

ماهيه عقد الانماء العقاري

(دراسة قانونية)

اعداد : أ . م أسعد فاضل منديل

الباحثة انوار محمد عبيد

المخلص :

تعد عقود بناء العقار من العقود المهمة لأنها تتعلق بحياة الانسان وأمواله، والتشريعات بصورة عامة اولت عقد المقاولة اهتماماً واسعاً من خلال تنظيمه في نصوص قانونية، حيث نظمت كيفيه ابرامه والتزامات اطرافه واحكامه، لكن هذا العقد وغيره من العقود التقليدية اصبحت غير كافية لسد حاجة الانسان التي بدأت تتطور بفعل التطور الحاصل في الوضع الاقتصادي والحضاري والاجتماعي، لذا ظهرت عقود التطوير العقاري ومن هذه العقود عقد الانماء العقاري حيث ينمي ويطور عذا العقد من طريقه استخدام الارض من خلال بنائها وتجهيزها تجهيزاً كاملاً لان متعهد الانماء العقاري يتكفل بكافة الاعمال المادية والتصرفات القانونية والادارية والمالية اللازمة لذلك، يقوم بذلك بنفسه او من بواسطة غيره . سنحاول بحث ذلك من خلال مبحثين، الاول سنتطرق فيه الى مفهوم عقد الانماء العقاري، وسنتناول التكييف والطبيعة القانونية للعقد في المبحث الثاني .

Abstract

Construction contracts are important contracts Because it relates to human life and money , And legislation in general, the contract of the contract of interest and wide attention through its organization in legal texts, Where it organized how to conclude it and the obligations of its parties and provisions, But this and other traditional contracts have become insufficient to meet the human needs that have begun to develop due to the development of the economic, cultural and social situation, Therefore, the contracts of real estate development and contracts of the contract of real estate development where he develops and develops the contract through the use of the land through the construction and fully equipped because the contractor of real estate development takes care of all material work and the legal and administrative and financial necessary to it Do it himself or through others. We will try to discuss this through two topics, the first we will

address the concept of the contract of real estate development, and we will address the adaptation and legal nature of the contract in the second section.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد (ص) واله الطيبين الطاهرين .
الانسان عندما وجد على الارض كان يبحث في اغلب وقته عن المتطلبات الجوهرية لحياته واستقراره خاصة المتطلبات المتعلقة بالغذاء والسكن الذي يحميه هو وافراد عائلته ويدفع عنه المخاطر التي يتعرض لها كمخاطر الطبيعة او غيرها من المخاطر، وكان الانسان يستخدم المواد والامكانيات وطرق البناء التي تتوفر في زمنه .

هذه المواد والامكانيات والطرق اخذت تتطور وذلك لتطور الحاصل في المجتمع، مما ادى الى التنوع في الطريقة التي يتخذها صاحب البناء لإنجاز وتشبيد ارضه، وكذلك ظهور عقود ونماذج لعقود تختلف عما هو منظم وشائع في التشريعات القانونية، كلها تهدف الى تسهيل وتنظيم عملية بناء العقارات، ومن هذه العقود عقد الانماء العقاري، ويتمثل نشاط هذا العقد بعملية الانجاز التام او الكامل للمنشآت والابنية، لأغراض مختلفة منها السكنى والمهني والحرفي والتجاري .

عقد الانماء العقاري كأى عقد لا بد من بيان ماهية هذا العقد، أي بيان مفهومه وذلك من خلال البحث عن تعريفه وخصائصه وتكييفه وتمييزه عما يشبه به. وكذلك التطرق الى طبيعته القانونية وبيان ذلك من ناحيه التكوين ومن ناحيه المساومة .

لذا سنحاول تقسيم البحث الى مبحثين، سوف نتناول في المبحث الاول مفهوم عقد الانماء العقاري سنتطرق فيه الى تعريفه وبيان خصائصه في المطلب الاول، وسنبين في المطلب الثاني تكييفه القانوني، اما المطلب الثالث سنتناول فيه تمييز العقد عن غيره . اما المبحث الثاني سنتناول فيه الطبيعة القانونية من خلال مطلبين الاول سنتطرق فيه الى طبيعته من ناحيه التكوين، اما المطلب الثاني سنبين فيه طبيعة العقد من ناحية المساومة.

المبحث الاول

مفهوم عقد الانماء العقاري

يتعين علينا عند البحث في مفهوم عقد الانماء العقاري، التعرض الى تعريفه، والذي من خلاله سوف نتضح لنا الخصائص التي يمتاز بها العقد، ومن ثم تميز عقد الانماء العقاري من العقود المجاورة له . لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتطرق في المطلب الاول الى تعريف عقد الانماء العقاري وبيان خصائصه، بينما نتناول في المطلب الثاني تمييزه من العقود المجاورة ، وعلى الشكل الاتي: -

المطلب الاول

تعريف عقد الانماء العقاري وبيان خصائصه

يعد عقد الانماء العقاري من العقود التي لا يوجد لها تنظيم قانوني في اغلب التشريعات المدنية العربية باعتباره من العقود غير المسماة⁽¹⁾. لذا سنحاول في هذا المطلب التطرق الى تعريفه وابرار خصائصه وذلك عبر فرعين، الاول منه نتطرق لتعريفه ، والفرع الثاني لبيان خصائصه .

الفرع الاول

تعريف عقد الانماء العقاري

جرت العادة عند التعرض لمصطلح قانوني معين لابد التطرق الى تعريفه التعريف اللغوي الذي أورده اللغويين ، ثم التطرق الى التعريف الاصطلاحي الذي أورده التشريعات القانونية أو الفقه القانوني، وهذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين.

أولاً : التعريف اللغوي لعقد الانماء العقاري :

(عَقَدَ) الْحَبْلَ وَالْبَيْعَ وَالْعَهْدَ (فَانْعَقَدَ). وَ (الْعُقْدَةُ) بِالضَّمِّ مَوْضِعُ الْعَقْدِ وَهُوَ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ. وَالْعُقْدَةُ الضَّيْعَةُ. وَ (اعْتَقَدَ) كَذَا بِقَلْبِهِ. وَ لَيْسَ لَهُ (مَعْقُودٌ) أَيُّ عَقْدٍ رَأَى. وَ (المُعَاقِدَةُ) الْمُعَاهَدَةُ وَ (تَعَاقَدَ) الْقَوْمُ فِيمَا بَيْنَهُمْ. وَ (المُعَاقِدُ) مَوَاضِعُ الْعَقْدِ. وَ (العُقْدُ) الْمُعَاقِدُ⁽²⁾.

(العقد) ما عقد من البناء والعهد واتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج وعقد العمل (في الاقتصاد السياسي) عقد يلتزم بموجبه شخص أن يعمل في خدمة شخص آخر لقاء أجر (مج) ومن الأعداد العشرة والعشرون إلى التسعين (ج) عقود وصيغ العقود جمل ينشأ بها العقد كقولهم زوجتك وبعثك⁽³⁾.

والانماء ، مصدرها نمي: النَّمَاءُ الزيادة نَمِيَ نُمِيًا ونُمِيًا ونَمَاءً : زاد وكثر، وربما قالوا يَنُمُو نُمُوًا . وأنماه الله إنماءً . وأنميت الشيء ونميته جعلته نامياً . ونمى الحديد يَنُمِي ارتفع ونميته رَفَعْتَهُ وأنميته أدعته على وجه النميمة . ونميت النار رفعتها وأشبع وقودها والنماء الرِّيح ونمى الإنسان سمن والنامية من الإبل السمينية يقال نمت الناقة إذا سمنت، نَمَى الخِصَابُ في اليد والشعر إنما هو ارتفع وعلا وزاد فهو يَنُمِي ، وتَنَمَّى ارتفع من مكان إلى آخر⁽⁴⁾.

العقارُ وهو المنزل والأرض والضياع ، والعقْرُ والعقارُ: المنزل والضيعة؛ يقال: ما له دارٌ ولا عقارٌ، وخص بعضهم بالعقار النخل. يقال للنخل خاصة من بين المال: عقارٌ. وفي الحديث: مَنْ باع داراً أو عقاراً؛ قال: العقارُ، بالفتح، الضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك. والمُعِقْرُ: الرجل الكثير العقار، وعقار البيت: متاعه ونصده الذي لا يبيدُ إلا في الأعيادِ والحقوقِ الكبارِ؛ وبيت

حَسَنُ الْأَهْرَةِ وَالظَّهْرَةِ وَالْعَقَارِ، وفي الحديث: خَيْرُ الْمَالِ الْعُقْرُ، قال: هو بالضم، أصل كل شيء، وبالفتح أيضاً، وقيل: أراد أصل مالٍ له نماء⁽⁵⁾.

من خلال ما تقدم من تعريف الانماء العقاري لغة نجد منه يراد منه تنمية العقارات وتطويرها من خلال طريقة التعامل معها او بنائها، لذا معناه اللغوي يقترب من فكرة العقد ومحتواه وفكرته، بل نجد انه التعريف لغةً للعقد يتماثل مع ما يهدف العقد إليه عقد الانماء العقاري.

ثانياً: التعريف القانوني لعقد الانماء العقاري :

أختلف الفقه القانوني في تسمية هذا العقد ، فمنهم من أطلق عليه "عقد التنشيط العقاري"⁽⁶⁾ ومنهم اصطلاح عليه مصطلح "عقد التطوير العقاري او عقد الترويج العقاري " ⁽⁷⁾. في حين جانباً من الفقه اصطلاح عليه "عقد الانماء العقاري"⁽⁸⁾ وهي التسمية الارجح .

ونعتقد ان سبب اختلاف الفقه القانوني في تسمية هذا العقد راجع الى اختلاف ترجمة المصطلح الفرنسي (Le contrat de promotion immobilière) من اللغة الفرنسية الى اللغة العربية.

قد عرف المشرع الفرنسي هذا العقد بأنه توكيل ذو مصلحة مشتركة بموجبية يلتزم شخص يدعى متعهد الانماء العقاري تجاه صاحب البنين بان يقوم لقاء ثمن متفق عليه وبموجب عقود اجارة صناعة او عقود تلزيم، بتحقيق مشروع بناء مؤلف من مبنى واحد او عدة مبان كما ان يياشر بذاته او بواسطة غيره ، مقابل أجر متفق عليه ، كل او بعض العمليات القانونية والادارية والمالية المؤدية الى ذات الغرض . وهذا المتعهد بالأنماء يضمن تنفيذ الالتزامات الموضوعية على عاتق الاشخاص الذين تعامل معهم باسم صاحب المشروع، وهو ملزم بالأخص بالالتزامات الناتجة عن احكام المواد 1792 ، 1 - 1792 ، 2 - 1792 ، 3 - 1792 من هذا القانون⁽⁹⁾.

يتضح من التعريف ان المشرع الفرنسي قد عرف عقد الانماء بأنه وكالة ذو مصلحة مشتركة أي وكالة ذو طبيعة خاصة ، الوكالة ذات المصلحة المشتركة يقصد بها عدم امكانية الرجوع عن عقد الوكالة الا باتفاق الطرفين او بحكم قضائي ، والمشرع الفرنسي تبنى هذا النوع من الوكالة لغرض تلافي النتائج المترتبة على الرجوع الارادي للوكالة ، بموجب الوكالة المشتركة الرجوع عن الوكالة لم يعد حراً وبصورة مطلقة لان الموكل سوف يكون ملزم بدفع تعويض عن الضرر لطرف الاخر اذا اراد الرجوع عن الوكالة⁽¹⁰⁾.

لكن اذا كان المشرع الفرنسي نص صراحة على ان عقد الانماء العقاري هو توكيل من نوع خاص، الا أن هذه الوكالة ليست شاملة لكل العقد بل جزئية ، أي لا تشمل كل تصرف يجريه المتعهد ،حيث المتعهد قد يتعامل مباشرة مع اشخاص ويدفع لهم الاجرة ولكن ليس بصفته وكيلاً ملزم بوكالته⁽¹¹⁾.

بموجب عقد الانماء العقاري يلتزم المتعهد القيام بعمليات البناء لبنانية واحدة او عدة بنايات ، أي المتعهد يأخذ من صاحب البنيان السلطة التي تمكنه من اتمام عملية البناء الكاملة مقابل مبلغ متفق عليه ، والقيام بكافة العمليات القانونية والادارية والمالية باسم ولصالح صاحب البنيان⁽¹²⁾ . وعند الرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي نجد ان المشرع لم يتطرق الى تعريف واحكام هذا العقد شأنه بذلك شأن اغلب التشريعات المدنية المقارنة ، الا انه قد نظم بعض العقود الواردة على العمل مثل عقد الاستصناع⁽¹³⁾ وعقد الوكالة ، التي نعتقد انها تقترب من عقد الانماء العقاري من بعض جوانبه ، وعلى وجه الخصوص عقد الاستصناع وهو العقد الذي يتعهد به احد الطرفين بصنع شيء او أداء عمل على ان يلتزم بتقديم المادة والعمل معا مقابل أجر يتعهد به الطرف الاخر⁽¹⁴⁾ . في حين يعرف عقد الوكالة بأنه عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم⁽¹⁵⁾ . من هذين التعريفين يتضح تشابه عقد الاستصناع وعقد الوكالة مع عقد الانماء العقاري الا انهما بنفس الوقت يبتعدان عنه بجوانب اخرى سوف نتطرق اليها بالقادم من هذه الدراسة .

لعل خلاصة ما تقدم يمكن ان نعرف عقد الانماء العقاري هو عقد يلتزم بموجبه أحد الاطراف وهو(المتعهد) ببناء الابنية والمنشآت على ان يقوم بكل التصرفات القانونية والادارية والمالية بأسم ولصالح الطرف الاخر(صاحب المشروع) مقابل مبلغ نقدي متفق عليه يلتزم بدفعه الاخير .

