

المنع من التصرف

**محاولة نظرية نحو رسم الحدود الفاصلة بين الحق
في التصرف والقدرة القانونية على التصرف**

إعداد

د / مرضي عبيد العياش
أستاذ القانون المدني المساعد
جامعة الكويت

د / خالد عطشان الظفيري
أستاذ القانون المدني المساعد
جامعة الكويت

مقدمة

ما مدى إمكانية التزام الفرد - أمام أي شخص آخر - بالتنازل عن التصرف بالأموال التي تدخل في ذمته المالية؟ وهل يُعد مثل هذا التنازل - حتى وإن كان تعاقدياً - صحيحاً ومشروعاً؟ إن هذا السؤال يحمل في طياته مفارقة واضحة تتعلق بما إذا كان الفرد قادراً على حرمان نفسه من حرية التصرف في أمواله وذلك من خلال ممارسته لحرية أخرى - ألا وهي الحرية التعاقدية، ولهذا فإن الفقه يلقي الضوء بشكل واضح على النزاع الذي يحدث بين إمكانية حرمان الفرد من حرية التصرف في أمواله من خلال الحرية العقدية.

يظهر بشكل واضح أن صحة الشرط المانع من التصرف ذي الطبيعة العقدية يجب تناولها على أساس أن الحرية العقدية تفترض دائماً صحة محل العقد وتحدد محل الالتزام - أو مشروعيته^(١). ولكن الشرط المانع من التصرف يدعونا بالضرورة إلى طرح التساؤل بخصوص صحة الالتزام العقدي ومشروعيته من قِبَل المالك الذي حرم نفسه أو قيدها عن حرية التصرف في ملكه باعتبار أن مثل هذا الشرط يؤدي حتماً إلى المساس بقدرته على التصرف بمبدأ حرية تداول الأموال^(٢).

(١) انظر في ذلك :

D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, these, Nancy, 1969, 1er vol., p. 156 ; sur la distinction entre la licéité de l'objet du contrat et celle de l'objet de l'obligation, V. H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t-2, vol. 1- Obligation : théorie générale, Montchrestien, 9 éd. Par F. Chabas, 1998, n. 231 et s.

(٢) انظر في الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف، جابر محبوب، سامي الدريعي، خالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٢، ف ٨٩، ص ١٠٥.

لقد أجاز القانوني المدني الكويتي بمقتضى المادة ٨١٥ الشرط المانع من التصرف حيث بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بأنه: "فيما يتعلق بصحة أو عدم صحة مثل هذا الشرط، نجد - سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية - اتجاهين أحدهما ينتهي إلى عدم صحة الشرط، والثاني إلى صحته. فالشرط غير صحيح عند الحنفية والمالكية والشافعية، وصححه بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم، ومرجع عدم صحة الشرط عندهم أنه يخالف مقتضى العقد أو الوصية وهو إطلاق الحرية للمالك في الانتفاع بما ملكه والتصرف فيه بأي تصرف أراد ولم يرقم الدليل الشرعي المعين الذي يدل على صحته، فلا يجوز اشتراطه وإذا اشترط لا يعمل بموجبه حسبما يرون. أما الفقهاء الذين يرون أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد نهي بخصوصه أو كان اشتراطه يؤدي إلى إلغاء المقصود من العقد وهو الأثر الذي وضع العقد لإفادته في جميع صورته، فإن شرط المنع المؤقت الذي يستند إلى باعث مشروع - يكون صحيحاً لأنه لم يرد عن الشارع نهي عنه، واشترطه لا يؤدي إلى إلغاء المقصود الأساسي من العقد أو الوصية، وهو الملك. هذا بالإضافة إلى أن من فقهاء المسلمين من نص على أنه إذا باع شخص لآخر شيئاً بشرط ألا يبيعه من شخص معين كزيد فإن هذا الشرط يكون صحيحاً لأنه لا يخالف الغاية من المبيع، وهو الملك، لأن المشتري يستطيع أن يبيعه على أي شخص آخر غير زيد. ويؤخذ من هذا الكلام جواز الشرط الذي يمنع من التصرف في المال خلال مدة معقولة، لأن هذا الشرط لا يمنع المالك من التصرف فيما ملكه بالعقد أو الوصية بعد انتهاء تلك المدة، وعلى هذا لا يكون اشتراطه مخالفاً لمقتضى العقد أو الوصية وهو الغاية المقصودة من كل منهما، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي"^(١).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٥٨٨. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ف٣٨٢، ص، ٢٦١.

إذاً، الشرط العقدي الذي يمنع المالك من التصرف فيما يملك يمس بعض النصوص القانونية المهمة الواردة في القانون المدني والتي تشكل بعض المبادئ الرئيسية فيما يتعلق بالملكية^(١). فالمادة ٨١٠ من القانون المدني الكويتي تنص على حرية المالك في أن يتصرف في ملكه في حدود القانون، تطبيقاً للقاعدة العامة المتمثلة بقدرة الشخص على التصرف، ناهيك عن مبدأ حرية تداول الأموال، فالقاعدة تقضي بأن التصرفات القانونية تُردُّ على أشياء داخلية في دائرة التعامل، وهذه القاعدة تضع رابطاً قوياً بين وجود الأموال وتداولها ومدى إمكانية وضع تلك الأموال خارج إطار دائرة التعامل من خلال منع التصرف فيها إرادياً.

تلك المبادئ تشكل عدداً من الحجج المهمة التي يمكن اللجوء إليها لمناقشة موضوعنا المتعلق بالمنع من التصرف. ولذلك ينبغي أن نقيم على التوالي أهمية أيّ اعتداء أو مساس بالشرط التعاقدية المانع من التصرف بمبدأ القدرة القانونية على التصرف، فعلى الرغم من كونهما نابعين من فلسفة واحدة، إلا أنهما يجيبان عن تساؤلات مختلفة كما سنرى.

لذا، من الأهمية بمكان أن نتساءل عن مدى شرعية حظر التصرف التعاقدية من هذا المنظور، خاصة بشأن الحماية التي يهدف إلى توفيرها مبدأ القدرة القانونية على التصرف والشرط المانع من التصرف. كما ينبغي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المساس التي قد يحدثها المنع من التصرف والتي تتبلور من الناحية النظرية ببعض التساؤلات:

- بداية، هل من الممكن أن تُنْعَدَ الشرط العقدي المانع من التصرف يؤثر مباشرةً في المال المحظور التصرف فيه؟ أي أن التأثير يصيب محل العقد على اعتبار أن حق المالك أصبح مجرداً من التمتع بالخاصية التي يمنحها الحق لصاحبه وبخاصة حق التصرف؟

(١) انظر، ليلي عبدالله سعيد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، ديسمبر ١٩٨٢، السنة السادسة، العدد الرابع، الطبعة الثانية، ص ١٨١.

- هل يمكن القول بأن الشرط العقدي المانع من التصرف يؤدي إلى إنشاء شكل من أشكال عدم الأهلية الاتفاقية للمالك الذي لا يحق له التصرف في ماله؟^(١)

- أخيراً، هل يمكن النظر في الشرط العقدي المانع من التصرف على أنه يضع التزاماً بالامتناع عن عمل على عاتق المالك؟^(٢)

وإذا كان الشرط المانع من التصرف ما هو إلا التزام تُفترض صحته ومشروعيته القواعد العامة للعقد المتعلقة بمحل الالتزام^(٣) - فهل من الممكن القول بصحة الاتفاق على إنقاص الأهلية القانونية؟ لأن الشرط الذي يمنع من التصرف يتعارض مع بعض نصوص القانون المدني. فالمادة ٨٤ من القانون المدني

(١) انظر في ذلك :

L. Josserand, *Cour de droit civil positif français*, t-1, Sirey, 2 ed., 1932, n. 1850

(٢) تلك هي الحالات التي تبين طبيعة التقييد التي تنشأ من خلال الشرط المانع من التصرف. حيث يرى بعض الفقه بأن الموهوب له ليست له أهلية شخصية بالنسبة للمال الموهوب عندما يكون هناك التزام بعدم الاستعمال أو التصرف في محل عقد الهبة أو عندما لا يكون له على المال الموهوب إلا حق منقوص. انظر في ذلك :

A. Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité* : RTD civ. 1906, p. 345 ; Y. Le Roux, *Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrat et testaments*, thèse, Rennes, 1930, p. 90.

(٣) المادة ١٧٥ من القانون المدني الكويتي تنص على أنه "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إن لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الأدب. فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، يبطل الشرط ويصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن يرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد". وتطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، فإنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنوا تعاقدتهما أي شرط يرتضيه، طالما لم يكن هذا الشرط ممنوعاً قانونياً، لحظره بنص خاص، أو لمخالفته للنظام العام وحسن الآداب، وهذا هو الأصل العام المسلم به بحيث لا يحتاج إلى نص لتقريره. انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام (١) المصادر الإرادية للالتزام- العقد والإرادة المنفردة التصرف القانوني، دار الكتب، الطبعة الثانية ١٩٩٨، ف ٢٤٧، ص ٢٠٢.

