك ممكناً فليس للدائن رفضه وطلب التعويض، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل رضيّ بذلك أو أباه، وفي حال لم يطلب الدائن التنفيذ العيني مع إمكانيته واكتفى بالتعويض ولم يعرضه المدين حكم بالتعويض.

ت. **ان لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يسبب ضرراً جسيماً للدائن:** وهنا التنفيذ عيني يكون ممكناً إلا أن القيام به يكون مرهقاً

---

(١) تنص المادة (١٧٧-١) على: ( في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى...). وفي المقابل تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢١٧ من التعديل الفرنسي بموجب مرسوم ٢٠١٦ على: ( يمكن للطرف الذي لم يُنفذ التعهد المعقود لصالحه، او تم تنفيذه بشكل منقوص ان: - يتابع التنفيذ الجبري العيني لالتزامه...) وفي المقابل نظم المشرع الجزائري التنفيذ العيني من المادة ١٦٤ الى ١٧٥.

(٢) تنص المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على: ( ١- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكناً. ٢- على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيماً).

(٣) د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز احكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٤. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانونين المصري والعراقي)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٣، ص٢٦٠.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للألتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص٣٠.

علـى المـدين والأرهـاق هنـا ينطـوي علـى معنـى العنـت الشـديد الـذي يفضـي بخسـارة جسـيمة[1]، ويتـرك تقـدير كـل ذلـك للقاضـي كـذلك ينبغـي أن لا يكـون عـدول المـدين عـن تنفيـذ التزامـه يسـبب ضـرراً جسـيماً للـدائن، ويلاحـظ أن التـوازن ضـروري فـي هـذا الشـرط بـين مصـلحة الـدائن والمـدين، فـإذا كـان مـن الممكـن تفـادي ارهـاق المـدين ولـو بضـرر يسـير يصـيب الـدائن جـاز العـدول عـن التنفيـذ العينـي للتنفيـذ بمقابـل، أمـا إذا كـان التنفيـذ العينـي لا يتسـبب بإرهـاق شـديد للمـدين أو أن العـدول يصـيب الـدائن بضـرر جسـيم وجـب الآخذ بالأصل وهو التنفيذ العيني ليأخذ الدائن حقه كاملاً.

ث. **اعـذار المـدين:** أمـا الشـرط الآخيـر الواجـب تـوفره للركـون إلـى التنفيـذ العينـي فهـو الأعـذار وتبـرز أهميتـه فـي التنفيـذ متـى مـا كـان قهريـاً، وغالبـاً مـا يـتم توجيـه الأعـذار مـن قبـل الـدائن فـي حالـة طلـب التعـويض، لكنـه يعتبـر واجبـاً ايضـاً فـي طلـب التنفيـذ العينـي، وفـي حالـة لـم يوجـه الـدائن الأعـذار للمـدين قبـل المطالبـة القضـائية بالتنفيـذ العينـي يكـون للمـدين حتـى بعـد المطالبـة أن يباشـر بالتنفيـذ العينـي ليخسـر الـدائن فـي هـذه الحالـة المصـروفات القضـائية، كـذلك يخسـر حقـه بالمطالبـة بـالتعويض عـن تـأخر المـدين بتنفيـذ التزامـه لعـدم اعذاره[2].

٢- **آليـة التنفيـذ العينـي:** أمـا عـن كيفيـة التنفيـذ العينـي فإنـه يختلـف بـأختلاف موضـوع التنفيـذ العيني وهو عين محل الالتزام:

- **إذا كـان موضـوع التنفيـذ العينـي القيـام بعمـل:** وهـو الالتـزام الـرئيس الـذي يقـع علـى عـاتق المسـتثمر العقـاري المطالـب بإتمـام البنـاء تمهيـداً لإبـرام العقـد النهـائي مـع المحجـوز لـه وفي هذا النوع من أنواع الالتزامات يوجد ثلاث فرضيات:
- ان يكـون تنفيـذ الالتـزام ممكـن مـن غيـر تـدخل المـدين، وفـي هـذه الحالـة ممكـن اللجـوء إلـى التنفيـذ العينـي مـن قبـل شـخص غيـر المـدين علـى نفقـة المـدين بعـد أخـذ رخصـة مـن

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، دون دار نشر، ١٩٨٠، ص١٨. د. بلحاج العربي، مصدر سابق، ص١٤٧.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام_ج٢، مصدر سابق، ص٧٦٧.

القضاء[1]، ويكون اللجوء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن – المحجوز له– التنفيذ العيني على نفقة المدين– المستثمر العقاري– ومتى ما تمت موافقة القاضي على الطلب فإنه يصار إلى التنفيذ العيني على وفق هذا الفرض، ومسألة البت فيما إذا كان التنفيذ العيني من غير تدخل المستثمر العقاري ممكناً أو لا موكول إلى الدائن نفسه[2].

- ان يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن من غير تدخل المدين، ويرجع ذلك أما لان هناك أتفاق بين الأطراف بهذا الخصوص، أو طبيعة الالتزام تقضي أن شخصية المدين محل اعتبار، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يرفض التنفيذ من غير تدخل المدين وفي حال رفض المدين ذلك لا يكون أمام الدائن ألا خياريين: أولهما التهديد المالي والثاني اللجوء التعويض لعذر التنفيذ العيني.
- تسمح طبيعة الالتزام أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ليقوم حكم القاضي في هذه الحالة مقام تنفيذه العيني، وفي ضوء الالتزامات الناشئة عن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء فان إبرام العقد النهائي يعد التزاماً متبادلاً على كلا الطرفين، فبالنسبة للمحجوز له متى ما اتم المستثمر العقاري البناء بحسب المواصفات المتفق عليها ولم يستخدم المحجوز له حق العدول في الوقت المحدد كما مر بنا أنفاً جاز للمستثمر العقاري اللجوء إلى القضاء لإستحصال امر قضائي يكون بمثابة العقد النهائي، كذلك الحال بالنسبة للمستثمر العقاري هو ملزم بإعداد العقد البيع النهائي فإذا رفض هذا الآخير كان للمحجوز له اللجوء إلى القضاء لإستحصال حكم يأخذ مكان العقد النهائي.
- **إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل:** وهو يتجسد في عقدنا محل البحث بالتزام المستثمر العقاري بعدم تخصيص الوحدة العقارية لإكثر من شخص وهو التزام بنقل حق عيني

(١) نصت الفقرة ١ من المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي على: ( في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً) ويقابلها المادة (١٢٢٢) من التعديل الفرنسي بموجب مرسوم ٢٠١٦ والمواد ( ١٧٠–١٧٣) من القانون المدني الجزائري.

(٢) د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ( المسؤولية عن فعل الغير – المسؤولية عن فعل الاشياء – التعويض) ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية– الجزائر، ص٢٠٦ ومابعدها.

فهو التزام بتحقيق غاية، وهناك من يرى أن التنفيذ العيني لهذا النوع من الالتزامات غير ممكن فيصار إلى التعويض العيني، لانه وبمجرد اتيان العمل المطالب بالأمتناع اصبح التنفيذ العيني مستحيلاً[1]، ويعرف التعويض العيني بإنه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ المؤدي إلى الضرر، ويختلف التعويض العيني عن التنفيذ العيني في أن الآخير يعد هو الأصل ويتم أما اختيارياً أو يكون جبرياً، بينما إذا لم يعد التنفيذ العيني ممكناً كما هو الحال في الالتزام السلبي فإنه يتم اللجوء للتعويض سواء كان نقدي أو عيني بإزالة المخالفة[2]، فإذا قام المستثمر العقاري بتخصيص الوحدة العقارية لأكثر من شخص جاز للمحجوز له أن يطالب بإلغاء التخصيص[3]، وإذا امتنع المستثمر العقاري عن ذلك جاز اللجوء للقضاء ويكون لها السلطة التقديرية بهذا الشأن مع المطالبة بتعويض أن كان لذلك مقتضى[4].

د. **إذا كان موضوع التنفيذ العيني دفع مبلغ من النقود:** وهو ما يتجسد في عقدنا محل البحث بالتزام المحجوز له بدفع مبلغ الضمان، وتعتبر النقود من المنقولات المعينة بالنوع أي من المثليات[5]، وهو التزام دائماً يكون قابلاً للتنفيذ العيني ولا تتعرض للهلاك، من ثم لا يجوز تنفيذه بطريقة التعويض، بل يجوز ذلك فقط في حالة التأخر في الوفاء بالالتزام.

٣- **وسائل التنفيذ العيني:** وتختلف وسائل التنفيذ العيني، وفي فرض عقدنا لا تخرج الوسائل المستخدمة عن:

أ. التنفيذ على نفقة المدين على النحو الذي تناولناه عند بحث كيفية التنفيذ.

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٠.

(٢) عز الدين الدناصوري. د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١٥، ص٦٩٩.

(٣) تنص المادة(٢٥٢) من القانون المدني العراقي على: ( اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل).

(٤) اشرف عبد الوهاب. امجد انور العرموسي، التعويض عن استحالة التنفيذ، دار العدالة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٥ وما بعدها.

(٥) عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية- دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٦٢.

**ب.** يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك على وفق ما سبق بيانه

**ت.** التهديد المالي: للقاضي الزام المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة وله أن يفرض غرامات تهديدية عن هذا التأخر إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو يمتنع نهائياً عن التنفيذ، ولفرض هذه التهديدات ثلاثة شروط: الأول امتناع المدين عن تنفيذ التزامه مع امكانية القيام فيه، والثاني تدخل المدين ضرورياً للقيام به، والثالث مطالبة الدائن بالتهديد المالي[١].

**ثانياً: التنفيذ بطريق التعويض**

ويسمى بهذه التسمية بإعتباره طريقاً بديلاً يلجأ اليه عندما لا يقضى بالتنفيذ العيني للالتزام والذي يعد هو الأصل[٢]، أما الأستثناء فهو يكون في حالات لا مناص فيها من اللجوء للتعويض ليقوم مقام التنفيذ العيني[٣]، وكل التزام يمكن أن ينفذ عن طريق التعويض، والمراد بالتعويض هنا هو التعويض النقدي، ويعد ليس التزاما تخييرياً أو بدلي مع التنفيذ العيني، فليس للالتزام إلا محل واحد هو ما تم الأتفاق عليه عند التعاقد ولا يملك كلاً من الدائن والمدين حق اختيار التنفيذ بطريق التعويض ما لم يتفقا أو يقضى به[٤].

