

شرط المنع من التصرف في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة

د. جليل الساعدي

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد سيد المرسلين وعلى آله
الطيبين الطاهرين .

لما بعد

فلم يعد حق الملكية في العهد الحالي كما كان العهد عليه في العهود السابقة حقاً
مطلقاً، بل أصبح حقاً مقيداً بقيود متعددة تزداد يوماً بعد يوم، وما شرط المنع من
التصرف الا صورة من هذه القيود.

وهذا البحث هو محاولة متواضعة لدراسة هذا الشرط في القانون المدني العراقي
مقارناً بالقانونين المصري والفرنسي. فاما القانون المدني المصري فيوصفه مصدراً
استقى منه القانون المدني العراقي بعض احكامه، واما القانون المدني الفرنسي فيوصفه
انموذجاً يحتذى به في الدراسات القانونية. كما سنخرج على موقف الفقه الاسلامي من
الشرط المذكور، فهذا الفقه هو المورد الذي استقى منه القانون المدني العراقي جل
احكامه، بل انه وكما تنص المادة الاولى منه يعدا مصدراً من مصادر القاعدة القانونية
يأتي في الترتيب ثالثاً بعد التشريع والعرف. والاهم من هذا كله، هو اننا اليوم في اشد
الحاجة لدراسة فقهننا الاسلامي بعد ان اثبت التطبيق العملي انهيار احد النظامين
الرئيسيين في العالم وقصور النظام الاخر، ثم ان يوادرا تلوح في الافق تذل على ان
اليوم الذي يخرج فيه هذا النتاج العظيم من بطون الكتب الى واقع الحياة من جديد ليس
بالامر البعيد .

- وستقسم خطة البحث بعد التمهيد الى اربعة مباحث وكما يأتي :
- المبحث الاول : النطاق القانوني لشرط المنع من التصرف .
- المبحث الثاني : التكييف القانوني لشرط المنع من التصرف .
- المبحث الثالث : الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف .
- المبحث الرابع : احكام شرط المنع من التصرف .

التمهيد:

ان للمالك في الملكية التامة سلطات ثلاث، هي الاستعمال والاستغلال والتصرف^(١).
فاما الاستعمال، فهو استخدام الشيء في جميع وجوه الاستعمال التي كان قد اعد لها
والتي تتفق مع طبيعته والحصول على منافعه فيما عدا الثمار. واما الاستغلال، فهو
الاستثمار، اي الحصول على ما يتولد او ينتج عن الشيء من ثمار. واما التصرف فهو
استخدام الشيء استخداما يستنفذ معه السلطة المقررة عليه كلا او بعضا، والتصرف
نوعان، تصرف مادي يكون باجراء تغيير مادي في الشيء او استهلاكه، وتصرف
قانوني يكون بنقل ملكية الشيء او تقرير حق عيني عليه^(٢).

إلا ان المالك قد يحرم من سلطة الاستعمال او من سلطة الاستغلال او من السلطين
معاً، والاصل ان هذا الحرمان يكون بقيد قانوني يقرر لمصلحة عامة او لمصلحة

(١) ويلمس هذا بوضوح من التعريف الذي صاغه القانون المدني العراقي للملكية، حيث نصت المادة
(١٠٤٨) على انه (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عيناً ومنفعة
واستغلاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات
الجائزه) انظر: مايقابل هذا النص، المادة (٨١٢) من القانون المدني المصري، والمادة (٥٤٤) من
القانون المدني الفرنسي.

(٢) انظر: د. السنيهوري، الوسيط، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٤٩٦
ومابعدھا .

خاصة بواجبها المشرع عناية^(١). ومع ذلك فإن الإرادة تملك هي الأخرى تقييد الملكية في حدود معينة. فتكون في هذه الحالة لزاماً ما يطلق عليه بالقبود الإرادية^(٢). وهذه القبود لا تقتصر على شرط المنع من التصرف، فتقرير حق ارتفاق أو حق مساطحة أو حق انتفاع هو أيضاً من القبود الإرادية التي ترد على الملكية. وإذا كان في الواسع حرمان المالك من سلطة الاستعمال أو من سلطة الاستغلال أو من السلطتين معاً، فإنه لا يجوز حرمانه من سلطة التصرف، فهذه السلطة هي قوام الملكية وهي التي تجعل من الملكية الحق الذي تنفرع منه الحقوق العينية الأصلية الأخرى^(٣). وتكفل لها القيمة الاقتصادية، سلطة التصرف هي الوسيلة التي تضمن تداول الأموال ووصولها إلى من يستطيع استغلالها^(٤). ولهذا فوفق استعصى على القضاء الفرنسي في بادئ الأمر تقرير صحة شرط المنع من التصرف، وقضى ببطلان الاتفاقات التي تحرم المالك من سلطة التصرف في ملكه^(٥). إلا أن منطق الواقع كان كما يبدو أكثر قوة من منطق القانون المجرد، فقد اتضح للقضاء الفرنسي أن ثمة حالات معينة يستند فيها المنع من التصرف على مبررات عملية مقبولة تتمثل في مصلحة جدية ومشروعة يقصد تحقيقها من خلال

(١) انظر :

Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil francais, T, III, les biens, 1952, no, 221, p.228.

(٢) انظر د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٧، ص ٨٨ الهامش رقم ٤، د. سعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، ص ٧٥ الهامش رقم (١) .

(٣) انظر: د. حسن كير، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٦٥، ص ٢٥٨ .

(٤) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة مصطفى البيبي وأولاده، ١٩٦٦، ص ١٦٢ .

(٥) انظر:

Marty et Raynaud, droit civil, les biens, T, II, 56, p.68, planiol et Ripert:op. cit, no, .223,p.

المنع من التصرف فالخذ القضاء الفرنسي يحكم بصحة هذا الشرط في الحالات التي لا يتضمن فيها اهدارا كاملا لمضمون الملكية ولحرية تداول الاموال⁽¹⁾.

المبحث الاول: النطاق القانوني لشرط المنع من التصرف

ان شرط المنع من التصرف هو شرط به يشترط المالك (المتصرف) على من يتقل اليه ملكية الشيء (المتصرف اليه) بالا يتصرف فيه مدة معينة او غير معينة. وقد يكون المنع من التصرف مطلقا، فيمتنع المتصرف اليه من كل تصرف، وقد يكون المنع من التصرف محددا، فيمتنع المتصرف اليه من تصرف معين او انواع معينة من التصرف⁽²⁾.

اذا كان الاصل ان هذا الشرط يرد بوصفه قييدا على الملكية، فانه قد يرد ايضا بوصفه قييدا على الحقوق العينية الاخرى. وفي الحالات كلها، فانه يلزم لصحته ثلاثة امور، اولها، ان يرد في تصرف قانوني، وثانيها، ان يكون الباعث منه مشروعاً، وثالثها، ان يكون المنع من التصرف مؤقتاً تاقباً معقولاً، وسنبحث كل امر من هذه الامور الثلاثة في مطلب مستقل .

المطلب الاول، ان يرد الشرط المنع من التصرف في نطاق تصرف قانوني

يجب ان يرد هذا الشرط في نطاق تصرف قانوني، ومن ثم فانه لا يجوز ان يعلن شخص يارادته المنفردة ان مالا يملكه اصبح غير قابل للتصرف فيه، لانه بهذا يكون قد

(1) انظر:

Planiol et Ripert : op, cit, no, 223, p230; Ripert et Boulanger., traite de droit civil, T.II, .1957, no, 2427, p.848.

