جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون المدني

الشرط المانع من التصرف

(دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحثة:

إيناس محمد إبراهيم جاد الحق

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ سعيد سليمان جبر (رئيساً)

أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة

أ.د/ محمود عبد الرحمن محمد (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة

أ.د/ محمد نجيب عوضين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ الشريعة الإسلامية – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة

الأمين العام الأسبق للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية

أ.د/ عطا عبد العاطي السنباطي (عضواً)

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون– جامعة الأزهر

١٤٣٨هـ – ٢٠١٧ م

﴿ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم (البقرة /٣٢)

اهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير (والدي العزيز)

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض (والدتي الحبيبة)

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي (إخوتي)

إِلَى زوجي المخلص و أولادي الذين لَاقوا مَعِيّ

فِي سبيلِ إِخْراجِ هذا البحثِ الكثيرَ مِنْ الصِعَابِ .

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني (أصدقائي)

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان والعرفان إلى أستاذي الفاضل "**الأستاذ الدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد** – أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة، على تكرم سيادته بالإشراف على هذه الرسالة وما قدمه لي من نصح و توجيه وإرشاد على جميع مراحل إعداد هذه الدراسة، والذي لم يبخل علي بعزيز وقته، رغم كثرة مشاغله ومهامه، فلسيادته جزيل الشكر وجزاه الله عني خير الجزاء، وأدامه الله وأكرمه.

كما وأتقدم بالشكر الموصول لأستاذي الفاضل "**الأستاذ الدكتور/ محمد نجيب عوضين** – أستاذ الشريعة الإسلامية – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة والأمين العام الأسبق للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية، على المشاركة في الإشراف علي في إعداد هذه الرسالة مقدرة لسيادته دماثة خلقه وواسع علمه ودقة توجيهاته السديدة، وسعة صدره **وما قدمه لي من توجيهات سديدة وما تحلى به من سعة صدر، وحسن الاستقبال.**

وفي هذا المقام أيضا، لا يسعني إلا أن أشكر "**الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر**– أستاذ القانون المدني– وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة القاهرة ، الذي شرفني بأن يكون رئيسا للجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة، وتحمل أعباء قراءتها للإسهام في إثرائها، وهو ما يعتبر وساماً لهذه الرسالة أسأل الله تعالى أن يجزيه عني خير الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل لعضو لجنة المناقشة **الأستاذ الدكتور/ عطا عبد العاطي السنباطي – أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون– جامعة الأزهر**، شاكرة لسيادته تشريفه بقبول المشاركة في عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، متطلعة إلى ما سيقدمه لي من نصح وإرشاد.

فالشكر لهم جميعا، وأدامهم الله جلت قدرته، سدنة أوفياء لصروح العلم والمعرفة.

الباحثة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى اله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

الأصل في حق الملكية جواز استخدامه أو استغلاله أو التصرف فيه من قبل صاحبه بكل حرية سواء كان عيناً أو منفعة، ولكن المشرع قد يقيد من هذه الحرية حينما يجد ضرورة لذلك، ومثل هذه القيود يجب أن تكون بنصوص قانونية قاطعة في دلالتها، لأنها تأتي خلافا للأصل.

ووجود هذه القيود القانونية التي تمنع من التصرف في الشيء أمر مقطوع فيه من الناحيتين القانونية والفقهية، ولكن ما أثار النزاع أو الاختلاف هو تلك الشروط التي يتفق عليها والتي تمنع المالك من التصرف , سواء وردت في عقد ملزم للجانبين كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع , أو وردت في تصرف يجد أساسه في الإرادة المنفردة كما هو الحال بالنسبة للوصية.