يمثل العقد مصلحة مالية لكلا الطرفين، حيث يقدم المتعاقد إلى إبرامه تحقيقاً لتلك المصلحة، من ثم فان اخلال المدين بتنفيذ التزامه يضر بتلك المصلحة على نحو يوجب التعويض بإعتباره وسيلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية غير المنفذة ليغطي عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو المعيب، ولم يرد في اغلب القوانين تعريفاً للتعويض وهو مسلك حميد لعدم تضييق النطاق على المعنيين بتطبيق القانون ليبقى مستوعباً لمستجدات الحياة ومتطلباتها،

---

(١) بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية امام القضاء المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٩٥.

(٢) تنص المادة (168) من القانون المدني العراقي على: ( إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه). ويقابلها المادة (١٧٤) من القانون المدني الجزائري، وفي المقابل نظم المشرع الفرنسي الغرامات التهديدية في كلاً من القانون المدني الفرنسي وقانون التنفيذ فيما يخص سلطة القاضي وحريته في فرض الغرامات التهديدية وهو يعرف نوعين منها غرامات مؤقتة واخرى نهائية بموجب المادة (L.131-2) من قانون التنفيذ لسنة ٢٠١١، على عكس القانون العراقي والجزائري لا يعرفان سوى الغرامات التهديدية المؤقتة.

(٣) د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٦٣.

(٤) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه ( الضمان العشري)، ط١، مكتبة السنهوري – بغداد، ٢٠١١، ص٧٨.

وقد أورد الفقهاء وشراح القانون عدة تعريفات للتعويض وعرف على أنه جزاء المسؤولية حين يعبر بالقول أن جزاء المسؤولية التعويض[١]، وعرف بانه: مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار[٢]، وعرف كذلك بإنه: الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أي ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن[٣].

وعند بحث التعويض كجزاء للمسؤولية العقدية لإطراف عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وفي ضوء طبيعة التزامات هذا العقد سنبحث نوعين من التعويض وعلى النحو الأتي:

١- **التعويض القضائي:** إن التعويض القضائي أما أن يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التنفيذ المتأخر أو المعيب، والتعويض عن عدم التنفيذ لا يجتمع مع التنفيذ العيني، أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارةً يجتمع مع التنفيذ العيني وتارةً آخرى يجتمع مع التعويض ليكون للدائن تعويضان عن عدم التنفيذ وعن التأخر في التنفيذ، والأجماع منعقد[٤] بخصوص ضرورة الأعذار للتعويض عن التأخر بالتنفيذ، فهذا التعويض لا يمكن المطالبة به بمن غير إعذار، أما عن التعويض عن عدم التنفيذ اختلف حوله الرأي، فهناك من يذهب إلى أن الأعذار فيه ضروري لان النص الوارد بذلك الشأن جاء مطلقاً[٥]، وهناك من يرى أن لا داعي للإعذار في التعويض عن عدم التنفيذ لانه مستحق لواقعة لا دخل للإعذار فيها، وهناك رأي يرى أن من الضروري التمييز بين إذا ما كان التنفيذ لا يزال ممكناً أو لا، ففي الفرض الأول الأعذار ضروري لانه قائم على فكرة دعوة

---

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ( دراسة تحليلة تأصيلية لتقدير التعويض)، الكويت، ١٩٩٥، ص١٣.

(٢) د. حسن علي ذنون، مصدر سابق ١٩٥٣، ص١٢٨.

(٣) د. حسن حنتوش رشيد، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٩، ص٣٩.

(٤) د. سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة كلية القانون_ جامعة النهرين/ بغداد، مجلد١١، عدد١، ٢٠٠٩، ص٧١.

(٥) نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي على: ( لا يستحق التعويض الا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك).

المدين للقيام بالتنفيذ، من ثم فهو ضروري في حين أنه بلا جدوى إذا لم يعد ممكناً تنفيذ الالتزام إذ نكون أمام الحالات التي لا حاجة للإعذار فيها[١].

ويقوم القاضي بتقدير التعويض جزاء لإخلال المتعاقد المخل بالالتزام العقدي الناشئ من عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وهو مبلغ نقدي يمنح للمحجوز له مقابل للضرر اللاحق به بسبب إخلال المستثمر العقاري بتنفيذ التزاماته أو تنفيذها بصورة معيبة أو التأخر في تنفيذها[٢]، ويتم تقدير التعويض من قبل القاضي، حيث يشمل التعويض الأضرار المباشرة المتوقعة ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من قبل المستثمر العقاري ليكون مسؤولاً عن التعويض حتى عن الأضرار المتوقعة والغير متوقعة[٣]، ويختلف تقدير القاضي للتعويض بحسب ما إذا كان هناك أتفاق أو نص قانوني على مقدار التعويض أو لا[٤]، ويكون تقدير القاضي للإضرار في الحالات التي لا يكون هناك أتفاق أو- نص بشأنها يتم تحديد العناصر المكونة للضرر بالإستناد إلى الوقائع أولاً، من ثم التقييم النقدي لهذه العناصر ليتم تحديد مبلغ التعويض مع إمكانية الأستعانة بخبراء في هذا الأمر، فيقدر القاضي التعويض على وفق ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة وفقاً للقواعد العامة[٥].

---

(١) نصت المادة (٢٥٨) على: ( لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

أ- اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين وعلى الأخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لا بد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين

ب- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع

ت- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك

ث- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه).

(٢) نوي عقيله، مصدر سابق، ص٢٨٥.

(٣) استناداً للفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على: فإذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما لم يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت. ويقابل هذا النص (١٨٢) من القانون المدني الجزائري.

(٤) استناداً للفقرة الاولى من المادة (١٦٩) التي تنص على: اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره.

(٥) ينظر: د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقيرية – دراسة مقارنة-، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الاردن، ١٩٩٨، ص١٦٠.

ويحق للمستثمر العقاري في حال أداء التعويض للمحجوز له لخطأ صادر ممن تحت أشرافه وهو الوضع الغالب بإعتباره المسؤول الأول عن المشروع، الرجوع على المتدخلين في تنفيذ العقد ومطالبتهم بالإضرار الناجمة عن اخطاءهم، وله في هذا الشأن الرجوع أما بموجب دعوى أساسها المسؤولية العقدية لوجود العقد الذي يربط المستثمر بهؤلاء الأشخاص، كعقد المقاولة مثلاً أو المكاتب ألاستشارية، أو على أساس المسؤولية التقصيرية بإعتباره يوفي إلى الغير ويحل محله في الدعوى التي كان من المفروض أن تقوم عليه[١].

٥. **التعويض القانوني:** الأصل إن يكون التعويض عن المسؤولية العقدية في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء مقدراً من قبل القضاء على وفق القواعد العامة المذكورة أنفاً، ألا إن التعويض احياناً يكون مقدراً قانوناً، وأهم حالة يتدخل فيها المشرع ليحدد مقدار التعويض هي الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود وتحدده النصوص التشريعية بصورة فوائد تسمى الفوائد القانونية[٢]، ولما كان الالتزام الرئيسي للمحجوز له في العقد محل البحث هو دفع مبلغ الضمان وهو التزام نوعه دفع مبلغ من النقود فان عدم الوفاء به يعطي الحق للمستثمر العقاري الحق بالتعويض عن التأخير ويشترط لإستحقاق هذه الفوائد في مواجهة المحجوز له أن يكون الالتزام دفع مبلغ من النقود مقدر عند التعاقد، وهذه الفوائد تكون بصورة فوائد تأخيرية[٣] وفقاً للقواعد العامة يجب أن يكون هناك خطأ من قبل المحجوز له متمثلاً بالتأخر في الدفع عن الموعد المتفق عليه وضرر مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس وهذا الضرر هو نتيجة طبيعية للتأخر في الدفع ممّا يجعل العلاقة السببية مفروضة ايضاً في هذا النوع من أنواع الالتزامات، كذلك لا تستحق

---

(١) نوي عقيله، مصدر سابق، ص٢٨٥.

(٢) تنص المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي على:( اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ....).

(٣) الفرق بين الفوائد التاخيريه والتعويضية، فيقصد بالاولى هي تلك التي يلتزم بها المدين في حال تأخره في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود، اما الفوائد التعويضية فهي التي تكون مقابلاً للانتفاع بمبلغ من النقود، يراجع: د. عزيز كاظم جبر، مصدر سابق، ص١٨٨.

هذه الفوائد ما لم يكن هناك مطالبة قضائية بعد الأعذار، ألا إن هذا الحكم ليس من النظام العام فيمكن الأتفاق على مخالفته[١].

## الفرع الثاني

## الفسخ

يعد الفسخ جزاء لعدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه الناشئ من العقد الملزم للجانبين يؤدي إلى حل الرابطة العقدية وزوالها، ففي العقود الملزمة للجانبين وكما هو معروف فإن عدم قيام احد الأطراف بتنفيذ التزاماته يعطي الحق للطرف الآخر باللجوء إلى الفسخ ليتحلل من التزامه[٢]، فالفسخ هو احد طرق أنحلال الرابطة العقدية وجزاء يترتب على امتناع احد أطراف الرابطة عن تنفيذ التزامه وهو بذلك حق لكل متعاقد في حل الرابطة إذا لم يوفِ المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزام المفروض عليه بموجب العقد[٣].

ولما كان عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من العقود الملزمة للجانبين، فإن عدم تنفيذ أي طرف لالتزاماته يعطي الحق للطرف الآخر طلب الفسخ، فاستناداً للقواعد العامة في القانون المدني يمكن للدائن التمسك بالفسخ في حال اخلال المدين للتخلص من عقد لم يحقق له ما كان يسعى لتحقيقه لحظة إبرام العقد، ولهذا يعبر عن الفسخ دائماً بالقول أن للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني والفسخ[٤]، ولهذا الخيار أهمية كبيرة في عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء نابعة من الهدف من إبرام هذا العقد والمتمثل برغبة الأطراف في اعتبار هذا العقد فرصة للطرفين للتحقق والتبصر، فبالنسبة للمستثمر العقاري

---

(١) تنص المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي على: ( ... وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

(٢) تنص المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى منها على: ( في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى...)

(٣) د. توفيق حسن فرج. د. مصطفى الجمال، مصادر واحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٢٨.

(٤) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية صادرة من كلية الحقوق- جامعة عين شمس، السنة الاولى، عدد١، ١٩٥٩، ص١٣٩ وما بعدها.

