



مجلة جامعة الملكة أروى العلمية المحكمة
QUEEN ARWA UNIVERSITY JOURNAL



**النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية
"اليمن نموذجاً"**

"

أ.د. علوي صالح محمد العلوي

أستاذ القانون المدني المشارك - عميد كلية الشريعة والقانون - جامعة الحديدة

2019

ISSN: [2226-5759](https://doi.org/10.58963/qausrj.v1i23.135)

ISSN Online: [2959-3050](https://doi.org/10.58963/qausrj.v1i23.135)

DOI: [10.58963/qausrj.v1i23.135](https://doi.org/10.58963/qausrj.v1i23.135)

Website: qau.edu.ye

النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية "اليمن نموذجاً"

د/ علوي صالح محمد العلوي
أستاذ القانون المدني المشارك
عميد كلية الشريعة والقانون - جامعة الحديدة

المقدمة :

إن أهمية العقارات تبدو جلية من خلال ارتباطها الوثيق بالبشر جيلاً بعد جيل فهذه ارض يقيمون عليها مسكنهم، وتلك يستصلحونها، واخرى يبنون فيها.

كما ان هذه الالهمية ازدادت في العصر الحالي بفعل المتغيرات والاثار الواسعة للانفتاح والتطور في مختلف المجالات، والتي فرضت واقعاً جديداً ومجالاً خصباً لتنوع وتشعب الدراسات في مجالات الملكية العقارية لا سيما طرق انتقالها.

لذا فلما كان العقارات ذات حيز ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف، فإن وفق هذا التحديد في مميزات تفردته عن غيره، لهذا فان موضوع البحث يركز على جزئية مهمه من نظام قانوني واسع النطاق اصطلح على تسميته بالملكية العقارية لما لها من مكانه خاصه واهمية كبيرة.

فالواقع المعاصر المتسم بالجديية المتسارعة غير من مفاهيم الملكية العقارية التقليدية، مما استدعى فتح المجال للاجتهادات والدراسات القانونية، وبالتالي تعديل واستحداث القوانين الملائمة في الكثير من الانظمة التشريعية لمختلف دول العالم.

أما على الصعيد الوطني فما زال المفهوم التقليدي للملكية العقارية سائداً بفعل عوامل واسباب عدة ساهمت في انعدام او ندرة البيئة الاستثمارية الضرورية لمواكبة التطور الهائل في القطاع العقاري الذي تشهده الكثير من الدول الاخرى، اضافة الى الجمود الفقهي والتشريعي في هذا المجال الامر الذي أدى الى أن يقدم معظم المتعاقدين الذين يمارسون عمليات البيع والشراء العقارية التقليدية دون العلم بالمسؤولية والمخاطر في ظل الجهل المطبق لوسائل الحماية القانونية، فذلك طرف يتعاقد مع من لا يملك العقار او مع احد او بعض ملاكته فقط، او مع من سبق له بيع أو رهن العقارات أو جزء منها، وهكذا دواليك حتى غدت الساحة الوطنية مليئة بالمنازعات العقارية بكافة صورها، فتزاحمت المحاكم بألاف القضايا واصبح وضع العقارات ونشاطها كارثياً.

لذلك تبرز أهمية تسليط الضوء على النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية بعقد البيع، وهو ما عقد العزم على اختياره موضوعاً للبحث والدراسة، لما تتضمنه من اسس وضوابط كفيله بحماية النشاط العقاري وتوفير الثقة والاطمئنان لدى العامة اثناء مزاولته بمأمن من الاخطار والمسئولية.

تجدر الاشارة الى ان المشرع اليمني لم يخص عقد البيع العقاري بقانون على الرغم من الاهمية الكبيرة التي يحظى بها، ومن ثم فإنه يظل خاضعاً للأحكام العامة المقررة في القانون المدني تزامناً مع خضوعه لقانون السجل العقاري وبما يتلاءم مع طبيعته من نصوص قد ترد في قوانين أخرى.

فوفقاً للقواعد العامة فان عقد البيع العقاري يتميز بعدد من الخصائص السائدة، غير ان الاشكالية تتعلق بماهية انتقال الملكية المتطلبة قانوناً والاثر المترتب عليها سلباً وايجاباً فيما يتعلق برضاية، فإذا قرر المشرع ضابطاً معيناً لانتقال الملكية العقارية فان ذلك يعد بنظر طائفة من القانونيين قييداً على مبدأ الرضاية باعتباره المبدأ العام الحاكم للتصرفات القانونية عموماً.

أولاً: الاهمية العلمية للبحث:-

تكمن أهمية الدراسة في تطرقها لموضوع يتصل بالعقارات الامر الذي سيساعد في إثراء الجوانب النظرية، حيث تعد هذه الدراسة لتسليط الضوء على النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية باعتباره من ابرز صور الحماية القانونية لهذا الحق لسرعة فاعليته وترتب اثاره، فالدراسة تعمق الوعي القانوني للنظام القانوني الملازم لعقد البيع العقاري، ذلك ان كثير من النصوص القانونية جاءت موجزة وهي بحاجة الى تفصيل او اجراء تعديل حتى تتضح فكرة

الموضوع هذا.

ثانياً: أهداف البحث :-

تم السعي في هذا البحث الى تحقيق الاهداف الاتية :-

الهدف من هذا البحث هو التطرق الى موضوع مهم وجديد لم ينل حقه من الدراسة في الجامعات اليمنية والعربية حيث لم يسبق لأحد تناوله بالبحث والدراسة. وذلك من خلال نشر الوعي المجتمعي بالنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية وأهميته حيث يعد المواضيع الحديثة نظراً لما يمثله العقار من ثروة اقتصادية واجتماعية.

ثالثاً: اشكالية البحث:

تكمن اشكالية البحث بدرجة رئيسية في توضيح مدى فعالية وقدرت النظام القانوني المقرر لانتقال الملكية العقارية بعقد البيع، وكذا تلافي اوجه القصور القانوني في النصوص القانونية، حتى تتلاءم واقترح بعض التعديلات مع أماكن أعمال القواعد العامة الواردة في القانون اليمني وما إليه.

رابعاً: منهج البحث :-

لما كان الموضوع المختار يتطلب استقصاء وتتبع وتوضيح العديد من النصوص ذات الصلة الواردة في قوانين مختلفة في المنظومة التشريعية اليمنية فإن المنهج التحليلي وبدرجة رئيسية سيكون هو المتبع، مع تطعيمه بما لزم بالمنهج الوصفي والمقارن بهدف التوصل الى النتائج المتجانسة والاستنتاجات السائغة والمقترحات المجدية.

خامساً: خطة البحث :-

لقد ارتأينا أن تقتضي طبيعة هذه الدراسة من أجل الامام والاحاطة بمفرداتها ان تكون مقسمة الى مبحثين اثنين وخاتمة ونتائج وتوصيات. المبحث الاول:- ماهية البيع العقاري. المبحث الثاني:- التطور التاريخي للنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية في القوانين الوضعية، والشريعة الاسلامية.

المبحث الاول ماهية البيع العقاري

لما كانت طبيعة العقار- أي كونه مستقراً بحيز ثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف- ثابت في جهة معينة تمكن من ربطه بمكتب ينشأ في هذه الجهة ترصد فيه جميع التصرفات المتعلقة به ويستطيع الناس أن يطلعوا عليه ويعرفون من ألت اليه ملكية عقار معين بالذات عن طريق التصرفات التي سجلت بشأنه.

لذلك اصبح انتقال الملكية بمجرد الاتفاق مقصوراً على المنقول دون العقارات واصبح الالتزام بنقل ملكية العقار عندما ينشأ التنفيذ بالقيام بالإجراءات اللازمة لحصول التسجيل، وهذه الاجراءات تتلخص في كتابة العقد، ثم التوقيع عليه امام الموثق او موظف مختص بالتصديق على التوقيعات (الإمضاءات) ثم يقدم هذا العقد للتسجيل وبذلك يكون تسجيله فعلياً⁽¹⁾.

