الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في حق الملكية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

الدكتور
عبد الله عبيد عامر النفاعي
أستاذ القانون المدنى المشارك
جامعة الطائف

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

صدق الله العظيم

من الآية ١ من سورة المائدة

المقدمة

يعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية[١]، وترجع هذه الأهمية لعدة أسباب أهمها، أنه أكثر الحقوق انتشارا، سواء ورد ذلك على المنقول، أم على العقار، كما انه يعد أوسع الحقوق العينية نطاقا، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله، وحق استغلاله، وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع حق الملكية السلطات التى يعطيها القانون للشخص على الشيء [٢]، ورغم تلك الأهمية، فان المشرع المصري لم يعرف حق الملكية [٣] في القانون المدني المصري الجديد، وترك تلك المهمة للفقه، فعرفه بعض الفقهاء بقولهم "حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"[٤]، وعرفه جانب آخر من الفقه

---

١) تقسم الحقوق المالية إلى قسمين، القسم الأول يسمى بالحقوق العينية، وتعرف بأنها سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، والقسم الثاني يسمى بالحقوق الشخصية، ويعرف بأنه القدرة على اقتضاء أداء معين من شخص معين (د. نعمان محمد خليل جمعة – الحقوق العينية – دار منصور للطباعة – طبعة ١٩٨٦م – صـ٢٤١).

٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – حق الملكية . طبعة سنة ٢٠٠٦م – صـ ٤٦٢.

٣) خلافا لنهج المشرع في القانون المدني المصري السابق، حيث عرفه في المادة ٢٧/١١ منه بقوله (الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة)، وخلافا لنهج المشرع الاردنى حيث عرفه في المادة ١٠١٨ بقوله " حق الملكية هو سلطة المالك في ان يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا ".

٤) ويرى الدكتور السنهوري ان لحق الملكية أوصاف كما هو الأمر في الالتزام، واهم أنواع الملكية الموصوفة، أ) الملكية غير الجائز التصرف فيها وهى الملكية المقترنة بالشرط المانع من التصرف، ب) الملكية على الشيوع وهى الملكية التى يتعدد فيها ملاك الشيء الواحد، ويوصف فيها كل مالك بأنه مالك لحصة على الشيوع، ج) =

بقولهم " الملكية هي الحق العيني الذي يجعل لصاحبه الحصول على كل منافع الشيء المملوك، سواء أكان ذلك باستعماله، أو باستغلاله، أو بالتصرف فيه"[١].

وينهض حق الملكية على ثلاثة عناصر، تستفاد من نص المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري[٢]، العنصر الأول، هو عنصر الاستعمال[٣]،

=الملكية القابلة للفسخ وابرز صورها الملكية المعلقة على شرط فاسخ، د) الملكية الظاهرة، وهى الملكية القائمة على مجرد المظهر، وتتمثل هذه الحالة غالبا في صورة الوارث الظاهر، والذي تقوم تصرفاته على أساس المبدأ القاضي بأن الغلط الشائع ينشىء الحق، فمتى شاع بين الناس ان شخصا يملك الشيء، ولم يكن هو المالك الحقيقي، فان من يتعامل مع هذا الشخص بحسن باعتبار انه المالك الحقيقي يحميه القانون، ولكن يشترط ان يكون الغلط عاما وشائعا بين الناس (د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٦٣).

١) د. جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول – حق الملكية – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٧٣ – صـ ١٦.

٢) حيث نصت على أن " لمالك الشيء وحده , في حدود القانون , حق استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه(يقابل هذه المادة في القانون الاردنى الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ التى نصت على انه " ولمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعا"، ويقابلها المادة (٨١١) من القانون المدني الليبي التى نصت على ان " لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

٣) ويقصد به مكنة استخدام الشيء فيما هو قابل له، أو فيما اعد له، فمن يملك عقارا يمكنه سكناه.

والعنصر الثاني هو عنصر الاستغلال [١]، والعنصر الثالث هو عنصر التصرف[٢].

وإذا كان الأصل، ان يتمتع المالك بهذه المكنات الثلاثة (الاستعمال، والاستغلال، والتصرف)، إلا أنه قد تأتى بعض القيود[٣] التى تقيد المالك عند استخدامه لأحدى هذه المكنات، وخاصة مكنة التصرف في الشيء المملوك له، وهذه القيود قد تأتى في صورة قيود قانونية[٤]، وقد تأتى في صورة شروط

---

١) ويقصد به مكنة الحصول على ثمار الشيء، فمن يملك عقارا يمكنه تأجيره والحصول على القيمة الإيجارية.

٢) ويقصد به مكنة التصرف في الشيء قانونيا، وماديا، فمن يملك عقارا يمكنه بيعه ونقل ملكيته للغير، ويستطيع هدمه.

٣) ويشترط في هذه القيود التأقيت، بمعنى ان تكون مؤقتة بمدة معينة، فان تضمن القيد منع دائم من التصرف، كما هو الحال في الأموال الموقوفة، فان حق الملكية يفقد عنصرا أساسيا من عناصره، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية (د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٧١).

٤) وهى القيود التى يفرضها القانون، ومن أمثلتها ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٨٥٣ من القانون المدني المصري التى نصت على انه" ليس للشركاء ان يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ولا يجوز لأي شريك ان يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا. وإذا تملك اجنبى عن الأسرة حصة احد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عنه فلا يكون هذا الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء)، وما نص عليه المشرع السوري في المادة ٨٠٨ من القانون المدني السوري التى نصت على انه " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة. ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا، وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء، برضاء هذا الشريك أو جبراً عنه، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء "، فهاتين المادتين تتحدثان عن ملكية الأسرة، وتضع قيدا على الشريك لا يجيز له ان يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة باقي الشركاء جميعا.

إرادية[1] أساسها الإرادة، سواء كانت في صورة عقد مبرم بين طرفين أو أكثر، ام كانت في صورة تصرف صادرا بالإرادة المنفردة كالوصية.

فإذا رتبت الإرادة قيدا على الملكية، يحظر على المالك التصرف في الشيء المملوك له، فما هو الجزاء المترتب على مخالفة هذا القيد ؟؟.

والإجابة على هذا التساؤل هو موضوع هذا البحث، فهذا البحث يتناول الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف.

أهمية الموضوع:

يعد موضوع الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف، من الموضوعات الهامة، التى تستوجب البحث، وترجع هذه الأهمية لعدة أمور أهمها:

الأمر الأول: وهو كون الشرط المانع من التصرف بما يتبعه من جزاء يعد قيدا _ على خلاف الأصل – يقيد المالك عند استخدامه لمكنة التصرف في الشيء المملوك له.

الأمر الثاني: ما يمكن ان ينجم عنه هذا الجزاء من أضرار للغير (خاصة في ظل التشريعات التى جعلت الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف المبرم مع الغير)، بما قد يؤدى إليه ذلك من أضرار للأفراد في بعض الأحيان تفوق بكثيرا ما يمكن أن يتحقق من مصالح أو منافع لأطراف التصرف المتضمن للشرط المانع من التصرف.

---

١) كالشرط المانع من التصرف الذي نظمه المشرع المصري في المادة ٨٢٣ من القانون المدني، ونظمه المشرع السوري في المادة ٧٧٨ من القانون المدني.

سبب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضوع للبحث، إلى عدة أسباب أهمها:

١- كثرة لجوء الأشخاص- في الآونة الأخيرة - إلى تضمين تصرفاتهم للشرط المانع من التصرف، وخاصة في تصرفات التبرعات التى يكون المنتفع فيها ناقص الأهلية، وفى حاجة إلى الحماية.

٢- قصور المعالجة التشريعية للموضوع على مستوى التشريعات العربية، وهو ما سوف يتضح من خلال البحث.

٣- ولعل من الأسباب الأخرى، التى دعت إلى اختياري لهذا الموضوع، ندرة الأبحاث والدراسات المتعلقة به، سواء على المستوى القانوني، أو الشرعي على الرغم من أهمية الموضوع على النحو السالف ذكره.

منهج البحث:

اخترت أن تكون هذه الدراسة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، وذلك لعدة أسباب، منها: عظم شأن الفقه الإسلامي، ومنها: أن الدراسة المقارنة بالفقه الإسلامي لها أهمية بالغة لمعرفة أوجه النقص، والقصور في الفقه القانوني، لمحاولة التقريب بينه وبين الفقه الإسلامي، والاستفادة من الفقه الإسلامي في معالجة تلك الأوجه.

وسوف اتبع في هذا البحث طريقة الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك بتخصيص مبحث مستقل لكل منهما، وسوف اعقد بعد ذلك مقارنة بينهما، وذلك لإبراز أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

أما عن منهجي في عرض الموضوع من الناحية القانونية، فسوف أعتمد في هذا البحث على ما قرره القانون المدني المصري وبعض القوانين العربية كالقانون الاردنى، والكويتي والليبي والسوري، فيما ورد به نص، وعلى ما قرره الفقهاء فيما لم يرد به نص في القانون المدني، مدعما ذلك ببعض أحكام المحاكم.

أما عن منهجي في جانب الفقه الإسلامي فسوف اعتمد على مراجع الفقه الأصيلة وبصفة خاصة المذاهب الأربعة المشهورة في الفقه الإسلامي، وكذلك مراجع الفقه الحديثة، وسوف أكون حريصا على، نقل نصوص المذاهب الفقهية وأقوال الفقهاء، وعلى ترقيم الآيات القرآنية التى استدل بها، ذاكرا أسماء سورها، وعلى تخريج وذكر مواطن الأحاديث النبوية.

وسوف أنهى بحثي بذكر أهم النتائج والتوصيات التى توصلت إليها من خلال هذا البحث.

خطة البحث:

يسير هذا البحث عبر ثلاثة مباحث، يسبقها مقدمة، ومبحث تمهيدي، وينتهي بخاتمة وذلك على النحو التالي:

مقدمة: أهمية الموضوع

المبحث التمهيدي:مفهوم الشرط و شروط صحته

تمهيد:

المطلب الأول: مفهوم الشرط :

أولا: تعريف الشرط بوجه عام

١) تعريف الشرط لغة

٢) تعريف الشرط اصطلاحا

٣) تعريف الشرط في القانون الوضعي

ثانيا: تعريف الشرط المانع من التصرف

المطلب الثاني: خصائص الشرط

تمهيد:

الفرع الأول: خصائص الشرط في القانون الوضعي

أولا: الشرط أمرا مستقبلا

ثانيا: الشرط أمرا غير محقق الوقوع

الشرط الإرادي

ثالثا: الشرط أمرا مشروعا

الشرط الواقف غير المشروع

والشرط الفاسخ غير المشروع

الفرع الثاني: خصائص الشرط في الفقه الإسلامي

تمهيد:

أولا: الشرط أمرا مستقبلا

ثانيا: الشرط أمرا محتمل بين الوجود والعدم

ثالثا: الشرط أمرا مشروعا

المطلب الثالث: شروط صحة الشرط المانع من التصرف

تمهيـد:

الفرع الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي

تمهيد:

الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع

الشرط الثاني: أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة

الشرط الثالث: أن يرد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية

الفرع الثاني: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

تمهيد:

مفهوم المصلحة

الشرط الأول:أن تكون هناك مصلحة من اشتراط الشرط المانع من التصرف

الشرط الثاني: أن تكون هذه المصلحة معلومة

الفرع الثالث: مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المبحث الأول:الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي

تمـــهيد:

المطلب الأول: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

تمهيد

أولا:مضمون الرأي

ثانيا: تقييم الرأي

المطلب الثاني: البطلان المطلق للتصرف المخالف

تمهيد

أولا:مضمون الرأي

ثانيا: تقييم الرأي

المطلب الثالث: البطلان النسبي للتصرف المخالف

تمهيد

أولا:مضمون الرأي

ثانيا: تقييم الرأي

المطلب الرابع: البطلان المقرر للتصرف المخالف بطلان من نوع خاص

تمهيد

أولا:مضمون الرأي

ثانيا: موقف القضاء

المطلب الخامس: رأينا في هذا الموضوع

أولا: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف

ثانيا: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

شروط الفسخ:

أولا: ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين

ثانيا: إخلال المتصرف إليه بتنفيذ التزامه

ثالثا: اعذار المتصرف إليه

المبحث الثاني:الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

تمـــهيد:

المطلـب الأول: بطـلان العقـد المقتـرن بـه الشـرط المـانع مـن التصرف

المطلب الثاني: قابلية العقد المقترن به الشرط للفسخ

الاتجاه الأول

الاتجاه الثاني

المبحث الثالث: مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامى فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف

الخاتمة:

النتائج:

المراجع

الفهرس

المبحث التمهيدي
مفهوم الشرط وشروط صحته

تمهيد :

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يخصص المطلب الأول لتحديد مفهوم الشرط، ويخصص الثاني لتحديد خصائصه، ويخصص الثالث لتحديد شروط صحته، وذلك على النحو الاتى:

المطلب الأول : مفهوم الشرط
المطلب الثاني : خصائص الشرط
المطلب الثالث : شروط صحة الشرط المانع من التصرف

المطلب الأول
مفهوم الشرط بصفة عامة
أولا
تعريف الشرط بوجه عام

١)تعريف الشرط لغة

يعرف الشرط لغة بأنه (إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة)[١]. ويعرف الشرط أيضا بأنه العلامة. وأشراط الساعة علاماتها[٢]، قال تعالى{فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ} [٣].

٢) تعريف الشرط اصطلاحا

---

١) القاموس المحيط – لمحمد بن يعقوب مجد الدين لفيروز آبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ – الطبعة الأولى – ج ٢ / ص ٢٢١.

٢) فالشرط معروف، وكذلك الشريطة، والجمع شروط وشرائط، وقيل أيضا الشرط: رذال المال. قال الشاعر: تساق من المعزى مهور نسائهم..... ومن شرط المغزى لهن مهور.

(مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي . تحقيق محمود خاطر بك – طبعة المطبعة الأميرية ببولاق . القاهرة سنة ١٣٥٨هـ = ١٩٣٩– ج ١ / ص ١٦١)، وجاء في مقاييس اللغة (شرط) الشين والراء والطاء أصلٌ يدلُّ على عَلَمٍ وعلامة، وما قارب ذلك من عَلَم. من ذلك الشَّرَط العَلاَمة. وأشراط الساعة: علاماتُها. ومن ذلك الحديث حين ذكر أشراط الساعة، وهي علاماتها. وسمِّي الشُّرَط لأنّهم جعلوا لأنفسهم عَلامةً يُعرَفون بها. ويقولون: أَشرَطَ فلاَنٌ نفسَه للهَلكة، إذا جعلَها عَلَماً للهلاك. ويقال أَشْرَطَ من إبله وغنمه، إذا أعدَّ منها شيئاً للبيع(مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارِس بن زكريا – تحقيق عبد السلام محمد هارون– الناشر دار إحياء الكتب العربية– الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ –ج ٣ / ص ٢٠١).

٣) سورة محمد الآية:١٨.

عرف بعض علماء الفقه الإسلامي الشرط بأنه (ما لا يوجد المشروط مع عدمه لكن لا يلزمه أن يوجد وجوده، وبه يفارق العلة إذ العلة يلزم من وجودها وجود المعلول، والشرط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده) [١]. وعرفه جانب أخر بقوله (الشرط في الاصطلاح ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم ولا يجزئ لعلته، وأما في اللفظ فأكثر ما يعبر بلفظ الشرط عن الأسباب أو عن أسباب الأسباب فأما التعبير بلفظ الشرط عن الأسباب فله أمثلة أحدها قوله: {فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ [٢]} ومعلوم أن الاعتداء الأول سبب الاعتداء الثاني، المثال الثاني – قوله: {فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا [٣]} والخوف سبب للقتل في ذلك.المثال الثالث – قوله: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ [٤]} ولا شك أن الطلاق الثلاث سبب لتحريمها، المثال الرابع – قوله عليه السلام {مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ [٥]}، المثال الخامس: قوله ﷺ {مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ[٦]} المثال السادس قوله: {مَنْ دَخَلَ الْمَسْجِدَ فَهُوَ آمِنٌ وَمَنْ أَغْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ} وأما التعبير بلفظ الشرط عن أسباب الأسباب المحذوفة فله أمثلة: أحدها قوله تعالى: {فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ

---

١) المستصفى للإمام محمد بن محمد الغزالي أبو حامد– تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي– دار الكتب العلمية – بيروت– الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ – جـ ١ – صـ ١٨٠.

٢) سورة البقرة الاية١٩٤.

٣) سورة البقرة الاية٢٣٩.

٤) سورة البقرة الاية٢٣٠.

٥) السنن الكبرى للإمام احمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقى، المولود عام ٣٨٤هـ، والمتوفى عام ٤٥٨ هـ – مكتبة دار الباز– مكة المكرمة – طبعة ١٤١٤هـ=١٩٩٤م – ج ٦ / ص ٣٠٩.

٦) صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجحفى المولود سنة ١٩٤هـ والمتوفى سنة ٢٥٦ هـ – دار ابن كثير– بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ=١٩٨٧م– ج ٨ / ص ١٤٤، سنن أبي داود للإمام سليمان بن الأشعث أبو داود السجستانى الازدى المولود عام ٢٠٢هـ، والمتوفى عام ٢٧٥ هـ– دار الفكر . بيروت . لبنان–ج ٨ / ص ٣١٣، السنن الكبرى للبيهقي – المرجع السابق – ج ٦ / ص ٩٩.

أَيَّامٍ أُخَرَ [1]}، تقديره فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر فعليه صوم عدة من أيام أخر فالمرض والسبب سببان لجواز الإفطار. والإفطار سبب لصوم عدة من أيام أخر.المثال الثاني قوله تعالى: {فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنْ الْهَدْيِ [2]}، تقديره فإن أحصرتم فتحللتم فعليكم ما استيسر من الهدي.أي فعلى كل واحد منكم ما استيسر من الهدي، المثال الثالث قوله: {فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ[3]} على التخيير على أمرين احدهما منطوق به، والثاني محذوف كما ذكرناه في الصيام [4]. وعرفه جانب أخر بقوله (الشرط في اصطلاح الأصوليين الوصف الظاهر المنضبط الذي يترتب على عدمه عدم وجود الحكم) [5].

ويستخلص من التعريفات السابقة أن الشرط وصف خارج عن ماهية المشروط وحقيقته، فهو ليس جزء منه يلزم من عدمه عدم المشروط(الحكم)، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط (الحكم)، فالطهارة شرط الصلاة لقوله ﷺ (لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَا وُضُوءَ لَهُ وَلَا وُضُوءَ لِمَنْ لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ) [6]، ولكن لا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة فقد يتطهر المسلم ولا يصلى.

٣) تعريف الشرط في القانون الوضعي

---

١) سورة البقرة الاية١٨٤.

٢) سورة البقرة الاية١٩٦.

٣) سورة البقرة الاية١٩٦.

٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام – للإمام المحدث أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء المولود بدمشق عام ٥٧٧هـ، والمتوفى عام٦٦٠هـ – تحقيق محمود الشنقيطي– دار المعارف بيروت – لبنان– طبعة ١٤١٤هـ – ص٦٩.

٥) د. يوسف قاسم – أصول الأحكام الشرعية – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – التوزيع دار النهضة العربية – طبعة ١٤١١هـ/١٩٩١م – صـ ٢٣٨.

٦) سنن أبي داود – المرجع السابق – ج ١ / ص ١٤١.

عرفه جانب من الفقه بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب[1]. وعرفه جانب أخر بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الإلتزام أو زواله[2]. وعرفه جانب أخر بأنه حادثة مستقبلة وغير محققة الوقوع، يوصف بها الإلتزام، فيترتب عليه إما وقف نشوء الالتزام (الشرط الواقف)، وإما انقضاء الالتزام (الشرط الفاسخ)[3].

فالشرط بوصفه وصف يوصف به الالتزام هو في حقيقته اتفاق تبعى يقوم إلى جانب اتفاق أصلى، اى أن مصدره الإرادة، وهو من هذه الزاوية يختلف عن الشروط التي يستوجبها القانون، اى التى مصدرها القانون، ومن أمثالها اشتراط التسجيل لنقل الملكية العقارية.

ثانيا
تعريف الشرط المانع من التصرف

---

١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الالتزام بوجه عام . الجزء الثالث . طبعة نقابة المحامين بالجيزة . طبعة سنة ٢٠٠٦م – صـ ١٣، د. محمد فوزي – الشرط المانع من التصرف في حق الملكية – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس . سنة ١٤١٤ هـ = ١٩٩٤ م . صـ ٥٢.

٢) ويرى الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي أن لفظ الشرط في لغة القانون يراد به معاني عديدة منها، انه قد يراد به الأمر الذي يلزم توافره لقيام نظام قانوني معين أو لإنتاجه أثره، وفى هذا المعنى يقال أن للعقد شروط انعقاد وشروط صحة، وقد يطلق لفظ الشرط ويراد به الحكم الذي ارتضاه المتعاقدان بالنسبة إلى جزئية معينة من جزئيان العقد وفى هذا المعنى يقال شرط دفع الثمن فورا، وشرط الرجوع بضمان الاستحقاق، وشرط المنع من التصرف (د. عبد الفتاح عبد الباقي – دروس أحكام الالتزام – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – طبعة ١٩٨٩ – صـ ١٣٧)

٣) د. محمود السيد عبد المعطى خيال – النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني– أحكام الالتزام – النسر الذهبي للطباعة – طبعة ٢٠٠١ – صـ ١٥٨.

عرفه الدكتور الصدة رحمه الله بقوله " شرط المنع من التصرف هو شرط يرد في عقد أو وصية فيمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله"[١].

وعرفه جانب آخر من الفقه بقوله " ان الشرط المانع من التصرف إنما هو قيد على سلطة المالك يرد في عقد أو وصية، ويمنع المالك بمقتضاه من التصرف في مال معين من أمواله" [٢].

ونرى تعريفه، بأنه قيد يضعه المشترط (المتصرف) بإرادته، يقيد به حق (المشترط عليه) المتصرف إليه، في التصرف في المال، وذلك في حدود القانون[٣].