فهو فرصة لإستكشاف فرص نجاح مشروعه التجاري وللمحجوز له فرصة في التيقن من الحصول على وحدة عقارية بالمواصفات المتفق عليها لحظة إبرام العقد.

هذا وإذا كان الفسخ بالمعنى السابق الية قانونية لحل الرابطة العقدية، فإنه قد يقع بإتفاق طرفي العقد أو بطلب من المستثمر العقاري أو بطلب من المحجوز له أمام القضاء ليختلف الحكم في كل حالة، وعلى النحو الأتي:

**اولاً: الفسخ الاتفاقي**

يجوز لطرفي العقد الأتفاق على حل الرابطة العقدية، فإمام الصعوبات التي تواجه أطراف العقد في حال اللجوء إلى المحاكم لطلب الفسخ من بطء اجراءات وتحمل مصاريف الدعوى إلى جانب خضوع الفسخ القضائي إلى السلطة التقديرية للقاضي والتي قد لا تتلاءم مع إرادة الأطراف، يلجئ أطراف العقد إلى الأتفاق على الفسخ ويعتبر هذا الأتفاق خروجاً عن الأصل الذي يقضي بإن الفسخ عمل قضائي[1]، ويأخذ هذا الأتفاق أشكالاً عدة، فقد يبرم الأتفاق بعد إبرام العقد أو بشكل شرط يضمن العقد عند إبرامه يسمى الشرط الفاسخ والذي يعرف بانه: الشرط الذي يقضي بأعتبار العقد مفسوخاً عند عدم تنفيذ احد الأطراف التزاماته الناشئة عن العقد[2]، والفسخ بموجب الشرط الفاسخ يقع من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الأتفاق المبرم بإنه ولا حاجة للجوء إلى المحكمة[3]، وفي حال تم اللجوء للمحكمة لا يكون للقاضي ألا إن يقر بالفسخ المتفق عليه ولا يمكن تأجيل الفسخ أو استبعاده، ويلعب هذا الأتفاق دوراً رادعاً في مواجهة المدين كونه يتضمن تعدياً له بوقوع الفسخ بمجرد عدم

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني– الالتزامات، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص٤٥٣.

(٢) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام مصدر سابق، ص٥٢.

(٣) استنادا الى نص المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: ( يجوز الاتفاق على ان العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه...) ويقابل هذا النص المادة (١٢٠) من القانون المدني الجزائري.

تنفيذ الالتزام ولا مجال للتعويل على السلطة التقديرية للقاضي[١]، ويتدرج هذا الفسخ بحسب الأتفاق الذي قد يصل إلى درجة ايقاع الفسخ بصورة تلقائية من غير الحاجة إلى إعذار[٢].

وفي ضوء القوانين المنظمة لعقد حجز الوحدات العقارية فقد نصت المادة (1-32) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ على هذه الحالة التي تشير إلى امكانية أتفاق أطراف العقد على الفسخ في حال عدم تنفيذ أي طرف التزاماته أما بطلب من المستثمر العقاري وموافقة المحجوز له أو بطلب من هذا الآخير وموافقة المستثمر العقاري[٣]، وتقابلها المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل[٤]، ولما كان العقد مكتوباً كتابة رسمية كما اسلفنا ذكره من قبل في ضوء القوانين المنظمة له فإن الأتفاق ينبغي أن يكون مكتوباً، وفي هذا الصدد يمكننا القول أن الأتفاق على الفسخ الأتفاقي أن كان بموجب شرط مدرج في العقد فإنه سيكون من قبيل العدالة الخاصة التي تتم بعيداً عن القضاء ومراقبة مدى موافقته لعدم التنفيذ وما لذلك من أثر على تقدير التعويض أن كان له مقتضى أو حتى تحديد مصير مبلغ الوديعة الأمر الذي ينبغي أن يكون هناك دور للقانون في تفسير هذا الأتفاق بهدف حماية مصلحة الطرف الضعيف، وفي حالة نشوء أي نزاع بخصوص هذا الأتفاق فان القضاء لا يعمل الأتفاق لاسيما إذا كان بموجب شرط ألا إذا كان معبراً

---

(١) ان القانون المدني لم يتناول تنظيماً لهذا الشرط في القانون القديم، الا ان الفقه والقضاء الفرنسي استقرا على صحة الاتفاق بشأنه من منطلق مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، اما بموجب القانون التعديل الصادر بمرسوم ٢٠١٦ فقد اصبح الشرط الفاسخ محل تنظيم بمقتضى نص المادة (١٢٢٥) التي تنص على:( يجب ان يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها الى فسخ العقد...)

(٢) خالف القانون المدني الجزائري بقية القوانين بهذا الشأن فبالاستناد لنص المادة (١٢٠) من القانون المدني الجزائري المنظمة للفسخ الاتفاقي التي تنص على: ( يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين)، ويلاحظ ان المادة لم تعفي من الإعذار كما هو الحال في القانون المدني العراقي والفرنسي، وهو وبحسب الفقه الجزائري حداً من حرية المتعاقدين دون فائدة او منطق ولتفاصيل اكثر. يراجع د. عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ٢٠٠٥، ص٥٦ وما بعدها.

(٣) حيث نصت المادة (٣٢) من القانون (04-11 ) في الفقرة الثانية منه على: ( يمكن فسخ عقد حفظ الحق.... بطلب من احد الطرفين مع قبول الطرف الآخر)

(٤) " تتم اعادة الضمانة المودعة الى المشتري دون حسم او غرامة:....في الحالات المنصوص عليها في هذد المادة، يبلغ المشتري طلب التسديد الى البائع والى المودع لديه بموجب كتاب مضمون مع طلب الاشعار بالستلام..".

عنه بشكل صريح وغير غامض لتيقن من اتجاه الإرادة إلى الفسخ الأتفاقي وعند الشك فيعود الأمر إلى تقدير القضاء والسبب في ذلك أن القضاء ينظر إلى هذا النوع من الفسخ على أنه استثناء على الأصل العام ولذلك يفسر تفسيراً ضيقاً[١]، يراعى فيه الطرف الضعيف وهو المحجوز له في عقدنا محل البحث ليكون هذا التفسير تفسير حمائي.

وإذا كان ليس هناك ما يمنع من أتفاق الأطراف على الفسخ بموجب القواعد العامة في القانون المدني كذلك في القوانين المنظمة لهذا العقد فان التساؤل يُثار بشأن مبلغ الوديعة المدفوع من قبل المحجوز له لاسيما إذا كان الفسخ بطلب من قبل المحجوز له، لا شك أن أتفاق الأطراف للفسخ سيتضمن الأتفاق على تفاصيل هذا النوع من أنواع الفسخ ومن ضمنها مصير مبلغ الوديعة، حيث يخضع لحريتهم التعاقدية التي يكون لها حرية التسوية الأتفاقية لآثار الفسخ بما فيها ذلك المبلغ المدفوع من قبل المحجوز له، كذلك من الممكن أن تشمل التعويض الذي يستحقه الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه ويبقى هذا التعويض خاضعاً لإمكانية التعديل من قبل القضاء، كما أن الأتفاق على الفسخ لا يمنع الدائن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة الفسخ عملاً بالشرط[٢].

**ثانياً: الفسخ القضائي**

ويراد به الفسخ الذي لا يتم ايقاعه إلا عن طريق القضاء بناءً على طلب من احد أطراف العقد، والأصل أن الفسخ ذو طبيعة قضائية[٣]، بمعنى أنه لا يتم أصلاً إلا من خلال القضاء[٤]، ولإيقاع الفسخ من قبل القضاء لا بد من توفر من شروط شكلية وإجرائية

---

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني– الالتزامات، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص٤٥٩.

(٢) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مصدر سابق، ص١٣٢وما بعدها.

(٣) ويؤكد نص المادة (١٧٧) في فقرتها الأولى الطابع القضائي للفسخ، فقد جاء بهذا النص انه: ( في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين...) وواضح من النص كيفية ايقاع الفسخ عن طريق القضاء باعتباره الاصل. وما يجدر الإشارة له ان التعديل الفرنسي الأخير بموجب مرسوم ٢٠١٦ تحديداً في المادة (١٢٢٤) لم تتضمن ما يؤكد ان الفسخ القضائي هو الأصل حيث نصت على: ( يترتب الفسخ اما إعمالاً للشرط الفاسخ او في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة نتيجة اخطار الدائن للمدين او بموجب قرار من القضاء)

(٤) د. أسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، عبد الله وهبة، ١٩٦٦، ص٣٢٧. د. مصطفى الجمال، شرح احكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ص٢٥٥.

هذا بالإضافة إلى أن ايقاع الفسخ القضائي في عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء يدور حوله تساؤل حول مصير مبلغ الوديعة المودع لدى هيئات خصصت لإجل هذا الغرض، وسنتناول هذه المسائل تباعاً وعلى النحو الأتي:

١. **شروط الفسخ:** استناداً إلى نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي ويقابلها المادة (١١٩) من القانون المدني الجزائي فإن ايقاع الفسخ يتطلب توفر شروط موضوعية وإجرائية يمكن بيانها بالأتي:

أ. **الشروط الموضوعية:** للمطالبة بالفسخ لابد من توفر شروط موضوعية ثلاثة، الأول: أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين، وهو شرط عام في جميع أنواع العقود، ومؤدى ذلك استبعاد العقود الملزمة لجانب واحد التي لا يتصور فيها الفسخ لان الملتزم هو طرف واحد وفي حال عدم تنفيذ لالتزامه لا يكون هناك حق للطرف الآخر طلب الفسخ، فليس بذمته التزام مقابل يسعى للتحلل منه[١]، ولما كان عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء من العقود الملزمة للجانبين فلكل طرف الحق في طلب الفسخ إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه.

أما الشرط الثاني: فهو أن يخل المدين في التزامه لكي يستطيع الدائن المطالبة بالفسخ وان يكون عدم التنفيذ راجع لخطأ المدين وليس لسبب أجنبي، ففي حال كان عدم التنفيذ لسبب اجنبي عن المدين كالقوة القاهرة مثلاً فلا مجال لفسخ العقد وان كان هناك مجالاً للإنفساخ بقوة القانون لينقضي التزام المدين والالتزام المقابل[٢]، كما ليس للدائن الحق بطلب الفسخ إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى خطأه[٣]، وللدائن طلب الفسخ وان لم يلحق هذا الآخير ضرر من جراء هذا الآخلال كون الفسخ جزاء لعدم وفاء المدين لالتزامه وليس لجبر الضرر، فإذا اخل كلٌ من المستثمر العقاري والمحجوز له بالتزاماتهم ولم يكن الآخلال بسبب اجنبي جاز للطرف الآخر المطالبة بالفسخ ليتحلل من التزاماته هو الآخر، ولا يشترط

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٢٠٤.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٢٧٣.

