آثار الشرط المانع من التصرف

إعداد

إيناس محمد إبراهيم جاد الحق

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، وخاتم النبيين والمرسلين، محمد بن عبد الله النبي الأمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

يحتل حق الملكية أهمية خاصة في كافة التشريعات السماوية والوضعية على السواء، فحق الإنسان في التملك من أهم الحقوق الإنسانية، وحق التصرف في الشيء المملوك هو جوهر حق الملكية وأهم عناصره ، فلا معني للإعتراف للشخص بملكية شيء وهو في الوقت نفسه لا يستطيع أن يتصرف فيه .

وعلى الرغم مما سبق فقد اتجهت التشريعات كافة إلى تقرير قيود على حرية الشخص في التصرف فيما يملك، وهو ما يعرف بالقيود القانونية على الملكية، بل وسمحت ايضاً للأفراد بتقرير مثل هذه القيود ، وهو ما يعرف بالقيود الإرادية ، وهذا كله مراعاة للمصلحة العامة والمصالح الخاصة .

والقيود القانونية مثل ما يفرضه القانون على استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه ، والقيود الأرادية هي ما يعرف بالشرط المانع من لتصرف .
والمقصود بالشرط المانع من التصرف : هو الشرط الذي يشترطه المتصرف في العقد أو الوصية بغرض منع المتصرف إليه من التصرف في الشيء موضوع التصرف .

وقد لاقى الشرط المانع من التصرف في البداية رفضاً شديداً من جانب الفقه والقضاء حتى استقر الأمر في النهاية على اعتراف كافة التشريعات به بشروط أهمها وجود مصلحة مبررة لإشتراط المنع من التصرف وتقييد هذا المنع بمدة معينة.

وإذا توافرت شروط صحة المنع من التصرف، أي كان لتحقيق مصلحة مشروعة ولمدة معقولة على النحو الذي ذكرناه سابقاً، كان المنع صحيحاً ومنتجاً لأثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع، وأهمها حرمان المشترط عليه من ممارسة سلطة التصرف التي يمنحها له حق ملكيته على المال الذي يملكه، طوال مدة المنع ، وعدم الحجز عليه من قبل دائنيه ، فضلاً عن الاحتجاج بهذا الشرط على الغير.

على هدي ما تقدم سنقسم هذا البحث إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:
المبحث الأول : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني .
المبحث الثاني : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول
آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني

يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف صحيحاً حرمان المشترط عليه من التصرف في المال محل المنع طوال مدة الشرط، ويترتب على منع المشترط عليه من التصرف في المال محل المنع ، خلال مدة المنع من التصرف، عدم جواز الحجز على هذا المال من قبل دائنيه تمهيداً لبيعه، وإعطائهم حقوقهم من ثمنه، وهذا الأثر هو نتيجة ضمنية للأثر الأول وإلا أصبح الأثر الأول عديم الجدوى الأمر الذي يتعارض مع الغرض من شرط المنع ذاته.
ومن تلك العجالة نستطيع أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه.

المطلب الثاني: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير.

المطلب الأول
آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه

سنتناول فيما يلي آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه و ذلك من خلال فرعين نخصص الأول لآثار الشرط المانع بالنسبة للمشترط عليه والثاني بالنسبه لدائنيه وذلك كما يلي

الفرع الأول
آثار الشرط بالنسبة إلى المشترط عليه

استقر الفقه على أن الشرط المانع من التصرف يعتبر قيداً على سلطات المالك فيعدل في أحكام الملكية بحيث ينتقص من سلطات المتصرف إليه وبذلك يكون حرمان المشترط عليه من التصرف في المال محل المنع هو الهدف الأساسي من المنع ذاته ومقتضاه. وإذا كان الأصل هو حق المالك في التصرف فيما يملك ، فإن مقتضى الشرط المانع هو حرمانه من ممارسة سلطة التصرف التي يخولها له الحق ، ، إذ يمنعه الشرط من إتيان بعض التصرفات فيما يبقى له الحق في إتيان بعضها الآخر، لذلك سنأتي أولاً إلى التصرفات التي يبقى للمالك الممنوع من التصرف حق إتيانها وهي التصرفات التي لا تتنافي مع شرط المنع من التصرف، ثم نأتي بعد ذلك إلى التصرفات التي يحظر عليه إتيانها أي ما يعرف بنطاق المنع من التصرف (نطاق سلطات المشترط عليه أو المتصرف إليه).

أولاً: التصرفات التي لا تتنافى مع شرط المنع من التصرف :-

نقول ابتداءً أن هذا الشرط هو شرط إرادي أو شرط اتفاقي، لذلك فالإرادة حرة في تحديد التصرفات التي يجوز للمتصرف إليه إتيانها ، فما دام أن الشرط المانع من التصرف يمنع التصرفات التي تتنافى مع هذا الشرط فإن الاتفاق على أن للمتصرف إليه إجراء بعض التصرفات هو أمر جائز من باب أولى.

فالأساس الذي يستند إليه في تحديد التصرفات التي لا تتنافي مع الشرط المانع من التصرف هو الإرادة أو الاتفاق الذي أملى هذا الشرط. فقد تبيح الإرادة كل التصرفات بما فيها نقل الملكية كما في شرط الاستبدال ،فإن مثل هذا الشرط لا يمنع المشترط عليه إطلاقاً من التصرف في الشيء محل المنع، ولكن يقيده فقط بوجوب استبدال شيء آخر بالشيء المتصرف فيه يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له حلولاً عينياً[٧٥٦]،كذلك فقد يبيح المشترط للمشترط عليه إجراء بعض التصرفات كرهن المال الذي يرد عليه هذا الشرط مثلاً. يقول الدكتور محمد شنب " فالقيود التي تفرضها الإرادة تكون صحيحة إذن متى كانت نسبية"[٧٥٧]

فلا توجد صعوبة إذن إذا حدد ـالعقد أو الوصية –التصرفات التي يمتنع على المشترط عليه القيام بها على سبيل الحصر، كأن ينص في العقد على أن مكتسب الملكية ممنوع عليه التبرع بالمال الذي كسبه، ففي هذه الحالة لا يجوز لمكتسب المال أن يهبه ، ولكن يجوز له أن يبرم أي تصرف غير الهبة كالبيع مثلاً. وإذا نص في التصرف على منع المشترط عليه من إبرام التصرفات الناقلة للملكية، في هذه الحالة يمتنع على المشترط عليه بيع المال محل المنع، أو مقايضته، أو هبته، أو تقديمه حصة في شركة، ولكن يجوز له القيام بالتصرفات غير الناقلة الملكية، كتلك التي يترتب عليها تقرير حق عيني على المال محل المنع، كحق الانتفاع ، أو الارتفاق.

وفي الحالة التي يأتي الشرط المانع من التصرف مطلقاً دون تحديد تصرفات معينة تخضع لهذا المنع ،فإن الأصل أن للمتصرف إليه أن يتصرف في المال الذي يرد عليه هذا الشرط بكل التصرفات التي لا تؤدي إلى

---

[٧٥٦]منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٥٣، فقرة ١١٢ – ١١٤،عبد المنعم البدراوي : حق الملكية ، طبعة ١٩٧٣ ، ص ٩٥، فقرة ٦٧.

[٧٥٧]محمد لبيب شنب ،موجز في الحقوق العينية الأصلية ،دار وهدان للطباعة والنشر بلا سنة طبع، ص(٢٤٥).

خروج هذا المال من ملكيته. فلا يمتنع على المشترط عليه أن يؤجر الشيء محل المنع، أو أن يعيره لآخر، أو يودعه لدى شخص آخر، أو أن يكلف شخصاً بصيانته وإصلاحه. فهذه الأعمال لا تعتبر من قبيل التصرف وبالتالي لا يمنع المشترط عليه من إتيانها[٧٥٨].

ولا يمتنع بموجب هذا الشرط إجراء بعض التصرفات المقررة أو الكاشفة كالقسمة والصلح [٧٥٩] لأنها لا تؤدي إلى زوال حق المالك [٧٦٠]،فهي وإن كانت تصرفاً ،إلا أنها ليست ناقلة للحق بل-فقط-مقررة له، وبالتالي لا تتعارض مع الشرط المانع من التصرف ، فمن يهب آخراً حصة شائعة في قطعة أرض مثلاً مشترطاً عليه عدم التصرف في المال الموهوب فإن شرط المنع لا يمنع المشترط عليه من الاتفاق مع باقي الشركاء على قسمة المال الشائع ، ويظل شرط المنع سارياً بالنسبة للجزء المفرز الذي اختص به المشترط عليه بمقتضى القسمة. فكل ما في الأمر أن المال محل المنع أصبح مفرزاً بعد أن كان حصة شائعة. لكن يشترط أن تكون القسمة عينية، وأن يختص الشريك المشترط عليه بجزء مفرز في ذات المال الشائع .

أما القسمة بطريق التصفية فهي غير جائزة لأنها –تأخذ– حكم البيع، ومن ثم تتعارض، مع شرط المنع من التصرف. فمن المقرر قانوناً أنه إذا تعذر إجراء القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إنقاص قيمة المال محل القسمة إنقاصاً كبيراً، فبذلك يجوز ، لأي من الشركاء بيع حصته لشريك آخر، أو أن يطلب من القاضي بيعها، والواضح أن القسمة بهذه الصورة تتعارض مع الغاية من الشرط المانع من التصرف ، إذن فهي غير جائزة.

أما بالنسبة للوقائع المادية التي يتحملها الممنوع من التصرف دون إرادته لا يشملها المنع من التصرف، حتى ولو ترتب عليها انتقال الملكية لشخص أخر كالميراث، أو اكتسابها بالتقادم المكسب[٧٦١] فالمنع لا يشمل سوى التصرفات الإرادية كالعقد والوصية دون الوقائع المادية[٧٦٢].

كما أن المنع من التصرف لا يشمل التصرفات القانونية التي لا تتعارض مع المصلحة التي كان المشترط يهدف إلى تحقيقها بالشرط المانع، أو لا تؤدي إلى فواتها. فإذا كان الشرط المانع من التصرف يمتد مدى حياة المشترط عليه، فيجوز له أن يوصي بالمال محل المنع ، لأن انتقال الملكية بمقتضى الوصية لا يتحقق إلا بعد موت الموصي (الممنوع من التصرف) وهو ما لا يتعارض مع الحكمة من شرط المنع ذاته[٧٦٣]، لان المقصود من المنع هو عدم التصرف حال الحياة.[٧٦٤]

---

[٧٥٨] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ،المجلد الثامن ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،بلا سنة نشر ،ص ٥١٨، هامش ٢، محمد ناجي ياقوت: حق الملكية ،المنصورة ، سنة النشر١٩٩٧، ص ٣٤، فقرة ٤٤، محمد لبيب شنب : مرجع سابق ، ص٢١١ .

[٧٥٩] أحمد سلامة : أحكام الملكية الفردية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠ ، ص ١٣١، فقرة ٣٨، إسماعيل غانم: الحقوق العينية الأصلية، ج١، حق الملكية، الطبعة الثانية، ١٩٦١، ص ٨٩، فقرة ٤١، عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ط٢، ١٩٦٤، ص ٣٥١، نقض مدني مصري ٢٩ إبريل ١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض ٥ – ٨١٩ – ٢٢٢ ويضيفون الصلح إلى القسمة.

[٧٦٠] منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، فقرة ٢٨، الصدة: مرجع سابق، ص ٢٢٢.

[٧٦١] المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي لنص المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدني مصري. فقد جاء به أن : "المال الذي منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم" مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦، ص ٧٧.

[٧٦٢] همام محمد محمود زهران ،الحقوق العينية ،حق الملكية –أحكام حق الملكية- دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٠ ،ص٢٤٨,٢٤٨

[٧٦٣] السنهوري: ج٨،مرجع سابق ، ص ٥١٨، فقرة ٣٢٠ ،لبيب شنب: مرجع سابق ، هامش ٥٥ ص ٢٧، إسماعيل غانم: مرجع سابق ، ص ٨٩، فقرة ٤١، ، منصور مصطفى منصور مرجع سابق، ص ١٠٥ ، فقرة

ولكن الوصية قد تمتنع في حالات أخرى إذا عارضت المصلحة المقصودة من الشرط المانع، كما إذا وهب شخص لشخص أخر مالاً واشترط عليه أن يؤول المال إلى ورثة المشترط عليه بعد وفاته، فلا يجوز للمشترط عليه أن يوصى بالمال لشخص آخر وإلا فوت على المشترط قصده من الاشتراط ،فالغرض الذي يراد تحقيقه من المنع يستلزم – هنا – منع الوصية[٧٦٥].