المطلب الاول مفهوم البيع العقاري

يختلف عقد البيع العقاري عن عقد البيع، فالأول وان كان من العقود الرضائية الا أنه يتطلب ركن خاص هو اتخاذ الاجراءات اللازمة فالتسجيل العيني غايته لفت نظر المتعاقدين لأهمية هذه العملية حماية لحقوقهم ولحقوق الغير.

اما عقد البيع فمن حيث المبدأ العام فبرغم كونه من العقود الرضائية التي لا يشترط لإبرامها اتخاذ شكلية معينة اذ ليست الكتابة شرط ضروري لانعقاد هذا النوع من البيوع، كونه بحسب خصائصه عقد ملزم للجانبين ويقوم على اساس المعاوضة في ترتيب الالتزامات المتقابلة، بل وعقد ناقل للملكية.

(1) -د. سعد محمد سعد، د. محسن على جازع، الاحكام العامة العقد، دار جامعة عدن للطباعة والنشر الطبعة الاولى 4002م ص87.

الفرع الاول: التعريف بمصطلح البيع العقاري

بادئ ذي بدى سنتطرق للتعريف بالبيع العقاري اصطلاحاً ثم سيتم توضيح خصائصه :-

أولاً: تعريف عقد البيع العقاري :-

تجدر الاشارة الى ان عقد البيع العقاري في اللغة، لفظ مركب من ثلاث كلمات هي العقد، البيع، العقار، وعلى هذا الاساس يجب علينا ان نوضح معانيها كلاً على حده حتى نصل الى التعريف السليم المتكامل.

(1) العقد في اللغة: هو الشد والربط، وهو نقيض الحل، نقول: عقدة يعقده عقداً، ونقول عقد العهد واليمين⁽²⁾.

يقول تعالى: ((والذين عقدت ايمانكم))⁽³⁾، وقوله تعالى: ((ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان))⁽⁴⁾ صدق الله العظيم.

والمعاقدة والمعاهدة، وعاقده وعاهده، وتعاقد القوم بمعنى تعاهدوا، وعقد البيع والنكاح وجوبهما⁽⁵⁾.

(2) البيع في اللغة: البيع ضد الشراء والبيع والشراء ايضاً من الأضداد⁽⁶⁾ فيقال: بعت الشيء شريته، والابتياح والاشتراء، وفي هذا المعنى جاء حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه).

والعرب تقول بعت الشيء بمعنى اشتريته، بمعنى باعوه، والبيع في اللغة مطلق المبادلة، وهو يشمل الشراء سواء كانت المبادلة في مال أم في غير مال.

(3) العقار في اللغة: هو أحسن شيء وأثمنه، والعقار هو المنزل والارض والضياع، وعقار كل شيء خياره، نقول: عقار المتاع خياره، وعقر القصيد أحسن ابياتها⁽⁷⁾، وهو في الاصطلاح الفقهي شيء ثابت اصلاً غير قابل للنقل من مكان الى آخر دون تلف، وفيصل التمييز بين العقار والمنقول يرجع الى طبيعة الاشياء المنقولة.

(2) - لسان العرب، لابن منظور، لبنان، دار الكتاب العلمية، الملتقى الثقافي، الجزء الاول 3991م، ص2، 3.

(3) -سورة النساء، الآية 33.

(4) -سورة المائدة، الآية 98.

(5) - ابن منظور، المرجع السابق، ص203.

(6) -محمد بن ابوبكر الرازي، مختار الصحاح، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى 0991م، ص63.

(7) - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص503.

ثانياً: عقد البيع العقاري في الفقه الاسلامي:-

عند فقهاء الشريعة الاسلامية ورد عقد البيع بتعاريف عديدة جميعها تصب الى هدف ومعنى واحد وهو مبادلة مال بمال.

1) تعريف البيع عند فقهاء الشريعة الاسلامية:

عرف المرتضى - من الزيدية - بأنه: ايجاب وقبول في مألين مع شرائطه⁽⁸⁾، وعرفه الاحناف بأنه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب⁽⁹⁾.

كما عرف السرخسي من الاحناف عقد البيع بقولة: مبادلة مال منقوض بمال منقوض⁽¹⁰⁾.

اما الشافعية فعرفه الرملي بأنه عقد يتضمن مبادلة مال بمال⁽¹¹⁾ وعرفه ابن قدامه من الحنابلة بأنه: مبادلة المال بمال تملكاً وتملكاً.

وعرف بأنه: مبادلة المال المتقوض تملكاً وتملكاً على وجه مخصوص.

وعليه من خلال التعريفات الواردة بأن كلها تنصب في معنى واحد حتى وان اختلف التقييم بينهما، هو مبادلة مال بمال، حيث ينصرف هذا التعريف الى ما يشمل غير البيع والمقايضة، وذلك أن الفقه لا يفرق بين البيع والمقايضة، للبيع في الشريعة الاسلامية أما ان يكون بيع مطلق، أي بين العين والنقد، أي مادي ونقد، او مقايضة، أي بيع العين بالعين كمبادلة سيارة بشقة، او بيع الصرف، أي بيع النقود مع بعضها البعض، كبيع النقد بالنقد.

يتضح كذلك من التعريفات السابقة ان البيع ينقل الملكية وفقاً لقاعدة انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد ولا يقتصر على انتشاء التزام بنقلها او التزام بتسليم المبيع.

بمعنى اخر ان البيع في الشريعة الاسلامية ينقل الملكية مباشرة دون الحاجة الى أي اجراء من اجراءات التسجيل متى نشأ سببه صحيحاً، وان كانت الشريعة الاسلامية لا تعارض التسجيل ما دام ان في ذلك استقرار للملكية.

من الملاحظ على تعريف الشريعة الاسلامية للبيع أنه لا ينطبق على بيع الاشياء المثلية المعنية بالنوع لا تنتقل ملكيتها الا بعد افرازها ولا على بيع الاشياء المستقبلية لأنها لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها، فلا يترتب على البيع في هاتين الحالتين سوى انتشاء التزام بنقل ملكيتها⁽¹²⁾.

(8) - شرح الازهار، للعلامة أبو الحسن أبي القاسم أبي فضاح، مختصر في الشرح الكبيرة للأمام المهدي صاحب -المتن- المسمى بالفيث المدارة، دار احياء التراث العربي بيروت، ج3، ص2.

(9) - البدائع، ج5، ص338.

(10) - المبسوط للأمام شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، مطبعة السعادة، الطبعة الاولى 4231، ج31، ص32.

(11) - نهاية المحتاج الى شرح النهاية، للأمام شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، مكتبة الحلبي، ج3، ص273.

(12) - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، الطبعة الخامسة، المجلد الاول، عقد البيع، 0991م، رقم 11، ص61.

2) تعريف العقار في الفقه الاسلامي :-

عرف جمهور الفقه الاسلامي العقار بأنه ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى اخر، وعليه فان هذا التعريف لا يأتي في غير الاراضي سواء كانت للزراعة ام للبناء ام كانت فضاء⁽¹³⁾.
فالمالكية عرفته بانه : ما له أصل ثابت لا يمكن نقله او تحويله من مكان الى اخر مع بقاء هيئته (شكله) فيتناول الاراضي والبناء والغراس وغير ذلك من كل ماله اصل ثابت ومستقر⁽¹⁴⁾.
وعليه نجد أن العقار عند المالكية اشمل مما هو عليه عند بقية الفقهاء الاسلامي، كونهم تناولوا الاراضي والبناء والغرس، اما المجهور فالعقار عندهم الا يكون الا في الارض.