(2) انظر:

Larroumet , droit civil, les biens, droits Reels Principaux, T.II, 1985, no, 339, pp.181-182.

الفرجة من الضمان العام للدائنين، فالمنع من التصرف يستتبعه - كقاعدة عامة - المنع من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه^(١).

وإذا كان الأصل أن شرط المنع من التصرف يرد في عقد من عقود الشرع، لأن تنازل المالك عن ملكه بغير عوض يجعل له سلطة فرض هذا الشرط وحمل المتعاقب الآخر على قبوله، فإنه ليس ثمة ما يحول دون يرد هذا الشرط في عقد من عقود المعوضة، كأن يشترط للبائع على المشتري الامتناع عن التصرف في المبيع إلا بعد الوفاء بالثمن كاملاً.

وقد تردد الفقه في جواز أن يرد هذا الشرط في العقود غير الناقلة للملكية، فقال البعض بجواز ذلك، ومن ثم بجواز اشتراط الدائن المرتهن تأمينياً على الراهن عدم التصرف بالعقار المرهون^(٢). وذهب البعض - ونحن نؤيده - إلى عكس ذلك، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يحرم الراهن من سلطة التصرف في عقاره المرهون^(٣).

حقاً إن للدائن المرتهن مصلحة مشروعة في المنع من التصرف تتمثل في تجنب الإجراءات اللازمة لتتبع العقار المرهون إذا ما تصرف به الراهن إلى الغير، إلا أن هذه المصلحة لا تكفي لإجازة المنع من التصرف وذلك لما ينطوي على هذه الإجازة من تقويت للغرض المتوخى من نظام الرهن، فهذا النظام يهدف إلى تمكين المالك من استعمال ملكه والحصول على أقصى منافعه وما يمثله من قيمة اقتصادية ولا سيما في الائتمان الذي ينشده، دون أن يحرمه من سلطة التصرف فيه.

^(١) انظر: د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء (١١١) ص ٩٩. وقارن عكس ذلك: د. حسن كبيره، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

^(٢) انظر: Ripert et Boulanger : op,cit,no,2426, p,848.

^(٣) انظر: الأستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، مطابع دار الكتب، جامعة الموصل ١٩٨٢، ص ٤١٦.

من ناحية اخرى، فان بعض الفقه المصري يرى ان شرط المنع من التصرف
لمنصوص عليه في المادة (٨٢٣) من القانون المدني المصري، يجوز ان يرد في
الوعد بالتبعية، فيشترط الموعد له على الواعد عدم التصرف بالعين خلال مدة الوعد.
وان هذا الشرط يكون صحيحا اذا ما اجتمعت فيه المدة المعقولة والمصلحة العينية
المشروعة، وان هذه المصلحة متوافرة حتما في الوعد بالبيع، لان الموعد له يكون
مهتدا دائما بما قد يقوم به الواعد من تصرفات خلال مدة الوعد^(١).

ويبدو لنا ان هذا الرأي حمل النص الذي وضعه المشرع المصري مالا يحتمله،
ووجه الدلالة من ذلك ان المشرع المصري كان قد اطلق على المشروط تسمية
المتصرف، وعلى المالك الممنوع من التصرف تسمية المتصرف اليه، مما يستلزم ان
يكون شرط المنع من التصرف قد ورد في نطاق تصرف قانوني انتقلت به الملكية الى
المتصرف اليه^(٢).

ان شرط المنع من التصرف يرد على العقار والمنقول على حد سواء، بيد انه لا
كان المال محل المنع من التصرف منقولا، فان الشرط قد لا يكون مجليا من الناحية
العملية، لان من انتقلت اليه ملكية المنقول وتصرف به خلافا للشرط المذكور الى
شخص آخر حسن النية، فانه لا مجال للاحتجاج على هذا الشخص بشرط المنع من
التصرف. اما اذا كان محل المنع من التصرف عقارا او حقا عينيا عقاريا، فانه لا بد
من تسجيله، فهذا التسجيل هو الذي يجعل الغير الذي يتعامل مع المتصرف اليه على
بينة من امره، فيكون التسجيل حجة عليه^(٣). وقد اوجب المشرع الفرنسي هذا التسجيل
اذا ورد الشرط المذكور في نطاق عقد، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (٢٨)

(١) انظر: د. السهيوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ٥١٨، الهامش رقم (٢)، د. عبد المنعم فرج
الصدقة، محاضرات في القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٦٢.

(٢) انظر: د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، الدار الجامعية ١٩٨٧، ص ٣٨١.

(٣) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدقة، حق الملكية، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي وابنه،
١٩٦١، ص ١٧٧، د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص ٢٦٢.

من مرسوم (٤) كانون الثاني لسنة (١٩٥٥). إلا أن المشرع الفرنسي لم يوجب التسجيل إذا ورد شرط المنع من التصرف في نطاق وصية. وقد كان هذا التوجه محلاً لنقد الفقه الفرنسي^(١).

المطلب الثاني، أن يكون الواهب من شرط المنع من التصرف مشروعاً
يترتب لصحة شرط المنع من التصرف، أن يكون الواهب منه مشروعاً^(٢)، والباعث يكون مشروعاً إذا كانت الغاية المتوخاة منه، حماية مصلحة جنية مشروعة. سواء أكانت هذه المصلحة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، كأن يوصي شخص بمال معين على أن يتعهد الموصى له بدفع معاش من أيراد ذلك المال، ويحظر عليه التصرف بالمال لكي يضمن الوفاء بالمعاش، أو كأن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف بالمال الموهوب حتى يبلوغ الموهوب له سناً معينة^(٣). أو كأن يشترط

(١) نظر :

Larroumet: op, cit, no,348,p.185.

(٢) استعمل القانون المدني المصري في المادة (٨٢٣) تعبير الواهب المشروع، في حين استعمل لقانون المدني الفرنسي في المادة (٩٠٠-١) تعبير المصلحة المشروعة، وقد ذهب البعض إلى أن المشرع الفرنسي كان أكثر توفيقاً من المشرع المصري في اختيار هذا التعبير، ذلك لأن فكرة باعث المشروع فكرة ذاتية تتحكم في تحديدها اعتبارات شخصية، وقد يكمن الهوى ورئها، أما فكرة المصلحة المشروعة، فإنه يمكن تحديدها على وفق معيار موضوعي، ولا يؤثر في ذلك أن الذي يحددها ابتداءً المتصرف، حيث يمكن للمحكمة أن تتأكد من مدى تحققها وجدوبتها، إذا ما طالب المتصرف إليه الآن بالتصرف مدعياً ثلاثي المصلحة المقصودة من شرط المنع من التصرف.
نظر : د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، المصدر السابق، ص ٣٧٥، الهامش رقم (١) .
(٣) نظر :

Marty et Raynaud : op, cit, no,56,p.69.

الواجب على الموهوب له ان يدفع معاشا من ايراد المال الموهوب الى الغير ويحظر على الموهوب له التصرف بالمال لكي يضمن الوفاء بالمعاش^(١). واشترط البعض في المصلحة المشروعة ان تكون مصلحة مادية، وعندئذ ان هذه المصلحة هي وحدها التي تكون على جانب من الاهمية فتبرر الخروج على مبدأ حرية تداول الاموال. اما المصلحة المعنوية فلا تبرر ذلك، فضلا عن انه يصعب تحييدها في حالات معينة مما يؤدي الى تحكم القضاء^(٢).

إلا ان جمهور الفقه - ونحن نؤيده- يرى ضرورة التسوية بين المصلحة المادية والمصلحة المعنوية في هذه المسألة، وانه ليس مستبعدا ان تبلغ المصلحة المعنوية درجة من الاهمية، فتفوق احيانا المصلحة المادية^(٣).

