



جامعة المستقبل
AL MUSTAQBAL UNIVERSITY

جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة المستقبل

كلية القانون

الشرط المانع من التصرف

بحث مقدم من قبل الطالب (زيد فالح مرزه)

الى جامعة المستقبل وهو جزء من متطلبات نيل درجة البكالوريوس في كلية
القانون

بإشراف

أ.م.د فاطمة عبد الرحيم علي

2025

1446هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)

سورة طه



صدق الله العلي العظيم

الأهداء

إلى من لا يُضاهيهما أحد في الكون، إلى من أمرنا الله بيزههما والإحسان إليهما، إلى من بذلوا الغالي والنفيس من أجل أن أرسم مستقبلي بكل أمل وثقة، إليكما يا أمي وأبي الغاليان، أهدي هذا البحث المتواضع. لقد كنتما خير سندٍ لي في كل خطوة من مسيرتي الدراسية، فأنتما من زرعتما في قلبي حب العلم والعمل، ومن علمتماني أن الإصرار والإيمان هما مفتاح النجاح. هذا الجهد هو جزء من فضلكما ودعمكما الذي لا ينضب، وأدعو الله أن أكون خير ابنٍ يُسعدكما في الدنيا والآخرة.

وإلى أساتذتي الكرام، الذين كانوا بمثابة الشموع التي أضاءت دربي بالعلم والمعرفة، إلى من بذلوا جهودهم لتربيتي وتوجيهي، وإلى من علموني أن النجاح ليس مجرد حلم، بل هو ثمرة العمل الجاد والصبر. لكم مني كل التقدير والاحترام، وأهدي لكم هذا الجهد المتواضع كتعبير عن امتناني لتفانيكم وإخلاصكم في تعليمي وإرشادي.

هذا البحث هو ثمرة جهد متواضع، ولكنه يحمل في طياته كل الحب والتقدير لكل من ساهم في تشكيل مسيرتي العلمية والعملية. أسأل الله أن يتقبل منا هذا العمل وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يبارك في جهودنا جميعاً.

لكم مني كل الحب والاحترام،

(البارئ)

شكر وامتنان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه المنتجبين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد...
فإني أحمد الله تعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، حيث أتاح لي بإنجاز هذا العمل المتواضع بفضلته ومنته، فله الحمد أولاً وآخراً، ظاهراً وباطناً، على ما أنعم به عليّ من توفيق وعون. ثم أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى أولئك الأخيار الذين مدوا لي يد العون والمساندة خلال هذه الرحلة العلمية، وفي مقدمتهم أستاذتي الفاضلة والمشرفة على هذا البحث، الأستاذة الدكتورة *فاطمة عبد الرحيم علي*، التي لم تأل جهداً في توجيهي وإرشادي، وقدمت لي من خبرتها وعلمها ما كان له الأثر الكبير في إتمام هذا العمل. فلها مني أعمق الشكر وأصدق الدعوات.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الامتنان إلى جميع أستاذتي الكرام، الذين رقدوني بنصائحهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة، فكانوا بمثابة المنارة التي أضاءت لي الطريق في مسيرتي العلمية. فلکم مني فائق التقدير والاحترام.

ولا أنسى إخوتي وأصدقائي الأعزاء، الذين وقفوا إلى جانبي وساندوني طيلة فترة دراستي، فكانوا خير عونٍ في الأوقات الصعبة، وخير سندٍ في لحظات التحدي. فلکم مني كل الحب والتقدير.

وأخيراً، أهدى هذا الجهد المتواضع إلى والديّ العزيزين، اللذين كانا خير داعمٍ لي في كل مراحل حياتي، وعلماني أن الإصرار والإيمان هما سبيل النجاح. فلکما مني كل الحب والوفاء. والحمد لله رب العالمين، الذي بنعمته تتم الصالحات.

الباحث

المقدمة:

للإرادة دوراً في تقييد حق الملكية في حدود معينة هذه القيود الإرادية لا تتمثل فقط فيما يدعي بشرط المنع من التصرف وإنما هناك قيود ارادية أخرى ترد على الملكية فتقرير حق ارتفاق أو مساحته أو انتفاع على عقار ما هو أيضاً من القيود الارادية لحق الملكية ولكننا نبحث في شرط المنع من التصرف ونستبعد القيود الإرادية الأخرى, إذ قد يحصل تقييد ارادي السلطة المالك عند التصرف في عقاره بمقتضى شرط يرد في عقد أو وصية يمنعه من التصرف كما لو اشترط الواهب على الموهوب له في عقد الهبة عدم التصرف في العقار حتى يبلغ سنأ معيناً .