ثالثاً: تعريف البيع العقاري في القانون المدني :-

عرف المشرع اليمني عقد البيع في المادة (451) من القانون المدني اليمني الجديد رقم (14) لسنة 2002م بأنه : ((تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدين)).
من خلال نص المادة الواردة انفاً يتضح بأن المشرع اليمني أخذ بتعريف الفقه الاسلامي لعقد البيع، والذي يتميز في تحديد أهم خاصية له وهو انه عقد ناقل للملكية بذاته بمجرد انعقاده ولا يقتصر على انتشاء الالتزام بنقل الملكية او تسليم المبيع.
كما يتميز تعريف المشرع اليمني لعقد البيع عن تعريف شراح القانون في تحديد أهم خاصية لعقد البيع وهي انه ناقل للملكية حيث أن معظم شراح القانون لا يعتبر عقد البيع ناقلاً للملكية بمجرد انعقاد العقد بل انه ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقلها وذلك في العقار.
غير ان قاعدة انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد، التي اخذ بها المشرع لا تنطبق على بيع الاشياء المعينة بالنوع - المثلية - وعلى بيع الاشياء المستقبلية في الاحوال التي يجيز فيها الشرع هذا البيع كبيع السلم ولا على بيع العقارات والطائرات والسفن والسيارات لان الاشياء المعينة بالنوع المبيعة لا تنتقل ملكيتها الا بعد افرازها والاشياء المستقبلية لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها، والاراضي والمباني والسفن والطائرات والسيارات لا تنتقل ملكيتها الا بالتسجيل، ولذا فإن البيع في هذه الحالات لا ينقل الملكية بمجرد انعقاد العقد بل يرتب التزاماً على عاتق البائع بنقل المبيع الى المشتري.

(13) - د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، الاسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الاولى 1991م، ص 81.

(14) - د. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 52.

تجدر الإشارة الى أن القانون المدني اليمني السابق في الجمهورية العربية اليمنية، قد عرف عقد البيع في المادة (445) بأنه : ((تمليك مال بمال على وجه التراضي بين العاقدين)). ويتضح لنا مما سبق بأن هذا التعريف الاخير أكثر دقة من التعريف الذي أورده المشرع في القانون المدني الجديد الصادر بعد قيام الوحدة اليمنية المباركة، حيث يشير التعريف في المادة (445) الى أن البيع تمليك مال بمال وقد استخدم المشرع في هذه المادة كلمة مال بدلاً من عوض وهو تعبير موفق لأنه يفهم من ذلك أن البيع مال بمال متقوم⁽¹⁵⁾، أما التعريف الوارد في القانون الجديد في المادة (451) غير دقيق وغير موفق لأنه يسمح بدخول ما ليس بمال، مثل الميتة والخمر ولحم الخنزير في كلمة عوض، وهذه الاشياء محرمة لا قيمة لها ولا تعتبر مالاً ولا يجوز للإنسان تملكها.

ايضاً تمليك مال بعوض لفظ مطلق يدخل في المال المتقوم شرعاً والمال الغير متقوم شرعاً. فهو بذلك قدم جانب الصواب والافضل به أن يغير لفظ العوض بلفظ مال، وذلك انه اذا ابرم العقدين عقد بيع يكون محله من هذه الاشياء المحرمة شرعاً يعتبر باطلاً.

بينما يذهب البعض ان الاصل في عقد البيع انه ناقل للملكية حيث يتم نقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد نظراً للتحويل العظيم الذي طرأ على اثار عقد البيع في القانون الحديث، حيث جعل الاصل في البيع نقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد الا في بعض البيوع التي لا تسمح طبيعتها بذلك لبيع المنقول المعين بالنوع.

ويتفق هذا الرأي مع ما ذهب اليه الفقه الاسلامي والذي يعتبر البيع بذاته ناقلاً للملكية من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد وليس نقل الملكية شرطاً لالتزام البائع بنقل الملكية فقد عرف جمهور الفقه الاسلامي البيع بأنه عقد يتم بموجبه مبادلة مال متقوم بمال متقوم⁽¹⁶⁾. تملكاً⁽¹⁷⁾.

نستخلص من التعريفات السابقة ان المعقود عليه (المبيع) في عقد البيع لا يقتصر على الاشياء المادية بل يمتد الى الحقوق المالية الاخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وان ثمن المبيع مبلغ من النقود وهذا الاخير يظهر الخلاف ما بين شراح القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية الذين لا يشترطون في ثمن المبيع ان يكون مبلغ من النقود، حيث يرى فقهاء الشريعة بأن يكون ثمن المبيع مال متقوم سواء كان هذا المال نقوداً ام الاشياء الاخرى القابلة للتعامل بها شرعاً والملاحظ على

(15) - د. عبدالله العلي، أحكام عقد البيع، دراسة في القانون المدني اليمني، (المعاملات الشرعية)، الطبعة الاولى، 2102م، ص21.

(16) - انظر البدائع، المرجع السابق، ص31، المبسوط لسرخسي، المرجع السابق ص23.

(17) - انظر المغني لابن قدامة الجز الرابع، ص3، د. نصر فريد واصل الفقه الاسلامي في المعاملات المدنية والتجارية، 8991م، ص31.

تعريف المشرع كما اسلفنا في نص المادة (451) من القانون المدني اليمني حيث جاء بلفظ عوض في تعريف العقد وكلمة عوض لفظ مطلق يدخل فيها المال المتقوم شرعاً والغير متقوم شرعاً.

رابعاً: تعريف العقار في القانون المدني اليمني:-

عرف المشرع اليمني العقار في المادة (115) مدني بأنه: ((كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله او تحويلة دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت لاستقلاله وكل ماعدا ذلك من المال فهو منقول)) ويتضح من خلال النص السابق، بأن العقار هو أي شيء له اصل ثابت غير قابل للنقل من مكان الى آخر دون تلف وأن فيصل التفرقة بين العقار⁽¹⁸⁾، والمنقول يرجع الى طبيعة الاشياء نفسها.

فالأصل في العقار هو الارض نفسها، حيث لا يمكن نقلها من مكان الى آخر، علماً بأنه يمكن نقل اجزاء منها دون تلف كنقل بعض الصخور، وهذا لا يسمى نقل للأرض بل نقل لبعض أجزائها. وبهذا قسم المشرع اليمني العقار الى نوعين هما: العقار بطبيعته، والعقار بالتخصيص.

1) العقار بطبيعته:

يعد المال عقاراً بطبيعته، اذا كان مستقراً وثابتاً ويستحيل نقله من مكان الى اخر دون تلف ويستوي في ذلك ان تكون له صفة الاستقرار من اصل خلقة كالأرض، وان يكون قد كسبها بصنع صانع كالمباني والمزروعات⁽¹⁹⁾، وعلى ذلك فان العقار بطبيعته يشمل كل ما هو على الارض، كالنباتات، والمباني والمنشآت وغيرها.

2) العقار بالتخصيص:

في الاصل يعتبر مال منقول، ويظل محتفظاً بطبيعته كمنقول، الا أن مالكة خصصه لخدمة واستغلال العقار، فيعتبر جزء لا يتجزأ من العقار وتطبق عليه الاحكام الخاصة بالعقار. ويشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص اتحاد مالك العقار بالتخصيص ومالك العقار الاصيل وان يخصص المنقول لخدمة العقار الاصيل واستغلاله.

اما قانون السجل العقاري اليمني رقم (39) لسنة 1991م فعرف العقار او الوحدة العقارية في المادة (1) منه بأنه: ((كتلة واحدة وغير محددة وغير منقولة من سطح الارض خالية كانت او مع ما يقام عليها من ابنية ومزروعات)).

(18) - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني حق الملكية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ج8، 4102م، ص41.

(19) - هشام سعيد أحمد ربيد، شهر التصرفات العقارية ونقلها في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة في القانون اليمني، رسالة ماجستير في كلية الحقوق جامعة عدن، د.ت.ص56.

