

# الفضالة

## دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط

الدكتور محمد جبر الألفي  
قسم القانون الخاص - جامعة الكويت

### القسم الثاني آثار الفضالة

يوجد اختلاف جوهري بين آثار الفضالة في الفقه الاسلامي ، وآثارها في القانون الفرنسي ، وذلك بسبب اختلاف مضمون الفضالة في كل من النظامين . ففي الفقه الاسلامي يمكن أن نميز بين نوعين من الفضالة :

١ - الفضالة بالمعنى التقليدي ، أي تصرفات الفضولي التي لا تلزم رب العمل الا اذا أجازها . وهذا النوع من الفضالة هو الذي يغلب بحثه في كتب الفقه الاسلامي . وبديهي أن أخذ اجازة رب العمل في الاعتبار يترتب عليه اختلاف الآثار تبعا للزمن الذي يعبر فيه رب العمل عن ارادته . فهناك أحكام خاصة تترتب على اجازة رب العمل لما قام به

\* القسم الأول نشر في العدد الثاني، السنة الثالثة مجلة الحقوق والشرعية ص ٧١ .

الفضولي ، وهناك أحكام أخرى تترتب على رفضه لهذا التصرف ، وهناك أخيراً أحكام مغايرة إذا ظل رب العمل فترة من الزمان دون أن يعلن إرادته بإجازه التصرف أو رفضه .

٢ - الفضالة بالمعنى القانوني ، أي تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون أذنه أو إجازته . وهذا النوع من الفضالة ينتج آثاره من وقت صدوره بقوة القانون . وتبرير الفقهاء لالزام العمل بهذه التصرفات يدور حول فكرة الإذن الضمني ، أو حول فكرة الإذن الشرعي . وبناءً على هذا التصوير فإن الآثار التي تترتب على هذا النوع من الفضالة تكون هي نفس الآثار التي تترتب على الفضالة التقليدية إذا أجازها رب العمل .

وننبه منذ البداية إلى أن آثار الفضالة لا تختلف - كمبدأ علم - تبعاً لاختلاف التصرف الذي يقوم به الفضولي ، سواء أكان تصرفاً قولياً أم تصرفاً فعلياً ، إلا في بعض التفاصيل التي تقتضيها طبيعة التصرف . لذلك فإننا - تسهيلاً للبحث - سوف نتبع طريقه الفقه الإسلامي ونقصر بحثنا في هذا القسم على أحكام بيع ملك الغير ، إلا إذا كانت هناك ضرورة للتعرض لبعض أنظمة أخرى ، فننتعرض لها في حدود إيضاح الفكرة الرئيسية .

أما المقارنة مع التقنيات الحالية لبلدان الشرق الأوسط ، فإنها لا تثير صعوبة خاصة : فالمجلة والقانون المدني العراقي والقانون المدني الإيراني تتبع نفس المنهج الذي اختطه فقهاء المسلمين ، وأما التقنين المدني المصري - وكذلك مجموعة التقنيات التي نهجت نهجه - فإنه حذا حذو التقنين المدني الفرنسي ، وفصل بين الفضالة التقليدية والفضالة القانونية ، ورتب على كل نوع منهما آثاراً تختلف عن الأخرى . ومع ذلك فقد استحدث هذا التقنين مادة لم يكن لها مقابل في التقنين المصري القديم ، فنص في المادة ١٩٠ على أن : «تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي» ولذلك فإننا نفضل أن تكون المقارنة مع التقنين المدني المصري في خصوص بيع ملك الغير الذي نظمته المواد من ٤٦٦ إلى ٤٦٨ . أما آثار الفضالة القانونية فقد وردت في المواد من ١٩١ إلى ١٩٦ من هذا التقنين ولا نظير لها في الفقه الإسلامي ، أو في مجلة الأحكام العدلية ، أو في القانون المدني العراقي ، أو في القانون المدني الإيراني .

ونقسم بحثنا إذن في هذا القسم إلى ثلاثة فصول :

- ١ - الفصل الاول نخصه لدراسة آثار الفضالة التقليدية ، قبل ان يبدي رب العمل ارادته باجازة تصرفات الفضولي أو ردها .
- ٢ - والفصل الثاني يختص ببحث معنى الاجازة ومحققاتها وآثارها . على أن يكون مفهوما أن آثار الفضالة التقليدية بعد اجازتها هي نفس آثار الفضالة القانونية .
- ٣ - أما الفصل الثالث فسوف نبحث فيه رد رب العمل لتصرفات الفضولي ، وما يترتب على هذا الرد من آثار .

## الفصل الاول

### آثار الفضالة قبل أن يتدخل المالك

قد تمر فترة زمنية بين انعقاد العقد الذي اجراه الفضولي ، وبين اعلان رب العمل ارادته بالاجازة أو بالرد . فما مصير العقد خلال هذه الفترة ؟

- يرى بعض الفقهاء أن هذا التصرف باطل من أساسه ، ولا ينتج أي أثر سواء فيما بين المتعاقدين ، أو في مواجهة هذا الغير . ولا يمكن تصحيح هذا البطلان فيما بعد .

- ويرى البعض الآخر أن هذا التصرف صحيح ، ولكن انتاج آثاره القانونية يتوقف على اجازة رب العمل ، فان اجازته بان أنه انعقد صحيحا وأنتج آثاره منذ انعقاده ، وان رده اعتبر باطلا .

فنخصص مبحثا لكل واحد من هذين الرأيين .

## المبحث الاول

### نظرية بطلان بيع ملك الغير

#### أولا - أنصار هذه النظرية :

قال بهذه النظرية من فقهاء المسلمين أبو ثور ، وابن المنذر (١) ، وأهل الظاهر (٢) ، وبعض المالكية (٣) ، وهو ما استقر عليه رأي الامام الشافعي في مذهبه الجديد ، وتابعه عليه جماهير الشافعية العراقيون ، وكثيرون أو الاكثرون من الخراسانيين (٤) ، وهو ما ذهب اليه الامام أحمد في إحدى الروايتين عنه (٥) ، وتابعه عليه أكثر الحنابلة (٦) . ومن أنصار هذه النظرية أيضا بعض الامامية كالطوسي ، وابن زهرة ، وابن ادريس ، والاردبيلي ، والبحراني ، والداماد (٧) .

#### ثانيا - طبيعة البطلان :

يرى أنصار هذه النظرية أن بيع ملك الغير بدون إذن أو ولاية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، ولا ينتج أي أثر لا بين الطرفين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير ، حتى ولو أجازته المالك الحقيقي ، أو انتقل الشيء المبيع الى ملكية البائع . ولا يمكن الخروج من هذا الاشكال الا اذا قبل المالك الاصيل أن يعقد عقدا جديدا مع المشتري من الفضولي ، واعتبار العقد الاول غير موجود (٨) .

- 
- (١) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٥ .
  - (٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ص ٤٣٤ .
  - (٣) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٢ . ابن الشيخ حسين ، تهذيب الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٠ .
  - (٤) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .
  - (٥) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٢٠٥ / ٢٠٦ .
  - (٦) المرداوي ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٣ .
  - (٧) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٣ والمراجع التي ذكرها .
  - (٨) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٤ . ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج ١ ص ٣٤٠ . ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ص ٤٣٤ / ٤٣٥ .

### ثالثا - أساس البطان :

جرت عادة الفقهاء على أن يؤسسوا آراءهم على نوعين من الأدلة :

١ - الدليل النقلى ، وهو ما نص عليه في القرآن الكريم أو في السنة النبوية أو انعقد عليه الاجماع .

٢ - والدليل العقلى، وهو ما يوحى به المنطق القانوني من أنواع الاجتهاد .

#### ١ - الدليل النقلى :

١ - من القرآن الكريم :

- قال تعالى : «يأياها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٩) . فالعقد الذي أوقعه الفضولي يعتبر أكلا لاموال الناس بالباطل ، لانه لم يقترب به رضاء المالك ، والاجازة اللاحقة لا يمكن أن تصح عقدا باطلا (١٠) .

وقد يجاب عن ذلك بأن عقد الفضولي - عند القائلين بصحته - لا ينتج آثاره الا اذا لحقته الاجازة وقبلها يكون موقوفا ، فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل ، ويكون الاعتراض اذن غير وارد .

- وقال تعالى : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » (١١) . فهذا يدل على أن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع ، ولا أن يملك المالك الثمن .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالاجازة ، وقبلها لا ينتج العقد أي أثر .

ب - من السنة النبوية :

- روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم أن حكيم بن حزام قال : « سألت رسول الله ﷺ فقلت : ياتيني الرجل

---

(٩) سورة النساء ٢٩ : ٢٩ .

(١٠) ابن الشيخ محمد باقر ، رسالة في العقود ، ذكره عبد الهادي الحكيم في : عقد الفضولي ص ٣٤ .

(١١) سورة الانعام ٦ : ١٦٤ . وانظر : ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ص ٤٣٥ .

يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه ؟ قال :  
لا تبع ما ليس عندك « (١٢) .

وقد يجاب عن هذا الحديث بأن النهي وارد على بيع الشيء  
المعدوم (١٣) . أو أن النهي وارد على حالة ما اذا باع الشخص شيئاً ليس  
عنده ، ثم يشتريه بعد ذلك ويسلمه للمشتري تنفيذا للعقد المبرم بينهما ،  
وهذا بيع باطل في الفقه الاسلامي (١٤) . فالحديث ينهى عن حالة بيع  
الشخص شيئاً غير موجود عنده لحساب نفسه ، وهذا ليس فضولياً (١٥) .

– روى أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن  
أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق الا فيما تملك ،  
ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك » (١٦) .

ويجاب عن ذلك بأن النفي ورد على تصرفات تنتج آثارها في الحال ،  
وأنصار نظرية العقد الموقوف يعتبرون أن هذا الحديث لا ينطبق على  
تصرفات الفضولي لأنها تتوقف على الاجازة (١٧) .

## ٢ – الدليل العقلي :

### ١ – القياس :

يرى أنصار نظرية البطلان أن من يبيع ما غير ، يبيع شيئاً لا يقدر  
على تسليمه ، فكان حاله كحال من يبيع السمك في الماء أو الطير في الهواء ،  
وهو بيع باطل بالاجماع (١٨) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن القياس هنا لم تتوافر شروط اجرائه ،  
ذلك أن بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء باطل لانعدام محل العقد ،

---

(١٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٦ . الشوكاني ، نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٥٢ / ٢٥٣ .

(١٣) الشوكاني ، نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٥٣ .

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

(١٥) الانصاري ، المكاسب ، ص ١٢٧ .

(١٦) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٦ . الطوسي ، الخلاف ، ج ١ ص ٢٢٢ .

(١٧) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٣٥ والمراجع المذكورة بها .

(١٨) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٦ .

أما بيع الفضولي فمحله شيء موجود ، ولأن هذا المحل مملوك لغير البائع توقفت آثار العقد على إجازة المالك الحقيقي (١٩) .

#### ب - المعقول :

يعتبر تصرف الفضولي باطلا ، لأنه صدر عن غير ذي ولاية شرعية ، فهو ليس مالكا ولا نائبا عن المالك ، والولاية الشرعية شرط من شروط انعقاد التصرف (٢٠) . ذلك أن إعلان الإرادة يترتب عليه في الحال كل الآثار القانونية التي أوجبها الشارع لمثل هذا التصرف (٢١) . فإذا أوجب الفضولي ، وقبل المتعاقد معه ، فإن ملكية الشيء المبيع يجب أن تنتقل في الحال ، وهذا محال لأن الإنسان لا يملك إلا ما ملك ، وهذا التناقض يجعل العقد باطلا لانعدام عنصر أساسي من عناصر تكوينه وهو الرضاء الصادر عن ذي ولاية شرعية . أن هذا الربط بين إعلان الإرادة وبين إنتاج التصرف كل آثاره القانونية جعل أنصار هذه النظرية يجزمون بأنه : « ليس من المنطق في شيء ألا يصح عقد حين عقده ، ثم يصح في وقت آخر غير الوقت الذي انعقد فيه » (٢٢) .

#### ★ ★ ★

نخلص مما تقدم إلى أن بطلان بيع ملك الغير 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 ، ونعني به الرضاء الذي لا يوجد شرعا إلا بتلاقي إرادتين ينتج عنهما أثر شرعي في الحال . وهو - عند البعض الآخر - انعدام المحل شرعا ، فالبائع الفضولي قد يتمكن من تسليم المبيع إلى المشتري ، وفي هذه الحالة يسبغ الفقهاء عليه وصف الغاصب ، ولا يعترفون بهذا التسليم الذي لا يترتب عليه أي حق .

#### ★ ★ ★

- 
- (١٩) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢١٩ .  
(٢٠) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٦ .  
(٢١) محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص ٤٥٢ / ٤٥٦ والمراجع التي ذكرها .  
(٢٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ص ٤٣٧ .

لم تقبل مجلة الاحكام العدلية نظرية بطلان بيع ملك الغير (م ٣٦٨) ، وهذا نفس اتجاه القانون المدني العراقي (م ١٣٥) ، والقانون المدني الايراني (م ٢٤٧) .

أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة ٤٦٦ منه على أنه : « ١ - اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ، ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل ٢٠ - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد » . وقد اختلفت نظرة الشراح المصريين ، بصدد هذه المادة ، في طبيعة جزاء بيع ملك الغير وتأصيل هذا الجزاء من الناحية القانونية ، ويمكن أن نميز بوضوح بين أربعة آراء :

#### الرأي الاول :

يذهب الى أن جزاء بيع ملك الغير هو القابلية للفسخ ، وليس البطلان ، وأساس ذلك أن البائع لم يقم بالتزامه من نقل ملكية المبيع الى المشتري . والمشرع المصري اذ نظم ما أسماه بطلان بيع ملك الغير في المادة ٤٦٦ من التقنين المدني ، لم ينظم في الواقع الا الفسخ لعدم التنفيذ ، وتكييف نظام معين يجب ألا يؤخذ من تسميته ، بل ينظر الى القواعد التي تحكمه (٢٣) .

وهذا الرأي - رغم وجاهته وقوة أساسه - يتناقض مع صريح نص المادة ٤٦٦ التي تتكلم على البطلان وليس على الفسخ .

#### الرأي الثاني :

يعتبر بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . أما نظمه المشرع المصري في المادة ٤٦٦ مدني فليس الا تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني ، فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً الى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علما أن العقد الاول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع للشيء المباع . وقد فرض المشرع

---

(٢٣) جميل الشرقاوي ، البيع والمقايضة والايجار ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ١٠٤/١٠٧ .

فرضا غير قابل لاثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري الى ذلك فمفروض الى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته الى التحول (٢٤) .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يتعارض مع النصوص التي تقطع بأز بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلانا مطلقا (٢٥) . كذلك لا يقال أن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه وإنما يمكن الالتزام بذلك ، وإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هـ الفسخ لا البطلان المطلق (٢٦) .

بقي أن يقال : أن نظرية التحول المنصوص عليها في المادة ١٤٤ تتطلب أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد ، لا بعد ذلك الى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل ، ونية المشتري المحتملة تستعص على هذا التأويل ، فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا الى العا الجديد منذ البداية ، فلا يجوز اثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعا لذا للمشتري أن يطلب إبطال البيع ، وأما ألا تكون قد انصرفت الى العا الجديد فلا يكون هناك تحول ، ويبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا ، وه يتعارض مع صريح نص المادة ٤٦٦ (٢٧) .

### والرأي الثالث :

يذهب الى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الاسلامي ، ذلك أن بيع ملك الغير غير نافذ في حق المالك ، وعد نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الاثر فيما بين المتعاقدين وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا ، فالعقد يعتد في هذه الصورة عقدا موقوفا . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الاقر

(٢٤) سليمان مرقص ، في البيع ، بند ٢٨١ ص ٤٦٢ . ذكره السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٢٧٩ / ٢٨٠ .

(٢٥) السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٨٠ . البدرائي ، الوجيز في : البيع ، ص ٤١٦ .

(٢٦) السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٨٠ هـ ٢ . البدرائي ، الوجيز ص ٤١٦ .

(٢٧) السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٨٠ والمراجع المذكورة به .

(٢٨) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للتأمين العيني ، القاهرة ١٩٥٢ ، بند ٩٢ ص

الصادر من المالك ، فاذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك ، واذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الاثر كما كان ( ٢٨ ) .

ويؤخذ على هذا الرأي - مع وجاهته وفائدته العملية - أنه يصطدم مع صريح نص المادة ٤٦٦ التي تقضي بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا نسبيا ، وفرق كبير بين فكرة العقد الموقوف والعقد الباطل بطلانا نسبيا . ثم ان نظرية التصرف الموقوف اذا أمكن الاخذ بها في القانون المصري عن الفقه الاسلامي باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون ، فذلك لا يكون الا في حالتين : ١ - الامور التي استقى المشرع أحكامها من الفقه الاسلامي ، كما هو الحال بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث ( ٢٩ ) . فان هذا التصرف لا ينتج أي أثر الا بعد اجازة الورثة ٢٠ - حالة عدم وجود نص أو عرف يمكن تطبيقه » ولذلك قد يصح الاخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقده موقوفا على اجازة الموكل ، اذ لا نص يمنع من الاخذ بها « ( ٣٠ ) .

