

**الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وأثره كضمانة
للبيع والمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء**

الباحثة/ إيمان عبد الفتاح عوده العلي

بحث مقدم لمتطلبات الحصول على الدكتوراه

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ عبد الهادي فوزي العوضي

أستاذ القانون المدني- وكيل كلية الحقوق- جامعة القاهرة

الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وأثره كضمانة للبائع والمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء

الباحثة/ إيمان عبد الفتاح عوده العلي

ملخص البحث

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي، أو ما يسمى بالعقد التمهيدي، أو ما يسمى بعقد الحجز؛ فمن فقهاء القانون من اعتبره وعد بالتعاقد؛ وملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف، ومنهم من قال هو عقد بيع ملزم للبائع، ومنهم من ناقض هذا الرأي وقال: بل هو ملزم للبائع بالحجز فقط، والعقد الابتدائي في بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء هو ليس بوعود بالبيع كما سنرى من خلال هذا البحث، ولا هو بيع بالعربون، بل هو عقد بيع لشيء مستقبلي، ويشتمل على كافة المسائل الجوهرية؛ والشروط، والاركان المطلوبة لصحة العقد النهائي، وترى الباحثة أنه عقد بيع نهائي مكتمل لكافة شروطه وعناصره وأركانه متوقف على تمام التسجيل كما هو الحال في جمهورية مصر العربية، أما في المملكة الاردنية الهاشمية فيعتبر التسجيل ركناً من أركان العقد؛ ولا تتم صحة العقد بدونه، لذا سنقوم بإلقاء الضوء في هذا البحث على الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي في عقود بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء وأثر هذا العقد على كل من البائع والمشتري ومدى إمكانية اعتباره ضماناً لطرفي العقد في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء.

Abstract

Jurisprudence and the judiciary differed over the legal nature of the preliminary contract, or the so-called preliminary contract, or the so-called attachment contract; Among the legal scholars who considered it a promise to contract; It is binding on one side that is suspended on a suspended condition, and some of them said it is a binding sale contract for the seller, and some of them contradicted this opinion and said: Rather, it is binding on the seller to make reservations only, and the preliminary contract in the sale of apartments and buildings under construction is not a promise of sale, as we will see through this research. Nor is it a deposit sale, rather it is a sale contract for a future thing, and it includes all the essential issues. The conditions, and the elements required for the validity of the final contract, and the researcher believes that it is a

final sale contract complete with all its conditions, elements and elements dependent on the complete registration, as is the case in the Arab Republic of Egypt, but in the Hashemite Kingdom of Jordan, registration is considered one of the pillars of the contract. The contract is not valid without it, so we will shed light in this research on the legal nature of the initial contract in contracts for the sale of apartments and buildings under construction and the effect of this contract on both the seller and the buyer and the extent to which it can be considered a guarantee for the parties to the contract in the contract for the sale of apartments and buildings under construction.

موضوع البحث

يتناول موضوع البحث الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي واختلاف الفقهاء في تحديد هذه الطبيعة، وخاصة في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء وهل يمكن للعقد الابتدائي أن يشكل ضماناً للبائع أو للمشتري في عقود بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء؟ خاصة أن المشرع الأردني لم يفرد أحكاماً خاصة تنظم العقد الابتدائي، ولا حتى المشرع المصري، ولم يتم أيضاً تنظيم عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء في التشريعين السابقين؛ إلا أن المشرع الأردني أخذ بألية الوعد بالبيع العقاري؛ لمعالجة موضوع بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء؛ شرط متى وضعت تلك العقارات في أراضي تمت فيها أعمال التسوية، وهذه الألية تكفل للمشتري ضماناً حصوله على المبيع (العقار) بعد اكتمال بنائه بموجب نص المادة (١٠٥) من القانون المدني الأردني والتي تطابقها المادة (١١٠) من القانون المدني المصري، إلا أن المشرع الأردني عاد وناقض نفسه حيث رتب البطلان على أي عقد عقاري يجري خارج دوائر التسجيل المختصة حسب نص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الاردن، لأنه اعتبر الشككية ركناً من أركان العقد.

أهمية البحث

تتشكل أهمية البحث من اختلاف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي (التمهيدي) وهل بالإمكان اعتباره ضماناً للبائع أو للمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء خاصة في ظل القانون المدني الأردني الذي تناقض في هذا الصدد حيث اعتبره عقد صحيح ووعداً بالبيع بموجب نص المادة (١٠٥) من القانون المدني

الأردني، ورتب البطلان بنص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني على العقود العقارية التي تجري خارج الدوائر المختصة بالتسجيل ونقل الملكية.

مشكلة البحث

إن العقد الابتدائي أو ما يسمى بالعقد التمهيدي لم يحظى بعد بتنظيم لأحكامه لا في التشريع الأردني ولا في التشريع المصري، وهناك اختلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، وهل يعتبر هذا العقد عقد ممهداً للاتفاق النهائي بمعنى أنه وعد بالبيع؟ أم أنه عقد بيع نهائي مكتمل الأركان والشروط؟ وهل يتوفر لأطراف هذا العقد الحماية القانونية الكافية بموجب القواعد العامة للعقد في القوانين المدنية محل المقارنة؟ وهل يعتبر العقد الابتدائي ضماناً لطرفي التعاقد في عقود بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء؟

منهجية البحث

للإجابة عن هذه التساؤلات سوف تتبع الباحثة المنهج التحليلي والمقارن من خلال تحليل الآراء الفقهية والتعليق عليها مع بيان مطابقتها للنصوص القانونية في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، ثم مقارنة القانونين محل المقارنة في هذا البحث، مع بيان رأي الباحثة مبينة نقاط الالتقاء والاختلاف إن وجدت.

خطة البحث

سيتم تقسيم البحث إلى مقدمة ومطلبين يفرع عن المطلب الأول ثلاثة فروع ويتفرع عن المطلب الثاني فرعين اثنين، تليها خاتمة، ونتائج وتوصيات، ثم قائمة المراجع، وستكون على النحو التالي:- المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي (الابتدائي).. المطلب الثاني: آثار العقد الابتدائي بالنسبة للبائع والمشتري

مقدمة وتمهيد

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي أو ما يسمى بالعقد الابتدائي أو عقد الحجز. فمنهم من رأى أنه وعد بالتعاقد، وهو ملزم لجانب واحد؛ ومعلق على شرط واقف وهو اكتمال البناء. ومنهم من رأى أنه وعد بالتفضيل، حيث إن المالك للمشروع ملتزم بالبيع، ومنهم من رأى أن مالك المشروع لا يلتزم بالبيع، إنما هو ملزم بالحجز فقط، ومنهم من قال إن العقد التمهيدي هو عقد نهائي مكتمل لعناصره، وأركانه وشروطه، ومتوقف على إتمام تسجيل العقار في الدوائر المختصة^(١). ومنهم من

(١) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٤١٦.

رأى أنه عقد ذو طبيعة مزدوجة. كما أنه من الطبيعي والبديهي إن أي عقد يبرم سيرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد، والعقد الابتدائي (التمهيدي) كغيره من العقود يرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد سواء البائع أو المشتري^(٢). وهذا ما سنتناول بيانه في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:-

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي (الابتدائي)

للقوف على الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي (العقد الابتدائي) أو عقد الحجز لابد لنا من بيان موقف ورأي التشريعات القانونية موضوع المقارنة في هذا الموضوع، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول

موقف المشرع الأردني من الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي

قدمنا فيما سبق أن المشرع الأردني لم ينظم أحكاماً خاصة لعقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء، ولا للعقد الابتدائي. لكن الواقع العملي لمثل تلك العقود يثبت أن عقد الحجز يعد عقداً نهائياً. فلا هو وعد بالتفضيل، ولا هو وعد بالتعاقد. إنما هو عقد له طبيعته الخاصة. فهو عقد مستكمل لكافة أركانه وشروطه ولا ينقصه سوى إتمام التسجيل في الدوائر المختصة^(٣).

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٣) د. سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ٤١٦؛ د. إبراهيم بلال، مرجع سابق، ص ٥١-٥٣. وانظر أيضاً: تمييز حقوق ١١٧/٨١ ص ١٤٧٣ تاريخ ١٨/٣/١٩٨١ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين ٩٨١، وتمييز حقوق ١٨٢٢/٩٦ ص ١٥٨٩ لسنة ١٩٩٧ وتمييز حقوق ٢٧٧/٩٩ ص ٢٥٧، العدد الثامن من المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩، ومن ضمن ما جاء فيه: "حيث تبين من الاتفاقية الموقعة بين طرفي الدعوى أن المدعى عليه تعهد بنقل ملكية قطعة الأرض إلى المدعي مقابل مبلغ تسعة عشر ألفاً وخمسمائة دينار فإن مثل هذا الاتفاق في حقيقته هو عقد بيع لتلك القطعة، وحيث إن هذا العقد لم يسجل لدى الجهات المختصة وفقاً لما تقتضيه المادة ١٦ من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ التي تقتضي بأنه لا يعتبر البيع والمبادلة وإفراز في الأراضي إلا إذا كانت المعاملة قد جرت لدى دوائر التسجيل المختصة". وكذلك تمييز حقوق ٥٤٧/٢٠٠٢، ص ٤٧٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٤.