فهو قيد ارادى، لذلك فإننا نؤيد من وصف هذه القيود، بالقيود الإرادية[١]، على خلاف من وصفها بالقيود الاتفاقية[٢]، وذلك لأنه ليس بشرط ان ترد هذه

---

١) د. عبد المنعم فرج الصدة . الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية . طبعة سنة ١٩٦٠م

صـ ١٣٤، يقترب من هذا التعريف تعريف الدكتور/ جابر محجوب، حيث عرفه بقوله " شرط المنع من التصرف، هو شرط يرد في عقد أو وصية، ويمنع بمقتضاه المالك من التصرف في المال الذي انتقلت ملكيته إليه. كأن يشترط الواهب في عقد الهبة على الموهوب له، ألا يتصرف في المال الموهوب طوال حياته، أو يشترط الموصى في الوصية، مثل هذا الشرط على الموصى له (د.جابر محجوب على – حق الملكية في القانون المدني المصري دراسة نظرية وعملية مقارنة . صـ٨٩).

٢) د. توفيق حسن فرج . الحقوق العينية الأصلية – الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية . طبعة سنة ١٩٨٣م . صـ ١٩٩.

٣) ولعل هذا التعريف يتفق مع كون هذا الشرط إنما هو مقرر بنص القانون، ومتاح للأشخاص استخدامه بإرادتهم، فان هم استخدموه كان لزاما عليهم مراعاة ما نص عليه القانون حتى يحقق الغاية من تقريره، فالمشرع نص على ذلك الشرط وبين مجاله، وشروط صحته، وما يترتب عليه من أثار، وترك للإفراد مكنة استخدامه أو عدم استخدامه، وفى حالة اللجوء إليه ترك لهم حرية الصياغة لهذا الشرط.

القيود في اتفاق أو عقد، كعقد البيع أو عقد الهبة، بل قد ترد في تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية[٣]، لذلك فوصفها بالقيود الإرادية، أدق من وصفها بالقيود الاتفاقية.

فالشرط المانع من التصرف، ليس هو الشرط بالمعنى المعروف في أوصاف الإلتزام، وإنما هو بند من بنود العقد، فلا محل مطلقا لتطبيق حكم المادة ١/٢٦٦[٤] من القانون المدني المصري التى تنص على انه " لا يكون الالتزام قائما، إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب، أو النظام

---

١) د. حسن كيره . الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية الطبعة الأولى . طبعة سنة ١٩٥٨م . هامش صـ ٢٥٩، د. محمد لبيب شنب- موجز في الحقوق العينية الأصلية – دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٤م . صـ٢٥٨.

٢) محمد كامل مرسى باشا- القانون المدني الجديد – الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول الأموال، الحقوق، حق الملكية – المطبعة العالمية – طبعة ١٣٦٨هـ / ١٩٤٩م . صـ٤٢٩، د. محمد على عرفة – شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية – الجزء الأول تأصيل نظرية الحق العيني ونظرية المال، تقسيم الأشياء والأموال، نطاق حق الملكية ووسائل حمايته، القيود التى ترد على الملكية، الملكية الشائعة وأنواعها المختلفة – مطبعة جامعة فؤاد الأول – طبعة ١٩٥٠م ـ صـ٣٥٨، د. توفيق حسن فرج . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق . صـ ١٩٨.

٣) وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة ٨٢٣ من القانون المدني التى نصت على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة، ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

٤) يقابلها في القانون الاردنى المادة ٣٩٧ من القانون المدني، وان اختلفت معها في الصيغة – حيث نص المشرع الاردنى على أن "يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العام".

العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسخا فهو نفسة الذي يعتبر غير قائم"[1].

المطلب الثاني
خصائص الشرط

تمهيد:

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لبيان خصائص الشرط في القانون الوضعي، ويخصص الفرع الثاني لبيان خصائص الشرط في الفقه الإسلامي، وذلك على النحو التالي:-

الفرع الأول
خصائص الشرط في القانون الوضعي

تمهيد:

يشترط في الواقعة لكي تعد شرطا في القانون الوضعي أن يتوافر فيها عدة خصائص، وهى أن تكون أمر مستقبل، وغير محققة الوقوع، وغير مخالفة للنظام العام ولا للآداب، وذلك على النحو الاتى:-

أولا: الشرط أمرا مستقبلا:

يجب أن تكون الواقعة أمرا مستقبلا، لاحقة على قيام العقد فلا يجوز أن تكون الواقعة أمرا ماضيا أو حاضرا، فإذا وعد أب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان، فان النجاح في الامتحان يعد أمرا مستقبلا، ومن ثم كان إلتزام الأب بالجائزة معلقا على شرط، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط، أما إذا كان الأب الذي وعد بالجائزة، كان وقت الوعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت، وان ابنه قد رسب، فإلتزام الأب بإعطاء الجائزة إلتزام لم يوجد ولن يوجد، فهو

---

١) د. عبد المنعم فرج الصدة . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق . صـ ١٣٤، د. محمد فوزي . الشرط المانع من التصرف في حق الملكية – المرجع السابق . صـ ٥٣.

إلتزام غير موجود أصلا منذ البداية، وليس إلتزاما معلقا على شرط، أما إذا كان الأب الذي وعد بالجائزة كان وقت الوعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت وان ابنه قد نجح في الامتحان، فالتزام الأب بإعطاء الجائزة إلتزاما منجزا غير معلقا على شرط[١].

ثانيا: الشرط أمرا غير محقق الوقوع:

لا يكفى لكي تعد الواقعة شرطا أن تكون أمرا مستقبلا، بل يجب أن تكون أيضا أمرا غير محقق الوقوع[٢]، فان كان الأمر محقق الوقوع مستقبلا حتى لو طال على تحققه الأمد، أو كان مستحيلا[٣]، ما ساغ أن ينهض شرطا[٤].

الشرط الإرادي:

---

١) د.السنهوري – المرجع السابق– صـ ١٣، د. عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق– صـ ١٣٨، د. عبد المنعم البدراوى . النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني . دار القومية العربية للطباعة . طبعة سنة ١٩٧٣م – جـ ٢صـ٢٣٠، د. محمد حسام محمود لطفي . النظرية العامة للالتزامات . الكتاب الثاني . أحكام الإلتزام . طبعة سنة ٢٠٠٧ م – صـ ١٤٧.

٢) وهذا اختلاف جوهري بين الشرط والأجل، فبينما الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، الوقوع، فالأجل أمر مستقبل محقق الوقوع، فإذا أضاف المدين الملتزم التزامه إلا موسم الحصاد كان الالتزام مقترنا بأجل لا معلقا على شرط

٣) ولا يعد الأمر المستحيل الوقوع شرطا، فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة، فإن الالتزام لا يوجد أصلا، فإذا وعد شخص أخر بأن يعطيه جائزة إذا لمس الشمس بيده كانت هذه استحالة مطلقة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية، فإنها لا تعيب الإلتزام بل يكون في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط مثلا يجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج، كما تكون الاستحالة طبيعية، وقد تكون كذلك قانونية فالالتزام المعلق على الشرط أن يبيع المشترط عليه تركة مستقبلية أو أن يتزوج محرما،لا يكون إلتزاما قائما لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة، والاستحالة هنا قانونية لا طبيعية لان بيع تركة مستقبلية باطل، و باطل كذلك الزاج بمحرم(د.السنهوري . المرجع السابق– صـ ١٦).

٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق– صـ ١٣٩.

الشرط الإرادي هو شرط ممكن الوقوع، ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام، الدائن أو المدين.ذلك أن الشرط من حيث تعلقه بأحد طرفي الإلتزام قد يكون شرطا لا علاقة له بهذه الإرادة أصلا فهو شرط متروك للصدفة مثل تعليق شرط على وصول الطائرة سليمة إلى المطار، وقد يكون شرطا متعلقا بأحد طرفي الإلتزام كالزواج فهو متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وبإرادة.

وقد يكون شرطا مختلطا يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام وبعامل خارجي كمجرد صدفة أو إرادة الغير كالزواج من شخص معين فهذا الشرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وإرادة من اشترط الزواج منه، و كل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح، لان الأمر لا هو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع، أي أنه محتمل الوقوع. أما الشرط الإرادي، فهو إما شرطا إراديا بسيطا أو شرطا إراديا محضا، فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها، فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن والمدين ولكن إرادة المشترط عليه ليست مطلقة، إذ الزواج أمر تحوط به ظروف و ملابسات اجتماعية واقتصادية، أما الشرط الإرادي المحض فانه إما يتعلق بمحض إرادة الدائن أو المدين، فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا، وكان الإلتزام قائما معلقا على إرادة الدائن.أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين فان كان شرطا فاسخا كأن يلتزم المدين حالا و يجعل فسخ هذا الالتزام معلقا على إرادته المحضة كان الشرط صحيحا و كان الالتزام قائما،لان الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين، وإنما استبقى المدين زمامه في يده إن شاء أبقاه و إن شاء فسخه. وإن كان الشرط متعلقا بمحض إرادة المدين شرطا واقفا كأن يلتزم إذا أراد أو إذا رأى ذلك معقولا أو مناسبا فهذا الشرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية أي انه إن شاء حقق الشرط و بالتالي يصبح محقق الوقوع، وان شاء تخلف عنه و بالتالي يصبح مستحيل الوقوع ومن ثم يصبح هذا الشرط باطلا، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو

محض إرادة المدين [١]. ولقد نص القانون المدني المصري على ذلك صراحة بقوله " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم". [٢]

ثالثا: الشرط أمرا مشروعا

يجب أن يكون الأمر الذي يقوم عليه الشرط مشروعا، بمعنى أن لا يكون مخالف للنظام العام، أو لحسن الآداب، أما إذا كان الشرط مخالف للنظام العام أو لحسن الآداب فانه يكون في هذه الحالة باطلا، ولا يقوم الإلتزام الذي علق وجوده عليه، فإذا وعد أب ابنه بجائزة إذا قتل شخص ما، كان هذا الشرط باطل، وإذا علق الملتزم التزامه على أن لا يتزوج الدائن إطلاقا كان الشرط مخالفا للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشترط من وراء هذا الشرط. فإذا رمى مثلا إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غيرة منه فهذا شرط مخالف للنظام العام، ويعد هذا الشرط باطل، أما إذا رمى الشرط إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه، فالشرط صحيح والإلتزام قائم[٣].

ويمكن التمييز بين الشرط المخالف للنظام العام و الشرط المستحيل استحالة قانونية، و إن كان كل من الشرطين باطلا، فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطا مخالفا للنظام العام و لكنه شرط غير مستحيل،أما اشتراط الزواج من محرم فهو شرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام لان الاستحالة القانونية كثيرا ما ترجع إلى مخالفة النظام العام[٤].

ويلحق بحكم الشرط المخالف للنظام العام، الشرط المخالف للآداب العامة، فيكون باطلا أيضا، ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه، فإذا التزم شخص

---

١) د.السنهوري – المرجع السابق– صـ ١٧ وما بعدها.
٢) المادة ٢٦٧ القانون المدني المصري.
٣) د.السنهوري – المرجع السابق– صـ ٢٠.
٤) د.السنهوري – المرجع السابق– صـ ٢٠.

نحو آخر بمبلغ مالي بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع، فإن الشرط يكون مخالفا للآداب و يكون باطلا[1].

ولقد فرق القانون المدني المصري في هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، وذلك بقوله " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسخا فهو نفسة الذي يعتبر غير قائم (٢) ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام " [٢].فالمشرع المصري فرق بين الشرط الواقف غير المشروع، والشرط الفاسخ غير المشروع، وذلك على النحو الاتى:-

<u>الشرط الواقف غير المشروع:</u>

لا يكون قائما إذا علق الالتزام على شرط غير مشروع لمخالفته للآداب أو النظام العام فلا يوجد الالتزام

<u>الشرط الفاسخ غير المشروع:</u>

أما الشرط الفاسخ غير المشروع فينبغي التفرقة بصدده بين فرضين:

<u>الفرض الأول:</u> إذا كان الشرط الفاسخ غير المشروع هو السبب الدافع للالتزام، ففي هذا الفرض يبطل الشرط والالتزام معا، مثال ذلك أن شخص امرأة مالا بشرط معاشرتها له معاشرة الأزواج رغم عدم وجود عقد زواج بينهما.

<u>الفرض الثاني:</u> إذا لم يكن الشرط الفاسخ غير المشروع هو السبب الدافع للالتزام، ففي هذا الفرض يبطل الشرط ويصح الالتزام معا.

<u>الفرع الثاني</u>
<u>خصائص الشرط في الفقه الإسلامي</u>

<u>تمهيد:</u>

---

١) د.السنهوري – المرجع السابق– صـ ٢٠.

٢) المادة ٢٦٦ القانون المدني المصري.

يشترط في الواقعة لكي تعد شرطا في الفقه الإسلامي أن يتوافر فيها عدة خصائص، وهى أن تكون أمر مستقبل، ومحتمل بين الوجود والعدم، وان يكون مشروعا، وذلك على النحو الاتى:-

أولا: الشرط أمرا مستقبلا

يشترط في الواقعة لكي تعد شرطا في الفقه الإسلامي أن تتضمن أمرا مستقبلا، ولقد جاء فى الأشباه والنظائر(أن الشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة) [١]، فكيف يكون التزام لم يوجد إلا إذا كان أمرا مستقبلا، وفى هذا الصدد يقول الإمام الزيلعى (والشرط لا بد من كونه مستقبلا)[٢]

ثانيا: الشرط أمرا محتمل بين الوجود والعدم

يجب أن يكون الشرط أمرا محتمل بين الوجود والعدم، فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل[٣]، فان كان الأمر محقق الوقوع، أو مستحيل الوقوع فلا يصلح أن يكون شرطا، وقد جاء في تبيين الحقائق (ثم اعلم أن الشرط عبارة عن أمر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه وإثباته كقولك إن زرتني أكرمتك وإن لم تشتمني أحببتك) [٤].

---

١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للشيخ العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المولود سنة٨٤٩ هـ، والمتوفى سنة ٩١١هـ – الناشر دار الكتب العلمية – طبعة سنة ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م – ص ٢٧٦ – القول في الشرط والتعليق.

٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفقيه الحنفي عثمان بن على بن محمد فخر الدين الزيلعى، المتوفى عام ٨٤٣هـ – دار الكتاب الإسلامي – ج ١٢ / ص ٣.

٣) الأشباه والنظائر للسيوطى – المرجع السابق – ص ٢٧٦ – القول في الشرط والتعليق.

٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – المرجع السابق – ج ٦ / ص ٣٧٣– باب التعليق.

ثالثا: الشرط أمرا مشروعا

يجب أن يكون الشرط أمرا مشروعا، بمعنى أن لا يخالف الشرع وأحكامه، أما إذا كان الشرط مخالف لشرع الله فانه يكون باطلا لقوله ﷺ (مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) [1].

المطلب الثالث
شروط صحة الشرط المانع من التصرف

تمهيد:

نظرا لما ينطوي عليه الشرط المانع من التصرف من تقييد لسلطة المالك في أحدى المكنات التى يمنحها إياه حق الملكية، وهى مكنة التصرف في الشيء المملوك له، فقد كان لزاما أن يحد هذا الشرط بمجموعة من الضوابط والشروط، التى إن توافرت صح معها الشرط وان تخلفت أو تخلف إحداها بطل الشرط، وهذه الشروط نص عليها القانون الوضعي، وتناولتها كتب الفقه الإسلامي، وعليه ينقسم هذا المطب إلى ثلاثة فروع، يخصص الأول لبحث شروط صحة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي، ويخصص الثاني لبحث شروط صحة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي، ويخصص الثالث للمقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي

---

١) صحيح البخاري – المرجع السابق – ج ٩ / ص ٢٥٢ – باب الشروط في الولاء، صحيح مسلم للإمام أبى الحسن مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيرى النيسابورى المولود سنة ٢٠٤هـ والمتوفى سنة ٢٦١ هـ – مكتبة مصر– الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ = ٢٠٠٧م – ج ٨ / صـ ١٠ – باب إنما الولاء لمن أعتق.

الفرع الثاني: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث: مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

❁❁❁❁❁

الفرع الأول
شروط صحة الشرط المانع من التصرف
في القانون الوضعي

تمهيد:

نصت المادة ٨٢٣ من القانون المدني المصري على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة، ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"[١]. ومن خلال النص سالف الذكر يمكن القول أن المشرع المصري[٢] اشترط لصحة الشرط المانع من التصرف ثلاثة شروط[١] هي:

---

١) يقابلها المادة ٨٣٢ من القانون المدني الليبي مع اتفاق في الصياغة، والمادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي مع اختلاف في الصياغة حيث نصت المادة ٨١٥ على أنه" إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف أو يقيد حقه في التصرف فيه فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوى ومقصورا على مدة معقولة".

٢) وقد أجملت محكمة النقض المصرية هذه الشروط بقولها " النص في المادة٨٢٣ من القانون المدني على أنه- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة

الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع
الشرط الثاني: أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة
الشرط الثالث: أن يرد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية

الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع:

وهذا الشرط مستفاد صراحة من نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ التى نصت على "... فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع...."، وأوضحت ذات المادة متى يكون الباعث مشروعا بقولها "..... ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة

معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير – مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن شرط المنع من التصرف يصح إذا بنى على باعث مشروع وأقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة" (الطعن رقم٧٩٤ لسنة٥٢ ق – جلسة١٩٨٥/٣/٣١ السنة٣٦ – حـ١ ص٥٣٦ قاعدة١١٢).

١) يقصر بعض الفقهاء شروط صحة الشرط المانع من التصرف على شرطين فقط، الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع، الشرط الثاني: أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة (محمد كامل مرسى باشا– القانون المدني الجديد – الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول الأموال، الحقوق، حق الملكية – المرجع السابق– صـ٤٥٠، د. حسن كيره – المرجع السابق– صـ٢٦٤، د. محمد لبيب شنب– المرجع السابق– صـ٢٦٤).

للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير....." [1]، اى أن المشرع المصري تولى بنفسه تحديد الحالات التى يكون فيها الباعث مشروعا وحصرها في ثلاثة حالات، الأولى إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، والثانية إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه، والثالثة إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للغير، وذلك على النحو الاتى:

الحالة الأولى:

الحالة الأولى من الحالات التى يكون فيها الباعث مشروعا، هي حالة ما إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، مثال ذلك، أن يهب الأب لابنه مالاً ويشترط في عقد الهبة على الابن أن يؤدي له إيراداً مدى الحياة (أي حياة الأب) فيضمن الأب في عقد الهبة شرط بمنع الابن من التصرف في المال طيلة حياة الأب، ومثال ذلك أيضا أن يكون المتصرف بائعا فيشترط لنفسه الانتفاع بالعين المبيعة فيلزم المشترى بعدم التصرف حتى لا يضطر إلى التعامل مع مالك رقبة لا يعرفه، ومثال ذلك أيضا أن يكون المتصرف بائعا لعقاره بثمن مؤجل فيشترط على المشترى عدم التصرف في المبيع لحين سداد كامل الثمن، حتى يتجنب إجراءات تتبع المبيع والتنفيذ عليه تحت يد الغير بما له من حق امتياز عليه، ففي هذه الأمثلة نجد أن كل من الواهب والبائع لهما مصلحة مشروعة، وجديرة بالحماية في اشتراط المنع من التصرف[2].

الحالة الثانية:

---

١) نصت على هذا الشرط أيضا المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي بقولها.....فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوى....".

٢) د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق– صـ٥١، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن . الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق المتفرعة منه – طبعة ٢٠٠٤م – صـ ٥٩.

الحالة الثانية من الحالات التى يكون فيها الباعث مشروعا، هي حالة ما إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه، مثال ذلك، أن يهب الأب لابنه الطائش مالاً، ويخشى أن ينفق الابن الموهوب له هذا المال في غير فائدة، فيشترط الأب في عقد الهبة على الابن عدم التصرف في المال فترة معينة، أو طيلة حياته، ومثال ذلك أيضا أن يهب الأب لابنه الصغير مالاً، ويشترط عليه عدم التصرف في المال فترة معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته تجارب الحياة وأكسبته الخبرة اللازمة [1]، ففي هاتين المثالين نجد أن الابن الموهوب له، له مصلحة مشروعة، وجديرة بالحماية في اشتراط المنع من التصرف، وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "القاعدة أن المادة٨٢٣ من القانون المدني لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء علي باعث مشروع وهى الحدود التي أباح المشرع في نطاقها الخروج علي مبدأ حرية تداول الأموال، وقد استخلص الحكم المطعون فيه من عبارات الوصية وفي استدلال سائغ أن الباعث علي حظر التصرف الموقوت بحياة الموصي إليها هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه علي قواعد النظام العام ومن ثم فان هذا الذي انتهي إليه الحكم لا ينطوي علي خطأ في تطبيق القانون"[2].

الحالة الثالثة:

الحالة الثالثة من الحالات التى يكون فيها الباعث مشروعا، هي حالة ما إذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للغير، مثال ذلك، أن يهب الأب لابنه عقارا ويشترط عليه أداء مرتب مدى الحياة لزوجته العجوز، ولضمان أداء هذا المرتب يشترط عليه ألا يتصرف في المال الموهوب طيلة حياة هذه الزوجة، ففي هذا المثال نجد أن الغير (الزوجة) لها مصلحة مشروعة، وجديرة بالحماية في اشتراط المنع من التصرف.

---

١) د. السنهوري المرجع السابق– الجزء الثامن – حق الملكية – ص٤٧٧، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن– المرجع السابق– صـ ٥٩.

٢) الطعن رقم٧ لسنة٤٢ ق جلسة١٩٧٧/١/١٩ س٢٨ ص٢٧٦.

حكم التصرف المتضمن شرطا مانعا ليس له باعث مشروع:

إذا لم يكن الشرط المانع من التصرف مبنياً على باعث مشروع، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة يراد حمايتها به لا للمتصرف، وللمتصرف إليه، و لا للغير فإنه لا يقع صحيحاً ويكون باطلا[1]، مثال ذلك، أن يهب شخص عقارا لأخر ويشترط عليه عدم التصرف فيه ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمي أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك، ففي هذا المثال نجد أن الباعث غير مشروع فهو لا يحقق مصلحة مشروعة للمتصرف ولا للمتصرف إليه ولا للغير، وعليه يكون الشرط باطلا [2]، وتقدير مشروعية المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "شرط المنع من التصرف يصح إذا بني علي باعث مشروع واقتصر علي مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدي معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متي بنى رأيه علي أسباب سائغة"[3].

