



جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

ضمانات المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء:
دراسة مقارنة

إعداد
دينا مروان خليل جمعة

إشراف
د. اسحق برقايوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،
من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

ضمانات المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء:
دراسة مقارنة

إعداد
دينا مروان خليل جمعة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 28/09/2025م، وأجيزت:



التوقيع



التوقيع



التوقيع

د. اسحق برقاوي

المشرف الرئيسي

د. ياسر زبيدات

الممتحن الخارجي

د. غسان خالد

الممتحن الداخلي

الإهداء

أهدي هذه الرسالة بكل الإمتنان ووافر العرفان لأمي وأبي اللذين جبلا على العطاء والتضحية وللذين

علماني أن ما نصبحه في الغد هو ما نفعله الآن.

وإلى من وهبوني الأمومة فدثروني فرحاً أبناءً إيليا وباسم

إلى رفيق الدرب والحياة زوجي محمد

إلى من شدّ الله بهم عضدي فكانوا خير معين إخوتي ديالا وهاني

إلى صديقتي زينة، آلاء، إسراء، نور

إلى زميلاتي وزملائي

إلى كل أرواح شهداء فلسطين الأبرار الأطهر منا جميعاً

إلى أسرى الحرية التي طال إنتظارها لمطرقة العدل لترفع الجلسة الحكم النهائي بالحرية حكماً غير

قابل للطعن بكافة الطرق.

إلى كل الأرواح الغالية الغائبة الحاضرة، التي مازالت ترفرف في سماء قلبي وذاكرتي.

الشكر والتقدير

أشكر الله عزوجل الذي وفقني لإتمام هذه الدراسة، أحمد الله على فضله ونعمه.

إلى الدكتور إسحاق برقاوي لإشرافه على هذه الرسالة، الذي قدم لي النصح والإرشاد خلال مراحل

الدراسة، وأشكر جميع أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النجاح الوطنية.

وإلى كل من ساعدني رسالة شكر وتقدير وعرفان وإمتنان، أقدمها لكم من خلال هذه الرسالة.

الإقرار

أنا الموقعة أدناه مقدمة الرسالة التي تحمل عنوان:

ضمانات المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء: دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي
أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالبة: دينا مروان خليل جمعة
التوقيع: دينا جمعة
التاريخ: 2020/9/28

فهرس المحتويات

ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ط	الملخص
1	المقدمة
3	أهمية الدراسة
4	أهداف الدراسة
4	مشكلة الدراسة
5	منهجية الدراسة
5	حدود الدراسة
6	الدراسات السابقة
8	خطة الدراسة
10	الفصل الأول: مفهوم عقد بيع عقار تحت الإنشاء وتمييزه عن العقود الأخرى
10	المبحث الأول: مفهوم عقد بيع عقار تحت الإنشاء وخصائصه القانونية
11	المطلب الأول: تعريف عقد بيع المباني تحت الإنشاء
14	المطلب الثاني: خصائص عقد بيع المباني تحت الإنشاء
15	المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد بيع المباني تحت الإنشاء
15	المطلب الأول: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو عقد المفاولة
18	المطلب الثاني: عقد الإستصناع وعقد بيع عقار قيد الإنشاء
19	المطلب الثالث: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو عقد بيع الأشياء المستقبلية

المطلب الرابع: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو وعد بالبيع.....	21
المبحث الثالث: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء منها وموقف القضاء الفلسطيني منه.....	28
المطلب الأول: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء بشأنها.....	28
الفرع الأول: العقارات التي تقام في مناطق تمت بشأنها أعمال التسوية.....	31
الفرع الثاني: العقارات التي تقام في مناطق لم تتم عليها أعمال التسوية.....	33
المطلب الثاني: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع المباني تحت الإنشاء.....	34
الفرع الأول: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع عقار قيد الإنشاء في مناطق التسوية.....	35
الفرع الثاني: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع عقار قيد الإنشاء خارج مناطق التسوية.....	41
الفصل الثاني: حماية المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء مفهوم وإلتزامات البائع.....	45
المبحث الأول: مفهوم الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء ونطاق الحماية القانونية.....	45
المطلب الأول: مفهوم الحماية القانونية.....	46
المطلب الثاني: نطاق الحماية القانونية.....	47
المبحث الثاني: إلتزامات البائع في عقد بيع المباني تحت الإنشاء.....	49
المطلب الأول: إلتزامات البائع ما قبل البناء.....	49
الفرع الأول: العقد الإبتدائي كضمانه للمشتري.....	49
المطلب الثاني: إلتزامات البائع أثناء تنفيذ البناء.....	70
الفرع الأول: إلتزام البائع بالبناء.....	70
الفرع الثالث: حماية المشتري في مرحلة ما بعد البناء.....	78
المبحث الثالث: نطاق حماية المشتري من قبل البائع.....	85
المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية.....	85
المطلب الثاني: إنجاز البناء وتسليم المبيع.....	88

96.....	المبحث الرابع: ضمانات المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء
96.....	المطلب الأول: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق
101.....	المطلب الثاني: الإلتزام بضمان العيوب الخفية
110.....	المطلب الثالث: الإلتزام بالتعويض من قبل البائع
112.....	الخاتمة
114.....	التوصيات
116.....	المراجع العلمية
b	Abstract

ضمانات المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء: دراسة مقارنة

إعداد

دينا مروان خليل جمعة

إشراف

د. اسحق برقاوي

الملخص

يُعتبر عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود الحديثة، كما يعتبر هذا العقد كميّله من العقود الأخرى بحيث يوجد به مجموعة من الأركان وشروط، ولكن لأن هذا العقد يمتاز أن له طبيعة خاصة ألا وهي أن محل العقد غير موجود حين إبرامه فيكون له أحكام وإجراءات خاصة به وضحتها نصوص القانون التي عملت على تنظيمه وتقنين أحكامه مثل القانون الفرنسي.

يمكننا من خلال هذه الدراسة أن نستنتج بأن كلاً من المشرع الفلسطيني والمشرع الأردني والمشرع المصري لم يضعوا تنظيم خاص لعقد بيع المباني قيد الإنشاء وإنما تم إخضاع هذا العقد للقواعد العامة ويتم معاملته مثل أي عقد بيع عادي مع مراعاة أن محل العقد شيء في المستقبل، بينما المشرع الفرنسي قد عمل على تنظيمه في تشريع خاص، ولكن يكمن التساؤل هنا في معرفة هل القواعد العامة تكفي لحماية المشتري في القانون الأردني والقانون المصري وغيرهم من القوانين الأخرى؟

الدراسة قد أجابت على هذا التساؤل ووضحت بضرورة إنشاء تشريع خاص لكي يحمي المشتري في هذا العقد.

كما تنطرت الدراسة إلى مسألة خلو النظام القانوني الفلسطيني من قانون خاص يتعلق بمسألة عقد بيع المباني قيد الإنشاء فسوف يتم التطرق إلى موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع المباني قيد الإنشاء.

فتكمن أهمية هذه الدراسة من خلال قيام الباحثة بمقارنة واقعية بين أكثر من تشريع قام بتنظيم عقد بيع الأبنية تحت الإنشاء، والعمل على توضيح أهم الأحكام التي وردت في هذه التشريعات، وتوضيح موقف

الباحثة منها، كما تطرقت الباحثة إلى توضيح الحالة التشريعية الفلسطينية بالإضافة إلى موقف القضاء الفلسطيني من هذا العقد في مناطق التسوية وخارج مناطق التسوية.

وقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي كان من أهمها أنه لا يجوز عرض البيع إلا بعد تسجيل المشروع بحيث تنشأ سجلات خاصة بسجلات البيع على المخطط قبل البدء في تسجيلها، كما قد وضحت الباحثة بأن مجلة الأحكام العدلية هي أساس القانون المدني في فلسطين ولكن لم تتضمن المجلة أي أي تنظيم قانوني لعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء بالإضافة إلى عدم وجود تشريع خاص لتنظيم أحكام هذا العقد فكان لابد من اسقاط أحكام عقد بيع الاستصناع على عقد بيع الأبنية تحت الإنشاء وذلك لسهولة التعامل مع هذا النوع من العقود.

الكلمات المفتاحية: بيع المباني قيد الإنشاء، الوعد بالبيع، حماية المشتري.

المقدمة

نلاحظ أن ظاهرة التضخم السكاني قد شملت أغلب الدول العربية، ونتيجة لهذا التضخم فإن هنالك طلب متزايد على المسكن، كما أن هذا التزايد المستمر في عدد السكان قد أدى إلى زيادة في سعر الأراضي المخصصة للبناء عليها مما قد أثر على أسعار الإيجارات التي أصبحت في إزدياد مستمر، الأمر الذي فتح المجال أمام الإستثمار في مجال السكن لكي يتم مواجهة الأزمة الحالية المتعلقة بالمساكن.

لكي يتم معالجة هذه الإشكالية كان يجب أن يتم البحث عن بدائل وحلول آمنة، حيث أن الكثير من الأفراد قد لجأوا إلى شراء العقار قبل إنجازه، ونعني بذلك أنه يقوم بشراء العقار على الخارطة أو وفقاً للمخطط، وتعد هذه الوسيلة هي المثلى بالنسبة للمشتري حيث يمكنه من شراء العقار دون أن يقوم بدفع الثمن كاملاً دفعة واحدة، وإنما يقوم بالدفع على أقساط أو حسب الإتفاق بين الطرفين، بالإضافة إلى أنه يتمكن سكن بما يتناسب مع قدرته الشرائية وإمكانياته والظروف المالية، كما أن أصحاب الأجرور المتوسطة والمتدنية أصبحوا عاجزين عن تملك عقار للسكن فكان الحل هو اللجوء إلى شراء عقار على الخارطة بحيث يقوم المشتري بدفع الأقساط أثناء قيام صاحب العمل - بإنشاء المشروع.

إن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يُعتبر نوع جديد من البيوع، حيث أن هذا النوع من البيوع لم يكن معروفاً من حيث التنظيم القانوني، لذلك فإننا نجد أن هذا النوع من البيوع يتميز بخصوصيته، ويُعد البحث في هذا الموضوع من المواضيع المهمة جداً في الوقت الحالي سواء أكان من الناحية النظرية أم من الناحية العملية، حيث أنه على المستوى النظري تبرز أهميته من خلال محاولة البحث في النصوص التي قامت بتنظيم هذا الموضوع، أما من الناحية العملية تتحقق أهمية هذا العقد من خلال الفوائد التي يحققها لطرفيه.

إن العمل بعقد بيع المباني على المخطط أو ما يسمى بالخارطة يتطلب أن يكون هنالك قوانين تعمل على تنظيم عمل المستثمرين في هذا المجال بالإضافة إلى حماية المشتري لكي يتم الحد من المضاربة

العقارية الغير آمنة، حيث يعتبر المشتري هو الطرف الضعيف في هذا العقد، بسبب حاجته للحصول على سكن، كما أنه يحتاج للحماية من المستثمرين الذين يحاولون الحصول على أكبر كسب ممكن، كما من الممكن أن يخنفي البائع بعد الحصول على الدفعة الأولى من المال أو أنه لم يتم بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع، إضافةً إلى أن هنالك خطورة من التقلبات الإقتصادية التي من الممكن أن تحصل خلال تنفيذ العقد، حيث في حال حصل ركود إقتصادي فإنه يؤدي إلى زيادة في نسب الفوائد وتدني في قيمة النقد الوطني مما ينتج عنه عدم قدرة أصحاب الشركات العقارية على الوفاء بالتزاماتهم وعدم القدرة على تسديد المبالغ المستحقة لإستكمال المشاريع، الأمر الذي يؤدي إلى إيقاف المشاريع، كما أنه يتطلب على الشركات أن تقوم بوضع حلول في حال عجزها عن إستكمال المشروع.

هنالك العديد من الضمانات المقررة لأطراف العقد في كافة المراحل، وفقاً للقواعد العامة في القانون الأردني والقانون المصري والقوانين الأخرى، لكن يوجد هنالك تخوف من هذا النوع من العقود نظراً لأنه عقد حديث نوعاً ما، بالنسبة للمشتري فإنه قد يلتزم بدفع الأقساط في الموعد المحدد، إلا أن القانون الأردني قد تطلب الشكلية في بيع العقارات أي تسجيل العقار في دائرة الأراضي كما هو الوضع في فلسطين، ولكن كيف يتم تسجيل العقار وهو غير موجود إلا وفقاً للمخططات، مما يولد خوفاً كبيراً لدى المشتري من هذا الشراء خاصةً في الأردن، أما في مصر فقد أخذت برضاية العقد، إلا أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل بالشهر العقاري.

كما يجب أن يتم دراسة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود في فلسطين، لكي يتسنى لنا معرفة مدى التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود، وما هي القيود التي تحيط بهذا العقد من ناحية إبرامه وتنفيذه، والقواعد التي تسري عليه في حال عدم تنظيمه في قانون خاص، بالإضافة إلى توضيح مدى قانونية هذه العقود وفق التشريعات السارية.

تأتي هذه الدراسة للبحث في ضمانات المشتري في بيع المباني قيد الإنشاء تكفل من خلالها حماية المشتريين من إستغلال البائعين.

أهمية الدراسة

تتلخص أهمية هذه الدراسة في جانبين إثنين، الجانب الأول هو الجانب القانوني والجانب الثاني هو الجانب العملي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الأهمية القانونية

تبرز الأهمية القانونية من خلال الإطلاع على موقف التشريعات والقوانين التي عملت على تنظيم عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، ومعرفة الأحكام الخاصة فيه، بالإضافة إلى البحث في جميع التفاصيل التي تتعلق في هذا العقد والخوض في الآراء القانونية التي تطرقت له والقواعد التي تحكم إبرامه وتنفيذه والبحث في موقف القضاء والأحكام القضائية المعالجة له سواء أكان في الدول العربية أم الدول الغربية.

كما تكمن أهمية الدراسة القانونية في كون أن عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء يعتبر من العقود التي لها أهمية نظراً لكثرة التعامل بها في مجال إنشاء العقارات وبيعها من قبل المستثمرين.

ثانياً: الأهمية العملية

تتمثل أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية من خلال توظيف النتائج التي سوف تسفر عنها لصالح أطراف عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، حيث تساعد هذه الدراسة على معالجة الإشكاليات التي تدور حولها، كما يمكن تطبيق النتائج على الأفراد المتعاملين بهذا النوع من العقود فيمكنهم من معرفة الطبيعة القانونية لهذا العقد ومعرفة موقف كل منهم إتجاه الطرف الآخر، فتمكنهم هذه الدراسة من معرفة الإلتزامات التي تقع على عاتق أطرافها، كما تمكنهم من معرفة حقوقهم والمطالبة بها، بالتالي يمكنهم اللجوء إلى هذا النوع من العقود دون وجود قلق من ذلك.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية في أنها قد تناولت موضوع يعتبر ذو أهمية إستراتيجية كبيرة، فيعتبر ذو تأثير ملموس في نشاط الشركات العقارية، بالإضافة إلى تأثيره العملي في تطور العمران داخل الدولة.

أهداف الدراسة

تهدف الباحثة من خلال هذه الدراسة بالبحث في الحماية التي يوفرها القانون للمشتري في عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، ومعرفة حقوقه التي تنشأ بموجب هذا العقد والإلتزامات التي تقع على عاتق البائع، وكذلك معرفة الإشكاليات القانونية التي تتعلق في عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، بالإضافة إلى البحث في الإشكاليات القانونية التي تتعلق بهذا العقد وتوضيح الحلول القانونية التي يمكن تطبيقها، كما يجب معرفة الإشكاليات القانونية التي قد تطرأ خلال تنفيذ العقد والإشكاليات المتعلقة بالتأخر بالتنفيذ سواء أكان التأخير بسبب البائع أم بسبب المشتري، والرجوع إلى الجوانب القانونية المتعلقة بهذا النوع من العقود من خلال البحث في ماهيته ومفهومه وخصائصه وتكييفه القانوني.

مشكلة الدراسة

تلاحظ الباحثة وجود حالة من الفراغ القانوني فيما يتعلق بهذا الموضوع، بالرغم من أن هذا النوع من البيوع شائع التعامل به، بالإضافة إلى الرغبة لأن يكون هنالك تنظيم قانوني كامل يحكم مجمل الجوانب القانونية ويقصد بذلك هو أن يتم البحث عن الضمانات الكفيلة لكي تقوم بحماية المشتري، وأيضاً من ضمن الإشكاليات المتعلقة بموضوع البحث بأن فقهاء القانون قد اختلفوا في تكييف هذا العقد فهنالك جزء من فقهاء القانون إعتبروه على أنه عقد مختلط ضم عقد البيع التقليدي وعقد المقاوله، وجزء آخر من الفقهاء إعتبروه عقد بيع مختلط بالوكالة ويقصد به كما لو قام المشتري بتوكيل البائع للقيام بإنشاء المبنى، فيقوم البائع بعد إنجاز المشروع بنقل ملكيته، كما أن هنالك جزء أيضاً من الفقهاء إعتبر هذا العقد هو عقد بيع آجل، وبناءً على ذلك ستحاول الباحثة الإجابة عن الأسئلة التالية من خلال هذه

الدراسة:

أولاً: ما هو التكييف القانوني لهذا العقد (عقد بيع المباني قيد الإنشاء)؟

ثانياً: بماذا يتميز هذا النوع من العقود عن غيره من العقود المشابهة؟

ثالثاً: ما هي ضمانات المشتري في مرحلة التعاقد؟

رابعاً: ما هو موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء؟

خامساً: ما هو تأثير الشكلية على هذا النوع من العقود؟

سادساً: ما هي الضمانات التي تتوافر في هذا النوع من العقود (عقد بيع المباني قيد الإنشاء) في مرحلة

ما قبل التعاقد ومرحلة التنفيذ ومرحلة ما بعد الإنتهاء من المشروع وتسليمه؟

منهجية الدراسة

ستعتمد الباحثة المنهج الوصفي التحليلي، حيث يتمثل الجانب الوصفي بالتعرف على المفاهيم المتعلقة

بعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء من خلال الرجوع إلى التشريع الفلسطيني والتشريع الأردني والتشريع

المصري والتشريعات الأخرى ذات العلاقة، أما الجانب التحليلي فيكون من خلال دراسة الإشكاليات

المتعلقة بعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء بأسلوب نقدي فاعل ومنتج وذلك من خلال إستقراء القوانين ذات

العلاقة بموضوع الدراسة.

حدود الدراسة

الحدود المكانية: يشمل الإطار المكاني لهذا الموضوع بشكل رئيسي حدود المكانية لفلسطين والحدود

المكانية لكل من الأردن ومصر للإحاطة بأحكام تشريعات هذه الدول فيما يتعلق بعقد بيع الأبنية قيد

الإنشاء.

الحدود الموضوعية: سوف تتناول هذه الدراسة الأحكام القانونية لعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء من خلال

توضيح موقف المشرع الفلسطيني والأردني والمصري، ومن خلال تحليل النصوص القانونية

واستطلاع آراء الفقهاء والأحكام القضائية المتعلقة بعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء.

الدراسات السابقة

يوجد مجموعة من الدراسات التي تحدثت عن مسألة (ضمانات بيع المباني قيد الإنشاء) لكن هذه الدراسات غير كافية لأنها عالجت جزءاً قليلاً من محل الدراسة، كما لم تجد الباحثة أي دراسة سابقة قد تناولت هذه الإشكالية في فلسطين بشكل خاص، ومن هذه الدراسات:

دراسة العلي (2021): إن هذه الدراسة مقدمة لجامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه، وقد جاءت هذه الدراسة بعنوان: الطبيعة القانونية لعقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمصري، حيث إعتمدت الباحثة في دراستها على أسلوب المقارنة ما بين موقف القانون الأردني وموقف القانون المصري، وقد إستعرضت الباحثة من خلال هذه الدراسة الطبيعة القانونية لعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، كما وضحت الدراسة أن هذا النوع من العقود يختلف عن عقد البيع التقليدي، حيث أن العقار محل العقد موجود عند التعاقد في عقد البيع العادي، أما في عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء فإن محل العقد غير موجود عند التعاقد، كما وضحت الدراسة بأن جوهر عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء أولاً هو إلتزام بائع العقار بإنشاء العقار، ثانياً هو الإلتزام بنقل الملكية.

ووضحت الدراسة بأن الإلتزام الأول لبائع العقار هو إنشاء العقار وهو ذات الإلتزام الذي يقع على عاتق المقاول في عقد المقاولة، أما الإلتزام الثاني هو نقل ملكية العقار للمشتري بعد إنشائه، وهو ذات الإلتزام الذي يقع على البائع في عقد البيع العادي، بالتالي فقد عمدت الرسالة على تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

دراسة ياسين، (2022): إن هذه الدراسة مقدمة لجامعة النجاح الوطنية لنيل درجة الماجستير وقد جاءت بعنوان: الإطار القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة: دراسة مقارنة. حيث إعتمد الباحث في دراسته على الأسلوب الوصفي التحليلي المقارن وقد إستعرض الباحث في دراسته الإطار القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة في ظل التشريعات التي عملت على تنظيمه، وعمل على إبراز الإشكاليات

القانونية والإشكاليات العملية التي يمكن أن تثور عند تطبيقه على أرض الواقع وذلك من خلال البحث في الأساس القانوني لمسؤولية أطراف العقد، وتوضيح المسؤولية التي تقع عاتق كلا الطرفين من خلال إلتزاماتهم وذلك في إطار النصوص التشريعية المنظمة لذلك.

كما عمل الباحث على عمل مقارنة بين أكثر من تشريع فيما يتعلق بتنظيم عقد بيع العقار على الخارطة وبين أهم الأحكام التي جاءت في هذه التشريعات وموقفه منها، كما وضحت الدراسة إجراءات تسجيل هذا العقد ومدى القدرة على تطبيقها في فلسطين.

دراسة أبو دان (2022): رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأزهر في غزة تحت عنوان عقد بيع العقار على الخارطة دراسة تحليلية مقارنة، وضح الباحث من خلال هذه الدراسة مفهوم عقد بيع العقار على الخارطة، مبيناً خصائصه وأركانه وشروط إنعقاده، كما تناولت الدراسة مراحل إبرام العقد من الناحية الشكلية والتسجيل والكتابة، وذلك وفقاً لما هو مطبق في فلسطين والدول المقارنة الأخرى مثل قطر والإمارات، كما وضح الباحث الآثار الناجمة عن هذا العقد، بالإضافة إلى حقوق كلاً من البائع والمشتري وكيفية حماية حقوقهما، كما تطرق الباحث لموضوع الضمانات التي يتمتع بها المشتري في العقد.

دراسة برغوثي (2023): رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بيرزيت تحت عنوان عقد بيع الوحدات العقارية على الخارطة في فلسطين، قد إعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، هدفت هذه الدراسة على معالجة إشكالية خلو التشريع الفلسطيني من قانون خاص يتعلق بمسألة بيع الأبنية قيد الإنشاء، تطرقت الباحثة إلى توضيح ماهية وآثار عقد البيع كما تناولت موقف القضاء الفلسطيني والقضاء المقارن من مسألة بيع الوحدات العقارية على الخارطة.

وقد توصلت الباحثة إلى أن عقد بيع الوحدات العقارية هو صورة خاصة من صور البيوع العقارية الذي يتمتع بخصائص وأحكام قانونية وإجراءات خاصة به تميزه عن غيره منها في بعض الوجوه، وأن

التزام المطور العقاري بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وبناءً عليه يجب أن يتم تسليم الوحدة العقارية مطابقة للمواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد، كما وضحت الباحثة إلى ضرورة وضع قواعد قانونية تنظيمية وموضوعية مكتملة تنظم معاملات بيع الوحدات العقارية وقد تكون بصيغة قانون خاص أو بإضافة فصل إلى قانون تملك الطبقات والشقق والمحلات لسنة 1996 بحيث يشتمل هذا الفصل مجموعة من القواعد الجوهرية مثل تهيئة المؤسسات الحكومية ووضع لجان لكي تقوم بالإشراف على إنجاز المشاريع العقارية ومدى مطابقتها للعقد، وأن يتم الإعتراف بهذا النوع من العقود من خلال توثيقه لدى الدوائر المختصة، بالإضافة إلى تنظيم عملية التطوير العقاري، وبيان الجزاءات التي سوف تترتب عند إبرام العقد كفسخ العقد وسحب التراخيص في حال تم الإخلال جوهرياً بالشروط والمواصفات الفنية للبناء.

خطة الدراسة

لقد إقتضت طبيعة هذه الدراسة تقسيمه إلى فصلين رئيسيين، حيث تناول الفصل الأول: مفهوم عقد بيع المباني قيد الإنشاء وتمييزه عن العقود الأخرى وتقسيمه إلى ثلاثة مباحث، حيث تناول المبحث الأول: مفهوم عقد بيع عقار تحت الإنشاء وخصائصه القانونية، وقسم إلى مطلبين حيث تناول المطلب الأول: تعريف عقد بيع المباني تحت الإنشاء بينما تناول المطلب الثاني: خصائص عقد بيع المباني تحت الإنشاء، في حين تناول المبحث الثاني التكييف القانوني لعقد بيع المباني تحت الإنشاء، وقسم إلى أربع مطالب، حيث تناول المطلب الأول: عقد المقاول، بينما تناول المطلب الثاني: عقد الاستصناع، أما المطلب الثالث فقد تناول: عقد بيع الأشياء المستقبلية، والمطلب الرابع قد تناول مسألة: عقد الوعد بالبيع، كما قد تناول المبحث الثالث: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقار تحت الإنشاء بشأنها وموقف القضاء الفلسطيني منه، وقسم إلى مطلبين حيث تناول المطلب الأول: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات بشأنها وقسمت إلى فرعين، الفرع الأول: العقارات التي تمت بشأنها أعمال التسوية، الفرع

الثاني: العقارات التي لم تتم عليها أعمال التسوية، بينما تناول المطلب الثاني موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع المباني تحت الإنشاء.

بينما تناول الفصل الثاني من هذه الدراسة: حماية المشتري في عقد بيع عقار قيد الإنشاء مفهوم والتزامات البائع، وقسم هذا الفصل إلى أربع مباحث، حيث تناول المبحث الأول: الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء ونطاق الحماية وتم تقسيمه إلى مطلبين، فقد تناول المطلب الأول: مفهوم الحماية القانونية ونطاقها وقسم إلى فرعين الفرع الأول: مفهوم الحماية القانونية، الفرع الثاني: نطاق الحماية القانونية، بينما تناول المبحث الثاني: التزامات البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء وقسم إلى مطلبين، المطلب الأول: التزامات البائع قبل البناء، المطلب الثاني: التزامات البائع أثناء تنفيذ البناء، المبحث الثالث: نطاق حماية المشتري من قبل البائع وقسم إلى مطلبين، المطلب الأول: الإلتزام بنقل ملكية والمطلب الثاني: إنجاز البناء وتسليم المبيع وقد تناول المبحث الرابع: ضمانات المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء وقسم إلى ثلاثة مطالب، حيث تناول المطلب الأول: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق، بينما تناول المطلب الثاني: الإلتزام بضمان العيوب الخفية، بينما تناول المطلب الثالث: الإلتزام بالتعويض من قبل البائع.

الفصل الأول

مفهوم عقد بيع عقار تحت الإنشاء وتمييزه عن العقود الأخرى

إن عقد بيع المباني والمنشآت التي تكون تحت الإنشاء من العقود التي تعتبر حديثة في مجتمعنا، ونظراً إلى أن هذا النوع من العقود يعتبر من العقود الحديثة فما زال هنالك إختلاف بالأراء حول ماهيته وآثاره، والإلتزامات التي تترتب عليهم، ولكي يتسنى لنا معرفة هذه التفاصيل يجب توضيح مفهوم عقد بيع المباني تحت الإنشاء وتمييزه عن العقود الأخرى المتشابهة والتي سوف تشكل أساس موضوع الدراسة في هذا الفصل.

سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول يتناول مسألة تعريف عقد بيع عقار تحت الإنشاء وخصائصه القانونية، بينما تناول المبحث الثاني تمييز عقد بيع المباني قيد الإنشاء عما يشبهه من العقود، أما المبحث الثالث فقد تناول المبحث الثالث مسألة العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء منها وموقف القضاء الفلسطيني منه.

المبحث الأول: مفهوم عقد بيع عقار تحت الإنشاء وخصائصه القانونية

إن عقد بيع عقار تحت الإنشاء يعتبر من العقود الحديثة على الواقع القانوني في معظم الدول العربية، حيث أن الفقهاء قد عرفوا عقد البيع بشكل عام وأخضعوه إلى قواعد خاصة تنظمه.

إن عقد بيع المباني قيد الإنشاء لم ينظم في قانون خاص بإعتباره عقداً مسمى بالرغم من أن ظاهرة بيع العقارات قيد الإنشاء وخاصة الشقق السكنية قد إنتشرت بشكل كبير بسبب زيادة عدد السكان وإرتفاع الأسعار بالنسبة إلى العقارات وأيضاً بسبب عجز من يرغب بالتملك بدفع الثمن نقداً، حيث يمكنهم من تقسيط الثمن بهذه الطريقة، بالإضافة إلى حصول البائع على سيولة نقدية الأمر الذي يمكنه من تمويل مشروعه العقاري.

المطلب الأول: تعريف عقد بيع المباني تحت الإنشاء

بالرجوع إلى النصوص القانونية في العديد من الدول فإننا نجد أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء لا يعتبر من العقود الحديثة بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي بل إن المشرع الفرنسي قد قام بتنظيمه في القانون الخاص ببيع المباني قيد الإنشاء وضمن عيوب التشييد رقم 3 الصادر في كانون الثاني لسنة 1967 لكن هذا القانون لم يرد فيه أي تعريف يوضح هذا العقد فصدر القانون رقم 547 الصادر في 7 تموز عام 1967 الخاص ببيع المباني تحت الإنشاء والتي نصت على ما يلي: "بيع العقار المعد للبناء، هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بإنشاء بناء في مهلة محددة في العقد¹.

يمكننا من خلال هذا التعريف أن نلاحظ بأن البائع يجب أن يلتزم بإنشاء البناء ويجب أن يلتزم بالمدة المحددة بالعقد.

كما يمكننا أن نلاحظ من خلال هذا التعريف أمرين رئيسيين وهما الإلتزام بالبناء بالإضافة إلى المدة التي يجب أن يتم خلالها الإنتهاء من البناء، ولكن هذا التعريف قد أغفل مسائل مهمة ألا وهي:

أولاً: لم يتم التطرق إلى إلتزامات المشتري فقط قام بالتركيز على إلتزامات البائع، بالرغم من أن إلتزامات المشتري تعتبر عنصراً جوهرياً في تمييز هذا البيع عن غيره من البيوع، حيث هنا لا نكون أمام بيع مباني قيد الإنشاء إلا إذا كان المشتري ملزماً بدفع أقساط من الثمن للبائع قبل أن يتم إنجاز البناء، أو دفعات تحت الحساب تستحق في آجال معينة، إما بإعتبار الزمن أو بإعتبار ما يتم إنجازه من أعمال، كما أنه لم يتطرق إلى توضيح مدى تأثير الظروف الإقتصادية على الثمن الذي يتم دفعة أو تحديد معيار يتم على أساسه تغيير الثمن في حال تغيير الظروف.

ثانياً: يعد الإلتزام بالبناء عنصر منهم، لكن هذا الإلتزام لا يغني عن الإلتزام بنقل الملكية حيث يعتبر الإلتزام بالبناء هو وسيلة لتنفيذ الإلتزام بنقل الملكية (عمر ، 2011م، صفحة 8).

¹ الفقرة الأولى من المادة 1061 من القانون رقم 547 الصادر في 7 تموز لعام 1967 الخاص ببيع المباني تحت الإنشاء.

ثالثاً: إن هذا التعريف لم يتطرق إلى موضوع مسؤولية الأطراف في حال إخلالهم بالالتزامات المترتبة عليهم مثلاً كإخلال البائع بالتزامه بالبناء حسب المواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد، أو كإخلال المشتري بدفع الأقساط المستحقة (عمر ، 2011م، صفحة 8).

من ضمن التشريعات العربية التي قامت بتنظيم هذا النوع من البيوع هو المشرع الجزائري حيث عمد المشرع إلى تعريف هذا العقد في القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاطات الترقية العقارية من خلال نص المادة 28 والتي جاءت على النحو التالي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقار¹.

أيضاً من ضمن التشريعات العربية التي قامت بتنظيم هذا النوع من البيوع القانون الإماراتي حيث أنه قام بإصدار مجموعة من التشريعات العقارية التي تخص هذا النوع من البيوع والذي أطلق عليه مصطلح البيع على الخارطة.

قد عرف المشرع الإماراتي البيع على الخارطة وفقاً للمادة رقم 2 من على أنه: "بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها².

يمكننا من خلال هذا التعريف ملاحظة عدة أمور تتمثل فيما يلي:

- أ. نلاحظ أن المشرع الإماراتي أكد على أن هذا النوع من البيوع لا يرد إلا على الوحدات العقارية التي لم تتجز بعد أو لم يتم البدء بإنشائها بعد، وإلا فإنها تخضع إلى القواعد العامة للبيع.
- ب. لم يقر المشرع الإماراتي بتحديد المدة المحددة للبناء.
- ج. لم يقر المشرع الإماراتي بالتطرق إلى مسألة الثمن ولم يحدد آلية الدفع.

¹ المادة 28 من القانون رقم 40-11 المؤرخ في 2011/2/17 الذي المحدد للقواعد المنظمة لنشاطات الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14، مؤرخة في 2011/3/6.

² المادة رقم 2 من القانون الإماراتي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، المنشور في الجريدة الرسمية بدبي، العدد 334، صدر بتاريخ 14 أغسطس 2008 (13 شعبان 1429هـ).

د. لم يتم المشروع الإماراتي بتوضيح مسألة الإلتزام بالبناء الذي يعتبر جوهر هذا النوع من البيوع بالإضافة إلى مسألة الإلتزام بنقل الملكية.

