

# التنظيم القانوني لعقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية

(( دراسة في ضوء التطبيقات القضائية ))

بحث مقدم الى

مجلس القضاء من قبل الباحث القاضي ( محمد مصطفى رسول ) كجزء من متطلبات  
الترقية الى الصنف الثاني من أصناف القضاة

بإشراف القاضي

د. طه عمر رشيد

## توصية المشرف

أشهد أن البحث الموسوم بـ (( التنظيم القانوني لعقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية - دراسة في ضوء التطبيقات القضائية )) المقدم من قبل القاضي ( محمد مصطفى رسول ) قد تم تحت إشرافي ، وهو جزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثاني من أصناف القضاة وهو جدير بالقبول .

التوقيع :

إسم المشرف : القاضي الدكتور طه عمر رشيد

التاريخ : ٢٠٢٤ / ٢ / ١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

صدق الله العظيم

سورة المائدة، الآية ١

# الإهداء

إلى العطاء بلا حدود... والحنان بلا نهاية....

والدي ووالدتي

إلى من لم يتوانى في تقديم العون

أخي العزيز... صلاح.. إمتنانا وإعزازا وتقديرا

إلى من كانت عنوان الوفاء

زوجتي....

الباحث

## المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٤	المبحث الأول / التعريف بعقود المباني والمشاريع السكنية الإستثمارية
٤	المطلب الأول / مفهوم عقود المباني والمنشآت الثابتة
٥	الفرع الأول / تعريف عقود المباني والمنشآت الثابتة
٦	الفرع الثاني / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن العقود المشابهة لها
٩	المطلب الثاني / مفهوم المشاريع السكنية الإستثمارية
٩	الفرع الأول / مفهوم المشاريع السكنية
٩	الفرع الثاني / مفهوم الإستثمار
١٢	المطلب الثالث / التكيف القانوني لعقود المباني وأساسه القانوني
١٣	الفرع الأول / الإتجاه القائل بأن عقود المباني هو عقد بيع الأشياء المستقبلية
١٤	الفرع الثاني / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد مقاولة
١٥	الفرع الثالث / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد من نوع خاص
١٨	المبحث الثاني / آثار العقد
١٨	المطلب الأول / إلتزامات مالك المشروع
١٩	الفرع الأول / الإلتزام بالبناء
٢١	الفرع الثاني / الإلتزام بالتسليم
٢٣	الفرع الثالث / الإلتزام بنقل الملكية
٢٤	الفرع الرابع / الإلتزام بضمان العيوب
٢٦	المطلب الثاني / إلتزامات المشتري
٢٦	الفرع الأول / دفع الثمن
٢٧	الفرع الثاني / تسلم المبنى

٢٩	المطلب الثالث / سلطة القاضي في تعديل العقد
٢٩	الفرع الأول / البنود التعسفية
٣١	الفرع الثاني / الظروف الطارئة على العقد
٣٣	الخاتمة ( النتائج والتوصيات )
٣٥	قائمة المصادر

## المقدمة

نوضح مقدمة البحث من خلال الفقرات الآتية : -

### أولا / التعريف بموضوع البحث وبيان أهميته

أن عقد بيع المباني تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية منها وغير الإستثمارية يعد نوعا جديدا من البيوع لم تعرفه الساحة العقارية في إقليم كردستان خصوصا من حيث التنظيم القانوني ، ويلاحظ بأن إنتشار هذا النوع من العقود يحقق مصالح البائع والمشتري على حد سواء ، فقد لا يستطيع البائع تمويل المشروع كاملا من أمواله الخاصة ، فيلجأ الى عرضه للبيع وهو في مرحلة البناء ، وربما قبل البدء فيه ، على صورة البيع بالتقسيط ، بغية الحصول على مبالغ كافية من الأقساط المستحقة لتمويل المشروع وإنجازه ، كما أن هذا النوع من العقد يحقق مصلحة خاصة للمشتري ، فالمشتري في أغلب الحالات لا سيما ذوي الدخل المحدود لا يستطيع أن يدفع الثمن كاملا عند شراء وحدة سكنية جاهزة ، وهكذا فإن وسيلة البيع تحت الإنشاء تحقق للمشتري فائدتين في آن واحد ، أولها دفع ثمن العقار المشتراة تدريجيا في صورة أقساط بما يتفق مركزه المالي وظروفه المعيشية ، وثانيها حجز المسكن على أمل الحصول عليها بعد فترة ولو كانت طويلة نسبيا ، الأمر الذي يحقق له الطمأنينة النفسية .

ولكن عند إمعان النظر في الموضوع من زاوية أخرى وفي ظل غياب التنظيم القانوني نجد بأنه ليس هناك من الضمانات الكافية ما يكفل حقوق الطرفين ، لا سيما فيما يتعلق بالمشتري وهو الطرف الضعيف إقتصاديا والأقل خبرة في هذا المجال مقارنة بمالك المشروع ، فالمشتري الذي يلتزم بدفع الثمن على شكل أقساط دورية مجدولة حسب العقد المبرم بينهما ، ربما يتعرض لمخاطر كثيرة لوجودها في حقيقة الأمر بالنسبة للبيع العادي ، الذي يرد على شيء موجود بالفعل ، فالبناء المبيع قد لا يكتمل ، بل وقد لا يبدأ البائع في البناء أصلا ، وفي ظل هذه الظروف قد يضيع ما دفعه المشتري ، كما قد يتعرض مالك المشروع لمخاطر عدم دفع الأقساط المستحقة أو التأخر في دفعها في مواعيدها المحددة مما يؤثر سلبا على المشروع المراد إنجازه .

يضاف الى ذلك أن التطور في مجال التشييد والبناء ، والسرعة في إنجاز المباني والمنشآت الثابتة ، والرغبة في تحقيق أكبر كسب ممكن ، قد يأتي على حساب متانة البناء وقوة تحمله ، وذلك نتيجة عدم الدقة في تنفيذ الأعمال من طرف مالك المشروع ، والإهمال في الإشراف على هذه الأعمال من قبل المهندس ، أو إستعمال الغش بإستخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة ، أو إستعمال طرق إحتيالية لإخفاء الخلل ، أو العيب الظاهر في البناء ، قد يسبب في خسارة الأرواح أو الإضرار بالأموال .

## ثانيا / مشكلة البحث

أن المشرع المدني العراقي لم يورد نصوصا خاصة تنظم العلاقة العقدية بين مالك المشروع والمشتري في المشاريع التي تنصب على تشيد وإقامة الوحدات السكنية ، سواء كانت هذه المشاريع مسجلة في هيئة الإستثمار والمسمى بالمشاريع السكنية الإستثمارية ، أو التي غير مسجلة لدى تلك الهيئة ، وأن القواعد العامة للعقد الواردة في القانون المدني العراقي قاصرة بل عاجزة أحيانا عن حل كثير من المشكلات التي تثور بصدد عقود المباني في المشاريع السكنية ، خصوصا فيما يتعلق بالتكييف القانوني لتلك العلاقة و كيفية إنعقادها وتحديد أثارها ، عليه تباينت الآراء الفقهية والإتجاهات القضائية بشأن كل ذلك ، فبينما يصفها البعض بأنها عقد بيع لشيء مستقبلي ، يصفها الآخرون بأنها عقد مقاوله ، ويرى الآخرون بأنها عقد من نوع خاص ، وتكييف العلاقة وفقا لأي من هذه الآراء لا تحدد نهاية للإشكالية التي ظهرت بل يزداد الأمر تعقيدا عند الوقوف على آثار تلك العلاقة ، لا سيما إذا أخذنا بنظر الإعتبار أن العلاقة منصبة على تصرف عقاري وهو من التصرفات الشكلية التي يستوجب تسجيلها لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة وإلا كان التصرف باطلا عملا بأحكام القواعد العامة ، الأمر الذي يستدعي ضرورة البحث في هذا الموضوع والخوض في غماره ، محاولين تقديم رؤية لما ينبغي أن يكون عليه تنظيم تلك العلاقة في جوانبها المختلفة .

## ثالثا / منهجية البحث

لقد إعتدنا في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي ، وذلك من خلال شرح أهم الأحكام العامة للعقد الواردة في القانون المدني العراقي ، وكذلك الأحكام الخاصة لعقدي البيع والمقاوله الواردة في ذات القانون وكلما تتطلب الأمر ذلك ، كما أبرزنا الآراء الفقهية التي أثرت بهذا الشأن وماقشنتها وترجيح الرأي الأفقه منها عند الإختلاف في مسألة ما ، مع بيان أسباب الترجيح ، وقد مزجنا الجانب النظري لموضوع هذه الدراسة بالتطبيق العملي الذي يقوم بتعزيزه موقف القضاء والفقه وما يبين السياسة التشريعية للمشرع .

## رابعا / صعوبات البحث

تتمثل الصعوبات التي واجهها الباحث في النقطتين التاليتين : -

١. ندرة الأبحاث والدراسات القانونية المتعلقة بالموضوع ، وإذا ما وجدت فإنها مقتضبة .
٢. قلة الأحكام القضائية التي تناولت تكييف أو تحديد الآثار المترتبة عن عقد المباني تحت الإنشاء في المشاريع السكنية ، وذلك لحدائة ظهور هذا النوع من العقد نسبيا .

## خامسا / خطة البحث

إعتمدنا الخطة الآتية في بحث الموضوع ودراسته : -

- المبحث الأول / التعريف بعقود المباني والمشاريع السكنية الإستثمارية
  - المطلب الأول / مفهوم عقود المباني والمنشآت الثابتة
  - الفرع الأول / تعريف عقود المباني والمنشآت الثابتة
  - الفرع الثاني / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن العقود المشابهة لها
  - المطلب الثاني / مفهوم المشاريع السكنية الإستثمارية
  - الفرع الأول / مفهوم المشاريع السكنية
  - الفرع الثاني / مفهوم الإستثمار
  - المطلب الثالث / التكييف القانوني لعقود المباني وأساسه القانوني
  - الفرع الأول / الإتجاه القائل بأن عقود المباني هو عقد بيع الأشياء المستقبلية
  - الفرع الثاني / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد مقابلة
  - الفرع الثالث / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد من نوع خاص
  - المبحث الثاني / آثار العقد
  - المطلب الأول / إلتزامات مالك المشروع
  - الفرع الأول / الإلتزام بالبناء
  - الفرع الثاني / الإلتزام بالتسليم
  - الفرع الثالث / الإلتزام بنقل الملكية
  - الفرع الرابع / الإلتزام بضمان العيوب
  - المطلب الثاني / إلتزامات المشتري
  - الفرع الأول / دفع الثمن
  - الفرع الثاني / تسلم المبنى
  - المطلب الثالث / سلطة القاضي في تعديل العقد
  - الفرع الأول / البنود التعسفية
  - الفرع الثاني / الظروف الطارئة على العقد
- الخاتمة ( النتائج والتوصيات )

## المبحث الاول

### التعريف بعقود المباني والمشاريع السكنية الإستثمارية

على الرغم من أن عقد بيع المباني في المشاريع السكنية الإستثمارية من العقود الأكثر الإنتشارا إلا أنه لم ينل حظه من التحديد والتعريف بعد وذلك بسبب حداثة ظهوره ، فلا زالت تتنازعه بعض الأفكار وتختصم فيه الآراء حول كيفية تعريفه وتحديد خصائصه ، لذا فإن الوصول الى معرفة دقيقة وشاملة لهذا النوع من العقد يستلزم الوقوف على عدة مسائل نتناولها في المطالب الثلاثة الآتية : -

المطلب الأول / مفهوم عقود المباني والمنشآت الثابتة

المطلب الثاني / مفهوم المشاريع السكنية الإستثمارية

المطلب الثالث / التكييف القانوني لعقود المباني والمنشآت الثابتة

## المطلب الأول

### مفهوم عقود المباني والمنشآت الثابتة

ليبان مفهوم عقود المباني والمنشآت الثابتة يتوجب علينا تعريفه أولا ، ومن ثم تسليط الضوء على ما يميزها عن العقود المشابهة لها ، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين الآتين : -

الفرع الأول / تعريف عقود المباني والمنشآت الثابتة

الفرع الثاني / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن العقود المشابهة لها

## الفرع الأول

### تعريف عقود المباني والمنشآت الثابتة

قبل التعريف بعقود المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، لابد أن نعرف عقد المقاولة أولاً ، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه (( عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته ، ودون أن ينوب عنه أو يمثله <sup>(١)</sup> .