### والرأي الاخير :

يحترم وضوح نص المادة ٤٦٦ ، ويجزم بأن بيع ملك الغير قابل للابطال لحماية المشتري ، وهذا البطلان خاص بعقد البيع ، ولا يستمد من القواعد العامة ، لانه يمكن اجازته باقرار المالك وهو أجنبي عن العقد ، ولانه ينقلب صحيحا بمجرد أن يصبح البائع مالكا للمبيع . ويكون أساس البطلان هو نص القانون ليس غير ( ٣١ ) .



ويبدو لنا أن تضارب آراء الشراح المصريين في هذه المسألة ، لا يرجع الى صعوبة خاصة في فهم أو تفسير نص المادة ٤٦٦ مدني مصري . وانما يرجع بالدرجة الاولى الى أن المشرع المصري قد اقتفى أثر المشرع الفرنسي ،

---

( ٢٩ ) عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ٣١٨ هـ ١ .

( ٣٠ ) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ص ٢٨١ .

( ٣١ ) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ص ٢٨٢ / ٢٨٥ . البدراوي ، نفس المرجع ، ص ٤١٦ / ٤١٧ . منصور مصطفى منصور ، البيع ، القاهرة ١٩٥٦ / ١٩٥٧ ، ص ٢٥٩ وما بعدها .

ونقل عنه نص المادة ١٥٩٩ مدني فرنسي (٣٢) ، وهو نص قد اختلف رأي الشراح الفرنسيين في تفسيره لانه يتعارض مع القواعد العامة (٣٣) ، حتى طالب بعضهم بالغائه والعودة الى ما كان متبعاً في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم (٣٤) .

وهذا هو ما حققه المشرع العراقي ، فانه في علاجه لبيع ملك الغير لم يضع نصاً شبيهاً بنص المادة ٤٦٦ مدني مصري ، أو المادة ١٥٩٩ مدني فرنسي ، اللذين أثارا كل هذا الخلاف ، وانما طبق أحكام الفقه الاسلامي في هذا الصدد ، فاعتبر بيع ملك الغير موقوفاً على اجازة مالكه ، كما سنرى ذلك بالتفصيل في المبحث القادم .

## المبحث الثاني

### نظرية توقف بيع ملك الغير

يرى أنصار هذه النظرية أن التصرف في ملك الغير دون اذن أو ولاية ، يتوقف على اجازة من له الحق فيها ، وذلك بشرطين (٣٥) :

١ - ألا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ، فان وجد نفاذاً عليه ولم يجزه من له الشأن يعتبر نافذاً على الفضولي ولا يتوقف . فاذا اشترى الفضولي عيناً لآخر دون أن يعلن أنه يشتريها لحساب ذلك الغير ، كان الشراء له ، ولا يسأل أمام البائع غيره (٣٦) .

---

(٣٢) تنص المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي على أن :

“La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose appartient à autrui”.

(٣٣) انظر على سبيل المثال :

Varbiesco, La vente de la chose d'autrui en droit romain, ancien droit français et droit français actuel, these paris, 1890.

Flattet, les contrats pour le compte d'autrui, Paris, 1950.

Dupeyron, la régulation des actes nuls, Paris, 1973, pp. 54/74 et 189.

(٣٤) انظر في ذلك :

Henri, Léon et Jean MAZEAUD, Leçons de droit civil, T. III. 3<sup>e</sup> édition par M. de Juglart, Paris 1968, No. 824, P. 77.

(٣٥) على الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٣ .

(٣٦) الطحاوي ، مختصر ، ص ٨٣ .

٢ - أن يكون لذلك العقد مجيز وقت انشائه ، كان يبيع عقار رشيد ، أو عقار صغير بمثل القيمة ، فان للمالك الرشيد ولولي الصغير اجازة ذلك العقد لانهما يملكان انشاء هذا البيع . أما اذا باع عقار صغير بغبن فاحش أو وهب ماله ، فان العقد يعتبر باطلا ولا يتوقف على الاجازة ، لانها ان صدرت من الصغير فهي غير معتبرة ، لانه ناقص الاهلية ، وان صدرت من وليه تكون غير معتبرة كذلك ، لانه لا يملك مباشرة تصرف ضار بالصغير (٣٧) .

ونشر الآن في ذكر أنصار هذه النظرية ، ثم نبين طبيعة الوقف وأساسه القانوني ، وأخيرا ندرس الآثار التي قد تنتج عن العقد الموقوف .

### اولا - أنصار هذه النظرية :

يقول بهذه النظرية من الفقهاء : اسحاق بن راهوية (٣٨) ، وأكثر الامامية (٣٩) ، وجميع الاحناف (٤٠) ، وأغلب المالكية (٤١) ، وهو رأي للامام أحمد بن حنبل تابعه عليه بعض الحنابلة (٤٢) . أما الامام الشافعي فقد قال بهذه النظرية في المذهب القديم ، ثم اختلف النقل عنه في المذهب الجديد . ويبرر النووي هذا الاختلاف في النقل بقوله : « قال الشافعي في آخر باب الغصب من البويطي : ( ان صح حديث عروة البارقي ، فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير اذنه ، ثم رضي ، فالبيع والعق (جائزان) ) هذا نصه . وقد صح حديث عروة البارقي ٠٠٠ فصار للشافعي قولان في الجديد ، أحدهما موافق للقديم » (٤٣) . ولتوضيح

- 
- (٣٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٩ . ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٢ . النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٣ .  
(٣٨) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٥ .  
(٣٩) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٠ / ٢١ والمراجع العديدة التي أشار إليها .  
(٤٠) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ص ١٥٣ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٠ . ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٢٧ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٢٠٩ .  
(٤١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١٤١ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١٢ . الأبي الأزهر ، جواهر الاكليل ، ج ٢ ص ٥ . القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٢ .  
(٤٢) المرادوي ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٣ . ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ . ابن رجب ، القواعد ، ص ٤٥٣ .  
(٤٣) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

ما ذكره النووي نقول : روي أن الشافعي قال : « اذا صح الحديث فهو مذهبي » (٤٤) ، فالفقهاء الذين اعتمدوا صحة حديث عروة البارقي ، اعتبروا أن الامام الشافعي يقول بوقف بيع ملك الغير ، وهذا ما ذهب اليه بعض الشافعية (٤٥) . أما الفقهاء الذين لم يعتمدوا صحة هذا الحديث ، فقد اکتفوا برأي الامام حيث قال ببطلان بيع ملك الغير .

## ثانيا - الطبيعة القانونية :

يرى أنصار هذه النظرية أن عقد الفضولي قد انعقد صحيحا ، لتوافر أركانه وشروط انعقاده ، فهو اذن قسم من أقسام العقد الصحيح (٤٦) . ولكن بعضا منهم يجعله قسما مستقلا بذاته يمكن أن يكون صحيحا ، كما يمكن أن يكون فاسدا (٤٧) ، ولكن هذا الرأي الاخير لم يقبله متأخروا الفقهاء (٤٨) .

العقد الموقوف اذن عقد صحيح ، ولكنه لا ينتج أي أثر ، لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير ، الا اذا أجازته من له حق اجازته ، وحينئذ تتقرر صحته منذ انعقاده وينتج جميع آثاره بأثر رجعي ، بناء على قاعدة : « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » . أما اذا رفض المالك اجازة هذا العقد ، فانه يعتبر غير موجود منذ لحظة انعقاده .

## هل يمكن القول بأن العقد الموقوف باطل بطلانا نسبيا ؟

أشار الاستاذ لينان دي بلفوند الى أن بعض الاوروبيين الذين تخصصوا في الفقه الاسلامي ، قد وقعوا في خطأ حين خلطوا بين التصرف الموقوف والتصرف الباطل بطلانا نسبيا (٤٩) . وهذا الخلط نلّمسه في كتابات بعض رجال القانون الشرقيين : فالاستاذ شفيق شحاتة يذكر « أن

- 
- (٤٤) النووي ، المجموع ، ج ١ ص ١٠٤ / ١٠٥ .  
(٤٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ . الانصاري ، شرح البهجة ، ج ٢ ص ٤٠٦ . البجيرمي ، حاشية على شرح المنهج ، ج ٢ ص ١٨٧ . الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، ج ٢ ص ١٥ .  
(٤٦) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ٧٦ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٣ / ٤ و ١٠٤ / ١٠٥ .  
(٤٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٣ . الفتاوي الهندية ، ج ٣ ص ٣ . ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ١٨٤ / ١٨٥ .  
(٤٨) محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ص ١١٦ / ١٢٢ .  
(٤٩) Linant de Bellefonds, op. cit., T.I , P. 101, No. 117

البائع اذا لم يكن مالكا فعقده بالنسبة للمالك لا اثر له ، ويقول الفقهاء انه غير نافذ . وهل هذا يفيد انه باطل ؟ في الواقع ، العقد هنا ، باطل من جميع الوجوه ، الا انه يحتمل الاجازة من الغير . وعند ذلك يزول البطلان ، ويعتبر العقد كأنه قائم من تاريخ الانعقاد « ( ٥٠ ) . ويبدو أن الاستاذ شحاتة قد رجع عن هذا الرأي ، لانه في مؤلف حديث له كتب يقول : « فالجزاء في هذه التصرفات ليس بالبطلان ، بل عدم النفاذ ، ويعبر عنه بكلمة موقوف . فعقد الصغير في هذه الحالات ينعقد صحيحا ، ولكن آثاره تتوقف . ويظل غير نافذ الى أن يجيزه الولي ، فان اجازته أنتج كل آثاره » ( ٥٢ ) . والاستاذ ابراهيم دكتور زادة يقطع بأن هذا العقد باطل بطلانا نسبيا ( ٥٢ ) ، ثم يحاول أن يفسر هذا البطلان على أساس الغلط في شخص البائع ، ولكنه يصطدم بنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني الايراني التي لا تنطبق الا على حالات خاصة ليس من بينها بيع ملك الغير ( ٥٣ ) . فيحاول مرة أخرى تفسير هذا البطلان بغط المشتري في محل العقد المنصوص عليه في المادة ٢٠٠ من نفس التقنين ، ولكن هذا التفسير لا يتناسب مع ما تنص عليه المادة ٢٥٤ من أنه : اذا ملك الفضولي الشيء المبيع ، فان ذلك لا يوجب نفاذ التصرف « ( ٥٤ ) . ولا يجد هذا المؤلف أمامه غير اللجوء الى : « ان هذا بطلان من نوع خاص ، تأسس على فكرة تختلف عن تلك التي اعتمدها القانون الفرنسي » ( ٥٥ ) .

ولا شك أن هذا الخلط يرجع الى مقارنة نظامين مختلفين كل الاختلاف . صحيح أن العقد الموقوف في الفقه الاسلامي يواجه نفس الحالات التي يواجهها العقد القابل للابطال في القانون الفرنسي ، أعني عقد ناقص الاهلية والتصرف في ملك الغير ، ولكن هناك فروقا جوهرية تباعد بين كل من النظامين ( ٥٦ ) : فالعقد الموقوف لا ينتج أي أثر الا اذا تقررت اجازته ،

( ٥٠ ) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات ، بند ١٨٥ ص ١٥٨ .

( ٥٤ ) Chafik Chehata, Etudes de droit musulman, Paris 1971, P. 119 .

( ٥١ ) Docteur - Zadeh, op. cit , P. 118.

( ٥٢ ) Docteur - Zadeh, op. cit , p. 119.

( ٥٥ ) Docteur - Zadeh, op. cit , p. 120/121

Docteur - Zadeh, op. cit , 123 .

( ٥٦ ) النسهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ٢٧٦ / ٢٨٠ . محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ص ١٨٤ / ١٨٩ . عبد الرازق حسن فرج ، العقد الموقوف ، ص ٤٨ / ٤٩ . وانظر كذلك :

Linante de Bellefonds, op. cit, T. I, P. 100/101, No. 116.

ذلك أن الفقه الاسلامي ذو نزعة موضوعية ، فهو يهتم بمراكز قانونية ثابتة قبل أن يهتم بأشخاص علاقة ما ، ولذلك فانه يعتبر التصرف الصادر عن غير ذي ولاية لا ينتج أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة صاحب الشأن ، ولم يشأ أن يجعل العقد نافذا الى أن يتدخل صاحب الشأن بطلب الابطال واعادة الطرفين الى مراكزهما السابقة على التعاقد ، وهذا غير ممكن في كثير من الحالات ، ففكرة وقف هذه التصرفات تضمن استقرار التعامل .

وعلى العكس من ذلك ، فان العقد القابل للابطال ينتج آثاره كلها فيما بين المتعاقدين الى أن يتقرر البطلان ، فيعاد الطرفان الى مراكزهما السابقة على التعاقد . ويكون التصور القانوني في هذه الحالة هو حماية أحد المتعاقدين : ناقص الاهلية ، أو المشتري من غير مالك ، وذلك استنادا الى النزعة الذاتية التي تسود القوانين اللاتينية ، وتنظر الى الشخص نفسه قبل أن تنظر الى العلاقة التعاقدية ذاتها . ولهذا كان لا بد من اضافة فكرة أخرى الى فكرة القابلية للابطال ، وهي عدم سريان بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي ، لانه من غير المعقول أن يحتج بعقد على من لم يكن طرفا فيه .

### هل يمكن القول بأن العقد الموقوف هو تصرف شرطي ؟

نقل الاستاذ فان دن برج منهاج الطالبين للنووي الى اللغة الفرنسية ، فترجم اصطلاح « البيع الموقوف » بالتعبير الفرنسي " Vente Cautelative " أي : بيع شرطي ( ٥٧ ) . وكذلك فعل السيد ابراهيم دكتور زاده حيث يقول : « وهذه المعاملة تفهم على أنها اتفاق شرطي » ( ٥٨ ) ، ويضيف في موضع آخر : « فهناك نوع من الشرط الواقف الذي يؤثر على آثار البيع » ( ٥٩ ) .

من الصحيح أنه اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . وصحيح أيضا أنه اذا تحقق الشرط استند

( ٥٧ )

L.W.C. VAN DEN BERG, Le Gide des Zélés Croyants, Batavia 1882, T.I,P.352

Docteur — Zadeh, op. cit., p. 116. ( ٥٨ )

Docteur — Zadeh, op. cit., p. 16. ( ٥٩ )

أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام . ومع ذلك فان هناك فرقا جوهريا بين التصرف الموقوف والالتزام المعلق على شرط واقف ، فبينما يوجد العقد الموقوف وتتوقف اثاره فقط على الاجازة ، اذ بالالتزام المعلق على شرط واقف لا يوجد الا اذا تحقق الشرط . ومن ناحية أخرى نص الفقهاء على « أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك ، فان العقد يبطل ولا يتوقف ، لان الخيار له بدون الشرط ، فيكون الشرط له مبطلا » (٦٠) .

### ثالثا - الاساس القانوني للنظرية :

#### ١ - الدليل النقلي :

##### أ - من القرآن الكريم :

- قوله تعالى : « وأحل الله البيع » (٦١) . فهذه الآية لم تفرق في حل البيع بين أن يكون صادرا من المالك بطريق الاصاله ، وبين أن يكون صادرا عن الوكيل في الابتداء ، أو عن الفضولي الذي يصبح وكيلًا بالاجازة (٦٢) .

- قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » (٦٣) . ولا شك أن تصرفات الفضولي التي يتوقف أثرها على اجازة المالك تعتبر من قبيل التعاون على البر (٦٤) .

##### ب - من السنة النبوية :

روى أبو داود والترمذي وابن ماجه أن عروة البارقي قال : « دفع الي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لاشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت احدهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فذكر له ما كان أمره . فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك » (٦٥) . وجه الدليل : أن عروة باع الشاة التي اشتراها

---

(٦٠) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٢ .

(٦١) سورة البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٦٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٨ / ١٤٩ .

(٦٣) سورة المائدة ٥ : ٢ .

(٦٤) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٣ . النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٣٨٥ .

(٦٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٥ .

للنبي صلى الله عليه وسلم بدون أمره ، ولم يبطل عقده ، بل أقره على ذلك ، فدل على أن مثل هذا التصرف صحيحا ينتج آثاره بالاجازة (٦٦) .  
وقد يجاب عن هذا الحديث بأن عروة « كان وكيلًا للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة ، يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى ، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بأذن مالئها ، ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفًا على الاجازة » (٦٧) .

## ٢ - الدليل العقلي :

### أ - القياس :

يرى أنصار هذه النظرية قياس تصرف الفضولي على الوصية بأكثر من الثلث ، وجه الاستدلال : أن الوصية بأكثر من الثلث تصرف في حق الورثة دون إذن ، وهو ينعقد موقوفًا على اجازتهم باجماع الفقهاء ، فينبغي أن يعطي نفس الحكم للتصرف في مال الغير دون إذن (٦٨) .