<u>الشرط الثاني: أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة</u>

---

١) وهذا مستفاد من نص المادة ٨٢٣ التى نصت على "... فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع...."، ومن نص المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي التى نصت على "... فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوى.... ".

٢) د. السنهوري – المرجع السابق– الجزء الثامن – حق الملكية – ص٤٧٨، د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق– ص٥٢.

٣) الطعن رقم٢٩٩ لسنة٣٤ ق جلسة١٩٦٨/٦/٢٧س١٩ – ص١٢٢٣.

وهذا الشرط مستفاد صراحة من نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ التى نصت على " إذا تضمن... شرطا يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن... ومقصورا على مدة معقولة..... " [١].

وأوضحت ذات المادة متى حالات للمدة المعقولة بقولها "..... والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"

فالشرط المانع من التصرف يجب أن يكون مؤقتا، ويصبح باطلا إذا كان مؤبداً، حيث نص القانون على ضرورة أن يكون مؤقتاً ومقصوراً على مدة معقولة، وفى هذا الصدد قضى "بأنه إذا حرم البائع على المشترى منه التصرف في العين المبيعة تحريما مؤقتا. كان الشرط جائزا سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض. أما إذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة كان الشرط باطلا، ولا يبنى عليه بطلان إلا إذا كان هذا الشرط في مقابل الالتزامات التى التزم بها الطرف الآخر "[٢].

وتحديد المدة المعقولة التى نص عليها المشرع يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع، وفى هذا الصدد قضى "بأنه من المُقرر في قضاء النقض أن النص في المادة ٨٢٣ من القانون المدني على أنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة و يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق في مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير". مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن شرط المنع من التصرف يصح إذ بنى على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، و

---

١) عبرت عن هذا الشرط أيضا المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي بقولها.....فلا يصح الشرط ما لم يكن..... ومقصورا على مدة معقولة....".

٢) محكمة طنطا الكلية ٦ يناير ١٩٣٦ – مجلة المحاماة العدد رقم ٥٢٩ ص ٨٦٤.

تقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة"[1]. وقد حدد المشرع المصري ثلاثة صور للمدة المعقولة، الأولى مدة حياة المتصرف، والثانية مدة حياة المتصرف إليه، والثالثة مدة حياة الغير، وذلك على النحو الاتى:

الصورة الأولى:

المدة المعقولة مدة حياة المتصرف، مثال ذلك، أن يهب شخصا عقارا لأخر ويشترط عليه أن يؤدي إليه مرتبا، أو حق انتفاع، أو حق سكنى مدى حياته (حياة المتصرف) فهذا الشرط يقع صحيحا حيث أن مصلحة المتصرف واضحة في المنع طيلة حياته[2].

الصورة الثانية:

المدة المعقولة مدة حياة المتصرف إليه، كما إذا كان معروفا عن المتصرف إليه سوء التدبير، فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طيلة مدة حياته[3]، مثال ذلك، أن يهب الأب لابنه الطائش مالاً، ويخشى أن ينفق الابن الموهوب له هذا المال في غير فائدة، فيشترط الأب في عقد الهبة على الابن عدم التصرف في المال طيلة حياته (حياة المتصرف إليه "الابن") فإن هذا الشرط يقع صحيحا.

الصورة الثالثة:

المدة المعقولة مدة حياة الغير، مثال ذلك، أن يهب الأب لابنه عقارا ويشترط عليه أداء مرتب مدى الحياة لزوجته العجوز، ولضمان أداء هذا المرتب يشترط عليه ألا يتصرف في المال الموهوب طيلة حياة هذه الزوجة، ففي هذا المثال نجد أن مدة الشرط حددت بحياة الغير (الزوجة).

---

١) الطعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ قضائية – جلسة ١٩٨٥/٣/٣١ مجموعة المكتب الفني – السنة ٣٦ – صـ ٥٣٦.

٢) د. السنهوري – المرجع السابق– الجزء الثامن – حق الملكية – ص٤٧٩.

٣) د. السنهوري – المرجع السابق– ص٤٨٠.

الشرط الثالث: أن يرد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية

هذا الشرط يستفاد أيضا من نص المادة ٨٢٣ القانون المدني المصري حيث نصت على انه إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال...." [١]، الأمر الذي يستفاد منه أن الشرط المانع من التصرف يجب أن يكون واردا في عقد أو وصية[٢].

فالشرط المانع من التصرف قد يرد في عقد[٣]، وغالباً ما يرد هذا الشرط في عقود التبرعات[٤] كعقد الهبة. أما في عقود المعاوضات[٥] كعقد البيع،

---

١) ويلاحظ ان الصياغة التى أتت بها المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي كانت أكثر توفيقا من الصياغة التى أتت بها المادة ٨٢٣ القانون المدني المصري، حيث نصت الأولى على انه " إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته.... "، بينما نصت الثانية على انه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف..... "، فالمادة٨١٥ من القانون المدني الكويتي تحسم ما ثار في الفقه المصري من خلاف بشأن مدى جواز تضمين الوعد بجائزة شرط المنع من التصرف من عدمه، حيث انه في ظل النص المصري، ذهب جانب من الفقه إلى حصر مجال الشرط المانع من التصرف في العقد والوصية فقط، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز تضمين الوعد بجائزة للشرط المانع من التصرف، أما في ظل النص الكويتي فلا يثار هذا الخلاف، لان التصرف القانوني بوصفه مسلك ارادى يهدف إلى إحداث اثر قانوني معين، قد ينتج عن ارادتين أو أكثر، كما هو الحال في العقود كعقد البيع وعقد الهبة، وقد ينتج عن إرادة واحدة منفردة، كما هو فى التصرف بالإرادة المنفردة كالوصية، والوعد بجائزة.

٢) يتناول بعض الفقهاء هذا الشرط تحت مسمى أخر، وهو أن يقع الشرط بعدم التصرف في عمل من أعمال التصرفات (عقد أو وصية) فإذا لم يكن ثمة عمل= = قانوني من إعمال التصرفات يندرج فيه الشرط بعدم التصرف لا يكون الشرط صحيحا (د. محمود خيال . الحقوق العينية الأصلية- صـ ٧٣).

٣) والعقد هو توافق اردتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني (د. مسعد حلمي- عيوب الإرادة وإثرها على التعاقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي – ص٤).

٤) وهى العقود التي يأخذ فيها أحد الطرفين من الآخر دون مقابل كعقد الهبة فالموهوب له يأخذ الشيء الموهوب له دون مقابل.

٥) وهى العقود التي يأخذ فيها كل من الطرفين مقابلاً لما أعطاه للطرف الأخر.

وعقد الإيجار فلا مصلحة جدية للمتصرف إليه في قبول هذا الشرط المانع من التصرف ولكن هذا لا يمنع من تضمن هذا النوع من العقود شرطا مانعا من التصرف. وقد يرد الشرط المانع من التصرف في الوصية[1].

الفرع الثاني
شروط صحة الشرط المانع من التصرف
في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إذا كانت القاعدة في الفقه الإسلامي هي أن الأصل صحة الشروط المقترنة بالعقود بما في ذلك الشرط المانع من التصرف ما لم تحل حراما أو تحرم حلالا لقوله ﷺ " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا احل حراما"[2] [3]، إلا انه باستقراء كتب الفقه الإسلامى نجد أن الفقهاء وضعوا ضوابط، أو شروط لصحة الشرط المانع من التصرف، أولها أن تكون هناك مصلحة من اشتراط هذا الشرط، وثانيها أن تكون هذه المصلحة معلومة، وهذا

---

١) عرف بعض الفقهاء الوصية بقولهم "الوصية تمليك للغير مضاف لما بعد الموت" معجم لغة الفقهاء – دار النفائس للطباعة والنشر– بيروت – لبنان– الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ =١٩٨٥ م جـ١/ صـ٥٠٤). وعرفها البعض الأخر بقولهم " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع " (فتح القدير– ج ٢٤ / ص ١٩٨)، (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – المرجع السابق – ج ١٨ / ص ١٣٠).

٢) السنن الكبرى للبيهقي – المرجع السابق – جـ ٦ / صـ ٧٩.

٣) وفى هذا الصدد يقول ابن تيمية "فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع وآثار الصحابة توافق ذلك كما قال عمر رضي الله = =عنه مقطع الحقوق عند الشروط، وأما الاعتبار فمن وجوه أحدها أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل ذلك على التحريم كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم وقوله {وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ} عام في الأعيان والأفعال وإذا لم يكن حراما لم تكن فاسدة وكانت صحيحة" (القواعد النورانية الفقهية للإمام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ٧٢٨هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، الناشر مكتبة السنة المحمدية، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٧٠هـ/١٩٥١م– ج ٢٩ / ص ١٥٠).

يقتضى تحديد معنى المصلحة قبل التعرض لكل من الشرطين السابقين، وذلك على النحو الاتى:

مفهوم المصلحة:

المصلحة لغة هي الصلاح ضد الفساد[١].

واصطلاحا عرفها بعض علماء الأصول بأنها "المحافظة على مقصود الشرع"، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة[٢].

وتنقسم المصالح بالنظر إلى أهميتها للعباد إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصالح الضرورية وهى التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بمعنى أن هذه المصالح يتوقف عليها حياة الناس في دنياهم، ويتوقف عليها نجاتهم من العذاب في أخراهم، وهى ترجع إلى أمور خمسة حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

النوع الثاني: المصالح الحاجية وهى تلك التي يترتب على فقدها ضيق وتلف للعباد، فهي أمور يحتاج إليها الناس لرفع الحرج ودفع المشقة.

النوع الثالث: فهو المصالح التحسينية أو الكمالية التي من شأنها زيادة الرفاهية بين العباد في اطار ما رسمه وما أباحه الشرع[٣].

---

١) معجم لغة الفقهاء – المرجع السابق– ج ١ / ص ٤٣٢، – القاموس الفقهي للدكتور سعدي أبو حبيب – دار الفكر دمشق – سورية – الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ= ١٩٨٨م ج ١ / ص ٢١٥.

٢) المستصفى – المرجع السابق – ج ١ / ص ٤٣٨.

٣) المستصفى – المرجع السابق – ج ١ / ص ٤٣٨، د. يوسف قاسم . أصول الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص ١٩٥.

الشرط الأول: أن تكون هناك مصلحة من اشتراط الشرط المانع من التصرف:

يشترط لصحة اشتراط الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى، أن تكون هناك مصلحة من اشتراطه.

وقد تكون هذه المصلحة للمشترط ذاته، كمن يبيع داره ويشترط سكناها لمدة يسيرة، مثلا لشهر وقيل السنة، فذلك جائز على حديث جابر[١]، وكمن يبيع عبدا أو غيره ويشترط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن[٢].وقد تكون المصلحة للمشترط عليه، كما لو كان عليه دين لله من زكاة أو كفارة أو نذر أو دين لآدمي فاشترط عليه وفاء دينه من ثمن المبيع أو اشترط المشتري على البائع وفاء الدين الذي عليه من الثمن ونحو ذلك [٣]. وقد تكون المصلحة للغير، والمقصود بالغير هنا من هو خارج التعاقد، مع الأخذ في الاعتبار أن الاشتراط في التعاقد قد يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين وللغير في ذات الوقت فقد ورد فى القواعد النورانية "و يجوز أيضا للمعتق أن يستثني خدمة العبد مدة حياته أو حياة السيد أو غيرهما إتباعا

---

١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،المتوفى سنة ٥٩٥هـ . الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر- الطبعة الرابعة ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م - ج ٢ / ص ١٢٩.

٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الزعينى الحطاب المولود سنة٩٠٢هـ = ١٤٩٧م، والمتوفى سنة ٩٥٤هـ = ١٥٤٧م . تحقيق الشيخ محمد تامر، والشيخ محمد عبد العظيم . الناشر دار الحديث بالقاهرة . طبعة ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م- ج ١٣ / ص ٦٤.

٣) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية – المرجع السابق - القاعدة الثالثة العقود والشروط فيها- ج ٨ / ص ٤٣.

لحديث سفينة لما أعتقته أم مسلمة واشترطت عليه خدمة النبي ﷺ ما عاش" [١].

الشرط الثاني: أن تكون هذه المصلحة معلومة

يشترط لصحة اشتراط الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى، أن تكون المصلحة أو المنفعة محددة ومعلومة. فمن يبيع داره ويشترط سكناها مدة يسيرة، فالمصلحة في ذلك، أو المنفعة المشروطة هي سكنى الدار وهى محددة بمدة يسيرة [٢]، وقد ورد في المغني انه " ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما، ليصح اشتراطها، لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة. فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله، والبائع لا يعرف منزله لم يصح"[٣].

كما ورد في المغني أيضا "إن الثمرة إذا بقيت للبائع، فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها.وبه قال مالك، والشافعي" [٤].

---

١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية – المرجع السابق – القاعدة الثالثة العقود والشروط فيها– ج ٨ / ص ٦.

٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد – المرجع السابق – ج ٢ / ص ١٢٩.

٣) المغني– لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى الجماعيلى الدمشقي المولود عام ٥٤١هجرية والمتوفى عام ٦٢٠ هجرية تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو . هجر للطباعة والنشر . الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م – ج ٨ / ص ١٦٤.

٤) المغني– المرجع السابق – ج ٨ / ص ١٠٩، وورد في القواعد النورانية الفقهية " أنه يجوز لكل من أخرج عينا من ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثني بعض منافعها مما لا يصلح فيه القربة كالبيع فلا بد أن يكون المستثنى معلوما لما روى البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن جابر قال بعته يعني بعيره من النبي ﷺ واشترطت حملانه إلى أهلي وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف فله أن

فتحديد مدة المنفعة في الشرط المانع من التصرف شرط اساسى لصحة هذا الشرط، لان هذا الشرط من شأنه أن يشغل مللك الغير، كما انه من شأنه أن يمنع الطرف الآخر من التصرف الأمر الذي ينبغي معه أن تكون المنفعة محددة ومعلومة.

الفرع الثالث
مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

بعقد المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي فيما يتعلق بشروط صحة الشرط المانع من التصرف، نجد أن الفقه الاسلامى قد أجاز الشرط المانع من التصرف بشروط لا تختلف كثيرا عن ما اشترطه القانون الوضعي، بل أن الفقه الإسلامي كان أكثر دقة وأكثر توفيقا عند تحديده لهذه الشروط، وخاصة فيما يتعلق بشرط تحديد المدة.

ففيما يتعلق بشرط المصلحة، نجد أن كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامى، قد تطلبا هذا الشرط، ويستوي في كليهما، أن تكون هذه المصلحة للمتصرف، أو للمتصرف إليه، أو للغير.

وفيما يتعلق بشرط تحديد المدة، فقد اشترط القانون الوضعي أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة، وأجاز أن تستغرق المدة المعقولة مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، إما في الفقه الاسلامى قان الشرط يكون مقصورا على مدة يسيرة لا تصل إلى حد استغراق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، فقد ورد في بداية المجتهد (فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل السنة، فذلك جائز على حديث

يستثني خدمة العبد ما عاش سيده أو عاش فلان ويستثني غلة الوقف ما عاش الواقف"(القواعد النورانية الفقهية – المرجع السابق – ج ٨ / ص ٣٦).

جابر) [1]. وورد في المغني أيضا "إن الثمرة إذا بقيت للبائع، فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها. وبه قال مالك، والشافعي" [2].

---

١) بداية المجتهد – المرجع السابق – ج ٢ / ص ١٢٩.
٢) المغني– المرجع السابق – ج ٨ / ص ١٠٩.

المبحث الأول
الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي

تمهيد:

إذا نشأ الشرط المانع من التصرف صحيحا، التزم المتصرف له باحترامه، والتزم بالامتناع عن التصرف في المال طوال المدة التى حددت في الشرط المانع من التصرف، فإذا خالف المتصرف له ذلك الشرط بأن قام بالتصرف في المال بالمخالفة للشرط، فما هو الجزاء المترتب على مخالفته لذلك؟

هل يترتب على ذلك بطلان التصرف الاصلى المقترن به الشرط المانع من التصرف ؟

ام يترتب على ذلك بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ؟

بصدد الإجابة على هذه التساؤلات، نجد ان الفقه، والقضاء، انقسم عند تحديد الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي، فقبل صدور القانون المدني المصري الحالي، لم يكن هناك نص، ينص على ذلك، فذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى ان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف، هو أحقية المتصرف في طلب فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وبصدور القانون المدني المصري الحالي نص المشرع صراحة في المادة ٨٢٤ على جعل البطلان جزاءا مترتبا على مخالفة الشرط المانع من التصرف[١]، وإذا كان هذا النص، قد نص

---

١) نصت 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 "، يقابلها المادة ٨٣٣ من القانون المدني الليبي مع اتفاق في الصياغة، ويقابلها المادة ٨١٦ من القانون المدني الكويتي مع اختلاف في الصياغة حيث نصت المادة ٨١٦ من القانون المدني الكويتي على أنه " إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف، ومع ذلك يصح التصرف =

صراحة على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، إلا ان الفقه قد اختلف عند تحديد نوعية هذا البطلان، هل هو بطلان مطلق ؟ ام هو بطلان نسبى ؟، فذهب رأى إلى القول بان الجزاء المترتب مخالفة الشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق للتصرف المخالف، بينما ذهب رأى آخر إلى القول بان الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان النسبي للتصرف المخالف، وذهب رأى آخر إلى القول بان الجزاء المترتب على ذلك هو بطلان من نوع خاص، وعليه ينقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، يخصص المطلب الأول، لبحث ما ذهب إليه الرأي الأول، ويخصص الثاني لبحث ما ذهب إليه الرأي الثاني، ويخصص الثالث لبحث ما ذهب إليه الرأي الثالث، ويخصص الرابع لبحث ما ذهب إليه الرأي الرابع، ويخصص الخامس لبيان رأينا في ذلك، وذلك على النحو الاتى:

المطلب الأول: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

المطلب الثاني: البطلان المطلق للتصرف المخالف

المطلب الثالث: البطلان النسبي للتصرف المخالف

المطلب الرابع: البطلان المقرر للتصرف المخالف بطلان من نوع خاص

المطلب الخامس: رأينا في هذا الموضوع

=المخالف للشرط، إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير"، أما المشرع الاردنى فبعد ما نص فى المادة ١٠٢٨ من القانون المدني على انه " ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقدا كان أو وصية شروط تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محدودة "، نص في المادة ١٠٢٩ على جزاء مخالفة ما نص عليه في المادة السابقة وهو بطلان كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوافر فيه الشروط التى نصت عليها المادة ١٠٢٨ من القانون المدني، وهو ما يعنى ان المشرع الاردنى قد سكت عن بيان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف للشرط المانع من التصرف.

المطلب الأول

فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

تمهيد:

قبل صدور القانون المدني المصري الحالي[1]، لم يكن هناك نص صريح، ينص على الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف[2]، فذهب جانب من الفقه وأيده القضاء في ذلك، إلى القول بأن جزاء الإخلال بالشرط المانع من التصرف إنما يكون بفسخ التصرف المقترن به هذا الشرط، وقد وجهت إلى هذا الرأي عدة انتقادات، وعليه يخصص هذا المطلب لعرض مضمون هذا الرأي، ثم عرض أهم الانتقادات التى وجهت إليه، وذلك على النحو الاتى:

أولا:مضمون الرأي:

يذهب هذا الرأي إلى ان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، إنما يكون بفسخ التصرف المقترن به هذا الشرط، وذلك تأسيسا على ان المتصرف إليه بخروجه على حكم الشرط المانع من التصرف، وتصرفه في المال، يكون قد خالف أحد شروط العقد، الأمر الذي يخول الطرف الأخر، الحق في فسخ العقد، فإذا كان التصرف عقد هبة، أو عقد بيع، واقترنا بهما شرط مانع من التصرف فخالفه الموهوب له، أو المشترى، كان من حق

---

١) صدر القانون المدني المصري الحالي برقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ في التاسع من شهر رمضان سنة ١٣٦٧ هجرية، السادس عشر من شهر يوليو سنة ١٩٤٨ ميلادية، ونشر بالوقائع المصرية بالعدد ١٠٨ بتاريخ ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨ م، ونص في المادة الثانية من مواد الإصدار على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م.

٢)على خلاف ما فعله المشرع في القانون المدني الحالي، حيث نص 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 "، أي انه نص صراحة على تقرير البطلان للتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف.

الواهب، أو البائع المطالبة بفسخ العقد، وفسخ العقد يترتب عليه زوال التصرف الثاني المخالف لشرط المنع من التصرف، فيعود المال إلى ذمة المتصرف الأول (الواهب أو البائع) طبقا لقواعد الفسخ [1].

ومن التطبيقات القضائية لذلك، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه " إذا كانت الورقة الصادرة إلى ام من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد. في تاريخ لاحق لتلك الورقة، وان الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بالا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائة قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف ما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من ان الأولاد ليسوا هم المشترين في الحقيقة بل المشترى هي ألام، وأنها قصدت بإخفاء اسمها ان تختصر الطريق والإجراءات فلا تشترى بعقد ثم تهب بأخر، بل يتم الأمران

---

١) ويذهب الدكتور عبد المنعم البدراوى رحمه الله، انه عند مخالفة المتصرف إليه لشرط المنع من التصرف ببيع المال أو هبته مثلا، فان الأمر لا يخرج عن فرضين، الفرض الأول أن يتضمن الاتفاق جزاء يوقع على المتصرف إليه عند مخالفة الشرط المنع من التصرف، الفرض الثاني ألا يتضمن الاتفاق جزاء يوقع على المتصرف إليه عند مخالفة لشرط المنع من التصرف، ففي الفرض الأول يجب إعمال الجزاء المتفق عليه، فان كان الجزاء المتفق عليه هو اعتبار العقد (المقترن به الشرط المنع من التصرف) مفسوخا عند مخالفته للشرط المانع من التصرف، ففي هذه الحالة يرفع المتعاقدان الشرط المانع من التصرف إلى مرتبة الشرط الفاسخ الصريح، وبناء على ذلك إذا وقعت المخالفة للشرط المانع من التصرف، يفسخ العقد القائم بين المتصرف والمتصرف إليه، وامتد اثر الفسخ إلى العقد الذي ابرمه المتصرف إليه بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، مع ملاحظة القواعد العامة في الفسخ ومنها وجوب تسجيل دعوى الفسخ ان تعلق الفسخ بعقار طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري. (د.عبد المنعم البدراوى . حق الملكية – الملكية بوجه عام وأسباب كسبها – الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية . طبعة سنة ١٩٧٨م صـ ٩٩).

