



القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة

قسم القانون

دكتور

أحمد طلحا حسين



كلية الإسراء الجامعة - قسم القانون - د/ أحمد
طلحا حسين



أولاً: التزامات الجوار بصفة عامة.

❑ المالك حر في استعمال ملكه؛ **بشرط** عدم إلحاق ضرراً فاحشاً بجاره.

❑ مسؤولية المالك عن ما يسببه استعماله من أضرار تصيب الجار فكرة قديمة نادت بها الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي القديم، **ولم تتخذ أهمية خاصة** إلا في العصر الحديث.

❑ نصت المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي علي أن:

١- لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً **مضراً بالجار** ضرراً **فاحشاً**، والضرر الفاحش **يزال** سواء كان حادثاً او قديماً.

٢- وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما **يلزم لإتقاء الضرر** وله ايضاً ان يطلب **وقف** الاهمال او **اتخاذ** ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة، ريثما تفصل المحكمة في النزاع.

٣- واذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه.

توضيح هام

الضرر الذي يبرر مسؤولية المالك:

➤ ليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك، وإنما يشترط أن يكون الضرر فاحش، والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الجوائح الأصلية يعني المنفعة الأصلية.

➤ **الضرر الفاحش:** عرفته المادة ١١٩٩ مجلة الاحكام العدلية: هو كل ما يمنع الجوائح الأصلية يعني المنفعة الأصلية بالبناء كالسكن أو بضر بالبناء أي بحلب له وهنا ويكون سبب تهدمه.

➤ **الضرر غير الفاحش:** منع أو تعطيل المنافع التي لا تعد من المنافع الأصلية مثل سد الهواء وعدم دخول الشمس

➤ **الأضرار المألوفة:** التي يتسامح بها العرف فلامسؤولية للمالك عنها وهي الأضرار المعتاد حدوثها كنتيجة طبيعية لاستعمال المالك ملكه ولا يمكن تجنبها كتطاير بعض الدخان والأتربة واصوات الموسيقى في الاعراس او اصوات وبكاء الاطفال.



كلية الإساءة الجامعة - قسم القانون - د/ أحمد
طلحاً حسين



3



حكم الضرر الفاحش

□ القاعدة الأساسية أن الضرر الفاحش **يزول** ولا ضرر ولا اضرار فإن لم يكن ضرراً فاحشاً **فلا يمنع**.

□ وإزالة الضرر **قد لا يستلزم** منع الاستعمال، وإنما فقط **إتخاذ الإجراءات** الكفيلة لمنع وقوع الضرر مع بقاء الاستعمال، نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٥١) مدني عراقي على أنه "وللمالك المهدد عقاره من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة أن يتخذ كل ما يلزم لإتقاء الضرر وله ان يطلب وقف الاعمال أو اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع".

□ كما يلزم المالك **بتعويض** جاره ما لحقه من ضرر بسبب العمل غير المشروع للمالك على اساس المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر **المتوقع وغير المتوقع** طبقاً للقاعدة العامة القاضية بأن **الضرر يزال وان لا ضرر ولا إضرار**.

□ بناء على ذلك يلزم المالك بإتخاذ ما يؤدي إلي منع وقوع الضرر مستقبلاً، وتعويض الجار عما أصابه فعلاً من ضرر.

قاعدة

الضرر يزال

أساس مسؤولية المالك

اساس مسؤولية المالك عن مزار الجوار اختلف الفقه بشانه الى ثلاثة اراء:

الأول يقوم علي التعسف في استعمال الحق.

الثاني الخطأ الشخصي.

ثالث على اساس التزام قانوني يفرضه القانون بعدم الاضرار بالجار.

تقضي المادة (٧) من القانون المدني العراقي:

١- من استعمل حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:

أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها

لاتتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير

مشروعة "



ويتبن من هذه المادة ان الحالات التي يعتبر المالك متعسفاً في استعمال حقه

١- **قصد الاضرار بالغير:** قد لا يقصد صاحب الحق من استعمال حقه تحقيق منفعة له وإنما **يقصد الاضرار بجاره** بما يكنه من عداوة وحقد لجاره لاي سبب، كبناء حائط عالي ليحجب النور عن جاره أو لحفر بئراً زائداً عن حاجته لتغيض بئر جاره، وانعدام المصلحة يعد قرينة علي توفير نية الإضرار.

