

## ماهية العقد التمهيدي الوارد على الوحدات السكنية في المشاريع الاستثمارية (دراسة مقارنة)

الباحثة رغدة عوده شبيب  
د. طارق كاظم عجيل  
كلية القانون – جامعة ذي قار

[TARK1980\\_2005@YAHOO.COM](mailto:TARK1980_2005@YAHOO.COM)

[ragdaoda@gmail.com](mailto:ragdaoda@gmail.com)

### مستخلص البحث:

يمكن تلخيص فكرة البحث في أن العقد التمهيدي الوارد على الوحدات السكنية هو عقد تحضيري، ابتدائي لإبرام عقد بيع نهائي للوحدة السكنية، يبرم بين المستثمر و المشتري، يحجز فيه الطرف الاول الوحدة السكنية لصالح الطرف الثاني، مقابل دفعة تسبيق مالي الذي يعتبر ك مبلغ ضمان، وهو جزء من ثمن الوحدة السكنية. وقد عرفه التشريع الفرنسي و الجزائري و الاماراتي ونظم احكامه، عكس المشرع العراقي، وقد اختلفت تسمية من تشريع الى آخر، إلا أنه عقد أولي وليس نهائياً، يمنح المشتري بموجبه فرصة الحصول على سكن بدون أن يكون ملزماً بصورة نهائية بالعقد، و بإقساط مريحة تتناسب مع وضعه الاقتصادي، كما يعتبر من جهة المستثمر على إنه عقد يستفاد منه لمعرفة جدية المشتري، و لجس نبض السوق، و كمصدر لتمويل مشروعه.

### المقدمة

أن الاصل هو حرية التفاوض، ولكن هذه الحرية على اطلاقها تفتح الباب لمفاوضات غير جادة، تتسبب في ضياع الوقت، والجهد والمال، دون توفر نية حقيقية لأبرام عقد في النهاية، والتي تسبب ضرراً فادحاً للطرف الاخر، فأن اتفاق الطرفين في التفاوض منذ البداية، بمقتضى عقد تمهيدي، امراً في غاية الاهمية لتأمين التفاوض، وتقادي المخاطر الناتجة عن عدم اتباع ذلك، فيتوفر بالتالي تبعاً لذلك قدراً كبيراً من الثقة والاستقرار في المعاملات بين المتعاقدين، فهذا التفاوض التزام عقدي، يحد من حرية الطرفين التي يتمتعان فيها في الاصل. والعقد التمهيدي هو عقد أولي، ابتدائي، تحضيري لإبرام عقد بيع نهائي، فهو يرتب التزامات شخصية بين المتعاقدين دون الغير، فالمشتري يلتزم بدفع تسبيق نقدي مقابل حجز الوحدة السكنية باسمه، و يلتزم فيه البائع بالحجز، دون نقل الملكية، الا بعد سداد كامل الثمن، وبموجب عقد البيع النهائي، الا إن ما يجري عليه العمل في العراق هو إن العقد التمهيدي هو نفسه عقد بيع نهائي، إي لا يلتزم البائع بحجز الوحدة السكنية فقط، إنما يشدد العقد الى التزامه بالبناء، ونقل الملكية فيما بعد اكمال دفع الثمن، وفق اقساط يتفق عليها عادةً في العقد، وغالباً تحصل زيادة في هذه المبالغ، دون وجود قانون يحمي المشتري الطرف الضعيف في هذه العلاقة، والاقل خبرة، ودراية بأمور البناء.

### اهمية البحث:

تكمن أهمية بيان ماهية العقد التمهيدي وفق القانون العراقي والتشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والجزائري والاماراتي كونها دول عالجت وتبنت تنظيم هذا العقد وحددت التزامات اطرافه، وبعكس التشريع العراقي الذي خلا من هذه المعالجة الضرورية والمهمة لهذا العقد، كمحاولة منا لتسليط الضوء على احكام هذا العقد، وبيان اهميته في الحياة العملية، ولتحديد التزامات الاطراف المتعاقدة، ومعرفتهم بحقوقهم التعاقدية، وكيف إن قوانين الدول كفلت عند

تنظيمها لهذا العقد ضمان حماية هذه الحقوق ، للحيلولة دون حصول خلافات بينهم مستقبلاً ، أو إيجاد الحل ومعرفتهم بها مسبقاً.

#### مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في جهل اطرافها من معرفة حقوق والتزاماتهم التعاقدية عند توقيع العقد، وهل يسمح لهم بالعدول عن العقد وشراء الوحدة بعد توقيع العقد التمهيدي؟ في ظل انعدام وجود قانون خاص أو عام يعالج هذا العقد المهم، هل تعتبر القواعد العامة كافية عند تطبيقها على هذا العقد؟ وبيان أهميته؟ ومعالجة أحكامه؟

#### منهجية البحث:

سيتم البحث المنهج التحليلي عند تحليل النصوص القانونية في التشريع العراقي، من خلال حصر و تحديد النصوص المشابهة لأحكامها، ونستخدم الاسلوب المقارن لمقارنة هذه النصوص وإيجاد اوجه الشبه والاختلاف بين التشريع العراقي والقوانين المقارنة.

#### خطة البحث:

لغرض معرفة ماهية العقد التمهيدي الواردة على الوحدات السكنية في المشاريع الاستثمارية، يجدر بنا إن نقسم هذا البحث الى مطلبين، نتطرق في المطلب الاول لتعريف العقد التمهيدي، وفيه نستعرض تعريفه في القانون الفرنسي والتشريعات المقارنة، وتعريفه في القانون العراقي، فيما نخصص المطلب الثاني لبيان خصائص العقد التمهيدي، وفيه نستعرض كونه عقد شكلي، وغير ناقل للملكية.

### المطلب الاول

#### تعريف العقد التمهيدي

تعتبر تسمية العقد التمهيدي الوارد على بيع الوحدات السكنية تسمية لعقد جديد لم ينظمه و لم يعالجه المشرع العراقي في القانون المدني ولا في قانون الاستثمار ولا في أي قانون اخر، وبالتالي فهو عقد غير منظم تشريعياً ، وان غاية هذا العقد هو تنظيم العلاقة بين المستثمر بائع الوحدة السكنية والراغب بالشراء (المشتري) لغاية ابرام العقد النهائي. وقد تم تعريفه من قبل المشرع الفرنسي بشكل واضح لا لبس فيه، ونظم احكامه وحدد التزامات طرفي العلاقة التعاقدية، وميزه عن العقد النهائي لبيع الوحدات العقارية التي لازالت قيد الانشاء، او حتى قبل البدء في انشاءها<sup>(1)</sup>. وبهذا الصدد يرى البعض أن المرحلة التمهيديّة للعقد هي مرحلة مفاوضات، والتي يتم فيها دراسة شروط العقد ومناقشتها، ففي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، لعدم وجود ايجاب صادر من أحد المتعاقدين يمكن للطرف الاخر قبوله، وانما فقط عروض وعروض مضادة<sup>(2)</sup>. بينما يرى البعض الاخر أن التفاوض على العقد، يقصد به أن يحصل بين شخصين أو أكثر، اتصال مباشر أو غير مباشر بمقتضى الاتفاق الذي تم بينهما، يتم فيه تبادل وجهات النظر وبذل المساعي المشتركة، للوصول الى تصور مشترك لإبرام عقد في المستقبل<sup>(3)</sup>.

ولغرض التعرف على موقف التشريعات محل المقارنة من تعريف العقد التمهيدي الوارد على بيع الوحدات السكنية في المشاريع الاستثمارية، بشكل اكثر دقة وتفصيل سوف نقسم هذا المطلب على فقرتين نعالج في الفقرة الاولى موقف القانون الفرنسي والتشريعات المقارنة، ونفرد الفقرة الثانية لموقف القانون العراقي وعلى النحو الاتي.

ولاً: في نطاق القانون الفرنسي والتشريعات المقارنة

لقد أهتم المشرع الفرنسي بالاتفاقات ما قبل التعاقد، ونظم أحكامها، حتى بلغ درجة اهتمامه على وجه الخصوص بالعقد التمهيدي، انه أبطل معه أي عقد أو اتفاق بديل عن العقد التمهيدي، أو يتم بغير صيغة العقد التمهيدي التي نظم القانون أحكامه<sup>(4)</sup>.

عرف العقد التمهيدي في التشريع الفرنسي في المادة (L261/11) من قانون البناء والسكن رقم (3-67) المؤرخ في 3 كانون الثاني 1967 بانه: العقد الذي يلتزم البائع بمقتضاه حجز عقار أو جزء منه لصالح المشتري مقابل أيداع ضمان بحساب خاص. يتبين لنا من خلال التعريف اعلاه، ان العقد التمهيدي هو من قبيل الاتفاقيات التي تسبق العقد النهائي، فهو عقد ابتدائي و مرحلة تحضيرية لإبرام العقد النهائي، أي ما قبل العقد، يتمكن خلالها البائع من جس نبض السوق، و الحصول على مصدر تمويل لمشروعه الاستثماري من وديعة الضمان التي تعتبر كجزء من ثمن الوحدة السكنية، كما تمنح المشتري فرصة سكن بأنسب العروض، دون أن يلتزم بشكل نهائي بالعقد، أو على أمل أن يحصل على عرض آخر للسكن ليختار ما يناسبه. وهو من العقود المحددة، حيث يلتزم فيه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار الى المشتري، على أن يدفع الأخير مبلغ وديعة الضمان ويتم ايداعها في حساب خاص باسمه في المصرف، ويجب على البائع ارسال نسخة منه الى المشتري الراغب بشراء الوحدة السكنية، قبل شهر من توقيع العقد النهائي<sup>(5)</sup>، وعليه فإن هذا العقد هو عقد تام من حيث الاركان والشروط، لا ينقصه الا أن تعاد صياغته بشكل معين، لجعله عقداً نهائياً، كونه عقد تمهيدي لأبرام العقد النهائي.

