مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١٠)

الشرط المانع من التصرف في القوانين المدنية المقارنة

أ.م .د. ابراهيم صالح عطية
كلية القانون/ جامعة أوروك

المستخلص

حق الملكية اقترن بوجود الانسان نفسه الذي اقبل على حب التملك والاستئثار الامر الذي جعل هذا الحق يأتي في مقدمة الحقوق العينية بخصائص تميزه عن غيره من الحقوق لا تحدها او تقيدها الا قيود قانونية او اتفاقية واول هذه القيود هو الشرط المانع من التصرف والذي تطرقنا اليه في هذا البحث وتحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني منه منذ ان شرع في القانون المدني الفرنسي ثم القانون المدني المصري والعراقي وبقية الاقطار العربية ثم بينا الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وحددنا نطاقه ثم تطرقنا الى الموقف القضائي وموقف الفقه الاسلامي الذي له الدور في نشوء وتطور هذا الشرط .

Abstract

The will has a role in restricting the freedom to dispose of within certain limits, as it determines the right to dispose of the property, which is one of its characteristics, and it is most likely that the condition of preventing the disposition of disposing of contracts (the gift contract or the contract of will) is mentioned, where the donor is in a position that allows him within the limits established by the law, to impose a condition The prohibition against the gifted or the bequested to him, and there is nothing legally prohibiting the condition of the prohibition from disposing in a netting, such as selling and bartering, for example, and for the validity of the prohibition clause from disposing, three conditions must be met:

The first condition: That the prohibition is contained in a contract or will.

The second condition: that the ban is based on a legitimate promoter.

The third condition: that the ban is for a limited period.

We will deal with this research in three sections. In the first topic, we show the definition of the idea of prevention from conduct and the legal position. In the second topic, we deal with the legal nature of the prohibition clause. In the third topic, we explain the position of the judiciary and jurisprudence.

المقدمة:

لـلإرادة دوراً فـي تقييد حق الملكيـة فـي حـدود معينـة ,هذه القيـود الإراديـة لا تتمثل فقط فيما يدعي بشرط المنع من التصرف وانما هناك قيود ارادية اخرى ترد على الملكية فتقرير حق ارتفاق أو مساطحه أو انتفاع على عقار ما هو أيضاً من القيود الارادية لحق الملكية ولكننا نبحث في شرط المنع من التصرف ونستبعد القيود الإرادية الاخرى , اذ قد يحصل تقييد ارادي لسلطة المالك عند التصرف في عقاره بمقتضى شرط يرد في عقد او وصية يمنعه من التصرف كما لو اشترط الواهب على الموهوب له في عقد الهبة عدم التصرف في العقار حتى يبلغ سناً معيناً, وفي هذا الصدد لم يعد حق الملكية في وقتنا الحاضر كما كان في العهود الماضية حقاً مطلقاً بل أصبح مقيداً بقيود عديدة وهذه القيود تأخذ مداها في التوسع يوماً بعد يوم, وسلطة التصرف في الشيء المملوك أهم ميزة لحق الملكية وهذه السلطة تعطي قيمة اقتصادية لحق الملكية لأنها الوسيلة التي تضمن تداول الاموال والتصرف فيها ولهذا تعتبر من الاسس والركائز التي تستند عليها الحياة الاقتصادية ولهذا لم يسمح القانون المدني الفرنسي حبس الاموال عن التداول بالاعتماد على طريق اشتراط عدم التصرف فيها الا في حالات استثنائية ولغرض تسليط الضوء على موضوع بحثنا لابد من بيان تحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني من شرط المنع من التصرف , وتحديد الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وتحديد نطاقه ثم بيان الموقف القضائي والفقه الاسلامي من شرط المنع من التصرف وذلك في ثلاثة مباحث وكما يلي:-

المبحث الاول: تحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني منه.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وتحديد نطاقه.

المبحث الثالث: موقف القضاء والفقه الاسلامي من شرط المنع من التصرف.

المبحث الأول
تحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني منه.

شرط المنع من التصرف قيد ارادي يرد على حق الملكية فهو استثناء من الاصل وهو حرية المالك في التصرف بملكه في ضوء الحدود التي يرسمها القانون وقد يهدف منه تحقيق مصلحة المشترط أو المتصرف او المتصرف اليه, حيث جاءت القوانين المدنية بشكل متباين ومختلفة عما جاءت به مذاهب الفقه الاسلامي ولغرض بيان فحوى هذا المبحث لابد من تقسيمه الى مطلبين هما:-

المطلب الاول: تحديد فكرة المنع من التصرف وتمييزه.

يمكن أن يتضمن العقد شرطاً يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون متماشياً مع ما جرى به العرف والعادة او فيه نفع او مصلحة لاحد المتعاقدين او الغير اذا لم يكن ممنوعاً او مخالفاً للنصوص القانونية او النظام العام والآداب العامة وإلا أُلغي الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد عند ذلك يبطل العقد والشرط[١] ولغرض تحديد فكرة المنع من التصرف لابد من تقسيمه الى فرعين:-

الفرع الأول:- تحديد فكرة المنع من التصرف.

تعد سلطة التصرف من أولويات حق الملكية فهي لا تهدف فقط الى حماية مصلحة المالك لتحقيق أعلى درجات منافع ملكه بل تهدف كذلك الى تحقيق المصلحة العامة ذلك لان تداول الاموال من ضرورات الاقتصاد وتداولها يعني حسن استغلالها ووصولها الى يد من يستغلها ويستثمرها على نحو افضل واحسن.... مع هذا ان يحرم المالك ولو مؤقتاً من سلطة التصرف فيما يمتلك بموجب شرط إرادي؟ ظهرت الفكرة في بادئ الأمر في فرنسا في القرن التاسع عشر ولم يكن هناك نص يحكمها , حيث أن الأصل العام أن حق الملكية يعطي لصاحبه سلطة التصرف في حقه وهذه السلطة هي التي تكفل حرية تداول الاموال بهدف تحقيق مقتضيات النشاط الاقتصادي ولهذا فإن اي قيد على سلطات المالك في التصرف يأتي على خلاف الاصل العام والسبب في ذلك لأنه يفرغ حق الملكية من محتواه وجوهره, ولهذا ذهب القضاء في فرنسا الى تقرير بطلان اي شرط يقيد سلطات المالك في التصرف بملكه بغض النظر عن الاعتبارات التي أدت الى فرضه كونه مخالفاً لنصوص القانون والنظام العام والآداب العامة عدا بعض الحالات التي قررها تقنين نابليون وهي جواز اشتراط الوالدين على أولادهما عدم التصرف في الاموال التي وهباها أو تبرعاً بها طيلة حياتهم, وكذلك منع التصرف في أموال الزوجة التي تتزوج على أساس نظام الدوطة[٢].