من خلال هذا النص يتضح بأنه اقتصر على العقار بطبيعته، ولم يتناول المنقولات المرصودة لخدمة العقار واستغلاله كما نص عليه في القانون المدني، والذي اطلق عليها عقارات بطبيعتها، ولم يتطرق للعقار بالتحديد الى أن العقار بطبيعته هو وحده الذي تخضع التصرفات التي تتم بشأنه لنظام السجل العقاري، اما العقار بالتحديد فلا تخضع التصرفات التي تتم بشأنه لهذا النظام بصورة مستقلة، وإنما يتم قيدها بصورة تبعية في بعض البيوع والتصرفات التي تتم بشأن العقار الاصيلي.

المطلب الثاني

يتميز عقد البيع العقاري بأن من ناحية اولى يعتبر عقد ناقل للملكية وهو عقد رضائي من ناحية ثانية ومن ناحية ثالثة هو عقد معاوضة وعلى أساس خاصية المعاوضة تبرز الخاصية الرابعة وهو عقد ملزم للجانبين.

خصائص عقد البيع العقاري

ورد في الفقه القانوني (1) عدد من الخصائص الاساسية لعقد البيع العقاري، منها:

اولاً : عقد البيع العقاري عقداً ناقل للملكية :

تجدر الاشارة الى أن هذه الخاصية لعقد البيع العقاري في القانون المدني اليمني بوصفه عقداً ناقل للملكية قد سلكت مسلك الفقه الاسلامي الذي كان السباق في تقرير هذه الخاصية لعقد البيع العقاري بمراحل طويله عن القانون الوضعي والذي لم يصل الى ذلك الا بعد مراحل من تطوره. فالقانون الروماني لم يرتب على البيع انتقال الملكية من البائع الى المشتري، ولا حتى مجرد التزام البائع بنقل الملكية حيث عرف البيع بأنه تمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة اصلياً لا عرضية وانتفاعه به دون تعرض من احد و اذا مكن البائع المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة، فيكون قد اوفى بالتزاماته الناشئة من البيع ولم يكن للمشتري ان يطلبه بنقل الملكية أو باي شيء اخر مادام لم يتعرض له احد في حيازته، الا اذا كان قد اتفق في العقد صراحة على التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري، وفي هذه الحالة فمن اجل نقل الملكية كان يفترض القيام بإجراءات واطلاع خاصة كالأجراء الشكلي المسمى الاشهاد والتنازل القضائي والتسليم⁽²⁰⁾ :

(20) - د. سعد محمد سعد، محسن علي جازع، المرجع السابق، ص 8

وكذلك القانون الفرنسي القديم على نفس خطى القانون الروماني في تعريفه لعقد البيع العقاري مع استثناء الاساليب التي كان يمكث بها نقل الملكية ، حيث كان القانون الفرنسي يعتبر الالتزام بالتسليم هو الاساس في عقد البيع ومتى تم تنفيذه ترتب عليه انتقال الملكية الى المشتري. الا ان واضعي القانون الفرنسي الحديث تخلصوا من الفكرة السابقة المستمدة من القانون الروماني، فبموجب القانون الحالي اصبح البيع ناقلاً للملكية بحد ذاته بمجرد انعقاد العقد وفق / المادة (1583) التي تقضي بأن البيع يكون تاماً وان الملكية تنتقل الى المشتري بقوه القانون من وقت الاتفاق على المبيع والتمن ولو لم يتم تسليم المبيع والتمن.

ونظراً للأهمية التي تحتلها العقارات فقد انتهى الاجماع بشأنها في معظم التشريعات المقارنة الى نقل الملكية فيها يكون بقيدها وتسجيلها في السجل العقاري حتى يتم شهر التصرفات الواقعة عليها لتكون حجة بين المتعاقدين في مواجهة الغير، الا ان تاريخ نقلها يعتبر من تاريخ عقد البيع وليس من تاريخ قيدها في السجل العقاري، أي يتم بأثر رجعي.

اما الفقه الاسلامي فعقد البيع فيه ينقل الملكية بمجرد انعقاد عقد البيع ولا فرق بين العقار والمنقول، وكما تمت الاشارة سابقاً في تعريف عقد البيع ان الشريعة الإسلامية لا تعارض تسجيل العقارية في البيوع العقاري طالما ان هذا التسجيل يؤدي الى استقرار المعاملات و جلب المنافع للناس ويزيد من ائتمان العقار.

ثانياً : عقد البيع العقاري عقداً رضائياً :

وردت هذه الخاصية لعقد البيع العقاري في القانون المدني اليمني بأنه عقداً رضائياً ذلك كونه ينعقد بمجرد اتفاق المتعاقدين أي ان ليس عقداً عينياً حيث يتم دون حاجة الى تسليم المبيع او دفع الثمن فيكفي تطابق الايجاب والقبول في أي صورته من صور التعبير عن الإرادة المنصوص عليها في المادة (452) مدني والتي تقضي بأن البيع ينعقد بايجاب مكلف وقبول مثله متطابقين دالين على معنى التمليك والتملك حسب العرف لفظاً او وكتاباً او بالإشارة المفهومة من الاخرس ومن في حكمه.

وبما ان عقد البيع العقاري عقد رضائي فذلك يقدر في رضاء العقد ما يسمى بنظام التسجيل في السجل العقاري ، ذلك ان البيع ينتج جميع اثاره بين المتعاقدين فيما عدا نقل الملكية، ولو كان هذا البيع شكلياً لم ينتج اثاره الا بعد التسجيل⁽²¹⁾

(21) - د. محمد لبيب شنب ، دراسات في السجل العيني المصري ، المرجع السابق ص 8

والغالب في الحياه العملية هو تدوين عقد البيع كتابه ، غير ان مثل هذا التدوين يتم بقصد اثبات عقد البيع العقاري ولا يقصد بذلك اعتباره عقد شكلي ولا يكون له أي اثر اخر في انعقاده ، بمعنى ان عقد البيع العقاري يكون له وجود قانوني كامل ولو لم يكن ثابت بالكتابة⁽²²⁾، لا ان الكتابة في البيع العقاري تجعله قابلاً لتسجيل في السجل العقاري .

ويعتبر عقد البيع العقاري عقداً رضائياً حتى اذا كان موضوعه عقارات، اراضي، او مباني فالمادة الخامسة من قانون السجل العقاري اليمني لا تخرج عقد البيع العقاري الذي يكون محله عقار من خاصية الرضائية ، حيث نصت هذه المادة على انه : (لا تعتبر نافذة في سريان احكام هذه القانون حتى بين المتعاقدين الاتفاقيات العقارية مثل البيع . والمبادلة والقسمة والانتفاع والرهن وغيرها اذا لم يتم قيدها) . فهذه المادة اشترطت التسجيل ليس لانعقاد العقد بل لنفاذه ، اي ان على ان ذلك لا يمنع للمتعاقدين من متابعة حقوقهم الشخصية امام القضاء .

يتضح لنا من النص السابق ان يجوز للمتعاقدين متابعة حقوقهم الشخصية امام القضاء وهذا يؤكد رضائية عقد البيع العقاري ، مما يعني ان عقد البيع العقاري عقد صحيح يترتب عليه جميع اثاره ، ومنها الالتزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته الى المشتري ، ويمكنه تنفيذ ذلك جبراً عن طريق المحكمة ويقوم حكم القاضي بصحة البيع ونفاذه مقام العقد ، ويصح بعد ذلك تسجيل هذا الحكم متى اصبح نهائياً⁽²³⁾ .

ومما يتوجب الإشارة اليه ان خاصية عقد البيع العقاري الرضائية لا تعتبر من قواعد النظام العام ، أي انه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ابرام عقد البيع في شكل معين⁽²⁴⁾ فلا ينعقد الا بهذا الشكل المتفق عليه سواء كان الاتفاق على ان يكون العقد بمحرر مكتوب ، كتدوينه في ورقة رسمية او عرفية او التصديق على التوقيعات امام الموثق ونحو ذلك . وفي هذه الحالة لا يعتبر عقد البيع العقاري عقداً رضائياً أي لا يكفي لانعقاده في هذه الحالة توفر الشكل المطلوب المتفق عليه ، ومادام عقد البيع من العقود الرضائية فلا تهم وسيلة التعبير عن ارادة اطراف العقد ، سوء كان باللفظ او بالكتابة او غيرها .