يمكننا من خلال هذه التعاريف أن نعرف عقد بيع المباني قيد الإنشاء على أنه: عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو أنه في طور الإنجاز، يلتزم من خلاله البائع مالك المشروع بتشبيده وذلك خلال المدة المحددة في العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها، وأن يتم نقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمن نقدي يدفعه على شكل أقساط دورية وذلك بناءً على التقدم في أعمال البناء.

ومن خلال هذا التعريف يمكننا ملاحظة أن هذا العقد له مجموعة خصائص مميزة:

1. أنه عقد بيع محله عقار.
2. أن المحل غير منجز أي أنه مجرد مخطط على الخارطة، أو أن يكون في طور الإنجاز بمعنى أن المحل يكون قيد التشييد.
3. يلتزم مالك المشروع بعملية إنجاز المشروع.
4. يعد الإلتزام بالبناء هو وسيلة للإلتزام بنقل ملكية البناء بعد الإنتهاء منه.
5. عنصر المدة والذي يعتبر من العناصر الأساسية في هذا النوع من العقود لذلك يجب أن يتم تحديد المدة الزمنية التي يتم فيها إنهاء المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، وفي حال عدم الإنتهاء من البناء خلال المدة المتفق عليها في العقد يترتب عليه آثار كثيرة منها أن يطالب المشتري بالتعويض عن التأخير.
6. يعد دفع الثمن هو الإلتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري ويجب أن يتم دفع الثمن خلال المدة المتفق عليها والذي يكون غالباً على شكل أقساط دورية تدفع حسب التقدم في أعمال البناء.

المطلب الثاني: خصائص عقد بيع المباني تحت الإنشاء

إن عقد بيع المباني تحت الإنشاء من العقود التي لها طبيعتها القانونية الخاصة بها والتي تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، فله مجموعة من الخصائص التي تختلف عن العقود الأخرى وتؤكد على أن هذا النوع من العقود له إستقلاليته، فمن خصائص عقد بيع المباني تحت الإنشاء أنه عقد شكلي فلا تتعد من خلال تلاقي الإيجاب بالقبول إنما يجب أن يكون هنالك شكلية معينة لإنعقاد العقد ألا وهي شكلية التسجيل، وهذا ما سوف توضحه الباحثة لاحقاً بشكل مفصل.

كما يعتبر عقد بيع المباني قيد الإنشاء هو عقد ملزم للطرفين، فتكون الإلتزامات متبادلة، ففي حال تخلف أحد الأطراف عن تنفيذ إلتزاماته يحق للطرف الآخر الإمتناع عن تنفيذ إلتزاماته، وبموجب هذه الخاصية يمكن تطبيق أحكام الفسخ والدفع بعد التنفيذ، ففي حال قام أحد الأطراف بتنفيذ إلتزامه دون الطرف الآخر لا يجعل العقد ملزماً لطرف واحد، إنما يبقى ملزماً لكلا الطرفين.

ويعتبر عقد بيع المباني تحت الإنشاء من عقود المعاوضة فيحق لكل طرف أن يأخذ مقابل ما أعطى، فعلى سبيل المثال إن البائع يقوم بإعطاء العقار ويأخذ مقابله الثمن، والمشتري يأخذ العقار ويعطي الثمن للبائع، ويعدّ الثمن من العناصر الأساسية في هذا العقد.

والخاصية الأخيرة التي يتمتع فيها عقد بيع المباني تحت الإنشاء أنه من العقود الفورية بحيث تتحدد وتنفيذ جميع إلتزامات الطرفين دون أن يكون للزمن دور في تحديدها، كما أن البيع يبقى فورياً حتى لو أن الثمن كان مؤجلاً والأجل هنا عنصر عرضي ويجب أن يكون عقد بيع المباني تحت الإنشاء من العقود الفورية بالرغم من أن البيع وارد على شيء مستقبلي.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد بيع المباني تحت الإنشاء

لكي نتمكن من تحديد الطبيعة القانونية لعقد بيع المباني قيد الإنشاء لا بد لنا أن نستعرض آراء الفقه القانوني في تكييف هذا العقد وذلك بسبب وجود إختلاف كبير بين الفقهاء، وتحديد ماهيته خاصةً في ظل الغياب التشريعي لتكييف هذا العقد، حيث جاءت هنالك مجموعة من الأحكام الخاصة به التي تجمع بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد المقاوله ولكن هنا يكمن الخلاف بين الفقهاء فيما إذا يمكن أن يعتبر هذا العقد عقد بيع أم عقد مقاوله؟

والجدير بالذكر هنا هو أن البائع لن يقدم فقط البناء إنما سوف يقوم بتقديم أرض البناء أيضاً، فهل هنا سوف نكون أمام عقد بيع الأشياء المستقبلية؟ في حين أن هنالك إتجاه آخر يرى أن هذا النوع من العقود هو عقد وكالة فهنا يلتزم البائع بعمل كما هو الحال بالتزام الوكيل، فهل يعد هذا العقد عقد وكالة؟ وهنالك فريق آخر يرون أن هذا العقد هو عقد وعد بالبيع وأمام هذا التنوع في الإتجاهات فإن الباحث قد قامت بتقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب على النحو الآتي:

أولاً: الإتجاه القائل بأنه عقد مقاوله.

ثانياً: الإتجاه القائل بأن عقد وكالة.

ثالثاً: الإتجاه القائل بأنه عقد بيع الأشياء المستقبلية.

رابعاً: الإتجاه القائل بأنه عقد الوعد بالبيع

المطلب الأول: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو عقد المقاوله

بالرجوع إلى المادة 780 من القانون المدني الأردني فقد عرفت عقد المقاوله على أنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر."¹ كما أن القانون

¹ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المادة 780.

المدني المصري قد عرف عقد المقاولة في نص المادة 646 على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"¹.

يمكننا من خلال هذه التعريفات أن نلاحظ أن عقد المقاولة يختلف عن عقد البيع حيث أن عقد المقاولة يرد على صنع شيء أو أداء عمل لصالح رب العمل، في حين أن عقد البيع يرد على نقل الملكية أو أي حق مالي آخر.

وكما أسلف فإن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود قد أثار جدلاً كبيراً بين الفقهاء نظراً لحدائته فقد ذهب بعض من الفقهاء إلى تكييف هذا العقد على أنه عقد مقاولة وذلك لعدة أسباب:

أ. إن هذا العقد يقترب من عقد المقاولة من ناحية الهدف حيث أن البائع يلتزم كما هو في عقد المقاولة بصنع شيء ما، فهو يلتزم ببناء عقار خلال مدة محددة أو خلال مدة معقولة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل.

ب. هنالك حالة يكاد أن يختلط بها عقد بيع المباني قيد الإنشاء مع عقد المقاولة، خصوصاً في حال كان يترتب على عقد المقاولة نقل للملكية، وهي في حال إلترزم المقاول بالبناء على أرضه وبمواد لديه ولكن لحساب شخص آخر، فإن هذا العقد يعد عقد بيع وارد على شيء في المستقبل والذي أسماه المشرع الفرنسي عقد بيع المباني قيد الإنشاء، حيث أن الإلترزام ببناء عقار أو الإلترزام بصنع شيء معين يظهر في عقد المقاولة كما يظهر أيضاً في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، ورغم أن هذا الإلترزام هو جوهر عقد بيع المباني قيد الإنشاء إلا أنه لا يعني أن هذا العقد يختلط مع عقد المقاولة فرغم أنهما ينتشابهان في بعض النواحي إلا أنه هنالك ما يميز عقد بيع المباني قيد الإنشاء ويحفظ له ذاتيته الخاصة به.

بالتالي لا يمكننا إعتبار عقد بيع المباني قيد الإنشاء عقد مقاولة وذلك لأن عقد المقاولة لا يتضمن الإلترزام بنقل ملكية العقار، حيث يجب على مالك المشروع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء أن يقوم بنقل

¹ المادة 646 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المادة 646.

ملكية الوحدة العقارية للمشتري وتسجيل العقار بإسمه (سمحان، 2023م، صفحة 21)، كما أنه في عقد المقاول يلتزم المقاول بإنجاز العمل خلال المدة المحددة في العقد، فإن لم يكن هنالك مدة محددة فالواجب أن يتم إنجازه خلال مدة معقولة التي تسمح بإنجازه بالنظر إلى طبيعة البناء بالإضافة إلى عرف الحرفه، أما في عقد بيع المباني قيد الإنشاء فإن مسألة تحديد الزمن يعتبر عنصراً جوهرياً من عناصر العقد¹، إستناداً لنص المادة 782 من القانون المدني الأردني (السنهوري ع.، 1963م، صفحة 42).

يقول بعض الفقهاء إن المقاول الذي يتعهد بإنشاء عقار، وكانت الأرض التي سوف يقام عليها العقار ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فهو عقد مقاوله، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع للأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يتم إنشاء البناء (علي م.، 2024م، صفحة 1031).

ويقول البعض الآخر من الفقهاء في حال تعهد المقاول بأن يقوم بإنشاء البناء بمواده ومعداته على أرض تكون ملكاً لرب العمل فإن هذا العقد يعتبر عقد مقاوله، وذلك لأن المهمات تعتبر ثانوية بالنسبة للأرض، أما في حال تعهد بتقديم بناء يقوم بإنشائه بمواده ومعداته على أرض تكون ملكاً له فإن هذا العقد يغلب عليه وصف البيع ويعتبر بيعاً لشيء مستقبلي " (العلي إ.، 2021م، صفحة 1002).

تستنتج الباحثة مما ورد أعلاه بأن الفرق بين عقد المقاوله وعقد بيع المباني قيد الإنشاء هو أن عقد المقاوله يلتزم بموجبه بالعمل لصالح رب العمل وفق مدة محددة وأجر معين، أما في عقد بيع المباني قيد الإنشاء فإن البائع يمتلك الأرض التي سوف يقوم عليها البناء ويكون هو صاحب الحق في البناء عليها، ومن ثم يقوم بنقل ملكية العقار للمشتريين فيما بعد بحسب المدة المحددة في العقد.

¹ أنظر المادة 782 من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: عقد الإستهناع وعقد بيع عقار قيد الإنشاء

لقد جاء في مجلة الأحكام العدلية تنظيم لعقد الإستهناع، الذي يعد بمثابة عقد مقاوله مع صاحب الصنعة، الذي يعتبر متشابه مع عقد بيع عقار على الخارطة، فيعتبر عقد الإستهناع هو طلب العمل، ويشترط فيه أن يكون العمل والعين من الصانع، ففي حال كانت العين من المستصنع فنكون أمام عقد إجارة لا عقد إستهناع.

هنالك مجموعة من الفقهاء مثل الدكتور حسام الدين عفانة ومحمد عابدين إعتبروا أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يتشابه مع عقد الإستهناع إلى حد كبير، حيث بينا أنه يجوز شراء شقة أو عمارة على المخطط ويعتبر هذا العقد عقد إستهناع، ويشترط أن تكون هذه الخرائط تفصيلية وتحتوي على كافة المواصفات، منعاً لحدوث نزاع أو خلاف (عفانة ، 2009م، صفحة 300).

بالتالي فإن عقد الإستهناع يتمثل إلى حد كبير مع بيع شقة على خارطة أو المخطط، ففي حال كانت منضبطة الأوصاف، ومعلومة المقادير التي ستدخل في الصنع للمتعاقدين مثل الإسمنت والخشب والحديد والمواد الأخرى التي تلزم للصنع، فيعتبر العقد هنا صحيح بما أن الناس يتعاملون بهذا، بشرط أن توضح كافة المواصفات للبناء عند التعاقد، حيث لا يبقى هنالك جهالة تؤدي إلى حدوث نزاع، وأن لا يكون في ذلك شيء من الشروط الباطلة والفاصلة (ياسين، 2022م، صفحة 46).

وترى الباحثة أنه يوجد تشابه بين كلا العقدين عقد الإستهناع وعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، حيث أن كلاهما أساسه عقد مقاوله بحيث يقوم رب العمل (البائع) بالتعاقد مع المقاول على بناء العقار المنوي بيعه للمشتري وهذا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية¹.

ولابد من الإشارة إلى أنه في حال إنعقاد العقد (عقد الإستهناع) فإنه لا يمكن لأي طرف من الأطراف الرجوع عنه، وفي حال أن الشيء المطلوب صناعته لم يكن مطابقاً للشروط والمقاييس والتفاصيل التي تم الإتفاق عليها، فيكون المستصنع مخيراً في هذه الحالة بين دفع الثمن أو فسخ العقد.

¹ أنظر المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثالث: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو عقد بيع الإشياء المستقبلية

هنالك إختلاف بين الفقهاء على تكييف هذا النوع من العقود، فهناك جانب من الفقه يرى أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء هو من العقود الفورية، كما ويعتبر الزمن المتراخي ليس من العناصر الجوهرية في هذا العقد، بالرغم من أن إلتزام مالك المشروع بإنهاء العقار يكون خلال مدة معينة في العقد، كما أن المشتري يقوم بأداء الثمن على أقساط دورية، بالرغم من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد إعتبر هذا العقد (عقد بيع فوري) رغماً عن الحالة المستقبلية (خليفة، 2015م، صفحة 34).

لكي نتمكن من الإجابة على هذا التساؤل حول هذا العقد بأنه عقد فوري أم مستقبلي فلا بد لنا أن نوضح عدة أمور ألا وهي:

أولاً: يجب أن نبحث في الإلتزامات التي تترتب على هذا العقد، ثانياً لا بد من البحث في مسألة الإلتزامات التي تترتب على كل من البائع والمشتري ومدى إرتباط هذه الإلتزامات ببعضها البعض، حيث تعتبر العقود الزمنية متقابلة من ناحية وجودها وتنفيذها، فلا بد أن يقابل تنفيذ إلتزام البائع تنفيذ مماثل من قبل المشتري.

وهذا يعني أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء ليس من العقود الزمنية نظراً لعدم وجود تقابل في الإلتزامات، حيث أن البائع يقوم بإنشاء العقار مرة واحدة ومن ثم يقوم بتسليمه، بالرغم من أن المشتري يقوم بأداء الثمن على دفعات (أقساط دورية).

أما فيما يتعلق بالرأي القانوني في مسألة العقد المستقبلي فإن المشرع الأردني قد عالج هذه المسألة في نص المادة 105 من القانون المدني الأردني والتي تنص على ما يلي: "1. العقد الذي يعتهد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما لإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2. وإذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد."¹

¹ أنظر المادة 105 من القانون المدني الأردني.

فإننا نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أجاز العقود المستقبلية ولكن فيما يتعلق بالعقارات فإنه يتطلب شكلية معينة لإنعقاد العقد.

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فقد نظم هذه المسألة في نص المادة 131 من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلياً".¹ نلاحظ أن المشرع المصري لم يتطلب هنا شكلية معينة كما تطلب المشرع الأردني.

بالرجوع أيضاً إلى نص المادة 1/160 من القانون المدني الأردني فإنه نص على ما يلي: "يجوز أن يكون محلاً للمفاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا إنتفى الغرر".² ويقصد بالغرر هنا هو عدم القدرة على التسليم، حيث في الأصل يجب أن يتم التعاقد على شيء موجود وقت إبرام العقد وقد يقع على شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود (سلطان، 2016م، صفحة 96)، أي يتم التعاقد على شيء مستقبلي.

ومن خلال النصوص القانونية السابقة فيمكننا أن نستنتج بأن هذه النصوص قد تضمنت قاعدة عامة ألا وهي جواز التعامل في الأشياء المستقبلية، وأن المشرعين المصري والأردني قد أجازا بيع الشيء غير الموجود في وقت إبرام العقد ولكنه مؤكد الوجود لاحقاً ومستقبلاً وهذا ما ينطبق على بيع المباني قيد الإنشاء.

إن الفقه الفرنسي قد إتجه إلى أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود التي ترد على بيع أشياء مستقبلية لا توجد وقت التعاقد إلا أنه من الممكن وجودها ومحددة أوصافها وقدرها وهذا الجانب الذي أخذ به المشرع المصري والأردني أيضاً.

هنالك من يدعي أن فكرة بيع الأشياء المستقبلية يوجد بها خطورة، حيث أن المشتري هنا يجازف في وجود المبيع أو في مواصفاته وكميته ومقداره.

¹ أنظر المادة 131 من القانون المدني المصري.

² أنظر الفقرة الأولى من المادة 160 من القانون المدني الأردني.

يكن السؤال هنا هل توجد هذه المخاطر في عقد بيع المباني قيد الإنشاء؟

إن هذا العقد يخلو من هذه المخاطر لأن هذا العقد قواعد منظمة من حيث عناصره وأركانه، ويوجد حماية و ضمانات لطرفي العقد وبالأخص للمشتري الذي يعد هو الطرف الضعيف في هذا العقد، كما أن المشتري لا يجازف في مقدار البيع أو في كفه أو في وجوده، وذلك لأن البائع يجب عليه إنجاز البناء في مقابل الدفعات التي يقوم المشتري بأدائها كما يجب على البائع إنشاء البناء في المدة المحددة في العقد بالإضافة إلى ضرورة إنشاء العقار طبقاً للمواصفات التي تم الإتفاق عليها (سلطان، 2016م، صفحة 97).

المطلب الرابع: عقد بيع المباني تحت الإنشاء هو وعد بالبيع

عندما يتم الإعلان عن فتح باب الحجز من أجل بيع شقة أو بناء قيد الإنشاء نكون هنا أمام مرحلة التفاوض وفي بعض الاحوال عندما يلتقي الإيجاب بالقبول وتنتهي المفاوضات يتم إبرام العقد النهائي، وفي أحوال أخرى قد يصل المتعاقدان إلى المرحلة السابقة لمرحلة التعاقد النهائي ألا وهي مرحلة الوعد بالتعاقد أو مرحلة البيع الإبتدائي، أو مرحلة العقد التمهيدي أو قد تسمى مرحلة الوعد بالبيع.

يعرف عقد الوعد بالبيع على أنه: "إتفاق يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما على بإبرام عقد مستقبلي بينهما خلال المدة متفق عليها في حال أبدى الموعود له رغبته في التعاقد (عبد الحكم، 2013م، صفحة 402)".

يعرف عقد الوعد بالبيع العقاري على أنه: "عقد بين شخصين يُنشئ حقاً عينياً يجب تسجيله في السجل العقاري، ويلتزم فيه أحد الأطراف خلال فترة محددة ببيع عقار للآخر لقاء ثمن معين (الجبوري، 2002م، صفحة 295)".

ويعرف أيضاً الوعد بالبيع على أنه عقد يتم بتلاقي إرادتين الإيجاب والقبول، إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ويعتبر هذا العقد عقداً تمهيدياً لعقد آخر وهو العقد الموعود به.

ويعتبر هذا العقد عقداً تمهيدياً للعقد النهائي، ومنهم من قال أن هذا الإتفاق يعدّ بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل، إذا ما أبدى الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها (قنديل، 1999م، صفحة 86).

إن هذا النوع من العقود كان قد ظهر في البيع الإيجاري ومن ثم في التأجير التمويلي وحالياً يوجد في عقود بيع المباني قيد الإنشاء.

إن المشرع الأردني قد قام بتنظيم مسألة الوعد بالبيع في المواد 92 و105 و106 من القانون المدني الأردني حيث نصت المادة 92 على ما يلي: "صيغة الإستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا إنصرف إليه قصد العاقدين"¹.

وتنص المادة 105 من ذات القانون على أن: "1. الإتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2. وإذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد."

وبالرجوع إلى نص المادة 106 فإنها تنص على "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد"².

أما المشرع المصري فقد نظم أحكام الوعد بالتعاقد في المواد 101 و102 من القانون المدني المصري³.

¹ أنظر المادة 105 من القانون المدني الأردني.

² أنظر المادة 106 من القانون المدني الأردني.

³ أنظر المواد 101، 102 من القانون المدني المصري.

حيث نصت المادة 101 على: "1. الإتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2. وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد."

وتنص المادة 102 من ذات القانون على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد."

وبناءً عليه فإن عقد بيع شقة قيد الإنشاء هو عقد وعد بالبيع حيث يكون هذا العقد هو عقد بيع شيء مستقبلي في حال كانت المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد محددة، بالإضافة إلى تحديد الثمن والدفعات والتواريخ، كما يقوم المشتري بدفع دفعة أولى ثم يقوم بدفع باقي المبلغ على دفعات منذ لحظة توقيع العقد الإبتدائي.

هنالك عدة شروط لا بد أن تتوافر في عقد الوعد بالبيع:

أولاً: مسألة الأهلية والتراضي فلا بد من أن يكون هنالك تلاقي الإيجاب بالقبول والتعبير بين الإرادتين عن الرغبة بإتمام العقد (الوعد بالبيع)، كما يجب أن يتوافر بكلا العاقدين الأهلية وهنا لا بد من أن نلاحظ هل كان وعداً متبادلاً بالبيع والشراء أم كان وعداً بالبيع من طرف واحد، أم وعداً بالشراء من طرف واحد، فإذا كنا أمام وعد بالبيع أم وعد بالشراء فيجب أن يتوافر في الواعد الأهلية اللازمة لعقد البيع (العلي إ،، 2021م، صفحة 1012).

أما الموعود له فيجب أن تتوافر فيه الأهلية لأداء التصرفات التي تجلب له نفعاً محضاً ولا يشترط أن تتوافر فيه أهلية عقد البيع، إلا في حال أنه أبدى رغبته في إتمام عقد البيع، لأن إبرام عقد البيع سوف يتم بناءً على هذه الرغبة.

أما إن كان الوعد متبادلاً بالبيع والشراء، بهذه الحالة يجب أن يتوافر بكلا الطرفين أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر في حال عدم إكمال الأهلية لكلا الطرفين، حيث أن الأهلية تعتبر هي الشرط الأول من شروط الوعد بالبيع، كما يجب أن يكون هنالك تراضي بين الطرفين (سوار، 1999م، صفحة 67).

ثانياً: الإتفاق على المسائل الجوهرية فلا بد من أن يكون هنالك تحديد للمبيع بشكل دقيق وتحديد لمواصفات هذا المبيع، ففي عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء يجب أن يتم تحديد مساحة الشقة أو الطابق وتحديد إتجاهها في المبنى وفي أي طابق تقع الشقة بالإضافة إلى الإتفاق على تفاصيل البناء ونوع الحجر المستخدم ونوع البلاط والتمديدات الكهربائية وكافة التفاصيل المتعلقة بالعقار، فيجب أن يتم تحديد كافة هذه التفاصيل في عقد الوعد بالبيع أو العقد التمهيدي أو العقد الإبتدائي.

بالإضافة إلى تحديد الثمن الذي يعتبر من المسائل الجوهرية في العقد (عقد بيع المباني قيد الإنشاء)، فلا بد من أن يتم تحديد الثمن والأجال التي سوف يتم أداء الثمن بها، بحيث يتم دفع مبلغ يعتبر عربون ويكون هذا المبلغ جزءاً من الثمن ومن ثم يتم أداء المبلغ على أقساط ويتم دفع هذا المبلغ لمالك المشروع بناءً على التقدم في أعمال البناء، كما أن المشتري لا يقوم بدفع المبلغ الأخير للمالك إلا بعد إنتقال ملكية العقار للمشتري بالتالي لا بد للبائع إلا أن يقوم بتحديد مدة إنهاء المشروع.

وفي حال أنه لم يتم الإتفاق على هذه المسائل الجوهرية في العقد فإنه لا ينعقد وهذا بناءً على نص المادة 1/105 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه: "الإتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها." وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة 1/101 من القانون المدني المصري¹.

¹ أنظر المادة 105 والمادة 106 من القانون المدني المصري.

ثالثاً: المدة فلا بد من أن يتم تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع، هذه المدة يمكن أن يُشترط عليها صراحةً أو ضمناً، ويكون الواعد هنا ملزماً بالبقاء على وعده خلال هذه المدة، وفي حال إنتهاء هذه المدة دون أن يظهر الموعد له الرغبة في إبرام الوعد بالبيع ينقضي الإلتزام من الواعد من تلقاء نفسه دون ان يكون هنالك حاجة إلى توجيه إنذار أو توجيه تنبيه للموعد له.

ويجب أن تكون هذه المدة معقولة وأن تكون متعارف عليها في أوساط الحرفة الواحدة أو الأوساط الإجتماعية، وفي حال كان هنالك خلاف حول هذه المدة وكان قد تم الإتفاق في العقد على أن تكون هذه المدة معقولة فهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية لتحديد هذه المدة، وتعتبر المدة من الشروط الجوهرية للعقد وعدم وجودها يؤدي إلى بطلانه.

رابعاً: الشكلية في عقد الوعد بالبيع فإن القانون المدني الأردني في نص المادة 2/105 والقانون المدني المصري في نص المادة 2/101 قد نصا على ضرورة وجود شكلية معينة، حيث نصت المادتين على ما يلي: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد." فهنا نلاحظ أن الشكلية يقصد بها تسجيل البيع المتعلق بالعقارات في سجل الأموال غير المنقولة في دائرة التسجيل المختصة ويكون وفقاً للإجراءات في القوانين والأنظمة الخاصة بالأموال غير المنقولة (العلي إ.، 2021م، صفحة 1014) فبالرجوع إلى نص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني فقرة 3 فقد نصت على ما يلي: "في الأماكن التي تم التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والقسمة صحيحاً إلا إذا جرت في دائرة تسجيل الأراضي¹.

وبالرجوع أيضاً إلى قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1967/199 فقد نصت على ما يلي: "عملاً بأحكام المادة 1148 من القانون المدني الأردني، لا تنتقل الملكية والحقوق العينية في المواد العقارية بين العاقدين وفي حقوق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة².

¹ المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني لسنة 1952.

² قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1967/199 المنشور ببرنامج نقابة المحامين للتشريعات وقرارات المحاكم الأردنية.

بالتالي فإنه يمكننا من خلال النصوص السابقة أن نلاحظ أن كلا المشرعين المصري والأردني قد تطابقا بإشتراط وجود الشكلية في عقد البيع، كما أنهما إشتراطا توافر الشكلية في إبرام عقد البيع بالبيع.

حيث أن الشكلية في عقد البيع تعتبر مهمة لكي لا يتم التهرب من الشكل الذي يتطلبه القانون بالنسبة للعقد الأصلي.

إن عقد البيع يمر بمرحلتين، تكون المرحلة الأولى هي المرحلة التي تفصل بين إبرام عقد البيع وتصريح الموعود له برغبته بالشراء من عدمه، وخلال هذه المرحلة يكون العقد ملزم لجانب واحد، فيترتب إلتزام شخصي على الواعد بأن يقوم بإبرام العقد في المدة التي تم الإلتفاق عليها ولكن هنا لا يكتسب الموعود له حقاً عينياً على الشيء الموعود ببيعه له، أما في المرحلة الثانية التي يتم فيها إيداء الرغبة من قبل الموعود له بالشراء صراحةً أو ضمناً وليس من وقت الوعد، وهنا تنتقل ملكية الشيء الموعود به إلى الموعود له من لحظة إيداء الرغبة في حال كان المبيع معيناً بالذات ومنذ لحظة الإفراز في حال كان المبيع معيناً بالنوع، وتنتقل الملكية من تاريخ التسجيل في حال كان المبيع عقار

بالرغم من أن عقد البيع وعقد بيع عقار قيد الإنشاء متشابهان بناءً على ما تم توضيحه مسبقاً إلا أن هذان العقدان يختلفان في الأمور التالية:

1. إن عقد البيع يقع على عقار غير موجود أو قيد الإنشاء أو قد تم الإنتهاء من إنشاؤه، بينما عقد بيع عقار قيد الإنشاء يقع فقط على عقار غير منشأ أو قيد الإنشاء.
2. صحيح أن كلا العقدين يتوفر فيهما المدة الزمنية لكن إن المدة في عقد بيع المباني قيد الإنشاء تتمثل في المدة المنفق عليها للإنتهاء من إنجاز العقار، أما المدة المنفق عليها في عقد البيع بالبيع تتمثل في المدة التي يتم منحها من قبل الواعد للموعود له لكي يظهر رغبته بالتعاقد.

3. في بعض الأحيان قد يسبق عقد بيع عقار قيد الإنشاء عقد وعد بالبيع أو إتفاق أولي ولكن لو نفترض أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء هو عقد وعد بالبيع، فما يمكننا أن نسمي العقد السابق له؟ أي يمكن أن يكون عقد الوعد بالبيع هو الممهد لعقد بيع عقار قيد الإنشاء لكن لا يمكن أن يكون عقد بيع عقار قيد الإنشاء هو الممهد لعقد الوعد بالبيع (مقالاتي، 2017م، صفحة 341).

4. إن عقد الوعد بالبيع لا يترتب إلتزامات متبادلة في ذمة الموعود له بل يقتصر على إلتزام الواعد بأن يقوم بإبرام عقد البيع في حال أبدى الموعود له رغبته بإنعقاد العقد وفي حال أن الموعود له لم يوافق فإن الوعد يسقط، أما في حالة بيع عقار قيد الإنشاء فإنه يترتب عليه نقل ملكية العقار بعد أن يتم الإنتهاء من إنشاء العقار، كما ينشئ في ذمة المتعاقدين إلتزامات متبادلة حيث يكون على البائع تسليم المبيع للمشتري، كما يجب عليه أن يلتزم بالضمان، أما المشتري فيجب عليه أن يلتزم بدفع الأقساط (الثمن) (عبد الشهيبي، 2017م، صفحة 10).

في الحقيقة يمكننا القول أن عقود بيع المباني قيد الإنشاء أو عقد البيع على الخارطة هي عقود ذات طابع خاص، حتى وإن كانت فحواها عقود بيع إلا أنها تختلف عن عقود البيع العادية، فيمكن أن نعتبرها عقود بيع إلا أنها تتميز عن عقود البيع العادية، فيمكننا أن نعتبر أن هذا النوع من العقود هو صورة جديدة من صور عقود البيع التي يكون محلها غير موجود في حين إبرام العقد، ويترتب على هذا العقد إلتزامات تتمثل في إنشاء البناء بالإضافة إلى القيام بما يلزم لكي تنتقل الملكية إلى المشتري.

كما أن هذا النوع من العقود يحتاج إلى أن يكون له تنظيم خاص بحيث ينظم هذا القانون كافة الحقوق التي تنشأ عن هذا العقد والإلتزامات التي تترتب عليه، سواء أكانت تتعلق بإنشاء البناء أو نقل ملكية العقار بالإضافة إلى ضمانات التسليم والمطابقة والوفاء بالثمن، حيث يمكننا أن نلاحظ أن هذا النوع من العقود يجمع ما بين أحكام عقد البيع والمقابلة بالتالي يجب أن يكون هنالك تنظيم خاص لهذا القانون (البشتاوي، 2017م، صفحة 20).

المبحث الثالث: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء منها وموقف القضاء

اللسطيني منه

في هذا المبحث سوف يتم تقسيمه إلى مطلبين في المطلب الأول سوف يتم توضيح العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء بشأنها، فيما يتناول المطلب الثاني موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع المباني قيد الإنشاء.

المطلب الأول: العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء بشأنها

في البداية لابد من التطرق إلى موقف المشرع الفلسطيني من مسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، إن التشريعات الفلسطينية لم تتناول مسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، وذلك على الرغم من أهميته في ظل إنتشاره وإزدياد التعامل به في السوق العقاري، حيث أن عدد الأشخاص المقبلين على الشراء في إزدياد نظراً لحاجتهم إلى العقار سواء أكان لغرض السكن أم لغرض التجارة.

وبالرغم من غياب التنظيم التشريعي لهذا النوع من العقود في فلسطين إلا أنه يمكننا اللجوء إلى القواعد العامة التي تعمل على تنظيم البيوع العقارية، والتشريعات العقارية السارية في الضفة الغربية لمعالجة المسائل المتعلقة في هذا العقد (أبو دان، 2022م، صفحة 16).

تعد مجلة الأحكام العدلية القانون المدني الساري في الضفة الغربية وهي أول التشريعات التي عملت على تنظيم عقد البيع وذلك من خلال الباب الأول الذي وضع مسألة (عقد البيع) فقد وضحت المجلة أحكام عقد البيع في المواد (149-153) والمواد (167-180) (182-185)، كما وضحت أطراف العقد في المواد (182-185).

فيمكننا أن نلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تقم بتنظيم مسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء ولم تقم بالإشارة إليه حتى في عقد البيع.

صحيح أن مجلة الأحكام العدلية لم تتطرق لمسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء وإنما قامت بتنظيم عقد الإستصناع الذي توجه جزء من الفقه الحديث إلى إعتبار أن عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء هو أحد تطبيقاته وإجازته لكونه عقد إستصناع.

فقد ذهب وهبة الزحيلي لقول: "ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الإستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلا على أساس عقد إستصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف.. ويتم تسديد الثمن عادةً على أقساط ذات مواعيد محددة، أما مدة التسليم فيكون ذكرها عادةً على سبيل الإستعجال والتقريب الزمني..." (الزحيلي، 2017م، صفحة 810).

قد نظمت مجلة الأحكام العدلية عقد الإستصناع في الفصل الرابع، وبناءً على ما ورد في مجلة الأحكام العدلية فقد توجه مجلس الفقه الإسلامي الدولي إلى إعتبار أن عقد الأبنية قيد الإنشاء نوع من عقود الإستصناع، ولا بد من من أن يتضمن العقد لأوصاف العقار بشكل تفصيلي وتوضيح المواد التي سوف يتم إستخدامها وأنواعها وأوصافها، كما يجب أن يتم مراعاة ما فرضته قوانين الأراضي وقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات من أحكام وشروط تتعلق بالعقود العقارية، فيجب تحديد الثمن، وزمن التسليم وذلك منعاً للجهالة ودفعاً للضرر والنزاع المستقبلي بين الطرفين.