أما في الشريعة الإسلامية فلم يكن عقد المقاولة عقداً مستقلاً بهذه التسمية ، وإنما عرفه الفقهاء تارة بأنه (( عقد الإستصناع )) ، وهو التعاقد على صنع شيء معين ، وتارة أخرى بأنه (( طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع )) ، وقد تأثرت القوانين العربية بهذا الفقه ، فأطلق القانون المدني العراقي على العقد ( عقد المقاولة والإستصناع ) <sup>(٢)</sup> .

حيث تنص المادة ( ٨٦٤ ) من القانون المدني العراقي في معرض تعريفه لعقد المقاولة والإستصناع بأنه (( عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر )) .

ويعد العقد مقاولة أياً كانت طبيعة العمل وحجمه ونوعه ، فتطبق أحكام عقد المقاولة على الأعمال المتعلقة بالأشياء المادية ، سواء كانت هذه الأشياء عقارات ، ( كبناء أو ترميم أو صيانة .... ) أو كانت هذه الأشياء منقولات ( كصنع أو تحويل ... ) ، كما تطبق عقد المقاولة على الأعمال غير المادية كالتأليف والتدريس والتصميم والتنظيم ... إلخ ، ولا يؤثر على وصف عقد المقاولة حجم الأعمال التي يلتزم المفاوض بإنجازها ، فيبقى العقد مقاولة أياً كان حجم العمل المتفق على إنجازها ، فقد تكون الأعمال صغيرة كعمل النجار والحائك والحداد وغيرها ، وقد تكون أعمال كبيرة تنصب على تشيد المباني والمنشآت الثابتة كالجسور والسدود والخزانات وغيرها <sup>(٣)</sup> .

أما بخصوص تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى فقد عرفها البعض من الفقه <sup>(٤)</sup> بأنها تلك

(١) د. محمد ناجي ياقوت : عقد المقاولة ، دون مكان وسنة نشر ، ص ٤ .

(٢) فتيحة قره : أحكام عقد المقاولة ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، الأسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ١٦ .

(٣) د. طارق كاظم عجيل : الوسيط في عقد المقاولة ، ط ١ ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص ١٦ .

(٤) د. صادق عبد علي طريخم الركابي : الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، ٢٠٢٣ ، ص ١٩ .

ويقصد بالمباني كل ما شيدته يد الإنسان بمواد إنشائية ويتصل بالأرض إتصال قرار ويستوي في ذلك أن يكون معددا للسكن أو لخنز الأشياء ، أما المنشآت الثابتة فهي كل ما تنتجه طاقة الإنسان وتقترّب بحكم طبيعتها من المباني من علاقتها بالأرض كالجسور والسدود وغيرها ، أنظر : د. جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية ( البيع - الإيجار - المقاولة ) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص ٣٩٨ .

العقود التي يكون محلها تشييد مبان أو إقامة منشآت ثابتة أخرى لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر .  
ومن الجدير بالذكر تعتبر تسمية ( عقود بيع المباني تحت الإنشاء ) جديدة في الواقع القانوني ، لذا لم يعرف  
المشرع المدني العراقي هذا العقد ولم ينظمه وبالتالي لم يرد تعريف تشريعي له ضمن نصوص القانون المدني العراقي  
رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

## الفرع الثاني

### تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن العقود المشابهة لها

تتميز عقود المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عن غيرها من عقود المقاولات ، ولكون أطرافها من أشخاص القانون  
الخاص فهذا يجعلها تتميز عن عقود الأشغال العامة ، كما أن قيام المقاول بتقديم العمل والمادة معا في عقد تشييد المباني  
يجعله يشبه بعقد البيع إذ من السهل أن يعتبر المقاول بائعا للمواد التي يستخدمها في العمل ، وهذا ما سنتناوله من  
خلال المقاصد الثلاثة الآتية :-

المقصد الأول / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد المقاول

المقصد الثاني / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد الأشغال العامة

المقصد الثالث / تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد البيع

## المقصد الأول

### تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد المقاول

تنصب موضوع عقود المباني والمنشآت الثابتة على محل قوامه تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى تتصل بالأرض  
إتصال قرار سواء قامت فوقها أو تحتها ، حيث تنصرف هذه العقود الى منشآت ثابتة أيا كانت كالمدارس والمستشفيات  
والمسارح والملاعب والقرى السياحية بما تشمله من منشآت والمدن السكنية شريطة أن يكون البناء مستقرا ثابتا في  
مكانه ولا يمكن نقله دون هدمه ، كما تدخل في نطاق المنشآت الثابتة جميع صور الأنفاق ومحطات المترو والملاجيء  
والمستودعات ومحابىء الطائرات والأفران ومواقف السيارات والسراديب والطوابق السفلية في المباني ... إلخ ، وتدخل  
أعمال تأهيل المباني من ترميمات وإصلاحات وتجديد وتدعيم وتوسيع وتعليق في الأجزاء الرئيسة من المباني أو ملحقاتها  
ضمن حيز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لأن محلها المباني والمنشآت الثابتة <sup>(١)</sup> .

(١) د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي : عقد المقاول في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥٥ -

أما أعمال الصبغ والدهان والزخرفة والديكور والنقوش وملصقات ورق الجدران فلا تدخل ضمن نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة التي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة للمقاول ، على إعتبار عدم تعلقها بسلامة البناء ومتانته ، وكذلك الأكشاك أو الكرفانات مما يمكن فكها ونقلها وتركيبها في مكان آخر فلا تدخل في نطاق المنشآت الثابتة ، وتخرج أيضا عن هذا النطاق السفن والعبارات والعوامات والطائرات لأنها ليست عقارات ، أما عقود المقاولات الأخرى فمحلها غير ذلك ، فمحل عقد النشر هو النتاج الفكري للمؤلف الذي إتفق على نشره بين الناشر والمؤلف ومحل عقد الإعلان هو المادة الإعلانية التي إتفق على نشرها بين صاحب المادة المعلن عنها وبين الوسيلة الإعلانية كالصحيفة أو المجلة أو التلفزيون ، ومحل عقد مقاوله الحفلات هو الحفلة المتفق على إقامتها بين متعهد الحفلات وبين المطرب أو الممثل<sup>(١)</sup> .

## المقصد الثاني

### تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الإدارة الى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر تحقيقا للمنفعة العامة ، ومن هذا التعريف نستخلص أنه يشترط لكي نكون بصدد عقد أشغال عامة لابد من توفر ثلاثة شروط وهي أن ينصب العقد على عقار وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام وأن يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة ، وعندئذ نكون أمام عقد أشغال عامة ولو لم يتصل هذا العمل بمال عام أو بمرفق عام<sup>(٢)</sup> ، وبذلك تتفق عقود المباني والمنشآت الثابتة مع عقود الأشغال العامة في أن كليهما ينصبان على عقار ، إلا أن النقطة الجوهرية في الفرق بين العقدين هي أن عقود المباني والمنشآت الثابتة من عقود القانون الخاص وأنها في نطاق هذا القانون قد تكون عقدا مدنيا وقد تكون عقدا تجاريا وأنها قد تكون عقدا مختلطا ، فتكون مدنية بالنسبة لرب العمل وتجارية بالنسبة للمقاول ، في حين أن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري من عقود القانون العام<sup>(٣)</sup> .

١) د. صادق عبد علي طريخم الركابي : مصدر سابق ، ص ٤٤ .

٢) فتحيه قره : مصدر سابق ، ص ٥٦ - ٥٧ .

٣) د. محمد جابر الدوري : مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٣٥ .

### المقصد الثالث

#### تمييز عقود المباني والمنشآت الثابتة عن عقد البيع

أن عقود مقاوله المباني والمنشآت الثابتة تنصب على العمل بينما ينصب البيع على الملكية ، ولكن تظهر الصعوبة إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد معا ، فهل تعتبر العملية بيعا أم مقاوله ، الرأي الراجح فقها يذهب الى إعتبار العقد في هذه الأحوال عقد بيع أشياء مستقبلية ، إلا إذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهة بالنسبة الى قيمة العمل الذي يقدمه المقاول فعندئذ يتعبر العقد مقاوله لا بيعا ، أما إذا كانت الأرض ملكا للمقاول الذي تعهد بإقامة البناء بأدوات من عنده فالعقد يعتبر في هذه الحالة بيعا للأرض في حالتها المستقبلية ، أي بعد أن يقام عليها البناء <sup>(١)</sup> .

إلا أن جانبا آخر من الفقه يرى بأن العقد يكون عقد مقاوله وليس بيعا عندما ينصب موضوعه ليس على أشياء معينة بصورة مسبقه بل على عمل محدد سيتم تنفيذه من قبل المقاول وفق رغبات صاحب العمل ، إلا إذا كان الشيء المصنوع قد أنجز وتم صنعه سابقا ففي هذه الحالة يكون العقد بيعا لا إستصناعا لأن مرحلة الصنع مهما بلغت أهميتها تكون قد إنتهت وذابت في الشيء عينه ، كمن يشتري لوحة مرسومة قبلا أو منزلا أنجز بناؤه أو فرشاه تم صنعه مسبقا <sup>(٢)</sup> .

---

(١) د. سعيد مبارك ود. طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي : الموجز في العقود المسماة ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص ١٩ .

(٢) د. مروان كركبي : العقود المسماة ، ج ٢ ، ( الإيجار - الوكالة - المقاوله ) ، ط ٦ ، توزيع المنشورات الحقوقية ، ٢٠١٨ ، ص ٣١٢ .

## المطلب الثاني

### مفهوم المشاريع السكنية الإستثمارية

للتعرف على مفهوم المشاريع السكنية الإستثمارية ، والوقوف على حقيقته ، لابد أولاً بيان مفهوم المشاريع السكنية ، ثم البحث في تعريف الإستثمار لغة وإصطلاحاً ، عليه نقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين : -

الفرع الأول / مفهوم المشاريع السكنية  
الفرع الثاني / مفهوم الإستثمار

### الفرع الأول

#### مفهوم المشاريع السكنية

عرفت الفقرة (سابعاً) من المادة ( الأولى ) من قانون الإستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ المشروع بأنه (( أي نشاط إقتصادي أو مشروع إستثماري يقيمه شخص طبيعي أو معنوي على أرض مخصصة له وبرأس مال وطني أو أجنبي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه .  
كما وتنص الفقرة (تاسعاً) من المادة ( الأولى ) من ذات القانون على أنه (( المستثمر هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الإقليم وفق أحكام هذا القانون وطيناً أم أجنبياً ))  
كما وتنص المادة (الثانية) من ذات القانون على أنه (( تطبق أحكام هذا القانون على المشاريع التي توافق عليها الهيئة في أحد القطاعات التالية :  
ثامناً / مشاريع البنية التحتية ، ومنها مشاريع البناء ، الإعمار ، الاسكان ، الطرق الجسور ، سكك الحديد ، المطارات ، والري والسدود )) .  
أما المشروع السكني فيقصد به (( توظيف أموال في إقامة الأبنية السكنية من دور وعمارات وشقق سكنية وتوفير الخدمات اللازمة لها وبيعها بعد إقامتها بقصد الربح )) .