والحجز عادةً ما يتم بعد الانتهاء من تصميم المبنى وتحديد وحداته، وتحديد الثمن لكل وحدة على حسب مساحتها ومواصفاتها، والحجز عادةً يقع على وحدة معينة، أو طابق، أو مجموعة وحدات ويشتمل عقد الحجز على تعيين المحل، والثمن لقاء المبيع، وقد يكون هذا التحديد مبدئياً، وعند الانتهاء من أعمال البناء يتحدد الثمن النهائي حسب تكلفة البناء، ويتوقف بالنهاية على ما يقرره البائع، ومن هنا قد تظهر بعض المخاطر في مثل تلك العقود^(٤).

لذا يستوجب على المشرع التدخل لوجود تنظيم تشريعي يحكم هذه العقود التي أصبحت متداولة بكثرة نتيجة التزاحم على إيجاد المساكن والمنشأة العقارية وذلك للأسباب التالية:-

١. الحماية من تعسف البائع والذي غالباً ما يكون صاحب خبرة ودراية.
 ٢. ليكون المشتري على بينة واضحة من ثمن الوحدة العقارية ومواصفاتها وكيفية تسديد الثمن، ومقدار الأقساط المترتبة عليه، وغيرها من التفاصيل التي تهمه.
- وثار جدلٌ فقهيٌّ في الفقه القانوني الأردني حول التكيف القانوني لهذا العقد. فمنهم من أسماه بالتعهد بنقل ملكية عقار^(٥). وهذا حسب ما ورد في نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أحل أحد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط)^(٦). ومن خلال الاطلاع والبحث نجد أن الفقه الأردني اتخذ إزاء هذه المسألة ثلاثة اتجاهات:-

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

(٥) القاضي فؤاد صالح الدرادكة، التعهد بنقل ملكية عقار، دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، رؤية جديدة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس ٢٠٠٨، ص ٢٨٥.

(٦) وأصل هذا النص يعود للمادة ١١٢٧ في القانون المدني العراقي والذي أيضاً ثار حولها جدلٌ فقهيٌّ فكان الخلاف الفقهي الأردني انعكاساً للخلاف الفقهي العراقي. وللمزيد انظر: د. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ١٣٣؛ د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، ط١، عمان، بلا دار نشر، ١٩٩١، ص ٣ وما بعدها.

وعلق د. علي هادي العبيدي في كتابه الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٠، ص ١٦١٠ حيث علق على نص المادة ١١٤٩ من

الاتجاه الأول: يرى ان التعهد بنقل ملكية العقار ليس عقدا باطلا:

أنصار هذا الرأي^(٧) يرون أن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد ليس بباطل ويرون أن هذه المسألة كانت محل خلاف في الاجتهاد القضائي الأردني^(٨)، حيث جرد هذا التعاقد من وصف البيع الصحيح، وقصره على صورة التعهد بنقل ملكية خارج التسجيل. وتكثيف مثل هذا التعهد الموصوف بكونه تعهداً بنقل ملكية عقار يتم بين طرفين خارج دوائر التسجيل، فيعتبر هذا التصرف ليس بيعاً تاماً، لأن بيع العقار على أرض تمت التسوية فيها؛ يقتضي التسجيل لنقل الملكية، سواء بين الطرفين المتعاقدين، أم بالنسبة للغير. وذلك استناداً لنص المادة ١١٤٨ من القانون المدني الأردني والتي تنص على: (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به). وكما اعتبروه بأنه ليس بيعاً تاماً، فهو أيضاً ليس بوعد بالبيع، لأن الوعد بالبيع يشترط فيه وجوب التسجيل لتمام هذا الوعد استناداً إلى نص المادة (١٠٥) من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية. والتي نصت على: (إذا اشترط القانون لتمام العقد (الموعود) استيفاء شكل معين كالتسجيل في دائرة السجل العقاري فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق المتضمن بإبرام عقد البيع).

وقد يثور تساؤلاً: هل يعتبر التعهد بنقل ملكية عقار بيع تام ناقل للملكية بذاته؟ أم

وعد صحيح؟ وما هو الوصف الحقيقي لهذا العقد؟؟

القانون المدني الأردني بقوله: (ونستنتج من هذا النص أن المشرع الأردني اعتبر التصرفات العقارية الناقلة للملكية كالبيع مثلاً تصرفات شكلية. وهذا الاتفاق بين الأطراف لا ينقل ملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها نظراً لبطلان التصرف كبيع، ويقتصر حق الطرف الآخر على مطالبة الطرف المخل بتعده بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال).

وانظر على سبيل المثال: تمييز حقوق ٨٧/٢٦٤ ص ٧٩٦ لسنة ١٩٨٨ وقد جاء فيه: "إن عقد بيع الشقة هو عقد باطل إذا وقع خارج دائرة التسجيل، أما عقد التعهد بفراغ ذات الشقة فهو ملزم لعاقديه بحدود التعويض المنصوص عليه في المادة ١١٤٩ من القانون المدني". وتمييز حقوق ٨٧/٥٢٧ ص ٧٦٤ لسنة ١٩٨٨ حيث جاء فيه: "إن الادعاء بالتعويض عن التعهد بالفراغ هو التزام مستقل عن عقد البيع الباطل ويلزم الناقل عن تنفيذه بالضمان عملاً بالمادة ١١٤٩ من القانون المدني إذا كان المتعهد له قائماً بالتزامه" وكذلك تمييز حقوق ٩٠/٨٤ ص ١٩١٥ لسنة ١٩٩١.

^(٧) القاضي فؤاد درادكه، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

^(٨) من استقراء اجتهادات محكمة التمييز المتعاقبة، نجد أنها لم تتبن اجتهاداً ثابتاً حول تحديد التكثيف القانوني للتسجيل في القانون الأردني، وقد انعكس ذلك بدوره على اجتهادها من مسألة التعهد بنقل ملكية عقار.

وللإجابة عن هذه التساؤلات نجد أن نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني أجاب على هذه التساؤلات بنفيه البطلان عن هذا التعهد وقصر المشرع الأثر على الضمان وهو التعويض عن الضرر سواء كان هذا التعويض المترتب عن النكول هو تعويض اتفاقي أو تعويض قضائي^(٩).

الاتجاه الثاني: يرى ان التعهد بنقل ملكية عقار هو اتفاق أو عقد صحيح:

وقد استند أنصار هذا الاتجاه على حكم العربون المرافق للتعهد بنقل ملكية عقار، وبعد تناول نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني والتي نصت على: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء كان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط)^(١٠).

وللتساؤل عن الأساس القانوني الذي يقوم عليه وجوب التعويض في حال إخلال أحد الأطراف بتعهده، هل هو مسئولية عقدية؟ أم مسئولية تقصيرية؟ وأجاب الدكتور عبد المجيد عبد الحكيم^(١١)، على هذا التساؤل بقوله: "إن الاتفاق الواقع خارج دائرة التسجيل

(٩) ذهبت محكمة التمييز في قرارها رقم ٧٧٦٠ / ٨١١ / ٣ / ٩٧٤ تاريخ ٣١ / ١٠ / ١٩٧٤ بإنه "إذا نكل البائع عن تسجيل العقار المبيع في دائرة التسجيل العقاري فللمشتري أن يطالب بمبلغ العربون وبالتعويض الاتفاقي بعريضة واحدة لكونهما حقين شخصيين ناشئين عن عقد واحد". ويلاحظ من قرار محكمة التمييز أنها اتجهت إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية عقار عقداً صحيحاً، ومن ثم تترتب عليه آثاره التي قصرها المشرع على التعويض فقط، ومع ذلك لم تبين ماهية هذا العقد.

(١٠) وانظر أيضاً تمييز حقوق ٩٨٤ / ٣٥٦ ص ١٢٧ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ومن ضمن ما جاء فيه: "لقد استقر القضاء، وحتى قبل صدور القانون المدني، بأن التعهد بفراغ مال غير منقول هو اتفاق لا يخالف القانون إلا أن أثره يقتصر على التعويض في حالة استنكاف المتعهد بإجراء الفراغ". وتمييز حقوق ٩٦ / ٤٤١ هيئة عامة ١٧٥٩ لسنة ١٩٩٦، ومن ضمن ما جاء فيه: "يقتصر أثر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض عن إخلال أحد طرفيه بتعهده سواء أكان التعويض متفقاً عليه أم لا عملاً بالمادة ١١٤٩ من القانون المدني، وعليه فإن إخلال المميز ضده بالتزامه بالعمل على نقل ملكية العقار المتفق عليه للمميز يلزمه بالضمان". وتمييز حقوق ٩٧ / ١٥٩٠ ص ١٠٥٥ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٧ وتمييز حقوق ٩٩ / ٥٤٤، العدد التاسع من المجلة القضائية ص ٢٧٠ لسنة ١٩٩٩.

