جزاء مخالفة 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 .

يقصد بالشرط المانع من التصرف: الشرط الذي يشترطه المتصرف في العقد أو الوصية بغرض منع المتصرف إليه من التصرف في الشيء موضوع التصرف .

ولكي يصح الشرط المانع من التصرف يجب أن يستند إلى مصلحة مشروعة لأحد أطراف التصرف فإذا كان شرط المنع من التصرف قد ضمن في عقد،أو في وصية ،وكان مبنياً على باعث مشروع ولمدة معقولة كان الشرط صحيحاً،وترتب على ذلك عدم جواز التصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها ،وعدم جواز الحجز عليها .

ولكن ما الحكم في حالة مخالفة المالك –المتصرف إليه- شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبة ، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع ؟

وقد اختلفت آراء فقهاء القانون والفقه الإسلامي كما اختلف المشرعون في تحديد جزاء محدد يمكن أن يوقع في حالة مخالفة هذا الشرط.

وبما أنه يجب–عند تحديد جزاء مخالفة الشرط المانع – أن يتم مراعاة الغرض الذي من أجله خول القانون الإرادة سلطة تعديل النظام العادي للملكية ،وهو تحقيق المصالح الخاصة المشروعة المقصودة من وراء المنع ، فإنه يجب أن يتقرر الجزاء في ضوء الغاية وحدها وبالقدر اللازم لتحقيقها.

وعلى هدي ما تقدم سنناقش الجزاء القانوني والشرعي لمخالفة الشرط من خلال هذا البحث وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول : الجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف .

المبحث الثاني : الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف.

المبحث الأول
الجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف

إذا كان شرط المنع من التصرف قد ضمن في عقد ،أو في وصية ،وكان مبنياً على باعث مشروع ولمدة معقولة كان الشرط صحيحاً كما سبق بيانه ،وترتب على ذلك عدم جواز التصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها ،وعدم جواز الحجز عليها .
ولكن ما الحكم في حالة مخالفة المالك –المتصرف إليه- شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبة ، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع ؟
إن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم بالمخالفة لهذا الشرط[٨٣٧] وذلك طبقاً للقانون المصري والفرنسي إلا أن الأمر يختلف في القانون المدني الفلسطيني حيث نص على أن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو الوقف وسنلاحظ اختلافاً بين التشريعات في تحديد الجزاء ما بين الوقف أو البطلان وللتوضيح سنتناول أولاً:الجزاء في القانون المصري وثانياً : في القانون الفرنسي وثالثاً : في القانون الفلسطيني .

أولاً: الجزاء في القانون المصري
ظل الفقه والقضاء متردداً في ذلك بين بطلان التصرف المخالف ،أو فسخ التصرف الأصلي ،حتى صدر التقنين المدني الجديد وحسم هذا الخلاف وجاء نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري على أنه" إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ،فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً"، وبذلك يكون المشرع المصري قد حسم أمراً ثار حوله الكثير من الجدل في فرنسا ،وفي ظل القانون المدني المصري السابق حيث لم يكن هناك نص يحكم هذا الأمر.
وقد ظن البعض بصدور هذا النص أنه قد حسم الخلاف في هذه المسألة ، إلا أنه وإن حسم الخلاف بخصوص تحديد الجزاء ، وهو البطلان ، إلا أن الخلاف بين الفقهاء مازال قائماً ومستمراً عن طبيعة هذا البطلان هل هو بطلان نسبي أم بطلان مطلق أم أنه بطلان من نوع خاص يتفق والغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص .**ومن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف ؟** إن هذه الأسئلة تستوجب تحديد طبيعة البطلان الوارد في النص ثم تحديد صاحب الصفة في التمسك به في القانون المصري .

---

(٨٣٧) ولكن هذا لم يمنع البعض في الفقه الفرنسي من القول بان مخالفة شرط المنع هو فسخ التصرف المقترن بهذا الشرط، وذلك على اساس أن المشترط عليه الممنوع من التصرف، إذا خرج على مقتضى الشرط وتصرف في المال محل المنع، يكون قد خالف أحد شروط العقد الامر الذي يمنح المشترط الحق في الفسخ ، فيفسخ التصرف الأصلي – العقد أو الوصية – وبفسخه يزول التصرف الثاني المخالف لشرط المنع ،فيعود إلى ذمة المشترط طبقاً لقواعد الفسخ .أنظر :

BARTIN.E:Theorié des conditions impossobles, illictes ou contra ires aux moeurs , parris , ١٨٨٧ , p.١٦ ets

وفي القضاء المصري: نقض مدني مصري ١٩٦٨/٦/٢٧، مجموعة أحكام النقض س ١٩، ص ١٢٢٤.

طبيعة البطلان :-

١ : مبررات البطلان المطلق :-

ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن البطلان الذي يشير إليه المشرع المصري هو بطلان مطلق حيث أن المشرع المصري دائماً يعبر عن البطلان المطلق بعبارة البطلان أما البطلان النسبي فيعبر عنه دائماً بالقابلية للإبطال كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمادة ١٤٣ منه، والتي تقضى بأنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال .... " ، والمادة ١٤٤ من نفس التقنين التي تقرر أنه: "اذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ..." فنص المادة ٨٢٤ مدني والتي وصفت التصرف المخالف للشرط المانع بأنه " باطل " ، قصدت البطلان المطلق وليس البطلان النسبي ، كما يؤيدون رأيهم هذا بما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذه المادة إذ نصت على أنه" إذا توافر الشرطان السابقان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح ، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لعدم قابلية المال للتصرف ،وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف ، أو فسخ التصرف الأصلي..." [٨٣٨].

ويقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد " لقد اختار التقنين المصري التكييف الثاني فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع من التصرف بطلاناً مطلقاً ، وهذه نتيجة منطقية بل هي نتيجة بديهية لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها "[٨٣٩] ويرتب أنصار هذا الرأي على ذلك أنه مادام أن التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً فإن للمتصرف ودائنيه وكل من له مصلحة أن يطلب إبطال التصرف المخالف ، ويقول الدكتور محمد علي عرفة " وبناء على ذلك يجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائماً حتى لو كان المنع مشروطاً لحماية المتصرف إليه، ولدائني المتصرف أيضاً ح طلب البطلان إن كان لهم مصلحة ،كذلك يطلبه المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع من التصرف حماية مصلحة لأيهما ويطلبه أيضاً دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع الدعوى"[٨٤٠].

كذلك فإنهم يبطلون كل تصرف يأتيه المتصرف إليه خلافاً لهذا الشرط ، حتى ولو كان المتصرف الثاني حسن النية ،كذلك فإنهم لا يفرقون بين ما إذا كان وارداً على عقار أو منقول ، إذ لا يجوز من وجهة نظرهم أن يحتج هذا الأخير بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ،إذ يرون أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يمكن أن يكون سنداً صحيحاً[٨٤١].

كذلك فهم يقولون بعدم إمكانية الرجوع على المتصرف إليه الأول (المشترط عليه) بالضمان من قبل المتصرف إليه الثاني، ذلك أن تصرفه باطل بطلاناً مطلقاً وهو لا يصلح أساساً للضمان ،يقول الدكتور محمد علي عرفة "إن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع على المتصرف بالضمان ،لأن التزام الضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً"(٨٤٢)

ويرى القائلون بهذا الرأي أيضاً أن تقرير البطلان المطلق في حال مخالفة الشرط المانع من التصرف، يتلاقى عيباً وقع فيه القضاء الفرنسي إذ قرر بطلان التصرف المخالف بطلاناً نسبياً كما سنرى لاحقاً، إذ أن

---

[٨٣٨] مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ، ص٧٧.

[٨٣٩] السنهوري، ،الوسيط في شرح القانون المدني .المجلد الثامن، دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة (بلا سنة نشر). ص٥٢٥.

[٨٤٠] محمد علي عرفة ،شرح القانون المدني الجديد –في حق الملكية-الجزء الأول، الطبعة الثالثة ،مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة سنة ١٩٥٤م ص ٣٧.

[٨٤١] توفيق فرج الصدة ،الحقوق العينية الأصلية ، مؤسسة دار الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ،سنة ١٩٨٦، ص٥٢٦.

[٨٤٢] محمد علي عرفة ،شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص٣٧١.

البطلان المطلق يسمح للمتصرف الأصلي ولكل ذي مصلحة أن يطلبه حتى ولو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف إليه وحده كما أن هذا البطلان يسمح للمتصرف إليه الأخير بالتمسك بالبطلان. يقول الدكتور السنهوري "فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط، وهو الذي تعاقد مع المتصرف له فمتى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط التمسك بالبطلان"(٨٤٣).