### الفرع الثاني

#### مفهوم الإستثمار

الأستثمار لغة مشتق من الثمر ، والثمرة واحدة الثمر والثمرات ، وجمع الثمر ثمار ، ويقال أثمر الشجرة أي طلع ثمره وشجر ثامر إذا أدرك ثمره<sup>(١)</sup> ، أثمر الشجر : بلغ أوان الإثمار ، والشيء أتى بنتيجته ، ويقال ثمر ماله : كثر ،

---

(١) خليل مأمون شيحا : معجم الصحاح ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٧ ، ص ١٤٣ .

والإستثمار هو إستخدام الأموال في الإنتاج ، إما مباشرة بشراء الآلات والأدوات الأولية ، وإما بطريق غير مباشر كسواء الأسهم والسندات (١) .

أما الإستثمار في الإصطلاح الفقهي هو إرتباط مالي بهدف تحقيق مكاسب يتوقع الحصول عليها على مدة طويلة في المستقبل ، فالإستثمار نوع من الإنفاق على أصول يتوقع منها تحقيق عائد على مدى فترة طويلة من الزمن ، وبذلك فإن الغرض من الإستثمار هو توظيف الأموال بقصد الحصول على عائد جار ، أو بقصد الحصول على قيمة أكبر في نهاية المدة ، أي دون عائد جار (٢) .

والإستثمار كما عرفه البعض (٣) هو إستخدام المدخرات في تكوين الإستثمارات أو الطاقات الإنتاجية الجديدة اللازمة لعمليات إنتاج السلع والخدمات وإحفاظة على الطاقة الإنتاجية القائمة أو تجديدها ، كما أن هذه الطاقات الإنتاجية أو الإستثمارات ما هي إلا سلع إنتاجية ، أي سلع لا تشبع أغراض الإستهلاك مباشرة ، بل تستهدف إنتاج غيرها من السلع والخدمات .

أما الأستثمار العقاري يعني توظيف الأموال لإستثمارها في المعاملات العقارية العينية والمالية ، وعلى ذلك فلا يقصد بالأستثمار العقاري توظيف الأموال في تملك عين سواء كانت أرضاً أو مبنى بغرض رفع سعره في المستقبل أو إستغلاله في الحصول على قيمة إيجارية (٤) .

وكثيراً ما نجد أن لفظ الإستثمار يأخذ مسمى ( توظيف الأموال ) عند الإقتصاديين ، فقد إستخدموا لفظ الإستثمار ليعني أي توظيف للأموال سواء لأجل طويل أو لأجل متوسط أو لأجل قصير ، وإن كان الغالب هو إنصراف الذهن إلى الإستثمار الذي يعني توظيف الأموال لأجل طويل نسبياً (٥) .

---

(١) إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار : المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، إستانبول ، تركيا ، دون نسنة نشر ، ١٠٠ .

(٢) د. طارق كاظم عجيل : شرح قانون الإستثمار العراقي ، الناشر مكتبة السهوري ، ٢٠٠٩ ، ص ٩- ١٠ .

(٣) د. حسين عمر : الإستثمار والعملة ، سلسلة مبادئ المعرفة الإقتصادية - المدخل لدراسة علم الإقتصاد ، دار الكتب الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٤) د. الصغير محمد مهدي : النظام القانوني لتمويل العقاري ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ٢٣ .

(٥) د. محمد محمد أحمد سويلم : الإستثمارات الأجنبية في مجال العقارات دراسة مقارنة بين القانون والفقهاء الإسلامي ، ط ١ ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٤ .

وفيما يتعلق بالتعريف القانوني فأورد المشرع العراقي تعريفا للإستثمار في الفقرة (سادسا) من المادة (١) من قانون الإستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل بقوله ((توظيف رأس المال في أي نشاط أو مشروع إقتصادي يعود بمنفعة على الإقتصاد الوطني وفقا لأحكام هذا القانون))<sup>(١)</sup>.

من خلال ما ورد أعلاه يمكن إيراد تعريف للمشروع السكني الإستثماري بأنه عبارة عن ((توظيف أموال في إقامة مشاريع الأبنية السكنية من دور وعمارات وشقق سكنية وتوفير الخدمات اللازمة لها يقيمه المستثمر على أرض مخصصة له من قبل هيئة الإستثمار وفق أحكام القوانين المرعية)).

---

١. هذا ومن الجدير بالذكر أن قانون الإستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ لم يتضمن بين دفتيه نصا بخصوص تعريف الإستثمار.

## المطلب الثالث

### التكيف القانوني لعقود المباني وأساسه القانوني

التكيف القانوني هو عمل قضائي ، من خلاله يقوم القاضي بإعطاء الوصف القانوني الملائم للواقعة المعروضة عليه تمهيدا لتطبيق النص القانوني الملائم عليها ، فهو عملية شاقة وفي غاية من الدقة ، وعملية التكيف في نطاق عقود المباني فقد تباينت الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية حولها، ويرجع هذا الإختلاف الى جملة أسباب ، من أهمها أن المشرع أغفل تسمية وتنظيم هذا النوع من العقد مما ترك الباب مفتوحا بمصراعيه أمام الفقهاء ورجال القضاء لتبيان رأيهم حول إيراد تكيف لمثل هذا العقد ، يضاف الى ذلك أن المفاوض في هذا النوع من العقد لا يقتصر دوره على تقديم العمل بل يقدم المادة والأرض أيضا ، إذا السؤال الذي يطرح نفسه هو هل نكون أمام عقد بيع الأشياء المستقبلية ؟ أم نكون أمام عقد معاولة ؟ أم عقد آخر غير مسمى ، هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال الفروع الثلاثة الآتية : -

- الفرع الأول / الإتجاه القائل بأن عقود المباني هو عقد بيع الأشياء المستقبلية
- الفرع الثاني / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد معاولة
- الفرع الثالث / الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد من نوع خاص

## الفرع الأول

### الاتجاه القائل بأن عقود المباني هو عقد بيع الأشياء المستقبلية

ذهب بعض من الفقهاء الفرنسيون والبعض من الفقه العربي<sup>(١)</sup> الى اعتبار عقد بيع المباني تحت الإنشاء الذي يقدم فيه المقاول الأرض إضافة الى عمله ومواد البناء بأنه عقد بيع إلا أنه من البيوع الواردة على أشياء مستقبلية غير موجودة وقت التعاقد ، أو هو بيع للأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها البناء ، فيكون بيعا لمبنى مؤجل التسليم حين إكمال وجوده ، ذلك أن محل إلزام البائع وهو المبنى غير موجود عند إبرام العقد وإنما سيوجد مستقبلا ، تأسيسا على أن القانون أجاز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومن ثم فإن بيع الأشياء المستقبلية جائز قانونا<sup>(٢)</sup> .

إلا أن هذا الرأي لا تحل الإشكالية ولا تسعفنا لا سيما إذا أخذنا بنظر الإعتبار أن عقد بيع المباني تحت الإنشاء من التصرفات العقارية التي تتطلب شكلا معيناً لإنعقادها ، فبيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون<sup>(٣)</sup> ، وقد جاءت المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي لتؤكد هذه الشكلية في معرض كلامه عن العقد كسبب من أسباب كسب الملكية حيث نصت على أنه (( ١- تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار ، ٢- والعقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا )) .

يستخلص من ذلك أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء تعتبر باطلة وبحكم العدم ما لم تتوفر الشكلية المطلوبة قانونا وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، الأمر الذي أكد فيه المشرع في أكثر من موقع ضمن النصوص التشريعية التي تعالج التصرفات العقارية بما فيها البيع ، حيث تنص الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على أنه (( لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري )) .

لذلك يرى جانب من الفقه بأنه على الرغم من أن بيع العقار قيد الإنشاء هو بيع لشيء مستقبل ، إلا أن ذلك لا يشمل محل البيع كله ، حيث أن الشيء المستقبل الذي سيباع هو البناء فقط دون قطعة الأرض التي سيشتد فوقها ،

---

(١) للمزيد من التفصيل أنظر : د. علاء حسين علي : عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١ ، ص ٤٠-٤١ .

(٢) تنص المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي على أنه (( ١- يجوز أن يكون محل الإلتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل )) .

(٣) المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي .

والتي تنقل ملكيتها للمشتري منذ التوقيع على العقد ، بينما لا يترتب على بيع المال المستقبل انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد الى المشتري ، بل أن كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المال المستقبل إذا ما تحقق وجوده (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة تمييز إقليم كردستان في قرار لها (( ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ، حيث تبين بأن العقد المبرم بين الطرفين المتداعيين بموجبه يلزم كل طرف فيها بالتزاماته المبينة فيه ، كونه عقد ملزم للجانبين ومنها إلزام المدعي بتسديد الأقساط المترتبة عليه مقابل إلزام المدعي عليه ببناء الشقة المشتراة من المدعي وتسليمها له في المدة المتفق عليها في العقد المذكور ، وبما أن العقد المذكور هو عقد مشمول بقانون الإستثمار وهو عقد صحيح وملزم للجانبين و نافذ بحقهما ولا يجوز تعديله أو الرجوع عنه إلا بالتراضي أو فسخه عن طريق القضاء ، وأن التسجيل فيه هو من مميزات العقد الإستثماري إلا أنه بإمكان كل طرف مطالبة حقوقه من الآخر بموجب العقد المذكور في حالة إخلال الطرف الآخر بنوده .... )) (٢) .

## الفرع الثاني

### الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد مقاوله

أورد المشرع العراقي تعريفا لعقد البيع في المادة (٥٠٦) من القانون المدني بقوله (( البيع مبادلة مال بمال )) وأتي بنص المادة (٥٠٧) من ذات القانون ليين أنواع البيع من زاوية المبيع والتي جاء فيها (( البيع بإعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة )) كما وأورد تعريفا لعقد المقاوله في المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي بأنه (( عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر )) .

من خلال قراءة النصوص السالفة الذكر لا يثار اية صعوبة في التفرقة بين عقد بيع عقار تحت الإنشاء وعقد المقاوله ، إذا كان الما قول لا يقوم سوى بتنفيذ عمل دون تقديم الأرض و المواد ، حيث أن العقد بهذا الوصف هو عقد مقاوله ، أما إذا ورد في العقد شيء موجود فعلا مثل شراء قطعة أرض بعد إكمال بناءها فيكون عقد بيع عادي ، أما

---

(١) د. سليمان مرقس : شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ج٣ ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص١٣٨-١٣٩

(٢) القرار رقم (٦٦٢/الهيئة المدنية/٢٠١٩) في (١٩/١١/٢٠١٩) ، منشور لدى : القاضي عبدالجبار عزيز حسن ، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - القسم المدني ، ج١ ، ط١ ، الناشر مكتبة هولبر القانونية ، ٢٠٢١ ، ص ٤٢١ - ٤٢٢ .