وقد يجاب عن هذا القياس بأن هناك فارقًا بين الوصية وبين غيرها من التصرفات ، فالوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم ، بخلاف البيع (٦٩) . كذلك يقال أن ملك الموصي ثابت حال الوصية فهو يتصرف في ملكه ، والوارث لا يجيز تصرفًا وقع على ماله وإنما ينشأ هذا التصرف ، ولذلك تعتبر فيه شروط الهبة (٧٠) .

### ب - المعقول :

يرى أنصار هذه النظرية أن عقد الفضولي قد استوفى كل أركان العقد الصحيح : فكل من البائع والمشتري قد عبر تعبيرًا صحيحًا عن إرادته ، ثم تلاقت هاتين الإرادتين . ومحل العقد متقوم ومشروع ، وكونه غير مملوك للبائع لا يعدم وجوده ، لأنه لو باعه بأذن مالكه يجوز . فالعقد

---

(٦٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ص ١٥٤ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٤٩ . القرافي ، الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٣ .  
(٦٧) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٦ / ٢٨٧ .  
(٦٨) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١٠ .  
(٦٩) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٧ .  
(٧٠) ابن الدهان ، تقويم النظر ، تحقيق محمد الالفي ، باريس ١٩٧٢ ، ص ٥٠ / ٥١ .

اذن قد انعقد صحيحا ، غاية الامر أن هناك مانعا أوقف نفوذ هذا التصرف ، وهو احتمال عدم رضا المالك به ، فإذا أجاز المالك هذا البيع زال المانع وأنتج العقد كل آثاره من لحظة انعقاده (٧١) .

وقد طور أنصار هذه النظرية الفكرة التي أبداهها أنصار نظرية البطلان ، ومؤداها : أن التعبير عن الإرادة يستتبع تحقق الاثر في الحال بقوة القانون ، فقالوا : ان التصرف هو سبب تحقق الاثر ، فإذا كان هذا التصرف باتا - بأن صدر من المالك الاصلي أنتج أثر باتا - وهو انتقال الملك في الحال - . أما إذا كان التصرف موقوفا - بأن صدر من الفضولي - فإنه ينتج أثرا موقوفا - وهو انتقال الملك وقت الاجازة - . وتأخر الاثر عن التصرف لا يجعل التصرف لغوا ، كما في حالة البيع بشرط الخيار ، فإن الاثر لا يظهر في الحال ، ومع ذلك فإن العقد صحيح . انما يلغو التصرف ويعتبر باطلا إذا انعدم الحكم شرعا (٧٢) ، ولهذا فإن أنصار هذه النظرية يعتبرون أن بيع الفضولي صحيح منعقد ، ولكن انتاج آثاره يتأخر الى وقت الاجازة حتى لا يصيب المالك ضرر من جراء هذا التصرف .



بعد استعراض حجج أنصار نظرية بطلان بيع ملك الغير ، وحجج أنصار نظرية صحة هذا البيع موقوفا على الاجازة ، يبدو لنا أن الأدلة المنقولة ، وكذلك القياس لا تصلح لتأييد وجهة نظر الفريق الاول أو الفريق الثاني . أما أدلة العقل فإنها تعتمد على صياغة قانونية تختلف في أساسها عند كل من الفريقين : فعند أنصار نظرية البطلان إذا انعقد التصرف ترتبت عليه جميع آثاره بقوة القانون ، ويكون التصرف عندهم اما صحيح نافذ واما باطل ، ولا توجد مرحلة أخرى بين هاتين المرحلتين ، والنتيجة المنطقية لهذا التصور الموضوعي هي أن ملكية البائع للشيء المبيع شرط وجود في التصرف . أما أنصار النظرية الثانية فإنهم يثبتون لارادة الافراد فاعلية في تأخير بعض الآثار التي تترتب على التصرف ، ويعترفون لذلك بوجود مرحلة وسط بين التصرف الصحيح النافذ والتصرف الباطل تلك هي

---

(٧١) المرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ص ١٥٤ .  
(٧٢) المرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ص ١٥٤/ ١٥٥ .

التصرف الموقوف ، والنتيجة المنطقية لهذا التصور الذاتي هي أن ملكية البائع للشيء المبيع شرط نفاذ في التصرف .

أخذت المجلة بهذه النظرية ، فنصت في المادة ٣٦٨ على أن : « البيع الذي يتعلق به حق آخر ، كبيع الفضولي وبيع المرهون ، ينعقد موقوفاً على اجازة ذلك الآخر » .

وهو نفس اتجاه القانون المدني العراقي الذي نص في المادة ١٣٥ / ١ على أنه : « من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك » (٧٣) .

وهي ما ذهب اليه القانون المدني الايراني الذي نص في مادته ٢٤٧ على أن : « التصرف في شيء مملوك للغير يعتبر غير نافذ الا اذا كان العاقد قد تصرف بصفته ولياً أو وصياً أو وكيلاً ، أو كان المالك قد أجاز به بمحض ارادته » .

رابعا - تقادم وقف التصرف :

١ - بالنسبة للمالك الاصلي :

المالك الاصلي اجنبي عن العقد ، فلا يحتج به في مواجهته . ويبقى العقد موقوفاً مهما طالّت المدة التي تنقضي بين وقت ابرامه ووقت تدخل المالك بالاجازة أو بالرد ، ولا يكون أمام المتعاقدين ازاء هذه الحالة غير المستقرة الا أن يتخلصا من العقد بالفسخ ، هذا كله عند الحنفية (٧٤) . وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٢ من القانون المدني الايراني : « ليس ضرورياً أن ترد الاجازة أو الرد بعد التصرف مباشرة » . أما الملكية فقد وضعوا حداً لهذه الحالة غير المستقرة ، وميزوا بين حالتين :

- حالة حضور المالك العقد . وفي هذه الحالة اذا سكت المالك فان سكوته يفسر على أنه اجازة للعقد ، ويحق له مطالبة البائع بالثمن خلال

---

(٧٣) وقد انتقد بعض رجال القانون العراقيين تبني المشرع العراقي لنظرية الفقه الاسلامي في بيع ملك الغير .

انظر : عباس حسن الصراف ، في البيع والايجار ، بغداد ١٩٥٦ ، بند ٦٤٧ .

(٧٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ .

عام من العقد ، فإذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه (٧٥) .

- حالة العقد بدون حضرة المالك . وفي هذه الحالة تعطى للمالك مهلة لمدة عام من وقت علمه بالبيع ليختار فيها اجازة العقد أو رفضه ، فإذا لم يبد ارادته خلال هذا العام يفسر سكوته على أنه اجازة للعقد ، ويحق له مطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه (٧٦) .

وقد تأثر المشرع العراقي بالفقه المالكي في هذه المسألة ، فنص في المادة ١٣٦ / ٢ على أنه : « يجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا » .

## ٢ - بالنسبة للمتعاقد مع الفضولي :

عند الاحناف يحق للمشتري من الفضولي أن يفسخ العقد ويطالب البائع بالثمن ان كان دفعه ، حتى يخرج من حالة الجمود الناجمة عن عدم اجازة العقد أو رفضه (٧٧) .

وهذا ما اختاره القانون المدني الإيراني عندما نص في المادة ٢٥٢ على أنه : « ... اذا كان التأخير من شأنه أن يلحق ضررا بمصالح الطرف الذي تعاقد لحسابه الخاص ، فإنه يستطيع أن يفسخ العقد » .

أما المالكية فإنهم لا يعطون المشتري من الفضولي مكنة فسخ العقد ، ويكون البيع لازما بالنسبة له (٧٨) . وهذا يتمشى مع مبدئهم الذي يجعل هذا البيع نافذا في مواجهة المالك اذا حضر العقد ولم يعلن ارادته ، أو اذا لم يكن حاضرا وسكت عاما من وقت علمه .

## ٣ - بالنسبة للفضولي :

أ - يعطي الاحناف الفضولي مكنة فسخ العقد ولو رغم ارادة المتعاقد

---

(٧٥ ، ٧٦) الدردير ، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٢ . ابن الشيخ حسين ، تهذيب الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٠ .

(٧٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ .

(٧٨) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١٢ .

معه ، ما دام المالك لم يجز العقد . وتبرير ذلك أن الفضولي ينقلب بالاجازة وكيلا للمالك ، فتلزمه حقوق العقد كتسليم المبيع الى المشتري ومطالبته بالثمن ، وكرده اليه ان وجد فيه عيب ، فهو بالفسخ يدفع الضرر عن نفسه . ولذلك اذا كانت حقوق العقد لا تلزم الفضولي - كما في عقد الزواج - فلا يحق له فسخ العقد ، لان مهمته تنتهي بانتهاء عبارته (٧٩) .

أما الملكية فيبدو من كلامهم أنهم لا يسمحون للفضولي بفسخ العقد (٨٠) .

ب - اذا حدث قبل الاجازة أن انتقلت ملكية الشيء المبيع الى الفضولي ، فهل ينقلب العقد الموقوف الى عقد نافذ ؟ أثارت هذه المسألة خلافا شديدا بين الفقهاء ، وسنحاول تلخيصه فيما يلي :

- يرى أكثر الاحناف ان بائع ملك الغير اذا اكتسب ملكية الشيء المبيع باي سبب من أسباب كسب الملكية لاحق على العقد الذي كان قد عقده بصفته فضوليا ، كما لو ورث الشيء المبيع أو اشتراه ، فان هذا العقد الموقوف ينقلب باطلا . أما لو كان سبب كسبه ملكية الشيء المبيع سابقا على العقد ، كما لو غصب شيئا وباعه ثم ضمنه المالك ، فان العقد يصبح صحيحا نافذا ، لانه بالتضمن أصبح مالكا من وقت الغصب ، وهو سابق على وقت البيع (٨١) . ويبرر الاحناف هذا الحكم بقاعدة عامة مؤداها : « أنه طرأ ملك نافذ على موقوف فكان مبطلا للموقوف اذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد » (٨٢) . فملك الفضولي النافذ أقوى من ملك المشتري منه الموقوف ، ولما لم يمكن اجتماعهما في محل واحد غلب الاقوى وهو ملك الفضولي ، وألغى الاضعف وهو ملك المشتري منه ، فصار باطلا .

ومع ذلك فان بعض الاحناف قد خرج على هذه القاعدة ، واعتبر أن العقد الموقوف - في هذه الحالة - يتحول الى عقد نافذ ، وذلك لان المانع

---

(٧٩) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ / ١٥٢ .  
(٨٠) السهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ١٨٩ .  
(٨١) ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣٢٢ / ٣٢٣ . الفتاوي الهندية ، ج ٣ ص ١١١ .  
(٨٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٦٥ . ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١٤ .

من نفاذ العقد - وهو احتمال عدم رضا المالك - قد زال بكسب البائع ملكية الشيء المبيع (٨٣) .

- أما الملكية فقد فرقوا بين حالتين :

حالة ما اذا ملك البائع الشيء المبيع بالارث ، فان له الحق في أن ينقض هذا البيع أو أن يجيزه لان حقوق المورث قد انتقلت اليه (٨٤) .

وحالة ما اذا ملك البائع الشيء المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية غير الميراث ، كان اشتراه أو تصدق به عليه ، فليس له الحق في أن يختار بين الاجازة والرد ، ويتحول العقد الموقوف الى عقد صحيح نافذ (٨٥) ، لزوال المانع من نفاذ العقد .

- والشافعية الذين أخذوا بفكرة العقد الموقوف يرون أنه : « لو باع ملك الغير ، ثم ملكه البائع وأجاز ، لم ينفذ قطعاً » (٨٦) . فالعقد الموقوف تحول في هذه الحالة الى عقد باطل ، لان « المعتبر اجازة من يملك التصرف عند العقد » (٨٧) .

- وعند الحنابلة : اذا طرأ سبب بات على سبب موقوف أبطله ، لان الاثر الاقوى يزيل الاثر الاضعف (٨٨) ، وعلى ذلك يكون ملك الفضولي للشيء الذي باعه مبطلا للعقد الذي عقده على مال الغير .

- وعند الامامية - في هذه المسألة - أربعة آراء :

الرأي الاول : يرى أن العقد الموقوف يتحول الى عقد نافذ اذا ملك البائع الشيء المبيع (٨٩) . لزوال المانع من نفاذ العقد وهو عدم ملكية الشيء المبيع .

---

(٨٣) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٢٢٠ .

(٨٤) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١١ .

(٨٥) الدسوقي ، المرجع السابق ، نفس الموضع . وقارن لينان دي بلفوند ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٩٨ .

(٨٦ ، ٨٧) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٣ .

(٨٨) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٤٧٥ . عبد الرازق حسن فرج ، العقد الموقوف ، ص ١٩٠ .

(٨٩) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٤٧ والمرجع التي ذكرها .

والرأي الثاني : على العكس تماما ، يرى أن العقد الموقوف يتحول الى عقد باطل ( ٩٠ ) ، لان ملك المشتري يثبت في الشيء المبيع من وقت العقد ، « ويلزم حينئذ خروج المال من ملك البائع قبل دخوله في ملكه ، وهو محال » ( ٩١ ) لتوقف تملك المشتري للمبيع على ملكية البائع الفضولي له ، لانه انما يتلقى الملك منه .

اما الرأي الثالث فانه يفرق بين حالتين :

حالة ما اذا ملك البائع الشيء المبيع بالميراث ، وفي هذه الحالة - كما هو رأي المالكية - يحق للبائع أن يجيز التصرف الذي كان قد أوقعه ، أو أن يرفضه ، لانه يقوم مقام المورث في هذا الحق ( ٩٢ ) .

والحالة الاخرى ، هي تملك البائع للشيء المبيع عن غير طريق الميراث ، وفي هذه الحالة - على العكس من رأي المالكية - يتحول العقد الموقوف الى عقد باطل لا تصححه اجازة البائع ، لان التبديل وقع في الملك ( ٩٣ ) .

والرأي الرابع والاخير لا يقيم وزنا لما حدث من تغيير ، ويعتبر أن العقد لا يزال موقوفا - رغم ملك البائع للشيء المبيع - ويلزم لنفاذه أن يجيزه المالك الجديد ( ٩٤ ) . وهذا هو الرأي الراجح عند الامامية ( ٩٥ ) .

وقد تبنت المجلة الرأي الراجح عند الحنفية ، أي بطلان بيع ملك الغير اذا ملك البائع الشيء المبيع فنصت المادة ٣٧٨ على أنه يشترط لصحة الاجازة : « أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما ، فاذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الاجازة » .

- 
- (٩٠) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٤٨ والمراجع التي ذكرها .  
(٩١) التستري ، مقاييس الانوار ، ص ١٣٤ ذكره عبد الهادي الحكيم في : المرجع السابق ، ص ١٥٢ .  
(٩٢) الميرزا النائني ، منية الطالب ، ج ١ ص ٢٦٧ . ذكره عبد الهادي الحكيم في المرجع السابق ، ص ١٤٩ .  
(٩٣) الميرزا النائني ، منية الطالب ، ج ١ ص ٢٦٧ ، ذكره عبد الهادي الحكيم في نفس الموضع السابق .  
(٩٤) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٤٦ / ١٤٧ والمراجع العديدة التي ذكرها .  
(٩٥) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٥١ / ٢٥٦ .

أما القانون المدني المصري فقد نص في مادته ٤٦٧ / ٢ على : «وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

وكذلك فعل القانون المدني العراقي الذي نص في مادته ١٣٦ / على أنه : « لا يشترط قيام العاقدین أو المالك الاصلی أو المعقود علیه وقت الاجازة » .

أما القانون المدني الايراني فقد اعتمد الرأي الراجح عند الامامية ونص في المادة ٢٥٤ على أنه : « اذا آلت ملكية المبيع الى بائع ملك الغير - بعد صدور العقد - فان مجرد هذا التملك لا يجعل العقد نافذا » .

في ختام بحث هذه المسألة ينبغي علينا أن نبين أن حجج القائلين ببطلان بيع الفضولي اذا ملك البائع الشيء المبيع تتعارض مع قاعدة عامة ، استقرت في الفقه الاسلامي ، واعتمدها المجلة في مادتها ١٠٠ ، ومؤدى هذه القاعدة : « من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » (٩٦) ، فاذا تم أمر من قبل أحد ، فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في ابطال ما كان قد أتمه .

ويكون الاليق بروح الفقه الاسلامي ، وبالتقنيات المستمدة منه ، أن يعتبر بيع ملك الغير بيعا صحيحا نافذا ، اذا ملك البائع الشيء المبيع ، ايا كان سبب هذا الملك .

---

(٩٦) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ٢٨٠ . مصطفى الزرقاء ، المدخل ، ص ١٠٠٩ / ١٠١٠ . علي حيدر ، درر الحکام ، ج ١ ص ٨٧ / ٨٨ .