وفي هذا الصدد لم يعد حق الملكية في وقتنا الحاضر كما كان في العهود الماضية حقاً مطلقاً بل أصبح مقيداً بقيود عديدة وهذه القيود تأخذ مداها في التوسع يوماً بعد يوم، وسلطة التصرف في الشيء المملوك أهم ميزة لحق الملكية وهذه السلطة تعطي قيمة اقتصادية لحق الملكية لأنها الوسيلة التي تضمن تداول الاموال والتصرف فيها ولهذا تعتبر من الأسس والركائز التي تستند عليها الحياة الاقتصادية ولهذا لم يسمح القانون المدني الفرنسي حبس الأموال عن التداول بالاعتماد على طريق اشتراط عدم التصرف فيها الا في حالات استثنائية ولغرض تسليط الضوء على موضوع بحثنا لابد من بيان تحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني من شرط المنع من التصرف، وتحديد الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وتحديد نطاقه ثم بيان الموقف القضائي والفقهاء الاسلامي من شرط المنع من التصرف .

أولاً: مشكلة البحث:

بعدما أضحي حق المستأجر حقاً شخصياً إذ يستطيع أن يتصرف به صاحبه جميع التصرفات الجائرة قانوناً، واستناداً إلى ذلك فإن التشريعات قد جعلت الأصل هو إمكانية المستأجر إن يؤجر العين محل عقد الإيجار إلى الغير بالإيجار ويسمى ذلك بالإيجار

من الباطن او أن يتنازل عن عقد الإيجار ذاته ويسمى ذلك بالتنازل عن الإيجار. والإيجار من الباطن يتم بموجب عقد إيجار جديد بين المستأجر الأصلي (المؤجر الجديد) والغير ويسمى (بالمستأجر الثانوي) وقد يكون بنفس شروط العقد القديم او بموجب شروط تختلف عن شروط عقد الإيجار الأصلي وهذا هو الغالب إذ إن المستأجر قد يعتمد إلى ذلك لغرض الحصول على ربح من خلال الفرق بين بدل الإيجار الذي يحصل عليه من العقد الجديد وبدل الإيجار الذي يدفعه إلى المؤجر الأصلي، أما التنازل عن الإيجار فقد يكون دون مقابل او بمقابل وهذا هو الغالب حيث اثبت الواقع العملي حصول ذلك بشكل واسع إذ كثيراً ما نشاهد لافتات او إعلانات في واجهة بعض المحلات او الدكاكين وقد كتب عليها (المحل للبيع) فان ذلك غالباً ما يشير إلى التنازل عن عقد الإيجار إذ إن المستأجر يتنازل عن منفعة المأجور للمدة المتبقية من عقد الإيجار بنفس شروط عقد الإيجار مقابل الثمن الذي يدفعه له المتنازل إليه ويسمى ذلك عرفاً (السرقلية) فإذا انتهت مدة عقد الإيجار فلا بد من إبرام عقد جديد بين المؤجر والمتنازل إليه.

فإذا أراد المؤجر أن يمنع المستأجر من القيام بجميع هذه الأعمال (الإيجار من الباطن او التنازل عن الإيجار) عليه أن يضمن عقد الإيجار شرطاً بموجبه يمنع المستأجر من القيام بتلك الأعمال وهذا هو الشرط المانع في عقد الإيجار.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا الموضوع في الجوانب الآتية:

- 1- اهتمام التشريعات المختلفة بهذا الموضوع لذلك سنجد العديد من النصوص التي تعالج جوانبه سواء في القانون المدني او في قوانين الإيجار.
- 3- لم ينال اهتمام الفقه او الباحثين لاسيما في العراق سوى بعض الشروحات المتعلقة ببعض جوانبه.

4- الحاجة العملية والنظرية لهذا الموضوع لاسيما أن القضاء هو الجهة المختصة بتطبيق القانون بعد تكييف الوقائع التي تنطبق عليها النصوص القانونية لذلك نأمل في تحقيق الفائدة العلمية للمهتمين في هذا المجال من خلال ما نتوصل إليه من نتائج نستدل عليها في ضوء الدراسة المقارنة والتحليل.

منهجية البحث

سنتبع منهج الدراسة المقارنة بين التشريع العراقي والمصري والفرنسي .