إذا قدم صاحب العمل الأرض على أن يقدم المقاول المواد والعمل ، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد مقاوله ، أيا كانت أهمية مواد البناء التي يقدمها المقاول ، لأن الفرع يتبع الاصل ، وفي هذه الحالة تكون الأرض هي الأصل ، ومواد البناء هي الفرع ، فمواد البناء تكون ملكا لصاحب الأرض بمجرد إتصاقها بالأرض ، أما إذا كان البناء قد شيد على أرض مملوكة للمقاول ، فهو يقدم الأرض والمواد ، بحيث يستطيع نقل الملكية بعد إكمال البناء الى المشتري ، ومن هنا يتضح أنه أصبح عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، لأن الأرض هي بالأصل تعود الى المقاول ، ولأن الأرض هي الاصل فإن أعمال البناء مهما كانت أهميتها تكون كلها مملوكة للمقاول ، وفي هذه الحالة يعتبر البيع بعد البناء بيعا لعقار قائم<sup>(١)</sup> .

### الفرع الثالث

#### الإتجاه القائل بأن عقود المباني تحت الإنشاء هو عقد من نوع خاص

تنقسم العقود المدنية الى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، والعقود المسماة هي العقود التي خصها المشرع بإسم معين وتولى تنظيمها بأحكام خاصة لشيوعها بين الناس في المعاملات اليومية ، أما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يخصصها بإسم خاص ولم يتولى تنظيمها بأحكام خاصة ، وتظهر فائدة هذا التقسيم في أن عقود المسماة تخضع لأحكام النصوص التي خصها المشرع بها ، فإذا لم يكن هناك نص يمكن تطبيقه وجب عندئذ الرجوع الى أحكام النظرية العامة للعقد ، أما العقود غير المسماة فإنها تخضع لأحكام النظرية العامة للعقد<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ بأن محكمة تمييز إقليم كردستان الموقرة قد إستقرت في العديد من قراراتها على أن عقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية تعتبر من نوع خاص وذلك للدلالة على صحة هذه العقود وترتب آثارها بالنسبة للطرفين دون أن يبين التأسيس القانوني لهذه الفكرة ، كما أنه لم يبين فيما إذا كانت هذه العقود من ضمن العقود المسماة من عدمه ، وإذا كان من العقود المسماة فتحت طائلة أي عقد يتم إحتسابه<sup>(٣)</sup> .

---

(١) يوسف سعدون محمد همود المعموري : حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٦ .

(٢) تنص المادة (٧٦) من القانون المدني العراقي على أنه (( ١- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل ، ٢- أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية )) .

(٣) يلاحظ بأن القانون المدني العراقي قسم العقود المسماة الى مجموعات خمس ، الاولى عقود تقع على الملكية وهي البيع والهبة والقرض والدخل الدائم والصلح ، والثانية عقود تقع على المنفعة وهي الإيجار والعارية ، والثالثة عقود تقع على العمل وهي عقد المقاوله والاستصناع والنزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والايدياع ، والرابعة عقود احتمالية وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، أما الخامسة فقد انفردت بها الكفالة لوحدها .

وعلى ذلك قضت محكمة تمييز إقليم كردستان في قرار لها (( ... أن العقد موضوع الدعوى يخص الخلات التجارية المشيدة في المشاريع السكنية الإستثمارية الخاضعة لأحكام قانون الإستثمار رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ وهذه العقود تعتبر من نوع خاص وليست من العقود الباطلة ولا يحق للمدعي الإدعاء ببطان العقد لعدم إستيفائه الشكلية القانونية لأن عقد صحيح ونافذ ومنتج لآثاره ... ))<sup>(١)</sup> .

وقضت أيضا (( أن العقد موضوع الدعوى والمبرم بين الطرفين هو عقد إستثماري ويخص الخلات التجارية المشيدة في المشاريع السكنية الإستثمارية الخاضعة لأحكام قانون الإستثمار رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ الصادر من برلمان كردستان وهذا قانون خاص ولا يحق لأي طرف طلب بطان العقد المبرم بموجبه لعدم إستيفائه الشكلية القانونية وعليه فلم يكن المدعي قد اسس دعواه على أسس قانونية سليمة ويستوجب معها رد دعواه ))<sup>(٢)</sup> .

ويبدو أن ما بنيت عليه الإستقرار القضائي لمحكمة تمييز إقليم كردستان الموقرة بشأن صحة عقود بيع العقار تحت الإنشاء وتسميته تحت طائلة ( عقود من نوع خاص ) قد أتى لإجابة الأسئلة المطروحة ومعالجة المشاكل التي حدثت وتحديث في الواقع العملي ذات علاقة بإقامة الأبنية السكنية من دور وشقق وعمارات الواقعة ضمن المشاريع السكنية المسجلة في دوائر الإستثمار المختصة بموجب قانون الإستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ ، وحتى بالنسبة لتلك المشاريع التي لم تسجل في تلك الدوائر ، حيث أن ساحة القضاء صارت مليئة بالدعاوي التي تقام من قبل المشتري على مالك المشروع يطالبه فيها إما بتسليم الدار أو الغرامة التأخيرية أو توفير الخدمات اللازمة أو إصلاح ما يوجد فيها من عيوب البناء أو نقل الملكية أو فسخ العقد جراء الإخلال بالإلتزام التعاقدي ... إلخ ، وبالمقابل فإن عدد الدعاوي المقامة من قبل مالك المشروع السكني على المشتري ليست بقليل وأصبحت تلك الدعاوي تحتل مرتبة متقدمة من ضمن الدعاوي المقامة أمام المحاكم المدنية من قبيل مطالبة مالك المشروع بالزام المشتري بدفع الأقساط المستحقة وفوائدها الإتفاقية أو تسلم الوحدة السكنية أو الغرامة التأخيرية أو الفسخ ... إلخ .

ولكن يلاحظ بأن الإستقرار القضائي القاضي بصحة عقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية قد بنيت على اساس كون هذه العقود يخضع لأحكام قانون الإستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ ، ولكن بالرجوع الى أحكام هذا القانون نجد بأنه لا يشتمل على أحكام وقواعد تنظم العلاقة العقدية بين المستثمر ( مالك المشروع ) والمشتري ، بل أن جل أحكامه منصبة على تنظيم العلاقة بين المستثمر والحكومة المشتملة بهيئة الإستثمار ،

---

١ . رقم القرار (٣٢٥/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠١٨) في ٢٨/١١/٢٠١٨ ، منشور لدى القاضي رزكار عبدالله حسن والحامي

المستشار تامانج عارف كريم ، تحفة القضاة ، ط ١ ، مكتبة هولير القانونية للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٢١ ، ص ٣٠٩ .

٢ . رقم القرار (٣٢٣/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠١٨) في ١٤/١/٢٠١٨ ، منشور لدى القاضي رزكار عبدالله حسن والحامي

المستشار تامانج عارف كريم ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

وبما أن تطبيق القواعد العامة بشأن بيع العقار والتصرف فيه الواردة في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري بشأن إبطال التصرفات الواردة على العقار خارج دائرة التسجيل العقاري على عقود بيع العقار تحت الإنشاء يخلق حالة من النفور والتزدد لدى العامة من الناس يمنعهم من الإقدام على شراء الوحدات السكنية التي يتم تشيدها على شكل مجمعات سكنية عن طريق الإستثمار ويجعل البلد والحالة هذه طاردا للإستثمار لا جاذبا له ، عليه فإننا نعتقد بأن معالجة تلك المشاكل التي حدثت في الواقع العملي بين مالك المشروع والمشتري والمطروحة على ساحة القضاء في صور دعاوي متعددة هي التي دفعت بمحكمة تمييز الموقرة الى خلق هذا المبدأ القضائي لكي يواكب التطورات التي حدثت وتحدث في مجال الإستثمار العقاري .

هذا ومن الجدير بالذكر أن الإستقرار القضائي حاليا ذهب الى أبعد من ذلك ، حيث إعتبر تسجيل عقد بيع العقار في سجلات الشركة صاحبة المشروع الإستثماري السكني بمثابة سند التسجيل العقاري حين تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وعلى ذلك قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها (( ...ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه غير صحيح ومخالف للقانون وإن كانت المحكمة قد إتبعت قرار النقض التمييزي المرقم ( ٤٥٧ / هيئة مدنية إستئنافية/٢٠٢١ ) في ( ٢٠٢٢/٦/١٤ ) إلا أنه لم تجر التحقيقات اللازمة بشأن تسجيل العقد المبرم بين الطرفين المتداعيين عما إذا كان مسجلا لدى الشركة وحدها أم لدى الشركة وهيئة الإستثمار معا ، حيث إستقرت هذه المحكمة على أن العقود المبرمة بين البائع والمشتري إن كان مسجلا لدى الشركة وهيئة الإستثمار يعتبر بمثابة السند العقاري ويعامل نفس المعاملة حين تسجيله في سجلات دائرة التسجيل العقاري ولا يعتبر باطلا وفق ما هو منصوص عليه في المادة (١٣٨) من القانون المدني .... ))<sup>(١)</sup> .

هذا فيما يخص المشاريع السكنية الإستثمارية المسجلة لدى هيئة الإستثمار ، أما بالنسبة للمشاريع السكنية غير المسجلة لدى تلك الهيئة ، فقد إعتبر القضاء في الإقليم بأن هذه العقود صحيحة ايضا ، حيث قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها (( ...ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه غير صحيح ومخالف للقانون ، حيث إستقرت هذه المحكمة على أن العقود المبرمة مع الشركة صاحبة المشروع السكني بشأن الوحدات السكنية فيها تعتبر من نوع خاص ولا يمكن إعباره باطلا بعد إبرامه والبدأ بعملية البناء وإن لم تكن خاضعة لأحكام قانون الإستثمار ، طالما أنها حصلت على إجازة بناء رسمي ... ))<sup>(٢)</sup> .

(١) رقم القرار (٢٥٠/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢٣) في ٢٢/١١/٢٠٢٣ ، غير منشور .

(٢) رقم القرار (٦٤/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢٣) في ١٢/٢/٢٠٢٣ ، غير منشور .

## المبحث الثاني

### آثار العقد

عقد بيع المباني تحت الإنشاء بإعتباره عقدا من عقود المعاوضة يرتب إلتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه ، مالك المشروع والمشتري ، من هنا يتعين علينا أن ندرس هذه الإلتزامات في المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول / إلتزامات مالك المشروع

المطلب الثاني / إلتزامات المشتري

### المطلب الأول

#### إلتزامات مالك المشروع

الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق مالك المشروع هو الإلتزام بالبناء ، و يلتزم كذلك بنقل ملكية المبنى وتسليمه الى المشتري بعد إتمامه ، كما يلتزم بضمان العيوب التي تظهر في البناء بعد تسليمه ، لذا سنتناول هذه الإلتزامات من خلال الفروع الأربعة الآتية : -

الفرع الأول / الإلتزام بالبناء

الفرع الثاني / الإلتزام بالتسليم

الفرع الثالث / الإلتزام بنقل الملكية

الفرع الرابع / الإلتزام بضمان العيوب

## الفرع الأول الإلتزام بالبناء

يعد الإلتزام بالبناء المحور الذي تدور عليه العملية التعاقدية في عقد بيع المباني تحت الإنشاء وعلى أساسه يكون النظر في تنفيذ الإلتزامات الأخرى ، فيلتزم مالك المشروع بالبناء كما يلتزم المقاول في مقاولات البناء سواء كان مالك المشروع نفسه يحمل هذه الصفة أو كان شخصا آخر يتعاقد مع مقاولين ومهندسين معماريين لتنفيذ أعمال البناء بصفته رب العمل<sup>(١)</sup> .

