

تصرفات الفضولي

في

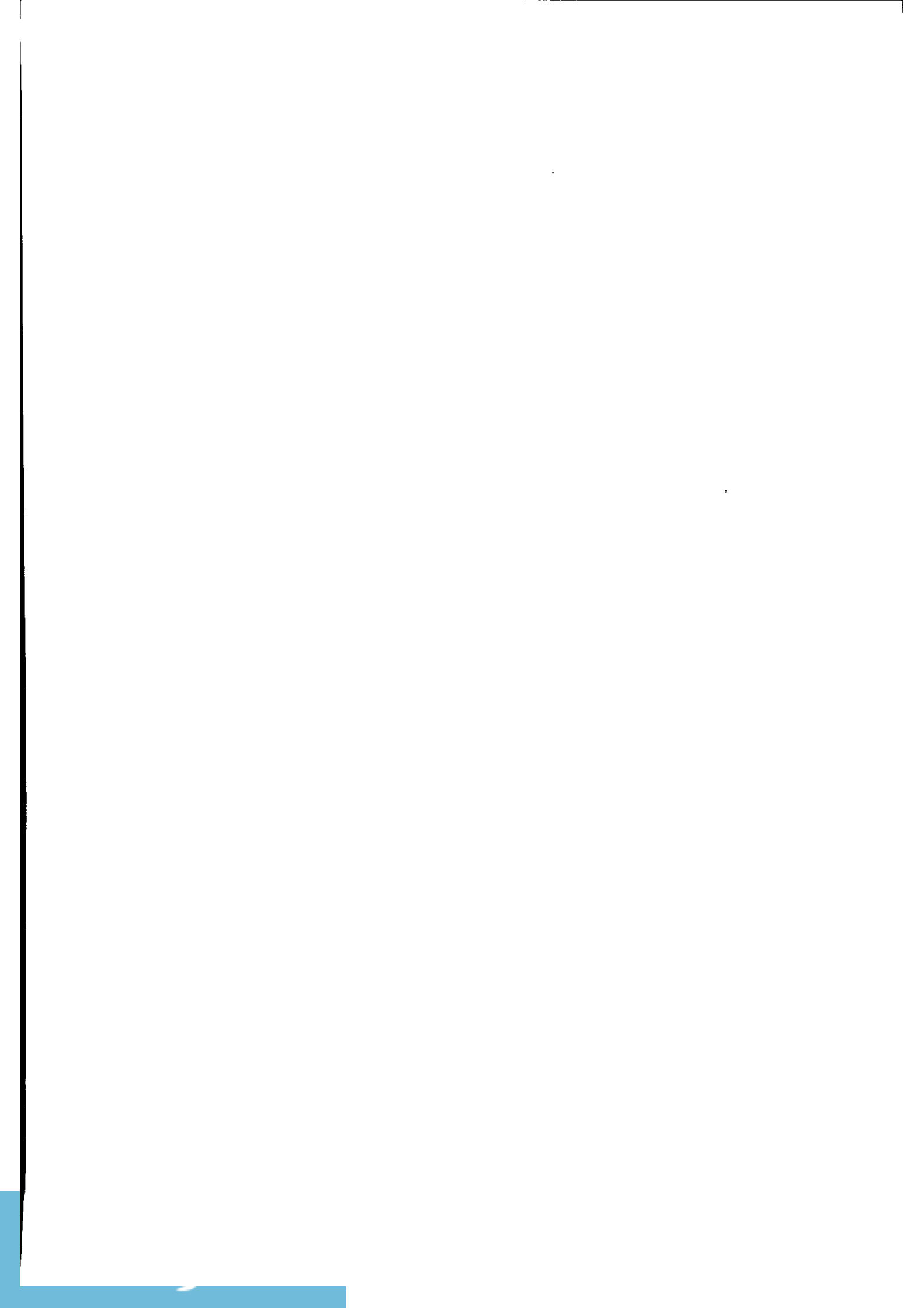
الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

للأستاذ الدكتور / لاشين محمد يونس الغاياتي

رئيس قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

جامعة الكويت

الحامي / السنة الثالثة والعشرون / يوليو / اغسطس / سبتمبر ١٩٩٩



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين . . . وبعد :

فإن موضوع تصرفات الفضولي ، من الموضوعات التي لها أهميتها العلمية والعملية . فكثيراً ما يثار التساؤل حول طبيعة تصرفات الفضولي من الناحية الشرعية والقانونية وما حكم تصرفاته في عقود المعاوضات والتبرعات والتوثيقات ، وما يدور حول ذلك من مشاكل لكثرة وقوع هذا التصرف في حياة الناس وفي معاملاتهم ، وما يترتب على ذلك من آثار شرعية وقانونية .

ولقد اهتم الفقهاء القدامى والمعاصرون بهذا الموضوع في مؤلفاتهم القديمة والحديثة . وعندما طلب مني المشاركة في بحث مدعوم من جامعة الكويت ، استعنت بالله واخترت هذا الموضوع للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي ، لبيان أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف ، ومدى سبق الشريعة الإسلامية لتقنين هذا الموضوع ، وسمو مكانتها وصلاحتها لكل زمان ومكان . وحتى نبين للعالم الإسلامي وللمهتمين بدراسة الشريعة الإسلامية بأنها تتصف بالعموم والشمول والأصالة والجدية . . .

قال تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » ، « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » .

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « تركت فيكم شيئين ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي أبداً كتاب الله وسنتي » .

ونبين في هذا البحث أهم النقاط التالية :

- ١ - مدى سلطة العاقد في التصرف في المعقود عليه .
- ٢ - حقيقة الفضولي والفضالة في الفقه الإسلامي والقانون .
- ٣ - التكييف الشرعي والقانوني للفضالة .
- ٤ - حكم تصرفات الفضولي في الفقه والقانون .
- ٥ - إجازة تصرف الفضولي وأثرها .

٦ - رفض إجازة تصرف الفضولي وأثره مع المقارنة بين الفقه والقانون ، حتى تبرز محاسن الفقه الإسلامي ومكانته السامية ووسطيته واعتداله .

٧ - خاتمة البحث نبين فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من هذا البحث والله الموفق والهادي إلى الصراط المستقيم .

يونيه ١٩٩٩

الباحث

أ . د . لاشين محمد يونس الغياتي

بسم الله الرحمن الرحيم مقدمة

نبين في مقدمة هذا البحث معنى التصرف لغة واصطلاحاً ، والفرق بينه وبين الالتزام والعقد . ثم نوضح متى يكون للمتصرف سلطة التصرف في الشيء المعقود عليه ، وذلك في نقطتين :

أولاً : التصرف لغة واصطلاحاً :

- لغة : هو التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب^(١) .
- واصطلاحاً : هو ما يصدر عن الشخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة^(٢)

- والالتزام في اللغة : الثبوت والدوام والوجوب والتعلق بالشيء أو اعتناقه .
- وفي الاصطلاح : إلزام الشخص نفسه مالم يكن لازماً له ، أي مالم يكن واجباً عليه قبل^(٣) . ومن هنا يتبين للباحث أن الالتزام أعم من التصرف ، لأن التصرف إنما يكون بالاختيار والإرادة .
- والعقد في اللغة الضمان والعهد^(٤) .

واصطلاحاً : عرفه جمهور الفقهاء بأنه (الربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما)^(٥) ، كعقد البيع والإجارة والشركة ، والتصرف أعم من العقد ، لأنه يحتوي على معنيين :

معنى عام ، وهو «كل تصرف قولي أو فعلي يترتب عليه أثر شرعي معين سواء تم بإرادتين أو بإرادة واحدة» . كالبيع ، والوقف ، والرجعة ، والجعالة ، والإبراء ، والشهادة ، واليمين . . والغصب وقبض البائع الثمن من المشتري ، وتسلم المشتري المبيع من البائع .

(١) القاموس المحيط ، والمصباح المنير ، والمعجم الوجيز ، مادة (صرف) .

(٢) الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية : ج ١٢ ص ٧١ .

(٣) فتح العلي المالك : ٢١٧/١ .

(٤) القاموس المحيط ، المصباح المنير ، المعجم الوجيز ، مادة (عقد) .

(٥) الملكية ونظرية العقد للمرحوم الشيخ أبو زهرة : ص ١٩٩ .

فالتصرفات على اختلاف أنواعها لاتخرج عن كونها أقوالاً أو أفعالاً ، فيكون التصرف بنوعيه - القولي والفعلي - شاملاً لها . وهذا ماذهب إليه الحنفية^(١) ولذلك يندرج تحت هذا المعنى العقد والإرادة المنفردة .

والتصرف بمعناه الخاص : هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر شرعي معين . أى يحتاج إلى صيغة تصدر من الطرفين وتبين اتفاقهما على أمر ما . ويطلق عليه التصرف القولي العقدي ، أى لا يتم إلا برضا الطرفين ، كالبيع والإجارة والنكاح والوكالة ، وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء ، ولا يندرج تحت هذا المعنى إلا العقود بخلاف الإرادة المنفردة كالوصية والنذر والوقف^(٢) .

ثانياً : سلطة العاقد في التصرف في العقود عليه :

يقصد بهذه السلطة أن تكون للعاقد صفة شرعية تبيح له التصرف في العقود عليه ، وذلك بواحد من الأمور التالية^(٣) .

(١) الملك : أى العقود عليه يكون مملوكاً للمتصرف ، والملك في اللغة : احتواء الشيء وحيازته ، والقدرة على الاستبداد به ، وانفراده بالتصرف فيه^(٤) .
وفي الاصطلاح - عرفه الكمال بن الهمام بأنه (القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع)^(٥) .

وفي الفقه الإسلامي المعاصر ، هو «اختصاص يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع ، إلا لمانع شرعي»^(٦) ، أو هو «حكم شرعي أو وصف شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه» .
والمالك لا بد أن يكون مالكاً للشيء ملكاً تاماً ، أى شاملاً للعين ومنفعتها حتى يستطيع التصرف في ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات الجائزة

(١) المنشور للزركشي : ٣٩٧/٢ ، ولذلك يقول الله تعالى : «ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ، فهذا يعم كل ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به (تفسير روح المعاني ٤٨/٦) .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية مصطلح «تصرف» : ٧١/٢ - ٧٣ .

(٣) دراسة مقارنة حول عقد البيع للدكتور / الشافعي عبدالرحمن السيد : ص ٥٢ .

(٤) القاموس المحيط ، والمعجم الوجيز ، مادة (مَلِكٌ) الشيء مُلْكاً حازه وانفرد بالتصرف فيه .

(٥) فتح القدير : ٧٤/٥ ، الفروق للقرافي : ٢٠٨/٣ الفرق ١٨٠ .

(٦) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف : ص ٨ ط ١٩٤٩ - القاهرة .

شرعاً من بيع وهبة ووقف ووصية ورهن^(١) .

وقد عرف القانون المدني الكويتي حق الملكية بتعريف غير مباشر ، بقوله في نص المادة ٨١٠ التي تقول : (مالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وان يتصرف فيه في حدود القانون) . فهذا تعريف للشيء بذكر عناصره الجوهرية الانتفاع والاستغلال والتصرف . ومن تعريفات الفقهاء ، استمد (قصري باشا) تعريف الملك في المادة (١١) من كتابه مرشد الحيران ونصها (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فتنتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)^(٢) .

(٢) الولاية أو الوصاية على مالك الشيء المتصرف فيه :

والولاية في اللغة بكسر الواو معناها (السلطان) وبفتحها وكسرهما معناها (النصرة والقدرة والتدبير) ، وهي من ولي الشيء يليه ، وولي عليه ، إذ ملك أمره وتولى شئونه ، والولي هو المحب والصديق والنصير أو الناصر^(٣) .

وفي الاصطلاح : «الولاية قوة تثبت لمنملكها حق التصرف في النفس أو المال أو فيهما معا»^(٤) . أو هي سلطة منحها الشريعة لبعض الناس بمقتضاها يكون لهم الحق في مباشرة العقود والتصرفات الخاصة بالمولى عليه دون حاجة إلى إذن من أحد^(٥) . والولاية تكون في النفس والمال معاً أو في أحدهما ، وقد تكون خاصة أو عامة ، أو قاصرة أو متعدية .

والذي يهمننا هنا الولاية على المال وهي : قدرة الولي على أن يباشر العقود المتعلقة بأموال المولى عليه ، وتكون تصرفاته نافذة دون التوقف على الإجازة من أحد^(٦) . ويقول الشيخ على الخفيف في معنى الولاية شرعاً سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعاً^(٧) .

(١) انظر خواص الملك التام في المرجع السابق : ص ٩ .

(٢) وانظر المادة ٨٠٢ مدني مصري ، التي تنص (مالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) .

(٣) مادة (ولي) ي المعاجم اللغوية ولسان العرب ، القاموس المحيط .

(٤) الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، الوكالة : ص ١٠ .

(٥) الدكتور / محمود حسن ، في النظريات الفقهية : ص ٨٥ .

(٦) المرجع السابق : ص ٨٦ .

(٧) مختصر أحكام المعاملات الشرعية : ص ١١٣ ، النبابة عن الغير في التصرف : ص ٤٣٣ ، وانظر الولاية وأنواعها الأشباه والنظائر

للسيوطي : ص ٨٣ ، ١٠٤ ، ولابن نجيم : ص ٤٩ ، ٣ .

وقد بين القانون المدني الكويتي ، الأحكام المتعلقة بالولاية على مال الصغير ومن في حكمه من المحجور عليهم لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وكذلك مالك المفقود والغائب ، وسلطة الولي الشرعي والوصي في المواد من ١١٠ - ١٤٦) حيث اشترط المشرع أن يكون الولي عدلاً وكفوفاً وبالغاً رشيداً . .

وغيرها مما يتطلبه القانون أو الشريعة الإسلامية من شروط أخرى ، وقد عرف الفقه الوضعي الولاية بأنها «سلطة مقررة للشخص تجعله قادراً على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير فتكسبه حقاً أو تحمله إلتزاماً»^(١) .

٣) الوكالة : أن يكون العاقد وكيلاً في التصرف في المعقود عليه بموجب عقد وكالة من مالك الشيء .

والوكالة في اللغة بفتح الواو وكسرها ، تفويض الأمر إلى الغير ، يقال وكل إليه الأمر يَكِلُهُ وَكَلًا وَوَكُولًا اسلَّمَهُ وفوضه إليه واكتفى به واتكل على الله استسلم إليه ، وتواكل القوم : أتكل بعضهم على بعض ، وتوكل قبل الوكالة^(٢) .

وفي الاصطلاح هي «إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم»^(٣) ، كأن يوكل إنسان آخر في بيع عقاره أو منزله أو سيارته أو في كل ما يجوز له أن يباشره في التصرفات ، ولا يعد هذا العموم تجهيلاً بالموكل به .

وزاد عن التعريف السابق الدكتور عيسوي قوله «قابل للنيابة ، حتى يخرج المسائل التي لا يقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه»^(٤) مثل الشهادة والأيمان والنذور والقسمة بين الزوجات واللعان والإيلاء والقسامة والرضاع والظهار والمحرمات ، والعبادات البدنية المحضة وغيرها من الأمور المتفق على عدم جواز التوكيل فيها^(٥) .

وقد عرف القانون المدني الكويتي الوكالة في المادة ٦٩٨ بقولها : «الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني» .

(١) د/ عبدالمنعم البدرآوي ، المدخل للعلوم القانونية : ص ٦٠٠ .

(٢) المعاجم اللغوية ، مادة (وكل) .

(٣) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق : ص ١٢١ .

(٤) المدخل للفقه الإسلامي : ص ٤٧٠ ، أحمد إبراهيم : ص ١٥٨ ، مصطفى شلبي : ص ٣٠ والملكية ونظرية العقد للشيخ محمد زهرة : ص ٣٨٠ .

(٥) الدكتور محمود حسن ، المرجع السابق : ص ١٠١-١٠٢ .

وهذا يتفق مع التعريف السابق للفقهاء الإسلامي إلا أنه كان أدق من التعريف القانوني الكويتي والمصري في مادته ٦٩٩ مدني مصري .

* * *

وخلاصة القول فيما سبق ذكره : أنه إذا لم تكن للعاقد صفة من هذه الصفات الثلاث (الملك - الولاية - الوكالة) سمي فضولياً . لعدم توفر شرط الولاية على محل العقد بالملك أو النيابة عن المالك ، وهذا التصرف لا ينفذ إلا بإجازة المالك للتصرف الذي جرى على ملكه ، فله إجازته وله رفضه .

ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحكم العقد الذي يتخلف فيه شرط الولاية على محل العقد فكلاهما يجعل منه عقداً وإن كان صحيحاً من حيث الانعقاد إلا أنه لا يترتب آثاره في مواجهة المالك الحقيقي لمحل التصرف إلا بإجازته ، أو إقراره حسب تعبير القانون الوضعي ، فيكون العقد بذلك موقوفاً من حيث ترتيب آثاره ، على الإجازة أو الإقرار وتصدر الإجازة ممن يملك التصرف في الشيء أو الولاية على محل العقد «محل التصرف» من مالك هذا الشيء .

وإجازة هذا العقد «العقد الموقوف أو عقد الفضولي» يكون بتصرف يصدر بالإرادة المنفردة لمن تقرر له ، ويترتب عليها نفاذ العقد الموقوف وترتيب آثاره من وقت إبرامه وليس من وقت الإجازة ولا من وقت التصرف»^(١) .

وهذا ما يدفعنا إلى تعريف الفضولي وبيان حقيقة الفضالة . والتكييف الشرعي والقانوني لها . وحكم تصرفات الفضولي في الشريعة والقانون - وبيان الأحكام المتعلقة بإجازة هذا التصرف أو رفضه ممن له الحق في ذلك «مالك الشيء أو صاحب الولاية عليه» .

(١) للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، أستاذ القانون المدني ورئيس قسم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الكويت في مؤلفه (نظرية الإلتزام والتصرف القانوني : ص ٢٨٨ - ٢٨٩) .

الفصل الأول المبحث الأول تعريف الفضولي في الفقه الإسلامي

■ **الفضولي في اللغة** : مأخوذ من الفضول ، جمع فضل ، والفضل الزيادة ، فهو المشتغل بما لا يعنيه ، أو بأمور غيره دون أن يكون ملزماً بها . واشتق منه فضاله على وزن جهاله ، واستعملت في اشتغال المرء بما ليس له (١) .

■ **وفي الاصطلاح** : عرف الفقهاء القدامى «الفضولي» بتعريفات كثيرة أهمها مايلي :

(١) عرف الحنفية الفضولي بأنه : (من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي) (٢) .
كالأجنبي يزوج أو يبيع أو يؤجر أو يوصي . الخ دون إذن شرعي .
(٢) وعرفه المالكية بأنه : (الذي يبيع مال غيره ممن لا ولاية له ، وليس وكيلاً له) (٣) .

(٣) وعرفه الشافعية بأنه : (من ليس بوكيل ، ولا ولي عن المالك) (٤) .

(٤) وعرفه الحنابلة بأنه : (المتصرف للغير بغير إذنه) (٥) .

وقد عرفت المادة ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية الفضولي فقالت : (الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي) .

* * *

والتأمل لهذه التعريفات ، يرى بأنها تدور حول المعنى اللغوي للفضولي الذي يتصرف في شئون غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه . وقد يظن البعض بأن الفضالة ترد في البيع فقط وفقاً لتعريف المالكية ، ولكن الغالب أنها ترد في البيع والشراء والإجارة والنكاح والوصية والهبة والوقف والصلح وغير ذلك من الحصاد والترميم والصيانة مما هو ضروري وعاجل ونافع للغير .

(١) المعاجم اللغوية : مادة (فضل) .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٨٦/٤ ، البحر الرائق لابن نجيم : ١٦٠/٦ .

(٣) الخرشبي : ١٧/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : ١٢/٣ ، والبهجة شرح التحفة : ٦٨/٢ .

(٤) نهاية المحتاج للرملي : ٤٠٣/٣ .

(٥) كشف القناع : ١٥٧/٣ .

ولذلك عرف الفقه المعاصر الفضولي بأنه : (من يتصرف تصرفاً لا شأن له به وليس له ولاية إصداره) كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه أو يؤجره ، فهذا التصرف منه فضالة ، وهو فيه فضولي^(١) .

■ فالفضالة : اسم يطلق على عمل الفضولي وهو التصرف في شئون غيره بدون إذن شرعي ، أو المتدخل في شئون الغير حفاظاً على مصلحته وصوناً لها .
ولذلك عرف الشيخ أحمد ابراهيم الفضالة بأنها : (وصف يقوم بشخص ، يتصرف بمقتضاه في شئون غيره ، نفساً ومالاً بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ، ولا ولاية شرعية ولا وصاية)^(٢) .

وقيل هي : (تصرف الشخص في شئون غيره دون أن يكون له ولاية إبرام هذا التصرف شرعاً)^(٣) .

* * *

وجملة القول فيما سبق ، نرى أن الفضولي هو الشخص الذي تصرف في شئون غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه .
وليس هناك ما يمنع من إطلاق لفظ «الفضالة» على عمل الفضولي الذي يتدخل في شئون غيره بدون إذن شرعي .
وقد استعمل القانون المدني الكويتي والمصري اللفظين (الفضالة والفضولي) .
وهذا ما يدفعنا للكلام عن حقيقة الفضالة في القانون الوضعي .

(١) د/ عبدالمجيد مطلوب ، الفضالة : ص ١٤ ط ١٩٨٤ م .

(٢) أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة : ص ٣ .

(٣) د/ الشافعي عبدالرحمن في عقد البيع : ص ٥٧ .

المبحث الثاني حقيقة الفضالة في القانون المدني المصري والكويتي

إن الفضالة تعتبر المصدر الثاني من مصادر الالتزامات في فقه القانون المدني الفرنسي - وقد بين المشرع الفرنسي حقيقتها وأحكامها تحت عنوان شبه العقد - وذلك في المواد من ١٣٧١ إلى ١٣٧٩ ، ولهذا نجد الفقه الفرنسي قد اهتم بها ، بل وأخذ أحكامها أو معظمها من الفقه الإسلامي الذي أفرد لها ولأحكامها باباً خاصاً - فضلاً عن ذلك . فإن المشرع المصري قد عرفها في المادة ١٨٨م مصري بقوله : الفضالة هي (أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك) . وعرفها المشرع الكويتي في المادة ١٦٩ مدني بقوله : (١- الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بأمر عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك) .

ومن هذا التعريف نستنبط بأنه يشترط لتحقيق الفضالة في القانون عدة شروط هي : (١) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر - وأن يكون عملاً قانونياً كما لو باع شيئاً لآخر أو أجره لرب العمل . وقد يكون عملاً مادياً نافعاً وضرورياً كما لو قام بإطفاء الحريق الذي شب في منزل جاره - وإذا قام بهذا العمل الذي فيه نفع لرب العمل فله أن يرجع عليه بما أنفقه من المصروفات - وما ضاع عليه من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا الغير على حسابه دون سبب^(١) .

(٢) أن يكون هدف الفضولي من قيامه بهذا العمل العاجل هو مصلحة رب العمل . وهذا هو المعيار الدقيق الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب .

فالأساس هو إتجاه نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير حتى ولو اقترن بهذا مصلحة نفسه كالشريك في الشيوخ حين يؤجر العين الشائعة لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه . وهذا هو ما بينته المادة ١٨٩ مدني حيث قالت (نتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأن نفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه

(١) انظر الالتزامات د. السنهوري - في الوسيط : ج ١ ص ١٢٣٤ ، د/ محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني : ج ٢ ص ٣٧٤ ، د/ عبدالمنعم الصده ، مصادر الالتزام : ص ٦٢٣ وما بعدها د/ عبدالرازق حسن ، العقد الموقوف : ص ١١٨ .

القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر)٠ وبهذا أخذ المشرع الكويتي (م ٢/٢٦٩)
مدني .

٤) ألا يكون الفضولي ملتزماً في القيام بهذا الشأن العاجل ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه ،
فإذا تولى شئون الغير بمقتضى نص في القانون كالولى والوصي . أو أمر من المحكمة .
أو بمقتضى عقد كالوكيل فإنه والحالة هذه لا يعتبر فضولياً^(١) ، لأنه لم يكن متفضلاً
بما قام به من أعمال للغير .

* * *

(١) راجع د . السنهوري ، الوسيط : ج ١ ص ١٢٣٧ وما بعدها . بلا نيول وريير وبولانجيه : ج ٢ ص ٤٧٠ ص ١٩٥٧ .

المبحث الثالث المقارنة

ان القانون الوضعي يتفق مع الشريعة الإسلامية في أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير ، سواء أكان تصرفاً قولياً أم فعلياً في الشريعة أم تصرفاً قانونياً ، أو عملاً مادياً في القانون ، دون أن تكون له ولاية التصرف . ثم يختلفان في جهة أخرى ، حيث يشترط القانون الوضعي بالنسبة للفضولي أن يقوم بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلاً منه بلا ولاية أو وكالة أو وصاية . بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي ضرورياً ، أو عاجلاً (١) .

ولذلك يفترض في الفضولي حين قيامه بعمل من أعمال الفضالة أن يقوم بذلك على سبيل التبرع والاحتساب في سبيل الله .

ويرى البعض أن (٢) (الفقه الإسلامي في جملته قد عرف نوعين من الفضالة :

النوع الأول : هو نظام الفضالة عند الفقهاء ، حيث يقوم الفضولي بتصرف شرعي ليست له ولاية عليه دون شرط ان يكون هذا التدخل ضرورياً أو نافعاً ودون أن يكون ملزماً لصاحب الشأن المتفضل عليه . . ويقابل هذا النوع في القانون الوضعي «التصرف في ملك الغير» مثل بيع ملك الغير أو إجارته أو رهنه أو هبته فلا إذن منه أو ولاية عليه .

