



جامعة الزاوية  
إدارة الدراسات العليا والتدريب  
كلية القانون  
قسم الشريعة

# الفضالة والتطبيقات المعاصرة لها

دراسة فقهية قانونية مقارنة

إعداد الطالب: أسامة بنور الهادي المفجر

إشراف الأستاذ الدكتور: حسين عبدالمولى بركات

الدرجة العلمية: أستاذ

(2023م)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الإجازة العالية الماجستير بتاريخ 2023/11/27م

الموافق 13/جمادى الأولى/1444هـ قسم الشريعة كلية القانون جامعة الزاوية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم  
بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾

سورة النساء: الآية (29)

الإهداء

إلى منارة العلم والإمام المصطفى

إلى سيد الخلق

إلى سيدنا رسولنا الكريم

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى والديّ الأحباء

إلى أساتذتي وزملائي الكرماء

إلى الباحثين عن طريق الأمان      في معرفة العلم والبيان  
الشاهدين للحق بالوحدانية      المقربين له بالعبودية  
الذين وجوههم لغير الله ما توجهت      وأقدامهم لغير الله ما سارت  
وعزومهم لغير مرضاة الله ما ثارت      وقلوبهم لغير الله ما استجارت  
وافئدتهم بغير ذكر الله ما استنارت      وأعينهم لغير الله ما فاضت

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على النبي المصطفى المبعوث رحمة للعالمين، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علماً إنك أنت العليم الحكيم.

أما بعد: فيقول الحق تبارك وتعالى في محكم التنزيل على لسان نبي الله سليمان: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ﴾<sup>(1)</sup>، وأحمده سبحانه وتعالى على توفيقه لي بإتمام هذا الجهد المتواضع، وأسأل الله تعالى أن ينفع به خلقه، وأن يكون عوناً لي على طاعته فإنني أجد لزاماً عليّ أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى الهامة المرفوعة، والقامة المنصوبة، هذا الشخص صاحب الفكر السديد، والعلم الرشيد الذي لم يبخل عليّ بعلم مهما كان صعب، ربي أعطه العمر السديد والعيش الرغيد إلى مشرفي التقدير الدكتور: حسين عبدالمولى بركات.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة: ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بوافر الشكر والعرفان إلى كليتي الفاضلة كلية القانون بالزاوية.

ويسعدني في هذا المقام أن أثنى كل جهد مخلص من صديق، أو قريب، أو عزيز ساعدني على إتمام هذا العمل، ولو بدعوة خالصة في ظهر الغيب.

---

(1) سورة النمل، الآية (19).

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- ورضي الله عن صحابته، وعن التابعين، وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،،،،

عرفت الشريعة الإسلامية، مبدأ الرضائية، وطبقته أكثر من أربعة عشر قرناً، على كثير من القضايا والدعاوى وحرمت أكل أموال الناس بالباطل. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup> وحثت على التعاون ومساعدة الغير في شؤونهم جلباً للمصلحة ودفعاً للضرر<sup>(2)</sup>. قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>(3)</sup>.

ومن صور هذا التعاون تصرف الفضولي، فالفضالة ليست فكرة نظرية تعني بها الدراسات الأكاديمية فقط، بل هي واقع ملموس في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

فمن المسلم به أن الإنسان بطبيعته في حاجة إلى عون غيره، لأسباب كثيرة من أهمها:-  
1- عدم قدرة الإنسان على مباشرة كل شؤونه بنفسه، فقد لا يملك من الملكات والطاقات ما يمكنه من القيام بكل مطالبه، ومن هنا كانت الاستعانة بخبرة الآخرين ضرورية عن النيابة في صورها المختلفة.

2- يتعرض الإنسان في حياته لظروف وأحداث قد تجعله مضطراً إلى تدخل غيره، ومن أهم هذه الظروف، المرض أو السفر أو هما معاً، فقد يصيب الشخص المرض بحيث يكون في مسيس الحاجة إلى تدخل غيره ليؤدي عنه ما كان يؤديه في صحته، وقد يسافر طالباً للعلم، أو العمل أو للاستشفاء، وله أموال يخشى عليها من التلف أو حقوق على غيره تحتاج إلى الطلب بل قد يكون الشخص امرأة وتخشى الاختلاط بالآخرين \_ في عصر فسدت فيه الأخلاق - فتحتاج إلى من يتولى شأنها.

(1) سورة النساء: الآية (29).

(2) الألويسي، أبوالفضل شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، لا: ت)، ج:20، ص:188.

(3) سورة المائدة: الآية (2).

3- الفضالة قد تكون وسيلة للتيسير ورفع الحرج وذلك حين يعجز الإنسان عن القيام بشؤونه، فلو لم تُشرَع الفضالة؛ لتعرض للحرج والضيق. والله -عز وجل- يقول ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(1)</sup>.

4- قد يتعذر الصلح لو تقابل الخصوم بأنفسهم فيأتي دور الفضالة الهام في تحقيق هذا الصلح بين الناس في أموالهم، وإذا توسط الفضولي لفض النزاع وإصلاح ذات البين.

5- أحياناً يكون الشخص وكيلاً، ويتجاوز حدود الوكالة - لتحقيق مصلحة للموكل، فينقلب - فيما تجاوز فيه حدود الوكالة - إلى فضولي تسري عليه أحكام الفضالة لأحكام الوكالة.

وفي التنظيم القانوني للفضالة: يكون تدخل الفضولي في شأن غيره بقصد تحقيق مصلحته، شرطاً رئيسياً في الفضالة يترتب عليه:

أ- التزام الفضولي: بالمضي في العمل الذي بدأه، وأخطاره رب العمل، وبذل العناية المعتادة ورد ما أستولى عليه، وبسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به.

ب- التزام رب العمل: بتنفيذ تعهدات الفضولي، وتعويضه، ورد ما أنفقه من نفقة ضرورية أو نافعة، ودفع أجره المثل.

### أهمية الدراسة:

من المسائل التي تواجه الدارس فيها - سواء كان دارساً للقانون أو الفقه - صعوبة ومشقة في دراسة ((الفضالة)) نظراً لاختلاف الفقهاء فيها سواء كانوا فقهاء إسلاميين أم قانونيين ونظراً لإختلاف القوانين فيما بينها في بحثها ومعالجتها أو تكيفها.

واجه الباحث بعض المشقة في بحثه وبخاصة بعد أن اختار الباحث أن يبحثها بطريقة علمية تعتمد على المقارنة بين الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

فبذل الباحث جهده وجل طاقته للتغلب على تلك المصاعب والمشاكل الفقهية والقانونية. كذلك تكمن أهمية هذه الدراسة على عدم قدرة الإنسان على مباشرة كل شؤونه بنفسه، فقد لا يملك من الملكات والطاقات ما يمكنه من القيام بكل مطالبه، ومن هنا كانت الاستعانة بخبرة الآخرين ضرورية عن طريق النيابة في صورها المختلفة.

### أهداف الدراسة:

(1) سورة المائدة: الآية (6).

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك من أجل التوصل إلى الربط القانوني ما بين نصوص القانون المدني الليبي التي تناولت بيع الفضولي أو الفضالة. في مواده نوات الأرقام من المادة (191) إلى المادة (199) من القانون المدني الليبي وبين الفقه الإسلامي.

كما تهدف هذه الدراسة بأن الفضالة قد تكون وسيلة للتيسير ورفع الحرج، وذلك حين يعجز الإنسان عن القيام بشؤونه، فلو لم تشرع الفضالة، لتعرض للحرج والضيق والله -عز وجل- يقول ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(1)</sup>.

### تساؤلات الدراسة: (إشكاليات الدراسة)

تسعى هذه الدراسة للإجابة عن التساؤلات الآتية:

- 1- ما معيار التفريق بين عمل الفضولي والأعمال الأخرى المشابهة لها كإشترط لمصلحة الغير، وبين التوصيفات الأخرى كالإثراء بلا سبب والأعمال التعبدية؟
- 2- ماذا لو تجاوزت قيمة ما قدمه الفضولي لثمن محل الفضالة أو هلك محل التعاقد عند الفضولي؟
- 3- ما الحدود التي وضعها الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي للفضولي؟
- 4- ماذا لو طرأ الملك البات على محل تصرف الفضولي؟
- 5- ماذا لو أنجز الفضولي العمل، ولم يجزه صاحب العمل باعتباره عقد موقوف، مثل إقامة جدار يريد أن ينقض، أو إطفاء نار أو إنقاذ غريق؟
- 6- ما الفضالة اللازمة أو النافذة وما حدودها؟
- 7- هل تجوز الفضالة في الأحوال الشخصية وما حدودها؟
- 8- من يملك حق إجازة عمل الفضولي بعد موت صاحب المال؟
- 9- ما هي المدة المحددة لإجازة عمل الفضولي؟

### الدراسات السابقة:-

---

(1) سورة المائدة: الآية (6).

1- التأصيل القانوني والفقهى لبيع الفضولي، للباحثة (زينه أحمد خريسات)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، لسنة 2014م، جامعة الشرق الاوسط، الأردن.

- تناولت هذه الدراسة بيع الفضولي وهو البيع الذي يُباع بموجبه شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون وجه حق، أي دون أن يكون البائع وكيلاً عن المالك، أو ولياً عليه.
- لقد توصلت هذه الدراسة إلى أن حكم بيع الفضولي وفق نظام العقد الموقوف البطلان النسبي. فالأولى أن نقول أن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك، فان أجازته نفذ في حقه، وان لم يجزه يبطل دون أن يتضرر المالك.
- ومن النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة: أن الفضالة في القانون الوضعي من مصادر الإلتزام وأحد تطبيقات الفعل النافع، أما في الفقه الإسلامي فتصرفات الفضولي تشمل الفضالة القانونية والفقهية ولا تستلزم وجود عنصر الضرورة، ويرى الباحث أن هذه الدراسة لم تشر إشارة تامة إلى تحديد شروط الفضالة وتطبيقاتها وهو ما سيتم تفصيله في هذه الرسالة.

2- الفضالة في القانون، الباحثة فاطمة هنوش اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، لسنة 1988. جامعة عين شمس.

- تعرضت فيها الباحثة إلى آثار الفضالة بالنسبة للفضولي ورب العمل وكذلك تناولت هذه الدراسة أيضاً، التزامات الفضولي عند انتهاء الفضالة وأهم الضمانات المخولة للفضولي، وتعويض الفضولي عن المصاريف الضرورية والنافعة وفوائدها والأضرار والأجر.
- وتعرضت الباحثة في هذه الدراسة أيضاً إلى كيفية انقضاء الفضالة، إما بموت الفضولي، أو بانقضاء دعوى الفضالة بالتقادم.

يرى الباحث أن هذه الدراسة ركزت على الجانب العملي أكثر من غيره من الجوانب، مما يجعل الباحث دراسة الجوانب التي لم تتعرض لها هذه الدراسة بالتفصيل.

3- بيع ملك الغير "دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، للباحث: (أيمن محمد ناصر)، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، لسنة 2006م، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.



- تناولت هذه الدراسة بيع ملك الغير، وبعد الدراسة والبحث تبين للباحث أن عقد البيع عقد ناقل للملكية بمجرد انعقاده وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والقوانين العربية التي تأثرت به مثل القانون المصري بالرغم من أن بعض الفقه المصري ذهب إلى اعتبار عقد البيع عقداً يرتب على البائع التزاماً بنقل الملكية وليس من شأن عقد البيع نقل الملكية بذاته.

ويرى الباحث أن هذه الدراسة يشوبها شيء من النقص في تحديد مفهوم بيع ملك الغير، ولم تُشر إشارة واضحة بأن البيع لدى الفقهاء المسلمين أوسع وأدق من مفهومه لدى شراح القانون، مما يجعل الباحث يقوم بدراستها وتكملة ذلك النقص الناتج عنها.

**4- بحث بعنوان "أحكام الفضالة في القانون المدني الأردني"، للدكتورة: آلاء ماجد أحمد بني يونس، جامعة جرش، الأردن، لسنة 2019م.**

حيث تبين للباحث من خلال هذه الدراسة ما يلي: يجب أن تتوافر شروط ثلاثة لقيام الفضالة أولهما أن يحصل الفضولي قبل تدخله في شأن غيره على إذن من المحكمة، أو أن تكون هناك ضرورة موجبة تبرر له هذا التدخل أو أنه يوجد عرف يقضي بذلك، فأما الشرط الثاني فهو ضرورة توافر النية لدى الفضولي لإسداء خدمة للغير لقيام الفضالة، وأما الشرط الثالث فهو أن يتدخل الفضولي في شأن غيره دون إلزام، أو تفويض، أو نهي، فالمهم هو أن تتحقق هذه الشروط حتى تقوم الفضالة وسواء كان التدخل واردة على عمل مادي أتاح المتدخل أو على عمل قانوني. ويرى الباحث أن هذه الدراسة لم تتناول شروط الأهلية بالنسبة للفضولي، ورب العمل وهو ما سيتم الحديث عنه في هذه الرسالة.

### صعوبات الدراسة:

من الصعوبات التي واجهت الباحث في دراسة هذا البحث الآتي:  
تفرق المادة العلمية في الكتب الشرعية والقانونية، مما جعل الباحث يبذل جهداً وجلاً طاقته في البحث عن الكتب القانونية والبحث في الكتب الشرعية وهذا بعد مشقة وتعب.

### منهج الدراسة:

1- اعتمد الباحث على ((المنهج الاستقرائي التحليلي)) في هذه الدراسة، الذي يعتمد على التحليل بالرجوع إلى أمهات كتب الفقه، واستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالبحث، وإضافة إلى ذلك الكتب الفقهية المعاصرة.

## خطة الدراسة

وتتضمن الآتي:

المقدمة.

وتشتمل على:

أهمية الدراسة.

أهداف الدراسة.

إشكالية الدراسة.

الدراسات السابقة.

صعوبات الدراسة.

منهج الدراسة.

**الفصل الأول: حقيقة الفضالة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون المدني.**

المبحث الأول: - حقيقة الفضالة، وينقسم على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

المطلب الثاني: الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها.

المبحث الثاني: - شروط الفضالة وينقسم على مطلبين:

المطلب الأول: توفير نية العمل لحساب الغير لدى الفضولي.

المطلب الثاني: - حدود تدخل الفضولي في الفقه الإسلامي.

**الفصل الثاني: نماذج من أحكام الفضالة لإجازة تصرف الفضولي وعدمه.**

المبحث الأول: إجازة تصرف الفضولي، وأثر الإجازة، وينقسم على مطلبين:

المطلب الأول: إجازة تصرف الفضولي، ووسائل التعبير عنه.

المطلب الثاني: صاحب الحق في الإجازة محلها وشروطها وأثرها.

المبحث الثاني: عدم إجازة تصرف الفضولي، ونماذج من تصرفاته، وينقسم على مطلبين:

المطلب الأول: رفض تصرف الفضولي أو ردّه.

المطلب الثاني: نماذج من تصرفات الفضولي القولية.

## الفصل الأول

### حقيقة الفضالة وشروطها

الفضالة فكرة قديمة ظهرت لدى الرومان، ثم منها إلى القانون الفرنسي القديم والحالي. كما أنها عُرِفَتْ ونُظِّمَتْ من جانب الفقه الإسلامي حيث اتسم بصياغة خاصة لم تتأثر بالقانون الروماني ولا بالقانون الانجلوسكسوني؛ لأن الكتاب والسنة هما مصدره الأصيلان قال تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾<sup>(1)</sup>.

ويتسم القانون المدني المعاصر بقدر من الاشتراك والوحدة بصرف النظر عن الاختلافات التي قد توجد بين بعض شرائعه أي طرقه ومنهجه، ذلك أن الغالبية العظمى من هذا القانون استقت أصولها من معين واحد هو القانون الروماني.

فلزوم الفضالة في المجتمع الإسلامي من بديهيات وضروريات الشريعة الإسلامية، وهي من أعظم المسائل التي يجب على العلماء والباحثين الشرعيين النظر فيها.

وعليه فسيكون محل الدراسة في هذا الفصل حقيقة الفضالة وتطورها وهذا ما سيتم تناوله في بحثين من هذا الفصل.

المبحث الأول: حقيقة الفضالة.

المبحث الثاني: شروط الفضالة.

---

(1) سورة الجاثية: الآية (18).

## المبحث الأول حقيقة الفضالة

عرفت الشريعة الإسلامية "مبدأ الرضائية"<sup>(1)</sup> وطبقته، أكثر من أربعة عشر قرناً، على الكثير من القضايا والدعاوي.

فالفضالة ليست فكرة نظرية تعنى بها الدراسات الأكاديمية فقط، بل هي واقع ملموس في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

ومن هذا المنطلق يقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين هما:

**المطلب الأول: حقيقة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.**

**المطلب الثاني: الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها.**

---

(1) مبدأ الرضا المبرهن: مبدأ يسود العقد في عصرنا مع دلالة نشوء العقد وقيامه صحيحاً بمجرد تعبير الأطراف عن رضاهم به.

## المطلب الأول

### حقيقة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي

ظهرت فكرة الفضالة في الشرائع السماوية السابقة لرسالة سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- فقد جاء عن عبيد الله بن عمر<sup>(1)</sup>، عن نافع، عن ابن عمر -رضي الله عنهما-، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "بينما ثلاثة نفر ممن كان قبلكم يمشون، إذ أصابهم مطر فأووا إلى غار، فانطبق عليهم، فقال بعضهم لبعض: إنه والله يا هؤلاء لا ينجيكم إلا الصدق. فليدع كل رجل منكم بما يعلم أنه قد صدق فيه، فقال واحد منهم: اللهم إن كنت تعلم أنه كان لي أجير عمل لي على فرق من أرز، فذهب وتركه، وأني عمدت إلى ذلك الفرق فزرعته، فصار من أمره أنني اشتريت منه بقرًا، وأنه أتاني يطلب أجره فقلت له: اعمد إلى تلك البقر فسقها، فقال لي: إنما لي عندك فرق من أرز. فقلت له: اعمد إلى تلك البقر فإنها من ذلك الفرق فساقها، فإن كنت تعلم أنني فعلت ذلك من خشيتك ففرج عنا، فانساحت عنهم الصخرة...<sup>(2)</sup>.

قال ابن حجر العسقلاني في تعليقه على هذا الحديث: "هذه الترجمة - إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضى - معقودة لبيع الفضولي، وقد مال البخاري فيها إلى الجواز وأورد فيه حديث ابن عمر... وموضع الترجمة منه قول أحدهم: "إني قد استأجرت أجيراً بفرق من ذرة فأعطيه فأبى فعمدت إلى الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرًا وراعيها...". فإن فيه تصرف الرجل في مال الأجير بغير إذنه... وطريق الاستدلال به يبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا، والجمهور على خلافه... لكن يتقرر بأن النبي -صلى الله عليه وسلم- ساقه مساق المدح والثناء

---

(1) عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم ابن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب، الإمام المجود الحافظ أبو عثمان القرشي العدوي، ولد سنة 70هـ ولحق أم خالد بنت خالد الصحابية، وسمع منها، فهو من صغار التابعين. وسمع من سالم بن عبدالله، والقاسم بن محمد ونافع، قال أبو حاتم: سألت أحمد بن حنبل عن مالك، وأيوب، وعبيد الله بن عمر: أيهم أثبت في نافع؟ قال: عبيد الله أثبتهم وأحفظهم، وأكثرهم رواية. كان عبيد الله من سادات أهل المدينة، وأشرف قريش فضلاً وعلمًا وعبادة، وشرفاً وحفظاً، وإنفاقاً، توفي سنة 147هـ، انظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تح: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط: 3 (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1405هـ-1985م)، ج: 6، ص: 305.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه عن عبيد الله بن عمر، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، ط: 1 (دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 1423هـ-2002م)، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضى، ح: 2215، ج: 6، ص: 528.

على فاعله وأقره على ذلك، ولو كان لا يجوز لبيّنه؛ لأن تأخير البيان عن موضع البيان بيان، فبهذا الطريق يصح الاستدلال به لا بمجرد كونه شرع من قبلنا<sup>(1)</sup>.

فالمراد بشرع من قبلنا: الأحكام التي شرعها الله -تعالى- للأمم السابقة على لسان أنبيائه وتنقسم شرائع الأنبياء السابقين إلى قسمين: الأحكام التي لم تذكر في القرآن ولا في السنة، وهذه لا تكون شرعاً لنا بلا خلاف.

وأحكام ورد ذكرها في القرآن أو في السنة...<sup>(2)</sup>.

فقال الآخر: اللهم إن كنت تعلم أنه كان لي أبوان شيخان كبيران، فكنت آتيهما كل ليلة بلبن غنم لي، فأبطأت عليهما ليلة، فجنّت وقد رقدا وأهلي، وعيالي يتضاغون من الجوع، فكنت لا أسقيهم حتى يشرب أبواي، فكرهت أن أوقظهما، وكرهت أن أدعهما فيستكنا لشربتهما<sup>(3)</sup>، فلم أزل أنتظر حتى طلع الفجر، فإن كنت تعلم أن فعلت ذلك من خشيتك ففرج عنا، فانساحت عنهم الصخرة، حتى نظروا إلى السماء، فقال الآخر: اللهم إن كنت تعلم أنه كان لي ابنة عم من أحب الناس إلي، وأني راودتها عن نفسها فأبّت إلا أن آتيها بمائة دينار، فطلبتها حتى قدرت فأتيتهما بها، فدفعتهما إليها، فأمكننتي من نفسها، فلما قعدت بين رجليها فقالت: اتق الله ولا تقض الخاتم إلا بحقه، فممت وتركت المائة دينار، فإن كنت تعلم أنني فعلت ذلك من خشيتك، ففرج عنا، ففرج الله عنهم فخرجوا".

ويحتمل الحديث احتمالين:

**الاحتمال الأول:** أن يكون فرّق الأجرة (غير متعين)، وإنما كان ديناً في ذمة المستأجر وتركه الأجير قبل أن يقبضه، وعلى هذا الاحتمال ما كان يجب على المستأجر أن يدفع إلى الأجير ما حصلت له من الزيادة بالزراعة وغيره؛ ذلك لأن الفرق لم يكن مملوكاً للأجير، وإنما كان حقه ديناً في الذمة، فلما تركه قبل قبضه بقي الدين كما كان ولم يتعلق حقه بعين ذلك

(1) الأمدي، سيف الدين أبي الحسين علي، الإحكام في أصول الأحكام، ط: 5 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م)، ج: 4، ص: 378.

(2) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن يوسف، التبصرة في أصول الفقه، ط: 1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م)، ج: 2، ص: 163.

(3) فيستكنا لشربتهما: أي يضعفا لأنه عشاؤهما وترك العشاء يهدم، وقوله: "يسكنا من الاستكانة، وقوله: "لشربتهما" أي لعدم شربتهما فيصيران ضعيفين مسكينين والمسكين الذي لا شيء له، انظر: البخاري، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سبق ذكره، ج: 6، ص: 582.

الفرق، بل بقي مملوكاً للمستأجر فكان تصرفه في ملكه فطاب له نماؤه، ولكنه أعطاه النماء على سبيل التطوع<sup>(1)</sup>.

**الاحتمال الثاني:** أن يكون فرق الأجرة (متعيناً) أما بتعيينه من المتعاقدين أو بأن الأجير كان قد قبضه ثم رده، فصار متعيناً بالقبض، ومملوكاً للأجير، وحينئذ يصير تصرف المستأجر فيه (تصرف الفضولي)، والريح في هذه الصورة مملوك للفضولي ملكاً خبيثاً - عند الحنفية - فيجب التصدق به، إلا أن يجيزه المالك، والظاهر المذكور في أكثر كتب الحنفية أن الفضولي يتصدق بالريح على الفقراء، وإن كان بعض المتأخرين من الحنفية أفتوا بجواز رد الريح إلى المالك؛ لأن الخبث إنما جاء لحقه فيمكن أن يزول الخبث برده إليه، وفي حديث الباب ما يقوي قولهم؛ لأن المستأجر في الحديث لم يتصدق بالريح على الآخرين من الفقراء، وإنما رده إلى الأجير المالك<sup>(2)</sup>.

وإذا كان النبي -صلى الله عليه وسلم- ساق حديث الغار مساق المدح والثناء على فاعله، وأقره على ذلك فإنه -صلى الله عليه وسلم- قد أجاز تصرف الصحابي الجليل عروة البارقي<sup>(3)</sup> ودعا له بالبركة، فقد روى البخاري، والدارقطني، عن عروة بن أبي الجعد البارقي قال: عرض للنبي -صلى الله عليه وسلم- جلب، فأعطاني ديناراً وقال: "أي عروة أيت الجلب فاشتر لنا شاة بهذا الدينار" فأتيت الجلب فساومت فاشترت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما، أو قال: أقودهما - فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعته إحدى الشاتين بدينار، وجئت بالشاة الأخرى وبدينار، فقلت: يا رسول الله: هذه الشاة وهذا ديناركم، قال: "كيف صنعت"؟ فحدثته الحديث، قال: "اللهم بارك له في صفقة يمينه".

(1) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: 4 (دار الفكر، دمشق، سوريا، لا: ت)، ج: 8، ص: 301.

(2) ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ط: 2 (دار الكتاب الإسلامي، لا: ب، لا: ت)، ج: 2، ص: 254.

(3) عروة بن الجعد البارقي، ولد في بارق شبه الجزيرة العربية، من أصحاب الرسول -صلى الله عليه وسلم- وروي عنه عدة أحاديث، منها حديثان في صحيح البخاري، قائد عسكري شهد الفتوحات الإسلامية قائد معركة الخنافس التي انتصر جيشه فيها، شهد معركة القادسية، عيَّنه عمر بن الخطاب علي قضاء الكوفة، وحارب في صف الإمام علي بن أبي طالب هو وقومه بارق في موقعة الجمل وصفين ونهروان، توفي سنة 73هـ بالكوفة، انظر: الزهري، محمد بن سعد بن منيع، كتاب الطبقات الكبير، تح: علي محمد عمر، ط: 1 (الشركة الدولية للطباعة، القاهرة، مصر، 1421هـ-2001م)، ج: 8، ص: 156.



قال: فلقد رأيتني أقف في كناسة الكوفة<sup>(1)</sup> فأربح أربعين ألفاً قبل أن أصل إلى أهلي<sup>(2)</sup> بلفظ الدار قطني.

قال الأمام الشوكاني: "فيه - أي الحديث - دليل على صحة بيع الفضولي، وبه قال: مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه، والشافعي في القديم، وقواه النووي في الروضة، وهو مروى عن جماعة من السلف، منهم: عليّ، وابن عباس وابن مسعود وابن عمر - رضي الله عنهم<sup>(3)</sup>. وهناك اتجاه آخر في عدم اعتبار تصرف الصحابي عروة البارقي فضالة وإنما تصرف باطل:

- ومن خلال ذلك يلاحظ الباحث أن الفقه الإسلامي لم يُصغَ نظرية عامة للفضالة، كما فعل القانون المدني المعاصر، وإنما عالج العناصر التي تتكون منها نظرية الفضالة أثناء بحثه في عدة مواضع مختلفة أبرزها: أبواب العقود وخاصة عقود المعاوضات، والتبرعات، والنكاح والطلاق والخلع.

- ومنهج الجزئيات والتطبيقات الذي اتبعه الفقه الإسلامي، أمر منطقي، إذ كيف يبدأ تشريع في صورة النظرية قبل أن يكون له جذور مركبة من جزئيات تفصيلية؟ لذلك نجد المدرسة الأنجلوسكسونية، وهي من أهم المدارس القانونية في العالم المعاصر، قد حذت حذو الفقه الإسلامي، عندما اعتمدت على فكرة السوابق القضائية وحلول الجزئيات وليس على منهج النظريات.

- غير أن الفقهاء الأوائل لم يتركوا منهج النظريات جهلاً، أو لعدم درايتهم به، وإنما تعمدوا ذلك لأن طبيعة الأحكام الفقهية يناسبها منهج الجزئية.

ومن خلال ما سبق سيبين الباحث معنى الفضولي ثم يستخلص منه معنى الفضالة.

## تعريف الفضولي:

### أ- الفضولي في اللغة:

- فضل يفضل فضلاً فهو فاضل:

1. زاد على الحاجة "وزع ما فضل من ما له على الفقراء".

2. بقي، "هل فضل معك شيء؟".

(1) كناسة الكوفة: مكان السوق.

(2) العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لا: ط (دار المحاسن، القاهرة، مصر، 1386هـ-1966)، كتاب البيوع، سنن: الدار قطني، شيخ الإسلام، ج:6، ص:731.

(3) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، لا: ط (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1255هـ)، ج:5، ص:271.

- فَضْلٌ يُفْضَلُ فَضُولًا فَهُوَ فَاضِلٌ: اتصف بالفضيلة.

- فضول:

1. مصدر فَضُلَ.

2. ما لا فائدة فيه "هذا من فضول القول".

3. تدخل المرء فيما لا يعنيه "كان كثير الفضول".

4. مفرده: فضل.

- الفضولي: من يتدخل فيما لا يعنيه.

### ب- الفضولي في الاصطلاح الفقهي:

عرّف بعض الفقهاء الفضولي تعريفاً مجملاً، وعرّفه البعض الآخر بالنظر إلى نوع

التصرف.

الاتجاه الأول: عرف ابن نجيم من الحنفية الفضولي بأنه: "المتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"<sup>(1)</sup>، وهذا التعريف، تبنته مجلة الأحكام العدلية في المادة 112<sup>(2)</sup>، وابن حجر الهيتمي من الشافعية بأنه: "من ليس بوكيل، ولا ولي عن المالك"<sup>(3)</sup>.

الإمامية بأنه: "الكامل الذي يتصرف تصرفاً غير مالك له"<sup>(4)</sup>.

الاتجاه الثاني: عرّف ابن سودة<sup>(5)</sup> من المالكية الفضولي بأنه: "الذي يبيع متاع غيره من غير ولاية ولا توكيل"<sup>(6)</sup>، والمقدسي من الحنابلة بأنه: "من يشتري، أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له"<sup>(1)</sup>.

(1) انظر: ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:160.

(2) حيدر، علي، بدر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط:1، (دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م)، ج:1 ص:109.

(3) الهيتمي، شهاب الدين ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م)، ج:5، ص:425.

(4) مغنية، محمد جواد، فقه الإمام جعفر الصادق، ط:6 (دار الحوار، بيروت، لبنان، 1413هـ، 1992م)، ج:3، ص:84.

(5) محمد بن أبي عبدالله بن الطالب بن سودة المري الفاسي التاودي المالكي الإمام الفقيه المحدث البارح المتبحر عالم المغرب قال العلامة الجبرتي ولد بفاس سنة 1128هـ، وأخذ عن أبي عبدالله محمد بن عبدالسلام بناني الناصري شارح الاكتفاء والشفاء ولامية الزقاق وغيرها، والشهاب أحمد بن عبدالعزيز الهلالي السجلماسي، قرأ عليها الموطأ وغيره، وقرأ عليه المنطق والكلام والبيان والأصول والتفسير والحديث، توفي سنة 1207هـ، أنظر: جمل الليل، السيد يوسف بن عبدالله، الشجرة الزكية في أنساب بني هاشم، ط:2 (مكتبة التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-2012م)، ج:4، ص:566.

(6) ابن سودة، أبو عبدالله محمد التاودي، شرح تحفة الأحكام، ط:1، (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، 1418هـ، 1998م)، ج:2، ص:69.

وابن حزم من الظاهرية بأنه: المتصرف في مال غيره بغير إذنه<sup>(2)</sup>.  
والزيدية بأنه: "من ليس بمالك للمبيع، ولا وكيل للمالك، ولا ولى له"<sup>(3)</sup>.  
والإباضية بأنه: "من يبيع السلعة، وليست في ملكه"<sup>(4)</sup>.

### ويلاحظ على هذه التعريفات الآتي:

- 1- لم تخرج عن المعنى اللغوي للفضول - حيث اتفقت على أنّ الفضولي، هو القائم بشأن غيره، دون أن يكون له صفة في القيام، من ولاية، أو وصاية أو وكالة، فهو شخص لا يستند في تصرفه إلى أي سلطة من السلطات المخولة للمالك أو من ينوب عن المالك، كالولي، والوصي، والوكيل.
- 2- يُعدّ تعريف الحنفية، شامل لتصرف المالك الممنوع من إجراء التصرف في ماله لسبب من أسباب الحجر، أو تعلق حق للغير في ماله لرهن، أو غيره.
- 3- تعريف المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والأمامية، والإباضية للفضولي، يعد شرحاً وتوضيحاً لتعريف الحنفية.
- لأن المتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي - كما هو عند الحنفية- هو التصرف دون أن يكون مالكا، أو ولياً، أو وكيلاً.
- 4- ذكر البيع في التعريف، لا يعني أن الفضالة لا تكون إلا في البيع خاصة دون غيره؛ ذلك لأن الفضالة ترد على البيع وغيره من التصرفات، سواء أكانت تمليكاً كالإجارة والهبة، أم إسقاطاً كالطلاق.

---

(1) المقدسي، أبو النجاشي شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، ط: 1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1439هـ، 2018م)، ج: 2، ص: 62.

