

ملخص رسالة دكتوراه بعنوان

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة)*

أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عدن

ورئيس قسم الدراسات العليا بالمعهد العالي للقضاء

d.queedsaeed@gmail.com

لقد وقع اختياري لهذا البحث كموضوع لرسالتي لما تمثله الملكية العقارية من أهمية اقتصادية - ماضيا وحاضرا ومستقبلا - في كل المجتمعات بصفة عامة ومجتمعنا العربي واليمني بصفة خاصة.

ولأن حق التملك يعد من أهم الحقوق العامة (الحريات) التي تكفلها الدساتير وحق الشخص في التملك يقتضي حقه في حماية ملكيته ضد أي اعتداء عليها وحقه في البيع والشراء وتداول الملكية العقارية في مأمن من أي إنكار أو انتزاع لأي سبب من الأسباب، فيشتري وهو متيقن تماما من أنه قد أصبح مالكا، ويدفع الثمن وهو متأكد تماما من أنه يؤديه إلى المالك الحقيقي، ويدان ويكون على ثقة تامة من استيفائه لدينه، ويستثمر الأرض وهو مطمئن من أنه ينفق على أرضه ويستثمر أمواله وينميها، وإذا كانت الأرض تمثل أهم عنصر من عناصر تكوين الدولة، فإنها أيضاً تمثل عماد الثروة العقارية وأداة التنمية الرئيسية في أي اقتصاد قوي.

لكل ما سبق كان لا بد من أن تنال هذه الثروة الاهتمام الكافي للقضاء على كل أساليب الغش والتزوير والتحايل والإخلال بالثقة العامة والاطمئنان، حتى يقدم الناس على التعامل بهذه الثروة وهم في أمن وثقة واطمئنان على معاملاتهم، وإذا توافر الأمن والاستقرار للملكية العقارية فعندئذ تكون هذه الملكية قد هيئت للاستغلال والاستثمار

* استخلص هذا العمل من رسالة الدكتوراه التي نوقشت في 1993/2/25م، وحازت على درجة (جيد جداً) مع مرتبة الشرف من كلية الحقوق جامعة القاهرة.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

والانتماء. وهذا ما حرصت الندوة الدولية بشأن الثروة العقارية على تأكيده بقولها: إن عدم توافر المعلومات الكافية عن الأرض تشكل في دول العالم النامي عقبة كأداة أمام التنمية التي تتبناها هذه الدول، ونظراً لأهمية الأرض كعنصر أساسي وفعال في عملية التنمية وحاجة الدول النامية لزيادة عائداتها فإنه يلزم لتحقيق ذلك أن تقوم حكومات هذه الدول بوضع خططها التنموية على أساس البرمجة العملية لتحديد الأرض وقيمتها وأسماء مالكيها بمنتهى الدقة⁽¹⁾ وتنظيم التعامل على هذه الثروة العقارية يكون بترتيب وسيلة أكيدة لإثبات الحقوق العقارية ولإعلام الغير بالتصرفات والحقوق الواقعة على العقارات. هذا وتنظيم انتقال الحقوق على العقارات وتداولها يقضي على كثير من المشاكل والقضايا المنظورة أمام المحاكم والتي يكون أساس النزاع فيها عدم وجود الوسيلة المناسبة التي تسير روح العصر، والتي تنظم إثبات الحقوق العقارية بوسيلة لا تتأثر بضعف الجانب الأخلاقي وطغيان الجانب المادي على الجانب الروحي والأخلاقي وضعف الوازع الديني حتى في البلاد الإسلامية وعدم كفاية ما جاءت به الشريعة الإسلامية لحكم هذه المعاملات⁽²⁾، علاوة على أن مثل هذا التنظيم ضروري في الدول التي يعتمد اقتصادها على النشاط الزراعي وبلادنا من هذه الدول فإن خصمها يتصل بإصلاح النظام العقاري والزراعي وذلك لسلامة تطبيق قواعد التسليف الزراعي وإنشاء التعاونيات وتحقيق مشاريع الري والتحسين الزراعي، إن رسم السياسة الزراعية لأي دولة يعتمد اعتماداً كلياً على مساحة الأرض الزراعية المتوفرة لديها وحجم المتوقع من المساحات التي سيتم استصلاحها والتحكم في عمليات الإنتاج عن طريق الدورات الزراعية. وبدون عملية التنظيم هذه فلن تستطيع الدولة أن ترسم سياستها الزراعية، وبدون وجود المسح التفصيلي والخرائط التفصيلية فلن يمكن تحديد الأرض الزراعية ولن يمكن تنظيم التحكم في عمليات الإنتاج، وبدون استقرار الملكية فلن يستطيع الأفراد بدورهم الإقدام على زراعة الأرض وتجهيزها وإعدادها للزراعة، ولن يجرؤ رأس

(1) انظر أعمال الندوة الدولية التي انعقدت عام 1985م.

(2) انظر: علي الخفيف بحوث في الفقه الإسلامي وثائق ونصوص - 10 - مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية من 21-26 مارس 1972م، ص 586.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

المال، مستقبلاً، من الاقتراب من الأرض ولن تستطيع بنوك التسليف الزراعي منح القروض الطويلة الأجل للمزارعين وكيف يمكن لمستثمر أن يستصلح أرضاً لا يعلم إن كانت ستبقى في ملكيته أو أنها ستنزح منه إن أجلاً أو عاجلاً.

وكيف سيتم إنشاء القناطر والسدود وحفر الآبار وتنظيم عمليات الري والمراعي وتحديد نسب الدولة في المرافق بدون الخرائط التفصيلية والسجل العقاري، وإذا كان استثمار الأرض يهيمن على حركة المبادلات التجارية والصناعية والمالية بين الدول فإن الضرائب العقارية تشكل القسم الأكبر من موارد الدولة وميزانيتها ولن يتم تحقيق العدالة الضريبية بدون تحديد الأراضي المفروضة عليها الضرائب وقيمتها ومالكها وإنتاجيتها ومساحتها، وإذا كان الاستثمار في المجال الزراعي يعتبر من أهم الركائز التي يعول عليها لتحقيق عملية التنمية الشاملة في المجتمع العربي، واليمني بصفة خاصة، فإن هذا بحد ذاته يعد سبباً كافياً لضرورة وجود تنظيم محدد لكل العقارات سواء منها الأرض الخالية أو المبنية أو المزروعة أو غيرها. فان لم تكن الملكية محددة وثابتة فلن يجزؤ أي مستثمر على استثمار أمواله في هذه الفروع من النشاط الاقتصادي خاصة أن صاحب رأس المال يهتم بالدرجة الأولى أن يطمئن إلى أن أمواله قد استثمرت في المكان الصحيح وأنه لن يضطر إلى اللجوء إلى المحاكم والقضاء لمتابعة حقوقه أو إثباتها خاصة أن المبلغ الذي ينفق على شراء الأرض يشكل جزءاً كبيراً من حجم المبلغ المخصص للمشروع الاستثماري ويرتكز هذا التنظيم على وجود نظام قوي وصحيح للسجل العقاري يتميز بمبدأ الحجية المطلقة للحق المسجل.

أن السجل العقاري هو وسيلة تحديد ما سبقت الإشارة إليه من ضمانات ضرورية لتعذر حيازة العقارات حيازة كامل كما هي الحال في المنقولات بصفة عامة فتكون الحيازة الظاهرة وسيلة علم الكافة بأصحاب الحقوق عليها ولذا فإن القيد في سجل يكون مصدر العلم بالحقوق على العقارات بل أن هذا هو الشأن في المنقولات التي تسمح طبيعتها ونظام ملكيتها بمثل هذا التسجيل كالسفن والطائرات والسيارات.

وإذا كان عقد البيع من أهم الوسائل التي يتم بها التعامل مع الملكية العقارية فإن انتقال الملكية العقارية بالبيع هو من أهم صور انتقال الملكية العقارية بالتصرف

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

القانوني، مما يجعل لدراسة دوره في نقل الملكة أهمية كبرى في المجتمع اليمني مع المقارنة قدر الاستطاعة بقواعد قوانين المجتمعات الأخرى، وخصوصاً التي تقارب ظروفها الاجتماعية ظروف اليمن. ومن خلال هذه الدراسة المقارنة نعرف الجوانب الناقصة في تشريعنا وعن طريق التشريعات الأخرى العربية والأجنبية يمكن أن نرى ما يمكن اقتباسه لتكملة النواقص التي تحتاج إليها نظمنا أو تعديل ما يحتاج فيها إلى التعديل.