(١) ينظر نص المادة (٢،١/١٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٢) نظام المهر في الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني:- تمييز فكرة المنع من التصرف عن بعض الانظمة التي تلتبس به.

هناك بعض الأنظمة التي تلتبس مع فكرة شرط المنع من التصرف منها:-

١-تمييز فكرة المنع من التصرف وخروج المال عن دائرة التعامل .

ان ما يميز الفكرتين هو ان المال الممنوع من التصرف هو محل حق الملكية من الناحية الفعلية يخضع لإطعام الملكية الخاصة, بينما المال الذي يخرج من دائرة التعامل لا يكون محلاً لملكية خاصة ولا يخضع لنظامها كالأموال العامة حيث لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم(٣), ويرجع سبب خروج المال من دائرة التعامل اما بحكم القانون تقديرا للغرض الذي خصصت له هذه الأموال او لسبب ان التعامل بها يعد اخلالاً بالنظام العام كالمخدرات وتجارة الاسلحة المحضورة والمتاجرة بالبشر والسموم وأما الى طبيعته كالهواء والشمس والمياه والانهار(٤).

٢-فكرة المنع من التصرف وانعدام اهلية التصرف.

ان الفرق بين الفكرتين ان منع المال من التصرف لا يعود سببه الى نقص في الاهلية او الى سبب شخصي في المالك او من يمثله كالولي او الوصي او القيم, فالمنع من التصرف في المال يوجب بغض النظر عن اهلية المالك, بينما انعدام اهلية التصرف معناه فقد القدرة على مباشرة التصرف القانوني لسبب من الاسباب, كعدم اكتمال سن الرشد او لعارض من عوارض الاهلية وتترتب على ذلك آثار قانونية تتمثل ببطلان التصرفات القانونية(٥).

٣-فكرة المنع من التصرف وعدم قابلية الاموال لتملكها بالتقادم.

ان الفرق بين الفكرتين هي ان المنع من التصرف لا يمنع من تملك المال الممنوع بالتقادم المكسب(٦).

ومعنى ذلك ان المنع اتجاه مالك الشيء يحرمه لِممارسة بعض السلطات وعلى وجه الخصوص سلطة التصرف التي يخولها له حق الملكية وهي اهم مميزاتها , بينما الاموال التي لا يجوز تملكها بالتقادم فالمنع ينصب عليها لأنها مخصصة لتحقيق هدف معين عام بحكم القانون وهي الأشياء المملوكة للدولة او الاشخاص المعنوية العامة(٧).

المطلب الثاني:الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف.

اختلفت التشريعات بصدد موقفها القانوني اتجاه شرط المنع من التصرف فالقانون المدني الفرنسي جاءَ خالياً من النص على اباحة الشرط المانع من التصرف كقيد ارادي على حق الملكية الا في حالتين هما المال المقدم من الزوجة للزوج (الدوطة)(٨) والذي

(٣) م ٨٧ الفقرة ٢ من القانون المدني المصري، والمادة (٧١) الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي.

(٤) أنظر خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، عقد الشمل، فقرة ٦٨، ص ٢٠٦وص٢٠٧.

(٥) م ٩٦١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ومضمونها (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان أذن له وليه).

(٦) عبد المنعم البدراني، حق الملكية، الملكية بوجه عام واسباب كسبها، سنة ١٩٩٤م، فقرة ٥٨، ص ٨٢و٨٣.

(٧) م /٧١ الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي .

(٨) الدوطة (عند الفرنجة) المال الذي تدفعه العروس الى عروسها انظر نجم المعاني الجامع _ معجم عربي.

يسمى في الفقه الاسلامي (بالمهر) حيث ان هذه الاموال تضع تحت ادارة الزوج ليستغلها بنفسه ولا يجوز التصرف فيها وهذه الحالة الاولى.

والاموال التي تخرج من النصاب الشرعي الواجب تركه للورثة وهذه الحالة الثانية[٩].

أما القانون المدني المصري السابق (المختلط والاهلي) فقط جاء كذلك خالياً من نص يتعلق بشرط المنع من التصرف كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، الا ان القضاء المصري قد اهتدى بما جاء به القضاء الفرنسي وجاء القانون المدني المصري فقنن احكام القضاء في هذا الشأن, أما القوانين العربية فأنها تباينت....منها ما يؤيد وباستحياء وخاصة التشريعات التي سارت على نهج المذهب الحنفي, ولغرض تسليط الضوء على الوقف القانوني لشرط المنع من التصرف لا بد من تقسيمه الى...

الفرع الأول: موقف القانون المدني الفرنسي من شرط المنع من التصرف.

ظهر شرط المنع من التصرف كقيد ارادي في فرنسا في القرن التاسع عشر حيث جاء هذا الشرط خالياً من نص يحكمها, وعندما عرضت على القضاء الفرنسي ذهب في أول الامر الى الحكم باعتبار الشروط المانعة من التصرف باطله بطلاناً مطلقاً في جميع الاحوال بغير استثناء اي سواء كان المنع مؤبداً أو مؤقتاً ودون النظر الى البواعث التي دفعت الى اشتراط مثل هذه الشروط وقد استند القضاء الفرنسي في حكمه الى عدة اسباب منها:

١-ان الملكية الخاصة تعد جوهر النظام الاقتصادي للمجتمع وبالتالي فإن احكامها تعد من النظام العام بحيث لا تمتلك الإرادة الحد من أهم سلطة جوهرية فيها وهي سلطة التصرف الذي لا تتصور الملكية بدونها[١٠].

٢-ان شرط المنع من التصرف مخالف لمبدأ حرية تداول الاموال الذي عد من الثوابت الاساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع, منذ القضاء على الاقطاع من قبل الثورة الفرنسية والذي كان يصاحبه نظام حبس الاموال ولذلك فالاعتماد على شرط المنع[١١]من التصرف يعني الرجوع الى الوراء من جهة ومخالفة النظام العام من جهة, ولهذا لم يجز القانون المدني الفرنسي في المواد(٥٤٤, ٨٩٦، ١٥٩٤) شرط المنع من التصرف وقضى ببطلان كل اتفاق يؤدي الى حبس الاموال عن التداول الا في حالات استثنائية لا تمثل اصلا عاماً, فاذا ورد شرط المنع من التصرف في عقد من العقود طبقت عليه احكام القانون المتعلقة بالشروط المقترنة بالعقد الواردة في المادة (١٧٢) والمادة (٩٠٠) من التقنيين المدني الفرنسي والتي تقرر بطلان الشرط المخالف للنظام العام و بطلان التصرف الذي ورد فيه الشرط اذا كان هذا التصرف مُعاوضه اما اذا كان التصرف تبرعا بطل الشرط وصح التصرف الا اذا كان شرط المنع من التصرف هو الباعث على التصرف وفي هذا الصدد , فقد ظهرت حالات كثيرة اوجبت الاعتداد بشرط المنع من التصرف هدفها حماية المصالح المشروعة وخاصة في التصرفات الشرعية

(٩) م/ (٧٩٧) وكذلك م (١٠٤٨) لغاية المادة (١٨٤) من القانون المدني الفرنسي .