وقد أنتقد البعض هذا التعريف كونه جعل من وديعة الضمان أحد عناصر وجود العقد، الامر الذي جعل القضاء اعتبار العقد التمهيدي عقد ملزم للجانبين، و بالرغم من وجود نص المادة 32 من القرار التنفيذي الذي يخالف التعريف اعلاه، حيث نصت على عدم جواز طلب وديعة الضمان من المشتري اذا تجاوزت مدة تنفيذ العقد التمهيدي السنتين، والذي يجعل منه عقد ملزم لجانب واحد، وهو التزام البائع بحجز الوحدة السكنية لصالح المشتري<sup>(6)</sup>. كما أن المشرع الفرنسي لم يشترط مقابل ضمان محدد، بل جعل تقديره للأطراف المتعاقدة، فلم يعتبره المشرع إجباري، فهو ليس من النظام العام، غير أن القضاء استقر على اعتبار الالتزام بالضمان هو ما يميز العقد التمهيدي، فاعتبره القضاء محدد بموجب قانون البناء والسكن رقم (03-67) المؤرخ في 1967/1/3 لاسيما المادة (25-261) منه، حيث بينت نسبة تقدير مبلغ الضمان على اساس مدة ابرام العقد<sup>(7)</sup>. كذلك أن المشرع الفرنسي أعطى للأفراد الحرية في أبرامهم العقد التمهيدي في النطاق الخاص، أو خارج هذا النطاق، و لم يضع المشرع قيد على ارادة المتعاقدين عند ابرامهم لأي نوع من أنواع الاتفاقات التي تسبق التعاقد، فلهم ابرام وعد ملزم لجانب واحد، أو ابرام وعد ملزم للجانبين بالبيع والشراء، أو وعداً بالتفضيل، ولكن اشترط المشرع اذا رغبا الطرفين في ابرام العقد التمهيدي بنطاقه الخاص المحمي، فعليهم احترام التنظيم القانوني للعقد التمهيدي الذي وضعه المشرع. وقد نحى المشرع الجزائري منحى التشريع الفرنسي وتأثر به، فنظم احكام العقد التمهيدي و عرفه في المادة 27 من قانون (4-11) بسم عقد حفظ الحق، وحدد التزامات البائع والمشتري، وبالرغم من دقة التشريعين الا انه اختلف عن التشريع الفرنسي بانه لم يميزه عن العقد النهائي. وقد عرفت المادة (27) عقد حفظ الحق على انه "هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر ببناءه أو في طور البناء، إلى صاحب حفظ الحق فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه الأخير، يودع مبلغ التسبيق المدفوع من صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56

من هذا القانون، يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم<sup>(8)</sup>. أن الملاحظ على المادة 27 هو أن المشرع الجزائري لم يميز العقد التمهيدي أو كما سماه بعقد حفظ الحق عن العقد النهائي كما فعل المشرع الفرنسي، حيث اضاف التزام على المرقي العقاري (البائع)، تسليم العقار المقرر بناءه إلى المشتري فور انتهائه أو اكمال المشروع، وهذا بدوره يتعارض مع نص المادة 32 من قانون (04-11) والتي نصت على جواز فسخ عقد حفظ الحق (العقد التمهيدي) في أي وقت خلال وقت انشاء المشروع العقاري، بطلب من أحد أطراف العقد أو أحدهما<sup>(9)</sup>.

وعقد حفظ الحق من العقود الملزمة للجانبين، كما أنه عقد تحضير لإبرام العقد النهائي، فهو عقد سابق لعقد بيع عقار بناء على التصاميم، لا يعتد بتاريخه لسريان عقد البيع، و إنما العبرة بتاريخ إبرام عقد البيع النهائي، الذي يعتبر وحدة قانون المتعاقدين وفيه تستقر علاقته المتعاقدين بينهما، كما أن القانون نص على امكانية فسخه بطلب من أحد المتعاقدين، أو باتفاقهما، في أي وقت من تاريخ أنجاز المشروع الاستثماري طبقاً لنص المادة 32 من قانون (4-11)<sup>(10)</sup>. و أن عقد حفظ الحق بالرغم من كونه عقد وارد على عقار، إلا أنه عقد عرفي، ويخضع لإجراءات التسجيل، وبالتالي فإنه وخلال فترة إبرام العقد وتام البناء لا يرتب العقد سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين، فهو عقد غير ناقل للملكية العقارية، عكس عقد بيع العقار بناء على التصاميم الناقل للملكية فيبقى المرقي العقاري مالكا للعقار الذي هو محل عقد حفظ الحق. كما أن عقد حفظ الحق بالرغم من كونه عقد غير ناقل للملكية، إلا أنه بموجب يلتزم المرقي العقاري بنقل الملكية العقارية وتسليمها إلى صاحب حفظ الحق، عند تمام البناء، كما لزم القانون المرقي العقاري مقابل التسديد الكلي للثمن من قبل صاحب حفظ الحق، بأعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء بعد ثلاثة أشهر على أثر الاستلام المؤقت للبناء، بشكل رسمي وخاضع لإجراءات الشهر العقاري<sup>(11)</sup>. أما المشرع الإماراتي فقد عرف العقد التمهيدي الوارد على بيع الوحدات السكنية في قانون امارة عجمان رقم 2 لسنة 2020 تحت تسمية سند الحجز على انه: "وثيقة يصدرها المطور تفيد قيامه بحجز الوحدة العقارية باسم شخص طبيعي أو اعتباري، لقاء دفعة مبلغ معين"<sup>(12)</sup>، بينما عرف الوحدة العقارية بانها جزء من العقار، ويشمل أي جزء مفرز على الخارطة، وقد نظم احكام العقد التمهيدي بشكل مفصل في المواد من (27-29)، بالإضافة الى مواد اخرى من نفس القانون أعلاه. كما نصت المادة 27 على أنه:

"أ- يصدر سند حجز الوحدة العقارية من المطور أو من يفوضه، ويجب أن ترد فيه البيانات المنصوص عليها في المادة (28) من هذا القانون.

ب- على المطور و طالب الحجز إعلام الدائرة بأي تغيير في البيانات الواردة في سند حجز الوحدة العقارية وعلى الأخص البيانات المتعلقة بالعناوين و المراسلات، و تعتبر هذه البيانات حجة عليهما".

فيما عرف عقد البيع الموحد على أنه: عقد بيع الوحدة العقارية الموقع بلين المطور و المشتري، وفقاً لنموذج معد من قبل الدائرة، فيما نظمت احكام عذا العقد المواد (30-34). يتبين لنا من المواد أعلاه أن المشرع الإماراتي سمي العقد التمهيدي بوثيقة الحجز، وهو يختلف عن العقد النهائي، فهي وثيقة مفاوضات ابتدائية أو تحضيريه لعقد البيع، و عليه نستنتج أن مشرع إمارة عجمان سمح بحجز الوحدة العقارية باسم المشتري مقابل دفعه مبلغ الضمان، بموجب سند حجز وهذه الوثيقة الصادرة من المطور العقاري التي تحجز الوحدة لصالح المشتري، كما تعتبر الفترة التي من حق المشتري معرفة تفاصيل العقد و الثمن والية تسديد الثمن،



والتأكد من جدية المشروع العقاري، و هذه الفترة هي (15) يوم تعتبر فترة غير ملزمة للمشتري فيسمح القانون له بالعدول خلالها مع الحق باسترداد الثمن المدفوع من قبل الاخير الى البائع، ولكن يشترط اشعار المطور رغبته في العدول تحريراً<sup>(13)</sup>.

وبعد انتهاء مدة سند الحجز يلتزم المطور بتوقيع عقد البيع الموحد، وهذا البيع هو بيع نهائي، و لكنه غير ناقل للملكية، حيث وخلال فتره حددها المشرع (5 أيام) خمسة أيام تسجيل البيع الموحد بالسجل الذي اسماه السجل العقاري الاولي، تسجل فيه كافة الوحدات العقارية تحت تسمية شاغر، وتعتبر كل تصرف لم يسجل في هذا السجل باطلة، ويستمر قيد الوحدة بهذا القيد لحين إكمال المشتري من تسديد كافة ثمن الوحدة، ليلزم القانون بعدها المطور بتسديد الوحدة بالسجل العقاري النهائي<sup>(14)</sup>. النهائي، وهذه الوثيقة تصدر من المطور أو من يفوضه، الغرض منها حجز عقار أو جزء من العقار لصالح المشتري، الذي سمح القانون أن يكون شخصاً حقيقياً أو معنوياً. وتعتبر هذه الوثيقة سنداً أثبات لحق المشتري وضمانه لحقه في قيام البائع بحجز الوحدة العقارية لصالحه، مقابل التزامه بدفع مبلغ معين من المال يتم الاتفاق عليه مقدماً بين المتعاقدين، وقد اشترط القانون على المطور عند اصداره سند الحجز أيراد البيانات التي نصت عليها المادة (28) والمتمثلة بالمعلومات الكاملة عن الطرفين والوحدة العقارية، والجهة الممولة للمشروع وغيرها من البيانات<sup>(15)</sup>.