وأن ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود هو عدم وجود المبيع وقت إبرام العقد ، لذلك من الضروري أن يكون الإلتزام الذي يقع على عاتق البائع هو إلتزام بتشيد البناء محل العقد ، ويجب أن تتم عملية البناء ضمن المدة المتفق عليها في العقد ، إذن أن عامل التمييز بين بيع العقار تحت الإنشاء والبيع العادي هو عدم وجود المبيع وقت إبرام العقد ، وهذا هو معيار التمييز الحقيقي بين العقدين<sup>(٢)</sup> .

إن إلتزام مالك المشروع بإقامة البناء في المدة المتفق عليها هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، سواء كان الإلتفاق على المدة صريحا أو أمكن إستخلاصه ضمنا من ظروف التعاقد ، أما إذا لم تحدد مدة صريحة للتنفيذ ولم يكن بالمقدور إستخلاصها من ظروف التعاقد فعلى مالك المشروع إنجاز البناء خلال المدة معقولة ، وإلا يسأل عن التأخر في التنفيذ إلا إذا أثبت أن التأخير يعود لسبب أجنبي لايد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المشتري نفسه كأن يخل بإلتزامه بدفع الأقساط المستحقة الأداء مما حال دون الإستمرار في المشروع<sup>(٣)</sup> .

وغالبا ما يتضمن العقود المنصبة على بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية على بند يتضمن جزاء لمخالفة مالك المشروع عن تنفيذ إلتزامه بإتمام البناء وتسليمه في موعده المحدد والذي يتمثل بفرض غرامة تأخرية عن كل يوم من أيام التأخير والذي يبدأ إعتبارا من اليوم التالي لتأريخ تسليم البناء المتفق عليه وذلك بعد طرح ايام العطل الرسمية وتلك التي تعذر على مالك المشروع الإستمرار في العمل بسبب سوء الحالة الجوية إثر سقوط الثلوج أو هطول أمطار أو العواصف ... إلخ ، شريطة أن يكون المشتري قد نفذ من جانبه الإلتزامات التعاقدية وبالأخص الإلتزام بدفع الأقساط المستحقة بذمته ، وأن المحكمة في مثل هذه الحالات تلجأ الى الخبرة للتحقق في مدى تأثير تلك الأحوال على العمل وإستمراريته .

(١) د. علاء حسين على : مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٢) يوسف سعدون محمد همود المعموري ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

(٣) د. علاء حسين على : مصدر سابق ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

وعلى ذلك قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها (( ... ولدى عطف النظر على الحكم الإستثنائي المميز بتأييد الحكم البدائي المستأنف والقاضي بإلزام المستأنف ( المدعى عليه الأول - إضافة لوظيفته ) بتأديته الى المستأنف عليه ( المدعي ) بالمبلغ المحكوم به وجد أنه صحيح وموافق للقانون بالنظر للأسباب الصحيحة المعتمدة فيه والمعتبرة قانونا ، وذلك لأنه ثبت تأخر المستأنف ( المدعى عليه الأول - إضافة لوظيفته ) في تسليم الشقة موضوعة الدعوى الى المستأنف عليه ( المدعي ) في الموعد المحدد بالعقد المبرم بينهما مما يتوجب عليه دفع الغرامة التأخيرية المقررة بموجب العقد كما وأن تقرير الخبراء جاء معقولا ومناسبا ويصلح أن يكون سببا للحكم إستنادا لأحكام المادة ( ١٤٠ ) من قانون الإثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ... ))<sup>(١)</sup> .

وتطبيقا لنفس المبدأ قضت على أنه (( ... ولدى عطف النظر على الحكم الإستثنائي المميز بتأييد الحكم البدائي المستأنف والقاضي ببرد دعوى المستأنف ( المدعي ) وجد أنه صحيح وموافق للقانون لما إشتمل عليه من الأسباب والحجيات الصحيحة والمعتمدة وذلك لأنه ثبت لمحكمة الإستئناف من خلال المرافعات البدائية والإستئنافية أن المستأنف ( المدعي ) هو الذي أحل بالعقد المبرم بينه وبين المستأنف عليه ( المدعى عليه / إضافة لوظيفته ) لبناء الدار في مشروع ( — ) بالمبلغ المتفق عليه بينهما بواقع ( ٥٠,٠٠٠ ) خمسون ألف دولار أمريكي ، حيث أن المستأنف ( المدعي ) رغم إستلامه الدار وسكنه فيها ولكنه لم يدفع من الأقساط المستحقة عليه سوى مبلغ ( ٢٦,٥٠٠ ) دولار أمريكي أي ما يقارب نصف المبلغ وخلاف العقد المبرم بينهما وأنه بذلك قد أحل بنفسه بالإلتزامات التعاقدية وتأخره في دفع الأقساط المترتبة عليه لذا فإن مطالبته بالغرامات التأخيرية لا يستند الى سبب قانوني صحيح ... ))<sup>(٢)</sup> .

كما وقضت أيضا (( ... ولدى عطف النظر على الحكم الإستثنائي المميز القاضي بنقض لحكم البدائي المستأنف وإلزام المدعى عليه / إضافة لوظيفته بتأديته المبلغ المدعى به كغرامة تأخيرية وجد أنه صحيح وموافق للقانون ، حيث تبين لمحكمة الإستئناف وبعد إجراءات التحقيقات اللازمة بأن الطرفين قد إتفقا على تأريخ جديد لتسليم الدار في ( ٢٠١٨/٥/١٦ ) ، وبما أن المدعى عليه قد أحل بهذا الإلتزام ولم يتمكن من تسليم الدار في هذا الموعد لذا فإن المدعي يستحق التعويض جراء هذا التأخير ... ))<sup>(٣)</sup> .

- 
- (١) قرار رقم (٦٩/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠١٨) في (٢٥/٣/٢٠١٨) ، منشور لدى القاضي محمد مصطفى محمود الجاف : الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان ، مكتبة هولير القانونية ، أربيل ، ٢٠١٩ ، ص ٤١٤ .
  - (٢) قرار رقم (٥٦٧/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠١٧) في (٢٦/١٢/٢٠١٧) ، منشور لدى القاضي محمد مصطفى محمود الجاف : مصدر سابق ، ص ٤١١ .
  - (٣) قرار رقم (٥١٧/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢١) في (٢/٣/٢٠٢٢) ، غير منشور .

## الفرع الثاني الإلتزام بالتسليم

إلتزام مالك المشروع بتسليم البناء بعد إتمامه الى المشتري هو من مقتضيات عقد بيع العقار تحت الإنشاء يكون ملزما به بمجرد إنعقاد العقد دونما حاجة للنص عليه في العقد ، وتخضع كيفية تنفيذ إلتزام مالك المشروع بتسليم البناء مكانا وزمانا للقواعد الخاصة الواردة في عقد البيع وذلك في غياب معالجة تشريعية حول كيفية التسليم .

حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي على أنه (( تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل )) ، لذا فإن تسليم البناء يكون بتخلي البائع عن حيازته وتسليم المفاتيح الى المشتري لتمكينه من الإستيلاء عليه .

والأصل أن يتم التسليم بمجرد حلول موعده ودفع الثمن الى البائع من قبل المشتري وهذا ما نصت عليه المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي بقولها (( على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن ، ولو إشرط المشتري أخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز )) ، ولكن قد يتفق المتعاقدان على تسليم المبيع في موعده المحدد الى المشتري ، على أن يؤجل دفع ثمنه الى تأريخ لاحق وقد يتفقان على دفع الثمن على شكل أقساط تدفع في مواعيد معينة وهذا هو الغالب في عقد بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية .

أما عن مكان التسليم فالأصل أنه إذا إشرط في العقد تسليم المبيع في محل ما فإنه يجب الإلتزام بهذا المحل ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٥٤١) من القانون المدني بقولها (( أما إذا إشرط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور )) ، وعند عدم وجود الإتفاق على مكان معين فيقتضي التسليم في المحل الذي يوجد فيه العقار عملا بأحكام الفقرة (١) من المادة (٥٤١) من القانون المدني والتي جاء فيها (( مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد .... )) .

بيد أن قيام مالك مشروع البناء بتسليم المبنى في الزمان والمكان المحددين لا ينهي مسؤوليته ، بل عليه تسليم مبنى مطابق للمواصفات المتفق عليه في العقد ، ويمكن القول أن ضمان المطابقة هي القاعدة التي يقوم عليها الإلتزام بالتسليم في عقد بيع المباني تحت الإنشاء ، والمطابقة وفقا للمفهوم المادي أو الذهني هي موافقة الشيء محل العقد في جوهره وعناصره الأساسية للشيء الذي تم الإتفاق عليه ، وهي في عقد بيع المباني تحت الإنشاء موافقة المبنى في الحجم والنوع لما تم الإتفاق على بنائه بين مالك المشروع والمشتري<sup>(١)</sup> .

١. د. علاء حسين علي : مصدر سابق ، ١٢٧- ١٢٨ .

وإذا أخل مالك المشروع بتنفيذ إلتزامه بتسليم المبنى في الزمان والمكان العينيين في العقد ، كان للمشتري بعد الإعدار الخيار بين التنفيذ العيني أو الفسخ وله في كلتا الحالتين المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك الإخلال ، وذلك طبقا للقواعد العامة المقررة في النظرية العامة للإلتزامات ، حيث تنص الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (( في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعدار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى ، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل ، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للإلتزام في جملته )) .

وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز الإتحادية على أنه (( ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون وإن إصرار محكمة الإستئناف بصفتها الأصلية على حكمها المنقوض في غير محله ، لأن دعوى المدعي قد إنصبت على طلب إلتزام المدعى عليه / إضافة لوظيفته بتسليم الشقة المرقمة (١٦) في الطابق (٣) في العمارة رقم (١١) والبالغ مساحتها (٢٥٣م<sup>٢</sup>) الواقعة في المجمع السكني (بوابة العراق) في الكرخ ، ولأن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها بأن المدعي قد إشتري الشقة موضوعة الدعوى بتاريخ (١٧/١٠/٢٠٢١) من المدعى عليه / إضافة لوظيفته بإعتباره مستثمرا لمشروع تنفيذ المجمع السكني (بوابة العراق) في الكرخ ، ولأن المستثمر / المدعى عليه عند قيامه ببيع الوحدات السكنية في المشروع الإستثماري يخضع هذا العقد لقانون الإستثمار ، ويعتبر والحالة هذه عقد البيع والشراء المبرم بينهما عقدا صحيحا منتج لآثاره القانونية حتى ولو لم يتم تسجيل الشقة السكنية في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة ، وما يترتب على ذلك من حق المشتري بالمطالبة بتسليم الشقة السكنية بعد الإنتهاء من تشييدها وتسليمه للبائع بدل الشراء كاملا ، ولأن المدعي قد سدد بدل الشقة للمدعى عليه وحسبما هو ثابت من إضبارة الإيداع المرقمة (٤٦/٢٠٢٢) ، ومقابل تنفيذ هذا الإلتزام من قبل المشتري ( المدعي ) يقتضي على البائع ( المدعى عليه ) بتسليم الشقة رضاء وبخلاف ذلك يجبر قضاء ، لأن موضوع تسليم الشقة السكنية يتعلق بالمنفعة وإستيفائها ، ولا يتعلق بملكيتها للبائع أو المشتري ، وهذا التنفيذ العيني الذي يتعلق بإستيفاء منفعة العقار عن طريق التسليم ممكنا ، طالما تم إعتبار العقد المبرم بين الطرفين صحيحا ... ))<sup>(١)</sup> .