ثانياً : نطاق سلطات المتصرف إليه:

١: يكاد يجمع الفقه [٧٦٦]على أن المنع من التصرف يشمل الرهن ، رغم أنه حق عيني تبعي يثقل الشيء محل المنع فقط دون أن ينقل ملكيته، حتى بالنسبة لمن يرى أن المنع لا يشمل التصرفات التي تقرر حقوق عينية ولا تنقل الملكية كالانتفاع والارتفاق[٧٦٧]، ويرجع ذلك إلى الرهن قد يؤدي – على خلاف الحقوق العينية الأخرى غير الملكية – إلى الحجز على المال المرهون وبيعه بالمزاد العلني، ومن ثم نقل ملكيته على خلاف شرط المنع ذاته والقول بغير ذلك يفتح الباب على مصراعيه أمام المشترط للتحايل على أحكام الشرط المانع . إذ يكفي أن يقترض بضمان محل المنع وتقرير رهن عليه للمقرض ، ويمتنع عن الوفاء بالقرض فيبادر الدائن بالحجز على المال المرهون وبيعه بالمزاد العلني ضارباً بالشرط المانع عرض الحائط مما يؤدي إلى المساس بالمصلحة المشروعة التي قصد تحقيقها من وراء الشرط المانع.

والواقع أن التخوف لا مبرر له وذلك لأن من آثار الشرط المانع ، كما سنرى ، عدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه طوال فترة المنع [٧٦٨]. ، بالتالي فرهن المال محل المنع لا يجيز الحجز عليه مهما كانت صفة الدائن الحاجز ، ويترتب على ذلك أن رهن المال محل المنع لا يتعارض ، من هذه الناحية ، مع الشرط المانع. لكن الرهن، من ناحية أخرى ، ينتقص لا شك كثيراً من قيمة المال انتقاصاً كبيراً مقارنة

٤٦، ٥١، جمال زكي : الحقوق العينية الأصلية ،مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة سنة ١٩٧٨، ص ١٠٥، فقرة ٥١، حسن كيرة : أحكام الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية–بيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر)، ص ٢٩٤، هامش ١، ناجي ياقوت : مرجع سابق ص ٣٤،فقرة ٤٤.

[٧٦٤]محمد المرسي زهرة : نظرية الحق، طبعة ١٩٩٨ص ٢٩٥،فقرة ١٤٨،عبد المنعم البدراوي : حق الملكية مكتبة عبد الله وهبة – ١٩٧٣سنة ص ٩٦، فقرة ٦٨.

[٧٦٥]عبد الخالق حسن أحمد: الحقوق العينية الأصلية – أولاً: حق الملكية ، الطبعة الأولى ١٠م – مطبوعات كلية شرطة دبي ص ٧٥،منصور مصطفى منصور: المرجع السابق (حق الملكية)، فقرة ٤٦، ص ١٠٥، السنهوري: ج٨، ص ٥١٨، فقرة ٣٢، لبيب شنب: المرجع السابق هاش (٥٥) ص ٢٧ ، الشرقاوي : الحقوق العينية الأصلية، ط١٩٧٤ فقرة ٢٠ ، ص ٥٥ ، هامش (٤) ، البدراوي: مرجع سابق : (حق الملكية – ١٧٣) ص ٦ ، فقرة ٦ ، اسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٨، فقرة ٤١.

[٧٦٦]السنهوري: ج٨، ص ١٩، فقرة ٣٢٠ ، إسماعيل غانم ، فقرة ٤١، كيرة: ص ٢٩٣، فقرة ٩١، البدراوي: مرجع سابق: (حق الملكية – ١٩٧٣) ص ٩٦، فقرة ٦٨، ، الصدة مرجع سابق، ص ٤٨، فقرة ١٠١.

Louis Josserand, cours de droit civil positif français, opcit , p. ١٢٢

[٧٦٧] البدراوي : مرجع السابق (حق الملكية ١٩٧٣) ، ص ٦، فقرة ٦٨.

De page et Dekkers: op prec.p. ٨٠٦.

[٧٦٨] أحمد سلامة : مرجع السابق، ص ١٣٢– ١٣٣، فقرة ٣٨.

بنظيره الخالي من الرهن ، وقد يتعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع، ومن ثم يكون الرهن ، في هذه الحالة ، غير جائز.

٢: لقد أجمع الفقه على عدم شمول المنع من التصرف للرهن ، فهل يجوز للممنوع من التصرف أن يقرر على المال محل المنع من التصرف حق انتفاع أواستعمال أوسكنى؟

لقد ذهب الرأي الراجح في الفقه على انه لا يجوز للممنوع من التصرف أن يقرر على الشيء محل المنع من التصرف كحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى ... الخ[٧٦٩]وأن المنع يشمل النوعين من التصرفات القانونية الكلية والجزئية .

ويستند أنصار هذا الرأي الراجح إلى أن المتصرف إليه ممنوع من التصرف في المال محل المنع، والتصرف يشمل كافة أنواع التصرف القانوني، سواء ناقلة لحق الملكية أو مقررة الحقوق عينية أخرى غير الملكية ، أصلية كانت هذه الحقوق أو تبعية.

بينما ذهب البعض [٧٧٠] إلى أن المنع من التصرف لا يشمل تقرير أو إنشاء حقوق عينية أخرى غير الملكية ، إلا إذا تبين أن إنشاء هذه الحقوق يتعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع ذاته، بأن كانت يترتب عليه إخراج المال محل المنع من ذمة المشترط عليه ، كالرهن مثلاً. فهذه الحقوق لا يجوز له إنشائها.

ويستند هذا الرأي إلى حجتين: فأما **الحجة الأولى** فترتكز على تحديد مفهوم اصطلاح " التصرف" القانوني ويرى أنصاره أن هذا الاصطلاح له معنيان: معنى واسع يشمل نقل وإنشاء الحقوق العينية عموماً، ومعنى ضيق لا يشمل إلا التصرفات الناقلة للملكية فقط فإذا قام شك حول ما اتجهت إليه الإرادة التي اشترطت المنع ، وجب الأخذ بالمعنى الضيق، لأن الأصل هو حرية التصرف، فالشرط المانع من التصرف يرد على سبيل الاستثناء ،والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه. وأما **الحجة الثانية** فترتكز على الهدف أو الغاية من الشرط المانع، والتي تتجسد في إبقاء المال محل المنع على ملك المشترط عليه، أي أن تبقى الملكية كاملة له، وعليه فليس هناك ما يمنع المشترط عليه من مباشرة التصرفات التي لا يترتب عليه احتمال خروج المال محل المنع من ذمته المالية ، طالما لا يشملها المنع من التصرف بمقتضى نص صريح في العقد أو الوصية، وهذا هو الحال بالنسبة لتقرير الحقوق العينية ،غير الملكية، والرهن.

وهكذا فإن تقرير الحقوق العينية ،الأصلية أو التبعية، التي لا تؤدي إلى احتمال خروج المال محل المنع من ملك المشترط عليه لا يتعارض مع قصد المشترط في إبقاء هذا المال في ذمة المشترط عليه عدم التصرف.

وحيث أن الشرط المانع من التصرف يفرض على المشترط عليه قيداً مزدوجاً، فالمشترط عليه يلتزم بإبقاء المال محل المنع على ملكه طوال مدة المنع ويلتزم بعدم الانتقاص من قيمة هذا المال على نحو تكون قيمته في السوق أقل من نظيره الذي لم تتقرر عليه أي من هذه الحقوق العينية ، حتى لا يفوت الغرض المقصود من اشتراط المنع في بعض الأحوال. حيث أن حق الانتفاع أو حق الإستغلال مثلاً ، ينتقص كثيراً من قيمة

---

[٧٦٩]وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٥١ فقرة ١٦٧، السنهوري: ج ١٨، فقرة ٣٢٠، الصده: مرجع سابق، ص ١٤٨، فقرة ١٠١، إسماعيل غانم مرجع سابق، ص ٨٩، فقرة ٤١.

Josserand: op.cit (cours), no ١٨٤٦.

[٧٧٠] البدراوي: المرجع السابق، حق الملكية (١٩٧٣) ص ٦، فقرة ٦٨، لبيب شنب : المرجع السابق، ص ٢٩٧، فقرة ٢٥٢، أحمد سلامة : المرجع السابق، ص ١٣٢، فقرة ٣٨.

Henri De Page, Traite élémentaire de droit civil belge. T.٥. ١-٢ ed Bruxeues, ١٩٧٥, p. ٨٠٦,.

V٠ALURENT.F: op.cit.., p. ١٣, no ٤٦٨.

حيث يرى أن الشرط المانع لا يمتنع من إنشاء الحقوق العينية عموماً عدا حق الملكية.

المال محل التصرف، خصوصاً وأن مدة هذين الحقين تتجاوز، غالباً مدة شرط المنع من التصرف . لذلك فمن الأفضل أن يشملهما المنع من التصرف.

وحرمان المشترط عليه من تقرير بعض الحقوق التي لا تتعارض مع الغرض المقصود من المنع، فهو قول صحيح في ذاته، فهو يطبق على كافة التصرفات أياً كان نوعها ولا يطبق على إنشاء الحقوق العينية فقط. فالأصل إذن المنع يشمل كافة التصرفات القانونية إلا إذا ثبت أنها لا تتعارض مع الغرض المقصود من المنع.

يتبين من خلال الرأيين السابقين أن الخلاف ينحصر فيما يعتبر أصلاً وما يعتبر استثناء. الرأي الأول، وهو رأى الغالبية ، يرى أن الأصل أن المنع يرد على كافة التصرفات سواء كانت ناقلة أم مقررة لحقوق عينية أخرى ، كالانتفاع والارتفاق والاستثناء هو جواز هذه التصرفات إذا ثبت أنها لا تتعارض مع الغرض من شرط المنع. بينما يرى الرأي الثاني أن الأصل أن المنع لا يشمل التصرفات المنشئة لحقوق عينية إلا إذا تبين أن تقرير هذا الحق يتعارض مع الغرض المقصود من اشتراط المنع. فالنتيجة العملية المترتبة على هذين الرأيين هي نفس النتيجة ، وينحصر الفرق بينهما – قانوناً في الإثبات. فمن يدعى أن التصرف جائز، عليه ، في منطق الرأي الأول، عبء الإثبات، لأنه يدعى خلاف الأصل، بينما يكلف بالإثبات ، في منطق الرأي الثاني، الذي يزعم بأن التصرف ممنوع، لأنه يدعى خلاف الأصل .

٣: كذلك فإنه لا يجوز أن يقوم الممنوع من التصرف بأي عمل مادي يؤدي إلى هلاك المال الذي يرد عليه هذا الشرط كهدم العقار مثلا كما يرى البعض [٧٧١]فيما يرى البعض الآخر خلاف ذلك إذ يرى السنهوري انه يجوز للمتصرف اليه الممنوع من التصرف إجراء أية تغييرات في هذا المال، كهدم البناء وإعادة بنائه أو ترميمه[٧٧٢].ونحن نرى ما ذهب إليه السنهوري ذلك أن الشخص الممنوع من التصرف يبقى مالكاً للمال الذي يرد عليه هذا الشرط فلا يعقل أن يقوم المالك بهدم منزله والإضرار بنفسه إلا إذا كان لديه مبرر قوي، أما إذا كان قصده هو الإضرار بالغير أو الإضرار بصاحب المصلحة من اشتراط المنع من المتصرف، فهنا لا بد من إعمال قاعدة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة الضرر يزال، أما في الأشياء التي تستهلك بالتصرف المادي كذبح الأغنام مثلا فإن التصرف بها على هذا النحو لا يجوز، إذ أن ذبحها كبيعها تماما إذ تخرج من ملكه وتكون مخالفة لهذا الشرط ، وإنما يمكن له في هذه الحالة الإستفادة منها واستغلالها بطرق أخرى لا تخالف المنع من التصرف كالإستفادة من نتاجها وأصوافها وألبانها ، أو استخدامها في تلقيح غيرها من الأغنام ، أو غير ذلك من التصرفات المباحة غير المخالفة للشرط .