أما فيما يتعلق بمشروع القانون المدني الفلسطيني فإن المشرع لم ينظم أحكام عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، وفي حال دخل حيز النفاذ فيكون هذا العقد صورة من صور عقد البيع الذي يعتبر عقد مسمى في فلسطين وتطبق في شأنه الأحكام والقواعد التي تسري على عقد البيع بشكل خاص وذلك من ناحية أركانه وشروط إنعقاده، وما يشوب الرضا من عيوب والمسؤولية العقدية التي تنشأ عنه بالإضافة لطرق التنفيذ وغير ذلك مما نظمه المشرع من مسائل متعلقة في هذا العقد.

وبسبب تعدد الحكومات التي أتت على فلسطين وإختلاف المراحل والأنظمة فقد نتج عن ذلك مجموعة متعددة من الأنظمة المتعلقة بالأراضي والعقارات مثل قانون تملك الطبقات والشقق رقم 1 لسنة 1996 وقرار وزير الإسكان رقم 2 لسنة 1997 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات، لكن هذه القوانين عملت على تنظيم العقارات المنشأ بالفعل ولم تنظم الوحدات العقارية التي لم تنشأ بعد، كما أن ما ورد في نصوص هذه القوانين يعمل على تنظيم عقود البيع عامة دون وجود نصوص تتعلق بعقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة عقود بيع الملكيات العقارية، حيث يعتبر محله غير موجود وقت إبرام العقد، وكون أن هذا العقد يتشابه مع عقود أخرى مثل عقد الإستصناع وعقد الوعد بالبيع العقاري، كما تختلف الشروط والأركان المفروضة لنقل ملكية الوحدة العقارية تبعاً لمكان الأرض هل هي ضمن مناطق التسوية أم لا، وهل تم تسجيل العقار مسبقاً أم لا (دودين، 2014م، صفحة 23).

وهذا الأمر يتعلق بالأبنية التي تكون موجودة في حين إبرام العقد، فمثلاً قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 وضح في المادة الثانية على أن إجراء وتنفيذ جميع معاملات التصرف التي تتعلق بالعقارات التي تتم في دوائر التسجيل المختصة بالإضافة إلى قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 الذي نص في المادة 16 على أن جميع المعاملات التي تتم بشأن العقارات في المناطق التي تتم فيها أعمال التسوية لا تكون صحيحة إلا إذا جرت في دوائر التسجيل المختصة، وأيضاً قانون تملك الطبقات والشقق والمحلات رقم 1 لسنة 1996 وقرار وزير الإسكان رقم 2 لسنة 1997 الذي نص على أن تسجيل الوحدات العقارية بأسماء ملاكها وإعداد سجل خاص بها لدى دائرة التسجيل المختصة.

أما في المناطق التي لم تتم فيها أعمال التسوية فإن القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 فد إشتراط لصحة عقد البيع العقاري أن يتم بموجب سند عرفي أو مكتوب دون وجود الحاجة للتسجيل.

إذا أردنا تطبيق المواد السابقة على عقد بيع الوحدات العقارية على الخارطة وكون التسجيل هو شرط لكي تنتقل ملكية العقار في المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية فيكيف سوف تنتقل الملكية في الوحدة العقارية التي لم تنشأ بعد أو قيد الإنشاء؟

والمناطق التي لم تتم فيها أعمال تسوية؟ كيف سوف يحفظ المشتري حقه؟ في ظل عدم وجود قانون أو نص قانوني ينظم عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء ! فلا بد من إنشاء قانون خاص يعمل على تنظيم هذا العقد، وليس نصوص عامة لا تلم جميع الجوانب القانونية، فالتشريعات الفلسطينية لم تعمل على تنظيم مسألة التطوير العقاري.

أما فيما يتعلق بالقضاء الفلسطيني فقد كان هنالك مجال للإجتهد في أحكام هذا العقد وتحددت حدوده ووجهته ومواقفه من خلال أحكامه، فكان هنالك إختلافات قضائية في المسائل التي لا يوجد تنظيم قانوني بشأنها.

نظراً إلى إختلاف طبيعة الأراضي بين أراضي تمت عليها أعمال التسوية (أراضي مشمولة في التسوية) وبين أراضي لم تتم عليها أعمال التسوية (غير مشمولة في التسوية)، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سوف يتناول مسألة العقارات التي تقام في مناطق تمت بشأنها أعمال التسوية والفرع الثاني سوف يتناول العقارات التي تقام في مناطق لم تتم فيها عملية التسوية.

الفرع الأول: العقارات التي تقام في مناطق تمت بشأنها أعمال التسوية

إن المشرع الأردني قد عالج مسألة عقد بيع المباني تحت الإنشاء من خلال " الوعد بالبيع العقاري"، حيث يعتبر عقد الوعد بالبيع من العقود المستقبلية، فيعتبر هذا العقد قانوني وواجب على البائع في حال تسجيله لدى مديرية التسجيل في دائرة الأراضي والمساحة الأردنية وفقاً للأصول، فيجب أن يتم تسجيل هذا العقد مع توضيح كافة المسائل الجوهرية المتعلقة في هذا العقد إستناداً إلى نص المادة 105 من

القانون المدني الأردني¹، كما ونصت المادة 128 من قانون الملكية العقارية الأردني على أنه يتوجب تسجيل عقد الوعد بالبيع لكي يعتبر صحيحاً، وكان البيع قد حصل على أرض تمت عليها أعمال التسوية²، كما أن محكمة التمييز الأردنية إعتبرت أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يعتبر باطلاً في حال عدم تسجيله في دوائر التسجيل المتخصصة وهذا ما جاء في قرارها رقم 2011/4608 حيث كان مضمون القضية بأن المدعى عليها قامت بإبرام إتفاقية باطلة تتعلق بعقد بيع عقار تحت الأنشاء من المدعى عليها إلى المدعي، قام المدعي بدفع عدة دفعات من أجل شراء الشقة، وقامت الجهة المدعى عليها بإستلام 3 حوالات بنكية وتم تحرير سندات قبض بموجبها، وضحت المحكمة أن قطعة الأرض المقام عليها البناء التي تقع بها الشقة قيد الإنشاء شأنها كشأن أي مال غير منقول مسجل لدى دائرة الأراضي والمساحة تستوجب عند التصرف فيها سواء بالبيع أو الوعد بالبيع شكلية التسجيل، فيعتبر عقد البيع عقداً باطلاً إستناداً إلى نص المادة 3 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة بالإضافة إلى نص المادة 1148 من القانون المدني الأردني، وبسبب إختلال الشكلية فإن المدعي قد طالب الجهة المدعى عليها بإسترداد المبلغ من خلال إخطار عدلي والتي إمتنعت عن إعادته، فحكمت محكمة الدرجة الأولى ببطلان العقد وإرجاع الدفعات التي قام المدعي بأدائها، وهذا ما أكدت عليه محكمة الإستئناف، وباللجوء إلى محكمة التمييز الأردنية فقد ردت الطعن وأيدت الحكم السابق³.

إن محكمة التمييز الأردنية قد وضحت أن الدفعات التي يتم دفعها قبل إنتهاء عملية البيع لا تعتبر عربوناً، حيث أن لا يوجد ما يسمى عربون في البيوع العقارية، فإن هذا المبلغ الذي تم تأديته يعتبر جزء من قيمة محل العقد (الوحدة العقارية) وهذا ما أكدت عليه في قرارها رقم 2011/4222 الصادر بتاريخ 2012/2/19⁴.

¹ أنظر المادة 105 من القانون المدني الأردني.

² أنظر المادة 128 من الملكية العقارية الأردني رقم 13 لسنة 2019، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 5573 الصادر بتاريخ 2019/5/16.

³ حكيم محكمة التمييز الأردنية رقم 2011/4608 المنشور في موقع مقسطاس: <https://qistas.com/ar/decs/info/446901/2?sw=4608/2011&stype=1&ex=&vmode=1>

⁴ حكيم محكمة التمييز الأردنية رقم 2011/4222 الصادر بتاريخ 2012/12/19 المنشور على موقع مقسطاس: <https://qistas.com/ar/decs/info/18269875/2?sw=4222/2011&stype=1&ex=&vmode=1>

بالتالي في حال بطلان عقد بيع المباني قيد الإنشاء يجب أن يتم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، وإعادة جميع الدفعات التي قام المشتري بدفعها للبائع كجزء من ثمن العقار، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2012/4420، وقرارها رقم 2022/4413¹.

الفرع الثاني: العقارات التي تقام في مناطق لم تتم عليها أعمال التسوية

إن قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها رقم 6 لسنة 1964 الساري في الضفة الغربية لم يرد أي تعريف يتعلق بمسألة التسجيل الجديد، وقد وضح فقط معاملات التسجيل الواردة ضمن نص المادة 2 على أنها المعاملات المتعلقة بتسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها في دوائر التسجيل، وقد وضح القانون أنه لا تجري أي معاملات تسجيل جديدة على أرض لها تسجيل سابق أو مشمولة في أعمال التسوية (عجوة، 2011م، صفحة 63)، بالتالي لا تشمل الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية وتم إصدار سجل طابو بشأنها، فبالتالي هو يخرج عن نطاق إدارة الدولة بأن يتم الإلزام على تسجيل الأموال غير المنقولة (فرحان، 2021م، صفحة 47)، كما أن هذا القانون يشكل حماية للعقارات التي تم تسجيلها وفقاً لقانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها في حال كان هذا العقار غير مشمول أو مستثنى من أعمال التسوية، فبالرجوع إلى نص المادة 3 فإنها نصت على ما يلي: "لا تجري أية معاملات تسجيل جديدة على أرض لها تسجيل سابق أو مشمولة بأعمال التسوية." وتنتهي عملية التسجيل بالحصول على شهادة تسجيل، كما يجب توثيق عقد البيع في المناطق التي لم تتم فيها أعمال التسوية بالرغم من أنه لا يلزم تسجيله في الطابو، فالتسجيل هنا لا يعتبر ركن لإنعقاد العقد.

¹ حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2022/4413 المنشور في موقع قس طاس: <https://qistas.com/ar/decs/info/15896676/2?sw=4413/2022&stype=1&ex=&vmode=1>

المطلب الثاني: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع المباني تحت الإنشاء

إن هذا النوع من العقود لا يعد معروفاً في التنظيم القانوني في فلسطين، حيث أن المشرع الفلسطيني لم يتجه إلى ذات المسلك الذي إتجه إليه المشرعين الآخرين الذين عملوا على تنظيم أحكام هذا العقد من خلال قانون خاص مثل القانون الفرنسي، كما أنه لم يعمل على تنظيم أحكام هذا العقد بشكل متفرق ضمن نصوص القوانين، فلم يسبغ عليه تكييفاً قانونياً معيناً، فكأن هذا العقد يعتبر أحد صور عقد الوعد بالبيع كما فعل المشرع الأردني وهو ما تم توضيحه مسبقاً.

ولكن عدم قيام المشرع الفلسطيني بتنظيم هذا العقد لا يعني أن هذا العقد غير معروف ولا يتم التعامل به في المجتمع الفلسطيني، حيث يتم إبرام العديد من العقود المتعلقة في هذه المسألة والتي لا حصر لها، وبناءً على ما قد تقدم فمن البديهي أن تنشأ نزاعات وخلافات تعرض على القضاء في مسائل تتعلق بهذا النوع من العقود بالإضافة إلى الإلتزامات التي تقع على عاتق كلا الطرفين.

وبناءً على ذلك فإن القضاء الفلسطيني نثار أمامه هذه النزاعات نتيجة عدم تنظيم هذا العقد وبسبب إختلاف أنواع الأراضي الموجودة في فلسطين الأمر الذي يمنع من اللجوء إلى نصوص قانونية معينة تحكم هذا العقد وتراعي خصوصيته، وإختلاط أحكامه وتشابهه مع عدة عقود كما وضحنا سابقاً، الأمر الذي يجعلنا أمام حل واحد ألا وهو اللجوء إلى النصوص القانونية العامة التي تحكم مسألة البيوعات العقارية بالإضافة إلى القواعد العامة التي تنظم مسألة عقد البيع وتعمل على تنظيم أحكامه والإلتزامات التي تقع على عاتق أطرافه، فيمكننا اللجوء إلى مجلة الأحكام العدلية التي تمثل القانون المدني في فلسطين، وقانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952¹؛ الذي يعمل على تنظيم بيع العقارات في المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية، بالإضافة إلى قانون تملك الطبقات والشقق والمحلات رقم 1 لسنة 1996² وقرار وزير الإسكان رقم 2 لسنة 1997 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات

¹ قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (1113)، الصادر بتاريخ 1952/6/16.

² قانون رقم (1) لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (11)، بتاريخ 1996/2/11

والشقق والمحلات¹، بالإضافة إلى قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953² وقانون معدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958³.

وبسبب إختلاف طبيعة الأراضي في فلسطين بين أراضٍ تمت فيها أعمال تسوية وأراضٍ لم تتم فيها أعمال تسوية فلا بد أن نوضح موقف المشرع الفلسطيني من بيع العقارات في مناطق التسوية وموقف القضاء من بيع العقارات في خارج مناطق التسوية.

الفرع الأول: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع عقار قيد الإنشاء في مناطق التسوية

إن مناطق التسوية تشمل على الأراضي التي تمت فيها أعمال التسوية والأراضي التي ما زالت قائمة فيها أعمال التسوية وإن هذا النوع من الأراضي يطبق عليه قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952، كما يطبق بشأن إنتقال ملكية الوحدات العقارية قانون تملك الطبقات والشقق والمحلات رقم 1 لسنة 1996 بالإضافة إلى قرار وزير الإسكان رقم 2 لسنة 1997 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات، وبما أن المشرع الفلسطيني لم يقر بوضع أي نص يتعلق بتنظيم هذه المسألة فلا بد لنا من الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية باعتبار أنها القانون المدني الساري في فلسطين.

وبالرجوع إلى نص المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه التي نصت على ما يلي: "في الأماكن التي تمت فيها التسوية، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل"⁴ بالتالي في حال ورود عقد على شقة مفرزة ومحدد مواصفاتها بشكل دقيق في العقد وفي مناطق تمت فيها أعمال التسوية فإنه يجب تسجيل هذا العقد لدى الجهات المختصة حتى وإن كان هذا العقد غير معروف في التنظيم القانوني في فلسطين حيث أن التسجيل يعتبر شكلياً ضرورياً لكي يعتبر العقد صحيح ونافذ (شرط إنعقاد لا شكلياً للإثبات) وإن ما

¹ قرار وزير الإسكان رقم (2) لسنة 1997 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد (19)، الصادر بتاريخ 1997/10/15.

² قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (1410) بتاريخ 1959/1/1.

³ القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958، المنشورة في الجريدة الأردنية، العدد (1410) بتاريخ 1959/1/1.

⁴ الفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه.

يسري على أرض من تشريعات فإنه يسري عليها على ما عليها سواء أكان منشأ أم كان قيد الإنشاء وإن كان هذا الأمر هو محط خلاف للقضاء الفلسطيني.

فبالرجوع إلى قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 1283/2016¹ نرى أن الهيئة الحاكمة قد انقسمت إلى رأيين، فنجد أن الرأي الأول يرى أن قانون ملكية الطبقات والشقق والمحلات رقم 1 لسنة 1996 لم يشترط التسجيل وإنما نص على التبليغ عن إنتقال الملكية من البائع إلى المشتري، كما أن قرار وزير الإسكان رقم 2 لسنة 1997 قد أجاز مسألة البيوع الخارجية التي تتمثل باتفاقيات وعقود غير مسجلة في الدوائر صاحبة الإختصاص وبناءً على ذلك فإنه لا يلزم أن تتعقد إتفاقية البيع للوحدة العقارية وفق شكلية معينة ألا وهي التسجيل وبناءً على هذا الرأي فإنه عدم التسجيل في الدوائر الرسمية صاحبة الإختصاص لا يترتب عليها بطلان العقد، وإنما كان يجب على المدعين أن يطالبا بفسخ العقد بسبب عدم دفع كامل ثمن الوحدة العقارية وليس المطالبة ببطلان العقد وذلك لأن المطالبة ببطلان العقد يكون بسبب عدم تواجد ركن من أركان العقد ألا وهي التسجيل أما الفسخ فيكون بسبب عدم إلتزام أحد أطراف العقد بالإلتزامات التي تقع على عاتقه، أما الرأي الآخر الذي إتجه إليه كلاً من القاضيان أ.عبد الله غزلان وأ. بسام حجاوي إلى أن عدم إتباع الشكلية المتمثلة بالتسجيل التي تم النص عليها في نص المادة 2 من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة بالإضافة إلى المادة 3/16 من قانون تسوية الاراضي والمياة والمادة 58 من مجلة الاحكام العدلية التي سمحت بتقييد بعض التصرفات بالتسجيل لكي يتم تحقيق المصلحة العامة²، وبناءً على ذلك فإن القاضيان قد إعتبروا أن المشتري هو غاصب للوحدة العقارية وهذا إستناداً لقاعدة " إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" ألا وهو بطلان التصرف في الوحدة العقارية المباعة على المخطط من قبل المشتري في حال لم يتم تسجيل التصرف لدى الجهات المختصة وبناءً على ذلك فإنه يؤدي إلى بطلان العقد، وهذا أيضاً ما قد جاء في حكم محكمة النقض

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 1283/2016 الصادر بتاريخ 2019/2/26، المنشور على موقع مقام/ جامعة النجاح الوطنية القضية رقم 1283/2016/المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 2019-02-26 (najah.edu)

² أنظر المادة 58 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق لسنة 1869، وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق لسنة 1867.

السلطانية رقم 2010/290 الصادر بتاريخ 2011/6/1¹ التي إعتبرت أن إتفاقية البيع الخارجي لشقة في عقار تمت بشأنه أعمال التسوية باطللة سندا لقانون التسوية.

و بالرجوع إلى قرار رقم 2016 /279 الصادر بتاريخ 2018/3/19 الذي جاء فيه: "محكمة النقض ترى أن تأسيس الدعوى على بطلان بيع الشقة له ما يسعفه قانوناً فالملكية تدور وجوداً وعدمياً مع التسجيل ولطالما طبقاً لنص المادة 10 من قانون رقم 1 لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات التي ألزمت تسجيل التصرف الوارد على شقة أو طابق أو محل لدى المحل المختص حيث نصت المادة على ما يلي: "أ. تعد دائرة تسجيل الأراضي سجلاً خاصاً يسجل به أسماء ملاك الوحدات العقارية لكل بناية.

أ. على كل مالك وحدة عقارية تسجيل وحدته العقارية في السجل المشار إليه آنفاً والإبلاغ عند نقل الملكية إلى المالك الجديد أو إجراء أي تغيير أو تعديل"².

وبناءً على ورد في قرار المحكمة فإنه يترتب على عدم التسجيل البطلان، فقد إعتبرت أن التسجيل هو شرط شكلي لصحة العقد ويترتب على عدم التسجيل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

بالتالي فإن تسجيل عقد بيع الوحدات العقارية المزمع إقامتها على أرض تمت فيها أعمال التسوية في الطابو هو أمر وجوبي قد فرضه المشرع لغايات صحة العقد، ويمكن أن يتم المطالبة بالتعويض كما أن المطالبة بالتعويض يختلف من دعوى إلى أخرى بناءً على طبيعة الدعوى والضرر الناتج عن عدم الإلتزام وأن يكون للمدعي القدرة على إثبات هذا الضرر كما ويمكن أن يقابل دعوى التعويض إدعاء متقابل يطالب فيه البائع ببدل الأجرة من المشتري وذلك بسبب إشغاله للعقار .

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2010/290 الصادر بتاريخ 2011/6/1 المنشور على موقع قانون: <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=11117>

² قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/279 الصادر بتاريخ 2018/3/19 المنشور على موقع مقام/ جامعة النجاح الوطنية: <https://maqam.najah.edu/judgments/3599>

وبناءً على ما تم ذكره أعلاه فيمكننا أن نلاحظ أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء في المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية أو إنتهت فيها أعمال التسوية أو في مناطق الطابو فإنه يتوجب أن يتم فيها التسجيل في الدوائر المتخصصة لذلك، والعقود التي تتم خارج هذه الدوائر تعتبر باطلة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني حيث أن التسجيل يعتبر شرط من شروط إنعقاد العقد، بحيث أن الملكية لا تنتقل دونه، ولا يمكن لأي محكمة أن تقوم بالنظر في صحة أي عقد غير مسجل في هذه المناطق التي تم ذكرها وذلك لأنه يتعلق بالنظام العام، فحيث تكون يد المشتري في العقارات غير المسجلة يد غاصبة وليست يد مشروعة¹.

بعد الإطلاع على نماذج عقود بيع لعقار قيد الإنشاء نجد أنه هذا العقد قد عنون تحت مسمى (إتفاقية وعد بيع شقة " عظم ") أو (إتفاقية وعد ببيع شقة مشطبة) فيمكننا أن نلاحظ أنه لم يرد أي مصطلح يدل على انها تحت الإنشاء أو غير منشأه بعد أو أنها على الخارطة وذلك لأنها لم تسجل أمام الجهات المختصة هذه الإتفاقية توضح جميع التفاصيل المتعلقة بالثمن وكيفية تسديد الثمن وجميع تفاصيل العقار فيمكننا أن نرى أن هذه الإتفاقية تحمي بشكل أساسي البائع ألا وهو الطرف القوي في هذه الإتفاقية.

يمكننا أن نلاحظ من خلال هذه الإتفاقية أنها توضح ما يلي: أن الفريق الأول (البائع) هو المالك الوحيد لقطعة الأرض وأنه له صلاحية التصرف في كامل قطعة الأرض مع تحديد رقم القطعة ورقم الحوض وتوضيح أن العقار قيد الإنشاء.

كما وضحت الإتفاقية أن المشروع مكون من ثلاث عمارات سكنية سوف تقام على قطعة الأرض المذكورة وسيتم إنشاؤها وفقاً للمخططات المصدقة من الجهات المختصة حسب الأصول وقد وضحت هذه الإتفاقية أن عدد الطوابق التي سوف يتم إنشاؤها هو الحد الأقصى المسموح به وفقاً لما تسمح به أنظمة البناء سارية المفعول في الجهة ذات الإختصاص بترخيص البناء.

¹ أنظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2008/241 الصادر بتاريخ 2009/1/14 المنشور على موقع المفتي، جامعة بيرزيت <http://muqtafi.birzeit.edu/>.

كما وضحت الإتفاقية أن الفريق الأول قد وعد الفريق الثاني ببيع الشقة وأن الفريق الثاني قد وافق على شراء الشقة مع توضيح رقمها وموقعها وفي أي طابق ومساحتها مشمولة مع الخدمات مقابل ثمن معين، كما وضحت أن الفريق الثاني (المشتري) يجب أن يسدد الثمن المذكور للفريق الأول على النحو التالي: أن يقوم الفريق الثاني بدفع دفعة أولى للفريق الأول ويعتبر توقيع الفريق الأول على الإتفاقية إقرار منه بأنه قد قبض الثمن، وضحت الإتفاقية الثمن وأن الفريق الثاني قد قام بتسديده على عدد أقساط معين حيث قد حرر/ جبرّ الفريق الثاني شيكات لأمر الفريق الأول برصيد الثمن المذكور حيث يرفق مع هذه الإتفاقية صورة عن الشيكات المذكورة مؤشر عليها (مرفق 1) وهي تمثل الأقساط المتفق عليها بين الفريقين.

كما قد وضحت أنه في حال تخلف الفريق الثاني عن تسديد أي قسطين (شكين) من رصيد الثمن بتاريخ إستحقاقها أو في حالة إعادة أي شيكين من الشيكات المذكورة من البنك المسحوب عليه دون صرف ولأي سبب من الأسباب سواء أكانت الشيكات مسحوبة على حساب الفريق الثاني الخاص أو المجيرة من قبله لأمر الفريق الأول ففي هذه الحالة يعتبر الفريق الأول مستكفأً عن حقوقه في شراء الشقة المباعة له بموجب هذه الإتفاقية، ويقر الفريق الثاني بحق الفريق الأول في هذه الحالة بفسخ هذه الإتفاقية من طرف واحد وبالتالي يحق للفريق الأول القيام ببيع الشقة المذكورة لشخص آخر ومن ثم يقوم الفريق الأول بعد بيعها بإعادة ما دفعه الفريق الثاني من الثمن مخصوماً منه ما نسبته 30% وذلك كتعويض متفق عليه سلفاً بين الفريقين عما يكون قد أصاب الفريق الأول من عطل وضرر نتيجة إستكاف الفريق الثاني عن الشراء، وطالما أن الفريق الثاني لم ينته من سداد كامل أقساط الشقة المذكورة فإنه لا يمكن أن يبيعها للغير إلا إذا حصل على موافقة خطية من الفريق الأول.

كما وضحت أن الفريق الأول (البائع) يعمل على تنظيم معاملات إفراز شقق لجميع أجزاء البناء المنوي إقامته على قطعة الأرض المذكورة لدى الموقع الرسمي/ دائرة تسجيل الأراضي المختصة، فقد تعهد الفريق الأول تجاه الفريق الثاني بأن يقوم الفريق الأول بالتنازل عن الشقة المباعة للفريق الثاني بعد أن

تكتمل معاملات إفراز الشقق لدى الموقع الرسمي بعد أن يكون الفريق الثاني قد سدد للفريق الأول كامل ثمن الشقة المباعة المذكورة وسدد أيضاً ما إستحق عليه من رسوم ومصاريف معاملات إفراز الشقق كما ويلتزم الفريق الثاني أيضاً بدفع رسوم ومصاريف بيع وفراغ الشقة المباعة له، وفي حال إمتناع الفريق الثاني عن دفع الرسوم والمصاريف المذكورة يحق للفريق الأول إرجاء عملية التنازل حتى يستوفي الرسوم والمصاريف المذكورة.

كما ألزمت الإتفاقية الفريق الأول بتسليم الشقة المباعة إلى الفريق الثاني خلال مدة معين وتسليم التشطيب المشترك وتشغيل المصعد خلال مدة محددة وألزمته بتمديد خطوط الماء والكهرباء والصرف الصحي من نقطة التوزيع حتى الشقة المباعة فتكون على حساب الفريق الثاني.

كما يرفق مع هذه الإتفاقية مخطط يبين حدود ومساحة الشقة المباعة للفريق الثاني، ويكون المخطط موقع من الطرف الثاني ويعتبر هذا التوقيع إقرار منه على بموافقه على حدود ومساحة الشقة، كما ويرفق مخطط يبين التقسيمات الداخلية للشقة المباعة للفريق الثاني.

وضحت الإتفاقية أنه في حال نشوء نزاع بين الفريقين حول تفسير أو تنفيذ أي بند من بنود هذه الإتفاقية يحال إلى التحكيم وفق قانون التحكيم الساري المفعول، وإذا تعذر ذلك تكون محاكم نابلس هي المختصة في النظر والفصل في أي نزاع ينشأ بين الطرفين (دياب، 2023م).

في حال أن المشتري قد قرر فسخ الإتفاقية فإنه يتم خصم نسبة 10% من قيمتها لصالح البائع، بالتالي يمكننا أن نلاحظ أن المشتري هو الذي يمثل الطرف الأضعف في حال حدوث أي خلاف في مسألة بيع العقارات قيد الإنشاءات لذلك فإنه يتوجب أن يكون هنالك حماية قانونية للمشتري في فلسطين.

بالتالي وبناءً على ما تم توضيحه أعلاه فيمكننا أن نلاحظ أن ركن التسجيل لجميع أنواع البيوع العقارية التي تتم على الأراضي المسجلة في فلسطين هو ركن شكلي ويترتب على عدم القيام به بطلان العقد وهذا هو الرأي السائد لدى القضاء فلسطين.

إن ما ينطبق على عقود بيع العقارات بشكل عام بخصوص مسألة الشكلية ينطبق على المنشآت قيد الإنشاء، ولكي يتمكن المشتري من إجبار البائع عن التنازل عن العقار من خلال المحكمة فلا بد أن يكون هنالك تسجيل في سجلات دائرة الأراضي وذلك لكي يتم إجبار البائع على نقل الملكية وهذا إستناداً إلى قرار محكمة الإستئناف رقم 2017/147 الصادر بتاريخ 2017/3/28¹ التي وضحت فيه ما يلي: "إن إجبار المستأنف عليه بنقل الملكية غير ممكن في ظل عدم وجود سجلات للعقار موضوع الدعوى بدوائر التسجيل". كما قد جاء بحكمها أيضاً: "إن المستأنف يطلب بنتيجة دعواه أن يسجل العقار بإسمه لدى دائرة المالية وشطب أي قيود تتعارض مع ذلك ولما كانت دوائر المالية لا تختص بتسجيل البيوعات أو نقل الملكية أو تثبيتها فالدوائر المختصة بذلك هي دوائر تسجيل الأراضي (الطابو) وليس دوائر المالية، وبالتالي فإن الحكم بنفاذ العقد وتسجيله لدى دائرة أملاك قفيلية ليس من شأنه نقل الملكية".

الفرع الثاني: موقف القضاء الفلسطيني من عقد بيع عقار قيد الإنشاء خارج مناطق التسوية

إن تسوية الأراضي والمياه لم تكن هي الطريقة الوحيدة لتسجيل الأراضي في فلسطين، وإنما كان يوجد هناك طريقة أخرى للتسجيل ألا وهي التسجيل المجدد، فقد صدر قانون تسجيل الأراضي التي لم يسبق تسجيلها رقم 6 لسنة 1964²، فقد نص هذا القانون على الإجراءات التي يجب على المواطن أن يقوم بإتباعها عند تسجيل عقار يقع خارج مناطق التسوية، والتي لم يتم تسجيلها بأي طريقة أخرى، بحيث يحصل في النهاية على شهادة تسجيل التي تعتبر بمثابة شهادة ميلاد للعقار، فيمكننا أن نستنتج أن هذا النوع من المعاملات يستلزم التسجيل أيضاً في دوائر تسجيل الأراضي الفلسطينية والمرور بمجموعة من الإجراءات التي تصل في نهاية المطاف إلى تسجيله حقاً.

¹ قرار محكمة الإستئناف رقم 2017/147 الصادر بتاريخ 2017/3/28 المنشور على موقع مقام: <https://maqam.najah.edu/judgments/1305>

² قانون تسجيل الأراضي التي لم يسبق تسجيلها رقم (6) لسنة 1964، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (1743)، بتاريخ 1964/3/1.

أما فيما يتعلق بنظام تسجيل الأراضي المعمول به في الضفة الغربية، فبالرجوع إلى نص المادة 1/3 من نظام تسجيل الأراضي رقم 1 لسنة 1953 والتي نصت على ما يلي: "تجري معاملة بيع جميع الحقوق والمنافع في الأرض في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتري وعندما يتم البيع تشطب أسماء البائعين من صحيفة سجل الأموال المنقولة ويدون فيها إسم المشتري مع رقم وتاريخ عقد البيع"¹.

وفيما يتعلق بالوحدات العقارية المباعة في مناطق خارج مناطق التسوية فإن هذه البيوع لا يترتب عليها أي أثر في حال عدم وجود عقد بيع مكتوب، ففي هذا النوع من البيوع يجب أن يوجد عقد بيع مكتوب حتى لو لم يتم تسجيله في الجهات المختصة ألا وهي (الطابو).

لأن هذا النوع من البيوع الذي يتم خارج مناطق التسوية لا يلزم فيه التسجيل حيث لا يعتبر التسجيل ركن من أركان العقد فيكون عقد البيع صحيح في هذه المناطق، فبالرجوع إلى قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/106 وضحت فيه المحكمة أن البيوع التي تتم على العقارات يجب أن تكون في دائرة تسجيل الأراضي ولكن يوجد إستثناء على هذه القاعدة وهو نص المادة 3 من القانون المعدل للأحكام رقم 51 لسنة 1958 والتي تبحث في البيوع التي ترد على الأراضي الملك والأراضي الميرية التي لم تتم فيها أعمال التسوية، ويعتبر هذا النص إستثناء على الأصل وهو أن البيع يجب أن يتم أمام دائرة تسجيل الأراضي.

كما وضحت محكمة النقض الفلسطينية من خلال حكمها على أنه لا ترتب البيوع الواردة على الأراضي التي لم تتم فيها أعمال التسوية أي أثر إلا إذا كان العقار خارج التسوية وأن يتم البيع بوجب سند كما يجب أن يتصرف المشتري في العقار تصرفاً فعلياً مدة 10 سنوات في الأراضي الأميرية ومدة 15 سنة

¹ الفقرة الأولى من المادة 3 من قانون تسجيل الأراضي رقم 1 لسنة 1953.

في الأراضي الملك، كما ويجب أن تتوفر جميع هذه الشروط مجتمعة ففي حال أن أحد الشروط لم يكن متاح فإن هذا الأمر يجعل البيع باطلاً.

وبناءً على قرار المحكمة فإن بيع الأراضي في المناطق التي لم يتم الإعلان عن تسوية بها يجب أن يتم بموجب سند مكتوب لأنه شرط إنعقاد، وذلك لأنه شرط إنعقاد وركن في العقد وليس وسيلة للإثبات، كما أن إقرار البائع أمام المحكمة المختصة ببيع الأرض لا يغير شيء حيث يجب أن يكون البيع قد تم بموجب سند مكتوب¹.