(١١) عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، في مصادر الالتزام والمجلد الأول في العقد، القسم الأول، ط ١، منشورات الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، ١٩٩٣، ص ٢٧٠؛ القاضي فؤاد الدرادكة، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

العقاري هو اتفاق صحيح أو عقد صحيح، ومحلّه القيام بإجراء التسجيل". وهذا ما يتفق أساساً مع مبدأ الرضائية بالعقود، بالإضافة إلى أن القانون المدني الأردني قد أخذ بالعربون، وهو المقابل للعدول عن العقد، وفي هذه الحالة تتقدم قواعد الرضائية في العقود على القواعد الشكلية، إذن فالاتفاق هو اتفاق رضائي وصحيح ويمكن الأخذ به ويطبّق عليه أحكام العربون.

وأيد هذا الرأي أيضاً جانب من الفقه^(١٢) بقولهم: "إن التعهد بنقل ملكية العقار أو التعهد بالفراغ"^(١٣) كما تسميه محكمة التمييز الأردنية أحياناً عقد ملزم للجانبين ومازال عقداً غير مسمى ويخضع للقواعد العامة في الرضائية. والشكلية استثناء لا يأتي إلا بنص أو اتفاق.

ومما يؤكد صحة التعهد دون التسجيل أن نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني قد رتب على نكول أحد طرفي العقد عن تنفيذه التزاماً بالتعويض سواء اشترط ذلك بالتعهد أم لم يشترط^(١٤).

(١٢) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٠، ص ٩٦.
(١٣) ومهما يكن من أمر فإن الثابت من اجتهادات محكمة التمييز الأردنية أثناء سريان قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم (الملغي) أنها اعتبرت التعهد بنقل ملكية عقار اتفاقاً صحيحاً وإن لم يكن قابلاً للتنفيذ العيني، ورتبت على الناكّل دفع التعويض للمتضرر وفق أحكام المادة ١٧٥ من قانون الأصول الحقوقية. كما أقرت في اجتهاداتها مسئولية بائع الأرض خارجياً بموجب وكالة دورية تأسيساً على أن التوكيل إجراء تحضيريّ لإتمام الفراغ. تمييز حقوق ١٩٥٦/٨٢ ص ٥٤٤ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٥٦ ومن ضمن ما جاء فيه بهذا الخصوص: "إن مجرد قيام بائع الأرض (خارجياً) بتنظيم وكالة دورية تخول الوكيل إجراء الفراغ المشار إليه لا يخلّيه من المسؤولية؛ إذ إن هذا التوكيل لا يخرج عن كونه إجراءً تحضيرياً لإتمام ذلك الفراغ وهو لا يعد تنفيذاً تاماً لمقتضيات العقد"، وبالمعنى ذاته تمييز حقوق ٦٤/٣٨٤ تاريخ ١٩٦٥/٥/٢٣، ص ٩٥٥ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٦٥.

(١٤) القاضي فؤاد الدرادكة، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

وانظر أيضاً تمييز حقوق ٩٧٥/٢٣١ تاريخ ١٩٧٥/٦/٢٤ ص ٥٤٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦ ومن ضمن ما جاء فيه: "ليس في القوانين المتعلقة بالأموال غير المنقولة ما يمنع من إجراء عقد تمهيدي يجري فيه البائع تقرير البيع أمام الدائرة الرسمية، وإن مثل هذا التعهد يعتبر جائزاً لأنه تعهد بتطبيق أحكام القانون الذي يوجب إجراء البيع لدى دائرة التسجيل، فإذا تخلف المتعهد عن القيام بتعده

والنتيجة أن التعويض هو أثر يترتب على العقد الصحيح لا على العقد الباطل، وهناك من أيد هذا الاتجاه مع اختلاف بسيط في الجزئيات^(١٥)، حيث قالوا: "وإن كنا نتفق مع هؤلاء الشراح في رأيهم فيما يتعلق بأن العقد صحيح وهو عقد غير مسمى". إلا أن محل العقد ليس الذهاب إلى الدوائر المختصة لتسجيل التعهد، إنما المحل هو نقل الملكية والوفاء بما التزم به المتعهد، وإن التعويض هو جزاء على الإخلال بالتعهد بنقل الملكية.

وهؤلاء الشراح يؤكدون أن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد صحيح^(١٦) وأن التعويض لا يأتي على العقود الباطلة بتاتاً، إنما يأتي على العقود الصحيحة فقط. وأضـم رأيي لرأي هؤلاء الفقهاء مؤيدة إياهم بما جاءوا به بل وأنتقد المشرع الأردني بما أنه أخذ بالمادة ١٠٥ لماذا يعود أحياناً لنص المادة ١١٤٩؟ فأنا أعتبره تناقضاً تشريعياً. والتصرفات العقارية ما هي إلا تصرفات إرادية رضائية، والشكل الذي تطلبه القانون (التسجيل بالدوائر المختصة) ما هو إلا إجراء تنظيمي استناداً إلى نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني^(١٧).

والتي تعتبر ان امتناع أحد أطراف العقد عن الذهاب إلى دائرة التسجيل لتسجيل العقد، هو إخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد صحيح. وكل ما تقدم خالفته محكمة التمييز التي قضت ببطلان العقد لعدم توفر الشكلية^(١٨).

يكون مسئولاً تجاه الطرف الآخر بالتعويض عليه بقيمة الضرر الذي لحقه من جراء هذا النكول عملاً بالمادة ١٧٥ من قانون أصول المحاكمات الحقيقية".

(١٥) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٣٤٤.

(١٦) القاضي فؤاد الدرادكة، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

(١٧) القاضي فؤاد الدرادكة، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(١٨) إذا كانت محكمة التمييز قد قضت في أغلب أحكامها بأن البيوع العقارية التي تتم خارج دائرة التسجيل هي بيوع غير صحيحة، وباطلة بطلاناً مطلقاً، فإنها ميزت من جانب آخر بين البيوع التي لم تستوف جميع إجراءات تسجيلها واعتبرتها بيوعاً غير صحيحة، وجعلتها في مرتبة البيوع الباطلة، انظر على سبيل المثال: تمييز حقوق ٦٦/٥٠٧ تاريخ ١٩٦٧/٢/١٢ ص ٣٢١ من مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٧، وتمييز حقوق ٦٧/١٩٩ تاريخ ١٩٦٧/٦/٢٩ ص ٩٣٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٧،

الاتجاه الثالث: يرى أن التعهد بنقل ملكية عقار هو وعد بالبيع العقاري:

استند أنصار هذا الرأي إلى نص المادة (١٠٥) من القانون المدني الأردني والتي أجازت الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، وهذا الجواز ينطبق على الأموال المنقولة والعقارية لعموم النص. وبنفس المادة في فقرتها الثانية نجد أنها اشترطت على أنه: إذا كان القانون قد اشترط لتمام العقد شكلاً معيناً، فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق المتضمن الوعد بإبرام عقد البيع. وهذا التقييد متعلق أصلاً بالعقارات تحديداً.

ونجد أن المادة (١٠٦) في نفس القانون نصت على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الطرف الآخر طالباً إياه بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة للعقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد". وهذا النص يتعلق تحديداً بالوعد بالبيع العقاري كما هو واضح من هذا النص.

إلا أن المادة ١١٤٩ من نفس القانون تعتبره سبباً من أسباب كسب الملكية، حيث نصت على أن التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان في حال إخلال أحد طرفي العقد بالتزامه سواء كان التعويض قد اشترط بالتعهد أم لم يشترط. والتعهد هو وعد بالبيع من قبل البائع، ووعد بالشراء من قبل المشتري. ويحق لكل من طرفي العقد التراجع عن العقد، ولكن هذا التراجع يترتب تعويضاً للطرف الآخر نتيجة الإخلال بتنفيذ الوعد ودون أن يكون هناك حق بالتنفيذ العيني ودون أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ^(١٩).

وتتميز حقوق ٧٢/٢٢٨ تاريخ ١٩٧٢/٨/٢٤، ص ١٣٢٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٢، وتمييز حقوق رقم ٧٥/٣٧٤، ص ١٢٥٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦، وجميعها أكدت على أن هذه البيوع غير صحيحة لعدم توافر الشكلية وهي التسجيل في الدوائر المختصة.

(١٩) د. محمد شكري سرور، شرح أحكام عقد البيع، سنة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٤٠؛ د. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والإيجار) ط ١، سنة ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٩؛ د. عبد المنعم البدرأوي، الوجيز في عقد البيع سنة ١٩٩٨، ص ٢٠١ وما بعدها؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، العقود المسماة (البيع- الإيجار- التأمين) سنة ٢٠٠١/٢٠٠٠، النسر الذهبي للطباعة، ص ٩٧ وما بعدها؛ د. جابر محجوب علي، د. ياسر الصيرفي، العقود المسماة- عقد البيع

ونجد أن أنصار هذا الاتجاه ساووا بين التعهد بنقل ملكية العقار وبين الوعد ببيع عقار، وهذا غير صحيح لأن لكل منهما وضعه القانوني المختلف عن الآخر. فالمشرع الأردني نص على أحكام الوعد بالتعاقد في نص المادة (١٠٥) من القانون المدني. أما التعهد بنقل ملكية العقار نص عليه في المادة (١١٤٩) من نفس القانون.