الفرع الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى دائني المشترط عليه.(مبدأ عدم جواز الحجز مباشرة على المال الممنوع التصرف فيه)

في الحالة التي يرد فيها شرط المنع من التصرف على مال معين فإنه يمتنع على المتصرف إليه التصرف في هذا المال وهذا يستتبع بالضرورة منع دائنيه ، من التنفيذ على هذا المال ذلك أن التنفيذ العيني يعني بيع هذا المال وخروجه من ذمة المتصرف إليه وهذا يخالف مقصود الشرط المانع من التصرف الذي يهدف إلى إبقاء هذا المال في ذمة المتصرف إليه. فالقول بإمكانية التنفيذ على هذا المال يعني أنه يجوز بيعه جبراً على مالكه كي يستوفي الدائنون حقوقهم. وبالتالي سهولة التخلص من هذا الشرط إذ بإمكان المشترط عليه كما أسلفنا أن يستدين ثم يمتنع عن سداد الدين ويطلب من دائنيه التنفيذ على هذا المال فيصبح هذا الشرط لا قيمة له ولا مبرر لإيراده في العقود والوصايا. يقول الدكتور توفيق فرج ذلك" أنه لو أبيح الحجز عليه – يقصد

---

[٧٧١] محمد سوار ،شرح القانون المدني مرجع سابق، ص ٣٥١.

[٧٧٢] السنهوري ،المجلد الثامن ، الوسيط في شرح القانون المدني ،مرجع سابق ،ص٥١٨.

المال – لانتهى الأمر إلى التصرف فيه بطريقة غير مباشرة ويفوت بذلك الغرض الذي من اجله تقرر شرط المنع، إذ ما على المتصرف إليه إلا أن يمتنع عن الوفاء بديونه فيقوم دائنوه بالحجز والتنفيذ"[٧٧٣]
ورغم أن القانون لم ينص على هذا الأثر من آثار شرط المنع من التصرف إلا أنه مسلم به باعتباره نتيجة ضرورية للمنع من التصرف تحقيقاً للغرض المنشود من المنع.[٧٧٤] والقاعدة تقول أن ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه[٧٧٥].
وإذا كنا نقول كما يقول اغلب الفقهاء بامتناع التنفيذ على هذا المال الذي يرد عليه هذا الشرط فإن هذا الرأي يصح في اغلب الأحيان، ولكن لا يؤخذ به على إطلاقه، فقد يكون الشرط المانع من التصرف صحيحاً ومع ذلك يصح التنفيذ على هذا المال في حالة التي لا يتنافى فيها هذا التنفيذ مع الغاية من اشتراط هذا الشرط فعلى فرض أن هذا الشرط قد فرض حماية للدائن وضماناً لحقه في سداد الثمن من المدين فهل يعقل أن يمنع هذا الدائن من التنفيذ على هذا المال في الوقت الذي تم اشتراط هذا الشرط لمصلحته يقول الدكتور الصدة " على أن هذا الأثر ، رهينة في وجوده كما قلنا بالغرض المقصود من شرط المنع من التصرف، ففي الحالات التي لا يقتضي فيها هذا الغرض أن يمتنع التنفيذ على المال يجوز للدائنين أن يباشروا هذا التنفيذ"[٧٧٦]
ويقول الدكتور مصطفى الجمال " كلما كان التنفيذ لا يمس بالمصلحة المقصودة من المنع كلما كان هذا التنفيذ جائزاً فإذا كان المنع مثلاً مشترطاً في عقد بيع لتجنيب البائع مشقة اتخاذ إجراءات في مواجهة الغير إذا ما أراد التنفيذ عليه إعمالا للامتياز المقرر له فإن هذه الغاية لا تتعارض مع قيام الدائنين بالتنفيذ على العقار ذلك انه في هذه الحالة يقع عبء اتخاذ إجراءات التنفيذ على هؤلاء الدائنين مع احتفاظ البائع بحقه في الامتياز على الثمن إعمالاً لمبدأ تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية بما فيها الامتياز "[٧٧٧].

***مدة حظر الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه:**

عندما يمتنع التنفيذ على هذا المال بموجب هذا الشرط فإن هذا المنع يظل قائماً ما بقي الشرط المانع من التصرف ولا عبرة لنشوء الدين قبل اشتراط المنع أو بعده، وفي الحالة التي ينقضي فيها شرط المنع من التصرف لأي سبب من الأسباب ، عندئذ يمكن مباشرة التنفيذ على هذا المال، لأن الغرض من اشتراط المنع

---

(٧٧٣) توفيق فرج ،الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ،ص٢٠١.

(٧٧٤) أحمد سلامة : مرجع السابق، ص ١٤٩، فقرة ٤٢؛ حسن كيره: مرجع سابق: ص ٣٠٥، فقرة ٩٢، لبيب شنب : مرجع سابق: ص ٢٩٨، فقرة ٢٥٣، جمال زكي: المرجع السابق، ص ٩، فقر ٥١؛ منصور مصطفى منصور: مرجع سباق، ص ١١٨ فقرة ٥٠، ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص ٣٤، فقرة ٤٤.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud , Traité de droit civil,op. cit, ٦٩:

Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations , op. cit, no . ٢٣٠;

Philippe Simler , Droit civil – le droit des biens , op.cit , P. ٤١٦

Jean Carbonnier , Droit civil – les bien , op. cit, p. ١١٢ ets.

(٧٧٥) فتحي والي: التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٨٩، وجدي راغب: مبادئ التنفيذ القضائي وفقاً لقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، ١٩٨١، ص ٢٠٨؛ أحمد زغلول : أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية و التجارية ، دار الحقوق ، ، ١٩٨٥، ص ٣٥٧ .

(٧٧٦) عبد المنعم فرج الصدة ،مرجع سابق، مرجع سابق ،ص ١٥١.

(٧٧٧) مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة نشر ، ص١٠٧

هو الإبقاء على المال محل المنع في ذمة المشترط عليه حماية لمصلحة مشروعة للمشترط . فامتناع التنفيذ هنا يأتي تابعاً لشرط المنع من التصرف، فيقوم بالنسبة إلى جميع الدائنين ، فهو إذن امتناع مطلق يظل قائماً طوال مدة المنع من التصرف، ويسرى على جميع الدائنين أياً كان نوعهم، وأياً كانت تواريخ نشوء حقوقهم. وعليه ، يستوي أن يكون دائناً عادياً أو دائناً ممتازاً، وهذا المبدأ معمول به في كل من مصر وفرنسا و فلسطين ، وفي هذا الصدد يقول الدكتور حسن كيره " إذا كان شرط المنع من التصرف يستتبع امتناع التنفيذ على الشيء الممنوع التصرف فيه فمؤدي ذلك إمكان التنفيذ عليه بعد انقضاء المدة المشترط منع التصرف فيها، وبذلك يكون لجميع الدائنين حق التنفيذ على الشيء الذي كان التصرف فيه ممنوعاً بانقضاء المنع دون تفرقة بين ما إذا كانت حقوقهم قد نشأت خلال مدة المنع أو بعدها"[٧٧٨]

ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه في الحالة التي يرد فيها هذا الشرط حماية للمتصرف إليه من طيشه وإهماله، أو سوء تدبيره أو قلة خبرته ، فإنه لا يجوز للدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع من التصرف التنفيذ على المال الذي يرد عليه هذا الشرط حتى بعد انقضاء هذا الشرط وذلك منعا للتحايل على أحكام هذا الشرط وتأكيدا للحماية التي يوفرها هذا الشرط للمالك قليل الخبرة أو سيء التدبير[٧٧٩].فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان الشرط المانع من التصرف يظل ينتج أثره حتى بعد انتهاء مدة المنع من التصرف في مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم في فترة المنع من التصرف، فهؤلاء لم يعولوا على المال المحظور التصرف فيه وبالتالي لا يعتبر هذا المال بالنسبة لهم داخلاً في ذمة المدين[٧٨٠]، وعلي ما يبدو فإن أحكام محكمة النقض الفرنسية متضاربة في هذا المجال اذ قضت في قرار آخر لها : " بأنه إذا مضت المدة التي عينها المالك الأصلي، والتي اشترط خلالها منع التصرف في المعقود له فإنه يجوز للدائنين الذين عقدوا الدين مع المعقود له أثناء مدة سريان المنع أن يتقاضوا من ثمن العقار لأن صاحب العقار الأصلي أراد حماية المتصرف إليه ضمن مدة معينة حتى إذا انتهت لا يكون شرط المنع من التصرف قائماً" [٧٨١]ويقول الدكتور محمد علي عرفه في تبرير توجه القضاء الفرنسي نحو حرمان الدائنين الذين نشأت ديونهم خلال فترة المنع من التصرف " أن شرط المنع من التصرف من شانه أن يؤثر في حقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع بعد انقضاء هذه المدة وتحرر الملكية من هذا القيد، فهؤلاء الدائنون يمتنع عليهم الحجز على هذا المال حتى بعد تحرره من قيد منع التصرف وهذا الرأي مجمع عليه من الفقه والقضاء وعله حرمان هؤلاء الدائنين من التنفيذ على هذا المال بعد تحرره هي منع التحايل لإلغاء أثر الشرط المانع من التصرف ، فمثل هذا الشرط لا يكون مجدياً ولا محققاً للغاية المقصودة منه ما لم يكن المال في حرز من أن تمتد إليه أيدي الدائنين الذين لم يكن يحق لهم وقت نشوء ديونهم احتساب هذا المال ضمن الضمان العام الذي يعتمدون عليه عند منح ثقتهم للمدين[٧٨٢]. ولكن الدكتور البدراوي لا يتفق مع هذا ونحن نؤيده في رأيه إذ يقول " ولا يمكننا التسليم بهذا الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية لأن الضمان العام للدائنين يقع ليس فقط على الأموال الحاضرة التي يمكن الحجز عليها بل على الأموال المستقبلية التي تدخل في ذمة

---

(٧٧٨) حسن كيرة ،مرجع سابق ،ص ١٠٥

(٧٧٩) ادوارد عيد ،الحقوق العينية الأصلية ،الجزء الأول ،حق الملكية ،سنة ١٩٧٩ ،بلا دار نشر ،ص٢٠١

(٧٨٠) البدراوي ،مرجع سابق ،ص ٩٧، (نقض فرنسي ١٩١٣/١/١١)

(٧٨١) سمير كامل ،ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ،رسالة دكتوراة عين شمس لسنة ١٩٧٨ ،ص٢٧٧، (نقض فرنسي ١٩١٣/٦/١١)

(٧٨٢) محمد على عرفة ،شرح القانون المدني الجديد –في حق الملكية –الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،مطبعة جامعة فؤاد الأول ،القاهرة سنة ١٩٥٤،ص٣٧٢.

المدين ويجب أن يكون الحال كذلك من باب أولى بالنسبة للأموال الموجودة في ذمة المدين والتي لا يمكن التصرف فيها متى زال هذا المنع من التصرف" [٧٨٣].

لذلك نتفق مع بعض الفقهاء من أن سبب المنع من التنفيذ على المال الذي يرد عليه هذا الشرط، هو وجود الشرط المانع من التصرف فإذا زال السبب انتهى المنع من التنفيذ وعاد هذا المال ليكون جزءاً من الضمان العام للدائنين [٧٨٤].