يوجب هنالك تساؤل حول موضوع الإستثمار في المناطق التي تتم التسوية بها، أو لم يتم تسجيلها عن طريق التسجيل المجدد، فهل تتجه الشركات العقارية في فلسطين للإستثمار فيها؟

إن الشركات العقارية في فلسطين تتجه على الإستثمار في المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية، أو تتجه إلى الإستثمار في المناطق التي صدر فيها شهادات تسجيل بناءً على عملية التسجيل المجدد، حيث أن مسألة البيع على المخطط في فلسطين يحكمها الثقة في التعامل ما بين المشتري والشركة العقارية، بالإضافة إلى التعاملات مع التي تتم مع البنوك مثل الرهن والإقتراض، فإن من مصلحة البائع أن يقوم بالإستثمار في المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية، أو في المناطق التي تمتلك شهادات وسندات تسجيل نهائية، وذلك لكي لا يكون هنالك أية إعتراضات على ملكية الأراضي التي سوف يتم إقامة البناء عليها. وبناءً على ما تم توضيحه فيمكننا أن نلاحظ أن البيوع العقارية التي تتم في مناطق لم تتم فيها أعمال التسوية أو في أراضي غير مسجلة لا تشترط شكلية معينة للعقود، وبناءً على ذلك فإنها لا تحتاج إلى التسجيل في الدوائر الرسمية، ويمكن تنظيمها إما بسندات رسمية أو سندات غير رسمية مثل

¹ أنظر أيضاً حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 100 لسنة 2004 والتي جاي بحكمها ما يلي (إن سريان التصرف القانوني المكسب للملكية المستند إلى بيع أرض بموجب وكالة دورية يقتصر على الأرض غير المسجلة " بموجب أحكام قانون تسوية الأراضي"، وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 22 لسنة 2004 والتي جاء بحكمها ما يلي (عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي يرد على عقار يجب أن يسجل في دائرة الأراضي كشرط لإنعقاده إستناداً لنص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمادة 2 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة)، وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 186 لسنة 2004 والتي جاء بحكمها ما يلي (بالرغم من أن المادة 3 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة لسنة 1953 حظرت على المحاكم سماع الدعوى لإبطال سندات التسجيل الصادرة بموجب قوانين تسجيل الأراضي في الأراضي التي تمت تسويتها وأن المادة 2/16 والمادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمادة رقم 40 لسنة 1952 منعت المحاكم من سماع أي إعتراض على صحة قيود التسجيلات المذكورة، إلا أن ذلك لا يمنع من الحكم بالصورية إذا توفرت شروطها).

إتفاقيات البيع التي يتم تنظيمها لدى المحامين، أو كالكالات الدورية الغير قابلة للعزل التي يتم تنظيمها أمام كاتب العدل، بحيث عدم تسجيلها أمام الجهات المختصة لا يترتب عليه بطلان العقد، حيث أن الشكالية في هذه الحالة لا تعتبر ركن لإنعقاد العقد ولا تعتبر شرط لصحة العقد، حيث تعتبر الكتابة هي شرط لصحة العقد وليس التسجيل.

الفصل الثاني

حماية المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء مفهوم وإلتزامات البائع

لقد وضحنا في الفصل الأول من هذه الدراسة ماهية عقد بيع المباني قيد الإنشاء بالإضافة إلى تكييف عقد بيع المباني قيد الإنشاء بالإضافة إلى العقارات التي يجوز تنظيم عقد بيع المباني قيد الإنشاء بشأنها وموقف القضاء الفلسطيني منه، ويجب أن نبحت في القواعد الخاصة لكي نعلم ما قد أقرته من حماية للمشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء.

سوف تقوم الباحثة في هذا الفصل بالبحث عن النصوص التي أقرت الحماية للمشتري وفقاً للقوانين التي نظمت هذه المسألة، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول مفهوم الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء ونطاق الحماية القانونية، والمبحث الثاني عن نطاق حماية المشتري من قبل البائع، وقد تناول المبحث الثالث ضمانات المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء

المبحث الأول: مفهوم الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء ونطاق الحماية القانونية

بعد أن إنتهينا من توضيح مفهوم عقد بيع المباني تحت الإنشاء والتمييز بينه وبين ما يشبهه من العقود الأخرى، فكان لابد من البحث عن الضمانات التي أقرتها التشريعات التي نظمت مسألة بيع عقار قيد الإنشاء ونرى هل هذه الضمانات ذاتها التي وردت في القواعد العامة أم هل هنالك حماية أكبر للمشتري، هذا ما سوف يتم تناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم الحماية القانونية

ويقصد بالحماية القانونية: "مجموعة من القواعد التي تعمل على حماية الفرد والمؤسسات لكي تضمن سلامة حقوقهم وتمنع من إنتهاكها".

فبالإضافة إلى القواعد العامة التي تطبق على كل بيع لعقار تحت الإنشاء فقد وضع المشرع قواعد خاصة وذلك لكي يضمن حماية أكبر لمشتري عقار تحت الإنشاء وسميت قواعد النطاق الخاص، تطبق هذه القواعد والتي تعتبر أغلبها قواعد آمرة على عقد بيع المباني تحت الإنشاء والتي تقضي بنقل ملكية العقار المعد للسكن، متى تضمنت إلتزاماً بدفع جزء من الثمن أو إيداعه قبل أن يتم إكمال البناء.

فنظام الحماية الذي تم توفيره للمشتري مرتبط بتوفر ثلاثة شروط، أولاً حالة بيع عقار قيد الإنشاء وذلك لكي يحمي المستهلك الذي يريد شراء عقار للسكن، ومن ناحية أخرى يلتزم البائع بدفع أجزاء من الثمن قبل أن يكتمل البناء، ويفترض في هذا العقد أن المشتري لا يكتسب الملكية إلا عند الإنتهاء من البناء.

فيما يتعلق بالحماية القانونية للمشتري فإن التشريعات التي قامت بتنظيم هذا النوع من العقود وفرت أقصى أنواع الحماية للمشتري، يوجد في العقد طرفان أحدهما قوي والآخر ضعيف حيث يعتبر المشتري هو الطرف الضعيف، والذي إتجه إلى هذا النوع من العقود نظراً لعدم توفر مال كافي لشراء عقار مكتمل البناء، فقد قامت هذه التشريعات بفرض عقوبات وجزاءات على البائع في حال إخلاله بالإلتزامات التي تقع عليه لكي يقوم المشرع بحماية المشتري الذي يشكل الطرف الضعيف في هذا العقد، فمثلاً نصت المادة 25 من القانون رقم 3 لسنة 2015 الخاص بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي فرضت من خلالها على مجموعة من العقوبات والجزاءات التي تترتب على المشتري في حال إخلاله بتنفيذ إلتزاماته، كما عالجت مسألة تأخر البائع في البدء بإنشاء العقار أو تأخره في تسليم العقار، كما عالجت نص المادة 26 مسألة فشل البائع في إنهاء العقار وفقاً لما هو متفق عليه في العقد،

لذلك يجب أن يكون هنالك قوانين خاصة تتعلق بمسألة بيع عقار تحت الإنشاء، بالتالي وجود هذه العقوبات والجزاءات تعود بالفائدة على المشتري ويجعل هنالك ثقة في هذه المعاملات.

كما فرضت بعض التشريعات شكلية معينة يجب أن يتم إتباعها في عقد بيع المباني تحت الإنشاء ويكون ذلك في سبيل توفير حماية للمشتري، فقد إشتطت التشريعات على الكتابة والتسجيل التي يجب أن تتبع عند إبرام العقد.

كما تتوفر الحماية القانونية من خلال الحقوق التي تكون مقررة له بموجب القانون، فمن ضمن حقوقه هو حقه في الإعلام وتبصيره حول عقد بيع المباني قيد الإنشاء، فيجب على البائع أن يقوم بالإدلاء بجميع البيانات والمعلومات التي تتعلق بالعقار، بالإضافة إلى البيانات التي قد تؤثر على قبوله لإبرام العقد، كما يكون من حق المشتري أن يقوم بأداء الثمن وفقاً لتقدم الإنجاز بالعمل وهذا يتناسب مع طبيعة عقد بيع المباني قيد الإنشاء، فلا يوجد داعي للإستمرار بأداء الدفعات في حين عدم وجود تقدم في إنجاز العقار، فبهذه الحالة يمكن أن نضمن حقوق المشتري، ويشكل حافزاً للبائع للتقدم في إنشاء البناء، كما يكون من حق المشتري تأخير الدفعة الأخيرة كضمانة لحسن إنجاز العقار أو العيوب الخفية أو عدم المطابقة، كما يعتبر حق الإمتياز من ضمن حقوقه كمشتري فيكون للمشتري حق الإمتياز على أموال البائع في حال إفلاسه، فقد نصت بعض التشريعات على هذا الحق وذلك لكي لا يتهاون البائع عن تنفيذ إلتزاماته ولكي لا يقوم بإستغلال المشتري والحصول على الدفعات دون وجود تقدم فعلي في العقار.

المطلب الثاني: نطاق الحماية القانونية

إن الحماية القانونية للمشتري تمتد في جميع المراحل التي يمر بها عقد بيع المباني قيد الإنشاء، تبدأ أول مرحلة وهي مرحلة ما قبل توقيع عقد بيع المباني تحت الإنشاء ثم مرحلة توقيع العقد، ثم مرحلة تنفيذ البناء، ثم تأتي مرحلة الأخيرة التي يتم فيها إنجاز البناء في الكامل وتسليمه للمشتري.

ففي المرحلة الأولى التي تسمى المرحلة التمهيديّة يكون البائع قد حصل على المخططات المتعلقة بالعمارة لكن قد يحصل خطب ما يؤدي إلى عدم إكمال البناء وضياع حق المشتري في إستلام العمارة، ولهذا السبب فقد وضعت التشريعات التي نظمت هذا العقد مجموعة من الضمانات لكي تحمي المشتري وذلك من خلال قيام البائع بإتمام كافة التراخيص الإدارية لممارسة النشاط، ويجب تنظيم إعلان واضح وصریح عن المشروع الذي سوف يتم إنشاؤه، ولكي تتم هذه المرحلة بشكل صحيح وقانوني فيجب أن يقوم بالتسويق للعمارة الذي سوف يتم إنشاؤه وبشكل دقيق وتفصيلي، فيجب أن يوضح موقع العمارة ومساحة الأرض التي سوف يقام عليها، وغيرها من التفاصيل الضرورية التي يجب توضيحها.

في المرحلة الثانية وهي مرحلة توقيع العقد والقيام بتنفيذه، في هذه المرحلة يتم إنشاء عقد بيع المباني تحت الإنشاء الذي يتضمن كافة الشروط والأحكام المتعلقة بعملية البيع، وتوضيح واجبات كلا الأطراف، بالإضافة إلى الشروط الشكلية والموضوعية عندها نكون أمام عقد قانوني مكتمل لكافة الأركان، ولكي ينتج عن هذا العقد آثار قانونية فلا بد من مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون فمن ضمن هذه الشروط أن يكون هنالك إيجاب وقبول " أي التراضي"، أن يكون كلا الطرفين لديهم الأهلية للتعاقد، أن يكون سبب التعاقد مشروعاً، وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

المرحلة الثالثة وهي مرحلة تنفيذ البناء في هذه المرحلة يجب على البائع القيام بتنفيذ الإتفاق ويكون أيضاً من حقه الحصول على الثمن المنفق عليه في العقد وذلك لأن إستمرار المشتري بدفع الأقساط يؤدي إلى الإستمرار في تنفيذ العمارة، وفي حال أخل المشتري بدفع الأقساط يمكن للبائع إستخدام الضمانات مثل وضع شرط جزائي في العقد.

أما المرحلة الأخيرة وهي إنجاز العمارة وتسليمه للمشتري هنا يكون العمارة قد تم إنشاؤه على أرض الواقع، ويجب على البائع في هذه المرحلة أن يقوم بتسليم العمارة للمشتري بعد أن يحصل على القسط الأخير، ويوجد هنالك مجموعة من الإلتزامات التي تترتب على عاتق البائع والتي سوف تقوم الباحثة بتوضيحها في هذا الفصل (ياسين، 2022م، الصفحات 82-89).

المبحث الثاني: إلتزامات البائع في عقد بيع المباني تحت الإنشاء

يترتب على البائع مجموعة من الإلتزامات التي سيتم توضيحها في هذا المبحث، فقد قسم إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول إلتزامات البائع ما قبل البناء، المطلب الثاني إلتزامات البائع أثناء البناء، المطلب الثالث إلتزامات البائع بعد إنجاز البناء.

المطلب الأول: إلتزامات البائع ما قبل البناء

في هذه المرحلة سوف تقوم الباحثة بإلقاء الضوء على بيع الطوابق والشقق في المرحلة السابقة على البناء، أي عندما تكون الشقة أو الطابق مجرد مخطط ولم يتم البدء بتنفيذه أو أنه قد تم البدء بالتنفيذ لكن في مراحله الأولى أي أن تكون البناية مجرد مخططات ولم يظهر لها معالم.

الفرع الأول: العقد الإبتدائي كضمانه للمشتري

تزداد أهمية العقد التمهيدي إذا تعلق الأمر بعقار مازال تحت الإنشاء، حيث أنه في الغالب عند إبرام تلك العقود لا يكون العقار قد وجد بعد، ففي عقود الإنشاءات الكبرى يتم عمل دراسة أولية لحالة الموقع المقترح لكي يتم معرفة مدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية لكي يتم إنشاء عقار عليه، وذلك من خلال إختبار عمق طبقات الأرض وطبيعة المكان، بالإضافة إلى البحث عن آثار المشروع وعن البيئة المحيطة به وتأثره بها ومدى توافر الخدمات الأساسية من مياة وطرق وكهرباء ووسائل نقل وإتصال، لذلك فإن أهمية هذه العقود تتزايد في هذه الفترة عموماً وفي مرحلة ما قبل التعاقد بشكل خاص.

تعتبر هذه المرحلة (مرحلة ما قبل التعاقد) من أهم وأخطر المراحل حيث يتم فيها تحديد لحقوق وإلتزامات كلا الطرفين، وفي العادة فإن هذه المرحلة تستغرق وقت طويل أكثر من الوقت الذي يلزم لإبرام العقد في العقود التقليدية وذلك لأن هذا النوع من العقود (الغير تقليدية) لا تلائمها القواعد العامة للإيجاب والقبول.

لذلك فإن المشرع الفرنسي في مسألة عقد بيع المباني قيد الإنشاء قد قرر إبرام إتفاق تمهيدي يسبق عقد البيع النهائي، كما أنه حدد للمتعاقدين أنه في حال أراد كلا الطرفين إبرام هذا العقد أن يقوموا بسلك إتجاه معين قد قام بتحديدته وتوضيح معالمه، حيث أن المشرع الفرنسي قد أوجد ما يسمى بالنطاق المحمي وهذا النطاق يكون له تنظيم أمر ومجاله هو أي عقد يكون الغرض منه هو نقل ملكية عقار أو جزء من عقار يكون معد للسكن، وفي هذا النطاق فإن المشرع الفرنسي قد نظم (الإتفاق التمهيدي) الذي يلزم كلا الطرفين لكي يخضعان لأحكام معينة في حال أن كلا الطرفين لديهم الرغبة في إبرام إتفاق قبل التعاقد.

وبالرجوع إلى قانون البناء والسكن الفرنسي رقم 261 لسنة 1978¹ فقد وضح أن إبرام عقد ابتدائي بالحجز يسبق البيع النهائي في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، حيث يكون لكلا الطرفين الحرية في إبرام العقد التمهيدي ولكن في حال أن كلا الطرفين كان لديهما الرغبة في إبرام إتفاق تمهيدي فلا يكون أمامهم إلا الطريق الوحيد التي سمح لهما المشرع بها وأي وعد آخر بالبيع أو الشراء يكون باطلاً.

بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون 3 يناير لسنة 1967 على أن العقد التمهيدي هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري مقابل إيداع ضمان في حساب خاص. ويمكننا أن نستنتج من خلال هذا التعريف بأن الإتفاق التمهيدي هو من الإتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي ويكون الهدف منه هو التحضير لإبرام بيع نهائي (الصياد، 2021م، صفحة 4).

وبالرجوع إلى نص المادة 31 من قرار 22 ديسمبر لسنة 1967 الصادر بتنفيذ قانون 3 يناير الفرنسي تنص على أن: "العقد التمهيدي يجب أن يبرم كتابةً ويجب أن يستلم المشتري نسخة من العقد للمشتري المحتمل²، كما أن المشرع الفرنسي قد أوضح في نص المادة 27/261 من قانون الإسكان الفرنسي رقم

¹ قانون البناء والسكن الفرنسي رقم 261 لسنة 1978

² أنظر نص المادة 31 من قرار 22 ديسمبر لسنة 1967 الصادر بتنفيذ قانون 4 يناير الفرنسي.

622 لسنة 1978 أن العقد التمهيدي يجب أن يتم تحريره كتابةً ويجب أن يتم تقديم نسخة للمشتري قبل أن يتم إيداع أية أموال¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 1109 من القانون الفرنسي الجديد فإنها قد نصت على: "يكون العقد شكلياً عندما تكون صحته موقوفه على إستيفاء الشكليات التي حددها القانون"². بالتالي فإن المشرع الفرنسي قد وضح بأن العقود الشكلية لا يكفي فيها التراضي فقط بل يلزم أيضاً إفراغها في شكل معين ويكون إما بناءً على رغبة الطرفين أو بناءً على إشتراط القانون وذلك بهدف توفير حماية للمتعاقدين أو إحداهما من خطورة العقد، كما ويكون هذا الشكل الخاص شرطاً من شروط إنعقاد العقد بحيث إذا تخلف لا ينعقد العقد ويكون باطلاً.

ويمكننا أن نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد إعتبر عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود الشكلية سواء أكان في مرحلة العقد التمهيدي أم العقد النهائي وهذا أيضاً ما أشار له أيضاً المشرع المصري في نص المادة 101 الفقرة 2 من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: "إذا إشتراط القانون لتتمام العقد شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد"³.

يطلق على الإتفاق التمهيدي في هذا السياق مصطلح "عقد الحجز"، وذلك لأنه يُبرم قبل إبرام العقد النهائي، حيث يقوم أصحاب المشاريع الكبيرة بوضع إعلانات سواء مرئية أو مسموعة أو مقروءة أو أي طريقة أخرى يمكن من خلالها الإعلان عن العقار وذلك بهدف جذب الإهتمام نحو العقارات المعروضة، ويمكن للأفراد في هذه المرحلة من حجز وحدة سكنية أو تجارية سوف يتم إنشاؤها خلال مدة محددة عبر تقديم مقدم حجز، وفي هذه المرحلة فإن الحاجز يكون هو البائع والمحجوز له هو المشتري، وهذا إستناداً إلى نص المادة 11 من قانون 3 يناير لسنة 1967⁴ وأيضاً نص المادة 261/

¹ أنظر نص المادة 261/27 من قانون الإسكان الفرنسي رقم 622 لسنة 1978.

² المادة 1109 من القانون الفرنسي الجديد

³ الفقرة الثانية من نص المادة 101 من القانون المدني المصري.

⁴ أنظر المادة 11 من قانون 3 يناير لسنة 1967

15 من قانون الإسكان الفرنسي لسنة 1978¹ بحيث أن البائع (الحاجز) يلتزم بحجز عقار للمشتري في المقابل يجب على المشتري أن يقوم بإيداع وديعة ضمان في حسابه الخاص سواء أكان في البنك أو منشأة مالية أو لدى شخص ثقة.

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل لحماية المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء وتعتبر من أهم الجوانب القانونية للمرحلة التي تسبق العقد النهائي حيث أن هذه المرحلة تتطلب التدقيق في مسائل مختلفة متعلقة بالعقد، حيث وبالرجوع إلى نص المادة 2/31 من القرار التنفيذي الصادر في 22 ديسمبر 1967 على أن: "العقد يجب أن يحتوي على البيانات الأساسية المتعلقة بحالة البناء ونوعيته ومدة تنفيذ أعمال البناء وثمان الوحدة التي حجزها، وإذا كان العقد وارداً على جزء من عقار وجب تحديد وضع هذا الجزء بالنسبة للعقار بوجه عام".

أيضاً بالرجوع إلى نصوص المواد التالية 29 و30 و31 من ذات القرار² فإننا نجد أن المشرع قد وضع مجموعة من البيانات التي يجب أن تكون مشمولة في العقد حيث يجب أن يكون العقد محدد به مساحة العقار وعدد الغرف الرئيسية وغرف الخدمة، ونوع المواد التي سوف يتم إستخدامها في البناء، ولا بد أن يوضح العقد التاريخ الذي سوف يتم إبرام العقد النهائي قبله أو التاريخ الذي سوف يبرم به العقد النهائي كما يجب أن يحدد العقد السعر المتوقع للبيع وتحديد أسس مراجعته بناءً على الشروط التي وضعتها نص المادة 20 من هذا القرار، وهذا أيضاً ما أكدت عليه نص المادة 15/261 من قانون الإسكان الفرنسي لسنة 1978.

ويمكننا من خلال هذه النصوص أن نستنتج أن المشرع قد ألزم البائع بالإفصاح عن البيانات اللازمة في هذا العقد وبذلك يكون قد ساهم في تكوين الرضاء الحر المستنير لدى المشتري لكي يشجعه على إبرام العقد أو التحلل منه في حال أراد ذلك.

¹ الفقرة 15 من المادة 261 من قانون الإسكان الفرنسي.

² أنظر نص المادة 29.30.31 من القرار التنفيذي الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1967.

في عقد بيع المباني قيد الإنشاء يكون محل العقد غير موجود عند إبرام العقد، ولكنه قابل للوجود في المستقبل، فهنا يأتي دور الإتفاق التمهيدي وذلك لأهمية معرفة معلومات تفصيلية قبل إنعقاد العقد النهائي وذلك من أجل تعيين محل العقد بشكل دقيق لتفادي وقوع أية منازعات مستقبلاً وفي حال إخلال البائع بما تم الإتفاق عليه، يمكن للمشتري فسخ العقد والمطالبة بإسترداد ما قام بدفعه.

إن العقد التمهيدي يترتب عليه التزامات متبادلة فيكون الإلتزام الواقع على البائع هو حجز الشقة أو الطابق للمشتري وفي حال عدم وفاء البائع بالإلتزامه، بسبب تخليه عن المشروع فيجب عليه رد ما قبضه من المشتري، أما في حال كان السبب مختلف فلا يكفي أن يقوم برد المبلغ للمشتري إنما يجب عليه أيضاً دفع تعويض للمشتري عما لحق به من ضرر (الحيارى، 2009م، صفحة 301).

كما ويكون هنالك إلتزام على البائع بأن يقوم بإعلام المشتري عن البيانات الضرورية والمهمة في العقد وهذا يعد إلتزام قانوني عام ويكون هذا الإلتزام سابق على التعاقد وبناءً عليه يلتزم أحد الطرفين بأن يقوم بتقديم جميع المعلومات للطرف الآخر التي يكون من شأنها أن تؤثر على قبوله للتعاقد وتكون هذه البيانات من الصعب تبصره بها، أو أنه كان من الممكن التبصر نظراً لظروف التعامل أو صفة المتعاقد.

حيث يوجد عقود ترتب على عاتق أحد الأطراف إلتزامات تبعية ومنها عقد بيع المباني قيد الإنشاء حيث يجب أن ينبه الطرف الآخر لوجود معلومات معنية أو ظروف معينة بحيث يكون الطرف الآخر على علم بما قد ينشأ عن هذا العقد من مخاطر مادية أو قانونية (المهدي، 1990م، صفحة 24).

أما فيما يتعلق بالعقد التمهيدي (الإبتدائي) في الأردن فلا بد لنا من توضيح الطبيعة القانونية لهذا العقد، فبالرجوع إلى قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 96/1822 لسنة 1997 وتمييز حقوق رقم 99/277 ص 257 العدد الثامن من المجلة القضائية لسنة 1999 حيث جاء فيه: "يتبين من خلال الإتفاقية التي تم توقيعها بين طرفي الدعوى، أن المدعى عليه قد قام بالتعهد بنقل ملكية قطعة الأرض

إلى المدعي مقابل مبلغ قدره تسعة عشر ألف وخمسمائة دينار أردني وإن إتفاق مثل هذا يعتبر عقد بيع لتلك القطعة، وحيث أن هذا العقد لم يتم تسجيله لدى الجهات المختصة وفقاً لما تقضي به المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 التي تقضي بأنه لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز في الأراضي إلا إذا كانت المعاملة قد جرت لدى دوائر التسجيل المختصة¹.

أما فيما يتعلق بالعقد الابتدائي في الأردن فإن هذا العقد يوجد عليه إختلاف فقهي حيث يوجد هنالك مجموعة من الإتجاهات والأراء التي سوف تقوم الباحثة بتوضيحها

الإتجاه الأول: التعهد بنقل ملكية عقار ليس عقداً باطلاً

يرى أنصار هذا الإتجاه بأن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد ليس باطل، وذلك لأن هذا التعاقد قد جرد من وصف البيع الصحيح وإنما تم قصره على صورة التعهد بنقل ملكية خارج التسجيل.

حيث يتم تكييف هذا التعهد على أنه تعهد يتم بين طرفين لنقل ملكية خارج دوائر التسجيل، لكن في هذا البيع التصرف لا يعتبر بيع كامل، وذلك لأن المناطق التي تم إجراء التسوية فيها تتطلب أن يتم تسجيلها في دائرة التسجيل (العلي إ.، 2021م، صفحة 1217) وذلك حسب نص المادة 1148 من القانون المدني الأردني حيث تنص على ما يلي: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام خاصة"². بالتالي إن القانون لم يعتبر هذا التصرف بيعاً أو وعداً بالبيع لأن كلاهما يتطلبان التسجيل، وذلك وفقاً إلى نص المادة 105 من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية والتي نصت على ما يلي: "إذا اشترط القانون لتمام العقد -الموعد- إستيفاء شكل معين كالتسجيل في دائرة السجل العقاري فهذا الشكل يجب مراعاته في الإتفاق المتضمن بإبرام عقد البيع"³.

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 96/1822 لسنة 1997، وتمييز حقوق رقم 99/277 المنشور في العدد الثامن من المجلة القضائية الأردنية لسنة 1999 في الصفحة 257.

² أنظر نص المادة 1148 من القانون المدني الأردني.

³ الفقرة الثانية من نص المادة 105 من القانون المدني الأردني.

بالرجوع إلى قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم 87/264 لسنة 1988 وضحت فيه أن عقد بيع الشقة يعتبر عقد باطل إذا تم خارج دائرة التسجيل، أما التعهد بفراغ شقة فهو ملزم لعاقديه بحدود التعويض المنصوص عليه في نص المادة 1148¹.

بالرجوع إلى قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 87/527 فقد نصت على ما يلي: "إن الإدعاء بالتعويض عن التعهد بالفراغ هو إلتزام مستقل عن عقد البيع الباطل ويلزم الناكل عن تنفيذه بالضمان عملاً بأحكام المادة 1149 من القانون المدني إذا كان المتعهد له قائماً بإلتزامه"².

الإتجاه الثاني يرى بأن التعهد بنقل ملكية عقار هو عقد صحيح

قد إستند أنصار هذا الإتجاه على حكم العربون الذي يكون مرافقاً للتعهد بنقل ملكية عقار حيث وبالرجوع إلى نص المادة 1149 من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء كان التعويض قد أشترط في التعهد أم لم يشترط"³.

ولكن ما هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه وجوب التعويض في حال إخلال أحد الأطراف بتعهده ولقد أجاب على هذا التساؤل الدكتور عبد المجيد عبد الحكيم حيث قال أن الإتفاق الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري هو إتفاق صحيح ومحلّه القيام بإجراء التسجيل وهذا يتفق مع مبدأ الرضائية في العقود كما أن القانون المدني الأردني قد أخذ بالعربون وهو مقابل العدول عن العقد وهنا تتقدم قواعد الرضائية في العقود على القواعد الشكلية، لذلك فإن الإتفاق هو إتفاق رضائي وصحيح ويمكن الأخذ به ويطبق عليه أحكام العربون. (عبد المجيد، 1993م، صفحة 270).

¹ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 87/264 لسنة 1988.

² أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 87/527.

³ أنظر نص المادة 1149 من القانون المدني الأردني.

وبالرجوع إلى نص المادة 1149 من القانون المدني الأردني فإنها رتبّت على نكول أحد طرفي العقد عن تنفيذه إلتزاماً بالتعويض سواء أشرط ذلك بالتعهد أم لا، وهذا يؤكد على صحة العقد دون تسجيل.

وفي النتيجة فإن التعويض يترتب على العقد الصحيح لا على العقد الباطل، كما تعتبر هذه التصرفات العقارية ما هي إلا تصرفات إرادية رضائية وإن الشكل الذي يتطلبه القانون (التسجيل بالدوائر المختصة) هو فقط إجراء تنظيمي وفقاً لنص المادة 1149 من القانون المدني الأردني، والتي تعتبر أن إمتناع أحد الأطراف عن تسجيل العقد لدى دائرة التسجيل يعتبر إخلالاً بتنفيذ إلتزام ناشئ عن عقد صحيح.

إن محكمة التمييز الأردنية لقد خالفت كل ما تقدم وقضت ببطلان العقد لعدم توفر الشكوية.

الإتجاه الثالث يرى بأنه وعد بالبيع العقاري

يمكننا أن نعرف عقد الوعد بالبيع على أنه: "عقد صحيح وكامل يقترن فيه الإيجاب بالقبول، وتكون وظيفة هذا العقد هو التمهيد للعقد النهائي الذي سوف يتم إبرامه مستقبلاً بين المتعاقدين.

إن هذا النوع من العقود قد ظهر في عقد البيع الإيجاري ومن ثم قد ظهر في عقود البيع التمويلي وأخيراً قد ظهر في عقود بيع المباني قيد الإنشاء، عندما يصدر الوعد من قبل البائع فإننا هنا نسميه وعد بالبيع وعندما يلتزم المشتري فإننا هنا نسميه وعد بالشراء في حال أن الموعد له قد أبدى رغبته بالبيع خلال المدة التي تم الإتفاق عليها فيما بينهم.

إن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يعتبر عقد وعد بالبيع ويعتبر هذا العقد هو عقد بيع مستقبلي في حال تم تحديد المسائل الجوهرية للعقد بالإضافة إلى تحديد المدة التي سوف يتم من خلالها إنجاز العقار بالإضافة إلى تحديد الثمن والدفعات وتاريخ إستحقاقها، كما أن المشتري يقوم بدفع القسط الأول ويبدأ إلتزامه بدفع هذه الأقساط منذ لحظة توقيع العقد التمهيدي (العقد الإبتدائي).

يعتبر هذا العقد عقد رضائي لا يستلزم لوجوده شكلية معينة إلا أن القانونين الأردني والمصري قد إشتراطاً شكلية معينة في هذا النوع من العقود، حيث أن القانون الأردني قد إتخذ شكلية معينة للوعد بالبيع العقاري لكن هذه الشكلية تكون مطلوبة في المناطق التي تمت عليها أعمال التسوية، والشقق في قانون تسوية المياة الأردني (الشهيب، 2007م، صفحة 39).

إن المشرع الأردني قد نظم عقد بيع المباني قيد الإنشاء في نص المادة 20 من قانون ملكية الطوابق والشقق على أساس أنه وعد بالبيع.

إن الوعد بالبيع العقاري إما قد يصدر من البائع أو قد يصدر من المشتري وهذا العقد ملزم للشخص الذي صدر منه ولكننا هنا امام وعد يتعلق ببيع عقار قيد الإنشاء ولكن هل يكون هذا الوعد صحيح من قبل طرف واحد أم لا؟

بالرجوع إلى قانون ملكية الطوابق والشقق لسنة 1986 وتعديلاته فإن المادة رقم 20 قد نصت على ما يلي:

"أ. على الرغم مما ورد في هذا القانون أو في أي تشريع آخر يكون الإتفاق الذي يتعهد فيه شخصان متعاقدان أو أكثر بإبرام عقد في المستقبل يبيع بموجبه أحدهما شقة للآخر أو طابقاً أو بناية لم يباشروا بإنشائها أو أنها كانت تحت الإنشاء عند الإتفاق على أرض تمت التسوية فيها إتفاقاً قانونياً ملزماً للمتعاقدين، وفي حالة توثيقه لدى مديرية تسجيل الأراضي المختصة ويجب أن يتضمن هذا الإتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفاً للعقار المراد بيعه والتمن المتفق عليه.

ب. لا يجوز إجراء أي معاملة تسجيل على تلك الأرض أو الشقة أو الطابق أو البناية موضوع الإتفاق إلا بموافقة المتعاقدين.

ج. بعد تنفيذ الإتفاق (عقد الوعد بالبيع) وفقاً للشروط المتفق عليها يتم نقل ملكية العقار موضوع الإتفاق بناءً على طلب من المتعاقدين بعد إستيفاء الرسوم القانونية المقررة.

د. يعود الفصل في أي نزاع يتعلق بالإختلاف حول شروط العقد أو تنفيذه للمحاكم النظامية.

ه. يستوفي رسم مقداره خمسة دنانير مهما كانت قيمة العقار عند توثيق الإتفاق لدى مديرية تسجيل

الأراضي المختصة¹.

يمكننا أن نلاحظ من نص المادة السابقة بأن وعد البيع العقاري هو وعد بالبيع ووعد بالشراء، فهو عقد ملزم للطرفين إلا أنه يختلف من حيث البيع والشراء في البيوع العادية.

بالرجوع إلى نص المادة 105 من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "أ. الإتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فيها. ب. وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد"².

يعرف عقد الوعد بالبيع العقاري على أنه: "عقد يلتزم بموجبه البائع ببيع الطابق أو البناية عقد الإنتهاء من من البناء للمشتري، بالمقابل فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن للبائع عند الإنتهاء من البناء أو على دفعات بنهاية كل مرحلة من مراحل البناء ويجب أن يتم فيه تحديد المبيع بدقة وتحديد المدة والثمن ويجب تسجيله." (الصريرة، 2013م، صفحة 40).

وبذلك يكون عقد الوعد بالبيع ملزم لكلا الطرفين للبائع والمشتري ولكن إلزاميته في تسجيله، كما أن عقد الوعد بالبيع لا يجوز في جميع الحالات فمثلاً لو كان البناء قائم هنا لا يصلح أن يكون عقد وعد بالبيع إنما عقد بيع، لذلك فإن عقد الوعد بالبيع يشترط فيه:

أولاً: أن يكون الطابق أو البناية مجرد رسمة على الخارطة.

ثانياً: تم البدء ببنائها ولكن لم تجهز بعد.

¹ المادة 20 من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم 25 لسنة 1968، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 2085، الصادر بتاريخ 1968/4/16.

² المادة 105 من القانون المدني الأردني.