وقد اشترط المشرع على المتعاقدين اعلام الدائرة في حالة حصول أي تغيير في بيانات سند حجز الوحدة العقارية، فهي حجة على الطرفين، فقد اشترط المشرع في هذا القانون تسجيل سند الحجز في السجل العقاري المبدئي. كما نصت المادة 10 من قانون رقم 13 لسنة 2008 الاماراتي الخاص بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي لأمانة دبي على انه: " يحضر على المطور أو الوسيط ابرام عقود عرفية لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في المشاريع التي لم يتم الموافقة عليها من قبل الجهات المختصة، ويقع باطلاً كل عقد يبرم قبل الحصول على تلك الموافقة". يتبين من نص المادة اعلاه ان المشرع حضر على المتعاقدين في عقود بيع عقارات على الخارطة ابرام عقود عرفية، فالعقود التي لا يتم الموافقة عليها من الجهات المختصة تعتبر باطلة بحكم القانون، كجزاء لعدم الحصول على الموافقات من الجهات المختصة، و لعل حكمة المشرع من رسمية هذه العقود هي لضمان حقوق الاطراف المتعاقدة، كون محل عقد البيع قابل للوجود مستقبلاً<sup>(16)</sup>.

و خلاصة التعاريف اعلاه يتبين لنا أن المشرع الفرنسي والجزائري والاماراتي شديدي الحرص على حماية حقوق المشتري، من خلال النص صراحةً على تنظيم الحقوق العقارية للمشتري على الوحدة السكنية المزمع أنشاءها، كونه الطرف الضعيف والاقبل خبرة في العلاقة، و هذا بدوره يمنح الثقة في نفوس المشتريين.

### ثانياً: في نطاق القانون العراقي

تعتبر تسمية العقد التمهيدي الواردة على الوحدات السكنية تسمية حديثة على الواقع القانوني في العراق، لان الفقهاء عرفوا عقد البيع بشكل عام، ونظم بقواعد خاصة، أما العقد التمهيدي لم ينظم بقواعد تشريعية خاصة باعتباره عقد مسمى، كما لم نجد تعريف له في الفقه، ولذلك كان لا بد من بيان هذا العقد، كمحاولة للوصول الى تعريف للعقد يتلاءم مع الواقع العملي للعقد التمهيدي، كي تعتبر أول خطواتنا للانطلاق في تكييف العقد التمهيدي. وقد انتشرت مؤخراً ظاهرة بيع الوحدات السكنية، التي وجدت ترحيب واقبال كبيرين من قبل المواطن للحصول على



سكن، في ظل صعوبتهم للحصول على سكن بسبب غلاء الاسعار، وعجز المواطن الراغب بالتملك من دفع ثمن المبيع نقداً، فيلجأ الكثير الى هذا النوع من العقود، لشراء عقار مقسط ثمنه، كما يوفر للمستثمر سيوله نقدية حتى يتمكن من تمويل مشروعه الاستثماري عند عجزه في بعض الاحيان عن التمويل<sup>(17)</sup>. و أن المشرع العراقي كما بينا سابقاً لم يعرف العقد التمهيدي الوارد على بيع الوحدات السكنية في المشاريع الاستثمارية، في قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل، أو في أي قانون آخر، ولم ينظم احكامه، بل حتى لم يميزه عن البيع النهائي.

و لكون مرحلة ما قبل التعاقد لا تقل من حيث الاهمية عن المرحلة اللاحقة لها، وهي مرحلة تنفيذ العقد، وهذه الاهمية لا تنحى عند إبرام العقد النهائي، بل هي متصلة به، فخلال هذه المرحلة قد تنشأ عيوب الارادة، وبالأخص التدليس والغلط، والتي يمكن للأطراف تلافيها، إذا ما وجد هناك تشريع ينظم هذه العلاقة، ويحدد التزام كل طرف فيها، و ايجاد حلول للخلافات التي يتوقع قيامها بينهما، فلو أدى كل طرف ما عليه من التزام كمتعاقد من بيان وايضاح مثلاً، فلا يكون العقد عند ذلك معرض للبطلان<sup>(18)</sup>. و تكمن اهمية تنظيم هذه المرحلة تشريعياً، في ما يقع في اثناءها من تبادل وجهات النظر والمفاوضات، والتي تعد من أهم الوسائل لتفسير العقد عند تنفيذه، فالإجراءات التي تمت في هذه المرحلة، وما يتبادل من وجهات النظر تكشف عن نية المتعاقدين المشتركة والمرتبطة بالمرحلة اللاحقة من تنفيذ العقد، ومثال على هذه العقود هي العقد التمهيدي لبيع الوحدات السكنية الذي يسبق البيع النهائي، وهذا النوع من العقود (عقد بيع الوحدات السكنية قيد الانشاء) يعتبر من العقود المركبة التي يستلزم أولاً إبرام عقد تمهيدي أولي، وهي مرحلة سابقة لمرحلة تنفيذه، عن طريق أبرام عقد نهائي<sup>(19)</sup>.

وعلى الرغم من أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم(1192) في 1976/11/6<sup>(20)</sup> قد أجازَ العقد الذي يقدم المقاول فيه الارض ومواد البناء، الا انه لم يعالج مباشرة عقد بيع الوحدات السكنية التي لم تنشئ بعد، بل انه حتى لم يميز بين العقد التمهيدي والعقد النهائي، لبيع الوحدات السكنية، وكذلك لم يضع قواعد منظمة ولم يسميه تسمية خاصة، تبرز الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي. وبالرغم من عدم وجود تعريف قانوني للعقد التمهيدي الوارد على الوحدات السكنية، الا أن الفقه اجتهد لبيان ماهية العقد التمهيدي، فقد رأى البعض أن هذا الاتفاق هو صورة من عقود التفاوض، التي تسبق العقد النهائي، فتؤدي على وجه محقق أو غير محقق الى المرحلة النهائية، كون الحاجز والمحجوز له يتفاوضان بموجب العقد التمهيدي، لمعرفة ما يمكن للحاجز الحصول عليه من اقساط لتمويل المشروع، واقناع المشتري على جدية عرض الحاجز(البائع)، وامكانية التعاقد معه<sup>(21)</sup>. و يقصد بالعقد التمهيدي هو العقد الذي ينظم مرحلة المفاوضات التي تتم بناءً على اتفاق المتعاقدين الصريح على عمل، من اجل الوصول الى إبرام العقد النهائي، وهذه الاتفاقات تعمل على تنظيم العلاقة فيما بينهم، بتحديد الاتفاقات التمهيديّة التي تنظم مرحلة التفاوض، حتى يتم التوصل لأبرام العقد النهائي<sup>(22)</sup>. إن المتعاقدين يتفقان في العقد التمهيدي

على جميع الشروط مع تحديد اجل لتحرير العقد النهائي، والغرض من تحديد الاجل في العقد هو منح المشتري مهلة لسداد الثمن المتفق عليه، واعطاء البائع الوقت الكافي لتحضير مستندات الملكية التي التزم بتقديمها الى المشتري، بعد اكمال اعمال البناء في العقد الابتدائي<sup>(23)</sup>. و يمكن تعريف عقد التفاوض بانه اتفاق يلتزم بموجبه شخص تجاه آخر للبدء بالتفاوض أو الاستمرار فيه بخصوص ابرام عقد معين، وهذا الاتفاق ينشأ التزام بالمفاوضات، بحيث يحق لكل طرف المطالبة بتنفيذ الالتزام بحسن نية في الاصل، وما يتفرع عنه من التزامات فرعية، لأبرام عقد لم



تتحدد عناصره بعد، أو توفر بعض من عناصره وهي غير كافية لأبرام عقد نهائي<sup>(24)</sup>. و لكون محل العقد التمهيدي غير موجود وقت إبرام العقد، ولكن ممكن الوجود مستقبلاً، فيتبادر الى الذهن هل يمكن تطبيق نصوص بيع الاشياء المستقبلية على العقد التمهيدي، فظهر اتجاه اخر، نظر الى ما يقدمه المقاول من أرض بالإضافة الى العمل ومواد البناء، الى أن العقد التمهيدي بيع لشيء معدوم، أو بيع لأموال مستقبلية كون القانون اجاز بيع الاشياء المستقبلية<sup>(25)</sup>، فيتم إبرام العقد لوحدة سكنية غير موجودة وقت الإبرام، و لكن يكفي، بيان اوصافها وقت التعاقد<sup>(26)</sup>، وهذا ما سوف نبينه لاحقاً عند التمييز بين العقدين تفصيلاً. بينما البعض الاخر يراه وعد بالتعاقد<sup>(27)</sup> وفقاً لأحكام المادة 91 من قانوننا المدني على أن: (1- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بوجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها.

2- فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بأبرام هذا العقد).

أن الوعد بالتعاقد حتى تتحقق صحته يشترط أن تتوفر فيه الشروط العامة لانعقاد العقد من جهة، ويجب تحديد المدة التي يبدي الموعود له الرغبة خلالها، و لكونه وارد على عقار فيجب أن يستوفي العقد شكلية معينة هي نفس شكلية العقد النهائي، والمتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل، فالبيع العقاري تحتاج تسجيلها عموماً، و منها الوعد ببيع عقار، و لكن قانون التسجيل العقاري يمنع تسجيل الوعد بالبيع وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، أما التسجيل يقتصر فقط على تسجيل العقود النهائية، وبالتالي يترتب على تكييفنا للعقد التمهيدي على انه وعد بالتعاقد عقداً غير صحيح كونه غير مستوفي الشكلية التي نص عليه القانون، لذا حماية لحقوق المشتري من الضياع نرى ضرورة تسجيل الوعد ببيع العقار باسم المشتري. وهناك من يرى أن العقد الابتدائي هو عقد صحيح يبرم بين البائع والمشتري، يرتب التزامات شخصية بين طرفيه، ولكن ليست له حجية العقود امام الغير، وقد يحصل في الواقع العملي الحكم بصحة توقيع اطراف العقد عليه، لإضافة بعض من الشرعية فقط، ولكن لا تنتقل الملكية العقارية، وبعبارة اخرى فإن العقد الابتدائي إذا لم يسجل لا يرتب سوى التزامات شخصية، ولا يمكن الاحتجاج به امام الغير، كون الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل<sup>(28)</sup>.

و يمكننا أن نعرف العقد التمهيدي حسب المتعارف والمعتاد العمل به في الواقع العملي " هو اتفاق بين المستثمر والمشتري، يتعهد بموجبه الاول على حجز الوحدة السكنية باسم الثاني مقابل دفع الاخير مبلغ الدفعة الاولى للعقار، يودع باسم الاول، وتكون صيغة العقد مكتوبة، وغير ناقلة للملكية، يذكر فيه التفاصيل كاملة من الثمن ومواصفات البناء، والمواد المستخدمة والمساحة، مع التزام المشتري بتسديد باقي الثمن حسب التقدم بنسب الانجاز، ويلتزم الاول بتنفيذ التزامه واكمال البناء بحسن نية خلال مدة تذكر في العقد، ولحين أبرام العقد النهائي"، ويلاحظ أن العقد التمهيدي وفق هذا التعريف هو عقد ابتدائي يتفق فيها المتعاقدين على المسائل الجوهرية للعقد، وعدد الطوابق، والمرافق، والمدة<sup>(29)</sup>، فهو ليس بعقد نهائي، ولكن مرتبط به. والظاهر أن شروط صحة العقد التمهيدي هي نفس شروط العقد بشكل عام وهي الاهلية، فيجب أن تكون اهلية كلا المتعاقدين كاملة، وغير معيبة، ويجب توفر رضا الطرفين أثناء إبرام العقد التمهيدي، وأن تكون خالية من عيوب الرضا، ويشترط أن يكون المحل موجود أو قابلاً للوجود في المستقبل، ويجب ذكر الامور الجوهرية في التعاقد وتقدير ثمن الوحدة السكنية مقدماً، و المدة

اللازمة لتنفيذ العقد التمهيدي، ولغاية ابرام العقد النهائي. و يجب أن يذكر أيضاً في العقد التمهيدي كل التفاصيل الدقيقة للعقد، من مساحة الوحدة، والثلث والمواد التي تستخدم بالبناء، وكل ما هو متعلق باستيضاح العقد ويزيل الغموض واللبس، ويمنع الغبن والتدليس<sup>(30)</sup>. بينما يرى اتجاه اخر انه عقد باطل قانوناً كونه وارد على عقار، وهو غير مسجل في السجل العقاري، أي لم يستوفي الشكلية التي اشترطها القانون لصحتها، فالعقد الباطل لا ينعقد، و لا يفيد الحكم أصلاً و لا يترتب آثار العقد الصحيح استناداً لنص المادة 508 مدني، وهو اتجاه بعض محاكم البدائه، ولكن سرعان ما نقضت محاكم الاستئناف هذا القرار بحكمها القاضي: ( ان عقد بيع الوحدات السكنية هو عقد من نوع خاص، و بالنتيجة فهو عقد استثماري)<sup>(31)</sup>.

فهذا الاتجاه الاخير حاول التوفيق بين الشكلية التي اشترطها المشرع و بين ارادة الطرفين، أخذاً بعين الاعتبار خصوصية العقد التمهيدي كونه عقد وارد على بيع عقار متوقع وجوده في المستقبل، فرأى أن العقد التمهيدي بالرغم أنه عقد باطل كونه لم يستوفي الشكلية، لكنه هو عقد صحيح كونه عقد غير مسمى، لم ينضم القانون أحكامه، و اتجهت ارادة المتعاقدين الى ابرامه، لا يلتزم البائع بموجبه على نقل الملكية العقارية لحين تمام البناء<sup>(32)</sup>. فلا ارادة الطرفين الدور البارز لتحديد مضمون العقد والتزامات اطرافه، من خلال الاستعانة بقواعد التعاقد التقليدية، ولكن العقد التمهيدي وكما مر من ذكر رأي محكمة الاستئناف بأن هذه العقود ذو طبيعة خاصة، فهو عقد غير مسمى لم يسميه المشرع ولم ينظم احكامه، لا يكفي تطبيق القواعد العامة عليه الاحكام العامة لنظرية العقد<sup>(33)</sup>، انما يحتاج الى تدخل تشريعي خاص ينظم احكامه لخصوصيته هذا العقد. و يترتب على ذلك أنه يشترط في العقد التمهيدي كونه وارد على عقار، تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما لم يسمح به القانون، كون محل العقد ما زال غير موجود على أرض الواقع، كما أن التعبير فيه عن ارادة الطرفين يكون بكتابة العقد، وتطابق الارادتين فيما بينهما على كل شروط العقد، مع ذكر مبلغ الدفعة الاولى للمبيع الذي يلتزم المشتري بدفعها الى المستثمر، مع ذكر الية دفع الاقساط الاخرى وحسب نسب الانجاز في العقد.

### المطلب الثاني

#### خصائص العقد التمهيدي

من خلال ما تم عرضه من تعاريف للعقد التمهيدي في المطلب الاول فيمكن اجمالاً ما تميز فيه العقد التمهيدي بخصائص تتمثل بانه من عقود الشكلية، و هو عقد غير ناقل للملكية، لذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى اولاً: عقد شكلي، و ثانياً: عقد غير ناقل للملكية، وسوف نبحث هذه الخصائص بالتفصيل وكالاتي:

**اولاً: عقد شكلي:** تعتبر الشكلية اسلوباً للتعبير عن الارادة، فهو ليس بديلاً ولا وسيلة للاستغناء عنها، فالارادة هي منشأ للتصرفات القانونية، فلا يغني وجود الشكلية في العقود عن ارادة صالحة و سليمة للتعاقد، و إن غاية المشرع في الغالب من اشتراطه شكلية معينة في العقود سواء كانت كتابة أو كتابة وتوثيق (التسجيل) معاً، هي لإثبات وجود العقد في حالة حصول النزاع، فبالكتابة يثبت المتصرف حقوقه المترتبة على التصرف، ولحماية الاشخاص حسني النية من الخداع والغش، والمحافظة على الوضع الاقتصادي والاجتماعي، بالإضافة الى أنه بعد الانتهاء من كتابة العقد فيصبح التزام كل طرف محددة بالعقد ويجب عليه الوفاء بها<sup>(34)</sup>. والشكلية في العقود يعبر من خلالها عن الارادة بالطريقة التي يفرضها المشرع، فلا يكون للإرادة الا التزامها بالشكلية بصورتها القانونية، والتصرفات العقارية تتطلب على العموم الشكلية



لانعقادها وصحتها، والعقد التمهيدي هل هو عقد شكلي؟ و إذا كان كذلك فهل هو عقد شكلي عرفي؟ أم عقد شكلي رسمي؟ و قد نصت المادة (27-261L) من قانون السكن والبناء الفرنسي على أن العقد التمهيدي يجب أن يكتب ويسلم نسخة منه للمشتري، فالقانون الفرنسي قد اشترط شكلية معينة لانعقاد العقد التمهيدي الوارد على بيع الوحدات السكنية وهي ان يتم كتابةً، كما نصت المادة (1-271 L) في الفقرة الثالثة منها على إنه: "... يتم إبرام سند الحجز من خلال وسيط محترف، حاصل على تفويض للمساعدة الاطراف المتعاقدة في إبرام عقد البيع"، ولذلك يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية الرسمية وفق التشريع الفرنسي<sup>(35)</sup>. و قد نص المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون (86-7) على أن يحزر العقد التمهيدي (عقد حفظ الحق) على شكل عقد عرفي ويخضع لإجراءات التسجيل، كما نصت المادة 35 من المرسوم التنفيذي (86-38) المؤرخ في 1986/3/4 المتعلق بتحديد شروط الاككتاب بأحد عمليات الترقية العقارية وكيفياته، يضبط دفتر نموذجي للشروط والمناو لعقد حفظ الحق وتسمى وثيقة حفظ الحق، وهي واجبة في أي بيع اجل، فتحزر بعقد عرفي وتخضع لإجراءات التسجيل<sup>(36)</sup>.