الفرع الثاني

خصائص عقد الانماء العقاري

تبين من سبق عرضه بهذه الدراسة ومن خلال التطرق الى تعريف عقد الانماء العقاري ان هذا العقد يمتاز بجملة من الخصائص والمميزات من خلال قسمين من الخصائص العامة والخصائص الخاصة التي سوف نتناولها بالدراسة كما يلي:

اولا : الخصائص العامة :

هناك خصائص يتميز بها اغلب العقود، ومنها عقد الانماء العقاري وهي :

1: الانماء العقاري عقد رضائي :

يعرف العقد الرضائي بأنه هو العقد الذي يتوقف انعقاده على رضا الطرفين ، حيث يجب لانعقاده اقتران الايجاب بالقبول ، وبالتالي العقد يكون رضائيا مادام لا يشترط فيه الا رضا الطرفين ، في المقابل اذا كانت الكتابة ركن في العقد فمجرد الرضائية لا تكفي لانعقاده ، بل لابد بالإضافة الى رضا الطرفين يجب استيفاء الشكل المنصوص عليه قانونا⁽¹⁶⁾ . وعرفت بعض التشريعات ومنها التشريع الفرنسي حيث نص على انه يكون العقد رضائي عندما يتشكل العقد بمجرد توافق الآراء بغض النظر عن أي طريقه للتعبير ، اما العقد الشكلي يتكون عندما تتوقف صحته على الشكل الذي يحدده القانون⁽¹⁷⁾ ، اما التشريع العراقي فقد اشار للعقد الرضائي عند تعريفه العقد في نص

المادة " ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"⁽¹⁸⁾، اما العقد الشكلي فقد اشار اليه من خلال نص المادة " اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك"⁽¹⁹⁾. وعند تطبيق الاحكام القانونية السالفة على عقد الانماء العقاري لتحديد نوعه هل هو رضائي ام شكلي تبين ان المشرع الفرنسي يميز بين القطاع المحمي من غيره ، لكن لابد معرفه المقصود بالقطاع المحمي؟ وبعد ذلك نبين احكام هذا التمييز؟ يقصد بالقطاع المحمي: هو القطاع المعني بالمباني السكنية أو نوات الاستخدام المزدوج "مهنية وسكنية " بحيث تصبح جميع النصوص التشريعية المنظمة للعقد المذكور وفقاً للقانون الفرنسي ذات صفة الزامية بشأنها⁽²⁰⁾. يشترط لكي يعتبر من ضمن القطاع المحمي الشروط التالية:

- 1- ان يكون الشخص المتعاقد مع المتعهد صاحب بنيان او رئيس مشروع ، أي ان يكون المتعاقد مالكا للأرض او صاحب الحق البناء فيها .
 - 2- ان تكون الغرض من العقد بناء لاستعمال السكني او الاستعمال المختلط (مهني وسكني) ، وتكون النسبة 10% من المساحة .
 - 3- ان لا تكون الارض ملك للمتعهد بصفة مباشرة او غير مباشرة ، أي ان لا يمتلك المتعهد صفة البائع ، حيث اذا كان المتعهد او المروج العقاري بائعاً للعقار سنكون بصدد عقد بيع العقار على الخريطة .
 - 4- ان لا يدخل المتعهد بصفة مقاول ، حيث اذا دخل بصفه مقاول تطبق النصوص المتعلقة بعقد المقاولة . المشرع الفرنسي ميز بين القطاع المحمي وبين غيره، وذلك من خلال وضع مبدا عاما هو اجبارية تطبيق نص المادة (222)⁽²¹⁾ من قانون البناء والسكن على القطاع المحمي ، وهذه المادة تحتوي على بيانات لابد من توفرها في العقد ، لذا فالعقد يكون هنا شكليا، وفي نفس الوقت لا يفرض القانون خارج النطاق المحمي كتابه العقد كشرط لصحته⁽²²⁾، بل لدلاله على وجود العقد ومضمونه فقط ، وبالتالي العقد رضائيا⁽²³⁾.
- اما المشرع العراقي في الاصل لم يتناول عقد الانماء العقاري ، وبما ان أي واقعة او تصرف قانوني اذا لم يتناوله المشرع بالتنظيم نرجع للقواعد العامة ، وبالرجوع للقواعد العامة المتعلقة في عقود الابنية والمنشآت مثل عقد المقاولة، يلاحظ أن القانون العراقي اعتبرها عقود رضائية يكفي رضا الطرفين لانعقادها⁽²⁴⁾.

نرى ان المشرع الفرنسي يذهب الى اعتبار عقد الانماء العقاري في القطاع السكني عقدا شكلياً كون القانون تطلب وجود عقد وكتابة هذا العقد وادراج بيانات معينة، لكن نرى ان عقد الانماء

العقاري يكون رضائياً سواء كان الغرض منه هو سكني او مهني ام كان تجارياً، وذلك لان العبرة ليست بالزام الاطراف بكتابة العقد وادراج بيانات معينة بل العبرة بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري . وفي هذا المقام ندعو المشرع العراقي في حالة تنظيم أحكام عقد الانماء العقاري بتشريع مستقل، وان ينص على كتابة بنود هذا العقد وذلك لكثرة الالتزامات العقدية المترتبة في ذمة أطرافه ولأهميتها من الناحية المالية وحتى تشمل عملية اثبات بنود عقد الانماء مستقبلاً في حالة حصول نزاع قضائي بين المتعاقدين ألا ان هذا لا يعني ان عقد الانماء العقاري يكون شكلياً باعتبار الكتابة التي سوف ينص عليها المشرع العراقي ليس شرطاً لصحته بل شرطاً لإثباته .

2: الانماء العقاري عقد زمني :

عقد الانماء عقد زمني ، العقود الزمنية هي التي يعتبر العنصر الجوهري فيها هو الزمن، حيث يدخل الزمن في تحديد قدر الالتزامات المترتبة على العقد ، مثل عقد الايجار وذلك لوقوعه على المنفعة والزمن جوهري في تحديد مدة المنفعة المعقود عليها ، في المقابل هناك العقد الفوري الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، مثل عقد البيع حيث لا يكون الزمن جوهري لان التنفيذ يكون فوري⁽²⁵⁾.

بعض اشياء لا يمكن تصورها الا وهي مقترنه بالزمن ، مثل العمل اذا نظر الى نتيجته وفي ذاته ، فلا يمكن تصوره الا وهو مقترن بمدة معينة ، وبدورة ينقسم العقد الزمني الى عقد ذي تنفيذ مستمر وعقد ذي تنفيذ دوري⁽²⁶⁾.

نص قانون البناء والسكن⁽²⁷⁾ على ان من بين البيانات والشروط الازم توافرها في العقد ذكر الاجل الذي سيتم فيه بناء العقار ويكون المتعهد مسؤولاً عن أي تأخير في تنفيذ العقد⁽²⁸⁾.

من خلال ما تقدم يتضح ان عقد الانماء العقاري من العقود الزمنية والتي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه، لان عقد الانماء محله القيام بعمل، وهذا العمل يحتاج الى وقت لإتمامه وليس فورياً ويكون ذلك باتفاق الطرفين.

3: الانماء العقاري عقد معاوضة :

القيام بعمل لصالح أي شخص يكون اما لقاء مقابل او تبرعا منه للشخص الاخر، لذا فالعقد يكون اما معاوضة او تبرع، عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ كل طرف من الاخر مقابلاً لما اعطاه، مثل عقد البيع حيث البائع يأخذ الثمن مقابل لما اعطاه وهو المبيع ، في حين المشتري يدفع الثمن مقابل ان يأخذ المبيع⁽²⁹⁾. اما عقد التبرع يقصد به العقد الذي لا يأخذ المتعاقد مقابلاً لما اعطاه ، ولا يكون للمتعاقد الاخر مقابلاً لما اخذه مثلا عقد العارية ، ولكن لابد من الإشارة ان

العقد الواحد ممكن ان يكون معاوضة وتبرع بنفس الوقت ، حيث معاوضة لاحد المتعاقدين وتبرعا للطرف الاخر كما في عقد الكفالة اذ لم يأخذ الكفيل اجراً على كفالته⁽³⁰⁾ .

قد تبرز تساؤلات مفادها هل عقد الانماء العقاري عقد معاوضة ام تبرع ؟ وما الحكم لو تبرع المتعهد وكان المتعهد شركة لتنمية العقارات وتعهد الاخير ببناء عقار او جمعية للفقراء والمحتاجين هل يعتبر العقد في هذه الحالة عقد انماء عقاري ؟ من خلال تعريف عقد الانماء العقاري⁽³¹⁾، يتضح ان عقد الانماء عقد معاوضة وليس تبرع ، لان عقد الانماء يحتوي على أداءين حيث يلتزم احد اطراف العقد وهو المتعهد او المنمي العقاري القيام بالأعمال اللازمة المتفق عليها في العقد مثل الالتزام بالبناء والاجراءات القانونية اللازمة والتزام بالتأمين وغيرها ، مقابل مبلغ معين يلتزم به الطرف الاخر وهو صاحب البنيان او المشروع ، لذا قيام المتعهد بالعمل ليس تبرعا منه لصاحب البنيان بل هناك مقابل لهذا العمل، وتبرع المتعهد ببناء العقار لا يعتبر العقد فيه انماء عقاري . فان المشرع بالقانون العراقي لم يتناول العقد بالتنظيم، وحسب القواعد العامة والخاصة بالعقود الواردة على العمل فأنها تعتبر عقود معاوضة وليس تبرع، لذا يمكن اعتبار عقد الانماء العقاري في حالة تنظيمه من قبل المشرع العراقي ان يكون من عقود المعاوضة .

4 : الانماء العقاري عقد تبادلي :

لالتزامات في العقود قد تترتب على كلا الاطراف او تترتب على طرف دون الطرف الاخر ، في الحالة الاولى العقد ملزم للجانبين ، وهو العقد الذي يتبادل الطرفين التزامات بينهما ، لذا يعرف هذا العقد بالعقد المتبادل، حيث كل طرف يعتبر دائئا ومدين للطرف الاخر . اما العقد الملزم لجانب واحد، هو العقد الذي ينشأ الالتزام على احد الطرفين دون الاخر، أي يعتبر كل احدهما مدين والثاني دائئا⁽³²⁾ . يعتبر عقد الانماء العقاري من العقود الملزمة للجانبين ، لان المتعهد يلتزم بالقيام بالأعمال والتصرفات المتفق عليها بالعقد أي مدين لصاحب المشروع، في حين هو دائئا له بالنسبة للمقابل، وكذلك الحال بالنسبة لصاحب المشروع مدين بالمقابل ودائئا بالعمل .

ثانياً: الخصائص الخاصة :

بعد ان تحدثنا عن الخصائص العامة التي تمتاز بها كل العقود المدنية، لا بد بعد ذلك من توضيح الخصائص التي يتميز بها عقد الانماء العقاري بصفة خاصة وهي كالآتي :

1 : الانماء عقد غير مسمى :

العقود عموماً تقسم من ناحية الموضوع الى عقود مسماه وعقود غير مسماه، والعقد المسمى يقصد به ما خصصه القانون من خلال اسم معين وتولى تنظيمه لانتشاره وشيوعه بين الناس في تعاملهم، مثال ذلك عقد البيع عقد المقاولة عقد الوكالة، وهو يخضع لنصوص تفصيلية يضاف اليها القواعد العامة التي تسري عليها سائر العقود⁽³³⁾. اما العقد غير المسمى فيراد به العقد الذي لم يضع القانون اسما له ولم ينص القانون على القواعد التي تحكم انعقاده واثاره، هذه العقود ليس لها عدد ولا يمكن حصرها وعدّها لأن الارادة لها الحرية في انشاء العقود ما دام لم تخالف النظام العام والآداب، وهي تخضع للقواعد العامة لان المشرع لم ينظمها في قانونه⁽³⁴⁾ .

مما تقدم اعلاه ولو اردنا مقارنة مع عقد الانماء العقاري نجد ان الموقف يختلف حسب القانون المقارن، حيث ان العقد موضع الدراسة يعتبر من العقود المسماة في القانون الفرنسي لان مشرعه قد نظم احكامه واطلق عليه تسمية معينة، لذا فانه يعتبر عقد الانماء العقاري في القانون الفرنسي عقد مسمى تنطبق عليه القواعد التفصيلية الواردة في القانون المدني الفرنسي وقانون البناء والسكن، اضع اليه القواعد العامة التي تنطبق على جميع العقود .

بينما الموقف يختلف في القانون العراقي لأنه المشرع لم يتناول العقد بالتنظيم ولم يسميه باسم معين كما هو الحال في التشريع الفرنسي، لذا فان النزاع الحاصل والمعروض على القضاء قد تنطبق عليه القواعد العامة التي تحكم العقود او يتم تطبيق احكام عقدي المقاولة والوكالة، وذلك لعد وجود قواعد تفصيلية بشأن العقد في التشريع العراقي.