ويكمن هذا النزاع والاختلاف كما ظهر لنا في هذه الدراسة المعمقة في جمع متناقضين مع بعضهما، فحينما يقوم البائع ببيع شيء ما فإن أول ما يترتب على عقد البيع هذا هو نقل الملكية ثم التسليم الذي يخول المالك الجديد حرية التصرف بالشيء باعتباره ملكاً له، فكيف نجمع بين المتناقضين؟ أي نقل الملكية للمشتري واعتبار ذلك حجة على الكافة مع ما يخوله ذلك للمشتري من حرية في التصرف، وبين منعه من التصرف بذات الشيء ؟

وهذا المنطق الذي يعتمد على عدم جواز الجمع بين متناقضين يبدو لأول وهلة أمرا مقنعاً، وهذا ما اعتمد عليه جانب من الفقه الإسلامي الذي يستند إلى نهى الرسول " صلى الله عليه وسلم " عن بيع وشرط[1] لأنه ينافي مقتضى البيع فأشبه ما لوشرط البائع على المشتري أن لا يسلمه المبيع[2] ."

ومما يلفت الانتباه هنا هو الاختلاف الكبير الذي حصل بين مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة في النظرة إلى الشرط المانع من التصرف، حتى لا يكاد واحد من أمهات الكتب الفقهية الإسلامية يخلو من مناقشته والتصريح بشأنه.

ونفس الاختلاف حصل في الفقه والقضاء المعاصرين بشأن الشرط المانع من التصرف،حيث ذهب الفقه إلى اعتبار حق التصرف من عناصر حق الملكية الأساسية، بل أن هذه الخصيصة أصبحت تقترب من النظام العام لما تؤدي إليه من حرية تداول الأموال، فالحياة الاقتصادية تفترض

---

(١) رواه الأمام أبو حنيفة , مسند أبي حنيفة , مكتبة الكوثر , الرياض, ط١, ١٤١٥هـ , ص٢٦٧ .

(٢) عبد الله بن أحمد ابن قدامة , المغني، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت , (بلا سنة نشر)، ص ٤٩ .

فهرس المحتويات

الموضـــــــــــــــــــوع	الصفحة
مقدمة.....	١
منهج الدراسة.....	٢
خطة البحث.....	٣
فصل تمهيدي :- حق الملكية والقيود التي ترد عليه.....	٥
المبحث الأول : تعريف حق الملكية وخصائصه وعناصره.....	٧
المبحث الثاني : القيود الواردة على حق الملكية.....	٢٧
القسم الأول: ماهية الشرط المانع من التصرف وشروط صحته.....	٣٤
الباب الأول : ماهية الشرط المانع من التصرف.....	٣٧
الفصل الأول : تعريف الشرط المانع من التصرف.....	٤٠
المبحث الأول : تعريف الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني.....	٤٠
المبحث الثاني : تعريف الشرط المانع من التصرف في الفقه الشرعي.....	٤٣
الفصل الثاني : مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف.....	٤٦
المبحث الأول: مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي.....	٤٨
المبحث الثاني : مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.....	٦٠
الباب الثاني : شروط صحة الشرط المانع من التصرف وجزاء تخلفها.....	٧٨
الفصل الأول : شروط صحة الشرط المانع من التصرف.....	٨٠
المبحث الأول : شروط صحة الشرط المانع من التصرف في القانون الوضعي.....	٨١
المبحث الثاني : شروط صحة الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.....	١٢٢
الفصل الثاني : جزاء تخلف شروط صحة الشرط المانع من التصرف.....	١٣٤
المبحث الأول : موقف القضاء تجاه الشرط الباطل في الفقه القانوني.....	١٣٦
المبحث الثاني : موقف القضاء تجاه الشرط الباطل في الفقه الإسلامي.....	١٥١

القسم الثاني : آثار الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.....	١٧١
الباب الأول :آثار الشرط المانع من التصرف.....	١٧٣
الفصل الأول : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني.....	١٧٥
المبحث الأول: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشترط عليه ودائنيه.....	١٧٧
المبحث الثاني: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير.....	١٩٠
الفصل الثاني : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.....	١٩٥
المبحث الأول: الآثار العامة للشرط المانع من التصرف.....	١٩٧
المبحث الثاني: الآثار الخاصة للشرط المانع من التصرف.....	٢٠١
الباب الثاني: جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف وتكييفه في الفقه القانوني والشرعي.....	٢٠٦
الفصل الأول : جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف.....	٢٠٨
المبحث الأول : الجزاء القانوني.....	٢١٠
المبحث الثاني : الجزاء الشرعي.....	٢٢٤
الفصل الثاني : تكييف الشرط المانع من التصرف.....	٢٣٠
المبحث الأول : التكييف القانوني.....	٢٣١
المبحث الثاني : التكييف الشرعي.....	٤٢١
الخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.....	٢٤٥
مراجع البحث.....	٢٥٢
الفهرس	٢٦٨

