

## التكييف القانوني للفضالة (دراسة مقارنة)

أ.م.د. حبيب إدريس عيسى المزوري      الباحث. محمود فاضل عبيد عيسى

كلية الحقوق / جامعة الموصل

[hbiebmezory@uomosul.edu.iq](mailto:hbiebmezory@uomosul.edu.iq)

[mahmoud.22lwp10@student.uomosul.edu.iq](mailto:mahmoud.22lwp10@student.uomosul.edu.iq)

### المخلص:

يعد هذا النظام من الانظمة القانونية الذي يفتح المجال أمام الاشخاص للقيام بأعمال في غاية الأهمية لغيرهم من دون ان يكونوا مطالبين بها، وذلك لحفظ حقوق وممتلكات الغير ومن دون ان يتحملوا قيمة ما قد يبذلونه من أموال في سبيل تحقيق هذا الهدف السامي، وبناء على ما تقدم تعرف الفضالة بأنها قيام شخص بقصد بتصرف نافع بإدارة شأن الغير، دون ان يكون ملزماً بذلك ودون علم او معارضة، وقد اختلف الفقه الإسلامي في تكييف الفضالة الى انه تصرف الفضولي باطل وقد يكون تصرف الأخير موقوفاً وقد يكون تصرفه صحيحاً نافذاً، كما اختلفت التشريعات المدنية في تكييف الفضالة وأساسها الى ان انها تعد من اشباه العقود، بينما عدها تشريعات أخرى تطبيقاً لنظرية الكسب دون سبب، وهناك من يرى ان أساسها القانون، وهناك تشريعات أخرى تعدها مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام.

الكلمات المفتاحية: (التكييف، الفضالة ، تصرف نافع، مصدر مستقل)

## Legal Conditioning of the Voluntary Fund (Comparative Study)

Dr. Habib Idris Issa Al-Mazuri

Researcher. Mahmoud Fadhel Obaid Issa

College of Law / University of Mosul

### Abstract:

This system is one of the legal systems that allows individuals to perform extremely important acts for others without being obligated to do so, in order to preserve the rights and properties of others without bearing the costs of the expenses incurred in achieving this noble goal. Based on the above, *Negotiorum Gestio* is defined as a person voluntarily undertaking a beneficial action to manage the affairs of another person without being obligated to do so and without the latter's knowledge or objection. Islamic jurisprudence has differed on the Classification of *Negotiorum Gestio*: some view the gestor's actions as void, some see them as dependent on approval, and others consider them valid and enforceable.

As for the basis of *Negotiorum Gestio* and Classification in civil law, legislations vary. Some classify it as quasi-contracts, others see it as an application of the theory of unjust enrichment, while some believe it is based on legal principles. Additionally, there are legislations that consider it an independent source of obligations.

Keywords: (Classification, *Negotiorum Gestio*, beneficial action, independent source)

### المقدمة:

أولاً: التعريف بموضوع البحث: تعد الفضالة أحد أهم الأنظمة القانونية التي بموجبها يستطيع الشخص ان يتصدى لتحقيق منفعة للغير، ويستطيع من ذلك الحصول على ما قد ينفقه من أموال وأجرٍ مقابل ذلك العمل من الشخص الذي تحققت المنفعة لأجله، لذا دأبت اغلب التشريعات القانونية الى تنظيم ذلك لكن المشرع العراقي لم ينظمها، ولم يضع لها أساس في القانون المدني العراقي، وان أساس الفضالة في الفقه الاسلامي يكمن في تصرفات الفضولي من حيث البطلان والوقف والاجازة وبيان احكامها، ولم يتفقوا على حكم واحد لهذه التصرفات، انما تباينت آرائهم من حيث بطلان تصرفات الفضولي وعدم انتاج اي اثر لها وبين من عدها موقوفه على اجازة صاحبها، وبين من جعلها نافذة

بسبب الضرورة او فيها منفعة لصاحبها، الا ان القوانين اختلفت في تكييفها عندما وضع لها نظام خاص بها، يكون اساساً لها في القانون تمكن الفضولي من الرجوع على رب العمل بما انفق لمصلحته الأخير.