2: الانماء من العقود الواردة على العمل :

العقود الواردة على العمل مختلفة، فقد تكون واردة على العمل ولكن هذا العمل مادي مثال ذلك عقد المقاولة لأنه يرد على بناء الابنية والمنشآت، وقد يكون واردة على عمل معنوي، أي تصرفات قانونية مثلاً، كعقد الوكالة حيث الاخير يكون وارد على عقد عمل قانوني وليس مادي⁽³⁵⁾. يثار التساؤل حول هل عقد الانماء العقاري من ضمن العقود الواردة على العمل المادي كما في عقد المقاولة، ام من ضمن العقود الواردة على العمل القانوني كما في عقد الوكالة؟ من خلال الاطلاع على الاعمال التي يقوم بها المتعهد⁽³⁶⁾ وبيان طبيعتها، نرى انه يلتزم بإنجاز العمل المادي وهو بناء المشروع وكذلك القيام نيابة عن صاحب المشروع بالأعمال والتصرفات القانونية والادارية والمالية اللازمة لإتمام المشروع وانجاز المشروع العقاري، هذا يعني ان عقد الانماء العقاري من العقود الواردة على العمل ولكن يرد على نوعي العمل المادي والقانوني.

3 : الانماء العقاري من عقود التطوير العقاري :

يعتبر التطوير العقاري من المصطلحات والمفاهيم التي ظهرت حديثاً في مجال التشييد والعقارات، حيث قديماً كانوا اشخاص الذين يمارسون الصناعة العقارية هم مالك الارض والمقاول والمهندس المعماري، لكن بسبب التطور الحاصل في المجتمع ظهر اشخاص في العملية العقارية منهم المستثمر العقاري والمتعهد او المنمي العقاري وغيرهم من الاشخاص الذين يمارسون العملية العقارية . يعرف التطوير العقاري بأنه " عبارة عن مشاريع تشييد البنايات المتعددة الطوابق أو المجمعات للأغراض السكنية والتجارية "(37) .

ان الهدف من أنشاء التطوير العقاري هو أنشاء المباني الاستثمارية من عمارات سكنية او فيلات أو أنشاء المنشآت وتهيئتها للسكن او للأغراض التجارية او الصناعية او السياحية، حيث للتطوير العقاري اشكال مختلفة ومتعددة لا تتوقف على التطوير العقاري للأغراض السكنية، بل هنالك اغراض مهنية او تجارية او السياحية(38). الانماء العقاري عقد غايته انشاء الابنية والمنشآت لأصحاب المشاريع ويعتبر الانماء العقاري من ضمن عقود التطوير العقاري .

المطلب الثاني

تمييز الانماء العقاري من العقود المجاورة له

قد يتشابه عقد الانماء العقاري مع عقود أخرى يقتررب منها في بعض السمات والخصائص، لذا لا بد من بيان الاختلاف لتمييزه من غيره من العقود، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى ثلاث فروع، سنتناول في الفرع الاول تمييزه من عقد الاستصناع، وبالفرع الثاني سنتطرق الى تميزه من عقد بيع على الخريطة، واخيرا بالفرع الثالث سنميز العقد من عقد التمويل العقاري .

الفرع الاول

تمييز الانماء العقاري من الاستصناع

يعرف عقد الاستصناع بأنه " أنه عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه الخصوص"(39). يتضح من ذلك ان عقد الاستصناع يكون بين شخصين احدهما هو الصانع الذي يلتزم بالقيام بعمل المكلف به وهو صنع سلعه او شيء معين ومحدد وبمادة من عنده ، والآخر هو المستصنع الذي يلتزم بدفع المقابل لذلك . لا بد الاشارة الى ان القانون الفرنسي القديم وتقنين نابليون (1804) كان متأثراً بالقانون الروماني الذي ابقى عقد المقاولة مختلط بين عقدي الايجار والعمل، لذا فان المشرع لم يبحث عن عقد المقاولة او الاستصناع تحت هذه التسمية بل

استخدم مصطلح ايجار الصناعة، وقد تم تعريفه من قبل احد الفقهاء الفرنسيين بانه عقد بمقتضاه يتعهد شخص بان يصنع شيئاً بالمادة التي يقدمها ويسلم الشيء عند الانتهاء من صنعه مقابل ثمن متفق عليه⁽⁴⁰⁾. تناولت التشريعات المدنية⁽⁴¹⁾ الاستصناع ولكن لم تتناوله بالاهتمام اللازم حيث بعض التشريعات ادرجته ضمن عقد المقاولة⁽⁴²⁾ كما هو الحال في التشريع العراقي⁽⁴³⁾، حيث اقتبس المشرع العراقي من الفقه الإسلامي⁽⁴⁴⁾ الكثير من أحكام هذا العقد⁽⁴⁵⁾. الصانع يجوز ان يقدم المادة والعمل معا، ويكون مسئولا عن المادة ويلتزم بالضمان لرب العمل ، وبالتالي لا تكون المقاولة محضة، وليس هناك ما يمنع ان تختلط المقاولة بعقد اخر، حيث يكون للصانع دور البائع فيما يتعلق بالمادة ودور المقاول بالنسبة للعمل⁽⁴⁶⁾. هذا وقد أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلاف بالفقه القانوني حيث تعددت الآراء، من هذه الآراء :

ما ذهب اليه جانب منهم⁽⁴⁷⁾ الى ان عقد الاستصناع عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء، حيث يعتبر العقد عقد مقاولة حتى ينتهي الصانع من صنعه ، عند الانتهاء يصبح العقد عقد بيع وتنتقل ملكية الشيء المصنوع الى المشتري ، وهذا منتقد ايضا لأنه اغفل وصف العقد واحد لا يتغير منذ تكوينه وحتى نفاذه و بالإضافة الى ان المقاول يبقى ضامنا بموجب عقد المقاولة حتى بعد الانتهاء من العمل .

ذهب راي ثاني الى انه عقد يرد على بيع مستقبلي، وقد اكد القانون الروماني هذا الراي في مذكرة جستيان، وكذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى اعتبار عقد الاستصناع هو بيع لشيء مستقبلي⁽⁴⁸⁾، حيث استند الفقهاء الى التعارض الحاصل بين بعض المواد⁽⁴⁹⁾ من القانون المدني الفرنسي حيث يرى هؤلاء بان القانون الفرنسي نص صراحة على ان رب العمل اذا قدم المادة فانه عقد مقاولة، لذا من باب المخالفة اذا لم يتم تقديم المادة من رب العمل فلا يعتبر عندئذ العقد مقاولة بل عقد بيع، واستندوا ايضا الى قواعد فقهية التي قد اخذ بها المشرع الفرنسي في قانونه، التي تذهب الى ان العقد يصبح بيع بمجرد اكتمال صنعه .

ذهب راي ثالث الى ان عقد الاستصناع هو عقد بيع او عقد مقاولة بحسب مقارنة بين قيمة المال والعمل⁽⁵⁰⁾، حيث لا بد من اجراء مقارنة بين نسبة قيمة العمل ونسبة قيمة المال فاذا كانت نسبة العمل اكثر من نسبة المال يعتبر العقد مقاولة ، بينما يعتبر العقد بيعا ، أي بيع لشيء مستقبلي اذا كانت نسبة المادة هي الاكثر ، اما اذا حدث تساوي بين النسب او لم يكن هناك فارق كبير، في هذه الحالة يتم تطبيق احكام عقد البيع على المادة واحكام عقد المقاولة على العمل، وهذا الراي اخذ به تقنين الموجبات والعقود اللبناني⁽⁵¹⁾.

الراي الراجح في الفقه ان عقد الاستصناع هو مقاوله او بيع حسب نسبة المادة والعمل، فاذا كانت نسبة المادة اكثر فعقد الاستصناع بيعاً اما العكس فالعقد مقاولة⁽⁵²⁾. نعتقد هذا الراي الأفضل في تكييف عقد الاستصناع وذلك لعدم امكان ادراجه تحت عقد واحد لاحتوائه على عناصر تنتمي لعقد اخر.

من خلال ما تقدم لو قارنا بين عقد الاستصناع وعقد الانماء العقاري نجد تقارب واضح بين العقدين من نواحي معينة، حيث يقترب العقدين من ناحية ان الصانع والمتعهد يلتزمان بالقيام بعمل معين ، وهو البناء ، وكذلك يلتزم كلاهما بتقديم المادة والعمل معا وهذا يجعل عقد الانماء العقاري يقترب كثيرا من عقد الاستصناع ، حيث المتعهد يلتزم بتقديم المادة والعمل ايضا ، وكذلك يلتزمان بالالتزام بالضمان اتجاه رب العمل، وبتشديد البناء والقيام بمجمل عملية البناء من حيث العمل والمادة المستخدمة في البناء ، ويلتزم رب العمل بالمقابل في كلا العقدين، حيث يحتوي المقابل الذي يدفعه صاحب المشروع على عنصرين ، هما الاجر الذي يكون مقابل المنمي العقاري ، والعنصر الاخر هو ثمن المواد المستخدمة في البناء، حيث يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد المقابل هذين العنصرين⁽⁵³⁾ وهذا ينطبق على رب العمل في عقد الاستصناع لانه يدفع للصانع اجر القيام بعمل و ثمن المواد التي قدمها. لكن هناك اختلاف من نواحي اخرى فعقد الانماء العقاري يكون اوسع من الاستصناع حيث يرد عقد الاستصناع على القيام بعمل في حين عقد الانماء العقاري يمتد ويتسع ولا يقتصر على القيام بعمل مادي ، بل قيام بالتصرفات القانونية كافة ، لذا التزامات الصانع تختلف عن التزامات المنمي العقاري ، حيث يلتزم بالتأمين وتمويل البناء عن طريق القرض، وغيرها من الالتزامات. يعتبر عقد الاستصناع من عقود المسماة في حين عقد الانماء العقاري ، لم ينظمه المشرع العراقي وبالتالي لم يكن من العقود المسماة. يختلف عقد الانماء عن الاستصناع ايضا كونه يقتصر على تطوير العقارات فقط، في حين يرد عقد الاستصناع على العقارات والمنقولات ايضا.

الفرع الثاني

تمييز الانماء العقاري من البيع على الخارطة

يعرف عقد البيع على الخارطة أنه " البيع الذي بموجبه يلتزم البائع بتشديد عقار خلال اجل معين في العقد "⁽⁵⁴⁾. قد يعرف ايضا بأنه " البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد ، يلتزم البائع بمقتضاه بالإنجاز والالتزام بنقل ملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد بالحصول على

السيولة المالية التي تساعده على تجميع رأسمال المشروع وذلك ببيع العقار قبل او اثناء مراحل الانجاز⁽⁵⁵⁾. نظم المشرع الفرنسي⁽⁵⁶⁾ وبعض التشريعات المدنية العربية⁽⁵⁷⁾ احكام هذا العقد. على بخلاف المشرع العراقي الذي لم يتطرق الى احكام هذا العقد في قوانين خاصة. يتضح من خلال التعريف ان هذا العقد منصبا على بيع عقار لم يبدأ بنائه او في قيد الانشاء، ووفق التصميم والرغبة المتفق عليها، هذا ويسمى بعقد البيع على الخارطة . يتميز بخصائص عامة يشترك بها مع عقد البيع وخصائص خاصة يستقل بها دون غيره، ومن الخصائص العامة التي يشترك بها مع عقد البيع انه من العقود الناقلة للملكية وانه عقد شكلي في حالة اذ انصبه عقد البيع على عقار، اما الخصائص الخاصة هي انه عقد بيع لعقار لم يتم بنائه بعد او لم يكتمل، اي محله بيع ابنية ومنشآت غير مكتملة، ويكون انتقال الملكية ابتداء من يوم التوقيع على محضر التسليم وليس من يوم تسجيل العقار بأسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري المختصة، ويكون دفع المقابل بالأقساط حسب اتفاق الأطراف⁽⁵⁸⁾ . ان تملك عقار عن طريق عقد بيع على الخارطة يتمثل بالخطوات التالية :

- 1- شراء الارض، تشتري الشركة وهي طرف في العقد ارض صالحه للبناء .
- 2- الاعلان، ان تعلن الشركة عن قدرتها واستعدادها لبيع عقارات قبل البدء بإنجازها او اثناء الانجاز.
- 3- حضور الاشخاص الراغبين للشراء الى الشركة ، والاطلاع على الامور المهمة وهي موقع الارض، مساحة الاض، خرائط وصور توضح شكل الارض، واذا كان البناء مكون من طوابق يجب بيان الطابق والجهة وغيرها من الامور التي توصف العقار وصفا دقيقا، وبعد ذلك يتم الاتفاق وعقد البيع ويتفق الاطراف على الاجل وكيفية دفع الاقساط وكذلك قدر الدفعة الاولى حين توقيع العقد⁽⁵⁹⁾. من خلال ما تقدم قد يتشابه عقد الانماء العقاري مع عقد البيع على الخارطة، ولكن هناك فوارق موجودة في العقدين تميز احدهما عن الاخر، حيث يتشابه عقد الانماء العقاري مع عقد البيع على الخارطة من نواحي التالية :

أولاً - اوجه الشبه :

- 1 - يتعلق العقدين (الانماء العقاري والبيع على الخارطة) ببناء عقار، حيث يلتزم المتعهد او المنمي بالالتزام في انجاز البناء المتفق عليه في العقد، والمستثمر العقاري يلتزم ببناء عقار او اكمال بنائه .
- 2- يتشابه العقدان من ناحيه التزام كل من و المنمي و المستثمر العقاري بالضمان والعيوب الخفية، اي يكونان ضامنان للالتزامات التي تقع على عاتقهما مقابل صاحب المشروع بالنسبة

للمتعهد وللمشتري بالنسبة للمستثمر العقاري، يمكن القول يتشابه العقدان بقدر تعلقهما بالتزامات المقاول والتي يفرضها عقد المقاولة .