الكويتي تنص على أن "كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو ينقص منها"، إضافة إلى ذلك، فهل نستطيع الدفع بإمكانية منع صاحب الحق من التصرف في حقه المالي ومن ثمّ يوضع هذا الحق خارج دائرة التعامل فيه بناء على شرط اتفاقي؟

إن استخدام مصطلح حق التصرف للدلالة على سلطة المالك أو قدرته في التصرف في الشيء المملوك أو عدم قدرته على ذلك، كما هو وارد في نص المادة ٨١٥ من القانون الكويتي التي تبين إمكانية المنع من التصرف أو تقييد الحق في التصرف^(١) - قد يؤدي إلى وجود نوع من اللبس والغموض، فهل حق التصرف يقتصر على مضمون حق الملكية أم أنه حق لا يختلف عن مفهوم القدرة القانونية على التصرف، فالقاعدة هي قدرة الشخص على التصرف، والاستثناء هو المنع من التصرف. فإذا كان الالتزام المتمثل بعدم إمكانية التصرف يؤدي إلى المساس بمبدأ القدرة القانونية على التصرف فينبغي وضع الحد الفاصل بينهما. ولما كان الفقه الفرنسي صاحب الريادة في ذلك، وكان الفقه الكويتي يكاد يخلو من أي تفصيل يذكر، فقد آثرنا دراسة هذا الموضوع بإطار نظري تحليلي وفقاً للقانون الفرنسي. لذلك، سنتناول في المبحث الأول: ماهية الحق في التصرف. وفي المبحث الثاني: مدى علاقة المنع من التصرف بعدم الأهلية.

(١) تنص المادة ٨١٥ على أنه " إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة". راجع عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: حق الملكية، المجلد الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ٢٠٠٩، بيروت، ص ٥٠٥ وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية الحق في التصرف

يُعدّ مبدأ القدرة القانونية على التصرف من المبادئ الأساسية والجوهرية التي تبين مدى أهلية الشخص في إجراء العديد من التصرفات القانونية، لذلك فإن دراسة وتحديد ماهية الحق في التصرف الذي قد يُحرم منه صاحبه بسبب القيد الناتج عن الشرط المانع من التصرف ستكون في ضوء تحديد مفهوم القدرة القانونية على التصرف (المطلب الأول) قبل أن نتطرق إلى عناصر الحق في التصرف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم القدرة القانونية على التصرف

القدرة القانونية للشخص على التصرف في أمواله تشير إلى فكرة أن الشخص إذا لم يكن عديم الأهلية بمقتضى القانون فيجب أن تكون له الاستطاعة في التصرف في الأموال التي تشكل ذمته المالية تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية التي يكفلها القانون المدني، فالإلمّ تشير فكرة إمكانية التصرف بحرية في الأموال؟ هل نتصرف في أشياء مادية أو خلاف ذلك في حقوق غير مادية؟ وما هي طبيعة هذا الامتياز؟ أهو امتياز خارج عن نطاق حق الملكية الذي تختلف مسمياته بين حق التصرف والقدرة على التصرف؟^(١)

(1) V. D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, thèse, Nancy, 1969, 2 vol, p. 109.

هناك من يرى أن الامتياز الذي يسمح للشخص القادر على التصرف بحرية في أمواله المكونة لذمته المالية يختلف تماماً عن حق تصرف المالك والذي لا يهتم سوى بمضمون حق الملكية، في حين أن القدرة على التصرف هو امتياز متصل بالشخصية القانونية، لذلك ينبغي الاهتمام بهذا الحق كما هو الحال بمعظم حقوق الذمة المالية، وهذا الامتياز يكون خارجياً عن حق الملكية ويمكن أن يمارس على هذا الحق، وبناء عليه، يفضل بعض الفقه أن يوصف هذا الحق بالقدرة على التصرف، ولا يرجع ذلك إلى أن مصطلح "الحق في التصرف" غير مناسب لوصف الواقع^(١)، إنما السبب الأساسي هو الالتباس الذي يمكن أن تسببه هذه المصطلحات، وهكذا فإن حق التصرف يشير إلى حق التصرف ذاته في الملكية، في حين أن القدرة على التصرف لا تخضع كما سنرى - لمحتوى هذا الحق وإنما لممارسته^(٢)، لذلك نفضل استخدام مصطلح القدرة على التصرف بصفته ذا صلة مباشرة بالشخص^(٣).

(١) انظر

V. notamment F. de Visscher, Du « jus abutendi » : RTD civ. 1913,337.

(٢) انظر

E. Gaillard, La notion de pouvoir en droit privé, *Economica*, 1983, n° 64 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t-1- les personnes*, PUF, 21^e éd., 2000, p. 101 ; P. Roubier, pour qui « essentiellement le pouvoir est un prérogative qui permet à une personne d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui ». *Les prérogatives juridique* : APD 1960, p. 79. Selon R. Bonnard, « le pouvoir implique la libre appréciation quant à la décision à prendre ». *Les droits publics subjectifs des administrés*. RD pub. 1932, p. 714.

(٣) مصطلح القدرة يشير إلى حرية ممارسة الامتياز بالنسبة للشخص.

V. D. Berra, thèse, précitée, p. 144.

أولاً: المفهوم التقليدي للقدرة القانونية على التصرف

يمكن تلخيص المفهوم الفقهي السائد خلال القرن التاسع عشر فيما يتعلق بقدرة الفرد على التصرف بحرية في أمواله رغم أنه اعتمد على احتواء فكرة الملكية للقدرة على التصرف بحرية، حيث تشابه هذه القدرة "الحق في التصرف الكامل في الأشياء"، وهو ما خلص إليه التعريف المقترح لفكرة الملكية في المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "الملكية هي حق الانتفاع بالأشياء والتصرف بها بشكل مطلق تماماً، شرط ألا يكون استعمالها محظوراً بالقوانين أو الأنظمة"^(١). وفقاً لهذا المفهوم فإن القدرة على حرية التصرف يُعدّ من الامتيازات التي يكفلها حق الملكية^(٢).

هذا المفهوم التقليدي كان محل انتقاد من قبل بعض الفقه الفرنسي، فهناك من يؤكد على أن "إمكانية التصرف قانوناً في الحق بالتصرف فيه لا تكون أبداً من امتيازات الملكية، لأن قابلية الحق للانتقال أو التحويل صفة مشتركة من حيث المبدأ بالنسبة لكافة الحقوق، ما عدا القليل منها وبشكل استثنائي"^(٣)، ووفقاً لذلك فإن حق

(١) يرى بعض الفقه أن هناك تشابه واضح بين قدرة الشخص على التصرف في الأموال ومفهوم الملكية "فالمالك يكون له الحق في التصرف في الشيء... والمعنى العادي لمصطلح تصرف يقتضي أن يكون الحق قابلاً للتصرف فيه، بمعنى انتقال حق الملكية لشخص آخر، سواء كان الانتقال بين أشخاص أحياء أو من خلال الوصية. انظر:

Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cour de droit civil francais*, t-3, 4e éd., Paris 1869, n° 190.

(٢) وتنص المادة ٨١٠ من القانون المدني الكويتي على أنه "لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه، في حدود القانون". والمادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري تنص على أن "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". انظر عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: حق الملكية، مرجع سابق، ص ٤٩٦ وما بعدها.

(٣) انظر

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t-1, LGDJ, 6^e éd., 1911, note 1, p. 727.

الملكية يتضمن امتياز التصرف قانوناً في الشيء المملوك من بين الامتيازات الأخرى المختلفة التي يخولها هذا الحق، إذ إن حق الملكية كممثل سائر حقوق الذمة المالية الأخرى:- محل القدرة على التصرف، أي ما ترد عليه القدرة في التصرف، فهو شيء خارج عنها.

ترتيباً على ذلك فإن مفهوم الفقه التقليدي يخفي تناقضاً لا يمكن تجاهله: فكيف نسوّغ أن القدرة على التصرف يمكن أن تكون صفة لحق الملكية، وهو حق عيني من بين الحقوق العينية الأخرى، في حين أنه من الواضح أن هذه القدرة يمكن أن تكون محلاً لمعظم الحقوق العينية؟ وهل الملكية بالتحديد- حق عيني كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأخرى؟ هل هناك مفهوم جديد للملكية^(١) ينادي بعض الفقه بتوسيع المجال التطبيقي لهذه الملكية ليشمل مجموعة الحقوق وليس الحقوق المادية فقط، ليبعد التناقض الذي يشوب المذهب التقليدي؟ لقد ساند بعض الفقه مثل هذا المفهوم مؤخراً، مجددين بذلك الخلاف الخاص بالقدرة على التصرف القانوني.

ثانياً: المفهوم المعاصر للقدرة القانونية على التصرف

إن مضمون حق الملكية-وفق النظرية القديمة- يقتصر على الأشياء المادية، إلا أن بعض الفقه المعاصر قد رفضوا مثل هذا التحديد لمضمون حق الملكية ورأوا أنه يمكنه أيضاً التعرض إلى الأشياء المادية والمعنوية كذلك، وأن مجموع حقوق الذمة المالية تخضع له أيضاً.

(١) انظر

F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ. 1993, 305.

يعارض الفقيه Ginossar التمييز الثنائي التقليدي لحقوق الشخص بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية^(١)، فهو يرى أن حق الملكية هو الحق الوحيد بين الحقوق العينية الذي لا يجعل لمالك الحق علاقة قانونية مع شخص معين، في حين أن مجموع الحقوق العينية الأخرى تجعل بين صاحب الحق ومالك الشيء علاقة إلزامية لأنها تُعنى بشيء مملوك للغير^(٢). أما الملكية "فهي ليست سوى العلاقة التي تجعل شيئاً ملكاً لشخص"^(٣)، ومن هذا الفرق الأساسي الذي يراه بين حق الملكية والحقوق العينية الأخرى يصل Ginossar إلى نتيجتين تمثلان شقّي فكرته: الشق الأول هو أن حق الملكية يصف العلاقة بين الشخص وكل عنصر من عناصر ثروته، وهذه العلاقة التي يصفها "بالمطلقة"، لأنها تتميز بالتحكم الكامل في الشيء وحجبتها في مواجهة غيره، لا تخص الأشياء المادية فقط بل تخص أيضاً مجموع الحقوق العينية والشخصية وحقوق الذمة المالية^(٤). الشق الثاني هو أن الحقوق العينية غير حق الملكية، ولأنها قد

(١) انظر

S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance- Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960.