**ثانياً: أهمية موضوع البحث:** تكمن أهمية البحث في حث المشرع العراقي الى تنظيم الفضالة في القانون المدني العراقي، وذلك بعد ان اصبح مجال وقوع الفضالة في المجتمع العراقي شائع وبشكل عملي، اذ اصبح دور الفضولي ذو أهمية كبيرة في ظل التطور الحاصل في نشاطات الافراد وحاجتهم الى تيسير أمورهم في حال غيابهم بشكل مفاجئ في ظل الظروف التي اجبرتهم على الغياب لفترات طويلة حماية لمصالحهم من التلف والضياع، اذ الفضالة تؤدي الى تولي الشخص شأن الغير دون توكيل او تفويض مسبق من الاخير، حيث ان الفضالة تقلل وبشكل كبير من عدم اجازة تصرفه من قبل رب العمل، اذ القانون يفرض هذا الالتزام على رب العمل يمكن من خلال رجوع الفضولي على رب العمل بما أنفق لمصلحته.

**ثالثاً: هدف البحث وأسباب اختيار الموضوع:** حث المشرع العراقي على تنظيم الفضالة في القانون المدني العراقي وضع أساس لها في القانون، حماية لحقوق الطرفين عندما تقع الفضالة بينهم لمنع تعسف رب العمل في رد النفقات للفضولي، اما أسباب اختيار الموضوع هو الاختلاف الفقه والقانون حول تكييف الفضالة، فضلاً عن عدم تنظيم الفضالة في القانون المدني العراقي، فضلاً عن ذلك إيجاد حلول قانونية مناسبة للمشرع العراقي في وضع الأساس الصحيح للفضالة في القانون.

**رابعاً: منهجية موضوع الدراسة:** سنعتمد في طرحنا لموضوع الدراسة على المنهج التحليلي والمقارن للنصوص القانونية والآراء الفقهية، وبيان موقف المشرع العراقي في القانون المدني ومقارنته بقانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الجزائري رقم (٧٥ - ٥٨) لسنة ١٩٧٥ والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، فضلاً عن بيان موقف الفقه الاسلامي كلما تطلب الامر ذلك.

**خامساً: خطة موضوع البحث:**

**المطلب الأول: تعريف الفضالة.**

**المطلب الثاني: تكييف الفضالة في الفقه الإسلامي.**

**المطلب الثالث: تكييف الفضالة في القانون المدني.**

## المطلب الاول

### ماهية الفضالة

للقوف على ماهية الفضالة، لابد من تحديد معناها في اللغة العربية، والفقهاء الاسلامي، ومن ثم في القانون، لذا سنقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

### الفرع الأول

#### تعريف الفضالة في اللغة العربية

مفرد كلمة الفضل هو فضل، اي زاد : الفضل الزيادة ، وجمعه فضول والفضولي: "بالضم : المُشْتَغِلُ بما لا يعنيه"<sup>(١)</sup>

<sup>(١)</sup>، وهذا الاستعمال دارج في اللغة، والفضولي هو من يتعرض لما لا يعنيه، اما الفضالة جاءت من كلمة "الفضلة : اي البقيَّة، كالفضل، والفضالة بالضم ، مشتقة من فَضَلَ"<sup>(٢)</sup>، وذلك لانشغال المرء بما ليس له، وقيل ايضاً الفضل اي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفلوس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فقيل فضولي لما يشتغل بما لا يعنيه، لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد وسمي بالواحد واشتق منه فَضَالَةٌ مثل جهالة وضلالة<sup>(٣)</sup>.

وللفضالة معاني عديدة، فقيل: " فضُّ الشيء فضولاً أي اتصف بالفضيلة، والفضل هو الإحسان، والفضيلة هي الدرجة الرفيعة في حسن الخلق"<sup>(٤)</sup>.

نستدل مما تقدم الى معاني الفضالة في اللغة العربية هي: الزيادة والاشتغال، والبقيَّة والاحسان، وبناءً على ذلك فإننا نستطيع ان نحدد المعنى اللغوي لمصطلح الفضالة هو ((الفضل الذي يقوم به الفضولي لمصلحة شخص آخر دون أمر منه)).

### الفرع الثاني

#### تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي

الفضالة كمصطلح في الفقه الاسلامي غير مستخدم، وإنما يتحدث الفقه الاسلامي على مصطلح الفضولي كتصرف في ملك الغير، ولم يتفق الفقه الإسلامي على تحديد معنى الفضولي، وهناك عدة تعاريف له وفق ما يأتي:

اولاً : الحنفية: الفضولي<sup>(٥)</sup> بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"، اي يخرج من دائرة تصرف الولي والوصي او الوكيل سواء أكان هذا التصرف قولاً أم فعلاً يكون موقوفاً، اما بخصوص مجلة الاحكام العدلية<sup>(٦)</sup> فقد