3- يلتقي العقدان من ناحية انهما من العقود المسماة⁽⁶⁰⁾ في القانون الفرنسي حيث قنن القانون المدني الفرنسي عقد البيع على الخارطة⁽⁶¹⁾ واصدر قانون رقم (547) لسنة 1967 الذي عالج البيوع العقارية الذي سيتم بناها ، بينما تناول عقد الانماء العقاري في القانون المدني اضافة الى نصوص قانون البناء والسكن الفرنسي⁽⁶²⁾، وايضا يلتقي العقدان في القانون العراقي فتعتبر هذه العقود من العقود غير المسماة ، حيث لم ينظم المشرع العراقي هذه العقود في قوانينه.

ثانياً - اوجه الاختلاف :

1- من ناحية محل العقدين : اذا كان المستثمر في عقد البيع على الخارطة يلتزم ببناء عقار، فان التزامه يمتد ليشمل نقل ملكية ذلك العقار ، اي محل عقد البيع على الخارطة هو نقل ملكية عقار لم يبدأ بنائه بعد او في طور البناء ، في حين ان عقد الانماء العقاري⁽⁶³⁾ لا يعمل على تحويل ونقل ملكية الارض او الحق الفعلي للأرض ، لان عقد الانماء ليس له طابع بيع ولا حتى تنازل عن حق الاستغلال او الانتفاع على ارض صاحب المشروع او البنيان، حيث الاخير هو الذي يملك الارض او له حق البناء فيها وفي المقابل يلتزم المتعهد بالقيام بالبناء لبناية واحده او عده بنايات.

2 - من ناحية الشكلية والرضائية : عقد البيع على الخارطة كما اشرنا سابقا انه لا بد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة، لذا فانه عقد شكلي، بينما عقد الانماء العقاري من العقود الرضائية لأنه لا يستلزم اجراء ذلك.

3- من ناحية صفة أطراف العقد: يتكون عقد الانماء العقاري من طرفين احدهما المنمي العقاري وهو صاحب الدور الاساس والجوهري في العقد ، يقوم ببناء العقار وهو بذلك يتخذ صفة المقاول، والقيام بالأعمال القانونية والادارية والمالية نيابة عن صاحب البنيان وبذلك يقترب من صفة الوكيل ، والطرف الثاني صاحب البنيان او صاحب المشروع وهو شخص يمتلك ارض ويرغب في بنائها وفق شكل معين فيعهد بها الى المتعهد ليقوم بكافة الاعمال المادية والقانونية والادارية والمالية⁽⁶⁴⁾.

بينما الطرف الاول في عقد بيع على خارطة هو الشخص الذي يلتزم بنقل ملكية عقار لم يتم انجازه بعد او طور الانجاز، وبالتالي هو بائع للعقار، اي لدية ملكية العقار، اما الطرف الاخر في العقد هو المشتري الذي يرغب بشراء عقار ولكن وفق مخططات وخرائط التي يرغب بها .

3- من ناحية التكيف : اختلف الفقه في تكيف كل من عقد الانماء العقاري وعقد البيع على الخارطة، بالنسبة للعقد الاخير فان الراي الراجح هو انه من تطبيقات عقد الاستصناع وان كان

هنالك من يخالف هذا التكييف⁽⁶⁵⁾، اما عقد الانماء العقاري فهو هو عقد مستقل ذات طبيعة مزدوجة من عقدي المقاولة والوكالة .

الفرع الثالث

تمييز الانماء العقاري من التمويل العقاري

قد يلتبس ويختلط الامر بين عقد الانماء العقاري وعقد التمويل العقاري ، لمجرد تسميه العقدين ، لذا لا بد من بيان النقاط التي يلتقي بها والتي يفترق بها العقدان ، ولكن قبل ان نبين ذلك ، لا بد من بيان تعريف عقد التمويل العقاري، حيث عرفه الفقه القانوني الفرنسي بانه ((عقد قرض ملزم للجانبين بين الممول الذي يلتزم بإعطاء مبلغ معين لتمويل الانشطة العقارية للمستهلك، لقاء تسديد الاخير المبلغ وفوائده بالمدة المتفق عليها بالعقد))⁽⁶⁶⁾. اما الفقه العربي فقد عرفه التمويل العقاري بانه "اتفاق يلتزم بمقتضاه الممول بان يضع تحت تصرف المقترض طالب التمويل مبلغا من المال للوفاء بالتزاماته الناشئة عن عملية قانونية تتعلق بعقار في مقابل التزام المقترض بسداد مبلغ التمويل بالشروط المتفق عليها"⁽⁶⁷⁾. يتضح من التعريف ان التمويل العقاري هو عقد يساعد محدودي الدخل في الحصول على السكن حيث هناك الكثير من الاشخاص لا يكون بمقدورهم دفع المبالغ دفعة واحدة في مباني جاهزة ، لذا فان عقد التمويل العقاري يسمح لهم بتسديد المقابل على شكل دفعات واقساط تتناسب مع ظروف معيشتهم وهذا ما يساهم في معالجة أزمة السكن⁽⁶⁸⁾. نظم المشرع الفرنسي أحكام عقد التمويل العقاري في قانون الائتمان العقاري⁽⁶⁹⁾، في حين ان المشرع العراقي نظم أحكام التمويل العقاري تنظيماً قانونياً موزعاً على عدة تشريعات، لذا لغرض الامام به لا بد من الرجوع الى في تلك التشريعات⁽⁷⁰⁾. وهذا على عكس بعض القوانين العربية التي وضعت قانوناً خاص بالتمويل العقاري⁽⁷¹⁾.

اما التشابه والاختلاف بين العقدين تكون بالاتي :

أولاً . أوجه الشبه :

يلتقي العقدان في انهما ينصبان على العقار ، اي ان العقدان يتعلقان بعقار سواء ببنائه او تمويله لغرض بنائه او بيعه او ترميمه ، وكذلك صفة التمويل موجوده في كلا العقدان حيث قد يلتزم المتعهد بأبرام عقد التمويل العقاري لغرض بناء العقار نيابة عن صاحب البنيان اذا اقتضى الامر ذلك⁷² لذا ان صفة التمويل في هذه الحالة تجتمع في العقدين معا .

ثانياً : اوجه الاختلاف :

اذا كان العقدان يلتقيان في صفة التمويل، لكن لا بد الاشارة الى ان عقد التمويل العقاري يكون الهدف الاساس منه هو تمويل المشروع او العقار ، بينما في عقد الانماء يكون التمويل احد التزامات المتعهد العقاري، اضافه الى الالتزامات الاخرى . يفترق العقدان ايضا،

من ناحية زمنية العقد وفوريته حيث عقد الانماء العقاري كما اسلفنا عند بيان خصائصه ان عقد الانماء من العقود الزمنية لان الزمن عنصر جوهري فيه ، بينما عقد التمويل من العقود الفورية ذات التنفيذ المتراخي حيث يمكن تصور العقد دون تحديد الزمن ولا تتأثر التزامات الاطراف بمدة معينه⁽⁷³⁾. يختلف هذا العقد عن الانماء العقاري من ناحية صفة اطراف العقد، حيث عقد التمويل العقاري يتكون من طرفين وهما المستهلك (طالب التمويل) والممول (المؤسسة المالية) ، حيث المستهلك يبرم مع الممول هذا العقد لغرض تمويل بناء عقار، اي الممول يلتزم بتمويل المشروع فقط دون القيام ببناء العقار او القيام بالتصرفات قانونية او ادارية او غيرها من الاعمال والتصرفات التي يلتزم بها المتعهد في عقد الانماء العقاري .

واخيرا يختلف عقد الانماء العقاري عن العقد المذكور من ناحيه التكييف، حيث عقد التمويل هو عبارة عن عقد قرض لبناء عقار، معه عقود اخرى كعقد التأمين و عقد الرهن التأميني وعقد الوكالة⁽⁷⁴⁾، بينما عقد الانماء العقاري عقد بناء عقار مع التعهد بكافة المستلزمات لإتمام المشروع وتسليمه كاملاً لصاحبه .

المبحث الثاني

التكييف والطبيعة القانونية لعقد الانماء العقاري

عند ابرام الاطراف عقد معين وثار بصدده نزاع وعرض على القضاء، فالقاضي عندما يقوم بتكييف الاتفاق، أي وصفها وصف صحيح حتى يسهل على القاضي التطبيق السليم للنصوص القانونية على العقد، وهذا يسمى التكييف القانوني . حيث القاضي عندما يريد ان يكيف العقد فانه لا يلتزم بالوصف الذي وصف الاطراف له اتفاقهم ، حيث لا بد اولاً أن ينظر الى الهدف من العملية القانونية، وبعد ذلك يطابق بينها وبين العقود المسماة في القانون المدني، فاذا وجد تطابق بين هذه العملية وعقد مسمى طبقت احكام هذا العقد المسمى، اما عند تحديد طبيعة العقد وبيان هل هو عقد بسيط ام مركب، وهل هو عقد مساومة ام عقد اذعان، فأنا بصدد الطبيعة القانونية، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المبحث من خلال تقسيمه الى مطلبين، سنتطرق في المطلب الاول للتكييف القانوني، بينما سنتناول الطبيعة القانونية في المطلب الثاني وكالاتي :

المطلب الاول

التكييف القانوني لأنماء العقاري

يقصد بالتكييف القانوني هو عملية اعطاء الوصف الصحيح للعملية القانونية الصرفة في قالبها القانوني الصحيح⁽⁷⁵⁾ . قد تكون عملية التطابق سهلة لوجود العناصر الجوهرية للعملية القانونية وتطابقها مع العناصر الجوهرية للعقد المسمى، ولكن في بعض الاحيان تكون صعبة ومعقدة

نظراً لوجود عناصر أكثر من عقد مجموعة عقود في تلك العملية لذا لا بد من تكييفها وفق صور التكييف وهي اما حصرياً او توزيعياً⁽⁷⁶⁾ . بما أن الانماء العقاري هو اتفاق مزيج من عدة عناصر جوهرية لعقود مختلفة، لذا سنحاول عرض الآراء التي قيلت في التكييف القانوني لهذا الاتفاق

الفرع الاول

الانماء العقاري عقد مقاوله

جانب الفقه الفرنسي⁽⁷⁷⁾ ذهب الى اصباح صفة المقاوله على العقد، وناد بضرورة تطبيق احكام عقد المقاوله، ويعتبر المتعهد مقاولاً، اي عبارة عن عقد اجارة صناعة⁽⁷⁸⁾، حيث يلتزم المتعهد بالقيام بعمليات البناء كاهه وبالتالي فانه عقد مقاوله . لكن بالرجوع للنصوص التي نظمت عقدي المقاوله والانماء العقاري، نجد ان المشرع الفرنسي قد نظم كل من العقدين بنصوص خاصة، حيث نظم الاخير عقد المقاوله بنص خاص⁽⁷⁹⁾، اما عقد الانماء العقاري فقد نظمه كما اشرنا سابقا بنصوص خاصة تناولت العقد واحكامه⁽⁸⁰⁾ .

اما المشرع العراقي فقد نظم عقد المقاوله في قانونه المدني حيث عرف عقد المقاوله بانه " المقاوله عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر"⁽⁸¹⁾ . اما عقد الانماء العقاري فانه لم يتناول المشرع العراقي العقد بالتنظيم بنصوص خاصة كما فعل المشرع الفرنسي ذلك .

وعند الرجوع الى العناصر الجوهرية لعقد المقاوله⁽⁸²⁾ نرى أن هذا الراي لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم، لأنه لا يمكن انكار التصرفات القانونية والادارية التي يقوم بها المتعهد مع الغير . أي المقاول يلتزم بإنجاز العمل المادي المتفق عليه وتسليمه بعد انجازه، هذه العناصر الجوهرية لعقد المقاوله متوفرة في عقد الانماء العقاري. ولكن هناك عناصر في عقد الانماء العقاري تكون ايضاً جوهرية، حيث يقوم المتعهد بالتصرفات القانونية نيابة عن صاحب المشروع، وقد يقوم بتمويل المشروع عن طريق عقد التمويل العقاري وهذه الامور تجعله بعيد عن توصيفه بعقد مقاوله هذا من جهة، من جهة اخرى ان اطراف الانماء العقاري هما المتعهد وصاحب المشروع بينما اطراف عقد المقاوله هما المقاول وصاحب المشروع. كذلك عقد الانماء العقاري يكون مقتصرأ على العقار فقط كما هو واضح من اسمه، بينما بناء العقار في عقد المقاوله يمثل صورة من عدة صور للمقاوله .

اضف الى ذلك ان رب العمل في عقد المقاولة يقدم المادة الى المقاول في حين ان المتعهد بالانماء العقاري هو من يقدم المادة والعمل ايضا، المقاول يلتزم بالضمان الخاص المنصوص عليه في القانون المدني العراقي بخلاف المتعهد الذي لا يلتزم بذلك الضمان لكون المشرع قصر الضمان على المقاول والمهندس المعماري، المتعهد . لذا نرى ان هذا الراي عقيم وذلك للأسباب التي ذكرناها اعلاه، اي للفوارق الموجودة بين العقدين والتي تجعل عقد المقاولة عاجز عن احتواء عقد الانماء العقاري بجميع عناصره .

الفرع الثاني

الانماء العقاري عقد وكالة

اصحاب هذا الراي من الفقه الفرنسي⁽⁸³⁾ ذهبوا الى القول ان المتعهد يعتبر وكيل صاحب المشروع في ابرام العقود او في طلب التراخيص الادارية ، وبالتالي يعتبر العقد نوع من انواع الوكالة، باعتبار ان المتعهد يقوم بتصرفات قانونية.