المطلب الأول

مفهوم الشرط المانع

لتوضيح مفهوم الشرط المانع، سنقوم في هذا المطلب بتعريفه ثم نميز بينه وبين ما قد يختلط به من شرط المنع من التصرف، نظراً لبعض أوجه الشبه بينهما. لذا، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي.

الفرع الأول: تعريف الشرط المانع.

الفرع الثاني: تمييز الشرط المانع من شرط المنع التصرف.

الفرع الأول

تعريف الشرط المانع

أورد المشرع العراقي (1) الشرط المانع ضمن النصوص التي تتعلق بحفظ المأجور، حيث اعتبره أحد التزامات المستأجر. ثم أشار إليه بشكل غير مباشر في النصوص المتعلقة بإيجار المستأجر وتنازله عن الإيجار (2) المتعلقة في إيجار المستأجر وتنازله عن الإيجار

أما الفقه فاغلبه لم يتطرق إلى وضع تعريف له إنما يذهب إلى شرح النصوص وتفسيرها وفي كل الأحوال وجدنا بعض من التعاريف للشرط المانع حيث ذهب جانباً

(1) المادة (2/761) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (1/775) من القانون المدني العراقي.

من الفقه العراقي (1) إلى انه: منع الرخصة التي أعطاها القانون للمستأجر في أن يؤجر أو يتنازل عن الإيجار وذلك بأن يشترط عليه في عقد الإيجار إلا يقوم بمثل هذا العمل. وقد عرفه جانب آخر من الفقه العراقي بأنه حرمان المستأجر من التنازل عن الإيجار أو من الإيجار من الباطن بموجب اتفاق خاص.

أما الفقه المصري فقد عرفه جانباً منه بأنه: اتفاق العاقدان على أن لا يكون للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإجارة إلى غيره ولا أن يؤجر من الباطن. في حين عرفه جانباً آخر بأنه الشرط الذي يمنع المستأجر في التنازل عن الإيجار وفي الإيجار من الباطن. (2)

ونرى بأن جميع التعاريف للشرط المانع تعطي معنى متقارباً إلا وهو اتفاق المؤجر والمستأجر على منع التأجير من الباطن أو التنازل عن عقد الإيجار ولكن التعريف الأول أولى بالترجيح لان الأصل أن القانون هو الذي أعطى الرخصة للمستأجر بالحق في الإيجار من الباطن أو التنازل عنه ثم عاد ليعطي الحق للمؤجر بمنع هذه الرخصة.

الفرع الثاني

تمييز الشرط المانع عن شرط المنع من التصرف

شرط المنع من التصرف قيد إرادي يرد على حق الملكية استثناءً من الأصل وهو حرية المالك في التصرف بملكه في ضوء الحدود التي يرسمها القانون وقد يراد

(1) د. عباس حسن الطرف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956، ص406.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، الناشر-دار النهضة العربية، 1963، ص667

منه تحقيق مصلحة المشتري او المتصرف او المتصرف إليه بشرط ألا يكون ذلك الشرط مؤبداً وان يكون الباعث منه مشروعاً.

في ضوء ماتقدم ما تقدم ولغرض التمييز بين الشرط المانع في عقد الإيجار وشرط المنع من التصرف نعرض أوجه الشبه والاختلاف بينهما وعلى النحو الآتي:
أولاً: أوجه الشبهه:

1- كلاهما يكون مصدرهما الاتفاق.

2- كلاهما يكون مؤقتاً: فعقد الإيجار بحد ذاته يكون مؤقتاً وبنهايته ينتهي معه الشرط المانع كذلك شرط المنع من التصرف يجب أن يكون غير مؤبد.

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1- كلا منهما يختلف عن الآخر من حيث نوع الحق الذي يرد عليه: فالشرط المانع هو قيد في عقد الإيجار الذي يعد بحد ذاته حقاً شخصياً أما شرط المنع من التصرف فهو قيد يرد على الحق العيني (1) .

2- كلاً منهما يختلف عن الآخر من حيث بعض أوجه الجزاء المترتبة على الإخلال بالشرط أو إمكانية تعطيله: فجزاء الإخلال بالشرط المانع هو أما التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى أو التعويض وحده وكذلك بالإمكان تعطيل الشرط المانع. أما جزاء الإخلال بشرط المنع من التصرف فهو إما الفسخ أو الوقف ولا مجال لتعطيل شرط المنع من التصرف (2) .