بعقد واحد، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار. والمحكمة اذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشترية الواهبة، وإذ حكمت ببطلان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف، لا تكون قد أخطأت بل طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقا صحيحا، فلا يصح الطعن على الحكم من هذه الناحية، وما يقال من ان شرط عدم التصرف باطل، أو ان الفسخ لم ينص عليه جزاء بمخالفته، مردود بأن اشتراط عدم التصرف قد أقت بحياة الواهبة فهو لا ينافي ترتيب حق الملكية لمن وهبت له، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضعه لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما اخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ. وأما القول بأن إقرار المشترين سابق على الشراء والتملك وانه يخالف عقد البيع في رواية دفع الثمن فلا غناء فيه متى كانت المحكمة قد حصلت فهمها من واقع الدعوى من ان الإقرار وعقد الشراء ولو اختلف تاريخهما إنما هما عن واقعة واحدة وكذلك القول بأن ورقة الإقرار إذ كان تاريخها غير ثابت فلا يجوز الاحتجاج بها على من تصرف له الموهوب لهم بالبيع، فهو مردود بأن الواهبة قد سجلت دعواها بالفسخ قبل ان يسجل المشترى عقد البيع الصادر له وأنها اختصمته في الدعوى" (١).

ومن ذلك، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "ان المادة ٨٢٤ من القانون المدني وان نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الاصلى الوارد فيه هذا الشرط، إلا ان ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد، استنادا إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الأخر له في هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية،

١) نقض مدني . الطعن رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية جلسة ١٩٤٩/١/٢٠.

مما يجيز للمتعاقد معه، طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" [١].

ومن ذلك أيضا، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه " 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 – 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....." [٢].

وباستقراء هذه الأحكام نجد ان محكمة النقض المصرية قد قررت صراحة . انه قبل إصدار القانون المدني الحالي، وفى ظل التقنين القديم . ان القضاء كان تارة يقضى ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، وتارة أخرى يقضى فسخ التصرف الأصلي المقترن به الشرط المانع من التصرف عند مخالفته.

ثانيا: تقييم الرأي:

وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها:-

١) ان الفسخ كجزاء لا يقع إلا في العقود الملزمة للجانبين، عند مخالفة أحد الطرفين لأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد، ومن ثم فإذا

---

١) نقض مدني – الطعن رقم ٢٩٩لسنة ٣٤ قضائية – جلسة ٢٧ /١٩٦٤/٦ – س ١٩ ص ١٢٢٢.

٢) نقض مدني – الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ قضائية – جلسة ٣١ /١٩٧٥/١٢ – س ٢٦ ص ١٧٤٦، الطعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ قضائية – جلسة ٣١ /١٩٨٥/٣ – س ٣٦ ص ٥٣٦.

كان التصرف المقترن به الشرط المانع من التصرف وصية فلا يتصور الفسخ فيه[1].

٢) قيل ان تقرير جزاء الفسخ عند مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، يجاوز قصد الطرفين، لأن المقصود باشتراط الشرط المانع من التصرف هو بقاء المال في ذمة المتصرف إليه لا عودته إلى ذمة المتصرف[2].

المطلب الثاني
البطلان المطلق للتصرف المخالف

تمهيد:

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأن البطلان[3] المقرر بنص المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، هو بطلان مطلق، وقد وجهت إلى هذا

---

١) د. عبد المنعم البدراوى– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٩٩.

٢) د. عبد المنعم البدراوى– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٩٩، د.جابر محجوب على – المرجع السابق – صـ ١١٣.

٣) البطلان نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام غير موجود أو غير قائم، وذلك بسبب اختلال تكوينه، فالبطلان يؤدي إلى انعدام الرابطة القانونية، أو إعدام التصرف، ويمكن التمييز بين نوعين للبطلان، الأول هو البطلان المطلق والثاني هو البطلان النسبي، فالأول (البطلان المطلق) يجعل التصرف منعدم الوجود ولا حاجة إلى تقرير البطلان، ويجوز لكل ذى مصلحة ان يتمسك به ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول هذا البطلان بالإجازة (المادة ١٤١ من القانون المدني المصري يقابلها المادة ١٤٢ من القانون المدني السوري).، ويكون هذا البطلان فى عدة حالات نص عليها المشرع، منها ألا يستوفى العقد أركانه، كانعدام تطابق الإرادتين، و انعدام المحل أو السبب، أو عدم مشروعية محله أو سببه، فإذا صدر التعبير عن الإرادة من عديم التمييز كان باطلا بطلانا مطلقا ولو كان العقد لمصلحته (المادة ١١٠ من القانون المدني المصري يقابلها المادة ١١١ من القانون المدني السوري)، وكذلك بالنسبة للمحل يجب أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في = =المستقبل وإذا لم يكون موجودا عند التعاقد بل كان قد هلك فان العقد

الرأي عدة انتقادات، وعليه يخصص هذا المطلب لعرض مضمون هذا الرأي، ثم عرض أهم الانتقادات التى وجهت إليه، وذلك على النحو الاتى:

أولا:مضمون الرأي:

ذهب هذا الرأي إلى ان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، هو البطلان المطلق للتصرف المخالف[1]، وبناءا على ذلك، يجوز للمتصرف المطالبة ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع من

يكون باطلا بطلانا مطلقا وإذا كان المحل مستحيل الوجود في المستقبل استحالة مطلقة فان العقد يكون باطلا مطلقا وكذلك من شروط المحل أن يكون معينا او قابلا للتعيين وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.بالإضافة لذلك فان المحل يجب أن يكون مشروعا فإذا كان عكس ذلك فانه إي العقد يكون باطلا (المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ من القانون المدني المصري يقابلها المواد من ١٣٢ إلى ١٣٦ من القانون المدني السوري). والثاني البطلان النسبي الذي يجعل العقد أو التصرف قابلا للإبطال ففيه يكون العقد قائما ولكن معيبا بعيب من عيوب الرضا وهي نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ويكون طلب إبطال العقد لناقص الأهلية، ولمن عيب رضاه بان وقع في غلط أو للمدلس عليه أو المكره أو لمن استغل فان أجاز احدهم العقد أو التصرف، أوتنازل عن طلب الإبطال فيصح العقد ويبقى قائما منتجا لأثاره(المواد من ١١٩ إلى ١٣٠ من القانون المدني المصري يقابلها المواد من ١٢٠ إلى ١٣١ من القانون المدني السوري) وهذا النوع من البطلان لا يجوز ان يتمسك به إلا من شرع لمصلحته ، وليس للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها، ويزول هذا البطلان بالإجازة (المواد من ١٣٨ إلى ١٣٩ من القانون المدني المصري يقابلها المواد من ١٣٩ إلى ١٤٠ من القانون المدني السوري).

١) د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٦٣، محمد كامل مرسى باشا – المرجع السابق – صـ ٤٥١، د. محمد على عرفة – المرجع السابق – صـ ٣٦٥، د. توفيق حسن فرج . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ ٢٠٧ وما بعدها، د.منصور مصطفى منصور – حق الملكية في القانون المدني المصري – الناشر مكتبة عبد الله وهبة طبعة ١٩٦٥م – صـ ١١٥.

التصرف في جميع الأحوال (أي حتى في الحالات التى يكون الباعث على الشرط المانع من التصرف هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه)، ويجوز لدائني المتصرف أيضا حق طلب البطلان إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، كما لو كان شرط المنع قد وضع لكفالة رجوع المال إلى المتصرف في حالة وفاة المتصرف إليه قبله، وكذلك يجوز للمتصرف إليه، والغير أيضا حق طلب البطلان إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأحد منهما، ويطلبه أيضا دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في ذلك [1]، واستند هذا الرأي، في تأييد ما ذهب إليه إلى الاتى:-

١) ان المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٢٤ من القانون المدني[2] على انه " إذا كان شرط المنع من التصرف، الوارد في العقد، أو الوصية صحيحا، طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف يقع مخالف له بقع باطلا"، يكون قد أخذ بالرأي الذي ذهب إلى تكييف الشرط المانع من التصرف على انه تكليف أو قيد عيني، يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها،

---

١) د. محمد على عرفة – شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٣٦٧

٢) يتفق مع المشرع المصري في هذه الصياغة للجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، المشرع السوري، حيث نص في المادة ٧٧٩ من القانون المدني على انه " إذا كان شرط المنع من التصرف، الوارد في العقد، أو الوصية صحيحا، طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف يقع مخالف له بقع باطلا"، أما المشرع الكويتي فقد خالف المشرع المصري في هذا الصدد، حيث نص في المادة ٨١٦ من القانون المدني على انه " إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا وتصرف المشروط عليه لما يخالف الشرط جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير".

ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفا للشرط المانع من التصرف بطلانا مطلقا[١].

٢) أن المشرع حينما استخدم عبارة " بقع باطلا " يقصد البطلان المطلق، وإذا كان المشرع يقصد البطلان النسبي لاستخدم عبارة " قابل للإبطال"[٢].

٣) أن المشرع حينما قرر البطلان المطلق كجزاء على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، يكون قد عالج عيبا وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه إلى البطلان النسبي، فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف ولكل ذي شأن أن يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط حتى ولو كان الشرط المانع من التصرف قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده، فأصبح للشرط المانع من التصرف قيمة عملية تؤدى إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا للشرط المانع من التصرف، سواء تقرر لمصلحة المتصرف، أو لمصلحة المتصرف له، أو لمصلحة الغير[٣].

٤) استند كذلك هذا الرأي إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي "تعليقا على نص المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدي التى أصبحت فيما بعد المادة ٨٢٤، فإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما – الباعث المشروع والمدة المعقولة – فالشرط المانع من التصرف صحيح. فان خولف، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف، وقد حسم المشرع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة، إذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الاصلى، والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف، إذ له دائما مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك

---

١) د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٨٧، د. جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ٦٥.

٢) د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٨٧، د.منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – صـ ١١٥.

٣) د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٤٨٩.

المتصرف له أو الغير، إذ الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما. وهذه هي القاعدة التى سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير" [١].

ثانيا: تقيم الرأي:

وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها:

١) ان القول بأن الشرط المانع من التصرف، يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها، ويترتب على ذلك البطلان المطلق، قول لا يستقيم والقواعد القانونية، لان طبع المال بعدم جواز التصرف فيه لا يأتي إلا عن طريق المشرع ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة لا المصلحة الشخصية[٢].

٢) أما الاستناد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي التى قررت ان التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا فهو من قبيل الاجتهاد من جانب واضعيها، وهو اجتهاد قد يخطئه التوفيق[٣].

٣) أما القول بأن البطلان المطلق هو الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، قد جعل للشرط المانع من التصرف قيمة عملية تؤدى إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا للشرط المانع من التصرف، سواء تقرر لمصلحة المتصرف، أو لمصلحة المتصرف له، أو لمصلحة الغير، يرد عليه بأن المتصرف يكون له دائما مصلحة في عدم

---

١) مجموعة الأعمال التحضيرية – الجزء السادس– صـ ٧٧.

٢) د. جميل الشرقاوى – نظرية بطلان التصرف القانوني – الناشر دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٣م – صـ ١١١.

٣) د. عبد المنعم البدراوى– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ١٠٥.

مخالفة شرط المنع من التصرف، ولو كانت هذه المصلحة أدبية وبالتالي يكون له دائما أن يطلب بطلان التصرف المخالف [١].

٤) القول بأن الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق، لا يتفق مع الغرض المقصود من شرط منع التصرف، إذ البطلان المطلق إنما يجعل لكل ذي مصلحة حق التمسك به، ويفرض على المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه احد الخصوم في الدعوى، كما لا ترد عليه الإجازة، بينما المفروض ان شرط المنع من التصرف إنما يشترط ليحقق مصلحة مشروعة لأحد الأشخاص، وهذا يستلزم بداهة إعطاء هذا الشخص الذي تقرر الشرط لمصلحته الحق في التمسك بهذه الحماية أو التنازل عنها وإجازة [٢]. التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف [٣].

---

١) د. عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق – صـ١٤٧، د. محمود خيال . الحقوق العينية الأصلية – صـ ٨٢.

٢) لذلك نجد ان المشرع الكويتي كان أكثر توفيقا في هذه الجزئية من لمشرع المصري، إذ نص المشرع الكويتي صراحة في المادة ٨١٦ من القانون المدني على انه " إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا وتصرف المشروط عليه لما يخالف الشرط جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف، ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير ".

٣) د. حسن كيره . الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية – المرجع السابق – صـ ٢٧١، د. عبد المنعم فرج الصدة . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ١٤٦.

المطلب الثالث
البطلان النسبي للتصرف المخالف

تمهيد:

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأن البطلان المقرر بنص المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، هو بطلان نسبى، وقد وجهت إلى هذا الرأي عدة انتقادات، وعليه يخصص هذا المطلب لعرض مضمون هذا الرأي، ثم عرض أهم الانتقادات التى وجهت إليه، وذلك على النحو الاتى:

أولا:مضمون الرأي:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو البطلان النسبي[١] للتصرف المخالف [٢]، ويردون ذلك إلى المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري التى تنص على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بالالتزام ، جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"[٣].

فأنصار هذا الرأي يعتبرون ان التزام المتصرف إليه باحترام الشرط المانع من التصرف التزاما بامتناع عن عمل[٤]، ويعتبرون إبطال التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، هو من قبيل التنفيذ العيني للإلتزام الواقع على

---

١) وهذا ما قرره المشرع الكويتي صراحة بالمادة ٨١٦ من القانون المدني.

٢) د. نعمان محمد خليل جمعة – الحقوق العينية – المرجع السابق – صـ ٤٠٠، د. حسن كيره – المرجع السابق – صـ ٢٧٦، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ ٦٥.

٣) يقابلها المادة ٢١٣ من القانون المدني السوري وتتفق معها في الصياغة.

٤) إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، فان مجرد قيامه بذلك العمل يعتبر إخلالا بالالتزام، ويرتب مسئوليته (د. إسماعيل غانم . النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني – الناشر مكتبة عبد الله وهبه – طبعة سنة ١٩٦٧م – صـ ١٩).

عاتق المتصرف إليه بالامتناع عن التصرف، طبقا للشرط المانع من التصرف، أما القول بأن البطلان المراد في المادة ٨٢٤ مدني هو البطلان المطلق، فهو قول لا يستقيم مع الغرض الذي يبتغى من وراء الشرط المانع من التصرف، إذ هو يستهدف تحقيق مصلحة مشروعة لأحد الأشخاص (المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير) فكان لزاما ان يتقرر البطلان لصاحب المصلحة، الذي يكون له وحده إجازة التصرف المخالف ليصبح صحيحا، كما أنه ليس للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها[١].

ثانيا: تقييم الرأي:

وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها، ان المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري التى تنص على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بالالتزام ، جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"، إذا كانت تعطى للدائن – في الالتزام بامتناع عن عمل – حق اللجوء إلى القضاء لطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، فان هذا ليس معناه تجريد المحكمة من سلطتها التقديرية، فقد تستجيب المحكمة لطلب الدائن، وقد ترفضه، بل قد تكتفي المحكمة بالقضاء بتعويض نقدي' فان المحكمة لا تملك هذه السلطة التقديرية عند المطالبة بإعمال نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني، فتلتزم المحكمة إما بالقضاء بالبطلان، عند التثبت من تحقق مخالفة التصرف للشرط المانع من التصرف، وإما برفض الدعوى عند التثبت من عدم مخالفة التصرف للشرط المانع من التصرف، ولا تملك المحكمة القضاء بإلزام المتصرف إليه بتعويض نقدي بدلا من القضاء بالبطلان.

---

١) د. عبد المنعم البدراوى– حق الملكية – المرجع السابق – صـ ١٠٥.

المطلب الرابع
البطلان المقرر للتصرف المخالف
بطلان من نوع خاص

مضمون الرأي

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري ليس بطلانا مطلقا، وان كان أشبه إلى البطلان النسبي، إلا انه ليس بطلانا نسبيا، لأنه ليس تطبيقا دقيقا لأحكامه[1]، وذلك لأن الجزاء الذي نص عليه المشرع في المادة ٨٢٤ مدني، نص عليه المشرع، وأخذ به القضاء، لكي يستجيب للغرض المقصود من الشرط، وما دام الأمر كذلك، فان أحكام هذا البطلان، تتحدد وفقا للغرض المذكور، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، دون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة في البطلان، وعليه فالأصل في هذا الخصوص أنه من يجوز له التمسك بالبطلان، هو الشخص الذي تقرر الشرط لمصلحته، ويصدق هذا الأصل على المشترط وعلى الغير، فمن تقرر الشرط المانع من التصرف لمصلحته منهما، كان هو وحده صاحب الحق في التمسك ببطلان التصرف الذي وقع مخالفا للشرط المانع من التصرف، كما يكون له النزول عن التمسك ببطلان التصرف وإجازته، أما في الحالات التى يكون الشرط المانع من التصرف مقرر لمصلحة المالك (المتصرف إليه) فان قصر الحق في التمسك ببطلان التصرف الذي وقع مخالفا للشرط المانع من التصرف وإجازته – في هذه الحالات – على المالك (المتصرف إليه)، يجرد الشرط المانع من التصرف من قيمته، إذ يستطيع المتصرف إليه حينئذ، أن يتصرف بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، دون ان يطلب البطلان، وفى هذه الحالة لا تكون هناك فائدة من الشرط، ولذلك يتعين في هذه الحالة أن يعطى الحق للمتصرف في التمسك بالبطلان، أو إجازة التصرف، باعتبار أن المتصرف يكون له دائما مصلحة في

---

١) د.جابر محجوب على – المرجع السابق – صـ ١١٣.

عدم مخالفة شرط المنع من التصرف، ولو كانت هذه المصلحة أدبية، وبالتالي يكون له دائما أن يطلب بطلان التصرف المخالف [١].

موقف القضاء

أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي، وذهبت في أحكامها إلى ان الجزاء الذي وضعته المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري على مخالفة الشرط المانع من التصرف، وهو البطلان، ليس بطلانا مطلقا، بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع من التصرف، وهى حماية مصلحة مشروعة لشخص معين، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها، على صاحب هذه المصلحة وحده، ويمتنع على المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها. وتطبيقا لذلك فقد قضت بأن "البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني، لمخالفة شرط المنع من التصرف، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ليس مطلقا، بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع، وهى 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، وكان اشتراط حظر التنازل عن الشقة، في عقد شراء مورث الطاعنين، مقرر لحماية مصلحة خاصة للشركة البائعة إلى ان تستوفى كامل الثمن، فان لهذه الشركة وحدها التمسك بإبطال التصرف الذي يقع مخالفا لشرط المنع، أو النزول عن هذه الحماية، وإذ قرر وكيل الشركة البائعة، الموافقة على التصرف الصادر من الطاعنين، ولم يتمسك بإبطال هذا التصرف كجزاء على مخالفة ذلك الشرط،

---

١)، د.جابر محجوب على – المرجع السابق – صـ ١١٣، د. محمود خيال . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ ٨٢، المستشار / محمد عزمي البكرى – موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني (حق الملكية) – الناشر دار محمود للشر والتوزيع – ج ١٤ / ص ٥٥٠.

فلم يكن لهؤلاء ان يتمسكوا به، وبالتالي لا يقبل منهم النعي على الحكم المطعون فيه لهذا السبب" [١].

كما قضت بأنه "والنص 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 – 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، وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف، هو المتصرف، إذ له دائماً مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما "، ومن ثم يتحتم 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 أقتصر على بيان طبيعة الجزاء و هو البطلان دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التى تغياها المشرع منه، وهي حماية المصلحة الخاصة المشروعة، لا المصلحة العامة"[٢].

---

١) نقض مدني – الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٤٩ قضائية – جلسة ٢٤ /١٩٨٣/٣.

٢) نقض مدني – الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ قضائية – جلسة ٣١ /١٩٧٥/١٢ – س ٢٦ ص ١٧٤٦، الطعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ قضائية – جلسة ٣١ /١٩٨٥/٣ – س ٣٦ ص ٥٣٦.

المطلب الخامس
رأينا في هذا الموضوع

تمهيد:

ومن جانبنا نرى، انه إذا خالف المتصرف إليه، الشرط المانع من التصرف، فان ذلك من شأنه ان يترتب عليه بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف طبقا لصريح نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني، فضلا عن حق المتصرف، في فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وذلك استنادا للقواعد العامة في الفسخ، وذلك على النحو الاتى:-

أولا: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف

ثانيا: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

أولا: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف:

وهذا الجزاء نص عليه المشرع صراحة في المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، فهو جزاء ينال من التصرف الجديد الذي أتاه المشترط عليه، بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، ولا ينال من التصرف الاصلى الذي اشترط فيه عدم التصرف[١].

ويترتب هذا الجزاء أيا ما كانت طبيعة التصرف الجديد، أي سواء كان من المعاوضات، ام كان من التبرعات، وسواء كان في صورة عقد، كعقد البيع أو عقد الهبة، ام كان في صورة تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية.

وإذا كان الجزاء الذي قرره المشرع المصري في المادة ٨٢٤ من القانون المدني، قد يترتب عليه الإضرار بحقوق من تعامل مع المشترط عليه [٢]، فانه

---

١) د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية في ذاته، خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه – شركة الطبع والنشر الأهلية – طبعة ١٣٨٠هـ /١٩٦٠-١٩٦١م . صـ ١٠٨.