لكن بالرجوع لتعريف الوكالة والنصوص التي نظمتها نجدها قد نظمت ايضا بنصوص خاصة، حيث عرف المشرع الفرنسي عقد الوكالة بانه " الوكالة هي عقد بمقتضاه يفوض آخر بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"⁽⁸⁴⁾، اما المشرع العراقي فقد عرف عقد الوكالة بانه "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه، في تصرف جائز معلوم"⁽⁸⁵⁾. بينما عقد الانماء قد ورد بنص خاص في التشريع الفرنسي دون التشريع العراقي كما اشرنا لذلك .

تبين لنا من خلال تعاريف عقد الوكالة ان الوكيل يلتزم بموجب عقد الوكالة القيام بالتصرف القانوني، وهذا يتفق مع عقد الانماء العقاري الذي هو توكيل ذو مصلحة مشتركة حيث يلتزم بالقيام بالتصرفات القانونية والادارية، يعتبر عقد الوكالة من العقود الواردة على التصرفات القانونية . ألا ان عقد الانماء العقاري ليس بعقد وكالة فقط، أي لا يعتبر عقد الانماء العقاري ذات طبيعة الوكالة لان النص اعلاه يلزم المتعهد بالالتزامات التي تقع على عاتق المقاول، وعقد المقاولة على نقيض عقد الوكالة لكونه هو الالتزام بعمل مادي، حيث المتعهد يلتزم ببناء المنشآت والابنية وغيرها من التزامات المقاول⁽⁸⁶⁾ . لذا فان عقد الوكالة عقد بسيط في حين عقد الانماء العقاري نجد انه مركب من تجمع العناصر الجوهرية عدة عقود، وبالتالي فهو عقد مركب. ان العقدين من ناحية الاستقلال بتأدية الاعمال واخذ الاوامر، نجد ان المتعهد في عقد الانماء العقاري لا يخضع لأوامر وتوجيهات صاحب المشروع، بل ينفذ ما اتفق عليه الطرفان (المتعهد وصاحب المشروع)، بينما الوكيل يخضع لتوجيه واوامر الموكل . اضف الى ذلك ان

عقد الانماء العقاري من عقود المدة التي يدخل الزمن فيها بصفة جبرية عارضة، بينما المدة في عقد الوكالة يدخل فيها عنصر الزمن بصفة اصلية، حيث يلتزم المتعهد بالإداء وهو العمل المتفق عليه لكن بدون تدخل الزمن لا يمكن ان يقوم المتعهد بالإداء اي العمل المتفق عليه، لأنه المتعهد يحتاج للمدة من الزمن للقيام بعمله، بينما الزمن في عقد الوكالة محل اعتبار لكون الوكيل يتوكل خلال مدة معينة⁽⁸⁷⁾.

الوكالة تلزم احد اطرافها بالعمل القانوني فقط دون المادي، في حين الانماء العقاري يلزم المتعهد القيام بالتصرفات القانونية والادارية اضافة الى ذلك الاعمال المادية المتعلقة ببناء المشروع، وهذا يجعل الامر يفترق بين العقدين، وعدم امكانية اسباغ صفة الوكالة على عمل المتعهد لكون الوكالة تقتصر على تصرفات القانونية فقط، فما الحكم بالنسبة لبقية الاعمال وهي ذات طبيعة مادية ؟ هذا الامر يجعل عقد الوكالة عاجز عن ان يشمل ويحتوي هذا العقد ومن كل ما تقدم، لا نرى امكانية اعتبار عقد الانماء يتخذ صفة وكالة او نوع من انواع عقد الوكالة.

الفرع الثالث

الانماء العقاري عقد ذو صفة مزدوجة

بموجب الوارد في الفقرة الاولى من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي فان المتعهد يتعهد بان يقوم بإنجاز المشروع بنفسه او بواسطة غيره، يتم الانجاز من خلال عقود تشييد بناء او اكثر وان يقوم بالإجراءات الادارية والمالية اللازمة لذلك، ومن خلال الفقرة الثانية من المادة اعلاه فانه يلتزم بموجب تفويض وارد في العقد او لاحق للعقد بان يقوم بالإجراءات اللازمة لتمويل المشروع اذ اقتضى الامر، اي ان عقد الانماء العقاري يقوم بمهام عقدي المقاول والوكالة⁽⁸⁸⁾. هذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي الذي يرى ان المتعهد يكون مسؤولاً عن تنفيذ جميع او بعض العمليات القانونية والادارية والمالية، اضافه الى التزامه بالأعمال المادية وبالتالي توفر مهام الوكالة والمقاول في المتعهد⁽⁸⁹⁾.

يتضح مما تقدم ان الانماء العقاري عقد ذو صفة مزدوجة، وذلك لان فكرة العقد ومحتواه وعناصره الجوهرية، تجعل العقد ليس بعقد مقاول لان من غير المتصور عند تكييف عقد ما اهمال جزء من العناصر دون الاخرى. حيث العناصر الجوهرية لعقد الانماء لا يكمن اعتبارها عناصر عقد مقاول لان عقد المقاول يلزم المقاول القيام بالعمل المادي وهو البناء مقابل مبلغ معين، وكذلك الوكالة تلزم اطرافها بالتصرف القانوني المتفق عليه بالعقد، اما الانماء العقاري هو

اتفاق بين المتعهد وصاحب المشروع بموجبه يقوم بمجمل المشروع من ناحية البناء والاعمال الادارية والمالية اللازمة والتصرفات القانونية.

لذا فان المتعهد يلتزم بالالتزامات المقاول فيما يتعلق بالأعمال المادية، اما الاعمال القانونية فلا يلتزم بها بل يلتزم بالتزامات الوكيل في عقد الوكالة، وهذا يجعل العقد يخرج من دائرة العقود المسماة (المقاوله والوكالة)، لكون المتعهد سوف يسلم العقار جاهزاً من جميع النواحي، سواء ناحية البناء ام الاجراءات الادارية ام المالية ام القانونية اللازمة لذلك، اي يتضح ان عقد الانماء العقاري هو ذو صفة خاصة فهو مزدوج بعقدي المقاوله والوكالة.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الانماء العقاري

اول صعوبة تواجه دراسة أي عقد ، تكمن في تحديد طبيعته القانونية من حيث التكوين ومن ناحية المساومة ، ولغرض بيان طبيعة العقد هل هو بسيط او مركب او مجموعه عقدية . وبيان هل العقد ضمن العقود المساومة او عقود الاذعان، فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين سنتناول بالأول طبيعة العقد من حيث التكوين وسندرس في الثاني طبيعة العقد من حيث المساومة.

الفرع الاول

طبيعة العقد من حيث التكوين

يعتمد عند تحديد القواعد القانونية الواجب تطبيقها على عقد الانماء العقاري على تحديد طبيعة العقد من حيث كونه بسيطاً ام مركباً ام مجموعة عقدية ، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع بتقسيمه الى:

اولاً - الانماء العقاري عقد البسيط :

يعرف العقد البسيط هو التصرف القانوني الذي ينطوي على عملية قانونية واحدة . أي لم يكن هناك اختلاط بين اكثر من عقد ، وبالتالي يحتوي على عقد مسمى واحد مثلا عقد البيع او الايجار او عقد غير مسمى واحدا ايضا مثلا وضع أسرة تحت تصرف مدرسة طيبة بموجب عقد بسيط⁽⁹⁰⁾.

بعض الفقه الفرنسي⁽⁹¹⁾ ذهب الى اعتبار عقد الانماء العقاري عقد بسيط، أي يتكون من عملية قانونية واحدة، ولكن هؤلاء الفقهاء فيما بينهم في اختلفوا في الصفة التي يتخذها هذا العقد البسيط، حيث ذهب بعض هؤلاء الى القول ان المتعهد يعتبر وكيل

صاحب المشروع. اما البعض الاخر من الفقه الفرنسي⁽⁹²⁾ فيرى اذا عقد الانماء العقاري هو عقد بسيط، فانه ليس بوكالة بل هو عبارة عن عقد اجارة صناعة حيث يلتزم المتعهد بالقيام بعمليات البناء كافة .

وبعد استعراض الآراء الفقهية التي تذهب الى ان عقد الانماء العقاري هو عقد بسيط يتكون من عملية قانونية واحدة، وهذه العملية أما ان تأخذ صفة الوكالة على رأي اصحاب الاتجاه الاول أو تأخذ صفة اجارة صناعة على رأي اصحاب الاتجاه الثاني .

نود ان نبين ان عقد الانماء العقاري يحتوي على عدة عمليات قانونية بصفات متنوعة حيث يلتزم المتعهد في عقد الانماء العقاري ببناء الابنية والمنشآت وغيرها لصالح صاحب المشروع وهذا هو الالتزام الرئيسي للمتعهد بموجب عقد الانماء العقاري والذي يعتبر من الاعمال المادية المشابهة للأعمال التي يقوم بها المقاول في عقد المقاولة . والى جانب هذا الالتزام الاساسي للمتعهد يوجد التزامات عقدية اخرى تفرض على المتعهد القيام بالتصرفات القانونية والادارية مع الغير نيابة عن صاحب المشروع من اجل اتمام ابنية ومنشآت المشروع وهذه الالتزامات القانونية تقترب من التزامات الوكيل في عقد الوكالة . من كل ما تقدم نستخلص نتيجة مفادها ان عقد الانماء العقاري لا يعتبر من العقود البسيطة لأنه يحتوي بنفس الوقت على الاعمال المادية والتصرفات القانونية والادارية، أي انه لا يتضمن قانونية فحسب بل يتضمن أكثر من عملية واحدة مما يجعله بعيد كل البعد عن فكرة العقد البسيط.

ثانياً: الانماء العقاري عقد مركب

اخذت العقود تتطور في الوقت الحاضر، حيث اصبحت وسائل للتعامل ذات عمليات قانونية معقدة وتندرج تحت اتفاقات متعددة وليس اتفاق بسيط، وهذا مرجعه الارادة التي اخذت لا تقتصر على اتفاق بين ارادتين بل يتم التعاقد عن طريق عملية قانونية مركبة⁽⁹³⁾ . وعقد الانماء العقاري هو اتفاق بين اطرافه بحيث يلزم المتعهد ببعض التزامات المقاول، يخوله نيابة عن صاحب المشروع ابرام العقود والصفقات اللازمة لإكمال المشروع مثل عقد القرض والتأمين والمقاولات وغيرها من العقود التي تجعل من العقد لا يستقيم تحت طبيعة العقد البسيط ، لذا لا بد من البحث حول امكانية اعتباره مجموعة عقدية ام عقد مركب ؟

يقصد بالمجموعة العقدية هي مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على التوالي، والتي ترد على نفس المحل أو السبب لتحقيق هدف واحد، بحيث يكون هناك تتابع زمني بين العقود من اي ان يكون ابرام العقود واحدا تلو الاخر⁽⁹⁴⁾. تتسبب نظرية المجموعة العقدية الى الفقيه الفرنسي ((تيسي)) حيث يرى هذا الفقيه ان العقد احياناً لا يكون مستقلاً عن غيره من العقود، حيث قد ترتبط مجموعته من العقود احداها بالأخرى لتكون مجموعته عقديه، هذه المجموعة تنقسم الى نوعين، النوع الاول سلسلة العقود وهي العقود التي تتماثل بالمحل والتي بدورها ترد على صورتين اما بصورة الضم او بصورة التفرع، والمراد بالضم هو ان يكون المحل واحدا ولكن سلسلة العقود تكون متتابعة، تظهر هذه الحالة في عقود البيع المتتابعة حيث البائع الاول ينقل ملكية المبيع الى المشتري والآخر يبيعهها الى اخر وبعد مدة يبيعهها الى اخر وهكذا، اما التفرع المقصود به تنفيذ جزء من التزامات العقد عن طريق شخص اخر بعقد اخر، وبالتالي يوجد عقدان يتشابهان بالمحل كالمقاوله من الباطن، اما النوع الثاني من المجموعة العقدية هو تجمع العقود هذا النوع نفس السلسلة العقدية ولكن التماثل فيه من حيث السبب وليس المحل⁽⁹⁵⁾. هذا يعني ان العقود التي يتم ابرامها ضمن المجموعة العقدية ترتبط بمحل واحد أو سبب واحد، وبالتالي فان الاطراف داخل المجموعة العقدية يرتبطون فيما بينهم بعلاقة تعاقدية مباشرة، وهي فكرة مختلفة ومناهضة تماماً لمبدأ نسبية اثر العقد ومفهوم الغير عن العقد⁽⁹⁶⁾، باعتبار ان المجموعة العقدية تجيز للأطراف في علاقاتهم العقدية ان يرجع اي منهم على الاخر⁽⁹⁷⁾.

يتضح من ذلك وعند تطبيق أحكام النظرية اعلاه على عقد الانماء العقاري، يتبين ان الاخير يتميز بان العقود التي يبرمها المتعهد مع الغير غير مرتبطة بعقد الانماء، حيث العقود التي يبرمها كعقد التامين والقرض والعمل وغيرها من العقود يتم ابرامها مع المتعهد ولا يكون هناك اي ارتباط بين صاحب المشروع وبين الغير، حيث لا توجد علاقة تربط بين المقاول او العمال او اي شخص قام ببناء العقار مع صاحب البناء، وانما يلتزم المتعهد فقط اتجاه هؤلاء مباشرة، وبالتالي فمن غير الممكن تصور طبيعة عقد الانماء العقاري مجموعة عقدية⁽⁹⁸⁾.