(٢) انظر

" Tout comme le droit personnel est celui qui correspond à une obligation personnelle, il faut entendre par droit réel le droit qui correspond à une obligation réelle. Ibid., n° 36.

(٣) انظر

Ibid., n° 12.

(٤) انظر

Ibid., n° 13. V. aussi l'article du même auteur, pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel: RTD civ. 1962, p. 578.

تولد التزامات عينية، فهي تنشئ أيضاً بنفس طريقة الحق الشخصي علاقة توصف
"بالنسبية" بين شخصين معينين.

يرى Ginossar من هذه العلاقة الثنائية التي تخص مجموع الحقوق العينية
باستثناء الملكية إلى أن "الصلة بين الملك والحق العيني ليست هيكلاً خيالياً ولكنها
تنبع من علاقة قانونية ثنائية..."^(١) وتعكس الانتماء بين الشيء ومالكه وتوفر الإطار
الأفضل الذي يمكن أن تدخل فيه القدرة على التصرف والتي قلنا إنها مرتبطة بشكل
وثيق بالشخصية القانونية. وعلى الرغم من بعض التردد، فلا يجرو Ginossar على
استخلاص كل النتائج التي تدعوها إليه نظريته: فهو يساند أفكار Planiol حيث يؤكد
أنه من الصحيح تماماً أن "إمكانية التصرف قانوناً في الحق بالتخلي عنه لا ترتبط
بالملكية" لأن "صفة التخلي هذه تصلح لكافة الحقوق العينية" حتى للحقوق
الشخصية^(٢). وهناك من يرى أن Ginossar يناقض نظريته الخاصة والتي تتميز
بفكرة أن الملكية تتعلق بمجموع الحقوق الشخصية أو العينية، على اعتبار أن مفهوم
الملكية موجودة وهو قادر على كل شيء، ويتفق تماماً مع فكرة أن القدرة على التصرف
القانوني تكون من نفس نوع محتواها^(٣). وإذا كانت الحقوق العينية والشخصية
تشكلان حق الملكية، فإن نظرية إمكانية التخلي عن تلك الحقوق لم تصبح مزعجة بل

(١) انظر

S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance- Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960. n.42.

(٢) انظر

Ibid., p.31.

(٣) انظر

V. F. de Visscher, Du " jus abutendi" RTD civ. 1913, p. 341.

مستحسنة، فلا يتم بذلك إزالة التعارض الواقع في قلب المذهب التقليدي فحسب، بل إن موضوع حق الملكية هو مجموع حقوق الذمة المالية من جهة، وأن القدرة على التصرف القانوني حق المالك وحده من جهة أخرى، يعززان أحدهما الآخر، وهذا هو ما يقترحه الفقيه Zénati^(١).

في الوقت الذي يشاطر فيه Zénati رأي Ginossar، يقابله هو باعتراض دقيق آخر وهو أنه لم يعمق فكرته إلى الحد الذي كان يجب أن يصل إليه، أي إلى رفض الملكية كسلعة (مال - عين)^(٢). ففي الواقع عندما يؤكد Ginossar أن القدرة على التصرف القانوني ليست صفة لحق الملكية، فهو يعتمد الفكرة المضادة لتلك التي أراد الدفاع عنها وهي أن العلاقة الخاصة التي تربط بين الشخص ومجمل أمواله سواء كانت مادية أو معنوية، ليست كلها مشمولة في مفهوم حقوق الذمة المالية، وهي العلاقة التي طالما تم تأكيدها، وهكذا فالملكية تدخل في إطار حقوق الذمة المالية، وهو ما يتفق مع النظرية الفقهية التقليدية.

ولكن Zénati يؤكد بوضوح تام على أن القدرة على التصرف قانوناً في المال هي من حق المالك فقط، وذلك من أجل الفصل بين القدرة والملكية. ولكن إذا افترضنا أنه يجب إبعاد هذا التفسير الأخير لنفضل تفسير Zénati، فيجب علينا أن نقدر ما الذي يجب أن نأخذه من فكرة أن القدرة على التصرف لا يمكن تخيلها خارج حق الملكية، وتستند هذه الفكرة على أساسين: أولاً: هو أن الملكية تقع ليس فقط على الأشياء المادية، بل على مجمل حقوق الذمة المالية، وهنا يتبنى Zénati التحليل الذي قام به

(١) انظر

F. Zénatie, pour une rénovation de la théorie de la propriété : précité, p. 318.

(2) Ibid., p. 305.

Ginossar^(١). ثانياً: هو أن الملكية، كونها حقاً للشخص على أمواله، بما فيها مجموع الامتيازات القانونية (للأول على الثاني) يفوق محتواها القدرة على التصرف ويمكن أن يشمل خاصة القدرة على التعاقد. ولا يتراجع Zénati أمام هذه الحجة ويقود فكرته إلى نهاية منطقته ولا يتردد في التأكيد على "أن كل نشاط قانوني يظهر في النهاية كأنه تفعيل لصفة من صفات الملكية"^(٢).

وهناك من يرى أن مثل هذا المفهوم لحق الملكية الموسع فيما يخص موضوع ومضمون هذا الحق لا يستطيع أن يوفر تفسيراً مقنعاً يمكن أن يوضح مفهوم حرية التصرف في الأموال^(٣).

في الحقيقة، إن القدرة القانونية على التصرف تُعد إحدى الروابط الأساسية التي تربط بين الشخص وذمته المالية ويمكنها التعرض لمعظم الحقوق الواردة في الذمة المالية^(٤). ويجب تمييزها تماماً بهذا التعريف عن السلطة المادية على الأشياء والتي تعتمد على محتوى الحقوق المختلفة على هذه الأشياء^(٥).

(1) Ibid., p. 320.

(2) Ibid., p. 320.

(٣) انظر،

M. villey, Critique de la pensée juridique moderne, Dalloz, 1976, p. 190.

(4) Il a été exactement remarqué que le pouvoir de disposition " n'est pas attachée à la chose, il appartient à la personne". P. Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui : RTD civ.1054,1, note12.

(5) M. Aubert a qualifié d'exacte et utile la distinction entre " la maîtrise de la chose, conférée par le droit de propriété stricto sensu, et la maîtrise du droit lui-même" Le droit de disposer de l'immeuble, in Etude Flour, Defrénois, 1979, p. 1 et s., n. 2.

فإذا كان المعنى التقليدي، كما بدأتها مدرسة سافيني Savigny التاريخية والألمان في القرن التاسع عشر، تُعدّ الحق الشخصي عبارة عن سلطة أو حق إرادي للشخص صاحب الحق، ألا يجب علينا إذاً أن نعدّ القدرة القانونية على التصرف -وفق هذا المفهوم- مظهراً من السلطة الإرادية وأنها جزء لا يتجزأ من الحق الشخصي؟ لماذا نريد ربط القدرة على التصرف بالشخصية القانونية ونعدها خارجة عن الحق الشخصي إذا كان هذا الأخير مجرد تعبير عن هذه الشخصية؟ كيف يمكن تفسير أن شخصاً عديم الأهلية ليس له إرادة يمكن أن يكون صاحب حقوق شخصية؟ وكذلك بشأن النظرية الشخصية الاعتبارية حيث إن الحق الشخصي سلطة إرادية، لذلك صاحب الحق الوحيد هو الشخص الطبيعي الذي يكون قادراً على التعبير عن الإرادة.

يمكن لنا أن نستخلص مما سبق الإشارة إليه، أن الحق الشخصي مختلف تماماً عن القدرة القانونية على التصرف، لذلك يبدو لنا أن للقدرة القانونية خاصيتين يمكن أن تميزها عن الحقوق الشخصية: من ناحية أنها تتعلق بإنشاء الحالة القانونية لا بأثرها^(١)، ومن ناحية أخرى، والخاصية الثانية هذه تتفق بالطبع مع الأولى، حيث تفترض القدرة القانونية الحرية الكاملة للفرد في إدارة أمواله، وله كامل الحرية في بعض الحالات - أن يترك ذلك للقواعد القانونية محل التطبيق، خاصة عندما تكون تلك القواعد القانونية مكلّمة وليست أمرة^(٢)، وبالطريقة نفسها سيكون لديه دائماً الحرية العقدية أي التعاقد مع الآخرين، وأخيراً وفي الوقت نفسه، تكون لديه القدرة على الامتلاك وكذلك القدرة على الاستغناء عنها لاحقاً، وقد تكون هنا "حرية التصرف هي

(1) V. P. Roubier, Les prérogatives juridiques : précité, p. 99.

(2) V. Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés : RTD civ. 1944, n. 4.

أيضاً حرية عدم التصرف^(١)، وهذه هي القدرات القانونية. ومن أجل تمييزهم عن الحقوق الشخصية، يمكن لنا بتعريفها بأنها امتيازات قانونية مرتبطة بالشخصية القانونية، أما الحق الشخص فهو عنصر في الذمة المالية.

فأمام صاحب حق شخصي نجد شخصاً، ويوصف الحق هنا بالالتزام، أو نجد شيئاً ويوصف الحق بالعيني، وأمام صاحب القدرة لا يوجد إلا الشخص نفسه، فالقدرة موجودة قبل التصرف القانوني، وهي تعد في هذا السياق تعبيراً عن الشخصية: إن أكثر الأفراد فقراً في العالم قد لا يملك شيئاً، ولكن لا يمكن حرمانه من قدرته على الامتلاك والتصرف، وهنا يكمن كل الفرق بين القدرة، وهي الامتياز الموجود في كل إنسان، وبين الحق الشخصي الذي هو عنصر في ذمته المالية.