(١٠) د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١، حق الملكية ، ص ١٠٢.

(١١) د. عبد المنعم البدراني، شرح القانون المدني من الحقوق العينية الاصلية، ص ٢١ سنة ١٩٥٦، ص ٨٦ .

كما في حالة من يهب مالا لأولاده ويشترط عليهم عدم التصرف لحماية مصالح الاحفاد او لحماية الاولاد انفسهم من نزقهم[١٢].

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من شرط المنع من التصرف.

القانون المدني المصري يعد من اهم القوانين المدنية التي استقت منه اغلب القوانين العربية كالقانون المدني العراقي والسوري والجزائري والاردني وعليه فسوف اتناول موقف القانون المدني المصري اولا ومن ثم القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية ثانيا

اولا : موقف القانون المدني المصري من شرط المنع من التصرف تنص المادة (٨٢٤) من القانون المدني المصري على انه اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد او الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة (٨٢٣) فكل تصرف مخالف له يقع باطلا وبهذا النص يكون القانون المدني المصري جاء مخالفا من القانون المدني الفرنسي، حيث قرر بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وهو بطلان مطلق وليس بطلان نسبي[١٣] ولا غبار على ان القانون المدني المصري قد اخذ ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع بطلانا مطلقا دون البطلان النسبي وبهذا يكون القانون المدني المصري قد خطى الخطوة التي لا يزال المشرع الفرنسي لم يأخذها في هذه المسالة ليبقى الخلاف على ما هو في فرنسا وينتهي في مصر[١٤] وقد نضم الشرع المصري شرط المنع من التصرف في تقنينه المدني حيث تطلبت المادة (٨٢٣) منه توفر شرطين تمت صياغتهما بطريقة مرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية لضبطه بالأسباب التي دعت الى تقريره[١٥].

الشرط الاول : ان يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع ويراد بذلك ان تكون هناك مصلحة جدية تدعو الى هذا الشرط لا فرق ان تكون المصلحة المراد حمايتها هي مصلحة المشترط او مصلحة المتصرف اليه او مصلحة الغير وهذه المصلحة يقدرها القاضي بحيث تكون في نظره مبررا كافيا لتقييد سلطة المالك في التصرف.

الشرط الثاني : ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة وذلك منعاً لخروج المال من التداول حيث لا يجوز ان يكون المنع من التصرف مؤبداً وانما يجب ان يقتصر المنع على مدة معقولة، والمدة المعقولة هي المدة التي تستدعيها حماية المصلحة التي شكلت باعثا مشروعاً للقبول بصحة شرط المنع من التصرف فهي مدة مرنة يتم تقديرها وفقاً لظروف كل حالة بما يتلاءم لمقتضيات المصلحة التي يراد حمايتها، والقضاء هو الذي يحددها حسب ملابسات القضية فيما يعتبر مدة معقولة للمنع من التصرف.

---

(١٢) د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها ، دار السنهوري ، بيروت سنة ٢٠١٨ ، ص ١٠٢

(١٣) المشرع المصري درج في التعبير عن البطلان النسبي اصطلاح قابلية التصرف للابطال ودرج عن البطلان المطلق عبارة (يقع باطلا) .

(١٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، هامش رقم ٢ ، ص ٥٢٧.

(١٥) د. همام زهران ، الحقوق العينية الاصيلة ، حق الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٣٤١.

ثانياً: موقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية من شرط المنع من التصرف لا نجد في القانون المدني العراقي نصاً يمنع او يجيز شرط المنع من التصرف وانّ اعراضه عن الاخذ بحكم القانون المدني المصري يمكن تفسيره بعدم رغبته في تقدير هذا الحكم»[١٦] وانما اراد من ذلك ترك هذه المسألة لحكم القواعد العامة ومن مقتضى هذه القواعد ان كل شرط غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب[١٧] شرط صحيح يجب الاعتماد عليه واحترامه وعلى هذا متى كان شرط المنع من التصرف مؤقتاً وكانت للمتصرف او للمتصرف اليه او للغير مصلحة جديه ومشروعة يراد حمايتها بهذا الشرط فأنه يكون شرطا صحيحاً يجب العمل بمقتضاه[١٨] وهذا هو الرأي الاول. ويذهب انصار عدم مشروعية شرط المنع من التصرف الى ان المشرع سمح بتأجيل انتقال الملكية الى حين سداد الثمن[١٩] ولو كان يجيز شرط المنع من التصرف لما اعتمد على القول بتأجيل انتقال الملكية, فشرط عدم التصرف اكثر سهولة من اللجوء الى شرط الاحتفاظ بالملكية[٢٠] وهذ هو الرأي الثاني.

اما عن موقف القضاء العراقي يبدو ان القضاء العراقي يؤيد ما ذهب اليه اصحاب الرأي الأول, حيث يرى أن القواعد العامة لا تسعف في تقرير صحة شروط المنع من التصرف لمخالفة هذه الشروط لمقتضى العقد حيث قضت محكمة التمييز بانه (اذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة المبيعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته مقتضى العقد)[٢١]

كما قضت(اذا كان الشرط يتنافى مع حق المالك في التصرف بملكه فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام)[٢٢].

والواقع المنع من التصرف لا يمكن اجازته او القول بصحته طبقاً لاحكام المادة (١/١٣١) مدني عراقي لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد هذا من جهة ومن جهة اخرى انه شرط لم يجر به العرف او العادة في العراق, ثم ان اهم الحالات التي تستدعي ايراد شرط المنع من التصرف عملياً عالجها المشرع العراقي بنصوص خاصة, ففي الهبة اذا كانت بشرط العوض او الإعاشة لم يجز المشرع للموهوب له التصرف بالعقار الموهوب[٢٣].

---

(١٦) انظر المادة ١٣١ ف٣ من القانون المدني العراقي وكذلك قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٠ / ص /٩٥٤ في ٩٥٤/٧/٢٨.

(١٧) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٩٥.

(١٨) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، سنة ٢٠١٣ ، ص٩١ .

(١٩) م (١/٥٤٣) من القانون المدني العراقي تنص على (اذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

(٢٠) د. درع حماد عبد ، المصدر السابق ، ص ١١٢.

(٢١) رقم القرار ٢٤٥ في ١٩٥٨/٢/١٣ مجلة القضاء ، العدد الثالث ، سنة ١٩٥٨ ، ص ٤٢٧.

(٢٢) رقم القرار ١٢٢٠ غي ١٩٥٤/٧/٢٨ مجلة القضاء ، العدد الخامس ١٩٥٤ ، ص .١١٨.