اما العقد المركب فيقصد به تمازج العناصر المكونة لعقد من العقود المسماة بعناصر عقد اخر مسمى لتكون عقد واحد غير مسمى يهدف لتحقيق اغراض تهدف اليها عقود عديدة مختلفة⁽⁹⁹⁾. وهناك من عرفه بانه عقد مزيج من عقود متعددة ومختلفة، اختلطت مع بعضها، فكونت عقدا واحدا⁽¹⁰⁰⁾، ويعرف ايضا بانه عقد يهدف لتحقيق اغراض يتم تحقيقها عادةً عبر عدة عقود متعددة⁽¹⁰¹⁾. هذا يعني أننا ازاء عقد مركب في حالة امتزاج عقود متعددة في عقد واحد، ونكون امام عقد مركب اذا اجتمعت في عقد واحد عناصر مكونة لعدة عقود، ويمكن القول بشكل عام ان العقد يكون مركب متى كان مزيج من عقود متعددة⁽¹⁰²⁾. لابد التمييز بين العقد المركب وبين العقد المختلط، حيث يقصد بالعقد المختلط هي عقود ترد على محل واحد وترتبط فيما بينها ولكن لا تعد عقدا واحدا⁽¹⁰³⁾. وايضا يعرف بانه ان يبرم المتعاقد عقد اخر ذات طبيعة قانونية واحد مع العقد الاصلي ويرد على محل واحد⁽¹⁰⁴⁾ ويطلق عليها العقود من الباطن او التعاقد من الباطن، والاختلاف واضح من خلال التعاريف اعلاه وعند مقارنتها مع العقد المركب، اتضح ان العقد المختلط يكون عبارة عن عقد احدهما اصلي والاخر من الباطن، بينما العقد المركب هو تمازج عدة عقود لتكوين عقدا واحدا، اي العقد المركب عقد واحد، لذا فان العقد المختلط عقد تبعي لأنه تابع للعقد الاصلي، في حين العقد المركب هو عقد مستقلاً وقائماً بذاته⁽¹⁰⁵⁾.

من خلال ما تقدم لو حاولنا تحديد طبيعة عقد الانماء العقاري فيما اذا كانت عقد مركب ام عقد مختلط، فان عقد الانماء العقاري وبحسب تعريفه هو اتفاق يقوم بموجبه المتعهد بإنجاز عمليات بناء الابنية والمنشآت، من خلال القيام بالتصرفات القانونية والاجراءات الادارية والاعمال المادية كافة نيابة عن صاحب المشروع، وهذا يعني أن ان عقد الانماء العقاري يخول المتعهد أجراء عمليات قانونية متعددة ويجوز ان تكون كل عملية عقداً مستقلاً، حيث انجاز أعمال المادية يمكن ان يكون عن طريق عقد مستقل وهو المقالة، الترخيص الممنوح للمتعهد القيام بالإجراءات الادارية والمالية يشابه الانابة في عقد الوكالة، وكل هذه التزامات المترتبة في ذمة المتعهد الناشئة عن عقد الانماء العقاري هي التزامات عقدية اساسية ورئيسة فيه وليس ثانوية او تابعة له أو ناشئة عن عقد آخر . وخالصة ما سبق يتضح ان عقد الانماء العقاري هو عقد مركب⁽¹⁰⁶⁾،

باعتباره ناشئ عن تمازج عناصر عقد المقاولة مع عناصر عقد الوكالة. لان العقد المركب يتضمن العديد من الخدمات والاعمال التي يلتزم بها احد الاطراف او كلاهما ضمن عقد واحد، اي من خلاله يتم ربط تلك العقود⁽¹⁰⁷⁾، وان عقد الانماء العقاري يكون جامع للعناصر المكونة لعقدي المقاولة والوكالة، ليكون عقداً مدنياً مستقلاً عن كلا العقدين .

يجدر الإشارة أخيراً الى ان اذا كان عقد الانماء العقاري في ذاته هو عقد مركب، فانه بالنسبة للعقود التي يبرمها المتعهد مع الغير، وما طبيعة علاقة العقود التي يدخلون فيها مع المتعهد؟ طبيعة العقد من ناحية العقود التي يبرمها المتعهد مع الغير، ان العلاقة بين صاحب المشروع والمتعهد تكون خاضعة لأحكام عقد الانماء العقاري، اما العلاقة بين المتعهد والغير تكون خاضعة لأحكام العقد المبرم بينهما وهو من الباطن⁽¹⁰⁸⁾. لذا نعتقد ان طبيعة الانماء العقاري مع مجموعة العقود المبرمة من قبل المتعهد مع الغير تكون مجموعة عقدية من خلال الاشتراك في محل العقد، اشترك عقد الانماء العقاري مع العقود من الباطن من ناحية المحل وهو العمل المتفق عليه، اي تجهيز العقار من كافة النواحي. هذه العقود التي يبرمها المتعهد طبيعتها مختلفة حسب العمل الذي يقوم به فالمتعهد يعقد مع المقاول والبنائين عقود تشييد والكهربائي من خلال عقد المقاولة، ويتعاقد مع الممول العقاري من خلال عقد التمويل العقاري، وقد يبرم عقد مع المهندس لوضع الخرائط والتصاميم، وايضا يتعامل مع الموظفين الحكوميين من خلال الوكالة الممنوحة له، وقد يقوم بنفسه او بواسطة غيره عن طريق توكيل محامي لغرض اكمال التصرفات القانونية .

الفرع الثاني

طبيعة العقد من حيث المساومة

يقصد طبيعة العقد من ناحية المساومة طبيعته من حيث كونه عقد من عقود الاذعان ام عقد مساومة، وهذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين.

أولاً: الانماء العقاري عقد اذعان :

ان العقد الذي يضع احد اطرافه شروط يسلم بها الاخر ولا يقبل المناقشة بها، ويتعلق بسلعة او مرفق ضروري وتكون محتكرة قانونياً وفعلياً، مثال ذلك عقد التأمين وعقد النقل الجوي او بالسكك الحديدية وغيرها من العقود⁽¹⁰⁹⁾. هذا ما يسمى بعقد الاذعان⁽¹¹⁰⁾. حيث الاصل ان العقد لا ينعقد الا بالإيجاب والقبول⁽¹¹¹⁾، يكون ذلك عن طريق مفاوضات بين الطرفين ويكون لكلا الطرفين الحرية في قبول أو رفض التعاقد، الا ان التطورات الحديثة استحدثت عقداً بموجبه يقوم

احد الاطراف بتعبير عن اردته فقط دون مناقشه شروط العقد مع الطرف الاخر وسبب ذلك ان محل العقد من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها كالتامين او النقل⁽¹¹²⁾.

قد اختلف الفقه القانوني بالصفة العقدية لعقود الاذعان، حيث أنكر جانب من الفقه⁽¹¹³⁾ الصفة العقدية لتلك العقود باعتبار أن الطرف القوي يتحكم بالعقد وهذا يتناقض مع وجوب توافق ارادتين في التعاقد . الا ان هذا لا يعدم حريه الطرف الضعيف بل ينتقصها، لان له الحرية بقبول الشروط او رفضها برمتها دون مناقشه او مفاوضات⁽¹¹⁴⁾.

قد وضعت اغلب التشريعات المدنية⁽¹¹⁵⁾ وسائل تكفل الحماية للطرف الضعيف وهي منح القاضي سلطة تقدير الشروط التعسفية وتفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف الضعيف دائنا او مدينا، حيث اذا كان الاصل انه لا يحق للقاضي التدخل بتعديل العقد باستثناء عقد الاذعان الذي يجوز فيه التدخل القضائي بتعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف الضعيف منها وذلك وفقا مقتضيات العدالة⁽¹¹⁶⁾. أما المشرع العراقي فقد نظم الاحكام العامة لعقود الاذعان ووفر للطرف المذعن الحماية ذاتها التي انتهجتها التشريعات المدنية المقارنة⁽¹¹⁷⁾، ثم أورد بعض التطبيقات عليها مثل عقد التزام المرافق العامة

خلاصة ما تقدم يتبين أن ارادة الطرف المذعن في عقود الاذعان ليس لها الحرية بالتفاوض على البنود العقدية التي يوردها الموجب، والسؤال الذي يثار هنا هل يعد عقد الانماء العقاري من عقود الاذعان ؟

عند مقارنة المقصود بالانماء العقاري مع مفهوم عقد الاذعان لغرض معرفه مدى اعتبار عقد الانماء العقاري من عقود الإذعان، لابد من بيان مدى توافق خصائص عقود الإذعان مع خصائص عقد الانماء العقاري، فمن ناحية السلعة محل العقد الاذعان لابد ان تكون محل احتكار فعلي او قانوني والمنافسة عليها تكون محدودة النطاق⁽¹¹⁸⁾ وهذا قد يثير في الذهن انه متوفر في عقد الانماء العقاري لان المهمة التي يقوم بها المنمي او المتعهد تتطلب شروط معينه لابد توافرها في المتعهد أي لابد ان يكون محترف هذه المهنة⁽¹¹⁹⁾، الا أن احتراف مهنة المتعهد لا يعني احتكارها باعتبار ان توفر الشروط اللازم توافرها بالمتعهد عند شخص اخر لا يمنع من القيام بمهنة المتعهد وبالتالي وجود عقد الانماء العقاري.

علاوة على ذلك، لابد ان يكون الايجاب في عقود الاذعان بصورة مطبوعة وبصيغ ثابتة تسري على الجميع وبشروط تفصيلية لا يمكن مناقشتها ويقتصر ارادة الطرف المذعن على اما القبول او رفضه بكاملة. أما عقد الانماء العقاري وأن كان في الغالب بنوده مكتوبة ومطبوعة ورقياً ومعدة من قبل الاطراف ألا انه اتفاق بين طرفين على ان يقوم المتعهد بالتصرفات القانونية والمالية والادارية والاعمال المادية⁽¹²⁰⁾ وهذا يعني ان العقد يتم باتفاق الطرفين دون أي اذعان او رضوخ، بل بناء على مفاوضات ومناقشات قبل انعقاد العقد، من خلال ذلك يتضح عدم امكانية اسباغ صفة الاذعان على عقد الانماء العقاري .

ثانياً: الانماء العقاري عقد مساومة

يتمتع الأطراف بالحرية التامة في التعاقد فيما بينهم، حيث يجوز لكل طرف ان يضع الشروط التي يرغب في وضعها، ولا بد من توافر المساواة بين الاطراف في مناقشة شروط العقد وتحديد آثاره، وهذا حال أغلب العقود وتسمى بعقود المساومة⁽¹²¹⁾.

عقد المساومة هو العقد الذي يبرم بين أطرافه وتكون شروطه نتيجة لاتفاقهم ومفاوضاتهم ومناقشاتهم الحرة⁽¹²²⁾، ويسمى ايضاً عقد التراضي⁽¹²³⁾. ان مصطلح عقد المساومة أدق من مصطلح عقد التراضي لان مصطلح التراضي يستخدم لسائر العقود الرضائية، يقوم عقد المساومة على المساومة بين الطرفين متساويين من الناحية الاقتصادية والقانونية، يبدأ الطرفان بالتفاوض والمناقشة شروط العقد وعند الانتهاء يتحدد مضمون العقد ويتفق عليه كلا الطرفين وبالتالي اكمال ابرامه⁽¹²⁴⁾. تقوم فكرة عقد المساومة على انه اذا صدر الايجاب فان الموجب له لا يتحتم عليه القبول بل يكون حراً في أن يقبله او يرفضه، غير ان حرية من يوجه اليه الايجاب في قبوله او رفضه ليست مطلقة في جميع الاحوال، وانما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وذلك اذا كان هو الذي دعا الموجب الى التعاقد بعد ان حدد شروطه، اذ لا يجوز له في هذه الحالة ان يرفض القبول الا لسبب مشروع⁽¹²⁵⁾. اذا تم العقد دون التفاوض بشروطه، أي لم تتم المساواة التامة بين الاطراف في المفاوضات وتحديد الاثار المترتبة على العقد المراد ابرامه، حيث احتكر احد الاطراف الحق في وضع الشروط وتحديد الاثار على العقد ولا يسمح للطرف الاخر بوضع أي شرط بل له الحق أن يقبل بالتعاقد او يرفضه، فان العقد يخرج عن دائرة عقد المساومة ويدخل ضمن عقود الاذعان.

من خلال ما تقدم يتضح ان عقد الانماء العقاري هو عقد مساومة وليس بعقد اذعان، باعتبار ان صاحب المشروع والمتعهد الحرية التامة بوضع الشروط التعاقدية والاتفاق عليها بعد مفاوضات والمناقشات على العقد دون أي اذعان او خضوع من احد الاطراف على الاخر⁽¹²⁶⁾.

الخاتمة :

بعد ان انتهينا من بيان مفهوم عقد الانماء العقاري، لابد من ايراد ما توصلنا اليه من النتائج والمقترحات وهي كالآتي :-

أولاً : النتائج :

- 1 - اختلف الفقه القانوني في تسميه عقد الانماء العقاري والسبب راجع الى اختلاف ترجمة مصطلح ((Le contrat de promotion immobilière))، حيث ذهب البعض الى تسميته بعقد التنشيط العقاري، عقد التطوير العقاري، وعقد الترويج العقاري، وعقد الانماء العقاري .
- 2 - يعتبر الانماء العقاري عقد رضائي على الرغم من الزام اطرافه بذكر بعض البيانات الخاصة بالتعاقد والتي وردت على سبيل الحصر، حيث اذا كان من الضروري على اطراف العقد كتابة

بنوده تحريراً، الا ان هذا لا يعني ان عقد الانماء العقاري من العقود الشكلية باعتبار ان الكتابة هنا لأثبات العقد وليس ركناً فيه .

3 - يتميز عقد الانماء العقاري بطبيعته القانونية الخاصة (مزدوجة)، فهو عقد طبيعته مركبة من عقدي المقاولة والوكالة حيث يعتبر عقد مستقل بذاته .

