



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي



Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....03

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الفضالة في القانون المدني الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

شعبة الحقوق

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب (ة):

بلعمري وسيلة

كوشة حورية

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً

بلحاج الجيلالي

الأستاذ(ة)

مشرفاً مقررًا

بلعمري وسيلة

الأستاذ(ة)

مناقشاً

بوعزم عائشة

الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/06./30

إهداء

أهدي ثمرة هذا المجهود المتواضع.

إلى روح أبي الحبيب الذي كان سببا في تحصيلي للزاد العلمي و المعرفي.

إلى روح أمي العزيزة، شجرة باسقة، علمتني معنى الصمود و الجلد.

إلى روح شقيقتي الغالية "نجمة" أزهار تبعث أريجها في كل فصل.

طيب الله ثراهم و أسكنهم الجنة بإذنه عز و جل.

إلى زهيراتي العزيزات، بناتي "مرام"، "نجمة"، "رنيم"،

و إلى والدهم الكريم "بوعمران".

إلى أفراد عائلتي "فوزية، ميلود، سليمة، عبد القادر، نزيهة، محفوظ، ياسمينة، إلياس"

إلى كافة أساتذة، و موظفي كلية الحقوق و العلوم السياسية و بالأخص

أستاذتي المحترمة "حمدي فاطمة الزهراء".

إلى صديقة درسي الغالية "ذهبية".

و أخيرا إلى كل من يجعل من الإرادة و الأمل السبيل الوحيد لتحقيق الطموح.

المقدمة

ما يميز الإنسان عن غيره من المخلوقات الأخرى أنه إجتماعي بطبعه و لا يستطيع أن يعيش معترك الحياة بمفرده إلا إذا تضافرت جهوده مع جهود أخرى لبني و من هذا كله فإنه قد يصنع ما يسمى بالتكافل و الاجتماعي و هذا ما يسود المجتمعات الإسلامية خاصة، و من أهم مظاهر هذا الأخير الفضالة.

هذا المصطلح الذي يعمل مقاصد عدة غير التطفل و التدخل في شؤون الغير، فهي إستدراك ما قد يحدث من مخاطر و أضرار و تجنبها، على الرغم من أن الفائدة تعود على صاحبها، لا المتدخل لدرء عواقبها.

كأن يترك مالك المسكن الغائب حنفية الحمام مفتوحة، لتتسرب المياه للخارج فيدخل أحد الجيران ليكسر قفل الباب و يقفل الحنفية و يصلح ما يجب إصلاحه، فهنا يسمى المتدخل بالفضولي، أما صاحب المسكن برب العمل، الذي يجب عليه بدوره أن يرد للأول جميع المصاريف التي كان قد أنفقها للإصلاح أو الترميم و غيرها من الأعمال التي لا تستحق التأجيل.

فالفضالة تقوم حين يتفضل شخص بالعناية بشؤون الأخر و المحافظة عليها، لأن العناية بها لا تطيق الإنتظار.

و عليه فإن الفضالة تقوم على قاعدة من قواعد السلوك الحسن في المجتمع، أي على التدخل في شؤون الغير، الذي تبرره ظروف رب العمل، و قصد الفضولي في العمل لمصلحته¹.

من لفظة الفضالة يشتق لفظ الفضولي، و الذي يدل لغة "فضل" أي زاد و الفضل هو الزيادة، و جمعه "فضول" و قد إستعمل الجمع إستعمال المفرد فيما لا خير فيه، و لذا نسب

¹ لعشب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2002، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، ص199.



إليه العمل لفظة "فضيل": فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه¹ و إشتق منه، فضالة، لإشتغال المرء بما ليس له.

و في القانون الفرنسي القديم، إختلطت الفضالة بنظام الإثراء بلا سبب، فأصبحت الفضالة هي المبدأ العام، و الإثراء بلا سبب مجرد حالة من حالاتها و قد عرف في ظل هذا القانون القديم نظام الفضالة الناقصة (La gestion d'affaires à normale)².

أما القانون الفرنسي الحالي ، فقد خصص للفضالة أربع مواد(1372 إلى 1375)، و جعلها تطبيقا خاصا من تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب و تكلم عنها في القسم الخاص بشبه العقود، و في نفس الإتجاه ذهبت القوانين العربية إلى جعل الفضالة مصدرا من مصادر الإلتزام، و إن كانت قد إعتبرتها تطبيقا من تطبيقات الإثراء بلا سبب.

كالقانون المصري (المواد من 188 إلى 197)، القانون السوري (المواد من 189 و ما بعدها)، و القانون اللبناني(المادة 149 و ما بعدها)، و القانون الجزائري (المواد من 150 إلى 159).

و للتوغل جدا في فحوى هذا الموضوع، و الإجابة عن إشكالاته المتمثلة فيما يلي:

- ما الصنف القانوني لنظام الفضالة؟
- هل يمكن التفريق بينها و بين الأوجه القانونية الأخرى؟
- و هل يمكن أن تنتقل الفضالة إلى وكالة ؟ أو الوكالة إلى فضالة؟

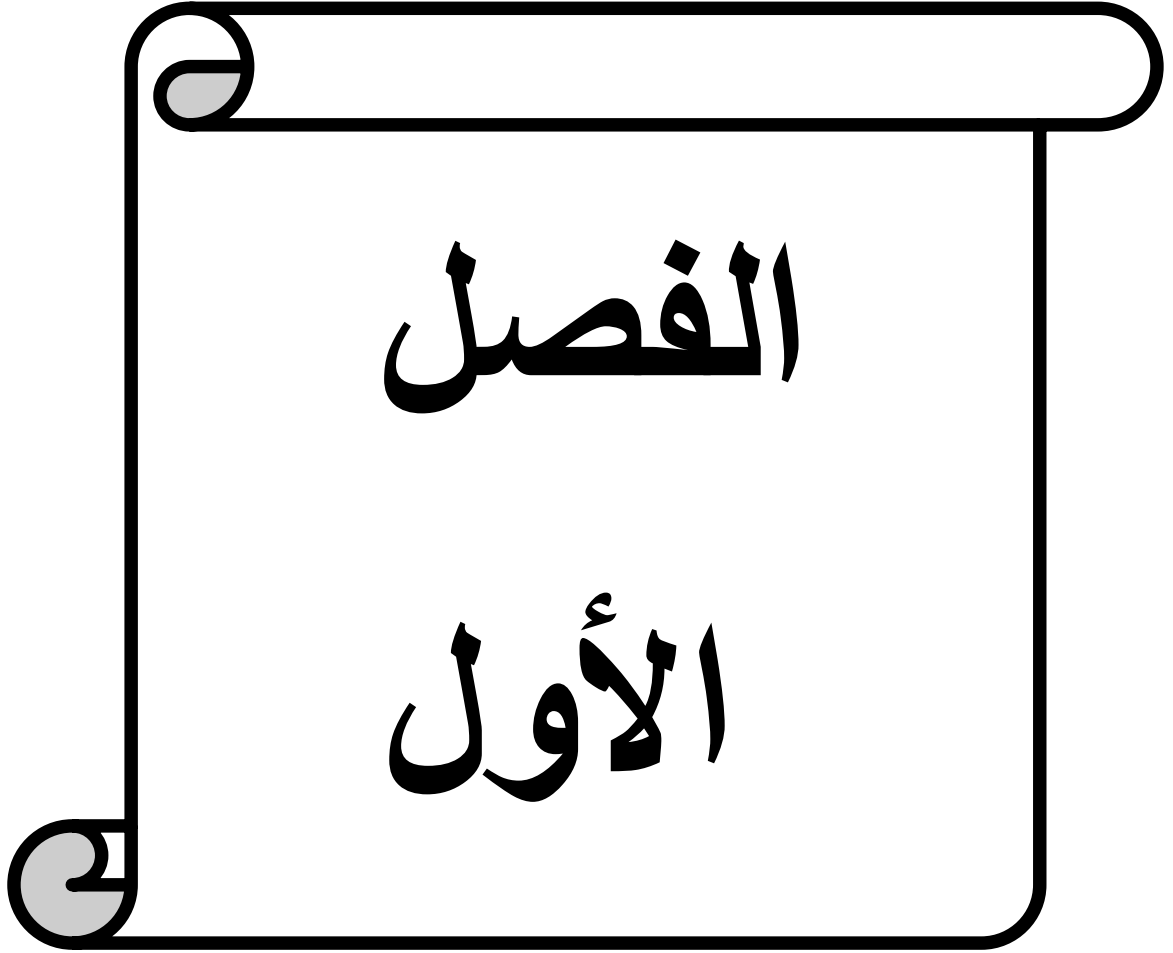
حدونا حدو الخطوة الإستدلالية، دون أن ننسى الإسناد على المقارنة لتزيد المذكرة وضوحا و جلاءا.

¹ محمد جبري الألفي، الفضالة، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي و قوانين الشرق الأوسط (الأردن، الإمارات، إيران، العراق، الكويت، مصر)، عن الفيروز أبادي -القاموس المحيط- ج1، ص 228.

² بلحاج العربي، الفضالة، قال الفقيه (Pothier)، و يقتصر حق الفضولي فيها على إسترداد أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به، أو قيمة ما إفتقر به المفتقر، و يقدر الإثراء وقت رفع الدعوى.

فإعتمدنا في خطتنا على فصلين، الأول تضمن الحديث عن الفضالة من حيث تعريفها و بيان أركانها و إلتزامات أطرافها ، أما الثاني فإحتوى الطبيعة القانونية و الفقهية لنظام الفضالة.





إن الفضالة تعكس التفضيل و ليس "التطفل" فهي تقوم حين يتفضل شخص بالعناية بشؤون آخر و المحافظة عليها لأن العناية بها لا تطيق الإنتظار، و عليه فإن الفضالة تقوم على قاعدة من القواعد السلوك الحسن في المجتمع أي على التدخل في شؤون الغير الذي تبرره ظروف رب العمل ، و قصد الفضولي في العمل لمصلحته¹.

من لفظة الفضالة يشتق لفضا آخر : الفضولي و الذي يدل لغة: فضل أي، زاد و الفضل هو الزيادة و جمعه، فضول، و قد إستعمل الجمع إستعمال المفرد فيما لا خير فيه، و لذا نسب إليه عمل لفضة، فضيل: فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه² و إشتق منه: فضالة، لإشتغال المرء بما ليس له.

و في الإصطلاح لم يجتمع الفقهاء على تحديد معنى الفضولي، و لكنهم يدورون حول المعنى اللغوي، و أقرب التعريفات إلى هذا المعنى اللغوي هو تعريف ابن الإمام: " غلب في الإشتغال بما لا يعنيه، و ما لا ولاية له فيه "³ و بشيء من التحديد: " هو من ليس مالكا و لا واليا و لا مآدونا له فيه "⁴ أو: " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي "⁵.

- 1 د . لعشف محفوظ أخذ هذه الفكرة عن د. محمد جمال الدين زكي - فقرة 353 - .
- 2 د. محمد جبيري الألفي/ الفضالة - دراسة موازنة الفقه الإسلامي و قوانين بلدان الشرق الأوسط (الأردن - الإمارات - إيران - العراق - الكويت - مصر) (عن الفيروز الأبادي - القاموس المحيط ج1 ص 228).
- 3 د. محمد جبيري أخذ هذه الفكرة عن ابن الإمام / فتح القدير ج5 ص 309 .
- 4 المرجع نفسه أخذه الفكرة عن حاشية على شرح البهجة ج2 ص 406.
- 5 المرجع نفسه أخذه الفكرة عن ابن نجيم و البحر الرائق ج6 ص160.

المبحث الأول: مفهوم الفضالة:

لقد نشأ نظام الفضالة و نمى في ظل قانون فري النزعة هو القانون الروماني، و الذي تناوله تحت عنوان "شبه العقود".

و كان يعتبرها إلتزاما ناشئا عن إرادة، و يطلق عليها إسم (gestonégotiorom)¹ و قال جيسنتيان (justinien) عن فلسفة هذا الإلتزام: "إنه علة تقرير هذا الحكم هي النظر إلى مصلحة الغائبين الذين قد يضطرون بغتة إلى السفر و لا يكون لديهم متسع من الوقت ليعهدوا إلى من يقوم برعاية أشغالهم أثناء غيابهم، فتسوء حالتها فلو لم يجعل لمن يتطوع بمراقبتها أثناء غيابهم حق فيما بدلوه في هذا السبيل من النفقات ما وجد من الناس أحد يهتم بها²."

وقد إشتراط القانون الروماني لقيام الفضالة أن يتدخل الفضولي في إدارة رب العمل دون توكيل، و أن يكون الفضولي قد قام بعمل لصالح رب العمل، و أن تكون لدى الفضولي نية العمل لصالح رب العمل .

و في القانون الفرنسي القديم إختلطت الفضالة بنظام الإثراء بلا سبب، فأصبحت الفضالة هي المبدأ العام، و الإثراء بلا سبب مجرد حالة من حالاتها، و قد عرف في ظل هذا القانون القديم نظام الفضالة الناقصة (la gestion d'affaires à normale)³.

أما القانون الفرنسي الحالي، فقد خصص للفضالة أربع مواد (1372 - 1375) و جعلها تطبيقا خاصا من تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب، و تكلم عنها في القسم الخاص يشبه العقود، و في نفس الإتجاه ذهبت القوانين العربية إلى جعل الفضالة مصدرا من مصادر الإلتزام، و إن

1 بلحاج العربي أخذ هذه الفكرة عن ذهبية حامق ، الفضالة في القانون المدني الجزائري ، وما بعدها .
2 بلحاج العربي أخذ هذه الفكرة عن معروف الدواليبي ، الوجيز في الحقوق الرومانية - دمشق 1961 ، ج2 - ص402.

3 بلحاج العربي ، الفضالة قال بها الفقيه بوتيه (Pothier) ، يقتصر حق الفضولي فيها على إسترداد أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به المفتقر و يقدر الإثراء وقت رفع الدعوى.

كانت قد إعتبرتها تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب كالقانون المصري (المواد 188 - 197)، القانون السوري (المادة 189 و ما بعدها)، و القانون اللبناني (المادة 149 و ما بعدها) و القانون الليبي (المادة 191 و ما بعدها) و القانون الجزائري (المواد 150 - 159).

المطلب الأول: تعريف الفضالة:

من خلال النصين المذكورين في المادتين¹ 150 و ²151 مكن القانون المدني الجزائري يظهر جلياً أن الشخص غير ملتزم لا قانوناً و لا إتفاقاً و لا قضاءً، بأن يقوم بعمل مادي أو قانوني لحساب شخص آخر. و هو يعلم بذلك، فهو لا إذن يقوم بعمل إنساني إيثاري، يقصد الشخص به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائباً بعيداً أو يكون غير قادر، و لو كان قادراً للقيام بالعمل الذي قام به الفضولي، و يجب أن يكون الفضولي قد قصد تأدية المساعدة للغير، بحيث لو قصد العمل لمصلحته هو فلا تحقق الفضالة، و لو كان العمل في الواقع لصالح الغير، و إذا كان العمل الذي قام به مشتركا بين مصلحته و مصلحة الغير، بحيث يكون الإرتباط بي المصلحتين لا يقبل الانفصال تحققت الفضالة³.

فالفضولي يعتبر منفصلاً بتدخله، و هذه الفكرة التي تفرق بين الفضالة و مبدأ الإثراء بلا سبب إذا كان يقضي، و تجعلها تطبيقاً خاصاً له ، ينفرد بأحكام تميزه عنه ذلك أن مبدأ الإثراء بلا سبب إذا كان يقضي بتعويض الفضولي عما تكبده، فإن القصد الذي صاحب العمل يقضي بتعويض.

1 المادة 150 من القانون المدني الجزائري تنص على : "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك".

2 المادة 151 من القانون نفسه تنص على " تتحقق الفضالة و لو كان الفضولي أثناء توليه شأناً لنفسه ن قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من الإرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر ."

3 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني طبعة 1991 ص 187.

و الفضالة واقعة قانونية و ليست تصرفا قانونيا، و من تم فإنها تنشأ الإلتزام متى توفرت شروطها، بغض النظر عما إذا كان الفضولي كامل الأهلية أو ناقصها، كما أن المقصود بالقصد الوارد في المادة 150 من القانون المدني الجزائري، هو قصد تولي عمل الغير، وليس قصد الإلتزام.

و نلاحظ بأن المادة 150 من القانون المدني الجزائري في تعريفها للفضالة لم توضح بأن الأمر يتعلق بشأن "عاجل" و هو ما يوافق عليه الفقه في مجموعه، ذلك أن الفضالة كما ذكرنا تقوم في الحقيقة حين ينفصل الشخص بالعناية و المحافظة على شؤون الغير في مواقع لا تطبق الإنتظار، و قد عرف الفقهاء الفضالة بأنها تولي شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك، و على كل حال فإن التعريف ليس مهمة المشرع بل هو من عمل الفقه و القضاء¹.

المطلب الثاني: أركان الفضالة:

طبقا لنصوص القانون المدني الجزائري تركز الفضالة على ثلاث أركان أساسية إضافة إلى الركن آخر.

فالركن الأول هو ركن مادي، و الثاني هو ركن معنوي، و الثالث ركن قانوني، و الرابع يتمثل بأن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي نافعا أو ضروريا أو مستعجلا أو مفيدا.

1- الركن المادي:

يتلخص في قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل.

ويستوي أن يكون هذا العمل تصرفا قانونيا أو عملا ماديا ، ومن أمثلة التصرفات القانونية، كن بيع الفضولي لرب العمل مواد سريعة التلف أو كأن يقبل الفضولي هبة صادرة إلى

1 لعشب محفوظ ، أهد هذه الفكرة عن أحمد سلامة ، نظرية الإلتزام ، صفحة 257.



رب العمل، أو يدفع ضريبة واجبة عليه اتقاء للحجز الإداري، أو أن يؤجر عينا شائعة بينه وبين شخص آخر أو أن يقبل اشتراط لمصلحة رب العمل حتى يمنع المشتراط من الرجوع فيه أو أن يستدعي طبيب العيون لفحص عيني طفل دون أن يكون موكلا في ذلك من طرف والد الطفل¹.

و التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي لمصلحة رب العمل قد تكون أعمال الإدارة كما قد تكون أعمال التصرف، و لا يشترط في الحالتين أن تتوفر لدى الفضولي الأهلية الكاملة لمباشرة التصرف القانوني، بل يكفي أن تتوفر لديه أهلية التعاقد، و هي توجد مع وجوب التمييز، و الفضولي يشبه في ذلك الوكيل .

و من أمثلة الأعمال المادية التي يقوم بها الفضولي، يطفىء حريقا في منزل رب العمل، أو يقوم بإواء أحد تابعي رب العمل و الإتفاق عليه، أو كأن يقوم ببناء منشآت على ملك الغير بحسن نية، أو يقوم بالمحافظة على شيء ضاع لرب العمل، أو يقوم بنفسه بترميم جدار جاره الذي أشرف على الإنهيار.

هذا ويجب لتحقيق الفضالة، وفقا لنص المادة 150 من القانون المدني، أن يقوم الفضولي بعمل لحساب رب العمل، و يشترط في العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون نافعا لرب العمل، بمعنى أن يكون ما تصدى له الفضولي عملا ضروريا لرب العمل، أي عملا ما كان هذا الأخير في القيام به فلا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مقيدا له لتبرير تدخل الفضولي في شؤونه.

فيسنتج من هذا أنه يشترط في العمل الذي يقوم به الفضولي أن يتسم بالإستعجال و الضرورة، و هذا شرط جوهرى لقيام الركن المادي للفضالة.

1 بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، أخذ هذه الفكرة عن القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية و المتمثل أن والد الطفل يكون ملزما في مواجهة طبيب العيون ، نقض مدني فرنسي ، 17 ماي 1939 - 245-2-1939 Gp.

و يتحقق الإستعجال إذا كان التصرف من التصرفات الضرورية التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها ، لو تواجد في نفس الموقف الذي قام به الفضولي هذا العمل.

و كقاعدة عامة، التدخل في شؤون الغير لا يكون جديرا بحماية القانون، إلا إذا دعت إليه ضرورة عاجلة، فإذا لم تكن هناك ضرورة لهذا التدخل فإنه لا يجوز.

و قد يكون خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية، و تقدير صفة الضرورة لتدخل الفضولي إنما تكون وقت التدخل، و لا يهم أن تزول هذه بعد ذلك¹.

و لم ينص القانون المدني على هذا الشرط بصفة واضحة ، ولذلك فهو ليس محل إتفاق عند الفقهاء الجزائريين ، فمنهم من يتطلب في العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون ضروريا و عاجلا².

و منهم من يكتفي بأن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي نافعا لرب العمل، و الظاهر من نصوص القانون تقول السيدة "ذهبية حامق" أن المشرع الجزائري كان يريد أن يستبعد تضيق ميدان الفضالة، فاكتفى بأن يكون عمل الفضولي نافعا، دون أن يكون عاجلا³ أسوة بالقانون المدني الفرنسي.

و الحقيقة أن المشرع الجزائري و إذا كان قد سكت عن هذا الشرط فإنه يجب توفره، لأنه علة تقرير الفضالة، و مادام ينبغي في العمل أن يكون ضروريا فإنه يطبق اللزوم يكون مفيدا، فصفة الإستعجال تتضمن صفة النفع أو المصلحة أو الفائدة، و يكون العمل مستعجلا إذا

1 بلحاج العربي ، المرجع السابق الذكر ، نقض تجاري فرنسي 18 جوان 1968 . BCIV. 1804 ص 161. نقض مدني مصري 28 جانفي 1974 م.م.ف 25 ص 238.

2 محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام و أحكامها في القانون المدني ، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1983 ص 233.

3 ذهبية حامق ، الفضالة في القانون المدني الجزائري ، طبعة 1983 ص 199.

كان يجب القيام به دون توان، و هذه الصفة هي التي تبرر سماح القانون للشخص أن يتدخل في شؤون غيره.