صور الشرط المانع

لغرض تفصيل الصور التي يمكن أن يظهر بها الشرط المانع وجدنا من المناسب تقسيمها حسب الزاوية التي ينظر من خلالها لكل حالة وعلى النحو الآتي:

(1) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، طبع ونشر دار النهضة العربية-بيروت، 1982، ص133.
(2) رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة-عقد الإيجار، الناشر-الدار الجامعية، دون ذكر لسنة الطبع، ص195.

أولاً: الشرط المانع من حيث الدلالة

وفي هذه الحالة أما أن يكون الشرط المانع صريحاً أو ضمناً، فالشرط المانع الصريح هو الذي يكون قاطعاً في دلالاته وذلك بأن يضع المؤجر بنداً في عقد الإيجار يشترط فيه على المستأجر عدم جواز التصرف بالعين المستأجرة إلى الغير سواء بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وفي هذا يجب أن يكون الشرط المانع واضحاً في دلالاته.

أما الشرط المانع الضمني فهو ذلك الشرط الذي يفيد من ظروف التعاقد مادامت تلك الظروف قاطعة في ذلك كما لو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار لدى المؤجر . (1)

ثانياً: الشرط المانع من حيث مدى الشمولية

وفي هذه الحالة أما أن يكون الشرط المانع مطلقاً أو مقيداً، فالشرط المانع المطلق هو ذلك الشرط الذي لا يجوز بموجبه للمستأجر أن يتصرف بالعين محل عقد الإيجار إلى الغير بأي شكل من الأشكال.

أما الشرط المانع المقيد فهو أما أن يكون باتفاق المؤجر والمستأجر بأن يتوقف قيام المستأجر بالإيجار أو التنازل عنه على موافقة المؤجر أو إلا يكون إلا لشخص معين أو إلا يكون التصرف إلا بموجب تصريح كتابي من المؤجر أو أي قيد آخر. ويتفق المشرع العراقي والمشرع اللبناني على أنه إذا اشترط المؤجر أن يكون تأجير المأجور للغير أو تنازله عن الإيجار للغير لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز للمؤجر أن يمتنع إلا لسبب مشروع.

(1) محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، طبع ونشر دار النهضة العربية، 1967، ص249.

وتجدر الإشارة إلى إن المشرع العراقي (1) قد ذهب إلى تقييد المادة (2،1/775) من القانون المدني العراقي بالنسبة للعقارات المؤجرة لإغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون وذلك بموجب المادة (11) من قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 56 لسنة 2000 والتي تنص على انه: (يُحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك).

وحسناً فعل المشرع العراقي في هذا الاتجاه وذلك بجعل الأصل هو حَظَر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن والاستثناء هو أجازة ذلك على أن يكون الاتفاق بصورة تحريرية وهذا من شأنه عدم إثارة الخلافات بين المؤجر والمستأجر على إثبات الشرط المانع ولاسيما في العقارات التي أوجبت حالة الضرورة بالمشرع أن يتدخل ويجعل عقد الإيجار ممتداً بالرغم من إرادة طرفي العقد.

ويلحظ أن المشرع العراقي في نص المادة (2/775) لم يضع معياراً محدداً للسبب الذي يبيح للمؤجر أن يمتنع عن موافقته بالإيجار أو التنازل عن الإيجار في حالة اشتراطه أن يكون الإيجار أو التنازل عنه بموافقته.

ومما لاشك فيه فان هذا الأمر سيناط بالقضاء والذي سيكون له الكلمة الفصل في ذلك كونه ملزم بالحكم، ولهذا نوصي الجهات القضائية في المحاكم العراقية الموقرة بإتباع معيار واضح ومنصف يستند إلى قواعد العدالة وليس فقط الركون إلى السوابق القضائية كون القضاء العراقي غير ملزم بها ولأن المسببات والظروف المحيطة بالتصرفات القانونية متغيرة أضف إلى جانب ذلك فإن الطعن بالإحكام الصادرة في الدعاوي المتعلقة بعقود الإيجار تخضع للطعن بطريق عادي وأمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية (2) .

(1) المادة الأولى من قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل.

(2) المادتان (203،1/34) من قانون المرافقات المدنية العراقي.