أخذت بالتعريف الأول في المادة (١١٢) الفضولي (هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي)، أن تصرف الولي والوصي والوكيل لا يعد فضولاً فإذا ضمنا إلى ذلك تصرف الإمام والقاضي وقاضي الجيش لما لهم من الولاية، لأن تصرف الإمام في بيت المال وغيره من الأمور العامة بشرط اقترانه بالمنفعة تصرف نافذ ومشروع فلو أوقف الإمام أرضاً من الاراضي الأميرية ليصرف ريعها في سبيل البر والإحسان فتصرفه نافذ ولا يعد فضولاً، كذلك القاضي وقائد الجيش فلو تصرف القاضي بأموال الأيتام لتتميتها أو تصرف القائد بالغنائم لتقسيمها فلا يعد نصرفهما فضولاً ويكون نافذاً<sup>(٧)</sup>.

**ثانياً: المالكية:** والفضول عند المالكية هو: " هو الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه "<sup>(٨)</sup>،

فالذي يبيع أو يشتري مال لغيره دون إذن صاحبه، فإذا رضي البائع امضي في البيع وإذا لم يرضاً فسخ البيع، أما إذا اشترى شخص مال لغيره دون إذن منه، على أنه إذا رضي بالشراء صح العقد وإذا لم يرضى لم يصح الشراء أي تكون جميع هذه التصرفات موقوفه على اجازة المالك<sup>(٩)</sup>.

**ثالثاً: الشافعية:** عرف الشافعية الفضولي "وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية"<sup>(١٠)</sup>، وتصرفه موقوف وهذا قول للأمام الشافعي في القديم، وعرف أيضاً "إذا باع مال غيره بغير إذنه، ولا ولاية له عليه، أو اشترى لغيره شيئاً بغير وكالة، ولا ولاية"، لم يصح، ولم يوقف ذلك على اجازة المالك، ولا على اجازة من اشترى له أو بيع عليه، هذا القول هو الراجح والمشهور عند الشافعية<sup>(١١)</sup>، أي يكون تصرف الفضولي باطلاً وليس موقوفاً، لأنه تصرف في ما لا يملك.

**رابعاً: الحنابلة:** عرفه رأي من الحنابلة الفضولي بقوله: " من يشتري أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له "<sup>(١٢)</sup>، وعرف أيضاً " التصرفات للغير بدون إذنه "<sup>(١٣)</sup>.

نستدل مما تقدم ان تصرف الفضولي خارج حدود وكالته أو الوصي أو الولي يكون العقد موقوف على اجازة الاصيل، أما اذا كان الفضولي غير الوكيل أو الوصي أو الولي وتعاقد لمصلحة الغير يكون العقد موقوفاً على الاجازة عند الامام ابي حنيفة و الامام مالك والامام احمد وباطل عند الامام الشافعي في مذهبه الجديد.

أما التعريفات الواردة لمصطلح الفضالة من قبل الفقهاء المعاصرين فقد عُرِفَ بأنها: " وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره، نفساً ومالاً، بدون اذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية والذي يصدر عنه العمل يسمى فضولياً "<sup>(١٤)</sup>.

وان التعريف الاقرب للمصطلح الفضالة هو تعريف الشيخ احمد ابراهيم المذكور آنفاً يشتمل جميع التصرفات القانونية والمادية.

ونستدل مما تقدم انه يمكن تعريف الفضالة بأنه (هو كل من يتدخل بأمر غيره ويتصرف بها بدون اذن أو ولاية شرعية)، ونرى ان هذا التعريف لا يقتصر على الاقوال بل يمتد الى الاعمال التي يقوم بها الفضولي من ادارة اموال الغير (رب العمل) من حفظها وصيانتها وقد تصل الى حد التصرف بها بالبيع او الشراء او الايجار او الاعارة، وهذا التعريف جامع لشروطه وأركانها مانع لغيره مما يشته به.

