



في كل وقت وفي أي مكان



Contact Us



01121320428

01009525047

01508750726

الفرقة الرابعة - القانون المدني
قسم الحقوق العينية الأصلية



<http://www.gam3ety.net>

(1) : عرف الملكية موضحا خصائصها ؟

أولاً : تعريف حق الملكية

♦ حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار بالشيء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون .

ثانياً : خصائص حق الملكية

♦ أن حق الملكية يتميز عن غيره من الحقوق ، بأنه يعطي المالك كل السلطات المتصورة على الشيء ، فهو من هذا **والآن يتعين علينا استعراض خصائص الملكية تلك على التوالي :**

الخاصية الأولى : حق الجامع .

الخاصية الثانية : حق دائم .

الخاصية الثالثة : إن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً .

الخاصية الأولى : الملكية حق جامع واستثنائي مانع

♦ نجد أن خاصية الاستئثار و انفراد المالك دون غيره بمزايا ملكه من أهم مميزات حق الملكية .

♦ وتبدو خاصية الاستئثار تلك في عدة مظاهر :

(أ) فهي تبدو في الحق في المطالبة بقسمة المال الشائع و أن يختص المالك بجزء مفرز منه .

(ب) كما تبدو في حق المالك في رفع دعوي الاستحقاق و المطالبة باسترداد المال .

♦ إذن فالاستئثار يعني تخويل المالك كل السلطات الممكنة على الشيء من استعمال و استغلال و تصرف .

♦ والأصل ثبوت هذه السلطات للمالك وحده ، و على من يدعي مشاركة المالك في احدي هذه السلطات عبء الإثبات ، لأنه يعتبر مدعياً على خلاف الأصل .

♦ وحق الملكية ، حقاً استثنائياً إذ يتمتع على غير المالك مشاركته دون موافقته في بعض من هذه المزايا .

♦ ويترتب على كون حق الملكية حقاً مانعاً أنه يجوز للمالك أن يمنع الغير من المرور في أرضه و أن يعترض على مرور أسلاك فوقها ولو لم يلحقه ضرر من ذلك ، كما أن للمالك أن يعترض على لصق منشورات على ملكه دون موافقته .

♦ والقانون قد يفرض بعض القيود التي تحد من حق الملكية **مثل** الاعتراف بحق المرور لصاحب الأرض المحبوسة على ملك الجار المتصل بالطريق العام .

الخاصية الثانية : الملكية حق دائم

♦ نجد أن دوام حق الملكية له ثلاث معاني :

(1) حق الملكية يدوم بدوام محله :

• ويعني ذلك أن حق الملكية يبقى قائماً ولا يتأثر بمرور الزمان أو تعاقب الملاك إذ أنه يبقى ما دام الشيء قائماً ، ولا ينقضي إلا بهلاكه .

• فالملكية تنتقل من الشخص بعد وفاته إلى ورثته أو إلى غيرهم بالوصية أما أثناء حياته فإن حق الملكية ينتقل من المالك إلى غيره بالتصرفات الناقلة للملك كالبيع و الهبة .

• ودوام الملكية وفقاً لهذا المعنى يميزها عن غيرها من الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية .

• فالحقوق العينية الأصلية : كحق الانتفاع أو الارتفاق هي حقوق مؤقتة بطبيعتها .

• إلا أن دوام الملكية ، بمعنى بقاءها بقاء الشيء الذي ترد عليه لا يصدق بصفة مطلقة إلا على العقارات ، ذلك أن العقار يظل محلاً لحق الملكية ولو تخلى عنه المالك بالترك فالعقار الذي يتخلى عنه مالكه يدخل حتماً في ملك الدولة .

• أما المنقول ، فإن ملكيته تزول بالترك إذ يصبح لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

(2) حق الملكية لا يسقط ولا يزول بعدم الاستعمال :

• يستقل وجود حق الملكية عن استعماله ، فوجود هذا الحق لا يؤدي بالضرورة إلى استعماله فإذا كان للمالك أن يستعمل ملكه و أن يستغله فله كذلك أن يتركه دون استعمال سواء كان محل الملكية منقولاً أو عقاراً .

- وإذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال فإن الدعاوي المرتبطة به لا تسقط أيضا بعدم الاستعمال ، فلا تسقط دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك على من اعتدى على ملكه أو على حيازته مهما مضى من الزمن .
- كذلك لا يسقط الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق بالتقادم .
- إلا أن حق الملكية ينقضي إذا اقترن عدم استعمال المالك لملكه ، بحيازة الغير لهذا الشيء حيازة تتوافر فيها شروط التقادم المكسب فالملكية وإن كانت لا تسقط بالتقادم ، إلا أنها تكتسب بالتقادم .
- وعدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال أو بالتقادم هو مما يميزها عن غيرها من الحقوق العينية الأخرى المشتقة من الملكية .

(3) توقيت حق الملكية ومدى جواز اقترانه بأجل :

- إذا كانت الملكية حقا دائما يبقى ما بقى الشئ ، فإنه بالتالي لا يجوز أن ينص في العقد على تأقيت الملكية بأجل معين تنقضي بعده من تلقاء نفسها وتعود للمالك الأصلي .
- كما لا يجوز أن ينص عقد البيع على انقضاء ملكية المشتري بعد فتره من الزمن لتعود بعدها للبائع ، فلا يجوز أن تكون ملكية المشتري مؤقتة بالأجل الفاسخ ، كذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف ، كأن يرد في العقد نص يقرر أن الملكية لا تنتقل الى المشتري الا بيقضاء أجل معين .
- وإذا كان من غير الجائز تأقيت الملكية ، فإنه يمكن تعليقها على شرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً كأن يرد بند في بيع مسكن يقرر فسخ العقد ، إذا نقل البائع إلى تلك البلدة التي بها هذا المسكن .
- على أن قاعدة عدم جواز تأقيت الملكية ، ليست قاعدة مطلقة إذ يتصور خروج المشرع عليها بنص صريح .

الخاصية الثالثة : الملكية لها وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا

- ◆ يقصد بأن الملكية حق مطلق انها تخول المالك كل السلطات الممكنة على الشئ من تصرف و استعمال و استغلال .
- ◆ ويقصد بأن الملكية حق مطلق ، أنها حق يحتج به في مواجهة الكافة .
- ◆ ولكن أصبح الان للملكية وظيفة اجتماعية و أن للمشرع أن يورد من القيود ما يراه محققا لمصلحة الجماعة .
- ◆ فإذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم .
- ◆ فلا ينبغي أن تقف الملكية حجر في سبيل تحقيق المنفعة العامة .
- ◆ فليس للمالك أن يعترض على قيام الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها ، لا تسبب للمالك ضرراً .
- ◆ كما أنه إذا أخل المالك بأي التزام فرضته عليه القوانين كان هذا الإخلال خطأ تقصير ما يوجب مسنوليته ، ومن ثم فإن الجار الذي يخالف القيود القانونية ، يرتكب خطأ فإذا ترتب على خطئه هذا ضرر ، وجب عليه تعويض جاره مهما كان الضرر ضئيلا ، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادياً أصاب الجار في مصلحة مالية أو أدبياً أصاب الجار في معنوياته ، ومنها شعوره بالاعتداء على حق له .

(2) : حق الملكية يخول المالك سلطات ثلاث (التصرف – الاستعمال الاستغلال) اشرح ذلك ؟

(1) الاستعمال :

- ◆ يعرف الاستعمال على أنه سلطة المالك في استخدام الشئ فيما هو معد له أو صالح للحصول على منفعه .

◆ ويعتبر من امثلة الاستعمال :

- (أ) قيام المالك بسكنى داره أو زراعة أرضه و الحصول على ثمار مزروعاته أو أن يقوم بالتنزه أو الصيد فيها .
- (ب) قيام المالك بكل ما من شأنه حفظ الشئ و منعه من الهلاك ، مثل ترميم المنزل وصيانته .
- (ج) إفادة المالك وانتفاعه بملكة عن طريق استعماله ولو استتبع ذلك استهلاكه أو هلاكه ، هلاكا ماديا ، متى كان الشئ قابلا للاستهلاك ، مثل المأكولات و المشروبات .
- ◆ وكما يكون للمالك أن يستعمل ملكه ، فله أن يمتنع عن استعماله ، إذ أن المالك ليس مجبرا على ذلك ، فالملكية تخول المالك سلطة الاختيار بينهما .
- ◆ إلا أن سلطة المالك في ذلك ليست مطلقة فقد يقيد القانون سلطة المالك في الاستعمال ، مثل القيود المتعلقة بفتح المطلات والمناور ، إذ تحد هذه القيود من مكنة استعمال المالك لملكه .