(2) ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلّى بالآثار في شرح المحلّى بالاختصار، ط: 1 (دار الفكر، بيروت، لبنان، لا: ت)، ج: 3، ص: 41.

(3) ابن مفتاح، أبو الحسن عبدالله، المنتزعة المختار من الغيث المدرار، لا: ط (مطبعة حجازي، القاهرة، مصر، 1358هـ)، ج: 3، ص: 41.

(4) أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط: 3 (مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1405هـ، 1985م)، ج: 111، ص: 537.

5- تعريف الإباضية غير مانع من دخول غير أفراد المعرف؛ لأن يشمل تصرفات الغير الذي له ولاية التصرف، كالولي، والوصي، والوكيل، فكل من هؤلاء يبيع السلعة وليست في ملكه، ومع ذلك لا يصدق عليه وصف الفضولي. وقد عرّف الزحيلي من الفقهاء المعاصرين الفضولي بأنه: "المتصرف للغير بغير إذنه، دون أن تكون له ولاية شرعية"<sup>(1)</sup>.

وذهب الزرقاء وغيره إلى قصر مدلولي الفضولي على: "العاقِد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه" أو "من يتولى العقد بدون إذن، لا من المالك كالوكيل، ولا من الشارع، كالوالي" فاشتراط أن يكون تصرف الفضولي في حدود التصرف القولي"<sup>(2)</sup>.

ونرجح من بين هذه التعريفات ما هو أقرب إلى المعنى اللغوي، فنقول: "الفضولي هو من يشتغل بشؤون الغير، دون أن يكون ملزماً بذلك"، وهو ما أتجه إليه القانون المدني الليبي في المادة (191) والقوانين العربية.

#### ج- التعريف بالفضالة:

ومن خلال مما سبق ذكره لقد حاول الباحث بوضع تعريف للفضالة هي: من يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون له ولاية على التصرف، أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يزوج من لم يأذن له في الزواج، أو يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض، أو يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل، فهذا التصرف يسمى فضالة.

في القانون المدني الليبي ظهرت الفضالة عن طريق صورة عملية منذ أن وجدت الإنسانية، وتكونت المجتمعات البشرية ذلك أن الله سبحانه وتعالى فطر الإنسان على الميل إلى مساعدة أخيه كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

يبدو أن الفضالة لم تبرز إلى عالم القانون، وتأخذ صورة القاعدة القانونية إلا في القانون الروماني الذي يعد المصدر الرئيس للقوانين الغربية.

فقد ظهرت الفضالة - عند الرومان - في قانون هوستليا Hostilia سنة 1917م حين أعطى لكل مواطن الحق في أن يرفع دعوى السرقة لإسترداد أموال المتغيبيين في خدمة الدولة أو

(1) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:374.

(2) الحكيم، عبدالهادي، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، لا: ط (النجف الأشرف، بغداد، العراق، 1975م) ص:48.

في الأسر. وما لبث أن حذى البريتور<sup>(1)</sup> حذو المشرع فأصدر منشوراً وعديه من يتولى الدفاع أمام القضاء عن مصلحة شخص تغيب فجأة ودون إقامة وكيل عنه، بأن يعطيه دعوى خاصة يسترد بموجبها ما أنفق في هذا الدفاع.

ثم أنشأ البريتور دعوى أخرى لمصلحة من يتولى تجهيز الميت ودفنه من غير ورثته، يستطيع بموجبها أن يسترد ما أنفق في جنازة الميت.

واتسعت فكرة الفضالة حتى صارت تشمل كل تدخل في إدارة أموال الغير، بشرط أن يقصد المتدخل العمل لحساب الغير دون وكالة منه، وأن يكون تدخله مقترناً بنية استرداد نفقاته. فلا يعد فضولياً من قصد تقديم خدمة للغير والتبرع له بنفقات هذه الخدمة، ولا من قصد العمل لحساب نفسه ثم أتضح أنه عمل لحساب غيره، لكن لا يحول دون قيام الفضالة غلط الفضولي في رب العمل<sup>(2)</sup>.

وفي ليبيا ربط المشرع في التقنين المدني الجديد بين الفضالة والإثراء على حساب الغير، ليبرز نشوء التزام رب العمل من الفعل النافع الذي قام به الفضولي لحسابه.

فصص عليهما في الفصل الرابع من مصادر الالتزام تحت عنوان "الإثراء بلا سبب".  
فقرر مبدأ الإثراء على حساب الغير في المادة 182 وطبقه على قبض الغير المستحق في المادة 184 وما بعدها، وعلى الفضالة في المادة 191 وما بعدها.

بهذا يكون المشرع في التقنين المدني الجديد قد تجنب ما ذهب إليه التقنين الفرنسي من اعتبار الفضالة "شبه عقد" والعقد المشبه به هو الوكالة، وهذا التشبيه منتقد لأنه غير صحيح، فلا يوجد في الفضالة توافق إرادتين كما هو الحال في العقد، وإنما هناك إرادة واحدة هي إرادة الفضولي، وأساس عمل الفضولي ليس في مجرد الإرادة المنفردة الصادرة منه بقدر ما هو الفائدة التي يجنيها رب العمل من اضطلاع الفضولي بالعمل والقيام به الذي يغلب أن يكون عملاً مادياً، وتجنب أيضاً ما أخذ به التقنين المدني الليبي القديم من جمع بين الفضالة والفعل الضار في فصل واحد تحت عنوان "التعهدات المترتبة على الأعمال" وأبرز كيان الإثراء بلا سبب باعتباره مصدراً عاماً متميزاً للالتزامات، والفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً له.

---

(1) البريتور (Praetor) لقب أعطته حكومة روما القديمة إلى بعض قادة الجيش والولاة المنتخبين لديها، ويحمل البريتور مسؤوليات وصلاحيات متعددة عبر التاريخ، واللقب يعني القاضي أو الحاكم. انظر: مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، لا: ط (لا: مط، لا: ب، لا: ت)، ص: 47.

(2) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 247.

وبعد بيان معنى الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، أنقل إلى الحديث عن الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها.

## المطلب الثاني

### الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها

عرّف القانون المدني الليبي الفضالة في المادة (191) بقوله: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك<sup>(1)</sup>. وعرفها القانون المدني المصري في المادة (188) بنفس تعريف القانون المدني الليبي. وعرفها قانون الموجبات والعقود اللبناني في الفقرة الأولى من المادة (149) بقوله: "يكون العمل فضولياً، حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون الغير، عن علم، وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير".

وتنص المادة (943) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه وبدون ان يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت للأحكام الآتية..."<sup>(2)</sup>.

وفي قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، تنص المادة (325) على أنه: "من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكن أذن به القاضي أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف، فإنه يعد نائباً عنه، وتسري عليه الأحكام التالية..."<sup>(3)</sup>.

وبالنظر في هذه التعريفات، يتضح أن أوفاهما صياغة هو تعريف كل من المُشرّع الليبي والمشرع المصري.

ومن خلال الحديث على تعريف الفضالة في القانون فقد قام الباحث بإجراء مقارنة بين الفضالة وغيرها من المفاهيم القانونية الأخرى منها:

#### 1- الفضالة والإثراء بلا سبب:

تتفق الفضالة والإثراء بلا سبب في عدم وجودهما حيث توجد علاقة عقدية بين الطرفين.

(1) تطابقها تماماً كل من المادة (189) من التقنين المدني السوري، والمادة (188) من التقنين المدني المصري، والمادة

(269) فقرة أولى من التقنين المدني الكويتي، والمادة (150) من القانون المدني الجزائري، بدون "لفظ عاجل".

(2) تُطابِقُهَا تماماً المادة (1179) من تقنين الالتزامات والعقود التونسي.

(3) الجمال، مصطفى محمد، القانون المدني في توبه الإسلامي، ط: 1، (دار الفتح، الإسكندرية، مصر، لا: ت)

ص: 702.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب أو لأحكام الفضالة بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق لكل منهما والتزاماته قبل الآخر"<sup>(1)</sup>.

وتختلف عنه في نطاق التطبيق فهو في الفضالة أضيق منه في الإثراء بلا سبب، وفي ذلك تقول الأعمال التحضيرية "... للمادة 179 المدني الإثراء بلا سبب لا يتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة:<sup>(2)</sup>

أولها: إثراء المدين أو اغتناؤه ولا يكون ذلك إلا بدخول قيمة ما يثرى في ذمته المالية، ولا يشترط في المثري توافر أهلية، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء.

ثانيهما: أن يقابل هذا الإثراء إنتفاء الدائن بسبب انتقال عين أو قيمة أداها.

والثالث: ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما، فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب لأن بين العاقدین تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر.

فشروط الفضالة هي شروط الإثراء بلا سبب مضافاً إليها بعض الشروط الأخرى، وتختلف كذلك في المركز القانوني، فمركز الفضولي في دعوى الفضالة أحسن من مركز المفتقر في دعوى الإثراء بلا سبب، حيث يطالب الفضولي رب العمل بكافة التكاليف بينما يطالب المفتقر المثري بأقل القيمتين، بل إن الفضولي يرجع على رب العمل رغم زوال النفع وقت الرجوع بينما كان المفتقر لا يرجع على المثري إلا في حدود الإثراء الباقي وقت المطالبة<sup>(3)</sup>.

ولقد نص على الإثراء بلا سبب في نص المادة (182) من القانون المدني الليبي "كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد".

---

(1) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، لا: ط (لا: مط، القاهرة، مصر، 2006م)، ج:1، ص:954.

(2) انظر، مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:470.

(3) سلامة، أحمد، مذكرات في نظرية الإلتزام، لا: ط (دار التعاون، لا: ب، 1975م) ص:385.



## 2- الفضالة، ودفع غير المستحق:

- تتفق الفضالة، ودفع غير المستحق في: أنهما تطبيقان خاصان للإثراء بلا سبب، فإذا قام شخص بالوفاء بدين غير مستحق عليه فإنه يترتب على هذا الوفاء نشوء إلتزام في ذمة المدفوع له، بأن يرد إلى الموفي ما أخذه دون حق، بأن احتفاظه به يعد إثراء على حساب الغير.

ويفترقان في عدة أمور من أهمها:

أ- يشترط لدفع غير المستحق أن يكون هناك وفاءً له صفة التصرف القانوني يخضع في إثباته للقواعد العامة في التصرفات القانونية، بينما الفضولي في الفضالة يقوم بالعمل المادي كما يقوم بالتصرف القانوني.

ب- يشترط في دفع غير المستحق أن يقع الموفي (المفتقر) في غلط، أي لا يعلم أنه يفي ما هو غير مستحق عليه، بينما شرط الفضالة أن يقصد الفضولي تحقيق مصلحة رب العمل سواء وقع غلط في شخصه أم لم يقع.

ج- إذا تعدد الموفون في دفع غير المستحق فلا تضامن بينهم، ولكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوي الآخرين، لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة، بينما الفضوليون إذا تعددوا في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية لنص المادة 3/192 من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

## 3- الفضالة والوكالة:

تقترب الفضالة من الوكالة لأنها تؤدي دوراً مشابهاً لها يتمثل في العمل لحساب الغير، بل إن الفضالة تنقلب إلى وكالة إذا أقر رب العمل عمل الفضولي، كذلك تنتهي الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته أو استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة.

ورغم هذا التشابه بين النظامين فإن هناك فوارق جوهرية بينهما:

أ- محل الوكالة التصرف القانوني (العقد)، بينما محل الفضالة العمل المادي أو التصرف القانوني.

(1) نُجيدده، علي حسين، النظرية العامة للإلتزام الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، ط: 2 (دار الثقافة العربية، لا: ب، 2003م) ص: 442.

- ب- مصدر التزامات الوكيل هو العقد، بينما مصدر التزامات الفضولي هو القانون.
- ج- تفترض الوكالة وجود اتفاق سابق أي أن الأصل في الوكيل القيام بالعمل، أما الفضالة فتتم بمبادرة من الفضولي وتلقائياً دون اتفاق مع رب العمل أي أن الأصل في الفضولي ألا يلتزم بالقيام بالعمل.
- د- يلزم الموكل بتعويض الوكيل عن كل ما انفق في تنفيذ الوكالة ولو لم يكن العمل الذي قام به نافعاً أو مفيداً، في حين لا يلزم رب العمل، بتعويض الفضولي إلا عما انفق في أعمال ضرورية أو مؤكدة النفع<sup>(1)</sup>.
- 4- الفضالة والإشتراط لمصلحة الغير :

- تشبه الفضالة بالإشتراط لمصلحة الغير في أن كليهما يكسب الغير حقوقاً دون تدخل من جانبه أي العمل لمصلحة الغير، غير أنهما يختلفان في أن:
- أ- الفضالة مبنية على فكرة النيابة، بينما الإشتراط لمصلحة الغير ينتج من عقد يُبرم بين المشتري والمتعهد دون أن ينطوي الأمر على نيابة.
- ب- الأصل في الفضالة هو التفضل أي العمل لمصلحة رب العمل دون مصلحة الفضولي، ولهذا لا يظن الفضولي طرفاً في العملية التي تمت لمصلحة رب العمل. بينما الأصل في الإشتراط لمصلحة الغير أن تكون فيه مصلحة للمشتري ولو أدبية، ولهذا يكون طرفاً في العلاقة الثلاثية (المشتري والمتعهد والمستفيد).
- ج- تُحمّل الفضالة رب العمل بالتزامات تجاه الفضولي بينما الإشتراط لمصلحة الغير لا يرتب للغير - المستفيد - سوى حقوقاً ولا يحمله بالتزامات.
- د- حق رب العمل قبل المتعاقد مع الفضولي غير قابل للنقض، في حين أن حق المستفيد في الإشتراط لمصلحة الغير قابل للنقض من جهته<sup>(2)</sup>.
- يتبين مما سبق أن القانون المدني الليبي يتفق مع الفقه الإسلامي في ماهية الفضولي فالفضولي في كل منهما، من يقوم بالعمل لحساب الغير، سواء كان هذا العمل تصرفاً قولياً أو فعلياً، بشرط ألا تكون له ولاية القيام بذلك التصرف ولكن القانون المدني يختلف عن الفقه الإسلامي، إذ يشترط أن يقوم الفضولي بعمل عاجل وضروري لرب العمل، تفضلاً منه بلا ولاية أو وكالة أو وصاية بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: الأهواني، حسان الدين كامل، النظرية العامة للإلتزام، لا: ط (لا: مط، لا: ب، 1998)، ج: 1، ص: 377.

(2) انظر: الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سبق ذكره، ج: 1، ص: 377.

(3) انظر: مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 256.

ومن ثم يفترض في الفضولي عند قيامه بعمل من أعمال الفضالة التبرع والاحتساب<sup>(1)</sup>. وترتب على ذلك، أن معنى الفضالة في فقه القانون المدني، أضيق منه في معنى الاصطلاح الشرعي.

فترميم دار الجار حال غيابه لمنعها من السقوط، يُعد فضالة بالاصطلاح القانوني، وهو كذلك في الاصطلاح الشرعي.

أما بيع ملك الغير مثلاً، فيعد فضالة في الفقه الإسلامي، وهو ليس كذلك في القانون المدني؛ لأنه مع كونه مباشرة تصرف دون ولاية أو تفويض، ليس فيه من الضرورة والاستعجال ما يبرر تدخل البائع في شأن المالك، لاحتمال استغنائه عنه لولا تدخل البائع<sup>(2)</sup>.

ونظراً لسعة مفهوم الفضولي في الفقه الإسلامي، حيث يتناول كل من يتصرف بلا ملك، ولا ولاية، ولا وكالة، كالغاصب بتصرف في المغصوب بالبيع أو غيره، والوكيل يتصرف مخالفاً ما أمره به موكله متجاوزاً حدود الوكالة، فلا مانع من أن يستعمل لفظ "الفضالة" للدلالة عن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي، لحساب صاحب الشأن، وهو الأصيل أو ما يسمى "برب العمل"<sup>(3)</sup>.

وبعد بيان حقيقة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، سوف ينتقل الباحث إلى الحديث عن شروط الفضالة.

---

(1) يرى الأحناف والشافعية، أن الأصل في عمل الفضولي هو التبرع، وبالتالي لا يرجع على صاحب العمل، إلا إذا كان مضطراً لأداء ما قام به؛ لأن الاضطرار ينافي التبرع فيجوز الرجوع، أي أنهم افترضوا في الفضولي التبرع وأجازوا له أثبات عكسه، ولكنهم ضيقوا في استثناء على خلاف المالكية حيث توسعوا في الاستثناء وفي إثباته دون أن يصلوا إلى حد اعتباره أصلاً، حتى بدأ أنهم يغلبون رجوع الفضولي على صاحب العمل على عدم الرجوع، انظر في ذلك ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط: 2 (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1407هـ، 1987م)، ج: 5، ص: 174.

(2) المغربي، أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن، شرح مواهب الحليل لشرح مختصر خليل، لا: ط (مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، لا: ت)، ج: 4، ص: 163.

(3) انظر: مطلوب، عبد المجيد محمود، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لا: ط (لا: مط، لا: ب، لا: ت) ص: 17.

## المبحث الثاني شروط الفضالة

سيقوم الباحث في هذا المبحث بدراسة شروط الفضالة، حيث كانت الفضالة في نظر البريتور الروماني مستنبطة من إعتبارين مزدوجين:

الإعتبار الأول: عدم رفع همة من يريد تقديم خدمة إلى الغير.

الإعتبار الثاني: منع التدخل غير المناسب في شؤون الناس.

ولقد تقدم الإعتبار الثاني على الإعتبار الأول في الوجود، فجاءت دعوى رب العمل ضد الفضولي سابقة على دعوى الفضولي ضد رب العمل.

وفي مرحلة تالية جمع الفقه شروط الفضالة، وفرّق بين الشروط الواجب توافرها لدى الفضولي وتلك التي يجب توافرها لدى رب العمل، وأخيراً الشروط الواجب توافرها في العمل محل الفضالة.

والواقع أن الفقه الحديث - في فرنسا - يرد هذه الشروط إلى شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن تتوفر لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير.

الشرط الثاني: أن يكون العمل الذي يتولاه الفضولي نافعاً لرب العمل.

وبالتالي فإن السبب في تشعب شروط الفضالة، واختلاف الرأي بصدد مرجعه أن القانون المدني الفرنسي لم يتناول الفضالة من كل جوانبها، ولم يظهر بشكل واضح شروطها، الأمر الذي جعل الفقه، والقضاء يتدخلان لسد هذا الفراغ، ولقد قام الباحث من خلال بحثه في شروط الفضالة التعرض إلى بعض من شروط الفضالة وهي كالتالي، ومن هذا المنطلق يقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين هما:

المطلب الأول: توفر نية العمل لحساب الغير لدى الفضولي.

المطلب الثاني: حدود تدخل الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون.

## المطلب الأول

### توفر نية العمل لحساب الغير لدى الفضولي

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لتحقيق صيغة العقد أن يكون المباشر لها متمتعاً بصلاحيات إصدارها.

وبالتالي يجب أن تتوفر في الفضولي الأهلية اللازمة لإبرام التصرف، لأنه سوف ينقلب وكيلًا عن المتفضل عليه بعد الإجازة عند من يقول بذلك تطبيقاً للقاعدة: " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".

وقد يطرأ على تصرف الفضولي قبل الإجازة، أو الرفض طارئ فسخ التصرف، أو هلاك محله، أو الملك البات للفضولي، أو موت المجيز. فما تأثير هذه الطوارئ على عمل الفضولي؟

**وبناءً على ذلك أتكلم عن:**

أ . شرط الأهلية.

ب . انعدام الطوارئ.

**أولاً: أهلية الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي:**

**يشترط الفقه الإسلامي في أهلية الفضولي:**

(أ) أهلية الفضولي: يجب أن يكون الفضولي أهلاً لإبرام التصرف حتى يتوقف على الإجازة، إن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح وذلك يقتضي توفر كافة الشروط التي يتطلبها قيام العقد<sup>(1)</sup>.

بل إن هذا ما سلم به المانعون لتصرف الفضولي<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ذلك، لو كان الفضولي لا يتمتع بأهلية التعاقد، فإن تصرفه يقع باطلاً، بسبب تخلف شرط الإنعقاد وليس بسبب صدوره من الفضولي.

---

(1) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ، 1986م)، ج: 6، ص: 189.

(2) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، الأشباه والنظائر في الفروع والقواعد، ط: 1 (دار الكتب العلمية، لا: ت، 1413هـ، 1991م)، ج: 2، ص: 861.

ب) أهلية رب العمل: لبيان الأهلية الواجب توفيرها في رب العمل ينبغي أن نفرّق بين الفضالة النافذة " القانونية" والفضالة المتوقفة " العادية".

. ففي الفضالة النافذة: لا تشترط أية أهلية في رب العمل، وذلك أن حالة الضرورة لا تفرّق بين رب العمل كامل الأهلية، وبين رب العمل عديم الأهلية، فيجوز أن تكون المحصولات التي يَحْتَس عليها من التلف وتَصَرّف فيها الفضولي مملوكة لمحجور عليه، كما يجوز أن تكون مملوكة لجائز التَصَرّف<sup>(1)</sup>.

. وفي الفضالة العادية: يشترط الفقهاء الذين يرون توقف تَصَرّف الفضولي على الإجازة أن تتوفر في المجيز وقت صدور الإجازة الشروط اللازمة لإبرام العقد، لأنه بالإجازة يضيف آثار التَصَرّف على نفسه فيجب أن يكون أهلاً لها.

ولكن هل تشترط فيه الأهلية وقت صدور التَصَرّف من الفضولي؟

. الحنفية ومن وافقهم لا يشترطون أن يكون المجيز تام الأهلية عند صدور العقد من الفضولي، وإنما الشرط أن يكون أهلاً عند الإجازة فقط<sup>(2)</sup>.

. وذهب الشافعية إلى اشتراط ذلك صراحة، وبالتالي يجب أن يكون المجيز تام الأهلية وقت صدور عقد الفضولي، فلو باع الفضولي مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ، فالمعتبر إجازة من يملك التَصَرّف عند العقد<sup>(3)</sup>.

ثانياً: أهلية الفضولي ورب العمل في القانون المدني الليبي:

أ . أهلية الفضولي:

يكاد الإجماع ينعقد على أن تدخل الفضولي في شأن غيره، يعد مجرد واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً، وبالتالي لا محل لإشترط أي أهلية في الفضولي.

غير أن تدخل الفضولي في شأن غيره، يجب أن يكون عن قصد، وهذا القصد يتطلب التمييز لدى الفضولي.

---

(1) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تح: أحمد محمد شاكر، لا: ط) دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، لا:ت) ، ج:8 ص:434.

(2) الحصكفي، محمد بن علي بن محمد، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط:2) البابي الحلبي، لا: ب، 1404هـ، 1984م) ، ج:4، ص:188.

(3) النووي، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، ط:1) دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، لا: ت) ج:9، ص:260.

## ب . أهلية رب العمل:

لا تشترط أية أهلية في رب العمل في علاقته بالفضولي، فيجوز أن يكون رب العمل لم يبلغ سن الرشد، أو محجوراً عليه، بل يجوز أن يكون غير مميز.

ذلك أن موقف رب العمل موقف سلبي محصن فلم يصدر منه عمل حتى يحتاج إلى الأهلية، خاصة وإن شرط الأهلية شرعاً لحماية العاقد الذي يلتزم بإرادته وليس بإرادة غيره. وهذا يتفق مع نص **الفقرة الثانية من المادة 196 مدني** إذ تقول "أما رب العمل فتبقي مسؤوليته كاملة ولو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد".

غير أن رب العمل يجب أن يكون أهلاً وقت إقرار عمل الفضولي، وإن لم يكن كذلك وقت تدخله، فإذا كان الإقرار وارداً على عمل من أعمال التصرف تعين أن يكون رب العمل متمتعاً بأهلية التصرف، وإذا ورد على عمل من أعمال الإدارة اكتفى منه بأهلية الإدارة<sup>(1)</sup>. وبالمقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، نجد أن بينهما اتفاقاً، بالنسبة لشرط الأهلية لدى كل من الفضولي، ورب العمل، فكلاهما لا يشترط أية أهلية في رب العمل في الفضالة النافذة" الفضالة القانونية" وإنما يشترطان الأهلية في رب العمل عند الإجازة أو الإقرار لتصرف الفضولي ويكتفيان بأهلية التمييز لدى الفضولي.

## ثانياً: انعدام الطوارئ:

قد يطراً على تصرف الفضولي قبل الإجازة أو الرفض طارئ الفسخ من أحد المتعاقدين، أو الهلاك لمحل الشيء المتصرف فيه، أو الملك البات للفضولي، أو الموت لصاحب الحق في الإجازة أو الرفض فما تأثير هذه الطوارئ على عمل الفضولي؟

## أ- فسخ تصرف الفضولي قبل الإجازة:

تصرف الفضولي قبل إعلان صاحب الشأن إرادته . وفقاً للرأي الذي رجحته . تصرف موقوف، وهو أيضاً قابل للفسخ غير لازم، ولكن لمن يثبت حق الفسخ؟ يرى الحنفية أن حق الفسخ يثبت للمالك، وللفضولي نفسه، وللعاقد الذي تولى العقد مع الفضولي.

(1) أهلية الإدارة: يقصد بها مرحلة أهلية العمل والإدارة أي بلوغ سن 18 سنة، أنظر: مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:356.

أما ثبوته للمالك لكي لا يخرج من ملكه شيء بدون رضاه فهو كحقه في الإجازة. وأما ثبوته للمتعاقل مع الفضولي فلكي لا يلزمه العقد. وأما ثبوته للفضولي فلكي يدفع الحقوق والعهدة عن نفسه<sup>(1)</sup>؛ لأنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه وقد يلحقه ضرر من ذلك فجاز له الفسخ تقادياً من الضرر، هذا في العقود التي ترجع حقوقها إليه بالإجازة كعقود المعاوضات المالية.

أما العقود التي لا ترجع حقوقها إليه وهي التي يكون فيها سفيرا ومعبرا فقط كالزواج، فلا يكون له الحق في الفسخ قبل الإجازة، لأنه بعد الإجازة لا يلتزم بشيء، فلا يكون في نفاذها ضرر يلحق به.

وإذا استعمل الفضولي أو المتعاقل معه حق الفسخ قبل الإجازة، زال العقد الموقوف حتى لو أن المالك أجازة لا ينفذ لزواله بالفسخ<sup>(2)</sup>.

- وفي المذهب المالكي: يختلف الأمر، إذ أن تصرف الفضولي فيه لازم من جهته ومن جهة المتعاقل معه، ومنحل من جهة المالك؛ لأنه لم يكن بحضرتة.

أما إذا كان بحضرتة فإنه يكون لازماً من جهته أيضاً كلزومه في حق الفضولي والمتعاقل معه. وكذلك يكون لازماً في حق المالك إذا كان في غير حضرته وبلغه فسكت عاماً من وقت علمه سقط حقه في الفسخ، ولا يعذر بجهل في سكوته إذا إدعاه<sup>(3)</sup>.

. ونرجح ما ذهب إليه الحنفية، لأن في تقرير حق الفسخ للجميع تحقيق لنوع من الحماية، قصد بها عدم لزوم العقد في حق المتعاقل مع الفضولي، ودفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولي، وعدم خروج شيء من ملك المالك الحقيقي دون رضاه، كالإلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والإلزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع.

أما المتصرف في ملك الغير - في القانون - فإن تصرفه قابل للإبطال لمصلحة من تقرر البطلان لمصلحته، ولكنه كالعقد الصحيح منتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه فيزول بأثر رجعي أو ترد الإجازة عليه فتقوى عوامل الصحة فيه وتؤكد ما أنتجه من آثار<sup>(4)</sup>.

(1) ابن قاضي سماونه، محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين، لا: ط (الأميرية ببولاق، لا: تب، 1300هـ)، ج: 1، ص: 229.

(2) الحدادي، أبوبكر على بن محمد، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لا: ط (مطبعة محمود بك، القاهرة، مصر، 1301هـ)، ج: 1، ص: 239.

(3) انظر: ابن الخرشبي، ابوعبد الله محمد، الخرشبي على مختصر خليل، لا: ط (الأميرية ببولاق، لا: تب، 1317هـ) 5: 18، السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ج: 4، ص: 189.

(4) انظر: عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، إجازة العقد القابل للإبطال، ط: 2 (المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1983م) ص: 4.



## ب- هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة:

قد يهلك محل التصرف الموقوف، أو ثمنه قبل الإجازة. فعلى من تقع تبعة الهلاك؟

### - هلاك محل التصرف الموقوف:

إذا هلك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة في يد (مالكه)، فلا ضمان على أحد، وتبعة الهلاك تقع على المالك.

أما إذا هلك في يد (الفضولي) قبل الإجازة، فوجب التمييز بين ما إذا كانت يد الفضولي يد أمانة أم يد ضمان، فإذا كانت يد أمانة بأن كان حائزاً الشيء لمصلحة المالك، فلا ضمان عليه<sup>(1)</sup>، وإذا كانت يده يد ضمان بأن كان حائزاً الشيء لمصلحة نفسه فإنه في هذه يعد كالغاصب، والغاصب يده يد ضمان، فإذا اهلك المغصوب تحت يده ضمنه، ويكون إلتزامه برد الشيء إلى مالكة إلتزاماً بتحقيق غاية، وسواء بعد ذلك أكان الهلاك بفعله، أم بسبب أجنبي، وكذلك كل يد ترتبت على العين، لأنها تعد إمتداداً لها، وسواء أكانت اليد الثانية يد ضمان، أم يد أمانة<sup>(2)</sup>.

وإذا هلك في يد المتعامل مع الفضولي قبل الإجازة، فلا تصح الإجازة بعد الهلاك. وللمالك أن يضمن الفضولي أو المتعامل معه أيهما شاء، فإن اختار تضمين أحدهما برئ الآخر لأن في التضمين تملكاً منه، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تملكه من الآخر<sup>(3)</sup>. فإذا اختار تضمين المتعامل مع الفضولي مشتري ملك الغير مثلاً - بطل البيع؛ لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى، وأخذ القيمة كأخذ العين ولذا سميت قيمة لقيامها مقام العين فكأنه إنتزع العين من يده فلم يُجَزَّ البيع فبطل<sup>(4)</sup>. ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه لا بما ضمن - وإذا اختار المالك تضمين الفضولي، هنا نفرق بين حالتين:

### الحالة الأولى:

أن يكون الفضولي قبض المبيع من مالكة مضموناً عليه فيملكه بالضمان من وقت القبض أي من وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري، فيكون البيع قد صدر من المالك فينفذ.

(1) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الكبير، لا: ط (الأزهرية، لا: ب، 1309هـ)، ج: 3، ص: 12.

(2) البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، تح: محمد أحمد سراج، ط: 1 (مطبعة دار السلام، القاهرة، مصر، 1420 هـ 1999م) ج: 1، ص: 91.

(3) انظر: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ج: 6، ص: 181.

(4) انظر: ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج: 1، ص: 195.

**الحالة الثانية:** أن يقبضه من مالكة أمانة في يده، فيكون وقت أن باعه المشتري غير مالك، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع، ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة لأن المشتري تسلّم المبيع فهلك عنده ويده يد ضمان<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث هنا في هذه الحالة، فإن ضمن المشتري قيمته بطل البيع، وكان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع إن كان نقداً، وإن ضمن البائع نفذ البيع عليه، إن كان أمانة عند المشتري بأن سلّم أولاً ثم باع، وإن باع أولاً ثم سلّم، لا ينفذ البيع، ويرجع بما ضمن على المشتري.

#### - هلاك الثمن:

إذا كان الهالك هو الثمن، فإما أن يكون عرضاً، وإما أن يكون نقداً. فإن كان عرضاً، وكان هلاكه قد حصل في يد الفضولي قبل الإجازة، فإن العقد يبطل ولا تلحقه الإجازة ويضمن الفضولي للمشتري مثل عرضه إن كان مثلياً<sup>(2)</sup> وقيمته إن كان قيمياً<sup>(3)</sup>.

وإن كان الثمن نقداً، فإنه (قبل) الإجازة يبقى على ملك المشتري. فإذا هلك في يد الفضولي، فإن علم المشتري وقت أداء الثمن أنه فضولي فإنه يهلك أمانة، وإلا فيضمن على الأصح<sup>(4)</sup>.

أما إذا هلك الثمن في يد الفضولي (بعد) الإجازة، فيصير الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فإذا هلك فإنه يهلك على المجيز. وقيل: إن الثمن في يد الفضولي أمانة مطلقاً سواء هلك قبل الإجازة أم بعدها، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

أي أن الفضولي يصير كالوكيل بالإجازة اللاحقة، ومن ثم تكون يده يد أمانة قبل الهلاك من حين قبضه، فإذا هلك وقعت تبعة الهلاك على المجيز وحده<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:494.

(2) المال المثلي: هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به، انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:191.

(3) المال القيمي: هو ما ليس له مثل في الأسواق، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، أو هو ما تفاوتت أفراده. فلا يقوم بعضها مقام البعض كالأراضي والدور والأشجار وما شابه ذلك، انظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:130.

(4) انظر: ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:232.