٢- **رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً:** قد يكون لصاحب الحق **مصلحة في استعمال حقه؛** لكن هذه المصلحة **لا تبرر هذا الاستعمال** لكونها قليلة الأهمية الى ما يصيب جاره من ضرر بسببها، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٩١) مدني عراقي، "ومع ذلك ليس للمالك ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" و المادة، (١٠٦٠) منه " لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع ذلك استعمال حق لعقار مجاور".



٣-عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها:وتعتبر المصلحة غير مشروعة اذا كانت مخالفة للقانون او النظام العام او الاداب العامة ،كأن يخصص المالك منزله لخطف الاطفال وحجزهم رهينة أو لتعاطي المخدرات أو ممارسة الدعارة او لعب القمار.

لاحظ أن:

- ✓المعيار الأول معيار شخصي أما المعياران الآخران موضوعيان.
- ✓أن ذهب البعض أن أساس مسؤولية المالك نظرية التعسف في استعمال الحق إضافة إلي معيار رابع هو مضار الجوار غير المألوفة.



كلية الاسراء الجامعة - قسم القانون - د/ أحمد
طلحاً حسين



الأسبقية في الاستغلال

✓ ذهب رأي إلى ان الاسبقية تجعل المالك غير مسؤول عن المضايقات التي يسببها لملك المنزل لأن هذا **الآخر جار طارئ** ولأنه تخير في بناء منزله نقطة **ظاهرة العيب**.

✓ ولكن هذا الرأي على اطلاقه **غير مقبول**، لأنه يؤدي إلى إضرار المالك اللاحق إلى اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه وإلا كان عليه ان يتحمل الاضرار الفاحشة دون ان يكون له حق الرجوع على المالك السابق، ولهذا المالك إلا إذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة بظروف المكان لا بمجرد الاسبقية.

القانون المدني العراقي:

➤ من شأن الاسبقية الاستغلال ان **تعصم المالك من المسؤولية**، فقد نصت **الفقرة الثالثة** من المادة (١٠٥١) علي انه : "إذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه.

➤ ينبغي **الا يفهم** من العبارة الأخيرة من هذا النص أن للمالك اللاحق ان يزيل الضرر بنفسه كان يسد نافذة جاره المشرفة على بيته، فإن ما اريد من هذه العبارة هو ان على من يتضرر ان يدفع ضرورة بنفسه اي ان شاء اتخذ من الاحتياطات ما هو كافي بدفع الضرر.



الأسبقية في الاستغلال



أثر الرخصة الإدارية:

قد يكون الاستغلال الذي قام به المالك اضر بجاره **مرخصاً به** من جهة ادارية كما في المحلات **المقلقة للراحة** او **المضرة بالصحة او الخطرة** ان الترخيص الاداري **لا يحول دون** قيام مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يلحق الجار ، لان الترخيص لغرض ضمان توفر شروط معينة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال، وقد نصت المادة (٨٠٧) مدني مصري "لايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق "اي المسؤولية عن الضرر ولا يوجد نص مقابل في القانون العراقي وحسنا فعل مشرعنا ، **لان الترخيص الاداري لاعلاقة له بحقوق الغير** وانما هدفه توفر الشروط المطلوبة لمهنة معينة قانونا كما ان الحكم القاضي بازالة الضرر لاشان له بالقرار الاداري الصادر بالترخيص وانما هو يقضي بتعويض ما لحقه الجار من ضرر.



قيود ترجع إلى حالات خاصة في الجوار



كلية الإسراء الجامعة - قسم القانون - د/ أحمد
طلحاً حسين



ثانياً - قيود ترجع إلى حالات خاصة في الجوار

تكييف هذه القيود :

وقد اثير الخلاف حول تكييف هذه القيود ، ذلك أن أغلبها يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، فهي على هذا النحو يمكن ان تشتبه بحقوق الارتفاق.

القانون المدني المصري القديم كان ينظم هذه القيود في الموضع المخصص لحقوق الارتفاق.

وذهب البعض الآخر إلى أن من هذه القيود ما يعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وهذا هو شأن القيود الخاصة بالانتفاع بالمياه والمرور ، ومنها مالا يعتبر كذلك ، وهذه هي القيود التي يقتضيها التلاصق بين العقارات.

ويذهب أغلب الشراح إلى أن هذه القيود جميعاً هي قيود قانونية وليست حقوق ارتفاق.