المطلب الثاني

الموقف القانوني من شرط المنع من التصرف

اختلفت التشريعات بصددها موقفها القانوني اتجاه شرط المنع من التصرف فالقانون المدني الفرنسي جاء خالياً من النص على اباحة الشرط المانع من التصرف كقيد ارادي على حق الملكية الا في حالتين هما المال المقدم من الزوجة للزوج (الدوطة) والذي يسمى في الفقه الاسلامي (بالمهر) حيث ان هذه الاموال توضع تحت ادارة الزوج ليستغلها بنفسه ولا يجوز التصرف فيها وهذه الحالة الاولى .

والاموال التي تخرج من النصاب الشرعي الواجب تركه للورثة وهذه الحالة الثانية أما القانون المدني المصري السابق المختلط والاهلي فقط جاء كذلك خالياً من نص يتعلق بشرط المنع من التصرف كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، الا ان القضاء المصري قد اهتدى بما جاء به القضاء الفرنسي وجاء القانون المدني المصري فقنن احكام القضاء في هذا الشأن، أما القوانين العربية فأنها تباينت منها ما يؤيد وباستحياء وخاصة التشريعات التي سارت على نهج المذهب الحنفي ولغرض تسليط الضوء على الموقف القانوني لشرط المنع من التصرف لا بد من تقسيمه الى

الموقف القانوني الفرنسي وهذا في الفرع الأول وموقف القوانين العربية وفي مقدمتها القانون المدني المصري في الفرع الثاني.

الفرع الاول // موقف القانون المدني الفرنسي من شرط المنع من التصرف

ظهر شرط المنع من التصرف كقيد ارادي في فرنسا في القرن التاسع عشر حيث جاء هذا الشرط خالياً من نص يحكمها وعندما عرضت على القضاء الفرنسي ذهب في أول الأمر الى الحكم باعتبار الشروط المانعة من التصرف باطله بطلاناً مطلقاً في جميع الأحوال بغير استثناء اي سواء كان المنع مؤبداً أو مؤقتاً ودون النظر الى

البواعث التي دفعت الى اشتراط مثل هذه الشروط وقد استند القضاء الفرنسي في حكمه الى عدة اسباب منها :

١- ان الملكية الخاصة تعد جوهر النظام الاقتصادي للمجتمع وبالتالي فإن احكامها تعد من النظام العام بحيث لا تمتلك الإرادة الحد من أهم سلطة جوهريّة فيها وهي سلطة التصرف الذي لا تتصور الملكية بدونها . (1)

٢- ان شرط المنع من التصرف مخالف لمبدأ حرية تداول الاموال الذي عد من الثوابت الاساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع منذ القضاء على الاقطاع من قبل الثورة الفرنسية والذي كان يصاحبه نظام حبس الأموال ولذلك فالاعتماد على شرط المنع من التصرف يعني الرجوع الى الوراء من جهة ومخالفة النظام العام من جهة ولهذا لم يجز القانون المدني الفرنسي في المواد (٨٩٦,٥٤٤ ، ١٥٩٤) شرط المنع (2) من التصرف وقضى ببطلان كل اتفاق يؤدي الى حبس الاموال عن التداول الا في حالات استثنائية لا تمثل اصلاً عاماً فاذا ورد شرط المنع من التصرف في عقد من العقود طبقت عليه احكام القانون المتعلقة بالشروط المقترنة بالعقد الواردة في المادة (١٧٢) والمادة (٩٠٠) من التقنين المدني الفرنسي والتي تقرر بطلان الشرط المخالف للنظام العام و بطلان التصرف الذي ورد فيه الشرط اذا كان هذا التصرف معاوضه اما اذا كان التصرف تبرعا بطل الشرط وصح التصرف الا اذا كان شرط المنع من التصرف هو الباعث على التصرف وفي هذا الصدد، فقد ظهرت حالات كثيرة اوجبت الاعتماد بشرط المنع من التصرف هدفها حماية المصالح المشروعة وخاصة في

(1) طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ص ١٠٢

(2) د. عبد المنعم البدراني، شرح القانون المدني من الحقوق العينية الاصلية، ص ٢١ سنة ١٩٥٦ ، ص ٨٦ .

التصرفات الشرعية كما في حالة من يهب مالا لأولاده ويشترط عليهم عدم التصرف لحماية مصالح الاحفاد أو لحماية الأولاد انفسهم من نزقهم (1)

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من شرط المنع من التصرف .