(٣) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مصدر سابق، ص٤٥٥.

بعدم التنفيذ لطلب الفسخ أن يكون عدم التنفيذ كلي فالمطالبة بالفسخ ممكنة إذا كان عدم التنفيذ جزئي[١].

أما الشرط الثالث من الشروط الموضوعية لطلب الفسخ أن يكون الدائن قادراً على تنفيذ التزامه، وبخلاف ذلك لا يكون له أن يطلب الفسخ كجزاء هو حري أن يوقع عليه، وهناك من يذهب علاوة على ذلك أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه، استناداً إلى الآثر الرجعي للفسخ والذي مؤداه أن يرد كل متعاقد إلى الآخر ما حصل عليه منه[٢]، وهو رأي محل نظر كون الالتزام برد أو إعادة الحال إلى ما كان عليه هو امر تالٍ لايقاع الفسخ[٣]، كما أن القوانين تعالج مسألة عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه[٤].

ب. **الشروط الأجرائية:** وتم الأشارة إلى هذه الشروط بموجب الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي وهما شرطان: الأول الأعذار فلا يجوز للدائن طلب الفسخ بمجرد عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه أو التأخر، فيجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين والطلب منه تنفيذ الالتزام ليتم وضعه في موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام، فتوجيه الأعذار يؤخذ بنظر الأعتبار من قبل القاضي عند رفع دعوى الفسخ أمامه، فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكن فان اعذاره من قبل الدائن وبقاء المدين مخلاً بالتزامه رغم الأعذار أنما يكون أنعكاساً لخطأه وسوء نيته، ممّا قد يحول من غير قبوله عرضه لاحقاً بتنفيذ الالتزام كذلك سيؤخذ هذا الأعذار بنظر الأعتبار عند منح مهلة للوفاء أو حتى في تقدير التعويض على المدين إضافة إلى الحكم بالفسخ[٥]، أما فيما يتعلق بصيغة الأعذار فلم يشترط القانون وفق القواعد العامة المتعلقة بشروط دعوى الفسخ للإخلال صيغة محدده له ويكفي أن يتضمن الأعذار ما يفيد بتنبيه المدين ودعوته لتنفيذ التزامه المتأخر عنه[٦]، كما

---

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني– الالتزامات، المجلد الثاني، ص٤٩٤. د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص٢٢١.

(٢) د. عبد الكريم بلعور، نظرية الفسخ، مصدر سابق، ص١٧١.

(٣) د. حسام الاهواني، مصدر سابق، ص٤١٠.

(٤) المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: (..... فإذا استحال رده يحكم بالضمان).

(٥) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني– الالتزامات، مصدر سابق، ص٤٠٨ وما بعدها.

(٦) جاء في مبدأ القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ١٢\٢٥ المرقم ١٣٧ في ٢٠٠٩: ( الغاية من توجيه الاعذار كشرط لإقامة دعوى المطالبة بفسخ العقد لإخلال احد طرفيه بالتزامه هو دعوة للطرف المخل بالعقد لتنفيذ التزامه دون اشتراط شكلية معينة للإنذار.

لم تتضمن القواعد العامة عدد المرات التي ينبغي للدائن إعذار المدين المتأخر بها، في حين أن الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) من قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ جاء فيها: ( في حال عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد إعذارين (2)، مدة كل إعذار واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي)، فيلاحظ على النص أنه اشترط على رفع دعوى الفسخ من قبل المحجوز له أن يكون قد أعذر المستثمر العقاري المخل إعذارين وبشكل محضر قضائي، بمعنى أن يكون الأعذار رسمياً ومحدد المدة بين كل إعذار وآخر، فلا يكفي للإعذار أن يطلب الدائن من المدين شفاهٍ أو بموجب خطاب، بل ينبغي أن يتم من قبل محضر يُطلب فيه من المدين تنفيذ التزامه ولا ضرورة لتهديده بالفسخ، فالأعذار تكليف بوفاء وليس تهديداً بجزاء[١].

أما الشرط ألاجرائي الثاني فهو المطالبة القضائية للفسخ، فلا يكفي اعذار المدين لتنفيذ التزامه على النحو السابق بل لا بد من رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بايقاع الفسخ، فمن حق كل طرف في عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء أن يطلب فسخ العقد في حال اخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته ولا يشترط لطلب الفسخ أن يكون هناك ضرراً قد اصاب الدائن بل يكفي عدم التنفيذ، فيمكن للدائن بالالتزام رفع دعوى الفسخ بعد أن كان قد اعذر المدين بضرورة تنفيذ التزامه ولم يستجيب المدين لذلك[٢].

هذا وتستند الدعوى المرفوعة من قبل الدائن إلى الشرط الفاسخ الضمني، فكل طرف في العقد يسعى من خلال تنفيذ التزامه إلى حمل الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل تحقيقاً للغرض الأقتصادي من العقد، وإذا ما تخلف المدين بالتزامه فان ذلك يعطي الحق للطرف الآخر التحلل بالمقابل من التزامه وحل الرابطة العقدية ولو خلا العقد من شرط الشرط الفاسخ الصريح[٣]، وفي مجال عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء فإن عدم تنفيذ أي من طرفي

---

(١) كانت المادة (٤٨٤) من القانون المدني العراقي ( الباب السادس- إثبات الالتزام) تشير الى ضرورة ان يتم إعذار المدين بإنذاره عن طريق كاتب العدل أو بأي طريق رسمي، والغيت المادة بموجب قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩/ الباب الثالث المادة (١/١٤٧) منه.

(٢) د. حسين تونسي، انحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٧، ص٤٣.

(٣) د. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة- دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٨٥.

العقد يعطي الحق للطرف الآخر التحلل بالتزامه من خلال رفع دعوى الفسخ بعد إعذار المدين سواء كان مستثمراً عقارياً أو محجوزاً له بضرورة الوفاء، فالدعوى هي وسيلة من وسائل حماية الحقوق ولا يجوز الأتفاق على الحرمان منها، ذلك أن مثل هذا الأتفاق غير مقبول بحسب المنطق القانوني، لانه يجعل الدائن تحت رحمة المدين ومن ثم غياب الوسيلة التي تدفعه على تنفيذ التزامه(١).

وآخيراً، لا يكفي للدائن بعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء تحقق شروط رفع دعوى الفسخ بحسب القواعد العامة ورفعها أمام القضاء ليعد متحللاً من التزاماته، بل لا بد من صدور حكم قضائي بالفسخ، ذلك أنه قد يحدث أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بعد رفع الدعوى ولا يستجيب القاضي إلى طلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية، أو يقوم بمنح المدين مهلة لتنفيذ لالتزام إذا اقتضت الظروف ذلك، وعليه لا بد من صدور حكم نهائي ليرتب آثاره(٢).

**٢.آثار الفسخ:**

القاعدة العامة التي تترتب على فسخ العقد هو أنحلال الرابطة العقدية ومحو آثارها في الماضي(٣)، ويراد بانحلال العقد زوال الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة(٤)، ولما كان من المعروف أن عقد حجز الوحدات قيد الإنشاء من العقود التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن، لإن عنصر الزمن في هذا العقد جوهري ولا يمكن إعادته إلى الوراء(٥)، فتستثنى هذه العقود من مبدأ الرجعية في الفسخ وتسبيب ذلك أن آثار هكذا عقود تتوزع على الزمن الذي تستغرقه ولا يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه، وفي مجال بحث آثار فسخ عقد حجز

---

(١) د. عبد الكريم بلعور، مصدر سابق، ص١٧٦.

(٢) د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص٧٠ وما بعدها.

(٣) د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٣، ص٤٣٧. د. د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص١٧٤.

(٤) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٣، ص٤٨٠. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٨٥، ص٣٣٢.

(٥) تعرف العقود الزمنية بأنها: هي تلك العقود التي يكون فيها عنصر الزمن مقصوداً لذاته، فهو عنصر جوهري في العقد وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، القاهرة، مصر، ١٩٨٤، ص٦٤١.

الوحدات العقارية قيد الإنشاء يُطرح سؤال على قدر من ألاهمية حول مصير مبلغ الوديعة المدفوع من قبل المحجوز له والذي يختلف بحسب كل حالة، وعلى النحو الأتي:

أ- **الفسخ بأتفاق الأطراف:** كنا قد بينا سابقاً أن فسخ هذا العقد قد يكون بالإتفاق وذلك بطلب من احد الأطراف وموافقة الطرف الآخر، ويمكن تصور عدة أسباب لذلك كعجز المستثمر العقاري عن إكمال المشروع أو تراجع المحجوز له عن الشراء، وفي هذه الحالة فان مصير مبلغ الوديعة سيكون بحسب أتفاق الأطراف[1].

ب- **الفسخ بطلب من المحجوز له:** وفي هذه الحالة من الممكن أن كون أمام فرضين: الأول أن يُعدل المحجوز له عن إبرام العقد النهائي ويطلب الفسخ والثاني أن يخل المستثمر العقاري بالتزاماته ويبادر المحجوز له بطلب الفسخ وفقاً للقواعد العامة، وفي الحالتين فإن المحجوز له يفقد مبلغ الضمان احياناً بالكامل واحياناً جزء منه، فبالنسبة للقانون الفرنسي يفقد المحجوز له المبلغ بالكامل إذا كان الفسخ بناءً على طلبه، ويفهم ذلك من مفهوم المخالفة مع المادة (31-261) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل التي تشير إلى حالات محددة على سبيل الحصر تمكن المحجوز له من استرداد مبلغ الضمان وهي كالأتي:

- إذا لم يبرم عقد البيع بفعل المستثمر في ألاجال المتفق عليها في العقد.
- عندما يتجاوز سعر البيع 5% من السعر المتفق عليه.
- عدم حصول المستثمر العقاري على القروض على العقود المشار لها في العقد لإتمام البناء أو إذا كان مقدارها أقل ب10% من توقعات العقد.
- عدم إمكانية المستثمر على تحقيق احد العناصر التجهيزية المذكورة بالعقد.
- إذا كانت جودة الأشغال أو نوعيتها في العقار أو جزء منه تنقص من قيمته المتفق عليها في العقد بما يزيد عن 10%.