٢) وهذا يتضح بالمثال الاتى: إذا وهب (أ) مالا إلى(ب) واشترط عليه في عقد الهبة عدم التصرف في هذا المال طوال حياته(حياة أ)، فقام (ب) ببيع هذا المال إلى (ج)= =

يخفف من اثر ذلك، ما اشترطه القانون لنفاذ الشرط المانع من التصرف في حق الغير، بحيث لا يكون الشرط المانع من التصرف الوارد على عقار نافذا في حق الغير (المتصرف إليه الجديد الذي تعامل مع المشترط عليه المخالف لشرط المنع من التصرف)، إلا إذا سجل هذا الشرط في الشهر العقاري، ويتم تسجيله عادة مع تسجيل التصرف الاصلى، إذا كان وردا في العقد الذي ينقل الملكية، فإذا ورد الشرط في تصرف لاحق على التصرف الناقل للملكية، وجب تسجيل هذا الشرط حتى يمكن الاحتجاج به على الغير[1]، لان المادة التاسعة

حال حياة (أ)، فان (ب) في هذا المثال يكون قد تصرف بالبيع، بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، الأمر الذي يتيح لـ (أ) ان يطلب بطلان التصرف الجديد، الذي وقع بالمخالفة للشرط المانع الوارد في عقد الهبة، وهذا من شأنه الإضرار بحق المتصرف إليه الجديد (ج)، خاصة وان تصرفه.

١) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه " المقرر في ظل القانون المدني القديم، وقبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ان الملكية في العقار تنتقل إلى المشترين بمجرد التعاقد دون حاجة إلى التسجيل، وان الشرط الذي يمنع المشترى من التصرف في العين المشتراة إلا بعد سداد ثمنها كاملا، لا ينفذ في حق الغير الذي تلقى العين مثقلة بهذا الشرط، إلا بتسجيل الشرط المانع ضمن تسجيل التصرف الاصلى الذي نقل العين مثقلة بالشرط، فيذكر في تسجيل التصرف الاصلى ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع، ولا يكون الشرط المانع حجة على الغير، إلا من تاريخ تسجيله، لما كان ذلك، وكانت الجهة الطاعنة قد باعت إلى مورث المطعون ضدهم من السادسة حتى الأخيرة، بموجب عقد البيع في عام ١٩٢١، الأرض الزراعية موضوع التداعي، فان الملكية تنتقل إلى المشترى من تاريخ التعاقد، عملا بالقانون الساري في ذلك الحين، وإذ كانت الجهة البائعة اشترطت على المشترى منها، عدم التصرف إلا بعد سداد الثمن، فان هذا الشرط لا يسرى في حق الغير إلا من تاريخ تسجيل العقد الذي تضمنه، ولا يكون له اثر على الغير حسن النية الذي اشترى من المشترى وسجل عقده قبل تسجيل العقد المحتوى على هذا الشرط إذ ان القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق = =تسجيلها، إعلاما لكل شخص بوجود الحق العيني الذي شهر بحيث يكون حجة على جميع

من قانون الشهر العقاري لا تقتصر على التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو زواله، بل هي تشمل أيضا تلك التى يترتب عليها تغيير حق من الحقوق. وفى حالة ورود الشرط المانع من التصرف الوارد على منقول فان قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق كفيلة بحماية الحائز حسن النية الذي تعامل مع المشترط عليه بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، فلا يحتج بالقيد الناشىء من اشتراط المنع من التصرف على من حاز المنقول بسبب صحيح جاهلا وجود الشرط المانع من

أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم، وهو مقيد بالسجل إذ أنهم معتبرون قانونا عالمين بوجوده، ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ان إشهار شرط عدم التصرف لم يتم إلا بإشهار ذات العقد الصادر من الجهة الطاعنة بتاريخ ١٩٢١/١٢/١٤، اى بعد ان انتقلت الملكية للمشترين (المستأنف عليه الأول، ومورث المستأنف عليهم من الثاني إلى الخامسة) بتسجيل عقدهما في ١٩٢١/٧/١٩، فلا ينفذ الشرط في حقهما لأنهما لم يكونا عالمين به بسبب عدم إشهاره وقت حصول البيع الصادر لهما من المشترى من الجهة الطاعنة وانتقال ملكية القدر المبيع لهما بالعقد ثم بتسجيل هذا العقد بعد ذلك وقبل تسجيل عقد المشترى من الجهة الطاعنة، وكان مفاد هذا الحكم انه اعتد بحق مورث المطعون ضدهم الخمسة الأول المشترى من الطاعنين بالنسبة للعقار المبيع ورتب على تعاقد الطاعنين مع المشترين الأول انتقال ملكية العقار المبيع إليهم، ثم رتب على التعاقد الأخير من المشترين من الطاعنين ومورث المطعون ضدهم الخمسة الأول، انتقال ملكية العقار إليهم، وان ما تضمنه العقد الأول من شرط مانع للتصرف لا يسرى في حقهم لعدم إشهاره قبل تعاقدهم وإشهار ذلك التعاقد فانه يكون قد صادف صحيح القانون الذي تم التعاقد موضوع المنازعة في ظله، ولا عبرة بالتسجيل اللاحق لعقد بيع الجهة الطاعنة، إذ انه إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه، ومن ثم فان النعي ببطلان العقد الصادر إلى مورث المطعون ضدهم الخمسة الأول، وصحة امتياز الحكومة على العقار المبيع يكون على غير أساس" (نقض مدني – الطعن رقم ٥١ لسنة ٤١ قضائية – جلسة ٢٨ /١٩٧٨/٦م).

التصرف المقيد لسلطة المشترط عليه، وذلك طبقا لنص المادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري [١] التى تنص على انه " من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فأنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية فانه يكسب ملكيه خالصة منها. والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك "[٢].

ونرى ان المشرع الكويتي كان أكثر توفيقا من المشرع المصري، فيما يتعلق بحماية حقوق الغير من الشرط المانع من التصرف حيث نص المشرع الكويتي على أنه " لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف، أو كان في مقدوره أن يعلم به. فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت الشهر" [٣].

وفيما يتعلق بنوعية البطلان المقرر بالمادة السابقة، هل هو بطلان مطلق ام بطلان نسبى، فإننا نرى تأييد الرأي القائل بأن البطلان المقرر للتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو بطلان من نوع خاص، فلا هو بطلان مطلق، حيث ان مخالفة الشرط المانع للتصرف لا تعد إخلالا بركن من الأركان الأساسية للعقد، وهى التراضي والمحل والسبب، ولا هو بطلان نسبى، حيث ان مخالفة الشرط المانع للتصرف لا تعد إخلالا بشروط صحة التراضي، وفى هذا الصدد قضى بان "رغم النص في المادة ٨٢٤ من القانون المدني على ان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف يعتبر باطلا، فان اتفاق الفقه

---

١) يقابلها المادة ٩٢٧ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٨٠ من القانون المدني الليبي.

٢) د. إسماعيل غانم . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ ٦٤، د. حسن كيره . الحقوق العينية الأصلية – المرجع السابق – صـ ١٥٠.

٣) المادة ٨١٧ من القانون المدني الكويتي.

على أثار البطلان المقررة في المادة ٨٢٤ مدني، واختلاف الآثار ناتج من ان الشرط المانع من التصرف ورد على خلاف الأصل في حق الملكية، وما يخوله للمالك من سلطة التصرف في ماله، كما تقوم مشروعيتة على حمايتة لمصلحة مشروعة للمشترط أو المتصرف إليه أو الغير، وأن يكون مؤقتا بحيث يعود للمالك بعد انتهاء فترة المنع، حقه الطبيعي في التصرف ى ملكه، وللقضاء رقابة على تحقيق هذا الشرط لصحة الشرط المانع بحيث يكون له إبطاله إذا ما تخلفت أحد شروط صحته، ذلك ان تقرير مشروعية المصلحة المراد بالشرط المانع من التصرف حمايتها، ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك، متى بنى رأيه على أسباب سائغة، وعلى ذلك فان أثار البطلان المقررة بالمادة ١٤١ من القانون المدني، وهى جواز التمسك بالبطلان من كل ذي مصلحة، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها، وعدم زوال البطلان بالإجازة، هذه الآثار لا تسرى جميعها على التصرف المخالف للشرط المانع إلا بالقدر الذي يتفق مع الأغراض المقصودة من الشرط المانع، والواقع ان أحكام البطلان طبقا للقواعد العامة، لا تتفق مع الغرض المقصود من الشرط، سواء في ذلك البطلان المطلق، أو البطلان النسبي، بل ان البطلان نفسه ليس هو الجزاء الذي تقضى به القواعد العامة عند مخالفة الشرط، وإنما هو جزاء اخذ به القضاء ونص عليه الشارع لأنه يستجيب للغرض المقصود من الشرط، وما دام الأمر كذلك فان أحكام هذا البطلان تتحدد وفقا للغرض المذكور دون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة في البطلان، أما عن أثار البطلان عند مخالفة لشرط المانع، فان هذا البطلان ليس مقررا لكل ذي مصلحة كما هو الشأن في الآثار العادية للبطلان في القانون المدني، ولكنه مقرر فقط لمن تقرر الشرط المانع لمصلحته دون الآخرين، فإذا تقرر الشرط لمصلحة المشترط أو المتصرف كان له وحده حق التمسك بالبطلان، وتوضح المحكمة هنا ان الغير في الشرط المانع من التصرف ليس هو الاجنبى عن العقد، ولكنه من تقرر الشرط لمصلحته، كما ان هذا البطلان تلحقه الإجازة إذا صدرت ممن شرع

الشرط لحمايته، فيجوز له ان ينزل عن طلب البطلان ويجيز التصرف، وتطبيقا لذلك، فان التصرف موضوع المنازعة والمخالف للشرط المانع لا يلحقه البطلان من تلقاء نفسه، ولمخالفته الشرط المانع كما لم تطالب المصلحة المقرر لمصلحتها الشرط بالبطلان، ولم يصدر حكم به، وليس للمطعون ضدها الأولى حق المطالبة به، لأنها ليست من الغير في خصوصية العقد موضوع المنازعة، كما ان في وقائع المنازعة وأوراقها مما يدل على تنازل المصلحة البائعة عن حقها في التمسك بالبطلان وإجازة التصرف، وهو حق مقرر لها قانونا، مما ترى معه المحكمة ان العقد الصادر من المطعون ضدها الثانية إلى الطاعنين صحيح ونافذ قانونا، عند العمل بأحكام القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ويعتد به في تطبيق أحكام هذا القانون لثبوت تاريخ التصرف قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المشار إليه بدون منازعة من احد وبذلك يكون القرار المطعون فيه على غير أساس سليم من القانون متعينا إلغاؤه " [١].

ثانيا: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف:

إذا خالف المتصرف إليه، الشرط المانع من التصرف، فان ذلك من شأنه ان يعطى المتصرف، حق فسخ [٢] العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وذلك استنادا للقواعد العامة في الفسخ في القانون المدني، حيث تنص المادة

---

١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٦ لسنة ١٨ قضائية – جلسة ٢٨ /١٩٧٤/٥.

٢) الفسخ هو حق كل متعاقد في عقد تبادلي في أن يطلب – متى تخلف المتعاقد الأخر عن الوفاء بالتزامه – حل الرباط التعاقدي ليتحلل هو مما فرضه عليه العقد، حتى إذا تم الفسخ زال العقد وزالت أثاره – على الأقل في العقود الفورية – بأثر رجعى (د. احمد حشمت أبو ستيت . نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد . الكتاب الأول– مصادر الالتزام . طبعة سنة ١٩٥٤م – صـ٣٣٩)، أو هو كما عرفه البعض الأخر من الفقه (حل الرابطة العقدية، بناء على طلب احد طرفي التعاقد، إذا اخل الطرف الآخر بالتزاماته) (د. عبد الفتاح عبد الباقي . موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامى _ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي _ طبعة ١٩٨٤_ صـ٦١١).

١٥٧ من القانون المدني على انه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفى احد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الأخر، بعد اعذره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد، أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض ، ويجوز للقاضي، ان يمنح المدين أجلا، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له ان يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبة إلى الإلتزام في جملته". وتنص المادة ١٥٨ من ذات القانون على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". وتنص المادة ١٥٩ من ذات القانون أيضا على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وتنص المادة ١٦٠ من ذات القانون أيضا على انه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا، إمكانية تمسك المتصرف بفسخ العقد المتضمن للشرط المانع من التصرف، وذلك عند مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، بوصف ذلك إخلالا بالتزامه طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني.

<u>شروط الفسخ:</u>

ويشترط لتمسك المتصرف بطلب فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف عند مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، ان تتوافر الشروط الاتية:

أولا: ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين

ثانيا: إخلال المتصرف إليه بتنفيذ التزامه

ثالثا: اعذار المتصرف إليه

<u>أولا: ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين</u>

فيجب أولا ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين، لان الفسخ يقوم على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، والالتزامات المتقابلة لا تكون إلا في العقود الملزمة للجانبين [١]، فلا مجال لإعمال الفسخ في الحالات التى يرد فيها الشرط المانع من التصرف في وصية، وهو أمر تقتضيه طبيعة الفسخ[٢].

وإمكانية تمسك المتصرف بفسخ العقد المتضمن للشرط المانع من التصرف، وذلك عند مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، حق مقرر له سواء نص العقد على ذلك صراحة[٣]، أم لم ينص في العقد على ذلك[١]، فهو لا يحرم من هذا الحق إلا إذا اتفق على ذلك صراحة.

---

١) د. عبد الودود يحي – الموجز في النظرية العامة للإلتزام . القسم الأول مصادر الإلتزام . الناشر دار النهضة العربية . طبعة سنة ١٩٨٩م – صـ١٩٠.

٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي . موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامى – المرجع السابق – صـ٦١١.

٣) ويسمى الفسخ في هذه الحالة بالفسخ الاتفاقى، وهو جائز استنادا لنص المادة ١٥٨ من القانون المدني التى نصت على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". وهو ما يسمى بالشرط الصريح الفاسخ، وهذا الشرط يأتي بعدة صيغ، منها: ان يتم الاتفاق في العقد على انه إذا لم يلتزم المتصرف إليه بالشرط المانع من التصرف يعتبر العقد مفسوخا، ولا يعفى هذا الاتفاق في هذه الصورة من الاعذار، ولا من صدور حكم من القضاء بالفسخ، كما ان القاضي لا يسلب سلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ أو قبوله، والحكم الذي يصدر بالفسخ فى هذه الحالة يكون حكما منشئا، ومنها: ان يتم الاتفاق في العقد على انه إذا لم يلتزم المتصرف إليه، بالشرط المانع من التصرف يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، والشرط بهذه الصيغة يحرم القاضي سلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ أو قبوله بحيث يجب عليه ان يحكم بالفسخ ولكن هذا الشرط فى هذه الصورة لا يعفى= = من الاعذار، والحكم الذي يصدر بالفسخ في هذه الحالة أيضا يكون حكما منشئا، ومنها: ان يتم

ثانيا: إخلال المتصرف إليه بتنفيذ التزامه

يجب لإمكانية فسخ العقد المتضمن للشرط المانع من التصرف، إخلال المتصرف إليه (المشترط عليه) بتنفيذ التزامه المتمثل في احترام الشرط المانع من التصرف، فإذا خالف المشترط عليه الشرط المانع من لتصرف الملقى على عاتقه بموجب العقد الاصلى، وتصرف في المال بالمخالفة لذلك، جاز للمشترط المطالبة بفسخ العقد.

الاتفاق في العقد على انه إذا لم يلتزم المتصرف إليه، بالشرط المانع من التصرف يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى حكم، والشرط بهذه الصيغة يحرم القاضي سلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ أو قبوله بحيث يجب عليه ان يحكم بالفسخ ولا يعفى الشرط فى هذه الصورة من الاعذار، والحكم الذي يصدر بالفسخ فى هذه الحالة يكون حكما كاشفا أو مقررا لا منشئا، وأخيرا قد يتم الاتفاق في العقد على انه إذا لم يلتزم المتصرف إليه، بالشرط المانع من التصرف يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى حكم قضائي أو اعذار، والشرط بهذه الصيغة يكون قد وصل إلى أقصى صوره بحيث يحرم القاضي سلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ أو قبوله بحيث يجب عليه ان يحكم بالفسخ، ويعفى الشرط فى هذه الصورة من الاعذار، والحكم الذي يصدر بالفسخ فى هذه الحالة يكون حكما كاشفا أو مقررا لا منشئا. وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "" هناك فرق بين الفسخ الضمني وبين الفسخ الاتفاقى، ففي الفسخ الأخير تنحسر سلطة المحكمة، فلا يكون لها من سلطة، وعليها إيقاع الفسخ، كما لا تملك المحكمة بشأنه منح مهلة للمدين، كما لا يتوقى المدين الفسخ ولو أوفى بالتزاماته، فضلا عن أن الحكم الصادر من المحكمة في هذه الحالة حكم كاشف وليس مقرر للفسخ كما في الفسخ الضمني، والشرط الفاسخ الصريح للعقد يكون باتفاق طرفيه بصيغة صريحة على وجوب الفسخ في حالة عدم وفاء أيهما بالتزاماته دون حاجة لرفع دعوى الفسخ ويجب على القاضي إعمال أثره متى تحقق من حصول المخالفة الموجبة له ويكون حكمه مقررًا للفسخ وليس منشئًا له" (نقض مدني – الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ قضائية – جلسة ٢٧ /١٩٨٣/١ – س ٣٤ ص ٣٢٠).

١) ويسمى الفسخ في هذه الحالة بالفسخ القضائي.

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "ان المادة ٨٢٤ من القانون المدني وان نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الاصلى الوارد فيه هذا الشرط، إلا ان ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد، استنادا إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الأخر له في هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية، مما يجيز للمتعاقد معه، طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني"[١].

ثالثا: إعذار المتصرف إليه

يجب أخيرا ان يقوم المتصرف (طالب الفسخ) باعذار[٢] المتصرف إليه (المخل بتنفيذ التزامه باحترام الشرط المانع من التصرف)، وهذا لا يعنى انه إذا رفعت دعوى الفسخ دون سابقة الاعذار يقضى بعدم قبولها، لان رفع الدعوى في ذاته يعد اعذار، وتبدوا أهمية الاعذار، في انه إذا بادر المتصرف (طالب

---

١) نقض مدني – الطعن رقم ٢٩٩لسنة ٣٤ قضائية – جلسة ٢٧ /١٩٦٤/٦ – س ١٩ ص ١٢٢٢.

٢) الاعذار إجراء يقصد به وضع المدين الذي لا يفي بالتزامه موضع المخطىء أو المقصر (د. عبد الفتاح عبد الباقي – دروس أحكام الالتزام – المرجع السابق – صـ٥٠) ويحصل الاعذار بعدة وسائل نصت عليها المادة ٢١٩ من القانون المدني، حيث نصت على أن "يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز ان يكون الأعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى اى إجراء أخر"، و نصت المادة ٢٢٠ من القانون المدني، على الحالات التى لا يلزم فيها الاعذار حيث نصت على أن " لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات ألأتيه:-(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين. (ب) إذا كان محل الإلتزام تعويض ترتب على عمل غير مشروع. (ج) إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك. (د) إذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه".

الفسخ)، باعذار المتصرف إليه قبل رفع دعوى الفسخ، فان ذلك يجعل القاضي أسرع في الاستجابة لطلب الفسخ [1]. وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب، ذلك أنه دفع أمام محكمة الموضوع بعدم قبول دعوى المطعون ضده بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى لعدم سبق أعذاره بتنفيذ التزامه بالبناء على أرض النزاع، ولما كان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأي في الدعوى ولم يتعرض له الحكم إيرادا أو ردا فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي سديد. ذلك أنه لما كانت المادة ١٥٨ من القانون المدني تنص على أنه (يجوز الإنفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الإنفاق لا يعفي من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه). مؤداه . وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة . أن الإعفاء من الاعذار في الفسخ الإتفاقي وجوب الإنفاق عليه صراحة، تضمن العقد شرطا باعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائي لا يعفي الدائن من الاعذار قبل رفع دعوى الفسخ، ولا تعارض بين اعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بالفسخ، فالأعذار شرط لرفع الدعوى لوضع المدين في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه ولا يفيد من ذلك اعتبار مجرد رفع الدعوى بالفسخ إعذارا ما لم تشتمل صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه وأن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا في أسباب الحكم الواقعية. لما كان ذلك، وكان الثابت أن المطعون ضده أقام دعواه الفرعية بطلب فسخ العقد إعمالا للشرط الفاسخ الصريح الذي تضمنه نص البند الرابع عشر من كراسة الشروط، وكان هذا البند لم يتضمن اعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار، ومن ثم فإنه يشترط قبول الدعوى بفسخ العقد إعمالا للشرط الفاسخ الصريح أن يسبقها إنذار من الطرف الآخر بتنفيذ التزامه أو تضمين صحيفة الدعوى هذا الاعذار، ولما كانت الأوراق قد خلت من هذا الإنذار ولم

---

١) د. عبد الودود يحي – المرجع السابق – صـ١٩٢.

تتضمن صحيفة دعوى الفسخ ذلك، وكان الطاعن قد دفع بعدم قبول الدعوى لعدم سبقها بإنذار وكان هذا الدفاع جوهريا يترتب على تحققه تغير وجه الرأي في الحكم، وإذ لم تعرض المحكمة بدرجتيها لهذا الدفاع إيرادا أو ردا، ولا يغير من ذلك ما ورد بأسباب الحكم من توافر شروط الفسخ القضائي . ذلك أنه فضلا عن أن دعوى المطعون ضدهما مقامة بطلب الفسخ لتوافر الشرط الفاسخ الصريح . فإن الأوراق قد خلت من إنذار الطاعن بفسخ العقد لعدم تنفيذ التزامه بالبناء وقد خلت صحيفة الدعوى الفرعية مما يفيد توافر هذا الاعذار ومن ثم يكون الحكم معيبا بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة"[1].