القانون المدني المصري يعد من اهم القوانين المدنية التي استقت منه اغلب القوانين العربية كالقانون المدني العراقي والسوري والجزائري والأردني وعليه فسوف اتناول موقف القانون المدني المصري أولاً ومن ثم القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية ثانيا

اولاً : موقف القانون المدني المصري من شرط المنع من التصرف تنص المادة (٨٢٤) من القانون المدني المصري على انه اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لاحكام المادة (٨٢٣) فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً وبهذا النص يكون القانون المدني المصري جاء مخالفاً من القانون المدني الفرنسي، حيث قرر بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وهو بطلان مطلق وليس بطلان نسبي ولا غبار على ان القانون المدني المصري قد اخذ ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع بطلاناً مطلقاً دون البطلان النسبي وبهذا يكون القانون المدني المصري قد خطى الخطوة التي لا يزال المشرع الفرنسي لم يأخذها في هذه المسألة ليبقى الخلاف على ما هو في فرنسا وينتهي في مصر (2) وقد نظم الشرع المصري شرط المنع من التصرف في تقنينه المدني حيث تطبت المادة (٨٢٣) منه توفر شرطين تمت صياغتهما بطريقة مرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية لضبطه بالأسباب التي دعت الى تقريره (3)

(1) درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها ، دار السنهوري ، بيروت سنة ٢٠١٨ ، ص ١٠٢

(2) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش رقم ٢ ، ص ٥٢٧ .

(3) همام زهران ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٣٤١ .

الشرط الأول : أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع ويراد بذلك ان تكون هناك مصلحة جدية تدعو الى هذا الشرط لا فرق ان تكون المصلحة المراد حمايتها هي مصلحة المشتري او مصلحة المتصرف اليه او مصلحة الغير وهذه المصلحة يقدرها القاضي بحيث تكون في نظره مبرراً كافياً لتقييد سلطة المالك في التصرف .

الشرط الثاني : أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة وذلك منعاً لخروج المال من التداول حيث لا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبداً وإنما يجب أن يقتصر المنع على مدة معقولة، والمدة المعقولة هي المدة التي تستدعيها حماية المصلحة التي شكلت باعثاً مشروعاً للقبول بصحة شرط المنع من التصرف فهي مدة مرنة يتم تقديرها وفقاً لظروف كل حالة بما يتلاءم لمقتضيات المصلحة التي يراد حمايتها، والقضاء هو الذي يحددها حسب ملائسات القضية فيما يعتبر مدة معقولة للمنع من التصرف .

ثانياً : موقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية من شرط المنع من التصرف لا نجد في القانون المدني العراقي نصاً يمنع أو يجيز شرط المنع من التصرف وان اعراضه عن الاخذ بحكم القانون المدني المصري يمكن تفسيره بعدم رغبته في تقدير هذا الحكم وانما اراد من ذلك ترك هذه المسألة لحكم القواعد العامة ومن مقتضى هذه القواعد ان كل شرط غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام و الآداب (1) شرط صحيح يجب الاعتماد عليه واحترامه وعلى هذا متى كان شرط المنع من التصرف مؤقتاً وكانت للمتصرف او للمتصرف اليه او للغير مصلحة جديه و مشروعة يراد حمايتها بهذا الشرط فإنه يكون شرطاً صحيحاً يجب العمل بمقتضاه (2) وهذا هو الرأي الأول . ويذهب انصار عدم مشروعية شرط المنع من التصرف الى ان المشرع

(1) عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١، مطبعة المعارف ، بغداد ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٩٥

(2) محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج ١، مكتبة السنهوري ، بغداد ، سنة ٢٠١٣ ، ص

سمحت بتأجيل انتقال الملكية الى حين سداد الثمن ولو كان يجيز شرط المنع من التصرف لما اعتمد على القول بتأجيل انتقال الملكية فشرط عدم التصرف أكثر سهولة من اللجوء الى شرط الاحتفاظ بالملكية وهذا هو الرأي الثاني .

اما عن موقف القضاء العراقي يبدو ان القضاء العراقي يؤيد ما ذهب اليه اصحاب الرأي الأول .