وواضح من النص أن التشريع الفرنسي وبخلاف نضيره الجزائري الذي يشير إلى أي حالة يستطيع المحجوز له استرداد مبلغ الضمان، قد فرق بين حالة فسخ العقد لوجود

(١) شوقي بناسي، مصدر سابق، ص١٧٤.

مبررات أو لا، وحدد حالات يستطيع فيها المحجوز له استرداد مبلغ الضمان بالكامل متى ما تحققت، ويتعين على المحجوز له تقديم طلب ألاسترداد وتبليغ كلاً من المستثمر العقاري والجهة المودع لديها مبلغ الضمان وان يكون طلبه مبرراً فيه حقه بالإسترداد وبحسب الحالات أعلاه، ويجب أن يقع ألاسترداد خلال مدة اقصاها ثلاثة اشهر من تاريخ الطلب(١).

أما القانون الجزائري واستناداً لنص المادة (٢/٣٢) من قانون الترقية العقارية النافذ المنظم لهذا العقد فإن المستثمر العقاري يمكن أن يستفيد من المبلغ النقدي المدفوع بنسبة ١٥% في حال كان طلب الفسخ مقدم من المحجوز له، وظاهر من الحكم أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الفرضين أعلاه ولم يأخذ بنظر الأعتبار مبررات طلب الفسخ من قبل المحجوز له، فليس من العدل أن يخسر المحجوز له نسبة من مبلغ الوديعة إذا كان طلب الفسخ المقدم من قبل المحجوز له بناءً على إخلال المستثمر بالتزاماته الناشئة من العقد، وكان الآولى بالمشرع أن يميز بحسب مبررات طلب الفسخ ليقضي في الفرض الأول خسارة المحجوز له نسبة من مبلغ الضمان ويسترد المبلغ بالكامل في الفرض الثاني.

ت- **الفسخ بطلب من المستثمر العقاري:**

قد يكون طلب الفسخ من المستثمر العقاري في حالة عدم احترام المحجوز له لالتزاماته، أما مصير مبلغ الضمان المدفوع في هذه الحالة فإن كلاً من المشرع الفرنسي والجزائري لم يتطرقا له في حال كان الفسخ بناءً على طلب المستثمر العقاري، ولما كان طلب الفسخ من قبل المستثمر نتيجة إخلال المحجوز له، فان للمستثمر في هذه الحالة ووفقاً للقواعد العامة الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الفسخ للإخلال(٢).

---

(١) المادة (٢٦١-٣١) من قانون البناء والسكنى الفرنسي المعدل: "... يتم سداد المبلغ في مهلة اقصاها ثلاثة اشهر من تاريخ تقديم الطلب مع احتفاظ المودع بتبرير حقه في استعادة الوديعة".

(٢) ينظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٤، ص٦٨. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد، مصدر سابق، ص٢٨٢.

# الخاتمة

# الخاتمة

في نهاية دراستنا لعقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء وبعد محاولة ألاجابة عن التساؤلات التي طرحت حول هذا العقد، استخلصنا مجموعة من النتائج فضلاً عن مقترح مشروع قانون، وفيما يأتي بيان ذلك:

## اولاً: النتائج

١. اتضح لنا أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ما هو ألا خطوة تمهيدية لإبرام عقد بيع عقار فيما بعد، وهو بهذا المعنى يعطي فرصة للتريث قبل إبرام العقد بصورة نهائية، إذ يعطي فرصة للمستثمر العقاري للتأكد من حالة السوق ومعرفة مدى أمكانية نجاح مشروعه التجاري، أما بالنسبة للمحجوز له فإنه يمكنه من اختيار أنسب العروض المقدمة له قبل إتمام عملية البناء فضلاً عن توفير الثمن اللازم لشراء الوحدة العقارية محل العقد.

٢. تبين لنا أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، له خصوصية مستقلة عن باقي العقود الآخرى المنصبة على عقار، لأنهُ لا يرتب أي اثر ناقل للملكية بل يقتصر اثره على ترتيب التزام شخصي يتمثل بحجز الوحدة العقارية المفترض بناؤها من قبل المستثمر العقاري لمصلحة المحجوز له مع التزام الآخير بدفع مبلغ نقدي لجهات متخصصة بذلك، إذ يتسم عقدنا موضع البحث بكونه عقداً تمهيدياً ورسمياً وغير ناقل للملكية وملزم للجانبين.

٣. تبين لنا أن التكييف القانوني لعقدنا محل البحث كان موضع جدل على مستوى الفقه والقضاء في الدول محل الدراسة المقارنة، فعلى مستوى الفقه كيّف على أنهُ ( وعد بالتفضيل– وعد بالبيع معلق على شرط واقف– ذو تكييف مزدوج– بيع بالعربون–عقد مستقل ذو طبيعة خاصة)، أما على مستوى القضاء، فاستقر القضاء الفرنسي على أن عقدنا محل البحث هو عقد مستقل ذو طبيعة خاصة، أما القضاء الجزائري، وبحدود اطلاعنا فلم يتطرق لبيان تكييفه القانوني بل اقتصر على بيان سماته فقط.

وبعد استقراء وتقييم الآراء الفقهية والقضائية كافة بخصوص هذا الخلاف، رجحت الدراسة التكييف القانوني لعقدنا محل البحث بإنه عقد تمهيدي ذو طبيعة خاصة لا يمكن

أن تنطبق عليه أَحكام القواعد العامة للعقود التمهيدية الواردة في متن القوانين المدنية لإنها ستكون مضيعة لحقوق أطراف العقد.

٤. تبين لنا أن أطراف عقدنا محل البحث هما المستثمر العقاري وهو الطرف التاجر المهني في العقد الذي لابد من توافر شروط خاصة فيه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وقد اهتم التشريع الجزائري اهتماماً مفصلاً بالشروط المتعلقة بممارسة مهنته، بينما لم يكن المشرع الفرنسي على نفس المستوى المطلوب إذ لم يتطرق إلى بيان ماهي الشروط الواجب توفرها في المستثمر، أما على مستوى القانون العراقي فهناك قصور تشريعي بما يخص الأحكام المنظمة لمهنة المستثمر العقاري عموماً، إذ خلى من بيان تلك الشروط على نحو يمنع الشك والتاويل، أما الطرف الثاني في العقد فهو المحجوز له والذي لا تشترط القوانين محل الدراسة المقارنة ضرورة توفر شروط معينة لإبرامه هذا العقد غير الشروط الواجب توفرها في الطرف المتعاقد بموجب القواعد العامة المتعلقة بالأهلية والإرادة.

٥. تبين لنا أن عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ذو محل مزدوج، إذ يتمثل بالعقار المفترض بناؤه من جانب المستثمر العقاري، ومبلغ من النقود من جانب المحجوز له، وبالنسبة لكلا الطرفين فان هذا المحل يكون مستقبلي وقت إبرام العقد بأعتبار أن العقار ما زال قيد الإنشاء وكذلك بالنسبة للمبلغ النقدي فإنه يدفع إلى جهات مختصة بهذا الشأن كوديعة ضمان لا يحق للمستثمر العقاري استلامها أو التصرف فيها.

٦. تبين لنا أن المستثمر العقاري بوصفه مهنياً يستلزم مباشرته تنفيذ هذا العقد –عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء– الحصول على إجازة تمنح له بعد أن يستوفي كافة الشروط التي تفرضها الجهة المانحة للإجازة، ويترتب على منحها أن يلتزم المستثمر بكافة الالتزامات المفروضة على المهني وابرزها واجب الأعلام.

٧. تبين لنا أن عقد حجز الوحدات العقارية هو عقد ملزم للجانبين فيرتب التزامات متبادلة في ذمة عاقديه، إذ يلتزم المستثمر العقاري بإن يحجز للمحجوز له وحدة عقارية ومن ثم بنائها حسب المواصفات المتفق عليها في العقد، فمتى ما كانت مطابقة مع الواقع فيتوجب على المستثمر العقاري إبرام العقد النهائي الناقل لملكية العقار محل العقد، بينما يلتزم المحجوز له بالمقابل بدفع مبلغ من النقود يحفظ كوديعة ضمان لدى جهات

متخصصة بهذا الشأن، أما الالتزام بشراء تلك الوحدة العقارية المحجوزة فكان محل نظر، وذلك لان النصوص التي نظمت التزامات المحجوز له كانت تتحمل التاويل ورجحت الدراسة أن الشراء هو التزام وليس خيار للمشتري إذا ما نفذ المستثمر العقاري التزاماته ما لم يكن هناك نص أو أتفاق على مهلة زمنية للتراجع عن الشراء.

٨. اتضح لنا أن اخلال أي طرف بالتزاماته الناشئة من العقد يؤدي الي قيام مسؤوليته العقدية حسب القواعد العامة الواردة في القانون المدني، ولم تخص القوانين المنظمة لهذا العقد الآخلال بأي جزاءات ينفرد بها بل احالت ذلك إلى القواعد العامة وهذا من شأنه أن يضعف الضمانات التي ينبغي أن تتوفر للطرف الضعيف بأقل تقدير – المحجوز له–.

٩. تبين لنا أن النصوص التي اشارت إلى خيار الفسخ الممنوح للمحجوز له كان مجحفاً ومنافياً للعدالة كونه لم يفرق في مسألة استرجاع مبلغ الضمان أن كان طلب الفسخ من قبل المحجوز له راجع لإخلال المستثمر العقاري بعملية إتمام البناء سواء بإرادته أو باسباب خارجة عن إرادته قد تتعلق بالمحجوز له نفسه.

## ثانياً: المقترحات

نظراً للقصور التشريعي في القواعد العامة لتتولى إبرام هكذا عقد لما فيه من ضياع لحقوق أطرافه، لذا نضع بين ايدي المشرع مشروعاً مقترحاً لتنظيم عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء، وليكون بالشكل الأتي:

### (( قانون عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء ))

المادة (١): يقصد بالمصطلحات التالية أينما وجدت في هذا القانون المعاني المبينة ازاؤها:

اولاً: الوحدة العقارية: هي كل عقار لا يمكن نقله وتحويله من غير تلف، وتمتاز هذه الوحدة بكونها مستقبلية مازالت قيد الإنشاء أياً كان الغرض من بنائها.

ثانياً: المستثمر العقاري: هو كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر لدية المقدرة المالية الكافية والخبرة الفنية للقيام بإنجاز الوحدات العقارية أياً كان الغرض منها، وفقاً لما عليه من

مواصفات تم الأتفاق عليها مسبقاً مع المحجوز له، وذلك بعد حصوله على إجازة ممارسة المهنة من الجهات الرسمية المختصة بذلك.