فإذا وهب شخص عقارا لشخص آخر، مشترطا عليه في عقد الهبة عدم التصرف في ذلك العقار فترة معينة، فخالف الموهوب له ذلك، وقام بالتصرف في ذلك العقار، فان ذلك يعطى للواهب الحق بالمطالبة بفسخ عقد الهبة، خاصة إذا كان عقد الهبة متضمنا بندا يقضى بفسخ العقد عند مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف. وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "استقر الفقه والقضاء، في فرنسا ومصر، في ظل القانون المدني القديم – الذي لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته – على أن هذا الشرط لا يصح إذا أقت و كان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة وإذا خولف بعد استيفاء شروط صحته، حكم بفسخ التصرف الأصلي، أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته، لما كان ذلك، وكان النص في القانون المدني 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 "

---

١) نقض مدني – الطعن رقم ١٣٠٤لسنة ٧٧قضائية – جلسة ٥ /٢/٢٠٠٨.

والنص في المادة ٨٢٤ منه على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى 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 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، وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف، هو المتصرف، إذ له دائماً مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما "، ومن ثم يتحتم 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 أقتصر على بيان طبيعة الجزاء و هو البطلان دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التى تغياها المشرع منه، وهي حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة" [١].

---

١) نقض مدني – الطعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ قضائية – جلسة ٣١ /١٩٨٥/٣ – س ٣٦ ص ٥٣٦.

المبحث الثاني
الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى

تمهيد:

الشرط المانع من التصرف، بوصفه التزاما عقديا [1] تضمنه تعاقد المتعاقدين، إذا نشأ صحيحا، فانه يضع قيدا على حرية المالك المتصرف إليه (الممنوع

---

١) يقول الإمام الرازي (واعلم أن كل عقد تقدم لأجل توثيق الأمر وتوكيده فهو عهد فقوله{ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ } نظير لقوله تعالى: { يَأَيُّهَا الذين ءامَنُواْ أَوْفُواْ بالعقود } [المائدة: ١] فدخل في قوله: { أَوْفُواْ بالعقود } كل عقد من العقود كعقد البيع والشركة، وعقد اليمين والنذر، وعقد الصلح، وعقد النكاح. وحاصل القول فيه: أن مقتضى هذه الآية أن كل عقد وعهد جرى بين إنسانين فإنه يجب عليهما الوفاء بمقتضى ذلك العقد والعهد، إلا إذا دل دليل منفصل على أنه لا يجب الوفاء به، فمقتضاه الحكم بصحة كل بيع وقع التراضي به، وبصحة كل شركة وقع التراضي بها، ويؤكد هذا النص بسائر الآيات الدالة على الوفاء بالعهود والعقود كقوله: { والموفون بِعَهْدِهِمْ إِذَا عاهدوا } [البقرة: ١٧٧] وقوله: { والذين هُمْ لأماناتهم وَعَهْدِهِمْ راعون } [المؤمنون: ٨] وقوله: { وَأَحَلَّ الله البيع } [البقرة: ٢٧٥] وقوله: { لاَ تَأْكُلُواْ أموالكم بَيْنَكُمْ بالباطل إِلاَّ أَن تَكُونَ تجارة عَن تَرَاضٍ مّنْكُمْ } [النساء: ٢٩] وقوله: { وَأَشْهِدُواْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ } [البقرة: ٢٨٢] وقوله عليه السلام: « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيبة من نفسه » وقوله: « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وقوله: « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » فجميع هذه الآيات والأخبار دالة على أن الأصل في البيوعات والعهود والعقود الصحة ووجوب الالتزام.إذا ثبت هذا فنقول: إن وجدنا نصاً أخص من هذه النصوص يدل على البطلان والفساد قضينا به تقديماً للخاص على العام، وإلا قضينا بالصحة في الكل، وأما تخصيص النص بالقياس فقد أبطلناه، وبهذا الطريق تصير أبواب المعاملات على طولها وأطنابها مضبوطة معلومة بهذه الآية الواحدة، ويكون المكلف آمن القلب مطمئن النفس في العمل، لأنه لما دلت هذه النصوص على صحتها فليس بعد بيان الله بيان، وتصير الشريعة مضبوطة معلومة)، فالالتزام فى= = نظر الإمام الرازي، هو كل ما التزم بأن يؤديه الشخص في

من التصرف بمقتضى هذا الشرط)، في ان يتصرف في الشيء الوارد عليه الشرط، بأي تصرف يتنافى مع طبيعة هذا الشرط، حتى يحقق المنفعة من اشتراطه، ويظل المتصرف إليه ملزما بهذا الشرط، بألا يتصرف، طوال المدة المنصوص عليها في العقد، فلا يجوز له مخالفة ما التزم به[1].

فإذا خالف المتصرف إليه الشرط المانع من التصرف، فما هو الجزاء المترتب على ذك ؟ للرد على هذا التساؤل، نوضح ان الفقهاء لم يتفقوا على تحديد طبيعة الشرط المانع من التصرف، وبيان موقفهم منه من حيث الصحة أو البطلان[2]، وكان لهذا الخلاف أثرا عند تحديدهم للجزاء المترتب على مخالفة

الحال والمستقبل، سواء أكان هذا من شخص واحد، ام كان باتفاق مع شخص آخر، لذلك يعد عقدا والتزاما كل شرط يشترطه الشخص على نفسه (مفاتيح الغيب للإمام الجليل أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، المولود بطبرستان عام ٥٤٤ هـ =١١٥٠م والمتوفى عام ٦٠٦هـ =١٢١٠م .دار الفكر طبعة ١٤٠١ هـ =١٩٨١م – جـ ١٠ / صـ ٥٠).

١) والالتزام في الفقه الاسلامى مفهوم عام يندرج تحته كل ما من شأنه إلزام الشخص، كالعقود سواء في ذلك عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، والشروط المقترنة بها، ويعد التراضي الأصل العام للالتزامات بين العباد لقوله تعالى(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)، فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها، ولا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي، الأمر الذي يمكن القول معه ان الرضا هو أساس الالتزام والتعاقد في الفقه الاسلامى (الإمام / محمد أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – دار الفكر العربي – صـ ٢١٧).

٢) فالأحناف يرون ان الشرط المانع من التصرف هو شرط فاسد، فذا اقترن بعقد أفسده ان كان عقد معارضة، وفسد الشرط وحده وصح العقد ان لم يكن العقد من عقود المعاوضة المالية(تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – المرجع السابق – جـ ٤/ صـ٥٨، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي . تحقيق/علي محمد معوض وعادل أحمدعبد الموجود. الناشر= = دار الكتب العلمية . طبعة ١٤٢٤هـ = ٢٠٠٣م جـ ٥، صـ١٧٦). والشافعية يذهبون

المتصرف إليه للشرط، فمن يرون بطلان الشرط المانع من التصرف، يرون انه إذا اقترن هذا الشرط بالعقد، جعل مصيره البطلان، ومن يرون فساد الشرط المانع من التصرف، يرون انه إذا اقترن هذا الشرط بالعقد، جعله قابلا للفسخ، أما من أجازوا هذا النوع من الشروط من الفقهاء، فهم يرون صحته ووجوب تنفيذه إذا تحققت شروطه، وجعلوا الفسخ جزاءا لمخالفة المشترط عليه للشرط المانع من التصرف، وعليه ينقسم هذا المبحث، إلى مطالبين، يخصص الأول لبحث الرأي القائل ببطلان العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، ويخصص الثاني لبحث الرأي القائل بقابلية العقد المقترن به الشرط للفسخ، وذلك على النحو الاتى:

المطلب الأول: بطلان العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف
المطلب الثاني: قابلية العقد المقترن به الشرط للفسخ

إلى عدم اعتبار الشرط المانع من التصرف المقترن بالعقد، ما لم يكن مما يقتضيه العقد، فان كان مما لا يقتضيه العقد، فهو فاسد، والفاسد هو الباطل عند الشافعية(المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي – طبعة دار الفكر– بيروت، جـ ١، صـ٢٦٨)، أما المالكية فإنهم يتفقون مع الحنابلة في أنهم يجيزان الشرط المانع من التصرف بشروط معينة.

المطلب الأول

بطلان العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف

الشرط المانع من التصرف يعد من الشروط الباطلة في المذهب الشافعي سواء وقع على اصل الشيء ام وقع على منفعته، فالشروط التى تشترط في العقد ولكنها ليست من مقتضياته، وليست ملائمة لمقتضياته، الأوجه لها هو البطلان، فقد جاء في المهذب (فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط أن يخيطه له أو فعلة بشرط أن يحذوها له بطل البيع، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط) [١]. وجاء في المجموع شرح المهذب (واحتج أصحابنا بحديث عائشة في قصة بريرة رضي الله عنهما، ان النبي ﷺ (خطب فقال ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط فهو باطل قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق[٢])، وبحديث النهى عن بيع وشرط وبالاثرين المذكورين في الكتاب عن عمر رضي الله عنه وهما صحيحان كما سبق، لأنه شرط يمنع كمال التصرف، فأبطل البيع)[٣].

والعقد الباطل ليس له وجود شرعي، ولا يترتب عليه أي اثر، وعليه فإذا اقترن العقد بشرط مانع من التصرف فان جزاء ذلك هو البطلان، سواء كان

---

١) المهذب في فقه الإمام الشافعي – المرجع السابق – جـ ٢ / صـ ٩٨.

٢) صحيح البخاري – المرجع السابق – جـ ٧ / ص ٣٨٦، سنن بن ماجه للإمام محمد بن يزيد أبو عبد الله القزوينى، المولود سنة ٢٠٧هـ والمتوفى سنة ٢٧٥هـ– دار الفكر– بيروت . جـ ٧ / ص ٤٠٣، سنن البيهقى الكبرى – المرجع السابق – جـ ١٠ / صـ ٣٣٦.

٣) المجموع شرح المهذب لمحيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الحوراني الشافعي المولود عام ٦٣١ هـ=١٢٣٤م . والمتوفى ٦٧٦ هـ = ١٢٧٨م ـ جـ ٩ / صـ ٣٧٦ باب ما يفسد البيع من شروط ومالا يفسده.

هذا العقد من عقود المعارضة أم كان من عقود التبرعات وسواء ورد على اصل الشيء ام ورد على منفعته.

المطلب الثاني

قابلية العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف للفسخ

تمهيد:

نفرق في هذا الصدد، بين موقف الفقهاء الذين يرون فساد الشرط المانع من التصرف ويرون انه إذا اقترن هذا الشرط بالعقد جعله قابلا للفسخ، وموقف الفقهاء الذين يرون جواز الشرط المانع من التصرف، وصحته إذا تحققت شروط ذلك ويجعلوا الفسخ جزاءا لمخالفة المشترط عليه للشرط المانع من التصرف المقترن بالعقد، وذلك على النحو الاتى:

الاتجاه الأول

الاتجاه الثاني

الاتجاه الأول

ذهب الأحناف إلى القول بأن الشرط المانع من التصرف يعد من الشروط الفاسدة[1] لا الباطلة، إلا إذا تمكن الشرط من صلب العقد المقترن به، ففي

---

١) الشرط الفاسد عند الأحناف هو الشرط الذي يشترط في العقد ولكنه ليس من مقتضياته، وليس ملائما لمقتضى العقد، ولم يجرى به تعامل بين الناس، ويمكن تقسيم الشرط الفاسد من حيث تأثيره على الشرط والعقد إلى نوعين، النوع الأول: الشرط الفاسد المفسد للشرط والعقد: ويكون ذلك إذا ترتب على وجود الشرط غرر، بحيث لا يمكن الوقوف على حقيقة المبيع، لان الغرر يفضى إلى الجهالة، والجهالة تفضي إلى المنازعة، ويؤدى ذلك إلى فساد الشرط والعقد، لما روى عن أبي هريرة انه قال " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر" (صحيح مسلم – المرجع السابق – باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر– ج ٨ / ص ٣٧)، وإذا ترتب على الشرط قيام صفقتين في صفقة واحدة أو بيعتين في بيعة واحدة، أدى ذلك إلى فساد الشرط والعقد، لما روى عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ (من= = باع

هذه الحالة يجعل الشرط المانع من التصرف، العقد باطلا، والشرط المانع من التصرف ليس شرطا متمكنا من صلب العقد المقترن به، لأن العقد لا يقوم به فهو بعيد عن البدل والمبدل، فمن يبيع عقارا، ويضمن عقد البيع شرطا يمنع المشترى من بيعه لشخص بعينه، يكون قد ضمن العقد شرطا فاسدا لا باطلا، فقد جاء في بدائع الصنائع (والأصل عندنا: أنه ينظر إلى الفساد.... فإن كان

بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا) (سنن أبي داود– المرجع السابق– باب فيمن باع بيعتين في بيعة – ج ٩ / ص ٣٢٣)، أو كان الشرط مما لا يقتضيه العقد وليس فيه تعامل بين الناس، فان الشرط يكون فاسدا ويفسد معه العقد، فقد جاء في المبسوط (وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد. وليس فيه عرف ظاهر قال: فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد ؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض يدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد له البيع، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه)(المبسوط للإمام محمد بن أحمد بن أبى سهل أبو بكر شمس الدين السرخسي الحنفي، المتوفى عام ٤٨٣هـ . تحقيق الشيخ خليل الميس– الناشر دار المعرفة . بيروت . لبنان . طبعة ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م– باب البيوع ان كان فيها شرط– ج ١٥ / ص ٢٧٨)، النوع الثاني: يفسد معه الشرط فقط ويبقى العقد صحيح، وهذا النوع من الشروط كثير، منه الشروط الفاسدة التي فيها مضرة فقد جاء فى حاشية رد المحتار(كأن باع ثوبا على أن يخرقه أو جارية على أن لا يطأها أو دارا على أن يهدمها، فعند محمد: البيع جائز والشرط باطل.وقال أبو يوسف: البيع فاسد، كذا في الجوهرة.ومثل في البحر لما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوبا على أن لا يبيعه ولا يهبه، والبيع في مثله جائز عندهما خلافا لأبي يوسف)(حاشية رد المحتار – المرجع السابق – ج ٥ / ص ٢٠٦)، والشروط الفاسدة التي لا منفعة فيها لأحد، فقد وجاء في بدائع الصنائع (إذا باع ثوبا على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه أو دابة على أن لا يبيعها أو يهبها أو طعاما على أن يأكله ولا يبيعه، ولو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل)(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – المرجع السابق – ج ٥ / ص ١٧٠).

ضعيفا لم يدخل في صلب العقد (وهو البدل، أو المبدل) بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد) [١].

فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف بالعقد، جعل العقد قابلا للفسخ، والفسخ إما ان يكون قبل القبض أو بعده، فان كان قبل القبض كان لكل من المتعاقدين الحق في طلب الفسخ، وان كان الفسخ بعد القبض فقد ذهب بعض الفقهاء إلى ان الحق في طلب الفسخ يكون لكل من المتعاقدين لعدم اللزوم بسبب الفساد، بينما ذهب البعض الأخر من فقهاء المذهب الحنفي إلى ان الفسخ في هذه الحالة يتقرر لمن له منفعة من الشرط، فقد جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (....لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لأن فيه إلزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه، وأما بعد القبض..... فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وإن كان الفساد لشرط زائد بأن باع إلى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد ؛ لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة إليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لأبطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه ؛ لأنه مستحق النقض حقا الشرع فانتفى اللزوم عن العقد) [٢].

وللقاضي أيضا القضاء بالفسخ فقد جاء في الدر المختار(لذا لا يشترط فيه قضاء قاض لان الواجب شرعا لا يحتاج للقضاء.(وإذا أصر) أحدهما على إمساكه وعلم به القاضي فله فسخه جبرا حقا للشرع) [٣].

---

١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – المرجع السابق – جـ ١١/ صـ ٢٤٨.

٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . المرجع السابق ـ جـ ١١ / صـ ٢٥ – باب البيع الفاسد، فصل قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد.

٣) الدر المختار– دار الفكر – جـ ٥/ صـ ٢١٢.

وإذا تصرف المشترى (المشترط عليه عدم التصرف طبقا للشرط المانع من التصرف) في المال المشروط عليه، فان تصرفه بالنسبة إلى المتعاقد الجديد صحيح، وعلى المشتري رد القيمة، أو المثل إن كان مثليا إلى المشترط، فقد جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه إذا كان تصرفه بعدما قبضه بإذن البائع وليس للبائع إبطاله وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثليا ويطيب ذلك الملك الثاني، لأنه ملك بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول، لأنه لا يحل له ولا يطيب، لأنه ملكه بعقد فاسد) [1].

فالمذهب الحنفي يجيز فسخ العقد المقترن بالشرط المانع من التصرف، ويفرق فيما يتعلق بمن له حق المطالبة بالفسخ، بين حالتين، الأولى حالة اقتران العقد بشرط مانع من التصرف ولم يتم القبض، ففي هذه الحالة يجوز لكل من الطرفين طلب الفسخ، وللقاضي ان يقضى به من تلقاء نفسه، الحالة الثانية حالة اقتران العقد بشرط مانع من التصرف وتمام القبض، ففي هذه الحالة يقتصر الحق في طلب الفسخ لمن شرطت له المنفعة، وفى حالة إذا ما تصرف المشترط عليه في المال المشروط عليه بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، فان تصرفه بالنسبة إلى المتعاقد الجديد صحيح وعلى المشتري رد القيمة أو المثل إن كان مثليا إلى المشترط.

<u>الاتجاه الثاني</u>

يجيز المذهبان المالكي، والحنبلي الشرط المانع من التصرف سواء وقع على اصل الشيء، ام وقع على منفعته، فقد جاء في القواعد النورانية (أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإبطاله، نصا، أو قياسا، عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوص عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر

---

١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ المرجع السابق ـ باب البيع الفاسد، فصل قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد ـ جـ ١١ / صـ ٢٩.

تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه)[1]، وجاء أيضا (فيجوز للبائع أن يستثني بعض منفعة المبيع كخدمة العبد، وسكنى الدار، ونحو ذلك، إذا كانت تلك المنفعة مما يجوز استبقاؤها في ملك الغير، إتباعا لحديث جابر لما باع النبي ﷺ جمله واستثنى ظهره إلى المدينة)[2].

فإذا باع شخص داره، وضمن عقد البيع شرطا يمنع المشترى من التصرف، في هذه الدار مدة من الزمن، التزم المتصرف له باحترام ذلك الشرط، والتزم بالامتناع عن التصرف في تلك الدار طوال المدة التى حددت بالشرط المانع، فإذا خالف المتصرف له ذلك الشرط بأن قام بالتصرف في الدار بالمخالفة للشرط، فما هو الجزاء المترتب على مخالفته لذلك ؟

جعل المذهبان المالكي، والحنبلي الفسخ جزاءا لمخالفة المشترط عليه للشرط المانع من التصرف، ولكنهم قرروا الحق في طلب الفسخ للمشترط فلا يقضى به إلا إذا طلبه، كما انه بوسعه إجازة التصرف، فقد جاء في الشرح

---

١) ويقول ابن تيمية (أن الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية فيمكن أن تثبت القدرة على التصرف دون تصرف شرعا كما يثبت ذلك حسا ولهذا جاء الملك في الشرع أنواعا كما أن القدرة تتنوع أنواعا فالملك التام يملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع والهبة ويورث عنه ويملك التصرف في منافعه بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك ثم قد يملك الأمة المجوسية أو المحرمات عليه بالرضاع فلا يملك منهن الاستمتاع ويملك المعاوضة عليه بالتزويج بأن يزوج المجوسية المجوسي مثلا وقد يملك أم الولد ولا يملك بيعها ولا هبتها ولا تورث عنه عند جماهير المسلمين ويملك وطأها واستخدامها باتفاقهم وكذلك تملك المعارضة على ذلك بالتزويج والإجارة عند أكثرهم كأبي حنيفة والشافعي وأحمد و يملك المرهون ويجب عليه مؤونته ولا يملك من التصرف ما يزيل حق المرتهن لا ببيع ولا هبة وفي العتق خلاف مشهور) (القواعد النورانية الفقهية لا بن تيمية . المرجع السابق . جـ ٨ / صـ ٤٣).

٢) القواعد النورانية الفقهية لا بن تيمية . المرجع السابق . جـ ٨ / صـ ٦.

الكبير انه (إذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يرده إلى صاحبه، ان طلبه، فان لم يقدر على رده، فللبائع قيمة الثوب لأنه استهلك ثوبه أو يصالحه. فقوله يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه)[١]، وجاء في شرح منتهى الإرادات (... ولمن فات غرضه بفساد الشرط من بائع ومشتر الفسخ، علم الحكم أو جهله، لأنه لم يسلم له الشرط الذي دخل عليه لقضاء الشرع بفساده) [٢].

وان تعذر الفسخ حق للمشترط العوض، ويكون العوض بقيمة الشيء الواقع عليه الشرط المانع من التصرف، فقد جاء في الشرح الكبير انه (..... فان لم يقدر على رده، فللبائع قيمة الثوب.....) [٣]، وجاء في مواهب الجليل (.... من دخل في ملك بوجه شبهة فلا يطالب بالخراج) [٤]، وجاء أيضا في مواهب الجليل (..... ولكن المراد أن المبيع فات بحيث لا يرد على البائع ويكون للبائع القيمة) [٥].

---

١) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى، شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن أبو عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى . تصحيح السيد محمد رشيد رضا . مطبعة المنار . طبعة ١٣٤٧هـ - جـ٤ / صـ ٧٢.

٢) شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي شيخ الحنابلة بمصر في عصره المولود سنة ١٠٠٠هـ= ١٥٩١م، المتوفى سنة ١٠٥١هـ= ١٦٤١م . جـ ٤ / صـ ٤٢١.

٣) الشرح الكبير لابن قدامة . المرجع السابق . جـ٤ / صـ ٧٢..

٤) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الزعينى الحطاب المولود سنة٩٠٢هـ = ١٤٩٧م، والمتوفى سنة ٩٥٤هـ = ١٥٤٧م . تحقيق الشيخ محمد تامر، والشيخ محمد عبد العظيم . الناشر دار الحديث بالقاهرة . طبعة ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م . جـ ١٣ / صـ ٩٢.

٥) مواهب الجليل في شرح مختصر . المرجع السابق . جـ ١٣ / صـ ٩٢.

فهم ينظرون إلى العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، ويقررون أحقية المشترط في طلب فسخ العقد [1]، وأحقيته في إجازة ذلك، أما العقد أو التصرف المخالف، والذي باشره المشترط عليه فهم لم يتعرضوا إليه ليبطلوه أو ليفسدوه.