ولقد عرفت اليمن نظام الشهر العقاري في فترة متأخرة، ففي المحافظات الجنوبية طبق نظام للشهر العقاري أيام الاستعمار أقرب ما يكون إلى نظام تورنس⁽¹⁾ وإلى الآن ما زالت محافظة عدن تحتفظ بسجل الملكية يحتوي على كل الملكيات العقارية في المحافظة الذي تم إنشاؤه قبل أربعين سنة تقريباً، والذي عطل العمل به بعد الاستقلال نتيجة أيلولة ملكية العقارات للدولة. أما المحافظات الشمالية فلم تعرف نظام الشهر العقاري إلا في سنة 1976م عدنا أصدر مجلس القيادة آنذاك القانون رقم 12 لسنة 1976م بشأن الشهر العقاري وتحديد نظام السجل العيني، وقد أشارت المادة (334) من القانون المدني إلى انتقال الملكية بالتصرف القانوني (العقد) في مجال تحديد آثار الالتزام فنصت على أنه إذا كان محل الالتزام نقل ملكية أو حق عيني آخر على شيء وكان هذا الشيء معيناً ومملوكاً للبائع (للملتزم) انتقل ذلك الحق بمجرد نشوءه منتجاً لآثاره، وكان المفروض أن تكون صياغة النص على نحو يعطل ترتيب حكمها في حالة الأموال الثابتة (العقارات) لأن انتقال هذه الأموال يتوقف على اتخاذ بعض القواعد والإجراءات التي تقررهما الدولة كالتسجيل وغيره، إلا أن صياغة نهاية المادة جاءت بما يخالف القصد من تنظيم الشهر العقاري والمواد اللاحقة لها في القانون المدني (520) وقد حدث خطأ مادي قلب حكم هذه المادة بقولها ولا يخل بذلك ما يقضي به القانون من إجراءات خاصة كالتسجيل، بدلاً من النص الصحيح على أن حكمها لا يخل بما

(1) وقد قدم القانون المعروف باسمه إلى البرلمان الاسترالي فأصدره هذا الأخير في 2 يوليو 1858م وقد أدخل عليه كثير من التعديلات وسوف نقدم نبذة مكتملة عنه في موضعه، وهو يطبق نظام السجل العيني.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

تقضي به القوانين من اتخاذ هذه الإجراءات. كما جعله معارضاً لحكم المادة (5) من قانون الشهر العقاري رقم (12) لسنة 1976م على أن الملكية العقارية بالبيع لا تنتقل إلا بقيد المبيع في السجل العقاري وهو نفس ما أكدت عليه المادة (8) من القانون رقم (39) لسنة 1991م الذي جاء بديلاً للقانون رقم (12) لسنة 1976م⁽¹⁾، مما يؤكد أن القانون اليمني للشهر العقاري قد ربط ما بين انتقال الملكية وإجراء الشهر العقاري.

وقد أخذ القانون اليمني بنظام السجل العيني في القانون رقم (12) لسنة 1976م وفي القانون الجديد رقم (39) لسنة 1991م أخذ إلى جانب السجل العيني بنظام الشهر الشخصي، وذلك في رأينا ليعطي الشرعية للإجراءات التي طبقت في قطاع الشهر العقاري منذ 76 وحتى 1991م وهو تاريخ صدور القانون الجديد – وهي إجراءات الشهر الشخصي – فقد كان القانون ينص على نظام السجل العيني ولكن المعمول به فعلاً كان نظام الشهر الشخصي.

رغم أن هذا النظام الأخير لا يحقق للملكية العقارية الاستقرار والثقة في المعاملات العقارية، حيث أن نظام السجل العيني هو النظام الأمثل لتحقيق استقرار المعاملات العقارية وتوفير الثقة والأطمئنان للمستثمرين والملاك على السواء وذلك لقوة الاحتياطات والإجراءات والوسائل التي يتطلبها هذا النظام قبل قيد الملكية في سجلاته⁽²⁾، ولقد كان من الأسباب التي دفعت المشرفين على قطاع السجل العقاري في مصلحة المساحة على تطبيق إجراءات الشهر الشخصي برغم أن القانون ينص على نظام الشهر العيني – هو عدم توافر الكوادر المتفهمة لنظام السجل العيني والقدرة على تطبيقه، مما جعلهم يستصعبون عملية تطبيقه فعلاً، بالإضافة إلى عدم توافر الإمكانيات المادية.

واعتقد أنه لو تم تدريب الكوادر اللازمة لتطبيق نظام السجل العيني، وتوعية المواطنين إلى أهمية هذا النظام في تحقيق الاستقرار للملكية العقارية وتوافر بعض

(1) والحقيقة أنه مطابق له حرفياً باستثناء مادتين استحدثهما القانون (39) لسنة 1991م.

(2) انظر القسم الأول الفصل الأول والثاني، الذي يعالج هذه الأنظمة بالتفصيل.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

الإمكانات التي قد ذلل بعضها، فإن بالإمكان تطبيق نظام السجل العيني بشكل نموذجي⁽¹⁾.

ولكي تكون أحكام قانون الشهر العقاري قادرة على تحقيق استقرار الملكية العقارية فإنه لابد من القيام بتعديل القانون رقم (39) لسنة 1991م. والذي كان من المفروض أن يكون قد تلافاها باعتباره جاء بعد القانون رقم (12) لسنة 1976م الذي كان يعاني نفس النواقص التي ظلت في القانون رقم (39) لسنة 1991م، وكأن المشرع أراد بإصداره أن يعطي الشرعية فقط للإجراءات التي طبقت من سنة 1976م إلى سنة 1991م، وذلك بنصه في المادة الثالثة منه على أنه يجوز للمصلحة أن تعتمد أحد النظامين التاليين في إجراءات التسجيل العقاري.

أولاً: السجل الشخصي والقائم على الاعتبار الشخصي للمتصرف والمتصرف إليه.

ثانياً: السجل العيني ... الخ.

وعدم إقدام هذا القانون الأخير على تلافي النواقص التي ظهرت خلال المرحلة السابقة سواء كانت النواقص في نصوص القانون أو نواقص استدعتها الممارسة الفعلية يجعلنا على يقين تام بأن ما قلناه هو عين ما هدف إليه المشرع من إقدامه على إصدار قانون جديد لا يختلف عن الأول في شيء غير ما ذكرناه.

والإضافات التي يحتاجها القانون رقم (39) لسنة 1991م سوف تتضح أثناء البحث بإذن الله.

ولهذا فإن دراسة تفصيلية لنقل الملكية بعقد البيع في ضوء استلزام الشهر العقاري مسألة ذات أهمية، لبيان دور العقد ودور الشهر في نقل الملكية العقارية إلى المشتري أو في مواجهة الغير.

(1) ذلك أنه قد طبق في منطقتي مسيك وسواد سنوان وأعطى نتائج باهرة.

خطة البحث:

وقد أخذنا بتقسيم دراستنا لهذا الموضوع إلى باب تمهيدي وقسمين وخاتمة، فالباب التمهيدي تناولنا فيه تمهيداً تاريخياً لقواعد نقل الملكية بالبيع، وقسمنا هذا الباب إلى ثلاث فصول تناولنا فيها الالتزام بنقل الملكية وتحقيق هذا النقل في الفصل الأول.

وفي الفصل الثاني تناولنا التطور التاريخي لنقل الملكية بعقد البيع وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في الأول منه انتقال الملكية في بيع العقار في القوانين القديمة كالقانون الروماني، وفي المبحث الثاني تناولنا انتقال الملكية في بيع العقار في القوانين الحديثة.

وفي الفصل الثالث تناولنا نقل الملكية بالبيع في الفقه الإسلامي وأحكامه في ذلك موحدة في المنقول والعقار.

وفي القسم الأول تناولنا نظم الشهر وإجراءاته وخصوصاً فيما تضعه من قواعد لنقل ملكية العقار بالبيع وذلك في ثلاثة أبواب:

تناولنا في الباب الأول: نظام الشهر الشخصي وإجراءاته وقد قسمنا هذا الباب إلى ثلاثة فصول.