### الفرع الثالث

#### تعريف الفضالة في القانون المدني

يعد تعريف الفضالة في الاصطلاح التشريعي من اهم الامور التي يقوم بها المشرع لبيان اهميتها كونها مصدر مهم من مصادر الالتزام سواء أكانت مصدراً مستقلاً أم أحد تطبيقات نظرية الكسب دون سبب ، لذلك فقد كانت مواقف التشريعات الوضعية متباينة فهناك قوانين لم تورد تعريف للفضالة ولا احكام عامة لها ومنها القانون المدني العراقي لم يرد نص ينظم الفضالة في متن القانون المدني وانما اكتفى بتنظيم تصرفات الفضولي بشكل عام سواء أكان موكل بعمل وتجاوز حدود وكالته فيكون عمل الفضولي موقوف على اجازة رب العمل أم كان غير موكل بالعمل او بالتصرف، و اشار المشرع الى صورة واحد من صور الفضالة في تطبيقات الكسب دون سبب في قضاء دين الغير<sup>(١٥)</sup> ، ولم يرد اجتهاد قضائي من قبل محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص ، الا في قرار لها يتلخص مضمونه (...). اما بخصوص فيما يتعلق بمصاريف الفاتحة فلا الزام على المدعى عليهم بها وان كان قد انفق مبلغ على مجلس عزاء شقيقه مورث المدعى عليهم فإنه متبرعاً بذلك ولا يحق له الرجوع عليهم بما انفق (...)<sup>(١٦)</sup>.

لذلك يتبين لنا من القرار اعلاه ان محكمة التمييز الاتحادية لم تعد تصرف المدعي بالإفناق على مجلس عزاء شقيقه فضالة، وإنما عد هذا تصرفه بالإفناق تبرعاً لا يجوز الرجوع به الى الورثة.

بينما هناك قوانين اوردت تعريفاً للفضالة ومنها ، قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ نص في المادة (١٤٩) بقوله: (يكون العمل فضولياً حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون للغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير واذا حدث ان شخصا ادار مصالح شخص اخر عن غير علم لاعتقاده انه يدير ملكه الخاص فلمسألة تكون حينئذ خاضعة لأحكام الكسب بلا سبب لا لأحكام الفضول) ، تناول المشرع اللبناني الفضالة في باب الاعمال القانونية وعرفها ضمن الاعمال الصادرة من فريق واحد وأعتبرها مصدراً من مصادر الالتزام.

وكذلك عرف المشرع المصري في القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي نص على الفضالة في نظرية الاثراء بلا سبب واعتبرها أحد تطبيقاتها التي نص عليها في المادة (١٨٨) بقوله: (الفضالة هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص اخر دون ان يكون ملزماً بذلك)، اي ان يتولى شخصاً عن قصد القيام بشأن

شخص اخر وبشكل عاجل اي لا تحتتمل الانتظار لحين تولي رب العمل شؤون نفسه سواء أكان هذا عملاً مادياً أم تصرف قانوني دون ان يكون ملزماً بذلك، ولم يشترط المشرع المصري كذلك ان تكون نافعة لرب العمل انما يجب ان تكون القيام بشأن الغير بشكل عاجل.

اما المشرع الجزائري نص على الفضالة في القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم ٥٨/٧٥ لسنة ١٩٧٥ في الفصل الرابع شبه العقود ونص على الفضالة في القسم الثالث في المادة (١٥٠) بقوله: (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك)، ويتضح من هذا النص ان الفضالة تقتضى ان شخصاً غير ملزم لا اتفاقاً ولا قانوناً ولا قضاء بان يقوم بعمل ،سواء كان هذا العمل مادي او قانون ، لحساب شخص اخر، وهو يعلم بذلك ،اذ يقوم بعمل انساني ايثاري يقصد منه تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائباً بعيداً وقد يكون غير قادر على العمل الذي قام به الفضولي<sup>(١٧)</sup>، دون ان يؤدي هذا العمل بشكل عاجل وهذ الفرق بين تعرف القانون المصري عن الجزائري.

اما المشرع الفرنسي فقد نص على الفضالة في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل بموجب قرار ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ونص في الباب الفرعي الثالث المسمى بمصادر أخرى للالتزامات والتي عرفها بأشباه العقود بقوله: (اشباه العقود هي أفعال محضة ينتج عنها التزام على عاتق المستفيد منها دون وجه حق، واحياناً التزام على عاتق القائم بهذه الأفعال تجاه الغير.

اشباه العقود التي ينظمها هذا الباب الفرعي هي الفضالة ودفع غير المستحق والاثراء غير المبرر)<sup>(١٨)</sup>.

ويشير التقرير المرفق بمرسوم تعديل القانون المدني لسنة ٢٠١٦ الى ان الفقرة الاولى من المادة (١٣٠٠) لأشباه العقود هو تعريف مرن، وان هذه المرونة مقصودة، تهدف للسماح للقاضي عند الاقتضاء ان يأخذ بعين الاعتبار بعدة افعال التي يجب ان تؤدي الى التزام القائم بها بالتعويض رغم صمت القانون عنها ، وجاء بالتقرير بهذا الصدد ايضاً ان التعداد غير حصري لأشباه العقود وتضمنته الشرط الثاني من المادة (١٣٠٠) مؤداه بوجود امكانية وجود أشباه عقود غير مسماة لم يتضمن القانون المدني تنظيماً قانونياً لها<sup>(١٩)</sup>.