---

١) وما قرره الحنابلة والمالكية يتفق مع طبيعة الشرط المانع من التصرف، في الفقه الإسلامي، فهو التزام عقدي تضمنه تعاقد المتعاقدين، وقيد صيغة العقد، ونشأ عنه نفعا لصالح شخص معين، يقول الإمام الرازي فالالتزام، هو كل ما التزم بأن يؤديه الشخص في الحال والمستقبل، سواء أكان هذا من شخص واحد، ام كان باتفاق مع شخص آخر، لذلك يعد عقدا والتزاما كل شرط يشترطه الشخص على نفسه (مفاتيح الغيب ـ المرجع السابق ـ جـ ١٠ / صـ ٥٠)، ويقيد هذا الشرط بوصفه التزاما حرية المالك (المشترط عليه والممنوع من التصرف بمقتضى هذا الشرط)، في ان يتصرف في الشيء الوارد عليه الشرط، أى تصرف يتنافى مع طبيعة هذا الشرط، بحيث يحقق المنفعة من اشتراطه، ويظل ملزما بهذا الشرط، بألا يتصرف، طوال المدة المنصوص عليها في العقد فان هو خالف ذلك، حق للمشترط فسخ العقد المتضمن للشرط.

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامى فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف

بالمقارنة بين القانون الوضعي، والفقه الاسلامى فيما يتعلق، بالجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف يتبين لنا الاتى:

أولا: انه قبل صدور القانون المدني المصري الحالي، لم يكن هناك نص صريح، ينص على الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف، فذهب جانب من الفقه وأيده القضاء في ذلك، إلى القول بأن جزاء الإخلال بالشرط المانع من التصرف إنما يكون بفسخ التصرف المقترن به هذا الشرط، وذلك تأسيسا على ان المتصرف إليه بخروجه على حكم الشرط المانع من التصرف، وتصرفه في المال، يكون قد خالف أحد شروط العقد، الأمر الذي يخول الطرف الأخر، الحق في فسخ العقد، و يترتب على فسخ العقد زوال التصرف الثاني المخالف لشرط المنع من التصرف، فيعود المال إلى ذمة المتصرف الأول، طبقا لقواعد الفسخ.

ثانيا: صدر القانون المدني المصري الحالي، ونص في المادة ٨٢٤ على انه " إذا كان شرط المنع من التصرف، الوارد في العقد، أو الوصية صحيحا، طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف يقع مخالف له يقع باطلا"، وإذا كان المشرع قد قرر بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، إلا ان الفقه قد اختلف في تحديد نوع هذا البطلان، فذهب جانب من الفقه إلى ان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق للتصرف المخالف، وبناءا على ذلك، يجوز للمتصرف، ويجوز لدائني المتصرف أيضا، حق طلب البطلان، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، وكذلك يجوز للمتصرف إليه، والغير أيضا، حق طلب البطلان، إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأحد منهم، ويطلبه أيضا دائنو كل منهم إذا كانت لهم مصلحة في ذلك. بينما ذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بان

الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو البطلان النسبي للتصرف المخالف، ويردون ذلك إلى المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري التى تنص على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بالالتزام ، جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين" فهم يعتبرون ان التزام المتصرف إليه باحترام الشرط المانع من التصرف التزاما بامتناع عن عمل، ويعتبرون إبطال التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، هو من قبيل التنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق المتصرف إليه بالامتناع عن التصرف، طبقا للشرط المانع من التصرف، لذلك فالبطلان مقرر لصاحب المصلحة، الذي يكون له وحده إجازة التصرف المخالف ليصبح صحيحا، كما أنه ليس للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها. وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري ليس بطلانا مطلقا، وان كان أشبه إلى البطلان النسبي، إلا انه ليس بطلانا نسبيا، لأنه ليس تطبيقا دقيقا لأحكامه، وذلك لأن الجزاء الذي نص عليه المشرع في المادة ٨٢٤ مدني، نص عليه المشرع، وأخذ به القضاء، لكي يستجيب للغرض المقصود من الشرط، وما دام الأمر كذلك، فان أحكام هذا البطلان، تتحدد وفقا للغرض المذكور، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، دون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة في البطلان، وعليه فالأصل في هذا الخصوص أنه من يجوز له التمسك بالبطلان، هو الشخص الذي تقرر الشرط لمصلحته، ويصدق هذا الأصل على المشترط وعلى الغير، فمن تقرر الشرط المانع من التصرف لمصلحته منهما، كان هو وحده صاحب الحق في التمسك ببطلان التصرف الذي وقع مخالفا للشرط المانع من التصرف، كما يكون له النزول عن التمسك ببطلان التصرف وإجازته، أما في الحالات التى يكون الشرط المانع من التصرف مقرر لمصلحة المالك (المتصرف إليه) فان قصر الحق في التمسك ببطلان التصرف الذي وقع مخالفا للشرط المانع من التصرف وإجازته – في هذه الحالات – على المالك (المتصرف إليه)، يجرد

الشرط المانع من التصرف من قيمته، إذ يستطيع المتصرف إليه حينئذ، أن يتصرف بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، دون ان يطلب البطلان، وفى هذه الحالة لا تكون هناك فائدة من الشرط، ولذلك يتعين في هذه الحالة أن يعطى الحق للمتصرف في التمسك بالبطلان، أو إجازة التصرف، باعتبار أن المتصرف يكون له دائما مصلحة في عدم مخالفة شرط المنع من التصرف، ولو كانت هذه المصلحة أدبية، وبالتالي يكون له دائما أن يطلب بطلان التصرف المخالف.

ثالثا: ومن جانبنا رأينا، انه إذا خالف المتصرف إليه، الشرط المانع من التصرف، فان ذلك من شأنه ان يترتب عليه بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف طبقا لصريح نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني، فضلا عن حق المتصرف، في فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وذلك استنادا للقواعد العامة في الفسخ، فإذا خالف المتصرف إليه، الشرط المانع من التصرف كان للمتصرف ان يتمسك ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف طبقا لصريح نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني، كما انه له الحق في طلب فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وذلك استنادا للقواعد العامة في الفسخ في القانون المدني، حيث تنص المادة ١٥٧ من القانون المدني على انه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفى احد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الأخر، بعد اعذره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد، أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض ، ويجوز للقاضي، ان يمنح المدين أجلا، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له ان يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبة إلى الإلتزام في جملته". وتنص المادة ١٥٨ من ذات القانون على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". وتنص المادة ١٥٩ من ذات القانون أيضا على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى

التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وتنص المادة ١٦٠ من ذات القانون أيضا على انه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

رابعا:عند بحث الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى وجدنا ان المذاهب الفقهية الأربعة لم تنتهج نهجا واحدا في هذا الأمر، وبينا ان ذلك إنما يرجع إلى عدم اتفاقهم على تحديد طبيعة الشرط المانع من التصرف، ومدى صحته أو بطلانه، فذهب الأحناف إلى القول بأن الشرط المانع من التصرف يعد من الشروط الفاسدة، لا الباطلة، لأنه ليس متمكنا من صلب العقد المقترن به فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف بالعقد جعل العقد قابلا للفسخ، ويفرقون فيما يتعلق بمن له حق المطالبة بالفسخ، بين حالتين، الأولى حالة اقتران العقد بشرط مانع من التصرف ولم يتم القبض، ففي هذه الحالة يجوز لكل من الطرفين طلب الفسخ، وللقاضي ان يقضى به من تلقاء نفسه، الحالة الثانية حالة اقتران العقد بشرط مانع من التصرف وتمام القبض، ففي هذه الحالة يقتصر الحق في طلب الفسخ لمن شرطت له المنفعة، وفى حالة إذا ما تصرف المشترط عليه في المال المشروط عليه بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، فان تصرفه بالنسبة إلى المتعاقد الجديد صحيح وعلى المشتري رد القيمة أو المثل إن كان مثليا إلى المشترط. أما الشافعية فهم يرون ان الشرط المانع من التصرف يعد من الشروط الباطلة، سواء وقع على اصل الشيء ام وقع على منفعته، وأسسوا ذلك على اعتبار ان الشروط التى تشترط في العقد ولكنها ليست من مقتضياته، وليست ملائمة لمقتضياته، الأوجه لها هو البطلان، والعقد الباطل ليس له وجود شرعي، ولا يترتب عليه أي اثر، وعليه فإذا اقترن العقد بشرط مانع من التصرف فان جزاء ذلك هو البطلان، سواء كان هذا العقد من عقود المعاوضة أم كان من عقود التبرعات وسواء ورد على اصل الشيء ام ورد على منفعته.أما المالكية والحنابلة فيجيزان الشرط المانع من التصرف سواء وقع

على اصل الشيء، ام وقع على منفعته، وجعلا المذهبان الفسخ جزاءا لمخالفة المشترط عليه للشرط المانع من التصرف، ولكنهم قرروا الحق في طلب الفسخ للمشترط فلا يقضى به إلا إذا طلبه، كما انه بوسعه إجازة التصرف، وان تعذر الفسخ حق للمشترط العوض، ويكون العوض بقيمة الشيء الواقع عليه الشرط المانع من التصرف

خامسا: من ذلك يتضح لنا ان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى . عند من أجاز ذلك الشرط من الفقهاء . وهو الفسخ، يتفق مع ما ذهب إليه الفقه والقضاء في ظل القانون المدني المصري الملغى، فكل منهما نظر إلى العقد الاصلى، وجعلوه قابلا للفسخ، دون أدنى اثر على التصرف الجديد الذي قام به المشترط عليه (المخالف للشرط المانع من التصرف)، فكلاهما ينظر إلى العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف ويقرر أحقية المشترط في طلب فسخ العقد، وأحقيته في إجازة ذلك، أما العقد أو التصرف الجديد المخالف للشرط، والذي باشره المشترط عليه فهم لم يتعرضوا إليه ليبطلوه أو ليفسدوه.

سادسا: انه بعد صدور القانون المدني المصري الحالي، فالوضع ما زال متشابها في هذه المسألة بين الفقه الاسلامى، والقانون الوضعي، لأنه إذا كان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى يختلف عن الجزاء المقرر في القانون المدني الحالي (المادة ٨٢٤ من القانون المدني)، حيث أن جزاء ذلك في الفقه الاسلامى، هو قابلية العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف للفسخ، بينما جزاء ذلك طبقا للمادة ٨٢٤ من القانون المدني هو البطلان، إلا ان المبادىء العامة في القانون الوضعي، تقرر للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه[1]، فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف، بعقد، رتب ذلك التزاما على

١) المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري، يقابلها ويتفق معها في الصياغة المادة ١٥٩ من القانون المدني الليبي، ويقابلها مع اختلاف في الصياغة المادة ٢٤٦ من

المشترط عليه، فان هو خالفه، خضع للقواعد العامة للفسخ، التى تعطى الحق للمشترط، في طلب الفسخ. وبذلك يمكننا القول، ان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى (الفسخ)، يتفق مع المبادىء العامة في القانون الوضعي، التى تقرر للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه.

القانون المدني الاردنى حيث نصت على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى".

.

الخاتمة

الخاتمة

وبهذا أكون قد انتهيت من هذا البحث والذي أرجو- من خلاله- أن أكون قد قدمت شيئاً يستحق الاهتمام وينال رضاء وتقدير كل من يطلع عليه، واستهللت البحث بمقدمة أشرت فيها إلى أسباب اختيار هذا الموضوع للبحث.

وتناولت في المبحث التمهيدي تحديد مفهوم الشرط في اللغة وفى الفقه الاسلامى وفى القانون الوضعي، وخلصنا إلى ان الشرط المانع من التصرف . بوصفه قيدا إراديا يقيد حق المالك في التصرف في المال . يختلف عن الشرط بالمعنى المعروف في أوصاف الإلتزام، وخلصنا إلى انه لكي يصح الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي ينبغي ان يتوافر ثلاثة شروط، الشرط الأول أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع، الشرط الثاني أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة، والشرط الثالث أن يرد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية، ويشترط لصحته في الفقه الإسلامى أن تكون هناك مصلحة من اشتراطه، وأن تكون هذه المصلحة معلومة.

وفى المبحث الأول تناولنا الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي، وقسمنا هذا المبحث إلى خمسة مطالب، تناولنا في المطلب الأول الرأي القائل بان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، إنما يكون بفسخ التصرف المقترن به هذا الشرط، وبينا الحجج التى استند إليها هذا الرأي وما تعرض له من انتقادات، وتناولنا في المطلب الثاني الرأي القائل بان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق للتصرف المخالف، وبينا الحجج التى استند إليها هذا الرأي وما تعرض له من انتقادات، وتناولنا في المطلب الثالث الرأي القائل بان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه

للشرط المانع من التصرف هو البطلان النسبي للتصرف المخالف، وبينا الحجج التى استند إليها هذا الرأي وما تعرض له من انتقادات، وتناولنا في المطلب الرابع الرأي القائل بان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف هو بطلان من نوع خاص يتفق مع الغاية من تقرير المنع من التصرف، وهى حماية مصلحة مشروعة لشخص معين، وفي المطلب الخامس بينا رأينا في هذه المسألة، وخلصنا إلى ان مخالفة المتصرف إليه، للشرط المانع من التصرف، من شأنه ان يترتب عليه بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف طبقا لصريح نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، فضلا عن حق المتصرف، في التمسك بفسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وذلك استنادا للقواعد العامة في الفسخ في القانون المدني المصري، وبينا ان من شروط الفسخ ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين، وبالتالي لا مجال لإعمال الفسخ في الحالات التى يرد فيها الشرط المانع من التصرف في وصية.

وفى المبحث الثاني تناولنا الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى، وبينا ان خلاف الفقهاء على تحديد طبيعة الشرط المانع من التصرف، تشعب عنه خلافهم عند تحديدهم للجزاء المترتب علي مخالفة المتصرف إليه للشرط، وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول الرأي القائل ببطلان العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف، وتناولنا في المطلب الثاني الرأي القائل بقابلية العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف للفسخ.

وفى المبحث الثالث وبعقد المقارنة بين القانون المدني المصري والفقه الاسلامى فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف، خلصنا إلى ان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى ـ عند من أجاز ذلك الشرط من الفقهاء ـ وهو الفسخ، يتفق مع

ما ذهب إليه الفقه والقضاء في ظل القانون المدني المصري الملغى، فكل منهما نظر إلى العقد الاصلى، وجعلوه قابلا للفسخ، دون أدنى اثر على التصرف الجديد الذي قام به المشترط عليه، فكلاهما ينظر إلى العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف ويقرر أحقية المشترط في طلب فسخ العقد، وأحقيته في إجازة ذلك، أما العقد أو التصرف الجديد المخالف للشرط، والذي باشره المشترط عليه فهم لم يتعرضوا إليه ليبطلوه أو ليفسدوه، وحتى بعد صدور القانون المدني المصري الحالي، فالوضع ما زال متشابها في هذه المسألة بين الفقه الاسلامى، والقانون الوضعي، لأنه إذا كان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى يختلف عن الجزاء المقرر في القانون المدني الحالي (المادة ٨٢٤ من القانون المدني)، حيث أن جزاء ذلك في الفقه الاسلامى، هو قابلية العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف للفسخ، بينما جزاء ذلك طبقا للمادة ٨٢٤ من القانون المدني هو البطلان، إلا ان المبادىء العامة في القانون الوضعي، تقرر للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه، فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف، بعقد، رتب ذلك التزاما على المشترط عليه، فان هو خالفه، خضع للقواعد العامة للفسخ، التى تعطى الحق للمشترط، في طلب الفسخ.

وبهذا أكون – بحمد الله تعالى وفضله– قد انتهيت من هذا البحث والذي من خلاله أبدى النتائج، والتوصيات الآتية:–

أولا: النتائج:

من خلال هذا البحث استطعنا استخلاص النتائج الآتية:

١- ان المشرع المصري (في ظل التقنين الملغى) سكت عن بيان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف للشرط المانع من التصرف، مما ترك خلافا بين الفقه والقضاء عند معالجة هذه المسألة، وان كان الرأي الغالب قد ذهب إلى القول بأن جزاء الإخلال بالشرط المانع من التصرف إنما يكون بفسخ التصرف المقترن به هذا الشرط.

٢- ان المشرع الاردنى سكت عن بيان الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف للشرط المانع من التصرف، حيث نص في المادة ١٠٢٨ من القانون المدني على قاعدة أصلية وهى حظر تضمين التصرف (عقد كان أو وصية) للشرط المانع من التصرف، وأورد على هذه القاعدة استثناء بجواز ذلك بشروط معينة نصت عليها تلك المادة، ونص في المادة ١٠٢٩ على الجزاء المترتب على عدم توافر شروط صحة الشرط المانع من التصرف (المنصوص عليها في المادة ١٠٢٨ من القانون المدني) وجعل جزاء ذلك هو البطلان.

٣- ان المشرع المصري (في ظل التقنين المدني الحالي) وان كان قد نص صراحة - في المادة ٨٢٤ من القانون المدني- على الجزاء المترتب على مخالفة المتصرف للشرط المانع من التصرف، حيث نصت تلك المادة على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً "، فانه يكون قد أنهى الخلاف الذي ثار في الفقه والقضاء فيما يتعلق بنوعية الجزاء وجعله البطلان، إلا ان النص بصياغته السابقة قد نجم عنه خلافا أخر بين الفقهاء، فيما يتعلق بنوعية البطلان.

٤- ان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى . عند من أجاز ذلك الشرط من الفقهاء . وهو الفسخ، يتفق مع ما ذهب إليه الفقه والقضاء في ظل القانون المدني المصري الملغى، فكل منهما نظر إلى العقد الاصلى، وجعلوه قابلا للفسخ، دون أدنى اثر على التصرف

الجديد الذي قام به المشترط عليه، فكلاهما ينظر إلى العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف ويقرر أحقية المشترط في طلب فسخ العقد، وأحقيته في إجازة ذلك، أما العقد أو التصرف الجديد المخالف للشرط، والذي باشره المشترط عليه فهم لم يتعرضوا إليه ليبطلوه أو ليفسدوه، وحتى بعد صدور القانون المدني المصري الحالي، فالوضع ما زال متشابها في هذه المسألة بين الفقه الاسلامى، والقانون الوضعي، لأنه إذا كان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى يختلف عن الجزاء المقرر في القانون المدني الحالي (المادة ٨٢٤ من القانون المدني)، حيث أن جزاء ذلك في الفقه الاسلامى، هو قابلية العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف للفسخ، بينما جزاء ذلك طبقا للمادة ٨٢٤ من القانون المدني هو البطلان، إلا ان المبادىء العامة في القانون الوضعي، تقرر للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه، فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف، بعقد، رتب ذلك التزاما على المشترط عليه، فان هو خالفه، خضع للقواعد العامة للفسخ، التى تعطى الحق للمشترط، في طلب الفسخ.

٥- ان المشرع المصري حينما قرر بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، لم يفرق _ فيما يتعلق بالغير الذي تعامل مع المتصرف _ بين ما إذا كان هذا الغير حسن النية ام كان سيء النية، وبين ما إذا كان يعلم ام لا يعلم بالشرط المانع من التصرف.

ثانيا: التوصيات:

وبعد هذا العرض لأهم نتائج البحث، نرى انه يمكن معالجة بعض أوجه القصور بالتوصيات الآتية:

١-إضافة مادة أو فقرة جديدة للقانون المدني الاردنى، تتضمن النص على جزاء مخالفة المتصرف إليه للشرط المانع من التصرف، وليكن نصها كالاتى:

" إذا كان الشرط المانع من التصرف صحيحا، وتصرف المشروط عليه بالمخالفة له، جاز لكل من المشترط، ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف المخالف".

٢-إضافة مادة جديدة، أو فقرة جديدة للمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، لحماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع المشروط عليه أو المتصرف إليه الذي يتعامل بالمخالفة للشرط المانع من التصرف، فمبادىء العدالة تقتضى التفرقة في المعاملة بين الإنسان حسن النية، والإنسان سيء النية، وليكن النص المقترح كالاتى:

"لا يعتد بالشرط المانع من التصرف على الغير حسن النية، ويعتبر الغير حسن النية، إذا كان لا يعلم بالشرط وقت التصرف، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به، فإذا كان محل التعامل عقارا، وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط المانع من التصرف، فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت شهره بالشهر العقاري" .

٣-إضافة فقرة جديدة للمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري، تجيز صراحة لكل ذي مصلحة، الحق في المطالبة بفسخ العقد المتضمن للشرط المانع من التصرف، عند مخالفة المتصرف إليه للالتزام الملقى على عاتقه بموجب هذا العقد (وهو الامتناع عن مخالفة الشرط المانع من التصرف) وتعد هذه الإضافة تقنينا لما هو مقرر في المبادىء العامة في القانون الوضعي، التى تجيز للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه، فإذا اقترن الشرط المانع من التصرف، بعقد،

رتب ذلك التزاما على المشترط عليه، فان هو خالفه، حق للمشترط طلب الفسخ، وليكن النص بعد الإضافة كالاتى:

"المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً، مع عدم الإخلال بالقواعد العامة في الفسخ ".

وفى النهاية اكرر أن بحثي هذا ما هو إلا عمل بشر، وعمل البشر مهما كان لا يخلو من النقص والخلل، وعذري أني بذلت ما مكنى فيه المولى عز وجل من جهد، فما كان فيه من صواب فبتوفيق من الله وحده، وما كان فيه من نقص، أو خطأ، أو نسيان، فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه براء، وأسأل الله أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفعني وينفع به غيري، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

المراجع

المراجع

أولا: قائمة المراجع القانونية

١- ابراهيم الدسوقي أبو الليل
أحكام حق الملكية
٢-د. احمد حشمت أبو ستيت
نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول مصادر الالتزام . طبعة سنة ١٩٥٤م.
٣-د. احمد سلامة
المدخل لدراسة القانون المدني . طبعة سنة ١٩٦١م.
٤-د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن
مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية . طبعة سنة ٢٠٠٢م.
٥-د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن
الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق المتفرعة منه – طبعة ٢٠٠٤م
٦-د. إسماعيل غانم
الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية – الناشر مكتبة عبد الله وهبة – . طبعة سنة ١٩٥٩م.
٧-د. إسماعيل غانم
النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني – الناشر مكتبة عبد الله وهبه . طبعة سنة ١٩٦٧م.
٨-المستشار. أنور طلبة
التعليق على نصوص القانون المدني الجزء الأول . دار المطبوعات الجامعية
٩- د.توفيق حسن فرج

النظرية العامة للالتزامات . طبعة سنة ١٩٨١م.