و نلاحظ أن الفقه الإسلامي إشتراط أن يكون تدخل الفضولي ضروريا حتى يعتبر ملزما لرب العمل دون إذن أو إجازة، و قد تطلب الأحناف أن يكون تدخل الفضولي ضروريا لأنهم بنو حلولهم على مبدأ الإستحسان.

في حين المالكية و الحنابلة إكتفوا بأن يكون تدخل الفضولي نافعا لرب العمل لأنهم أسسوا قاعدتهم على مبدأ الإستصلاح، و هو مبدأ عام يتسع لكثير من التطبيقات¹.

2- الركن المعنوي:

و يتمثل في أن يكون ذلك العمل عن قصد

ذكرنا بأن الفضالة هي تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب، و لكنه تطبيق خاص يتميز بأن الفضولي يقصد القيام بعمل فيه مصلحة لشخص آخر فإن لم يتوفر هذا القصد فإن الفضالة لا تقوم قانونا و إن تحقق الإثراء بلا سبب.

و عليه يجب لكي تقوم الفضالة أن تتصرف نية الفضولي، و هو يتولى شأننا لغيره إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل، أما إذا إنصرفت نية إلى العمل لنفسه، فلا يعتبر كذلك حتى و لو عاد عمله بنفع على شخص آخر، فإذا قام شخص مثلا بترميم منزل إعتقاده منه أنه مملوك له، ثم تبين بعد ذلك أنه مملوك لغيره، فلا تكون بصدد فضالة و لا تطبق أحكامها و إنما تطبق في هذا الشأن الأحكام العامة للإثراء بلا سبب و مثلا إذا قام المستأجر بالإصلاحات لضرورة التي يلتزم بها المؤجر فإنه، لا لصالح المؤجر و إنما لكي يستوفي

1 بلحاج العربي ، مرجع سبق ذكره ، أخذ هذه الفكرة عن محمد خيرى الألفي ، مرجع سابق ، ص 45-50 .

منفعة العين المؤجرة ، فإنه يرجع على المؤجر وفقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب لا وفقا لقواعد الفضالة¹ .

فإذا أثبت انتفاء هذا القصد، انتفى قيام الفضالة، و رجع الشخص بدعوى الإثراء، و ليس بدعوى الفضالة، و العبرة بنقصد الفضولي وقت تدخله في شؤون المتفضل عليه.

غير أنه لا يشترط في هذا القصد أن يكون خالصا ، كما لا يشترط فيه أن يكون مقصودا به شخص بذاته، من هنا تتحقق الفضالة و لو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولي شأن غيره لما بين الشائيين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر هذا ما أشارت إليه المادة 151 قانون مدني جزائري و مثال ذلك أن يقوم الشريك على الشروع.

بإدارة المال الشائع كما أنه لا يحول دون قيام الفضالة، إذا كان الفضولي على خطأ في من هو رب العمل . ذلك أنه يكفي لتحقق الفضالة أن يقصد الشخص العمل لحساب غيره، و لو وقع في غلط في شخص هذا الغير².

فإذا قام شخص بترميم شيء معتقدا أنه مملوك لزيد، فإذا بالشيء يملكه محمد، فإن الفضالة تكون متحققة في هذا القصد العام كافي، و لكنه ضروري لأن المطلوب هو انصراف فيه الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير لا لمصلحة شخص معين بالذات.

هذا و لا يشترط أن يكون الفضولي عالما بصفته كفضولي بل قد يتصرف بإعتباره وكيلًا، و يكون تصرفه في الواقع فضالة لا وكالة، و المهم في القانون المدني الجزائري إذ يقصد العمل لمصلحة رب العمل أي أن يكون لدى الفضولي نية الفضالة.

1 بلحاج العربي، مرجع سابق ، نقض مدني فرنسي 14 ديسمبر 1931 . دالوز 1932 ص98 ، المحكمة العليا ن، غ.م.

28 أكتوبر 1984 ، ملف رقم 36466 ، م.ق 1989 ص 200.

2 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص1722.

3- الركن القانوني:

و يتمثل بأن لا يكون الفضولي ملزما بذلك قانونا أو إتفاقا و لا منهيأ عنه. فيشترط في الفضولي ألا يكون ملتزما بالقيام بالعمل لحساب الغير بمقتضى عقد وكالة، أو بمقتضى نص القانون، كما لو كان وليا أو وصيا على رب العمل، أو كان متبوعا، يقوم بدفع التعويض عن تابعة طبقا لنص قانون المادة 136 من القانون المدني الجزائري¹ أو بحكم تعيينه حارسا.

و قد اتفقت كل القوانين على هذا الركن ما عدا القانون المدني الفرنسي الذي سكت عنه، و إن كان الفقه و القضاء مجمعين على وجوب توفره.

و الغالب أن يجهل رب العمل تدخل الفضولي في شؤونه، و هنا لا جدال في أن الفضالة تتحقق مادام رب العمل لم يعلم بها، بشرط أن لا يكون قد نهاه عن القيام بهذا العمل من قبل.

أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي، فإما أن يسكت و لا يعترض عليه فنتحقق الفضالة، و إما أن يقر بها و حينئذ يرى بعض الفقهاء أن تنقلب الفضالة إلى وكالة، و يرى الأستاذ "السنهوري" أن إجازة العمل الذي يقوم به الفضولي أو إقراره له بعد إمامه لا يصح، إلا إذا كان تصرف الفضولي تصرفا قانونيا لأن الوكالة لا تكون إلا في الصراعات القانونية²، و هم يستشهدون في ذلك، بالنصوص القانونية مثل نص المادة 152 من القانون المدني الجزائري³ المقابلة للمادة 190 مدني مصري.

1 المادة 136 من القانون المدني الجزائري تنص على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

2 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص 1402 .

3 المادة 152 من القانون المدني الجزائري تنص على: " تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي".

و المواد العربية التي حذت حذوها، وهي التي تقضي بأن " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ".

كما يستشهدون بالقاعدة اللاتينية، التي تقول أن لا قرار يساوي الوكالة، كما أن محكمة النقض المصرية، أصدرت حكما بتاريخ 28- 02 - 1957¹ قالت فيه أن الإقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضي به المادة 190 من القانون المدني المصري.

و الواقع هو أن الإقرار لا يمكن أن يحول الفضالة إلى وكالة فكل منها نظام قانوني مستقل عن الآخر، و متى بدأ الفضولي العمل فإن عمله يظل فضالة إلى نهايته، و إذا كانت جل النصوص القانونية، و القاعدة الرومانية تقضي بأن الإقرار يجعل الفضالة كالوكالة، فإن مع ذلك هو التشبيه الظاهري فقط، من التدخل إذا كان تدخله يتضمن القيام بتنفيذ إلتزام قانوني ملح ، يقع على عاتق رب العمل مثل دفع نفقة أو تجهيز دفن ميت.

و قد نص القانون المدني التونسي على هذا الإستثناء بالمادة 1184 منه و كذلك نص عليه القانون المغربي بالمادة 948 و قانون الموجبات اللباني بالمادة 160، على الرغم من أن القانون المدني الجزائري و القوانين العربية الأخرى لم تتعرض لهذا الإستثناء.

فإن مجموعة الأعمال التحضيرية تعرضت له بقواها: "ذلك تطبق القواعد الفضالة و لا يعتد بهذه الإدارة المخالفة (أي نهي رب العمل أو المعارضة) إذا كان قد تدخل في شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة إقتضاها وجود التزام بالنفقة، و الإلتزام بتجهيز الميت"².

1 علي علي سليمان، نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض ، ص 172.

2 علي علي سليمان، مرجع سبق ذكره، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص 461 هامش 1.

4- أن يكون العمل الذي يقوم به نافعا أو ضروريا أو مستعجلا:

لم يتناول القانون المدني الجزائري النص على هذا الركن، و لكن تناولته القوانين العربية الأخرى، و كثير من القوانين الغربية، مع اختلاف في التعبير بلفظ نافع، مفيد أو ضروري أو مستعجل.

و لقد اقتصر القانون المدني الجزائري على وضع معيار لقيام الفضولي بعمله، ففضى في المادة 154 بأنه يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي، و قد سار على ما سار عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1375، التي اقتصرت على بذل عناية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F).

و إذا ما انتقدت المادة 1357 من القانون المدني الفرنسي، فوصف المصاريف بأنها ضرورية يعني أنها صرفت بقصد المحافظة على الشيء، و لا يعني ذلك أن تدخل الفضولي كان ضروريا، فالمصاريف الضرورية واجبة الدفع، سواء كان عمل الفضولي ضروريا أو غير ضروري، بشرط أن يعود بمنفعة على رب العمل، و إذن فضرورية المصاريف غير ضرورية العمل.

و الواقع هو أن شرط الإستعجال أو الضرورة في تدخل الفضولي شرط هام جدا و إلا لتدخل الناس في شؤون غيرهم دون داع ، و بداعي التطفل.

و إذا لم يكن العمل الذي يتدخل فيه الفضولي عاجلا و ضروريا، فلماذا يتدخل و لماذا لا يتصل برب العمل ليخطره بأن العمل نافع له أو مفيد، ولماذا لا ينتظر عودته ليقوم بعمله بنفسه ؟

و نظرا لأهمية هذا الشرط، فقد قال عنه السنهوري " لا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا... و انما يتعين أن يكون العمل ضروريا و من الشؤون العاجلة... و معنى أن يكون ضروريا أن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها"¹

و تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك: " أن يكون ما يتصدى له الفضولي شأنا عاجلا، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا، فلا بد أن يكون ضروريا"².

و قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 05-04-1962 بأنه: " يشترط أن يكون عمل الفضولي ضروريا بالنسبة لرب العمل".

و مع أن القانون المدني الفرنسي و الفقه التقليدي هناك، لم يهتما بهذا الشرط فقد إهتم به الفقه الفرنسي الحديث³.

و قد نوه به " بلانيول و ربير"⁴ و قالوا: "أن الفضالة تفترض أنها لم تكن نافعة فحسب بل يجب أن تكون أيضا ضرورية".

1 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ج 1 ، بند 865 و بند 866 ص 1393.

2 عبد الرزاق السنهوري ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 1 ن ص 471.

3 علي علي سليمان، مرجع سبق ذكره، أخذ هذه الفكرة عن بلانيول و ربير مؤلفهما في القانون المدني الفرنسي 1957ن ج7، بند 726.

4 علي علي سليمان، مرجع نفسه ، أخذ هذه الفكرة عن الأستاذة " ذهبية حامق"، مرجع سابق ذكره، ص 115 و ما يقابلها.

المطلب الثالث: إلتزامات الفضولي

متى تحققت أركان الفضالة، نشأت مجموعة من الإلتزامات على عاتق الفضولي، مصدرها واقعة الفضالة، و أخرى في جانب رب العمل إتجاه الفضولي¹.

أما إلتزامات الفضولي، فتتجسد في أربعة و قبل أن نفصل فيها، ينبغي التعرض لمصدرها، فهل تترتب هذه الإلتزامات في ذمة الفضولي بإرادته المنفردة، أو بمقتضى القانون؟

إنقسم افقه العربي بصدد هذا التساؤل إلى طائفتين، طائفة ترى أن مصدر التزمات الفضولي هو القانون، و طائفة أخرى ترى أن مصدرها هو إرادته المنفردة.

و السبب في هذا الإختلاف يرجع أساسا إلى الإختلاف حول إعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام في قانون المدني المصري الجديد أو عدم إعتبارها كذلك و يكون القانون هو الذي يرتب الإلتزامات التي ورد النص عليها في الإرادة المنفردة!

و إذا كان هذا الإختلاف في الرأي ما يبرره في القانون المصري الذي أورد الإرادة المنفردة كمصدر ثان للإلتزام، خصص له الفصل الثاني بعد الفصل الأول، الذي خصصه للمصدر.

الأول و هو العقد، ونص عليه في المادة 162 منه فإن هذا الخلاف لا محل له في القانون المدني الجزائري.

و لم يضع لا فصلا و نص خاص بالإرادة المنفردة مسائرا في ذلك القانون المدني الفرنسي، الذي لم يعتبره الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام².

1 محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الإلتزام - الواقعة القانونية (العمل غير المشروع) -

شبه العقود - القانون ، ج 2 ، طبعة 1991-1992 ص 289.

2 ذهبية حامق ، مرجع سبق ذكره ، ص 320 .

و الرأي العربي يرى مصدر إلتزامات الفضولي هو القانون يتزعمه الأستاذ السنهوري¹ و تؤيده الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، فالأستاذ السنهوري يقول عن إلتزامات الفضولي ما يلي: " و مصدر هذه الإلتزامات جميعها عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي، فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الإلتزامات، و هذا الظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو (تصرف قانوني) سواء عقده بإسمه الشخصي أو عقده بإسم رب العمل نيابة عنه، ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني عملا ماديا في العلاقة ما بين الفضولي و رب العمل، و إن كان العمل يعتبر تصرفا قانونيا في العلاقة ما بين الفضولي و الغير، إن كان الفضولي عقده بإسمه الشخصي و في العلاقة ما بين رب العمل و الغير إن كان الفضولي عقده بإسم رب العمل ".

و لقد أيدت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري هذا الرأي فقالت: "يعتبر القانون مصدرا مباشرا لإلتزامات الفضولي و لو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي" و من هذا الرأي أيضا " جميل الشرقاوي " و الأستاذ " عبد المنعم الصدة"²

و يمكن الإعتراض على هذا الرأي بأنه متى تدخلت إرادة الإنسان في القيام بعمل ما، فإن إرادته هي التي تنشئ على عاتقه ما يترتب على عمله من إلتزامات و الذي أراد أن يلتزم بها مباشرة، يأتي القانون بعد ذلك ، فيوجب عليه هذه الإلتزامات ، فالقانون إذن مصدر غير مباشر في إيجاد هذه الإلتزامات كما هي في العقد.

و لذلك فقد خالف بعض الفقهاء العرب رأي الأستاذ السنهوري، و رأي مجموعة الأعمال التحضيرية.

1 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص 229.

2 محمد جبري الألفي، مرجع سبق ذكره، ص 320.

فرأى الأستاذ "حشمت أبو ستيت"¹ و الأستاذ "أنور سلطان"² أن مصدر إلتزامات الفضولي، هو إرادته المنفردة، و لكن يعترض على هذا الرأي بأنه إذا صح أن مصدر إلتزامات الفضولي هو إرادته المنفردة، فكيف ترتب إرادته المنفردة إلتزامات مقابلة في ذمة رب العمل؟ أن الإرادة المنفردة إذا أصلحت كمصدر للإلتزام على عاتق من أعلنها، فإنها لا يمكن ترتب إلتزامات في ذمة الغير.

إن الأستاذ "حشمت أبو ستيت" يرى أن إنشاء إلتزامات في جانب رب العمل بناء على العمل الإرادي الصادر من الفضولي قد ورد على خلاف الأصل المقرر، غير أنه لا يبرر ما هو السبب في مخالفة الأصل العام، أما في فرنسا، حيث لم يؤخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، فيكاد الرأي يجمع هناك على أن مصدر إلتزامات الفضولي هو القانون، وينضم القضاء الفرنسي إلى هذا الرأي.

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي صدر بتاريخ 12-06-1872 بما يلي:

"و حيث أن الإلتزامات المتبادلة التي تترتب على الفضالة تنشأ من واقعة الفضالة نفسها، و ليس من إرادة الطرفين.

1- إلتزامه بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه:

و قد تناولت المادة 153 من القانون المدني الجزائري النص على الإلتزام بقولها: "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه..." و هذه المادة تقابلها المادة 191 مدني مصري، و المادة 194 من القانون المدني الليبي، و المادة 192 من القانون المدني السوري، وورد النص عليه بالمادة 1180 من القانون المدني التونسي و بالمادة 945 من القانون المدني المغربي.

1 حشمت أبو ستيت ، عباراته هذه أخذها من " علي سليمان " من كتابه نظرية الإلتزام - بند 616 - ص 281.

2 أنور سلطان ، عباراته هذه أخذها من "علي سليمان" من كتابه مصادر الإلتزام ، بند 389 ص 281.

و أشارت إليه القوانين المغربية كذلك، حيث جاء في نص المادة 1372 من القانون المدني الفرنسي، وفي المادة 61 من المشروع الفرنسي الإيطالي.

و بموجب هذا الإلتزام يجب على الفضولي الذي يبدأ عملا لحساب الغير و هو ليس ملتزما به، أن يستمر فيه حتى يتمه ، أو حتى يتمكن رب العمل من إتمامه و مباشرته بمفرده، فإذا كان قد هم في إقامته حائط بمنزل رب العمل كان ينهار، فيجب عليه إنهاء إقامته إلى أن يستقيم، و إذا بدأ طبيب بتطبيب جريح فيجب عليه أن يداوي الجرح جيدا كي لا ينزف، و إذا أقدم شخص على إنقاذ غريق فلا يجوز له أن يتركه قبل أن يصل به إلى البر ما لم يتقاطع ذلك مع قوة قاهرة¹.

و الحكمة في هذا الإلتزام هي الحيلولة دون التدخل في شؤون الغير بإستخفاف و بعدم الشعور بالمسؤولية² خاصة و أن الفضالة تتأسس على روح الإيثار، و الرغبة في تقديم مساعدة إنسانية للغير، وعلى من شرع في عمل الطبيب أن ينهيه و يواصل فيه.

و لا يجوز للفضولي أن يتخلى عن إتمام العمل الذي إضطلع به، قبل أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، و إلا كان مسؤولا عن عدم إتمامه مسؤولية تقصيرية، إذا ما ترتب على عدم إتمامه ضرر لرب العمل.

و إذا كان عمل الفضولي تصرفا قانونيا شرع فيه رب العمل ثم إستطاع هذا الأخير أن ينهيه بنفسه، فعلى الفضولي أن يتخلى عن إتمامه و لو حضر رب العمل، لأن هذا الأخير يعتبر غيرا بالنسبة إلى هذا التصرف، بالرغم من أن الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عنه، و لكن هذا لا يمنع من أن ينصرف أثر هذا التصرف إلى رب العمل بمقتضى هذه النيابة القانونية.

1 عبد المنعم فرج الصده ، مبادئ القانون - دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة بيروت - طبعة 1977 ص 424.

2 دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - طبعة 2004 ص 115.

و من الملاحظ أن الفضولي حين يتعاقد مع الغير بإسمه هو يجب أن يكون أهلا للتعاقد، و لكنه غير ملزم بأن يطلع من التعاقد معه على أنه يتعاقد بإسمه أو بإسم رب العمل¹.

كما يلاحظ أيضا أن الفضولي حين يمضي في العمل الذي بدأه، و أعاقته هذا الأخير قوة قاهرة جعلته من المستحيل أن يتم على أكمل وجه، فهنا الفضولي لا يكون مسؤولا عن عدم إتمامه إذ لا يلزم أحد بالمستحيل.

و بيد أن الفضالة تختلف عن الوكالة كما سبق الذكر، فإن إلتزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمه، يشبه إلتزام الوكيل بنفس الإلتزام، فعلى الرغم من أن للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة و لو وجد إتفاق يخالف ذلك².

و هذا إستنادا إلى المادة 588³ من القانون المدني الجزائري، على غرار أنه ليس للفضولي أن يتحلل من الفضالة قبل إتمام العمل الذي بدأه، فإن الوكيل المطالب كالفضولي بإتمام العمل الذي بدأه حتى يصل به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف ، وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة (المادة 589 من القانون المدني الجزائري)⁴.

1 دريال عبد الرزاق، المرجع السابق ذكره - ص 116 .

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره-ص109.

3 المادة 588:"جوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة و لو وجد اتفاق يخالف ذلك، و يتم التنازل بإعلانه للموكل، فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول.غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي بهذا التنازل و أن يمهل وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه."

4 المادة 589: " يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرض للتلف وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة. و في حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توفرت فيهم الأهلية و كانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم و أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل."

و يجب على الفضولي من ناحية أخرى أن يبذل في القيام بعمله دائما عناية الرجل المعتاد¹ كما سوف نرى فيما بعد (المادة 154 من القانون الجزائري المدني الجزائري). وذلك على الرغم من أن الأصل في الفضالة أنها تبرعية (المادة 157 من القانون الجزائري في عبارتها الأخيرة).

و الأصل أن المتبرع لا يسأل عن إدارة شؤون غيره إلا كما يسأل عن إدارة شؤون نفسه و لو كان يديرها بأقل من عناية الرجل العادي ، ولكن القانون تشدد مع الفضولي حتى لا يتدخل في شؤون الغير بإستخفاف و إستهتار .

2- أن لا يخطر رب العمل بتدخله متى إستطاع ذلك :

و قد نصت على هذا الإلتزام العبارة الأخيرة من المادة 153 من القانون المدني الجزائري، و كذلك المواد العربية الأخرى المقابلة لها، و لكن لم ينص على هذا الإلتزام لا القانون التونسي و لا القانون المغربي و لا القانون الليبي.

و أيضا لم ينص القانون المدني الفرنسي و لا المشروع الفرنسي الإيطالي عليه، فمن بين القوانين الغربية الأخرى التي نصت عليه القانون المدني الألماني فقط و هذا في المادة 681 منه.

و بمقتضى هذا الإلتزام الثاني، يتوجب على الفضولي إخطار رب العمل بتدخله متى إستطاع ذلك و ليس مطالبا في ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد.

و قد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن هذا الإلتزام ما يلي:² "و يلاحظ أن الفضولي ملتزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، و لما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له، لذلك

1 عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ذكره - ص 492 .

2 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2 - ص 473.

كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له، و متى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه و واجبة أن يقوم بذلك".