حيث إن المشرع الأردني قد إعتد على أن محل البيع أي الطابق أو الشقة أو البناية شيء مستقبلي أي أنه لم يوجد بعد رغم أنه محتمل الوجود وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها (حقوق) رقم 2007/3503 (هيئة خماسية) الذي صدر بتاريخ 2008/8/10 والتي بينت فيه ما يلي:

"أ. إذا إشتري المدعي (مورث المطعون ضدهم) شقة من الشركة المذكورة وقام بدفع ثمن هذه الشقة ولكن لم يتم تسجيل البيع ضمن قيود وسجلات دائرة الأراضي ولم يسجل هذا العقد أيضاً فإن هذا يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وهذا وفقاً لنص المادة 186 والمادة 231 من القانون المدني وذلك برد المبلغ المدفوع من المدعي مورث المطعون ضدهم لهم وأن المدعي عليهم الطاعن نضال وبصفته شريك متضامن وملزم بدفع ديون الشركة مع باقي الشركاء فإنه ينتصب خصماً للمدعي وملزم بالتكافل والتضامن بدفع المبلغ المدعى به وهذا وفقاً لنص المادة 26 من قانون الشركات.

ب. يستفاد من نص المادة 105 من القانون المدني الأردني والمادة 20 من قانون ملكية الطوابق والشقق أن عقد الوعد بالبيع الذي يقع سواءً على الشقة أم على الطابق أو البناية في الأراضي التي تمت عليهم أعمال الأردن يجب أن يوثق لدى دائرة التسجيل المختصة وأن يتضمن العقد وصفاً للعقار المراد بيعه كما يجب أن يتم تحديد الثمن بالإضافة إلى تحديد مدة نفاذه، وأن تسجيل هذا العقد شرطاً شكلياً لصحة هذا العقد"¹.

كما بين المشرع الأردني في القانون المدني الأردني بأن التصرفات التي ترد على عقار لا تتعقد إلا إذا تم تسجيلها داخل دائرة تسجيل الأراضي (المجالي، 2018م، صفحة 23).

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2007/3503 الذي صدر بتاريخ 2008/8/10.

وهذا ما وضحته محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها التي وضحت فيه بأن بيع الأموال غير المنقولة بيعاً عادياً خارج دائرة تسجيل الأراضي يعد بيعاً باطلاً¹.

بالرجوع إلى المواد 128 و129 من قانون الملكية العقارية الأردني الصادر سنة 2019 وفقاً لآخر تعديل له، فإن نص المادة 128 ينص على أن: "1. يعد عقداً صحيحاً وملزماً لطرفيه الوعد ببناء عقار أو طابق أو شقة على عقار مسجل ومرخص بإنشائه على الخريطة ولم يشرع بإنشائه، أو أنه كان تحت الإنشاء ولم يصدر إذن بإشغاله من الجهة المختصة، إذا جرى تسجيل العقد لدى مديرية التسجيل. 2. يجب أن يكون عقد الوعد البيع متضمناً للشروط المتفق عليها بين طرفيه، وبخاصة الثمن، والمدة الواجبة لتنفيذه، وأصاف البناء أو الطابق أو الشقة الموعود ببيع أيأ منها ومواصفاته مع ربطه بخراطئ توضح تفصيلات كل من هذه الأوصاف والمواصفات"².

وبالرجوع إلى نص المادة 129 من قانون الملكية العقارية فإنها نصت على ما يلي: "1. يحظر إجراء أي معاملة تسجيل على عقار أو شقة أو طابق موعود ببيع أيأ منها دون موافقة طرفي عقد الوعد بالبيع. 2. تنتقل ملكية البناء أو الطابق أو الشقة الموعود ببيعها إلى الموعود له وتسجله بإسمه، بطلب خطي من المتعاقدين، وذلك بعد تنفيذ الشروط المدرجة في عقد الوعد بالبيع وإستيفاء رسوم التسجيل المقررة عنه. 3. تفصل المحكمة في أي خلاف بين المتعاقدين بشأن تنفيذ عقد الوعد بالبيع المسجل أو أي من شروطه بما في ذلك صدار قرار بتسجيل البناء أو الطابق بإسم الموعود له."

وبالرجوع إلى نص المادة 128 فيمكننا أن نلاحظ بأن المشرع الأردني قد أقر بالزامية وصحة عقد الوعد بالبيع الذي يقع على عقار مسجل ومرخص بإنشائه على الخارطة ولم يتم البدء بإنشائه بعد، أو أن هذا العقار كان تحت الإنشاء لكن لم يصدر حينها إذن بإشغاله من الجهة المختصة، ويعتبر هذا العقد ملزم لكلا طرفيه في حال تم تسجيله في مديرية التسجيل كما ويجب أن يتضمن هذا العقد الشروط

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 79/66، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1979، لسنة 1927، العدد 7-12، ص1029، تم الإشارة إليه في (الجبوري، 2002م، صفحة 127)

² أنظر المواد 128 و129 من قانون الملكية العقارية الأردني رقم 13 لسنة 2019، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5573، بتاريخ 2019/5/16 ص2792.

المتفق عليها بين الأطراف بالإضافة إلى تحديد الثمن والمدة التي يجب فيها إنهاء العقار بالإضافة إلى ضرورة إيضاح تفاصيل العقار أو الشقة وصفاً دقيقاً مرفقاً مع خرائط توضيحية توضح من خلالها تفاصيل البناء، ومن خلال نص المادة 129 فيمكننا أن نلاحظ بأن المشرع قد وضع نوعاً من الحماية للمشتري وذلك من خلال منع إجراء أي معاملة تسجيل على العقار أو الشقة أو الطابق إلا بموافقة الطرفين كما أن الفقرة الثانية من ذات المادة قد كفلت للمشتري حقه في تملك العقار بعد تنفيذ كافة الشروط المدرجة في عقد البيع بناءً على طلب من المتعاقدين بعد دفع رسوم التسجيل المقررة، أما الفقرة الثالثة فقد وضحت أنه في حال حصول نزاع بين طرفي العقد فإن المحكمة تكون هي الجهة المخولة في فض النزاع المتعلق إما بتنفيذ العقد أو أي إختلاف حول شروط العقد بما فيه إصدار قرار بتسجيل العقار أو الطابق أو الشقة بإسم الموعود له (سمحان، 2023م، صفحة 10).

إن المشرع الأردني قد إتجه نحو آلية الوعد بالبيع لحل مسألة بيع العقارات قيد الإنشاء، كما ويعد هذا العقد ملزماً في حال كانت تلك العقارات في مناطق تمت بها أعمال التسوية وعندما ينتهي البائع من أعمال البناء يجب عليه نقل ملكية العقار إلى المشتري وفي حل رفض ذلك يمكن للمشتري التوجه للمحكمة طالما أن العقد مسجلاً حسب الأصول وهذا ما جاء في نص المادة 129 الفقرة 3 الذي تم ذكرها سابقاً.

فيما يتعلق بـفلسطين بالرجوع إلى نص المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1968 فإنها نصت على ما يلي: "في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل"¹.

بالتالي فإن بيع شقة أو طابق أو بناية في مكان تمت عليه أعمال التسوية لا يعتبر صحيح إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل، بالتالي فإن المعمول به في فلسطين عند بيع شقة أو بناية أو طابق

¹ الفقرة 3 من المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1968.

على الخارطة في مكان تمت فيه أعمال التسوية يتم إنشاء عقد تحت مسمى (الوعد بالبيع) وعند الإنتهاء من أعمال البناء فإنه يتم تسجيلها من خلال دائرة تسجيل الأراضي، أما المناطق التي لم تتم فيها أعمال التسوية فإن العقد يكون عقد بيع وذلك لأنه لا يحتاج إلى التسجيل في دائرة الاراضي. (مرفس، 1998م، صفحة 139).

حيث وبالرجوع إلى قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 التي فصلت في تاريخ 2009/12/22 فإنها قد نصت على أن البيوعات التي تتم خارج دوائر تسجيل الأراضي المختصة تعتبر بيوعات باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام¹.

بالرجوع إلى قرار محكمة النقض الفلسطينية في النقض المدني رقم 2009/20 الصادر بتاريخ 2009/5/13 والمنشور على الصفحة 364 من مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية في القضايا الحقوقية للسنوات 2007/2008/2009 من إصدارات المكتب الفني الجزء الرابع لسنة 2011 فإنها قد نصت على ما يلي: أولاً: إن عقد بيع وشراء الأموال غير المنقولة لا يصح إلا إذا تم في دائرة تسجيل الأراضي، وكل عقد يتم خارج هذه الدائرة لا يكون لازم النفاذ، وإن كلا المتعاقدين يملك حق الرجوع عنه سواء كانت هذه العقارات مشمولة بأعمال التسوية أو غير مشمولة بها وذلك إستناداً للمادة من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة والمادة الرابعة من قانون إنتقال الأراضي لسنة 1920.

ثانياً: إن الوعد بالبيع في الأراضي غير المشمولة بأعمال التسوية ملزم بالنسبة للتعويض عن العطل والضرر فقط في حال الإخلال بمضمون التعهد، ويشترط لصحته أن ينفذ ويسجل في دائرة تسجيل

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 15 لسنة 2009 المفصولة بتاريخ 2009/12/22 المنشورة على موقع قانون: <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=9194>

الأراضي أو أن يقترن بالتصرف مدة التقادم المنصوص عليها بالمادة الثالثة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة لسنة 1958¹.

فيما يتعلق بالملكية المفروزة والملكية الغير مفروزة (الشائعة) فإنه يوجد للشقة المفروزة كوشانين الكوشان الأول يوضح فيه مواصفات الشقة بالتفصيل من ناحية مكانها وإتجاه الشقة ومساحتها وكافة التفاصيل الضرورية المتعلقة بها أما الكوشان الثاني فيكون متعلق بالأجزاء المشتركة التي وضحاها قانون رقم 1 لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات المنشور في العدد الحادي عشر من الوقائع الفلسطينية في نص المادة 1 التي نصت على أن الأجزاء المشتركة تشمل الأرض، هيكل البناء، وأجزائه وملحقاته غير المعدة للإستعمال الخاص بأحد الملاك، على وجه خاص:

أ. الأرض المقام عليها البناء والأفنية والممرات الخارجية والحدائق ومواقف السيارات.

ب. أساسيات البناء والأسقف والأعمدة المعدة لحملها، والجدران الرئيسية.

ج. الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء.

د. المداخل والممرات الداخلية والسلالم والمصاعد

هـ. الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة

و. كل أنواع الأنابيب والأجهزة وإلا ما كان منها داخل الأجزاء المفروزة وتقتصر منفعتة على مالك هذا الجزء.

ز. كل ما سبق ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه².

بالتالي فإن من يملك عقار مفروز يكون لديه كوشان يتعلق بهذه الأجزاء المشتركة ويكون مالكا لحصة شائعة في الأجزاء المشتركة كالأرض مثلاً ما لم يثبت خلاف ذلك وهذا إستناداً إلى نص المادة 1/2 من قانون تملك الطبقات والشقق والمحلات، كما تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم 2009/20 المفصولة بتاريخ 2009/5/13 المنشورة على موقع قانون: <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=14558>

² المادة 1 من قانون رقم 1 لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات المنشور في العدد الحادي عشر من مجلة الوقائع الفلسطينية الصادر بتاريخ 1996/1/6.

الجزء الذي يملكه مفرزاً وقت إبرام عقد الملكية وبناءً عليه يحدد نصيبه في تكاليف الأجزاء المشتركة، كما أن هذه الأجزاء المشتركة لا يمكن قسمتها ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزاً والتصرف في الجزء المفرز بأي شكل يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة.

وبالرجوع إلى نص المادة 7 من ذات القانون فإنها نصت على أن: "لكل مالك في سبيل الإنتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزاً أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك". أما فيما يتعلق بمصر فنلاحظ أن موقف المشرع المصري لا يختلف عن موقف المشرع الأردني حيث أن المشرع المصري أيضاً لم يضع تنظيم قانوني لمسألة عقد بيع المباني قيد الإنشاء كما أنه لم يقرر أحكام خاصة بالعقد التمهيدي فإن هذا العقد سواء في مصر أم في الأردن يعتبر عقد غير مسمى، ولكن من الناحية العملية يمكننا أن نلاحظ أن هذا العقد يعتبر عقد نهائي ينقصه فقط أن يتم تسجيله من خلال دائرة الشهر العقاري المصرية، فهو لا يعتبر عقد وعد بالبيع إنما هو عقد له طبيعته الخاصة يقوم المشتري بحجز شقة أو طابق أو عدد من الوحدات (العلي، إ.، 2021م، صفحة 1223).

وإن هذا العقد يجب أن يكون مشتملاً على كافة التفاصيل من حيث الثمن وآلية الدفع وتواريخ الدفعات وتاريخ التسليم وتاريخ التسجيل في الشهر العقاري، بالتالي فإنه يمكننا أن نلاحظ أن هذا العقد رضائي ونهائي ومستوفي لكافة الشروط (زهرة، 1989م، صفحة 54).

السؤال هنا هل يعتبر التسجيل ركناً من أركان عقد البيع؟ أم يعتبر إجراء ليتم إستكمال آثار الحق، على وجه الخصوص لإنتقال الملكية؟

بالرجوع إلى قانون التسجيل رقم 1923/18 بالإضافة إلى قانون تنظيم الشهر العقاري 1946/114 فإننا نلاحظ أن كلا القانونين قد نصا على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار، وإن عدم التسجيل يترتب

عليه أن الحقوق العينية الأصلية العقارية لا تنتقل ولا تنشأ ولا تتغير ولا تزول بين أصحاب الشأن ولا بين غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة تأثير سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

فهنا قد ثار التساؤل الآتي: هل يعتبر التسجيل ركناً في العقد أم يعتبر إجراء تنفيذي للإلتزام بنقل ملكية العقار المبيع؟ أي هل عقد البيع ما زال عقداً رضائياً أم أصبح عقداً شكلياً طالما أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فإنه لا يبلغ تمامه إلا بإستيفاء هذا الإجراء.

قد إجمع كلاً من الفقه والقضاء على أن البيع يعتبر من عقود التراضي وينتج عنه جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع ما عدا إلتزام واحد ألا وهو نقل الملكية وأن قانون التسجيل لم يؤثر على طبيعته كما أنه لم يجعل من التسجيل ركناً في العقد بل إجراءً تنفيذياً للإلتزام بنقل ملكية العقار المبيع.

بالتالي فإن المشرع المصري قد أجاز العقد الإبتدائي (العقد التمهيدي) على العكس من المشرع الأردني الذي إعتبر أن الشكلية ركن جوهري لإبرام العقد، ولا يعتبر شرطاً لإثباته.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/943 من القانون المدني المصري فإننا نلاحظ أنها قد نصت على ما يلي: "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري".

ونصت المادة 2/943 من ذات القانون على ما يلي: "وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر"¹.

بالتالي فإن المشرع المصري لم يبطل العقد التمهيدي ولكنه قد علق إنتقال ملكية العقار المبيع بين الطرفين أو بالنسبة للغير وأوقفها على التسجيل (العلي إ.، 2021م، صفحة 1225).

¹ الفقرة الأولى والثانية من نص المادة 943 من القانون المدني المصري.

وبالرجوع إلى نص المادة 204 من ذات القانون إنها قد نصت على ما يلي: "الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، على أن لا يخل ذلك بقواعد التسجيل".

بالتالي فإن المشرع المصري أخذ برضائية العقود كما أن القضاء قد إستقر على أن عقد البيع العقاري لا يزال رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول وتترتب آثاره عدا نقل الملكية وهذا النقل يتراخى إلى حين إجراء التسجيل (عبد الباقي، د.ت، صفحة 137).

كما أن الفقه المصري يرى أن التسجيل لا يعتبر ركناً في عقد البيع العقاري وأن هذا العقد ينعقد صحيحاً بالرغم من عدم تسجيله ويترتب عليه آثار قانونية صحيحة ولكن يستثنى منه نقل الملكية وذلك إلى حين إستكمال البناء وتسجيله في الشهر العقاري كما يترتب على هذا العقد آثار لكلا الطرفين البائع والمشتري.

فيما يتعلق بآثار العقد التمهيدي وكيف يمكن للعقد التمهيدي أن يشكل حماية للمشتري فيمكننا أن نوضح ذلك من خلال إلتزامات البائع فيجب على البائع أن يقوم بحجز الشقة أو الوحدة السكنية أو العقار الذي يريد شراؤه.

إذا تم إبرام العقد قبل المباشرة بأعمال البناء فهنا يكون إلتزام البائع بعدم البيع لغير المحجوز له، أما في حال أن العقد قد تم إبرامه بعد المباشرة بأعمال البناء فإنه هنا يكون بمثابة وعد بالبيع (عمر ، 2011م، صفحة 137)، ويكون بمثابة عقد نهائي بالرغم أنه غير مسجل فيترتب عليه مجموعة من الإلتزامات فيجب على البائع أن لا يقوم بتغيير المبيع سواءً على المخططات أو عند التنفيذ على أرض الواقع فيجب عليه أن يقوم بتسليم العقار أو المبيع وفقاً لما تم الإلتفاق عليه في العقد، حيث أن البائع يكون قد ضمن للمشتري بموجب عقد البيع أن يقوم بنقل ملكية العقار له وفقاً للمتفق عليه.

وفي حال أن البائع قد قام بتغيير ما هو موجود في المخطط مثلاً قام بإتقاص مساحة البناء فهذا يجب على البائع أن يقوم بتعويض المشتري عن هذا الضرر الذي لحق به، وفي حال أن البائع قد قام بزيادة مساحة العقار أو وضع غراس فهذا يعتبر البائع كأنه بانياً أو غراساً في ملك الغير وهذا يوجب عليه حكمه (عبد الباقي، د.ت، صفحة 139).

ويجب على البائع أن يقوم بتسليم المبيع ولا يمكن للبائع الإمتناع عن تسليم المبيع بحجة عدم تسجيله في دائرة الشهر العقاري وذلك لأن ما يترتب على عدم التسجيل هو عدم إنتقال ملكية المبيع للمشتري، أما تسليم المبيع فهو واجب على البائع كما يعتبر حق للمشتري وذلك فور تمام عقد البيع إلا في حال أنه تم الإتفاق على موعد محدد لكي يتم التسليم فيه (مقلاتي، 2017م، صفحة 344).

بالتالي فإن البائع يوجد عليه مجموعة من الضمانات مثل ضمان التعرض، ضمان الإستحقاق بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية وضمن العيوب الظاهرة وهنا البائع يكون ملزم بالضمن بالرغم من عدم التسجيل، بما أن عقد البيع الإبتدائي بمثابة عقد بيع نهائي ومتوقف فقط على أن يتم تسجيله ونقل الملكيته.

التساؤل هنا يكمن بأن المشرع الأردني لم يأخذ بالعقد التمهيدي أو العقد الإبتدائي ولم يضع له أحكام خاصة بالرغم من تواجده على الساحة العقارية فهذا نوجد الإشارة إلى أن الباحثة قد وضحت موقف المشرع الأردني فيما يتعلق بالعقد التمهيدي فمنهم من إعتبره عقد وعد بالبيع وفي حال النكول فإنه يتوجب عليه التعويض وهذا بناءً على نص المادة 1149 من القانون المدني الأردني والرأي الثاني الذي إعتبر العقد التمهيدي عقداً باطلاً وهذا إستناداً إلى نص المادة 105 من القانون المدني الأردني.

أما في الواقع العملي فإنه يعامل على أساس أنه وعد بالبيع وإن هذا العقد لا يتم تسجيله بالرغم من أن هذا العقد يعتبر عقداً رضائياً.

السؤال هنا يكمن في حال أن البائع قد قام بإبرام أكثر من عقد تمهيدي (إبتدائي) على ذات الشقة أو الطابق أو العقار وأصبح هنالك أكثر من مشتري فما هو الحل؟

بالنسبة للأردن وفلسطين أيضاً فإن المشرع قد إشتراط أن يتم التسجيل لكي تنتقل الملكية فيمكن للشخص الذي يريد شراء العقار أن يتوجه للدائرة المختصة لكي يعلم من هو مالك العقار ورقم الحوض ورقم القطعة والمساحة، كما يمكنه أن يعلم إذا كان هذا العقار عليه رهن أم لا وهذه المعلومات يمكنه معرفتها من خلال موظف مختص (العلي إ.، 2021م، صفحة 1213).

أما فيما يتعلق بمصر فإن المشرع المصري قد إعتبر أن العقد التمهيدي هو عقد صحيح ومنتج لآثاره ولكنه يعتبر متراخي التسجيل، بما أن هذا العقد يعتبر عقد نهائي متراخي التسجيل، فما هو الحكم في حال أن البائع قد قام ببيع الشقة أو الطابق أو العقار لأكثر من مشتري؟

المشرع المصري قد عالج مسألة تراحم المشتريين في العقارات وميز بين العقارات التي تكون معدة للسكن والعقارات التي لا تكون معدة للسكن.

فمثلاً العقارات التي لا تكون معدة للسكن تكون بالأسبقية للشخص الذي لديه عقد إبتدائي ومن ذات البائع، بحيث يكون الحكم في الموضوع هو الأسبقية في التسجيل أما في العقارات المعدة للسكن هنا لا يؤخذ بالأسبقية في التسجيل في حال أنه إقترن بغش أو تواطؤ بحيث يمكن لصاحب العقد التمهيدي أن يحتج على صاحب العقد المسجل الذي حصل على ملكية العقار بسوء نية البائع وتواطؤ لكي يحرم المشتري الأول من المسكن وهذا إستناداً إلى المبدأ الفقهي الغش يفسد كل شيء، بمعنى أنه في حال قام البائع ببيع العقار للمشتري الثاني على خلاف مقتضى عقد المشتري الأول فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً باطلاً من الناحية المدنية كما أنه يعرض البائع للمسائلة الجزائية بتهمة النصب.

أما فيما يتعلق بالمشروع الفرنسي فإنه إستلزم تسجيل العقد خلال 10 أيام من إبرام العقد وإلا فإن هذا العقد يعتبر عقداً باطلاً وهذا إستناداً إلى قانون البناء والسكن الفرنسي فهنا أوجب البائع على تسليم نسخة من العقد للمشتري وتبصيره بمحل العقد وإعلامه بكافة المعلومات التفصيلية والدقيقة المتعلقة بالعقار.

وبالرجوع إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1993/11/17 فإنها قد ربطت بموجب هذا القرار الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات بوجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقد، حيث أنها قد نصت على ما يلي: "إمتناع متعهد بيع الشقق عن إعلام المشتري بالأخطاء التي وقع بها المهندس إنما يشكل خرقاً لإلتزام الإعلام ولمبدأ تنفيذ العقود وفقاً لمبدأ حسن النية، مما يرتب المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالمشتري ومنها تفويت الفرصة عليه لشراء شقة أخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع إمكانياته المالية ومنها إستفادته من التسهيلات الضريبية المقررة في حينه" (عمر ، 2011م، صفحة 140).

بالتالي فإن العقد التمهيدي يشكل حماية للمشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، كما أن المشتري يوجد عليه مجموعة من الإلتزامات في مرحلة العقد التمهيدي حيث حصرها المشرع الأردني بالآتي: الإلتزام بمراعاة حسن النية فيجب عليه أن يقوم بأداء الأقساط للبائع في المواعيد المتفق عليها ولا يجوز للمشتري أن يتراجع عن الشراء في حين أن البائع قد فوت فرص بيع أخرى الأمر الذي قد يسبب له إرباك مالي وضرر وفي ذات الوقت يكون على البائع إلتزامات مالية لكي يقوم بإستكمال البناء حيث أن البائع حتماً سوف يقوم بسداد هذه الإلتزامات من أقساط المشتريين التي تم الإتفاق عليها في أوقات محددة، كما يجب على المشتري دفع عربون للبائع إما أن يقوم البائع بحسابه من الثمن الأصلي، أو يحتفظ فيه في حال عدول المشتري عن شراء العقار، كما يجب على المشتري قبل إبرام العقد التمهيدي التحري عن العقار هل هو مرهون أم لا (مقلاتي، 2017م، صفحة 354).

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فإنه إشتراط ذات الإلتزامات التي نص عليها المشرع الأردني بالإضافة إلى أنه يجب على المشتري أن يسعى لكي لإتمام عقد البيع وتسجيله في الشهر العقاري بالإضافة إلى دفع رسوم التسجيل التي حددها القانون.

إن العقد التمهيدي يعتبر من أهم الضمانات في عقد بيع المباني قيد الإنشاء التي تكون في المرحلة السابقة على التعاقد، كما وتعتبر هذه المرحلة هي أخطر مرحلة وأهم مرحلة أيضاً يمر بها عقد بيع المباني قيد الإنشاء في النطاق الخاص، حيث يجب أن يتضمن العقد على أهم الإلتزامات والحقوق لكلا الطرفين، ولما قد ينشأ عن ذلك من مشاكل قانونية سواء أكان متعلقاً بإخلاله بالإلتزامات المحددة سابقاً أو بنطاق ونوع المسؤولية التي قد تقع على عاتق الشخص المسؤول الذي بسببه لم ينعقد العقد (عمر ، 2011م، صفحة 25).

المطلب الثاني: إلتزامات البائع أثناء تنفيذ البناء

الفرع الأول: إلتزام البائع بالبناء

قد ورد إلتزام البائع بالبناء في تعريف عقد بيع المباني قيد الإنشاء بشكل صريح ويعتبر هو المعيار الأساسي في تطبيق النظام القانوني الخاص بهذا العقد، حيث أن هذا العقد يجب أن يتم إبرامه إما خلال بناء العقار أو قبل البدء بإنشاؤه، وذلك لكي يستفيد المشتري من الحماية التي منحه إياها المشرع الفرنسي (الحياري، 2009م، صفحة 10).

يقع على عاتق البائع في مرحلة تنفيذ البناء أن يقوم بجميع الأعمال من بناء وتجهيزات ضرورية للبناء ليكون معداً للغرض المخصص من أجله.

وإن ما يميز هذا العقد عن غيره هو أن هذا العقد يعقد قبل بناء العقار فإذا كان بعد الإلتهاء من بناء العقار فنكون أمام عقد بيع عادي ويخضع للقواعد العامة للبيع.

يعتبر هذا الإلتزام هو الإلتزام الأول الذي يقع على عاتق بائع في مرحلة تنفيذ البناء فيجب أن يلتزم بالموصفات التي تم تحديدها في العقد بالإضافة إلى المدة الزمنية التي تم الإتفاق عليها ويكون هذا الإلتزام قائم إلى حين الإنتهاء من إنشاء العقار.

لكي نقوم بتوضيح حماية المشتري بموجب هذا الإلتزام فلا بد من أن نوضح الآتي:

أولاً: إلتزام البائع بإنشاء البناء خلال المدة المتفق عليها في العقد

من ناحية مدة تنفيذ العقار فهنا يجب على البائع أن يقوم بالإنتهاء من بناء العقار خلال المدة المتفق عليها في العقد، فإن الإلتزام هنا يكون إلتزام بتحقيق نتيجة ويكون البائع هو الشخص المسؤول أمام المشتري عن عدم الإنتهاء من إنشاء العقار بغض النظر عن السبب الذي يكمن وراء عدم تنفيذه ولا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا في حال أنه أثبت أن عدم التنفيذ يعود لسبب وجود قوة قاهرة (المجالي، 2018م، صفحة 108)، فلا يكفي أن يقيم دليل أنه بذل عناية الشخص العادي لتمام العقار في الوقت المحدد بل يجب أن يثبت أن عدم تحقيق النتيجة يرجع إلى سبب أجنبي.

فمثلاً إذا كان عدم قدرة البائع على الوفاء بالإلتزامه راجعاً إلى ما تعرض له من صعوبات عملية كعدم حصوله على ملكية الأرض التي سوف يقام عليها العقار أو أن ملكيتها قد أستحقت للغير، أو بسبب عدم تمكنه من الحصول على رخصة للبناء فإن جميع هذه الأسباب لا تعتبر سبب أجنبي ولا يعفى البائع من مسؤوليته، فبالرجوع إلى قرار محكمة التمييز في إمارة دبي في الطعن رقم 2009/268 مدني فإننا نجد أن المحكمة قد نصت علي ما يلي: "... أنه يجب على المطور العقاري أو الفرعي قبل أن يتم طرح وحدات المشروع للبيع أن يحصل على التراخيص اللازمة لإقامة المشروع من الجهات المختصة وبالتالي ينبغي أن يكون في حسابه موافقة أو عدم موافقة تلك الجهات ومنحها التراخيص اللازمة قبل البدء بالمشروع.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسباب رده على دفاع الطاعنة بعدم إلتزامها بالتعويض لقيام قوة القاهرة أفضت إلى عدم تنفيذها لإلتزامها، أورد قوله إن ما تتعاه المستأنفة على الحكم المستأنف وتدفع به بوجود قوة القاهرة أدت إلى تأخير تسليم الفيلا وحيث أن الخبير المنتدب قد بين من خلال تقريره أن فشل تسليم المستأنفة للمشروع (الفيلا) بتاريخ 30-6-2008 وحتى تاريخ الدعوى بسبب عدم حصولها على موافقه نهائية على المخططات والرسومات الهندسية المقدمة لبلدية دبي لتنفيذ كامل المشروع، وإن ما أوردته المستأنفة وما أوردته الخبير أيضاً بهذا الشأن لا يعتبر ظرفاً قاهرة بالمعنى القانوني إذ أن حصول المستأنفة على الترخيص بالبناء من عدمه من الأمور المتوقعة من الشخص العادي وقبل طرح البناء للبيع وعقد إتفاقيات البيع فكيف من الشركة المستأنفة وهي المتخصصة بهذا النشاط، لذا فإن هذا الأمر ليس مفاجئاً لها أو غير متوقع منها مما تتنفي معه صفة القوة القاهرة، وهي أسباب سائغة ومستمدة مما له أصل ثابت في الأوراق وكافية لحمل قضاء الحكم في خصوص رفضه دفاع الطاعنة بقيام قوة القاهرة تبيح لها التحلل من إلتزامها دون تعويض المطعون ضدهما المتعاقدين معها ومن ثم يكون النعي بما سلف قائماً على غير أساس...¹.

أما فيما يتعلق بالأردن فإن المشرع الأردني قد نص في المادة 1/20 من قانون ملكية الطوابق والشقق وتعديلاته أن يتم تحديد مدة الإنتهاء من بناء العقار فقد نصت على: "على الرغم مما ورد في هذا القانون أو أي تشريع آخر يكون الإتفاق الذي يتعهد فيه شخصان متعاقدان أو أكثر لإبرام عقد في المستقبل يبيع بموجبه أحدهما للآخر شقة أو طابقاً أو بناية لم يباشر بإنشائها أو كانت تحت الإنشاء عند الإتفاق على أرض تمت التسوية فيها إتفاقاً قانونياً وملزماً للمتعاقدين، في حالة توثيقه لدى مديرية تسجيل الأراضي المختصة ويجب أن يتضمن هذا الإتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفاً للعقار المراد بيعه والتمن المتفق عليه.

¹ قرار محكمة التمييز دبي رقم 2009/268 الصادر بتاريخ 15/11/2009 المنشور على الموقع -UAE http://data.uaelawsonline.com/DXB_CC/%D8%B3%D9%86%D8%A9%202009/UAE-DXB-CC_2009-11-15_00268_Taan.html

وبالرجوع أيضاً إلى نص المادة 128 من قانون الملكية العقارية الأردني فقد نصت على ما يلي: "أ- يعد عقداً صحيحاً وملزماً لطرفيه الوعد ببيع بناء أو طابق أو شقة على عقار مسجل، مرخص بإنشائه على الخريطة ولم يشرع بإنشائه أو كان تحت الإنشاء ولم يصدر إذن بإشغاله من الجهة المختصة، إذا جرى تسجيل العقد لدى مديرية التسجيل.

أ. يجب أن يتضمن عقد الوعد بالبيع الشروط المتفق عليها بين طرفيه، وبخاصة الثمن والمدة واجبة التنفيذ وأوصاف البناء أو الطابق أو الشقة الموعود ببيع أي منها ومواصفاته مع ربطه بخرائط توضح تفصيلات كل من هذه الأوصاف والمواصفات.⁽¹⁾

بناءً على نصوص المواد السابقة يمكننا أن نلاحظ أن عدم تحديد المدة يؤدي إلى بطلان عقد بيع المباني قيد الإنشاء باعتبار أن تحديد المدة في العقد هو من العناصر الأساسية والجوهرية التي ينصب عليها التراضي في هذا العقد، ولكن هنالك جانب من الفقه يرى أن عند تحديد المدة في العقد جاء لكي يحمي المشتري وفي حال أنه لم يتم تحديد مدة في العقد فإنه لا يعتبر باطل (الصرايرة، 2013م، صفحة 23)، فعلى البائع إنجاز البناء خلال مدة معقولة يراعى فيها طبيعة أعمال البناء وقدرات المطور العقاري (الحشيمي، 2014م، صفحة 120).

في حال أن البائع لم يتم بإنشاء العقار خلال المدة المحددة في العقد فيمكنه أن يطالبه بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً فبالرجوع إلى نص المادة 355 من القانون المدني الأردني فإنها قد نصت على ما يلي: "أ. يجبر المدين بعد إذاره على تنفيذ ما يلتزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ب. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على إقتضاء عوض مالي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً."

¹ أنظر نص المادة 128 من قانون الملكية العقارية الأردني.

كما يستطيع المشتري في حال إمتناع البائع من تنفيذ العقد، أن يقوم بتنفيذ العقد على حساب البائع وذلك بشرط أن يحصل على إذن من المحكمة.