(٢٣) تنص المادة (٢١٥) من القانون التسجيل العقاري على انه (اذا اشترط في اكعبة او الافراغ العوض لمصلحة الواهب او المفرغ او المصلحة الغير فلا تقبل التصرفات العقارية على العقار الموهب له الا باتفاق الواهب او المفرغ او من اشترط العوض لمصلحته مع الموهوب له او المفرغ له التصرف بالعقار الا بعد وفاة المواهب او المفرغ او باجازه منه وفي حالة الوفاة يبدل سجل العقار وفق احكام القانون) .

كذلك ان الشرع العراقي في المادة(٣١٧) من قانون التسجيل العقاري لا تجيز للمدين الراهن مقدماً التصرف في المال المرهون قبل موافقة الدائن المرتهن على ذلك حيث نصت على انه (للراهن اجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون و حينئذٍ يتحول الدين بمرتبته وشروطه الى من انتقل اليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن[٢٤] ويلاحظ اخيراً ان الشرط المانع من التصرف اذا انصب على تصرف وارد على عقار, فان نصوص قانون التسجيل العقاري لا تسمح او تجيز تدوين هذا الشرط في سجلاتها لمخالفته مضمون العقد[٢٥].

اما اذا ورد التصرف على منقول فان القواعد ترفض صحته او فعاليته وذلك لأسباب أولهما:- عدم امكانية نفاده بحق الغير دون علم الاخير به اعتمادا على احكام المادة(١٤٢) مدني عراقي وثانيهما:- ان قاعدة الحيازة في المنقول تحد من سريان هذا الشرط وثالثهما:- ان الشرط المقترن بالعقد يرتب وفقا للقواعد العامة على عاتق المتصرف له التزاما بالامتناع عن عمل والاخلال به يؤدي الى فسخ العقد مع التعويض وهو جزاء لا يتلاءم مع ما ينوي المتعاقدين من وراء ايراد الشرط المانع من التصرف .

أما في القانون المدني السوري فقط نص في المادة (٧٧٨) من القانون المدني على انه (١-اذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقول.

٢-ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعه للمتصرف او المتصرف اليه او الغير.

٣-والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير).

وهذا النص يشير بوضوح الى قبول المشرع السوري بالشرط المانع من التصرف في العقود او الوصايا وهنا لابد من الاشارة الى ضرورة تسجيل هذا الشرط في السجل العقاري وفقا لاحكام المادة(٩) من القرار رقم١٨٨ في ٣/١٥ /١٩٢٦ وذلك باعتبار ان هذا الشرط من التقييدات العقارية الواجبة التسجيل للنفاد ولا ينتج الشرط المانع آثاره بالنسبة للغير الا بعد تسجيله وفقا للأصول .

أما القانون المدني الكويتي فقد نظم أحكام الشرط المانع في المواد (٨١٥-٨١٧) منه حيث نصت المادة (٨١٥) من القانون المدني على انه (اذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف اليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصور على مدة معقولة).

كما لا يحتج بالشرط المانع الا اذا كان الغير على علم به وقت التصرف او في مقدوره ان يعلم به[٢٦] اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فان الاصل فيه تحريم شرط المنع من التصرف، ذلك ان التصرف اهم سلطات حق الملكية وبدونه لا يكون

(٢٤) د. طارق كاظم عجيل ، المصدر السابق ، ص ١١٤.
(٢٥) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج٣ ، ط١، بغداد ١٩٧٩، ص ١٧.
(٢٦) المادة (٨١٧) من القانون المدني الكويتي.

المالك(عملا) مالكا وان سمي كذلك قانونا ، كما ان منع تدامل الاصول يترتب عليه اثار خطيرة من الناحية الاقتصادية الامر الذي سوف يضر بالمجتمع بوجه عام لذلك نص المشرع الاماراتي في المادة (١١٤٥) معاملات مدنية على انه (ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقدا كان او وصية شروطا تقييد حقوق المتصرف اليه) الا ان المشرع رأى من زاوية اخرى ان شرط المنع من التصرف قد يحقق مصلحة للمشترط في الوقت الذي لا يهدر فيه جوهر الملكية و لا يمنع كلية دون تداول الاموال فقرر مثل هذه الشروط اذا كانت مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة[٢٧] بالمنع اليسير اي الذي لا يؤدي الى الاضرار بالمالك او المصلحة العامة اما الشرع الجزائري فقد اغفل النص في القانون المدني حول الشرط المانع من التصرف و بداية اعتقدنا انه سار على موقف الفقه الاسلامي الذي يرفض الشرط المانع الا في بعض الحالات ولا يقر به الا ان المادة(١٠٤) من المرسوم المؤرخ في ٣/٢٥/ ١٩٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث تنص على انه (يحقق المحافظ بأن البطاقة مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الاخير) وهو ما يدل على ان المشرع اخذ بالشرط المانع من التصرف وبعد ان استعرضنا موقف التشريعات من شرط المنع من التصرف لا بد لنا ان نبين الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وتحديد نطاقه وهذا ما سوف نتناوله في البحث الثاني.

(٢٧) المادة (١١٤٥) من قانون المعادلات الاماراتي.

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وتحديد نطاقه.

أن تحديد الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف اثر واضح على تحديد نوع الجزاء الذي يترتب على مخالفة الشرط وعلى تحديد نطاقه ولغرض تسليط الضوء على موضوع هذا المبحث لابد من تناوله في مطلبين هما:-

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف.

لقد تباينت آراء الفقه في تحديد طبيعة الشرط المانع من التصرف[٢٨] هذا التباين يجد سببه في ان الاعتراف بهذا الشرط وتحديد الاسس والقواعد التي تحكمه كان من عمل القضاء دون اي نص تشريعي لإقراره مما اجتهد الفقهاء في البحث عن اساس قانوني مبني على رأي سديد وذلك من خلال رده الى احد الأنظمة القانونية الموجودة فذهب رأي الى أن شرط المنع من التصرف هو انتقاص من اهلية المشترط عليه (المالك)[٢٩].

وقد تعرض هذا الرأي للنقد من جانب عدد آخر من الفقهاء, ذلك ان احكام الاهلية من النظام العام فلا يجوز لإرادة الأفراد أن تعدل فيها، هذا من جهة ومن جهة اخرى ان اهلية الاداء وهي المقصودة تدور وجوداً وعدماً مع التمييز وحيث لا يكون الشخص اهلاً لمباشرة تصرف معين لنقص في تمييزه فإن المنع ينصرف اليه لا إلى التصرف ذاته, فهذا التصرف يظل ممكناً ولكن شخصاً آخر هو الولي أو الوصي يباشره نيابة عنه أما في حالة المنع من التصرف فإن المنع من التصرف ينصب على التصرف ذاته وليس على شخص من يقوم به لنقص في تمييز ولهذا فإن الامر لا يحتاج الى وجود من ينوب عنه في مباشرة هذه التصرف[٣٠].