## الفصل الثاني

### الاجازة

الاجازة تصرف انفرادي 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 حال حسب طبيعة التصرف الموقوف (٩٧) .

وقد سبق أن بينا الخلاف بين الفقهاء في محل الاجازة ، وهل ترد على التصرف القانوني فقط ، أو ترد على التصرف القانوني والمادي معا ، وقد رجحنا الرأي الثاني . وكذلك تكلمنا عن الاهلية اللازمة لمن يمكن أن تصدر عنه الاجازة .

وقد دارت مناقشات بين الفقهاء بصدد الشروط اللازمة لصحة الاجازة ، وطرق التعبير عنها ، ونتائجها القانونية . وهذا ما نخصص له هذا الفصل .

فندرس في مبحث أول : الشروط اللازمة لصحة الاجازة .  
ونبين في مبحث ثان : ما يمكن أن تتحقق به الاجازة .  
ونستعرض في مبحث ثالث : نتائج الاجازة ، وطبيعتها القانونية ، وأساسها الفني .

### المبحث الأول

#### شروط صحة الاجازة

يشترط الفقهاء توافر أربعة شروط حتى تكون الاجازة صحيحة (٩٨):  
الشرط الاول : أن تكون الاجازة صادرة ممن له ولاية انشاء هذا التصرف . فإذا باع فضولي مال صغير له وصي ، فأجاز القاضي هذا البيع

---

(٩٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ . ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١١ .

(٩٨) علي الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٥ .

لم ينفذ ولم تصح اجازته ، اذ ليس له ولاية انشائه . ولكن لو أجاز الوصي  
نفذ البيع ، لان له ولاية انشائه .

- وعلى ذلك ، يجب أن يكون المجيز موجودا حين العقد ، لانه  
يمكن أن يجيز في الحال وبعد وجود التصرف ، فيكون الانعقاد عند الاذن  
القائم مفيدا ، فينعقد التصرف . فاذا باع الفضولي مال شخص بالغ ،  
انعقد هذا التصرف موقوفا على الاجازة ، لان البالغ يملك هذا التصرف  
بنفسه ، فكان له مجيز حال وجوده . بخلاف ما اذا باع الفضولي مال  
الصبي ، فان التصرف لا ينعقد لان الصبي لا يمكنه أن يباشر هذا البيع  
بنفسه ، فلم يكن له مجيز حال وجوده ( ٩٩ ) . وقد ذهب أكثر الامامية  
الى عدم اشتراط صدور الاجازة ممن يملكها حين العقد ، فاذا باع الفضولي  
مال الصغير ، ثم بلغ وأجاز البيع ، صح العقد ( ١٠٠ ) وهذا ما اختاره  
بعض الحنابلة ( ١٠١ ) .

- كما يجب أن يكون المجيز موجودا حين الاجازة ، فلو مات قبل  
أن يجيز بطل العقد ، ولا يقوم وارثه مقامه ، هذا هو رأي الأحناف ( ١٠٢ ) .  
وبعض الامامية ( ١٠٣ ) يعممونه في جميع التصرفات التي يباشرها من  
ليس له ولاية ابرامها . ومع ذلك فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف الى أن  
التركة اذا كانت بين كبار ممن يجيزون على قسمتها فاقسّموها بلا أمر  
القاضي ، وكان بينهم غائب فيتوقف على اجازة الغائب ، فان مات قبل  
الاجازة ، فأجاز ورثته ، جازت استحسانا ، لانه لا فائدة في نقض القسمة  
ثم الاعادة ( ١٠٤ ) . أما المالكية ( ١٠٥ ) ، والشافعية ( ١٠٦ ) ،

---

(٩٩) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ١٤٢ . النووي ، المجموع ، ج ٩  
ص ٢٨٣ . الحلبي ، نهاية الاحكام ذكره عبد الهادي الحكيم في المرجع  
السابق ، ص ١٤٤ .

(١٠٠) محسن الحكيم ، نهج الفقه ، ج ١ ص ٢٥٠ / ٢٥١ .

(١٠١) المرداوي ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٣ .

(١٠٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ . ابن قاضي سمانه ، جامع  
الفصولين ، ج ١ ص ٣١٤ .

(١٠٣) النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٤ .

(١٠٤) ابن الهمام ، فتح القدير : ج ٥ ص ٣١٢ / ٣١٣ .

(١٠٥) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١١ . القرافي ، الفروق ،  
ج ٣ ص ٢٧٥ / ٢٧٦ .

(١٠٦) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٢١ / ٢٢٨ .

والحنابلة (١٠٧) فانهم يرون أن الحقوق المتعلقة بالمال يمكن أن تنتقل الى الوارث ، وعلى ذلك يكون للوارث اجازة التصرف الصادر من الفضولي على المال الذي انتقل اليه من مورثه .

– ومن البدهى أن الاجازة لا يكون لها أثر الا اذا كان المجيز لم يسبق له أن رد تصرف الفضولي لان الرد يترتب عليه فسخ العقد ، والاجازة ترد على العقد الموقوف وليس المفسوخ (١٠٨) . ومع ذلك فقد ذهب بعض الامامية الى أنه يمكن اجازة التصرف الذي سبق رده (١٠٩) .

**الشرط الثاني :** أن تصدر الاجازة حال حياة الفضولي اذا كان سينقلب بها وكلا . ذلك أن من التصرفات التي يباشرها الفضولي ما ترجع حقوقها اليه ، كما في عقود المعاوضات ، فاذا باع مال الغير ، ثم اجاز المالك فان الفضولي ينقلب وكلا للمالك ، يلزمه أن يسلم المبيع الى المشتري ، وأن يطالبه بالثمن ، وأن يخاصم بالعيب . فاذا مات الفضولي قبل الاجازة بطل العقد ، ولا يصح بعد ذلك أن يجيزه المالك ، لعدم وجود من تلزمه تلك الحقوق (١١٠) .

ومن هذه التصرفات ما لا يرجع شيء من حقوقها الى الفضولي ، لانه لا يعتبر فيها وكلا بالاجازة ، وانما يعتبر مجرد سفير ( رسول ) ، مثل عقد الزواج ، وفي هذه الحالة لا يؤثر موت الفضولي ، لان مهمته تنتهي بانتهاء عبارته . فاذا زوج فضولي امرأة ، ثم توفي ، كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته ، فينفذ باجازتها ويلزم (١١١) .

**الشرط الثالث :** أن تصدر الاجازة حال حياة المتعاقد مع الفضولي . ويبرر الفقهاء ضرورة هذا الشرط بأن هذا المتعاقد هو الذي يطالب بما وجب له من حق ، ويطالب بما أوجب عليه من واجب ، وعلى ذلك لا

---

(١٠٧) ابن قدامة ، المغني ، ج ٣ ص ٥٧٩ .

(١٠٨) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣١٦ وتعليق الرملي . مالك ، المدونة ، ج ٤ ص ٣٨ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٤٦ .

(١٠٩) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٢٠ و ١٢٢ والمراجع المذكورة بهما .

(١١٠) المرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ص ٥١ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ . النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٤ .

(١١١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٥١ / ١٥٢ .

تصح اجازة بيع الفضولي بعد وفاة المشتري ، لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن ( ١١٢ ) .

والحقيقة أن هذا الشرط لا يكون له محل اذا اعتبرنا أن الاجازة تصرف كاشف ، وأنها تعطي للعقد الموقوف فاعليته ، فينتج آثاره منذ لحظة انعقاده . ولكن بعض الفقهاء ينظر الى الاجازة على أنها تصرف كاشف من وجه ، وتصرف منشيء من وجه ، ومن ثم وجب قيام الاطراف الثلاثة وقت صدور التصرف ، ووقت صدور الاجازة ، وهذه نظرة صناعية يضيق معها نطاق التعامل ( ١١٣ ) .

**الشرط الرابع :** أن تصدر الاجازة حال بقاء محل العقد . وهذا الشرط ضروري ليظهر أثر الاجازة في المحل ، فبالاجازة يصبح العقد نافذا ، ومعنى نفاذه ظهور الآثار في المحل ، والآثار لا تظهر في معدوم ولذلك يبطل العقد ولا تصححه الاجازة اذا كان محله قد هلك ( ١١٤ ) .

ومحل الالتزام أما أن يكون هو الشيء المبيع ، وأما أن يكون هو الثمن :

- فالشيء المبيع اذا هلك كلية بطل العقد ، لزوال محله . أما اذا تغير المبيع ، كان كان قماشا فخاطه المشتري قميصا ، ثم أجاز المالك البيع ، فالعقد ينفذ عند أبي يوسف لبقاء المحل ، ويبطل عند زفر لتغيره تغيرا يجعله شيئا آخر ( ١١٥ ) .

- أما الثمن ، فان كان دينا ( نقودا ) فلا يشترط بقاؤه - عند غالبية الفقهاء ( ١١٦ ) - لان النقود لا تتعين بالتعيين ، ويكون أمانة في يد الفضولي ، لانه بالاجازة يصبح وكिला ( ١١٧ ) . وان كان الثمن عينا فانه يشترط بقاؤه ( ١١٨ ) ، ولكن بعض الأحناف ذكر أنه : « اذا هلك

---

( ١١٢ ) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١١ / ٣١٢ . النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٤ .

( ١١٣ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ص ٣٧٩ .

( ١١٤ ) قاضي خان ، فتاوي ، ج ٢ ص ١٤٤ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٣٦٤ . النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٤ .

( ١١٥ ) ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٠ / ٢٣١ .

( ١١٦ ) قاضي خان ، فتاوي ، الموضع السابق . ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٠ .

( ١١٧ ) ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، نفس الموضع السابق .

( ١١٨ ) قاضي خان ، فتاوي ، ج ٢ ص ١٤٤ .

العرض الذي من جهة الفضولي ثم أجاز المالك ينبغي أن يجوز» (١١٩) .  
وتفسير ذلك : ان الثمن العرض في المقايضة يكون مبيعاً من وجه وثمناً من وجه ، فيعتبر كأنه شراء ، وعند الاحناف يثبت شراء الفضولي لنفسه لا لرب العمل ، فيكون هو المالك للمبيع ، وإذا هلك يهلك عليه ، وتكون أجازة المالك أجازة نقد لا أجازة عقد ، كأنه قال له : اشتر هذا العرض لنفسك وادفع ثمنه من مالي الذي بعته دون اذني ، وهو قرض عليك .  
وفي هذه الحالة يجب على الفضولي أن يرد لرب العمل مثل المبيع ، ان كان مثلياً ، وقيمته ان كان قيمياً (١٢٠) .

وقد اعتمدت المجلة هذه الشروط ، فنصت في المادة ٣٧٨ على أنه :  
يشترط لصحة الاجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً ، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الاجازة (١٢١) .

أما القانون المدني العراقي فقد اشترط في مادته ١/١٣٦ وجود من يملك الاجازة وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الاصيلي أو المعقود عليه وقت الاجازة (١٢٢) .

وقد بين القانون المدني الايراني شروط صحة الاجازة في المادتين ٢٥٠ و ٢٥٣ . فالمادة الاولى تنص على أن الاجازة لا تنتج أثراً الا اذا لم تكن قد سبقت برد تصرف الفضولي . والمادة الاخرى تنص على أنه :  
اذا توفي مالك الشيء الذي باعه الفضولي قبل الاجازة أو الرد ، فان هذا الحق ينتقل الى الورثة .

## البحث الثاني محقات الاجازة

سبق أن قلنا : ان الاجازة تصرف ارادى . وطرق التعبير عن الارادة تختلف وتتنوع ، ولكن اللفظ يحتل مكاناً هاماً بين هذه الطرق ، لذلك ينبغي أن نبحث كل طريقة على حدة :

- 
- (١١٩) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٠ .  
(١٢٠) ابن قاضي سمانه ، نفس الموضوع السابق . محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ص ١٥٥ هـ ١٦٠ .  
(١٢١) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٣٤٢ / ٣٤٧ .  
(١٢٢) عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، بغداد ١٩٦٩ ، ص ٣١٥ هـ ٢١٥ .

## أولا - اللفظ :

يعتبر الفقه الاسلامي ان الكلام هو الاداة الرئيسية لتبادل الافكار ، وهو الوسيلة الاصلية للتعبير عن الارادة . ولكن نظرة الفقهاء الى قيمة اللفظ تختلف تبعا لاختلاف المذاهب . فبعض الفقهاء يذهب الى أن الاجازة لا تتحقق الا اذا كانت باللفظ ، أما غير اللفظ من طرق التعبير عن الارادة فلا يكفي لتحقيق الاجازة (١٢٣) ، ذلك لان الاجازة كالبيع في استقرار الملك (١٢٤) ، والبيع لا يتم الا بالصيغة اللفظية (١٢٥) .

أما غالبية الفقهاء فلا يشترطون أن تكون الاجازة باللفظ خاصة ، بل يمكن أن تكون بكل تعبير ارادي يدل على رضا صاحبه ، كما سنرى فيما بعد .

والاجازة باللفظ يمكن أن تكون صريحة ، كقوله : « أجزت البيع » أو « قبلته » أو « رضيت به » . كما يمكن أن تكون ضمنية ، مثل ان يطلب المالك الثمن من المشتري (١٢٦) .

وقد اختلف الفقهاء في عدة تعبيرات ، هل تدل على الاجازة أو لا ؟ مثال ذلك : ان يقول من له حق الاجازة « بثمنا صنعت » ، فقول : هو اجازة ، وقيل : هو رد . واذا قال « أحسنت » أو « أصبت » ، قيل : هو اجازة ، استحسانا ، وقيل : ليس اجازة ، لانه يذكر للاستهزاء ، وقيل : ينبغي أن يفصل : فان قاله جدا فهو اجازة ، وان قاله استهزاء لم يكن اجازة ، ويعرف الجد من الاستهزاء بالقرائن ، فان لم توجد قرائن فانه يكون اجازة ، اذ الاصل الجد (١٢٧) .

ويفهم من هذا أن اللفظ الصريح يدل على الاجازة دون اجتهاد ، وأن اللفظ غير الصريح يخضع في تفسيره وتحديد معناه لتقدير القاضي ، مسترشدا في ذلك بالاعراف المحلية ، والظروف الخاصة بكل قضية .

---

(١٢٣) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ٢٥٥ . الشهيد الثاني ، الروضة البهية ، ج ١ ص ٢٤١ .

(١٢٤) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٠٩ هـ / ١ / ٢ .

(١٢٥) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٦١ .

(١٢٦) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦١ .

(١٢٧) ابن نجيم ، البحر الرائق ، نفس الموضع السابق . ابن قاضي سماونة ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣١ .

## ثانيا - الاشارة :

أجمع الفقهاء على أن اشارة الآخرس تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن ارادته بشرط أن تكون اشارة مفهومة في ذلك ( ١٢٨ ) .

أما غير الآخرس فقد اختلف الفقهاء في الاعتداد باشارته :

- فالأحناف لا يقبلون من غير الآخرس أن يعبر عن أجازته لعقد الفضولي بالاشارة ، لانها ليست بكلام فلا تحل محله . يقول ابن عابدين : « فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا ، فقال ثالث : هل أذنت لي في الاجازة ؟ فقال : نعم ، فأجازه ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم ، فلا ، لان تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر » ( ١٢٩ ) .

ومع ذلك فاننا نجد أحد كبار فقهاء الحنفية يقول : « ان الاشارة متى تعلقت بها العبارة ، نزلت منزلة الكلام ، لحصول ما وضع الكلام بها ، وهو الاعلام ، والدليل عليه العرف » ( ١٣٠ ) .

- أما المالكية فلم يفرقوا بين اللفظ والاشارة ، واعتبروا أن : « كل لفظ أو اشارة فهم منها الايجاب والقبول ، لزم به البيع ، وسائر العقود » ( ١٣١ ) .

- والشافعية لا يعتدون بالاشارة الصادرة عن القادر على النطق ، لان الاشارة لا تفيد اليقين الذي يفيد التعبير اللفظي ( ١٣٢ ) .

- أما الحنابلة فهم مثل المالكية ، يرون أن التعبير عن الارادة يمكن أن يكون بأي شيء يفهم منه مراد المتكلم « فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والالفاظ لم تقصد لذواتها ، وانما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فاذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان باشارة أو كتابة » ( ١٣٣ ) .

---

( ١٢٨ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٣٥ . الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٢٢٩ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٣ ص ١١ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٣ ص ٥٦٦ . محسن الحكيم ، نهج الفقهاء ، ج ١ ص ٩٣ .

( ١٢٩ ) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ١٣ .  
( ١٣٠ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١١٠ .  
( ١٣١ ) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٢٢٩ . الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٣ .

( ١٣٢ ) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٣ ص ١١ .  
( ١٣٣ ) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢١٨ .

- والامامية مثل الشافعية ، لا يقبلون الاشارة كوسيلة للتعبير عن الارادة ، الا اذا كان المعبر عاجزا عن النطق ( ١٣٤ ) .