(5) البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:494.

**وفي القانون المدني الليبي:** إذا كان محل الإلتزام هو نقل عيني، فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً وقت نشوء الإلتزام، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. فإذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الإلتزام فإن الإلتزام لا يقوم. أما إذا هلك بعد نشوء الإلتزام فإن الإلتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالوفاء بما إلتزم به بسبب هلاك الشيء محل الإلتزام<sup>(1)</sup>.

ولما كان الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه، فلا محل للرجوع عليه بالتعويض، كذلك لا ضرورة للإلتجاء إلى القضاء، ولذلك يطلق على هذه الصورة من صور انحلال العقد انفساح العقد بقوة القانون، ويترتب على انفساخ العقد نفس الآثار التي تترتب على الفسخ فتزول آثار العقد بأثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين، والغير.

وتقع تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين على عاتق المدين الذى استحال تنفيذ الإلتزامه، فإذا كنا بصدد عقد بيع وهلك المبيع بقوة قاهرة، فإن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك لأنه المدين بالتسليم، ويترتب على هذا انقضاء التزام المشتري بدفع الثمن، أما العقد الملزم لجانب واحد، فإن تبعة الهلاك تكون على الدائن، ففي الوديعة إذا هلك الشيء المودع، فإن الدائن (المالك) هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، فيفقد ما كان له، أما المودع لديه، وهو المدين بالرد فلن يفقد شيئاً لأنه ليس دائناً للمودع<sup>(2)</sup>.

### ج- طرء الملك البات للفضولي على محل التصرف الموقوف:

يقضى فقه القانون المدني، بأن الشخص الذى يضع يده على مال مملوك للغير بنية تملكه يصبح مالكاً لذلك المال، إذا أمضى مدة معينة في وضع يده، وتوفرت فيه الشروط خاصة "التقادم المكسب".

أما الفقه الإسلامى فلا يعترف بسقوط الحق بالتقادم، كما لا يعترف بالتقادم المكسب، لأن قواعد هذا الفقه تقوم على أسس خلقية، والأخلاق لا تسمح بتحول الغصب إلى حق ولكن الفقهاء قالوا: إن سكوت صاحب الحق عنه مدة معينة من الزمان، مع إمكانه إقامة الدعوى للمطالبة بحقه يعد قرينة على أنه ليس صاحب حق، ولذلك قالوا: بجواز منعه من سماع دعواه

(1) يحيى، عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات "مصادر الإلتزام"، لا:ط (دار النهضة العربية، لا: ب، 1992م) ص:191.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره: ص:167-168.

بعد مضي تلك المدة المعينة (تقادم الدعوى دون حق)، ولكن هذه القرينة تنتفي إذا أقر المدعى عليه بحق خصمه<sup>(1)</sup>

- وقد اختلف الفقهاء في حكم التصرف الموقوف إذا انتقل محله إلى ملك الفضولي قبل الإجازة على ثلاثة أقوال:

**الأول:** يرى أن التصرف موقوف على إجازة المالك الجديد، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل. وإلى هذا ذهب المالكية<sup>(2)</sup>، إذا آلت الملكية إلى الفضولي بالميراث لأن حقوق المورث قد انتقلت إليه، وبعض الحنفية<sup>(3)</sup>.

والحنابلة<sup>(4)</sup> في وجهه، والإمامية على القول<sup>(5)</sup>، الإباضية<sup>(6)</sup> على قول في المذهب. **الثاني:** يرى أن التصرف يقع نافذاً، وإلى هذا ذهب جمهور الأحناف<sup>(7)</sup>: إذا تقدم سبب الملكية على التصرف، أو إذا حدث لمن باشر العقد، لأن المانع من النفاذ وهو احتمال عدم رضا المالك. قد زال بكسب الفضولي ملكية الشيء الذي تصرف فيه، والمالكية على المشهور إذا آلت الملكية بسبب غير الميراث كالشراء لأن فيه اجتلاب الملك للنفس.

**الثالث:** يرى أن التصرف يقع باطلاً. وإلى هذا ذهب الحنفية<sup>(8)</sup> إذا تأخر سبب الملك على التصرف، أو إذا حدث لغير من باشر العقد، والشافعية<sup>(9)</sup> الذين أخذوا بفكرة التصرف

---

(1) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط: 2 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1986م)، ج: 6، ص: 193، انظر: ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، مرجع سبق ذكره، ج: 7، ص: 228.

(2) انظر: ابن الخرشى، الخرشي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج: 5، ص: 17.

(3) انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج: 1، ص: 236.

(4) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، لا: ط (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م)، ج: 7، ص: 367.

(5) مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، مرجع سبق ذكره، 3: 94، الأصفهاني، السيد أبو الحسن، وسيلة النجاة، ط: 2 (دار التعاون، بيروت، لبنان، 1397 هـ، 1977م)، ج: 1، ص: 387.

(6) أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سبق ذكره، ج: 8، ص: 227.

(7) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سبق ذكره، ج: 4، ص: 142.

(8) "من باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم إلى المشتري لم يُجزر ويكون باطلاً لا فاسداً، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى إن الغاصب إذا باع المغصوب، ثم ضمنه المالك جاز، ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه لا ينفذ بيعه بعد ذلك"، انظر البرنهابوري، نظام الدين، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط: 3 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، 1973م)، ج: 3، ص: 111.

(9) النووي، محي الدين بن شرف، روضة الطالبين، لا: ط (المكتب الإسلامي، لا: ب، لا: ت)، ج: 3، ص: 354.

الموقوف لأن البائع الفضولي لا يملك الإجازة عند العقد. والحنابلة<sup>(1)</sup> في رواية. والإباضية<sup>(2)</sup> على الصحيح.

وبذلك يكون المذهب الحنفي على خلاف المذهب المالكي فيما إذا صار الفضولي مالكاً لمحل التصرف بسبب غير الميراث، ففي المذهب الحنفي يبطل التصرف، بينما يصح في مشهور مذهب مالك.

**وبالموازاة بين الآراء المتقدمة نرجح رأي من قال:** بصحة ونفاذ التصرف الموقوف إذا ملك الفضولي محله أيا كان سبب الملكية لأن القول بخلاف ذلك يتعارض مع القاعدة العامة في الفقه الإسلامي التي تقول: "مَنْ سَعَّ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعِيهِ مُرَدُّودٌ عَلَيْهِ"، ولأن العبرة بالواقع وبما في نفس الأمر<sup>(3)</sup>.

وفي القانون: إذا طرأ الملك البات على العقد القابل للإبطال - كما لو باع شخص ملك غيره ثم أصبح مالكاً للمبيع- فإن العقد ينقلب صحيحاً في حق المشتري، إذ لا مصلحة له في طلب الإبطال بعد أن زال المانع الذي كان يحول دون انتقال الملكية إليه. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (456) من القانون المدني الليبي بقولها: ( وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد)<sup>(4)</sup> أي أن العقد صحيح نافذ بحكم القانون، وليس بحكم الإجازة من البائع أو غيره.

#### د- موت صاحب الحق في الإجازة:

إذا مات من له حق الإجازة شرعاً قبل ان يُجيزَ التصرف الموقوف، فهل ينتقل حق الإجازة إلى وارثه؟ للفقهاء في ذلك رأيان:

الرأي الأول: لا ينتقل حق الإجازة إلى الوارث، وهو قول الحنفية<sup>(5)</sup>، وجمهور الزيدية<sup>(6)</sup>.

---

(1) "متى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح؛ لأنه طرأت استباحة صحيحة على موقوفه فأبطلتها، انظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج:7، ص:367.

(2) "... ومن باع مال غيره، بلا حجة توجب البيع... ثم انتقل إليه بإرث أو غيره، بطل البيع على الأصح، وقيل: لا" انظر: أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:227.

(3) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:87.

(4) الملحق بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني الليبي رقم (6) لسنة 2016م.

(5) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:192-193.

(6) انظر: ابن مفتاح، المنتزع المختار من الغيث المدرار، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:43.

## استدل الحنفية ومن وافقهم:

1. بقوله -صلى الله عليه وسلم-: "من ترك مالاً فلورثته"<sup>(1)</sup>.

ووجه الدلالة: الورثة حكم شرعي لا يثبت إلا بالنص، وقد ورد النص في المال دون الحقوق، وتخصيص المال بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداه، فلا يورث ما عدا المال من الحقوق كحق الإجازة.

2. الإجازة - كحق - مجرد رغبة، وما كان كذلك يعد حقاً شخصياً فلا ينتقل إلى الوارث؛ لأن الشيء الذي يورث لابد وأن يبقى عن المورث حتى وفاته ثم يملكه الوارث بعد الوفاة.

3. التصرف موقوف على إجازة المورث نفسه، فلا يجوز بإجازة غيره<sup>(2)</sup>.

والقول بعدم صحة التصرف الموقوف بإجازة الوارث هو الأصل، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف أَسْتَثْنِيَا من هذا الأصل، والتركة إذا كانت بين كبار يملكون إجازة قسمتها فاقتموها بلا تراضٍ وبلا أمر القاضي وبعضهم غائب، فإن قسمة التركة تتوقف على إجازة الغائب، فإن مات قبل الإجازة فأجاز ورثته جازت استحساناً؛ لأنه لا فائدة من نقض القسمة ثم الإعادة<sup>(3)</sup>.

**الرأي الثاني:** ينتقل حق الإجازة إلى الوارث: وهو قول المالكية مثال ذلك للغاصب نقض ما باعه إن ورثته لا اشتراه، يريد أن الغاصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه؛ فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث لإنتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض... ومنه يؤخذ أنه لا خصوصية للغاصب بما ذكر بل يجزئ ذلك في بيع كل فضولي، فإن تسبب في إدخاله في ملكه بأن اشتراه، أو قبله بهبة أو نحوها من ربه بعد أن باعه، فليس له نقض بيعه الصادر منه قبل ذلك<sup>(4)</sup>.

وقول الشافعية أيضاً، مثال ذلك "لو مات - أي صاحب الخيار - في المجلس أو جُنَّ أو أغمى عليه، فالأصح انتقاله إلى الوارث - لأن الوارث قائم مقام مورثه - فإن كان الوارث

---

(1) انظر: العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سبق ذكره، كتاب: الفرائض، ح 6731، ج: 15، ص: 230.

(2) انظر: الحدادي، الجوهر النيرة على مختصر القدوري، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 71.

(3) وذلك لحاجة الشركاء إلى القسمة غالباً والقسمة إفرز، وهو يعتمد المعرفة والعلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية فمعنى التبادل والمعاوضة في القسمة ضعيف، فإذا ما تميزت انصيباء الشركاء فلا فائدة بعد ذلك من نقضه وإبطاله.

(4) انظر: ابن الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج: 5، ص: 17.

طفلاً، أو مجنوناً، أو محجوراً عليه بسفه، نصّب الحاكم من يفعل عنه ما فيه المصلحة من فسخ وإجازة<sup>(1)</sup>.

وقول الحنابلة أيضاً، مثال ذلك "إن ماتا - أي البائع والمشتري - فورثهما في منزلتهما... لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مَالِيَهُمَا وإرث حقوقهما"<sup>(2)</sup>.  
واستدلال الجمهور على ذلك بالآتي:

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال، في خطبته: (من خلف مالاً أو حقاً فلورثته)<sup>(3)</sup>.

ووجه الدلالة: لفظ الحديث عام يشمل كل حق وكل مال، كما أن لفظ "من" يشمل كل متوفي ترك حقاً، أو مالاً، ثم إن تخصيص الإرث بالمال - في رواية البخاري - لا يدل على نفي الإرث في غيره كحق الإجازة.

2. حق الإجازة من الحقوق التي لها شبه بالمال، ومتعلقة به فيثبت فيها الإرث كما يثبت في الأموال.

**فعمدة الجمهور:** الأصل أن تورث الحقوق والأموال، إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال، ويرجع سبب الاختلاف أن حق الإجازة من الحقوق الشخصية التي لها جانب مالي، فمن غلب جانب المالية - وهم الجمهور - جعله من التركة فيورث كالأموال، ومن غلب الجانب الشخصي لم يجعله من التركة فلا يورث لذهابه بالموت<sup>(4)</sup>.

الرأي الراجح: نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الإسلامي؛ لأن فيه تيسيراً على الناس حيث يقصدون الأعيان المالية لا لذاتها وإنما لمنافعها، وما يتولد عنها من حقوق، والورثة خلف للمورث إليهم يعود خير العمل، وثمراته بجميع حقوقه وامتيازاته ومنها حق الإجازة.

---

(1) انظر: الخطيب، محمد الشربيني، **معني المحتاج**، لا: ط، (مطبعة مصطفى الحلبي، لا: ب، 1377هـ، 1958م)، ج: 2، ص: 45.

(2) ابن قدامة، **المعني والشرح الكبير**، مرجع سبق ذكره، ج: 4، ص: 111.

(3) الألباني، محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط: 2، (المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405هـ، 1985م)، كتاب: الحجر، حديث: "من ترك حقاً فلورثته"، ح: 1433، ج: 5، ص: 258.

(4) المغربي، محمد نجيب عوضين، **فلسفة الإرث وأحكامه في الفقه والقانون**، لا: ط (دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، لا: ت) ص: 43.

وفي القانون المدني الليبي إذا مات رب العمل، لا تنقضي الفضالة بموته في القانون المدني، بل يبقى الفضولي فضولياً بالنسبة لورثة رب العمل كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم، ذلك أن الفضالة تنشأ بعمل إرادي من جانب الفضولي وحده، وليس باتفاق أو اختيار من جانب رب العمل<sup>(1)</sup>.

وبالتالي يستمر الفضولي في العمل لصالح ورثة رب العمل، ويحل هؤلاء الورثة محل مورثهم فتؤول إليهم جميع الحقوق التي كانت للمورث، بإستثناء الحقوق الشخصية البحتة، فيكون لهم حق الإقرار أو الإجازة، فإذا أقر ما قام به الفضولي سارت قواعد الوكالة لا الفضالة. ويرى الباحث هنا وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي: يتبين أن القانون المدني الليبي يتفق مع جمهور الفقه الإسلامي الذي يرى أن حق الإجازة ينتقل إلى الوارث بعد موت المورث، ويختلف مع الحنفية وجمهور الزيدية الذين يرون بطلان تصّرف الفضولي بموت المميز.

---

(1) انظر: نجيده، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره: ص:459، انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:1078.



## المطلب الثاني

### حدود تدخل الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون

تتشرط القوانين المدنية الحديثة أن يكون تدخل الفضولي ملائماً في الظروف التي حدث فيها، للحد من تدخل الأشخاص بعضهم في شؤون البعض الآخر دون مبررات معقولة. إذا كانت تلك التشريعات قد اشترطت ملائمة تدخل الفضولي، إلا أنها اختلفت في تفسير تلك الملائمة.

فمن التشريعات ما يتطلب أن يكون تدخل الفضولي في شأن عاجل، أي في شأن يخشى من تأخيره ضرر وليس في وسع صاحب الشأن القيام به في الوقت المناسب بحيث يصبح تدخل الفضولي للقيام بهذا الشأن ضرورياً لمنع الضرر أو الخسارة التي تترتب على التأخير؛ لأن الضرورة وحدها هي التي تبرر تدخل الفضولي في شؤون غيره، وهذا ما نص عليه كل من التقنين المصري والسوري والليبي والكويتي في المادة (188-189-191-269)<sup>(1)</sup>.

أما الفقه الإسلامي فقد كان حريصاً على حماية رب العمل من تدخل الفضولي غير الملائم، فوضع مبدأ عاماً يتمثل في عدم نفاذ تصرفات الفضولي في حق رب العمل، إلا إذا أجازها، بحيث يقدر بنفسه ملائمة ذلك التدخل، فيجيزه إذا رأى في ذلك المصلحة، أو يرفضه إذا لم تتوفر المصلحة<sup>(2)</sup>.

ذلك لأن "العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"<sup>(3)</sup>، ومع ذلك، نجد بعض الفقهاء يذكرون في كتبهم، صفة النفع في تدخل الفضولي<sup>(4)</sup>.

ولكن خرج عن هذا المبدأ العام عدد من المستثنيات، تكون فيها تصرفات الفضولي ملزمة لرب العمل دون حاجة إلى إجازتها، وهذه المستثنيات من جانب الفقه الإسلامي تمثل المبدأ العام للفضالة في الفقه الغربي الذي يعد الفضولي نائباً عن رب العمل بقوة القانون متى توفرت جميع شروط الفضالة، فكيف يمكن تقدير حدود تدخل الفضولي في هذه المستثنيات؟

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:1058.

(2) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، لا:ط (المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 1417هـ، 1997م) ص: 114.

(3) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ص: 169.

(4) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:189.

يرى الأحناف: أن بعض هذه المستثنيات قد تأسس على الإذن الضمني لرب العمل، وبعضها الآخر تأسس على الضرورة، فجاءت هذه المستثنيات مخالفة للقياس وأجيزت من باب: الاستحسان<sup>(1)</sup> وهو من الأدلة الأصولية التي توسع فيها المذهب الحنفي.

وأما المالكية والحنابلة: ذهبوا إلى أن بعض هذه المستثنيات قد تأسس على الإذن الضمني لرب العمل، وبعضها الآخر تأسس على منفعة رب العمل. فأجيزت هذه المستثنيات بناء على "المصلحة"<sup>(2)</sup>.

وهو من الأدلة الأصولية التي توسع فيها المالكية ثم الحنابلة وبالتالي سيتناول الباحث هذه المستثنيات من الإجازة، وموقف المذاهب الفقهية منها.

### الاتجاه الأول: في المذهب الحنفي:

لقد قَسَمَ الأحناف تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون حاجة إلى أذنه، أو إجازته إلى قسمين:

القسم الأول: ويتضمن التصرفات التي يُعد فيها إذن صاحب الحق موجوداً دلالة "الإذن الضمني" وأخترت منها بعض الأمثلة:

1. يجوز للوالد أو الولد أن يشتري من مال المريض ما يحتاج إليه المريض بغير إذنه؛ لأنه مأذون له بحكم المرض بأن يفعل ذلك<sup>(3)</sup>.
2. إذا مات أحد الرفقة في السفر فباعوا فراشة وعدته، وجهازه بئمنه، وردُّ البقية إلى الورثة، جازلهم ذلك، ولم يضمنوا استحساناً<sup>(1)</sup>.

---

(1) الاستحسان لغة: استفعال من الحسن، وهو عدُّ الشيء واعتقاده حسناً، يقال: هذا الشيء استحسنته فلان، أي عدُّ حسناً،

انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، ج2، ص:879.

والاستحسان اصطلاحاً: قال الكرخي من "الحنفية" إن الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول، انظر: البخاري، علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيزوي، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م)، ج:4، ص:4.

(2) الاستصلاح لغة: هو طلب المصلحة، والمصلحة: كل ما كان فيه نفع يُقال: صلح الشيء صلاحاً: كان نافعاً أو مناسباً، انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:2479.

والمصلحة المرسلة في الاصطلاح: "ما لا يشهد له بالإعتبار، ولا بالإبطال نص معين، انظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، التقرير والتحبير، ط:1، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م)، ج:3، ص:363.

(3) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، الأشباه والنظائر، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م)، ص:243.

3. إذا استعار رجل كتاباً ليقراً فيه، فوجد فيه خطأً، جاز له إصلاحه، لأنه مأذون فيه دلالة<sup>(2)</sup>.
4. ليس للوديع في الأصل أن ينفق من مال الأمانة على أبوي المودع بلا إذنه أو إذن القاضي، ولكن إذا كان المودع غائباً وكان الوديع بمكان لا يمكن فيه استطلاع رأي القاضي، جاز له ذلك ولم يضمن استحساناً<sup>(3)</sup>.
5. لو هياً أحد شيئاً، ووضعه بصورة يفهم منها سبب التهيئة، جاز للأجنبي إجراء العمل المقصود؛ لأن المالك لمّا هياً الشيء صار آذناً فيه دلالةً، فلو أعد قصاب شاه وشدها للذبح فمراً أجنبي وذبحها لم يضمن، وكذلك لو ذبح أضحية الغير بغير إذنه في أيام النحر لم يضمن<sup>(4)</sup>.
- وعملاً الأجنبي "الفضولي" في هذه الأمثلة وغيرها جائز، "إذ الأصل أن كل تصرف لا يتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة فيه لكل أحد دلالة"<sup>(5)</sup>.
- ويرى الأحناف أن فكرة الإذن الضمني تؤكد عموم القاعدة الفقهية التي تقول: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذن، ولا ولاية"<sup>(6)</sup>.
- لكن من خلال التأمل في تلك الأمثلة السابقة نجد أن بعضها بنى على ضرورة تدخل الفضولي كما في المثال الأول والثاني، وبعضها الآخر بني على المنفعة لرب العمل كما في المثال الخامس، ولعل ابن الهمام في شرحه يشير إلى هذا بقوله: "الإذن في هذا العقد ثابت دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر"<sup>(7)</sup>.

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ص: 228.

(2) الحدادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 43.

(3) جاء في الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، 2: 175: "إن كان للابن الغائب مال في يد أبويه فأنفقا منه لم يضمن؛ لأنهما استوفيا حقهما، فإن كان له مال في يد أجنبي وانفق عليهما منه بغير أمر القاضي ضمن؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية فلزمه الضمان".

(4) الرشداني، برهان الدين أبي الحسن أبي بكر المرغيتاني، الهداية شرح بداية المبتدي، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، لا: ب، لا: ث)، ج: 8، ص: 437-438.

(5) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 88-170.

(6) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سبق ذكره، ص: 243.

(7) البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، لا: ب، لا: ث)، ج: 6، ص: 190.

- القسم الثاني: ويتضمن التصرفات التي تلزم رب العمل بناء على اضطرار الفضولي إلى مباشرتها للوصول إلى حقه، أو للمحافظة على ماله، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:
1. القاعدة في الفقه الإسلامي أنه: "لا تركة إلا بعد سداد الديون" فإذا قضى أحد الورثة دين الميت بغير أمر الورثة ليتوصل بذلك إلى أخذ حقه من التركة بالقسمة، فإنه يرجع على التركة بما قضاه، فهذا واجب قد أداه عن غيره بغير إذنه وقد رجع به<sup>(1)</sup>.
  2. لو احترق أو هُدم بيت يتكون من طابقين كل منهما لمالك، وطلب صاحب الطابق الأعلى من صاحب الطابق الأسفل أن يبني طابقاً ليتكمن من البناء فوقه فامتنع فبنى صاحب الطابق العلوي الطابقين بغير إذن القاضي كان له الحق في حبس العين السفلي حتى يستوفي قيمة البناء من صاحبها<sup>(2)</sup>.
  3. إذا اشترى اثنان شيئاً وغاب أحدهما، فأدى شريكه الحاضر جميع الثمن إلى البائع ليتمكن من تسلّم المبيع، كان للدافع حق الرجوع على الغائب بحصته من الثمن<sup>(3)</sup>.
  4. من أحكام الرهن أن بعض المصاريف اللازمة لإصلاح المرهون، وحفظه تقع على صاحبه "الراهن" فلو كان الراهن غائباً، أو كان حاضراً أو امتنع من أداء واجبه، فالدائن المرتهن أن ينفق على المرهون ثم يرجع على الراهن بما أنفقه<sup>(4)</sup>.
  5. إذا رهن اثنان شيئاً لدى الدائن في مقابلة الدين الذي له بذمتها، ورغب أحد المدينين في فك الرهن، وكان الآخر غائباً، فدفع الأول حصة الثاني من الدين بدون إذنه، فلا يُعد متبرعاً بدفعه هذا، بل له أن يرجع على الغائب بما دفعه عنه لأنه فعل ذلك اضطراراً لتخليص حقه<sup>(5)</sup>، يبدو من هذه الأمثلة، أن تدخل الفضولي في شؤون غيره، بدون إذن أو ولاية أو إجازة، تبرره ضرورة أن يصل إلى حقه، أو أن يحافظ عليه، فإذا لم تتحقق هذه الضرورة، فإن الفضولي يعد متبرعاً ولا يحق له مطالبة رب العمل بما أنفقه.

(1) "بعض الورثة إذا قضى دين الميت أو كفنه بغير أمر الورثة لا يكون متطوعاً وكان له الرجوع في مال الميت والتركة"، انظر: البغدادي، **مجمع الضمانات**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:839.

(2) "إذا انهدم السفلى وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعاً" انظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:231.

(3) شحاته، شفيق، **النظرية العامة للتأمين العيني**، ط:3 (لا: مط، لا ب، لا ث)، ص:185.

(4) انظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:431.

(5) الفرغاني، فخر الدين الحسن بن منصور الأوزجندي، **الفتاوى الخانية**، تح: سالم مصطفى البدري، ط:3 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، 1973م)، ج:3، ص:661.

ومن ثم تكون القاعدة في المذهب الحنفي: أنه إذا أنفق الفضولي من ماله شيئاً لحساب غيره، أو إذا أدى عنه واجباً بدون إذنه، أو بدون إذن القاضي في بعض الأحيان كان متبرعاً لما أنفق، إلا في بعض المستثنيات المبنية على إذن صاحب الحق الضمني، أو على ضرورة الوصول إلى حقه أو المحافظة على ماله<sup>(1)</sup>، وهذا ما ذهب إليه الشافعي، فعنده على سبيل المثال<sup>(2)</sup>.

أ- إذا أعار شخص شيئاً يملكه لرجل ليرهنه فرهنه، ثم إن المالك قضى الدين بغير إذن المستعير وافتك الرهن، رجع بالحق على المستعير<sup>(3)</sup>.

ب- إذا استأجر شخص جِمالاً ليركبها، فهربت الجِمال، فأنفق المستأجر على الجمال، رجع بما أنفق<sup>(4)</sup>.

من خلال كل ما تقدم: يتضح أن الأحناف والشافعية لا يلزمون رب العمل بتصرفات الفضولي دون إذنه إلا إذا كان تدخل الفضولي ضرورياً، وهذا ما نصت عليه بعض التقنيات المدنية الحديثة كالتقنين المدني المصري والسوري والليبي...إلخ.

### الاتجاه الثاني: في المذهبين المالكي، والحنبلي:

قسّم المالكية والحنابلة تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون حاجة إلى إذنه، أو إجازته إلى قسمين:

**القسم الأول:** ويتضمن التصرفات التي تعد واجبات كان على رب العمل أن يؤديها<sup>(5)</sup>، ومن أمثلة ذلك:

1. لو أجر شخص إبله وتركها في يد المستأجر فأنفق عليها، يكون له مطالبة المؤجر بما أنفق، نص عليه مالك حيث جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك،... رأيت إن أكراني إبله ثم هرب عني وتركها في يدي فأنفقت عليها أكون على المكري النفقة التي أنفقت عليها؟ قال: قال

---

(1) ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، مرجع سبق ذكره، ج2، ص:208.  
(2) ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تح: عصام الدين الصبابطي، لا: ط (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م)، ج:2، ص:308-309.  
(3) الخطيب، محمد الشربيني، **مغني المحتاج**، لا: ط، (مصطفى الحلبي، لا: ب، 1377هـ، 1958م)، ج:2، ص:125.  
(4) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، **نهاية المحتاج**، لا: ط (دار الفكر العربي، لا ب، 1404هـ، 1984م)، ج:5، ص:325.  
(5) الصنهاجي، شهاب الدين أبي العباس بن عبد الله، **الذخيرة**، تح: محمد بوخبزة، ط:1 (دار الغرب الإسلامي، لا ب، 1994م)، ج:5، ص:464.

مالك": نعم يكون له عليه ما أنفق عليها "قال" مالك: ويكون له أن يتكاري عليها من يرحلها ويرجع بذلك على الكرى<sup>(1)</sup>.

2. من أدّى عن غيره ديناً واجباً بغير إذنه، لا يعد متبرعاً، بل له حق الرجوع على المدين بما أداه عنه، أريت لو أتى رجل إلى رجل فقال له: أنا أؤدي لك دينك الذي لك على فلان: فأداه عن فلان ولم يكن فلان الذي عليه الدين أمره بذلك فأراد أن يرجع به على الذي كان عليه الدين بما ادى عنه أيكون في قول مالك أم لا "قال" سمعت مالكا سئل عن رجل ابتاع ديناً على رجل وقد كان بين المشتري وبين الذي عليه الدين عداوة (قال) إن علم أنه إنما أراد بذلك ضرره وتعبه وعنته في ذلك فلا أرى أن يمكن من ذلك فهذا يشبه عندي إن علم أنه إنما أداه عنه بغير أمره يريد بذلك ضرره وعنته وسجنه... منع من ذلك، وإن كان ذلك منه على وجه المرفق بالذي عليه الدين فذلك جائز<sup>(2)</sup>.

3. إذا أبق عبد لشخص، فرده عليه آخر، فإنه يرجع على السيد بما انفق على العبد، نص عليه أحمد<sup>(3)</sup>.

**القسم الثاني:** ويتضمن التصرفات التي تعود عن نفع لرب العمل ومن الأمثلة على ذلك

ما يلي:

1- إذا حصد شخص زرع آخر في غيبته دون إذنه، فإنه يرجع على المالك بالأجرة، والنفقة، نص عليه أحمد<sup>(4)</sup>، لأنه لو ترك زرعه بلا حصاد لهلك وضاع. وإذا علم من يحصد لمالكة أن عمله ونفقته يذهبان سدى لم يُقَدِّم على الحصاد، وفي ذلك إضاعة للمال وإلحاق الضرر بالمالك، فكان من أعظم محاسن الشريعة الإسلامية أن أُذِنَتْ للأجنبي في الحصاد والرجوع على المالك بما أنفق عليه.

2- إذا انكسرت سفينة رجل فوق متاعه في البحر، فخلصه له رجل آخر، فإن المتاع لصاحبه، ولهذا الفضولي على صاحبه أجرة مثله، نص عليه أحمد<sup>(5)</sup>؛ لأن مثل هذا

---

(1) الأصبغي، مالك بن أنس بن أبي عامر، المدونة الكبرى، لا ط (دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1411هـ، 1991م)، ج:3، ص:1442.

(2) الأصبغي، المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:113.

(3) الحنبلي، أبو الفرج عبد الله بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، لا: ط (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا: ث): ص:131.

(4) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:610.

(5) الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص:129.

مأذون فيه من جهة العرف، فإن عادة الناس أنهم يطلبون من يخلص لهم هذا بالأجرة، والإجازة تثبت بالعرف والعادة<sup>(1)</sup>، وهذا أحسن من أن يقال لا أجرة كله، فلا تطيب نفسه بالتعرض للتلف والمشقة الشديدة، ويذهب عمله باطلاً أو يذهب مال الآخر ضائعاً، وكل منها فساد محض، والمصلحة في خلافه ظاهرة<sup>(2)</sup>.

من خلال الحديث فيما سبق يرى الباحث: أن المالكية والحنابلة لم يعطوا تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون إذن أو إجازة صفة الاستثناء من القاعدة العامة التي تمنع الشخص من أن يتصرف في ملك الغير بغير إذن أو إجازة كما فعل الحنفية، والشافعية، وإنما وضعوا قاعدة هامة مؤداها: أن من أدى عن غيره واجباً، أو تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير، فإن تصرفه يلزم رب العمل دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة. يتبين فيما سبق لحدود تدخل الفضولي في شؤون غيره في الفقه الإسلامي والقانون المدني أمور من أهمها:

1- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في حالة "الضرورة" لأن العرف يقضي بضرورة تدخل الفضولي في شؤون الغير دون إذنه، إذا كان من شأن هذا التدخل دفع ضرر، أو خسارة ترتب على عدم التدخل.

2- غير أن الفقه الإسلامي وسّع معنى الضرورة التي تسوغ التدخل في شؤون الغير، حيث اعتبر قيام الشخص بعمل اضطراري للحصول على حقه من أعمال الفضالة بينما القانون الوضعي لم يعتبره ضرورة، وبالتالي لا يُعد عملاً من أعمال الفضالة، والفقه الإسلامي في ذلك أعدل حكماً، وأقرب منطقاً حيث راعى مصلحة الطرفين مصلحة الفضولي ومصلحة المتفضل عليه، على خلاف القانون الذي قصر حكمه على رعاية رب العمل طالما أن نية الفضولي تمخضت في العمل لمصلحته الشخصية فقط.

### النهي عن التدخل:

إذا نهى رب العمل الفضولي عن التدخل في شؤونه، فلم يعبأ بالنهي وأجرى التصرف فهل يقع صحيحاً بحيث إذا رضى المالك وأجازه نفذ وأنتج أثره، أم يقع باطلاً، وتكون الإجازة لغواً لأنها بلا موضوع؟ ما أثر النهي الصادر من رب العمل بعدم تدخل الغير في شؤونه؟

(1) ابن تيمية، تقي الدين أبي العباس...، مختصر الفتاوى، لا: ط (دار المعرفة، بيروت، لبنان، لا: ت)، ج:4، ص:40.

(2) انظر: ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:607.

من خلال ما تيسر للباحث من إطلاع على كتب الفقهاء المختلفة على أثر النهي الصادر من رب العمل على تصرف الفضولي.