الفصل الأول: تناولنا فيه، معنى الشهر الشخصي وإجراءاته وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا بالأول منه معنى الشهر الشخصي وبالمبحث الثاني أشرنا إلى إجراءات الشهر الشخصي واستعرضنا بالفصل الثاني عيوب ومزايا الشهر الشخصي في مبحثين جعلنا أولهما لعيوبه والثاني لمزاياه.

وقد أشرنا في الفصل الثالث إلى النموذج التطبيقي للشهر الشخصي، القانون رقم (114) لسنة 1946م في مصر.

وقد تناولنا بالباب الثاني: نظام السجل العيني وإجراءاته وقد قسمنا هذا الباب إلى ثلاثة فصول استعرضنا بالفصل الأول منه معنى السجل العيني ومتطلباته وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث استعرضنا بالمبحث الأول متطلبات الشهر العيني.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

وتناولنا بالمبحث الثاني القيود التالية للقيود الأول وإجراءاته. وتناولنا بالمبحث الثالث القيد الاختياري. وتناولنا بالفصل الثاني خصائص نظام السجل العيني ومزاياه وعيوبه.

وبالفصل الثالث تناولنا التطبيق النموذجي لنظام السجل العيني القانون رقم (142) لسنة 1964م في مصر.

أما الباب الثالث فقد أشرنا فيه إلى تاريخ الشهر العقاري في اليمن حتى صدور القانون رقم (39) لسنة 1991م للسجل العقاري بالجمهورية اليمنية. أما القسم الثاني فموضوعه استلزام الشهر على نقل الملكية العقارية بالبيع وقد قسمناه إلى بابين، تناولنا بالباب الأول دور عقد بيع العقار في نقل الملكية مع استلزام الشهر وقد قسمناه إلى ثلاثة فصول وكل فصل إلى ثلاثة مباحث.

ففي الفصل الأول الذي جعلنا عنوانه: دور عقد البيع في نقل الملكية قبل الشهر تناولنا بالمبحث الأول منه: دور عقد البيع في الشهر الشخصي قبل إتمام الشهر مطبقاً على القانون رقم (114) لسنة 1946م في مصر. وفي المبحث الثاني تناولنا دور عقد البيع في الشهر العيني قبل إتمام الشهر مطبقاً على القانون رقم (142) لسنة 1964م في مصر. وفي المبحث الثالث: دور عقد البيع في نقل الملكية العقارية قبل استلزام الشهر بالقانون اليمني.

أما الفصل الثاني: دور عقد البيع في نقل الملكية العقارية بعد تمام الشهر وقد قسمناه إلى ثلاثة مباحث تشبه مباحث الفصل الأول، ولكننا تناولنا أثر عقد البيع في نقل الملكية بعد تمام الشهر، وفي الفصل الثالث أشرنا إلى بعض المشاكل التي يثيرها الشهر العقاري في القانونين المصري واليمني.

وفي الباب الثاني استعرضنا دراسة مقارنة للقانون اليمني ببعض القوانين وموقف الشريعة الإسلامية من استلزام الشهر العقاري وأحكام نقل الملكية في بيع العقار في فقه هذه الشريعة وقد تناولناه في فصلين وفي الخاتمة عرضنا أهم نتائج البحث.

الخاتمة

104- لقد أوجبت الأهمية الكبيرة التي تمثلها الثروة العقارية ضرورة توفير أسباب الضمان والاستقرار لهذه الثروة، وذلك بإيجاد الوسيلة الأكيدة التي تحقق الثبات والاستقرار بحيث يقضي على أية منازعة تنشأ في هذا المجال وحتى يتسنى للبلد توظيف هذه الثروة التوظيف الأمثل في عملية التنمية الشاملة في مجتمعنا اليمني. للأسباب السابقة وغيرها تم اختيار موضوع انتقال الملكية العقارية بعقد البيع دراسة مقارنة وقد استعرضنا بالباب التمهيدي التطور التاريخي لانتقال الملكية العقارية بعقد البيع.

وهذا الصدد فقد تطرقنا إلى القانون الروماني في الفصل الأول وقلنا أن انتقال الملكية بهذا القانون كان لا يتم إلا بعد إتباع طرق معينة مثل طريقة الإشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم أي إن القانون الروماني يفرق بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها فالعقد أو الاتفاق ينشئ التزامات شخصية في ذمة المتعاقدين وينتهي دوره عند هذا الحد ولكي تنتقل الملكية لابد من اللجوء إلى إحدى الطرق الرسمية السابق ذكرها والتي حددها القانون.

وقد خبا دور كل من الإشهاد والدعوى الصورية ولم يبقَ إلا طريقة التسليم كطريقة واحدة ووحيدة لنقل الملكية... أما في القانون الفرنسي القديم فقد استمر الحال باحترام القاعدة الرومانية القاضية بأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ثم ذهب شراح القانون الفرنسي القديم إلى اعتبار أن التسليم قد تم بمجرد تضمن العقد الناقل للملكية شرطاً يفيد أن المتصرف قد تخلص عن حيازة الشيء وأن المتصرف إليه قد تسلمه وهو ما يعرف بشرط التسليم والتسلم.

وفي القرن السابع عشر نادى بعض شراح مدرسة القانون الطبيعي أمثال جروتوس بأن العقد ينقل الملكية بمجرد توافق الإرادتين طالما وأن التسليم لم يعد لازماً وقد أخذت بهذا الرأي أخيراً المجموعة الفرنسية في القرن التاسع عشر. وفي القانون الفرنسي الحديث أصبحت القاعدة هي أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد وتوافق

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

الإرادتين وقد أقرت هذه القاعدة عندما وضع المشرع الفرنسي المجموعة المدنية الفرنسية فقد لاحظ واضعوها أن اشتراط التسليم والتسلم قد شاع إدراجه في كل العقود وصار شرطاً مألوفاً حتى ولو لم يتم التسليم فعلاً مما يبرر تقرير مبدأ انتقال الملكية والحقوق العينية بمجرد العقد. وبهذا فإنهم قد حولوا المبدأ السائد فعلاً إلى قاعدة قانونية. ويعد نص المادة (1138) من المجموعة المدنية الفرنسية أول نص على المبدأ الجديد.

أما القانون المصري فقد جاءت نصوص التقنين المدني – القديم والجديد – صريحة في أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري.. وقد نصت المادة (418) من التقنين المدني المصري الجديد على أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".. وهكذا أصبح القانون الحديث يقرر انتقال الملكية بالعقد.

ومع ذلك فإن هنالك بعض لاعتبارات العملية أدت إلى الحد من مبدأ تطبيق انتقال الملكية بمجرد العقد بالنسبة للتصرفات في الحقوق العينية العقارية وأهم هذه الاعتبارات:

- 1- أن العقار غير المنقول فهذا الأخير تتم ملكيته بمجرد حيازته التي توفر العلانية اللازمة لانتقال ملكيته لشخص آخر. بينما العقار لا يمكن نقله من مكانه أو لا يمكن دون تلف ولا بد من إعلام الغير بالتصرفات التي تقع عليه أي أنه باختصار لابد من حماية الغير من الغش والتلاعب الذي يلجأ إليه منقبوا الأراضي.
 - 2- توفير الثقة العامة.
 - 3- تسهيل تداول الثروة العقارية.
 - 4- ضرورة تنظيم الائتمان العقاري.
- ولما سبق اشترطت كثيراً من الشرائع شهر التصرفات التي ترد على العقار أي تسجيل التصرفات التي ترد على عقار بالشهر العقاري.

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

أما البيع في الفقه الإسلامي فإنه ينقل الملكية مباشرة سواء أكان المعقود عليه عقاراً أو منقولاً. إلا أن الفقهاء اختلفوا في حق التصرف للمالك قبل القبض فالمالكية يجيزون للمشتري التصرف في المبيع قبل القبض.

أما الحنفية فيجيزون للمشتري التصرف في المبيع قبل القبض بالنسبة للعقار لأن هلاك العقار غير محتمل وذهب إلى ذلك منهم أبو حنيفة وأبو يوسف في قوله الآخر ولا يجوز في قوله الأول، ولا يجيزون التصرف بالمنقول قبل القبض لأن هلاك المنقول محتمل فيجوز أن يتلف فيؤدي إلى الضرر بالمشتري.

أما الشافعية والحنابلة ومحمد من الأحناف فقد ذهبوا إلى عدم إجازة التصرف للمشتري بالمبيع قبل القبض سواء كان منقولاً أو عقاراً.