المطلب الثاني

عناصر الحق في التصرف

معظم الحقوق المكونة للذمة المالية للفرد يمكن أن تكون محلاً للتصرف، وحتى يكون صاحب الحق قادراً على التصرف يجب توافر عنصرين: الأول: الذي يمكن وصفه بأنه جوهرى، يرجع إلى الصفات الخاصة بالحق الذي يرد عليه التصرف، والتي يمكن أن تجعله غير قابل لهذا التصرف (أولاً)، والعنصر الثاني: خارجي، يكمن في وجود علاقة ملكية بين الحق وصاحبه (ثانياً).

(1) A. Piedelievre, Promesse unilatérale de vente immobilière et prénotation : Déferions 1975, a. 30 960, p. 977.

أولاً: العنصر الجوهرى: الصفة المالية للحق المتصرف فيه

ينظر إلى القدرة القانونية على التصرف دائماً على أنها يمكن أن تمارس على مجموع الأموال والحقوق المكونة للذمة المالية لصاحبها، فالملاءمة بين وجود مال في الذمة المالية وإمكانية تداوله قوية لدرجة أن تكييف الذمة المالية تعطى لكل حق يمكن تداوله ونقله. وهذا بالفعل "مبدأ أساسي للحق الفردي بأن الحقوق يمكن نقلها أو التخلي عنها أو التنازل عنها"^(١)، حتى بلغ أن بعض الفقه وضعوا التنازل معياراً للحق الشخصي: فمفهوم الحق الشخصي يفترض التعلق بالذمة المالية، وإمكانية التنازل عنه: إمكانية التصرف والتخلي قانوناً عن حق ما شرطاً من شروط الاعتراف بهذا الحق كحق حقيقي^(٢): "وإنه بناءً على هذا العنصر وحده يمكننا الحديث عن حق معين يمكن تملكها"^(٣)، وعلى أساس هذا المعيار، يرفض بعض الفقه أن يصف الحق في الاسم بحق شخصي^(٤)، كما يرفض هذا الوصف لجميع حقوق الشخصية^(٥).

وقد انتقدت هذه النظرية لكونها تعطي نظرة ضيقة جداً عن الحقوق الشخصية. وإلى هذه الانتقادات التي نشاطها، نضيف نقداً آخراً: فكما انتقدت فكرة الملكية المطبقة على مجموع الحقوق الشخصية، هناك أيضاً من يشجب النظرة التي يقدمها Roubier عن الحقوق الشخصية المحدودة في مجرد "أموال يمكن تملكها". فالمجال

(1) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, précité, n. 184

(2) H. Capitant, Sur l'abus des droits, précité, p. 373.

(3) P. Roubier, Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs: APD t-3, p. 5.

(4) Ibid., p. 29.

(5) P. Roubier, Les prérogative juridiques, précité, p. 74

يتسع إلى جانب الحقوق التي تدمج قيمة مالية للحقوق الشخصية ذات القيم المعنوية أساساً، مثل حقوق الشخصية^(١).

وبعد أن تم رفض فكرة أن إمكانية التنازل متأصلة في الحقوق الشخصية وأن ليس في هذه الحقوق مكان للحقوق التي توصف بخارجة عن الذمة المالية، فإذا كان التعلق بالذمة المالية كما رأينا- عاجزاً عن تعريف الحقوق الشخصية، فليس من المؤكد أن يكون مؤشراً يبرهن على أهلية هذه الحقوق للتداول.

إن الصلة بين تعلق الحقوق بالذمة المالية وإمكانيتها للتصرف فيها حقيقة^(٢) لا يمكن نفيها ولا التشكيك فيها^(٣)، ولكن في الواقع يبدو الحد الفاصل بين الحقوق غير المالية والحقوق المالية في بعض الحالات غير واضح^(٤)، ونذكر هنا الحالات الآتية:

- في بعض الأحيان، تخترق الحقوق غير المالية نطاق الذمة المالية^(٥) عن طريق قابليتها للتقويم بالمال: كطلب تعويض مقابل التعرض للاسم أو الصورة أو

-
- (1) P. Roubier, L'indisponibilité des droits de la personnalité, thèse, Dijon, 1987, n. 291.
 - (2) D. Berra, le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, précité, p. 165.
 - (3) P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne : RTD civ. 1966. n. 25, p. 185 ; A. Seriaux, La notion juridique de patrimoine : RTD civ. 1994, n. 5, p. 801.
 - (4) V. F. Hage-Chahine, Essai d'une nouvelle classification des droits privés : RTD civ. 1982, n. 4. P. 705.
 - (5) J. Cl. Civil, art. 1598, Vente, Choses pouvant être vendues, par L. Cadiet, n. 42.

الشرف، الخ... هكذا تحل قيمة مالية محل قيمة معنوية لذلك يمكن لأكثر الحقوق المتعلقة بالشخصية أن تصبح محلاً للالتزام^(١).

- بشأن حقوق الذمة المالية، هناك من يأخذ بعين الاعتبار شخصية صاحب هذه الحقوق ليعطي قيمة معنوية لقيمتها المالية البحتة، فتصبح هذه الحقوق غير قابلة للتداول، وتطبيقاً لذلك يمكن أن نشير إلى حق الاستعمال وحق السكنى المنصوص عليهما في المادة ٩٥٥ من القانون المدني الكويتي^(٢).

إن حجم هذا التداخل المزدوج للحقوق الخارجة عن الذمة المالية في مجال قابلية التنازل من جهة وحقوق الذمة المالية في مجال عدم جواز التصرف من جهة أخرى، يُعدّ كبيراً حتى إنه لا يمكن تفادي السؤال حول العلاقة بين ما يتعلق بالذمة المالية وعدم جواز التصرف في الحقوق المالية، ولذلك نرى أنه يجب التخلي عن معيار ما يتعلق بالذمة المالية الذي يرجع إليه، لتحديد قابلية الحقوق للتداول أو على الأقل يجب تحديده.

وعلى الرغم من التشبيه التقليدي، والذي غالباً ما يتأكد، بين التعلق بالذمة المالية وقابلية الحق للتداول، لماذا لا تتفق الصفتان بانتظام؟ ولماذا نجد استثناءات ملموسة؟ نظنّ أن الرد يكمن أساساً في كون قابلية التداول تُعنى بالحق نفسه، الذي هو كما ذكرنا - امتياز خارجي، ألا وهو القدرة على التصرف القانوني، في حين أن

(1) G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., LGDJ, 1949, n. 24.

(٢) ونظراً إلى أن حق الاستعمال وحق السكنى يتحددان، في مضمونهما بما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لخاصة أنفسهم، فالأصل أنه لا يجوز النزول عن أيهما للغير، لأن الاستعمال أو السكنى يتخلف من شخص لآخر. انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على نص المادة ٩٥٥.

صفة التعلق بالذمة المالية من عدمه تعتمد على محل هذا الحق، ولذلك لا يمكن وضع هاتين الصفتين في المستوى نفسه: ففي حين ينبع التعلق بالذمة المالية من جوهر الحق، تنتج قابلية تداوله عن مضمونه، وفيما يأتي عدة أمثلة على ما ذكرناه:

- حق الملكية على عقار هو المثال الأصلي لحق الذمة المالية بسبب المفهوم الاقتصادي البحت لجوهره المجرد من أية فكرة معنوية^(١). ومع ذلك، فقد رأينا أنه وفق المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي يمكن منع المالك من نقل ملكية العقار، والسبب لا يكمن في أي تغيير في جوهر الحق الذي يستمر وصفه بكونه متعلقاً بالذمة المالية، ولكن يرجع السبب إلى الشرط العقدي الذي يمنع المالك من التصرف في ملكه لوجود الباعث القوي.

- إن مضمون دين مالي دائماً ما يكون أداءً نقدياً من قبل المدين، وهو القيمة المالية بعينها، فكيف لنا إذ أن نعلل عدم قابليته للحوالة أو عدم جواز التنازل عن دين النفقة، التي لها نفس مضمون أيّ دين نقدي آخر، على أساس التعلق بالذمة المالية؟ لا يكمن التسوية، مرةً أخرى، في مضمون الحق ولكن في جوهره^(٢).

- على عكس الحقوق المالية، فالحقوق غير المالية، مثل حقوق الشخصية، ترتبط شخص صاحبها أو صفاته الأساسية^(٣)، وعليه فإن تحديد كون الحق من الحقوق المالية أو من الحقوق غير المالية يرجع إلى موضوع الحق. ومع ذلك، فإن الحد الفاصل بين الحقوق المالية والحقوق غير المالية يكون غير واضح عندما يكون

(1) V. M. Seriaux, La notion juridique de patrimoine, précité, p. 801.

(2) V. A. Sayag, Essai sur le besoin créateur de droit, LGDJ, 1969, p. 66.

(3) Ibid., p. 64.

لعدم جواز التصرف في الحقوق الأولى الصفة المطلقة، أي عدم جواز التصرف بتلك الحقوق المالية بشكل مطلق، في حين أن الحقوق غير المالية هي حقوق لا يمكن التصرف بها^(١).

يمكن لنا أن ندرك مما سبق أن الحد الفاصل بين الحقوق القابلة للتداول بحرية وتلك التي لا يمكن أن تكون قابلة للتداول، لا يلتقي مع الحد الفاصل بين الحقوق المالية والحقوق غير المالية، فإذا كانت الحقوق الأخيرة لا يمكن تداولها أو التعامل بها أبداً، فلا يمكن دائماً تحويل حقوق الذمة المالية. فإذا أردنا تقدير صفة قابلية تداول حق الذمة المالية، فلا يجب النظر إلى مضمون الحق، بل إلى كيفية ممارسته: فإذا استدعت الممارسة إدخال فكرة من قبيل الحقوق غير المالية، فلا تصبح قابلية التعامل أو التداول بحرية ممكنة^(٢).