ثم إن المشرع الأردني اشترط في وعد البيع للعقار استيفاء الشكل اللازم للعقد المراد إبرامه، حيث اعتبر أن الشكلية هي ركن جوهري لانعقاد العقد. في حين أنه لم يشترط ذلك للتعهد بنقل ملكية عقار. ثم إن الوعد ببيع العقار من اسمه يدل على أنه عقد تمهيدي (عقد ابتدائي) يتعلق بالبيع أساساً، ويلتزم فيه الواعد فقط.

أما التعهد بنقل ملكية عقار فلا نستطيع تكييفه على أنه بيع عقار وإن كان عقداً تمهيدياً لإتمام إبرام العقد النهائي، إلا أن المشرع الأردني اعتد به كتصرف قانوني ملزم لطرفي العقد، ونسب المشرع جزاءً على الناكل بالتعويض^(٢٠).

وهدف المشرع الأردني في الشكلية في بيوع العقارات هو تنبيه البائع والمشتري إلى خطورة العقد الذي سيبرمانه لما له من أثر على نقل ملكية الشيء المبيع والحكمة من اشتراط الشكلية من شهر التصرفات العقارية هي إثبات التصرفات القانونية في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من بيانات بحيث لا يخدع أحداً إذا اشترى أو ارتهن عقاراً فكل عقار له صفحة خاصة به تسجل عليها جميع التصرفات القانونية وتسهل معرفة مالك العقار الحقيقي وما إذا كان هذا العقار خالياً من الرهون أم أنه منقول بالحقوق العينية.

سنة ٢٠١١، بلا دار نشر، ص ٢٥٩ و٢٦٩؛ د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط ١، عمان، بلا دار نشر، ١٩٩٣، ص ١٣١.

(٢٠) القاضي فؤاد الدرادكة- مرجع سابق- ص ٢٩٤؛ وانظر أيضاً د. محمد يوسف الزعبي- عقد البيع- مرجع سابق- هامش الصفحة رقم ١٣٢ والذي يشير فيه إلى قرارات محكمة التمييز الأردنية والتي مفادها إن التعهد بذهاب المالك إلى دائرة التسجيل وتسجيل المبيع باسم المتعهد إليه، عمل جائز قانوناً لأنه تعهد باتباع حكم القانون الذي يوجب إجراء التسجيل في دائرة التسجيل، لكن هذا التعهد لا يلزمه إتمام البيع والتسجيل ونقل الملكية العقارية. وهذه الأحكام لم تساو بين التعهد بنقل ملكية عقار مع الوعد بالبيع كوضع قانوني لأنها اقتصرت على الحكم للمتضرر بالتعويض، وهذا من وجهة نظري أيضاً.

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري من الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي

لا يختلف موقف المشرع المصري عن نظيره المشرع الأردني؛ من حيث عدم تنظيمه لعقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء، ولم يقرر أحكاماً خاصة بالعقد التمهيدي، فهذا العقد في كلتا الدولتين مازال عقداً غير مسمى، لكن ما يجري عليه العمل في الواقع العملي من خلال التعامل بتلك العقود يكشف أن العقد الابتدائي أو عقد الحجز يعتبر عقداً نهائياً ينقصه التوثيق في دائرة الشهر العقاري المصرية، فهو ليس وعداً بالتفضيل، ولا وعداً بالتعاقد، فهو عقد له طبيعته الخاصة، حيث يقع الحجز على وحدة معينة من عقار، أو عدد من تلك الوحدات، وقد يكون لطابق مثلاً بكافة وحداته^(٢١).

وهذا العقد يتم فيه تحديد محل البيع (المبيع) ومواصفاته والتمن وكيفية دفعه، وتواريخ تلك الدفعات، وميعاد تسليم المبيع (العقار) وموعد التسجيل في الشهر العقاري، إذن فكل ذلك يدل ويثبت أنه عقد رضائي وعقد نهائي مستوفٍ كافة شروطه وأركانها^(٢٢). وتنتشر في مصر ظاهرة الإعلانات عن ما يسمى بعقد الحجز المقترن بالإيداع. وهنا يثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذا العقد؟ وكيف ينعقد؟ في حين أن المتقدم بطلب الحجز ليس لديه أي إثبات سوى إيصال من البنك يثبت قيمة ما دفعه كمقدم حجز للعقار المنوي شراؤه^(٢٣)، ودون الإشارة إلى التزامات البائع لا من قريب ولا من بعيد، ولا يوجد أية مواصفات لمحل البيع (الشقة أو العقار) ولا تاريخ لتسليم ذلك العقار ولا الثمن المتفق عليه؟

ورداً على تلك التساؤلات نرى أن المشرع المصري قد نظم عقد البيع بقواعد مكملة تناولت كافة التفاصيل والجزئيات التي لا يتعرض لها طرفا التعاقد عادةً فيكفي عندها أن يحدد طرفا العقد الشيء المبيع، والتمن، ثم يتولى القانون بعد ذلك تنظيم باقي المسائل الجزئية.

(٢١) د. محمد المنجي، العقد الابتدائي، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

(٢٢) د. سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ١٦ و ١٧؛ د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢٣) د. محمد المرسي زهره، مرجع سابق، ص ٦٧؛ د. إبراهيم بلال، مرجع سابق، ص ٥٣ و ٥٤.

وعادةً ما يكون المعلن (البائع) حدد الشيء المبيع (الثقة) ومواصفاته وثمانه الإجمالي، وعدد أقساطه، وكيفية دفع تلك الأقساط، وتم تحديد مواعيد الدفعات من خلال عرضه المعلن سواء في الصحف أو التلفاز أو في كافة الوسائل المسموعة والمرئية والمقروءة.

ويثور التساؤل عن ما إذا كان تسجيل عقد البيع العقاري يعد ركناً من أركان عقد البيع أم مجرد إجراء لاستكمال آثار الحق، وعلى وجه الخصوص انتقال الملكية؟ وما طبيعة التسجيل، هل هو ركن أساسي في العقد أم إجراء تنفيذي؟: للإجابة على هذا التساؤل نجد أن قانون التسجيل ١٩٢٣/١٨ ومن بعده قانون تنظيم الشهر العقاري ١٩٤٦/١١٤ قد حرصا على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار، وبيان الأثر المترتب على عدم التسجيل وهو أن الحقوق العينية الأصلية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن (المادة الأولى من القانون الأول، والمادة ٩ من القانون الثاني).

وقد أثار الأثر المترتب على التسجيل التساؤل التالي: هل التسجيل ركن في العقد أم إجراء تنفيذي للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع؟ وبمعنى آخر هل ما زال عقد البيع عقداً رضائياً، أم صار عقداً شكلياً؟ وما دام أنه لا ينقل الملكية إلا بالتسجيل فإنه لا يبلغ تمامه إلا باستيفاء هذا الإجراء.

ذهب رأي قديم^(٢٤) إلى أن عقد البيع الابتدائي (غير المسجل) لا يكون بيعاً، وإنما عقداً غير مسمى، وإن البيع لا يتم إلا بالتسجيل. ولكن هذا الرأي بقي مرفوضاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً. وقد أجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع لا يزال من عقود التراضي، وأنه ينتج جميع الآثار المترتبة على البيع عدا التزام وحيد هو نقل الملكية، وأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعته ولم يجعل من التسجيل ركناً في العقد بل إجراءً تنفيذياً للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع.

(٢٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٤، مرجع سابق، ص٤٨٥؛ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٢٨٥؛ د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص١١٠؛ محمد نصر الدين منصور، الحماية القانونية للعقود الابتدائية في البيوع العقارية، سنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٧١؛ د. محمد المنجي، العقد الابتدائي، مرجع سابق، ص٤٧ وما بعدها. وانظر أيضاً ص٧٢-٧٤.

ونلاحظ أن القانون المدني المصري أجاز العقد التمهيدي. أو إن جاز التعبير العقد الناقل للملكية غير المسجل، على خلاف المشرع الأردني الذي أبطله جزاء على عدم التسجيل في الدوائر المختصة حيث اعتبر أن الشكلية ركن جوهري لإبرام العقد وليس شرطاً لإثباته.

أما المشرع المصري فلم يبطل هذا العقد، ولكنه علق انتقال ملكية العقار المبيع بين الطرفين أو بالنسبة للغير، وأوقفها على التسجيل إعمالاً لنص المادة ٩٣٤ من القانون المدني المصري^(٢٥).

