

الفضالة

(دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط)

الدكتور محمد جابر الالفي
استاذ مساعد بقسم الشريعة
والدراسات الاسلامية

مقدمة

نشأ نظام الفضالة ونما في ظل قانون فردي النزعة هو القانون الروماني . واستقر في القانون المدني الحديث على صورة لا تبعد كثيرا عن صورته الاصلية ، على الرغم من وجود وسائل أخرى يمكن بها الحد من تدخل بعض الافراد في شئون بعض .

وقد قيل : ان النزعة الفردية هي التي تسود الفقه الاسلامي (١) ، وقيل كذلك : ان النزعة السائدة فيه هي النزعة الجماعية (٢) ، ولكل من

(١) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزام في الفقه الاسلامي ، القاهرة ١٩٣٦ ، بند ٣٤ .

(٢) محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، القاهرة ١٩٥٦ ، ص ٧٠ .

هذين الرأيين حججه ومبرراته . فاذا اعتبرنا ان الفقه الاسلامي ذو نزعه فردية فان قبوله لهذه الفكرة يبدو جراً تقديمية ، واذا اعتبرنا انه ذو نزعة جماعية فان قبوله لهذه الفكرة يبدو امراً مندوباً اليه .

مهما يكن من امر فان الفقه الاسلامي كان حذراً في قبوله لنظام الفضالة ، فلم يجعلها مصدراً من مصادر الالتزام الا في احوال استثنائية (٣) ، ذلك ان المبدأ العام في هذا الفقه هو انه لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك الغير بغير اذن او ولاية (٤) ، وكل تصرف مخالف لهذا المبدأ لا يكون ملزماً الا في حالات استثنائية .

ونبادر الى القول بأن فقهاء المسلمين — في بادئ الامر — لم يصوغوا نظريات عامة لتطبيقها على المسائل الحادثة ، بل وضعوا حلولاً لمسائل كثيرة معقدة ، ثم استخلص الفقهاء الذين اتوا من بعدهم من مجموع هذه الحلول مبادئ فقهية عامة وقواعد كلية شاملة . فاذا اخذنا في الاعتبار تعدد الآراء في المسألة الواحدة وعدم مراعاة المؤلفين — احياناً — ذكرها جميعاً او نسبتها الى صاحبها ، واذا لاحظنا ان كثيراً من عبارات الفقهاء غير محددة المعاني، وان التعبير الواحد يختلف مدلوله من مذهب الى مذهب ، واذا وجدنا اكثر المؤلفات الفقهية لا يزال مخطوطاً ، وما طبع منها لم يحظ بالعناية اللازمة في التحقيق وفي الطباعة وفي التذييل بفهارس تحليلية تهدي الباحث الى مواضع بحث مسألته لتبين مدى الصعوبات التي تعترض طريق المهتمين بدراسة او تطبيق الفقه الاسلامي .

هذه الصعوبات دعت البعض الى التفكير في ضرورة ايجاد تدوين رسمي للفقه الاسلامي يكون عاصماً من تناقض الاحكام .

— فقد لاحظ عبدالله بن المتفح (م ١٤٥ هـ ٧٦٢ م) فوضى الاجتهاد ، واختلاف الاحكام في الدولة الاسلامية ، فكتب الى الخليفة ابي جعفر المنصور

(٣) صبحي محبصاني ، النظرية العامة للالتزامات ، بيروت ١٩٤٨ ج ١ ص ٥٧ — عبدالرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، القاهرة ١٩٧٦ ، ج ١ ص ٦١/٥٩ . قارن عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني العراقي ، بغداد ١٩٦٩ حيث يرى ان الفضالة ليست من مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي ص ٦٢٨ .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، بغداد دون تاريخ ، ج ١ ص ٨٦/٨٥ ، ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، القاهرة ١٩٦٨ ، ص ١١٢ .

(١٥٨ هـ ٧٧٥ م) يبين له فائدة وضع قانون موحد لجميع الامصار ، يؤخذ عن الكتاب والسنة وما يكون من القياس اقرب للعدل (٥) .

— وكان اتجاه الخليفة المنصور ، كما كان اتجاه الخليفة المهدي (م ١٦٩ هـ ٧٨٥ م) ، ثم الخليفة هارون الرشيد (م ١٩٣ هـ ٨٠٩ م) الى كتاب « الموطأ » للامام مالك بن انس (م ١٧٩ هـ ٧٩٥) . هذا الكتاب يعتبر الاول من نوعه وفي طريقته واسلوبه ، جمع فيه ما قوى عنده من حديث اهل الحجاز ، وأضاف اليه اقوال الصحابة وفتاوى التابعين ، ثم رتبته على ابواب الفقه المعروفة ، وقد عمل فيه تأليفا وتهذيبا نحو أربعين عاما . ومع ذلك لم يقبل أن يكون كتابه قانونا رسميا يجبر الناس على متابعتة (٦) « لان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم افترقوا بعده في الامصار ، فحدثوا ، فعند اهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (في اختلاف امتي رحمة) » . (٧) .

— وفي القرن السابع الهجري اتجه العلماء الى تجميع الطول الفقهية المتشابهة تحت قواعد كلية ، أحسن اعدادها وصياغتها ، لتكون الاسس العامة للفقه الاسلامي التي تسمح للفقيه أو المفتي أو القاضي أن يبنى عليها أحكاما جديدة . وقد الف فقهاء كل مذهب في القواعد ، فمن أشهر هذه المؤلفات (٨) :

في المذهب المالكي :

- ١ — الفروق ، لشهاب الدين القرافي ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ١٢٨٥ م .
- ٢ — القوانين الفقهية ، لابن جزى ، المتوفى سنة ٧٤١ هـ ١٣٤٠ م

(٥) صبحي محبصاني ، الاوضاع التشريعية في الدول العربية ، بيروت ١٩٥٧ ، ص ١٢٨ والمراجع المذكورة به .

(٦) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ والمراجع التي ذكرها . صبحي محبصاني المرجع السابق ، ص ١٢٩ .

(٧) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ والمراجع التي ذكرها .

(٨) صبحي محبصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، بيروت ١٩٥٢ ، ص ٢٠١ .

وفي المذهب الشافعي :

١ — قواعد تاج الدين عبد الوهاب السبكي المتوفى سنة ٦٦١ هـ
١٣٦٩ م .

٢ — الاشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ
١٥٠٦ م .

وفي المذهب الحنبلي :

القواعد لابن رجب ، المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ١٣٩٣ م .

وفي المذهب الحنفي :

الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري المتوفى سنة ٩٦٠ هـ ١٥٦٢ م .

وعند الامامية :

١ — عناوين ، المير فتاح علي (٩) .

٢ — القواعد ، للشهيد الاول ابن مكي .

ولقد تضمنت مجلة الاحكام العدلية (١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م) تسعا وتسعين قاعدة كلية مبستخلصة من كتب فقهاء الاحناف ، لتسهيل فهم المسائل والمبادئ . ولذلك لا يجوز لحكام الشرع ، ما لم يقفوا على نص صريح ، أن يحكموا بالاستناد الى واحدة من هذه القواعد (١٠) .

— وفي القرن الحادي عشر للهجرة ، لاحظ احد ملوك المغول في الهند ، محمد عالمكير ، صعوبة الخوض في مواضيع الفقه ، فالف لجنة من مشاهير علماء بلاده برئاسة الشيخ نظام برهانپورى ، لوضع كتاب جامع في الفقه الحنفي ، يضم الروايات التي اتفق عليها وافتى بها الفحول ، والمسائل التي تلقتها العلماء بالقبول . فدونوا مجموعة من الفتاوى الحقيقية والفرضية في مسائل العبادات والمعاملات ، وهي المسماة بالفتاوى الهندية . ورغم أن

(٩) محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، التجف ١٣٥٩ هـ ج ١ ص ١٥ .

(١٠) صبحي محمضاني ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ ، وتقرير جمعية المجلة الى الصدر الاعظم .

هذا الكتاب يعتبر حتى اليوم من أهم المراجع في الفقه الحنفي ، إلا أنه لم يأخذ صفة الزامية ، ولم تتبع فيه طريقة التقنينات (١١) .

لم تنجح إذن محاولات تقنين الفقه الاسلامي ، وذلك لعدة أسباب (١٢) :

أولا : مصادر التشريع الاسلامي (١٣) :

القرآن : قد اتفقت المذاهب الفقهية على أن القرآن كلام الله ، وأنه المصدر الاول للتشريع الاسلامي . ولكنهم اختلفوا في تفسير بعض آياته وفي استنباط الاحكام منها .

السنة : اتفقت المذاهب الفقهية على أن السنة (اقوال وافعال وتقريرات الرسول) هي المصدر الثاني للتشريع الاسلامي . ولكنهم اختلفوا في شروط قبولها ، فالامامية لا يقبلون الا الاخبار التي تعود باسنادها الى أهل البيت ، وبعض المذاهب يتساهل في قبول الحديث ولو كان خبر آحاد . والبعض الآخر يتشدد في قبول الحديث . ثم يأتي بعد ذلك الاختلاف في شرح الحديث وكيفية استنباط الاحكام منه .

— وقد اختلف الفقهاء في أدلة الاحكام الاخرى ، فالاجماع والقياس رفضهما البعض أو تشدد في قبولهما ، واعتبر المالكية عمل أهل المدينة والمصالح المرسلة من مصادر التشريع ، وانفرد الاحناف بالقول بالاستحسان ، أما الشافعية والحنابلة والامامية فقد اعتمدوا الاستصحاب كدليل من أدلة التشريع .

ثانيا : عدم وجود سلطة دينية عليا في الاسلام :

من المبادئ الاساسية في الفقه الاسلامي حرية الراي والاجتهاد التي كانت سببا من اسباب تعدد المذاهب وازدهار الفقه الاسلامي . وكان سد باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري سببا للتأخر ، أدى الى ثورة بعض العلماء الذين أنكروا وجود سلطة عليا في الاسلام يمكنها أن تقرر أن الاجتهاد

(١١) صبحي محمدي ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٤٠/١٣٩ .

(١٢) صبحي محمدي ، نفس المرجع ، ص ١٥١/١٥٠ .

(١٣) محمد الاني ، مصادر التشريع في خلافة عمر بن الخطاب ، تحت الطبع .

يقتصر على عصر دون آخر ، ذلك أن الاجتهاد في الشرع الاسلامي وتطبيقه واجب على من تتوافر فيه شروط الاجتهاد .

ثالثا : حرية العقيدة :

أقر الاسلام مبدأ حرية العقيدة ، وسمح لأهل الكتاب بإقامة شعائهم الدينية والاحتفاظ بقوانينهم ومحاكمهم ، فكانت هذه الامتيازات التشريعية والقضائية من العوامل التي جعلت تدوين الاحكام القانونية وتوحيد القضاء الوطني أمرا صعبا .

وفي منتصف القرن التاسع عشر عين أحمد جودت باشا ناظرا للعديلية في الدولة العثمانية ، بناء على اقتراح شيخ الاسلام ، وكان جودت باشا الى جانب تمسكه بالشريعة الاسلامية مطلعا على القوانين الغربية ومقتنعا بضرورة الاصلاح التشريعي (١٤) ، وهكذا صدرت عدة قوانين جمعت بين الشريعة والعرف المحلي والقانون الفرنسي . وكان أهم هذه التقنينات « مجلة الاحكام العدلية » التي أنجزت عام ١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م بعد عمل دام سبع سنوات ، تم خلالها تقنين أحكام القانون المدني من فقه المذهب الحنفي ، عاريا من الاختلافات ، حاويا للاقوال الصحيحة ، مع اعتبار تبدل المسائل المبنية على العرف والعادة (١٥) .

وكانت المجلة بداية لتاريخ تقنين الفقه الاسلامي ، ففي مصر قام قنديل باشا بتدوين كتاب « مرشد الحيران » على شكل قانون مدني عصري مستمد من مذهب أبي حنيفة ، ليحل محل القانون المدني المختلط والقانون المدني القديم اللذين يعتمدان بصفة رئيسية على القانون المدني الفرنسي ، ولكن تقنين قنديل باشا لم يقتصر بالتنفيذ الرسمي . كما قننت الشريعة الاسلامية في مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنة ١٩٠٦ م (١٦) .

وقد قامت في العالم الاسلامي حركة اصلاح ديني تنادي بضرورة الاجتهاد بالرجوع الى اصل الشريعة المبنية على القرآن الكريم والسنة الصحيحة ،

(١٤) صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

(١٥) صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ والمراجع المذكورة .

(١٦) محمد عبد الجواد ، تشريعات البلاد العربية ، الخرطوم ١٩٦٦ ، ص ٢٨ .

دون التقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية . وقد أثرت هذه الحركة في التشريعات الحديثة لبلدان الشرق الأوسط ، وعلى الأخص في نطاق القانون المدني :

— ففي المملكة العربية السعودية ، واليمن ، وبعض دول وإمارات الخليج ، يعتبر الفقه الإسلامي هو المصدر الوحيد للتشريع .

— وفي الأردن والكويت تطبق مجلة الأحكام العدلية .

— أما القانون المدني في مصر ، وليبيا ، وسوريا ، والعراق ، فإنه ينص على أن الفقه الإسلامي يعتبر مصدرا من مصادره الرسمية .

— كما نجد أثر الفقه الإمامي واضحا في القانون المدني الإيراني .



ولقد لاحظنا ونحن ندرس نظام الفضالة في الفقه الإسلامي أمرين :

أولهما : أن الفقه الإسلامي لم يصغ نظرية عامة للفضالة ، كما هو الشأن في القانون المدني المعاصر وإنما عالج العناصر التي يمكن أن تتكون منها هذه النظرية أثناء بحثه في عدة مواضع متفرقة ، أبرزها أبواب العنود المختلفة وأبواب الغصب والضمان .

والآخر : أن الفقه الإسلامي في علاجه لحالات التصرف في ملك الغير ، يختلف عن القانون المدني الحديث اختلافا جوهريا . لذلك لم يكن أمام الهيئات التشريعية في الشرق الأوسط إلا أحد حلين :

أما أن تقبل اتجاه الفقه الإسلامي الذي يضع حلولاً مختلفة سواء فيما يتعلق بالشروط أو فيما يتعلق بالآثار ، وأما أن تقبل اتجاه التقنيات الحديثة — وعلى الأخص القانون المدني الفرنسي — الذي وضع نظرية عامة لها شروطها وآثارها .