ويضيف الدكتور السنهوري "والمشتري من المتصرف له هو الطرف الأخر في التصرف الباطل ومن حقه كما قدمنا أن يطلب هو أيضاً البطلان و ليس هذا غريباً في منطق البطلان المطلق، وهو لا يخلو من فائدة للمشتري إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان فلا يطالب بالثمن إذا كان لم يدفعه أو يسترده إذا كان قد دفعه"(٨٤٤).

كذلك فإنهم يرون أنه لا يجوز الاحتجاج في مواجهة المتصرف إليه الذي تصرف على خلاف هذا الشرط بقاعدة "من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود" يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي "وللمتصرف إليه المحظور من التصرف التمسك ببطلان التصرفات التي يحرمها الشرط، ولو انه هو الذي أجراها، ولا يصح أن يعترض على هذا الحكم بالقاعدة الأساسية التي تقضي بأنه لا يسوغ للشخص أن يسعى بنفسه إلى نقض ما تم على يديه، إذ لم يتم على يديه أي شيء لأن البطلان المطلق عدم، فمن يجري تصرفاً باطلاً بطلانا مطلقاً يعتبر انه لم يجر شيئاً"(٨٤٥).

نقد فكرة البطلان المطلق:

ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن أحكام البطلان المطلق بما يوصل إليه من نتائج فإنه لا يستقيم مع الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف فإذا كان البطلان المطلق هو الجزاء الملائم فإننا يجب أن نسلم بأن لكل ذي مصلحة التمسك به، كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وهو لا يقبل الإجازة ،لكن هذه النتائج تتنافى مع الغرض المقصود من إباحة هذا الشرط المانع والذي هو حماية المصالح المشروعة الخاصة بالأفراد ،والتي تستوجب بأن يكون حق التمسك بالبطلان لهم وحدهم دون سواهم ، كما تستوجب أن يكون لهم حق التنازل عن هذا البطلان بإجازة مثل هذه التصرفات [٨٤٦]، ويقول الدكتور حسن كيرة "إن تقرير البطلان المطلق للتصرف المبرم من المالك خلافاً لشرط المنع من التصرف لا يتناسب مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص مما يحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده" [٨٤٧].

وحول ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي ذكرت أن البطلان المقصود جزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق فهذه مجرد اجتهادات من قبل واضعيها وقد تخطئ وقد تصيب .يقول الدكتور البدراوي "أما ما ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي فهو من قبيل الاجتهاد من جانب واضعها وهو اجتهاد قد يخطئه التوفيق"[٨٤٨]، ويقول الدكتور حسن كيرة "ليس لما يرد

---

[٨٤٣] السنهوري، مرجع سابق،ص٥٢٧.

[٨٤٤] السنهوري ،مرجع سابق،ص٥٢٧.

[٨٤٥] عبد الفتاح عبد الباقي ،دروس في الأموال ،دار الكتاب المصري ،القاهرة (بلا سنة نشر)ص١٦٩.

[٨٤٦] محمد ناجي ياقوت : **محمد ناجي ياقوت : حق الملكية ،المنصورة، سنة النشر١٩٩٧**، ص ٣٧، فقرة ٤٨، الصدة : مرجع سابق ، ص ١٤٧، فقرة ١٠٠.

[٨٤٧] حسن كيرة ،أحكام الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية-بيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر)ص١٠٢.

[٨٤٨] عبد المنعم البدراوي، **حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة سنة(١٩٧٣) ،القاهرة** ،ص ١٠٤.

في أمثال هذه المذكرة أو الأعمال التحضيرية بوجه عام حماية ملزمة وخاصة أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها"[٨٤٩]

٢: البطلان النسبي : ـ

ولقد اتجه القضاء المصري في نفس هذا الاتجاه وهو رفض فكرة البطلان المطلق ، إذ قضت محكمة النقض المصرية :بأن هذا البطلان هو بطلان نسبي بقولها " إن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف المخالف بطلاناً نسبياً دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي وفقاً للمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري ويقتصر التمسك بهذا البطلان على صاحب المصلحة فيه وليس للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها".[٨٥٠]، ومع ذلك فإن هذا الرأي لم يسلم من النقد أيضاً ذلك أنه في الحالة التي يكون هذا الشرط قد تقرر حماية لمصلحة الغير فإن لهذا الغير الحق في طلب بطلان التصرف المخالف في الوقت الذي لم يكن هذا الغير طرفاً فيه[٨٥١].

ويدافع أنصار من يرتب البطلان النسبي كجزاء لمخالفة هذا الشرط بقولهم أن من المسلم به أن الشرط المانع من التصرف هو خروج على القواعد العامة وهو شرط غير مرغوب فيه ويقول الدكتور عبد السلام ذهني بك " وهو شرط على ما يظهر مكروه ولا يرمقه لا الشارعون ولا الشارحون بعين الرضا"[٨٥٢]، وطالما هو كذلك فلماذا إذن يصر الذين ينادون بفكرة البطلان المطلق على إعماله في الوقت الذي قد يرى صاحب المصلحة التي يحميها هذا الشرط أن مصلحته في إجازة هذا التصرف المخالف ، ويقول الدكتور نعمان جمعة "وحجة هذا الفريق أن الشرط المانع من التصرف وجد لحماية مصلحة خاصة وبالتالي فإن الجزاء المناسب هو البطلان النسبي حتى تتاح الفرصة لمن وجد الشرط لمصلحته لتقدير هذه المصلحة فقد تتحقق بأعمال التصرف المخالف بدلاً من إبطاله، وهذه النتيجة تتناسب مع اعتبار الشرط المانع قيد غير مرغوب فيه، يحد من سلطة المالك في التصرف ، ومن ثم فإن التخفيف من حدته يكون أفضل لأنه عود إلى الحالة الطبيعية في الحق وهو سلطة صاحبه في التصرف به[٨٥٣]".

نقد البطلان النسبي:ـ

ومع كل ما قيل عن وجوب اعتبار هذا البطلان بطلاناً نسبياً إلا أن هذا الاتجاه عجز عن الرد على الانتقاد الذي وجه إليه وهو كيف يباح لشخص ليس طرفاً في عقد أن يطلب إبطاله أو إجازته ،وذلك عندما يكون هذا الشرط يحمي مصلحة للمتصرف أو الغير إذ أن هؤلاء يكونون من الغير بالنسبة للتصرف اللاحق الذي جاء مخالفاً لشرط المنع من التصرف ، كذلك فإنه في الحالة التي يحمي فيها المنع من التصرف مصلحة للمتصرف إليه لا يجوز له طلب البطلان ،باعتبار أن هذا التصرف قد تم من جهته فليس له أن يسعى في نقضه.

إزاء الانتقادات التي تعرضت لها الفكرتان السابقتان فقد قيل بأن بطلان التصرف المخالف لشرط المانع هو <u>بطلان من طبيعة خاصة</u> تدور أحكامه حول فكرة الغرض المستهدف منه: أي انه بطلان من نوع

---

[٨٤٩] حسن كيرة ،أحكام الحقوق العينية الأصلية ـحق الملكية-مرجع سابق ـص١٠٢.

[٨٥٠]نقض مدني مصري ٢٤ مارس ١٩٨٣، مجموع أحكام النقض، س ٣٤، ق ١٥٩، ص ٧٦٣؛ نقض مدني ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، طعن ٧٥٠، س ٤٠، مشار إليه في أنور طلبه – التعليق على نصوص القانون المدني ج٣ سنة ١٩٨٧، ص ٦٣-٦٤، معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ،الجزء الثاني ،منشأة المعارف ،الإسكندرية سنة ١٩٨٧م ،ص١٥٧٢.

[٨٥١]منصور مصطفى منصور ،حق الملكية في القانون المدني المصري ،مرجع سابق ،ص١١٦.

[٨٥٢]عبد السلام ذهني بك ،في الأموال ، مطبعة الاعتماد ،القاهرة ،سنة ١٩٢٦ص ٢٥٨.

[٨٥٣]نعمان محمد خليل جمعة ،الحقوق العينية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة ١٩٩٢م ،ص٤٠٠.