والواقع هو انه إذا كان التمييز واجباً بين حقوق الارتفاق وبين القيود القانونية التي تتقرر بالنسبة لحالات خاصة في الجوار مع انها تتفق في معي الحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر . فإن أساس التمييز يكمن . على ما ترى، في اختلاف مصدر كل منها، فالقيود القانونية مصدرها القانون دائماً، في حين ان حقوق الارتفاق مصدرها فعل الافراد المادي أو الإرادي

القانون المدني العراقي قد ميز بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق واعتبر الاولى نظاماً قائماً بذاتها فعالج أحكامها عند تحديده لنطاق حق الملكية ، فأنا سنعالجها هنا باعتبارها قيوداً قانونية لا مجرد حقوق ارتفاق . وقد تناول القانون المدني هذه الطائفة من القيود في المواد ١٠٥٢ : ١٠٦٠ وقد عرض لسنة انواع منها هي : حق المسيل وحق الشرب وحريم الابار وحق المجرى وحق المرور ووضع الحدود. وسنبحث في اربعة من هذه القيود هي : حق المسيل ، وحق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المرور.

❑ **اما حريم الآبار:** فهو في حقيقة الامر ليس قيداً على حق الملكية ، وانما هو مظهر من مظاهر حق الملكية فإذا حفر أحد بئراً في حريم بئر مملوك لأخر فإنه يحبر على ردمه.

❑ ويتضح ذلك من نص المادة (١٠٥٧) من القانون المدني العراقي نفسها حيث تقرر فقرتها الاولى ان : "حريم الآبار والينابيع والنزع الخاصة والمساقى والقنوات والمصارف ملك اصحابها ولا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه ... " فحريم الآبار ليست قيد من قيود الملكية ولا تعد حق حقوق الارتفاق وعلى هذا فإننا سوف لا نبحث في حريم الآبار كقيد من قيود الملكية. اما القيد الخاص بوضع الحدود ، فقد سبقت الإشارة إليه. ولهذا فإننا سوف لا نعرض لهذا القيد مرة أخرى.

١- حق المسيل:

حق المسيل هو الحق في تصريف المياه الزائدة عن الحاجة
الحالة الأولى:

■ تصريف المياه الطبيعية كمياه الامطار والثلوج والعيون.
فلمالك الارض المرتفعة استعمال هذه المياه والانتفاع بها،
وعلى مالك الارض المنخفضة **ان يتحمل** سبل هذه المياه
في ارضه دون ان يكون له الحق في مطالبة مالك الارض
المرتفعة بأي تعويض كما يلتزم مالك الارض المنخفضة
بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه صد هذه المياه
عن المرور في ارضه كبناء سد او حاجز. فإن اخل بهذا
الالتزام تحققت مسؤوليته

■ وحق المسيل قيد املته الضرورة ، فإذا كان من شأن
استعمال صاحب الارض المرتفعة للمياه أو طريقة توجيهها
ان يزيد من عب الارض المنخفضة فإنه يكون قد جاوز حدود
الضرورة وبالتالي فإن يلتزم بتعويض صاحب الارض
المنخفضة عن ذلك. فلو يدل مالك الارض المرتفعة اتجاه
المياه بأن استعمالها للري أو في مصنع لم يكن موجوداً من
قبل كان له ذلك ولكن في مقابل تعويض صاحب الارض
المنخفضة.

حق المسيل
؟؟



الحالة الثانية:

المياه المستنبطة : وهي المياه التي يستخرجها مالك الأرض المرتفعة بفعله. فلو حفر مالك هذه الأرض بئراً وادي ذلك إلى جريان المياه على الأرض المنخفضة فإن القانون يقضي بتحميل مالك الأرض المنخفضة مسيل المياه الزائدة على أرضه، ولكنه قرر له في مقابل ذلك الحق في مطالبة صاحب الأرض المرتفعة بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك.

وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥٣) بأن زيادة العبء في الحالتين المذكورتين آنفاً لا تطبق إذا كانت العقارات المنخفضة من البيوت والاقنية والبساتين والحدائق اللاحقة بالمساكن.

وتلتزم المادة (١٠٥٤) المالك الذي يزد انشاء ابنية في أرضه بأن يجعل سطوحها بحيث تسيل منها مياه الامطار على أرضه أو على الطريق العام لاعلى أرض جاره. والواقع ان المشرع لم يكن بحاجة إلى ايراد النص المذكور لان حكمه مجرد تطبيق من تطبيقات التزامات الجوار .

