

نطاق التصرف القانوني غير المسجل بنقل ملكية الأراضي في القانون والقضاء الفلسطيني

Scope of unregistered legal disposition of land transfer in Palestinian law and judiciary

د. وسيم فؤاد سلمان الفقاوي: أستاذ القانون في كلية الرباط الجامعية، غزة، فلسطين

Dr. Waseem Fouad Salman Al-Faqawi: Rabat University College, Gaza,
Palestine

المخلص:

لا يزال البحث في موضوع العقار والحقوق التي تنشأ عليه من الموضوعات الحيوية والمهمة لدى الباحثين، ويتناول موضوع البحث نطاق التصرف القانوني في الأراضي غير المسجل لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة في فلسطين، ومدى نقل ملكية العقار بمثل هذا التصرف، و توضيح دلالة التصرف القانوني في القوانين المتعلقة بالأراضي المطبقة في فلسطين، وما آثار حول تفسيره من خلافاً قانونياً وقضائياً واسعاً، واتباع الباحث المنهج التحليلي للقوانين المتعلقة بالأراضي و القانون المدني الفلسطيني الجديد رقم (4) لسنة 2012، مع الاسترشاد بما وقف عليه القضاء، وتوصل الباحث لنتيجة هامة، بأن التصرف القانوني في الأراضي المملوكة غير المسجل يعتبر تصرف ابتدائي يصح أن يكون سبباً للمطالبة بالتنفيذ العيني أمام القضاء، ويجوز الحكم له بالتنفيذ العيني للعقد الغير مسجل، وأوصينا بضرورة النص في القانون المتعلق بانتقال ملكية الأراضي سواء كانت أراضي مملوكة أو غيرها، على بطلان جميع التصرفات القانونية واعتبارها باطلة بطلان مطلق، وضرورة التقيد بتسجيل هذه التصرفات أمام دائرة تسجيل الأراضي، وذلك حفاظاً على الحقوق وعدم اثار النزاعات القضائية حول ملكية العقارات، لما لها من أهمية اقتصادية في الدولة.

الكلمات المفتاحية: قاذن الأراضي، القاذن المدني، ملكة العقار، انقال الالة، دائرة ت الأراضي

Abstract:

The research on the subject of real estate and the rights arising from it is still one of the vital and important topics for researchers, and the topic of research deals with the scope of the legal disposal of lands not registered with the competent land registry in Palestine, and the extent of transferring ownership of the property by such disposition, and clarifying the significance of the legal disposal in the laws Concerning the lands applied in Palestine, and the effects on its interpretation of a wide legal and judicial dispute, and the researcher followed the analytical approach of the laws related to land and the new Palestinian Civil Law No. (4) of 2012, with guidance on what

the judiciary stood on, and the researcher reached an important conclusion, that the legal action In the lands owned by the unregistered, it is considered a preliminary act that may be a reason for demanding the implementation in kind before the courts. It may be judged for the specific implementation of the unregistered contract, and we recommended the necessity of stipulating in the law relating to the transfer of land ownership, whether owned or otherwise, the nullity of all legal actions and considering them as absolute nullity, and the need to adhere to the registration of these actions before the Land Registration Department, in order to preserve rights and not It raised judicial disputes over the ownership of real estate, because of its economic importance in the state.

Keywords: land law, civil law, property ownership, transfer of ownership, land registration department

المقدمة:

يعتبر العقار من أهم مصادر الثروة في جميع البلدان وعلى مدار التاريخ، وقبل ظهور الصناعة والتجارة كأهم المكونات الاقتصادية حيث شكل أهمية كبرى في اقتصاد كل بلد، لذلك نشأت نزاعات مختلفة موضوعها الحصول على العقار وتملكه، ووضعت عدة قوانين مختلفة تنظم حق الإنسان في ملكيته والتصرف به واستعماله واستغلاله.

ولا يزال البحث في موضوع العقار والحقوق التي تنشأ عليه من الموضوعات الحيوية والمهمة لدى الباحثين وخاصة في القوانين المتعلقة بتنظيم هذه الحقوق وصلاً إلى وضع أفضل لها يواكب التطور في كل زمان ومكان، وفي فلسطين تعاقبت القوانين في تنظيم أحكام ملكية العقارات وخاصة الأراضي والحقوق التي تنشأ عليها وذلك باختلاف الحقب الزمنية وأحوالها.

مشكلة البحث:

نتناول موضوع نطاق التصرف القانوني في الأراضي غير المسجل لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة في فلسطين، ومدى نقل ملكية العقار بمثل هذا التصرف، و توضيح دلالة

التصرف القانوني في القوانين المتعلقة بالأراضي المطبقة في فلسطين، وما آثار حول تفسيره من خلافاً قانونياً وقضائياً واسعاً، نتعرض إليه في إطار هذا البحث.

منهج البحث:

يرتكز البحث على المنهج التحليلي للقوانين المتعلقة بالأراضي والقانون المدني الفلسطيني الجديد رقم (4) لسنة 2012، مع الاسترشاد بما وقف عليه القضاء، والاهتداء بما وصل إليه الفقه المقارن من حقائق وما أبداه من آراء في هذا السياق، وذلك من خلال تتبع النصوص بحسب الموضوعات دون مراعاة ترتيبها في متونها، وتحليلها، وصولاً إلى الأهداف التي يرمي إليها البحث.

أهمية البحث:

تظهر أهمية موضوع البحث من الناحية العملية، حيث إن القوانين المطبقة في فلسطين والمتعلقة بالعقارات وملكيتهما والتصرف والانتفاع بها مشتتة بين عدة قوانين ولا يجمعها تقنين محدد مما يجعلها تختلف فيما بينها وهذه نتيجة طبيعة لتعاقب الأنظمة الحاكمة على فلسطين واختلاف مصالحها وأهدافها، وأثر ذلك واضح وكبير على المنازعات التي تثار أمام القضاء الفلسطيني ويكون موضوعها متعلق بالعقارات، حيث توجد صعوبة كبرى أمام القضاة والمحامين في تكيف هذه القضايا وصولاً إلى القرار الصحيح بها، فوجود بحث يتناول مثل هذا الموضوع يساعد في إنارة السبيل أمام كل العاملين والباحثين في المجال القانوني.

هيكل البحث:

نتناول موضوع البحث وفق التقسيم الآتي:

- المبحث الأول: التصرف القانوني الغير مسجل في تشريعات الأراضي في فلسطين.
- المبحث الثاني: التصرف القانوني الغير مسجل في القضاء الفلسطيني.