النوع الثاني : نظام الفضالة في القانون الوضعي ، حيث يقوم الفضولي بتصرف لحساب الغير) دون أن يكون ملزماً بذلك ويشترط أن تكون هناك ضرورة

لتدخله دون حاجة إلى إجازة . . .

وهذا ما يطلق عليه (فضالة بالمعنى القانوني) الذي اشترط في تحقيقها أن يكون

تدخل الفضولي ضرورياً أو نافعاً .

ولكن الذي أراه أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون

(١) د/ عبدالرازق فرج ، العقد الموقوف : ص ١١٩ .

د/ محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف : ص ١٢٩ .

د/ السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ج ١ ص ١٨٣ .

(٢) د/ عبدالمجيد مطلوب ، الرجوع السابق : ص ١٨ .

د/ محمد الألفي في الفضالة ، في مجلة الحقوق والشريعة بدولة الكويت يوليو ١٩٧٦ : ص ١٢٠ .

الوضعي (التصرف في ملك الغير) . والفضالة بمعناها القانوني السابق .
وقد نظم القانون الوضعي النوعين السابقين وبين احكامهما :
النوع الأول :تحت مايسمى بيع ملك الغير (م ٩٠٥ مدني كويتي) أو رهنه أو هبته ٠٠٠ الخ . والمواد ٤٦٦ ، ٤٦٨ مدني مصري .
النوع الثاني :تحت مايسمى بالفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً للإثراء بلا سبب على حساب الغير في المواد من ٢٦٩ - ٢٧٨ من القانون المدني . والمواد ١٨٨ - ١٩٧ مدني مصري ، حيث عرفها المشرع ، وبين أركانها ونظم أحكامها .
ويرى بعض الباحثين بأن الفقه الإسلامي في جملته يعرف نوعين من الفضالة :
(١) فضالة عادية أو فضالة موقوفة - محلها الأعمال التي لا تقتضيها الضرورة - فآثارها موقوفة لحين صدور الإجازة من صاحب الشأن . ويقابل هذا النوع في القانون (التصرف في ملك الغير) .
(٢) فضالة نافذة أو فضالة ضرورية - محلها الأعمال الضرورية والعاجلة أو النافعة^(١) التي تلزم رب العمل لآثارها النافذة ، ويقابلها الفضالة بالمعنى القانوني المدني المصري في المواد (١٨٨ - ١٩٧) والمدني الكويتي في المواد (٢٦٩ ، ٢٧٨) على اعتبار هذا النوع من الفضالة في الفقه الإسلامي استثناء من القواعد العامة الخاصة بالنوع الأول ، ولكن في نطاق محدود .
ويترتب على ذلك ، أن معنى الفضالة في الفقه الإسلامي أعم منه في القانون المدني المصري والكويتي لأنه يندرج تحت الفضالة في الفقه الإسلامي مالا يمكن إدراجه في القانون كبيع ملك الغير أو إجارته أو وقفه أو الصلح أو الرهن دون إذن منه . أو وجود ضرورة تدعو لذلك وتقتضي التدخل في شئون الغير بصفة مستعجلة .

(١)د محمد علي مذكور في رسالته (تصرفات الفضولي) آلة كاتبة : ص ٥٦ - ٥٧ .

الفصل الثاني التكييف الشرعي والقانوني للفضالة

من العرض السابق يتبين لنا بأن الفضالة في القانون ماهي إلا تطبيق من تطبيقات الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب باعتباره مصدرًا من مصادر الإلتزام في القانون المدني الكويتي (م ٢٦٢ وما بعدها) . (م ١٨٨ وما بعدها مصري) .

وهذه الفضالة لا تتحقق إلا إذا توافرت شروطها أو أركانها السابقة ، وبوجه خاص قيام الفضولي عن قصد بأمر عاجل لحساب الغير دون إلزامه بذلك ، على أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه على أن يخطره بذلك . كما يلتزم ببذل عناية الشخص العادي عند قيامه بالعمل ، ويرد كل ما أخذه بسبب الفضالة إلى رب العمل ويقدم له حساباً عما قام به عملاً بأحكام الوكالة . لأن الفضولي ينقلب وكيلاً ، وتسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي (م ١٩٠ مدني مصري) ، (م ٢٧٠ مدني كويتي) . وربما ينقلب الوكيل فضولياً في حالة تجاوزه الحدود المرسومة له من موكله أو باشر عمله رغم انتهاء مدته^(١) .

أما لو نظرنا إلى طبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي ، وهي تصرف الشخص في شئون غيره بدون إذن منه أو ولاية شرعية عليه . نجد الفقهاء قد اختلفوا في مدى صحة هذا التصرف ومدى نفاذه في حق الغير إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى بأن هذا التصرف باطل من أساسه .

فلا وجود له أصلاً ولا أثر له لأن الملكية والولاية شرط من شروط الانعقاد ، فإذا لم يتوافرا يكون العقد باطلاً ، ولا يترتب عليه شيء من الأحكام . وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية والشافعية في الجديد ، وفي رواية عن الإمام أحمد وكثير من الحنابلة والظاهرية وغيرهم^(٢) .

(١) الوسيط للدكتور السنهوري : ١٢٧٠/١ .

مصادر الإلتزام للدكتور عبدالمنعم الصدة : ص ٥٧٨ .

مصادر الإلتزام للدكتور سليمان مرقص : ص ٧٩٠ ، الفعل النافع .

مصادر الإلتزام للدكتور أنور سلطان : ص ٦٧٠ .

(٢) الفروق للقرافي : ٢٤٢/٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٢/٣ ، المهذب للشيرازي : ٢٦١/١ المغني لابن قدامة :

٢٠٥/٤ والمجلي لابن حزم الظاهري : ٤٤٣/٩ مسألة ١٤٦٣ .

المذهب الثاني^(١): يرى بأن هذا التصرف صحيح ، ولكن آثاره موقوفة على المالك أو صاحب الولاية ، لأن الملكية أو الولاية في نظرهم من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، مما يجعل تصرفات الفضولي منعقدة ، لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن وهو من صدر التصرف لأجله^(٢) . وهذا ماذهب إليه الحنفية وأغلب المالكية والشافعي في القديم ورواية للحنابلة .

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين^(٣)، أن الفضالة في الفقه الإسلامي تحتوي على التصرفات القولية أو الفعلية ، وبالتالي فقد عرف نوعين من الفضالة :

(١) الفضالة بالمعنى التقليدي «الموقوفة أو العادية» .

(٢) الفضالة بالمعنى القانوني «النافذة أو الضرورية» .

أي تصرفات الفضولي التي تلزم صاحب الشأن دون إذنه أو إجازته ، أي تتحقق آثارها من وقت نفاذها بشرط أن يكون تدخل الفضولي نافعاً أو ضرورياً للمتفضل عليه مع انتفاء نية التبرع .

وجملة القول بأن الفضالة مشروعة وجائزة ، بل تعد من أهم تطبيقات المصدر الرابع من مصادر الالتزام (الفعل النافع) في القانون المدني الكويتي .

أما في الفقه الإسلامي ، فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز هذا التصرف ومدى نفاذه - وقد أخذ القانون المدني بالرأي الراجح «عقد موقوف» في بعض الحالات كبيع ملك الغير أو اجارته أو رهنه أو تجاوز الوكيل حدود وكالته وحكم بالبطلان على هبة مال الغير (م ٥٢٧ مدني كويتي) .

ومن هنا نجد أن الفضالة في الفقه الإسلامي أعم من الفضالة في القانون المدني ، لأن الفقه الإسلامي يحتوي على النوعين السابقين .

(١) بدائع الصنائع : ١٥٠/٥ ، فتح القدير : ٤٠/٥ ، بداية المجتهد لابن رشد : ١٤٠/٢ ، المغني : ٢٠٥/٤ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، المجموع : ٢٨٠/٩ .

(٢) البدائع للكاساني : ١٥٠/٥ .

(٣) د/ عبدالمجيد مطلوب في الفضالة : ص ٤٥ .

الفصل الثالث

نطاق تصرفات الفضولي

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

نريد أن نبين في هذا الفصل موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي في نطاق تصرفات الفضولي ، أي الأقوال أو الأفعال التي تصلح أن تكون محلاً لها . وهل يتسع محلها للتصرفات القولية والفعلية معاً ، أم القولية فقط ؟؟
أولاً : الفقه الإسلامي :

اتفق الفقهاء الذين قالوا بصحة تصرفات الفضولي^(١) على أن نطاق هذه التصرفات تنحصر في التصرفات القولية^(٢) ، سواء أكانت هذه التصرفات تتعلق بعقود المعاوضات كبيع الفضولي وشرائه ، وإجارته وقسمته وصلحه وإقراضه مال غيره ، أم بعقود التبرعات . كهبه الفضولي ، ووقفه ، ووصيته مال غيره . أم تتعلق بالأحوال الشخصية كزواج الفضولي ، وطلاقه ، وخلعه مع وجود خلاف بين الفقهاء فيما يصح أن يكون محلاً للفضالة أو لا يصح سببها فيما بعد .

وخلاصة القول ، أن الفقه الإسلامي في الغالب يجيز أن يقوم الفضولي بتصرف قولي «عمل قانوني» سواء أكان هذا العمل من أعمال التصرف أم من أعمال الحفظ أو

(١) الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنبلة في إحدى الروايتين ، وغيرهم وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الرابع من هذا البحث .

(٢) التصرف الشرعي : (هو ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج) البدائع : ١٧٠/٧ . وهي تنوع إلى نوعين :

أ - تصرفات قولية : وهي ما صدر عن الشخص من أقوال يتلفظ بها أو يعبر عنها بالكناية أو الإشارة ، ويرتب عليها الشارع أثراً ، سواء صدرت من الجانبين كالبيع والإجارة أم من جانب واحد كالوقف والإبراء والوصية . بعوض أم بغير عوض ، تملكية أو إسقاطية . ويقابله في القانون «التصرف القانوني» .

ب - تصرفات فعلية : هي ما صدر عن الشخص من أفعال مادية يترتب عليها الشارع أثراً ، وهي قد تكون مفيدة كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد ، أو ضارة كالغصب والإتلاف والسرقة والنقل .

انظر : د/ عبدالرازق فرج ، العقد الموقوف : ص ١١١ - ١١٢ . وقيل : بأنها الأفعال التي تكون سبباً لضمان كإتلاف مال الغير أو غصبه ، وترادف الأعمال غير المباحة - صبحي محمصاني ، النظرية العامة : ٣٣/١ .

ويقابل التصرف الفعلي في القانون الوضعي «العمل المادي» وهو ما كان قوامه عملاً غير لسانني كإحراز المباحات والغصب والإتلاف واستلام المبيع وقبض الدين وإطفاء حريق ٠٠٠ الخ .

انظر : التصرف القانوني والواقعة القانونية : د/ السنهوري : ص ٣ ، ومصادر الإلتزام د/ عبدالمنعم فرج الصدة : ص ٣٨ .

الإدارة مع وقف نفاذها على إجازة صاحب الشأن ، وهذه قاعدة عامة تشمل جميع التصرفات الشرعية والقولية .

■ التصرفات الفعلية :

إن التصرفات الفعلية الضرورية التي دعت الحاجة إلى القيام بفعلها ليست محل نزاع لوجودها في نطاق تصرفات الفضولي وهي صحيحة ونافذة دون الرجوع إلى رب العمل مثل بيع محصولات الغير خشية التلف ، وإصلاح جدار للغير خوفاً من انهياره^(١) (الفضالة النافذة) .

أما التصرفات الفعلية الغير ضرورية (الفضالة الموقوفة) هل تدخل في نطاق تصرفات الفضولي أم لا ؟؟

■ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : يرى الإمام أبو حنيفة والشافعية وبعض المالكية والحنابلة في رواية مرجوحة ، والزيدية وغيرهم من الفقهاء المعاصرين^(٢) إلى أن تدخل الفضولي في شئون غيره ينحصر في التصرفات القولية «العقود» دون التصرفات الفعلية .
وعلتهم في ذلك : أن التصرف الموقوف لا ينفذ إلا بعد إجازته وإقراره من صاحب الشأن ، والأفعال لا تتوقف حتى تلحقها الإجازة ، وبناء على ذلك فإن الإجازة تلحق الأقوال فقط ولا تلحق الأفعال ، لأنها تتم دون توقف على الإجازة^(٣) .

القول الثاني :

يرى الإمام محمد بن الحسن ، والصحيح عند الحنفية ، وبعض المالكية ، ورأي متأخري الشافعية ، والمذهب للحنابلة ، والشيعة الإمامية^(٤) ، إلى أن تدخل الفضولي في شئون غيره يشمل التصرفات القولية والتصرفات الفعلية «العمل المادي والعمل القانوني»

(١) اعلام الموقعين : ٤٥٦/٢ ، منهج الطالبين : ٤٠/٨ ، المحلى لابن حزم : ٤٢٠/٩ .

(٢) جامع الفصولين لابن قاضي سماويه : ٢٣٧/١ ، المجموع للنووي : ٢٨٢/٩ ، الشرح الكبير للدردير : ١٩٩/٢ ، اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية : ٤١٠/٤ ، القواعد لابن رجب : ص ١٤١ ، المنتزح المختار لابن مفتح : ٤٤/٣ ، العقد الموقوف للدكتور محمد زكي عبدالبر : ص ١٣٠ ، العقد الموقوف للدكتور عبدالرازق حسن فرج : ص ١١٣ ، المدخل للدكتور / مصطفى الزرقا : ٤٥٨/١ .

(٣) رد المختار لابن عابدين : ١٧٣/٥ ، الهداية : ١١٣/٥ .

(٤) جامع الفصولين : ٢٣٧/١ ، ابن عابدين : ١٧٠/٥ ، المدونة الكبرى للإمام مالك رواية ابن كنون في الغصب : ٥٤/١٤ ، بداية المجتهد لابن رشد : ٢٤٧ ، الشرح الكبير للدردير : ١٩٩/٢ ، المجموع للنووي : ٢٨٢/٩ ، القواعد لابن رجب : ص ١٤٣ .

أى كلاهما يمكن أن يكون محلاً للفضالة في الفقه الإسلامي .
وهذا ماذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين^(١)، وما أخذت به المجلة العدلية في
المادة ١٤٥٣ حيث نصت على أن (الإجازة كما تلحق الأقوال .. تلحق الأفعال أيضاً)
مثل قبض الفضولي الدين^(٢) .

والذي أراه وأرجحه هو القول الثاني بأن الفقه الإسلامي يقبل أن يقوم الفضولي
بتصرف فعلي كما يقوم بتصرف قولي على أساس أن الإجازة تلحق جميع التصرفات
القولية والفعلية كالعقود والقبض والغصب والإتلاف وغيرها ويؤيد ذلك قولهم ، (أن الرضا
بالقبض في الانتهاء كالإذن بالقبض في الابتداء)^(٣) .

وحديث عروة البارقي الذي باع واشترى لرسول الله ﷺ دون وكالة ، وهذا التصرف
احتوى على غير العقد من القبض والإقباض وذبح الشاة وتجزئتها للمستحقين ، وقد أجاز
الرسول ﷺ هذه الأفعال كالتصرفات القانونية سواء بسواء . كما أن الملتقط لو تصدق
باللقطة ثم جاء ربها فأجاز فعل التصدق صحت إجازته وكانت بمثابة الإذن السابق فلا
يحق له المطالبة بالضمان^(٤) .

ثانياً : نطاق أعمال الفضولي في القانون المدني الكويتي والمصري .

والباحث في الفقه الوضعي يجد شراح القانون المدني قد اختلفوا حول ماهية العمل
الذي يجوز للفضولي أن يقوم به نيابة عن غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه . وهل
يقتصر الأمر هنا على العمل القانوني فقط دون العمل المادي ، أم يجوز العمل بهما طالما
كان العمل ضرورياً وعاجلاً ؟

(١) يرى بعض شراح القانون أن العمل الذي يقوم به الفضولي ، يجب أن يكون من
الأعمال القانونية فقط بناء على أن الفضالة إذا أقرها رب العمل انقلبت وكالة ، والتزم
بتنفيذ التعهدات التي التزم بها الفضولي وفقاً للمادة (١٩٥ مدني مصري) والمادة (٢٧٠
مدني كويتي) التي تنص على أنه : «وإذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ، سرت
قواعد الوكالة» .

(١) د/ محمد الألفي ، المرجع السابق : ص ٥٨ ، د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ٢٩ ، د/ محمد علي مذكور : ص ٩١ .

(٢) درر الحكام ، علي حيدر : ٥٣١/٣ .

(٣) د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ٢٨ .

(٤) ابن عابدين : ١٧٢/٥ - ١٧٣ ، ومحمد علي مذكور في رسالته : ص ٩١ - ٩٢ .

والوكالة لا تتحقق إلا في الأعمال القانونية ، فكذلك الفضالة قياساً على الوكالة فلا تجوز إلا فيما تجوز فيه الوكالة ، فالفضولي لا يعتبر فضولياً إلا فيما يقوم به من تصرفات قانونية^(١)، كالبيع والشراء والاجارة والوقف والوصية .. الخ . أو يتعاقد مع مقاول على ترميم دارجاره الغائب والقيام بالاصلاحات الضرورية والعاجلة خوفاً من سقوطها^(٢) .
إلا أن هذا الرأي مرجوح وقد رفض القضاء الأخذ به ، وأجاز أن يقوم الفضولي بتصرف قانوني أو بعمل مادي .

وهذا ما أخذ به جمهور شراح القانون المدني ، حيث يرون جواز قيام الفضولي بعمل مادي أو تصرف قانوني فلا يقتصر على نوع معين من الأعمال وفقاً للمادة (٨٨١ مدني مصري) ويقابلها المادة (٩٦٢ مدني كويتي) التي وردت عامة .
(القيام بأمر عاجل أو بشأن عاجل) دون تحديد للأمر الذي يقوم به الفضولي ، هل هو عمل قانوني أم عمل مادي؟

ولذلك فإن السائد والراجح في الفقه الوضعي أن نطاق أو محل تصرفات الفضولي تحتوي على الأعمال القانونية والأعمال المادية ، لأن الفضالة لها نظامها المستقل والتميز عن الوكالة لاختلاف مصدرهما ومحل كل منهما ودرجة الالتزامات التي تنشأ منهما .
ومن أمثلة الأعمال المادية أن يقوم الفضولي ، بترميم حائط جاره الأيل للسقوط بنفسه ، أو يظفيء حريقاً شب في منزل جاره ، أو قام بقطع تقادم دين أو شك على السقوط بالتقادم ، أو ب قيد رهن أو بتجديد قيد لمصلحة رب العمل (المتفضل عليه) .
ويكفي أن يكون هذا العمل له قيمة أدبية كتجهيز ميت وتنظيم جنازته ، والتدخل لمنع اغتصاب فتاة قاصرة أو امرأة متزوجة ، أو طبيب قام من تلقاء نفسه بتحنيط جثة شخص توفي بالخارج بقصد حفظها وتسهيل نقلها^(٣) .

وهذه الأعمال المادية تثبت كغيرها من الوقائع المادية بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن .

(١) د أنور سلطان - النظرية العامة للإلتزام : ٧٧٥/١ .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري : ١/١٣٩٠ ، د جشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزامات : ص ٦٥٠ ، العمل النافع ، د/ سليمان مرقس : ص ٨٠٠

(٣) د/ السنهوري ، الوسيط : ١/١٣٨٨ ، د/ سليمان مرقس ، شرح القانون المدني : ٢/٤٩٤ ، د/ محمود جمال الدين زكي ، الوجيز : ص ٧١٧ ، د/ سمير تناغو ، نظرية الإلتزام : ص ٣٧٨ ، الفعل النافع : ص ٨٠٢

ثالثاً: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في نطاق الفضالة :
بعد العرض السابق للفقه والقانون ، وبالمقارنة بينهما في هذه المسألة (محل الفضالة) ، نجد بأن هناك اتفاقاً فيما بينهما حول صلاحية التصرفات القولية للفضولي كمحل للفضالة . ولكنهما قد اختلفا في التصرف الفعلي (العمل المادي) حيث ذهب البعض في كل منهما إلى عدم صلاحية التصرف المادي محلاً للفضالة . بينما يرى جمهور الفقه الإسلامي والقانون الوضعي صلاحية هذا التصرف لمحل الفضالة . والراجح بينهما هو الجمع بين التصرف القانوني والتصرف المادي .

ولذلك يقول الدكتور علي محمد مذكور : «يمكننا القول : أنه حصل اتفاق القانون مع الشريعة الإسلامية في محل الفضالة من جميع الوجوه ، أي فيما اتفقوا عليه وهو التصرف القولي وما اختلفوا فيه وهو العمل المادي وما انتهوا إليه وهو أن محل الفضالة يجوز أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً» (١) .

وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادتين (١٨٨ ، ١٨٩) والمادة ٢٦٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٢/١) مدني كويتي .

حيث جاء في شرح هذه المواد أن الفضولي يقوم بأمر أو عمل عاجل لحساب رب العمل ، ويستوي في هذا العمل أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً طالما كان الأمر عاجلاً وضرورياً .

فلا يكفي أن يكون عملاً نافعاً أو مفيداً لرب العمل ، لأن هذا لا يكفي لتحقيق الفضالة ، بل لا بد أن يكون عاجلاً لا يحتمل التأخير في القيام به حتى يصبح تدخل الفضولي ضرورياً .

ويقول الدكتور إبراهيم أبو الليل : «والعبرة في تحديد ما إذا كان العمل الذي قام به الفضولي عاجلاً أم غير عاجل بوقت قيام الفضولي به ، وفي ضوء الظروف والملابسات التي دفعته إلى القيام به» (٢) .

(١) تصرفات الفضولي ، د/ علي محمد مذكور : ص ٩٣ .

(٢) المسئولية المدنية ، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : ص ٣٨٠ - ٣٨٢ .

الفصل الرابع حكم تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

قبل بيان حكم هذه التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، نريد أن نوضح ما يشترط في أهلية الفضولي وأهلية رب العمل في الفقه الإسلامي والقانون المدني :

المبحث الأول : في أهلية الفضولي ورب العمل .
أولاً : أهلية الفضولي :

من المعلوم أن تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة رب العمل عند جمهور الفقهاء ، عملاً بقاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) .

ويترتب على ذلك أنه يشترط في الفضولي أهلية الوكيل (التعبير الصحيح) فلا تصح من المجنون والصبي غير المميز ، ولكن لا يشترط أن يبلغ سن الرشد عند بعض الحنفية^(١) .

ويرى البعض الآخر أنه تصرف تمليك ، وقد صدر من أهله العاقل البالغ^(٢) . وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية - حيث يشترطون أن يكون الوكيل ممن يصح تصرفه في هذا العمل ، أي أهلاً لمباشرة هذا التصرف لنفسه ، فلا صح توكيل الصبي ولا المجنون .

ولذلك تقول المالكية (كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء جاز له أن ينوب فيه غيره)^(٣) .

فإذا لم تتوافر هذه الأهلية ، فإن تصرف الفضولي يقع باطلاً لتخلف شرط الانعقاد لا بسبب صدوره من الفضولي .

(١) بدائع الصنائع للكاساني : ٢٠/٦ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم : ١٦٠/٦ ، والعناية للبايرتي : ٣١٠/٥ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٣٥٦ ، الفروق للقرافي : ١٨٣٠/٣ ، ونهاية المحتاج للرملي : ١٨/٥ وما بعدها ، والمغني لابن قدامة : ٢٠٨/٦ ، وغاية المنتهى - مرعي بن يوسف : ١٥٠/٢ ، المختصر النافع للحلي : ص ١٧٩ .

وقد نصت المجلة العدلية في المادة ١٤٥٨ على أنه (يشترط أن يكون الوكيل عاقلاً ومميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً^(١)) ، وهذا وفقاً لما قال به بعض الأحناف .
أما القانون المدني المصري والكويتي ، فقد فرق بين مباشرة الفضولي للأعمال القانونية أو الأعمال المادية بالنسبة لأهلية الفضولي حيث يرى المشرع بأن التمييز دون البلوغ في حقه يكفي إذا تولى العمل القانوني باسم رب العمل نيابة عنه (أهلية الوكيل) أما إذا تولى هذا العمل باسمه الشخص ، فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به .

أما إذا كان العمل الذي تولاه الفضولي مادياً فإنه يشترط في حقه أن يكون كامل الأهلية حتى يمكنه أن يوفى الالتزامات التي فرضها عليه القانون^(٢) .

وقد نصت المادة ١/١٩٦ على أنه (إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذي أثرى به مالم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع) . وقد نصت المادة ٢٧٧ مدني كويتي على ذلك بقولها (إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون في قيامه بالعمل مسئولاً إلا في حدود ما أثرى به ، وذلك مالم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع) .

ومن كل ماسبق يتبين للباحث بأن القانون المدني المصري والكويتي قد اتفق مع الفقه الإسلامي بالنسبة لاشتراط أهلية التعاقد للفضولي^(٣) .

ثانياً : أهلية رب العمل :

إن التصرفات التي يقوم بها الفضولي تنوع إلى نوعين^(٤) :

النوع الأول : تصرفات تعتبر صحيحة وتنتج آثارها القانونية في مواجهة رب العمل دون حاجة إلى إجازته لاستنادها إلى عرف أو اضطرار - كما يرى بعض الفقهاء المعاصرين^(٥) .

(١) درر الحكام - علي حيدر : ٥٤٤/٣ .

(٢) الدكتور السنهوري - الوسيط : ١٤١٧/١ / ١٤١٩ .

الدكتور محمد الألفي - السابق : ص ٨٨ .

الدكتور سليمان مرقص - الفعل النافع : ص ٨٢٤ .

(٣) د محمد علي مذكور - ص ٤٢٣ المرجع السابق .

(٤) د محمد الألفي : ص ٨٩ ، د عبد المجيد مطلوب : ص ١٠٥ .

د محمد علي مذكور : ص ٤٢٤ .

