جامعة البحرين

كليـــة الحقوق

قسم القانون الخاص

بيع العقار تحت الإنشاء
دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة (الماجستير)
في (برنامج الماجستير في القانون الخاص)

إعـــداد

خالد أحمد عبدالله الجنيد

الرقم الجامعي: ٢٠٠١٣٢٧٥

إشـــراف

الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر

أستاذ القانون المدني

جامعة البحرين

مملكة البحرين

ديسمبر ٢٠١٨م

بيع العقار تحت الإنشاء

دراسة مقارنة

ملخص الرسالة

تعالج هذه الرسالة موضوع بيع العقار تحت الإنشاء(البيع على الخريطة) والذي ينظم بدوره عملية بناء العقار وبيعه قبل الانتهاء من إنجازه، من خلال عرض ومعالجة الأحكام المتعلقة بمفهوم هذه الصيغة التعاقدية الجديدة لدى مشرعنا الوطني والظروف التي دعت إلى التدخل التشريعي في تنظيم هذه الصيغة لحماية المكتسبات الوطنية في مجال التطوير والإصلاح في المجال العمراني من جهة ومن جهة أخرى على اعتبار أنه لم تستطع القواعد العامة في القانون المدني من أن تتسع لهذه الصيغة وأن تدرك أحكامها ومدى خصوصيتها والتي تجعل منها حالة مغايرة لما عهد عليه من أحكام القانون المدني التي تعالج تنظيم عملية البيع و البناء.

وإن كان تاريخ وجود بيع العقار تحت الإنشاء ليس بالجديد فقد طالته أيادي الفقهاء والمشرعين في فرنسا منذ أمد بعيد بحيث أنه استقرت أركانه واتضحت معالمه، إلا أنه ما يزال في مهده في وطننا العربي سواء على مستوى الفقه أو التشريع.

ولهذا كانت هذه الرسالة تتناول بيع العقار تحت الإنشاء من منطلق أهميته البالغة في بيان طريق مهم وحديث من طرق تملك العقارات التي لها أهمية اقتصادية بالغة ودور فعال في نهضة الاقتصاد الوطني. الأمر الذي استلزمنا من تبيان مفهوم هذه الصيغة التعاقدية من خلال توضيح تعريف هذه الصيغة التعاقدية وما دار حولها من جدل فقهي وما أستقر عليه التشريع من رسم صورة له، مع توضيح طبيعته القانونية وما قد يشتبه به من عقود أخرى نظمها القانون المدني، من خلال المقارنة مع التشريعات التي نظم بموجبها في فرنسا وبعض الدول العربية.

كل هذه الأحكام دفعتنا أيضا لبحث الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد سواء بالنسبة للمطور العقاري وتحديد طبيعة التزامه الذي يكمن في البناء وفقا لما يقتضيه العقد ونقل ملكية المبنى إلى المشتري بعد إنجازه، وإلى طبيعة أحكام التزام المشتري بدفع الثمن وتسلم العقار والتزامه بالتعاون مع المطور العقاري وصولا إلى إنجاز المبنى وضمان خلوه من العيوب الظاهرة والخفية التي نظمها قانون تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين.

الإهداء

إلى والدتي...

أطال الله في عمرها بالعمل الصالح وأسبغ عليها من وافر الصحة والعافية وجزاها الله خير الجزاء...

أهدي هذا العمل المتواضع الذي أسال الله سبحانه وتعالى أن ينفع به...

شكر وتقدير

أتشرف بتقديم جزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر، الذي وقف بجانبي طيلة فترة دراستي في جامعة البحرين منذ أن كنت طالبا في السنة الأولى من البكالوريوس، حتى اليوم بقبول الإشراف على هذه الرسالة، كما أقدر صبره وتوجيهه لي فترة إعداد البحث. فقد كان أخا ومعلما استفدت منه كثيرا وكان له دور كبير في إرساء مبادئ البحث العلمي لدي بتشجيعه لي بالبحث العلمي السليم، كما تأثرت بغزارة علمه واستفدت من مجموعة البحوث والدراسات التي كتبها الدكتور صبري خلال السنوات الماضية من مسيرته العلمية، والتي كان لها الأثر الكبير في صقل مهارة التحليل والاستنتاج في بحثي هذا.

كما أتشرف بتقديم الشكر الجزيل إلى معالي الشيخ سلمان بن عبد الله ال خليفة حفظه الله، رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري ورئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري، والذي كان له أثر طيب في مسيرتي العلمية، من خلال تشجيعي على مواصلة الدراسات العليا، وحثه دائما لي على التفوق العلمي، ومتابعته المستمرة لي طيلة فترة دراسة الماجستير وإعداد البحث والذي تركت في نفسي شعورا مضاعفا ببذل الجهد والعناية لإتمام هذا البحث على أكمل وجه، فجزاه الله خير الجزاء.

كما يسرني أيضا أن أتقدم بجزيل الشكر لجميع أستاذتي في كلية الحقوق بجامعة البحرين، والذين لن تستطيع الكلمات أن تصف مدى تقديري وحبي لهم، والذين جعلوا من كلية الحقوق هي بيتي الثاني، فجزاهم الله خير الجزاء على كل ما قدموه لي من تعليم ونصح وإرشاد.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساهم في اكمال هذا البحث بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء بمساعدتي بالحصول على مرجع وأخص هنا بالذكر موظفي المكتبة القانونية بكلية الحقوق في جامعة البحرين اللذين ساهموا في مساعدتي بالبحث عن المراجع في المكتبة او على شبكة الانترنت.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
ملخص الرسالة	ج
الإهداء	د
شكر وتقدير	ه
قائمة المحتويات	ذ
المقدمة	1
أهمية البحث وأسباب إختياره	1
منهجية البحث	3
خطة البحث	3
الفصل الأول: مفهوم بيع العقار تحت الإنشاء	5
المبحث الأول: ماهية بيع العقار تحت الإنشاء	7
المطلب الأول: تعريف بيع العقار تحت الإنشاء	10
الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء	10
الاتجاه الأول	10
الاتجاه الثاني	13
الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء	15
أولا: التعريف لدى المشرع الفرنسي	14
ثانيا: التعريف لدى المشرع الإماراتي	18
ثالثا: التعريف لدى المشرع البحريني	19
رابعا: تقويم التعريف التشريعي لدى المشرع البحريني	21
خامسا: إستنتاج	24
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعد بيع العقار تحت الإنشاء	26
الفرع الأول: الإتجاه القائل بأنه عقد بسيط	28
الرأي الأول: عقد وكالة	28
الرأي الثاني: عقد مقاولة	32
الراي الثالث: بيع أشياء مستقبيلة	35
الرأي الرابع: وعد بالتعاقد	38
الفرع الثاني: الإتجاه القائل بالعقد المركب	42
أولا: عرض فكرة العقد المركب	42
ثانيا: معوقات الأخذ بفكرة العقد المركب	43
ثالثا: إستنتاج	44
المطلب الثالث: توصيف عقد بيع العقار تحت الإنشاء	46
الفرع الأول: خصائص عقد بيع العقار تحت الأنشاء	46

أولا: عقد مسمى	46
ثانيا: عقد معاوضة	48
ثالثا: عقد ملزم لجانبين	48
رابعا: عقد فوري متراخي التنفيذ	49
الفرع الثاني: مزايا وعيوب عقد بيع العقار تحت الإنشاء	52
أولا: مزايا بيع العقار تحت الإنشاء	52
ثانيا: عيوب بيع العقار تحت الإنشاء	55
المبحث الثاني: أحكام العقد الخاصة وأركانه	58
المطلب الأول: الأحكام الخاصة بالعقد	59
الفرع الأول: الحصول على الترخيص الإداري	60
أولا: شروط القيد في سجل التطوير العقاري والمطورين	60
ثانيا: تقديم ما يفيد حصول المطور على ترخيص مزاولة التطوير العقاري	63
ثالثا: البيانات الواجب قيدها في السجل	64
رابعا: جزاء المخالفة لعدم القيد في سجل التطوير العقاري	65
خامسا: الحصول على ترخيص التطوير العقاري	67
الفرع الثاني: ترخيص الإعلان	75
الفرع الثالث: الإلتزام بتبصير المشتري	80
أولا: تحديد الطرف الملتزم بالتبصير	82
ثانيا: أهمية الإلتزام بالتبصير ومضمونه	83
ثالثا: محل الإلتزام بالتبصير ومضمونه	86
الفرع الرابع: الاتفاق الإبتدائي	90
أولا: تعريف الاتفاق الإبتدائي	91
ثانيا: الطبيعة القانونية للإتفاق الإبتدائي	94
ثالثا: آثار الاتفاق الإبتدائي	99
المطلب الثاني: أركان العقد	102
الفرع الأول: التراضي	103
أولا: وجود التراضي	103
ثانيا: عناصر التراضي	121
الفرع الثاني: المحل	127
أولا: المحل م جهة المطور العقاري	128
ثانيا: المحل من جهة المشتري(العوض)	130
الفرع الثالث: العلم بالمبيع	132
أولا: نطاق العلم بالمبيع	132
ثانيا: الجزاء المترتب على عدم توافر العلم بالمبيع	134
المطلب الثالث: الشكلية	136
الفرع الأول: الشكلية في التشريع الفرنسي	137

أولا: الشكلية في النطاق الخاص	137
ثانيا: الجزاء المترتب على تخلف الشكلية لدى المشرع الفرنسي	139
الفرع الثاني: الشكلية عند المشرع البحريني	141
أولا: موقف المشرع البحريني من خلال القانون رقم 28 لسنة 2014	141
ثانيا: موقف المشرع البحريني في القانون رقم 27 لسنة 2017	144
الفرع الثالث: الشكلية في التشريع الإماراتي	146
الفصل الثاني: اثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء	148
المبحث الأول: إلتزامات المطور العقاري	150
المطلب الأول: إلتزام المطور العقاري بالبناء	151
الفرع الأول: طبيعة أعمال البناء	154
أولا: حكم إضافة مباني جديدة	155
ثانيا: حكم أعمال الصيانة الشاملة	157
ثالثا: معيار تحديد الأعمال المهمة والغير مهمة	159
رابعا: تحديد وقت الإنتهاء من أعمال البناء	160
الفرع الثاني: تحديد مدة البناء	163
المطلب الثاني: الإلتزام بتسليم العقار	170
الفرع الأول: تنفيذ الإلتزام	171
أولا: أن يكون العقار جاهزا للتسليم	171
ثانيا: أن يكون العقار مطابقا للمواصفات	172
الفرع الثاني: الجزاء على الإخلال بالإلتزام بالتسليم	173
المطلب الثالث: إلتزام المطور العقاري بنقل الملكية	176
الفرع الأول: الموقف الفقهي	176
الإتجاه الأول	176
الإتجاه الثاني	177
الفرع الثاني: الموقف التشريعي	177
أولا: نقل الملكية حسب حالة الإتمام المستقبلي	178
ثانيا: بيع العقار تحت الإنشاء للتسليم في المستقبل	179
ثالثا: مدى قابلية العقد للتسجيل	180
المبحث الثاني: التزامات المشتري	186
المطلب الأول: إلتزام المشتري بدفع الثمن	186
الفرع الأول: طريقة دفع الثمن	187
الفرع الثاني: ضمان الوفاء بالثمن	190
أولا: الضمانات القانونية	190
ثانيا: الضمانات الإتفاقية	192
المطلب الثاني: إلتزامات المشتري بمصروفات البيع	194
الفرع الأول: نطاق مصروفات البيع	194

الفرع الثاني: الإستثناء الوارد على القاعدة	195
المطلب الثالث: إلتزام المشتري بتسلم العقار المبيع	196
المطلب الرابع: الإلتزام بالتعاون	198
المبحث الثالث: الإلتزام بالضمان	202
المطلب الأول: حساب مشروع الضمان	203
الفرع الأول: الإعتماد المصرفي والكفالة التضامنية	203
الفرع الثاني: الإلتزام بفتح حساب الضمان	205
المطلب الثاني: إلتزام المطور بضمان عيوب البناء	208
الفرع الأول: ضمان العيوب الظاهرة	209
أولا: أحكام العيوب الظاهرة	209
ثانيا: الإعفاء من الإلتزام بضمان العيب الظاهر	213
الفرع الثاني: الإلتزام بضمان العيب الخفي	216
الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالإلتزام بضمان العيب	221
المطلب الثالث: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق	225
الفرع الأول: ضمان التعرض	226
أولا: ضمان التعرض الشخصي	226
ثانيا: ضمان تعرض الغير	227
الفرع الثاني: ضمان الإستحقاق	229
خاتمة	232
النتائج	232
التوصيات	236
المراجع	238

مقدمة

يتضمن القانون المدني أحكاما خاصة ببعض أنواع العقود يطلق عليها اصطلاح (العقود المسماة) وتكون هذه العقود منظمة إلى جانب القواعد العامة التي تحكم العقد فيما لم يتم تنظيمه بموجب نص خاص. ونتيجة للتطور العمراني استجد نوع جديد من الصيغ التعاقدية يعرف ببيع العقار تحت الإنشاء، ويعتبر هذا العقد جديدا من ناحية تنظيمية لدى المشرع البحريني.

وكانت الفترة قبل تقنين هذا النوع من البيوع مسرحا لتطبيقات العقد مع خلو التنظيم التشريعي له، وقد أفرزت هذه التطبيقات الى حدوث الكثير من المشاكل من خلال تطبيق هذا النظام إضافة الى تعثر العديد من المشاريع في مملكة البحرين والتي أثرت بشكل سلبي في عملية التنمية والتطوير العقاري التي كانت تطمح لها الدولة.

ومع تنظيم مسألة بيع العقار تحت الأنشاء لدى المشرع البحريني، ظل مفهوم هذا العقد من الموضوعات التي يستوجب علينا بحثها ووضع التصور الصحيح له، بحيث يجعلنا على مقربة من طبيعته، كما يساهم في المساعدة عن تمييزه عن بقية العقود التي قد تتشابه معه، إضافة إلى الضمانات الممنوحة لأطراف هذا العقد الجديد، وجدواها في تنظيم المسألة وتحقيق مصلحة الأطراف في نهاية المطاف إلى الوصول لمرحلة تسليم المبنى بعد إنشائه.

وكذلك تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع لأن محل العقد هو شيء مستقبل يقع على العقار الذي يرمي المشتري الحصول عليه وهنا يثور التساؤل هول مدى فاعلية النظام المستحدث بتحقيق الضمان الكافي لإنجاز العقار وتسليمه.

أهمية البحث وأسباب اختيار موضوعه

أصدر المشرع البحريني قانونين خلال فترة زمنية قياسية، وكلا القانونين قد تبنى نظاما مختلفا ما بين متشدد في الأحكام، وما بين منفتح عليها. ولهذا فإن مجال البحث في بيع العقار تحت الإنشاء يتشابه كثيرا مع ما يتميز به القطاع العقاري من تطور وتغيير متسارع. فكان من المناسب ان نبحث في أعماق هذا النظام وعما يمكن تصوره لمستقبله. وهل ما إذا كان تقنين هذا العقد قد ساهم في تخفيف وطأة النازعات القانونية، وهل تم توفير القدر الكافي من الضمانات لحقوق المستثمرين في مجال التطوير

العقاري؟ خصوصا وأنه حتى بعد تنظيم هذا العقد مازالت هناك علامات استفهام من المشترين عن طبيعة ومفهوم هذا العقد ومدى فعالية الضمانات الممنوحة للمشترين من خلال هذا العقد.

ولم أستدل حتى كتابة هذا البحث، من أن أحد قام بدراسة قانون تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين، خصوصا الجزء المتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء(1).

من هنا يتضح مدى أهمية البحث في جميع هذه المسائل، وتحديدها والوقوف عليها، وعلى موقف المشرع منها ومدى فعالية القواعد المنظمة سواء العامة، أو تلك الخاصة من نجاح اللجوء إلى عقود بيع العقار تحت الإنشاء.

كما أن المشرع البحريني من خلال تنظيم قانون القطاع العقاري الجديد قد عهد إلى القضاء لفض النزاعات المتولدة من تطبيق أحكام هذا القانون. وعلى العكس من القانون القديم الذي عهد إلى (لجنة منازعات التطوير العقاري) (2)، في فض النزاعات الناتجة من تطبيق نظام بيع العقار تحت الإنشاء فهذا التحول يستدعي منا البحث مرة أخرى في الظروف المتغيرة لنظام بيع العقارات تحت الإنشاء في مملكة البحرين.

---

(1) تناول هذا الموضوع وفقا لقانون التنظيم العقاري البحريني بموجب القانون رقم 28 لسنة 2014 الأستاذ الدكتور محمد سعد خليفة في بحثه (أحكام عقد بيع البناء على الخارطة) وهو بحث مختصر، كذلك تناول المسألة بشكل عرضي الأستاذة خديجة عبد الحسين أحمد في رسالة ماجستير من جامعة البحرين تتعلق بالنظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في إطار البناء والاستثمار العقاري على اعتباره طريقة تمويل إلا أن كلا البحثين قد تناولا القانون القديم الملغي وهو القانون رقم 28 لسنة 2014 بموجب القانون الجديد رقم 27 لسنة 2017.

(2) نصت المادة رقم 26 من القانون قم 28 لسنة 2014 على (تنشأ في الوزارة لجنة تسمى (لجنة منازعات التطوير العقاري)، تشكل بقرار من الوزير كل ثلاث سنوات على النحو الآتي قاضيان من المحكمة الكبرى، يندبهما لذلك المجلس الأعلى للقضاء، ويتولى أحدهما رئاسة اللجنة. موظف من ذوي الخبرة في الشؤون العقارية، يرشحه الوزير المختص بناءً على طلب الوزير. ويؤدي عضو اللجنة من غير القضاة أمام الوزير اليمين الآتية: (أقسم بالله العظيم أن أؤدي أعمالي بالأمانة والصدق، وأن أحترم قوانين المملكة ونظمها). كما يجوز الطعن بالاستئناف أمام المحكمة الكبرى المدنية (بصفة استئنافية) في القرارات الصادرة عن اللجنة وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها أو إعلانها حسب الأحوال

منهجية البحث

انتهجنا أسلوب الدراسة المقارنة أولا بين المشرع الفرنسي الذي نظم عقد بيع العقار تحت الإنشاء منذ العام 1967، وبين المشرع الإماراتي الذي نظم عقد بيع العقار تحت الإنشاء من خلال القانون رقم 13 لسنة 2008 في إمارة دبي وبين المشرع البحريني الذي نظم المسألة من خلال القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري.

وفي هذا السياق فقد اعتمدت المنهج التحليلي المقارن، أولا بين نصوص القانون في التشريع الفرنسي وبعدها نصوص القانون لدى التشريع الإماراتي تحديدا في إمارة دبي والتشريع البحريني، كذلك حاولت قدر الإمكان استجماع الآراء الفقهية وإن قلت، ومناقشتها وتحليلها وترجيح الموفق منها وذلك عندما تكون المسألة مبسوطة للاختلاف معززا هذا الترجيح بما يتناسب من أراء وأحكام محكمة التمييز.

وكون موضوع عقد بيع العقار تحت الإنشاء موضوعا حديثا جدا، فكان من الطبيعي أن تكون هناك قلة من المراجع في هذا الموضوع، الا أن هذا قد جعل نقطة قوة في هذا البحث، من خلال البحث في المراجع العامة والمكتبة العربية، والتي حصلت فيها على عدد لا بأس به من المراجع المهمة، التي تناولت الموضوع في شذرات متفرقة كانت تأسيسا بصورة معمقة لدراسة هذا الموضوع.

خطة البحث

تتألف خطة البحث من فصلين، يتناول الفصل الأول مفهوم بيع العقار تحت الإنشاء في المبحث الأول، ثم أتناول في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، أما بالنسبة للفصل الثاني فإنه يتناول التزامات عقد بيع العقار تحت الانشاء أتناول في المبحث الأول منه الالتزامات الواقعة على المطور العقاري ومن ثم أتناول في المبحث الثاني الالتزامات الواقعة على المشتري المقررة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء. وفي المبحث الثالث الالتزام بالضمان ثم في ختام البحث أنتهي إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي استنتجتها من خلال مدة بحثي في هذا الموضوع.

والله ولي التوفيق

الفصل الأول

مفهوم بيع العقار تحت الإنشاء

الفصل الأول

مفهوم عقد بيع العقار تحت الإنشاء

شهدت مملكة البحرين تطور في كافة مجالات التنمية الحضرية، وبالأخص ما أولاه جلالة الملك المفدى أيده الله، من إطلاق حزمة من الإصلاحات الشاملة التي ساهمت في نهضة البحرين وقادتها إلى التنمية، ومن ضمنها الإصلاحات في قطاع التنمية والتطوير العقاري.

ونتيجة لتطور قطاع البناء والتطوير العقاري في مملكة البحرين(1)، استجدت أنواع من الصيغ التعاقدية، والممارسات التي يقوم بها المطورون العقارين، بل حتى تمت ممارستها من قبل الأفراد العادية (الأشخاص الطبيعية)، لم تكن معروفة من قبل في واقع أعمال التطوير العقاري في مملكة البحرين وهي بيع العقار تحت الإنشاء، أي بيع العقار قبل اكتماله من الناحية الفعلية أو حتى من قبل البدء في مرحلة البناء, وجاءت هذه الأنواع من الصيغ التعاقدية لتتواكب مع حاجة المجتمع البحريني في تأمين السكن المناسب للمواطن البحريني، سواء كان ذلك عن طريق القطاع العام، متمثلاً في وزارة الإسكان، أو بنك الإسكان أو عن طريق القطاع الخاص، متمثلاً في شركات ومؤسسات التطوير العقاري.

---

(1) وقد أعلن جهاز المساحة والتسجيل العقاري مؤخرا أن حجم التداولات العقارية منذ يناير 2016 إلى الآن بلغ 786.8 مليون دينار (ما يزيد على ملياري دولار)، وهذا يؤكد مدى استقرار القطاع العقاري، في الوقت الذي تساهم فيه التركيبة السكانية المتنوعة العامة في مملكة البحرين بالتطور الذي تشهده جميع القطاعات الاقتصادية في البلاد، ومنها القطاع العقاري، فالبيئة الصديقة والتسهيلات الممنوحة تعد من ضمن العوامل العديدة الجاذبة للاستثمار والمشاريع الضخمة وتعمل الحكومة البحرينية في خطوات على تذليل جميع العقبات، والتي قد تؤثر سلباً على سمعة البلاد الاستثمارية وجذب المزيد من المبادرات التجارية لتنويع الاقتصاد ونموه بشكل متسارع، كذلك ساهمت في هذه التنمية العقارية التوجيهات السديدة لمعالي الشيخ سلمان بن عبدالله ال خليفة رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري ورئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري، من خلال توجيهاته لخلق بيئة مناسبة لتطبيق القوانين ذات الصلة في خطوة مهمة للارتقاء بواقع التطوير العقاري في مملكة البحرين .https://www.slrb.gov.bh بموجب الإعلان الصادر عن قسم العلاقات العامة والإعلام بجهاز المساحة والتسجيل العقاري يوم الجمعة (6 يناير/ كانون الثاني 2017).

أو عن تلك الهيئات شبه الحكومية والتي تكون ناتجة عن تعاون بين مؤسسات القطاع العام وبين مؤسسات القطاع الخاص (1).

وقد كان بيع العقار تحت الإنشاء، أو كما يطلق عليه المشرع البحريني (البيع على الخريطة) (2)، يعتبر من الظواهر التي تتعلق بالتطوير العقاري (3)، والتي ظهرت بشكل واسع في المجتمع البحريني على وجه الخصوص، أسوة بانتشارها العالمي الواسع، الأمر الذي يحتم معه الوقوف على مفهوم هذا النظام، من هذه العقود المستحدثة، ومدى فعاليتها في تأمين السكن المناسب. ومن المهم التمييز بين مبيعات المباني التي سيتم بناؤها في المنطقة المحمية والتي تشمل المباني أو جزء من المباني السكنية أو المجمعة (السكنية والمهنية)، ومبيعات المباني التي سيتم بناؤها في القطاع الحر الذي يشمل جميع المباني التي لا تقع ضمن تعريف المنطقة المحمية وفقا للقانون الفرنسي (4).

ونتناول في الفصل الأول من هذه الرسالة مبحثين، الأول عن ماهية بيع العقار تحت الإنشاء، والمبحث الثاني الأحكام الخاصة بالعقد وأركانه.

---

(1) مثاله خدمة المزايا الإسكانية التي تتمثل في الدعم الذي تقدمه وزارة الإسكان عن طريق حصول المنتفع بالبرنامج على تمويلٍ مصرفي من البنك المشارك لغرض شراء مسكن، ويسدد المنتفع ما نسبته 25% من دخله كقسط شهري، وتلتزم الحكومة من خلال الوزارة بتوفير الدعم المالي الحكومي الذي يغطي باقي قيمة الأقساط الشهرية لدى البنك الممول. http://www.housing.gov.bhالمصدر موقع وزارة الأسكان في البحرين تاريخ الدخول 2107/11/26

(2) كذلك استخدم لفظ البيع على الخريطة المشرع الإماراتي بموجب القانون رقم 13 لسنة 2008، والمشرع السعودي بموجب اللائحة التنظيمية لبيع العقار على الخارطة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (526) في 1437/12/04هـ.

(3) عرف القانون البحريني التطوير العقاري في المادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أنه: مشاريع البيع على الخريطة، وأعمال مشاريع تطوير العقارات التي يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية. منشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 3255 بتاريخ 2017/8/3.

(4) PARTIE PRELIMINAIRE: LE REGIME JURIDIQUE DE LA VENTE D'IMMEUBLES: CHAPITRE VI: LA VENTE D'IMMEUBLE A CONSTRUIRE. (French). Fiscalité Immobilière Des Étrangers En France [serial online]. October 2010 ;(2):65. Available from: Complementary Index, Ipswich, MA. Accessed FEB 24, 2018.

المبحث الأول

ماهية بيع العقار تحت الإنشاء

يعتبر بيع العقار تحت الإنشاء صيغة تعاقدية جديدة وقفزة في طرق تملك العقار. وقد حاول الفقه وضع تصوراً مناسباً لمفهوم عقد بيع العقار تحت الإنشاء(1)، وأختلف الفقهاء أثناء محاولاتهم تلك في تحديد العناصر المميزة لهذه العقود. فقد أعتبر تارة عقد يلحق بعقد البيع والمقاولة، وتارة أخرى نظام خاص يتم من خلال التنظيم التشريعي وفقا لمشروعيته وملائمة هذه العقود للواقع (2).

وتباينت المسميات لهذه الصيغة المستحدثة لهذا العقد في الدول المنظمة له، ولم تأخذ نمطاً واحداً سواء في فرنسا أو الدول العربية، وأنعكس هذا التباين على القوانين التي نظمت عقد بيع العقار تحت الإنشاء من خلال إصدارها قوانين خاصة؛ ومنها على سبيل المثال المشرع الفرنسي، والمشرع البحريني، والمشرع الإماراتي، بحيث انعكس ذلك في بيان العناصر المميزة لهذا العقد، واختلافها بحسب العرف، وطبيعة التعامل في كل نظام قانوني.

---

(1) يراجع في الفقه الفرنسي بشكل عام في هذا الموضوع

– R.saint.alary, lavente dimmeuble a construier ET, lobligation de grantie araison des vices de construction j.c.p, 1968

– Michel dagot, lavente dimmeuble a consturier .1983

والفقه العربي –د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السابع. العقود الواردة على العمل. المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة. طبعة دار إحياء التراث العربي. لبنان , 1964 ص 31، د. سليمان مرقص. شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الأول، منشورات عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص26. وينظر في الفقه العراقي، د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف,1970، ص38، مشار إليه لدى د. علاء حسين علي. عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص16.

(2) سوف نتناول في الفرع الثاني من هذه الرسالة مختلف الاتجاهات في التكييف القانوني لعقد بيع العقار تحت الإنشاء أنظر صفحة 26 وما بعدها.

ويقودنا البحث عند الحديث عن ماهية عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إلى أن نستعرض الموقف الفقهي والتشريعي الفرنسي كونه أول من تطرق لوضع تعريف لهذا العقد. وكذلك نستعرض التعريف من وجهة نظر المشرع الإماراتي بموجب القانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بنظام السجل العقاري المبدئي لإمارة دبي. أما بالنسبة للمشرع البحريني فإن تعريف بيع العقار تحت الإنشاء أو (البيع على الخريطة)، في القانون البحريني قد مر على مرحلتين، الأولى هي صدور قانون التنظيم العقاري الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 2014، والمرحلة الثانية هي المرحلة التي تزامنت مع صدور القانون رقم 27 لسنة 2017 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري. ويعتبر تعريف عقد بيع العقارات تحت الإنشاء (1)، من تعريفات العقود المستحدثة لدى المشرع البحريني (2). وقد نص قانون التنظيم العقاري القديم أيضا على تعريف خاص بهذا العقد. والذي أسماه البيع على الخريطة، ومن خلال تنظيمه أيضا في قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد الصادر بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017، وسوف نتناول في الفرع الأول، التعريف الفقهي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، وتعريف بيع العقار تحت الإنشاء في التشريعات المقارنة ونتناول في المطلب الثاني أيضا طبيعة هذا العقد طبقا للخلاف بشأنه ثم ننتهي في المطلب الثالث إلى بيان توصيف العقد من خصائصه من حيث المميزات والعيوب.

---

(1) إن لفظ بيع بناء تحت الإنشاء هو عبارة عن ترجمة غير حرفية للمصطلح الفرنسي الذي جاء به القانون الفرنسي لبيع العقار تحت الإنشاء وهو (vente d`immeuble a` construier)، والترجمة الصحيحة هي بيع العقار تحت الإنشاء، ويرجع إلى اختيار المشرع الفرنسي لهذا اللفظ إلى أن كلمة عقار أكثر عمومية من كلمة مبنى، فهي تشمل كل ما يقع على سطح الأرض وباطنها، ولكن تثير لفظة العقار أيضا إلى اللبس فيمكن أن يفهم منها أنها تشير إلى العقارات بالتخصيص؛ مثل المنقولات التي تخصص لخدمة الأرض مثل الحراثات الزراعية والأدوات المرصودة لخدمة العقار, ومما لاشك فيه من أن استخدام لفظة المبنى تكون أدق فهي في كل الأحوال تتسم بالعمومية كما أنه لا يوجد أية لبس فيها. ينظر في ذلك: الدكتور. محمد المرسى زهرة. بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة. من إصدارات جامعة الكويت كلية الحقوق. الطبعة الأولى 1989.

(2) وقد بقي هذا العقد فترة غائباً عن التنظيم القانوني ومازال في بعض الدول العربية، مثل العراق ومصر ولبنان. للمزيد حول تنظيم عقد بيع العقار تحت الإنشاء في الدول العربية راجع. أ. يوسف سعدون العامري، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت,2016، ص18.

المطلب الأول

تعريف بيع العقار تحت الإنشاء

تباينت أراء الفقهاء من شراح القانون قبل ظهور التنظيم التشريعي لهذه الصيغة التعاقدية في الاتفاق على وضع تعريف محدد لعقد بيع العقار تحت الإنشاء (1).

كذلك هو الحال بالنسبة للتشريعات التي نظمت هذا العقد لاحقاً (2). واختلفت هذه التشريعات في تعريف بيع العقار تحت الإنشاء، وذلك تبعاً للظروف الاجتماعية الاقتصادية. وبالرغم من أن وجود التعريفات في التشريع هو أمر منتقد، وقد تغل من يد الفقه في الاجتهاد، إلا أن معظم التشريعات التي نظمت عقد بيع العقار تحت الإنشاء قامت بوضع تعريفات لهذه العقود. ونتناول في هذا المطلب أهم ما قيل من تعريفات صدرت بموجب التشريعات المنظمة، والفقه في مجال عقود بيع العقار تحت الإنشاء (3). ونتناول هذا من خلال فرعين، الفرع الأول نخصصه للتعريف الفقهي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، والفرع الثاني نخصصه للتعريف في التشريعات المقارنة لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، ثم نبين بعد ذلك استنتاجاً وذلك وفقا لما يأتي:

---

(1) يبدو أن المذهب المادي دائما ما ينتصر في فكرة مواكبة التطورات، والذي ينظر إلى الالتزامات نظرة مادية باعتبارها قيمة مالية بصرف النظر عن شخصية الدائن أو المدين، وقد ترتب على هذه النظرة المادية نتائج مهمة وهي أنه أصبح من الجائز أن ينشأ الالتزام حتى ولم يكن الدائن معيناً وقت نشوئه متى كان قابلاً للتعيين في المستقبل-كذلك الحق ممكن أن يكون محله شيء مستقبل كما في عقد بيع العقار تحت الإنشاء-وبخاصة عند تنفيذ الالتزام. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت,2018، ص7.

(2) منها على سبيل المثال القانون الفرنسي بموجب القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 والقانون الجزائري بموجب القانون رقم 11/4 منشور في الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 2011/3/6، القانون الإماراتي بموجب القانون رقم 13 لسنة 2008، والقانون البحريني بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017.

(3) على سبيل المثال لم ينص المشرع الجزائري على تعريف لبيع العقار تحت الإنشاء بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-39 منشور بالجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخ في 3-3-1993 ص 4 الخاص بإصدار قانون الترقية العقارية.

الفرع الأول

التعريف الفقهي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء

ظهرت عدة اتجاهات فقهية في محاولة لوضع تصور لتعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء، فقد رأت المحاولات الأولى في الفقه من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يلحق بعقد المقاولة (1)، ويمكن من خلال ذلك أن نستجلي موقف الفقه من عقد بيع العقار تحت الإنشاء من خلال مراحل التطور التي مر بها عقد المقاولة (2)، وهي على النحو الآتي:

الاتجاه الأول:

يرى بعض الفقهاء أن تقديم الأرض من المقاول في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عبارة عن تطور طبيعي ومنطقي لعقد المقاولة، فعقد المقاولة يأتي على نوعين، عقد يقدم فيه المقاول العمل فقط، والعقد الثاني يقدم فيه المقاول العمل إضافة إلى مواد البناء (3). وأختلف في الأخير هل يعتبر عقد بيع أم مقاولة؟، ويرى الفقه في هذه الحالة أن العقد هنا يتم تكييفه وقياسه بمبلغ المقاولة ومبلغ مواد البناء أيهما أكثر، وعلى أساسه يتم تكييف العقد بأنه عقد بيع، أو عقد مقاولة.

---

(1) نظم المشرع البحريني عقد المقاولة بذات الاسم وهو المقاولة في القانون المدني، بينما لم تعرف مجلة الأحكام العدلية التي كانت أحكامها مطبقة في بعض البلدان العربية مثل الأردن عقد المقاولة بهذا الاسم، ولكن قد عرضت له في أحد فصول الباب السابع من كتاب البيوع فقد عرفت المادة رقم (142) منها عقد الاستصناع على أنه (عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع) وعرضت المواد من (388-392)، من مجلة الأحكام الاستصناع. كما أشارت إلى بعض أحكام المقاولة نصوص متفرقة من كتاب الإجارة خاصة الفصل الرابع من الباب السادس الخاص (بإجارة الأدمي)، فإذا قدم الصانع العمل والعين انعقد البيع استصناعاً وطبقت عليه أحكام البيع، وإذا كانت العين من المستصنع كان الصانع أجيراً وطبقت عليه أحكام الإجارة. د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة-الوكالة-الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن,2013، الطبعة الخامسة، ص 17

(2) الدكتور علاء حسين علي. عقد بيع المباني تحت الإنشاء. منشورات زين الحقوقية. الطبعة الأولى 2011 ص 49.

(3) أنظر في ذلك المواد في القانون المدني البحريني من رقم 585 -588.

ويرى البعض الآخر أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد غير متضح الملامح وكان يشار إليه (على أنه بيع لشيء مستقبل، فيما إذا تعهد المقاول ببناء المبنى وقدم الأدوات من عنده على أرض يقدمها المقاول) (1). وقريب من ذلك المعنى يرى جانب أخر من الفقه (2)، أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء (هو عقد إنما يرد على محل لم يتم إنشاءه بعد وبموجب هذا العقد يتعهد البائع ببناء عقار وفقاً لنموذج قد أعد مسبقاً، كما يتعهد البائع بنقل ملكية هذا العقار إلى مشتري مقابل ثمن نقدي يدفعه إليه). ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف العقد من خلال التزام البائع بالبناء وفقاً للنماذج، بينما لم يوضح طرق الإبرام أو طرق الدفع من حيث تقسيط المبلغ على دفعات، كما أنه أبرز جانب مهم وهو التزام المطور العقاري بنقل الملكية.

ورغبة من المجتمع في محاولة احتواء أزمة السكن، أضحت فرضية تقديم المقاول لقطعة الأرض واردة، خاصة وأن هذا الأمر هو الذي أدى إلى فكرة التمييز بين عقد المقاولة وبين عقد البيع، وما قد يشتبه به من العقود الأخرى. فتجريد العناصر الرئيسية في عقدي البيع والمقاولة، لوضع التعريف المناسب لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، يفرغ معنى العقد الحقيقي، فكان من المناسب أن تكون هناك محاولات فقهية تنظر إلى تعريف العقد من زاوية طبيعة الالتزام الرئيسي وليس النتيجة النهائية (3).

---

(1) Planiol M. Traité Pratique De Droit Civil Français. 10.11. Contrats Civils Par Joseph Hamel U.A.* P.1. 1956.* P.2. 1954 n .51

وقد أشار أعمدة الفقه العربي إلى هذا التعريف، نقلا عن بلانيول وهامل، وعلى سبيل المثال أنظر في ذلك سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية شتات، عقد البيع وعقد الكفالة، الطبعة الخامسة ص 32، عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية المجلد الأول البيع والمقايضة الجزء الرابع ص 31.

(2) سمير عبد السميع الاودن، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الإسكندرية ,2001، ص 9 , أنظر أيضا د. سيل حاجي جعفر، ضمانات عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن 2014، ص27.

(3) أنظر حول هذا المعنى، د. علاء حسين علي ومرجع سابق، ص17.

الاتجاه الثاني:

عرف العقد في هذا الاتجاه على أنه (العقد الذي يتعهد فيه المقاول بأن يبني على أرض يملكها وبمواده وأدواته بناء يتعهد بأن ينقل ملكيته بعد إنجازه مع الأرض إلى رب العمل (1).

فالعقد وفقاً لهذا التعريف، ووفقا لهذا الاتجاه هو عقد مقاولة (2). وطبقاً لذلك يتعهد المقاول بنقل ملكية المبنى المقام على أرضه لحساب المشتري بعد إنجاز البناء، ولذلك فإن أهمية إنشاء المبنى تفوق أهمية نقل الملكية. وعرفه أيضا على أنه (العقد الذي يقوم فيه المقاول بمواده وأدواته بالتعهد بنقل ملكية الأرض بعد أن يقيم عليها مبنى) (3).

وفسّر هذا العقد أيضا من ناحية فنية من حيث إدارة الأعمال أكثر منها من ناحية قانونية على أنه (نوع من أنواع التعهدات يتولى فيه المتعهد الذي هو نفسه صاحب العمل، إقامة بناء ما، سواء كان هذا البناء سكني أو تجاري، أو كليهما، وبيع المحلات من شقق أو مكاتب أو حوانيت التي يضمها ذلك البناء المشيد على المخطط. أي أن التعهد يبدأ ببيع المحلات الناتجة عن المشروع قبل المباشرة بالبناء فعلاً أو بعد إنجاز المخططات والترخيص، ربما المباشرة فعلاً بحفر الأساسات ليعطي الأمر نوعا من الجدية) (4).

---

(1) محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشئات الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، ص24

(2) يدق التمييز بين عقد المقاولة والبيع، فقد درج الفقه العربي على تمييز المقاولة عن البيع في صدد الحديث عن عقد المقاولة وينظر في ذلك على سبيل المثال د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 7 , المجلد الأول, العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت , 2015 ص 23 وما بعدها, وأ. د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية,2010، ص74 وما بعدها، وأ.د سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية,2009، ص 20 وما بعدها.

(3) الدكتور خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة البيع والتأمين والإيجار. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى ص 33. 1979

(4) الدكتور. محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، الطبعة (1)، درا الراتب الجامعية، بيروت 1999، ص 179، نقلا عن الدكتور علاء حسين علي. مرجع سابق. ص 17.

ويلاحظ على هذا الاتجاه، أنه أشار إلى الالتزامات التي تقع على المطور العقاري أو بائع العقار، وهي الالتزام بالبناء والالتزام بنقل الملكية، ولكن هل ما إذا التزم البائع أو المطور العقاري بالبناء ومن ثم نقل الملكية نكون أمام عقد بيع عقار تحت الإنشاء والذي يستلزم الحماية الخاصة المقررة في القانون أم أنه بيع عادي يخضع لأحكام للقواعد العامة؟ (1). ويلاحظ على هذا الرأي أنه لم يتطرق إلى الالتزامات التي تقع على الطرف الثاني في العقد وهو المشتري.

من هنا يتضح لنا الأهمية التي يلعبها دور العنصر الزمني (2)، في تحديد الضابط الذي بموجبه يمكن تحديد طبيعة العقد ما إذا كان مقاولة أو بيع أو بيع عقار تحت الإنشاء.

كما ورد في الفقه الإنجليزي أن عقد البناء لا يأتي ضمن العقود المنظمة لأنواع المقاولات الأخرى، بل تأتي في صورة مستقلة عن تلك العقود وتدرج ضمن عقود البناء، وهي تلك العقود التي يلتزم فيها المقاول ببناء لمصلحة شخص آخر، بغض النظر عمن يقدم المواد وأرض البناء، ومن خلال هذا التعريف يلحق عقد بيع العقار تحت الإنشاء بعقود البناء (3).

---

(1) إن الفقه العربي والفقه الفرنسي والفقه الإنجليزي لم يستخدم لفظ البيع على الخريطة، بل أستخدم بيع العقار تحت الإنشاء (vente d'immeubles à construire)، وكما سبقت الإشارة إليه أن كلمة عقار هي أعم من غيرها، مما قد يوصف به محل العقد في بيع العقارات تحت الإنشاء مثل كلمة مبنى (Bâtiment). وعرفت المادة رقم 20 من القانون المدني البحريني العقار على أنه (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله عنه من دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار، ومع ذلك يعتبر عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله).

(2) د. إبراهيم عدنان السرحان، مرجع سابق، ص 56 ويعتبر عقد المقاولة صحيحا حتى ولو لم يشر الأطراف إلى مدة إنجاز العمل ويشترط في تحديد هذه المدة طبيع العمل فالواجب ان ينجز المقاول العمل في مدة معقولة تسمح بإنجازه، فإذا تأخر عن هذه المدة عد مسؤولا مالم يثبت أن التأخير كان لابد له فيه مثاله أن يثبت خطأ رب العمل.

(3) الدكتور علاء حسين علي. المرجع السابق. ص18 ويراجع بشكل عام في الفقه الإنجليزي:

Emden and gills, Building contracts and Practice, London, 1969, D.keating, lawand construction contracting, New practice building contracts 1969,London,Richard H.clough, .Mexico, 1968

الفرع الثاني

التعريف التشريعي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء

نتناول في هذا الفرع ما ورد من تعريفات في بعض التشريعات التي نظمت عقد بيع العقار تحت الإنشاء ومنها على سبيل المثال المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني.

أولا: تعريف بيع العقار تحت الإنشاء في القانون الفرنسي:

كان أول تنظيم تشريعي لهذه العقود في فرنسا بموجب القانون رقم 3 يناير 1967، ولم ينص هذا التشريع على تعريف لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، وتعرض قانون 3 يناير 1967 إلي تعديل خلال 4 أشهر وهو التعديل رقم 547 لسنة 1967 الصادر في يوليو1967(1)، والذي أضاف المادة رقم (1601-1) إلى القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على أن بيع العقار تحت الإنشاء (بيع عقار تحت الإنشاء (أو في طور الإنشاء)، هو الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد ويمكن أن يكون البيع مضاف لأجل، أو منجزاً على الحالة المستقبلية للبناء) (2).

---

(1) وقد خضع قانون 3 يناير الذي قام بتنظيم عقود بيع العقار تحت الإنشاء في فرنسا سريعاً إلى تعديل بموجب القانون رقم 547 في يوليو 1967، ثم عدل بموجب القانون رقم 7 لسنة 1978، وقد أصبحت بعض فقرات القانون مواد في القانون المدني الفرنسي، وهي المادة 1601 بفقراتها الأولى والثانية والثالثة والرابعة، وكذلك وقانون البناء والسكن الفرنسي, ويتضح بشكل جلي هنا أن هذه التعديلات المتسارعة والمتعاقبة على قانون بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي إنما هي تعكس طبيعة تسارع ونمو هذا القطاع , حيث مر القانون البحريني بتجربة مماثلة حيث أضطر إلى إصدار قانون جديد في ما يتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء في ظرف 3 سنوات من تاريخ إصدار القانون رقم 28 لسنة 2014.

(2) مادة رقم 1/1601 من القانون المدني الفرنسي.

La vente d'immeuble à construire EST Celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier UN) immeuble dans UN délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état .(futur d'achèvement

LA VENTE D'IMMEUBLE A CONSTRUIRE. (French) . (2009) . Fiscalité Immobilière des Étrangers en France, 65.

وقد أبرز التعريف على هذا النحو عنصرين أساسين لا يوجد عقد بيع العقار تحت الإنشاء بدونهما ، وهما التزام البائع بالبناء، والمدة التي يجب أن يتم خلالها البناء (1).

وقد جاء تعريف بيع العقار تحت الإنشاء في القانون الفرنسي على نحو لم يتجاوز السياسة التقليدية كما عهدت في القضاء الفرنسي (2)، مبرزًا في ذلك عنصر البناء والمدة التي يحددها العقد في تنفيذ البناء. ولم ينص على التزام البائع بنقل الملكية للمبيع، والذي يعد التزاماً جوهرياً في عقد بيع المباني تحت الإنشاء (3). ويمكن تجزئة هذا التعريف المذكور إلى قسمين، الأول التزامات البائع أو المطور العقاري، والثاني طرق إبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء. إذ يلاحظ أن التعريف الذي نص عليه التشريع الفرنسي ركز على النتائج من خلال عملية البناء فقط. على اعتبار أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء ينطوي على التزام مهم، وهو قيام المطور العقاري، بالقيام البناء، وأن هذه العملية ونجاحها محور هذا العقد، والذي دفع بالمشرع إلى حماية العقد من هذا المنظور. وتأسيساً لما سبق تبنى المشرع الفرنسي الاتجاه الفقهي الذي يرى أن العقد من جانب التزام المطور العقاري إقامة البناء خلال المدة التي يحددها العقد. وهنا يفترض بالضرورة أن يكون محل العقد غير مكتمل البناء، لأن العقد يجب أن يبرم قبل الانتهاء من أعمال البناء، حتى يخضع لأحكام قانون بيع العقار تحت الإنشاء في فرنسا، وبخلافه فإنه يعد بيعاً عادياً يخضع للقواعد العامة (4).

---

(1) الدكتور محمد زهرة المرسى. مرجع سابق. ص 19.

(2) Jean-Louis Bergel ،Vente d'immeuble à rénover ،lamy axe droit collection ،franc 2010 ،p 19 ، حيث يرى القضاء الفرنسي أن العقد لا يمكن وصفه بأنه عقد بيع عقار تحت الإنشاء إلا إذا التزم البائع ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد، لذلك فإن العقد في هذه الحالة من الضروري أن يكون قبل البدء في أعمال البناء، أو حتى بعد البدء ولكن قبل الانتهاء من هذه الأعمال.

(3) حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي وهو الأستاذ MAZEAUD، أن الالتزام بعمل في بيع عقار تحت الإنشاء ليس إلا التزام بالتسليم، وهو التزام يستلزم القيام ببعض الأعمال المادية مثل التصنيع لتمكينه من تسليمه، فالعقد يشتمل التزامين بعمل والتزام بعطاء كما أن الأول شرط لتحقق الثاني. مشار إليه لدى د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص20.

(4) د. سيبل حاجي عمر. مرجع سابق. ص25.

وقد نص المشرع الفرنسي على طرق محددة لإبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء، ولم يجعل الأمر بيد أطراف العقد لكي يبرموا ما شاءوا، إذ جعل القانون الفرنسي تلك الطرق محددة، يمكن من خلالها سهولة معرفة أحكام العقد بما يميزها عن غيرها من العقود وقد نص التشريع على طريقتين وهما:

1. البيع المقترن بأجل

وفقاً لهذا يبرم العقد وفقاً للدور الذي يقوم به المطور العقاري أو مالك المشروع، إذ يلتزم بنقل ملكية المبنى عند تمام البناء. وتنتقل الملكية ب

أثر رجعي من وقت إبرام العقد، وليس من تاريخ الانتهاء من الأعمال الإنشائية أو من تاريخ أية مرحلة أخرى من مراحل البناء. ووفقاً لهذه الحالة فإن المشتري يقوم بإيداع الثمن عند التسليم بموافقة البائع ويتم نقل الملكية بموجب صك رسمي(2).

2. البيع في حالة إنجاز الأعمال المستقبلية

بموجب هذه الطريقة ينقل البائع إلى المشتري حقوقه على الأرض، وكذلك ملكية المنشآت القائمة لتصبح الأعمال المستقبلية ملكاً للمشتري عند تنفيذها، فيكون المشتري ملزماً بدفع الثمن مع تقدم العمل (3). ولذلك فإن الملكية في هذه الحالة تنتقل مع تقدم العمل في البناء وبالتزامن مع دفع الأقساط، فكل مرحلة يتم الانتهاء منها يتم نقل الملكية والحقوق المترتبة عليها أولا بأول، دون الانتظار للانتهاء من الأعمال الإنشائية والحصول على شهادة الإنجاز(4). ولا يوجد في القانون البحريني طريقة تتعلق بنقل الملكية على أجزاء، بل أن ملكية العقار تنتقل دفعة واحدة بعد الانتهاء من أعمال البناء والحصول على شهادة الإنجاز المنصوص عليها في قانون تنظيم القطاع العقاري.

---

(2)مادة رقم (2-1601) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المادة 1 من قانون 3-يناير 1967، مشار إليه أيضا لدى د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص, 45أيضا د. علاء حسين، مرجع سابق، ص16، د سيبل جعفر، مرجع سابق ص 32.

(3)مادة رقم (3-1601) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المادة 1 من قانون 3 يناير 1967

(4)د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص25.

وقد يخضع دفع ثمن العقار على هيئة أقساط دورية أو لأية عملية تمويل أخرى، مثل البيع بالتقسيط، أو غيرها من المعاملات المالية الخاصة بعملية التمويل العقاري(1).

ويلعب الثمن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء دوراً مهماً في تمويل عملية البناء، كما يخضع تسجيل العقار وفقاً لهذه الطريقة للقواعد العامة في تسجيل العقار(2)، على أن يتم نقل ملكية الوحدة العقارية المفرزة إلى المشتري بعد الانتهاء من أعمال البناء(3).

وسوف نتناول بشيء من التفصيل لاحقا أهم الفروقات بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وما قد يشتبه به من عقود في المبحث الثاني من هذه الرسالة على نحو من التفصيل(4).

---

(1)د. الصغير محمد مهدي، النظام القانوني للتمويل العقاري، مرجع سابق، ص36, حيث يوضح المؤلف أن عقد بيع العقار بالتقسيط هو عقد بيع عادي ينتج كافة آثاره كعقد بيع عقار عادي ولكن اتفقت فيه أطراف العقد على أن يسدد المشتري ثمن العقار على دفعات دورية تسمى بالأقساط قد تكون سنوية ولكنها بالغالب تكون شهرية ولذلك يكون جزء من هذه الأقساط لاحقاً على تسلم المشتري للعقار المبيع, ومن المهم الإشارة أن التنظيم القانوني للبيع بالتقسيط في مصر يتناول فقط بيع المنقولات, ولكن لا يوجد ما يمنع أن يكون العقار محلاً للبيع بالتقسيط.

(2)يفرق عادة شراح القانون المدني بين إجراءات بيع المنقول عن بيع العقار. وبصورة عامة فإن النصوص المتعلقة بالملكية العقارية في القانون المدني لا تنقل لا فيما بين العاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، إذ يهف التسجيل إلى إحاطة الكافة خاصة أصحاب المصلحة بالوضع القانوني الذي يكون عليه العقار مما أنها تساهم في الوقوف على بيانات العقار من حدود ومساحة إضافة إلى الحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشرها. أنظر في ذلك أنظر. د على نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة,2003، ص79.

(3)د. ليلى عبد الله سعيد، الوجيز في شرح القانون المدني رقم 19-لسنة 2001، العقود المسماة – عقد البيع، مطبوعات جامعة البحرين، البحرين-الصخير،2003،ص111 وما بعدها. حيث ترى أستاذتنا الدكتورة ليلى رحمها الله أن عقد البيع العقاري غير المسجل هو عقد بيع موجود وصحيح وتترتب عليه جميع آثاره وينشئ التزامات هي تلك التي تترتب على عقد البيع سواء بالنسبة للبائع أو المشتري حيث أنه عقد بيع الرضائي يتأخر فيه انتقال الملكية إلى ما بعد التسجيل .

(4)أنظر في ذلك ص 50-وما بعدها من هذه الرسالة.

ثانياً: تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون الإماراتي

سمى المشرع الإماراتي عقد بيع العقار تحت الإنشاء على أنه (البيع على الخريطة) (1)، ونصت المادة رقم 2 من القانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بشأن تنظيم السجل العقاري لإمارة دبي (2)، بأن البيع على الخريطة هو (بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها).

ومن الملاحظ على تعريف المشرع الإماراتي أنه جاء عاماً دون الخوض في تفاصيل العقد المهمة في التعريف، ودون أن يتبنى اتجاهاً معيناً فيما يتعلق بالالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المطور العقاري أو البائع، فلم يتطرق التعريف لا إلى التزام المطور العقاري بالبناء، ولا إلى التزام المطور العقاري بنقل ملكية المبنى بعد الانتهاء إلى المشتري. كما أن تعريف المشرع الإماراتي لم يشر إلى الثمن وطريقة دفعه، ولم يحدد طريقة إبرام هذا العقد في التعريف. وقد أشار تعريف المشرع الإماراتي إلى ثلاثة أنواع من العقارات تنطبق عليها عقود بيع العقار تحت الإنشاء وهي الوحدات العقارية المفرزة (3)، العقارات التي تكون في طور الإنشاء، والعقارات التي لم يكتمل بناؤها.

---

(1) اتفق المشرع البحريني والمشرع الإماراتي على تسمية العقد (بيع على الخارطة)، وقد اختلفت التسمية مثلاً لدى المشرع الجزائري الذي يسمي العقد (عقد بيع العقار بناء على التصاميم)، حيث صدر ذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم(03-93) المؤرخ في 1993/3/3، ولم ينص المشرع الجزائري على تعريف لهذا العقد تأسيساً بالقوانين المقارنة. لمزيد من التفاصيل حول قانون الترقية العقاري الجزائري راجع: نسيمة موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية، عقد بيع العقار في طور الإنجاز، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر,2015، ص2 وما بعدها.

(2) وقد صدر هذا القانون بتاريخ 2008/8/14 وكان هذا القانون بمثابة استكمال للقانون الخاص بإنشاء حساب ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي رقم 8 لسنة 2007، وقد صدر مؤخرا تعديل مهم على هذا القانون بموجب قانون رقم (19) لسنة 2017، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008، بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، بهدف حماية المتعاملين في القطاع العقاري من مستثمرين ومطورين عقاريين، وضمان الفهم الدقيق والتطبيق السليم لأحكامه.

(3) عرفت المادة رقم 2 من القانون رقم 13 لسنة 2008 الوحدة العقارية على أنها (أي جزء مفرز من العقار ويشمل أي جزء مفرز على الخارطة).

ثالثاً: تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون البحريني:

أصدر المشرع البحريني قانونين فيما يتعلق بالتطوير العقاري في فترة زمنية قصيرة (1)، ويختلف كلا القانونين فيما يتعلق ببعض الأحكام الخاصة ببيع العقار تحت الإنشاء (2).

وقد عرف المشرع البحريني عقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون أول مرة، في المادة الأولى من القانون رقم 28 لسنة 2014، في شأن التطوير العقاري تحت مسمى البيع على الخريطة على أنه **(بيع الوحدات العقارية المفرزة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها)** (3).

وورد تعريف مشابه، من خلال اللائحة التنفيذية (4)، لقانون التطوير العقاري القديم رقم 28 لسنة 2014 في المادة الأولى في الفقرة رقم 12 دون إضافة أية تغيير أو تعديل عليها.

---

(1) كانت السنوات المنصرمة من عمر التشريع في مملكة البحرين سنوات عقارية بامتياز، فقد شهدت مملكة البحرين إصدار عدداً كبيراً من القوانين العقارية. ومن هذه القوانين قانون التنظيم العقاري، وقانون تنظيم القطاع العقاري في البحرين. على سبيل المثال في ذلك صدر قانون التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 2013، والقانون رقم 27 لسنة 2014 الخاص بإصدار قانون الإيجارات والقانون رقم 28 لسنة 2014والقانون رقم 27 لسنة 2017 الشامل لتنظيم القطاع العقاري.

(2) سبقت الإشارة لذلك، ويرجع السبب في صدور هذين القانونين في الفترة الزمنية القصيرة من أن المشرع البحريني قد أراد من التشريع الجديد ,فضلا عن اشتماله على أحكام خاصة ببيع العقار تحت الإنشاء إضافة إلى تنظيم القطاع الخاص بالتطوير العقاري في مملكة البحرين بأكمله، فقد نص القانون إضافة الى أحكام بيع العقار تحت الإنشاء إلى إنشاء مؤسسة التنظيم العقاري كما نظم القانون الجديد مهنة التثمين العقاري والوساطة العقارية وإدارة العقارات كما أنه نظم الأحكام القانونية للملكية المشتركة، وهنا قد طرأ تعديل مهم على القانون المدني البحريني حيث ألغى القانون رقم 27 لسنة 2017 الأحكام الخاصة بملكية الطبقات والشقق المنصوص عليها في المواد (814) حتى (843) من القانون المدني البحريني، كما ألغى القانون أيضا المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 1976 الخاص بتنظيم مهنة دلالة العقارات كما ألغى القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري.

(3) منشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 3212 يوم الخميس 4 يونيو 2015.

(4) مادة رقم 1 من اللائحة الصادرة بموجب قرار رقم 25 لسنة 2015 الصادر من معالي وزير الأشغال والبلديات، منشور في الجريدة الرسمية في العدد 3209 بتاريخ 2015/5/14. وعرفتها على أنه (بيع الوحدات العقارية المفرزة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها).

بعد ذلك صدر قرار معالي رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري رقم 7 لسنة 2015 الخاص بشأن سجل قيد البيع على الخريطة (1)، حيث عرفت المادة 1 منه البيع على الخريطة على أنه (بيع الوحدات العقارية المفرزة قبل إنشائها واكتمال بنائها وقت التعاقد)، ولقد أضيفت جملة (وقت التعاقد) في هذا التعريف تأكيداً على عنصر التقدم في أشغال البناء منذ إبرام العقد، كأحد خصائص بيع العقار تحت الإنشاء.

وكان يكفي التعريف دون الحاجة إلى ترديد ذلك في اللوائح دون زيادة في التوضيح أو التفسير، وصدر قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد رقم 27 لسنة 2017 والصادر في 27 يوليو 2017 (2)، حيث نصت المادة الأولى في باب التعاريف وتحت تسمية البيع على الخريطة على أنه (بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخريطة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها).

والتعريف الذي جاء به التشريع البحريني هو ذات التعريف الذي نص عليه المشرع الإماراتي (3). حيث أضيفت عبارة على الخريطة إلى التعريف الثاني وهي لا تضفي حكماً جديداً، وبذلك يتطابق هذا لتعريف مع التعريف الوارد في قانون التنظيم العقاري رقم 28 لسنة 2014 الملغي بموجب القانون الجديد (4).

---

(1) أنظر أ. د. محمد سعد خليفة، أحكام عقد بيع البناء على الخارطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الإسكندرية ,2015، ص 12-15. وقد نصت المادة رقم 2 من القرار على (ينشأ بالجهاز سجل يسمى "سجل قيد البيع على الخريطة" ويكون عبارة عن سجل ورقي من مجموعة صحائف أو إلكتروني، يقيد فيه المطورون ترخيص مشروع التطوير العقاري والوحدات الصادر بها الترخيص، وعقود بيع الوحدات العقارية، وكافة التصرفات القانونية التي ترد عليها).

(2) المنشور بالجريدة الرسمية في العدد رقم 3325 في 3 أغسطس 2017.

(3) في القانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي بدبي. أنظر في ذلك ما أسلفنا إليه من تعريف المشرع الإماراتي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء في الصفحة رقم 21 من هذه الرسالة.

(4) اللائحة التنفيذية الصادرة بموجبه بموجب القرار رقم 25 لسنة 2015 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 2014 يوم الخميس 14 مايو 2015.

ومن خلال هذا التعريف حددت العقارات الذي تخضع لأحكام هذا القانون وذكر منها الوحدة العقارية (1)، تماماً كما فعل المشرع الإماراتي (2). وبمفهوم المخالفة فإن أي عقار لا تنطبق عليه شروط الوحدة العقارية المفرزة حسب المنصوص عليه في القانون، لا يكون خاضعا لأحكام القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين وبالتالي فإنه لايمكن تطبيق أحكامه عليه.

أما بالنسبة لتعريف الوحدة العقارية في قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 فلقد عرفتها المادة الأولى من القانون على أنها (الجزء المفرز من العقار المشترك، ويشمل أي جزء مفرز على الخريطة أو أي شقة أو طابق أو جزء من أرض أو بيت (فيلا) متصل ببيت أخر، أو بشكل مستقل تقع ضمن عقار مشترك).

رابعاً: تقويم التعريف التشريعي لدى المشرع البحريني:

إن تأمل تعريف بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع البحريني، يؤدي إلى الملاحظات التالية:

1 . استخدم المشرع البحريني تسمية (البيع على الخريطة) (3)، لوصف عقد بيع العقار تحت الإنشاء، ويبدو لي أن هذه التسمية ليست دقيقة، ولا تعكس الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1) أما فيما يتعلق بتعريف الوحدة العقارية في القانون رقم 28 لسنة 2014 المتعلق بالتطوير العقاري، فقد عرفها القانون في المادة رقم 1على أنها (عقار أو جزء مفرز منه له حدود ومساحة معينة ولو كان على الخريطة يعرضه المطور للبيع وقد يشمل الأرض والبناء القائم عليها).

(2) كذلك تكرر هذا التعريف مرة أخرى في اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري المادة الأولى في القانون رقم 25لسنة 2015، تماما كما هو الحال بالنسبة لتعريف البيع على الخريطة، وتكمن أهمية الإشارة إلى تعريف الوحدات العقارية المفرزة أنها هي المعنية في مجال تطبيق قانون البيع على الخريطة، إضافة إلى تلك العقارات التي لم يتم بناؤها أو لم يتم استكمال عملية البناء فيها.

(3) لم يورد المشرع البحريني تعريفاً محدداً بمعنى أو بمسمى للخريطة المنصوص عليها في قانون رقم 27 لسنة 2017 ولكن ورد تعريف في قانون التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 2013 حيث عرف المادة الأولى من القانون خريطة العقار على (خريطة تبين مساحة العقار وموقعه وحدوده وأبعاده ورقمه).

فتسمية البيع على الخريطة يفهم منها وجود مخطط مسبق، أو تصاميم سبق وضعها، وتعرض على الجمهور لكي يبدي من له رغبة في الشراء والتعاقد عليها بإبرام العقود المتصلة بذلك، وهذه التصاميم ربما تكون لمشاريع لم يقصد منها البيع تحت الإنشاء، بل قد تكون مشاريع على ورق أو على خريطة وإنما وضعت ليكون فيها البيع منجزاً كبيع العقار العادي، دون أن يقصد من ذلك دفع المبالغ على فترات وعلى حسب التقدم في أعمال البناء كما هو مقرر في بيع العقار تحت الإنشاء.

2. لم يتضمن تعريف التشريع البحريني على أي من الالتزامات التي تقع على عاتق المطور العقاري، في حين يعتبر جوهر عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو التزام المطور العقاري بالبناء، ولا شك أن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المطور العقاري هو من أهم ما يميزه ولا يكتمل التعريف بدونه، وبذلك لا يكون التعريف على هذا النحو قد جمع بين الالتزامات التي تتولد عن تطبيقه مما لا يجعله تعريفاً جامعا.

3. لم ينص المشرع البحريني في تعريفه لعقد بيع العقار تحت الإنشاء على التزام المطور العقاري بنقل الملكية للمشتري بعد الانتهاء من الأعمال الرئيسية في المبنى والحصول على شهادة الإنجاز، ويعد هذا الالتزام جوهرياً في تحديد بيع العقار تحت الإنشاء، والذي يميزه عن بقية العقود، وبذلك يفقد التعريف سمة أساسية في عقد بيع العقارات تحت الإنشاء.

4. اختار المشرع البحريني تسمية (الوحدة العقارية المفرزة) للدلالة على المحل الذي يرد عليه العقد في عقد التطوير العقاري المتعلقة ببيع العقار تحت الإنشاء، بمعنى أنها يجب أن تكون جزءاً مفرزاً من عقار يقع بالنهاية ضمن عقار مشترك. وأستبعد في ذلك من تطبيق هذا القانون وتقرير الضمانات المكفولة فيه لأطراف العقد مشاريع وعقود البناء تحت الإنشاء، والتي لا تقع ضمن عقارات مشتركة، مثال ذلك ما يقوم به المقاولون والمستثمرون في البحرين بشرائهم أرض تصلح لبناء منزل يقوم بعدها البائع أو المطور العقاري بالاتفاق مع المشتري على دفع مبالغ على هيئة أقساط حسب التقدم في أعمال البناء، والتي يقوم فيها المطور العقاري لاحقاً بنقل ملكية العقار للمشتري بعد تمام البناء وتسلم الثمن.

5. يثير التعريف على هذا النحو اللبس على من له صلة به، حيث أن المعنى الحرفي للبيع على الخارطة (1)، يختلف عن المعنى عن بيع العقار تحت الإنشاء، حيث أن بيع العقار تحت الإنشاء يستلزم القيام بتقدم الأشغال في البناء ودفع جزء من الثمن، بينما البيع على الخارطة هو بالإمكان أن يكون بيع منجز من البداية كما سبق الإشارة لذلك، في حال كان الاتفاق على أن يكون نقل الملكية عقب الانتهاء من تنفيذ الالتزامات الواقعة على المشتري بعد الإنهاء من عملية البناء.

ويتضح بشكل لا يدع مجالا للشك أنه أذا كان العقار قد اكتمل بناؤه وتم الانتهاء فعلاً من تشييد المباني الأساسية، يكون عقد بيع عقار عادي (منجز). حتى وإن كان الثمن على دفعات ذلك أن هذه الدفعات التالية لمرحلة تنفيذ المبنى الرئيسي للعقد تعكس طبيعة عملية التمويل العقاري (2)، أو طريقة دفع مبلغ العقد وليس الطبيعة القانونية لتنفيذ العقد (3).

---

(1) عرفت المادة رقم 1 من القانون رقم 28 لسنة 2014 الخريطة على أنها (رسم هندسي للوحدات العقارية المزمع إنشاؤها يوضح موقعها وحدودها ومساحتها والمواصفات اللازمة لتعيينها بشكل مفصل نافٍ للجهالة). ولم يرد تعريف للخريطة في قانون رقم 27 لسنة 2017.

(2) يعتبر التمويل العقاري هو الأداة لتمويل مشاريع السكن وخصوصا مشاريع البيع على الخريطة، ولم يتبن المشرع البحريني لحد الآن قانون يختص بالتمويل العقاري على غرار المشرع الفرنسي الذي نظم المسألة بموجب قانون القرض العقاري الفرنسي برقم (596/79) الصادر في يوليو 1993، وقد أسس قانون تطوير القطاع العقاري الجديد في مملكة البحرين لفكرة التمويل العقاري في المادة 22 من القانون رقم 27 لسنة 2017 حيث أسند الى مؤسسة التطوير العقاري بالتعاون مع مصرف البحرين المركزي تحديد طرق التمويل العقاري للبيع على الخريطة. ويمكن تعريف عقد التمويل العقاري على انه النشاط الاقتصادي الذي يعنى بتدبير السيولة النقدية من قبل أحد المؤسسات المالية المرخصة لتغطية نفقات تملك أو بناء أو ترميم عقار لصالح أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصين أو العامين. للمزيد في ذلك أنظر في ذلك: سلام عبد الزهرة الفتلاوي. المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري. بحث. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العدد الثالث. السنة السابعة. 2015.

(3) د. الصغير محمد مهدي، النظام القانوني للتمويل العقاري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية,2012، ص38.

خامسا: استنتاج

من خلال دراسة التعريف الفقهي والتعريف التشريعي لبيع العقار تحت الإنشاء، نلاحظ وجود محاولة للوقوف على تحديد العناصر الرئيسية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، فضلاً عن وضع معيار مناسب لاعتبار العقد بيع العقار تحت الإنشاء من عدمه. واختلف الفقهاء في ذلك بإلحاق بيع العقار تحت الإنشاء تارة بعقد المقاولة، وتارة أخرى بعقد البيع وذلك بإضافته ومقارنته من حيث الأهمية.

ويبدو من استجماع عناصر التعريفات أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء، يتضمن الالتزام بالبناء كالتزام رئيسي يقع على عاتق البائع أو المطور العقاري، وكما يشتمل العقد أيضا على الالتزام بنقل الملكية لمصلحة المشتري. ويثور التساؤل عن إمكانية القول إن العقد يصبح بيع تحت الإنشاء لمجرد وجود هذين الالتزامين .

إن محاولة تعريف بيع العقار تحت الإنشاء تختلف عن محاولة تعريف البيع على الخارطة، وحتى لو كان القصد أن البيع على الخارطة هو ذاته البيع في طور الإنشاء، فدلالات اللفظ في القواعد القانونية لا يجوز أن تكون مبهمة وتحمل أكثر من معنى.حيث أن البيع تحت الإنشاء يفترض فيه تقدم أعمال البناء حسب المدة المتفق عليها، وحسب الدفعات النقدية المنصوص عليها في العقد، أما البيع على الخارطة فإنما هو بيع على ورق، من الممكن أن يكون لعقار مبني، أو عقار فضاء كما هو الحال بالنسبة لبيع العقارات والمخططات للأراضي الخالية، فهذه العقارات يكون فيها البيع على الخارطة بالرغم من عدم وجود تقدم في أشغال البناء، ولا يوجد ما يبرر تطبيق القواعد العامة والأحكام المتعلقة ببيع المباني تحت الإنشاء عليه, خصوصا وأنه جاء مخالفا لما هو مشار إليه من تعريف للخارطة في قانون التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 2013(1).

ويتضح من خلال ما تقدم أن تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء يجب أن يدل على خصائص معينة تميزه عن عقد المقاولة أو عقد البيع اللذين يتميزان أيضا بخصائصهم المستقلة عن هذا العقد.

---

(1) راجع في ذلك المادة رقم 1 من القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون التسجيل العقاري, حيث عرفت خريطة العقار على أنها : (خريطة تبين مساحة العقار وموقعه وحدوده وأبعاده ورقمه).

وهو ما يقودنا إلى الاستفهام عما إذا كانت أحكام عقد البيع بشكل عام تكفي لتنظيم هذا العقد، أو أنها تجعل منه عقدا ذا طبيعة خاصة مستقلا بأركانه، وله ما يجعله مميزا عن بقية العقود والقواعد العامة المنظمة لها (1).