ولعل سبب عدم تعرض الفقهاء لذلك، يرجع إلى أن أكثر تصرفات الفضولي تتوقف ولا تنتج أثرها إلا إذا أقرها رب العمل، وحينئذ تكون إرادته هي مصدر التزامه؛ لأن المبدأ العام في الفقه الإسلامي "أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال الغير بغير إذن، أو ولاية"، ومن باب أولى لا يجوز التصرف إذا كان الغير قد نهى عن التدخل في شؤونه.

ومع ذلك نجد أن بعض فقهاء الشيعة الإمامية يشترط لصحة تصرف الفضولي ألا يكون مسبقاً بنهي من المالك عن التدخل في شؤونه، وإلا وقع باطلاً حتى لو أجاز من صاحب الحق في الإجازة.

ولكن الصحيح عندهم أن نهى رب العمل لا تأثير له على صحة تصرف الفضولي؛ لأن الدليل الذي دل على صحة معاملة الفضولي لم يفرق بين سبق النهي وعدمه، وعلى فرض وجود نهى رب العمل فإنه قول عارض يذهب أثره بمجرد حصول الرضا، والإجازة<sup>(1)</sup>.

أما أعمال الفضولي التي تنفذ على رب العمل دون حاجة إلى إجازة فإنها تعترض إذنه دلالة أو تحقيق مصلحته.

**المثال الأول:** من أحضر مفعلة لهدم داره، فهدمه آخر بلا إذن لا يضمن، ومن بذر بذراً فسقاه الأجنبي، لا يضمن<sup>(2)</sup>.

**المثال الثاني:** الرفقة في السفر، يجوز لهم - إذا مات أحدهم - أن يجهزه من تركته دون إذن الورثة، ويجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه بغير إذنه<sup>(3)</sup>.

**ففي المثال الأول:** يُعد الفضولي متعدياً، إذا نهاه رب العمل عن التدخل في شؤونه، للتعارض القائم بين النهى عن التدخل وفكرة الإذن الضمني، ولكن يشترط أن يصدر النهى قبل أن ترتب حكم مستند على الدلالة، أما بعد العمل بالدلالة، فلا إعتبار للنهي، فلو باع شخص مالاً من آخر فضولاً، فطالب صاحب المال المشتري بالثمن، فإنه يكون أجاز البيع دلالة، فإذا صرّح بعد ذلك بعدم إجازة البيع، لا يعد تصريحه ويكون البيع صحيحاً<sup>(4)</sup>.

(1) التبريزي، محمد علي التوحيدي، مصباح الفقاهة في المعاملات، لا: ط (مؤسسة أنصاريان، إيران، 1996م)، ج:4، ص:104-105.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سبق ذكره، ص: 243.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ص: 228.

(4) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:29.



**وفي المثال الثاني:** لا يُعد الفضولي متعدياً، إذا نهاه رب العمل عن التدخل في شؤونه؛ لأن المصلحة العامة تقضي بعدم الالتفات إلى النهي الصادر من رب العمل.

**وفي القانون المدني:** يُعد النهي الصادر من رب العمل إلى الغير بعدم التدخل في شؤونه مانعاً من قيام الفضالة؛ لأن النهي يفترض عدم نفع تدخل الفضولي، وعلى فرض حصول النفع، فإن التدخل يحمل في ذاته مساساً بحق الغير في الاستقلال بشؤونه، وهذا المساس يعد على الأقل ضرراً أدبياً بغض النظر عن نتيجته المادية خسارة كانت، أو نفعاً.

غير أن تدخل الفضولي - رغم نهى رب العمل - إذا كان وفاءً لالتزام يفرضه القانون رعاية لمصلحة عامة ضرورية للمجتمع، كالإلتزام بالنفقة والإلتزام بتجهيز الميت، فإن هذه الضرورة ترجح كفتها على كفة حرمة شؤون الغير وتسمح بإعتبار التدخل فضالة بالرغم من إعتراض رب العمل<sup>(1)</sup>.

وفي هذا يتفق القانون المدني مع غالب الفقه الإسلامي.

---

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:1065.

## الفصل الثاني

### نماذج من أحكام الفضالة لإجازة تصرف الفضولي، وعدمه

تختلف أحكام الفضالة في الفقه الإسلامي عن أحكامها في القانون المدني، وذلك بسبب اختلاف مضمون الفضالة في كل من النظامين، فمضمونها في الفقه الإسلامي أوسع مدى من مضمونها في القانون المدني ففي الفقه الإسلامي يمكن أن نميز بين نوعين من الفضالة:

1- الفضالة بالمعنى التقليدي "الفضالة العادية أو الموقوفة": أي تصرفات الفضولي التي لا تلزم رب العمل إلا إذا أجازها، وهذا النوع من الفضالة هو ما يغلب بحثه في كتب الفقه الإسلامي .

2- الفضالة بالمعنى القانوني "الفضالة اللازمة أو النافذة": أي تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون إذنه أو إجازته، وهذا النوع من الفضالة هو ما نظمه القانون المدني، وينتج آثاره من وقت صدوره بقوة القانون.

وعليه فسيكون محل الدراسة في هذا الفصل بعض أحكام الفضالة وتطبيقاتها. وهذا ما سيتم تناوله في مبحثين من هذا الفصل.

**المبحث الأول: إجازة تصرف الفضولي، وأثر الإجازة.**

**المبحث الثاني: عدم إجازة تصرف الفضولي.**

## المبحث الأول

### إجازة تصرف الفضولي، وأثر الإجازة

أراد المشرع الليبي أن يضع حداً تنتهي عنده الفضالة فنص في المادة 193 من القانون المدني على أن: "تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي".  
أما جمهور الفقه الإسلامي أوقف ابتداء تصرف الفضولي على الإجازة أو الرفض بناءً على القاعدة الفقهية التي تقول "الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء".

**ومن هذا المنطلق يقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين هما:**

**المطلب الأول:** إجازة تصرف الفضولي، ووسائل التعبير عنها.

**المطلب الثاني:** صاحب الحق في الإجازة محلها شروطها أثرها.

## المطلب الأول

### إجازة تصرف الفضولي، ووسائل التعبير عنها

يرى جمهور الفقه الإسلامي أن تصرف الفضولي صحيح الانعقاد، ولكنه موقوف الأثر حتى تلحقه الإجازة فما معنى الإجازة؟ وما هي وسائل التعبير عنها؟ سأتناولها في هذا المطلب ومن ثم سأتناول من يكون له الحق فيها وأثرها في المطلب الثاني.

#### أولاً: ماهية الإجازة:

**الإجازة في اللغة:** الإمضاء وإنفاذ التصرف. يقال: أجاز البيع أي أمضاه وجعله جائزاً نافذاً، وأجاز الأمر أي سوغه له<sup>(1)</sup>. هذا وقد يطلق الفقهاء (الإجازة) بمعنى الإعطاء، كما يطلقونها على الإذن بالإفتاء، أو التدريس.

ويطلق المحدثون، وغيرهم (الإجازة) بمعنى الرواية، سواء أكانت رواية حديث، أم رواية كتاب.

**وفي اصطلاح الفقهاء:** "رفع المانع" أو "تصرف في العقد بالإبقاء"<sup>(2)</sup>، وقيل: "هي تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه، إما مستنداً إلى وقت وجوده، أو مقتصراً على حال صدورها"<sup>(3)</sup>.

والتعريف السابق يصور الإجازة كأنها تصرف في العقد، وذلك يتعارض مع طبيعة الإجازة باعتبارها تصرفاً انفرادياً يصدر من جانب واحد.

ولذا يمكن تعريف الإجازة بأنها: "تصرف انفرادي، يصدر من صاحب الحق فيه، لإبقاء تصرف قانوني، أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف، وإنتاجه كافة آثاره

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سبق ذكره، مادة: أجز، ج1، ص:724، المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية، مادة: جوز، ص:126.

(2) الرشداني، **الهداية شرح البداية**، مرجع سبق ذكره، ج8، ص:349، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ج5: ص:149.

(3) فرج، عبدالرزاق حسن، **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي**، اطروحة دكتوراه (جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1388هـ-1968م).

رجعي أو حال، حسب طبيعة التصرف المراد إنفاذه"<sup>(1)</sup>، وينظر أكثر الفقه القانوني إلى الإجازة على إنها: "تصرف قانوني، ينزل بمقتضاه من تقرر الإبطال لمصلحته عن حقه في التمسك بالإبطال، ولا يحتاج إلى قبول من جانب العاقد الآخر"<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فهناك جانب من الفقه القانوني يرى أن الإجازة تعد "عملاً قانونياً يزيل بمقتضاه العاقد العيب الذي يشوب العقد"<sup>(3)</sup>، وهذا الاتجاه يؤسس الإجازة على رضا طرفي العقد بها ويتعارض هذا مع طبيعة الإجازة باعتبارها تصرفاً قانونياً انفرادياً، حيث إن الاتفاق على النزول عن الحق يتضمن عقداً آخر مستقلاً عن العقد الأصلي، ولا يعد بالتالي إجازة بالمعنى الفني لهذه الكلمة.

والحقيقة أن الإجازة في القانون ليس من شأنها نفي وقوع العيب الذي صاحب إبرام العقد، حيث إن وقت تكوين العقد هو الذي يتم البحث فيه عن مدى توفر شروط صحته فإجازة العقد القابل للإبطال بسبب نقص في الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، ليس من شأنها أن تجعل العاقد كامل الأهلية أو أن تصبح إرادته خالية من العيوب وقت إبرام العقد، وعلى ذلك فالقول بأن آثار الإجازة تتوقف على زوال العيب الذي لحق العقد يؤدي إلى تعليق آثار الإجازة على واقعة مستحيلة<sup>(4)</sup>، ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في ماهية الإجازة.

### الفرق بين الإجازة والإقرار:

لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الإجازة، أو الإقرار الصادر من صاحب الحق إزاء تصرف الفضولي، رغم أن الإقرار هو: الإخبار يحق للغير على النفس، بينما القانون المدني الحديث يميز بين الإجازة، والإقرار.

- الإجازة تصدر من طرف في العقد هو العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته، وتنتج فيها إرادة ذلك العاقد إلى النزول عن حقه في طلب إبطال ذلك العقد، أما الإقرار فيصدر من أجنبي عن العقد هو المالك الحقيقي للشيء محل التصرف.

(1) مطلوب، الفضالة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مرجع سبق ذكره، ص: 220.

(2) الصدّه، عبدالمنعم فرج، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، لا.ط (لا: مط، لا:ب، 1974م)، ص: 341.

(3) الشراوي، جميل، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، لا:ط (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م)، ص: 386.

(4) عبدالرحمن، أحمد شوقي محمد، إجازة العقد القابل للإبطال، لا:ط (المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1983م)، ص: 7.

- الإجازة ترد على عقد قابل للإبطال، بينما الإقرار يرد على عقد صحيح بصفة نهائية.
- يترتب على صدور الإجازة تصحيح العقد القابل للإبطال وتطهيره من العيوب التي لحقت به ولا يترتب عليها نفاذه في مواجهة المالك الحقيقي، بينما يترتب على صدور الإقرار إضافة إلى أثر العقد إلى المقر ونفاذه في حقه بحيث يعد طرفاً فيه من وقت نشأته وليس من وقت صدور الإقرار فحسب.

مثال ذلك: أن يبيع شخص ملك غيره، فالبيع لا ينفذ في حق المالك الحقيقي؛ لأنه لم يكن طرفاً فيه، فإذا أقره نفذ في حقه، أما إجازة المشتري لهذا البيع فإنه يترتب عليها تصحيح العقد وتطهيره من العيوب التي لحقت به دون نفاذه في مواجهة المالك الحقيقي<sup>(1)</sup>.

### الفرق بين الإجازة والإذن:

الإجازة - وكما سبق - رضا بالتصرف بعد وقوعه، بينما الإذن أمر بالتصرف قبل حصوله وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة، ويكون الإذن بمعنى الإجازة إذا حدث بعد تصرف فضولي وعلم به الآن<sup>(2)</sup>.

### الفرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد:

نكرت أن الإجازة تصرف انفرادي بات من جانب واحد وهو جانب المجيز وليست تصرفاً تبادلياً، أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق إرادتين متطابقتين؛ لأنه عقد جديد ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل، لذلك يجب توفر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت العمل الجديد، ويكتفى بتوفرها في المجيز وقت الإجازة<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: وسائل التعبير عن الإجازة:

الأصل في العقود والتصرفات أنها تنشأ وتتعد بالكل، لكن لما كانت هناك وسائل وأساليب أخرى تؤدي نفس مهمة الكلام، فإن الفقهاء قاسوا تلك الوسائل على الكلام وأعطوها حكمة لقاعدة: "ما يقوم مقام الكلام فهو كلام"<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الباقي، عبدالفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، لاط (لا:مط، لا:ب، 1984م)، ص:474.

(2) سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:231.

(3) عبدالرحمن، إجازة العقد القابل للإبطال، مرجع سبق ذكره، ص:7.

(4) الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1431هـ-2000م)، ص:138.

ويتم التعبير عن الإجازة بوسائل متعددة تظهر الرغبة الداخلية الباطنة للمجيز، ومن أهم هذه الوسائل:

## 1- اللفظ:

تتحقق إجازة تصرف الفضولي باللفظ الصريح ممن له الحق فيها شرعاً، كأن يقول: أجزت التصرف أو قبلته أو رضيت به، ونحو ذلك بلا خلاف، وكذا بقوله: نعم ما صنعت - وبارك الله لك، وأحسن على المختار، ويشهد لذلك دعاء النبي - صلى الله عليه وسلم - لعروة البارقي وإجازته العقد بقوله: "بارك الله لك في صفقة يمينك".

كما تتحقق باللفظ الضمني: كما لو طلب من له الحق في الإجازة - المالك الحقيقي في بيع ملك الغير مثلاً - الثمن من المشتري<sup>(1)</sup>.

فالفرق بين الإجازة الصريحة، والإجازة الضمنية: أن اللفظ الصريح يدل على الإجازة دون اجتهاد، أو مشقة. أما اللفظ الضمني فيخضع تفسيره، وتقدير معناه لاجتهاد القاضي مستهدياً في ذلك بالأعراف المحلية، والظروف المحيطة بكل قضية.

وقد نصت على الإجازة اللفظية المادة 303 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الإجازة القولية: كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت"<sup>(2)</sup>.

## 2- الكتابة:

يحظى اللفظ بالناية الأولوية لدى الفقهاء كوسيلة للتعبير عن الإرادة، ولكن إذا بدأ المجيز في إجازة تصرف الفضولي بالكتابة مباشرة دون استعمال الألفاظ في إظهار رضاه: فإن أثر الكتابة كوسيلة للتعبير عن الرضا يتوقف على نوع الكتابة، ومدى الحاجة لاستعمالها كبديل للألفاظ.

### الإجازة بالكتابة بين حاضرين:

اتفق الفقهاء على أن الكتابة مطلقاً، غير مستبينة، أو مستبينة أو مرسومة<sup>(3)</sup>، لا تصلح كوسيلة يعبر بها عن الرضا إيجاباً وقبولاً في حالة العقد بين حاضرين في عقد النكاح، فلا يتصور أن يكتب الرجل، زوجني فلانة، ليرد عليه الولي بالكتابة قبلت، ذلك أن عقد النكاح يقوم

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ص:1، 2.

(2) انظر: ابن الهمام، شرح فتح قدير، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:201.

(3) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:109.

بصدور اللفظ بصيغة صحيحة، سواء كتب، أم لم يكتب، وما الكتابة بعد ذلك إلا للتوثيق وإثبات حقوق الزوجية بحيث يبدأ الحل بانتهاء الصيغة الصحيحة، لذا فأحياناً يكتب الموثق عقد النكاح كتابة بعد التلغظ به بأيام، أو في نفس اليوم، ولا أثر لهذه الكتابة على نشأة العقد وبتأثيره صحيحاً. فاستعمال اللفظ في التعبير عن إرادة التعاقد بين الحاضرين هو المسلك الأحوط في النكاح حفظاً للأعراض، والأنساب في الإسلام<sup>(1)</sup>.

وبعد أن استثنى الفقهاء عقد النكاح من جواز إبرامه بين أطرافه الحاضرين كتابة بدلاً من التلغظ، تحدثوا عن إمكانية إنشاء العقود الأخرى بطريق الكتابة دون تلغظ في حضور أطراف التعاقد وقد سلكوا في ذلك اتجاهين رئيسيين:

### الاتجاه الأول:

اتجاه مُصَيِّق يرى أن الكتابة وسيلة احتياطية فقط تحل محل اللفظ - عند الضرورة - إذا وُجِدَ عارض يحول دون استعمال اللفظ وإلى هذا الاتجاه ذهب الأحناف<sup>(2)</sup>، وقول عند الشافعية<sup>(3)</sup>.

### الاتجاه الثاني:

اتجاه موسع يرى أن الكتابة تعد أصلاً للتعاقد بين الحاضرين وإلى هذا ذهب المالكية<sup>(4)</sup>، والراجح عند الشافعية<sup>(5)</sup>، والحنابلة<sup>(6)</sup>، ونرجح عدم التوسع في الإجازة بالكتابة بدلاً من الألفاظ إلا لضرورة، وذلك لأهمية الألفاظ ودلالاتها على المراد وبخاصة في التعاقد بين الحاضرين.

### الإجازة بالكتابة بين الغائبين:

بيّن الباحثُ فيما سبق موقف الفقهاء من إظهار الرضا، والتعبير عنه بالكتابة بين حاضرين فماذا يقولون في التعبير بالكتابة بين غائبين؟، قد يرسل المالك إجازته مكتوبة في صورة رسالة بخطّه يعبر فيها عن رغبته في البيع أو الشراء الذي أجراه الفضولي أو يرسلها بواسطة من الوسائط تحل محل الرسول البشري، وهو ما ظهر بعد عصر الفقهاء، ويقاس على

(1) انظر: الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:141.

(2) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ص:138.

(3) انظر: السيوطي، الإشباه والنظائر، مرجع سبق ذكره، ص:516.

(4) انظر: الدردير، الشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ص:3.

(5) انظر: الشربيني، مغنى المحتاج، مرجع سبق ذكره، ص:5.

(6) انظر: ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سبق ذكره، ص:174.



الرسالة في زمانهم، نظراً لطبيعة عقد النكاح الخاصة، وقصّر جمهور الفقهاء إجازته على اللفظ وحده<sup>(1)</sup>، أما الكتابة بعد إنشاء هذا العقد فهي لإثباته وليس لإنشائه<sup>(2)</sup>.

أما غير النكاح من العقود: فقد ذهب الفقهاء في الإجازة بالكتابة إلى اتجاهين ما بين مُوسِعٍ، ومُضَيِّقٍ.

### الاتجاه الأول:

يرى أصحابه، الأحناف<sup>(3)</sup> والمالكية<sup>(4)</sup> وقول للشافعية<sup>(5)</sup> إمكان استخدام الكتابة للتعبير عن الرضا والتعاقد بين الغائبين.

### الاتجاه الثاني:

وهو لجمهور الشافعية، ذهب إلى منع التعاقد بين الغائبين بالكتابة، حيث أنه لا ضرورة تبرر ترك التعاقد بالألفاظ كوسيلة واضحة تعبر عن الرضا وتظهر الإرادة ويمكن عند الحاجة اللجوء إلى رسول، أو وكيل يحمل لفظ الإجازة إلى الموضع الموجهة إليه نيابة عن الأصيل غير الحاضر<sup>(6)</sup>.

وقد رد القائلون لصلاحيّة الكتابة للإجازة بين الغائبين على المانعين بالقول: بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد بلغ رسالته بعبارة اللسان، كما بلغ بطريق الكتابة، فقد أرسل كتب، ورسائل إلى الملوك يدعوهم إلى الدين<sup>(7)</sup>.

وهذا القول "الاتجاه الأول" له وجاهته، ويميل الباحث إليه - خاصة في التعاقد بين الغائبين - لأن الكتابة في العصر الحديث هي الوسيلة المثلى للتعبير عن الإرادة، ويتطلبها

- 
- (1) **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، اطروحة دكتوراه للباحث: محمد وحيد الدين سوار، 1960م، جامعة القاهرة.
  - (2) ومع ذلك، يرى البعض جواز استعمال الكتابة في التعبير عن إيجاب عقد النكاح بين غائبين دون قبوله للضرورة، فلو كتب: تزوجتك، فكتبت قبلت لم ينعقد، والأظهر أن يقول... قبلت، إذا الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفى ولو في الغيب"، انظر: ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:272.
  - (3) فالكتابة لها حروف مفهومة تعبر عن معنى معلوم، فهي بمنزلة الخطاب من الحاضر، انظر: للكاساني، **بدائع الصنائع**، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:138.
  - (4) توجد حقيقة البيع بسبب وجود ما يدل على الرضا من العاقد من قول، أو فعل، أو كتابة من الجانبين أو أحدهما. أنظر: العدوي، علي الصعدي، **حاشية العدوي على شرح الخرشني لمختصر خليل**، لا:ط (المطبعة الاميرية الكبرى ببولاق، لا:ب، 1317هـ)، ج:5، ص:5، وانظر: الدردير، الشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:3.
  - (5) "أنه إن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة ففيه وجهان: أحدهما ينعقد لأنه موضع ضرورة..."، انظر: الشيرازي، **المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:257.
  - (6) والثاني: لا ينعقد، فهو الصحيح، لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره، ورد على من قال بصحة ذلك للضرورة، بأنه قول لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل غيره بالقول. انظر: الشيرازي، **المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:257.
  - (7) السرخسي، محمد بن احمد بن سهل، **المبسوط**، لا:ط (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1986م)، ج:5، ص:15.

القانون في الإثبات إذا زادت قيمة التصرف عن حد معين، وهو أمر تحتمه ظروف هذا العصر بسبب زيادة المعاملات وتشعبها، ونسيان الشهود، وفساد الذمم، وإذا كان الفقه الإسلامي قد ساير روح عصره في إثارة الشهادة على الكتابة، فإن روح العصر الحديث، وحضارته تدعو إلى إثارة الكتابة على الشهادة، وهو ما يتفق مع ظاهر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾<sup>(1)</sup>.

### 3- الإشارة:

أجمع الفقهاء على أن إشارة الأخرس تعد وسيلة أصلية للتعبير عن الإجازة، بشرط أن تكون إشارته مفهومة في ذلك ولا يُحسِنُ الكتابة<sup>(2)</sup>، مثل تحريك رأسه - عرضاً - فهذه الإشارة منه تدل على الإنكار، أو الرفض، وتحريك رأسه - طولاً - فهذه الإشارة منه تدل على الإقرار أو الإجازة.

أما إذا كان يُحسِنُ الكتابة ففي التعبير عن الإجازة بالإشارة روايتان.

**الأولى:** وهي الرواية الظاهرة، وبها قال محمد بن الحنفية وبعض الشافعية: "إنه لا يجوز التعبير عن الإجازة بالإشارة، بل يجب التعبير عنها بالكتابة" لأن الكتابة أبلغ في الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال من الإشارة فوجب الأخذ بها<sup>(3)</sup>.

**والثانية:** أن التعبير عن الإجازة كما يكون بالكتابة يكون بالإشارة، لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه والإشارة والكتابة في ذلك سواء<sup>(4)</sup>.

(1) سورة البقرة، الآية: (282).

(2) "فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته، هذا إذا كان الخرّس أصلها بأنه ولد أخرس"، انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:135.

(3) انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مرجع سبق ذكره، ص:522.

(4) "الإشارة تقوم مقام العبارة ولو قُدِرَ على البيان بالكتابة"، انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:140.

وبناء على ذلك يكون الأخرس الذي يعرف الكتابة بالخيرة بين الإجازة بالكتابة أو بالإشارة أما غير الأخرس، فقد اختلف الفقهاء في الاعتداد بإشارته:-

فذهب بعض الحنفية والشافعية<sup>(1)</sup> إلى أن غير الأخرس لا يعتد بإشارته في إجازة التصرف الذي يبرمه الفضولي، لأن الإشارة ليست كلاماً فلا تحل محله، وذهب بعضهم الآخر إلى أن الإشارة متى تعلق بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع الكلام له بها وهو الإعلام والإعلان والدليل عليه العرف والشرع أيضاً...<sup>(2)</sup>، وذهب المالكية<sup>(3)</sup>، والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أن إشارة غير الأخرس المفهومة يعتد بها في إجازة تصرف الفضولي فهي كاللفظ تماماً، واعتبروا أن كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب أو القبول لزم به البيع وسائر العقود.

**والراجع:** رأى المالكية ومن وافقهم لأنه يتفق مع حاجة الناس ومقتضيات التعامل فقد أخبر الله تعالى في كتابه عن مريم فقال عز من قائل: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾<sup>(5)</sup>، وفهم القوم مقصودها وغرضها فقالوا: ﴿كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾<sup>(6)</sup>، وقال تعالى على لسان زكريا عليه السلام: ﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾<sup>(7)</sup> والرمز هو الإيماء بالشفقتين. وقد يستعمل في الإيماء بالحاجبين والعينين، وأصله الحركة، وذلك موجود في كثير من السنة<sup>(8)</sup>، وأكد الإشارات ما حكم به النبي - صلى الله عليه وسلم - من أمر السوداء<sup>(\*)</sup>

(1) فضولي باع مال غير فبلغه فسكت متأماً، فقال ثالث: هل أذنت له في الإجازة؟ فقال: نعم، فأجازته، ولو حرك رأسه بنعم فلا، لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر"، انظر: ابن عابدين، رد المختار، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:13.

(2) "... أما العرف فظاهر، وأما الشرع فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: الشهر هكذا، وهكذا وهكذا وأشار - صلى الله عليه وسلم - بأصابع يديه كلها، فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً، ثم قال: - صلى الله عليه وسلم - الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا، وحبس ابهامه في المرة الثالثة: فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً... والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض، لاعتبار العرف والعادة". انظر: نفس المرجع، ج:4، ص:13.

(3) المغربي، **مواهب الحليل لشرح مختصر خليل**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:229.

(4) فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أو كتابة"، انظر: ابن القيم، **إعلام الموقعين**، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:174.

(5) سورة مريم، الآية: (29).

(6) سورة مريم، الآية: (29)

(7) سورة آل عمران، الآية: (41).

(8) أخرجه أبو داود في صحيحه، الأزدي، أبوداود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، لا:ط (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988م)، كتاب: الإيمان والنذور، باب: في الرقبة المؤمنة، ج:3، ص:227.

(\*) السوداء: هيا جارية لمعاوية بن الحكم السلمي، انظر: الأصبغي، مالك بن أنس بن أبي عامر، الموطأ، ط:1 (دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، مصر، 1429هـ-2008م)، ج:1، ص:491.

حين قال لها: "أين الله؟ فأشارت برأسها إلى السماء فقال "اعتقها فإنها مؤمنة"<sup>(1)</sup> فأجاز رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الإسلام بالإشارة الذي هو أصل الديانة وحكم الديانة وحكم بإيمانها كما يحكم بنطق من يقول ذلك فيجب أن تكون الإشارة عاملة في سائر الديانة.

وقد أخذ بهذا المفهوم فقهاء القانون المدني الليبي والمصري، حيث جاء في نص المادة (90) من القانون المدني الليبي منه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، والإشارة المتداولة عرفاً...". ولم يقيد الإشارة بكونها من الأخرس، ما دام الناس قد تواضعوا على أن لها معنى خاصاً ومثلوا ذلك بهز الرأس عمودياً إذا رغب في القبول، أو هز الرأس أفقياً أو هز الكتف ليعبر عن الرفض.

وهنا يتفق فقه القانون المدني مع ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في صحة التعبير عن الإرادة من غير الأخرس.

#### 4- الفعل:

ذكرت فيما سبق أن الإجازة تتحقق باستخدام صيغة من لفظ أو كتابة أو إشارة، فهل يمكن أن تتحقق - أيضاً - بالفعل الدال عليها من غير لفظ أو كتابة أو إشارة، أي دون استخدام صيغة؟.

#### اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

**الرأي الأول:** يرى تحقق الإجازة بالفعل سواء كان صريحاً كما لو سلم المالك الشيء المبيع إلى المشتري في بيع الفضولي، أو قبض الثمن منه، أو ضمناً كما لو وهب المالك الثمن للمشتري من الفضولي، أو تصدق به عليه، أو سكن الدار التي اشتراها الفضولي له أو بنى عليها، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup>، لأن الإجازة تكون باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ، والرضا أمر خفي لا يُطلع عليه، فإذا وجد ما يدل عليه من المالك حتى لو كان فعلاً وجب اعتباره، والأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي تكفي لوجود الرضا لعدم التعبد فيه.

**الرأي الثاني:** يرى عدم صحة الإجازة بالأفعال مطلقاً وإليه ذهب الشافعية<sup>(3)</sup> في الصحيح عندهم، والظاهرية<sup>(4)</sup> وحبثهم أن الإجازة لا بد لها من صيغة تنقل الإحساس بالرضا الداخلي إلى الخارج فكيف تتم دون تعبير عن الإرادة من المجيز.

(1) القرطبي، ابو عمر يوسف بن عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير، لا:ط (دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، لا:نت)، ج:2، ص:139.

(2) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:160.

(3) انظر: النووي، مجموع شرح المهذب، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:162.

(4) انظر: ابن حزم، المحلى، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:350.

**الرأي الثالث:** يرى أن الإجازة بالأفعال جائزة في الأشياء الخسيسة والحقيرة، كشراء خبز، أو صحيفة، أو سلعة دورية، أمّا الأشياء النفيسة كالمنزل أو السيارة فإنه لا تجوز الإجازة فيها بالأفعال، وهو رأي الإمام الكرخي<sup>(1)</sup> من الحنفية<sup>(2)</sup>، وابن سريج<sup>(3)</sup> والرويانى<sup>(4)</sup> من الشافعية<sup>(5)</sup> وهذا الرأي هو ما نميل إليه، لأنه أيسر للتعامل وأقرب لما عليه العرف بين الناس، كما أن التمسك بالألفاظ لم يرد به نص من كتاب أو سنة، بل ولم ينقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عَيَّنَّ ألفاظاً وصيغاً معينة للعقود إذ "العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"<sup>(6)</sup>، وبهذا نسد الباب على من يطعن في الفقه الإسلامي، ويرميه بالجمود، والتمسك بالشكليات<sup>(7)</sup>.

وقد نصت على الإجازة الفعلية المادة (304) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "والإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا، فلو كان المشتري مخيراً وتصرف في المبيع تصرف المالك كأن يعرض المبيع للبيع، أو يرهنه أو يُؤَجِّرُهُ أو يُعِيرُهُ، أو يُهَبِّهُ وَيُسَلِّمُهُ، أو كان المبيع

(1) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال، الكرخي، البغدادي، الحنفي ولد بكرخ، ثم انتقل إلى العراق، ودرس ببغداد على عدد من العلماء منهم: إسماعيل بن إسحاق القاضي، وأحمد بن يحيى الحلواني، ومحمد بن عبدالله بن سليمان المصري. انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره. كان رجلاً عزوفاً عمّا في أيدي النا، قانعاً، صبوراً على العسر، صوّماً، قوّاماً، ورعاً، زاهداً. توفي سنة 340هـ، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سبق ذكره، ج:15، ص:426.

(2) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:134.

(3) هو أبو العباس احمد بن عمر بن سريج البغدادي، القاضي الشافعي، إمام الشافعية في عصره، ولد سنة 249هـ في بغداد، وتوفي فيها 306هـ، ولحق أصحاب سفيان بن عيينة، ووكيع، درس الفقه على يد أبي القاسم الأنماطي الشافعي، صاحب المزني، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سبق ذكره، ج:14، ص:201.

(4) هو فخر الإسلام أبو المحاسن عبدالواحد بن إسماعيل الزوياني، شيخ الشافعية، وصاحب التصانيف، وشافعي الوقت، أملى مجالس عن أبي غانم الكراعي، وأبي حفص بن مسرور، وعاش سبعا وثمانين سنة وهو قاضٍ وفقه شافعي، والزوياني نسبة إلى مدينة رويان الواقعة حالياً شمال إيران، ولد سنة 415هـ، وسافر إلى بخارى وأمل ونيسابور وغزنة وغيرها ليطلب الحديث والفقه. برع في الفقه ومهر وناظر وصنف التصانيف العجيبة، كان صاحب جاه عريض، وحشمة وافرة، وعلم غزير، ودين متين، وصيت في جميع البلاد، وكان نظام الملك يعظّمه كثيراً، وبرع في المذهب، حتى كان يقول: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي، ولهذا كان يقال له: شافعي زمانه. ولي قضاء طبرستان، وبنى مدرسة بأمل، وكان فيه إثارة للقاصدين إليه، انظر: جمل الليل، الشجرة الزكية في أنساب بني هاشم، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:786.

(5) "كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعد بيعاً فهو بيع وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالعقار لا يكون بيعاً"، انظر: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:163.

(6) انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:169.

(7) المغربي، محمد نجيب عوضين، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، لا:ط (دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 2006م)، ص:85.