خاص فلا هو بطلان مطلق، ولا هو بطلان نسبي، ويقول الدكتور مصطفى الجمال " أن البطلان المنصوص عليه في المادة (٨٢٤) هو بطلان من نوع خاص يخرج عن الأحكام العامة في البطلان ، وهذا البطلان يقتصر الحق في طلبه وفي التنازل عنه بالإجازة على المشترط أو الغير إذا كان المنع من التصرف مقرراً لصالح أي منهما ،أما إذا كان مقرراً لمصلحة الممنوع من التصرف نفسه فإن الحق في التمسك بالبطلان أو الحق في الإجازة لا يكونان له وإنما يكونان للمشترط نفسه استناداً إلى ما يكون له من مصلحة أدبية في حماية مصلحة الممنوع من التصرف"[٨٥٤] ، **ولكن هذا الرأي لا يتفق تماماً مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي تتيح للمتصرف له أيضاً حق طلب البطلان جاء في هذه المذكرة " الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع من التصرف أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما"**[٨٥٥]

موقف القضاء المصري من الآراء الثلاثة :-

اتجهت أحكام محكم النقض المصرية إلى تأييد الرأي القائل بالبطلان النسبي فتقول في أحد أحكامها "البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة شرط المنع من التصرف ـ وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة ـ ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها علي صاحب المصلحة وحده ويمتنع علي المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها "[٨٥٦].

وتقول في حكم آخر " النص فى المادتين ١٦ من قانون الإصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والرابعة من القانون ٣ لسنة ١٩٨٦ بشأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعى يدل على أن لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى أن يعتد بآثار التصرف الحاصل بالمخالفة لنص المادة ١٦ من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ مما لازمه أن البطلان لمخالفة شرط المنع من التصرف ليس مطلقاً بل هو بطلان يتفق والغاية من تقرير المنع وهو حماية المصلحة التى أنشئت الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لرعايتها ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة لهذه الحماية أو التنازل عنها على الهيئة وحدها . ويمتنع على المنتفع أو ورثته متى باع بالمخالفة لهذا النص أن يتمسك بالبطلان [٨٥٧].

وقد حسمت محكمة النقض المصرية الخلاف حول طبيعة البطلان الذي يلحق بالتصرف المخالف لشرط المنع، كما حددت الأشخاص الذين لهم حق التمسك بهذا البطلان، مقررة أن هذا البطلان يتفق والغاية من الشرط المانع، إذ قضت في حكمها الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بأن : " النص في المادة ٨٢٤ منه (القانون المدني الجديد) على أنه إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً يفيد أن المشرع – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي عند مخالفة الشرط المانع، فآثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي. أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلاناً مطلقاً، بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية كما أشرت سابقاً، ومن ثم يتحتم

---

[٨٥٤] مصطفى الجمال **نظام الملكية ،الطبعة ١٩٨٨ –الإسكندرية**،ص١٠٥

[٨٥٥] **مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس ، مطبعة دار الكتاب العربي ،القاهرة، بلا سنة طبع ،ص٧٧.**

[٨٥٦] **الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ س ٣٤ ج ١ ص٧٦٣ .**

[٨٥٧] **الطعن رقم ٤٩٥٠ لسنة ٦٢ ق ــ جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٦ س ٤٤ ع ٣ ص ٧٠ ق ٣٠٢ .**

ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية ، أو التنازل عنها ، على صاحب المصلحة وحده، ويمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا محل بعد ذلك للتحدي بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه (بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف) ،لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذي اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان ، دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التي تغياها المشرع منه وهي حماية المصلحة الخاصة المشرعة لا المصلحة العامة"[٨٥٨].

وقد أصدرت أيضاً في ٢٤ مارس ١٩٨٣ حكماً يؤكد على " أن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ مدني لمخالفة الشرط المانع من التصرف، وعلى ما جرى من قضاء هذه الحكمة ، ليس بطلاناً مطلقاً، بل هو بطلان يتفق مع تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية ،أو التنازل عنها ، على صاحب المصلحة وحده، ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها" [٨٥٩].

وفي نفس الإتجاه حكمها الصادر في ٢٧ / ٤ / ٢٠٠٩ " من المستقر عليه - في قضاء محكمة النقض - أن البطلان المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ من القانون المدنى لمخالفة الشرط المانع من التصرف قُرر حماية لمصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بالبطلان على صاحب المصلحة فيه دون سواه ويمتنع على غيره طلبه أو أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها "[٨٦٠]

ثانياً : جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف في فرنسا :-

أما عن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض له المشرع بشكل مباشر تاركاً هذا الأمر للفقه والقضاء ليرى رأيه فيه. أما القضاء الفرنسي فقد كان يقرر سابقاً أن للمتصرف أو المشترط الحق في رفع دعوى فسخ التصرف الأصلي الذي اقترن به شرط المنع من التصرف ، في حال إتيان المتصرف إليه ما يخالف هذا الشرط [٨٦١].لكن بالنظر إلى هذا الجزاء فقد تبين أن فسخ التصرف الأصلي ليس هو ما يرمي إليه المتصرف (المشترط) وليس غاية المتصرف إليه (المشترط عليه)،كما انه لا يحقق الغاية من اشتراط هذا الشرط الذي يهدف إلى إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه بل على العكس من ذلك فإن فسخ التصرف الأصلي يستتبع بالضرورة إخراج المال الذي ورد عليه هذا الشرط من ذمة المتصرف إليه وإعادته إلى ذمة المتصرف ،كذلك فإن الفسخ لا يكون إلا في التصرفات الملزمة للجانبين ،بينما قد يرد هذا الشرط في عقود التبرعات[٨٦٢].

ويقول السنهوري " لو أن القضاء الفرنسي اقتصر على تطبيق القواعد العامة، ما دام لا يوجد نص خاص (قبل صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١) [٨٦٣] لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف في العين"[٨٦٤]

---

(٨٥٨) طعن ٧٥٠ س ٤١ ق ، منشور في أنور طلبه الوسيط في القانون المدني ج٣، ١٩٨٧، ص ٦٣ وما بعدها ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ق ٣٢٦، ص ١٧٤٧.

(٨٥٩) س ٣٤ ق مجموعة أحكام النقض ، س ٣٤، ص ٧٦٣.

(٨٦٠) طعن رقم ١٧٥٧٥ لسنة ٦٧ جلسة ٢٧ / ٤ / ٢٠٠٩.

(٨٦١)محمود جمال الدين زكي ،الحقوق العينية الأصلية ،مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة سنة ١٩٧٨،ص٩٩

(٨٦٢)عبد الفتاح عبد الباقي ،مرجع سابق ،ص١٦٣.

(٨٦٣)مع ملاحظة أن المادة ٩٠٠-١ مدني فرنسي التي أضيفت بقانون ٣ يوليو ١٩٧١ لم تتكلم عن جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف.

وإزاء ذلك فقد تحول القضاء الفرنسي عن هذا الاتجاه وأصبح يقضي بحق إقامة الدعوى ضد من تصرف إليه الممنوع من التصرف على خلاف أحكام الشرط إذ يقول البد راوي " استقر القضاء الفرنسي على أن مخالفة الشرط المانع من التصرف يترتب عليها نشوء دعوى بطلان التصرف المخالف وليس لمن تلقى المال رغم عدم قابليته للتصرف أن يتأذى من هذا البطلان ، إذ المفروض أن العقد أو التصرف القانوني الذي اقترن به هذا الشرط قد سجل وكان في استطاعته أن يعلم به ، فالشرط كما قلنا قد يرد في عقد ناقل للملكية وهو واجب التسجيل متى كان موضوع العقد عقاراً " [٨٦٥] ولقد ذهب الفقيه الفرنسي بارتان إلى تبرير الدعوى باستنادها إلى نص المادة (١١٤٣) من القانون المدني الفرنسي ويقابلها المادة ٢١٢ مدني مصري التي تجيز للدائن في الالتزام بالامتناع عن عمل أن يطلب في دعوى يرفعها أمام القضاء إلغاء ما عمل مخالفاً لهذا الالتزام ما دام أن حصوله على حقه ليس مستحيلاً بعد المخالفة[٨٦٦].

---

[٨٦٤] السنهوري : ج٨، ٥٢٣، فقرة ٣٢٢. وفي هذا الصدد حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٠ يناير ١٩٧٤، مجموعة القواعد القانونية – مجموعة ربع قرن) ج١، ص ١٩٩١، رقم ٤. إذ جاء به " إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص منزل محل النزاع الصادر عند عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأنها تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها ، هؤلاء الذين تعهدوا بألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها ، كما تعهدوا بان يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف ما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسو هم المشترين في الحقيقة ، بل المشتري هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار . والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة ن الأم لأولادها حررت في صورة بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشترية الواهبة ، وإذا حكمت ببطلان البيع (التصرف الذي تم بالمخالفة للشرط المانع) الذي تصرف لهم في الموهوب ويفسخ الهبة (التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع) ، لإخلالهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً ، فلا يصح الطعن على الحكم من هذه الناحية ..." ثم أضافت المحكمة العليا " ومن ثم صح الشرط (الشرط المانع من التصرف) ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته (الأم) أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ".