ويمكن للمشتري وفقاً للقواعد العامة أن يطالب بفسخ العقد وإعادة ما قد دفعه للبائع ويكون للقاضي سلطة تقديرية بإجابة طلبه، فإما أن يمنح القاضي للبائع مدة لكي يقوم بتنفيذ إلتزامه إذا إقتضت الظروف ذلك، وفي حال لم يقم البائع بتنفيذ إلتزامه يحكم القاضي بفسخ العقد، ويمكن للقاضي أن يرفض فسخ العقد في حال أن ما لم يقم البائع بتنفيذه هو شيء بسيط الأهمية لإجمالي ما قد قام به، وفي كلا الحالتين سواء أن المشتري قد طالب بالتنفيذ العيني أو قد طالب بفسخ العقد فيكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ البائع للإلتزام الذي يقع على عاتقه أو بسبب تأخيرها، كما ويحق للبائع الإمتناع عن دفع المبالغ المستحقة.

بالتالي وبناءً على ما سبق فإنه يمكننا أن نلاحظ أن عنصر المدة يعتبر عنصراً مهماً ويجب على البائع أن يقوم بالإلتزام بالمدة الواردة في العقد وهناك مجموعة من الأمور التي يجب أن يتم مراعاتها عند تحديد المدة:

1. إن الحماية تتحقق للمشتري من خلال تحديد المدة التي تلزم للإنتهاء من إنشاء العقار، فتتوفر الحماية له من خلال عدم السماح للبائع بالمماطلة أو التأخير دون وجود عذر لذلك، حيث أن مسؤولية البائع عن تأخيرها تحدد وفقاً للمدة المحددة في العقد (أبو دان، 2022م، صفحة 55).
2. يتم حساب التعويض للمشتري وفرض الغرامات بسبب التأخير في إنجاز العقار خلال المدة المحددة فور إنتهاء المدة المحددة للإنتهاء من إنشاء العقار.
3. يكون تحديد المدة التي تلزم لتمام إنجاز العقار مرتبطة إرتباط تام بمسألة إلتزام المشتري بدفع الثمن، حيث أن المشتري يقوم بدفع الثمن على شكل أقساط وذلك حسب مراحل التقدم في العمل، كما وتحدد آجال الدفع بناءً تحديد مدة الإنجاز في العقد، وبناءً على ذلك فإنه في حال عدم تحديد المدة في العقد فإنه يصعب تحديد تاريخ إستحقاق الأقساط (أعمر، 2019م، صفحة 141).

4. إن تحديد المدة اللازمة لتمام إنجاز العقار تكون مرتبطة بتحديد مدة الإلتزام بالتسليم، حيث أن آجال إتمام العقار تنتهي قبل إنتهاء مدة الإلتزام بالتسليم، بحيث لا يمكن تنفيذ الإلتزام الأخير المتمثل بتسليم العقار قبل تنفيذ الإلتزام الأول فمثلاً لا يستطيع البائع تسليم العقار غير منجز إلا أنه ينتهي من إنجاز العقار ولكن يتعاقس في تسليمه.

من خلال ما تم توضيحه يمكننا أن نلاحظ أن المشرع الأردني لم ينص بشكل واضح وصريح على إلتزام البائع في بناء العقار بالرغم من أن هذا الإلتزام يعتبر إلتزاماً أساسياً في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، فهذا العقد لا يعتبر عقد بيع مباني قيد الإنشاء إلا في حال أنه لم يتم إنشاؤه بعد أو أنه قيد الإنشاء وقام البائع بإنشاء العقار وفقاً للمواصفات التي تم تحديدها في العقد وخلال المدة المحددة فنلاحظ أن المشرع الأردني في نص المادة 128 من قانون الملكية العقارية الأردني فقد إكتفى المشرع بالتأكيد على تحديد أوصاف العقار المراد إنشاؤه دون التطرق إلى إلتزام البائع بنشيد العقار.

أما في مصر فإنه لا يوجد تنظيم لهذه المسألة وبناءً عليه فإنه يتم تطبيق القواعد العامة التي تقضي بضرورة تحديد المتعاقدين للمدة التي يتم من خلالها إنجاز العمل.

أما في فرنسا فقد تم تناول عنصر المدة في الإلتزام بإنشاء البناء في نص المادة 1/1601 من القانون المدني الفرنسي (المجالي، 2018م، صفحة 54).

أما فيما يتعلق بالجزاء المترتبة على إخلال البائع في إنجاز العقار فإن المشرع الأردني لم ينص في قانون الملكية العقارية على الجزاء المترتب على إخلال البائع في إلتزامه في بناء العقار وقد ترك الأمر للقواعد العامة.

أما بالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة فيمكننا أن نجد أنها حددت جزاءات على عدم إلتزام البائع بالمدة المحددة في العقد فبالرجوع إلى القانون المغربي على سبيل المثال فإنه قد ألزم البائع بدفع 1%

عن كل شهر تأخير عن المدة المحددة في العقد ولا يزيد مقدار التعويض عن 10% في السنة كما أن هذا التعويض لا يكون مستحقاً إلا بعد مرور شهر على تبليغ البائع بالإخطار الذي وجهه له المشتري وهذا إستناداً إلى نص الفصل 12-618 من القانون المغربي رقم 107.12، أما فيما يتعلق بالقانون الإماراتي فبالرجوع إلى نص المادة 5/20 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي فيكون للمشتري إمكانية للجوء إلى المحكمة المختصة بطلب لكي يقوم بفسخ العلاقة التعاقدية فيما بين المشتري والبائع في حال أن هناك حالة تستوجب الفسخ وفقاً للقواعد العامة، ويعتبر عدم إنجاز البائع للعقار خلال المدة المحددة في العقد يعتبر أحد أسباب الفسخ¹.

ثانياً: الإلتزام بتكملة البناء

إن هذا النوع من العقود يوجد فيه نوع من المخاطرة لأن هذا العقار غير موجود على أرض الواقع أو أنه ما زال قيد الإنشاء لم يكتمل بعد، حيث أن العقد يتم إبرامه بموجب التصاميم والخرائط فلا بد من حماية المشتري من مسألة عدم تمكن البائع من إمكانية إكمال العقار وذلك بسبب إفلاس البائع بالتالي لا بد أن يقوم البائع بوضع تأمينات أو ضمانات لكي يضمن نجاح المشروع وذلك لكي يكفل للمشتري حماية من عدم إستكمال العقار بعد أن قام المشتري بدفع جزء من الثمن.

فبالرجوع إلى المشرع الفرنسي فنجد أنه قد وضع مجموعة من الضمانات التي تكون لصالح المشتري، وأيضاً وضع ضمانات لحماية البائع فعلى سبيل المثال من ضمن الضمانات التي تكون للبائع هو أنه يمكن للبنك أن يقوم بدفع المبلغ بشكل نقدي أو أن يقوم البنك بتحويل لحسابه المبالغ اللازمة للبناء، ومن ضمن الضمانات التي قد منحها المشرع الفرنسي للمشتري هي:

1. وجود كفيل يتعهد للمشتري بالتضامن مع البائع بتقديم المبالغ الضرورية للبناء.
2. إن القانون الفرنسي قد إعتبر أن يد البائع على المبالغ التي قام المشتري بدفعها في حكم يد الأمانة وفي حال أن البائع لم يحافظ على هذا المال فإنه يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة على العكس

¹ الفقرة الخامسة من المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

من القواعد العامة التي تعتبر أن عقد البيع لا يعتبر من عقود الأمانة (صباح، 1999م، صفحة 118).

أما بالرجوع إلى القانون الأردني فنجد أن المشرع الأردني لم ينص في القوانين الخاصة على أية ضمانات للمشتري كالضمانات التي منحها المشرع الفرنسي بل إن المشرع الأردني قد إكتفى فقط بالضمانات الواردة في القواعد العامة مثل دعوى الفسخ وحق الحبس.

ترى الباحثة أنه كان على المشرع أن ينص على ضمانات خاصة في عقد بيع المباني قيد الإنشاء لكي تضمن للمشتري إكمال العقار أو إمكانية إسترداد الثمن الذي قام بأدائه للبائع في حال عدم إكمال العقار وهذه الضمانات تغني المشتري من اللجوء للمحاكم وما قد ينشأ عنها دفع نفقات للدعوى بالإضافة إلى طول مدة إجراءات التقاضي.

يجب على البائع أثناء بناء العقار أن يضمن حسن الإنجاز فيجب عليه أن يراعي شروط السلامة العامة كما هو متعارف عليه في المهنة ويكون هنا التزامه بالتزام بتحقيق نتيجة، ويجب أن يقوم المكتب الهندسي (الإشراف) بمراقبة تنفيذ الأعمال والتأكد من حسن سيرها.

كما يجب على البائع أن يتلزم بإستلام الثمن من المشتري بالرغم من أنه في بعض الأوقات يكون من مصلحة البائع عدم إستلام الثمن والمماطلة بالحصول عليه، لكي يقوم بتحضير دفاعاً وجاهياً لمواجهة المشتري في إلزامه بإتمام العقار، ويبرئ ذمته من الإلتزام الذي يقع على عاتقه.

بالرجوع إلى قانون رقم 3 لسنة 2015 بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي، بالإضافة إلى قانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي بإمارة دبي بربط الأقساط والدفعات التي يجب على المشتري أن يقوم بأدائها للبائع بالتقدم في بناء العقار فبناءً عليه يمكن للمشتري

اللجوء للمحكمة المختصة لفسخ العقد في حال إمتناعه عن ربط الدفعات بمراحل الإنجاز التي إقترحها
البائع¹.

فبالرجوع إلى الطعن رقم 2010/1104 مدني الصادر عن محكمة أبو ظبي بتاريخ 2011/2/15 فقد
جاء بقرارها ما يلي: " إن المطعون ضده قد أقام دعوى قضائية رقم 2010/985 على أساس أنه قد قام
بإبرام إتفاقية حجز شقة رقم 3 بالطابق 34، وذلك بتاريخ 2008/5/16 وذلك مقابل ثمن 2.427.186
درهماً قد دفع منهم مبلغ 121.359 درهماً إلا أنه بعد مرور عامين لم تقم الجهة الطاعنة بتسليم العقار،
فبالتالي وبناءً على نصوص المواد التالية 203، 568، 569 من قانون المعاملات المدنية تم الحكم
ببطلان الإتفاقية وإعادة مقدم الثمن مع الفوائد القانونية، كما ان المحكمة قد أشارت إلى موضوع عدم
حصول الشركة الطاعنة على التراخيص اللازمة لبدء المشروع بالإضافة إلى عدم البدء في تنفيذه، فهنا
يكون المطعون ضده قد توقف عن دفع الأقساط وإستخدم حقه في الدفع لعدم التنفيذ بناءً على النصوص
التي تم ذكرها (الزحمي، 2023م، صفحة 200).

الفرع الثالث: حماية المشتري في مرحلة ما بعد البناء

إلتزام البائع بإنشاء البناء وفقاً للمواصفات المحددة في العقد بما أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء لا يقوم
إلا على أساس أن العقار غير موجود وقت التعاقد أو أن العقار غير مكتمل بالتالي يجب أن يتم تعيين
العقار تعييناً نافياً للجهالة من خلال تعيين العقار تعييناً دقيقاً لكافة المواصفات حيث يجب أن يحدد أين
تقع الشقة ومساحتها بالإضافة إلى عدد الغرف والنوافذ والمواد المستخدمة في عملية البناء وغيرها من
التفاصيل الأخرى.

فالتسليم في عقد بيع العقار على الخارطة، لا يكون فقط بوضع العقار المبيع تحت تصرف المشتري
خلال المدة المتفق عليها لكي نقول أن البائع قد أوفى بالتزاماته بالتسليم بل يجب عليه حتى تبرأ ذمته

¹ أنظر للفقرة الثانية من المادة 20 لقرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010م بإعتماد اللاحة التنفيذية لقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المدني في إمارة دبي.

من هذا الإلتزام أن يقوم بتسليم العقار وفقاً للمواصفات التي تم تحديدها في العقد حتى تبرأ ذمة البائع من هذا الإلتزام فيجب عليه أن يقوم بتسليم العقار طبقاً للمواصفات المحددة في العقد، فإذا قام البائع بمخالفة المواصفات التي تم تحديدها في العقد مثلاً كأن تكون المساحة أقل من المتفق عليها نكون هنا بمشكلة عدم مطابقة المواصفات.

فبالرجوع إلى الأردن فإن المشرع الأردني لم يقم بمعالجة مسألة عدم مطابقة المواصفات المتفق عليها في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، بالرغم من أم المشرع الأردني قد منح مسألة بيع العقار قيد الإنشاء عناية خاصة في قانون الملكية العقارية الأردني لذلك يمكننا اللجوء إلى القواعد العامة معالجة هذه المسألة (سمحان، 2023م، صفحة 52).

في حال كان هنالك عدم مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد التي تم الإتفاق عليها في العقد نكون بصدد إخلال بالتسليم فيمكن للمشتري أن يقوم بإجبار المشتري على التنفيذ العيني في حال كان ذلك ممكناً، على سبيل المثال أنهم إتفقوا في العقد على وضع نوافذ معينة ثم ظهرت أنها غير مطابقة للمواصفات فيمكنه في هذه الحالة أن يطلب من البائع تغيير النوافذ حسب الإتفاق، ويجوز له في حال كانت المواصفات غير جوهرية وغير مؤثرة في صلاحية العقار للإستعمال، فيمكنه أن يقوم بإنقاص الثمن فيما يتناسب مع نقص من قيمة العقار.

كما يمكن للمشتري أن يتمتع عن تسلّم في حال أن العقار كان على قدر من الجسامة ولا يصلح للإستعمال ويكون للقاضي سلطة تقديرية لإجابة الطلب أو عدم إجابته كما يحق أيضاً للمشتري أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد، كما نكون هنا بصدد فسخ للعقد لأن العقد أبرم بشكل صحيح، ولكن البائع لم يقم بالبناء حسب المواصفات المتفق عليها.

كما يجب على البائع القيام بكافة الأعمال المطلوبة منه لإتمام البناء، كأن يقوم بالأعمال القانونية كأن يحصل على رخص البناء ويكون إلتزام البائع هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة فيجب عليه أن يقوم ببناء العقار خلال المدة المحددة بالعقد بالإضافة إلى المواصفات المتفق عليها.

وبما أن إلتزام البائع بالبناء يعتبر من قبيل تحقيق النتيجة فلا يمكنه أن ينفي المسؤولية عنه بسبب عدم تنفيذه لإلتزامه إلا في حال وجود سبب أجنبي كأن يقوم مثلاً بنزع ملكية الأرض من أجل المنفعة العامة أما فيما يتعلق بالصعوبات التي تقع عليه بسبب عدم حصوله على ترخيص للبناء فهذا السبب لا يعتبر من قبيل السبب الاجنبي (زوبة، 2013م، صفحة 60).

يجوز أن يتم الإلتفاق بين البائع والمشتري على غرامة تأخير أو شرط جزائي في العقد أو من خلال إلتفاق لاحق وتحدد عادةً باليوم أو الأسبوع لتحديد التأخير (الصررايرة، 2013م، صفحة 59).

تري الباحثة أنه يجب على المشتري قبل تسلّم العقار من البائع أن يحضر خبير لكي يتأكد من أن جميع المواصفات في العقار مطابقة لما هو متفق عليه في العقد.

إذاً تقوم أساس المسؤولية والضمان بناءً على مطابقة المواصفات المتفق عليها في العقد مع ما تم تنفيذه على أرض الواقع، بالتالي يجب على البائع أن يقوم بتنفيذ إلتزامه وفقاً للمواصفات التي تم الإلتفاق عليها بموجب العقد، ويجب عليه أن يقوم ببذل قصارى جهده لكي يقوم بتسليم الوحدات العقارية وفقاً لما إتجهت إليه إرادة المشتري، ففي حال وجود هذه العيوب عند فحص الوحدات العقارية يترتب عليه حينها الضمان والسعي لإزالة هذه العيوب لكي تتطابق مع المواصفات المتفق عليها في العقد.

أما فيما يتعلق بمصر فكان هنالك رأي فقهي بأنه إذا ضمن البائع للمشتري وجود مواصفات معينة في المبيع ثم تبين عدم تطابق هذه المواصفات عند الإستلام كان هذا عيباً موجباً للضمان (السنهوري ع، 2011م، صفحة 719).

في المقابل ذهب رأي فقهي آخر إلى أن تخلف الصفة تعتبر حالة مستقلة، ولا تعتبر إخلالاً بشروط العقد، ولولا أن المشرع قد قام بإلحاقها بضمان العيب لما كان من الممكن تطبيق أحكام ضمان العيب عليها، فيكون إلتزام البائع بضمان وجود المواصفات المتفق عليها في العقد ناشئ من تعهده للمشتري بذلك فالمفترض أن يكون ضماناً إتفاقياً (منصور، 1959م، صفحة 597).

إذا كان المشرع المصري قد ألحق تخلف الصفة بضمان العيب الخفي على ما تم ذكره، فإن ذلك يقتصر على الخصوع لقواعد الضمان من حيث الجزاء ومدته من دون شروطه (الزحمي، 2023م، صفحة 200).

فبالرجوع إلى قرار محكمة النقض المصرية رقم 36/14 بتاريخ 19/3/1970 فإنها قد نصت على ما يلي: "المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه، إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الصفة ما قد إشتراطه في حالة العيب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه ومؤثراً، بل إن المشرع قد جعل مجرد عدم وجود الصفة في وقت التسليم موجباً لضمان البائع، متى قام المشتري بإخطاره"¹.

أيضاً بالرجوع إلى النقض المدني رقم 40/608 الصادر عن محكمة النقض المصرية فقد نصت على ما يلي: "... بالرجوع إلى مادة 47 من القانون المدني المصري فقد أكدت على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم المواصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه) وإن تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في العقار بالرغم من أنه لا يعتبر عيب بالمعنى التقليدي، لأن العيب الخفي يعتبر هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للبيع، إلا أن المشرع المصري قد ألحق مسألة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليه أحكامه فيما يتعلق بقواعد الضمان، بالتالي في حال رجوع المشتري على البائع بسبب وجود تخلف بصفة تم الإتفاق عليها في العقد يكون بدعوى

¹ نقض مدني رقم 14 لسنة 1936، جلسة 19/3/1970، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ص 475

ضمان العيوب الخفية، فلا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد قام بالإخلال بالالتزام آخر مستقل عن إلتزامه بالضمان...¹.

وبالرجوع أيضاً إلى قرار محكمة النقض المصرية رقم 80 لسنة 1936 فقد نصت على أنه: "المشرع في قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يتعلق بقواعد الضمان، بأن جعل للمشتري في هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية، تحقيقاً لإستقرار المعاملات"².

وبناءً على ما تقدم فإن دعوى المشتري بناءً على عدم تطابق المواصفات المنفق عليها في العقد تخضع لأحكام دعوى ضمان العيب وذلك إستناداً لنص المادة 1/452 من القانون المدني المصري ويجب أن يتم رفع الدعوى خلال مدة سنة من تاريخ الإستلام وإلا تسقط بالتقادم³.

إن البائع يضمن تخلف الوصف حتى لو كان التخلف ظاهراً، فالتأكيد بوجود الوصف في العقد يوجب ظهور تخلفه ولا يمكن للبائع أن يحتج بأن المشتري كان يستطيع أن يتحقق من توفر الصفة أو عدم وجودها، فالشرط العقدي بالضمان يعفي المشتري من التحري وهو يشتري معولاً على ما أكده البائع.

كما أنه لا يشترط أن يكون البائع عالماً بتخلف الصفة لكي يتحقق الضمان فإن المنطق يقضي أنه لو كان يعلم بتخلف الوصف لما إشتراط على البائع تواجده في العقد، فمجرد أن يشترط الصفة وأن يكفل البائع له تواجدها يعني أن المشتري لا يعلم بتخلفها (فرج، 1985، صفحة 731).

بالتالي وإنه وفقاً لشروط العقد لا يكون البائع فقط ملزماً بتشييد العقار وإنما يجب عليه أن يقوم بالالتزام بالشروط والمواصفات المحددة في العقد بالإضافة على الشروط الهندسية والفنية والإنشائية، لكي يكون العقار صالحاً للغاية التي تم إنشاؤه من أجلها، فجميع المواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد بين البائع والمشتري يجب أن تتوافر حتى لو كانت هذه المواصفات ثانوية مثل الإنارة وأشكالها وتوزيعها،

¹ نقض مدني رقم 40/608، جلسة 1969/10/28، مجموعة الربع قرن الثاني، المتب الفني، ج2، ص 240.

² نقض مدني رقم 36/80، جلسة 1970/4/23، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ص697.

³ الفقرة الأولى من نص المادة 452 من القانون المدني المصري.

دهن الغرف والممرات بالإضافة إلى نوع المواد المستخدمة في التمديدات الصحية والكهربائية وجودتها وغيرها من التفاصيل التي تم الإتفاق عليها في العقد (الزحمي، 2023م، صفحة 207).

فبالرجوع إلى قرار محكمة النقض المصرية رقم 9715 لسنة 90 قضائية فقد جاءت بما يلي: "إن المشرع المصري قد حظر إنشاء تقسيم إلا بصدر قرار من المحافظ المختص، كما قد تكفل المشرع بتنظيم إجراء تقاسيم العقار وتنظيم المباني وفقاً لقوانين البناء، بما يشمل تحديد شروط التقسيم وقائمة الشروط البنائية وحد الإرتفاع في المباني، كما قد كلف الوحدة المحلية المختصة بإصدار تراخيص البناء، وحظر إنشاء مبانٍ أو إقامة محلات أو توسيعها أو هدمها أو تعديلها إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة لذلك من الوحدة المحلية المختصة بالإشراف على شؤون التنظيم، كما يجب ان يتم البناء وفقاً للبيانات والرسوم التي منح على أساسها الترخيص¹".

بالتالي يكون من حق المشتري في حال أنه لم يتسلم الشيء المبيع أو أنه سلم إليه وكان غير مطابق للمواصفات المنفق عليها في العقد، فيمكنه ان يطالب بفسخ العقد، فإن عدم تنفيذ البائع لإلتزامه بالتسليم قد يترتب عليه إما فسخ العقد فقط أو الفسخ مع التعويض، وإما الفسخ الجزائي أو التعويض دون الفسخ (السنهوري ع.، 2011م، صفحة 728).

أما فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فقد تطلب شكلية معينة في عقد بيع المباني قيد الإنشاء فقد نصت المادة 11-261 من قانون البناء الفرنسي المعدلة بقانون 1021 لسنة 2018 على أنه يجب أن يتضمن العقد ما يلي:

1. وصف للبناء أو الجزء محل البيع.
2. موعد تسليم العقار.
3. الثمن وطريقة أدائه.

¹ حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 9715 لسنة 90 قضائية الصادر بتاريخ 2021/6/20، المنشور على موقع: <https://www.cc.gov.eg/judgments>

4. شهادة الضمان الخاصة بالدفعة المقدمة.

5. وصف الأعمال محل التنفيذ في حال سبق إبرام هذا العقد عقد أولي وتضمن العقد الاولي أعمال أخرى يتم إنهاؤها يعد التسليم كأعمال التشطيب الأخرى.

وبالرجوع إلى قرار محكمة النقض الفرنسية فإننا نجد أنها قد نصت على أن العقار يجب أن يكون مطابقاً للمواصفات المحددة في العقد، ففي حال أن البائع قد قام بتنفيذ العقار حسب ما هو متفق عليه وقام باستخدام المواد المحددة في العقد فهذا يكون العقار مطابقاً للمواصفات المحددة أما في حال أن البائع قد استخدم مواد غير مطابقة للمواصفات التي تم الإتفاق عليها فهذا يكون قد خالف المواصفات المحددة كأن لا يقوم مثلاً بوضع المواد العازلة للبرودة أو للحرارة كما كان قد تم الإتفاق في العقد (بنداري، 1993م، صفحة 18).

إن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بالمفهوم الوظيفي، حيث إن هذا الإتجاه يقوم على أساس مدى صلاحية المبيع لأداء الغرض المقصود منه، فالعبرة هنا تكمن بوظيفة المبيع المقصود في حال تخلف صفة في العقار جعلته غير صالحاً لأداء الغرض المقصود منه فيعتبر هذا عيباً، ومن ثم يتسع نطاق العيب ليمتد إلى الصفات حتى لو أنها لم تكن آفة تصيب المبيع بتلف أو نقص.

وبناءً على هذا الإتجاه فإن المشتري لا يقع على عاتقه إثبات وجود عيب في العقار أو أنه لم يكن مطابقاً للمواصفات بل يكفي أن يثبت أنه غير صالح للإستخدام أو أن منفعته قد نقصت بدرجة أو أخرى، حتى يكون البائع ملزم بضمان العيب الخفي أو تخلف مطابقته للمواصفات.

على الرغم من أن قانون الإستهلاك الفرنسي قد قصر نطاق ضمان المطابقة على المنقولات فقط دون أن يكون مشتملاً على العقارات إلا أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية قد أقرت بمسؤولية البائع في حال إخلاله بالتزامه بطابقة المواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد.

فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار بخصوص شقة لم يتوافر فيها المواصفات الخاصة التي تم الإتفاق عليها في العقد المتعلقة بمسألة عزل الصوت بالتالي تكون الشقة غير ملائمة للغرض الذي تم التعاقد من أجله وإن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت على أن مفهوم المطابقة أو عدم المطابقة متعلق بالإنترام البائع بالتسليم، فيكون البائع مخلصاً للإنترامه التعاقدية بتسليم عقار غير مطابق.

يترتب على البائع في هذه المرحلة مجموعة الإلتزامات تكون مشابهة إلى حد ما للإلتزامات البائع في عقد البيع العادي، ففي هذه المرحلة يكون البناء قد تم إنجازه على أرض الواقع، وأنه موجود بشكل فعلي كبيع العقار العادي، فيجب على البائع في هذه المرحلة أن يقوم بمباشرة إجراءات نقل الملكية للمشتري بالإضافة إلى تسليمه البناء والإلتزامه بضمان التعرض والإستحقاق والعيب الخفي وهذا ما سوف نتناوله الباحث من خلال هذا الفصل.

المبحث الثالث: نطاق حماية المشتري من قبل البائع

المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية

يجب على البائع عند الإنتهاء من إنشاء العقار أن يقوم بكافة الإجراءات اللازمة لكي يقوم بنقل الملكية للمشتري كما يجب على المشتري الإنتهاء من دفع الأقساط المترتبة عليه، حيث يقوم البائع بتسجيل العقار لدى الجهات المختصة.

إن عقد البيع يعتبر عقد ناقل للملكية، فيعتبر أنه بمجرد إنعقاد عقد البيع تنتقل الملكية دون أن يقتصر ذلك بالتسليم إلا في حال تم الإتفاق بين الأطراف على غير ذلك أو بموجب نص (سمحان، 2023م، صفحة 66).

فبالرجوع إلى نص المادة 1146 من القانون المدني الأردني فقد نصت على ما يلي: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى إستوفى أركانها وشروطه طبقاً لأحكام القانون".

فبالرجوع على نص المادة السابق فإننا نلاحظ أن المشرع قد بين أن الملكية تنتقل بشكل مباشر بقوة القانون عند انعقاد العقد دون أن يقوم البائع بأي إجراء إلا في العقارات فقد نصت المادة 1148 من القانون المدني الأردني على ما يلي: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به"¹.

فلاحظ من خلال النص السابق يمكننا أن نلاحظ أن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا من خلال التسجيل في الدوائر المختصة لذلك، وإن عدم تسجيل العقد لدى الجهة المختصة يجعل العقد باطلاً نظراً لعدم إستيفائه للشكلية المطلوبة بالقانون فبناءً على ذلك لا تنتقل الملكية.

و بالرجوع إلى نص المادة 63 من قانون الملكية العقارية الأردني فإنها قد نصت على ما يلي: "لا تكون التصرفات أو العقود أو أي معاملات تجري على العقارات أو المياة صحيحة في المناطق التي تمت التسوية فيها إلا إذا سجلت لدى مديرية التسجيل، ويعد باطلاً كل تصرف أو عقد أو معاملة أو أجراء خلاف ذلك"².

فهنا يمكننا أن نلاحظ أن المشرع الأردني قد ميز بين المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية والمناطق التي لم تتم فيها أعمال التسوية، فالتسوية يقصد بها تسوية جميع المسائل والخلافات التي تكون متعلقة بأي حق تصرف أو تملك في الأرض أو المياة أو حق منفعة فيها أو أي حقوق أخرى تتعلق بها وتكون قابلة للتسجيل".

فبالتالي إن المناطق التي تمت فيها أعمال التسوية يجب تسجيل البيوع العقارية التي تمت فيها لدى الجهات المختصة لذلك، والحصول على سند ملكية بها، وفي حال عدم تسجيلها يكون العقد باطل (زبيد، 2016م، صفحة 62)، فهنا تعتبر الشكلية ركناً وفي حال تخلفه يكون العقد باطلاً، أما فيما يتعلق بالمناطق التي لم تتم فيها أعمال التسوية فإن إنتقال الملكية للعقارات لا تطلب التسجيل بل إن الملكية هنا

¹ أنظر نص المادة 1146 والمادة 1148 من القانون المدني الأردني.

² أنظر المادة 63 من قانون الملكية العقارية الأردني.

نتنقل من خلال عقد مكتوب وبعد مرور مدة زمنية معينة بعد أن يتصرف المشتري في المبيع تصرفاً فعلياً حيث حددها المشرع الأردني بمرور 15 عاماً، فلا بد أن يفرغ عقد البيع في سند كتابي يسمى عرفاً الحجة وإلا أعتبر باطلاً وتعتبر الكتابة هنا شرط للإنعقاد ولا تعتبر شرط للإثبات، وهذا إستناداً إلى نص المادة 40 من قانون الملكية العقارية الأردني والتي نصت على ما يلي: "يعد نافذاً التصرف الجاري بسند على عقار واقع في منطقة لم تعلن التسوية فيها أو مستثناه من التسوية إذا مرت على التصرف فيه تصرفاً فعلياً مدة 15 سنة من تاريخ التصرف".

و بالرجوع أيضاً إلى نص المادة 1181 من القانون المدني الأردني فقد نصت على ما يلي: "من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل بإعتباره مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار وإستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذوي عذر شرعي"¹.

أما فيما يتعلق بانتقال الملكية في عقد بيع المباني قيد الإنشاء فقد سبق أن وضحنا أنه بيع يرد على شيء مستقبلي حيث أن محل العقد يكون غير موجود في حين إنعقاد العقد، وإن حق الملكية لا يقع إلا على شيء مادي كأى حق عيني آخر، فبالتالي هذا الحق لا يوجد إلا بوجود المحل، فإذا كان المبيع غير موجود لا يمكن أن يتم نقل ملكية المبيع للمشتري وبناءً على ما تم توضيحه فإن نقل الملكية في عقد بيع المباني قيد الإنشاء لا يتم إلا عند الإنتهاء من البناء، بناءً على طلب يقدم من قبل المتعاقدين وبعد أن تأدية الرسوم القانونية ويجب أن يتم تسجيل العقد لدى الجهات المختصة في حال أن البيع قد تم في أماكن تمت فيها أعمال التسوية.

وهذا إستناداً على نص المادة 2/129 من قانون الملكية العقارية الأردني التي قد نصت على ما يلي: "وتنقل ملكية البناء أو الطابق أو الشقة الموعود ببيعها إلى الموعود له وتسجل بإسمه، بطلب خطي من

¹ أنظر نص المادة 1181 من القانون المدني الأردني.

المتعاقدين، وذلك بعد تنفيذ الشروط المدرجة في عقد الوعد بالبيع وإستيفاء رسوم التسجيل المقررة عنه¹.

وفي حال أن البائع لم يتم بتنفيذ إلتزامه المتعلق بنقل الملكية للمشتري ولم يتم أيضاً تنفيذ الأعمال المطلوبة منه، فيمكن في هذه الحالة أن يلجأ المشتري للقضاء ورفع دعوى أمام محكمة البداية التي يقع العقار ضمن دائرتها ويطلب بالتنفيذ العيني من خلال رفع دعوى صحة التعاقد وذلك لكي يثبت ملكية العقار ويمكنه من الحصول على حكم قضائي يقوم مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، ويمكنه تنفيذه من خلال نقل الملكية في السجل العقاري، حيث أن حكم المحكمة يقوم مقام العقد متى حاز قوة القضية المقضية.

وهذا إستناداً إلى نص المادة 3/129 من قانون الملكية العقارية الأردني والتي نصت على ما يلي:"
تفصل المحكمة في أي خلاف بين المتعاقدين بشأن تنفيذ عقد الوعد بالبيع المسجل وأي من شروطه بما في ذلك إصدار قرار بتسجيل البناء أو الطابق بالإسم الموعود له"².

وبالرجوع أيضاً إلى نص المادة 106 من القانون المدني الأردني فنجدها قد نصت على ما يلي:" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة للعقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد"³.

المطلب الثاني: إنجاز البناء وتسليم المبيع

يعتبر هذا الإلتزام الذي يقع على عاتق البائع من مقتضيات العقد، فلا يكفي أن تنتقل ملكية المبيع إنما يجب نقل الحيازة للمشتري بالتسليم (سمحان، 2023م، صفحة 68).

¹ الفقرة الثانية من نص المادة 129 من قانون الملكية العقارية الأردني.

² الفقرة الثالثة من نص المادة 129 من قانون الملكية العقارية الأردني.

³ المادة 106 من القانون المدني الأردني.

فيجب ان يتم وضع المبيع تحت تصرف المشتري، فالمشرع الأردني قد قام بتنظيم أحكام التسليم في نصوص المواد 488-502 من القانون المدني الأردني التي وضح بها بيان لحالة المبيع عند التسليم، بالإضافة إلى تسليم ملحقات المبيع، ومسؤولية البائع قبل تسليم المبيع وبعد تسليمه، وحالة زيادة المبيع ونقصان المبيع، وكيفية تسليم المبيع ومكان وزمان التسليم، بالإضافة إلى توضيح أحكام هلاك المبيع قبل أن يتم التسليم وبعده¹.

حيث قد وضح المشرع الأردني في نص المادة 488 من القانون المدني الأردني على كيفية التسليم حيث نصت المادة على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه"².

وبالرجوع أيضاً إلى نص المادة 489 من القانون المدني الأردني فقد نصت على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع"³.