### ثالثا - الكتابة ( ١٣٥ ) :

الكتابة على ثلاثة أنواع في الفقه الاسلامي ، كتابة غير مستبينة ، وكتابة مستبينة ، وكتابة مرسومة :

- فالكتابة غير المستبينة هي ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها ، كالكتابة في الهواء ، اذ لا يستطيع قراءتها ولا يفهم المراد منها .

والرأي السائد في الفقه الاسلامي لا يقيم وزنا لهذه التعبيرات « لان ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة ، فكان ملحقا بالعدم » ( ١٣٦ ) . على أن قلة من الفقهاء قد ذهبت الى وجوب الاعتداد شرعا بهذا النوع من التعبيرات ، وحجتهم في ذلك : ان صاحب التعبير في هذه الحالة قد كتب حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء يبين ( ١٣٧ ) .

- والكتابة المستبينة هي التي لها بقاء بعد الفراغ منها ، ويستطاع قراءتها ، كالكتابة على الورق . وهذا النوع من الكتابة لا يصلح أداة للتعاقد بين حاضرين في عقد النكاح ، لانه قد يكون للتعبير عن الارادة ، وقد يكون لتجويد الخط ، فلا بد معه من النية ( ١٣٨ ) . أما في غير النكاح من العقود ، فالمالكية والحنابلة يجيزون التعاقد بها مطلقا ( ١٣٩ ) ، والاحناف والشافعية يعتبرونها وسيلة احتياطية تقوم مقام اللفظ اذا حال دونه عارض ( ١٤٠ ) . وهذا النوع من الكتابة يصلح أداة للتعاقد بين غائبين على

---

( ١٣٤ ) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٦٣ .

( ١٣٥ ) محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، القاهرة ١٩٦٠ ، ص ٢٠٦ / ٢١٤ .

( ١٣٦ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠٩ .

( ١٣٧ ) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ والمراجع المذكورة .

( ١٣٨ ) الكاساني ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

( ١٣٩ ) ، ( ١٤٠ ) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ / ٢٠٩ والمراجع التي ذكرها .

( ١٤١ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٣٨ . الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٣ . النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٧٧ . ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢١٨ .

راي غالبية الفقهاء (١٤١) ، لان الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر . ولكن بعض الفقهاء قد ذهب الى منع التعاقد بين الغائبين بالكتابة « لانه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول » (١٤٢) .

- والكتابة المرسومة هي ما كانت على وجه الرسالة ، كان يكتب المالك الى الفضولي أو الى المشتري منه يقول : يا فلان ! اني أجزت بيع داري . ويعول الفقهاء في هذا النوع من التعبيرات على الارادة الظاهرة لان الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ، فكان الكاتب خاطب في الحضرة ، أو أرسل رسولا يبلغ مراده عند الغيبة (١٤٣) .

#### رابعاً - الفعل :

كما يكون التعبير عن ارادة المالك الاجازة بالقول ، يكون كذلك بالفعل الدال عليها :

- والتعبير بالفعل قد يكون صريحا ، كما لو سلم المالك الشيء المبيع الى المشتري أو أخذ الثمن منه .

- وقد يكون ضمنيا ، كما لو وهب المالك الثمن للمشتري .

وقد ذهب أكثر الاحناف الى تصحيح الاجازة بالفعل (١٤٤) ، وكذا جمهور المالكية (١٤٥) والحنابلة (١٤٦) ، كما اختاره بعض الشافعية (١٤٧) ، وبعض الامامية (١٤٨) . ذلك لان المقصود هو اظهار الرضا . والفعل يمكن أن يكون مظهرا له (١٤٩) .

---

(١٤٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٧١ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٩٣ .

(١٤٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠٩ . محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(١٤٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦١ ، وعلى عكس هذا الرأي : السمرقندي ، التحفة ، ج ٢ ص ٢٥٥ .

(١٤٥) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٣ .

(١٤٦) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢١٨ .

(١٤٧) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٧٠ / ١٧٥ .

(١٤٨) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٠٩ / ١١٠ والمراجع التي ذكرها .

(١٤٩) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٤٤ / ٢٤٥ .

## خامسا - السكوت :

يختلف السكوت عن طرق التعبير عن الادارة التي قدمناها بأنه موقف سلبي ، فالساكت لم يعبر عن ارادته اجازة العقد أو رده . ولهذا كان المبدأ العام الذي وضعه الامام الشافعي واعتمده الفقه الاسلامي من بعده هو أنه : « لا ينسب الى ساكت قول » ( ١٥٠ ) . ومع ذلك فقد تقترن بالسكوت ملابسات تجعل دلالته تنصرف الى الرضاء ، فهل يعتبر السكوت في هذه الحالة اجازة ؟

- يرى غالبية الاحناف أن السكوت الملابس ، أي سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه ، لا يدل على الاجازة ( ١٥١ ) .

ومع ذلك فان بعض الاحناف يعتبر سكوت المالك اجازة في بعض الحالات ، اما بناء على العرف ، واما منعا لوقوع الضرر ( ١٥٢ ) .

- أما المالكية فانهم يعتبرون أن السكوت يمكن أن يكون اجازة ، ويميزوا بين حالتين ( ١٥٣ ) :

حالة حضور المالك العقد : وفي هذه الحالة يفسر سكوته على أنه اجازة للعقد ، ويحق له مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد ، فاذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه .

والحالة الاخرى هي حالة العقد بدون حضرة المالك ، وفي هذه الحالة تعطى للمالك مهلة لمدة عام من وقت علمه بالبيع ، ليختار فيها اجازة العقد أو رفضه . فاذا لم يبد ارادته خلال هذا العام ، يفسر سكوته على أنه اجازة للعقد ، ويحق له مطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع ، فاذا انقضت هذه المدة سقط حقه .

- وعند الشافعية : « اذا باع انسان سلعة وصاحبها حاضر ولم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر ، لم يصح البيع » ( ١٥٤ ) .

---

(١٥٠). السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص ٩٧ .  
(١٥١) السرخسي ، المبسوط ، ج ٣٠ ص ١٤٠ .  
(١٥٢) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٧٨ وما بعدها .  
(١٥٣) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١٢ . ابن الشيخ حسين ، تهذيب الفروق ، ج ٣ ص ٢٤٠ .  
(١٥٤) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٧ .

- والمشهور عند الحنابلة أن الفضولي إذا باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت ، فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه ، ولا يعتبر سكوته اجازة ، لانه غير قاطع في الدلالة على رضاه ( ١٥٥ ) . ومع ذلك فإنه يفهم من كلام ابن قيم الجوزية أن السكوت يمكن أن يعتبر اجازة إذا كانت الظروف المحيطة بهذا السكوت تدل على أنه رضاه ( ١٥٦ ) .

- وكذلك الامامية ، فإن الراجح عندهم أنه « لو باع الفضولي وصاحب السلعة ساكت ، لم يلزمه البيع وإن كان حاضرا . ولا يكفي حضور المالك ساكتا في بيع الفضولي ، بل لا بد من التصريح ، فإن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا » ( ١٥٧ ) . ولكن بعض الامامية ذهب الى أنه لو رضي المالك ، وحصل العلم بهذا الرضاء من أي طريق كان ، كفى ذلك في نفوذ العقد وترتب آثاره عليه ، دون حاجة الى قول أو فعل يكشف عنه ( ١٥٨ ) .

والخلاصة من كل ما تقدم : أن الفقه الاسلامي - في جملته - يقبل أن يكون السكوت اجازة اذا صاحبه ما يدل على رضاه صاحبه ، أو كان في عدم اعتباره اجازة ضرر يلحق بالغير .

خصصت المجلة نص المادتين ٣٠٣ و ٣٠٤ لبيان طرق التعبير عن ارادة المالك بالاجازة . فالمادة ٣٠٣ تنص على أن : « الاجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت » ، والمادة ٣٠٤ تنص على أن : « الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا » .

ولكنها لم تتكلم عن الطرق الاخرى للتعبير عن الارادة ، فوجب اللجوء الى القواعد العامة التي اعتمدتها المجلة ، وهي في جملتها لا تخرج عن الرأي الراجح لدى فقهاء الاحناف . فالاجازة اذن يمكن أن تتحقق باللفظ ( م ٣٠٣ ) ، أو بالإشارة المفهمة من الاخرس ( م ٧٠ ) ، أو بالكتابة ( م ٦٩ ) ، أو بالفعل الدال على الرضاء ( م ٣٠٤ ) ، ولكن السكوب لا يدل على الاجازة ( م ٦٧ ) و ( م ١٦٥٩ ) .

---

( ١٥٥ ) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٠٦ .

( ١٥٦ ) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢١٨ .

( ١٥٧ ) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٩٨ .

( ١٥٨ ) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١١٤ والمراجع الذي ذكرها .

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة ١/٤٦٧ على أنه : « اذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري » . ولكنه لم يبين طرق تحقيق هذه الاجازة ، فوجب اللجوء الى القواعد العامة التي أقرها هذا التقنين :

- فاللفظ والفعل قد اعتمدتها المادة ١/١٣٩ التي تنص على أنه : « يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية » ، وعلى الاخص اذا نفذ العقد مختارا من له الحق في طلب البطلان وهو عالم بذلك ( ١٥٩ ) . - ويمكن أن تتحقق الاجازة بالاشارة أو بالكتابة ، استنادا الى المادة ١/٩٠ التي تقول : « التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالة على حقيقة المقصود » .

- أما السكوت فلا يعتبره القانون المدني المصري تعبيراً عن الارادة الا في حالات استثنائية نصت عليها المادة ٩٨ ، وليس من بينها حالة اجازة عقد الفضولي ( ١٦٠ ) .

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة ١/١٣٦ على أن : « اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة » . وفي تفسير هذه المادة يلجأ الشراح العراقيون الى القواعد العامة للتعبير عن الارادة ( ١٦١ ) . وهذه القواعد العامة تسمح لنا بأن نقول : ان الاجازة يمكن أن تتحقق بالقول ، وبالكتابة ، وبالاشارة ، وبالفعل الدال عليها . وذلك استنادا الى نص المادة ٧٩ .

بقي السكوت ، فهل يمكن القول بأن المشرع العراقي قد اعتبره اجازة ؟ تنص المادة ٢/١٣٦ على أنه : « يجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر ، فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا » . وهذه المادة تدل على أن المشرع العراقي قد اعتمد نوعاً من السكوت ، هو السكوت الموصوف ، أي الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام ، فاعتبره دالا على الرضاء ، ومن ثم فهو اجازة . ويكون المشرع العراقي قد أضاف بذلك تطبيقاً جديداً للقاعدة المنصوص عليها في المادة ٨١ .

---

( ١٥٩ ) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ص ٢٤١ .  
( ١٦٠ ) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ص ٥٧ / ٥٨ .  
( ١٦١ ) عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، بغداد ١٩٦٩ ، ص ٣١٤ / ٣١٥ .

أما القانون المدني الإيراني فقد نصت المادة ٢٤٨ منه على أن :  
« اجازة المالك عقد الفضولي تتحقق بالقول ، أو بالفعل الدال على رضائه بالعقد » . وعلى عكس ذلك لم يقبل المشرع الإيراني أن يكون السكوت من المالك تعبيراً عن إرادته اجازة عقد الفضولي ، فنص في المادة ٢٤٩ مدني إيراني على أن : « سكوت المالك لا يدل على الاجازة ، حتى ولو كان حاضراً مجلس العقد » .

درسنا في هذا المبحث محققات الاجازة من لفظ ، وإشارة ، وكتابة ، وفعل دال ، وسكوت ملابس في المذاهب المختلفة للفقهاء الاسلامي ، وفي التقنيات المستمدة منه ، أو التي تأثرت به . وقد ظهر لنا بوضوح أن الفقه الاسلامي - في جملة - يقبل بسهولة ويسر أن يعبر عن الإرادة باللفظ وبالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي ، وفي بعض الحالات بالسكوت الملابس . واذن يكون غير صحيح ما يقوله البعض من أنه : « ومع هذا كله ، فإن الواقع ، أن التعاقد لا يتم في التشريع الاسلامي إلا بواسطة الالفاظ . ويوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه اللفظية . وهو أثر من آثار ما كان يخصص به اللفظ من التقديس في العصور الأولى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها » ( ١٦٢ ) .

### المبحث الثالث

#### نتائج الاجازة

إذا صدرت الاجازة مستوفية شروطها ، أنتج التصرف الموقوف كل آثاره القانونية بأثر رجعي ، وأصبح الفضولي وكيلاً لرب العمل . فما هو الأساس القانوني لهذا التحول ؟ تقتضي الاجابة عن هذا التساؤل أن نبحث أولاً طبيعة الاجازة والنتائج المترتبة على هذه الطبيعة ، ثم نستعرض بعد ذلك آثار الاجازة .

#### أولاً - طبيعة الاجازة :

الاجازة تصرف إرادي من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ،

---

(١٦٢) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ١٩٣٦ ، بند ١٢٤ ص ١٣١ .

ولا يمكن الرجوع فيها ، وهذا محل اجماع بين الفقهاء . ولكن الخلاف بينهم يدور حول طبيعة هذا التصرف ، هل هو تصرف منشيء ؟ أو هو تصرف كشف ؟ وسبب هذا الخلاف يرجع الى أن تطبيق القاعدة المعروفة « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » يصطدم في بعض الاحيان بنوع من التصرفات لا يمكن أن ينتج أثره الا في الحال .

- فالحنفية رأوا أن بعض التصرفات التي يباشرها الفضولي يمكن - اذا أجزت - أن تنتج آثارها من وقت العقد ، وأن البعض الآخر من هذه التصرفات لا يمكن أن ينتج آثاره الا في الحال . فوضعوا ضابطا لذلك مؤداه : « أن ما صح تعليقه بالشرط - اذا ما صدر من فضولي - يقتصر على وقت اجازته من صاحب الشأن لانه معلق في المعنى على حصول الاجازة ، فكان حكمه حكم المعلق صريحا من ناحية وقوعه عند تحقق الشرط ، وذلك كالطلاق والعتق . وأن ما لا يصح تعليقه - اذا ما صدر من فضولي - يستند الى وقت انشائه اذا ما أجازاه صاحب الشأن ، كجميع المعاوضات ، لانها لا تقبل التعليق فلم يمكن ارجاء أثرها ، فوقعت مستندة » ( ١٦٣ ) . وبناء على ذلك :

١ - طلاق الفضولي وعتقه ينفذ بأثر حال من وقت الاجازة ، ولا يكون له أي أثر فيما بين انشاء التصرف وتحقق الاجازة ، وذلك لان مثل هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط ، فكأنها معلقة على شرط تحقق الاجازة ويبدأ وجودها وقت الاجازة ( ١٦٤ ) .

٢ - اجازة بيع ملك الغير تنتج آثارها من وقت العقد ، فيكون المالك مالكا للثمن بما لحقه من تغيير منذ العقد ، ويكون المشتري مالكا للمبيع بما لحقه من تغيير منذ العقد كذلك . وذلك لان هذا التصرف لا يصح تعليقه بالشرط ، فكأنه تحقق كاملا من وقت انعقاده ( ١٦٥ ) .

وقد انتهى الحنفية من ذلك الى أن الاجازة اظهر من وجه ، انشاء من وجه ( ١٦٦ ) .

---

( ١٦٣ ) علي الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٣ والمراجع التي ذكرها .  
( ١٦٤ ) ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٢٩ .  
( ١٦٥ ) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٥ .  
( ١٦٦ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٦٤ .

- وقد نحى المالكية منحى الاحناف ، فانهم ، وان لم يضعوا ضابطا عاما ، فرقوا بين بيع الفضولي وبين طلاقه . ففي الحالة الاولى يثبت ملك المبيع بما طرأ عليه من تغيير منذ العقد للمشتري ، لان المالك « انما يجيز اليوم أمرا قد كان قبل اليوم » ( ١٦٧ ) . أما في الحالة الثانية ، فان آثار الطلاق لا تثبت الا « من يوم الاجازة بخلاف البيع » ( ١٦٨ ) .

- وكذلك الشافعية - بناء على الرأي القائل بوقف تصرفات الفضولي - فانهم يذهبون الى ما ذهب اليه الاحناف ، وقد صرح بعضهم بذلك فقال : « ولا نخالف في ذلك أبا حنيفة اذا فرعنا على القديم » ( ١٦٩ ) . وجاء في المجموع : « قال امام الحرمين : والصحة على قول الوقف - وهو القديم - ناجزة ، لكن الملك لا يحصل الا عند الاجازة » ( ١٧٠ ) .

- وعند الحنابلة رايان : الرأي الراجح يعتبر الاجازة كاشفة ، فيملك المشتري المبيع من حين العقد ( ١٧١ ) . والرأي الآخر يرى أن الاجازة تجعل التصرف ينتج آثاره من حين صدورهما ، وليس من حين صدوره ، فلا يملك المشتري المبيع الا « من حين الاجازة ، جزم به صاحب الهداية » ( ١٧٢ ) .