وأيضاً نقض مدني ٢٧ يونيه ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض س ١٩، ص ١٢٢٣، ورقم ١٨٣، إذ جاء به : " إن المادة ٨٢٤ من القانون المدني، وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط ، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبيين، متى كان الشرط المانع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم ، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية ، مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري".

[٨٦٥] عبد المنعم البدراوي –حق الملكية –مرجع سابق ،ص ١٠٠.

[٨٦٦] عبد السلام ذهني بك ،في الأموال مرجع سابق،ص٢٦٤.

ولكن قيل في الرد على هذا التبرير أن المادة ١١٤٦ فرنسي والمادة ٢١٢ مصري تتحدث عن الإزالة المادية ، وليس إبطال التصرفات القانونية ، والدليل على ذلك أن الشق الثاني من هذه المادة ينص على أنه " ويجوز له –يقصد الدائن-أن يطلب إلى القضاء أن يقوم هو بإزالة المخالفة بمصاريف يلتزم بها المدين " فذلك يفيد الإزالة المادية وليس الإزالة القانونية.

ولذلك فقد اتجهت المحاكم الفرنسية إلى أن جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم مخالفاً الشرط المانع من التصرف بطلاناً نسبيا[٨٦٧]وهو يتفق في ذلك مع رأي البعض في القانون المصري[٨٦٨] .

ومقتضى البطلان النسبي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي أن يقتصر حق طلب الإبطال على صاحب المصلحة وحده .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان صاحب المصلحة في طلب الإبطال هو المتصرف فلا يحق لدائنيه مباشرة الدعوى بدلاً منه[٨٦٩].

ولكن تثور المشكلة هنا إذا كان الشرط يحمي مصلحة للمتصرف إليه الذي تصرف على خلاف هذا الشرط فهنا إذا نحن قلنا جرياً على القاعدة السابقة أن لصاحب المصلحة دون غيره الحق في إقامة هذه الدعوى ،فإن المتصرف إليه الثاني سيدفع في مواجهته بدفعيين يمنعان عودة المال إلى ذمته أولهما هو أنه يطلب رد الثمن الذي تقاضاه منه وإلا جاز للمشتري حبس المال تحت يده حتى يستوفي الثمن وثانيهما أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ،مما يجرد الشرط المانع من قيمته [٨٧٠] لذلك قالوا أن صاحب الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة هو المتصرف الأصلي حيث أن له مصلحة أدبية دائماً في منع المتصرف إليه من التصرف خلافاً لأحكام الشرط المانع من التصرف [٨٧١].

وقد ظل القضاء الفرنسي على موقفه من أن جزاء مخالفة الشرط المانع هو البطلان النسبي حتى بعد صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١ .

وكما ذكرنا سابقاً يؤخذ على البطلان النسبي كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف – طبقاً لهذه القاعدة – أنه يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، دون الآخر في التصرف القابل للإبطال، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقرراً لحماية مصلحة خاصة مشروعة للمشترط ، أو الغير، وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف.

كما أن أسباب القابلية للإبطال (البطلان النسبي) طبقاً للقواعد العامة ، محددة على سبيل الحصر، فهي ترجع إما إلى نقص في الأهلية ، أو إلى عيب في الرضا ،وعليه فلا يجوز لطرفي التصرف القانوني أن يجعلوا التصرف بمخالفة شرط المنع من التصرف سبباً آخر للقابلية للإبطال[٨٧٢] دون وجود نص قانوني بذلك.

---

[٨٦٧] CassCiv, ٢٣ Mars ١٩٠٣. Prec; CassCiv, ٢٧ mars ١٩٨٣, D. p. ١٨٩٤m ١,

[٨٦٨] شفيق شحاتة :مرجع سابق، ص ١٢٩، فقرة ١٠٣.

[٨٦٩] Civ.١re ,١١ janv . ٢٠٠٠,Bull.civ.I,n° ٣,D.٢٠٠٠,٨٧٧,note F. Planckeel,JCP ٢٠٠٠ ,I,٢١٥,n° ١٩.

[٨٧٠] البد راوي: مرجع السابق، ص ١٠٥-١٠٦، إسماعيل غانم : مرجع سابق، ص ٩٠ فقرة ٤١، الصدة: مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها (مع مراعاة أن الفقهين الأخيرين ليسا من أنصار البطلان النسبي).

Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations op. cit, no ٢٢٩;.

[٨٧١] عبد السلام ذهني بك ،في الأموال مرجع سابق،ص٢٦٥

[٨٧٢] السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٣ وما بعدها ، فقرة ٣٢٢.

وحيث أن الشرط المانع من التصرف، الذي نشأ في أحضان القضاء، كان وليد الاعتبارات العملية التي دفعته إلى إقرار مشروعيته بشروط معينة، استهدافاً لأغراض خاصة مشروعة ، وما دام الشرط المانع من التصرف قد نشا لغرض حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، يكون من الطبيعي أن تحدد آثاره – ومن بينها أحكام بطلان التصرف المخالف للشرط المانع – على هذه الغاية المقصودة منه ، دون حاجة إلى محاولة ردها إلى القواعد العامة في البطلان[٨٧٣].

والخلاصة ، إذن، أن بطلان التصرف المخالف لشرط المنع، في القانون المصري والفرنسي، هو بطلان نسبي تتحدد أحكامه في ضوء الغاية من الشرط وهي حماية مشروعة لشخص معين ، وبالقدر اللازم لتحقيقها.[٨٧٤]

---

[٨٧٣] **إسماعيل غانم : الحقوق العينية الاصلية ،الجزء الأول ،حق الملكية ،الطبعة الثانية ،سنة ١٩٦١، ص ٩٠ فقرة ٤١، حيث يقول هو الآخر " وتثور الصعوبة بصدد تحدد أحكام هذا البطلان ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف ... ،وتلك النتائج لا تستقيم مع الغرض المقصود من الشرط ... ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقاً تاماً..."**.

[٨٧٤] **وقد أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى أن البطلان النسبي هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا حتى في ظل القانون المدني القديم فتقول** " إستقر الفقه و القضاء في فرنسا و مصر في ظل القانون المدنى القديم – الذى لم يتناول الشرط المانع من التصرف و جزاء مخالفته – على أن هذا الشرط لا يصح إذا أقت و كان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة و إذا خولف بعد إستيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلى أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته ، لما كان ذلك ، و كان النص في القانون المدنى الجديد في المادة ٨٢٣ على أنه ١- "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع و مقصور على مدة معقولة ٢- و يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " و النص في المادة ٨٢٤ منه على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " ، يفيد أن المشرع – و على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – قد قنن ما إستقر عليه الفقه و القضاء من قبل و لم يضف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلى عند مخالفة الشرط المانع فآثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلى أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه و هو ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع و هى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص و هو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك و يطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما " و من ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده و يمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها و لا محل بعد ذلك للتحدى بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع

وحيث أن جزاء بطلان الشرط المانع من التصرف هو بطلان نسبي فإنه يكون لمن تقرر البطلان لمصلحته الحق في التمسك به فالمشترط وهو دائماً له مصلحة في متابعة احترام شرط المنع حيث أنه تم الاتفاق عليه مع المشترط عليه. والمشترط له دائماً مثل هذه المصلحة سواء تقرر الشرط لمصلحته أم لا. فإذا كان الشرط قد تقرر لحماية مصلحته المشروعة ، فيكون له الحق في التمسك ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع، اما إذا كان الشرط قد تقرر لمصلحة شخص آخر – المشترط عليه أو الغير – فله أيضاً مصلحة أدبية في احترام شرط المنع، ويجوز له أن يتمسك بالبطلان. كما يكون للغير أو المشترط عليه ، إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة أيا منهما – الحق في التمسك بالبطلان عند مخالفة شرط المنع، ولكن يمتنع على المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . كما يكون لمن اشترط المنع لمصلحته الحق في التنازل عن طلب الإبطال وإجازة التصرف المخالف، ولا يوجد أية مشاكل لمنح هذا الحق للمشترط والغير، أما بالنسبة للمشترط عليه الممنوع من التصرف فيقول الدكتور رمزي مبروك[٨٧٥] بهذا الصدد" ....فنرى عدم منحه هذا الحق، تحصين تصرفه ضد البطلان في حاجة إلى إجازته، فقيام المشترط عليه بالتصرف المخالف لشرط المنع يدل على إقراره إياه، ومن ثم يكون من العبث منحه حق إجازته مرة أخرى .