المطلب الثالث: ان يكون شرط المنع من التصرف مؤقتا تأقيتا معقولا

ينبغي اخيرا لصحة هذا الشرط ان يكون المنع من التصرف مؤقتا تأقيتا معقولا، فان كان شرط المنع من التصرف مؤبدا، او كان مؤقتا تأقيتا غير معقول، كان الشرط باطلا، وان كان الباعث منه مشروعاً .

وقد اعتبر القانون المدني المصري مدة المنع من التصرف معقولة وان استغرقت حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير (المادة ٨٢٣). ومع ذلك فان بعض فقهاء المصري قال ببطلان هذا الشرط اذا ما نص في العقد او الوصية على حرمان

(١) انظر: د. حسن الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطباعة، بغداد ١٩٥٤، ص: ٦٢ .

(٢) انظر: د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، المصدر السابق، ص ٣٧٦ - ٣٧٧ .

(٣) انظر: د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ٥١٠ الهامش رقم (١)، د. محمود جمال

الدين زكي، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨، ص ٩٣، وانظر كذلك

Marty et Raynaud : op. cit, no, 56, p.69.

المتصرف اليه مدى حياته من التصرف، الا ان ليس ثمة ما يحول دون اعتبار الشرط صحيحا اذا ما نص في العقد او الوصية على مدة معقولة وان ظهر فيما بعد ان هذه المدة قد استغرقت حياة المتصرف اليه^(١).

ويبدو ان هذا الرأي لا سند له وذلك لصراحة نص المادة المذكورة، كما انه يقيد من اطلاق النص من دون دليل، ويهدر قيمته ويلغى كل حاجة اليه^(٢). والحق انه كان الاولى بالقانون المدني المصري ان يضع سقفا زمنيا لا يجوز ان تتعداه مدة المنع من التصرف وذلك بالنظر للآثار الخطيرة التي ترتب على اطلاق هذا المنع.

هذا كله في القانون المدني المصري، اما في القانون الفرنسي، فان القضاء الفرنسي اعتبر مدة المنع من التصرف التي تستغرق حياة المتصرف اليه غير معقولة، كما اعتبر المنع من التصرف مدة ١٧ عاما مؤقتا تأقيتا غير معقول، الا ان محكمة النقض الفرنسية قضت بمعقولية مدة المنع من التصرف وان كانت ٤٠ عاما^(٣). ولا شك ان هذا التخييط في احكام القضاء الفرنسي بشأن المدة المعقولة للمنع من التصرف يدعم رأينا بضرورة وضع سقف زمني يجب الا تتعداه المدة المذكورة.

من ناحية اخرى فانه اذا كان الباعث من شرط المنع من التصرف مشروعاً وكانت مدة المنع مؤبدة او مؤقتة تأقيتا غير معقول، فان الشرط يبقى صحيحا مع انتقاص المدة الى الحد المعقول وذلك عملا باحكام المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري. الا ان التكتور السنهوري كان قد رفض هذا الرأي، وعند انه لا يمكن اعمال المادة المذكورة،

(١) انظر: د. عبد المنعم البدر اوي الحقوق العينية الاصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٥٦،

ص ٩١.

(٢) انظر: د. حسن كبيره، المصدر السابق، ص ٢٩١ الهامش رقم (٣).

(٣) في استعراض موقف القضاء الفرنسي في هذا الموضوع، انظر:

Ripert et Boulanger : op, cit, no, 2426, p.849; Planiol et Ripert : op, cit, no.224, pp, 231-233; Larroumet : op, cit, no.344,p183.

لأنه يصعب التسليم للقاضي بهذا المدى الواسع من السلطة التقديرية^(١). وبدون ذلك لا
صبر من منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الموضوع وذلك انسجاماً مع
السياسة التشريعية الحديثة الرامية إلى التقليل من حالات البطلان.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف

إن الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف أثارت جدلاً في الفقه والقضاء، وذلك
لأن هذا الشرط قد نشأ من الناحية العملية في احضان القضاء، فأخذ الفقه يتلمس أساساً
له في أحد الأنظمة القانونية. وستوضح الآراء التي قبلت في بيان طبيعته القانونية
وكما يأتي:

أولاً: ذهب البعض إلى أن شرط المنع من التصرف يعد انتقاصاً من اهلية المتصرف
إليه^(٢). ولاشك أن مواطن الخلل في هذا الرأي كثيرة، فالاهلية ليست محلاً للتعلل
والقانون هو الذي يملك دون سواه الحد منها. كما أن نقص الأهلية لا يجعل التصرف
ممنوعاً بذاته، وإنما يحول دون قيام ناقص الأهلية به، مع وجود شخص يمكن أن
يبشره نيابة عنه^(٣).

من ناحية أخرى فإن الباعث من شرط المنع من التصرف قد يكون تحقيق مصلحة
تعود للمتصرف أو للغير وليس للمتصرف إليه، فكيف يمكن أن يؤثر على اهلية هذا
الآخر! ويقول الدكتور السنهوري بهذا الشأن (لو سلمنا جدلاً بأن المتصرف له يصبح

(١) انظر د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ٥١٧، الهامش رقم (١).

(٢) انظر هذا الرأي والانتقادات التي وجهت إليه: د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق،
ص ٥٢٣، د. حسن كبيره، المصدر السابق، ص ٢٩٤.

(٣) انظر: د. حسن كبيره، المصدر السابق، ص ٢٩٥.

بالتسليم للمتع من المصير الاهلية، لكن هو وحده، التي بطل التصرف المصير منه،
 مخالفاً للشرط للمتع، ولما جاز ان يملكه المتصرف او الغير^{١٢١}.
 فالتالي قال البعض ان هذا الشرط ينصب على العمل محل المنع من التصرف فيخرجه
 من دائرة التعامل بمقدار الشرط المنكور وفي حدوده^{١٢٢}. الا ان اصيب هذا الرأي من
 لغة تنصيب سابقه، فالتسليم يظل محلاً لحق الملكية على الرغم من وجود الشرط المنع
 من التصرف، والملكية يمكن ان تنتقل الى الغير بأي سبب من الاسباب التي لا تقتضي
 اصل سلطة التصرف، ومن ثم فلا وجه لتقول ان شرط المنع من التصرف يخرج
 الشيء من دائرة التعامل^{١٢٣}.

كما ان الاخذ بهذا الرأي يجعل من شرط المنع من التصرف في مرتبة القواعد
 القانونية المتعلقة بانتظام العام بما يترتب من بطلان كل تصرف مخالف له، وفي هذا
 نحو ان شرط المنع من التصرف لا يقصد به سوى تحقيق مصلح مشروع خاصة^{١٢٤}.
 ناهيك عن ان الاتياء لا تخرج عن دائرة التعامل الا بحسب طبيعتها او بتقاضي
 القانون، وظاهر ان القانون لم يخرج الاتياء محل المنع من التصرف من دائرة
 التعامل، بليل انه ما يزال بعدها محلاً للحقوق المالية.

ان هذا الرأي يؤدي ايضا الى اعتبار التصرف المخالف للشرط المنع باطلاً بطلاناً
 مطلقاً لعدم مشروعية محله وذلك لخروجه من دائرة التعامل وهذا النوع من الجزاء لا

^{١٢١} انظر: د. السبوري، الوسيط، المصير السابق، ص ٥٢٣.