(٥) د مصطفى الزرقاء : مدخل الفقه الإسلامي : ٤٦٠/١ .

أو لأنها مفيدة لرب العمل أو تتضمن واجبات ينبغي على رب العمل أن يؤديها - كما يرى البعض الآخر^(١) ويطلق على هذه التصرفات بالفضالة النافذة التي تدعو إليها الضرورة^(٢)، ولا تتطلب أية اهلية لرب العمل لأن مصدر التزاماته هو الشرع والقانون، فلا يعتد بإرادته في هذا النوع من التصرف. وهذا مانص عليه القانون المدني المصري في مادته (٢/١٩٦) التي تقول: (أما رب العمل فتبقي مسؤوليته كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد) .

وهذا ما أجمع عليه الفقه الوضعي المصري والكويتي من حيث لا تشترط أهلية معينة لدى رب المال لتحمل هذه الإلتزامات، بل يلتزم بها ولو كان غير مميز^(٣) لعدم الاعتداد بإرادته في هذا الشأن، وفي هذا اتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي، مالم يقيم الفضولي بإبرام تصرف قانوني باسم رب العمل، فعندئذ تشترط الأهلية لدى رب العمل لانصراف هذا التصرف إليه .

النوع الثاني: وهو في الغالب عبارة عن تصرفات الفضولي التي تتوقف على إجازة رب العمل «المتفضل عليه» وهو ما يطلق عليها (الفضالة العادية)^(٤) . التي لا تنتج آثارها إلا بعد الإجازة .

وبناء على ذلك اشترط الفقهاء في هذا النوع أن يكون رب العمل وقت الإجازة ممن له أهلية مباشرة هذا التصرف، لأنه بالإجازة يضيف التصرف إلى نفسه، فكأنه باشره في أول الأمر، وهذا يكاد يكون إجماعاً بين الفقهاء الذين يرون توقف تصرفات الفضولي على الإجازة^(٥) .

ولكن هل يشترط في رب العمل أن يكون أهلاً لمباشرة هذا التصرف وقت صدوره من الفضولي أم لا ؟ .

(١) أعلام الموقعين لابن القيم: ٤١٠/٢ وما بعدها .

(٢) د محمد علي مذكور: ص ٤٢٤ .

(٣) الوسيط للسنهوري: ١/١٤٣٠، د أور سلطان، نظرية الإلتزامات: ص ٥٨٦ .

(٤) د إبراهيم أبو الليل، المسؤولية المدنية في القانون المدني الكويتي: ص ٣٩٤ .

(٥) د السنهوري في مصادر الحق: ٤/١٩٠، البدائع للكاساني: ١٥٠/٥، فتحالقدر لابن الهمام: ٣١٠/٥، المدخل للدكتور

سلام مذكور: ص ٦٢٦، د محمد الألفي: ص ٨٩، د عبدالمجيد مطلوب: ص ١٠٥، د عبدالرازق فرج في العقد

الموقوف: ص ٤٢٤، ٢٢٥ .

■ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

■ الرأي الأول :

يرى أصحابه ، أنه يشترط في هذه الحالة (النوع الثاني) أن يكون رب العمل أهلاً لمباشرة هذه التصرفات وقت صدورها من الفضولي ، أي تام الأهلية .
لأن التصرف بعد إجازته له أثر رجعي (من وقت العقد) فلو وهب الفضولي مال البالغ العاقل أو أوصى بداره أو أوقفها ، انعقد التصرف صحيحاً موقوفاً على إجازة رب العمل ، لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه ، فكان لها مجيز وقت صدورها .
أما إذا لم يكن رب العمل أهلاً لمباشرة هذه التصرفات وقت صدورها كما لو كان صبيّاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه دون ولي أو وصي أو قيم ، فإن تصرفات الفضولي والحالة هذه لا تنعقد لعدم وجود مجيز لها وقت صدورها ، وإليه ذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة القائلون بالفضالة وبعض الإمامية (١) .
وهذا ما رجحه بعض الفقهاء المعاصرين في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي (٢) .
وما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٧٨ بقولها (أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً . وإلا فلا تصح الاجازة) .

■ الرأي الثاني :

يرى أصحابه أنه لا يشترط توفر أهلية رب العمل وقت صدور التصرف من الفضولي ، بل يكفي أن يكون أهلاً لأبرام العقد وقت الإجازة ، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وجمهور الزيدية وأكثر الإمامية (٣) .
وعلى ذلك ، فلو باع الفضولي مال صغير أو مجنون ثم أجازته بعد البلوغ أو الافاقة

(١) شرح الخرشني : ١٧/٥ وما بعدها ، والبحر الرائق : ١٦٠/٦ ، وشرح الدر المختار للحصكفي : ٢٤٠/٢ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ١٢/٣ ، البهجة شرح التحفة : ٦٨/٢ ، وروضة الطالبين : ٣٥٣/٣ ، والمجموع : ٢٥٢/٩ ، وكشاف القناع : ١٥٧/٣ ، الفروع لابن مفلح : ٣٦/٤ ، ومفتاح الكرامة للعاملين : ١٩٠/٤ ، وقد جاء في المجموع (: والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ) : ص ٢٥٢ .

(٢) د/ محمد الألفي : ص ٩٠ ، د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ١٠٦ ، د/ السنهوري في الوسيط : ١٤٣١/١ ، حيث يرى ضرورة أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه وقت إصداره ، لأنه يقع نافذاً في حقه مباشرة ، عبدالرازق حسن فرج / ص ٢٢٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ١٨٨/٤ ، تبين الحقائق للزيلعي : ١٣٣/٢ ، مفتاح الكرامة للعاملين : ١٩٠/٤ ، المنتزع المختار لابن مفتاح : ٤٢/٣ (للزيدية) .

صح العقد ، أو زوج الفضولي صغيراً ثم أجازته بعد البلوغ صح النكاح^(١) .
وبهذا أخذ غالبية شراح القانون الوضعي المصري والكويتي حيث لا يشترطون في
رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود لأن مصدر التزام رب العمل ليس بإرادته ولكنه
القانون .

الذي جعل الفضالة من تطبيقات الفعل النافع أو الاثراء دون سبب على حساب
الغير (مادة ٢٦٢) مدني كويتي .

(١) مصادر الالتزام للدكتور عبدالمنعم الصدة : ص ٦٦٢ ، والدكتور / أنور سلطان ، نظرية الالتزامات : ص ٥٨٥ ، د/ حشمت أبو
ستيت : مصادر الالتزام : ص ٥٧١ .

المبحث الثاني حكم تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مدى صحة تصرفات الفضولي على ثلاثة أقوال ..
نتكلم عنها في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : القول الأول : عدم انعقاد تصرفات الفضولي :

حيث يرى أصحابه بأن تصرفات الفضولي باطلة ، ولا أثر لها بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، ولا يمكن إجازتها أو تصحيحها لأنه لم ينعقد من أساسه .

وإليه ذهب أبو ثور ، وابن المنذر^(١) ، وبعض المالكية^(٢) ، والشافعية في المذهب الجديد^(٣) ، والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم^(٤) ، والشيعة الإمامية^(٥) والزيدية^(٦) والأباضية^(٧) في إحدى الروايتين عندهم .

وقد أسسوا هذا القول على أن الملكية والولاية شرط من شروط الانعقاد ، وحيث أن الفضولي قد تصرف فيما لا يملك ولا ولاية له عليه لم يوجد العقد أصلاً فيكون باطلاً ولا يترتب عليه شيء من أحكام^(٨) .

■ أدلة أصحاب هذا القول :

قد استدلوا على ما ذهبوا إليه من بطلان التصرف في ملك الغير (الفضولي) من

الكتاب والسنة والقياس والمعقول .

(١) المجموع ، شرح النووي : ٢٨٥/٩ .

(٢) الفروق للقرافي : ٢٤٢/٣ .

(٣) نهاية المحتاج للرملي : ٢٣/٣ وبعدها . والأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٤٧٥ ، المهذب للشيرازي : ٢٦١/١ ، حيث قال : (ولا يحوز بيع مالا يملكه من غير إذن مالكة لما روى عن حكم بن حزام أن النبي ﷺ قال : «لا تبع ما ليس عندك» الوجيز للغزالي : ٢٧٩/١ . الشرط الثالث في العقود عليه أن يكون مملوكاً لمن وقع العقد له فيبيع الفضولي مال الغير . . فيحكم ببطلان الكل) .

(٤) المغني لابن قدامة : ٢٠٥/٤ وما بعدها ، وكشاف القناع لمنصور بن إدريس : ١١/٢ ط سنة ١٣١٩ هـ .

(٥) مفتاح الكرامة للعاملين : ١٨٤/٤ وما بعدها .

(٦) المنزوع المختار . عبدالله بن مفتاح : ٤١/٣ .

(٧) النيل وشفاء العليل : ١٣٦/٤ ، ضياء الدين عبدالعزيز .

(٨) البدائع للكاساني : ١٤٨/٥ ، د عبدالمجيد مطلوب ، المرجع السابق : ص ٣٥ .

وإليكم عرض هذه الأدلة فيما يأتي :

أ) الكتاب : استدلووا بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) .

■ ووجه الدلالة من الآية الكريمة ، هو أن بيع ملك الغير يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل ، لعدم وجود رضا المالك ، وبهذا يكون التصرف باطلاً لفقد ركن من أركان العقد والاجازة اللاحقة لا تصحح التصرف الباطل ، ويمكن الرد على ذلك بأن تصرف الفضولي لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الاجازة ، وقبل ذلك يكون موقوفاً . فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل . (ويكون الاعتراض حينئذ غير وارد) (٢) .

■ واستدلووا بقوله تعالى : (قل أغير الله أبغى رباً وهو رب كل شيء ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى) (٣) .

■ ووجه الاستدلال ، أن هذه الآية الكريمة أفادت بطريقة الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره ولو صح تصرف الفضولي لكان ذلك اسناداً لكسب الإنسان إلى غيره ، وهو ما ينافي مادلت عليه الآية الكريمة (٤) ، وقيل بأن الآية تدل على أن الفضولي في عقد البيع لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع ولا أن يملك المالك الثمن (٥) . ويمكن الرد على ذلك ، بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج العقد أي أثر (٦) .

ب) واستدلووا من السنة الشريفة بهذه الأحاديث :

(١) روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم ، أن حكيم بن حزام قال : سألت رسول الله ﷺ (فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ماليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه ؟ قال (لا تبع ماليس عندك) (٧) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث ، أن الرسول ﷺ (نهى عن بيع الشيء غير المملوك

(١) سورة النساء : الآية رقم ٢٩ .

(٢) د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ٣٦ .

(٣) سورة الأنعام : الآية رقم ١٦٤ .

(٤) د/ الشافعي عبدالرحمن ، دراسة مقارنة حول عقد البيع : ص ٥٧ .

(٥) المحلى لابن حزم : ٤٣٥/٨ .

(٦) د/ عبدالمجيد مطلوب ، المرجع السابق : ص ٣٦ .

(٧) نيل الأوطار للشوكاني : ٣٥٢/٥ ، نصب الراية للزيلعي : ١٩/٤ ، سنن أبي داود : ٣٨٤/٣ ، باب في (الرجل يبيع ماليس عنده) تحقيق الشيخ محمد محي الدين عبدالحميد : ١٩٥١ م .

للبيع وأن بيعه يعتبر باطلاً لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم . والنهي عند هؤلاء يقتضي البطلان^(١) .

■ ويمكن الرد على ذلك بأمرين :

■ الأمر الأول: أن النهى الوارد في الحديث خاص ببيع المعدوم ، فمعنى لا تبع مالمس عندك أى لا تبع المعدوم^(٢) .

■ الأمر الثاني: هو أن المراد من الحديث أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ، ثم يشتريه ، ثم يسلم بحكم البيع السابق على دخوله في ملكه ، وهذا غير ممكن وباطل في الفقه الإسلامي لأن الحادث يثبت - مقصوداً على الحال - ولا يسبق حكمه سببه^(٣) . والذي نراه أن الحديث خاص ببيع المعدوم ، وليس معناه لا تبع مالا ولاية لك عليه حتى يدخل في بيع الفضولي الذي ينعقد موقوفاً ، وبهذا يخرج الحديث عن محل النزاع^(٤) .

(٢) واستدلوا بما روى عن أبي داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ (قال : « لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » . وهو حديث حسن .

■ ووجه الدلالة من الحديث: هو أن الرسول ﷺ نهى عن بيع مالا يملكه الانسان والفضولي لا يملك ما يبيعه فلا يصح تصرفه^(٥) .

ويمكن الرد على ذلك بأن (النفي ورد على تصرفات تنتج آثارها في الحال أما تصرفات الفضولي فتتوقف على الاجازة - ولا تنتج آثارها في الحال)^(٦) .

(٣) استدلو أيضاً بما روى عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن رسول الله (أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عني أربع خصال : أنه لا يصلح شرطان

(١) المجموع للنووي : ج ٩ ص ٢٨٦ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ ص ٢٥٣ ، البدائع للكاساني : ج ٥ ص ١٤٧ .

(٣) فتح القدير : ٣٠٩/٥ .

(٤) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة : ص ٣٩٦ وما بعدها ، المدخل للدكتور عيسوي أحمد عيسوي : ص ٤٨٣ المدخل للدكتور / محمد سلام مذكور : ص ٦٢٥ ، المدخل للدكتور / محمد الحسيني حنفي : ص ٤١٤ ، الفضالة ، د/ عبد المجيد مطلوب : ص ٣٧ .

(٥) د/ الشافعي عبدالرحمن : ص ٥٨ .

(٦) د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ٣٧ .

في بيع • ولا بيع وسلف • ولا تبع مالم تملك • ولا ربح مالم تضمن (١) .
فالحديث قد دل على النهي عن بيع مالا يملكه الانسان - فالفضولي كما سبق لا
يصح تصرفه لأنه لا يملك ما يبيعه .

(ج) القياس : واستدل أصحاب هذا الرأي أيضاً بأن تصرف الفضولي باطل لأنه لا
يقدر على تسليم ما باعه مما لا يملكه - فهو كمن باع السمك في الماء - والطير في الهواء ،
والعبد الأبق ، وكلها بيوع باطلة - فكذلك يقاس عليها تصرفات الفضولي دون إذن أو
ولاية فهي باطلة . قياساً على بيع الغرر (٢) .

ولكن يرد على ذلك، بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن بيع السمك في الماء ، أو
الطير في الهواء ، باطل لعدم وجود محل العقد ، بخلاف تصرفات الفضولي فيما لا يملك
دون ولاية .

فمحل التصرف شيء موجود • غير أن المتصرف لا يملك هذا المحل ، فكان العقد
موقوفاً ولا ينفذ إلا بإجازة المالك الحقيقي . وأما بيع الأبق فينعقد فاسداً ومقيداً للملك
عند القبض ، وهذا هو مذهب الحنفية (٣) .

(د) المعقول : واستدلوا بالمعقول : بأن العقد لا يوجد شرعاً إلا إذا كان العاقد له
ولاية إصداره ، وهذه الولاية تتحقق بالملك أو بالإذن من المالك . فالولاية كالأهلية ، فكما
لا يوجد العقد من فاقد الأهلية لا يوجد من فاقد الولاية . حتى ولو كان كامل الأهلية في
نفسه . لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كل من العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعاً
وأنه يحمل في طيه تعهد كل منهما بتمكن الآخر من أحكام العقد كامله (٤) .

والفضولي لا يستطيع ذلك لأنه ليس مالكاً للمتصرف فيه ولا مأذوناً بالتصرف من
المالك فلا يكون لتصرفه وجود في نظر الشارع ولا يترتب عليه شيء من الآثار (٥) .
وقيل بأن الحكم لا ينفصل عن سببه - فلا معنى للعقد إلا كونه مقيداً للحكم
الذي وضع له . فإذا امتنع إفادته الحكم كان باطلاً أو غير منعقد .

(١) راجع المجموع للنووي : ٢٦٣/٤ ، والمغلي لابن حزم ، الظاهري : ٤٩٩/٩ .

(٢) المجموع للنووي : ٢٨٦/٩ ، مختصر المزني : ٣٠٤/٢ وفي متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصاري عليها : ٤٠٦/٢ ، ومنها يقول
(فلا يصح بيع الفضولي لأنه لا يقدر على تسليمه كالأبق) .

(٣) فتح القدير : ٣١٠/٥ .

(٤) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي د/ محمد مصطفى شلبي : ص ٢٥٦ .

(٥) المجموع : ٢٦٢/٩ ، وابن حزم في المغلي : ٢٣٧/٨ .

فالبيع مزيل للملك ، وولاية إزالة الملك يكون صدورها عن المالك . ولا ملك للفضولي ، فكان انعقاد السبب مستحيلاً^(١) .

■ ولكن يرد على ذلك من وجهين :

■ الوجه الأول : بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد . وتخلف شرط للنفاذ يؤدي إلى وقف نفاذ العقد على الاجازة من يملكها شرعاً لا أن يقال بطلانه^(٢) .

■ الوجه الثاني : أنه يمكن أن يناقش ما استدلوا به من أن الحكم لا ينفصل عن سببه ، بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغواً ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما في البيع بشرط الخيار . ينعقد فيه السبب بالايجاب والقبول . ويتراخى الحكم إلى وقت الاجازة . وإجازة المالك أو صاحب الشأن تجعل الشيء مملوكاً للمشتري من وقت العقد وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له^(٣) . ولكن يرى البعض :

■ بطلان بيع ملك الغير يستند إلى أساس أخلاقي وفني^(٤) :

حيث يقول (إن بطلان تصرف الفضول يستند إلى أساس أخلاقي : هو عدم جواز التصرف في ملك الغير دون إذن شرعي ، كما يستند إلى أساس فني ، هو - عند البعض - انعدام عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني وتعني به الرضا الذي لا يوجد شرعاً إلا بتلافي إرادتين ينتج عنهما أثر شرعي في الحال وهو - عند البعض الآخر - انعدام المحل شرعاً .

فالبائع الفضولي مثلاً قد يتمكن من تسليم المبيع إلى المشتري وهو في هذه الحالة يسبغ الفقهاء عليه وصف الغاصب ولا يعترفون بهذا التسليم الذي لا يترتب عليه أى حق لأن عقد البيع باطل).

(١) د/ عبدالرازق فرج : ص ٦٧ ، د/ عبدالمجيد مطلوب ، السابق : ص ٨٣ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم : ٢٨١/٥ .

(٣) المبسوط للسرخسي : ١٥٤/١٣ وما بعدها

(٤) د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ٢٩ .

المطلب الثاني

القول الثاني

■ تصرفات الفضول موقوفة على إجازة صاحب الشأن :

حيث يرى بأن تصرفات الفضولي مشروعة وصحيحة متى كان المتصرف أهلاً للتصرفات والمحل يقبل ذلك التصرف في ذاته . غير أن هذا التصرف موقوف على إجازة صاحب الشأن ، إن أجازه برضائه وموافقته عليه وإلا إذا لم يجز فسخ التصرف وصار باطلاً وكأنه لم يكن .

فتصرف الفضولي بناء على هذا القول موقوف لأن صحته وبطلانه موقوفان على الاجازة أو عدمها .

والى هذا الرأي ذهب فقهاء الحنفية^(١) وأغلب المالكية^(٢). وقول الشافعي في المذهب القديم واسحق بن راهويه^(٣) ، وإحدى الروايتين لدى الحنابلة^(٤) ، وكذلك الشيعة الإمامية^(٥) ، والزيدية^(٦) ، والإباضية^(٧) في إحدى الروايتين عنهم .

وقد أسسوا قولهم بالتوقف ، على أنهم يرون أن الملكية والولاية من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، وعلى ذلك فتصرفات الفضولي منعقدة لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن وهو من صدر التصرف لأجله^(٨) .

■ وقد استدلوا على قولهم : بالكتاب والسنة والقياس والمصلحة والمعقول ، وإليك

بيانها :

- (١) المبسوط للسرخسي : ١٥٣/١٢ ، بدائع الصنائع للكاساني : ١٤٨/٥ ، فتح القدير ٣٠٩/٥ ، البحر الرائق لابن نجيم : ١٦٠/٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٤٤٤/٤ ، الدر المختار : ١٠٤/٤ ، ابن عابدين ١٠٤/٤ ، مجمع الأنهر ، شرح ملتقى الأبحر : ٣٩/٢ .
- (٢) راجع بداية المجتهد : ١٥٠/٢ ، وفيها يقول : (الفضولي اختلفوا فيه هل ينعقد أولاً ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرضى فسخ) ، والفروق للقرافي : ٢٢٦/٢ ، الفرق : ١٨٣ ، حاشية الدسوقي : ١٢/٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزي : ص ٢٣٨ ، البهجة شرح التحفة : ٧٤/٢ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل : ١٩/٥ .
- (٣) المجموع للنووي : ٢٨٥ ، ٢٨٢/٩ ، شرح البهجة لأنصاري : ٤٠٦/٢ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، حاشية البجيرمي : ١٨٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٢٤/٣ .
- (٤) المغني لابن قدامة : ٥٠٢/٤ ، كشاف القناع : ١٠/٢ .
- (٥) مفتاح الكرامة : ١٨٤/٤ .
- (٦) المنتزح المختار : ٤١/٢ .
- (٧) النيل وشفاء العليل : ١٣٦/٤ .
- (٨) البدائع للكاساني : ١٤٨/٥ .

أ) الكتاب: استدلووا بعموم ما ورد في كتاب الله تعالى من آيات مثل قوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا)^(١)، وقوله سبحانه: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)^(٢). وقوله عز وجل: (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله)^(٣).

ووجه الدلالة من هذه الآيات، أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والتجارة وطلب الفضل. وهذه النصوص عامة تشمل حل البيع سواء أكان نافذاً أو موقوفاً. وجد الرضا من المتعاقدين في الابتداء أم وجد عند صدور الاجازة ممن يملكها في الانتهاء، فيجب العمل باطلاقها إلا ما خص بدليل^(٤). واستدلوا بقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)^(٥).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة، أن إمضاء بيع الفضولي بعد الإذن فيه هو من التعاون على البر والتقوى، لأنه يكفي أخاه عنت البيع ومشقة المماكسة، وذلك يعتبر تعاوناً على البر والتقوى فينبغي القول بصحته ويكون مشروع^(٦). ويمكن الرد على ذلك، بأن بيع مال الإنسان دون إذنه ليس من التعاون على البر والتقوى، وإنما هو عدوان وافتراء على حقوق الغير بلا إذن منه، فهو بلا شك إثم وعدوان^(٧).

ب) السنة: استدلووا على قولهم بمشروعية تصرف الفضولي، بما روى عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية، فاشترى به أضحية وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي ﷺ بالدينار ردعاً له بالبركة^(٨).

(١) سورة البقرة: الآية رقم ٢٧٥.

(٢) سورة النساء: الآية رقم ٢٩.

(٣) سورة الجمعة: الآية رقم ١٠.

(٤) راجع البدائع للكاساني: ج ٥ ص ١٤٨.

(٥) سورة المائدة: الآية رقم ٢.

(٦) الفروق للقرافي: ج ٣ ص ٣٤٣.

(٧) د. الشافعي عبدالرحمن، المرجع السابق: ص ٥٥.

(٨) نصب الراية: ٩٠/٤، وسبل السلام: ٣٠٠/٣ وما بعدها.

ووجه الدلالة من الحديث ، أن الصحابي حكيم بن حزام رضي الله عنه (قد اشترى مالم يوكل بشرائه . ثم باع مالم يوكل ببيعه . وأقره الرسول ﷺ) على ذلك فيكون تصرف الفضولي أمراً جائزاً وصحيحاً ومتوقفاً على إجازة المالك ، فإن أجازته نفذ وإلا فلا .
واستدلوا أيضاً بما روى عن أبي داود والترمذي وابن ماجه أن عروة البارقي قال : دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، بعث إحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ . فذكرت له ما كان من أمري .
فقال ﷺ : « بارك الله لك في صفقة يمينك ^(١) » فكان لا يشتري شيئاً إلا ربح فيه . ولو اشترى تراباً ربح فيه .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن عروة باع الشاة التي اشتراها للنبي ﷺ (دون إذنه ، ورغم ذلك لم يبطل عقده بل أقره على ذلك . فكان دليلاً على أن التصرف صحيح ولكنه موقوف لا ينتج أثره إلا بالإقرار أو بالإجازة ، ولو كان باطلاً لرده وأنكر عليه . ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فينعقد .

ومن المعلوم أن عروة لم يكن مأموراً ببيع الشاة ، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ، ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه ، لأن الباطل ينكر . ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن . وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا لأنه قصد البر والإحسان والاعانة على ما هو خير للمالك ^(٢) .

■ ولكن يعترض على ذلك بأن حديث حكيم بن حزام لا يصح الاستدلال به لأمرين .

■ الأمر الأول : أنه حديث ضعيف ، سواء من حيث السند الذي رواه أبو داود لما فيه من راو مجهول أو الذي رواه الترمذي لما فيه من انقطاع ^(٣) .

■ الأمر الثاني : أن الحديث لو سلم من ناحية سنده ، فإنه يحمل على أن حكيماً كان وكيلاً للنبي ﷺ وكالة مطلقة ، لأنه قد باع شاة وسلمها واشترى شاة آخر

(١)

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي : ١٠٣/٤ ، وفتح القدير : ٣٠٩/٥ ، والبحر الرائق لابن نجيم : ١٦٠/٦ ، والعناية للبايرتي : ٣١١/٥ .
والبدائع : ١٤٩/٥ ، ومجمع الأنهر ، شرح ملتقى الأبحر : ٧٢/٢ .

(٣) المجموع للنووي : ٢٦٢/٩ .

بشمن أقل ، وهذا أمر لا يجوز إلا بإذن مالكيها ولم يستأذن الرسول ﷺ (في ذلك ، فدل على أنه كان وكيلاً وكالة مطلقة .