لذلك فائنا — في دراستنا لنظام الفضالة في الفقه الإسلامي — سوف نستعمل الطريقة الفرنسية لبحث شروط الفضالة ، ومدى تحققها أو عدم تحققها طبقا للفقه الإسلامي . أما بالنسبة لآثار الفضالة فسوف ندرسها طبقا لطريقة أخرى تيسر منطق الفقه الإسلامي الذي يتطلب إجازة المالك كشرط أساسي لتنفيذ التصرفات في حقه ، إلا في بعض حالات استثنائية .

وستكون دراستنا للفقهاء الاسلامي دراسة مقارنة بين المذاهب التي تسود حاليا بلاد الشرق الأوسط ، وهي المذهب الشيعي الامامي ، والمذهب الحنفي ، والمذهب المالكي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي .

أما القوانين المطبقة حاليا في هذه المنطقة فسوف نختار من بينها :

— مجلة الاحكام العدلية (١٨٧٦) ، كتقنين اسلامي مستمد من الفقه الحنفي .

— والقانون المدني المصري (١٩٤٨) ، الذي يمثل مجموعة القوانين المدنية المستمدة في معظمها من القوانين الغربية .

— والقانون المدني العراقي (١٩٥١) ، وهو يعتبر مرحلة وسطا بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري .

— ثم القانون المدني الايراني (١٩٢٨) ، الذي تأثر في نظام الفضالة بالفقه الشيعي الامامي .

نستطيع الآن أن نقسم دراستنا لنظام الفضالة في الفقه الاسلامي وتطبيقه في التقنيات الحديثة لبلدان الشرق الأوسط قسمين :

القسم الاول : فكرة الفضالة وأركانها :

١ — تدخل الفضولي في شئون غيره .

٢ — ملاءمة العمل الذي قام به الفضولي .

٣ — توافر صفة الغيرية .

القسم الثاني : آثار الفضالة :

١ — قبل أن يبدي رب العمل موافقته أو رفضه .

٢ — اجازة رب العمل .

٣ — رد العمل .

القسم الاول فكرة الفضالة واركائها

تحديد المفاهيم :

لم يضع الفقه الاسلامي نظرية عامة للفضالة ، وانما تكلم على تصرفات الفضولي . لذا يلزمنا ان نحدد معنى الفضولي كي نستنبط العناصر المكونة للفضالة .

١ - الفضولي :

في اللغة : فضل : زاد . والفضل : الزيادة ، جمعته : فضول . وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولذا نسب اليه على لفظه ، فقيل : فضولي ، لمن يشتغل بما لا يعنيه (١٧) . واشتق منه : فضالة (١٨) ، لاشتغال المرء بما ليس له .

وفي الاصطلاح : لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى الفضولي ، ولكنهم يدورون في الغالب حول المعنى اللغوي . واقترب التعريفات الى هذا المعنى اللغوي هو تعريف ابن الهمام : « غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه » (١٩) . وبشيء من التحديد : « هو من ليس مالكا ولا وليا ولا مأذونا له » (٢٠) . او : « من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي » (٢١) . وهذا التعريف الاخير هو الذي تبنته المجلة في المادة ١١٢ (٢٢) ، واورده بعض

(١٧) الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ص ٢٢٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٠ .

(١٨) المقرئ ، المصباح المنير ، ج ٢ ص ٥٧ . خليل شيبوب ، المعجم القانوني ، ص ٤٠٤ .

(١٩) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٢٠) حاشية على شرح البهجة ، ج ٢ ص ٤٠٦ .

(٢١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٠ .

(٢٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٩٥ .

الفقهاء المحدثين (٢٣) . ولكن البعض الآخر يقصر مدلول الفضولي على « العاقد بلا إذن من يحتاج الى اذنه » (٢٤) أو : « من يتولى العقد بدون إذن ، لا من المالك كالوكيل ، ولا من الشارع كالولي » (٢٥) . وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء المحدثين (٢٦) ، فاشتراط أن يكون تصرف الفضولي في حدود « التصرف القولي » .

ونحن نختار من بين هذه التعاريف ما نراه أقرب الى المعنى اللغوي ، فنقول : الفضولي هو من يشتغل بشئون الغير دون أن يكون ملزماً بذلك .

٢ - الفضالة :

كما لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى الفضولي ، فانهم كذلك لم يتفقوا على وضع اصطلاح يقابل التعبير الفرنسي (La gestion d'affaires) فبينما يستعمل الاكثرون تعبير « تصرفات الفضولي » ، يفضل البعض استعمال لفظ « الفضول » (٢٧) ، والبعض الآخر لفظ « الفضولية » (٢٨) ، وقد نرى من يستعمل لفظ « الفضالة » (٢٩) .

(٢٣) أحمد أبو الفتح ، المعاملات ، ج ١ ص ١٧٢ . علي الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٣ . محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، ص ٣٩٢ . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٨٣ . صبحي المحصاني ، النظرية العامة ، ج ١ ص ٦٢/٦١ . محمد سلام محكور ، الفقه الاسلامي ، ص ٤٩٣ . عبدالكريم زيدان ، المدخل ، ص ٢٤٨ .

(٢٤) ابن أمين الدين ، نكرة عبدالهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ١٠ .

(٢٥) محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ١ ص ١٢٥ .

(٢٦) محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف . ص ١٣٠ ، مصطفى الزرقاء ، المدخل ، ج ١ ص ٥٨ .

(٢٧) ابن قاضي سماننة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٠ . عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ص ٦٣٨ .

(٢٨) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٢٨ .

(٢٩) أحمد إبراهيم ، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، ص ٣ . نكرة عبدالرزاق حسن نرج في : العقد الموقوف ، ص ١١٧ .

وقد قامت محاولة جديدة ينكر صاحبها (٣٠) وجود لفظ « فضالة » في اللغة العربية ، ويقسم الاعمال التي يقوم بها الفضولي الى قسمين :

١ (الفضول : وهو ما يقوم به الفضولي في حدود التصرف القولي ، فيتوقف ولا ينفذ .

ب (التفضل : وهو ما يقوم به الفضولي من اعمال تنفذ على الغير وتلزمه لاستنادها الى عرف أو اضطرار .

وقد تبني مجمع اللغة العربية في مصر لفظ « الفضالة » للتعبير عما يطلق عليه بالفرنسية (La gestion d'affaires) (٣١) اتباعا لما أورده المقرئ في المصباح المنير .

ونحن لا نرى ما يمنع من استعمال لفظ « الفضالة » للتعبير عن تدخل شخص في شئون غيره دون أن يكون ملزما بذلك . وهذا يقرب من التعريف الذي أورده الشيخ أحمد ابراهيم : « الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره ، نفسا ومالا ، بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية » (٣٢) .



تنص المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري على أن : « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك » . واستنادا الى هذا التعريف نرى البعض يلفت النظر الى أن الفضولي في الفقه الاسلامي غير الفضولي في الفضالة في القانون (٣٣) ، لاختلاف نطاق عمل كل منهما ، وضرورة هذا العمل ، وقصد تحقيق مصلحة لرب

(٣٠) مصطفى الزرقاء ، المدخل ، ج ١ ص ٤٦٦ .

(٣١) يوسف شلاله وفريد فهمي ، المعجم العملي ، الاسكندرية دون تاريخ ، ص ٤٢٤ .

(٣٢) أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢ .

(٣٣) محمد زكي عبد البر ، المقعد الموقوف ، ص ١٢٩ هـ ٥٥/٥٤ . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٨٢ .

العمل (٣٤) . ويخلص من ذلك الى ان الذي يقابل في القانون موضوع تصرف الفضولي في الفقه الاسلامي هو موضوع التصرف في ملك الغير الوارد في المادة ١٥٩٩ مدني فرنسي (٣٥) ، وفي المواد ٦٦ الى ٦٨ مدني مصري (٣٦) . ونحن نفضل استعمال لفظ « الفضالة » للتعبير عن جميع الاعمال التي يقوم بها « الفضولي » لحساب « رب العمل » .
اما نطاق تصرفات الفضولي ، وضرورتها أو فائدتها لرب العمل ، ونية الفضولي أن يكون هذا العمل لحساب الغير ، فسوف نبحثها تباعاً فيما يلي .

الفصل الاول

تدخل الفضولي في شئون غيره

يميز كثير من الفقهاء بين التصرفات القولية والتصرفات الفعلية (٣٧) .

فالتصرف القولي :

هو ما يصدر عن الشخص من أقوال يتلفظ بها أو ما يقوم مقامها كالكتابة والاشارة ويرتب عليها الشارع أثراً ، سواء اكانت صادرة من الجانبين كالبيع والاجارة أم من جانب واحد كالوقف والابراء ، وسواء اكانت بعوض أم بغير عوض . تملكية كانت أو استقاطية (٣٨) . أو بعبارة أخرى هو كل تعبير عن الارادة يترتب عليه انشاء حق أو تعديله أو اسقاطه .

(٣٤) محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ص ١٧٧ .

(٣٥) محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

(٣٦) محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٣٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٧١/١٧٠ . القرافي ، الفروق ، ج ١ ص ٢٠٢ . النووي ، المجموع ج ٩ ص ١٦٧/١٦٦ . علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ ص ٦٧٠ .

Linant de Bellefonds, Traité de Droit Musulman Comparé, Paris 1965, T.I, P. 61, No. 65.

(٣٨) عبدالرازق حسن فرج ، للعقد الموقوف ، ص ١١١ هـ ٢ ، والمراجع المشار اليها فيه .

والتصرف الفعلي :

هو ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية يترتب عليها الشارع اثرا ، وهذه الأفعال قد تكون مفيدة كالاكتطاب والاحتشاش والاصطياد ، وقد تكون ضارة كالغضب والاتلاف (٣٩) .

بعد ما تقدم ينبغي أن نبحث نطاق تصرفات الفضولي ، وهل تشمل التصرفات القولية والفعلية ؟ ثم نبحث شرط الأهلية .

المبحث الأول

التصرفات القولية

بحث كثير من الفقهاء تصرفات الفضولي أثناء كلامهم عن عقد البيع ، ثم أحالوا في العقود الأخرى على ما سبق شرحه في البيع ، مع بعض الاختلافات التي توجبها الطبيعة الخاصة لكل عقد من العقود . وسنعالج فيما يلي أهم هذه التصرفات لدى الفقهاء الذين أقرروا نظام الفضالة .

١ - عقود المعاوضات :

١ - بيع الفضولي : اتفق الفقهاء على أن عقد البيع يمكن أن يكون محلا لتصرفات الفضولي إذا كان المشتري غير الفضولي (٤٠) . فأما إذا كان المشتري هو الفضولي نفسه فالعقد لا يوجد شرعا ، لأن الواحد لا يجوز أن يتولى طرفي العقد (٤١) .

٢ - شراء الفضولي : في المذهب الحنفي يمكن أن يكون الشراء للغير

(٣٩) عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١١٢ هـ ٢ ، والمراجع المشار إليها فيه . وقارن صبحي محصاني النظرية العامة ، ج ١ ص ٣٣ ، حيث يرى أن التصرفات الفعلية هي الأعمال التي تكون سببا للضمان كتلاف مال الغير أو غصبه ، وترادف الأعمال غير المباحة .

(٤٠) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٨ . ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١٤٣ . النووي ، المجموع ج ٩ ص ٢٨٢ . ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٢٠٥ . الحلبي ، المختصر النافع ، ص ١٤٢ .

(٤١) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٢١١/٢١٠ .

محلا للفضالة بشرط ان يضيف العاقدان العقد الى رب العمل ، بأن يقول البائع مثلا : بعث هذا لفلان بكذا ، فيقول الفضولي : قبلت (٤٢) . والذي دعا الاحناف الى اشتراط هذا الشرط هو أن الشراء تتحقق فيه التهمة ، فقد يقوم الفضولي بالشراء لنفسه لا لغيره (٤٣) ، وحينئذ تكون صفة الغيرية محل شك .

أما المذاهب الاخرى فلم تشترط بقاء المنافع ، واعتبرت الاجارة مثل للفضالة دون حاجة الى ما اشترطه الاحناف (٤٤) .

٣ — اجارة الفضولي : يشترط الحنفية في الاجارة — لتكون محلا للفضالة وتترتب عليها آثارها — أن تكون المنافع قائمة لم يستوفها المستأجر ، حتى ترد اجارة المالك على منفعة موجودة فاذا استوفى المستأجر المنفعة فان الاجارة التي تقابلها تكون للعاقد (٤٥) .

أما في المذاهب الاخرى فشراء الفضولي كبيعته تماما ، يكون محلا للفضالة دون حاجة الى ما اشترطه الاحناف (٤٦) .

(٤٢) قاضي خان ، فتاوى ، ج ٢ ص ١٧٤/١٧٣ . الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ص ١٥ . ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٢ .

(٤٣) عبد الرازق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

(٤٤) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٢٧٢ . النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ . ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ . غنائم الايام ص ٥٥ ، ذكره عبدالهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ١٤ .

(٤٥) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ص ١٧٦ . الفتاوى الهندية ، ج ٢ ص ٤٢٣ .

(٤٦) الآبي الازهرى ، جواهر الاكليل ، ج ٢ ص ١٨٤ . النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ . ابن التجار ، منتهى الإرادات ، ج ١ ص ٢٤٠ . غنائم الايام ص ٥٥ ، ذكره عبدالهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ١٤ .

ب - عقود التبرعات :

عند الحنفية (٤٧) والشافعية (٤٨) والامامية (٤٩) : لا فرق في محل الفضالة بين أن يكون الفضولي تصرف بعوض أو بدون عوض . ولهذا يصح عندهم وقف ملك الغير ، وهبته ، ووصيته . ويكون حكمها حكم بيع ملك الغير .

أما المالكية : فقد اعتبر بعضهم هذه التصرفات باطلة وانها لا تكون محلا للفضالة ، لانها تصرفات دون مقابل فلا يملكها الفضولي (٥٠) . ولكن البعض الآخر لم يفرق بين التصرف بعوض أو بغير عوض ، وجعل الكل محلا للفضالة (٥١) .