♦ وقد يحد المشرع من سلطة المالك في عدم استعمال ملكه، ويبدو لنا ذلك فيما فرضته قوانين الإيجار المتعاقبة في مصر من إلزام مالك المبنى المعد للسكنى بالأبلاغ خالياً لمدة معينة من الزمن .

(2) الاستغلال :

♦ ويقصد بالاستغلال (هو حق المالك في الحصول على ثمار الشيء ومنتجاته)

♦ واهم ما يميز الاستغلال ، هو أن المالك يحصل على الثمار و المنتجات عن طريق الغير **مثل** قيام المالك بتأجير دار أو أرض يملكها إلى الغير في مقابل مبلغ نقدي .

♦ فبالتالي لا يعد استغلالاً بل يعد استعمالاً أن يدع المالك سيارته لأحد أصدقائه لركوبها و التنقل بها دون مقابل أو أن يستضيفه في داره .

♦ كما أن قيام المالك بنفسه باستخدام سيارة أجرة مملوكة له في نقل الأشخاص مقابل أجر ، فإنه يعد في نظرنا استعمالاً للشيء لا استغلالاً له.

♦ فالاستغلال هو صورة من صور استثمار الشيء أو هو الحصول على ثمار الشيء عن طريق الغير مثل تأجير الأرض الزراعية أو المباني .

♦ وكما يكون للمالك الحق في استغلال أو استعمال ما يملكه ، فله أيضاً الحق في ألا يستعمله أو أن يتركه دون استغلال فهذا هو الأصل .

♦ وإن كان المشرع قد يتدخل في بعض الحالات ويمنع المالك من ترك بعض الأموال دون استغلال كما هو الحال في مجال الأراضي الزراعية .

التفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته

♦ إن تحديد مفهوم الاستغلال يقتضي تحديد المقصود بثمار الشيء ومنتجاته ، التي تميز الاستغلال عما عداه .

♦ **تعريف الثمار :** هي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية متجددة ولا يترتب عليها الانتقاص من أصل الشيء أو مادته . مثل أجرة الأرض أو المسكن أو ثمار المحاصيل ، أو نتاج الماشية .

♦ **أما المنتجات :** فهي كل ما ينتج عن الشيء في مواعيد غير دورية و غير متجددة ويترتب عليه المساس بجوهر الشيء أو النقص من مادته مثل : الأحجار المستخرجة من الحاجر .

♦ ويمكن تقسيم الثمار إلى عدة أنواع :

♦ **الثمار المدنية :** وتتمثل في المبالغ النقدية التي يحصل عليها المالك مقابل تأجير الأرض أو المسكن ، و فوائد النقود و السندات أو هي العائد النقدي للملكية .

♦ **الثمار الطبيعية :** وهي التي يولدها الشيء بفعل الطبيعة دون تدخل الإنسان ، **مثل** نتاج الماشية وصوف الأغنام .

♦ **الثمار الصناعية أو المستحدثة :** وهي التي تنتج بفعل تدخل الإنسان مثل محاصيل الحقول و ثمار الأشجار المستحدثة و الحدائق و الكروم ، إلا أن هذا النوع يمكن إدخاله أيضاً في عداد الثمار الطبيعية .

♦ ونجد أن التفرقة بين الثمار و المنتجات تبدو أهميتها إذا كان الشيء في حيازة الغير ، إذ أن الحائز حسن النية ، يمتلك ما يقبضه من ثمار على عكس المنتجات حيث يلتزم بردها أو التعويض عنها حتى ولو كان حسن النية .

♦ وإذا كان للمالك الحرية في استغلال ملكه ، فهو حر أيضاً في عدم استغلاله ، إلا أن المشروع قد يضع بعض القيود على سلطة المالك في هذا الشأن من تعيين حد أقصى للإيجار في المباني المعدة للسكن .

(3) سلطة التصرف :

♦ وتعني سلطة التصرف قابلية الشيء للانفصال مادياً أو قانونياً متى قرر المالك ذلك .

♦ **وينصرف مدلول سلطة المالك في التصرف إلى نوعين :**

♦ **أولاً : التصرف المادي**

♦ فللمالك أن يتصرف في مادة الشيء وجوهره ، تصرفاً يؤدي إلى هلاك الشيء كلياً أو جزئياً ، كأن يقوم المالك بهدم بناء يملكه ، أو أن يقوم بتحويله إلى شيء آخر .