- وكذلك الامامية : يجزم بعضهم بأن الاجازة ناقلة للحق ومنشئة له ، فلا ينتج التصرف المجاز أثره الا من حين صدور الاجازة ، ذلك لان رضاء المالك اما أن يكون شرطا في تحقق الانتقال ، أو أحد جزئي العلة والسبب المؤثر في نفوذ العقد ، وعلى كلا التقديرين لا بد من تأخر الانتقال عنهما ، ضرورة أن المشروط متأخر عن شرطه ، وكذا المعلول متأخر عن جزء علته ، وحينئذ فلا يحصل الملك قبل الاجازة ( ١٧٣ ) . ولكن غالبية الامامية يرون أن الاجازة « كاشفة عن صحة العقد حين وقوعه ، لا ناقلة

- 
- ( ١٦٧ ) مالك ، المدونة ، ج ١٤ ص ٥٤ .  
( ١٦٨ ) الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج ٤ ص ١٢ .  
( ١٦٩ ) الرافعي ، فتح العزيز ، ج ٨ ص ١٢٣ . ذكره عبد الهادي الحكيم في عقد الفضولي ، ص ١٣٩ .  
( ١٧٠ ) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٤ .  
( ١٧١ ) المرداوي ، الانصاف ، ج ٤ ص ٢٨٥ .  
( ١٧٢ ) المرداوي ، الانصاف ، نفس الموضع السابق .  
( ١٧٣ ) عبد الهادي الحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ ، و ١٧٥ و ١٨٠ والمراجع التي ذكرها .

له من حينها » ( ١٧٤ ) . ذلك لان الاجازة تكشف عن رضا المالك لو التفت الى العقد حين وقوعه ، وهذا الرضا مقارن للعقد ، فيكون العقد التام هو سبب الملك ، واذ تبين كونه تاما وجب ترتيب الاثر من حينه ( ١٧٥ ) .

اعتمدت المجلة رأي الاحناف ، فنصت في المادة ٧٧ على أن : « البيع الموقوف يفيد الحكم عند الاجازة » . وأشارت الى الاثر الرجعي للاجازة عندما نصت في المادة ١٤٥٣ على أن : « الاجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة . مثلا : لو باع أحد مال الآخر فضولا ، ثم أخبر صاحبه فأجازته ، يكون كما لو وكله أولا » .

وكذلك القانون المدني المصري ، جعل للاجازة أثرا كاشفا ، فنص في المادة ١/٤٦٧ على أنه : « اذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري » . ونص في المادة ٢/١٣٩ على ما يلي : « وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير » .

وقد تبنى المشرع العراقي نفس الحل ، فنص في المادة ١/١٣٦ من القانون المدني على أن اجازة العقد الموقوف تستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ( ١٧٦ ) .

وهو نفس موقف المشرع الايراني الذي نص في المادة ٢٥٨ من القانون المدني على أنه : « تنتج الاجازة أو الرد آثارهما - فيما يختص بثمن الشيء الذي باعه الفضولي أو بزيادة قيمته - من يوم انعقاد العقد » .

## ثانيا - آثار الاجازة :

ان الاساس الذي تبني عليه آثار اجازة بيع ملك الغير هو القاعدة الشهيرة : « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » . وعلى ذلك فان قواعد الوكالة هي التي تطبق في هذا الصدد .

- 
- ( ١٧٤ ) محمد بن مكي ، اللمعة الدمشقية ، ج ١ ص ٣٤٠ . العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٨٩ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٣٥ .
- ( ١٧٥ ) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ١٨٠ / ١٨٨ والمراجع المذكورة .
- ( ١٧٦ ) عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ٣١٥ .

وقد جرت عادة الفقهاء أن يفرقوا بين حكم العقد ، وهو في عقد البيع نقل ملكية المبيع الى المشتري ونقل ملكية الثمن الى المالك ، وبين حقوق العقد ، وهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق ، كالزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، والزامه بقبوله اذا رد اليه بسبب العيب ، وثبوت حقه في مطالبة المشتري بالثمن وقبضه منه ، ورده اليه اذا وجده معيبا ، والزام المشتري بأداء الثمن . . . الخ ( ١٧٧ ) .

فنتكلم عن العلاقة بين المالك والفضولي ، ثم بين الفضولي والمشتري ، وأخيرا بين المالك والمشتري وسيكون كلامنا في هذه الفروض مقتصر على عقد البيع .

١ - العلاقة بين المالك والفضولي : نفرق في هذه الحالة بين أن يكون الفضولي أضاف العقد الى المالك أو اضافه الى نفسه ، ثم نبحث مدى امكانية الزام الفضولي بالاستمرار في العمل الذي بدأه .

١ - الفضولي أضاف العقد الى المالك : في هذه الحالة ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعا الى المالك دون الفضولي ، الذي تنتهي مهمته بمجرد صدور الايجاب والقبول ، ولا يكون مسئولا أمام المالك بعد ذلك . وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ( ١٧٨ ) .

ب - الفضولي أضاف العقد الى نفسه : في هذه الحالة ، لا خلاف بين المذاهب الفقهية في أن حكم العقد ينصرف الى الاصيل ، فتكون ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للمالك ( ١٧٩ ) . أما حقوق العقد فقد اختلف الفقهاء بصددتها :

- فيرى الاحناف وأكثر المالكية أن هذه الحقوق ترجع الى الفضولي ، لانه العاقد ، والمشتري قد تعامل معه هو لا مع المالك . وعلى ذلك يكون الثمن الذي يقبضه الفضولي من المشتري أمانة للمالك في يده ، فاذا هلك دون

---

( ١٧٧ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ١٨٣ وما بعدها ، وانظر كذلك :

Chehata, La représentation en droit musulman, *Revue internationale de droit comparé*, 1956, P. 1 et 55. Linant de Bellefonds, traité de droit musulman, Paris, 1965 T. I, P. 437 et ss.

( ١٧٨ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ١٩٣ / ٢٠٧ والمراجع التي ذكرها .

( ١٧٩ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ٢١٠ / ٢١٨ والمراجع التي ذكرها .

تعد منه قبل أن يسلمه الى المالك ، هلك من مال المالك . وكذلك الحكم اذا هلك المبيع في يده بعد أن تسلمه من المالك وقبل أن يسلمه للمشتري .  
واذا غرم الفضولي مالا ، كما اذا رجع المشتري عليه بضمان الاستحقاق أو العيب ، فانه يرجع على المالك بما دفعه للمشتري ، أو يرد عليه ما رده ( ١٨٠ ) .

– ويرى الشافعية والحنابلة أن حقوق العقد ، كأحكامه ، ترجع – كمبدأ عام – الى المالك ، الذي لا يمكنه أن يطالب الفضولي بأي حق ، أو أن يرتب عليه أي التزام . وتكون يده يد أمانة فيما يقبضه من المالك أو من المشتري ، فاذا هلك هلك على مالكة ( ١٨١ ) .

– ويتفق الامامية مع الشافعية والحنابلة في أن حقوق العقد ترجع الى المالك وليس الى الفضولي ( ١٨٢ ) .

ج – هل يمكن للمالك الزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه ؟  
تقتضي الاجابة عن هذا التساؤل أن نفرق بين اذا ما كان الفضولي سيتقاضى اجرا أم لا :

– فان كان الفضولي سيتقاضى اجرا من المالك ، فانه يكون ملزما بأن يستمر في العمل الذي بدأه ، تأسيسا على أن هناك عقد عمل بين المالك والفضولي ، ولا يجوز للفضولي أن يتخلى عن عمله الا اذا كان هناك سبب يبيح فسخ هذا العقد ( ١٨٣ ) .

– أما اذا كان الفضولي لن يتقاضى اجرا من المالك ، فلا يكون ملزما بالاستمرار في العمل بل يمكنه أن يتخلى عنه – بحسن نية – في أي وقت اراد ، لانه كان متبرعا ، ولا يلزم متبرع بالمضي في تبرعه ( ١٨٤ ) .

## ٢ – العلاقة بين الفضولي والمشتري :

نفرق في هذه الحالة بين أن يكون الفضولي اضاف العقد الى المالك أو أضافه الى نفسه :

- 
- ( ١٨٠ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ٢٢١ / ٢٤٣ والمراجع التي ذكرها .  
( ١٨١ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ٢٤٣ / ٢٥٠ والمراجع التي ذكرها .  
( ١٨٢ ) الانصاري ، مكاسب ، ص ١٣٦ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٤٨  
( ١٨٣ ) علي الخفيف ، مختصر ، ص ١٢٠ .

أ - الفضولي أضاف العقد الى المالك : هنا ينصرف حكم العقد وحقوقه الى المالك ، ولا يكون الفضولي مسئولاً أمام المشتري كما لا يكون له أن يطالب المشتري بأي حق أو أن يحمّله أي التزام .

ب - الفضولي أضاف العقد الى نفسه :

- عند الانحاف وأكثر المالكية ، يكون للفضولي أن يطالب المشتري بالثمن ، ويكون للمشتري أن يطالبه بتسليم المبيع وزياداته التي حدثت من وقت العقد الى وقت التسليم ، وأن يردّه عليه ان خرج معيباً أو مستحقاً .

- وعند الشافعية والحنابلة وأغلب الامامية ، لا يكون لأحد منهما أن يرجع على الآخر لأن مهمة الفضولي قد انتهت بمجرد انعقاد العقد ، وإنما يرجع على المالك . ولكن هؤلاء الفقهاء يعطون للمشتري - في بعض الحالات - حق الرجوع على الفضولي باعتباره كفيلًا ، الى جانب رجوعه أيضاً على المالك الأصلي ( ١٨٥ ) .

٣ - العلاقة بين المالك والمشتري ( ١٨٦ ) :

نفرق هنا بين حالتين :

أ - اضافة الفضولي العقد الى المالك : وفي هذه الحالة ينصرف حكم العقد وحقوقه الى المالك مباشرة ، ويكون هو المسئول أمام المشتري عن تسليم المبيع وزوائده ، واليه يرد المشتري الشيء المبّيع اذا ظهر مستحقاً أو معيباً . كما يكون المشتري مسئولاً أمام المالك مباشرة عن دفع الثمن ، كما لو كان قد تعاقد معه مباشرة .

ب - اضافة الفضولي العقد الى نفسه :

- يمكن للمالك في هذه الحالة أن يطالب المشتري بالثمن ، بتوكيل

---

( ١٨٤ ) علي الخفيف ، مختصر ، ص ١٢١ .

( ١٨٥ ) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ص ٢٥١ .

( ١٨٦ ) السنهوري ، نفس المرجع ، ج ٥ ص ٢٥٠ / ٢٥١ .

من الوكيل - على رأي الأحناف - أو بحكم الشرط أو العرف - على رأي المالكية - ، أو باعتباره أصيلاً ترجع إليه حقوق العقد - على رأي الشافعية والحنابلة والامامية - .

- هل يمكن للمشتري أن يرجع على المالك مباشرة لمطالبته بتسليم المبيع ، أو ليرده إليه ان خرج معيباً أو مستحقاً ؟

أما الأحناف فانهم لا يجيزون رجوع العاقد مع الفضولي على المالك مباشرة ، وإنما يرجع على الفضولي أولاً ، ثم يرجع الفضولي بعد ذلك على المالك .

وأما المالكية فانهم يتفقون في ذلك مع الأحناف ، إلا أنهم يجيزون استثناء أن يرجع المشتري مباشرة على المالك ، بالشرط ، أو بالعرف ، أو علم المشتري بالفضالة .

وأما الشافعية والحنابلة والامامية ، فانهم يجيزون - كمبدأ عام - أن يرجع المشتري على المالك مباشرة ، لأنه الذي رجعت إليه حقوق العقد عندهم .

- سبق أن ذكرنا أن المادة ١٤٥٣ من مجلة الأحكام العدلية تنص على أن : « الاجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة » .

وقواعد الوكالة التي اعتمدتها المجلة لا تخرج على ما سبق أن بيناه في المذهب الحنفي ، وقد لخصتها المادتان ١٤٦١ و ١٤٦٣ .

- وقد ذكر القانون المدني المصري نوعين من الآثار التي تترتب على الفضالة :

فنص في المواد من ١٩١ الى ١٩٧ على نوع من الآثار ليس له مقابل في المجلة ولا في القانون المدني العراقي أو الإيراني .

ونص في المادة ١٩٠ على أنه : « تسري قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي » .

- ينص القانون المدني العراقي في المادة ٩٢٨ على أن : « الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة » . فاذا رجعنا الى قواعد الوكالة لتطبيقها

على العلاقات التي بين أصحاب الشأن في الفضالة ، لوجدنا أنها تردد  
- تقريبا - نفس الأحكام التي نص عليها المشرع المصري .  
- أما في القانون المدني الإيراني فاننا لا نجد سوى مادتين تتعلقان  
بآثار الفضالة :

فالمادة ٢٦٠ تنص على أنه : « اذا سلم الفضولي الشيء المبيع  
وتسلم الثمن ، فان اجازة المالك للعقد وللقبض تمنعه من الرجوع على  
المتعاقد مع الفضولي » .

والمادة ٣٠٦ تنص على أن : « كل من يتولى ادارة شئون غائب  
أو محجور عليه أو شخص آخر في مركز مماثل ، دون اذن 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 لادارة هذه الاموال » .

## الفصل الثالث

### رفض اجازة عقد الفضولي

يترتب على رفض اجازة العقد الذي باشره الفضولي ، الغاء العقد  
الموقوف ، وعدم انتاجه أي أثر - باعتباره عقدا - لا بين طرفيه ولا في  
مواجهة المالك الاصلي ، الذي لا يستطيع أن يجيز هذا العقد بعد ذلك .

وكلامنا في هذا الفصل يتطلب أن نبحت أولا طبيعة هذا الالغاء ،  
هل هو فسخ للعقد ؟ أو أنه ابطال له ؟

ثم ندرس بعد ذلك آثار هذا الرد في مواجهة المالك الاصلي ، وفيما  
بين المتعاقدين .

وأخيرا نبين كيفية تحديد قيمة الشيء المبيع أو الثمن ، وهما محل  
الرجوع في حالة الرد .

## المبحث الاول

### رفض الاجازة وطبيعته القانونية

الرد تصرف قانوني من جانب واحد ، يصدره من له حق الرفض معلنا به ارادته في عدم قبول التصرف الذي باشره الفضولي في ماله الخاص أو في مال من تحت ولايته .

والذي يحق له رفض التصرف الموقوف ، هو نفسه من يحق له اجازته ، ويتحقق الرد بما تتحقق به الاجازة ، أي بأي طريق من طرق التعبير عن الارادة يدل على عدم الرضا .

فاذا أعلن من له حق الرد ارادته بعدم رضائه عن هذا العقد ، زال العقد بآثر رجعي ، واعتبر كأنه لم يكن . فما معنى زوال العقد على هذه الصورة ؟ هل يمكن أن نقول ان العقد قد أبطل ؟ هل يمكن أن نقول ان العقد قد فسخ ؟

نلاحظ أولا أن هناك فرقا بين تدخل المالك المؤدي الى زوال تصرف أجراه الغير على ماله ، وبين بطلان هذا التصرف نتيجة تخلف شرط من شروط وقف التصرفات ، لان ذلك يؤدي الى القول بأن هذا التصرف غير موقوف ، فلا يرد عليه حق الرد . أو نتيجة تخلف شرط من شروط صحة الاجازة ، لان ذلك يؤدي الى القول بأن هذا التصرف قد بطل لعدم توافر عناصر وجوده ، والرد - مثل الاجازة - لا يرد على تصرف معدوم شرعا .

كما نلاحظ أيضا ان هناك فرقا بين تدخل المالك المؤدي الى زوال تصرف أجراه الغير على ماله ، وبين فسخ هذا التصرف نتيجة استعمال أحد الطرفين المتعاقدين ( الفضولي والمشتري منه في بيع ملك الغير ) حقه في فسخ هذا العقد قبل أن يتدخل المالك بالاجازة أو بالرد ، لان الفسخ في هذه الحالة ناتج عن طبيعة العقد غير الملزمة للطرفين ( ١٨٧ ) .

ولا يبقى أمامنا سوى الفرض الذي يعلن فيه المالك عدم اجازته للعقد الموقوف مؤديا بذلك الى زواله . وقد تنوعت تعبيرات الفقهاء في

---

( ١٨٧ ) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٩١ .

وصف هذا الزوال ، فبعض الاحناف (١٨٨) والحنابلة (١٨٩) والامامية (١٩٠) يصف هذا الزوال بأنه «بطلان» للعقد الموقوف ، وهذا ما ذهب اليه القانون المدني المصري (١٩١) والقانون المدني العراقي (١٩٢) . وبعض آخر من الاحناف (١٩٣) والمالكية (١٩٤) والامامية (١٩٥) يصف هذا الزوال بأنه « فسخ » للعقد الموقوف ، وهذا ما أخذت به المجلة (١٩٦) والقانون المدني الايراني (١٩٧) . ويقرب من هذا الرأي ما يعبر به الدردير المالكي في قوله « منحل » (١٩٨) . وكثير من الفقهاء لا يصف هذا الزوال ، وانما يكتفي بالتعبير بما يدل على أن هذا العقد لا وجود له بالنسبة للمالك ، فمن هؤلاء من يقول : «ان اجازته نفذ ، والا فلا» (١٩٩) ، ومنهم من يستعمل تعبير « رد العقد » (٢٠٠) ، كما أن منهم من يعبر « بالالغاء » (٢٠١) .