ج - الاحوال الشخصية :

المبدأ العام هو : أن كل عقد يقبل الاستنابة يمكن أن يكون محلا للفضالة (٥٢) . وحيث أن الفقه الاسلامي أجاز النيابة في عقد الزواج أو في حله ، فانه يمكن القول بأن الفضولي يملك ايجاب الزواج وقبوله ، كما انه يملك أن يطلق عن الزوج أو أن يخالغ لنفع الزوجة . وعلى هذا انعقد ما يشبه الاجماع عند الامامية (٥٣) ، واختاره الاحناف (٥٤) ، والمالكية (٥٥) ،

(٤٧) الكاساني ، بدائع ، ج ٦ ص ١١٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٤ .

(٤٨) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

(٤٩) غنائم الايام ص ٥٥ . ذكره عبدالهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ١٤ .

(٥٠) الخرشى ، ج ٧ ص ٧٩ . الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٧١ ، ٩١ .

(٥١) العدوى على الخرشى ، ج ٧ ص ٧٩ . الدسوقي ، السابق ، ج ٤ ص ٧١ ، ٩١ .

(٥٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

(٥٣) النجفي جواهر الكلام ، ج ٦ ص ٥٤ . ذكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ٨٧ .

(٥٤) السرخسي ، المبسوط ، ج ٥ ص ١٥ .

(٥٥) مالك ، المدونة ، ج ٤ ص ١٦ .

وبعض الشافعية (٥٦) ، وكثير من الحنابلة (٥٧) .



يبدو مما تقدم أن الفقه الاسلامي يجيز أن يقوم الفضولي بعجل قانوني ، سواء أكان هذا العمل من أعمال الحفظ أو الإدارة ، أم كان من أعمال التصرف .

وهذا هو ما تبنته المجلة في المادة ١٤٥٣ بخصوص بيع ملك الغير (٥٨) ، وفي المادة ٤٤٧ بخصوص الاجارة (٥٩) ، وفي المادة ٨٥٧ بخصوص الهبة (٦٠) ، وفي المادة ١١٢٦ بخصوص القسمة (٦١) .

وهو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادتين ١٨٨ و ١٨٩ (٦٢) . غير أنه — كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي — أفرد نصا خاصا يعالج بيع ملك الغير (٦٣) وهبته (٦٤) . أما زواج الفضولي فحكمه يطابق ما استقر عليه رأي الاحناف (٦٥) .

أما القانون المدني العراقي ، فإنه لم يتأثر في هذا الشأن بالقوانين الغربية ، وإنما طبق أحكام الفقه الاسلامي دون تعديل . فأفرد المادة ١٣٥ لبيع ملك الغير ، والمادة ٧٢٥ لاجارة الفضولي ، والمادة ٦٠٣ لهبة ملك الغير .

(٥٦) النوى ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

(٥٧) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٦ ص ٤٧٥ .

(٥٨) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ٥٢٩ .

(٥٩) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ٥٣١ .

(٦٠) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ٥٣١ .

(٦١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ١٢٢ .

(٦٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٢٨٨/١٢٨٩ .

(٦٣) المادة ٤٦٦ و ٤٦٧ مدني مصري . والمادة ١٥٩٩ مدني فرنسي .

(٦٤) المادة ٤٩١ مدني مصري .

(٦٥) المادة ٢٢ من مشروع قانون الاحوال الشخصية . فكره عبدالرازق نرج في : العقد الموقوف ، ص ١٦٨ هـ ١ .

وكذلك القانون المدني الإيراني ، تأثر في نظام الفضالة بالفقه الإمامي ، فنص في المواد من ٢٤٧ الى ٢٦٣ على الاتفاقات التي يكون محلها شيئاً مملوكاً للغير أو معاملات الفضولي (در معاملاتي كه موضوع آن مال غير است يا معاملات فضولي) . وفي الزواج ، أجازت المادة ١٠٧٣ من نفس التقنين للوكيل أن يتجاوز حدود الوكالة في الزواج ، وجعلته موقوفاً على إجازة الأصيل .

المبحث الثاني التصرفات الفعلية

يرى بعض الفقهاء أن تدخل الفضولي في شئون غيره ينبغي أن يقتصر على التصرفات القانونية (٦٦) . ولكن البعض الآخر لا يفرق بين التصرف القانوني والعمل المادي ، فكلاهما يمكن أن يكون محلاً للفضالة في الفقه الإسلامي (٦٧) .

ويبدو أن هذا الخلاف يرجع إلى أن الفريق الأول يقيس الفضالة على الوكالة ، ذلك أن الفضالة في الفقه الإسلامي لا تنتج آثارها إلا إذا أقرها رب العمل ، إلا في بعض الحالات الاستثنائية . وهذه الإجازة لا تلحق إلا الأقوال عند أبي حنيفة ، وهي تلحق الأقوال والأفعال جميعاً عند محمد بن الحسن ، وهو الصحيح عند الحنفية (٦٨) .

(٦٦) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٧ . ابن أمين الدين ، نكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ١٠ . محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ١ ص ١٢٥ . محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ص ١٢٠ . مصطفى الزرقاء ، منخل ، ج ١ ص ٤٥٨ . عبدالرازق حسن فرج ، العقد الموقوف ص ١١٢ .

(٦٧) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٧ . الأنصاري ، المكاسب ، نكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ٩ . ابن رشد : بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٤٧ . ابن رجب ، القواعد ، ص ١٤١ . صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٦٦ و ٧١/٧٠ .

(٦٨) ابن قاضي سمانه جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٧ . وحاشية الرملی عليه في الموضع المذكور .

جاء في جامع الفصولين نقلا عن المختصر : « قال لمديون : ادمع الى الفان فلان عليك فمعى يجيزه الطالب وانا لست بوكيل عنه ، فدمع ، واجاز الطالب ، يجوز . . . وفي فتاوى رشيد الدين : من قبض دين غيره بلا امره ثم اجاز الطالب ، لم يجز قائما او هالكا » (٦٩) . وفيه ايضا : « الرملي : وفي متن تنوير الابصار : الاجازة لا تلحق الائتلاف ، فلو اتلف شخص مال غيره تعديا ، فقال المالك : اجزت او رضيت ، لم يبرأ من الضمان . وفي شرحه : كذا في البزازية من كتاب الدعوى . ثم قال بعد ان نقل ما نقله هنا : فعلى هذا فيكون الصحيح انها تلحق الائتلاف لانه من جملة الافعال ، فيدخل تحت قولهم : الاجازة تلحق الافعال في الصحيح » (٧٠) .

ويرى بعض المالكية انه لا فرق بين ان يقوم الفضولي بعمل قانوني او مادي (٧١) . جاء في الشرح الكبير : من خلص مال شخص من لص او محارب او غاصب ، وانفق في سبيل ذلك مالا ، فالارجح انه ياخذ ما دفعه من المالك ، وقيل : لا يرجع بما دفعه (٧٢) .

اما الشافعية الذين يقرون الفضالة ، فيبدو انهم يحصرون تصرفات الفضولي في الاعمال القانونية . قال امام الحرمين : « يطرد هذا القول (صحة بيع الفضولي) في كل عقد يقبل الاستنابة » (٧٣) . وجاء في الحاوي : اذا ترك شخص دابته في الصحراء لعجزها عن السير ولم يستطع اخذها معه ، فمر بها آخر فقام عليها حتى ذهب ما بها وعادت الى حالها في السير والعمل ، فذهب الشافعي الى انها على ملك صاحبها ، ولا رجوع له عليه فيما انفق في هذا السبيل (٧٤) . ولكن المتأخرين من الشافعية يميلون الى استحسان الرجوع بما يبذله المنتقذ من مال بشرائط معينة . جاء في التحفة : اذا اعيى بعير شخص فتركه لاعيائه ، فقام شخص به حتى ذهب عنه المرض

(٦٩) ابن قاضي سماننة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٦ .

(٧٠) نفس المرجع السابق ، ج ١ ص ٢٢٧ .

(٧١) مالك ، المدونة ، ج ١٤ ص ٥٤ .

(٧٢) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ١٩٩ .

(٧٣) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

(٧٤) ابن حجر ، ج ٢ ص ٢٧٢ ، ذكره على الخفيف في : الضمان ، ص ٢٩ .

أو الاعياء ، لم يرجع بشيء على مالكة الا اذا كان قد استأذن الحاكم ، أو
أشهد على أنه أنفق ليرجع عند قيامه بالانفاق (٧٥) .

وأكثر الحنابلة يرون أن الفضولي يمكن أن يقوم بعمل مادي (٧٦) .
جاء في مختصر الفتاوى : إذا غرق مركب في البحر وكان فيه زيت فطفا على
سطح الماء ، فجمعه شخص ، فهو لصاحبه وله على صاحبه أجره جمعه
على أصح القولين (٧٧) . وفي المغنى (٧٨) : لمنقذ المتاع أجر مثله ، نص
عليه أحمد .

ويبدو من تعريف بعض الامامية للفضولي أنهم يقبلون قيام الفضولي
بعمل مادي . ففي مكاسب الانصاري : « الفضولي هو الكامل غير المالك
للتصرف ، ولو كان غاصبا » (٧٩) .



من كل ما تقدم يمكن أن نقول أن الفقه الاسلامي يقبل أن يقوم الفضولي
بعمل مادي كما يقوم بعمل قانوني . وهذا ما نصت عليه المجلة في المادة
١٤٥٣ ، حيث جاء في شرحها : « ان الاجازة كما تلحق الاقوال ... تلحق
الافعال أيضا » (٨٠) ، ثم ذكر قبض الفضولي الدين مثالا على ذلك .

وهو نفس ما نص عليه القانون المدني المصري في المادتين ١٨٨ و ١٨٩ ،
فقد جاء في شرحهما أن الفضولي يمكن أن يقوم بعمل مادي في ذاته كأن يطفئ
حريقا شب في بيت رب العمل ، أو بعمل مادي بالنسبة الى رب العمل مثل
تعاقد الفضولي مع مدرس على اعطاء دروس لرب العمل (٨١) .

(٧٥) ج ٦ ، ص ٢٢٨ ، ذكره على الخفيف في : الضمان ، ص ٢٩ .

(٧٦) ابن رجب ، القواعد ، ص ١٤١ . ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١١
وما بعدها .

(٧٧) ج ٤ ص ٤١٦ ، ذكره على الخفيف : في الضمان ، ص ٢٠ .

(٧٨) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٦ ص ٣٧٢ .

(٧٩) ذكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ٩ .

(٨٠) علي حيدر ، درر الحكماء ، ج ٣ ص ٥٣١ .

(٨١) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٣٩٠ وما بعدها .

أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة ٣٢٩ على أنه : اذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ، ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره ، الا اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع (٨٢) . مثال مصلحة الفضولي : دفع الوارث ما على التركة من أقساط للمصرف العقاري وللضريبة لدفع خطر بيعها بثمن بخس (٨٣) . ومثال انتفاء نية التبرع : ما اذا رهن شخص ماله في دين غيره ، ثم قضى الدين ليفك ماله المرهون (٨٤) .

وكذلك القانون المدني الإيراني ، فقد نصت مادته ٣٠٦ على أن الفضولي يمكن أن يتدخل بعمل مادي ، كما يتدخل بتصرف قانوني ، وهذه هي الترجمة العربية للمادة ٣٠٦ : كل من يتولى إدارة شئون غائب أو محجور عليه أو شخص آخر في مركز مائل ، دون إذن من المالك أو ممن له سلطة اصدار هذا الاذن ، يجب أن يتحمل عاقبة هذا التدخل . فاذا تمكن الفضولي من الحصول على الاذن في وقت مناسب ، أو كان التأخير في تدخله لا يؤدي الى ضرر بالمالك ، فليس له الحق في المطالبة بما أنفق من مصروفات . وفي عكس هذه الحالة يحق للفضولي استرداد النفقات الضرورية لإدارة هذه الاموال (٨٥) .

(٨٢) عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ص ٦٥٠/٦٤٩ .

(٨٣) محكمة التمييز العراقية ١٩٦٤/٨/١٩٦٤ . ذكره عبد المجيد الحكيم في : الموجز ، ص ٦٥٢ .

(٨٤) 'المادة ٢٢٨ مدني عراقي . وانظر عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ص ٦٥٣ .

(٨٥) النص الفارسي للمادة ٣٠٦ :

مادة ٣٠٦ — اكر کسی اموال غایب یا محجور وامثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد در صورتیکه تحصیل اجازه در موقع مقبور بوده یا تاخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبه مخارج نخواهد داشت ولی اكر عدم دخالت یا تاخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است .
والترجمة الفرنسية للمادة ٣٠٦ :

Article 306. — Quiconque gère les biens d'un absent, d'un interdit ou de quelque autre personne se trouvant dans une situation semblable, sans y avoir été autorisé par le propriétaire ou par celui qui avait qualité pour donner cette autorisation, doit rendre compte de sa gestion.

المبحث الثالث

الاهلية

ينبغي أن نفرق في هذا الصدد بين اهلية الفضولي واهلية رب العمل :

١ - اهلية الفضولي :

يلاحظ أن كثيرا من تصرفات الفضولي لا تنتج آثارها الا اذا أجازها رب العمل ، وحينئذ تنطبق قاعدة : « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » . وبناء على ذلك نستطيع القول بأنه يشترط في الفضولي اهلية الوكيل ، أي أن تكون له عبارة صحيحة ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز ، ولكن لا يشترط أن يبلغ سن الرشد هذا عند الحنفية (٨٦) .

وعند المالكية : كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره ولا يجوز توكيل الكافر على بيع أو شراء أو سلم لئلا يفعل الحرام ، ولا توكيله على قبض من المسلمين لئلا يستعلى عليهم (٨٧) . وعند الشافعية : يشترط أن يكون الوكيل أهلا لمباشرة هذا التصرف لنفسه . فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ، ولا يصح توكيل المرأة في عقد النكاح ولا في حله ، ويصح توكيل الصبي المميز الذي لم يجرب كذبه في ذبح الاضحية وإيصال الهدية وطلب صاحب وليمة ، ويصح توكيل عبد في قبول نكاح ، لا في إيجابه للنكاح (٨٨) .