(22) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص71.

(23) - د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، القانون المدني المقارن ط 3891 م، ود محمد خيري، الملكية ونظام التخطيط العقاري في المغرب، ص44.

(24) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص32

ثالثاً : عقد البيع العقاري عقد معاوضة :

ورد النص على هذه الخاصية في القانون المدني اليمني المادة (451) بوصفه انه عقد معاوضة، لان كل من طرفي العقد يأخذ مقابل ما يلتزم به، فالبايع يأخذ الثمن مقابل نقل ملكية المبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابل دفع الثمن .
أن خاصية المعاوضة لعقد البيع تقتضي أن يكون محله المبيع واثمن مالا متقوما ، أي ان يكون المعقود عليه المحل شيئاً منتفعاً به في الواقع⁽²⁵⁾
كما يلزم لا يبرام هذا العقد ان يكون اطرافه كاملين الأهلية للتصرف باعتباره من العقود الدائرة بين النفع والضرر كما يجب أيضا ان يكون الصبي المميز بالنسبة اليه ناقص الاهلية واذا تصرف و ابرم عقد البيع فانه تصرفه يكون قابلا للأبطال لمصلحته، باعتبار ان مثل هذه التصرفات تجلب له الخسارة ولا تجلب له المنفعة ، ولا يكفي فيه الوكالة الخاصة ، فلا بد ان تكون الوكالة محددة.

رابعا : عقد البيع العقاري عقداً ملزماً للجانبين :

هذه الخاصية الرابعة لعقد البيع العقاري بكونه عقد ملزم للجانبين لأنه ينشئ بمجرد انعقاده، التزامات متقابلة في ذمه طرفيه . اي ان ارادة كل طرف تتجه نحو الزام صاحبها بالتزامات معينة ، مما يجعل كلا منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت .
فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ونقل الملكية الى المشتري و ضمان التعرض و ضمان العيوب ، بالمقابل يلتزم المشتري بتسليم المبيع و دفع الثمن .
فالبيع باعتباره عقد ملزم للجانبين⁽²⁶⁾ ترتب عنه ارتباط بين التزامات البائع والتزامات المشتري، فبطالان التزام احدهما يبطل التزام الاخر .
وامتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ اي التزاماته يمنح المتعاقد الاخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أي يمتنع عن تنفيذ التزاماته .

والخلاصة مما سبق يتضح ان عقد البيع العقاري من العقود الرضائية التي لا يتطلب لانعقادها شكل معين انما يكفي لانعقادها تطابق الارادتين الايجاب والقبول لأنه عقد ناقل للملكية أي يرتب على عاتق البائع التزام بنقل الملكية للعقار المبيع الى المشتري و انه عقد معاوضة يعطي كلا من المتعاقدين مقابل ما يعطي ، وانه عقد ملزم للجانبين يرتب التزامات على عاتق طرفيه تجدر

(25) - د سعد محمد سعد ، د . محسن علي جازع ، المرجع السابق ص01.

(26) - د . عبدالله العلفي، المرجع السابق ص71.

الإشارة إلى أن الخصائص لا تكفي لعقد البيع العقاري نظراً لأهميته وخطورته حيث يستلزم الكتابة فيه فيجب أن يكون من العقود الشكلية إلى يستلزم لانعقادها شكل معين أي تكون الكتابة شرط فيه وأن يكون التسجيل ركن من أركانه..

المبحث الثاني

هنا سيتم التطرق للتطور التاريخي الهائل للنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية عن طريق التصرف الناقل للملكية ولكن انتقال الملكية في عقد البيع العقاري قد أثار خلاف بين فقهاء القانون، اتجه ذهب أن عقد البيع ناقل للملكية بذاته بمجرد انعقاد العقد ولا يقتصر أثره على إنشاء التزام بنقلها.

وذهب اتجاه آخر بأن عقد البيع ليس ناقلاً للملكية بذاته وإنما ينشأ التزاماً في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وتنفيذاً لهذا الالتزام هو الذي يؤدي إلى نقل الملكية فعلاً⁽²⁷⁾. ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الاتجاه الثاني، بما أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ بعقد البيع العقاري باعتباره أثر من أثاره والتزام يقع على عاتق البائع، إلا أن نقل الملكية فيه بمجرد انعقاد العقد بينما نقل الملكية في المبيع المعين بالنوع لا يكون إلا بالإفراز أما في العقار فلا يتم إلا بالتسجيل في السجل العقاري.

التطور التاريخي للنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية في القوانين الوضعية، والشريعة الإسلامية

هنا سيتم التطرق للتطور التاريخي الهائل للنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية نتيجة تصرف القانون بعقد البيع في القانونيين الروماني والفرنسي، فالقانون الروماني هو أصل القوانين، ثم سنعرج على تطور نقل الملكية الحديثة، وأخيراً كيف تطور نقل الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية.

(27) - د. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية / عقد البيع في القانون المدني اليمن 7891م، ص 02.

المطلب الاول

التطور التاريخي للنظام القانوني لانتقال الملكية العقارية في القانونيين الروماني والفرنسي

بحكم أن القانون الروماني يعد أصل كل القوانين، لذلك سيتم في هذا المطلب التعرض لذلك، حتى يتسنى لنا إعطاء صورة لكيفية انتقال الملكية العقارية، إضافة الى التطرق للقانون الفرنسي باعتباره من القوانين المتقدمة، فالمدرسة الفرنسية معروفة بفقهائها العظام.

الضرع الاول:

تطور النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية في القانونيين الروماني والفرنسي

أولاً: القانون الروماني :-

كان عقد البيع في القانون الروماني لا يعتبر ناقلاً للملكية وإنما يرتب التزامات شخصية في ذمة البائع، وكانت الملكية تنتقل وفقاً لإجراءات رسمية أو مادية مستقلة عن العقد⁽²⁸⁾.
بمعنى ان العقد غير كافٍ لنقل الملكية وهذا الفارق بين العقد وبين إجراءات نقل الملكية قرأها البعض بأن الهدف فيها حماية المتعاقدين، وبمعنى آخر ان هذه الاجراءات الشكلية تعتبر من قبيل الاخطار للمتعاقد من خطورة العقد الذي يبرمه، بالإضافة الى تحقيق العلانية في نقل الملكية هي حماية الغير، إذ أن في هذه الاجراءات اعلاناً للغير بالتصرف، كما ان الفكر البدائي يتفق مع تعذر تصور الافراد في الأزمنة القديمة بانتقال المال من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر بمجرد الاتفاق⁽²⁹⁾.

فالملكية في القانون الروماني لم تكن تنتقل بمجرد التعاقد وإنما كانت تنتقل بناء على اوضاع شكلية مثل الاشهاد أو التنازل القضائي أو التسليم أي أن كل ما كان يلتزم به البائع في

(28) - بداية لم يكن للأرض قيمة اقتصادية كبيرة ولم يكن للاستقرار والاحساس بالملكية الفردية هو السائد، فقد كانت الارض مقسمة بين الاسر والقبائل وكذلك لم يكن انتقال الملكية شائع بين القبائل ولكنه على أي حال اذا حدث فكان لابد من الحصول على موافقة من كل فرد من افراد القبيلة وكان من حق أي فرد ان يعترض على نقل الملكية، وكانت تؤخذ الموافقة بصورة علنية وبصوت عال ومسموع وعلى مرأي ومسمع من جميع افراد القبيلة ولا يحق لأي فرد بعد هذه الموافقة ان ينازع او يعترض او يسلب حق القبيلة المنقول اليها في الانتفاع في الارض وكان اعتراض فرد واحد يلغي عملية نقل الملكية، د. محمود السقاء، تاريخ القانون المصري، د. صوفي ابو طالب، مبادئ تاريخ القانون، (د.رت) ص382.
(29) - د. محسن عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر اوي، تاريخ القانون الروماني فقرة 224 ط 9491.