ومن ناحية أخرى ، أن هذا يعني أن تنفيذ شرط المنع يتوقف على محض إرادته وهو ما لا يستقيم قانوناً،[٨٧٦] ولا يقدح في رأينا القول بأن إجازة التصرف المخالف في الحالات التي يتقرر فيها شرط المنع لمصلحة المشترط عليه الممنوع من التصرف يجب أن تصدر من المشترط عليه والمشترط معاً". [٨٧٧].

هذا البطلان من أنه " بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف " لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذى إقتصر على بيان طبيعة الجزاء و هو البطلان دون نوعه الذى يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التى تغياها المشرع منه و هى حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة.**طعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ .**

[٨٧٥] **رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف في القانون المدني المصري ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،بجامعة عين شمس، العدد الثاني لسنة٢٠٠١ص ٧٤٣ وفي الهامش عكس هذا حسام الأهواني: حيث يرى أنه "يجوز للمتصرف له، (المشترط عليه) والذي خالف الشرط أن يطلب البطلان، لأن البطلان المطلق لا يحول دون تمسك من أتى البطلان من جهته من أن يتمسك بالبطلان" ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ،ج١ ،الطبعة الأولى ١٩٨٦/٨٥ ص ٢٠.**

[٨٧٦]**هامش وتعليقاً على هذا الحكم يقول الفقيه الفرنسي فرانسوا تيري و سيميلر "إن القول باقتضاء المتبرع أو الموصي للتعويض كجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف يمثل مخالفة صريحة لإرادة المتبرع أو الموصى فهذا الاخير ذهبت ارادته إلى ابقاء المال في يد المتبرع له أو الموصى له "**

Francois Terre,Philippe Simler ,Droit civil ,Les biens ,DALLOZ,٨E edition ٢٠١٠ ,n° ١٣٧,١٣٨

[٨٧٧] **هامش رمزي مبروك مرجع سابق ص ٧٤٣ الصدة :مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها ، السنهوري ج٨، ص ٥٢٣ وما بعدها ، إسماعيل غانم : المرجع الاسبق، ص ٩٠، منصور مصطفى منصور: مرجع سابق ص ١١، فقرة ٤٩؛ لبيب شنب: مرجع سابق، ص ٣٠١ فقرة ٢٥٤.**

وذلك لان للمشترط دائماً مصلحة أدبية في احترام الشرط المانع ولا يمكن تجاهلها ، حتى ولو كان هذا الشرط مقرراً لمصلحة المشترط عليه.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية رفضت فكرة التعويض كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف ،فقد قضت في أحد أحكامها " أنه يترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف المطالبة قضائياً ببطلان التصرف "[٨٧٨].

ثالثاً: الجزاء في القانون المدني الفلسطيني: -

نصت المادة (٩٤٨) من القانون المدني الفلسطيني على جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف بقولها (يقع موقوفاً كل تصرف يخالف شرط المنع من التصرف الوارد في عقود التبرع أو الوصية إذا كان الشرط صحيحاً وفقا لأحكام المادة السابقة ما لم يجزه من تقرر الشرط لمصلحته).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني في المادة (٩٦٠) "وإمعاناً في التضييق على صحة الشرط المانع من التصرف ، لم يأخذ المشرع الفلسطيني في هذه المادة ما أخذ به المشرع المصري ،في المادة ٨٢٤ مدني مصري ، بإبطال التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وإنما جعله موقوفاً على إجازة من تقرر الشرط لمصلحته ...."[٨٧٩].

والعقد الموقوف هو العقد الصحيح غير النافذ أي الذي لا ينتج أثره بسبب صدوره ممن لا ولاية له على عقده وما في حكم ذلك ،فالعقد الموقوف هو عقد صحيح استجمع أركانه وشروطها إلا أنه اعترته علة معينة وهي صدوره من شخص لا ولاية له في إصداره[٨٨٠].

إن فكرة العقد الموقوف تعتبر أرقى وأفضل من فكرة القابلية للإبطال لأن حماية مصالح ذوي الشأن تتطلب وقف العقد حتى يجاز وليس نفاذه حتى يبطل وقد تم استقاء فكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي لذلك نجد أن التشريعات العربية والتي تستقى أحكام المعاملات المدنية من الشريعة الإسلامية نظمت فكرة العقد الموقوف ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون المعاملات المدنية العماني والقانون المدني الأردني بينما لم ينظم القانون المدني الفلسطيني فكرة العقد الموقوف لأنه تم استيقاء أحكامه من فقه المدرسة اللاتينية التي لا تتبنى هذه الفكرة ورغم ذلك نجد أن الجزاء الذي رتبه المشرع الفلسطيني على التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو وقف العقد ،وهذا يقودنا إلى نتيجة مفادها أن المشرع الفلسطيني يدرك أهمية ونجاعة جزاء وقف العقد ومناسبته للحالة موضوع البحث لذلك نثمن موقف المشرع الفلسطيني بهذا الخصوص فلا نرى الضير في الاستعانة بأفكار مصدرها مدرسة فقهية أخرى وخاصة مدرسة الشريعة الإسلامية طالما كانت هذه الأفكار تحقق مزيداً من الحماية لمصالح ذوي الشأن وتتفق مع المنطق والعدل الذي هو هدف القانون الأسمى.

ولذلك نحن نعتقد أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ينبغي أن يكون موقوفاً [٨٨١]وليس باطلاً[٨٨٢].ونستند في ذلك على ما يأتي:

---

[٨٧٨] **السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٣ وما بعدها ، فقرة ٣٢٢.**

[٨٧٩] **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ،موسى أبو ملوح ،خليل قدادة لسنة ٢٠٠٣ص،١٠٣٠**

[٨٨٠]**وللتوضيح في دراسة العقد الموقوف ومعرفة أسباب وقف العقد وأحكامه ينظر إلى إياد محمد إبراهيم جاد الحق ،المصادر الإرادية للالتزام ،في قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف الانفرادي، الطبعة الأولى –عمان ،لسنة ٢٠١٤ الأفاق المشرقة ناشرون ،ص ١٦٤وما يليها ،عبد الناصر توفيق العطار ،مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ،الطبعة الثانية ،مطبوعات جامعة الإمارات ،لسنة ٢٠٠٠ ،ص ٢٦٠ وما يليها.**

١: أنه ليس للشخص بوجه عام أن يتصرف في ملكه إذا تعلق حق الغير به إذا كان هذا التصرف ضاراً بحق الغير ، ما لم يحصل بطبيعة الحال على إذن صاحب الحق ، ويستوي أن يكون الإذن سابقاً أم لاحقاً بإقرار التصرف وإجازته .ولا ريب في أن ملكية المتصرف إليه (المالك) قد تعلق بها في حالة الاتفاق على المنع من التصرف حق المشترط (المتصرف) دائماً . وحق الغير أحياناً إذا كان شرط المنع قد تقرر حماية لمصلحة هذا الغير ، ومن ثم فليس للمالك أن يتصرف في ملكه محل المنع إلا بعد الحصول على إذن من تعلق حقه به سواء قبل التصرف أم بعده بإجازته.

فإذا ما تصرف المالك في ملكه رغم تعلق حق الغير به بدون الحصول على موافقته كان تصرفه موقوفاً على إجازة ال/٨غير الذي تعلق حقه بملكه .

٢: أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي للتصرف في ملك الغير عموماً أو في ملك تعلق به حق الغير هي اعتبار التصرف موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي أو من تعلق حقه به ، وتطبيقاً لهذا الأصل العام لا يجوز رهن ملك الغير إلا إذا أجازه المالك الحقيقي بسند موثق ، كما أنه إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه انعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك ، والحل الذي نرى الأخذ به في حالة مخالفة الشرط المانع من التصرف ما هو إلا تأكيد لهذه القاعدة .

٣: إن اعتبار التصرف المخالف لشرط المنع موقوفاً هو جزاء كافٍ لحماية المصالح المراد تحقيقها من وراء شرط المنع ويبقى في الوقت نفسه الباب مفتوحاً أمام صاحب المصلحة في التنازل عن هذه الحماية إذا ما تراءى له ذلك ،عن طريق إجازة التصرف المخالف للشرط .

وهو لذلك من حيث اعتبارات الملائمة أفضل من البطلان والفسخ، كما أنه يكون لأصحاب المصلحة التي تقرر المنع من التصرف لحمايتها هم نفس الأشخاص الذين يحق لهم التمسك ببطلان التصرف الذي تم بالمخالفة للشرط المانع من التصرف ،أو إجازته بالتنازل عن الحق بالتمسك بالبطلان ونحيل ذلك إلى ما تم ذكره سابقاً في الجزاء في القانون المصري والفرنسي.