وهذا الاعتراض أيضاً يوجه إلى حديث عروة البارقي ، لأنه مروى بمعناه^(١) .

(ج) القياس : واستدلوا بالقياس فقالوا : إن عقد الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه ، فجاز أن يصح موقوفاً على الإجازة قياساً على الوصية بأكثر من الثلث ، فإنها تجوز وتكون موقوفة على إجازة الورثة .

كما يقولون بأنه يجوز بيع الفضولي قياساً على البيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام ، فهو بيع صحيح باتفاق وإن كان بيعاً موقوفاً على إجازة صاحب الشأن^(٢) .

(د) المعقول : واستدلوا أيضاً أصحاب هذا الرأي بالمعقول ، بأن تصرف الفضولي توافر فيه جميع أركان التصرف الصحيح . فمثلاً لو باع الفضولي مال غيره لآخر ، فالبائع والمشتري قد عبأ بارادتهما تعبيراً صحيحاً سليماً بتلاقيهما ، ومحل العقد متقوم ومشروع . وكونه غير مملوك للبائع لا يؤثر على وجوده ، لأنه لو باعه بإذن مالكيه يجوز ، فالعقد في هذه الحالة بلا شك إنعقد سليماً ، ولكن هناك مانعاً أوقف نفاذ هذا التصرف وهو احتمال عدم رضاء المالك به . فإذا أجاز المالك هذا البيع زال المانع ونفذ العقد وترتبت عليه آثاره من وقت انعقاد^(٣) .

(هـ) المصلحة : واستدلوا على ذلك بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة ، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلك إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له ، والمفروض أنه عاقل ، والحكمة تقضي بعدم إهدار كلام العقلاء^(٤) .

ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي موقوفاً على الإجازة تتحقق به المصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود له^(٥) . ولا ضرر على أحد في ذلك ولا مانع شرعي . فقد وجد المقتضي لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته في العمومات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار^(٦) .

(١) د الشافعي عبدالرحمن : ص ٥٦ .

(٢) فتح القدير : ٣١٠/٥ ، الفروق للقرافي : ٢٤٤/٣ .

(٣) المبسوط للسرخسي : ١٥٤/١٣ ، والفروق للقرافي : ٢٣٣/٣ ، د عبدالمجيد مطلوب : ص ٤٥ .

(٤) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، د/ محمد مصطفى شلبي : ص ٣٥٧ .

(٥) المبسوط للسرخسي : ١٥٤/١٣ ، والفروق للقرافي : ٢٣٢/٣ .

(٦) د عبدالمجيد مطلوب : ص ٤٤ .

وبناء على ذلك ، فإن انعقاد تصرف الفضولي موقوفاً على الاجازة فيه ، رعاية للمصلحة والتيسير على الناس في المعاملات ، ورفع الحرج والضيق عنهم^(١) .
وجملة القول فيما سبق بالنسبة للقول الثاني لفقهاء الشريعة ، فإنهم يرون بأن الفضولي الذي تصرف في شئون غيره دون إذنه أو ولاية عليه تكون صحيحة لتوافر أركان انعقاده من الرضا والمحل والسبب ، ولكن يمتنع نفاذ تصرف الفضولي شرعاً لمانع ، فتتوقف على زوال ذلك المانع وبالاجازة يزول هذا المانع^(٢) .

■ الرأي الراجح :

كما سبق عرضه بالنسبة لحكم تصرف الفضولي ، فإنه قد اتضح بأن هناك اتجاهين :

■ الاتجاه الأول :

بعض الفقهاء يرون بأن تصرفات الفضولي باطلة لما سقناه من أدلة تؤيد ذلك من الكتاب والسنة والقياس والمعقول ، وقد بينا الاعتراضات التي وجهت لنقض هذه الأدلة .

■ الاتجاه الثاني :

يرون بأن تصرفات الفضولي صحيحة وموقوفة لتوافر أركان انعقادها ، ولا تنفذ إلا برضا المالك الحقيقي ، وإلا بطل التصرف وكأنه لم يكن . وهذا ما نميل إليه ونرجحه لقوة أدلته في جملتها ، ولما فيه من تيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية والحاجية وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين ، وفضلاً عن ذلك ، فإن القول بوقف تصرفات الفضولي يتفق تماماً مع مبدأ الرضائية فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبراً عنه أو دون إجازته^(٣) .
وبهذا نستطيع أن نقرر بأن تصرف الفضولي يعتبر عقداً موقوفاً على إجابة صاحب

الشأن إن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه بطل .

ولكن هذا الحكم ليس على إطلاقه ، بل قيده الفقهاء بقيدين .

(١) فتح القدير : ٣١٠/٥ البدائع : ١٤٨/٥ ، الملكية ونظرية العقد ، د. محمد أبو زهرة : ص ٣٩٧ .

(٢) البحر الرائق : ٢٨١/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ١٠٤/٤ .

(٣) العقد الموقوف : د. محمد زكي عبد البر : ص ١٣٠ ، المدخل د. محمد سلام مذكور : ص ٦٢٥ ، المدخل : الحسيني حنفي :

ص ٤١٥ ، د. عبد المجيد مطلوب : ص ٤٥ .

■ القيد الأول :

أن يكون لهذا العقد مجيز وقت إنشائه^(١)، فإن لم يكن له من يجيزه وقت العقد فلا ينعقد ولا تقيد الإجازة مثل ما لو باع شخص مال صغير بغبن فاحش، أو وهب ماله أو طلق زوجته - فإن تصرفات الفضولي في هذه الحالة تكون باطلة، حيث لا مجيز لها وقت إنشائها، وذلك لعدم أهلية الصبي - فضلاً عن هذه التصرفات الضارة به - والتي لا يملكها الولي .

بخلاف ما لو كان البيع بمثله أو أكثر منه - وكان للصبي ولي له حق الإجازة فيتوقف العقد على إجازته - وكذلك إذا كان البيع لمال العاقل الرشيد^(٢) .
وكذلك إذا باع الفضولي الشيء على أنه لملكه - أو باعه لنفسه، فإنه لا ينعقد أصلاً لعدم وجود المجيز الأول - كما لا يجوز للواحد أن يتولى الطرفين في البيع الثاني لأنه والحالة هذه يكون مشترياً لنفسه^(٣) .

■ القيد الثاني :

ألا يمكن تنفيذ هذا العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن له - كما إذا باع مال غيره أو أجازته أضاف العقد إلى صاحب المال أو لم يصفه، أما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته فإنه لا يبطل بل إن إجازته من عقد لأجله نفذ عليه - وإن رده نفذ على الفضولي - لأن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل - ولأهمية الإجازة ومالها من أحكام خاصة في الشريعة والقانون - نفرد لها فصلاً خاصاً بها ..

(١) المجيز : هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه .

(٢) د محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق : ص ٣٥٧ .

(٣) الهداية : ٩٠٣/٥ ، البدائع ، ١٤٨/٥ ، فتح القدير : ٣١١/٥ ، الزيلعي : ١٠٣/٤ .

المطلب الثالث القول الثالث

■ تصرفات الفضولي صحيحة ونافذة دون إذن أو إجازة من صاحب الشأن :
حيث يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وبعض الفقهاء المعاصرين إلى صحة تصرفات الفضولي في حالة الضرورة والإذن الضمني .
بل اشترط الإمام مالك وبعض فقهاء الحنابلة ، كابن القيم ، وابن رجب ، وابن تيمية لصحة هذا التصرف في هذه الحالة أن يكون لصاحب الشأن فيها منفعة وأجراها الفضولي بقصد الرجوع على صاحب الحق^(١) .
ويطلق على هذا النوع من التصرفات (بالفضالة النافذة) (أو بمعناها القانوني لا التقليدي أي الفقهي) وهي التي ينتج أثارها من وقت صدورها دون إذن أو إجازة .
وهذا بناء على ما رجحناه من أن تصرفات الفضولي تحتوي على الأقوال والأفعال ، وأن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الفضالة :
(١) الفضالة بالمعنى التقليدي .
(٢) الفضالة بالمعنى القانوني .
والأمثلة على ذلك كثيرة في كتب الفقهاء ، نذكر منها مايلي :
(١) لا تركة إلا بعد سداد الديون : قاعدة فقهية بموجبها قام أحد الورثة بقضاء دين المتوفي حتى يأخذ حقه من التركة بالقسمة ، دون إذن باقي الورثة . فمن حقه الرجوع عليهم بما أداه^(٢) .
(٢) لو أجر شخص إبله وتركها في يد المستأجر فأنفق عليها ، فمن حقه الرجوع على المالك (المؤجر) بما أنفقه^(٣) .

(١) ابن عابدين ، رد المحتار : ١٧٤/٥ ، فتح القدير لابن الهمام الذي يقول : «الإذن في هذا العقد ثابت دلالة ، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له» : ٣١٠/٥ ، المدونة للإمام مالك : ١٤٢/١١ ، الذخيرة للقرافي : ١٠٣/٤ ، بداية المجتهد لابن رشد : ٢٤٩/٤ ، مواهب الجليل : ١٩٣/٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٢٨٤ ، أعلام الموقعين لابن القيم : ٤١٧/٢ القواعد لابن رجب الحنبلي : ص ٧٤ ، الموجبات والعقود للدكتور صبحي الحمصاني : ٨٤/١ ، د/ محمد الألفي : ٩٨ وما بعدها ، د/ مطلوب : ص ٤٥ وما بعدها ، د/ محمد علي مذكور : ص ٩٣ وما بعدها - حالات مستثناة من القاعدة العامة .
(٢) أعلام الموقعين لابن القيم : ٤١٧/٢ .
(٣) المدونة للإمام مالك : ١٤٢/١١ .

(٣) من أدى عن غيره ديناً بغير إذنه ، فإنه لا يعتبر متبرعاً بأدائه ، بل يثبت له الحق في الرجوع على المدين بما أداه ، أو قام شخص بحصد زرع غيره في غيبته دون إذنه فإنه يرجع على المالك بأجر عمله وبما تكبده من نفقة في سبيل المحافظة على مال الغير^(١) .

وجملة القول في ذلك : أن من أدى عن غيره واجباً أو تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير ، فإن مافعله يعتبر ملزماً لرب العمل دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة^(٢) لما في ذلك من إحياء للنفس والمال كما في رد الأبق ، ورد اللقطة ، وحفظ الضالة ، والسفينة الغارقة ، وأجر الموضع ، وفي كل حالة يترتب عليها إبراء ذمة الغير من واجب شرعي^(٣) ، عملاً بقوله تعالى : (هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ)^(٤) .
ويقول الرسول ﷺ «من أسدى إليكم معروفاً فكافئوه» .

وبما سبق ذكره ، يكون في التدخل النافع لرب العمل الذي اشترطه المالكية والحنابلة وهو مبدأ عام يتسع لكثير من التطبيقات .

خلافاً للحنفية والشافعية الذين اکتفوا بتدخل الفضولي في حالة الضرورة ، أو الإذن الضمني استثناء من القاعدة العامة التي تمنع الشخص من أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن أو إجازة .

والتدخل الضروري مثل (من مر على حباله فوجد فيها صيداً يُمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه ، فتركه حتى مات يضمه لصاحبه عند مالك ، لأن صون مال المسلم واجب ، ومن ترك واجباً في الصون ضمن)^(٥) .

وفي تهذيب الفروق ، نص على أن : «من مر بلقطة وعلم أنه لو تركها أخذها من يجحدها ، يضمها عند مالك إذا تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ، لأنه يجب عليه أخذها»^(٦) .

وكذا لو هدم بيت مؤلف من طابقين كل منهما لملك ، فبنى صاحب السفلى بغير

(١) أعلام الموقعين : ٤١٧/٢ ، ٤١٩ .

(٢) د محمد الألفي : ص ١٠٣ .

(٣) د عبدالمجيد مطلوب ، المرجع السابق : ص ٤٧ .

(٤) سورة الرحمن : الآية رقم ٦٠ .

(٥) الفروق للقرافي : ٢٠٧/٢ .

(٦) تهذيب الفروق ، محمد علي حسين : ٢٠٥/٢ .

إذن من مالكة ، لزم هذا الأخير غرامة ما يخصه في هذا البناء .
وأيضاً لو كان الراهن غائباً أو حاضراً وامتنع من أداء واجبه نحو المصاريف اللازمة
لصيانة العين المرهونة التي تقع على عاتقه ، فللدائن المرتهن أن ينفق على العين
المرهونة ، ثم يرجع على الراهن بما أنفقه^(١) .

ففي هذه الأمثلة نجد أن حالة الضرورة هي التي حولت الفضولي الحق في أن
يتصرف في شئونه غيره دون إذنه أو إجازته حفاظاً على حقه أو حماية لأموال غيره من
التلف أو الجحود ، وهذا مما أدى إلى نفاذه في حق المالك أو صاحب الشأن دون التوقف
على إجازته .

■ ثبوت الإذن في التصرف دلالة^(٢) :

حيث يرى بعض الفقهاء القدامى والمعاصرين أن تصرف الفضولي ينفذ في حق
صاحب المال ولولم يجزه ، إذا ثبت الإذن في التصرف دلالة «الإذن الضمني لرب المال»
ويتحقق ذلك في حالة مالمو مرض أحد الرفقة في السفر وأنفقوا عليه من ماله بدون
إذنه ، فإن المتدخل في شئونه المريض بالإفناق عليه من ماله يعتبر فضولياً ، وأن تصرفه
يقع نافذاً دون حاجة إلى إجازة المريض ، لثبوت الإذن الضمني ، لأنه مأذون له بحكم
المرض بأن يفعل ذلك ، فيعتبر إذن صاحب الحق موجود دلالة^(٣) ،

وكذلك لو مات بعض الرفقة في السفر ، فباعوا فراشه وعدته وجهازه بثمنه وردوا
البقية إلى الورثة ، لم يضمنوا للحكم السابق ، وإيضاً لو بذر المزارع بذراً فسقاه الأجنبي
خوفاً على البذر^(٤) .

فهذه الأمثلة وما شابهها تدل على ، فكرة الإذن الضمني للفضولي استثناء من
القاعدة العامة لدى الأحناف ، وهي (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير دون إذنه أو
إجازة) ولذلك يقول الكمال بن الهمام : «الإذن في هذا العقد ثابت دلالة ، إذ كل عاقل
يأذن في التصرف النافع له»^(٥) .

(١) أعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية : ٤١٧/٢

(٢) د محمد علي مذكور : ص ٩٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ١٧٤/٥ ، أشار إليه المرجع السابق .

(٤) ابن عابدين ، رد المحتار : ١٧٤/٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر : ص ٢٨٤ .

(٥) فتح القدير : ٣١٠/٥ .

■ المقارنة :

يرى بعض الفقهاء المعاصرين ، بأن الفقه الإسلامي قد توسع في معنى الضرورة التي تسوغ التدخل في شئون الغير ، حيث لم يقتصر الأمر على دفع ضرر أو خسارة أو جلب نفع لرب العمل ، بل اعتبر قيام الفضولي بعمل ضروري للحصول على حقه من أعمال الفضالة ، ما جعله يتصف بالعدل والحكمة والأقرب للمنطق والعقل لرعايته المصلحتين معا (مصلحة الفضولي ومصلحة المتفضل عليه ، خلافاً للقانون المدني الذي قصر أحكامه على رعاية المتفضل عليه ومصلحته الشخصية فقط) .

وإضافة لما سبق ، نجد التصرف النافع الذي قام به الفضولي ولم يتصف بالضرورة يدخل في نطاق الفضالة في الفقه الإسلامي عند من يقولون بصحة تصرفات الفضولي ، دون القانون الذي يطبق عليه أحكام الإثراء بلا سبب إن توافرت شروطها .

ولهذا نرى بأن مجال الفضالة النافذة أو الضرورية في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون^(١) المدني المصري أو الكويتي ، الذي أخذ بالمذهب الحنفي الذي تطلب أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً لأنهم بنوا حلولهم على مبدأ الاستحسان ، وهو مبدأ له صفة استثنائية تستدعي عدم التوسع في تطبيقه . خلافاً للمالكية والحنابلة الذين اكتفوا أن يكون تدخل الفضولي نافعاً لرب العمل لأنهم بنوا قاعدتهم على مبدأ الاستصلاح ، هو مبدأ عام يتسع لكثير من التطبيقات .

وهذه القاعدة هي : أن من أدى عن غيره واجباً أو تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير ، فإن مافعله يعتبر ملزماً لرب العمل دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة^(٢) .

(١) د . محمد الألفي ، المرجع السابق : ص ١٠٣ .

(٢) د . محمد الألفي ، المرجع السابق : ص ١٠٣ .

المبحث الثالث حكم تصرفات الفضولي في القانون المدني الكويتي والمصري

من الدراسة السابقة لموقف الفقه الإسلامي من تصرفات الفضولي ، يتضح لنا بأنه قد أقر نوعين من الفضالة ، وهما :

(١) الفضالة بمعناها القانوني : حيث نظمها المشرع وبين حقيقتها وضوابطها وأحكامها في المواد (٢٦٩ - ٢٧٨ مدني كويتي) وجعلها من أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب على حساب الغير الذي يعد مصدراً من مصادر الإلتزام في القانون الوضعي ويطلق عليها (الفضالة النافذة) .

(٣) الفضالة بالمعنى التقليدي - الفقهي - : حيث يتصرف الفضولي لحساب المتفضل عليه - الغير - دون أن يكون ملزماً بذلك ، ودون شرط كون التصرف ضرورياً أو نافعاً ، ويطلق عليها (الفضالة الموقوفة) على إجازة صاحب الشأن .

وهذا النوع من الفضالة يقابله في القانون المدني الكويتي والمصري «التصرف في ملك الغير» وهذا التصرف قد يكون بالبيع أو بالإجارة ، أو الهبة والوقف ، أو الرهن . . الخ .
■ ونبين موقف القانون المدني من هذين النوعين ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول : تصرفات الفضولي في القانون المدني (الفضالة النافذة)

بيننا سابقاً حقيقة الفضالة والشروط التي يجب توافرها^(١) لتحقيقها حتى يترتب عليها آثارها في حق الفضولي ورب العمل .

■ أولاً : التزامات الفضولي :

بين المشرع الكويتي التزامات الفضولي في المواد (٢٧١ - ٢٧٢) مدني كويتي -

(١٩١ - ١٩٢) مدني مصري . وهذه الالتزامات هي :

(١) المضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

حيث تنص المادة ٢٧١ مدني كويتي على أنه :

(١) انظر : ص ١١ من البحث .

«يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه» م ١٩١ مدني مصري .

وهذا لا يعني ضرورة إنجاز الفضولي للعمل الذي بدأه ، بل المطلوب منه الاستمرارية في هذا العمل ، حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، وفي هذه الحالة يسقط التزام الفضولي ، ما لم يتفقا على خلاف ذلك^(١) .

(٢) يجب على الفضولي أن يبادر بإخطار رب العمل بتدخله عندما يتيسر له ذلك (م ١٧٢) كويتي ، (م ١٩١) مدني مصري .

علماً بأن الفضولي ليس مطالباً أن يبذل جهداً معتاداً لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن ينتهز أول فرصة معقولة تتاح له وفقاً للظروف التي تحيط به للقيام بهذا الإخطار^(٢) .

(٣) يلتزم الفضولي بأن يبذل في القيام بالعمل الذي تولاه عناية الشخص العادي ، فإن قصر في ذلك التزم بتعويض الضرر الناجم عن خطئه .

ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على خطأ الفضولي أو يعفيه منه ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك (م ١/٢٧٢ ، ٢) كويتي (م ١٩٢ مدني مصري) . إلا أن المسؤولية المخففة التي نصت عليها (م ٢/٢٧٢ مدني كويتي) تسري على التقصير في تنفيذ أعمال الفضالة ذاتها ، وإلا طبقت القواعد العامة التي تنص على التعويض الكامل ، لعدم وجود محل لهذا التخفيف .

والفضولي لا يكون مسئولاً عن عمله فحسب في مواجهة رب العمل ، بل يكون مسئولاً عن عمل أي شخص غيره يعهد إليه بالقيام بالعمل كله أو بعضه ، مثل ما لو كان العمل مادياً وعهد إلي مقاول بالقيام به ، أو كان العمل قانونياً وعهد إلى وكيل بإبرام التصرف .

والنائب أيضاً مسئول عن عمله في مواجهة الفضولي ، وفي مواجهة رب العمل الذي يجوز له أن يرجع بالتعويض على النائب مباشرة (م ٢٧٣) مدني كويتي .

(١) أ.د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، «المسئولية المدنية والإثراء دون سبب» وفقاً للقانون المدني الكويتي : ص ٣٨٨ ، د. عبد المنعم

الصدقة ، مصادر الالتزام : ص ٢٣٦ .

(٢) أ.د. عبد المجيد مطلوب - الفضالة - : ص ١٧ ، مصادر الالتزام للدكتور أنور سلطان : ص ٦٨٣ ، الوسيط للسنة ١٩٨٠ : ص ١٤٠٨/١ ، الصدقة : ص ٦٣٤ ، د. مرقص : ص ٨٢٨ .

(٤) يلتزم الفضولي بأن يرد إلى رب العمل كل ما أخذه بسبب الفضالة (م ٢٧٤ مدني كويتي) .

فإذا باع شيئاً مملوكاً لرب العمل ، التزم برد الثمن الذي قبضه إليه باعتباره مستحقاً له ، لأن الفضولي يعمل لحساب رب العمل ويقصد تحقيق مصلحته^(١) .

(٥) يلتزم الفضولي بتقديم حساب عم قام به لرب العمل . ويسرى على هذا الإلتزام نفس الأحكام التي يلتزم بها الوكيل قبل الموكل^(٢) (م ٢٧٤ مدني كويتي) ، (م ١٩٣ مدني مصري) .

هذه هي الإلتزامات التي يلتزم بها الفضولي حال حياته ، فإذا مات إنتهت الفضالة ، كما تنتهي الوكالة بموت الوكيل ، يقع على عاتق ورثة كل منهما التزام شخصي يتمثل في إخطار رب العمل بموت المورث ، واتخاذ التدابير التي تكون في متناول الورثة حتى يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه ، حيث لا محل للإلتزام بالورثة بما التزم به مورثهم الذي كان يقوم بالعمل .

ويشترط لوجود هذا الإلتزام الشخصي أن يكون الورثة كاملي الأهلية ، وعلى علم بالفضالة أو الوكالة ، أما إن كان الورثة ناقصي الأهلية ، أو كانوا لا يعلمون بالوكالة أو الفضالة ، فلا يقع عليهم هذا الإلتزام^(٣) .

وأما إذا مات رب العمل ، فلا يؤثر ذلك على الفضالة ، ويبقى الفضولي ملتزماً به نحو رب العمل^(٤) . بخلاف الوكالة التي تنقضي بموت الموكل ، لأنها تنشأ بموجب عقد قائم على الطابع الشخصي^(٥) .

■ ثانياً : التزامات رب العمل :

ينص القانون المدني الكويتي على هذه الإلتزامات في المادة ٢٧٦ التي تقول (١) - يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، إذا كان قد بذل في القيام بالعمل عناية الشخص

(١) ٥٠ ابراهيم أبو الليل ، السابق : ص ٣٨٩ .

(٢) العقد والإرادة المنفردة وفقاً للقانون المدني الكويتي للدكتور ابراهيم أبو الليل : ص ١٥٢ وما بعدها .

(٣) محاضرات في الإثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربية : ١٤٣/٣ ، للدكتور سليمان مرقص ، وانظر المادة ١/٢٧٥ مدني كويتي التي تنص على أنه «إذا مات الفضولي ، التزم ورثته إزاء رب العمل بما يلتزم به ورثة الوكيل إزاء موكله» وانظر المادة

(٤) ١٩٤ مدني مصري ، ٢/٧١٧ مدني مصري) وانظر (م ٢/٧١٩ مدني كويتي) .

(٥) م (٢/٢٧٥ كويتي) .

(٥) م (٧١٦ مدني كويتي) و (٧١٤ ، ١/٧١٧ مدني مصري) .

العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وبأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وبأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف ، وبأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

٢ - ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله ، إلا أن يكون من أعمال مهنته) ويقابلها

المادة ١٩٥ مدني مصري .

ومن هذا النص يتبين بأن الفضولي يعد نائباً عن رب العمل في قيامه بأمر عاجل لمصلحته ، سواء تحققت النتيجة المرجوة من تدخل الفضولي أو لم تتحقق ، لأن الفضولي يلتزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة^(١) .

■ بل هناك التزامات تحملها رب العمل وأخذها على عاتقه لصالح الفضولي

وهي :

(١) يلتزم رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه بالنيابة عنه ، وهذه النيابة قانونية تقررت بنص القانون بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل ، فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة^(٢) .

(٢) يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها ، حيث قد تعاقد الفضولي باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل ، فتصرف آثاره إليه ويتحمل التزاماته ، ويعمل على تنفيذها ، مما يؤدي إلى التزام رب العمل بتعويضه عنها بدفع المقابل له^(٣) .

(٣) يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها ظروف الفضالة .

يقوم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة إلى الفضولي ، كالأجور التي دفعت للأيدي العاملة التي قامت بجني المحصول أو تخزين السلعة تمهيداً لبيعها ، أو الرسوم أو الأجر نظير عمله كصاحب مهنة أو حرفة بشرط ألا يبالغ فيها ، أما النفقات الكمالية

(١) ٥٠٠ إبراهيم أبو الليل - المسئولة المدنية وفقاً للقانون المدني الكويتي : ص ٣٩٢ .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري : ١٤٢٦/١

(٣) د/ السنهوري ، الوسيط : ١٤٢٦/١ ، مصادر الإلتزام ، د/ عبدالمنعم الصدة : ص ٦٤١ ، مصادر الإلتزام ، د/ حشمت أبو

ستيت : ص ٥٧٠ .