حيث يرى أن القواعد العامة لا تسعف في تقرير صحة شروط المنع من التصرف لمخالفة هذه الشروط لمقتضى العقد حيث قضت محكمة التمييز بأنه اذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة المبيعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته مقتضى العقد) كما قضت اذا كان الشرط يتنافى مع حق المالك في التصرف بملكه فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام)

والواقع المنع من التصرف لا يمكن اجازته او القول بصحته طبقاً لاحكام المادة (١٣١/١) مدني عراقي لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد هذا من جهة ومن جهة اخرى انه شرط لم يجز به العرف أو العادة في العراق. ثم ان اهم الحالات التي تستدعي ايراد شرط المنع من التصرف عملياً عالجهامشرع العراقي بنصوص خاصة، ففي الهبة اذا كانت بشرط العوض أو الإعاشة لم يجز المشرع للموهوب له التصرف بالعتقار الموهوب

كذلك ان الشرع العراقي في المادة (٣١٧) من قانون التسجيل العقاري لا تجيز للمدين الراهن مقدماً التصرف في المال المرهون قبل موافقة الدائن المرتهن على ذلك حيث نصت على انه للراهن اجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه الى من انتقل اليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن (١) ويلاحظ اخيراً ان الشرط المانع من التصرف اذا انصب على تصرف

(١) طارق كاظم عجيل ، المصدر السابق ، ص ١١٤ .

وارد على عقار فان نصوص قانون التسجيل العقاري لا تسمح او تجيز تدوين هذا الشرط في سجلاتها لمخالفته مضمون العقد

اما اذا ورد التصرف على منقول فان القواعد ترفض صحته او فعاليتها وذلك لأسباب أولهما: عدم امكانية نقاده بحق الغير دون علم الاخير به اعتمادا على احكام المادة (١٤٢) مدني عراقي وثانيهما أن قاعدة الحيابة في المنقول تحد من سريان هذا الشرط وثالثهما : ان الشرط المقترن بالعقد يرتب وفقا للقواعد العامة على عاتق المتصرف له التزاما بالامتناع عن عمل والاخلال به يؤدي الى فسخ العقد مع التعويض وهو جزاء لا يتلاءم مع ما ينوي المتعاقدين من وراء ايراد الشرط المانع من التصرف .

أما في القانون المدني السوري فقط نص في المادة (٧٧٨) من القانون المدني على انه (١ - اذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصود على مدة معقول .

٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعته للمتصرف أو المتصرف اليه او الغير .

٣ -والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه او الغير

(1)

وهذا النص يشير بوضوح الى قبول المشرع السوري بالشرط المانع من التصرف في العقود او الوصايا وهنا لا بد من الاشارة الى ضرورة تسجيل هذا الشرط في السجل العقاري وفقا لاحكام المادة (٩) من القرار رقم ١٨٨ في ١٥/٣ / ١٩٢٩ وذلك باعتبار ان هذا الشرط من التقييدات العقارية الواجبة التسجيل للنفاد ولا ينتج الشرط المانع آثاره بالنسبة للغير الا بعد تسجيله وفقا للأصول .

(1) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج ٣ ، ط 1 ، بغداد ١٩٧٩ ، ص ١٧ .

أما القانون المدني الكويتي فقد نظم أحكام الشرط المانع في المواد (٨١٧-٨١٥) منه حيث نصت المادة (٨١٥) من القانون المدني على انه اذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف اليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصود على مدة معقولة .

كما لا يحتج بالشرط المانع الا اذا كان الغير على علم به وقت التصرف أو في مقدوره أن يعلم به (١) اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فان الاصل فيه تحريم شرط المنع من التصرف، ذلك أن التصرف اهم سلطات حق الملكية وبدونه لا يكون المالك (عملاً) مالكا وان سمي كذلك قانونا ، كما ان منع تدامل الاصول يترتب عليه آثار خطيرة من الناحية الاقتصادية الأمر الذي سوف يضر بالمجتمع بوجه عام لذلك نص المشرع الاماراتي في المادة (١١٤٥) معاملات مدنية على انه ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقييد حقوق المتصرف اليه (الا ان المشرع رأى من زاوية أخرى أن شرط المنع من التصرف قد يحقق مصلحة للمشتري في الوقت الذي لا يهدر فيه جوهر الملكية و لا يمنع كلية دون تداول الاموال فقرر مثل هذه الشروط اذا كانت مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة (٢) بالمنع اليسير أي الذي لا يؤدي الى الاضرار بالمالك او المصلحة العامة اما الشرع الجزائري فقد اغفل النص في القانون المدني حول الشرط المانع من التصرف و بداية اعتقدنا انه سار على موقف الفقه الاسلامي الذي يرفض الشرط المانع الا في بعض الحالات ولا يقر به الا ان المادة (١٠٤) من المرسوم المؤرخ في ٢٥/٣ / ١٩٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث تنص على انه (يحقق المحافظ بأن البطاقة مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من

(١) - المادة (٨١٧) من القانون المدني الكويتي.