وعلى العكس من تعريف العقد في القانون الفرنسي الذي خص بيع العقار تحت الإنشاء من خلال نصه على ما يجب توافره في العقد (2)، والذي بدوره حصره في نطاقين لتميزه عن بقية العقود من خلال خصوصية التطبيق، لم يتطرق القانون الفرنسي لصور أبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء . وتعتبر صور إبرام العقد جزءا مهما لا يكاد ينفصل عن مفهوم تعريف العقد، فتحديد هذه الصور التي وضعها المشرع لضبط عملية التعاقد في عقد بيع العقار تحت الإنشاء تساهم بشكل فعال في استنتاج التعريف المناسب الذي يمكنه عكس الحالة الواقعية لطبيعة هذا العقد.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء وفقا لمعطيات القانون البحريني على أنه (**العقد الذي يتعهد بموجبه المطور العقاري بإقامة بناء حسب الكيفية والمدة التي يحددها العقد وفقا للتقدم في أشغال البناء وعلى سداد المشتري دفعات المبالغ المستحقة، على أن ينقل البائع ملكية البناء للمشتري بعد إنجازه**).

وقد سبقت الإشارة على أن تضمن التشريع الفرنسي تعريف بيع العقار تحت الأنشاء على طريقتين لإبرام هذا العقد وذلك في نطاق الحماية الخاص (3).

---

(1) د. سيل جعفر، مرجع سابق، ص 23. حيث ترى المؤلفة من أن الالتزام بالبناء هو عنصر مهم في هذا النوع من البناء إلا أن ذلك لا يغني عن الالتزام بنقل الملكية ذلك بأن الالتزام بالبناء هو وسيلة لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية.

(2) نتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، راجع ص 28 وما بعدها من الفصل الأول من هذا البحث.

(3) مادة رقم (1-1601) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المادة 1 من قانون 3 يناير 1967.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء

حتى مع تنظيم عقد بيع العقار تحت الإنشاء في كثير من الأنظمة التشريعية(1)، ساد هناك اختلاف بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الصيغة التعاقدية. فهل يمكن اعتبارها عقد مقاولة(2) تأسيا بالتشريع الفرنسي الذي تناول العقد من ناحية التزام المطور العقاري بالبناء أم أنها بيعا لأشياء مستقبلية(3)، أم أنها تعتبر عقد بيع نظرا لإلتزام المطور العقاري بنقل ملكية العقار بعد الانتهاء من إنشاءه.

ويلتزم البائع حسب القواعد العامة في عقد البيع بأن ينقل ملكية شيء أو حق ماليا اخر مقابل ثمن نقدي(4). ويرى البعض أن الالتزام الملحق بنقل الملكية أقل أهمية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء فيما لو تمت مقارنته بالتزام المطور العقاري بالبناء (5).

فإذا سلمنا بهذا الرأي فإنه سوف تطغى عليه أحكام المقاولة على اعتبارها الجزء المهم من العقد. أما إذا لم نسلم بهذا الراي فما هي الطبيعة القانونية للعقد الذي يحكم هذه العملية؟ ونظرا لتشابه أحكام بعض العقود المسماة مع عقد بيع العقار تحت الإنشاء وجب علينا البحث في هذه العقود التي تتشابه معه، لتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد .

---

(1) نظم المشرع البحريني أحكام عقد البيع في القانون المدني رقم 19-لسنة 2001 في المواد من 381 -447 حيث عرفته مادة 381 على أنه (البيع عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي لأخر لقاء ثمن نقدي، ويشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه وذلك وفقا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين)

(2)نظم المشرع البحريني أحكام عقد المقاولة في القانون المدني رقم 19-لسنة 2001 في المواد من 584-620

(3)نتناول هذا في الفرع الثاني، أنظر ص 41-وما بعدها.

(4)مادة رقم 381-من القانون المدني البحريني، مادة 351-من القانون المدني الجزائري، مادة 1582من القانون المدني الفرنسي.

(5)د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص 33

ويقودنا ذلك إلى التمييز بشكل أعمق بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وبين غيره من العقود التي قد تتشابه معه، والتي يلتزم فيها أحد الأطراف أيضا بالقيام بعملية البناء (1)، من خلال بحث عناصر عقدي البيع والمقاولة بشكل رئيسي(2)، إضافة إلى بقية العقود المتشابهة معه مثل عقد الوكالة (3).

وعليه نبحث في تحديد الطبيعة القانونية للعقد من خلال فرعين، وهما الفرع الأول وهو الاتجاه القائل بالعقد البسيط والذي نتناول فيه عدة اراء الأول نتناول الرأي الذي يرى أنه عقد وكالة الثاني الرأي الذي يرى بأنه عقد مقاولة والثالث الرأي القائل ببيع الأشياء المستقبلية والرابع الرأي الذي يرى بأنه وعد بالتعاقد ونتناول في الفرع الثاني الاتجاه القائل بالعقد المركب من خلال عرض هذه الفكرة في ومعوقات الأخذ بها في ثانيا وننتهي إلى الرأي الراجح في طبيعة هذا العقد (4).

---

(1) إذ أن الملكية كانت لدى الفقه على نحو تقليدي كلاسيكي وهي ترتبط بالشيء دائما ويرجع هذا من ناحية تاريخية إلى القانون الروماني، الذي كان لا يعرف سوى ملكية الأشياء، وفي هذا المقام أن عدم وجود المبيع وقت البيع في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو ما يطرح فكرة الملكية الغير مادية وأهميتها، بحيث يمكن أن تكون مرحلة أولى للملكية المادية. يراجع في ذلك عن نحو من التفصيل أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر. التأسيس لنظام قانوني للمعلومات. بحث منشور في المجلة الدولية للملكية الفكرية العدد الأول. مركز النشر العلمي بجامعة البحرين.2013.

(2) د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص41.

(3) عرفت المادة رقم 1948 من القانون المدني الفرنسي على أنها (العقد الذي يلتزم بموجبه الوكيل في حدود الاتفاق بإدارة العمل المعهود إليه أو القيام بالخدمة المكلف بها). Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804.ART 1984

(4). حيث يرى الدكتور السنهوري أنه ليس هناك أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط فإن هذا العقد تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها على انه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك في حال تنافرت الأحكام المطبقة على هذه العقود المختلطة مع بعضها البعض ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي. للمزيد راجع الوسيط في القانون المدني ج 1 عبد الرزاق السنهوري ص 132، وتوصل إلى هذه النتيجة أيضا د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص43.

الفرع الأول

الاتجاه القائل بأنه عقد بسيط

تنقسم العقود إلى عدة تقسيمات مختلفة، فمن حيث الموضوع إما أن تكون العقود مسماة أو غير مسماة، وإما أن تكون عقودا بسيطة أو عقودا مركبة (1).

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأحكام القانونية المنظمة لبقية العقود المسماة البسيطة، تسع بوصفها عقوداً بسيطة لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، خصوصا تلك العقود التي تتشابه مع أحكامها مع بيع العقار تحت الإنشاء. ولكنهم قد اختلفوا في تحديد نوع العقد الذي ينتمي إليه عقد بيع العقار تحت الإنشاء، فيرى البعض على أنه عقد وكالة، والبعض الأخر يرى انه عقد مقاولة، وآخر يرى أنه بيع الأشياء المستقبلية، ومنهم من يرى بأنه وعد بالتعاقد وذلك على النحو الاتي:

الرأي الأول: عقد وكالة

ذهب رأي من الفقه في فرنسا، على أن العقد الذي يبرمه شخص مع آخر لبناء مبنى ونقل ملكيته إليه بعد البناء إنما هو التزام بعمل تماما كما هو الحال بالنسبة لالتزام الوكيل (2).

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص 169، حيث يعتبر العقد البسيط هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار كما يمكن أن يكون عقدا غير مسمى أما بالنسبة للعقد المختلط فهو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت فأصبحت عقداً واحداً مثال ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للسكن وبيع بالنسبة للمأكل وعمل بالنسبة للخدمة ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة.

(2) نصت المادة رقم 640-من المرسوم بقانون رقم 19-لسنة 2011. في تعريف عقد الوكالة على أنه (عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني). وقد عرفها المشرع المصري في المادة رقم 699 مدني على أنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

فالوكيل إنما يقوم بذلك في حدود وكالته من خلال أولاً شراء العقار للمشتري، وثانياً القيام ببنائه ثم بعد ذلك يقوم بموجب هذه الوكالة، التي تخوله إبرام العقد ونقل ملكية المبنى للمشتري الجديد بعد تمام إنجازه (1).

ووفقاً لهذا الرأي (2) هو أن الذي يبرر تصرف البائع بشكل قانوني في تنفيذ هذا العقد، إنما يستمد شرعيته من أحكام عقد الوكالة. ففي عقود البيع تحت الإنشاء إنما يقوم البائع أولاً ببيع الأرض للمشتري، وبعد ذلك يحصل على توكيل من مشتري الأرض، أو أن يكون التوكيل قد صدر فعلاً أثناء توكيله لشراء الأرض، بأن يقوم بإنشاء مباني فوق الأرض أو العقار الذي تم شراؤه، وغالباً ما يتم اختيار الشخص في هذه العملية بناء على سمعة المطور العقاري وقدرته على تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد. وسواء كان شخصاً اعتبارياً أم شخصاً طبيعياً يقوم ببناء المبنى فإن ذلك يعتمد على سمعة الشخص نفسه وقدرته على تطوير العقار لصالح المشتري، لذلك يقوم الوكيل في هذه الحالة بعمل كافة الإجراءات القانونية، والأعمال المدنية التي تهدف لاستكمال شراء الأرض وبالتالي بناؤها ونقل ملكيتها بعد تمام البناء إلى المشتري (3). كما أن المندوب العقاري (Agent immobilier) الذي هو سمسار، يعتبر في بعض الأحيان وكيلاً عندما يشتري عقاراً أو متجراً لحساب الغير واسمه (4)، فلا يوجد ما يمنع ذلك من الاتفاق على عقد الوكالة الذي ينظم جميع المسائل المتعلقة بتوكيل البائع بالقيام بجميع أعمال المشروع، من شراء الأرض حتى مرحلة التسليم وفقا لأنصار هذا الرأي. ولكن هل هذا الرأي في مجمله صحيح أو أنه محل نظر، يستدعي الوقوف والبحث في التزامات عقد الوكالة.

---

(1)د. علاء حسين علي. مرجع سابق، ص 50 وما بعدها، حيث ينقل الدكتور علاء هذا الرأي عن الفقه الفرنسي وهو مشار إليه من ضمن كتاب الدكتور محمد زهرة المرسي المرجع السابق ص 42.

(2)د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص 30-31 .

(3)د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص 42، حيث يرفض الفقه الفرنسي بمجمله تكييف العقد على أنه عقد وكالة على أساس أنه لا يوجد مبرر قانوني يمكن أن يعطي الوكيل الحق في القيام بهذه الأعمال .

(4) د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة-الوكالة-الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن,2013، ص 134.

وجاءت فكرة الربط بين عقدي الوكالة وعقد بيع العقار تحت الإنشاء، من خلال تشابه أحكام عقد الوكالة مع عقدي المقاولة وبيع العقار تحت الأنشاء. وعقد المقاولة والوكالة يتفقان في أن كلا منهما عقد يرد على عمل، وهذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير (1).

واستند هذا الرأي أيضاً على أن مبدأ الوكالة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء موجود، ذلك أن المشرع الفرنسي قد أجاز في المادة 5 من القرار رقم 1166-67 الصادر في 22 ديسمبر سنة 1967 والذي أجاز لطرفي عقد بيع العقار تحت الإنشاء الاتفاق على أن يعطي المشتري صاحب المشروع وكالة تمكن الأخير من استكمال المشروع مثال ذلك التنازل لمصلحة الكهرباء عن بعض الأمتار من المشروع لإنشاء محطة كهربائية للمبنى (2).

وقد قوبل هذا الاتجاه بالنقد في الفقه الفرنسي، ذلك أن التوكيل لا يكون سوى في الأعمال القانونية. بينما يقوم الوسيط في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بجملة من الأعمال المادية البحتة والتي يكون من ضمنها القيام بالبناء. أما فيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي فإن المادة رقم 7 من قانون 3 يناير 1967 قد نصت على أن البيع على حسب الحالة المستقبلية لا يمكن أن ينعقد إلا بعد وضع الأساسات للعقار محل العقد كأحد الضمانان الجدية في رغبة البائع في الانتهاء من أعمال البناء، على حين أن الفرض في هذه الحالة أن الوكالة قد انعقدت قبل شراء الأرض نفسها التي سيقام عليها العقار المتفق عليه بينما لا تنعقد الوكالة في هذا الوقت (3). كما أن للوكيل الحق في إنهاء عقد الوكالة بالإرادة المنفردة (4)، وهذا غير وارد في عقد التطوير العقاري.

---

(1) J.tartanson la vent demmeuble a construier jusqua la deliverance (loi du 3 janvier1967 these aix, 1971, p68.p71

(2) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. المجلد الأول. العقود الواردة على العمل. 1952 ص377.

(3) الدكتور. محمد المرسى زهرة. بيع المباني تحت الإنشاء. المرجع السابق. ص42.

(4) د. أحمد شوقي محمد، حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005, ص3.

كما أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء دائما بأجر ولا تخضع الأجرة فيه لتقدير القاضي، أما الوكالة فالأصل فيها أنها تكون بغير أجر وإذا كانت بأجر خضع هذا الأجر لتقدير القاضي (1). وأيضا أن المطور العقاري في هذه الحالة لا ينوب عن رب العمل، أما بالنسبة للوكيل فهو ينوب عن الموكل إذا كان العمل باسمه، وكما أن الوكالة تنتهي حتما بموت الموكل أو بموت الوكيل، أما بالنسبة لعقد التطوير العقاري فإنه لا ينتهي بموت رب العمل أو موت المطور العقاري إلا إذا كانت شخصية المطور العقاري محل اعتبار، كما أن عقد الوكالة في الأصل غير لازم، أما بالنسبة لعقد بيع العقار تحت الإنشاء فهو في الأصل عقد لازم (2).

ويؤدي اعتبار عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد وكالة يعد فيه صاحب مشروع البناء وكيلاً عن المشتري إلى الخلط بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد التمويل العقاري, الذي قام بتنظيمه المشرع الفرنسي بالقانون رقم 579-71 الصادر في 16 يونيو 1972 والمعدل في بالقانون رقم 649-72 في 11 يونيو 1972, حيث أضاف هذا التعديل بموجب المادة 1831 إلى القانون المدني الفرنسي خمس فقرات تنص الأولى منها على أن يلتزم الممول العقاري في مواجهة رب العمل بأن يباشر عملية البناء بواسطة الغير في مقابل ثمن متفق عليه وعن طريق إبرام عقود إجارة عمل (عقد مقاولة) (3).

---

(1) أ. إبراهيم سيد أحمد، عقد الوكالة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية, 2003، ص29، حيث يشير الأستاذ إبراهيم سيد أنه إذا كانت الوكالة بلا أجر فإنه لا يطلب منه سوى العناية التي يبذلها في إدارة شؤونه ولكن إذا كانت الوكالة مأجورة فيكون التزامه هنا ولكن إذا كانت الوكالة مأجورة فيكون التزامه هنا التزام ببذل عناية الشخص العادي وتنتفي مسؤولية الوكيل بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير أو خطأ الوكيل نفسه ويجوز تعديل أحكام مسؤولية الوكيل بالتخفيف أو التشديد أو الإعفاء الكلي من المسؤولية طالما أن الخطأ عادياً، أما بالنسبة للغش أو الخطأ الجسيم فإنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية.

(2) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السابع. المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، منشأة المعارف بالإسكندرية,2004، ص 344.

(3) علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، (دراسة قانونية مقارنة). ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص18.

الرأي الثاني: عقد مقاولة(1)

نظم المشرع البحريني عقد المقاولة في المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني في الفصل الأول من الباب الثالث، وعرفته المادة 584 من ذات القانون على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه على أن يقدم صاحب العمل المواد اللازمة لذلك كما أنه يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل). ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا ملامح الارتباط بين عقدي بيع العقار تحت الإنشاء وبين عقد المقاولة.

ويرى بعض الفقه إن بيع العقار تحت الإنشاء في هذا الرأي أنه يتشابه ويتداخل في كثير من أحكامه مع عقد المقاولة (2)، ويعود ذلك إلى أن كلا من عقدي بيع العقار تحت الإنشاء والمقاولة يهدفان إلى حصول المشتري أو المستفيد على عقار جاهز للسكن خلال مدة معينة، يقوم فيها المشتري بدفع الأقساط بشكل دوري إلى المطور العقاري لتنفيذ هذا المبنى، وبالتالي فإن أحكام عقد بيع العقار تحت الإنشاء في نظرهم هي ذات أحكام عقد المقاولة الذي نظمه القانون المدني.

---

(1) أورد التقنين المدني المصري تعريفا لعقد المقاولة بنص المادة 646 حيث عرفها على أنها (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الاخر)، ويخلص من ذلك التعريف من أن عقد المقاولة هو عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين وهو عقد ملزم للجانبين، ومن عقود المعاوضة، كما أن التراضي فيه على هذه الكيفية يقع على عنصرين الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الاخر, وقد انفصل بذلك عقد المقاولة في التقنين المدني المصري الجديد عن عقدين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم وهما عقدي الايجار والعمل فقد كان القانون المدني المصري القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة باسم عقد الإيجار , ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء, وعقد الإيجار بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإيجار أرباب الصنائع, ويرجع في ذلك التقسيم إلى عهد القانون الروماني القديم , وقد شبه القانون الروماني في ذلك عمل الإنسان بالمتاع الذي يمكن الانتفاع به. د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية,2015 بيروت، ص5-6.

(2) د. سمير عبد السميع الأودن، تمليك وحدات البناء تحت الأنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الإسكندرية , 2001، ص 9 وما بعدها.

كما أن عقد المقاولة وفقاً لهذا الرأي هو جزء مهم وأساسي في نهاية المطاف من هذا العقد، ويتوقف على مدى تطبيق هذا العقد بالشكل الصحيح على نجاح المشروع من عدمه. فالالتزام بإقامة المبنى هو جوهر عقد بيع العقار تحت الإنشاء، كما أن نجاح المقاولة يعني نجاح تنفيذ العقد، ومن ذلك يتقارب وفقا لهذا الرأي عقدي المقاولة وبيع العقار تحت الإنشاء في الحالة التي يقدم فيها المقاول الأرض التي سيقام عليها المبنى إلى جانب العمل ومواد البناء ولا يغير من طبيعة العقد أن يقدم رب العمل الأرض الذي سيقام عليها المبنى (1).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أن القانون قد نظم عقد المقاولة في القانون المدني بمنأى عن عقد البيع، وعن عقد بيع العقار تحت الإنشاء، ولا يقدح هذا في وجود حالات يتشابه فيها عقد المقاولة مع عقود البيع.

ومن الأمور التي تبرز في الاختلاف بين العقدين ما يتعلق بأحكام الغبن وهو اختلال التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه فإنه لا يتصور إلا بالنسبة لعقود محددة على سبيل الحصر ومن بين هذه العقود بيع عقار القاصر فلذلك من المتوقع قبول دعوى الغبن بالنسبة لعقد بيع عقار تحت الأنشاء أحد طرفيه قاصر، لكن هذه الدعوى لا تقبل إذا كنا بصدد مقاولة حتى وإن كان المشرع البحريني قد نظم الغبن في هذا الفرض وهو يقصد بيع العقار المنجز فإنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من تطبيقه على بيع العقار تحت الإنشاء(2).

كما إن عقد البيع وفقاً للمادة 381 من القانون المدني البحريني هو (عقد تمليك على شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء ثمن نقدي ويشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين).

---

(1) نقلاً عن د. علاء حسين علي، المرجع السابق، عن د. محمد جابر الدوري مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، مطبعة اوفيست عشتار، بغداد,1985، ص32.

(2) د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق وص43 وما بعدها.

ويرى البعض أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يكون عقد مقاولة إذا كان محل العقد صنع شيئاً (1)، وكان الصانع هو الذي يورد المواد اللازمة لذلك وعليه فان مثل هذا التعاقد يترتب عليه أثران، الأول التزام الصانع بالقيام بالعمل المكلف به والأثر الثاني انتقال ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل، ويسمى هذا العقد استصناع (2).

ومن خلال ذلك يتضح التشابه الكبير بين عقد بيع العقار تحت الإنشاء وبين عقد الإستصناع وبالرغم من ذلك التشابه إلا أن الفرق بين العقدين يبقى جوهريا لاختلاف الآثار المترتبة عليهما. فالالتزامات الواقعة على عاتق المطور العقاري تختلف عن تلك الالتزامات التي يلتزم بها المقاول. ويذهب هذا الرأي إلى ذلك هو ما يتم الاتفاق عليه في عقد بيع العقار تحت الأنشاء حيث يتم بمقتضاه بيع بناء على الخارطة مقابل ثمن يدفع على أقساط، ويرى هذا الفقه أن هذا العقد يقترب من عقد الاستصناع المعروف في الفقه الإسلامي، وعقد الاستصناع عقد على بيع في الذمة شرط عمله على الصانع ويتم تسليم السلعة من الصانع(البائع) إلى الطرف الثاني المستصنع (المشتري)، في المستقبل وقد أقره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. ولم ينظم المشرع البحريني عقد الاستصناع على غرار المشرع العراقي والمصري الذي اعتبرا أن عقد الاستصناع بشكل عام هو عقد مقاولة (3).

---

(1) مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور. محمد سعد خليفة. أحكام عقد بيع البناء على الخارطة. دراسة مقارنة.2015 دار النهضة العربية.ص15، د. ضحى عبد الله سعيد النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 26، العدد 49,2012، ص240

(2) محمد لبيب شنب. عقد المقاولة مرجع سابق.ص2، د. ضحى عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار وتكييفه القانوني، بحث منشور في مجلة السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والأربعون، يناير 2012 حيث توصلت الباحثة من نتيجة أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد استصناع ولكن يجب تهيئة أحكام عقد الاستصناع وتنظيمها في منأى عن عقود المقاولة لكي يمكنها مواكبة التطور الذي يمر به الاستصناع في مجال عقود البناء،

(3). نص المادة رقم 647 من القانون المدني المصري والمادة رقم 865-2 من القانون المدني العراقي. د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

الرأي الثالث: بيع أشياء مستقبلية

ظهر اتجاه فقهي يرى أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يعكس مفهوم بيع الأشياء المستقبلية (1). فطالما أن محل العقد قابل للوجود بعد إبرام العقد، فأنه لا يمنع من تطبيق أحكام عقد بيع الأشياء المستقبلية عليه (2). ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد المقاولة في الفرضية التي يقدم فيها المقاول مواد البناء جانب العمل إنما هو عقد بيع لشيء مستقبل، وهذا الرأي لا يدخل في الاعتبار بأن المقاول إنما تعاقد أصلاً على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل (3).

من خلال عرض رأي هذا الفقه تكون القاعدة العامة لديهم والتي تنطبق على كافة أنواع العقود من حيث الأصل، ومن ضمنها عقد المقاولة , في الحالة التي تعهد فيها المقاول بإقامة مبنى بأدوات من عنده وعلى أرضه، ويؤيد أيضا جانباً اخر من الفقه، أن العقد في هذه الحالة يكون بيع للأرض في حالتها المستقبلية (4).

---

(1) الدكتور. محمد زهرة المرسي. بيع المباني تحت الإنشاء. مرجع سابق. ص48

(2) وتشير القواعد العامة لدى التشريع البحريني إلى أنه من الممكن قانونا التعامل في الأشياء المستقبلية، فلا يوجد ما يمنع من التعامل في الأشياء المستقبلية في القانون، والاستثناء الواردة على هذا الأصل هو عدم جواز التصرف في التركات المستقبلية. مادة رقم 104–من المرسوم بقانون رقم 19–لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني. كما أن وفي القانون المدني الفرنسي نصت المادة 1130 في باب الالتزامات على أن (الأشياء المستقبلة يجوز أن تكون محلاً للتعهدات)، واستثنت المادة من ذلك عدم جواز التصرف في التركات المستقبلة. وقد يعتقد البعض سهولة التمييز بين عقدي البيع والمقاولة من هذا الجانب، إلا أنه في بعض الفرضيات التي يقوم فيها المقاول بتقديم مواد البناء يتضح مدى التشابه بين هذين العقدين.

(3) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السابع. العقود الواردة على العمل. مرجع سابق ص25و26 وما بعدها

(4) H.L.J mazeaud ،n 925–2 ،p.182 ets ،et ،frank steinmetz،.p20–21, p.61, ET Saint–alary ، ،N.17 ets.

كما يرى البعض من الفقه أن فكرة بيع الأشياء المستقبلية تقترب إلى حد ما من فكرة بيع شيء تحت التصنيع والذي يصعب التميز بينه وبين عقد المقاولة في بعض الأحيان (1).

ووفقاً لهذا الرأي فإن الحل في بيان طبيعة عقد بيع العقار تحت الإنشاء يعكس حقيقة تطبيقه على أرض الواقع كما أنه يضع حلا منصفاً لفكرة عدم وجود المبنى وقت إبرام العقد، ذلك أنه لا يوجد في القانون ما يحظر على المتعاملين من إبرام العقود على أشياء مستقبلية طالما كانت طبيعة الشيء الذي يرد عليه التعامل مباح قانوناً.

ويقترب بيع الأشياء المستقبلية كثيرا من عقد بيع العقار تحت الإنشاء، حيث أن كلاهما عقد يجازف فيه المشتري إما في وجود المبيع نفسه أو في كميته. وإذا كان من الواضح أن عقد بيع العقار هو بيع لشيء مستقبل، فإن ذلك لا يشمل محل البيع كله (2)، حيث أن ما سيتم بيعه هو المبنى فقط دون قطعة الأرض والتي تنتقل ملكيتها للمشتري منذ التوقيع على العقد، وبينما لا يترتب على بيع المال المستقبل انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد إلى المشتري، بل أن كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المال المستقبل أذا ما تحقق وجوده ملكه بقوة القانون (3).

ويؤخذ على فكرة بيع الأشياء المستقبلية أنها غالباً ما تنطوي على أنواع من المجازفة، سواء كان في وجود المبيع نفسه، أو حتى في المواصفات المتفق عليها وشروط التسليم (4). بينما عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد متكامل الهوية، يتم تحديد التفاصيل فيه وجميع المسائل الجوهرية، بل أن العقد لا يمكن تحريره قبل الإشارة إلى المعلومات الجوهرية، إضافة إلى التفاصيل المتعلقة بالمبنى.

---

(1) وبالرغم من أن نصوص القانون المدني قد أوجبت أن يكون محل الالتزام المستقبلي معينا تعيين نافيا للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلا كما نصت عليه المادة (106) من القانون المدني البحريني، فإن مسألة تعيين المواصفات للمبنى المراد إقامته قد أخذت من التشريع الفرنسي أهمية بالغة.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية,2010، ص47

(3) الدكتورة سيبل جعفر حاجي عمر. ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء. مرجع سابق. ص 36

(4) د. سيبل جعفر، المرجع نفسه، ص 35

بحيث تكون مسألة وجود المبنى هي مسالة وقت فقط دون أن يكون للعوامل الأخرى من أثر في وقف أعمال البناء أو عدم تنفيذه أو المجازفة في وجوده.

ويؤخذ أيضا على هذا الراي من أنه ينظر في هذه الصيغة التعاقدية إلى التزام البائع بنقل الملكية فقط، فكانت نظرة أصحاب هذا الرأي إنما تركز على الالتزامات المتولدة عن عقد البيع دون التطرق إلى الالتزامات الخاصة بعقد بيع العقار تحت الإنشاء ومنها التزام المطور العقاري بالبناء (1)، فقد جعل هذا الرأي من التزام المطور العقاري بالبناء التزاما ثانوياً إذا ما تم مقارنته من حيث الأهمية بالتزامه بنقل الملكية (2). وعلى العكس من موقف التشريع الفرنسي الذي جعل من التزام المطور العقاري بالبناء التزاما جوهريا لا يقوم هذا العقد بدونه. ويرى جانب من الفقه أن العقود الناقلة للملكية ليست مقتصرة على عقد البيع، بحيث أنه حتى وإن كان يترتب على البناء أن يمتلك المشتري المبنى فإن هذا الانتقال إنما يكون نتيجة حتمية كون صاحب المشروع يعمل لحساب المشتري (3).

إن أحكام عقد بيع العقار تحت الأنشاء فصلت بنصوص تشريعية في بعض الدول العقد على نحو يضفي نوعا من الثقة على التعامل بهذه الصيغة التعاقدية (4). فمشتري العقار لا يجازف حتما لا في مقدار المبيع ولا في وجوده، حيث يلتزم المطور العقاري ببناء العقار خلال المدة المتفق عليها في الأجل المتفق عليه، كما يلتزم أيضا بمطابقة المبنى للمواصفات والقياسات المتفق عليها (5).

---

(1) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 43.

(2) د. علاء حسين علي، المرجع نفسه، ص44.

(3) د. سعيد مبارك، د. طه ملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد,1993، ص4.

(4) يمكن الرجوع على سبيل الاستدلال لقانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 المادة 29و30و31 والتي تشير إلى عقد بيع العقار تحت الإنشاء والشروط الواجب توافرها في هذا العقد والتزام المطور العقاري بتنفيذ الالتزامات حسب العقد المبرم بينه وبين المشتري، وكيفية إنجاز وتسليم الوحدات المزمع إقامتها في مشروع التطوير العقاري.

(5) د. سيبل جعفر حاجي، مرجع سابق، ص 36.

الرأي الرابع: وعد بالتعاقد

قد يلجأ الأفراد في تحقيق رغباتهم وحاجاتهم إلى الوعد بإبرام العقد خلال مدة معينة، ويرجع السبب في ذلك في أن المشتري قد لا يتوفر لديه المبلغ لإبرام عقد البيع حالا أو أي سبب أخر يرى معه تأجيل إبرام العقد لوقت لاحق (1).

وقد حظي الوعد بالتعاقد على تنظيم أحكامه بشكل مفصل وقد نظم المشرع البحريني أيضا الوعد بالتعاقد من خلال القانون المدني (2). ويرى أصحاب هذا الرأي أن مناط التقارب بين الوعد بالتعاقد وبين بيع العقار تحت الإنشاء أن الوعد بالتعاقد قد يأخذ صورة الوعد بالبيع، فلا يوجد ما يمنع قانوناً من القول بان بيع العقار تحت الإنشاء، هي صورة من صور الوعد بالتعاقد. فالمطور العقاري يتفق مع المشتري على كافة المسائل الجوهرية التي تتعلق بالمبنى ويتعهد بإقامة المبنى ضمن الوقت المحدد (3).

---

(1) د. سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2009، ص44 وما بعدها، كذلك د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 87، أيضا أ.د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن,2014، ص 70، و د. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1 , 2010، ص 29 وما بعدها. ونظم المشرع البحريني مسألة الوعد بالتعاقد في القانون المدني في مادتين وهما المادة 50 والمادة 51 حيث نصت المادة رقم 50 من القانون المدني على الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

(2) يتخذ الوعد بالبيع صورا مختلفة فقد يكون الوعد متبادلا بين البائع والمشتري ففي هذه الحالة يكون العقد ملزما لجانبين أما إذا الوعد من البائع فإن ذلك يتطلب قبول الطرف الآخر وفي هذه الحالة يكون العقد ملزم لجانب واحد وهو المشتري، وقد يكون وعدا بالشراء من جانب المشتري فإذا قبل عذا الوعد من وجه إليه فإنه يعتبر وعدا ملزما لجانب واحد وهو المشتري. أنظر حول هذا المعنى في ذلك د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 87 وما بعدها.

(3) أنظر قريب من هذا الاتجاه عند د. سيبل جعفر، مرجع سابق، ص37.

ويقوم أساس فكرة الوعد بالتعاقد على أن إرادة أحد الأطراف لم تستقر على البيع، فيقوم بوعد الطرف الآخر بان يبيعه الشي بثمن محدد إذا رغب هذا في شرائه خلال مهلة معينة، ويقبل الطرف الآخر هذا الوعد فينعقد بموجبها هذا التراضي المتبادل منتجا عقدا هو عقد الوعد بالبيع، وقد يتخذ الوعد بالبيع صوراً مختلفة فقد يكون متبادلاً من الجانبين بالبيع والشراء، وعندها يكون هذا الوعد ملزما لجانبين (1). ويختلف الوعد بالتعاقد في جميع صوره عن البيع النهائي، ذلك أن الوعد بالبيع أو بالشراء لا تجتمع فيه إرادة الطرفين على البيع، بل على منح الموعود له خيار البيع أو الشراء، فاذا ما عبر الموعود له على قبوله التعاقد قام عقد البيع ونتيجة اقتران وعد البائع بقبول الموعود له وإذا رفض الشراء فعندئذ لا يلتزم الواعد بشي وذلك لأن الموعود له اختار الرفض (2).

ولا يمكن التسليم بما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي حيث أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يرتب الالتزامات منذ لحظة إبرامه، ويرتب التزامات يلتزم بها الحاجز من دفع مقدم الحجز والتزامه لاحقا بدفع المقدم وبقية الدفعات أو استرجاع مبلغ الحجز في حالة عدوله عن إبرام العقد (3). كما أن الوعد الملزم بالتعاقد يمكن تعديله من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد النهائي، بينما عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد نموذجي تحدد عناصره وبنوده منذ التعاقد(4). ولا يمكن لأطرافه مناقشته إلا في ظل حالات محددة، بل أن المشرع الفرنسي قد فرض على العقد نوع من الشكلية في النطاق الخاص، كذلك المشرع البحريني أيضا من خلال تنظيم قانون تنظيم القطاع العقاري (5).

---

(1) دكتور. محمد شكري سرور. شرح أحكام عقد البيع. مرجع سابق. ص 102.

(2) د. عبد الرحمن احمد جمعة الحلاشه، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر، عمان, 2005، ص 7.

(3) د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص 63.

(4) الأستاذة عائشة طيب. عقد البيع على التصاميم في ظل قانون رقم 11-04.دراسة قانونية. دار البصيرة للدراسات التعليمية والاستشارات. العدد 13 لسنة 2011. ص 59.

(5) حيث نصت المادة 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أنه يجوز لمؤسسة التنظيم العقاري إصدار نماذج عقود بيع في بعض أنواع المشاريع.

وإلى جانب ما تقدم فإن الوعد بالتعاقد ينتهي إلى إبرام عقد جديد من الطرفين وهو العقد النهائي. أما بيع العقار تحت الإنشاء فهو عقد نهائي لا يعقبه إبرام أي عقد آخر. حتى وإن فقد أستنفد البائع الواعد فيه التعبير عن إرادته نهائياً بشأن التقيد بعقد البيع المحتمل (1)، بحيث لا يبقى لإبرامه سوى إعلان المشتري الموعود له بالبيع رغبته بالالتزام بعقد البيع المعروض عليه (2). ويعتبر الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي، هو مرحلة دون التعاقد النهائي وتعتبر خطوة نحوه (3).

ولذلك لا يمكن تقريب عقد بيع العقار تحت الإنشاء من الوعد بالعقد كما أن هناك ثمة اختلاف كبير بين بيع العقار تحت الأنشاء وبين الوعد بالتعاقد من حيث تراخي أثار العقد لأن طبيعة إنجاز المحل في عقد بيع العقار تحت الإنشاء تفترض تنفيذاً وفق معيار زمني. أما بالنسبة للوعد بالعقد فإن الإرادة هي التي تنصرف إلى إبرام عقد نهائي طبقا لأحكام الوعد ولمحل العقد ذاته. حتى مع التسليم بأن العقد الابتدائي يمهد لإبرام العقد النهائي. فإن هذا العقد يعتبر وعداً بالبيع وأن العقد التمهيدي في هذه الحالة إنما يكون سبيلا للوصول للعقد النهائي (4). فالعقد في النهاية يخضع لمبدأ سلطان الإرادة كما أنه يحكمه مبدأ الرضائية، ويعتبر مبدأ الرضائية من المبادئ الفرعية المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، مما يمكن القول معه بارتباط العقد التمهيدي بالعقد النهائي والوعد بالعقد ولكن كل عقد منهم يختلف بمجمله عن عقد بيع العقار تحت الإنشاء(5).

---

(1) د. صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى. دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، الفقرة 84، ص 16.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام. مرجع سابق، ص 210.

(3) الدكتور. محمد زهرة المرسي. عقد بيع المباني تحت الإنشاء. مرجع سابق. ص74.

(4)Flour Jacques ،aubert ،Luc Jean ،les obligation ،source ،l`acte Jurdique vol 1,1975 ، paris ،p71

(5) عرفت المادة رقم 1124 من قانون العقود الفرنسي الجديد الوعد بالعقد من جانب واحد على أنه (عقد يخول بموجبه أحد الطرفين الواعد الطرف الآخر المستفيد الحق في اختيار droit d`opter إبرام عقد تم تحديد عناصره الجوهرية ولا ينقصه تكوينه إلا رضاء المستفيد. مشار إليه لدى د. محمد حسن قاسم، العقد، مرجع سابق، ص182.

وكان القضاء الفرنسي يرى أن العقد التمهيدي هو عقد ذو طبيعة خاصة وهو ملزم للطرفين أساساً (1)، فالوعد بالبيع والعقد التمهيدي يختلفان عن بعض كما أن المشرع الفرنسي والمشرع البحريني قد ضمنا العقد التمهيدي ضمن القانون المدني في نصوص خاصة غير تلك النصوص التي نظمت عقد بيع العقار تحت الإنشاء (2).

ومن جهة أخرى فإن الوعد بالبيع عقد لا يوجب التزاما من التزامات العلاقة التي يتخذها محلا، ولا ينبع منه سوى التزام الواعد بالبيع خلال المدة المحددة يقابله خيار الموعود له في تلك المدة (3).

إن الوعد بالعقد قد يبرم في أحد مراحل عقد بيع العقار تحت الإنشاء، ولعل هذا ما يفسر اتفاقيات الحجز في مشاريع بيع العقار تحت الإنشاء، ولكن لا يتصور على كل حال أن يكون الوعد بالتعاقد يمثل بيع العقار تحت الإنشاء برمته، أو حتى محاولة إنزال أحكامه عليه.

ونخلص مما تقدم إلى أن أحكام الوعد بالتعاقد لا يمكن تطبيقها وإنزال أحكامها على عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1) Cass.civ ،janv1975 ،hcp, 1975, 18151 ،note berge Cass.civ.mai.1976.gb.1976.p.611.note.pch.ronouil. المرجع مشار إليع عند د. محمد زهرة المرسي. السابق.ص75

(2) نظم المشرع البحريني العقد الابتدائي ضمن نصوص القانون المدني تحت عنوان صور خاصة بالتعاقد وقد، أعتبره المشرع البحريني أنه عقد ذو طبيعة خاصة يرتب التزاماته بين أطراف العقد وقد نصت المادة 47 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني على (يعتبر العقد ابتدائيا إذا كان من شأنه أن يبرم في صورة أخرى جديدة أو أن يبرم مرة ثانية). ونصت المادة رقم 48 من القانون على (يبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي مالم يتفق على إجراء تعديل فيها أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة أو ظروف الحال). للمزيد حول هذا الموضوع براجع. د. محمد حسن قاسم، الالتزامات، المصادر، العقد، مرجع سابق، ص 181 وما بعدها. كذلك د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية , 2015 ط 1، ص 103.كما نتناول الاتفاق الابتدائي بشيء من التفصيل من خلال الفرع الرابع من المبحث الثاني في هذا الفصل كأحد الأحكام الخاصة بالعقد. أنظر ص 58 وما بعدها من هذه الرسالة

(3) د. صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ف84، ص162، نقلاً عن الدكتور علاء حسين علي، المرجع السابق ص47.

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بالعقد المركب

لجأ بعض الفقه في تأصيل عقد بيع المباني تحت الإنشاء من خلال فكرة العقد المركب في محاولة لتبرير أساس التعاقد في هذه العقود، وسوف نبحث في الفرع الثاني من هذا المطلب فكرة العقد المركب في تأصيل عقود بيع العقار تحت الإنشاء.

أولا: عرض فكرة العقد المركب

تقوم أساس فكرة العقد المركب في بيان طبيعة عقد بيع العقار تحت الإنشاء، على أنه مزيج مركب من عقدي البيع والمقاولة. وليس هناك أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط، فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها، على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي (1).

كما يذهب بعض الفقه إلى القول بأن عقد بيع العقار تحت الإنشاء عبارة عن عقد مركب(2)، فيكون وفقاً لأصحاب هذا الرأي أن العقد عبارة عن عقد مقاولة في بداية الأمر وينتهي بعقد بيع بعد إتمام أعمال البناء ونقل ملكية المبنى للمشتري. فيكون العقد وفقا لأصحاب هذا الإتجاه قابل للتطبيق على أحكام العقدين اللذين يتكون منهما، فتطبق أحكام عقد المقاولة على الالتزام بالبناء، وأحكام البيع على نقل الملكية.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام. مرجع سابق، ص 210.

(2) Aubry ET rau, cours de droit civil francais, tome (5) 6-eme edition .n 374.p 400.

ثانياً: معوقات فكرة العقد المركب

يشكك البعض في نجاعة هذا الرأي، حيث أن كان يبدو أنه يسد النقص من خلال معالجة أحكام العقدين المهمين اللذان يتكون منهم عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إلا أنه يعجز عن معالجة المسائل الأخرى التي لا ترتبط أي منها بهاتين الفترتين (1).

كما أن هناك ثمة معوقات تعترض الأخذ بفكرة العقد المركب، فإذا كانت هناك بعض الأحكام يمكن ردها إلى عقد المقاولة أو البيع. فإن ثمة أحكام أخرى خاصة بهذه الصيغة لا يمكن ردها إليها كطبيعة العوض وتقديره وكيفية انتهاء العقد.

وقد يوجد خلط وتداخل في التزام المطور العقاري في هذه الحالة بين التزامه بالبناء والتزامه بالتسليم، فضلاً عن ذلك فإن القول بالعقد المركب، يعني تجزئة الضمانات التي يحصل عليها المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، وبالتالي سوف تكون هناك صعوبة عملية في تطبيق جميع الضمانات الناتجة عن عقدي البيع والمقاولة، لوجود الاختلاف الجوهري في مدد وطبيعة الضمانات التي يتميز بها عقد البيع عن عقد المقاولة من حيث ضمان العيوب الظاهرة والخفية، أو من حيث مدة الضمان العشري في عقد المقاولة (2).

ويتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين، وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان، ومن ناحية أخرى أن تكييف العقد إنما يتم وقت الانعقاد إلى الالتزامات التي يتفق عليها الأطراف، فلا يجوز أن يتغير وصفه أثناء تنفيذه مرتين، مرة أن يكون عقد مقاولة عند تنفيذ الالتزام بالبناء، ومرة يكون بيعاً عند تنفيذ الالتزام بنقل الملكية (3).

---

(1) د. علاء حسين، مرجع سابق، ص 53.

(2) للمزيد في ذلك راجع. عبد الجبار ناجي الملا صالح، انقضاء المقاولة، رسالة دكتوراه، بغداد، 1979.

(3) د. علاء حسين علي. مرجع السابق. ص 53.

وعموما فإن أحكام عقد البيع تختلف عن غيرها من العقود مثل عقد المقاولة وتتنافر معه في تطبيق الأحكام إذ أن العمل يختلف عن الشيء فالأشياء هي التي تباع (1).

كما أن جميع التشريعات التي نظمت عقد بيع العقار تحت الإنشاء إنما نظمت هذه العقود مثل التشريع الفرنسي والتشريع البحريني والتشريع الإماراتي قد أوردت بعض الأحكام المستمدة من أحكام القانون المدني بشأن عقدي البيع والمقاولة، إلا أن ذلك لا يرقى إلى جعل عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقداً مركبا بل هو يتميز بطابع خاص.

استنتاج

لم تصل الاتجاهات السابقة إلى مرحلة وضع أي تحديد مناسب لطبيعة عقد بيع العقار تحت الإنشاء في أحد فئات العقود المسماة وذلك لعدم التطابق بين أحكام هذا العقد من واقع عقد بيع العقار تحت الإنشاء، محاولة منهم في احتواء العقد ويجب الأخذ بعين الاعتبار من أن القانون دائما يتسع للمستجدات في مواكبة المعاملات بين الأفراد.

لا نستطيع القول بأن عقد بيع العقار تحت الانشاء هو عقد وكالة فأحكام، الوكالة وطبيعتها تختلف اختلاف جوهري عما يقوم به المطور العقاري او مالك المشروع ولتعلق أعمال الوكالة بالأعمال القانونية دون الاعمال المادية فضلا عن أحكام القانونية الخاصة بانتهاء عقد الوكالة والتي تختلف في اثارها عن عقد بيع العقار في طور الانشاء.

اما بالنسبة لعلاقة العقد مع عقد المقاولة، فأن مجمل احكام عقد المقاولة لا تتفق مع عقد بيع العقار تحت الانشاء، وذلك لاختلاف الالتزامات الرئيسية بين العقدين. وكذلك الحال كما هو لبيع الأشياء المستقبلية والتي يصعب أيضا بدورها اتساع احكامها لعقود بيع المباني تحت الانشاء، خصوصا فيما يتعلق بتحديد المبيع من ناحية الوصف تحديدا نافيا للجهالة. العقود كما هو الحال بالنسبة لعقود بيع الأشياء المستقبلية والتي غالبا ما تنطوي على نوع من المجازفة والمخاطرة.

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 47.

كما أن الأحكام التي ينتجها عقد بيع العقار تحت الإنشاء لها خصائصها العملية الخاصة حتى وإن اشتركت في بعض أحكامه وتشابهت مع العقود الأخرى التي نظمها القانون. في هذا العقد من حيث طبيعته إلا أنه يعد مختلفا من حيث نظامه وأحكامه ومضمونه ومحتواه جديد (1).

ولتحقيق مزايا هذا العقد بالنسبة للفرد والمجتمع فإنه لابد من إعطائه التكييف القانوني المناسب وعدم ربطه بأي نظام قانوني آخر يتعارض معه من حيث الأحكام والموضوع، ولا يمكن القول بذلك إلا بالاعتراف بخصوصية هذا العقد واستقلاليته (2).

وخلاصة القول في ذلك أن عقد بيع العقار تحت الأنشاء يجب أن يشتمل على أربعة عناصر رئيسية وهي قيام المطور العقاري بالبناء. سواء كان هو المقاول الرئيسي أو المقاول الفرعي أو يعهد بالبناء إلى أحد المقاولين، والعنصر الثاني هو أن يقوم المطور العقاري بتقديم الأرض التي سيقام عليها مشروع البناء، أو أن يحصل على موافقة من مالك الأرض، أما بالنسبة للعنصر الثالث فهو دفع الأقساط بواسطة المشتري إلى المطور العقاري بهدف تمويل عملية البناء والعنصر الأخير هو نقل الملكية إلى المشتري بعد تمام البناء (3). وكل ذلك يعني أن العقد وإن كان بيعاً إلا أنه عقد جديد ذو طبيعة خاصة.

ويقودنا ذلك للبحث في الخصائص المميزة لعقد بيع العقار تحت الإنشاء والتي جعلت منه نظاما مختلفا وعقدا جديدا يتّسم الخصوصية.

---

(1) د. محمد سعد خليفة، أحكام عقد بيع البناء على الخارطة، دار النهضة العربية، أسيوط,2015، ص30.

(2) د. علاء حسين، مرجع سابق، ص55.

(3) حول هذا المعنى راجع. د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص 5، د. سيل حاجي، مرجع سابق، ص38, د. علاء حسين علي, مرجع سابق، ص 57-60.

المطلب الثالث

توصيف عقد بيع العقار تحت الإنشاء

بعد أن بينا من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد ذو طبيعة خاصة وإن أشترك في بعض أحكامه مع عقود أخرى في بعض الأحكام، أصبح المناسب أن نبين خصائصه على النحو الاتي:

الفرع الأول

خصائص عقد بيع العقار تحت الإنشاء

أولاً: عقد مسمى

عقد بيع العقار تحت الإنشاء من العقود المسماة. فقد تم تسميته وتنظيم أحكامه لدى كل من التشريع الفرنسي والتشريع الإماراتي والتشريع البحريني.

إن أصل التقسيم للعقود المسماة وغير المسماة يرجع إلى القانون الروماني، فالعقود المسماة هي عقود منظمة بموجب القانون حددها المشرع سلفا ونظم أحكامها وأرسى قواعدها مثل البيع والشركة. وعلى العكس من ذلك العقود غير المسماة هي عقود لم ينظم المشرع أحكامها وإنما تنظم تبعاً لحاجة أطرافها (1). وتتميز العقود المسماة أنه وجد أن هناك بعض العقود على درجة من الأهمية في المجتمع، فهي تنظم حالات كثيرة لامتناهية من هذه التطبيقات والتي وجد المشرع أنه لا مجال سوى تقنين هذه الممارسات ضمن تنظيم خاص لهذه العقود يبين أحكامها وظروفها على قدر من التفصيل. (2) ولم يكن عقد بيع العقار تحت الإنشاء من العقود المسماة لدى المشرع البحريني إلا بعد تقنينه أول مرة بصدور قانون التنظيم العقاري رقم 28 لسنة 2014.

---

(1) أد. صبري حمد خاطر–النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 51.

(2) حول هذا المعنى أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني والجزء الأول، العقد، مرجع سابق ص 167، نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 31، د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق ص 65، د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى,2015، ص 9-11.

ويرجع تاريخ وجود عقود بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع البحريني مع صدور القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري، ولاحقاً قد الغي هذا القانون وأصدر القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري، والذي أفرد بدوره الفصل الثاني من القانون وقد عني بتنظيمه بصورة أكثر دقة من ذي قبل.

ويرجع السبب في هذا التنظيم لدى المشرع البحريني ازدياد عمليات بيع العقار تحت الإنشاء بشكل كبير، وبروز العديد من المشاكل في حل المشاكل الناتجة عن هذه العقود أمام المحاكم. وأيضا يمكن القول بوجود عمليات احتيال وإن كانت نادرة في مجال التطوير العقاري في مملكة البحرين، إلى أن الفراغ التشريعي من الممكن أن يؤدي إلى حدوث نتائج أسوأ من ذلك. وعادة ما يكون المواطنون من ذوي الدخل المحدود هم من يقع ضحية نتيجة لهذه الممارسات. والتي أدت لتعثر الكثير من المشاريع المهمة في مملكة البحرين (1).

وغني عن البيان من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يعتبر من العقود غير المسماة لدى التشريعات التي لم تفرد نصوصاً خاصة لهذا العقد في نظامها القانوني ومثال ذلك القانون المصري والعراقي، ففي هذه الحالة تبقى القواعد العامة في عقدي البيع والمقاولة هي من يحكم هذه العقود في ظل غياب التنظيم القانوني لها (2).

---

(1) حيث صدر مرسوم بقانون رقم (66) لسنة 2014 بشأن تسوية مشاريع التطوير العقارية المتعثرة، والذي أناط بلجنة خاصة البت بشكل مستعجل في المشاريع التي قد تعثرت في مملكة البحرين تزامناً مع وجود قانون ينظم المسألة، وقد عرفت المادة رقم 1 المشروع المتعثر على (مشروع التطوير العقاري المتعثر أو المشروع: كل مشروع تطوير عقاري تم بيع وحداته العقارية على الخريطة في المملكة واستلمت دفعات عنها مقابل ذلك، وتعثر أو توقف عن التنفيذ بما يضر بالاقتصاد الوطني بالمملكة طبقاً لأحكام هذا القانون).

(2) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها. حيث يشير المؤلف إلى أن الإجابة على ما ذا كان عقد بيع العقار تحت الأنشاء من العقود المسماة أو غير المسماة تعتمد على تنظيم المشرع لها فهو لدى القانون المصري الذي كان محل مقارنة الدراسة التي قام بها فإنه عقد غير مسمى، فالعقد في هذه الحالة لا ينفرد بأحكام قانونية خاصة حسب ما هو معمول به لدى التشريع المصري.

ثانيا: عقد معاوضة contrat a` titre onereux

عقد بيع العقار تحت الأنشاء ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المطور العقاري (البائع) والمشتري (1)، فيلتزم المطور العقاري ببناء المبنى ومن ثم باستكماله ونقل ملكيته للمشتري، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب الكيفية الواردة في العقد بناء على عملية التقدم في إنجاز البناء. وقد عرفت المادة رقم 1107 من القانون المدني الفرنسي عقد المعاوضة على أنه (العقد الذي يلزم كلا من أطراف العقد على إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل). ويعد هذا التعريف منتقد إذ أنه يؤدي إلى الخلط بين عقود المعاوضة والعقود الملزمة لجانبين، فكان من الأفضل أن يقوم المشرع الفرنسي بتعريف العقد على أساس وجود عوض متبادل وليس على أساس وجود الالتزامات المتبادلة (2).

ثالثا: عقد ملزم للجانبين

عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو من العقود الملزمة لجانبين، فهو ينشئ التزامات متبادلة بين طرفي العقد ليس منذ إبرام العقد التمهيدي فحسب، بل حتى من قبل ذلك أثناء توقيع اتفاقية الحجز فنلاحظ أنه يقع على البائع الالتزام بإبرام العقد التمهيدي كما يقع على المشتري في هذا الحالة دفع مبلغ الحجز. والذي عادة ما يخصم من المبلغ النهائي عند توقيع العقد التمهيدي. فإذا ما أمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى ينفذ الطرف الأول ما بذمته، وله أن يطلب أيضا فسخ العقد، كما أنه إذا استحال على المدين في العقد تنفيذ التزاماته لسبب خارج عن إرادته تحمل هو تبعة هذه الاستحالة (3).

---

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص20، د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص86 وما بعدها، د محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة,2010، ص23.

(2) أ.د صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص48,49.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع,1934، ص132. مشار إليه لدى د. علاء حسين علي. مرجع سابق، ص22و23.

رابعا: عقد فوري متراخي التنفيذ

يعرف العقد الفوري على أنه (العقد الذي لا يكون فيه الزمن عنصراً جوهرياً، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو أجال متتابعة) (1). ويرى بعض من الفقه في فرنسا (2)، من أن للزمن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء دور في تحديد الثمن، والأساس الذي تقوم عليه فكرة هذا الفقه من أن غالبا ما يتم إضافة نسبة معينة من إجمالي المبلغ على المشتري في حين منحه أجلاً للسداد أو تقسيط المبلغ على دفعات دورية فمثلاً يستطيع المشتري الحصول على خصما نسبته 15% مثلا للدفع الفوري، وهذا يعني أن للزمن دور في تحديد محل التزام المشتري من حيث مقداره ومداه.

ومن الفقه الفرنسي من يؤيد هذه الفكرة (3)، فعنصر الزمن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء من العناصر الجوهرية وإن إغفال تحديد هذه المدة إنما يؤدي إلى بطلان العقد، حيث يرى هذا الفقه أن المدة هي ضمان للبائع لنقل الملكية وهي أيضا دليل على جدية المشروع، ويعود السبب في تبني هذا الاتجاه من أن المادة رقم 7 من قانون 3 يناير 1967 في فرنسا قد نصت على بطلان العقد عند عدم اتفاق على المدة ولا يمكن التمسك بالبطلان هنا سوى من جانب المشتري(4).

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت, 2105، ص 177.

(2) د. محد زهرة المرسي. المرجع السابق، ص85.

(3) مشار إليه لدى د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص26.

(4) حيث نصت المادة 7 من القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 الخاص بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي على

Orsque le vendeur a fait état des

Prêts destinés au financement de la construction, le contrat doit être conclu sous condition résolutoire pour le CAS de non-obtention de ceux-ci.Il doit être conclu par acte authentique ET précise

a) La description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu.

c) Le délai de livraison.

ونرى أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد متراخي التنفيذ وإن كان هناك تدخل للزمن في تنفيذه، فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن. فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه يكون فوري التنفيذ. وليس الأجل سوى موعدا يتحدد به وقت التنفيذ ولا يتحدد به مقدار الثمن، كما أن البيع قد يكون بثمن مقسط (كما هو الحال في بيع العقار تحت الإنشاء)، ويبقى بالرغم من ذلك عقداً فورياً إذ أن الثمن الذي يدفع على أقساط ليس إلا ثمنا مؤجلا، وأن هذه الآجال إنما عناصر عرضية لا يتحدد بها مقدار الثمن، وفي هذه الحالة يكون العقد فوري التنفيذ لكل جزء منه حينما يحين وقت تنفيذ هذا الجزء(1). كذلك في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يلتزم المطور بنقل الملكية، وهو التزام يتحدد في مداه دون أن يكون للزمن أي خل في ذلك، كما أن هذا الالتزام يؤدى مرة واحد من غير تكرار، فالبائع لا ينقل ملكية المبنى للمشتري سوى مرة واحدة، والمشتري لا يدفع الثمن سوى مرة واحدة فقط (2).

كما أن المبنى يحتاج وقت لبنائه حيث يجب مرور بعض الوقت لإبرام المبيع ولكن تأجيل العقد إجبارياً لا يؤثر على صيغته، بل يظل عقداً فورياً لأن تدخل عنصر الزمن فيه تدخلا عرضيا لا يؤثر على مقدار الثمن أو المبيع (3).

ونتيجة لاعتبار عقد البيع العقار تحت الإنشاء من العقود الفورية، فإن عدم تحديد المدة فيه لا يؤدي إلى بطلانه، فالأجل لا يدخل عنصراً في تكوين العقد، بل يلعب الزمن دوراً في نطاق التنفيذ، فتنفيذ الالتزام بالبناء مثلاً يجب أن يكون خلال المدة المحددة أو خلال مدة معقولة في حال عدم تحديد المدة (4).

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 178.

(2) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 26 .

(3) د. أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص17، مشار إليه لدى د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص41.

(4) د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق ص56، وأيضا أنظر الدكتور محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص83.

وقد يتأخر تنفيذ المبنى لتحقيق مصلحة ترجع بالدرجة الأولى لمصلحة المشتري مثال ذلك، القيام باستيراد مواد بناء أفضل من تلك المتفق عليها في العقد. أما من ناحية الرد على الفقه الذي أعتبر أن للزمن دور جوهرياً في هذا العقد من خلال الخصم الذي يحصل عليه المشتري عند الدفع الفوري مما يجعل الالتزام بالدفع وفقا لهذه الحالة مستمر التنفيذ ويلعب الزمن دوراً فيه بحيث يحدد نسبة من الثمن، فإن هذه النسبة التي يلتزم بسدادها المشتري لا تعدو أن تكون من قبيل الفوائد القانونية التي أضيفت للثمن، وعادة ما تكون نسبتها ضئيلة، حتى وإن كان الزمن قد ساهم في تحديد مقدار الالتزام بشكل محدود إلا أنه لا يجب الاعتداد به وإبقاء العقد في هذه الحالة من العقود الفورية (1).

ويمكن القياس على أحكام عقدي البيع والمقاولة باعتبارهم العناصر الرئيسية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء من دور العنصر الزمني في تنفيذ العقد. حيث أنه في عقد المقاولة ينفذ الاتفاق في المدة المتفق عليها وإلا فإنه ينفذ في مدة معقولة (2). كذلك بالنسبة لزمن التسليم في عقد البيع فإن وقت التسليم حسب القواعد العامة إنما يرتبط بطبيعة هذا الشيء (3)، فتسليم العقار في بيع العقار تحت الإنشاء إنما يستلزم وقتا لتنفيذه.

أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني من تحديد مدة تنفيذ فإنه رتب البطلان على العقد الذي لأي يشار فيه إلى مدة إنجاز المطور للوحدة المباعة العقد فقد نصت المادة 32 من القرار قرار رقم (2) لسنة 2018بشأن تراخيص مشاريع التطوير العقاري، على (يجب أن يتضمن عقد البيع، البيانات الآتية: تاريخ إنجاز المطور للوحدة وتسليمها للمشترى. ويعتبر باطلاً كل عقد لم يتضمن أي بيان من هذه البيانات.)

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط، المجلد الأول، مرجع سابق، ص178.

(2) د. علاء حسين علي. مرجع سابق. ص27.

(3) حيث تنص المادة رقم 389 من القانون المدني البحريني على (يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معينا بالذات ومملوكا للبائع، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز. كل ذلك مالم يقضي القانون أو الاتفاق بغيره، دون الإخلال بقواعد التسجيل).

الفرع الثاني

مزايا وعيوب عقد بيع العقار تحت الإنشاء

عقد بيع العقار تحت الإنشاء نظام قانوني جاء به المشرع لمعالجة وتنظيم هذا الصيغة التعاقدية بما يكفل ضمان التنفيذ وصولا إلى مرحلة التسليم ولعله من المهم بالنسبة لبيع عقار تحت الإنشاء باعتباره من العقود الحديثة لأن تكون مسألة تقييم العقد بين الفينة والأخرى مهمة في الحصول على تصور شامل من كفاءة النصوص التشريعية التي صدرت في هذا الخصوص فكان حرياً الوقوف على مزايا وعيوب هذه العقود للوصول إلى أفضل السبل في كيفية صدور قرارات مع ما يتلاءم مع الوضع القائم وبإمكانه مجاراة التطور في مجال بيع العقار تحت الإنشاء مستقبلاً.

وفي ظل المعطيات الحالية تبدو مميزات وعيوب بيع العقار تحت الإنشاء كالآتي- :

أولا: مزايا بيع العقار تحت الإنشاء

هناك العديد من المزايا التي أتى بها عقد بيع العقار تحت الإنشاء وأدت هذه المزايا إلى المساهمة في تطور العقد ورواجه بين الأفراد مما أدى إلى تضاعف مزايا العقد خلال السنوات القليلة الماضية. وتلخص هذه المزايا على النحو الاتي:

1. تقليل تكاليف عملية التطوير العقاري

تعتبر ارتفاع كلفة تملك عقار العقبة الرئيسية في الحد من ممارسة هذا النشاط. بيد أن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يقوم المطور العقاري بتمويل المشروع من أموال المشترين على هيئة دفعات أو أقساط يقوم بدفها المشتري في المشروع إلى المطور العقاري والذي بدوره يقوم بتمويل عملية البناء منها إن كان هو المقاول أو دفعها على هيئة أقساط مرة أخرى لمصلحة مقاول المشروع. وتساعد هذه الكيفية التي تميز بيع العقار تحت الإنشاء في تجنيب المطور العقاري اللجوء إلى الاقتراض من البنوك وبالتالي تجنيبه أيضا دفع الفوائد الربوية على عملية التمويل. ويساهم هذا التجنيب من انخفاض عام في تكلفة مشروع التطوير العقاري بحيث يؤثر بذلك على سعر الوحدة العقارية وبيعها

بسعر معقول للمشتري الذي بدوره لا يتردد في إبرام العقد. ومع زيادة الضمانات المنصوص في قانون التطور العقاري أخذت تفقد هذه الميزة جزءا من جاذبيتها شيئا فشيئا. إذ أن النص على حساب الضمان وإنشائه كضرورة للحصول على الترخيص الإداري لممارسة بيع العقار تحت الإنشاء أرهق المطورين العقارين ورتب زيادة تكاليف عملية البناء. ويرجع السبب في ذلك من أن أمين حساب المشروع يتقاضى مبالغ نقدية شهرية أو سنوية لإدارة الحساب والتي يدفعها في النهاية المشتري بشكل غير مباشر.

ونصت المادة 10 من القرار رقم 3 لسنة 2018 الصادر من معالي رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري على (يحتفظ أمين حساب المشروع بنسبة 5% من القيمة الإنشائية للمشروع بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز لضمان حسن تنفيذ إصلاح العيوب التي قد تظهر بعد إنجاز المشروع ولا تصرف تلك النسبة إلى المطور إلا بعد انقضاء مدة اثني عشر شهرا تبدأ من تاريخ تسليم آخر وحدة للمشترين وذلك كله بعد موافقة المؤسسة).

وتعد نسبة 5% كبيرة بحيث قد تكون نصف مجمل أرباح المطور العقاري من عملية التشييد في أفضل الأحوال. وبالتالي تؤدي إلى بطء في عملية البناء والتطوير بل قد تتعدى إلى إحجام المطورين عن الدخول في مشاريع جديدة وبالتالي ارتفاع تكلفة البناء بشكل عام. وقد نصت المادة 17 من اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون رقم 28 لسنة 2014 على (يكون لكل مشروع تطوير عقاري حساب مشروع مستقل فيه يُنشأ باتفاق كتابي بين المطور وأمين حساب المشروع باسم كل مشروع يودع فيه مبلغ (20%) من القيمة التقديرية للمشروع بما فيها قيمة الأرض وتحتسب هذه النسبة بحسب كل مرحلة من مراحل تنفيذ المشروع، ومبلغ القرض في حالة قيام المطور برهن مشروع التطوير للحصول على قرض من المصارف أو المؤسسات أو شركات التمويل، وكافة المبالغ المقدمة من المطور والمودعين.

وأشترط المشرع وجود نسبة مئوية من قيمة التقديرية لمشروع التطوير العقاري عند إصداره قانون تطوير القطاع العقاري الجديد فلقد نصت المادة 22 من القانون على أن (أ-يحدد مجلس الإدارة

بقرار منه، بعد أخذ رأي مصرف البحرين المركزي، طرق تمويل مشروعات البيع على الخريطة، وتحديد نسبة الودائع المالية أو الضمانات البنكية من القيمة التقديرية للمشروع.

ونصت المادة 5 من القرار رقم 3 لسنة 2018 الخاص بشأن حساب ضمان مشاريع البيع على الخريطة على أن (تكون قيمة الضمان بما يساوي نسبة 20% من القيمة التقديرية للمشروع. ولم يوفق النص لدى المشرع البحريني في هذه النسبة المرتفعة وكان حريا بالمشرع تدارك الآثار السلبية لهذه النسبة العالية التي نص عليها كذلك قانون رقم 28 لسنة 2014 لذلك اقترح ألا تتعدى هذه النسبة 10 % من قيمة التكلفة التقديرية للمشروع على أن تحتسب قيمة أرض المشروع من هذه النسبة.

2. تخفيف حدة الأزمة السكانية

لا يخفى على أحد ما شكلته الأزمة السكانية في معظم دول العالم والبحرين بشكل خاص من تحدي كبير للحكومات بتوفير السكن الملائم لمواطنيها، فضلاً من ارتفاع أسعار مواد البناء والشح في الأراضي الناتج عن صغر مساحة البحرين الجغرافية ناهيك عن النمو والتطور العمراني والاقتصادي المتسارع في البحرين، جميع هذه الأسباب أدت إلى خلق تحد جديد وكبير أمام عملية التطوير العقاري في توفير السكن الملائم من هنا كانت فكرة بيع العقار تحت الإنشاء حل عملي ومنتج في وقت واحد ولقد ساهمت هذه المشاريع بالفعل في مملكة البحرين على حل جزء كبير من مشكلة السكن لدى المواطنين، من خلال مجموعة من البرامج الإسكانية التي كانت ثمرة شراكة بين وزارة الإسكان ومجموعة من المطورين من القطاع الخاص، بل انه لا يمكن التغاضي عن دور القطاع الخاص في المساهمة في حل المسائل التي تتعلق بتوفير السكن الملائم للأسرة البحرينية ولعل من أبرز المشاريع التي أطلقتها مملكة البحرين والتي تعتبر بحق رائدة في تقديم فلسفة حديثة لحل أزمة الإسكان بتوجيهات جلالة الملك المفدى واعتبار هذه المشكلة أولوية وضعتها مملكة البحرين عن طريق برنامج حكومي يطمح إلى توفير اكبر عدد من الوحدات السكنية للمواطنين.

ثانياً: عيوب بيع العقار تحت الإنشاء

بالرغم من المزايا آنفة الذكر لعقد بيع العقار تحت الإنشاء إلا أن لهذا العقد عيوب وهي كالاتي:

1. احتمال عدم مطابقة العقار بعد الإنشاء للمواصفات المتفق عليها

يلتزم المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بإقامة المبنى حسب التقدم في أعمال البناء واستحقاقه عن ذلك الأقساط من المبالغ التي تم الاتفاق عليها. فيقع الالتزام على شيء مستقبلي، ولذلك يجب تنفيذه على نحو من الدقة على ما تم الاتفاق عليه وفقا للخرائط والرسوم الهندسية.

ويلتزم المطور العقاري بان يقوم بعملية البناء على نحو دقيق ويتحمل المسؤولية عن أية خلل من ناحية تطابق المواصفات مع المبنى المشيد، وتعد فكرة عدم مطابقة العقار أو المبنى للموصفات المتفق عليها من المشاكل الشائعة في مجال عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

كما يقوم المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بمعاينة العقار من خلال رسومات تخيلية للعقار أو من خلال الخرائط الهندسية ومع تنفيذ هذه المشاريع قد توجد اختلافات بين ما تم الاتفاق عليه وبين ما تم تنفيذه، حتى وإن كان هناك ما يضمن حق المشتري في التعويض، إلا أن الخسارة قد تتمثل للمشتري في أكثر من مجرد التعويض، حيث يأخذ بعين الاعتبار الفترة الزمنية التي انتظر فيها المشتري الانتهاء من أعمال البناء والتي قد تفوت عليه إبرام عقد مع مطور عقاري آخر.

وقد نص قانون التطوير العقاري في المادة 30 على (يلتزم المطوِّر بتنفيذ مشروع البيع على الخريطة طبقاً للتصاميم الهندسية الإنشائية والمعمارية المعتمَدة والمستندات التي مُنِحَ الترخيص على أساسها)

وحتى مع النص القانوني إلا أن الواقع العملي لا يمنع من حدوث إخفاقات في تنفيذ العقد مما يجعل مع المشتري في دائرة الخطر.

كما أن فكرة التفرقة بين فكرة العيب وفكرة عدم مطابقة المواصفات ليست دائما واضحة ومحددة ولكنها تعتبر ضرورية، فالمسؤولية عن عدم مطابقة المواصفات تخضع للقواعد العامة في البيع أما

المسؤولية الناتجة عن ضمان العيوب تخضع لنظام خاص مثلما هو الحال في فرنسا حيث وضع المشرع الفرنسي أحكاما لذلك في قانون بيع العقارات تحت الإنشاء (1).

ومما تجدر الإشارة إليه إن القانون القديم كان ينص على ضمانات أكبر من ناحية تطابق تنفيذ العقد عن تلك، إلى أن القانون الجديد لم يشتمل على هذه الضمانات الخاصة حيث يتضح وبشكل جلي من خلال نص المادة 30 من القانون الجديد على تطبيق أحكام القواعد العامة فيما يتعلق بعدم مطابقة المواصفات المتفق عليها (2).

2. قلة خيارات التمويل العقاري بالنسبة لبيع العقار تحت الإنشاء

إن عدم وجود العقار على أرض الواقع يجعل من مؤسسات التمويل العقاري مثل البنوك تحجم عن تمويل عمليات شراء العقار تحت الإنشاء وذلك لمخالفتها السياسات العامة للتمويل العقاري (3).

---

(1) د. محمد زهرة. مرجع سابق. ص 19 4، كما نتناول في الفصل الثاني من هذا البحث ضمان العيوب الخفية وضمان العيوب الظاهرة في عقود بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني، راجع في ذلك ص , 216 وما بعدها.

(2) نصت المادة 30 من القانون 27 لسنة 2017 (يلتزم المطوِّر بتنفيذ مشروع البيع على الخريطة طبقاً للتصاميم الهندسية الإنشائية والمعمارية المعتمَدة والمستندات التي مُنِحَ الترخيص على أساسها، ولا يجوز إدخال تعديل في المشروع إلا إذا كان هذا التعديل غير جوهري، وذلك لاعتبارات هندسية أو فنية مقبولة، أما إذا كان التعديل جوهرياً فلا يكون إلا لظروف غير متوقَّعة أو لأسباب طارئة وبموافقة الجهات المختصة والمؤسسة....).