ونخلص إلى أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي بمجرد تلاقي الإرادتين دون أي إجراء آخر أي بمجرد العقد ولكن القبض يزيد الملك تأكيداً فهو الذي يعطي للمشتري حق التصرف فيما يملك.

أما القسم الأول: فقد تناولنا فيه أنظمة الشهر العقاري الرئيسية وإجراءاتها ودرسنا الباب الأول الشهر الشخصي ومزاياه وعيوبه مع مثال تطبيقي له. وفي الباب الثاني كان موضوعنا نظام السجل العيني وإجراءاته ومزاياه وعيوبه مع مثال تطبيقي له.

ثم تناولنا لمحة تاريخية عن قانون السجل العيني اليمني حتى صدور القانون رقم (39) لسنة 1991م. وقد أوردنا بالهامش بعض ما يفيد موضوعنا عن القانون الفرنسي باعتباره يمثل المصدر التاريخي لأنظمة السجل الشخصي.

وبنبذة بسيطة عن قانون تورنس والقانون الألماني والسويسري باعتبارهما المصدر التاريخي لقانون السجل العيني.

وقد استخلصنا من هذا القسم النتائج الآتية:

1. أن قانون السجل العيني هو الأكثر دقة ويوفر الثقة والاطمئنان نتيجة المتطلبات الدقيقة التي يتطلبها قبل الإقدام على قيد الحقوق في السجلات الخاصة به.

2. أن من أهم خصائص السجل العيني هو الحجية المطلقة للقيد بالسجل بمعنى أن الحقوق المقيدة بالسجل تمثل الحقيقة المطلقة ولا يمكن نقضها بأي طريقة.

ولكي نكون أكثر اطمئناناً لهذه النتيجة فلا بد من أن يعهد بالقيد الأول والعمليات التمهيدية السابقة عليه والقيود التالية له لمحكمة عقارية يرأسها قاض ويشارك في عضويتها مهندس من مصلحة المساحة وقانوني من مصلحة الشهر العقاري. وتشكل هذه المحكمة في كل مكتب للسجل العقاري، بالإضافة إلى محكمة استئناف عقارية ويكون مقرها هو المكان المحدد كمقر للهيئة العامة لمصلحة المساحة والشهر العقاري وتخضع لقانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم ينص عليه قانون الشهر العقاري، وإسناد عملية القيود بالسجل العيني لمحكمة عقارية علاوة على أنه يبرر إسباغ الحجية المطلقة على قيود السجل العيني بعد مراعاة مواعيد الطعن القانونية سواء تلك التي سينص عليها قانون الشهر العقاري أو المدة المنصوصة عليها بقانون المرافعات أي بعد أن يصبح الحكم نهائياً بالنسبة للأحكام القابلة للطعن – فإن وضع القضاء الحالي في بلادنا – يجعل من وجود محكمة عقارية مستقلة عملية ضرورية جداً بل إننا نفضل أن يناط بهذه المحكمة الاختصاص بكل المنازعات العقارية بشكل عام.

3. أرى أن يعدل قانون السجل العقاري اليمني رقم (39) لسنة 1991م بحيث يشمل المواضيع التالية:

- أ- أن يضمن بالتفصيل العمليات السابقة على القيد الأول.
- ب- أن يحدد الخطوات التي يجب اتباعها أثناء القيد الأول.
- ج- أن ينص على إنشاء المحكمة العقارية واختصاصها وتشكيلها وإجراءاتها.
- د- أن ينص على القيد الاحتياطي ويحدد حالاته.
- هـ- أن ينص على الإجراءات التي يجب إتباعها في حالة وضع اليد للعقارات المراد قيدها.

و- أن ينص على إنشاء صندوق الضمان العقاري.
ز- أن ينص على إنشاء أمانات للسجل العقاري في مراكز المحافظات ويحدد اختصاصاتها.

ح- أن يزيل التضارب في نصوص بعض المواد الحالية مثل نصل المادة (21) والمادة (31) في القانون رقم (39) لسنة 1991م.

وقد تناولنا بالقسم الثاني أثر استلزام الشهر على نقل الملكية العقارية بالبيع وقسمنا هذا القسم إلى باين وكل باب إلى ثلاثة فصول استعرضنا في الفصل الأول منه دور عقد بيع العقار قبل إتمام الشهر وقد تناولنا دور عقد البيع في نظام الشهر الشخصي في المبحث الأول وفي المبحث الثاني تناولنا دور عقد البيع في الشهر العيني قبل تمام الشهر وتناولنا بالمبحث الثالث دور عقد البيع قبل استلزام الشهر بالقانون اليمني.. ثم تناولنا في الفصل الثاني أثر تمام الشهر في نقل الملكية العقارية وطبقناها على القوانين الثلاثة السابقة، وقد تناولنا في الفصل الثالث المشاكل التي يثيرها الشهر العقاري وموقف قانون السجل العيني في مصر واليمن منها مثل وقت نقل الملكية بالشهر (فكرة الأثر الرجعي)، وقواعد الفصل في التنازع على الملكية العقارية مع نظام الشهر (السبق إلى التسجيل) وأثر سوء النية وحسن النية والتنازع مع الوارث. ثم أجرينا مقارنة للقانون اليمني ببعض القوانين العربية بشأن نقل الملكية وموقف الشريعة الإسلامية من استلزام عملية الشهر في الباب الثاني.

وهذا الصدد فقد استعرضنا دور عقد بيع العقار مع استلزام الشهر باعتبار العقد في القانونين المصري واليمني مصدراً من مصادر اكتساب الحقوق العينية الأصلية على الشيء سواء أكان هذا الشيء منقولاً أو عقاراً حيث قضت كل من نصوص القانون المدني المصري واليمني على انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف إليه مع مراعاة الآتي:
1- إذا كان الشيء المراد نقل ملكيته منقولاً لم يعين إلا بنوعه فإن الملكية لا تنتقل إلا بالإقرار.

2- أما إذا كان الشيء المراد نقل ملكيته معيناً بالذات ومملوكاً للبائع فإن الملكية في هذه الحالة تنتقل بحكم القانون بمجرد التعاقد وذلك دون إخلال بقواعد التسجيل التي يتطلبها القانون في حالة بيع العقارات.

ومن المعلوم أن اشتراط الشهر في النظام الشخصي يقصد به الإعلان أو الإشهاد عن التصرف حتى يستطيع من له مصلحة بهذا العلم أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه وصيانتها.. ومعنى الإعلان عن الحقوق العينية هو إثبات التصرفات التي تقع عليها في سجلات علنية يستطيع كل شخص أن يطلع على محتوياتها وقيودها وأخذ شهادات بها ومن ثم كان نظام العلانية هو نظام يقتصر على التصرفات القانونية التي تقع على العقار دون المنقول الذي ليس له مقر ثابت كالعقار والذي يقوم وضع اليد في المنقول مقام الشهر والعلانية في حماية الغير حسن النية.

وأول ما يصادفنا ونحن بصدد تحديد أثر البيع العقاري غير المسجل (أو دور العقد قبل تمام التسجيل) التساؤل الآتي هل ما زال عقد البيع يكفي فيه التراضي لنقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين أم أن هذا العقد قد أصبح عقداً شكلياً يشترط لانعقاده شكل معين؟

وقد اختلفت الإجابة من الفقهاء على النحو التالي:

فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى أن اشتراط التسجيل لنقل ملكية المبيع حتى بين المتعاقدين يؤدي إلى اعتبار التسجيل شرطاً لإنشاء البيع العقاري وعليه فإنهم يرون أنه بموجب شرط التسجيل فإن عقد البيع ينقلب من عقد رضائي لا يحتاج في إبرامه لغير رضا طرفيه إلى عقد شكلي يستلزم أن يتم تسجيله ليقوم صحيحاً ولترتب عليه آثاره كبيع، وإذا لم يستوف الشكل الذي تطلبه القانون وهو التسجيل فإن العقد يكون غير صحيح ولا يعتبر موجوداً، ولا تنشأ عنه الالتزامات التي ينتجها عادة أي أن هذا الفريق يذهب إلى اعتبار التسجيل ركناً من أركان عقد بيع العقار وأنه لا ينعقد إلا به ولكن هذا الرأي بقي رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً.