♦ و سلطة التصرف المادي يعنى سلطة المالك في القيام بالأعمال المادية التي تؤدي إلى التغيير في جوهر الشيء ومادته ولو أدت إلى إهلاكه هي مما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية المتفرعة عنه ، **مثل** حق الانتفاع ، إذ أن المنتفع عليه التزام بالمحافظة على الشيء من الهلاك و رده إلى المالك في نهاية مدة الانتفاع .

♦ كما أن سلطة المالك في التصرف المادي في الشيء أو إهلاكه قد يقيد بها القانون ، كما في هدم العقارات المخصصة للسكنى ، إذ يشترط الحصول على ترخيص إداري .

ثانيا : تنصرف سلطة المالك في التصرف ، إلى التصرف القانوني

◆ بمعنى سلطة المالك في أن ينقل حق الملكية كليا إلى الغير بالبيع أو الهبة ، أو جزئيا بتقرير حق انتفاع أو ارتفاق لمصلحة غيره .

◆ يبقى فارق هام يميز سلطة المالك في التصرف القانوني إذ أن سلطته أوسع و أبعد مدي من غيره :

◆ **فالمنتفع :** له أن يتنازل عن هذا الحق ، باعتباره مالا يستقل عن الشئ الذي يرد عليه ، وإن هذا التنازل لا يكون إلا في حدود ما بقي له من مدة .

◆ **المالك :** بينما يستطيع المالك ألا يقتصر في تنازله عن المنفعة ، فله أن يتنازل عن ملكية الرقبة كليا ، أو جزء منها وأن يكون تنازله عنها دائما .

سلطة التصرف وعدم جواز إجبار المالك على التصرف في ملكه :

استعراض موقف القضاء الفرنسي و القضاء المصري :

◆ إذا كان للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا قانونيا ، فليس هناك ما يجبره على ذلك فله ألا يتصرف فيه ، فلا يجوز إجبار المالك على التصرف في ملكه ، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل .

◆ والدستور المصري نص على أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون و بحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون فيها مكفول .

◆ وتؤكد محكمة النقض المصرية الحماية الدستورية لحق الملكية في تشدها في استظهار الشروط الواجب توافرها في نزع الملكية للمنفعة العامة .

◆ وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد أحكامها إلى تقرير أن استيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبرا يعد غصبا ولا يمكن اعتباره من الأموال العامة ولو تم تخصيصه بالفعل لمنفعة عامة .

◆ ولكن يجب التأكيد على أن مجرد إعلان رغبة الإدارة أو نيتها في الاستيلاء على عقار معين ، لا يعتبر بذاته غصبا موجبا للتعويض ، إذ يجب أن تقوم الإدارة بالاستيلاء بالفعل على العقار ، وإن أمكن اعتباره تعرضا يوجب الضمان وفعلا غير مشروع .

(3) : أكتب في نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف ؟

أولا : الشرط المانع في نصوص القانون المدني المصري والفرنسي :

◆ اخذ القضاء المصري بالحلول التي استقر عليها القضاء الفرنسي والقانون المدني الجديد ، وأقر بمشروعية الشرط المانع من التصرف ، إذ قررت المادة 823 على أنه :

(أ) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع و مقصورا على مده معقولة .

(ب) و يكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير .

(ج) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

ثانيا : نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف :

(1) مجال الشرط المانع من التصرف :

◆ هو العقود الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة ، و إذا كان من النادر أن يرد في عقود المعاوضة ، كالبيع لأن المشتري وقد دفع مقابلا للشيء المبوع لذلك نجد أن مثل هذه الشروط ترد عادة في الهبات حيث يكون الواهب في مركز قوي بالنسبة للموهوب له مما يمكنه من فرض إرادته وإدراج هذا الشرط في الهبة .

◆ كذلك يرد هذا الشرط عادة في الوصية ، لما تتميز به الوصية من اثر ناقل للملكية متى توفي الموصي مصرا على وصيته .

(2) وجوب تعاصر اشتراط المنع مع إبرام التصرف الناقل للملكية أو للحق العيني :

◆ وفي جميع الأحوال فإنه يجب أن يتعاصر الشرط المانع من التصرف مع إبرام العقد فلا يجوز أن يضاف هذا الشرط في وقت لاحق على إبرامه .