المبحث الأول: التصرف القانوني غير المسجل في تشريعات الأراضي في فلسطين

نص قانون الأراضي لسنة 1274هـ على أن التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات لا بد أن يتم بإذن المأمور⁽¹⁾، إذ اعتبره ركن من أركان التصرف، ويقصد بإذن

(1) نصت المادة (36) من قانون الأراضي على أنه " للمتصرف بالأراضي الجاري التصرف بها بالطابو أن يتفرغ بإذن المأمور لمن أراد مجاناً أو لقاء بدل معلوم ولا يعتبر فراغ الأرض الأميرية بوجه العموم إذا لم يكن بإذن

المأمور هنا الرضى الضمني منه بعد سماع التقرير، أي إقرار أطراف التصرف بوقوع التراضي بينهم واتمام المعاملة بتسجيلها في سجلات الأراضي، ويعتبر ذلك إجازة من قبل ممثل الدولة (المأمور) ويتحقق إذن الدولة بمجرد استماع التقرير وإجراء المعاملة وتسجيلها في سجلات الأراضي، وبالتالي فإن التصرف الذي يرد على هذه الأراضي هو تصرف شكلي لا بد أن يتم بمعرفة الموظف المختص لدى الدولة وأي تصرف بها دون التقيد بالشكل يكون باطل بطلان مطلق، والباطل يعتبر كأن لم يكن⁽¹⁾.

وهذا ما أكد عليه حكم محكمة التمييز العثمانية رقم 139 الصادر في 1331/1/31 هـ، حيث قالت: (إن التصرفات في الأراضي الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات باطلة إذا لم تتم بإذن المأمور وتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي)⁽²⁾.

إذن مما سبق يتضح أنه يقصد بالتصرف ما يقوم به الموظف المختص من تسجيل للتصرفات التي ترد على الأراضي الأميرية والمتروكة والموقوفة والموات لدى الدائرة المختصة بذلك (الطابو)، واعتبار التسجيل ركن من أركان هذا التصرف وإلا يعتبر كأن لم يكن.

ولكن هل هذا التفسير يسري على التصرف في الأراضي الملك؟، لم تكن الإجابة على هذا التساؤل حاسمة كما هو الحال بالنسبة لباقي أقسام الأراضي في القوانين المتعلقة بالأراضي المطبقة في فلسطين كما رأينا، حيث ثار خلاف قانوني وفقهي حول الإجابة على هذا التساؤل، نتناوله حسب التقسيم الآتي:

- **المطلب الأول:** التصرف القانوني في الأراضي الملك أمام دائرة تسجيل الأراضي.
- **المطلب الثاني:** طبيعة التصرف القانوني في الأراضي الملك.

المطلب الأول: التصرف القانوني في الأراضي الملك أمام دائرة تسجيل الأراضي

بالرغم من أنه طبق على الأراضي المملوكة ملكية خاصة للأفراد، أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها ومجلة الأحكام العدلية، وهو ما قرره المادة الثانية من قانون الأراضي لسنة 1274 هـ بقولها: " وبما أن الأحكام والمعاملات التي تجرى على أنواع الأراضي المملوكة الأربعة، مبينة في الكتب

المأمور"، وهذا النص ينطبق على الأراضي الموقوفة والمتروكة والموات)، (راجع: إسحاق مهنا وسليمان الدحوح ومازن سيسالم، مجموعة القوانين الفلسطينية، طبعة سنة 1997، ص78).

(1) مصطفى عبد الحميد عياد وموسى سليمان أبو ملوح: مدى صلاحية عقد البيع العقاري غير المسجل للتنفيذ العيني، دراسة تحليلية لنصوص القوانين وأحكام المحاكم في فلسطين، جامعة الأزهر بغزة، 1998-1999، ص3.

(2) أشار إليه، دعبس المر، شرح قانون الأراضي وفق ما طرأ عليه من تعديلات، طبعة القدس سنة 1923، ص 50.

الفقهية فلا يبحث في قانون الأراضي هذا عن أحكامها" ⁽¹⁾، إلا أنه ما يتعلق بالتصرف في هذه الأراضي طبقت عليه قوانين خاصة اختلفت فيما بينها في تفسير المقصود بالتصرف، ومن أهم هذه القوانين " قانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين لسنة 1331 هـ، وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة لسنة 1332 هـ، وقانون انتقال الأموال غير المنقولة لسنة 1331 هـ" وكان لهذه القوانين أثر واضحاً في تعديل أحكام مجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بالأراضي الملك ⁽²⁾، ولم يرد في القانون المدني الفلسطيني الجديد رقم (4) لسنة 2012 نص يلغي هذه القوانين لذا تبقى سارية كما هي.

حيث نصت المادة الأولى من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة لسنة 1331 هـ على أنه: " ينحصر في دائرة الدفتر الخاقاني إجراء كافة المعاملات المتعلقة بالأراضي الأميرية والموقوفة ويعطى المتصرفون بها سنداً خاقانياً، كما أن التصرف بالأموال غير المنقولة بلا سند ممنوع، فلا يجوز استماع أية دعوى في المحاكم الشرعية أو النظامية، أو إجراء أية معاملة كانت في دوائر الحكومة بحق الأراضي التي لا يكون فيها سنداً خاقاني، وذلك في المحال التي جرى تحديدها وتحريرها بموجب القانون الجديد، ويجري هذا الحكم أيضاً بكافة أنواع الأملاك والأوقاف المضبوطة والملحقة والمستثناة والمسقفات والمستغلات والمربوطة بها" ⁽³⁾.

يتضح من هذا النص أنه جعل كل التصرفات العقارية تتم داخل دوائر التسجيل (الطابو)، في دائرة الدفتر الخاقاني ⁽⁴⁾، سواء كانت تتعلق بالتصرفات بالأرض الملك، أم الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات، ولا يجوز التصرف بأي من تلك الأموال العقارية خارج دائرة التسجيل وصدور سند مثبت بذلك منها، ويحظر على المحاكم النظامية والشرعية والجهات الحكومية سماع الدعاوى

(1) أشار لهذا، سالم حماد الدحدوح: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لأحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقهاء الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الثانية 1998، ص 48.

(2) إيمان عوني عبد الهادي: المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوع، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة، ص 21.

(3) سيسالم ومهنا والدحدوح: المرجع السابق، ص 128، (عرفت المادة (41) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني الأموال الغير منقولة بأنه: " تعتبر أموالاً غير منقولة في تطبيق أحكام هذا القانون الأراضي بجميع أنواعها، وما قد يكون عليها من بناء أو غراس أو أشجار وكذلك المنقول الذي يضعه مالك الأرض فيها رسداً على خدماتها أو استغلالها، ولو لم يكن متصل بالأرض اتصال قرار"، (راجع: مشروع قانون الأراضي الفلسطيني رقم 2004/138، مقدم من مجلس الوزراء بتاريخ 2005/4/5، ص 8).

(4) (دائرة الدفتر الخاقاني هي الدائرة المختصة لإجراء كافة المعاملات المتعلقة بالتصرف في الأراضي، وهي المخولة بإعطاء السندات بالتصرف، قبل ان تنشأ دائرة الطابو في سنة 1262 هـ)، (راجع: درويش الوحيد، الأحكام العامة في قانون الأراضي الفلسطيني، الجزء الثاني، ص 210، علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، دار الجليل سنة 1996، ص 55).

"(1) المتعلقة بأي حق في مال غير منقول لم يسجل، ومنع إجراء أية معاملة إدارية تتعلق بتلك الأموال إن لم تكن مسجلة، وينحصر حكم هذا النص في الأموال الغير منقولة الواقعة في المناطق التي تمت فيها أعمال التحديد والتحرير والتسجيل، وفقاً لقانون 1331 هـ المنظم لتحديد وتحرير وتسجيل الأموال الغير منقولة"(2).