(٢) - المادة (١١٤٥) من قانون المعاملات الاماراتي.

قبل صاحبه الاخير) وهو ما يدل على أن المشرع اخذ بالشرط المانع من التصرف وبعد أن استعرضنا موقف التشريعات من شرط المانع من التصرف لا بد لنا أن نبين الطبيعة القانونية لشرط المانع من التصرف وتحديد نطاقه .

الخاتمة

حق الملكية اقترن بوجود الانسان نفسه الذي اقبل على حب التملك والاستئثار الأمر الذي جعل هذا الحق يأتي في مقدمة الحقوق العينية بخصائص تميزه عن غيره من

الحقوق لا تحدها أو تقيدها الا قيود قانونية او اتفاقية واول هذه القيود هو الشرط المانع من التصرف والذي تطرقنا اليه في هذا البحث وتحديد فكرة المنع من التصرف والموقف القانوني منه منذ أن شرع في القانون المدني الفرنسي ثم القانون المدني المصري والعراقي وبقية الاقطار العربية ثم بينا الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف وحددنا نطاقه ثم تطرقنا الى الموقف القضائي وموقف الفقه الاسلامي الذي له الدور في نشوء وتطور هذا الشرط .

الاستنتاجات

1. الشرط المانع هو اتفاق بين المؤجر والمستأجر يمنع المستأجر من التصرف في العين المؤجرة، سواء بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار. وهو يعتبر قيداً على الرخصة التي منحها القانون للمستأجر.
2. الشرط المانع يرد على الحق الشخصي (عقد الإيجار)، بينما شرط المنع من التصرف يرد على الحق العيني (الملكية).
3. جزاء الإخلال بالشرط المانع قد يكون التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض، بينما جزاء الإخلال بشرط المنع من التصرف قد يكون الفسخ أو الوقف.
4. القانون المدني الفرنسي يرفض بشكل عام شرط المنع من التصرف إلا في حالات استثنائية.
5. التشريعات العربية، مثل القانون المدني المصري، تتباين في مواقفها، حيث تقبل بعضها شرط المنع من التصرف في حالات محددة.

6. المشرع العراقي قيد الإيجار من الباطن والتنازل عنه في العقارات المؤجرة لأغراض السكنى، مما يعكس حرصه على حماية حقوق المؤجرين والمستأجرين معاً.

7. ومع ذلك، لم يحدد المشرع معيارًا واضحًا للسبب المشروع الذي يبيح للمؤجر الامتناع عن الموافقة على التصرف، مما يترك المجال للقضاء لتحديد ذلك.

التوصيات

1. يوصى بتعديل النصوص القانونية المتعلقة بالشرط المانع لتكون أكثر وضوحًا، خاصة فيما يتعلق بالمعايير التي تبيح للمؤجر الامتناع عن الموافقة على التصرفات التي يقوم بها المستأجر.
2. يجب على المشرع العراقي وضع معايير محددة للسبب المشروع الذي يسمح للمؤجر بالامتناع عن الموافقة على الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وذلك لتجنب الاجتهادات القضائية المتباينة.
3. يوصى بأن تتبنى المحاكم العراقية معايير واضحة ومنصفة في الفصل في النزاعات المتعلقة بالشرط المانع، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة.
4. ينبغي تعزيز التوعية القانونية بين المؤجرين والمستأجرين حول حقوقهم وواجباتهم، خاصة فيما يتعلق بالشرط المانع وآثاره القانونية.
5. يوصى بإعادة النظر في قانون الإيجار العراقي لتعديل المواد المتعلقة بالشرط المانع، بحيث تكون أكثر توافقًا مع الواقع العملي واحتياجات الأطراف.

المصادر

1. طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية

2. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها، دار السنهوري، بيروت، 2018
3. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة - عقد الإيجار، الناشر: الدار الجامعية، دون ذكر سنة الطبع
4. عباس حسن الطرف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956
5. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، الناشر: دار النهضة العربية، 1963
6. عبد المنعم البدراني، شرح القانون المدني من الحقوق العينية الأصلية، سنة 1956،
7. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، طبع ونشر دار النهضة العربية-بيروت، 1982
8. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975
9. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013
10. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، طبع ونشر دار النهضة العربية، 1967
11. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج3، ط 1، بغداد، 1979
12. همام زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010