وذهب البعض الاخر الى أن شرط المنع من التصرف يتضمن مجرد التزام بامتناع عنه عمل[٣١] فالمالك بمقتضى شرط المنع من التصرف في ملكه فإذا اجرى تصرفاً يمنعه الشرط عد مخلاً بالتزام ترتب في ذمته وحق للمتصرف الاصلي أن يطلب فسخ التصرف الذي أجراه فإذا تقرر فسخه عاد المال الى المتصرف الاصلي, لما للفسخ من أثر رجعي وقد قيل في نقد هذا الرأي أن من شأن أعمال فكرة الفسخ أن يعود المال الممنوع التصرف فيه الى المتصرف الأصلي الذي وضع الشرط وهذا ما يتجاوز حدود الغرض الذي اريد من الشرط تحقيقه.

وذهب رأي ثالث وهو الاتجاه السائد ونحن نرجحه الى ان شرط المنع من التصرف يجعل الشيء غير قابل للتصرف[٣٢]، وهذا لا يعني خروج الشيء الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل, فهو ما يزال مع ذلك محلاً صالحاً للحقوق المالية وحيث أن عدم جواز

(٢٨) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق الصينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٧١.

(٢٩) جوسران ، دروس في القانون المدني الفرنسي ، ج١/ط٣ ، باريس سنة /١٩٣٨/، ص ١٨٥.

(٣٠) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

(٣١) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٩٥.

(٣٢) منصور مصطفى منصور ، التامينات العينية ، القاهرة ، سنة ٩٦٣، ف ١٨٥ .

التصرف ينصب على الشيء ذاته لذا يوصف(بعدم جواز تصرف عيني) فهو قيد عيني.

المطلب الثاني: نطاق شرط المنع من التصرف.

قد يقع الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية مثل عقد البيع أو عقد الهبة بنوعيها الظاهر والمستتر بعقد بيع, ويزداد وجود شرط المنع ضمن عقود التبرع التي تهدف من ورائها تحقيق مصلحة جدية, والغالب ان يكون التصرف المتضمن للشرط المانع تصرفاً ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه الا ان ذلك لا يمنع ان يكون التصرف ناقلاً لحق انتفاع مع الاشتراط بعدم التصرف بهذا الحق الى شخص آخر وقد يأخذ الشرط المانع صور منها أن يتبرع احد الاشخاص بمبلغ من المال الى شخصٍ آخر ويشترط عليه بأن يشتري بهذا المبلغ داراً لا يجوز له التصرف فيه او يتبرع المتصرف بعقار أحد الاشخاص ويشترط عليه اذا هو تصرف بالعقار ان يشتري بالثمن عقاراً آخر وقد يرد الشرط المانع من التصرف في الوعد بالبيع, حيث يشترط الموعود له بالا يتصرف الواعد بالعقار طول مدة الوعد[٣٣] واذا كان الاصل ان هذا الشرط يرد بوصفه قيداً على الملكية فأنه قد يرد ايضاً بوصفه قيداً على الحقوق العينية الاخرى وفي كل الحالات فأنه يلزم لصحته ثلاثة شروط :

أولهما : ان يرد الشرط المانع في تصرف قانوني.

وثانيهما: ان يكون الباعث منه مشروع .

وثالثهما: ان يكون شرط المنع من التصرف مؤقتاً[٣٤].

وسوف نبحث كل من هذهِ الشروط في فرع مستقل:

الفرع الاول: ان يرد شرط المنع في تصرف قانوني.

يجب ان يرد هذا الشرط في نطاق تصرف قانوني، فاذا ورد شرط المنع من التصرف في عقد من العقود طبقت عليه احكام القانون المتعلقة بالشروط المقترنة بالعقد الواردة في المادة (١٧٢) والمادة (٩٠٠) من التقنين المدني الفرنسي والتي تقرر بطلان الشرط المخالف للنظام العام وبطلان التصرف الذي ورد فيه الشرط، اذا كان التصرف معارضه، أما اذا كان التصرف تبرعا، بطل الشرط وصح التصرف، إلا إذا كان شرط المنع من التصرف هو الباعث على التصرف، إلا أن هناك حالات كثيرة أوجبت الاعتداد بشرط المنع من التصرف لحماية بعض المصالح المشروعة وخصوصا في التصرفات التبرعية، كمن يهب مالا لأولاده ويشترط عليهم عدم التصرف بالمال لحماية مصالح الأحفاد أو لحماية الأولاد أنفسهم من نزقهم، ثم انتقلت بعد ذلك الى عقود المعاوضات وأصبحت من الشروط الشائعة في المعاملات[٣٥].

وفي نطاق عقد الرهن حيث يشترط الدائن المرتهن في بعض الحالات على المدين الراهن عدم التصرف في المال المرهون لتجنب اجراءات حق التتبع، وفي هذا الصدد نجد المشرع العراقي لا يجيز للمدين الراهن مقدماً التصرف في المال المرهون

(٣٣) د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية ، القاهرة ، سنة ١٩٦٠ ، الفقرة ٣٨ ، ص ٨١ .

(٣٤) م/ ٨٢٣ من القانون المدني المصري .

(٣٥) د. درع حماد ، المصدر السابق ، ص ١٠٢.

قبل موافقة الدائن المرتهن على ذلك التصرف حيث نصت المادة (٣١٧) من قانون التسجيل العقاري على انه (١- للراهن اجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه الى من انتقل اليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن).

وفي هذا الصدد اذا ورد الشرط المانع من التصرف في تصرف وارد على عقار، فأن نصوص قانون التسجيل العقاري لا تجيز تسجيل هذا الشرط في سجلاتها لمخالفته مقتضى العقد[٣٦].

واذا ورد الشرط المانع من التصرف في العقارات فانه لا يمنع من ان يرد في المنقولات، فقد يشترط المتصرف بأحد المنقولات على المشتري عدم التصرف فيها خلال فترة زمنية معينة الا ان هناك رأي بشأن شرط المنع من التصرف في المنقولات حيث ان القواعد العامة تعترض صحته او فاعليته لسببين:

اولهما: عدم امكانية نفاذه بحق الغير دون علم الاخير به استناداً لاحكام المادة (١٤٢) مدني

وثانيهما: ان قاعدة الحيازة في المنقول تحد من سريان هذا الشرط الى حد تجعله عديم الاهمية مما يندر التعامل به[٣٧].

الفرع الثاني: ان يكون الباعث منه مشروعاً.