المطلب الثاني: طبيعة التصرف القانوني في الأراضي الملك

وأثار نص المادة الأولى من قانون التصرف في الأراضي الغير منقولة لسنة 1931 اختلاف الفقهاء، حول أثر وطبيعة التصرف الذي يتم خارج دائرة التسجيل، وهذا الخلاف على اتجاهين نوضحهما تالياً:(3)

الاتجاه الأول: ورأى انصاره أن حصر كافة المعاملات المتعلقة بالتصرفات العقارية في دائرة التسجيل لا يجعلها شكلية بل تبقى رضائية، ويمكن إجراؤها خارج دائرة التسجيل بشرط وجود سند بيد المتصرف إليه يمكنه من التصرف بالعقار، أما إذا لم يوجد سند فلا تكون المعاملة صحيحة ولا يترتب عليها آثار قانونية"(4)، وإن المقصود من هذه المادة حث الناس على تسجيل المعاملات المتعلقة

(1) (يقصد بعدم سماع الدعوى هنا، أنه لا يجوز أن يكون موضوعاً للدعوى القضائية من الأساس المطالبة بملكية أرض بدون وجود سند مكتوب، وهذا لا يتعلق بموضوع عدم سماع الدعوى التي يمنع من قيام الدعوى لمرور الزمان وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (1660) حيث قالت: " لا تسمع الدعوى غير العائدة لأصل الوقف أو للعموم كالدين الوديعة والعقار والملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإجاريتين والتولية المشروطة والغلة بعد تركها خمسة عشرة سنة"، وكذلك نص المادة (1674) " لا يسقط الحق بتقادم الزمان بناءً عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن"، وبهذا الموقف أخذ القانون المدني الأردني ونص على ذلك أيضاً في المادة (449) منه حيث قالت: " لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى على المنكر بانقضاء خمسة عشر سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة"، وبالتالي فإن نظام عدم سماع الدعوى التي جاءت به مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني يختلف عن سقوط الحق بمرور الزمان (التقادم) التي تنص عليه المادة (374) من القانون المدني المصري والمادة (410) من القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه: " تتقادم المطالبة القضائية بأي التزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي يحدد فيها القانون مدة أخرى والحالات المنصوص عليها في المواد الآتية"، فهي لم تشترط سوى مرور الزمان وسكوت صاحب الحق عن المطالبة القضائية هذه المدة، ولم تشترط الإنكار للحق كما هو الحال في نظام عدم سماع الدعوى فإن أقر المدين بالحق التي عليه تسمع الدعوى لعدم توافر شرط الإنكار بجانب مرور الزمان والسكوت عن المطالبة)، (راجع: إياد محمد جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، سنة 2001، ص179 وما بعدها، وأشار لحكم محكمة الاستئناف العليا بغزة رقم 81/46 والقاضي بأنه: " مفعول التقادم لا يكون إلا في حالة عدم الاعتراف بالحق"، وحكم محكمة الاستئناف برام الله رقم 93/45 والقاضي بأنه: " الدخول في أساس الدعوى لا يمنع الخصم من دفعها بالتقادم طالما لم يحصل إقرار منه بالحق المدعى به".

² - سالم الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل، المرجع السابق، ص52.

(4) مصطفى عياد وموسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص4.

بالعقارات في دائرة التسجيل للتأكد من سلامتها ولكن مخالفة ذلك لا يترتب عليه جزاء البطلان، فالمتصرف إليه بموجب عقد تم خارج دائرة التسجيل له أن يتصرف بها بالزرع إن كانت محلاً للزراعة، وغرسها وتأجيرها وإعارتها وغيرها من التصرفات المادية والقانونية، إلا أنه لا يستطيع فقط القيام بالإجراءات الإدارية التي تتعلق بها، فلا يستطيع إفراغ الأرض فراغاً قطعياً ولا توثيق الدين بها ولا إقامة أي دعوى تتعلق بها⁽¹⁾ والمعاملات التي تتم خارج دائرة التسجيل بسندات صحيحة، يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، باللجوء للمحكمة لاستصدار أحكام منها بصحة هذه السندات ومن ثم تسجيلها في دائرة التسجيل، وهذا يعني أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق فيما بينهما ودون تدخل من دائرة التسجيل، ولا تنتقل بالنسبة للغير إلا بالتسجيل⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: رأى أنصاره أن هذا النص جعل كل المعاملات في الأموال الغير منقولة شكلية، إذ يجب القيام بها في دائرة التسجيل والشكل ركن لا يصح التصرف إلا بوجوده، فإذا لم يوجد يكون التصرف باطل ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا تسمع الدعوى المتعلقة به⁽³⁾.

وبالنظر إلى نص هذه المادة نرى أنها جاءت مؤكدة لما عليه الحال في قانون الأراضي لسنة 1274هـ بالنسبة للأراضي الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات، بأن التصرف الذي يرد على هذه الأراضي هو تصرف شكلي، أي يجب أن يتم في دائرة التسجيل وإلا اعتبر باطل، حيث ذكر في مطلع المادة أن الأراضي الأميرية والموقوفة⁽⁴⁾ تنحصر في دائرة التسجيل ولا تتم خارجها، وبالتالي فهو خصها دون غيرها من الأراضي بالتقيد بالتسجيل وفق الشكل القانوني، أما بالنسبة للأراضي الملك وغيرها من الأموال الغير منقولة، لم يشترط أن تتم في دائرة التسجيل ووفق شكل معين، بل اشترط فقط أن تتم بموجب سند، وإن لم يوجد هذا السند لا يعتبر التصرف صحيح ولا يترتب أثره القانونية، ولا يحق لصاحب هذا السند القيام بالإجراءات الإدارية وإقامة الدعوى التي تتعلق بها حتى يتم تسجيل هذا السند في دائرة التسجيل، وعليه فإن التصرفات التي ترد على الأراضي المملوكة تبقى

(1) شاكر الحنبلي: موجز أحكام الأراضي والأموال الغير منقولة، مطبعة التوفيق دمشق سنة 1928، ص50 وما بعدها.

(2) حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الملكية وأسبابها، شركة التجارة والصناعة المحدودة بغداد 1953، ص234.

(3) عباس الصراف: شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد 1956 ص140 وما بعدها، شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، مطبعة المعارف بغداد، 1959 ص 107 وما بعدها.

(4) (لا يعتبر نقص يعيب المادة عدم ذكرها للأراضي المتروكة والموات لأنها تعتبر أيضاً أراضي أميرية ملكية رقيتها للدولة).

تصرفات رضائية وليست شكلية، لا يترتب البطلان علي عدم تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي
"(1).

وبذلك لم يكن الاتجاه الأول صائباً في تعميمه الحكم على ان التصرفات التي ترد على جميع أقسام الأراضي هي تصرفات رضائية وليست شكلية، وكذلك الاتجاه الثاني لم يكن صائباً في تعميمه الحكم على أن التصرفات التي ترد على جميع أقسام الأراضي هي تصرفات شكلية ولا تصح إن كانت رضائية.