القانون الروماني هو ان ينقل للمشتري حيازة هادئة ونافعة⁽³⁰⁾.

وعلى هذا الاساس سوف نوضح الاجراءات التي كانت تنتقل عليها الملكية في القانون

الروماني على النحو التالي :-

(1) الاشهاد:-

هي طريقة رئيسية في القانون الروماني يتم من خلالها نقل الملكية من البائع الى المشتري وذلك في الاموال النفيسة ويتم ذلك في احتفال عام يحضره اربعة اطراف رئيسية وهم المتصرف والمتصرف اليه وشخص اخر يسمى حامل الميزان وخمسة شهود ويشترط في الشهود ان يكونوا من المواطنين الرومانيين العاقلين البالغين الذكور⁽³¹⁾.

كما يلزم وجود الشيء المطلوب نقل ملكيته من البائع الى المشتري، فان كان منقول فيتم احضاره الى المكان الذي يتواجد فيه جميع الاطراف، اما اذا كان المبيع عقار فالأمر يختلف كونه اصل ثابت. حيث يحضر رمز للعقار الذي يجري الاشهاد على نقل ملكيته⁽³²⁾.

والخمسة الشهود المطلوب وجودهم وقت عملية نقل الملكية - باعتبارهم يمثلوا القبائل الخمس التي كانت تتكون منها سكان روما القديمة - والاشهاد يكفل الشهر والعلانية للمبيع.

كما أن عملية الاشهاد تبدأ بإجراءات مختلفة، بحيث يقوم المتصرف اليه بالإمسك بما يرمز الى العقار المباع ثم يعلن أنه مالك له، ثم يضرب في الميزان بقطعة البرونز ثم تسلم القطعة الى المتصرف باعتباره قبض الثمن للعقار المباع، الا ان المتصرف يقف موقف سلبي ليس له أي دور في هذه الاجراءات سوى قبض قطعة البرونز⁽³³⁾.

تجدر الاشارة الى ان الاشهاد يستعمل لدى الرومان وسيلة لنقل ملكية الاشياء النفيسة مثل الرقيق والعقارات وقد أختفى الاشهاد كوسيلة رسمية وطريقة لنقل الملكية والحقوق العينية وخاصة في عهد الامبراطورية السفلى⁽³⁴⁾.

(2) النزول القضائي ((الدعوى الصورية)):

من ان الدعوى الصورية هي من الدعاوي التي عرفها القانون الروماني في العصور القديمة

(30) -د. عبدالرزاق السنهوري: البيع والمقايضة، الاسكندرية، منشأة المعارف، ج.ع، ط4002م، ص91.

(31) -د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة الثانية، الجزء الاول، المقدمة التاريخية والاشخاص والملكية والحقوق العينية المقررة على مال الغير، مطابع البصير، الاسكندرية 4591م، (د.رن)، ص72.

(32) - محمد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر اوي مرجع سابق فقرة 224 ص373.

(33) - د. عبد المنعم البدر اوي، القانون المدني المقارن، ط3891م، ود. محمد خيرى، الملكية ونظام التخطيط العقاري في المغرب، ص061.

(34) -بيدئ هذا العصر مع تولي الامبراطور دقلد يانوس عام 482م كما يسمى أيضاً بالعهد البيزنطي وينتهي بموت الامبراطور جستنيان 565م أنظر د. محمد علي جعفر، تاريخ القوانين ومراحل التشريع الاسلامي، ص84.

كطريقة من الطرق لنقل ملكية الاشياء النفيسة ولكن دون ضمان⁽³⁵⁾، وتتم بطريقة معينة، حيث يقوم المشتري وبحضور البائع بالادعاء الصوري امام البرونز المدني في روما مدعياً ملكية العقار المباع ويوافقه البائع على ذلك الادعاء ثم يلي ذلك إصدار حكماً من القضاء يثبت ملكية العقار المباع للمشتري وعليه تنتقل ملكية العقار الى ملكية المشتري حيث يعد نقل نهائي لا عودة فيه⁽³⁶⁾. تجدر الاشارة الى أن ما يجري أمام القضاء ليس دعوى صورية فحسب بل اجراء حقيقي بمعنى ان يتنازل المالك امام القضاء عن ملكيته للمشتري، وان تلك الدعوى الصورية تستعمل لنقل ملكية الاشياء النفيسة والتمينة مثلها مثل الاشهاد، الا أن الاشهاد يفضل لما يوفر من ضمانات للمشتري ولكنها بغيته لتقرير حقوق الاتفاق ومع مرور الوقت أخذت الدعوى الصورية نحو الزوال الى أن اختفت تماماً في عصر الامبراطورية السفلى⁽³⁷⁾.

لكن من الاهمية بمكان أن نشير الى أنه اذا تصرف المالك في مال نفيس واقتصر على تسليم المباع فإن الملكية لا تنقل الى المتصرف اليه، فيستطيع المالك استرداد المال لأنه مازال مالكاً وفقاً لأحكام القانون المدني، كما يستطيع أن يتصرف فيه مرة أخرى⁽³⁸⁾.

3) التسليم:-

يختلف التسليم عن الطرق السابقة المتمثلة في الاشهاد والدعوى، التي تتم بإجراءات رسمية شكلية وعبارات معينة، حيث يتم عند تسليم العقار المباع الى المشتري، أي أنها مبنية على وضع اليد من البائع الى المشتري، لكنها طريقة غير رسمية لاكتساب الملكية.

لا بد من الاشارة في هذا الخصوص الى رأي الاستاذ د/ محمد عبدالمنعم بدر والاستاذ د/ عبدالمنعم بدر اوي حيث يرجحان: (أن التسليم كان معروف منذو قانون الالواح الاثني عشر بل أن التسليم يوجد ضمن اجراءات الاشهاد نفسها، ففي الزمن القديم كان المكتسب في الاشهاد يسلم الناقل قطعة من البرونز باعتبارها ثمناً وكان هذا الاخير يملكها بمجرد تسلمها⁽³⁹⁾.

وكما يوجد ارتباط بين التسليم ووضع اليد، وفلكي ينقل البائع ملكية العقار الى المشتري بالتسليم فمن الضروري أن يكون واضح اليد على حائزاً عليه والا لا يمكن التصرف ونقل الملكية. مما سبق يتضح لنا بأن التسليم كان ينقل ملكية الاشياء المادية وحينما تقدم الرومان في

(35) - د. محمد عبدالمنعم بدر، د. عبدالمنعم البدر اوي، القانون الروماني، الطبعة الاولى، الجزء الاول الاشخاص والملكية والحقوق العينية المقررة على مال الغير، بدون ناشر 9491م ص48.

(36) - د. علي البدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون، الجزء الاول، تاريخ الشرائع، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الثانية 7491م.

(37) - د. عبدالمنعم البدر اوي، القانون المقارن، مرجع سابق ص141 ص512.

(38) - د. محمد علي جعفر، تاريخ القوانين ومراحل التشريع، بيروت، الطبعة الاولى 6891م ص79.

(39) - د. محمد عبدالمنعم بدر، د. عبدالمنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص483.

نظرية وضع اليد طبقوها كذلك على الاموال المعنوية⁽⁴⁰⁾، تحت اسم شبة وضع اليد، فإن التسليم شملها ايضاً للعلاقة الوثيقة بين وضع اليد والتسليم⁽⁴¹⁾.