(3) يعرف التمويل على أنه (مجموعة الأعمال والتصرفات التي تمدنا بوسائل الدفع) وقد كانت بداية نظام التمويل العقاري الفرنسي من خلال تطور دور مؤسسة الائتمان العقاري الفرنسية التي أنشأها لويس نابليون بونابرت كمؤسسة عامة مالية وذلك عام 1852 لتوفير المال الازم للمعاملات العقارية خصوصا شراء الأراضي الزراعية حيث كان يصل عمر القرض إلى مدة خمسين عاما، ونظرا لمرور فرنسا بأزمة المساكن وذلك في الفترة ما بين الحربين العالميتين الأولى والثانية ولاسيما عام 1918 كانت هناك حاجة ماسة لوجود قوانين عقارية استثنائية. وقد ورث النظام الأمريكي عن النظام الإنجليزي العديد من النظريات التي ساهمت في تطوير مفهوم التمويل العقاري. للمزيد في ذلك أنظر د. الصغير مهدي محمد. النظام القانوني للتمويل العقاري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية, 2012، ص16-58.

والتي يكون فيها معاينة العقار وتثمينه (1)، قبل الحصول على الأذن بتمويل عملية الشراء واعتقد أنه مع صدور قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد خفت حدة هذا العيب الذي ظل يحد من قدرة المشترين في تمويل شرائهم للعقارات تحت الإنشاء حيث قضت المادة 22 من قانون تطوير القطاع العقاري الجديد على طرق تمويل مشاريع بيع العقار تحت الإنشاء(2) .

ولم يصدر حتى الآن أية قرارات عن مؤسسة تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين فيما يتعلق بطرق تمويل مشاريع بيع العقار تحت الإنشاء سوى القرار رقم 3 لسنة 2018 والذي ينظم حساب الضمان الخاص بالمشروع على اعتباره ضمانا ذاتيا بالرغم من نص المشرع على أن يكون مصرف البحرين المركزي بالتعاون مع مؤسسة تنظيم القطاع العقاري بإعتباره جهة إستشارية لتحديد طرق التمويل العقاري في مملكة البحرينً (3).

---

(1) نظم القانون رقم 27 لسنة 2017 في الفصل الرابع منه مسألة التثمين العقاري بشيء من التفصيل في بيان الأحكام الخاصة بالتثمين من خلال النص على الشروط الخاصة بمزاولة مهنة التثمين، كما نصت المادة رقم 42 على أن تمسك مؤسسة التنظيم العقاري سجلا خاص بالمثمنين العقارين كما بينت المادة رقم 43 التزامات وواجبات المرخص له بمزاولة نشاط التأمين.

(2) حيث نصت على (يحدد مجلس الإدارة بقرار منه، بعد أخذ رأي مصرف البحرين المركزي، طرق تمويل مشروعات البيع على الخريطة، وتحديد نسبة الودائع المالية أو الضمانات البنكية من القيمة التقديرية للمشروع. ب-لا يجوز للمطوّر الاعتماد بشكل كلي على الأموال والمبالغ المتحصّلة من المشترين للوحدات العقارية على الخريطة في تمويل المشروع. ج-ويحدّد مجلس الإدارة، بعد أخذ رأي مصرف البحرين المركزي (3)، النسبة المئوية من القيمة التقديرية لمشروعات البيع على الخريطة التي لا يجوز للمطور تجاوُزُها للحصول على التمويل من المبالغ المتحصّلة من المشترين).

(3) منشور بالجريدة الرسمية العدد 3367 بتاريخ 24 مايو 2018، ومصرف البحرين المركزي هي المؤسسة المسؤولة عن التنظيم والإشراف على كامل القطاع المالي في البحرين. تم إنشاء مصرف البحرين المركزي في سبتمبر 2006، ليخلف مؤسسة نقد البحرين التي كانت سابقا تقوم بدور السلطة التنظيمية الوحيدة عن القطاع المالي في البحرين. وتشمل مهام المصرف الترخيص والإشراف على المصارف (التقليدية والإسلامية)، ومزودي خدمات التأمين (بما في ذلك شركات التأمين والسماسرة)، ترخيص لأعمال الاستثمار (بما في ذلك شركات الاستثمار، وبورصة البحرين للأوراق المالية ووسطاء وسماسرة المال ومستشاري الاستثمار)، وغيرها من مزودي الخدمات المالية (بما في ذلك الصيارفة ومكاتب تمثيلية وشركات التمويل ومقدمي الخدمات الإضافية.

المبحث الثاني

أحكام العقد الخاصة وأركانه

يتميز عقد بيع العقار تحت الإنشاء ببعض الأحكام الخاصة المتعلقة بالترخيص،والالتزام بتبصير المشتري وأحكام خاصة أيضا بالاتفاق التمهيدي، كما أن بيع العقار تحت الإنشاء كغيره من العقود يشترط لانعقاده توافر أركان العقد اللازمة لتكوينه (1)، ويشترط لانعقاد العقد بصورة عامة من توافر الرضا والمحل والسبب إضافة إلى الركن الخاص وهو الشكلية، وهو بذلك عقد قائم بذاته.

فإذا متى استوفى العقد أركانه القانونية انعقد صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين، ولا يبطل العقد إلا إذا أختل أحد أركانه ولاعتبارات خاصة بأحد المتعاقدين (2). وعليه نتناول هذه الأركان في مبحثين الأول يتناول الأحكام الخاصة بالعقد والثاني يتناول أركان هذا العقد.

---

(1) وبالرغم من ذلك يرى البعض من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو عقد بيع ويجب أن تتوافر فيه أركان عقد البيع العامة من رضا ومحل وسبب. راجع في ذلك د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 39.

(2) الطعن رقم 231 لسنة 2012 الصادر من محكمة التمييز البحرينية جلسة 2014/3/11 حيث قضت المحكمة في هذا الحكم على أنه متى استوفى العقد أركانه القانونية انعقد صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ولا يجوز إبطاله إلا إذا نص القانون على ذلك لحكمة يتوقاها المشرع ولاعتبارات خاصة بأحد المتعاقدين. على أن يكون ذلك بناء على طلب هذا المتعاقد الذي شُرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها عملاً بما قررته المادة 1/114 من القانون المدني الذي جرى نصها على أنه "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد إلا بناء على طلبه" وإذ كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه قضى برفض دعوى الطاعنة لما خلص إليه ببطلان عقد البيع الذي أبرمته مع المطعون ضده لأن ثمن المبيع يزيد على خمسة أضعاف الثمن الحقيقي مما يوصم بالغش والتدليس، في حين أن دعوى الفسخ أو الدفع بالبطلان دفاع موضوعي ليس من النظام العام، ويتعين على المتعاقد الذي شرع البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع وكان الثابت أن المطعون ضده لم يتمسك بالفسخ أو ببطلان العقد أمام محكمة الموضوع بدرجتيها، فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى بطلان العقد وقضى تأسيساً على ذلك برفض دعوى الطاعنة دون أن يكون الدفع بالبطلان مطروحا أمامها، فإن المحكمة بهذا القضاء تكون قد تجاوزت حدود سلطتها وهو ما لم يكن لها أن تفعل، مما يعيب الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، مما يوجب نقضه.

المطلب الأول

الأحكام الخاصة بالعقد

يتطلب تنفيذ العقود الواردة على مشاريع التطوير العقاري على درجة عالية من الفن والحرفية ما لا يتوافر في غيرها من العقود. ويرجع السبب في ذلك إلى أن جزئا كبيرا من تنفيذها يقع على أشخاص فنيين مثل المقاول الرئيسي والمهندس الاستشاري والمهندس التنفيذي للمشروع (1).

وقد نصت القوانين المقارنة على قواعد خاصة لمشاريع التطوير العقاري نظراً لأهميتها على اعتبارها عقوداً ذات طبيعة خاصة لها خصوصيتها وأحكامها المميزة. ويتعرض المشتري إلى مخاطر عدة فلذلك كان على المشرع مراعاة وضع أحكام الضمان المناسبة لكل مرحلة من مراحل التعاقد. وقد تحتوي هذه العقود الكثير من الإفراط في فرض شروط تعسفية حتى وإن كانت خاضعة لرقابة القضاء(2)، أو الزج بهذه العقود المدنية والتي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بأن تصبح عقود إذعان لا توفر الضمانات الكافية والمناسبة لطبيعة العقد المبرم بين المطور العقاري والمشتري (3). وعليه فإننا نتناول في أربعة فروع الأحكام الخاصة للمرحلة قبل التعاقدية وهي الترخيص الإداري وتنظيم الإعلان والالتزام بتبصير المشتري والاتفاق التمهيدي.

---

(1) أنظر حول هذا المعنى. أ.د محمد سعد خليفة مرجع سابق، ص 5 وما بعدها؛ د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص67.

(2) طعن تمييز رقم 114 لسنة 2005 بجلسة 2005/11/28 حيث قضت (وإذ كان ما تضمنته الوثيقة في هذا الخصوص ليس فيه ثمة تعسف ولا يتضمن مخالفة لأحكام القانون بما يتعين على المحكمة إعماله، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المطعون ضدها بقيمة الأجزاء التالفة من السيارة وأجور العمال بعد أن اعتبر أنها لم تهلك هلاكاً كلياً وهو ما يدخل في حدود سلطته التقديرية ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق.

(3) M .Dagot, p 426 à 790, et Jean Jacques PREA, Une garantieillusoire: La garantie intrinsèque de bonne fin en matière de vente d'immeuble à construire ,opcit, p 522.

الفرع الأول

الحصول على الترخيص الإداري

يجب قبل ممارسة أي نشاط منظم في الدولة، القيام بالحصول على التراخيص اللازمة لذلك المشروع وعادة ما تقوم بإصدارها جهة الإدارة دون تعسف (1). حيث أنه لا يتصور طرح مشروع التطوير العقاري قبل الحصول على الترخيص الإداري اللازم لممارسة هذا النشاط. وقد عنى المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني في هذا الجانب من ضرورة أن يقوم البائع أو المطور العقاري بإصدار الترخيص اللازم لممارسة النشاط.

أولا: شروط القيد في سجل التطوير العقاري والمطورين

أشار القانون الفرنسي إلى ضرورة الحصول على التراخيص الإدارية اللازمة للبدء في مشروع البناء في مشروع التطوير العقاري، من خلال قانون البناء والسكن الفرنسي المتعلق بتنفيذ قانون بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي (2).

---

(1) الطعن رقم211 لسنة 2011 جلسة 9 أبريل لسنة 2012 حيث قضت المحكمة على مؤدي نصوص المواد 2 و3 و4 و 5 و 6 من المرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 بإصدار قانون تنظيم المباني أن جهة الإدارة يتجلى دورها عند إصدار تراخيص الهدم أو البناء لصاحب الشأن في قيامها بمطابقة مشروع البناء والتصاميم الهندسية وصفة صاحب الطلب ومتى رأت أن الطلب قد استوفى جميع الشروط والمستندات المطلوبة وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية فإنها تقوم بإصدار الترخيص المطلوب، لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد أن المطعون ضدها الأولى – بلدية المنامة – أنها أساءت استعمال السلطة المخولة لها في شأن القرار المطعون عليه وكان الحكم المطعون فيه فيما أحال إليه من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده قد خلص إلى أن ما صدر من ترخيص من المطعون ضدها الأولى للمطعون ضده الثاني من هدم وإعادة العقار المبين بالأوراق كان تنفيذاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 بإصدار قانون تنظيم المباني ولائحته التنفيذية والمعدل بالمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1993 والذي أفصحت فيه الإدارة عن إرادتها بإصدار الإجازة محل القرار المطعون عليه.

(2) مادة رقم (R111-7) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

ونص كل من القانون الإماراتي والقانون البحريني صراحة على وجوب تسجيل المطور العقاري في سجل المطورين العقارين، قبل البدء في الإعلان وتنفيذ مشروع بيع العقار تحت الإنشاء.

ونصت المادة رقم 4 من قانون رقم 8 لسنة 2007 الإماراتي الخاص بإنشاء حساب التطوير العقاري على أنه (يعد بالدائرة سجل خاص يسمى سجل المطورين العقارين تقيد فيه أسماء المطورين العقارين المرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري في الإمارة ولا يجوز لأي مطور مزاولة ذلك النشاط ما لم يكن مقيداً في ذلك السجل ومرخصاً من الجهات المختصة وفق الشروط والتي يتم إصدارها بهذا الشأن).

ونلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الإماراتي قد قصر مهنة مزاولة أنشطة التطوير العقاري في إمارة دبي على المطورين الذين تصدر لهم رخصة التطوير العقاري فقط، كذلك يستفاد من نص هذه المادة أن المطور العقاري يجب عليه أيضا قبل البدء في مشروع التطوير العقاري استكمال التراخيص الإدارية المطلوبة بل جعل القانون من هذه التراخيص شرطا للبدء في المشروع (1).

ولم يختلف موقف المشرع البحريني عن موقف المشرع الإماراتي حيث أوجب قانون التطوير العقاري البحريني الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 2014 على الجهة المختصة وهي جهاز المساحة والتسجيل العقاري، كونها الجهة الرسمية في البحرين المعنية بتسجيل العقارات، وإصدار شهادات ووثائق ملكية للأفراد، أوجب عليها القانون أن تنشئ سجلاً خاصاً يسمى (سجل قيد مشاريع التطوير العقاري والمطورين)، وهذه الاشتراطات هي لحماية الحق في المرحلة السابقة لمرحلة إبرام العقد، بل إنها تكون سابقة أيضا على مرحلة الترخيص الإداري لمشروع البناء.

---

(1) نصت المادة 4 من القرار التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 الإماراتي الخاص بتنظيم السجل المبدئي في دبي على أنه (لا يجوز للمطور الرئيسي أو الفرعي البدء في تنفيذ المشروع أو بيع وحداته على الخارطة إلا في حال توافر ما يلي ج. الحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة).

وينص قانون تطوير القطاع العقاري الجديد على فكرة الترخيص الإداري للمطور قبل البدء في عملية التطوير العقاري. وذلك من خلال تكريس الترخيص الإداري لممارسة النشاط وأراد المشرع البحريني أن تكون مشاريع التطوير العقاري، وخصوصاً عقود بيع العقار تحت الإنشاء عملية سهلة ومنظمة تتسم بالوضوح منذ البداية. فكان هذا السجل مرجعا للمتعاقدين والمطورين العقاريين، يتم فيه تقييد المطورين العقاريين ومشاريع التطوير العقاري، كما يتم تقييد فيه أيضا جميع الحقوق العينية المتعلقة بهذه العقارات محل التطوير العقاري، وكذلك على المطورين باختلاف أنواع هذه الحقوق العينية، سواء كانت حقوق عينية أصلية، أم حقوق عينية تبعية. ويتبع سجل قيد البيع على الخريطة مؤسسة التنظيم العقاري، وهو مرتبط بجهاز المساحة والتسجيل العقاري بالوقت نفسه (1).

ولا يجوز بأي حال من الأحوال مزاولة نشاط التطوير العقاري داخل مملكة البحرين مالم يكن للمطور ترخيص صادر من الجهة المختصة وأن يكون قد سبق تقييده في ذلك السجل كما يشترط حصوله على ترخيص مسبق من قبل مؤسسة التنظيم العقاري. (مادة 3) قرار رقم 1 سنة 2018. ونصت المادة رقم 14 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أن (تمْسِك المؤسسة سجلاً يسمى "سجل المطوِّرين"، ويكون عبارة عن سجل ورقي أو إلكتروني تدوَّن فيه كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالمطوِّرين ويصدر قراراً من مجلس الإدارة بتحديد البيانات والمعلومات الواجب توافرها في السجل الورقي أو الإلكتروني، والضمانات اللازم توافُرُها في السجل، بما يكفل حماية البيانات والمعلومات المدوَّنة فيه، وبيان أية تغييرات تتم في هذه البيانات أو المعلومات) (2).

---

(1) ويرجع السبب في ذلك أن البيانات الخاصة بالعقارات المسجلة في مملكة البحرين إنما أسند المشرع بمهمة تسجيلها والحقوق المتفرعة والمترتبة عليها إلى جهاز المساحة والتسجيل العقاري. حيث نصت المادة رقم 10 من باب الأحكام العامة من القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون التسجيل العقاري في مملكة البحرين على (يتولى الجهاز أعمال التسجيل العقاري، وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذيا لهما).

(2) وقد صدر مؤخرا قرار رقم (1) لسنة 2018بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري يتناول الشروط الخاصة بترخيص المطورين العقاريين والوسطاء ووكلاء المبيعات. منشور بالجريدة الرسمية 3355 بتاريخ 2018/3/1.

وقد عنى القرار رقم 1 لسنة 2018 الصادر عن معالي رئيس مؤسسة التنظيم العقاري بالشروط الواجب توافرها للقيد في سجلات التطوير العقاري. أما فيما يتعلق بالرسوم المقررة لكل من طلبات القيد في سجلات التطوير العقاري فإن القرار رقم 5 لسنة 2018 قد أشار إلى إستمرار العمل بالرسوم الصادرة بموجب القرارات السابقة من تنفيذ القانون رقم 28 لسنة 2014(1).

ثانيا: تقديم ما يفيد حصول المطور على ترخيص مزاولة التطوير العقاري

بينت اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري رقم 28 لسنة 2014، وهو القرار رقم 25 لسنة 2015، الشروط الواجب توافرها للقيد في سجلات قيد مشروع التطوير العقاري والمطورين، وهي أن يقدم طالب القيد في السجل ما يفيد حصوله على ترخيص بمزاولة أعمال التطوير العقاري، فضلاً عن ذلك، يجب على المتقدم للقيد في سجل قيد هذه المشاريع أن يقوم بسداد الرسم المقرر لذلك.

وعلى هذا الإجراء لدى المشرع البحريني، هي إضافة جديدة للقواعد في حماية مشاريع التطوير العقاري المقررة في المرحلة قبل تعاقدية بالإضافة إلى القواعد الأخرى التي من شأنها إسباغ الحماية على مشروع التطوير العقاري. فلا يمكن أن يدع المشرع كل شخص أن يبرم عقد بيع التطوير العقاري، والإعلان عن هذه المشاريع، قبل أن تتأكد جهة الإدارة من كون هذا المطور العقاري على قدرة وكفاءة من إنجاز مشروع التطوير العقاري. ويجب أن يقدم طالب القيد في هذا السجل على أنموذج قد أعد مسبقاً من قبل الإدارة المختصة في جهاز المساحة والتسجيل العقاري لهذا الغرض، مشفوعاً بمجموعة من المستندات قد حددت مسبقا من قبل إدارة التسجيل العقاري، بعد سداد الرسم المقرر لذلك واستلام إيصال يفيد بدفع الرسم. بعد ذلك تقوم إدارة التسجيل العقاري بدراسة الطلب فإذا ما وافق الطلب الشروط المنصوص عليها فإنها يجري إخبار طالب القيد في السجل بتمام الإجراءات وإعطاءه ما يفيد قيده في سجل مشاريع التطوير العقاري والمطورين الخاص بجهاز المساحة والتسجيل العقاري.

---

(1) منشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 3355 في يوم الخميس الموافق 1 مارس 2018

ويبدو أنه لا توجد هناك مدة معينة للرد على طلب القيد في وقت محدد على وجه الدقة في ظل القانون القديم، وبالتالي فإنه لابد أن تكون هذه المدة معقولة كافية لدراسة الطلب من الجهة المختصة وألا تكون على قدر من التأخير بحيث يؤثر سلباً على طالب الترخيص أو على حركة التطوير العقاري بشكل عام في مملكة البحرين.

أما بالنسبة للقانون الحالي الخاص بتنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين فإن المادة رقم 11 من القرار رقم 1 لسنة 2018 الصادر من معالي رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري والذي ينص على أنه يجب على مؤسسة التنظيم العقاري البت في طلب الحصول على الترخيص خلال خمسة أيام من تاريخ تقديم الطلب حيث نصت على (تقوم المؤسسة بدراسة الطلب بعد استيفاء جميع المستندات والبيانات المطلوبة، وتُصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال خمسة أيام من تاريخ تقديم الطلب.وفي حالات رفض الطلب يجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ويُعتبَر انقضاء هذه المدة دون رد بمثابة رفْضاً ضمنياً للطلب ولطالب الترخيص التَّظَلُّم من القرار الصادر برفْض طلبه وفقاً للضوابط المنصوص عليها في القانون).

ثالثا: البيانات الواجب قيدها في السجل

بينت المادة رقم 9من القرار رقم 2 لسنة 2018 البيانات الواجب قيدها في هذا السجل فهي كالاتي:

1. بيانات الترخيص.
2. البيانات المتعلقة بمطور المشروع، والمطور الفرعي إن وجد، وحقوقه والتزاماته تجاه المطور الرئيسي والتي من شأنها أن تؤثر في حقوق والتزامات المشترين .
3. البيانات والخطط والمواصفات والتصاميم والرسوم المتعلقة بالمشروع.
4. أي توجيه أو تقييد أو اشتراط أو تدبير أو عقوبة صادرة من المؤسسة أو أية جهة مختصة تتعلق بالمشروع.
5. البيانات والتفاصيل المتعلقة بحساب الضمان أو أية ضمانات مالية أو طرق تمويلية تتعلق بالمشروع.

6. الحقوق العينية الأصلية والتبعية المترتبة على المشروع، وما قد يطرأ عليه من تغيير أو على ملكيته أو على المطورين القائمين به أو غير ذلك من مسائل.

ويجب على المؤسسة أن تخطر المطور بأي تعديل على البيانات والمعلومات المتعلقة بمشروعه والمقيدة في السجل وذلك خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل.

ويجب على المطور إخطار المؤسسة، وفقا للنموذج المعد لذلك، بأية بيانات أو معلومات غير صحيحة أو غير دقيقة مقيدة في السجل وذلك خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام عمل من تاريخ علمه بذلك .

كما يكون السجل متاحاً للاطلاع عليه من الجمهور واستخراج صورة مصدَّقة من البيانات والمعلومات المقيَّدة فيه أو شهادة سلبية بعدم إدراج أمر معيَّن فيه وذلك بعد سداد الرسوم المقرَّرة.

رابعاً: جزاء المخالفة لعدم القيد في سجل التطوير العقاري والمطورين

قد يتبادر إلى الذهن ما هو حكم القانون لو أن المطور العقاري قد شرع في عملية التطوير العقاري دون الحصول على إذن مسبق بالقيد في سجلات جهاز المساحة والتسجيل العقاري والسجلات الخاصة بمؤسسة التنظيم العقاري، وما هو الجزاء القانوني المترتب على العقود التي يتم إبرامها دون الحصول على هذا التصريح بالقيد؟

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يشترط قيد مشاريع التطوير العقاري والبيع على الخارطة على وجه الخصوص في سجلات خاصة معدة لذلك لدى الجهات المختصة لتسجيل العقارات، واكتفى المشرع الفرنسي أن تكون عقود بيع العقارات تحت الإنشاء عقود شكلية استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالرضائية في العقود (1) مادة 1583 مدني فرنسي وأيضا نصت على ذلك المادة رقم 7 من قانون 3 يناير 1967.

أما بالنسبة للمشرع البحريني في قانون التطوير العقاري يمكن ملاحظته في هذا في نص المادة 11 إذ إن المادة السالفة الذكر قد رتبت البطلان على العقود التي لم يتم تسجيلها في سجل قيد البيع على الخريطة ولم يعقب المشرع البحريني إضافة إلى البطلان غرامات مالية على المطور العقاري.

كما يلاحظ أنه سجل قيد بيع مشاريع التطوير العقاري يختلف عن سجل قيد مشاريع التطوير العقاري، فالأول يعنى بقيد العقود والمعاملات الناتجة عن مشروع التطوير العقاري، أما بالنسبة للسجل الثاني فيتم تقييد فيه مشاريع التطوير العقاري فقط وموقعها والمعلومات الضرورية عنها بحيث تكون مرجع للمتعاملين في هذه المشاريع.

كما أن سجل قيد البيع على الخريطة يأتي في مرحلة لاحقة على القيد في سجل التطوير العقاري المنصوص عليه في المادة رقم 3 من قانون التطوير العقاري. فهو يختص فقط في مشاريع التطوير العقاري المتعلقة بالبيع على الخارطة، أما السجل المنصوص عليه في المادة 3 من قانون التطوير العقاري، فهو سجل عام لمشاريع التطوير العقاري أي كانت طبيعتها سواء كانت بيع على الخارطة أو التأجير المنتهي بالتمليك أو المساطحة (1).

ومن خلال ذلك نلاحظ أن هذا التأكيد الذي ورد في المادة رقم 3 والمادة 11 هي من قبيل الضمانات المبالغ فيها، والتي أتى بها المشرع البحريني على عكس واقع التشريع في القوانين المقارنة، مثل القانون الفرنسي والقانون الإماراتي، وأن هذه المبالغة في الضمانات وتشعب إجراءات التسجيل وتكراراها وإن كانت في الأساس مقررة لضمان مشروع التطوير العقاري ونجاحه، إلا أن هذا التشعب قد ينعكس سلباً على عملية التطوير العقاري في مملكة البحرين، خصوصاً عندما يكون التسجيل متكرر لدى نفس الجهة.

---

(1) عرفت المادة رقم 1 من قانون رقم 28 لسنة 2017 المساطحة على أنها (حق عيني عقاري يخول صاحبه الحق في إقامة منشآت أو أبنية على ارض الغير لمدة محددة)، وأفرد المادة رقم 78 للحديث عن أحكامه حيث أنه لا يجوز أن تزيد مدة المساطحة عن تسع وتسعين سنة. وقد عرفه المشرع الإماراتي من نص المادة 1353 من قانون المعاملات المدنية على أنه (المساطحة حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو أغراس على أرض الغير).

وقد تبنى المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 نظاماً مزدوجاً في التسجيل، حيث أصبح التسجيل مزدوج بمعنى أن مشروع التطوير العقاري يجب أن يقيد في مشاريع السجلات الخاصة للمطورين والمرة الثانية التسجيل في السجلات الخاصة بمشاريع التطوير العقاري(1).

وأرى أنه يتوجب على مؤسسة التنظيم العقاري دمج هذه الإجراءات في إجراء واحد فقط، ويسمى التسجيل، وذلك بغية في جذب المطورين العقارين لتصحيح أوضاعهم، فضلا عن توفير كلفة رسوم تسجيل كل معاملة.

خامساً: الحصول على ترخيص التطوير العقاري

الترخيص الإداري هو أحد الضمانات الإدارية المهمة في مرحلة ما قبل إبرام عقود مشاريع التطوير العقاري، ولم يقدم قانون التطوير العقاري وقانون البيع تحت الإنشاء في فرنسا أو البحرين أو الإمارات أو اللوائح التنفيذية ذات الصلة التنفيذية له تعريف محدد للترخيص الإداري الخاص بممارسة أنشطة التطوير العقاري. وعليه فإنه يجب الرجوع للقواعد العامة عند محاولة وضع تعريف مناسب للترخيص الإداري الخاص بأعمال التطوير العقاري.

1: الترخيص الإداري والترخيص التجاري لممارسة نشاط التطوير العقاري

ونبين هنا الفرق بين الترخيص الإداري والترخيص التجاري بممارسة أنشطة التطوير العقاري في مملكة البحرين، والخاضعة لقانون السجل التجاري بموجب مرسوم بقانون رقم (27) لسنة 2015، بشأن السجل التجاري(1)، كما أن هذا الترخيص يختلف أيضا عن إجازة البناء التي تصدر من الجهة المختصة في المركز البلدي الشامل.

---

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3230، يوم الخميس الموافق 8 أكتوبر 2015

(2) يراجع في ذلك نص المادة 18 و19 من القانون رقم 27 لسنة 2017 حيث نصت المادة 18 منه على ضرورة حصول المطور العقاري على ترخيص المشروع كما نصت المادة 19 منه على إنشاء سجل مشاريع البيع على الخريطة.

أ. الترخيص الإداري لدى المشرع الفرنسي

ويمكن تعريف الترخيص الإداري على انه الإذن الذي يمنح للأفراد من قبل الدولة للسماح لهم بممارسة نشاط معين، وتتدخل الدولة في وضع القيود لممارسة هذا النشاط بواسطة الإجازة (1).

إن الهدف الرئيسي من فكرة الترخيص الإداري هي التأكد من منح هذه الإجازة لم يكون لديه القدرة على إتمام مشاريع التطوير العقاري، وفقا لمقتضيات واعتبارات لدى الجهة المانحة للترخيص (2).

وعند الرجوع لنصوص القانون الفرنسي لقانون بيع العقار تحت الإنشاء فإنه لا نجد ما يشير إلى ضرورة حصول المطور العقاري على الترخيص الإداري، على عكس المشرع البحريني الذي أولى مسألة الترخيص الإداري أهمية بالغ وأشترط الحصول عليها تقديم المطور العقاري مجموعة من المستندات.

وأشترط المشرع الفرنسي ضمن النصوص العامة في نطلق الحماية بشكل عام، ضرورة حصول المطور العقاري على إجازة بناء بشكل عام لبدء مشروع التطوير العقاري ونص على هذا الأذن قانون البناء والسكن الفرنسي (3).

ومن الجدير بالذكر هنا أن بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع الفرنسي وإن كان يخضع لقانون خاص تم إصداره بمناسبة ذلك إلا أنه يمكن أن تستخلص الأحكام الخاصة بممارسة هذا النشاط من الأحكام العامة لقانون البناء الفرنسي إذ لا يوجد ما يمكن إضافته بالنسبة لهذا الجانب التنظيمي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1) عبد الأمير علي موس النظام القانوني للترخيص أو الإجازة في التشريع العراقي رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد1981 ص78، نقلا عن الدكتورة سيبل جعفر حاجي مرجع سابق ص 68.

(2) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص99 وكذلك د. سيبل جعفر، مرجع سابق، ص 69.

(3) المادة رقم (R111-7) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

ب-الترخيص الإداري لدى المشرع البحريني

وقد عرف المشرع البحريني ترخيص التطوير العقاري على أنه (الموافقة النهائية المكتوبة الصادرة عن المؤسسة لطالب الترخيص لمزاولة أيّ من أنشطة القطاع العقاري) (1).

أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني في القانون الملغي فقد نصت المادة 4 من القانون رقم 28 لسنة 2014 المنظم لمشاريع التطوير العقاري على أن ينشا بالجهة المختصة، سجل يسمى سجل قيد مشاريع التطوير العقاري والمطورين يقيد فيه المطورين ومشاريع التطوير العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية المترتبة عليها وما قد يطرأ من تغيير أو على ملكيتها أو على المطورين القائمين بها وتبين اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات القيد في هذا السجل.

كما نصت المادة رقم 18 من قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 على (لا يجوز للمطوِّر البدء في مشروع بيع على الخريطة أو عرض وحدات على الخريطة إلا بعد الحصول على ترخيص لمشروع البيع على الخريطة وقيده في السجل المشار إليه في المادة رقم 19 من هذا القانون.

ونفاذاً لهذه القواعد فقد صدر القرار رقم 2 لسنة 2018 الخاص بشأن تراخيص مشاريع التطوير العقاري وتناول في الفرع الثالث منه على صلاحية مؤسسة التنظيم العقاري في إصدار التراخيص حيث نصت المادة 6 من القرار على (تقوم المؤسسة بدراسة طلب الترخيص بعد استيفاء جميع المستندات المطلوبة، وتُصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال أربعين يومًا من تاريخ تقديم الطلب مرفقا به المستندات كاملة.وفي حالات رفض الطلب يجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ويُعتبَر انقضاء هذه المدة دون رد بمثابة رفْضا ضمنيا للطلب.ولطالب الترخيص التَّظَلُّم من القرار الصادر برفْض طلبه وفقاً للضوابط المنصوص عليها في القانون).

---

(1) مادة رقم 1 من قرار رقم (1) لسنة 2018بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري كما عرفت ذات المادة طالب الترخيص على أنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يتقدم بطلب إلى المؤسسة للحصول على ترخيص لمزاولة أيّ من أنشطة القطاع العقاري).

كذلك هو بالنسبة للمشرع الإماراتي أيضا الذي نص على إنشاء سجل المطورين العقارين بموجب القانون رقم 8 لسنة 2007 حيث نصت المادة 4 منه (يعد بالدائرة سجل خاص يسمى "سجل المطورين العقاريين" تقيد فيه أسماء المطورين المرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري بالإمارة، ولا يجوز لأي مطور مزاولة ذلك النشاط ما لم يكن مقيداً في ذلك السجل ومرخصاً من الجهات المختصة وفق الشروط التي تصدرها بهذا الشأن).

2: شروط الحصول على الترخيص الإداري

نصت المادة 5 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على أن يقدم طلب بالحصول على الترخيص إلى المؤسسة واشترطت المادة للحصول على هذا الترخيص أن يقوم المطور العقاري توفير ما يلي:

أ – وثيقة ملكية (1)، العقار أو ما يقوم مقامها–شهادة الملكية المؤقتة–باسم مشروع التطوير العقاري المزمع إنشاؤه خالية من أية حقوق عينية أو بموافقة أصحاب الحق العيني على البدا في تنفيذ المشروع وبيع وحداته.

ب–ترخيص تنفيذ المخطط الرئيسي للمشروع وترخيص البناء وفقا لأحكام قانون تنظيم المباني ويعتبر هذا من الشروط البديهية لطلب ترخيص التطوير العقاري ويخضع هذا الشرط للقواعد العامة المنصوص عليها لدى المشرع البحريني وكما يخضع أيضا للقرارات التي تصدرها الجهة المختصة في وزارة البلديات والتي تنظم تراخيص البناء والرسوم المقررة عليها.

---

(1) لم يعرف قانون تنظيم القطاع العقاري وثيقة الملكية وتعريف وثيقة الملكية حسب قانون التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 2013 (هي السند الذي يصدره الجهاز–جهاز المساحة والتسجيل العقاري–ويثبت حق ملكية العقار).

(2) لم يعرف قانون تنظيم القطاع العقاري ولا قانون التسجيل العقاري شهادة الملكية المؤقتة ولكن بموجب نص المادة 7 من قانون التسجيل العقاري يجوز لرئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري تحديد الشهادات التي يمكن تسليمها لذوي الشأن ومنها شهادة الملكية المؤقتة، إلا أن المادة 39 من قانون التسجيل العقاري أشارت إلى أنها تقوم مقام وثيقة الملكية في إثبات الملكية.

ويلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع اشترط أن تكون وثيقة الملكية، أو الشهادة المؤقتة لإثبات الملكية، مقيدة باسم مشروع التطوير العقاري. وأرى ألا تكون ملكية العقار باسم مشروع التطوير العقاري على الوجوب، بل يمكن أن تكون ملكية العقار تعود لشخص طبيعي مالك الأرض، أو لمؤسسة تجارية، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من المضي في إصدار تراخيص لمشاريع التطوير العقاري حتى وإن لم يكن العقار مقيداً لدى إدارة التسجيل العقاري باسم مشروع التطوير العقاري، كما أن الأخذ بحرفية النص يكون سبباً في إثقال كاهل المطورين العقارين برسوم نقل الملكية، وإجراءات التسجيل باسم مشروع التطوير العقاري المزمع إقامته.

وقد يكون العقار مثقل بأحد الحقوق العينية سواء كانت الأصلية مثل حق السكنى أو الارتفاق، أو من الحقوق العينية التبعية مثل الرهن التأميني، ولذلك أشارت المادة رقم 5 أنه يجب الحصول على الموافقة من قبل أصحاب الحقوق العينية التي تقع على العقار.

ج-تعهد كل من المطور الرئيسي والمطور الفرعي بالبدء في تنفيذ مشروع التطوير العقاري خلال المدة المحددة الصادر بها الترخيص ويتعهد كل من المطور الرئيسي والمطور الفرعي مجتمعين أو منفردين حسب ظروف العقد.

هـ-كتاب مهندس استشاري بتحديد القيمة التقديرية لتكلفة مشروع التطوير العقاري معتمد من مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية

والهدف من هذا الشرط هو ضمان حساب تكلفة المشروع من قبل جهة الاختصاص من المهندسين(1)، كذلك يهدف أيضا إلى ضمان حسن تنفيذ المشروع إذ أن معرفة ودقة حساب تكاليف المشروع مسبقاً تعتمد على نجاح مشروع التطوير العقاري.

---

(1) نظم المرسوم بقانون رقم (17) لسنة 1982في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية في مملكة البحرين وهو صادر بتاريخ 1982/5/13 ومنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 1487 وصدرت عليه تعديلات كثيرة إلى أن تم إلغائه بموجب القانون رقم 51 لسنة 2014 المتعلق بتنظيم مزاولة المهن الهندسية الصادر بتاريخ 2014/9/22 المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3175.

ويؤخذ على نص هذه المادة أن المشرع البحريني قد تشددت في منح هذه الضمانات، إضافة إلى مجموعة من الشروط الواجب توافرها في طلبات القيد في سجل مشاريع التطوير العقاري، والتي تتسم بالتعقيد والتشعب قد أثرت بالفعل على حجم التطوير العقاري في البحرين على عكس المرجو منه من إصدار قانون التطوير العقاري.

3: جزاء ممارسة نشاط التطوير العقاري قبل صدور الترخيص

لم ينص المشرع الفرنسي عند تنظيمه قانون بيع العقار تحت الإنشاء على الجزاءات المقررة لمخالفة شروط التطوير العقار والبناء، حيث لم يكن هناك جديد فيما يتعلق من ضرورة الحصول على ترخيص البناء حسب القواعد العامة المنظمة لقانون العمران الفرنسي.

وقد رتب القانون الفرنسي المسؤولية الجنائية على البائع الذي يقوم بأعمال البناء (2) من دون ترخيص، وذلك في المادة (480/4) والمادة رقم (160/الفقرات من 1-4) من قانون العمران الفرنسي (1). وتكون العقوبات في مخالفة قانون العمران الفرنسي مزدوجة، فهي تجمع بين الغرامة المالية التي تتراوح بين 1200 يورو إلى 6000 يورو حسب المتر المربع من المخالفة، والحبس لمدة 6 أشهر أو بأحدي هاتين العقوبتين (3).

كما أن المشرع الفرنسي احتسب قيمة المخالفة تبعا لقيمة المتر المربع من البناء بحيث كلما زادت مساحة البناء المخالفة ارتفعت قيمة المخالفة المقررة على المطور المخالف.

---

(1) الدكتورة سيبل جعفر، مرجع سابق، ص74.

(2) وتطابق موقف المشرع الجزائري مع موقف المشرع الفرنسي فيما يتعلق من فرض عقوبات جنائية عند ممارسة البناء بدون ترخيص لأنه يعد مخالفة حسب قانون التعمير الجزائري في المادة 77 وهذه الغرامة تتراوح بين 3000 دينار جزائري إلى 300,000 دينار جزائري، وتأكيداً لهذا الحظر جاءت المادة 50 من المرسوم التشريعي رقم 94-7 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري ممارسة الهندسة المعمارية في تحديد ماهية الأفعال المحرمة ونص على أنها 1- تشييد بناية بدون رخصة بناء.

(3) نص المواد رقم L.480-1 إلى L.480-9 من قانون العمران الفرنسي رقم 7 لسنة 1957.

أما بالنسبة للمشرع البحريني، فقد وضع جزاء في حال مزاولة أنشطة التطوير العقاري في مملكة البحرين دون الحصول على التراخيص اللازمة لذلك، أو دون القيد في سجلات المطورين العقارين في جهاز المساحة والتسجيل العقاري وسجل مؤسسة التنظيم العقاري. ونصت المادة رقم (106 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على (يعاقَب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار بحريني ولا تجاوز خمسين ألف دينار بحريني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من:

1.أنشأ أو أدار منشأة لمزاولة أنشطة أو مشاريع التطوير العقاري بدون ترخيص.

2. قام بأنشطة القطاع العقاري والتطوير العقاري بدون الحصول على ترخيص بشأنها.

كما أن المشرع البحريني لم يقتصر فقط على النص بالعقوبة الجنائية للأشخاص فقط. بل ترتبت هذه المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري أيضا.

وقد نصت المادة 107 من قانون تنظيم القطاع العقاري على (مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية للشخص الطبيعي، يعاقَب الشخص الاعتباري جنائياً إذا ارتُكِبت باسمه أو لحسابه أو لمنفعته أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (106) من هذا القانون، وكان ذلك نتيجة تصَرُّف أو امتناع أو موافقة أو تَستُّر أو إهمال جسيم من أيّ عضو مجلس إدارة أو أيّ مسئول مفوض آخر – في ذلك الشخص الاعتباري – أو ممن يتصرف بهذه الصفة، بغرامة لا تقل عن ألفي دينار بحريني ولا تجاوز مائة ألف دينار بحريني).

وقد ثار الجدل الفقهي حول جواز مسؤولية الأشخاص المعنوية الجنائية، وملخص القول إن هناك اتجاهين اتجاه يرى بإنكار هذه المسؤولية الجنائية بالنسبة للأشخاص المعنوية، واتجاه يرى بالاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية. (1).

---

(1) أنظر حول هذا الموضوع د. علاء ذكي، المسؤولية الجنائية لمهندسي البناء والمقاول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، 165-185.

ورتبت المادة المذكورة الغرامة فقط، في حين يجب أن تشمل العقوبة الغرامة والحبس بالنسبة للأشخاص المذكورين في المادة السابقة، وأن النص على الغرامة فقط في هذه الحالة، قد يمكن أعضاء مجالس إدارة الشركات العقارية المخالفة للإفلات من العقوبة مقابل دفع الغرامات النقدية فقط.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الإماراتي فقد نصت المادة رقم (16) في الفصل الرابع من القانون رقم 8 لسنة 2007 والمتعلق بحساب ضمان عملية التطوير العقاري في إمارة دبي نص في البند المتعلق بالجزاءات على (مع عدم الإخلال بأية عقوبات أشد منصوص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب بالحبس أو الغرامة التي لا تقل عن 100,000 درهم أو بأحد هاتين العقوبتين كل من:

1. زاول نشاط التطوير العقاري في الإمارة بدون ترخيص (1).

ونلاحظ على نص هذه المادة بمقارنته مع النص في القانون البحريني، أن المشرع الإماراتي حسناً فعل عندما لم ينص على سقف أعلى للغرامة، بل جعله مفتوحاً لكي يتناسب مع جسامة المخالفة، وتقديرها حسب كل مشروع على حدة. ففي بعض المشاريع والتي تقدر قيمتها بالملايين فإن الغرامة في النص البحريني المقدرة كحد أقص مائة ألف دينار لن تكون مؤثرة مالم يتم إتخاذ قرار إداري بشطب المطور من سجل المطورين.

---

(1) وفي ذلك القرار الصادر من محاكم التمييز في دبي رقم 1 لسنة 2010 المنظور بجلسة 2011/2/6 والذي جاء فيه (وأنه بمراجعة الدوائر المختصة تبين أن المدعى عليها لا تعمل كمطور عقاري ولا في مجال الوساطة العقارية وليست مسجلة في سجلات الوسطاء العقاريين...)، وكذلك ينظر حكم محكمة عجمان الاتحادية في القضية رقم 2010/545 حيث أشار الحكم إلى (وإن المدعى عليها لم تحصل على ترخيص المشروع ولم تقم بالبدء في تنفيذ المشروع وأن نسبة الإنجاز هي 0% وأن المدعين قد سددوا للمدعى عليها مبلغ 385,437 درهم وبالتالي فإن الإخلال راجع للمدعى عليها حيث أن أرض المشروع مازالت فضاء ولم تحصل المدعى عليها على التراخيص المطلوبة ولكل ما تقدم حكمت المحكمة بفسخ عقد البيع وإلزامها بأن تؤدي مبلغ المطالبة والفائدة بواقع 5% سنويا من تاريخ المطالبة القضائية. مشار إليه لدى د. سيل حاجي مرجع سابق، ص 71.

الفرع الثاني

ترخيص الإعلان

يشكل العرض والإعلان (1)، في مختلف وسائل الإعلان المرئية والمسموعة والمقروءة، أهمية بالغة في تسويق المشاريع الخاصة بالتطوير العقاري، كما يشكل الإعلان والدعاية بصفة عامة مرحلة مفصلية ومهمة في طرح هذا المشروع على المستثمرين لتسويقه.

وتحظى هذه الإعلانات على قدر كبير من الأهمية، ويحرص عادة المطورون العقاريون على توخي الصدق والبيان في عرض مشاريعهم وعلى ما تحتويه هذه المشاريع من خدمات مستقبلية في مشروع التطوير العقاري.

وكما يعد عدم تطابق المبنى مع العرض المقدم من المطور العقاري، أهم تحدي وأكبر عقبة تواجه الزبون أثناء إبرامه لعقد بيع العقار تحت الإنشاء، لذلك كان من المجدي أن يقوم المشتري بالبحث عن المطورين العقارين الذين سبق لهم إقامة المشاريع التطويرية في مملكة البحرين، والتأكد من مطابقة مواصفات المباني المقامة من قبل هؤلاء المطورين العقارين مع ما تم الاتفاق مسبقا عليه معهم، فضلاً عن التأكد من قيام المطور العقاري باستيفاء جميع التراخيص المطلوبة لبدء عملية البناء والتسويق.

---

(1) يعرف الإعلان على أنه (النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تغيير نفسي على الجمهور بقصد تحقيق أهداف تجارية) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة, 1991، ص3.مشار إليه لدى د. رضا وهدان، مرجع سابق، ص19.

(2) صدر مؤخرا. قرار رقم (1) لسنة 2018بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري بتاريخ 2018/3/1 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 3355 والذي يتناول بصفة عامة فئات طالبي الترخيص والشروط الواجبة توافرها لدى المطور العقاري والوسيط العقار ووكيل المبيعات، كما تضمن القانون فترات ومدد الترخيص وكيفية تجديدها وكما أشار القرار إلى كيفية التظلم من قرارات الصادرة عن مؤسسة التنظيم العقاري في حالة رفض طلب الترخيص كما بين القرار الحالات التي تخول مؤسسة التنظيم العقاري إلغاء الترخيص.

لقد جرى العرف فيما يتعلق بالإعلان عن مشاريع التطوير العقاري بعرض المجسمات الثلاثية الأبعاد على المستهلكين (1)، والتي توضح الشكل المستقبلي للبناء بعد التقدم في أعمال البناء. كما أن هذه المجسمات تحاكي الواقع الذي سوف يكون عليه المشروع مستقبلاً. وعادة ما تكون هذه المجسمات على قدر كبير من الدقة والاحترافية بحيث تقوم بعرض الخدمات التي يتكون منها المشروع، وعرض مبسط لمساحات الوحدات العقارية المزمع إقامتها، فضلاً عما تحتويه هذه المشاريع من خدمات خارجية كالحدائق والمسابح والمواقف وغيرها، مما يساهم في تكوين صورة شاملة للمشتري المقبل على الشراء في هذه المشاريع.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي في مسألة تنظيم الإعلان والتسويق لمشاريع التطوير العقاري، فلا يوجد نص خاص في قانون 3 يناير 1967 فيما يتعلق بتنظيم الإعلان عن مشاريع البيع على الخريطة أو تجريمها. ولكن بصورة عامة أن المشرع الفرنسي قد سن قوانين تحكم وتنظم الإعلان والتسويق عن المنتجات بشكل عام.

حيث قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون يجرم الإعلانات الكاذبة حتى دون اشتراط سوء النية فيكفي لتجريم الفعل ألا يتطابق الإعلان مع الواقع وذلك بموجب نص المادة 44 من التشريع الصادر في 27 ديسمبر 1973. وكما نص أيضا على ضوابط الإعلان والجزاء المتعلق بمخالفتها في القانون رقم 23 لسنة 1978 وذلك في الفصل الخامس منه حيث خصصه للإعلانات الكاذبة، وتلك التي تحتوي على تضليل (2). كما تطلب وصفاً دقيقاً للعقار في الإعلان الخاص في المادة رقم 7 من قانون 3 يناير لسنة 1967، مثل موقع ومساحة العقار الذي سيشيد عليه المبنى والوصف الإجمالي للعقار وأوصاف الوحدة السكنية والمواد المستخدمة.

---

(1) عرفت المادة رقم 1 من القانون رقم 35 لسنة 2012 الخاص بإصدار قانون حماية المستهلك البحريني منشور بالجريدة الرسمية في العدد رقم 3063 بتاريخ 2012/8/2 المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له).

(2) للمزيد حول تاريخ إصدار القوانين الفرنسية فيما يتعلق بحماية المستهلك هذا الموضوع يراجع في ذلك د. سيبل جعفر، مرجع سابق، هامش الصفحة 79.

أما المشرع البحريني فقد أفرد مادة كاملة بعنوان الإعلان (1)، وهي المادة رقم 28 من قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني حيث نصت المادة على (يُحظَر على المطوِّر أو المرخَّص له بمزاولة الوساطة العقارية الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية وبأية وسيلة إعلانية بما في ذلك الجرائد والمواقع الإلكترونية أو المشاركة في المعارض داخل المملكة أو خارجها، للترويج لبيع الوحدات العقارية على الخريطة إلا بعد تمام قيْد تلك الوحدات في السجل المشار إليه في المادة السابقة من هذا القانون، والحصول على ترخيص بالإعلان من المؤسسة والجهات المعنية) (2).

ويلاحظ هنا أن عملية القيد في السجل المنصوص عليه في المادة 27 من القانون رقم 27 لسنة 2017، وليس القصد من القيد في سجلات التسجيل العقاري، والسبب في ذلك أن القيد في سجلات التسجيل العقاري بالنسبة للوحدات المباعة تحت الإنشاء إنما يأتي بعد الإنجاز التام للمبنى، وهذا لا يتصور في مرحلة الإعلان عن المشروع.

وحظر المشرع البحريني بيع هذه الوحدات أو الإعلان عنها قبل الحصول على التراخيص اللازمة لذلك. وقد قرن هذا الحظر بعقوبة مالية إضافة إلى عقوبة الحبس، وقد أحسن المشرع البحريني عندما حدد جزاء صارم لكل مطور عقاري يقوم بالتسويق والإعلان عن المشروع دون الحصول على إذن بذلك (3).

---

(1) وقد نظم المشرع البحريني مسألة الإعلان حسب القواعد العامة بموجب المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1973 بشأن تنظيم الإعلانات والضوابط المتعلقة بها، ولم يدع هذه الإعلانات وسيلة لتغرير بالمشترين في مشاريع التطوير العقاري بل وضع الجزاء الصارم لأية تضليل من قبل المعلن تجاه الزبون.

(2) د. علاء حسين علي مرجع سابق، ص101.

(3) المادة رقم 28 من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين.

(4) حيث نصت المادة رقم 106 من قانون تنظيم القطاع العقاري (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار بحرني ولا تجاوز خمسين ألف دينار بحريني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من 3. باع أو عرض للبيع وحدة عقارية على الخريطة دون قيدها في سجل قيد البيع على الخريطة).

وتكون مهمة إصدار الضوابط المتعلقة بالإعلان والمشاركة بالمعارض هي من اختصاص مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري. وقد استثنى المشرع البحريني من شروط الإعلان بعض المشاريع الصغيرة التي سوف يصدر بها لاحقا قرارات من قبل مؤسسة التنظيم العقاري. ولم يبين القانون طبيعة هذه المشاريع (1). وحسناً فعل المشرع عندما نص على بعض الاستثناءات خصوصاً بالنسبة لتلك المشاريع التي قد تلبي الاحتياجات السكانية في مملكة البحرين، وتسهل من عمل المطورين العقارين شرط أن تكون هذه المؤسسات قد وفقت أوضاعها القانونية، حسب الاشتراطات المنصوص عليها في قانون تطوير القطاع العقاري.

ومع صدور القرار رقم 2 لسنة 2018 تناول الفصل الرابع من القرار مسالة الإعلان بشيء من التفصيل حيث أستحدث المشرع البحريني نظام للإعلان يسبق ترخيص الإعلان نفسه وهو أقرب ما يكون من رخصة بحث ميداني لبحث مدى فرص نجاح المشروع حيث نصت المادة رقم 12 من القرار على (يجوز للمطور قبل حصوله على رخصة المشروع، أن يطلب من المؤسسة رخصة إعلان بحث ميداني وفقا للنموذج المعد لذلك، على أن يكون مصحوباً بالبيانات والمستندات الآتية:

1. المخطط الرئيسي المعتمد.
2. تفاصيل رخصة المطور.
3. وصف المشروع، ويشمل الآتي:

أ) استخدام الأرض.

ب) ارتفاع البناء .

ج) المراحل المتوقعة للبناء.

د) المرافق المتوقع توفرها.

4) وصف المشروع بالحملة الإعلانية المزمع تنفيذها ووسائل الإعلام المستخدمة بالشكل المعتمد من قبل المؤسسة).

كما نصت المادة رقم 14 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على أن تنقضي مدة رخصة البحث الميداني بانقضاء تسعة أشهر من تاريخ صدورها حيث نصت على أن (تقوم المؤسسة بدراسة طلب ترخيص إعلان البحث الميداني بعد استيفاء جميع المستندات المطلوبة، وتُصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال 5 أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب مرفقا به المستندات كاملة. وفي حالات رفض الطلب يجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ويُعتبَر انقضاء هذه المدة دون رد بمثابة رفْضاً ضمنياً للطلب. ولطالب الترخيص التَّظَلُّم من القرار الصادر برفْض طلبه وفقاً للضوابط المنصوص عليها في القانون).

ولم يختلف موقف المشرع الإماراتي لما ورد لدى المشرع البحريني، حيث نصت المادة رقم 5 من قانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري في دبي على أنه (لا يجوز للمطور الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية، أو المشاركة في المعارض المحلية أو الخارجية للترويج لبيع وحدات أو عقارات على الخارطة، إلا بعد الحصول على تصريح خطي من الدائرة، ويصدر المدير العام القرارات اللازمة لتنظيم شروط الإعلان في وسائل الإعلام والمشاركة بالمعارض).

ويتضح لنا من جميع ذلك أن المشرع الفرنسي والمشرع البحريني والمشرع الإماراتي قد نظموا مسألة الإعلان لبيع العقارات تحت الإنشاء، منها ما تم تنظيمه بواسطة قوانين عامة مثل المشرع الفرنسي، ومنها ما كان مخصص لغرض بيع العقارات تحت الإنشاء مثل المشرع البحريني والمشرع الإماراتي.

كما يتبين اختلاف اللحظة الفاصلة في السماح للمطور العقاري بالإعلان عن المشروع بين المشرع البحريني والمشرع الإماراتي، فقد قرنها المشرع البحريني بالقيد في سجل قيد البيع على الخريطة. بينما المشرع الإماراتي قرنها بالحصول على الموافقة الخطية من قبل دائرة تنظيم الأراضي في دبي.

---

(1) نصت المادة رقم 18 من قانون رقم 27 لسنة 2017 لا يجوز للمطوِّر البدء في مشروع بيع على الخريطة أو عرض وحدات على الخريطة إلا بعد الحصول على ترخيص لمشروع البيع على أ-الخريطة وقيْده في السجل المشار إليه في المادة (19) من هذا القانون.ب-يجوز لمجلس الإدارة أنْ يصدِر نظاماً خاصاً لمشاريع البيع على الخريطة الصغيرة، وتسري أحكام هذا الفصل من هذا القانون على تلك المشاريع فيما لم يرد بشأنه نص خاص في النظام.

الفرع الثالث

الالتزام بتبصير المشتري

إن عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقود التطوير العقاري بشكل عام، هي عقود واردة على تنفيذ حالة مستقبلية. فهي غير مكتملة الوجود وقت إبرام العقد، ولذلك برزت أهمية الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، كأحد الضمانات العامة في مجال عقود التطوير العقاري وذلك قبل إبرام العقد، وتكمن أهمية هذا الالتزام بتبصير المشتري واطلاعه على تفاصيل المشروع بحيث يحقق له اتخاذ القرار وفق إرادة واعية بعيدة عن الغلط والوهم (1). كما أنمن المهم أن يكون الصدق والأمانة والشرف قواعد يستند إليها كل من له صلة في تنفيذ عقد بيع العقار تحت الإنشاء، وأن يقوم جميع هؤلاء الأطراف بمراعاة أعلى مقاييس الحرفية في تنفيذ العقد، قال الرسول صلى الله عليه وسلم (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه) (2).ويعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أو كما يطلق عليه الالتزام بالتبصير هو حديث الظهور، وأنه لم يبرز إلى حيز الوجود كدراسة إلا في أواخر النصف الأول من القرن العشرين، إلا أن الالتزام بالتعاقد ليس بناءً قانونياً جديداً املته ضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها فحسب، إنما هو التزام قديم النشأة عرفته الكثير من التشريعات القديمة. والالتزام بالإعلام قبل التعاقد يخلق نوعا من التوازن العقدي بين أطراف العقد، فهو يكمل القصور في نظرية عيوب الإرادة (3).

---

(1) يراجع في هذا الموضوع بشكل عام أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات مجلة العلوم القانونية، بغداد، المجلد 11، ع (1)، 1996، وينظر أيضا أستاذنا الدكتور خالد جمال احمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

(2) أخرجه أبو يعلى والطبراني، وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة, الحديث رقم 1113,مكتبة المعارف, الرياض .

(3) حازم زهير سعادة. الالتزام بالتبصير في عقد البيع. رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة آل البيت. الأردن ،2011 ص13

لذلك فإن الدور الذي لعبته ظروف الحياة العصرية تقف عند حد إبراز وتوضيح مدى أهمية هذا الالتزام وحتمية وجوده في ميدان العمل (1). أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها قد اعترفت بوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مجال العقود كالتزام شرعي يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد المزمع إبرامه بتقديم المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع التعاقد إلى الطرف الآخر (2).

ويجد الالتزام بإعلام المشتري بالتعاقد مصدره في القانون المدني البحريني في المادة 127 من القانون حيث نصت على (لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شرط أو يسرى عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، مع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل).

والأصل هو أن كل متعاقد يجب أن يتحرى عن ظروف العقد بنفسه، ولكن قد يحدث أحيانا ألا يستطيع المتعاقد أن يحصل على ما يريده من معلومات بنفسه، أما بسبب طبيعة العقد، أو عدم دراية المتعاقد وخبرته بالشيء محل التعاقد، والتي تجعل أحد المتعاقدين متفوقا على الآخر، وعليه فإنه في هذه الحالة يلتزم أحد المتعاقدان بالإدلاء للطرف الآخر بكافة تفاصيل العقد (4).

---

(1) جذور هذا الالتزام وأصوله ترجع إلى عصور الحضارات القانونية القديمة (كالعصر الإغريقي والعصر الروماني) فقد وجدت هذه الالتزامات منصوص عليها في مواجهة المشتري نصوص قانون اللوائح الاثني عشر التزاماً يقع على عاتق البائع بإعلام المشتري عن الحالة القانونية للعقارات كما كان يفرض بأمر القاضي في الأسواق التزام على عاتق البائع للكشف عما يوجد بالعبيد والحيوانات من عيوب فيلتزم البائع بضرورة إبراز لافتة يوضح فيها للمشتري ما قد يوجد بالعبد أو الحيوان من عيوب. د. خالد جمال، مرجع سابق، 21

(2) الدكتور خالد جمال. المرجع نفسه. ص 21، كذلك حول هذا المعنى يراجع د. محمد حسن قاسم 264 حيث يرى المؤلف أن أساس الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات بشكل عام ليس في تنفيذها فقط إنما حتى في مرحلة التفاوض بشأنها.

(4) د. محمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص 28 –29.

أولا: تحديد الطرف الملتزم بالتبصير

يقصد بمعنى التبصير هو إعلام الطرف المستشير بالمعلومات اللازمة لتمكينه وتهيئته لمعرفة ما هو مقبل عليه من إبرام للعقد، سواء كانت سلباً أم إيجاباً، وعليه فإن الدور الذي يقوم به الملتزم بالتبصير هنا هو دور يكاد أن يكون استشاري بل يجب وضع نفسه مقام الاستشاري الذي يسدي النصح من واقع الخبرة لديه في هذا المجال (1).

وعقد التطوير العقاري يحمل حالة فريدة من العلاقات المتداخلة مع بعضها البعض. فليس من الضروري أن يكون المطور العقاري هو المقاول الذي سوف يقوم بتنفيذ المبنى والقيام بكافة أعمال البناء(2). وأيضا قد لا يكون المطور العقاري مهندسا استشاريا للمشروع أو مهندساً تنفيذياً له، كما يمكن لمكاتب الوساطة أيضا لعب دور مهم في تسويق والإعلان عن مشاريع التطوير العقاري، ونلاحظ اتساع دائرة الأفراد الذين يرتبطون بمشروع التطوير العقاري وعليه فإن التساؤل هنا يقودنا عن الشخص الملقى على عاتقه الالتزام بإعلام المشتري وتبصيره بالمشروع على وجه يكفل معه قدرة المشتري باتخاذ قرار الشراء في مشروع التطوير العقاري أيا كان نوعه، سيما مشاريع بيع العقار تحت الإنشاء. كما أن مقتضى الالتزام بالتبصير الحرص على مصالح العميل بحيث ينصحه النصح السليم ويرشده الإرشاد القويم نبعاً من التخصص والخبرة في ضوء المهنة المستشار فيها ومقتضياتها (3)، فلذلك كان لابد من حمل هذا الالتزام على عاتق أحد الأشخاص المرتبطين في مشروع التطوير العقاري أو البيع على الخارطة على وجه الخصوص، فيقوم بتبصيره إيجاباً كان ذلك أم سلباً، فمن ناحية إيجابية كان لابد على الشخص الملتزم بالإعلام والتبصير أن يوضح الخدمات والمميزات التي يتميز بها المشروع.

---

(1) سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول، منشاة المعارف، 2004.

(2) أجاز المشرع البحريني أن يقوم المطور الرئيسي يَعهد المطوِّر الفرعي بموجب اتفاق بينهما تطوير جزء قائم بذاته من مشروع تطوير عقاري. مادة 1 من قانون رقم 27 لسنة 2017.

(3) تنص مادة رقم 1112-1 من قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131-2016 على أن الالتزام بالإعلام من النظام العام فلا يجوز الحد من هذا الالتزام أو استبعاده.

ولكن التساؤل يثور حول مدى التزام من يقع عليه الالتزام بالإعلام للمشتري بالإدلاء بالمعلومات السلبية، مثال ذلك العيوب التي تكون في مشروع التطوير العقاري، سواء كانت عيوب فنية، أو عيوب تتعلق بالظروف الخارجية، أو الظروف المحيطة للمشروع، فضلا عن عدم إخفاء هذه العيوب؟

يمكن تلخيص ذلك في اتجاهين رئيسين (1)، الاتجاه الأول يرى أن الطرف القوي(المحترف) (2)، في العقد هو الذي يقع عليه عبء تبصير المشتري بالعقد، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن هذا الالتزام ليس مقصوراً على طرف معين في العقد، فقد يكون البائع أو المطور العقاري يمتلك المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد فيقع عليه عبء التبصير في هذه الحالة، وقد يكون المشتري هو من يحوز هذه المعلومات الجوهرية فيقع عليه في هذه الحالة عبء الالتزام بالتبصير، كما يمكن للغير أن يحصل على هذه المعلومات وينتقل عبء الالتزام بالتبصير عليه خصوصا في تلك الحالات التي يتم فيها إبرام العقد عن طريق المسوق العقاري أو الدلال الذي لايكون طرفا في العقد.

ثانيا: أهمية الالتزام بالتبصير ومضمونه

للالتزام بتبصير المشتري أهمية قصوى في بيع العقار تحت الإنشاء، أو في عقود التطوير العقاري بشكل عام، نظرا لأهمية المحل التي ترد عليه هذه العقود باعتباره متطلب أساسي لمختلف شرائح المجتمع، وهو يلبي حاجة ضرورية وهي السكن أو حتى غيره من المباني التي تكون في تلبية حاجة ضرورية أخرى مثل المراكز التجارية والمستشفيات والمدارس.

---

(1) د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص 85، حيث تشير المؤلفة فيما يتعلق بهذا الصدد عن أصل هذا الالتزام والذي يعتبر أساس وجوده هو الشريعة الإسلامية، على اعتبارها أحد مصادر التشريع، ويجب على القاضي الرجوع إليها متى خلى التشريع والعرف من تنظيم المسألة المطروحة محل النزاع ومادام التشريع والعرف لم يرد بهما نصاً واضحاً لتنظيم هذه المسألة فإنه وجب على القاضي من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

(2) لم استدل على تعريف للمتعاقد المحترف عند المشرع البحريني وقد عرفه المشرع العراقي من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 على أنه المجهز وهو (كل شخص طبيعي أو معنوي أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء كان أصيلاً أم وسيطاً أم وكيلاً).

وتتضح أهمية الالتزام بالإعلام وتبصير المشتري في مجال العقود التي تفترض وجود نوع من عدم المساواة التعاقدية، وخاصة بين المحترفين والأفراد العاديين، كما يؤيد القضاء الفرنسي بوجه عام وضع التزام عام على عاتق المتعاقد المحترف بإعلام المتعاقد الآخر، بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والا وجب اعتباره مخلا بالثقة المشروعة المفترضة فيه، ويبدو هذا الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وسيلة قانونية فعالة لتحقيق التوازن العقدي المفقود بين طرفين يتفوق أحدهما على الآخر (1).كما يعتبر السكوت أو الكتمان في موضع يقتضي البيان يعد تدليساً لان هذا الكتمان يعتبر غشاً، والقاعدة في ذلك أن الغش يفسد كل شيء وذلك بخلاف السكوت عمداً عن بيان الحقيقة في موضع لا يقتضي بيانها فلا يعتبر تدليساً لان على كل متعاقد أن يقوم بتحري الحقيقة بنفسه (2).

بما أن التزام المطور العقاري أو البائع بشكل عام هو التزام بعمل وهو تنفيذ المبنى على الكيفية الواردة في العقد أو حسب التصميم، ولذلك فان المطور العقاري يلتزم بتوضيح ما سيلتزم به من أعمال والتي سبق لأطراف العقد الاتفاق عليها، ولكن قد يحصل لبس أو غموض في هذا التحديد ولذلك قرر المشرع الفرنسي وخروجاً على القواعد العامة أن الغموض أو الشك يفسر في هذه الحالة ضد البائع (م 1602 مدني).

ويؤكد القضاء الفرنسي على أن المدين بالالتزام بالإعلام يكون مديناً أمام المشتري بجميع المعلومات الجوهرية وغير الجوهرية الفنية وغير الفنية، البسيطة منها والمعقدة، ولا يمكن للملزم بالإعلام أن يدفع المسؤولية إذا ما ثبت إخلاله بالالتزام بهذا الإعلام (3). كذلك نص القانون المدني الفرنسي الجديد في المادة 1112 منه على أنه لايجوز وضع حدود معينة لهذا الإلتزام أو تقييده أو إستبعاده.

---

(1) الدكتور محمد مرسي الزهرة. عقد بيع المباني تحت الإنشاء مرجع سابق، ص 29.

(2) سمير عبد السميع الاودن، مرجع سابق، ص33.

(3) أنظر حول هذا المعنى محمد مرسي الزهرة. مرجع سابق. ص 28 وما بعدها.

وكذلك ساير المشرع البحريني القانون الفرنسي في النص صراحة، على أن إخفاء المعلومات بالسكوت عمداً عن واقعة، أو ملابسة يعتبر تدليساً إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة (1).وإذا كانت القاعدة العامة في أن التدليس والغش يفسد كل شيء، فإن مجال أعمال هذه القاعدة في عقود بيع العقار تحت الإنشاء وسائر عقد التطوير العقاري يكون خصباً. والسبب في ذلك يرجع إلى أن محل العقد هو قابل للوجود بعد فترة، بل أن أساس التعاقد يكون على قابلية المحل للوجود وفقاً لتقدم أشغال البناء.

ونص المشرع على نطاق حماية خاص على مراحل مختلفة لتنفيذ العقد كل مرحلة تتميز بضمانات مختلفة تهدف إلى ضمان تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه. ويرى جانب من الفقه أن على المحاكم حماية للمشتري أن تتوسع في تفسير معنى السكوت المعتبر قانوناً تدليساً، حتى يستطيع المشتري إذا أراد أن يتخلص من الرابطة التعاقدية كلية، ومن ناحية ثانية أن لا تكتفي في حال ثبوت التدليس بإبطال العقد وإنما يجب أن تحكم للمشتري بالتعويض الذي تراه مناسباً لجبر ما أصابه من أضرار مختلفة (2). وقد حاول المشرع البحريني في قانون التطوير العقاري بمحاولة إبعاد عقد بيع العقار تحت الإنشاء، لذلك وضع المشرع البحريني إطار تحدد فيه البيانات الواجب توافرها في أنموذج العقود، المعد لذلك سلفا والذي يلتزم فيه المطور العقاري والمشتري (3).

مع ذلك فإن شبهات التدليس والغش لا يمكن وقفها، ذلك أن هذه العقود مهما بلغ حرص المشرع على حماية الأطراف فيها، أنها تكون عادة بين أصحاب الخبرة في مجال معين وبين الناس العاديين، فهي دائما تكون عرضة لوقوع المشتري في التدليس، وغيره من عيوب الإرادة، والتي تجعل من قراره في نهاية الأمر ناتجا عن إرادة ليست بحقيقية.

---

(1) مادة رقم 90 من القانون المدني البحريني.

(2) الدكتور محمد المرسى زهرة. عقد بيع المباني تحت الإنشاء. مرجع سابق ص 31.

(3) المادة رقم من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني قانون مدني بحريني.

ثالثا: محل الالتزام بالتبصير ومضمونه

يرى جانب من الفقه (1)، أنه يجب عدم إطلاق مضمون الالتزام بالإعلام، بمعنى آخر فإن المدين بالإعلام لا يلتزم بإحاطة الدائن بجميع أو كل المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد التي يعرفها أيا كانت قيمتها ودرجة أهميتها سواء أكانت معلومات جوهرية يعرفها الدائن أو يملك وسائل معرفتها أم أنه لا يعرفها ولا يعرف وسائل معرفتها.

وعليه فإن المدين بتقديم هذه المعلومات يلتزم بتقديم المعلومات الجوهرية والمتصلة اتصال مباشر بموضوع العقد، والتي من شأنها المساهمة في تبصير المشتري ومساعدته في خلق قرار حقيقي في وجدانه وكل ذلك وفقا لما يقتضيه القانون والعرف من حسن النية وشرف التعامل (2).

ونص القانون الخاص بالتطوير العقاري على بعض المعلومات الجوهرية والتي يفترض معها تحقق العلم الكافي للمشتري ولأطراف العقد بكافة المسائل الجوهرية المتصلة بمحل الالتزام، بحيث افترض المشرع البحريني مجموعة من المعلومات يمكن بتحققها وإدراجها في العقد بتبصير المشتري بالأمور المهمة والجوهرية التي يحتاجها. لا تمام إبرام العقد ولقد نصت المادة (29) من قانون تنظيم القطاع العقاري على هذه البنود أو المعلومات وهي تعتبر عامة وإطار لتحديد الشروط الخاصة في العقد.

---

(1) ينظر في ذلك د. خالد جمال الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. ص 340 وما بعدها. مرجع سابق.

(2) الطعن رقم 183 لسنة 2005 المنظور بجلسة 14 نوفمبر 2005 حيث قضت المحكمة(لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه على ما أورده بأسبابه – وبما لا مخالفة للثابت بالأوراق – من أنه قد ثبت للمحكمة أن الطاعن قد أخفى عليها وعلى المطعون ضده بأن السيارة موضوع النزاع قد تعرضت لحادث مروري أثناء نظر الدعوى أدى إلى هلاكها بصفة كلية وأنه قد استوفى قيمتها من شركة التأمين وأنه ظل متمسكاً بدفاعه وطلباته التي أقام بها دعواه وهي فسخ العقد ورد الثمن ولو أفصح للمحكمة عن ذلك لتغير وجه الرأي لديها لأنه بذلك يكون قد أسقط حقه في طلب الفسخ طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية – الواجبة التطبيق على موضوع النزاع – ورتب الحكم على ذلك أن ما صدر من الطاعن يعد غشاً يبرر قبول طلب إعادة النظر في المحاكمة، وكان استخلاص الحكم لواقعة الغش التي أسندها إلى الطاعن وأثرها في قضائه سائغاً وقائماً على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتتضمن الرد المسقط لما يثيره الطاعن فإن النعي عليه يكون قائماً على غير أساس.