كما أن المشرع الاماراتي اشترط تسجيل التصرفات كافة والواردة على عقار بالوحدات العقارية، الذي انشاءه قانون السجل العقاري المبدئي في دائرة الاراضي والاملاك، وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون<sup>(37)</sup>، فقد نص قانون رقم 13 لسنة 2008 على تقديم طلب التسجيل، على نموذج معد لهذا الغرض على ان تستوفي المستندات والاجراءات اللازمة لدى دائرة الاراضي والاملاك، ويكون للمطور (المستثمر) الدور في تهيئة المستندات المطلوبة<sup>(38)</sup>. و بخلاف ذلك رتب المشرع بطلان أي تصرف قانوني غير مسجل في السجل المبدئين، ولا يرتب لها اثر سوى التزام شخصي بين اطراف العقد<sup>(39)</sup>، حيث أن مشرع امارة عجمان في المادة 34 نص على بطلان أي تصرف لم يسجل من التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية<sup>(40)</sup>. و نصت المادة 10 من قانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي لأمارة دبي، على أنه: يحضر على المطور، أو الوسيط أبرام عقود عرفية لبيع عقارات، أو وحدات عقارية على الخريطة في المشاريع لا تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة، ويقع باطلاً كل عقد يبرم قبل أن تتم الموافقة. يتبين لنا أنه يحضر على المستثمر (المطور العقاري) أو الوسيط إبرام عقود عرفية، وتتم الموافقة على هذه العقود من الجهات المختصة، كما رتب المشرع البطلان كجزء اكمال الموافقات المذكورة، فلا يبقى للعقد العرفي أية حجة في بيع الوحدات السكنية أو العقارية التي ما تزال قيد الانشاء، وغاية المشرع أن الرسمية في العقود تعد ضماناً للمتعاقدين، لمخاطر هذه العقود كون محلها شيء قابل للوجود في المستقبل فالعقد التمهيدي، أو سند الحجز هو عقد شكلي، رسمي، ويخضع لإجراءات التسجيل<sup>(41)</sup>. أما العقد التمهيدي وفق التشريع العراقي هو اتفاق ابتدائي، وأن غاية اطرافه عدم التزامهم بصورة نهائية بشراء الوحدة السكنية، فعند الرجوع الى أحكام القانون المدني، نجد المادة (91) تنص على أنه: "1- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً، إلا إذا حدت المسائل الجوهرية للعقد المراد أبرامه فيها، والمدة التي يجب أن يبرم فيها".

2- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بأبرام هذا العقد".

و لكون العقد التمهيدي وارد على عقار فقد نصت المادة(508) من قانوننا المدني على: "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون (42)" ، ونصت المادة 2/1126 مدني عراقي على: "العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعت فيه الطريقة المقررة قانوناً"، كما نصت المادة 2/3 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل على أن: " لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري". من النصوص السابقة يتبين أن المشرع العراقي جعل عقد البيع الوارد على عقار و الاتفاق الابتدائي أيضاً عقد شكلي، لا ينعقد بمجرد رضا اطرافه، إنما يشترط، استيفاء العقد الشكلية المقررة قانوناً، و هي بتسجيله في الدائرة المختصة، فاذا لم يستوفى الشكلية المطلوبة فهو عقد باطل(43)، فالقانون العراقي أعتبر الشكلية ركن من اركان العقد الوارد على عقار، و قد اختلفت اراء الفقه التقليدي لبيان حكم العقد الغير مسجل، والاثر المترتب عليه(44).

ولسبب استحالة تسجيل العقد التمهيدي الوارد على الوحدات السكنية، فقد يلجئ المستثمر بكتابة هذه العقود الخارجية بصيغة معينة ضماناً لحقوق الطرفين، فالكتابة هو السند الذي يدون فيه التصرف أو العمل القانوني، وقد أعطى المشرع له قوة قانونية من حيث الاثبات. وهي على نوعين: أما رسمية(45) و هي تعتبر أقوى اقوى دليل كتابي، حيث تكون حجيتها مطلقة، و أما النوع الثاني فهي الكتابة العادية: و هي دليل لإثبات التصرف المثبت فيها، ولها حجية قانونية بين المتعاقدين من حيث المضمون و التاريخ، أما بالنسبة للغير فليست لها حجة تجاه الغير اذا كان تاريخها ثابتاً(46) و لكون هو عقد خارجي عرفي له حجية قانونية من حيث المضمون و التاريخ من حيث الطرفين المتعاقدين، لكنه لا يعتبر حجة تجاه الغير الا أن يثبت تاريخه امام موظف مختص(كاتب العدل)، و لكون هو من التصرفات العقارية، يكون توثيقها و تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختصة حصراً، و يترتب عليه فيما بعد انتقال الحق العيني الى المتصرف اليه(47). ويرى جانب من الفقه أنه و بالرغم من نص قانون كتاب العدول رقم 27 لسنة 1977 صراحةً في المادة 11/ ثالثاً على عدم جواز تنظيم أو توثيق التصرفات العقارية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من قبل كاتب العدل ، الا أنه عملياً يلجئ الناس لتصديق العقود العرفية أمام كاتب العدل، وهو أمر ليس بصحيح، الا أنه يمكن تصديق العقد التمهيدي لبيع الوحدات السكنية في غير الحالات المشار اليها في المادة(26/اثبات) و المتمثلة من قبل كاتب عدل، و مثال على ذلك هو تثبيت تاريخ العقد التمهيدي من تاريخ رفع الدعوى من احد المتعاقدين مثلاً، أو من تاريخ وفاة أحد الشاهدين في العقد التمهيدي(48).

#### ثانياً: عقد غير ناقل للملكية:

تنتقل الملكية في البيوع و حسب القواعد العامة بمجرد إبرام العقد، اذا كان محل العقد موجود لحظة إبرام العقد أو من لحظة وجود المبيع اذا كان وارد على شيء مستقبلي، أما اذا كان المبيع عقار، فملكيتة لا تنتقل الا بالتسجيل، و بدون اثر رجعي، أما في العقد التمهيدي الوارد على الوحدات السكنية، فقد نظم المشرع الفرنسي نقل ملكية هذا العقد بموجب قانون البناء والسكن الفرنسي رقم 3 يناير 1967، و حدد طريقتان لنقل الملكية و هي انتقال الملكية بحسب العقد البرم بيع لأجل أو بيع حسب الحالة المستقبلية، ففي الحالة الاولى تنتقل ملكية الوحدة السكنية بأثر رجعي، من تاريخ توقيع العقد التمهيدي باسم المشتري، أما في الحالة الثانية فتنتقل الملكية بصورة تدريجية أول بأول، و بحسب التقدم بالبناء.

أما التشريع الجزائري فقد اشترط القانون في المادة (793) مدني جزائري لنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى المتعلقة بعقار مراعاة اجراءات تسجيلها وشهرها، ولكن استثنى المشرع العقد التمهيدي من المادة أعلاه (49)، الا ان العقد التمهيدي (او ما يسمى بعقد حفظ الحق في القانون الجزائري) لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري، انما يرتب التزامات شخصية بين المتعاقدين (50). أن عقد حفظ الحق يرتب التزامات شخصية بين طرفي العقد (صاحب حفظ الحق، والمرقي العقاري) تحكمها القواعد العامة، وكذلك القواعد الخاصة المتمثلة بقانون (4/11) الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فبموجبه يبقى المرقي العقاري مالك للعقار (الوحدة العقارية)، وكذلك نص القانون على امكانية فسخ العقد التمهيدي في أي وقت، من قبل احد طرفيه أو كلاهما (51)، اما العقد الناقل للملكية هو العقد النهائي الذي يلتزم فيه الاخير بإعداده في قالب رسمي أمام الموثق العقاري اذا تم تسديد المبلغ كاملاً من قبل صاحب حفظ الحق (52). إما المشرع الاماراتي فقد نرى انه اشترط تسجيل الوحدات العقارية كون محله عقار، فالتسجيل هو شرط لنقل ملكية العقار، على الرغم انه لم يصدر قانون اتحادي خاص بالتسجيل العقاري ينظم معاملات الواردة على العقارات، فالأمر متروك لكل امانة تنظمه على حده. أن مشرع امانة دبي حضر في المادة 10 من قانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي على المطور أو الوسيط إبرام عقود عرفية، لبيع وحدات عقارية على الخارطة أو عقارات في مشاريع لم تصدر الموافقة عليها من الجهات المختصة، ورتبت البطالان من يخالف هذه الاحكام، وهذا يعني العبرة بالرسمية في العقود لنقل الملكية، ولا يعتد بالعقد العرفي، فليس له أي حجة، والحكمة من ذلك العقود الرسمية تعد ضماناً لأطرافه، لخطورة هذا العقد لكون محله شيء قابل للوجود في المستقبل (53). أما التشريع العراقي فأن قاعدة الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني نظمها المادة 247 مدني عراقي، بالإضافة الى نص المواد (137، 91، 90، 508) وهي أمكانية إن تنتقل من تلقاء نفس الحق، اذا كان المحل معيناً بالذات و ملكه الملتزم، بشرط عدم الاخلال بقواعد التسجيل، كذلك نص المادة (531)، أما النصوص القانونية المتعلقة بصدد التصرفات الخاصة بالحقوق العينية العقارية فهناك إجماع على بطلان هذه التصرفات اذا لم تحض بالشكلية المتمثلة بالتسجيل في دوائر التسجيل العقاري المختصة (54)، وعليه فالعقد التمهيدي وفق ما تم ذكره من أحكام فهو وعد لإبرام عقد وارد على عقار مستقبل الوجود (55)، و التسجيل ضرورة ليس فقط لانتقال الملكية، أنما للاحتجاج به في مواجهة الغير.