---

١. قرار رقم (٣٠٦/٣٠٦ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٣) في (١٦/٨/٢٠٢٣) ، غير منشور .

## الفرع الثالث الإلتزام بنقل الملكية

أن عقد بيع العقار يعتبر من العقود الشكلية الذي لا بد لإنعقاده استيفاء الشكلية المقررة قانوناً ألا وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة وإذا تخلفت هذه الشكلية إنعدم ركن من أركانه وبالتالي إنعدم العقد اي بحكم العدم لأن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون عملاً بأحكام المادة (٥٠٨) من القانون المدني ، إلا أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية ذات طبيعة خاصة وهو من العقود الصحيحة ومرتباً لآثاره منذ إبرامه .

ولكن فيما يخص إنتقال الملكية في هذا النوع من العقد وبما أنه يرد على شيء مستقبلي ، أي أن محل العقد يكون غير موجود وقت التعاقد ، وبما أن حق الملكية كاي حق عيني يقع على شيء مادي ، وبالتالي لا ينشأ هذا الحق إلا بوجود محله ، لذا فإن المشتري يكتسب ملكية العقار في وقت إكمال البناء ، أي عند إتمام العناصر الجوهرية للعقار محل التعاقد ، حتى إذا لم تكن مطابقة للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع ، وذلك لأن القاعدة العامة تلزم بإنتقال الملكية بمجرد إبرام العقد ، متى ما وردت على شيء معين بالذات ، بشرط أن يملكه البائع ، ولكن الذي يمنع من إنتقال ملكية المبيع ( عقار تحت الإنشاء ) هو عدم وجود الشيء المبيع وقت الإبرام ، وهنا يصبح المانع الرئيس من إنتقال الملكية هو عدم وجودها ، وهذا بطبيعة الحال يؤدي الى ضياع حقوق المشتري ، لأن المشرع العراقي لم يضع أحكاماً خاصة بنقل ملكية هذا العقد ، ولذلك بقيت خاضعة للقواعد العامة التي تنظم أي عقد بيع ، وبما أن الملكية لم تنتقل الى المشتري ، يبقى البائع هو مالك للعقار ، ما يمكنه من التصرف بالعقار بكافة التصرفات القانونية منذ تأريخ إبرام العقد ولغاية الإنتهاء من أعمال البناء وإكمال وجوده وجوداً فعلياً ، بإعتباره مالكا للعقار ، وهذا لا يعطي ضماناً للمشتري بحصوله على العقار بعد إكمال بنائه أو حصوله عليه حالياً من حقوق الغير <sup>(١)</sup> .

إلا أننا نتفق مع ما ذهب اليه البعض من الفقه بأن تصرف مالك مشروع البناء بالبيع لا تشكل خطراً على حقوق المشتري الأول ، لأن الملكية لا تنتقل فيها إلا بعد الإنتهاء من البناء ولا يمكن تسجيلها أيضاً كالعقد الأول فتكون المفاضلة بين هذه التصرفات والعقد الأول عن طريق التأريخ الأسبق للتصرف ، كما أن تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية يفترض كون المبنى غير مثقل بحق الغير كالرهن وغيره وإلا فإت على المشتري ما كان يريد من التعاقد وهو الحصول على المبنى حالياً من حق الغير <sup>(٢)</sup> ، من هنا ألزم المشرع العراقي البائع في عقد البيع بأن يضمن التعرض للمشتري سواء

(١) يوسف سعدون محمد همود المعموري ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

(٢) د. علاء حسين علي : مصدر سابق ، ص ١٢٣ .

كان بفعله أو بفعل أجنبي يدعي أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري ويثبت هذا الضمان ولو لم ينص عليه في العقد<sup>(١)</sup> .

## الفرع الرابع الإلتزام بضمان عيوب البناء

أن المشرع المدني العراقي لم ينظم عقد بيع العقار تحت الإنشاء ، لذا وبغية الإحاطة بالإلتزام مالك المشروع بضمان عيوب البناء في عقد بيع العقار تحت الإنشاء لابد لنا الرجوع الى القواعد الخاصة المنظمة لأحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وهي المواد ( ٥٥٨ - ٥٧٠ ) من القانون المدني ، حيث بموجب هذه القواعد لا يقتصر إلتزام البائع تجاه المشتري في تسليم العقار في موعده المحدد ، وإنما يلتزم كذلك في أن يحقق له حيازة نافعة بعد التسليم .

ولا شك أن وجود عيب في المبيع يحول دون إنتفاع المشتري به إنتفاعا مفيدا ولذلك فإن البائع يضمن للمشتري خلو المبيع من العيوب ، ولكن من أجل أن يضمن البائع العيب الذي يظهر في المبيع لابد أن تتوافر في العيب شروط معينة وبدونها لا يكون في مقدور المشتري الرجوع على البائع بالضمان ، فالمشرع الذي اراد عن طريق ضمان العيوب مساعدة المشتري لم يشأ في الوقت نفسه حماية تسرعه وعدم تبصره<sup>(٢)</sup> ، لذلك يشترط في العيب لكي يكون موجبا للضمان ثلاثة شروط وهي أن يكون العيب خفيا بأن لم يكن المشتري عارفا به وقت البيع أو لم يكن بإستطاعته أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، ومؤثرا بأن ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه ، وقديما بأن يكون موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم<sup>(٣)</sup> .

والعيوب التي توجد في البناء عند التسلم قد تكون ظاهرة ، وقد تكون خفية ، فالعيب يكون ظاهرا إذا كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه بذل في المبيع العناية اللازمة ، أما العيب الخفي هو ذلك العيب الذي لا يكون المشتري عالما بوجوده وقت البيع أو كان لا يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، والعناية المطلوبة هنا هو عناية الشخص المعتاد .

---

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٥٤٩) من القانون المدني العراقي على أنه (( يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري )) .

(٢) د. جعفر الفضلي : مصدر سابق ، ص ١٢٣ .

(٣) حيث تنص الفقرة (٢) من المادة (٥٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه (( والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه ، ويكون قديما إذا كانت موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم )) .

ولكن بالنظر الى أن العيوب التي تظهر في البناء لا تظهر في المدة القصيرة المحددة لضمان العيوب الخفية في المبيع ، لذلك فإن الأمر يتطلب البحث عن ضمان أقوى وأطول مدة لكي يحقق للمشتري الضمان اللازم للحصول على التعويض في حال ظهور عيب في البناء .

لذلك أن ضمان سلامة البناء يخرج على أحكام القواعد العامة في العيوب الخفية ، إذ لا يشترط لنشوء هذا الضمان أن يكون العيب قديماً ، أي موجوداً وقت التسليم ، فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة قبل التسليم والعيوب الحادثة بعده ، أما إذا كان العيب قديماً أي موجوداً في المبنى وقت التسليم ، فإن مالك المشروع لا يضمنه إلا إذا كان خفياً غير معلوم للمشتري في ذلك الوقت ، ومن غير الممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته ، وعلى هذا فإن ضمان سلامة البناء يبدو أكثر تشدداً من حيث أنه يشمل العيوب القديمة والحديثة التي تطرأ بعد التسليم خلال عشر سنوات ، بل حتى ولو تفاقمت آثارها بعد ذلك ، عليه فإن هذا الضمان يغطي كل العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته باستثناء العيوب الظاهرة التي يعلم بها المشتري وقت تسلم المبنى<sup>(١)</sup> .

لذلك نؤيد ما ذهب إليه البعض من الفقه بأن مالك المشروع يضمن خلال عشر سنوات ما يحدث في المبنى من تهدم كلي أو جزئي وإن كان التهدم ناشئاً عن العيب في الأرض ، كما ويضمن اي عيب آخر يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ، سواء أكان هذا العيب قديماً أم حدث بعد تسلم المبنى خلافاً للقواعد العامة في ضمان العيب التي تشترط قدمه ، وإذا ما ثبت مسؤوليته خلال العشر السنوات فإن عليه إصلاح العيب وترميم المهدم وإلا حكم القاضي بتعويض المشتري بما يعادل إصلاح الضرر<sup>(٢)</sup> ، أي أن مالك المشروع في عقد بيع العقار تحت الإنشاء يتحمل ذات الإلتزام الذي يتحمله المقاول في عقد المقاولة قدر التعلق بالضمان العشري<sup>(٣)</sup> .

---

(١) د. محمود شهاب أحمد : المسؤولية المدنية للمقاولين والمهندسين عن ضمان متانة البناء وسلامته ، المركز العربي للنشر والتوزيع ،

ط ١ ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٢٤ ، ص ١٤٤ .

(٢) د. علاء حسين علي : مصدر سابق ، ١٤٧ .

(٣) حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه (( يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد اجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات ، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسليمه ، ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان )) .

## المطلب الثاني إلتزامات المشتري

أن عقد بيع العقار تحت الإنشاء باعتباره من العقود الملزمة للجانبين لا يرتب إلتزامات على عاتق مالك المشروع فقط ، بل يرتب أيضا إلتزامين رئيسيين على عاتق المشتري ، وهما إلتزامه بدفع الثمن و تسلم المبنى ، وهذا ما نتناوله من خلال الفرعيين الآتيين : -

الفرع الأول / دفع الثمن  
الفرع الثاني / تسلم المبنى

### الفرع الاول دفع الثمن

الثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدان ويلتزم المشتري بأدائه لمالك المشروع لقاء المبيع ( عقار تحت الإنشاء ) ، وعلى ذلك تنص الفقرة (١) من المادة (٥٧١) من القانون المدني على أنه (( يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وفق الشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء )) .

والثمن إما أن يكون حالا يجب أدائه بمجرد العقد أو مؤجلا يتأخر الوفاء به أو مقسطا ، حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٥٧٤) من القانون المدني على أنه (( يصح البيع بثمن حال أو مؤجل الى أجل معلوم ، ويجوز إشتراط تقسيط الثمن الى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة كما يجوز الإشتراط بأنه إذا لم يوف القسط في ميعاده يتعجل كل الثمن )) ، وغالبا في عقد بيع المباني تحت الإنشاء يكون دفع الثمن على شكل أقساط دورية تدفع في مواعيد معينة آخذا بنظر الإعتبار في تحديد هذه المواعيد مراحل تقدم العمل في البناء الى أن يتم إكماله ، وللطرفين الحرية المطلقة في الإتفاق على عدد الأقساط ووقت دفعها بالنسبة لكل مرحلة من مراحل البناء .

هذا فيما يتعلق بزمان أداء الثمن ، أما فيما يخص مكان أدائه فقد تنص المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي على أنه (( إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في المكان المشترط أدائه فيه ، فإذا لم يعين المكان وجب أدائه في المكان الذي سلم فيه المبيع ، وإذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الإستحقاق ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك )) .

يتضح من النص أعلاه أنه إذا كان الثمن غير مستحق الأداء وقت تسليم المبيع بل يكون مستحقا قبل التسليم أو بعده وجب في هذه الحالة أن يتم الوفاء بالثمن في موطن المشتري باعتباره هو المدين بتنفيذ الإلتزام ، وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة التي توجب الوفاء في موطن المشتري عملا بأحكام الفقرة (٢) من المادة (٣٩٦) من القانون

المدني والتي تنص على أنه (( وفي الإلتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الإلتزام متعلقا بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك )) .