وهنا نجد الفرق بين موقف المشرع الأردني وموقف المشرع المصري حيث إن المشرع الأردني أبطل العقد نهائياً كونه تطلب الشكلية لتكون ركناً جوهرياً وأساسياً عند إبرام العقد، وعدم توافر هذه الشكلية يبطل العقد أساساً، وربط الشكلية بالتسجيل بالدوائر المختصة وأمام الموظف المختص، فلا تنتقل الملكية لا بين المتعاقدين ولا بحق الغير لأنها غير صحيحة وتعتبر التصرفات باطلة.

أما المشرع المصري فقد كان موقفه سلساً وأكثر مرونة واحتراماً لسلطان الإرادة، حيث أجاز العقد الابتدائي وأخذ به وأرجأ نقل الملكية وجعلها متراخية لحين التسجيل في الشهر العقاري.

وكنتم أتمنى على المشرع الأردني أن يحذو حذو المشرع المصري؛ لأنه من المنطقي أن العقد الذي يبرم صحيحاً ومستوفياً لكافة أركانه وعناصره وشروطه أن يرتب جميع آثاره على أن ينقل الملكية بعد تمام البناء. أي أن يكون العقد صحيحاً ولكنه متراخٍ في التسجيل لحين الانتهاء من أعمال البناء وتسليم العقار^(٢٦).

وقد نص المشرع المصري في المادة (٢٠٤) من القانون المدني على أن: "١- الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، على أن لا يخل ذلك بقواعد التسجيل.

(٢٥) تنص المادة ٩٣٤ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على: "١- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري"، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "٢- وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

(٢٦) د. ريم ربيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢١٥؛ د. علاء حسين، مرجع سابق، ص ١٢٥.

وهذا يدل على أن المشرع المصري اعتد برضائية العقود واحترم سلطان الإرادة بين المتعاقدين، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن عقد البيع العقاري لا يزال عقداً رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول وتترتب آثاره ما عدا نقل الملكية، وهذا النقل يتراخى إلى وقت إجراء التسجيل^(٢٧). وهذا العقد يخضع في إثباته للقواعد العامة للعقود.

ويرى الفقه المصري^(٢٨) أن التسجيل لا يعتبر ركناً في عقد البيع العقاري، وهذا العقد ينقذ صحيحاً رغم عدم تسجيله، ويولد آثاره القانونية الصحيحة باستثناء نقل الملكية ليتراخى إلى حين استكمال البناء وتسجيله في الشهر العقاري، ومن آثار هذا العقد أنه يرتب حقوقاً والتزامات لكل طرف من طرفي العقد سواء بائعاً أم مشترياً. والعقود التي تشترط الشكلية لصحتها في مصر هي الهبة والرهن التاميني وحقوق الملكية الفكرية. أما بيع العقارات تحت الإنشاء أو عقد الحجز فلا يشترط الشكلية فهو عقد متراخي التسجيل لحين تمام البناء وهو عقد صحيح.

الفرع الثالث

موقف المشرع الفرنسي من الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي

حقيقة أن المحاكم الفرنسية تجنبنا بداية مناقشة الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، ولكنها بعد ذلك أقرت بأنه عقد ذو طبيعة خاصة ويختلف عن الوعد بالتعاقد أو الوعد بالبيع استناداً إلى نص المادة ١١ من قانون ٣ يناير ١٩٦٧ والذي يلقي على عاتق الملتزم التزاماً بحجز عقار للمشتري، وليس التزاماً ببيعه له^(٢٩). وبالتالي لا يخضع لنص المادة (١٨٤٠ - أ) من قانون الضرائب العام والذي أشرت إليه فيما سبق، والذي بمضمونه يلزم بتسجيل العقد الذي يقره شخص صاحب العقار شخصاً آخر ببيعه له في خلال عشرة أيام.

وصدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٧٥ أقرت به أن العقد التمهيدي هو عقد معاوضة، حيث يتضمن التزامات متبادلة بين طرفي العقد، حيث يلتزم البائع المحتمل بأن يحجز للمشتري المحتمل عقاراً أو جزءاً من عقار في مقابل وديعة الضمان

(٢٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود، الجزء الثاني، عقد البيع، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٣٧.

(٢٨) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٣٨؛ د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٥.

(٢٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، مرجع سابق، ص ٤٨٥؛ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢٨٥؛ د. ريم ربيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢١٦.

التي يقدمها المشتري المحتمل (المحجوز له)^(٣٠). وهنا يتشابه هذا العقد مع الوعد المنفرد بالتعاقد، وأيضاً يتشابه مع العربون المنشئ لحق العدول^(٣١). وبالإضافة إلى ما تقدم في الحكم السابق الذكر، فإنها حكمت في حكم آخر لها إنه في نظر المحكمة يجب أن يلتزم الحاجز بالبيع وليس بالحجز فقط^(٣٢).

وأرى أن ما وجدته بعد الاطلاع على موقف التشريعات المقارنة أن العقد الابتدائي هو عقد صحيح مستوفي لكافة شروطه وعناصره، ولكنه مترخي تنفيذ التسجيل لحين استكمال أعمال البناء ومن ثم نقل الملكية بموجب التسجيل.

ولاحظت أن جميع التشريعات موضوع المقارنة قد أخذت بشكالية التسجيل بغض النظر عن المراحل السابقة عن مرحلة التسجيل النهائي، ومحكمة النقض الفرنسية اعتبرت الاتفاق التمهيدي الذي نظمته المشرع الفرنسي يعتبر من الاتفاقات السابقة على التعاقد ولكنه لا يختلط بالوعد بالتعاقد ولا بالوعد بالتفضيل فهو ذو طبيعة خاصة^(٣٣).

لكن يرى بعض الفقه^(٣٤) أن محكمة النقض لم تستوعب هذا الاتفاق استيعاباً كاملاً عندما أوجت أن هذا الاتفاق لا يتضمن التزام الممتلك (المشتري) بإتمام العقد النهائي ما لم تكن هناك شروط خاصة إضافية تقيد هذا الالتزام على نحو أكثر صراحة.

ولا تشترط القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي تسجيل التصرف العقاري لانقالت ملكية العقار من البائع إلى المشتري، فالعقد ينقل من لحظة إبرامه ملكية المبيع المعين بالذات وإن كان المبيع عقاراً، ولا يشترط التسجيل إلا للاحتجاج بالبيع في مواجهة الغير^(٣٥). وطبق المشرع الفرنسي الحكم ذاته في تنظيمه لصور بيع المباني

^(٣٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، مرجع سابق، ص ٤٨٦؛ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢٨٥ وما بعدها؛ د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٥١.

^(٣١) د. ريم رفيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢١٦ وما بعدها؛ د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٥٣.

^(٣٢) د. مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

^(٣٣) د. ريم رفيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢١٧.

^(٣٤) د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٥١ - ٥٣.

^(٣٥) في القانون المدني الفرنسي لا يلتزم البائع بنقل الملكية لأنها تنتقل من لحظة التعاقد، ولا يعلق هذا الانتقال على شرط آخر، وما على البائع إلا تسليم الشيء المبيع حسب ما ورد في المواد (١٥٨٣)، (١٦٠٣) من القانون المدني الفرنسي.

تحت الإنشاء حين تكلم عن انتقال الملكية وقت تمام البناء، دون الإشارة إلى التسجيل. إذن فالملكية من وجهة نظر المشرع الفرنسي تنتقل للمشتري من وقت انتهاء البناء دون اشتراط التسجيل الذي يقتصر أثره على تمكين المشتري من الاحتجاج باكتساب الملكية في مواجهة الغير.

وهنا تبرز أهمية الاختلاف حول تحديد وقت انتقال الملكية هل هو في حال الانتهاء من أعمال البناء؟ أم في حال تسلم العقار وقبول أعمال البناء؟ وطالما أن التسجيل لا يتم من الناحية العملية، ولا يباشر المشتري إجراءاته إلا بعد قبول المبنى وتسلمه. فإن كان الخلاف حول وقت انتقال الملكية يفقد أي أهمية له إذا كان التسجيل شرطاً لانتقال الملكية إلى المشتري، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهو لا يتم إلا بقبول المشتري للمبنى وتسلمه^(٣٦). وهذا يدل على أن العبرة في انتهاء أعمال البناء وقبول تسلم المشتري للمبنى، لئتم بعد ذلك إجراءات التسجيل.

المطلب الثاني

آثار العقد الابتدائي بالنسبة للبائع والمشتري

من الطبيعي والبدهي إن أي عقد يبرم سيرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد، والعقد التمهيدي كغيره من العقود يرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد سواء البائع أم المشتري^(٣٧). والالتزام الأساسي الذي يقع على البائع (الحاجز) هو حجز الوحدة السكنية أو العقار المراد شراؤه، أما الالتزام الأساسي الذي يقع على المشتري (المحجوز له) هو دفع مبلغ من المال عند إبرام العقد التمهيدي، كضمانه للبائع وكدليل على نية المشتري بإتمام عقد البيع النهائي^(٣٨).

وهذا الضمان أو ما يسمى بدفعة الحجز أو كما أسمته بعض التشريعات (العربون) يختلف بحسب وقت إبرامه^(٣٩). وسنبين أثر العقد التمهيدي بالنسبة إلى البائع والمشتري من خلال فرعين متتاليين هما:-

(٣٦) د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٥٣؛ د. علاء حسين علي الجوعاني، مرجع سابق، ص

١٢٤؛ د. ريم رفيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٣٨) د. مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

(٣٩) د. سيبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٣٧.