ويراد بذلك ان تكون هناك مصلحة جدية تدعو الى هذا الشرط ويستوي ان تكون المصلحة التي يراد حمايتها هي مصلحة المشترط او مصلحة المتصرف اليه او مصلحة الغير ومثال ذلك ان يهب المتصرف احد امواله الى احد اقاربه

ويشترط ضمن عقد الهبة احتفاظه بحق الانتفاع بهذا المال طوال حياة المتصرف وضمان لذلك يشترط المتصرف على المتصرف اليه عدم جواز التصرف في هذا المال، وقد لا يقصد المتصرف حماية نفسه من الشرط المانع من التصرف وانما حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه فقد يكون المتصرف اليه طائشاً لا يقدر أهمية الأموال له أو سفيهاً[٣٨] فيشترط عدم جواز بيع المال الموهوب له حتى يزول سبب طيشه.

الفرع الثالث: ان يكون شرط المنع من التصرف مؤقتاً.

لا يمكن ان يكون شرط المنع من التصرف ان يكون مؤبداً، فاذا كان مؤبداً يعني ذلك حبس المال عن التداول بصفة دائمة ولا يصح ان يكون لمدة طويلة بحيث تتجاوز الهدف الذي دعت اليه وانما يقرر لمدة معقولة حيث تناولت الفقرة الثالثة من المادة (٨٢٣) من القانون المدني المصري هذا الشرط وقد تكون هذه المدة معقولة حتى لو

(٣٦) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج٣، ط١، بغداد ، ١٩٨٩،ص١٧.

(٣٧) عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال، ص ١٦٨نقلا عن د. طارق كاظم عجيل ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

(٣٨) السفيه هو الذي يبذر امواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير ، انظر د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ،ج١، مصادر الالتزام ، بيروت ، لبنان ، سنة ٢٠٠٨ ، ص٧٢.

استغرقت حياة المتصرف او المتصرف اليه أو الغير، ومعقولية المدة أمر[٣٩] متروك للقاضي، فله ان يعتبر المدة معقولة او لا يعتبرها كذلك اعتماداً على ظروف كل حالة فاذا تجاوزت مدة المنع مقتضيات تلك المصلحة او تجاوزت الحاجة التي دعت اليه كان الشرط لغواً وتطبيقاً لما تقدم قرر القضاء الفرنسي ان مما يتجاوز المدة المعقولة للمصلحة التي تبرر الشرط هو المنع من التصرف لمدة ثلاثين عاماً المقترن بوصية لمصلحة الموصي له الذي يبلغ من العمر (٥٢) سنة بغير ايضاح عن مبرر المنع [٤٠] ولم تبين المادة (١٠٢٨) من القانون المدني الاردني ما حددته الفقرة الثالثة من القانون المدني المصري حيث تركت تحديد ذلك الى قاضي الموضوع.

كل ما تقدم بما ذكر عن موقف القوانين الوضعية، الا ان الحال مختلف تماماً عن موقف الفقه الاسلامي وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثالث.

(٣٩) د. درع حماد عبد, المصدر السابق ص١٠٦.

(٤٠) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، سنة ١٩٥٣، ج٣،ص١٣٠.

المبحث الثالث
موقف القضاء والفقه الاسلامي من شرط المنع من التصرف.

يعتبر كل من الفقه والقضاء من المصادر الاحتياطية للقانون وتسمى بالمصادر الاستئناسيه او التفسيرية للقانون حيث ان القاضي يرجع الى المؤلفات الفقهية لكي يستوحي منها الحكم , كما ان الفقيه بدوره يقوم بالتعليق على الاحكام القضائية حيث يبين للقاضي الطريق السليم والصائب, كي يتجنب مواطن الزلل ولغرض تسليط الضوء على موضوع هذا المبحث لابد من تناوله في مطلبين وكما يلي :

المطلب الاول: موقف القضاء من شرط المنع من التصرف.

رفض القضاء الفرنسي في البداية شروط المنع من التصرف رفضا تاما مستندا في ذلك الى عدة اسباب قانونية[٤١] وسياسية واجتماعية واقتصادية[٤٢] حيث ان الاسباب القانونية تتمثل في ان خصائص حق الملكية حق المالك في التصرف بملكه كيف ما شاء ذلك لان حق التصرف يعتبر من الركائز الجوهرية للملكية العقارية الخاصة واذا اختل هذا العنصر فقدت الملكية جوهرها الاساس[٤٣] كما ان الاسباب السياسية والاجتماعية التي عانى منها الشعب الفرنسي التي تتمثل في مساوئ الاقطاع ذلك لان اجازة المنع من التصرف سوف يؤدي الى حبس الاموال من التداول وبالتالي يؤدي الى تركيز الثروة في ايادي فئة قليلة من الاقطاع، وصح شرط المنع من التصرف يؤدي الى اعاقة حركة تداول الاموال وبالتالي يتجلى مضاره السلبي على الثروة القومية واستمر هذا الموقف في القضاء الفرنسي الى ان صدر حكم قضائي قرر بموجبه صحة شرط المنع من التصرف في قضية (beaug) اذا ما تم تحديده بمدة ذلك لانها تعتبر من مسائل الواقع التي ينفرد بها قاضي الموضوع بتحديدها استمر الامر بفرنسا بين الرفض والقبول فتارة يقضي بصحة الشرط المانع من التصرف وتارة اخرى يرفض هذا التصرف بحسب الحاجة العملية وغياب النص القانوني، واستمر ذلك النهج الى ان صدر القانون المدني المرقم ٨١/٥٢٦ الصادر في ٣ يونيو ١٩٧١ الذي اجاز بموجبه الشرط المانع من التصرف بشروط تم تحديدها في المادة ١/٩٠٠ منه[٤٤] ولم ينحصر تدخل المشرع بوضع القيود على حق الملكية ذاته وانما تجاوز الى ابعد من ذلك وذلك عن طريق الحد من سلطة المالك في التصرف لاحد السلطات الهامة والرئيسية التي يخولها حق الملكية ، ومن شان هذه القيود ان تمنع المالك من التصرف بالشيء المملوك منعا مؤقتا، كما هو الحال في ما اورده القانون المدني المصري في نطاق ملكية الاسرة حيث لا يجوز لأي شريك في ملكية الاسرة ان يتصرف في نصيبه لاجنبي عن الاسرة الا بموافقة الشركاء

---

(41) Laurent Francois Principes de Droit cidil,3eme,ed Dalloz,1978, P 601.

(٤٢) ايناس محمد ابراهيم جاد الحق، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٣٠.

(43) Laurent Francois princips de droit civil ,3emeed Dalloz, 1978 p 603

(٤٤) ايناس ابراهيم جاد الحق ، المصدر السابق ، ص ٨٢ .