وكذلك الحنابلة يشترطون أن يكون الوكيل ممن يصح تصرفه في هذا

Si le gérant pouvait se faire autoriser en temps utile ou si un retard dans son intervention n'était pas préjudiciable au propriétaire, il n'aura pas le droit de réclamer le remboursement des dépenses qu'il aura faites; dans le cas contraire, le gérant aura droit au remboursement des frais qui ont été nécessaires pour administrer les biens.

(٨٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ٢٠ .

(٨٧) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٥٦ .

(٨٨) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ص ٢١/١٨ .

العمل . فلا يصح أن يتوكل مسلم عن كافر في نكاح ابنته كعكسه ، ولا كافر عن مسلم في شراء مصحف أو معاقبة عبد مسلم ، ويصح توكيل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه ، لا في شراء خمر وخنزير (٨٩) .

وعند الامامية : يشترط في الوكيل كمال العقل . ويجوز أن تلى المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها . والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي ، ولا يتوكل على مسلم (٩٠) .

وقد تبنت المجلة مذهب الاحناف ، فنصت المادة ١٤٥٨ منها على أنه : « يشترط أن يكون الوكيل عاقلا ومميزا ، ولا يشترط أن يكون بالغا » (٩١) .

أما القانون المدني المصري فقد فرق بين مباشرة الفضولي لعمل قانوني أو لعمل مادي . ففي العمل القانوني الذي يتولاه الفضولي باسم رب العمل نيابة عنه تشترط اهلية الوكيل ، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الاهلية الكاملة ، وإن كان يتولى العمل باسمه الشخصي فلا بد أن تتوفر فيه الاهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به . أما العمل المادي فإنه يقتضي أن يكون الفضولي كامل الاهلية حتى يمكنه أن يوفي الالتزامات التي فرضها عليه القانون (٩٢) . وقد نصت المادة ١/١٩٦ على أنه : « إذا لم تتوافر في الفضولي اهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن ادارته الا بالقدر الذي أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » .

وقد نص القانون المدني الإيراني في مادته ٦٦٢ على أنه لا بد أن تتوافر في الوكيل الاهلية اللازمة لما يقوم به من تصرفات (٩٣) .

(٨٩) مرعي بن يوسف ، غاية المنتهى ، ج ٢ ص ١٤٨ .

(٩٠) العلّی ، المختصر النافع ، ص ١٧٩ .

(٩١) علي حيدر ، درر الحکام ، ج ٢ ص ٥٤٤ .

(٩٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٤١٧/١٤١٩ .

(٩٣) الترجمة الفرنسية للمادة ٦٦٢ هي :

“Le mandataire doit ... etre une personne ayant la capacité nécessaire pour accomplir cet acte”

٢ — اهلية رب العمل :

تنقسم التصرفات التي يقوم بها الفضولي الى قسمين :

أ — تصرفات تعتبر صحيحة وتنتج آثارها القانونية في مواجهة رب العمل دون حاجة الى اجازته لاستنادها الى عرف أو اضطرار — على رأي البعض (٩٤) — أو لأنها مفيدة لرب العمل — على رأي البعض الآخر (٩٥) . ونحن نرى أنه في هذه الحالة لا تشترط أية اهلية في رب العمل ، لان مصدر التزاماته هو القانون ، فلا يعتد بارادته في هذا الشأن .

وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٩٦ من القانون المدني المصري : « اما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه اهلية التعاقد » .

ب — ولكن الغالب أن تصرفات الفضولي تتوقف ، فلا تنتج آثارها القانونية الا اذا اجازها رب العمل . وبناء على ذلك اشترط الفقهاء أن يكون رب العمل حين الاجازة ممن له اهلية مباشرة هذا التصرف ، لانه بالاجازة يضيف التصرف الى نفسه ، فكأنه باشره من أول الامر ، وهذا محل شبهه اجماع بين الفقهاء (٩٦) . ولكن هل يشترط في رب العمل أن يكون أهلا لمباشرة هذا التصرف وقت صدوره من الفضولي ؟ لقد اختلف الفقهاء ازاء هذا الشرط :

فالحنفية يتطلبون وجود هذا الشرط ، لان التصرف — بعد الاجازة — يكون له أثر رجعي . وعلى هذا لو وهب الفضولي مال البالغ أو اعتق عبده ، انعقد التصرف صحيحا موقوفا على اجازة رب العمل ، لانه يملك هذه التصرفات بنفسه ، فكان لها مجيز وقت صدورها . أما اذا لم يكن رب العمل من اهل هذه التصرفات لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره ، فلا ينعقد (٩٧) .

(٩٤) مصطفى الزرقاء ، مدخل ، ج ١ ص ٤٦٦ والمراجع المذكورة به .

(٩٥) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١١ وما بعدها .

(٩٦) محسن الحكيم ، نهج الفقهاء ، ج ١ ص ٢٥٠ . على الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٥ . عبدالرازق فرج ، العقد الموقوف ، ص ٢٢٤/٢٢٥ والمراجع المذكورة به . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٩٢ .

(٩٧) الحصكفي ، شرح الدر المختار ، ج ٢ ص ٢٣٧ . على الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٤ . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٩٢/١٩٣ .

ويتفق مع الحنفية في تطلب هذا الشرط : المالكية والشافعية والحنابلة القائلون بالفضالة ، وكذلك بعض الامامية (٩٨) . جاء في المجموع : « والمعتبر اجازة من يملك التصرف عند العقد ، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ » (٩٩) .

وذهب أكثر الامامية الى عدم اشتراط صدور الاجازة ممن يملكها حين التصرف . فلو باع الفضولي مال صغير أو مجنون ثم أجازا بعد البلوغ أو الاناقة صح العقد . وإذا زوج الفضولي صغيرا ثم أجازاه بعد البلوغ صح النكاح (١٠٠) .

وقد اعتمدت المجلة وجهة نظر الاحناف ، فاشتترطت في المادة ٣٧٨ : أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما ، والا فلا تصح الاجازة (١٠١) .

وفي القانون المدني المصري ، يرى السنهوري ضرورة أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه ، لانه يقع نافذا مباشرة في حقه (١٠٢) . الا أن اغلبية الفقه المصري لا يشترط في رب العمل الاهلية اللازمة للتصرف المعتود ، لان مصدر التزام رب العمل ليس ارادته بل القانون (١٠٣) .

اما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة ١٣٦ على أنه يشترط في صحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقلين أو المالك الاصلي أو المعتود عليه وقت الاجازة . وفي القانون المدني الايراني ، ينظر الى أهلية الطرفين وقت العقد — لا وقت الاجازة — ، فاذا بلغ الصغير بعد صدور التصرف وقبل الاجازة ،

(٩٨) عبدالرازق حسن فرج ، العقد الموقوف ، ص ٢٢٧ والمراجع المذكورة به .

(٩٩) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٣ .

(١٠٠) عبدالهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٤٦/١٤٥ والمراجع المذكورة به .

(١٠١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٣٤٢ و ٤٢٣ .

(١٠٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٣٩٠ .

(١٠٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٣٩٠ هـ ١ .

فلا يعتد باجازه ، لأن التصرف لا يمكن صحيحا عند صدوره (١٠٤) .

الفصل الثاني

ملاءمة تدخل الفضولي

تشتط التقنيات الحديثة أن يكون تدخل الفضولي ملائما ، وذلك للحد من تدخل الأشخاص في شئون غيرهم دون مبررات معقولة . وقد فسرت هذه الملاءمة بتطلب أن يكون تدخل الفضولي يصطبغ بصيغة الضرورة . وفسرت كذلك بأنه يكفي أن يكون هذا التدخل نافعا لرب العمل .

أما الفقه الاسلامي ، فإنه يضع مبدأ عاما مؤداه أن تصرفات الفضولي لا تنفذ في مواجهة رب العمل الا اذا أقرها . وتطلب هذه الاجازة يعتبر حماية لرب العمل حتى يقدر بنفسه ملاءمة تدخل الفضولي . ومع ذلك فإننا نجد في بعض المؤلفات الفقهية ما يشير الى اشتراط أن يكون تدخل الفضولي نافعا : « اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره ، بل فيه نفعه ، حيث يكفي مؤونة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره . وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالفاء . وفيه نفع المشتري » (١٠٥) . « ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر ، كان الاذن في هذا العقد ثابتا دلالة ، اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له » (١٠٦) . وهذا ما أكده بعض رجال القانون المشتغلين بالفقه الاسلامي كالاستاذ شفيق شحاته (١٠٧) ، والاستاذ لبنان دي بلفوند (١٠٨) .

(١٠٤) Docteur Zadeh; de la validité des Contrats sur la chose d'autrui en droit positif iranien, Thèse Paris 1939, P. 135.

(١٠٥) المرغيناني ، الهداية ، ج ٢ ص ٦٨ .

(١٠٦) ابن المهيتم ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٢١٠ .

(١٠٧) Ch. Chehata, Théorie générale de l'obligation, Paris 1969, No. 186, P. 138. Y.

(١٠٨) Linant De Bellefonds, op. cit. No. 113, p. 98.

ولكن خرج عن هذا المبدأ العام عدد من الاستثناءات ، تعتبر فيها تصرفات الفضولي ملزمة لرب العمل ، دون حاجة الى اجازته . وهذه الاستثناءات من جانب الفقه الاسلامي تمثل المبدأ العام للفضالة في الفقه الغربي . فكيف يمكن تقدير ملائمة تدخل الفضولي فيها ؟

أما الاحناف ، فانهم أثبتوا أن بعض هذه المستثنيات قد تأسس على الاذن الضمني لرب العمل ، وبعضها الآخر تأسس على الضرورة . وصفة الالتزام بنيت على الاصل التشريعي « الاستحسان » .

وأما المالكية والحنابلة ، فقد أثبتوا أن بعض هذه المستثنيات تأسس على الاذن الضمني لرب العمل ، وبعضها الآخر تأسس على منفعة رب العمل . وصفة الالتزام فيها مبنية على الاصل التشريعي « الاستصلاح » .

لذلك ينبغي أن نخصص البحث الاول لدراسة هذين الاصلين : الاستحسان والاستصلاح ، حتى يمكن في البحث الثاني عرض بعض هذه المستثنيات وموقف المذاهب الفقهية ازاءها ، وبالتالي تحديد معنى الملازمة . أما البحث الثالث فسوف ندرس فيه أثر معارضة رب العمل على تدخل الفضولي .

البحث الاول

الاستحسان والاستصلاح

اولا - الاستحسان (١٠٩) :

الاستحسان نوع من القياس ، يقوم على الاخذ في مسألة ما بحكم يخالف المعروف في القياس ، وذلك لرجحان علة في دليل الاستحسان هي أدق وأخفى من العلة المعروفة في دليل القياس ، أو لضرورة تجلب مصلحة أو تدفع حرجا عندما يكون اضطرار العمل بالقواعد العامة وبالحكم القياسي مؤديا الى حرج في بعض المسائل (١١٠) . وسوف نتكلم عن تعريف الاستحسان ، ثم عن حججه .

(١٠٩) محمد الالفي ، مصادر التشريع ، تحت الطبع .

(١١٠) مصطفى الزرقاء ، الحقوق المدنية ، ج ١ ص ٢٧/٢٩ . الدوايني ، المدخل ، ص ٢٩٢/٢٩٣ .

١ - معنى الاستحسان :

الاستحسان — على ما ذكره الكرخي من الاحناف — هو : العدول
في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه ، لوجه هو أقوى (١١١) .
وهو ينقسم الى قسمين : الاستحسان القياسي واستحسان
الضرورة (١١٢) .

١ - الاستحسان القياسي : هو العدول بالمسألة عن حكم
القياس الظاهر المتبادر فيها الى حكم آخر بقياس ادق واخفى من الاول ،
لكنه أقوى حجة وادق نظرا . مثال ذلك : التفريق ما بين الوكيل بقبض الدين
والوكيل بقبض الوديعة ، حيث قالوا : ان المدين اذا اقر للوكيل بالوكالة
في قبض الدين يؤمر بدفع الدين الى الوكيل مؤاخذا للمدين باقراره ، بينما
قالوا : ان الوديع اذا اقر للوكيل بالوكالة في قبض الوديعة لا يحكم عليه
بدفعها للوكيل — استحسانا — وقد كان القياس على الاقرار بالوكالة في
قبض الدين ان يحكم عليه بدفع الوديعة ايضا كما هو الحال في الدين .
والعلة في الاستحسان بشأن الوديعة هي ان الوديع لو اوخذ باقراره واجبر
على تسليم الوديعة الى الوكيل ، لكان في ذلك اقرار على الغير ، اذ لو تبين
عدم ثبوت الوكالة فلربما ضاعت عين الوديعة على صاحبها المودع ، لان حق
المودع في الاصل انما هو ثابت في العين ، وهذا خلافا للحال في الدين لو تبين
عدم ثبوت الوكالة فانه لا يضيع شيء على الدائن لان حقه انما هو ثابت في
ذمة المدين ، والذمة باقية ، ويبقى خطر الاقرار مقصورا على المقر دون
الدائن (١١٣) .

ب - استحسان الضرورة : وهو ما خولف فيه حكم القياس نظرا الى
ضرورة موجبة ، وذلك عندما يكون الحكم القياسي مؤديا الى حرج ، فيعدل
عنه حينئذ — استحسانا — الى حكم آخر يزول به الحرج ، وتندفع به
المشقة . مثال ذلك : الاطلاع على عورات الناس في التداوى ، فان القاعدة
العامية في العورات تحريم رؤيتها ، ولكن استحسن لدفع الضرر وتأمين
المصلحة (١١٤) .

(١١١) الأمدى ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج ٣ ص ٢٠١ .

(١١٢) مصطفى الزرقاء ، نفس المرجع السابق . محمد معروف الدواليبي ، المدخل ، ص ٢٩٨ .

(١١٣) محمد أبو زهرة ، مالك ، ص ٣٢٢ .

(١١٤) محمد أبو زهرة ، مالك ، ص ٣٢٢ . الدواليبي ، المدخل ، ص ٢٩٥ .