ولذلك عرف المشرع الفرنسي الفضالة في القانون على انها (ان الذي يقوم، عن قصد، وعلى نحو مفيد ، بإدارة شأن للغير، دون ان يكون ملزماً بذلك ودون علم صاحب الشأن او معارضته ، يخضع ، في ما يتعلق بإتمام الاعمال القانونية والمادية الخاصة بهذه الادارة، للجميع التزامات الوكيل)<sup>(٢٠)</sup>.

يتضح لنا مما تقدم ان المشرع الفرنسي توسع كثيراً في نطاق مصادر الالتزامات الاخرى ومنها عد الفضالة مصدراً مستقلاً للالتزام التي يمكن من خلاله للفضولي الحصول على تعويض عما أنفقه لمصلحة رب العمل.

ومن الضروري على المشرع العراقي تعريف الفضالة لتمييزها من سائر الانظمة القانوني الاخرى كونها تمتاز بخصوصية معينة وهي تقديم منفعة للغير بقصد دون توكيل او تفويض سابق من قبل رب العمل، وحفاظاً على مال الفضولي من عدم تعويضه عما بذله من نفقات، كما لو قام شخص بجني ثمار مزرعة جارة الغائب حفاظاً عليها من التلف، لذلك نقترح على المشرع العراقي التعريف الآتي ((الفضالة هي ان يقوم شخص بقصد بتصرف بإدارة شأن الغير، دون ان يكون ملزماً بذلك ودون علم أو معارضة)).

وعند اقتراح النص المذكور يؤخذ بعين الاعتبار الانتقادات الموجهة التي ذكرناها أنفاً في التشريعات المقارنة التي اشترطت في الفضالة ان يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون اشتراط ان يكون تصرف الفضولي فيه منفعة للغير، لأنه المنفعة مبدأ اساسي في شروط الفضالة.

## المطلب الثاني

### تكييف الفضالة في الفقه الاسلامي

لم يضع الفقه الاسلامي مبادئ عامة للفضالة بل اقتصر على ذكر حالات فردية تنظم تصرف الفضولي دون الاذن من المالك او القاضي، لتسليط الضوء على ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وفق ما يأتي:

## الفرع الاول

### بطلان تصرف الفضولي

ان تصرف الفضولي وفق هذا الرأي يكون باطلاً ، لأنه لم يصدر عن ولاية او اذن، وهذا التصرف يبقى باطلاً وان وافق عليه صاحب الحق؛ لان اصل التصرف محرم وباطل ، فلا يكون لأحد اجازة المحرم الباطل ، انما يجب لتصحيح عمل الفضولي ان يتراضى صاحب المال مع من تعاقد الفضولي ، وان يعقد معه عقداً جديداً كأن العقد الاول لم يكن<sup>(٢١)</sup>.

ومن أخذ بهذا الرأي الامام الشافعي<sup>(٢٢)</sup> في مذهبه الجديد ورواية عن الامام احمد بن حنبل<sup>(٢٣)</sup> (رحمهم الله)، لا يصح تصرف الفضولي مطلقاً سواء أكان ببيع أم شراء أم غيرهما، ولو أجاز تصرفه بعد وقوعه للبطلان تصرفه شرعاً.



وان تصرف الفضولي بعين بالبيع او الهبة او غير ذلك من انواع التصرفات بمال الغير وقام صاحب هذا المال بالمطالبة بحقه من الفضولي ، أو تمكن صاحب الحق من اخذ هذا المال فان تصرف هذا الفضولي باطل لا ينفذ وان استهلكه او اتلفه فعليه ضمان هذا المال<sup>(٢٤)</sup>.

وحجة القائلين بهذا الرأي الحديث الشريف المروي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي ﷺ " يا رسول الله ، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي ، فأبأعاه له من السوق ؟، فأجابته (( لا تبع ما ليس عندك ))<sup>(٢٥)</sup>، فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على ان يبيع الانسان بما لا يملك لا ينعقد؛ لأنه لا ينعقد صحيحاً تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم ، اذ النهي يقتضي الفساد، والفساد لا ينعقد على مذهب الامام الشافعي<sup>(٢٦)</sup>.