وبهذا يصل المشرع الفلسطيني بهذه المادة إلى ما كان ينبغي أن يكون عليه مثل هذا الشرط ،حيث حافظت على طابعه الاستثنائي وقربته من الأصل لمثل هذه القيود وهو الحظر.

وبناء على ما تقدم نرى ضرورة وجود تنظيم قانوني متكامل للعقد الموقوف في القانون المدني الفلسطيني يواجه الحالات التي يتم فيها إبرام التصرف من شخص لا ولاية له على عقده مثل التصرف الصادر من الفضولي على ملك غيره والتصرف الصادر من مالك على ملكه الذي تعلق به حق الغير والتصرف الصادر من ناقص الأهلية ومن في حكمه (التصرف الدائر بين النفع والضرر) والتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف بحيث يتضمن أحكام العقد الموقوف المتعلقة بحالاته وطرق إجازته ومدة وقف العقد.

ونلاحظ أن المشرع الفلسطيني عندما نص على جزاء وقف التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف انه لم يحدد مدة معينة لوقف العقد ونرى بهذا الخصوص وجوب تحديد مدة معينة للوقف حيث ليس من

---

(٨٨١) وقد اعتبر القانون الكويتي –أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف قابلاً للإبطال يجوز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته المطالبة بإبطاله، كما يصح التصرف إذا أقره المشترط أو الغير، وفي هذا المعنى نصت المادة ٨١٦ مدني على أنه "١: إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحاً ، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ٤٧، جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف ،٢: ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير، ويلاحظ أن القانون المدني الكويتي لا يأخذ بالعقد الموقوف الذي أخذ به القانون الإماراتي كبديل للعقد القابل للإبطال بطلاناً نسبياً

(٨٨٢)عبد الرازق حسن فرج: رسالته في نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ١٩٦٨، جامعة القاهرة.

المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك ، و نقترح أن تكون سنة وهذه المدة مناسبة لا طويلة ولا قصيرة ، وتتيح لمن تقرر الوقف لمصلحته بيان موقفه ، حيث ليس من المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك حيث يتطلب استقرار المعاملات تقييد الوقف بمدة معينة .

المبحث الثاني

الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف

رأينا فيما سبق الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة الشرط المانع من التصرف ، سواء من حيث إرتكانه إلى مصلحة تبرره أو تقييده بمدة يستمر خلالها المنع من التصرف.

والسؤال الآن : إذا ورد الشرط مستجمعاً لشروط صحته ثم خالفه المتصرف إليه ما الجزاء الذي يمكن أن يوقع عليه في هذه الحالة.

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية تحث المسلم على الوفاء بالشروط والعقود و والوفاء بكافة التزاماته سواء الإلتزامات الشرعية أو التعاقدية.

ومن ذلك قوله تعالى چ ژ ژ ڑ ڑ ک ک ڈ چ[٨٨٣] وقوله " چ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ چ"[٨٨٤]

وقوله " چ چ چ چ ڈ چ "[٨٨٥] ، **وقوله تعالى**چ ۈ ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ چ: "[٨٨٦]

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم".

وأياً ما كانت طبيعة التصرف الذي ورد فيه الشرط سواء أكان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات ، فالمتصرف إليه ملتزم بتنفيذ الشرط كما سبق ، طالما جاء هذا الشرط صحيحاً ، وموافقاً للشروط الشرعية.

وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الجزاء الذي يمكن أن يوقع على المتصرف إليه الذي تجاهل الشرط المقترن بالتصرف ، أو تصرف بخلافه.

وقد تنوع هذا الجزاء ما بين القضاء على التصرف الأصلي سواء بالبطلان أو الفسخ نتيجة لعدم الإلتزام بالشرط ، وما بين القضاء بالضمان على المتصرف إليه إذا خالف الشرط وترتب على ذلك نتيجة لا يمكن تداركها ، واخيراً فهناك جانب من الفقهاء لم يرتب جزاءً وإنما ترك الخيار للمشترط، إن شاء تمسك ببطلان التصرف الأصلي تبعاً لمخالفة الشرط ، وإن شاء تنازل عن حقه في ذلك.

---

(٨٨٣) **المائدة : ١.**

(٨٨٤) **الرعد : ٢٠.**

(٨٨٥) **البقرة : ١٧٧.**

(٨٨٦) **الإسراء : ٣٤.**

أولاً: البطلان :

المذهب الحنفي :-
رأينا أن الشرط المانع من التصرف يعد شرطاً فاسداً في المذهب الحنفي ، ولا يصح عندهم إلا في حالات خاصة وهي حالة البيع بشرط العتق ، أوفي حالة جريان العرف بالشرط ، أوفي حالة الوصية كما سبق بيانه .
وقد رتبوا البطلان كجزاء لمخالفة الشرط الذي يمنع او يقيد من التصرف إذا ورد في حالة من الأحوال التي يصح فيها الشرط عندهم ومن ذلك :
ما جاء في البحر الرائق لأبن نجيم " أوصى لأم ولده بألف درهم على أن تتزوج أو قال إن لم تتزوج ، إن قالت لا أتزوج بعد موت الموصي فإنه يعطى لها وصيتها ..... ولو قال ما لم تتزوج شهراً فهو على ما قال ، لا تستحق وصيتها مالم تترك التزوج شهراً ، و إن تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها " .[٨٨٧]

المذهب المالكي :
وكما ذهب الأحناف إلى بطلان التصرف المقترن بالشرط المانع من التصرف في حالة مخالفة المتصرف إليه للشرط ، كذلك رتب المالكية البطلان كجزاء لمخالفة الشرط .
جاء في المدونة الكبرى " قلت فما قول مالك إن أشتريت عبداً على أن أعتقه ؟ قال : لا باس بذلك عند مالك ، قلت فإن أبى المشتري أن يعتقه بعد أن أشتراه ؟ قال : قال مالك : إن كان أشتراه على إيجاب العتق لزمه العتق ، وإن كان لم يشتره على إيجاب العتق كان له أن لا يعتقه ، و أن يبدله بغيره ، قال أبو القاسم : وأرى للبائع أن يرجع إذا لم يعتقه فيأخذه وينتقض البيع .[٨٨٨]
ويقول الحطاب الرعيني عن من أوصى لوصيين ومنع كل منهما من التصرف منفرداً " إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه لم يجز بيعه ، ويرده الآخر ، ويضمنه إن فات ، إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقه عائق فالباقي منهما ينفرد بالوصية "[٨٨٩]

المذهب الحنبلي :
لا يختلف المذهب الحنبلي عن المذهبين الحنفي والمالكي في ترتيب البطلان كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف .
يقول أبن قدامة " فإن أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تبيت مع ولده ففعلت وأخذت الألف ثم تزوجت أو تركت ولده ففيها قولان أحدهما تبطل وصيتها لأنه فات الشرط ففاتت الوصية " .[٨٩٠]

المذهب الإمامي :
وبالنسبة لفقهاء المذهب الإمامي فقد تضافرت النصوص التي تقضي ببطلان التصرف المقترن بالشرط المانع من التصرف إذا خالف المتصرف إليه الشرط ومنها :
جاء في توضيح المسائل " يجوز للموصي أن يوصي إلى اثنين أو أكثر ، وفي حالة تعدد الأوصياء إن نص الموصي على أن لكل منهم التصرف بصورة مستقلة عن الآخر ، أو عدم السماح لهم بالتصرف إلا

---

(٨٨٧) ج ٩ ص ٢١٦.

(٨٨٨) مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مطبعة السعادة ، مصر ، ج ٤ ص ١٥٢.

(٨٨٩) مواهب الجليل، **الحطاب الرعيني : محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤١٦هـ ، ج ٨ ، ص ٥٦٨ .**

(٨٩٠)**محمد علي عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، تحقيق : محمد عليش ،دار الفكر** الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٧٣.

مجتمعين أخذ بنصه ، وإن لم يكن للموصي نص فيجوز على الأظهر لكل منهم الإستقلال بالتصرف ، وإذا تشاح الأوصياء في صورة شرط الموصي اجتماعهم ففيما لو أدى التأخير والتمهل إلى تعطيل العمل بالوصية أجبرهم الحاكم على الإجتماع ....فإن لم يفعلوا عين آخرين بدلاً منهم ".[٨٩١]
وفي المبسوط " يكره للمسلم أن يقارض النصراني أو يشاركه لأنه ربما يشتري ما ليس بمباح في شرعنا فإن فعل صح القراض لأن الظاهر أنه لا يفعل إلا المباح وينبغي إذا دفع إليه المال أن يشترط ألا يتصرف إلا فيما هو مباح في شرعنا لأن الشرط يمنع من ذلك ..... فإذا دفع إليه المال لم يخل إما أن يشترط أو لا يشترط ، فإن شرط عليه ذلك فابتاع خمراً أو خنزيراً فالابتياع باطل ".[٨٩٢]

ثانياً : الضمان :

يطلق الضمان في اللغة على معان :
منها الإلتزام تقول ضمنت المال إذا التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فتقول ضمنته المال إذا ألزمته إياه ، ومنها الكفالة تقول ضمنته الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين ، إذا كفله ، ومنها التغريم تقول ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته ما التزمه [٨٩٣] .