^{١٢٢} انظر هذا الرأي والانتقادات التي وجهت اليه: د. عبد المنعم البهراوي، المصير السابق،
 ص ١١٩، صلاح الدين الشامي، الوجيز في الحقوق لعينة الاصلية، الجزء الاول، شركة الضع
 والنسب الاهلية، بغداد ١٩٦٠-١٩٦١، ص ١٠٩.

^{١٢٣} انظر: د. مصطفى احمد، نظام الملكية، المصير السابق، ص ٢٨١.

^{١٢٤} انظر: د. صلاح الدين الشامي، محاضرات عن القانون المدني، حق الملكية في ذاته، مطبعة
 لوسنة، بغداد ١٩٦١، ص ١٥٠.

يتفق مع الغاية المتوخاة من الشرط المذكور^(١). ومع ذلك فإن مذكرة المشروع التمهيدية للقانون المدني المصري قد تبنته حيث جاء فيها (٣-) وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما "الباعث المشروع والمدة المعقولة" فالشرط المانع من التصرف صحيح، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف. وقد حسم المشرع بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي، والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف لأنه دائماً مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك المتصرف إليه أو الغير إذا كان الشرط المانع من التصرف يريد به أن يحمي مصلحة مشروعاً لأحد منهما).

ثالثاً: يرى البعض أن شرط المنع من التصرف يتضمن التزاماً بالامتناع عن عمل، حيث يلتزم المتصرف إليه بالامتناع عن عمل معين وهو التصرف في الشيء خلال مدة المنع من التصرف^(٢). فهذا الالتزام يقترب كثيراً من الالتزام المفروض على عاتق بائع المحل التجاري بعدم فتح محل مماثل للمحل المبيع في مكان معين ولمدة معينة^(٣).

وهذا التكليف وإن بدا وجيباً في مظهره إلا أنه ليس كذلك في جوهره، فمؤداه إن جاز مخالفته شرط المنع من التصرف هو فسخ العقد الذي كان المتصرف إليه قد التزم بمقتضاه بعدم التصرف ورجوع ملكية المال محل الحظر إلى المتصرف^(٤)، وهذه نتيجة تتناقض مع الغاية المتوخاة من الشرط المذكور. ومن هنا ذهب بعض أنصار هذا التكليف إلى أن تحقيق هذه الغاية يستلزم أعمال قاعدة التنفيذ العيني طبقاً للمادة (٢١٢) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل

(١) انظر: د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، المصدر السابق، ص ٣٨١.

(٢) انظر هذا الرأي والانتقادات التي وجهت إليه: د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص ١٠٠، د. عبد المنعم البدر أوي، المصدر السابق، ص ٩٧.

(٣) انظر: د. حسن كبيره، المصدر السابق، ص ٢٩٧.

(٤) انظر: Planiol et Ripert: op.cit.no.226,pp.234-235.

واحل بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام) وعدمه ان هذا الازالة تتحقق ببطلان التصرف الذي وقع على خلاف ما يقضى به الشرط المانع^(١). ويبدو انه من الصعب التسليم بهذا التحليل، فالازالة التي كان المشرع قد قصدتها من النص المذكور هي الازالة المادية بدليل ان عجز النص يقول ان للدائن ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين.

رابعاً: اعتبر البعض شرط المنع من التصرف تكليفا عينيا ينقل الشيء محل المنع من التصرف وذلك لتحقيق مصلحة معينة^(٢). وقد انتقد هذا التكليف لان المصلحة المقصودة من شرط المنع من التصرف قد تعود للمتصرف اليه، فكيف يستقيم القول بأن الشخص يتقرر له تكليف عيني على ملكه! وحتى لو سلمنا جدلا بهذه النتيجة، افلا يكون من حق المتصرف اليه الذي هو في الوقت ذاته صاحب التكليف العيني المقرر على الشيء الذي يملكه تحرير ملكه من هذا التكليف وذلك بالتنازل عنه؟^(٣).

وهكذا تبدو التكييفات السابقة محل نظر، وان اتجاها حديثا في الفقه يكيف شرط المنع من التصرف باعتباره قيذا اراديا يردد على الملكية يتضمن تعديلا في نظامها العادي، ومن ثم يجب ان يؤخذ به في الحدود التي تتلائم مع الغاية المتوخاة منه، فهو استثناء او خروج على ما تخوله الملكية التامة للمالك من سلطة التصرف في ملكه. فشرط المنع من التصرف لا يعدو ان يكون تعديلا يتناول مضمون حق الملكية في وضعه الطبيعي، وان القانون هو الذي حول الارادة سلطة تقريره^(٤).

^(١) نظر: د. عبد المنعم البدر اوي، المصدر السابق، ص ٩٧.

^(٢) نظر هذا الرأي والانتقادات التي وجهت اليه: د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦، ص ١٠٧.

^(٣) نظر: د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص ١٠٧-١١٠.

^(٤) نظر: د. حسن كبره، المصدر السابق، ص ٣٠١، د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، المصدر السابق، ص ١٨٠، د. مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص ٣٨٣.

المبحث الثالث: الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف
نتناول في هذا المبحث الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف في فرنسا
ومصر في مطلب أول، وفي العراق في مطلب ثان، ولبحث موقف الفقه الإسلامي من
شرط المذكور في مطلب ثالث .

المطلب الأول، الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف في فرنسا ومصر
ثم ينظر القضاء الفرنسي في بادئ الأمر بارتياح لشرط المنع من التصرف، فقضى
ببطلان الاتفاقات التي تحرم المالك من سلطة التصرف في ملكه^(١). وقد ايد الفقه
الفرنسي توجه القضاء في هذا الموضوع^(٢). حقا ان القانون المدني الفرنسي اجاز شرط
المنع من التصرف في حالات معينة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٥٥٤) التي
تتعلق بالاموال التي تقدمها الزوجه للزوج عند الزواج، وهو ما يطلق عليه بنظام
السيطرة، فاذا كان من بين هذه الاموال عقارات، فانه ليس للزوجة او الزوج او ليس
ليهما معاً حق التصرف فيها او ارضها مادامت الزوجية قائمة الا في بعض الحالات
الاستثنائية^(٣). وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٤٨) التي اجازت للوالدين التبرع
لاولادهما باموالهما كلها او بعضها من اموال التركة التي تخرج عن المقدار الواجب
تركه للورثة مع الاشرط على الاولاد المتبرع اليهم عدم التصرف بهذه الاموال ضمناً
لحياة الاحفاد. وكذلك ما قضت به المادة (١٠٤٩) من انه يكون صحيحاً في حالة
الموت من غير اولاد، التصرف الذي يكون المتوفى قد اجراه بعقد او بوصية لمصلحة

^(١) عن موقف القضاء الفرنسي في هذا الموضوع انظر:

Marty et Raynaud : op, cit, no,56,p.68.

^(٢) انظر:

Planiol et Ripert : op, cit, no, 223,p.230

^(٣) انظر الاستثناءات المنصوص عليها في المادة (١٥٥٥) من القانون المدني الفرنسي والمواد التي
تليها .

نقوته أو أخواته عن كل أو بعض الاموال غير المحجوزة قانونا في الشركة مع
الاشتراط عليهم عدم التصرف بهذه الاموال ضمنا لحياة الاحفاد. الا ان القضاء
الفرنسي اعتبر هذه النصوص استثنائية لا يصح التوسع فيها ولا القياس عليها، ومن ثم
رفض الاستناد عليها لتقرير صحة شرط المنع من التصرف في غير الحالات
المنصوص عليها قانونا^(١).