جميعا[٤٥] م (٨٥٣) من القانون المدني المصري[٤٦] وكما هو الحال بالنسبة الى المالك الذي توزع عليه الارض المستولى عليها في مصر طبقا لقانون الاصلاح الزراعي اذ لا يجوز له ولا لورثته ومن بعده التصرف في هذه الارض قبل الوفاء بثمنها كاملا (م١٦) من قانون الاصلاح الزراعي المصري[٤٧] وفي الشفعة فرض القانون على المالك بان يكون التصرف بالشيء المملوك له للشفيع وحده دون غيره اذا طلب الاخير الشفعة واستوفى الشروط اللازمة لذلك[٤٨] كما قد يكون من شأن هذه القيود ان تمنع المالك من التصرف بصفه مؤبده, كما هو الحال في الاموال الموقوفة, وأجازت المحاكم المصرية الاشتراطات المانعة من التصرف بنفس الشروط التي أجازتها المحاكم الفرنسية، بل أصبحت هذه الاشتراطات أمراً لا اعتراض عليه في قضائها كما أبطل القضاء المصري الشروط المؤبدة وأجاز الشروط المؤقتة، وكل ذلك ماهو إلا صدى للقضاء الفرنسي[٤٩].

واشترط القضاء المصري لتصحيح الشرط المانع من التصرف المؤقت أن تكون هناك مصلحة جدية مشروعة ابتغى الشرط الى تحقيقها[٥٠].

أما عن موقف القضاء العراقي حيث يبدو ان القضاء العراقي يؤيد ما ذهب اليه بعض الفقهاء الذين يرون ان احجام المشرع لا يمكن تبريره الا على اساس عدم الرغبة في تقرير الاحكام الواردة في المادتين(٨٢٣و٨٢٤) مدني مصري, وانه ترك الامر في ذلك الى القواعد العامة التي نصت عليها المادة (١٣١) مدني عراقي, لان الاصل ان شرط المنع من التصرف مخالف للنظام العام لتجريده حق الملكية من ابرز عناصرها وهي حق التصرف ولمخالفته مبدأ تداول الاموال, وهذا غير جائز الا في الحالات التي جاء بها القانون او الشرع كالوقف, حتى في هذه الحالة لا بد ان يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع وان يقتصر على مدة معقولة[٥١].

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بأنه (إذا شرط في عقد البيع عدم جواز

(45) Plus de precision art 900.1 du code civil Francais , creeper loide 21 mars 1804 modifie Parlol 305 du mars 2002, art jorf 5 mars 2002 (les clases d inalienabilite affectant un bien donne ou legae ne sont valable que sielles sont t emporaires et justifies par un bien donne ou lege ne memo ades personnes physique a charge de constitur des personnes morales).)

(٤٦) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني ، والقانون المصري، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر ، بيروت ، سنة ١٩٨٢ ، فقرة ٣٨، ص١٣٤ وبنفس المعنى خليل احمد قدادة ، حق الملكية ، فقرة ٢٣، ص ٥٧.

(٤٧) عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، فقرة ٨٣، ص ١٣٤.

(٤٨) خليل احمد قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني ، ج١ ، حق الملكية ، فقرة ٢٣، ص ٥٨.

(٤٩) فقضت محكمة طنطا الكلية في حكم لها جاء فيه (اذا حرم البائع على المشتري منه التصرف في العين المبيعة تحريما مؤقتا ، كان الشرط جائز ، سواء كان التصرف بعوض او بغير عوض اما اذا التحريم عن التصرف بصفة مؤيدة كان الشرط باطلا ، ولا يبنى عليه بطلان العقد الا اذا كان الشرط في مقابل الالتزامات اني التزم بها الطرف الاخر) طنطا الكليه ٦ يناير ١٩٢٦، المحاماة ، السنة ٦، رقم ٥٣٩، ص ٨٦٥ ومن قبلها محكمة بنها الجزئية يناير ١٩٢٥، المحاماة ، السنة ٥ (رقم ٣٨٣)، ص ٤٥٠.

(٥٠) عن موقف القضاء المصري في هذا الصدد انظر : قرار محكمة النقض (٣٠-١-٨٢-١٩٤٩،س١٧،م و م، ٤، ١٩١١) مشار اليه في محمد كمال عبد العزيز، وقرار محكمة النقص (م وم-٣-١٩٤٥) مشار اليه المصدر ذاته ، ص ٧٢٢.

(٥١) انظر شاكر ناصر حيدر، الوسيط، ١٩٥٩، ص٣٤٠-٣٤١، فقره (٣١٦٥) ومنذر الفضل ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، ص٣٠٩ وعبود البلداوي، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار ، مجلة القضاء ، بغداد ، العدد الاول والثاني ، السنة ٢٩، ١٩٧٤، ص ٢٩٥.

بيع السيارة المبيعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن, فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته مقتضى العقد)[٥٢].

كما قضت أيضاً(إذا كان الشرط يتنافى مع حق المالك في التصرف بملكه فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام)[٥٣].

أما الاتجاه الثاني فقد اجاز شرط المنع من التصرف فقد قضت محكمة التمييز بأنه (يصح الاشتراط في عقد بيع السيارة بعدم جواز بيعها الا بعد تسديد كامل ثمنها, وبأن عدم دفع القسط المستحق من الثمن يجعل بقية الاقساط مستحقة الدفع)[٥٤].

المطلب الثاني: موقف الفقه الاسلامي من شرط المنع من التصرف.

يعد شرط المنع من التصرف حديث النشأة نسبياً فهو فيما يرى بعض الكتاب قد نشأ بعد منتصف القرن التاسع عشر في احضان القضاء الفرنسي الذي كان اول من أجاز العمل به وصححه ، ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على اطلاقه، اذ ان جانباً من الفقه الاسلامي قد اجاز هذا النوع من الشروط واعتبره صحيحاً بقيود معينة وهذا يعني ان الفقه الاسلامي قد سبق القضاء الفرنسي بزمن طويل حيث ان الحضارة العظيمة التي بناها المسلمون في أوربا وبالتحديد الاندلس والتي دامت ٨٠٠ عام تنشر النور والعلم في كل انحاء أوربا وكان المسلمون يتبعون المذهب المالكي الذي يتسم بأن مصادره كثيرة جداً حتى وصلت مصادره الى ٢٤ مصدر كان الفرنسيون عندما احتلوا مصر قد تأثروا بالفقه الاسلامي وقاموا بنقل كثير من انظمة الشريعة الاسلامية في المعاملات من بيع وهبة ورهن وجرائم ثم قاموا بجمعها فيما يسمى بمجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ , ومن بين القوانين التي تؤكد ان التشريع الفرنسي قد استمدها من الفقه المالكي مثلا العقود وشروط صحة العقد وحرية المتعاقدين ونظرا لاهمية الفقه الاسلامي في الكثير من التصرفات القانونية ومنها شرط المنع من التصرف لابد من استعرض الموقف الفقهي للمذاهب الاسلامية .