وأن العقد التمهيدي هو عقد لا يجري تسجيله في دائرة تسجيل العقاري، أنما يوقع الطرفان عليه، شأنه شأن أي عقد رضائي، بعدها تلتزم الشركة المستثمرة بنقل ملكية الوحدة السكنية الى المشتري، و لكون محل العقد لا يزال قيد الإنشاء، فلا يمكن التنفيذ عليه أو تسجيله في الدائرة المختصة، الا بعد إكمال بناء المشروع و إجراء الكشف على المشروع بعد تمام البناء، لتسجيل نقل ملكية الوحدة السكنية، بالإضافة الى نص القانون لا يسمح عند تسجيل العقد التمهيدي أن يكون له أثر رجعي من تاريخ توقيع العقد كما فعل المشرع الفرنسي (56). و عند الرجوع الى القواعد العامة فإن نصوص القانون المدني و قانون التسجيل العقاري و قرار 1198 لسنة 1977 المعدل و الخاص بالبيع العقاري و انتقال الملكية الى المشتري، لا تؤدي الدور الفاعل لضمان حقوق اطراف العقد التمهيدي، لاسيما المشتري (الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية)، لخصوصية العقد التمهيدي من حيث محله المحتمل الوجود، فالمشتري لم يسدد كامل الثمن، الى البائع لنقل الملكية، أنما يلتزم أن يدفع بدون ضمان مبلغ مقدم من ثمن الوحدة، و



يستمر بدفع الاقساط المتبقي منها. كما أن ملكية ارض المشروع الاستثماري تبقى باسم الجهة المالكة (المالية، البلدية) لحين وصول نسبة إنجاز المشروع الى 30% من البناء، ليتم نقل ملكية ارض المشروع الى المستثمر لحين تمام البناء بشكل كامل، و بعدها يتم نقل الملكية الى المشتري بعد إجراء الكشف و تزويد كل مشتري بصورة قيد للوحدة السكنية من مديرية التسجيل العقاري. و هنا تكمن أهمية تشريع قانون خاص لمعالجة هذا القانون لحماية المشتري من مخاطر عدم وصول المشروع الى هذه النسبة، لتعرضها لازمات مالية تعرقل مواصلة البناء، أو قد ينكل المستثمر عن نقل الملكية لأي سبب بعد أن تم نقل الملكية باسم المشروع الاستثماري، فلا يكون أمام المشتري الا المطالبة بالتعويض وفق المادة (1127) من القانون المدني و المعدل بموجب القرار 1198 (57)، و لكن بشرط اكمال بناء الوحدة السكنية (محل العقد موجود) أما قبل تمام البناء لا يستطيع المشتري المطالبة وفق المادة اعلاه، أو اقامة دعوى الاسترداد (58). و السؤال الذي يثار بهذا الصدد هل يجوز تسجيل عقد وارد على عقار لا يزال تحت الانشاء (عقار مستقبل)؟ يرى جانب من الفقه الفرنسي على جواز ذلك بالرغم أن نقل ملكية العقار لا تعاصر ابرام العقد، فكما أجازت المادة 28 من مرسوم 4 يناير 1955 تسجيل البيع المعلق على شرط واقف، فمن باب اولي يجوز تسجيل العقد التمهيدي، و يجوز تسجيل البيع لأجل قبل تحقق الاجل، وكذلك تسجيل عقد البيع الايجاري، فيرى الفقه أنه اذا يجب تسجيل العقود المقاربة للعقد التمهيدي، فمن باب اولي يجوز تسجيل هذا العقد، الذي يسمح المشتري بموجبه الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير (59). وهذه الفرضية لا تستقيم في ظل القانون العراقي على فرض صحتها في القانون الفرنسي، كون التسجيل في القانون الفرنسي لا يترتب عليه نقل الملكية، أما تنتقل الملكية بمقتضى العقد، وبمجرد توقيعه من المتعاقدين، و يترتب على التسجيل السماح للمشتري للاحتجاج به في مواجهة الغير (60)، عكس التشريع العراقي فالتسجيل ضروري لنقل الملكية بين الطرفين، والاحتجاج به في مواجهة الغير، وتحتاج الى تسجيل العقد حتى تنتقل الملكية ومن تاريخ التسجيل فقط (61). فالمحل شيء مستقبل (حق لم يولد بعد)، وبالعموم أن الحق العيني لا يوجد قانوناً الا باكتمال عناصره ومنها (المحل)، فعدم وجود المحل يعني أن الحق لم يولد بعد، وبالتالي لا يمكن تسجيله، و لا يمكن نقل حق غير موجود الى المشتري، الا بعد اكتمال البناء (اجتماع عناصره ومنها المحل) ووجود الوحدة السكنية فعلاً، والقول بجواز تسجيل الوحدة قبل وجودها يعني السماح باتخاذ اجراءات نقل الحق في ملكية عقار لم يوجد بعد (62).

والحقيقة- في رأينا- أن مشكلة جواز تسجيل العقد التمهيدي، او عدم جوازه تكمن في محل حق المشتري. فالملكية العقارية لا تنتقل الا بتسجيلها، و من تاريخ التسجيل فقط، والهدف من التسجيل نقل ملكية الحق للمشتري و اكتساب ملكية العقار، لذا يتطلب وجود الحق وقت التسجيل حتى يمكن القول بنقله. اذا كان ممكن أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، فهل يجوز أن يكون محل الحق شيء مستقبل ايضاً؟ والمقصود هنا الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية) فهل يمكن أن يكون حق المشتري وحدة سكنية قيد الانشاء؟ عقار مستقبلاً؟

يكاد يجمع الفقه على ان المهم في الحق العيني ليس تعيين المدين، اذا لا مدين في الحق العيني، إنما تعيين الشيء محل الحق، أما المهم في الحق الشخصي هو تحديد المدين (63)، فلا يمكن ترتيب حق عيني الا على شيء معين بالذات، و لا يمكن أن يتصور مالك لشيء مستقبل، أو شيء غير معين بالذات، فالمهم في الحق الشخصي هو تعيين المدين بالذات، وليس المحل (64).



ومع اقرارنا بأن محل حق المشتري في العقد التمهيدي وارد على عقار مستقبل وغير موجود وقت التعاقد، أما يوجد بعد الانتهاء من بناءه، إلا انه بالإمكان مع عدم الاخلال بنصوص القانون المدني أن نتعامل مع هذا المحل ومنذ لحظة إبرام العقد على أنه موجود فعلاً على اساس ما يصير إليه مستقبلاً، لا على اساس حقيقة العقار وقت التعاقد لسببين: اولهما لان نية المتعاقدين اتجهت وقت ابرام العقد على اساس انه عقار غير موجود بالفعل، أما سيوجد في المستقبل، وثانياً أن مصير محل العقد المحقق والقريب هو أن يصبح عقاراً خلال مدة محددة في العقد، أو قابلة للتحديد<sup>(65)</sup>. وما دام مصير محل العقد هو الوجود، فما المانع من معاملته لحظة إبرام العقد على أنه موجود فعلاً ما دام محقق الوجود، وإذا صح التصور اعلاه، فيجوز تسجيل عقد بيع وحدة سكنية تحت الانشاء، لأن حق المشتري ولد بالفعل وقت ابرام العقد محله عقار بحسب ما يصير إليه في المال، فحق المشتري وجد باكتمال عناصره، فليس هناك مانع من تسجيل العقد ونقل الملكية لحق موجود بالفعل محله عقار بحسب المال. وهكذا سوف توفر للمشتري قدرأ معقولاً من الحماية دون الاخلال بالنصوص القانونية، فالملكية لا تنتقل باعتبار المحل شيئاً مستقبلاً الا عند وجود الوحدة السكنية(محل العقد)، تنتقل الملكية بأثر رجعي الى المشتري من تاريخ التسجيل فتقترب هذه الصورة من القانون الفرنسي، فالملكية لا تنتقل الا عند انتهاء بناء الوحدة السكنية، وعند انتقال الملكية تكون بأثر رجعي ليس من تاريخ إبرام العقد لعدم وجود نص، أما من تاريخ التسجيل شرطاً ضرورياً لنقل الملكية العقارية.