ولكن لراء كثرة وقوع هذا الشرط من الناحية العملية، فان القضاء الفرنسي ما لبث
ان تراجع عن موقفه السابق، وبدأ يفرق بين نوعين من الشروط، اولهما الشروط التي
تعرض منعا دائما من التصرف، وثانيهما الشروط التي تقرض منعا مؤقتا من
التصرف، فقتضى ببطلان النوع الاول، وبصحة النوع الثاني بتوافر المصلحة
المشروعة والمدة المعقولة^(٢).

اما في القانون المدني المصري، فان القانون القديم كان يفترق الى نص صريح في
هذا الموضوع، وازاء ذلك فقد تبنى القضاء المصري في ظل القانون القديم منهج
القضاء الفرنسي، فقتضى بصحة شرط المنع من التصرف بتوافر المصلحة المشروعة
والمدة المعقولة^(٣). وقد قطن القانون المدني المصري النافذ احكام القضاء المصري
فاحتر في المادة (٨٢٢) شرط المنع من التصرف بنفس القيود التي كان القضاء قد
اسفر عليها.

^(١) عن موقف القضاء الفرنسي في هذا الموضوع انظر:

Planiol et Ripert : op. cit, no,223,p.230.

^(٢) عن موقف القضاء الفرنسي في هذا الموضوع انظر:

Ripert et Boulanger : op,cit,no,2427,p.849;Planiol et Ripert :
op,cit,no,223,p.230.

^(٣) عن موقف القضاء المصري في هذا الموضوع انظر : قرار محكمة النقض (٣٠-١-٨٢، ١٩٤٩
م ١٧ ق م، ١٩١١، ٤٠) مشار اليه في: محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء
والفقه ص ٧٢٢. وقرار محكمة النقض (م ق م، ٨-٣-١٩٤٥) مشار اليه في المصدر ذاته، ص ٧٢٢.

المطلب الثاني، الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف في العراق
لم يتطرق القانون المدني العراقي لشرط المنع من التصرف، فلا يوجد في هذا
القانون ما يقابل المادتين (٨٢٣-٨٢٤) من القانون المدني المصري. وازاء ذلك انقسم
رأي الفقه العراقي في هذا الموضوع. فذهب البعض الى ان عدم نص القانون المدني
العراقي على شرط المنع من التصرف يقتضي الرجوع الى القواعد العامة، وهي تقتضي
بان كل شرط غير مخالف للنظام العام او للاداب او للقانون، يكون شرطا صحيحا يجب
احترامه (المادة ٧٥). ومن ثم فانه متى كان الباعث من شرط المنع من التصرف
مشروعا والمدة معقولة. فيجب احترامه والعمل به^(١). ومما يؤيد ذلك ان القانون المدني
العراقي اورد في بعض نواياه تطبيقات متناثرة للشرط المذكور كنص المادة (١٠٧)
التي جاء فيها (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في
الشيوع بمقتضى نص او شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل
يجاوز خمس سنين، فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير
معينة، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين ..).

وعلى نقيض هذا الرأي قال البعض (لا يمكن تفسير طي النص المصري المنكور
عندما نقل المشرع العراقي عن مشروع القانوني المدني المصري احكام القانون المدني
العراقي الا بالرغبة عنه، ولا يمكن القول بمضمونه استنادا الى مبدأ حرية التعاقد
المقررة في القانون المدني العراقي، فان مثل هذا المبدأ مقرر في القانون المصري
نفسه وبالرغم من ذلك فانه لم يخن عن النص على شرط عدم جواز التصرف كشرط
استثنائي مقيد بقيود محددة بغايته، كما ان حرية التعاقد قد يعارضها من جهة اخرى

(١) انظر: د. حسن الذنون، المصدر السابق، ص ٦٢، د. سعيد مبارك، المصدر السابق، ص ٧٩،
ليلى عبد الله سعيد، دور الارادة في تقييد حق الملكية، بحث منشور في: مجلة الحقوق الكويتية،
العدد الرابع لسنة ١٩٨٢، ص ٢١٧.

ولاية المالك على ما يملكه واعتبار هذه الولاية سلطة واجبة الحرمة على الناس كافة
وبغير خاضعة الا لما يتقرر بالنص من القيود^(١).

وثمة من يرى بحق - ان اعراض القانون المدني العراقي عن الاخذ بالمبادئ
(٨٢٣-٨٢٤) من القانون المدني المصري لا يمكن تفسيره الا بعدم رغبته في تقرير
الاحكام الواردة فيهما، وبذلك يكون المشرع العراقي قد ترك الموضوع الى الاحكام
المقررة في القواعد العامة. وعليه فان شرط المنع من التصرف يكون في الاصل
مخالفا للنظام العام، لتجريده الملكية من ابرز عناصرها، وكذلك لمخالفته قاعدة حرية
تداول الاموال، فهو لا يكون جائزا الا في الحالات الاستثنائية التي نص
عليها القانون^(٢).

وقد تردد القضاء العراقي هو الاخر في هذا الموضوع بين اتجاهين :

الاتجاه الاول: اعتبر فيه القضاء العراقي شرط المنع من التصرف باطلا، وقد عطل
البطالان على اساس ان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد، فقد قضت محكمة التمييز بانه
(اذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة المباعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن،
فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته مقتضى العقد)^(٣). وفي قضاء اخر اعتبرت محكمة التمييز
شرط المنع من التصرف مخالفا للنظام العام، فقد قضت بانه (اذا كان الشرط يتناقى مع
حق المالك في التصرف بملكه، فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام)^(٤).

^(١) انظر: د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص ١٥٠.

^(٢) انظر: الأستاذ شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، مطبعة
لعلى، بغداد ١٩٦٩، ص ٤٢٢ - ٤٢٣.

^(٣) قرار محكمة التمييز رقم، ٢٤٥، ص ١٩٥٨، تاريخ القرار، ١٣-٢-١٩٥٨، مجلة القضاء، العدد
الثالث، ١٩٥٨، ص ٤٢٧.

^(٤) قرار محكمة التمييز رقم، ١٢٢٠، ص ١٩٥٤، تاريخ القرار، ٢٨-٧-١٩٥٤، مجلة القضاء،
لعدد الخامس، ص ١١٨.

الاتجاه الثاني: اجاز به القضاء العراقي شرط المنع من التصرف، فقد قضت محكمة التمييز بانه (يصح الاشراف في عقد بيع السيارة بعدم جواز بيعها الا بعد تسديد كامل ثمنها، وبأن عدم دفع القسط المستحق من الثمن يجعل بقية الاقساط مستحقة الدفع)^(١). وذلك بالقياس على نص المادة (١٠٣٤-١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع).

والحق ان ما ذهبت اليه محكمة التمييز من قياس في هذا الموضوع لم يكن دقيقا، فالقانون المدني العراقي وان كان قد اجاز للبائع ان يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع الى ان يستوفي الثمن المؤجل كاملا، الا ان لا يمكن القياس على ذلك في حالة البيع بثمن مؤجل بدون اشتراط احتفاظ البائع بملكية المبيع الى ان يستوفي الثمن كاملا مع اشتراطه عدم تصرف المشتري في المبيع حتى يوفي الثمن كاملا، لان ملكية المبيع في الحالة الثانية تنتقل عند تمام العقد خلافا للحالة الاولى، ولان البيع في الحالة الاولى اجيز بالنص استثناءا وما اجيز بالنص على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس^(٢)، وبما حذا لو ان محكمة التمييز قد استقرت على المبدأ الاول الذي كانت قد سارت عليه والحكم ببطلان هذا الشرط في غير الحالات المرخص بها قانونا، فاذا كان القضاء الفرنسي قد اجاز شرط المنع من التصرف حتى في غير الحالات التي رخص بها المشرع الفرنسي^(٣)، فان ذلك بسبب كثرة وقوع هذا الشرط من الناحية العملية، فاحظر القضاء الى ان يلين امام الامر الواقع، اما في العراق فان هناك ندرة في وقوع هذا

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٥٦٦، متبينة اولى، ١٩٧٦، تاريخ القرار، ٨-٩-١٩٧٦، مجموعة الاحكام العنلية، العدد الثالث لسنة ١٩٧٦، ص ١١.