فلا يلتزم بها رب العمل ، وعلى الفضولي أن يتحملها^(١) .
 (٤) يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

وذلك في حالة إصابته بضرر لا يمكن توقيه ، كاتلاف ماله أو إصابته بجروح أو حروق عند إطفاء حريق شب في منزل جاره .

(٥) يلتزم رب العمل بدفع أجر الفضولي عن عمله إذا كان هذا العمل مما يدخل في مهنته . كقيام الطبيب بإسعاف مصاب أو مريض ، وقيام المقاول بترميم حائط جاره ، أو المحامي بقطع تقادم حق شخصي أو بقيد رهن أو بتجديد القيد . . الخ .
 فالفضولي يستحق أجراً عن عمله ويقدر بأجر المثل .

هذه هي الالتزامات التي يلتزم بها رب العمل في حياته ، فإذا مات فإن الفضالة لا تتأثر بموته ، حيث يظل الفضولي ملتزماً نحو ورثته الذين يلتزمون بما كان يلتزم به مورثهم - رب العمل - ولكن في حدود تركته .

■ تقادم الدعوى الناشئة عن الفضالة في القانون المدني الكويتي والمصري :

ينص المشرع الكويتي (م ٢٧٨) على أنه (تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من يوم العلم بنشوء الحق أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه ، أي المدتين أقرب)^(٢) .

ومن هذا النص يتضح بأن دعوى الفضالة تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم العلم بنشوء الحق المطالب به سواء أكان هذا الحق للفضولي أم لرب العمل ، وهذا هو الأصل للدعوى المقامة من أحدهما . (ولا يثير ذلك صعوبة بالنسبة للفضولي ، فهو الذي تدخل وقام بعمل الفضالة ، ومن ثم فالفرض الغالب أنه يعلم بنشوء حقه ، أما بالنسبة لرب العمل فيحدث أن يتأخر علمه بنشوء حق له من جراء الفضالة ، لذلك لا يبدأ حساب السنوات الثلاث إلا من تاريخ نشوء الحق)^(٣) .

اذن دعوى الفضالة من الجانبين - رب العمل أو الفضولي - تتقادم بأقصر المدتين ،

(١) الدكتور إبراهيم أبو الليل ، المرجع السابق : ص ٣٩٣ .

(٢) انظر المادة ١٩٧ مدني مصري .

(٣) المسئولية المدنية وفقاً للقانون المدني الكويتي ، د. إبراهيم أبو الليل : ٣٩٥ .

ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بما له من حق في ذمة الطرف الآخر ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق كحد أقصى ، مما يترتب عليه سقوط حق أي منهما^(١).

■ ثالثاً: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في الالتزامات :

■ نوضح ذلك في نقطتين :

أ - موقف الفقه الإسلامي من التزامات الفضولي في القانون :

مما سبق دراسته للفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نجد أنهما يتفقان فيما يأتي^(١) :

(١) إن طبيعة الفضالة النافذة تتطلب مضي الفضولي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن صاحب الشأن من القيام به بنفسه رعاية لمصلحته وحفاظاً على شئونه .

(٢) لا بد من إخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك حتى يتمكن من الرجوع عليه بما أنفق بناء على الراي الراجح في الفقه الإسلامي .

(٣) يجب على الفضولي الوفاء بما التزم به أن يبذل العناية المطلوبة لقول الرسول ﷺ : «إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه»^(٢) .

(٤) يجب على الفضولي أن يرد ما استولى عليه بسبب أعمال الفضالة قياساً على الوكالة^(٣) .

(٥) يلتزم الفضولي بتقديم كشف حساب للمالك يتضمن ما قام به من أعمال الفضالة ، لأنه يصير بالأجازة وكيلاً فيأخذ حكمه . والوكيل أمين ، ومقتضى الأمانة أن يقف الموكل على ما فعله الوكيل في شئونه تنفيذاً لعقد الوكالة .

(٦) لا يجوز للفضولي أن يستعمل مال الفضالة لصالح نفسه^(٤) ، قياساً على الوكالة حيث لا يجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لنفسه .

فهذه الأمور السابقة يتفق فيها كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي .

(١) السنهوري : ١/١٤٣٢ ، مصادر الالتزام ، د. عبدالمعم الصدة : ص ٦٤٣ ، د. محمد علي مدكور : ص ٤٢١ في رسالته السابقة .

(١) د. محمد علي مدكور : ص ٤٠٢ .

(٢) جمع الجوامع للسيوطي : رقم ٥٢٣٢ .

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/٥٦٧ ، الإقناع للشربيني : ٢/٤٥ .

(٤) شرح الخرشني : ٦/١٣٧ حاشية الجمل : ٤٨٢/٣ ، المغني لابن قدامة : ٥/٢٤٥ .

ب - موقف الفقه الإسلامي من التزامات رب العمل في القانون :

■ مما سبق يتضح لنا موقف الفقه الإسلامي من هذه الالتزامات فيما يلي (١) .

(١) إن الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والكويتي يتفقان في جعل الفضولي نائباً عن رب العمل ، شريطة أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي . علماً بأن نيابة الفضولي في الفضالة النافذة تعتبر نيابة شرعية في الفقه الإسلامي لقوله تعالى : (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) (٢) .

فالولاية الثابتة بالإيمان ، هي ولاية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهل من المعروف أن يرى المؤمنون أموال غيرهم عرضة للتلف والضياع والإهمال وبغزفون عن حمايتها لأصحابها ؟؟ كلا (٣) . والقانون يعتبر النيابة هنا نيابة قانونية تقررت بنص القانون .

(٢) إن الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان بشأن التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه في الفضالة النافذة ، حيث يلتزم رب العمل بآثارها التي تعود إليه مباشرة ، وفي الفضالة الموقوفة شريطة موافقته على تصرف الفضولي وإجازته منه .

(٣) الرأي الراجح في الفقه الإسلامي - المالكية وجمهور الحنابلة (٤) .

يرى بأن الفضولي له حق الرجوع على صاحب الشأن - رب العمل - بما أداه عنه وبما أنفق على أعمال الفضالة ، مالم يقصد من تصرفه التبرع ، وذلك لقوله تعالى : (وَهَلْ جَزَاءَ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ) (٥) . ولقول الرسول ﷺ : « من صنع - أسدى - إليكم معروفاً فكافئوه » (٦) .

وبهذا أخذ القانون المدني المصري والكويتي .

خلفاً للحنفية والشافعية ، ورواية عن أحمد (٧) الذين يرون بأن الفضولي لا يجوز

(١) ٥د محمد علي مذكور في رسالته : ص ٤١١ وما بعدها .

(٢) سورة التوبة : الآية رقم ٧١ .

(٣) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية : ٤٥٥/٢ .

(٤) مواهب الجليل للحطاب : ١٩٣/٤ ، أعلام الموقعين لابن الجوزية : ٤٥٥/٢ .

(٥) سورة الرحمن : الآية رقم ٦٠ .

(٦) سنن أبي داود : رقم ١٦٧٢ .

(٧) حاشية ابن عابدين : ٤٣١/٥ ، المجموع للنووي : ٢٩٣/٣١ ، أعلام الموقعين : ٤٥٣/٢ .

له الرجوع بما أداه أو بما أنفقه على العمل لمصلحة المتفضل عليه ، لأنه بمثابة المتبرع ، والمتبرع لا يرجع بما أداه ، كما أن عمل الفضولي لا يكون مصدراً للالتزام ، إلا إذا كان مضطراً إلى العمل الذي قام به ، حيث إن الاضطرار ينافي التبرع .

٤) أما إلزام رب العمل بتعويض الفضولي عما أصابه من ضرر بسبب الفضالة ، فالذي أراه وأميل إليه أنه قدر مشترك بين الشريعة والقانون ، إلا إذا كان الفضولي يستطيع أن يتوقى ذلك الضرر ببذل جهد معقول ولم يفعل ، فإن تقصيره وإهماله ينسب إليه ويجب عليه أن يتحملة جزاء هذا التقصير ولا يلزم به رب العمل^(١) ، لأن الفضولي خرج عن حرص الرجل المعتاد^(٢) .

إلا أن بعض الباحثين يرى بأن الشريعة الإسلامية لا تتفق مع القانون في هذه المسألة ، لأن صاحب العمل لا يضمن ما أصاب العامل إلا إذا أهمل أو فرط أو تعمد إضراره^(٣) .

مستدلاً بقول الرسول ﷺ (العجماء - البهيمة - جرحها جبار - أي هدر لاشيء أو لاغرم فيه - والبئر جبار ، والمعدن جبار . .)^(٤) . ويقول ابن حزم : « أنه لا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع »^(٥) . ولهذا فالقانون هنا مخالف لحكم الشريعة على حد قوله ونسي قاعدة (الغنم بالغرم) . .

٥) والرأى الراجح في الفقه الإسلامي - المالكية وجمهور الحنابلة والأباضية^(٦) :

إن الفضولي يستحق الأجرة عن عمله إذا كان مما يدخل في مهنته - كالطبيب والمحامي والمقاول - مالم يقصد بفعله التبرع ، لإن الإنسان إذا فعل عن غيره ما من شأنه أن يفعله ، مضى عليه فعله وكان له أجره ، حتى يتقن عمله وتطيب به نفسه .

وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري والكويتي . خلافاً للحنفية والشافعية الذين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية : ٤٨٤/٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي : ٩٧٧/٢ .

(٣) محمد علي مذكور : ٤١٥ - ٤١٦ .

(٤) فتح الباري لابن حجر : ٣٥١/١٢ ، سنن ابن ماجه : ٨٩٠/٢ .

(٥) المحلى لابن حزم : ٦٩٧/١٠ .

(٦) الفروق للقرافي : ١٩٠/٣ ، أعلام الموقعين : ٤٥٥/٢ ، شرح النيل وشفاء العليل : ١١/١٠ .

يرون بأن الفضولي لا يستحق أجراً على أعمال الفضالة ، لأنه إذا كان متبرعاً بالمال الذي أداه عنه وبما أنفقه عليه ، فإنه يكون متبرعاً بجهدته من باب أولى (١) .

رابعاً : موقف الفقه الإسلامي من تقادم دعوى الفضالة (٢) :

نصت المادة ١٦٦٠ من مجلة الأحكام العدلية على أن التقادم يتحقق بمرور الزمان ، ويكون مانعاً من سماع الدعوى بعد المدة المحددة من سقوط الحق في ذاته .
فلولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى في أحوال بشروط مخصوصة لتلافي التزوير والتحايل ، لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق ظاهراً .

ورغم ذلك لو أقر الخصم بالحق ، لزمه ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه .
فالحق ثابت في ذمة المدين لا تبرأ منه إلا بعد الوفاء به لصاحبه .

■ مدة التقادم المانع من سماع الدعوى :

اختلف فقهاء الحنفية في تعيين المدة التي لاتسمع بعدها الدعوى على نحو

ثلاثة آراء :

(١) حيث جعلها بعضهم ثلاثين سنة فقط .

(٢) وبعضهم ثلاثاً وثلاثين سنة .

(٣) والبعض الآخر ستاً وثلاثين سنة .

ونظراً لطول هذه المدة ، إستحسن أحد الحكام وجعلها خمس عشرة سنة ، لا تسمع الدعوى بعدها إلا لعذر يقدره القاضي وفقاً لظروف وملابسات كل دعوى على حدة .
وذلك مراعاة للمصلحة العامة .

■ ويظهر من ذلك أن التقادم بمرور الزمان مبني على أمرين :

(١) حكم اجتهادي ذهب إليه الفقهاء .

(٢) أمر سلطاني يجب على القضاة في زمنه اتباعه لأنهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة بدون عذر والقاضي وكيل عن السلطان ،

(١) مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٤٤٨ ، المجموع للنووي : ٣٩٣/١٣ ، د/ محمد على مذكور : ص ٤١٤ .

(٢) انظر ، الموسوعة الفقهية «مصطلح تقادم» .

والوكيل يستمد التصرف من موكله ، فإذا خصص له تخصص ، وإذا عمم تعمم .
والمنع من سماع الدعوى للقضاة خلافاً للمحكم الذي يستطيع أن يحكم بين
الخصمين ولا يمتنع عن النظر في النزاع المطروح أمامه . وتحسب مدة المنع من التاريخ
القمري ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك^(١) .

وكل ماتقدم في عدم سماع الدعوى للتقادم ، إنما هو في الحقوق الخاصة بين
الأفراد ، أما الحقوق العامة كالطريق ونحوها ، فتسمع الدعوى ، وإن طالت المدة حفاظاً
للحقوق العامة من الضياع والاستيلاء عليها .

وأيضاً عند إنكار المدعى عليه ، فإذا اعترف بالحق للمدعي تسمع الدعوى مهما
طال الزمن طالما أنه يقر بالحق أمام القاضي .

■ وأما الملكية : فإنهم يعبرون عن التقادم (مرور الزمان) بالحوز ، والحيازة ، وتتنوع
إلى نوعين :

(١) حيازة مع جهل أصل الملك لمن هو ، ويكفي لمنع سماع الدعوى في هذه الحالة
مدة عشرة أشهر فأكثر سواء أكان المحوز عقاراً أم غيره .

(٢) حيازة مع علم أصل الملك لمن هو . وفي هذه الحالة لا بد من مرور عشر سنين
فأكثر في العقار ، أو عامين في الدواب والثياب ونحوها .

ويشترط لسماع دعوى الحيازة ، الشهادة بوضع اليد ، وتصرف الحائز تصرف المالك
في ملكه ، وعدم المنازع ، وتوافر المدة السابقة . ولا يسأل عن مصدر الحيازة ووضع اليد
خلافاً لابن رشد الذي جزم بسؤال الحائز عن مصدر حيازته - الميراث - الشراء - الهبة -
ويوافقه جمهور المالكية فيما لو كان الحائز معروفاً بالتسلط والغصب والتعدي ، حيث لا
بد أن يبين كيف آلت إليه هذه الحيازة وإلا فلا يعول عليها^(٢) .

وبهذا يختلف الفقه الإسلامي عن القانون المدني ، من حيث الحد الأدنى
للتقادم ، ومن حيث الضوابط والأحكام ، ويتفقان من حيث الحد الأعلى للتقادم (٥١
سنة) في بعض الحالات عند الحنفية ، إلا أن الحق لا يسقط في الفقه الإسلامي ولا تبرأ
ذمة المدين إلا بالوفاء مهما طال الزمن .

(١) ابن عابدين : ٣٤٢/٤ ، والأشباه والنظائر ، لابن نجيم : ص ٢٧٢ ، وشرح المجلة للاتاسي ١٦٦٠ ، وانظر الموسوعة الفقهية
مصطلح (تقادم) ٩١١/٣١ وما بعدها .

(٢) البهجة ، شرح التحفة : ٢٥٢/٢ وما بعدها ، العقد المنظم على هامش تبصرة الحكام : ٥٤/٢ ، والموسوعة الفقهية «تقادم» . ٥٢

المطلب الثاني التصرف في ملك الغير في القانون والفقہ الإسلامي (الفضالة الموقوفة)

بيننا سابقاً أن الفقه الإسلامي عرف نوعين من الفضالة^(١) :

(١) الفضالة النافذة، وهي الفضالة بالمعنى القانوني، حيث يتصرف الفضولي لحساب الغير دون أن يكون ملزماً بذلك شريطة أن يكون تدخله ضرورياً أو نافعا . وفي هذه الحالة يلزم رب العمل التصرف، وينتج آثاره من وقت صدوره، دون حاجة إلى إجازته . . وقد بينا حكم الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا النوع .

(٢) الفضالة الموقوفة، وهي الفضالة بالمعنى التقليدي أو الفقهي، حيث يقوم الفضولي بتصرف لحساب الغير دون أن يكون ملزماً بذلك، ودون أن يكون التدخل ضرورياً أو نافعا، فالتصرف في هذه الحالة لا ينتج أثره في حق الغير - رب العمل - إلا إذا أجازته . وهذا النوع يقابله في القانون المدني (التصرف في ملك الغير) من بيع وإجازة ورهن وهبة . . إلخ . وهذا ما دفعني إلى بيان حكم هذه التصرفات في القانون المدني الكويتي والمصري وموقف الفقه الإسلامي من ذلك :

علماً بأننا قد بينا حكم تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي على سبيل الإجمال^(٢) .

أولاً : بيع ملك الغير في القانون المدني :

نص المشرع الكويتي في المادة ٩٠٥ مدني كويتي على أنه :

(إذا باع شخص مالا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا ألت إلى

البائع أو أقر المالك البيع^(٣) .

(١) د عبد المجيد مطلوب : ص ٤٨، ٥٣ الألفي : ص ١٢٠، ٥٣ محمد علي مذكور : ص .

(٢) انظر : ص ١١ .

(٣) انظر المواد (٤٦٦ - ٤٦٨) مدني مصري .

ويجب لتوافر بيع الملك الغير أن يصدر البيع من غير مالك ، وأن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وأن يكون البيع ناقلاً للملكية فوراً^(١) .

* * *

وفهم من النص السابق أن المشرع قد (أثر تطبيق القواعد العامة في شأن هذا البيع الذي لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره . - والإقرار لا يرد إلا على عقد قائم وصحيح - أما فيما بين المتعاقدين فإن البيع لا يبطل بمجرد كونه وارداً على ملك الغير - بل هو صحيح يترتب عليه كافة الالتزامات الناشئة عن العقد في كلا الجانبين - وإنما يكن للمشتري وفقاً للقواعد العامة أن يطلب إبطال البيع تأسيساً على الغلط إذا كان يجهل عند إبرام العقد عدم ملكية البائع . فإذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع ، أمكن للبيع أن ينتج أثره في نقل الملكية ، وإلا جاز للمشتري طبقاً للقواعد العامة أيضاً أن يطلب فسخ البيع تأسيساً على عدم وفاء البائع بالتزاماته ، فضلاً عن التعويض إن كان له محل ، وذلك دون إخلال بحق المشتري في التمسك بالعقد ، والرجوع بضمان الاستحقاق على أساسه^(٢) .

وإقرار المالك للبيع قد يكون صريحاً أو ضمناً ، كالتوقيع على العقد كشاهد . وينتج الإقرار أثره من تاريخه لا من تاريخ البيع أو من تاريخ تسجيل الإقرار إذا كان المبيع عقاراً ، حيث يجب تسجيل الإقرار^(٣) . ويترتب عليه التزام المالك بكل ما التزم به البائع في العقد ، وتقوم بينه وبين المشتري علاقة مباشرة يترتب عليها آثارها . وما ينوه عنه أن القانون المدني الكويتي لم يأخذ بفكرة العقد الموقوف ، فالأخذ بها يعني أن يكون العقد موقوفاً بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير ، أي لا ينتج أي أثر في كافة هذه العلاقات إلا بالإقرار الصادر من المالك^(٤) .

أما القانون المدني المصري ، فقد اعتبر بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، وغير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أجازته^(٥) .

(١) عقد البيع في القانون المدني الكويتي : ص ٢٠٦ وما بعدها للدكتور حسام الدين كامل الأهواني ١٩٨٩ م .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، طبعة ١٩٩٨ م . معدلة بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٩٦ م .

(٣) د . السنهوري : ٢٩٨/٤ ، د . حسام الدين : ص ٢١٣ وما بعدها .

إلا أن ذمة البائع لا تبرأ في مواجهة المشتري إلا بالقدر الذي لا يؤدي إلى الإضرار به .

(٤) د . حسام الدين الأهواني : ص ٢١٥ .

(٥) المواد من ٤٦٦ - ٤٦٨ مدني مصري .

أما الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، هو أن تصرف الفضولي في البيع صحيح ، إلا أنه موقوف على إجازة المالك ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية في القديم ، وهو أحد قوليهِ في الجديد ، وأحمد في إجدى الروايتين عنه ، وذلك إذا كان المالك أهلاً للتصرف وبيع ماله وهو غائب أو كان حاضراً وبيع ماله وهو ساكت .
خلافاً للشافعية في القول الثاني من الجديد ، وأحمد في الرواية الأخرى عنه ، فقد ذهبوا إلى أن البيع باطل^(١) .

والذي أراه وأوصي به المشرع الكويتي والمشرع المصري أن الأخذ بفكرة العقد الموقوف أفضل كثيراً إذ تقرر^(٢) وقف العقد في حق طرفي العقد - البائع والمشتري - وفي حق المالك الحقيقي في وقت واحد ، وإجازة العقد تقتصر على المالك وحده وهذا ما يجعل العقد الموقوف أكثر ملاءمة وحماية للمالك والغير ، ويجنبنا كثيراً من المشكلات والصعوبات التي تقع في الحياة العملية .

أما شراء الفضولي للغير :

فقد اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : البطلان ، وهو ما ذهب إليه الشافعية في الجديد ، ورواية للحنابلة والظاهرية قياساً على بيعه ملك غيره لعدم وجود الولاية الشرعية على العقد . فشراؤه لنفسه لا لغيره ، ولا يقع الشراء للغير إلا بناء على عقد جديد بين الفضولي والغير^(٣) .
القول الثاني : شراء الفضولي كبيعه ينعقد موقوفاً على إجازة الغير ، فإن أجازته نفذ وإلا كان مآله البطلان .

وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في القديم ورواية للحنابلة^(٤) . مستدلين بقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)^(٥) .

وبحديث عروة البارقي على أن الشراء كالبيع فيه مبادلة ، مال بمال ، فيدخل

(١) انظر ، الموسوعة الفقهية لدولة الكويت (مصطلح بيع الفضولي) بالتفصيل والمراجع المشار إليها .

(٢) عبد المجيد مطلوب : ص ٦٤ .

(٣) المجموع شرح المهذب : ٢٥٠/٩ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، المغني لابن قدامة : ٥٠٢/٤ - المحلى لابن حزم : ٤٣٤/٨ ، مسألة ١٤٦٠ حيث قال «فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشتري ، ولا يكون للذي اشتراه له أراد كونه له أو لم يرد إلا بابتداء عقد شراء مع الذي اشترى له» .

(٤) مواهب الجليل للحطاب : ٢٧٢/٤ ، حاشية العدوي على الخريشي : ١٨/٥ ، المجموع : ٢٦٠/٩ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ .

(٥) سورة النساء : الآية رقم ٢٩ .

في مفهوم التجارة سواء أكان التصرف نافذاً أم موقوفاً .

القول الثالث : يرى بأن شراء الفضولي للغير يتوقف في حالة إضافته للغير في الإيجاب والقبول . وينفذ في حق الفضولي في حالة إضافته لنفسه أو عدم إضافته للغير . وهذا ماذهب إليه الحنفية والشيعة الزيدية^(١) . لقوله تعالى : (لها ما كسبت وعليها ما اكسبت)^(٢) . وقوله تعالى : (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى)^(٣) . ولأن شراء الفضولي يعتبر كسبه حقيقة ، فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره أو لم يجد نافذاً عليه لعدم الأهلية فيتوقف^(٤) .

والذي أراه وأميل إليه أن الشراء للغير موقوف على إجازة هذا الغير ، فإن أجازته نفذ وإلا بطل . فالأمر موكول إليه في النهاية لدفع الضرر عنه ، فإن شاء أجاز وإن شاء رفض . ويقول الدكتور عبدالرازق فرج : «إن الفقه القانوني يتفق مع الفقه الإسلامي في القول بعدم تنفيذ العقد على من يتعاقد باسم الغير دون أن يكون نائباً كالفضولي ، ولكنه يختلف عنه في أنه يجعل المتعاقد مسئولاً عن عدم نفاذ العقد على من عقد باسمه ويلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء عدم نفاذ العقد»^(٥) .

ثانياً : إجارة ملك الغير :

هي إجارة من لا يملك حق التأجير لعدم ملكيته للعين المؤجرة أو عدم حقه في المنفعة أو الإدارة .

والإجارة كالبيع في كون محل العقد مملوكاً للعائد أو صاحب ولاية عليه .

فإذا أجر الفضولي عيناً لا يملكها أو أجر المالك عيناً مؤجرة أى سبق تأجيرها

فما الحكم؟؟

(أ) في الفقه الإسلامي : اختلف الفقهاء في حكم إجارة الفضولي ملك غيره

على مذهبين :

المذهب الأول : يرى بأن إجارة الفضولي تنعقد موقوفة على إجازة المالك أو وليه ،

(١) بدائع الصنائع : ١٠٥/٥ ، المنتزح المختار : ٤٢/٣ .

(٢) سورة البقرة : الآية رقم ٢٨٦ .

(٣) سورة النجم : الآية رقم ٩٣ .

(٤) بدائع الصنائع : ١٠٥/٥ ، جامع الفصولين : ٢٣٢/١ .

(٥) العقد الموقوف : ص ١٤٣ .

فإن أجازها نفذت وإن رها بطلت . وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، ورواية عن أحمد^(١) .

إلا أن الحنفية قد اشترطوا في الإجارة - لتكون محلاً للفضالة وتترتب عليها آثارها - أن تكون المنافع قائمة لم يستوفها المستأجر حتى ترد إجازة المالك على منفعة موجودة ، فإذا استوفى المستأجر المنفعة فإن الأجرة التي تقابلها تكون للعاقد . كما فرقوا بين كون الفضولي مؤجراً وبين كونه مستأجراً - فجعلوا إجارته كبيعه واستئجاره كشرائه^(٢) .

وبهذا القول : أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٧٢٣ حيث نصت على أنه (يشترط لنفاذ الإيجار . . كون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيلاً للمالك أو ولياً عليه) . ونصت المادة ٧٢٥ على أنه (تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك . . أو إجازة الولي)^(٣) .

وأخذ بذلك القانون المدني العراقي ، حيث نص في المادة ٧٢٥ على أنه (تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك . .) .

المذهب الثاني : يرى بأن إجارة الفضولي باطلة ، لأنها عقد صدر من غير مالك أو ذي ولاية في إبرامه ، فيكون باطلاً . وهذا ما ذهب إليه الشافعي في الجديد والجنابلة على الصحيح في المذهب^(٤) .