وقد أشارت المادة رقم 29 من قانون تنظيم القطاع العقاري إلى أن لمجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري أن يصدر قرارا بتنظيم شروط وأحكام وبيانات عقود الوحدات العقارية على الخريطة وذكر في مجملها شروط تحقق التبصير الازم للمشتري منها على سبيل المثال ذكر المدة أو المدد التي يجوز للمشتري فيها استعمال خيار العدول عن العقد ومقدار المصروفات أو التعويضات التي يلتزم بدفعها للمطور عند استخدام خيار العدول كذلك جدول سداد الدفعات المتعلقة بالوحدة العقارية وتاريخ إنجاز المطور للوحدة العقارية وتسليمها للمشتري.

ويتضح من ذلك حرص المشرع البحريني على إعطاء المشتري قدر كبير من المعلومات الفنية التي قد لا يمكن للمشتري في هذه الحالة معرفتها، أو معرفة كيفية الحصول عليها، وفي كل الأحوال لا يخل هذا البيان في المعلومات الجوهرية لمشروع التطوير العقاري والواقع في ذمة المطور العقاري من الالتزام الواقع على المشتري بالاستعلام.

ومناط القول في مسالة توضيح المعلومات في مجال بيع العقار تحت الإنشاء حتى وإن حرص المشرع البحريني على تضمينها قانون التطوير العقاري إلا أن الفيصل فيها هو شرف التعامل وحسن النية الذي يجب أن يتمتع به أطراف العقد أنفسهم، والأشخاص الذين يكونون على صلة وثيقة بالعقد أو تنفيذه.

ولعل هذ الصعوبة هي، التي دفعت الفقيه الفرنسي "غستان "إلى القول أنه في بعض الأحيان يكون صعباً، إن لم يكن مستحيلًا رسم حد فاصل بين الالتزام قبل التعاقدي والالتزام التعاقدي في مجال المعلومات (3).

---

(1) V.picod Yves artic practice j.c.p doctrine n 25-2-3318 نقلاً عن الدكتور خالد جمال ص 298-مرجع سابق

(2) عرفت المادة رقم 1 من قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد الوساطة العقارية على أنها (الوساطة والسعي في إبرام العقود الواردة على العقارات المبنية وغير المبنية وفقا لأحكام هذا القانون).

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2006، ص 370.

ويقودنا هذا إلى تساؤل وهو هل يكون الطرف المدين بالالتزام بالإعلام معين بالذات، أي انه يحتل في جميع الأحوال مركز المدين بهذا الالتزام في مواجهة الطرف الآخر؟

يمكن اعتبار مركز المدين بالإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد هو مركز موضوعي، غير مقصور على طرف محدد بالذات بصفة مطلقة بل يقوم به من لديه الخبرة والدراية والمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه أيا كان مركزه في هذا العقد، مثال ذلك سواء كان بائعاً أم مشترياً في عقد البيع مثلاً (1).

ولا يقتصر الدور في الالتزام بالتبصير على المطور العقاري بل يصل إلى الأطراف الخارجة عن العقد، والتي تؤثر بشكل مباشر في العملية التعاقدية وعلى سبيل المثال مكاتب الوساطة العقارية (2)، حيث أن كل شخص ممن لهم صلة مباشرة بالعقد، أو حتى الغير عن العقد يكون عليهم التزامات فيما يتعلق بتبصير المشتري.

يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إنما يكون التزاماً يقع على الطرف المحترف في العقد سواء كان هذا الطرف هو البائع أو المشتري في عقود التطوير العقاري (3)، ويعرف الشخص المحترف في عقد على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي اعتاد ممارسة مهنة أو حرفة أو نشاط على سبيل الانتظام والاستمرار بحيث وصل إلى أعلى درجات الخبرة والتخصص والدراية بثنايا وخبايا هذه المهنة أو تلك الحرفة أو ذلك النشاط (4). ويقع عبء إثبات تنفيذ الالتزام العام قبل التعاقدي على عاتق المدين بهذا الالتزام (5).

---

(1) الالتزام بالإعلام. خالد جمال. الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. مرجع سابق، ص 354.

(2) نظم المشرع البحريني في قانون التطوير العقاري الحديد بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017 أحكام الوساطة العقارية في الفصل الثالث من القانون.

(3) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي. المتعاقد المحترف. دار النهضة العربية.2009. ص13.

(4) د. معتز نزيه، المرجع نفسه، ص13.

(5) د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص278.

يرى البعض إمكانية إلزام أحد أطراف التعاقد بالأعلام في حالة وجود طرفين يرغبان في التعاقد أحدهما على علم بحكم مهنته أو خبرته بخبايا العقد وظروفه، والآخر يجهل بحكم ظروفه الشخصية أو الموضوعية بمثل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً ففي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من إلزام الطرف الخبير أو المحترف بالإدلاء بالمعلومات وقد يكون المشتري (1).

ويبدو أن كل شخص في العملية التعاقدية يكون دائناً ومديناً بالإدلاء بهذه المعلومات في نفس الوقت (2)، فالمطور العقاري أو البائع مدين بالإدلاء بالالتزام فيما يكون به على علم وعلى دراية تامة يجهلها الطرف الثاني المشتري والذي يكون فيها في مركز الدائن بالنسبة للمطور العقاري وعلى العكس من ذلك يكون المشتري مدين بالإدلاء بأية معلومات جوهرية قد تخفى على المطور العقاري أو البائع لأي سبب كان فيكون هنا المشتري بمركز المدين للبائع بهذه المعلومات.

إن واقع الحال في كثير من العقود يضع على عاتق الغير الالتزامات المختلفة باعتبار أن العقد في ذاته إرادة يجب على المجتمع قبولها طالما كانت في ضمن النظام العام، دون البحث عن مدى اعتبار الغير ملزماً قانوناً أم ملزماً بحكم قواعد الشرف وحسن التعامل بالإدلاء بالمعلومات فإن هناك ممن يتوجب عليهم الإدلاء بالمعلومات وتبصير أطراف التعاقد أياً كانت مراكزهم القانونية بكافة الأمور الجوهرية (3).

ومثال ذلك مكاتب الوساطة العقارية، والتي يكون من صميم عملها القيام بتبصير المشتري بكافة الجوانب الفنية والتقنية لمشروع التطوير العقاري وأية معلومات مهمة تخفى على الأطراف أيا كانت مراكزهم القانونية في العقد.

---

(1) V. MALINVAUD, Del`erreur sur la substance D.S 1972, P, 215. نقلا عن د. خالد جمال. الالتزام بالأعلام. مرجع سابق.ص357

(2) حول هذا المعنى د. خالد جمال، المرجع نفسه، ص 355.

(3) علي فيصل علي. مبدأ حجية العقد دراسة مقارنة. الخليج العربي للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى.المنامة.2013.

الفرع الرابع

الاتفاق الابتدائي

نظم المشرع الفرنسي والمشرع البحريني أحكام الإتفاق التمهيدي أو الإتفاق الابتدائي من خلال نصوص القانون المدني (1)، وتوصلنا من خلال دراسة الفصل الأول من هذه الرسالة من أن المشرع الفرنسي قد وضع نطاقين مختلفين للحماية لإبرام عقود بيع العقار تحت الإنشاء، الأول يقع ضمن النطاق العام والثاني يقع ضمن النطاق الخاص.

نصت القواعد العامة في قانون التطوير العقاري على عدم جواز إبرام العقود الابتدائية، كأصل عام، وقد أشار إليها المشرع البحريني على وجه الخصوص فيما يتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء في القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري، غير أنه لم ينص المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد على جواز إبرام العقود الابتدائية (2)، إلا أن ذلك يفهم بما لا يدع مجال للشك من خلال استقراء نصوص القانون خصوصا تلك التي قامت بمعالجة العقد.

وسوف نبحث في هذا المطلب الإتفاق التمهيدي من خلال ثلاثة أقسام، نتناول في القسم الأول منه تعريف الإتفاق التمهيدي وشروطه، ونتناول في القسم الثاني الطبيعة القانونية للإتفاق التمهيدي كما نتناول في القسم الثالث آثار الإتفاق التمهيدي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1). نظم المشرع الفرنسي العقد التمهيدي في المادة رقم(L261-15) من قانون البناء والسكن الفرنسي، كما نظمه المشرع البحريني في القانون المدني بموجب المواد 47-48-49.

(2) مادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017، حيث جعلت هذه المادة فيما يتعلق بإصدار النماذج الخاصة لبعض أنواع المشاريع العقارية جوازياً لمؤسسة التنظيم العقاري وليس وجوبيا، أي بمعنى أن عقود الابتدائية بيع العقار تحت الإنشاء لا تخضع لشكل معين لدى المشرع البحريني، على العكس من ذلك حظرت نصوص القانون رقم 28 لسنة 2014 إبرام العقود الابتدائية، مادة رقم 4 الفقرة ج من القانون.

أولا: تعريف الاتفاق الإبتدائي

فيما يتعلق ببيع عقار تحت الأنشاء فإن أهمية إبرام العقد تتعاظم وذلك لأن محل العقد لا يوجد وقت إبرام الاتفاق الإبتدائي فلا حاجة في ذلك للاستعجال وإبرام العقد النهائي، كما أن المشرع الفرنسي يحظر إبرام الإتفاقات التمهيدية سوى بعد وضع الأساسات اللازمة للعقار المتفق عليه وإلا عد العقد باطلاً، فلذلك لم يكن لأطراف العقد سوى إبرام الاتفاق الإبتدائي وذلك تحضيراً للعقد النهائي، ويساعد الاتفاق الإبتدائي البائع أيضا في الحصول على مبلغ يمكنه من تمويل عملية البناء جزئياً (1).

وقد نظم المشرع الفرنسي هذا الإتفاق بوصفه إياه عقد أولي (contrat pre`liminaire)، والذي يسمى غالبا بعقد الحجز (contrat de re`servation)، فيما يتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء، من خلال قانون البناء والسكن الفرنسي. كما رتبت المادة رقم 12 من القانون 261L R الفرنسي البطلان لأي عقد بديل يقوم مقام العقد التمهيدي، ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرحلة وحاجة كل من المطور العقاري والمشتري إلى الحماية في هذه المرحلة. وقد عرفت المادة رقم 11 من القانون رقم 3 لسنة 1967 الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي هذا العقد على أنه (العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بحجز عقار أو جزء من هذا العقار لصالح المشتري في مقابل أن يقوم الأخير بإيداع ضمان في حساب خاص).

ويمكن ملاحظة أن المشرع الفرنسي في تعريفه للإتفاق الإبتدائي، نص على أمر مهم، وهو أن يقوم المشتري بإيداع الضمان في حساب خاص بعملية شراء هذا العقار. وتأسيسا لذلك فإن وديعة الضمان هذه إنما تكون عنصراً من عناصر وجود العقد، والذي بدوره دفع القضاء الفرنسي باعتبار الاتفاق الإبتدائي الخاضع للنطاق الخاص لدى المشرع الفرنسي عقدا ملزما لجانبين (2)

---

(1) د. محمد زهرة المرسى، مرجع السابق، ص 393.

(2) د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص206.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فإنه لم يرد في قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني رقم 27 لسنة تعريف محدد لمعنى الاتفاق الابتدائي، إلا أن ذلك لم يستمر طويلاً فعند صدور قرار معالي رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري رقم 2 لسنة 2018 فقد أورد في المادة الأولى منه تعريفاً لعقد الحجز على أنه (اتفاق مكتوب بين المطور والمشتري المهتم بغرض حجز وحدة عقارية للمشتري قبل الدخول في عقد بيع نهائي).

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الاتفاق الابتدائي مرحلة من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي (Avant contras)، وأن هذا الاتفاق لابد من أن يتبعه عقد يعتبر على أنه المشروع النهائي للبيع، ولذلك فإن إبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء حسب تعريف المشرع الفرنسي إنما يتم على مراحل متتابعة تؤدي إلى إبرام العقد النهائي (1).

(كما يجب أن يتضمن هذا العقد المعلومات الأساسية المتعلقة بتناسق المبنى، ونوعية البناء ووقت تنفيذ العمل وكذلك الاتساق والوضع وسعر المساحة المحجوزة) (2).

ونص المشرع البحريني، أيضا على أن من ضمن البيانات الواجب توافرها في الشروط والأحكام الخاصة بالاتفاق التمهيدي هي بيان (الضوابط والقيود على مبلغ التأمين لحجْز الوحدة العقارية، وطريقة الاحتفاظ بالتأمين واستخدامه، والأحوال التي يجب فيها على المطوِّر ردُّه للحاجز (3).

لذا فإن الاتفاق التمهيدي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد تام، من حيث الشروط والأركان، إلا أنه عقد تمهيدي لإبرام العقد النهائي، ولا ينقصه سوى إعادة صياغته في شكل معين منصوص عليه قانونا ليجعل منه عقدا نهائياً (4).

---

(1) د. محمد زهرة المرسي. المرجع السابق، ص 395.

(2)Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction art 11.

(3) المادة رقم 29 من القانون رقم 28 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري.

(4) د. سيل حاجي. مرجع سابق، ص 124

كما يتضح من إيراد العقد على هذه الصورة لدى المشرع الفرنسي إنما يتيح فرصة مناسبة جداً لأطراف العقد في مراجعة أنفسهم فيما يتعلق بإبرام العقد النهائي، كما يمكنهم خلال هذه المدة التي تفصل بين العقدين أن يفاضلوا بين العروض المقدمة من قبل المطورين العقارين (1).

ولم يعرف المشرع الإماراتي الإتفاق الابتدائي في قانون السجل العقاري المبدئي لإمارة دبي، ويرجع السبب في ذلك أن المشرع الإماراتي قد حظر على المطور العقاري أو الوسيط في إبرام عقود بيع عرفية لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليه من الجهات المختصة كما يقع باطلاً كل عقد يبرم قبل الحصول على تلك الموافقة (2).

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد نص على شكلية معينة لإبرام العقد التمهيدي في النطاق الخاص فقد اشترط القانون أن يكون العقد التمهيدي مكتوباً (3). ومن الجدير بالذكر أن الكتابة العرفية تكفي هنا، فلا يشترط أن يكون الاتفاق التمهيدي رسمي وكما أن المشرع الفرنسي وضع شروطاً أقل مرونة من الوعد بالبيع، فالعناصر الأساسية للعقد يمكن أن تكون أقل تحديداً منها في الوعد بالبيع العادي، فليس من الضروري أن يحدد الشيء أو الثمن بدقة لكن مكان ووصف العقار المجوز يجب الإشارة إليه، وتهدف هذه القواعد بالنهاية إلى حماية المشتري (4).

ومن الشروط المهمة التي جاء بها المشرع الفرنسي في قانون البناء والسكن الفرنسي، هي حق المشتري في العدول عن البيع وتحديداً في الفترة التي يجوز للمحجوز له من ممارسة العقد خلالها، ويقوم أساس هذا الحق على المادة رقم 271-1 من قانون البناء والسكن الفرنسي ومدة هذا الخيار هي 7 أيام من تاريخ إبرام العقد (5).

---

(1) راجع حول هذا المعنى د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص122، أيضا د. علاء حسين، مرجع سابق، ص 73.

(2) المادة رقم 10 من قانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي في دبي.

(3). المادة رقم 27 من القانون ل 261 من قانون البناء والسكن الفرنسي.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص106-107.

(5) د. سيبل جعفر حاجي. مرجع، سابق، ص 13.

وقد أسس المشرع البحريني لفكرة العدول في اتفاقية الحجز في عقود بيع العقار تحت الإنشاء من خلال نص المادة 29 من القانون رقم 28 لسنة 2017 حيث نصت على (المدة أو المدد التي يجوز للمشتري فيها استعمال خَيار العدول عن العقد، ومقدار المصروفات أو التعويضات التي يلتزم بدفعها للمطوِر عند استعمال خَيار العدول). وأرى هنا أن تكون المدة كافية وليست قصيرة مثلما نص عليها المشرع الفرنسي. وفعلاً تحددت المدة على أنها تحدد باتفاق الطرفين بشرط ألا تقل عن سبعة أيام وذلك بموجب نص المادة 26 من القرار رقم 2 لسنة 2018.

ثانيا: الطبيعة القانونية للاتفاق الابتدائي

من خلال التعريف السابق للاتفاق الإبتدائي اتضحت لنا بعض الخصائص الرئيسية التي يتميز بها العقد التمهيدي. ومن خلال ذلك يمكنا تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي. فهو عقد حقيقي مكتمل الأركان وذلك لأنه ناتج عن التعبير عن إرادتين متطابقتين فيما يتعلق بمضمون هذا العقد (1).

ويهدف إلى للتحضير لعملية مستقبلية ولكنها غير مؤكدة، وتكمن الأهمية الرئيسية من اعتبار الاتفاق الابتدائي مرحلة ما قبل تعاقدية من أنه يميزه عن الإيجاب (2). لأن الاتفاق التمهيدي هو اتفاق إرادتين بينما الوعد الملزم من جانب واحد عمل من إرادة واحدة (3).

ومن هذا المنطلق يتبين لنا مدى أهمية البحث في الطبيعة القانونية كذلك مدى صعوبة البحث فيه، حيث أن مرحلة ما قبل العقد فكرة تأخذ صور متعددة ولذلك نحاول أن نضع الاتفاق التمهيدي في مكانه الصحيح من هذه الصور.

---

(1) د. محمد حسن قاسم، مرجع السابق، ص 205.

(2) د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق، ص 409.

(3) أ.د صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 117-121.

ساد الاختلاف على مستوى الفقه فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للاتفاق التمهيدي، فتارة يرى الفقه أن هذا العقد له صفة دائمة، وهو وعدا بالبيع ملزم لجانب واحد، والراي الثاني يرى بأن العقد هو وعد بالتفضيل كما وجد رأي ثالث يرى بالطبيعة المزدوجة للاتفاق التمهيدي. وعليه فإننا نتناول هذه الآراء حسب الاتي.

1. الرأي القائل بالوعد بالبيع الملزم لجانب واحد

يرى أصحاب هذا الفقه، من أن العقد التمهيدي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو دائما ذو طبيعة واحدة. وأن هذا العقد يعتبر دائماً وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد، وهو معلق على شرط واقف وهو إتمام المشروع (1).

إذاً فالتزام مالك المشروع بالتعاقد النهائي متوقف على قيامه بتنفيذ مشروع البناء (2). غير أن هذا التكييف قد رفض لاعتباره الشرط أمر ثانوي خارج عن العقد بينما أن جوهر العقد الذي علق عليه الوعد هو مشروع التنفيذ، ويؤخذ أيضا على هذا التكييف من أن القول بأن الحجز وعد انفرادي معلق على شرط يوحي بأن العقد قد استجمع كافة عناصره قبل تحقق الشرط، بينما يختلف الأمر بالنسبة للحجز إذ أن عناصره الرئيسية من بناء وثمن لم تحدد بصفة نهائية وأن كانت قابلة للتحديد بموجب المادة رقم 11 من قانون 3 يناير لسنة 1967(3). ونتيجة لذلك فإن الطبيعة الاستكشافية للإتفاق في هذه المرحلة لا تجعل من البائع ملتزما بتحقيق نتيجة معينة فهو لم يلتزم حتى الآن بوضع خطة للتنفيذ، فهو وإن كان التزاماً بالبيع ولكنه التزام معلق على شرط هو نجاح المشروع (4).

---

(1) Saint Alary، La vente d immeuble a construire ET L obligation de garantie a raison des vices de construction, 4161, p.41

(2) Frank steinmet, les ventes d immeubles a construrire, these Montpellier, 4111, p.346.

(3) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص75.

(4) د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق، ص 412-413.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الفرنسي، فيما يتوافق مع اعتبار الاتفاق في هذه الحالة من وعد انفرادي ملزم، فقد قضي في فرنسا على أن البائع لا يلزم سوى بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري، وهو التزام معلق على شرط تحقق مشروع البناء، المتفق عليه في عقد الحجز، وبالتالي فإن المحجوز له لا يستطيع أن يطلب تنفيذ الالتزام، لأن تحقق الالتزام قد حال دونه حادث مستقل عن إرادته (1).

وبمقارنته مع الوعد الملزم لجانبين من حيث مقارنته بالعقد النهائي، فإنه يكون الوعد ملزماً لجانبين إذا التزم كل من طرفيه في مواجهة الآخر بإبرام العقد النهائي (2). وبما أن الوعد هنا يلزم كلا طرفيه فقد أثير الجدل حول الفرق بينه وبين العقد النهائي وذلك في اتجاهين، يرى الاتجاه الأول أن بمثابة العقد النهائي على اعتبار أنه ملزم لتنفيذ مضمون العقد النهائي كما أنه يشترط في الوعد أن تحدد فيه المسائل الجوهرية للعقد النهائي، أما الاتجاه الثاني فيرى أن الوعد الملزم لجانبين لا يعد عقداً نهائياً على اعتبار أن الوعد لا يرتب إلا آثار شخصية، أما بالنسبة للعقد النهائي فيرتب آثاره كاملة سواء كانت آثار شخصية أو عينية (3).

---

(1) حيث تتلخص وقائع الحكم في أن شركة عقارية قد التزمت بحجز شقة للسيد Cholet، في عقار بناء حسب الحالة المستقبلة، وبعد الحجز واجهت الشركة الملتزمة بالحجز بعض الصعوبات بخصوص الحصول على ترخيص البناء، وأدى ذلك على ارتفاع ثمن الشقة بصورة كبيرة، وبناء على ذلك طلبت الشركة من المحجوز له ما إذا كان يريد استرداد ما دفعه أو أن يبقي الحجز بالسعر الجديد, وقد أعترض المحجوز له على السعر الجديد وطالب الشركة بالتنفيذ العيني للاتفاق حسب الشروط المتفق عليها في العقد التمهيدي, وقد رفض قضاء الموضوع طلبها وأيدها في ذلك محكمة الاستئناف.مشار إليه لدى سيبل جعفر حاجي,ضمانات عقد بيع المباني تحت الإنشاء,مرجع سابق , ص121 ومابعدها.

(2) أ.د صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص123.

(3)V.L BOYER Les promesses synallqamatique de vente. Contribution a` l etude des avants-contras R.T.D Civ1949 .1. ET s.et LOUSSOUARN.obs. R.T.D. Civ.1972.391.TERRE` et autres op cit.n186

نقلاً عن أ.د صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 123-124.

2. الرأي القائل بأنه وعد بالتفضيل

يعرف الوعد بالتفضيل على أنه عقد يلتزم بمقتضاه مالك شيء في حال التصرف فيه بإعطاء أولوية للمستفيد إذا وافق هذا الأخير على دفع ما يقترحه آخر (1)، ويرى جانب من الفقه من أن الاتفاق الابتدائي ينطوي على الوعد بالتفضيل والذي يلتزم بمقتضاه مالك المشروع بعرض المشروع على الملتزم له بالحجز بالأفضلية على الآخرين أذا ما أراد مالك المشروع تنفيذه (2).

وأنتقد هذا الرأي، حيث أن هذه الفرضية تحتم وجود تنافس على مشروع البناء بين أكثر من مشتري أو شخص، فيلتزم مالك المشروع بتفضيل أحدهما على الآخر عند إبرام العقد النهائي، وهو بذلك يخالف جوهر وغاية اتفاق الحجز، الذي أراد أطرافه أن يكون وسيلة جيدة في اختبار السوق والتأكد من جدية المشروع وجدية التنفيذ (3). كما أن حكام الوعد بالتفضيل عموما لا تتفق مع العقد التمهيدي من حيث تقدير الثمن، فالثمن يتحدد في الوعد بالتفضيل عن طريق مبلغ يقدمه شخص آخر، بينما يتم تحديد الثمن في العقد التمهيدي بناء على رغبة الأطراف دون الحاجة إلى تدخل طرف خارجي يقوم بتقديم عرض على أثره يتحدد مبلغ العقد (4).

كما يتم في الوعد بالتفضيل يتم تحديد البيانات بشكل نهائي غير قابل للتعديل، بينما تكون البيانات في العقد التمهيدي عامة تقديرية تخضع للتغير والتعديل حسب ما يستجد من ظروف (5).

---

(1) د. محمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص 410، وأيضا د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 80.

(2) Saint Alary ،La vente d immeuble a construire ET L obligation de garantie a raison des vices de construction, 4161, p.47

(3) Masses (T)، le contrat preliminaire dans la vente dimmeuble aconstruire, theses Paris, 1979, p.174.

(4) ينظر حول هذا المعنى. د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص204 وما بعدها.

(5) د. سيل جعفر حاجي، مرجع سابق، ص 132

3. الاتفاق الإبتدائي عقد ذو طبيعة مزدوجة

ينادي بعض الفقه في فرنسا بتطبيق فكرة الازدواجية في العقد التمهيدي، بالنسبة لبيع العقار تحت الإنشاء. حيث يرى أصحاب هذا الرأي من أن العقد في هذه الحالة يمكن أن يغطي وضعين مختلفين طبقاً للوقت الذي أبرم فيه، فإذا أبرم العقد قبل الانتهاء من وضع مشروع البناء فإنه يعتبر مجرد (اختبار تجاري)، إذ أن المحجوز لديه في هذه الحالة ليس عليه أي التزام بتنفيذ مشروعه فإنه يستطيع عدم البيع حتى لو قام بالبناء ولا تقوم مسؤوليته إلا أذا ثبتت سوء نيته (1).

بينما أنه إذا تم التعاقد بعد إعداد المشروع النهائي ففي هذه الحالة يعتبر العقد وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد مع رخصة الرجوع حيث يستطيع الحاجز أن يظهر فيما بعد رغبته التي أعطيت له، كما أن مسؤولية المحجوز لديه تنعقد إذ هو أخل بالعقد ورفض البيع (2).

وأعتبر القضاء الفرنسي العقد التمهيدي عقدا ذو طبيعة مزدوجة، فإذا ما ابرم العقد قبل البدء في البناء فإنه لا يعتبر وعداً ملزماً من جانب واحد، أما إذا ابرم العقد التمهيدي بعد أن تم البدء في البناء، فإن العقد يعتبر حينئذ وعداً بالبيع من جانب البائع مقبولاً من قبل المكتسب (3).

ويبدو من أن الاتفاق في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، لا يمكن القول معه بتحديد نية طرفي العقد بعد، فهذه المرحلة إنما تأتي مبكراً من عمر العقد. وتتميز بأن كلا الطرفين لم يجزما بنيتهما في إبرام العقد، سواء كان ذلك قبل البدء في مشروع البناء، أو بعد البدء في مشروع البناء، وعليه فإنه يعد صورة من صور السابقة على إبرام العقد وهو مرحلة من عدة مراحل تكون في النهاية طريق إلى إبرام العقد النهائي، الذي يتبلور فيه النية الواضحة للأطراف في إبرام العقد.

---

(1) Bergel, obs sous d appel de paris, 23 janv, 4115. .476 مشار إليه لدى د. محمد زهرة, مرجع سابق ص416, وأيضا لدى د. نبيل إبراهيم سعد, مرجع سابق, ص108

(2) د. نبيل إبراهيم سعد. مرجع سابق. ص 108 ,109.

(3) مشار إليه لدى د. سيبل حاجي عمر، مرجع سابق، ص 135.

ثالثا: آثار الاتفاق الإبتدائي

يترتب على الاتفاق الإبتدائي أثار نوردها كالاتي: -

1. التزامات المحجوز لديه (البائع)

يلتزم المحجوز لديه بصفة أساسية ألا يقوم بالتصرف في العقار المحجوز إلى الغير. ويأخذ هذا الالتزام طبيعة مختلفة بحسب ما إذا ابرم قبل البدء في أعمال البناء أم إذا ابرم بعد البدء في أعمال البناء، ويكون الالتزام سلبياً بالنسبة للبائع ما إذا أبرم قبل البدء في البناء ويقتصر الالتزام في هذه الحالة على عدم البيع للغير، أما ذا ابرم العقد بعد البدء في البناء فيكون الالتزام بالنسبة للبائع في هذه الحالة إيجابياً ويعتبر بمثابة وعد بالبيع (1).كما يجب على المحجوز لديه رد ما تم قبضه سلفاً من مبلغ وديعة الضمان، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يترتب عليه فقط الالتزام بالتعويض ويرد هذه الوديعة التي تكون على سبيل الضمان (2)، وقد ذكرت المادة رقم 31 من قانون البناء والسكن الفرنسي هذه الحالات المشار إليها سابقا.

كما أن على الأطراف جميعا احترام الثقة المتكونة لدى الطرف الآخر وعليه فإن البائع هنا يجب عليه احترام ما قد تولد في نفس المحجوز له من ثقة من خلال موافقته على إبرام العقد النهائي لاحق وإلا فأنه يعد مرتكبا لخطأ عقدي (3). وعليه فإننا نستنتج من ذلك من أن البائع ليس له مطلق الحرية في العدول عن مشروع البناء، ولكن يخضع في ذلك لتقدير القاضي.

---

(1) Mgnine F, vente d`immeuble a construire reforce, fase, op, cit, p45-47 . نقلا عن د. سيب حاجي عمر .مرجع سابق, ص 137

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 107.

(3) Schmidt j، la sanction de faute pre`contru elle, rev, trim, dr-civ, 1974, N.4, p49 . (13)، نقلاً عن د. علاء حسين علي , مرجع سابق , ص78

أما ذا لم يكن لعدوله سبب فأنه إضافة إلى التزامه برد الوديعة فإنه يلتزم بالتعويض للمحجوز له عن الأضرار التي أصابته، ولكن لا يستطيع المحجوز له هنا أن يجبر البائع على تنفيذ البناء، لأن البائع لم يلتزم أساساً في العقد التمهيدي في مواجهته بإتمام البناء كما هو بالنسبة للبيع النهائي (1).

كما يجب على المحجوز لديه من أن يقوم بالإفصاح عن كافة المعلومات التي تهم الحاجز ومن الأحكام المهمة التي صدرت في هذا المجال من المحاكم الفرنسية ما حكمت به محكمة باريس في 1975/10/21 بخصوص بيع شقق تمليك تحت الإنشاء من أن (مبدأ حسن النية التعاقدي يلقي بالالتزام بالإفضاء للمتعاقد الآخر بكافة المعلومات الصحيحة اللازمة لتنوير رضائه في هذا الخصوص دون أن يترك الأمر لاكتشافه بمحض الصدفة خلال قراءة 140 صفحة تمثل اللائحة الأساسية للتعاقد بكل ما أضفي عليها من تعديلات وملاحق وإضافات لم يستطع معها المشتري الحاجز أن يكتشف أن المساحة الفعلية للشقة المحجوزة قد تم إنقاصها إلى حوالي النصف (1).

ويلتزم المطور العقاري وفقا لنص المادة رقم 25 من القرار رقم 2 لسنة 2018 أن يبرم عقد الحجز التمهيدي مع المشتري خلال شهرين من تاريخ حصوله على الإعلان على أن يخطر المشتري خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ حصوله على الترخيص بالإعلان.

وقد أستحدث القانون البحريني مسألة رسالة الاهتمام والتي عرفتها المادة رقم 1 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على أنها (رسالة كتابية صادرة عن شخص يبدي رغبته الجادة في التعاقد على وحدة أو أكثر من وحدات مشروع التطوير العقاري). وهذه المرحلة تأتي مبكرا قبل توقيع اتفاقية الحجز أو الاتفاق الابتدائي بل حتى قبل حصول المطور العقاري على الترخيص الخاص بإنشاء المشروع، ويعد ذلك أمر منتقد إذ أنه من غير المتصور أن يقوم المطور العقاري بجمع الزبائن قبل الحصول على الترخيص، كما أنه لا يمكن رهن مشروع التطوير العقاري بيد المشترين بحيث أنه في حالة عدم وجود رسائل اهتمام كافية فإن المطور العقاري لن يباشر البدء في مشروع التطوير.

---

(1) حكم محكمة النقض المدنية الصادر بتاريخ 1971/6/24، موسوعة دالوز, ص671، مشار إليه لدى د. نزيه المهدي, مرجع سابق, ص230,كذلك مشار إليه لدى د. سيبل جعفر, مرجع سابق، ص140.

2. التزامات الحاجز (المشتري)

إن دور المحجوز له في الاتفاق التمهيدي في بيع العقار تحت الإنشاء محدود، إلا أن ذلك لا يعني أن الدور الذي يقع على عاتق المحجوز له غير مهم.

ونص المشرع البحريني في المادة رقم 27 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على أنه (يجب على الحاجز عند توقيع عقد الحجز دفع مبلغ تأمين بنسبة 1% من سعر البيع المعلن، ويدخل في مبلغ التأمين مبلغ رسالة الاهتمام).

ونصت المادة رقم 16 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على أنه يجب على المشتري دفع مبلغ ألف دينار عند توقيع رسالة الاهتمام. ونصت المادة 28 من القرار السابق أيضا على (في حالة عدول الحاجز عن عقد الحجز، أو انتهاء مدته فإنه يسترد مبلغ التأمين مخصومًا منه مصاريف إدارية بحد أقصى مائتي دينار بحريني لصالح المطور).

كما أوجب المشرع الفرنسي أيضا على المحجوز له أن يدفع وديعة الضمان والتي تعد بمثابة حجر الأساس لبداية المرحلة قبل التعاقدية. وحددت المادة رقم 31 من قانون البناء والسكن الفرنسي أنه يلتزم على المشتري المحجوز له أن يقوم بدفع وديعة الضمان وذلك خلال إبرام العقد التمهيدي ويكون هذا الالتزام مقابلاً لالتزام البائع بالحجز.

كما أن على المحجوز له الالتزام التام بحسن النية خصوصاً فيما يتعلق باستعماله لخيار العدول عن العقد وأنه حسب المادة رقم ل 271-11 من قانون البناء والسكن الفرنسي فإنه المعدل بموجب المادة رقم 7 بموجب القانون المؤرخ في 2000/12/13 والذي يمنح المشتري مهلة أسبوع للعدول عن قراره (2).

---

(1) د. محمد زهرة المرسى مرجع سابق، ص 404-405.

(2) Oliver Tournafond, vente d`immeuble a construire, dalloz, mars, 2004, p67 مشار إليه لدى د. سيل حاجي، مرجع سابق ص142.

المطلب الثاني

أركان العقد

يشترط القانون لانعقاد عقد بيع العقار تحت الإنشاء توافر أركان والتي لا يمكن للعقد القيام بدونها وهي التراضي والمحل والسبب، ونتناول في هذا المطلب ركني التراضي والمحل، ونخصص المطلب الثالث للحديث عن الشكلية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لدى كل من المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني(1). كما أنه لم يرد أي حكم خاص فيما يتعلق بالسبب في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، ولذلك فإنه لا يوجد ما يضاف إلى هذا الركن في هذا العقد، ونحيل إليه ما ورد من أحكام في النظرية العامة (2). وقد ألغي السبب كركن من أركان العقد في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي نتيجة غموضه وتعقيده وتداخل مع ركن المحل في بعض الأحيان(3).

---

(1) هنا توضيح مهم وهو أن المادة رقم 1108 من القانون المدني الفرنسي القديم والواردة ضمن الفصل الخاص بالشروط الأساسية لصحة العقد والتي تعدد هذه الشروط على أنها رضاء المتعاقد وأهليته للتعاقد، المحل والسبب. أما المادة المقابلة، بمقتضى تعديل قانون العقود الفرنسي بموجب المرسوم العام رقم 131 الصادر في 10 فبراير لسنة 2016 وهي المادة رقم 1128، والتي وردت ضمن المبحث الخاص بعنوان (صحة العقد) فقد نصت على أنه يكون ضروريا لصحة العقد 1-رضاء المتعاقدين 2-أهليتهم للتعاقد 3-مضمون قانوني مشروع ومؤكد. وبذلك النص يكون المشرع الفرنسي قد تخلى عن فكرتي المحل والسبب باعتبارهما من أركان العقد مستعيضاً عنهما بفكرة جديدة هي مضمون العقد. أ. د. محمد حسن قاسم. القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية' لبنان، 2018، ص101. ويشير النص على: La validité du contrat

« Art. 1128.-Sont nécessaires à la validité d'un contrat. « 1° Le consentement des parties. « 2° Leur capacité de contracter. «3° UN contenu licite ET certain.

(2) وللسبب مفهومين مفهوم تقليدي ويرى في السبب على أنه الغرض من إبرام العقد نظرية أحادية حديثة قائمة على نزعة شخصية باعتبار السبب هو الباعث ونظرية ثنائية تجمع بين النزعة الموضوعية والشخصية فالسبب من حيث الوجود هو الغرض ومن حيث المشروعية فهو الباعث. للمزيد أنظر أ.د صبري حمد خاطر النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص93-100.

(3) أ. بلال الفقيري ,قراءة في مستجدات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بنظرية العقد , بحث منشور على شبكة الإنترنت صفحة https://www.maroclaw.com

الفرع الأول

التراضي

نبحث في هذا المطلب وجود التراضي وصحته على النحو الاتي:

أولا: وجود التراضي

الرضا هو أحد الأركان الجوهرية في العقد، ويحتم هذا مبدأ استقلال الإرادة، وعليه فإن الإرادة وحدها هي المصدر الجوهري للالتزام، وهي المقصود بها إرادة التعاقد التي تتكون من خلال تطابق إرادتين (1). وعقد بيع العقار تحت الإنشاء كسائر العقود لا يمكن أن يقوم بدون ركن الرضا، ويجب أن يكون الرضا متوافر بركنيه، وهو أن يكون الرضا موجوداً وهو الذي يعكس إرادة التعاقد السليمة، وأن يكون الرضا خاليا من العيوب التي تؤثر عليه (2).

وينعقد العقد في القانون البحريني والقانون الفرنسي بشكله البسيط كأصل عام، وذلك بتحقق الأركان العامة للعقد ويعتبر هذا تطبيق منطقي للقواعد العامة المتعلقة برضائية العقود (3).

---

(1) أ.د. صبري حمد خاطر النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق، ص 35.

(2) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول مصادر الالتزام. طبعة نقابة المحامين بالجيزة.ص143.2007ويذكر الدكتور السنهوري في هذا المقام عن أركان الإرادة أو العمل القانوني ويرى بان الإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني، فيرى أنه من المنطقي بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني لا العكس ولكن الناحية العملية تتغلب هنا فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني، كما ويجب أن تكون تلك الرادة تتجه لإحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي..).

(3) طعن تمييز رقم 530 لسنة 2015 المحكوم بجلسة 2017/5/9، غير منشور، حيث نص حكم المحكمة على (وكان من المقرر أن عقد البيع من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد التراضي عليها بين المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء واتفاقهما على المبيع والثمن).

ويتكون الرضا في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وغيره من سائر العقود بشكل عام، باقتران الإيجاب بالقبول، وهو ما يجب أن يكون فيه التعبير عن الإرادة متطابق مع الإيجاب بقبول الآخر، ويجب على المتعاقدين في هذه الحالة التعبير عن هذه الإرادة بشكل صريح، وتعتبر الإرادة متوافرة عند إبرام التصرف بشكل عام هذا ما لم يثبت العكس، أو أن يقضي القانون على خلاف ذلك (1).

إن التعبير عن الإيجاب والقبول في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يجب أن يكون صريحاً (2)، فيقوم المطور العقاري، أو البائع في هذه الحالة أيا كان مركزه القانوني، سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً (3)، بالتعبير عن رغبته في بيع عقار على نظام بيع العقار تحت الإنشاء.

ولخصوصية عقود بيع العقارات تحت الإنشاء فيما يتعلق بإبداء الرغبة في إبرام هذه العقود، فإنه عادة ما يتم طرح هذه المشاريع الخاصة بالتطوير العقاري في محافل أعلانية، أو معارض متخصصة في التسويق لهذه العقارات.

---

(1) مادة 31 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 المتعلق بإصدار القانون المدني.

(2) إن التعبير عن الإرادة وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً ويكون التعبير عن الإرادة صريح إذا كان المظهر التي اتخذه مظهراً موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة وقدي يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية ولكن إيفاد رسول لا يكون نائباً سواء كان التعبير عن الكتابة في أي شكل كان عرفياً أم رسمياً سواء كان في شكل سند أو نشرة أو إعلان وقد يكون التعبير صريحاً أيضا بالإشارة المتداولة عرفا مثال ذلك إشارة الأخرس، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان الموقف الذي تم اتخاذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن وخلاصة القول إن أي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة مع مراعاة أن هناك عقود شكلية يتطلب القانون شكلاً معيناً لإبرامها وبالتالي يجب أن يتخذ التعبير عن الإرادة مظهراً خاصاً. للمزيد في ذلك انظر عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول. مرجع سابق ص 146 وما بعدها.

(3) وقد قصرت اللائحة التنظيمية لبيع الوحدات العقارية السعودي على الخارطة المطور على الشخص المعنوي وذلك في المادة رقم 1. مشار إليه لدى د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص40. وقد نصت المادة الأولى من هذه اللائحة على تعريف المطور على أنه (المطوّر: الشخص المعنوي المرخّص له بمزاولة بيع وشراء وتطوير العقارات).

1: أطراف العقد

ينعقد عقد بيع العقار تحت الإنشاء دون تدخل أطراف خارجية فيه (1). ولكن الواقع العملي قد أنتج حالات تحتم تدخل أطراف غير الأطراف الموجودة في العقد، وتكون صلتها وثيقة بالعقد (2). بل وتتصرف بعض أثار العقد إليها. لكن يبقى المشتري أجنبياً عن العقود المبرمة مع الشخص الثالث (3). وكان يعتقد أن العقد مادام وليد اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فإن مؤدى ذلك انصراف آثاره إلى أطرافه فقط، ولا تتصرف هذه الآثار إلى الغير لا بالسلب ولا بالإيجاب، إلا أن الممارسة العملية للعقود وأثارها، تقتضي قليلاً من التأمل لمراكز الغير تجاه العقود التي لا يكونون طرفاً فيها (4). وعليه فإننا نتناول أطراف العقد ثم نبين دور الغير الذين لهم علاقة مباشرة بالعقد.

وتجدر الإشارة أن التشريع الفرنسي لم ينص على تصنيف خاص بأطراف العملية التعاقدية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، كذلك بالنسبة للتشريع البحريني والإماراتي، حيث تم الإشارة إليهم في باب التعريفات في المادة الأولى من ذات القانون وذلك بصورة غير مباشرة.

وطبقاً لما ورد في القانون وحسب القواعد العامة من أن طرفي العقد الرئيسين هما المطور العقاري والمشتري، إضافة لذلك فإنه هناك أشخاص لهم دور مهم في عملية التنفيذ والبناء على حد سواء، ولا يمكن للعقد أن يبرم من غير تدخلهم وهما المهندس الاستشاري والمصرف. كما يحظر على بعض الأشخاص من ممارسة النشاط الخاص بعقد بيع العقار تحت الإنشاء. وعليه فإننا نتناول أطراف في عقد بيع العقار تحت الإنشاء على النحو الاتي:

---

(1) د. محمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص 92-93، وأنظر أيضا د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 77.

(2) د. سبيل جعفر حاجي، مرجع سابق، ص 58.

(3) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 68 .

(4) للمزيد راجع في ذلك. د. علي فيصل علي. مبدأ حجية العقد. الطبعة الأول، 2013. الخليج العربي للنشر والتوزيع. ص13 وما بعدها.

إن القاعدة العامة هي أن لكل شخص تحقق فيه الشروط المنصوص عليها في القانون لممارسة النشاط يمكنه أن يبرم العقد ويكون طرفا فيه ونتناول طرفا العقد والاستثناء الوارد عليه على النحو الاتي:

أ. المطور العقاري أو البائع

المطور العقاري وفقا للقانون الفرنسي (1)، (هو الشخص الذي يقوم بأعمال التطوير العقاري من بناء وبيع على الجمهور). ويعتبر مفهوم المطور العقاري من المصطلحات المستحدثة في مجال العقود الواردة على نقل ملكية العقارات، فلم يعرف هذا المصطلح سابقاً لدى الفقه والتشريع القانوني في مملكة البحرين. ويعتبر مفهوم التطوير العقاري، والمطور العقاري على وجه الخصوص تطوراً طبيعياً لعقود المقاولة والبناء، ونهج جديد في تقديم الخدمات العقارية، وهو بذات الوقت تطور منطقي لحاجة الإنسان والمجتمع، في وضع حلول مناسبة للسيطرة على الحاجة الملحة في حركة النمو السكاني والعمراني الذي يشهده العالم.

وقد أشار قانون بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي إلى المطور العقاري بوصفه (مالك المشروع أو البائع)، الذي يقوم ببناء العقار حسب الاتفاق مع المشتري، ويتعهد بنقل ملكية هذا العقار بعد الانتهاء من الأعمال الرئيسية للبناء (2).

ويعد مفهوم التطوير العقاري مفهوم يتسع لكل ما هو جديد في مجال تطوير العقار، أيا كانت طبيعته على نحو يمكن من استغلاله وتحسينه بغية الاستفادة منه. ولا يقتصر هذا المفهوم على المباني السكنية فقط بل، يتعدى ذلك إلى تطوير الأراضي المهملة واستصلاحها وتخطيطها، وإدخال الخدمات الأساسية لها من ماء وكهرباء وطرق وبقية الخدمات الضرورية الأخرى.

---

(1) Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ET à l'obligation de garantie à raison des vices de construction

(2) د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص90-91.

وقد عرف المشرع البحريني المطور العقاري في المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بالتطوير العقاري، وقد ميز المشرع البحريني بين نوعين من المطورين العقاريين، أحدها قد أشير إليه بالمطور الرئيسي والآخر أشير إليه بالمطور الفرعي، أما بالنسبة للمطور العقاري الرئيسي فهو (الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري المختلفة مثل البناء والبيع على الخريطة. أما بالنسبة للمطور الفرعي فهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري الذي يعهد إليه المطور الرئيسي بموجب اتفاق بينهما تطوير كل أو جزء من العقار الذي يتولى تطويره (1). وأستخدم المشرع البحريني ذات التعريف في القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري (2) ومن الجلي هنا أنه ثمة إختلاف بين التعرف الحديث والتعريف السابق. في القانون رقم 28 لسنة 2014 حيث أضيفت الفقرة (والذي يعهد إلى مطور فرعي أو أكثر تطوير جزء أو أكثر من عقار قائم بذاته من مشروع التطوير العقاري).

ويتضح وجود تشابه كبير بين طابع عمل المقاول (3)، فيما يتعلق بهذه الفرضية وانصرافه إلى عقد بيع العقار تحت الإنشاء، فأعمال المطور العقاري تشبه إلى حد كبير الأعمال التي يقوم بها المقاول، والكيفية التي يقوم بها المقاول من الباطن تشبه أيضا إلى حد كبير الكيفية والأعمال التي يقوم بها المطور الفرعي، ولكنها ليست بمقاولة من الباطن. والمقاول الرئيسي يقوم بأعمال التطوير العقاري التي يعهد إليه بها صاحب العمل ولا يمكن التنازل عنها ما لم يكن في العقد شرط يقتضي ذلك (4). كذلك عرف المشرع الإماراتي المطور العقاري على أنه (كل من يرخص ممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها على الغير) (5).

---

(1) مادة 21-من القانون رقم 28-لسنة 2014 الخاص بالتنظيم العقاري.

(2) مادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري حيث عرفت المطور الفرعي على أنه (الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخَّص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري الذي يَعهد له المطوِّر الرئيسي بموجب اتفاق بينهما تطوير جزء قائم بذاته من مشروع تطوير عقاري).

(3) أنظر في ذلك. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة،2014، ص 353 وما بعدها.

(4) مادة 604-من المرسوم بقانون رقم 19-لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني.

(5) المادة رقم 2من قانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي لإمارة دبي.

وأستخدم المشرع الفرنسي لفظ البائع، ولم يستخدم لفظ المطور العقاري في الإشارة إلى عقد بيع العقار تحت الإنشاء (1)، ويبدو أن لفظ البائع هو المناسب في هذا المقام من إبرام عقود بيع العقار تحت الإنشاء، باعتباره أنه هو من تحمل الالتزام بنقل ملكية المبنى بعد إتمامه إلى المشتري.

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي يشير إلى المطورين العقارين على وجه العموم، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاصاً اعتبارين. وقد استخدم المشرع الفرنسي في ذات القانون أيضا للإشارة إلى المطور العقاري لفظ صاحب المشروع في قانون 3 يناير لسنة 1967 (2).

إن حداثة اللفظ نسبيا بالنسبة للمطور العقاري، لا يعني أن الدور الذي يقوم به المطور العقاري حديث في مجال التعامل العقاري (3)، بل يعكس مركزاً مهماً وقديماً فيما يتعلق بعقد المقاولة وعقد بيع العقار، إذ أن المطور العقاري ومركزه القانوني والكثير من الأحكام المختصة به يمكن مقارنتها بمركزي المقاول والبائع بذات الوقت .ويتضح أنه بالرغم من اختلاف التشريعات المقارنة في هذه التسمية (4)، إلا أنها اتفقت على طبيعية العمل الذي يقوم به المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، والذي يعكس مركز المقاول ومركز البائع في وقت واحد.

وقد عنى المشرع البحريني في مسألة تنظيم عمل واجبات والتزامات المطورين العقاريين خصوصا مع صدور القرار رقم 6 لسنة 2018 والذي ينظم عمل والتزامات وواجبات المطورين تجاه مؤسسة التنظيم العقار من جهة ومن ضوابط التصرف في مشروع التطوير العقاري، وإلتزامات المطور تجاه المشترين والغير (5).

---

(1) المادة رقم 1من القانون رقم 27 لسنة 2017.

(2) Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ET à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

(3) مادة 2-من قانون بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي.

(4) أنظر حول هذا المعنى أيضا د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص90، وأنظر أيضا في ذات المعنى د. علاء حسين علي، مرجع سابق ص 65-68

(5) منشور بالجريدة الرسمية العدد 3377 الخميس 2 أغسطس 2018 ص130-137

إن نجاح مشروع التطوير العقاري رهين بإنجاز المطور العقاري. ويرجع السبب في ذلك إلى أن المطور العقاري إنما يجمع بين صفتي الباني والبائع في نفس الوقت، فهو يقوم ببيع ما قد بناه أو ما سيقوم ببنائه خلال تنفيذ العقد ومن ثم بنقل ملكية هذا المبنى، بينما لا يوجد مثل هذا الالتزام في عقد المقاولة، ولذلك كانت شخصية المطور العقاري ذات أهمية بالغة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء. ومن هنا فإن موت المطور العقاري لا ينهي العقد إذا كان له ورثة بمقدورهم الاستمرار في تمويل المشروع، أما أذا كان الورثة ليس لديهم خبرة كبيرة في هذا المجال أو أنه قد سبق الحكم عليهم بسبب ارتكابهم جرائم خيانة الأمانة فإنه يحظر عليهم ممارسة هذا النشاط وفقا للقانون الفرنسي (1).

ومن المهم للمتعاقد في أحد مشاريع التطوير العقاري خصوصا في مشروع بيع العقار تحت الإنشاء، الانتهاء من أعمال البناء وتسليم المبنى. ولذلك حرص المشترين على اختيار المطور العقاري ذي السمعة الطيبة، وقد حرص قانون تطوير القطاع العقاري على وجود قاعدة بيانات تخص المطورين العقارين (2)، وذلك حرصاً من المشرع على أن تكون بياناتهم متاحة للكافة للاطلاع عليها ومعرفة الوضع القانوني للمطور العقاري قبل إبرام العقود معه. ويفهم من نص المادة 14 من قانون تنظيم القطاع العقاري أن القيد في هذا السجل وجوبي (3).

---

(1) الدكتور علاء حسين علي. مرجع سابق. ص 66.

(2) وقد نصت المادة 14 من قانون تنظيم القطاع العقاري على أن تُمسِك المؤسسة سجلاً يسمى (سجل المطوّرين)، ويكون عبارة عن سجل ورقي أو إلكتروني تدوّن فيه كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالمطوّرين ويصدر قراراً من مجلس الإدارة بتحديد البيانات والمعلومات الواجب توافرها في السجل الورقي أو الإلكتروني، والضمانات اللازم توافُرها في السجل، بما يكفل حماية البيانات والمعلومات المدوّنة فيه، وبيان أية تغييرات تتم في هذه البيانات أو المعلومات ويلتزم المطوّر بإخطار المؤسسة عن أي تغيير في البيانات والمعلومات الواردة في السجل وذلك خلال الفترة التي يصدر بتحديدها قراراً من مجلس الإدارة ويكون السجل متاحاً للاطلاع عليه من الجمهور واستخراج صورة مصدَّقة من المعلومات المقيَّدة فيه أو شهادة سلبية بعدم إدراج أمر معيَّن فيه، وذلك بعد سداد الرسوم المقررة.

(3) صدر القرار رقم 1 لسنة 2018 الخاص بتراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري ونشر بالجريدة الرسمية في العدد رقم 3355 بتاريخ 2018/3/1.

ويعتبر هذا السجل مدونة يثبت فيها كل ما يخص المطور العقاري وما قد يطرأ على الشكل القانوني للممطور العقاري مستقبلا، فضلا عن الأحكام الصادرة في حقه من قبل المحاكم المختصة أو لجان الوساطة. وبذلك يكون المشتري على قدر من الاطلاع على المركز القانوني للمطور العقاري قبل إبرام العقد.

الأمر الذي أبرز دور مهم لشخصية المطور العقاري ومصداقيته في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على نحو مطابق مع بنوده، حتى مع تغير الظروف فالمطور العقاري الناجح دائما ما يضع في الحسبان ويتوقع اختلاف الظروف التي يمر بها المشروع فيضع بذلك خطة مساندة للسير في المشروع.

وقد كانت الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية للقانون الملغي سارية التنفيذ على شروط الواجب توافرها في المطور العقاري حتى صدور قرار معالي رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري رقم 1 لسنة 2018 المتعلق بشروط بترخيص المطورين العقارين (1).

وقد رخصت مؤسسة التنظيم العقاري لحوالي 57 شركة ومؤسسة فردية حتى الان من ممارسة أنشطة التطوير العقاري خلال العام 2018 فقط، ويدل هذا الرقم على إقبال جيد من المطورين العقارين لتوفيق أوضاعهم القانونية مع اللوائح والأنظمة سارية المفعول فيما يتعلق بترخيص العمل للمطورين العقاريين في ظل قانون تطوير القطاع العقاري الجديد الصادر في سنة 2017 (2).

---

(1) وتطبق في هذه الحالة اللائحة التنفيذية للقانون القديم حيث أنه لا يستتبع إلغاء القانون أن تلغي اللوائح التنفيذية التي صدرت بموجبه لمجرد إلغائه إلا أن يكون النص على ذلك في القانون الجديد وحيث أن المادة الثانية من القانون الجديد رقم 27 لسنة 2017 المتعلقة بالإصدار لم تنص على إلغاء اللائحة التنفيذية للقانون رقم 28 لسنة 2014. وقضت محكمة النقض المصرية بأن إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض من النظام القانوني الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيه والتي تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول في القانون الجديد ما لم ينص صرحة على إلغائها. للمزيد أنظر مستشار. أنور طلبة، رئيس محكمة الاستئناف، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص163.

(2) يمكن الاطلاع على المزيد من المطورين العقاريين المرخصين من خلال الرابط https://www.rera.gov.bh/category/licensed-developers

إن مشاريع التطوير العقاري كغيرها من الأنشطة التجارية وقد نظم المشرع مشاريع التطوير العقاري ونظم صيغة العمل بها، والاشتراطات الخاصة لبدء مثل هذه الأنشطة، وحدد المشرع البحريني الشروط الواجب توافرها في المطور العقاري وذلك لكي يسمح له بمزاولة هذا النشاط. وكان الهدف الرئيسي من هذه الاشتراطات ضمان قدرة المطور العقاري على إنجاز مشروع التطوير، دون الوقوع معوقات عملية وبالتالي تأثر المشترين وخسارتهم، كذلك لضمان تنفيذ مشروع التطوير العقاري في الوقت المحدد له.

وقد تناولت المواد رقم 5-6-7 من القرار رقم 1 لسنة 2018 هذه الشروط مقسمة إياها إلى شروط عامة وشروط خاصة وهي كالتالي:

1. أن يكون كامل الأهلية

الأصل أن يكون المطور العقاري كامل الأهلية وبالغاً سن الرشد، وسن الرشد في القانون البحريني هو أن يتم الشخص 21 سنة (1). كما يجب أن يكون المطور العقاري عاقلاً وغير محجور عليه لسفه أو غفلة، وهذا من البديهي الذي يتيح للمطور العقاري مقدرة مباشرة أعمال التطوير العقاري على نحو يؤدي إلى الانتهاء من مشروع التطوير العقاري على النحو المطلوب، دون الوقوع في أية مشاكل ناتجة عن نقص أهليه المطور العقاري كإصابته بالجنون (2).

كذلك اشترط المشرع البحريني أن يكون طالب الترخيص لمزاولة نشاط التطوير العقاري محمود السيرة وحسن السمعة فقد أولى المشرع جانب الثقة دور مهم في شخصية المطور العقاري وهذا الجانب له أولوية خاصة في نفس المشتري(3).

---

(1) مادة 13 من المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1986 الخاص قانون الولاية على المال منشور بالجريدة الرسمية العدد 1688 بتاريخ 1986/4/3.

(2) راجع عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص301 وما بعدها .

(3) مادة رقم 5 من القرار رقم 1 لسنة 2018

والأصل في ذلك أن كل شخص أهلا للتعاقد (1)، حيث نصت المادة 72 من القانون المدني البحريني على أنه كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منه بحكم القانون. إذن فانعدام الأهلية أو نقصها يعتبر استثناء يتم بحكم القانون(2). ويمكن تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بنقص الأهلية في مجال عقد البيع تحت الإنشاء إذا تم البيع من قبل ناقص الأهلية، فيتم معالجته عن طريق النائب القانوني أو بلوغ سن الرشد (3).

2- ألا يكون قد سبق الحكم عليه بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة

إذ أنه من غير المناسب أن يعهد لمن كان سمعته مشهورة بالغش، أو قد سبق عليه الحكم في قضايا جنائية، وخصوصا القضايا المتعلقة بخيانة الأمانة وغيرها من القضايا التي تؤثر بشكل مباشر في مصداقية المطور العقاري (4)، وأشترط المشرع البحريني في قانون التطوير العقاري 28 لسنة 2014، ألا يكون قد سبق على طالب الترخيص بالتطوير العقاري قد صدر في حقه بحكم نهائي في جريمة مخلة بالشرف، أو الأمانة مالم يكن قد رد إليه اعتباره.

وتعتبر نزاهة المطور العقاري وسمعته على قدر كبير من الأهمية ويرجع السبب في ذلك، أننا لم نعد نشير إلى البائع بصفته المعهودة إنما هناك تطور في مفهوم البائع وتحوله إلى البائع الذي سيقوم ببناء العقار، والذي يدل حتما على خصوصية هذا العقد (5).

---

(1) مادة 72.مدني بحريني حيث نصت (كل شخص أهل للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو ينقص منها بحكم القانون) .

(2) الأستاذ الدكتور. صبري حمد خاطر. النظرية العامة في الالتزام. مرجع سابق. ص64.

(3) للمزيد في هذا الموضوع راجع عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص282.

(4) د. محمد زهرة المرسي ومرجع سابق، ص 90-وما بعدها.

(5) حول نفس المعنى. د. سيبل جعفر، مرجع سابق، ص59.

3. أن يكون طالب الترخيص مقيدا لدى وزارة الصناعة والتجارة والسياحة

من الأمور المهمة التي جاء بها قانون التطوير العقاري البحريني هو أن يكون طالب الترخيص لمشروع التطوير العقاري مقيدا في السجل التجاري بوزارة الصناعة والتجارة والسياحة (1).

يتضح ذلك أن المشرع البحريني في هذا السياق قد حظر المشرع على الأفراد العاديين ممارسة أنشطة التطوير العقاري بصفة خاصة وسمح بها للمؤسسات الفردية المسجلة بوزارة تجارة وصناعة البحرين(2)، أي أنه لابد من أن يكون طالب الترخيص التجاري مقيداً بصفته تاجراً حسب المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2015 الخاص بشأن السجل التجاري (3)، ولم ينص قانون التطوير العقاري الجديد الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 2017 على هذا الحكم.

وقد يحصل بعض اللبس في تفسير المادة الأولى من قانون التطوير العقاري التي نصت بدورها على أن المطور العقاري الرئيسي هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري، وحتى الشخص الطبيعي هنا قد يرخص له بشخصه كما هو مشار إليه بالقانون ولكن لا يستطيع هذا الشخص من الممارسة الفعلية لعملية البناء سوى عن طريق مؤسسات تجارية مرخصة من قبل وزارة التجارة والصناعة في البحرين.

---

(1) لم ينص المشرع البحريني صراحة على هذا الشرط ولكن يفهم منه عند التقدم لطلب الترخيص. حيث نصت المادة رقم 16 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أن تغيير الشكل القانوني للمطوِّر مع مراعاة أحكام قانون الشركات التجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (21) لسنة 2001، لا يجوز تغيير الشكل القانوني للمطوِّر سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً إلا بعد الانتهاء من تنفيذ مشروع التطوير العقاري وتسليمه، وبعد موافقة المؤسسة.

(2) ومن الجدير بالذكر هنا أن أنشطة ممارسة النشاط العقاري من تطوير عقاري وغيره من النشاطات المتعلقة به كان عرضة لحزمة من القرارات من وزارة التجارة فيما يتعلق برفع مبالغ الضمان المودعة في البنك للترخيص بممارسة نشاط التطوير العقاري وكان هذه القرارات لا تعكس حقيقة نية المشرع في تخصيص مبالغ ضمان في حساب الشخص المؤسسة أو من ينوب عنها بشخصه ومضي مدة معينة عليها في البنك قد تصل إلى 3 أشهر وذلك ضمان جدية طالب الترخيص في مزاولة النشاط المطلوب.

(3) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3230 ملحق، بتاريخ 2015/10/8.

4. أن يكون طالب الترخيص بحريني الجنسية

اشترط المشرع البحريني أن يكون طالب الترخيص بحريني الجنسية ومع ذلك أجيز لغير البحريني أن يمارس أنشطة التطوير العقاري في مملكة البحرين بشرط مراعاة أحكام وقواعد المنظمة لملكية الأجانب في منطقة الترخيص، ذلك أن المشرع البحريني قد قصر حق تملك العقارات في الدولة على المواطنين ومواطني دول مجلس التعاون الخليجي، وحصر تملك الأجانب في مناطق معينة (1).

ب. المشتري

يعتبر المشتري هو الطرف الرئيسي الآخر في عملية التعاقد على بيع عقار تحت الإنشاء، ويعتمد نجاح العقد على مد تعاون المشتري وقدرته على الوفاء بالتزاماته العقدية، ولعل من أهم هذه الشروط أن يكون المشتري قادراً على أداء التزامه تجاه المطور العقاري بدفع الثمن، ويعتبر دفع الثمن بالنسبة للمشتري إضافة إلى التزامه بدفع نفقات البيع وتسلم المبنى بعد الانتهاء منه (2).

---

(1) نظم المشرع البحريني مسالة تملك العقارات للأجانب في البحرين منذ مدة طويلة ولعل من أوائل هذه التنظيمات التي تسمح لتملك العقارات في مملكة البحرين تشريع ملكية الأجانب الصادر في 8 يناير 1956 والذي ينص على (ابتداء من تاريخه لا يسمح لأي أجنبي منح الجنسية البحرينية أن يمتلك أكثر من بيت ودكان واحد لأعماله إلا برخصة من حكومتنا) والأصل انه لا يجوز للأجنبي التملك في البحرين ويرد على ذلك استثناءات تتغير من فترة إلى فترة حسب التوسع العمراني المتسارع في مملكة البحرين وقد نظم المشرع البحريني تملك غير البحريين للعقارات بموجب المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 2001 وبعدها كانت هناك حزمة من القرارات التي تستحدث مناطق بين الفينة والأخرى التي يسمح لغير مواطني دول مجلس التعاون من الأجانب حق التملك بها أخرها كان قرار رقم (13) لسنة 2011 بتعديل المادة الأولى من القرار رقم (43) لسنة 2003 بشأن تملك غير البحرينيين للعقارات المبنية والأراضي في مملكة البحرين المعدل بالقرار رقم (67) لسنة 2006 . أما إذا كان طالب الترخيص أجنبياً، تُراعى في منحه الترخيص الأحكام المنظمة لممارسة غير البحرينيين أنشطة القطاع العقاري بحسب الأحوال. مادة رقم 10 من القرار رقم1 بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري.

(2) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط ج 4 ص .769عقد البيع.

والقول بدفع الثمن والوفاء به هو من أهم ما يقع من التزامات على عاتق المشتري، في عقد البيع بشكل عام وفي عقد بيع العقار تحت الإنشاء بشكل خاص، ذلك أن المطور العقاري يقوم بتمويل عملية البناء من خلال تسلم الدفعات المالية المقدمة من المشترين حسب التقدم في أعمال البناء.

وقد نصت المادة 381 من القانون المدني في تعريف عقد البيع على أنه (عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي أخر لقاء ثمن نقدي. ويمكن ملاحظة الدور السلبي للمشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء والذي يتمثل في أداء الثمن النقدي للمطور العقاري حسب ما هو مبرم بالعقد بين الطرفين ولم يلاحظ أية أحكام خاصة تتعلق بالمشتري سوى الإشارة إليه بشكل عرضي. وقد يعتقد البعض من أن هذا الدور السلبي لمشتري يعكس عدم أهميته في عقد بيع العقار تحت الإنشاء ولكن الصحيح هو أن قانون التطوير العقاري قد وضع ضمانات هائلة في حماية المشتري وجعل لها النصيب الأكبر (1).

ويبدو المشتري عادة منفرداً في مواجهة البائع دون أن يكون هناك ارتباط يتعلق بمصلحة شخصية مع غيره من المشتري ولا يهمه في ذلك سوى تنفيذ العقد الذي أبرمه مع البائع، ولكن هذه الصورة التقليدية لموقف المشتري في عقد البيع تختلف في عقد بيع العقار تحت الإنشاء فالبائع في هذا العقد لا يرتبط بعقد واحد مع مشتر واحد عادة بل على الأرجح أنه يرتبط بعقود مع عدة مشترين في مشروع واحد، ومن ذلك يتضح مدى عمق ارتباط كل مشتري بالآخر بحيث يتوقف حسن سير مشروع البناء على قيام كل مشتر بتنفيذ التزاماته (2).

وكذلك يلعب المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يلعب دور إيجابيا، فيهو يختلف تماماً عن النظرة التقليدية للمشتري في عقد البيع العادي وإذ يرى هذا الفقه أن المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء مساهم في عملية البناء فهو يقوم بمناقشة المطور العقاري في مختلف مراحل البناء وإنجاز العمل في المواقيت المناسبة فضلا عن مراقبة مباشر لمطابقة المواد المستخدمة لاتفاق العقد.

---

(1) سنتناول في الفصل الثاني من هذه الرسالة الضمانات التعاقدية في عقود بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع البحريني بالتفصيل أنظر ص 90.

(2) د. محمد المرسى زهرة. مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

3. ضرورة تدخل طرف ثالث في العملية التعاقدية

أ. أمين حساب الضمان (المصرف)

عرف مشرع البحريني أمين حساب الضمان في المادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أنه (أحد البنوك المرخَّص لها من قِبَل مصرف البحرين المركزي ويتولى إدارة حساب الضمان ونلاحظ هنا التطابق التام بين التعرفين في القانونين القديم والجديد(1).

كما عرفت المادة رقم 1 من القانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بإنشاء قانون حساب الضمان العقاري أمين الحساب على أنه (المؤسسة المالية أو المصرفية المعتمد من الدائرة لإدارة حساب الضمان).

ويقصد بأمين حساب الضمان أحد البنوك المرخص لها، والتي تتدخل في عملية البناء بقصد تمويلها، وتبدو أهمية هذا التدخل من خلال إقراض البائع الباني إما لشراء الأرض التي سيقوم عليها مشروع التطوير العقاري، لو لتمويل عملية البناء ذاتها، وقد نص المشرع الفرنسي على هذا الضمان من خلال المادة رقم (m17-R.261) من قانون البناء والسكن الفرنسي (2).

وكما أن الهدف الرئيسي من فتح الاعتماد المصرفي لدى أمين حساب الضمان هي ضمان وجود التمويل المناسب للقيام بمشروع التطوير العقاري، إلا أنه يساهم أيضا في إدارة هذا الحساب على النحو المناسب كما ويساهم في ضبط عملية إيداع وصرف المبالغ المودعة في الحساب من قبل المطور العقاري (3).

---

(1) حيث نصت المادة رقم 1 من القانون الملغي على تعريف أمين حساب المشروع أنه (أحد المصارف المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي يتولى إدارة حساب المشروع). نتناول ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الرسالة حساب الضمان كأحد الضمانات المالية الملزمة قبل المطور العقاري راجع صفحة 200-وما بعدها.

(2) د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص 93، أنظر أيضا د. علاء حسين علي. مرجع سابق، ص68.

(3) أنظر نص المادة رقم 24 من قانون رقم 27 لسنة 2017 الفقرة ج.

وقد اشترط المشرع الفرنسي أيضا على مالك المشروع في عقود بيع العقار تحت الإنشاء، أما فتح ودائع مصرفية أو اعتمادات مصرفية لكي يحفظ حقوق المشتري ويجعل له خيار الحصول على المبالغ المدفوعة في حالة عدم قدرة المطور العقاري على إتمام البناء، أو أن يمول هذا الاعتماد المصرفي من عملية البناء، وبالتالي يضمن توفر السيولة الكافية للانتهاء من عملية البناء (1). ومن الجدير بالذكر هنا أن المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 2017، قد أهتم بإنشاء حساب ضمان مشروع البيع على الخريطة، وحساب الضمان عبارة عن (حساب الضمان (escrow account)حساب مصرفي باسم مشروع التطوير العقاري لإيداع المبالغ من المطوِر والمودعين، ويخصص لبناء وتنفيذ مشروع التطوير (2).

ويرجع اهتمام المشرع البحريني في حساب الضمان إلى الأهمية القصوى التي يلعبها دور حساب الضمان في سهولة وشفافية دخول وخروج أموال مشروع التطوير العقاري والذي بدوره سيكون ضمان واقعي لحسن سير العمل في المشروع وصولاً إلى مرحلة إتمام البناء وتسليمه للمشتري.

ونصت المادة 24 من قانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري على أنه (يُنشأ حساب ضمان مستقل باسم كل مشروع من مشاريع البيع على الخريطة باتفاق كتابي بين المطوِر وأمين حساب الضمان، لتنظيم الأمور المالية والإدارية والقانونية للمشروع، وإيداع المبالغ المقدَّمة من المطوِر والمودعين، ويحدد الاتفاق ضوابط إدارة الحساب وحقوق والتزامات الأطراف، وتودع نسخة منه لدى المؤسسة).

كما صدر أيضا عن محافظ مصرف البحرين المركزي القرار رقم 19 لسنة 2918 الخاص بتنظيم مزاولة نشاط أمين حساب ضمان مشاريع البيع على الخريطة(3)، والذي تناول بشيء من التفصيل الشروط الواجبة فيمن يرخص له بمزاولة نشاط أمين الحساب كذلك الأحكام الخاصة بإدارة الحساب والعلاقة بين المطور العقاري وأمين الحساب.

---

(1) Article 6 Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967

(2) مادة رقم 1 من قانون رقم 27 لسنة 2017 منشور بالجريدة الرسمية العدد 3325 الخميس 3 أغسطس 2017.

(3) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3367 بتاريخ يوم الخميس 24 مايو 2018

ب. المهندس الاستشاري

عرفت المادة رقم 1 من القرار رقم 2 لسنة 2018 المهندس الاستشاري على أنه (مهندس استشاري مرخص له من قبل مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية).

ويلعب المهندس الاستشاري دورا مهما في تحديد مراحل البناء المختلفة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، بحيث يكون هو المرجع في تحديد نسبة البناء والتي يتوقف عليها دفع الأقساط المستحقة للمطور العقاري، كما يكون له دور في إصدار شهادة الإنجاز عن طريق التقارير التي تفيد بالانتهاء من أعمال البناء ويكون هذا الإصدار بالتعاون مع أمين حساب الضمان.