وأما ما يثيره البعض من أن بعض سيئ النية قد يستغل قرب انتهاء فترة المنع من التصرف فيستغل طيش المتصرف إليه وإهماله أو سوء تدبيره فيقوم بإقراضه أو مداينته وفور انتهاء مدة المنع من التصرف يقوم بالتنفيذ على هذا المال كما يقول الدكتور محمد علي عمران إذ يقول" أما حيث يكون المراد بالشرط المانع من التصرف حماية مصلحة للمتصرف إليه من رعونته وطيشه فإن أغلبية الفقهاء لا تجيز الحجز بعد زوال المدة المحددة للشرط المانع من التصرف إلا للدائن الذي نشأ حقه قبل شرط المنع من التصرف أما الذي نشأ حقه أثناء المنع فلا يكون له الحجز على هذا المال، وفي القول بغير ذلك ما يسمح لهؤلاء الدائنين – والفرض أنهم سيؤو النية – الذين نشأت ديونهم قبل انقضاء المدة المحددة التي ما تكاد تنتهي حتى يسارعوا إلى الحجز على المال وبالتالي حرمان المشترط عليه منه وتفويت الغرض من الشرط "[٧٨٥] ، فإننا لا نرى ما ذهب إليه الدكتور عمران ذلك انه لا يجوز أن يكون الغير أحرص على الشرط من مشترطه فيتجاوز به المدة المحددة له والمشترط أدرى بالغاية التي يرمي إليها وهو الأعلم بالمدة اللازمة للوفاء بها فإذا رأى أن هذه المدة غير كافية فله أن يشترط مدة أطول أما أن يحرم الغير من التنفيذ على هذا المال بعد انتهاء هذه الفترة فهذا غير جائز، ثم إن الحالات التي يشترط فيا شرط المنع من التصرف حماية للمتصرف إليه من طيشه وإهماله لا تكون قصيرة المدة كما جرت العادة بل أنها قد تستغرق حياة المتصرف إليه أحياناً مما يخفف من حدة الاختلاف حول هذه المسألة.

ويفرق بعض الفقهاء بين المنع من التنفيذ الناشئ عن شرط المنع من التصرف والمنع من التنفيذ المشروط ابتداءً في الهبة أو الوصية فإذا كان الشرط المانع من التصرف غايته إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه فإنه لا يجوز التنفيذ على هذا المال خلال مدة المنع من التصرف سواءً من قبل الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل المنع من التصرف أو بعده ، فيما يختلف الوضع عن المنع من التنفيذ الوارد ابتداءً في الهبة أو الوصية إذ أن المنع من التنفيذ لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل إجراء التصرف المقترن بالمنع من التنفيذ، وذلك طبقاً للمادة ٣٠٨ من قانون المرافعات المصري التي تقضي بأنه : " لا يجوز الحجز على الأموال الموهوبة ، أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها من دائني الموهوب له أو الموصي له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية ..." **ويقابلها** نص المادة (٥٠) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥ والتي جاء فيها "الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له، الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية- إلا لدين نفقة مقررة وبمقدار الربع" ، **ويقابلها** نص المادة ٣/١٤ من قانون التنفيذ الجبري الفرنسي رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ والمعدل بالقانون رقم ١٨٩٥ لسنة ٢٠١١ والمنصوص في المادة ٢/١١٢ منه على : الأموال التي لا يجوز توقيع الحجز عليها :

بند ١ : .....

بند ٤ : الأموال التي يقرر الموصي أو الواهب أنها غير قابلة للحجز مالم يأذن القاضي بخلاف ذلك ، وفي حدود الحصة المحددة من قبله للدائنين المثبتة ديونهم في وقت لاحق على نشوء الهبة أو فتح الوصية . [٧٨٦]

---

[٧٨٣] **البدراوي ،حق الملكية ، مرجع سابق، ص ١٩٧.**

[٧٨٤] **البدراوي ،المرجع سابق، ص ١٠٥.**

[٧٨٥] **محمد علي عمران ،الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية القاهرة ،سنة ١٩٧٩ ص،٢٦٦.**

[٧٨٦] **ونص المادة كالآتي :**

ويتبين من هذه المواد أن عدم جواز الحجز المشترط ابتداء لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل اشتراط عدم جواز الحجز[٧٨٧]، أما الدائنون الذين تنشأ حقوقهم بعد اشتراطه فلا يسرى عليهم.[٧٨٨]
أما علة التفريق بين هذين الشرطين على هذا الأساس فإن شرط المنع من التصرف إنما يهدف إلى إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه، ومنع جميع الدائنين من التنفيذ عليه تحقيقاً لهذه الغاية، أما في حالة المنع من التنفيذ الوارد ابتداءً في الهبة أو الوصية ، فإن الغاية لا تكون إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه وإنما يهدف إلى غرض محدد هو منع الدائنين من استيفاء حقهم من هذا المال يقول الدكتور منصور منصور " ومن السهل تبين علة اختلاف نطاق المنع من التنفيذ في الحالتين فحيث يكون المنع من التنفيذ نتيجة شرط المنع من التصرف يكون الغرض المقصود من الشرط هو بقاء المال على ملك مالكه فيمتنع التنفيذ الذي يؤدي إلى خروج هذا المال أيا كان تاريخ نشوء دين الدائن ، أما حيث يكون الشرط هو شرط عدم جواز الحجز الأمر الذي يعني أن التصرف الاختياري جائز فيكون الغرض إبعاد المال الموهوب أو الموصي به عن منال الدائنين الموجودين وقت الهبة أو الوصية"[٧٨٩] وفي هذا الصدد يقول الدكتور البدراوي أيضاً " في حالة اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصلي بالنسبة للأموال الموهوبة أو الموصى بها فهذه الأموال لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى إليه الذين نشأ دينهم قبل الهبة، أو الوصية لان هؤلاء لم يعتمدوا وقت أن نشأت ديونهم على العين الموهوبة أو الموصي بها وقد دخلت في ذمة المدين غير قابلة للحجز"[٧٩٠]

ومما لا بد ذكره هنا أنه إذا كان الشرط المانع من التصرف يمنع التنفيذ على المال الذي يرد عليه بوجه عام فإننا نرى أن هذا الشرط لا يكون له أثر إذا كان قصد المشترط أو المشترط عليه من وراء اشتراط هذا

Ne peuvent étre saisis :

١: ……..

٤ : les biens disponibles declares insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il determine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;

[٧٨٧] ولا ضرر على الدائنين من هذا الشرط لأن التبرع يدخل في ذمة مدينهم دون مقابل وهو يملك ألا يتبرع به أصلاً لذا ليس لهم أن يعولوا على هذا المال: أنظر في هذا المعنى : وجدى راغب : المرجع السباق، ص ٢٠٧، أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية : الطبعة التاسعة ، ص ٢٩٥.

وتجدر الملاحظة أن عدم الحجز المشترط ابتداء مقرر لذات شخص الموهوب له أو الموصى له ، لذا لا يجوز التمسك به من قبل ورثته أو خلفه الخاص. أنظر في هذا المعنى : وجدى راغب: المرجع السابق، ص ٢٠٧؛ محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ١٩٧٧، ص ٣٤٦.

jean Vincent et.Jacques Prévault , voies d execution et procedures de distribution, ١٦e ed., paris ١٩٨٧, no ٩١: Roget perrot , voies d execution. Cours de droit, paris, ١٩٨٧, no ٥٦: Alfred Jauffret, Manuel de procédure civile et voies d'exécution, Paris, ١٩٧٩, no. ٣٧٦.

[٧٨٨] السنهوري: هامش ٣ من ص ٥١٩، منصور مصفى منصور: مرجع السابق، ص ١١٩؛ كيره: مرجع سابق: ص ٣٠٦، فقرة ٩٢، الصده: المرجع سابق ، ص ١٥٢، فقرة ١٠٣.

[٧٨٩] منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ،ص١١٩.

[٧٩٠] البدراوي ، مرجع سابق ، ص٩٨.

الشرط هو الإضرار بالدائنين ،إذ أن إباحة ذلك يعني أن يقوم المدين بمقايضة أمواله أو تبديلها يغيرها بحيث يؤول إليه البدل مثقلاً بهذا الشرط ،مما يخرجه من الضمان العام للدائنين ، بل أننا نرى عدم صحة هذا الشرط في هذه الحالة لخروجه على مبدأ المشروعية إذ يكون الباعث على الاشتراط غير مشروع، إذن فعدم جواز الحجز على المال محل المنع من التصرف نتيجة ضرورية للمنع من التصرف ويرتبط به ويدور معه وجوداً أو عدماً. فإذا زال الشرط المانع من التصرف، سواء بانقضاء المدة المحددة له ، أو قبل انقضائها بسبب زوال المصلحة المشروعة والجدية التي كانت تبرره، أو بسبب ظهور مصلحة المالك الممنوع من التصرف تفوق في أهميتها المصلحة الأولى التي استهدف الشرط المانع تحقيقها، أصبح المال من الجائز التصرف فيه ، وبالتالي يجوز الحجز عليه وكما كان عدم جواز الحجز مطلقاً عند قيام شرط المنع، فان قابلية المال للحجز تكون، أيضاً ، مطلقة لا فرق في ذلك بين دائن نشأ حقه قبل اشتراط المنع ، ودائن آخر نشأ حقه خلال مدة المنع ، وأياً كان صاحب المصلحة المقصود حمايتها بالشرط المانع من التصرف.

المطلب الثاني
أثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير

تعريف الغير :
الغير هو من انتقلت إليه ملكية المال محل المنع ، أو ترتب له حق عيني أخر أصلي أو تبعي عليه وذلك ضمن الحدود التي أجازها المشرع .

فمثلاً إذا وهب شخص لآخر منزلاً وشرط عليه عدم التصرف فيه ، فقام الموهوب له ببيع هذا المنزل لشخص ثالث فهذا الأخير هو المقصود بالغير هنا .
ويكون المنع من التصرف صحيحاً ومنتجاً لأثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع ومن هذه الآثار الاحتجاج بهذا الشرط على الغير ، وذلك إذا انتقل المال الذي منع التصرف فيه ،فإن بعض القوانين العربية التي نصت على الشرط المانع من التصرف أغفلت الإشارة إلى هذه المسألة مكتفية كما نعتقد بالقواعد العامة ،كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري على سبيل المثال كما سنرى من خلال هذا المبحث، وفي مثل هذه الحالة يحق لمن وضع الشرط لمصلحته أن ينازع الغير ويسترد المال منه ،إلا أن هذا الاحتجاج لا يمكن أن يؤتي ثماره إذا كان المال موضوع الشرط عقاراً لابد من استيفاء إجراءات تسجيله الشكلية التي رسمها القانون ، أما إذا كان الشئ الممنوع من التصرف فيه منقولاً فإن ذلك يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية ، وسنجد من خلال دراستنا أن بعض التشريعات قننت هذه الفكرة ربما زيادة في إيضاح أثار الشرط المانع للغير.

الاحتجاج بالشرط المانع على الغير
إن الشرط المانع من التصرف يغير ويعدل من نطاق الملكية إذ أنه يقيد من سلطات المتصرف إليه بغل يده عن التصرف ،يقول الدكتور ياسين محمد يحيى " والعقود المغيرة للحقوق العينية العقارية الأصلية هي العقود التي تغير وتعدل من نطاق هذه الحقوق أو من مداها مثل الشرط المانع من التصرف الوارد على حق ملكية عقار فهو يغير من نطاق حق الملكية الوارد على العقار"[٧٩١]، ولما كان هذا الشرط يغير أو يعدل من نطاق حق الملكية ، لذا فقد كان لزاماً أن يخضع لما يخضع له العقار في حال تعلقه به ، وقد أوجب القانون شهر جميع المحررات التي يتضمن موضوعها حقاً عينياً عقارياً اصلياً سواء كانت منشئة لهذا الحق أو مقررة له ، وفرض طريقاً واحداً لشهرها وهو التسجيل [٧٩٢] ، وتنص المادة (٢٦) من قانون السجل العيني المصري على أن" جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب قيدها في السجل العيني ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية" وفي فرنسا فقد نصت المادة (٢٨) من القانون الخاص بالشهر العقاري الصادر سنة ١٩٥٥ على وجوب تسجيل التصرفات بين الأحياء التي تتضمن شروطاً مانعة مؤقتة" [٧٩٣]،فالشرط المانع من التصرف لكي يكون نافذاً في مواجهة الغير يجب تسجيله في حال تعلقه بعقار ،فكل التصرفات الواجبة التسجيل كنقل ملكية عقار مثلاً ،فإن الشرط يجب أن يرد في ذات التصرف فيسجل معه في ذات الصحيفة في السجل العقاري ،فالشرط المانع إذن لا ينتج أثاره يبين أطراف التصرف في حال تعلقه بعقار ،

---

(٧٩١) عبد المجيد الحكيم ،الاعتباركركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي المقارن ،بغداد سنة ١٩٨٠م،ص٦٧.