ب) في الفقه الوضعي :

القانون المدني لم ينظم أحكام إيجار ملك الغير بنصوص خاصة ، كما فعل في بيع ملك الغير ، بل ترك ذلك للقواعد العامة التي تطبق على هذا الإيجار ، وتقضي بوقوع العقد صحيحاً بين طرفيه ، وغير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي حتى يقره ، فإذا لم يقره فإن الإيجار في حقه كأن لم يكن ولا يلزمه شيئاً تجاه المستأجر .

والقانون المدني الكويتي لم ينظم أحكام إيجار ملك الغير ، ولكن يعتبر صحيحاً غير قابل للإبطال أو الفسخ مادام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر ، وليس هناك

(١) البدائع للكاساني : ١٧٦/٤ . التاج والإكليل : ٢٩٧/٥ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ . الإنصاف للمرداوي : ٢٨٣/٤ .

(٢) الموسوعة الفقهية : «فضولي» .

(٣) انظر نفس المعنى في المادة ٩٧ من مرشد الحيران .

(٤) مغني المحتاج : ١٥/٢ ، كشاف القناع : ٥٥٨/٣ .

ما يمنع من الأخذ بما نص عليه الفقه الإسلامي من اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على الإجازة طالما لا يوجد نص في القانون ينظم أحكامه .

وبهذا يتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في حكم العقد بالنسبة للمالك (غير نافذ في حقه إلا إذا أقره) .

أما بالنسبة للمتعاقدين ، فإن الفقه الوضعي يرى أن التصرف صحيح ويترتب عليه آثاره خلافاً للفقه الإسلامي الذي يرى أن حكم العقد موقوف لا ينتج أى أثر إلا إذا أقره المالك^(١) .

ثالثاً : هبة ملك الغير :

الهبة : هي تملك المال بدون عوض أو بعوض^(٢) .

ويشترط في الشيء الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب ، فإذا لم يكن مملوكاً له فإن المتصرف يعتبر فضولياً .

فما حكم هبة الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني؟

(أ) الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في حكم هبة الفضولي لمال غيره على مذهبين :

■ المذهب الأول : يرى بأن هبة الفضولي تنعقد صحيحة ، إلا أنها تكون موقوفة على إجازة المالك ، فإن ردها بطلت ، وإن أجازها نفذت وكان لإجازته حكم الوكالة السابقة وهذا ماذهب إليه الحنفية ، وقول للمالكية ، والشافعية في المذهب القديم ، حيث يقولون بالوقف على الإجازة في جميع التصرفات التي تقبل النيابة كالبيع والإجارة والوقف والهبة والزواج والطلاق^(٣) . واستدلوا بما يأتي^(٤) .

(١) الهبة كالبيع ، وبما أن بيع الفضولي موقوف فهبته كذلك .

(٢) هبة الفضولي لمال الغير تصرف شرعي صادر من الأهل مضاف إلى المحل فينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق ، فإن أجازته نفذ وإلا بطل ، ومن ثم فلا ضرر من انعقادها

(١) د محمد علي مذكور : ص ٢٦٨ .

(٢) فتح القدير : ١١٣/٧ .

(٣) البدائع للكاساني : ١١٨/٦ ، البحر الرائق : ١٦٣/٦ ، حاشية العدوى على الخرشي : ٧٩/٧ ، الفروق : ٦/٣ ، ٧ ، مغني المحتاج :

١٥/٢ ، المجموع : ٢٥٩/٩ .

(٤) العقد الموقوف : ص ١٥٧ .

موقوفة على الإجازة لأن الضرر يتحقق بانعقادها من الفضولي نافذة لا موقوفة .

■ المذهب الثاني : يرى بأن هبة الفضولي باطلة ، إذ يستحيل على المرء أن يملك مالا يملك ، وهذا ماذهب إليه المالكية في المشهور والحنابلة والشافعية في المذهب الجديد^(١) .

وعلل المالكية بقولهم : الفرق بين بيع الفضولي وهبته أن البيع تملك في نظير عوض ، أما الهبة فالتمليك فيها مجاناً ، ولهذا اختلف الحكم^(٢) .
ولأن هبة ملك الغير تعتبر صادرة ممن ليست له ولاية شرعية على التصرف . . وهي شرط في الانعقاد لا في النفاذ ، ولذلك فلا تصح هبته لعدم القدرة الشرعية على إنشاء التصرف^(٣) .

(ب) القانون الوضعي :

أخذ القانون المدني الكويتي بالمذهب الثاني وهو البطلان ، حيث نصت المادة ٥٢٧ على أن (هبة مال الغير باطلة) خلافاً للقانون المدني المصري الذي اعتبر هبة ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض ، وعدم نفاذها بالنسبة للمالك الحقيقي كالبيع .

حيث نصت المادة ٤٩١ مدني مصري على أنه (إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧) .
والذي نراه أن فكرة العقد الموقوف في القضية الإسلامية أكثر ملاءمة لمواجهة حكم هبة ملك الغير ، فالهبة تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين ، والمالك الحقيقي حتى ترد عليها الإجازة ممن يملكها .

وطالما أن التصرف موقوف فلا ضرر على أحد ، بخلاف الحكم في القانون فهو مضطرب لأن الهبة قابلة للإبطال بالنسبة للموهوب له وغير نافذة في حق المالك الحقيقي .

ولذلك يقول الأستاذ الدكتور عبدالرازق فرج (ولهذا فإن فكرة الوقف أولى بالقبول

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٨٧/٤ ، الخرشي : ٩٧/٧ ، ومغني المحتاج : ١٥/٢ ، كشف القناع : ٣٥٢/٤ ، المغني لابن قدامة : ٦٤/٦ .

(٢) الشرح الصغير ، وحاشية الصاري : ٤٣٣/٥ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٩١/٤ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ .

لأنها تضع حكماً واحداً في المسألة^(١) .
 رابعاً : الوصية والوقف من الفضولي :
 أولاً : الوصية :

تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أم منفعة^(٢) .
 وقد عرفها القانون بأنها (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت)^(٣) .
 وقد اختلف الفقهاء في حكم وصية الفضولي من مال غيره على مذهبين^(٤) :
 ■ المذهب الأول : يرى بأن وصية الفضولي صحيحة لكنها موقوفة على إجازة المالك أو صاحب الشأن ، فإن أجاز قبل موت الموصى أو بعده نفذت الوصية ، وإن لم يجر كانت باطلة ، وحثهم في ذلك : أن الوصية تصح بالمعدوم فأولى أن تصح من الفضولي . وبهذا ذهب الحنفية ووجه للشافعية ، وقول للحنابلة^(٥) .

■ المذهب الثاني : يرى بأن وصية الفضولي لا تصح مطلقاً .
 وبهذا ذهب المالكية والأصح عند الحنابلة ووجه للشافعية في الجديد والظاهرية ، وحثهم في ذلك : أن هذا التصرف يعتبر تبرعاً ممن لا ملك له ولا ولاية ولا نيابة ، فيكون باطلاً ، كما أن مالكة يملك الوصية به والشيء الواحد لا يكون محلاً لتصرف شخصين ، ولأنه يشترط في الموصى اختصاصه بالموصى به حتى تصح الوصية^(٦) .
 ويرى ابن حزم الظاهري بأن الوصية بملك الغير باطلة شأنها شأن جميع التصرفات الواقعة على ملك الغير بدون إذنه ولا تقبل الإجازة من المالك الحقيقي أو صاحب الولاية ، لأن ذلك حرام^(٧) . لقوله تعالى : (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)^(٨) . ولقول الرسول ﷺ : «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»^(٩) . فمن أحل الحرام

(١) العقد الموقوف : ض ١٥٩ وما بعدها .

(٢) فتح القدير : ٤١١/١٠ .

(٣) المادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٤) انظر الموسوعة الفقهية مصطلح (فضولي) .

(٥) البحر الرائق : ١٦٤/٦ ، روضة الطالبين : ١١٦/٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٢٠٥ ، مغني المحتاج : ٤/٣ ، المجموع للنووي :

٢٥٩/٩ ، كشاف القناع ، منتهى الإرادات : ٤٩/٢ .

(٦) حاشية الدسوقي : ٣٧٥/٤ ، الخرشي : ١٦٨/٨ ، روضة الطالبين : ١١٦/٦ ، ١١٩ ، المجموع : ٢٦١/٩ ، منتهى الإرادات : ٤٣٠/١ ،

٤٩/٢ ، الفروع لابن مفلح : ٣٦/٤ ، الوسيط للإمام الغزالي : ١٢٤٤/٢ ، كشاف القناع للبهوتي : ٣٦٧/٤ .

(٧) المحلى لابن حزم : ٤٥٩/١٠ المسألة رقم ١٧٦٥ .

(٨) سورة الأنعام : الآية رقم ١٦٤ .

(٩) سبل السلام للصنعاني : ٤٤٣/٢ .

فتحليله باطل .

والذي نراه ونرجحه أن وصية الفضولي موقوفة على الإجازة ، ويعلل لذلك بعض الفقهاء المعاصرين بقوله (لاشتماله على نفع لكل من المالك والفضولي والموصى له ، أما المالك فلحثة على عمل البر ، وأما الفضولي فلتسببه في هذا العمل ، وأما الموصى له فلأن فيه توسعة عليه بالمال الموصى به)^(١) .

■ موقف القانون المدني المصري والكويتي :

تنص المادة ٩١٥ مدني مصرى ، ٩٤١ مدني كويتي على أنه (تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة بشأنه) .
وقد أخذ القانون والفقهاء الوضعي بما رجحناه من وقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن بمن له حق الإجازة^(٢) .

ثانياً : وقف الفضولي :

الوقف هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل ، أو حبس العين على حكم ملك الله تعالى^(٣) .
وقد عرفه الفقهاء الوضعي بأنه (حبس العين عن التصرف أو عن التملك لأحد من العباد ورصد منفعتها - على سبيل التأقيت أو التأييد ، - على جهة من جهات البر ابتداءً أو انتهاءً)^(٤) .

وقد اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي لمال غيره على مذهبين^(٥) :

■ المذهب الأول : يرى الحنفية وقول للمالكية والمذهب القديم للشافعية ورواية عن أحمد ، بأن وقف الفضولي صحيح ، إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل^(٦) .

(١) د محمد علي مذكور : ص ٣٠١ .

(٢) شرح قانون الوصية للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة : ص ١١٠ .

(٣) تبين الحقائق للزيلعي : ٥٢٣/٣ ، فتح القدير : ٧٣/٤ .

(٤) د حسن كيرة - أصول القانون : ص ٥٦٣ ، الوسيط للسنهوري : ٨٤٣/٩ .

(٥) انظر الموسوعة الفقهية لدولة الكويت - وزارة الأوقاف - مصطلح (فضولي) .

(٦) البحر الرائق : ٢٠٣/٥ ، أحكامالوقف للخصاف : ص ١٢٩ ، تبين الحقائق للزيلعي : ٣٢٥/٣ ، حاشية الدسوقي : ٨٨/٤ ،

الخرشي : ٧ : ٩٧ ، الفروق : ٧/٣ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، المجموع للنووي : ٢٥٩/٩ ، الإنصاف للماوردي : ١٢ ، ١١/٧ .

واستدلوا على ذلك بالقياس على البيع . بقولهم :

(١) وقف الفضولي لمال الغير ، يتوقف على إجازة المالك كالبيع ، فإن أجازته نفذ وكان وقفاً من قبل مالكة وتابع لولايته ، ويصير الفضولي وكيلاً بناءً على القول : إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإن رده بطل .

(٢) إن وقف مال الغير ينعقد موقوفاً على إجازة المالك ، لأن الولاية شرط في النفاذ لا في الانعقاد^(١) . فيحكم عليه بالعدم .

المذهب الثاني : يرى المالكية في المشهور عندهم والحنابلة والشافعية في الجديد أن وقف الفضولي باطل ، فلا تصححه الإجازة ، حتى ولو ملك الواقف المال الموقوف بعد التصرف . فلو قال : وقفت مال زيد ، ثم ملك الواقف مال زيد بعد الوقف بطل الوقف أيضاً لفساد الصيغة بإضافة المال إلى غيره^(٢) . وحجتهم في ذلك :

(١) أن وقف الفضولي لمال الغير كبيعه وكهبته ينعقد باطلاً . ولكن يرد على ذلك بما يلي^(٣) :

أ - لا يقاس الوقف على البيع لعدم الإتفاق على حكم الأصل وهو بيع الفضولي ، فمن الفقهاء من يقول بأنه موقوف .

ب - إنه قياس مع الفارق لأن البيع مبادلة مال بمال بخلاف الوقف ، ولذلك فالقياس غير صحيح .

ج - لا يقاس الوقف على الهبة ، لأنه لائنص في وقف هبة الفضولي لمال الغير حتى يمكن القياس عليه ، والهبة قد تحمل معنى المبادلة إذا كانت بعوض بخلاف الوقف فافترقا ، والقياس مع الفارق فاسد .

(٢) إن وقف الفضولي تقرب بملك الغير فلا يصح . ولكن يرد على ذلك بأن هذا القول صحيح إذا قصد التبرع به عن نفسه ، أما إذا قصد التقرب به عن مالكة ، فإنه يجوز كما في التصديق بالمال المجهول المالك ونحوه .

والذي أراه وأرجحه هو المذهب الأول القائل بصحة وقف الفضولي مع الوقف على

(١) العقد الموقوف ، د عبد الرازق فرج : ص ١٦٤ .

(٢) شرح الخرشي : ٧٩/٧ ، حاشية الدسوقي : ٨٧/٤ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، والمجموع للنووي : ٩٥٢/٩ ، كشاف القناع للبهوتي :

٢٤٧/٤

(٣) العقد الموقوف د عبد الرازق فرج : ص ١٦٤ .

إجازة مالك الشيء الموقوف ، حيث لا يترتب عليه ضرر للمالكه ، وفيه حث للغير على ففعلاخير والتقرب إلى الله .

* * *

■ موقف القانون :

وفقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م الخاص بأحكام الوقف - التي تشترط صدور الإشهاد ، ممن يملك التصرف في العين الموقوفة وقت الوقف ، فإن وقف الفضولي يقع باطلاً حتى ولو ملك الواقف المال الموقوف بعد التصرف ، وبهذا يكون القانون قد أخذ بالمذهب الثاني القائل بالبطلان لخطورة هذا التصرف ولضرره المحض الذي يصيب المالك من جرائه .

- وبهذا أخذ مشروع قانون الوقف الكويتي الذي يشترط في صحة الوقف (م ٣) .
- (١) أن يكون الواقف أهلاً للتبرع .
 - (٢) أن يكون الواقف مالم معلوماً مملوكاً للواقف . . .
 - (٣) ألا يكون الموقوف عليه جهة يحرم الوقف عليها في الشريعة الإسلامية .

* * *

خامساً : رهن ملك الغير :

الرهن في اللغة :الثبوت والدوام ، ومنه الحالة الراهنة ، أى الثابتة ، يقال : ماء راهن أي راكد ، ونعمة راهنة ، أى ثابتة دائمة ، وقال الماوردي : هو الاحتباس ، ومنه قوله تعالى : (كل نفس بما كسبت رهينة)^(١) . أى محبوسة^(٢) .

والرهن في الاصطلاح : هو حبس شيء في حق يمكن استفاؤه منه ، كالدين^(٣) . أو هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر الوفاء^(٤) .

فالرهن أداة ائتمانية تقدم للدائن المرتهن ، حتى يتمكن المدين من الوفاء بالدين في الأجل المحدد ، فإن تعذر الوفاء كان للدائن استيفاء دينه منه . فالرهن باق على ملك صاحبه ، وليس ناقلاً للملك^(٥) .

(١) سورة المدثر : الآية رقم ٣٨ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ، المصباح المنير مادة (رهن) ، مغني المحتاج : ١٢١/٢ .

(٣) الزيلعي : ٦٢/٦ ، البحر الرائق : ٢٦٤/٨ .

(٤) مغني المحتاج : ١٢١/٢ .

(٥) د محمد علي مذكور : ص ٣٠٥ .

والرهن الرسمي في القانون المدني الكويتي^(١) :

(هو عقد به يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون) . ولا ينعقد إلا بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون ، بل يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه (م ١٠٣٢/٢) مدني مصري .

فإذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن .

أما الرهن الحيازي : فهو عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان ، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون^(٢) .

ومن التعريفين السابقين للرهن الرسمي والرهن الحيازي ، نجد أن بينهما أوجه اختلاف وهي^(٣) :

أ - الرهن الرسمي عقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده ، بل يلزم تعريفه في محرر رسمي . أما الرهن الحيازي فهو عقد رضائي يكفي التراضي لانعقاده (اتفاق بين المدين والدائن المرتهن ، وهذا قدر مشترك بينهما) .

ب - الرهن الرسمي لا يتحقق إلا على عقار ، أما الرهن الحيازي فإنه يتحقق على العقار والمنقول .

ج - العقار المرهون رهنأً رسمياً يبقى في حيازة الراهن ولا ينتقل إلى حيازة الدائن المرتهن ، بينما تنتقل حيازة الشيء المرهون رهنأً حيازياً من الراهن إلى الدائن المرتهن .

■ رهن ملك الغير في الشريعة :

اختلف الفقه الإسلامي في حكم رهن ملك الغير على مذهبين :

(١) انظر المواد (٩٧١ ، ٩٧٢ ، ٩٧٤ ، ٩٧٤) مدني كويتي) ونفس المعنى المواد (١٠٣٣ ، ١٠٣١ ، ١٠٣٢ ، ١٠٣٣) مدني مصري) .

(٢) م ١٠٢٧ مدني كويتي ، ١٠٩٦ مدني مصري .

(٣) د عبد المنعم البدر اوي : ص ٢٨٨ بند ٢٠٣ ، الأعمال التحضيرية : ٣/٧ ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي : ص

٧٦٢ ط ١٩٩٨ م .

■ المذهب الأول :

ذهب الحنفية والمشهور عند المالكية ، والشافعية في القديم ، ورواية للحنابلة إلى أن رهن الفضولي موقوف على الإجازة^(١) .

واستدلوا بالقياس على بيع ملك الغير الثابت مشروعيته بحديث عروة البارقي - الرهن كالبيع - بجامع أن كلاهما تصرف في ملك الغير بدون إذنه بما يمكن أن يكون محلاً للاستنابة بل الرهن أولى من البيع في ذلك ، لأنه ليس ناقلاً للملكية^(٢) .

■ المذهب الثاني :

ذهب المالكية في قول ، والشافعية في الجديد والراجح عند الحنابلة والظاهرية^(٣) . إلى أن رهن الفضولي باطل ولا تصححه الإجازة .

واحتجوا على أن رهن ملك الغير بدون إذنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه فلم يصح رهنه كالطير في الهواء والعبد الآبق^(٤) .

ولكن يرد على ذلك بأن القدرة على التسليم هنا ممكنة في حالة إجازة المالك بخلاف عدم القدرة على التسليم في رهن الطائر في الهواء . . فإنها راجعة إلى انعدام المحل ، فالطير ليس مملوكاً لأحد قبله فافترقا ، والذي أميل إليه أن رهن ملك الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة قياساً على البيع . كما أنه لا يترتب على الأخذ بهذا الرأي ضرر للمالك لأنه لا ينفذ في حقه إلا برضاه وإقراره للرهن ، وكذلك إذا باع الرهن بلا إذن المرتهن ، فالبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على إجازته ، إن أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه نفذ ، وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حق إلى بدله .

■ وخلاصة القول :

أن حكم رهن ملك الغير في القانون الوضعي مضطرب ، إذ أنه قابل للإبطال بالنسبة للدائن المرتهن ، وغير نافذ في حق مالك الشيء المرهون^(٥) .

(١) البدائع : ١٣٥/٦ ، الكفاية شرح الهداية : ١٩١/٦ ، حاشية الدسوقي : ١٢/٣ ، شرح الخرشي : ١٧/٥ قياساً على بيع ملك الغير ، فالرهن أقل خطراً من البيع ، حيث لا يترتب عليه خروج المرهون عن ملك صاحبه ، فيكون موقوفاً على الإجازة من باب أولى ، مغني المحتاج للشربيني : ١٥/٢ ، المغني لابن قدامة : ٤١٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٢٢/٣ ،

(٢) محمد علي مذكور في رسالته : ص ٣١٥ .

(٣) المراجع السابقة للمذاهب المذكورة .

(٤) تكملة المجموع ، شرح المهذب للمطيعي : ٢٠٤/١٣ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٦ ط ١٩٩٨ .

أما الرأي الراجح في الفقه الإسلامي القائل بوقف نفاذ العقد على إجازة المالك الحقيقي ، فإنه يضع حكماً واحداً بالنسبة لجميع الأطراف ، فلو طبق لكان أفضل بكثير من حكم القانون ، لأن حكم الفقه الإسلامي يحقق حماية للجميع لوقف التصرف ، حيث لا ينتج له أي أثر قبل الإجازة^(١) .

■ المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون بشأن حكم التصرف في ملك الغير :

كما سبق عرضه في الجانب الشرعي ، والجانب القانوني يتضح بأن التصرف في ملك الغير تصرف موقوف على إجازة المالك أو صاحب الشأن ممن له حق الإجازة سواء أكان ذلك في البيع أو الإجازة أو الهبة والوقف والوصية أم الرهن ، حفاظاً على حق المالك وبعداً عن المشكلات والصعوبات بخلاف القانون الوضعي الذي جعل التصرف في ملك الغير دون إذن منه أو ولاية عليه قابلاً للإبطال وقابلاً للإجازة الذي يقتصر أثرهما على إزالة خطر البطلان الذي كان يتهدهده ولا أثر لها على سريان آثار العقد التي كانت قد بدأت بالسريان قبل صدورها^(٢) .

والحقيقة أن العقد الموقوف صورة عكسية من العقد القابل للإبطال ، فالعقد الموقوف يعتبر بمثابة العقد الباطل حتى ينفذ بالإجازة . والعقد القابل للإبطال بمثابة العقد النافذ حتى يبطل بعدم الإجازة .

اذن العقد الذي يتردد بين الصحة والبطلان يمكن أن يتصور فيه أحد أمرين :

- (١) إما أن يجعل باطلاً حتى يصح ، وهذا ما رجحناه في الفقه الإسلامي .
 - (٢) وإما أن يجعل صحيحاً حتى يبطل ، وهذا ما ذهب إليه القانون الوضعي^(٣) .
- والفرق بينهما واضح ، فلو أخذنا بنظرية العقد الموقوف لما كان العقد منتجاً لآثاره ، ولما التزم كل من المتعاقدين بأن ينفذ التزاماته .

فإذا أبطل العقد يطالب كل منهما برد ما كان قد تسلمه تنفيذاً للعقد وما يترتب على ذلك من إشكالات^(٤) .

(١) د عبدالمجيد مطلوب : ص ٦١ .

(٢) مصادر الإلتزام في قانون التجارة الكويتي للدكتور عبدالفتاح عبدالباقي : ص ١٨١ .

(٣) مصادر الحق للدكتور السنهوري : ٢٧٦/٤ ، د عبدالمجيد مطلوب : ص ٦١ ، ٦٢ .

(٤) د عبدالمجيد مطلوب : ص ٦٣ .

ولذلك يقول الدكتور عبدالمجيد مطلوب : «فالأخذ بفكرة العقد الموقوف أفضل كثيراً إذ تقرر وقف العقد في حق طرفي العقد - البائع والمشتري - وفي حق المالك الحقيقي في وقت واحد ، وإجازة العقد تقتصر على المالك وحده ، وهذا ما يجعل العقد الموقوف أكثر ملاءمة ، ويجنبنا كثيراً من المشكلات والصعوبات (١) » .

لذلك نصي المشرع الوضعي بالأخذ بنظرية وقف تصرفات الفضولي - الذي تصرف في ملك غيره دون إذن منه أو ولاية عليه - على إجازة صاحب الشأن التي تضع لنا حكماً واحداً للتصرف ، وحماية أكثر للمالك .

(١) الفضالة : ص ٦٤ .

الفصل الخامس الإجازة في الشريعة والقانون

■ تمهيد وتقديم :

كما سبق يتضح للباحث بأن مصير العقد الموقوف في الشريعة والقانون ينتهي إلى أمرين :

■ الأمر الأول :

إجازة العقد ممن له الحق في الإجازة شرعاً وقانوناً . مما يترتب عليها نفاذه من وقت إنعقاده .

■ الأمر الثاني :

رفض إجازته ويترتب عليه رد التصرف الموقوف واعتباره باطلاً من وقت نشوئه ولأهمية الإجازة وصلتها القوية بموضوع البحث نبين هذه النقاط التالية :

- ١) تعريف الإجازة لغة وشرعاً وقانوناً .
- ٢) أركان الإجازة .
- ٣) من له حق الإجازة في الشريعة والقانون .
- ٤) محل الإجازة في الشريعة والقانون .
- ٥) شروط الإجازة في الشريعة والقانون .
- ٦) آثار الإجازة في الشريعة والقانون .
- ٧) رفض الإجازة من صاحب الحق في الشريعة والقانون .

المبحث الأول تعريف الإجازة

(١) الإجازة لغة :

هى إنفاذ التصرف وإمضاؤه وجعله جائزاً نافذاً . يقال أجزت العقد : جعلته جائزاً نافذاً . وجاز العقد نفذ ومضى على الصحة ، وأجاز رأيه أنفذه وأجاز له البيع وأمضاه^(١) .

(٢) والإجازة شرعا :

هى تصرف إنفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لابقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وانتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالي حسب طبيعة التصرف الموقوف^(٢) .

وقيل بأنها : تصرف شرعي في العقد بالإبقاء بموجب نفاذه وترتب حكمه عليه . إما مستنداً إلى وقت وجوده أو مقتصراً على حال صدورها . فللولي أو لناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته أو مالك الشيء في حالة بيع الفضولي لمال الغير حق إجازة التصرف الموقوف^(٣) .