وحقيقة نص المادة الأولى من قانون التصرف في الاموال الغير منقولة لسنة 1331هـ، قد جاء بحكمين، الأول، يتعلق بالتصرف بالأراضي الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات يؤكد فيه على انه تصرف شكلي يجب أن يتم في دائرة التسجيل وإلا اعتبر باطل، والثاني، بالنسبة للأراضي المملوكة التصرف بها يصح إن كان رضائي ولم يتقيد بالشكل المحدد بنص القانون ولا يترتب على ذلك البطلان المطلق، وفقط يشترط وجود سند مكتوب فيما بين المتصرفين يوضح هذا التصرف.

وهذا ما تنبه إليه قانون تسجيل معاملات التصرف بالأراضي وانتقال ملكيتها رقم (39) لسنة 1920 والتي صدر في زمن الانتداب البريطاني علي فلسطين "(2)، والتي نص على سريانه على جميع الأموال الغير منقولة وعلى كافة أقسام الأراضي قبل ان ينص على شكلية التصرفات التي ترد عليها، حيث نصت المادة (3) منه على أنه: " يسري هذا القانون على جميع الأموال غير المنقولة المشمولة بأحكام قانون الأراضي العثماني المؤرخ في 7 رمضان سنة 1274هـ وعلى أراضي الملك وعلى أراضي الوقف على اختلاف أنواعه وعلى سائر أنواع الأموال الأخرى غير المنقولة".

ثم جاء نص المادة (4) من نفس القانون على انه: " 1. لا تعتبر معاملة التصرف في الأموال غير المنقولة صحيحة إلا إذا روعيت بشأنها أحكام هذا القانون، 2. على كل من يرغب في إجراء معاملة تصرف بمال غير منقول أن يحصل أولاً على الموافقة الخطية المطلوبة في الفقرة التالية، 3. للحصول على الموافقة المشار إليها في الفقرة الثانية يقتضي تقديم عريضة للمدير بواسطة مكتب تسجيل الأراضي في المكان الواقعة فيه الأرض تبين شروط معاملة التصرف المراد إجراؤها ويطلب فيها موافقته على المعاملة، 4- ترفق هذه العريضة بما يثبت ملكية الناقل أو مقدم العريضة وبخارطة

(1) وهذا هو موقف مجلة الأحكام العدلية والتي لم تشترط أي شكلية في التصرفات التي ترد على العقارات، (راجع: خليل أحمد قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة 2003، ص290).

(2) نشر هذا القانون في الباب رقم 80 من مجموعة القوانين الفلسطينية (درايتون)، ص1971.

للمال غير المنقول المختص من أجل غايات التسجيل إذا طلب المدير ذلك، وينبغي أن تتضمن العريضة طلباً بتسجيل عقد ينظم تنفيذاً لشروط معاملة التصرف، 5. يجوز أن تتضمن العريضة فقرة تعين العطل والضرر الذي يدفعه الفريق المتخلف عن إنهاء معاملة التصرف بعد التصديق عليها".

ونصت المادة (12) من القانون المذكور على أنه: "تعتبر ملغاه وباطلة كل معاملة تصرف لم تقترن بالموافقة المطلوبة بالمادة (4)، ويشترط في ذلك أنه يجوز لمن دفع مالا في معاملة تصرف اعتبرت ملغاه وباطلة أن يسترد ما دفعه بإقامة دعوى لدى المحاكم" (1).

يتبين من هذه النصوص أن التصرفات التي ترد على الأموال الغير منقولة يجب أن تتقيد بالشكل القانوني المحدد لانعقادها، وهو موافقة مدير الأراضي والتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي (2)، ويترتب على عدم الحصول على هذه الموافقة والتسجيل حكم المادة (12) من الغاء وبطلان مطلق لهذا التصرف في الأموال العقارية (3).

وهذا ما أكد عليه قانون رقم (9) لسنة (1928) والذي يقضي بتسوية حقوق ملكية الأراضي وتسجيله (4)، حيث نصت المادة (39) منه على أنه: "إذا أجريت معاملة التصرف في أرض بعد نشر جدول الحقوق فلا تعتبر صحيحة إلا بعد تسجيلها في سجل القرية حسب الأصول".

وأضافت المادة (2/45) من نفس القانون حكماً آخر، حيث نصت على أنه: "إذا كان أحد الناس فريقاً في معاملة تصرف في أرض غير مسجلة، خلاف الإيجار الذي لا يتجاوز مدته ثلاث سنوات، ووضع يده على الأرض أو سمح للفريق الآخر بوضع يده عليها فيجوز للمحكمة النظامية أو محكمة الأراضي القائمة أمامها دعوى بشأن تلك الأرض أن تفرض عليها غرامة لا تتجاوز ربع قيمة الأرض" (5).

وعليه فإن معاملات التصرف التي ترد على العقارات كافة أو إيجارها لمدة تزيد على ثلاث سنوات هي عقود شكلية، لا تتعقد إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة، وإلا كانت معاملات باطلة،

(1) سيسالم ومهنا والدحود: المرجع السابق، ص132.

(2) موافقة مدير الأراضي وإبرام معاملة التصرف في دائرة تسجيل الأراضي لا تظهر معاملة التصرف من العيوب التي لحقت بها، فإذا تخف ركن من أركان معاملة التصرف التي تتطلبها القواعد العامة، تكون المعاملة باطلة رغم تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي، (راجع: مصطفى عياد وموسى أبو ملوح، مدى صلاحية البيع العقاري، المرجع السابق، ص6).

(3) قضت محكمة الاستئناف العليا بغزة في استئناف الأراضي رقم 79/74 الصادر بتاريخ 1980/10/16 بأنه: "الأصل أن كل بيع خارج دائرة الطابو للأراضي المسجلة يكون باطلاً".

(4) نشر بالباب الثمانين من مجموعة قوانين فلسطين (درايتون) ص1971.

(5) سيسالم ومهنا والدحود: المرجع السابق، ص22.

ويعتبر كل فريق في تصرف عقاري يتم خارج دائرة تسجيل الأراضي باستثناء الإجراءات التي تزيد مدتها على ثلاث سنوات مرتكباً لمخالفة قانونية تجعله عرضة لأن تقع عليه عقوبة بغرامة مالية لا تزيد عن ربع قيمة العقار موضوع هذا التصرف، وتوقع أيضاً على كل من يضع يده بموجب تصرف عقاري غير مسجل وعلى كل من يسمح له بوضع يده على هذا العقار⁽¹⁾.