(٧٩٢) محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق ، دار النهضة العربية ، ص ٩٦.

(٧٩٣) سمير كامل ،ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس سنة ١٩٧٨.،ص ٨٨.

إلا بتسجيله في السجل العقاري ، فإذا سجل امتنع على الغير اكتساب حقوق تخالف مقتضى هذا الشرط الذي سجل ، أما إذا لم يسجل هذا الشرط فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لا يعلم بوجوده وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الدفع بحسن النية في إجازة انتقال مال موقوف على شرط مانع من التصرف على اعتبار أن الشرط المانع من التصرف تم قيده في السجل العيني العقاري وهو ما يفترض معه علم المشتري عند التسجيل بوجود شرط مانع من التصرف [٧٩٤].وذلك بخلاف المنقول حيث يعتبر حسن النية سبباً من أسباب إجازة التصرف على الرغم من القيد الوارد على المال على اعتبار أن الحيازة في المنقول سنداً للملكية فيعد الغير الغير عالم والذي تعاقد بحسن نية على شراء مال منقول معلق على شرط مانع من التصرف يجوز الاحتجاج بحسن نيته في حيازة المال[٧٩٥]

يقول الدكتور نعمان جمعة " أن شهر الشرط المانع من التصرف أمر طبيعي لمن يقتضون وجوده ضمن بنود العقد الناقل للملكية، وشهره ضروري للاحتجاج به قبل الغير بالنسبة لمن يقبلون ورود الشرط في تصرف لاحق على التصرف الناقل للملكية "[٧٩٦] وإلى ذلك ذهب الدكتور منصور مصطفى مصطفى منصور حيث يقول " المالك لا يتملك إلا إذا سجل سند ملكيته ، وبتسجيل هذا السند يصبح المنع من التصرف نافذاً بالنسبة إلى الغير إذ يكون الشرط قد شهر بشهر التصرف الذي ورد فيه" [٧٩٧]ويثير البعض مشكلة، وهي أن الشرط المانع من التصرف قد يرد في وصية ،وهذه الوصية قد لا يتم تسجيلها كما أنها لا يطلع عليها الغير ، ويرى الدكتور مصطفى الجمال أنه لا توجد مشكلة أساساً فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وفي اللحظة التي تصبح فيها الوصية سارية المفعول مرتبة لأثارها عندها يجب تسجيل مضمون هذه الوصية ، وما يقترن بها من شروط كالشرط المانع من التصرف[٧٩٨]"

كما أن المشرع الفلسطيني وحماية للغير المتلقي للمال الممنوع من التصرف فيه وهو حسن النية –أي يجهل بأن المال ممنوع من التصرف فيه- قد قرر في المادة٩٤٩ من القانون المدني الفلسطيني واقتداءً بما ذهب إليه المشرع الكويتي[٧٩٩] أنه" ١:لا يحتج بالشرط المانع من التصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به.٢: إذا كان الشئ عقاراً وتم تسجيل التصرف الذي ورد فيه الشرط عد الغير عالماً بالشرط من تاريخ التسجيل " فلم تجز المادة الاحتجاج بوجود الشرط المانع من

---

[٧٩٤]Civ.٣e,٨ october ١٩٩٧,D.١٩٩٧,IR,P.٢٢٥.L'article ٢٨-٣° du D.du ٤janvier ١٩٥٥ soumet toutefois a publicite fonciere les actes enter vifs dresses distinctement pour constater des clauses d'inalienabilite temporaire.

[٧٩٥]JEAN-LOUIS BERGEL,TRAITE DE-DROIT CIVIL,L.G.D.J,١٩٩٦,N°٩٢.

[٧٩٦] نعمان محمد خليل جمعة ،الحقوق العينية ،دار النهضة العربية ،القاهرة سنة ١٩٩٢،ص ٣٩٤.

[٧٩٧] منصور مصطفى منصور ،حق الملكية في القانون المدني المصري ،مرجع سابق، ١١٤

[٧٩٨] مصطفى الجمال ،نظام الملكية ،مرجع سابق ،ص١٤٤

[٧٩٩] فقد نصت المادة ٨١٧ من القانون المدني الكويتي على " ١:لا يحتج بالشرط المانع من التصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به.٢: إذا كان الشئ عقاراً وتم شهر التصرف الذي ورد فيه الشرط عد الغير عالماً بالشرط من تاريخ الشهر "

التصرف ،إلا إذا أثبت المشترط أن متلقي المال كان يعلم بالشرط المانع من التصرف أو كان بمقدوره أن يعلم ذلك.

وإذا كان المال الممنوع من التصرف عقاراً ،فإن الفقرة الثانية تفترض علم الغير بوجوده ، ومن ثم ،يجوز الاحتجاج بالشرط في مواجهته .

ولا مقابل لهذا النص في القانون المصري وحيث التصرف الذي يصدر من المالك على خلاف ما يقضي به شرط المنع قد يقع باطلاً ،فيجوز لمن تقرر لمصلحته أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية الشئ أو ترتب له حق عيني آخر عليه، ولأن الشرط المانع من التصرف يورد قيداً على سلطات المالك، حيث يتضمن تعديلاً في الأحكام العادية للملكية ،فإنه يكون واجب التسجيل إذا كان المال الذي يتناوله عقاراً وهذا من شأنه أن يكفل حماية الغير الذي يتعامل مع المالك في خصوص العقار الذي يمتنع التصرف فيه ،فإذا لم يكن مسجلاً أو مقيداً فلا يحتج به على هذا الغير، أما إذا كان المال الذي يتناوله الشرط منقولاً فإن قاعدة الحيازة في المنقول إذا توافرت شروطها تحمي الغير الذي يتعامل مع المالك في خصوص المنقول ويكون حسن النية ،أي يجهل وجود الشرط ،فلا يحتج بالشرط على الغير الذي يحوز المنقول بسبب صحيح وحسن نية وذلك طبقاً لحكم المادة ٢/٩٧٦ مدني مصري والتي تنص على أنه" إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية ،فإنه يكسب الملكية خالصة منها"، أما إذا كان عقاراً وجب تسجيل شرط المنع حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير ، والغالب عملاً أن الشرط المانع يتم تسجيله بتسجيل التصرف الذي ورد فيه إذا كان ناقلاً أو منشئاً لحق عيني ،أما إذا كان منقولاً ،فإن الشرط المانع من التصرف لا يحتج به على الغير حسن النية ، ويمكن بالتالي تعطيل أثر الشرط المانع بمقتضى إعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافرت شروطها ، إذ يكتسب الحائز المنقول خالياً من أي أعباء أو قيود تثقله.

ويضيف البعض إلى ما سبق [٨٠٠] – ورداً على من قالوا بأن المنقول المشروع عدم التصرف فيه لا تكتسب ملكيته بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، تأسيساً على أن العقد الذي ينقل حيازة هذا المنقول يكون باطلاً لمخالفته شرط المانع من التصرف والعقد الباطل لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً[٨٠١]، والسبب

---

[٨٠٠] البدراوي: المرجع السابق ، هامش (١)، ص ٩١.

[٨٠١] وتعرف محكمة النقض المصرية السبب الصحيح بانه :" تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته من شانه نقل الملكية فيما لو صدر من مالك أهل التصرف"، ١٨ مايو ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٠، جزاء يناير – مارس ١٩٨٩، رقم ٢١٠، ص ٢١٠، ص ٣١٥؛ ٣١ يناير ١٩٦٥ المجموعة السابقة ،السنة ١٦، ص ٧٤؛ ١٦ يونيو ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ج١، رقم ٥٨؛ ص ١٣١، ٢٩ مايو ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض ،السنة ٣ ، رقم ١٧٥، ص ١١٢٩، و في تفصيل السبب الصحيح : الصده: مرجع سابق، ص ٦٤٦ وما بعدها ، البدراوي : المرجع السابق، ص ٥٢٠ وما بعدها ، فقرة ٢٧٩ وما بعدها ، حسام الأهواني : مرجع سابق، ص ٣١٨.

السنهوري: الوسيط ج٩ ،ص ١١٣٧، منصور مصفى منصور: المرجع الاسبق، ص ٤١٩، فقرة ١٧٩.

محمد المرسى زهرة : الحقوق العينية الأصلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاتحادية – المجلد الثاني أسباب الملكية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ٥٣٦ ، وما بعدها ، فقرة ٢٣٢ وما بعدها .

الصحيح أحد شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[٨٠٢] – أليس من غير المنطقي أن نسمح للمشتري من غير المالك أن يمتلك وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا نجيز هذا للمشتري من مالك ممنوع من التصرف.

واتساقاً مع هذا المنطق قضى بأن من تلقى الحق من مالك ممنوع من التصرف بمقتضى شرط عدم التصرف يستطيع أن يحتج بالتقادم الخمسي – لتملك العقار – ضد المتصرف الأصلي الذي يطلب بطلان البيع[٨٠٣] بشرط أن يكون حسن النية[٨٠٤]. كما قضى بأنه إذا فسخ سند الناقل (المشترط عليه) أو أبطل ، استطاع المكتسب (الغير الذي تلقى حيازة العقار المشروط عدم التصرف فيه) التمسك بالتقادم الخمسي لتملك العقار في مواجهة طالب الفسخ أو البطلان ، وذلك لأن التقادم ليس من شأنه تثبيت ملكية الحائز إذا صدر إليه التصرف من غير مالك فحسب، بل أيضاً تأمين الحائز مما يخل بملكيته من عيوب سند المتصرف[٨٠٥].

وقضت محكمة النقض في حكم صادر بتاريخ ٢٦ / ٦ / ٢٠١١ : "المادة ١٦من المرسوم بقانون المشار إليه (رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى) قد اعتمدت حق المنتفع بأرض الإصلاح الزراعى في التصرف فيها وذلك باعتباره منتفعاً بطريق الملك لا بطريق الإيجار ، وأنه وإن كان هذا النص منع التصرف فيها قبل سداد كامل الثمن ، إلا أن الشرط المانع من التصرف وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمادة (٨٢٣) من القانون المدنى لا يجعل المال غير قابل لتملكه بالتقادم. [٨٠٦]

---

[٨٠٢] السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٠، فقرة ٣٢٠ (والحقيقة أن رأى العلامة السنهوري هذا ينسجم مع اتجاهه في اعتبار المنع من التصرف يجعل العين ذاته غير قابلة للتصرف فيها ، ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع بطلاناً مطلقاً =– ولكننا نخالفه في هذا التكييف للشرط المانع ، وبالتالي، في طبيعة البطلان الذي يلحق بالتصرف المخالف لهذا الشرط ، كما اثبتنا ذلك في المتن، وعليه انتهينا إلى أن الحائز للمنقول المشروط عدم التصرف فيه يستطيع أن يمتلكه بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توفرت شروطها) ؛ عرفه: مرجع سابق ، ص ٢٦٦ ، فقرة ٢٨٠ ، وحيد الدين سوار مرجع سابق، ص ٨٦، فقرة ١٠١.

[٨٠٣] استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٢٧ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم ٣٩ ، ص ١٢٤.

[٨٠٤] المقصود ب " حسن النية في هذا المجال: فوان: حسن النية ، فكرتها ودورها الحالي في القانون الخاص الفرنسي ،رسالة من بوردو ، ١٩٣٩، ص ٣١٤، فقط ١٧١، الأهواني : المرجع السابق، ص ٤٧١، فقرة ٣٨٤؛ بيير أورتشيلد : الحيازة في القانون المدني الفرنسي والألماني ، رسالة من استراسبورج ، ١٩٧٧، ص ٤٥٣، نقض جنائي فرنسي ٢٢ يناير ١٩٤٨، سيرى ١٩٤٩، ص ١٤٩ تعليق ليمرسيه؛ الصده: مرجع سابق ، ص ٦٣٣ وما بعدها ؛ فقرة ٣٧٨ وما بعدها .