(٣) الإجازة قانونا :

هى تصرف يقصد به النزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد من تقرر له هذا الحق ، والإجازة تتم بإرادة منفردة وتنتج أثرها دون حاجة إلى قبول أو موافقة الطرف الآخر^(٤) .

(٤) الفرق بين الإجازة والإذن والإقرار :

الإجازة هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه . أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله^(٥) .

(١) المعاجم اللغوية ، مادة (جوز) .

(٢) البدائع : ١٤٩/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٣١١/٥ د/ عبدالمجيد مطلوب : ص ١٢٠ .

(٣) تكملة فتح القدير : ٢٢٤/٨ وفي الهداية وفتح القدير : ٣١١/٥ ، العقد الموقوف : ص ٢٠٢ ، الإجازة في التصرفات

القانونية ، دراسة مقارنة د/ عبدالرازق فرح : ص ٩ .

(٤) مختار القاضي أصول الالتزامات : ص ١٠٧ .

(٥) أحكام التصرف عن الغير للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٣٠ .

وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة ، ويكون الإذن لما سيقع ، أما الإجازة فإنها تكون لما وقع ، ويكون الإذن بمعنى الإجازة إذا حدث بعد التصرف ، وكان الأمر قد وقع وعلم به الأذن^(١) .

(٥) والفرق بين الإجازة والإقرار :

أمر واضح لأن الإجازة ترد على العقد القابل للإبطال من العاقد الذي تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزيل ما لحق العقد من جانب يمكن الطعن فيه بالإبطال .

بخلاف الإقرار الذي يرد على عقد صحيح من شخص لم يكن طرفاً فيه ، ولا يلتزم به فجعله نافذاً في حقه مثل إقرار المالك الحقيقي البيع الصادر من غير مالك^(٢) . ومثل إقرار الورثة للتصرفات التي أجراها مورثهم في مرض موته وإقرار الأصيل للتصرف الذي أبرمه نائبه متجاوزاً حدود نيابته^(٣) .

(٤) الفرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد :

الإجازة تصرف انفرادي من جانب واحد وبات لا تحتاج إلى قبول . أما عمل العقد من جديد فيقتضي توافق إرادتين متطابقتين . وفضلاً عن ذلك فليس له أثر رجعي بعكس الإجازة فإن لها أثراً رجعياً^(٤) .

(٥) المقارنة بين الشريعة والقانون :

بالمقارنة بين تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . نجد أنهما يتفقان في أن كلا منهما يعتبر تصرفاً انفرادياً صادراً من جانب واحد . ويختلفان من حيث أن كل ما يترتب على الإجازة في القانون هو تأكيد عوامل الصحة في العقد القابل للإبطال وإزالة الخطر الذي كان يهدده بالزوال ، فهي لا تضيف إليه جديداً . لأنه كان منتجاً لآثاره قبل إجازته . بخلاف العقد الموقوف فهو لا ينتج أثراً قبل إجازته . فإذا ما أجاز أصبح نافذاً منتجاً لآثاره إما مستنداً إلى وقت صدوره أو

(١) راجع جامع الفصوليين لابن قاضي سماوة : ٢٣١/١ .

(٢) د/ سليمان مرقص ، أصول الإلتزامات : ص ٢٣٥ .

(٣) د/ لبيب شنب ، مصادر الإلتزام : ص ٢٣٢ .

د/ السنهوري ، نظرية العقد : ص ٦٦٥ .

يلانيول وريبير : ٢٩٢/٢ ف ٨٥٩ .

(٤) مصادر الحق للفقه الإسلامي ، د السنهوري : ١٠٩/٤ .

مقتصرًا على حال الإجازة^(١). إذن إجازة العقد الموقوف هي تصرف يصدر بالإرادة المنفردة لمن تقرر له ويترتب عليها نفاذ العقد الموقوف، وترتيب آثاره من وقت إبرامه، وليس من وقت الإجازة، ولا من وقت التصرف.

وإذا كان المشرع الكويتي: لم يخص العقد الموقوف بنصوص خاصة، إلا أنه من الممكن إستنباط أمثلة تطبيقية قد أخذ بها كالتصرف في ملك الغير دون إذنه كبيعه أو إجارته أو هبته، واللجنة الاستشارية العليا تعمل جاهدة للأخذ بفكرة العقد الموقوف لدقتها وشمولها، ورعايتها للمصلحة ودفع الضرر^(٢).

(١) مصادر الحق للفقهاء الإسلاميين، د. السنهوري: ١٠٩/٤.

(٢) د. إبراهيم أبو الليل: ٢٨٩/١ - ٢٩٠.

المبحث الثاني أركان الإجازة في الشريعة والقانون

■ تتمثل هذه الأركان في عدة أمور وهي :

(١) المجاز تصرفه : وهو من تولى التصرف دون إذن أو ولاية شرعية . ويشترط فيه أن يكون أهلاً للتصرف كالبالغ العاقل والصبي المميز في بعض تصرفاته ، أما إذا كان الفضولي غير أهل لمباشرة التصرف كالمجنون والصبي غير المميز ، فإن التصرف يقع باطلاً فلا يقبل الإجازة^(١) .

(٢) المميز : وهو من يملك التصرف ، سواء أكان أصيلاً أم وكيلاً أم ولياً أم وصياً أم قيماً أم ناظر وقف . ويشترط فيه أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف وقت الإجازة ، فإن كان بيعاً وجب أن تتوفر فيه أهلية التعاقد ، وإن كان هبة وجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع . . . لأن الإجازة لها حكم الإنشاء فيجب فيها ما يجب في الإنشاء^(٢) .

(٣) المجاز : وهو التصرف في محل الإجازة ، سواء أكانت قولية أم فعلية . فإجازة الأقوال لا خلاف فيها ، بشرط أن يكون التصرف الذي وقع صحيحاً ، وأن يكون موقوفاً ، أي غير نافذ كتصرف الفضولي عند من يرى جوازه .

أما إجازة الأفعال : فهي محل خلاف بين الفقهاء ، حيث ذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد بأن الإجازة لا تلحق الأفعال خلافاً للإمام محمد بن الحسن ، ورواية للحنابلة الذين يقولون بأنها تلحق الأفعال ، وبناء على ذلك فإجازة المالك لتصرف الغاصب صحيحة وتبريء ذمته ويسقط عنه الضمان خلافاً لجمهور الفقهاء لأن تصرفات الغاصب في العين المغصوبة حرام ولا يملك أحد إجازة تصرف حرام^(٣) .

(٤) الصيغة : وهي الألفاظ التي تدل على الإجازة أو ما يقوم مقامها من الأفعال أو القرائن القوية الدالة على الإجازة .

(١) بدائع الصنائع : ٤٤٦٦/٩ ، حاشية الدسوقي : ٢٩٥/٣ ، نهاية المحتاج : ٣٤٣/٤ ، المغني لابن قدامة : ٤٧٠/٤ .

(٢) الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف - الكويت : مصطلح «إجازة» .

(٣) بدائع الصنائع : ٣٣٩١/٧ ، ابن عابدين : ١٣٩/٤ ، ١٤١ ، ١٢٦/٥ . نهاية المحتاج : ٣٩٠/٣ ، الأم : ٢٥٢/٣ ، كشف القناع :

٩٥/٤ .

والإجازة في الشريعة تتحقق باللفظ الصريح عن له حق الإجازة . كقوله (أجزت التصرف أو قبلته أو رضيت به) أو باللفظ الضمني كما لو طلب من له الحق في الإجازة الثمن من المشتري .

والفرق بينهما واضح : لأن التعبير الصريح يدل على الإجازة دون اجتهاد أو فقه . أما الضمني فيخضع لتقدير القاضي مستهدياً في ذلك بالأعراف المحلية . والظروف المحيطة بكل قضية .

ويتحقق أيضاً بالإشارة المفهمة وبالكتابة المستبينة على الورق . وبالفعل الدال على الإجازة ، وقد يكون صريحاً مثل مالو سلم المالك الشيء المبيع إلى المشتري في بيع الفضولي أو قبض الثمن منه أو ضمناً مثل مالو وهب المالك الثمن للمشتري أو تصدق به عليه^(١) .

■ وفي القانون تكون الإجازة صريحة ، مثل قول (أسقطت أو تنازلت عن حقي في طلب الإبطال ، وقد تكون ضمنية تستفاد من اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة مثل مالو قام المشتري الذي له حق إبطال عقد البيع بدفع الثمن بعد علمه بالعيب الذي لحق إرادته وحقه في التمسك به لإبطال العقد^(٢)) ولذلك تنص المادة ١٨١ مدني كويتي على أن إجازة العقد القابل للإبطال ممن له الحق في طلب إبطاله ، صريحة كانت أم ضمنية تطهره من العيب الذي انصبت عليه وتزيل حق طلب الإبطال بسببه .

وكذلك تنص المادة ١/١٣٩ مدني مصري (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية) . فالإجازة نوعان : صريحة وضمنية كما سبق . أما مجرد السكوت عن طلب إبطال العقد لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة إلا إذا سقط الحق في هذا الطلب بالتقادم^(٣) . وهذا هو رأى جمهور فقهاء الشريعة من الحنفية والشافعية والحنابلة والشريعة الزيدية والإمامية ، خلافاً للمالكية الذين قالوا بأن السكوت يكون دليلاً على الإجازة إذا كان التصرف بحضور المتصرف له ولم يكن هناك مانع من إنكاره أو رده . أما إن كان يعتبر

(١) جامع الفضولييين : ٢٣١/١ ، البحر الرائق لابن نجيم : ٢٣١/١ ، البدائع : ١٣٥/٥ ، مواهب الجليل : ٢٢٩/٤ ، نهاية المحتاج :

١١/٢ ، المغني لابن قدامة : ٥٦٦/٣ .

(٢) أصول المعاملات د جلال العدوي : ص ١٩٨ .

(٣) د السنهوري ، الوسيط : ٥٦٨/١ ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية د عبد المنعم الصدة : ٣٢/٢ ، نظرية البطلان د جميل

الشرقاوي : ص ٢٨٧ ، ونظرية الالتزام د سمير تناغو : ص ١٠٠ .

حضوره ولم يعلم به فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره السكوت^(١).

■ الرأي الراجح :

والذي أراه وأرجحه أن الأصل في الشريعة الإسلامية ، هو أن السكوت لا يدل على الرضا وليس دليلاً على الإجازة ، إذ لا ينسب لساكت قول ، ولكن السكوت يكون دليلاً على الرضا إذا قامت قرينة أو أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على الرضا مثل ما لو تسلم المالك الذي بيع ملكه دون إذنه للثمن بلا اعتراض منه على ذلك فيكون السكوت بياناً^(٢) وفقاً للقانون المدني الكويتي في المادة ٤٤ (لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً .

وبهذا أخذ القانون المدني الحالي في المادة ٩٨ مدني مصري وغيره من القوانين العربية التي يتفق مع القول الراجح في الفقه الإسلامي .

(١) راجع المبسوط للسرخسي : ١٤٠/٣ جامع الفضولين : ١٤٠/٣ ، حاشية الحموي على الأشباه والنظائر : ٢٢٠/٢ ، المجموع شرح المهذب : ٢٦٤/٤ ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، نهاية المحتاج ٢٥ /٣ ، المغني لابن قدامة : ٢٠٥/٤ البهجة ، شرح التحفة للتسولي : ٤٧/٢ ، مواهب الجليل للحطاب : ٢٧٠/٤ ، مفتاح الكرامة للعاملين : ١٩٨/٤ ، البحر الزخار لابن المرتضى : ٢٣٠/٣ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٧٨ د عبدالرازق فرج : ص ٣١ .

المبحث الثالث المجيز

■ نبين في هذا المبحث من له حق الإجازة :

■ في الفقه الإسلامي .

■ والمجيز في القانون الوضعي .

أولاً : المجيز في الفقه الإسلامي :

هو كل شخص يملك مباشرة التصرف الموقوف . فإذا باع الفضولي ملك الغير توقف العقد على إجازة ذلك الغير وهو المالك أو صاحب الولاية .

وفي حالة ماله أجاز تصرف الفضولي نفذ التصرف من وقت عقده على اعتبار أنه وكيل عن المالك ، وفي حالة عدم إجازة من له الحق فيها بطل التصرف وكأنه لم يكن . ولكن هل للمتصرف إليه (المشتري من الفضولي) حق الإجازة ؟ ..

والإجابة عن ذلك واضحة بأنه ليس من حقه الإجازة بل من حقه الفسخ قبل إجازة المالك . أما إذا سكت حتى أجاز المالك التصرف ، فلا يملك الفسخ لأنه بهذه الإجازة يعتبر العقد نافذاً من وقت صدوره . ويعد المشتري مالكا للمبيع من وقت النفاذ . بل لا يجوز للمشتري إجازة الشيء المبيع قبل قبضه لعدم المجيز^(١) .

وهل للفضولي حق الإجازة ؟

ليس له حق الإجازة بل له حق الفسخ قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه^(٢) .

وهناك حالات كثيرة للعقد الموقوف ، وفيها يختلف المجيز من عقد لعقد آخر . فلولي الصبي حق الإجازة في التصرف الدائر بين النفع والضرر . وللصبي نفسه بعد بلوغه ، وللقاضي في حالة من لا ولي له أو وصي .

(١) راجع فتاوي قاضي خان : ١٧٥/٢ : (باع ثوبا من رجل ولم يقبضه المشتري حتى باعه البائع من رجل بفضل عشرة دراهم ، ثم أجاز المشتري بيع البائع لاتصح إجازته ، لأنه بيع مالم يقبض) .

(٢) فتح القدير : ٣١٢/٥ ، خلافاً للمالكية الذين يرون أن تصرف الفضولي لازم من جهة الفضولي ومن تعاقد معه إذا كان راضياً بالعقد . الشرح الكبير للدسوقي : ١٢/٣ .

وإجازة المرتهن . وإجازة المستأجر في بيع الشيء المرهون والشيء المستأجر ، وغيرها من الحالات الأخرى^(١) .

ثانياً : المميز في القانون الوضعي :

هو من يكون له الحق في التمسك بالإبطال ، مثل المشتري في بيع ملك الغير ، والموهوب له في هبة ملك الغير والدائن المرتهن في رهن ملك الغير رهنا رسمياً أو حيازياً^(٢) .

وشذ عن ذلك بيع ملك الغير . فالمالك الحقيقي له الحق في إقرار التصرف ، وإن لم يكن له الحق في الإبطال ، لأنه ليس طرفاً في العقد^(٣) . وفقاً للمادة ١٣٨ مدني مصري . وفضلاً عن ذلك فإن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري فإذا أجاز المالك الحقيقي لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، وبهذا تنتهي العلة الدافعة للإبطال .

بعكس العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، فإن الشخص يملك الإجازة والفسخ كالمالك في بيع ملك الغير . أو يملك الإجازة دون الفسخ كالمستأجر في حالة مالو باع الشيء المستأجر .

فالمبدأ العام أن الذي يوقف العقد في حقه يكون له حق الإجازة بخلاف حق الفسخ ، فإنه يكون له أولاً يكون في بعض الحالات^(٤) .

وليس من حق المميز أن يرجع عن الإجازة بعد صدورها لحدث أثرها دون حاجة إلى علم الطرف الآخر بها ولذا لا يستطيع الرجوع فيها^(٥) .

(١) راجع ابن عابدين : ١٤٠/٤ ، والمبسوط للسرخسي : ١١/١٣ ، والبحر الرائق لابن نجيم : ٥ / ٢٨٠ .

(٢) مصادر الحق د . السنهوري : ١١٦/٤ ، نظرية الإلتزام د . سمير تناغو : ص ١٠٠ .

(٣) د . السنهوري ، الوسيط : ٥١٥/١ ، نظرية العقد : ص ٦٦٨ . د . محمود جمال الدين زكي في النظرية العامة للالتزامات : ص

٢٦٠ القانون المدني الفرنسي مازو : ٢٥٢/٢ ف ٩٠٣ ، ط ٢٦٩١ مشار إليه د . عبدالرازق فرج في العقد الموقوف : ص ٢١٦

هامش . وانظر مؤلفه في الإجازة : ص ٣٧ .

(٤) د . عبدالرازق فرج ، العقد الموقوف : ص ٢١٦ .

(٥) د . عبدالرازق فرج ، الإجازة في التصرفات القانونية : ص ٣٨ .

المبحث الرابع محل الإجازة

أولاً : محل الإجازة في الفقه الإسلامي :

التصرف الموقوف محل الإجازة في الفقه الإسلامي ، فالإجازة هنا تصرف في عقد موقوف . ولذلك فهي لا ترد على العقد النافذ ولا العقد الباطل لأنه معدوم ، والإجازة لا تخلق من العدم وجوداً . ويشترط أن يكون محل الإجازة تصرفاً شرعياً قولياً موقوفاً^(١) . وأن يكون قائماً وقت صدورها وإلا بطل العقد .

لأن الإجازة لها حكم الإنشاء ، وبها تترتب الأحكام . ولذلك لا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم .

وهناك حالات كثيرة يكون التصرف فيها محلاً للإجازة أهمها : التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون للمتصرف ولاية التصرف ، وهذا يعني أنه لم يكن نائباً أو وكيلًا ، فإنه والحالة هذه ينعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة . وتشتمل هذه الحالة على أنواع من التصرفات . أهمها :

■ تصرف الفضولي بالبيع يعتبر محلاً للإجازة . لأن البيع ينعقد موقوفاً لا ينتج أثره حتى يجاز من المالك أو الولي أو الوصي من لهم حق الإجازة ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء حينما تكلمنا عن حكم تصرف الفضولي .

■ أيضاً إجازة الفضولي لملك الغير تعتبر محلاً للإجازة^(٢) . فالإجازة كالبيع يشترط فيها أن يملك العاقد محل العقد أو يكون له الولاية عليه .

■ وقد يكون محلاً للإجازة هبة ملك الغير ، ووقف ملك الغير . والوصية بمال الغير وغيرها من التصرفات الأخرى . كالزواج ، والخلع ، والطلاق . وغير ذلك من الحالات الأخرى التي لا يتسع المقام لذكرها .

(١) والتصرف هو (كل ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال ، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج) والتصرفات القولية نوعان : تصرفات تملكية كالبيع والشراء والإجازة والزواج . والثاني : تصرفات إسقاطية : إبراء الدين للمدين . والطلاق والتنازل عن حق الشفعة والعفو عن القصاص . البدائع : ١٧١/٧ . وجاء في جامع الفصولين (الإجازة لا تلحق الأفعال عند أبي حنيفة وتلحقها عند محمد رحمه الله) وسبق الكلام عند نطاق الفضالة ورجحنا الأقوال والأفعال لتكون محلاً ، فكذلك هنا . انظر : ص .

(٢) البدائع للكاساني : ١٧٠/٤ .

ثانيا : محل الإجازة في القانون :

إن الإجازة في القانون ترد على العقد القابل للإبطال ولا ترد على العقد الباطل ، وهذا محل إتفاق بين الشريعة والقانون ، لأن العقد الباطل معدوم . ولا تستطيع الإجازة أن تخلق من العدم وجوداً ، بل يجوز عمله من جديد . ويطلق على هذا التصرف القابل للإبطال بالتصرف الباطل بطلاناً نسبياً ، وهو تصرف منتج لآثاره مادام لم يتقرر بطلانه . فإذا تقرر بطلانه زال العقد بأثر رجعي وكأنه لم يكن^(١) . ويستوي الأمر بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً .

■ وأهم حالات العقد القابل للإبطال (محل الإجازة) : هي :

(١) تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ومن في حكمه كالسفيه وذوي الغفلة^(٢) بعد تسجيل قرار الحجر عليهما .

(٢) حالة وجود عيب من عيوب الإرادة ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(٣) .

(٣) حالة وجود نص خاص في القانون (بطلان بيع ملك الغير)^(٤) فالعقد هنا قابل للإبطال بين البائع والمشتري ولا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي . وهذا ما يطلق عليه (العقد الموقوف) في الفقه الإسلامي لتخلف شرط من شرطي نفاذه وهما :

(١) الولاية على التصرف (أهلية الأداء) ويقابله في القانون الوضعي العقد القابل للإبطال لنقص الأهلية .

(٢) الولاية على محل العقد (مالكاً لهذا المحل أو نائباً عن مالكة) وإلا كان فضولياً في تصرفه ، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك .

(١) د. السنهوري ، نظرية العقد : ص ٦٦٨ .

د. عبد المنعم الصدة ، نظرية العقد : ٧٩/٢ .

د. جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان : ص ٣٨٥ .

د. مازو ، شرح القانون المدني الفرنسي ، الإلتزامات : ٢٥٢/٢ ف ١٣٠٩/١٩٦٢ .

د. عبدالرازق : ص ٢١٨ في العقد الموقوف ، الإجازة : ص ٥٧ .

(٢) م ٢/١١١ مدني ، م ١١٥ مدني مصري .

(٣) م ١٢٠ ، ١/١٢٥ ، ١٢٧ ، ١٢٩ ، مدني مصري .

(٤) م ٤٦٦ مدني مصري ، مدني مصري .

فإذا تعلق بمحل العقد حق للغير ، كما في بيع العين المرهونة ، أو المستأجرة ، فإن العقد لا يرتب آثاره العينية ، بل يكون موقوفاً على إجازة مالك العين المرهونة أو المستأجرة .

ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحكم العقد الذي يتخلف فيه شرط الولاية على محل العقد ، فكلاهما يجعل منه عقداً ، وإن كان صحيحاً من حيث الإنعقاد ، إلا أنه لا يرتب آثاره في مواجهة المالك الحقيقي .

المبحث الخامس شروط الإجازة

إن الإجازة لها شروط لا بد من توافرها حتى يترتب عليها آثارها من نفاذ العقد وسريانه في مواجهة من يجيزه . وذلك في الفقه الإسلامي والقانون المدني .
أولاً : شروطها في الفقه الإسلامي :

بناء على القول بصحة تصرف الفضولي ، فإن القائلين به يشترطون لصحة إجازة هذا التصرف عدة شروط يجب توافرها وهي :

(١) أن يكون للتصرف شخص يجيزه عند صدوره ، فإذا لم يكن له من يجيزه لم تصح الإجازة اللاحقة بعد ذلك ، لأن كل تصرف يقع ولا مجيز له حين وقوعه يقع باطلاً ، والباطل لا تلحقه الإجازة مثل مالو أوصى الفضولي بشيء من مال الغير ، ثم أجازها الصغير بعد بلوغه ، فإن إجازته غير صحيحة . وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة في قول عندهم والشافعية بناء على القول عندهم بجواز تصرفات الفضولي^(١) .

(٢) أن يكون صاحب الحق موجوداً على قيد الحياة عند صدور الإجازة . فإذا كان ميتاً قبلها ، فلا يجوز لورثته أن يقوموا مقامه في إصدار الإجازة . وعلة ذلك أن الحق هنا حق شخصي للمجيز ، فلا يورث عنه .

(٣) أن يكون الفضولي موجوداً على قيد الحياة وقت صدور الإجازة ، فإذا كان قد مات قبل صدورها فإنها حينئذ لا تصح لعدم وجود أحد طرفي العقد وقت صدورها - ويلاحظ أن هذا الشرط خاص بالعقود التي ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل مثل عقد البيع - فأما العقود التي ترجع فيها الحقوق إلى الموكل كالزواج فلا يشترط فيها ذلك ، وهو ما صرح به الحنفية والمفهوم عن مذهب الشافعية^(٢) .

(٤) أن يكون الشخص الذي تعاقد معه الفضولي موجوداً على قيد الحياة عند صدور الإجازة ، فأما إذا كان هذا المتعاقد ميتاً قبل صدورها فإن الإجازة الصادرة بعد موته لا تعتبر صحيحة لعدم وجود أحد طرفي العقد .

(١) ابن عابدين : ١٣٥/٤ ، الدسوقي : ١٢/٣ ، أسنى المطالب : ٩٨/٢ .

(٢) ابن عابدين : ١٤٠/٤ ، المجموع : ١٦٢/٩ ، نهاية المحتاج : ٣٩١/٣ .

(٥) وأن يكون المعقود عليه موجوداً وقت الإجازة فلو هلك وتلف المعقود عليه قبل صدور الإجازة ، فإنها تقع باطلة^(١). لأن العقد لا تلحقه الإجازة في هذه الحالة ، فالإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد بقيام العاقدين والمعقود عليه .
ثانياً : شروط الإجازة في القانون :

يشترط في الإجازة التي تصحح العقد القابل للإبطال عدة شروط هي :

(١) يجب أن تتجه إرادة المميز إلى التنازل عن حقه في طلب الإبطال - وأن يكون وقت الإجازة عالماً بالعيب الذي يشوب العقد المراد إجازته^(٢) .

(٢) أن يكون المميز ذا أهلية للإجازة ، والأهلية المطلوبة هنا هي أهلية إبرام العقد محل الإجازة - ولذلك يجب لأجازة العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أن تكون الأهلية كاملة وقت الإجازة وإلا كانت الإجازة قابلة للإبطال كالعقد سواء بسواء ، وللولي أو الوصي أو القيم الإجازة شريطة أن يكون العقد داخلاً في نطاق النيابة .

(٣) أن تكون إرادة المميز سليمة وخالية من العيوب إذا كانت قابلية العقد للإبطال قد قررت بسبب عيب من عيوب الإرادة .

ويجب لصحة الإجازة أن يصدر بعد زوال العيب ، أي بعد وضوح الغلط ، أو التدليس ، أو الاستغلال ، أو بعد زوال الإكراه ، وإلا كانت الإجازة معيبة وقابلة للإبطال^(٣). فإذا توافرت هذه الشروط المطلوبة في الإجازة فإن العقد يصبح صحيحاً ومنتجاً لآثاره بأثر رجعي أي من وقت العقد لا من وقت الإجازة .