بينما هناك فريق يرى أن التسليم اوسع نطاقاً من الاشهاد والدعوى الصورية، لأنه لا يمكن أن يستعمل في معاملات الرومان وحدها بل في معاملات غير الرومان، بالنسبة للأموال الرومانية وحدها بل بالنسبة لغيرها كالحقوق على الاراضي الاقليمية⁽⁴²⁾.

وشرط انتقال الحيازة من الشروط الضرورية للتسليم حتى يتم نقل الملكية بواسطته، أي العنصر المادي والعنصر المعنوي او القانوني ((السبب الصحيح))⁽⁴³⁾.

ومن المتعارف عليه ان الاشهاد والدعوى الصورية يستخدمان لنقل ملكية الاشياء الثمينة، اما التسليم فيستخدم لنقل ملكة الاشياء الغير ثمينة.

أما في عصر جنستيان توحدت صور الملكية المختلفة وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الاشياء⁽⁴⁴⁾.

وخلاصة القول مما سبق أن عقد البيع العقاري في القانون الروماني ليس ناقلاً للملكية كما أشرنا سابقاً ولا حتى منشئاً لالتزام بنقلها، وانما كان يرتب التزاماً على عاتق البائع بالتسليم، والتمكين من الحيازة الهادئة والنافعة، بالإضافة الى الالتزام بالضمانات، وكان يلزم انتقال الملكية الاخذ باحدى الطرق لنقل الملكية كالأشهاد والدعوى الصورية، او التسليم ولعل هذه الطرق لنقل الملكية في القانون الروماني كانت تعتبر وسيلة كافية لإعلان الغير بتغيير حيازة العقار وانتقالها الى المشتري، مما يتيح لهذا الغير ان يمتنع عن شراء عقار يعلم بسبق التصرف به لشخص آخر.

ثانياً : القانون الفرنسي :-

استمر الوضع في القانون الفرنسي القديم الذي سار على نفس نهج القانون الروماني، حيث كان التعامل في ظلّه على أن الملكية تنتقل الى المشتري بالقبض.

فقد ظل القبض هو وسيلة نقل الملكية حتى انتهى في القانون الفرنسي الحديث عندما تخلص منها لذا اصبح البيع عقد ناقل للملكية بمجرد انعقاد العقد، لأنه يرتب في ذمة البائع

(40) - د. محمد خيريو مرجع سابق ص32.

(41) - د. محمد عبد المنعم بدر، أ.د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص483.

(42) - د. محمد عبد المنعم بدر، أ.د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص834 ص682.

(43) - د. سالم حمادة، الدحوق، الطبعة القانونية لتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، الاسكندرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 7991م، ص32.

(44) - د. أنور سلطان، د. جلال العدوي، العقود المسماة عقد البيع، الاسكندرية، دار المعارف ومطابع رميس، 6691م، ص29.

التزاماً بنقلها الى المشتري في المنقول المعين بالنوع.

أما العقارات فنظراً لأهميتها فقد انتهى الامر الى ان نقل الملكية فيها لابد من قيدها في السجل العقاري⁽⁴⁵⁾.

الفرع الثاني

تطور نقل الملكية في القوانين الحديثة

أولاً: القانون الفرنسي والمصري واليمني :-

لما كان التسليم والتسلم شرطاً مألوفاً في كل العقود وصار لازماً بإدراجه ولو لم يتم التسليم فعلاً، وبالتالي اصبح انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد.

وعندها اقرروا مبدأ انتقال الملكية والحقوق العينية بمجرد العقد دون ان يشعروا، وعندما لاحظوا واضعوا المجموعة المدنية الفرنسية ذلك قاموا بتحويل ذلك المبدأ او الشرط الى قاعدة قانونية اراحت الناس من كتابتها في كل عقد وتعتبر المادة (1138) أول نص على هذا المبدأ بقولها: ((الالتزام بتسليم شيء يعتبر تاماً بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين وهو يجعل الدائن مالكاً ويجعل الشيء في ضمانه من اللحظة التي كان واجب التسليم فيها، حتى ولو لم يتم التسليم بالفعل، وذلك مالم يعذر المدين بتسليم الشيء، ففي هذه الحالة يظل ضمان الشيء على هذا الاخير⁽⁴⁶⁾).

بينما في مصر فقد جاءت نصوص القانون المدني القديم والجديد صريحة في النص على التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري.

حيث نصت المادة (418) من القانون المدني المصري الجديد على أن: ((البائع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي))⁽⁴⁷⁾.

أما في اليمن فقد خضع تطور انتقال الملكية عبر التاريخ لعدة مؤثرات اجتماعية وسياسية وعقائدية، مر بمراحل عديدة ومختلفة حيث كانت تخضع انتقال الملكية العقارية للتشريع الاسلامي، الذي يعد بالملكية الفردية وجعلها حماية وحرمة ولا يجوز المساس بها، وتنتقل الملكية العقارية بمجرد انعقاد العقد، ففي الجنوب وقبل الاستعمار البريطاني كان السائد النظام

(45) -د.عولي صالح العلوي احكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، صنعاء، جولة الجامعة الجديدة، مكتبة التفوق، 5102م ص21.

(46) - د. عبدالمنعم البدرابي، الوجيز في البيع ط38، القاهرة، فترة 48، الرجع السابق، د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ص715.

(47) - أنظر المادة (814) من القانون المدني المصري.

الاسلامي، واثناء فترة الاستعمار كان انتقال الملكية العقارية يتم عن طريق نظام السجل العقاري في عدن والمناطق المجاورة لها، أما بقية المناطق لا زال النظام الاسلامي السائد لديها، وبعد قيام ثورة 1963م وقيام النظام الاشتراكي، وتطبيق سياسة التأميم أصبحت الملكية عامة للدولة. أما في الشطر الشمالي فالتشريع الاسلامي هو السائد في نقل الملكية العقارية بواسطة المحررات العرفية حتى قيام ثورة 26 سبتمبر 1962م وصدور القانون رقم (12) لسنة 1976م الخاص بالشهر العقاري والذي كان يطبق الشهر الشخصي.

وبعد قيام دولة الوحدة المباركة وصدور القانون رقم (39) سنة 1991م الخاص بالسجل العقاري وذلك من أجل تطوير نقل الملكية العقارية، حيث استمدت القوانين التي تحكم الملكية العقارية من التشريع المصري الذي أخذ بدوره من التشريع الفرنسي⁽⁴⁸⁾.

وأصبح القانون الحديث يقرر انتقال الملكية بعقد البيع الا أنه يوجد بعض الاعتبارات تحد من مبدأ تطبيق انتقال الملكية بمجرد العقد بالنسبة للتصرفات العينية العقارية، ومنها: - حماية الغير من الغش، توفير الثقة العامة، تسهيل تداول الثروة العقارية، تنظيم الائتمان العقاري.

من الاهمية بمكان هنا الاشارة الى أن نظام الشهر العقاري ظهر حديثاً وكانت بداية ظهوره في فرنسا وغيرها من الدول التي كانت لها الريادة في إيجاد واستحداثه في تشريعاتهم، ثم هذا المشرع المصري حذوهم عندما أدخل نظام التسجيل العقاري في القانون المصري القديم بعد أن كان نقل الملكية العقارية يتم بمجرد انعقاد العقد فاصبح يستلزم تسجيل العقار المبيع في الشهر العقاري، وسارت على نهجهم أغلب الدول العربية ومنها اليمن.

(48) - د. قائد سعيد الثريب، انتقال الملكية بعقد البيع في القانون اليمني، القاهرة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، 3691م، ص42
ص451

المطلب الثاني

تطور النظام القانوني لانتقال الملكية العقارية في الفقه الاسلامي

اما الفقه الاسلامي فعقد البيع فيه ناقل للملكية بمجرد انعقاده لا فرق بين عقار ومنقول، وهنا يجب ان نشير الى أن الشريعة الاسلامية لا تعارض القيام بالتسجيل في البيوع العقارية طالما أن هذا العقد او التسجيل سوف يؤدي الى استقرار المعاملات في المجتمع وجلب المنافع⁽⁴⁹⁾. وهذا يأتي خلافاً للقوانين الحديثة التي يتم نقل الملكية في المنقول فور ابرام العقد بما فيها القانون الفرنسي. أما العقار فهو يرتب التزامات شخصية على عاتق البائع.