حيث ذكر أحد فقهاء الشافعية ان المشهور في مذهبهم تصرف الفضولي يقع باطلاً ولا يتوقف على الاجازة في سائر العقود<sup>(٢٧)</sup>، وذلك لأن اي تصرف لا يوجد شرعاً الا بتوافر الولاية والاهلية عند التعاقد وهذه الولاية او الاذن يجب ان تصدر عن المالك والفضولي ليس مالكاً لما يتصرف فيه ،ولا مأذوناً بالتصرف من المالك فلا يكون لتصرفه وجوداً شرعاً ولا يترتب عليه أي اثر<sup>(٢٨)</sup>.

لقد رد الفقهاء الحنفية والمالكية<sup>(٢٩)</sup> حجج التي استدلت بها الشافعية والحنابلة القائلين ببطلان تصرف الفضولي حيث ان حديث حكيم بن حزام لا يدل على ابطال تصرف الفضولي ، اذ كان حكيم بن حزام يبتاع في السوق حيث يقوم ببيع فما يملك ثم يذهب الى السوق ويشتريها منه، حيث ان النهي الوارد في هذا الحديث أبطال بيع الفضولي.

ونرى ان الحديث المذكور آنفاً في بيع الشخص للشيء ليس في ملكه، اذ كان حكيم بن حزام يبتاع السلعة ثم يدخل السوق ويشتري السلعة ثم يسلمها للمشتري، والنهي ورد على هذه الحالة بسبب قد يذهب الى السوق ولا يجد البائع السلعة الذي باعها للشخص، فيعجز عن تسليم هذه السلعة للمشتري فيكون قد غرر به فيكون العقد باطلاً، حيث ان هذا النهي ورد على التصرفات التي يترتب عليها أثراً وقت انعقادها، وبيع الفضولي من التصرفات التي يتوقف نفاذها على الاجازة صاحبها التي لا تنتج اثراً فور انعقادها، لذلك لا يمكن الاخذ بهذا الرأي وتطبيقه على الفضالة؛ كون هذا الرأي متعلق بواقعة معينة بعيدة عن الفضالة في الوقت الحاضر التي وجدت لغرض تقليل المشقة والحرص بين الناس في تيسير اعمالهم اليومية التي تقتضي السرعة والمرونة في انجازها من الناحية العملية.

## الفرع الثاني

### توقف تصرف الفضولي

يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان تصرف الفضولي يكون موقوفاً على اجازة صاحب الشأن؛ لأنها تتعقد صحيحة ولكنها موقوفة على اساس ان عقد الفضولي منعقد موقوفاً بالنسبة الى أحكامه على اجازة من له حق الاجازة ان

وجد<sup>(٣٠)</sup>، ومعنى ذلك ان عقود الفضولي لا تعد باطلة اصلاً كما كان في الرأي الاول المذكور آنفاً ، بل تعد متوقفة على اجازة صاحب الحق ، فاذا علم صاحب الحق بالعقد الذي اجراه الفضولي واجازه أي رضي به ووافق عليه صار هذا العقد صحيحاً وناظراً، واذا لم يجزه فسخ العقد وعد كأنه لم يكن ، لذا سمي عقد الفضولي موقوفاً ؛ لأن صحته وبطلانه موقوفان على الاجازة او عدمها<sup>(٣١)</sup>.

وقد اخذ بهذا الرأي من فقهاء الحنفية<sup>(٣٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣٣)</sup>، وبعض الروايات من الحنابلة<sup>(٣٤)</sup>، حيث استدلوا ما ورد عنه "روى من أن رسول ﷺ أعطى عروة البارقي دينارا ليشترى به شاة تكون أضحية فاشترى شاتين بدينار، وباع إحداهما بدينار، فجاء إلى النبي ﷺ بشاة ودينار، فأقره ﷺ ودعا له بالبركة في بيعه"<sup>(٣٥)</sup>، ولاشك أنه في بيعه إحدى الشاتين كان فضولياً، فلو كان هذا البيع لم ينعقد ما أقره النبي ﷺ وما استحل لنفسه الدينار، بل لأمره بإعادته لصاحبه، ورد الشاة، ف شراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بأذن النبي ﷺ، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول ﷺ له هذا العمل ، لكنه أقره وأجازه فدل هذا على أن تصرف الفضولي صحيحاً ما كانت من لغو القول، وما كان عقده باطلاً<sup>(٣٦)</sup>.