١٠-د.توفيق حسن فرج

الحقوق العينية الأصلية . الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية . طبعة سنة ١٩٨٣م.

١١-د.جابر محجوب على

حق الملكية في القانون المدني المصري دراسة نظرية وعملية مقارنة

١٢-د. جميل الشرقاوى

الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول حق الملكية – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٧٣

١٣-د. جميل الشرقاوى

نظرية بطلان التصرف القانوني – الناشر دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٣م

١٤- د. حسام الدين كامل الأهوانى

النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول مصادر الالتزام . دار الثقافة . طبعة سنة ١٩٩٥م.

١٥-د. حسن كيره

أصول القانون . الطبعة الثانية . طبعة سنة ١٩٥٩م.

١٦-د. حسن كيره

الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية – الطبعة الأولى . طبعة سنة ١٩٥٨م.

١٧-د. سمير عبد السيد تناغو

نظرية الإلتزام . طبعة سنة ١٩٧٥م.

١٨-د.شمس الدين الوكيل

مبادئ القانون . الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى . طبعة سنة ١٩٦٨م.

١٩-د. صلاح الدين الناهي

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية في ذاته، خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه – شركة الطبع والنشر الأهلية – طبعة ١٣٨٠هـ /١٩٦٠-١٩٦١م.

٢٠- د. عبد الرزاق احمد السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – حق الملكية . طبعة سنة ٢٠٠٦م.

٢١-د. عبد الرزاق احمد السنهوري

مصادر الحق في الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربي – الناشر دار النهضة العربية

٢٢-د. عبد الفتاح عبد الباقي

نظرية الحق . طبعة سنة ١٩٥٧م

٢٣-د. عبد الفتاح عبد الباقي

دروس أحكام الالتزام _ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي _ طبعة ١٩٨٩.

٢٤-د. عبد الفتاح عبد الباقي

موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامى _ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي _ طبعة ١٩٨٤.

٢٥-د.عبد المعطى خيال

النظرية العامة للإلتزام . إعداد د.محمود سيد عبد المعطى خيال . طبعة٢٠٠١.

٢٦-د. عبد المنعم البدراوى

المدخل للعلوم القانونية . طبعة سنة ١٩٦٢م.

٢٧-د. عبد المنعم البدراوى

النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني . دار القومية العربية للطباعة . طبعة سنة ١٩٧٣م.

٢٨-د. عبد المنعم البدراوى

حق الملكية –الملكية بوجه عام وأسباب كسبها – الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية . طبعة سنة ١٩٧٨م.

٢٩–د. عبد المنعم فرج الصدة

الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول حق الملكية . طبعة سنة ١٩٦٠م

٣٠–د. عبد الودود يحي

الموجز في النظرية العامة للإلتزام . القسم الأول مصادر الإلتزام . الناشر دار النهضة العربية . طبعة سنة ١٩٨٩م.

٣١–د. على سيد حسن

المدخل إلى علم القانون – الكتاب الثاني – نظرية الحق . طبعة سنة ١٩٨٩م.

٣٢–د. محمد حسام محمود لطفي

النظرية العامة للالتزامات . الكتاب الثاني . أحكام الإلتزام . طبعة سنة ٢٠٠٧ م.

٣٣– المستشار / محمد عزمي البكرى

موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني (حق الملكية) – ج ١٤ – الناشر دار محمود للشر والتوزيع

٣٤–د. محمد على عرفة

شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية – الجزء الأول تأصيل نظرية الحق العيني ونظرية المال، تقسيم الأشياء والأموال، نطاق حق الملكية ووسائل حمايته، القيود التى ترد على الملكية، الملكية الشائعة وأنواعها المختلفة – مطبعة جامعة فؤاد الأول – طبعة ١٩٥٠

٣٥–د. محمد فوزي

الشرط المانع من التصرف في حق الملكية . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس . سنة ١٤١٤ هـ = ١٩٩٤ م.

٣٦–محمد كامل مرسى باشا

القانون المدني الجديد – الحقوق العينية الأصلية – الجزء الأول الأموال، الحقوق، حق الملكية – المطبعة العالمية – طبعة ١٣٦٨هـ / ١٩٤٩م.

٣٧–د. محمد لبيب شنب

موجز في الحقوق العينية الأصلية – دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٤م

٣٨–د. محمد لبيب شنب

الوجيز في مصادر الإلتزام . طبعة ١٩٩٢م.

٣٩–د. محمود خيال

الحقوق العينية الأصلية

٤٠–د. مسعد حلمي

عيوب الإرادة وإثرها على التعاقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

٤١–د.منصور مصطفى منصور

حق الملكية في القانون المدني المصري – الناشر مكتبة عبد الله وهبة طبعة ١٩٦٥م.

٤٢–د. نزيه محمد الصادق المهدي

النظرية العامة للإلتزام . الجزء الأول مصادر الإلتزام . مع التطبيقات المعاصرة لمشكلة المسئولية المدنية . الناشر المؤسسة الفنية للطباعة والنشر . طبعة سنة ٢٠٠٥م.

٤٣–د. نعمان محمد خليل جمعة

الحقوق العينية – دار منصور للطباعة – طبعة ١٩٨٦م

ثانيا: قائمة المراجع الشرعية

أولا: علوم القرآن الكريم:

١-تفسير القرآن العظيم لأبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، المولود عام ٧٠٠ هـ والمتوفى عام ٧٧٤هـ . تحقيق سامي بن محمد سلامة – دار طيبة للطبع والنشر، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ =١٩٩٩م.

٢- جامع البيان في تأويل القرآن للإمام أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري المولود عام ٢٢٤ هجرية والمتوفى عام ٣١٠ هجرية – تحقيق إسلام منصور عبد الحميد دار الحديث بالقاهرة . طبعة١٤٣١هـ = ٢٠١٠م.

٣- مفاتيح الغيب للإمام الجليل أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، المولود بطبرستان عام ٥٤٤ هـ =١١٥٠م والمتوفى عام ٦٠٦هـ =١٢١٠م . دار الفكر طبعة ١٤٠١ هـ =١٩٨١م.

ثانيا: كتب الحديث وعلومه:

١- المستدرك على الصحيحين لمحمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابورى المولود سنة ٣٢١هـ، والمتوفى سنة٤٠٥هـ – دار الكتب العلمية – بيروت – طبعة ١٤١١هـ =١٩٩٠م.

٢- سنن أبو داود للإمام سليمان بن الأشعث أبو داود السجستانى الازدى المولود عام ٢٠٢هـ، والمتوفى عام ٢٧٥ هـ– دار الفكر . بيروت . لبنان.

٣- سنن البيهقى الكبرى للإمام احمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقى، المولود عام ٣٨٤هـ، والمتوفى عام ٤٥٨ هـ – مكتبة دار الباز– مكة المكرمة – طبعة ١٤١٤هـ=١٩٩٤م.

٤- سنن الترمذي لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمى، المولود سنة ٢٠٩هـ، والمتوفى سنة ٢٧٩هـ – دار إحياء التراث العربي– بيروت.

٥- **سنن الدارقطني** لعلى بن عمر أبو الحسن الدارقطنى البغدادي المولود عام ٣٠٦هـ والمتوفى عام ٣٨٥ هـ - دار المعرفة - بيروت- طبعة ١٣٨٦هـ=١٩٦٦م.

٦- **سنن بن ماجه** للإمام محمد بن يزيد أبو عبد الله القزوينى، المولود سنة ٢٠٧هـ والمتوفى سنة ٢٧٥هـ- دار الفكر- بيروت.

٧- **صحيح البخاري** لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجحفى المولود سنة ١٩٤هـ والمتوفى سنة ٢٥٦ هـ - دار ابن كثير- بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ=١٩٨٧م.

٨- **صحيح مسلم** للإمام أبى الحسن مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيرى النيسابورى المولود سنة ٢٠٤هـ والمتوفى سنة ٢٦١ هـ - مكتبة مصر- الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ = ٢٠٠٧م

ثالثا: كتب المعاجم واللغة العربية:

١- القاموس الفقهي للدكتور سعدي أبو حبيب - دار الفكر دمشق - سورية - الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ= ١٩٨٨م

٢- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي . الناشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر . الطبعة الثانية سنة ١٣٧١هـ = ١٩٥٢م

٣- مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي . تحقيق محمود خاطر بك - طبعة المطبعة الأميرية ببولاق . القاهرة سنة ١٣٥٨هـ = ١٩٣٩.

٤- معجم لغة الفقهاء دار النفائس للطباعة والنشر- بيروت - لبنان- الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ =١٩٨٥ م.

٥- مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارِس بن زكريا - تحقيق عبد السلام محمد هارون- الناشر دار إحياء الكتب العربية- الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ.

رابعا: كتب الفقه:

(أ) كتب الفقه الحنفي:

١- الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان

للعلامة زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، المولود في القاهرة عام ٩٢٦ هـ، والمتوفى عام ٩٧٠هـ - مؤسسة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان . طبعة ١٤٠٠هـ =١٩٨٠م.

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق

لزين الدين بن إبراهيم بن محمد نجيم الحنفي، المتوفى عام ٩٧٠ هـ دار المعرفة . بيروت لبنان.

٣- المبسوط

للإمام محمد بن أحمد بن أبى سهل أبو بكر شمس الدين السرخسي الحنفي، المتوفى عام ٤٨٣هـ . تحقيق الشيخ خليل الميس- الناشر دار المعرفة . بيروت . لبنان . طبعة ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م.

٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي . تحقيق/علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود . الناشر دار الكتب العلمية . طبعة ١٤٢٤هـ = ٢٠٠٣م.

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

للفقيه الحنفي عثمان بن على بن محمد فخر الدين الزيلعى، المتوفى عام ٨٤٣هـ - دار الكتاب الإسلامي.

٦-تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ـ الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م

٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار

لمحمد أمين بن عابدين الدمشقي، المتوفى عام ١٢٥٢هـ - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان ١٣٨٦هـ.

٨- شرح فتح القدير

للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هجرية . الناشر دار الكتب العلمية . بيروت لبنان.

٩- فتح باب العناية شرح النقاية

لعلي بن سلطان القاري الحنفي . الناشر دار الكتب العلمية . بيروت لبنان.

(ب) كتب الفقه المالكي

١- التاج والإكليل لمختصر خليل

للعلامة محمد بن أبى القاسم العبدرى، الشهير بالمواق، المتوفى عام ٨٩٧هـ - طبعة دار الكتب العلمية، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٢- الشرح الكبير

لأبي البركات سيدي احمد الدردير طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي.

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،المتوفى سنة ٥٩٥هـ . الناشر مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر- الطبعة الرابعة ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م.

٤- تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام

للإمام برهان الدين أبى الوفاء ابراهيم بن الإمام شمس الدين آبى عبد الله محمد بن فرحون البصري المالكي، المتوفى سنة ٧٩٩ هجرية . الناشر دار الكتب العلمية.

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

لمحمد بن عرفة الدسوقي المالكي- دار إحياء الكتب العربية . عيسى البابى الحلبى وشركاه . طبعة سنة ١٤٠٦هـ.

٦- مختصر خليل

للإمام ضياء الدين أبو المودة خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المالكي المعروف بالجندي المتوفى سنة ٧٦٧ هـ . الناشر دار الكتب العلمية بيروت – لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٦هـ = ١٩٩٥ م.

٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل

لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الزعينى الحطاب المولود سنة٩٠٢هـ = ١٤٩٧م، والمتوفى سنة ٩٥٤هـ = ١٥٤٧م . تحقيق الشيخ محمد تامر، والشيخ محمد عبد العظيم . الناشر دار الحديث بالقاهرة . طبعة ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م.

(ج) كتب الفقه الشافعي:

١. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية

للشيخ العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المولود سنة٨٤٩ هـ، والمتوفى سنة ٩١١هـ . الناشر دار الكتب العلمية . طبعة سنة ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م.

٢-المجموع شرح المهذب

لمحيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الحوراني الشافعي المولود عام ٦٣١ هـ=١٢٣٤م . والمتوفى ٦٧٦ هـ = ١٢٧٨م

٣- المهذب في فقه الإمام الشافعي

للإمام أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي – طبعة دار الفكر– بيروت

٤- روضة الطالبين

للإمام محي الدين أبى زكريا يحي شرف النووي الدمشقي، المولود عام ٦٣١هـ والمتوفى عام ٦٧٦هـ . تحقيق عادل عبد الموجود . الناشر دار عالم المكتبات بيروت . طبعة ١٤٠٥هـ

٥- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج

للشيخ شمس الدين محمد الشربيني الخطيب المتوفى عام ٩٧٧هـ – دار الكتب العلمية – بيروت لبنان طبعة ١٣٥٧هـ.

٦-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

لشمس الدين ابن احمد ابن حمزة ـ دار الفكر ـ طبعة ١٤٠٤هـ=١٩٨٤م

(د) كتب الفقه الحنبلي

١- الروض المربع شرح زاد المستنقع

للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المولود عام ١٠٠٠هـ، والمتوفى عام ١٠٥١هـ - الناشر مكتبة الرياض الحديثة . طبعة سنة ١٣٩٠هـ.

٢-الشرح الكبير

لابن قدامة المقدسى، شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن أبو عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى . تصحيح السيد محمد رشيد رضا ـ مطبعة المنار . طبعة ١٣٤٧هـ

٣- المبدع في شرح المقنع

للإمام ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق المولود سنة ٨١٦هجرية، والمتوفى سنة ٨٨٤ هجرية . الناشر المكتب الإسلامي . بيروت لبنان طبعة ١٤٠٠هـ

٤- المغنى

لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى الجماعيلى الدمشقي المولود عام ٥٤١هجرية والمتوفى عام ٦٢٠ هجرية تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو . هجر للطباعة والنشر . الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م.

٥- دليل الطالب لنيل المطالب

للإمام مرعى بن يوسف الحنبلي المتوفى عام ١٠٣٣هـ - تحقيق أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي- دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض- الطبعة الأولى١٤٢٥هـ = ٢٠٠٤م.

٦- كشاف القناع عن متن الإقناع

للإمام منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى عام ١٠٥١هـ- تحقيق محمد أمين الضناوى . الصاوي، الناشر عالم الكتب للطباعة والنشر ببيروت لبنان . طبعة ١٤١٧هـ = ١٩٩٧م.

٧-شرح منتهى الإرادات

لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي شيخ الحنابلة بمصر في عصره المولود سنة ١٠٠٠هـ= ١٥٩١م، المتوفى سنة ١٠٥١هـ= ١٦٤١م

(ط) كتب أصول الفقه والسياسة الشرعية:

١- أعلام الموقعين عن رب العالمين

لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية - تحقيق طه عبد الرءوف سعد مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة – طبعة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.

٢- الإحكام في أصول الأحكام

للإمام علي بن محمد الامدي – دار الكتب العلمية بلبنان الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ.

٣- الفروق

للشيخ الإمام جمال الإسلام أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسن النيسابورى الكرابيسي، تحقيق د. محمد طموم، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

٤-القواعد النورانية الفقهية

للإمام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ٧٢٨هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، الناشر مكتبة السنة المحمدية، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٧٠هـ/١٩٥١م

٥- المستصفى في علم الأصول

لمحمد بن محمد الغزالي أبو حامد- تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي- دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٦- الموافقات

للعلامة أبى إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الشاطبى المتوفى عام ٧٩٠ هـ - تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان . الناشر دار ابن عفان للنشر والتوزيع . الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ = ٢٠٠٣مـ.

٧-الموسوعة الفقهية الكويتية

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت

٨- أنوار البروق في أنواع الفروق

لشهاب الدين أبى العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى – طبعة دار المعرفة.

٩ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام

لأبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء المولود بدمشق عام ٥٧٧هـ، والمتوفى عام٦٦٠هـ - تحقيق محمود الشنقيطي- دار المعارف بيروت – لبنان- طبعة ١٤١٤هـ

١٠- مجلة الأحكام العدلية مع شروحها درر الحكام في شرح مجلة الأحكام

١١- موسوعة الفقه الإسلامي

جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة . إشراف الشيخ / محمد أبو زهرة . طبعة ١٣٨٧هـ = ١٩٦٧م.

(ل) مراجع حديثة وعامة في الفقه الإسلامي

١- د. عبد الكريم زيدان

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية طبعة سنة ١٤١٢ هـ = ١٩٩٢م.

٢- د. عبد المجيد محمود مطلوب

المدخل إلى الفقه الاسلامى . الناشر مؤسسة المختار للنشر والتوزيع . الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ = ٢٠٠٣م.

٣- الإمام. محمد أبو زهره

أصول الفقه – طبعة ١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م.

٤-الإمام / محمد أبو زهرة

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – دار الفكر العربي

٥- د. محمد ذكى عبد البر

أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي مكتبة التراث ٣١ـ القاهرة طبعة ١٤١٨هـ = ١٩٩٨م.

٦- د. محمد سلام مدكور

المدخل للفقه الإسلامي

٧- د. محمد مصطفى الشلبى

المدخل في التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه . الناشر مطبعة دار التأليف طبعة سنة١٣٨٣هـ = ١٩٦٤م.

٨- د. مصطفى أحمد الزرقا

الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد – الجزء الثالث– المدخل الى نظرية الالتزام . الطبعة السادسة.

٩- د. وهبه الزحيلى

الفقه الإسلامي وأدلته.

١٠- د. يوسف قاسم

أصول الأحكام الشرعية – طبعة ١٩٩١م الطبعة الثانية.

الفهرس

الفهرس

الموضـــــــــــــوع	الصفحة
مقدمة:	٧١
أهمية الموضوع	٧٤
سبب اختيار الموضوع	٧٥
منهج البحث	٧٥
خطة البحث:.....	٧٦
المبحث التمهيدي	
مفهوم الشرط بصفة و شروط صحته	
تمـــهيد:	٨٠
المطلب الأول: مفهوم الشرط	٨١
أولا: تعريف الشرط بوجه عام	٨١
١) تعريف الشرط لغة	٨١
٢) تعريف الشرط اصطلاحا	٨٢
٣) تعريف الشرط في القانون الوضعي	٨٤
ثانيا: تعريف الشرط المانع من التصرف.....	٨٥
المطلب الثاني: خصائص الشرط	٨٧
تمهيد:	٨٧
الفرع الأول: خصائص الشرط في القانون الوضعي	٨٧
أولا: الشرط أمرا مستقبلا	٨٧
ثانيا: الشرط أمرا غير محقق الوقوع	٨٨
الشرط الإرادي	٨٩
ثالثا: الشرط أمرا مشروعا.....	٩٠
الشرط الواقف غير المشروع.....	٩١

الشرط الفاسخ غير المشروع.....	٩١
الفرع الثاني: خصائص الشرط في الفقه الإسلامي	٩٢
تمهيد:	٩٢
أولا: الشرط أمرا مستقبلا.....	٩٢
ثانيا: الشرط أمرا محتمل بين الوجود والعدم...	٩٢
ثالثا: الشرط أمرا مشروعا.....	٩٣
المطلب الثالث: شروط صحة الشرط المانع من التصرف	٩٣
تمهيد:	٩٣
الفرع الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي.....	٩٤
تمهيد:	٩٤
الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع.....	٩٦
الشرط الثاني: أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة.....	٩٩
الشرط الثالث: أن يرد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية.....	١٠١
الفرع الثاني: شروط صحة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.....	١٠٢
تمهيد:	١٠٢
مفهوم المصلحة	١٠٣
الشرط الأول: أن تكون هناك مصلحة من اشتراط الشرط المانع	١٠٤
الشرط الثاني: أن تكون هذه المصلحة معلومة.....	١٠٥
الفرع الثالث: مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.	١٠٦

المبحث الأول	
الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي	
تمـــهيد:	١٠٨
المطلـب الأول: فسـخ العقـد المقتـرن بـه الشـرط المـانع مـن التصرف	١١٠
تمـهيد	١١٠
أولا: مضمون الرأي	١١٠
ثانيا: تقييم الرأي	١١٣
المطلب الثاني: البطلان المطلق للتصرف المخالف	
تمـهيد	١١٤
أولا: مضمون الرأي	١١٥
ثانيا: تقييم الرأي	١١٨
المطلب الثالث: البطلان النسبي للتصرف المخالف	
تمـهيد	١٢٠
أولا: مضمون الرأي	١٢٠
ثانيا: تقييم الرأي	١٢١
المطلب الرابع: البطلان المقرر للتصرف المخالف بطلان من نوع خاص	
أولا: مضمون الرأي	١٢٢
ثانيا: موقف القضاء	١٢٣
المطلب الخامس: رأينا في هذا الموضوع	١٢٥
أولا: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف	١٢٥
ثانيا: فسخ العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف	١٣٠

شروط الفسخ:	١٣١
أولا: ان يرد الشرط المانع من التصرف في عقد ملزم للجانبين	١٣٢
ثانيا: إخلال المتصرف إليه بتنفيذ التزامه	
ثالثا: اعذار المتصرف إليه.....	١٣٣
المبحث الثاني	
الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف في الفقه الاسلامى	
تمـــهيد:	١٣٨
المطلب الأول: بطلان العقد المقترن به الشرط المانع من التصرف ...	١٤١
المطلب الثاني: قابلية العقد المقترن به الشرط للفسخ	١٤٢
الاتجاه الأول	١٤٢
الاتجاه الثاني.....	١٤٥
المبحث الثالث	
مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي	
فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف	١٤٩
الخاتمة.....	١٥٥
أولا: النتائج	١٥٩
ثانيا: التوصيات.....	١٦١
المراجع	١٦٣
الفهرس	١٧٨