ونصت المادة رقم 39 من القرار رقم 2 لسنة 2018 المتعلق بتراخيص مشاريع التطوير العقاري على (يجب على المطور قبل طلب دفعة مرحلية، أن يزود المشتري والمؤسسة بتقرير مرحلي مُعد من قبل مهندس استشاري يبين النسبة المئوية لإنجاز المشروع).

2. نطاق الحظر في عقد بيع العقار تحت الإنشاء

ينعقد عقد بيع العقار تحت الإنشاء بمجرد تطابق إرادتي البائع والمشتري، فهو إذا من العقود التي يمكن لأي شخص أن يبرمها كأصل عام. إلا أن المشرع قد حظر صلاحية إبرام عقود بيع العقار تحت الإنشاء على بعض الأشخاص كاستثناء من المبدأ العام الذي يقضي بأنه لا يوجد من يحظر عليه إبرام العقود حسب القواعد العامة. وقد نصت المادة 15 من قانون 3 يناير 1967 على أنه يحظر على الأشخاص الذي تم ذكرهم في هذه المادة من ممارسة كافة أنشطة بيع العقار تحت الإنشاء حتى ولو كان ذلك عن طريق نائب أو وسيط (1).

وهؤلاء الأشخاص الذين حظر المشرع الفرنسي في قانون بيع العقارات تحت الإنشاء على إمكانية تعاملهم في هذه المشاريع هم الأشخاص الذين قد صدر ضدهم إدانة بموجب المادة 60من القانون رقم 57-908 الصادر في 7 أغسطس.

---

(1)Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ET à l'obligation de garantie à raison des vices de construction -Article 15

كذلك الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام في جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة كذلك بالنسبة لجرائم إعطاء شيك بدون رصيد وغير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف والأمانة. كذلك حظرت المادة 15 من قانون 3 يناير 1967 من إبرام العقود من قبل الأشخاص الذين يمتنع عليهم ممارسة مهنة التجارة طبقا للقواعد المقررة في قانون 30 أغسطس لسنة 1947 الفرنسي.

ويبدو أن المشرع الفرنسي قد أستشعر أهمية ما يجب على المطور العقاري أو البائع في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء من ضرورة تحليه بالصفات الحميدة والأمانة لأنه ينصب بالنهاية على شيء غير موجود. وقد كان المشرع الفرنسي حريص على خلو مجال البناء في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء من المشاغبين والمتلاعبين ممن قد صدر عليهم الأحكام القضائية التي تثبت تورطهم في جرائم تقوض من مصداقيتهم في هذه تنفيذ هذه العقود (1).

ومن ضمن هذا السياق أكد المشرع البحريني على هذا النسق فيما يتعلق بنطاق الحظر في ممارسة أنشطة التطوير العقاري خصوصا بيع العقار تحت الإنشاء من خلال القرار رقم 1 لسنة 2018 (2)، المتعلق بتاريخ المطورين والوسطاء ووكيل المبيعات في القطاع العقاري.

وعليه فإنه يمتنع على الأشخاص المشار إليهم في المادة 15 من قانون 3 يناير 1967 من عن إبرام العقود بالصور الثلاثة التي حددها المشرع الفرنسي في قانون بيع العقارات تحت الإنشاء وهي بيع العقار تحت الإنشاء وبيع العقار لأجل وبيع العقار على الحالة المستقبلة، والمهم في ذلك أن يكون العقد بيعاً أي كان النظام الذي يخضع له من الأنظمة الثلاثة التي أقرها المشرع الفرنسي، وهو أذن في هذه الحالة لا يمكن تطبيقه على عقد المقاولة (3).

ويؤخذ على المشرع الفرنسي في هذا السياق أنه لم ينص على أن المقاول الذي يكون من الأشخاص التي ذكرتهم المادة 15 من القانون رقم 3 لسنة 1967 هو من الأشخاص المحظور عليهم الاشتراك في عقود بيع العقار تحت الإنشاء ولو بصورة مقاول من الباطن، إذ أن البائع ليس بالضرورة أن يكون هو المقاول وهذا الشائع في هذا المجال.

---

(1) أنظر حول هذا المعنى، د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 116.

(2) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3355 يوم الخميس تاريخ 1 مارس 2018

(3) راجع في ذلك. الدكتور محمد زهرة. مرجع سابق، ص116-117-118.

إذ درج المطورون العقاريون على أن يبرموا عقوداً من المقاولين للقيام بعملية البناء فإذا كان المقاول غير مستثنى من نطاق الحظر الذي وضع لضمان سير المشروع فإن الفائدة منه لا تكون على النحو المرجو من هذا الحظر، كما أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً لدى المشرع الفرنسي من أن يقوم البائع بإبرام عقد مع المقاول للقيام بعملية البناء. كما يؤخذ على المشرع الفرنسي أيضا في هذا السياق على أنه لم يحدد جزاء على الإخلال بهذا المنع، ويرى بعض الفقه (1) أن المشرع الفرنسي إنما فوت هذه الإشارة إلى الجزاء سهوا، فلا قيمة للحظر في هذا المقام بدون الجزاء المتمثل في العقوبة الجنائية ويبدو هذا المنع وهميا بدون العقوبة. أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني فإنه الأمر لا يختلف كثيراً من حظر بعض من الأشخاص من ممارسة أنشطة التطوير العقار، حيث نصت المادة رقم 5 من قرار رقم (1) لسنة 2018 بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري، على أنه يشترط في طالب الترخيص أن (ألا يكون قد سبق الحكم عليه بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره).

وقد نصت المادة رقم 5 على تفصيل بين ما إذا كان طالب الترخيص شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا على النحو الاتي:

يشترط في طالب الترخيص توافر الشروط الآتية:

1. إذا كان شخصاً طبيعيا:

ألا يكون قد سبق الحكم عليه بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره. وألا يكون قد سبق إشهار إفلاسه بحكم نهائي، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.

إذا كان شخصاً اعتبارياً:

ألا يكون قد سبق إشهار إفلاسه بحكم نهائي.وألا يكون قد سبق إشهار إفلاس المدراء، أو أنهم كانوا مدراء لشركة تم تصفيتها.وألا يكون قد سبق الحكم على أي من المدراء بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.

---

(1) v.cabanac ،art، prec, A.J.P.I, 1967, P 13 نقلا عن الدكتور محمد زهرة المرسي. مرجع سابق. مشار إليه في ص118

ثانيا: عناصر التراضي

أ. الإيجاب

يعرف الإيجاب على أنه العرض الذي يقدمه شخص لأخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية (1).

كما ويجب أن يشتمل الإيجاب على العناصر الجوهرية للعقد، فإذا لم يتوافر في الإيجاب هذه العناصر الأساسية فإنه لا يعتبر سوى دعوى للتفاوض، فإذا ظهر خلال المفاوضات مقترح يشمل على هذه العناصر فإنه في هذه الحالة يكون إيجاب (2) وأكدت المادة 37 من القانون المدني أيضا على ضرورة أن يشتمل الإيجاب على طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية. ولذلك لكي يكون هناك إيجاب صحيح في عقد البيع فإن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون كاملاً، أي أن الإيجاب يتضمن المبيع، والثمن وطبيعة العقد وهي العناصر الجوهرية التي يقوم عليها عقد البيع (3). خصوصاً فيما يتعلق بعقد بيع العقار تحت الإنشاء، حيث أن محل العقد غير موجود. وبذلك يجب أن يتضمن الإيجاب وصفاً دقيقاً للمبيع وتحديد للثمن لتنتهي به المرحلة التمهيدية للتعاقد (4).

---

(1) مادة 37-من المرسوم بقانون رقم 19-لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني. ويعرفه الفقيه GHESTINأنه (تعبير عن الإرادة يتضمن اقتراحا بإبرام عقد معين وفقا لشروط معينة بحيث يكفي قبوله ممن وجه إليه انعقاد العقد راجع). راجع في تعريف الإيجابJ. GHESTIN.la formation du contra.، 260pمشار إليه لدة د. محمد حسن، مرجع سابق، ص131.

(2) أ.د. صبري حمد خاطر. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص 56. وهو نص المادة رقم 1114 من قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131 لسنة 2016.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد. عقد البيع.ط.2010دار الجامعة الجديدة. ص71.

(4) طعن رقم 730 لسنة 2010 بجلسة, 1/10/ 2012 حيث قضت المحكمة وحيث إن هذا النعي في جملته مردود ذلك أنه يشترط قانوناً لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب والتحقق من ذلك واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها محكمة التمييز متى كان استخلاصها سائغاً أما ما يجري من مفاوضات بشأن العقد فلا يعدو أن يكون عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني.

وعادة ما يعرض المطورون العقاريون مشاريع التطوير العقاري في مختلف طرق ووسائل الدعاية والإعلان (1)، ابتداء من الصحف اليومية وحتى شاشات التلفزيون، ومؤخراً ظهرت ما يطلق عليه وسائل التواصل الاجتماعي فأصبحت سوقاً رائجاً لعرض مثل هذه المشاريع. ولكن السؤال المطروح في هذا السياق هل يعتبر هذا الإعلان إيجاب من قبل البائع أو المطور العقاري؟

يرى البعض أن مثل هذه العروض عبارة عن صورا غير مألوفة للإيجاب (2)، ويرى البعض الآخر أنه في الوقت الراهن مع كثرة هذه الإعلانات المتعلقة بمشاريع التطوير العقاري وتنافس المطورين العقارين في عرض الأسعار والمواصفات بشكل مفصل وذلك لجذب المشترين، يمكن القول بأن هذه المعلومات وطريقة تقديمها تعتبر إيجاباً صريحاً من المطور العقاري أو البائع مادامت هذه العروض تشتمل على العناصر الأساسية للعقد (3)، ونعتقد أن استخدام مثل هذه النشرات والعروض في عرض السلع على الجمهور يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد، ولا يعتبر إيجاباً كاملاً (4).

ويرجع السبب في ذلك من أن المعلومات المقدمة غالباً ما تكون مفتقرة للكثير من المعلومات الأساسية المهمة في العقد فيعد فلذلك قلنا إن هذا لا يعد سوى دعوة للتعاقد التي تفتقر على بيان العناصر الرئيسية التي يجب ذكره في دعوة الإيجاب.

---

(1) وتعرف الدعاية على أنها النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور إيجاباً بجعله يؤمن بفكر أو مذهب ما أو سلباً يجعله يتصرف عن فكر أو مذهب ما وثمة فرق ما بين الدعاية التجارية والإعلان التجاري بحيث تكون الدعاية التجارية عبارة عن صورة من صور الإعلان التجاري الذي يصل فيه المعلن إلى أقصى حدود ترويج السلع والخدمات وتسويقها والتي بدورها تؤثر في الجمهور بطريقة المنطق والإقناع ويكون محلها شيء مادي مثل أن يكون منتج أو خدمة ما وعلى ذلك فلأن مدلول الدعاية يشمل كل إخبار يتعلق بالمنتج أو الخدمة أيا كانت أداة هذه الإخبار لأن الدعاية التجارية تتخذ كل شكل من أشكال الاتصال في مجال النشاط الصناعي أو التجاري أو حتى الحرفي والمهني. كما أن الدعاية الموجهة إلى الجمهور قد يستخدم فيها بعض وسائل الغش والتدليس من أجل تسويق السلعة وتصريفها، بإشاعة بيانات كاذبة من شأنها إلحاق الضرر بجمهور المستهلكين. للمزيد حول هذا الموضع أنظر د. رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، دار الفكر والقانون، الطبعة 1، 2008، ص16-18.

(2) عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق الوسيط. ج 4 السنهوري، العقد، ص47.

(3) السنهوري، المصدر نفسه. ص48.

ويرى جانب آخر من الفقه أن فتح باب الحجز للحصول على شقة مع ذكر أوصافها والثمن يعد إيجابا بات ونهائيا صادر عن صاحب الإعلان ويكون مقدم الحجز جزءا من هذا الثمن ويرتب كافة الآثار التي يرتبها عموما عقد البيع (1). أما جانب آخر من الفقه فإنه يرى أن الذي يحكم هذا الموضوع هو صيغة الإعلان نفسه (2). فقد تنطوي الصيغة المستخدمة في الإعلان على مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، فإذا ما تقدم شخصاً بناء على هذا الإعلان إلى المطور العقاري عد ذلك إيجاباً منه يستلزم قبولا من المطور العقاري. ويبقى هذا الإيجاب قائماً عل النحو الوارد في المواد (38) و(39) من القانون المدني البحريني، حيث نصت على أن للموجب خيار الرجوع في إيجابه طالما لم يقترن به القبول في أي وقت شاء إلا إذا حدد الموجب ميعادا للقبول أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة بقي الإيجاب ملزما للموجب طوال هذا الميعاد ويسقط بفواته.

ومن الملاحظ أن الإيجاب كأصل عام غير ملزم لمن صدر منه فيجوز لمن صدر منه الإيجاب أن يرجع عنه قبل أن يتصل به القبول من الطرف الآخر مالم تحدد له مدة. ويخضع في ذلك عقد بيع العقار تحت الإنشاء كغيره من سائر العقود إلى هذه القاعدة. وقد جرت العادة لدى المطورين العقارين في أخذ مبالغ تتراوح بين (500 إلى 1000) دينار وذلك عند توقيع اتفاقية الحجز في أحد مشاريع التطوير العقاري (3)، فلا يعد هنا استلام المبلغ الخاص بالحجز على قبول الحاجز، بل يترتب عليه أولوية معينة في الحصول على هذه السلعة، ويظل هذا التعامل في دائرة الإيجاب طالما أن الإعلان عن السلعة لم يكن سوى دعوة إلى التعاقد (4).

---

(1) الدكتور محمد زهرة المرسي. مرجع سابق صفحة 64-ويراجع كذلك الدكتورة سيبل حاجي عمر. مرجع سابق. ص 44.

(2) الدكتور برهام محمد عطاء الله. دعوى صحة التعاقد على البيع. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 175.

(3) عرفت المادة رقم 1 من القرار رقم 2 لسنة 2018 عقد الحجز على أنه (اتفاق مكتوب بين المطور والمشتري المهتم بغرض حجز وحدة عقارية للمشتري قبل الدخول في عقد بيع نهائي).

(4) د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص132-133.

ب. القبول

القبول هو جواب على الإيجاب وقد يتم بكلمة نعم فيؤدي إلى انعقاد العقد ويمكن أن يكون هذا القبول صريحاً كما يمكن أن يكون القبول ضمنياً مادام أنه يكشف في النهاية عن إرادة التعاقد (1). وهو العنصر الثاني من عناصر التراضي على العقد، فالإيجاب وحده لا يكفي لانعقاد العقد بل لابد أن يقبل هذا الإيجاب حتى ينعقد العقد (2). ويرى البعض أن القبول هو تعبير أيضا عن الإرادة التي تطابق الإيجاب الصادر عن الشخص الذي تلقى الإيجاب وهو في ذلك يعتبر إرادة ثانية قد تم بها العقد، ويجب أن يكون القبول كأصل عام مطابق للإيجاب أما أذا كان القبول غير مطابق للإيجاب بل اختلف منه بالزيادة أو النقصان أو التعديل فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتطلب إيجاباً جديداً (3). ولابد من أن يكون القبول في عقد بيع عقار تحت الإنشاء صريحاً، ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة التعامل التي تقتضي بموجبه ذلك، كما أن من نافلة القول أن هذا القبول بالسكوت من المشتري إذ تستلزم طبيعة التعاقد أن يوقع المشتري على عقد يشتمل العناصر الأساسية والتي تكون محل نقاش وتفاوض بين طرفي العقد (4).

---

(1) أ.د. صبري حمد خاطر. النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص58.

(2) د. محمد حسن قاسم مرجع سابق، ص158.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. العقد الجزء 1 نقابة المحامين. بالجيزة، ص184، حول هذا المعنى أيضا د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص36 وما بعدها، أيضا د. محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 57، وفي تطابق الإيجاب والقبول في الشريعة الإسلامية يراجع في ذلك. العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي، إبهاج المؤمنين بشرح مناهج السالكين، دار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2001، ص 10، وما بعدها.

(4) مادة 42-من المرسوم بقانون رقم 19-لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحرين، وقد أكدت في ذلك المادة رقم 1120 من قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر بموجب المرسوم 131لسنة 2016 على ذلك حيث ورد به أن السكوت لا يعد قبولا ما لم يتبين غير ذلك من القانون أو من العادات أو علاقات الأعمال أو من ظروف خاصة. مشار إليه لدى د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص163. وتنص المادة على (Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. Article 11

ج. اقتران الإيجاب بالقبول

يشترط لانعقاد العقد موافقة الإيجاب للقبول، وعادة ما يسبق هذا الاقتران مفاوضات (1)، يتبلور فيها الإيجاب والقبول ولا يظهر في هذه المفاوضات أية التزامات عقدية (2)، ويختلف اقتران الإيجاب بالقبول بين ما أذا كان بين حاضرين أم بين غائبين وذلك على النحو الآتي:

ويأخذ شكل العقد إحدى صورتين أما أن يكون تعاقد حقيقي أو أن يكون تعاقد حكمي، أما بالنسبة للتعاقد الحقيقي وهو الذي يجتمع فيه الحاضرين في مجلس عقد واحد ويشترط أن يقترن الإيجاب بالقبول في هذه الحالة أن يتحد المحل وأن يتطابق الإيجاب بالقبول. أما بالنسبة للتعاقد الحكمي هو التعاقد الذي يتم بواسطة الهاتف أو بأي طريق مشابه مثل المكالمات الصوتية كذلك مختلف وسائل التواصل الاجتماعي المختلفة (3).

ويجوز لطرفي العقد إبرام العقد وإن لم يكونا مجتمعين، وفي هذه الحالة التي لا يجمع بين المتعاقدان مجلس عقد واحد بحيث تمر فترة بين صدور الإيجاب والعلم به للطرف الآخر وبين صدور القبول على الإيجاب والعلم به لدى الطرف الآخر (4). ولا يوجد ما يمنع من إبرام عقود بيع العقار تحت الإنشاء بواسطة شبكة الإنترنت، ويخضع إبرامه هنا إلى قواعد التعاقد الإلكتروني (5).

---

(1) أنظر في ذلك تعديل القانون الفرنسي الجديد بموجب القانون 131-لسنة 2016 المواد من 1112-1113

(2) أد. صبري خاطر النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص59.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 293, مرجع سابق, الدكتور علاء حسين علي. مرجع سابق. ص 73.

(4) وقد أصدرت مملكة البحرين مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات الإلكترونية والذي أجاز إبرام العقود الإلكترونية وأعطى حجية المحررات العرفية لهذه المحررات الإلكترونية ورتب الأثر القانوني على التوقيع الإلكتروني وقد أفردت مادة كاملة في هذا القانون وهي المادة رقم 10 لإبرام العقود حيث نصت على (في سياق إبرام العقود يجوز التعبير، كلياً أو جزئياً، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك).

(5) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص73.

والتدليس عبارة عن إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، وإلى جانب التدليس فإن الغلط قد يقع من أطراف العقد لذلك فإن التدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد (1). ومن أمثلة الغلط في مجال بيع العقارات تحت الإنشاء هو ما قد يصيب المطور العقاري من غلط في قدرة المشتري على دفع الأقساط المستحقة في موعدها، فيقوم المطور العقاري بإبرام العقد مع المشتري فإذا بالمشتري يتخلف عن سداء الأقساط حسب التقدم في أعمال البناء، ففي هذه الحالة يجوز للمطور العقاري نقض العقد (2).

أما بالنسبة لعيب الاستغلال فإنه في هذه الحالة يجوز إذا ما تعرض شخص ما لاستغلال من شخص آخر مستغلا هوى جامحاً أو طيشاً بيناً أو ضعفاً ظاهراً وجعله بناء على ذلك أن يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه على التزامات لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو أن يبطل العقد (3).

ولا يوجد فيما يتعلق بأحكام عيوب الإرادة فيما يخص بيع العقارات تحت الإنشاء أية أحكام خاصة تميزه عن القواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة. هذا مع مراعاة أن للغبن أحكام خاصة في عقد البيع، واستثناء من القواعد العامة يشترط المشرع في صحة رضاء المشتري وبالتالي في صحة البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع والا كان له الحق في طلب إبطال البيع (4). ويرى البعض أنه إذا شاب العقد أحد هذه العيوب فلا ينفذ العقد (5). وخلاصة القول إن العقد يصبح قابلا للإبطال لمصلحة من شاب رضائه عيب من هذه العيوب، ومعنى لك أن العقد بالإجازة او بمضي المدة يتحصن ضد طلب الإبطال .

---

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري. الوسط في شرح القانون المدني. المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

(2) الدكتور علاء حسين علي. مرجع سابق. صفحة رقم 81.

(43) المادة رقم 96 من القانون المدني البحريني.

(5) دكتور خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة. البيع والتأمين والإيجار. دار النهضة العربية. الطبعة الاولى.1979. ص49.

(4) راجع في ذلك المادة رقم 134 من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

المحل

يرى بعض الفقه أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، والبيع عقد منشئ للالتزامات، منها ما يقع على عاتق البائع، ومنها ما يقع على عاتق المشتري، فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، أما المشتري فيلتزم بدفع الثمن فمحل التزامه دفع الثمن، ولذلك فإن لعقد البيع محلان المبيع والثمن (1).

أما بالنسبة للمشرع البحريني، فيمكن استخلاص اتجاه المشرع فيما يتعلق بمحل الالتزام، من خلال استقراء نصوص القانون المدني وخصوصا المادة 103 وما بعدها، والتي عالجت ركن المحل في العقد، ويتضح من ذلك أن المشرع البحريني قد تبنى فكرة أن الالتزامات هي المحل الرئيسي للعقد.

وتكمن أهمية الحديث عن المحل في عقد بيع العقار تحت الإنشاء من أن هذا المحل يكون قابلا للوجود وغير موجود وقت التعاقد، ولا غرو أن محل عقد بيع العقار تحت الإنشاء مزدوج فهو العقار من جهة البائع والثمن من جهة المشتري، وعليه فإننا سوف نتناول في قسمين محل العقد بالنسبة للبائع ومحل العقد بالنسبة للمشتري.

---

(1) يثور الجدل حول المحل بوصفه أحد أركان العقد، فهل يكون المحل للعقد أو للالتزام. وكثيرا ما تكون النصوص التشريعية، وشراح القانون لا يميزون بين محل العقد وبين محل الالتزام. ويذكر المشرع الفرنسي في المادتين(1126) و(1130) من القانون المدني المحل تارة بوصفه محلا للعقد، وتارة بوصفه محلا للالتزام، ويرى البعض أن مصطلح محل العقد يشتمل على مفهومين متميزين هما محل الالتزام الذي هو الأداء سواء كان قياما بعمل أو بامتناع عن القيام بعمل، ومحل الأداء الذي هو الشي بينما يرى البعض الآخر ضرورة التمييز بين محل العقد الذي هو الالتزام، وبين محل الالتزام الذي هو الأداء بمعنى إعطاء شيء أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل V.GAUDEMENT eori general des obligation pupliee en 1937 p 89 نقلاً عن دكتور صبري حمد خاطر النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق ص 88، وأنظر حول هذا المعنى أيضا د. جعفر محمد جواد الفضلي. الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2013, ص75

أولا: المحل من جهة المطور العقاري

كثيرا ما يحصل في بيع المثليات أن يقدم البائع نموذجا للمشتري لكي يحيطه علما بطبيعة المبيع وصفته مثاله أن يعطي بائع القماش للمشتري قصاصة من هذا القماش الذي يبيعه(1)، ويقترب هذا جدا من عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يقدم فيه البائع نموذجا أو تصميما للعقار الذي ينوي بيعه للمشتري. فالمحل من جهة المطور العقاري هو البناء الذي يلتزم المطور العقاري بإنجازه، فالمطور العقاري يلتزم بالقيام بجميع الأعمال اللازمة للانتهاء من تشييد المبنى وهو التزام بعمل (2). ويجب أن يكون هذا المحل موجودا وقت إبرام العقد كأصل عام، فإذا كان الالتزام الناتج عن العقد محله نقل حق عيني فالشيء الذي يتعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا وقت نشوء الالتزام، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك (3).

وكقاعدة عامة فإن العقد يبطل إذا لم يكن المحل موجوداً أو إذا هلك قبل إبرام العقد ولم يكن أطراف العقد على علم بذلك (4)، ولكن قد يكون محل العقد شيء مستقبلاً كما هو الحال في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، فالمشتري يتعاقد مع المطور العقاري على شيء غير موجود بل يكون الاتفاق حول شيء قابل للوجود مستقبلاً، وهو البناء على حالته المستقبلية، ويشترط أن يكون التعيين لهذا الشيء تعينا نافيا للجهالة والضرر (5).

---

(1) د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص81

(1) د. سيل جعفر، مرجع سابق، ص47.

(2) H-L.et jean Mazeaud, lecons de droit civ, T.3, ler vol, no, 933.

مشار إليه لديه الدكتور. محمد المرسي زهرة. عقد بيع العقار تحت الإنشاء. مرجع سابق. ص20.

(3) عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق. جزء 1 ص 312.

(4) الأستاذ الدكتور. صبري حمد خاطر. النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص90. د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص287، نقض مدني مصري الطعن رقم 516 س69 ق جلسة 2011/11/16.

(5) مادة 104 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني.

ولأن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية، وتحقيقاً لهذا المفهوم يجب أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى يستطيع نقل ملكيته إلى المشتري (1)، فالمالك وحده هو من له حق التصرف ونقل الملكية، أو وكيله القانوني المخول له بالبيع. وقد نصت المادة رقم 436 من القانون المدني البحريني في شأن بيع ملك الغير على أنه (إذا باع شخصاً مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع). ومن خلال نص هذه المادة يتضح لنا أنه إذا باع شخص شيئاً معيناً وهو لا يملكه فإن ذلك يعطي الحق للمشتري بإبطال عقد البيع. ويكون الأمر كذلك لو وقع البيع على عقار سواء سجل عقد البيع أم لم يسجل، ذلك أن التسجيل لا يصحح عقدا باطلاً أو قابلاً للإبطال (2).

ولكن هل الوصف وتحديد العقار المبيع تحت الإنشاء في ضوء هذه النصوص يكفي لتحقق العلم بالمحل علماً كافياً؟

يرى بعض الفقه (3) أن طبيعة العقود بأعمال البناء إنما تعتمد على وجود وثائق يكمل بعضها البعض تلحق بالعقد ويتم تعين أعمال البناء فيها والذي يبين فيها البناء المطلوب وشروط تنفيذه والمقايسة التي تتضمن مقاسات البناء والتصاميم والرسومات الخاصة بالمشروع سواء الابتدائية والنهائية. لذلك فإن المبدأ في تعين المحل في العقود الواردة على البناء هو أمر قد جرى عليه العرف في هذه العقود. بينما يرى جانب آخر من الفقه (4)، أن تعيين الأوصاف في العقد يكفي حيث أنه لا يجوز للمطور العقاري أن يقوم بالبدء في أعمال المشروع سوى بعد الانتهاء من المخطط الرئيسي والحصول على الترخيص من الجهة المختصة.

وأرى أن ما تم استحداثه من شروط وضمانات تتعلق بظروف تراخيص المشروع، وكيفية تنفيذه حسب الرسومات والخرائط المعدة مسبقاً والتي أشارت لها القوانين المقارنة تكفي لتحقق العلم بالمحل.

---

(1) أ.د نبيل إبراهيم سعد. العقود المسماة. عقد البيع. مرجع سابق ص 155.

(2) د. محمد لبيب شنب. شرح أحكام عقد البيع. مرجع سابق ص89.

(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة,1962، ص61 وما بعدها.

(4) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 48-49.

ثانيا: المحل من جهة المشتري (العوض)

بيع العقار تحت الإنشاء من عقود المعاوضة، وهو عقد ناقل للملكية مقابل ثمن يتم دفعه على أقساط حسب الاتفاق. والعوض هو محل إلتزام المشتري الأساسي ويرى البعض أن هذا العوض يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة وهي أن يكون نقديا وأن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير وأن يكون جديا(1). ويدخل مالك المشروع عدة عناصر في حساب الثمن كقيمة الأرض ونفقات البناء التي قام بإنفاقها (2). ولم تشترط القوانين المقارنة والتي نظمت عقود بيع العقار تحت الإنشاء أن يكون الثمن نقدا وإن كان الأصل في المقابل أن يكون نقدا. لأن المطور في حاجة إلى تمويل مشروعه العقاري، عن طريق ما يدفعه المشترين، فبيع العقار تحت الإنشاء يعد طريقا من طرق التمويل العقاري (3).

كما يشترط في الثمن أن يكون الثمن جدياً أي لا يكون الثمن صورياً لم تتجه إرادة المتعاقدين على دفعه واستيفائه (4)، كما يجب أن يكون هذا المبلغ معيناً بالنوع والمقدار كأن يذكر بالدينار البحريني (5). مع ذلك فإن عدم تحديد المتعاقدين للثمن أثناء إبرام العقد لا يؤدي إلا إلى بطلانه إذا كان من ظروف التعامل أن المتعاقدين قد اتجهت نيتهما إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (6).

---

(1) د. سمير عبدالسيد تناغو,مرجع سابق , 97

(2) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص86.

(3) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 50.

(4) د. علاء حسين، مرجع سابق، ص 87.

(5) د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 292، حيث يلجأ الدائن نتيجة لتقلبات الأسعار بسبب الظروف الاقتصادية وما تستتبعه من انخفاض في قيمة النقود ذا كان العقد متراخي التنفيذ باللجوء إلى ما يعرف بالشرط المقابل المتغير أو المتحرك (clause d`echelle mobil) فيتغير السعر تبعا لتقلب الأسعار مع اعتماد أساس معين.

(6) مادة رقم 386 من القانون المدني البحريني، مادة رقم 528 من القانون المدني العراقي.

ويتحدد الثمن بأحد طريقتين الأولى يكون بتحديد الثمن الكلي للوحدة العقارية والثانية يتم تحديد الثمن وفقاً لوحدة قياسية مثل المتر المربع أو القدم المربع ويتم بناء عليه تحديد قياس المساحة الحقيقية للوحدة العقارية والتي قد تزيد أو تنقص عن المساحة المحددة في الرسم (1).

أما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي فإنه فيما يتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء اشترط القانون فيما يتعلق بإبرام العقود ضمن النطاق الخاص أن يشار إلى الثمن صراحة في العقد، كما يجب أن يشار إلى طرق الوفاء المتعلقة به، فضلاً عن ذلك يجب أن يوضح العقد إذا كان هذا الثمن قابلاً للتقدير كما تبين طرق إعادة تقديره والأساس الذي يخضع لهذا التقدير (2). كما يرى جانب من الفقه الفرنسي من إخضاع جزء من الثمن لإعادة التقدير كأن يكون نصف المبلغ أو ثلث المبلغ المتفق عليه (3).

اما بالنسبة لتحديد الثمن في القانون البحريني فقد نص المشرع البحريني في المادة رقم 32 من القرار رقم 2 لسنة 2018 على البيانات الواجب توافرها عقد البيع من أسماء وعناوين البائع والمطور العقاري وأسم المشروع، وتاريخ الإنجاز، وتفاصيل العقار المشترك ومواصفات الوحدة العقارية، ولم يذكر الثمن من هذه البيانات الواجبة الذكر.

وقد يلجأ بعض المطورين العقارين إلى رفع الثمن في ظل غياب تشريعي لهذا العقد مثلاً في العراق ومصر، فيضطر المشتري لقبول الزيادة لحاجته، ولا يجوز ذلك إلا أن تكون باتفاق الأطراف وضمن الأسباب التي يقررها القانون (4).

---

(1) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 50.

(2) (ART. (7) LOI NO(3) DU(3) JANV -67 Lorsque le vendeur a fait état des prêts destinés au financement de la construction, le contrat doit être conclu sous condition résolutoire pour le cas de non-obtention de ceux-ci. Il doit être conclu par acte authentique et préciser a) la description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu. b) son prix et les modalités de paiement de celui-ci

(3) J.tartanson, op, cit, 94

(4) د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص50.

الفرع الثالث

العلم بالمبيع

أولا: نطاق العلم بالمبيع

طبقا للقواعد العامة في الالتزامات المتعلقة بعقد البيع، يجب أن يكون المبيع معينا تعيناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً للجهالة الفاحشة به، وإلا فإن البيع يكون باطلاً، أو بالأدق لا ينعقد (1). وقد نص المشرع البحريني على ذات الأحكام فيما يتعلق بالعلم بالمبيع حيث نص على (يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع، ويعتبر علماً كافياً بالمبيع، اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (2).

ويحق للمشتري بوجه عام في عقد البيع إبطال العقد إذا ما ثبت التدليس من قبل البائع، حيث نصت الفقرة ج من المادة 382 من القانون المدني البحريني على (وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع).

وكما سبقت الإشارة إليه أن العلم يجب أن يكون علماً كافياً ولكن كيف يتحقق هذا العلم الكافي في عقود بيع العقار تحت الإنشاء؟ نلاحظ أن المدة 382 من القانون المدني البحريني اشترطت العلم الكافي، وهذا العلم يفيد معرفة المشتري بالمبيع معرفة أكثر مما يحققه مجرد تعيينه له تعييناً يميزه عن غيره ويكون نافيا لجهالته الفاحشة به (3).

---

(1) دكتور محمد شكري سرور. شرح أحكام عقد البيع.1997، ص84.

(2) مادة 382-من المرسوم بقانون رقم 19-لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني.

(3) د. محمد شكري سرور. شرح أحكام البيع. مرجع سابق، ص89.

ويتحقق علم المشتري بالمبيع إحدى وسيلتين (1)، إما بمعاينة العقار بنفسه أو بواسطة خبير، وهذا الفرض غير متصور في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إذ يتطلب من المشتري دفع أقساط الثمن مع التقدم في أشغال البناء ولذلك يستحال معاينة المبنى ولا يمنع هذا من معاينة موقع العقار للوقوف على جودة الموقع وقربه من الخدمات العامة على سبيل المثال. وتثار هنا مسألة ما لو أن البائع قام ببناء نموذج واقعي من نفس البناء الذي يريد أن يقوم ببيعه على المشتري وتم وضع هذا النموذج لمعاينته من قبل المشتري سواء في نفس موقع البناء أو في موقع اخر تحت تصرف المطور العقاري فهل يعتبر العلم في هذه الحالة تم عن طريق المعاينة؟ أرى أن هذه الحالة لا تختلف عن تلك التي يتم المعاينة فيها عن طريق النماذج أو التصاميم ويرجع السبب في ذلك أن خطر عدم المطابقة مازال موجود.

أما الطريقة الثانية التي يتم بها العلم فهي بيان المبيع وأوصافه الأساسية في العقد، بحيث يستطيع المشتري وفقاً لذلك بأن يعلم أن كان العقار مناسبا لحاجته أو غير ملائم. مثاله ذكر موقع العقار ومساحته وعدد دورات المياه وعدد الغرف وغيره من المعلومات الرئيسية التي تحقق بها العلم.

وخلاصة القول في لذلك فإنه لا يشترط العلم بالمبيع في جميع الأحوال عن طريق معاينته، فيكفي لحصول العلم أن يشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من نعرفه (2). وهذا هو واقع الحال في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إذا أن المبيع لم يوجد بعد ويكون العقد مشتملا على كافة البيانات للمبيع وأوصافه الأساسية وأبعاده كما يجب أن يشتمل الوصف بالعقد على ما قد يكون مترتب على العقار من الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

وقد نص المشرع البحريني على مجموعة من البيانات الضرورية التي يجب الإشارة لها في العقد وذلك ضمانة أساسية في تحقق العلم الكافي للمبيع للمشتري وبيان المواصفات الأساسية للعقار فضلاً عن الثمن وطريقة تسديده وجداول الدفعات المالية التي سيقوم المشتري بدفعها أثناء تنفيذ العقد (3).

---

(1) الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2015، ص81-82.

(2) د. محمد شكري سرور. المرجع نفسه. ص 90.

(3) الدكتور محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص82.

ثانيا: الجزاء المترتب على عدم توافر العلم بالمبيع

تجدر الإشارة هنا إلى أن الجزاء المترتب في حال عدم توافر العلم الكافي للمشتري بالعقار المبيع موضوع العقد إنما يترتب عليه أن يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري (1). ويكون أساس طلب الإبطال في هذه الحالة هو عدم العلم، كما يثبت الحق في طلب الإبطال للمشتري بمجرد عدم علمه بالمبيع فلا يشترط أن يكون معذوراً بذلك (2).

وقد ذهبت محكمة النقض في مصر إلى أنه إذا كان المبيع منزلا فإنه يقتضي تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية كما أن بيع الأرض يقتضي تحديد موقعها ومساحتها وحدودها (3).

كما يذهب رأي فقهي أخر إلى أن طلب الإبطال في هذه الحالة يختلف عن طلب الإبطال للغلط (4)، وعليه فإنه قد تثار هنا مسألة هل يعتبر العلم بالمبيع شرطا مستقلاً لصحة رضاء المشتري، وبالتالي لصحة البيع أم أنه تطبيق للقواعد العامة في تعين المبيع أو في الغلط.

ويختلف عدم توافر العلم بالمبيع عن الجزاء المترتب على عدم مطابقة المبيع للمبنى بعد بيعه حيث أن الجزاء المترتب في هذه الحالة اما التنفيذ العيني او أو الفسخ أو إنقاص الثمن وذلك طبقا للقواعد العامة فيجوز للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني أي تسلم الشيء طبقا لما تم الاتفاق عليه بموجب الرسومات الهندسية. (5)

---

(1) مادة 29–من القانون رقم 27–لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع ا لعقاري.

(2) مادة 382–من المرسوم بقانون رقم 19–لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني. الفقرة أ.

(3) هو أن تحديد الأرض المبيعة الكائنة ببندر المحلة الكبرى وعدم ذكر رقم القطعة أو حدودها يجعل الأرض المبيعة غير معينة تعيناً كافياً ومن ثم فإن عقد البيع لا قيام له لانهيار أحد أركانه، الطعن رقم 217 س 63ق بتاريخ 2000/2/22 مشار إليه لدى د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص291.

(4) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 127.

(5) د. سمير عبالسيد تناغو,مرجع سابق, ص 76–86

يستدل من ذلك أن المشرع لم يشترط تعيين المبيع فقط، بل تطلب إضافة إلى ذلك العلم به، فهو في ذلك إنما يعتبر شرطاً مستقلاً في العقد (1). وأختلف الفقهاء في ألحاق أحكام العلم بالمبيع بأحكام الغلط، فيرى البعض أن أحكام العلم بالمبيع لا تختلف عن الأحكام العامة في الغلط، لأن العلم الكافي الذي تطلبه المشرع في المادة 382 هو الذي يحول دون وقوع المشتري في الغلط.

وذهب رأي آخر إلى أن أحكام العلم بالمبيع تختلف عن أحكام الغلط، لان النص يعطي في هذه الحالة طلب الإبطال ولم لم يكن هناك غلط في صفة جوهرية أو غير جوهرية، فللمشتري هنا الحق في استعمال هذا الحق (2).

ولم يتطرق قانون تطوير القطاع العقاري الجديد إلى حالات طلب الإبطال في حالة عدم علم المشتري بالمبيع، تاركاً هذه المسألة للقواعد العامة في عقود البيع المنصوص عليها في القانون المدني البحريني. ولكنه في ذات الوقت كرس حق المشتري في طلب الفسخ في الأحوال التي يجوز فيها للمطور العقاري أو المشتري طلب الفسخ فيها، ونسبة الغرامات المترتبة على الطرف المخل وذلك دون الإخلال بالحق في التعويض عن المطالبة بالأضرار (3).

ويبدو أن المشرع البحريني الذي لم ينص على حالات طلب الإبطال، من أنه قد وضع قرينة على أن مشروع بيع العقار تحت الإنشاء، لا يتم الترخيص به إلا بعد تحقق بعض الأمور التي تدل قطعاً على أن المشتري قد علم المبيع علماً كافياً، ويكون ذلك بواسطة بعض البيانات التي اشترطها المشرع كمستندات لازمة للحصول على ترخيص مشوع التطوير العقاري والتي أشارت إليها المادة 20 من القانون رقم 27 لسنة 2017.

---

(1) د. خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة. المرجع السابق 63، أيضا د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ص72، د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 38، د نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها.

(2) د. خميس خضر. المرجع نفسه. ص62.

(3) مادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 بند رقم 8.

المطلب الثالث

الشكلية

تخضع القواعد العامة في إبرام التصرفات القانونية لمبدأ قانوني عام وهو مبدأ سلطان الإرادة، وهذه الإرادة من الحقوق الطبيعية للشخص والأصل العام لا يفترض شكل معين لهذه الإرادة وكيفية التعبير عنها (1)، إلا انه ولاعتبارات مختلفة قد يتطلب القانون شكلاً معيناً للتعبير عن هذه الإرادة تحقيقاً لمصلحة عامة من هذا القيد، وينعدم التصرف القانوني في حالة عدم إتباع الشكل الذي تطلبه القانون لإبرام هذا التصرف أو ذاك (2).

كما تخضع معظم التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات لمبدأ نظام التسجيل العيني، أو كما يعرف بمبدأ الشهر العقاري. وكرس المشرع البحريني ذات المبادئ العامة في التسجيل من خلال القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون التسجيل العقاري (3).

وتنص المادة 17 من قانون التسجيل العقاري على (أن تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة، أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية، أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية، وهذه القيد واجب وعند الإخلال بأحكام القيد وعدم قيده في السجل العقاري أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تتقرر ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من أثر سوى إنشاء الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن).

---

(1) د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص52-53، وقد يكون مصدر الشكلية اتفاق الأطراف في العقد فقد يكون العقد رضائياً حسب الأصل ولكن يتفق المتعاقدين على أن يكون شكلياً أي لابد من تدوينه في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية، وفي هذه الحالة لا يقوم العقد إلا باستيفاء الشكل المتفق عليه.

(2) تنص المادة رقم69 من القانون المدني البحريني على (لا يلزم في العقد شكل معين ومع ذلك إذا فرض القانون شكلا معينا لانعقاد العقد ولم يراع هذا الشكل في إبرامه، وقع باطلاً).

(3) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3110 ملحق بتاريخ 2013/6/27.

الفرع الأول

الشكلية في التشريع الفرنسي

يتمايز موقف المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالشكلية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بين نوعين من العقود، وذلك بحسب الغرض الذي أبرمت من أجله. فاذا كان المبنى سوف يخصص لغرض السكنى، أو الاستخدام المهني والسكنى في وقت واحد فإنه يجب تحرير العقد بورقة رسمية، وما عدا ذلك من أغراض أخرى للمباني فإنه يخضع للقواعد العامة فيما يتعلق بعقد البيع.

أولا: الشكلية في النطاق الخاص

أشترط المشرع الفرنسي أن يكون العقد الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء، أن يبرم بورقة رسمية من قبل الموثق في نطاق الحماية الخاص الذي أقره المشرع الفرنسي (1). وذلك إذا كان الغرض من السكن مخصصاً للسكن، أو للاستعمال السكني والمهني في وقت واحد (2). وقد أشترط المشرع أن تكون هناك بيانات محددة في هذه الورقة الرسمية والا كان العقد باطلاً.

والشروط الواجب توافرها في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هي كالآتي:

أ-وصف مجزي للمبنى المزمع إقامته.

ب-سعر المبنى وشروط الدفع.

ج-مدة العقد وموعد التسليم.

د-ضمان إكمال البناء واسترداد الثمن في حالة عدم تمام البناء.

---

(1). مادة رقم 6 من القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 الفرنسي.

(2) د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص382.

وتنص القواعد العامة في التسجيل فيما يتعلق بالبيوع العقارية من أنه إذا كان المبيع عقاراً فإن الملكية سواء بين المتعاقدين، أو بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد نصت المادة رقم 389 من القانون المدني على (يترتب على البيع نقل الملكية للمبيع إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً للبائع، فإن لم يتعين المبيع بنوعه، لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، كل ذلك مالم يقض القانون أو الاتفاق بغيره ودون الإخلال بقواعد التسجيل).

وان كانت الشكلية غير مرغوب فيها بصورة عامة في مجال إبرام العقود، لأنها تعرقل سرعة المعاملات. إلا أنها في مجال بيع عقار تحت الأنشاء تهدف إلى حماية المشتري وضمان حصول المشتري على البيانات الصحيحة ولازمة من قبل الموثق (1).

كما أن تدخل الموثق في عملية إبرام العقد يكون ضامن لحسن صياغة العقد في عبارات سهلة وواضحة يصعب استغلالها ضد مصلحة المشتري، كما يضمن أن يأتي العقد مطابقاً للشروط التي بتطلبها القانون (2).

ولذلك فإن التسجيل يعد ركناً من أركان عقد البيع الوارد على العقار تحت الإنشاء إذا ما أبرم في النطاق الخاص، ولا ينعقد العقد إلا بتسجيله لدى الجهة المختصة. ويبقى عقد بيع العقارات تحت الإنشاء عند المشرع الفرنسي عقد رضائي وفقا للنطاق العام (3)، فيجوز للأفراد في ذلك إبرام العقود العرفية لهذه العقود، دون وجود شكل معين يتطلبه القانون (4).

---

(1) Article 7 loi no (3) du (3) janvv.67

(2) R.saint-alary, laventr dimmeuble a construier ET, lobligation de garantie a raison des vices de construction j.c.p .1968, 12146, no9

(3) وبجانب المشرع الفرنسي كانت هناك تشريعات عربية قد نصت فعلاً على الشكلية في عقود بيع العقارات بشكل عام، ومنها التشريع العراقي والتشريع الأردني (3). يراجع في ذلك بوجه عام الدكتور محمد سعد خليفة والدكتور أحمد هيكل، العقود المسماة في القانون البحريني، مطبعة جامعة البحرين,2006، صفحة 17.

(4) نص المادة رقم 6 من قانون 3 يناير لسنة 1967 المتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي.

وقد نصت المادة رقم 7 من قانون 3 يناير لسنة 1967 الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء، على أن العقد يجب أن يشتمل على وصف العقار، أو يمكن يكون في ملحق تابع للعقد المواصفات الفنية الخاصة بالعقار، ويمكن أن يحتوي هذا الملحق أيضا على التفاصيل الفنية الأخرى للمبنى، كما نصت المادة أيضا على ذكر السعر، وتحديد ما إذا كان هذا السعر قابل للمراجعة، ويجب على المشتري أيضا أن يقوم بذكر مصدر القرض، والتمويل الخاص بمشروع المبنى تحت الإنشاء (1).

لكن ما هو الجزاء المترتب على تخلف الشكلية التي تطلبها المشرع الفرنسي؟

ثانياً: الجزاء المترتب على تخلف الشكلية لدى المشرع الفرنسي

نص المشرع الفرنسي على الشكلية في إبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء في النطاق الخاص، بغض النظر عن طريقة إبرام العقد سواء كان بيع حسب التقدم في أعمال البناء أو بيع على الصورة النهائية. فطالما كان هذا العقد يقع ضمن النطاق الخاص للحماية فيجب أي يبرم هذا العقد بورقة رسمية (2). وقد اعتبرت المادة رقم 6 من قانون 3 يناير لسنة 1967 بأن العقد ما إذا ابرم دون الشكل المنصوص عليه فهو عقد باطل. ويذهب الرأي في أغلب الفقه وقرارات محكمة النقض الفرنسية (3)، إلى أن هذا البطلان هو بطلان مطلق على اعتبار أن المادة السادسة هي من النظام العام. ويرى البعض (4) أن الهدف من النص على هذه الشكلية هو الحفاظ على استقرار المعاملات وعدم بروز أية مشاكل تتعلق ببيع العقار لأكثر من شخص مثلاً.

---

(1) Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire articl 7

(2) J. tartanson, la vente dimmeuble a construier jusqu a la deliverance, loi 3 janv, 1967, p, 68

(3) الدكتور محمد سعد خليفة. مرجع سابق، ص 52.

(4) يوسف سعدون محمد لهمود العامري، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016، ص27.

ومن ناحية عملية فإن طريقة إبرام العقد لا يمكن أن تتم سوى بالكتابة، وعلى سبيل المثال منها تحديد أقساط الثمن ومواعيد دفعها وتحديد أعمال البناء بما يلحقه من وثائق متعددة كالرسوم والخرائط وكل ذلك يجب أن يكون مكتوباً (1).

وقد برر البعض أهمية توثيق الرسمي عقد بيع العقار تحت الإنشاء أيضا في الدور الذي يقوم به الموثق أو كاتب العدل من توضيح تفاصيل العقد بالنسبة للمشتري الذي قد يجهل بعض أو معظم تفاصيل عملية البناء والأحكام القانونية لعقود بيع العقار تحت الإنشاء (2).

ويجب أن تكون الحماية المقررة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء في النطاق العام والنطاق الخاص، لأنه في النهاية هذه العقود إنما وجدت لحماية المشتري أيا كان الغرض الذي دفعه لإبرام العقد، سواء كان العقار مخصصا للسكنى، أو الاستخدام التجاري، أو الاستخدام الصناعي، أو الاستخدام التعليمي، مثل المعاهد والمدارس. خصوصاً وأن بعض التشريعات التي نظمت المسألة قد أخضعت هذه العقود بأكملها ضمن المبادئ العامة في الرضائية (3).

وعليه فإنني لا أرجح الأخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي من تطلب الشكلية في العقود التي يتم إبرامها ضمن النطاق الخاص في الحماية، والتي يكون الغرض من إبرامها الحصول على مبنى سكني، أو الحصول على مبنى سكني ومهني في وقت واحد. ذلك لأنه يؤدي إلى المفاضلة بين أنواع العقود لاعتبارات مختلفة منها الغرض من إبرام العقد.

---

(1) الدكتور علاء حسين علي. مرجع سابق. صفحة 97.

(2) محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص117-118.

(3) منها على سبيل المثال المشرع السعودي فلم تنص اللائحة التنفيذية الخاصة بالبيع العقار تحت الإنشاء على ضرورة اتخاذ عقد بيع العقار تحت الإنشاء صورة معينة، وعلى العكس فإن المشرع الجزائري قد فرض شكلاً معيناً لعقد بيع العقار تحت الأنشاء من خلال المادة رقم 10 من المرسوم رقم 3-93 وفقا لنماذج يكون فيها عقد البيع تحت طائلة البطلان إذا ما روعي الشكل المطلوب، أضافة إلى أخاضعه لشكليات الشهر العقاري حسب القواعد العامة، كما هو منصوص في المادة رقم 12 من ذات القانون.

الفرع الثاني

الشكلية عند المشرع البحريني

يمكن تلخيص موقف التشريع في البحرين على مرحلتين مختلفين، المرحلة الأولى هي مع صدور القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري (1)، والمرحلة الثانية هي المرحلة التي جاءت مع صدور قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 2017.

أولاً: موقف المشرع البحريني من خلال القانون رقم 28 لسنة 2014

قرر التشريع البحريني الشكلية في العقود الواردة على بيع المباني أو العقارات تحت الإنشاء فلقد نص القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري (2)، على (لا يجوز للمطور البدء في تنفيذ مشروع التطوير إلا بعد الانتهاء من المخطط الرئيسي للمشروع والحصول على ترخيص التطوير من الجهة المختصة، ويشترط للحصول على هذا الترخيص ما يلي:

1. وثيقة ملكية العقار أو ما يقوم مقامها باسم مشروع التطوير المزمع إنشاؤه خالية من أية حقوق عينية أو بموافقة أصحاب الحق العيني على البدء في تنفيذ المشروع وبيع وحداته.

2. ترخيص تنفيذ المخطط الرئيسي للمشروع وترخيص البناء وفقاً لأحكام قانون تنظيم المباني

3. تعهد كل من المطور الرئيسي والفرعي بالبدء في تنفيذ مشروع التطوير خلال المدة المحددة في الترخيص حال وجودهما معا.

4. كتاب من مهندس استشاري بتحديد القيمة التقديرية لمشروع التطوير مُعتمد من مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية.

---

(1) بالرغم من إلغاء هذا القانون بموجب المادة الثانية من إصدار قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد برقم 27 لسنة 2017، إلا أن من الملاحظ تشابه كثير من أحكام القانونيين، خصوصا وان اللائحة التنفيذية الصدارة بموجب القرار رقم 25 لسنة 2015 المتعلق بتنفيذ القانون القديم لم تلغى لحين صدور اللائحة التنفيذية للقانون الجديد.

(2) مادة رقم 4 من القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بإصدار قانون التطوير العقاري.

5. تعهد من المطور ببقاء ملكية الأماكن والمساحات المحددة في المخططات الهندسية المعتمدة على الشيوع.

6. الموافقة المسبقة على دفان الأرض المقام عليها مشروع التطوير العقاري حسب الأحوال.

7. أنموذج عقد البيع بين المطور والمشتري الصادر بتحديد بياناته قرار من الوزير طبقاً للمادة (14) من هذا القانون.

8. التصاميم الهندسية الإنشائية والمعمارية المعتمدة.

9. كتاب من أمين حساب المشروع باسم مشروع التطوير يفيد إيداع المطور 20% من القيمة التقديرية للمشروع، وتحتسب قيمة الأرض من هذه النسبة.

10. المستندات الأخرى التي تحددها اللائحة التنفيذية المتعلقة بالتحقق من خبرة المطور الرئيسي والفرعي وكفاءته المالية والفنية وفقاً للشكل القانوني الذي يتخذه.

ونصت المادة ذاتها في الفقرة ج على (يحظر إبرام عقود عرفية لبيع الوحدات على الخريطة في مشروع التطوير العقاري قبل الموافقة عليها من الجهة المختصة، ويقع باطلاً أي عقد بيع يُبرم قبل الحصول على ترخيص التطوير).

وعليه يتضح وبجلاء موقف المشرع البحريني الذي حظر إبرام العقود العرفية في القانون رقم 28 لسنة 2014، ورتب البطلان على مخالفة ذلك.

كذلك نص القانون على أن يكون هناك أنموذج عقد البيع الذي أناط المشرع بوزير البلديات بتحديد بياناته والتي فعلاً قد صدر بموجبها القرار التنفيذي لوزير البلديات. وعليه فان العقد لا ينعقد سوى على

الأنموذج الخاص الذي يصدر بتحديد بيانته قرار من الوزير المختص وهو وزير البلديات (1).

كذلك نصت المادة رقم 11 من قانون التطوير العقاري على أنه (ينشأ بالجهاز المعني بالمساحة والتسجيل العقاري سجل يسمى "سجل قيد البيع على الخريطة" يصدر بتنظيمه وإجراءات القيد فيه قرار من رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري، يقيد المطور فيه ما يأتي:

1. ترخيص مشروع التطوير العقاري.
2. الوحدات الصادر بها ترخيص التطوير.
3. عقود بيع الوحدات، وكافة التصرفات التي ترد عليها.

وقد نصت المادة في فقرتها ب على أنه يقع باطلاً عقد بيع الوحدات التي لم يتم قيدها في السجل المشار إليه في الفقرة السابقة.

ويتضح من ذلك أن المشرع قد أشترط إنشاء سجلات رسمية تتبع جهاز المساحة والتسجيل العقاري في مملكة البحرين يجب أن تقيد بها جميع عقود بيع الوحدات على الخريطة، كذلك التصرفات التي ترد عليها وأنه في حالة عدم إجراء القيد بالنسبة للعقود المشار إليها يقع عقد البيع باطلاً (2). وعليه نستنتج من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقد شكلي بموجب القانون رقم 28 لسنة 2014.

---

(1) وقد صدر القرار رقم 37 لسنة 2015 عن معالي وزير الأشغال والبلديات والذي حدد فيه البيانات الازم توافرها في عقود البيع على الخريطة.

(2) أصدر رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري معالي الشيخ سلمان بن عبد الله آل خليفة قرارًا بإنشاء سجل قيد البيع على الخريطة وهو القرار رقم 1 لسنة 2018 المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 3358 في يوم الخميس الموافق 22 مارس سنة 2018. وأشار القرار إلى أن بإمكان المطورين إدراج كافة البيانات الخاصة بمشاريع التطوير في «سجل قيد البيع على الخريطة» وهي: ترخيص مشروع البيع على الخريطة الصادر من المؤسسة، الوحدات التي يشملها ترخيص التطوير، عقود بيع الوحدات، وكافة التصرفات التي ترد على الحقوق الناشئة عن عقد البيع، بيان تفصيلي بأي قيد يوجب القانون قيده في صحيفة العقار. وحول آلية تقديم طلب القيد يقدم طلب القيد في السجل على النموذج المعد لذلك لدى المؤسسة، من المطور أو من ينوب عنه بتوكيل رسمي.

ثانياً: موقف المشرع البحريني في القانون رقم 27 لسنة 2017

عند صدور القانون رقم 27 لسنة2017 فإن التشريع البحريني تخلى المشرع البحريني عن فكرة الشكلية، وجعل أحكامها خاضعة للقواعد العامة في عقود البيع مع مراعاة ما تتطلبه القواعد العامة في نقل الملكية من إجراءات شكلية عند إبرام العقد الرسمي النهائي للمبنى.

وقد نصت المادة 21 من قانون تنظيم القطاع العقاري، على وجوب تأشير مشروع التطوير العقاري في السجل العقاري الخاص بمؤسسة التنظيم العقاري، كذلك أوجبت المادة وجوب التأشير في صحيفة الأرض المملوكة للمطور الرئيسي بالاتفاقات المبرمة بينه وبين المطور الفرعي، ولم تنص المادة عن وجوب التأشير بعقود البيع على الخريطة في هذا السجل، ربما يعود ذلك من أن عقود البيع قد تكون كثيرة ومتشبعة بين المطور العقاري وبين المشتري مما يجعل من مسألة تسجيلها أمرا مرهقا.

إذا فإن العقود التي يتم إبرامها في مشاريع التطوير العقاري في مملكة البحرين هي عقود رضائية وليست عقودا شكلية (1)، وهي عقود صحيحة وتخول هذه العقود المبرمة أطرافها اللجوء إلى محاكم البحرين المختصة في حال حصل إخلال بالالتزامات في نقل الملكية (2)، خصوصاً فيما يتعلق بجانب المطور العقاري أو البائع، والحصول على أحكام قضائية استنادا لهذه العقود الابتدائية التي تحل بدورها محل العقد النهائي. ويرجع السبب في ذلك إلى إن إدارة التسجيل العقاري في مملكة البحرين إنما تقوم بتسجيل تلك العقود الرسمية التي يحررها كاتب العدل المختص بعد التأكد من الحالة القانونية للعقار، ومدى إمكانية التسجيل ولا يقدح هذا في ترتيب العقود الابتدائية الالتزامات المتبادلة بين أطرافها.

ومن ذلك يتضح لنا أن المشرع الفرنسي والمشرع البحريني قد أخذا بأفكار متباينة فيما يتعلق بشكلية العقود الواردة على مشاريع التطوير العقاري، وخصوصا فيما يتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص53-55.

(2) ولقد كان قانون التطوير العقاري الملغي رقم 28 لسنة 2014 يعهد إلى لجنة منازعة التطوير العقاري بالفصل في كافة النزاعات المتعلقة بتنفيذ قانون التطوير العقاري.

وأرى أن مجمل هذا التباين في التوجهات إنما كان قائم على أساسين الأول هو حماية المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، والثاني هو عدم التعرض لمبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بحرية الأطراف بإبرام العقود.

وكان واضحاً أن الشكلية التي قررها المشرع البحريني في قانون التطوير العقاري القديم قد انعكست بشكل سلبي على نمو وتطور سوق التطوير العقاري والتداولات العقارية. إذ أن وجود كل من هذه الشكليات قد حد من إبرام العقود المتعلقة ببيع العقار تحت الإنشاء كما أدى إلى إرهاق المطورين العقارين بمتطلبات تفوق القدرة الفنية لإصحاب المشاريع العقارية خصوصاً الصغيرة منها.

ولهذا السبب قد تبنى المشرع البحريني فكراً مغايراً وهو الرجوع إلى القواعد العامة في مجال إبرام العقود مع وجود بعض التحفظات التي تتعلق ببعض المشاريع الخاصة والتي قررتها المادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 بحيث تقوم مؤسسة التنظيم العقاري بتحديدها وذلك وفقا لاعتبارات قد تخص المصلحة الوطنية في بعض الظروف مثال ذلك أن يتم إدراج مشروع أسكاني يتولى تنفيذه القطاع الخاص وتقرر على عقوده الصفة الشكلية، أو قد تكون هذه الاعتبارات تمس نوعاً معيناً من أنواع المباني أو تختص بمنطقة معينة دون الأخرى، مثال ذلك أن تقرر الشكلية على عقد التطوير العقاري عندما يقع العقار في حدود مجمعات سكنية معينة يرى المشرع أنه من الأفضل التعامل عليها بموجب نماذج عقود معدة مسبقاً أو وفق نوع محدد من الإجراءات من الجهة المختصة بمؤسسة التنظيم العقاري.

وهذا ما يقرب موقف المشرع البحريني بموقف المشرع الفرنسي والذي قرر الشكلية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء في النطاق الخاص، وأقترح أن يكون عقد بيع العقار تحت الإنشاء عقداً رضائياً كقاعدة عامة احتراماً لمبدأ استقلال الإرادة مع وضع استثناء على هذا المبدأ كأن تشترط الشكلية في عقود معينة كنموذج معين يقع العقد باطلاً إذا ما لم يتم إبرامه وفقا لهذا النموذج.

حيث نصت الفقرة ب من المادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على (ب-يجوز لمجلس الإدارة أنْ يُصدِر في بعض أنواع مشروعات البيع على الخريطة نماذج لعقود بيع وحداتها العقارية، ولا يجوز للمطوِّر تعديل أحكامها أو شروطها إلا في حدود ما تسمح به تلك النماذج).

الفرع الثالث

الشكلية في التشريع الإماراتي وبعض التشريعات الأخرى

بالنسبة للقانون الإماراتي فإن قانون التسجيل المبدئي في إمارة دبي ينص في المادة 3 منه على أنه (1. تسجل في السجل العقاري المبدئي –وهو السجل الخاص بقيد التصرفات التي ترد على بيع الوحدات العقارية على الخارطة–جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، كما تعتبر هذه التصرفات باطلة سواء كانت ناقلة أو مقيدة للملكية أو أية حقوق متفرعة عنها إذا لم تسجل في السجل العقاري المبدئي.

2. على كل مطور تصرف بالبيع أو أي تصرف من التصرفات الناقلة أو المقيدة للملكية قبل العمل بأحكام هذا القانون أن يتقدم إلى الدائرة لتسجيلها في السجل العقاري أو في السجل العقاري المبدئي حسب الأحوال وذلك خلال مدة لا تتجاوز الستين يوماً من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون).

والسؤال الذي يطرح في هذا الجانب هل التسجيل في السجل العقاري المبدئي أصبح ركنا في عقود بيع العقار على الخريطة لدى المشرع الإماراتي؟

يرى بعض من الفقه (1) أن التسجيل أصبح ركنا في عقد البيع في هذه الحالة، ذلك أن القانون قد رتب البطلان في هذه الحالة، حتى وإن كان ذلك يخالف القواعد العامة في القانون المدني وقوانين التسجيل العقاري بوجه عام والتي جعلت التسجيل شرطا لانتقال الملكية في بيع العقار، وليس ركناً في التصرف (2).

---

(1) الدكتور محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 57.

(2) كما جعله المشرع العراقي ركنا وكان في ذلك محط انتقاد. أنظر د. غني حسون عقد البيع.1970، ص221 مشار إليه لدى د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص108.

وقد تميز المشرع الإماراتي بهذا الموقف بالنسبة لبقية دول الخليج قد تشدد في ضمانات الممنوحة لأطراف العقد وخصوصاً فيما يتعلق بمركز المشتري، والذي أراد المشرع الإماراتي أن يكون في منأى عن الاستغلال الذي قد يتعرض له المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء. فإلى جانب المشرع البحريني لم يشترط المشرع السعودي أيضا شكلاً معيناً لإبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء، وبذلك تكون العقود الواردة على عقار تحت الإنشاء لدى المشرع السعودي هي عقود رضائية (1).

أما بالنسبة لموقف التشريعات التي لم تنظم بيع العقار تحت الإنشاء وفي ظل هذا الغياب التشريعي فإن الملكية العقارية لا تنتقل بالنسبة للعقارات فيد الإنشاء لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير سوى بعد تسجيلها لدى الدائرة المختصة بالتسجيل العقاري مثال ذلك المشرع المصري الذي لم ينظم مسألة بيع العقار تحت الإنشاء، حيث نصت المادة رقم 934 من القانون المدني المصري على (في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فإن عقد بيع العقار فيه عقد شكلي لا ينعقد العقد سوى بتسجيله لدى الجهة المختصة بمصلحة التسجيل العقاري وعليه فإنه وفقا لهذا التأسيس فإني أرى عقد بيع العقار تحت الإنشاء يجب أن يلحق به من ضرورة تسجيله على هامش صحيفة العقار الموجودة لدى دائرة التسجيل العقاري الذي يقع العقار المبيع من ضمن إختصاصه.

---

(1) اللائحة التنظيمية لبيع الوحدات العقارية على الخارطة، الموافق عليها بقرار مجلس الوزراء بتاريخ 1431/2/2

https://mci.gov.sa تم الاطلاع على هذه اللائحة من خلال الموقع الإلكتروني لوزارة التجارة والاستثمار السعودية تاريخ الزيارة 2017/5/24.

الفصل الثاني

آثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء

الفصل الثاني

آثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء

نتناول في هذا الفصل الآثار القانونية والأحكام الخاصة بعقد بيع العقارات تحت الإنشاء، حيث أن هذا العقد هو من العقود الملزمة لجانبين، ويترتب على هذه الخاصية المحددة في هذا العقد مجموعة من الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد (المطور العقاري والمشتري)، وتعد هذه الالتزامات من الآثار الناشئة عن هذا العقد، وعليه فإننا نتناول الالتزامات الناشئة عن العقد بالنسبة للبائع في مبحث أول ونخصص بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد بالنسبة للمشتري المبحث الثاني كما نخصص المبحث الثالث إلى الالتزام بالضمان.

المبحث الأول

التزامات المطور العقاري

إذا انعقد عقد بيع العقار تحت الإنشاء صحيحاً، وتحدد مضمونه على–النحو المشار إليه عند حديثنا عن المحل–التزم المتعاقد بتنفيذه، فالعقد له قوة ملزمة، فهو شريعة للمتعاقدين. فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا للأسباب التي يقررها القانون أو ما يقضي به الاتفاق (1). بمعنى أن ما يترتب عليه من التزامات يعادل ما يترتب على القانون من إلزام، وذلك في العلاقة بين المتعاقدين، فيجب عليهما تنفيذه كما القانون (2).

ونتناول في هذا المبحث التزامات المطور العقاري على ثلاثة مطالب؛ المطلب الأول نخصصه لالتزام المطور العقاري بالبناء، المطلب الثاني التزام المطور العقاري بالتسليم، والمطلب الثالث التزام المطور العقاري بنقل الملكية (3).

---

(1) نص المادة رقم 128 من القانون المدني البحريني، وينظر الطعن بالتمييز بحريني رقم 530 لسنة 2015 بجلسة 2017/5/9 ، غير منشور، حيث قضت (وحيث أن هذا النعي في محله , ذلك أن ما قررته المادة 128 من القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لاحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون، وكان المستفاد من ذلك التزام طرفي العقد بما تضمنه من التزامات، وكان من المقرر أن عقد البيع من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد التراضي عليها بين المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء واتفاقهما على المبيع والثمن. وكان الواقع الثابت قيام الطاعنة ببيع المطعون ضده جهاز تليفون نقال بمبلغ 1404 دنانير بموجب عقد بيع محرر بينهما وفاتورة شراء مذيلين بتوقيع الأخير الذي ارتضى الثمن دون منازعة منه، وكان البين انه لم يقدم ما يفيد سداده لثمن المبيع أو براءة ذمته من الالتزام الناشئ عن عقد البيع، كما لم ينازع في صحة العقد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحدد ثمنا للمبيع بخلاف ما تم الاتفاق عليه بالعقد، فإنه يكون قد خالف القانون بما يعيبه ويوجب نقضه.

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه، فانه يتعين القضاء في موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

(2) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص37.

(3) تم اختيار هذا الترتيب بناء على ترتيب الأسبقية من الالتزامات التي يقوم بها المطور العقاري حيث يلتزم المطور أولاً بالبناء وثانياً بالتسليم وثالثاً بنقل الملكية ورابعاً بالضمان.

المطلب الأول

التزام المطور العقاري بالبناء

إن التزام المطور العقاري بالبناء (1)، هو أحد الالتزامات الرئيسية، الذي يقع على عاتقه في عقد بيع العقار تحت الإنشاء (2)، ويقوم البائع أو المطور العقاري بتنفيذ عملية البناء (3) بنفسه، أو بإمكانه أن يعهد إلى شخص آخر بالقيام بعملية البناء لمصلحته وهو المطور الفرعي (4).

---

(1) كذلك هو الحال أيضا بالنسبة لالتزامات المقاول في عقد المقاولة، حيث يتوجب على المقاول الالتزام بإنجاز العمل وهذا الالتزام أنما ينطوي على التزامات يجب على المقاول القيام بها فإذا أخل المقاول بهذه الالتزامات أو أحدها تحمل الجزاء الذي رتبه القانون على ذلك الإخلال، ويعد الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية وعليه فأن المقاول لا تبرأ ذمته إلا إذا حقق المطلوب. للمزيد في ذلك راجع الوسيط في شرح القانون المدني. الدكتور عبد الرزاق السنهوري الجزء السابع المجلد الأول، مرجع سابق ص 65 وما بعدها.

(2) ويشترط على المطور العقاري أو المقاول أثناء تنفيذه لهذه المقاولة علاوة على إنجاز العمل المطلوب منه أن ينفذ العقد وفقاً لمقتضيات العقد حسب الشروط المدرجة فيه، وأيضا احترام التصاميم الهندسية أثناء تنفيذه لهذه الالتزامات، مع مراعاة أصول الفن متقيداً بذلك لأوامر الخدمة التي تصدر من المهندس أثناء تنفيذ المقاولة وإلا اعتبر مسؤولاً عن الضرر الناتج عن وجود خلل في البناء. للمزيد حول هذه الالتزامات راجع. نسيمة الشيخ. التزامات مقاول البناء على ضوء القواعد العامة في القانون الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2013، ص 112-115.

(3) ويعتبر البناء من المباحات وفقاً للشريعة الإسلامية، وهو أمر قد ثبتت شرعيته من الكتاب والسنة ويعتبر ضرورة من ضرورات الحياة أما بالنسبة لمشروعيته من القران قوله تعالى (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّن بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ ۙ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَىٰ حِينٍ (80) سورة النحل أية رقم 80. وقد حرصت السنة النبوية المطهرة على إظهار قيمة البناء وتشييد المساكن للتمكين في الأرض وذلك لأن بالبناء والمساكن وبأشباههما تقوم الدنيا وتعمر ومن أدلة السنة النبوية المطهرة، حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من سعادة المرء المسكن الواسع والجار الصالح والمركب الهنيء. للمزيد حول مشروعية البناء في الشريعة الإسلامية راجع في ذلك. د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المباني الآيلة للسقوط والمسؤولية الناشئة عنها في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة 1، 2014، ص40-46

(4) مادة رقم31 من قانون التطوير العقاري رقم 27 لسنة 2017 حيث عرفت المطور الفرعي على أنه (الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخَّص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري الذي يَعهد له المطوِّر الرئيسي بموجب اتفاق بينهما تطوير جزء قائم بذاته من مشروع تطوير عقاري.

وقد نص تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء (1)، على التزام البائع بإقامة البناء وذلك خلال الفترة الزمنية التي يحددها العقد، وهذا الالتزام يعد جوهر عقد بيع العقار تحت الإنشاء، فلا يمكن أن يوجد العقد دون التزام البائع أو المطور العقاري بالقيام بعملية البناء.