أرضاً فيزرعها أو يحرقها أو يرعى حشيشها، أو كان المبيع دكاناً فيسكنها أو يعمرها ويضيف لها عمارات أو يخرب بعضها، أو كان المبيع زرعاً فيعشبهه، كان إجازة فعلية يلزم بها البيع<sup>(1)</sup>.  
ويلاحظ أن عقد النكاح لا يمكن إجازته بالفعل<sup>(2)</sup>، لما فيه من حفظ الأنساب ومنع اختلاطها وتكريم المرأة وعدم الانتقاص من شأنها، ولما للإشهاد من دور هام فيه، ولا يتأتى هذا إلا باللفظ الذي يبين ويميز مراد النكاح وفي ضوء هذا جاءت نصوص التقنين المدني العراقي في المادة (79)، والتقنين الأردني في المادة (93)، والتقنين المدني الكويتي في المادة (34)، والتقنين المدني السوداني في المادة (35).

ومشروع القانون المدني المصري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية في المادة 1/75، حيث نصت هذه المواد على أن: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين<sup>(3)</sup>.

#### 5- السكوت:

السكوت "ترك الكلام مع القدرة عليه"<sup>(4)</sup>، فإذا تصرف الفضولي في حق الغير وهو حاضر ساكت لم ينكر، ولم يغير فما حكم هذا التصرف؟ وهل يتوقف على إجازة المالك كما لو كان غائباً؟ أم يلزمه لدلالة السكوت على الرضا؟ أم يقع باطلاً لعدم دلالاته عليه؟

#### ويجب أن نفرق بين نوعين من السكوت:

• **السكوت المجرد:** الأصل أن السكوت في ذاته دون أن تصحبه ظروف أخرى، لا يمكن أن يعد إجازة، والفقهاء الإسلامي لا يعتد بهذا النوع من السكوت للدلالة على الرضا، فلو طلب

(1) انظر: حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:251.

(2) "المختار في نكاح الفضولي في الطلاق المضاف أنه يحث بإجازته قولاً لا فعلاً" وجاء في المصدر نفسه "لا ينعقد النكاح بالتعاطي لخطره، ولذا يتوقف على الشهود، فلو قالت امرأة لرجل زوجته نفسي منك بدينار فدفعه الرجل إليها في المجلس ولم يقل بلسانه شيئاً لا ينعقد بخلاف البيع فإنه ينعقد"، انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:227.

(3) نجيدة، علي حسين، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والخمسون، سنة 1985م، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص:166، ص:167.

(4) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:125.

شخص من آخر أن يُعِيرَهُ شيئاً فسكت صاحب ذلك الشيء، ثم أخذهُ المستعير كان غاصباً وفي هذا يقول فقهاء الشريعة الإسلامية "لا ينسب لساكت قول"<sup>(1)</sup>، فمن سكت لا يمكن أن ينسب إليه إجازة، أو رفض، ولو أُجيزَ اعتباره إجازة لكان في ذلك مشقة على الناس إذ تنفذ عليهم تصرفات غيرهم بغض النظر عن جديتها.

• **السكوت الملايس:** وهو الذي تحيط به ملايسات وظروف يمكن أن تجعله محل اهتمام وترتيب عليه أثراً باعتباره إجازة، وهذا النوع من السكوت هو الذي يثير نقاشاً ويقال عنه: "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد بياناً" مثال ذلك: سكوت المتصدق عليه، وسكوت الموصى له، وسكوت المدين عند ابرائه من الدين<sup>(2)</sup>، فهل يعتد بهذا النوع من السكوت في إجازة تصرف الفضولي؟.

### اختلاف كلمة الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

• **الرأي الأول:** يرى أن سكوت المالك الحاضر في هذه الحالة يعد في حكم الإجازة، بل إن المالك إذا لم يكن حاضراً وعلم بتصرف الفضولي فيما بعد وسكت مدة طويلة، اعتبر سكوته إجازة لضرورة دفع الغرور عن أولئك الذين تعاملوا مع الفضولي<sup>(3)</sup>، إلا إذا كان هذا السكوت خوفاً من سطوة سلطان فلا يعد إجازة وإلى هذا ذهب المالكية<sup>(4)</sup>، والأباضية<sup>(5)</sup>، والحنفية<sup>(6)</sup>، في قول، وبعض الحنابلة<sup>(7)</sup>.

(1) انظر: السيوطي، **الإشياء والنظائر**، مرجع سبق ذكره، ص: 97.

(2) انظر: نجيدة، **دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي**، مرجع سبق ذكره، ص: 171، ص: 172.

(3) الزاهدي، حافظ ثناء الله، **تيسير الأصول**، ط1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1993م)، ص: 221.

(4) "وقد اختلف في السكوت هل هو إذن وإقرار أم لا؟ وأظهر القولين أنه ليس بإذن ولا بإقرار، إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه فيكون إنناً وإقراراً"، انظر: التسولي، أبو الحسن علي بن عبدالسلام، **البهجة في شرح التحفة**، ط: 1 (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، 1418هـ-1998م)، ج: 2، ص: 96، "ووقوف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازماً" قال الصاوي: "وكذا إذا بلغه - أي المالك - بيع الفضولي وسكت عاماً من حين علمه من غير مانع يمنعه من القيام، ولا يعذر بجهل في سكوته"، انظر: الدريبر، **الشرح الصغير**، مرجع سبق ذكره، ج: 4، ص: 29.

(5) الرستاني، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، تح: سالم بن سليمان الحادشي، لا: ط (عيسى البابي الحلبي وشركاه، لا: تب، لا: نت)، ج: 14، ص: 282.

(6) انظر: ابن نجيم، **الإشياء والنظائر**، مرجع سبق ذكره، ص: 129.

(7) ابن القيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، **الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية**، لا: ط (دار احياء العلوم، بيروت، لبنان، لا: نت)، ص: 127.

- **الرأي الثاني:** يرى أن حضور المالك وسكوته لا يعد إجازة لتصرف الفضولي، بل يبقى موقوفاً حتى تلحقه الإجازة أو الرد؛ لأن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه. وإلى هذا ذهب الحنفية<sup>(1)</sup>، على المذهب، والزيدية<sup>(2)</sup>، والإمامية<sup>(3)</sup>، على المشهور.
- **الرأي الثالث:** يرى أن حضور المالك وسكوته لا يعد إجازة لتصرف الفضولي بل يقع باطلاً، لأن السكوت غيّر في الدلالة على الرضا، وهو قول الشافعية<sup>(4)</sup>، والحنابلة<sup>(5)</sup>، على الراجح، والظاهرية<sup>(6)</sup>.

ويرجح الباحث بأن السكوت يعتبر ملابساً بعد الرضا بالتصرف، لدلالته على بناء العرف، وعليه فإنه سكوت المالك الحاضر في هذه الحالة يعد في حكم الإجازة.

والأصل في القانون المدني أن السكوت بمجرد لا يصلح تعبيراً عن الإجازة، إلا إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضا فإنه حينئذ يعد إجازة، وهذا هو الذي يقال عنه "السكوت الملابس" أو ما تعبر عنه القاعدة الشرعية "السكوت في معرض الحاجة بيان" وهناك تفرقة بين السكوت الموصوف والسكوت الملبس، فالسكوت الموصوف هو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فهذا السكوت لا يثير إشكالاً؛ لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه أما السكوت الملابس - وهو ما تلبسه ظروف يحل معها محل الإرادة - فهو وحده الذي يواجهه النص (م 98 مدني ليبي)<sup>(7)</sup>.

(1) "ولو رأى رجلاً يبيع له شيئاً فسكت عنه لم يكن سكوته إنناً في إجازة ببيعة"، انظر: الحدادي، **الجوهرة النيرة على مختصر القُدوري**، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:239.

(2) لأن الإجازة عندهم لا تتحقق إلا بالقول أو بالفعل، ومن ثم لا يصلح السكوت للتعبير عن الإجازة، انظر: ابن المرتضى، أحمد، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ-2001م)، ج:4، ص:525.

(3) الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي، **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، ط:1 (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1390هـ-1970م)، ص:406.

(4) "إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن، ولم يتكلم، ولم ينكر، لم يصح البيع عندنا، وبه قال ابن المنذر وحكاه عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال ابن ليلي: يصح البيع"، انظر: النووي، **المجموع شرح المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:264.

(5) "إن باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت، فحكمه حكم ما لو باعها بغير إذنه في قول الأكثرين، منهم أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي، قال ابن ليلي: سكوته إقرار، لأنه يدل على الرضا، كسكوت البكر في الإنان في النكاح، ولنا: أن السكوت محتمل فلم يكن إنناً، كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها، وليس ذلك موجود هنا، انظر: ابن قدامة، **المغنى والشرح الكبير**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:16.

(6) "ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال... فإن وقع فسخ أبدأ، سواء كان صاحب المال حاضراً يرى ذلك، أو غائباً، ولا يكون سكوته رضا بالبيع طالبت المدة أم قصرت ولو بعد مائة عام أو أكثر"، انظر: ابن حزم، **المحلى**، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:434.

(7) المادة (98) من القانون المدني الليبي "ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".



ولا يمكن حصر حالات السكوت الملايس، وإنما يستخلصها القاضي من الظروف المحيطة بالنسبة لكل حالة على حدة، وقد ذكرت التقنيات المدنية العربية عدة أمثلة للحالات التي يعد فيها السكوت قبولاً ومن هذه الأمثلة:

- 1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت قبولاً.
- 2- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل.
- 3- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

وبذلك يتضح لنا أن القانون المدني يتفق في موقفه من اعتبار السكوت قبولاً مع موقف جمهور الفقه الإسلامي، بل تكاد تكون الحالات التي اعتدت فيها تلك القوانين بالسكوت واعتبرته قبولاً هي بعينها التي أشار إليها فقهاء المسلمين<sup>(1)</sup>.

وقف الباحث في هذا المطلب على ماهية الإجازة، مع توضيح الفرق بين الإجازة والإقرار، وبين الإجازة والإذن، لدى فقهاء الشريعة والقانون، موضحاً الوسائل التي تعبر عن الإجازة بذلك توصل البحث إلى أن الإجازة تعد عملاً قانونياً إذا توفرت فيها وسائل التعبير عنها أو بعضاً منها لأن الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا.

---

(1) انظر: نجيده، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، مرجع سبق ذكره، ص: 173.

## المطلب الثاني

### صاحب الحق في الإجازة: محلها، شروطها، وأثرها

بما أن الباحث تعرض في المطلب السابق إلى تعريف الإجازة ووسائل التعبير عنها ينبغي على الباحث، ولو من باب الإشارة التعرض لصاحب الحق في الإجازة، وشروط الإجازة وأثرها.

المجيز لتصرف الفضولي في الفقه الإسلامي هو كل شخص يملك مباشرة التصرف الموقوف، فإذا باع الفضولي ملك غيره، توقف العقد على إجازة ذلك الغير، سواء كان هو المالك الحقيقي، أو وكيله، أم وليه، فإذا أجاز تصرف الفضولي اعتبر وكيلاً، ونفذ التصرف من وقت صدوره بأثر رجعي، وإذا لم يجزه بطل التصرف.

أما المتصرف إليه - كالمشتري من الفضولي - فلا يملك حق الإجازة وإنما له حق الفسخ قبل إجازة المالك، فإذا أجاز المالك نفذ التصرف منذ صدوره، وأصبح المشتري مالكا للمبيع من ذلك الوقت.

كذلك ليس للفضولي الإجازة، بل له حق الفسخ قبل إجازة المالك، ليدفع عن نفسه الحقوق التي قد يطالبه بها المشتري أو المالك<sup>(1)</sup>، ويلاحظ أنه يجوز لوكيل المالك ونحوه إجازة التصرف الموقوف؛ لأنه أصبح ذو ولاية في إبرام التصرف<sup>(2)</sup>.

وفي فقه القانون المدني، يختلف الأمر عنه في الفقه الإسلامي، فالذي يملك الإجازة في القانون المدني هو من تقرر البطلان لمصلحته، كالمشتري في بيع ملك الغير، والموهوب له في هبة ملك الغير، والدائن المرتهن في رهن ملك الغير رهناً رسمياً أو حيازياً، وليس للمالك ذلك الحق لأنه ليس طرفاً في العقد وإن كان له الحق في إقراره، فإذا أقره زال البطلان وانقلب العقد صحيحاً<sup>(3)</sup>، وعكس التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي فإن الشخص فيه قد يملك الإجازة والفسخ كالمالك في بيع ملك الغير، وقد يملك الفسخ دون الإجازة كالمشتري من الفضولي والفضولي نفسه، وقد يملك الإجازة دون الفسخ كالمستأجر إذا بيع الشيء المستأجر<sup>(4)</sup>.

(1) "باع ثوباً من رجل ولم يقبضه المشتري حتى باعه البائع من رجل بفضل عشرة دراهم، ثم أجاز المشتري بيع البائع، لا

تصح إجازته لأنه بيع ما لم يقبض"، انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:191.

(2) "باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً له، فأجاز ذلك البيع، صح استحساناً" وفي الموضوع نفسه: "باع بلا أمره ثم

أجاز به وكالته جاز"، انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:235.

(3) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:116.

(4) زكي، محمود جمال الدين، دروس في النظرية العامة للالتزامات، لا:نط (لا:نط، لا:نط، لا:نط)، ص:260-261.

## محل الإجازة:

محل الإجازة هو: التصرف الموقوف، ومن ثم فهي لا ترد على التصرف النافذ لأنه صحيح منتج لإثارة، ولا ترد على التصرف الباطل، لأن الباطل معدوم والإجازة لا تلحق العدم ولا تخلق منه وجوداً، ويشترط أن يكون محل الإجازة تصرفاً شرعياً قولياً موقوفاً، أما التصرف الفعلي فلا تلحقه الإجازة عند - أبي حنيفة -؛ لأن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء، وتلحقه عند - محمد بن الحسن الشيباني - كما تلحق التصرف القولي، كما يشترط أن يكون محل الإجازة قائماً وقت صدورهما وإلا بطل التصرف؛ لأن الإجازة لها حكم الإنشاء وبسببها تترتب الأحكام فلا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم، والإجازة في القانون لا ترد - كما هو الشأن في الفقه الإسلامي - على العقد الباطل<sup>(1)</sup>، لأنه معدوم ويعد كأن لم يكن، خاصة وإن إجازة العقد الباطل لا يحتج بها في مواجهة الغير الثابت له مصلحة في دعوى البطلان، فضلاً عن أن هذا الغير لم ينشأ له حق في البطلان يصلح للنزول عنه، وإنما مجرد ميزة قانونية تقوم على مصلحة عامة واجبة التطبيق رغماً عن إرادة الشخص الذي تحميه ولا تتوقف على مطالبة، أو عدم مطالبة صاحب المصلحة<sup>(2)</sup>.

ولكن ترد الإجازة على العقد الباطل بطلاناً نسبياً، أو القابل للإبطال رغم ما شابهه عن خلل، فإن القانون يعترف بصحته ويرتب كافة الآثار القانونية المتولدة من هذا العقد<sup>(3)</sup>.

## مدة الإجازة:

لم يعثر الباحث في الفقه الإسلامي - حسب ما تيسر له - على نص واضح يقرر أمد الحق في الإجازة، فلا يوجد وقت معين إذا انقضى عد من له الحق في الإجازة مجيزاً، أو راداً لتصرف الفضولي الموقوف مما يؤدي إلى إصابة التصرف بحالة من الجمود تجعل التعامل غير مستقر مدة غير محددة<sup>(4)</sup>، وإذا جاز لكل من الفضولي والمتعامل معه حق فسخ التصرف حتى يتخلصا من هذه الحالة غير المستقرة وليدفعا الحقوق عن أنفسهما، فإن هذا ليس حلاً لمشكلة

(1) انظر: الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سبق ذكره، ص: 360.

(2) انظر عبدالرحمن، إجازة العقد القابل للإبطال، مرجع سبق ذكره، ج: 3، ص: 4.

(3) انظر: يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: 145.

(4) "الإجازة تكون على التراخي، فلا تبطل إلا برد المبيع"، ومعنى هذا أن الحق في الإجازة لا يسقط بمرور الوقت، وعلى

عكس الحنفية، والزيدية، ويرى الشافعية أن الإجازة تكون على الفور، انظر: الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي

اليمني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، لا: ط (دار احياء الكتب العربية،

لا: ب، لا: ت)، ج: 2، ص: 350.

عدم تحديد مدة لمباشرة الإجازة؛ لأن الفسخ إنهاء التصرف، أما إذا أريد بقاءه دون فسخ فليس هناك سوى التبرص انتظاراً لصدور الإجازة من صاحب الحق، غير أن الفقه المالكي<sup>(1)</sup>، قرر أن الفضولي إذا باع ملك الغير بحضرة المالك وسكت هذا، فسر سكوته على أنه إجازة للتصرف وكان له المطالبة بالثمن خلال عام من العقد، وإذا باعه بغير حضرته أو بلغه فسكت عاماً من وقت علمه بالتصرف، فسر سكوته على أنه إجازة ونفذ التصرف، ومعنى هذا أن المالكية يرون أن لمضى الزمن أثراً في إنفاذ تصرف الفضولي الموقوف، وهذا في الواقع حل موفق في الفقه الإسلامي يرجحه الباحث؛ لأنه وسط بين من يقول إن الحق في الإجازة على التراخي، ومن يقول إنه على الفور.

ومدة الإجازة - في القانون - نصت عليها المادة (140) من التقنين المدني الليبي بقولها:

1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط، أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال الغلط، أو تدليس، أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد<sup>(2)</sup>، وقد أحسن المشرع العراقي - الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي - صنفاً عندما أوجب استعمال خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذي يعلم فيه المالك بتصرف الفضولي حتى لا يبقى التصرف موقوفاً غير نافذ مدة طويلة، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم استقرار التعامل، فنص في المادة (136) مدني في فقرتها الثانية، والثالثة على أنه:

1- يجب أن يستعمل خيار الإجازة، أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً.

2- إذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: التسولي: البهجة شرح التحفة، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:96.

(2) تطابق هذه المادة. المادة "140" من التقنين المدني المصري والمادة (141) من التقنين المدني السوري، فيما عدا أن الفقرة الأولى من هذه المادة تجعل سقوط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه سنة واحدة من تاريخ العلم بحقه.

(3) الحكيم، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص:314، ص:315.

## شروط صحة الإجازة:

يجب أن تتوفر في الإجازة شروط معينة حتى يترتب عليها أثرها من نفاذ التصرف الموقوف، وذلك بناء على القول بصحة تصرف الفضولي، فإذا تخلف شرط وقع التصرف باطلاً، ومن البديهي أن تكون إرادة المجيز خالية من عيوب الإرادة ودونك تلك الشروط.

**الشرط الأول:** أن تصدر الإجازة ممن له الحق ولاية إنشاء التصرف، وذلك لأن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء، فوجب أن يكون المجيز له ولاية إنشاء التصرف المجاز، فإذا باع الفضولي مال صغير له وصي، فأجاز القاضي هذا البيع لا ينفذ ولا تصح إجازته، إذ ليس له ولاية إنشائه، بخلاف ما لو أجاز الوصي، فإن البيع ينفذ؛ لأن له ولاية إنشائه.

ويلاحظ أن المجيز إذا كان أكثر من واحد فلا بد من إجازتهم جميعاً، ولا يكفي إجازة بعضهم عن بعض، وبناء على ذلك يجب:

- أن يكون المجيز موجوداً وقت التصرف؛ لأنه يمكن أن يجيز في الحال أي وقت وقوع تصرف الفضولي - أو في المال - أي بعد حدوث التصرف - فيكون التصرف عند الإذن القائم مقيداً فينعقد التصرف، وعلى ذلك يقع باطلاً تصرف الفضولي الذي لا مجيز له عند وقوعه، والباطل لا تلحقه الإجازة، فلو باع الفضولي مال الصبي، فإن التصرف لا ينعقد لأن الصبي لا يمكنه أن يباشر هذا التصرف فلم يكن له مجيزاً حال وقوعه، بخلاف ما لو باع الفضولي مال شخص بالغ، فإن التصرف ينعقد موقوفاً على الإجازة، لأن البالغ يملك هذا التصرف بنفسه، فكان له مجيز حال وجوده<sup>(1)</sup>.

وذهب بعض الحنابلة إلى عدم اشتراط صدور الإجازة ممن يملكها وقت تصرف الفضولي، بل يكفي أن يملكها عند الإجازة، فإذا باع الفضولي مال الصغير ثم بلغ، وأجاز البيع صح العقد<sup>(2)</sup>.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى عدم اشتراط وجود المجيز حين الإجازة لقيام وراثته مقامه، وقد بينت ذلك سابقاً<sup>(3)</sup>.

---

(1) "والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ"، انظر: النووي، **المجموع شرح المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:283.

(2) المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف شرح المقنع**، ط:1 (مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م)، ج:4، ص:283.

(3) "يشترط قيام المالك، حتى لو هلك المالك قبل الإجازة، لا يجوز بإجازة ورثته، لأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع"، انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:151.

## الشرط الثاني:

أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي، وذلك في عقود المعاوضات، كالبيع والإجازة، فإذا توفى الفضولي البائع أو الفضولي المؤجر، لم يصح العقد بإجازته بعد ذلك من مالك المبيع ولا من مالك العين المؤجرة، لأن الفضولي يعد فيها وكيلًا بالإجازة وحقوق العقد ترجع إليه ويطالبه الغير بها، وهي لا تلزم إلا الأحياء.

أما التصرف التي لا يرجع شيء من حقوقها إلى الفضولي - كعقد الزواج - فلا تشترط حياة الفضولي لأنه لا يكون فيها وكيلًا بالإجازة، بل مجرد سفير، وبالتالي تنتهي مهمته بانتهاء عبارته، فإذا زوج الفضولي امرأة ثم توفى، كان للزوجة أن تجيز العقد بعد وفاته فينفذ بإجازتها ويلزم، وكذلك الحكم إذا كان الفضولي قد باشر العقد عن الزوج، كان للزوج أجازته بعد وفاة الفضولي<sup>(1)</sup>.

وفي هذا يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي، حيث يرى أن منهما انقضاء الفضالة بموت الفضولي<sup>(2)</sup>.

## الشرط الثالث:

أن تصدر الإجازة حال حياة المتعاقد مع الفضولي، ويبرر الفقهاء ضرورة هذا الشرط، بأن المتعاقد مع الفضولي هو الذي يطالب بما وجب له من حق، ويطالب بما أوجب عليه من واجب. وبناء على ذلك لا تصح إجازة بيع الفضولي بعد وفاة المشتري منه لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن، ولا إجازة إنكاحه امرأة بعد وفاة الزوج، لأن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فيلزم وجود طرفيه عند الإجازة<sup>(3)</sup>.

## الشرط الرابع:

أن تصدر الإجازة حال بقاء محل التصرف الموقوف: وذلك لكي يظهر أثر الإجازة في المحل، لأن الإجازة تجعل التصرف نافذاً، ومعنى نفاذه ظهور آثاره في المحل، والآثار لا تظهر في محل معدوم، فلو أُجيز التصرف بعد هلاك محله، أو تلفه، فإن الإجازة لا تصح، ففي بيع الفضولي يشترط أن يكون المبيع موجوداً وقت الإجازة، فإذا هلك فلا تصح الإجازة<sup>(4)</sup>.

---

(1) "يشترط لصحة الإجازة قيام أربعة، البائع والمشتري والمالك والمبيع"، انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:230.

(2) نجيده، الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص: 458-459.

(3) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:279.

(4) "إذا لم يعلم حال المبيع باق هو أم هالك، صحت الإجازة، لأن الأصل بقاؤه وهذا قول محمد، وقال: أبو يوسف: لا يصح حتى يعلم قيامه وقت الإجازة، لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك، انظر: الحدادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري"، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:239.

## الشرط الخامس:

أن تصدر الإجازة حال بقاء الثمن إذا كان عيناً "كالعروض"<sup>(1)</sup> لأن العرض يتعين بالتعيين فصار كالبيع، أما إذا كان ديناً "كالنقود" فلا يشترط بقاؤه؛ لأن الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة<sup>(2)</sup>.

وهذا عند غالبية الفقهاء، لكن بعض الأحناف ذكر أنه: "إذا هلك العرض الذي من جهة الفضولي ثم أجاز المالك، ينبغي أن يجوز"<sup>(3)</sup>.

وقد اعتمدت مجلة الأحكام العدلية هذه الشروط، فنصت في المادة 378 على أن: "بيع الفضولي إذا أجاز صاحبه المال، أو وكيله، أو وصيه، أو وليه، نفذ، وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً، وإلا فلا تصح الإجازة"<sup>(4)</sup>.

تلك الشروط الإجازة - بوجه عام - في الفقه الإسلامي، وهي لا تختلف كثيراً عن نظائرها في القانون المدني، إذا يشترط فيه لصحة الرضا بالإجازة.

1- أن تتوفر لدى المجيز الأهلية اللازمة للإجازة، سواء أكانت الأهلية اللازمة لصحة العقد الأصلي، باعتبار أن الإجازة تمثل عنصراً إضافياً له، أو كانت أهلية التصرف لدى المجيز، بناء على أن الإجازة تتضمن نزولاً عن الحق في التمسك بإبطال العقد، بصرف النظر عن الأهلية اللازمة بالنسبة للعقد الأصلي.

2- خلو إرادة المجيز من العيوب، ويلزم لسلامتها الآتي:

أ- علم المجيز بالعيب الذي يشوب العقد، إذ لا يستساغ النزول عما يجهله المرء، والعبرة في ذلك بالعلم الحقيقي، وليس مجرد العلم الافتراضي. وعلى ذلك لا يعقد بالشرط الوارد في العقد الذي ينص على نزول العاقد مقدماً عن حقه في التمسك بالإبطال لعيب شاب العقد.

---

(1) مثل: أن يبيع الفضولي فرساً لغيره ويكون ثمن المبيع ناقه، فيشترط لصحة إجازة مالك الفرس وجود ناقه، والإجازة هنا تكون إجازة نقد لا إجازة عقد، انظر: المرادوي، الإنصاف، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:138.

(2) "وإن كان الثمن عيناً، فقيامه شرطاً للتحقق للإجازة، ويكون الثمن للبائع لا للمالك، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجهه، والشراء لا يتوقف على الإجازة، بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً، وهو أهل، وللمالك حق الرجوع بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً، لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره، فيتوقف النقد على الإجازة، فإذا أجاز مالكة بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو على إجازة المالك، فإذا أجازته كان مجيزاً للعقد فكان بدله له"، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:152.

(3) ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:230.

(4) حيدر، ررر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:342.

ب- علم المجيز بحقه في الإبطال المقرر له قانوناً بناء على العيب الذي يشوب العقد؛ لأن الإجازة تتضمن نزولاً عن الحق في الإبطال، وهذا يستلزم علم المجيز، ولا يجوز الاعتراض عن ذلك بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، لأن حق الإبطال ثابت بنص القانون.

ج- زوال عيب الإرادة، أو نقص الأهلية عند صدور الإجازة، لأن بقاء ذلك يجعل إرادة الإجازة معيبة بنفس العيب الذي شاب إرادة المجيز في العقد الأصلي.

د- عدم تعرض المجيز لعيب إرادي، أو نقص طارئ في الأهلية وقت الإجازة، حتى لا يتمسك المجيز بإبطال الإجازة<sup>(1)</sup>.

فالشرط لصحة الإجازة في القانون: هو وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدین، أو المالك الأصلي، أو المعقود عليه وقت الإجازة<sup>(2)</sup>.

### أثر الإجازة:

إذا صدرت الإجازة من المجيز وفق الشروط السابقة ترتب عليها أثاران: نفاذ التصرف الموقوف، وتحول الفضولي إلى وكيل يلتزم بحقوق التصرف لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

1- **نفاذ تصرف الفضولي:** وذلك عند من يقول بو قف تصرف الفضولي، فالإجازة تجعله نافذاً تترتب عليه أثاره تماماً كما لو صدر عن الأصل. ومن البديهي أن المجيز إذا أجاز أمراً فقد أجاز جميع لوازمه معه، كما إذا باع الفضولي سلعة آخر بغير إذنه ثم حط للمشتري من الثمن دون أن يعلم صاحب السلعة بذلك، ثم أجاز المالك البيع فإن الإجازة تلحق البيع والحط من الثمن معاً.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد زمن ترتب هذه الآثار هل تترتب من وقت صدور تصرف الفضولي فتكون الإجازة اللاحقة تماماً كالوكالة السابقة، وتسمى الإجازة في هذه الحالة "إجازة كاشفة"؛ لأنها تكشف عن مالك سابق الثبوت والتحقق أم أن الإجازة ناقلة للملك من حين صدورها من المجيز لا من حين العقد تماماً كما لو صدر العقد من حينها، وتسمى الإجازة في هذه الحالة "إجازة ناقلة"؟ أم أن الإجازة تختلف طبيعتها باختلاف طبيعة التصرف المجاز من حيث قبوله التعليق أو عدمه، فتكون كاشفة إذا كان التصرف مما لا يقبل التعليق بالشرط، وتكون ناقلة إذا كان التصرف مما يقبل التعليق بالشرط؟

(1) عبدالرحمن، إجازة العقد القابل للإبطال، مرجع سبق ذكره، ص:16.

(2) الحكيم، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص:315.



## للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء :

**الرأي الأول:** يرى أن الإجازة تجعل تصرف الفضولي الموقوف نافذاً تترتب عليه آثاره، غير أن هذا النفاذ تارة يكون من وقت الإجازة فقط "إجازة ناقلة"، وتارة يكون وقت إنشاء التصرف "إجازة كاشفة".

والضابط في ذلك: أن التصرفات التي لا تقبل التعليق بالشرط، كعقود المعاوضات المالية - إذا ما صدرت من الفضولي - فإنها بالإجازة تنفذ من وقت إنشاء التصرف، أي أن للإجازة أثراً رجعياً، لأن آثارها لا تتراخى عنها فلم يمكن إرجاؤها فوِّعت مستندة إلى وقت إنشائها، وإن كان التصرف يتطلب التسليم الفعلي كالهبة فينفذ من وقت تسليم الموهوب له، وأما ما صح تعليقه بالشرط - إذا ما صدر من الفضولي - كالكفالة، والحوالة، والطلاق، فإن النفاذ يكون من وقت الإجازة، لأن هذه التصرفات معلقة في المعنى على الإجازة فكأن حكمها حكم المعلق حقيقة عليها، فيقتصر على وقت تحقيق الشرط وهو وقت الإجازة، وإلى هذا فقهاء الحنفية<sup>(1)</sup>.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية لكن دون تعميم، حيث فرقوا بين بيع الفضولي وطلاقة بقولهم: "وطلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كبيعة، إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع"<sup>(2)</sup>.

## الرأي الثاني:

يرى أن الإجازة كاشفة للأحكام المترتبة على تصرف الفضولي منذ نشأته، أي "بأثر رجعي"، لأن العقد إذا استوفى شرائطه كان نافذاً للملك، وعقد الفضولي مستوفي لكل شرائطه إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وإليه ذهب الحنابلة<sup>(3)</sup> على الصحيح من المذهب، وجمهور الزيدية<sup>(4)</sup>، والإمامية<sup>(5)</sup>، على المشهور.

(1) "الفضولي يثبت حكمه مقصوراً على حالة الإجازة حتى لا يقع الطلاق الموقع قبل الإجازة، وهذا بخلاف البيع الموقوف على إجازة المالك، فإنه إذا أجازته يثبت [المالك من حين العقد، حتى يثبت الملك] للمشتري في الولد، والزيادة الحادثة بين العقد، والإجازة، انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفضولين**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:229.

(2) مثال ذلك: "قيمن غصلب جارية رجل فباعها، فولدت عند المشتري، فأتى ربه فأجاز البيع، أيجوز أم لا؟ في قول: مالك (قال) ذلك جائز ولست ألتفت إلى نقصان الجارية ولا إلى زيادتها إذا أجاز البيع، لأنه إنما يجيز اليوم أمراً قد كان قبل اليوم فالجارية لم تزل للمشتري من يوم اشتراها"، انظر: الأصبغي، **المدونة الكبرى**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:179.

(3) "الصحيح في المذهب أنه يملكه من حين العقد، جزم به القاضي في الجامع والمصنف في المعنى في مسألة نكاح الفضولي، وقدمه في الفروع، وقيل: من حين الإجازة، انظر: المرداوي، **الإنصاف**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:17.

(4) "والمبيع يملك بالإجازة من يوم العقد، لأن الإجازة كالكاشفة عن الملك، لأنها كالخيار"، انظر: ابن مفتاح، **المنتزع المختار**، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:46.

(5) انظر: مغنية، **فقه الإمام جعفر الصادق**، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:102، ص:103.

## الرأي الثالث:

يرى إن الإجازة ناقلة للملك من وقت وقوعها، وذلك بالقياس على جزء السبب، فكما أن السبب يتأخر عن جزء سببه، فكذلك تصرف الفضولي لا تنقل الملك إلا بعد الإجازة، وإليه ذهب الشافعية<sup>(1)</sup>، والحنابلة<sup>(2)</sup>، في إحدى الروايتين وبعض الزيدية<sup>(3)</sup>، وبعض الإمامية<sup>(4)</sup>. ويرى الباحث أن للإجازة أثر رجعي إذا كان التصرف مما لا يصح تعليقه بالشرط كالبيع "إجازة كاشفة" ولا يكون لها أثر رجعي إذا كان التصرف مما يصح تعليقه كالطلاق "إجازة ناقلة".