الفرع الأول

أثر العقد الابتدائي بالنسبة إلى البائع

ذكرنا أن العقد الابتدائي أو العقد التمهيدي هو عقد صحيح ولكنه متراخٍ لحين التسجيل، وهذا البيع يولد التزامات على طرفي العقد سواء البائع أم المشتري، ومن أهم هذه الالتزامات التي تقع على عاتق البائع هي كما يلي:

الالتزام الأول والرئيسي بالنسبة للبائع هو حجز الوحدة أو العقار المراد شراؤه^(٤٠)، وهذا الالتزام يختلف بطبيعته ومضمونه بحسب الفترة التي أبرم فيها العقد التمهيدي، حيث إنه إذا كان وقت إبرام العقد التمهيدي قبل البدء بأعمال البناء، فإن التزام البائع هنا يكون مقتصرًا على عدم البيع لغير المحجوز له. ويبرز هذا الحكم أن شروط العقد لم تحدد بعد بشكل نهائي. ويسمى هذا الالتزام التزاماً سلبياً.

أما إذا أبرم العقد التمهيدي بعد البدء بأعمال البناء فإن هذا العقد يعتبر بمثابة وعد بالبيع^(٤١). ويسمى هذا الالتزام التزاماً إيجابياً، والبيع الابتدائي أو العقد التمهيدي بالرغم من أنه عقد غير مسجل إلا أنه يرتب كافة الالتزامات المتولدة عن البيع النهائي؛ وأهم هذه الالتزامات كما ذكرنا إنه حجز الوحدة السكنية^(٤٢). ويلتزم البائع بعدم إحداث أي تغيير في المبيع لا على المخططات ولا بالتنفيذ على أرض الواقع، إذ لا بد من التزامه بتسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد. ولا يجوز للبائع أن يجري أي تغيير على المبيع على اعتبار أن هذا من حقه كونه مازال مالكا للعقار، لأنه ملزم بتسليم العقار بحالته المتفق عليها وقت إبرام العقد. ثم ليس له أن يفيد في مواجهة المشتري من اعتبار كونه مالكا حتى تمام التسجيل، وذلك لأنه ضمن للمشتري بموجب عقد البيع أن ينقل له ملكية العقار بالحالة التي كان العقار عليها وقت إبرام العقد، ومن يضمن لا يجوز له أن يتعرض.

وإذا غير البائع في العقار أو أجرى نقص فيه بعدم الالتزام بالمخطط وجب عليه تعويض المشتري عن الضرر الذي أصابه جراء هذا النقص. أما إذا كان هناك زيادة على المبيع كإجراء إضافة بالمساحة انحكم بها أثناء البناء أو تم إضافة غراس اعتبر المالك بانياً أو غارساً في ملك الغير ويسري عليه حكمه^(٤٣).

(٤٠) د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٤١) د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ١٢٦؛ د. سيبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٤٢) د. ريم ربيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٤٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣٩.

ويلتزم البائع بتسليم العقار، ولا يحق له الامتناع عن التسليم بحجة أن البيع لم يسجل بعد في دائرة الشهر العقاري، لأن كل ما يترتب على عدم التسجيل هو عدم انتقال الملكية إلى المشتري، أما تسلم المبيع فهو حق للمشتري باستلام المبيع فور تمام عقد البيع، ما لم يتم الاتفاق على إرجاء التسليم لأجل محدد بين طرفي العقد^(٤٤).

كما يلتزم بالضمان بأنواعه مثل: ضمان التعرض، وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، وضمان العيوب الظاهرة. إضافة إلى أنه لا يجوز للبائع أن يدفع دعوى الضمان على أساس أن عقد البيع الابتدائي لم يسجل بعد؛ وبحجة أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري بعد. لأن البائع ملزم بالضمان حتى لو قبل التسجيل، ما دام أبرم عقد البيع الابتدائي فهو بمثابة العقد النهائي ومتوقف فقط على التسجيل ونقل الملكية.

والبائع يضمن للمشتري انتقال ملكية العقار؛ ومن يضمن الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه. والتزامه متمثل في مساعدة المشتري بإتمام إجراءات التسجيل ومنحه الأوراق اللازمة لنقل الملكية مثل سندات الملكية وإيصال ضريبة الأرض وعوائد البناء والمثول أمام مأمور التوثيق لغايات التصديق على العقد وتوثيقه ونقل الملكية. إذن هذه جميعها تعتبر التزامات شخصية مترتبة على البائع بموجب عقد البيع الابتدائي أو ما يسمى بالعقد التمهيدي أو عقد الحجز^(٤٥).

وكما ذكرت سابقاً أن المشرع الأردني لم يأخذ بالعقد الابتدائي ولم يفرد له أحكاماً خاصة على الرغم من وجوده على الساحة الاقتصادية والعقارية الأردنية. والسؤال الذي قد يثور ما هو الحكم الذي يطبق على هذا العقد الموجود بالفعل ويتم التعامل به؟ وما هي آثاره في العقود الابتدائية على العقارات قيد الإنشاء؟ ونحن نعلم أن الأردن يعاني من أزمة سكن بعد اللجوء إلى الأردن من دول الجوار طلباً للأمن والأمان نتيجة الأوضاع السياسية في تلك الدول؟

وما هي القواعد التي وضعها المشرع لحماية المشتري المتعاقد في مثل تلك العقود؟^(٤٦)

ومنعاً للتكرار انظر موقف المشرع الأردني من العقد الابتدائي أساساً وما هي الآثار المترتبة على هذا العقد حيث إنه تارة اعتبره وعداً بالتعاقد ورتب عليه التعويض في حال

(٤٤) د. مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٤٥) د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ١٢٥ و ١٢٦؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٤٠ - ١٤١.

(٤٦) د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

النكول حسب نص المادة ١١٤٩ مدني أردني، وتارة اعتبره عقداً باطلاً لتعلقه بالشكلية التي نص عليها المشرع حسب نص المادة ١٠٥ من القانون المدني الأردني. وغالباً ما يطبق عليه أحكام الوعد بالبيع العقاري (الوعد بالتعاقد)؛ وهذه العقود لا يتم تسجيلها بالرغم من إنه عقد رضائي ومكتمل لشروطه وأركانه كما أسلفت سابقاً. ولكن ماذا لو أبرم البائع أكثر من عقد ابتدائي لنفس الشقة أو الطبقة؟ وكان هناك أكثر من مشتري؟ والإجابة أنه في الأردن وعلى أرض الواقع لا توجد إشكالية، من حيث إن المشرع اشترط التسجيل لنقل الملكية فيستطيع أي شخص يريد أن يشتري عقاراً أن يذهب إلى الدائرة المختصة بالتسجيل ويتحرى عن ذلك العقار، من اسم المالك، ورقم الحوض، ورقم القطعة والمساحة؛ وما إذا كان المالك منفرداً بالملكية أم معه شركاء، وما حصة كل شريك؛ وهذه البيانات يوفرها له الموظف المختص ويستطيع أن يستعلم عما إذا كان على العقار رهناً أم لا^(٤٧).

وبالمقابل نلاحظ أن المشرع المصري قد أخذ بالعقد الابتدائي أو التمهيدي واعتبره عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره في حق طرفيه، إلا أنه عقد متراخي التسجيل، بالرغم من عدم إفراده لنصوص وأحكام تفصيلية تنظمه وبالرغم من أنه عقد غير مسمى، وكما رأينا يعتبر العقد الابتدائي أو عقد الحجز هو عقد نهائي متراخي التسجيل كما ذكرت سابقاً^(٤٨). وفقاً للتشريعات المصرية.

ولكن ما الحكم إذا تزامم عدد من المشتريين لنفس العقار وبعقود مبرمة مع نفس البائع الذي تعهد لهم جميعاً بحجز وحدة لهم؟.

ورداً على هذا التساؤل فقد عالج المشرع المصري حالة التزامم بين المشتريين في العقارات، وميز ما بين العقارات المعدة للسكن وما بين العقارات غير المعدة للسكن^(٤٩) وذلك على النحو التالي:-

أولاً: العقارات المعدة للسكن:

وحكمها عدم الاعتداد بالأسبقية، إذا اقترن بالغش أو التواطؤ، أي بمعنى أن الأسبقية في التسجيل ليست هي الفيصل في نقل الملكية. ويمكن الاحتجاج على

^(٤٧) د. ريم ربيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^(٤٨) د. سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ١٧.

^(٤٩) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٠ و ٤١؛ د. سيبيل جعفر، مرجع سابق،

صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية بسوء نية البائع وتواطؤه على حرمان المشتري الأول في المسكن سنداً للمبدأ الفقهي الذي أخذ بأن الغش يفسد كل شيء. مما يعني أن بيع العقار للمشتري الثاني على خلاف مقتضى عقد المشتري الأول هو تصرف باطل من الناحية المدنية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنه يعرض البائع للمسائلة الجنائية بتهمة النصب.