وذهب فريق آخر إلى أن العقد غير المسجل لم يعد بيعاً بل هو عقد غير مسمى فانتقال الملكية عند هذا الفريق يعتبر ركناً أساسياً في عقد البيع وبدونه لا يوجد وحيث

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

أن انتقال الملكية لم يعد يترتب على بيع العقار بدون تسجيل فعقد البيع غير المسجل لم يعد بيعاً بالمعنى الصحيح بل هو عقد آخر غير مسمى منشئ لمجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين وهذه الالتزامات تستحيل إلى تعويضات عند عدم التنفيذ.

وهناك رأي ثالث ذهب إلى أن عقد البيع العقاري غير المسجل هو بيع صحيح وناقل للملكية وهذا هو رأي محكمة النقض المصرية التي قالت أن بيع العقار بعد اشتراط التسجيل لنقل الملكية بين المتعاقدين لا يزال من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين وكل ما استحدثه قانون التسجيل من أثر في أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده أصبح متراحياً إلى ما بعد حصول التسجيل.

ومقتضى هذا الرأي أن البيع غير المسجل هو بيع صحيح وأن التسجيل مجرد إجراء يتخذ لتنفيذ أحد الالتزامات التي ينشئها الاتفاق على البيع وهو نقل الملكية أما بقية الالتزامات فإنها تكون ملزمة قبل التسجيل وبمجرد الاتفاق ولأنه ينتج عن العقد غير المسجل حقوق شخصية.

وهناك اتجاه في الفقه يمثلته الأستاذ الدكتور جميل الشرفاوي يذهب إلى أن العقد غير المسجل ينتج كل آثاره بما فيها نقل الملكية بين المتعاقدين والتسجيل لا يضيف شرط لصحة العقد ولا يحيله من عقد رضائي إلى عقد شكلي... ونحن قد رجحنا الرأي الذي يذهب إلى أن العقد غير المسجل ينتج كل آثاره فيما بين المتعاقدين بما فيها نقل الملكية وذلك لقوة منطقته والحجج التي يستند إليها وذلك للأسباب الآتية:

1- أن هذا الرأي يستند إلى حجة قوية وأساسية وهي أن الشهر بالتسجيل أو القيد يرد على السند ولا صلة له بالتصرف كبيع صحيح والسند لا ينتج الآثار بل ينتجها التصرف وشهر السند لا يكون إلا لإثبات (النقل) في مواجهة الغير.

2- إن مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي هي إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق. والعقد في النظام الشخصي هو الذي ينقل الحق وقانون الشهر العقاري رقم (114) لسنة 1946م ما زال قانوناً شخصياً. إذاً فما زالت مهمة التسجيل فيه

هي الإشهار وإعلان الغير وما زال فيه الدور للعقد في نقل الملكية ويؤكد هذا أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين.

ولا يعتد بها بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. هذه هي القاعدة في نظام الشهر الشخصي كما نص عليها القانون الفرنسي الذي يمثل المصدر التاريخي لهذا النظام ... فيجب إذن في نظام الشهر الشخصي أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة فينقل العقد الملكية إذ هو السبب في نقلها ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا لمانع ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من أعمال السبب في الحال والتسجيل ليس بمانع. فمهمته إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان بأشراه.

3- إن المشتري متصرف إليه أي مشتر وليس دائناً عادياً أي له أن يقتضي من البائع كل التزامات بما فيه انتقال الملكية.

4- الهدف من نظام التسجيل الشخصي هو إعلان الغير بالتصرفات وحمايته وهذا الهدف يتحقق من عدم نفاذ أي تصرف في مواجهة الغير إذا لم يشهر هذا التصرف وهذا الآخر غير مجد فيما بين المتعاقدين إذ أن الملكية تنتقل بمجرد العقد.

5- طالما وأن الهدف من نظام الشهر الشخصي هو الإشهار وإعلان الغير بالتصرفات التي تقع على العقار بغرض حمايته وطالما أن العقد أو التراضي هو الذي ينقل الملكية وليس التسجيل فإن اشتراط عدم انتقال الملكية بين المتعاقدين قبل التسجيل يصبح غير ذي جدوى في ظل نظام الشهر الشخصي: وهذا ما أكدت عليه أحكام محكمة النقض المصرية حينما قضت بأن البائع إذا بنى في عقار باعه بعقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره. وأحكام أخرى مذكورة في صلب الموضوع.

وما ذهبنا إليه بالنسب لقانون الشهر الشخصي فإنه ينطبق على قانون السجل العيني لأن هذا القانون الأخير لم ينص على متطلبات جديدة تختلف عن نظام الشهر الشخصي بل أن قانون السجل العيني نقل المادة (9) من قانون الشهر الشخصي كما هي دون تغيير وأعطاه رقم (26) في قانون السجل العيني وهذا ما يجعلنا نذهب إلى أن

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

العقد ما زال يرتب كل الالتزامات فيما بين المتعاقدين بما فيها انتقال الملكية حتى في ظل نظام السجل العيني في القانون المصري. ولا نعتقد بأنه أصبح للقيد في السجلات العينية قوة الثبوت المطلقة كما ذهب رأي إلى ذلك.

ذلك أن هذه القوة يجب النص عليها للضمانات التي يوفرها قانون السجل العيني والتي تختلف اختلافاً كلياً عما هو مأخوذ به في ظل نظام السجل الشخصي وليس لمجرد تغير المواد والمسميات.

وقد ذهبنا إلى أنه لكي نبرر إسباغ قوة الثبوت المطلقة على قيودات السجلات العينية فيجب أن تكون كل مراحل السجلات العينية خاضعة لهيئة قضائية ابتداء من العمليات التمهيدية التي تسبق القيد وانتهاءً بالقيود التالية. وقد اقترحنا أن تشكل محكمة عقارية تتولى كل هذه المنازعات وتتولى عملية إصدار قرارات أو بالأصح أحكام القيد بالسجل العيني.

فبهذا الإجراء فقط فإننا نستطيع أن (نسبغ) وصف قوة الثبوت المطلقة واعتبار انتقال الملكية مبنياً على القيد في السجل العيني في القانون المصري والقانون اليمني وليس بأي إجراء آخر.

كما تناولنا في الفصل الثاني موقف القانون المصري واليمني من بعض القضايا التي يثيرها التسجيل العقاري وقد استعرضنا عدة قضايا على النحو الآتي:
أ- وقت نقل الملكية بالشهر (فكرة الأثر الرجعي).

وقد استعرضنا آراء الفقهاء التي قيلت بهذا الصدد فقد ذهب فريق إلى القول بأن للتسجيل أثراً رجعياً في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين. وبأن هذا القول هو الذي يتفق مع طبيعة قانون التسجيل.

وذهب فريق آخر إلى القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين والغير من اللحظة التي تم فيها التسجيل وهذا الرأي يحظى بتأييد الفقه والقضاء في مصر.

وقد رجحنا الرأي الذي يذهب إلى أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بأثر فوري أي بمجرد التعاقد أما بالنسبة للغير فإنها لا تنتقل إلا بعد القيام بعملية

التسجيل ذلك لأن الغرض من عملية التسجيل هو إعلام الناس عن طريق الإشهار أو الإعلان بحصول التصرف المراد تسجيل سنده وهذا العلم حاصل فيما بين المتعاقدين لأنهم هم الذين باشروا هذا التصرف فوجب أن ينتج التصرف أو العقد أثره في الحال فيما بينهم. أما بالنسبة للغير فلا يتحقق العلم بالنسبة لهم إلا بتسجيل السند المثبت للتصرف ليتوفر الإشهار والإعلان بالنسبة لهم. وبعد ذلك ينتج العقد أثره بالنسبة لهم لما يتمتع به السند المثبت للتصرف من قوة ثبوتية.

أما القول بأن الأثر الرجعي أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية فهذا القول مردود عليه بإيجاد حلول للمسائل التي أثارها أصحاب القول بالأثر الرجعي ورأوا أن الأنسب لهذه القضايا هو إيجاد الحلول لها من غير القول بالأثر الرجعي.

فمثلاً: القول بأن فكرة الأثر الرجعي هي التي تبرر للمشتري في الحصول على عقار المبيع ولو كان المبيع غير مسجل. وكذلك تبرر اعتبار البائع الذي بنى أو غرس في عقار سبق له بيعه بعقد لم يسجل كالباني أو الغارس في أرض الغير.