## ثمرة الاختلاف:

تظهر ثمرة الاختلاف بين الأثر الكاشف، والأثر الناقل لإجازة تصرف الفضولي في النماء المنفصل لكل من الثمن والمثمن، والحاصل بين العقد والإجازة، فإنه يكون للمتعاقد مع الفضولي على القول بالكشف، وللمالك المجيز على القول بالنقل<sup>(5)</sup>.

## 2- جعل الفضولي وكيلًا يلتزم بحق العقد:

ذهب الحنفية<sup>(6)</sup>، والمالكية<sup>(7)</sup>، والشافعية<sup>(8)</sup>، والحنابلة<sup>(9)</sup>، والزيدية على قول، والإمامية<sup>(10)</sup>، إلى أن الفضولي بالإجازة ينقلب وكيلًا، فيطالب بحقوق العقد، وكأن المجيز قد

(1) قال إمام الحرمين: والصحة على قول الوقوف وهو القديم ناجز، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة، انظر: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:261.

(2) "وإن حكم بصحة عقد مختلف فيه من يراه، كتصرف فضولي أحيز، صح العقد واعتبرت آثاره من حين الحكم لا من حين العقد، ذكر القاضي فالمختلف فيه باطل من حين العقد إلى الحكم"، انظر: الرحباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ط:3 (لا:مط، لا:ب، 1421هـ، 2000م)، ج:4، ص:20.

(3) انظر: ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:525.

(4) البارقي، السيد سند، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل من الكتب (شرح المختصر النافع)، لا:ط (لا:مط، القاهرة، مصر، 1383هـ-1963م)، ج:1، ص:512.

(5) ويرى المالكية أن العلة للمشتري إذا كان حسن النية بأن كان يجهل أن البائع غير مالك أو كانت هناك شبه تنفي العداء، وإلا فهي للمالك، انظر: ابن الخرخشي، الخرشي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:18.

(6) "وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري، والثمن مملوكاً له - أي المالك - أمانة في يده - أي يد الفضولي - فلو هلك لا يضمنه كالكيل، فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة"، انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:191.

(7) "من باع ملك الغير بغير إذنه، فإن البيع موقوف على إجازة المالك..."، انظر: ابن الخرخشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:18.

(8) انظر: الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:402.

(9) "ويصير - أي شراء الفضولي - ملكاً لمن اشترى له من حين العقد بالإجازة؛ لأنه اشترى لأجله ونزل المشتري نفسه منزل الوكيل فملكه من اشترى له كما لو أن"، انظر: البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس، شرح الروض المربع لكتاب زاد المستنقع، لا:ط (دار التراث، القاهرة، مصر، لا:ت)، ج:2، ص:235.

(10) انظر: مغنية، فقد الإمام جعفر الصادق، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:102.

وكله قبل مباشرته للتصرف إذاً الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، فيصير المبيع ملكاً للمشتري فتثبت له كل زيادة، كالكسب والولد والنماء، ومثل النماء ما يؤخذ عوضاً عن ضرر أصاب محل التصرف الموقوف قبل الإجازة، ويكون الثمن مملوكاً للمالك ويد الفضولي عليه أمانة كيد الوكيل تماماً حتى إذا هلك لم يضمنه الفضولي إذا كان الهلاك دون تعدٍ أو تقصير. وذهب جمهور الزيدية إلى أن الفضولي بالإجازة ينقطع تصرفه، فلا تتعلق به حقوق العقد من قبض المبيع، وتسليم الثمن، والرد بالخيارات، بل كل ذلك إلى المالك، واستثنوا حالة واحدة وهي: إذا أجاز المالك، وقد علم بقبض الفضولي للثمن أو المبيع، فإنه يتعلق به حق المطالبة، فيطالبه المجيز بالثمن ولا يطالب المشتري<sup>(1)</sup>.

وبإجراء المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في ذلك يتبين للباحث إن للإجازة

في الفقه الإسلامي أثرين:

الأول - نفاذ التصرف الفضولي.

الثاني - جعل الفضولي وكيلاً.

وقد تناول سابقاً أثر رب العمل لتصرف الفضولي في القانون المدني الليبي - وبالمقارنة

بين الفقه الإسلامي والقانون يستطيع الباحث أن يقرر الآتي:

1- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الإقرار الصادر من رب العمل في

الفضالة، أو من المالك الحقيقي في بيع ملك الغير، يجعل التصرف نافذاً في مواجهته.

2- وكذلك يتفق القانون المدني مع جمهور الفقه الإسلامي في الأثر الرجعي للإقرار، وهو

ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي "الإجازة الكاشفة".

3- يختلف القانون المدني مع الرأي الآخر في الفقه الإسلامي الذي يرى أن الإجازة "ناقلة".

4- ساير جمهور شراح القانون المدني، الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي الذي يرى أن

الفضولي يصير وكيلاً بالإجازة.

---

(1) انظر: ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:525.

## المبحث الثاني

### عدم إجازة تصرف الفضولي، ونماذج من تصرفاته

تحدث الباحث في المبحث السابق عن إجازة تصرف الفضولي، ووسائل التعبير عن تصرفاته في الفقه الإسلامي.

فقد يرى صاحب الحق في إجازة تصرف الفضولي (المالك الحقيقي أو وكيله أو وليه) أن المصلحة في نفاذه متحققة فَيُؤَدِّمُ على إجازته، إذا كل عاقل يُؤَدِّنُ في التصرف النافع له بلا ضرر.

سيقوم الباحث في هذا المبحث إذا ثبت عكس ذلك، أي يرى صاحب الحق غير ذلك، وأن تصرف الفضولي لم يحقق له الغرض المطلوب فيرفضه، فللمجيز "صاحب الشأن" الخيرة في إجازة تصرف الفضولي، أو رفضه وردّه. ومن هذا المنطلق يقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين هما:

المطلب الأول: رفض تصرف الفضولي أو رده.

المطلب الثاني: نماذج من تصرفات الفضولي القولية.

## المطلب الأول

### رفض تصرف الفضولي أو رده

قد لا يجيز صاحب الشأن تصرف الفضولي الموقوف، وإنما يستعمل حق الرد. فما معنى الرد؟ وما طبيعته؟ وصيغته؟ ومن صاحب الحق فيه؟ وما آثاره؟  
أولاً: معنى الرد:

- الرد في اللغة: الرجوع والعود، قال تعالى: ﴿لَمَّا أَنْ جَاءَ الْبَشِيرُ أَلْقَاهُ عَلَى وَجْهِهِ فَارْتَدَّ بَصِيرًا﴾<sup>(1)</sup>، وقال سبحانه وتعالى: ﴿فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصًا﴾<sup>(2)</sup>، أي رَجَعَا وَعَادَا. والرد: المنع من الشيء وعدم قبوله<sup>(3)</sup>، وهذا المعنى هو المقصود عند الحديث عن رد تصرف الفضولي.

- الرد في الإصطلاح الفقهي: لا يختلف المعنى الإصطلاحي للرد عن المعنى اللغوي، وعليه يمكن تعريفه: بأنه "عدم إجازة تصرف الفضولي"<sup>(4)</sup>، وهذا التعريف من العموم بحيث يشمل الرد "الإيجابي" باستعمال وسيلة من وسائل التعبير عن عدم الرضا بتصرف الفضولي، والرد "السلبى" بسكوت صاحب الحق مع علمه بالتصرف<sup>(5)</sup>.

ويجب التمييز بين رد تصرف الفضولي الذي يترتب عليه زواله، وبين بطلان تصرف الفضولي لتخلف شرط من شروط وقف التصرفات<sup>(6)</sup>، وذلك لأن تخلف شرط التوقف يؤدي إلى القول بأن هذا التصرف غير موقوف وبالتالي لا يرد عليه حق الرد.

(1) سورة يوسف: الآية (96).

(2) سورة الكهف: الآية (64).

(3) الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لا:ط (دار الفكر، لا:ب، لا:ت)، مادة: رد، ج:1، ص:305-306.

(4) مذكور، محمد علي، تصرفات الفضولي "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1411هـ، 1991م، ص:477.

(5) "وله رده، لكن بالقرب، فإن سكت مع العلم عاماً فلا رد له، وليس له إلا طلب الثمن، فإن سكت مدة الحيابة لم يكن له شيء". عليش، محمد بن احمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ط:1 (مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، 1404هـ-1984م)، ج:2، ص:481.

(6) عبدالبر، محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد في العدد الأول والثاني، مارس ويونيو، سنة 1955م، مطبعة القاهرة، ص:130.

كما يجب التمييز بين رد تصرف الفضولي، وبين بطلان تصرف الفضولي لتخلف شرط من شروط صحة الإجازة<sup>(1)</sup>، ذلك لأن تخلف شرط الإجازة يؤدي إلى القول بأن التصرف باطل لعدم توفر عناصر وجوده، كبيع الخمر لأنه في حكم غير الموجود أصلاً، والرد كالإجازة لا يرد على تصرف معدوم.

وأخيراً: يجب التفرقة بين رد تصرف الفضولي، وبين فسخ هذا التصرف نتيجة استعمال أحد طرفيه (الفضولي، والمتعاقد معه) حقه في الفسخ، قبل أن يتدخل المالك بالإجازة أو الرد؛ ذلك لأن الفسخ في هذه الحالة ناتج عن طبيعة العقد غير الملزمة للطرفين<sup>(2)</sup>.  
ثانياً: طبيعة الرد:

إذا أعلن صاحب الحق في الرد إرادته بعدم رضائه عن تصرف الفضولي الموقوف، فإن هذا التصرف يزول بأثر رجعي كأن لم يكن، فما معنى هذا الزوال؟  
تنوعت عبارة الفقهاء في وصف زوال تصرف الفضولي عند رده:

1- فقد وصفه القدوري<sup>(3)(\*)</sup> وابن نجيم وغيرهما من الحنفية، وابن رشد<sup>(4)</sup>، الحفيد من المالكية وابن مفتاح<sup>(5)(\*)</sup> من الزيدية (بالفسخ) وقريب من هذا وصف الدردير<sup>(6)</sup>، من فقهاء المالكية بأنه "منحل".

- 
- (1) الصدة، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سبق ذكره، ص: 171.
- (2) ثم لهذا الفضولي قبل أن يجيز المالك أن يفسخ العقد، وكذلك لو فسخه المشتري يفسخ وأيضاً فإن مات البائع قبل الإجازة انفسخ البيع ولا يجوز بإجازة ورثته، انظر: الحدادي، الجوهر النيرة على مختصر القدوري، مرجع سبق ذكره، ج: 1، ص: 239.
- (\*) هو شيخ الحنفية، أبو الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان البغدادي القدوري. قال الخطيب كتبت عنه، وكان صدوقاً، انتهت إليه بالعراق رئاسة الحنفية، وعظم وارتفع جاهه، وكان حسن العبارة جرى اللسان، مديماً للتلاوة، مات في رجب سنة 428هـ، وله ست وستون سنة، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سبق ذكره، ج: 17، ص: 575.
- (3) "وإن لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ"، انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سبق ذكره، ج: 6، ص: 61.
- (4) "واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع، وأن لم يرض فسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير أذنه"، انظر: ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المحتهد ونهاية المقتصد، ط1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ-2002م)، ص: 576.
- (\*) هو عبدالله بن أبي القاسم المعروف بابن مفتاح. قال في طبقات الزيدية: قال في بعض التعاليق: هو من موالى بني الحجي، ولذا سكن غضران من بني خشيش من بلاد السر؛ لأنه ممن استوطنه وتملك فيه أموالاً وبنى فيه مسجداً، وهو صاحب "شرح الأزهار المشهور" قال العلامة ابن حنشل وغيره: إن ابن مفتاح سمع الغيث وغيره على الفقيه زيد بن يحيى الذماري، عن الإمام المهدي فهو الوساطة بين الإمام وبين ابن مفتاح، "وشرح الأزهار" من أحسن الكتب وأعظمها نفعا مع أنه قد شرح الأزهار جُلّة من العلماء الكبار ونهجو فيها مناهج لم يكن في (شرح ابن مفتاح) منها شيء؛ لكن الفقهاء لم يرفعوا بها رأياً، وقد فُبر ابن مفتاح في مقبرة كبيرة جنوب باب اليمن بصنعاء، سنة 877هـ، انظر: جمل الليل، الشجرة الزكية في أنساب بني هاشم، مرجع سبق ذكره، ج: 5، ص: 873.
- (5) انظر: ابن مفتاح، المنتزح المختار، مرجع سبق ذكره، ج: 3، ص: 46.
- (6) انظر: الدردير، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج: 3، ص: 12.

2- ووصفه السرخسي<sup>(1)</sup> وغيره من الحنفية، والأردبيلي<sup>(2)</sup> من الشافعية وابن قدامه<sup>(3)</sup> والحنبلي وغيره (البطلان).

3- ووصفه الإمام النووي<sup>(4)</sup> (بالإلغاء).

4- ووصفه الدسوقي<sup>(5)</sup> وغيره من فقهاء المالكية (بالنقض).

5- ووصفه الإمام سحنون<sup>(6)</sup> وغيره من المالكية (بالرد).

6- وهناك من الفقهاء من لم يصفه بشيء ويكتفي بالقول: "إن أجاز نفذ وإلا فلا"<sup>(7)</sup>.

يرى الباحث أن أصحاب (البطلان) ربما رأوا أن عوامل الصحة في تصرف الفضولي الموقوف غير مستقرة، فإذا أجز استقر، وإذا رُد زال وأصبح باطلاً بأثر رجعي.

غير أن البطلان لا يعبر عن حقيقة الرد، لأنه أثر من آثاره إذ يترتب على البطلان الرد، فالتعبير بالبطلان تأكيد للأثر وإغفال للمؤثر، فضلاً على أنه يوحي بعدم وجود التصرف أصلاً، والعقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح.

أما أنصار (الفسخ) ربما رأوا أن الرد قد عرّى تصرف الفضولي الموقوف عن محله، وإن الفضولي لن يستطيع شرعاً تسليم محل رفض مالكة تسليمه، فيفسخ التصرف بأثر رجعي فيما بين الطرفين، وفي مواجهة المالك الحقيقي.

والفسخ أقرب ما يكون إلى طبيعة الرد، إذ يعني أن هناك عقداً قائماً قد فُسخ، والذي يكشف عن طبيعة الرد على وجه الدقة عدم الإجازة، ذلك لأن الفسخ ليس من حق المجيز وحده بل قد يفسخ العقد من الفضولي أو من المتعاقد معه.

---

(1) "وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز، من البيع والإجازة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجاز ينفذ، وإلا بطل، وعند الشافعي - رحمه الله - تصرفاته باطلة"، انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:148.

(2) الأردبيلي، يوسف، **الانوار لأعمال الأبرار**، لانتظ (مصطفى البابي الحلبي وشركاؤه، لا:ب، 1390هـ، 1970م)، ج:1، ص:312.

(3) ابن قدامة، **الشرح الكبير على متن المقنع**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:16.

(4) انظر: النووي، **المجموع شرح المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:259.

(5) "محل كون المالك له نقض بيع الفضولي غاصباً أو غيره، إن لم يفت البيع"، انظر: التسولي، **البيحة في شرح التحفة**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:99.

(6) جاء في المدونة الكبرى، "قلت" فإن فسخ السيد الكفالة، أي كفالة العبيد بغير إذن سادتهم قبل أن يعتقوا ثم أعتقهم (قال) فلا كفالة عليهم، لأن مالكا قال: لا تجوز صدقاتهم، ولا هبتهم فإن اعتقهم السيد جاز ذلك إلا أن يكون السيد رد ذلك قبل أن يعتقهم فيكون ذلك مردود... انظر: الأصبجي، **المدونة الكبرى**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:143.

(7) انظر: الرملي: **نهاية المحتاج**، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:403.

وأما الفقهاء الذين لم يصفوا هذا الزوال بشيء - وهم أكثر الشافعية - فلعلهم نظروا إلى جانب المجيز ولم يراعوا حالة التصرف فيما بين المتعاقدين، هل بطل أو انفسخ؟ المهم عندهم هو أن التصرف الموقوف يتردد بين احتمال النفاذ إذا أُجيز، أو احتمال الزوال إذا رد، وفي هذا الاحتمال يعد (لاغياً).

مما سبق يتبين، أن الفقه الإسلامي نظر إلى تصرف الفضولي، الذي رفض المجيز إجازته من جانبين:

**الجانب الأول:** في مواجهة المالك فاعتبره غير موجود بالنسبة له، ولا يمكن أن يرتب أي التزام عليه، كما لا يمكن أن يرتب أي حق على ماله.

**الجانب الثاني:** فيما بين الطرفين، فاعتبره مفسوخاً للخلل الذي أصاب محل التصرف وهو انعدامه شرعاً<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: صيغة الرد:

يتحقق رد تصرف الفضولي بما تتحقق به الإجازة، وقد بيّن الباحث أن الإجازة تتحقق بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة يدل على الرضا<sup>(2)</sup>، فكذلك الرد يتحقق بكل ما يدل على عدم الرضا بتصرف الفضولي، لأنه مباين للإجازة ومغاير لها، فقد يكون الرد باللفظ الصريح، مثل أن يقول فسخت، أو لا أرضى، أو لا رغبة لي فيه... الخ، وهذا هو الظاهر عند الحنفية<sup>(3)</sup>. أما المالكية ومن وافقهم كالزيدية، فيفرون بين الألفاظ التي تفيد الرد، فعندهم (الفسخ) يفيد الرد ويسقط الحق في الإجازة بعد ذلك، أما الرد بقوله (لا أرضى أو لا أُجيز) فيعد امتناعاً لا يسقط الإجازة، ومعيار التفرقة هو العرف<sup>(4)</sup>.

---

(1) مطلوب، عبدالمجيد محمود، الفضالة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مرجع سبق ذكره، ص: 143-144.

(2) فرج، عبدالرزاق حسن، الإجازة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، لا: ط (الفجر الجديد، لا: ب، 1403هـ، 1983م)، ص: 150.

(3) "... (وقوله: لا أُجيز رد له) أي للبيع الموقوف، فلو أجازته بعد لم يجز لأن المفسوخ لا يجاز..."، انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سبق ذكره، ج: 4، ص: 148.

(4) جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي: "إن كلم السيد فيه - أي في العبد إذا تزوج بغير إذن سيده فقال: لا أُجيزه ثم قال: من بعد قد أجزته: فإنه على وجهين، إن أراد بقوله أولاً لا أُجيزه وإنما قد فسخته فقد بطل، ولا يلتفت إلى قوله من بعد قد أجزته، لأن ما تقدم بطلانه لا يصح، وإن كان قوله لا أُجيز على طريق الإنكار وقصد التروية والفكر كأنه يجيب بذلك من سأله أن يجيزه ثم قال من بعد قد أجزته، فإنه يصح"، انظر: البغدادي، عبدالوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، لا: ط (دار الفكر، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م)، ج: 2، ص: 742.



وقد يكون الرد بالفعل الدال عليه، كأن يتصرف صاحب الشأن تصرفاً يتنافى مع تصرف الفضولي السابق، مثل أن يبيع الفضولي ملك الغير ثم يبيع المالك الحقيقي - بعد ذلك - المبيع نفسه للفضولي أو لمن تعاقد مع الفضولي، أو لغيرهما، فإن تصرف المالك يعد رداً لتصرف الفضولي الموقوف<sup>(1)</sup>، وكذلك تجديد النكاح الذي عقده الفضولي من الطرف الثاني يتضمن فسخه ورده؛ لأن للطرف الثاني حق فسخ النكاح الذي انعقد موقوفاً لا الفضولي<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: صاحب الحق في رد تصرف الفضولي:

كل من يملك الإجازة يملك الرد وعلى ذلك يثبت الحق في الرد للمالك الحقيقي ما لم يفت محل التصرف، كما يثبت للولي، والوصي، والقاضي، والحاكم، ولو بدأ بالرد ثم أجاز، فالعبرة لما بدأ به والعكس صحيح، بحيث لو أجاز بيع الفضولي ولم يعلم قدر الثمن فلما علم بالثمن بعد الإجازة فوجده ثمناً قليلاً، فرجع عن إجازته فلا يصح رجوعه فالمعتبر إجازته لا رده، ولا يكلف الراد بإبداء أسباب رد التصرف، ذلك لأن عقد الفضولي لا يوجب حقاً للطرف الثاني المتعاقد مع الفضولي على المالك ولا يلزمه بشيء، بل له العدول عن العقد قبل أن يجيز المالك، وعلى افتراض لزوم العقد له فإن من حقه فسخه دفعاً للضرر<sup>(3)</sup>.

#### خامساً: آثار رد تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي:

لا توجد صعوبة عملية في الرد ما دام تصرف الفضولي الموقوف خارج نطاق التنفيذ إذ يعد كأن لم يكن، أما إذا دخل حيز التنفيذ، كما لو قام الفضولي بتسليم المبيع إلى المشتري وتسلم الثمن منه، ورفض المالك الإجازة فإن من حقه أن يطالب بالعين، وبالضمان إن كان له محل، ومن حق المشتري أن يطالب بالثمن، وبالضمان في بعض الحالات.

#### 1- رجوع المالك بالعين والضمان:

يرى الباحث هنا أن التصرف الموقوف لا يخول للفضولي تسليم العين إلى المتعاقد معه، بل تبقى حيث كانت قبل إبرام التصرف، فإذا تجاوز الفضولي وسلم العين، ولم يجز المالك فإنه يرجع على المتعاقد مع الفضولي في عين ماله بالاتفاق، وقد يرجع بالضمان.

(1) انظر: ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:231.

(2) انظر: نفس المرجع السابق، ج:1، ص:230.

(3) انظر: الحدادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:239.

## أ- الرجوع بالعين:

لا خلاف في أن يسترد المالك عين ماله إذا كان باقياً من أي يد كانت، إزالة لحالة غصب ملكه لأنه أحق بماله، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، ولما رواه سمرة<sup>(\*)</sup> عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إذا ضاع لأحدكم متاع أو سرق له متاع، فوجده في يد رجل بعينه، فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن"<sup>(2)</sup>.

وما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"<sup>(3)</sup>.

أما إذا كانت العين قد هلكت، فقد يكون الهلاك عند الفضولي وقد يكون عند غير الفضولي.

- **الهلاك عند الفضولي:** إذا هلكت العين تحت يد الفضولي، وجب التمييز بين ما إذا كانت يده يد أمانة، أم يد ضمان، فإذا كانت يد الفضولي يد أمانة، بأن كان يحوز الشيء لمصلحة المالك، كما في اللقطة يأخذها الملتقط ويشهد عليها فالأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً، بل هو الأفضل عند عامة العلماء، وهو واجب إذا خاف الضياع، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه عند الهلاك، إلا إذ قصر في حفظها أو تعدى عليها<sup>(4)</sup>.

وكما في الوديعة بغير أجر، فإن المودع يحوز الوديعة لمصلحة المودع (المالك)، فإذا هلكت تحت يد المودع فلا ضمان عليه، إلا إذا قصر في الحفظ أو تعدى عليها، لأن بالناس

(1) سورة النساء: الآية (29).

(\*) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري: صحابي، من الشجعان القادة. نشأ في المدينة. ونزل البصرة، فكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة ولما مات زياد أقره معاوية عاماً أو نحوه، ثم عزله وكان شديداً على الحرورية. وله رواية عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وكتب "رسالة" إلى بنيه، قال ابن سيرين: فيها علم كثير مات بالكوفة، وقيل بالبصرة توفي سنة 58هـ، حيث سقط في قدر مملوء ماء حاراً، أنظر: العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:178.

(2) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تح: محمد محي الدين، لا:ط (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، لا:ت)، كتاب: التقليل، باب: العهدة ورجوع المشتري بالدرك، ح: 11278، ج:6، ص:84.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، تح: محمد عبد الباقي، ط1 (دار أبي حيان، القاهرة، مصر، 1415هـ، 1995م)، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله، ح: 2564، ج:8، ص:363.

(4) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:116.

حاجة إلى الوديعة فلو كانت مضمونة امتنع الناس من قبولها فتتعطل مصالحهم. وأما إذا كانت يد الفضولي يد ضمان، بأن كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه، فإنه في هذه الحالة يعد كالغاصب والغاصب يده يد ضمان، فإذا هلك المغصوب تحت يده ضمنه ويكون التزامه برد الشيء إلى مالكة التزاماً بتحقيق غاية، وسواء بعد ذلك أكان الهلاك بفعله<sup>(1)</sup>، أم بسبب أجنبي<sup>(2)</sup>.

- **الهلاك عند غير الفضولي:** إذا هلكت العين عند غير الفضولي وكان المالك قد رفض إجازة تصرف الفضولي. فقد اختلف الفقهاء:

أ- ذهب المالكية<sup>(3)</sup>، والحنابلة، فقد فرقوا بين صاحب اليد الذي يعلم أن الفضولي غاصب للعين، وبين صاحب اليد الجاهل بذلك، فإذا كان عالماً بالغصب واستمر حائزاً للعين المغصوبة رغم علمه برفض تصرف الفضولي من المالك عد غاصباً واستقر عليه الضمان إذا تلفت العين أو هلكت مهما كان سبب الهلاك؛ لأنه كان يمكنه أن يتخلص منها بردها إلى من كانت في يده. وحينئذ يكون المالك بالخيار بين الرجوع عليه، أو على الفضولي فهو مع الفضولي في مرتبة واحدة، أما إذا كان صاحب اليد غير عالم بأن الفضولي غاصب للعين، فلا يجوز للمالك أن يرجع عليه إلا إذا كان الهلاك نتيجة تعديه، كما لو كان طعاماً فأكله، أو ثوباً لبسه حتى أبلاه فإنه يضمنه لمالكة.

ب- ذهب الحنفية<sup>(4)</sup>، والشافعية إلى أن الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان، وتعد امتداداً ليده، لأنها حازت العين لمصلحة نفسها فإذا هلكت العين تحت تلك اليد كان صاحبها مسؤولاً عن الهلاك، سواء كان يعلم أن الفضولي غير مالك، أو كان يجهل ذلك، إذ الجهل لا ينفي الضمان ويكون المالك بالخيار بين أن يضمن الغاصب لغصبه، أو يضمن صاحب تلك اليد؛ لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب.

---

(1) القاعدة في المذهب الحنفي: "أن الاضطرار لا يبطل حق الغير"، فإذا تناول مال الغير حالة المخصصة يضمن، انظر: البغدادي، **مجمع الضمانات**، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:305.

(2) انظر: الشربيني، **مغنى المحتاج**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:277.

(3) "أن من اشترى من الغاصب ما غصبه، وهو غير عالم بالغصب فاتفمه عمداً كما لو أكل الطعام، أو لبس الثوب حتى أبلاه فإنه يضمن لمالكة مثل المتلي، وقيمة المقوم يوم وضع يده عليه. أما لو علم المشتري بأن بائعه غاصب فإن حكمه حكم الغاصب للمالك أن يتبع أيهما شاء ويرد الغلة، فإن رجع على الغاصب لا يرجع على المشتري، وأن رجع على المشتري يرجع على الغاصب بثمنه. وإن اشترى من الغاصب الذي يعلم بالغصب إذا هلك عنده ما اشتره من الغاصب بأمر سماوي أي لا دخل لأحد فيه لا ضمان عليه للمالك"، انظر: ابن الخرخشي، **الخرشي على مختصر خليل**، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:146-147.

(4) "رجل غصب ثوب رجل فأودعه عند آخر فهلك عنده، فلصاحبه أن يضمنه أيهما شاء، لأن كل واحد منهما معتد في حقه، فإن المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب في حقه، فإن ضمن المستودع رجع على الغاصب بما ضمن، لأنه في حفظ العين كان عاملاً له"، انظر: السرخسي، **المبسوط**، مرجع سبق ذكره، ج:11، ص:68.

والراجح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة؛ لأنه يتفق مع قواعد الشرع ومبادئه، إذ من الأصول الشرعية عدم التسوية بين العالم وغير العالم، فضلاً عن أن عدم رجوع المالك على صاحب اليد الجاهل بالغصب لا يترتب عليه ضياع حقه، لأن له أن يرجع على الغاصب.

#### ب- الرجوع بالضمان:

قد يطول وقت التصرف الموقوف، فتتمو العين أو تستغل، ثم يرد المالك تصرف الفضولي فلمن تكون الغلة والمنافع؟:-

- يرى جمهور الفقهاء أن الغلة تكون للمالك إذا كانت قائمة؛ لأنها تتبع العين في الرد<sup>(1)</sup>.
- وذهب المالكية إلى أن الغير، إذا كان حسن النية - لا يعلم بتعدى الفضولي أو كانت هناك شبهة تنفي العداء عن الفضولي، كما لو كان حاضناً للمالك أو أدعى الوكالة - فإنه يستحق الغلة؛ لأن العين كانت في ضمانه والخراج بالضمان<sup>(2)</sup>، وهو معنى قول الفقهاء "من عليه القول - أي ضمان الشيء إذا هلك - فله النما - أي الزيادة والمراد الغلة<sup>(3)</sup>، أما إذا هلكت الغلة فقد يكون الهلاك عند الفضولي، وقد يكون عند غير الفضولي.

#### - هلاك الغلة عند الفضولي:

إذا هلكت الغلة عند الفضولي، وجب التمييز بين ما إذا كانت يد الفضولي يد أمانة، أم يد ضمان، فإذا كانت يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدى، وإذا كانت يد ضمان فقد اختلف الفقهاء في ضمان زوائد المغصوب ومنافعه أو عدم ضمانه إلى أقوال:

**القول الأول:** يرى أن زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب مطلقاً، سواء استوفاه أم عطَّها لأنها مال للمغصوب منه حصلت في يد الغاصب بالغصب فأشبهت الأصل، ومثل الزوائد المنافع يضمنها بأجرة مثلها سواء استوفى تلك المنافع أم تركها تذهب، عقاراً كالدار أم منقول كالداية، لها وجود مادي كالصوف والولد. أم منفعة عرضية كسكنى الدار، ذلك لأن المنفعة -

(1) انظر: البهوتي، **كشف القناع**، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:87.

(2) "... وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها، اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام: "الخراج بالضمان" وقوله عليه الصلاة والسلام: "ليس لعرق ظالم حق"... فمن قال إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة، مثل أن يشتري شيئاً، فيستغله فيستحق منه، وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة، فلا تجوز له الغلة؛ لأنه ظالم وليس لعرق ظالم حق"، انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:703.

(3) انظر: التسولي، **البيجة شرح التحفة**، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:497.

عندهم - مال متقوم وقد حال الغاصب بينها وبين مالها فوجب عليه الضمان كالعين المغصوبة ذاتها، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية<sup>(1)</sup>.

**القول الثاني:** يرى أن الغاصب لا يضمن زوائد المغصوب ومنافعه مطلقاً، وإلى هذا ذهب الحنفية حيث فرقوا بين زوائد المغصوب ومنافعه، فالزوائد سواء كانت منفصلة كالولد<sup>(2)</sup>، والتمر، وقد تكون متصلة كالسمن، تكون أمانة في يد الفضولي لا يضمن هلاكها إلا بالتعدي، أو المنع بعد طلبها، من يد المالك لم تكن تامة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب<sup>(3)</sup>، بل إن بعض الأحناف يرى عدم ضمان الزوائد المتصلة حتى ولو هلكت بعد طلب المالك لها، لأن الطلب غير صحيح، وعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل. أما منافع المغصوب فغير مضمونة عندهم لأنها ليست مالاً متقوماً، وعلى الفضولي أن يتصدق بها لأنها حصلت بكسب خبيث هو التصرف في ملك الغير<sup>(4)</sup>.

### القول الثالث: للمالكية وفيه تفصيل:

**أولاً:** ما كان متولداً من الأصل، وعلى خلقته، كالولد، فهو مردود مع الأصل.  
**ثانياً:** وما كان متولداً من الأصل، على غير خلقته، مثل التمر ولبن الماشية ففيه قولان: أحدهما: أنه للفضولي، والآخر: أنه يلزمه رده قائماً، وقيمه تالفاً.  
**ثالثاً:** وما كان غير متولد، ففيه خمسة أقوال:

- 1- قيل: يرد الزوائد مطلقاً، لتعديه، من غير تفصيل.
- 2- وقيل: لا يردها مطلقاً، لأنها في مقابلة الضمان الذي عليه من غير تفصيل.
- 3- وقيل: يرد قيمة منافع الأصول والعقار، لأنه مأمون ولا يتحقق الضمان فيه، ولا يرد منافع الحيوان وشبهه مما يتحقق فيه الضمان.

---

(1) "منافع الأموال إذا فاتت في يد عادية غصباً أو شراء فاسداً أو غيرهما تجب فيها أجره المثل سواء استوفيت أم لا"، انظر: السيوطي، **الأشياء والنظائر**، مرجع سبق ذكره، ص: 591.