(٢) انظر: الاستاذ شاكِر ناصر حيدر، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص ٣٤٤.

(٣) انظر ما سبق ذكره في ص ٦ من هذا البحث.

الشرط من الناحية العملية مما يقتضي الحكم ببطلانه في غير الحالات المرخص بها قانوناً .

المسألة الثالثة، موقف الفقه الإسلامي من شرط المنع من التصرف

اجمع علماء الفقه الإسلامي على أن الحماية الشرعية لا تقرر لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم وإنما تقرر لما يلائم الشرع الإسلامي، فالشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به هو ما وافق دين الله، فإن كان فيه ما يخالف ذلك فهو رد، كما قال رسول الله (ص) (من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد)^(١).

أما عن موقف علماء الفقه الإسلامي من شرط المنع من التصرف، فيمكن بيانه على النحو الآتي :

موقف المذهب الحنفي :

لم يحز فقهاء الحنفية شرط المنع من التصرف، وحكم هذا الشرط عندهم هو الفساد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به العرف بين الناس، فيكون مفسداً كما في سائر الشروط الفاسدة^(٢). وقالوا بفساد شرط المنع من التصرف والعقد معا إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو كان فيه منفعة للغير^(٣). أما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد، فإن العقد صحيح والشرط باطل. حيث جاء في المبسوط (... وإن لم يكن فيه

(١) نظر : القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٣.

(٢) نظر : الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، مصر ١٩٧١، ص ١٧٠، ابن الهمام، فتح القدير، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ص ٢١٥.

(٣) نظر : المرخسي، المبسوط، الجزء الثالث عشر، مطبعة السعادة، مصر ص ١٥.

منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع.... فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيح، إلا في رواية عن أبي يوسف، قال يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضررا على المشتري، من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين^(١).

موقف المذهب المالكي

لم يختلف موقف علماء المالكية عن موقف علماء الحنفية من شرط المنع من التصرف، فقالوا بعدم جوازه، وذلك لأنه شرط منافي لمقتضى العقد، ولا يتم معه المقصود من العقد، فالمقصود من العقد أن يكون للمشتري حق التصرف في المبيع، فإذا كان الشرط يؤثر على هذا المقصود، فإن مقصود العاقد من عقده لن يتحقق^(٢). بيد أن بعضهم قال بجواز شرط المنع من التصرف إذا كان المنع من التصرف خاصا لا عاما. حيث جاء في الخطاب (... فاما الشرط الذي ينافي مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع، مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عمم، أو استثنى قليلا كقوله على أن لا تبعه جملة أو لا تبعه إلا من فلان، واما إذا خصص ناسا قليلا، فيجوز)^(٣).

(١) انظر: السرخسي، المصدر ذاته، ص ١٥.

(٢) انظر: الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، مكتبة النجاح، ليبيا، ص ٣٧٣، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة لكتاب الأزهرية بمصر، ص ١٣٣-١٣٤، الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ص ٨٠.

(٣) انظر: الخطاب، المصدر السابق، ص ٣٧٣.

موقف المذهب الشافعي

لم يحز علماء الشافعية شرط المنع من التصرف، وعندهم انه منافي لمقتضى العقد فقاتلوا ببطالته هو العقد معا. فقد ذكر الشيرازي في المهذب (... او باع دارا بشرط ان يسكنها مدة، او ثوبا بشرط ان يخيطه له ... بطل البيع، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، انه نهى عن بيع وشرط، وروي ان عبدالله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب التقيية واشترطت عليه، انك اذا بعتهما فهي لي بالثمن، فاستفت عبدالله بن عمر فقال لا تقر بها وفيها منثوية، ولانه شرط لم يبين على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته، فافسد العقد...^(١).

موقف المذهب الحنبلي

بعد المذهب الحنبلي من اكثر المذاهب الاسلامية اجازة وتصحيحا للشروط، فقد تخطى الحنابلة مبدأ وحة الصفقة، ولم يتقيدوا بهذا المبدأ كما تقيد به علماء الحنفية والشافعية، ومن ثم استطاع علماء الحنابلة ان يقطعوا شوطا بعيدا في طريق التطور^(٢). ومع ذلك فانهم قالوا بعدم جواز شرط المنع من التصرف لمنافاته مقتضى العقد وحكمه عندهم الفساد^(٣). الا انه روي ان الامام احمد بن حنبل قد رخص به، حيث جاء في الفتاوى (... قال الكرمانى سألت أحمد عن رجل اشترى جارية وشرط لاهلها ان لا يبيع، فكانه رخص فيه، ... واكثر المتأخرين من اصحابه على القول المنطل لهذا

^(١) انظر: الشيرازي، المهذب، الجزء الاول، مطبعة الحلبي بمصر، ص ٢٦٨.

^(٢) انظر: د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الثالث، منشورات محمد الدايه، لبنان، ص ١٦١.

^(٣) انظر: ابن قدامة، المغلي، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، بيروت ١٩٨٤، ص ٤٧٦، ابن القيم الحوزية، اعلام الموقعين، الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت، ص ٣٧٤-٣٧٧.

الشرط، وربما تأولوا قوله جائز، أي العقد جائز، وبقوة نصوصه تصرح بأن مواده الشرط أيضاً، كذلك اشتراط المبيع فلا يبيعه ولا يهبه ونحو ذلك... (١).

موقف المذهب الجعفري

اختلف علماء الجعفرية في صحة شرط المنع من التصرف، فقال بعضهم بصحة لانه لا يعد من الشروط التي تنافي حقيقة العقد وصلبه، وان كان منافياً لاطلاق العقد، الا ان هذا الشرط يكون باطلاً اذا جاء مناف لجوهر العقد، وما تقدم نجده في تحرير المجلة حيث ورد (... فلو باعه الدار وشرط عليه ان لا يبيعهها او لا يرهنها، وامثال ذلك مما يسلب سلطنة المالك عن بعض التصرفات، فانها شروط صحيحة اتفاقاً مع انها تنافي مقتضى العقد، والتحقيق، ان المراد بالمنافي الذي يبطل ويبطل العقد هو ما ينافي جوهر العقد وحقيقته، مثل ان يبيعه بشرط ان لا يملك او بشرط ان لا يتصرف اصلاً او اجزه الدار بشرط ان لا يتصرف في منافعها، فان مثل هذه الشروط تعود الى ابطال صميم العقد، اما لو باعه واشترط عليه ان لا يؤجر وامثالها، فهي لا تنافي صلب العقد وحقيقته وانما تنافي اطلاقه، يعني ان العقد اذا اطلق كان له السلطنة التامة المطلقة على المبيع، اما لو سلبه مطلق السلطنة بطل) (٢).