فقد رأى الفقه أن الالتزام بتسليم المبيع والناشئ عن العقد غير المسجل الذي يقع على عاتق البائع كفيل بتحقيق تسليم المبيع وتوابعه من وقت وجوب ذلك ومن التوابع ثمار المبيع كما أنه يقع عليه التزام آخر أن يسلم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها عند الاتفاق على البيع مما يؤدي إلى تحريم البناء أو الغراس فيه على هذا البائع فإن فعل شيء من ذلك عد كالباني أو الغارس في ملك الغير. كما أن وظيفة العقد في ظل نظام الشهر الشخصي هي نقل الملكية ولا يوجد ما يمنع هذا النقل وإلا اعتبر مخالفاً لطبيعة العقد.

أما انتقال الملكية بالنسبة للغير فلا يتم إلا بعد حدوث عملية الإشهار والإعلان وهذا لا يحصل ألا بالتسجيل ولهذا وجب التسجيل لانتقال الملكية بالنسبة للغير وليس من المنطقي أن تؤدي رغبتنا في توحيد اللحظة التي تنتقل فيها الملكية فيما بين المتعاقدين والغير أن يكون هذا التوحيد مخالفاً لطبيعة العقد.

وهذا هو ما جعلنا نقول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بأثر فوري وتنتقل بالتسجيل بالنسبة للغير وهذا هو موقفنا من قانون السجل العيني في ظل نص المادة

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

(26) منه لأنها تكرر لنص المادة (9) من قانون الشهر الشخصي فطبيعي أن لا يختلف موقفنا منها أما لو أنيط الإشراف على عملية التسجيل لهيئة قضائية واعتبر القيد في السجل بناء على حكم قضائي يقضي بانتقال الملكية فهنا فقط يمكن القول بأن القيد بالسجل العيني هو مصدر الحقوق وليس العقد وبالتالي فلن يثور الخلاف الذي ثار في ظل نظام الشهر الشخصي.

ب- قواعد الفصل في التنازع على الملكية العقارية مع نظام الشهر الشخصي وقد انتهينا إلى أن نصوص القانون تفصل في النزاع بين المشتريين من بائع واحد يكون بالأفضلية لمن يسبق بالتسجيل، شرط أن يكون عقده جدياً غير صوري وصحيحاً لا يشوبه بطلان لأن التسجيل لا يصح العقد الباطل ولا يغير طبيعة غير الحقيقي (الصوري).

فإذا كان الشخص الذي سبق القيام بعملية التسجيل هو المشتري الثاني فإن الملكية سوف تنتقل له باعتباره أسبق في إجراء التسجيل ولكن هل يفضل المشتري الثاني الذي قام بالتسجيل بصفة مطلقة أم أنه مقيد بحسن نيته في حالة إقدامه على التسجيل أولاً. وقد جاء قانون الشهر العقاري خالياً من أية إشارة إلى شرط حسن النية أو أثر الغش على التسجيل، وفسرت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا المسلك بأن يكتفي بتطبيق أحكام القواعد العامة وبهذا الشأن.

فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن مجرد علم المشتري الثاني الذي سجل عقده بسبق تصرف البائع إلى مشترٍ أول يجعله سيء النية وبالتالي يبطل أثر تسجيله ومن ثم لا تنقل الملكية إليه (نظرية العلم).

وذهب فريق آخر إلى أنه لكي يبطل أثر تسجيل المشتري الثاني الذي سجل عقده أولاً لا يكتفي بعلمه المجرد وإنما لابد من أن يكون المشتري الثاني متواطئاً مع البائع بغرض الإضرار بالمشتري الأول (نظرية التواطؤ).

وذهب فريق ثالث إلى أن من يسبق إلى التسجيل هو الذي تنتقل إليه الملكية سواء كان المشتري الأول أو الثاني ولا يؤثر في عملية التسجيل لا العلم المسبق للمشتري

الثاني بسبق التصرف إلى مشتري أول ولا حتى توافئه مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول. وهذا الرأي هو ما أيدته محكمة النقض المصرية.

وقد رأينا أن الاتجاه الثاني هو الذي يجب العمل به والذي يذهب إلى أن العلم بسبق التصرف لا ينفي حسن النية طالما وأنه لا يوجد توافق بين البائع والمشتري الثاني يضر بالمشتري الأول فمجرد العلم بسبق البيع لا أثر له في تفضيل المشتري الثاني. وحينما يثبت اتفاق المشتري الثاني والبائع على تفويت الصفقة على المشتري الأول فإن اتفاقهم هذا يكون قد جاوز حدود المشروعية مما يوصم عملهم هذا بالغش والتواطؤ وبما أن الغش يفسد كل شيء فإن تسجيل الاتفاق الذي تم بناء على الغش يعتبر كأن لم يكن بالنسبة للمشتري الأول. ولا عبرة بمجرد العلم بالتصرف السابق الخالي من الغش والتواطؤ في فساد تسجيل المتصرف إليه الثاني ذلك أن عدم الاعتداد بالتسجيل لمجرد علم المشتري الثاني الخالي من كل غش أو تدليس فيه زعزعة للثقة وللاستقرار التعامل في المعاملات لصعوبة إثبات سبق العلم بالتصرف.

أما إقرار العلم والتواطؤ والاعتداد بالسبق في التسجيل مطلقاً، وهذا الاتجاه وإن كان يؤدي إلى استقرار المعاملات فإنه لا يصلح للشهر الشخصي. وهذا الاتجاه هو الذي تؤيده محكمة النقض المصرية والذي يقره غالبية الفقهاء وهو الذي يجب أن يطبق في ظل الأنظمة التي تأخذ بالسجل العيني حيث أن هذه الأنظمة الأخيرة توفر الضمانات اللازمة لأن يكون التسجيل أو القيد قد استوفى كل شروطه وخالياً من أي عيب فإذا ما طبق هذا الاتجاه في ظل نظام السجل العيني فإنه يكون قد وجد الأرضية المناسبة والصالحة لإنتاج ثماره.

أما والحال أن القانون ما زال يعتمد على النظام الشخصي في التسجيل فإن تطبيق الاتجاه الثالث في ظله يفتقد إلى الضمانات التي يوفرها نظام السجل العيني مما يجعل هذا الاتجاه غير مجد لنظام السجل الشخصي.

ولكل ما سبق فقد كان تفضيلنا للرأي الثاني الذي ينكر على العلم المجرد أي أثر على فساد التسجيل. أما إذا كان هذا العلم مصحوباً بالتواطؤ ففي هذه الحالة يفسد أثر التسجيل ولا يحق للمشتري المتواطئ أن يتمسك بأسبقيته للتسجيل؛ لأن التواطؤ هو

غش والغش يفسد كل شيء والتسجيل المستند إلى الغش يصبح لا أثر له؛ لأن ما بني على الباطل فهو باطل.

- كما استعرضنا حالة التزاحم الحاصل بين مشتري لنفس العقار قاما بشرائه من بائعين مختلفين وصورته المشتري من المورث والمشتري من الوارث وانتهينا إلى أن هناك رأي يذهب إلى أن المشتري من المورث يكون هو الأفضل حتى لو سبقه في التسجيل المشتري من الوارث طالما تم هذا التسجيل خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث وتأشير المشتري من المورث في هامشه لحقه الشخصي. أما إذا شهر حق الإرث ولم يقم المشتري من المورث بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث خلال سنة من حصوله، فإذا قام المشتري من الوارث بتسجيل عقده ومرت السنة ولم يقم المشتري من المورث بالتأشير فإنه يفضل المشتري من المورث في هذه الحالة.

وهناك رأي آخر يذهب إلى أن نظام التأشير بحقوق الدائنين على هامش تسجيل حق الإرث، ليس نظاماً للتفضيل بين مكتسبي الحقوق العقارية من المورث أو من الوارث وإنما هو نظام استحدث لكفالة تطبيق مبدأ ألا تركة إلا بعد سداد الديون، وأنه لذلك يظل حكم تفضيل المشتري من الوارث السابق إلى التسجيل على المشتري من المورث المتأخر في التسجيل حكماً سارياً، خاصة بعد ما تبين إهمال المشتري الأول القيام بإجراءات الشهر التي يتطلبها القانون.