ويقع عبء إثباتها على مدعي الإجازة^(٤) . بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن ، وهذا في حالة مالو كانت الإجازة صريحة - أما إذا كانت غير صريحة ، فالأمر يختلف باختلاف قيمة العقد المجاز - فإذا كانت قيمته مائة جنيه فأقل ، فإنه يجوز إثبات إجازته بكل وسائل الإثبات . وإذا كانت قيمة تزيد على مائة جنيه ، فإنه يجب إثبات الإجازة بالكتابة أو مايقوم مقامها .

(١) البدائع للكاساني : ١٥٠/٥ ، فتح القدير : ١١٣/٥ ، جامع الفضولين : ٢٣٠/١ ، ابن عابدين : ١٤٢/٤ . المجموع : ٣٨٣/٩ ،

حاشية الدسوقي : ١٢/٣ ، شرح الزرقاني : ١٩/٦ ، د. الشافعي عبدالرحمن ، عقد البيع : ص ٥٩ .

(٢) د. لاشين الغاياتي : ص ١٥٣ ، د. جمال العاقل ص ١٢٥ .

(٣) د. لبيب شنب : ص ٢١٢ .

(٤) نقض مدني : ١٩٥٣/١١/٢٦ م ق م ٢٨/٥ - ٢٠٣ .

نقض مدني : ١٩٧٢/٢/١٥ م ق م ٢٣/٥٠ - ٢٥ - ١٦٢ .

ثالثاً: المقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح ان الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في هذه الشروط ، غير أن بعض الفقهاء المعاصرين يزيدون على ذلك شروطاً أخرى هي :

■ وجود العاقدین والمحل والمجيز وقت صدور التصرف الموقوف ووقت صدور الإجازة .
 ■ وسبب هذا أن الإجازة في الفقه الإسلامي تارة تكون كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف ، وتارة تكون منشئة لها ، وعلى ذلك يجب توافر هذه الشروط وقت صدور التصرف ، لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجازة كما يجب توافرها وقت صدور الإجازة لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

■ أما في القانون الوضعي فالإجازة ليست إلا كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف ، وليست المنشئة لهذه الأحكام ، وذلك لأن العقد قبل صدور الإجازة كان نافذاً ، فهي لا تضيف إليه جديداً بل تؤكد ما أنتجه من آثار^(١) .

(١) دة عبدالمجيد مطلوب ، المرجع السابق : ص ١٣٨ .

المبحث السادس أثر الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً : أثر الإجازة في الفقه الإسلامي :

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الإجازة تصرف إرادي من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها . ولا يمكن الرجوع فيها .
ولكن الفقه الإسلامي اختلف في التكييف الشرعي للإجازة هل تكون منشئة ؟ أم كاشفة ؟؟

وأساس هذا الخلاف أمر راجع إلى المبدأ الفقهي العام القائل (بأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء) .

(والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)^(١) . ولو طبقنا هذا المبدأ على إطلاقه لوجب القول بأن الإجازة تصرف كاشف .

ولكن القول بذلك غير مسلم به لاصطدامه في بعض أنواع التصرفات التي لا يمكن أن تنتج أثرها إلا في الحال ، ولذلك تكون الإجازة والحالة هذه تصرفاً منشئاً لا تصرفاً كاشفاً .

وبناء على ذلك نرى إجازة بيع ملك الغير من المالك الحقيقي تجعل العقد نافذاً لآثاره بأثر رجعي أي من وقت إنشاء العقد لا من وقت الإجازة .

ويترتب على ذلك أن المالك يكون مالكاً للثمن بما لحقه من تغيير منذ العقد . والمشتري يكون مالكاً للشيء المبيع بما لحقه من تغيير أيضاً منذ العقد . وعلة ذلك أن هذا التصرف لا يصح تعليقه بالشرط ، فكأنه تحقق كاملاً من وقت انعقاده^(٢) .

وعكس ما سبق نرى بأن طلاق الفضولي وعتقه ينفذ كل منهما بأثر حال من وقت الإجازة ، ولا يكون له أي أثر فيما بين إنشاء التصرف وتحقيق الإجازة ، وذلك لأن مثل هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط ، فكأنها معلقة على شرط تحقق الإجازة ، ويبدأ وجودها من وقت الإجازة لا من وقت إنشاء العقد .

(١) المبسوط للرخسي : ١٥٣/١٢ .

(٢) البحر الرائق : ١٦٥/٦ ، الفتاوى الهندية : ١١٢/٣ . (الأحكام الشرعية للشيخ علي الخفيف : ص ٢٠٩ د عبدالمجيد مطلوب : ص ١٢٣ ، د سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي : ص ٦٢٦ .

وبهذا ذهب الحنفية حيث قالوا: إن بعض التصرفات يباشرها الفضولي، ثم أجزت فإنها تنتج آثارها من وقت إنشاء العقد. والبعض الآخر من التصرفات ينتج آثاره في الحال من وقت الإجازة، فالإجازة لدى فقهاء الحنفية إظهار من وجه وإنشاء من وجه. ووافقهم في ذلك المالكية والشافعية بناء على الرأي القائل بوقف تصرفات الفضولي^(١).

أما فقهاء الحنابلة والإمامية فإنهم قد اختلفوا على رأيين^(٢):

الرأي الأول: يرى بأن الإجازة ناقلة للحق ومنشئة له فلا أثر للتصرف المجاز إلا من وقت الإجازة ولا يملك المشتري المبيع إلا من حين صدورها.

وعلة ذلك أن (رضاء المالك إما أن يكون شرطاً في تحقق الانتقال، أو أحد جزئي العلة والسبب المؤثر في نفاذ العقد. وعلى كلا التقديرين لا بد من تأخر الانتقال عنهما، ضرورة أن المشروط متأخر عن شرطه. وكذا المعلول متأخر عن جزء علقته. وحينئذ فلا يحصل الملك قبل الإجازة^(٣)).

الرأي الثاني: وهو الراجح لدى الحنابلة، والأغلبية للإمامية، يقولون بأن الإجازة كاشفة عن صحة العقد وقت إنشائه فيملك المشتري المبيع من وقت العقد لا من وقت الإجازة.

ويعلمون ذلك: بأن الإجازة تكشف عن رضاء المالك لو التفت إلى العقد حين وقوعه، وهذا الرضا مقارن للعقد. فيكون العقد التام هو سبب الملك، ولكونه تاماً وجب ترتب الأثر من حينه^(٤).

■ الرأي الراجح:

والذي أراه وأرجحه هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية حيث أنهم لم يخالفوا المبدأ الفقهي الشرعي العام مع التصرف في كل عقد حسب طبيعته من قبول للأثر الرجعي فتكون الإجازة مظهرة للحكم كبيع الفضولي أولاً يقبل الأثر الرجعي فتكون الإجازة منشئة للحكم، كطلاق الفضولي.

(١) البدائع: ٢٦٤/٥، جامع الفضولين: ٢٢٩/١، الشرح الكبير للدسوقي: ١٢/٣، شرح الخرشي: ١٢/٤، المجموع للنووي: ٢٨٠/٩.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٠٠/٢.

مفتاح الكرامة: ١٨٠/٤.

(٣) د. عبدالمجيد مطلوب، المرجع السابق: ص ١٣٣.

(٤) مفتاح الكرامة: ١٨٢/٤، د. مطلوب: ص ١٣٢.

■ الخلاصة :

وجملة القول فيما سبق أن الإجازة إذا استوفت شروطها ترتب عليها آثارها .

■ وأهمها :

جعل الفضولي وكيلاً في التصرف الذي قام به وفقاً للمبدأ العام (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) فالمجيز بأجازته يكون قد وكله في إنشاء هذا التصرف قبل أن ينشئه ، كما يترتب عليها أثر بالنسبة للتصرف الصادر منه ، حيث تجعله نافذاً منتجاً لجميع آثاره بعد أن كان موقوفاً . ولكننا نتساءل متى ينتج هذا التصرف أثره ؟ هل يكون ذلك من وقت إنشاء العقد ، أو من وقت الإجازة فقط ؟ يختلف الأمر في ذلك تبعاً لاختلاف العقود . كما سبق .

فإذا كان العقد من العقود التي لا يصح تعليقها على الشرط كعقود المفاوضات المالية ، فإنه ينتج أثره مضافاً لوقت إنشائه - وبناء على ذلك - فإذا حدثت زيادة في المبيع مثلاً في الفترة ما بين إنشاء العقد وإجازته ، فإنها تكون ملكاً للمشتري لأنها ثمرة ملكه .

فأما إذا كان العقد من العقود التي يصح تعليقها على شرط مثل الطلاق والكفالة ، فإن العقد ينتج أثره من وقت الإجازة فقط . وليس من وقت إنشاء العقد^(١) .

ثانياً : أثر الإجازة في القانون المدني :

قلنا سابقاً بأن الإجازة هي تصرف قانوني من جانب واحد . والغرض منها التنازل عن طلب الإبطال وإزالة الزعزعة والخطر الذي يهدد العقد بالزوال وتأييد استمرار صحته . فالإجازة من المتعاقد صاحب حق التمسك بإبطال العقد لها أثرها الفعال في استقرار وجود العقد نهائياً .

ومن الجدير بالذكر أن نعلم بأن الإجازة لا تصحح العقد القابل للإبطال فهو صحيح قانوناً قبل صدور الإجازة .

ولكنها تفيد أن المجيز قد تنازل عن حقه في طلب الإبطال للعيب الذي تجاوز عنه

(١) د. الشافعي عبدالرحمن ، دراسة مقارنة حول عقد البيع : ص ٥٠ .

أى الذي أجاز وقوعه (١) .

ويقول الأستاذ الدكتور أحمد سلامة (ولما كانت الإجازة تصرفاً قانونياً فإنها تجب أن تستوفي أركان التصرف القانوني ، وأن تستوفي هذه الأركان شروطها تماماً كالعقد ، فإذا نقص ركن أو شرط ترتب نفس الجزاء الذي يترتب بالنسبة للعقد فتكون الإجازة ذاتها باطلة أو قابلة للإبطال بحسب الأحوال) (٢) .

وبالإجازة يعتبر العقد صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة لما لها من أثر رجعي . وهذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين دون إخلال بحق الغير الذي كسب حقاً عينياً على الشيء الذي ورد عليه التعاقد (٣) .

وبهذا نصت المادة ١٣٩ مدني مصري على أنه : (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية) .

وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير) ويقابلها نص المادة (١٨١ مدني كويتي) .

فالإجازة تزيل خطر الإبطال وتقوي عوامل الصحة في العقد (٤) . ويرى البعض بأن القول بأن الإجازة تجعل العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره من وقت العقد لا من إجازته ، تعبير

(١) د.أ. أحمد سلامة ، نظرية الالتزام : ص ١٤٦ ، ونفس المعنى .

د.أ. عبدالمنعم البدرابي ، أثر مضي المدة في الالتزام : ص ١٣٦ .

د.أ. محمود جمال الدين زكي : ص ٢٢٥ .

د.أ. أنور سلطان : ص ٢٤٧ .

د.أ. عبدالفتاح عبدالباقي : ص ٢٦٠ .

د.أ. جميل الشرفاوي : ص ٢٣٥ .

د.أ. لبيب شنتب : ص ٢٣١ .

د. عبدالرازق فرج : ص ١٣١ .

(٢) المرجع السابق : ص ١٤٧ .

(٣) د.أ. السنهوري ، مصادر الالتزام : ١١٥/٤ .

د.أ. سمير التناغو ، نظرية الالتزام : ص ٩٨ .

(٤) د.أ. السنهوري في الوسيط : ٣٨٠/١ .

د.أ. أحمد سلامة ، المرجع السابق : ص ١٤٦ .

د.أ. حشمت أبو شنتب : ف ٢٦٤ .

د.أ. عبدالفتاح عبدالباقي : ص ٢٦٠ .

د.أ. عبدالمنعم فرج الصدة : ف ٢٥٠ .

د.أ. محمود جمال زكي : ص ٢٢٥ .

د.أ. عبدالرازق فرج ، في الإجازة : ص ١٣٢ .

د.أ. اسماعيل غانم ، حيث يقول : (إن كل ما يترتب على الإجازة هو إزالة خطر الإبطال الذي كان يهدد العقد . فهي لا تجعل العقد ينتج آثاراً لم يكن ينتجها من قبل حتى يصح أن يقال إن لهذا أثراً رجعياً ، وإنما هي تقتصر على تأييد هذه الآثار ومنع احتمال إلزائها مستقبلاً : ص ٣٨٠ .

غير سليم لا يتفق مع التصوير الصحيح ، للعقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يتقرر إبطاله . فإذا أجيّز ، فإن كل ما يترتب على الإجازة هو إزالة خطر الإبطال الذي كان يهدد العقد .

فهي لا تجعل العقد ينتج آثاراً لم يكن ينتجها من قبل حتى يصح أن يقال إن لها أثراً رجعياً ، وإنما هي تقتصر على تأييد هذه الآثار . وتقوية عوامل الصحة في العقد وتأكيد به بعد أن كان مهدداً بالزوال . ومنه احتمال إزالتها مستقبلاً^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

بالمقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي في هذا الشأن ، يتبين للقارئ بأن الفرق ظاهر وواضح ، حيث أن العقد الموقوف لا ينتج آثاراً قبل أن تلحقه الإجازة ، فإذا أجيّز كان له أثراً رجعياً من وقت إبرام العقد في معظم العقود . لا من وقت الإجازة . بعكس العقد القابل للإبطال ، فإنه منتج لآثاره من وقت انعقاده قبل أن تلحقه الإجازة . وكل ما يترتب على صدور الإجازة هو زوال قابليته للإبطال التي كانت تهدده . ولا أثر لها على سريان أثر هذا العقد التي كانت قد بدأت في السريان قبل صدورها .

فالإجازة لا تجعل العقد ينتج آثاراً لم يكن ينتجها من قبل^(٢) . والأجدر بالمشروع الوضعي في مصر وفي الكويت أن يأخذ بفكرة التصرف الموقوف على الإجازة لمالها من مميزات ترجحها على فكرة العقد القابل للإبطال في القانون المدني المصري والكويتي ، لأن العقد الموقوف لا ينتج أثراً حتى ينفذ العقد بالإجازة بخلاف العقد القابل للإبطال الذي ينتج آثاره حتى يحكم ببطلانه ، فيترتب على ذلك سلبيات كثيرة .

(١) راجع أ.د. عبدالرازق فرج في الإجازة : ص ١٣٢ بلانبول وريبير : ٤١٧/١ ، أو بري ورو ٤٤٥/٤ المشار إليها .
(٢) مصادر الالتزام ، أ.د. عبدالفتاح عبدالباقي : ص ١٨١ .
الفضالة ، د. عبدالمجيد مطلوب : ص ١٣٩ .

المبحث السابع رفض الإجازة في الشريعة والقانون

الرفض هنا هو رد التصرف الموقوف عن له الحق شرعاً مُعلنًا إرادته في عدم قبول التصرف الذي باشره الفضولي مما ترتب عليه بطلان التصرف وعدم إنتاج آثاره - ولكن من يكون له حق الرفض؟؟

هو من يكون له إجازة التصرف، وهو صاحب الشأن الذي يملك مباشرة التصرف الموقوف .

فمثلاً لو باع الفضولي ملك الغير فالذي يملك حق الرفض هو المالك الحقيقي الذي يتوقف العقد على إجازته . ويتحقق الرفض بما يتحقق به الإجازة، أي بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة يدل على عدم الرضا - فإذا قال من له الحق في الرفض - رددت هذا التصرف أو لا أرضى به أو لا رغبة لي فيه، فإن التصرف يبطل ولا يمكن أن تلحقه بعد ذلك إجازة .

ولذلك يقول الحنفية (يحق لمن له الإجازة أن يرد التصرف المتوقف عليها، وإذا رده فليس له أن يجيزه بعد ذلك لأنه بالرد أصبح التصرف باطلاً)^(١) . أي زال بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن .

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في وصف هذا الزوال، حيث ذهب بعض الحنفية والحنابلة وبعض الإمامية إلى أن هذا الزوال بطلان للعقد الموقوف^(٢) . وذهب البعض الآخر من الحنفية والمالكية والإمامية إلى أن هذا الزوال يعتبر فسخاً للعقد الموقوف^(٣) . وبعض الشافعية لا يعبرون بالزوال ولكن بالإلغاء، أي لا وجود للعقد بالنسبة إلى المالك، حيث يقول الرملي (إن أجاز نفذ وإلا فلا)^(٤) .

■ ولكن هل يجوز الرجوع عن الإجازة؟؟

إذا أجاز من له إجازة التصرف، فليس له الرجوع عن الإجازة بعد ذلك فمن سمع

(١) جامع الفصوليين : ٣٢٤/١، حاشية عابدين : ١٤١/٤ .

(٢) المبسوط : ٦٥/١١، البدائع : ١٤٨/٥، المغني : ٢٠٥/٤، ٢٩٦ .

(٣) البحر الرائق : ١٦٠/٦، شرح الحرشي : ١٨/٥ .

(٤) المجموع : ٢٨٠/٩، نهاية المحتاج : ٢٤/٣ .

أن فضولياً باع ملكه فاجاز ولم يعلم مقدار الثمن ، فلما علم رد البيع ، فالبيع قد لزم ، ولا عبرة لرده لصيرورة البائع المباشر للبيع - الفضولي - كالوكيل (١) .

وبهذا أخذ القانون المدني والفقهاء الوضعي ، حيث إذا رفض الإجازة من له الحق في ذلك ولم يتنازل عن التمسك بحقه في إبطال العقد - فإن العقد يبطل - ولا وجود له قانوناً ، وأعيد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد - وعند الاستحالة يحكم القاضي بالتعويض العادل وفقاً للمادة ١٤٢م مصري ، والمادة ١٧٩ ، ١٨٠ مدني كويتي .
وإذا كان التصرف الموقوف يبطل برفض إجازته ممن له الحق في ذلك - فإنه يبطل بوجه عام ، إذا فقد عنصراً من العناصر التي اشترطت لوجوده ، ويتحقق ذلك فيما يلي (٢) :

(١) يفقد المميز أو من له الولاية على إجراء التصرف ، وهذا هو مذهب الحنفية - وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء الذين قالوا بانتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المميز قبل الإجازة .

(٢) يفقد الفضولي لأنه بالإجازة تترتب عليه حقوق العقد ، والحقوق لا تترتب على الهالك .

(٣) بهلاك محل التصرف الموقوف لأن الإجازة ترد على محل قائم وموجود ، فإذا لم يوجد بطل التصرف .

(٤) يفقد الطرف الثاني في العقد كالمشتري في البيع الموقوف ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي في مادته ١٣٥ بقوله :

١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد

قبضه من العاقد الآخر .

٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ، وإذا كان العاقد الآخر قد

أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به . فأن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

(١) حاشية الدسوقي : ١٣/٤ ، المعني : ٩٥/٤ - الموسوعة الفقهية مصطلح (إجازة) .

(٢) العقد الموقوف د. عبدالرازق فرج : ص ٢٤٢ ، الإجازة في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة : ص ١٥٨ .

لأنه بالإجازة يلزمه حكم العقد وحقوقه ، ولا يلزم الشخص بعد وفاته بما لم يلتزم به في حياته .

ولذلك جاء في فتح القدير (شرط بقاء البائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حيا . . و شرط بقاء المشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه في حال حياته) .

٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه - فهلكت في يده بدون تعد منه - فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر .

فهذه الأحكام قد ترتبت على الأخذ بفكرة العقد الموقوف وطرح فكرة العقد القابل للإبطال عملاً بأحكام الفقه الإسلامي ولذلك أصبح لزاماً على المشرع الوضعي أن يأخذ بهذا الحكم لما له من آثار جيدة بالنسبة للمالك الحقيقي وللمتعاقدين ، وبالنسبة للغير محافظة على حقوقهم ومنع الضرر عنهم .

خاتمة البحث

هذه الخاتمة تحتوى على أهم النتائج التي توصلت إليها من بحث تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، وهذه النتائج تتمثل فيما يلي :

- (١) إن أساس سلطة التصرف في الشيء تبنى على الملك أو الولاية أو الوكالة .
- (٢) الفضولي في الفقه الإسلامي هو الشخص المشتغل بما لا يعنيه وتصرف في شئون غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه .
فهو ليس مالكاً ولا ولياً ولا مأذوناً له ، أى وكيلاً عن الغير .
- وفي القانون هو المتدخل في شئون غيره عن قصد للقيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك . فمعناه في القانون قاصر على التصرف بالأعمال الضرورية فقط ، بخلاف الفقه الإسلامي ، فإنه أعم ، حيث يقوم الفضولي بأعمال ضرورية وغير ضرورية ، فنطاق الفضالة أوسع في الفقه الإسلامي عن القانون .
- (٣) إن الفقه الإسلامي كان حذراً في قبوله لنظام الفضالة ، فلم يجعلها مصدراً من مصادر الإلتزام ، إلا في أحوال استثنائية ، لأن المبدأ العام في الفقه هو أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بغير إذن منه أو ولاية عليه ، وكل تصرف مخالف لهذا المبدأ لا يكون ملزماً إلا في حالات إستثنائية .
- خلافاً للقانون المدني الذي جعلها من أهم تطبيقات (الفعل النافع كمصدر للإلتزام) .

(٤) إن الفقه الإسلامي لم يضع لنا نظرية عامة للفضالة ، كما هو الشأن في القانون المدني المعاصر ، وإنما عالج هذه المسائل في أبواب العقود المختلفة وفي باب الغصب وكذلك الضمان .

أما موضوع تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي ، فإنه يقابله في القانون موضوع التصرف في ملك الغير بالبيع ، والإجارة ، والرهن ، والوصية ، والوقف ، والهبة . . . إلخ .

(٥) الفقه الإسلامي عرف نوعين من الفضالة :

أ - الفضالة النافذة: وهي الفضالة بالمعنى القانوني ، حيث يتصرف الفضولي

لحساب الغير دون أن يكون ملزماً بذلك شريطة أن يكون تدخله ضرورياً أو نافعاً .
 ب - الفضالة الموقوفة : وهي الفضالة بالمعنى التقليدي أو الفقهي : حيث يتصرف الفضولي في شئون غيره بلا إذن شرعي ودون أن يكون التدخل ضرورياً أو نافعاً . ويقابلها في القانون المدني (التصرف في ملك الغير) والموقوف على إجازة صاحب الشأن .
 (٦) إن الفقه الإسلامي يجيز أن يقوم الفضولي بعمل قانوني سواء أكان هذا العمل من أعمال الحفظ والإدارة أم كان من أعمال التصرف ، كما يجيز أن يقوم بعمل مادي ، ولذلك تنص المادة ١٤٥٣ من مجلة الأحكام العدلية على أن (الإجازة كما تلحق الأقوال . . . تلحق الأفعال أيضاً . وهذا ماسارت عليه القوانين المدنية في مصر والكويت والعراق وإيران .

(٧) الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، هو وقف تصرف الفضولي على الإجازة - فإن أجازته صاحب الشأن نفذ وترتبت آثاره من وقت العقد لا من وقت الإجازة خلافاً لبعض الفقهاء .

أما القانون الوضعي ، فقد اعتبر التصرف قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً ، فمن حق المالك أن يقره ، وللمشتري حق إبطاله أو إجازته .

(٨) إن الأخذ بفكرة التصرف الموقوف على الإجازة أمر حتمي وضروري على المشرع الوضعي أن ينص عليها ويقننها للعمل بها لما لها من آثار جيدة ومميزات ترجحها على الأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي .

وذلك لأن فكرة الوقف تجعل آثار العقد مجمدة ، فالرفض أو الإجازة لا يغير من واقع الأمر شيئاً في الفقه الإسلامي ، بخلاف العقد القابل للإبطال التي تسري أحكامه حتى يحكم ببطلانه فيعتبر التصرف كأن لم يكن ، ويجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليها ، وهذا قد يتعذر لأي سبب من الأسباب .

فالأخذ بفكرة العقد الموقوف أولى وأفضل بكثير من غيرها .

(٩) إن الشريعة الإسلامية عالجت هذا الموضوع معالجة تؤكد صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان ، ودورها الفعال وسماحتها التي تفوق كل الشرائع القديمة والحديثة ، وما وصل إليه الفقهاء القدامى والمحدثين من حصافة الرأي

وعمق في التفكير الذي يتفق مع البيئة والمجتمع .

(١٠) إن الفقه الإسلامي قد أفاض في موضوع الإجازة في الشريعة ، حيث وضع الفقهاء قواعده وأصوله بما لا نظير له في فقه القانون مثل (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ، بل نطاق الإجازة أوسع في الفقه الإسلامي ، حيث شملت كل من العقد القابل للإبطال ، والعقد الموقوف .

(١١) إن الفقه الإسلامي لا يفرق بين إجازة التصرف وإقراره ، لأنه قد وحّد الحكم فجعل التصرف موقوفاً على الإجازة ، أو ينعقد موقوفاً في حق جميع الأطراف (البائع أو المشتري أو المالك) .

بخلاف القانون الذي اعتبر بيع ملك الغير مثلاً تصرفاً غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره ، أما المشتري فله الحق في إجازته أو إبطاله ، فكان للعقد حكمان في الفقه الوضعي .

(١٢) إن إقرار الفقه الإسلامي لتصرفات الفضولي والاعتراف بشرعيتها دون ترتب آثار عليها قبل إجازتها من صاحب الشأن دليل على ان الفقه الإسلامي قد وصل إلى أسنى درجات الكمال من القانون الوضعي الذي لم يصل إلى ما أقره الفقه الإسلامي منذ أربعة عشر قرناً أو أكثر .

وختاماً أسأل الله عز وجل أن يجعلنا خيراً مما يظنون ، ويغفر لنا ما لا يعلمون . وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفع به طلاب العلم وعلماء المسلمين المحبين للشريعة الإسلامية إنه سميع قريب مجيب الدعوات . .