إن مجال ممارسة القدرة القانونية في التصرف بحرية داخل ذمة الشخص المالية محدد بالحقوق التي لا تتطلب أي تقدير مرتبط بشخص صاحب الحق أو بشخص آخر معين، أي تلك الحقوق التي لها صفة حيادية في مضمونها وجوهرها وطرق ممارستها. إلا أن هذا الشرط اللازم غير كافٍ، ويجب إضافة معيار آخر إلى هذا الشرط الخاص بالصفات اللازمة للحقوق المطلوب التصرف فيها، وهو معيار خارجي يتمثل في كون صاحب الحق هو الوحيد الذي يمكنه التصرف فيه فقط.

(1) V. H. Ph, Visser't Hooft, Les actes de disposition concernant le corp humain. Quelques remarques philosophiques: APD. t. 24, 1979, p. 91.

(2) V. J.L. Aubert, Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur : RTD civ. 1969, 692, n. 25.

ثانياً: العنصر الخارجي: وجود صاحب الحق

يفترض مفهوم الحق الشخصي وجود صاحب حق أو أكثر بمعنى أشخاص معينين بالقانون يستطيعون التصرف في هذا الحق، فصفة صاحب الحق والحق الشخصي مرتبطين بشكل وثيق بالذمة المالية التي هي مجموع من الحقوق والالتزامات للشخص والتي يمكن تقويمها مالياً.

وهكذا، لا يمكن مقارنة صلة صاحب الحق بعلاقة الملكية، بسبب البعد الممتد إلى ما لا نهاية الذي يمكن أن تأخذه هذه العلاقة^(١). إذاً، "بوسعنا أن نقول (...). بأن الشخص صاحب ذمته المالية وليس بأنه مالكةا، لأن هذه الذمة هي هو نفسه"^(٢). فاشتراط صاحب الحق واجب لممارسة القدرة القانونية على التصرف، فغير صاحب الحق ليس مخولاً بتاتاً بالتصرف، إلا إذا كان الممثل القانوني لصاحب الحق، ولكن في هذه الحالة، لا يمكن الحديث عن ممارسة القدرة على الاختيار أو حرية الاختيار التي يخولها هذا المفهوم، بل على العكس، إنها قدرة محددة تحديداً مخولاً من أجل تنفيذ مصلحة مختلفة عن مصلحة الشخص الذي يقوم بها.

واشترط كون صاحب الحق هو الوحيد الذي يمكنه التصرف لا يمكن الاعتراض عليه أبداً لأنه بديهي. ولكن لنلاحظ - وهذه الملاحظة توضح المبدأ وليست استثناءً - أنه يمكن التصرف في حق معلق على شرط مع العلم بأن هذا الحق سينقل بذات الوصف للذمة المالية لصاحب الحق الجديد. وإذا كان يمكن لأي شخص غير صاحب الحق التصرف قانوناً في هذا الحق، فهل يمكن القول بأن هذا الحق غير قابل للتصرف بالنسبة

(1) J. L. Bergel. M. Bruschi et S. Cimamonti, Traite de droit civil- Les biens, LGDJ, 2000, n. 44.

(2) J. Carbonnier, Droit civil, t-3, Les biens, PUF, 19^e éd., 2000, n.4.

لغير صاحبه؟ الإجابة بالتأكيد لا، وقد لاحظنا أنه "يجب تقدير منع التصرف في إطار العلاقات الموجودة بين الشخص والأموال التي يمتلكها"^(١). ولا يمكن لانعدام الحق أو لانعدام القدرة أن يشكل نوعاً من أنواع المنع من التصرف، إلا إذا تم تفرغ هذا المفهوم من خصوصيته وهي أن المنع من التصرف يفترض صفة صاحب الحق.

وعليه، نستطيع أن نؤكد أن حرية التصرف القانوني تشكل تعبيراً عن الشخصية، وهي لا تتعلق بجوهر الحقوق ولا بجوهر حق الملكية بالذات، بل يمكن أن تزول عدداً كبيراً من الحقوق، فما هي هذه الحقوق؟ هذا هو ما نريد تحديده بالتساؤل حول الشروط التي تسمح بالتعبير عن القدرة القانونية على التصرف. ويمكننا من الآن -بنظرة معاكسة- تحديد ذلك فيما يتصل بالشرط العقدي المانع من التصرف.

١ - يفترض المنع من التصرف أن يكون المدين بالالتزام هو صاحب المال أو الحق الذي أصبح محظور التصرف فيه، إذ إنه الوحيد الذي يستطيع التصرف قانوناً في المال. بيد أننا قد رأينا أن أي شكل من أشكال المنع من التصرف الموجهة لغير صاحب الحق لا تشكل حظراً للتصرف بالمعنى الذي نقصده من هذا التعبير.

٢ - إن المنع التعاقدية من التصرف، وبسبب مصدره التعاقدية نفسه، لا يمكن تصوره إلا في مجال حقوق قابلة للتعامل أو للتداول وأصبحت غير قابلة للتصرف بإرادة الأطراف^(٢). وعليه، فإن اهتمامنا بتحديد الحقوق القابلة للتداول بحرية أو لا، يسمح لنا أن نستبعد بعض أشكال منع التصرف من الحقوق، من خلال دراستنا هذه، أي تلك المتعلقة بالحق نفسه وبعدم قابليته للتصرف، وأكبر مثال على ذلك

(1) D. Berra, thèse précitée, p. 160.

(2) V. R. Marty in De l'indisponibilité conventionnelle des biens (1^e partie), Petites affiches 21 nov. 2000, 4. n. 3.

هو منع التصرف في جسم الإنسان، وهو منع مطلق. ولكن يمكننا أيضاً إضافة كافة أنواع المنع المتعلقة بالحقوق غير المتعلقة بالذمة المالية وهي غير قابلة للتحويل بحرية، وكذلك بعض الأوضاع التي تلامس حقوق الذمة المالية والتي تشبه إلى حد كبير الحقوق الخارجة عنها، ولهذا فهي غير قابلة للتحويل، وعدم قابلية تحويل دين النفقة أو حقوق الاستعمال والسكن هم أفضل أمثلة على هذا الشكل الحقيقي (العيني) لمنع التصرف الموجود في مجموعة حقوق الذمة المالية.

ولكن، إذا كان مجال التطبيق الممكن للشرط العقدي المانع من التصرف محصوراً في هذا الشكل، فبالإشارة إلى مجال حرية التصرف التي تعارض المنع من التصرف التعاقدية، يبقى السؤال هو مامدى مشروعية هذا التعدي؟ وبما أن القدرة على التصرفات القانونية تمثل حقاً مرتبطاً مباشرة بالشخصية، ألا تكون شخصية صاحب الحق هي التي وقع التعدي عليها من خلال التعدي على هذا الحق، حتى وإن كان هذا التعدي مقبولاً، وينقص كذلك من كمال قدرة صاحب الحق القانونية؟ وأما من جانبنا، فلا نميلبتاتألية مقارنة بين المنع من التصرف الناتج عن شرط تعاقدية وأي شكل من أشكال عدم الأهلية، فتعدي المنع من التصرف هذا على الأهلية التي تعكس حرية التصرف في الأموال المكونة لذمته المالية يعد تعدياً حميداً، وهذا يقتضياتلوعجلى مدى تقارب أو تباعد المنع من التصرف من عدمالأهلية، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث القادم.

المبحث الثاني

مدى علاقة المنع من التصرف بعدم الأهلية

إن المنع من التصرف في الحق يمس القدرة القانونية على التصرف وهي إحدى الخصائص الأساسية للشخصية القانونية، وهذا المنع قد يؤدي إلى التقارب من حالة عدم الأهلية وخاصة عدم أهلية الأداء التي تمنع عديم الأهلية من ممارسة حقوقه والمطالبة بها^(١)، لذلك فإن أي شكل من أشكال منع التصرف المطلق الناشئ عن العقد ممنوع منعاً مطلقاً.

ومن هذا المنطلق يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي: هل يمثل المنع من التصرف شكلاً من أشكال عدم الأهلية؟ بل العكس، نرى أنه على الرغم من التقارب الذي تم التأكيد عليه بين المنع من التصرف وعدم الأهلية (المطلب الأول)، فإن الطبيعة القانونية لهذين النظامين مختلفة تماماً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى التقارب بين المنع من التصرف وعدم الأهلية

إن النظرية التي حاولت في نهاية القرن التاسع عشر التسوية القضائي لشروط عدم جواز التصرف قدمت من بين الافتراضات فكرة إمكانية أن يكون المنع من

(1) J. Carbonnier, Droit civil, t-1- Les personnes, précité, p. 99.

التصرف شكلاً تقليدياً لعدم الأهلية حتى ولو أنه تم استبعاد هذه الفكرة فور صدورها^(١) - بسبب الصفة القانونية البحتة المرتبطة بحالات عدم الأهلية، فهي تترجم مع ذلك قوة الجذب الموجودة بين النظامين، نقصد هنا نظام المنع من التصرف ونظام عدم الأهلية.