ولقد انتهينا إلى أن العقد الذي يبرمه المورث مع المشتري منه ينقل الملكية دون حاجة إلى أي إجراء، والورثة ملزمون بمساعدة المشتري من مورثهم على القيام بإجراءات الشهر حتى ينتج البيع أثره في مواجهة الغير، فإذا تصرف الوارث في نفس العقار الذي سبق أن تصرف فيه مورثه فإنه في هذه الحالة يتصرف في شيء لا يملكه، لأن ملكية هذا العقار قد انتقلت من المورث إلى المشتري منه في حياته، وبالتالي فإن هذا العقار لا يدخل ضمن محتويات التركة، وفي هذه الحالة يفصل في التنازع الحاصل بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث على أساس التصرف الصادر من الشخص المالك، والمورث حينما يتصرف كان ما زال حياً ومالكاً للعقار الذي تصرف فيه، أما الوارث فلم يكن مالكا للعقار الذي تصرف فيه لأنه أصلاً لم يكن من محتويات تركة

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

المتوفى، حتى نعتبره مالكا للعقار الذي سبق أن باعه مورثه ولكن كونه وارثاً جعلته يتصرف وكأنه مالك أي بشبهة ملك وبهذا نكون قد حسمنا النزاع الحاصل بين مشتريين من بائعين مختلفين.

كما تعرضنا في الباب الثاني إلى مقارنة القوانين اليمني – ببعض القوانين العربية مثل القانون المصري والسوري والعراقي – في الفصل الأول منه وفي الفصل الثاني.

أشرنا إلى موقف الشريعة الإسلامية من استلزام عملية الشهر. وقد خلصنا إلى أن المسلمين الأوائل كانت تحكمهم القيم الدينية الأصيلة المستمدة من كتاب الله وسنة رسوله العظيم صلى الله عليه وسلم فكانت آية المداينة الواردة في سورة البقرة (من الآية رقم 81-82) كافية فيما جاءت به من وسائل لتنظيم المعاملات فيما بين المسلمين. ولكن عندما توسعت الدولة الإسلامية وكثرت معاملاتها فيما بعد عصر الخلافة الراشدة – مما أدى إلى كثرة النصب والاحتياال والغش بسبب خفوت الوازع الديني وحب المال فكان لابد من طريقة أو وسيلة تحقق الأمن والاستقرار للناس وفي نفس الوقت لا تتعارض هذه الوسيلة مع ما جاءت به آية المداينة فكان اجتهاد الفقهاء المسلمين إلى عملية التسجيل العقاري الذي اعتبروه تطويراً لما جاءت به الآية الكريمة لأن الآية نصت على الكتابة والتسجيل يشمل الكتابة والحفظ كما أن التسجيل يؤيده المصلحة المعتبرة من الشارع كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي. وعليه فإننا قد خلصنا إلى أن الشريعة تقرر عملية التسجيل لما يحققه من مصالح للناس ولعدم تعارضه مع كتاب الله الكريم. هذا وقد خلصنا من خلال الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وفي هذا الصدد نوضح أهمها في ما يأتي:

المقترحات

112- ونتيجة لما تقدم فإنني استخلص التوصيات الآتية:

أولاً: لابد من قيام المشرع اليمني بتصحيح نصوص القانون المدني المتعلقة بنقل الملكية العقارية. مثل المادة (345) من القانون رقم (19) لسنة 1992م.

ثانياً: طالما والقانون رقم (39) لسنة 1991م لم يسند الإشراف على السجل العقاري لأي جهة، وطالما وأن العمليات المساحية لا غنى عنها في أي مكتب للشهر العقاري، وحتى يتسنى التنسيق بين الجهات المشرفة على الأعمال المساحية بالجمهورية اليمنية – وهي مصلحة المساحة – وبين مكاتب الشهر العقاري.

فإننا نرى أن تنشأ هيئة تسمى هيئة المساحة والسجل العقاري تكون مهمتها التنسيق فيما بين مصلحة المساحة والسجل العقاري في كل ما يحتاج إلى تنسيق وما عدا ذلك تنفرد كل من مصلحة المساحة ومصلحة السجل العقاري باختصاصاتها المحددة لها على أن يضم المصلحتين مبنى واحد.

ثالثاً: أن تقوم مصلحة الشهر العقاري بإيفاد بعض الكوادر في مختلف التخصصات إلى الدول العربية التي سبقتنا في تطبيق نظام السجل العيني وأقترح أن يقتصر الإيفاد إلى كل من مصر وتونس وسوريا فقط. وذلك بغرض توفير الكفاءات الفنية المدربة والمستوعبة لنظام السجل العيني بدقة، ولأن هذه الدول لها خبرات كبيرة في هذا المضمار.

رابعاً: أرى أن تقوم مصلحة السجل العقاري بالتنسيق مع مصلحة المساحة بعمل تصور لتعميم نظام السجل العيني يشمل كل محافظات الجمهورية اليمنية وبصفة متدرجة، وهذا لا يمنع من استمرار المصلحة في تطبيق نظام السجل الشخصي وفقاً لقانون رقم (39) لسنة 1991م وعلى أساس الإجراءات المتبعة واقعياً على المناطق التي لا يشملها هذا التصور خاصة وأن القانون رقم (39) لسنة 1991م في مادته الثالثة يخول للمصلحة أن تستخدم نظام الشهر الشخصي إلى جانب نظام السجل العيني. وأقترح أن يبدأ تطبيق نظام السجل العيني على المدن التالية:

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

محافظة صنعاء: حي مسيك وسواد سعوان ومدينة الحمدي السكنية ثم مدينة الأصبعي، ومدينة الوحدة المقدمة من ليبيا وأي مدن حديثة.

محافظة عدن: أرى أن يعمم نظام السجل العيني على محافظة عدن كلها وذلك لأن هذه المحافظة والمحافظات الجنوبية بشكل عام قد خضعت للسجل العيني وبالتحديد نظام تورنس، وأن تعميم تجربة السجل العيني الآن لن يصادف معوقات تذكر، لوجود سجلات الملكية المستندة إلى مخططات من أيام الاستعمار ومحفوظ بها بوزارة الإسكان بالمعلا، ونفس الأمر بالنسبة للمخططات المساحية لمحافظة عدن الموجودة بإدارة المساحة بخورمكسر، بالإضافة إلى أن معظم العقارات المبنية كانت مملوكة لإدارة الإسكان وهذه الأخيرة ملكتها للمتفعين.

وفي محافظة تعز: يمكن تطبيق نظام السجل العيني في مناطق التوسعات الجديدة لمدينة تعز كخطوة أولى مثل الحصب وبئر باشا ومنطقة الحوبان والكمب.

وفي محافظة الحديدة: نرى أن يبدأ تطبيق نظام السجل العيني في مدينة العمال والمدن السكنية الجديدة وبعد ذلك يعمم على بقية المحافظة وبعد أن يتم إخضاع هذه المناطق الرئيسية بالمدن المختلفة لنظام السجل العيني وإجراءاته كمرحلة أولى وبعد أن تقيم هذه المرحلة يمكن اعتماد مناطق أخرى بمختلف المحافظات بالجمهورية لتطبيق نظام السجل العيني.

خامساً: أن ينتقل الإشراف على وحدة السجل العيني التي تقوم بتنفيذ هذا النظام بمنطقتي مسيك وسواد سعوان من وزارة البلدية والإسكان إلى الهيئة العامة للمساحة والسجل العقاري، كإدارة معتمدة تعمل على تطبيق نظام السجل العيني بالجمهورية اليمنية.

سادساً: يجب استكمال النواقص التي تكتنف القانون الخاص بالشهر العقاري اليمني رقم (39) لسنة 1991م والمتمثلة بالآتي:

1- ضرورة أن يضمن القانون نصاً ينظم عملية القيد الأول وإجراءاته والمرحلة السابقة عليه أي العمليات المساحية التمهيدية التي تمهد للقيد الأول، وأرى أن يتم القيد الأول بطريقة إجبارية حيث يتم هذا الأخير بمبادرة من الأجهزة المعنية

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

بالدولة، وفي المناطق المحددة سلفاً ويجب أن تحاط هذه العملية بضمانات قضائية وأن تكون العمليات مجانية بهذه المناطق المحددة سلفاً من قبل هيئة المساحة والشهر العقاري.

أما المناطق التي لم تحدد أو لم يأت دورها لتطبيق نظام السجل العيني فأرى أن يعطى أصحاب الشأن فيها فرصة للقيام بالقيد الأول الاختياري وعلى نفقاتهم الخاصة، وذلك لإثبات ادعائهم بالملكية مع إعطاء الفرصة لمعارضهم لإثبات ادعائهم في مواجهتهم أي في مواجهة طالب القيد.