[٨٠٥] نقض مدني مصري ٢٧ فبراير ١٩٤٧. مجموعة عمر ج٥، رقم ، ١٦٠ ، ص ٣٦٥ ، بلانيول وريبير وبيكارد :مرجع سابق، فقرة ٧٠٣.

[٨٠٦] طعن رقم ٤٧٥٩ لسنة ٧٩ جلسة ٢٠١١/٦/٢٦. .

المبحث الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

بادئ ذي بدء وليس على سبيل الفخر إنما تقريراً للواقع نقول : إننا لم نرى فيما وقفنا عليه من الأبحاث والمؤلفات والرسائل العلمية المتعلقة بالشرط المانع من التصرف من تناول آثار الشرط في فقه الشريعة الإسلامية .

فكل ما وقفنا عليه من المؤلفات الخاصة بشروط المنع من التصرف ، والمعنونة بالمقارنة بين التشريعات الوضعية و الشريعة الإسلامية إما تجاهلت الحديث عن آثار الشرط بالكلية ، أو تناولته على إستحياء، وبكلام لا يمت للموضوع بصلة ، ولعل محاولتنا في سبيل ذلك تصيب الصواب إن شاء الله .

هذا على الرغم من غنى المراجع الفقهية الخاصة بالشريعة الإسلامية بالمادة العلمية الكفيلة بإعانة أي باحث على الإلمام بكل خيوط أي موضوع مهما دق ، ولقد ترك فقهاء الشريعة الإسلامية تراثاً عظيماً في كل المجالات لو استفادة به أمة لصارت في نهاية من التقدم والرقي والعدالة .

و إذا كان الشرط المانع من التصرف يعد التزاماً على عاتق المتصرف إليه ، كما بينا ذلك عند تكييف الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي .

وإذا كان أثر الإلتزام هو التنفيذ ، فيكون المتصرف إليه ملتزماً بالوفاء بمضمون الشرط المانع من التصرف ، والمتمثل في الإمتناع عن التصرف في الشيء موضوع التصرف ، وهذا أثر لازم للشرط ونتيجة حتمية لإشتراطه وبدون هذا الاثر يفقد الشرط معناه ويكون كأن لم يشترط بالتصرف أصلاً .

وفي هذا يقول صاحب الخيارات " بأن إشتراط منع التصرف لا يستتبع إلا الوفاء بالشرط ، وهو لا يحصل إلا بترك التصرف ."[٨٠٧]

ونظراً لأن فقه الشريعة الإسلامية اشتمل على آثار عامة تتعلق بالمنع من التصرف ، تتشابه لحد بعيد مع آثار المنع من التصرف في الفقه القانوني ، إلا أن الفقه الشرعي اشتمل على آثار أخرى انفرد بها ، ولذلك آثرنا أن نقسم هذاالمبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : خصصناه للآثار العامة للشرط المانع من التصرف

والمطلب الثاني : للآثار الخاصة

المطلب الأول
الآثار العامة للشرط المانع من التصرف

تتمثل الآثار العامة للشرط المانع من التصرف في تنفيذ مضمون الشرط ، والإمتناع عن أي تصرف من شأنه مخالفة الشرط ، سواء مخالفة مباشرة كبيع الشيء المشترط عدم التصرف فيه ، أو بطريقة غير مباشرة كرهنه .

ونظراً لما قد لاحظناه من الاختلاف الشديد في نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية بين شروط المنع من التصرف الواردة في عقود المعاوضات عن الواردة في عقود التبرعات ؛ فقد تناولنا في الفرع الأول : آثار الشرط في عقود المعاوضات ، وفي الثاني : آثار الشرط في عقود التبرعات ، والآن إلى التفصيل بعد الإجمال .

---

(٨٠٧)السيد مصطفي الخميني ، الخيارات ، مؤسسة تنظيم ونشر أثار الإمام الخميني ، ط١، ١٤١٨ هـ، ج ٢ ص ٣٣٣ .

الفرع الأول

آثار الشرط المانع من التصرف الوارد في عقود المعاوضات .

أولاً : منع البيع .

هذا هو الأثر المباشر للشرط المانع من التصرف ، فالبيع هو المقصود الأول بالتصرف الممنوع بالشرط ، أي أنه إذا تعلق الشرط المانع بشئ فأول ما يتبادر إلى الذهن هو منع بيع هذا الشيء . وقد تضافرت النصوص الواردة عن فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تنص على وجوب أن يتمتع البائع بالقدرة على التصرف في الشيء المبيع ليصح البيع ، فإن كان ممنوعا من التصرف فيه فلا يمكنه بيعه .

وسواء أكان البائع قد باشر عقد البيع بنفسه ابتداء أو أجاز البيع إذا قام به غيره إلا أنه في الحالتين يجب لصحة العقد ألا يكون البائع أو المجيز ممنوعاً من التصرف .

جاء في مصباح الفقاهة " فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا تجوز له الإجازة ، لكونها بيعاً حقيقياً.[٨٠٨]

و جاء في الشرح الكبير عند الحديث عن حالة ما إذا أوصى شخص لوصيين واشترط عليهما منع التصرف إلا مجتمعين " من ليس له البيع كأحد الوصيين فلا يرهن كما لا يبيع ، ولا يشتري ، إلا بإذن صاحبه ، إذا لم يكن كل منهما مطلق التصرف "[٨٠٩]

ومعنى ما سبق أن الوصية إذا تضمنت شرطاً يمنع كل وصي من التصرف منفرداً فلا يستطيع مخالفة الشرط ، ويكون أثر ذلك أنه يمنع من البيع ومن الرهن .

وقال الدسوقي تعليقاً على النص السابق " وقوله إلا بإذن صاحبه أي لأن له نصف النيابة عن الموصي ... قوله مطلق التصرف أي من قبل الأب الذي أوصاهما بأن نص على استقلال كل منهما بالتصرف "[٨١٠]

والنصان السابقان ـ الكلام الوارد في الشرح الكبير لأحمد الدردير و كلام الدسوقي الشارح له ـ يستخلص منهما عدة أمور :

١ ـ أنه يجوز للشخص وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي أن يوصي بوصية لشخصين ، ويمنع كل واحد منهما من التصرف منفردا ، ويشترط للقدرة على التصرف وجوب إجتماعهما ، وهي صورة مشروعة للشرط المانع من التصرف أو المقيد له في كل المذاهب الفقهية باستثناء المذهب الظاهري كما سبق .

٢ ـ أنه طبقاً لقواعد الفقه الإسلامي أيضاً أنه حال ورود هذا الشرط في التصرف فإنه يجب على المتصرف إليه الإلتزام بالتنفيذ كأثر مباشر للشرط .

ولا يتعلق الحكم السابق فقط بعقد البيع ، بل إن الفقهاء أطردوا هذا الحكم في عقود كثيرة مثل عقد السلم ، وعقد الإجارة وغيرهما .

ومن نصوصهم في ذلك ما جاء في المجموع للنووي " ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال ، لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع "[٨١١]

وفي الشرح الكبير عند الحديث عن الإجارة " ولا تصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع "[٨١٢]

---

(٨٠٨) مرجع سابق ، ج ٤ ص ٢٤٣ .

(٨٠٩) أبو البركات ، سيدي أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج ٣ ص ٢٤٣ .

(٨١٠) محمد عرفة الدسوقي :حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ، دار الفكر ج ٣ ص ٢٣٤.

(٨١١) ج ١٣ ص ٩٣ .

(٨١٢) ج ٦ ص ٤ .

ثانياً: منع الرهن

عقد الرهن وان لم يكن عقدا ناقلاً للملكية ، وبالتالي لا يعد تصرفاً في الشيء محل الرهن ، إلا انه يمكن أن يؤدي إلى ذلك في النهاية ، كما سبق بيانه عند الحديث عن آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني .

وتأكيدا لذلك قال الشافعية والحنابلة إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها "[٨١٣]

أي أن الرهن يمكن أن يؤدي في النهاية إلى بيع الشيء المرهون إذا لم يستوفي الدائن المرتهن حقه من ذمة المدين الراهن ، ولهذا أشترط الفقهاء في من يباشر الرهن نفس شروط من يباشر البيع من حيث كونه مسموحاً له بالتصرف في الشيء محل الرهن وليس ممنوعاً منه .

ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما سبق ونقلناه عن الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عند الحديث عن منع البيع ، ومن النقول الفقهية أيضاً :

جاء في الإقناع " وكل ما جاز بيعه من الأعيان جاز رهنه ، فلا يصح رهن دين .... ولا رهن عين لا يصح بيعها كوقف ، ومكاتب ، وأم ولد"[٨١٤]

ويقول ابن قدامة " قيل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ، ففي كل موضع جاز التصرف فيه ، جاز رهنه ، وما لا ، فلا ؛ لأنه نوع تصرف فأشبه بيعه ."[٨١٥]

ويستفاد من النصين السابقين أن الرهن عند الفقهاء كالبيع فكما لا يجوز بيع الممنوع من التصرف فيه كذلك لا يجوز رهنه ، وضربوا على ذلك أمثلة كما سبق ومن هذه الأمثلة أم الولد التي لا يجوز له التصرف فيها كما سبق فكذلك لا يجوز له رهنها .

وكما ألحق الفقهاء بعقد البيع في حكمه ما يشبهه من العقود كذلك الحال فيما يشبه الرهن كالكفالة والضمان وغيرهما ومن أقوالهم في ذلك :

جاء في فقه السنة " فالكفيل هو الذي يلتزم بأداء المكفول به ويجب أن يكون بالغاً عاقلاً مطلق التصرف في ماله ".[٨١٦]

الفرع الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف الوارد في عقود التبرعات

رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية ينظرون لعقود التبرعات على أنها إحسان ، وللمحسن أن يشترط ما يشاء ، وأن يتصرف كما يشاء ، ولا حرج عليه في ذلك انطلاقا من قوله تعالي : " ما على المحسنين من سبيل "[٨١٧]

وبناء على ذلك يعطون حرية كبيرة للمتبرع على اعتبار أنه يعطي بلا مقابل ، فإن إشترط على المتبرع إليه شيئاً ، أو قيد تصرفه ، أو منعه بالكلية فيقبلون ذلك ، و يجدون أنه في جميع الأحوال لا ضير على المتبرع إليه فقد حصل على الشيء بلا مقابل .

ولكن هذه النظرة المتساهلة لعقود التبرعات يمكن أن يكون لها تأثير فيما نحن بصدده ؟

---

(٨١٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت ، ج ٢٣ ص ١٨٠ .

(٨١٤) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت .

(٨١٥)ابن قدامة موفق الدين: محمد بن عبد الله: المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج ٤ ص ٤٢٨ .

(٨١٦) السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٣ ص ٣٣٤، وأنظر: الشرح الكبير ج ٥ ص ٧٤.

(٨١٧) التوبة : ٩١ .

وبعبارة أخرى هل يتساهل الفقهاء في قبول التبرعات حتى من الشخص الممنوع أو المقيد في التصرف بشكل أو بآخر ؟

والإجابة قطعياً هي لا ، فلا يوجد أدنى تفرقة عند فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، فيشترطون في عقود التبرعات ما يشترطونه في عقود المعاوضات من حيث كون المتبرع مأذوناً له في التصرف وغير ممنوعاً منه .

وفيما يلي سنعرض لبعض التصرفات التبرعية والتي تتم بلا مقابل ونرى إشتراط الفقهاء لتوافر كامل القدرة على التصرف لصحة هذه العقود .

أولاً: العارية

وهي إعارة الأعيان التي ينتفع بها مع قيامه ، كالدور والعبيد والدواب ونحوها .[٨١٨]

وهي تعد من القرب والأعمال الصالحة في الشريعة الإسلامية ، يقول ابن رشد " أما الإعارة فهي فعل خير ، ومندوب إليه [٨١٩]، ويقول ابن نجيم " ومحاسنها (أي العارية) النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر ؛ لأنها لا تكون إلا لمحتاج ".[٨٢٠]

وعلى الرغم من أنها من الأفعال الخيرية المطلوبة كما سبق إلا أنها لا تقبل من الممنوع من التصرف ، فقد جاء في المجموع " فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكاً مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز من غير مالك ، ولا ممنوع من التصرف ."[٨٢١]

ويظهر مما سبق أن الممنوع من التصرف في الشيء لا يمكنه مع وجود المنع أن يعير الشيء الممنوع من التصرف فيه .