(2) حدوث الولد على وجهين: الأول: أن يحدث في يده بعد الغصب، فهو أمانة إلا أن يتعدى فيه أو يمنعه منه، ولا فرق بين أن يغصبها حاملاً أو حائلاً في أن الولد أمانة، لأن الحمل لا قيمة له، والثاني: أن يغصبها والولد معها فإنه يضمن الولد، لأنه قد وقع عليه القبض الموجب للضمان، انظر: الكاساني، **بدايع الصنائع**، مرجع سبق ذكره، ج: 6، ص: 160.

(3) "وولد المغصوبة وثمارها، وثمر البستان المغصوب، أمانة في يد الغاصب، إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيه أو يطلبها مالها فيمنعه إياها"، انظر: الحدادي، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 32.

(4) "لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه، إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان، وله صورتان: صورة إذا غصب عبداً خبزاً فأمسكه شهراً ولم يستعمله ثم رده إلى المالك، لا يجب عليه ضمان منافع الشهر عندنا، وصورة اتلاف المنافع: أن يستعمل العبد أياماً ثم يرده على مولاه، فعندنا لا يضمن"، انظر: الحدادي، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 33.

4- وقيل: يردها إن انتفع بها، لأنها عوض في منافع ملك الغير، فكانت كالعين القائمة فلزمه ردها، ولا يردها إن عطلها، لأنه لم يأخذ عليها عوض يستحق رده.

5- وقيل: يردها إن غصب المنافع خاصة، ولا يردها إن غصب المنافع والرقاب<sup>(1)</sup>.

والراجح هو القول الأول الذي يقرر أنها للمالك، ويضمنها الغاصب مطلقاً؛ لأن في ذلك حفظاً لأموال الناس من التعدي عليها، والمنافع أموال في الراجح لأنها المقصود من الأعيان، إذ لا قيمة للعين ما لم تكن لها منفعة<sup>(2)</sup>.

- هلاك الغلة عند غير الفضولي:

قد تهلك غلة الشيء عند غير الفضولي، فماذا يكون الحكم؟

1- القاعدة عند الحنفية، أن غير الفضولي لا يكون ضامناً لزوائد المغصوب المتصلة والمنفصلة، ولا يضمن المنافع ما لم تكن وفقاً أو لليتيم أو معدة للاستغلال<sup>(3)</sup>.

2- أما المالكية فقد فرقوا بين الغير العالم بالغصب والجاهل به، فالأول: يضمن، والثاني: لا يضمن لأنه ذو شبهة<sup>(4)</sup>.

3- والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، يرون ضمان الغير للزوائد والمنافع، إذا هلكت تحت يده، والمالك أن يرجع عليه أو على الغاصب بقيمته ما هلك<sup>(5)</sup>.

2- رجوع المشتري بالثمن والضمان:

إذا رجع المالك الحقيقي في بيع الفضولي على المشتري واسترد العين منه إذا كانت قائمة أو عوّضها إذا كانت هالكة، فهل يرجع المشتري على البائع الفضولي بالثمن الذي دفعه له، سواء أكان عالماً بأنه فضولي وقت أداء الثمن إليه أم كان غير عالم؟ وإذا رجع، فهل يرجع - أيضاً - بما دفع وأنفق زيادة على الثمن؟

أ- الرجوع بالثمن:

(1) عليش، منح الجليل على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:523.

(2) انظر: ابن الهمام، التقرير والتحبير، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:260.

(3) السمرقندي، علاء الدين محمد بن أبي احمد، تحفة الفقهاء، تج: محمد زكي عبدالبر، ط1 (لا:مط، دمشق، سوريا، 1377هـ، 1958م)، ج:3، ص:127.

(4) انظر: الدردير، الشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:457.

(5) انظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:27.

اختلف الفقهاء في رجوع المشتري على البائع الفضولي بالثمن إذا استرد المالك المبيع إلى عدة أقوال:

**القول الأول:** يرجع المشتري على البائع الفضولي بالثمن الذي دفعه له، سواء كان يعلم وقت أداء الثمن أن البائع الفضولي أم لا، وسواء كان هذا الثمن باقياً أم تالفاً، لأن رد تصرف الفضولي يترتب عليه فسخه، وهذا يستدعي بقاء كل من الثمن والمثمن على ملك صاحبه، وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>(1)</sup>.

**القول الثاني:** يرجع المشتري بالثمن على البائع الفضولي إذا كان باقياً، وبمثله إذا كان مالكاً بشرط أن يجهل حقيقة البائع الفضولي، وإلا إذا كان يعلم وقت أداء الثمن أنه فضولي، فإن الثمن يكون أمانة في يده كالوكيل، يسترده المشتري إذا كان باقياً ولا يسترده إذا كان هالكاً، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية، والإمامية<sup>(2)</sup>، وهذا تعليل محل نظر؛ لأن الفضولي لا يصير وكيلاً إلا بالإجازة.

**القول الثالث:** يفرق بين علم المشتري بالفضولية وبين جهله بها، فإذا كان المشتري حسن النية يجهل أن البائع فضولي فإنه يرجع عليه بالثمن، وإلا فإذا كان سيئ النية يعلم أن البائع فضولي فلا يرجع عليه بما دفعه، سواء أكان باقياً أم هالكاً، وإليه ذهب جمهور الإمامية<sup>(3)</sup>.

#### ب- الرجوع بالضمان:

يرى الباحث قد يغرم المشتري للمالك بعض الغرامات نتيجة هلاك المبيع، أو استيفاء منافع، أو فواتها تحت يده، فهل يرجع على البائع بما غرمه؟

تقتضى الإجابة أن نميز بين حالين:

**الأول:** علم المشتري بأن البائع فضولي.

**الثاني:** جهل المشتري أن البائع فضولي.

(1) "وأن اختار المغضوب منه تضمين المشتري بطل البيع، ورجع بالثمن على الغاصب؛ لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العين... فلماذا استرد الثمن من البائع"، انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سبق ذكره، ج:11، ص:58.

(2) "أن يكون المشتري جاهلاً، بأن البائع فضولي، والحكم فيه أن يسترد الثمن الذي دفعه للبائع، إن كانت عينه قائمة وأن يأخذ عوضها من المثل، أو القيمة إن كانت هالكة..."، انظر: العاملي، السعيد زيد الجبعي، الروضة البهية شرح للمعة الدمشقية في فقه الإمامية (لا:ط، لا:ب، لا:ت)، ج:1، ص:278.

(3) النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط:7 (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981م)، ج:2، ص:301-304.

- علم المشتري بالفضالة: إذا كان المشتري يعلم بحقيقة مركز البائع، فلا يحق له أن يرجع بهذه الغرامات، وإنما يرجع بالثمن الذي دفعه فقط، لأن علمه جعله في مركز الغاصب فيستقر الضمان عليه<sup>(1)</sup>.

- جهل المشتري بالفضالة: أما إذا كان المشتري لا يعلم بأن البائع فضولي، فإنه يكون حسن النية، ولذلك ذهب الفقهاء إلى اتجاهين:

1- اتجاه مضيق.

2- اتجاه موسع.

- الاتجاه الأول: ذهب الحنفية والمالكية، إلى أن المشتري حسن النية لا يرجع على بائعه لمطالبته بغرامة عن الزيادة التي دفعها للمالك، سواء كانت هذه الزيادة في مقابل العين كما لو اشترى المبيع بمائتين ورد إلى المالك قيمته مائة<sup>(2)</sup>، لأن الزيادة في السعر غير متحققة، أو كانت الزيادة التي دفعها للمالك تقابل نفعاً عاد عليه أثناء وجود العين تحت يده كما لو كان قد سكن الدار المباعة<sup>(3)</sup>، لأنها منفعة استوفاه لنفسه فلا يجوز له أن يجمع بين العوض والمعوض، أما الغرامة التي يدفعها المشتري للمالك مقابل منفعة لم يحصل عليها، كقيمة الولد والبناء وتتلخص في الآتي:

- يرى الحنفية: أن المشتري يرجع بقيمة الولد، وبقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه من البناء أو الزرع، ولا يرجع بما أنفقه على العين أثناء وجودها تحت يده<sup>(4)</sup>.

- وخالف بعض المالكية في رجوع المشتري على البائع بقيمة الولد<sup>(5)</sup>.

---

(1) "الغلة للمشتري في جميع صور بيع الفضولي، إلا صورة واحدة فالغلة فيها للمالك، وهي إذا علم المشتري أن البائع غير مالك، ولم تقم شبهة تنفي عنه العداة"، وأيضاً "من ابتاع شيئاً من غاصب أو قبله منه وهو عالم انه غاصب، فهو كالغاصب في الغلة والضمان"، انظر: ابن سودة، شرح تحفة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:495.

(2) انظر: الحدادي، الجوهر النيرة على مختصر القدوري، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:27.

(3) "لا أجره على الغاصب في استخدامه عند الغصب، ولا في سكنى دار غصبها"، انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سبق ذكره، ج:1، ص:312.

(4) "ويرجع المشتري على البائع بالثمن وقيمة الولد لأجل الغرور، ولا يرجع بالعقر، لأنه إنما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به على غيره"، انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سبق ذكره، ج:11، ص:71.

(5) جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك: "... (قلت) رأيت إن قضيت على المشتري بقيمة الولد، أيقضي له على بائعه بتلك القيمة أم لا (قال) أقضي عليه بقيمة الولد (قلت) أتخفظه عن مالك (قال) لا وما سمعت مالكا يذكر أنه يقضي على البائع بقيمة الولد"، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:181.



- الاتجاه الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن المشتري - حسن النية - يرجع 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. أما إذا كانت الزيادة التي دفعها تقابل العين أو تقابل المنافع التي عادت على المشتري، فإن بعض الشافعية، وبعض الحنابلة يرى أن له حق الرجوع بها على البائع، والبعض الآخر لا يرى ذلك<sup>(1)</sup>.

كما بين الباحث في المطلب الأول بأن الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا، فكذا الرد يتحقق بكل ما يدل على عدم الرضا؛ لأنه مغاير لها.

وبهذا توصل الباحث في المطلب الثاني أنه قد يغرم المشتري للمالك نتيجة هلاك المبيع أو استيفاء منافعه، ويرجع ذلك علم المشتري بأن البائع فضولي أو جهله.

بذلك يرى الباحث أن له حق الرجوع بها على البائع.

بعد أن تطرق الباحث في المطلب الأول رفض تصرف الفضولي، وبيان معنى الرد، وطبيعته، وصيغته، ومن صاحب الحق فيه، ينتقل الباحث إلى الحديث عن بعض النماذج من تصرفات الفضولي، وهذا ما سيتناوله الباحث في المطلب الثاني.

---

(1) ابن رجب، ابو الفرج عبدالله، القواعد في الفقه الإسلامي، لا:ط (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا:ت)، ص:202.

## المطلب الثاني

### نماذج من تصرفات الفضولي القولية

يختلف تدخل الفضولي في شؤون غيره تبعاً لنوع التصرف الذي يتولاه، فقد يكون التصرف معاوضة سواء أكان معاوضة مال بمال، كالبيع، أم مال بمنفعة، كالإجازة، وقد يكون التصرف تبرعاً، سواء ترتبت عليه آثاره حال حياة المتصرف، كالوقف، أم بعد وفاته، كالوصية، وقد يكون التصرف من عقود التوثيق، كالرهن، بل قد يخرج التصرف عن نطاق المال إلى ما هو أسمى وهي النفس، كما في الزواج.

وتوجد بعض القواعد الفقهية التي تقدم الضوابط المقيدة في تطبيق تصرفات الفضولي

منها:

1- قاعدة: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه"<sup>(1)</sup>، فمن جعل الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، قال بصحة تصرف الفضولي لوجود الإذن اللاحق، وكان الملك والولاية - عنده - من شروط نفاذ التصرف، ومن رأى أن الملك والولاية من شروط الصحة أو الانعقاد، قال ببطلان تصرف الفضولي لعدم الإذن.

2- قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"<sup>(2)</sup>، ذلك لأن الإهمال لغو وعبث، والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه، فوجب حمل كلام العاقل - الفضولي هنا - على الصحة متى أمكن، وبناء على ذلك نقول عن:

- الفضالة في عقود المعاوضات.

- الفضالة في عقود التبرعات.

- الفضالة في الأحوال الشخصية.

أولاً: الفضالة في عقود المعاوضات:

عقد المعاوضة، هو العقد الذي يأخذ فيه العاقد مقابلاً لما يعطى، فالبيع معاوضة بالنسبة إلى البائع؛ لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع، والشراء معاوضة بالنسبة إلى المشتري، لأنه يأخذ المبيع في مقابل دفع الثمن<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:243.

(2) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سبق ذكره، ج:5، ص:149.

(3) الصدة، عبدالمنعم فرج، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لاط (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008م)، ج:1، ص:128.

## أهم معاوضات الفضولي:

### بيع الفضولي:

بيع الفضولي، ذلك البيع الصادر من أجنبي في مصلحة المالك، وقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

**القول الأول:** يرى أن بيع الفضولي لغيره صحيح، ولكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإذا أجازته نفذ وترتبت عليه آثاره، وإذا رده بطل واعتبر كأن لم يكن، وإلى هذا ذهب ابن عباس، وابن عمر، وابن مسعود، وأبو هريرة، والحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، وقول في الجديد، والإمام أحمد في رواية عنه، وأكثر الزيدية وجمهور الإمامية والإباضية على القول المشهور عندهم<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث أن أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من صحة بيع الفضولي مع توقفه على إجازة صاحب الشأن.

### القول الثاني:

يرى أن بيع الفضولي باطل بطلاناً مطلقاً، ولا ينقلب صحيحاً حتى لو أجازته المالك، سواء أكان المبيع في يد البائع الفضولي أم في يد غيره، وهو قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، والشافعية في المعتمد<sup>(2)</sup>، والحنابلة في إحدى الروايتين وعليها أكثر فقهاء المذهب<sup>(3)</sup>. ويرى الباحث أن استدلال أصحاب هذا الرأي هم على ما ذهبوا إليه من بطلان بيع الفضولي.

---

(1) إن ما ذهب إليه أكثر الزيدية وجمهور الإمامية والإباضية الآتي: "إن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المالك عندنا، ويجعل إجازته في الانتهاء كالإذن في الابتداء، والمعنى فيه أن هذا تصرف صدر من أهله في محله، فلا يلغوا كما لو حصل من المالك. وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده، ثم قد يتمتع نفوذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع، وبالإجازة يزول المانع، وهو عدم رضا المالك به... ولا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف، وإنما الضرر في زوال ملكه، وبالملك الموقوف لا يزول ملكه الباطن..."، انظر: السرخسي، **المبسوط**، مرجع سبق ذكره، ج:13، ص:153.

(2) "تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه... في مذهبنا المشهور يعتبر باطل، ولا يقف على الإجازة... وبهذا قال أبو ثور، وابن المنذر، وأحمد في اصح الروايتين عنه"، انظر: النووي، **المجموع شرح المهذب**، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:261.

(3) ما ذهب إليه أكثر الحنابلة أن: "فلا يصح تصرف فضولي مطلقاً أي ببيع أو شراء أو غيرهما، ولو أجاز تصرفه بعد وقوعه"، انظر: الرحباني، مصطفى السيوطي، **مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى**، لا:ط (لا: مط، لا:ب، 1421هـ، 2000م)، ج:4، ص:21.

وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن أحكام الفضولي ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم بيع ملك الغير بدون إذنه، إلى اختلاف كلمتهم في شرط الملك للمبيع، هل هو شرط من شروط النفاذ، أم شرط من شروط الانعقاد، أو الصحة؟ فمن رأى أنه شرط من شروط النفاذ، ذهب إلى أن بيع ملك الغير لا يفسد بفقده؛ بل ينعقد موقوفاً إلى حين حصوله، ومن رأى أنه شرط من شروط الصحة، أو الانعقاد. ذهب إلى أن البيع يفسد بفقده وبالتالي يقع باطلاً<sup>(1)</sup>.  
شراء الفضولي:

اختلف الفقهاء في حكم شراء الفضولي لغيره على أربعة أقوال:

**القول الأول:** إن شراء الفضولي كبيعه، ينعقد موقوفاً على إجازة من اشترى له، إن أجازته نفذ، وإن رده بطل، وهذا قول المالكية<sup>(2)</sup>، وأحمد في رواية عنه.

**القول الثاني:** إن شراء الفضولي باطل لا يترتب عليه أي حكم أو أثر، وهو قول الشافعي في الجديد<sup>(3)</sup>، والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>(4)</sup>، والظاهرية<sup>(5)</sup>، والإباضية<sup>(6)</sup>.

**القول الثالث:** وهو قول الحنفية، والشيعة، والزيدية، وقد فرقوا بين ما إذا أضاف الفضولي العقد إلى نفسه، وبين ما إذا أضافه إلى الذي اشتراه له، حيث قالوا: إذا أضاف الفضولي عقد الشراء إلى نفسه كانت العين المشتراه له، سواء وجدت الإجازة من الذي اشتراه له أم لم توجد؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد أمضى عليه، إذ الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، لقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾<sup>(7)</sup>، وقوله جل شأنه: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾<sup>(8)</sup>، وشراء الفضولي كسبه حقيقة، فيكون له، إلا إذا جعله لغيره، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية، فعندئذ يتوقف على إجازة من اشترى له، بأن كان الفضولي عبداً محجوراً، أو

---

(1) "وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان: أحدهما: الملك أو الولاية، أما الملك أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك"، انظر: الكاساني، بداية الصنائع، مرجع سبق ذكره، ص:5، ص:148.

(2) "واختلفوا في شراء الفضولي، وصورته: أن يشتري الرجل للرجل بغير إذنه، على أنه إن رضى المشتري له صح الشراء وإلا لم يصح... فأجازته مالك في الوجهين جميعاً..."، انظر: ابن رشد، بداية المحتهد ونهاية المقتصد، مرجع سبق ذكره، ص:576.

(3) انظر: الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:402.

(4) المرادوي، الإنصاف، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:283.

(5) المسألة "1460": "ولا يلزم أحد شراء غيره له، إلا أن يأمر بذلك، فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشتري، ولا يكون للذي اشتراه له، أراد كونه له أو لم يرد، إلا بابتداء عقد شراء مع الذي اشتراه"، انظر: ابن حزم، المحلى، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:434.

(6) انظر: ابن اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:231.

(7) سورة البقرة: الآية (286).

(8) سورة النجم: الآية (39).

صبيلاً مميزاً واشترى لغيره، فإن شراؤه يتوقف على إجازة ذلك الغير، إذ الشراء لم يجد نفاذاً عليه يتوقف على إجازة الذي اشترى له ضرورة، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل<sup>(1)</sup>.

**القول الرابع:** وهو قول الشافعية<sup>(2)</sup>، وقد قسموا شراء الفضولي إلى أربع حالات، وافهم الحنابلة في ثلاث منها في القسمة لا في الحكم. وبيان ذلك كالآتي:

1- **الحالة الأولى:** أن يشتري للغير بعين مال الغير، وللشافعي في ذلك قولان: الوقف، وهو رواية عن الإمام احمد، والبطلان، وهو رواية المذهب عند الحنابلة.

2- **الحالة الثانية:** أن يشتري بمال نفسه للغير، وقد فرق الشافعي في هذه الحالة بين ما إذا سمي في العقد من اشترى له، وبين ما إذا لم يسمه.

**فإن سماه ينظر: فإن لم يأذن، لغيت التسمية، وفي وقوعه عن الفضولي وجهان:**

أ- الوقف. ب- البطلان. وأن أذن له فهل تلغى التسمية أم لا؟ فإن قلنا: تلغى فهل يقع عن المباشر أم يبطل من أصله؟ وجهان وإن قلنا: لا تلغى، وقع العقد عن الأذن، وإن لم يسمه، وقع عن المباشر، سواء أذن ذلك الغير أم لا.

أما الحنابلة، فالمذهب عندهم في هذه الحالة هو بطلان الشراء مطلقاً، إلا ما روى عن بعض فقهاءهم من أطراد قولي الوقف والبطلان فيها.

3- **الحالة الثالثة:** أن يشتري الفضولي لغيره في الذمة بغير إذنه، وفي هذه الحالة ينظر: فإن لم يسم ذلك الغير في العقد، فالشافعي في الجديد قال: يقع عن المباشر، وفي القديم قال: يتوقف على إجازة المشتري له، فإن أجازته نفذ في حقه، وإن رده نفذ في حق الفضولي<sup>(3)</sup>.

وقال الحنابلة: يصح - على الصحيح - ويكون موقوفاً على الإجازة<sup>(4)</sup>، وإن سماه في

العقد، فقال الشافعية: هو كشرائه بعين مال الغير.

وعند الحنابلة قولان: الأول وهو الصحيح: إنه لا يصح هذا العقد، والثاني: إن حكمه

حكم ما لم يسمه في العقد.

(1) انظر: ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:524.

(2) انظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:353.

(3) انظر: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:260.

(4) "إذا اشترى في ذمته لإنسان شيئاً بغير إذنه صح، لأنه متصرف في ذمته لا في مال غيره، لأنه قصد الشراء لهذا الغير، فإن أجازته لزمه وعليه الثمن، وإن لم يقبله لزم من اشتراه"، انظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:16.

4- الحالة الرابعة: أن يضيف الشراء إلى الغير بثمن معين، وهذه الحالة انفرد بذكرها الشافعية، وهم حسب المحكى في الجديد وجهان: أحدهما يلغى العقد، والثاني: يقع عن المباشر<sup>(1)</sup>.  
ثانياً: الفضالة في عقود التبرع:

عقد التبرع هو الذي لا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلاً لما يعطى، ومثله البارز "الهبة"، ففيها يعطى الواهب الشيء الموهوب ولا يأخذ مقابلاً، ويأخذ الموهوب له الشيء دون مقابل يعطيه، وهناك نماذج أخرى من عقود التبرع مثل: الوصية، والوقف، والإبراء من الدين، والقرض لأنه يجب أن يكون بدون فائدة، أي قرضاً حسناً في الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup>، فهل تجرى الفضالة في هذه العقود.

نماذج من أهم تبرعات الفضولي:

### 1- هبة الفضولي:

اختلف الفقهاء في حكم هبة الفضولي لمال غيره على قولين:

**القول الأول:** قول المالكية على المشهور والحنابلة، والشافعية، يرى أن هبة الفضولي باطلة، لأنه يستحيل على المرء أن يملك ما لا يملك<sup>(3)</sup>.

وقال المالكية: الفرق بين الفضولي وهبته، أن البيع تملك في نظير عوض، أما الهبة فالتمليك فيها مجاناً، ولهذا اختلف الحكم بينهما.

**القول الثاني:** يرى أن هبة الفضولي تتعقد صحيحة، غير أنها تكون موقوفة على إجازة المالك، فإن ردها بطلت، وأن أجازها كان لإجازته حكم الوكالة السابقة، وهو قول الحنفية، ورواية عند المالكية، والزيدية على غير عوض<sup>(4)</sup>.

---

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سبق ذكره، ج:9، ص:260.

(2) عوضين، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص: 222.

(3) "هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل إمضاء المالك البيع، لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في المعقود عليه، والفرق بين بيع الفضولي وهبته ما قال الشارع من أن يبيعه في نظير عوض بخلاف هبته، ومثلها وقفه وصدقته وعتقه، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً ولو أجازها المالك... وذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته وعتقه كبيعه في أن كلاً صحيح غير لازم، فإن أمضاه المالك مضى وإن رده..."، انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:91.

(4) ابن مفتاح، المنتزح المختار، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:434.

وبناءً على ذلك، لو وهب الزوج أشياء زوجته بدون إذنها لشخص، فإن تلك الهبة تتعقد صحيحة، لكنها تتوقف على إجازة الزوجة، فإذا أجازتها نفذت، وإذا لم تجزها بطلت، ولها أن تسترد تلك الأشياء من الموهوب له إذا كان قد استلمها، فإذا تلف المال الموهوب في يد الموهوب له، فالزوجة أن تضمن الزوج الواهب أو الموهوب له أيهما شاءت<sup>(1)</sup>.

## 2- وقف الفضولي:

اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي لمال غيره على قولين:

### القول الأول:

يرى أن وقف الفضولي باطل، سواء أجازه المالك بعد أم لا؛ لأنه تبرع يترتب عليه خروج المال من ملك صاحبه بلا عوض، وهو قول المالكية على المشهور والحنابلة والشافعي في الجديد<sup>(2)</sup>.

### القول الثاني:

يرى أن وقف الفضولي صحيح، غير أنه موقوف على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل. وهو قول الحنفية، وقول عند المالكية وقول الشافعي في القديم ورواية عن أحمد، والزيدية إذا كان وفقاً بغير عوض<sup>(3)</sup>.

## 3- وصية الفضولي:

عرّفت المادة الأولى من قانون الوصية رقم (7) لسنة 1994م من القانون الليبي، الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت" وقد اختلف الفقهاء في حكم وصية الفضولي من مال غيره على قولين:

### القول الأول:

إن وصيته صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة المالك، لأن الوصية تصح بالمعدوم. فأولى أن تصح من الفضولي لما فيها من حث الغير على عمل الخير، وهو قول الحنفية والشافعي في القديم، وحكى عنه في الجديد، وقول الحنابلة<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:386.

(2) "فلا يصح وقف... ما لا يملك"، انظر: الشربيني، المغنى المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج:2، ص:15.

(3) انظر: المرادوي، الإنصاف، مرجع سبق ذكره، ج:7، ص:11-12.

(4) "وأما وصية الفضولي، كما إذا أوصى بألف من مال غيره، أو بعين من ماله، فأجاز المالك، فهو مخير: إن شاء سلمها، وإن شاء لم يسلم كالهبة"، انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سبق ذكره، ج:6، ص:164.

## القول الثاني:

إن وصية الفضولي لا تصح مطلقاً، لأنها تبرع ممن لا ملك له، ولا ولاية، ولا نيابة فتكون باطلة، ولأنها لا تحتاج إلى قبول فليست بعقد فلا تلحقها الإجازة، وهو قول المالكية<sup>(1)</sup>.

### 4- صلح الفضولي:

اتفق الفقهاء القائلون بالفضالة على جريان الصلح من الفضولي كجريانه ممن عليه الحق، كأن يقول الفضولي لرجل: هلم أصلحك من دينك الذي على فلان بكذا فيقبل، أو يأتي الزوج فيصالحه عن امرأته بشيء مسمى، فيلزم الزوج الصلح، ويلزم المصالح ما صالح به<sup>(2)</sup>.

### ثم إن صلح الفضولي له وجهان:

- **الوجه الأول:** أن يضيف الفضولي الصلح إلى نفسه، كأن يقول للمدعى: صالحني عن دعواك مع فلان بألف درهم فيصالحه ذلك الشخص. فهذا الصلح صحيح، ويلزم بدل الصلح الفضولي، ولو لم يضمن أو يضيف الصلح إلى ماله أو ذمته، لأن إضافة الفضولي الصلح إلى نفسه تنفذ في حقه، ويكون قد التزم بدل الصلح مقابل إسقاط اليمين عن المدعى عليه، وليس للفضولي الرجوع على المدعى عليه ببديل الصلح الذي أداه، طالما أن الصلح لم يكن بأمر المدعى عليه<sup>(3)</sup>.

- **الوجه الثاني:** أن يضيف الفضولي الصلح إلى المدعى عليه، بأن يقول للمدعى: تصالح مع فلان عن دعواك.

وبيان ذلك الوجه: أن الفضولي إما أن يضمن بدل الصلح، أو لا يضمن، وإذا لم يضمن فإما أن يضيف الصلح إلى ماله، أو لا يضيف، وإذا لم يصفه فإما أن يشير إلى نقد، أو عوض أو لا يشير، وإذا لم يشير فإما أن يسلم العوض، أو لا يسلم<sup>(4)</sup>.

---

(1) "يشترط في الموصي أن يكون مالكا لما أوصى به ملكاً تاماً فمستغرق الذمة وغير المالك لا تصح وصيتهما"، انظر: ابن الخرشبي، شرح الخرشبي، مرجع سبق ذكره، ج:8، ص:168.

(2) "وإن لم يقل أنا ضامن، لأنه قضى عن الذي عليه الحق مما يحق عليه"، انظر: الأصبجي، المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:380.

(3) "وإنما كان هكذا، لأن التبرع بإسقاط الدين، بأن يقضي دين غيره، بغير إذنه صحيح، والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح، والصلح عن إقرار إسقاط للدين، والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة، فيجوز كيفما كان"، انظر: الأصبجي، المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره، ج:4، ص:390.

(4) انظر: البابرتي، شرح العناية على الهداية، مرجع سبق ذكره، ج:7، ص:394.



ثالثاً: الفضالة في الأحوال الشخصية:

أن الفقه الإسلامي يجيز النيابة في الزواج، والطلاق، والخلع، وغير ذلك من شؤون الأسرة، فهل يجوز للفضولي أن يوجب الزواج أو يقبله، أو أن يطلق عن الزوج، أو يخالغ لنفع الزوجة؟

زواج الفضولي:

اختلف الفقهاء في حكم نكاح الفضولي من غير ولاية، أو نيابة عن أربعة أقوال:

القول الأول:

وهو قول الشافعي في الجديد، والحنابلة، وبعض الزيدية، يروا أن نكاح الفضولي باطل، لا تؤثر فيه إجازة الولي<sup>(1)</sup>.

استدل أصحاب هذا القول بقوله - صلى الله عليه وسلم - "لا نكاح إلا بولي"<sup>(2)</sup>، والأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال، والفضولي ليس ولياً إنما الولي هو الأقرب إلى المرأة من عصبتها دون ذوي أرحامها، وقوله - صلى الله عليه وسلم - "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولا ولي له"<sup>(3)</sup>، حيث جعل النبي - صلى الله عليه وسلم - الولاية عند عدم العصبية مقصورة على السلطان فانتهى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده، كما استدلوا بأن الإجازة تكون لعقد صدر من أهله في محله، والمرأة ليست أهلاً لعقد الزواج بدليل أنه لو أذن لها فيه لن يصح منها، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن فمن باب أولى ألا يصح بالإجازة المتأخرة، ولأن في إجازته ذريعة على الأولياء، وإسقاط حقهم من الولاية.

القول الثاني:

يرى أن نكاح الفضولي صحيح، لكنه يتوقف على إجازة الولي، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل، لأن كل ما جاز بالإذن ابتداءً جاز بالإجازة انتهاءً، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وهو قول الشافعي<sup>(4)</sup> في القديم، ورواية عن أحمد<sup>(5)</sup> لتقريره - صلى الله عليه وسلم - إجازة التي خيرها، فقد روي أن فتاة جاءت إلى عائشة رضی الله عنها فقالت: "إن أبي زوجني ابن أخيه

(1) انظر: البهوتي، **الروض المربع**، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 383.

(2) أخرجه ابو داود في سننه عن أبي موسى، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تح: محمد محي الدين عبدالحמיד، لا: ط (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988م)، كتاب: النكاح، باب: في الولي، ح: 2085، ج: 2، ص: 229.

(3) نفس المرجع السابق.

(4) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 15.

(5) ابن قدامة، **المغني والشرح الكبير**، مرجع سبق ذكره، ج: 7، ص: 365.

ليرفع بي خميسته وأنا كارهة، قالت: إجلسي حتى يأتي النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيئاً<sup>(1)</sup>، وفي رواية ابن ماجه "أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء".

### القول الثالث:

يرى أن الفضولي إذا كان طرفاً واحداً من طرفي عقد النكاح، كأن يتولى العقد عن الزوج مع الزوجة، أو وكيلها، أو وليها، أو مع فضولي آخر عنها، أو يتولى هذا العقد عن الزوجة مع الزوج، أو وكيله، أو وليه، أو مع فضولي آخر عنه، في هذه الحالة يتوقف العقد على إجازة من أقام الفضولي نفسه مقامه، فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل<sup>(2)</sup>.

أما إذا تولى الفضولي طرفي النكاح، كان العقد باطلاً؛ لأن الموجود شرط العقد، وشرط العقد يتوقف على القبول في المجلس، ولا يتوقف على ما وراء المجلس، سواء تكلم الفضولي بكلام واحد أم بكلامين، ومثل ذلك في الحكم إذا كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين وأصيلاً أو وكيلاً أو ولياً عن الطرف الآخر، ما دام قد تولى العقد عن الطرفين، فكما لا يبيع الشخص من نفسه لا ينكح من نفسه، والدليل على ذلك أن الزوجة إذا كانت حاضرة بالمجلس الذي تكلم فيه الفضولي فلا يتم العقد إلا بقبولها في نفس المجلس، وإذا كان الأمر كذلك فالموجود من الفضولي هو شرط العقد حال وجودها فليكن الأمر كذلك حال غيبتها، والإجازة إنما تكون لعقد تمّ بالإيجاب والقبول، وذلك بتوافر أربع حالات:-

### الحالة الأولى:

أن يكون فضولياً من الجانبين، كأن يقول بمحضر من الشهود، زوجت فلانة من فلان وهو ليس وكيلاً عنهما ولا ولياً عليهما.