- ◆ إلا أنه لا مانع من وروده في ورقة مستقلة ، متى استبان للقاضي أن هذه الورقة تتحدد زمانيا مع التصرف الناقل للملكية و أنها ترتبط بهذا التصرف ارتباطا موضوعيا ولا يمكن الفصل بينهما .
- ◆ وهذه الورقة يجب أن تشهر متى كانت تتعلق بتصرف محله عقارا و إلا فإنه لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير

رأي أ.د. وبحق

- لا يصح أن يرد الشرط في ورقة ضد محررها أطراف التصرف متى كانت هذه الورقة خفية ، غير معلنة ولا يعلم الغير بوجودها

(3) حكم شرط المنع الوارد في الوعد بالبيع أو في عقد الرهن :

أ - في الوعد بالبيع

- و أن شرط المنع يقتصر على التصرفات الناقلة للملكية ، أما الوعد بالبيع سواء كان ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين ، فلا ينقل الملكية ، بل يقتصر أثره على إنشاء التزام بنقل الملكية .
- وبالتالي يمتنع إدراج الشرط المانع في التصرف في الوعد بالبيع .

ب - كذلك قد يقال بجواز الشرط المانع في عقد الرهن :

- وذلك بأن يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن عدم التصرف في المال المرهون **مثل** هذا الشرط يحقق مصلحة للمرتهن .
- إلا أن الراجح عدم جوازه في عقد الرهن ، حيث أن الرهن الرسمي ، كنظام قانوني يتميز بأنه يكفل للمدين الراهن حرية التصرف في أمواله فإن إقرار شرط المنع في عقد الرهن يعنى التعديل في أحكام الرهن الرسمي وهو أمر لا يجوز لتعلق أحكام الرهن الرسمي بالنظام العام .

ج - ولا يشترط أن يقتصر التصرف على نقل الملكية ، إذ يجوز إدراج هذا الشرط في أي تصرف ناقل لحق عيني آخر مثل حق الانتفاع ؟

- فيجوز أن يشترط على المنتفع عدم جواز التنازل عنه الى الغير و الغالب أن يكون المال المثقل بشرط المنع عقارا .
- ولا يوجد ما يمنع أن يكون المال منقولاً . وفي جميع الأحوال فإن شرط المنع ينبغي أن يكون وارداً على مال معين بذاته سواء كان منقولاً أم عقاراً .

(4) : اكتب في شروط صحة المنع من التصرف موضحا الجزاء المترتب على تخلف شرطى الباعث المشروع المدة المعقولة ؟

أولا : شروط صحة المنع من التصرف

- ◆ يجب توافر شرطين لصحة المنع من التصرف وهما (الباعث المشروع و المدة المعقولة)
- الشرط الأول : الباعث المشروع وتحديد
- ◆ لا يصح شرط المنع من التصرف إلا إذا كان الباعث الدافع عليه مشروعاً .
- ◆ ويستدل على مشروعية الشرط المانع للتصرف متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير .
- وبالتالي لا تخرج المصلحة من اشتراط المنع من التصرف عن ثلاثة شروط :
- الفرض الأول : قد تكون المصلحة المشروعة هي مصلحة المتصرف
- مثال ذلك قيام البائع الذي لم يحصل على ثمن الشيء المبيع بإدراج الشرط لمانع في عقد البيع ضمانا للاستيفاء الثمن

الفرض الثاني : وقد تكون المصلحة المشروعة التي تبرر المنع هي مصلحة المتصرف إليه

- كما لو كان الموهوب له شخصا سيئ التدبير يسارع الى التصرف فيما تقع عليه يداه فيعمد الواهب الى تضمين الهبة شرطا مانعا من التصرف أو كان الموهوب له شخصا صغير السن فينص الواهب في العقد على الشرط المانع من التصرف إلي حين بلوغ المستفيد سن الرشد .

الفرض الثالث : أخيرا فقد تكون المصلحة المشروعة هي مصلحة الغير

• و الغير هنا شخص ليس طرفا في التصرف كما لو وهب شخص عقارا الي اخر و اشترط عليه أن يؤدي إيرادا مرتبا مدي الحياة إلي قريب عزيز عليه إذ يهدف الشرط المانع إلي ضمان الإيراد المرتب للمستفيد به .
الشرط الثاني : المدة المعقولة

◆ لكي يصح شرط المنع من التصرف فإنه يجب ألا يكون مؤبدا لانه لو كان كذلك فإنه يفقد المالك سلطة التصرف بصفة دائمة كما انه يجمد المال ويخرجه عن دائرة التعامل الأمر الذي يتعارض مع مصالح المجتمع الاقتصادية .