وهذه الجاذبية مستمدة من عدة نواح: أولاً، قد أكدنا على أن الأهلية القانونية وحرية التصرف تغتذيان على المفاهيم نفسها التي تدور حول الشخصية والحرية التي توحى بها الشخصية القانونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يجب الاعتراف بأن تفسير شروط عدم جواز التصرف وفقاً لمفهوم عدم الأهلية يتفق مع الجزاء المقرر عند التصرف بما يخالف شرط عدم التصرف، من خلال إمكانية إبطال التصرف، ومع ذلك، يبدو لنا أن التشابه الأكثر وضوحاً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف يظهر في الهدف الذي يتبعه هذان النظامان.

يميز القانون المدني بين حالات عدم القدرة القانونية على التصرف، حسب الهدف المخصص لكل حالة، فنستخدم مصطلح الأهلية لوصف تلك الحالة التي تهدف

(١) ينبغي الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه الفرنسي كان رافضاً - خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين - لمسألة إهدار أو المساس بحق الملكية من خلال الشرط المانع من التصرف لمخالفته لجوهر حق الملكية الذي يخول المالك حرية التصرف فيما يملك، وذلك على اعتبار أن الشروط التي حددها القضاء لصحة هذا الشرط - المتمثلة بالمصلحة المشروعة والحظر المؤقت شروط غير واردة بأي نص - فالشرط المانع من التصرف يتعارض بشكل واضح مع العديد من المبادئ الجوهرية للقانون المدني. كما أن المصلحة التي يقتضيها المشتراط أياً كانت صفة هي مصلحة خاصة يجب أن تخضع للمصلحة العامة في حالة عدم إمكانية التوفيق بينهما. ويرى البعض بأن ذلك الشرط ما هو إلا باعث مفسر *mobile justificatif* الذي يحمي العقد من البطلان. إلا إن المشرع الفرنسي قد خفف من حدة هذا التعارض وذلك من خلال تبني الشروط القضائية المتعلقة بالشرط المانع من التصرف بمقتضى نص المادة ١/٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي فإن مشروعية الشرط المانع من التصرف لا خلاف عليها وتحديداً بخصوص عقود التبرع.

V.L. Josseland, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, précité, n. 208.

أساساً إلى حماية عديمالأهلية أو ناقصها من ضعف إرادته، وهناك المنع القانوني -أي بنص القانون- من التصرف لتحقيق مصلحة مشروعة^(١). وحالة المنع من التصرف تفترض عدم قدرة الشخص على التصرف لا لسبب يعود إلى الإدراك والتمييز، بل إلى الضرر الذي قد ينتج عن ذلك التصرف. ومن حالات المنع القانوني من التصرف: منع النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه^(٢)، منع رجال القضاء وأعاونهم من شراء الحقوق المتنازع عليها^(٣)، منع السماسرة والخبراء من شراء الحقوق المعهود إليهم بيعها أو تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها^(٤).

أما ما يتعلق بالمنع من التصرف تعاقدياً، أي عن طريق الاتفاق على هذا المنع، نلاحظ أن دراسة شروطه تظهر انقساماً مماثلاً، فهي مستوحاة مرة من أجل حماية مالك المال غير القابل للتصرف فيه، وغير مرة من أجل حماية الغير من تصرف المالك ذاته، وقد أثر هذا التشابه في الأهداف المتبعة تأثيراً واضحاً حتى أنه مال إلى مظهرين من التقارب. المظهر الأول: مقارنة منع التصرف القانوني ليس بعدم أهلية حقيقية، بل بمظهر من مظاهر المنع من التصرف التعاقدي (أ). المظهر الثاني: يميل إلى دمج حالات المنع من التصرف التي تهدف إلى حماية صاحب الحق أو المال المحظور التصرف فيه داخل مجموعة حالات عدم الأهلية (ب)، وقبل أن نطلق حكماً مسبقاً على مثل هذا التقارب، سنحاول التذكير بالأسباب التي أدت إلى تبني هذا التقارب.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع العلمي العربي الإسلامي، ف ٦٢، ص، ٨٣.

(٢) المادة ٦٢ من القانون المدني الكويت بهدف حماية مصلحة النائب.

(٣) المادة ٥١٣ من القانون المدني الكويتي تحقيقاً للمصلحة العامة.

(٤) المادة ٥١٤ من القانون المدني الكويتي.

أولاً: المنع من التصرف قانوناً واتفاقاً

التمييز بين المنع من التصرف بناء على نص قانوني والمنع من التصرف بناء على اتفاق بين أطرافه من أهم الموضوعات المتعلقة بالأهلية^(١)، ورغم أهميته إلا أن ذلك لم يمنع من نقد هذه التفرقة، بل أن بعض الفقه اعترضوا عليه بشدة: فهناك من يرى أن الأهلية هي التي تُكوّن مفهوماً قانونياً حقيقياً^(٢)، أما بقية أنواع عدم الأهلية الأخرى فتكون مجموعة من عناصر مختلفة، فكيف يمكن إذاً وصف هذه المجموعة ووضعها من بين أنواع عدم الأهلية؟ لا يتردد الفقه في تشبيهها بحالة المنع من التصرف لاعتقاده أن الفرق بين الاثنين "غير ملموس"^(٣).

وبناءً على ذلك، فهل يقع بعض الفقه تحت نفس الانتقاد الذي نراه مبرراً والموجه إلى التصنيف التقليدي الذي يؤكد على الهدف من عدم الأهلية أكثر مما يؤكد على النظام القانوني للأهلية؟ فإذا كان تعريف عدم الأهلية مبنياً على هدف الحماية التي يتبعه بالضرورة نظام الأهلية كما رأينا من قبل، فإذا اعتمدنا هذا التعريف، يجب أن نتساءل أيضاً عن اندماج بعض أنواع المنع من التصرف التي تميل إلى حماية بعض الأشخاص من ضعف إرادتهم المفترضة في مجموعة عدم الأهلية المنحصرة بهذا الشكل.

(١) انظر،

R. Houin, les incapacités: RTD civ. 1947, p. 383.

(٢) انظر،

R. Houin, les incapacités, précité, p. 386.

(٣) انظر،

Ibid., p. 386.

ثانياً: المنع من التصرف والأهلية

يظهر التشابه بين مفهوم الأهلية والمنع من التصرف من خلال الغاية التي يبتغى تحقيقها والمتمثلة بالحماية القانونية، فهدف القانون من الأهلية حماية مصلحة عديم الأهلية أو ناقصها لضعف إرادته أو انعدامها، ومن أهداف الشرط المانع من التصرف حماية مصلحة المالك (المتصرف له) صاحب المال غير القابل للتصرف فيه^(١)، كما أندعوى المطالبة بإبطال التصرف القانوني بالنسبة للأهلية أو المنع من التصرف، تكون فقط لمن تقرر الإبطال لمصلحته أي المنتفع من الحماية.

إن حماية صاحب المال من خلال منعه من التصرف في ماله يكون نتيجة اعتبارات خاصة بشخصية صاحب المال أو الحق، وأن هذه الصفة بالذات هي التي قد تبين عدم أهليته للتصرف، ولكن عدم جواز التصرف، المقصود به التعرض للقدرة على التصرف، وهي ميزة باطنية للشخصية، تأخذ دائماً بعين الاعتبار، بطريقة أو بأخرى، شخصية صاحب هذه الميزة^(٢)، فعند الرجوع إلى جميع أشكال عدم جواز التصرف المنصوص عليها في صالح الغير أو للمصلحة العامة، وسنستطيع دائماً تفسيرها شروطاً تبين مدى الحذر من المالك نفسه والذي يخشى أن يمس بالمصلحة المراد حمايتها.

(١) انظر،

R. Houin, précité, n. 391; A. Tissier, note ss Cass. req., 23 mars 1903 : S. 1904, I, p. 225.

(٢) انظر،

A. Wager, La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD civ, 1907, p. 345.

لقد أشرنا سابقاً إلى أن عدم جواز التصرف منقسم بنفس طريقة عدم الأهلية، ونستطيع تأكيد ذلك من جديد هنا: إذا كان هناك حالات عدم أهلية مبنية على حماية عديم الأهلية، فهناك أيضاً حالات أخرى على أساس الخشية من الضرر الذي قد يسببه فعله، وفي الوقت نفسه، هناك حالات منع من تصرف تهدف على وجه الخصوص إلى الحفاظ على مصلحة صاحب المال، في حين أن هناك حالات أخرى تهدف قبل كل شيء إلى حماية مصلحة الغير. إذن فلا يجب - كما نعتقد - التفريق بين النظامين بناءً على الهدف المراد أو محاولة إعادة تعريف كل نظام على أساس هذا المعيار، فلا يمكن مقارنة عديم الأهلية بالمنع من التصرف بسبب ما يقصد بمسماهما فقط. كما أن حظر التصرف لا يمكن أن يشكل مظهراً من مظاهر عدم الأهلية فقط لأنه يهدف إلى حماية صاحب المال غير القابل للتصرف. في الواقع، يجب البحث عن الفرق بين النظامين ليس في القصد المخول لكل منهما، بل في صفاتهما الخاصة التي تظهر فروقاً واضحة بينهما.

المطلب الثاني

مدى التباعد بين المنع من التصرف وعدم الأهلية

لقد ذكرنا أن هناك تشابهاً كبيراً بين المنع من التصرف وعدم الأهلية: فالاثنتان يعتديان على القدرة على التصرف وهي الميزة الأساسية للشخصية، مما يكشف عن طبيعة قانونية متشابهة للغاية ساهمت كثيراً في التقارب بينهما، إلا أن ذلك مازال محل نظر من وجهة نظرنا، ولذلك يجب التأكيد على أنه وإن كان نظام المنع من التصرف كحال نظام عدم الأهلية تربطهما علاقات وطيدة بمفاهيم الحرية والشخصية القانونية، إلا أن الأساس القانوني في كل نظام مختلف تماماً عن الآخر.