المبحث الثاني: التصرف القانوني غير المسجل في القضاء الفلسطيني

نستقرى موقف القضاء في فلسطين في تفسير التصرف الذي يرد على الأراضي وطبيعته والاثار المترتبة عليه عبر مرحلتين اختلفت فيها احكام المحاكم في كل مرحلة منها، فالمرحلة الأولى تتضمن الأحكام التي صدرت قبل صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938، والمرحلة الثانية تتضمن الأحكام التي صدرت منذ صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938، وفيما يأتي نوضح ذلك وفق التقسيم الآتي:

● **المطلب الأول: موقف القضاء ما قبل صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938.**

● **المطلب الثاني: موقف القضاء منذ صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938**

المطلب الأول: موقف القضاء ما قبل صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938

بينا فيما سبق أن نصوص القوانين المتعلقة بالتصرف بالأموال الغير منقولة تقضي بعدم صحة التصرف التي يرد عليها إن لم يكن قد تم في الدائرة المختصة بتسجيل هذه التصرفات (الطابو)، ولا تسمع الدعوى ويعتبر هذا التصرف ملغي وباطل، ولكن قد تتم تصرفات خارج دائرة التسجيل يمكن فيه المتصرف إليه من وضع يده على العقار، ويتعهد له المتصرف بأن يسجل هذا التصرف لدى دائرة التسجيل ويتفق فيها على العطل والضرر كشرط يدفعه إذا لم ينفذ التزاماته الناتجة عن هذا

(1) (يلاحظ أن قانون التسوية قد أخذ بالأحكام الواردة في كل من قانون التصرف في الأموال الغير منقولة وقانون انتقال الأراضي فيما يتعلق بالتصرفات الواردة على العقارات وتسجيلها والجزاءات المترتبة على مخالفة تلك الأحكام، مما يعني إلغائها لها ضمناً، وهذا ما يجعلنا نعتبر أن قانون التسوية هو القانون العام لأحكام انتقال الأراضي في فلسطين لما تضمنه من استحداث للعديد من الأحكام بهذا الخصوص، وإعادة تنظيمه وإلغائه لقوانين أخرى صراحة أو ضمناً كانت سابقة على صدوره، ويعتبر أهم استحداث أوجده هذا القانون الجزاء الجنائي التي يقع على من يتصرف في عقار غير مسجل يستقل عن الجزاء المدني بالبطان لهذا التصرف، ومن المفيد أن نشير إلى أن هذه الغرامة جوازية تفرض بواسطة المحكمة المختصة، ومن الممكن أن تقل عن ربع قيمة العقار)، (راجع: سالم حماد الدحود: الطبيعة القانونية للتسجيل، المرجع السابق، ص488).

التصرف، وبالتالي لا يجبر على تنفيذ هذا الالتزام، وإنما يدفع العطل والضرر المتفق عليه وإن لم يتم بذلك فيمكن اللجوء للمحاكم لإجباره على دفع العطل والضرر، فيما أن ينفذ التزامه بتسجيل التصرف لدى دائرة التسجيل ويكون تصرف صحيح، وإما ينكث ويرفض التسجيل ويلتزم بدفع العطل والضرر.

والأساس القانوني لذلك ما جاءت به المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية⁽¹⁾، والتي أجازت لكل طرف في التصرف أن يدخل مبلغ تعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام كي يتمكن من حماية نفسه بوجود الشرط الجزائي⁽²⁾.

وسار القضاء في هذه المرحلة على عدم الحكم بالتنفيذ العيني للتصرف التي يتم خارج دائرة التسجيل لأنه تصرف باطل بطلان مطلق، وفقط يحكم بالعطل والضرر إن وجد اتفاق عليه فيما بين أطراف التصرف، ونذكر من الأحكام التي صدرت بهذا الشأن، ما قضت به محكمة الاستئناف العليا في القضية رقم 1925/88 حيث قالت: " لا يوجد قانون في فلسطين يتضمن التنفيذ العيني للاتفاقات علي بيع الأرض ولا يغير من ذلك الاتفاق صراحة على صيغة بيع بات يسجل في وقت لاحق فلذلك إذا لم يتم البائع بتسجيل الأرض باسم المشتري في الوقت المحدد، فلا يستطيع المشتري إجباره على ذلك ولا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع بالتعويض لما لحق به من ضرر"⁽³⁾، وكذلك في القضية رقم 1928/43 قضت بأنه: "نظراً لعدم وجود تنفيذ عيني للعقود في قانون هذه البلاد فقد جرت الاتفاقات على وضع شرط جزائي فيكل عقود بيع الأراضي، يلزم كل طرف بدفع مبلغ من النقود إذا لم يفي بالتزاماته العقدية، وعقد البيع في هذه الدعوى لا يعتبر مستثنى من ذلك"⁽⁴⁾.

في هذه المرحلة أبقى القضاء الفلسطيني على ما جاءت به القوانين المتعلقة بالتصرف بالأموال الغير منقولة، من الحكم ببطلان التصرف التي يتم خارج دائرة التسجيل ولا يستطيع ان يصدر حكماً

(1) (نشر قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية في الجزء الأول من مجموعة القوانين العثمانية التي قام بترجمتها عن الأصل التركي نقولا النقاش، وأعيد نشر المواد المعمول بها في مجموعة القوانين الفلسطينية، الجزء الخامس، سنة 1974، ص 145 وما بعدها)، (ونصت المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية على أنه: " إذا كان قد تبين و شرط ضمن صك الماولة أن كلا من الطرفين إذا لم يجر ما تعهد به يدفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً على سبيل التضمين، فلا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ).

(2) مصطفى عياد و موسى أبو ملوح: المرجع السابق، ص7.

(3) Reported in collection of judgments 1925 volume 5 at p 1779.

(4) ، وأشار لهذه الأحكام، سامي ، Aron polonsky: specific performance، Tel- Aviv، 1983، p72. سابا، نظرية التنفيذ العيني، غزة 1987، ص49.

بالإجبار علي تنفيذ هذا التصرف تنفيذاً عينياً، وإنما فقط يحكم بالعدل والضرر المتفق عليه فيما بين أطراف التصرف.

المطلب الثاني: موقف القضاء منذ صدور قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132 لسنة 1938م

نصت المادة (1/8) من قانون محاكم الأراضي رقم (23) لسنة 1921 على أنه: " تطبق محكمة الأراضي التشريعات العثمانية المعمول بها في تاريخ الاحتلال البريطاني، بصفتها المعدلة بأي قانون صدر، أو أصول محاكمات صدرت، منذ الاحتلال، ويشترط في ذلك أن تراعي المحكمة الحقوق العادلة والقانونية بملكية الأراضي، وأن لا تنقيد بأي نص ورد في التشريعات العثمانية يمنع المحاكم من سماع الدعاوى المبنية على مستندات غير مسجلة"⁽¹⁾.

يتبين من هذا النص أنه جاء بحكم مغاير إلى ما عليه الحال في القوانين الخاصة بالتصرف في الأموال الغير منقولة، والتي كانت تحظر سماع أي دعوى تتعلق بمعاملات عقارية غير مسجلة في دائرة التسجيل (الطابو)، وجعلت كل تصرف يرد على أموال عقارية يتم بموجب سند خارج دائرة التسجيل يمكن صاحبه من اللجوء إلى المحاكم، وعليها أن تسمع دعواه وأن تراعي حقوقه العادلة والقانونية، حتى لو كانت الدعوى مبنية على مستندات غير مسجلة، وبالتالي مكن هذا النص من المطالبة أمام المحاكم بالحقوق العادلة والقانونية بصحة التصرف التي يتم خارج دائرة التسجيل وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذاً عينياً حتى لو كانت بسندات غير مسجلة وتعتبر باطلة وفق القوانين المتعلقة بالتصرف في الاموال الغير منقولة"⁽²⁾.