ثانياً: العقارات غير المعدة للسكن:

عالج المشرع المصري هذه الحالة بأن جعل العبرة بالأسبعية المطلقة عند التزام عقود ابتدائية لنفس العقار ومن نفس البائع. أي بمعنى أن الفيصل في الموضوع هو أسبعية التسجيل على عكس العقارات المعدة للسكن. وإن دل ذلك على شيء فهو يدل على أن بيع العقار لأكثر من مشتري بعقود ابتدائية هو تصرف صحيح من الناحية المدنية ولا يوجد مساءلة جنائية يتعرض لها البائع حتى وإن كان هناك سوء نية أو تواطؤ ما بين البائع والمشتري الثاني على الإضرار بالمشتري الأول^(٥٠).

وفي عقود البيع الأصل التعامل بحسن النية أي التعامل بالصدق والاستقامة والشرف وتبصير المشتري وإعلامه بكل شيء عن المبيع وتقديم النصح والإرشاد له وعدم إخفاء أية معلومة تهمة. وهذا ما أكد عليه المشرعان الأردني والمصري.

أثر العقد بالنسبة للبائع وفق التشريع الفرنسي

المشرع الفرنسي اعتبر العقد التمهيدي أو عقد الحجز هو وعد بالتفضيل ومالك المشروع ملتزم بالحجز بداية وغير ملزم بالبيع بالوعد بالتفضيل فالتزامه بالحجز فقط^(٥١). ولا بد لنا من الإشارة إلى إن قانون الضرائب الفرنسي رقم (A - 18.4) استلزم تسجيل العقد خلال ١٠ أيام من إبرامه. وإلا كان العقد باطلاً. أي أن المشرع الفرنسي حدد مدة زمنية هي عشرة أيام لاستكمال العقد وتسجيله وإلا يعتبر العقد باطلاً أساساً واستناداً إلى نص المادة (L261-15/5) من قانون البناء والسكن الفرنسي والذي حدد شروط العقد التمهيدي كما بينا سابقاً. كما اشترط المشرع الفرنسي على البائع رد ما

(٥٠) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص ١٤٧؛ د. سيبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٥١) د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص ٢٨ و ٢٩؛ د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق، ص ٩٢٠ ود. سيبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٣٣.

قبضه من وديعة الضمان إلى المحجوز، وذلك في الحالات التي تم ذكرها سابقاً وهي المادة (31-261R) من قانون البناء والسكن الفرنسي. بيد أن المادة (27-261R) من قانون البناء والسكن الفرنسي نصت على أنه يجب أن يبرم العقد كتابة وتسلم نسخة منه إلى المشتري. وفرض المشرع الفرنسي على البائع تبصير المشتري بالشيء المبيع (محل العقد) حتى يكون رضاه سليماً متتوراً بكافة تفاصيل العقار، ويجب على البائع أن يقوم بالإفشاء بالمعلومات الدقيقة والتفصيلية بالمبيع وليس الاكتفاء فقط بالإدلاء بالمعلومات العامة^(٥٢) وهذا ما ورد في القانون الفرنسي الجديد.

وفي هذا الصدد نجد حكماً لمحكمة باريس في ٢١/ تشرين الأول من عام ١٩٧٥ يتعلق بعقد الحجز الابتدائي لبيع شقق التمليك قيد الإنشاء والذي جاء فيه: "مبدأ حسن النية التعاقدية يلقي بالالتزام بالإفشاء للمتعاقد الآخر بكافة المعلومات الصحيحة اللازمة لتتوير رضائه في هذا الخصوص دون أن يترك الأمر له لاكتشافه بمحض الصدفة خلال قراءة ١٤. صفحة تمثل اللائحة الأساسية للتعاقد بكل ما أضفي عليها من تعديلات وملاحق وإضافات لم يستطع معها المشتري الحاجز أن يكشف أن المساحة الفعلية للشقة المحجوزة قد تم إنقاصها إلى النصف"^(٥٣).

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية، ذهبت المحكمة إلى ربط الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بوجود توافر حسن النية في تنفيذ العقد، وقضت في ١٧/١١/١٩٩٣ بأن: "امتناع متعهد بيع الشقق عن إعلام المشتري بالأخطاء التي وقع بها المهندس إنما يشكل خرقاً لالتزام الإعلام ولمبدأ تنفيذ العقود وفقاً لحسن النية، مما يترتب المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالمشتري، ومنها تفويت الفرصة عليه لشراء شقة أخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع إمكانياته المالية ومنها استفادته من التسهيلات الضريبية المقررة في حينه"^(٥٤).

ومما تقدم نجد أن مبدأ حسن النية هو مطلب في كافة التشريعات موضوع المقارنة بحيث يكون كل متعاقد على بينة تامة بما وعد به وبما التزم به.

^(٥٢) انظر المواد (26-261R, R 261-26) في قانون البناء والسكن الفرنسي.

^(٥٣) نقض مدني في ٢٤ حزيران سنة ١٩٧١ ومشار إليه عند: د. نزيه الصادق المهدي، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

^(٥٤) د. سييل جعفر، مرجع سابق، ص ١٤٠.

الفرع الثاني

أثر العقد الابتدائي بالنسبة إلى المشتري

ذكرنا في الفرع الأول من هذا المبحث التزامات البائع وأثر العقد التمهيدي على هذه الالتزامات، وفي هذا الفرع سنبين أثر العقد التمهيدي على المشتري من حيث التزاماته والتي أوجزها بما يلي:

في التشريع الأردني تنحصر التزامات المشتري في مرحلة العقد الابتدائي على ما يلي:-

١. الالتزام بدفع العربون

والعربون هو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المشتري للبائع عند الإتفاق على عقد البيع على أن يحسب فيما بعد من أصل الثمن عند إبرام العقد، أو يبقى في ذمة البائع ولا يردده إلى المشتري في حال عدوله عن اتمام عقد البيع. ويتوجب على المشتري بموجب العقد الابتدائي أن يدفع العربون للبائع الواعد بالحجز أو بالبيع. دليلاً على جديته في إتمام العقد^(٥٥).

والمشرع الأردني أخذ بالوعد بالبيع^(٥٦) متأثراً بالفقه الإسلامي. ولم يُسمِّه عقد تمهيدي، وإعتبر العربون مبلغ من المال يقدمه المشتري إلى البائع لقاء المبيع وفي معظم الأحيان يكون العربون هو جزء مقدم من الثمن ويسمى المشتري (الموعد له) ويسمى البائع (الواعد) ويسمى محل البيع العقار (الموعد به).

٢. الالتزام بمراعاة حسن النية

يجب على المشتري إثبات حسن النية للبائع بدفعه للأقساط في مواعيدها ولا يجوز له أن يتراجع عن العقد بعد أن فوت على البائع فرصة البيع إلى أشخاص آخرين مما قد يسبب ضرراً وإرباكاً مالياً لهذا البائع والذي غالباً ما يكون عليه التزامات مالية ودفعات لإكمال البناء والذي حتماً سيسدها من أقساط المشتريين الدورية المتفق عليها بتاريخ محددة، وفي هذه الحالة يطبق بالتشريع الأردني حكم العربون.

(٥٥) د. محمد المرسي زهره، مرجع سابق، ص ٧١؛ د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام سنة ١٩٩٧، بلا دار نشر، ص ١٣٣؛ د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٧٥، ص ٢٢٤، فقرة ١٥٩.

(٥٦) انظر نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني والتي نصت على الوعد بالبيع ورتبت جزاء النكول عن الوعد التعويض للطرف المتضرر في حال العدول عن إتمام العقد.

الالتزام بدفع الأقساط

يجب على المشتري الالتزام بدفع الأقساط المتفق عليها مع البائع مع مواعيدها.

٣. تحري المشتري عن العقار

يجب على المشتري قبل إبرام العقد التمهيدي أو ما يسمى بعقد الحجز أن يتحرى عن العقار؛ هل هو مرهون لأي جهة أم لا (أي هل العقار مثقل برهن أم لا)^(٥٧).

أما في التشريعات المصرية فإن العقد الابتدائي أو ما يسمى بعقد الحجز معتد به ومتداول بشكل كبير في مصر في ظل أزمة المساكن، وعادة ما يتم الإعلان عن حجز للوحدات السكنية، وغالباً ما يشتمل الإعلان على موقع العقار والمساحات لكل وحدة وسعرها وكافة الأمور التفصيلية لهذه الشقق والمباني، ولكن كما يقع التزامات على الحاجز أيضاً يقع التزامات على المحجوز له كما أسلفنا أعلاه.

وأهم هذه الالتزامات هي:-

١. دفع مبلغ الحجز المعلن عنه والمحدد بموجب الإعلان بموجب إيصال من البنك المحدد بالإعلان.

٢. توقيع العقد الابتدائي مع البائع مبيناً فيه كافة التفاصيل المتعلقة بمحل البيع من حيث الموقع والمساحة والتمن والدفعات وتواريخها وعدد الأقساط.