ثانياً: العتق

على الرغم أن العتق من أعظم القربات في الإسلام إلا أنه ككل التصرفات السابقة لا يقبل إلا ممن يملك التصرف .

جاء في كتاب المجموع " من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه ، ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال ؛ لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة "[٨٢٢]

---

(٨١٨) علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٣ ص ١٧٧ .

(٨١٩)أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،تحقيق خالد العطار ،دار الفكر ، ١٤١٥ ، ج ٢ ص ٢٥٥ .

(٨٢٠) زين الدين بن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١، ١٤١٨هـ، ج ٧ ص ٤٧٦

(٨٢١) ج ١٤ ص ٢٠١ .

(٨٢٢) ج ١٦ ، ص ٤.

المطلب الثاني
الآثار الخاصة للشرط المانع من التصرف

المقصود بالآثار الخاصة للشرط المانع من التصرف موضوع هذا المبحث هي الآثار المتجاوزة لحق التصرف في الشيء ، أي التي يمكن أن تمتد لسلطة أخرى من سلطات الملكية مثل سلطة استعمال الشيء أو استغلاله .

و في البداية نود أن نقول أن هذه الآثار قد انفرد بها الفقه الشرعي ولا نظير لها في الفقه القانوني ، فآثار الشرط المانع من التصرف تقتصر في الفقه القانوني على حق التصرف فقط ولا تتعداه .

وقد رأينا عند الحديث عن سلطات الملكية أن حق الملكية يخول صاحبه حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . وبطبيعة الحال فسيؤثر الشرط المانع من التصرف ـ بوصفه التزاماً يجبر الشخص علي الوفاء به ـ علي سلطة التصرف ، فالمالك لن يكون في استطاعته مع وجود الشرط أن يتصرف في الشيء ، على نحو ما سبق وبيناه في المبحث الأول.

ولكن هل يمكن أن تتأثر سلطات الملكية الأخرى أي الاستعمال والاستغلال بوجود الشرط المانع من التصرف في العقد ؟

لا يبدو للوهلة الأولي أن للشرط تأثيراً علي هاتين السلطتين ، فلو فرضنا أن شخصاً اشتري منزلاًوشرط عليه عدم التصرف فيه فسيكون بإمكانه بالتأكيد أن يستعمله أي يسكنه ، وأن يستغله كذلك ، وهكذا كل الأشياء سواء كانت أرضاً أو سيارة أو غير ذلك . ولكن يدق الأمر إذا كان الشيء المشترط عدم التصرف فيه جارية .

فذهب بعض الفقهاء إلي أن الشخص إذا اشتري جارية وشرط عليه عدم التصرف فيها فلا يستطيع والحالة هذه أن يقربها أي أنه لا يمنع فقط من بيعها ولكن يمنع من وطئها أيضاً.

الفقهاء القائلون بذلك :

الإمام مالك .

يقول الإمام مالك رحمه الله فيمن اشتري جارية علي شرط أن لا يبيعها ، ولا يهبها ، أو ما شابه ذلك من الشروط ، فانه لا ينبغي له أن يطأها ؛ وذلك لأنه لا يجوز له أن يبيعها ، ولا أن يهبها ، فإذا كان لا يملك ذلك منها ؛ فلم يملكها ملكاً تاماً .[٨٢٣]

الإمام أحمد بن حنبل .

جاء في حاشية ابن القيم على عون المعبود " قال إسماعيل بن سعيد ذكرت لأحمد حديث ابن مسعود ـ والذي يتضمن شرطاً مانعاً من التصرف كما سيأتي في أدلة القائلين بذلك ـ فقال أحمد البيع جائز ولا تقربها ، لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع إنه فاسد .[٨٢٤]

الأدلة التي استدل بها القائلون بذلك :

١ ـ يستدلون علي ذلك بما جاء في الموطأ عن ابن مسعود ﷺ أنه قال : ابتعت من زوجتي زينب الثقفية جارية ، وشرطت لها أني إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به ، فذكرت ذلك لعمر ﷺ فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط .[٨٢٥]

---

(٨٢٣) الموطأ ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، ص ٦١٦ .

(٨٢٤) حاشية ابن القيم علي عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٩ م ، ج ٩ ، ص ٤٠٤.

٢ ـ بما جاء عن عبد الله ابن عمر ﷺ أنه كان يقول " لا يطأ الرجل وليدة [٨٢٦] إلا وليدة إن شاء باعها وإن شاء وهبها ، وإن شاء أمسكها وإن شاء صنع بها ما شاء ." [٨٢٧]

والخبران السابقان المرويين عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضي الله عنهما كافيين في الحقيقة لتأييد ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي وذلك لعدة أسباب :

١ـ أنهما مرويين عن أثنين من أكابر الصحابة وأكثرهما علماً .

٢ ـ أن الأثرين صحيحان ولم يطعن فيهما أحد من العلماء فقد رواهما مالك في الموطأ وهو من أصح كتب رواية الحديث .

٣ـ أنهما واضحا الدلالة فألفاظهما قاطعة لا تقبل التأويل في منع الوطء كأثر لوجود الشرط المانع من التصرف .

٤ـ أنهما يدلان على تصحيحهما للشرط المانع من التصرف و وتصحيح البيع مع هذا الشرط ، وإثبات الأثر الخاص للشرط .

فكما يقول أبو عمر بن عبد البر في التمهيد " وليس في شيء من هذين الخبرين أمر بفسخ البيع ولا خبر عن فساده. [٨٢٨]

([٨٢٥]) ص ٦١٦ .

([٨٢٦]) يقصد بالوليدة الجارية ، و يقال للأمة وليدة وإن كانت مسنة . لسان العرب ج ١٥ ، ص ٣٩٥ .

([٨٢٧]) الموطأ ، ص ٦١٦ .

([٨٢٨]) مجموعة شروح الموطأ ، مرجع سابق ، ج ١٦ ص ١٩٥.

ويقول أيضاً " أما ظاهر قول عمر لابن مسعود : لا تقربها فيدل على أنه أمضى شراؤه لها ونهاه عن مسيسها هذا هو الأظهر فيه ."[٨٢٩]

آراء الفقهاء في تبرير منع الوطء كأثر للشرط المانع من التصرف .

اختلف الفقهاء القائلون بذلك في تبرير المنع من الوطء كأثر للشرط المانع من التصرف ، أي لماذا يمنع الشرط المانع من التصرف من الوطء أيضاً وليس مجرد التصرف ؟ واختلفوا في ذلك إلى عدة آراء :

الرأي الأول : نقص الملك .

ذهب الإمام مالك (فيما يفهم من كلامه السابق) إلي أن المنع من الوطء بسبب نقص الملك فهو يري أن الشخص لا يجوز له أن يطأ جارية إلا إذا كان يملكها ملكاً تاماً .

الرأي الثاني : الخروج من خلاف المذاهب .

ذهب أبن عقيل الحنبلي إلي أنه (أي الأمام أحمد) منع الوطء للخروج من الخلاف على اعتبار أن هذا الشرط يعتبر شرطاً فاسداً في بعض المذاهب كما مر بنا فهو يقول " عندي أنه منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب.[٨٣٠] وقد نقل ابن القيم عنه هذا الرأي قائلاً " وحمله أبن عقيل على الشبهة للاختلاف في صحة هذا العقد ".[٨٣١] ولم يرض ابن القيم رحمه الله هذا التبرير ولذلك فقد ذهب إلى تبرير آخر وهو الرأي الثالث .

الرأي الثالث : الوطء يؤدي إلى إسقاط الشرط المانع من التصرف .

ذهب ابن القيم رحمه الله إلي أن منع الوطء سببه أنه يؤدي لإسقاط الشرط ، فيقول " فدل على أن المانع من القربان هو الشرط ، وأن وطأها يتضمن إبطال ذلك الشرط ؛ لأنها قد تحمل فيمتنع عودها إليها.[٨٣٢]

ومعني كلام ابن القيم : أن الوطء ربما أدي إلي الحمل ، ويستتبع ذلك تحول الأمة إلي أمتين ، أو أمة وعبد ، أي ستحدث زيادة في محل العقد ، و سيؤدي ذلك إلي امتناع عودة الأمة وهذا خلاف الشرط المشروط أي أن الوطء يمكن أن يؤدي إلي عدم إعمال الشرط ولهذا منعه عمر ﷺ حرصاً علي الوفاء بالالتزام .

رأي الباحثة:-

ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله هو الصحيح وبيان ذلك فيما يلي :

الرأي الأول الذي يبرر منع الوطء بنقص الملك فالمفترض أن الملك غير ناقص لأن المتصرف إليه ـ المنتقل إليه الشيء مقترناً بمنع التصرف ـ يملك الشيء ملكاً تاماً باستثناء حق التصرف فيه ؛ بسبب التزامه بالشرط ، وحتى لو سلمنا بنقص الملك فسيكون أثره فقط أيضاً بالنسبة لحق التصرف ، ولا يتعداه لغيره ؛ ولذلك لا يصلح هذا في تقديرنا سبباً أو تبريراً لمنع الوطء.

والرأي الثاني الذي يبرر منع الوطء بمراعاة أحمد لخلاف المذاهب أيضاً لا يصح ؛ لأن الأمام أحمد رحمه الله ليس أول من قال بالمنع حتى يقال أنه راعي خلاف المذاهب ؛ فالمنع مروي عن عمر وابن عمر من قبل أحمد و المذاهب .

---

[٨٢٩]) المرجع سابق ، ج ١٦ ص ١٩٣ .

[٨٣٠]) هذا الرأي لأبن عقيل الحنبلي ،المغني مع الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ٥٦ .

[٨٣١]) حاشيته علي عون المعبود ، ج٩ ، ص ٤٠٤ .

[٨٣٢]) المرجع السابق ، نفس الموضع .

ومما يؤيد ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله ما جاء في المصنف عن ابن طاووس [٨٣٣] رحمه الله قال :" بعت جارية لأبي ، وشرطت أن لا تباع ولا توهب ، فقلت [٨٣٤] لأبن طاووس : فان عمر ﷺ قال لا تقربها و لأحد فيها شرط ، قال : ليس فيها شرط إنما هو لنفسها [٨٣٥] .

يقصد أن في الصورة التي قضي فيها عمر ﷺ بذلك كان الشرط لمصلحة المتصرف الذي كان سيتضرر لو سمح للشخص بوطئها علي النحو الذي بيناه آنفاً ، أما في بيع ابن طاووس لأبيه فان هذا منتفي لأن الشرط أنما وضع لمصلحة الأمة حتى تستقر في بيت ولا تتداولها الأيدي فاختلف الأمر . ومعني هذا أن الشرط المانع كالتزام يؤثر علي حق التصرف فقط إلا إذا ورد علي صورة مشابهة لما حدث مع عمر وابن مسعود وزوجته ﷺ .

ومما يؤكد أيضاً ما ذهب إليه ابن القيم ما رواه ابن وهب عن مالك " قال : وإن أشتراها بشرط فوطئها فحملت فللبائع قيمتها يوم باعها ، وتحل لسيدها فيما يستقبل .[٨٣٦]

ومعنى هذا أنها لو حملت سيبطل الشرط ، وتصبح للثاني ، وليس للأول إلا القيمة وقت البيع وهذا يؤكد أن منع الوطء بسبب أنه يمكن أن يؤدي لإبطال الشرط .

المقارنة والخاتمة:

بالنسبة للفقه القانوني رأينا آثار الشرط بالنسبة إلى المشترط عليه ، والتصرفات التي لا تتنافى مع الشرط ، ورأينا آثار الشرط بالنسبة إلى دائني المشترط عليه ومبدأ عدم الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ورأينا أيضاً آثار الشرط بالنسبة للغير .