فالمادة 153 من القانون الجزائري ، كما سبق القول في عبارتها الأخيرة أنه يجب على الفضولي " أن يخطر بتدخله رب العمل متى إستطاع ذلك " و لذا يعتبر هذا الإلتزام متمما للإلتزام الأول، و الغرض منه أن الشأن الذي يتولاه الفضولي لا يتعلق به بل برب العمل. يجب على الفضولي أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله عندما يتمكن من ذلك حتى يتيسر لرب العمل أن يستعمل حقه في مباشرة شؤونه و إتمام العمل بنفسه، فله أن يباشر شؤونه بنفسه و له أن يمنع الفضولي فيجعله يكف عن التدخل في شؤونه.

و إخطار رب العمل هنا يكون في أول فرصة معقولة إذ لرب العمل أن يمنعه من الإستمرار فيما تصدى له¹.

3- إلتزامه أن يبذل في تأديته لعمله عناية الرجل العادي:

تناولت النص على هذا الإلتزام العبارة الأولى من المادة 154 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي..." و هي تقابل العبارة الأولى من المواد العربية، المادة 192 مدني مصري، مادة 193 مدني سوري، المادة 195 مدني ليبي، المادة 156 مدني لبناني، المادة 1181 مدني تونسي و المادة 945 مدني مغربي.

1محمد حسين ، الوجيه في نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري - طبعة 1983 - ص



كما أن القوانين الغربية تتفق كلها على هذا الحكم، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1374 من القانون المدني الفرنسي على مثل هذا الإلتزام، و نص عليه المشرع الفرنسي الإيطالي بالمادة 63 و القانون الألماني بالمادة 681 و السويسري بالمادة 120¹

و بمقتضى هذا الإلتزام أن يبذل الفضولي في قيامه بأعمال الفضالة عناية الرجل العادي و لو كان يبذل في قيامه بشؤون خاصة أقل من عناية الرجل المعتاد، و لعل التشريعات كلها قد هدفت من وراء هذا التشريع إلى أن يكف الشخص الذي لا يقدر على بذل عناية الرجل العادي عن التدخل في شؤون غيره.

أي أن الفضولي عليه أن يبذل في القيام بعمله عناية الشخص العادي أو رب الأسرة الحريص، و يقصد بذلك أن الفضولي في قيامه بالعمل لحساب رب العمل أن لا يلتزم بتحقيق نتيجة، و إنما يلتزم فقط ببذل عناية، و معيار العناية المطلوب منه، هو عناية الشخص المعتاد².

إن هذه التشريعات شددت على الفضولي على الرغم من أن الأصل في الفضالة إنها تبرعية إلا بالنسبة لأرباب المهن، و الأصل في المتبرع ألا يطالب إلا بما يبذله من العناية في الشؤون الخاصة، و لو كان أقل من عناية الرجل المعتاد.

و الغريب أن كل هذه التشريعات قد قضت بسريان أحكام الوكالة على الفضالة (م152م ج) و المواد العربية الأخرى التي تقابلها، و التي سبق ذكرها، بل أن المادة 1372 من القانون المدني الفرنسي، قضت بأن يخضع الفضولي لكل الإلتزامات التي تترتب على الوكالة صريحة يكون رب العمل كأنه أعطاه له³.

1 أمجد محمد منصور " النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام - طبعة 2001 ، ص 382.

2 أنور سلطان ، الموجز في مصادر الإلتزام - طبعة 1995 - ص 466.

3 محمد حسنين، المرجع السابق الذكر، ص 237.

فكان ينبغي إذن أن يطالب، كما يطالب الوكيل المتبرع، ببذل العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، و لو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد، و لكن هذه التشريعات لم تساوي بين الفضولي و الوكيل بصدد هذه العناية، للحكمة التي سبق ذكرها، و لأن الموكل يختار الوكيل، فإذا إختاره من بين من لا يستطيعون بذل عناية أكثر من العناية التي يبذلونها في القيام بشؤونهم الخاصة فلا يلزم إلا نفسه بينما الفضولي لا يختاره رب العمل.

هذا و يلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خالف التشريعات العربية الأخرى وحتى القانون المدني الفرنسي، حين ساوى في المادة 576 منه بين الوكيل المأجور و الوكيل المتبرع، و طالب الإثنين ببذل عناية الرجل المعتاد، و يترتب على ذلك أنه لا فرق بين الوكيل و الفضولي من ناحية العناية المطلوبة منها طبقا للقانون المدني الجزائري.

هذا و بصدد الرجل المعتاد في قيام الفضولي بأعمال الفضالة، كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 266 منه على ما يلي:

"يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد و أن يطابق بين عمله و بين إدارة رب العمل، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة"¹.

و كان هذا النص مطابقا لنص المادة 1181 مدني تونسي و لنص المادة 945 مدني مغربي، و لنص المادة 156 مدني لبناني.

غير أن إشتراط الجمع بين معيار الرجل المعتاد، و بين معيار مطابقة العمل لإرادة رب العمل المعروفة أو المفروضة، كما يتضمن إختلافا بين المعيارين أحيانا، إذ ربما كانت إرادة رب العمل، سواء كانت معروفة أو مفروضة، تهدف إلى البلوغ بالعمل الذي تولاه الفضولي درجة الكمال و عناية الرجل الممتاز، الذي يتفوق على الرجل العادي.

1 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج2 ، ص 475.

فكيف إذن التوفيق بين عناية الرجل المعتاد و عناية الرجل الممتاز؟

و نظرا لهذا الإختلاف إنتهت مناقشة هذا النص إلى حذف المعيار الثالثي و انتهى نص المادة 192 إلى الإقتصار على معيار الرجل المعتاد (مدني مصري)¹.

و تضيف المادة 154 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمواد السابقة ذكرها، بعد مطالبة الفضولي ببذل عناية الشخص العادي بما يلي:

"و يكون مسؤولا عن خطئه، و مع ذلك فالقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المرتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرز ذلك".

و هذا النص مطابق حرفيا لما ورد في نصوص المقابلة في القوانين العربية الأخرى، و المقارب للنصوص الغربية، و لو أن نص المادة 1374 مدني فرنسي لم يتكلم عن المسؤولية و إقتصر على الظروف التي تجيز للقاضي تخفيف التعويض الذي يترتب على الخطأ الفضولي أو على إهماله، و لكن هذا النص مشابه تماما لنص المادة 1992 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالمسؤولية الوكيل المتبرع .

و بما أن النصوص السابقة الذكر، قد وردت كلما عقب النص الخاص بمعيار عناية الرجل المعتاد، فيتربط على ذلك أن مسؤولية الفضولي تقاس بمعيار الرجل المعتاد، فيكون مسؤولا كلما إنحرف عن سلوك الرجل المعتاد، و لكن نظرا إلى أنه يؤدي خدمة إيثارية تبرعية في الأصل، فقد أجازت التشريعات كلها للقاضي أن يخفف من التعويض عن خطأ الفضولي إذا كانت الظروف هي التي دفعته إلى الوقوع في هذا الخطأ، و مثال ذلك ما أورده الأستاذ السنهوري أن يكون الفضولي قد شرع في تنقية زراعة رب العمل من آفة زراعية بمواد كيميائية حصل عليها، و لكن قبل أن يكمل تنقية الزراعة كلها نفذت المواد الكيميائية التي حصل عليها، و قامت ظروف جعلت الحصول على ما يلزم من هذه المواد من المشقة بحيث حملته على

1 عبد المنعم فرج صده، المرجع السابق ذكره، ص 430

الإحجام عن الحصول عليها، ففي هذا المثل يكون الفضولي قد خالف حكم المادة 153 من القانون المدني الجزائري، التي تلزمه بالمضي في عمله حتى يتمه، فهو إذن مسؤول، و لكن للقاضي أن يخفف التعويض عن الضرر، الذي أصاب رب العمل بسبب عدم إتمام تنقية زراعته مراعيًا المشقة التي حملت الفضولي على الإحجام عن البحث عن المواد الكيماوية المطلوبة.

و تكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية داخل أعمال الفضالة، و قد لا يسلم بما يراه الأستاذ السنهوري¹ و من تبعه² من أن مسؤولية الفضولي تختلف باختلاف ما إذا كان وقع في أعمال الفضالة أو خارجها، ففي الحالة الأولى يكون خطئه خطأ في الفضالة، و في الحالة الثانية خطأ تقصيرياً، و معيار خطئه الواقع خارج أعمال الفضالة فهو معيار سلوك الرجل المعتاد، و هو يضرب مثلاً لذلك أن يعمد الفضولي إلى إطفاء حريق شب في منزل جاره، و بعد الإنتهاء من إطفاء الحريق، يخرج الفضولي من المنزل و يهمل إقفال باب المنزل، فيتسلل اللصوص إلى المنزل و يسرقون أمتعة الجار، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية الفضولي تقصيرية.

و السبب الذي دعا هؤلاء الفقهاء إلى هذه التفرقة هو نص القانون على جواز قيام القاضي بتخفيف التعويض، و معنى هذا الرأي أنه كلما خففت المسؤولية تغيرت طبيعتها و لم تعد تقصيرية.

و هذا الرأي لا أساس له في القانون الذي لا يعرف إلا نوعين إثنيين من المسؤولية، المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، و ليس به مسؤولية من نوع خاص تسمى المسؤولية داخل أعمال الفضالة.

1 السنهوري - الوسيط - المرجع السالف الذكر ج 1 - بند 881 ص 1411 - 1412.

2 علي علي سليمان، أخذ هذه الفكرة عن حشمت أبوستيت، المرجع السابق ذكره - بند 620.

و قد يخفف المشرع من التعويض في المسؤولية التقصيرية، كما فعل في المادة 125 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، التي تخفف من مسؤولية الطبي الغير مميز إذا لم يكن له من هو مسؤول عنه أو كان له مسؤول، و كن تعذر الحصول عل تعويض منه، و المسؤولية هنا لم تتغير طبيعتها، بل هي محتفظة بطبيعتها التقصيرية.

و قد يخفف المشرع من المسؤولية العقدية، كما فعل بالنسبة إلى الوكيل المتبرع (فيما عدا القانون المدني الجزائري)، و بالنسبة إلى المودع لديه المتبرع، دون أن تتغير طبيعة هذه المسؤولية العقدية.

و قد جرى القضاء سواء في الجزائر أو في فرنسا على التخفيف من التعويض كلما كان خطأ المدين تافها، و على التشديد فيه كلما كان خطئه جسيما، و مع ذلك لا تتغير طبيعة المسؤولية حتى أن بعض الفقه يرى أن مسؤولية المدين تظل عقدية حتى لو ارتكبت غشا أو خطأ جسيما، و لا تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية كما سبق ذكره.

ثم إن المثل الذي ضربه الأستاذ السنهوري للخطأ الذي يقع خارج الفضالة، و هو تسلل اللصوص إلى منزل رب العمل و سرقة أمتعته بسبب إهمال الفضولي إغلاق باب منزل جاره لا يمكن فصله عن أعمال الفضالة، فقد أهمل الفضولي إغلاق الباب بسبب قيامه بأعمال الفضالة، و لولا الفضالة ما فتح الباب و لا أهمل إغلاقه و ما أشبه ذلك بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الذي يرتكبه بسبب وظيفته (حسب المادة 136 مدني جزائري)¹.

و من كل هذا نجد أن مسؤولية الفضولي داخل أعمال الفضالة أو خارجها و لكن بسببها مسؤولية تقصيرية.

1 المادة 136 من القانون المدني الجزائري تنص على : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها . و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

و تؤيد مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري عدم التفرقة بين مسؤولية الفضولي داخل الفضالة أو خارجها حين نقول: يلاحظ أن الفضولي يلزم ما بقي قائماً بالعمل، بأن يبذل فيما يعمل عناية الرجل و كل مخالفة لهذا الإلتزام تعتبر خطأً يستتبع مساءلته، و مع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يهدده¹.

كما أن المادة 1181 من القانون المدني التونسي و المادة 945 من القانون المدني المغربي تتصان على أن الفضولي مسؤول عن كل خطأ ولو كان يسيراً، و مع ذلك يسأل حتى عن خطئه الجسيم أو عن غشه إذا كان قد تدخل في شؤون رب العمل بقصد درء ضرر حال كان يهدده، و لم يفرق النصاب بين خطئه داخل أعمال الفضالة أو خارجها.

و تنص المادة 156 من القانون المدني اللبناني على أن الفضولي مسؤول عن خطئه اليسير و مع ذلك فلا يلتزم بأكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة و هذا النص يعتبره مسؤولاً مسؤولية المتبرع بإستثناء مسؤوليته عن خطئه اليسير و تنص المادة 420 من قانون الإلتزامات السويسري على أن الفضولي مسؤول عن كل إهمال أو عدم تبصر، و مع ذلك يجب أن تقدر مسؤوليته بأقل شدة إذا كان تدخله في شؤون رب العمل لدفع ضرر كان يهدده².

و يستخلص من هذه النصوص جميعها أن مسؤولية الفضولي هي دائماً تقصيرية و لكنها تخفف نظراً لبعض الظروف، كما تخفف المسؤولية العقدية في بعض الحالات أو تشدد بدون أن تتغير طبيعتها³.

4- إلتزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل عما قام به:

1 المادة مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 - ص 475.

2 السنهوري ، المرجع السابق الذكر ص 900.

3 بلحاج العربي ، المرجع السابق الذكر ، ص 215.

تنص المادة 155 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة و بتقديم حساب عما قام به" و تقابل هذه المادة، المواد 193 من القانون المدني المصري، 194 من القانون المدني السوري، 196 من القانون المدني الليبي، 1182 من القانون المدني التونسي، 946 من القانون المدني المغربي، 158 من القانون المدني اللبناني، أما القانون الفرنسي فلم ينص على هذا الإلتزام مكتفيا بتطبيق أحكام الوكالة الواردة بالمادة 993، و بما أن نص المادة 155 من القانون المدني الجزائري يحيل على إلتزام الوكيل، فبالرجوع إلى نص المادة 577 من القانون المدني الجزائري الواردة في الوكالة، نجدها تنص على مايلي: "على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة و أن يقدم له حسابا عنها" و إذن فالإلتزام الفضولي هنا كالإلتزام الوكيل، فعليه أن يرد إلى رب العمل كل ما إستوفاه بسبب الفضالة من حقوق و أموال و محاصيل زراعية و ليس له قياسا على الوكيل، أن يستعمل مال رب العمل لمصلحته الشخصية، و تقضي القوانين العربية الأخرى بأن على الفضولي، قياسا على الوكيل أن يدفع فوائد عن المبالغ التي إستخدمها من أموال الفضالة، و تحسب هذه الفوائد من وقت إستخدامه لهذه الأموال، لا من وقت رفع الدعوى، و عليه أيضا دفع فوائد عما بقي في ذمته من أموال الفضالة، و لكنها لا تستحق إلا من وقت إعداره، المادة 716 من القانون المدني المصري و ما يقابلها من مواد القوانين العربية التي حذت حذوه، أما القانون المدني الجزائري فلم يأت بمثل هذه النصوص، و طبقا له لا يلتزم الفضولي بدفع فوائد في الأصل طبقا لنص المادة 454 من القانون المدني الجزائري، متى كان التعامل بين الأفراد¹.

و يقضي القانون المدني الفرنسي في المادة 1993 بأن يرد الوكيل إلى الموكل حتى ما يكون قد إستوفاه بإسمه دون حق ، إذا لم يكن قد رده قبل ذلك، و يطبق هذا الحكم على الفضولي أيضا.

1 محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الإلتزام ، الواقعة القانونية (العمل غير المشروع) (شبه العقود - القانون) الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 1991-1992 ص 291.

و أما تقديم الحساب لرب العمل فيشمل كل ما صرفه لحساب الفضالة، و يلتزم الفضولي بتقديم الحساب لرب العمل دون أن يطالبه هذا الأخير بتنفيذ هذا الإلتزام، و لكن إذا تأخر في تنفيذه فلرب العمل الحق في مطالبته به¹.

المطلب الرابع : إلتزامات رب العمل

تنص المادة 157 من القانون المدني الجزائري على مايلي: " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، متى كان قد بذل في إرادته عناية الشخص العادي و لو لم تتحقق النتيجة المقصودة، و في هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، و بتعويضه عن التعهدات التي إلتزم بها و برد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف و بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، و لا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته ".

و نقابل هذه المادة المواد 195 مدني مصري، 196 مدني سوري، 198 مدني ليبي، 161 و 164 مدني لبناني، و تقارب المادة 1375 مدني فرنسي و المادة 64 من المشروع الفرنسي الإيطالي و المادة 422 من القانون السويسري.

و يستخلص من هذه النصوص أن على رب العمل أربعة إلتزامات يلتزم بها إتجاه الفضولي: و قبل أن ندرس هذه الإلتزامات الأربعة بالتفصيل ، ينبغي أن نلفت النظر إلى أن صدر المادة 157 من القانون المدني الجزائري، يقضي بإعتبار الفضولي نائبا قانونيا عن رب العمل متى كان قد بذل في قيامه بأعمال الفضالة عناية الرجل العادي، و لو لم تتحقق النتيجة التي كان يهدف إلى تحقيقها لأن إلتزامه بالقيام بأعمال الفضالة و بإتتمام ما بدأ منها، إلتزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية ، مثله في ذلك مثل كل مدين ملتزم بمعيار الرجل العادي، و متى قام بالفضالة على هذا النحو ، إعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل.

1 لعشب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، 2 - 92 ص 198.

و ما من شك في أن إلتزامات رب العمل مصدرها القانوني¹ لأن إرادته لم تتدخل في ترتيب هذه الإلتزامات ، طبقاً للرأي الراجح.

و فيما يلي سنتناول دراسة هذه الإلتزامات بالتفصيل:

1- إلتزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي تعهد بها الفضولي لحسابه أي لحساب رب العمل:

إذا تحققت شروط الفضالة، و بذل الفضولي في عمله عناية الشخص العادي كان نائباً قانوناً عن رب العمل و لو تحقق النتيجة المرجوة و هذا ما يقضي به صدر المادة 157 من القانون المدني الجزائري، فإذا التزم رب العمل بتنفيذ ما تعهد به الفضولي عنه يكون مصدره هو هذه النيابة القانونية و لا يكون الفضولي مسؤولاً شخصياً عنها، ما لم يكن إرتكب خطأ أثناء العقد.

و قد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي: " يلتزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد الفضولي".

و ينبغي التفريق في هذا الصدد بين الفرضين: فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولي بإسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه إلتزم هذا مباشر بمقتضى النية القانونية التي تنشأ عن الفضالة، و بهذا يصبح رأساً دائناً و مدينا لمن تعاقد معه الفضولي².

و عادت ذلك في العقود التي عقدها الفضول بإسم رب العمل تدخل الحقوق التي تنشأ في الجانب الإيجابي لذمة رب العمل، و الإلتزامات التي تترتب عنها تنقل جانب السلب من هذه الذمة. و لا يشترط أن يصرح الفضولي للتعاقد معه بأنه يتعاقد بإسم رب العمل بل قد يستخلص هذا ضمناً، لأن نيابة الفضولي قانونية، و قد قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة

1 أشارت إلى هذا الرأي : "إلتزامات رب العمل تنشأ من إرادة الفضولي المنفردة ، و لكن يلاحظ على هذا الرأي أن الإرادة المنفردة ، غير قادرة على إنشاء إلتزامات في ذمة الغير المرجع السابق الذكر ص 163.

2 مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص 483.

النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 14/01/1959¹ بأن الفضولي الذي يتعاقد مع الغير بإسم رب العمل، و لو كان ذلك ضمنيا ، لا يكون ملزما قبل الغير شخصا ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

فعقد الفضولي تصرفا قانونيا بإسم رب العمل، يعد نيابة عن هذا الأخير نيابة قانونية و من تم انصرفت آثار هذا التصرف إلى رب العمل (الأصل)، سواء كانت هذه الآثار حقوقا أو التزامات، و عليه يلتزم رب العمل بتنفيذ الإلتزامات التي ترتبت على هذا التصرف باعتباره طرفا فيها، و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن والد الطفل يلتزم بدفع أجرة الطبيب المختص في أمراض العيون، الذي استدعاه مدير المستشفى ليعتني بهذا الطفل²، و النيابة هنا نيابة قانونية مصدرها القانون.

فإذا كانت الإلتزامات التي يبرمها الفضولي بالنيابة عن رب العمل، تنشأ مباشرة في ذمة هذا الأخير، فمعنى ذلك أنه يجب عليه تنفيذ هذه الإلتزامات اختيارا و إلا أجبر على تنفيذها قهرا³.

2- إلتزامه بتعويض الفضولي عن التعهدات التي إلتزم بها بإسمه هو أي بإسم الفضولي:

إذا كان الفضولي قد تعاقد مع الغير بإسمه شخصا، و لكن لصالح رب العمل، فإنه يكون مسؤولا شخصا قبل من التعاقد معه.

كما لو تعاقد بإسمه مع مقاول لإصلاح جدار آيل للسقوط في منزل رب العمل، ففي هذه الحالة، يضل رب العمل أجنبيا عن العقد، و لا تتصرف إليه آثاره و يكون الفضولي وحده هو المدين في هذا العقد و هنا يكون على رب العمل أن يعرض الفضولي عن التعهدات التي التزم

1 بلحاج العربي ، نشر هذا الحكم في اللوزة سنة 1959 رقم 106.

2 بلحاج العربي ، نقض المدني الفرنسي 14/01/1959 دالوز 1959 رقم 106.

3 بلحاج العربي نقض مدني فرنسي 14/01.

بها لإنجاز أعمال الفضالة، أي أن يعوضه عما تحمله بسبب مسؤوليته قبل من تعاقد معه و هذا في حالة ما إذا صرح الفضولي للغير بأنه يتعاقد بإسمه هو .

فإذا لم يصرح بذلك فإن تصرفه ينصرف أثره ضمناً إلى رب العمل فإنه يكون ملتزم شخصياً بهذا التعاقد، و يسأل شخصياً نحو من تعاقد معه عن تنفيذ العقد .