والذي لا شك فيه وهو أن بيع ملك الغير لا يبطله رفض مالك الشيء المبيع أن يجيزه ، ذلك لان العقد قد أنعقد صحيحا فيما بين طرفيه ، ولكن انتاج آثاره هو الذي كان موقوفا على أجازة المالك ، فان رفض المالك هذه الاجازة ، فان العقد لا يبطل ، وانما ينفسخ لانعدام محل العقد . وتفصيل ذلك ان الفقه الاسلامي - في هذه الحالة - ينظر الى محل

- 
- (١٨٨) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٦٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٨ .  
(١٨٩) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٩٦ .  
(١٩٠) الطوسي في النهاية ، ذكره عبد الهادي الحكيم في ص ٢٠ . الشيخ المفيد في المقنعة ذكره عبد الهادي الحكيم ص ٨٧ .  
(١٩١) في المادة ٤٦٦ .  
(١٩٢) في المادة ٣/١٣٥ .  
(١٩٣) المرغيناني ، الهداية ، ج ٥ ص ٣٠٩ . ابن نجيم البحر ، ج ٦ ص ١٦١ .  
الحصكفي ، الدر ، ج ٢ ص ٢٣٩ .  
(١٩٤) مالك ، المدونة ، ج ٤ ص ٣٨ ، ٥٦ . ابن سلمون ، العقد المنظم بهامش التبصرة ابن فرحون ، ج ١ ص ٢٠٩ .  
(١٩٥) النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٤ . الانصاري ، المكاسب ، ص ١٤٤ .  
(١٩٦) في السادتين ٣٠٣ ، ٣٠٤ .  
(١٩٧) في المادة ٢٥٢ .  
(١٩٨) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ١٢ .  
(١٩٩) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٣ ص ٢٤ .  
(٢٠٠) مالك ، المدونة ، ج ٤ ص ٣٨ . الخرشبي ، شرح ، ج ٥ ص ١٨ .  
الحصكفي ، الدر المختار ، ج ٢ ص ٢٣٩ .  
(٢٠١) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٢٨٢ .

العقد ، لا الى محل الالتزام . ومحل عقد البيع هو الشيء المباع لا الثمن ، فاذا انعدم هذا المحل ، بأن هلك كلياً أو جزئياً ، فإن الخلل الذي يصيب المحل بعد انعقاد العقد صحيحاً ، يؤثر في القوة الملزمة للعقد ، فيصبح قابلاً للفسخ . ويرجع الفسخ هنا للخلل الذي يصيب محل العقد ، لا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ( ٢٠٢ ) .

فالفقهاء الذين استعملوا تعبير « الفسخ » ربما لاحظوا أن رفض المالك اجازة عقد الفضولي قد جعل هذا العقد بدون محل ، لان البائع لن يستطيع - شرعاً - أن يسلم محلاً رفض ماله تسليمه . فاذا أضيف الى ذلك أن هذا العقد كان موقوفاً على تدخل المالك ليقرر بشأنه ، أما تأكيد عوامل الصحة فيه ، وأما تأكيد عوامل زواله ، لتبين لنا أن مجرد تدخل المالك بالرفض ، جعل هذا العقد مفسوخاً بأثر رجعي فيما بين الطرفين وفي مواجهة المالك الحقيقي .

والفقهاء الذين استعملوا تعبير « البطلان » ، ربما لاحظوا أن هذا العقد ، ولو أنه أنعقد صحيحاً ، إلا أن عوامل الصحة فيه غير مستقرة ، فهي تستقر اذا أجاز المالك العقد ، وهي تزول اذا رده ، فيبطل العقد بأثر رجعي فيما بين الطرفين وفي مواجهة المالك ، ويكون معنى البطلان هو عدم الوجود الشرعي لهذا العقد .

أما الفقهاء الذين لم يصفوا هذا الزوال ، فلعلهم لاحظوا فقط جانب المالك ، ولم يعنوا أنفسهم ببحث حالة العقد فيما بين المتعاقدين ، هل بطل أو أنفسخ ؟ كل ما يهم في هذا الشأن : هو أن هذا العقد الموقوف يحتل أن يلزم المالك اذا أجازته ، فاذا رده زال هذا الاحتمال ، ولم يعد هناك مبرر ليظل هذا العقد موقوفاً ، فيجب إذن ان يعتبر لاغياً .

★ ★ ★

والخلاصة من كل ذلك هي أننا نعتبر أن الفقه الاسلامي قد نظر الى تصرف الفضولي - الذي رده المالك - من ناحيتين :

أولاً : في مواجهة المالك ، فاعتبره غير موجود بالنسبة له ، ولا يمكن أن يرتب أي التزام عليه ، كما لا يمكن أن يرتب أي حق على ماله .  
ثانياً : فيما بين الطرفين ، فاعتبره مفسوخاً للخلل الذي أصاب محل العقد ، وهو انعدامه شرعاً .

## المبحث الثاني

### آثار الرد

سبق أن رأينا أن التصرف الذي يجريه الفضولي على مال الغير ، دون اذن أو ولاية ، ينعقد موقوفاً على اجازة من له الحق في اجازته ، فاذا تحققت هذه الاجازة نفذ العقد وأنتج كل آثاره منذ لحظة انعقاده . أما اذا رفض صاحب هذا الحق اجازة التصرف ، فانه يفسخ ولا يكون له أي أثر ، لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة المالك . وهذا أمر لا يثير صعوبات عملية في حالة ما اذا كان التصرف الذي أجراه الفضولي مجرد ارادة ولم يقترب بالتنفيذ الفعلي . أما اذا قام الفضولي بتسليم المبيع الى المشتري ، وتسلم الثمن منه ، فيكون من حق المالك أن يطالب بالعين وبالتعويضات ان كان لها محل . ويكون من حق المشتري أن يطالب بالثمن وبالتعويضات في بعض الحالات . فنبحث أولاً دعوى المالك ، ثم دعوى المشتري :

#### أولاً - دعوى الاستحقاق :

اذا رفض المالك اجازة تصرف أجراه الفضولي على ملكه ، فان له الحق في أن يرجع بالعين وبالتعويضات ان كان لها محل .

#### ١ - الرجوع بالعين :

اذا كانت العين باقية فإن للمالك أن يستردها من أي يد ( ٢٠٣ ) . أما اذا هلك ، فقد يكون الهلاك عند الفضولي ، وقد يكون عند المشتري .

أ - الهلاك عند الفضولي : يفرق الفقهاء في هذه الحالة بين ما اذا كانت يد الفضولي يد أمانة فلا ضمان عليه الا بالتعدي ، أو كانت يد ضمان فانه يضمن في كل حال .

- ومعنى يد الامانة : أن الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة المالك ، كما لو كان مودعاً ، فانه يحوز العين لمصلحة المودع ، فاذا هلك الوديعة تحت يده لا يضمن ، الا اذا قصر في حفظها أو تعدى عليها ( ٢٠٤ ) .

---

( ٢٠٣ ) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٦٦ .  
( ٢٠٤ ) السنهوري ، مصادر الحق ، القاهرة ١٩٦٨ ، ج ٦ ص ١٨١ - ١٨٣ .  
البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص ٧٤ .

- ومعنى يد الضمان : ان الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه  
فالغاصب يده يد ضمان لانه يجوز المعصوب حماله له ، فادا هلك المعصوب  
تحت يده ضمنه ، سواء اكان الهالك بفعله أم بسبب آجنبي ( ٢٠٥ ) .

ب - الهالك عند المشتري : يرى الحنفية أن يد المشتري يد ضمان ،  
لانه يحوز المبيع لمصلحة نفسه ، فاذا هلك الشيء المبيع تحت  
يده كان مستولا عن الهالك ، سواء كان يعلم أن البائع غير  
مالك أو كان يجهل ذلك ، ويكون المالك بالخيار بين أن يضمن  
الفضولي أو يضمن المشتري ( ٢٠٦ ) .

أما المالكية فانهم يفرقون بين المشتري العالم بأن البائع غاصب للشيء  
المبيع ، وبين المشتري الجاهل بذلك . ففي الحالة الاولى يكون مستولا  
عن هلاك العين مهما كان سبب الهالك ، ويكون للمالك الخيار بين الرجوع  
عليه أو الرجوع على الفضولي . أما في الحالة الثانية فلا يجوز للمالك  
أن يرجع عليه الا اذا كان الهالك نتيجة تعديه ( ٢٠٧ ) .

ولا يختلف الشافعية عن الحنفية في أن المشتري من الفضولي يكون  
مستولا عن هلاك المبيع سواء كان يعلم بالغصب أو كان يجهل ذلك .  
ويكون للمالك الخيار بين أن يضمنه أو أن يضمن الفضولي ( ٢٠٨ ) .

وذهب الحنابلة الى أن كل يد خلت محل يد الغاصب تعد يد ضمان  
يترتب عليها تضمين صاحبها اذا اختار المالك تضمينه ، لا فرق بين علمه  
بالغصب أو جهله به ( ٢٠٩ ) .

وهذا ما اختاره الامامية ، فعندهم أن المبيع اذا هلك في يد المشتري ،  
تخير المالك في الرجوع على من شاء من الغاصب والمشتري ( ٢١٠ ) .

---

( ٢٠٥ ) السنهوري ، المرجع السابق ، نفس الموقع - البغدادى ، مجمع الضمانات ،  
ص ٧٤ .

( ٢٠٦ ) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٥٦ . الكاساني ، بدائع الصنائع ،  
ج ٧ ص ١٤٣ . الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ١٣٦ .

( ٢٠٧ ) الخرخشي ، شرح ، ج ٦ ص ١٤٦ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٥٧ .

( ٢٠٨ ) الشافعي ، الام ، ج ٣ ص ٢٢٠ . المطيعي ، التكملة الثانية للمجموع ،  
ج ١٤ ص ١٠١ .

( ٢٠٩ ) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٧٧ . ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٢٦ ،

( ٢١٠ ) النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٦ ص ١٣١ . الحلبي ، قواعد الاحكام ،  
ص ٤٧ .

## ٢ - الرجوع بالتعويضات :

إذا كانت غلة المبيع قائمة ، فان للمالك أن يستردها من أي يد ، لانها تتبع العين في الرد (٢١١) . الا أن المالكية يرون أن المشتري من الفضولي - اذا كان يجهل حالة الغصب - يستحق الغلة ، لان العين كانت في ضمانه ، والخراج بالضمان (٢١٢) .

أما اذا هلك الغلة ، فقد يكون الهلاك عند الفضولي ، وقد يكون عند المشتري .

١ - الهلاك عند الفضولي : يفرق الفقهاء في هذه الحالة بين ما اذا كانت يد الفضولي يد أمانة فلا يضمن الا بالتعدي ، أو كانت يد ضمان فتتحدد مسؤوليته على الوجه التالي :

- يفرق الاحناف بين زوائد المغصوب ومنافعه :

فزوائد المغصوب ، متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالثمار ، تكون أمانة في يد الفضولي ، لا يضمن هلاكها الا بالتعدي أو بالمنع بعد طلبها ، هذا هو رأي غالبية الاحناف (٢١٣) ، ولكن بعضهم يذهب الى أن الغاصب لا يضمن الزوائد المتصلة ، حتى ولو كان هلاكها بعد طلب المالك لها (٢١٤) .

ومنافع المغصوب غير مضمونة عند أكثر الحنفية لانها ليست مالا متقوما (٢١٥) . وذهب متأخروا الاحناف الى ضرورة ضمان منافع المغصوب اذا كان وقفا ، أو ليتيم ، أو كان معدا للاستغلال (٢١٦) .

- أما المالكية فقد اختلفوا في ذلك اختلافا يصعب معه تحديد رأيهم (٢١٧) . ومع ذلك يمكن أن نقول : ان الغاصب اذا كان قد قصد

---

(٢١١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٢٦٦ - ٢٧٢ .

(٢١٢) ابن رشد ، المرجع السابق ، نفس الموضع المتقدم .

(٢١٣) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٣ ص ١٢٧ . البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص ١٢٩ .

(٢١٤) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٥٥ .

(٢١٥) السمرقندي ، شفة الفقهاء ، ج ٣ ص ١٢٨ . السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٧٧ - ٧٨ .

(٢١٦) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٢١٤ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٢ ص ٥٦١ .

(٢١٧) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٦٦ - ٢٧٢ .

بغضبه الانتفاع بالعين ، فانه يضمن هذه المنافع ، سواء عطل المصوب أو انتفع به أو أكرأه . أما اذا كان الغاصب قد قصد ذات العين ، فان الحكم يختلف تبعا لطبيعة العين : ففي الدور والاراضي يكون ضامنا للمنفعة اذا استعملها للسكنى أو لزراعة أو أكرأها ، وفي الحيوان يكون ضامنا لما لم ينشأ عن استعماله كالولد ، ولا يكون ضامنا لما ينشأ عن استعماله ككراء الدابة أو ركوبها ، وفي غير ذلك من الاشياء لا يضمن قيمة الانتفاع ( ٢١٨ ) .

ـ وقد ذهب الشافعية ( ٢١٩ ) ، والحنابلة ( ٢٢٠ ) ، والامامية ( ٢٢١ ) الى أن الغاصب ضامن لمنفعة الشيء المصوب في كل حال ، وذلك لان المنفعة عندهم مال متقوم ، وقد حال الغاصب بينها وبين مالكها ، فوجب عليه الضمان مطلقا .

ب ـ الهلاك عند المشتري : نذكر فيما يلي آراء الفقهاء الخاصة بما اذا هلكت الغلة تحت يد المشتري :

ـ يرى الاحناف ان المشتري من الفضولي يكون ضامنا للزوائد المتصلة كالسمن ، والمنفصلة كالثمرة ( ٢٢٢ ) . ولكنه لا يضمن المنافع ، لانها ليست مالا متقوما . وذهب المتأخرون من الاحناف الى أن المنافع تضمن في ثلاث حالات : اذا كان المصوب وقفا ، أو كان ليتيم ، أو كان معدا للاستغلال ( ٢٢٣ ) .

ـ ويفرق المالكية بين المشتري العالم بالغصب ، والمشتري الجاهل به : فالاول يضمن الغلة التي استغلها أما المشتري الجاهل بالغصب فلا يلزمه رد الغلة ، ولا ضمان عليه ، لانه ذو شبهة ( ٢٢٤ ) .

- 
- ( ٢١٨ ) على الخفيف ، الضمان ، ص ٥٠ والمراجع التي ذكرها .  
( ٢١٩ ) الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٢٢٢ ، المطيعي ، التكملة الثانية للمجموع ، ج ١٤ ص ٨٠ .  
( ٢٢٠ ) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٦٠ .  
( ٢٢١ ) النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٦ ص ١٢٩ . ابن مكي ، اللمعة دمشقية ، وشرحها ، ج ٢ ص ١٩٤ .  
( ٢٢٢ ) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٣ ص ١٢٧ - ١٢٨ .  
( ٢٢٣ ) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٧ ص ٣٩٦ .  
( ٢٢٤ ) ابن رشد ، المرجع السابق ، ج ٦ ص ٢٦٦ - ٢٧٢ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٥٧ - ٤٥٨ .

- وذهب الشافعية (٢٢٥) ، والحنابلة (٢٢٦) ، والامامية (٢٢٧) الى أن المشتري من الفضولي ضامن للزوائد والمنافع اذا هلك تحت يده . ويكون للمالك أن يرجع عليه أو على الفضولي بقيمة ما هلك .

#### ثانيا - دعوى استرداد الثمن :

اذا استحق الشيء المبيع من تحت يد المشتري ، فإن له الحق في استرداد الثمن الذي كان قد دفعه للفضولي . وله كذلك ان يطالب بتعويضات ان كان حسن النية .

#### ١ - الرجوع بالثمن : اختلف الفقهاء في هذا الشأن على النحو التالي :

- يرى أكثر الاحناف أن المشتري من الغاصب اذا رد المبيع أو قيمته للمالك ، فإنه يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له ، لانه تبين أنه أخذه بغير حق (٢٢٨) . ولكن بعض الاحناف يرى أن المشتري ان كان يعلم - وقت أداء الثمن - أن البائع فضولي فإن هذا الثمن يكون أمانة في يد الفضولي ، يسترده ان كان باقيا ، ولا يطالب به ان هلك (٢٢٩) .

- وذهب المالكية (٢٣٠) ، والشافعية (٢٣١) ، والحنابلة (٢٣٢) الى أن للمشتري من الفضولي الحق في المطالبة برد الثمن ، سواء كان هذا الثمن باقيا أو هالكا ، وسواء كان المشتري يعلم أن البائع فضولي أو كان يجهل ذلك .