وذلك لأن الصحابي عروة البارقي ﷺ كان وكيلاً عن النبي ﷺ في شراء الشاة وتصرفاته التي قام بها بتنفيذ بإجازة من النبي ﷺ، فإن رأى صاحب الشأن ان في هذا التصرف مصلحة له اجازة ، وان لم يجده كما ظن الفضولي في تصرفه مصلحة لصاحب الشأن او اساء الظن به لم يجز من غير ضرر يلحقه ، وهذا رأي الحنفية ومن وافقهم من الفقهاء واعتبروا الحكم بانعقاد تصرف الفضولي من باب التعاون ، الذي امر الله به في قوله تعالى : ((...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...))<sup>(٣٧)</sup>، ففرضوا ان تصرف الفضولي لمصلحة الغير فيه نفع له وذلك خشية تقويت الفرصة عليه، واعتبار منعقداً عسى ان يكون فيه منفعة ويخشى فواتها، وتوقف اثرها على اجازة صاحب الشأن .

اما دليلهم من القياس حيث تم قياس هذه المسألة على الوصية بما زاد على ثلث مال الموصي فهذه الوصية ليست باطلة؛ بل هي موقوفة على اجازة الورثة ان اجازوها صحت الوصية والا بطلت ، فعمل الفضولي شبيه بها فيجوز القياس عليها لما في ذلك من حاجة ومصلحة لكل من العاقدين وصاحب الشأن لعدم الضرر منه<sup>(٣٨)</sup>.

لذلك ان تصرف الفضولي منعقداً ان اجازه تصرفه صاحب الشأن اذ تجعله كالوكيل عن صاحب الحق ، فتعد التصرفات التي تصدر عنه كأنه وكيل وقت صدوره هذا التصرف ، وذلك لأنه الفقهاء قالوا "الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة"<sup>(٣٩)</sup>، وقالوا ايضاً "أن الاجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء"<sup>(٤٠)</sup>، اي لا يعني ذلك ان تصرفات الفضولي باطلة اصلاً ، كما يرى اصحاب الرأي الاول ، بل تعد موقوفة على اجازة صاحب الشأن، لان الاجازة من

شأنها ان تقلب التصرف من تصرف موقوف الى تصرف نافذ ، وبذلك ينقلب وصفه كفضولي الى وصف الوكيل في تصرفه في مال موكله .

الا ان هناك استثناءات من هذه القاعدة باعتبار تصرف الفضولي نافذاً في حق الغير، ولا يعد الفضولي متبرعاً اذا كان مضطراً للعمل الذي قام به، اي لابد من وجود اذن لصاحب الحق او المال وذلك من خلال صدور هذا الاذن ممن يملكه او من خلال الولاية والمقصود بالولاية هنا هي حق التصرف في امور الغير بدون اذنه، وبذلك يكون تصرف الولي في حق الغير يكون صحيحاً نافذاً؛ لان الولاية هي اذن شرعي ، الذي يفوضه الشارع الى الولي بان يتصرف في امور المولى عليه<sup>(٤١)</sup>.

وهذا الرأي السائد بين الفقهاء المسلمين ، وهذا ما أخذت به مجلة الاحكام العدلية<sup>(٤٢)</sup> والقانون المدني العراقي الذي نص على هذه الاستثناءات في نصوص القانون المدني<sup>(٤٣)</sup>، التي من شأنها ان تكون تصرفات الفضولي صحيحة وفق هذه الاستثناءات، بينما في غير ذلك تكون من هذه التصرفات تكون صحيحة ولكن موقوفه على اجازة صاحب الشأن ، الا ان هذا الرأي اصبح لا يليق مصالح الناس في حياتهم اليومية ولا يؤدي الى استقرار المعاملات ، وذلك ما يدعو الى ايجاد وسائل اخرى يمكن من خلالها تيسير اساليب المعاملات بين الناس ، وجلب المصالح لهم ودفع الضرر عنهم وفق ما يتلاءم مع مصالحهم التي تقتضي ان يبذل الفضولي في تصرفه عناية الشخص المعتاد.

### الفرع الثالث

#### صحة تصرف الفضولي

لقد رأينا ان الفقه السائد في مسألة الفضالة يعتبر وان تصرف الفضولي صحيحاً موقوفاً على اجازة صاحب الحق، الا في بعض الاستثناءات التي ذكر آنفاً التي تكون نافذة وذلك لاستنادها الى ضرورة واذن من الحاكم او القاضي، والتي ينتفي فيها نية التبرع لدى الفضولي.