وحقيقة نص هذه المادة لم يضع حكماً عاماً، وإنما وضع حكماً خاصاً بمعاملات التصرف التي أجريت في عهد الحكم العثماني دون أن تسجل في دائرة التسجيل (الطابو)، لذلك فإن لهذا النص أثر رجعي حيث يطبق على الماضي ولا يسري على المستقبل⁽³⁾، أما التصرفات التي أجريت في غير عهد الحكم العثماني فيطبق عليها قانون رقم (39) لسنة 1920 والتي يعتبر التصرفات التي تتم خارج دائرة التسجيل تصرفات باطلة بطلان مطلق، وعليه لا يمكننا القول بأن هذا النص هو الأساس في تغيير موقف القضاء من تفسير التصرف التي يتم خارج دائرة التسجيل (الطابو) واعتباره تصرف صحيح يمكن من المطالبة بتنفيذه تنفيذاً عينياً وتسمع الدعوى بشأنه، ولكن ما يمكننا قوله أن هذا النص

(1) المرشد القانوني للتشريعات الفلسطينية: الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع، وزارة العدل، غزة 2009م، النسخة الإلكترونية، أيقونة 225، ص 947.

(2) سالم الدحود: الطبيعة القانونية للتسجيل، المرجع السابق، ص 497.

(3) مصطفى عياد و موسى أبو ملوح: المرجع السابق، ص 11.

يعتبر البداية التي لفتت انتباه القضاء الفلسطيني لتغيير موقفه من التصرفات التي ترد على العقارات كافة، وتكون خارج دائرة التسجيل (الطابو).

حيث صدر قرار محكمة الاستئناف العليا رقم 132/1938، والذي يقضي بضرورة تطبيق قاعدة التنفيذ العيني في فلسطين، مستندة إلى نص المادة (46) من دستور فلسطين لسنة 1922، والتي أجازت للمحاكم عدم التقيد بالتشريعات المعمول بها أو التي تصدر، واستحضار روح التشريع العام ومبادئ العدل والانصاف المتبعة في إنجلترا⁽¹⁾، ومن ثم أدى هذا القرار إلى تغيير موقف القضاء من تفسير التصرف التي يرد على العقار ويكون خارج دائرة التسجيل (الطابو) من اعتباره تصرف غير صحيح وباطل ولا تستطيع المحاكم أن تقضي بتنفيذه ولا تملك سوى الحكم بالعتل والضرر المتفق عليه فقط، إلى اعتباره تصرف صحيح تستطيع المحاكم ان تقضي بتنفيذه عينياً وتسجيله في دائرة التسجيل المختصة (الطابو).

ونظراً للاثار القانونية الهامة التي ترتبت على هذا القرار، فمن المفيد ذكر أهم ما ورد في تسببيه، وكيفية توصل القضاء إليه:

ورد في حيثيات هذا القرار أنه: "قد تغير الوضع أخيراً، ففي قضية الشيخ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب وراجي أيوب وآخرين استئناف عليا 37/191، وقضية أنيس بستانى ضد يوسف بن حنايا استئناف عليا 38/28، وضعت محكمة الاستئناف العليا مبدأ يفيد أن القاعدة العدلية للتفرقة بين الغرامة والتعويض السابق تقديره هي من المبادئ التي تطبق في فلسطين، ولقد كانت عقود بيع الأراضي في فلسطين تحتوي على شرط ينص فيه على العطل والضرر الذي يلزم بدفعه من يخل بتنفيذ التزامه من المتعاقدين، ولقد أثار الحكمين السابقان على صيغة العقود، حيث استبعد

(1) نصت المادة (46) من دستور فلسطين لسنة 1922 على أنه: "تمارس المحاكم النظامية صلاحياتها وفقاً للتشريع العثمانية التي كانت نافذة في فلسطين في اليوم الأول تشرين الثاني سنة 1914، وسائر القوانين العثمانية الصادرة بعد ذلك التاريخ، والتي أعلن، أو التي قد يعلن سريانها في فلسطين بإعلان عام، وفقاً للمراسيم والقوانين والأنظمة المعمول بها في فلسطين، عند سريان هذا المرسوم، أو التي قد تطبق، أو تصدر بعد تاريخ هذا المرسوم، أو التي قد تطبق، أو تصدر بعد تاريخ هذا المرسوم، ومع مراعاة أحكام القوانين والمراسيم والأنظمة المذكورة أعلاه، وفي الأحوال التي لا تتناولها تلك القوانين والمراسيم والأنظمة، أو لا تكون منطبقة عليها، تمارس هذه الصلاحية، تمارس هذه الصلاحية، وفقاً لروح التشريع العام ومبادئ العدل والإنصاف المتبعة في إنجلترا، وللأصول والعادات المتبعة أمام تلك المحاكم أو من قبلها، وبمقتضى تلك الصلاحيات أو الأصول أو العادات من التعديل والإلغاء، أو التغيير أو الاستبدال بموجب أحكام أخرى، ويشترط في ذلك دائماً أن لا يطبق التشريع العام المذكور، ومبادئ العدل والانصاف، المشار إليها أعلاه في فلسطين، غلا بقدر ما تسمح به ظروف فلسطين وأحوال سكانها، ومدى اختصاص جلالة ملك إنجلترا فيها، وأن تراعي عند تطبيقها التعديلات التي تستدعيها الأحوال المحلية"، (راجع: سالم الدحود: الطبيعة القانونية للتسجيل، المرجع السابق ص 479 وما بعدها وانظر الهامش أيضاً).

شرط العطل والضرر من الصيغ الحالية لعقود بيع الأراضي، حيث كانت الصيغ تحتوي على نص تعويضات ضخمة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية والهدف من ذلك إجبار المتعاقدين على احترام تعهداتهم والوفاء بها، وأصبح تقدير التعويضات وتحديد المقصود بالمبلغ المذكور في العقد هل يعتبر من قبيل التعويض أو من قبيل الغرامة أمر متروك للمحاكم، ويضاف على هذا أن اعتماد القاعدة العدلية للفرقة بين الجزاء والتعويض يقتضي بالضرورة ادخال النظرية العدلية في التنفيذ العيني، ولا يوجد في الظروف المحيطة بفلسطين أو ظروف سكنها مما يجعلها غير مرغوبة، أو غير قابلة للتطبيق، بل إن السائد في فلسطين تقديس العقود ومنع التخلف أو التخلي عنها من قبل البائعين عند ارتفاع قيمة الأرض، والنكول من المشتريين عندما تنخفض فيه الأرض⁽¹⁾.

ويتضح من هذا أن القرار تغلب علي ما جاء في نص المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية التي اشرنا إليه سابقاً⁽²⁾، والتي تقضي بتضمين التصرفات الاتفاق على شرط جزائي يوجب التعويض عن العطل والضرر في حالة عدم تنفيذ الالتزام بدلاً من الحكم بالتنفيذ العيني، واستندت في ذلك على السوابق القضائية⁽³⁾ التي صدرت عن المحاكم الإنجليزية وتبعتها بذلك المحاكم في فلسطين تحدد متى يعتبر الشرط الجزائي تعويضاً ومتى يعتبر غرامة أو عقوبة، وبصفة خاصة السابقة القضائية الشهيرة في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه التي صدرت عام 1915م⁽⁴⁾، وعليه أصبح للقاضي سلطة تقديرية⁽⁵⁾ في التدخل في قيمة الشرط الجزائي وتعديله بما يتناسب مع قيمة الضرر، وبالتالي أصبحت التصرفات التي ترد على العقارات خالية من هذا الشرط لعدم تحقيقه النتيجة المرجوة منه في الإجبار على تنفيذ الالتزام، مما جعل ضرورة إلى وجود تطبيق قاعدة التنفيذ العيني في فلسطين⁽⁶⁾.