إن التحديد الدقيق للمنع من التصرف، المختلف عن أي نوع من أنواع عدم الأهلية، لا يمثل مجرد فرق بسيط في الدرجة بين النظامين، بل إنه فرق أساسي يبين وحده صلاحية المنع من التصرف التعاقدية (أولاً) ويمنع مقارنته بعدم الأهلية (ثانياً).

أولاً: المنع من التصرف محدد المضمون

يتفق معظم الفقه على أن أحد الصفات المميزة للمنع من التصرف هو التحديد الدقيق لمضمونه^(١)، خاصة وأن هذا التحديد الدقيق يسمح وحده بمشروعية الشرط المانع من التصرف، نظراً لما يتضمنه المنع من التصرف من اعتداء وإهدار لسلطة المالك في التصرف في ملكه، تلك السلطة التي تمثل جوهر حق الملكية^(٢). فالمادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي تشترط أن يكون المنع من التصرف مبنياً على باعث قوي أي تتيح مصلحة جدية مما يترتب على ذلك عدم الاعتداد بأي غرض يسعى المشتري إلى تحقيقه أي كانت درجة أهميته وجديته طالما لا يتسم ذلك الغرض بالجدية، كما يتعين توافر شرط آخر يتعلق بمدى الحظر، وهو ألا يكون هذا الحظر دائماً أو مؤبداً، بل يجب أن يكون مؤقتاً ومقصوراً على المدة اللازمة لتحقيق الهدف من الحظر، كما ينبغي أن يكون الحظر وارداً على الشيء الذي انتقلت ملكيته إلى الشخص الممنوع من التصرف بمقتضى تصرف ناقل للملكية^(٣). ولكن يجب أن يستثنى من ذلك التنازل عن الحق، فهو

(١) انظر،

V. Y. Guyon, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté : Colloque Deauville, RJ com. 1982, n, spécial, p. 132.

(٢) إبراهيم أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩، ف ١٣٦، ص ٢٠٣.

(٣) انظر فيما يتعلق بشروط صحة الشرط المانع من التصرف، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ف ٣٨٧، ص ٢٦٤. جابر محجوب، سامي الدريعي، خالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، مرجع سابق، ف ٧٠، ص ٨٠.

بالفعل شكل موسّع من المنع من التصرف، وهنا يمكن تبرير مقارنة التنازل عن الحق بالمنع من التصرف، فالمراد هو تخصيص الأموال لصالح دانني المدين أكثر من الوقاية من عدم قدرة المدين على التصرف^(١).

وفي النهاية، يجب أن نعلم بأنه لا مجال للاستفسار عن صلاحية التنازل عن الحق باعتباره إجراء منصوص عليه في القانون صراحة. ولكن نستطيع أن نؤكد على أن أي إجراء مماثل تتوفر فيه صفة العمومية في ذمة مالية ما، لا يكون دون أساس قانوني كما هو الحال بالنسبة للتنازل عن الحق. وفي ظل هذه الشروط، يجب أن نتساءل: لماذا المضمون المحدد للمنع من التصرف التعاقدية يحميه من عدم المشروعية التي ستصيبه حتماً إذا تم مده إلى الذمة المالية بالكامل؟ إن سبب ذلك قد يعود إلى أنه عندما يقع التعدي على القدرة القانونية على التصرف من خلال عدم إمكانية التصرف في بعض الأموال المحددة، فإن عدم جواز التصرف قد يكون مصدره القانون^(٢). ونحن [نرى] أن الفرق بين عدم الأهلية والمنع من التصرف يعود إلى صفة عمومية الأولى وصفة خصوصية الثانية مما يرتب على فرق أساسي يتعلق بالنظام القانوني لكل منهما.

(١) وهذا ما ينطبق على حالة التاجر المفلس حيث يترتب على صدور حكم شهر إفلاسه منعه من التصرف في أمواله وإدارتها حيث تخضع أمواله لنظام التصفية. فالمادة ٥٧٧ من قانون التجارة الكويتي تنص على أنه " بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله وعن إدارتها، وتعتبر جميع التصرفات التي يجريها المفلس يوم صدور الحكم المذكور حاصلة بعد صدوره". انظر في ذلك، عبد الفضيل محمد احمد، الإفلاس في القانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر- مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، ٢٠٠٩، فقرة ١٨، ص ٣٦.

(2) " Lorsque l'incapacité de protection est limitée à certains biens, elle peut avoir une origine contractuelle. Il n'en résulte pas une grave atteinte à la liberté individuelle, car l'indisponibilité conventionnelle doit se justifier un intérêt légitime et elle doit être temporaire". R. Houin, précité, p. 391.

ثانياً : مبدأ التخصيص جوهر المنع من التصرف

لا نريد هنا مجرد إثبات أن المنع من التصرف يمس مالا أو حقاً معيناً فحسب في حين أن عدم الأهلية يطول مجموع الذمة المالية لعديم الأهلية، فالمهم هو إثبات أن عدم الأهلية يعارض فكرة أنه يمس فقط بعض الأموال بعينها داخل الذمة المالية لعديم الأهلية^(١). إذ إن هناك شكلاً خاصاً للأهلية وفقاً للمعنى الذي يراه بعض الفقهاء الذي يكيف المنع من التصرف بأنه "ليس إلا عدم أهلية معينة لا ممتلك بعض الأموال، أي عدم أهلية حقيقية"^(٢).

بالتأكيد، نحن لا نريد إنكار أن مفهوم عدم الأهلية الخاصة واقع في قانوننا، ولكن ما هو هذا الواقع على وجه التحديد؟ وبمصطلح عدم الأهلية الخاصة، نتصور الحالتين الآتيتين: توصف عدم الأهلية: بالخاصة؛ إما لأنها تمنع عديم الأهلية من التعاقد مع بعض الأشخاص، وإما لأنها تحظر عقوداً معينة على عديم الأهلية. ونرى أن هذا التحديد في الحالتين - لا يمس بأي حال من الأحوال - الحق المحظور التصرف فيه، سواء كان مالا أو حقاً معيناً، وهذا طبيعي إذا رأينا أن عدم الأهلية، على الأقل من ناحية الذمة المالية، لا تهتم بالقدرة على التصرف أو التعاقد إلا بالنظر إلى الافتقار الذي قد ينتج عن ممارسة هاتين القدرتين سواء في الذمة المالية لعديم الأهلية نفسه أو في الذمة المالية للغير. ففي القانون المدني الفرنسي بقي البيع بين الزوجين ممنوعاً مدةً طويلة لأن المشرع كان يرى في مثل هذا البيع خطورة لافتقار حقيقي لذمة أحد الزوجين

(١) انظر،

D. Berra, thèse précitée, p. 970.

(٢) انظر،

R. Houin, précité, p. 401.

المالية لصالح الآخر. وهذه المشكلة الموجودة في نظام عدم الأهلية كله. ونعتقد أننا يجب أن نبحث في هذه المشكلة عن وحدة هذا النظام بغض النظر عن الأشكال المختلفة الموجودة فيه.

فإذا ما نظرنا إلى حالات المنع من التصرف أياً كان مصدرها، يجب أن نلاحظ أن السبب المؤدي إلى مشروعيتها مختلف تماماً: فالهدف ليس حماية الذمة المالية للشخص الذي يطاله المنع أو الذمة المالية للغير من التصرف القانوني، فحظر التصرف يهدف إلى الحفاظ على حق أو مال معين داخل الذمة المالية لصاحبه، فهو يقوم بوظيفة تخصيص لا يعرفها نظام الأهلية.

قد يعترض بعضهم على القول بأن التنازل عن الحق هو نوع من المنع من التصرف الذي قد يمس الذمة المالية بأكملها، وأن هذا الاستثناء، لأهميته، قد يكسر هذا المبدأ، ولكننا سبق وأن قررنا لماذا لا نرى ذلك: حتى وإن طال ذمة مالية بأكملها، بفضل استثناء قانوني لقواعد حالات المنع من التصرف العادية، فالتنازل عن الحق ما زال يقوم بوظيفة تخصيصية لأنها الذمة المالية بأكملها التي يتم تخصيصها لصالح الدائنين عن طريق الحجز الكامل على الأموال. وهكذا فإن التنازل عن الحق لا يُعد استثناء من القاعدة العامة بل تأكيداً عليها في فرضية معينة.

وهكذا، باستطاعتنا أن نرى أن الصفة المحددة الخاصة بجوهر المنع من التصرف لا تُعدّ بالنسبة لحالات عدم الأهلية مجرد فرق في درجة خطورة التعدي على القدرة على التصرف القانوني، بل بها تفعيل طريقتين قانونيتين مختلفتين تماماً، الأولى تقوم بتخصيص مال أو حق والأخرى لا تقوم بذلك، وعليه نستطيع رسم حد فاصل بين حالات عدم الأهلية والمنع من التصرف. وبسبب غياب فكرة التخصيص، نرفض أن يوصف المنع القديم للبيع بين الزوجين بحظر تصرف، في حين أنه شكل من أشكال

عدم الأهلية، وبالعكس، تعتبر المادة ٩٥٥ من القانون المدني الكويتي، بتخصيصها فيما يتعلق بحق الاستعمال وحق السكنى، حالة حظر تصرف، لا إنقاصاً من القدرة القانونية لصاحب الحق في الاستعمال أو السكن.

وهكذا، لا يسمح "مبدأ التخصيص"^(١)، جوهر المنع من التصرف، فقط بالترقية بين المنع الخاص بحالات عدم الأهلية وحالات المنع الخاصة بالمنع من التصرف، بل يوضح ويعلل الفروق الأخرى الموجودة بين النظامين. وعليه، فإن المنع من التصرف لا يترك أية مساحة بأي حال من الأحوال للنيابة القانونية كما هو الحال بالنسبة لعدم الأهلية فيما يتعلق بذمته المالية^(٢).