2- أن يضمن القانون رقم (39) لسنة 1991م نصاً ينظم عملية القيود التالية للقيد الأول التي تأسست على الملكية الثابتة قانوناً بموجب القيد الأول والتي شمل التصرف العقاري الذي من شأنه إجراء تغيير في المركز القانوني للوحدة العقارية من بيع وهبة وقسمة ورهن وإرث، والتغيرات المادية التي تحدث بالوحدة العقارية.

3- إزالة التكرار من نصوص القانون رقم (39) لسنة 1991م مثل ما نصت عليه المادة (22) والمادة (31) منه حيث أن كل منها تعالج تحديد المناطق التي سيطبق عليها نظام السجل العيني ومدعي الحق فيها فيكتفي بنص مادة واحدة منهم.

سابعاً:

أ) يجب أن ينص القانون اليمني رقم (39) لسنة 1991م على إنشاء محكمة عقارية بكل مكتب سجل عقاري تختص بفض المنازعات العقارية التي تنشأ أثناء التسجيل وتبت بعملية القيد الأول، وتحقيق الملكية العقارية الميدانية بغرض تحديد ذاتية العقار مادياً وشرعياً وإجراء التحقيق في واقعة وضع اليد من قبل مدعي الملكية باعتبار ذلك قرينة على الملكية، كما تتولى عملية البت في طلبات التسجيل المحالة لها من إدارة السجل العيني في حالة القيود التالية وذلك حتى تكتسب القيود بالسجل العيني قوة الثبوت المطلقة التي تعني أن التسجيل بالسجل العيني هو الحقيقة النهائية بالنسبة لذوي الشأن والغير، خاصة وأن قرار القيد والتسجيل يصدر به حكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي به، وبحيث يمتنع أي طعن في السجل العقاري فيما عدا الطعن بالتزوير والتدليس بالإضافة إلى أنه بالإمكان

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

إعطاء هذه المحكمة اختصاص البت في المنازعات العقارية بشكل عام، التي تشكل أغلب القضايا المنظورة أمام القضاء العادي الذي يجب أن تشمل الإصلاحات الجديدة لضرورتها ولأنه إذا صلح القضاء ساد العدل بين الناس.

مع النص على أن أحكام هذه المحكمة نهائية في حدود 500 ألف ريال وفيما زاد على هذا النصاب فإن لذوي الشأن أن يستأنفوا أحكامها أمام محكمة الاستئناف العقارية بالعاصمة وأحكام محكمة الاستئناف نهائية.

ب) تخضع القضايا المنظورة أمام هذه المحكمة لقانون المرافعات اليمني فيما لم ينص عليه قانون الشهر العقاري بهذا الشأن.

ج) تشكل المحكمة العقارية من قاض يعين بقرار من وزير العدل رئيساً للمحكمة ومن مهندس فني يعين من مصلحة المساحة ومن ممثل لمصلحة الشهر العقاري.

د) تتبع المحكمة العقارية الهيئة العامة للمساحة والسجل العقاري.

هـ) والقضاة المعينين بالمحكمة العقارية يكونون منتدبين من وزارة العدل إلى هيئة المساحة والسجل العقاري وهم مستقلون في مزاولة أعمالهم القضائية.

و) مقر محكمة الاستئناف العقارية هو مكتب هيئة المساحة والسجل العقاري بالعاصمة صنعاء.

ثامناً:

أ) يجب على وزارة العدل أن تصدر تعميماً إلى الأجهزة التابعة لها والمحاكم المختلفة باعتماد صحيفة الوحدة العقارية كأساس ثابت ودليل قاطع ووحيد على الملكية أو أي حق عيني أصلي أو تبعي أو قيد، وعدم الاعتداد بأي حق أو اتفاق غير مسجل في الشهر العقاري.

ب) عدم اعتداد البنوك التجارية بالرهونات العقارية إلا إذا كانت مسجلة.

تاسعاً: إنشاء صندوق الضمان العقاري لتعويض أي ضرر قد ينجم عن عملية التسجيل وتحديد مصادر تمويله بنسبة معينة من رسوم السجل العقاري.

عاشراً: ضرورة أن ينص قانون السجل العقاري على إنشاء مركز محفوظات (أرشيف) عام مركزي تحفظ فيه نسخة من سندات الملكية (صحيفة الوحدة العقارية) غير التي

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

تحفظ في مكتب السجل لمواجهة أي مخاطر قد تحدث في مكاتب السجل أو الأرشيف العام مثل الحرق والتلف بالماء أو السرقة أو غيره.

حادي عشر: عمل مسح شامل لكل مناطق الجمهورية اليمنية باستخدام أحدث التقنيات العلمية والتكنولوجية الحديثة لعمل خريطة جوية شاملة للجمهورية. والعمل على إدخال خدمات الكمبيوتر لمصلحة السجل العقاري إلى جانب السجلات الحالية ليؤدي في النهاية إلى تحسين ودقة وسرعة الأداء بالمصلحة كما يجب العمل على إدخال نظام التصوير بـ (الميكرو فيلم). والأهم من ذلك تدريب الكوادر الذين سيقومون بتشغيل الأجهزة.

أما وسائل تغطية التكاليف فإذا لم تسمح الإمكانيات الحالية للبلاد فيمكن الاعتماد على المساعدات الفنية في تغطية ثمن الآلات والمعدات الحديثة المطلوب إدخال خدماتها للمصلحة مع تجنب صرف هذه المساعدات في غير موضعها.

ثاني عشر: استغلال التقسيم الإداري الجديد للجمهورية وإنشاء سجل مستقل يسمى سجل الأساس.

وتقسيم هذه الأقسام الإدارية إلى أقسام مساحية، ويجوز أن يتطابق النطاق المساحي للقسم مع التقسيم الإداري أي أن تكون كل قرية قسماً مساحياً واحداً (مثلاً) ويجوز أن تكون أكثر من قسم مساحي حسب الاحتياج. وتقسيم القسم المساحي أو القطاع المساحي أو (البلوك) إلى وحدات عقارية إذا لزم الأمر.

ثالث عشر: يجب أن تكون هنالك مطابقة فيما بين سجلات الأساس والسجل العيني، وذلك لأن البيانات المثبتة بالسجل العيني كانت بناء على التحديد التي قامت المحكمة العقارية أو لجنة تحت إشرافها - الموكل لها تنفيذ السجل العيني - بينما البيانات المثبتة بسجلات الأساس لا ترقى إلى مستوى القوة الثبوتية التي تتمتع بها سجلات أو بيانات السجل العيني ولن تتم المطابقة بين سجلات الأساس والسجل العيني إلا إذا نسخت البيانات الواردة في السجل العيني في دفتر خاص يسمى دفتر الأساس - والذي تمت البيانات المنقولة إليه - بناء على أعمال التحديد تحت إشراف قضائي - كما أنه يمكن إتمام عملية التطابق وذلك بالإخطار المتبادل بين مصلحة ومكاتب السجل العيني

انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني (دراسة مقارنة) أ. د. قائد سعيد محمد الثريب

وبين المصالح المختلفة مثل مصلحة أراضي الدولة والأوقاف والمحاكم الشرعية التي سميت الدفاتر التي تمسكها بسجلات الأساس. ولا يكون المثبت بسجلات الأساس غير المطابقة للسجل العيني إلا بمجرد قرائن قانونية بسيطة والعبرة بما أثبت بالسجل العيني من بيانات، وبما هو مطابق من سجلات الأساس لدفتر السجل العيني.

رابع عشر: ضرورة أن ينص قانون السجل العيني صراحة على أن القيد بالسجل العيني هو مصدر الحق، خاصة وأن القيد لم يتم إلا بحكم قضائي بعد تعديل نصوص القانون التي أشرنا إليها في سياق البحث.

علاوة على أنه يجب على المشرع اليمني إذا أراد أن يطبق نظام السجل العيني التطبيق المثالي فيجب إلغاء النصوص التي تسمح بالطعن بالبطان أو الفسخ أو الرجوع في التصرفات التي يبني عليها القيد، وذلك حتى تتمتع السجلات العينية بالقوة الثبوتية المطلقة، وحتى يحدث الفصل بين التصرفات وعملية القيد بالسجل بحيث يطهر القيد التصرفات من العيوب العالقة بها قبل القيد.