٢ - حجة الاستحسان :

١ - الملكية : اخذ الملكية بالاستحسان كدليل مستقل ، واتجاه الاستحسان عندهم ينتهي الى غاية واحدة ، هي الا يتقيد الفقيه المجتهد عند بحث الجزئيات بتطبيق ما يؤدي اليه اضطراد القياس من جلب مضرة او مشقة ، او منع مصلحة ، لان هذه الامور تؤثر في القياس وتوجب تركه ، وان العمل بموجب هذه الامور هو مما يتفق مع روح الشريعة الاسلامية ومبادئها العامة . ومن هذا الاتجاه يتضح ان الاستحسان عند الملكية يتقارب من المصالح المرسلة ، الا انهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء الجزئي الذي يعارضه دليل كلي ، بخلاف المصلحة فانها تكون حيث لا يوجد ثمة دليل سواها (١١٥) .

ب - الاحناف : اعتمد الاحناف ذلك النوع من الاستحسان الذي اخذ به الملكية ، ولكنهم توسعوا في معنى الاستحسان فأضافوا اليه نوعين آخرين :

١ - ما يستحسنه المجتهد بعقله ، وقد حكى عن ابي حنيفة انه حجة (١١٦) .

٢ - الدليل الذي ينقدح في نفس المجتهد ، ولا يقدر على التعبير عنه (١١٧) .

ج - الشافعية : قيد الامام الشافعي نفسه في كل مسألة يفتي فيها ، اما بالنص ، واما بالحمل على النص عن طريق القياس . ولذلك فقد ثار على من اخذ بالاستحسان ، حتى نقل عنه انه قال : من استحسّن فقد شرع . وقد افرد لذلك كتابا خاصا في « الام » اسماء « كتاب ابطال الاستحسان » ، وبنى الابطال على حجج اقواها : ان الاستحسان لا ضابط له ، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل مفست أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه لكان الامر فرطا ، ولاختلفت الاحكام في النازلة

(١١٥) ابو زهرة ، مالك ، ص ٢٢٧ . الدوايني ، مدخل ، ص ٢٩٦ .

(١١٦) ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص ٨٥ .

(١١٧) ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص ٨٦ .

الواحدة على حسب استحسان كل مفت ، فيقال في الشيء الواحد ضروب من الفتيا والاحكام وما هكذا تفهم الشرائع ولا تفسر الاحكام (١١٨) .

د - الحنابلة : قال القاضي يعقوب : القول بالاستحسان مذهب احمد رحمه الله ، وهو ان تترك حكما الى حكم هو اولى منه ، وهذا مما لا ينكر ، وان اختلف في تسميته فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى (١١٩) .

ثانيا - الاستصلاح (١٢٠) :

الاستصلاح في حقيقته نوع من الحكم بالرأي المبني على المصلحة ، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشرع نص عليها ، ولم يكن لها في الشريعة امثال تقاس بها ، وانما بني الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة برهنت على ان كل مسألة خرجت عن المصلحة ليست من الشريعة في شيء . وتلك القواعد مثل قوله تعالى : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » (١٢١) ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (١٢٢) . وسوف نتكلم عن معنى الاستصلاح ، ثم عن حججه .

١ - معنى الاستصلاح :

الاستصلاح في اللغة : عد الشيء واعتقاده صالحا . وعند الاصوليين هو : بناء الاحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسله ، أي المصالح التي لم يقيد اعتبارها بورود نص خاص بعينها ، وانما العمدة في اعتبارها على ما جاءت به الشريعة من اصول عامة وقواعد كلية ، من شأنها أن تعتبر المصالح وأن تحميها بصورة مرسله ، أي مطلقة غير مقيدة بنص خاص (١٢٣) .

(١١٨) أبو زهرة ، مالك ، ص ٢٢٨/٢٢٩ . الدوايني ، منخل ، ص ٢٩٦ .

(١١٩) ابن قدامة ، روضة الناظر ، ص ٨٥ .

(١٢٠) محمد الاتفي ، المرجع السابق .

(١٢١) سورة التحلل ، ١٦ : ٩٠ .

(١٢٢) الدوايني ، المدخل ، ص ٣٠١/٣٠٢ والمراجع المذكورة .

(١٢٣) نفس المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

٢ - حجة الاستصلاح :

تردد كتب أصول الفقه ان المصالح المرسله حجة عند الامام مالك دون غيره من الائمة ، وبالع بعضهم في ذلك قائلا : « وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به (المناسب المرسل) وهو الحق ، الا ما نقل عن مالك انه يقول به ، مع انكار اصحابه لذلك عنه » (١٢٤) . غير ان المتتبع للاحكام الواردة في كتب الفقه يجد ان جميع المذاهب قد اعتبرت المصلحة المرسله حجة شرعية وبنيت عليها كثيرا من المسائل ، وان لم تصرح بأنها مبنية على المصلحة . ومع ذلك فانا نرى من المفيد الاشارة الى موقف كل مذهب من المذاهب الاربعة .

١ - الشافعية (١٢٥) :

لقد ضيق الشافعية على انفسهم من جهة ولم يعتبروا المصلحة ما لم يأت بها النص ، او تحمل على النص بالقياس . غير انهم وسعوا على انفسهم من جهة اخرى ، واعتبروا كل مصلحة لم يأت بها النص ولكن شهد الشرع باعتبارها راجعة الى القياس .

وبذلك وسعوا دائرة القياس وادخلوا كثيرا من مسائل الاستحسان والاستصلاح في مسائل القياس وسموها قياسا . ولذلك رفضوا الاستصلاح كدليل مستقل من ادلة الاحكام ، كما رفضوا الاستحسان .

وقد ذهب الغزالي - من الشافعية - الى اعتبار المصالح المرسله التي لم يشهد لها اصل بالاعتبار او بالابطال اذا كانت مؤيدة بثلاثة اوصاف :

١ - ان تكون ضرورية ، ٢ - وان تكون قطعية ، ٣ - وان تكون كلية عامة . ذلك لان هذا النوع من المصالح يرجع حفظه الى حفظ مقصود شرعي ، علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والاجماع وما عدا ذلك من المصالح لا يصلح بمجردده لان تبني الاحكام عليه . ذلك ان الغزالي قسم المصالح الى ثلاث مراتب :

اولا : ضرورات ، اي لا يمكن الاستغناء عنها في بناء المجتمع ، وهي

(١٢٤) الاحكام في اصول الاحكام ، للكمي ، ج ٣ ص ٢٠٣ .

(١٢٥) المستصفى للغزالي ، ج ١ ص ٢٨٤/٢١٥ . مالك لابي زهرة ، ص ٢٣٨/٢٣٩ .

المحافظة على : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال .

ثانيا : حاجات ، وهي ما تدعو الحاجة اليها ، ولكن يمكن الاستغناء عنها بشيء من المشقة .

ثالثا : تحسينات ، وهي ما لا يرجع الى ضرورة ولا الى حاجة ، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير لرعاية احسن المناهج في العادات والمعاملات .

وقد اعتبر الغزالي المصالح التي هي من الضرورات مصالح قد علم كونها مقصودة في الشرع واما المصالح التي هي من الحاجات والتحسينات فقد قال الغزالي بعدم جواز الحكم بمجردا اذا لم تتأيد بشهادة اصل .

ب - الحنابلة :

ونحا الحنابلة منحى الشافعية - غير الغزالي - فعدوا المصالح ضربا من القياس . جاء في الروضة : « والمصلحة هي جلب المنفعة او دفع المضرة ، وهي ثلاثة اقسام :

— قسم شهد الشرع باعتبارها ، فهذا هو القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص او الاجماع .

— القسم الثاني ما شهد ببطالانه ... فهذا لا خلاف في بطلانه لمخالفته النص ، وفتح هذا يؤدي الى تغيير حدود الشرع .

— الثالث ما لم يشهد له بابطال ولا اعتبار معين ، وهذا على ثلاثة ضروب : احدها ما يقع في مرتبة الحاجات ... الثاني ما يقع موقع التحسين والتزيين ورعاية حسن المناهج في العبادات والمعاملات ... فهذان الضربان لا نعلم خلافا في انه لا يجوز التمسك بهما من غير اصل ... الضرب الثالث ما يقع في رتبة الضروريات وهي ما عرف من الشارع الالتفات اليها وهي خمسة : ان يحفظ عليهم دينهم وانفسهم وعقلهم ونسبهم ومالهم ... فذهب مالك وبعض الشافعية الى ان هذه المصلحة حجة ... والصحيح ان ذلك ليس بحجة » (١٢٦) .

(١٢٦) روضة الناظر لابن قدامة ، ص ٨٦/٨٧ .

ج - المالكية :

أما المالكية فانهم لم يقيّدوا انفسهم بالقياس للاخذ بالمصالح ، ولا بشيء من الاوصاف كما فعل الغزالي . وبناء على ذلك فان المجتهد يستطيع أن يحكم : ١ - بأن كل عمل فيه مصلحة لا ضرر فيها ، أو كان النفع فيها أكبر من النفع ، ٢ - وأن كل أمر فيه ضرر ولا مصلحة فيه ، أو اثم أكبر من من الضرر ، فهو مطلوب من غير أن يحتاج الى نص خاص يشهد لهذا النوع نفعه ، فهو منهي عنه من غير أن يحتاج الى نص خاص (١٢٧) .

د - الاحناف :

أما الاحناف فانهم وان لم ينقل عنهم القول بالاستصلاح ، فقد قالوا بالاستحسان . والاستحسان عندهم هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها والخروج عن القواعد العامة الى الاستثناء لوجه أقوى ، أو لضرورة جلب مصلحة أو دفع مفسدة . وهم بذلك قد خرجوا عن النظائر وعن القواعد العامة لضرورة المصلحة ، ومن فعل ذلك فقد قال - من باب أولى - بالاخذ بالمصلحة المرسلّة اذا لم يكن هناك نظائر تعارضها ولا قواعد عامّة تناقضها (١٢٨) .

المبحث الثاني

شرط الضرورة أو المنفعة

أولاً : الضرورة :

تسم الاحناف تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون حاجة الى أذنه أو إجازته الى قسمين :

القسم الاول : يشتمل على تصرفات يعتبر أذن رب العمل فيها موجوداً دلالة (١٢٩) ، ونختار منها بعض الامثلة :

(١٢٧) مالك لابي زهرة ، ص ٢٢٩ . المدخل للدوايني ، ص ٢١٤ .

(١٢٨) المدخل للدوايني ، ص ٢١٥ .

(١٢٩) صبحي محمّداني ، النظرية العامة ، ج ١ ص ٧٦ .

١ — يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه المريض بلا افنه ، وكذا أحد الرفقة في السفر (١٣٠) .

٢ — اذا مات بعض الرفقة في السفر ، فباعوا فراشه وعدته وجهازه بثمنه وردوا البقية الى الورثة ، لم يضمنوا (١٣١) .

٣ — لو هيا أحد شيئاً ووضع بصورة يفهم منها سبب التهيئة ، جاز للاجنبي اجراء العمل المقصود . فلو احضر فعلة لهدم دار فجاء آخر وهدمها لا يضمن (١٣٢) . ولو بذر المزارع بذرا فسقاه الاجنبي ، لم يضمن (١٣٣) .
وقد لجأ الاحناف الى فكرة الاذن الضمني ، في هذه الامثلة وما شابهها ، حتى يعمموا قاعدتهم لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك الغير دون اذن أو اجازة (١٣٤) .

ولكننا نرى أن بعض هذه الحالات قد بني على ضرورة تدخل الفضولي ، وبعضها الآخر نافع لرب العمل دون جدال . وإلى هذا تشير عبارات بعض الفقهاء : « الاذن في هذا العقد ثابت دلالة ، اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له » (١٣٥) .

والقسم الثاني : يشتمل على تصرفات ، فسر الزامها لرب العمل باضطرار الفضولي الى مباشرتها ، للوصول الى حقه أو للمحافظة على ماله (١٣٦) . ومن امثلتها :

١ — القاعدة في الفقه الاسلامي أنه : لا تركة الا بعد سداد الديون . فاذا قضى أحد الورثة دين الميت ليتوصل بذلك الى أخذ حقه من التركة

(١٣٠) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ص ١٧٤ .

(١٣١) ابن عابدين ، نفس الموضع السابق .

(١٣٢) ابن عابدين ، نفس الموضع السابق . ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ٢ ص ٨٨ .

(١٣٣) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٨٤ .

(١٣٤) صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٧٨ .

(١٣٥) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١٠ .

(١٣٦) صبحي محمدي ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

بالقسمة ، فانه يرجع على التركة بما قضاه ، وهذا واجب قد اداه عن غيره ،
بغير اذنه ، وقد رجع به (١٣٧) .

٢ — لو هدم بيت مؤلف من طابقين كل منهما لمالك ، فبنى صاحب العلو
السفل بغير اذن مالكه ، لزم هذا الاخير غرامة ما يخصه في هذا البناء (١٣٨) .

٣ — من احكام الرهن أن بعض المصاريف اللازمة لاصلاح المرهون
وحفظه تقع على صاحبه . فلو كان هذا غائبا ، أو كان حاضرا وامتنع من
اداء واجبه ، فللدائن المرتهن أن ينفق على المرهون ، ثم يرجع على الراهن
بما أنفقته (١٣٩) .

يبدو من هذه الامثلة أن تدخل الفضولي تبرره ضرورة أن يصل الى
حقه ، أو أن يحافظ عليه . فاذا لم تتحقق هذه الضرورة ، فان الفضولي يعتبر
متبرعا ولا يحق له مطالبة رب العمل بما أنفقته .

وهذا ما ذهب اليه الشافعي ، فعنده على سبيل المثال (١٤٠) :

١ — اذا أعار شخص عبده لرجل ليرهنه ، فرهنه ، ثم ان صاحب
العبد قضى الدين بغير اذن المستعير وافتك الرهن ، رجع بالحق .

٢ — اذا استأجر شخص جمالا ليركبها ، فهرب الجمال ، فأنفق المستأجر
على الجمال ، رجع بما أنفق .

٣ — اذا أنفق أهل المحلة على لقيط ، ثم استفاد هذا اللقيط مالا ، فان
لهم الحق في الرجوع عليه بما أنفقوا .

من كل ما تقدم يبدو واضحا أن الاحناف والشافعية يتشددون في اصباغ
صفة الالتزام على تصرفات الفضولي ، ولا يعترفون بها الا اذا كان تدخله
ضروريا .

وهذا ما ذهبت اليه مجلة الاحكام العدلية في المادة ١٠٨٤ الخاصة

(١٣٧) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٧ .