فمن خلال النصوص السابقة يمكننا أن نلاحظ ان المشرع الأردني قد ألزم البائع بتسليم المبيع مجرداً من أي حق آخر ويعني بذلك هو أن لا يكون للبائع أو لأي شخص آخر حق على مبيع، فلا يجوز أن يدعي البائع أن له مثلاً حق إنتفاع أو حق إرتفاق أو إيجار أو رهن حيازي، أو أية حقوق أخرى قد تتعارض مع حق المشتري في الإنتفاع من المبيع بشكل هادئ وسليم، وفي حال أخل البائع بذلك فإنه يعتبر مخالفاً لإلتزامه لأن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض، ويتضح أيضاً من خلال النصوص السابقة أن البائع ملزم بالقيام بكل شيء ضروري لكي تنتقل الملكية للمشتري، كما يجب على البائع أن يقوم بتسليم المبيع كما تم الإلتفاق بالعقد، كما يجب أن يكون مطابقاً للمواصفات المتفق عليها (الزعبي، 2004م، صفحة 287).

¹ أنظر المواد 488-502 من القانون المدني الأردني.

² أنظر المادة 488 من القانون المدني الأردني.

³ أنظر المادة 489 من القانون المدني الأردني.

السؤال يكمن في حال تم تسليم المبيع وكان يوجد فيه زيادة أو نقصان؟ فنلاحظ أن قانون الملكية العقارية الأردني لم يرقم بتنظيم هذه المسألة، فنعود إلى القواعد العامة لأحكام عقد البيع الواردة في القانون المدني الأردني، فبالرجوع إلى نص المادة 492 فإنها قد نصت على ما يلي: "إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه زيادة أو نقصان ولم يوجد إتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب إتباع القواعد التالية:

1. إذا كان المبيع لا يضره التبعض فالزيادة من حق البائع يستحق إستردادها عيناً والنقص من حسابه

سواء أكان الثمن محدداً لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع.

2. إذا كان المبيع يضره التبعض وكان الثمن محدداً على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق

البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه.

3. إذا كان المبيع مما يضره التبعض وكان الثمن مسمى لمجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا

يقابله شيء من الثمن.

4. كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما إشتري أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار

في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافهاً ولا يخل النقص في مقصود المشتري.

5. إذا تسلّم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ".

فلاحظ من خلال المادة السابقة بأن المشرع قد حدد حالات الزيادة والنقصان كما قد بين حكم كل حالة،

فبالنسبة إلى عقد بيع العقار قيد الإنشاء فإن المبيع يتضرر بالتجزئة ففي حالة أن المبيع كان يوجد به

زيادة في المساحة على سبيل المثال فلا يمكن للبائع إستعادتها والإستفادة منها، حيث يتم تحديد الثمن

بناءً على مجموع البناء الكلي، فبالتالي تكون الزيادة في هذه الحالة من حق المشتري ولا يحصل البائع

على مقابل لهذه الزيادة، أما في حالة كان هنالك نقص في المبيع فالمشتري يلتزم بدفع الثمن كاملاً دون

نقصان وذلك إستناداً لقاعدة الغرم بالغرم (البشتاوي، 2017م، صفحة 75).

كما يحق للمشتري بموجب المادة السابقة بأن يقوم بفسخ العقد في حال أن الزيادة أو النقصان كانت

تلزمه بأكثر مما إشتري أو تفرق عليه الصفقة، ما لم يكن المقدار الذي يلزم بدفعه تافهاً ولا يخل النقص

بمقصود المشتري، أو في حال أن المشتري قد تسلم المبيع مع علمه بوجود نقص به، كما أن دعوى فسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته لا تسمع بعد مرور سنة على إستلام المبيع.

كما أن الإنتفاع من المبيع لا يتحقق إلا في حالة وجود مشتملات المبيع، وهي كل ما يعد مكملاً للبيع، فيجب على البائع تسليمها مع المبيع لكي يستطيع المشتري الإنتفاع منه، وهذا إستناداً لنص المادة 490 من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "يشمل التسليم ملحقات المبيع وما إتصل به إتصلاً قرار وما أعد لإستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولم تذكر في العقد"¹.

فلاحظ أن المادة السابقة قد وضحت مشتملات المبيع ولكن هذا التحديد لا يعتبر ملزم للطرفين في حال تم الإتفاق بين البائع والمشتري بموجب العقد على إذا كان الشيء من مشتملات المبيع أم لا.

أما في حال أنه لم يكن هنالك إتفاق بين الأطراف في هذه المسألة فيتم الرجوع على نص المادة 490 من القانون المدني الأردني.

أما فيما يتعلق بمسألة تسليم المبيع فنكون أمام صورتين إما تسليم فعلي أو تسليم حكمي، ففي إطار عقد بيع المباني قيد الإنشاء نكون اما صورة التسليم الحكمي، ففي حال أن البائع والمشتري تم الإتفاق بينهم على بيع شقة او بناية أو طابق قيد الإنشاء في مكان تمت فيه أعمال التسوية ففي هذه الحالة يكون التسليم حكمي بمجرد إتمام البيع أمام دائرة الأراضي، فبالرجوع إلى نص المادة 497 من القانون الأردني الأردني فإنها قد نصت على ما يلي: "يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع بإسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي." بالتالي وبناءً على النص السابق فإن التسليم في عقد بيع عقار قيد الإنشاء يكون حكماً بمجرد إتمام البيع وتسجيله لدى دائرة الأراضي في حال أنه وقع على عقار تمت عليه أعمال التسوية"².

¹ أنظر نص المادة 490 من القانون المدني الأردني.

² أنظر نص المادة 497 من القانون المدني الأردني.

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في قرار رقم 1991/1079 الصادر بتاريخ 1992/9/29 على أن تسجيل الارض باسم المشتري يعد تسليمًا لها وفقاً لما ورد في نص المادة 497 من القانون المدني الأردني.

كما أن هنالك جانب من الفقه الذي يرى أن التسليم يتم بمجرد التسجيل الناقل للملكية، يجب أن يقترن ببعض مظاهر التسليم الفعلي كأن يقوم مثلاً بإخلاء العقار من الادوات والمعدات لكي يستطيع المشتري استخدام العقار، أو تسليم المفاتيح للمشتري، أو وضع العقار تحت تصرف المشتري (الزعبي، 2004م، صفحة 314).

ترى الباحثة أن التسليم في عقد بيع المباني قيد الإنشاء يكون مؤجلاً إلى حين الإنتهاء من بناء العقار، حيث أن التسليم يكون مرتبطاً إرتباطاً وثيقاً بإنهاء العقار فلا يمكن أن يتم تسليمه قبل الإنتهاء من البناء بشكل كلي.

أما القانون المدني المصري فقد وضح في نص المادة 1/435 مفهوم التسليم حيث نصت المادة على ما يلي: "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه إستيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"¹.

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في نص المادة 1604 على أنه: "نقل المبيع إلى المشتري وتمكنه من الحيازة الهادئة والإنتفاع فيه دون عائق".

أما فيما يتعلق بمسألة زمان ومكان ونفقات التسليم فإن المشرع الأردني لم ينص على ميعاد لتسليم المبيع سواء أكان في قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني أم في قانون تنظيم السجل العقاري (البشتاوي، 2017م، صفحة 77)، فبناءً على ذلك فإننا نستند على القواعد العامة التي تقضي أنه في

¹ الفقرة الأولى من نص المادة 435 من القانون المدني المصري.

حالة إبرام عقد بين الطرفين يجب أن يتم الوفاء بشكل فوري ومباشر (المجالي، 2018م، صفحة 57)،
ويوجد هنالك إستثناءات حددها القانون أو القضاء أو بناءً على الإتفاق بين الأطراف وهذا إستناداً لنص
المادة 334 من القانون المدني الأردني التي تنص على ما يلي: "1. يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد
ترتب الإلتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بذلك. 2. على أنه يجوز للمحكمة
في حالات إستثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنتظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها
الإلتزامه إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم"¹.

وقد نص المشرع المصري في نص المادة 346 على ذات النص.

وبالرجوع إلى نص المادة 20/أ من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني فقد وضحت المادة على
وجوب تحديد مدة لإنهاء أعمال البناء في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، فنكون أمام أجل إتفاقي حيث
يقوم البائع بتنفيذ الإلتزامه بالتسليم في الموعد المحدد في العقد².

ويعتبر هذا الإلتزام إلتزاماً جوهرياً في العقد وعدم قيام البائع بتنفيذ الإلتزامه قد يرتب عليه مطالبة
المشتري له بالتنفيذ العيني.

أما فيما يتعلق بمصر فإن المشرع المصري لم ينتظم مسألة زمان التسليم إنما وضح في نص المادة
578. من القانون المدني المصري على أنه: "يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد"³.

أما المشرع الفرنسي فقد إعتبر أن زمان التسليم من العناصر الجوهرية في العقد فيجب على البائع أن
يقوم بإنهاء أعمال البناء خلال المدة التي تم الإتفاق عليها في العقد سواء بشكل تقريبي أو تاريخ معين".

¹ المادة 334 من القانون المدني الأردني.

² الفقرة الأولى من المادة 20 من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني.

³ أنظر المادة 578 من القانون المدني المصري.

أما فيما يتعلق بمكان التسليم فإنه يكون بمكان وجود المبيع وهذا إستناداً لنص المادة 1/499 من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "البيع المطلق يقتضي تسليم المبيع في محل وجوده وقت العقد"¹.

وبالرجوع أيضاً لنص المادة 336 من القانون المدني الأردني فقد نصت على ما يلي: "إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان فيه وقت نشوء الإلتزام ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"².

إن محل الإلتزام في عقد بيع المباني قيد الإنشاء يعد من الأشياء المعينة بالذات وبناءً على نص المادة السابقة فإنه يجب أن يتم تسليمه في المكان الذي يوجد فيه وقت إبرام العقد (المجالي، 2018م، صفحة 59).

أما فيما يتعلق بنفقات التسليم فتكون على البائع ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك أو وجود نص خاص في القانون يقضي بعكس ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 531 من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله، وغير ذلك من النفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد إتفاق نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك".

كما أن المشرع الفرنسي قد نص على نفقات التسليم تقع على عاتق البائع وهذا إستناداً إلى نص المادة 1608.

إن المشرع الأردني لم يقدّم بتوضيح جزاء إخلال البائع في تنفيذ إلتزامه في قانون الملكية العقارية الأردني والأحكام التي تنظم عقد البيع فبالنظر لآبده من الرجوع إلى القواعد العامة.

¹ الفقرة الأولى من المادة 499 من القانون المدني الأردني.

² أنظر المادة 366 من القانون المدني الأردني.

وبالرجوع إلى القواعد العامة وتطبيقها على عقد بيع المباني قيد الإنشاء، في حالة أن البائع قد أحل بتنفيذ إلتزامه المترتب عليه بتسليم العقار فإن هذا يترتب عليه مجموعة من الجزاءات ألا وهي (العبيدي، 2012م، صفحة 114):

1. الدفع بعدم التنفيذ: حيث أجاز المشرع الأردني بموجب نص المادة 203 من القانون المدني الأردني المشتري بالإمتناع عن دفع الثمن حتى يقوم البائع بتنفيذ إلتزامه بالتسليم.
2. التنفيذ العيني: حيث يمكن للمشتري الذي لا يريد فسخ العقد أن يلجأ للمحكمة للمطالبة بالتنفيذ العيني والجبري وهذا إستناداً إلى نص المادة 1/355 من القانون المدني الأردني.
3. طلب فسخ العقد: يجوز في العقود التي تكون ملزمة للطرفين أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ العقد بعد إخطار الطرف الآخر في حال أن أحد المتعاقدين لا يعلم بما أوجب عليه بالعقد وهذا إستناداً لنص المادة 246 من القانون المدني الأردني.
4. الشرط الجزائي: يمكن لكلا الطرفين أن يتفقوا على أداء قيمة معينة كتعويض للمشتري في حال تأخر البائع عن تسليم العقار ويمكن أن يتم تحديد هذه القيمة إما في العقد أو بمرحلة لاحقة على إنعقاد العقد، ولكن يجب أن يتم ذلك قبل حصول التأخير وهذا الإتفاق الذي يتم بين البائع والمشتري يسمى بالشرط الجزائي، ويمكن للبائع أن يتوجه إلى المحكمة من أجل إعادة التوازن بين الطرفين وتخفيض قيمة التعويض، وهذا في حال أن البائع قد أثبت للمحكمة أن مقدار التعويض مبالغ بها مقارنة في الضرر الواقع فعلاً (الصرايرة، 2013م، صفحة 59).

أما فيما يتعلق بمسألة هلاك المبيع فالرجوع إلى النصوص التي تتعلق بمسألة هلاك المبيع يمكننا أن نلاحظ أنه من الصعب تطبيق هذه النصوص على عقد بيع المباني قيد الإنشاء وذلك لأن العقار ما زال في مرحلة البناء.

إن نصوص المواد (500-502) من القانون المدني الأردني قد عالجت مسألة تبعة الهلاك قبل التسليم في عدة حالات ومنها تبعة الهلاك بسبب البائع وتبعة الهلاك بسبب المشتري وتبعة الهلاك بسبب الغير.

ففي حال كان الهلاك عائداً لسبب أجنبي لا يد للبائع فيه كأن يكون بسبب حدوث فيضان أو زلزال أدى إلى هلاك البناء بشكل كلي قبل أن يقوم بتسليمه للبائع ففي هذه الحالة يفسخ العقد ويتم إعادة المبلغ المدفوع للمشتري، أما في حالة أن الهلاك كان بشكل نسبي أي جزئي ولسبب أجنبي لا يد للبائع فيه فهنا يكون البائع أما خيارين إما أن يقوم بفسخ العقد أو يؤخذ من البناء بالقدر المتبقي من الثمن وهذا لا يمكن أن يتم تطبيقه لأنه لا يمكن أن يتم تجزئة العقار في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، أما في حال أن الهلاك قد حدث بفعل الغير وكان هذا الهلاك كلي وقبل أن يتم تسليم العقار للمشتري فهنا يكون أمام المشتري إما فسخ العقد أو أن يجيز العقد ويعود على الغير بالضمان ولكن هذا الخيار لا ينسجم مع طبيعة عقد بيع المباني قيد الإنشاء وذلك لأنه في حال كان الهلاك كلياً فمن المؤكد أن هذا يؤدي إلى إنعدام المحل وبهذه الحالة لا يمكن تسجيل العقد وانتقال الملكية للمشتري، وذلك لإنعدام المحل، أما في حال كان الهلاك جزئياً كأن يتسبب الغير بحدوث تماس كهربائي على سبيل المثال ويؤدي هذا التماس إلى حدوث حريق في أحد الغرف فيكون هنا أمام المشتري خيارين إما أن يطلب بفسخ العقد، أو يمكنه أن يمضي العقد والرجوع على المتسبب بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل ولا يمكن للبائع أن يعمل على فسخ العقد في الجزء التالف وإمضائه في الجزء المتبقي حيث أن هذا النوع من العقود لا يقبل التجزئة كما أوضحنا سابقاً (البشتاوي، 2017م، صفحة 79).

المبحث الرابع: ضمانات المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء

المطلب الأول: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق

إن من الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع بالإضافة إلى إلتزامه بنقل الملكية هو إلتزامه بضمان التعرض والإستحقاق حتى يتم تنفيذ إلتزامه بشكل صحيح بإنقضاء المشتري بالمبيع دون أن يكون هنالك أي عائق يمنعه من الإلتحاق بالعقار.

إن هذا الإلتزام يكون متحققاً عندما يقوم البائع بتسليم المبيع للمشتري وأن يضمن له حيازة هادئة وسليمة، وذلك عندما يمتنع البائع عن التعرض للمشتري فيما يتعلق بالمبيع، وبدفع التعرض القانوني

للغير وهذا ما يعرف بضمان التعرض، وفي حال أن التعرض قد أدى إلى إستحقاق المبيع سواء بشكل كلي أو بشكل جزئي فيجب على البائع أن يلتزم بتعويض المشتري وهذا ما يعرف بضمان الإستحقاق (السنهوري ع.، د.ت، صفحة 622).

فيمكننا أن نعرف ضمان التعرض والإستحقاق على أنه: "هو إلتزام ينشأ في ذمة البائع بموجب عقد البيع الذي يعطي المشتري صلاحية مطالبة البائع بدفع تعرضه المادي والقانوني وتعرض الغير، أو التعويض عن الإستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع، فإن البائع يكون ملزم بأن يؤمن للمشتري ملكية هادئة وسليمة دون أي تعرض، وإن هذا الإلتزام ينشأ عن عقد البيع سواء أكان هذا العقد مسجلاً أم غير مسجل" (الحياري، 2009م، صفحة 150).

كما يجدر الإشارة إلى أن هذا الإلتزام يترتب على البائع بعد الإنتهاء من إنشاء العقار وإنتقال ملكية العقار للمشتري، بالتالي إن الإلتزام هنا يكون معلق على شرط واقف مفاده تحقق وجود البناء وتسليمه للمشتري.

فبموجب هذا الإلتزام يجب على البائع عدم القيام بأية أعمال سواء أكانت أعمال قانونية أم أعمال مادية تؤثر على إنتفاع المشتري من المبيع بشكل هادئ وسليم.

كما يجب على البائع أن يلتزم بضمان تعرض الغير القانوني فقط دون التعرض المادي، فنقصد بالتعرض المادي هو القيام بأعمال مادية دون الإستناد إلى أي حق يؤثر على إنتفاع المشتري من العقار كأن يقوم مثلاً بالبائع بالإمتناع عن إخراج المواد والمعدات التي تم إستخدامها في عملية البناء الأمر الذي يشكل عائق أمام المشتري من إمكانية نقل ممتلكاته إلى العقار، أما فيما يتعلق بالتعرض القانوني فيقصد به القيام بأعمال قانونية تؤدي إلى حرمان المشتري من حقه أو نقصانه مثل أن يدعي الغير بوجود حق له في المبيع الأمر الذي يتنافى مع حق المشتري في ملكيته في المبيع، سواء أكان هذا الحق

عينياً أم شخصياً مثل أن يدعي الغير أن له حق مرور أو حق سكنى أو إيجار (الزعبى، 2004م، صفحة 332).

في حال أن البائع قد قام بالإخلال بالتزامه بضمان التعرض المادي فيمكن للمشتري أن يطلب وقف إستمرارية التعرض بالإضافة إلى إزالة الآثار التي تترتب عليه ويمكن مطالبة البائع بغرامة تهديدية، كما يمكنه أن يقوم باللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب التعرض المادي، كما يمكنه أن يطالب بالتنفيذ العيني متى كان من الممكن ذلك، أما في حالة الإخلال بالتزام ضمان التعرض القانوني فيمكنه رفع دعوى ضمان (النعمي، 2012م، صفحة 32).

أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري فيما يتعلق بهذه المسألة فنعود إلى نص المادة 439 من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتقاع من المبيع كله أو بعضه سواء أكان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري المبيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه"¹.

فإن هذا النص قد وضح حكم التعرض الذي يصدر من البائع بالإضافة إلى التعرض الذي يصدر من قبل الغير فبالنظر نلاحظ أن المشرع المصري أوجب الضمان على البائع متى قام بعمل يؤدي إلى عرقلة المشتري بحيازته للمبيع بشكل هادئ.

فيجب على البائع أن يعمل على إيقاف تعرضه الشخصي بالإضافة إلى تعرض الغير وفي حال لم يلتزم البائع بذلك فإنه يعتبر مخالفاً بالتزامه بنقل الملكية، وفي حال أن البائع كان غير قادر على إيقاف تعرض الغير القانوني على المبيع وإستحق المبيع فيجب على البائع في هذه الحالة تعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به.

¹ أنظر المادة 439 من القانون المدني المصري.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني قد وضع أحكام التعرض والإستحقاق في المواد 503-511 من القانون المدني الأردني أما قانون الملكية العقارية الأردني لم يتناول هذه المسألة. بما يتعلق بضمان التعرض الشخصي فنلاحظ أن هذا الإلتزام يمتاز بأنه إمتناع عن عمل، حيث يلتزم البائع بالإمتناع عن أي عمل مادي قد يؤثر على المشتري في حيازته للمبيع أو الإنتفاع منه، فيجب على البائع أن يمتنع عن الإدعاء بوجود أية حقوق له على المبيع سواء أكان الحق المعنى به حقاً عينياً أم شخصياً (هزيم، 2012م، صفحة 33).

فنلاحظ من خلال نص المادة 488 من القانون المدني الأردني أنها قد تناولت مسألة إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي بشكل ضمني حيث قد وضحت أنه يجب على البائع تسليم المبيع مجرداً من أي حق يكون من شأنه أن يمنع المشتري من الحيازة الهادئة سواء أكان هذا الحق شخصياً أم للغير، وفي حال أن البائع إدعى أنه له حق على المبيع فإن هذا الفعل يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود (البشتاوي، 2017م، صفحة 81).

ترى الباحثة أنه حال كان الأساس هو إلتزام البائع بضمان تعرض الغير القانوني يعني ذلك ضمناً إلتزامه بضمان التعرض الشخصي حتى لو لم يتم النص على ذلك بشكل صريح.

ويشترط لضمان التعرض الشخصي هو أن يقع التعرض بشكل فعلي ويجب أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الإنتفاع بالملكية سواء أكان بشكل كلي أو جزئي وأن لا يكون مصرحاً به سواءً بالإتفاق أم بنص القانون.

أما فيما يتعلق بضمان التعرض الصادر من قبل الغير، فيضمن البائع تعرض الغير القانوني فقط دون المادي، كما ويكون إلتزام البائع هنا إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ونعني بذلك أنه لا يمكن للبائع أن يتجرد من إلتزامه في حال أنه قد إدعى أنه قد قام ببذل العناية المطلوبة لكي يمنع تعرض الغير، إنما يجب عليه منع تعرض الغير لكي يعتبر أنه قد قام بتنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً وفي حال أنه

البائع لم يستطيع دفع هذا التعرض الصادر من قبل الغير واستحق المبيع سواء أكان بشكل كلي أم جزئي فهذا يجب عليه ضمان ما لحق بالمشتري من ضرر بسبب تعرض الغير وهذا يسمى بضمان الإستحقاق (هزيم، 2012م، صفحة 49).

يمكننا أن نلاحظ أن المادة 503 من القانون المدني الأردني قد وضحت الشروط التي يجب تعرضها من الغير من يعتد بالتعرض الصادر عنه، حيث وضحت المادة الشروط الآتية:

أولاً: يجب أن يكون التعرض قانونياً

ثانياً: يجب أن يكون الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له، ولكنه ناشئ عن فعل البائع.

ثالثاً: أن يكون التعرض قد وقع فعلاً للمشتري.

أما المشرع المصري فقد وضع في نص المادة 439 التعرض الصادر من الغير حيث وضحت المادة أنها قد ألزمت البائع بأن يضمن للمشتري ما قد يصيبه من إستحقاق الغير للمبيع كله أو قسم منه، ومن الأعباء المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عن البيع.

يقع على البائع إلتزام بضمان الإستحقاق فيتحقق هذا الإلتزام في حال عدم قدرة البائع على دفع التعرض الذي يصدر من قبل الغير وبناءً على ذلك قد ترتب للغير الحكم بإستحقاق المبيع سواء أكان بشكل كلي أو بشكل جزئي، فهذا يترتب على البائع ان يقوم بتعويض المشتري عن الضرر الذي لحق به.

فإن الإستحقاق يترتب عليه حرمان المشتري من حقه في المبيع سواء بشكل كلي أو جزئي وذلك بسبب نجاح الغير في منازعة المشتري في المبيع وحصوله على أي حق للمبيع سواء من الحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية.

إن هذا النوع من الضمان يكون موجود بحكم القانون ويطلق عليه مصطلح " الضمان القانوني"، كما يجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الإتفاق بين البائع والمشتري على عدم ضمان البائع للثمن في حالة

إستحقاق المبيع، كما أنه لا يمكن أن يتم الإتفاق بين الطرفين على تخفيف أحكام الضمان، ففي حال وجود أي شرط من هذه الشروط يكون العقد فاسد، أما فيما يتعلق بتشديد أحكام الضمان فيمكن الإتفاق على ذلك بشرط أن يتم تحديدها بشكل واضح ودقيق في الإتفاق (الزعبي، 2004م، صفحة 333).

في حال أن الغير قد إستحق المبيع يترتب على هذا الإستحقاق آثار، وإن هذه الآثار تختلف في حال الإستحقاق الكلي أو الجزئي ولكن عندما نعود إلى النصوص القانونية سواء في الإستحقاق الكلي أو الإستحقاق الجزئي فيمكننا أن نلاحظ أن هذه النصوص لا تتوافق مع طبيعة عقد بيع المباني قيد الإنشاء فإن حالة الإستحقاق الكلي على سبيل المثال لا يعقل أن يستحق البناء بشكل كامل للغير كما أنه لا يتصور في الإستحقاق الجزئي، حيث أنه في هذا النوع من العقود المشرع قد إشتراط أن يتم التسجيل لصحة التصرفات التي ترد على العقارات، كما أن البائع قبل أن تبدأ عملية البناء يكون قد حصل على التراخيص اللازمة والتي من خلالها يمكن إثبات ملكية الأرض.

ولكن يمكن أن يظهر لاحقاً حق للغير على المبيع سواء حق عيني أو شخصي وإما أن يكون البائع على عدم علم به أو قد تعمد أن يقوم بإخفاء ذلك عن المشتري، فهنا يمكن للمشتري أن يقوم بإعطاء مهلة للبائع إما ان يقوم بإزالة هذا الحق او فسخ العقد والرجوع على البائع بالثمن.

المطلب الثاني: الإلتزام بضمان العيوب الخفية

إن البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء ملزم بعد الإنتهاء من إنشاء العقار أن يقوم بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والإستحقاق، كما أنه يوجد هنالك إلتزام آخر يقع على عاتق البائع ألا وهو ضمان العيوب الخفية حتى لو أنه لم يتم الإشتراط على ذلك في العقد (الزنون، 2004م، صفحة 230).

فعندما يشتري الشخص المبيع يفترض أن يكون خالياً من العيوب التي لو كان على علم بها لما تعاقد عليه، أما في حال أن المبيع كان يحتوي على عيوب يمكن التسامح بها بناءً على ما قد قام عليه العرف فإن هذا العيب لا يؤثر على صحة العقد وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في نص المادة 448 من

القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه"، أما فيما يتعلق بالمشروع الأردني فقد نظم مسألة ضمان العيوب الخفية في المواد (512-521) من القانون المدني الأردني فيمكننا أن نلاحظ من خلال هذه النصوص أن ضمان العيوب الخفية لا يكون فقط في عقد البيع وإن كانت أحكامه قد تم تنظيمها في الفصل المتعلق بعقد البيع، إلا أن مسألة ضمان العيوب الخفية تمتد لتشمل كافة عقود المعاوضات والناقلة للملكية بغض النظر عن نوع البيع، فالإلتزام بضمان العيوب بمعنى أن العيوب الخفية تتضمنه الأحكام المتعلقة بعقد البيع.

ففي حال وجود عيب خفي في المبيع فإن هذا لا يحرم المشتري من حق رفع دعوى بفسخ العقد أو أي دعوى أخرى أمام المحاكم المختصة وهذا في حال توفرت الأسباب التي توجب ذلك، فإن هذا النوع من الإلتزام مقرر بموجب القانون ولا يحتاج إلى أن يتم النص عليه في العقد (النشر، د.ت، صفحة 153).

هنالك فروقات بين مسألة عدم الإلتزام بالمواصفات ومسألة العيوب:

فإن التفرقة في هذه المسألة ليست واضحة ومحددة إلا أنها تعتبر ضرورية وهامة وتبدو أوجه الفروقات بين المسألتين فيما يلي:

1. إن العيب بناءً على تعريف محكمة النقض المصرية عبارة عن الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة في المبيع، فإن العيب وفقاً لهذا المفهوم غالباً ما يكون وضعاً إيجابياً، بمعنى أنه يوجد شيء ينقص من قيمة المبيع أو يعمل على تقليل المنفعة منه، أما مسألة عدم المطابقة فإنها تفترض وضعاً سلبياً ألا وهو عدم مطابقة الشيء المسلم للشيء الذي تم الإتفاق عليه، فبناءً على ما سبق فإن الأعمال المعيبة هي الأعمال التي من شأنها أن تهدد متانة البناء أو أنها تجعل البناء غير صالح للغرض الذي خصص له، أما مسألة عدم المطابقة فهي مخالفة للمواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد، أو استخدام مواد بناء مختلفة عن المواد التي تم تحديدها، أو عدم تنفيذ التصميم المتفق عليه وغير ذلك من الأمور (علي ع، 2004م، صفحة 266).

2. المسؤولية عن عدم مطابقة المواصفات يخضع للقواعد العامة للبيع، في حين أن ضمان العيوب يخضع لنظام خاص وضعه المشرع لعقد بيع المباني قيد الإنشاء (زهرة، 1989م، صفحة 194).
3. إلتزام البائع بمطابقة المبيع للمواصفات يدخل ضمن إلتزامه بالتسليم المنبثق عن العقد أما الإلتزام بضمان العيوب سواء اكانت العيوب خفية أم ظاهرة فيكون مصدرها القانون (الحياري، 2009م، صفحة 291).
4. المواصفات تعني المعايير التي تحدد ذاتية المعقود عليه وأوصافه وبناءً على ذلك فإن الذي يدخل في نطاق عدم المطابقة للمواصفات مثلاً: عدم الإلتزام بالمخططات الموضوعية للمبنى، عدم الإلتزام بالمساحات الموصوفة لها، إستخدام مواد أقل جودة من المواد التي تم الإلتفاق عليها، إستخدام مواد مغايرة للمواد التي تم الإلتفاق عليها، أما فيما يتعلق بمسألة العيوب فإنها تعني وجود خلل في المعقود عليه وهذا العيب يؤثر على كيانه أو على إستعماله، لا يرجع إلى ذاتيته وأوصافه المحددة في العقد وهو خلل يمكن أن ينتج عن عوامل مختلفة مثلاً طبيعة الأرض التي تم إقامة البناء عليها وعيوب المواد التي تم إستخدامها في البناء مثل حديد التسليح والخشب وغيرها من المواد الأخرى التي تدخل في عملية البناء وعملية تشييد البناء وما تتطلبه من أصول وقواعد فنية.
- الحقيقة أن التفرقة بين العيب ومسألة عدم مطابقة المواصفات لا تعتبر بهذه السهولة التي تبدو عليها، فإن كان من السهل إعطاء أمثلة لتوضيح الفروقات بينهم إلا أنها لا تكفي لكي يتم وضع معيار عام يمكن من أساسه التفرقة بينهما بصفة دائمة ولذلك نرى ترك سلطة تقديرية للقاضي لتحديد هذه المسألة عند حدوث نزاع (عمر ، 2011م، صفحة 172).

هنالك عدة شروط يجب أن تتوفر لكي يضمن البائع هذا العيب:

أولاً: أن يكون العيب قديم

يجب أن يكون البيع قديماً أي يكون قد حصل هذا العيب قبل البيع أو بعد البيع ولكن قبل أن يستلم المشتري، كما في حالة لو أن المشتري قد إستلم المبيع ولكن ظهر فيه عيب يعود إلى سبب قديم أدى

إلى حدوث هذا العيب ما لم يكن هذا العيب قد إنتشر نتيجة خطأ من المشتري ففي هذه الحالة يمكننا توزيع المسؤولية بين الطرفين ويمكننا أن نعود إلى قاعدة الخطأ المشترك فبالرجوع إلى نص المادة 513 من القانون المدني الاردني يمكننا أن نجد أنها قد نصت على ما يلي:

1. "إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن.

2. يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

3. يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع.

4. يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير الخبير أو لا يظهر إلا بالتجربة".

فيمكننا من خلال المادة السابقة أن نستنتج أن العيب الخفي هو العيب الذي لا يمكن للمشتري إكتشافه بمشاهدة ظاهر المبيع كما لا يمكن للشخص العادي أن يلاحظه إلا بواسطة شخص خبير مختص (الصرايرة، 2013م، صفحة 32).

هنالك مجموعة من الحالات التي لا يكون فيها البائع مسؤولاً عن العيوب وهي التي تم توضيحها في نص المادة 514 من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية:

1. إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

2. إذا إشتري المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

3. إذا رضي المشتري بالعيب بعد إطلاعه عليه أو بعد علمه به من الآخر.

4. إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء

العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب.

5. إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

فيمكننا أن نلاحظ من خلال المادة السابقة أنه في حال قام البائع بتوضيح عيب المبيع عند البيع فلا يكون البائع في هذه الحالة مسؤولاً عن العيب الظاهر وإنما يكون مسؤولاً عن العيب الخفي حيث عندما يقوم البائع بتوضيح العيب فإنه يعتبر عيباً ظاهراً فيكون للبائع في هذه الحالة التفاوض مع المشتري لكي يقوم بإنقاص ثمن المبيع مقابل إعفاء البائع من المسؤولية عن هذا العيب ولكن هذا لا يعفي البائع من مسؤوليته عن أي عيب آخر خفي ولا يكون البائع قد قام بإيضاحها للمشتري وذلك لأن البائع يضمن العيوب الخفية فقط.

وهذا أيضاً ما نص عليه المشرع المصري في نص المادة 2/447 من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عساً منه"¹.

كما لا يمكن للبائع أن يضمن العيب الخفي في حال أن المشتري كان عالماً به فيكون العيب في هذه الحالة معلوماً للمشتري ويقع على البائع عبء إثبات أن المشتري قد كان على علم مسبق بهذا العيب ويمكن للبائع الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية.

كما في حالة أن المشتري قد رضي بالعيب بعد إطلاعه عليه أو معرفته به سواء أكان بسكوت المشتري أو قوله بالرضا عن هذا العيب الموجود في المبيع فيكون قد سقط حق المشتري في ضمان العيب الخفي ويتم إعفاء البائع من هذه المسؤولية.