- وعند الامامية ثلاثة آراء : الاول يرى أن المشتري يرجع على البائع

- 
- (٢٢٥) الشافعي ، الام ، ج ٣ ص ٢٢٠ . المطيعي ، المرجع السابق ، ج ١٤ ص ١٠١ .  
(٢٢٦) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٧١ .  
(٢٢٧) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ١٩٨ .  
(٢٢٨) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٥٨ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٤٤ . ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١٣ . الفتاوي الهندية ، ج ٣ ص ١٣٦ . قاضي خان ، فتاوي ، ج ٢ ص ١٤٤ .  
(٢٢٩) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ص ١٦٠ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٢١٧ .  
(٢٣٠) مالك ، المسدونة ، ج ١٤ ص ٤٩ ، ٦١ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٥٧ .  
(٢٣١) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ص ١٩١ .  
(٢٣٢) ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٢٦ .

مطلقا ، لانه اخذ الثمن بغير حق ( ٢٣٣ ) . والثاني يفصل بين المشتري العالم بأنه دفع الثمن الى فضولي فلا يرجع عليه بما دفعه اذا استحققت العين من تحت يده ، وبين المشتري الجاهل بذلك فانه يرجع بالثمن ( ٢٣٤ ) .

والرأي الاخير يذهب الى ان المشتري الجاهل بحقيقة البائع يرجع عليه بالثمن اذا استحققت العين المباعة ، أما المشتري العالم بأن البائع فضولي فانه يرجع عليه بالثمن اذا كان باقيا وليس له حق الرجوع ان هلك الثمن ( ٢٣٥ ) .

٢ - الرجوع بالتعويضات : قد يكون المشتري من غير مالك على علم بحقيقة حاله ، وقد يكون جاهلا بذلك .

أ- المشتري العالم بالفضالة : اذا كان المشتري يعلم حقيقة مركز البائع فلا يحق له أن يرجع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له . فاذا كان هذا المشتري قد ألزم بأن يرد الى المالك بعض التعويضات نتيجة هلاك المبيع أو منافعه تحت يده ، فلا يعود على البائع بشيء من ذلك ، لانه - بسوء نيته - يكون في مركز الغاصب ، فيستقر الضمان عليه ( ٢٣٦ ) .

ب - المشتري الجاهل بالفضالة : هنا يكون المشتري حسن النية ، ولذلك انقسم الفقهاء الى طائفتين : فالبعض يوسع نطاق حماية المشتري ، ويعطيه حق الرجوع على البائع بالتعويضات - كقاعدة - . والبعض الآخر يضيق من هذا النطاق ، ولا يعطي المشتري حق الرجوع ، الا على سبيل الاستثناء .

- يرى الاحناف والمالكية أن المشتري حسن النية لا يرجع على بائعه لمطالبته بتعويض عن الزيادة التي دفعها للمالك ، سواء كانت هذه الزيادة في مقابل العين كما لو اشترى المبيع بعشرة ورد الى المالك قيمته عشرين ( ٢٣٧ ) ، او كانت الزيادة التي دفعها للمالك تقابل نفعا عاد عليه

---

( ٢٣٣ ) ابن مكي ، اللعة الدمشقية وشرحها ، ج ١ ص ٢٤١ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٦٦ .

( ٢٣٤ ) النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٤ ص ٦٦ .

( ٢٣٥ ) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٥٤ - ٢٥٥ والمراجع العديدة التي أشار اليها .

( ٢٣٦ ) عبد الهادي الحكيم ، نفس المرجع ، ص ٢٥٩ والمراجع المذكورة بها .

( ٢٣٧ ) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٤٤ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٦٧ .

أثناء وجود العين تحت يده كما لو كان قد سكن الدار المباعة (٢٣٨) .  
 أما الغرامة التي يدفعها المشتري للمالك مقابل منفعة لم يحصل عليها ،  
 بل هلكت تحت يده ، كقيمة الولد والبناء ، فيرى الاحناف أن المشتري  
 يرجع بقيمة الولد وبقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه من البناء أو الزرع ، ولا  
 يرجع بما أنفقه على العين أثناء وجودها تحت يده (٢٣٩) . وخالف  
 بعض المالكية في رجوع المشتري على البائع بقيمة الولد (٢٤٠) .

— أما الشافعية والحنابلة والامامية ، فقد أعطوا المشتري — حسن  
 النية — حق الرجوع على البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين  
 المستردة ، إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يحصل عليها ، بأن هلكت  
 تحت يده كقيمة الولد والبناء والنفقة (٢٤١) . أما إذا كانت الزيادة التي  
 دفعها تقابل العين أو تقابل المنافع التي عادت على المشتري ، فإن بعض  
 الشافعية (٢٤٢) وبعض الحنابلة (٢٤٣) وأكثر الامامية (٢٤٤) يرى أن  
 له حق الرجوع بها على البائع ، بينما يرى البعض الآخر من  
 الشافعية (٢٤٥) والحنابلة (٢٤٦) والامامية (٢٤٧) أنه لا يحق له  
 الرجوع على البائع لمطالبته بهذه الزيادة .

عاجت المجلة آثار الرد لعقد الفضولي ، والعلاقة بين المالك والغاصب  
 والمشتري في عدة مواد نذكر من بينها المواد : ٨٥ ، ٨٦ ، ٥٩٦ ، ٨٨١ ،  
 ٨٩٠ ، ٨٩١ ، ٩٠٠ ، ٩٠٣ ، ٩٠٠ ، ٩١١ وهذه المداد في جملتها لا تخرج  
 عما سبق أن عرضناه أثناء الكلام عن وجهة نظر الاحناف . لهذا لاحظ بعض

- 
- (٢٣٨) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ص ٣٠٣ .  
 (٢٣٩) السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ص ٧١ . الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ١٤٩ .  
 الفتاوى الخانية ، ج ٢ ص ١٩٢ .  
 (٢٤٠) مالك ، المدونة ، ج ١٤ ص ٥٨ و ٩٠ .  
 (٢٤١) المطيعي ، المرجع السابق ، ج ١٤ ص ١٠١ . ابن رجب ، القواعد ،  
 ص ٢٢٧ . محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٦٩ .  
 (٢٤٢) المطيعي ، المرجع السابق ، نفس الموضوع . الشرييني ، مغنى المحتاج ،  
 ج ٢ ص ٢٩٥ .  
 (٢٤٣) ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٢٦ - ٢٢٧ .  
 (٢٤٤) محسن الحكيم ، نهج الفقاهة ، ج ١ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ .  
 (٢٤٥) المطيعي ، المرجع المتقدم ، نفس الموضوع السابق .  
 (٢٤٦) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٦٢ و ٢٦٦ والمراجع المشار  
 ج ٦ ص ١٧٣ - ١٧٤ .  
 (٢٤٧) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٦٢ - ٢٦٦ والمراجع المشار  
 اليها فيهما .

شرح المجلة أن المادة ٥٩٦ لا تزال بعيدة عن روح العدل والانصاف ، على الرغم من أنها قننت آخر ما وصل اليه اجتهاد متأخري الفقهاء الاحناف . ولذلك فانه طالب فقهاء عصره بقبول وجهة نظر الفقهاء الشافعية في ضمان المنافع ، وضرورة استصدار قانون يحتم العمل بها ( ٢٤٨ ) .

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة ٤٦٨ على أنه : « اذا حكم للمشتري بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . ويترتب على ذلك أن المشتري - في بيع ملك الغير - يكون بالخيار اذا استحق المبيع في يده بين فسخ البيع أو ابطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه اذا اختار الفسخ فليس له أن يطالب البائع - حسن النية - بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار ابطال العقد ( ٢٤٩ ) . أما المالك فانه يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض . فاذا كان المشتري قد تملك المبيع بالحيازة أو بالتقادم فان المالك الحقيقي لا يستطيع أن يسترده منه ، ويرجع على البائع لتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع ، وبسبب تملك المشتري للثمار - ولو لم يملك المبيع نفسه - ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع سواء كان حسن النية أو سيئها ، الا اذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ ، فلا يكون هناك محل للرجوع عليه بالتعويض ( ٢٥٠ ) .

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة ١٣٥ على أنه : « ٣ - اذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ، واذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به . فان هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي فلا رجوع عليه بشيء منه . ٤ - واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه ، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فاذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر » .

---

( ٢٤٨ ) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٥٨٤ - ٥٨٨ .

( ٢٤٩ ) أحمد محمد ابراهيم ، القانون المدني ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٥٣٢ - ٥٣٣ والمراجع التي ذكرها .

( ٢٥٠ ) السنهوري ، الوسيط ، القاهرة ١٩٦٠ ، ج ٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

أما القانون المدني الإيراني فقد عالج هذه المسألة في المواد : ٢٥٩ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

م ٢٥٩ : « إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقده معه ، ورفض المالك اجازة هذا العقد ، فإن الحائز يظل مسئولاً عن العين وغلتها » .  
م ٢٦١ : « في حالة بيع ملك الغير ، إذا رفض المالك اجازة البيع بعد تسليم المبيع الى المشتري ، فإن المشتري يظل مسئولاً عن العين وغلتها طوال مدة الحيازة ، حتى ولو لم ينتفع بثمارها . كما يكون مسئولاً عن أي تلف يصيبها أثناء الحيازة » .

م ٢٦٢ : « في الحالة الموضحة بالمادة السابقة ، يحق للمشتري أن يرجع على الفضولي لاسترداد ما دفعه ، عينا أو مثلاً أو قيمة » .

م ٢٦٣ : « إذا لم يجز المالك العقد ، فإن للمشتري - الجاهل بالفضالة - حق الرجوع على الفضولي لاسترداد الثمن وتعويض الضرر الذي تحمله ، ان كان له محل . أما إذا كان المشتري عالماً بالفضالة فلا يرجع الا بالثمن الذي دفعه » .

### المبحث الثالث وقت تقدير القيمة

قلنا أن من حق المالك الأصلي أن يرجع على الفضولي أو على من تعاقده معه لاسترداد العين التي بيعت دون إذنه أو اجازته ، فإذا لم يمكن الرجوع بنفس العين - لتلف أو تغير - فإنه يرجع بالقيمة . ولكن أي قيمة تلك التي يرجع بها ؟ هل قيمة العين يوم قبضها ؟ أو قيمتها يوم تلفها ؟ أو قيمتها يوم الاداء ؟ أو أعلى قيمة لها من يوم القبض الى يوم التلف ؟

اختلف الفقهاء في تحديد الوقت الذي تقدر على أساسه القيمة :

- فذهب الاحناف الى أن القيمة تقدر على أساس الوقت الذي تم فيه قبض العين أو الاستيلاء عليها ، لانه الوقت الذي وجد فيه سبب الضمان الذي هو الغصب (٢٥١) .

---

(٢٥١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٥١ .

- وذهب الشافعية الى أن المالك اذا ضمن الفضولي ، ضمنه قيمة العين أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف (٢٥٢) ، « لانها من حين الغصب الى حين التلف في ضمانه » (٢٥٣) . « وان ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين القبض الى أن تلف ، لانه لم يدخل في ضمانه قبل القبض فلا يضمن ما قبله » (٢٥٤) .

- وعند المالكية رأيان : رأي يذهب مذهب الاحناف ، يضمن الفضولي الغاصب قيمة العين يوم الاستيلاء عليها (٢٥٥) ، لان « الاصل ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ ، فيترتب الضمان حين وضع اليد لا ما بعد ذلك ، والمضمنون لا يضمن لانه تحصيل حاصل » (٢٥٦) . والرأي الآخر يذهب مذهب الشافعية ، ويعطي للمالك الحق في المطالبة بأعلى قيمة للعين منذ غصبت الى أن تلفت (٢٥٧) .

- أما الحنابلة فعندهم ثلاثة آراء في تحديد وقت تقدير القيمة :

الرأي الاول : مثل رأي الحنفية ، يجعل وقت تقدير القيمة هو يوم الاستيلاء (٢٥٨) .

والرأي الثاني : مثل رأي الشافعية ، يعطي المالك الحق في أن يطالب بأعلى قيمة للعين منذ الاستيلاء عليها حتى تلفها (٢٥٩) .

والرأي الاخير - وهو الصحيح والمشهور والمختار عند الاصحاب - أن القيمة تحدد يوم تلف الشيء المغصوب (٢٦٠) ، « لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها ، فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته » (٢٦١) .

- 
- (٢٥٢) الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٢٢٠ .  
(٢٥٣) المطيعي ، تكملة المجموع الثانية ، ج ١٤ ص ١٠١ .  
(٢٥٤) المطيعي ، نفس المرجع ، الموضع المتقدم .  
(٢٥٥) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٤٥٣ .  
(٢٥٦) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ص ٢٩ .  
(٢٥٧) القرافي ، الفروق ، نفس الموضع السابق .  
(٢٥٨) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٩٤ .  
(٢٥٩) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٩٥ .  
(٢٦٠) المرادوي ، الانصاف ، ج ٦ ص ١٩٤ - ١٩٥ .  
(٢٦١) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٥ ص ٢٥٨ .

- واختلف الرأي عند الامامية على أربعة أوجه :

فالبعض يذهب مذهب الحنفية ، ويجعل وقت تقدير القيمة هو يوم الغصب ( ٢٦٢ ) .

ومنهم من يذهب مذهب الشافعية ، ويعطي للمالك الحق في المطالبة بأعلى قيمة للعين من وقت القبض الى يوم التلف ( ٢٦٣ ) ، وذلك لان المغصوب « مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم ، ولو تلف فيها لزم ضمانه ، فكذا بعده » ( ٢٦٤ ) .

وبعضهم ذهب الى الرأي المختار عند الحنابلة ، وهو وجوب القيمة في يوم التلف ( ٢٦٥ ) ، وذلك لان « الواجب رد العين ، والغاصب مخاطب بدفعها الى مالكها سواء كانت القيمة زائدة أو ناقصة ، من غير ضمان شيء من النقص اجماعا ، فاذا تلف وجبت قيمة العين وقت التلف ، لانتقال الحق اليها لتعذر البديل ، ومع ثبوت العين ووجودها لا تتعلق القيمة بالذمة ، وانما الذمة مشغولة برد العين ، والانتقال الى القيمة انتقال الى البديل ، وهو انما يثبت حال وجوبه ، وهو حالة التلف » ( ٢٦٦ ) .

أما البعض الاخير من الامامية ، فقد ذهب الى أن للمالك الحق في المطالبة بقيمة العين يوم الاداء ، ذلك لان « مقتضى القاعدة عدم الانقلاب حتى في القيميات ، وكون العين في العهدة الى حال اداء العوض والخروج عن العهدة ، ولازم ذلك كون المدار على قيمة يوم الدفع » ( ٢٦٧ ) .

تبنت المجلة رأي الاحناف ، فنصت في المادة ٨٩١ على أن الشيء المغصوب ان كان من القيميات ، يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب

---

( ٢٦٢ ) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي ، ص ٢٣٩ والمراجع التي أشار إليها .

( ٢٦٣ ) ابن مكي ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١٩٣ .

( ٢٦٤ ) السبزواري ، كفاية الاحكام ، ذكره عبد الهادي الحكيم في ص ٢٤٨ .

( ٢٦٥ ) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٤ ص ٢٠١ . النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٦ ص ١١٥ .

( ٢٦٦ ) الحلبي ، مختلف الشريعة في احكام الشريعة ، ج ٢ ص ٢٧٧ ، ذكره عبد الهادي الحكيم في ص ٢٤٩ .

( ٢٦٧ ) اليزدي ، حاشية على المكاسب ، ج ١ ص ٩٩ - ١٠٤ ، ذكره عبد الهادي الحكيم في ص ٢٤٣ .

ومكانه ، وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله (٢٦٨) . وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي (٢٦٩) .

اما القانون المدني المصري ، فقد استقر على أن تقدير قيمة الشيء يكون وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع (٢٧٠) .

وقد نص التقنين المدني الايراني في المادة ٣٠٨ على أن : « حيازة ملك الغير - دون سند مبرر - يعتبر غصبا » . ثم بين في المادتين ٣١١ و ٣١٢ ما يجب أن يرده الغاصب ، وقت تقدير القيمة :

م ٣١١ : « على الغاصب أن يرد للمالك الشيء الذي غصبه ، فان كان قد تلف فعليه أن يرد مثله ، أو أن يدفع قيمته . أما اذا صار رد العين مستحيلا لسبب آخر فعليه أن يرد له شيئا يمكن أن يحل محله » .

م ٣١٢ : « اذا كان المغصوب مثليا ، فانقطع المثل حين الاداء ، فعلى الغاصب أن يرد قيمته مقدرة يوم الاداء . واذا وجد المثل مجردا من أية قيمة ، وجب رد آخر قيمة بلغها » .

---

(٢٦٨) علي حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ ص ٤٦١ - ٤٧٣ .

(٢٦٩) عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ٥٥٦ .

(٢٧٠) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ص ٢٩٧ ، ٣ ، والمراجع التي ذكرها .