كما نقتراح على المشرع العراقي تعديل أحكام قانون التسجيل العقاري والسماح بتسجيل العقد التمهيدي نظراً لخصوصية هذا العقد من جهة، و حمايةً لحقوق المشتري من الضياع من جهة أخرى.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

- 1- عرف القانون الفرنسي العقد التمهيدي، ونظم أحكامه، كما نظم الاثار المترتبة عليه، وكذلك المشرع الجزائري بالرغم من انه لم لا يميزه عن العقد النهائي كما فعل المشرع الفرنسي ، أما القانون الاماراتي فقد عرف صراحةً العقد التمهيدي ونظم أحكامه، فحرم على الوسيط او المطور العقاري أبرام عقود عرفية خاصة ببيع العقارات قيد الانشاء بدون تسجيلها، وقد سمي قانون أمانة عجمان العقد التمهيدي ( بسند الحجز) وميزه عن البيع الموحد.
- 2- أما المشرع العراقي خلا من ايراد أحكام متعلقة بالعقد التمهيدي الواردة على بيع الوحدات السكنية قيد انشاءها، فنأمل من المشرع العراقي تنظيم هذا العقد بشكل واضح وصريح، أو اختيار آلية معينة لتنظيمه على الاقل، كون القواعد العامة غير كافية لبيان ماهية هذا العقد، ولتنظيم العلاقة بين المتعاقدين.
- 3- خصائص العقد التمهيدي هي أنه عقد شكلي، اشترطت القوانين شكل معين للعقد خلافه يعتبر العقد باطلاً، و هو عقد محدد، فيعرف كل طرف التزامه بموجب العقد، و ما هي حقوقه، وهو عقد غير ناقل للملكية، فهو يرتب التزامات شخصية بين المتعاقدين، ولا يلتزم المستثمر بنقل ملكية الوحدة السكنية، انما تنقل ملكية الوحدة بموجب عقد بيع نهائي .
- 4- أن كتابة العقد له اهمية كبيرة للمشتريين حيث يعتبر ضمان لحقوقهم، إذا ما تم توثيقه أمام موظف مختص، فعند عدم التزام البائع بالعقد التمهيدي، أو مخالفته لشروط العقد، بإمكان المشتري اللجوء للقضاء، فيسهل عليه اثبات عدم التزام الطرف الاخر ببند العقد في حالة

حدوث المنازعات بموجب التفصيل الكتابي للعقد، ولحماية حقوق المشتري وتنبهه بشروط العقد، التي يمكن أن تنشئ.

### ثانياً: التوصيات

- 1-نوصي المشرع العراقي بتنظيم هذا العقد اسوةً بالقوانين الدول التي نظمت احكامه ، حمايةً لحق المشتري، الطرف الاضعف في هذه العلاقة التعاقدية الغامضة، كونها واردة على عقار غير موجود وقت التعاقد، أما محتمل الوجود في المستقبل.
- 2-نقترح على المشرع أن يضع تعريفاً للعقد التمهيدي ينص عليه صراحةً بأنه: (العقد التمهيدي هو اتفاق مكتوب، يبرم بين المستثمر والمشتري، يلتزم بموجبه الطرف الاول بحجز الوحدة السكنية لصالح الطرف الثاني، مقابل دفعه وديعة ضمان).
- 3- ونقترح على المشرع نص تشريعي : يشترط فيه أبرام العقد التمهيدي كتابة، تذكر فيه جميع التفاصيل الجوهرية للعقد، والمعلومات الدقيقة عن المتعاقدين، والمدة، والثلث، وتسلم نسخه منه الى المشتري.

الهوامش

- 1- سوف نبينه بالفصيل لاحقاً في هذا المطلب.
- 2-انظر: التوفيق فهمي، المسؤولية المدنية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد في القانون المغربي، ط1، مطبعة طوب بريس، الرباط، سنة2012، ص 12، ميلود حسين، النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 131-2016، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني و السياسي، مجلد6، العدد1، 2022، ص960.
- 3-انظر: رجب كريم عبدالله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص63.
- 4- المادة(15-261L) من قانون البناء والسكن الفرنسي رقم(67-3) المؤرخ في 1967/1/3.
- 5- طبقاً لأحكام المادة( 34 – L261 ) من نفس القانون.
- 6- أنظر: محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الأثناء، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، ط1، مطابع الوزن العالمية، الكويت، 1989، ص395.
- 7- 5بالمائة من السعر التقديري لبيع العقار، إذا كانت مدة ابرام العقد لا تتجاوز سنة، و2 بالمائة من السعر التقديري لبيع العقار، إذا كانت لا تتجاوز المدة سنتين، أما إذا تجاوزت السنتين فلا يشترط مبلغ الضمان .
- 8- انظر: محمود حسن السحلي، العلاقة التعاقدية بين المطور العقاري والمشتري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 102021، العدد1، يناير2021، ص 107 وما بعدها.
- 9- المشرع الجزائري لم يأخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي في المادة11من قانون 1967/1/3: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري، في مقابل دفع هذا الاخير لوديعة الضمان، تودع في حساب خاص"، بل أخذ بدلاً عنه تعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي، في صورة البيع الأجل، كون المادة 27 مطابقة للمادة2/1601 من القانون المدني الفرنسي حيث عرفت البيع الأجل: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه، ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند التسليم، ويتم انتقال الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد". لمزيد من التفاصيل انظر: شعيبان عياشي ، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012، ص74.
- 10- أنظر: د. ياسر باسم ذنون و د. سبيل جعفر حاجي عمر، العقد التمهيدي كأحد ضمانات عقد بيع المباني قيد الانشاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 3 ، سنة 3، العدد12، ص129.
- 11- أنظر: المادة 33 من قانون (4-11) الجزائري المؤرخ في 2011/2/17 الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية القارية، منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد44.

- 12- ينظر: المادة 1 من قانون رقم 2 لسنة 2020 بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان .
- 13- نضمن المواد(27-29) من نفس القانون على تنظيم سند الحجز وبينت أهم ما يجب أن تتضمن الوثيقة من بيانات، مع ذكر أهم التزامات الطرفين وحقوقهم بموجب هذا السند.
- 14- نصت المادة 35 من قانون نفس القانون على أن: نقل ملكية الوحدة العقارية المباعة الى المشتري، في حالة تسديده كامل ثمن الوحدة، و خلال مدة أصاها 30 يوم ، واستخراج شهادة ملكية الوحدة العقارية.
- 15- أنظر: المادة 28 من قانون رقم 2 لسنة 2020 بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان
- 16- أنظر: ياسر باسم ذنون و د. سبيل جعفر حاجي عمر، العقد التمهيدي كأحد ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، مصدر سابق، ص130.
- 17- أنظر: ضحي محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخارطة و تكييفه القانوني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26، العدد 49، 2012، ص229.
- 18- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الادارة العامة للبحوث، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1995، ص4.
- 19- أنظر: د. ياسر باسم ذنون، سبيل جعفر حاجي، العقد التمهيدي كأحد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، مصدر سابق، ص131.
- 20- لم يضع مجلس قيادة الثورة المنحل بقراره المرقم ( 1192 ) سنة 1976 في 1976/11/6 المتعلق بقيام المؤسسة العامة للإسكان بتشديد عمارات سكنية، على نظرية عامة لعقد بيع الوحدات السكنية في المشاريع الاستثمارية، بل صدر القرار بالزام الهيئة العامة للإسكان بتشديد عمارات مخصصة للسكن مقابل شروط معينة ، يجب توفرها لقبول التعاقد .
- 21- أنظر: د. حسن علي الذنون ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، أثبات الالتزام، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1976، ص67.
- 22- أنظر: د. عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر 2001، ص262.
- 23- أنظر: انور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص85.
- 24- أنظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الاطار التعاقدى صورها وأحكامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص94 وما بعدها.
- 25- أنظر: المادة 1/129 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 26- لمزيد من التفاصيل أنظر: د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص41.
- 27- لا مانع أن يتعاقد الطرفان على وعد يتعهد بموجبه احدهما أو كلاهما على إبرام عقد مستقبلاً في ظل أحكام القانون المدني ..لمزيد من التفاصيل ينظر: د. علاء حسين ،مصدر سابق، ص76 وما بعدها،
- 28- أنظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني،(دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الغربي و الاسلامي) ج1، انعقاد العقد، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2013، ص36، د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص255 وما بعدها.
- 29- المادة 91 من قانوننا المدني.
- 30- أجاز المشرع العراقي أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد، إذا كان المحل ممكن حصوله في المستقبل، وعين تعيين نافياً للجهالة والغرر المادة129 مدني عراقي.
- 31- قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية بالعدد100/س/2019 الصادر في 2019/8/21، قرار غير منشور، قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية بالعدد 115/س/2019 في 2019/8/21، غير منشور.
- 32- لمزيد من التفاصيل أنظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الغربي و الاسلامي، ج2، آثار العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص134.
- 7- نصت المادة ( 1/76) مدني عراقي " تسري على العقود المسماة منها والغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها الفصل "