إلا أن التسليم بتطبيق قاعدة موطن المشتري باعتباره مكانا لأداء الثمن ، لا ينسجم مطلقا مع طبيعة عقود بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية والتي تدفع أثمان شراءها على شكل أقساط دورية تدفع في مواعيد معينة ، لأن ذلك يقتضي ذهاب مالك المشروع الى موطن المشتريين كل على الإنفراد لتحصيل الأقساط الدورية في مواعيدها المعينة ، لذلك فإن العرف في هذا المجال مستقر على إستيفاء هذه الأقساط في محل عمل صاحب المشروع المتمثل بمركز إدارة المشروع السكني .

يضاف الى ذلك أن غالبية عقود بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية يتضمن بنودا تفرض بموجبه غرامات تأخيرية على المشتري وبنسب معينة جراء تخلفه عن أداء قسط الثمن في موعده المحدد .

وإذا لم يوف المشتري الثمن أو القسط المحدد منه في موعده المعين ، كان للبائع وطبقا للقواعد العامة مطالبة المشتري بالتنفيذ العيني الجبري بأداء الثمن أو مطالبته بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى ، وعلى هذا قضت محكمة تمييز إقليم كردستان العراق على أنه (( ... ولدى عطف النظر على الحكم الإستثنائي المميز بتأييد الحكم البدائي القاضي بإلزام المميز ( المدعى عليه ) بتأديته المبلغ المدعى به صحيحا وموافقا للقانون ، حيث تبين أن المدعي قد نفذ إلتزاماته التعاقدية بإكمال الدار الواقعة في مشروع ( بنارى طؤيزة ) وتسليم مفاتيحه الى المدعى عليه والذي اصبح شاغلا للدار حاليا ، لذا فإن المدعي يستحق المبلغ المدعى به والذي هو عبارة عن الأقساط المترتبة بذمته .... ))<sup>(١)</sup> .

## الفرع الثاني

### الإلتزام بتسليم المبنى

يلتزم المشتري في عقد بيع المباني تحت الإنشاء بتسليم المبنى من مالك المشروع بعد إكتماله ، ويخضع هذا الإلتزام للقواعد الخاصة الواردة في عقد البيع بخصوص زمان ومكان تسليم المبيع ، وعلى ذلك تنص المادة (٥٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه (( ١- يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد مادام المبيع قد عرض عليه وفقا للشروط المتفق عليها ، ٢- فإذا لم يحدد الإتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع ... )) .

---

١ . قرار رقم (١٥٣/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢٢) في ( ٢٦/٩/٢٠٢٢ ) ، منشور لدى القاضي عبدالجبار عزيز حسن : مختارات من قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠٢٣ ، ص ٩٧ .

إن التزام مالك المشروع في المشاريع السكنية الإستثمارية بتسليم البناء بعد إكتماله وحلول مواعده وإلتزام المشتري بالتسليم إلتزامان مترابطان ، حيث لا يستطيع المشتري أن ينفذ إلتزامه بالتسليم إلا إذا نفذ المستثمر إلتزامه بالتسليم ، لذا فإن زمان ومكان التسليم هو عادة زمان ومكان التسليم ، والغالب أن يحددهما الإلتفاق ، فيجب أن يتم تسليم المبيع في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين وعند عدم وجود الإلتفاق فقد وجب تسلم المبيع فور تسليمه ، أما عن مكان التسليم فإنه هو مكان تسليم مفاتيح البناء من قبل المستثمر الى المشتري والذي عادة هو محل البناء أو محل عمل صاحب المشروع المتمثل بمركز إدارة المشروع .

فعلى المشتري بعد تأكده من مطابقة المبنى لمواصفات البناء المتفق عليها تسلمه من مالك المشروع وليس بوسعه رفض التسلم دون مبرر ، وإذا أخل المشتري بتنفيذ إلتزامه بتسليم المبنى في الزمان والمكان المحددين في العقد أعتبر مخالاً بإلتزامه وكان للبائع وفقاً للقواعد العامة المقررة في العقود الملزمة للجانبين أن يطالب المشتري بعد إعدراه بفسخ العقد ، أو مطالبته بتنفيذ إلتزامه جبراً عليه ، وله في كلتا الحالتين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء هذا الإخلال إن كان له محل وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup> .

---

(١) د. محمد يوسف الزعبي : العقود المسماة ( شرح عقد البيع في القانون المدني ) ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٦٩ - ٤٧٠ .

## المطلب الثالث سلطة القاضي في تعديل العقد

يتعرض المدين الى إحتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الإنعقاد ، وهذا الإحتمال كما قد يكون نافعا له قد يكون ضارا به ، ونفس الإحتمال كما قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن ، وأن هذا الوضع يترتب عليه إختلالا بالتوازن العقدي ومجافاة لقواعد العدالة ، وقد يتحقق هذا الإختلال عند الإنعقاد العقد أي منذ لحظة إبرامه وذلك بإيراد بنود تعسفية في العقد تمليه الطرف القوي ولا يكون محلا للمفاوضة العقدية ، أو قد يحدث هذا الإختلال أثناء تنفيذ العقد جراء حوادث إستثنائية عامة يترتب على حدوثها أن يهدد المدين بخسارة الفادحة كما في حالة الظروف الطارئة ، وفي كلتا الحالتين منح المشرع القاضي سلطة واسعة لإعادة التوازن المختل وفق معايير موضوعية ، لذا سنتناول هذا الدور في الفرعين الآتيين : -

الفرع الأول / البنود التعسفية  
الفرع الثاني / الظروف الطارئة

## الفرع الأول البنود التعسفية

كان العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية في جوهره عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين تبحثان وتناقشان بحرية في شروط العقد ، فلا يقدم أحدهما على الدخول في العلاقة العقدية إلا بعد التأكد من مصلحة له في ذلك ، ولكن التطور الإقتصادي في المجتمعات الحديثة أدى الى ظهور طبقتين من الناس ، طبقة قوية إقتصاديا ، وطبقة ضعيفة إقتصاديا ، وقد نتج عن ذلك ظهور نوع من العقود يبرم بين أفراد هاتين الطبقتين لا يستطيع الضعيف إقتصاديا فيها أن يناقش شروط العقد ، بل عليه أن يقبله كما يعرضه عليه المتعاقد الآخر وهو القوي الإقتصاديا ، وإن كان الطرف الضعيف حر من الناحية النظرية في التعاقد وعدمه ، ولكن حريته تنحصر في قبول العقد برمته أو رفضه برمته ، وغالبا يتعلق هذه العقود بالسلع والخدمات الضرورية لحياة الإنسان اليومية ، كالماء والكهرباء والتلفون ...<sup>(١)</sup> ، وهذا ما يسمى بعقد الإذعان .

١. د. عبدالمجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ( مصادر الإلتزام ) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٣ .

وعقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقاً بسلعة أو مرفق ضروري محل إحتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق<sup>(١)</sup> .

ونحن نتفق مع البعض من الفقه<sup>(٢)</sup> الذي دعا الى هجر الفكرة التقليدية لعقود الإذعان على إقتصارها بموضوع إحتكار سلعة معينة لا يجد المتعاقد مناصاً من الحصول عليها ، وأن الفكرة الجديدة قائمة على أساس أن أحد أطرافه يستقل بتحديد مضمونه كلياً ، وينحصر دور الطرف الآخر في قبول هذا العقد دون مناقشة أو مفاوضة ، وبالأخص إذا كان العقد يتضمن شروطاً تعسفية<sup>(٣)</sup> إستقل الطرف القوي في العقد بوضعه ولم يكن محلاً للمفاوضة العقدية .

وبما أن إحدى الخصائص الرئيسة التي يتميز بها عقد الإذعان هو أن الإيجاب يصدر للناس كافة وبشروط واحدة ويغلب أن يكون ذلك في صيغة عقود غمطية تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز النقاش فيها وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة أخرى تشدد مسؤولية الطرف الآخر ، لذلك فليس هناك ما يمنع الأخذ بفكرة عقود الإذعان في عقود بيع العقار تحت الإنشاء في المشاريع السكنية الإستثمارية ، طالما أن هذه العقود تضعها مالك المشروع مسبقاً وتحتوي على بنود تعسفية لم تكن محلاً للمفاوضة العقدية مع المشتري وإن إختلال التوازن العقدي بين الطرفين هو ظاهر للعيان .

وإذا كان المشرع المدني العراقي قد اعترف بعقد الإذعان ، إلا أنه في الوقت نفسه سمح للقاضي بالتدخل لمصلحة الطرف المدعى ( مشتري عقار تحت الإنشاء ) إذا عرض النزاع أمامه ، ويتم التدخل إما عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها من أجل إعادة التوازن العقدي المختل عملاً بأحكام الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي ونصها (( إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك )) .

---

١ . د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، دون مكان الطبع ، ١٩٨٠ ، ص ٤٤ .

٢ . د. منصور حاتم محسن و د. إيمان طارق علي : القوة الملزمة للشروط الأحادية في العقد ، منشور على شبكة الإنترنت ، نقلاً عن: القاضي لفته هامل العجيلي : دراسات في القانون المدني ( معززة بالتطبيقات القضائية ) ، ج ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص ١٤٧ .

٣ . الشرط التعسفي هو كل شرط في العقد لم يكن محلاً للمفاوضة الفردية ولم يراع في التنصيص عليه متطلبات حسن النية والذي يترتب عنه عدم التوازن بين حقوق وإلتزامات أطراف العقد ، للمزيد من التفصيل أنظر : القاضي لفته هامل العجيلي : دراسات في القانون المدني ( معززة بالتطبيقات القضائية ) ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

## الفرع الثاني الظروف الطارئة على العقد

العقد شريعة المتعاقدين ، ويجب تنفيذه طبقا لما أشتمل عليه <sup>(١)</sup> ، إلا أن القانون أورد إستثنائين على هذه القاعدة ، الأول يتعلق بعقود الإذعان ، والثاني يتعلق بالظروف الطارئة ، وفيما يتعلق بالإستثناء الأول فقد أسلفناه ذكرا ، فلا حاجة لتكراره .

أما بخصوص نظرية الظروف الطارئة فتقوم فكرتها على أنه إذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا ، وطرأت ظروف إقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند التعاقد أدت الى إختلال التوازن الإقتصادي الذي كان موجودا عند إبرام العقد إختلالا خطيرا وجعلت تنفيذه يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الإعتيادية ، فالمدين لا يجبر على تنفيذ إلتزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الإلتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة <sup>(٢)</sup> ، وعلى ذلك تنص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه (( ١- إذا نفذ العقد كان لازما ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي ، ٢- على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك )) .

يتضح من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها ، وهذه الشروط هي : أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا ، وأن تحصل عند التنفيذ ظروف أو حوادث إستثنائية عامة ويقصد بصفة العموم أن لا تكون الحوادث خاصة بالمدين ، وأن لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الإستثنائية عند إبرام العقد ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة <sup>(٣)</sup> ، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة

---

١ . حيث تنص المادة ( ١٥٠ ) من القانون المدني العراقي على أنه (( ١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية ، ٢- ولا يقتصر العقد على إلتزام التعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام )) .

٢ . د. عبدالمجيد الحكيم : مصدر سابق ، ص ٣٩٢ .

٣ . قرار رقم ( ٣٨٧٨ /الهيئة المدنية/٢٠٢٠ ) في ( ٢٨/١٢/٢٠٢٠ ) ، منشور لدى القاضي حيدر عودة كاظم : المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية - القسم المدني ، ط ١ ، دون مكان الطبع ، ٢٠٢١ ، ص ١٦ .

، فهما يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه ، ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا فينقضي بذلك إلتزام المدين ، أما الحادث الطاريء أو الظرف الطاريء فيجعل التنفيذ مرهقا فقط ، فيبقى إلتزام المدين .