و لكن رب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عما قدمه من مصروفات في سبيل هذا التعاقد الذي أثرى ذمته المالية و عليه أن يرد كل ما صرفه الفضولي من مصروفات، لا أقل القيمتين كما يقضي بذلك مبدأ الإثراء بلا سبب، و بهذا تتميز الفضالة الإثراء بلا سبب¹ .

و هذا إستناداً إلى نص المادة 157 من القانون المدني بقولها: يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إرادته عناية الشخص العادي، و لو تتحقق النتيجة المقصودة و في هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، و بتعويضه عن التعهدات التي التزم بها، و برد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، و بتعويضه عن ضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، و لا يستحق الفضولي أجر على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته .

و قد ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الصدد ما يلي: أما إذا تعاقد الفضولي بإسمه شخصياً، بأن أضاف العقد إلى نفسه. لا إلى رب العمل فلا يصبح هذا دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي من الأغبار، و إنما ترجع حقوق العقد و إلتزاماته إلى الفضولي، و لكن رب العمل يلتزم بتعويضه، عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه، وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب² و لكن يلاحظ أن هذه العبارة الأخيرة تتكلم عن تطبيق قواعد الإثراء دون أن تضيف أنها لا تطبق فيما يتعلق بأقل القيمتين .

1 ذهبية حامق، مرجع سبق ذكره ، ص 320 .

2 نشر هذا الحكم في جازيت المحاكم المختلطة عدد/5 برقم 199، ص 2/7 .

3- إلتزامه برد النفقات الضرورية و النافعة التي سوغتها الظرف:

فرب العمل ملتزم برد إلى الفضولي ما أنفقه من مصروفات ضرورية و نافعة، و برد المصروفات الضرورية تلك التي تصرف للمحافظة على الشيء و صيانتته، مثل إقامة جدار في منزل رب العمل إنهار أو كاد ينقضي، و يراد بالمصروفات النافعة تلك التي تزيد في قيمة الشيء، أو تعود بالنفع على رب العمل، مثلا طلاء جدران بعد ترميمه، أو إنفاق مصروفات لتخزين محصول زراعي يخشى عليه من التلف إذ لم يخزن.

و يكفي أن تكون هذه المصروفات نافعة عند صرفها، و لو زال نفعها أو لم يتحقق فيما بعد و قد قضت محكمة المنصورة الجزائرية المختلطة في الحكم لها بتاريخ 1925/08/21، بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها، حتى لو كان النفع الذي ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه و يقول " الفقيه ستارك في ذلك¹ أنه لا يرد بالمصروفات النافعة تلك التي انتهت بإنقاع رب العمل بهل، بل تلك التي بدا للفضولي عند إنفاقها أنها مناسبة، و أن من المعقول إنفاقها، حتى لو إنتهى الأمر بأن لم يترتب عليها إثراء لرب العمل أمثل منزل أنها بعد أن قام الفضولي بترميمه أو مريض مات بعد أن قام الطبيب بعلاجه.

و لكن لا ينبغي أن يكون الفضولي هو الذي تسبب بإرادته في إنفاق هذه النفقات و تقول في ذلك الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1953 /05/06².
ليس للفضولي أن يطالب بإسترداد المصروفات التي أراد أن يوجد السبب الذي ترتب عليه المصروفات.

1 الإلتزامات بند 2286 ، ص 677.

2 نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1953 رقم 609.

و لكن لا ينبغي أن تكون هذه المصروفات مفرطة بحيث تزيد كثيرا عما تحققه من منفعة، و في ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي، "و يلزم رب العمل، من ناحية أخرى بأن يؤدي للفضولي جميع ما اقتضته الظروف من نفقات ضرورية أو نافعة إلى الحد المعقول و يكون للفضولي في هذه الحالة أن ينزع ما جاوز الحد على أن يعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها من قبل.

و هذا المعنى هو الذي يستخلص من العبارة الأخيرة التي وردت بالمادة 157 بصدد النفقات الضرورية و النافعة حيث قالت: "التي سوغتها الظروف...." أي غير المغالى فيها.

و يلاحظ أن النصوص العربية الأخرى و النصوص الأجنبية تجعل للفضولي الحق في تقاضي فوائد بالسعر القانوني من وقت الإنفاق خلافا للأصل العام الذي يقضي بأن تحتسب الفوائد من يوم رفع الدعوى.

أما القانون المدني الجزائري فليس للفضولي الحق في أن يطالب بفوائد إذا كان التعامل بين الأفراد (المادة 454 م.ج) و لكن له الحق في الفوائد إذا كان التعامل مع المؤسسات المصرفية (المادة 456 م.ج).

كما يلاحظ أن للمصاريف الضرورية على المنقول حق إمتياز نصت عليه المادة 992 م.ج بقولها " المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول و فيما يلزم له ترميم ، يكون لها إمتياز عليه " و يأتي هذا الإمتياز في الدرجة الثالثة بعد المصاريف القضائية و المبالغ المستحقة للخزينة العامة".

كما أن للفضولي الحق في حبس الشيء الذي أنفق بسببه المصروفات الضرورية أو النافعة، كما تنص بذلك المادة 200 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تجعل الحق في الحبس الجائر الشيء أو محرزة إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة.

و لقد نصت المادتان 1187 مدني تونسي و 951 مدني مغربي صراحة على حق الفضولي في الحبس للحصول على هذه المصروفات، هذا هو ما يتعلق بالمصروفات الضرورية أو النافعة، أما فيما يتعلق بما أنفقه الفضولي من مصروفات كمالية ، فيكاد يكون هناك إجتماع في الفقه على أن رب العمل غير ملزم بردها، و بقول ستارك في ذلك لا ترد المصروفات الكمالية أب التي صرفت لمجرد الترفيه¹.

4- إلزامه بتعويض الفضولي في الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة :

قد يصاب الفضولي بضرر و هو يؤدي أعمال الفضالة، كما لو كان يقوم بإطفاء حريق شب في منزل رب العمل فأصيب بحروق، أو يقوم بإنقاذ رب العمل الذي يوشك أن يغرق فيجرحه بأظافره، أو يقوم بكبح حصان جامح فيرفسه، فيلزم رب العمل بتعويضه عند الضرر الذي أصابه و هو يؤدي عملا إنسانيا إيثاريا، و يشترط ألا يكون الفضولي هو الذي كان السبب في هذا الضرر، كما أو أخطأ فألقى بنفسه في النار دون ضرورة فأصابته حروق منها، أو كان لا يحسن السباحة جيدا فأقدم على إنقاذ الغريق و لم يحسن الإمساك به فأصابه الغريق بجروح كان يمكنه أن يتقيها لو كان سباحا جيدا، كما يشترط ألا يكون في إستطاعته تجنب ما أصابه من ضرر لو بذل جهدا معقولا في سبيل ذلك ، تطبيقا لنص المادة 182 م. ج التي تقول " و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" و ينبغي أن يكون التعويض عادلا و يخضع ذلك لتقدير القضاء.

و تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك ما يلي:

"و يلزم أخيرا بتعويض الفضولي تعويضا عادلا عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل و يتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان مناسبا مع ما لم يستطع الفضولي إنقاؤه من

1 إلتزامات البند و الصحيفة سابقة الذكر . .

الضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية، و يقوم حق الفضولي في إقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من إفتقاره¹.

و إذ كان القانون المدني الفرنسي لم ينص على هذا الإلتزام بصدد الفضالة فذلك لأنه قد نص في المادة 1372 على أن تطبق عليها أحكام الوكالة.

و قد نصت المادة 2000 الواردة في الوكالة على أنه " يجب على الموكل أن يعرض الوكيل عن كل خسارة تلحقه بسبب تأدية شؤون الوكالة، بشرط ألا يكون ناتجا عن رهونته".

و طبقا للنص فإن رب العمل ملزم رب تعويض الفضولي عما يصيبه من ضرر على غرار إلتزام الموكل نحو الوكيل.

فهذه هي الإلتزامات الأربعة التي تقع على عاتق رب العمل، و قد سبق أن قلنا أن مصدر هذه الإلتزامات هو القانون، إذ لا دخل لإرادة رب العمل فيها، و لكن إذا كان القانون هو المصدر المباشر للإلتزام الأول الذي يتطلب من رب العمل أن يتخذ الفضولي عنه نيابة قانونية نص عليها القانون في صدر المادة 157 من القانون المدني الجزائري، و المواد العربية الأخرى المقابلة لها، و كذلك المواد الغربية.

أما الإلتزام الثاني و الثالث و هما الخاصان بتعويض الفضولي عما يتعهد به بإسمه هو و رد المصاريف الضرورية و النافعة فمصدرها المباشر هو الإثراء بلا سبب و القانون هو مصدر هام غير مباشر.

و أما الإلتزام الرابع و هو تعويض الفضولي عما لحقه من ضرر فإن مصدره المباشر هو الفعل الضار، و ليس الإثراء بلا سبب كما يقول الأستاذ السنهوري و كما تقول محكمة النقض المصرية²، فرب العمل لا يثري من الفعل الضار الذي ترتب عليه الضرر للفضولي مهما كان

1 إلتزامات البند و الصحيفة سابقة الذكر، ج 2، ص 484.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 298.

سبب الضرر هو تأدية أعمال الفضالة، إذ أن كل عمل ضار يلزم من كان سببا فيه بتعويض هذا الضرر المادة 124 من القانون المدني الجزائري، و إذن فمصدر إلتزام رب العمل المباشر وبتعويض الضرر الذي أصاب الفضولي هو مسؤوليته التقصيرية و القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الإلتزام و لو لم يكن رب العمل قد ارتكب خطأ فإن الضرر قد حدث بسبب شيء يخصه ، فهو يتحمل تبعه ما يحدثه من ضرر و الغرم بالغنم.

و يستخلص من ذلك أن مصدر الإلتزام الأول هو القانون، بمقتضى النيابة القانونية و هو المصدر المباشر و مصدر الإلتزامين الثاني و الثالث المباشر هو الإثراء بلا سبب و القانون هو مصدرها غير المباشر و مصدر الإلتزام الرابع هو المسؤولية التقصيرية، أي أن الفعل الضار هو مصدره المباشر و القانون هو المصدر غير مباشر و لم يرتكب رب العمل خطأ¹.

المبحث الثاني: الجوانب القانونية للفضالة:

تنص المادة 158 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولا عن إرادته إلا بالقدر الذي أثرى به ما لم تكن مسؤوليته عن عمل غير شرعي.

و أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة و لو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد" و يقابل نص هذه المادة، المواد 196 مدني مصري، 197 مدني سوري، 199 مدني ليبي، 151 فقرة 2 مدني لبناني، و من القوانين الغربية المادة 2/61 من المشروع الفرنسي الإيطالي، و المادة 682 مدني ألماني و المادة 421 من قانون الإلتزام السويسري ، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض لأهلية الفضولي و لا لأهلية رب العمل².

1 عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 998.

2 أحمد سلامة ، نظرية الإلتزام ، فقرة 257 ، ص 517.

غير أنه يقيس الفضالة على الوكالة و قد نصت المادة 1890 الواردة في " الوكالة على أن القاصر غير المرشد بجوز أن يكون وكيلًا...".

هذا في ما يخص أهلية كل من الفضولي و رب العمل، و تناولناها في مطلبين منفردين، أما أجر الفضولي و رب العمل أيضا سندرسهما على حد¹.

المطلب الأول: أهلية الفضولي:

نستخلص من النصوص السابقة الذكر أنه إذا أبرم الفضولي تصرفا قانونيا بإسمه شخصيا فيجيب ، تتوفر في أهلية التعاقد اللازمة للعقد الذي يقوم به بإبرامه .

و أما إذا تعاقد بإسم رب العمل ، فلا تشترط فيه إلا أهلية التمييز مثله في ذلك مثل الوكيل لأن آثار العقد سوف تتصرف إلى رب العمل.

و بالنسبة إلى الأعمال المادية التي يقوم بها خلال الإقالة، تكفي فيه أهلية التمييز غير أنه إذا كان كامل الأهلية فإنه يكون مسؤولا عن أعمال الفضالة مسؤولية كاملة و إذا كان ناقص الأهلية فلا يسأل عنها إلا في حدود ما أثرى به ، لأن القاصر لا يسأل دائما في الإثراء بلا سبب إلا بقدر ما عاد عليه بالنفع.

و لكن يستثنى من ذلك أن تقوم مسؤولية على عمل غير مشروع، فحينئذ يسأل عن تعويض ما أحدثته من ضرر مسؤولية كاملة، أي يجب أن يعرض كل ضرر لا في حدود الإثراء بلا سبب.

أما الفقه الفرنسي ، فهو منقسم في هذا الصدد فبعضه يشترط في الفضولي أن يكون كامل الأهلية مثل " ديموج"² و بعض الآخر يتفق مع ما سبق ذكره و يقول شارك في... ذلك³ بما

1 انور سلطان ، المرجع السابق ، ص500.

2 مؤلفه الإلتزامات ، ج3 ، بند29 .

3 الإلتزامات ، بند 2280 ، ص675.

أن الفضولي يلتزم بالإلتزامات نحو رب العمل ، و أحيانا نحو الغير الذي يتعاقد معه دون أن يصرح بأنه فضولي ، فيستخلص من ذلك أنه ينبغي أن يكون كامل الأهلية... غير أنه متى أحسن الإدارة فإنه يكتسب و لو كان ناقص الأهلية حقوقه قبل رب العمل، و ليس لهذا الأخير أن يتمسك بنقص أهلية الفضولي لكي يتخلص من مسؤوليته نحو الفضولي يمكن أن يقوم بأعمال الفضالة و لو كان ناقص الأهلية.

المطلب الثاني: أهلية رب العمل:

الفقرة الأخيرة من المادة 158 من القانون المدني الجزائري و النصوص العربية التي تقابلها تقض بأن رب العمل تبقى مسؤوليته كاملة و لو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد. و معنى ذلك هو أن رب العمل لا تشتط فيه الأهلية التامة للتعاقد و يكفي أن يكون مميزا و قد يكون غير مميز.

و في ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري كما يلي:

و أما ما يترتب من إلتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضي فيه أهلية ما، فتصبح النيابة القانونية عن طريق الفضالة و لو كان الأصل غير مميز، و في هذه الصور يلزم الأصل بأداء ما تحمل الفضولي من نفقات و تعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب¹.

و يكاد الفقه العربي يجمع على عدم إشتراط الأهلية في رب العمل، غير أن الأستاذ السنهوري قد خرج على هذا الرأي حين قال²: " يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه، لأنه يقع نافذا مباشرة في حقه" و كرر ذلك فيما بعد حين

1 مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 2 ، ص 487.

2 السنهوري ، الوسيط ، ج 1 بند 861 ، ص 1390 ، و بند 898 ، ص 1431.

قال: " و يلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفا قانونيا بإسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوفر في رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف".

و هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن رب العمل لا يلزم بإرادته بل بمقتضى القانون بإعتبار أن نيابة الفضولي عنه نيابة قانونية.

و من الفقهاء العرب من يخالف هذا الرأي¹ و يروا أنه لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود لأن مصدر إلتزام رب العمل ليس إرادته بل القانون.

و يكاد الفقه الفرنسي يجمع على هذا الرأي على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا عن أهلية رب العمل فيقول " بلانيول و ريبير و بولانجيه"² أن رب العمل ملتزم دون أن تؤخذ أهليته في الإعتبار و إلتزامه يترتب في الواقع من القانون دون أن يكون لإرادته دخل في إلتزامه بل إن القضاء الفرنسي يقول بهذا الرأي، فقد أصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1910/10/20 قالت فيه: " أن التصرفات التي يقوم بها النائب القانوني عن عديم التمييز حتى لو كانت خارجة عن نطاق سلطاته، و بدون إتخاذ الإجراءات الشكلية الضرورية، يجوز أن تكون صحيحة بصفقتها من أعمال الإدارة النافعة".

و يستخلص من ذلك أنه لا يشترط في رب العمل أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد سواء تصرف الفضولي بإسمه أو بإسم رب العمل.

غير أنه يلاحظ أن رب العمل حين يستعمل حقه في معارضة الفضولي في قيامه بأعمال الفضالة، أو حين يقر أعمال الفضولي يجب أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد، ذلك لأن المعارضة أو الإقرار تصرفان قانونيان يصدران عن إرادته المنفردة .

1 السنهوري نقلا عن الرجوع السابق الذكر ، ج 2 ، بند 12273.

2 نشر هذا الحكم في سيرية سنة 1912 ، عدد 1 ، رقم 337 .

المطلب الثالث: أجر الفضولي:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 157 من القانون المدني الجزائري و من النصوص المقابلة لها على ما يلي:

و لا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته، فالأصل في الفضالة أنها تبرعية، و عمل إنساني إيثاري يأتيه الفضولي بدافع إنساني لا ينبغي من وراءه جزاء ماليا .

و تقول مجموعة الأعمال التحضيرية في ذلك ما يلي: و الأصل أن الفضولي لا يستحق أجرا على عمله إذ يعرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، و يتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته، كما هو شأن في طبيب يقوم بعلاج مريض، أو مهندس يتولى ترميم عين من العيون ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل¹.

و إذن فكلما كان الفضولي قد قام بعمل يدخل في مهنته، كالطبيب الذي يضمّد جراح جريح، أو المهندس المعماري الذي يبني منزل رب العمل، أو المحامي الذي يترافع لمصلحة رب العمل، فإنه يستحق عليه أجرا عادلا لا يترك تقديره للقضاء، و لكن إذا كان ذو المهنة يقوم بعمل فضولي لا علاقة له بمهنته ، كالمهندس الذي يسعف جريحا، فإنه لا يستحق أجرا، و كذلك الأمر في أن يتطوع لإطفاء حريق أو لإنقاذ غريق، دون أن يكون من المعنيين بذلك.

المطلب الرابع: تضامن الفضوليين

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 154 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " و إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية".

1 نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض سنة الرابعة رقم 69 ، ص 476.

و لكن يلاحظ أن القوانين التونسية و المغربية و اللبنانية و العراقية لم تنص على تضامن الفضوليين، كما أن القوانين الغربية لم تتعرض لهذا الحكم. و قد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي:

و عند تعدد المتصددين لشأن واحد من الفضوليين، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن، و لما كان هذا الخطأ يغير صنفه في نطاق المسؤولية التقصيرية، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن من بين هؤلاء المسؤولين بنص خاص¹.

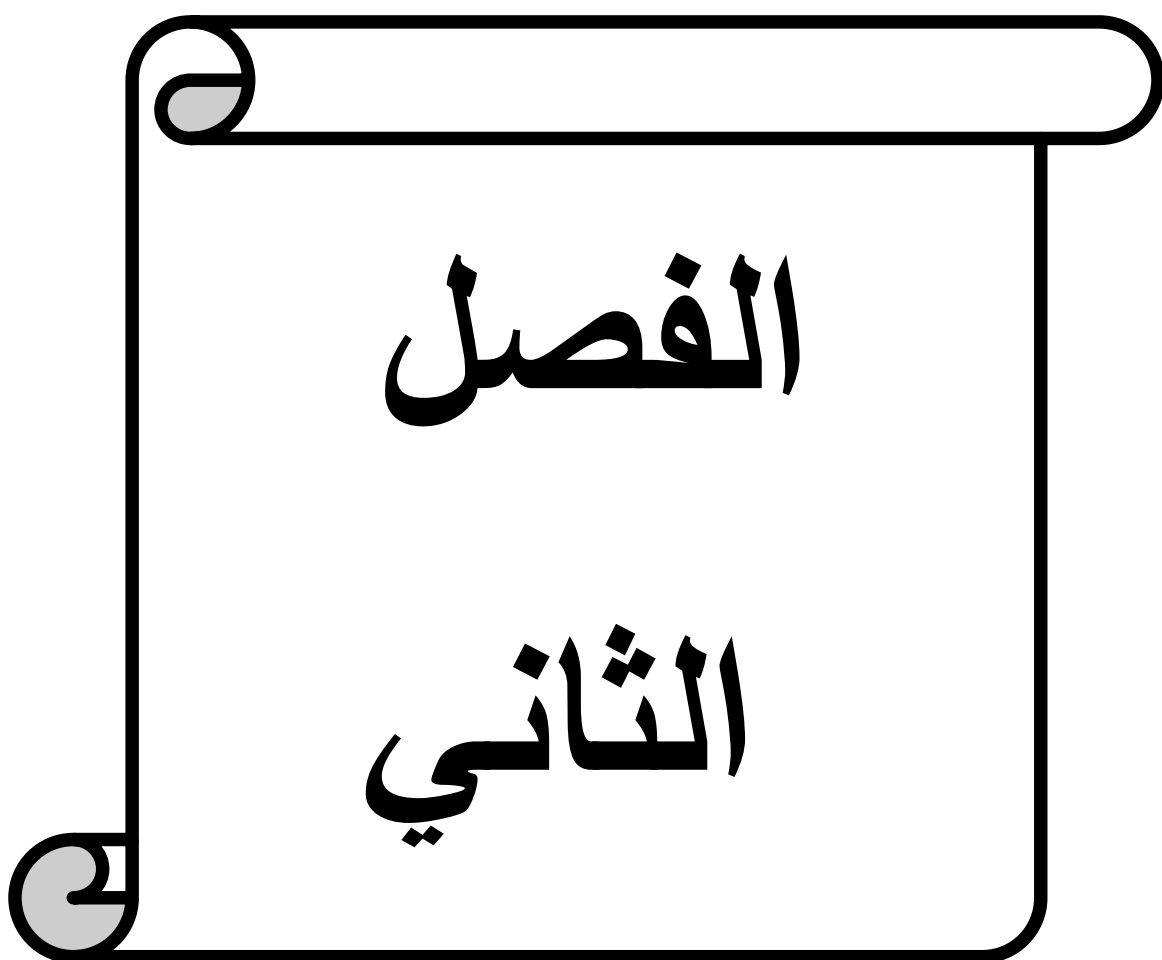
فالتضامن لا يتقرر إلا بنص أو بالإتفاق في العقود، و بما أن الفضالة ليست عقداً و ليست داخله في نطاق المسؤولية التقصيرية التي أورد القانون نصاً على التضامن فيها (م 126 م ج) فقد كان من الضروري لكي يقوم التضامن بين الفضوليين أن ينص عليه، و لم يكن القانون المدني المصري القديم ينص على التضامن بين الفضوليين سائراً في ذلك على نهج القانون المدني الفرنسي الذي لم يتناول النص على هذا التضامن.

و بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 154 يقوم بين الفضوليين إذا تعددوا تضامناً بشرط أن تكون فضالتهم منصبة على عمل واحد، ولكن إذا تعدد الفضوليين، و تولي كل منهم عملاً يختلف عن عمل الآخرين، فلا يكون هناك تضامن بينهم بل يسأل كل منهم على إنفراد.

و حكم التضامن بين الفضوليين الذي يقومون بعمل واحد يجعل لرب العمل الحق في أن يرجع على أي واحد منهم بكل ماله من حقوق تترتب على الفضالة، و لمن قام منهم بالوفاء بكل هذه الحقوق أن يرجع على المتضامنين معه كل بحسب نصيبه و بما أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا، كما نص على تضامن الموكلين إذا تعددوا (المادة 584 م.ج)، فإن أرباب العمل إذا تعددوا كان كل منهم مسؤولاً وحده دون تضامن بينهم.²

1 المرجع السابق، ج 2 ، ص 476.

2 أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص 395.



الفصل

الثاني

الفضالة كما قلنا صورة خاصة من صور الإثراء بلا سبب، فإذا تخلف شرط من شروط الفضالة لم يكن ثمة محل إعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخاص، بل تعين الرجوع إلى المبدأ العام المتمثل في " أن الفضولي يعمل إلى تحقيق مصلحة الغير دون أن يكون لهذه المصلحة سبب في علاقة قانونية سابقة، و هذه هي أسس مقومات الإثراء بلا سبب، و مع ذلك فإن هناك فارق جوهري بين الفضالة و الإثراء بلا سبب، و هو أن المفتقر في الإثراء بلا سبب لا يستطيع أن يحصل على تعويض يجاوز الإثراء الذي تحقق (المادة 141 من القانون المدني الجزائري)¹ بينما يجب على رب العمل (و لو لم تتحقق النتيجة المرجوة مما قام به الفضولي) أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه و أن يعرضه عن التعهدات التي إلتزم بها و النفقات الضرورية التي تسوغها الظروف و كذا الضرر الذي لحق بسبب قيامه بالعمل (المادة 157 من القانون المدني الجزائري)²، و من هنا فإن حقوق الفضولي قبل رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر في الإثراء بلا سبب.

1 نص المادة 141 من القانون المدني الجزائري: " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء ".

2 نص المادة 157 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة ، و في هذه الحاة ، يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، و بتعويضه عن التعهدات التي إلتزم بها ، و برد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف ، و بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله ، إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته " .

المبحث الأول: الفرق بين الفضالة والوكالة:

و تقترب الفضالة من الوكالة (le Mandat) بإعتبار أن كليهما مصدر للنيابة (La Représentation) و بأنهما يؤديان دورا مشابها (راجع المادة 577 و بعدها من القانون المدني الجزائري)¹ غير أنه بالرغم من هذا التقارب بين النظامين، تختلف الفضالة عن الوكالة في أمرين أساسيين الأول أن الوكالة تصرف قانوني مصدرها العقد، و الثاني هو أن عمل فضولي قد يكون تصرفا ماديا و قد يكون تصرفا قانونيا، إلا تصرفا قانونيا فقط.

المطلب الأول : أوجه الإتفاق بين نائب الفضولي و نائب الوكيل:

و هذه العناصر التي يتقاطع فيها كلا من النائبين تتمثل في:

- 1- كلاهما يعين من قبل الفضولي أو الوكيل، لا من قبل رب العمل أو الموكل: فالفضولي هو الذي يعين نائبا له ليساعده في تكملة العمل الذي بدأه، و أيضا الموكل هو الذي يعين نائبا له ، لأنه على دراية واسعة عن طبيعة هذا العمل.
- 2- كلاهما مسؤول عن عمله قبل الفضولي أو قبل الوكيل: بما أن التعيين وارد من الفضولي بالنسبة لنائبه و من الوكيل بالنسبة لموكله فإنهما مسؤولان بالدرجة الأولى عما يحدثونه من ضرر للغير.
- 3- كلاهما ترفع ضده دعوى مباشرة نص القانون عليها لصالح رب العمل و لصالح الموكل²، إن أخفقا الإثنين في تأدية عملهما ، فيمكن لرب العمل و الموكل أن يرفعا دعوى ضدهما .

1 نص المادة 577 من القانون المدني الجزائري: " على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة و أن يقدم له حسابا عنها " .

2 علي سليمان ، المرجع السابق ذكره ، ص 303.

المطلب الثاني: أوجه الإختلاف بين نائب الفضولي و نائب الوكيل:

فالتشابه بينهما غي عناصر محددة لا يعني أنهما لا يختلفان، فهناك ما نجده في النائب الأول، لا نجده في النائب الثاني و هذا الإختلاف يتمثل في:

1- نائب الوكيل له دعوى مباشرة ضد الموكل، بينما نائب الفضولي ليس له دعوى مباشرة ضد رب العمل، و يرجع ذلك إلى أن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص القانون، و قد نص القانون المدني الجزائري في المادة 03/580 على أن الموكل و لنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر، و لم يرد مثل هذا النص بالنسبة إلى نائب الفضولي.

2- الوكيل و نائبه ملزمان إزاء الموكل متضامنين، إذا عين الوكيل نائبه دون ترخيص من الموكل ، بينما لا يسأل الفضولي و نائبه متضامنين إزاء رب العمل، إذ أنه لا تضامن إلا بنص القانون في غير حالات التعاقد التي يجوز فيها الإتفاق على التضامن.

و يلاحظ أنه يجوز لرب العمل، إلى جانب الدعوى المباشرة أن يرجع على نائب الفضولي بالدعوى غير المباشرة، أيضا مستعملة فيها حق مدينة الفضولي، غير أن الدعوى غير المباشرة سوف ينتهي بإدخال حصيلتها في ذمة المدين (الفضولي) بحيث يتقاسم حصيلتها كل الدائنين بينما ترجع حصيلة الدعوى المباشر إلى رب العمل وحده¹.

و كما أن لرب العمل أن يرجح على الفضولي غذا إرتكاب خطأ في قيامه بأعمال الفضالة، فإن له كذلك أن يرجع عليه بسبب خطأ نائبه و يرى الفقه أن رجوع رب العمل على الفضولي بسبب خطأ نائبه هو كرجوع المضرور على المتبوع بسبب خطأ تابعه، لأن نائب الفضولي يعتبر تابعا له، غير أن الأستاذ "سليمان مرقس" يرى أن مسؤولية الفضولي عن خطأ نائبه هي كمسؤولية المدين عن أعمال مساعديه في تنفيذ إلتزامه.

1 علي علي سليمان ، المرجع السابق ذكره ، ص 304 ، ص 305.

و لكن مجموعة الأعمال التحضيرية ترجح الرأي الأول إذ تقول: " و يسأل الفضولي كذلك بإعتباره متبوعا عن خطأ من ينيبه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل " و الأخذ بأحد الرأيين تترتب على ذلك ألا يكون للفضولي أن يتخلص من مسؤوليته عن خطأ تابعه حتى بإثبات السبب الأجنبي، بخلاف مسؤولية المدين عن خطأ مساعديه، فيجوز له التخلص منها بإثبات السبب الأجنبي¹.

المطلب الثالث: موت الفضولي و موت رب العمل:

1 - موت الفضولي:

الفقرة الأولى على المادة 02/589 الخاصة بموت الوكيل، و هذه الفقرة تنص على مايلي: "و في حالة إنتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توفرت فيهم الأهلية و كانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، و أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل"، و تطبيقا لهذين النصين، إذا مات الفضولي إنقضت الفضالة بموته، لأنه هو الذي تولى الفضالة بإرادته دون أن يكون ملتزما بها، و إلا فإن الإلتزام ينتقل في الأصل إلى الخلف العام (المادة 108 من القانون مدني جزائري) و على ذلك فلا يلتزم ورثته بالإستمرار في الفضالة ، و لكنهم يلتزمون فقط، إذا كانوا يتمتعون بالأهلية الكاملة، و كانوا على علم بأن مورثهم كان يتولى أعمال الفضالة لحساب رب العمل، بأن يخطروا هذا الأخير بموت مورثهم، و إذا كان مورثهم قد شرع في أعمال الفضالة فعليهم أن يتخذوا من التدابير ما يلزم لحماية هذه الأعمال حتى لا تتعرض للتلف، و حتى يستطيع رب العمل أن يتولى هذه الأعمال بنفسه.

أما فيما يتعلق بأثر موت الفضولي أو موت رب العمل في إلتزامات الفضولي فكانت كالآتي: في القانون المدني الجزائري إذا مات الفضولي إلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل،

1 علي سليمان ، المرجع السابق ذكره ، نفس الصفحة.

و إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم، و حكم القانون في حالة إنتهاء الوكالة بموت الوكيل أنه يجب على ورثته أن يبادروا بإخطار الموكل وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (المادة 02/589 من القانون المدني الجزائري) بخصوص إنتهاء الوكالة وقد أحالت إليها المادة 01/156 السالف ذكرها¹. أما بخصوص الفضالة فإذا مات الفضولي إنقضت الفضالة، كما تنقضي الوكالة بموت الوكيل و يلتزم ورثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية و على علم بالفضالة إخطار رب العمل بموت مورثهم و عليهم المحافظة على ما تم من العمل إلى أن يتمكن رب العمل من التدخل لمباشرة العمل بنفسه.

أما في حالة موت رب العمل فلا تنقضي الفضالة، بل يبقى الفضولي ملتزما قبل الورثة بما كان ملتزما به قبل رب العمل ، و لذا فإن الفضالة تستمر بالرغم من موت الأخير و قد نصت على هذه الأحكام المواد السابقة الذكر².

أما في القانون المصري تنص المادة 194 على أنه " إذا مات الفضولي إلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 02/717، وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم ".

و تنص المادة 01/717 على أنه " و في حالة إنتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته إذا توفرت فيهم الأهلية و كانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم و أن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل".

1 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، طبعة 198، ص238.

2 محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ذكره ، ص296.

فالوكالة علاقة شخصية مبنها العقد و لذا تنقضي بموت الموكل، أما الفضالة فليس فيها شيء من ذلك، فالفضولي لا يزال فضوليا بالنسبة إلى الورثة كما بالنسبة إلى رب العمل، و لذا تستمر الفضالة بالرغم من موت الأخير¹.

2 - موت رب العمل

هنا تختلف الفضالة عن الوكالة ، فبينما ينهي موت الموكل الوكالة (المادة 586 من القانون المدني الجزائري) فإن موت رب العمل لا ينهي الفضالة ، بل يظل الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم.

و السبب في ذلك هو أن الوكالة تقوم في الأصل على إتفاق يتم بين الموكل و الوكيل، و كلاهما يعرف الآخر، و تقوم بينهما علاقة شخصية، و لذلك فإن موت أحدهما ينهي الوكالة ما لم يتفق الورثة على تعيينه من جديد.

أما الفضولي فإنه يقوم بأعمال الفضالة دون أن تكون بينه و بين رب العمل علاقة شخصية و كثيرا ما تكون الفضالة بغير علم رب العمل، و بدون أن يعرف الفضولي، فموته إذن لا يؤثر على إستمرار أعمال الفضالة التي يقوم بها الفضولي بدافع إيثاري، و لذلك فعليه أن يستمر فيها حتى يتمها، و هو ملزم بذلك نحو الورثة كما كان ملزما نحو المورث، و يظل فضوليا بالنسبة إلى الورثة، كما أن الورثة يظلون بالنسبة إليه أرباب عمل، و يلتزمون نحوه بما كان يلتزم به مورثهم.

هذا و يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي، الذي لم يتناول الفضولي ، ينص في المادة 1373 على أن الفضولي يلتزم بالإستمرار في الفضالة حتى لو مات رب العمل قبل أن يتم الفضولي العمل الذي بدأه، و حتى يستطيع الوارث أن يتولى هذا العمل، و هو في ذلك

1 أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص473.

يقترّب من النصوص العربية فيما عدا إستمرار الفضولي ملتزماً نحو الورثة كما كان نحو مورثهم.

و أخيراً يلاحظ الفرق بين إلّتم الوكيل بعد إنقضاء الوكالة بموت الموكل، و بين إلّتم الفضولي بعد موت رب العمل، فالأول ملزم فقط بأن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف، و لو لم تكن قد تمت بعد، بينما الثاني ملزم بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمه أو حتى يتمكن الورثة من إتمامه، فلا يكفي إذن أن يصل بعمله إلى حالة لا يتعارض معها للتلف ، بل يجب عليه أن يتمه¹.

و يمكن أيضاً أن نتطرق إلى أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في إلّتمات رب العمل:

فيما يتعلق بإلّتمات رب العمل، فإذا مات الفضولي إلّتم رب العمل بأن يؤدي لورثته إما في ذمته له، و إذا مات رب العمل تحملت تركته بما كان للفضولي في ذمته، طبقاً للشريعة الغراء أو إلّتم به الورثة طبقاً للقانون الفرنسي².

أما في القانون المصري لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في إلّتمات رب العمل، كما ورد النص الذي يبين هذا الأثر في إلّتمات الفضولي (المادة 194)، فيجب هنا تطبيق القواعد العامة و تطبيقاً لهذه القواعد نتحصل على النتائج الآتية:

- إذا مات رب العمل فإن إلّتماته تبقى في تركته واجبة للفضولي إذ يكون على ورثة رب العمل أن يؤديوا هذه الإلّتمات من التركة إلى الفضولي³.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق ذكره، ص 296.

2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص 238.

3 أنور سلطان المرجع السابق ، ص 474.

و إذا مات الفضولي، بقي رب العمل ملتزماً نحو ورثته، فيرد إليهم المصروفات الضرورية و النافعة و أجر الفضولي إذا إستحق أجراً، و يعرضهم عن الإلتزامات الشخصية التي عقدها الفضولي بإسمه و عما لحق به من الضرر، و كل هذه الحقوق تدخل في تركة الفضولي و تنتقل إلى ورثته بعد موته¹.

المبحث الثاني : الآراء الفقهية حول الفضالة.

لقد اختلفت الآراء إختلافاً بينا في شأن الطبيعة لنظام الفضالة، مما جعلها تنقسم إلى أربعة آراء، سنتناول كل رأيين في مطلب على حدى:

الرأي الأول:

رأى البعض تقريب الفضالة من الوكالة و إعتبارها وكالة ضمنية، و قد دفعهم إلى ذلك ما بين النظامين من أوجه الشبه، و أن الفضالة تنقلب إلى وكالة صريحة إذا أقرها رب العمل، غير أنه يعيب هذا الرأي، أنه من شروط الفضالة ألا يقر رب العمل، تدخل الفضولي و أن يقف منه موقفاً سلبياً.

الرأي الثاني:

و ذهب البعض الأخر إلى أنه إذا لم يكن مصدر إلتزام فضولي هو العقد إلا أن هذا لا يمنع من أن هناك عملاً إرادياً من جانبه ، و لذا يكون مصدر إلتزامه هو الإرادة المنفردة، و لكن يؤخذ على هذا الرأي أن الفضولي لا يتدخل بنية الإلتزام بل إن القانون هو الذي يفرض عليه هذا الإلتزام، و أكثر من ذلك فإن فكرة الإرادة المنفردة إذا كانت تفسر إلتزام الفضولي فلا تفسر إلتزام رب العمل².

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1431-1432.

2 أنور سلطان ، المرجع السابق ذكره ، ص 460 .

الرأي الثالث:

و ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إسناد الفضالة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية و لكن هذا الرأي ظاهر بطلانه، إذ ليس في التدخل في شأن الغير لتحقيق مصلحة عاجلة له مما يمكن أن يوصف بالخطأ.

الرأي الرابع:

و ذهب البعض الآخر إلى إرجاع الفضالة إلى الإثراء بلا سبب، و لكن إذا كان في الإثراء بلا سبب ما يفسر بعض إلتزامات رب العمل كالإلتزام بتعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها بإسمه، و الإلتزام برد النفقات و دفع الأجر، و الإلتزام بتعويض الضرر.

إلا أنه لا يفسر البعض الآخر منها كالإلتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه، و أكثر من ذلك فإن الإثراء بلا سبب إذا كان يفسر إلتزامات رب العمل فهو لا يفسر إلى أن مصدر الإلتزامات في حالة الفضالة هو القانون، فالقانون هنا هو المصدر المباشر لهذه الإلتزامات، و لكن إذا كان يمكن إعتداد هذا الرأي بالنسبة إلى رب العمل لأنه يقف موقفا سلبيا من تدخل الفضولي في شؤونه ، فلا يمكن إعتاده بالنسبة إلى الفضولي لأن إلتزامات هذا الأخير لا تقوم إلا إذا وقع منه عمل مادي أو إرادي، و الإلتزامات التي يولدها القانون مباشرة لا يتطلب لقيامها عمل من جانب المدين.

و ظاهر من كل ما تقدم أنه من العسير تحديد طبيعة الفضالة إذ لا يسلم كل رأي قيل في شأنها من النقد، و لذا يرى فريق من الشراح أن الفضالة مصدر خاص من مصادر الإلتزام¹.

1 أنور سلطان ، المرجع السابق ذكره ، ص 460.

المطلب الأول: التصرف القانوني الصحيح:

قد تمر فترة زمنية بين إنعقاد العقد الذي أجراه الفضولي، و بين إعلان رب العمل لإرادته بالإجازة أو بالرد ، فما مصير العقد خلال الفترة ؟

يرى بعض الفقهاء أن هذا التصرف باطلا من أساسه و لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير، و لا يمكن تصحيح هذا البطلان فيما بعد.

و يرى البعض الآخر أن هذا التصرف صحيح و لكن إنتاج أثاره القانونية يتوقف على إجازة رب العمل ، فإن أجازته بأنه إنعقد صحيحا و أنتج أثره منذ إنعقاده.

و ينقسم التصرف القانوني إلى قسمين: تصرف صحيح و تصرف غير صحيح

هو ما إستجمع أركانه و شرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا في حق الحكم، و بعبارة أوضح معنى صحة العقد تترتب ثمرته المطلوبة منه عليه. و ذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه ، و صادرة من أهل له، في محل قابل لحكمه، و لم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيا عنه شرعا. و التصرف الصحيح ينقسم إلى قسمين:

أ - تصرف نافذ، ب - تصرف موقوف¹.

أ - التصرف الصحيح النافذ:

هو الذي يصدر من شخص له ولاية إصداره، و معنى نفاذه أنه يستتبع أثاره ف تترتب عليه، فإذا كان بيعا - مثلا- أفاد المشتري ملك المبيع و أفاد البائع ملك الثمن، و التصرف الصحيح النافذ يكون لازما و يكون غير لازم.

1 محمد جبيري الألفي - المرجع السابق الذكر - ص 65 - ص 66.

فالتصرف اللازم هو الذي " لا يرتفع إلا بالإقالة " و ذلك كالبيع و الإجازة فإنهما - إذا خليا عن الخيارات - تترتب عليهما جميع الآثار في الحال، و لا يجوز لأحد العاقدين أن يستقل بفسخه.

و غير اللازم هو ما يستقل أحد الطرفين بفسخه، إما لطبيعة التصرف نفسه كالوكالة، و إما لوجود أحد الخيارات الأربعة " خيار الشرط، خيار التعيين، خيار الرؤية، خيار العيب"¹.
ب - التصرف الموقوف:

هو الذي لا ينفذ في الحال، و ذلك لأحد السببين²:

- نقص الأهلية، كالصبي و العبد و السفية، و كذلك المكروه في قول " زفر " فتصرفات كل واحد من هؤلاء - و أمثالهم - تتعدد صحيحة، و لكنها لا تنتج أثارها إلا إذا أجازها الشخص نفسه بعد تمام أهليته.

- نقص المحل، و ذلك بأن يكون محل التصرف غير مملوك للمتصرف، كما في حالة بيع ملك الغير أو كان المحل مملوكا للمتصرف و لكن تعلق به حق للغير، كمالك الدار المرهونة أو المؤجرة، فإن هذه التصرفات تتعدد صحيحة و لكنها لا تنتج أثارها إلا إذا أقرها صاحب الحق فيها كمالك في الحالة الأولى، و الدائن المرتهن في الحالة الثانية، و المستأجر في الحالة الأخيرة و يلاحظ أن التصرف الموقوف غير معترف به في جميع المذاهب الفقهية، و إنما يقول به الحنفية و المالكية و بعض الشافعية و بعض الحنابلة و بعض الإمامية، أما البعض الأخر من الشافعية و الحنابلة و الإمامية فإنهم يعتبرون هذه التصرفات باطلة و لا تصححها إجازة صاحب الحق فيها.

1 محمد جبيري الألفي - أخذ هذه الفكرة عن " الكاساني " ، بدائع الصنائع - الجزء 5 - ص 306.

2 محمد جبيري الألفي - أخذ هذه الفكرة عن " السنهوري " ، مصادر الحق - الجزء 45 - ص 178.

المطلب الثاني: التصرف القانوني الغير صحيح:

يكون التصرف غير صحيح لوحد من السببين:

أ- عدم وجود شرعا " بطلان " .

ب- أو عدم سلامته من صفة نهى الشارع عنه.

أ - التصرف الباطل:

هو ما إعتبره الشارع غير موجود لإنعدام بعض أركانه، أو لعدم وجود محله، أو لإنتقاء معنى التصرف، و في ذلك يقول " التفتازاني ": " الباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لإنعدام معنى التصرف كبيع الميتة و الدم أو لإنعدام أهلية التصرف كبيع الصبي و المجنون"¹.