4 - يختلط عقد الانماء العقاري مع عقد التمويل العقاري، لان تسميه العقد قد تتشابه او تختلط معه، الا ان عقد التمويل هدفه الرئيسي هو تمويل العقار لأجل بنائه او ترميمه، في حين التمويل في عقد الانماء هو احد التزامات المتعهد عند الاقضاء، تمويل المشروع، ويختلف تكييف عقد التمويل عن الانماء بان الاول عقد قرض لبناء عقار، بينما الثاني هو عقد بناء عقار وتكفل بالقيام بكافه المستلزمات اللازمة لإنجاز المشروع .

ثانياً : المقترحات :

1 - ان القاعدة القانونية التي تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين، جعلت الافراد ابرام مختلف العقود ويضمنونها مختلف الشروط، وقد تكون هذه الشروط او البنود تعود الى عقود مختلفة وهذا يجعل الامر يلتبس لان عند حدوث نزاع او تخاصم الاطراف فان النزاع وفق احكام أي عقد نطبق، وهذا يتطلب من المشرع الوقوف والعمل على توفير قواعد قانونية تحكم هكذا عقود، لذا نقترح ان يتدخل المشرع العراقي لوضع نظام قانوني للعقود التي تستحدث في مجال البناء او العقارات بصورة عامة، لان وجود نصوص قانونية منفرقة بين عدة تشريعات تجعل من الصعوبة حسم أي نزاع في مجال الابنية والمنشآت .

2 - ندعو المشرع العراقي الى التشديد بالأحكام القانونية التي تحكم عقود البناء والانشاء بالقطاع السكني لمصلحة صاحب المشروع لكونه غالباً ما يكون قليل الخبرة وبجاجة الى السكن، والتخفيف من الاحكام القانونية التي تحكم عقود البناء والانشاء بالقطاع غير السكني باعتبار ان الغرض منها التجارة وتحقيق الارباح .

3 - نقترح على المشرع العراقي بان يرد وينظم عقد التمويل العقاري بتشريع واحد، وليس في تشريعات منفرقة حتى يسهل الرجوع اليها اذا حدث أي نزاع، ويسهل الطريق على الاشخاص الذين يبرمون عقد الانماء العقاري مع المتعهد .

الهوامش :

(1) لقد تناول المشرع الفرنسي احكام هذا العقد بالفقرات الخمس للمادة (1831) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2016.

(2) محمد أبن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، باب العين ، منشور على الموقع الالكتروني:

<https://ar.wikisource.org/wiki>

(3) ابراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، باب العين ، ج 2 ، دار الدعوة ، دون سنة طبع ، ص 614.

(4) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 14 ، ط3 ، باب النون ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، دون سنة طبع ، ص 296 وما بعدها .

(5) ابن منظور ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 316 وما بعدها

(6) ألان بينابنت ، العقود الخاصة ، المدنية والتجارية ، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية ، دون مكان طبع ، 2004 ، ص 278. وكذلك جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني ، العقود الرئيسية الخاصة ، المجلد الثاني ، مجد المؤسسة الجامعية ، دون سنة طبع ، ص 1454.

(7) ترجمه مصطلح ((Le contrat de promotion immobilière)) من اللغة الفرنسية الى اللغة العربية تعطي معاني كثيرة مثل التطوير ، الترويج الترقية وغيرها من المرادفات للمعنى .

(8) ان تسمية هذا العقد عقد الانماء العقاري هي حسب الترجمة العربية (الدالوز) للقانون المدني الفرنسي ، وهذه التسمية هي الاقرب الى فحوى وفكرة العقد ، وعله رجحان تسميه هذا العقد يرجع الى سببين هما :

أ . ان غاية هذا العقد هو انماء العقارات من خلال تعهد احد أطرافه وهو ((المنمي)) ببناء وحده سكنية او اكثر على ارض صاحب المشروع مع قيامه بكافة التصرفات القانونية والمادية والادارية والمالية نيابة عن هذا الاخير وهوما يتفق مع هذه التسمية .

ب . ان انماء او تنمية تعني انماء التزامات لاحد اطراف العقد ((المنمي)) ، أي انماء التزامات المقاول في عقد المقاوله او الوكيل في عقد الوكالة ، حيث اذا كانت التزامات المقاول تقتصر على القيام بعمل مادي والتزامات الوكيل تقتصر على القيام بعمل قانوني ، فان عقد الانماء اكثر اتساعا من ذلك ، حيث يلتزم متعهد او منمي العقاري وهو احد اطراف عقد الانماء العقاري بالأعمال القانونية والادارية والمالية .

(9) - نص الفقرة الاولى من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي 1804 والتي تنص على :

Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une " personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code

(10) جيروم هوييه ، مصدر سابق ، ص 1177 .

(11) Hugues pèrinet - marquet , promotion immobilière , paris II, 2013 p6

(12) Marianne Faure – Abbad, Droit de la construction, Les contrats de construction immobilière, 3 edition, 2016, p 133 .

(13) نصوص المواد القانونية من (864 - 890) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(14) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز من العقود المسماة، البيع - الايجار - المقاوله ، مطبعه جامعة بغداد ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص 422.

(15) نص المادة (927) من القانون المدني العراقي النافذ .

(16) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام، المجلد الاول ، ط3، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2000، ص 163.

(17) المادة (1109) من القانون الفرنسي المعدل 10/فبراير/2016 التي نصت على :

Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements"

Le contrat est solennel lorsque sa validité est quel qu'en soit le mode d'expression subordonnée à des formes déterminées par la loi". .

(18) المادة (73) من القانون المدني العراقي النافذ .

(19) الفقرة الاولى من المادة (90) من القانون المدني العراقي النافذ .

(20) Beatrice guenard-salaun-la vente enletat futur dachevement dupliprint domont – France – 2013-p.5

(21) نصت الفقرة الثالثة من المادة (333) من قانون البناء والسكن الفرنسي على انه لا بد من كتابة العقد قبل

القيام بتنفيذه وان يحتوي على البيانات التالية : 1 - وضع الارض ومساحتها التي يقوم عليها البناء. 2 -

الخصائص التقنية للبناء وطرق القيام به 3 - المواصفات الفنية وشروط تنفيذ العمل . 4 - الاتفاق

على السعر وتحديد الشروط التي بموجبها يتم مراجعة الاسعار، حيث اذا حدث شيء غير متوقع، أي غير

مدرج في العقد لا يمكن الاستفادة من شرط مراجعة السعر الذي ادرجوه في العقد . 5 - وسائل وشروط التمويل

وشروط الدفع لقياس مدى التقدم في العمل . 6 - أجر المتعهد لقاء قيامه بالأعمال المتفق عليها .

7 - مدة انجاز العمل المتفق عليه . 8- الضمان اللازم لإنجاز العمل وفق ما تم الاتفاق عليه .

(22) ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الى ((انه عبء اثبات عقد الانماء العقاري في القطاع التجاري

يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك به، وان كتابه العقد مهمة لإثباته)) .

قرار رقم 12 / 29473 الصادر بتاريخ / 14 يناير 2014 / الصادر من الدائرة المدنية الثالثة من المحكمة

الفرنسية، القرار منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية التالي :

https://www.courdecassation.fr/_11806.html

(23) Marianne Faure – Abbad, Op.cit, p 136 .

(24) نص المادة (864) من القانون المدني العراقي "المقابلة عقد به يتعهد ان يصنع شيئاً او يودي عملاً لقاء

اجر يتعهد به الطرف الاخر ."

(25) نبيل ابراهيم سعد و محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام ، ط 1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2010 .

ص 29.

(26) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 179 .

(27) نص الفقرة الثالثة من المادة (222) من قانون البناء والسكن الفرنسي المعدل .

(28) Malinvaud (ph) et Gestaz (ph) : Droit de la promotiom immopiliere, 2 ap Paris >p

720

(29) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع . الايجار . المقابلة ، ط2 ، عمان ، دار الثقافة ،

1997، ص 17.

(30) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 174 .

(31) الفقرة الاولى من المادة (1831) من القانون الفرنسي المعدل .

(32) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، ط1 ، العاتك ، القاهرة ، 2007 ، ص 31 .

(33) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج1 ص 167.

- (34) طاهرة عبود عبد الصمد، احكام العقد غير المسمى، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، الجزائر، 2014، ص 3.
- (35) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج7، ص 14 .
- (36) الفقرة الاولى من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي المعدل .
- (37) الفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون (رقم 8 لسنة 2007) يتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في امارة دبي .
- (38) د. ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة دائرة القضاء، أبو ظبي، 2014، ص 15 .
- (39) د. ناصر احمد ابراهيم النشوي، عقد الاستصناع، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 149 .
- (40) دافيد فرانسيس، عقد الاستصناع، رسالة دكتوراة، باريس، 1937، ص 2. اشار اليه : ام كلثوم صبيح محمد، عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، 1997، ص 28 .
- (41) من هذه التشريعات القانون المصري والكويتي . لغرض الاطلاع اكثر: د. اسامة محمد حسن العبد، عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المصري والكويتي مع تطبيقاته العملية المعاصرة = بدولة الكويت، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد السابع والعشرين، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000، ص 48.
- (42) ادراج القانون المدني المصري عقد الاستصناع ضمن عقد المقاولة، حيث عرف عقد الاستصناع في المادة (646) بانه " عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً او ان يؤدي عملاً لقاء اجر، يتعهد به المتعاقد الاخر "
- (43) حيث نص المشرع العراقي على عقد الاستصناع في الفقرة الثانية من المادة (865) " يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ويكون استصناعاً "
- (44) الفقهاء المسلمون ذهبوا بصدد عقد الاستصناع الى اتجاهين، الاول وهم الحنفية الذين أجازوا الاخذ به واعتبروا عقد الاستصناع عقد مستقلاً بذاته، الاتجاه الثاني هم فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أجازوا العمل به ايضا لكنهم يرون ليس بعقد مستقل، اما فقهاء الامامية فلم يجيزوا العمل بعقد الاستصناع . لمزيد من التفاصيل أنظر : ام كلثوم صبيح محمد، مصدر سابق، ص 23 .
- (45) د. ناصر أحمد ابراهيم النشوي، مصدر سابق، ص 151.
- (46) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج7، ص 25 . وكذلك د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 28 .
- (47) يعد اوبري و رو من القائلين بهذا الرأي . انظر :
- Aubry et Rau : Droit Civil Français . Tome V . 6ème édition, 1947 , par p . Esmien p400.
- اشار الية :د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق،، ص 22.
- (48) بودي وقال، الايجار، الجزء الثاني، ط3، باريس، 1907، ص 3872. اشار الية د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج7، ص 25 وما بعدها.
- (49) المادة (1711) من القانون المدني الفرنسي المعدل و التي تنص على ((العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل)) . وكذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (1787) من القانون المدني الفرنسي

التي تنص ((2. إذا قدم رب العمل المادة يتمخض العقد مقاوله . 3- وإذا قدم الصانع المادة يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه)) .

(50) ذهب الى هذا الرأي كل من الفقهاء بلانيول وريبير ورواست، ج11، فقرة 912، ص147 - 148. اشار الية: د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، دون طبع واوفيسست عشتار، بغداد، 1985، ص33 .

(51) الفقرة الثانية من المادة (658) من قانون الموجبات اللبناني لسنة 1932.

(52) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص404.

(53) Daniel Tomasin_Contrat de promotion immobiliere Assas (paris II)2013 p4

(54) استاذنا د. محمد كاظم محمد ، عقد بيع الخارطة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2015 ، ص 14 .

(55) وزارة عواطف ، التزامات المرقى العقاري في عقد بيع العقار على التصاميم وفقا لقانون 04/11 ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2013 ، ص88 .

(56) حيث تناول المشرع الفرنسي تعريفه في الفقرة الاولى من المادة (1601) من القانون المدني التي نصت على "بيع العقار المعد للبناء ، هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بإنشاء بناء في مهلة محددة في العقد " .

(57) تناول المشرع الاماراتي هذا العقد وعرفه في المادة (2) من قانون رقم (13) لسنة 2008 والمعدل بقانون رقم (9) لسنة 2009 بانه " بيع الوحدات العقارية المفزة على الخارطة او التي لم يكتمل انشاؤها " ، والمشرع الجزائري الذي نظم هذا العقد تحت تسمية بيع العقار بناء على التصميم . يوسف سعدون محمد المعموري ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الانشاء ، ط1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 2016 ، ص22 .

(58) مديحة خنوفه ، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع العقار بناء على التصاميم ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشهيد حمه الخضر - الوادي ، الجزائر ، 2014 / 2015 ، ص 11 .

(59) د. ضحى محمد سعيد النعيمي ، مفهوم البيع على الخريطة وتكييفه القانوني ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون - جامعة الامارات العربية ، العدد التاسع والاربعون ، 2012 ، ص 230 .

(60) نظمت بعض القوانين عقد البيع على الخارطة واعتبرته من العقود المسماة ، من هذه القوانين القانون الاماراتي (قانون رقم 9 لسنة 2009) ، والقانون الجزائري الذي نظم هذا العقد تحت تسمية (بيع العقار بناء على التصاميم) في قانون رقم 04/11 لسنة 2011 . اما القوانين التي لم تنظم هذا العقد واعتبرته من العقود غير المسماة ، القانون المصري والقانون الاردني وكذلك القانون اللبناني (اصدر مؤخرا المشرع اللبناني مشروع قانون لكن لم يقر بعد) .

(61) الفقرات الاربعة من المادة (1601) من القانون المدني الفرنسي

(62) الفقرات الخمس من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي والمادة 222 بفقراتها السبعة من قانون البناء والسكن .

(63) Marianne Faure – Abbad, Op.cit, p 142 .