نفهم مما تقدم ، بأنه لا مانع يمنع القاضي المدني من الأخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة الواردة في القواعد العامة في القانون المدني في عقود بيع العقار تحت الإنشاء عند توافر شروطه ، كون هذه العقود من العقود الفورية إلا أن تنفيذه يكون

مؤجلا وبالأخص الثمن بإعتباره أثرا من آثار هذه العقود تدفع من قبل المشتري في مواعيد معينة ، وفي الآونة الأخيرة رأينا حوادث إستثنائية عامة مرت بها إقليم كردستان من قبيل تفشي فايروس كورونا والأزمة المالية التي إجتاح الإقليم وغيره والتي أثرت بشكل واضح على إختلال التوازن العقدي في عقد بيع العقار تحت الإنشاء وبالأخص إلتزامات المشتري تجاه مالك المشروع ، حيث صار مرهقا عليه أن ينفذ إلتزامه بدفع الأقساط في مواعيدها المحددة .

ويبرز دور القاضي في معالجة الإختلال في التوازن الإقتصادي لعقد بيع العقار تحت الإنشاء بسبب الظرف الطاريء بتعديل العقد وهو أن ينقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ، ولا يقصد بإنقاص الإلتزام الإنقاص المادي وإنما تخفيف أعبائها ، لذا نتفق مع ما ذهب اليه البعض من الفقه<sup>(١)</sup> بأن الدقة تقتضي أن يأخذ المشرع العراقي بما أخذ به المشرع المصري فيجيز للقاضي أن ( يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ) لا أن يقتصر فقط على إنقاصه وبذلك يكون للقاضي سلطة أوسع في معالجة التوازن المختل وتعديل العقد .

إلا أن السلطة الممنوحة للقاضي في إجراء مثل هذا التوازن بين مصلحي الدائن والمدين ليست سلطة مطلقة ، وإنما هي سلطة تقديرية يتوخى فيها تحقيق العدالة وفقا لما يثار أمامه من وقائع ، ذلك أن ملكة القاضي التفكيرية الواعية وثقافته وفطنته وتفكيره السليم ، وتأمله وتبصره في الأمور ومقومات شخصيته وخبرته القضائية هي المؤثرة في قدرته على الفصل في الدعوى التي ينظرها ويصدر حكما فيها<sup>(٢)</sup> .

---

١. د. عصمت عبد المجيد بكر : النظرية العامة للإلتزامات ، ج ١ ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، ٢٠١١ ، ص ٤٢٨ - ٤٢٩ .

٢. قانون إصلاح النظام القانوني في العراق ، إصدار وزارة العدل ، ص ٧ .

## الخاتمة

بعد أن أنهينا البحث في ( التنظيم القانوني لعقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية - دراسة في ضوء التطبيقات القضائية ) فإننا توصلنا الى نتائج وتوصيات نوجزها بالنقاط الآتية : -

### أولا : النتائج

١. لقد تباينت الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية حول التكييف القانوني لعقد بيع العقار تحت الإنشاء ، ويرجع هذا الاختلاف الى جملة أسباب ، من أهمها أن المشرع أغفل تسمية وتنظيم هذا النوع من العقد مما ترك الباب مفتوحا بمصراعيه أمام الفقهاء ورجال القضاء لتبيان رأيهم حول إيراد تكييف لمثل هذا العقد .
٢. إستقر القضاء في إقليم كردستان على أن عقود البناء في المشاريع السكنية الإستثمارية منها وغير الإستثمارية تعتبر من نوع خاص وذلك للدلالة على صحة هذه العقود وترتب آثارها بالنسبة للطرفين دون أن يبين التأصيل القانوني لهذه الفكرة ، كما أنه لم يبين فيما إذا كانت هذه العقود من ضمن العقود المسماة من عدمه ، وإذا كان من العقود المسماة فتحت طائلة أي عقد يتم إحسابه ؟
٣. تعتبر التصرفات العقارية المنصبة على الأبنية الواقعة ضمن المشاريع السكنية والمبرمة بين المشتري والغير لدى الشركة صاحبة المشروع السكني من التصرفات الصحيحة شأنه شأن التصرفات الواقعة أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري .
٤. تعتبر إقامة المشاريع السكنية الإستثمارية وسيلة بيد الدولة تسخرها لحل أزمة السكن خصوصا إذا أتاحت المجال للقطاع الخاص للممارسة هذا النشاط ، شريطة التدخل التشريعي لتنظيم ممارسة هذا النشاط للحيلولة دون إستغلال مالك المشروع مركزه الإقتصادي القوي في العلاقة التعاقدية عن طريق فرض شروط تعسفية على المشتري .
٥. أن موضوع إنتقال ملكية العقار في المشاريع السكنية تعتبر من المسائل الشائكة لبقاءها خاضعة لحكم القواعد العامة ، ما يؤدي الى الإضرار بحقوق المشتري ، لأن البائع في هذه الحالة يبقى مالكا للمبنى طيلة فترة البناء ولغاية تسجيل العقار باسم المشتري ، عندها يستطيع المالك التصرف بالعقار باعتباره مالكا له بكافة أنواع التصرف الناقل للملكية كالبيع والرهن وغيره .
٦. يعد الإلتزام بالبناء المحور الذي تدور عليه العملية التعاقدية في عقد بيع المباني تحت الإنشاء وعلى أساسه يكون النظر في تنفيذ الإلتزامات الأخرى ، فيلتزم مالك المشروع بالبناء كما يلتزم المقاول في مقاولات البناء سواء كان مالك المشروع نفسه يحمل هذه الصفة أو كان شخصا آخر يتعاقد مع مقاولين ومهندسين معماريين لتنفيذ أعمال البناء بصفته رب العمل .

## ثانياً / التوصيات

لم ينظم المشرع المدني في إقليم كردستان عقد بيع المباني تحت الإنشاء بتشريع خاص يبين فيه أحكام هذا العقد وقواعده الخاصة ، وأن قانون الإستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ لا يشتمل على أحكام وقواعد تنظم العلاقة العقدية بين المستثمر ( مالك المشروع ) والمشتري ، بل أن جل أحكامه منصبة على تنظيم العلاقة بين المستثمر والحكومة المشتملة بهيئة الإستثمار ، وأن تطبيق القواعد العامة للعقد تحمل في طياته الكثير من الإشكاليات لاسيما فيما يتعلق بالتزام مالك المشروع بنقل ملكية البناء الى المشتري بعد إكماله والتزامه بضمان العيوب والتهدم الذي يحصل في البناء بعد التسليم ، لذلك ندعو المشرع الى تنظيم هذا العقد عن طريق سن تشريع خاص ينظم فيه كافة جوانبه بدأ بتسميته ومرورا ببيان أركانه وتحديد آثاره ، والنص على عدم ممارسة نشاط إقامة وتشيد الأبنية السكنية إلا بموجب إجازة مسبقة صادرة عن جهة حكومية مختصة تمنح للشركات المتخصصة صاحب المركز المالي القوي وذات سمعة حسنة في مجال تشيد الأبنية ، وكذلك حظر بعض الشروط التعسفية التي يحاول مالك المشروع فرضها على المشتري ومنح سلطة تقديرية للقاضي لتعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها ، والاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية لعقد البيع وأحكام الضمان العشري لعقد المقاولة بما لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة لعقد المباني تحت الإنشاء ، وتحقيق نوع من الترابط بين مراحل البناء والأقساط التي يلتزم المشتري بدفعها ، والنص على تقديم ضمان للعملية التعاقدية في مشروع البناء يضمن إما إنجاز المشروع وإنجاح العملية التعاقدية عن طريق ضمانات مالية يضمن للمشتري إسترداد الثمن عند فشل العملية التعاقدية .

## قائمة المصادر

### أولا : كتب اللغة

- ١) إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد على النجار : المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، إستانبول ، تركيا ، دون سنة نشر .
- ٢) خليل مأمون شيحا : معجم الصحاح ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٧ .

### ثانيا : الكتب القانونية

١. د. جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية ( البيع - الإيجار - المقاوله ) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر .
٢. د. حسين عمر : الإستثمار والعولمة ، سلسلة مبادئ المعرفة الإقتصادية - المدخل لدراسة علم الإقتصاد ، دار الكتب الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٣. القاضي حيدر عودة كاظم : المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية - القسم المدني ، ط ١ ، دون مكان الطبع ، ٢٠٢١ .
٤. د. سعيد مبارك ود. طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي : الموجز في العقود المسماة ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر .
٥. د. سليمان مرقس : شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ج ٣ ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٦. د. صادق عبد علي طريخم الركابي : الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، ٢٠٢٣ .
٧. د. الصغير محمد مهدي : النظام القانوني للتمويل العقاري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ .
٨. د. طارق كاظم عجيل : الوسيط في عقد المقاوله ، ط ١ ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٦ .
٩. د. طارق كاظم عجيل : شرح قانون الإستثمار العراقي ، الناشر مكتبة السنهوري ، ٢٠٠٩ .
١٠. القاضي عبدالجبار عزيز حسن : مختارات من قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان - العراق ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠٢٣ .
١١. د. عبدالمجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ( مصادر الإلتزام ) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .

- ١٢ . د. عبدالمجيد الحكيم و د. عبدالباقي البكري و د. محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، دون مكان الطبع ، ١٩٨٠ .
- ١٣ . د. عصمت عبدالمجيد بكر : النظرية العامة للإلتزامات ، ج ١ ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، ٢٠١١ .
- ١٤ . د. علاء حسين علي : عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١ .
- ١٥ . فتيحة قره : أحكام عقد المقاولة ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، الأسكندرية ، ١٩٩٧ .
- ١٦ . د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- ١٧ . القاضي لفته هامل العجيلي : دراسات في القانون المدني ( معززة بالتطبيقات القضائية ) ، ج ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان . دون سنة نشر .
- ١٨ . د. مروان كركي : العقود المسماة ، ج ٢ ، ( الإيجار - الوكالة - المقاولة ) ، ط ٦ ، توزيع المنشورات الحقوقية ، ٢٠١٨ .
- ١٩ . د. محمد جابر الدوري : مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ .
- ٢٠ . د. محمد محمد أحمد سويلم : الإستثمارات الأجنبية في مجال العقارات دراسة مقارنة بين القانون والفقہ الإسلامي ، ط ١ ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٩ .
- ٢١ . د. محمد ناجي ياقوت : عقد المقاولة ، دون مكان وسنة نشر .
- ٢٢ . د. محمد يوسف الزعبي : العقود المسماة ( شرح عقد البيع في القانون المدني ) ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٦ .
- ٢٣ . د. محمود شهاب أحمد : المسؤولية المدنية للمقاولين والمهندسين عن ضمان متانة البناء وسلامته ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، ط ١ ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٢٤ .
- ٢٤ . يوسف سعدون محمد همود المعموري : حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٦ .

### ثالثا : القوانين

- ١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢) قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٣) قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل .
- ٤) قانون الإستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ .

### رابعا : القرارات غير المنشورة

١. قرار محكمة تمييز الإتحادية رقم ( ٣٠٦ / الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٣ ) في (٢٠٢٣/٨/١٦) .
٢. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان رقم (٥١٧/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢١) في ( ٢٠٢٢/٣/٢ ) .
٣. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان رقم (٢٥٠/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢٣) في ٢٢/١١/٢٠٢٣ .
٤. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان رقم (٦٤/الهيئة المدنية الإستئنافية/٢٠٢٣) في ١٢/٢/٢٠٢٣ .