ب - التصرف الفاسد:

هو تصرف موجود لوجود أركانه و محله، و لكن الشارع لا يقر إنعقاده لصفة لصيقة به نهى عنه لأجلها ، مثال ذلك: أن يبيع شخص لأخر منزلا مقابل ثمن محدد، و لكن هذا الثمن مؤجل إلى وقت ميسرة المشتري، ففي هذا المثال نجد أن عناصر العقد الصحيح قد توافرت كلها، و لكن وجد وصف منهي شرعا، و هو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول و لهذا قيل: " العقد الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه " .

و التصرف الفاسد تصرف غير صحيح يجب على كل من المتعاقدين فسخه، و يمكن أن يفسخه القاضي بناء على طلب كل ذي مصلحة، و مع ذلك فإن الشارع يقر وجوده و يرتب عليه جميع آثار العقد الصحيح إذا توفر أحد الأمرين:

- تغيير صورة الشيء المعقود عليه، كما لو كان قمحا فطحنه المشتري.

1 " محمد جبري -" أخذ هذه الفكرة عن " التفتازاني ، التلوح على التوضيح - الجزء 2 - ص 123.

- تعلق حق للغير به ، كما لو وهب المشتري الشيء المبيع .

و يلاحظ أن الفقهاء لا يتفقون على الإعراف بالعقد الفاسد، فالمالكية، و الحنابلة و الأمامية، لا يفرقون بين التصرف الفاسد و الباطل، و إنما يجعلونهما في مرتبة واحدة و لا يرتبون على أيهما أثارا، سواء فيما بين الطرفين أو في مواجهة الغير، و الحنفية يعترفون بالفساد في مجال التصرفات القانونية وحدها، و يستثنون عقد الزواج فيعتبرون أن عقد الزواج الفاسد عقد باطل، و لا يرتبون عليه أي أثر إلا بإعتباره واقعة قانونية و ليس تصرفا قانونيا.

أما الشافعية فإنهم يعترفون بالتصرف الفاسد على سبيل الإستثناء، جاء في الأشباه و النظائر للسيوطي¹: " الباطل و الفاسد عندنا مترادفان إلا في : الكتابة و الخلع و العارية و الوكالة و الوكالة و الشركة و القرض".

تتبت المجلة في المواد من 105 إلى 115 ما إستقر عليه رأي الحنفية في تقسيم العقد من حيث الصحة و البطلان²

فنصت المادة 114 على أن: " البيع اللازم هو البيع العاري عن الخيارات " و نصت المادة 115 على أن: " البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات " و نصت المادة 376 على أنه: " إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار " و نصت المادة 111 على أن " البيع الوقوف بيع يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي " وجاء في المادة 377: "البيع الموقوف يفيد الحكم عند الأجازة " .ونصت المادة 110 على أن: "البيع الباطل مالا يصح أصلا، يعني أنه لا يكون مشروعاً أصلاً" و المادة 362 على أن "البيع الذي في

1 محمد جبري الألفي " - أخذ هذه الفكرة عن " السيوطي " ، الأشباه و النظائر ص 286.

2 محمد جبري الألفي " - أخذ هذه الفكرة عن " علي حيدر " ، دار الأحكام - الجزء 1 - ص 94 - 96 ، ص 325 - 327 .

ركنه خلل كبيع المجنون باطلا " و نصت المادة 109 على أن: " البيع الفاسد هو المشروع أصلا لا وصفا، يعني أن يكون صحيحا بإعتبار ذاته، فاسدا بإعتبار بعض أوصافه الخارجية ". والمادة 364 على أنه: "إذا وجد شرط إنعقاد البيع و لم يكن مشروعا بإعتبار بعض أوصافه كما إذا كان المبيع مجهول أو كان في الثمن خلل صار البيع فاسدا".

و قد إستمسك القانون المصري بتقاليد المذهب اللاتيني، وقسم العقود إلى عقود صحيحة وعقود باطلة، و ميز في العقود الباطلة بين ما كان منها باطلا بطلانا مطلقا و ما كان باطلا بطلان نسبيا، فهو إذن لم يأخذ بالعقود الموقوف. و قد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدي لهذا التقنين أن أسباب البطلان المطلق ترد إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقا ، بفقدان التميز و إنعدام الإرادة تفريعا على ذلك ، أو كانتقاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما، وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد، في حكم الواقع أو حكم القانون، يحول دون إنعقاده أو وجوده، و هذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق¹.

كما أوضحت هذه المذكرة أن البطلان النسبي يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركان، و لكنا من أركانه، هو الرضاء، يفسد بسبب عيب بداخله أو بسبب نقص الأهلية أحد العاقدين ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته: و هو من داخل رضاه العيب، أو من لم تكتمل أهليته، و من الجلي أن قابلية العقد للبطلان أنما تمثل العقد في مرحلتين متتابعين، الأولى مرحلة الصحة و ينتج فيها العقد جميع آثاره، و الثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوءه، فليست ثمة مراحل ثلاث: الصحة و قابلية البطلان، و إنما توجد مرحلتان: الصحة و البطلان² و هذه هي نصوص القانون المدني المصري في هذه المسألة.

1 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -ج2 ص55.

2 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -ج2 ص 75. 602.

المادة 89: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد."

المادة 1-139 "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية."

المادة 1-141 إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و لا يزول البطلان بالإجازة."

المادة 1-142 " في حالتي إبطال العقد و بطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل."

و بمثل هذه الأحكام جاءت نصوص القانون المدني الكويتي.

إستقى القانون المدني العراقي أحكام الصحية و البطلان من الفقه الإسلامي -في غير المذهب الحنفي- فقسم العقد إلى صحيح (نافذ و موقوف) و باطل، و لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، و لا بفكرة العقد القابل للإبطال، المنصوص عليها في القانون المدني المصري¹، و قد نظم القانون المدني العراقي هذا الموضوع في المواد من 133 إلى 141 تحت عنوان "العقود الباطلة" و هي في جملتها لا تبعد عما سبق أن ذكرناه، أما القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد أخذ كل منهما فكرة العقد الصحيح (المادة 176 - أردني و المادة 209 إماراتي)، و العقد الباطل (المادة 168 أردني و المادة 210 إماراتي)، و العقود غير اللازم (المادة 176- أردني المادة 128 إماراتي)².

1 محمد جبري الألفي -" أخذ هذه الفكرة عن "عبد المجيد الحكيم"، الموجز ص 298-317.

2 محمد جبري الألفي -" أخذ هذه الفكرة عن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني 186/1 200.

لم يضع القانون المدني الإيراني نظرية جامعة للصحة والبطلان في التصرفات، و مع ذلك فإننا نستطيع أن نستخلص من مجموع نصوصه أنه يميز بين التصرف الصحيح (نافذ و غير نافذ).

و التصرف الباطل. أما الفاسد والباطلان النسبي فلم يأخذ بهما، كما هو الشأن في الفقه الأمامي بل إعتبر البطلان المطلق والفاقد نوعا واحدا كما أشارت إلى ذلك المادة 233: "الشرطان المبينان يعد باطلان، و يوجبان باطلان العقد: 1، الشرط المخالف لمقتضى العقد2، و الشرط المؤدي إلى أن يجهل المتعاقدان مضمون العوضين" فالشرط الأول يؤدي إلى بطلان العقد، و الشرط الثاني يؤدي إلى فساد: عند من يفرق بين البطلان والفساد في العقود، و لقد أخذ المشرع الإيراني بفكرة التصرف الموقوف الذي إعتبر به غالبية فقهاء الشيعة الأمامية، و بذلك لم يلجأ إلى نظرية البطلان النسبي، و إنما طبق فكرة عدم نفاذ التصرفات.

و مع ذلك فإننا نرى بعض رجال القانون الإيراني لم يتبين بوضوح ما قصد إليه المشرع الإيراني، فالسيد M.Adle عند ترجمته للكتاب الثاني من القانون المدني الإيراني، يترجم تعبير "نافذ" بكلمة "Valable" التي تعني "صحيح"، و يترجم عبارة "غير نافذ" بالعبارة "n'est pas Valable" التي تعني "غير صحيح" فعل ذلك في المادة 199 الخاصة بالغلط و الإكراه¹، و في المادة 247 الخاصة بتصرفات الفضولي في مال الغير وفي غير هاتين المادتين.

1 :M .Adle ,traduction de code civil iranien,paris 1951,p44.

و السيد إبراهيم دكتور زاده يؤكد ان التقنين المدني الإيراني قبل فكرة عدم وجود التصرف, وفكرة البطلان النسبي وهو يسوق مثالا على ذلك المواد 195-197-199-203 من القانون المدني الإيراني¹.

و لذا نرى من المفيد أن نثبت هنا لنص الفارسي لكل مادة من هذه المواد الأربع مع ترجمته العربية و الفرنسية لنؤكد على أنها لا تدل على غير مت ذكرناه.

المادة 195:

Le contrat conclu par une personne en état d'ivresse ; d'évanouissement ou de sommeil est nul pour défaut de volonté²

و بالعربية: العقد الذي يعقده شخص سكران أو مغمى عليه أو نائم, هو عقد باطل بسبب فقدان الإرادة.

المادة 197:

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

و بالعربية: إذا كان الثمن أو المثلن في العقد عينا مملوكة للغير, إعتبر أن العقد لحساب صاحب العين.

المادة 199:

Le contrat n'est pas exécutoire si le consentement est le résultat d'une erreur ou d'une violence.

1 :M.Adle, traduction de code civil iranien, paris 1951,p46.

2 Aubuy et Rau, droit civil français, t.ed. 1951.

و بالعربية: يكون العقد غير نافذ إذا شاب الرضاء غلط أو إكراه.

المطلب الثالث: الإجازة

الإجازة تصرف إنفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النافذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حال حسب طبيعة التصرف الموقوف¹.

و قد سبق أن بينا الخلاف بين الفقهاء في محل الإجازة، و هل ترد على التصرف القانوني فقط، ترد على التصرف القانوني و المادي معاً، و قد رجحنا الرأي الثاني، و كذلك تكلم هذا عن الأهلية اللازمة لمن يمكن أن تصدر عنه الإجازة.

شروط صحة الإجازة: يشترط الفقهاء توفر أربعة شروط حتى تكون الإجازة صحيحة².

الشرط الأول: أن تكون الإجازة صادرة ممن له ولاية إنشاء هذا التصرف، فإذا باع الفضولي مال صغير له وصي، فأجاز القاضي هذا البيع لم ينفذ ولم تصح إجازته، إذ ليس له ولاية إنشائه، و لكن لو أجاز الوصي نفذ البيع لأن له ولاية إنشائه.

و على ذلك، يجب أن يكون المجيز موجوداً حين العقد، لأنه يمكن، أن يجيز في الحال و بعد وجود التصرف، فيكون الإنعقاد عند الإذن القائم مفيداً، فينعقد التصرف، فإذا باع الفضولي مال شخص بالغ، إنعقد هذا التصرف موقوفاً على الإجازة، لأن البائع يملك هذا التصرف بنفسه، فكان له مجيز حال وجوده، بخلاف ما إذا باع الفضولي مال الصبي، فإن التصرف لا ينعقد لأن الصبي لا يمكنه أن يباشر هذا البيع بنفسه، فلم يكن له مجيز حال وجوده.

1 محمد جبري الألفي - أخذ هذه الفكرة عن " ابن همام " ، فتح القدير ، ج 5 ص 311.

2 المذكرات الإيضاحية للقانون المدني ، ج 1 ص 196-197.

و قد ذهب أكثر الأمامية إلى عدم اشتراط صدور الإجازة ممن يملكها حين العقد، فإذا باع الفضولي مال الصغير، ثم بلغ و أجاز البيع، صح العقد¹. و هذا ما إختاره بعض الحنابلة².

كما يجب أن يكون المجيز موجودا حين الإجازة، فلو مات قبل أن يجيز بطل العقد، و لا يقوم وارثه مقامه، هذا هو رأي الحنفية. و بعض الأمامية يعممونه في جميع التصرفات التي يباشرها من ليس له و لاية إبرامها، و مع ذلك فقد ذهب أبو حنيفة و أبو يوسف إلى أن التركة إذا كانت بين كبار ممن يجيزون على قسمتها فإقتسموها بلا أمر القاضي، و كان بينهم غائب فيتوقف على إجازة الغائب، فإن مات قبل الإجازة، فأجاز وراثته جازت إستحسانا، لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، أما المالكية و الشافعية و الحنابلة ، فإنهم يرون أن الحقوق المتعلقة بالمال يمكن أن تنتقل إلى الوارث و على ذلك يكون للوارث، إجازة التصرف الصادر من الفضولي على المال الذي إنتقل إليه من مورثه.

و من البديهي أن الإجازة لا يكون لها أثر إلا إذا كان صاحب الحق فيها لم يسبق له أن رد تصرف الفضولي، لأن الرد يترتب عليه فسخ العقد، و الإجازة ترد على العقد الموقوف و ليس المفسوخ³، و مع ذلك ذهب بعض الأمامية إلى أنه يمكن إجازة التصرف الذي سبق رده⁴.

الشرط الثاني: أن يصدر الإجازة حال حياة الفضولي إذا كان سينقلب بها و كيلا، ذلك أن من التصرفات التي يباشرها الفضولي ما ترجع حقوقها إليه ، كما في عقود المعاوضات، فإذا باع مال الغير، ثم أجاز المالك، فإن الفضولي ينقلب وكيلا يلزمه أن يسلم البيع إلى

1 محمد جبري الألفي - أخذ هذه الفكرة عن " محسن الحكيم " ، نهج الفقاهة ، ج 1 ص 250-251.

2 محمد جبري الألفي - أخذ هذه الفكرة عن " ابن قاضي سماونة" ، جامع الفصوليين ، ج 1 ص 314.

3"محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن"محسن الحكيم"،نهج الفقاهة،ج1ص246.

4محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن" عبد الهادي الحكيم"،عقد الفضولي ، ص 120-122.

المشتري، و أن يطالبه بالثمن، وأن يخاصم بالعيب، فإذا مات الفضولي قبل الإجازة بطل العقود و لا يصح بعد ذلك أن يجيزه المالك، لعدم وجوده من تلزمه تلك الحقوق¹.

و من هذه التصرفات مالا يرجع شيء من حقوق إلى الفضولي، لأنه لا يعتبر فيها و كيلا، وإنما يعتبره مجرد سفير (رسول)، مثل عقود الزواج، و في هذه الحالة لا يؤثر موت الفضولي، لأن مهمته تنتهي بإنهاء عبارته، فإذا تزوج فضولي إمراة ثم توفي كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته، فينفذ بإجازتها و يلزم².

الشرط الثالث: أن تصدر الإجازة حال حياة المتعاقد مع الفضولي، ويسوغ الفقهاء ضرورة هذا الشرط بأن هذا المتعاقد هو الذي يطالب بما وجب له من حق، و يطالب بما أوجب عليه من واجب، و على ذلك لا تصح إجازة بيع الفضولي بعد وفاة المشتري، لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن³.

و الحقيقة أن هذا الشرط لا يكون له محل إذا اعتبرنا أن الإجازة تصرف كاشف، و أنها للعقد الموقوف فاعليته، فينتج أثره منذ لحظة إنعقاده. و لكن بعض الفقهاء ينظرون إلى الإجازة على أنها تصرف كاشف من وجه، و تصرف منشيء من وجه، و من تم وجب قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور التصرف، و وقت صدور الإجازة، و هذه نظرة شكلية يضيق فيها نطاق التعامل⁴.

الشرط الرابع: أن تصدر الإجازة حال بقاء محل العقد، و هذا الشرط ضروري ليظهر أثر الإجازة في المحل فبالإجازة يصبح العقد نافذا، و معنى نفاذه ظهور الأثار في المحل، و

1 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "المرغيناني"، الهداية، ج3 ص 51.

2 "محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن "الكاساني"، بدائع الصنائع، ج5 ص 151-152.

3 "محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن "ابن همام"،فتح القدير، ج5 ص 311-312.

4 "محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن "السنهوري"، مصادر الحق، ج4 ص 279.

الأثار لا تظهر في اليوم و لذلك يبطل العقد نافذا، و معنى نفاذه ظهور الأثار في المحل، و الأثار لا تظهر في اليوم و لذلك يبطل العقد و لا تصححه الإجازة إذا كان محله قد هلك.

و محل الإلتزام إما أن يكون هو الشيء المبيع، و إما أن يكون هو الثمن، فالشيء المبيع إذا هلك كلية بطل العقد، لزوال محله ، أما إذا تغير المبيع كأن كان قماشاً فخاطه المشتري قميصاً ، ثم أجاز المالك البيع ، فالعقد ينفذ عند أبي يوسف لبقاء المحل ، بطل عند زفر لتغيره تغيراً يجعله شيء يجعله شيئاً آخر¹.

أما الثمن فإن كان ديناً (نقوداً) فلا يشترط بقاؤه - عند غالبية الفقهاء - لأن النقود لا تتعين، و يكون أمانة في يد الفضولي، لأنه بالإجازة يصبح وكيلاً، و إن كان الثمن عيناً فإنه يشترط بقاؤه².

و لكن بعض الحنفية ذكر أنه: "إذا هلك العرض الذي من جهة الفضولي ثم أجاز المالك ينبغي أن يجوز"، و تفسير ذلك أن ثمن العرض في المقايضة يكون مبيعاً من وجه و ثمناً من وجه فيعتبر كأنه شراء، و عند الحنفية يثبت شراء الفضولي لنفسه لا لرب العمل ، فيكون هو المالك للمبيع، و إذا هلك يهلك عليه، و تكون إجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد، كأنه قال له : إشتري هذا العرض لنفسك و إدفع ثمنه من مالي الذي بعته دون إذني و هو فرض عليك، و في هذه الحالة يجب على الفضولي أن يرد لرب العمل مثل المبيع إن كان مثلياً و قيمته إن كان قيمياً.

1 "محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن "قاضي السماونة"، جامع الفصوليين، ج1، ص 230-231.

2"محمد جبري الألفي"- أخذ هذه الفكرة عن "قاضي حنان"، فتاوى، ج2 ص 144 .

و قد إعتمدت المجلة هذه الشروط، فنصت في المادة 378 على أنه " يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع و المشتري و المجيز و المبيع قائماً، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة¹.

و هو ما إتجه إليه كل من القانون المدني الأردني، و قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فقد نصت المادة 174 أردني- يقابلها نص المادة 216 إماراتي على أنه يشترط لصحة الإجازة وقت صدوره، و وجود من له الإجازة و طرفي العقد و المتصرف فيه وبدله إن كان عينيا وقت الإجازة.

أما القانون المدني العراقي فقد إشتراط في مادته 1/136 وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد و لم يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة².

و قد بين القانون المدني الإيراني شروط صحة الإجازة في المادتين 250 و 253 فالمادة الأولى تنص على أن الإجازة لا تنتج أثراً إلا إذا لم تكن قد سبقت برد تصرف الفضولي و المادة الأخرى تنص على أنه: " إذا توفي ملك الشيء الذي باعه الفضولي قبل الإجازة أو الرد، فإن هذا الحق ينتقل إلى الورثة ."

محققات الإجازة: سبق أن قلنا أن الإجازة تصرف إرادي و طرق التعبير عن الإرادة تختلف وتتنوع، اللفظ يحتل مكانا هاما بين هذه الطرق، لذلك ينبغي أن نبحث كل طريقة على حدا.

أولاً: اللفظ، يعتبر الفقه الإسلامي أن الكلام هو الأداة الرئيسية لتبادل الأفكار، و هو الوسيلة الفعلية للتعبير عن الإرادة، و لكن نظرة الفقهاء إلى قيمة اللفظ تختلف تبعا لإختلاف الحقب فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الإجازة لا تتحقق إلا إذا كانت باللفظ، أما غير اللفظ

1 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "محمد زكي عبد البر"، العقد الموقوف، ص155.

2 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " علي حيدر"، نفس المرجع،، ص 342-347.

كطريقة التعبير عن الإرادة فلا يكفي لتحقيق الإجازة، ذلك لأن الإجازة كالبيع في إستقرار المعاملات و البيع لا يتم إلا بالصيغة اللفظية.

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

و الإجازة باللفظ يمكن أن تكون صريحة، كقوله "أجزت البيع" أو "قبلته" أو "رضيت به" كما يمكن أن تكون ضمنية، مثل أن يطلب المالك الثمن من المشتري¹.

و قد اختلف الفقهاء في عدة تغيرات، هل تدل على الإجازة أولاً؟ مثال ذلك: أن يقول من له حق الإجازة "بئسما صنعت" فقيل: هو إجازة و قيل هو رد، و إذا قال "أحسننت" أو "أصبت" قيل: هو إجازة، و إن قاله إستهزاء لم يكن إجازة، و يعرف كل من الإستهزاء بالقرائن، فإن لم توجد قرائن فإنه يكون إجازة إذ الأصل الجد و يفهم من هذا أن اللفظ الصريح يدل على الإجازة دون إجتهد و أن اللفظ الغير صريح يخضع في تفسيره و تحديد معناه لتقدير القاضي مسترشداً بذلك للأعراف المحلية و الظروف الخاصة بكل قضية.

ثانياً: الإشارة، أجمع الفقهاء على أن إشارة الأخرس تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن إرادته بشرط أن تكون إشارة مفهومة في ذلك أما غير الأخرس فقد اختلف الفقهاء في الإعداد بإشارته.

فالحنفية لا يقبلون من غير الأخرس أن يعبر عن إجازته لعقد الفضولي بالإشارة، لأنها ليست بكلام فلا تحل محله، يقول ابن عابدين: "فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملاً فقال ثالث: هل أدنت لي في الإجازة؟ فقال: نعم، فأجازه ينفذ، و لو حرك رأسه بنعم، فلا لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر".

1 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "العالمي"، مفتاح الكرامة، ص 161.