٢- حق الشرب:

❖ **حق الشرب (بضم الشين)** هو نوبة الانتفاع بالماء سيقاً للأرض أو الشجر أو الزرع، وهناك حق آخر هو **حق الشرب** (بكسر الشين) أو كما يسمى (حق الشقة) وهو يعني حق الانسان في شرب الماء هو ودوابه.

❖ وقد تولى قانون الري رقم ٦ لسنة ١٩٦٢ (المعدل) تنظيم شؤون الري فجعل دوائر الري مسؤولة عن انشاء اعمال الري وكررها وصيانتها وادامتها وتعين الحصص المائية وتوزيعها على الجداول المتفرعة منها ومنع هذا القانون اصحاب الاراضي من شق الجداول أو نصب المضخات أو النواير أو الكرود أو أية رافعة آخر بدون اذن تحريري من دائرة الري.

❖ أما بالنسبة للمساقي الخاصة فقد نصت المادة (١٠٥٦) من القانون المدني على انه "من انشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للقوانين والانظمة المعمول بها كان له وحدة حق استعمالها»، فيلاحظ بأن المشرع العراقي قد قصر حق الانتفاع بالمساقي الخاصة على اصحابها ، فلا يكون للملاك المجاورين الحق في أخذ ما زاد عن حاجة صاحب المسقاة من مائها. وهذا بخلاف القانون المدني المصري الذي أجاز في المادة (٨٠٨) للملاك المجاورين اخذ ما زاد عن حاجة صاحب المسقاة الخاصة من مائها على أن يشتركوا معه في نفقات انشائها وصيانتها كل بنسبة مساحة ارضه التي تنفع من تلك المسقاة.

وفي رأينا انه ليس فيما اوردته المادتان (١٠٥٥ و ١٠٥٦) اي قيد على الملكية، فقد سبق القول أن القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة هي تلك القيود التي تحدد من سلطات المالك او من مباشرته لها أو من استشاره بها والتي تتقرر حماية لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية في نظر المشرع انطلاقاً من **فكرة الموازنة** بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح بعضها على بعض وليس في نصوص المادتين السبقتين شيء من ذلك. فالمادة (١٠٥٥) تكملت في الانهار والترع العامة وقررت الحق لكل شخص في أن يسقي ارضه من مياهها أو ان يشق جدولاً لا خذ هذه المياه إلى أرضه. اما المادة (١٠٥٦) فكان يصح التحدث بشأنها عن قيد قانوني مقرر لمصلحة خاصة أو أنها اجازت ، على قرار المادة (٨٠٨) من القانون المدني المصري، للملاك المجاورين اخذ ما زاد عن حاجة صاحب المسقاة الخاصة من مائها ، ولكن المادة (١٠٥٦) قصرت ، كما رأينا ، حق الانتفاع بالمساقى الخاصة على اصحابها.



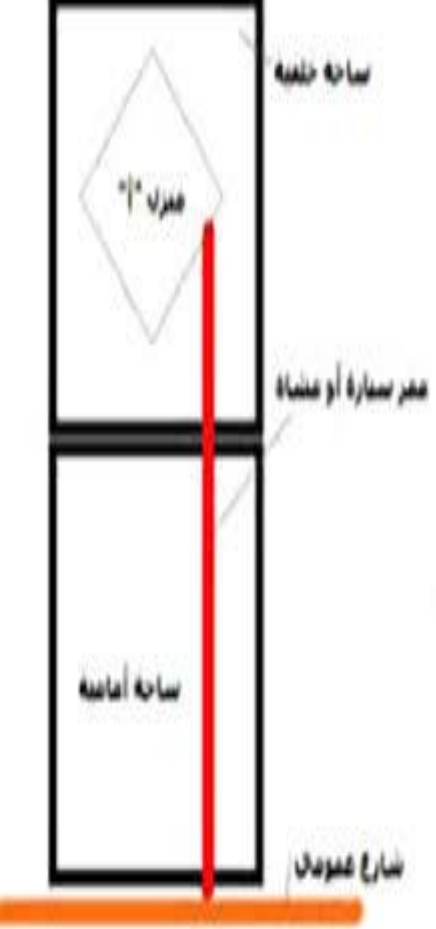
٣- حق المجرى:

- ويراد به حق صاحب الارض البعيدة عن مورد المياه في اجراء المياه الكافية لري أرضه في أرض أخرى مملوكة للغير تكون متصلة بالمورد .
- هذا القيد مقرر لمصلحة صاحب الارض البعيدة عن مورد المياه لتمكينه من الانتفاع بأرضه واستغلالها بما يعود عليه وعلى الاقتصاد الوطني من فائدة.
- ويتبين من المادة (١٠٥٨) من القانون المدني العراقي أنه يشترط لاستعمال حق المجرى ما يأتي:
 - (١) ان تكون الارض بعيدة عن مورد المياه.
 - (٢) ان لا يكون في الارض ماء للزراعة.
 - (٣) ان لا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الارض المثقلة به اخلاً بيناً وإلا يضر به.
 - (٤) مقابل حق المجرى : فحق المجرى لا يتقرر دون مقابل

٤- حق المرور:

حق المرور هو حق صاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام بالمرور في ارضه الغير للوصول إلى هذا الطريق ويشترط لحدق المرور ما يأتي:

- ١- أن تكون الارض محبوسة عن الطريق العام انحباساً كلياً او جزئياً.
- ٢- أن لا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل المالك.
- ٣- مقابل المرور.



القيود الإرادية

(شروط المنع من التصرف)

■ سلطة التصرف في الشيء المملوك من اهم ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى، وهذه السلطة هي التي تعطى **لحق الملكية قيمة اقتصادية**، لأنها الوسيلة التي تكفل تداول الاموال والتصرف فيها، فهي لذلك تعتبر من أهم الاسس التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية لهذا السبب، **لم يجرز القانون المدني الفرنسي** حبس الاموال عن التداول عن طريق اشتراط عدم التصرف فيها إلا في احوال استثنائية ، حيث اجاز للوالدين التبرع بأموالهما كلها أو بعضها لأولاد هما بطريق الهبة أو الوصية مع اشتراط عدم التصرف في هذه الاموال طيلة حياتهم ضماناً لمستقبل احفادهم

■ القضاء الفرنسي كان يذهب في بادئ الامر **إلى بطلان المنع من التصرف** في غير الاحوال مقررة في القانون باعتباره مخالفاً للنظام العام، غير أنه اضطر إلى تعديل موقفه بسبب كثرة ورود شرط المنع من التصرف في الحياة العملية . فحاول مسايرة الحاجات الاجتماعية المستجدة بمعالجة شرط المنع من التصرف معالج مرنة نقوء على أساس التوفيق بين قاعدة حرية التعاقد من جهة. ومنع التصرف من جهة أخرى. ولهذا فقد جرت احكامه . منذ أوسط القرن الماضي، على اجازة شرط المنع من التصرف كان المنع مؤقتاً ويقصده حماية مصلحة جدية ومشروعة ولا سيما في التبرعات.

المنع

نصت المادة (٨٢٣) من القانون المدني المصري

- ١- إذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يمنع المتصرف في ماله فلا يصح الشرط مالم يكن مبنياً على **باعث** مشروع **ومقصوراً** مدة معقولة.
- ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او للغير.
- ٣- المدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه أو الغير.

شروط صحة شرط منع من التصرف

ويشترط لصحة شرط منع من التصرف توفر شرطين الاول ان يكون الباعث مشروعاً والثاني ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة:

اولا- **ان يكون الباعث مشروعاً**، بان تكون هناك مصلحة جدية من هذا الشرط سواء كانت حماية مصلحة المتصرف او المتصرف اليه او الغير. مصلحة مشروعة للمتصرف مثلا اذا وهب منزلا لاحد ذويه واشترط لنفسه حق السكنى مدى حياته ، او يشترط البائع على المشتري عدم التصرف الا بعد سداد كامل الثمن. والمصلحة المشروعة للمتصرف له اذا وهب عقار لاحد اولاده بشرط ان لا يتصرف فيه حتى يبلغ سن معينة حتى ينضج ويكتسب خبرة ، او لحماية مصلحة مشروعة للغير يهب شخص عقاره لآخر ويشترط عدم التصرف فيه لانه يمثل من الاجرة ايراداً لزوجته مدى الحياة .

ثانيا- **ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة** :حتى لو كانت مدة حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير لانها مدة مؤقتة.

واجاز القانون الفرنسي بشرط منع من التصرف لحالات استثنائية اجاز التبرع الوالدين لاولادهما مع اشتراط عدم التصرف في هذه الاموال طيلة حياة الوالدين المادة ١٠٤٨ مدني فرنسي.ونص القانون المدني الاردني على شرط منع من التصرف إذ نصت المادة(١٠٢٨) منه "ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقدا كان او وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف اليه الا اذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة.