كما يعد الالتزام الرئيسي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في العقد، وينطوي هذا الالتزام على واجبات يتعين على المطور العقاري أومن يعهد إليه بعملية البناء أن يقوم بها في صدد تنفيذ الأعمال الموكلة إليه، فإذا ما أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذي يرتبه القانون على هذا الإخلال (2).

ويعتبر التزام المطور العقاري أو مالك المشروع في هذه الحالة من أهم الالتزامات التي تتشابه مع الالتزامات التي تقع في ذمة المقاول (3)، وهو أنجاز العمل المحدد في العقد، ويراعي المطور العقاري في تنفيذ العقد احترام الشروط التعاقدية، كما يجب عليه أثناء تنفيذه للعقد احترام التصاميم الهندسية، ومراعاة أصول فن المهنة (4). ويعتبر التزام المطور العقاري في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية (5).

---

(1) مادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري.

(1) Cass.civ.30juin.1965 ،Gaz ،pal, 1965, 2 ،p, 329 ،d1965.I. نقلاً عن الدكتور محمد زهرة المرسي، مرجع سابق صفحة 20

(2) الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع. الإيجار. المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع, 2014، عمان، الأردن، ص370.

(3) يراجع في موضوع التزامات المقاول بشكل عام. الدكتور عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. العقود الواردة على العمل. الجزء الثامن. طبعة دار إحياء التراث العربي 1964 وكذلك. محمد لبيب شنب. شرح أحكام المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. منشأة المعارف بالإسكندرية. الطبعة الثانية.

(4) للمزيد في ذلك أنظر حول هذه الالتزامات لدى: الأستاذة نسيمة شيخ. التزامات مقاول البناء على ضوء القواعد العامة في القانون الجزائري. بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية. المركز الجامعي عين تموشنت. العدد الأول.2014.

(5) د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص51.

وأيا كان الشخص المعهود إليه عملية البناء فانه يجب أن يقوم بتنفيذ الالتزام وفقاً للمدة المحددة في العقد ووفقاً للمواصفات القياسية فيه والا فإنه لا يمكن تصور الفائدة المرجوة من إبرام العقد.

وتنص المادة 31 من القانون رقم 27 لسنة 2017 (يُصدِر مجلس الإدارة قراراً بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم الوحدات العقارية للمشترين، بما في ذلك شهادة الإنجاز والجزاءات الإدارية والغرامات المالية المترتبة على إخلال المطوِّر بالتزامه بإنجاز وتسليم الوحدة). ولذلك فإن الالتزام بالبناء هو التزام بتحقيق نتيجة يتم مسائلة المطور العقاري عنها مهما كان السبب ولا يمكن للمطور العقاري في هذه الحالة من التذرع ببذل العناية اللازمة، فلا يستطيع التخلص من المسؤولية سوى بثبوت السبب الأجنبي، بأن يعزي عدم التنفيذ لقوة قاهرة (1).

وكما أن الالتزام بالبناء غير محظور التعامل فيه فهو جائز بطبيعته، فإن عدم مشروعيته إنما تنبثق من خلال الغرض من تنفيذه فيكون العقد باطلاً إذا كان الغرض من تشييد المبنى تخصيصه كمنزل أو شقة دعارة (2).

ولكن ماذا لو لم يقم المطور العقاري أو المطور الفرعي بالقيام بواجبه بعملية البناء، سواء كان هو المعني بعملية البناء، أم عهد إلى مقاول للقيام بعملية البناء؟

وهذا الفرض يمكن تصوره خصوصاً ما إذا نظرنا إلى طبيعة عقد البيع في مشاريع التطوير العقاري وما يكتنفها من صعوبات في التنفيذ، وعدم استقرار في أسعار المواد الأولية المستخدمة في عملية البناء، فضلاً عن طريقة تمويل هذه المشاريع التي تكون على أساس دفع مبالغ على فترات مختلفة وفقاً للتقدم في أعمال البناء، وفي هذه الحالة يضطر المطور العقاري إلى التأخير في تنفيذ التزامات العقد، أو حتى التخلف تماماً وعدم المقدرة على المواصلة في تنفيذ مشروع التطوير العقاري.

وعليه فإن الوضع في هذه الحالة لا يمكنه الخروج عن أمرين، إما أن يتأخر المطور العقاري أو الفرعي أو المقاول في تنفيذ المشروع، أو أن يستحال للممطور العقاري أو الفرعي تنفيذ البناء والمضي في مشروع التطوير العقاري، ولكل فرضية في هذا المجال أحكام وشروط خاصة نتاولها كالآتي:

---

(1). د. علاء حسين علي. مرجع سابق، ص109.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص57؛ د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 303.

الفرع الأول

طبيعة أعمال البناء

قد يحدث أن تتداخل أعمال البناء مع غيرها من الأعمال المدنية مثل الصيانة (1)، التي يقوم بها بعض الأطراف من داخل أو خارج العملية التعاقدية، بناء على اتفاق بين المطور العقاري لصالح المشتري في مشروع التطوير العقاري أو غيره من المباني، أو العقارات التي قد تخضع لأحكام بيع العقار في تحت الإنشاء أو البيع على الخريطة، وتقدم بنا القول إلى أن عقد المقاولة المدنية قد يشتبه مع غيره، وقد يتداخل في بعض الأحكام، وعلى ذلك فإن شراح القانون المدني دائما ما يشيرون إلى عقد المقاولة وما يشتبه به من عقود أخرى (2). وقد يحصل أن تكون هناك بعض الأعمال المدنية التي يقوم بها البائع قد تثير اللبس من ناحية طبيعتها القانونية، مثل الترميم الشامل للمبنى، أو أضاف ملحق، أو أضافة طابق كامل للمبنى قبل نقل الملكية للمشتري، فما حكم هذه الأعمال وما الطبيعة القانونية التي تحكم هذه الأعمال في هذه الحالة؟ يرى البعض من الفقه (3) أن البائع في عقد بيع العقار تحت الأنشاء يلتزم ببناء المبنى خلال مدة معينة، ولكن هذا الالتزام لا يحتم على المطور العقاري الالتزام ببناء مبنى كامل، فيكفي لخضوع هذه الحالة للحماية المقرر لعقد بيع العقار تحت الإنشاء أن يقوم المطور العقاري ببناء جزء منه وتعليته ثم بيع ما تم إنجازه.

وتكمن أهمية توضيح ما يتعلق بأعمال الصيانة لتحديد تعريف البيع تحت الإنشاء، وتمييزه عن غيره من بعض الأعمال المدنية التي قد تشتبه به وذلك لتطبيق أحكامه القانونية المناسبة لكل عقد، كما أنه تحديد التعريف على هذا النحو يسهل من عملية أبرام العقود المختلفة في مجال البناء واختيار المناسب منها.

---

(1) تنقسم الصيانة بشكل عام إلى صيانة روتينية وصيانة وقائية وصيانة إصلاحية تختلف حسب كل مرحلة وكل احتياج، للمزيد في ذلك راجع. د. أكرم فاروق محمد، منهجية الصيانة للمباني الحديثة، بحث منشور على شبكة الإنترنت متاح من خلال الموقعhttps://www.researchgate.net

(2) للمزيد في ذلك انظر د. محمود لبيب شنب أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. منشأة المعارف بالإسكندرية .2004 ص19-70.

(3) أنظر حول ذلك رأي د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق. ص22 وماك بعدها.

أولا": حكم إضافة مباني جديدة

لم ينص المشرع الفرنسي ولا المشرع البحريني على الحالة المتعلقة بإضافة طابق أو تعلية المبنى. وقد تثار هذه المسألة مع تكريس المشرع البحريني نظام ملكية الطبقات والشقق، المنصوص عليه في القانون المدني البحريني (1).

فهذه الحالة ليست بمنأى عن الوجود على أرض الواقع، فقد يرى اتحاد الملاك في أحد البنايات القيام بأعمال أضافة وبناء طابق كامل للمبنى السكني الذي يقيم فيها أصحاب الاتحاد، وبالتالي بيعه على الغير فما هو العقد الذي يحكم هذه العلاقة وأي تنظيم يمكن لهذا العقد أن يكون خاضع له؟ وللإجابة على ذلك يمكن التمييز بين حالتين وفقا للآتي:

الحالة الأولى أما أن تكون هذه التعلية لمبنى لخدمة العقار، مثال ذلك أن يضاف طابق ترفيهي أو إضافة قسم خدمي يستفيد منه جميع أصحاب الشقق في المبنى، ففي هذه الحالة يخضع هذا المبنى للأحكام العامة فيما يتعلق بملكية الأجزاء المشتركة. ما إذا كان هذا الطابق، أو أعمال التعلية الغرض منها هو الاستثمار، واستحداث شقة سكنية أو مجموعة من الشقق لغرض بيعها. فإننا في هذه الحالة نكون أمام أحد فرضيتين الأولى أما أن يقوم اتحاد الملاك ببناء العقار وإنجازه وبالتالي بيعه بيع منجز ويطبق عليه في هذه الحالة الأحكام العامة المتعلقة (2).

---

(1) راجع المواد 45-55-56 من قانون رقم 27-لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين.

(2) المواد من 814 -834 ومن الجدير بالذكر هنا أن أحكام القانون المدني فيما يتعلق بملكية الطبقات والشقق المنصوص عليها في المواد سابقة الإشارة قد ألغيت بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري وقد نص القانون الجديد على أحكام الملكية المشتركة فيما يتعلق بالطبقات والشقق ضمن نظام مشابه لما هو موجود في القانون المدني القديم إضافة إلى بعض الأحكام التي تساهم في صنع نوع من التكامل بين عملية التطوير العقاري والعقارات المشتركة على اعتبار أن معظم أعمال التطوير العقاري في مملكة البحرين هي من المباني التي تخضع لأحكام الملكيات المشتركة، وقد كان الباب الثالث من قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد من نصيب ملكية العقارات المشتركة وقد تكون هذا الباب من ثلاثة فصول تكلم الفصل الأول عن تحديد ماهية العقارات المشتركة ونطاق الحماية المقرر والفصل الثاني عن التصرف بوحدات العقار المشترك أما الفصل الثالث فقد تكلم عن اتحاد الملاك والأحكام الخاصة به.

(3) أنظر حول هذا المعنى. د محمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص22.

ببيع العقارات من حيث العقد ومن حيث قواعد التسجيل (1)، لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري، أما الفرضية الثانية فهي الحالة التي يقوم بها اتحاد الملاك بعرض بيع هذه الإضافة عن طريق بيع العقار تحت الإنشاء بعد اخذ الموافقات اللازمة من مؤسسة التنظيم العقاري وبقية الجهات المختصة ذات الصلة. وفي هذه الحالة تخضع أحكام العقود لنظام البيع على الخريطة ويخضع لأحكامه من حيث الضمانات الممنوحة في هذا الجانب لأطراف العقد.

ومما يدعم هذا الرأي في منح أحكام إضافة الشقق أو التعلية لنظام الحماية المقرر في بيع العقار على الخريطة هي أن نفس المخاطر التي قد تصادف أعمال البناء في مشاريع التطوير العقاري قد توجد أيضا في أعمال إضافة الطابق المزمع إقامته (2)، فكان لابد للمشرع أن يقوم بحماية المشتري لشقة سكنية أو مبنى يكون بدوره خاضع لهذه الفرضية.

وأرى هنا ضرورة أن ينص المشرع صراحة على الحكم القانوني لهذه الأعمال التي تكون غالباً واردة في ظل تنظيم ملكيات الطبقات والشقق بموجب قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد والذي يعطي قدر أكبر لاتحاد الملاك في مباشرة الأعمال اللازمة لحسن سير المبنى وتطويره بشكل مستمر (3).

---

(1) يعتبر التسجيل هو الإجراء الذي يتم بنقل صورة العقد في دفاتر خاصة معدة لذلك وهو الطريقة المعتادة في التسجيل ويسمى بالتسجيل الحرفي أو الكلي، أو بذكر بيانات معينة أوردها القانون ويطلق على هذا المصطلح تسجيل القيد، أما بالنسبة فيقصد به نقل بيانات معينة فقط من العقد، وقد أطلق قانون التسجيل المصري الصادر في 1923/6/26 لفظ التسجيل للدلالة على النوعين. وللمزيد في ذلك ينظر في ذلك: الدكتور. علي بن عزان الهاشمي. الآثار القانونية للتسجيل العقاري. دراسة مقارنة. دار الفكر والقانون. سنة الطبع 2010 .

(2) د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص21.

(3) نصت المادة رقم 69 من قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 للحالة التي يقوم فيها شاغل الوحدة من إحداث تعديلات على وحدته العقارية دون اللجوء للحصول على ترخيص بهذا، ولكنها لم تعالج الموضوع الذي قد يطرح من قيام اتحاد أملاك بالقيام بأعمال تطويرية للعقار يمكن أن تنتج عنه استحداث مباني جديدة في العقار ونصت المادة (لا يجوز لمالك الوحدة أو لشاغلها إجراء أية تعديلات أو تغييرات على الهيكل أو المظهر الخارجي لوحدته أو أيّ جزء من العقار المشترَك بما يؤثر جوهرياً على الوحدة أو أيّ جزء من الأجزاء المشترَكة في العقار المشترَك أو مظهره الخارجي، ما لم يُنَص على خلاف ذلك في أحكام النظام الأساسي لاتحاد المُلّاك والنظام الرئيسي).

ثانيا": حكم أعمال الصيانة الشاملة وأعمال التجديد في المبنى RÉNOVATION

لا تثار الكثير من التساؤلات حول الطبيعة القانونية لأحكام إضافة الطابق إلى مبنى قائم من حيث طبيعتها القانونية، ومدى خضوعها لنظام بيع العقار تحت الإنشاء، على القدر الذي قد تثيره مسألة الصيانة الشاملة أو التجديد.

ولا يقصد في هذا المقام أعمال التجديد أو الصيانة العادية، لأن هذه لا تشكل غموضاً فيما يتعلق بخضوعها لأحكام عقد المقاولة أو عقد الصيانة أيا كان حجم هذه الأعمال، ولكن ما يهمنا في هذا المقام تلك الأعمال التي تتعلق بالصيانة أو التجديد وتكون مقترنة بنقل ملكية المبنى بعد الانتهاء من أعمال الصيانة أو أثناء القيام بهذه الأعمال.

أ. تجديد المبنى

يقصد بالتجديد في هذا المقام هو بيع بناء قديم قائم أثناء أو قبل القيام بتجديده تجديداً شاملاً والتزام البائع بتسليم الشيء المبيع بعد الانتهاء من عمليات التجديد (1).

إذا ماهي الطبيعة القانونية وما هو القانون الذي يخضع له للعقد الذي يلتزم فيه البائع بإجراء صيانة على العقار وتسليمه للبائع بعد إجراء هذه الصيانة؟ فهل يكون العقد هنا بيع عقار عادي؟ أم نكون أمام عقد بيع عقار تحت الإنشاء؟

وجدت محاولات فقهية في فرنسا لتوضيح أحكام التجديد وتكييف طبيعتها القانونية، يرى البعض من الفقهاء (2)، إن النظام الجديد في فرنسا والذي استحدثه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 3 يناير لسنة 1967، أنما يفترض لتطبيقه أن يكون العقار لم يكتمل بناؤه، أو لم يتم الشروع في البناء فيه، فكان معيار التزام البائع بإقامة مبنى هو المعيار الذي يؤخذ به في تطبيق أحكام القانون الجديد.

---

(1) الدكتور محمد زهرة المرسي. عقد بيع المباني تحت الإنشاء. مرجع سابق ص23.

(2) ph.malinvaud et jestaz ،Droit de la promotion immobile`re ،dall .1967 ،no 216.p221

أما فيما يتعلق بأعمال الصيانة فأنه لا يمكن تطبيق أحكام بيع العقار تحت الإنشاء عليها، وذلك لأن البناء قد اكتمل هنا، فلا مجال لإعمال أحكام قانون البيع تحت الإنشاء عليها, ويرجع ذلك أيضا إلى أن روح النظام الجديد إنما وضعت لحماية المشتري ضد خطر توقف عملية البناء من جانب البائع أو المقاول وقت إبرام العقد (1).وعليه وفقا لأصحاب هذا الرأي أن البناء أو أعمال التجديد في هذه الحالة إنما تأخذ نفس الحكم بالنسبة لبناء عقار منجز وتخضع للقواعد العامة المنظمة لعقد بيع العقار حتى وأن ابرم العقد قبل الانتهاء من هذه الأعمال (2).

أما البعض الأخر من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه Meysson، يرى أن أحكام التجديد والصيانة تأخذ أحكام بيع العقار تحت الإنشاء، وأرتكز هذا الفقه على أن القانون الجديد قد وضع شروطاً لاعتبار العقد بيع تحت الإنشاء، وتميزه عن عقد بيع العقار العادي.

وتتلخص هذه الشروط في ثلاثة أمور كما أوضحتها المادة 6 من قانون 3 يناير 1967، وهي نقل الملكية، وأن يكون المبنى مخصص للاستخدام السكني أو السكني والمهني في وقت واحد، وأن يتم دفع جزء من الثمن قبل الانتهاء من أعمال البناء، وبالتالي فإن التزام البائع بإقامة عقار أي بناء أو إكمال بناء بتجديده يخضع لأحكام بيع المباني تحت الإنشاء (3). كما لم يشترط المشرع الفرنسي أن يقوم مالك المشروع بالبناء بنفسه، بل يمكنه أن يرتبط مع مقاولين بموجب عقود مقاولة ويكون المشتري في هذه الحالة أجنبياً عنهم (4).ولم ينض المشرع البحريني على اية أحكام خاصة فيما يتعلق بالصيانة.

ونعتقد بدورنا أن العقد في هذه الحالة يفتقد إلى المعيار المناسب الذي يمكن الاستناد عليه في الحكم على ما إذا كان عقد صيانة أو عقد التجديد، على أنه عقد بيع عقار تحت الإنشاء أم أنه عقد بيع عادي.

---

(1) د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق. ص25.

(2) وتطبق في هذه الحالة وسائل الحماية العامة للمشتري في العقار ومثال ذلك يجوز للمشتري أن يرفع دعوى صحة ونفاذ العقد في حالة عدم تنفيذ الالتزامات.

(3) Meysson obs sous paris 9 fav 1977 et cass civ 2 mai1978 jcp 1979 2p 45

نقلاً عن محمد زهرة المرسى. مرجع سابق ص 24.

(4) المادة رقم 6 من قانون 3 يناير الخاص بقانون ببيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي.

ثالثا": معيار تحديد أعمال الصيانة المهمة وغير المهمة

يحتم الواقع على بائع العقار في الظروف العادية القيام ببعض الأعمال لصالح المشتري، من صيانة العقار المبيع، وذلك رغبة من البائع في تسليم العقار بالصورة التي تمكن المشتري من استغلاله على النحو المرجو من إبرام العقد. وبالرغم من أن العقار قد استكمل بناؤه في مرحلة سابقة قد ترجع إلى سنوات ومن هنا يجب الأخذ بعين الاعتبار الغاية التي وضعها المشرع نصب عينيه في منح الضمانات في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وهي ضرورة عدم توقف أعمال البناء.

وعليه يمكن القول أن أعمال التجديد والصيانة التي تسبق نقل ملكية العقار باعتباره عقد بيع تحت الإنشاء، أو بيع عادي إنما تستند على أهمية تلك الأعمال وطبيعتها (1)، فإذا بلغت تلك الأعمال درجة من الأهمية يمكن معها الخشية من توقف أعمال البناء وتعثر البائع في تمويلها، فننا نكون أما عقد بيع عقار تحت الإنشاء ويخضع للضمانات المقررة لهذه العقود. ومثال هذه الأعمال المهمة هي صيانة الأساسات والتأكد من خلوها من العيوب التي قد تكون راجعة إلى ظروف جوية معينة أو تتعلق بموقع العقار وطبيعة هذا الموقع التي تتطلب صيانة دورية للأساسات، أما إذا كانت هذه الأعمال ليست على قدر كبير من الأهمية فننا نكون أمام عقد بيع عقار عادي يخضع للأحكام العامة في نقل ملكية العقارات والضمانات الممنوحة له.

ولقد أكد القضاء الفرنسي على مثل هذا التوجه، فقد رفضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 9 فبراير 1977 تطبيق القانون المنظم لبيع الشقق تحت النشاء على بيع عقار قديم في حالة تجديد (2).

ولكن يبقى التساؤل هنا عن المعيار الذي يتم معه تحديد هذه الأعمال وتقسيمها إلى أعمال صيانة مهمة وأعمال صيانة غير مهمة.

---

(1) الدكتور محمد زهرة المرسى. عقد بيع العقار تحت الإنشاء. مرجع سابق ص 25.

(2) J.C.P 1979, 2, 19219 ،note ،P. meysson.

إن المعيار في هذه الحالة معيار نسبي (1)، بحيث يتم وضع نسبة مئوية لتقدير أعمال الصيانة ثم يحدد بعد ذلك ما إذا كان عقد بيع تحت الإنشاء أم بيع عادي. مثال ذلك انه إذا تجاوزت أعمال الصيانة ما نسبته 20% من الكلفة التقديرية للعقار فإننا نكون أمام عقد بيع عقار تحت الإنشاء، أما إذا قلت هذه النسبة عن 20% فإننا نكون أمام بيع عقد عادي. وهذا المعيار وان كان جذاباً في ناحية تنظيمه للنسبة إلا انه من الصعوبة بمكان تحديد قيمة الأعمال الإنشائية إلى نسبة العقار، وقد تحتاج إلى خبراء في هذا المجال مما يضعف من فعالية هذا المعيار.

إن الأعمال الإنشائية المتعلقة بالصيانة والتجديد تتعلق بالدرجة الأولى إلى رغبات شخصية، قد يكون مصدرها البائع وقد يكون مصدرها المشتري. لذلك فهي ليست على وتيرة واحدة وإنما تختلف من شخص إلى آخر، وعليه فان ترك الأمر للقضاء في تحديد طبيعة العقد يعد الحل الأمثل لهذه المسالة خصوصا وان كل ما يتعلق بأعمال البناء ومواصفاته ومواد البناء المستخدمة هي عرضة للتغير السريع والتطور كما هو ملاحظ في أسواق مواد البناء.

رابعا": تحديد وقت الانتهاء من أعمال البناء

إن تحديد وقت الانتهاء من أعمال البناء مهمة، وتكمن أهميتها في تحديد ما إذا كن المطور العقاري قد أتم التزامه في مواجهة المشتري.

ولم ينص المشرع الفرنسي في قانون 3 يناير الخاص بالبناء تحت الإنشاء، ولا في التعديلات اللاحقة عليه على معيار يحدد لحظة الانتهاء من البناء. ويميل الفقه الفرنسي في معظمه (2)، إلى اعتبار المعيار الذي وضعه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من القرار رقم 67-1166 الصادر في 22 ديسمبر 1967 والذي ينص على أن البناء يعتبر مكتمل إذا تم تنفيذ الأعمال ووضع العناصر اللازمة والضرورية للاستعمال بحسب الغرض المخصص له البناء المبيع.

---

(1) ويميل قضاء الموضوع في فرنسا إلى معيار واقعي وهو جوهرية الأعمال. راجع د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص27.

(2) مشار إليه لدى د. علاء حسين علي، مرجع سابق.

كما يرى جانب آخر من الفقه (1)، أنه حتى مع توافر هذه العناصر اللازمة والضروري للاستعمال فإن هذا المعيار يبقى غير كافي، ويرجع السبب في ذلك إلى أن البناء قد يكون مكتملا ولكنه غير مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فإن الفصل في ذلك شهادة الإنجاز التي نص عليها المشرع في قانون تنظيم العقاري رقم 28 لسنة 2014، حيث نصت المادة الأولى فقرة رقم 14 في تعريف شهادة الإنجاز على أنها (شهادة تصدرها الجهة المختصة بالاتفاق مع أمين الحساب تفيد بانتهاء المطور من مشروع التطوير العقاري وتسليم الوحدات المبيع ة للمشترين مطابقة للمواصفات).

وقد نص المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد على ضرورة إصدار شهادة إنجاز كما نص عليه قانون التطوير العقاري السابق. كما أنه أفرد المادة 31 من القانون والتي أشارت إلى الضوابط في إنجاز وتسليم الوحدات العقارية، حيث ترك الأمر إلى مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم هذه الوحدات (2).

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الإماراتي من تحديد وقت الانتهاء من أعمال البناء بالرغم من النص على عقوبات تتعلق بالتأخير في التنفيذ (3)، إلا أنه اكتفى بالإشارة إلى شهادة الإنجاز دون تحديد وقت معين يفيد انتهاء أعمال البناء تاركا الأمر للقواعد العامة.

---

(1) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص96.

(2) P.meysson et m.tirard.nente dimmeuble construier ،jur ،calss construction fase.82 ، no6) b. boubi les problems de constation dans la loi du 3 janvier 1967 ، jour,not,julli,1968,p,732.no 6

ph.jestaz ،variation sur la notion d`ache`vment dans la vente dimmbules aconstruier.rev.dr ،immob.1982.p.336 21. نقلاً عن الدكتور. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق

(3) حيث نصت المادة رقم 17 من القانون رقم 8 لسنة 2007 على جزاء صارم في حال تخلف المطور العقاري أو مالك المشروع من البدء في أعمال التطوير العقاري بعد انقضاء مدة 6 أشهر من تاريخ منحه رخصة البيع دون عذر مقبول (يشطب قيد المطور من السجل في أي من الحالات التالية: 2 . إذا لم يباشر الأعمال الإنشائية بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ منحه الموافقة بالبيع على خارطة دون عذر مقبول).

ويمكن اعتبار شهادة الإنجاز في هذه الحالة من اختصاص الجهة المختصة في مؤسسة التنظيم العقاري. ويمكن بأن تكون بالتعاون مع أمين الحساب الذي يكون مطلعاً بطبيعة عمله على كافة المدفوعات والجهات التي دفعت لها الأموال المودعة في حساب المشروع، والذي يمكنه أيضا تقدير نسبة الإنجاز بواسطة ما تم دفعه وما تم تأمين المبالغ له في عملية تمويل البناء.

وقد نصت المادة رقم 31 من قانون تنظيم القطاع العقاري في البحرين على (أ-يُصدِر مجلس الإدارة قراراً بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم الوحدات العقارية للمشترين، بما في ذلك شهادة الإنجاز والجزاءات الإدارية والغرامات المالية المترتبة على إخلال المطوِّر بالتزامه بإنجاز وتسليم الوحدة).

ونلاحظ من ذلك أن المشرع الإماراتي والمشرع البحريني قد جعلا من شهادة الإنجاز المعيار المعول عليه في تحديد وقت الانتهاء من الأعمال الخاصة بالبناء.

ويرى البعض (1)، أن البناء إنما يعتبر قد تم أذا قام المطور العقاري فعلاً من بناء العناصر الجوهرية التي تمكن المشتري من استعمال المبنى بحسب الغرض المخصص له، فالعناصر التي تستلزم لاستعمال شقة سكنية تختلف عن العناصر اللازمة لإقامة فندق أو غيره مثل المعارض.

كما أن تحديد هذه العناصر ما إذا كانت جوهرية أم غير جوهرية يمكن للقاضي تحديدها على حسب كل حالة، فما يعتبر جوهرياً بالنسبة لحالة معينة قد لا يكون جوهرياً بالنسبة لحالة أخرى وبإمكان القاضي في هذه الحالة الاستعانة في ذلك بذوي الخبرة من مهندسي البناء والخبراء في مجال التشييد والبناء(2).

---

(1) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص112.

(2) الطعن تمييز رقم 402-لسنة 2014 بجلسة 2017/2/10 حيث قررت محكمة التمييز مجموعة من المبادئ استنادا لهذا الحكم ومنها الاتي: عمل الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى. تقديره. من سلطة محكمة الموضوع. لها الأخذ بما انتهى إليه إن رأت فيه ما يقنعها ويتفق مع ما ارتأت أنه وجه الحق في الدعوى. لازمه. إقامته على أسباب لها أصلها في الأوراق. أخذها بالتقرير محمولاً على أسبابه. مفاده. أنها لم تجد في الطعون الموجهة إليه ما يستحق الرد عليه. عدم التزامها بتعقب تلك المطاعن أو إجابة الخصم إلى طلب إعادة المأمورية إلى خبير آخر أو إحالة الدعوى إلى التحقيق متى اقتنعت بكفاية الأبحاث التي أجراها وبسلامة الأسس التي بنى عليها رأيه.

الفرع الثاني

تحديد مدة البناء

تحديد مدة البناء كان من صلب تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي نظمه المشرع الفرنسي (1). وتدل الإشارة للمدة في تعريف العقد على الأهمية القصوى التي تمثلها مدة إنجاز العقد في عقود بيع العقار تحت الإنشاء. ومما لا شك فيه أن تحديد المدة اللازمة للانتهاء من أعمال البناء تمثل أهمية كبرى بالنسبة لأطراف العقد، فالمشتري يهمه بالدرجة الأولى أن يعرف متى سيصبح مالكا، والبائع يهمه أيضا أن ينتهي من أعمال البناء بسرعة حتى يتمكن من الحصول على بقية الثمن المتفق عليه (2). وتقضي القواعد العامة في عقود البناء أنه لا يشترط وجوب تحديد مدة للعقد ولكن في حال عدم تحديد مدة معينة لعقد المقاولة وجب أن يتم تنفيذ العقد في وقت معقول (3)، حيث نص القانون المدني البحريني على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها (4). ولكن هل يمكن تطبيق القواعد العامة في تحديد مدة تنفيذ العقد لعقد المقاولة على قواعد بيع العقار تحت الإنشاء، على اعتبار أن الالتزام بالبناء هو نفسه الذي يقع على عاتق المطور العقاري.

يرى اتجاه من الفقه (5) أن تحديد المدة للانتهاء من أعمال البناء من الشروط الضرورية وعنصراً رئيسياً في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء ويترتب على عدم ذكر المدة أن يكون عقداً قابلاً للإبطال.

---

(1) تناولنا من أن تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي قد نص على ذكر المدة التي يتم فيها القيام بأعمال البناء أنظر في ذلك صفحة رقم 16-وما بعدها من هذه الرسالة .

(2) J.tartanson, lavente dimmeuble a construier jusqu la deliverance, loi du3 janve 1967 p 68 نقلا عن الدكتور محمد زهرة المرسي. مرجع سابق ص 32

(3) د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص64 وما بعدها، كذلك دكتور محمد لبيب شنب. مرجع سابق. ص120.

(4) مادة رقم 589-من القانون المدني البحريني، فإذا لم تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة، التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها، وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل، مع مراعاة عرف الحرفة.

(5) الدكتور. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق ص 32.

ويرى اتجاه آخر من الفقه (1)، على انه بالرغم من ذكر المدة في تعريف بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي، إلا أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن المدة عنصر رئيسي من عناصر هذا العقد، ويرجع السبب في ذلك إلى أن كلمة مدة محددة التي ورد تعريف المشرع الفرنسي للعقد فيها، لا تعني سوى متفق عليها. وعليه فان المطور العقاري هنا يجب عليه أن ينجز البناء خلال المدة المتفق عليها، فاذا لم تكن هناك مدة متفق عليها وجب أن ينجز العقد في مدة معقولة، وفقا للأصول المتعارف عليها. فيجب على المطور العقاري أن ينفذ العقد في المدة المتفق عليها سواء كان الاتفاق عليها صريحاً أو ضمنياً، مثاله أن يكون المشتري يريد الحصول على مبنى لاستخدامه كجناح في معرض فلابد من إتمام البناء قبل افتتاح المعرض (2).

وأختلف المشرع البحريني من تحديد أهمية المدة في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء على مرحلتين مختلفتين، المرحلة الأولى هي المرحلة التي كانت مع صدور القانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري، والمرحلة الثانية هي المرحلة التي جاءت مع صدور قانون تطوير القطاع العقاري رقم 17 لسنة 2017.

ومما ينبغي بيانه في هذا المجال أن المشرع البحريني أعطى للمدة في بيع العقار تحت الإنشاء أهمية واضحة سواء كان هذا في القانون رقم 28 لسنة 2014 أم قانون 27 لسنة 2017 فقد نصت المادة رقم 4 من القانون رقم 28 لسنة 2014 على (لا يجوز للمطور البدء في تنفيذ مشروع التطوير، إلا بعد الانتهاء من المخطط الرئيسي للمشروع والحصول على ترخيص التطوير من الجهة المختصة، ويشترط للحصول على هذا الترخيص ما يلي :

1. وثيقة ملكية العقار أو ما يقوم مقامها باسم مشروع التطوير المزمع إنشاؤه خالية من أية حقوق عينية أو بموافقة أصحاب الحق العيني على البدء في تنفيذ المشروع وبيع وحداته. 2. ترخيص تنفيذ المخطط الرئيسي للمشروع وترخيص البناء وفقاً لأحكام قانون تنظيم المباني. 3. تعهد كل من المطور الرئيسي والفرعي بالبدء في تنفيذ مشروع التطوير خلال المدة المحددة في الترخيص حال وجودهما معاً.

---

(1) f. steinmetz.th ،prec. P29

(2) د. علاء حسين علي. مرجع سابق، ص10.

فكان المطور العقاري لا يحق له أن يبرم عقود البيع، أو أن يمارس أنشطة التطوير العقاري إلا بعد الحصول على ترخيص التطوير العقاري. ونلاحظ أن المشرع البحريني قد اعتنى بالمدة التي يتم بها البدء في تنفيذ العقد وفقاً للتراخيص، وذلك ضمان جدية المطور العقاري أو البائع أما فيما يتعلق بتنفيذ العقد وتسليمه فإن المشرع قد ترك الحكم فيها للقواعد العامة. فإذا تأخر المطور عن تسليم الوحدة عن المدة المتفق عليها في العقد دون مبرر أو عذر مقبول، يجوز للمشتري بعد إعذار المطور وأمين الحساب بكتاب مسجل بعلم الوصول ومرور تسعين يوماً من الإعذار أن يطلب من اللجنة فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضٍ (1).

أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 فيما يتعلق بتحديد المدة في العقد ,فإنه يتضح وبجلاء أن المشرع البحريني قد جعل من مدة التسليم أحد الشروط التي يجب توافرها في عقود بيع الوحدات العقارية على الخريطة، والتي ستقوم مؤسسة التنظيم العقاري بتنظيم الأحكام الخاصة في عقود بيع العقار على الخريطة، وقد نصت المادة 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 (يجوز لمجلس الإدارة أنْ يُصدِر قراراً بتنظيم شروط وأحكام وبيانات عقود بيع الوحدات العقارية على الخريطة، على أنْ يتضمن ما يلي: تاريخ إنجاز المطوِّر للوحدة العقارية وتسليمها للمشتري).

---

(1) مادة رقم 15-من القانون رقم 28-لسنة 2014 الخاص بإصدار قانون التنظيم العقاري. ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن القانون الروماني لم يعرف نظرية عامة للفسخ فكانت العقود في ظل القانون الروماني منقسمة إلى قسمين فهي عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين ويرجع السبب في ذلك من أن القانون الروماني كان يقرر أن القانون ينشأ الالتزامات مستقلة عن بعضها البعض ولا تقابل بينها، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته فإن التعاقد الآخر لا سبيل له إلا طلب التنفيذ، ولم يكن الفسخ طريق للتحلل من الالتزامات، إلا أن الرومان قد استثنوا من ذلك في عقد البيع بعد أن أصبح عقداً رضائياً فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يعطي الحق للبائع في فسخ عقد البيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن, وقد سار القانون الفرنسي على هذه وأجاز الفسخ حتى لو لم يكن هناك شرطاً صريحاً في العقد أذ افترض وجواد هذا الشرط الفاسخ ضمنياً في العقد وفي كل الأحوال لا يتم الفسخ سوى بحكم قضائي . للمزيد ينظر في ذلك: الدكتور عمر علي الشامسي. فسخ العقد. دراسة مقارنة. القومي للإصدارات القانونية. الطبعة الأولى 2010. ص8-9.

ومع أن الأمر جوازي لمجلس إدارة مؤسسة تنظيم القطاع العقاري، إلا أن المتبع عند إصدار القرار يجب أن يكون من ضمن البيانات المدرجة فيه تاريخ إنجاز وتسليم الوحدة العقارية.

ويؤكد على توجه المشرع البحريني أيضا فيما يتعلق بوجوب النص على المدة التي يتم فيها تنفيذ العقد والتزام المطور العقاري بالتسليم حسب المدة المتفق عليها، ما قد يستشف من نص المادة رقم 31 من القانون رقم 27 لسنة 2017 حيث نصت على (يُصدِر مجلس الإدارة قراراً بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم الوحدات العقارية للمشترين، بما في ذلك شهادة الإنجاز والجزاءات الإدارية والغرامات المالية المترتبة على إخلال المطوِّر بالتزامه بإنجاز وتسليم الوحدة).

فتوقيع الغرامات المالية والجزاءات نتيجة إخلال المطور بالتزامه بإنجاز وتسليم الوحدة العقارية يفهم منه وجوب تسليم الوحدة العقارية في الوقت المحدد في العقد.

وبالفعل عندما صدر القرار رقم 2 لسنة 2018 الخاص بشأن تراخيص مشاريع التطوير العقاري نصت المادة رقم 32 في الفرع الثاني المتعلق ببيانات عقد البيع على (يجب أن يتضمن عقد البيع، البيانات الآتية:

1. اسم وعنوان المشتري، والمطور ورقم رخصته.
2. اسم المشروع والموقع ورقم ترخيص المشروع.
3. تاريخ إنجاز المطور للوحدة وتسليمها للمشترى.
4. عدد الوحدات العقارية ووصفها ومواصفاتها بما في ذلك أبعاد الوحدة والحقوق المرتبطة، وكذا المواقف والحقوق الخاصة في الأجزاء المشتركة.
5. جميع تفاصيل العقار المشترك.

وعليه فإن النص على المدة التي يتم فيها تنفيذ العقد وفقاً للمشرع البحريني هو وجوبي وأن عدم النص على المدة المحددة لتنفيذ العقد يجعل هذا العقد قابلا للإبطال حفاضا على حقوق الطرف الضعيف وهو المشتري.

الفرع الثالث

التأخير في تنفيذ البناء

خولت المادة رقم 38 من قانون 13 يوليو 1967 الفرنسي في حال التسوية القضائية أو تصفية أموال البائع أن يقوم السنديك في تنفيذ العقود واستكمال البناء أو في حالة عدم الاستكمال يمكنه تقرير البيع على حالته الناقصة (1). كما أورد المشرع البحريني في حالة تأخر المطور العقاري في تنفيذ التزامه في مشروع التطوير العقاري خيارين أمام المشتري في هذه الحالة، فهو إما أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد المطورين على حساب المطور، أو بيع المشروع وتوزيع حصيلة البيع على المودعين ودائني المشروع. حيث نصت المادة رقم 33 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على (للمؤسسة في حالة توقُّف أو تعثُّر المطور مؤقتاً أو نهائياً عن تنفيذ مشروع البيع على الخريطة لأيّ سبب من الأسباب –بعد أخْذ رأي أمين حساب الضمان –اتخاذ التدابير اللازمة لحماية حقوق المؤدعين ودائني المشروع، بما يضمن إكمال المشروع أو إعادة الأموال لأصحابها، بما في ذلك اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد المطوِّرين على حساب المطوِّر أو بيع المشروع وتوزيع حصيلة البيع على المؤدعين ودائني المشروع).

وقد تقدم أن الفسخ لا يقوم بتحقيق النتيجة التي يرجوها المشتري من إبرامه للعقد ولذلك فإنه من الطبيعي أن يقوم المشتري باللجوء للتنفيذ العيني حسب القاعدة المنصوص عليها في المادة رقم 33 من قانون التطوير العقاري والتي تعكس القواعد العامة في القانون المدني البحريني، والتي بدورها تجيز للمشتري طلب المحكمة لتنفيذ التزامات البائع تنفيذيا عينيا بعد أعذاره متى كان ذلك بالمكان (2).

وفي حالة عدم إمكانية التنفيذ العيني يلجأ المشتري في حالة التوقف النهائي للمشروع ب طلب من المحكمة المختصة الحكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد المطورين العقاريين، وكل ذلك على حساب المطور العقاري، ولا يمكن للمشتري في هذه الحالة القيام بالتنفيذ العيني إلا وفقاً لظروف معينة بحيث يمتلك القدرة الفنية على إكمال المشروع على نحو لا يؤدي إلى خلل في عملية البناء.

---

(1) د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص 161.

(2) راجع في ذلك القانون المدني البحريني مادة رقم 381 ومابعدها.

أما بالنسبة لمشاريع التطوير العقاري الكبيرة، والتي تتكون من أبراج سكنية، أو مجمعات تجارية، فإنه لا يمكن أن يقوم المشتري وحده بتنفيذ هذه الالتزامات لما تتطلب هذه الالتزامات من دراية وخبرة كبير في مجال التطوير العقاري، وعادة ما يلجا المشترين إلى القضاء بتعين مطور عقاري صاحب خبرة طويلة في هذا المجال للقيام بتنفيذ ما تبقى من المبنى أو بيعه بالمزاد العلني إذا لم يعد في التنفيذ العيني جدوى.

وفي ذلك صدر قرار رقم 3 لسنة 2015 من لجنة تسوية المشاريع المتعثرة بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2017/1/23 حيث قضت (حيث أن الشركة المطورة صاحبة المشروع عجزت عن استكمال المشروع والوفاء بالتزاماتها قبل مشترو الوحدات والمقاولين والبنك الدائن المرتهن لأرض المشروع رغم تكليفها بالوفاء. وحيث إن اللجنة حجزت على عقار جفير فيوز الكائن بمنطقة الجفير (مجمع 324 طريق رقم 2466) المقام على قطعة الأرض رقم 03042887 البالغ مساحتها 1247 متر مربع مقدمة رقم 2003/7643 وثيقة رقم 122981 ووضعت شارة الحجز على قيد العقار لدى إدارة المساحة والتسجيل العقاري. ثم ووردت إفادة الإدارة المذكورة بوضع شارة الحجز على قيد العقار لدى إدارة المساحة والتسجيل العقاري، وتستطرد اللجنة في حيثيات الحكم بقولها وحيث إن اللجنة منحت الشركة المطورة المدة الزمنية المنصوص عليها بالمادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 66 لسنة 2014 سالف الذكر، لتسوية المشروع إلا أنها عجزت عن ذلك.

وحيث إنه قد تبين للجنة من تقرير الخبير المودع ملف المشروع أن الالتزامات والديون المثقل بها المشروع تفوق القيمة السوقية له وبالتالي فإنه لا جدوى من طرحه لمطورين جدد لاستكماله والوفاء بالتزاماته وتبين للجنة أن الوسيلة الوحيدة لتسوية المشروع هو بيعه بالمزاد العلني وتوزيع حصيلة البيع على الدائنين عملا بحكم المادة (8) من المرسوم بقانون رقم 66 لسنة 2014(1). تكون قرارات اللجنة نهائية وبمثابة حكم قضائي وذلك بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من قسم كتاب محكمة الاستئناف العليا المدنية، ويجوز الطعن فيها خلال عشرة أيام من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية أمام محكمة التمييز والتي تتصدى للفصل في موضوعها. (2).

---

(1)، منشور بالجريدة الرسمية العدد 3298 بتاريخ 2017/1/26

(2)مادة رقم 11 من المرسوم بقانون رقم11 لسنة 2014 بشأن تسوية المشاريع المتعثرة

ويرى جانب من الفقه الفرنسي (1)، أنه بالإمكان أن يقوم المشترين في مشروع التطوير العقاري بخلق تنظيم يأخذ مكان البائع في تنفيذ الالتزامات الناتجة من إبرام العقد، في الحالة التي يتوقف فيها المطور العقاري أو البائع عن الاستمرار في تقدم أعمال البناء لأي سبب كان.

أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فإنه على العكس من المشرع الفرنسي والبحريني من إرجاع أحكام التأخير في تنفيذ المبنى إلى القواعد العامة، فقد نصت المادة رقم 23 من قرار المجلس التنفيذي باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي على (يجوز للمؤسسة وبناء على تقرير فني مسبب أن تقرر إلغاء المشروع إذا عجز المطور العقاري عن تنفيذ المشروع بسبب الإهمال الجسيم).

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي عالج حالة عدم قيام المطور بالتنفيذ بسبب الإفلاس فقد نصت المادة 38 من قانون 13 يوليو 1976 في حال التسوية القضائية أن (للسنديك) رخصة تنفيذ العقود التي التزم بها البائع قبل التسوية أو التصفية. وللمشتري في هذه الحالة أن يلتزم بتنفيذ العقود التي التزم بها المطور العقاري على اعتباره خلفا خاص للبائع (2).

ومن خلال ذلك يتضح تماما مدى التداخل بين قانون تسوية المشاريع المتعثرة في مجمل اختصاصه وتنظيمه مع أحكام القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بإصدار قانون التنظيم العقاري وخصوصا المادة 33 من والتي تنص على (للمؤسسة في حالة توقُّف أو تعثُّر المطور مؤقتاً أو نهائياً عن تنفيذ مشروع البيع على الخريطة لأيّ سبب من الأسباب – بعد أخْذ رأي أمين حساب الضمان – اتخاذ التدابير اللازمة لحماية حقوق المؤدعين ودائني المشروع، بما يضمن إكمال المشروع أو إعادة الأموال لأصحابها، بما في ذلك اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد المطوِّرين على حساب المطوِّر أو بيع المشروع وتوزيع حصيلة البيع على المؤدعين ودائني المشروع.

---

(1) V.sezairs.la vent en let at future dachevmenet rev.decon.et.de.drimmob1963p.50ets مشار إليه لدى د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق ص.160

(2) د. محمد زهرة المرسي، المرجع نفسه، ص 161.

المطلب الثاني

الالتزام بتسليم العقار (La d`elvrance)

يعد التسليم للمبيع من آثار عقد البيع الصحيح الواجبة للمشتري (1)، فيلتزم المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بتسليم المبنى (2)، ويختلف تسليم الشيء حسب القواعد العامة باختلاف طبيعة ذلك الشيء.

والتسليم في عقد البيع قد يكون وسيلة لانتقال الحق ذاته، كما هو الحال في بيع المنقولات المعينة بالنوع، فإن إفرازها هو الذي ينقل الملكية ويتم عادة وقت تسليمها (3). كما أن التسليم في عقد البيع يعد فرعاً لالتزامه بنقل ملكية المبيع كما يتفرع أيضا عن الالتزام بنقل الملكية بالمحافظة على المبيع إلا أن يسلمه للمشتري ولذلك فإن تبعة هلاك الشيء مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية (4).

وإذا كان البائع يلتزم بالبيع عموماً بتسليم الشيء المبيع، فإن هذا الالتزام يأخذ أهمية خاصة في بيع العقار تحت الإنشاء، فالفرض أن الشيء المبيع غير موجود وقت إبرام العقد ومن ثم يستحيل على المشتري معاينته والتحقق منه ومن أوصافه، وأن السبيل الوحيد هنا للمشتري أن يتفق الطرفين على مواصفات المبيع بدقة، ولا يستطيع المشتري التحقق من هذه المواصفات سوى وقت التسليم والذي يمكن فيه للمشتري معاينة العقار والتحقق من مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليه (5).

---

(1) د. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص85.

(2) للتسليم أهمية كبيرة في القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، لأن به كانت تنتقل الملكية كما أن الفقهاء المسلمين أولوا التزام البائع بالتسليم عناية خاصة، وإن كان نقل الملكية لم يعد في القانون الحديث متوقفاً على التسليم إلا أن هذا لا ينفي الآثار المهمة للتسليم خصوصا في عقد البيع، كما هو الحال في بيع الأشياء المعينة بالنوع لأن الملكية لا تنتقل فيها إلا بفرز المبيع الذي يتم عادة وقت التسليم، كما أن التسليم هو من مقتضيات عقد البيع يلتزم به البائع دون حاجة للنص عليه. يراجع في ذلك، الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق ص 90 وما بعدها.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص 204.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص482.

(5) د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص180و181.

الفرع الأول

تنفيذ الالتزام

كي يتمكن المطور العقاري من تنفيذ التزامه بالتسليم يجب أن يكون العقار جاهزا للتسليم، كما يجب أن يكون العقار مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد وذلك على النحو الآتي :

أولاً: أن يكون العقار جاهزاً للتسلم

لم ينص المشرع الفرنسي في قانون 3 يناير الخاص بالبناء تحت الإنشاء ولا في التعديلات اللاحقة عليه على لحظة الانتهاء من البناء، ويميل الفقه الفرنسي في معظمه (1)، إلى اعتبار المعيار الذي وضعه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من القرار رقم 67-1166 الصادر في 22 ديسمبر 1967 والذي ينص على أن البناء يعتبر مكتمل إذا تم تنفيذ الأعمال ووضع العناصر اللازمة والضرورية للاستعمال بحسب الغرض المخصص له البناء المبيع. بالنسبة للمشرع البحريني الفصل في ذلك شهادة الإنجاز (2).

ولم ينص المشرع البحريني في قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد على ضرورة إصدار شهادة إنجاز كما نص عليه قانون التطوير العقاري السابق، إلا أنه أفرد المادة 31 من القانون والتي أشارت إلى الضوابط في إنجاز وتسليم الوحدات العقارية، حيث عهد الأمر إلى مجلس أدارة مؤسسة التنظيم العقاري بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم هذه الوحدات. وتكون شهادة الإنجاز من اختصاص الجهة المختصة في وزارة البلديات، وبالاتفاق مع أمين الحساب، والذي يمكنه أيضا تقدير نسبة الإنجاز بواسطة ما تم دفعه وما تم تأمين المبالغ له في عملية تمويل البناء. أما القانون رقم 27 لسنة 2017 فلم ينص على تعريف شهادة الإنجاز، بل نصت المادة 31 منه على أن يصدر مجلس الإدارة قرارا بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم الوحدات العقارية للمشترين إضافة إلى الجزاءات الإدارية والغرامات المالية المترتبة على إخلال المطور بالتزامه بإنجاز وتسليم الوحدة.

---

(1) أنظر محمد زهرة المرسي،مرجع سابق،ص111

(2) حيث نصت المادة الأولى فقرة رقم 14-في تعريف شهادة الإنجاز على أنها (شهادة تصدرها الجهة المختصة بالاتفاق مع أمين الحساب تفيد بانتهاء المطور من مشروع التطوير العقاري وتسليم الوحدات المبيعة للمشترين مطابقة للمواصفات) .

ثانياً: أن يكون العقار مطابقاً للمواصفات

تسليم المبنى في الوقت والمكان المتفق عليه في العقد لا ينهي مسؤولية المطور عن هذا الالتزام (1)، وعليه يقوم بتسليم المبنى مطابقا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد. وعليه فإن ضمان المطابقة (2)، هو الذي يقوم عليها الالتزام بالتسليم في العقد. وتختلف بهذا المعنى فكرة عدم مطابقة العقار للمواصفات عن فكرة العيوب في البناء(vices)، ففي الحالة الأخيرة يحترم البائع المواصفات المتفق عليها، كما أنه يقوم باستخدام المواد المذكورة في العقد لكنه قد استخدمها استخداماً معيباً أو استخدم نوعية رديئة من المواد المتفق عليها، فلا مجال هنا لعدم المطابقة للمواصفات، ولكن المطور العقاري قد يستخدم نوعية رديئة من الخشب فيكون عيب من عيوب البناء (3).

ولم ينص المشرع الفرنسي على المطابقة إلا أنه يجب التسليم بما يتوافق مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها بموجب القواعد العامة في التسليم.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فإن المادة رقم 30 من قانون تنظيم القطاع العقاري نصت على التزام تنفيذ مشروع البيع على الخريطة طبقا للتصاميم الهندسية والإنشائية والمعمارية المعتمدة والمستندات التي منح الترخيص على أساسها، كما أن المشرع البحريني حظر إدخال أية تعديلات في المشروع إلا إذا كانت هذه التعديلات غير جوهرية وغير مهمة شريطة أن تكون هذه التعديلات متوافقة ضمن اعتبارات هندسية أو فنية مقبولة.

---

(1) ويتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العيني لذا فهو مرتبط بالعقود الناقلة لحق عيني كالهبة والشركة والمقايضة وتبدو أهمية دراسة التسليم في أن أحكامه ليست فقط بالنسبة لعقد البيع بل بوصفها قواعد عامة تطبق على غيره من العقود مالم يرد حكم خاص فيه. أنظر د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص86.

(2) حيث اختلفت الاتجاهات في تحديد مفهوم المطابقة فتارة تميل إلى الجمود وتارة أخرى تميل إلى المرونة، ويقترب مفهوم التسليم المطابق من مفهوم الضمان بالعيب، وقد ظهر اتجاهان في سبيل تحديد مفهوم المطابقة ووضع حل لمشكلة الفصل بينها وبين العيب، فيرى أصحاب المفهوم المادي أن المطابقة هي موافقة الشيء محل العقد في جوهره وعناصره الأساسية للشيء الذي تم الاتفاق عليه، أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الوظيفي للمطابقة فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن المطابقة وفقا لهذا المنظور تعني صلاحية الشيء للاستعمال المقصود وهو ما لا يتحقق إلا باستعمال الشيء بعد تسلمه. للمزيد في ذلك يراجع بالتفصيل. علاء حسين علي. مرجع سابق. ص129 وما بعدها.

(3) د. مجمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص181.

أما إذا كانت التعديلات جوهرية فلا تجوز إلا استناداً ووفقاً لظروف غير متوقعة أو لأسباب طارئة، وبموافقة الجهات المختصة ومؤسسة التنظيم العقاري دون الإخلال بحق المشتري في التعويض أو إنقاص الثمن بقدر ما نقص من مساحة أو قيمة عقاره (1).كما يلتزم المطور العقاري أيضا بعد أنجاز الوحدة العقارية بالقيام بكافة الأعمال التي تتفق مع حسن النية وتسليم المشتري كافة الشهادات والسندات والوثائق المتعلقة بالوحدة والأجزاء المشتركة وأدلة التشغيل الخاصة بالأجهزة الكهربائية والتركيبات والضمانات المقررة لتلك الأجهزة والتركيبات (2).

ولكن ما هو الأثر القانوني المترتب أذا لم يقم المطور العقاري بتسليم العقار حسب المواصفات المتفق عليه؟

الفرع الثاني

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم

يجب على المطور العقاري أن يقوم بتنفيذ العقد حسب ما تفتضيه القواعد العامة وحسن النية في التعامل، فإذا قام المطور العقاري بتسليم العقار المبني مطابقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها فإنه قد أدى التزامه. أما إذا أخل المطور العقاري التزامه بالتسليم باي وجه، كأن يمتنع عن التسليم أصلاً أو أن يتأخر فيه أو أن يسلم المبيع في غير الحالة المتفق عليها في العقد، أو ألا يسلم كل المبيع، فإن القواعد العامة هي التي تنطبق في هذه الحالة (3)، وفي هذه الحالة فإن للمشتري إما أن يطلب بتنفيذ العيني ما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً أو أنقاص الثمن أو أن يطلب فسخ عقد البيع، وللمحكمة هنا سلطة تقديرية واسعة في الحكم. ويجوز أن يتضمن عقد البيع شرطاً فاسخاً به لا تكون للمحكمة سلطة تقديرية بل يجب عليها الحكم بالفسخ متى تحققت من قيام سببه (4).

---

(1) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص227 وما بعدها، أيضا د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 295، أيضا د. محمد حسين منصور، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 100 مادة رقم 30 من القانون رقم 27 لسنة 2017.

(2) مادة رقم 31 الفقرة ب من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص227.

(4) د. جعفر الفضلي. الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق، ص 98.

المطلب الثالث

التزام المطور العقاري بنقل الملكية (Transfert de la propri`et`e)

عقد البيع هو العقد الذي يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيئ للمشتري أو حقاً مالياً آخر، وهذا الشيء قد يكون منقولاً أو قد يكون عقار، أو أن يكون حقا آخر متفرعاً عن حق الملكية مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق (1).

وفي عقد بيع العقار تحت الإنشاء فإن المطور العقاري يلتزم ببناء العقار المتفق عليه وإنجازه، ومن ثم نقل ملكيته للمشتري. ونصت المادة رقم 389 من القانون المدني البحريني على أن (يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معينا بالذات ومملوكاً للبائع، فإذا لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز. كل ذلك ما لم ينص القانون أو الاتفاق بغيره، دون إخلال بقواعد التسجيل).

وتأسيساً لذلك فإن المبيع إذا كان عقاراً فإن الملكية سواء في حق الغير، أو فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل العقد لدى الجهة المختصة (2)، كما أكد قانون التسجيل العقاري البحريني على هذا المفهوم حيث أنه أوجب أن تقيد في السجل العقاري (3)، جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينة العقارية الأصلية والتبعية، أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية, ويترتب على عدم القيد في السجل العقاري أن الحقوق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لا تنشأ ولا تقرر ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم (4).

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 251، سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع مرجع سابق، ص16.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 4، البيع والمقايضة، مرجع سابق ص 371.

(3) عرفت المادة رقم 1 من قانون التسجيل العقاري البحريني السجل العقاري على أنه (مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف العقارات وحالتها القانونية وأسماء ملاكها، والحقوق والالتزامات المترتبة لها أو عليها والمعاملات والتعديلات المتعلقة بها).

(4) مادة رقم 17 من القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون التسجيل العقاري في البحرين.

إن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل لدى المشرع البحريني، وبالنسبة للمشرع الفرنسي فإن عقد البيع الوارد على العقار عقداً رضائياً أيضا حيث تنتقل الملكية فيه مباشرة بين طرفي العقد، فالبيع إذا ناقل للملكية بطبيعته لدى المشرع الفرنسي ولا يعد التسجيل في القانون الفرنسي إلا شرطا لنقل الملكية في مواجهة الغير (1).

أما التسجيل ففهو ركن لانعقاد العقد لدى المشرع العراقي (2) ولكي ينعقد صحيحاً وتنتقل به الملكية إلى المشتري فإنه يجب تسجيله لدى الدائرة المختصة وهي التسجيل العقاري، وتنص المادة رقم 508 من القانون المدني العراقي على (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

كما تنص المادة رقم 1162 من القانون المدني العراقي على:

1. تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار.

2. العقد الناقل للملكية عقارا لا ينعقد إلا إذا روعي فيه الطريقة المقررة قانوناً.

ويتضح من المواد السالفة الذكر أن المشرع العراقي قد جعل من عقد بيع العقار عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا سجل في دارة التسجيل العقاري. فلا يكفي لانعقاد عقد بيع العقار مجرد تراضي الطرفين المتعاقدين بل لابد إلى جانب ذلك من استيفاء العقد الشكل المقرر قانوناً، فإذا كان العقد غير مسجل فإنه يعتبر باطلاً لانعدام ركن من أركانه (3).

ولكن هل تكون الأحكام العامة في نقل الملكية العقارية هي ذاتها التي تطبق على عقود بيع العقار تحت الإنشاء، أم أن التشريعات التي نظمت عقود بيع العقارات تحت الإنشاء، اختلفت وتباينت فيما يتعلق بنقل الملكية من حيث الأحكام؟ هذا ما سوف نتناوله من خلال توضيح موقف المشرع الفرنسي وموقف المشرع البحريني والإماراتي من نقل الملكية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

---

(1) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 82.

(2) راجع في ذلك أ.د صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق.

(3) د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص 83.

الفرع الأول: الموقف الفقهي

يمكن تلخيص الاتجاه الفقهي من نقل ملكية العقار في عقد بيع العقار تحت الإنشاء في اتجاهين رئيسين، الأول يرى بانتقال الملكية عند تمام البناء، والثاني يرى بانتقال الملكية من وقت قبول المشتري لأعمال البناء وتسلمه المبنى.

أولا: الاتجاه الأول

يرى جانب من الفقه (1)، أن مشتري العقار تحت الإنشاء يكسب ملكيته للمبنى من الوقت الذي يكتمل فيه البناء، أي بتمام العناصر الجوهرية للمبنى دون النظر إلى مطابقتها للمواصفات والقياسات المشار إليها في العقد. حيث أن القواعد العامة تشير إلى أن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد متى وردت على شيء معين بالذات تعود ملكيته للملتزم (2)، كل ما في الأمر أن الملكية هنا لم تنتقل أساساً لعدم وجود المبنى وقت إبرام العقد فإذا ما وجد الشيء وكان معيناً بالذات فإن الملكية تنتقل بمجرد وجود هذا الشيء (3).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه لا يراعي الخصوصية في القواعد العامة في نقل ملكية العقارات التي لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهو إجراء قانوني منضبط يحفظ الحقوق لكل من طرفي التعاقد كذلك إلى الغير خصوصا في أنظمة الشهر العقاري الحديثة والتي تتيح بيانات العقار للكافة حسب الأنظمة واللوائح، على العكس من القول بانتقال الملكية من خلال الانتهاء من أعمال البناء إذ أن هذه اللحظة صعبة التحديد في ظل غياب معيار دقيق يحدد لحظة الانتهاء من أعمال البناء.

كما أن القول بانتقال ملكية المبنى بعد الانتهاء من أعمال البناء تؤدي إلى أن مجرد الانتهاء من البناء ينقل الملكية فوراً دون أدنى تدخل من البائع. ويؤدي هذا القول إلى نفي الالتزام بنقل الملكية عن كاهل مالك المشروع في عقد بيع العقار تحت الإنشاء (4).

---

(1) مشار إليه لدى د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص115.

(2) مادة رقم 389 من القانون المدني البحريني.

(3) د. محمد لبيب شنب عقد المقاولة، مرجع سابق، ص113.

(4) د. علاء حسين، مرجع سابق، ص113.

ثانيا: الاتجاه الثاني

يرى هذا الاتجاه أن الذي يؤخر أو يعيق انتقال الملكية للعقار في عقد بيع العقار تحت الإنشاء ليس عدم وجود المبنى فحسب، بل أنه في هذا المقام إنما اتجهت إرادة طرفي التعاقد الضمنية إلى تأخير نقل الملكية إلى ما بعد وجود المبنى ولحين قبول أعمال البناء وتسلم المبنى (1). إذا وفقاً لأصحاب هذا الرأي من أن قبول أعمال البناء من قبل المشتري هو الذي ينقل الملكية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، وعليه فإنه حتى إذا ما قام المطور العقاري بالانتهاء من أعمال البناء فإن الملكية لا تنقل إلى المشتري سوى بعد قبوله هذه الأعمال والتأكد من مطابقتها للعقد.

ويؤخذ على هذا الاتجاه ما يؤخذ على الاتجاه السابق، من أنه يؤدي إلى أعفاء المطور العقاري أو البائع من الالتزام بنقل الملكية، كما أن هذا الاتجاه يؤدي إلى الخلط بين مفهوم التسليم ومفهوم نقل الملكية.

الفرع الثاني

الموقف التشريعي

عقد بيع العقار تحت الإنشاء ينقل ملكية العقار المزمع إقامته إلى المشتري فهذه أحد الآثار المترتبة على عقد البيع (2). كما إن الأصل العام لدى المشرع الفرنسي من أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا ينقل ملكية المبنى فور انعقاده. ويعتبر هذا من الفوارق الرئيسية بين عقد البيع الوارد على عقار منجز وعن عقد البيع الوارد على عقار تحت الإنشاء (3). وفي حال البيع الوارد على شيء مستقبل فإن هناك عائق مادي يحول دون التسجيل، وهو عدم وجود الشيء المبيع وقت إبرام العقد، وعليه فإنه لا يمكن قانوناً نقل ملكية الشيء قبل وجوده فحق الملكية خصوصاً والحق العيني عموماً لا يوجد إلا إذا كان هناك محل مادي يستند عليه (4).

---

(1) د. محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، مرجع سابق 115.

(2) مادة رقم 389 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني في البحرين.

(3) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص82.

(4) محمد زهرة المرسى، مرجع سابق، ص 122.

وقد نص المشرع الفرنسي في قانون 3 يناير لسنة 1967 على أن طرق إبرام عقد بيع العقار تحت الإنشاء يتم على طريقتين الأولى وهي بيع العقار تحت الإنشاء حسب الحالة المستقبلة للبناء، والنوع الثاني هو بيع العقار لأجل وهو ما نصت المادة رقم (1601-1) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المادة رقم 2 من قانون 3 يناير لسنة 1967، وسوف نتناول طريقة نقل الملكية في كلا النظامين.

أولا: نقل الملكية حسب حالة الإتمام المستقبلي

أشارت المادة رقم (1601-3)، من القانون المدني الفرنسي، على أن هناك نوعين من انتقال الملكية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء حسب حالة الإتمام المستقبلي للبناء، الأول وهو الذي يقوم به البائع بنقل ملكية الهياكل المقامة في المبنى وحقوقه على الأرض في وقت واحد فور انعقاد العقد. والمشتري يكون هنا ملزم بدفع الثمن، كما نصت المادة أيضا على أن المطور العقاري (البائع)، يحتفظ بكافة صلاحيات المالك حتى صدور الموافقة للأعمال من قبل المشتري.

أما النوع الثاني فهو النوع الذي يكون فيه انتقال الملكية أولا بأول بموجب الالتصاق على اعتبار أنه كسب ملكية الأرض بالانتقال الفوري، كما كسب حق البناء عليها ومن ثم فهو يكسب ملكية البناء تدريجيا عندما يقوم المطور العقاري بتنفيذها (1).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي (2)، فيما يتعلق من هذا التطبيق أن حق البائع في الفترة ما بين إبرام عقد البيع ووقت انتقال الملكية للمشتري إنما هو حق مؤقت، (droit te`mpoaraire)، فالمطور العقاري أو البائع وإن كان مالكا للعقار المبيع في هذه الفترة، إلا أن هذا الحق لم ينشأ بين يديه إلا لكي ينتقل بعد ذلك إلى المشتري فهو حق مصيره الحتمي الاختفاء وهو لم يوجد من أجل البائع بل وجد من أجل المشتري.

---

(1) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 118.

(2) هذا الرأي منقول عن الفقه الفرنسي، ستمتز وكاروبونير، مشار إليه لدى د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق ص 125.

ثانياً: بيع العقار تحت الإنشاء للتسليم في المستقبل

نصت المادة رقم (2-1601)، من القانون المدني الفرنسي على عقد بيع العقار تحت الإنشاء على الحالة التي يتم فيها التسليم في المستقبل هو العقد الذي يتعهد البائع فيه بتسليم المبنى عند اكتماله، ويتعهد المشتري بتسلمه ودفع سعره في تاريخ التسليم. يتم نقل الملكية عن طريق إجراء في القانون ويقصد به هنا الورقة الرسمية من خلال الإقرار باستكمال المبنى من خلال تعهد رسمي. وهذ الإجراء يتم بأثر رجعي من يوم تاريخ العقد.

أما بالنسبة لموقف المشرع الإماراتي، والمشرع البحريني فإنه لم يورد نص خاص بوجود طرق لنقل الملكية، وقد اقتصر المشرع البحريني على مجرد النص بالتزام المطور العقاري بعد إنجاز الوحدة العقارية بالقيام بكافة الأعمال التي تتفق مع مقتضيات حسن النية لتسجيل الوحدة باسم المشتري وتسليمه كافة الشهادات والسندات والوثائق المتعلقة بالوحدة والأجزاء المشتركة وأدلة التشغيل والضمانات المتعلقة بها (1). ويبدو لي أن المشرع البحريني لم يأت بجديد فيما يتعلق بضرورة تسجيل عقود بيع العقار تحت الإنشاء إنما جعل أحكامها ترجع بالنهاية إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني البحريني من ضرورة مراعاة الشكل الذي فرضه القانون في نقل ملكية العقار. ويرى البعض (2) أن عقد بيع العقار غير المسجل الوارد على عقار حسب القواعد العامة المنظمة لعقد البيع التقليدي، إنما تنتج آثارها القانونية حتى لو لم يسجل العقد فهو يرتب التزامات شخصية تقع على عاتق الطرفين فيلتزم البائع بنقل الملكية والتسليم والضمان مقابل التزام المشتري بدفع الثمن.

حيث نصت المادة رقم 18 من قانون التسجيل العقاري في مملكة البحرين على (لا يكون للتصرفات غير المقيدة طبقا لأحكام المادة 17 من هذا القانون من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن)، وتنص المادة 17 من القانون على هذه التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية الأصلية أو التبيعة أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق (3).

---

(1) مادة رقم 31 من قانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.

(2) أنظر حول هذا المعنى الأستاذ الدكتور. محمد سعد خليفة. المرجع السابق، ص 83 .

(3) نص المادة رقم 17 من القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون التسجيل العقاري.

ويقودنا هذا التساؤل إلى حول إمكانية تسجيل عقود بيع العقارات تحت الإنشاء لدى كل من المشرع الفرنسي والمشرع البحريني والمشرع الإماراتي، وذلك قبل إتمام إنشاء المبنى وتسليمه، فهل توجب القوانين المنظمة لهذه العقد التسجيل أو أن التسجيل يتراخى لحين وجود المبنى؟

ثالثاً: مدى قابلية العقد للتسجيل

لا يثار الحديث عن مدى وجوب تسجيل البيوع العقارية في العقارات المنجزة، وكذلك العقارات التي تكون تحت الإنشاء بعد الانتهاء من تنفيذها، حيث أن هذا غاية التعاقد في كل أنواع البيوع العقارية، حيث يروم البائع لنقل ملكية العقار باسم المشتري. ولكن الإشكالية تكمن في مدى إمكانية تسجيل العقد قبل وجود المبنى، فالملكية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن تاريخ التسجيل فقط والذي يتطلب بدوره أن يكون محل العقد موجوداً وقت إبرام العقد وإلا ما لفائدة المرجوة من تسجيل العقد بالرغم من عدم وجود المحل. ويتضح ذلك خصوصاً إذا تعثر مشروع التطوير العقاري ولم يتم بناء المبنى، فإن التسجيل هنا إنما أصبح على شيء معدوم، فلا يفيد التسجيل في هذه الحالة المشتري بشيء لا في مواجهة المطور ولا في مواجهته للغير.

يرى جانب من الفقه الفرنسي (1) بهذا الخصوص أنه ليس هناك ما يمنع من تسجيل عقد بيع العقار تحت الإنشاء، بالرغم من تراخي نقل الملكية في هذا العقد، وحجة هذا الرأي من أنه طالما أن المشرع الفرنسي يجيز تسجيل عقد البيع المعلق على شرط واقف، فإنه يجوز ومن باب أولى أن يقوم المشتري بتسجيل عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

ويرى جانب آخر من الفقه العربي (2)، أنه لا يمكن إجراء تسجيل العقد الوارد على الوحدة العقارية التي سيتم بناؤها في مدة معينة، لعدم وجود المحل، كما أن حق المشتري في هذه المرحلة إنما هو حق شخصي، فلا يمكن تسجيله لان التسجيل خاص بالحقوق العينية العقارية، فإذا كان التسجيل ضرورياً فإنه لابد من تدخل تشريعي في هذه الحالة لوضع الشروط والإجراءات المناسبة.

---

(1) F.steinmetz, yh, p, 65

(2) هدى سعيد النمير، القيود القانونية التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى سقف وطبقات، مشار إليه لدى د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص85.

كما يرى جانب آخر من الفقه (1) من أنه يمكن الاستناد إلى القواعد العامة في الملكية المنصوص عليها فيه القانون المدني لتبرير ملكية المبنى قبل إتمام البناء، حيث نصت المادة رقم 771 من القانون المدني البحريني التي تنص على أن (ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقا للمألوف، مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك).

فالعقار في نظرهم ليس هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت لا يمكن نقله دون تلف، وإنما هو حجم الفراغ الذي يشغله هذا الشيء وهذا الفراغ يعتبر عقاراً في ذاته بل هو الحيز الذي يملأ هذا الفراغ فهو يعتبر عقاراً سواء كان هذا الحيز مشغولاً أو لم يكن مشغولاً بالبناء. كما ويرى أصحاب هذا الرأي أن بعد إقامة المباني فالعقار ليس هذه المباني بل ما تشغله هذه المباني من حيز، إذا فإنه طالما أن العقار هو الحيز الذي تشغله المباني فهو موجود منذ البداية ويقع عليه محل لحق المشتري قبل انتهاء البائع من أعمال هذا البناء.