ثالثاً: المحجوز له: هو كل شخص عراقي بالغ خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة، مؤهل لإكتساب ملكية العقار المحجوز فيما بعد.

رابعاً: المبلغ النقدي: هي الوديعة التي يلتزم المحجوز له بدفعها إلى مصرف او جهات متخصصة عُينت خصيصاً لأجل هذا الغرض.

خامساً: شهادة المطابقة: هي وثيقة يتم اصدارها من قبل المستثمر العقاري مع المحجوز له، للتأكد من مدى مطابقة البناء في الواقع للاوصاف كافة التي تم ذكرها العقد التمهيدي.

سادساً: العقد النهائي: هو العقد الذي بمجرد إبرامه يتم نقل الملكية من قبل المستثمر العقاري إلى المحجوز له ويستوفي فيه الشروط الشكلية كافة التي أوجبها القانون.

المادة (٢): "عقد حجز الوحدات العقارية قيد الإنشاء: عقد تمهيدي، ينصب على عقاراً ما زال قيد الإنشاء، يرتب حقوقاً شخصية لإطرافه".

المادة (٣) " يلتزم المستثمر العقاري بحجز الوحدة العقارية وإتمام بنائها وفق المواصفات التي تم الأتفاق عليها، وخلال مدة يتم تحديدها ابتداءاً تمهيداً لإبرام العقد النهائي".

المادة (٤): " يلتزم المحجوز له بدفع مبلغ نقدي كوديعة لا تقل نسبته عن ٢٥% من قيمة العقار المحجوز، ليدفع ثمنه بالكامل عند شراء العقار".

المادة (٥): " يحرر العقد التمهيدي كتابةً، ويُصدق من قبل موظف مختص لإعطاء العقد تاريخ معين".

المادة (٦): "يلتزم المستثمر العقاري سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بمجموعة من الشروط لإمتهان هذه المهنة، وتتمثل بالأتي:

أ. سند ملكية الأرض مسجل باسمه لإقامة المشروع العقاري عليها.

ب. رخصة بناء تصدر من الجهات المختصة لإنشاء الوحدات العقارية.

ج. وثيقة تتضمن المواصفات المطلوب توافرها في العقار كافة من حيث المساحة وعدد الغرف الرئيسية، ويتم فيها تحديد نوعية البناء من حيث جودة المواد المستخدمة والتجهيزات الآخرى.

د. أن يكون تاجراً متمتع بالأهلية القانونية.

هـ. أن لايكون محظوراً من مزاولة العمل التجاري.

و. أن تتوفر لديه المقدرة المالية الكافية لينجز المشروع العقاري".

المادة (٧): " يجب أن يبين في العقد التمهيدي:

أ. المبلغ النقدي الذي يدفع من قبل المحجوز له ولا تقل نسبته عن ٢٥% من قيمة العقار مهما طالت مدة البناء.

ب. المدة التي يتم فيها إنجاز البناء.

ج. المدة اللازمة لإبرام العقد النهائي الناقل لملكية العقار".

المادة (٨): " يتم ايداع المبلغ النقدي في حساب خاص أو هيئة تشكل خصيصاً لهذا الغرض، وبكل الاحوال لا يجوز للمستثمر العقاري التصرف بتلك الأموال أو التنازل عنها".

المادة (٩): "يجب على المستثمر العقاري أن يبلغ المحجوز له بمشروع عقد البيع النهائي قبل ٤٥ يوم من تاريخ توقيع هذا العقد".

المادة (١٠): "يجوز لكلا الطرفين طلب الفسخ طيلة فترة إنجاز البناء متى ما أخل احد الطرفين بالتزاماته، فإذا كان طلب الفسخ بسبب اخلال المستثمر العقاري بتنفيذ التزاماته كان للمحجوز له استرجاع مبلغ الوديعة بالكامل، أما إذا كان بسبب المحجوز له فيخسر الآخير نصف مبلغ الوديعة

المادة (١١): " يُلزم المحجوز له بشراء العقار المحجوز بعد مطابقته للإوصاف كافة التي تم ذكرها في العقد التمهيدي".

**الأسباب الموجبة:**

بغية تسهيل الحصول على وحدات عقارية أياً كان الغرض منها ولتمتد إلى اكبر شريحة في المجتمع، برزت الحاجة الملحة إلى تنظيم قانون عقد حجز الوحدات العقارية تحت الإنشاء نظراً لما له من أهمية لا يمكن أنكارها فضلاً عن كثرة وجوده في الواقع العملي.

# (الـمصـــادر)

- **القران الكريم**
- **المصادر باللغة العربية**

## اولاً: الكتب القانونية


١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ( دراسة تحليلة تأصيلية لتقدير التعويض)، الكويت، ١٩٩٥.

٢- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الأئتمانية الآخرى، ط١، مطبعة الجامعة- جامعة الكويت، ١٩٨٤.

٣- د. احمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم سميسم جواد، مصادر الالتزام ( دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه ألاسلامي)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٥.

٤- د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، من غير دار ومكان نشر، ٢٠٠٣.

٥- د. احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ( المصادر ألارادية وغير ألارادية للالتزام- العقد - الإرادة المنفردة- المسؤولية المدنية- ألاثراء بلا سبب)، من غير دار ومكان نشر، ٢٠٠٨.

٦- د. احمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية- المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مجلد١، ط١، منشأة المعارف، ألاسكندرية، ٢٠٠٧.

٧- د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة ألاسلامية، الدار الجامعية، ألاسكندرية، ١٩٨٥.

٨- د. أسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، عبد الله وهبة، ١٩٦٦.

٩- اشرف عبد الوهاب. امجد أنور العرموسي، التعويض عن استحالة التنفيذ، دار العدالة، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٠- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ألاسكندرية، ٢٠٠٥.

١١- د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٠.

١٢- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه ألاسلامي، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ألاردن، ٢٠١١.

١٣- اياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول و المهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه ( الضمان العشري)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

١٤- د. ايمان طارق ألشكري، اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة زين الحقوقية و ألادبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.

١٥- بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني، دار الجامعة الجديدة، ألاسكندرية، ٢٠٠٨.

١٦- د. بلحاج العربي، أَحكام الالتزام في ضوء الشريعة ألاسلامية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.

١٧- د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول ( المصادر ألارادية)، دار هومة، ٢٠١٤.

١٨- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٨٥.

١٩- د. توفيق حسن فرج. د. مصطفى الجمال، مصادر وأَحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢٠- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الأيجار- المقاولة)، مكتبة السنهوري، بغداد، شارع المتنبي، ٢٠١٧.

٢١- د. جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد (دراسة في القانون المدني العراقي)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٢٢- د. جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة و دورها في القانون الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ألاردن، ٢٠١٢.

٢٣- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، ط ١، مؤسسة المجد الجامعية للدراسات للنشر و التوزيع، ٢٠٠٣.

٢٤- د. حسام الدين كامل ألاهواني، النظرية العامة للالتزام ( المصادر ألارادية للالتزام)، ط٣، المجلد الأول، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٥- د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٢٦- د. حسن حنتوش رشيد، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ألاردن،١٩٩٩.

٢٧- د. حسن علي الذنون، أَحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٣٦٧ .

٢٨- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه ألاسلامي والقانون المدني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٤

٢٩- د. حسين تونسي، أنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٧.

٣٠- حسين عامر. عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية- التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، ١٩٧٩.

٣١- د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات ( الكتاب الأول في نظرية العقد)، مكتبة وزارة العدل، القاهرة، ١٩٤٣.

٣٢- د. حمدي عبد الرحمن احمد، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر ألارادية للالتزام- العقد والإرادة المنفردة، ط٢، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

٣٣- حمدي عمر باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٢.

٣٤- د. حوحو يمينة ، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٦.

٣٥- رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد ( دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٣٦- د. رمضان محمد ابو السعود، النظرية العامة للالتزام، ط١، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.

٣٧- د. رمضان محمد ابو السعود، أَحكام القانون المدني (العقود المسماة بيع- مقايضة- ايجار- تأمين)، ط١، منشورات الحلبي الثقافية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.

٣٨- د. سعيد جبر، أَحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٣٩- د. سعيد مبارك- طه الملا حويش- صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (بيع- ايجار- مقاولة)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢ .

٤٠- د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، ط١، منشأة المعارف، ألاسكندرية، من غير تاريخ نشر.

٤١- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ( العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- ألاثراء بلا سبب- القانون مصدران جديدان الحكم- القرار الأداري)، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ألاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.

٤٢- د. سمير عبد السميع ألاون، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، ط١، مطبعة ألاشعاع الفنية، ألاسكندرية، ٢٠٠١.

٤٣- شوقي بناسي، عقد الترقية العقارية (عقد حفظ الحق – البيع على التصاميم)، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٩.

٤٤- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج١ (انعقاد العقد)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.

٤٥- د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ألاردن، ٢٠١٠.

٤٦- عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية- دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ألاسكندرية، ٢٠٠٤.

٤٧- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والأيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة ألاهالي للنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٨١.

٤٨- د. عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز ( شرح و تحليل نصوص القانون رقم ٤٤-٠٠)، ط١، ٢٠١١.

٤٩- د. عبد الحكم فودة، أنهاء القوة الملزمة- دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، ألاسكندرية، ٢٠٠٠.

٥٠- د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط٣، منشأة المعارف، ألاسكندرية.

٥١- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الأول، الكويت، ١٩٨٢.

٥٢- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، ١٩٦٠.

٥٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي، بيروت.

٥٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج١، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٥٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء الأول، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٥٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة – ألانقضاء)، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٥٧- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء(شروطها، نطاق تطبيقها و الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط١، دار الفكر العربي، مصر،١٩٨٧.

٥٨- د. عبد الرشيد مأمون، العلاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة، بيروت، ١٩٩٨.

٥٩- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه ألاسلامي، القاهرة، مصر، ١٩٨٤.

٦٠- د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، ج١، ١٩٨٣.

٦١- د. عبد القادر الفار، أَحكام الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

٦٢- د. عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ٢٠٠٥.

٦٣- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام-ج١، بغداد، بدون دار نشر، ١٩٨٠.

٦٤- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، من غير دار نشر، ١٩٨٠.