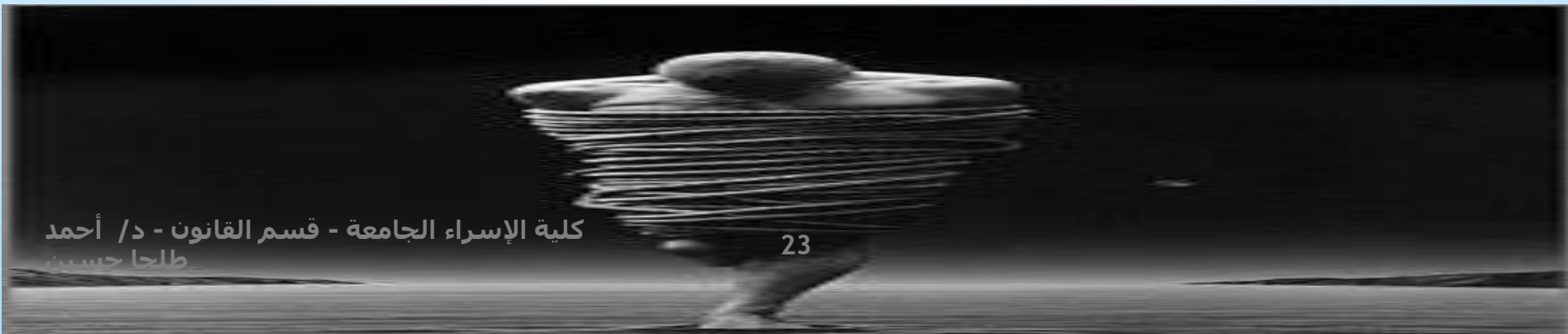
تكيف منع من التصرف

✓ وإذا لم يتوفر في شرط منع من التصرف وجود المصلحة المشروعة او المدة المعقولة فان الشرط يبطل ويبقى التصرف، الا اذا كان الشرط **هو** **الباعث للتعاقد فيبطل الشرط والتصرف** ايضا.

✓ وإذا كان الشرط صحيحا تتقيد حرية المالك في التصرف بالشئ الى انتهاء المدة المحددة للمنع او تنازل المتصرف عن التمسك بهذا الشرط .

اساس شرط منع من التصرف

الرأي الأول: يعتبره انتقاص من أهلية المالك والأهلية من النظام العام ولا بد من بيان كل مايتعلق بها ومنها شرط منع من التصرف إذا كان أساسه انتقاص الاهلية كما ان المتصرف كامل الأهلية وإلا لا صحة التصرف الناقل للملكية للمتصرف اليه، وراي ان هذا الشرط يعتبر التزاما بالامتناع عن عمل، **بينما الراي الراجح** فقهاً المنع يتغلق بالشئ محل النصرف فهذا الشئ لا يجوز التصرف به.



الرأي الثاني: ذهب البعض الآخر إلى أن المنع من التصرف هو التزام المالك بالامتناع عن عمل هو عدم التصرف في الشيء طوال مدة معينة.

وقد لوحظ على هذا التكييف أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ذلك أن من مقتضى القواعد العامة هو أن الإخلال من جانب المالك بما عليه من **التزام بالامتناع هو الفسخ مع التعويض** إن كان له مقتضى إعادة الشيء إلى المشتري وواضح أن هذه النتيجة تنافي الغرض من اشتراط المنع من التصرف، وكذلك التعويض فإنه لا يجدي في تحقيق ما يهدف إليه الشرط فالغرض من شرط المنع هو ضمان بقاء الشيء على ملك الممنوع من التصرف . وهذا لا يتحقق إلا بإبطال التصرف وهو ما لا تؤدي إليه فكرة الالتزام بامتناع عن عمل،

الرأي الثالث: أما الاتجاه السائد في الفقه، فيذهب إلى أن المنع من التصرف المرتب على الشرط يجعل الشيء غير قابل للتصرف.

ولا يعني ذلك خروج الشيء الممنوع التصرف، فيه من دائرة التعامل، فهو ما يزال مع ذلك محلاً صالحاً للحقوق المالية. وحيث أن عدم جواز التصرف ينصف على الشيء ذاته فإنه يوصف ، بعدم جواز تصرف عيني " أبو بعبارة أخرى **هو ، قيد عيني**.