- 34- أنظر: د. بريك فارس حسين الجبوري، القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية التقليدية و الالكترونية، قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014، ص114.
- 35- نصت المادة (27-261 L) من قانون البناء و السكن الفرنسي على أن: "يتم صياغة العقد الأولي كتابة؛ و يجب تقديم نسخة الى القائم بالحجز قبل أي ايداع للأموال".
- 36- أنظر: المادة 33 من قانون (11-4) الجزائري المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.
- 37- نصت المادة (1275) من قانون المعاملات الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 على ان : تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول و العقار بالعقد متى استوفى اركانه و شروطه طبقا للقانون .
- 38- لمزيد من التفاصيل ينظر: موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الامارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص 70 .
- 39- كما نصت المادة (1/277) من قانون المعاملات الاماراتي، بعدم نقل ملكية عقار، ولا حقوق عينية بين المتعاقدين تجاه الغير، الا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة .
- 40- نصت المادة 43 من قانون رقم 2 لسنة 2020 بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان، الفقرة 1 على أن تسجل في سجل العقار المبني جميع التصرفات الواردة على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، و تبطل التصرفات القانونية الناقلة، أو المقيدة للملكية أو أي من حقوق التي تتفرع عن الملكية الواردة على الوحدات العقارية، اذا لم تسجل في السجل العقاري المبني، كما ألزمت نفس المادة فقرة 4 على المطور العقاري خلال 5 أيام على توقيع المشتري عقد البيع الموحد، أن يسجل الوحد العقارية المباعة في السجل العقاري المبني باسم المشتري .
- 41- أنظر: هادي عزيز علي، مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء و الغراس على ارض الغير، مع تطبيقات وافية للإحكام التمييزية، بغداد، 2015، ص159.
- 42- أنظر: سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص100.
- 43- أنظر: المادة 1/138 من قانوننا المدني.
- 44- أنظر: د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة(1127) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسة، جامعة بغداد ، عدد خاص ، 1984، ص ،محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص82.
- 45- نصت المادة 21/اولاً من قانون الاثبات العراقي: "السندات الرسمية: هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أولى به ذوو الشأن في حضوره".
- 46- أنظر: المادة (26/اولاً) من قانون الاثبات العراقي.
- 47- أنظر: مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج1، مطبعة الارشاد، بغداد، 1973، ص46.
- 48- أنظر: ريبوار محمد صالح و بَمو بروير خان الدولي، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد1، العدد4، 2017، ص80.
- 49- لمزيد من التفاصيل ينظر: نعيم عبد الرحمن، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة أحمد دراية-أدرار، كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية، 2019-2020، ص78.
- 50- أنظر: عبد الحفيظ بن عبيدة، أثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص58 وما بعدها.
- 51- ينظر: المادة (32) من القانون المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الجزائري المرقم (11-4)، ج1، موزة في 2011/3/6 .
- 52- ينظر: المادة (33) من القانون المنظم لنشاط الترقية العقارية الجزائري المرقم (11-4) .
- 53- أنظر: موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الامارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2018.



- ، ص 69.
- 54- نصت المادة 508 من القانون المدني على: بيع العقار لا ينعقد الا بتسجيله في الدائرة المختصة، واستيفاءه الشكل الذي نص عليه القانون.
- 55- أنظر: د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة (1127) من القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 122.
- 56- أنظر: د. غني حسون طه، التعهد بنقل الملكية وفق المادة 1127، مصدر سابق، ص 125.
- 57- نصت المادة (1127) من قانوننا المدني بأن " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا اخل أحد الطرفين بتعهدده، سواء اشترط التعويض بالتعهد، أم لم يشترط"، أما نص قرار 1198 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1977/11/2 على : أولاً- اقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على التعويض، عند أخلال أحد الطرفين بالتعهد، على أن لا يقل مقدار التعويض عن الفرق بين البديلين بين قيمة العقار في التعهد، وقيمتها عند النكول، بدون الاخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى.
- 58- ( بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً، ولا يرتب أي أثر قانوني، أو الزام بين طرفيه باستثناء إعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد، ولا يستحق المدعي الفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم له به لأنه يستند الى عقد باطل)، قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5/الهيئة الموسعة المدنية/2019، منشور على الموقع الالكتروني [www.sirwanlawyer.com. //https:](https://www.sirwanlawyer.com)
- 59- أنظر محمد زهرة، مصدر سابق، ص 126.
- 60- نصت المادة (43) على انه: " تثبيت حق الملكية وتسجيله باسم صاحبه الحقيقي، في السجل العقاري، وإصدار السند به وفق أحكام هذا القانون " من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، رقم التشريع 43، سنة التشريع 1971، تاريخ التشريع 1971/3/9.
- 61- أنظر: د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مصدر سابق، ص 216 وما بعدها.
- 62- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، المجلد 8، دار النهضة العربية، القاهرة 1967، ص 210.
- 63- المهم في الحق الشخصي ليس في تعيين الشيء محل الحق ، فيجوز أن لمزيد من التفاصيل أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المصدر، ص 209 و ما بعدها.
- 64- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، المجلد 8، نفس المصدر، ص 210.
- 65- أنظر : د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، ص 135 وما بعدها.

## References

### أولاً: الكتب

- انور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.
- بيرك فارس حسين الجبوري، القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية التقليدية و الالكترونية، قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014.
- التوفيق فهمي، المسؤولية المدنية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد في القانون المغربي، ط 1، مطبعة طوب بريس، الرباط، سنة 2012.
- حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، أثبات الالتزام، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1976.
- رجب كريم عبدالله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الغربي و الاسلامي، ج2، أثار العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013.
- طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني،(دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الغربي و الاسلامي) ج1، انعقاد العقد، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2013.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، أثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، المجلد8، دار النهضة العربية، القاهرة1967.
- عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر2001.
- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الانشاء، دراسة قانونية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2011.
- القانون المدني العراقي رقم40 لسنة 1951.
- محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الادارة العامة للبحوث، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1995.
- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الأنشاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، ط1، مطابع الوزان العالمية، الكويت، 1989.
- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الاطار التعاقدية صورها وأحكامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود،( دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.
- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج1، مطبعة الارشاد، بغداد، 1973.
- هادي عزيز علي، مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء و الغراس على ارض الغير، مع تطبيقات وافية للإحكام التمييزية، بغداد، 2015.

#### ثانياً: المجالات

- ياسر باسم ذنون و د. سبيل جعفر حاجي عمر، العقد التمهيدي كأحد ضمانات عقد بيع المباني قيد الانشاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 3، سنة 3، العدد12.
- نعيمي عبد الرحمن، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة أحمد دراية-أدرار، كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2019-2020.
- موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الامارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2018.
- شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي، اطروحة دكتوراه، مجلة كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012.

ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخارطة و تكيفه القانوني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26، العدد 49، 2012.

ريوار محمد صالح و بمر بروير خان الدولي، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الإنشاء، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد 1، العدد 4، 2017، ص 80.

ميلود حسين، النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 2016-131، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني و السياسي، مجلد 6، العدد 1، 2022.

محمود حسن السحلي، العلاقة التعاقدية بين المطور العقاري والمشتري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 102021، العدد 1، يناير 2021.

غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة (1127) من القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، عدد خاص، 1984.

#### ثالثاً: القوانين

قانون البناء والسكن الفرنسي رقم (67-3) المؤرخ في 1/3/1967.

قانون (4-11) الجزائري المؤرخ في 17/2/2011 الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية القارية، منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 44.

قانون رقم 2 لسنة 2020 بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان .

قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1192) سنة 1976 في 6/11/1976 المتعلق بقيام المؤسسة العامة للإسكان بتشبيد عمارات سكنية.

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

قانون المعاملات الاماراتي رقم 5 لسنة 1985.

قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، رقم التشريع 43، سنة التشريع 1971، تاريخ التشريع 1971/3/9.

#### رابعاً: القرارات

1- قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية بالعدد 100/س/2019 الصادر في 2019/8/21، قرار غير منشور، قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية بالعدد 115/س/2019 في 2019/8/21، غير منشور.

2- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5/الهيئة الموسعة المدنية/2019، منشور على الموقع الالكتروني:

[.www.sirwanlawyer.com](https://www.sirwanlawyer.com) //https://

## The reality of the Preliminary contract contract on housing units in investment projects ( A comparative study )

Raghda Oda Shahib

Dr. Tariq Kazem Ajeel

College of Law - Dhi Qar University

[ragdaoda@gmail.com](mailto:ragdaoda@gmail.com) [TARK1980\\_2005@YAHOO.COM](mailto:TARK1980_2005@YAHOO.COM)

### Abstract:

The idea of the research can be summarized in that the preliminary contract on the housing units is a preparatory, preliminary contract for the conclusion of a final sale contract for the housing unit, which is concluded between the investor and the buyer, in which the first party reserves the housing unit for the benefit of the second party in return for a financial advance payment, which is considered as a guarantee amount, which is part of the price The population unit.

And the French, Algerian and Emirati legislation defined it and regulated its provisions unlike the Iraqi legislator, and its name differed from one legislation to another, but it is a preliminary and not a final contract, according to which the buyer is given the opportunity to obtain housing without being permanently bound by the contract, and in comfortable installments commensurate with his economic situation, it is also considered by the investor as a contract that can be used to know the seriousness of the buyer and feel the pulse of the market, and as a source of financing his project.