مستخلص الرسالة

باللغة العربية :

يحظى الشرط المانع من التصرف بأهمية بالغة في كلا الدراسات القانونية والدراسات الشرعية على السواء ؛ وذلك لتعلقة بحق من أهم الحقوق الإنسانية وهو حق الإنسان في التملك ولتعلقه أيضاً بحق التصرف الذي يعد جوهر الحق في الملكية

وقد أحتوت الرسالة على فصل تمهيدي ، وقسمين رئيسين وقد مهدنا للبحث بمقدمة عامة عن حق الملكية والقيود التي ترد عليه ،: وقد بينا في هذه المقدمة تعريف وخصائص وعناصر حق الملكية ، وكذلك بينا القيود القانونية والإدارية التي ترد عليه .

أما في القسم الأول فقد تعرضنا في الباب الأول لماهية الشرط المانع من التصرف ، ومن خلاله تطرقنا في فصله الأول إلى تعريف الشرط المانع من التصرف وفي الثاني تحدثنا عن مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي .

وأما في الباب الثاني فقد تناولنا آثار الشرط المانع من التصرف وجزاء تخلفها .

أما في القسم الثاني فقد تناولنا آثار الشرط المانع من التصرف ، وجزاء مخالفته في التشريعات الوضعية والفه الإسلامي ، فرأينا في الباب الأول أثار الشرط المانع من التصرف ، ومن خلاله تطرقنا إلى آثار الشرط في القانون الوضعي بالنسبة إلى المشترط عليه ، وبالنسبة لدائنية ، وتكلمنا أيضاً عن الآثار بالنسبة للغير ، ومدى جواز الاحتجاج بالشرط على الغير ، وذلك في الفصل الأول وفي الفصل الثاني والخاص بالفقه الإسلامي تطرقنا إلى الآثار العامة للشرط المانع من التصرف ثم تحدثنا عن الآثار الخاصة للشرط .

وأخيراً في الباب الثاني تناولنا جزاء مخالفة الشرط في كل من التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي ، وتكيفه القانوني والشرعي ، وذلك في فصلين : خصصنا الأول لجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف ، والثاني للتكييف القانوني والشرعي .

ثم أنهينا الرسالة بخاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج للبحث وتوصياتي بهذا الشأن .

restraining on alienation is of great importance in legal Studies and Islamic Studies; because it relates to the right of the most important human rights, a right of ownership. And because it also relates to the right to alienation, which is the essence of the right property.

In the first section we discussed in the first chapter of what the condition of the inhibitor to act, and through him we talked about the legality inhibitor condition of the disposition of the statutory laws and Islamic jurisprudence. As in Part II we have considered the terms of the health of the inhibitor act and a penalty left behind.

In the second section we have considered the effects if inhibitor requirement of the act, the penalty violates the status of legislation and Islamic jurisprudence, we saw in Part I raised the requirement inhibitor of disposition, and which we dealt with the effect of the condition in the positive law in relation to the stipulated it, and for its creditors, and also talked about implications for others, and the extent of the condition may be invoked against third parties, in the first chapter. In the second chapter and private Islamic jurisprudence we dealt with the general effects of the condition inhibitor of the act, and then we talked about the special effects of the condition.

Finally, in part II we dealt with a penalty clause in violation of both statutory laws and Islamic jurisprudence, legal and legitimate and adaptive, in two chapters: the first dedicated to a penalty clause violation inhibitor of disposition, the second legal and legitimate conditioning.

Then we finished the letter outlined the most important conclusion the search results, and recommendations in this regard.