وإن كانت هذه الحجة حاولت إلى حد بعيد من تفسير تسجيل عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إلا أنها مازالت تصطدم على ما هو ثابت لدى الفقه والتشريع من تعريف العقار على اعتباره (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته) (2).

كما أن القول بذلك يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام الحيازة الفعلية والتقادم المكسب والذي يمكن أن يتصوره على هذه الحيز أو الفراغ، حيث أن الحيازة هي سيطرة فعلية لشخص سواء كانت هذه السيطرة بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق (3)، فكيف يمكن تحقيق هذه السيطرة المادية في ظل غياب مادي لهذا الشيء، وكذلك لا يمكن أن يبنى الحكم القانوني بالتسجيل على تصور حالة ذهنية أو افتراض على شيء لم يوجد بعد.

---

(1). ينظر حول هذا المعنى رأي د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق ص 88، وكذلك أشار إلى هذه الرأي نقلاً عن الفقه الفرنسي د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص129.

(2) مادة رقم 19 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني في مملكة البحرين.

(3) د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 129، د. محمد سعد، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها، أيضا نص مادة رقم 874 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني في مملكة البحرين.

وثمة رأي آخر أيضا يرى الأخذ بمفهوم العقار إلى المآل، وملخص هذه النظرية أنه لا يمكن ضمن النصوص الحالية للقانون المدني، ودون نص خاص في قانون بيع العقار تحت الإنشاء أن نتعامل مع العقار منذ لحظة إبرام العقد على أنه موجود فعلاً، ولكن يمكننا التعامل معه على أساس ما يصير إليه في المال، والأساس الذي تستند عليه هذه النظرية أن طرفي العقد عندما أبرموا العقد فإنهم إنما اتفقوا ليس على أساس عقار موجود بل على أساس عقار سيتم بناؤه. كذلك يستند صاحب هذه النظرية إلى أن العقد مصيره إلى التحقق وان يصبح عقارا بطبيعته، فالعقد يبين بما لا يدع مجالاً للشك من أن المطور العقاري سوف يقوم بالبناء وتسليم المبنى حسب الوقت المحدد في العقد (1).

ويؤخذ على هذا الرأي من أنه حاول التأويل للأخذ بها على مخالفة النصوص القانونية، فأحكام العقار تختلف عن أحكام المنقول إلى المال. حيث يرى البعض (2)، أن هذا الرأي يرى أن وجود المنقول حسب المال كالمبنى المراد هدمه لا يمنع من وجود ما يقابله كنوع آخر من الأشياء وهو عقار حسب المآل كالمبنى المراد بناؤه، كما أن المتعارف عليه في ذلك أن المنقول بالمال هو عقار بطبيعته روعيت حالته المستقبلة ولما سيؤول عليه فيتم التعامل معه كأنه منقول ووفقا لذلك فإنه يفترض أن يكون العقار حسب المال منقولاً بطبيعته تراعى حالته المستقبلية فيعامل كعقار وهذه نتيجة غير مقبولة إذ أن المبنى ليس منقولاً بطبيعته حتى يمكن القول بأنه عقار حسب المال.

ويؤخذ على هذه النظرية أيضا أن أساس وجودها وتفسيرها مقتصر على عدم مخالفة نصوص القانون المدني. فهي لم تؤسس وفق معيار ثابت وواضح بل كان معيارها إنما يستند إلى ركيزتين أساسيتين، الأولى عدم مخالفة نصوص القانون المدني، والثانية عدم وجود نص خاص فيما يتعلق بتسجيل عقود بيع العقار تحت الإنشاء، أما بالنسبة للركيزة الأولى فإنه قد سبق الإشارة إلى افتقارها المعيار المناسب التي تستند عليه وأما الركيزة الثانية فيمكن القول بعدم جدواها إذا نص المشرع بشكل خاص على تسجيل عقد بيع العقار تحت الإنشاء قبل اكتمال المبنى.

---

(1). د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق، ص 132, 132، ولم استدل من خلال بحثي عن أن أحد من الفقهاء العرب، أو في فرنسا قد قال بهذه النظرية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

(2) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص122.

وقد حسم المشرع البحريني الأمر بوجوب قيد عقد بيع العقار تحت الإنشاء قبل اكتمال المبنى، فقد نصت على ذلك المادة رقم 27 من القانون رم 27 لسنة 2017 الخاص بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري حيث نصت على (يُنشأ بالجهاز سجل يسمى (سجل قيْد البيع على الخريطة)، ويكون عبارة عن سجل ورقي أو إلكتروني يصدر بتنظيمه وإجراءات القيْد فيه ومحْوُ القيْد منه قرار من رئيس الجهاز، بالتنسيق مع المؤسسة، ويقيِّد المطوِّر فيه ما يأتي:

1. ترخيص مشروع البيع على الخريطة.
2. الوحدات التي يشملها ترخيص التطوير.
3. عقود بيع الوحدات، وكافة التصرفات التي ترد على الحقوق الناشئة عن عقد البيع.
4. بيان تفصيلي بأيّ قيد يوجب القانون قيْده في صحيفة العقار.

والجدير بالذكر أن هذه القيود الواردة في المادة السابقة إنما هي لعقود البيع العرفية أو العقود التمهيدية، التي تبرم على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، ولا يقصد بها العقود النهائية الموثقة التي تنقل الملكية بتسجليها لدى الإدارة المختصة في جهاز المساحة والتسجيل العقاري (1). والدليل على ذلك أن المشرع البحريني قد نص على خلاف القواعد العامة على أن رسوم قيد هذه العقود تقع على المتصرف في العقار (2).

أما بالنسبة للعقود النهائية فلا شك أن المشرع قد أولى اهتمام بتسجيلها لأنه بها تنتقل الملكية، ويمكن الاحتجاج بها بين طرفي العقد وفي مواجهة الغير. كما أن المطور بعد إنجاز الوحدة العقارية بالقيام بكافة الأعمال التي تتفق مع مقتضيات حسن النسية لتسجيل الوحدة باسم المشتري (3).

---

(1) واستقرت محكمة النقض المصرية على أن الملكية تنتقل من وقت التسجيل وليس للتسجيل أثر رجعي فالملكية لا تنتقل إلى مشتري العقار إلا بالتسجيل كما أن التسجيل لا يرتب أثره سوى من تاريخ التسجيل أو من تاريخ الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية. د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص67.

(2). لم استدل على ورود أي تعريف في القانون البحريني على المتصرف في العقار من خلال القوانين المنظمة لعقود بيع العقار تحت الأنشاء، وسوف ابحث هذه الفكرة في الفرع الثالث من المطلب الثاني المتعلق بالتزامات المشتري.

(3) مادة رقم 31 من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري.

أما بالنسبة للتسجيل فهو لا يثير أية إشكالية في هذا الموضع، إذ أن مرحلته تأتي متأخراً بعد اكتمال المبنى ووجوده. أما بالنسبة للحالة الأولى فهنا يثار اللبس حول الطبيعة القانونية لهذا القيد، حيث أن هذا القيد مستحدث لدى المشرع البحريني وظاهر النص عليه يفيد برغبة المشرع في زيادة الضمانات الممنوحة للمشتري خصوصاً في المراحل المتقدمة من إبرام العقد.

فهل يمكن اعتبار هذا القيد بمثابة التعهد بنقل الملكية؟

لم ينظم المشرع البحريني التعهد بنقل الملكية كما نظمه المشرع العراقي، حيث نصت المادة رقم 1127 من القانون المدني العراقي على (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط)، ونلاحظ على نص هذه المادة من أن المشرع العراقي قد نص على التعويض فقط، دون النص على حق المشتري بالتنفيذ العيني.

ويعزو اتخاذ المشرع العراقي إلى هذا الموقف، من نصه على شكلية عقد بيع العقار، حيث أن عقد بيع العقار في القانون العراقي عقد شكلي لا ينعقد سوى بتسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري، ووجه المقارنة هنا من أن المشرع البحريني قد أعطى المتصرف إليه في المادة 27 الحق في قيد العقار على نفقة المتصرف في حال أنه لم يقم بهذا الإجراء، ولذلك فإنه لا يمكن القول بأنه تعهد فقط بل التزام يقع على عاتق المتصرف في الوحدة العقارية.

وأرى أن فكرة التعهد في نقل ملكية العقار في القانون العراقي إنما جاءت نتيجة على اعتبار عقد بيع العقار من العقود الشكلية لدى المشرع العقاري فلا يمكن أن يترك بدون حماية، أما بالنسبة للمشرع البحريني فإن عقد بيع العقار العادي أو عقد بيع العقار تحت الإنشاء إنما هي من العقود الرضائية، فالعقد التمهيدي يحمل في ثناياه تعهد للمشتري بنقل الملكية إليه.

كما تقودنا هذه النتيجة إلى الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بضمان نقل الملكية فقد قرر عقداً جديداً (1)، وهو عقد حفظ الحق وكرس له المواد من 27-29-30-31-32 من القانون رقم04-11 الخاص بتنظيم الترقية العقارية.

---

(1) د. نسيمة موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية، رسالة دكتوراه. جامعة الجزائر,2015، ص4.

وعرف هذا بعقد حفظ الحق في المادة 27 من نفس القانون بما يلي "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرّر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير. يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون " مع العلم أن هذه الهيئة تتمثل في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة).

ويتطابق موقف المشرع الإماراتي مع موقف المشرع البحريني حيث أن التسجيل لعقود بيع العقار تحت الإنشاء وجوبي في السجل المبدئي (1) فإذا ما قام المطور العقار بالحصول على شهادة الإنجاز فإنه يقوم بقيده مرة أخرى في السجل العقاري (2). ونصت المادة 10 من القرار 6 لسنة 2018 في حال تخلف المطور العقاري تسجيل الوحدة العقارية المبيعة باسم المشتري إذ أعطت هذه المادة الصلاحية لمؤسسة التنظيم العقاري بتسجيل الوحدة العقاري باسم المشتري بناء على طلبه(3). ويعد هذا أمر منتقدا حيث أنه سوف يعطل القواعد العامة من طلب التنفيذ العيني باللجوء إلى القضاء. فضلا على أنه يطلق العنان لمؤسسة التنظيم العقاري بتسجيل الوحدات المبيعة بغض النظر عن السبب الذي حال دون إتمام عملية تسجيلها حتى وإن كانت محجوزة بموجب حجز قضائي.

---

(1) تنص المادة رقم 3 من القانون تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، ويقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل. على كل مطور تصرف بالبيع أو بأي تصرف من التصرفات الناقلة أو المقيدة للملكية قبل العمل بأحكام هذا القانون أن يتقدم إلى الدائرة لتسجيلها في السجل العقاري أو في السجل العقاري المبدئي حسب الأحوال، وذلك خلال مدة لا تجاوز ستين يوماً من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون.

(2) وقد نصت اللائحة التنظيمية في إمارة دبي فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في طلب تسجيل البيع المبدئي على حيث يقتصر هذا البيع على العقارات قيد الإنشاء ولم تجهز بعد ويشترط فيها حضور الأطراف البائع والمشتري، وتقدم هذه الخدمة من قبل وحدة التسجيل الخاص وقسم متابعة أمناء التسجيل لدى دائرة الأراضي والأملاك في حكومة دبي. ومن الجدير بالذكر هنا من أن رسوم البيع في هذه المرحلة تأخذ من البائع بنسبة 2% ومن المشتري بنسبة 2%، مناصفة على العكس من المشرع البحريني الذي يلزم المطور العقاري بدفع الرسوم المسحقة لتسجيل الوحدة العقارية في سجل البيع على الخريطة.

https://www.dubailand.gov.ae/Arabic/realestateservices

(2) منشور بالجريدة الرسمية في العدد رقم 3377 , يوم الخميس 2 أغسطس 2018

المبحث الثاني

التزامات المشتري

يشتمل التزام المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء على التزامات ثلاثة وهي الوفاء بالثمن وتحمل مصروفات البيع وتسلم المبيع (1).

وعليه فإننا سوف نتناول هذه الالتزامات الواقعة على المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء حسب الترتيب في المطلب الأول التزام المشتري بدفع الثمن في المطلب الثاني التزام المشتري بمصروفات البيع المطلب الثالث نتناول التزام المشتري بتسلم المبيع.

المطلب الأول

التزام المشتري بدفع الثمن

يلتزم المشتري وفقاً للقواعد العامة بدفع الثمن وما يلحق به من فوائد (2)، في زمان ومكان معين، وعند الإخلال بذلك يتعرض المشتري لجزاءات معينة، كما أن الثمن هو ركن من أركان عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعلى ذلك فإننا نتناول من خلال ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول طريقة دفع الثمن في عقد بيع العقار تحت الأنشاء، ونتناول في الفرع الثاني الضمانات في استيفاء ثمن العقار والفرع الثالث عن الجزاء المترتب نتيجة لإخلال بهذا الالتزام.

---

(1). يراجع في ذلك بوجه عام. د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع ص 673 والدكتور سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ص 317، والدكتور نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق، ص 425، والدكتور محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص 282، الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق ص142.

(2) ولا يجيز القانون المدني البحريني الفوائد كما تحرم الشريعة الإسلامية بشكل حازم تقاضي الفوائد الربوية بل يعد هذا الأمر من كبائر الذنوب التي تستوجب سخط الله سبحانه، والأصل في معاملات الشريعة الإسلامية هو الإباحة إلا ما دل عليه الدليل فالنبي صلى الله عليه وسلم ترك الصحابة على مبايعاتهم إلا أنه نهى عن بعض الأشياء التي فيها ضرر أو غرر والدليل على ذلك قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) ينظر في ذلك. العلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، إبهاج المؤمنين بشرح منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، الجزء الثاني، دار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض، 2001، ص9.

الفرع الأول

طريقة دفع الثمن

الأصل أن يكون الثمن نقداً في عقد البيع، فإذا كان ذلك فإنه يقتضي أن المشتري يحصل على دليل الوفاء به في الوقت الذي يتم تسليم المبيع، بمعنى آخر فإنه يجب أن يكون هناك تنفيذ متبادل لالتزامات كل من البائع والمشتري، فإذا كان المشتري يطلب تسليمه المبيع فإنه ينبغي عليه دفع الثمن، وعلى العكس من ذلك إذا كان البائع يطلب دفع الثمن فإن عليه تسليم المبيع (1).

ولكن هل يمكن تطبيق القواعد العامة فيا يتعلق بدفع الثمن في عقد البيع على عقد بيع العقار تحت الإنشاء؟ إن الإجابة على هذا السؤال تطرح لنا مسألة البحث في طرق الدفع التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة رقم 2 من قانون 3 يناير لسنة 1967.

وتختلف طرق دفع الثمن في عقود بيع العقار تحت الإنشاء حسب طريقة إبرام العقد، وقد تقدم بنا من خلال بحث تعريف عقد بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع الفرنسي من أن طرق إبرام العقد فيه مختلفة، فهي إما أن يكون البيع حسب التقدم في حالة الإنجاز، أو بيع العقار حسب الحالة المستقبلة.

ففي الحالة الأولى التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة رقم (3-1601)، والمتعلقة ببيع العقار حسب الحالة المستقبلة للبناء، فإن الثمن يتم دفعه على هيئة أقساط حسب المراحل المختلفة لتنفيذ هذا العقد. وقد حددت هذه الدفعات 35% من الثمن عند وضع الأساسات، 70% عندما يصبح العقار المبيع في حماية من الماء و95% عند تمام الإنجاز أما بالنسبة للمتبقي وقدره 5 % فيستحق عند وضع العقار تحت تصرف المشتري (2)، وهذه الطرق المنصوص عليها في الدفع إنما تتناسب مع طبيعة العقد المبرم واختيار الأطراف لهذا العقد دون غيره، فطبقاً لأحكام هذه الطريقة في التعاقد لدى المشرع الفرنسي، فإن ملكية ما يتم بنائه تنتقل بالتدريج إلى المشتري عن طريق أحكام الالتصاق، فكان من المناسب أن يتم دفع قيمة كل جزء حسب الأقساط المنصوص عليها في القانون.

---

(1) دكتور نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق ص 427.

(2) د. محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 98.

أما بالنسبة الحالة الثانية المتعلقة بطريقة الدفع في عقود بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع الفرنسي فهي الحالة التي نصت عليها المادة رقم (2-1601) من القانون المدني الفرنسي، فهي الحالة التي تتعلق بتسليم البناء في المستقبل، فلا يجوز للبائع تقاضي أي مقدم أو ضمان قبل توقيع العقد ولا يتقاضى شيئا من الثمن قبل إنجاز العقار، إلا أذا أشترط إيداع نسبة من الثمن، يعادل النسب المنصوص عليها في الحالة الأولى لدى جهة معتمدة كالبنك الممول مع بقاء 5% من الثمن حتى وضع العقار تحت تصرف المشتري.

أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني فإنه لم ينص من خلال تشريع قانون تنظيم القطاع العقاري على طريقة معينة في دفع الأقساط المتعلقة بعقد بيع العقار تحت الإنشاء، وإنما أشار في المادة 29 من القانون رقم 27 لسنة 2107 على أنه يجوز لمجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري أن تصدر قراراً بتنظيم شروط وأحكام وبيانات عقود بيع الوحدات العقارية على الخريطة على أن يتضمن ما يلي:

جدول سداد الدفعات المتعلقة بالوحدة العقارية وذلك حسب مراحل تقدم العمل في المشروع.

ويتضح لنا من ذلك أن المشرع البحريني لم يحدد طريقة معينة لدفع الأقساط المتعلقة بعقود بيع العقار تحت الإنشاء، وإنما جعلها تخضع للقواعد العامة وبين الأطراف، ولكن طبيعة عقود بيع العقار تحت الإنشاء تقتضي أن يكون الثمن مقسماً على أقساط تستحق حسب التقدم في أشغال البناء.

وفعلاً عند صدور القرار رقم 2 لسنة 2018 (1)، المتعلق بتراخيص مشاريع التطوير العقاري نصت المادة رقم 38 على جدول دفع مخصص وقد نصت على (يحدد عقد البيع إجمالي سعر الوحدة العقارية، والمدفوعات المرحلية المرتبطة بتقدم العمل ونسبة إنجاز المشروع بشرط ألا تتجاوز المدفوعات المرحلية جدول الدفع الآتي):

---

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد 3355 في يوم الخميس تاريخ 1مارس 2018

مراحل تقدم العمل	نسبة الإنجاز	نسبة سداد الدفعات
1	مستوى الإنشاء صفر عند وقت إبرام العقد	دفعة مبدئية10%
2	إتمام 20%	%20
3	إتمام 40%	%40
4	إتمام 60%	%60
5	إتمام 80%	%80
6	التسليم	%100

ونصت المادة 39 على (يجب على المطور قبل طلب دفعة مرحلية، أن يزود المشتري والمؤسسة بتقرير مرحلي مُعد من قبل مهندس استشاري يبين النسبة المئوية لإنجاز المشروع. وعند موافقة المؤسسة على المدفوعات المرحلية يجب على المشتري سداد الدفعة المطلوبة خلال عشرة أيام عمل من تاريخ إخطاره بالموافقة).

الفرع الثاني

ضمان الوفاء بالثمن

يمكن تلخيص الضمانات التي تكون للمطور العقاري في حقه في استيفاء الثمن في عقد بيع العقار تحت الإنشاء إلى قسمين، القسم الأول هي الضمانات القانونية التي نص عليها المشرع، سواء كانت مقررة بموجب القواعد العامة في القانون المدني، أو كانت مقررة بموجب قوانين خاصة نظمها المشرع فيما يتعلق بعقد بيع العقار تحت الإنشاء، والقسم الثاني هي الضمانات الاتفاقية التي يجوز لطرفي العقد الاتفاق عليها والإشارة إليها في العقد.

أولاً: الضمانات القانونية

ثمة أربعة أنواع من الضمانات القانونية فيما يتعلق بعقد بيع العقار تحت الإنشاء وهي حق الامتياز على العين المبيعة، وحق طلب التنفيذ العيني الجبري والفسخ، وحق حبس المبيع. ويستفيد المطور العقاري أو البائع من هذه الضمانات القانونية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، حتى لو لم ينص عليها العقد (1). ونبين هذه الضمانات كالآتي:

1: حق الامتياز(2):

يقرر القانون سواء في فرنسا أو في البحرين من حق المطور العقاري لحق امتياز. وفي فرنسا خول القانون بائع العقار حق امتياز على العقار المبيع، يضمن له ما يستحق من الثمن وملحقاته (مادة رقم 2103-1 من القانون المدني الفرنسي). وقد نصت المادة رقم 1052 من القانون المدني البحريني على (ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع، ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلاً وتكون مرتبته من وقت القيد). كذلك نصت المادة رقم 1053 من القانون المدني البحريني على أن المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشئات أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. وعليه فإن المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع البحريني، يستفيد من هذا الامتياز كونه بائعاً للعقار وكونه مقاولاً بالبناء. ولم ينص على أية نصوص خاصة في قانون تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين فيما يتعلق بالنص على امتياز للمطور العقاري، فيكفي الرجوع في هذه الحالة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

---

(1) M. DAGOT, OP, CIT, N637, P, 353

(2) يعرف حق الامتياز على أنه (أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين)، وهذا هو نص الفقرة أ من المادة رقم 1361 من القانون المدني العراقي، ويرى البعض، أن الفقه قد عرف حق الامتياز على نحو أفضل بكثير من التشريع حيث عرفه الفقه على أنه (حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته وهذا الحق يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المحمل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولية في أي يد يكون). د جعفر الفضلي. الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق، ص 149.

وفي تطبيق أحكام حق الامتياز على طريقة دفع الثمن في القانون فإنه لا مشكلة بشأن قيد حق الامتياز بالنسبة لبيع العقار تحت الإنشاء على حالته المستقبلة، فالملكية طبقاً لهذه الطريقة من التعاقد تنتقل إلى المشتري فور إبرام العقد، أما بالنسبة للحالة الثانية وهي البيع المضاف لأجل، ففي هذه الحالة يتراخى نقل الملكية إلى وقت التسليم، ويترتب عليه عدم قدرة المطور العقاري أو البائع من قيد حق الامتياز لأن الملكية لم تنتقل بعد (1). كما أن القانون الفرنسي يشترط لنفاذ الامتياز في مواجهة الغير والاحتجاج به في مواجهة الغير، أن يقيد هذا الامتياز في مكتب الرهون الواقع في دائرة العقار المبيع خلال شهرين من تاريخ البيع حتى ترتد مرتبة الامتياز من تاريخ العقد ذاته بأثر رجعي، ولا يمكن للبائع في هذه الحالة الانتهاء من أعمال البناء خلال شهرين (2). وفي محاولة للمشرع الفرنسي من تدارك هذا الإشكال فقد نصت المادة رقم 2108-1 من القانون المدني المضافة بموجب المادة رقم 9 من القانون رقم 547 لسن 1967 على أن مدة الشهرين لتسجيل الامتياز في عقد بيع العقار تحت الإنشاء الذي يبرم لأجل وفقا لهذه الحالة لا تبدأ به المدة من تاريخ التعاقد بل من تاريخ إثبات الانتهاء من البناء بورقة رسمية لتحتسب مرتبته من وقت التعاقد بأثر رجعي (3).

2. طلب التنفيذ العيني الجبري

إذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه أو أخل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع يكون البائع بالخيار بين طلب إلزام المشتري بالتنفيذ أو طلب فسخ عقد البيع فضلا عن أحقيته بطلب الحق في التعويض(4). ويكون الأصل في طلب الفسخ قضائياً، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً، أما فيما يتعلق بالانفساخ بقوة القانون نتيجة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة فإنه لا محل له هنا حيث أن محل التزام المشتري مبلغ من النقود وهو ما لا يتصور استحالة تنفيذه في هذه الحالة (5).

---

(1) د. سيبل حاجي، مرجع سابق، ص302-303.

(2) د. محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص539.

(3) مشار إليه لدى د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 168.

(4) المادة رقم.429 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني في البحرين.

(5) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص435.

3. حق المطور العقاري في الحبس

إذا لم يقم المشتري بسداد الثمن أو جزء منه فإن بائع العقار بإمكانه في هذه الحالة أن يقوم برفض تسليم المشتري مفتاح الشقة محل البيع (1). وتنص القواعد العامة في القانون المدني في المواد رقم 427–429 من القانون المدني البحريني والقانون المدني الفرنسي المادة رقم 1612، على أن البائع لا يلتزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يكن المشتري قد سدد الثمن الخاص بالبيع ولم يمنحه البائع أجلاً بالوفاء. ويمكن للمطور العقاري في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ المرحلة الثانية أو التالية من مراحل البناء إذا أمتنع المشتري من دفع القسط المستحق عن المرحلة التي تسبقها، وأساس هذا التصرف هو حق المطور العقار بالدفع بعدم التنفيذ والذي يعتبر الأصل القانوني في الحق بالحبس في العقود الملزنة لجانبين التي يرتبط فيها تنفيذ التزام كل طرف بالالتزام المقابل (2).

ثانياً: الضمانات الاتفاقية

يمكن لأطراف العقد أن يشترطوا في العقد وفقا للمبادئ العامة وتحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فالعقد شريعة المتعاقدين (3). لذلك كان للمطور العقاري أن يضع في عقد بيع العقار تحت الإنشاء ما يراه من شروط تحفظ له ضمان استيفاء الثمن من المشتري، ويمكن الإشارة هنا على سبيل المثال على الضمانات الاتفاقية إلى الشرط الفاسخ والشرط الجزائي.

1. الشرط الفاسخ

يمكن للمطور العقاري أن يشترط في عقد بيع العقار تحت الإنشاء أن يكون له الحق في فسخ هذا العقد أو التنفيذ إذا لم يقم المشتري بدفع الأقساط المستحقة أو أن يتأخر بالدفع دون إخطار حسب ما هو متفق عليه بالعقد. مادة 429 من القانون المدني البحريني.

---

(1) M.DAGOT, OP, CIT, P346, NO 653

(2) د أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعارف، مصر، بلا سنة طبع، ص92–مشار إليه لدى د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 166.

(3) طعن تمييز رقم 530 لسنة 2015 المحكوم بجلسة 2017/5/9 حيث قضت (1) العقد شريعة المتعاقدين. عدم جواز لأحدهما نقضه أو تعديل أحكامه. الاستثناء. أن يكون في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون. مؤداه. التزام طرفي العقد بما تضمنته من التزامات. م 128 مدني.

وقد نصت المادة رقم 9 من القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي على حق المطور في فسخ العقد، ولكن هذه القاعدة لدى المشرع الفرنسي لا يسري مفعولها سوى بعد مرور شهر واحد من مطالبة المشتري بالدفع من قبل المطور العقاري أو البائع، وقد يطلب المشتري موعد نهائي للدفع خلال الشهر المنصوص عليه وذلك طبقا لما تقتضي المادة رقم 1343-5 من القانون المدني الفرنسي. وتضيف المادة رقم 9 من القانون المدني الفرنسي أيضا على أن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن، إذا قام المشتري بالوفاء بالثمن حسب الشروط التي يحددها القاضي. أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني من النص على الشرط الفاسخ، فإن موقفه لا يختلف كثيراً عن موقف المشرع الفرنسي، حيث أن القواعد العامة في عقد البيع لعبت دور مهم في قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد(1)، إضافة إلى أن المشرع البحريني قد أجاز لمؤسسة تنظيم القطاع العقاري أن تصدر قراراً بشأن الشروط وأحكام وبيانات عقد بيع العقار تحت الإنشاء على أن يتضمن الأحوال التي يجوز فيها للمطور أو المشتري فسخ العقد ونسبة الغرامات المترتبة على الطرف المخل وذلك دون الإخلال بالقواعد العامة بالحق في طلب التعويض عن المطالبة بالأضرار (2).

2. الشرط الجزائي (3)

يرى بعض الفقه في فرنسا على أنه يحق للمطور العقاري، أو مالك المشروع أن يشترط في العقد دفع نسبة معينة من التعويض في الحالة التي يتم فيها المشتري بالتأخر في دفع الأقساط حسب الاتفاق الوارد في العقد، وأن النص على هكذا شرط في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، إنما يشكل وسيلة تهديد فعالة تدفع المشتري على عدم التأخر في دفع هذه الأقساط وعدم التأخر في دفعها إلى المشتري، حتى وإن كان الوصف في هذه الحالة لا ينطوي على حقيقة معنى الضمان المتعارف عليه (3).

---

(1) نصت المادة 140 من القانون المدني البحريني على (أ) في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره في الوفاء بالتزاماته).

(2) مادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري.

(3) تدور مجمل التعارف الفقهية للمقصود بالشرط الجزائي على أنه (اتفاق على التعويض الذي يستحق للدائن في حال الإخلال بتنفيذ الالتزام). د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص318.

(4) M. DAGOT, OP, CIT, N654, P365

المطلب الثاني

التزامات المشتري بمصروفات البيع

يرجع في تحديد مصروفات البيع والملتزم بها في عقد بيع العقار تحت الإنشاء في القانون المدني الفرنسي والبحريني والإماراتي للقواعد العامة. وتنص المادة رقم 435 من القانون المدني البحريني على (يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من المصروفات ومالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك). كما يقوم المشتري بدفع مصروفات البيع فلا يرجع على البائع بشيء منها، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يجعل البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها أو ما لم يوجد عرف مخالف (1).

الفرع الأول: نطاق مصروفات البيع

تشتمل مصروفات البيع في عقود بيع العقار تحت الإنشاء باعتباره يقع على مرحلتين على مصروفات مضاعفة، وهي رسوم العقد العرفي ورسوم أتعاب المحامي ورسم العقد الرسمي، إضافة إلى قيمة رسم التسجيل. وكما سبق الإشارة إليه أن جميع هذه المصروفات يتحملها البائع ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق ينص على ذلك. وطبقاً لهذا النص فإنه يجب الرجوع أولاً للعقد في تحديد من يتحمل مصروفات البيع إلى العقد ذاته، فالحكم في هذه المسألة لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على أي شيء بخصوصه، كما يمكن أن يتقاسم البائع والمشتري بعض أو كل هذه المصروفات (2).

وتنص المادة رقم 50 من قانون التسجيل العقاري على أنه تفرض بموجب هذا القانون رسوم تسجيل على عقود بيع العقارات بواقع 2% من قيمة العقار ويخصم ما نسبته 15% من هذه القيمة الخاصة برسم قيد العقد إذا تم القيد خلال 60 يوم من تاريخ إجراء البيع. أما بالنسبة للمصروفات التي تلزم لتنفيذ البائع لالتزامه كمصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص740، د. سعدون العامري، مرجع سابق، ص171, كما تنص الماد رقم 435 من القانون المدني البحريني على (يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

(2). د سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع، مرجع سابق، ص 341.

تطهيره من الرهن الرسمي المقرر عليه، أو مصروفات محو القيود الواردة على العقار ومصروفات إثبات ملكيته فكل هذه المصروفات يتحمل بها المشتري ما لم يتفق على خلاف ذلك مع البائع (1).

كما أن القاعدة من تحمل المشتري لمصروفات البيع تسري فقط في العلاقة بينه وبين البائع، ولا يحتج بها في مواجهة الغير، فلو أن البائع وكل محامياً في تحرير العقد، فإنه يتحمل بأجر المحامي في مواجهته، على أن يرجع بما دفعه على المشتري كما ذكرنا (2).

أما فيما يتعلق بتكاليف المبيع فإنها تقع ضمن التزامات المشتري، ما لم ينص بها في العقد على خلافه. وتشمل هذه التكاليف الضرائب المفروضة على العقار والنفقات اللازمة لصيانته، فهذه التكاليف تكون واجبة على المشتري من وقت إبرام البيع سواء انتقلت إليه الملكية أم لم تنتقل، وسواء تسلم المشتري المبيع أم لم يتسلمه فإذا دفع المشتري هذه التكاليف لم يجز له الرجوع بشيء منها على البائع، ولكن إذا أضطر البائع إلى دفع هذه التكاليف كما هو الحال بالنسبة للضرائب إذا لم تكن الملكية قد انتقلت بعد فإن له أن يطلب من المشتري إستردادها لأنه هو الملتزم بها (3).

الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على القاعدة في دفع الرسم

لقد نصت المادة رقم 27 من قانون تنظيم القطاع العقاري في البحرين على (أ. يُنشأ بالجهاز سجل يسمى (سجل قيْد البيع على الخريطة)، ويكون عبارة عن سجل ورقي أو إلكتروني يصدر بتنظيمه وإجراءات القيْد فيه ومحْوُ القيْد منه قرار من رئيس الجهاز، بالتنسيق مع المؤسسة، ويقيِّد المطوِّر فيه ما يأتي:

1-ترخيص مشروع البيع على الخريطة.

ب-وفي جميع الأحوال، تقع على عاتق المتصرِّف في الوحدة مسئولية قيْد التصرف في السجل المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة، وإلا جاز للمتصرَّف إليه القيام بكل ما يلزم لقيْد التصرف في السجل المشار إليه على نفقة المتصرِّف، ما لم يقرر رئيس الجهاز بالتنسيق مع المؤسسة خلاف ذلك.

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ص438.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص343.

(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مرجع سابق ص 305.

وخروجاً على القواعد العامة فقد أشارت المادة السابقة إلى أن المتصرف في الوحدة العقارية هو من تقع عليه رسوم القيد في سجل القيد الخاص بالبيع على الخريطة الذي نص عليه المشرع البحريني. كما أن للمتصرف إليه القيام بكل ما يلزم لقيد التصرف في السجل المشار إليه على نفقة المتصرف، ما لم يقم رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري بالتنسيق مع المؤسسة خلاف ذلك.

ويقودنا هذا النص في القانون البحريني إلى طرح مسالة الفرق بين القيد والتسجيل (1)، الذي بموجبه تنتقل الملكية والتي يقع تكاليف الرسم فيه على عاتق المشتري، أما القيد في هذا المرحلة فإنني أرى أنه لا يعدو أن يكون ضمانة لجدية البائع في طرح وبيع مشروع التطوير العقاري، وهو في مرحلته يتقدم على مرحلة التسجيل، فالقيد في سجل البيع على الخريطة المنصوص عليه في هذه المادة يعتبر تمهيداً لإبرام عقد البيع النهائي الذي يكون معه التسجيل الناقل للملكية.

المطلب الثالث

التزام المشتري بتسلم العقار المبيع

تنص المادة رقم 434 من القانون المدني البحريني على أنه (إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله من هذا المكان دون إبطاء إلا بقدر ما يقتضيه النقل من زمن).

والتسلم في البيوع العقارية له خصوصية تميزه عن التسلم في بيع المنقول، فتسلم العقار في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يكون رمزيا بتسلم المفاتيح من البائع أما بالنسبة لتسلم المنقول فإنه يكون بقبضه (2).

---

(1) حيث أن أحكام الشريعة عموماً تنقل ملكية العقار بموجب إبرام العقد دون الحاجة إلى القيد أو التسجيل في أي سجل خاص، وعليه فإن المشتري للمنقول أو العقار يصبح مالكا بمجرد إتمام الإجراءات التعاقدية، وله أن يتصرف فيه حتى ولو لم يتم القبض، أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فإنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه سواء كان منقولاً أو عقاراً، د. عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية، ص408.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو.عقد البيع، مرجع سابق، ص344.

أما فيما يتعلق بنفقات التسليم فإن الملتزم بها هو المشتري في هذه الحالة مالم ينص الاتفاق على خلاف ذلك أو لم يجد عرف لذلك (1). وتبدو أهمية نفقات التسلم في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وعقد بيع العقار بصورة عامة ضئيلة عن نفقات تسلم المبيع في المنقول، الذي قد تحتاج إلى نقله من مكان إلى آخر (2).

وعليه فإن المشتري إذا أخل بالتزامه بتسلم المبيع بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليه للتسلم، أو أن يتخلف المشتري عن التسلم في الوقت المحدد جاز للبائع في هذه الحالة من أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه.

ويتم التنفيذ عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري أو عن طريق الحكم على المشتري بالغرامات التهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر في تسلم المبيع، ويسبق ذلك كله إعذار البائع للمشتري بتنفيذ الالتزام بتسلم المبيع (3).

كما أن للبائع في هذه الحالة أيضا أن يطلب فسخ البيع لإخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع، والفسخ طبقاً للقواعد العامة لا يتقرر إلا باتفاق طرفي العقد أو بحكم من القضاء، وإذا طلب المشتري الفسخ فإن للقضاء سلطة تقديرية في الحكم به طبقا لجسامة الإخلال المنسوب إلى المشتري (4).

---

(1) المستشار. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء السادس أركان البيع، فسخ وتفاسخ البيع، أوجه بطلان البيع، صورية البيع، دعوى صحة ونفاذ البيع، دعوى صحة التوقيع، الاحتفاظ بملكية المبيع، ضمان التعرض والاستحقاق، العيوب الخفية والسمسرة والوكالة والكفالة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 704.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 438.

(3). د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 748.

(4) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع ومرجع سابق، ص 308 , كذلك يراجع طعن التمييز البحرينية رقم 496 لسنة 2914 جلسة 2016/3/8 حيث قضت (ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد مما تستقل به محكمة الموضوع متى استندت إلى أسباب سائغة، وان لمحكمة الموضوع السلطة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والأخذ بما تطمئن إليه منها واطراح ما عداها متى أقامت قضاءها على الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت عليها دليلها متى كان استخلاصها سائغا وتقديرها مقبولا....).

المطلب الرابع

الالتزام بالتعاون

على المشتري الالتزام بالتعاون مع المطور العقاري بكافة مراحل تنفيذ عقد بيع العقار تحت الإنشاء، وقد وجد في القانون نصاً فريداً يلزم المشتري بالتعاون بصورة إيجابية. وهو قيام المشتري بالتدخل في بعض الحالات الضرورية التي تستلزم تدخله، مثل اختياره لبعض عناصر البناء وبعض الوصلات الكهربائية، والأدوات الصحية وكما يتدخل المشتري بمراقبة مدى تقدم أعمال البناء والتي يقوم على أساسها بتحديد ثمن الأقساط، كما يبرز دور المشتري أيضا في عملية التسليم من خلال مراقبة مدى تطابق البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد (1).

وقد يبدو المشتري في عقد البيع العادي منفرداً في مواجهة البائع، ولا ترتبط مصلحته بمصلحة بقية المشترين، ولا يهمه في ذلك سوى تنفيذ العقد الذي يربطه بالبائع أو المطور العقاري، على العكس من ذلك في عقد بيع العقار تحت الإنشاء فإن المطور العقاري أو البائع لا يرتبط بعقد واحد بل يرتبط بمجموعة من العقود من مجموعة مختلفة من المشترين، وذلك أن مشاريع البناء عادة ما تتكون من وحدات متعددة، وبذلك ترتبط مصلحة كل مشتري بحسن سير العمل في مشروع البناء ويتوقف بذات الوقت حسن سير العمل في المشروع على قيام كل مشتر بتنفيذ التزامه وأن أي تقصير في تنفيذ هذا الالتزام فإنه لا يؤثر على البائع فقط بل يؤثر على مشروع البناء ككل (2).

ومن خلال هذا يتضح أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء فيما يتعلق بمركز المشتري يختلف اختلافاً كبيراً مع طبيعة البيع في العقود العادية، إذ أن البيع في عقود التطوير العقاري يرتبط بمجموع المشترين ويرتبط أيضا بحسن النية في تنفيذ العقد من قبل المشتري والمطور العقاري إذ كلا الطرفين يعتمد على الآخر في مساعدته لتنفيذ الالتزام الذي يفرضه عليه العقد. وكذلك فإن عقد بيع العقار تحت الإنشاء يفرض حالة من الاجتماع بالنسبة للمشترين لتمكينهم من مواجهة المطور العقاري أو البائع عند الإخلال بتنفيذ التزامات الناشئة عن العقد .

---

(1) الدكتور محمد مرسي. عقد بيع المباني تحت الإنشاء. المرجع سابق ص92.

(2) الدكتور محمد زهرة المرسى. مرجع نفسه ص 94.

وكان لابد للمشرع أن يتيح مجال للمشتري في عقد مشاريع التطوير العقاري أن يكون هناك دوراً ملموساً للمشتري وذلك فيما يتعلق بإجراء التحسينات أو حتى تنفيذ المخطط العام للمشروع حتى لو كان هذا التغيير بسيطاً. ونصت المادة(20) من القرار رقم 25 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على أنه (يلتزم المطور الرئيسي بتنفيذ مشروع التطوير العقاري طبقاً للمستندات التي يمنح الترخيص على أساسها ولا يجوز إدخال تعديلات فيه إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة الإدارة المختصة).

ويلاحظ على نص هذه المادة أنه كما يعطي ضمانا لامتناهي ومركزا فريدا للمشتري يجعله في منأى عن عمليات الغش، فإنه في ذات الوقت يغل من حرية مناقشة البائع أو المطور العقاري في تفاصيل تنفيذ العقد. حتى في الحالات التي يكون فيها التعديل بموافقة كل من المطور العقاري والمشتري.

وكانت المادة رقم 30 من قانون تنظيم القطاع العقاري الجديد الصادر بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017 قد كررت نص المادة 20 مع إضافة إمكانية إدخال التعديلات الغير جوهرية في المبنى وذلك وفقا لاعتبارات هندسية أو فنية مقبولة وقد نصت المادة 30 على (يلتزم المطوِّر بتنفيذ مشروع البيع على الخريطة طبقاً للتصاميم الهندسية الإنشائية والمعمارية المعتمَدة والمستندات التي مُنِحَ الترخيص على أساسها ولا يجوز إدخال تعديل في المشروع إلا إذا كان هذا التعديل غير جوهري، وذلك لاعتبارات هندسية أو فنية مقبولة، أما إذا كان التعديل جوهرياً فلا يكون إلا لظروف غير متوقَّعة أو لأسباب طارئة وبموافقة الجهات المختصة والمؤسسة وذلك دون إخلال بحق المشتري في التعويض أو إنقاص الثمن بقدر ما نقص من مساحة أو قيمة وحدته العقارية أو منفعتها) (1).

ويرى البعض (2)، أنه لا يعد تدخلاً من قبل المشتري في أعمال البناء قيامه بمراقبة تطور مشروع تنفيذ مشروع التطوير العقاري، والسبب في ذلك أن التزام المشتري بدفع أقساط الثمن مرتبط أو غالباً ما يتحدد حسب التقدم في أعمال البناء فلذلك من حقه مراقبة المرحلة التي وصل إليها المطور العقاري في تنفيذ العقد (2).

---

(1) مادة 30-من القانون رقم 27-لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري.

(2) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 156-157.

كما نلاحظ أن القانون الجديد قد أعطى قدر أكبر من الحرية للمطور العقاري في إدخال التعديلات غير الجوهرية والمعتادة التي تستلزم التغيير أثناء العمل وبنفس الوقت قد كفل حق المشتري في مطالبة المطور العقاري في التعويض أو إنقاص الثمن بقدر ما نقص من مساحة الوحدة العقارية أو ما نقص من قيمة الانتفاع بها.

أما فيما يتعلق بهذا الجانب فيخلق نوع من التوازن الذي يعكس مصلحة المطور العقاري والمشتري بنفس الوقت، على العكس من قانون بيع العقار تحت الإنشاء الفرنسي الذي يجعل من المشتري في موقع المتسلط على البائع وبالتالي قد يؤثر هذا التسلط سلباً على عملية التقدم في أعمال البناء.

والقاعدة العامة في ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين وأن ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلب القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد (1)، وأن ضرورة تدخل الجهة المختصة في حالة إجراء أية تعديلات على العقد يقوض من فاعلية هذه القاعدة.

وإن كان قانون التطوير العقاري قد حد من التلاعب فيما يتعلق بصيغ عقد مشروع التطوير العقاري وأخضع هذه العقود لأنموذج موحد يتم إصداره بناء على رأي من الجهة المختصة وبالتعاون مع المطورين العقارين (2). إلا سرعة تطور قطاع التطوير العقاري يتعارض مع وجود أنموذج موحد لمشاريع بيع العقار تحت الإنشاء بل كان من الحري من المشرع البحريني عدم الخروج على القاعدة العامة في تحقيق أقصى ظروف الرضائية في عقد البيع في مشاريع التطوير العقاري، وهذا ما قد حصل فعلاً في قانون تطوير القطاع العقاري الجديد حيث لم يوجب أن يكون عقد بيع العقار تحت الإنشاء وفقا لنموذج معين إلا ضمن نطاق خاص واستثنائي (3).

---

(1) المادة رقم 30 من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني.

(2) وهو نص المادة رقم 14 من القانون رقم لسنة 2014 الملغي بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017.

(3) نصت المادة رقم 29 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على (ب-يجوز لمجلس الإدارة أنْ يُصدِر في بعض أنواع مشروعات البيع على الخريطة نماذج لعقود بيع وحداتها العقارية، ولا يجوز للمطوِّر تعديل أحكامها أو شروطها إلا في حدود ما تسمح به تلك النماذج).

المبحث الثالث

الالتزام بالضمان

إن الغاية من التعاقد في مشروع التطوير العقاري وعلى وجه الخصوص مشروع بيع العقار تحت الإنشاء هو تنفيذ الالتزامات بإقامة المبنى وتسليمه حسب المواصفات المتفق عليها بين طرفي العقد. وينتظر المشتري هذه اللحظة التي يرى فيها المشروع النور ويصبح البناء حقيقة أمام عينيه، وبالتالي تسليم المشتري المبنى حسب المواصفات المتفق عليه ونقل ملكية المبنى الجديد ليستطيع المشتري استغلال المبنى حسب حاجته أو حسب الغرض الذي أنشئ من أجله. وكان الالتزام بالضمان المقرر للمشتري وللمطور العقاري في مختلف مراحل العقد وحتى قبل إبرامه بصورة تكفل حسن سير العمل في مشاريع التطوير العقاري واستقطاب أكبر عدد ممكن من المستثمرين في هذا المجال.

وتثير مسألة الضمانات المقررة في بيع العقار تحت الإنشاء مسألة مهمة وهاجس كبير سواء لدى المشتري والذي يرغب في تسلمه المبنى حسب المواصفات المتفق عليها وبين المطور العقاري الذي سوف يلتزم بتنفيذ هذا الالتزام إلى جانب التزامه بالضمان.

ولا تختلف الضمانات المقررة في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء عن تلك المقررة في عقود المقاولة وعقود البيع بشكل عام، مع وجود ضمانات مستحدثة تتفق وطبيعة العقد. وعليه فإننا نبحث في هذا المبحث الضمانات المقررة في عقد بيع العقار تحت الأنشاء من خلال ثلاثة مطالب، خصصنا المطلب الأول لالتزام بتقديم الضمان المالي المطلب الثاني لالتزامه بضمان عيوب البناء والمطلب الثالث للإلتزام بضمان التعرض وضمان الإستحقاق.

المطلب الأول

حساب مشروع الضمان

يعتبر حساب مشروع الضمان (1)، في مشاريع التطوير العقاري ومشاريع بيع العقار تحت الإنشاء على وجه التحديد، من الضمانات المالية الموضوعية السابقة على إبرام العقد، والتي يكون الغرض منها ضمان تنفيذ العقد المزمع إقامته من مرحلة الأساس حتى مرحلة التسليم.

الفرع الأول: الاعتماد المصرفي والكفالة التضامنية

نظم المشرع الفرنسي الضمان المالي تنظيماً دقيقاً حيث لم يكن الضمان المالي يرمي إلى تنظيم تدفق المبالغ المتحصلة من عقود البيع في مشروع التطوير فقط (2). بل كان المشرع الفرنسي يرمى إلى تمويل مشروع بيع العقار تحت الإنشاء في حال تعثره من خلال هذا الضمان. وقد جعل المشرع الفرنسي الخيار لمالك المشروع في القيام باختيار إحدى طريقتين لتقديم الضمان بعد الاتفاق مع المشتري وذلك إما بفتح اعتماد مصرفي، أو تقديم كفالة تضامنية (3).

---

(1) وقد عرفت المادة رقم1 من القانون رقم 27 حساب مشروع التطوير العقاري على أنه (حساب مصرفي باسم مشروع التطوير العقاري لإيداع المبالغ من المطور العقاري والمودعين يخصص لبناء وتنفيذ مشروع التطوير العقاري.

(2) حيث حرص المشرع الفرنسي أن تكون الضمانات المالية تهدف إلى تمويل المشروع ولا يقتصر دورها على تنظيم المبالغ وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يمكن الاستعانة بضمان خارجي باعتماد المشرع على صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية مادة العقارية في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزامه بإتمام إنجاز العقار، وهذا يعتبر ضماناً مهماً للمشتري مادة 54 من قانون 4-11 الخاص بالترقية العقارية.

(3) الدكتور. علاء حسين علي، مرجع سابق، صفحة 179. وقد عرف المشرع البحريني الاعتماد المصرفي، على أنه الاعتماد البسيط على أنه (فتح الاعتماد عقد يتعهد البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف المستفيد بطريق مباشر أو غير مباشر أداة من أدوات الائتمان وذلك في حدود مبلغ معين ويفتح الاعتماد لمدة معينة أو غير معينة). المادة رقم 314 من المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987 الخاص بإصدار قانون التجارة البحريني، منشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 1739 المنشور بتاريخ 1987/3/26.

وقد أشترط المشرع الفرنسي لوجود هذا الضمان أن يتم النص صراحة عند فتح الاعتماد المصرفي، على حق المشتري ومن يخلفه في عقود بيع العقار تحت الإنشاء أن يطالب بتنفيذ الاعتماد (1).

أما بالنسبة للنوع الثاني من الضمان بالنسبة للمشرع الفرنسي، فهو فتح الكفالة التضامنية، وقد عرف القانون المدني البحريني عقد الكفالة عل أنه (عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن أدائه إذا لم يؤده المدين) (2).

كما عرفت المادة رقم 3 من القرار التنفيذي لقانون 3 يناير 1967 على أنها (عقد يلتزم بمقتضاه الضامن في مواجهة المشتري وبالتضامن مع مالك المشروع بدفع المبالغ الضرورية لإتمام البناء في المشروع).

ووفقاً لهذا فإن الكفالة التضامنية لا تتحدد بمبلغ معين (3)، ويرى البعض من الفقه في ذات المعنى (4)، إن الكفالة التضامنية تعد أكثر تحقيقاً للضمان، وأكثر تأميناً لعملية البناء في مشاريع التطوير العقاري، والسبب في ذلك إنما يعود إلى أن الكفالة التضامنية لا تتحدد عادة بمبلغ معين، فهي عكس الاعتماد المصرفي الذي غالباً ما يتحدد بمبلغ معين. ووفقاً لذلك فإن الكفيل يتكفل بكامل مبالغ البناء كما أن الكفيل وفقا لهذا المفهوم يضمن وفاء الدين المتمثل بتكاليف عمليات البناء بكل ذمته المالية وليس معين فقط، كما أن للمشتري في الكفالة حق مباشر بالمطالبة بصرف النفقات اللازمة لاستكمال مشروع التطوير العقاري وله الخيار في مطالبة الكفيل أو مالك المشروع ما لم يتبين عجز مالك المشروع عن التمويل.

---

(1) د. سيبل جعفر، مرجع نفسه، ص107.

(2) نص المادة رقم (R261-21-A) من قانون البناء والسكن الفرنسي، مشار إليه لدى د. سيبل جعفر حاجي، مرجع سابق، ص101.

(3) المادة رقم 742-من القانون المدني البحريني.

(4) د. علاء حسين علي مرجع سابق. ص 182و183.

الفرع الثاني

الالتزام بفتح حساب المشروع

أما بالنسبة لموقف المشرع البحريني من إنشاء حساب ضمان المشروع فقد خص المشرع البحريني هذا الموضوع أولوية واهتمام، فقد نصت المادة 24 من قانون تنظيم القطاع العقاري في البحرين على أنه (أ-يُنشأ حساب ضمان مستقل باسم كل مشروع من مشاريع البيع على الخريطة باتفاق كتابي بين المطوِّر وأمين حساب الضمان، لتنظيم الأمور المالية والإدارية والقانونية للمشروع، وإيداع المبالغ المقدَّمة من المطوِّر والمودعين، ويحدد الاتفاق ضوابط إدارة الحساب وحقوق والتزامات الأطراف، وتودع نسخة منه لدى المؤسسة).وقد عهد قانون تنظيم القطاع العقاري في إصدار القواعد المنظمة لمزاولة مهمة نشاط أمين حساب الضمان، وشروط وطريقة تعيينه، وصلاحيات، والتزاماته إلى مصرف البحرين المركزي، بالاتفاق مع مؤسسة التنظيم العقاري (1). وكذلك أوجب قانون تطوير القطاع العقاري في مملكة البحرين على أن يقوم أمين حساب الضمان بتزويد المؤسسة بكشوف دورية بإيرادات ومدفوعات حساب الضمان للمشروع، ولها أن تطلب في أي وقت من أمين الحساب تزويدها بالمعلومات، أو البيانات التي ترى ضرورة الاطِّلاع عليها، ويجوز لها الاستعانة بمن تراه مناسباً للتدقيق في تلك الكشوف أو البيانات (2).

كما تشترط المادة رقم 24 أيضا على أن يكون حساب الضمان مكتوبا بموجب اتفاقية مكتوبة بين المطور العقاري وأمين حساب الضمان.

---

(1) المادة رقم 24 من قانون تنظيم القطاع العقار في البحرين الفرة ب. أنشئت مؤسسة التنظيم العقاري في مملكة البحرين بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017 حيث خصص الباب الأول من القانون حول إنشاء المؤسسة وتوضيح صلاحياتها ونصت الماد 3 من القانون على (تُنشأ مؤسسة تسمى "مؤسسة التنظيم العقاري" تكون لها الشخصية الاعتبارية وتلحق بالجهاز. ويصدر مرسوم بتنظيم المؤسسة وتشكيل مجلس إدارتها وتحديد اختصاصاته، وأداة تعيين الرئيس التنفيذي وتحديد اختصاصاته، وكافة المسائل المتعلقة بالمؤسسة، على أنْ يكون من ضمن مجلس الإدارة ممثلون عن القطاع العقاري والمرخَّص لهم بموجب القانون).

(2) المادة رقم 24-من قانون تنظيم القطاع العقار في البحرين الفقرة ج.

ويجب وفقاً للقانون البحريني فتح حساب مشروع التطوير العقاري بوصفه أحد الشروط اللازمة للحصول على ترخيص التطوير العقاري المنصوص عليها في الفقرة 9 من المادة رقم 11 من قانون التطوير العقاري.إن الهدف الرئيسي من هذا الضمان للمشترين والمتعاملين على العقار هو الوقوف على حقيقة إيداعهم الأموال، وضمان أوجه الصرف والإنفاق لهذه الأموال.

وقد اشترطت المادة رقم 3 من القرار رقم 28 لسنة 2015 فيمن يتقدم للحصول على أمين حساب المشروع (1) ما يلي من شروط: 1. أن يكون أحد بنوك التجزئة المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي.2. أن تتم إدارة حساب المشروع من قبل مكاتب البنك في مملكة البحرين من قبل موظفي ذوي خبرة لا تقل خبرتهم عن 3-سنوات في إدارة حسابات المصرفية بشتى أنواعها.ويلاحظ على نص هذه المادة من اشتراط أن تتم إدارة حساب المشروع عن طريق مكاتب البنوك في مملكة البحرين إذ أن وجود هذه المكاتب في مملكة البحرين يسهل انسيابية تدفق الأموال وصرفها، وكذلك قرب البنوك من مشروع التطوير العقاري يسهل رقابة موظفي البنك على المشروع والتأكد من حسن سير المشروع وفقا للجدول الزمني.

ويكون تعيين أمين حساب المشروع بموجب اتفاق كتابي بين المطور العقاري وبين أمين حساب المشروع (1).

---

(1) عرفت المادة رقم 1 من قانون التطوير العقاري رقم 28 لسنة 2014 أمين حساب المشروع على أنه (أمين حساب المشروع: أحد المصارف المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي يتولى إدارة حساب المشروع). كما عرفته المادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أنه أمين حساب الضمان وهو (أحد البنوك المرخَّص لها من قِبَل مصرف البحرين المركزي ويتولى إدارة حساب الضمان). ونلاحظ اختلاف اللفظ بين المشروع والضمان وأرى أن اللفظين من خلال التعريف لهما نفس المدلول من ضرورة أن يكون البنك طرفاً خارجياً يتصل بعملية التمويل الخاص بالبناء ونصت المادة 24 من قانون 27 لسنة 2017 على (يُنشأ حساب ضمان مستقل باسم كل مشروع من مشاريع البيع على الخريطة باتفاق كتابي بين المطوِّر وأمين حساب الضمان، لتنظيم الأمور المالية والإدارية والقانونية للمشروع، وإيداع المبالغ المقدَّمة من المطوِّر والمودعين، ويحدد الاتفاق ضوابط إدارة الحساب وحقوق والتزامات الأطراف، وتودع نسخة منه لدى المؤسسة).

ونلاحظ أن المشرع البحريني فيما يتعلق بسياق هذا الضمان فإنه نص فقط على فتح حساب المشروع دون الاعتماد المصرفي والكفالة التضامنية خلافا للمشرع الفرنسي. أي أن المشرع البحريني أراد فقط أن يقوم بضبط عملية تدفق خروج ودخول الأموال الخاصة بمشروع التطوير العقاري وفقا للعملية المشار إليها، دون أن يفهم منه أن الحساب يقصد به الحصول على تمويل لمشروع التطوير العقاري.وحرصا من المشرع البحريني أيضا على ضمان سلامة وضبط عملية صرف المبالغ المودعة في حساب المشروع نص على أنه في حالة اتفاق المطور وأمين حساب المشروع على نسبة رسوم إدارة الحساب المشروع وآلية سداد يجب أن يخطر أمين الحساب المودعين بها (1).

وقد نظمت مسألة حساب الضمان بشكل أوضح عند صدور القرار رقم 3 لسمة 2018 المتعلق بشأن حساب مشاريع بيع العقار تحت الإنشاء، ولعل أهم ما جاء به القرار من تحديد نسبة ضمان المشروع في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وهي 20% من القيمة التقديرية للمشروع حيث نصت المادة رقم 5 من القرار على (تكون قيمة الضمان بما يساوي 20% من القيمة التقديرية للمشروع).

وعرفت المادة رقم 1 من القرار نفسه القيمة التقديرية للمشروع على أنها (مجموع قيمة الأرض والقيمة الإنشائية). ومن المآخذ على نص هذه المادة أنها قد دمجت قيمة الأرض مع قيمة البناء وبذلك ستكون القيمة التقديرية لكلفة البناء مضاعفة مما يشكل إرهاق على المطورين العقارين في توفير هذه النسبة العالية من الضمان.

وعن الطريقة التي يتم فيها إخطار المودعين فلم ينص القانون البحريني عليها على أن تتم وفقا لقواعد معينة ويمكن أن تعلن بواسطة الطرق المألوفة لدى البنوك في الإعلان للمودعين عن بيانات الحاسبات وذلك عن طريق البريد العادي، أو البريد الإلكتروني أو أية وسيلة تحقق منها الغاية في إعلام المودعين بالرسوم. أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فقد أفرد قانوناً مستقلاً لحساب ضمان التطوير العقاري وهو القانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بحساب ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

---

(1) مادة رقم 8 من قرار رقم 28 ل سنة2015 من القرار الصادر بشأن حساب مشروع الضمان.

المطلب الثاني

التزام المطور بضمان عيوب البناء

لا يكفي المشتري أن يتم نقل الملكية إليه في عقود بيع العقار تحت الإنشاء وان يتم التسليم، بل يجب على المطور أن يضمن قيام المشتري بالانتفاع انتفاع هادئ كاملا للمبنى الذي تم تشييده، خالياً من العيوب الظاهرة ومن العيوب الباطنة والتي تحد أو تحرم المشتري من استخدام المبنى على النحو المرجو منه، ولذلك حرص المشرع كل الحرص على أن يكون التسليم وفقاً لضوابط وإجراءات معينة تضمن للمشتري هذه العيوب.

وقد أفرد القانون الفرنسي بالنسبة لضمان عيوب البناء في عقد بيع العقار تحت الإنشاء نصوصاً خاصة تتماشى مع طبيعة هذا العقد، على خلاف المشرع البحريني الذي لم نستدل على ذكره لضمانات عيوب البناء في قانون التطوير العقاري الصادر بموجب القانون رقم 28 لسنة 2014 أو في اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب قانون التطوير العقاري، وإن كان المشرع البحريني نص بشكل عام على ضمانات التسليم وضمانات أخرى غير ضمانات التسليم من ضمنها ضمان الصيانة للمبنى لمدة سنتين، إلا أنه لا غنى بذلك عن النص على ضمان عيوب البناء الظاهرة والخفية في عقود التطوير العقاري، وعليه فان كان البائع لا يلتزم طبقا للقواعد العامة إلا بضمان عيوب الشيء المبيع الخفية، فانه يلتزم بضمان عيوب البيع الخفية وعيوب البيع الظاهرة في القانون الفرنسي.

إلا أن ذلك لم يستمر طويلاً لدى المشرع البحريني، فقد نصت المادة رقم 71 من قانون التطوير العقاري الجديد (1) على (أ. يُسأل المطوِّر عن العيوب التي تظهر في الأجزاء الهيكلية من العقار المشترَك والتي يُخطِره بها اتحاد المُلَّاك أو مالك أية وحدة. وتستمر مسئولية المطوِّر مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ حصوله على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره.

ونتناول هذا من خلال نوعين من الالتزام بالضمان وهما ضمان العيب الظاهر وضمان العيب الخفي على النحو الاتي:

---

(1) مادة 22 فقرة ب من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري الصادرة بالقرار رقم 25 لسنة 2015

الفرع الأول

ضمان العيوب الظاهرة

لا شك أن وجود عيب في المبيع يحول دون انتفاع المشتري به انتفاعاً مفيداً يجعل البائع ضامناً للمشتري من خلو المبيع من هذه العيوب (1). ونصت المادة 1642-1 مدني فرنسي على (يلتزم البائع في المباني تحت الإنشاء بضمان المبنى من العيوب الواضحة جداً وذلك خلال شهر من الاستلام، ولن يؤدي هذا إلى نهاية العقد أو تخفيض السعر إذا التزم البائع بإصلاحها). ونلاحظ من خلال هذه المادة بان المشرع الفرنسي كرس فكرة العيوب الظاهرة في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء وذلك خلافا للقواعد العامة التي تقضي بعدم ضمان العيب الظاهر في عقد البيع (2). وعليه فإن مدة شهر هي مدة قصيرة، حيث أن الكثير من العيوب الخاصة بالبناء تظهر بعد فترة من الاستعمال، مثل تلك العيوب الخاصة التركيبات بأنابيب المياه وتركيب البلاط. وأرى أن المشرع الفرنسي يجب أن ينص على مدة لا تقل عن 6 أشهر من تاريخ التسليم لضمان العيوب الظاهرة.

وكان هناك رأي يميل إل التشديد عموما في تقدير الصفة الظاهرة للعيب بحيث أن أي إمكانية للكشف عن العيب تكفي للقول بظهوره ويعد هذا من باب التكليف للمشتري بما يجاوز قدرته الفنية (3)، وعلى العكس من ذلك ظهر فقه أخرى ير بتوسيع دائرة العيب الخفي بحيث يكون العيب خفياً حتى ولو يكن بمقدور الشخص الجاهل اكتشافه، ولا شك أن القول بذلك يعد تشددا تجاه المطور العقاري لا مبرر له (4).

---

(1) وتنص المادة رقم (2/1648) من القانون المدني الفرنسي المضافة بموجب المادة رقم 8 من القانون رقم 547 لسنة 1967 التي نصت على (في الحالة المنصوص عليها في المادة 1642-1 من القانون المدني الفرنسي يجب رفع الدعوى وإلا سقطت خلال سنة من التاريخ الذي يمكن إعفاء البائع من العيوب الظاهرة).

(2) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 156.

(3) نقلاً عن د. علاء حسين، مرجع سابق، ص136-137.

(4) د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 209.

ولكن قد تكون هذه العيوب ظاهرة عند شخص وغير ظاهرة عند شخص آخر، أي بمعنى خفية، ولذلك فإن العيب هنا يعتمد على معيار موضوعي قوامه ما يبذله الشخص المعتاد من عناية لمعرفة الأمور ولا يقوم على معيار شخصي يكون قوامه ما يملكه الشخص من معلومات خاصة وصفات تؤهله لكشف هذه العيوب، وعليه فان العيب يكون ظاهرا للمشتري إذا كان المشتري ويعرفه، أو كان يستطيع أن يتبين بنفسه لو انه بذل في فحص المبيع العناية المطلوبة من الرجل المعتاد (1).

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة رقم 1642-1 من القانون المدني على (لا يجوز اللجوء إلى الفسخ أو أنقاص الثمن إذا التزم البائع بإصلاح العيب).

وينتقد جانب من الفقه (2) هذه المادة أساس أن ما قد نصت عليه المادة مخالف للقواعد العامة وقد يعطي المجال للمطور العقاري التهرب من المسؤولية، كما أن إصلاح العيوب متى ما تحققت فإن المطور العقاري ملزماً بإصلاحها وفقاً للقواعد العامة حيث أن التزام المطور العقاري هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يبدو ظاهر الصياغة القانونية للمادة هنا أن للمطور العقاري متروك لمحض إرادة البائع أو المطور العقاري إن شاء فعله وإن شاء تركه (3).

ويرى جانب آخر من الفقه حيث أنه في الحالة التي يكون فيها العيب ظاهراً وقت التسليم للمشتري فإن البائع في هذه الحالة لا يلتزم بالضمان، ذلك أن المشتري قد رأى البيع ظاهرا أمام عينه ولم يعترض على البائع فيكون بذلك قد رضي وأسقط حقه بالضمان (4).

---

(1) أ. يوسف سعدون المعموري, مرجع سابق ، ص 143- 146 . أيضا د. علاء حسين علي. مرجع سابق. ص 136. أنظر أيضا د سبيل جعفر، مرجع سابق، ص238

(2) د. محمد زهرة المرسى. مرجع سابق، ص 225-230.

(3) Article 1642-1 Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer.

(4) في نفس المعنى راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط. مرجع سابق، ص724.

ولم يضع القانون المدني البحريني تعريفا خاصا للعيوب الظاهرة، أو العيوب الخفية على غرار المشرع العراقي الذي قام بتعريف العيب على انه (ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه) (1).

ويقصد بالعيوب الظاهرة تلك العيوب التي يمكن لرب العمل أو من ينيبه عنه في عملية التسلم اكتشافها لو أنه بذل في فحصها ومراجعتها ما يبذله الشخص العادي من نفس طائفته (2).

أما فيما يتعلق من موقف المشرع البحريني من العيوب الظاهرة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء فقد تناولت المادة رقم 71 من القانون رقم 27 لسنة 2017 هذه المسألة، فقد قررت هذه المادة ضمان العيوب الظاهرة أيضا أسوة بالمشرع الفرنسي حيث نصت على: (ب-مع مراعاة أحكام المادة (34) من هذا القانون، تستمر مسئولية المطوّر عن ضمان إصلاح أو استبدال التركيبات المَعِيبة في العقار المشترَك لمدة سنة من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره أو جزء منه، وتشمل هذه التركيبات الأعمال الميكانيكية والكهربائية والتركيبات الصحية وتركيبات الصرف الصحي وما شابه ذلك، كل ذلك ما لم يُتفَق على مدة أطول).

كذلك أكدت المادة رقم 71 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على مسؤولية المطور عن العيوب التي تظهر في الأجزاء الهيكلية من العقار المشترك والتي يخطره بها إتحاد الملاك أو أية مالك على حدة, وتحقيقاً لهذه المادة نصت المادة رقم 10 من القرار رقم 3 لسنة 2018 المتعلق بحساب مشروع الضمان على (يحتفظ أمين الحساب على نسبة 5% من القيمة الإنشائية للمشروع بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز لضمان حسن تنفيذ إصلاح العيوب التي قد تظهر بعد إنجاز المشروع ولا تصرف تلك النسبة إلا بعد انقضاء مدة أثني عشر شهرا تبدأ من تاريخ تسليم أخر وحدة للمشترين وذلك كله بعد موافقة المؤسسة).

---

(1) مادة 558-2 مدني عراقي.

(2) Desports, F, lagranite decennale est-elle toujours une grantie des vices de la construction,Gaz,pal, 1988,p.85237 . نقلاً عن د. سبيل حاجي. مرجع سابق ص

وحسناً فعل المشرع البحريني من جعل هذه المدة سنة ولم يجعلها مدة شهر كما فعل المشرع الفرنسي مع الأخذ بالاعتبار من أن مدة الشهر في القانون الفرنسي تبدأ من تاريخ الاستلام, أما مدة السنة في القانون البحريني فمن تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز (1)، حيث أن هذه المدة هي كافية لظهور العيوب كما أنها ليست بالطويلة التي قد يكون مها التزام المطور العقاري مرهقاً. ولم ينص القانون البحريني على مدة معينة لرفع دعوى العيب في مواجهة المطور العقاري كما فعل المشرع الفرنسي وجعلها سنة كاملة من التاريخ الذي يمكن إعفاء البائع فيه من العيوب الظاهرة. ويمكن الرجوع لهذه المدة حسب القواعد العامة التي قررتها محكمة التمييز واعتبارها 3 سنوات منذ انكشاف العيب (2). وهنا ثمة أمر تجب الإشارة إليه فيما يتعلق بين التفرقة بين عدم الالتزام بالمواصفات وبين العيوب، فالأمر ليس واضحاً فيما يتعلق بالتفرقة بينهما. فالمسؤولية عن عدم مطابقة المواصفات يخضع للقواعد العامة للبيع بينما ضمان العيب سواء كان عيباً ظاهراً أم خفياً فإنه يخضع كما سوف نرى لنظام خاص وضعه المشرع لعقد بيع العقار تحت الإنشاء (3).

ويرى البعض-ونؤيده في ذلك-ترك مسألة تقدير التفرقة بين العيب وعدم المطابقة إلى القضاء لما له من سلطة تقديرية، ويرجع السبب في ذلك أن من الصعوبة وضع معيار عام يمكن التفرقة على أساسه (4).

---

(1) مادة رقم 1642 من القانون المدني الفرنسي الفقرة أ.

(2) الطعون أرقام 162، 261، 273 لسنة 2015,جلسة جلسة 11 من إبريل سنة 2017 حيث قضت المحكمة (دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول عدم سماعها بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب. م 619 مدني. تعلقه بضمان ما يحدث من تهدم أو خلل فيما تم تشييده من منشآت وما يظهر فيها من عيوب وذلك بموجب عقد المقاولة الأصلي. م 615 من ذات القانون بدء سريان التقادم بمرور عشر سنوات من يوم استحقاق أداء الدين. م 372 مدني. ثبوت إقامة المطعون ضدها الأولى لدعواها قبل انقضاء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى. انتهاء الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة. صحيح. ما تثيره الطاعنة. غير منتج. غير مقبول).

(3) د. محمد زهرة المرسي.

(4) د. سيبل جعفر، مرجع سابق، ص241.

ولم ينص المشرع الإماراتي فيما يتعلق على العيوب الظاهرة في عقد بيع العقار تحت الإنشاء على هذا العيب(1).

هذا وقد قصر حق طلب الفسخ بالنسبة للمشتري في حالتين وهما إما أن يكون التغيير في المواصفات جوهريا أو أن العيوب جوهرية بحيث تجعل الوحد غير صالحة للاستعمال. ويعد هذا الشرط منتقد إذا أنه مخالف للتوجه العام بإضفاء نوع من الحماية للمشتري في عقود بيع العقار تحت الإنشاء، خصوصا أن محل هذه العقود غير موجود وقت العقد، كما أنه سيفوت على المشتري الاستفادة من العقار في الوقت الذي لا يجبر فيه الفسخ أو التعويض ما لحق المشتري من ضرر، وقد يكون المشرع قد قصد هنا من أن العيب اليسير يستتبع مجرد تعويض وفقا للقواعد العامة وليس فسخ العقد. كما أن المطور عليه التزام ببناء الوحدة العقارية خلال المدة المتفق عليها وهو التزام بعمل يجب تنفيذه بدقة وأن وجود عيب في البناء وإن كان يسيرا فإنه يدل على أن المطور العقاري لم يقم بالتزامه(2).