(١٣٨) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، نفس الموضع السابق .

(١٣٩) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، نفس الموضع السابق .

(١٤٠) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، نفس الموضع السابق .

بإجارة أحد الشركاء كل الدار المشتركة (١٤١) ، والمادة ١٣١٥ الخاصة ببناء مالك الطابق الاعلى للطابق الاسفل المملوك لغيره (١٤٢) .

وكذلك القانون المدني المصري الذي اشترط أن يكون تدخل الفضولي ضروريا حتى يعتبر ملزما لرب العمل دون اذن أو إجازة ، فنص في المادة ١٨٨ على أن : « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك » ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يلي : « أن يكون ما يتصدى له الفضولي شأنا عاجلا ، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا ، بل لا بد أن يكون ضروريا » (١٤٣) .

وهذا ما ذهب اليه القانون المدني الإيراني ، اذ نص في المادة ٣٠٦ على أنه : « ... إذا تمكن الفضولي من الحصول على الاذن في وقت مناسب ، أو كان التأخير في تدخله لا يؤدي الى ضرر بالمالك فليس له الحق في المطالبة بما انفق من مصروفات . وفي عكس هذه الحالة يحق للفضولي استرداد النفقات الضرورية لإدارة هذه الاموال (١٤٤) .

ثانيا : المنفعة :

قسم المالكية والحنابلة تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون حاجة الى اذنه أو إجازته الى قسمين :

القسم الاول : يشتمل على واجبات ينبغي على رب العمل أن يؤديها . جاء في الذخيرة : « قاعدة مذهبية : اذا فعل الانسان عن غيره ما شأنه أن يفعل مضى فعله عليه ، تنزيلا للاذن الشرعي ... منزلة الاذن القولي » (١٤٥) . وجاء في اعلام الموقعين أن من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع به (١٤٦) . وبناء عليه :

(١٤١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ ص ٤٠ .

(١٤٢) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ ص ٢٤٢/٢٤٣ .

(١٤٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ص ٤٧١ .

(١٤٤) انظر فيما سبق ص ١٦ .

(١٤٥) القرافي . الذخيرة . ج ٤ ، ص ١٠٣ ذكره علي الخفيف في : الضمان ص ٢٦ .

(١٤٦) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٨ .

١ — لو أجر شخص ابله ، وتركها في يد المستاجر ، فأنفق عليها ، يكون له مطالبة المؤجر بها أنفقه ، نص عليه مالك (١٤٧) .

٢ — اذا أبق عبد لشخص ، فردده عليه آخر ، فانه يرجع على السيد بما أنفقه على العبد ، نص عليه أحمد (١٤٨) .

٣ — من أدى عن غيره ديناً بغير اذنه ، لا يعتبر متبرعا ، بل له حق الرجوع على المدين بما أداه عنه (١٤٩) .

والقسم الثاني : يشتمل على كل عمل فيه نفع لرب الشأن . جاء في الذخيرة : « كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره ، بأمره أو بغير أمره ، فعليه رد مثله في القيام بالمال ، وعليه أجره المثل في القيام بالعمل ، ان كان لا بد من الاستئجار عليه أو لا بد من انفاق ذلك المال ، وذلك بناء على حصول الاذن عادة (١٥٠) . وجاء في اعلام الموقعين : « الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير اذنه ليتوصل بذلك العمل الى حقه ، أو فعله حفظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله » (١٥١) . وبناء على ذلك :

١ — اذا أدى شخص خراجاً على ربع لئلا يأخذه السلطان ، وربّه غائب ، كان له حق الرجوع به على صاحبه ، اذ لولا ادائه لأخذه السلطان (١٥٢) .

٢ — اذا حصد شخص زرع آخر في غيبته ، فانه يرجع على المالك بأجرة عمله ، نص عليه أحمد (١٥٣) .

(١٤٧) مالك ، المدونة ، ج ١١ ص ١٤٢ .

(١٤٨) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٦ .

(١٤٩) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٧ .

(١٥٠) القرافي ، الذخيرة ، ج ٤ ص ٢٩ ، ذكره علي الخفيف في : الضمان ص ٢٦ .

(١٥١) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٩ .

(١٥٢) التسولي ، التحفة ، ج ١ ص ١٧٣ ، ذكره علي الخفيف في : الضمان ص ٣١ .

(١٥٣) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٩ .

٣ — من عمل في قناة رجل بغير اذنه ، فاستخرج الماء ، فان لمن عمل اجرا في نفقته اذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة ، نص عليه أحمد (١٥٤) .

ومن هذا الذي تقدم يبدو أن المالكية والحنابلة لم يعطوا تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون اذن أو اجازة ، صفة الاستثناء من القاعدة العامة التي تمنع الشخص من أن يتصرف في ملك الغير بلا اذن أو اجازة — كما فعل الاحناف والشافعية — وانما وضعوا قاعدة هامة مؤداها : أن من أدى عن غيره واجبا ، أو تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير ، فان ما فعله يعتبر ملزما لرب العمل دون حاجة الى اذن سابق أو اجازة لاحقة .

ولعل هذا هو السبب في ان الاحناف تطلبوا ان يكون تدخل الفضولي ضروريا ، لانهم بنوا حلولهم على مبدأ الاستحسان ، وهو مبدأ له صفة استثنائية تستدعي عدم التوسع في تطبيقه .

على حين ان المالكية والحنابلة قد اکتفوا بأن يكون تدخل الفضولي نافعا لرب العمل ، لانهم بنوا قاعدتهم المتقدمة على مبدأ الاستصلاح ، وهو مبدأ عام يتسع لكثير من التطبيقات .

وبهذا أخذ القانون المدني العراقي ، فنص في مادته ٢٣٩ على أنه : « واذا قضى أحد دين غيره بلا أمره ، سقط الدين عن المدين ، سواء قبل أم لم يقبل . ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره ، الا اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين ، أو أنه لم يكن عنده نية التبرع » (١٥٥) .

(١٥٤) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٥ .

(١٥٥) قارن علي الخفيف في : الضمان ص ٢٥ ، حيث يرى أن القانون المدني العراقي قد أخذ في المادة ٢٣٩ برأي الحنفية والشافعية .

المبحث الثالث

النهي الصادر من رب العمل

من المبادئ الأساسية في الفقه الاسلامي انه : « لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه » (١٥٦) ومن باب أولى فانه لا يقبل أن يلتزم الشخص رغم ارادته . فاذا تدخل شخص في شئون آخر بالرغم من انه نهاه عن ذلك ، فانه يعتبر « متعديا » أو « غاصبا » على خلاف بين الفقهاء في تحديد معنى الغاصب ونطاق أعمال الغصب (١٥٧) .

وقد تكلم الفقهاء عن تصرفات الفضولي ، وشروط الفضالة ، دون أن يسيروا الى اثر معارضة رب العمل على الفضالة . ولعل السبب في ذلك هو أن أغلب التصرفات التي يباشرها الفضولي تتوقف ولا تنتج آثارها الا اذا أقرها رب العمل . وحينئذ تكون ارادته هي مصدر التزاماته .

ومع ذلك فقد تعرض بعض فقهاء الامامية لهذه المسألة ، واشترط لصحة عقد الفضولي الا يكون مسبوقا بنهي من المالك عن ايقاعه ، فلو كان كذلك بطل العقد وان أجاز له المالك (١٥٨) . ولكن الصحيح عند الامامية هو أن نهي رب العمل لا تأثير له على صحة الفضالة (١٥٩) .

أما أعمال الفضولي التي تنفذ على رب العمل دون حاجة الى ايجازته ، فانها تفترض اذنه دلالة أو تحقيق مصلحة .

مثال الاول :

١ — من أحضر فملاة لهدم داره ، فهدمه آخر بلا اذن ،

(١٥٦) المادة ٩٦ من مجلة الاحكام المدنية .

(١٥٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٢٢ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٤٤٢ . الطيبي ، تكملة المجموع ، ج ١٤ ص ٦٤ . مرمي بن يوسف ، غايية المنتهى ، ج ٢ ص ٢٢٤ . الحلبي ، المختصر النافع ، ص ٢٥٧ .

(١٥٨) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٦/٢٥ والمراجع المذكورة به .

(١٥٩) محسن الحكيم ، نهج الثقافة ، ج ١ ص ٢٢٠/٢١٩ .

لا يضمن (١٦٠) .

٢ - لو بذر المزارع بذرا ، فسقاه الاجنبي : لم يضمن (١٦١) .

ومثال الثاني :

١ - يجوز لرفقة السفر - اذا مات أحدهم - أن يجهزوه من تركته ، دون اذن الورثة (١٦٢) .

٢ - يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه بغير اذنه (١٦٣) .

ومن هذا يمكن لنا ان نستخلص أنه في الحالة الاولى يعتبر الفضولي متعديا ، اذا نهاه رب العمل عن التدخل في شئونه ، للتعارض القائم بين النهي عن التدخل وفكرة الاذن الضمني . أما في الحالة الثانية فان المصلحة العامة تقضي بعدم الالتفات الى النهي الصادر من رب العمل .



لم تتعرض مجلة الأحكام العدلية لمسألة نهى رب العمل الفضولي عن التدخل في شئونه .

وهو نفس موقف القانون المدني العراقي .

وكذلك القانون المدني الايراني .

أما القانون المدني المصري ، فقد كان مشروعه التمهيدي ينص في المادة ٢٦٣/٢ على ما يلي : « وكذلك تطبق قواعد الاثراء بلا سبب اذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفا في ذلك ارادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الارادة أو

(١٦٠) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ص ١٧٤ . ابن قاضي سمانه ، جامع النصولين ، ج ٢ ص ٨٨ .

(١٦١) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٨٤ .

(١٦٢) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٨٤/٢٨٣ .

(١٦٣) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٨٣ .

مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل في شئون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل ، وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت » (١٦٤) . وقد وافق مجلس النواب على المادة ، ولكنها لما تليت في مجلس الشيوخ ، رؤي حذفها لأنها تنص على لجزيئات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ، ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الأثر بلا سبب . واستقر الرأي على حذفها (١٦٥) .

الفصل الثالث

توافر صفة الغيرية

سبق أن رأينا في تعريفات الفقهاء للفضالة أن صفة الغيرية شرط أساسي ، به يتميز الفضولي عن غيره (١٦٦) ، حتى أن بعض الفقهاء قد اشترط لصحة شراء الفضولي أن يضيف العاقدان العقد إلى رب العمل (١٦٧) ، لأن الشراء تتحقق فيه التهمة ، فقد يقوم الفضولي بالشراء لنفسه لا لغيره (١٦٨) ، وحينئذ تكون صفة الغيرية محل شك . وأذن لا يكون فضولياً : المالك في ملكه ، والولي والوصي والوكيل ، وكذا القاضي والسلطان فيما يرجع فيه اليهما ، لأنهم يتصرفون بأذن شرعي .

هذا الشرط يفترض أن تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير ، ولكن ما هي الوسائل التي يمكن بها الكشف عن هذه النية ؟

لم يجب الفقهاء عن هذا السؤال بطريقة مباشرة ، وإنما يمكن أن نستنبط من كلامهم في هذا الشأن أن هناك تمييزاً بين فروض ثلاثة :

(١٦٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٤٦٧ .

(١٦٥) نفس المرجع السابق ، ج ٢ ص ٤٦٨ .

(١٦٦) راجع فيما سبق ص ٨/٧ .

(١٦٧) انظر فيما سبق ص ١١ هـ ٣ .

(١٦٨) انظر فيما سبق ص ١١ هـ ٤ .

١ - في الفرض الاول يتصرف الفضولي لحساب الغير صراحة أو ضمنا .

٢ - وفي الفرض الثاني يتصرف الفضولي باسمه الشخصي دون أن يعلن عن شخص رب العمل .

٣ - وفي الفرض الثالث يكون الفضولي على غير بينة من أمره ، فيتصرف كفضولي وهو يجهل أنه هو رب العمل ، أو بالعكس .
فيسندرس كل واحد من هذه الفروض الثلاثة في مبحث مستقل .

المبحث الاول

تصرف الفضولي لحساب رب العمل صراحة أو ضمنا

ترتبط فكرة النيابة عن الغير - في الفقه الاسلامي - ارتباطا وثيقا بفكرة الفضالة . ذلك أن المبدأ العام في هذا الفقه هو أن التصرفات التي يباشرها الفضولي لا يمكن أن تلزم رب العمل الا اذا أجازها وفي هذه الحالة ينقلب الفضولي وكيفا طبقا لقاعدة : « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » . وهنا ينبغي أن ندرس عدة حالات :

الحالة الاولى : اذا أعلن الفضولي - وهو يتصرف - أنه يعمل لحساب رب العمل ، فانه بذلك يحدد نيته في العمل لحساب الغير . وهذه هي الحالة المثلى والغالبة في الفضالة ، حتى لقد ظن البعض أنها الصورة الوحيدة للفضالة . يقول الاستاذ لينان دي بلفوند : تعتبر تصرفات الفضولي موقوفة ، بشرط أن تكون هذه التصرفات قد أجريت لمصلحة رب العمل ، وبعبارة أخرى ، ينبغي ألا يكون الفضولي قد تصرف لحسابه الخاص ، والا فان بيع واجارة ملك الغير يكون كل منهما باطلا بطلانا مطلقا (١٦٩) . ويقول الاستاذ شفيق شحاتة : « ويلاحظ هنا أن المقصود هو بيع الفضولي ، وهو البيع الصادر من اجنبي في مصلحة المالك . أما بيع ملك الغير في غير هذه الحالة ، فهو باطل ، ولا يزول بطلانه ولو أصبح البائع مالكا

Linant de Bellefonds, op. cit., No. 105, P. 93. (١٦٩)

بعد ذلك « (١٧٠) .