(1) Aron Polonsky: op. cit، pp. 79-80.

(2) (أنظر ص 10 من هذا البحث).

(3) (تعتبر السوابق القضائية من أهم المصادر التي يعتمد عليها القانون والقضاء في الدول ذات النزعة الانجلو سكسونية وخاصة في إنجلترا، حيث يطلق عليها القانون القضائي أو قانون السوابق القضائية، وقد اتبعت فلسطين نفس النظام الإنجليزي في الاعتماد عليها)، (راجع: فتحي الوحيدي، القانون الدستوري، التطورات الدستورية في فلسطين، الطبعة الثالثة سنة 2003م، ص 45).

(4) موسى أبو ملوح: بحث أحكام الشرط الجزائي، دراسة تحليلية لنصوص القانون وأحكام المحاكم في فلسطين، جامعة الأزهر بغزة كلية الحقوق، سنة 1999، ص 13.

(5) (تعني السلطة التقديرية في بعض الأحيان أن يجد القاضي حلاً للنزاع المنظور أمامه بناءً على اجتهاده في حالة عدم وجود نص وإلا اعتبر منكر للعدالة، أي لا تقتصر فقط على تفسير القانون ووضع الاحكام بناءً عليه)، (راجع: عبد الله خليل الفراء، سلطة القاضي التقديرية في ظل قانون أصول المحاكمات الفلسطينية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، سنة 2008، ص 19).

(6) سامي سابا: التنفيذ العيني، المرجع السابق، ص 55.

وتغلب القرار أيضاً على ما جاء في نص المادة (4/2) من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920م والتي نصت على أنه: " تعنى عبارة (معاملة التصرف) البيع والرهن والهبة وإنشاء الوقف على اختلاف أنواعه وأي تصرف آخر في الأموال غير المنقولة ما عدا الهبة بوصية أو الإيجار لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وتشمل أيضاً انتقال الرهن والإيجارة المتضمنة حق خيار التجديد لمدة ثلاث سنوات"⁽¹⁾.

واستند في ذلك إلى تفسير المحاكم في فلسطين لكلمة التصرف التي وردت في هذا النص بأنها تعني التصرف البات في الأموال غير المنقولة، ولا يعتبر التصرف البيع بات وقطعي وصحيح إلا إذا تم بموافقة مسجل الأراضي وتسجيله في دائرة تسجيل الأراضي، أما مجرد الاتفاق المبدئي على التصرف في مال غير منقول يختلف عن التصرف البات في هذا المال، فإذا كانت عبارات الاتفاق تتضمن تعهد المتصرف بالقيام بالتزامات معينة، كأن يتعهد بالذهاب لدائرة التسجيل وإقراره بالتصرف أمام كافة الجهات الرسمية المختصة، أو غير الرسمية، يعتبر ذلك اتفاق على التصرف وليس تصرف نهائي وبات، ويمكن تسميته بالاتفاق الابتدائي الذي يعقبه الاتفاق النهائي، إذا ما استوفى الشكل المحدد قانوناً بالتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي، وفق الإجراءات المقررة قانوناً لذل⁽²⁾.

وفرقت المحاكم بين التصرف باعتباره تصرفاً باتاً، وبين عقد الاتفاق المبدئي على التصرف، في الاستئناف رقم 1930/89، وجاء في حثياته: " وفي رأينا، إن الاستئناف سينجح، حيث إن الاتفاق علي بيع أرض لا يعتبر تصرفاً في أرض بالمعنى الوارد في المادة (2) من قانون انتقال الأراضي رقم (39) لسنة 1920، ولهذا لا يوجد في قانون الأراضي ما يمنع البائع من الاتفاق مع المشتري على أن يسمح للمشتري بوضع يده على الأرض قبل اليوم المحدد لتسجيل الانتقال"⁽³⁾، وعليه أخذت المحاكم في فلسطين بهذا الحكم الذي يفرق بين التصرف في الأموال غير المنقولة وعقد الاتفاق على التصرف في مال غير منقول، ولا يوجد ما يمنع المتصرف إليه من وضع يده على المال غير المنقول محل الاتفاق قبل أن يوافق مدير الأراضي ويتم التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي"⁽⁴⁾، وبالتالي لم يعد القضاء يعتبر التصرف التي يتم خارج دائرة تسجيل الأراضي والتي يتضمن الاتفاق على التصرف بمال غير منقول، بأنه تصرف باطل بطلان مطلق كما قالت المادة (12) من قانون رقم (39) لسنة 1920، والمادة رقم (39) من قانون رقم (9) لسنة 1928، وإنما يعتبر تصرف صحيح

(1) سيسالم ومهنا والدحدوح: المرجع السابق، ص128.

(2) Aron Polonsky: op. cit، p82

(3) Reported in Palestine law Report، at p574..

(4) مصطفى عياد وموسى أبو ملوح: التنفيذ العيني، مرجع سابق، ص15.

يلزم المتصرف بتسجيله لدى الدوائر المختصة، وإن امتنع عن ذلك فمن حق المتصرف إليه أن يلجأ للقضاء ويجبره على تنفيذ التزامه بالتسجيل.

كما ورد في حيثيات القرار في القضية رقم 1938/132، ما يتغلب على نص المادة (4) من قانون انتقال الأراضي رقم (39) لسنة 1920م، والتي تشترط موافقة مدير الأراضي على أي تصرف يرد على مال غير منقول وتسجيله في دائرة تسجيل الأراضي وجاء فيه: "إن المحكمة حينما تعطي نصفة التنفيذ العيني إنما تفعل ذلك على افتراض أن مدير الأراضي لن يمتنع عن الموافقة على أمر صادر من المحكمة هذه الموافقة التي لا تكون أكثر من كونها أمراً روتينياً الغرض منها ممارسة نوع من الرقابة على معاملات انتقال الأراضي لمصلحة الجمهور"⁽¹⁾، وعليه جرى العمل على أنه إذا صدر حكم من المحكمة بالتنفيذ العيني لاتفاق على تصرف في مال غير منقول، فإنه يسجل في دائرة تسجيل الأراضي ولا يكون لمسجل الأراضي صلاحية بالاعتراض على هذا الحكم أو رفض تنفيذه، لأن عمله هو مجرد تنظيم لعملية انتقال الأموال غير المنقولة، ولم يحدث أن رفض مدير الأراضي الموافقة على تسجيل حكم صدر من المحكمة بالتنفيذ العيني⁽²⁾.