٣. أن يكون المشتري حسن النية ويلتزم بدفع الأقساط في مواعيدها وأن لا يعمل على الإضرار بالبائع بتأخره بدفع الأقساط المستحقة^(٥٨).

٤. أن يقوم باستلام المبيع بالموعد المحدد والمتفق عليه مع البائع^(٥٩).

٥. يجب على المشتري أن يتحرى عن العقار إذا كان مثلاً بحقوق أم لا فربما يكون العقار مرهوناً وعندها يجب تطهير العقار من الرهن قبل إبرام عقد البيع الابتدائي.

٦. أن يسعى المشتري لكل ما هو ضروري لإتمام عقد البيع النهائي بتسجيله في الشهر العقاري.

٧. أن يقوم بدفع رسوم التسجيل المقررة في القانون^(٦٠).

(٥٧) د. مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص ٣٤٤-٣٤٥؛ د. محمد المرسي زهره، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

(٥٨) د. محمد المرسي زهره، مرجع سابق، ص ٤٠٤؛ وانظر ص ٧١ من نفس المرجع.

(٥٩) د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٦٠) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٤٠.

أما في التشريع الفرنسي فقد نظم هذا العقد وأصبح عقداً مسمى ووضعه له أحكاماً خاصة بتنظيمه^(٦١)، ومن أهم الالتزامات التي نص عليها المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالمشتري:

١. يلتزم المشتري (المحجوز له) عند إبرام العقد التمهيدي بدفع مبلغ (وديعة الضمان) الحجز مقابل التزام البائع بحجز الوحدة العقارية له، وفي حال لم يتم تسجيل العقد النهائي يستطيع المشتري استرداد وديعة الضمان في حالات معينة حددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر^(٦٢). وترد هذه الوديعة خلال ثلاثة أشهر إذا لم ينعقد العقد النهائي في المدة المحددة لأسباب ترجع إلى البائع^(٦٣). وفي حال توافر الشروط المنصوص عليها في العقد يلتزم المحجوز له بالشراء وإتمام العقد، وإلا فقد وديعة الضمان^(٦٤).

٢. الالتزام بحسن النية، ولبيان حسن النية لا بد من الإلتزام بدفع الأقساط بمواعيدها، أما فيما يتعلق بحق العدول عن إتمام العقد النهائي فالقانون الفرنسي منح المشتري مهلة أسبوعاً للعدول عن قراره حسب نص المادة (1-271 L) من قانون البناء والسكن الفرنسي والذي تم تعديله بالمادة ٧٢ من القانون المؤرخ في ١٣/١٢/٢٠٠٠.

٣. الإلتزام بالاستعلام عن محل البيع، أي أن على المشتري المحجوز له السعي للعلم بكل ما هو ضروري ويهمه عن العقار المراد شراؤه وما إذا كانت تلك المعلومات ستؤثر على قراره في إتمام عقد البيع أم لا وهذا الاستعلام يجب أن يكون قبل إبرام العقد^(٦٥).

ومما تقدم نجد أن التزامات المشتري في عقد البيع الابتدائي هي نفس الالتزامات التي تقع على المشتري في أي عقد بيع تقليدي، ومن خلال اطلاعنا على التشريعات

(٦١) د. ريم ربيعة لعور، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٦٢) وذلك حسب نص المادة (31-261 R) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

(٦٣) وهذا ما ورد في نص المادة (15-261 L) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

(٦٤) إذا تم البيع وفق الشروط المنصوص عليها في عقد الحجز (البيع الابتدائي) يعتبر مبلغ وديعة الضمان جزءاً من الثمن وفي حال النكول عن إتمام العقد يفقد هذا الجزء المدفوع وهو ما يشابه النكول في حال دفع العربون في التشريعات العربية.

(٦٥) د. محمد نصر الدين منصور، مرجع سابق، ص ٨٦؛ د. إبراهيم بلال عثمان، مرجع سابق،

ص ٩٣ وما بعدها؛ د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٤٢.

موضوع المقارنة نجد أن التزامات المشتري هي واحدة سواء في التشريع الأردني^(٦٦) أو التشريع المصري^(٦٧)، أو التشريع الفرنسي، وأن عقد البيع الابتدائي يرتب نفس الالتزامات التي يرتبها أي عقد بيع عادي.

الخاتمة

تناول هذا البحث الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي (التمهيدي) وهل يعتبر هذا العقد وعداً بالبيع، وهل هو ملزم للبائع فقط، أم لطرفي التعاقد، وهل يعتبر عقداً تمهيدياً لعقد لاحق وهو عقد البيع النهائي، أم هو عقد بيع نهائي مكتمل العناصر والشروط والأركان، وهل يتطلب هذا العقد شكلية معينة لصحته، وهل يحمل هذا العقد في طياته ضمانة للمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء، وهل يمكن أن يشكل ضمانةً للبائع أيضاً، ثم تناولنا موقف التشريعات القانونية محل المقارنة الاردني والمصري والفرنسي من العقد الابتدائي مبينين موقف كل تشريع من هذا العقد ومدى إمكانية اعتبار هذا العقد كضمانة لكل من البائع والمشتري على حد سواء من خلال تسليطنا الضوء على آثار هذا العقد تجاه كل منهما وكيفية اعتباره ضمانة لكل من البائع والمشتري.

النتائج والتوصيات

العقد الابتدائي من العقود الغير مسماة في التشريعين الاردني والمصري بالرغم من شيوعها وكثرة استخدامها في الدولتين. وهذا العقد بحاجة لتنظيم احكامه ووضع نصوص خاصه به.

اختلف فقهاء القانون حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وتضاربت الآراء حول هذا العقد فمنهم من رأى انه عقد تمهيدي يمهد للعقد النهائي، ومنهم من يرى انه وعد بالبيع، وغالب الفقه يرى أنه عقد نهائي مكتمل العناصر والشروط؛ ويتوقف على تسجيله في الدوائر المختصة للتسجيل.

ان العقد الابتدائي لا يمكن اعتباره عقد وعد بالبيع لأنه عقد لاحق على الوعد بالبيع وهو عقد نهائي يتوافر به كافة شروط وأركان العقد الصحيح النهائي ويرتب آثاره بين المتعاقدين باستثناء نقل الملكية وفق التشريع المصري، أما في القانون الاردني فيعتبر العقد باطلا نظرا لاعتبار عنصر الشكلية ركناً أساسياً من أركان العقد.

(٦٦) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٦٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٤٠ وص ١٤١؛ د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص ١٤١.

العقد الابتدائي وأن كان عقداً غير مسمى، فهو يشكل ضماناً للبائع وللمشتري على حد سواء في عقود بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء؛ من خلال تطبيق القواعد العامة للعقد في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري.

اتمنى على المشرعين الأردني والمصري أن يقوموا بتسمية العقد الابتدائي وعقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء؛ لشيوع هذه العقود ولكثرة التعامل بها نتيجة حاجة الناس الماسة للمساكن، ولتلافي وقوع عمليات النصب والاحتيال جراء هذه العقود.

قائمة المراجع

- ١- إبراهيم بلال عثمان، تملك العقارات تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٢- جابر محجوب علي، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢.
- ٣- ريم ربيعة لعور، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٩.
- ٤- سعيد سليمان جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
- ٥- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج٣، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٦- سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، ط١، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٧- سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، ط١، كلية القانون، جامعة دهوك، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.
- ٨- عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود، ج٢، عقد البيع، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة نشر.
- ٩- عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، في مصادر الالتزام والمجلد الأول في العقد، القسم الأول، ط١، منشورات الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، ١٩٩٣.

- ١٠- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي ترد على الملكية) ج٤، مجلد (١)، البيع والمقايضة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٣.
- ١١- عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- ١٢- عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، أحكام الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٣- عبد الناصر توفيق العطار، العقود المسماة، البيع والإيجار والتأمين.
- ١٤- عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٠.
- ١٥- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٦.
- ١٦- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.
- ١٧- علاء حسين علي الجوعاني، عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، ط١، بيروت، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.
- ١٨- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٠.
- ١٩- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧.
- ٢٠- فؤاد صالح الدرادكة، التعهد بنقل ملكية عقار، دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، رؤية جديدة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس ٢٠٠٨.
- ٢١- محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.

- ٢٢- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢٣- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط١، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٢٤- محمد المنجي، موسوعة المساكن والإيجارات، عقد البيع الابتدائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٢٥- محمد نصر الدين منصور، الحماية القانونية للعقود الابتدائية في البيوع العقارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٢٦- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥.
- ٢٧- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط١، عمان، بلا دار نشر، ١٩٩٣.
- ٢٨- مونة مقلاتي، التأصيل القانوني لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥، قالمة، الجزائر، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الثاني، ٢٠١٨.
- ٢٩- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد، الإفضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٣٠- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- ٣١- القانون المدني الأردني.
- ٣٢- القانون المدني المصري.
- ٣٣- القانون المدني الفرنسي.
- ٣٤- قانون البناء والسكن الفرنسي.