وهذا المعنى الأخير هو المقصود هنا ، ولذلك الضمان على هذا المعنى يعرف اصطلاحاً بأنه " عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيميا "[٨٩٤] .
بعد أن رأينا فيما سبق البطلان كجزاء للتصرف الذي أقترن بالشرط المانع من التصرف وتم مخالفة المتصرف إليه للشرط ، فإن كان جزاء البطلان يصلح في كثير من الحالات كجزاء كاف لإعادة الحال لما كان عليه وجبر أي ضرر يمكن أن يقع على المشترط نتيجة مخالفة شرطه ، إلا أنه توجد حالات أخرى يمكن أن تؤدي مخالفة الشرط لنتيجة لا يمكن تداركها ، ولا يجدي حينئذ بطلان التصرف الاصلي كجزاء جابر للضرر .
فمثلاً لو باع شخص لأخر سيارة واشترط عليه عدم التصرف فيها حتى يستوفي الثمن ، فقام المتصرف إليه بمخالفة الشرط وبيعها لآخر ، فهلكت عند الأخير ، فماذا يفيد المشترط لو قلنا ببطلان التصرف الأصلي وإعادة السيارة للمشترط بعد أن هلكت .
ومراعاة لمثل هذا الموقف أتجه فقهاء الشريعة الإسلامية لترتيب جزاء آخر غير البطلان إذا لم يمكن تدارك مخالفة المتصرف إليه للشرط وهذا الجزاء يتمثل في الضمان .
جاء في كشاف القناع " إن شرط المؤجر أن لا يسير بها المستأجر في الليل أو أن لا يسير بها وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو أن لا يجعل سيره في آخرها واشباه هذا مما فيه غرض فخالف المستأجر ضمن لمخالفته الشرط الصحيح " [٨٩٥]

([٨٩١])الشيخ الطوسي : المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد الباقر ، نشر المكتبة المرتضوية ١٣٨٧ص ٥١٥ .
([٨٩٢]) المبسوط في فقه الإمامية ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٦١ .
([٨٩٣]) المصباح المنير والقاموس المحيط مادة ضمن .
([٨٩٤])أحمد بن محمد أبو العباس الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٤ ص ٦ .
([٨٩٥])منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي ، كشاف القناع ، مراجعة وتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الغد للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٤ ص ٤٥ .

وفي القواعد الفقهية " أن الضمان ثابت إذا خالف الشرط الذي اشترطه عليه صاحبه في ماله، منها ما ورد في أبواب المضاربة ، مثل ما رواه محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : كان للعباس مال للمضاربة، فكان يشترط بأن لا يركب بحراً ، ولا ينزل وادياً ، فإن فعلتم فأنتم له ضامنون ، فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه عليهم " [٨٩٦]

ثالثاً: الخيار :

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى عدم ترتيب أي جزاء على مخالفة الشرط الصحيح ، بل تركوا ذلك إلى إرادة المتصرف ، بمعنى أن له الخيار عند مخالفة الشرط الذي أشترطه ، فإن أراد الفسخ وإعادة المال إليه كان له ذلك ، وإن تجاهل الأمر ورضي بالمخالفة فله ذلك .

فيقول السيد اليزدي " ويدل على ما ذكرنا مضافاً إلى المشاهد منهم .... يوجبون على المشروط عليه الإتيان بما أشترط عليه ولا يحكمون بالفساد عند التخلف بل بالخيار " .[٨٩٧]

الرأي الراجح في جزاء التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف:-

بعد استعراضنا لموقف كل من التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي في تحديد جزاء التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف نستنتج أن الشريعة الإسلامية شادت لنا صرحاً شامخاً في تنظيم المعاملات المدنية الأمر الذي يدفع المشرع إلى ضرورة الرجوع لأحكامها بالرغم من إتباعه للفكر القانوني للمدرسة اللاتينية كأصل ، حيث أن تخبط الفقه والقضاء بالنسبة لجزاء التصرف المخالف لشرط المنع يثير الشك حول هذا الجزاء فمنهم من قال بأنه بطلان مطلق ومنهم من قال أنه نسبي ومنهم من قال بأنه بطلان من نوع خاص ، ولقد اتضح لنا كيف أن الآراء الفقهية قد اختلفت كما اختلف المشرعون في تحديد جزاء محدد لمخالفة الشرط لم توفق في الوصول إلى جزاء حاسم يفي بالغرض من هذا الشرط ،فما يصلح في حالة ما نجد أنه غير مناسب في الحالة التي يتغير فيها القصد من اشتراط هذا الشرط حيث منهم من ذهب إلى أن جزاء مخالفة الشرط يختلف باختلاف التكييف القانوني كما وسبق أن أوضحنا ومنهم من ربط الجزاء بالغاية المقصودة من هذا الشرط ، وقد رأينا كيف تم توجيه النقد لكل فريق على حدى.

ويثير استغرابي هنا موقف المشرع الأردني الذي لم ينص على جزاء محدد لمن يخالف الشرط المانع من التصرف وتبريره لذلك ما ورد في الفقه الإسلامي وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية في عدم تحديدها لجزاء محدد على مخالفة هذا الشرط حيث يقول الدكتور غازي الذنيبات "... وحيث أن الفقه الإسلامي وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية لم ترتب جزاءً محدداً على مخالفة هذا الشرط ...." [٨٩٨]

ويقول أيضاً الدكتور غازي أبو عرابي في هذ الصدد "وأما سكوت المشرع الأردني عن تحديد جزاء معين ،فلابد من الرجوع إلى القواعد العامة في هذا القانون ..... ويتعين على المحكمة عند سكوت النص الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني ،فإن لم تجد فترجع إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ثم إلى العرف ثم إلى قواعد العدالة ، وحيث ان الفقه الإسلامي كالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية لم يرتب جزاءً محدداً على مخالفة الشرط المانع من التصرف .." [٨٩٩]،وهذا للأسف كلام عارٍ

---

(٨٩٦) **الشيخ ناصر مكارم ، القواعد الفقهية ، نشر مدرسة أمير المؤمنين ، ١٤١١ ، ج ٢ ص ٢٥٨ .**

(٨٩٧)**محمد حسين الأصفهاني : حاشية المكاسب ، المطبعة العلمية ، ط١ ، ١٤١٩ هـ ، ج ٢ ص ١٠٧.**

(٨٩٨) **غازي الذنيبات ،الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني ،رسالة دكتوراة مرجع سابق،ص١٤٤.**

(٨٩٩) **غازي أبو عرابي ،الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي ،بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ،المجلد ٢٥ ،العدد ١، لسنة ١٩٩٨.**

عن الصحة حيث أشرنا سابقاً بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرق إلى تحديد الجزاء الذي يمكن أن يوقع على المتصرف إليه الذي تجاهل الشرط المقترن بالتصرف ، أو تصرف بخلافه .

وقد تنوع هذا الجزاء ما بين القضاء على التصرف الأصلي سواء بالبطلان أو الفسخ نتيجة لعدم الإلتزام بالشرط ، وما بين القضاء بالضمان على المتصرف إليه إذا خالف الشرط وترتب على ذلك نتيجة لا يمكن تداركها ، واخيراً فهناك جانب من الفقهاء لم يرتب جزاءً وإنما ترك الخيار للمشترط، إن شاء تمسك ببطلان التصرف الأصلي تبعاً لمخالفة الشرط ، وإن شاء تنازل عن حقه في ذلك ، وهذا التنوع يعد من مميزات الفقه الإسلامي فهو من ناحية يدل على ثراء الفقه الإسلامي وغناه ، ومن ناحية أخرى فيه توسعة على الناس في إختيار ما يناسب ظروفهم من بين الآراء المتعددة .

وأرجح كباحثة الاتجاه الثالث في الفقه الإسلامي ألا وهو الخيار فهو يترك الخيار للمشترط حيث يكون له الحق في إجازة التصرف المخالف أو فسخ العقد الأصلي ،فبترجيح هذا الجزاء يتم حماية من تقرر الشرط لمصلحته كما أنه سيكون جامعاً لآراء المذاهب السابقة.