◆ وإذا كان من غير الجائز أن يكون المنع مؤبدا ، فإنه من غير الجائز كذلك أن يتجاوز المنع من التصرف المدة المعقولة .

◆ **ملحوظة هامة :** نجد أن القانون المدني المصري قد نص على أن والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير على عكس القضاء الفرنسي الذي يعتبر الشرط الذي يستغرق حياة المتصرف اليه شرطا باطلا لانه حكم الشرط المؤبد .

◆ ولا يعني بالضرورة أن الشرط الذي يستغرق حياة المتصرف اليه جائز في جميع الأحوال فقد يري القاضي أن مثل ذلك الشرط يتجاوز المدة المعقولة وبوجه عام فإن تقدير معقولية المدة هي مسألة تترك لتقدير قاضي الموضوع ، وبوجه عام فإن تقدير معقولية المدة هي مسألة تترك لتقدير قاضي الموضوع .

◆ ويثار تساؤل هام هنا عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المدة المعقولة فإذا رأى أن المدة الواردة في العقد تجاوز المعقولة ، فهل له أن ينقصها إلى الحد المعقول .

رأي الدكتور :

◆ بالنسبة للمدة المعقولة في الشرط المانع ، فإنه يمتنع على القاضي مثل هذا الإنقاص ، إلا أن الفقه الراجح يؤيد الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية في تحديد المدة المعقولة .

ثانيا : الجزاء المترتب على تخلف شرطي الباعث المشروع والمدة المعقولة

◆ إذا كان الباعث على الشرط المانع غير مشروع ، فإن الشرط يقع باطلا ولكن يظل التصرف الذي تضمن الشرط صحيحا الا اذا كان الدافع على ابرام العقد هو هذا الشرط فهنا يبطل العقد .

◆ **ثار تساؤل عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المدة المعقولة فإذا رأى أن المدة الواردة في العقد تجاوز المعقولة ، فهل له أن ينقصها إلى الحد المعقول ؟**

◆ ذهب رأي إلى أن القاضي لا يجوز له إنقاص المدة الأمر الذي يمتنع معه على القاضي مثل هذا الإنقاص .

◆ إلا أن الفقه الراجح يؤيد الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية في تحديد المدة المعقولة .

(5) : اختلف الفقه وتباينت الاتجاهات في تحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع .. اشرح ذلك موضحا مدى الشرط المانع وآثاره ؟

أولا : تحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف

(1) فقد ذهب اتجاه :

◆ إلى أن المنع من التصرف يمثل (انتقاضا من أهلية المالك) .

◆ إلا أن هذا الاتجاه منتقد لأن أحكام الاهلية تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأفراد مخالفتها او تعديلها .

أما النقد الحاسم

◆ فضلا عن أن أحكام الأهلية مقررة لحماية المصلحة الخاصة لناقصي الأهلية .

◆ أما شرط المنع فقد تكون لمصلحة المتصرف أو المتصرف اليه أو لغيره كما أن البطلان المقرر لنقص الأهلية ، بطلان نسبي خلافا للبطلان المقرر في حالة مخالفة الشرط المانع من التصرف فهو بطلان مطلق .

(2) وفي اتجاه فقهي آخر :

◆ فإن شرط المنع من التصرف يمثل (التزاما بالامتناع عن العمل) إذ يلتزم المالك بعدم التصرف في ملكه .

◆ إلا أن هذا الرأي منتقد ولا يمكن الأخذ به إذا كان الشرط مقورا لمصلحة المالك إذ لا يعقل أن يقرر التزام لمصلحته ويكون مدين بالالتزام في نفس الوقت أي أن يكون هذا المالك داننا ومدينا بهذا الالتزام في نفس الوقت كما أن الإخلال

بالالتزام يستتبع الفسخ مما يعني إعادة المال إلى المالك الأصلي وهذا يتعارض مع الهدف من المنع من التصرف والذي يهدف إلى إبقاء الملكية للمتصرف إليه لا استرجاعها منه .

(3) وذهب اتجاه فقهي :

♦ إلى القول بأن الشرط المانع من التصرف يحمل المال بتكليف عيني أو بعبء عيني يجعل المال من غير قابل للتصرف فيه في الحدود التي تقتضيها حماية المصلحة التي تقرر لاجلها.