إن السبب في أن المنع من التصرف لا يعطي أية إمكانية للنيابة القانونية لتمثيل صاحب المال أو الحق غير القابل للتصرف يعود إلى فكرة التخصيص التي ينطوي عليها هذا النظام، فهدف المنع من التصرف هو الحفاظ على المال أو الحق داخل الذمة المالية. فكيف يمكن ضمان تحقيق مثل هذا الهدف إلا بإقصاء أية فكرة نيابة قانونية أو قضائية لصاحب الحق؟ الحل الوحيد هو رفع المنع من قبل الشخص الذي يريد حظر التصرف، إما مسبقاً من خلال التصريح أو لاحقاً من خلال الإقرار بالتصرف.

وللسبب ذاته الذي يستبعد به المنع من التصرف النيابة لتمثيل صاحب المال غير القابل للتصرف فيه، فإن غياب كل تخصيص هو الذي يسمح بالعكس لنيابة عديم

(١) انظر،

R. Marty, De l'indisponibilité conventionnelle de biens (suite et fin):
Petites affiches 22 nov. 2000, 8, n° 15.

(٢) انظر،

D. Berra, thèse précitée, p. 969.

الأهلية، فبما أن عدم الأهلية تهدف إلى تفادي المخاطر التي قد تنتج عن نشاط عديم الأهلية ضده أو ضد الغير أو حدّها، فإن من أفضل الوسائل لتفادي هذا الخطر أو حدّه هو أن يعهد بإدارة هذا النشاط إلى شخص كامل الأهلية بدل أن تعطلّ ذمة مالية مفروض حمايتها والمحافظة عليها. ولكن ألا يمكن تفسير التمثيل الذي يسمح به هذا النظام فقط بأن "عدم الأهلية بمعناها الواسع تظهر كعقبة استثنائية مبنية على صفة خاصة بشخص صاحب الحق"، وأن أفضل طريقة إذاً لإزاحة هذه العقبة هي استبدال صاحب الحق بشخص آخر يمارس صلاحياته^(١). لقد وضحنا من قبل وجهة نظرنا بأن هذا التفسير غير كاف، فالمنع من التصرف يأخذ أيضاً بعين الاعتبار صفات شخص صاحب الحق، ويحتوي على مسوّغاتٍ مماثلة، ما بين حماية وحذر، لتلك الموجودة في عدم الأهلية، ولكن، وهنا يكمن الفرق المهم، إن أخذ الصفات الشخصية في الاعتبار يرجع إلى تحقيق هدف محدد، ألا وهو الحفاظ على مال أو حق معين داخل الذمة المالية لصاحبه.

(١) انظر،

R. Houin, précité, p. 385.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، يتبن لنا أن القدرة القانونية على التصرف ما هي إلا تعبير عن الشخصية القانونية، فهي لا تتعلق بجوهر الحقوق، ولا بجوهر حق الملكية بالذات، بل إنها تزاول على عدد كبير من الحقوق. بالمقابل، يقوم نظام المنع من التصرف دائماً بوظيفة تخصيص مال أو مجموعة أموال محددة تماماً لا يجوز التصرف فيها، في حين تهتم عدم الأهلية بكامل الذمة المالية للشخص الذي تريد حمايته أو حماية الغير من تصرفاته، ولقد وضحت لنا هذه التفرقة التفسير المنطقي لكون أحد الأطراف أهلاً للتعاقد والآخر غير أهل لذلك، إذ لا يكمن التفسير في تقدير مدى خطورة التعدي على القدرة القانونية على التصرف، لذلك فإن أي تعهد بعدم جواز التصرف لصالح الغير في جميع الأموال التي تشكل الذمة المالية، يعتبر من التصرفات غير الجائزة، وهذا خلاف الشرط الذي يضع قيوداً على مال محدد بعدم جواز التصرف فيه. ولذلك فإن صلاحية المنع من التصرف التعاقدية تكمن في التحديد الدقيق لمضمونها خاصة وأن هذا التحديد يسمح وحده بمشروعية الشرط المانع من التصرف، نظراً لما يتضمنه المنع من التصرف من اعتداء وإهدار لسلطة المالك في التصرف في ملكه، تلك السلطة التي تمثل جوهر حق الملكية، وعليه فإن الفرق بين عدم الأهلية والمنع من التصرف يعود إلى عمومية المال في الذمة المالية لعديم الأهلية من ناحية، وخصوصية المال بالنسبة للمالك الممنوع من التصرف من ناحية أخرى، وبالتالي يرتب فرقا أساسياً فيما يتعلق بالنظام القانوني لكل منهما.

كما أن صلاحية المنع من التصرف قد تكمن في المبررات التي تعود لبعض الاعتبارات الشخصية التي تؤخذ بعين الاعتبار لصاحب المال غير القابل للتصرف، ولذلك فإن مبدأ تخصيص باعتباره جوهر المنع من التصرف يعتبر السبب الرئيسي

لصحة المنع من التصرف، إذ إن نظام المنع من التصرف يهتم بالأموال أكثر من الاعتبارات الشخصية للأشخاص. وهكذا فإن المراد بالمنع من التصرف هو الحفاظ على الأموال داخل الذمة المالية لصاحبها، ومن ثم إن هذا النظام القانوني للمنع من التصرف مختلف تماماً عن نظام عدم الأهلية، وهو ما يفسر ويبرر الاختلاف الخاص بكل نظام ومدى التعدي على القدرة القانونية على التصرف.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- إبراهيم أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام (١) المصادر الإرادية للالتزام- العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني، دار الكتب، الطبعة الثانية ١٩٩٨.
- جابر محجوب، سامي الدريعي، خالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٢.
- عبدالرزاق السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني : حق الملكية، المجلد الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ٢٠٠٩، بيروت.
- الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بدون تاريخ طبعة.
- عبد الفضيل محمد احمد، الإفلاس في القانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر- مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، ٢٠٠٩.

- ليلي عبدالله سعيد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق جامعة الكويت، ديسمبر ١٩٨٢، السنة السادسة، العدد الرابع، الطبعة الثانية.

- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.

ثانيا: المراجع الفرنسية:

- J.L. Aubert :

- Le droit de disposer de l'immeuble, in Etude Flour, Defrénois, 1979, n. 2.
- Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passes par son débiteur : RTD civ. 1969, 692, n. 25.
- Ch. Aubry et Ch. Rau, Cour de droit civil francais, t-3, 4e éd., Paris 1869, n° 190.
- J. L. Bergel. M. Bruschi et S. Cimamonti, Traite de droit civil- Les biens, LGDJ, 2000, n. 44.
- D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, thèse, Nancy, 1969, 1er vol.

- R. Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés.
RD pub. 1932, p. 714.

- L. Cadiet, J. Cl. Civil, art. 1598, Vente, Choses pouvant être
vendues, n. 42.

- J. Carbonnier :

- Droit civil, t-1- les personnes, PUF, 21^e éd., 2000,

- Droit civil, t-3, Les biens, PUF, 19^e éd., 2000, n.4.

- Droit civil, Introduction, PUF, 23^e éd., 1999, n. 184.

- H. Capitant, Sur l'abus des droits: RTD civ. 1982.

- P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit
civil moderne : RTD civ. 1966. n. 25.

- A. Chéron, La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité :
RTD civ. 1906.

- E. Gaillard, La notion de pouvoir en droit privé, Economica,
1983, n° 64.

- S. Ginossar, Droit reel, propriété et créance- Elaboration
d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ,
1960.

- P. Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui : RTD civ. 1054, 1.
- Y. Guyon, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté : Colloque Deauville, RJ com. 1982, n, spécial.
- F. Hage-Chahine, Essai d'une nouvelle classification des droits privés : RTD civ. 1982, n. 4.
- R. Houin, les incapacités : RTD civ. 1947.

- L. Josserand :

- Cour de droit civil positif français, t-1, Sirey, 2 ed., 1932, n. 1850.
- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, 1928, n. 208.
- H., Léon et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t-2, vol. 1- Obligation : théorie générale, Montchrestien, 9 éd. Par F. Chabas, 1998, n. 231.
- R. Marty in De l'indisponibilité conventionnelle des biens (1^e partie), Petites affiches 21 nov. 2000, 4. n. 3.

- A. Piedelievre, Promesse unilatérale de vente immobilière et prenotation : Defrenois 1975, a. 30 960.
- M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t-1, LGDJ, 6^e éd., 1911.
- G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., LGDJ, 1949, n. 24.
- Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés : RTD civ. 1944, n. 4.
- P. Roubier, L'indisponibilité des droits de la personnalité, thèse, Dijon, 1987, n. 291.
- P. Roubier, Les prérogatives juridique : APD 1960.
- Y. Le Roux, Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrat et testaments, thèse, Rennes, 1930.
- A. Sayag, Essai sur le besoin créateur de droit, LGDJ, 1969.
- A. Seriaux, La notion juridique de patrimoine : RTD civ. 1994, n. 5.
- A. Tissier, note ssCass. req., 23 mars 1903 : S. 1904, I, p. 225.
- M. villey, Critique de la pensée juridique moderne, Dalloz, 1976.

- F. de Visser, Du « jus abutendi » : RTD civ. 1913,337.
- H. Ph, Visser't Hooft, Les actes de disposition concernant le corp humain. Quelques remarques philosophiques: APD. t. 24, 1979.
- A. Wager, La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD civ, 1907.
- F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ. 1993.