و مع ذلك فإننا نجد أحد كبار فقهاء الحنفية يقول: " إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة، نزلت منزلة الكلام، لحصول ما وضع الكلام بها، و هو الإعلام و الدليل عليه العرف"¹.

أما المالكية فلم يفرقوا بين اللفظ و الإشارة، و إعتبروا أن: " كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب و القبول، لزم به البيع ، وسائر العقود"².

و الشافعية لا يعتدون بالإشارة الصادرة عن القادر على النطق، لأن الإشارة لا تفيد اليقين الذي يفيد التعبير اللفظي.

أما الحنابلة فهم مثل المالكية، يرون أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون بأي شيء يفهم منه مراد المتكلم " فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب إتباع مراده، و الألفاظ لذواتها، و إنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده و وضح بأي عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة"³.

و الأمامية مثل الشافعية، لا يقبلون الإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة إلا إذا كان عاجزا عن النطق.

ثالثا: الكتابة: الكتابة على ثلاثة أنواع في الفقه الإسلامي ، كتابة غير مستبينة، و كتابة مستبينة، و كتابة مرسومة⁴.

- فالكتابة غير مستبينة هي ما ليس لها بقاء بعد الإنتهاء منها، كالكتابة في الهواء، إذ لا يستطيع قراءتها و لا يفهم المراد منها.

1 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "الكاساني"، بدائع المنافع، ج3 ص110.

2 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " الحطاب"، مواهب الجليل، ج4، ص229.

3 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "ابن القيم"، إعلام الموقعين ، ج1 ص 218 .

4 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "محمد وحيد الدين سوار"، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص206-

و الرأي السائد في الفقه الإسلامي لا يقيم وزنا لهذه التعبيرات " لأن مالا يستبين به كحروف لا يسمى كتابة، فكان ملحقا بالعدم". على أن قلة من الفقهاء قد ذهبت إلى وجوب الإعتداء شرعا بهذا النوع من التعبيرات، و حجتهم في ذلك أن صاحب التعبير في هذه الحالة قد كتب حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء يبين.

و الكتابة المستبينة هي التي يكون لها بقاء الفراغ منها، و يستطاع قراءتها، كالكتابة على الورق و هذا النوع من الكتابة لا يصلح أداة للتعاقد بين حاضرين في عقد النكاح، لأنه قد يكون للتعبير عن الإرادة، و قد يكون لجويد الخط¹ فلا بد معه من النية أما في غير النكاح من العقود، فالمالكية و الحنابلة يجيزون التعاقد بها مطلقا، و الحنفية و الشافعية يعتبرونها وسيلة احتياطية تقوم مقام اللفظ إذا حال دون عارض، و هذا النوع من الكتابة يصلح أداة للتعاقد بين غائبين على رأي غالبية الفقهاء، لأن الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، و لكن بعض الفقهاء قد ذهب إلى منع التعاقد بين الغائبين بالكتابة "لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول".

و الكتابة المرسومة هي ما كانت على وجه الرسالة، يكتب المالك إلى الفضولي أو إلى المشتري منه يقول: "يا فلان، إني أجزت بيع داري، و يعول الفقهاء في هذا النوع من التعبيرات على الإرادة الظاهرة، لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، فأن الكاتب خاطب في الحضرة، أو أرسل رسولا يبلغ مراده عند الغيبة .

رابعا: الفعل، كما يكون التعبير عن إرادة المالك الإجازة بالقول، يكون كذلك بالفعل الدال عليها:

- و التعبير بالفعل قد يكون صريحا كما لو سلم المالك الشيء المبيع إلى المشتري أو أخذ الثمن منه.

1 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " ابن نجيم، البحر الرائق ، ص161.

- و قد يكون ضمنيا، كما لو وهب المالك الثمن للمشتري.

و قد ذهب أكثر الحنفية إلى تصحيح الإجازة بالفعل¹ و كذا جمهور المالكية و الحنابلة، كما إختاره بعض الشافعية، و بعض الأمامية ، ذلك لأن المقصود هو إظهار الرضا ، و الفعل يمكن أن يكون مظهرا له.

خامسا: السكوت، يختلف السكوت عن طريق التعبير عن الإرادة التي قدمناها بأنه موقف سلبي فالساكت لم يعبر عنه إرادته إجازة العقد أو رده. و لهذا كان المبدأ العام الذي وضعه الإمام الشافعي و إعتده الفقه الإسلامي من بعده هو أنه: " ينسب إلى ساكت قول " و مع ذلك يقترن بالسكوت ملابسات تجعل دلالاته تنصرف إلى الرضاء، فهل يعتبر السكوت في هذه الحالة إجازة.

إن الفقه الإسلامي - في جملته - يقبل أن يكون السكوت إجازة إذا صاحبه يدل على الرضاء صاحبه أو كان في عدم إعتباره إجازة ضرر يلحق بالغي.

خصصت المجلة نص المادتين 303 و 304 لبيان طرق التعبير عن الإرادة المالك بالإجازة، فالمادة 303 تنص على أن: " الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت و رضيت".

و المادة 304 تنص على أن: " الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا "، و لكنها لم تتكلم عن الطرق الأخرى للتعبير عن الإرادة، فوجب اللجوء إلى القواعد العامة التي إعتدتها المجلة، و هي في جملتها لا تخرج عن الرأي الراجح لدى فقهاء الحنفية، فالإجازة إذن يمكن أن تتحقق باللفظ المادة (303)، أو بالإشارة المفهمة من الأخرس(المادة 80)، أو بالكتابة (المادة 69) أو بالفعل الدال على الرضا (المادة 304) و لكن السكوت لا يدل على

1 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " ابن نجيم "، البحر الرائق ، ص 161 .

الإجازة (المادة 67) و (المادة 1659) أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة 1/467 على أنه: " إذا أقر الهالك البيع سري العقد في حقه و إنقلب صحيحا في حق المشتري". و لكنه لم يبين طرق تحقيق هذه الإجازة، فوجب اللجوء إلى القواعد العامة التي أقرها هذا التقنين:¹.

فاللفظ و الفعل قد إعتدتهما المادة 1/139 التي تنص على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية " و على الأخص إذا نفذ العقد مختارا من له الحق في طلب البطلان و هو عالم بذلك و يمكن أن تتحقق الإجازة بالإشارة أو الكتابة، إستنادا إلى المادة 1/90 التي تقول: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالاته على حقيقة المقصود".

أما السكوت فلا يعتبره القانون المدني المصري تعبيراً عن الإرادة إلا في حالات نائية نصت عليها المادة 98 و ليس من بينها حالة إجازة عقد الفضولي².

و قد نص القانون المدني العراقي في المادة 1/136 على أن: " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة " و في تفسير هذه المادة يلجأ الشراح العراقيون إلى القواعد العامة للتعبير عن الإرادة و هذه القواعد العامة تسمح لنا بأن نقول: إن الإجازة يمكن أن تتحقق بالقول، بالكتابة و بالإشارة و بالفعل الدال عليها و ذلك إستنادا إلى نص المادة 79.

بقي السكوت، فهل يمكن القول بأن المشرع العراقي قد إعتبره إجازة؟ تنص المادة 2/136 على أنه: " يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد إعتبر العقد نافذا " و هذه المادة تدل على أن المشرع العراقي قد إعتد نوعاً من السكوت، هو السكوت الموصوف أي الذي

1 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 - 261 .

2 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 - 57-58.

يرضى حيث يفرض القانون إلتزاما بالكلام ، فأعتبره دالا على الرضاء، و من تم فهو إجازة لكون المشرع العراقي قد أضاف بذلك تطبيقا جديدا للقاعدة المنصوص عليها في المادة 81.

و في آخر تطور تشريعي أخذ كل من القانون المدني الأردني و قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالمذهب المالكي - من حيث المبدأ - مع عدم تحديد المدة، و ترك الأمر للقاضي يستنتج الرضا من السكوت، حسب واقع الدعوى، وفقا لأعراف الناس، و هذا ما نصت عليه المادة 415 معاملات (يقابلها نص المادة 173 أردني).

موقف القانون المدني الكويتي: تبنى القانون المدني الكويتي موقفا فريدا، حين قضى في الفقرة الأولى من المادة 182 بأنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد، و وجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة معلومة و بشروط مرسومة، ثم أدرفت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه يترتب على إنقضاء ميعاد الإعذار من غير إختيار إعتبار ذلك إجازة للعقد، و معنى ذلك أن سكوت صاحب الحق في طلب الإبطال عن إبداء رغبته حتى تنتهي مدة الإعذار يعتبر بمثابة إجازة للعقد. فيستمر في إنتاج اثاره و يصبح بمنأى عن البطلان.

أما القانون المدني الإيراني فقد نصت المادة 248 منه على أن: " إجازة المالك عقد الفضولي تتحقق بالقول، أو بالفعل الدال على رضائه بالعقد"، و على عكس ذلك لم يقبل المشرع الإيراني أن يكون السكوت من المالك تعبيرا عن إرادته إجازة عقد الفضولي، فنص في المادة 249 مدني إيراني على أن: " سكوت المالك لا يدل على الإجازة، حتى و لو كان حاضرا مجلس العقد"¹.

1 محمد جبري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " شفيق شحاتة"، النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية، فقرة 124 ص 131.

نتائج الإجازة: إذا أصدرت الإجازة مستوفية شروطها، أنتجت تصرف الموقوف كل أثره القانونية بأثر رجعي، واضح الفضولي وكبلا لرب العمل، فما هو الأساس القانوني لهذا التحول؟ تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل أن نبحت أولاً عن طبيعة الإجازة و النتائج المترتبة على هذه الطبيعة، ثم نستعرض بعد ذلك آثار الإجازة.

أولاً: طبيعة الإجازة: الإجازة تصرف إرادي من جانب واحد، فلا حاجة لإقتران القبول بها، و لا يمكن الرجوع فيها، و هذا محل إجماع بين الفقهاء، و لكن الخلاف بينهم يدور حول طبيعة هذا التصرف، هل هو تصرف منشيء؟ أو تصرف كاشف؟ و سبب هذا الخلاف يرجع إلى أن تطبق القاعدة المعروفة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"، يصطدم في بعض الأحيان بنوع من التصرفات لا يمكن أن ينتج أثره إلا في الحال.

فالحنفية رأوا أن بعض التصرفات التي يباشرها الفضولي يمكن، إذا أجهزت أن تنتج أثارها من وقت العقد، و أن بعض الآخر من هذه التصرفات لا يكمن أن ينتج آثاره إلا في الحال، فوضعوا ضابطاً لذلك مؤداه: "إن ما صح تعليقه بالشرط إذا ما صدر من فضولي يقتصر على وقت إجازته من صاحب الشأن، لأنه معلق في تحقق الشرط، و ذلك كالطلاق و العتق، و أن ما لا يصح تعليقه إذا ما صدر من فضولي يستند إلى وقت إنشائه إذا ما أجازه صاحب الشأن، كجميع المعاوزات، لأنها لا تقبل التعليق فلم يمكن إرجاء أثرها، فوعدت مستندة" ¹ و بناء على ذلك:

1- طلاق الفضولي و عتقه ينفذ بأثر حال من وقت الإجازة و لا يكون له أثر فيما لا بين إنشاء التصرف و تحقق الإجازة، و ذلك لأن مثل هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط، فكأنها معلقة على شرط تحقق الإجازة و يبدأ و جودها وقت الإجازة.

1 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن "علي الخفيف"، مختصر، ص 133.

2- إجازة بيع ملك الغير تنتج آثارها من وقت العقد، فيكون مالكا للثمن بما لحقه من تغيير منذ العقد، و يكون المشتري مالكا للمبيع بما لحقه من تغيير منذ العقد كذلك، و ذلك لأن هذا التصرف لا يصح تعليقه بالشرط فكأنه تحقق كاملا من وقت إنعقاده.

و قد نحا المالكية منحى الحنفية، فإنهم و إن لم يضعوا ضابطا عاما، فرقوا بين بيع الفضولي و بين طلاق، ففي الحالة الأولى يثبت ملك المبيع بما طرأ عليه من تغيير منذ العقد للمشتري، لأن المالك " إنما يجيز اليوم أمر قد كان قبل اليوم "، أما في الحالة الثانية، فإن آثار الطلاق لا تثبت إلا " من يوم الإجازة بخلاف البيع "1.

و كذلك الأمامية: يجزم بعضهم بأن الإجازة ناقلة للحق و منشئة له، فلا ينتج التصرف المجاز أثره إلا من حيث صدور الإجازة، ذلك لأن رضاء المالك إما يكون شرطا في تحقق الإنتقال، أو أحد جزئي العلة و السبب المؤثر في العقد، و على كلا التقديرين لا بد من تأخر الإنتقال عنهما، ضرورة أن المشروط متأخر عن شرطه، و كذا المعلول متأخر عن جزء علقته، و حينئذ فلا يحصل الملك قبل الإجازة، و لكن غالبية الأمامية يرون أن الإجازة " كاشفة عن صحة العقد حين وقوعه، لا ناقلة له من حينها "، لأن الإجازة تكشف عن رضاء المالك لو إنتقلت إلى العقد حين وقوعه، و هذا الرضا مقارن للعقد فيكون العقد التام هو سبب الملك و إذا تبين كونه تاما و جب ترتب الأثر من حينه².

و كذلك القانون المدني المصري جعل للإجازة أثرا كاشفا فنص في المادة 1/467 على أنه: " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه و انقلب الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير ".

1 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " الخرشي مختصر خليل "، الجزء الرابع، ص 12.

2 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " عبد الهادي حكيم "، عقد الفضولي، ص 180-188.

و قد تبني المشرع العراقي نفس الحل، فنص في المادة 1/136 من القانون المدني على أن إجازة العقد الموقوف تستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد¹.

و كذلك فعل كل من القانون المدني الأردني، حين نص في المادة 1/175 على أنه: " إذا أجاز التصرف الموقوف نفذ مستندا إلى وقت صدوره، و إعتبرت اللاحقة كالوكالة السابقة و قانون المعاملات المدنية الإماراتي حين نص بمثل ذلك في المادة 217 منه.

ثانيا آثار الإجازة: إن الأساس الذي تبني عليه آثار الإجازة بيع ملك الغير هو القاعدة الشهيرة " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " و على ذلك فإن قواعد الوكالة هي التي تطبق في هذا الصدد.

و قد جرت عادة الفقهاء أن يفرقوا بين حكم العقد، و هو في عقد البيع نقل ملكية المبيع على المشتري و نقل ملكية الثمن إلى المالك، و بين حقوق العقد، و هي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق، كالإلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، و إلزامه بقبوله إذا رد إليه بسبب العيب و ثبوت حقه في مطالبة المشتري بالثمن و قبضه منه، و رده إليه إذا وجده معيبا، و إلزام المشتري بأداء الثمن...².

المطلب الرابع: الرد:

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

و الذي يحق له رفض التصرف الموقوف هو نفسه من يحق له إجازته، و يتحقق الرد بما تتحقق به الإجازة أي بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة يدل على عدم الرضا.

1 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " عبد الهادي حكيم "، المرجع السابق، ص 190-191.

2 محمد جبيري الألفي- أخذ هذه الفكرة عن " السنهوري "، مصادر الحق، ج 5، ص 183-184.

فإذا أعلن من له حق الرد إرادته بعدم رضائه عن هذا العقد زال العقد بأثر رجعي و إعتبر كأنه لم يكن ، فما معنى زوال العقد على هذه الصورة؟ هل يمكن أن نقول إن العقد قد أبطل ؟ هل يمكن أن نقول إن العقد قد فسخ؟.

نلاحظ أولاً أن هناك فرقاً بين تدخل المالك المؤدي إلى زوال تصرف أجراه الغير على ماله، و بين بطلان هذا التصرف نتيجة تخلف شرط من شروط وقف التصرفات، لأن ذلك يؤدي إلى القول بأن هذا التصرف غير موقوف ، فلا يرد عليه حق الرد، أو نتيجة تخلف شرط من شروط صحة الإجازة، لأن ذلك يؤدي إلى القول بأن هذا التصرف قد بطل لعدم توفر عناصر وجوده، و الرد - مثل الإجازة - لا يرد على تصرف معدوم شرعاً.

كما نلاحظ أيضاً أن هناك فرقاً بين تدخل المالك المؤدي إلى زوال تصرف أجراه الغير على ماله، و بين فسخ هذا التصرف نتيجة إستعمال أحد الطرفين المتعاقدين "الفضولي و المشتري منه في بيع ملك الغير" حقه في فسخ هذا العقد قبل أن يتدخل المالك بالإجازة أو بالرد لأن الفسخ في هذه الحالة ناتج عن طبيعة العقد الغير ملزمة للطرفين¹.

و لا يبقى أمامنا سوى الفرض الذي يعلن فيه المالك عدم إجازته العقد الموقوف مؤدياً بذلك إلى زواله، و قد تنوعت تعبيرات الفقهاء في وصف هذا الزوال، فبعض الحنفية و الحنابلة و الأمامية يصف هذا الزوال بأنه "بطلان" للعقد الموقوف، و هذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري و القانون المدني العراقي و القانون المدني الأردني (المادة 2/175) و قانون المعاملات المدنية الإماراتي (2/217)، و البعض الآخر من الحنفية و المالكية و الأمامية يصف هذا الزوال بأنه "فسخ" للعقد الموقوف، و هذا ما أخذت به المجلة و القانون المدني الإيراني، و يقرب من هذا الرأي ما يعبر به " الدريد المالك" في قوله "منحل"، و كثير من الفقهاء لا يصف هذا الزوال و إنما يكتفي بالتعبير بما يدل على أن لا وجود له

1 محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 90.

بالنسبة للمالك، فمن هؤلاء من يقول: " أن أجازه نفذ، و إلا فلا" و منهم من يستعمل تعبير "رد العقد" كما أن منهم من يعبر "بالإلغاء".

و الذي لا شك فيه، هو أن بيع ملك الغير لا يبطله رفض مالك الشيء المبيع أن يجيزه ذلك لأن العقد قد إنعقد صحيحا فيما بين طرفيه، و لكن إنتاج اثاره هو الذي كان موقوفا على إجازة الملك، فإن رفض المالك هذه الإجازة¹.

فإن العقد لا يبطل و إنما يفسخ لإنعدام محل العقد.

و تفضيل ذلك إن الفقه الإسلامي في هذه الحالة ينظر إلى محل العقد لا إلى محل الإلتزام و محل عقد البيع هو الشيء المبيع لا الثمن فإذا إنعدم هذا المحل بأن هلك كليا أو جزئيا فإن الخلل الذي يصيب المحل بعد إنعقاد العقد صحيحا، يؤثر في القوة الملازمة للعقد، فيصبح قابلا للفسخ و يرجع الفسخ هنا للخلل الذي يصيب محل العقد لا لفكرة الإرتباط ما بين الإلتزامات المتقابلة في العقود الملازمة للجانبين.

فالفقهاء الذين إستعملوا " الفسخ " ربما لاحظوا أن رفض المالك إجازة عقد الفضولي قد جعل هذا العقد بدون محل، لأن البائع لن يستطيع - شرعا - أن يسلم محل رفض مالكة تسليمه فإذا أضيف إلى ذلك أن هذا العقد كان موقوفا على تدخل المالك ليقرر شأنه، إما تأكيد عوامل الصحة فيه و إما تأكيد عوامل زواله، لتبين لنا أن مجرد تدخل المالك بالرفض، جعل هذا العقد مفسوخا بأثر رجعي فيما يبين الطرفين في مواجهة المالك الحقيقي.

و الفقهاء الذين إستعملوا " البطلان " ربما لاحظوا أن هذا العقد، و لو أنه إنعقد صحيحا إلا أن عوامل الصحة فيه غير مستقرة في تستقر إذا أجاز المالك العقد و هي تزول إذا رده

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري " ، المرجع السابق ، ص120.

فببطل العقد بأثر رجعي فيما بين الطرفين و في مواجهة المالك، و يكون معنى البطلان هو عدم الوجود الشرعي لهذا العقد.

أما الفقهاء لم يصفوا هذا الزوال فلعلمهم لاحظوا فقط جانب المالك و لم يعينوا أنفسهم ببحث حالة العقد فيما بين المتعاقدين، هل بطل أن إنفسخ؟ كل ما يهم في هذا الشأن: هو أن العقد الموقوف يحتمل أن يلزم المالك إذا أجازته فإذا رده زال هذا الإحتمال، و لم يعد هناك مبرر ليظل هذا العقد موقوفا فيجب إذن أن يعتبر لاغيا و الخلاصة من كل ذلك هي أننا نعتبر أن الفقه الإسلامي قد نظر إلى التصرف الفضولي -الذي رده المالك- من ناحيتين.

أولا: في مواجهة المالك فإعتبره غير موجود بالنسبة له، و لا يمكن أن يترتب أي إلتزام عليه، لا يمكن أن يترتب أي حق على ماله.

ثانيا: فيما بين الطرفين فإعتبره مفسوخا للخلل الذي أصاب محل العقد، و هو إنعدامه شرعا.

أثار الرد:

سبق أن رأينا التصرف الذي يجريه الفضولي على مال الغير، دون إذن أو ولاية ينعقد موقوفا على إجازة من له الحق في إجازته، فإذا تحققت الإجازة نفذ العقد و أنتج كل أثاره منذ لحظة إنعقاده أما إذا رفض صاحب هذا الحق إجازة التصرف، فإنه يفسخ و لا يكون له أي أثر، لا فيما بعد المتعاقدين و لا في مواجهة الملك، و هذا الأمر لا يثير صعوبات عملية في حالة ما إذا كان التصرف الذي أجراه الفضولي مجرد إرادة و لم يقترن بالتنفيذ الفعلي، أما إذا قام الفضولي بتسليم المبيع إلى المشتري و تسلم الثمن منه، فيكون من حق الملك أن

يطالب بالعين و بالتعويضات إن كان لها محل، و يكون من حق المشتري أن يطالب بالثمن و بالتعويضات في بعض الحالات¹.