٦٥- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) مع المقارنة بالفقه ألاسلامي، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد، ١٩٦٣.

٦٦- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٣.

٦٧- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.

٦٨- د. عدنان ابراهيم السرحان- د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني ألاردني( مصادر الحقوق الشخصية-الالتزامات) دراسة مقارنة، الفجر للطباعة، ١٩٩٧.

٦٩- د. عدنان سرحان. د. علي احمد المهداوي. د. يوسف محمد قاسم عبيدات، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية ألاتحادي، ط١، مكتبة الجامعة- الشارقة، ٢٠١٥.

٧٠- عز الدين الدناصوري. د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١٥.

٧١- د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥.

٧٢- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقيرية (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ألاردن، ١٩٩٨.

٧٣- د. عصمت عبد المجيد البكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١.

٧٤- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد بالأشارة إلى أَحكام الفقه ألاسلامي و دور تقنيات ألاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧٥- د. علاء حسين علي عقد بيع المباني تحت الإنشاء(دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٧٦- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣.

٧٧- د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير–المسؤولية عن فعل الأشياء–التعويض) ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

٧٨- د. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط٣، موقم للنشر، الجزائر، ٢٠١٣.

٧٩- د. علي فيلالي، العقود الخاصة ( البيع)، موقم للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

٨٠- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط١، منشورات مجمع ألاطرش للكتاب- تونس، ٢٠١٥.

٨١- د. غالب كامل المهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد بالعقود ألالكترونية، مجموعة اليازوري للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

٨٢- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٨٣- د. لينا جميل الحشيمي، بيع العقارات تحت الإنشاء (دراسة مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٤.

٨٤- د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (المجلد الأول- مصادر الالتزام)، ط٢، بيروت، ١٩٧٢.

٨٥- محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر ألادبي والمادي والموروث، دار الفكر الجامعي، ألاسكندرية، ١٩٩٧.

٨٦- د. محمد البو شواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط١ ،٢٠١٠.

٨٧- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط ٢، تونس،١٩٩٧.

٨٨- د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة مقارنة) في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط١، سيد عبدالله وهبة- القاهرة، ١٩٨٧.

٨٩- د. محمد المنجي، عقد البيع الأبتدائي (الآثار القانونية والعملية لعقد البيع الغير المسجل)، ط٢، منشأة المعارف، ألاسكندرية، مصر، ١٩٨٧.

٩٠- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات-المصادر-العقد) دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد٢٠١٦، المجلد الأول، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨.

٩١- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة (بيع- تأمين- ايجار) دراسة مقارنة، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت،٢٠٠٣.

٩٢- محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير- دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

٩٣- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، ج٢، دار هومة، الجزائر،٢٠١١.

٩٤- د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، دار محمود، ٩شارع سامي البارودي-باب الخلق-القاهرة.

٩٥- د. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه و القضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر،٢٠١٧.

٩٦- محمد علي البدوي ألازهري، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج١، ط٢، مكتبة الوحدة للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

٩٧- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

٩٨- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٩٩- د. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، الاسكندرية، ١٩٩٨.

١٠٠-د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز أَحكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٠١-د.مصطفى الجمال، شرح أَحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٤.

١٠٢-د. مصطفى العوجي، القانون المدني- الجزء الأول العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، بدون سنة نشر.

١٠٣-د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه ألاسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأَحكام القضاء، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل ، العراق، ٢٠٠٦.

١٠٤-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أَحكام الالتزام) مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ألاسكندرية، مصر، ٢٠٢٠.

١٠٥-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠.

١٠٦-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام،ج١ (مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.

١٠٧- د. هادي حسين الكعبي، احتفاظ البائع بملكية المبيع_دراسة مقارنة-، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١.

١٠٨-وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد وألاستثناءات الواردة عليها بين الفقه ألاسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ألاسكندرية، ٢٠٠٩.

١٠٩-د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة (في قانون المعاملات المدنية ألاماراتي والقانون المدني ألاردني)، ط٨، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٤.

## ثانياً: الرسائل الجامعية

١. اسلام يوسف، الحماية القانونية للمقتني في عقد الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٦.

٢. اواز سليمان، الالتزام بالأدلاء بالمعلومات عند التعاقد، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

٣. ايمان بوستة، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، ٢٠١٧.

٤. جعفر ايت سلمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧-٢٠١٨.

٥. حلواجي عبد الرؤوف، النظام القانوني للمرقي العقاري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة بن يوسف-بن خدة، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.

٦. حياة حامي، النظام القانوني لبيع بناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٦.

٧. داني حمداني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة، الجزائر، ٢٠١٣.

٨. دوة اسيا، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- بليدة،/ الجزائر، ٢٠١٢.

٩. ريم رفيعة لعور، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران-الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩.

١٠. سارة مقراني، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أَحكام القانون ١١-٠٤، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق- جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.

١١. سليمان براك، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق- جامعة النهرين، ١٩٩٨

١٢. سنان عبد الحمزة تايه البديري، بيع الأموال المستقبلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية النهرين للحقوق- جامعة بغداد، ٢٠٠١.

١٣. سهام مسكر، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم الأدارية، جامعة الآخوة، منتوري-قسنطينة، ٢٠١٥-٢٠١٦.

١٤. سيبل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني تحت الإنشاء، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون و السياسة، جامعة صلاح الدين-اربيل، ٢٠١١.

١٥. شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة منتوري -قسنطينة، ٢٠١١-٢٠١٢.

١٦. عيسى محمد عيسى العماري، اثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أَحكام القانون المدني ألاردني، رسالة ماجستير مقدمة كلية الدراسات العليا، الجامعة ألاردنية، ٢٠١٤.

١٧. فريد بن رمضان، عقد حفظ الحق في الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة زيان عاشور بالجلفة – الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٤.

١٨. لامية كتو، عقد بيع العقار على التصاميم في القانون رقم ١١-٤ المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزوو، ٢٠١٣.

١٩. محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٠ .

٢٠. محمد كاظم محمد، عقد البيع على الخريطة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٥.

٢١. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض (دراسة مقارنة في الشريعة ألاسلامية و القانونين المصري و العراقي)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٣.

٢٢. مرناش بلال- طوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل قانون رقم (٠٤-١١)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الاعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية-الجزائر، ١٠١٤-٢٠١٥.

٢٣. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق-جامعة الشرق ألاوسط، الجزائر، ٢٠١٤

٢٤. مها بن تريعه، مسؤولية المرقي العقاري في أطار عقد الترقية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة الجزائر ٢٠١٤- ٢٠١٣.

٢٥. مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، فرع قانون الهيئة والتعمير، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الآخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ' ٢٠١٤-٢٠١٥.

٢٦. نادية عارف- أما ل صوالح عمار، النظام القانوني لعقد حفظ الحق في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق، جامعة الشهيد لحمة لخضر- الوادي، الجزائر، ٢٠١٧-٢٠١٨.

٢٧.نجية بن حمام، عقد حفظ الحق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر–بن يوسف بن خدة، ٢٠١٦.

٢٨.نسيمة بو جنان ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أو بكر بلقايد_ تلمسان_ الجزائر، ٢٠٠٨–٢٠٠٩.

٢٩.نسيمة موسى، ضمانات تنفيذ عقد لترقية العقارية (عقد بيع العقار في طور الإنجاز)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر،٢٠١٥.

٣٠.نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عكنون–الجزائر، ٢٠٠٣–٢٠٠٤.

٣١.يزيد عربي باي، النظام القنوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر– بانته، الجزائر، ٢٠١٠–٢٠٠٩.

## ثالثاً: البحوث المنشورة

١. د. احمد ابراهيم الحياري، حماية المشتري في بيع البناء تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي وألاردني)، بحث منشور في المجلة الكويتية، العدد٤، السنة٣٣، ٢٠٠٩.

٢. د. احمد ابراهيم حسين الحياري، التنظيم التشريعي للوعد بالتفضيل (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة ألاردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد٨، عدد، ٢٠١٦.

٣. اكرم محمود حسين البدو_ د. محمد صديق محمد عبد الله، اثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق _جامعة الموصل، المجلد ١٣، العدد٤٩، ٢٠١٦.

٤. د. جعفر الفضلي– حارث ظاهر الدباغ، دور شرط الأحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(السنة الثامنة–١)، عدد١٦، كلية الحقوق–جامعة الموصل،٢٠٠٣.

٥. جمال فآخر النكاس، العقود والأتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والأتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس١٩٩٦، ص١٤.

٦. جهيدة أعجيري، عقد بيع البناء على التصاميم، بحث منشور في مجلة الفكر- جامعة بسكرة- محمد خضير، الجزائر، العدد ١٥، ٢٠١٧.

٧. د. جواد كاظم جواد سميسم، مراحل العقد بين الإرادة العقدية و التشريعية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٣، العدد ٢، ج٢، ٢٠١٨.

٨. د. حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة ألاسلامية للدراسات الأقتصادية و الأدارية، كلية الحقوق، جامعة ألازهر- غزة، المجلد العشرون، العدد الثاني، ٢٠١٢.

٩. د. خواثرة سامية، التزامات المكتتب وصاحب حفظ الحق في القانون (٠٤-١١)، بحث منشور في مجلة تشريعات التعمير والبناء، مجلة اكاديمية دولية تفصيلية محكمة تعني بتوفير البحوث والدراسات في المجال العمراني، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد٦، جوان،٢٠١٨.

١٠. سعدية قنى، دور صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، بحث منشور في مجلة الحقوق و الحريات، عدد تجريبي، جامعة محمد بن سكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٣ .

١١. د. سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة كلية القانون_ جامعة النهرين/ بغداد، مجلد١١، عدد١، ٢٠٠٩.

١٢. سهير حسن هادي، بيع الأشياء المستقبلية ( دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي و القانون المدني المصري)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون- جامعة بابل، العدد الأول/ السنة السابعة، ٢٠١٥.

١٣. د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية صادرة من كلية الحقوق- جامعة عين شمس، السنة الأولى، عدد١، ١٩٥٩.

١٤. د. عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية التي للأتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، بحث مشارك في المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية ألاسلامية، المغرب.

١٥. د. عزري الزين، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم الأنسانية_

١٦. محمد بن عامر، عقد حفظ الحق كتقنية للترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس، المدية، ٢٠١٤، عدد٢.

١٧. محمد لخضاري، عقد حفظ الحق ( دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي )، بحث منشور في جامعة سيدي بلعباس_ الجزائر، المجلد الحادي عشر، عدد١، ٢٠٢٠.