إلا ان بعض علماء الجعفرية اتفق مع الجمهور في بطلان شرط المنع من التصرف، لكن هذا البطلان لا اثر له على العقد، قال الطوسي في الخلاف (... ودليلنا على صحة البيع قوله تعالى ((وأحل الله البيع)) وهذا بيع، وعلى بطلان الشرط انه مخالف للكتاب والسنة، وكل شرط يخالفهما فهو باطل) (٣).

(١) انظر : ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، ص ٤٧٦-٤٧٧ .

(٢) انظر السيد محمد الحسين ال كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الاول، المطبعة الحيدرية، النجف الاشرف، ص ٧٧-٧٨ .

(٣) انظر : الطوسي، الخلاف، الجزء الثاني، مطبعة شركة دار المعارف الاسلامية، ص ٦٩ .

وظاهر مما تقدم ان جمهور الفقه الاسلامي لا يقر شرط المنع من التصرف، ولعل
هذا حجة لنا في القول بأن شرط المنع من التصرف في القانون المدني العراقي لا
يجوز الا في الحالات المرخص بها قانونا .

المبحث الرابع: احكام شرط المنع من التصرف

اذا لم يكن الباعث من شرط المنع من التصرف مشروعاً او كانت مدة للشرط مؤبدة
او مؤقتة تأقيماً غير معقول كان الشرط باطلاً، ومتى بطل الشرط فسيبطل التصرف
اذا كان شرط المنع من التصرف هو الباعث الدافع الى التعاقد، لما اذا كان
التصرف تبرعاً ولم يكن هذا الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد فان التبرع يكون
صحيحاً والشرط يكون لاغياً^(١).

لما اذا كان هذا الشرط صحيحاً، فان الشيء محل المنع من التصرف يصبح غير قابل
للتصرف فيه، بحيث ليس للمتصرف اليه ان يتصرف فيه للغير بأي من التصرفات،
فليس له مثلاً ان يبيعه او يهبه او يقدمه حصة في شركة او يرهنه او يقرر عليه حق
منفعة او حق ارتفاق. ومع ذلك يرى البعض ان شرط المنع من التصرف يقتصر اثره
على تلك التصرفات التي يكون من شأنها اخراج الشيء من ذمة المتصرف اليه (كالبيع)
او تلك التصرفات التي يمكن ان تؤدي الى احتمال اخراج الشيء من ذمته (كالرهن) اما
التصرفات الاخرى التي لا يكون من شأنها ذلك، فان المتصرف اليه يستطيع ان يقوم
بها، فله مثلاً ان يرتب على الشيء محل المنع من التصرف حق انتفاع او حق ارتفاق،
ولا يستثنى من ذلك الا الحالات التي يكون فيها المنع من التصرف قد امتد نطاقه
ليشمل حتى هذه التصرفات بصراحة العقد او الوصية^(٢). كما ان هذا الشرط لا يحول

^(١) نظر: د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية
١٩٨٦، ص ٢٠٦ .

^(٢) نظر: د. عبد المنعم البدر اوي، المصدر السابق، ص ٩٢ .

تكون انتقال ملكية الشيء محل المنع من التصرف إلى الغير بسبب آخر غير التصرف، كالبيع أو التنازل، فالملكية تنتقل في هذه الحالات بناء على واقعة مادية^(١). ولا خلاف في الفقه بأنه إذا رتب المتعاقدان جزاءاً معيناً على مخالفة شرط المنع من التصرف، فإنه يجب احترام اتفاقهما والعمل به، كما لو حصل اتفاق بينهما على شرط جزائي يوقع على المتصرف إليه عند مخالفة للشرط^(٢). أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء من ذلك، فإن الفقه الفرنسي يرى أن الجزاء يتحدد في هذه الحالة طبقاً لإرادة المتصرف، فإذا ما تصرف الموهوب له أو الموصى له خلافاً لشرط المنع من التصرف، فإن للمتصرف الحق في الفسخ وعودة المال محل المنع من التصرف إليه أو ثورته خالياً من الحقوق التي تفررت عليه، كما أن له الحق في رفع دعوى ضد الغير من أجل إبطال التصرف الذي قام به المتصرف إليه خلافاً للشرط، ومن ثم استعادة المال منه^(٣). إلا أن القضاء الفرنسي بنى نظرية الإبطال النسبي في هذا الموضوع، فقضى بأن ما يترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف هو دعوى إبطال التصرف، وإن هذه الدعوى لا ترفع إلا من تقرر الشرط لمصلحته^(٤).

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (٨٢٤) على أنه (إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً).

^(١) نظراً : د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المصدر السابق، ص ١٨٢، د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٢١٠.

^(٢) نظراً : د. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥١، ص ٥٢٠، د. عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص ٩٦.

^(٣) نظراً :
Planiol et Ripert : op. cit, no.226, pp.234-235; Marty et Raynaud : op. cit, no.56, p.70.

^(٤) عن موقف القضاء الفرنسي في هذا الموضوع، نظراً : المصدرين أعلاه، الإشارة ذاتها.

وإرى الأستاذ السنيهوري أن القانون المدني المصري يكون بهذا النص قد تولى
لفكرة البطلان المطلق وليس البطلان النسبي، ويستند في رأيه إلى ما جاء في المنكرة
الإيضاحية للقانون المدني المصري التي تقول (... وإذا توافر الشرطان للذين تقدم
لكرهما - بقصد الباعث المشروع والمدة المعقولة - فالشرط المانع من التصرف
صحيح، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا). وعند الأستاذ
السنيهوري أن القانون المدني المصري يكون بهذا قد تفوق على ما جرى العمل به في
القضاء الفرنسي من ناحيتين :

التلحية الأولى: أن هذا البطلان يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها،
فجزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها، هو البطلان المطلق وليس
البطلان النسبي .

التلحية الثانية: عالج المشرع المصري بالحكم الذي أورده - البطلان المطلق - عيبا
وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه إلى البطلان النسبي، فالبطلان المطلق يسمح
للتصرف وتلك ذي شأن في أن يطلب بطلان التصرف المخالف لشرط المنع من
تصرف حتى في الحالات التي يكون فيها هذا الشرط قد تقرر لمصلحة
للتصرف لوحدته^(١).

إلا أن بعض الفقه المصري انكر - بحق - فكرة البطلان المطلق، وعنده أن الأخذ
بهذا النوع من الجزاء يتعارض مع الغاية المتوخاة من تقرير شرط المنع من التصرف
وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، مما يقتضي ضرورة قصر
المطلبية بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة لوحدته، وإن ما ورد في
المنكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ليس له بوجه عام حجية ملزمة، ويخلص
هذا الرأي إلى أن البطلان المقرر في المادة (٨٢٤) من القانون المدني المصري هو

^١ انظر: د. السنيهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ٥٢٥-٥٢٦، ومن الذين قالوا أيضا بفكرة
البطلان المطلق، د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٢٠٨ .