أولاً: دعوى الاستحقاق:

إذا رفض المالك إجازة تصرف أجره الفضولي على ملكه، فإن له الحق في أن يرجع بالعين و بالتعويضات إن كان لها محل.

1- إذا كنت العين باقية فإن للمالك أن يستردها من أي يد، أما إذا هلك فقد يكون الهلاك عند الفضولي، و قد يكون عن المشتري..

(أ) - الهلاك عند الفضولي: يفرق الفقهاء في هذه الحالة بين ما إذا كانت يد الفضولي يد أمانة فلا ضمان عليه إلا بالتعدي، أو كانت يد ضمان فإنه يضمن في كل حال.

و معنى يد الأمانة أن الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة المالك، كما لو كان مودعاً، فإنه يجوز العين لمصلحة المودع، فإذا هلك الوديعة تحت يده لا يضمن، إلا إذا قصر في حفظها أو التعدي عليها.

- معنى يد الضمان: أن الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يجوز المغصوب كمالك له، فإذا هلك المغصوب تحت يده ضمنه، سواء أكان الهالك بفعله أم بسبب أجنبي.

(ب) - الهلاك عند المشتري: يرى الحنفية أن يد المشتري يد ضمان، لأنه يجوز المبيع لمصلحة نفسه، فإذا هلك الشيء المبيع تحت يده كان مسؤولاً عن الهلاك سواء كان يعلم أن البائع غير مالك أو كان يحمل ذلك و يكون للمالك الخيار بين أن يضمن الفضولي أو يضمن المشتري.

¹"بلحاج العربي"، المرجع السابق ، ص90.

أما المالكية فإنهم يفرقون بين المشتري العالم بأن البائع غاصب للشيء المبيع و بين المشتري الجاهل بذلك، ففي الحالة الأولى يكون المشتري مسؤولاً عن هلاك العين مهما كان سبب الهلاك، و يكون للمالك الخيار بين الرجوع عليه أو الرجوع على الفضولي، أما في الحالة الثانية، فلا يجوز للمالك أن يرجع عليه إذا كن الهلاك نتيجة تعديه.

و لا يختلف الشافعية عن الحنفية في أن المشتري من الفضولي يكون مسؤولاً عن هلاك المبيع، سواء كان يعلم بالغصب أو كان يجهل ذلك، و يكون للمالك الخيار بين أن يضمه أو يضمن الفضولي.

و ذهب الحنابلة إلى أن كل يد حلت محل يد الغاصب تعد يد ضمان، يترتب عليها تضمين صاحبها إذا إختار المالك تضمينه، لا فرق بين علمه بالغصب أو جهله به.

و هذا ما إختاره الأمامية، فعندهم أن المبيع إذا هلك في يد المشتري، تخير المالك في الرجوع على من شاء من الغاصب و المشتري.

الرجوع بالتعويضات: إذا كانت علة المبيع قائمة، فإن للمالك أن يستردها من أي يد، لأنها تتبع العين في الرد، إلا أن المالكية يرون أن المشتري من الفضولي - إذا كان يجهل حالة الغصب - يستحق الغلة لأن العين كانت في ضمانه و الخراج بالضمان¹.

أما إذا هلكت الغلة، فقد يكون الهلاك عند الفضولي، و قد يكون عند المشتري

(أ) الهلاك عند الفضولي : يفرق الفقهاء في هذه الحالة بين ما إذا كانت يد الفضولي يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي، أو كانت يد ضمان فتحدد مسؤوليته، على الوجه التالي : يفرق بين زواد المغضوب و منافعه:

1 بلحاج العربي"، المرجع السابق ، ص90.

فزوائد المغضوب متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالثمار، تكون أمانة في يد الفضولي لا يضمن هلاكها إلا بالتعدي أو بالمنع بعد طلبها، هذا هو رأي غالبية الحنفية، و لكن بعضهم يذهب إلى أن الغاصب لا يضمن الزوائد المتصلة، حتى و لو هلاكها بعد طلب المالك لها.

و منافع المغضوب غير مضمونة عند أكثر الحنفية غير أنها ليست مالا متقوما، و ذهب متأخروا الحنفية إلى ضرورة ضمان منافع المغضوب، إذا كان وقفا أو ليتيم أو كان معدا للإستغلال.

(ب) - الهلاك عند المشتري: نذكر فيما يلي اراء الفقهاء المتعلقة بما إذا ما هلكت الغلة تحت يد المشتري: رأى الحنفية أن المشتري من الفضولي يكون ضامنا للزوائد المتصلة كالسمن المنفصلة كالثمرة و لكنه لا يضمن على المنافع، لأنها ليست مالا متقوما و ذهب المتأخرون منهم إلى أن المنافع تضمن في ثلاث حالات: إذا كان المغضوب وقفا أو كان ليتيم أو كان معدا للإستغلال¹.

و يفرق المالكية بين المشتري العالم بالغصب و المشتري الجاهل به: فالأول يضمن الغلة التي استغلها، أما المشتري الجاهل بالغصب فلا يلزمه رد الغلة، و لا ضمان عليه لأنه ذو شبيهة.

و ذهب الشافعية و الحنابلة الأمامية إلى أن المشتري من الفضول ضامن للزوائد و المنافع إذا هلكت تحت يده، و يكون للمالك أن يرجع عليه أو على الفضولي بقيمة ما هلك.

ثانيا: دعوة إسترداد الثمن:

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 95.

إذا إستحق الشيء المبيع من تحت يد المشتري، فإن له الحق في استرداد الثمن الذي كان قد دفعه الفضولي، و له كذلك أن يطالب بتعويضات إن كان حسن النية.

الرجوع بالثمن: إختلف الفقهاء في هذا الشأن على النحو التالي:

يرى أكثر الحنفية أن المشتري من الغاصب إذا رد المبيع أو قيمته للمالك، فإنه يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له لأنه تبين أن أخذه بغير حق، و لكن بعضا منهم يرى أن المشتري إن كان يعلم - وقت أداء الثمن - أن البائع فضولي فإن هذا الثمن يكون أمانة في يد الفضولي، يسترده إن كان باقيا، و لا يطالب به إن هلك، و ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن للمشتري من الفضولي الحق في المطالبة برد الثمن سواء كان هذا الثمن باقيا أو هالكا و سواء كان المشتري يعلم أن البائع فضولي أو كان يجهل ذلك¹ و عند الأمامية ثلاثة آراء:

الأول يرى أن المشتري يرجع على البائع مطلقا لأنه أخذ الثمن بغير حق و الثاني يفصل بين المشتري العالم بأنه دفع الثمن إلى الفضولي فلا يرجع عليه بما دفعه له إذا استحققت العين من تحت يده، و بين المشتري الجاهل بذلك فإنه يرجع بالثمن، و الرأي الأخير يذهب إلى أن المشتري الجاهل بحقيقة البائع فضولي فإنه يرجع عليه بالثمن إذا كان باقيا، و ليس له حق الرجوع إن هلك الثمن.

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

1 "العشب محفوظ"، المرجع السابق ، ص80.

المشتري العالم بالفضالة:

إذا كان المشتري يعلم حقيقة مركز البائع فلا يحق أن يرجع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له. فإذا كان هذا المشتري قد ألزم بأن يرد إلى المالك بعض التعويضات نتيجة هلاك المبيع أو منفعه تحت يده، فلا يعود على البائع بشيء من ذلك لأنه - بسوء نيته - يكون في مركز الغاصب فيستقر الضمان عليه.

المشتري الجاهل بالفضالة :

هنا يكون المشتري حسن النية و لذلك إنقسم الفقهاء إلى طائفتين، فالبعض يوسع نطاق حماية المشتري و يعطيه حق الرجوع على البائع بالتعويضات - كقاعدة - و البعض الآخر يضيق من هذا النطاق، و لا يعطي للمشتري حق الرجوع، إلا على سبيل الإستثناء¹.

يرى الحنفية و المالكية أن المشتري حسن النية لا يرجع على بائعه لمطالبته بتعويض عن الزيادة التي دفعها للمالك ، سواء كانت هذه الزيادة في مقابل العين كما لو إشتري المبيع بعشرة، و رد إلى المالك قيمته عشرين أو كانت الزيادة التي دفعها للمالك تقابل نفعا عاد عليه أثناء وجود العين تحت يده، كما لو كان قد سكن الدار المبيع، أما الغرامة التي يدفعها المشتري للمالك مقابل منفعة لم يحصل عليها، بل هلكت تحت يده كقيمة الولد و البناء فيرى الحنفية أن المشتري يرجع بقيمة الولد و بقيمة ما يمكن نقضه و تسليمه من البناء، أو الزرع و لا يرجع بما أنفقه على العين أثناء وجودها تحت يده و خالف بعض المالكية في رجوع المشتري على البائع بقيمة الولد.

أما الشافعية و الحنابلة و الأمامية فقد أعطوا المشتري - حسن النية - حق الرجوع إلى البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين المستردة، إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يحصل عليها بأن هلكت تحت يده، كقيمة الولد و البناء و النفقة. أما إذا كانت الزيادة التي

1 ذهبية حامق"، المرجع السابق ، ص 124.

دفعها تقابل العين أو تقابل المنافع التي عادت على المشتري، فإن بعض الشافعية و بعض الحنابلة و أكثر الأمامية يرى أن له حق الرجوع بها على البائع، بينما يرى البعض الآخر من الشافعية و الحنابلة و الأمامية، أنه لا يحق له الرجوع على البائع لمطالبته على هذه الزيادة.

عالجت المجلة آثار الرد لعقد الفضولي و العلاقة بين المالك و الغاصب و المشتري في عدة مواد، نذكر من بينها المواد 85، 86، 596، 881، 890، 891، 900، 903، 910، 911 و هذه المواد في جملتها لا تخرج عما سبق أن ذكرناه أثناء الكلام عن وجهة نظر الحنفية¹، لهذا لا حظ بعض شراح المجلة أن المادة 596 لا تزال بعيدة عن روح العدل و الإنصاف على الرغم من أنها قننت آخر ما وصل إليه إجتهد متأخري الفقهاء الشافعية في ضمان المنافع و ضرورة إستصدار قانون يحتم العمل بها.

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة 468 على أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع و كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض و لو كان البائع حسن النية " و يترتب على ذلك أن المشتري - في بيع ملك الغير - يكون بالخيار إذا إستحق المبيع في يده بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الإستحقاق، و يلاحظ أنه إذا إختار الفسخ فليس له أن يطالب البائع - حسن النية - بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو إختار إبطال العقد.

أما المالك فإنه يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الإستحقاق و أن يرجع على البائع بدعوى التعويض فإذا كان المشتري قد تملك المبيع بالحيازة أو بالتقادم فإن المالك الحقيقي لا يستطيع أن يسترده منه، و يرجع البائع لتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب فقده المبيع، و سبب تملك المشتري الثمار، و لو لم يملك المبيع نفسه و مصدر التعويض

1 عبد المنعم فرج المصري، المرجع السابق ، ص500.

هنا خطأ البائع، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إلا إذا ثبت أن البائع كان حسن النية و لم يرتكب أي خطأ، فلا يكون هناك محل للرجوع عليه بالتعويض، و يقترب القانون المدني الكويتي من هذه الأحكام.

و قد نص القانون المدني العراقي في المادة 135 على أنه: " إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، و إذا كان العقد الاخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به ."

أما القانون المدني الأردني فقد جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة (175) ما يأتي: " و قد رأى عدم مجارة القانون المدني العراقي - ضمن تعليق على- الفقرة الثانية من المادة 175.

وهو نفس التعليق الذي أوردته المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي على المادة 2/217، كما جاء في الصفحة 192-193 منها¹.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري"، المرجع السابق ، ص125.

الخاتمة

خاتمة:

و ختاماً لما ورد في هذه الدراسة، يستشف أن للفضالة دور كبير في الحياة العملية لأفراد المجتمع هذا من حيث أنها تمس بالجانب الأخلاقي أكثر من الجوانب الأخرى للأشخاص، فتخلق بينهم من التكافل و التراص.

كما أن جل التشريعات الأولى تعرضت لها، حتى القوانين الحديثة و عرفت أيضاً كحالة من حالات الإثراء بلا سبب، و إنتهت القوانين في يومنا إلى إعتبرها نظاماً قائماً بذاته.

أما الفقه الإسلامي فقد تعددت آراء كل من هب فيه، و هذا دليل على الحرية الفكرية الواسعة، و إن كان لم يعترف به كمصدر من مصادر الإلتزامات.

و إذا ما دققنا في موقف المشرع الجزائري نجده متناقضاً، فمن ناحية إتسم بالحر في التدخل في شؤون الغير، مما جعله ينص على الفضالة، و يبين شروطها و أحكامها، لإستبعاد كل نزاع ينشب بين الأفراد، و من ناحية أخرى أغفل شرط الإستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي.

و نظراً لما يتصف به هذا النظام من العدل و الإنصاف ، فقد حرص المشروع على أن تتفد هذه الإلتزامات من جانب كل من الفضولي و رب العمل، و لو توفي أحدهما، و ألزم ورثتهما بالإستمرار في عمل مورثهم حتى يأخذ كل حقه و إن كان مشرعنا قد خالف هذه القاعدة حين جعل إلتزامات الطرفين تتقادم بعد مرور 10 سنوات من علم أحدهما بحقه و ينبغي تدارك هذا الخطأ و تقصير المدة إلى 3 سنوات كما فعلت القوانين العربية الأخرى.

أما الفقه الإسلامي، فإنه يضع مبدأ عاملاً مؤداه أن تصرفات الفضولي لا تتفد في مواجهة رب العمل إلا إذا أقرها و تطلب هذه الإجازة يعتبر حماية لرب العمل حق يقدر بنفسه ملائمة تدخل الفضولي، و ضع ذلك فعندنا فإننا في بعض المؤلفات الفقهية ما يشير

إشتراط أن يكون تدخل الفضولي نافعاً "إذ لا ضرر فيه للمالك مع تغييره، بل فيه نفعه، حيث يكفي مؤونة طلب المشتري و قرار الثمن و غيره و فيه نفع العاقد لصوب كلامه عن الإلغاء و فيه نفع المشتري"، و بما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له". و هذا ما أكده بعض رجال القانون المشتغلين بالفقه الإسلامي كالأستاذ فاروق شحاتة و"الأستاذ ليمان دي بلفوند"

و لكن خرج عن هذا المبدأ العام عدد من الإستثناءات تعتبر فيها تصرفات الفضولي ملزمة لرب العمل دون الحاجة إلى إجازته و هذه الإستثناءات من جانب الفقه الإسلامي تمثل المبدأ العام للفضالة في الفقه العربي.

فكيف يمكن تقدير ملائمة تدخل الفضولي فيها؟

أما الحنفية ، فإنهم أثبتوا أن بعض هذه المستثنيات قد تأسس على الإذن الضمني لرب العمل و بعضها الآخر تأسس على الضرورة و صفة الإلزام بنية على الأصل التشريعي "الإستحسان".

و أما المالكية و الحنابلة أثبتوا أن بعض هذه المستثنيات قد تأسس على الإذن الضمني فيها مبنية على الأصل التشريعي "الإستصلاح".



قائمة

المراجع

قائمة المراجع:

1 باللغة العربية:

• المراجع العامة:

- أمجد منصور " النظرية العامة للإلتزامات"، مصادر الإلتزام، القاهرة سنة 2001.
- أنور سلطان، " الوجيز في مصادر الإلتزام"، الإسكندرية سنة 1995.
- بلحاج العربي، "النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني _
الجزائر_ سنة 1999
- عبد الرزاق السنهوري، " الوجيز في شرح القانون المدني الجديد"، المجلد الثاني، الطبعة
الثالثة _ القاهرة _ سنة 1998.
- عبد الرزاق دربال، "الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزائر سنة
2004.
- عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة _ القاهرة _ سنة
1977.
- علي سليمان، " النظرية العامة للإلتزام " مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري
_ الجزائر_ الطبعة الخامسة سنة 2003.
- محفوظ الشعبي، " المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري _ الجزائر _ سنة 1992.
- محمد حسنين، " الوجيز في نظرية الإلتزام"، مصادر الإلتزام و أحكامها في القانون المدني
الجزائري _ الجزائر _ سنة 1983.
- محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري"، مصادر الإلتزام، الواقعة
القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى _ الجزائر _ سنة 1992.

• المراجع الخاصة:

- محمد جبر الألفي، "الفضالة"، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق
الايوسط _ الاردن _ سنة 2000.

• الرسائل:

ذهبية حامق، "الفضالة في القانون المدني الجزائري"، مقارنة بالقوانين الأخرى، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية، سنة 1983.

• النصوص التشريعية:

قانون 07/05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007 يعدل و يتم الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

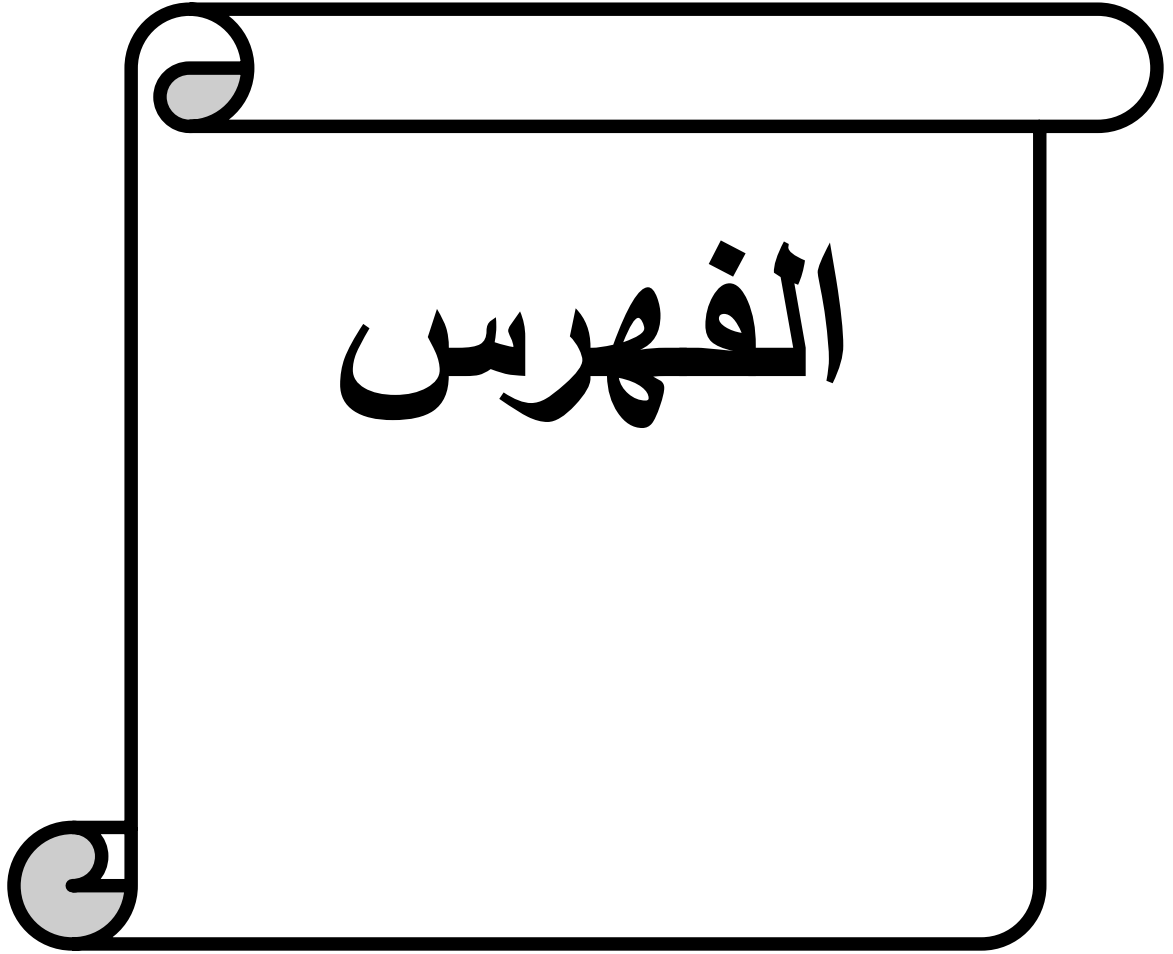
ouvrages Généra:

2 باللغة الفرنسية:

Aubry et Rau : Droit Civil Français, t.6.éd.1951.

J.Flour et Aubert : Les obligations Paris 1975.

Saïlles : Théorie générale de l'obligation Pris 1914.



الفهرس:

2.....	مقدمة
6.....	الفصل الأول: ماهية الفضالة
7.....	المبحث الأول : مفهوم الفضالة
8.....	المطلب الأول : تعريف الفضالة
9.....	المطلب الثاني : أركان الفضالة
818.....	المطلب الثالث: إلتزامات الفضولي
32.....	المطلب الرابع: إلتزامات رب العمل
41.....	المبحث الثاني: الجوانب القانونية للفضالة .
41.....	المطلب الأول: أهلية الفضولي
42.....	المطلب الثاني: أهلية رب العمل
44.....	المطلب الثالث: أجر الفضولي
544.....	المطلب الرابع: تضامن الفضوليين
949.....	المبحث الأول : الفرق بين الفضالة والوكالة
949.....	المطلب الأول : أوجه الإلتفاق بين نائب الفضولي و نائب الوكيل.
50.....	المطلب الثاني: أوجه الإختلاف بين نائب الفضولي و نائب الوكيل .
51.....	المطلب الثالث: موت الفضولي و موت رب العمل

55	المبحث الثاني : الأراء الفقهية حول الفضالة
57	المطلب الأول: التصرف القانوني الصحيح
80	المطلب الثاني : التصرف القانوني الغير صحيح
65	المطلب الثالث: الإجازة
80	المطلب الرابع: الرد
90	خاتمة
93	قائمة المراجع
96	فهرس المحتويات