الحالة الثانية : ليس من الضروري أن تتمخض نية الفضولي للعمل لمصلحة صاحب الشأن وحده ، بل يجوز أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي يتولى شأن نفسه وغيره معا . فأحد الشركاء حين يؤجر كل الدار المشتركة ، انما يستغلها لمصلحة نفسه ومصلحة شركائه الآخرين ، وهو فضولي بالنسبة لهم لانه يعمل لمصلحتهم دون اذن ، ولا يمنع من ذلك انه يعمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك انه عمل لمصلحة نفسه اولا ، وانه ما كان يعمل لمصلحة شركائه لولا مصلحته هو . المهم انه قد عمل لمصلحة الغير على وعي منه حتى لو كان مضطرا الى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة الغير من ارتباط لا يمكن معه ان يقوم بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة الغير (١٧١) . وذلك مثل صاحب العلو الذي يبنى السفلى بغير اذن مالكة (١٧٢) . واحد الورثة الذي يسدد جميع ديون التركة (١٧٣) .

وهذا ما اعتمدته المجلة في المادة ١٠٨٤ الخاصة باجارة احد الشركاء كل الدار المشتركة (١٧٤) . والمادة ١٣١٥ الخاصة ببناء مالك الطابق الاعلى للطابق الاسفل المملوك لغيره (١٧٥) .

وتنص المادة ١٨٩ من القانون المدني المصري على انه : « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في اثناء توليه شأننا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشانين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (١٧٦) .

وقد ذهب القانون المدني العراقي نفس المذهب ، فنص في المادة ٢٣٩

(١٧٠) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزام ، بند ١٨٦ ص ١٥٩ .

(١٧١) البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص ٢٨٦ ، نكره الخفيف في : الضمان ، ص ٢٢ .

(١٧٢) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٤١٧

(١٧٣) ابن القيم ، نفس الموضع السابق .

(١٧٤) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ٤٠ .

(١٧٥) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٣ ص ٣٤٣/٣٤٢ .

(١٧٦) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ص ١٣٩٧/١٣٩٦ .

على أنه : « اذا قضى أحد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ، ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره ، الا اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين ، أو أنه لم يكن عنده نية التبرع » .

وهو نفس اتجاه القانون المدني الإيراني الذي ينص في المادة ٢٥٦ على أنه : « اذا تصرف شخص — بمقتضى عقد واحد — فيما يملكه وفيما يملكه غيره ، اسقاطا أو تملكا ، فتصرفه صحيح نافذ فيما يخصه ، ولكنه يعتبر فضوليا فيما يتعلق بملك الغير » (١٧٧) .

الحالة الثالثة : اذا لم يعلن الفضولي صراحة عن نيته في العمل لحساب الغير ، فيجب التفرقة بين فرضين :

١ — اذا كان التصرف الذي يقوم به الفضولي من الاعمال التي تتوقف على اجازة رب العمل ، فان الفقهاء يفترضون وجود نية الغيرية ، ويعتبرون التصرف صحيحا منذ انعقاده ، ولكن انتاج آثاره هو الذي يتوقف على الاجازة (١٧٨) .

٢ — أما اذا كان تصرف الفضولي يلزم رب العمل مباشرة ودون حاجة الى اجازته ، فان الفقهاء يختلفون في تقدير وجود نية الغيرية .

— فالأحناف والشافعية يتشددون في اثبات هذه النية ، ويعتبرون الفضولي متبرعا بما ينفعه لمصلحة رب العمل ما لم يحصل على اذن

(١٧٧) وهذا هو النص الفارسي :

مادة ٢٥٦ — هرگاه کسی مال خود و مال غیر را بیک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت بخودا و نافذ و نسبت بغیر فضولی است .
وهذه هي الترجمة الفرنسية :

...Article 256—Si par une seule et même convention quelqu'un cède sa chose et la chose d'autrui, ou s'il accepte le transfert d'une chose pour lui et pour autrui, le contrat est valable pour ce qui le concerne et est considéré en ce qui concern le bien d'autrui, comme une gestion d'affaires.

(١٧٨) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٨٤/١٨٣ .

سابق (١٧٩) ، أو يشهد على أنه يعمل لمصلحة الغير وأنه يريد الرجوع بما ينفق (١٨٠) .

— أما الملكية والحنابلة فانهم يتساهلون في اثبات هذه النية ، ويكتفون بأن يكون لدى الفضولي قصد الرجوع الى رب العمل بما ينفقه ، فاذا ذهّل عن نية الرجوع لم يكن له أن يرجع . وسواء في الفضولي أن يكون قريبا لرب العمل أو اجنبيا عنه ، له مصلحة في ذلك أو ليس له مصلحة . وسواء في المؤدى عنه أن يكون عاجزا عن مباشرة العمل بنفسه أم ممتنعا عنه قادرا عليه . وسواء أمكن استئذانه أم لم يمكن . وخالف القاضي أبو ليلى في ذلك فاشتراط أن يتعذر استئذانه لغيبه أو نحوها (١٨١) .

الحالة الرابعة : هل تكفي مهنة الفضولي للدلالة على نيته في العمل لحساب الغير ؟ يبدو من كلام بعض الفقهاء أنه ان كان مثل هذا الفضولي لا يقوم بمثل ما قام به من عمل الا باجر عادة ، فانه يجب التفرقة بين مرضين :

١ — أن يكون للفضولي ولاية ذلك العمل ، كناظر الوقف يعمل لمصلحة الوقف ، أو الوصي أو القيم يعمل لمصلحة موليه ، فان الفضولي في هذه الحالة يستحق الاجر في مال من عمل له من وقف أو مولى عليه (١٨٢) . ويبدو لنا أن استحقاق الاجر هنا قد تأسس على أن مهنة الفضولي تكشف عن نيته في أن يعمل لحساب الغير ، ولو لم يعبر صراحة عن هذه النية .

٢ — ليس للفضولي ولاية ذلك العمل ، كمن رأى متاعا مشرفا على الغرق أو الحرق أو معرضا لسلبه ونهبه ، وظن ضياعه بسبب ذلك فأنقذه وبذل في ذلك مالا أو جهدا يؤجر على مثله . فقد اختلف رأي الفقهاء في ذلك :

(١٧٩) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ٢ ص ٥٩ .

(١٨٠) ابن حجر ، التحفة ، ج ٦ ص ٣٢٨ ، ذكره علي الخفيف في : الضمان ، ص ٢٩ .

(١٨١) علي الخفيف ، الضمان ، ص ٢٧ والمراجع التي ذكرها .

(١٨٢) علي الخفيف ، الضمان ، ص ٢٨ والمراجع التي ذكرها .

— فمنهم من يرى أن الفضولي يعتبر متبرعا بجهد وماله ، لعدم اذن المالك أو القاضي .

— ومنهم من يرى أن جهد الفضولي أو ماله مضمونان على صاحب المتاع المنقذ ، اذا كان قد قام بعمله على الوجه المعروف الذي ليس فيه شطط ولا ارهاق لصاحب المال (١٨٣) .

فهل يسمح لنا أن نستخلص من ذلك : أن سبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة أساسه وجود أو عدم وجود نية الغيرية ، فالفرق الاول لا يكتفي بمهنة الفضولي كمعيار كاشف عن نية العمل لحساب الغير ، ولهذا فانهم يشترطون اذن رب العمل أو رخصة القاضي . بينما يكتفي الفريق الثاني بمهنة الفضولي للكشف عن نية العمل لحساب الغير . ولهذا يشترطون أن يقوم الفضولي بعمله على الوجه المعروف الذي يمكن أن يقوم به من هو في مثل مهنته ، دون أن يتجاوز في عمله الحدود المألوفة .

وعلى العموم فان تقدير نية الغيرية هي مسألة وقائع ، تخضع لتقدير القاضي حسب الظروف والملابسات . ويجب عليه وهو يقوم بهذا التقدير أن يأخذ في الاعتبار الاعراف المحلية التي تتغير بتغير الزمان والمكان .

المبحث الثاني

تصرف الفضولي باسمه الشخصي

في هذه الحالة يتصرف شخص في مال الغير باسمه الشخصي دون أن يكشف عن شخص رب العمل . وقد اختلف الفقهاء في حكمه هل هذا التصرف ، فالبعض يرى أن المتصرف لا يزال يحتفظ بصفته كفضولي (١٨٤) وحينئذ تطبق عليه قواعد الفضالة ، كما لو كان قد أعلن عن نيته في العمل لحساب الغير .

(١٨٣) علي الخفيف ، الضمان ، ص ٢٨ والمراجع التي ذكرها .

(١٨٤) الخريفي ، شرح ، ج ٦ ص ١٤٦ ، ابن الشيخ محمد باقر ، ذكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ص ٤٧ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٥٧ .

بينما ترى الغالبية من الفقهاء أن المتصرف يعتبر غاصبا (١٨٥) ، وهؤلاء يختلفون في مدى صحة تصرفاته :

— فبعض الاحناف يعتبرون تصرفات الغاصب باطلة ، ولا تصححها اجازة رب العمل (١٨٦) . ولكن اكثرهم لا تفرق بين تصرفات الغاصب وتصرفات الفضولي ، وتطبق عليها قواعد الفضالة (١٨٧) .

— ويذهب الامام مالك وكثير من أصحابه الى أن تصرفات الغاصب مثل تصرفات الفضولي ، تنطبق عليها احكام الفضالة (١٨٨) . الا أن اشهب فرق بين جهل المتعاقد مع الغاصب بواقعة الغصب وبين علمه بها ، ففي الحالة الاولى يطبق احكام الفضالة ، أما في الحالة الثانية فإنه يعتبر المتصرف باطلا ، لان الطرفين دخلا على الفساد والغرر (١٨٩) .

— والمذهب القديم للامام الشافعي لا يفرق بين تصرفات الغاصب وتصرفات الفضولي . أما في المذهب الجديد فقد حكى امام الحرمين والغزالي قولين للشافعي : اصحهما بطلان تصرفات الغاصب لانه ممنوع من التصرف ،

(١٨٥) القمى ، غنائم الايام ، ذكره عبدالهادي الحكيم في : عقد الفضولي ، ص ٤٤ . الفتاوى الخانية ، ج ٢ ص ١٤٤ . مالك ، المدونة ، ج ١٤ ص ٥٤ و٥٦ . النووي ، المجموع ج ٩ ص ٢٨٢ . البهوتي الروض المربع ، ج ٢ ص ٣٧٩ . ابن رجب ، القواعد ، ص ٤٥٤ .

(١٨٦) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٦ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٥٠ . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ١٥٤ .

(١٨٧) قاضي خان ، فتاوى ، ج ٢ ص ١٤٤ . المرغيناني ، انهداية ، ج ٣ ص ٥١ . السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٦١ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٤٥ . محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ص ١٢٩ والمراجع المذكورة .

(١٨٨) مالك ، المدونة ، ج ١٤ ص ٥٤ و٥٦ . الخريشي ، شرح ، ج ٦ ص ١٤٦ . القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٢ . الدسوقي والدردير ، ج ٣ ص ٥٧ . الآبي الزهري ، جواهر الاكليل ، ج ٢ ص ١٥٢ .

(١٨٩) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٢ . ابن الشيخ حسين ، تهذيب الفروق ، ج ٢ ص ٢٤٠ .

والقول الثاني أن للمالك اجازة هذه التصرفات (١٩٠) .

— وقد نقل الحنابلة ثلاث روايات عن الامام احمد (١٩١) :

اصح هذه الروايات أن تصرفات الغاصب باطلة .

والرواية الثانية انها تصح بشرط اجازة رب العمل .

والرواية الثالثة تعتبر أن تصرف الغاصب يصح وينفذ من دون اجازة ، لان الغصب في الظاهر تتناول مدته ، فلو لم يصح هذا التصرف أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري ، لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها .

— وذهب اكثر الامامية الى أن تصرفات الغاصب تنطبق عليها احكام الفضالة (١٩٢) ، ولكن بعضا منهم يرى أن هذه التصرفات لا تنعقد (١٩٣) . وبعض آخر يفرق بين جهل المتعاقد مع الغاصب بواقعة الغصب وبين علمه بها ، ففي الحالة الاولى يطبق احكام الفضالة ، وفي الحالة الثانية يعتبر التصرف باطلا (١٩٤) ، لأن المشتري من الغاصب — مع علمه بالغصب — يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن ، فلا يدخل في ملك رب العين (١٩٥) .



يتضح مما سبق أن غالبية الفقهاء لم يسبغوا صفة الفضالة على

(١٩٠) النووي ، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣ .

(١٩١) المرداوى ، الإنصاف ، ج ٦ ص ٣٠٩ . البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٣٧٩ . ابن النجار ، منتهى الارادات ج ١ ص ٥١٩ . ابن رجب ، القواعد ، ص ٤٥٥ . ابن قدامة ، المغنى ، ج ٥ ص ٢٤٩ .

(١٩٢) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٤٤/٤٣ والمراجع المذكورة .

(١٩٣) ابن الشيخ محمد باقر ، رسالة في العقود ، ذكره عبد الهادي الحكيم في المرجع السابق ص ٤٧ .

(١٩٤) الحلبي ، تنكرة الفقهاء ، ج ١ ص ٤٦٣ . المبيدي ، كنز الفوائد ، ذكره عبد الهادي الحكيم في ص ٤٨ .

(١٩٥) العاطي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٨٧ .

التصرفات التي يقوم بها الشخص في مال غيره ، اذا كان يعمل لحساب نفسه ، ولعلمهم لاحظوا انعدام نية الغيرية في هذه التصرفات فأطلقوا على المتصرف صفة الغاصب ، لا صفة الفضولي . ولئن كانت قواعد الفضالة تنطبق على هذه التصرفات — على رأي البعض — فليس معنى ذلك أننا بصدد فضالة ، وانما لا نزال بصدد عمل من أعمال الغصب .

والقلة من الفقهاء الذين أسبغوا وصف الفضولي على من يتصرف في مال الغير لحساب نفسه قد لاحظوا — فيما نظن — أن نية الغيرية لا تزال موجودة عند الفضولي ، وان كان لم يكشف عنها عند التعاقد . فمن رأيهم أن رب العمل اذا أجاز تدخل الفضولي أنتج التصرف كل آثاره بأثر رجعي ، وانقلب الفضولي وكيفا ، وهذا لا يتم اذا كان المتصرف — وهو يعمل لحساب نفسه — يسقط كل اعتبار لرب العمل وقت التعاقد وبعده . فوجب إذن أن نفترض لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير ، ولو كان الظاهر خلاف ذلك .