خروج على أحكام البطلان العامة، فهو ليس بالبطلان المطلق، وهو قد كان يشكك
بالبطلان النسبي، فله ليس بطبيعة دفعا لانكاره، ما دام ان من الامور التي لا
اصداء للتصرف، في امور، بعضها احوال، حتى تلك ابطال للتصرف المطلق
لتاريخ على الرغم من انه ليس جزءا منه^{١٦}

وقد نسي القضاء المصري هذا الرأي في بعض فتاويه، فقلت محكمة القصر ان
البطلان المطلق في المادة (١٢٤) من القانون المدني المصري، هو ليس اطلاقا مطلقا
بل هو اطلاق يلقى مع اعلية التي من اجلها تكرر المنع وهو عملية مصلحة خاصة
مشروعة لانها الاصل، ومن ثم يتحقق ضرورة قصر المطالبة بهذه المصلحة في
التداول عنها على صاحب المصلحة وهذه وبمنع على المحكمة الحكم بالبطلان من
تلكه نفسها، ولا محل بعد ذلك للتصديق بما ورد به من المصلحة الاصلية من حيث
خروج هذا البطلان من انه اطلاق مطلق لعدم قابلية العمل للتصرف لما فيه خروج على
المعنى الصحيح الواضح للمعنى الذي تقصر على يوق طبيعة الجزاء وهو البطلان
نوعه التي يتحدد بمؤوله اطلاقا بالعلية التي تفوقها المشرع منه وهي عملية
لمصلحة الخاصة المشروعة لا للمصلحة العامة^{١٧}

في منع المصرف ليه من التصرف في مال معين من امواله يقتضي شرط البيع
من التصرف، يستلزم منع ذلك من حق التنفيذ على هذا المال، وذلك من اجل ضمان
حماية المصلحة المشروعة من الشرط المذكور، فلو اجيز لناقتي التصرف ليه تعدد
الاجراءات التنفيذية على اثنين من المانع من التصرف، قل هذا التنفيذ يستلزم
العمل المذكور لكي يستوفي الدائون حقوقهم من تلكه، ومن ثم يصبح شرط البيع من

^{١٦} نشر: ٢٠١٤، حسن كرم، المصير السابق، من ٢٠١٢-٢٠١٥، د. عبد المنعم فراج الصمد، محفريات
في القانون المدني، المصير السابق، من ١٩٧٥-١٩٧٢، د. مصطفى الجمل، المصير السابق،
من ٢٠١٤-٢٠١٥.

^{١٧} رقم الطعن (٢٥٠) لسنة (٤١) تاريخ القرار ٢١-١٢-١٩٧٥، مجموعة قرارات محكمة
القصر المصرية، العدد الثاني، ١٩٧٥، لائحة رقم ٣٢٤، من ١٩٤٧.

التصرف على حد تعبير الفقه الفرنسي من قبيل العبث. إذ يستطيع المتصرف فيه في هذه الحالة ان يتحايل على هذا الشرط، وذلك من خلال الامتناع عن وفاء الديون المستحقة عليه، فيخرج الشيء من ذمته ويتحلل من شرط المنع من التصرف من الناحية العملية. ومع ذلك، فإن نمة حالات معينة "وهي حالات نادرة" لا يستتبع المنع من التصرف فيها منع اتخاذ الاجراءات والوسائل التنفيذية على الشيء الممنوع التصرف فيه، وذلك حيث يقصد بالشرط المذكور تأكيد ضمان دائن معين في استيفاء حقه تجاه المتصرف اليه، وتجنبه اتخاذ اجراءات التتبع في مواجهة الغير.

ونمة من يرى بأن الشيء الممنوع التصرف فيه يخرج من الضمان العام للدائنين وقت نشو الدين، وإن الدائنين لم يعولوا عليه، ومن ثم لا يعد هذا الشيء بالنسبة اليهم داخلا في النمة المالية للمدين.

والحق ان هذا الرأي تعوزه الدقة، فالصحيح هو دخول الشيء في الضمان العام للدائنين وذلك بعد تحرره من شرط المنع من التصرف، ذلك لأن الدائنين يستفيدون مما يدخل في نمة المدين بعد نشو الدين، فمن باب اولى انهم يستفيدون من الشيء الموجود فعلا في نمة المدين وقت نشوء الدين والذي لا يمكن التصرف فيه، متى تحرر هذا الشيء من شرط المنع من التصرف.

الخاتمة

لا نروم في خاتمة هذا البحث ان نستعرض التفاصيل التي علوت عليه، ولما تخلص الى ان شرط المنع من التصرف حظي بأهمية بالغة في الفكر القانوني، وذلك بالنظر الى خطورة الموضوع الذي يتناوله، فهو يحرم المالك من سلطة التصرف في ملكه، وهذه السلطة هي قول الملكية، وهي التي تجعل من الملكية الحق الذي تنفرع منه الحقوق العينية الاصلية الاخرى وتكفل له القيمة الاقتصادية. ومن هنا فقد استعصى على الفكر القانوني قبول هذا الشرط في بادئ الامر الا انه ما لبث ان عاد فاقروا في الحالات التي لا يتضمن فيها اهدارا كاملا لمضمون الملكية ولحرية تداول الاموال .

ان هذا الشرط كان وما زال محلا للخلاف في الفقه والقضاء، ومرد ذلك هو انه كان قد نشأ من الناحية العملية في احضان القضاء، فاخذ الفقه يتلمس اساسا له في احد الانظمة القانونية، فكان هذا سببا للخلاف في نطاقه وطبيعته والاحكام القانونية التي ترتب عليه .

واخيرا امل ان اكون قد وفقت ولو بقدر يسير في بحث هذا الموضوع، فان اصبت فبتوفيق من الله جل شأنه، وان اخطأت فمن عند نفسي، واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

مصادر البحث

المصادر الشرعية:

- ١- الشيرازي، المهذب، الجزء الاول، مطبعة الخليل بمصر (بلا تاريخ طبع).
- ٢- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، دار المعرفة بيروت (بلا تاريخ طبع).
- ٣- ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، بيروت، ١٩٨٤.
- ٤- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، طبعة الاولى، مكتبة الكليات الازهرية بمصر (١٣٢٩ هجري).
- ٥- الطوسي، الخلاف، الجزء الثاني، مطبعة دار المعارف الاسلامية (بلا تاريخ طبع).
- ٦- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، مكتبة قنات، ليبيا (بلا تاريخ طبع).
- ٧- القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، الجزء السادس، دار الكتب العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٨- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، طبعة الاولى، المطبعة العالمية، مصر ١٩٧١.
- ٩- ابن الهمام، فتح القدير، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، المطبعة الكبرى الاميرية بمصر، (١٣١٦ هجري).
- ١٠- الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت (بلا تاريخ طبع).
- ١١- السيد محمد الحسين ال كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الاول، المطبعة الحيدرية، النجف الاشرف (١٣٥٩ هجري).

١٢- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الثالث، منشورات محمد الداية، بيروت (بلا تاريخ مطبع). .

المصادر القانونية:

اولاً: المصادر العربية .

١- د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية، ١٩٨٦ .

٢- د. جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٥ .

٣- د. حسن كبره، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٦٥ .

٤- د. حسن الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد ١٩٥٤ .

٥- د. سعيد مبارك، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣ .

٦- الاستاذ شاکر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول والثالث، مطبعة العاني بغداد ١٩٦٩ .

٧- د. عبد المنعم البدرلوي، الحقوق العينية الاصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٥٦ .

٨- د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الاول، مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٧ .

٩- د. ليلى عبد الله سعيد، دور الارادة في تقييد حق الملكية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع لسنة ١٩٨٢ .

١- الأستاذ محمد طه البشير والدكتور غنى حسون طه، الحقوق العينية، مطابع دار للكتب، جامعة الموصل ١٩٨٢ .

١١-٢. مصطفى الجمال، نظام الملكية، الدار الجامعية ١٩٨٧ .

١٢-٢. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥١ .

١٣-٢. محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨ .

ثانيا : المصادر الفرنسية :

1- Larroumet , droit civil, les biens, droits reels principaux, T, II,1985.

2- Planoil et Ripert, traite pratique de droit civil francais, T,III,1952.

3- Ripert et Boulanger, traite de droit civil, T,II,1957.

4- Marty et Raynaud, droit, civil, les biens, T,II.