وبالنسبة للفقه الإسلامي رأينا أن آثار الشرط المانع تنقسم إلى آثار عامة وآثار خاصة ، وبالنسبة للآثار العامة تتمثل في منع البيع والرهن وكافة التصرفات المخالفة للشرط وبالنسبة للآثار الخاصة ففيها تتعدى آثار الشرط المانع حق التصرف خلافاً للفقه القانوني الذي تقتصر آثار الشرط فيه على حق التصرف .

وأوجه الشبه بين الفقهين تتمثل في الآتي :

أولاً : من حيث اعتبار آثار الشرط المانع من التصرف تتمثل في تنفيذ الالتزام بالشرط ، ومنع أي تصرف من شأنه أن يخالف الشرط .

ثانياً : من حيث تحديد التصرفات التي تتنافى مع وجود الشرط والتي يمكن أن تتسبب في ابطاله بطريق غير مباشر ، مثل منع الرهن والحجز .

ولكن مع ذلك فيوجد ثمة اختلافات في هذا الصدد بين الفقهين تتمثل في :

أولاً : توسع فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد التصرفات الغير جائزة مع وجود المنع من التصرف ، فقد الحقوا بمنع البيع والرهن كل ما يمكن أن يكون صوراً للتصرف مع وجود المنع من التصرف ، مثل منع العارية والعتق وغير ذلك .

ثانياً : توسع فقهاء الشريعة الإسلامية في آثار المنع من التصرف حتى أن آثار الشرط المانع من التصرف قد تعدت في حالة خاصة ـ حق التصرف إلى غيره كما رأينا .

---

(٨٣٣) أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان اليماني ،من كبار التابعين ، مات بمكة حاجاً سنة ست ومائة ، وكان فقيهاًجليلاً ، قال خصيف : أعلمهم بالحلال والحرام طاووس . انظر إبراهيم ابن علي الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، دار الرائد العربي ، بيروت، ص ٧٣ .

(٨٣٤) القائل هو معمر راوي القصة عن ابن طاووس فالحديث في المصنف أخبرنا معمر عن ابن طاووس قال .... وذكر القصة .

(٨٣٥) مصنف عبد الرزاق ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المجلس العلمي، ج٨ ، ص ٥٧ .

(٨٣٦) مجموعة شروح الموطأ ، مرجع سابق ، ج ١٦ ص ١٩٥.

ولا شك أن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من التوسع في آثار الشرط هو الصحيح لأننا إذا كنا قد اشترطنا شروطاً لصحة الشرط فلابد عند تحققها من منع أي تصرف من شأنه أن يبطل الشرط ، أو أن يجعله عديم الجدوى .

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع آثار الشرط المانع من التصرف ، بدأنا في المبحث الأول : بآثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني وقد تم تقسيم المبحث إلى مطلبين تعرضنا في الأول لآثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه، وفي الثاني: لآثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير،ولقد تناولنا آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه و ذلك من خلال فرعين خصصنا الأول لآثار الشرط المانع بالنسبة للمشترط عليه والثاني بالنسبة لدائنيه ،وأما المبحث الثاني من هذا البحث فقد تعرضنا لآثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي ونظراً لأن فقه الشريعة الإسلامية اشتمل على آثار عامة تتعلق بالمنع من التصرف ، تتشابه لحد بعيد مع آثار المنع من التصرف في الفقه القانوني ، إلا أن الفقه الشرعي اشتمل على آثار أخرى انفرد بها ، لذلك آثرنا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول خصصناه للآثار العامة للشرط المانع من التصرف والثاني تناولنا فيه : للآثار الخاصة.

وسنشير إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال ما سبق عرضه :

١:إذا قام الشرط المانع من التصرف صحيحاً، أي كان لتحقيق مصلحة مشروعة ولمدة معقولة كان المنع صحيحاً ومنتجاً لأثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع، وأهمها حرمان المشترط عليه من التصرف في المال محل المنع، وعدم الحجز عليه من قبل دائنيه ، فضلاً عن الاحتجاج بهذا الشرط على الغير.

٢: أن المشرع المصري والفرنسي والفلسطيني ،لم ينص على مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف ،بل نشأ هذا المبدأ واستقر نتيجة تراث قضائي طويل ، باعتباره يحقق الغرض من المنع من التصرف ، وهو عدم خروج المال الممنوع التصرف فيه من ذمة المتصرف إليه إلى الغير .

٣: تحدث فقهاء القانون الوضعي في مسألة تسجيل التصرفات المتضمنة لشرط المنع من التصرف وهو أمر حسن، وليست فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، بل أنها تحرص عليه في بعض الأمور مثل عقود الزواج ،ضماناً للحقوق ومن ثم فإن فيه المصلحة وأينما تكون المصلحة فثمة شرع الله.

٤: كما أن أعمال الشرط المانع من التصرف بالنسبة للمنقول، ليست له قيمة عملية حيث أن المنقول يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ولما كانت التصرفات الواردة عليه لا تخضع للشهر ،فإن مناط الاحتجاج بالشرط المانع قبل الغير هو علمه به أو إمكانية علمه به وقت دخول المنقول في حيازته بحيث يكون للغير المتصرف إليه أن يجهض الاحتجاج تجاهه بالبطلان استناداً "لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز" متحصناً بالحيازة التي تعد قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية أي جهله بالشرط المانع من التصرف

٥: أن هناك تشابهاً بين آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني والشرعي ، من حيث اعتبار آثار الشرط المانع من التصرف تتمثل في تنفيذ الالتزام بالشرط ، ومنع أي تصرف من شأنه أن يخالف الشرط ، ولا حظنا أن آثار المنع من التصرف لا تتعدى حق التصرف في الفقه القانوني، بينما تتعداه في حالة خاصة في الفقه الشرعي وهي حالة ما إذا كان الشيء الممنوع التصرف فيه جارية .

٦: لم يضع كل من المشرع المصري والفرنسي نصاً خاصاً يعالج حالة الاحتجاج على الغير بالشرط المانع من التصرف بالنسبة للأموال التي لابد من تسجيلها في السجلات الخاصة بها رسمياً، مكتفيان بالقواعد

العامة التي توجب تسجيل بعض الأموال في الدوائر المختصة كما هو الحال بالنسبة للعقارات ، ويشمل هذا التسجيل طبعاً الشرط المانع من التصرف الوارد على المال محل الشرط أو القيد ، وعندها يمكن الاحتجاج من قبل من تقرر المنع لمصلحته في مواجهة الغير واسترداد المال المتصرف فيه من قبل ، وبعكس ذلك – أي في حالة عدم تسجيل الشرط-لا يمكن الاحتجاج بالنسبة للغير ، وبذلك يختلف كل من المشرع المصري والفرنسي عن الفلسطيني الذي أفرد للاحتجاج على الغير بالشرط المانع من التصرف نصاً خاصاً له ، وحماية للغير تطلب المشرع في القانون المدني الفلسطيني أن يكون الشرط المانع من التصرف مسجلاً مع العقد حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير اقتداء بما ذهب إليه المشرع الكويتي.

قائمة المراجع :

اولا المراجع الاجنبية

١. منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٥٣
٢. عبد المنعم البدراوي : حق الملكية ، مكتبة عبدالله وهبة القاهرة ، طبعة ١٩٧٣
٣. محمد لبيب شنب ،موجز في الحقوق العينية الأصلية ،دار وهدان للطباعة بلا سنة نشر.
٤. عبد الرزاق السنهوري،السنهووري في شرح القانون المدني ، المجلد الثامن ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة (بلا سنة نشر).
٥. أحمد سلامة ،الملكية الفردية في القانون المصري ،دار النهضة العربية ،سنة ١٩٧٠.
٦. إسماعيل غانم،الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ،حق الملكية ،الطبعة الثانية ،سنة ١٩٦٠.
٧. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية ،دار النهضة العربية ،سنة ١٩٨٢.
٨. همام محمد محمود زهران ،الحقوق العينية ،حق الملكية –أحكام حق الملكية- دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٠ .
٩. محمود جمال الدين زكي ،الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ،سنة ١٩٧٨.
١٠. محمد المرسي زهرة : بحث بعنوان "الشرط المانع من التصرف قي ضوء المعاملات المدنية والفقه الإسلامي" في مجلة الحق لسنة ١٩٩٧ .
١١. عبد الخالق حسن أحمد: الحقوق العينية الأصلية ،حق الملكية ، الطبعة الأولى ١٠م – مطبوعات كلية شرطة دبي ،بلا سنة نشر.
١٢. وحيد الدين سوار،حق الملكية في ذاته في القانون المدني ،الطبعة الثانية ،مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن سنة ٢٠١٠.
١٣. توفيق فرج ،الحقوق العينية الأصلية، ،مؤسسة دار الثقافة الجامعية ،الاسكندرية سنة ١٩٨٦.
١٤. فتحي والي: التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨١
١٥. ، وجدي راغب: مبادئ التنفيذ القضائي وفقاً لقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، ١٩٨١
١٦. أحمد زغلول : أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية و التجارية ، دار الحقوق ، ، ١٩٨٥.
١٧. مصطفى الجمال ،نظام الملكية ،الدار الجامعية ،بيروت سنة ١٩٨٧.
١٨. ادوارد عيد ،الحقوق العينية الأصلية ،الجزء الأول ،حق الملكية ،سنة ١٩٧٩ ،بلا دار نشر .
١٩. سمير كامل ،ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ،رسالة دكتوراة عين شمس لسنة ١٩٧٨ .
٢٠. محمد على عرفة ،شرح القانون المدني الجديد –في حق الملكية –الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،مطبعة جامعة فؤاد الأول ،القاهرة سنة ١٩٥٤.
٢١. محمد علي عمران ،الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية القاهرة ،سنة ١٩٧٩ .
٢٢. أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية : الطبعة التاسعة ، بلا سنة نشر.
٢٣. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ١٩٧٧.
٢٤. عبد المجيد الحكيم ،الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي المقارن ،بغداد سنة ١٩٨٠ .
٢٥. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق ، دار النهضة العربية ،بلاسنة نشر.
٢٦. سمير كامل ،ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس سنة ١٩٧٨.
٢٧. نعمان محمد خليل جمعة ،الحقوق العينية ،دار النهضة العربية ،القاهرة سنة ١٩٩٢.
٢٨. محمد المرسى زهرة : الحقوق العينية الأصلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاتحادية – المجلد الثاني أسباب الملكية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ - جامعة الإمارات العربية المتحدة .

٢٩. أبو البركات ، سيدي أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج ٣
٣٠. الدسوقي ،محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج ٣ دار الفكر .
٣١. الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج ٢٣.
٣٢. شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت .
٣٣. ابن قدامة موفق الدين ،محمد بن عبد الله ،المغني مع الشرح الكبير ،دار الكتاب العربي.
٣٤. السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٣
٣٥. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج
٣٦. أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،تحقيق خالد العطار ،دار الفكر ، ١٤١٥ ، ج ٢.
٣٧. المصري : زين الدين بن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ،دار الكتاب العلمية ،بيروت ط١، ١٤١٨ه
٣٨. الموطأ ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية .
٣٩. حاشية ابن القيم علي عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٩ م ، ج ٩ .
٤٠. العظيم آبادي ،محمد شمس الحق ،عون المعبود شرح سنن أبي داوود ،دار الكتب العلمية، بيروت ،ط٢ ،١٤١٥ه .
٤١. إبراهيم ابن علي الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، دار الرائد العربي ، بيروت ،بلا سنة نشر.
٤٢. مصنف عبد الرزاق ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المجلس العلمي ، ، ج٨

ثانيا المراجع الاجنبية

٤٣. Louis Josserand, cours de droit civil positif français, opcit

٤٤. Henri De Page, Traite élémentaire de droit civil belge. T.٥. ١-٢ ed Bruxeues, ١٩٧٥

٤٥. Gabriel Marty et Pierre Raynaud , Traité de droit civil,op. cit

٤٦. Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations , op. cit

٤٧. Philippe Simler , Droit civil - le droit des biens , op.cit

٤٨. Jean Carbonnier , Droit civil - les bien , op. cit.

٤٩. JEAN-LOUIS BERGEL,TRAITE DE-DROIT CIVIL,L.G.D.J,١٩٩٦.