ان التحليل الذي تقدمناه لرأي الاغلبية من الفقهاء منصوص عليه في كتب الفقه ، وتحليل رأي الاقلية كما تقدمناه يتناسب مع الروح العامة للفقه الاسلامي . ولذا فاننا نتحفظ في قبول الرأي القائل بأن التصرفات التي يجريها الفضولي لحساب نفسه تعتبر عقدا غير مسمى يستند الى واقعة الحيازة ... لانه لا يمكن الحديث عن بيع صدر ممن لا يملك نقل الملكية (١٩٦) .

ولكننا لا نستطيع قبول الرأي الذي يقطع بأن بيع واجارة ملك الغير — لحساب الفضولي — يكون كل منهما باطلا بطلانا مطلقا (١٩٧) . ولا الرأي الذي يؤكد أن بيع ملك الغير — الذي ينعقد لا لمصلحة المالك يعتبر باطلا ، ولا يزول بطلانه ، ولو أصبح البائع مالكا بعد ذلك (١٩٨) .

وقد افترض القانون المدني الإيراني وجود نية الغيرية في تصرفات

Docteur Zadeh, Op. Cit., P. 104. (١٩٦)

(١٩٧) انظر فيما سبق ص ٢٣ هـ ١ .

(١٩٨) انظر فيما سبق ص ٢٣ هـ ٢ .

الفضولي في بعض الحالات فنص في المادة ١٩٧ على أنه : « إذا كان الثمن أو المثلن في العقد عينا مملوكة للغير ، اعتبر أن العقد قد عقد لحساب صاحب العين » (١٩٩)

المبحث الثالث

الفصولي على غير بينة من أمره .

قد يحدث أن يتدخل شخص في شئون الغير وهو على غير بينة من أمره ، فتصرف نيته الى العمل لحساب نفسه ، والحقيقة أنه يعمل لحساب غيره . وبالعكس قد تنصرف نيته الى العمل لحساب الغير ، وهو يعمل في الحقيقة لحساب نفسه . فنبحث هاتين المسألتين تباعا :

المسألة الاولى :

قد تنصرف نية المتدخل الى أن يعمل لحساب نفسه ، ثم يظهر بعد ذلك أنه كان يعمل لحساب الغير . فلو أن منزلا كان في حيازة شخص يعتقد أنه المالك لهذا المنزل فأجرى فيه اصلاحات ضرورية لمصلحته هو . ثم تبين بعد ذلك أن المنزل مملوك لشخص آخر ، فلا يعتبر المتدخل فضوليا بالنسبة الى المالك الحقيقي ، لانعدام نية الغيرية . أما الاصلاحات التي اجراها ، فانها تخضع لاحكام من يتصرف في ملك الغير بحسن نية ، وهي احكام قريبة الشبه باحكام الاثراء بلا سبب :

١ — فاذا كان المتدخل قد تصرف في المنزل تصرفا قوليا ، جاز للمالك الحقيقي أن يبطل جميع تصرفاته ، سواء كانت بالبيع أم بالهبه أم

(١٩٩) وهذا هو النص الفارسي :

مادة ١٩٧ — در صورتیکه ثمن یا منمن معامله عین متعلق بغير باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود .

أما ترجمته الفرنسية فهي :

Article 197. — Si l'objet du contrat ou de la valeur reçue est un corps certain appartenant à autrui, le contrat est censé conclu pour le compte de celui auquel la chose appartient.

بالوقف (٢٠٠) .

٢ — وان كان المتدخل تصرف في المنزل تصرفا فعليا ، بأن قام فيه بتحسينات أو زاد فيه طباقا ، فانه يرجع على المالك الحقيقي حسب القواعد الآتية :

١ — اذا كانت الزيادة تقبل الانفصال ، ولها قيمة بعد نقضها ، وكان هدمها لا يضر بالمنزل ، فالمالك مخير بين أخذها بقيمتها مستحقة الهدم ، أو تكليف المتدخل بهدمها وأخذها . وان كان هدمها يضر بالمنزل ، فالمالك الحقيقي يستطيع أن يملك الزيادة بقيمتها مستحقة الهدم ، ولو جبرا على الحائز الذي لا يمكنه أن يطلب نقض البناء (٢٠١) . هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد ، أما أبو يوسف ومالك والشافعي فانهم يرون أن المالك الحقيقي — في الحالتين — يأخذ البناء بقيمته مستحق البقاء ، لان الحائز لم يتعد في تصرفه (٢٠٢) .

ب — اذا كانت الزيادة لا تقبل الانفصال ، ولا قيمة لها بعد نقضها ، فان من حق الحائز أن يطالب المالك الاصلي بقيمة هذه الزيادة (٢٠٣) ، حتى لا يثرى المالك على حساب الحائز .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري : « أن يتصدى الفضولي لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولي الى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل . فاذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولي وهو يتولى شأن الغير ، انه يقوم بشئون نفسه خرج الامر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الاثراء » (٢٠٤) .

وتنص المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي على أنه : « اذا احدث

(٢٠٠) أحمد أبو الفتح ، كتاب المعاملات ، ج ١ ص ٨٦ . علي الخفيف ، مختصر ، ص ٥٨ .

(٢٠١) علي الخفيف ، مختصر ، ص ٦٠ .

(٢٠٢) أحمد أبو الفتح ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٢٠٣) أحمد أبو الفتح ، المرجع السابق ، نفس الموضع . علي الخفيف ، مختصر ، ص ٥٩ .

(٢٠٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ص ٤٧١ .

شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فان كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بثمن مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة » .

المسألة الثانية :

قد تنصرف نية المتدخل الى العمل لحساب الغير ، ثم يتضح بعد ذلك انه كان يعمل لحساب نفسه . ومثاله المعروف لدى الفقهاء هو : من باع مال أبيه ظانا حياته ، فبان انه كان قد مات ، وأن البائع هو وارثه الوحيد . وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع :

— فالحنفية يرون أن هذا البيع صحيح نافذ دون حاجة الى اجازة (٢٠٥) .

— وعند الشافعية والحنابلة رأيان في هذه المسألة : أصحها أن العقد صحيح دون اجازة ، والرأي الثاني يعتبر أن العقد باطل لانه في معنى المعلق بموته (٢٠٦) .

— وأما الامامية فعندهم ثلاثة آراء في هذه المسألة : رأي يرى أن البيع صحيح نافذ (٢٠٧) . والثاني يرى أن البيع لا ينتج آثاره الا بعد الاجازة (٢٠٨) . والرأي الأخير يقطع ببطلان العقد (٢٠٩) .

وقد اختار القانون المدني الإيراني الرأي الثاني عند الامامية ، فنص في الماد ٢٥٥ على انه « اذا تعاقد شخص على شيء مملوك للغير ، ثم ظهر أن هذا الشيء ملك للعائد أو لمن يحق للعائد أن يتعاقد باسمه — لولاية

(٢٠٥) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٢٩/٢٣٠ .

(٢٠٦) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٣/٢٨٤ . ابن رجب ، القواعد ، ص ١٢٠ . المرداوي ، الإنصاف ، ج ٤ ص ٢٨٦ .

(٢٠٧) الحلبي ، قواعد الاحكام ، ص ٤٧ و ٦٠/٦١ .

(٢٠٨) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٥٨ .

(٢٠٩) الخراساني ، حاشية على المكاسب ، ص ٤٢ . الاصفهاني ، حاشية على المكاسب ، ج ١ ص ١٧٥ .

أو وكالة — فان العقد يتوقف على اجازة العاقد ، فاذا لم يجزه صار باطلا « (٢١٠) .

المسألة الثالثة :

قد يقوم شخص بعمل لحساب آخر ، دون اذنه أو ولايته ، ثم يظهر بعد ذلك أنه كانت له ولاية القيام بهذا التصرف . وذلك مثل : من يبيع مال غيره ظانا أنه يتصرف كفضولي ، ثم ينكشف بعد ذلك أنه كان نائبه في هذا البيع .

في هذه المسألة يمكن أن نأخذ بعين الاعتبار نية الغيبة ، ونضيف اليها الوجود الفعلي للنياية فنصح عمل الفضولي دون توقف على اجازة رب العمل . وهذا هو ما ذهب اليه بعض الامامية (٢١١) ، وهو الاصح عند الشافعية (٢١٢) ، وعند الحنابلة (٢١٣) .

ويمكن كذلك أن نأخذ بعين الاعتبار ضرورة تحديد النية وانصرافها الى القيام بعمل من أعمال النيابة ، وهذا غير متوافر هنا ، كل ما يمكن التسليم

(٢١٠) وهذا هو النص الفارسي :

مادة ٢٥٥ — هرگاه کسی نسبت بمالی معامله بعنوان فضولي نماید وبعد معلوم شود که آن مال ملک معامله کننده بوده است یا ملک کی بوده است که معامله کننده می توانسته است از قبل او ولایه با وكالة معامله نماید در اینصورت نفوذ وصحت معامله موکول با اجازه معامل است و الامعالمه باطل خواهد بود .

اما الترجمة الفرنسية فهي :

Article 255. — Si une personne fait un contrat ayant pour objet la chose d'autrui et si l'on constate ensuite que cette chose lui appartenait ou appartenait a une autre personne au nom de laquelle elle pouvait contracter, soit a titre de tuteur, soit a titre de mandataire, la validité du contrat dépendra de la ratification ultérieure du contractant, faute de quoi la convention sera nulle.

(٢١١) الحلى ، تنكرة الفقهاء ، ج ١ ص ٨٦ . الاصفهاني ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١٧٥ . محسن الحكيم ، نهج ، ج ١ ص ٢٥٦ .

(٢١٢) النووى ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٤ .

(٢١٣) المرداوى ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٦ . البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٢٢ .

به هو وجود نية الغيرية لدى المتصرف ، ولذا فاننا نطبق عليه احكام الفضالة ، ولا نعتبر الفضولي نائباً الا بعد الاجازة وهذا هو رأي بعض الامامية (٢١٤) ، وبعض الشافعية (٢١٥) .

وأخيراً ، هناك من يرى أن ثمة تعارضاً بين نية العمل لحساب الغير التي يترتب عليها تطبيق احكام الفضالة ، ونية العمل لحساب المناب عنه التي يترتب عليها تطبيق احكام النيابة ، ولذلك فان هذا البعض يجزم ببطلان التصرف . ومن هذا الرأي بعض الامامية (٢١٦) ، وبعض الشافعية (٢١٧) ، وبعض الحنابلة (٢١٨) .

وقد اشارت المذكرة الانشاحية لمشروع القانون المدني المصري الى حالة مماثلة : « واذا كانت تلك النية ضرورية من هذا الوجه ، فهي بمجرد كافيّة دون حاجة الى اشتراط انصرافها الى العمل لحساب شخص معين بذاته . فمتى قصد الفضولي الى التصدي لشأن الغير ، بقي قائماً بعمله ، ولو اخطأ في شخص رب العمل ، وفي هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقي ما يترتب على الفضالة من حقوق ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات » (٢١٩) .

ولقد سبق أن رأينا أن القانون المدني الايراني ينص في مادته ٢٥٥ على انه : « اذا تعاقد شخص على شيء مملوك للغير دون اذن ، ثم ظهر أن هذا الشيء ملك للعائد أو لمن يحق للعائد أن يتعاقد باسمه — لولاية أو وكالة — فان العقد يتوقف على اجازة العائد ، فاذا لم يجزه صار باطلا » (٢٢٠) .

(٢١٤) اليزدي ، حاشية على مكاسب الانصاري ، ج ١ ص ١٦٨ ، ذكره عبد الهادي الحكيم في عقد الفضولي ص ١٦٧ .

(٢١٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٤ .

(٢١٦) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٦٨ والمراجع المذكورة .

(٢١٧) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٤ .

(٢١٨) المرادوي ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٦ . ابن رجب ، القواعد ، ص ١١٩ .

(٢١٩) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ص ٤٧١/٤٧٢ .

(٢٢٠) انظر فيما سبق ص ٤٠ هـ ٧ .

خاتمة القسم الاول

في هذا القسم الاول درسنا فكرة الفضالة والعناصر المكونة لها في المذاهب المختلفة للفقهاء الاسلامي ، وفي التقنينات الحالية لبلدان الشرق الاوسط .

ولقد رأينا ان الفقه الاسلامي في جملة قد عرف نوعين من الفضالة :

النوع الاول :

هو نظام الفضالة الفقهي ، وهو يقابل في القانون الفرنسي « التصرف في ملك الغير » . في نظام الفضالة الفقهي يقوم الفضولي بتصرف قانوني أو بعمل مادي لحساب الغير دون أن يكون ملزماً بذلك ، فلا ينتج تصرفه أي أثر قانوني في حق رب العمل إلا إذا أجازته . وهذه الإجازة بمثابة تقدير من رب العمل للأمانة تدخل الفضولي في شئونه ، ولذلك لا يشترط أن يكون هذا التدخل ضروريا أو نافعا .

هذه الفضالة كما اقترها الفقه الاسلامي ، هي التي تسود مجلة الاحكام العدلية ، والقانون المدني العراقي ، والقانون المدني الايراني . أما القانون المدني المصري فقد تكلم عنها في موضعين : ١ - عند تعرضه لبيع وهبة ملك الغير ، وأعطاهما نفس الاحكام المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي . ٢ - وعند كلامه عن الفضالة ، حيث نص في المادة ١٩٠ على انه : « تسري قواعد الوكالة اذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي » .

والنوع الثاني :

هو نظام الفضالة كما هو معروف في القانون المدني الفرنسي . في هذه الفضالة القانونية ، يقوم الفضولي بتصرف قانوني أو بعمل مادي لحساب الغير دون أن يكون ملزماً بذلك ، فيلزم رب العمل وينتج آثارا قانونية ،

بشروط أن يكون — تدخل الفضولي ضرورياً — على رأي من يعتبر هذا النوع من الفضالة استثناء من القواعد العامة — أو ناهياً — على رأي من يعتبر هذا النوع من الفضالة يشكل قاعدة عامة — .

وقد اعتبرت المجلة هذا النوع من الفضالة استثناء من القواعد العامة ، فضيقت من تطبيقاته . وكذلك فعل القانون المدني العراقي .

أما القانون المدني المصري ، والقانون المدني الإيراني ، فقد افرد كل منهما لهذا النوع من الفضالة تنظيماً مستقلاً ، واشترط أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً ، والا فلا تنطبق عليه أحكام الفضالة .