ففي المذهب الحنفي: نجد ان الشرط المانع من التصرف شرط فاسد يفسد العقد في الراي الغالب لدى الاحناف و على وجه الخصوص في المعاوضات دون التبرعات ولا يفسد العقد عند القليل من الأحناف كابن ابي ليلى ولذا يعد الشرط المانع من التصرف لغوا في الفقه الحنفي حتى لو رتب الشرط منفعة للمبيع ذاته او للبائع (المتصرف) او للمشتري (المتصرف له) او لأجنبي عن المتقاعدين (الغير) ومثل المنفعة لذات المبيع ان يشتري عبدا على الا يبيعه او يهبه او يخرجه من ملكه او على ان يبيعه من فلان دون غيره او على الا يخرجه من بلد معين ومثال المنفعة التي تتحقق للبائع (المتصرف) المنفعة التي قد تتعلق بالمبيع ذاته او الى مستقله عن المبيع[٥٥], والمادة (١٨٩) من

(٥٢) رقم القرار (٢٤٥) في ١٩٥٨/٢/١٣، مجلة القضاء، العدد الثالث ، ١٩٥٨، ص ٤٢٧.
(٥٣) رقم القرار (١٢٢٠) في ١٩٥٤/٧/٢٨، مجلة القضاء ، العدد الخامس ، ١٩٥٤، ص ١١٨.
(٥٤) قرار محكمة التميز العراق رقم (٥٦٦) مدنية اولى، سنة ١٩٧٦، تاريخ القرار ٨-٩-١٩٧٦، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث لسنة ١٩٧٦، ص ١١.
(٥٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٣٠-١٣١.

مجلة الاحكام العدلية التي سارت على نهج المذهب الحنفي بان (البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقدين يصح والشرط لغو , فبيع الحيوان على ان لا يبيعه المشتري لاخر او على ان يرسله الى المرعى صحيح والشرط لغو, ويتبين مما جاء اعلاه بان الشرط المانع من التصرف شرط فاسد يفسد العقد في الرأي الغالب لدى الاحناف, حيث يبين الفقه الحنفي بأن كل مبادلة مال بمال كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به بل تفسد اذا اقترنت او علقت به)[٥٦].

أما عن موقف المذهب المالكي : فان موقفهم لا يختلف عن موقف المذهب الحنفي من شرط المنع من التصرف فقال اغلبهم بعدم جوازه من ذلك قال (اذا اشترى عبدا على ان لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح[٥٧].

ورواية عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله تعالى عنهم ان النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع وشرط ، وعن حادثة شراء بريرة قال رسولنا الكريم (صلى الله عليه وسلم) (ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله احق وشرط الله اوثق اما اذا اشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع فالبيع جائز لان هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكاده ، وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف فذلك جائز ايضا ، وذلك لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر قال: (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل في نفسه ، وقال(وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح)[٥٨] .

أما فقهاء الشافعية نجدهم قد ابطلوا العقد الذي قد يتضمن هذا الشرط مستندين في ذلك لما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) بانه (نهى عن بيع وشرط) وما ورد في كتاب الام للامام الشافعي رحمه الله في قوله (اذا اشترى جارية على ان يبيعها او على ان لاخساره عليه من ثمنها فالبيع فاسد ولو قبضها فاعتقها لم يجز عتقها) باعتبار ان هذا الشرط يتنافى مع مقتضى العقد اما فيما يخص الذهب الحنبلي نجد انه هو اكثر الفقهية تطوراً في مسألة اقتران العقد بشرط [٥٩] وفي هذا الصدد قال الامام احمد (انما النهي عن شرطين في بيع ، اما الشرط الواحد فلا بأس به). وخلاصة القول ان جمهور الفقهاء يعدون ان الاصل في الاشتراط الحظر والمنع ، فالشروط في العقود باطلة واستدلوا بعدة ادلة منها حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) (كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مئة شرط) ، وحديث الرسول (صلى الله عليه

(٥٦) انظر السرخسي ، المبسوط ، ج١٣، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ص ٧٥٦.
(٥٧) م (٣٢٣) من مرشد الحيران.
(٥٨) أنظر السرخسي: المصدر السابق، ص٤١٢ .
(٥٩) انظر السرخسي ، المصدر السابق، ص٤١٢ .

وسلم) (نهى عن بيع وشرط) وكذلك (نهى عن بيع وسلف وعن شرطين في بيع[٦٠].

أما عن موقف المذهب الجعفري: فقد قال السيد محمد الحسني ال كاشف الغطاء في ذيل القاعدة الثامنة عشر تحت عنوان (الشرط جائز بين المسلمين الا ما احل حراما أو حرم حلالا) وكذلك في ذيل القاعدة التاسعة عشر تحت عنوان (المؤمنون عند شروطهم الا ما خالف كتاب الله)،[٦١] ومع ذلك الا ان علماء المذهب الجعفري قد اختلفوا في صحة شرط المنع من التصرف ، فقال البعض منهم بصحته لأنه لا يعد من الشروط التي تنافي حقيقة العقد وصلبه وان كان منافيا لإطلاق العقد، الا ان هذا الشرط يكون باطلاً اذا جاء منافيا لجوهر العقد، وما ذكر نجده في تحرير المجلة حيث ورد (..... فلو باعه الدار وشرط عليه ان لا يبيعها او لا يرهنها وما شابه ذلك مما يسلب سلطنه المالك عن بعض التصرفات، فانها شروط صحيحة اتفاقا مع انها تنافي مقتضى العقد ....)[٦٢].

وخلاصة القول وما تقدم فان جمهور فقهاء المسلمين لا يقر شرط المنع من التصرف.

(٦٠) نجم رياض نجم الربضي ، النظام القانوني للشرط المانع من التصرف ، دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، جامعة عمان الاهلية ، سنة ٢٠١١، ص ٢٠٩.

(٦١) د. الشيخ علاء زعتري ، موسوعة المعاملات المالية المعاصرة ، الشروط في البيع ، سنة ٢٠٠٩،ص ٦١٢.

(٦٢) السيد محمد الحسين ال كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج١، المطبعة الحيدرية ، النجف الاشرف ، ص١٠٦.

الخاتمة

حق الملكية اقترن بوجود الانسان نفسه الذي اقبل على حب التملك والاستئثار الامر الذي جعل هذا الحق يأتي في مقدمة الحقوق العينية بخصائص تميزه عن غيره من الحقوق لا تحدها او تقيدها الا قيود قانونية او اتفاقية واول هذه القيود هو الشرط المانع من التصرف والذي تطرقنا اليه في هذا البحث وتحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني منه منذ ان شرع في القانون المدني الفرنسي ثم القانون المدني المصري والعراقي وبقية الاقطار العربية ثم بينا الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وحددنا نطاقه ثم تطرقنا الى الموقف القضائي وموقف الفقه الاسلامي الذي له الدور في نشوء وتطور هذا الشرط .