¹ الفقرة الثانية من نص المادة 447 من القانون المدني المصري.

ويجب أن يكون البائع قد قام بالإطلاع على المبيع بشكل شخصي أو من خلال وكيله ويكون عبء إثبات أن المشتري قد إطلع على المبيع على عاتق البائع وذلك لأن هذه الواقعة تعتبر واقعة مادية (الصرايرة، 2013م، صفحة 34).

كما قد وضع المشرع المصري في نص المادة 449 من القانون المدني المصري على أنه: "1. إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره خلال به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل أعتبر قابلاً للمبيع. 2. أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطره خلال مدة معقولة فإن لم يفعل أعتبر قابلاً للمبيع¹.

بالإضافة إلى الحالة التي يبيع فيها البائع المبيع ويشترط أنه غير مسؤول عن أي عيب في المبيع أو عيب معين، فيعد هذا الشرط صحيح ولكن يجب أن لا يكون عالمياً به ويحاول إخفاؤه وإلا أعتبر هذا الشرط لاغياً لأن هذا الفعل يعتبر غشاً كما يعد هذا الشرط جائزاً في حال أن البائع كان لديه القدرة فحص المبيع ولم يقم بذلك أما في حال عدم تمكنه من فحص المبيع فقبوله للمبيع مع عيب فيه يعتبر الشرط هنا لاغياً وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 86/392.

فيمكننا من خلال ذلك أن نستنتج أن إشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيب في المبيع أو عن كل عيب لا يعتبر ملزماً في الحالتين الآتيتين:

1. في حال أن البائع قد تعمد إخفاء العيب.
2. في حال أن المشتري لم يتمكن من الإطلاع على المبيع حتى لو أنه قبل المبيع فهذا الشرط لا يلزمه، ويقع على المشتري عبء إثبات أن البائع كان متعمداً إخفاء هذا العيب ويمكن للمشتري إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

¹ أنظر المادة 499 من القانون المدني المصري.

فقد وضع المشرع المصري في نص المادة 453 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمتعاقدین بإتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقضه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"¹.

أما فيما يتعلق بمسألة البيع بالمزاد العلني من قبل السلطات القضائية أو السلطات الإدارية وذلك ليتم تحصيل حقوق الدائنين، ففي هذه الحالة من البيوع لا يوجد ضمان للعيوب حيث أن هذه البيوع تتم وفق إجراءات خاصة فيكون للشخص الذي يريد الدخول للمزاد العلني الفرصة الكافية للإطلاع على المبيع وفحصه قبل الدخول بالمزاد ففي حال تم البيع وظهر في المبيع أي عيب لا يمكن للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع حيث تنتفي مسؤوليته من الضمان.

وهذا أيضاً ما قد أكد عليه المشرع المصري في نص المادة 454 من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: "لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"².

ثانياً: أن يكون العيب مؤثراً

يعتبر من شروط ضمان العيوب الخفية أن يكون العيب مؤثراً في العقار المبيع أي أن هذا العيب يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع وفي منفعته، يثور التساؤل هنا حول مسألة هل يكتفي بالقول المجرد من جهة المشتري لكي يتم إعتبار العيب مؤثراً فنقيم الحد على البائع ونلزمه بالضمان؟ أم يوجد قاعدة قانونية يخضع لها الطرفان لكي يكون معياراً فاصلاً لحقوق كلا الأطراف؟

بالرجوع إلى نص المادة 1/447 من القانون المدني المصري فقد جاء فيها ما يلي: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما

¹ أنظر المادة 453 من القانون المدني المصري.

² أنظر المادة 454 من القانون المدني المصري.

هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (الغرة، 2022م، صفحة 313).

بالتالي يمكننا أن نلاحظ أن المشرع قد وضع مجموعة من الإجهادات والمعايير لكي يتم تحديد المعيار الفاصل بين كون العيب مؤثر أم لا.

أولاً: نقص قيمة الشيء المبيع

إن المشرع المصري قد نص على أن نقص قيمة الشيء المبيع لوجود عيب فيه يجعل هذا العيب مؤثراً، الأمر الذي يترتب عليه إلزام البائع بضمان هذا العيب مثل أن يقوم أحد الأشخاص بشراء سيارة ومن ثم يعلم أن موديل السيارة التي قام بإستلامها تختلف من عن ما كان محدداً في العقد، الأمر الذي يقلل من قيمة المبيع ويمكن للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالضمان، حتى لو لم يكن البائع على علم بذلك العيب.

ثانياً: نقص منفعة الشيء المبيع

وهذه الحالة الثانية التي يكون فيها العيب الخفي مؤثراً وهي أن يكون العيب مما ينقص منفعة المبيع وهذا إستناداً إلى نص المادة 1/447 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها ما يلي: " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده"¹.

يوجد هنالك تساؤل حول مدى كفاءة أحكام الضمان الخفي كضمان للمشتري في عقد بيع العقار قيد الإنجاز؟

¹ الفقرة الأولى من المادة 447 من القانون المدني المصري.

فبالرجوع إلى أحكام ضمان العيب الخفي فنجد أنها لا تعتبر من النظام العام بالتالي يمكن للأطراف أن يتفقوا إما على التخفيف منه أو تشديده أو إسقاطه، فيمكننا أن نجد أنه في حال تم الإتفاق على تشديد ضمان العيوب الخفية مثل إتفاق الأطراف على زيادة المدة التي تكون مقررة لسماح دعوى لسماح دعوى الضمان ففي هذه الحالة لا تنور أي إشكالية، لكن الإشكالية تكمن في حالة تخفيف ضمان العيوب الخفية أو إسقاط ضمان العيوب الخفية، ففي هذه الحالة يعتبر إتفاقهم صحيح ولكن يوجد حالة واحدة قد نص المشرع فيها على بطلان ألا وهي في حال أنه تم إثبات البائع قد تعمد إخفاء العيب بالغش وهذا إستناداً إلى نص المادة 568 من القانون المدني الأردني¹، بالتالي فإننا نلاحظ عدم فعالية أحكام ضمان العيب الخفي التي وردت في القانون المدني على عقد بيع المباني قيد الإنشاء لأن هذه النصوص لا تعتبر من النظام العام ويمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها الأمر الذي يشكل خطورة، ففي حال تم الإتفاق على تخفيف ضمان العيوب الخفية أو إسقاطها فيكون البائع هنا يعلم مسبقاً وقبل المباشرة بالبناء بأنه معفى من الضمان وبناءً على ذلك فإنه لن يقوم ببذل العناية المطلوبة بأعمال البناء فبالرجوع إلى نص المادة 521 من القانون المدني الأردني فيمكننا أن نلاحظ أن مدة تقادم دعوى الضمان هي ستة شهور من تاريخ التسليم وهي تعتبر مدة غير كافية لكي يتم إكتشاف العيوب التي توجد في المبيع، بحيث أن المبيع هو عقار ولا يمكن خلال للعيوب جميعها أن تظهر خلال هذه المدة مثل مسألة رطوبة الجدران، حصول تشققات وتسريب للمياه، فجميع هذه العيوب على سبيل المثال تحتاج لمدة أطول من ستة أشهر (الشطناوي، 2011م، صفحة 82).

بالتالي فإن البائع لا يقوم بضمان العيوب الخفية إلا العيوب التي تم النص عليها في المواد (512-521) من القانون المدني وفي حال ظهر عيب خارج هذه العيوب فإن البائع لا يعتبر ضامن للعيب.

هنالك بعض الباحثين يرون أنه لحين قيام المشرع بإعادة النظر في أحكام عقد بيع المباني قيد الإنشاء أن يقوم المشتري بإبرام عقد مقاوله عندما يقوم المشتري بشراء بناء قيد الإنشاء، وذلك لأن عقد

¹ أنظر المادة 568 من القانون المدني الأردني.

المقاوله يوجد به ضمانات فعالة تصب في مصلحة المشتري، بحيث يكون المقاول مسؤولاً عن البناء لمدة 10 سنوات إلا في حال تم الإتفاق على مدة أطول من ذلك، كما يكون باطل كل شرط يتضمن إعفاء المقاول من الضمان أو التخفيف منه، لذلك فإنه يرى بعض الباحثين أن من الأفضل أن يتم تطبيق أحكام الضمان العشري الخاص على عقود بيع المباني قيد الإنشاء ويجب عدم الإكتفاء بتطبيق أحكام العيب الخفي التي تكون خاصة في عقد البيع.

ولكن ترى الباحثة أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يعتبر من العقود المهمة والتي تكون منتشرة على أرض الواقع ولا بد للمشرع أن يقوم بتنظيم هذا العقد في إطار خاص حيث يعتبر من غير المنطقي أن يتم إخضاع هذا العقد تارة إلى أحكام عقد البيع، وتارة أخرى إلى أحكام الوعد بالبيع، وتارة إلى أحكام عقد المقاوله.

المطلب الثالث: الإلتزام بالتعويض من قبل البائع

في حال أن البائع قام بتسليم العقار وكان قد أخل بالمواصفات التي تم الإتفاق عليها في العقد، فهنا تقع مسؤولية الضمان العشري الذي تم توضيحه في نصوص المواد 791-788 من القانون المدني الأردني.

فحدد المشرع الأردني بنص المادة 788 من القانون المدني الأردني بأن المدة هي عشرة سنوات تبدأ من تاريخ التسليم.

تعتبر هذه المدة واجبة بنص القانون ولا يجوز الإتفاق على مخالفتها وأي شرط ينص على خلاف ذلك فهو باطل، ولكن يمكن النص على مدة أطول من عشرة سنوات وهذا ما جاء في نص المادة 788 من القانون المدني الأردني، فيعتبر هذا الشرط من النظام العام ولا يجوز التنازل عنه¹.

¹ أنظر المادة 788 من القانون المدني الأردني.

يتم تحديد بدء العشر سنوات منذ تاريخ التسليم الوارد في محضر التسليم، فالمشرع الأردني والمشرع المصري أكدا على أن المدة هي عشر سنوات بالرغم من أن هنالك قوانين أخرى نصت على مدة أقل تصل إلى خمس سنوات ولكن هذه المدة لا تعتبر كافية لكي يتم إكتشاف العيوب الخفية أو التهمم الكلي أو الجزئي.

الخاتمة

بعد أن إنتهينا من هذه الدراسة يمكننا أن نقول أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء يعتبر من العقود حديثة التنظيم القانوني بالرغم من أن هذا النوع من العقود لا يعتبر حديثاً، وبسبب حداثة هذا العقد فقد كان هنالك إختلافات قانونية وفقهية وقضائية، فقد كان هنالك إختلافات حول تسميته وحول تعريفه فمنهم من أطلق عليه مصطلح " بيع المباني تحت الإنشاء" و " عقد البيع على الخريطة" وعقد بيع الوحدات العقارية على الخريطة" و " عقد عقد الوعد بالبيع العقاري".

كما يمكننا أن نلاحظ أن الآراء الفقهية قد إختلفت حول تحديد طبيعة هذا العقد فمنهم من رأى أن هذا العقد هو عقد بيع ورأى آخر رأى أن هذا العقد هو عقد وعد بالبيع ومنهم من رأى أنه عقد مقاوله ورأى آخر يقول أنه عقد وكالة وكان هنالك رأي قريب من الصواب فقد إعتبر هذا الرأي أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود الواردة على الأشياء المستقبلية غير موجودة في وقت التعاقد، بحيث يكون محل إلتزام البائع هو بناء عقار، والعقار غير موجود عند إبرام العقد، ولكن العقار يكون موجود في المستقبل، حيث يتم في العقد الإتفاق على أوصاف العقار ومساحته وجميع التفاصيل المتعلقة به، ولكن الرأي الصحيح هو ان هذا العقد له طبيعته الخاصة بالرغم من تشابهه مع العقود الأخرى.

كما يمكننا القول أن عقد بيع المباني والشقق قيد الإنشاء من العقود المستقبلية التي لا توجد على أرض الواقع الأمر الذي يؤدي إلى حدوث إشكاليات قانونية وعملية وإجرائية، كما أن هذا الأمر يفتح الباب على مصراعيه لكي يتم إدخال وتعديل نصوص قانونية سارية لكي تعمل على تلبية إحتياجات المشتري وذلك لأن القوانين الحالية لم تلبي إحتياجات المشتري وتضعه في خانة الضعف وتجعل من البائع هو مركز القوة الأمر الذي يؤثر على تعاملات كلاً من طرفي العقد، بحيث يكون هنالك مجموعة من المسؤوليات التي تقع على عاتق البائع والمشتري بحيث يكون البائع ملزم بالبناء وتسليم العقار وفقاً للمواصفات التي تم تحديدها في العقد، أما المشتري فيقع على عاتقه دفع الثمن، ويكون لكل منهم الجزاء

الذي يتناسب مع إخلاله في إلتزاماته، إلا أن تجاوزات البائع تعد هي أكثر وذلك لأن إلتزامات المشتري واضحة ودقيقة.

كما يمكننا أن نلاحظ أن هذا النوع من العقود ونتيجةً لحدائته فإنه هناك دول عملت على تنظيمه ودول أخرى لم تقم بتنظيمه في تشريع خاص، كما يوجد دول أخرى عملت على تنظيمه في نصوص خاصة ضمن قوانين عامة كما فعل المشرع الأردني، أما في فلسطين فلم يعمل المشرع على تنظيمه سواء في قانون خاص أو قوانين خاصة، فهذا الأمر أدى إلى إزدياد العبء على الجهات القضائية لكي تقوم بالبحث عن أحكام لهذا العقد وتكييفه من خلال القواعد العامة، هذا الأمر أدى إلى نشوء إختلافات قضائية.

وفي ختام هذه الدراسة وبعد إنتهاء البحث في موضوع حماية المشتري في عقد بيع المباني قيد الإنشاء ودراسة وتحليل جميع الجوانب المتعلقة به، فقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتي سوف يتم توضيحها على النحو الآتي:

إن عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود التي لها خصوصيتها بحيث يعتبر هذا العقد جديد لم يحظى بأحكام خاصة به لكي تعمل على تنظيمه.

يوجد غياب للتشريع الفلسطيني في مسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء، ويعتبر هذا الغياب نتيجة لعدم التطور في القطاع العقاري مثل التطور في قطر والإمارات على سبيل المثال.

إن مجلة الأحكام العدلية لم توضح أي تنظيم لمسألة عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء وذلك بسبب قدم هذا التشريع إلا أنه يوجد بعض العقود التي تعتبر مقاربة في بعض الجزئيات مع عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء مثل عقد الإستصناع حيث يقوم كلاً منهما ببيع مؤجل بثمن معجل.

يترتب على إعتبار عقد بيع الأبنية في الإنشاء عقد مسمى في القانون وجود خصائص متعلقة به دون غيره من العقود الأخرى المتشابهة فيكون متمتعاً بأحكام قانونية خاصة به من ناحية التنظيم القانوني.

إن تنظيم عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء في قانون خاص يعمل على التقليل من حجم النزاعات التي تنشأ بسببه، بحيث تصبح أحكامه وشروطه والإلتزامات الواقعة على عاتق طرفيه واضحة، مما يشجع إبرام العقد والذي بدوره يؤدي إلى إزدياد حجم الإستثمار العقاري وينعكس على إقتصاد الدولة فيعمل على تطويره.

هنالك الكثير من الآراء التي توجهت إلى أن عقد بيع المباني قيد الإنشاء من العقود يتشابه مع عقد الوعد بالبيع وصور أخرى من البيوع ولكن نقاط الإختلاف بين هذه العقود مع عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء أكبر من أوجه التشابه، وبناءً على ذلك فإن هذا العقد لا يعتبر عقد وعد بالبيع ولا عقد بيع تقليدي نظراً لمحلّه ولعنصر الشكلية.

يعتبر إلتزام المطور العقاري هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزام ببذل عناية وعليه يجب أن يقوم بتسليم العقار وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد.

يعتبر عقد بيع الأبنية قيد الإنشاء صورة من صور البيوع العقارية التي يوجد لها أحكام قانونية وإجراءات خاصة تميزه عن غيره منها.

التوصيات

بناءً على ما جاء في متن البحث والإستنتاجات التي توصلنا إليها:

1. لا يجوز عرض البيع إلا بعد تسجيل المشروع بحيث تنشأ سجلات خاصة بسجلات البيع على المخطط قبل البدء بتسجيلها.
2. يعطى المشتري شهادة شراء تستبدل بشهادة ملكية عند الإنتهاء من التسجيل.

3. يلتزم البائع (المطور) بالإنهاء من البناء وتسليم العقار وفقاً للاتفاق وإلا فإنه يتحمل المسؤولية.
4. يسأل البائع (المطور) عن ضمان العيوب والعيوب في متانة البناء.
5. زيادة الرقابة الحكومية وبالتحديد وزارة الإسكان الفلسطينية على عقود بيع الأبنية تحت الإنشاء.
6. أن يتم تنظيم مسألة التطوير العقاري لمشاريع البناء، أولاً بتنظيم مسألة الحصول على الموافقة اللازمة الجهات المختصة على المشروع والمخططات الهندسية والمواصفات الفنية للبناء، والتأكد من أن البائع هو المالك للأرض التي سوف يقام عليها العقار وتقديم مجموعة من الضمانات التي تكفل حسن إنجاز العقار، ووضع آلية لترتيب مسألة ربط الدفعات النقدية التي يؤديها المشتري مع مستوى الإنجاز في العقار، بالإضافة إلى توضيح إجراءات نقل الملكية للمشتري.
7. أن يتم إعداد نماذج خاصة رسمية بعقد بيع الأبنية تحت الإنشاء ويتم ذلك مع الجهات المختصة.

المراجع العلمية

أولاً: القوانين

- القانون الإماراتي رقم 19 لسنة 2017 لتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2017.
- قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (1135) الصادر بتاريخ 1953/3/1.
- القانون الفرنسي رقم (547) الصادر سنة 1967 الخاص ببيع العقارات تحت الإنشاء.
- القانون المدني الأردني رقم (43)، لسنة 1976 المنشور في الصفحة (2) من العدد (2645) المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، الصادر بتاريخ 1976/8/1.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ — المنشور في الجريدة الوقائع المصرية، العدد (108)، الصادر بتاريخ 1948/7/16.
- القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (1410) بتاريخ 1959/1/1.
- القانون المغربي رقم 12.107 المغير والمتمم للقانون 00.44.
- قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (5573) الصادر بتاريخ 2019/5/16.
- قانون تسجيل الأراضي التي لم يسبق تسجيلها رقم 6 لسنة 1964، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1743، بتاريخ 1964/3/1.
- قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها رقم 6 لسنة 1964، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1743، الصادر بتاريخ 1964/3/1.
- قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (1113)، الصادر بتاريخ 1952/6/16.
- القانون رقم (04-11) مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاطات الترقية العقارية.

قانون رقم (1) لسنة 1996 بشأن تملك الطبقات والشقق والمحلات، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (11)، بتاريخ 1996/2/11.

القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

القانون رقم 19 لسنة 2017 الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم أحكام السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

القانون رقم 3 لسنة 2010 بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم (25) لسنة 1968، المنشورة في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (2085)، بتاريخ 1968/4/16.

قرار المجلس التنفيذي رقم 9 لسنة 2010 بإعتماد اللائحة التنفيذية رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

قرار وزير الإسكان رقم (2) لسنة 1997 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تملك الطبقات والشقق والمحلات، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد (19)، الصادر بتاريخ 1997/10/15.

مجلة الاحكام العدلية العثمانية الصادرة عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق لسنة 1869، وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق لسنة 1867.

مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012

نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (2236)، الصادر بتاريخ 1953/3/16.

ثانياً: المراجع العربية

أبو دان، أحمد محمود. (2022م). *عقد بيع العقار على الخارطة*. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الأزهر، غزة، فلسطين.

أعمر، تسيبة. (2019م). *الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم*. (أطروحة دكتوراه منشورة). جامعة آدرار، آدرار، الجزائر.

برغوثي، شموع شوكت عبد المعطي. (2023م). عقد بيع الوحدات العقارية على الخارطة في فلسطين " دراسة تحليلية مقارنة". جامعة بيرزيت، بيرزيت، فلسطين.

البشتاوي، مهند شوكت. (2017م). الأحكام الناظمة لعقد بيع بناء تحت الإنشاء في التشريع الأردني وتشريع إمارة دبي: دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة اليرموك، إربد، الأردن.

بنداري، محمد إبراهيم. (1993م). الالتزام بالتسليم في عقد البيع. (أطروحة دكتوراه منشورة). جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

الجبوري، ياسين محمد. (2002م). المبسوط في شرح القانون المدني " نظرية العقد" (الإصدار 1، المجلد 1). عمان: دار وائل للطباعة والنشر.

الحشيمي، لينا جميل. (2014م). بيع العقارات تحت الإنشاء: دراسة مقارنة. بيروت، المؤسسة الحديثة للكتاب.

حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/155.

حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2008/241 الصادر بتاريخ 2009/1/14، المنشور على موقع المقنفي جامعة بيرزيت.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية المنعقدة في رام الله رقم 2004/22.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية المنعقدة في رام الله رقم 168 لسنة 2004.

الحياري، أحمد إبراهيم حسين. (2009م). حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء: دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني. جامعة الكويت.

خليفة، محمد سعد. (2015م). أحكام عقد بيع البناء على الخارطة " دراسة مقارنة". القاهرة: دار النهضة العربية.

دار المنظومة: <https://www.mandumah.com>

دودين، محمود. (2014م). الإطار القانوني للمساكن في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة تحليلية. رام الله: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس).

دياب، باسم. (2023، 12 22). محام، مقابلة شفوية.

زبيد، محمد عوض. (2016م). *انتقال ملكية العقارات في القانون الأردني*. (أطروحة دكتوراه منشورة). جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن.

الزحمي، حمد راشد حمد. (2023م). *الالتزام بالمطابقة في بيع المباني تحت الإنشاء: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة*. مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، 191-216.

الزحيلي، وهبة مصطفى. (2017م). *عقد الاستصناع*. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 7.

الزعبي، محمد يوسف. (2004م). *العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني* (الإصدار 1). عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الزنون، حسن علي. (2004م). *الوجيز في النظرية العامة للإلتزام دراسة مقارنة* (الإصدار 2، المجلد 1). عمان: دار وائل للنشر.

زهرة، محمد المرسي. (1989م). *بيع المباني تحت الإنشاء: دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي* (الإصدار 1). القاهرة: مطبعة سيد عبد الله وهبة.

زوية، عز الدين. (2013م). *خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي*. مجلة الحقوق والحريات — كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، 1(1)، 39-84.

سلطان، أنور. (2016م). *مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي* (الإصدار 9). عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

<https://pla.pna.ps/ar> سلطة الأراضي الفلسطينية

سمحان، هناء سميح سعيد. (2023م). *بيع العقار في طور الإنجاز في ضوء قانون الملكية العقارية الأردني رقم 13 لسنة 2019*. رسالة ماجستير، الأردن، المفرق، جامعة آل البيت.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (د.ت). *الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية (البيع والمقايضة)* (الإصدار 4، المجلد 1).

السنهوري، عبد الرزاق. (1963م). *الوسيط في شرح القانون المدني* (الإصدار 4). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

السنهوري، عبد الرزاق. (2011م). *شرح القانون المدني المصري لسنة 1949* (الإصدار 3، المجلد 1). القاهرة: دار النهضة العربية.

سوار، محمد. (1999م). شرح القانون المدني. دمشق: دار العلم للثقافة والتوزيع.

الشطناوي، نبيل فرحان حسين. (2011م). أحكام إسقاط الدعوى وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته. مجلة المنارة للبحوث والدراسات، 17(3)، 83-111.

الشهيب، أحمد خليل عبد. (2007م). الوعد ببيع العقار في ضوء القانون الأردني والقانون العراقي دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

صباح، سامي محمد. (1999م). حقوق والتزامات مالكي الطوابق والشقق في القانون الأردني. (رسالة ماجستير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

الصررايرة، عاصم سليمان يوسف. (2013م). حماية المشتري في بيع الشقق والطوابق قيد الإنشاء. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

الصيد، سلوى عبد العزيز شعبان. (2021م). الاتفاق التمهيدي لعقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء. (أطروحة دكتوراه منشورة). جامعة المنوفية، المنوفية، مصر.

طعن رقم 2010/1104 مدني الصادر عن محكمة أبو ظبي بتاريخ 2011/2/15.

عبد الباقي، عبد الفتاح. (د.ت). محاضرات في العقود: عقد البيع (الإصدار 2). القاهرة: دار الفكر العربي.

عبد الحكم، محمود. (2013م). الوعد بالتعاقد: دراسة تحليلية مقارنة. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، 32.

عبد المجيد، عبد الحكيم. (1993م). الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمني: الالتزامات والحقوق الشخصية (الإصدار 1). منشورات الشركة الجديدة للطباعة.

العبيدي، علي هادي. (2012م). العقود المسماة: البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات (الإصدار 6). عمان - الأردن: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع.

عجوة، سائدة أحمد سليمان. (2011م). آلية انتقال الملكية في الأراضي غير المسجلة في فلسطين: دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

عفانة، حسام الدين بن موسى. (2009م). يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة (المجلد 1). فلسطين: المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر والتوزيع.

العلي، إيمان عبد الفتاح عودة. (2021م). *الطبيعة القانونية لعقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمصري*. رسالة ركتوراه منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

العلي، إيمان عبد الفتاح عودة، وعبدالهادي فوزي العوضي. (2021م). *الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وأثره كضمانة للبائع والمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء*. *المجلة القانونية، جامعة القاهرة، 4(10)*.

علي، عمرو طه بدوي محمد. (2004م). *الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد: دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية*. (أطروحة دكتوراه منشورة). جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

علي، مصطفى راتب حسن. (2024م). *الإطار القانوني لبيع العقار على الخارطة: دراسة مقارنة*. *المجلة القانونية، 2*.

عمر، سبيل جعفر حاجي. (2011م). *ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة*. (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق.

الغرة، فادي حمدان ديب. (2022م). *العيوب الخفية وفقاً للنظامين الفلسطيني والمصري*. *مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، 13*.

فرج، توفيق حسن. (1985). *عقد البيع بالمقايضة*. الإسكندرية (المجلد 1). المؤسسة الثقافية الجامعية.

فرحان، مصطفى أحمد مصطفى. (2021م). *نظام التسجيل العقاري الاختياري في الضفة الغربية ومدى توافقه مع مبادئ السجل العيني العقاري*. *مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، 45*.

قرار محكمة الاستئناف رقم 2017/147 الصادر بتاريخ 2017/3/28 المنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية: <https://maqam.najah.edu/judgments/1305>

قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم 99/277، المنشورة في *المجلة القضائية*، ص 257 العدد الثامن لسنة 1999.

قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 96/1822 لسنة 1997.

قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 2007/3503.

قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1991/1079 الصادر بتاريخ 1992/9/29.

قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1967/199 المنشور ببرنامج نقابة المحامين للتشريعات وقرارات المحاكم الأردنية.

قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1986/392.

قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 87/527.

قرار محكمة التمييز في إمارة دبي في الطعن المدني رقم 268 لسنة 2009 المنشور على الموقع

التالي: http://data.uaelawsonline.com/UAE-DXB_CC/%D8%B3%D9%86%D8%A9%202009/UAE-DXB-CC_2009-11-15_00268_Taan.html

قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 المنشورة

على موقع قانون: <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=9194>

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/1283 الصادر بتاريخ 2016/2/26 المنشور على موقع

مقام، جامعة النجاح الوطنية: <https://maqam.najah.edu/judgments/3931>

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/279 الصادر بتاريخ 2018/3/19 المنشور على موقع

مقام، جامعة النجاح الوطنية: <https://maqam.najah.edu/judgments/3599>

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2010/290 الصادر بتاريخ 2011/6/1 المنشور على موقع قانون:

<http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=11117>

قرار محكمة النقض الفلسطينية في النقض المدني رقم 2009/20 الصادر بتاريخ 2009/5/13 المنشور

على الصفحة رقم 364 من مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية في

القضايا الحقوقية للسنوات 2009/2008/2007 من إصدارات المكتب الفني الجزء الرابع لسنة

2011، المنشور على موقع قانون: <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=14558>

قرار محكمة النقض المصرية رقم 36 /14 الصادر بتاريخ 1970/3/19.

قرار محكمة النقض المصرية رقم 1936/80، جلسة 1970/4/23، مجموعة أحكام محكمة النقض،

المكتب الفني.

قرار محكمة النقض المصرية رقم 9715 لسنة 90 قضائية الصادر بتاريخ 2021/6/20 المنشور على

موقع: <https://www.cc.gov.eg/judgments>

قنديل، ثناء جودة محمد. (1999م). الوعد بالتعاقد. القاهرة، مصر: (أطروحة دكتوراه). جامعة عين

شمس.

المجالى، موسى النظام. (2018م).. التنظيم القانونى لعقد بيع عقار تحت الإنشاء: دراسة مقارنة. عمان، الأردن: (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الشرق الأوسط.

محرك البحث القانونى قسطاس [/https://qistas.com](https://qistas.com)

مرقس، سليمان. (1998م). الوافى فى شرح القانون المدنى (الإصدار 2، المجلد 5). القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.

مقلاى، مونة. (2017م). التأصيل القانونى لعقد بيع العقار تحت الإنشاء دراسة مقارنة". مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، 1.

منصور، مصطفى منصور. (1959م). تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقد الإيجار والبيع. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 2.

منظومة القضاء والتشريع فى فلسطين (المقتضى): <http://muqtafi.birzeit.edu>

المهذى، نزيه محمد صادق. (1990م). الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود: دراسة فقهية قضائية مقارنة (الإصدار 1). القاهرة: دار النهضة العربية.

موقع قانون [/https://qanoon.om](https://qanoon.om)

موقع مقام [/https://maqam.najah.edu](https://maqam.najah.edu)

النشار، محمد فتح الله. (د.ت). حق التعويض المدنى بين الفقه والقانون المدنى (الإصدار 1). دار الجامعة الجديدة للنشر.

النعمى، منتصر موفق عبد الحميد. (2012م). ضمان التعرض والاستحقاق فى عقد البيع فى القانون الأردنى: دراسة مقارنة. جرش، الأردن: (رسالة ماجستير منشورة). جامعة جرش.

النقض المدنى رقم 40/604 الصادر عن محكمة النقض المصرية، فى جلسة 1969/10/28، المنشور فى مجموعة الربع قرن الثانى، المكتب الفنى.

هزيم، ربحى محمد. (2012م). ضمان التعرض والاستحقاق فى عقد البيع: دراسة مقارنة. نابلس، فلسطين: (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.

ياسين، أديب أحمد أديب. (2022م). الإطار القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة: دراسة مقارنة. نابلس، فلسطين: (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

Code civil francais, 108eme edition, Dalloz, Edition 2009.

Loi n 67-3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles a construire et a (1)
l'obligation a raison des vices de construction.

La loi n 67- 547 du 7 juillet 1976, tendant a reporter la date d'application et a (1)
preciser certaines dispositions de construction et a l'obligation de garantir a
raison des vices de construction.

La loi n 2006-872 du 13 Juillet 2006, portant engagement national pour le logement.



An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

**THE BUYER'S GUARANTEES IN
THE CONTRACT FOR THE SALE OF
BUILDINGS UNDER CONSTRUCTION:
A COMPARATIVE STUDY**

By
Dina Marwan Khalil Juma

Supervisor
Dr. Ishaq Barqawi

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree
of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies,
An-Najah National University, Nablus, Palestine.**

2025

THE BUYER'S GUARANTEES IN THE CONTRACT FOR THE SALE OF BUILDINGS UNDER CONSTRUCTION: A COMPARATIVE STUDY

By
Dina Marwan Khalil Juma
Supervisor
Dr. Ishaq Barqawi

Abstract

The contract for the sale of buildings under construction is regarded as a contemporary form of contract. Similar to other contracts, it comprises a set of essential elements and conditions. However, this contract possesses a distinctive nature, as the subject matter does not exist at the time the contract is concluded. Consequently, it is governed by specific rules and procedures, which have been elucidated and regulated by legal provisions, such as those established in French law.

This study concludes that Palestinian, Jordanian, and Egyptian legislators have not established a specific legal framework to regulate contracts for the sale of buildings under construction.

This type of contract is governed by the general principles applicable to contracts and is treated as a standard sale contract, with the distinction that the subject matter involves a future object. In contrast, the French legislature has addressed this contract through specific statutory provisions. This divergence prompts a critical inquiry into whether the general rules adequately safeguard the interests of the buyer within Jordanian, Egyptian, and other comparable legal systems.

The study examines this issue and underscores the necessity of enacting specific legislation to ensure adequate protection for buyers in contracts involving the sale of buildings under construction.

The study also addresses the lack of a specific legal framework within the Palestinian legal system governing contracts for the sale of buildings under construction and analyzes the stance of the Palestinian judiciary concerning such contracts.

The significance of this study resides in the researcher's pragmatic comparative analysis of multiple legal systems governing the sale of buildings under construction. It emphasizes key legal provisions within these systems and articulates the researcher's perspective on them.

Furthermore, the study elucidates the legislative framework in Palestine and analyzes the stance of the Palestinian judiciary regarding this contract in both settlement and non-settlement areas.

The study concludes with several findings and recommendations, the most significant of which is that the sale of property should not be permitted unless the project has been officially registered, accompanied by the establishment of special registers for off-plan sales prior to the commencement of registration. The researcher further explains that the Majalla (Ottoman Civil Code) serves as the foundation of Palestinian civil law; however, it does not contain any legal provisions regulating contracts for the sale of buildings under construction. Moreover, due to the absence of specific legislation governing such contracts, it is necessary to apply the rules of the Istisna' (manufacturing contract) to contracts for the sale of buildings under construction, given the practical suitability of this type of contract.

Keywords: sale of buildings under construction, off-plan sales, buyer protection, istisna' contract, comparative study, Majalla