وبناء على ما سبق، والمتأمل لأحكام هذا القضاء، يجد أنه قد اعتبر التصرف التي يرد على الأموال الغير منقولة ويتم خارج الدائرة المختصة بتسجيل هذه التصرفات (الطابو) تصرفاً صحيحاً يرتب آثاره القانونية التي تنتج عنه، ولكنه اعتبره مجرد اتفاق ابتدائي يتضمن التصرف بالأموال الغير منقولة، ويلزم المتصرف بالاتفاق النهائي والتي لا يتم إلا أمام دائرة التسجيل المختصة (الطابو) وإذا امتنع هذا الأخير عن القيام بذلك، فلم يبقى الحال من عدم مقدرة المتصرف إليه المتضرر من امتناع المتصرف عن التسجيل من المطالبة بالتعويض المتفق عليه فيما بينهما فقط، بل رأي هذا القضاء وتحقيقاً للعدالة واستحضاراً لروح التشريع العام أن يقضي بالتنفيذ العيني لهذا الاتفاق الابتدائي ويلزم دائرة التسجيل بالقيام بتسجيله لتكتمل شروطه ويصبح تصرف نهائي، وبهذا يكون قد خالف القضاء ما جاءت به القوانين المتعلقة بالتصرف في الأموال الغير منقولة، والتي اعتبرت هذا التصرف باطل بطلان مطلق.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث موضوع نطاق التصرف القانوني الغير مسجل في نقل ملكية الأراضي في القانون والقضاء الفلسطيني، حيث بينا أن التصرف في الأراضي من نوع الأميرية والمتروقة

⁽¹⁾Aron Polonsky: op. cit، pp 86-87.

⁽²⁾ مصطفى عياد وموسى أبو ملوح: التنفيذ العيني، مرجع سابق، ص16.

والموقوفة والموات بأنه تصرف شكلي لا يتم إلا أمام دائرة تسجيل الأراضي (الطابو) وإلا كان تصرف باطل بطلان مطلق كأن لم يكن، أما ما يتعلق في الأراضي من نوع ملك، والذي طبقت عليها أحكام الشريعة الإسلامية ممثلة في مجلة الأحكام العدلية، فقد ثار الخلاف حول انتقال ملكيتها دون التقيد بشكالية العقد، ومدى انتقال الملكية فيها بمجرد التراضي، وبيننا أن ما يتعلق بالتصرف وانتقال ملكية هذه الأراضي ينطبق عليه أيضاً قوانين خاصة أخرى، مثل قانون انتقال الأراضي لسنة 1931م، وبيننا موقف القضاء الفلسطيني الذي تغير مع تغير الزمن والظروف حيث انقسم إلى موقفين، الأول اعتبار التصرف الغير مسجل باطل بطلان مطلق ولا يحكم على من لم يسجل إلا بالتعويض، أما الموقف الثاني فاعتبر التصرف خارج دائرة التسجيل هو تصرف ابتدائي يجوز المطالبة بناءً عليه من القضاء الحكم في التنفيذ العيني.

وعليه، توصل الباحث لعدة نتائج وتوصيات نبينها على النحو الآتي:

النتائج:

- 1- التصرف القانوني في الأراضي الأميرية والمتروقة والموات تصرف شكلي ويترتب البطلان على عدم التقيد بشكالية التصرف.
- 2- التصرف القانوني في الأراضي المملوكة تصرف شكلي يجب أن يكون أمام دائرة تسجيل الأراضي، وفق القوانين الخاصة التي تنظم انتقال ملكية الأرض، ولكن عدم تسجيل التصرف يترتب أثر بصفة العقد فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يترتب آثار بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.
- 3- التصرف القانوني في الأراضي المملوكة الغير مسجل يعتبر تصرف ابتدائي يصح أن يكون سبباً للمطالبة بالتنفيذ العيني أمام القضاء، ويجوز الحكم له بالتنفيذ العيني للعقد الغير مسجل.

التوصيات:

- 1- نرى بضرورة النص في القانون المتعلق بانتقال ملكية الأراضي سواء كانت أراضي مملوكة أو غيرها، على بطلان جميع التصرفات القانونية واعتبارها باطلة بطلان مطلق، وضرورة التقيد بتسجيل هذه التصرفات أمام دائرة تسجيل الأراضي، وذلك حفاظاً على الحقوق وعدم إثارت النزاعات القضائية حول ملكية العقارات، لما لها من أهمية اقتصادية في الدولة.
- 2- إلغاء قاعدة التنفيذ العيني التي اقترت في زمن الانتداب البريطاني، ولأهداف احتلالية معروفة.
- 3- ضرورة إقرار مشروع قانون الأراضي الفلسطيني، لجمع شتات هذه القوانين والتيسير على المختصين والعاملين في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع:

- 1- إسحاق مهنا وسليمان الدحود ومازن سيسالم، مجموعة القوانين الفلسطينية، طبعة سنة 1997.
- 2- إياد محمد جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، سنة 2001.
- 3- إيمان عوني عبد الهادي: المعالجة التشريعية لقسمة الأراضي المملوكة على الشيوع، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة.
- 4- حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الملكية وأسبابها، شركة التجارة والصناعة المحدودة بغداد 1953.
- 5- خليل أحمد قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة 2003.
- 6- دعبيس المر، شرح قانون الأراضي وفق ما طرأ عليه من تعديلات، طبعة القدس سنة 1923.
- 7- درويش الوحيدي، الأحكام العامة في قانون الأراضي الفلسطيني، الجزء الثاني.
- 8- سالم حماد الدحود: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لأحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقهاء الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الثانية 1998.
- 9- سامي سابا، نظرية التنفيذ العيني، غزة 1987.
- 10- شاكرك الحنبلي: موجز أحكام الأراضي والأموال الغير منقولة، مطبعة التوفيق دمشق سنة 1928.
- 11- شاكرك ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، مطبعة المعارف بغداد، 1959.
- 12- فتحي الوحيدي، القانون الدستوري، التطورات الدستورية في فلسطين، الطبعة الثالثة سنة 2003م.
- 13- عباس الصراف: شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد 1956.
- 14- عبد الله خليل الفراء، سلطة القاضي التقديرية في ظل قانون أصول المحاكمات الفلسطينية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، سنة 2008.

- 15- علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، دار الجليل سنة 1996، ص55).
- 16- مصطفى عبد الحميد عياد وموسى سليمان أبو ملوح: مدى صلاحية عقد البيع العقاري غير المسجل للتنفيذ العيني، دراسة تحليلية لنصوص القوانين وأحكام المحاكم في فلسطين، جامعة الأزهر بغزة، 1998-1999.
- 17- موسى أبو ملوح: بحث أحكام الشرط الجزائي، دراسة تحليلية لنصوص القانون وأحكام المحاكم في فلسطين، جامعة الأزهر بغزة كلية الحقوق، سنة 1999
- 18- مشروع قانون الأراضي الفلسطيني رقم 138/2004، مقدم من مجلس الوزراء بتاريخ 2005/4/5.
- 19- مجموعة القوانين الفلسطينية (درايتون) ص 1971.
- 20- المرشد القانوني للتشريعات الفلسطينية: الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع، وزارة العدل، غزة 2009م، النسخة الإلكترونية، أيقونة 225.
- 21- Aron polonsky: specific performance و Tel- Aviv, 1983, p72.
- 22- Reported in collection of judgments 1925 volume 5 at p 1779.