١٨. مخناش كنزة، الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق، بحث منشور في مجلة العلوم الأنسانية، كلية الحقوق– جامعة قسنطينة، الجزائر، عدد٥٠، المجلد، أ، ٢٠١٨.

١٩. د. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات واثرها على التوازن العقدي ( دراسة مقارنة)، بحث منشور في جامعة بنها، ج٣، العدد٤٣.

٢٠. وعود كاتب ألانباري، المفاوضات العقدية عبر ألانترنيت، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون–جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني، ٢٠٠٩.

## رابعاً: القرارات القضائية

١. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، ١٩٧٢/٢/١ .
٢. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، ٢٧/اكتوبر/١٩٧٥.
٣. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية– الغرفة المدنية الثالثة، ٢٧/ اكتوبر/١٩٧٥.
٤. قرار صادر من محكمة ألاستئناف الفرنسية، رقم القرار ٢٦٢١٢–١٩٩٨، ٦ سبتمبر ٢٠٠٠(غير منشور).

٥. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار١٠٣٧٢–٠٢، ١٢ مارس ٢٠٠٣(غير منشور).
٦. قرار صادر من محكمة ألاستئناف في دوي الفرنسية، رقم القرار ٠٢/٠٥٦٦٢، ١٢ يناير ٢٠٠٤(غير منشور).
٧. قرار صادر من الغرفة المدنية رقم ٣٧٢٣٣٩، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد٢، ٢٠٠٧/٦/٢٠ .

٨. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار ٢٠٤١٠-٠٧، الصادر بتاريخ ١٤ يناير.٢٠٠٩(غير منشور).

٩. قرار صادر من محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١٢\٢٥ المرقم ١٣٧ في ٢٠٠٩.

١٠. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، رقم القرار ١٦٥١٢-٠٩، ٢٢ / سبتمبر/٢٠١٠(غير منشور).

١١. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، رقم القرار ١٠-٢٥٤٥١، ٣٠ نوفمبر ٢٠١١(غير منشور).

١٢. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الشعبة المدنية الثالثة، قرار رقم ١٦٤٢٥-١١ الصادر بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١٢(غير منشور).

١٣. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، رقم القرار15519-١٦، ٢٧ ابريل ٢٠١٧(غير منشور).

١٤. قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، رقم القرار ١٨-١١٧٠٧، ٢١ مارس ٢٠١٩(غير منشور).

## خامساً: القوانين وألانظمة

١. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤.

٢. قانون التجارة الفرنسي لسنة ١٩٣٥ المعدل.

٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤. قانون الالتزام بضمان عيوب البناء الصادر بتاريخ ٣ كانون الثاني لسنة ١٩٦٧ المعدل.

٥. قانون حماية المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

٦. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٧. القانون المدني الجزائري رقم٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.

٨. قانون التجارة الجزائري رقم (٨٨-٠٤) لسنة ١٩٨٨.

٩. قانون البناء والسكنى الفرنسي رقم ٧٨-٦٢١ لسنة ١٩٧٨ المعدل.

١٠. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

١١. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

١٢. قانون الترقية العقارية الجزائري المُلغى لسنة ١٩٨٦.

١٣. قانون التهيئة والتعمير الجزائري رقم ٩٠-٢٩ المؤرخ في ١٩٩٠.

١٤. قانون أنضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

١٥. قانون الشركات رقم ٢١ العراقي١٩٩٧ المعدل.

١٦. قانون الاستثمار الجزائري رقم ٠١-٠٣ لسنة ٢٠٠١.

١٧. قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

١٨. قانون قواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها الجزائري رقم ٠٨-١٥ لسنة ٢٠٠٨.

١٩. نظام الاستثمار العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٩.

٢٠. قانون الترقية العقارية الجزائري النافذ رقم ٠٤-١١ لسنة ٢٠١١.

٢١. لائحة اليات وضوابط الاستثمار الصادرة من مجلس الوزراء العراقي ذات العدد ٣٧٩ لسنة ٢٠١٢.

٢٢. المرسوم التنفيذي(٢-٨٤) المؤرخ في (٢٠١٢/٢/٢٠) المختص بتحديد كيفيات منح الأعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري الجزائري.

٢٣. المرسوم التنفيذي رقم (١٣-٤٣١) المؤرخ في ١٨ ديسمبر لسنة ٢٠١٢ المحدد لنموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للإملاك العقارية الجزائري.

٢٤. قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤.

٢٥. تعديل القانون المدني الفرنسي بالامر المرقم ٢٠١٦/١٣١ في /١٠ شباط /٢٠١٦.

**سادسا: المواقع ألالكترونية**

١. مجلة المحكمة العليا الجزائرية، عدد٢، ٢٠٠٩، منشورة على الموقع ألالكتروني:

www.elmohami.com:

٢. سمية بولحية، مقال بعنوان: مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم، منشور على الموقع ألالكتروني: soumiabou85@gmail.com

٣- وائل العياط، الأحكام الخاصة لنظام الملكية المشتركة، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية- جامعة الحسن الأول، المغرب، ٢٠١٨، منشور على الموقع ألالكتروني:

www.droitetentrprise.com.

- **المصادر الأجنبية**

1. Acheter sur plan, Ce qu'il faut savoir avant de signer, p1. Publié sur le lien https://edito.selogerneuf.com/conseils-d-experts/acheter/vefa-5-points-

scruter-avant-de-signer-votre-contrat-de-reservation-article-13988.html and https://www.immoneuf.com/conseils/les-6-points-cles-d-une-vente-sur-plans-reussie/a6030

2. Alain Castel, vente d immeuble a coustraic E tudes et documents de L. I. E. de Runnes, volume 3, N2,

3. Christiane Loyer-Larher, VENTE D'IMMEUBLES A CONSTRUIRE / Contrat préliminaire/ Qualification juridique / Obligations du réservant, Études et dossiers (Institut d'études judiciaires de Rennes),

4. CL Thibierge, La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, rev.eco.et.dr.imm, n 28, 1967.،

5. Commisson de droit immobilier, contrat de reservation Et avant-contrat, compet rendu de la reunion du 21 septembre 2011 ,

6. CONTRAT DE RESERVATION. Logement en V.E.F.A. Publié sur le lien https://notairesdugrandparis.fr/sites/default/files/la_vefa_vente_en_letat_futur_dachevement_mai_2016.

7. Daniel Sizaire, vente immruble a' construire, Ed Juris-Classeur, Fascicule 83-50, 2002,

8. Ed. Annivrrsayre bicntenaire Pierre Larousse, Parise: DL 2017,٢٠١٨ ،1 vol, Dictionnaire Larousse poche

9. Francois Collart Dutilleu, les contrats preparatoires a' la vente d'immeub'e, ed Sireym 1988,

10. François Magnin, la distinction entre contrat de réservation et promesse unilatérale de vente d'immeuble, recueil Dalloz, sommaire commenté, 1993,

11. Frank Steinmetz, les ventes d'immeubles à construire, hèse, Montpelier, 1970.

12. Jean Louis Bergel, les contrats préliminaire de réservation dans les ventes, d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? ,J.C.P, 1974.1 , N0 14 .

13. LA VENTEEN L ENTAT FUTUR D-Achevement, Article publie par Notaires Paris- ill- de- France.

14. Michel Dagot, vente d' immeuble a' construire, 1983.

15. Mohammed KHerradji, Ia vente sur plan ou La vente en Letat future dachevement entre Le droit Francais et Le droit algerien, Master, Universite de de Perpignan, 2007.

16. O, Toumafond, vent d'immeuble a' constraire, Re'pciv, Janv, 1994.

17. Pascal Pichonnaz, Le contrat de reservation; outil pratique et realites juridiques, Revvue de droite prive et fiscal du patrimoine 4/13, Editee par le Center de droit notarial (Faculte de droit de I,Universite) Aves Le Fondation Notariat Vaud, Schulthess EDITIONS ROMANDES.

18. Ph. Le Tourneau, Responsabilité civile professionnelle, 2° éd. Dalloz 2005.

19. Philippe JESTAZ, Philippe MALINVEAUD, Droitede la promotion limmobiliere, Paris, DALLOZ, 1982.

20. R. Saint- Alary, La vente d'immeuble a' construire et l 'obligation de garantie a' raison des vices de construction, JCP, 1968,

21. ROGER SAINTALARY, Droitde la construction, presses Universitorires de France, 1977.

22. Stéphane Glock, REAL PROPERTY LAW PROJECT FRANCE.

# (Abstract)

The reservation contract of real estate units under construction is considered one of the vital contracts and recent emergence in the legal arena in terms of organizing its legal frameworks and defining the obligations of both parties, and the benefit of this contract extends to the largest segment of society that wants to obtain a real estate unit regardless of its purpose and that through Reserving it in preparation for obtaining it after the completion of construction and providing the necessary price for its purchase, and since it was legally recognized that the contract when it is focused on real estate, it requires transferring its ownership to the buyer, but in our contract in question there is no effect of transferring the ownership as the work of the real estate investor is limited to Seizing the real estate unit of the garnishee with the latter's commitment to pay a certain percentage of the price to bodies specialized in that, and to serve as a guarantee for the completion of the construction process.

The issue of the legal nature of this contract raises controversy at the level of legal jurisprudence for the countries organizing it, where some go on a promise to sell suspended on a standing condition while the other goes as a promise of preference. There are those who see that it is an independent contract of a special nature, while the latter goes as a sale In the deposit, and after discussing and evaluating the arguments of each of these opinions, we concluded that the contract for seizing the real estate units under construction is nothing but a preliminary contract of a special nature, and since this contract is one of the contracts binding on both sides, it arranges reciprocal obligations on the responsibility of the two parties. And when one of them breaches his obligations, then This leads to contractual liability.

In the absence of any texts in the Iraqi legislation dealing with the organization of this contract, it is obligatory for us to search in the general rules to find out how sufficient they are for the conclusion of such a contract.

Ministry of Higher Education and Scientific Research
Al-QADISIYAH University
College of Law
Department of Private Law

# Legal regulation of the contract to reserve real estate units under construction

## (comparative study)

Master's thesis presented by the student

**TABARK THABIT HASSAN**

To the Council of the College of Law - Al- QADISIYAH University

It is part of the requirements of obtaining a master's degree in private law

Supervised By

**DR- AQEEL SARHAN MOHMMED**

Professor Of Civil Law

2021 1442