(4) وفي اتجاه فقهي آخر :

♦ فإن شرط المنع من التصرف يورد قيدها على سلطات المالك ، إذ أنه يتضمن تعديلا في النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأفراد وأن هذا التعديل يجب إليها يؤخذ في الحدود التي تتفق مع الأغراض المقصودة منه .

رأي الدكتور : الاتجاه الأخير أولي بالتأييد حيث أن النع من التصرف يعد من القيود الاتفاقية على حق الملكية.

ثانيا : في مدى المنع من التصرف

(1) ينصرف الشرط المانع إلى عمل التصرف الذي من شأنه نقل الملكية إلى الغير ، وبالتالي فإن شرط المنع لا يحول دون قيام المالك بأعمال الإدارة مثل تأجيرها أو بأعمال الحفظ مثل الترميم والصيانة .

(2) ومن المسلم به إليها شرط المنع ، يقتضي منع المتصرف إليه ، من إبرام التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع والهبة والمقايضة أو تقديم المال حصة في شركة ، وكذلك الوصية لأن الوصية قد تكون ممنوعة شأنها في ذلك شأن أي تصرف ناقل .

(3) على أن مدى المنع يتقيد بما يرد في الشرط من تحديد ، فقد يقتصر على حظر التصرف إذا كان تبرعيا ، فيصح التصرف إذا كان معاوضة .

(4) ولكن التساؤل يثور إذا ورد الشرط المانع مطلقة دون تحديد ويستقر الفقه على أن مثل هذا الشرط يمتنع معه على المتصرف إلى القيام بأي تصرف ناقل للملكية .

ثالثا : آثار الشرط المانع

(1) آثار شرط المنع بالنسبة لطرفي التصرف :

أ - حكم التصرف المتضمن شرط المنع :

• بالنسبة لهذا التصرف ، يحق للمشتراط أن يطالب للمشتراط عليه باحترام شرط المنع من التصرف فإذا قام هذا الأخير بإبرام تصرف مخالف لهذا الشرط كان للمشتراط أن يطالب بفسخ التصرف الذي يربطه مع المشتراط عليه .

ب - حكم التصرف الصادر عن المشتراط عليه (بطلان التصرف المخالف) :

• قررت المادة 824 مدني إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا فكل تصرف مخالف له يقع باطلا .

ولقد ثار تساؤل وجدل حول طبيعة البطلان المشار أهو البطلان المطلق أم البطلان النسبي ؟

• ذهب اتجاه في الفقة : أي أن التصرف المخالف لشرط المنع ، يقع باطلا بطلانا نسبيا .
• وذلك بالنظر إلى أن البطلان في هذه الحالة يهدف إلى حماية مصلحة خاصة للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير .
• وأن البطلان النسبي هو الذي يتناسب مع حماية المصلحة الخاصة ، أما البطلان المطلق فلا محل له لأنه يهدف إلى حماية مصلحة عامة .

• اتجاه آخر : إلا أن اتجاه آخر في الفقه ، رجح أن البطلان المقرر في حالة مخالفة شرط المنع هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي ، وذلك لوضوح نص المادة 824 التي تقرر أن كل تصرف مخالف له يقع باطلا ، والمستقر عليه في لغة القانون المدني أن تعبير باطل ، يقصد به البطلان المطلق .

(2) آثار الشرط المانع بالنسبة للدائن (عدم جواز التنفيذ على المال) :

♦ يستقر الفقه على القول بأن الشرط المانع يقتضي منع الدائنين من الحجز على المال ، المثقل بهذا الشرط إذ أن السماح للدائنين بالحجز على هذا المال وبيعه في المزاد الجبري يفقد الشرط المانع قيمته .

♦ ونجد أن عدم جواز الحجز على المال يظل باقيا ما بقي المنع من التصرف قائما ، ومتى زال الشرط المانع التصرف بانقضاء مدته المنع يصبح المال قابلا للتصرف فيه

وبالتالي يجوز الحجز على المال و التنفيذ عليه ، وذلك بالنسبة لجميع الدائنين.

♦ إلا أنه إذا كان الشرط المانع يستتبع امتناع التصرف في المال أو الحجز عليه ، إلا أنه يجوز تملك المال بالتقادم الطويل باعتبار أن التقادم واقعة مادية تقوم على الحيازة وليست تصرفا قانونيا