كما أننا نثمن موقف المشرع الفلسطيني لانفراده في النص على تحديد جزاء على التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ألا وهو وقف العقد وذلك للمبررات سابقة الذكر ، وهو يقودنا إلى نتيجة مفادها أن المشرع الفلسطيني يدرك أهمية ونجاعة جزاء وقف العقد ومناسبته للحالة موضوع البحث .

الخاتمة

اختلفت آراء فقهاء القانون والفقه الإسلامي كما اختلف المشرعون في تحديد جزاء محدد يمكن أن يوقع في حالة مخالفة هذا الشرط.في حالة مخالفة المالك –المتصرف إليه- شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبة ، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع ،وبما أنه يجب–عند تحديد جزاء مخالفة الشرط المانع – أن يتم مراعاة الغرض الذي من أجله خول القانون الإرادة سلطة تعديل النظام العادي للملكية ،وهو تحقيق المصالح الخاصة المشروعة المقصودة من وراء المنع ، فإنه يجب أن يتقرر الجزاء في ضوء الغاية وحدها وبالقدر اللازم لتحقيقها.

وعلى هدي فقد تم تقسيم الجزاء القانوني والشرعي لمخالفة الشرط من خلال هذا البحث وذلك على النحو التالي في **المبحث الأول تعرضنا للجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف وفي المبحث الثاني تناولنا الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف**

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

١:أن القانون المصري والفرنسي ذهبا إلى أنه إذا خالف المشترط عليه الشرط المانع من التصرف، بعد أن قام الشرط صحيحاً مستوفياً جميع شروطه القانونية ، بأن تصرف في المال محل المنع ، ببيعه أوهبته مثلاً على خلاف شرط المنع، كان جزاء هذه المخالفة بطلان التصرف الذي تم بالمخالفة لهذا الشرط ، ولكن الفقهاء اختلفوا في طبيعة هذا البطلان فهناك من ذهب إلى القول بأنه بطلان مطلق ومنهم من ذهب إلى القول بأنه بطلان نسبي ولكنهم استقروا على أنه بطلان من نوع خاص تتحدد قواعده وأحكامه على ضوء الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف ،أي أنه تبين لنا عدم سلامة نهج القوانين التي أغفلت الإشارة عن قصد إلى هذا الجزاء وعولت على القواعد العامة لحسم الموضوع، لأن هذا النهج فتح الميدان واسعاً أمام حلبة الآراء المتعددة التي تجعل القاضي في حيرة من أمره في الأخذ بأي منها ولكن المشرع الفلسطيني قد أخذ بالوقف بدلا من البطلان وأصبح المتصرف قادراً على إجازة التصرف المخالف على الرغم من أنه واضعه ومشترطه، فالحماية التي أرادها وأراد حمايتها، يجوز له أن يتنازل عنها إذا وجد عدم جدواها من الناحية العملية، وهذا من حقوقه الطبيعية، كما يصح للغير وهو من تقرر الشرط لمصلحته أن يتنازل عن الحماية المقررة له وذلك بإجازة التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، وهو بذلك يتفق مع ما اتجه إليه الفقه الإسلامي .

٢: فيما يخص جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف نعتقد بأن المشرع المصري كان بحاجة إلى نص أكثر وضوحاً بالنسبة لطبيعة البطلان للحيلولة دون الوقوع في مأزق التأويل والتفسير الذي كان موجوداً قبل ظهور النص إلى النور ،خصوصاً وان المشرع المصري أوضح هذا البطلان في أكثر من مناسبة، وكان باستطاعته أن يفعل ذلك بعبارات أكثر وضوحاً كما فعل المشرع الفلسطيني حينما نص بشكل مباشر على جزاء الوقف وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد انفرد بهذا الجزاء وهو أمر يحمد له.

٣: نلاحظ أن المشرع الفلسطيني عندما نص على جزاء وقف التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، أنه لم يحدد مدة معينة لوقف العقد ونرى بهذا الخصوص وجوب تحديد مدة معينة للوقف و نقترح أن تكون سنة وهذه المدة مناسبة لا طويلة ولا قصيرة ، وتتيح لمن تقرر الوقف لمصلحته بيان موقفه،حيث ليس من المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك حيث يتطلب استقرار المعاملات تقييد الوقف بمدة معينة .

المراجع

اولا: المراجع العربية

١. أحمد بن محمد أبو العباس الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، .
٢. إسماعيل غانم : الحقوق العينية الاصلية ،الجزء الأول ،حق الملكية ،الطبعة الثانية ،سنة ١٩٦١،
٣. إياد محمد إبراهيم جاد الحق ،المصادر الإرادية للالتزام ،في قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف الانفرادي، الطبعة الأولى –عمان ،لسنة ٢٠١٤ الأفاق المشرقة ناشرون .
٤. توفيق فرج الصدة ،الحقوق العينية الأصلية ، مؤسسة دار الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ،سنة ١٩٨٦،
٥. حسن كيرة ،أحكام الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية-بيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر).
٦. حسن كيرة ،أحكام الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية-مرجع سابق -.
٧. السنهوري، ،الوسيط في شرح القانون المدني .المجلد الثامن، دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة (بلا سنة نشر)
٨. الشيخ الطوسي : المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد الباقر ، نشر المكتبة المرتضوية ١٣٨٧
٩. الشيخ ناصر مكارم ، القواعد الفقهية ، نشر مدرسة أمير المؤمنين ، ١٤١١ .
١٠. عبد الرازق حسن فرج: رسالته في نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ١٩٦٨، جامعة القاهرة.
١١. عبد السلام ذهني بك ،في الأموال ، مطبعة الاعتماد ،القاهرة ،سنة ١٩٢٦.
١٢. عبد الفتاح عبد الباقي ،دروس في الأموال ،دار الكتاب المصري ،القاهرة (بلا سنة نشر)
١٣. عبد المنعم البدراوي، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة سنة(١٩٧٣) ،القاهرة ،.
١٤. عبد الناصر توفيق العطار ،مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ،الطبعة الثانية ،مطبوعات جامعة الإمارات ،لسنة ٢٠٠٠ .
١٥. غازي أبو عرابي ،الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي ،بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ،المجلد ٢٥ ،العدد ١، لسنة ١٩٩٨.
١٦. غازي الذنيبات ،الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني ،رسالة دكتوراة مرجع سابق،
١٧. مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مطبعة السعادة ، مصر
١٨. المبسوط في فقه الإمامية ، مرجع سابق.
١٩. مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس ، مطبعة دار الكتاب العربي ،القاهرة، بلا سنة طبع.
٢٠. محمد حسين الأصفهاني : حاشية المكاسب ، المطبعة العلمية ، ط١ ، ١٤١٩ هـ .
٢١. محمد علي عرفة ،شرح القانون المدني الجديد –في حق الملكية-الجزء الأول، الطبعة الثالثة ،مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة سنة ١٩٥٤م
٢٢. محمد علي عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير،، تحقيق : محمد عليش ،دار الفكر الشرح الكبير.
٢٣. محمد ناجي ياقوت : محمد ناجي ياقوت : حق الملكية ،المنصورة، سنة النشر١٩٩٧
٢٤. محمود جمال الدين زكي ،الحقوق العينية الأصلية ،مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة سنة ١٩٧٨،
٢٥. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ،موسى أبو ملوح ،خليل قدادة لسنة ٢٠٠٣
٢٦. مصطفى الجمال نظام الملكية ،الطبعة ١٩٨٨ –الإسكندرية،
٢٧. معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ،الجزء الثاني ،منشأة المعارف ،الإسكندرية سنة ١٩٨٧م.

٢٨. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي ، كشاف القناع ، مراجعة وتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الغد للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م كشاف القناع عن متن الإقناع،
٢٩. مواهب الجليل، الحطاب الرعيني : محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤١٦هـ ، ، .
٣٠. نعمان محمد خليل جمعة ،الحقوق العينية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة ١٩٩٢م .

ثانيا المراجع الاجنبية

١. CassCiv, ٢٣ Mars ١٩٠٣. Prec; CassCiv, ٢٧ mars ١٩٨٣, D. p. ١٨٩٤m ١,
٢. Civ.١re ,١١ janv . ٢٠٠٠,Bull.civ.I,no ٣,D.٢٠٠٠,٨٧٧,note F. Planckeel,JCP ٢٠٠٠ ,I,٢١٥,no ١٩.
٣. Francois Terre,Philippe Simler ,Droit civil ,Les biens ,DALLOZ,٨E edition ٢٠١٠