### الحالة الثانية:

(1) أخرجه النسائي في سننه عن عائشة رضى الله عنها، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان بن دينار، سنن النسائي، ط: 1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1348هـ، 1930م)، كتاب: النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، ج: 3269، ص: 6، ص: 86.

(2) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ج: 2، ص: 233.

أن يكون فضولياً من جانب، أصيلاً من الجانب الآخر، مثل أن يقول والشهود حاضرة، تزوجت بفلانة وهو ليس وكيلاً عنها ولا ولياً عليها.

### الحالة الثالثة:

أن يكون فضولياً من جانب، وولياً من الجانب الآخر، مثل أن يقول وقد حضرت الشهود: زوجت بنت ابني وهي صغيرة من فلان، وهو لم يكن قد وكله هذا الزواج، ولا هو تحت ولايته.

### الحالة الرابعة:

أن يكون فضولياً من جانب، ووكيلاً من الجانب الآخر، مثل أن يقول بحضرة الشهود: زوجت موكلي فلاناً من فلانه، وهذه لم توكله ولم تكن تحت ولايته<sup>(1)</sup>. والبطلان في هذه الحالات، هو قول أبي حنيفة<sup>(2)</sup>، والشافعية، ورواية عند الحنابلة. وذهب أبو يوسف، والمالكية<sup>(3)</sup>، إلى أن العقد صحيح، ولكنه موقوف على الإجازة، لما رواه البخاري قال: "قال: عبدالرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم فقال: قد تزوجتك"<sup>(4)</sup>، فقامت عبارته مقام الإيجاب والقبول من الأصيل.

---

(1) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:199.

(2) "ومن قال اشهدوا أنني تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل... وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال ابو يوسف: إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازته جاز، وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندهما خلافاً له... لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملكاً ومتملكاً أي لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع"، انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:197.

(3) "يجوز لابن العم ونحوه، ومن يزوج بولاية الاسلام أن يتولى طرفي عقد النكاح إن عين لها أن يزوجه من نفسه ويشهد على رضاها احتياطاً من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك والمرأة مقرة، فهو جائز ولفظ ذلك أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا وترضى به، وأتى بقوله وتولى الطرفين، وإن كان مستفاداً مما قبله للرد على من يقول ليس له تولى الطرفين أي إيجاباً وقبولاً"، انظر: ابن الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:190.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه عن عبدالرحمن بن عوف، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ط1 (دار أبي حيان، القاهرة، مصر، 1416هـ، 1996م)، كتاب: النكاح، باب: إذا كان الولي هو الخاطب، ج:2090، ص:240.

## القول الرابع:

قول المالكية، وقد فرقوا بين كون الولي مجبراً، وبين كونه غير مجبر، فإن كان الولي مجبراً لم يجز النكاح الواقع من الفضولي ولو أجازته الولي<sup>(1)</sup>، أما إذا لم يكن له الإيجاب: فإما أن تكون المتزوجة ذات قدر، أو دنيئة، فإن كانت ذات قدر: فقال مالك: ما فسخه بالبين. ولكنه أحب إليّ، وقال ابن القاسم: له إجازة ذلك ورده ما لم يبين بها الزوج.

وقال بعض فقهاء المالكية: إن دخل بها الزوج، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين، أو ولادة ولدين فأكثر، لم يفسخ النكاح، وإلا كان الولي مخيراً بين الفسخ والإمضاء<sup>(2)</sup>.  
وإذا كانت دنيئة<sup>(3)</sup>، فعندهم في إنكاحه قولان:

**الأول:** إن النكاح ماضٍ مطلقاً، وهو المشهور في المذهب.

**والثاني:** إنها كذات القدر الشريفة، لأن ولاية الإسلام عامة لا تختص بشخص دون آخر، حتى ولو كان فضولياً فله مدخل فيها، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾<sup>(4)</sup>.

يرجح الباحث "القول الثاني" الذي يرى صحة نكاح الفضولي مع توقفه على إجازة الولي، لقوة أدلته، ولأن كل ما جاز بالإنزاد ابتداءً جاز بالإجازة انتهاءً، بشرط أن تكون الإجازة باللفظ وذلك للآتي:

- 1- النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لا زنى وسفاح، بخلاف البيع، لأن القاعدة أن الشهادة شرط في النكاح، وليست شرطاً في البيع.
- 2- النكاح عظيم الخطر، جليل القدر، لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾<sup>(5)</sup>، وسبب للعفاف الواقى من

(1) انظر: ابن الخريشي، نفس المرجع، ج3، ص:182.

(2) "المرأة الشريفة أي صاحبة القدر والمال والجاه والنسب، إذا عقد نكاحها بالولاية العامة مع وجود الخاص وهو غير مجبر، فإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أن دخل بها زوجها وطال مكثها معه، كالسنين الكثيرة أو ولدت الأولاد، فإن نكاحها لا يفسخ حينئذ، فالولد الواحد والولدان، والسنة والسنن لا يكونان طولاً، وللولي الأقرب حينئذ رد النكاح وإجازته"، انظر: ابن الخريشي، شرح الخريشي على مختصر خليل، مرجع سبق ذكره، ج:3، ص:182.

(3) "قلو عقد النكاح بالولاية العامة في امرأة دنيئة... مع وجود الولي الخاص وهو غير مجبر. فالمشهور هو قول ابن القاسم: إن النكاح صحيح...، انظر: المصدر السابق، الجزء والصفحة نفسها.

(4) سورة التوبة: الآية (71).

(5) سورة الإسراء: الآية (70).

الفساد، واختلاط الأنساب، وسبب للمودة والصلة، فلذلك اشترط الشرع فيه الصداق والولي وخصوص الألفاظ إعمالاً لقاعدة "إذا عظم قدر الشيء عظم خطره"، بخلاف البيع.

3- الإنسان لا يستغنى عن الأكل، والشرب، واللباس، بخلاف النكاح، والقاعدة الشرعية التخفيف في كل ما عمت به البلوى، والتشديد فيما لم تعم به (1).

ونشير إلى مسألة: قد يحدث دخول بين الزوجين في مدة العقد ثم يرفض صاحب الشأن إجازة العقد، فإن أثراً تترتب عليه، فيجب المهر، ويثبت النسب، وتجب العدة احتياطاً، ولا تجب نفقة عدة، ولا سكنى، ولا يجرى التوارث. وإذا حدث الدخول بعد الرفض، وعلم الزوجان ببطلان العقد بسبب الرفض، فإن هذا الدخول يعد معصية محضة واتصالاً غير مشروع، ويقام فيه الحد، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج.

### نكاح الفضولي في القانون:

بناءً على ما تقدم أن القانون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء - الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، والإباضية، الذي يرى أن نكاح الفضولي موقوف على الإجازة من صاحب الحق، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل.

فمنهم من قال بأنه باطل ولا تؤثر فيه إجازة المعقود له، ومنهم من قال إن نكاح الفضولي صحيح، ولكنه يتوقف على إجازة المعقود له، واشترط بعضهم إضافة إلى ذلك أن لا يكون الفضولي متولياً لطرفي النكاح.

وعليه؛ فالعقد المذكور يعتبر صحيحاً عند من يجيز عقد الفضولي. جاء في كتاب الأم للشافعي: قال المزني، ولو أمره أن يشتري له جارية فاشتري غيرها، أو أمره أن يزوجه جارية فزوجه غيرها بطل النكاح.

وفي نهاية رسالتي العلمية المتواضعة، لا يسعني إلا أن أحمد الله الذي تتم بنعمته الصالحات، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، خير البشر أجمعين، وشفيعنا يوم الكرب العظيم؛ من علم البشرية مكارم الأخلاق، لقد كانت رحلة بحث علمي شاقّة، وتحملت كثيراً من الصعوبات في سبيل ذلك. وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وإن أصبت فمن الله.

(1) المالكي، محمد علي بن حسين المكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ط: 1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 2000م)، ج: 3، ص: 266.

## الخاتمة

الحمد لله أولاً وأخيراً على نعمة إتمام هذه الرسالة، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

أولاً: النتائج التي توصل إليها الباحث، وذلك على النحو الآتي:

- 1- موضوع الفضالة موضوع مهم؛ لأنه يعد من الموضوعات التي يكاد يستقر إجماع رجال القانون المعاصرين، المهتمين بالمجال الفقهي من أن موضوع الفضالة غير معترف به الفقه الإسلامي، كمصدر من مصادر الإلتزامات، وهذه الدراسة هي إجابة صريحة على مدى حقيقة وصدق هذه الفكرة من عدمها، حيث وقفت على وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، كما تطرقوا لها في كتبهم ومؤلفاتهم.
- 2- أصالة الفقه الإسلامي من حيث منهجه واستقلالية بحثه، بحيث تعرض المشكلة البحث بكل دقة، ووضع الحلول الملائمة بما يحقق العدالة ويجلب المصلحة، ويساعد على استقرار المعاملات، ويحصن الأفراد ويحمي ممتلكاتهم.
- 3- الأصل أن يستقل الإنسان بتصريف أموره بنفسه، والفضالة استثناء من هذا الأصل، فلا يجوز التوسع فيها، حيث نص المشرع الليبي في المادة (191)م على أن: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".
- 4- تصرفات الفضولي عند الحنفية والمالكية منعقد صحيحه لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن وهو من صدر التصرف لأجله، إن أجازه نفذ، وإن رد بطل.
- 5- شروط الفضالة في القانون المدني الليبي لا تختلف عن الشريعة من حيث تدخل الفضولي في شؤون غيره، سواء كان تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً، أو قصد العمل لحساب الغير، أو أن تكون هناك ضرورة ويكون التدخل قصد التحقيق مصلحة.
- 6- تتسم فكرة التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي (بالدقة) من حيث إن التصرف الذي يشوبه انعدام الملك، أو الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة.

ثانياً: التوصيات:

- 1- يضمن الفضولي أصل مال رب العمل دون فوائده.
- 2- اهتمام أهل العلم بالمسائل المتعلقة بموضوع الفضالة، وأن تعقد ندوات علمية، وبحوث مفصلة للبحث فيها، والتفصيل في جميع مسائلها.
- 3- أوصى بتدريس مادة الفضالة في المواد الاختيارية المقررة في كلية القانون والشريعة لما لها من أهمية قصوة.
- 4- لا يكفي أن يدخل عمل الفضولي في نطاق مهنته لكي يستحق عليه أجره المثل بل يجب أن يكون الفضولي ممن يرصد نفسه للتكسب بهذا العمل.

وما التوفيق إلا من عند الله تعالى، فإن أصبت فذلك من الله، وإن أخطأت، فذلك

من الشيطان ونفسي.

والحمد لله رب العالمين

## ملخص الرسالة

عرفت الشريعة الإسلامية، مبدأ الرضائية، وطبقته أكثر من أربعة عشر قرنًا على كثير من القضايا والدعاوى، وحثت على التعاون ومساعدة الغير في شؤونهم جلبًا للمصلحة ودفعًا

للضرر، ومن صور هذا التعاون تصرف الفضولي، فالفضالة ليست فكرة نظرية فقط، بل هي واقع ملموس في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ويتعرض الإنسان في حياته لظروف وأحداث قد تجعله مضطراً إلى تدخل غيره، ومن أهم هذه الظروف كالمرض والسفر، فالأصل أن يستقل الإنسان بتصرف أموره بنفسه والفضالة هي استثناء من هذا الأصل فلا يجوز التوسع فيها. تحدث الباحث في هذه الرسالة عن حقيقة الفضالة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، وبَّينت الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها، وكذلك تحدث عن بعض أحكام الفضالة لإجازة تصرف الفضولي وعدمه ونماذج من تصرفاته. ونظراً لأهمية هذا الموضوع، فقد شرع الباحث بدراسة هذا الموضوع تحت عنوان: "الفضالة والتطبيقات المعاصرة لها دراسة فقهية قانونية مقارنة"، وقد قام الباحث بدراسة هذا الموضوع وفقاً لمنهجية البحث المعتمدة.

### **أهمية الدراسة:**

تبرز أهمية بحث هذا الموضوع من ناحيته الفقهية والقانونية، وهو من المسائل التي تواجه الدارس فيها - سواء كان دارساً للقانون أو الفقه - صعوبة ومشقة في دراسة الفضالة نظراً لاختلاف الفقهاء فيها.

### **أهداف الدراسة:**

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، وذلك من أجل التوصل إلى الربط القانوني ما بين نصوص القانون المدني الليبي التي تناولت بيع الفضولي أو الفضالة، في مواد نوات الأرقام من المادة (191) إلى المادة (199) من القانون المدني الليبي.

### **الخطة المتبعة في الدراسة:**

قام الباحث بدراسة هذا الموضوع في فصلين:



تناول الفصل الأول: حقيقة الفضالة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

تناول الفصل الثاني: بعض أحكام الفضالة لإجازة تصرف الفضولي وعدمه. وضمّن الباحث الخاتمة بالنتائج والتوصيات.

### **ومن هذه النتائج:**

- 1- موضوع الفضالة موضوع مهم؛ لأنه يعد من الموضوعات التي يكاد يستقر إجماع رجال القانون المعاصرين، المهتمين بالمجال الفقهي من أن موضوع الفضالة غير معترف به الفقه الإسلامي، كمصدر من مصادر الالتزامات.
- 2- الأصل أن يستقل الإنسان بتصريف أموره بنفسه، والفضالة استثناء من هذا الأصل فلا يجوز التوسع فيها.

### **أما التوصيات فمنها:**

- 1- اهتمام أهل العلم بالمسائل المتعلقة بموضوع الفضالة، وأن تعقد ندوات علمية، وبحوث مفصلة للبحث فيها والتفصيل في جميع مسائلها.
- 2- أوصي بتدريس مادة الفضالة في المواد الاختيارية المقررة في كلية القانون والشريعة.

## **Summary**

Islamic law has known the principle of consent, and has applied it for more than fourteen centuries to many issues and lawsuits. It has urged cooperation and assistance to others in their affairs to bring benefit and ward off harm. One of the forms of this cooperation is the behavior of the curious, as virtue is not only a theoretical idea, but rather a tangible reality in life. Economic and social. In his life, a person is exposed to circumstances and events that may make him forced to have others intervene. The most important of these circumstances are illness and travel. The basic principle is that a person is independent in managing his affairs on his own, and virtue is an exception to this principle, so it is not permissible to expand upon it.

In this thesis, the researcher talked about the reality of virtue and its conditions in Islamic jurisprudence and Libyan civil law, and explained the difference between virtue and some behaviors similar to it. He also talked about some of the provisions of virtue to permit or disallow the behavior of the curious, and examples of his behavior.

Given the importance of this topic, the researcher began studying this topic under the title: “Virtue and its contemporary applications have a comparative jurisprudential legal study.” The researcher studied this topic in accordance with the approved research methodology.

### **The importance of studying:**

The importance of examining this topic from its jurisprudential and legal perspective is highlighted, and it is one of the issues in which the student - whether a student of law or jurisprudence - faces difficulty and difficulty in studying virtue due to the differences of jurists regarding it.

### **Objectives of the study:**

This study aims to define the concept of waste in Islamic jurisprudence and Libyan civil law, in order to reach a legal link between the texts of the Libyan civil law that dealt with the sale of waste or waste, in articles with numbers from Article (191) to Article (199) of the law. Libyan civil.

### **The plan followed in the study:**

#### **The researcher studied this topic in two chapters:**

The first chapter dealt with: the reality of virtue and its conditions in Islamic jurisprudence and Libyan civil law.

The second chapter dealt with some of the rulings of virtue regarding whether or not the inquisitive person is allowed to act.

The researcher included the conclusion with the results and recommendations.

### **Among these results:**

- 1) The topic of waste is an important topic; Because it is one of the topics on which there is almost no consensus among contemporary jurists, interested in the jurisprudential field, that the issue of virtue is not recognized in Islamic jurisprudence, as a source of obligations.
- 2) The principle is that a person is independent in managing his affairs on his own, and waste is an exception to this principle, so it is not permissible to expand upon it.

### **The recommendations include:**

- 1) The interest of scholars in issues related to the subject of virtue, and holding scientific seminars and detailed research to research and detail all its issues.
- 2) I recommend teaching the subject of virtue in the elective subjects prescribed in the College of Law and Sharia.

## الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس المصادر والمراجع.

فهرس الأعلام.

فهرس الموضوعات.

فهرس الاختصارات.

## لفهرس الآيات القرآنية

ت	الآية القرآنية	السورة	رقم الآية	الصفحة
-1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾	البقرة	282	53
-2	﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾	البقرة	286	87
-3	﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾	آل عمران	41	54
-4	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾	النساء	29	1
-5	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	المائدة	2	1
-6	﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾	المائدة	6	2
-7	﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾	التوبة	71	95
-8	﴿فَلَمَّا أَنْ جَاءَ الْبَشِيرُ أَلْقَاهُ عَلَىٰ وَجْهِهِ فَارْتَدَّ بَصِيرًا﴾	يوسف	96	72
-9	﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾	الإسراء	70	95
-10	﴿فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا﴾	الكهف	64	72
-11	﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾	مريم	29	54
-12	﴿كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾	مريم	29	54
-13	﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾	الجاثية	18	8
-14	﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾	النجم	39	87

## لفهرس الأحاديث النبوية

ت	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
---	------------	--------	--------

10	البخاري	بينما ثلاثة نفر ممن كان قبلكم يمشون...الخ	-1
55	أبو داود	أعتقها فإنها مؤمنة... الخ	-2
77	أبو داود	إذا ضاع لأحدكم متاع أو سرق له متاع...الخ	-3
77	مسلم	كل المسلم على المسلم حرام... الخ	-4
92	أبو داود	"لا نكاح إلا بولي"	-5
93	النسائي	"أردت أن أعلم للنساء ملن الأمر شيئاً"	-6
94	البخاري	أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم... الخ.	-7

## فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم	ت
10	عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم ابن أمير المؤمنين.	-1
12	عروة البارقي، بن أبي جعد البارقي.	-2
14	محمد أبي عبدالله بن الطالب بن سودة المري الفاسي التاودي المالكي.	-3
56	أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال، البغدادي، الحنفي.	-4
56	أبو العباس احمد بن عمر بن سريج البغدادي.	-5
56	فخر الإسلام أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الرّوياني.	-6
73	ابو الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان القدوري.	-7
73	عبدالله بن أبي القاسم المعروف بابن مفتاح.	-8
77	سمرة بن جندب بن هلال الفزاري.	-9

## فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكرىم برواية حفص عن نافع مصحف المدينة:  
أولاً: علوم القرآن.

1- القرطبي، ابو عمر يوسف بن عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير، لا:ط (دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، لا:ت).

2- الألوسي، أبو الفضل شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، لا:ط (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، لا:ت).

ثانياً: كتب الحديث الشريف وعلومه:

1- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2 (المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405هـ، 1985م).

2- أبو داود في سننه عن أبي موسى، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تح: محمد محي الدين عبدالحميد، لا:ط (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988م).

3- أبو داود في صحيحه، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، لا:ط (المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، لا:ت).

4- البخاري في صحيحه عن عبدالرحمن بن عوف، محمد بن اسماعيل ابو عبدالله، صحيح البخاري، ط:1 (دار أبي حيان، القاهرة، مصر، 1416هـ، 1996م).

5- البخاري في صحيحه عن عبدالله بن عمر، محمد بن اسماعيل أبو عبدالله، صحيح البخاري، ط:1 (دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 1423هـ، 2002م).

6- جمل الليل، السيد يوسف بن عبدالله، الشجرة الزكية في أنساب بني هاشم، ط:2 (مكتبة التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-2012م).

7- الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تح: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط:3 (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1405هـ-1985م).

8- الزهري، محمد بن سعد بن منيع، كتاب الطبقات الكبير، تح: علي محمد عمر، ط:1 (الشركة الدولية للطباعة، القاهرة، مصر، 1421هـ-2001م).



- 9- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، لا:ط (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1255هـ).
- 10- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لا:ط (دار المحاسن، القاهرة، مصر، 1386هـ، 1966م).
- 11- مسلم في صحيحه عن أبي هريرة، ابن الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تح: محمد عبدالباقي، ط:1 (دار أبي حيان، القاهرة، مصر، 1415هـ، 1995م).
- 12- النسائي في سننه عن عائشة رضى الله عنها، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي... بن دينار، سنن النسائي، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1348هـ، 1930م).

### ثالثاً: المعاجم اللغوية:

- 1- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، لا:ط (دار صادر، بيروت، لبنان، 1388هـ).
- 2- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لا:ط (دار الفكر، لا:ب، لا:ت).
- 3- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، لا:ط (لا:مط، القاهرة، مصر، 1421هـ، 2000م).

### رابعاً: كتب الفقه الإسلامي:

#### الفقه الحنفي:

- 1- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط:2 (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1407هـ، 1987م).
- 2- ابن قاضي سماونة، محمود بن اسرائيل، جامع الفصولين، لا:ط (الأميرية ببولاق، لا:ب، 1300هـ).
- 3- ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ط:2 (دار الكتاب الإسلامي، لا:ب، لا:ت).
- 4- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، شرح فتح القدير، لا:ط (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ، 1986م).
- 5- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، التقرير والتحبير، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م).
- 6- ابن نجيم، زين الدين، الأشباه والنظائر، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م).

- 7- البغدادي، ابو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، تح: محمد أحمد سراج، ط: 1 (مطبعة دار السلام، القاهرة، مصر، 1420هـ، 2000م).
- 8- البرنهابوري، نظام الدين، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط: 3 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، 1973م).
- 9- البابرّي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، لا: ب، لا: ت).
- 10- الحدادي، ابوبكر علي بن محمد، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لا: ط (مطبعة محمود بك، القاهرة، مصر، 1301هـ).
- 11- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط: 2 (البابي الحلبي، لا: ب، 1404هـ، 1984م).
- 12- الرشداني، برهان الدين أبي الحسن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، لا: ط (دار إحياء التراث العربي، لا: ب، لا: ت).
- 13- السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، لا: ط (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1986م).
- 14- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، تح: محمد زكي عبدالبر، ط: 1 (لا: مط، دمشق، سوريا، 1377هـ، 1958م).
- 15- الفرغاني، فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي، الفتاوى الخائنة، تح: سالم مصطفى البديري، ط 3 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، 1973م).
- 16- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1986م).
- 17- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط 1 (دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م).

الفقه المالكي:

- 1- ابن الخرشى، أبو عبدالله محمد، الخرشى على مختصر خليل، لا:ط (الأميرية ببولاق، لا:ب، 1317هـ).
- 2- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2002م).
- 3- ابن سودة، أبو عبدالله محمد التاودي، شرح تحفة الأحكام، ط1 (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، 1418هـ، 1998م).
- 4- الأصبحي، مالك بن أنس بن أبي عامر، المدونة الكبرى، لا:ط (دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1411هـ، 1991م).
- 5- البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة "الإمام مالك بن أنس"، لا:ط (دار الفكر، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م).
- 6- التسولي، أبو الحسن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، ط1 (دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، 1418هـ، 1998م).
- 7- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الكبير، لا:ط (الأزهرية، لا:ب، 1309هـ).
- 8- الصنهاجي، شهاب الدين أبي العباس بن عبدالله، الذخيرة، تح: محمد بوخبزة، ط:1 (دار الغرب الإسلامي، لا:ب، 1994م).
- 9- العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على شرح الخرشى لمختصر خليل، لا:ط (الأميرية الكبرى ببولاق، لا:ب، 1317هـ).
- 10- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ط:1 (مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، 1404هـ، 1984م).
- 11- المغربي، أبو عبدالله بن محمد بن عبدالرحمن، شرح مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لا:ط (مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، لا:ب).
- 12- المالكي، محمد علي بن حسين المكي، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 2000م).

الفقه الشافعي:

- 1- الأردبيلي، يوسف، الأنور لأعمال الأبرار، لا:ط (مصطفى البابي الحلبي وشركاه، لا:ب، 1390هـ-1970م).
- 2- الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج، لا:ط (مطبعة مصطفى الحلبي، لا:ب، 1377هـ، 1958م).
- 3- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج، لا:ط (دار الفكر العربي، لا:ب، 1404هـ، 1984م).
- 4- السبكي، تاج الدين عبدالوهاب بن تقي الدين، الأشباه والنظائر في الفروع والقواعد، ط1 (دار الفكر العلمية، بيروت، لبنان، لا:ب).
- 5- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، لا:ط (المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 1417هـ، 1997م).
- 6- النووي، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، ط1 (دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، لا:ت).
- 7- النووي، محي الدين بن شرف، روضة الطالبين، لا:ط (المكتب الإسلامي، لا:ب، لا:ت).
- 8- الهيتمي، شهاب الدين ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1996م).

### الفقه الحنبلي:

- 1- ابن القيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: عصام الدين الصبابطي، لا:ط (دار الحديث، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م).
- 2- ابن القيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لا:ط (دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، لا:ت).
- 3- ابن تيمية، تقي الدين أبي العباس، مختصر الفتاوي، لا:ط (دار المعرفة، بيروت، لبنان، لا:ت).
- 4- ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني، لا:ط (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م).
- 5- البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس، شرح الروض المربع لكتاب زاد المستنقع، لا:ط (دار التراث، القاهرة، مصر، لا:ت).
- 6- الحنبلي، أبو الفرج عبدالله بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، لا:ط (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا:ت).

7- الرحباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، ط3 (لا:مط، لا:ب، 1421هـ، 2001م).

8- المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف شرح المقنع، ط1 (مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1415هـ، 1995م).

9- المقدسي، أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، ط1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1439هـ، 2018م).

### الفقه الزيدي:

1- ابن مفتاح، أبو الحسن عبدالله، لا:ط (مطبعة حجازي، القاهرة، مصر، 1358هـ).

2- ابن المرتضى، أحمد، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ط1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2002م).

3- الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي اليماني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، لا:ط (دار إحياء الكتب العربية، لا:ب، لا:ت).

### الفقه الظاهري:

1- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى بالآثار في شرح المحلى بإختصار، ط1 (دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، لا:ت).

### الفقه الإمامي:

1- البارقي، السيد سند، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل من الكتب "شرح المختصر النافع"، لا:ط (لا:مط، القاهرة، مصر، 1383هـ، 1963م).

2- التبريزي، محمد علي التوحيدي، مصباح الفقاهة في المعاملات، لا:ط (مؤسسة أنصاريان، إيران، 1996م).

3- الأصفهاني، السيد أبو الحسن، وسيلة النجاة، ط:2 (دار التعاون، بيروت، لبنان، 1397هـ، 1977م).

4- الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط:1 (دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1390هـ، 1970م).

5- العاملي، السعيد زين الجبعي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، لا:ط (لا:مط، لا:ب، لا:ت).

6- النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط:7 (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981م).

7- مغنية، محمد جواد، فقه الإمام جعفر الصادق، ط:6 (دار الحوار، بيروت، لبنان، 1413هـ، 1992م).

### الفقه الإباضي:

1- أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط:3 (مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1405هـ، 1985م).

2- الرستاني، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي، منهج الطالبين وبلغ الراغبين، تح: سالم بن سليمان الحادثي، لا:ط (عيسى البابي الحلبي وشركاه، لا:ب، لا:ت).

### كتب أصول الفقه:

1- الأمدي، سيف الدين أبي الحسين علي، الإحكام في أصول الأحكام، ط:5 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ، 2005م).

2- ابن رجب، أبو الفرج عبدالله، القواعد في الفقه الإسلامي، لا:ط (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا:ب).

3- الزاهدي، حافظ تناء الله، تيسير الأصول، ط:1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1993م).

4- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن يوسف، التبصرة في أصول الفقه، ط:1 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م).

### الكتب الفقهية المعاصرة:

1- الحكيم، عبدالهادي، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، لا:ط (النجف الأشرف، بغداد، العراق، 1975م).

2- الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط:1 (دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1431هـ، 2000م).

3- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط:4 (دار الفكر، دمشق، سوريا، لا:ت).

- 4- فرج، عبدالرزاق حسن، الإجازة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، لا:ط (الفجر الجديد، لا:ب، 1403هـ، 1983م).
- 5- مطلوب، عبدالمجيد محمود، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لا:ط (لا:مط، لا:ب، لا:ت).
- 6- المغربي، محمد نجيب عوضين، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، لا:ط (دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 2006م).
- 7- المغربي، محم نجيب عوضين، فلسفة الإرث وأحكامه في الفقه والقانون، لا:ط (دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، لا:ت).

### الكتب القانونية المعاصرة:

- 1- الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للإلتزام، لا:ط (لا:مط، لا:ب، 1998م).
- 2- الجمال، مصطفى محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، ط:1 (دار الفتح، الاسكندرية، مصر، لا:ت).
- 3- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، لا:ط (لا:مط، القاهرة، مصر، 2006م).
- 4- الشراوي، جميل، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، لا:ط (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م).
- 5- الصدة، عبدالمنعم فرج، مصادر الإلتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، لا:ط (لا:مط، لا:ب، 1974م).
- 6- الصدة، عبدالمنعم فرج، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لا:ط (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008م).
- 7- زكي، محمود جمال الدين، دروس في النظرية العامة للإلتزامات، لا:ط (لا:مط، لا:ب، 1995م).
- 8- سلامة، أحمد، مذكرات في نظرية الإلتزام، لا:ط (دار التعاون، لا:ب، 1975م).
- 9- شحاته، شفيق، النظرية العامة للتأمين العيني، ط:3 (لا:مط، لا:ب، لا:ت).

- 10- عبد الباقي، عبدالفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، لا:ط (لا:مط، لا:ب، 1984م).
- 11- عبدالرحمن، أحمد شوقي محمد، إجازة العقد القابل للإبطال، ط:2 (المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1983م).
- 12- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، لا:ط (لا:مط، لا:ب، لا:ت).
- 13- نجيدة، علي حسن، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام"، ط:2 (دار الثقافة العربية، لا:ب، 2003م).
- 14- يحيى، عبدالودود، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات "مصادر الإلتزام"، لا:ط (دار النهضة العربية، لا:ب، 1992م).

### الرسائل العلمية:

- 1- سوار، محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه (جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1960م).
- 2- فرج، عبدالرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه (جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1388هـ، 1968م).
- 3- مذكور، محمد علي علي، تصرفات الفضولي "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، أطروحة دكتوراه (جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1411هـ، 1991م).

### البحوث العلمية والمجلات والندوات:

- 1- عبدالبر، محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد في العديدين الأول والثاني، مارس ويونيو، سنة 1955م، مطبعة القاهرة.
- 2- نجيدة، علي حسين، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد السنة الخامسة والخمسون، سنة 1985م، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

### القوانين والقرارات:



1- الملحق بشأن تعديل بعض أحكام القانون المدني الليبي رقم (6) لسنة 2016م، ويعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره، ويلغي كل ما يخالف أحكامه، وينشر بالجريدة الرسمية، صدر في طرابلس بتاريخ 9/ربيع الآخر/1437هـ، الموافق 19/يناير/2016م.

## فهرس الاختصارات

لا طبعة	لا : ط	-1
لا مطبعة	لا : مط	-2
لا بلدة	لا : ب	-3
لا تاريخ	لا : ت	-4
الجزء	ج	-5
الصفحة	ص	-6

## فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	ت
أ	الآية القرآنية.	-1
ب	الإهداء.	-2
ج	الشكر والتقدير.	-3
1	المقدمة.	-4
<b>الفصل الأول</b>		
<b>حقيقة الفضالة وشروطها</b>		
9	المبحث الأول: حقيقة الفضالة.	-5
10	المطلب الأول: حقيقة الفضالة في الفقه الإسلامي.	-6
18	المطلب الثاني: الفرق بين الفضالة وبعض التصرفات المشابهة لها.	-7
23	المبحث الثاني: شروط الفضالة.	-8
24	المطلب الأول: توفر نية العمل لحساب الغير لذي الفضولي.	-9
36	المطلب الثاني: حدود تدخل الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون.	-10
<b>الفصل الثاني</b>		
<b>نماذج من أحكام الفضالة لإجازة تصرف الفضولي وعدمه</b>		
46	المبحث الأول: إجازة تصرف الفضولي، وأثر الإجازة.	-11
47	المطلب الأول: إجازة تصرف الفضولي، ووسائل التعبير عنها.	-12
61	المطلب الثاني: صاحب الحق في الإجازة محلها وشروطها وأثرها.	-13
71	المبحث الثاني: عدم إجازة تصرف الفضولي، ونماذج من تصرفاته.	-14
72	المطلب الأول: رفض تصرف الفضولي أو رده.	-15
85	المطلب الثاني: نماذج من تصرفات الفضولي القولية.	-16
97	الخاتمة.	-17

رقم الصفحة	الموضوع	ت
99	ملخص الرسالة بالعربي.	-18
101	ملخص الرسالة بالإنجليزي.	-19
104	فهرس الآيات القرآنية.	-20
105	فهرس الأحاديث النبوية.	-21
106	فهرس الأعلام	-22
107	فهرس المصادر والمراجع.	-23
117	فهرس الاختصارات.	-24
118	فهرس الموضوعات.	-25