حيث يشير الاستاذ / أحمد ابو الفتوح: أن ((البيع النافذ ال لازم هو الذي أستوفى جميع شروطه السابقة وحكمة ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين بمجرد انعقاد العقد سواء أكان البيع عقاراً او منقولاً⁽⁵⁰⁾ .

إن الفقه الاسلامي لا يعتد بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على غرار القانون الوضعي، لذا فإن انتقال الملكية في الفقه الاسلامي هو أكثر استقراراً مما هو عليه في التشريع الوضعي⁽⁵¹⁾.

فقد كان استناد فقهاء الشريعة الاسلامية على انتقال الملكية سواء كانت عقارية او ملكية منقولة الى قوله تعالى: ((يا أيها الذين امنوا اوفوا بالعقود)) صدق الله العظيم⁽⁵²⁾. وتفسير هذه الآية كما ورد بالمنتخب في تفسير القران الكريم، الطبعة الثانية عشر المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية، «يا أيها المؤمنون التزموا الوفاء بجميع العقود التي بينكم وبين الله والعهود المشروعة التي بينكم وبين الناس ولا وفاء بالعقود يدخل فيما يتعاقده الناس فيما بينهم والعقد أصلاً يكون بين طرفين وفي معنى الإستيثاق والشهرة».

وبهذا الصدد قد جاء في البدائع في باب عقد البيع: ((وأما بيان صفة الحكم فلة صفتان الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين، لأنه تمليك بتملك، وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك في البدلين للحال))⁽⁵³⁾.

(49) -د. علوي صالح العلوي، المرجع السابق ص31.

(50) -د. أحمد ابو الفتوح، كتب المعاملات في الشريعة الاسلامية، بدون نشر، الطبعة الرابعة 4291م، ص27.

(51) -د. محمد وحيد الدين سوار، القانون المدني السوري، ط9691م، بدون نشر، ص331.

(52) -سورة المائدة، الآية رقم(2).

(53) - انظر: علاء الدين ابي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع، الجزء الخامس، ص342.

والخلاصة مما سبق يتضح لنا أن العقد في الفقه الاسلامي ينقل الملكية سواء كان البيع عقاراً او كان منقولاً، الا أن الفقهاء اختلفوا في حق المالك في التصرف قبل القبض، وهذا الاختلاف الفقهي سيتم التطرق له تباعاً :-

أولاً: الشافعية والحنابلة:

يذهب الامام الشافعي والحنبلي ومحمد من الاحناف الى عدم اجازة المشتري للتصرف بالبيع قبل القبض سواء كان المبيع عقاراً او منقولاً⁽⁵⁴⁾. وسندهم في ذلك بأنه لا يجوز بيع أي مبيع قبل قبضة وهم الشافعية والحنابلة ومحمد من الاحناف الى حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم)).

ثانياً: المالكية والاحناف:

المالكية يجيزون للمشتري التصرف في البيع عامة، قبل القبض⁽⁵⁵⁾، أما الحنفية فيجيزون التصرف في البيع قبل القبض بالنسبة للعقار لان هلاك العقار غير محتمل وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجوز في قولة الاول، ويجيزون التصرف بالمنقول قبل القبض لان هلاك المنقول محتمل فيجوز ان يتلف فيؤدي الى ضرر بالمشتري⁽⁵⁶⁾. أما الفريق الثالث فيذهب الى أنه يجوز بيع العقار قبل قبضه ولا يجوز بيع المنقول الا بعد قبضه ويمثل هذا الاتجاه ابي حنيفة وابي يوسف في أحد قولية. فقد استندوا الى حديث زيد بن ثابت السابق، حيث قالوا بأنه يخص المنقول فقط، ولأن العقار لا يمكن نقله من موضعه، فدل ذلك على جواز بيعة قبل قبضة. مما سبق يمكن أن نخلص الى أن الملك ينتقل في الفقه الاسلامي بمجرد تطابق الإرادتين دون اجراء شكلي، أي بمجرد العقد ولكن القبض يزيد الملك تأكيداً فهو الذي يعطي للمشتري حق التصرف فيما يملك⁽⁵⁷⁾.

(54) - انظر: الامام أحمد بن ادريس الشافعي: فتاوى ابن تيمية، ج4، ص47.

(55) - انظر: ابن راشد وهو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن راشد القرطبي، بداية المنهجية ونهاية المقتصر، ج3، ص301.

(56) - انظر: محم بن أحمد شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، الجزء الثالث عشر، ص9.

(57) - انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط، ج4، المرجع السابق فقرة132، ص715.

الخاتمة :

قد قدمنا في دراستنا هذه محاولته معرفه النظام القانوني الانتقال الملكية العقاري (اليمن نموذجاً) باعتبار هذا الموضوع من الموضوعات المهمة نتيجة لخطورة العقارات واهميتها في الحياه العملية .

وقد حاولت من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء عن انتقال الملكية العقاري في القانون المدني اليمني من خلال بعض الجوانب المتعلقة به وخاصة من حيث ماهية العقارات وكذا تطورها . وعلى ذلك ، اشتملت هذه الدراسة على مبحثين رئيسيين وسوف نختمها بخلاصة تشمل على النتائج التي خرجت بها من البحث ، ومجموعة من التوصيات ارتأيت وضعها للشرع اليمني لتداركها وهي كالآتي :

أولاً : النتائج :

- 1 - ان عقد البيع العقاري في القانون الروماني لم يكن ناقلاً للملكية ولا منشئاً للالتزام بنقلها، وإنما كان يرتب التزاماً على عاتق البائع بالتسليم.
- 2 - ان الملك ينتقل في الفقه الاسلامي بمجرد توافق الارادتين دون أي اجراء شكلي .
- 3 - ان عقد البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء الالتزام بنقلها.
- 4 - ان المعقود عليه (المبيع) في عقد البيع لا يقتصر على الاشياء المادية بل يمتد الى الحقوق المالية الاخرى كحق الانتفاع والارتفاق وان ثمن المبيع مبلغ من النقود وهذا الاخير يظهر الخلاف ما بين سراح القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية الذين لا يشترطون في ثمن المبيع أن يكون مبلغ من النقود حيث يرى فقهاء الشريعة بأن يكون ثمن المبيع مال متقوم قابل للتعامل شرعاً.

ثانياً : التوصيات :

- 1 - نوصي المشرع اليمني بتعديل تعريف عقد البيع الوارد في نص المادة (451) بقولها ((البيع تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين المتعاقدين)) الى ((البيع تمليك مال بمال على وجه التراضي بين المتعاقدين)) وذلك ان البيع مال بمال متقوم لا يسمح بدخول ما ليس بمال مثل الميتة والخمر ولحم الخنزير في كلمه العوض.
- 2 - نوصي المشرع اليمني بإضافة نص في القانون المدني يجعل عقود البيع العقاري من العقود

- الشكلية التي يستلزم لانعقادها شكل خاص ويكون التسجيل العقاري ركن فيها.
- 3 - نوصي المشرع اليمني ان يقرر تشريع ونصوص خاصة لعقد البيع العقاري على ان تشمل كل ما يخصه ويتعلق به من جميع الجوانب وتنظمه تنظيمًا دقيقًا أسوه بتشريعات اغلب الدول.
- 4 - نوصي المشرع اليمني بفصل مصلحة السجل العقاري عن اراضي وعقارات الدولة واستكمال قانون السجل العقاري حيث ان نصوص المواد الموجودة غير كافية.