(64) نص الفقرة الاولى من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

(65) د. ضحى محمد سعيد النعيمي، مصدر سابق، ص 234 وما بعدها.

(66) Calais Auloy , Frank Steinmetz , Droit de la consommation , Dalloz . 2006 , p. 440

اشار الية د. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 505 .

(67) ايمن سعد سليم، مشكلات اتفاق التمويل العقاري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005،

ص 24. اشار اليه : أسامة شهاب حمد الجعفري ، عقد التمويل العقاري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2014 ، ص 11 .

(68) د. علاء حسين الجوعاني ، اتفاق التمويل العقاري، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و

السياسية ، جامعة الانبار، كلية القانون ، العدد الأول، المجلد الأول، 2009، ص 5 .

(69) تناول المشرع الفرنسي هذا العقد في قانون رقم 79 / 596 لسنة 1979 وهو خاص بالانتماء العقاري ، وهو

تعديل لقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93 / 949 لسنة 1993 .

(70) نظم هذا العقد في قانون صندوق الاسكان العراقي رقم (32) لسنة 2011 وكذلك قانون المصرف العقاري

رقم (161) لسنة 1976.

(71) تناول المشرع المصري هذا العقد بقانون التمويل العقاري رقم 148 لسنة 2001 .

(72) الفقرة الثانية من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي .

(73) اسامة شهاب الجعفري ، مصدر سابق ، ص 17.

(74) المصدر نفسه، ص 31 .

(75) د. محمد سليمان الاحمد، أهمية الفرق التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون

المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 1، العدد (20)، 2004، ص 93.

(76) د. عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، بحث منشور في جامعة تكريت للعلوم القانونية

والسياسية، العدد 6، السنة 2، ص 168.

(77) Malinvaud (ph) et Gestaz (ph) , Op.cit, p528.

(78) عقد اجارة صناعة هي تسمية يراد بها عقد المقاولة .

(79) الفقرات الستة من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي المعدل

(80) الفقرات الخمسة من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(81) المادة (864) من القانون المدني العراقي النافذ، حيث نظم المشرع العراقي العقد بالمواد (864-890) من

قانونه.

(82) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مصدر سابق،

64.

(83) Daniel Tomasin, , Op.cit, p 3

(84) الفقرة الاولى من المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(85) المادة (928) من القانون المدني العراقي النافذ .

(86) المادة (1/1831) من القانون المدني الفرنسي .

(87) محمد نجيب عوضين، عنصر المدة وأثره في العقود، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة

طبع، ص 82 وما بعدها.

- (88) علاء حسين الجوعاني ، اتفاق التمويل العقاري، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ،جامعة الانبار، كلية القانون ،العدد الأول ،المجلد الأول،2009، ص96 .
- (89) قرار رقم (18945- II) الصادر بتاريخ 8 مارس 1977، الدائرة الثالثة .
- (90) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج1 ، ص169 .
- (91) Daniel Tomasin , Op.cit, p 3 .
- (92) Malinvaud (ph) et Gestaz (ph) , Op.cit, p528 .
- (93) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد(1)، العدد (3)، بغداد، 1997، ص120.
- (94) د. حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، دار النهضة ،العربية، القاهرة، 2008، ص123 . اشارة الى اسامه شهاب الجعفرية، مصدر سابق، ص31.
- (95) د. علي مطشر عبد الصاحب علي، ازواج المسؤولية المدنية، رسالة، جامعة النهريين، كلية الحقوق، بغداد، 2002، ص188 - 119.
- (96) يعتبر مفهوم الغير ذا معنى متشعب و غير منضبط، لان مفهوم الغير له دلائل كثيرة في فروع القانون، بل حتى في الفرع الواحد تتعدد معانيه . لغرض بيان ذلك أنظر: استاذنا د. نبراس ظاهر جبر الزيايدي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة، كلية القانون - جامعة كربلاء، 2015، ص8.
- (97) د. صبري محمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص278 وما بعدها .
- (98) د. علاء حسين علي ، مصدر سابق، ص107.
- (99) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص12. وكذلك في نفس المعنى أنظر: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2007، ص19.
- (100) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات، ج1، المطبعة العالمية، مصر، 1954، ص61.
- (101) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الاول، ط4، مطبعة السلام، مصر، 1987، ص115.
- (102) نادية كعب جبر الكعبي، العقد المركب، دراسة قانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين، 2005، ص11-10 .
- (103) د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2000، ص45 .
- (104) د. علاء حسين علي ود. سعد ربيع عبد الجبار و محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، 2012، ص66.
- (105) نادية كعب جبر الكعبي، مصدر سابق، ص42 - 43.
- (106) ذهب الى هذا الزاي الدكتور محمد ناجي ياقوت ، حيث يرى انه عقد مركبا لأنه يجمع بين احكام عقدي الوكالة والمقاوله معا وفي نفس الوقت . انظر: د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص71، هامش (138) .

- (107) د. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهريين، المجلد العاشر، العدد(19)، كانون الاول/ 2007، ص265.
- (108) د. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، دون سنة طبع، ص153.
- (109) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة طبع، ص44.
- (110) استقرت هذه التسمية في الفقه والقضاء العربي بينما هناك من يطلق تسمية عقود الموافقة على عقود الإذعان. أنظر: المادة (2/ 172) من قانون الموجبات والعقود اللبناني نصت على انه (عندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي ان يناقش في ما تضمنه، يسمى العقد اذ ذاك عقد موافقة). بينما الفقه الفرنسي ذهب الى تسميه عقد الإذعان بـ(عقود الانضمام) حيث اطلق الفقيه سالي هذه التسمية وهي باللغة الفرنسية (CONTRAT D ' ADHESION) لان سالي يرى ان الاطراف عندما يقبلون بشروط العقد انما ينظمون للعقد انضماما دون أي مفاوضات. أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ج1، ص245.
- (111) المادة (73) من القانون المدني العراقي النافذ "العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".
- (112) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج1، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، عمان، 1996، ص129.
- (113) على راسهم الاستاذ سالي وفقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج1، ص247.
- (114) د. هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 2008، ص47.
- (115) من هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي نظم عقود الإذعان او ما يسميها الفقه الفرنسي بعقود الانضمام، منع المشرع الفرنسي تنظيم أي عقد يتضمن شروط تعسفية والتي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين، وكذلك نص في المادة (35) من القانون الفرنسي رقم 92/60 على اعطاء سلطة للقاضي بتحديد الشروط التعسفية. لغرض التوسع اكثر: د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط6، دار الثقافة، عمان، 2011، ص78. وكذلك القانون المدني المصري نظمه في المادة (149) والعقود بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط أو يعفى =الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، اما نص المادة (151): "1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2- ومع ذلك لا يجوز ان يفسر العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى". وكذلك القانون المدني الاردني جاء بنفس الحماية للطرف الضعيف وينص على مشابهة لنصوص القانون المصري في المادتين (204، 240) من القانون المدني الاردني.

(116) د. حسن علي ننون، مصدر سابق، ص66.

(117) المادة (167) من القانون المدني العراقي التي نصت على

" 1. القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة . 2- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك . 3- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً " .

(118) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 44 .

(119) Marianne Faure – Abbad, Op.cit, p 138 .

(120) الفقرة الأولى من المادة (1831) من القانون المدني الفرنسي .

(121) أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 46.

(122) د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 2010، ص 20.

(123) أطلق المشرع اللبناني على عقد المساومة تسميته عقد التراضي في المادة (172) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي عرفت العقد بأنه "عقد التراضي هو العقد الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين كالبيع العادي والايجار والمقايضة والاقراض".

(124) د. هدى عبدالله، مصدر سابق، ص 47.

(125) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 42.

(126) الفقرة الأولى من المادة (1831) من القانون الفرنسي .

قائمة المصادر :

أولاً : معاجم اللغة :

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، باب العين، ج 2، دار الدعوة، دون سنة طبع.
2. ابن منظور، لسان العرب، ج 14، باب النون، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ط 3، دون سنة طبع .
3. محمد أين ابى بكر الرازي، مختار الصحاح، باب العين، منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://ar.wikisource.org/wiki>

ثانياً : المؤلفات القانونية :

1. ألان بينابنت، العقود الخاصة، المدنية والتجارية، ط1، مجد المؤسسة الجامعية، 2004 .
2. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط6، دار الثقافة، عمان، 2011.
3. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2007.
4. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع . الايجار . المقاوله، ط2، عمان، دار الثقافة، 1997.

5. جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني ، العقود الرئيسية الخاصة ، المجلد الثاني ، مجد المؤسسة الجامعية ، دون سنة طبع.
6. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، ط1 ، العاتك ، القاهرة ، 2007 ، ص 31 .
7. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبید الفتلاوي، الموجز من العقود المسماة ، البيع - الايجار - المقاوله ، مطبعه جامعه بغداد ، بغداد ، بلا سنة طبع
8. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الاول، ط4، مطبعة السلام، مصر، 1987.
9. صبري محمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
10. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، دون سنة طبع.
11. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام، المجلد الاول ، ط3، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2000.
12. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، العاتك لصناعة الكتاب ، دون سنة طبع
13. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، عمان، 2000.
14. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
15. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشاءات الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، دون طبع واوفيسيت عشتار، بغداد، 1985
16. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات، ج1، المطبعة العالمية، مصر، 1954
17. محمد نبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله، ط2، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2004
18. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج1، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، عمان، 1996.
19. ناصر احمد ابراهيم النشوى، عقد الاستصناع، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007
20. نبيل ابراهيم سعد و محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام ، ط 1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2010 .
21. هدى عبدالله ، دروس في القانون المدني ، العقد، ج2، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 2008.

22. ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة دائرة القضاء، أبو ظبي، 2014.

23. يوسف سعدون محمد المعموري ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الانشاء ، ط1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 2016 .

ثالثاً: البحوث والدراسات :

1. طاهرة عبود عبد الصمد، احكام العقد غير المسمى، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، الجزائر، 2014
2. اسامة محمد حسن العبد، عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المصري والكويتي مع تطبيقاته العملية المعاصرة بدولة الكويت، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد السابع والعشرين، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000
3. زرارة عواطف ، التزامات المرقي العقاري في عقد بيع العقار على التصاميم وفقاً لقانون 04/11 ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2013
4. ضحى محمد سعيد النعيمي ، مفهوم البيع على الخريطة وتكييفه القانوني ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون - جامعة الامارات العربية ، العدد التاسع والاربعون ، 2012.
5. د. ضحى محمد سعيد النعيمي ، مفهوم البيع على الخريطة وتكييفه القانوني ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون - جامعة الامارات العربية ، العدد التاسع والاربعون ، 2012 .
6. علاء حسين الجوعاني ، اتفاق التمويل العقاري، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ، جامعة الانبار، كلية القانون ، العدد الأول ، المجلد الأول، 2009 .
7. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد(1)، العدد (3)، بغداد، 1997.
8. علاء حسين علي ود. سعد ربيع عبد الجبار و محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتراف الشخصي، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، 2012.
9. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهريين، المجلد العاشر، العدد(19)، كانون الاول/ 2007.

رابعاً : الرسائل والاطاريح :

أ : الرسائل :

1. أسامة شهاب حمد الجعفري ، عقد التمويل العقاري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2014.
 2. ام كلثوم صبيح محمد، عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، 1997.
 3. علي مطشر عبد الصاحب علي، ازدواج المسؤولية المدنية، رسالة، جامعة النهريين، كلية الحقوق، بغداد، 2002.
 4. مديحة خنوفه ، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع العقار بناء على التصاميم ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشهيد حمه الخضر - الوادي ، الجزائر ، 2014 / 2015 .
 5. نادية كعب جبر الكعبي، العقد المركب، دراسة قانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين، 2005.
- أ : الاطاريح :

1. محمد كاظم محمد ، عقد بيع الخارطة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2015 .
2. نبراس ظاهر جبر الزيايدي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة، كلية القانون - جامعة كربلاء، 2015،

خامساً : الانظمة والقوانين :

1. القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل بتعديل 10/ فبراير لسنة 2016 .
 2. مجلة الاحكام العدلية لسنة 1876
 3. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
 4. قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
 5. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 79 / 596 لسنة 1979
 6. التمويل العقاري المصري رقم 148 لسنة 2001
 7. قانون (رقم 8 لسنة 2007) يتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في امانة دبي .
 8. قانون الامارتي رقم (13) لسنة 2008.
 9. قانون صندوق الاسكان العراقي رقم (32) لسنة 2011
- سادساً: قرارات محكمة النقض الفرنسية :

1. قرار رقم (18945/ II) الصادر بتاريخ 8 مارس 1977، الدائرة الثالثة، المنشور على https://www.courdecassation.fr/_11806.htm موقع محكمة النقض الفرنسية
2. قرار رقم 12 / 29473 الصادر بتاريخ 14 يناير 2014، الدائرة المدنية الثالثة، المنشور على الموقع : https://www.courdecassation.fr/_11806.htm

سابعاً : المصادر الفرنسية :

1. Beatrice guenard–salaun–la vente enletat futur dachevement duplprint, domont – France – 2013.
2. Daniel Tomasin _ Contrat de promotion immobiliere _ Assas (paris II) _ 2013.
3. – Hugues pèrinet - marquet , promotion immobilière , paris II, 2013
4. Malinvaud (ph) et Gestaz (ph) : Droit de la promotiom immopiliere, 2 ap Paris.
5. –Marianne Faure – Abbad, Droit de la construction, Les contrats de construction immobiliere, 3 edition, 2016.