ثانيا: الإعفاء من الالتزام بضمان العيب الظاهر

ان الضمان للعيوب الظاهرة يكون للمشتري وفقا للضوابط المحددة لذلك، ولكن المشرع الفرنسي استثنى جواز ان يشترط البائع على المشتري الاعفاء من هذا الضمان وفقا لتحقق امرين، الأول هو مرور شهر على شغل المبنى والثاني موافقة المشتري على اعمال البناء، فان سبقت الموافقة على اعمال البناء شغل المبنى فعليه الانتظار مرور شهر من تاريخ شغل المبنى ومرت مدة الشهر فعليه الانتظار موافقة المشتري على اعمال البناء ليضمن صحة شرط اعفائه من ضمان العيب الظاهر(3).

---

(1) حيث نصت المادة رقم 20 من القرار التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 الخاص باعتماد اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم السجل المبدئي في دبي على (يجوز للمشتري اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب فسخ العلاقة التعاقدية بينه وبين المطور في أي من الحالات الاتية: -إذا قام المطور بتغيير المواصفات المتفق عليها في العقد تغيرا جوهريا أو. إذا ثبت بعد التسليم بأن الوحدة العقارية غير صالحة للاستعمال بسبب عيوب جوهرية في الإنشاء.

(2)د. سيل جعفر، مرجع سابق، ص 246

(3) saint-alary ،op. cit ،n.20.

ولم ينص المشرع البحريني في قانون رقم 27 لسنة 2017 عن مدى إمكانية إعفاء المطور العقاري من هذا الضمان، وكما أنه لا يستدل من صياغة المادة 71 من أنها تتعلق بالنظام العام (1).

ولذلك فإنه يمكن الرجوع إلى ذلك للقواعد العامة نصت المادة 422 من القانون المدني البحريني على إنه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان وهكذا يتضح لنا أن المشرع البحريني ساير بذلك المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بجواز بإعفاء البائع من الضمان حتى وان اختلفت الشروط المقررة لصحة الإعفاء إلا أن النتيجة واحدة بالنسبة للمشتري والبائع.

ومن ثم فأنه يتضح أن أحكام ضمان العيوب كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ليست من النظام العام، وعليه فانه يمكن لأطراف عقد البيع بتعديلها بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط (2). وكما سبق أن رأينا أن أحكام المتعلقة بالقواعد العامة في البيع يصعب تطبيقها في عقد بيع العقار تحت الإنشاء حتى ولو لم ينص المشرع البحريني على قواعد محددة متعلقة بالضمان في قانون تطوير القطاع العقاري ولائحته التنفيذية.

---

(1) أنظر في ذلك طعن تمييز رقم 408 لسنة 2011 المنظور بجلسة 2013/11/25 حيث قضت المحكمة على (وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أنه لما كان من المقرر وفقاً لأحكام عقد المقاولة في القانون المدني أنه بإتمام العمل طِبقاً لشروط عقد المقاولة يستحق المقاول مقابلهُ المتفق عليه سَلفاً ، وكان لمحكمة الموضوع سُلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير عمل الخبير ومتى أخذت بهذا التقرير لاقتناعها بِصِحة ما جاء به فإنها لا تكون مُلزمة بالرد استقلالاً على الطعون التي تُوجه إليه لأنها غير مُلزمة بتعقب حِجج الخصوم والرد عليها استقلالاً وحسبها أن تُبين الحقيقة التي اقتنعت بها لأن في قيام تلك الحقيقة الرد المسقط لكل حِجة تخالفها، وكان البين من تقرير الخبير المؤرخ 2010/2/10 والذي ندبته محكمة أول درجة أن الأعمال المتفق عليها بين طرفي الدعوى بموجب عقد المقاولة المؤرخ 2004/5/13 هي قيام المطعون ضدها بإنشاء مبنى مُتعدد الأدوار .... مقابل أن يدفع الأخير لها مبلغ 870،000 دينار على دُفعات وحددت المادة الثامنة من العقد طريقة سداد هذه الدفعات كما تضمنت بأن يتم الإفراج عن 5% من مبلغ الأموال المستبقاة حال مُضي فترة العيوب 12 شهراً.

(2) د. جعفر محمد جواد الفضلي مرجع سابق، ص 152, كذلك د محمد المرسى زهرة. عقد بيع المباني تحت الإنشاء مرجع سابق. ص 204.

وبمقارنة الحكام الواردة في قانون رقم 28 لسنة 2014 فإنه لم ينص المشرع البحريني في بادئ الأمر في القانون ولا في لائحته التنفيذية على كيفية معالجة العيوب الناتجة عن عقد بيع العقارات تحت الإنشاء، والراجح أن المشرع قد ترك تنظيمها للقواعد العامة في تنفيذ العقود المنصوص عليها في القانون المدني البحريني. بحيث إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى، وتختص اللجنة المنصوص عليها في المادة 26 من قانون التطوير العقاري البحريني في نظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن أعمال ومشاريع التطوير العقاري الخاضعة لأحكام قانون التطوير العقاري رقم 28 لسنة 2014 ولائحته التنفيذية(1).

ويكون للمحكمة الحق في فسخ العقد والتعويض أو التنفيذ العيني ولا تكون المحكمة باعتبارها جهة قضائية مقيدة بالفسخ أو بالتعويض إذ يكون لها في هذا المقام سلطة تقديرية، حيث أن التزام البائع– أو المطور العقاري – في هذا التزام بعمل وعلى ذلك فالقاضي يستطيع أن يأمر البائع بإصلاح العيوب وإعطائه مهلة لذلك وكما يستطيع القاضي هنا أيضا أن يكتفي بالحكم للمشتري بتعويض نقدي بدلاً من إصلاح العيوب، وقد يكون هذا التعويض على هيئة إنقاص الثمن الذي يجب على المشتري دفعه، وأخيراً فان للقاضي يستطيع أن يعلل فسخ الرابطة التعاقدية اذا رأى مبرر لذلك مع التعويض إن كان له مقتضى(2).

---

(1) نصت المادة 26 من قانون التطوير العقاري القديم على أن تنشأ في الوزارة لجنة تسمى لجنة منازعات التطوير العقاري تشكل بقرار من الوزير كل ثلاث سنوات وتتكون من قاضيان من المحكمة الكبرى يتم انتدابهم من قبل المجلس الأعلى للقضاء، وموظف من ذوي الخبرة في الشؤون العقارية بناء على ترشيح من الوزير المختص على أن يؤدي القسم القانوني أمام وزير العدل، وتختص هذه اللجنة بكل ما يتعلق بمشاريع التطوير العقاري والدعاوى والمنازعات الناتجة عنها كما تختص اللجنة بعرض التسويات الودية أو الصلح على أطراف المنازعات، كما ويجوز الطعن بالقرارات الصادرة عن اللجنة أمام المحكمة الكبرى المدنية بصفة استئنافية وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها أو إعلانها حسب الأحوال.

(2) للمزيد في ذلك انظر الدكتور. محمد المرسى زهرة. عقد بيع المباني تحت الإنشاء مرجع سابق. ص 225 وما بعدها.

الفرع الثاني

الالتزام بضمان العيب الخفي

لا تتسع القواعد العامة في نطاق العيوب الخفية إلى عقد بيع العقار تحت الإنشاء. على العكس من العيوب الظاهرة نظم المشرع البحريني كذلك المشرع الفرنسي مسألة العيوب الخفية في القانون المدني (2)، ولقد وضعت هذه النصوص في مجملها لمعالجة ضمان العيوب الخفية في عقد البيع بشكل عام، وبالتالي كان من الصعوبة لهذه القواعد إن تطبق على العقود الخاصة في عقود بيع العقار تحت الإنشاء.

وقد توسع المشرع الفرنسي في تقرير الالتزام بالضمان لعيوب البناء لعقد بيع المباني تحت الإنشاء، حيث مر قانون الفرنسي بثلاثة مراحل مختلفة من فكرة ضمان عيوب البناء، المرحلة الأولى هي المرحلة السابقة لقانون 3 يناير 1967 فكانت هذه المرحلة تخضع للقواعد العامة في الضمان لعقود البناء، إما المرحلة الثانية فهي المرحلة لصدور القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 وإما المرحلة الثالثة فهي صدور القانون 3 يناير لسنة 1978 (3).

---

(1) للمزيد في ذلك انظر الدكتور. محمد المرسى زهرة. عقد بيع المباني تحت الإنشاء مرجع سابق. ص 225 وما بعدها.

(2) مادة 1642من القانون المدني فرنسي المضافة بموجب مادة رقم 3 من القانون رقم 3 يناير لسنة 1967، وقد نصت المادة رقم (415) من القانون المدني البحريني يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لأحكام المادة 411 إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي اعد له، ويضمن البائع هذا البيع ولو لم يعلم بوجوده. ولم نستدل من خلال قانون التطوير العقاري أن المشرع البحريني قد وضع نظاما خاصا للضمان في عقود البيع في طور الأنشاء.

(3) د. محمد زهرة المرسي. مرجع سابق، ص 255، أنظر أيضا د. علاء حسين، مرجع سابق، ص138 مشار إليه أيضا لدى د. سييل جعفر، مرجع سابق، ص 23.

وقد نصت المادة 1779 المعدلة بموجب المادة 4 من قانون 3 يناير 1967 على اختصاص عام يدل على أنواع المقاولة ومن ضمنهم المقاولين ومهندسي البناء، وأشارت المادة 1792 والمعدلة بموجب ذات المادة الرابعة من قانون 3 يناير 1967 على أنه (اذا حدث تلف في البناء أو في جزء منه بسبب عيوب في عملية التشييد أو حتى بسبب عيوب التي تكون في الأرض نفسها فإن المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة أعمال يكونون مسؤولين عن هذا التلف خلال عشر سنوات, ولا يعفي من هذه المسؤولية الصانع إلا اذا اثبت أن الضرر قد وقع بسبب اجنبي).

كما نصت المادة 2270 من بعد التعديل بموجب القانون 3 يناير 1967 على المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم من الأشخاص التي يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل يتحللون من الضمان بالنسبة للأعمال التي أقاموها بعد عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة وبعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة.

ولكن ما الذي يقصده المشرع الفرنسي بالأعمال الصغيرة والأعمال الكبيرة في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء، وما لذي يجعل هذه الأعمال تحظى بالضمان لمدة مختلفة وعلى أي أساس تم تحديد مدة الضمان لهذه الأعمال؟

لقد أجابت المادة 11 من القرار التنفيذي الصادر في 22 ديسمبر 1967 أن الأعمال الكبيرة هي:

1. الأجزاء أو العناصر التي تعمل على تثبيت وتقوية البناء وكافة العناصر الأخرى التي تندمج أو تتكامل معها أو تشكل معها جسماً واحداً.

2. الأجزاء أو العناصر التي تساعد على غلق البناء وحمايته ووقايته من استبعاد أجزائها غير الثابتة.

أما بالنسبة للأعمال الصغيرة فقد نصت المادة 12 من القرار ذاته على أنها كافة عناصر، أو أجزاء البناء التي صنعها أو أقامها المقول والتي لا تعتبر من ضمن الأعمال الكبيرة، إذا فالمشرع الفرنسي قد استبعد جميع الأعمال التي تعتبر كبيرة وعلى ذلك يمكن اعتبار الدواليب والنوافذ وغيرها من

تجهيزات المطبخ والخزانات من قبيل الأعمال الصغيرة والتي تخضع لفترة ضمان لمدة سنتين من تاريخ تسلم البناء. ويرى المشرع الفرنسي أن تلك الأعمال التي لا تعد من الأعمال الكبيرة في مجال البناء لا تستدعي شمولها بنظام الضمان العشري، إما لقلة أهميتها أو ربما أن هذه الأعمال تتعلق بأمور استهلاكية قابلة للتلف بمرور الوقت، على عكس الأعمال الإنشائية الأساسية التي يفترض أن تؤدي ذات الكفاءة طوال مدة وجود المبنى.

وعلى إثر ذلك يتبين لنا وجود شروط لضمان العيب الخفي ضمن نطاق الحماية بالضمان العشري تجاه المشتري في القانون الفرنسي وذلك على النحو الاتي:

يشترط لكي يضمن البائع سلامة المبنى أن يكون العيب خفي ويقصد بالعيب الخفي ((هو الذي لم يكن ظاهراً للمشتري وقت انتقال الملكية ولم يكن قادراً على اكتشافه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي). والعيب وفقا لتعريف محكمة النقض المصرية هو الأفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع (1). كما ويشترط لضمان البائع للمبيع أن يكون العيب قديماً، ويرى جانب من الفقه أن العيب يكون قديما أن يكون موجودا وقت التسليم وإما أن يكون قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبذلك يكون البائع غي هذه الحالة مسؤولا عن ضمانه (2). وقد اخذ المشرع البحريني بقدم العيب وذلك عند النص عليه في المادة رقم 417 من القانون المدني حيث نصت على أنه لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بعانية الشخص المعتاد).

وعلى ذلك فإذا كان المبيع شيئا معينا بالذات فإنه يجب أن يكون العيب موجود فيه وقت البيع، أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فأنه يجب أن يكون العيب فيه موجوداً وقت الإفراز وهو عادة ما يكون وقت التسليم ويكفي أن يوجد سبب البيع قبل التسليم (3).

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ومرجع سابق، ص722، د. سمير عبد السيد، عقد البيع, مرجع سابق, ص289، د. خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة. مرجع سابق ص 267.

(2) الدكتور خميس خضر. المرجع نفسه ص 269 0

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 387.

والعيب على هذا التصور باعتباره الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، أو أذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه حسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر في طبيعة الشي أو الغرض الذي أعد له (1).

كما ويشترط أن يكون العيب المؤثر في المبيع والذي يستوجب الضمان للمشتري هو العيب الذي يفقد المبيع من قيمته ونفعه والذي عبر عنه المشرع البحريني في المادة 415 من القانون المدني حيث نصت المادة على يكون البائع ملزماً بالضمان وفقا لأحكام المادة 411 إذا كان المبيع وقت تسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه حسب الغاية المقصودة منه مستفاده مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي اعد له ويضمن البائع هذا العيب ولم يكن عالما بوجوده.

وقد قرر المشرع الفرنسي في هذا الصدد في المادة 1646-1 أن على البائع الالتزام بالعيوب الخفية التي يلتزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون، وحتى ولو لم يحدد المشرع هذه العيوب فإن هذه العيوب هي العيوب التي تمس عملية البناء ذاتها action de construier, وعيوب المواد المستخدمة في البناء vices des materiaux fournis حتى ولو كان سبب العيب يرجع إلى عيب الأرض (1). ويعتبر استخدام الدفان البري غير المناسب في عمل الحفريات الأساسية للأعمدة الخرسانية من قبيل العيوب المؤثرة، وحتى لو كانت المواد الأساسية من اختيار صاحب العمل إلى أن ذلك لا يعفي المقاول والمهندس الاستشاري من قيام المسؤولية تجاههم وقيام واجبهم بتنبيه صاحب العمل إلى سوء اختياره لهذه المواد الأولية المتعلقة بخامة الدفن البري لموقع العمل. ولقد نصت المادة رقم 13 من مرسوم رقم 13 لسنة 1977 الخاص بتنظيم المباني على: (مع عدم تحميل البلدية أية مسئولية تقصيرية في هذا الشأن، يسأل المرخص له والمهندس والمقاول -إن وجد -مسئولية كاملة عن تنفيذ الإنشاءات المرخص بها على أكمل وجه، والمهندس والمقاول هما المسئولان الرئيسيان عن الالتزام بتنفيذ الحدود والارتفاعات).

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص391.

(2) الدكتور محمد زهرة المرسى، مرجع سابق. ص 246.

وكذلك تكون مسئوليتهم عن سلامة البناء خلال فترة التنفيذ ولمدة خمس سنوات على الأقل بعدها، وتمتد مسئوليتهم إلى المباني الملاصقة للبناء وإلى أي مرفق عام عما قد يصيبها من أضرار بسبب التنفيذ لموضوع الرخصة، وتنظم هذه المسئولية أحكام القوانين المرعية).

وذهبت في ذلك محكمة التمييز البحرينية في أكثر من مناسبة حيث قضت في الطعن رقم 242 لسنة 2002 جلسة 21-4-2003 ((وحيث أن الطعن أقيم على سببين حاصلهما مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع وذلك حين انتهى إلى مسئوليته _ مع المطعون ضده الثاني _ عن العيوب التي ظهرت بالفيلا التي قام بتشييدها وذلك بالرغم مما هو ثابت من عدم مسئوليته عن ذلك لأن المطعون ضده الأول صاحب المشروع هو الذي أشرف على البناء وحل نفسه محل المهندس المعماري كما أن الخطأ لم يثبت من جانبه ولا توجد أية مواصفات فنيه للبناء في البحرين فلا يصح القول بالتالي أن الدفان البري مخالف للمواصفات وطلب الكتابة لوزارة الأشغال للتحقق من ذلك فضلاً عن أن عقد المقاولة لا يلزمه بالتحقق من صلاحية التربة للبناء أو ملاءمة الدفان فلم يرد الحكم على كل ما تقدم إضافة إلى خطأ الحكم في الاستناد إلى نص المادة 13 فقرة ب من المرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 والتي لا علاقة لها بموضوع الدعوى لأن المقصود بها حماية الغير الذين قد تلحقهم أضرار من البناء مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم إليها من أدله فيها واستخلاص ما تراه متفقا منها والحقيقة بشرط أن يكون استخلاصها سائغاً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بما انتهى إليه الخبير المنتدب من محكمة أول درجه إلى مسئولية الطاعن باعتباره مقاول المشروع عن الخلل الذي أصاب البناء لاستخدامه نوعية دفان رديئة وغير مقبولة ... وكان عليه التحقق من حالة التربة ... وصلاحية الدفان المستخدم ... وذلك بالإضافة إلى مسئولية المطعون ضده الثاني كما لا ينال من ذلك ما تمسك به الطاعن من عدم انطباق المادة 13 من قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 لأن مفاد هذه المادة تحميل المرخص له والمهندس والمقاول المسئولية عن سلامة المبنى المرخص به خلال مدة تنفيذه ولمدة خمس سنوات على الأقل بعدها وهو ما يعني أن المشرع فرض عليهم جميعا التزاماً بضمان سلامة البناء من العيوب خلال تلك المدة على الأقل قبل كل من

يلحقه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الالتزام كل بحسب مسئوليته طبقا لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالمضرور....) . ومفاد ذلك أتساع نطاق مسؤولية المهندس والمقاول ليشمل المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية في مواجهة بعضهم البعض أو حتى في مواجهة الغير وكل ذلك إنما كان مقرراً لمصلحة المشتري في عقد البناء)) ومن باب أولى عقد بيع العقار تحت الإنشاء حيث أن فرص وجود عيوب الإنشاء في العقد أكثر من غيره من صيغ التعاقد الواردة على البناء.

الفرع الثالث

جزاء الإخلال بالالتزام بضمان العيب

فرق المشرع الفرنسي في ظل قانون 4 يناير 1978 بين الأعمال من ناحية، وبين الأبنية من ناحية أخرى، حيث أوجد المشرع الفرنسي نوعين من الضمان أولها الضمان العشري الذي يتعلق بالبناء والضمان الثنائي الذي يتعلق بعناصر المبنى التي يمكن فصلها عنه (1). بحيث يجوز للمشتري بعد إخطار البائع حسب المدة المنصوص عليها في القانون أن يلجأ إلى المحكمة المختصة لطلب الفسخ أو التعويض أن كان له مقتضى لذلك (2). فإذا ثبت الضرر في هذه العناصر أو الأعمال رجع المشتري بالضمان على البائع وإن كان الضرر ناتجاً عن عيب في الأرض ويمكن البائع التخلص من المسؤولية إذا أثبت السبب الأجنبي (3).

---

(1) أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد حدد مدة الضمان على العناصر بمدة سنة واحدة وسماها التركيبات تستمر مسئولية المطوّر عن ضمان إصلاح أو استبدال التركيبات المَعِيبة في العقار المشترَك لمدة سنة من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره أو جزء منه، وتشمل هذه التركيبات الأعمال الميكانيكية والكهربائية والتركيبات الصحية وتركيبات الصرف الصحي وما شابه ذلك، كل ذلك ما لم يُتفَق على مدة أطول.

(2) نصت المادة رقم 418 من ا لقانون المدني البحريني على أنه (إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد من أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره خلال مدة معقولة فإن لم يفعل سقط حقه في الضمان).

(3) مادة رقم 1792 من القانون المدني الفرنسي.

أما في الحالة التي يكون فيها المبيع عقارا فإن المدة تكون أطول من تلك التي تكون في غيرها من الأشياء وذلك لان طبيعة عيوب البناء إنما تحتاج إلى فترة من الوقت لكي تظهر للمشتري خصوصاً تلك التي تكون بين الجدران مثل التمديدات الكهربائية وشبكات الصرف الصحي، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يبادر المشتري في مشروع التطوير العقاري أن يقوم بإخطار المطور العقاري حالا بمجرد كشفه والا فإن حق في الضمان يسقط (1).

ونص المشرع البحريني على إمكانية أن يحتفظ المشتري بالمبيع وان يكتفي فقط بإنقاص الثمن حيث نصت المادة 425 من القانون المدني على انه (إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض أو أن يستقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات).

ويرى البعض أنه لا يمكن إعمال ضمان العيوب الخفية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وذلك لعدم ملازمتها له، وتتلخص حجة هذا الجانب أن ضمان العيوب الخفية ينشأ إما وقت البيع أو بعد البيع وقبل التسليم بينما عيوب البناء في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لا تكون موجودة في هذا الوقت ويرجع السبب في ذلك إلى أن البناء ذاته لم يوجد عند وقت البيع (2). كما أن البائع في عقد البيع يضمن العيوب التي تكون موجودة عند التسليم ولا يضمن العيوب التي تتواجد فيه بعد التسليم أما بالنسبة لعقد بيع العقار تحت الإنشاء فإن العيب يكون لاحق للتسليم في أغلب الأحيان.

ويرى جانب من الفقه تغليب صفة المقاول في عقد بيع العقار تحت الإنشاء بحيث يقيد الضمان العشري الضمان العام في العيوب الخفية، فمن يبيع الوحدات العقارية تحت الإنشاء فإنه يصبح كالمقاول لا كالبائع لكي يطبق عليه نصوص الضمان العشري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء (3).

---

(1) مادة 418 فقرة ب من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 الخاص بإصدار القانون المدني البحريني.

(2) د. سيبل جعفر. مرجع سابق، ص252.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص81.

وقد كرس المشرع البحريني فعلا الضمان العشري (1) على النحو المطابق وفقاً لهذا الرأي من منظور أن أعمال المطور العقاري تتشابه مع أعمال المقاول، فقد نصت المادة 71 من القانون رقم 27 لسنة 2017 على (أ. يُسأل المطوِّر عن العيوب التي تظهر في الأجزاء الهيكلية من العقار المشترَك والتي يُخطِره بها اتحاد المُلَّاك أو مالك أية وحدة. وتستمر مسئولية المطوِّر مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ حصوله على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره). وقد ذكرت المادة العيوب بشكل عام التي تظهر في الأجزاء الهيكلية من العقار المشترك دون استثناء أي من الأجزاء.

ولم ينص المشرع الإماراتي من خلال تنظيمه للقانون رقم 13 لسنة 2008 أية نصوص تتناول الضمان العشري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء. ويرى البعض أنه لا يمكن في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة في عقود المقاولة وعقود الهندسة المعمارية إنما يرتبط بوجوده بوجود هذين العقدين وهو ما لا يتوافر في عقد بيع العقار تحت الإنشاء (2).

ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد العامة من حيث ضمان البناء على عقد بيع العقار تحت الإنشاء لدى المشرع الإماراتي حيث نصت القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة رقم 880 على تضامن كل من المهندس والمقاول لمدة عشر سنوات في التعويض عن التهدم الكلي والجزئي للبناء ما لم يتفقوا على مدة أطول.

---

(1) أما الأصل لمسالة الضمان العشري التي يلتزم بها المقاول ومهندس المشروع فلقد نص عليها قانون تنظيم المباني لسنة 1977.... , كذلك نصت المادة رقم 615 من القانون المدني على (يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان وأقاماه من منشئات ثابته وذلك خلال عشر سنوات نت وقت إتمام البناء أو الإنشاء. وتعتبر مدة عشر سنوات مدة كافية للتحقق من متانة المبنى وصلاحيته لأداء الغرض الذي خصص من أجله , ولا يمكن انقاص هذه المدة إلا في حالة أن تكون إرادة اطراف العقد متجهة إلى أن يكون الضمان لمدة اقصر في حالة ما اذا المدة لبقاء المبنى اقل من عشر سنوات, ولكن ليس هناك ثمة ما يمنع من إطالة المدة حسب رغبة اطراف العقد، واعتبر المشرع البحريني هذه المسالة على قدر من الأهمية بحيث جعلها من النظام العام بحيث لا يستطيع الأفراد الحد منها أو انقاصها حيث نصت المادة 620 من القانون المدني على أن (كل شرط بإعفاء المهندس من الضمان أو بالحد منه يكون باطلا).

(2) د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص275.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري نص على الضمان العشري أسوة بالمشرع الفرنسي من خلال القواعد العامة إضافة إلى قواعد خاصة في القوانين المنظمة لأنشطة الترقية العقارية، فقد نصت على هذا الضمان المدة 554 (1)، من القانون المدني الجزائري على هذا الضمان، كما نصت المادة رقم 46 من القانون رقم 04-11. حيث نصت (تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس).

ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري أيضا يجعل المسؤولية على كل من المكاتب الهندسية الاستشارية والمقاولين الفرعين وكل من تربطه علاقة عقدية بالمقاول عن التهدم الناشئ بالمبنى الذي تم بناؤه حتى ولو كان التهدم يرجع إلى خلل في أرضية الأساس.

وتأثر المشرع الجزائري بالتشريعات المقارنة في تنظيم مثل هذا النوع من الضمان، مقابل المشرع الفرنسي من حيث المبدأ والمدة المقررة مع اهتمام الفقه بكل مجريات عملية البناء قبل وبعد التسليم للمشتري خاصة بعد استلامه العقار المنجز وانتفاعه به، حيث ذهب الفقه في ذلك إلى أبعد النقاط المتعلقة بالضمان لمدة عشر سنوات من خلال احتمال وجود عيوب إن لم تؤثر في العقار في الفترة الأولى بعد الاستلام، فإنها تؤثر عليه في المستقبل (2).

---

(1) حيث نصت على (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

(2) Lescure Patricia , Délimitation des différents régimes de garanties etresponsabilités des constructeurs à l'égard du maitre de l'ouvrage en cas de dommages à l'ouvrage , Thèse , Paris 2, 1991, P 107 et suit

نقلاً عن. د. نسيمة موسى. مرجع سابق، ص155.

المطلب الثالث

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

التزام المطور العقاري بنقل الملكية في عقود بيع العقار تحت الإنشاء يجعله مسؤولاً عن كل ما من شأنه أن يؤثر أو يعوق نقل هذه الملكية. فالبائع ضامن لنقل الملكية للمشتري ويترتب على ذلك أنه لو تبين أن البائع غير مالك للشيء المبيع فإن ذلك سوف يجعل منه عاجزاً عن نقل الملكية للمشتري وفي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع وإذا كان المالك غير مالك لكل المبيع أو أن هذا المبيع مثقلاً بحقوق الغير فإن للمشتري طلب فسخ البيع (1).

ولقد نصت المواد من 406 – 411 من القانون المدني البحريني على مسألة ضمان الاستحقاق وضمان التعرض. ومن الملاحظ على هذه المواد أنها لم تأتي ضمن نطاق خاص يتعرض لضمان التعرض وضمان الاستحقاق، بل جاءت ضمن الالتزامات العامة الواقعة على عاتق البائع في عقد البيع.

وما يهمنا من حديث هو ضمان نقل الملكية في عقد بيع العقار تحت الأنشاء، فإذا ما نظرنا إلى القواعد العامة في عقد البيع الخاص بالعقار فإنه يقابل نقل الملكية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وتتشابه معظم أحكامه معه خصوصاً في المرحلة التي تلي إنجاز المبنى وتحرير العقد النهائي بالبيع. وهذا يلزم البائع بحالة تمنعه هو وغيره عن أي تعرض قانوني للمشتري، فإذا حصل تعرض قانوني من الغير للمشتري وأخفق في دفعه ونتج عنه استحقاق المبيع للغير فهذا هو ضمان الاستحقاق (2).

ونبين هذا الالتزام فيما يأتي:

---

(1) د. سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع، مرجع سابق، ص235.

(2) د. على هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، الطبعة الثامنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص110.

الفرع الأول

ضمان التعرض

يلتزم المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الأنشاء بضمان تعرضه الشخصي، وضمان التعرض الصادر من الغير أيضا وعليه فإننا نتناول هذا في فقرتين.

أولا: ضمان التعرض الشخصي

ويلتزم المطور العقاري وفقا لهذا الضمان بالامتناع عن أية أعمال من شأنها أن تمنع المشتري من الانتفاع بالوجه المناسب ومما يحقق للمشتري نوعاً من الهدوء ويتخذ التعرض الشخصي الصادر من المبيع وفقاً لهذه الحالة نوعين، النوع الأول هو التعرض المادي والنوع الثاني هو التعرض القانوني(1).

1.التعرض المادي الصادر من المطور العقاري

قد يبدو صعوبة تصور وجود هذا النوع من التعرض في عقود بيع العقار تحت الإنشاء، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع قد عنى بعقود بيع العقار تحت الإنشاء مما يجعلها في منأى من التعرض الشخصي الصادر من قبل المطور العقاري. والتعرض المادي يكون بقيام البائع باي فعل مادي يعكر حيازة المشتري للمبيع دون أن يتسند في القيام به إلى حق قانوني يدعيه على المبيع (2). ويعد من قبيل التعرض المادي للمشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، غصب المطور العقاري أو مالك المشروع للعقار، بأن يقوم بالمطور بتأجير الوحدة العقارية أو الاستفادة منها بأي طريق كان مثال ذلك استخدامها كمخزن لمواد بناء وذلك بعد بيعها على المشتري (3).

كذلك يعد من قبيل التعرض المادي لو باع شخص متجره وقام بفتح متجر جاور له لممارسة نفس العمل، وذلك أن هذا العمل قد يفوت على المشتري المنفعة المقصودة.

---

(1) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق، ص105.

(2) أ. يوسف سعدون العامري، مرجع سابق، ص137.

(3) د. سيبل جعفر، مرجع سابق ,282-283.

2. التعرض القانوني الصادر من المطور العقاري

قد يكون التعرض الصادر من المطور العقاري تعرضاً قانونياً، مثال ذلك أن يقوم المطور العقاري بادعاء ملكية غرفة الحارس المخصصة للخدمات، كما أنه ليس للمطور العقاري بيعها للغير (1)، في مبنى متعدد الطوابق، والتي بدورها تكون ملكتها عائدة لجميع الملاك حسب ما هو ورد في لائحة اتحاد الملاك.

ثانيا: ضمان تعرض الغير

أما الصورة الثانية للتعرض فهو التعرض الصادر من الغير والذي يدعي فيه الغير هنا بحق على المبيع، وقد نصت المادة 308 من القانون المدني البحريني على (يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعي حقاً على المبيع يحتج به على المشتري كما يكون ملزماً بالضمان ولو أدعى المتعرض حقاً نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله).

---

(1) وفي هذا الحكم الصادر من المحكمة الكبرى المدنية الدائرة الثامنة في مملكة البحرين حيث قضت المحكمة (فلما كان الثابت بالأوراق أن العقار موضوع التداعي وفقاً لما جاء برد جهاز المساحة والتسجيل العقاري هي حجرة المنافع الخاصة بالعقار المملوكة لملاك العقار على الشيوع إلا أنها وفقا لإفادة البلدية لم يصرح لها للبيع وفقاً لنظام الطبقات المعمول به بموجب القرار رقم 9 لسنة 2004 بشان اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق والمادة رقم (9) منه والتي قررت أنه : " يكون استعمال الأجزاء المشتركة وفقا لما أعدت له هذه الأجزاء إما بحسب طبيعتها أو بحسب ما ورد باتفاق الملاك من تخصيص معين لهذه الأجزاء على أن يوضع في الاعتبار طبيعة وموقع العقار أو مجموعة الأبنية وما جرى عليه العرف ، ولكونها وحدة منافع للعقار وانه لا يوجد لها شهادة مسح مستقلة لعدم صدور الموافقة المسبقة من المدعى عليها الثالثة وفق الثابت بخطاب بلدية المنطقة الوسطى بإدارة الخدمات الفنية المؤرخ في 2015/3/24 ، ومن ثم لا يجوز التعامل عليها بالبيع أو الشراء ولا ينال من ذلك عقد البيع المحرر بين المدعي والمدعى عليه الأول وإقرار المدعى عليه الأول بقبض الثمن لوروده على محل غير قابل للتصرف ومن ثم تكون الدعوى قائمة على غير سند جديرة بالرفض.

ويصعب تصور ادعاء الغير بملكية العقار المقام عليه مشروع التطوير العقاري، إذ أن من شروط الحصول على الترخيص لمشروع التطوير العقاري تقديم ما يفيد بملكية المطور العقاري للعقار أو الموافقة من قبل مالك العقار، لكن فرضية تعرض الغير إنما تكون من مبدأ جواز إبرام العقود التمهيدية لعقار تحت الإنشاء مما يجعل فرضية ادعاء الغير بأفضليته على المشتري في عقد البيع واردة.

إن المطور العقاري ملزم بدفع التعرض الصادر من الغير، فإذا لم يقم بدفع التعرض وثبت وجود عقد بيع الوحدة مع المتعاقد الذي حصل له التعرض وكان سابق على عقد هذا الأخير وقضى ببطلان العقد ففي هذه الحالة، فإذا كان العقد صحيحاً فإنه ينشأ هذا الالتزام لأن الالتزام أساس قد نشأ عن العقد، أما ذا كان العقد باطلاً فإنه لا يمكن أن يكون منتجاً لأثار عقدية وبالتالي لا يكون للمشتري الذي قضى ببطلان عقده الرجوع بضمان التعرض والاستحقاق (1). وقد يقع التعرض من الغير مادياً أو قانونياً ولا يضمن المطور العقاري سوى التعرض القانوني الصادر من الغير، فلا يكون المطور العقاري مسؤولاً بعد التسليم، عن التعرض المادي الصادر من الغير كما لو قام شخص بالتعدي عليه أو إتلافه (2). على العكس من دعوى الاستحقاق فهي الدعوى التي يقيمها الغير لدى المحكمة المختصة من أجل المطالبة على الحق الذي يدعيه. فإن دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري تجعل البائع ملزماً التدخل في الخصومة وأن يحل فيها محله إذا علم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا اثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري، كما أنه حق يثبت للمشتري حتى لو أعترف بحسن نية الغير أو تصالح معه (3).

---

(1) د. سيبل جعفر حاجي، مرجع سابق، ص285.

(2) د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص112.

(3) أ. دبار محمد أمين، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع على التصاميم، مجلة الحوار المتوسطي' العدد 14-13، ديسمبر2016، ص 374-391.

ونص المشرع البحريني على ضمان التعرض في قانون تطوير القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 على ضمان التعرض بشكل عرضي وغير منظم، حيث نصت المادة رقم 31 من القانون في فقرتها ب على (ب-يلتزم المطوِّر بعد إنجاز الوحدة العقارية بالقيام بكافة الأعمال التي تتفق مع مقتضيات حُسْن النية لتسجيل الوحدة باسم المشتري وتسليمه كافة الشهادات والسندات والوثائق المتعلقة بالوحدة والأجزاء المشتركة وأدلة تشغيل الأجهزة والتركيبات والضمانات المقررة لتلك الأجهزة والتركيبات).

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي وموقف المشرع الإماراتي من النص على ضمان التعرض وضمان الاستحقاق في القوانين الخاصة المنظمة لبيع العقار تحت الإنشاء، فإنه لم ينص على هذا الضمان في قانون 3 يناير لسنة 1967 الفرنسي ولا التعديلات اللاحقة عليه كما لم ينص المشرع الإماراتي من خلال القانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.ويبدو أن المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي إذ لم يقوما بالإشارة إلى ضمان التعرض والاستحقاق فإن هذا لا يدل عدم تقرير هذا الضمان في عقد بيع العقار تحت الإنشاء، بل أنهم قد تركوا تنظيم أحكام هذا الضمان للقواعد (1).

الفرع الثاني

ضمان الاستحقاق

يلتزم البائع بتعويض المشتري عما يصيبه من ضرر أذا ثبت استحقاق المبيع للأجنبي، أي أن الغير قد استحق المبيع كله أو بعضه أو قد ثبت الحق عليه، فيلتزم في هذه الحالة البائع أن بالضمان عن طريق التعويض للمشتري عما لحقه من ضرر (2).

---

(1) نظم المشرع الفرنسي ضمان التعرض وضمان الاستحقاق ضمن نصوص للقانون المدني، كذلك المشرع الإماراتيين بموجب قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 والمعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987في الأمارات من المواد رقم 543 -542.

(2) د. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، القسم الأول، عقدي البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط الأولى،2010، ص131.

ويكفي لرجوع المشتري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء على البائع بدعوى الضمان أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه (1). ويعرف الاستحقاق على أنه (نزع ملكية المبيع كله أو بعضه تحت يد المشتري بحكم قضائي، ولكن معنى الاستحقاق لا يقف إلى هذا الحد ولكن يتناول جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس في مقدوره دفعه (2).

ولكن كيف يكون الاستحقاق في عقد بيع العقار تحت الإنشاء؟

إذا ما حصل التعرض الموجب للاستحقاق من قبل المطور العقاري تجاه المشتري فإنه يلتزم بالتعويض، وقد يتخذ التعرض في عقد بيع العقار تحت الإنشاء صورة ادعاء الغير بملكية الوحدة المبيعة للمشتري وتعرضه للمشتري الذي سجل عقده في منازعته لكل أو جزء من الوحدة العقارية المبيع. وأساس تصور هذه الفرضية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو أن المشرع الفرنسي أجاز صراحة للمشتري في عقد بيع العقارات تحت الإنشاء أن يتنازل المشتري عن حقوقه المستمدة من عقود بيع العقار تحت الإنشاء، ويترتب على ذلك أن المتنازل له يحل بقوة القانون محل المشتري في القيام بالتزاماته أمام البائع (3)، وأجاز المشرع البحريني أن يقوم المشتري أيضا بموجب عقد بيع عقار تحت الإنشاء أن يبيع وحدته العقارية لشخص آخر، فلذلك فإن منازعة الغير في الملكية أمر وارد (4).

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 365.

(2) أشار إلى هذه التعريف الدكتور أنور سلطان، البيع والمقايضة 298-، مشار إليه لدى د. سبيل جعفر، مرجع سابق، ص 283-299.

(3) د. محمد المرسي زهرة. مرجع سابق. ص 173.

(4) مادة رقم 32 من قانون رقم 27 لسنة 2017 حيث نصت على (في حالة قيام المشتري ببيع الوحدة العقارية على الخريطة لشخص آخر، لا يجوز أن تزيد المصروفات الإدارية التي يتقاضاها المطوِّر الرئيسي أو الفرعي من المتعاقِد مع المشتري الأول على النسبة التي يصدر بتحديدها قرار من مجلس الإدارة، وتسري أحكام هذا القانون على المشتري الجديد).

واعتبرت محكمة التمييز في مملكة البحرين بيع العقار مرتين من قبل شخص واحد جريمة احتيال، تستوجب الجزاء الجنائي إلى جانب الجزاء المدني (1). حيث اعتبرت محكمة التمييز البحرينية هذا الفعل من قبيل جريمة النصب، وأنه كان يتعين على أن محكمة الموضوع أن ترجئ الفصل في الدعوى لحين البت في الحكم الجنائي (2).

ويجوز للمشتري بجانب دعوى ضمان الاستحقاق في عقد بيع العقار تحت الإنشاء أن يرجع على البائع بدعوى الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير أو دعوى الفسخ على أساس عدم تنفيذ البائع بالتزامه بنقل الملكية (3).

---

(1) الطعن رقم 2004/247 / جلسة 2005/2/7-منشور. وتتلخص وقائع الدعوى في إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعن الدعوى رقم 9/4078/2003/02 أمام المحكمة الكبرى المدنية بطلب الحكم بإلزامه بأن يدفع له مبلغ 17500 دينار والمصاريف قائلاً أنه بتاريخ 1998/10/24 اشترى من الطاعن العقار المبين باللائحة مقابل ثمن سدده قدره 12 ألف دينار وبتاريخ 1998/12/6 باع هذا العقار إلى ابنة الطاعن بعقد بيع مرابحة بالأجل إلا أنها لم تسجل العقد وقد فوجئ بأن الطاعن باع هذا العقار إلى آخر بتاريخ 2000/11/14 فأقامت ابنة الطاعن عليه الدعوى رقم 2001/5904 بطلب إلزامه برد ثمن المبيع وحكم لها بذلك وتأييد الحكم في الاستئناف رقم 35 لسنة 2003 وأنه يحق له المطالبة بتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب يتمثل في المبلغ الذي سدده في تلك الدعوى وقدره 500ر16521 دينار ورسومها والفوائد وأتعاب المحاماة المقضي عليه بها ومجموع ذلك المبلغ المطالب به ، دفع الطاعن بسقوط الدعوى بالتقادم وبصورية عقد البيع الصادر منه للمطعون ضده والمحكمة حكمت للمطعون ضده بطلباته. استأنف الطاعن بالاستئناف رقم 7/1080/2004/05 ومحكمة الاستئناف العليا المدنية حكمت برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، والمكتب الفني للمحكمة قدم مذكرة برأيه.

(2) حيث قضت (بما مفاده أن الفعل المكون للأساس المشترك في الدعويين المدنية والجنائية، وهو بيع الطاعن للعقار الذي سبق أن باعه للمطعون ضدها واحد ومعروض على المحكمة الجنائية للفصل فيه، فانه كان يتعين على محكمة الموضوع وقف نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى الجنائية سالفة الذكر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك، فانه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يوجب نقضه).

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 131-132.

خاتمة

في ظل المقارنة بين القوانين، برزت مجموعة من النتائج واستنبطت توصيات نعرضها فيما يأتي:

أولا: -النتائج

1. عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو من العقود المسماة لدى المشرع الفرنسي والمشرع البحريني والمشرع الإماراتي، فكل هذه التشريعات وضعت نصوصا خاصة ضمن قوانين محددة نظمت عقود بيع العقار في طور الانشاء تفصيليا من حيث الاحكام القانونية والضمانات , وكان المشرع الفرنسي قد نال قصب السبق في تنظيم هذه العقود من خلال قانون رقم 3 يناير لسنة 1967 وتعديلاته المتعلق ببيع العقار تحت الانشاء, بينما نظم المشرع البحريني هذه المسألة أول مرة في سنة 2014 بموجب القانون رقم 28 لسنة 2014 المتعلق بالتنظيم العقاري, وبعد ذلك ألغي هذا القانون وحل محله مؤخرا القانون رقم 27 لسنة 2017 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري كما تم تنظيمه في إمارة دبي بموجب القانون رقم 13 لسنة 2008, بينما لايزال هناك من الدول التي لم تنظم بيع العقار تحت الإنشاء من خلال منظوماتها التشريعية فهو لديها عقد غير مسمى ومثال ذلك القانون المصري والقانون العراقي .

2. لم يجزم المشرع الفرنسي ولا المشرع البحريني في القول بشكلية عقود بيع العقار تحت الإنشاء, واختلفا فيما بينهما من موقف كل مشرع فيما يتعلق بالشكلية في عقد بيع العقار تحت الإنشاء , فالمشرع الفرنسي فرض نوعين من الحماية والتي إستتبع بعدها القول بشكلية أو عدم شكلية عقود بيع العقار تحت الإنشاء , فالعقد يعتبر شكلي بالنسبة للمشرع الفرنسي أذا ما أبرم من خلال نطاق الحماية الخاص والذي يكون فيه المشتري قد قصد من عملية الشراء عن طريق بيع العقار تحت الانشاء أن يوفر المسكن الخاص له أو أن يكون المكان يستخدم للسكن الخاص والمهني في ان واحد , أما اذا ابرم العقد ضمن النطاق العام فلا يشترط المشرع الفرنسي شكلا معينا لإبرام هذا العقد, أما بالنسبة للمشرع البحريني فإن الأصل هو خضوع عقود بيع العقار تحت الإنشاء للقواعد العامة في ابرام العقود دون إتباع شكل معين في العقد , ويجوز لمؤسسة تنظيم القطاع العقاري أن تورد إستثناء على هذا المبدأ لصالح مشاريع معينة فيتطلب القانون خضوع العقود فيها إلى شكل معين يجب إتباعه أو القيام بإجراءات معينة لإبرام العقد و, ولم تتحدد طبيعة هذه المشاريع حتى الان.

3. يوجد إختلاف على مستوى الفقه والتشريع في توحيد مصطلح عقد بيع العقار تحت الإنشاء حيث عرف المشرع الفرنسي عقد بيع العقار تحت الإنشاء لاحقا بمقتضى صدور القانون الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء بموجب القانون رقم 3 يناير لسنة 1967 كما عرف المشرع البحريني بيع العقار تحت الإنشاء تحت مسمى البيع على الخريطة في القانون رقم 28 لسنة 2014 والقانون رقم 27 لسنة 2017 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري. وقد حاول الفقه قبل التشريع في وضع تعريف مناسب لعقود بيع العقار على الخريطة وذلك بإستجماع الصفات المميزة لهذه العقود , وأختلف الفقهاء في فرنسا في تحديد هذه العناصر فتارة ينظر إليها من خلال الإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف وتارة ينظر إليها من خلال النتيجة النهائية لتنفيذ العقد, ولم يتطرق المشرع البحريني لهذه العناصر من خلال تعريفه للعقد بل أشار إلى النتيجة النهائية وهي بيع العقار قبل إنشاءه أو اكتماله , وعلى العكس من ذلك أشار التعريف لدى القانون الفرنسي إلى عناصر مهمة في عقد ببيع العقار تحت الإنشاء وهي القيام بعملية البناء على الكيفية المنصوص عليها في عقد البيع.

4. عقد بيع العقار تحت الإنشاء هو من العقود التي يخضع في تفاصيله إلى القواعد العامة في عقد البيع، حتى وإن كانت هناك بعض المحاولات والتشريعية إلى وضع تنظيمات خاصة بهذا العقد فإنها لم تأتي بجديد كل ما في الأمر أن هذه التشريعات فصلت أكثر في بعض المسائل المتعلقة بظروف ابرام العقد وليس في أركانه. وقد كان المشرع البحريني يريد أن يرسم صورة جديدة لعقد بيع العقار في تحت الأنشاء من خلال تنظيمه قانون التطوير العقاري في سنة 2014, إلا أن هذه القانون لم يتمكن من مواكبة سرعة تطور بيع العقار تحت الإنشاء ولم يتمكن أصحاب المشاريع من تطبيقه وبالتالي تم إلغائه في ظرف أقل من ثلاث سنوات وحل محله القانون رقم 27 لسنة 2017 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري والذي يرجع في مجمل أحكامه إلى القواعد العامة في عقد البيع فيما يتعلق ببيع العقار على الخريطة, مع الإقرار بالطبيعة الخاصة للعقد في بعض الأحكام.

5. لعقد بيع العقار تحت الإنشاء (البيع على الخريطة) جملة من المزايا كما له من العيوب أيضا, فهو وسيلة إقتصادية جيدة في توفير السكن بأسعار أقل من تلك التي تتعلق بالمباني الجاهزة, إذ أن المطور العقاري أو البائع يتنازل عن جزء من أرباحه مقابل تمويل جزء من عملية البناء التي يقوم بها المشتري , فضلا عن ما يحققه هذا العقد من تجنب المشتري لتمويل العملية عن طريق القروض التي قد تكون قروضا ربوية , وذلك أن فترة السداد لمبلغ العقد عادة ما تكون خلال سنتين من تاريخ البدأ في المشروع والذي يعطي المشتري خيارا واسعا وسعة في دفع مبلغ الشراء , كما يعد تعثر المطور العقاري في إتمام عملية البناء من أكبر المشاكل التي تواجه واقع التطوير العقاري في مملكة البحرين.

6. يمكن أن يكون عقد بيع العقار تحت الإنشاء وسيلة لإستغلال بعض المطورين العقارين للمشترين إستغلال لظروف معينة مثل الحاجة الملحة في توفير السكن للمشتري, ويعد ذلك وسيلة لفرض بعض الشروط التعسفية والتي يقبل فيها المشتري عادة نظرا لأهمية الغرض من إبرام العقد, وتتضح فكرة الإذعان في عقود بيع العقار على الخريطة حتى وأن لم نسلم بها قطعا في هذه النوعية من العقود, فالقواعد العامة تشير إلى أحقية طرفي العقد في مناقشة الشروط الواردة في العقد والإتفاق على كافة الأمور التفصيلية , إلا أن معظم شركات التطوير العقاري قد دأبت على إدراج العقود ضمن نماذج محددة لا يكون للمشتري أي دور فيها سوى القبول بما أعد سلفا والتوقيع عليه.

7. عقد بيع العقار تحت الإنشاء كسائر العقود الاخرى، يلزم القانون ان تتوافر فيه الشروط العامة للعقد من تراضي ومحل وسبب، وقد تعامل القضاء البحريني على أساس هذا الواقع من قبل صدور قانون تنظيم القطاع العقاري، فكان القضاء البحريني ينزل أحكام عقد البيع العامة على العقود التي تتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء سواء بالتنفيذ العيني أو التعويض في حالة إستحالة التنفيذ العيني للعقد.

8. أن المشرع الفرنسي لم يتوسع في الضمانات الممنوحة لأطراف عقد بيع العقار تحت الإنشاء كما فعل المشرع البحريني , على إعتبار ان الضمانات المقررة في عقدي البيع والمقاولة هي كافية لتحقيق الغرض من نجاح العملية التعاقدية, مع الاخذ بعين الإعتبار نطاق الحماية الخاص لدى المشرع

الفرنسي, بينما نلاحظ أن المشرع البحريني قد توسع في الضمانات الممنوحة لأطراف التعاقد وخصوصا للمشتري وذلك بغية تحقيق نجاح العملية التعاقدية وبالتالي يتضح لنا أن عقود بيع العقارات تحت الإنشاء إنما كانت تحتاج إلى تنظيم وتهيئة الظروف لها أكثر من محاولة تصور وضع قانوني جديد بالنسبة إلى هذه العقود.

9. تنوعت الضمانات الممنوحة للمشتري في عقود بيع العقار تحت الانشاء لدى المشرع البحريني ما بين ضمانات سابقة لإبرام العقد ومنها الترخيص الإداري وتنظيم الإعلانات عن مشاريع التطوير العقاري, إضافة إلى الإلتزام الذي يقع على عاتق البائع بتبصير المشتري في هذا العقد , فضلا عن الضمانات الممنوحة لأطراف العقد عند التوقيع وأثناء تنفيذ الإلتزامات العقدية والتي تتعلق بحسن سير العمل في المشروع , إلى ما قرره المشرع من ضمانات تمتد إلى ما بعد التسليم من خلال تكريس مبدأ الضمان العشري المقرر في القواعد العامة لعقود المقاولة.

10. كرس المشرع البحريني مبدأ إنشاء حساب ضمان مستقل بإسم كل مشروع تطوير عقاري يهدف الى ضبط عملية إيداع وصرف المبالغ منه والتي يتم استخدامها في تمويل مشروع التطوير العقاري الذي خصص الحساب من أجله, وأوكل مصرف البحرين المركزي بالاتفاق مع مؤسسة التنظيم العقاري كافة القواعد المنظمة لعمل هذا الحساب , وتخصيص المبالغ المودعة فيه حصريا للصرف على المشروع , وقد حصن المشرع البحريني هذا الحساب من الحجز ضد دائني المطور العقاري كما لا يدخل حساب الضمان في الضمان العام للدائنين سوى للوفاء بالالتزامات المتعلقة بالمشروع بما في ذلك حقوق المشترين.

11. أن معظم الأحكام القانونية والواردة في قانون تنظيم القطاع العقاري تحمل الصفة الامرة وإنما ما وضعت إلا لتحقيق أقصى درجات الحماية لأطراف العقد أي أنها تتعلق في غالب الأحيان بالنظام العام، فلا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على خلافها، وهو ما يشكل بحد ذاته ضمانة للمتعاقدين.

12. من اثار عقد بيع العقار تحت الإنشاء هي التزامات متبادلة تقع على عاتق كل من المطور العقاري والمشتري فيلتزم المطور العقاري بالبناء وبعدها يلتزم بنقل الملكية إلى المشتري ووضع العقار تحت تصرفه وكما يلتزم المشتري بدفع الثمن إضافة إلى التزام المشتري بتسلم العقار بعد اكتمال البناء فيه وأخيرا يلتزم المشتري في عقود بيع العقار تحت الإنشاء بدفع تكاليف المبيع وتسليمه إلا أذا اتفق

على غير ذلك, كما أن المشرع البحرين قد جعل حالة من التفرد وخروجا على القواعد العامة في تحمل البائع أو المطور العقاري تكاليف قيد عقد بيع العقار تحت الأنشاء في السجل الخاص المنصوص عليه في المادة رقم 27 من قانون تنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين .

13. يلتزم المطور العقاري في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لدى الفرنسي والاماراتي والبحريني بالضمان وهو من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المطور العقاري، ومن هذه الضمانات ما يكون قبل إبرام العقد ومنها ما يكون أثناء تنفيذ العقد ومنها ما يكون بعد تنفيذ العقد.

ثانيا: -التوصيات

1. أقترح تعديل المادة رقم 1 من القانون رقم 27 لسنة 2017 فيما يتعلق بمسمى عقد البيع على الخريطة عند المشرع البحريني واستبداله ب (بيع العقار تحت الإنشاء). حيث أن تسمية البيع على الخريطة لا أصل لها تشريعيا لدى قانون الأصل، وهو القانون الفرنسي، فضلا عما يجعل هذه التسمية على قدر من الخلط بينها وبين خارطة العقار المنصوص عليها في القانون رقم 13 لسنة 2013 الخاص بالتسجيل العقاري، فإنها لا تعكس حقيقة وطبيعة العقد المبرم بين الطرفين، وعليه فإنني أقترح تغيير مسمى عقد البيع على الخريطة عند المشرع البحريني واستبداله ب (بيع العقار تحت الإنشاء).

2. استبدال تعريف البيع على الخريطة (بيع العقار تحت الإنشاء) في المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 2017 على أن يصبح كالاتي: -بيع العقار تحت الإنشاء (هو البيع الذي يتعهد بموجبه المطور العقاري، أو البائع بإقامة مبنى لصالح المشتري حسب الكيفية الذي يحددها العقد، مقابل دفعات من المبالغ المستحقة حسب التقدم في أشغال البناء على أن ينقل البائع ملكية المبنى للمشتري بعد أنجازه) حيث أنه لم يكن التعريف الذي أورده المشرع البحريني على قدر من الحرفية الذي يعكس الواقع الفعلي لهذا العقد والمغزى الحقيقي منه , ولم يستطع التعريف على أن يستجمع العناصر الرئيسية لعقد بيع العقار تحت الإنشاء .

3. إلغاء نص الفقرة ب من المادة 29 والذي ينص على (يجوز لمجلس الإدارة أن يصدر في بعض أنواع مشروعات البيع على الخريطة نماذج لعقود بيع وحداتها العقارية، ولا يجوز للمطور تعديل أحكامها وشروطها إلا في حدود ما تسمح به تلك النماذج) حيث أن نص هذه المادة وإن كان في ظاهره الحفاظ على بعض أنواع المشروعات وإحاطتها بنوع من الحماية إلا أنه يجعل منها ميزة لبعض أنواع المشاريع وفقا لسلطة تقديرية دون أن يكون هناك معيار ثابت لهذه المشاريع مما يجعل إضفاء هذه الحماية غير مبررة.

4. أضافة نص فقرة د إلى المادة 18 من الفصل الثاني من قانون تنظيم القطاع العقاري نصها (إذا رأى المطور العقاري بعد البدء في أي مشروع التطوير العقاري أنه من المصلحة بيع المشروع بنظام البيع على الخريطة فإنه يجب عليه توفيق أوضاعه حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون مع مراعاة القرارات التي تصدرها منظمة التنظيم العقاري) حيث أنه البحريني لم يعالج قانون التنظيم العقاري مسألة قيام المطور العقاري بتغيير وصف النشاط أثناء بناء أحد المشاريع, بحيث أن يرى المطور العقاري بعد البدء في أعمال البناء أنه من الأفضل لسير المشروع ان يقوم ببيعه على الخريطة.

5. ألغاء نص المادة 2 من قانون التطوير العقاري رقم 27 لسنة 2017 فيما يتعلق بنطاق تطبيق القانون حيث نصت المادة على أن تسري أحكام هذا القانون على العقارات المشتركة والتطوير العقاري وجميع أنشطة القطاع العقاري وهذا أمر منتقد في حصر تطبيق القانون على نطاق محدد من العقارات، فالقانون إنما وضع لضبط الحالة على كافة أنواع العقارات دون استثناء فخطورة تعثر البناء وعدم استكماله تتحقق سواء في العقارات المشتركة أو الغير مشتركة والاكتفاء على النص بشمولية تطبيق القانون على كافة أنواع العقارات.

6. إلغاء نص المادة 10 من القرار رقم 6 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم عمل والتزامات وواجبات المطورين ,حيث انه لا يمكن القبول بأن تقوم مؤسسة التنظيم العقاري بتسجيل الوحدة المبيعة باسم المشتري في حال عدم قيام المطور العقاري بتسليم الوحدة أو نقل ملكيتها للمشتري بعد سداد الثمن , إذ أن القول بذلك يغل من يد القضاء الذي يجب أن يكون له القول الفصل في مدى وصحة تنفيذ كل طرف والتزاماته كما أن هذا النص يخالف القواعد العامة من حيث لجوء المشتري في هذه الحالة إلى القضاء أما للتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى.

المراجع

المراجع العربية

أولا: الكتب القانونية

إبراهيم سيد أحمد، قانون التمويل العقاري، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2005

ابراهيم سيد احمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء الإسكندرية، [مصر]: منشأة المعارف، 2005

أحمد عبدالعال المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري ,البحث عن صورها ومضمونها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقيه,2001

أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة في الفقه والقضاء الفرنسي. منشاة المعارف بالإسكندرية.2005

الصغير محمد مهدي. النظام القانوني للتمويل العقاري. دراسة مقارنة في القانون المدني. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية.2012

أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني المقاولة، التزام المرافق العامة الإسكندرية. منشأة المعارف، 2002

أنور طلبة، المسؤولية المدنية في العقود المسماة، المكتب الجامعي الحديث، 2005

جاك غستان. المطول في شرح القانون المدني. الجزء الأول. تكوين العقد. ترجمة الدكتور منصور القاضي. المؤسسة العامة للدراسات والنشر بيروت. الطبعة الأولى. 2000.

جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع الإيجار، المقاولة، دراسة في ظل التطور القانوني، 1997

جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني، العقد، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن, 2014.

خالد جمال احمد حسن. مصادر الالتزام واحكامه في القانون المدني البحريني. سلسلة الكتب القانونية. جامعة العلوم التطبيقية.2011.

خالد جمال أحمد. الالتزام بالأعلام قبل التعاقد. دار النهضة العربية. القاهرة. دون سنة نشر

خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة البيع والتأمين والإيجار. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى 1979

رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، دراسة مقارنة في القانون المدني وقانون حماية المستهلك والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2008

سالم دياب، التطوير الإبداعي في التسويق العقاري، دار النشر للجامعات، القاهرة , 2014، الطبعة الأولى.

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية شتات. عقد البيع وعقد الكفالة، الطبعة الخامسة

سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع. مكتبة الوفاء القانونية. الإسكندرية. الطبعة الأولى .2009

سمير عبد السيد تناغو. النظرية العامة للقانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. دون سنة نشر.

صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة ,1963

عبد الرحمن احمد جمعة الحلاشه، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر، عمان.2005

عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية المجلد الأول البيع والمقايضة الجزء الرابع, منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات احلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، الجزء الأول، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، منشورات احلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل لملكية الأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان, 2015.

عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الأجزاء 1-3, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت لبنان,1998.

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الأجزاء 3-6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان,1998.

عصمت عبد المجيد بكر. نظرية العقد في القوانين المدنية العربية. دار الكتب العلمية. بيروت. دون سنة نشر.

عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية

علي بن عزان الهاشمي. الاثار القانونية للتسجيل العقاري. دراسة مقارنة. دار الفكر والقانون.سنة الطبع 2010.

علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة,2003

عدنان إبراهيم السرحان. شرح القانون المدني. العقود المسماة. المقاولة الوكالة الكفالة. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن. 2013.

علاء ذكي، المسؤولية الجنائية لمهندسي البناء والمقاول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى ,2014.

عمر علي الشامسي. فسخ العقد. دراسة مقارنة. القومي للإصدارات القانونية. الطبعة الأولى 2010.

عبد الرحمن بن ناصر السعدي، إبهاج المؤمنين بشرح منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، الجزء الثاني، دار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض , 2001

قاسم علي سيد، الجوانب التمويلية للقانون الإيجاري القاهرة: دار النهضة العربية، 1990

ليلى عبد الله سعيد، الوجيز في شرح القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001، العقود المسماة، عقد البيع، جامعة البحرين، الطبعة الاولى 2003

محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد، المجلد الأول 2018.

محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد، المجلد الثاني 2018.

محمد حسين عبدالعال. الوجيز في التأمينات العينية والشخصية في القانون المدني البحريني. منشورات جامعة البحرين. الطبعة الأولى 2004

محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، القسم الأول عقدي البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ,2010

محمد سعد خليفة، العقود المسماة في القانون المدني البحريني [الصخير، البحرين]: جامعة البحرين، كلية الحقوق، 2011

محمد الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى. 2001

محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (الكفالة، الوكالة، السمسرة، الوديعة، الحراسة) الإسكندرية، [مصر]: منشأة المعارف، 2005.

محمد زهرة المرسى، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي الطبعة الأولى -1989

محمد وليد المصري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، مطبوعات جامعة البحرين، كلية الحقوق، الصخير، البحرين، الطبعة الثالثة 2009.

محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشئات الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة.

محمد لبيب شنب. شرح أحكام المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. منشأة المعارف بالإسكندرية. الطبعة الثانية,؟؟؟؟؟.

محمد شكري سرور. شرح أحكام عقد البيع. دون ناشر. دون مكان نشر. 1997

معتز نزيه محمد الصادق المهدي. المتعاقد المحترف. دار النهضة العربية.2009

معوض عبد التواب، موسوعة الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، مصر، الطبعة الثالثة 2003.

نبيل إبراهيم سعد. العقود المسماة. عقد البيع. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. الطبعة الرابعة.2010

ثالثا: المقالات والأبحاث والدوريات

دبار محمد أمين، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع على التصاميم بحث منشور في مجلة الحوار المتوسطي' العدد 14-13، ديسمبر2016، ص 374-391

زكريا زيتوني. الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم. دراسة قانونية. مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية. العدد ع 19 ديسمبر 2013.

سلام عبد الزهرة الفتلاوي. المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري. بحث. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العدد الثالث. السنة السابعة. 2015 .

صبري حمد خاطر. التأسيس لنظام قانوني للمعلومات. بحث منشور في المجلة الدولية للملكية الفكرية العدد الأول. مركز النشر العلمي بجامعة البحرين.2013

صبري حمد خاطر. التأسيس لنظام قانوني للمعلومات بحث منشور في المجلة الدولية للملكية الفكرية العدد الأول. مركز النشر العلمي بجامعة البحرين.2013

ضحى محمد سعيد عبد الله، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون. جامعة الامارات العربية المتحدة. العدد 49 .2012

عائشة طيب. عقد البيع على التصاميم في ظل قانون رقم 11-04.دراسة قانونية. دار البصيرة للدراسات التعليمية والاستشارات. العدد 13 لسنة 2011.

عياشي شعبان. الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم. مجلة العلوم الإنسانية العدد رقم 27 لسنة 2012

نسيمة شيخ. التزامات مقاول البناء على ضوء القواعد العامة في القانون الجزائري. بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية. العدد الأول.2014

رابعا: الرسائل العلمية

حازم زهير سعادة. الالتزام بالتبصير في عقد البيع. رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة ال البيت. الأردن .2011

خديجة عبد الحسين أحمد. النظام القانوني للتميل المصرفي الإسلامي في إطار البناء والاستثمار العقاري، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة البحرين 2017

رضوان عبد الجليل السكرانة. الضمان العشري للمقاول والمهندس في عقد المقاولة. رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة جرش الأهلية. الاردن .2014

سميحة حنان خوادي جية. قيود الملكية العقارية الخاصة. رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة قسنطينة. الجزائر 2008

عبد الجبار ناجي الملا صالح، انقضاء المقاولة، رسالة دكتوراه، بغداد, 1979

عامر مهنا عطويي. الأحكام القانونية لتغيير نفقات تنفيذ التصميم المتفق عليه في عقد المقاولة. رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإسراء. الأردن.2016

محمد فتحي شحاته إبراهيم دياب، الحماية الجنائية لمشتري عقار تحت التشييد، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر , 2013

خامسا: القوانين والتشريعات:

أولا: القوانين العربية

. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري (114 لسنة 1946)

. القانون المدني المصري (131 لسنة 1948)

. قانون التسجيل العقاري البحريني (15 لسنة 1979)

. المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1986 الخاص قانون الولاية على المال

. مرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987 الخاص بإصدار قانون التجارة البحريني

. المرسوم بقانون رقم 2 لسنة2001 الخاص بتنظيم تملك غير البحرينيين للعقارات.

. قانون رقم 9 لسنة 2009 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في امارة دبي.

. القانون الجزائري بموجب القانون رقم 11/4 منشور في الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 2011/3/6

. قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010

. القانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك البحريني.

. قانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بإصدار قانون التنظيم العقاري.

. قانون التسجيل العقاري الصادر بموجب القانون رقم 13 لسنة 2013

. القرار رقم (25) الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون رقم 28 لسنة 2014 الخاص بقانون التطوير العقاري

. قرار رقم (10) لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري الصادر بالقانون رقم (13) لسنة 2013

. قانون رقم 27 لسنة 2017 الخاص بتنظيم القطاع العقاري في مملكة البحرين.

. مرسوم بقانون رقم 69 لسنة 2017 الصادر بشأن تنظيم مؤسسة التنظيم العقاري.

. قرار رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري رقم (1) لسنة 2018بشأن تراخيص المطور والوسيط ووكيل المبيعات في القطاع العقاري.

. قرار رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري رقم (2) اسمة 2018 بشأن تراخيص مشاريع البيع على الخريطة.

. قرار رئيس مجلس إدارة مؤسسة التنظيم العقاري رقم (6) لسنة 2018 بتنظيم عمل والتزامات وواجبات المطورين.

. قرار رقم 19 اسنة 2018 بتنظيم مزاولة نشاط أمين حساب ضمان مشاريع البيع على الخريطة.

ثانيا: القوانين الفرنسية

. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804

. المرسوم رقم 131-2016 الخاص بتعديل أحكام ونصوص القانون المدني الفرنسي.

. قانون 547 لسنة 1967 الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء وضمان عيوب البناء.

. القانون رقم 3 لسنة 1967 الصادر بشأن بيع العقار تحت الانشاء الفرنسي.

. قانون القرض العقاري الفرنسي برقم (596/79) الصادر في يوليو 1993.

. تقنين البناء والسكن الفرنسي المواد من R453-8 , R111-1

سادسا: الأحكام القضائية

. الطعن رقم 251 /2005 جلسة بتاريخ 19 / 12 / 2000 غير منشور.

. الطعن رقم 242 جلسة تاريخ 2003/4/21 غير منشور.

. Cass. civ ،janv1975 ،hcp, 1975, 18151 ،note bergel

. Cass.civ.mai.1976.gb.1976.p.611.note.pch.ronouil

سابعا: المراجع الفرنسية

Aubry ET rau, cours de droit civil francais, tome (5) 6-eme edition .n 374.Flour Jacques ،aubert ،Luc Jean ،les obligation ،source ،l'acte Jurdique vol 1, 1975 ،Paris ،p71.

D.TOMASIN ،l'évolution contemporaine du droit des biens, troisième journée Renée Savatier, portiers 4 ET 5 octobre 1990, presse universitaire de France 1991.

J.tartanson, lavente dimmeuble a construier jusqu la deliverance, loi du3 janve 1967.

Jean-Louis Bergel ،Vente d'immeuble à rénover ،lamy axe droit collection ، franc 2010

Michel dagot, lavente dimmeuble a consturier .1983

R.saint.alary, lavente dimmeuble a construier ET, lobligation de grantie araison des vices de construction j.c.p, 1968

ph.malinvaud et jestaz ،Droit de la promotion immobile`re ،dall .1967 ,no 216

Planiol ET ripert par hamel (j) taite paratique de droit civil francais T (10) 1932 N.5

V. guy de grecy. Le promoteur de construction immobiliere usage d'habitation these' Paris, 1960.

ثامنا: مواقع الانترنت على الشبكة

. الموقع الإلكتروني الخاص بهيئة التشريع والإفتاء في مملكة البحرين

http://www.legalaffairs.gov.bh

. الموق الإلكتروني الخاص بقانون تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي

https://www.dubailand.gov.ae

. الموقع الرسمي الخاص بالقوانين الفرنسية وأحكام محكمة النقص الفرنسية

https://www.legifrance.gouv.fr/

. الموقع الالكتروني الخاص بجهاز المساحة والتسجيل العقاري في مملكة البحرين

https://www.slrb.gov.bh/

. موقع وزارة التجارة والاستثمار السعودي

https://mci.gov.sa

. موقع مؤسسة التنظيم العقاري في مملكة البحرين

http://www.rera.gov.bh/en/

Thesis Summary

This thesis deals with the sale of the property under construction, which in turn regulates the process of building the property and selling it before it is completed, by presenting and addressing the provisions related to the concept of this new contractual formula in our national legislator and the circumstances that called for legislative intervention in regulating this formula, In civil law, to adopt this formula and to understand its provisions and the extent of its specificity, which make it a situation that is different from the provisions of the Civil Code that deal with the organization of the construction process.

Although the history of the sale of the property under construction is not new, has long been the hands of jurists and lawmakers in France so long ago that it has stabilized its pillars and became clear, but it is still in its cradle in our Arab country, both at the level of jurisprudence or legislation.

Therefore, this thesis dealt with the sale of the property under construction from the point of great importance in the statement of an important and modern way of ownership of real estate that have great economic importance and an effective role in the renaissance of the national economy. Which required us to clarify the concept of this contractual formula by clarifying the definition of this contractual formula and the jurisprudential debate that has taken place in the legislation, and clarifying its legal nature and other suspected civil law contracts, the legislation that was enacted in France and some Arab countries.

All these provisions have also made it difficult for us to discuss the obligations arising from this contract, whether for the real estate developer, the nature of his obligation to build as required by the contract, the transfer of ownership of the building to the buyer after its completion, the nature of the buyer's obligation to pay the price, To achieve the completion of the building and ensure the absence of visible and hidden defects organized by the law of regulation of the real estate sector in the Kingdom of Bahrain.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of Law

Department of Private Law

Sale of the Property under Construction
A comparative Study

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirements
for the Master`s Degree in Private Law

Submitted by
Khalid Ahmed Al Junaid
ID number: 20013275

Supervised by
Dr. Sabri Hamad Khater
Professor Doctor
University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

December 2018