بالرغم من هذا الرأي السائد ظهر رأي آخر وسع من هذه الاستثناءات التي وضعها اصحاب الرأي السائد واعتبرت المنفعة تقوم مقام الاجازة.

فعند الامام مالك (رحمة الله) " قال من ادى عن غيره ديناً بغير اذنه، لا يعتبر متبرعاً، بل له حق الرجوع على المدين بما اده عنه "<sup>(٤٤)</sup>، وكذلك في الفقه الحنبلي في احدى الروايات عن الامام احمد بن حنبل (رحمة الله) بل ذهب ابعد من ذلك الامام ابن القيم الجوزية الفقيه الحنبلي المجدد، الذي برهن في غير هذه المواضع ايضاً عن نظره الثاقب واجتهاده النير في بحث هذه المسألة، بدون جمود ولا تقليد ولا تحيز لأحد الاطراف ، حيث توصل الى نتيجة قيمة عادلة ملائمة لروح الشريعة الاسلامية الحقيقية، اذ قال " من ادى عن غيره واجباً انه يرجع عليه به "<sup>(٤٥)</sup>.

قال ابن القيم: (( من ادى عن غيره واجباً أنه يرجع عليه به ))، وما يدل على ذلك من الكتاب والسنة النبوية، وقوله تعالى (( هل جزاء الاحسان الا الاحسان ))<sup>(٤٦)</sup>، وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من احسن اليه بأداء دينه وفك أسر وحل وثاقه ان يضيع عليه معروفه واحسانه ، وان يكون جزاؤه منه بإضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة ، وقال النبي ﷺ (( من اسدى اليكم معروفاً فكافئوه ))<sup>(٤٧)</sup>، وعلق عليه وأي معروف فوق معروف هذا الذي أفتك أخاه من أسر الدين ؟ وأي مكافأة أقبح من إضاعة مال عليه وذهابه؟ وإذا كانت الهدية التي هي تبرع محض قد شرعت المكافأة عليها وهي من أخلاق المؤمنين، فكيف يشرع جواز ترك المكافأة على ما هو من أعظم المعروف؟ وقد عقد الله سبحانه وتعالى الموالاتة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدى عن وليه واجبا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله وولى من أقامه الشرع للنظر في مصالحه لضعفه أو مجزه<sup>(٤٨)</sup>.

وقد توسع ابن القيم الجوزية في ذلك، وطبق هذا المبدأ على من ((عمل في مال غير عملاً بغير اذنه ... حفظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع )) ، فان من يعمل ذلك يرجع على المالك بأجرة عمله وبما خسره من النفقات ، وان له هذا ، ولو بدون وكالة سابقة او اجازة لاحقه ، " فليس يقف الاذن فيما يفعله الواحد من هؤلاء وغيرهم على صاحب المال خاصة ، لأن ((وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...))<sup>(٤٩)</sup> ، في الشفقة والنصيحة والحفظ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر"<sup>(٥٠)</sup>.

وقال ابن القيم رحمة الله في حفظ مال الغير من الضياع والتلف " لو علم المتصرف لحفظ مال أخيه ان نفقته تضيع ، وان احسانه يذهب باطلا في حكم الشرع ، لما أقدم على ذلك ، و لضاعته مصالح الناس ، ورغبوا عن حفظ اموال بعضهم بعضاً ، وتعطلت حقوق كثيرة ، وفسدت اموال عظيمة ، ومعلوم أن شريعة بَهَرَت شريعته العقول ، وفاقته كل شريعة ، واشتملت على كل مصلحة، وعطلت كل مفسدة، تأبى ذلك كل الاباء"<sup>(٥١)</sup>.

وهذا ليس قول ابن القيم خاصاً به بل انما يمثل الرأي المختار عند الحنابلة، وقد اوضح ذلك ابن رجب بوجه عام وبين بأمثلة عديدة انه يجوز للمرء ان يعمل عملاً فيه قيام بالمصالح العامة او فيه استعادة لمال معصوم من التهلكة ، وانه يستحق المطالبة بالعرض عن عمله هذا<sup>(٥٢)</sup>.

ونستدل مما تقدم قد اجتهد الفقهاء المسلمين في وضع هذه القاعدة الاساسية وبنوا عليها وجوب تعويض الفضولي مما أنفق من المال والعمل في سبيل المحافظة على مال غيره من التلف والضياع، وهذا أكبر برهان ان الشريعة الاسلامية قابلة للتطور والتبدل وفق كل زمان ومكان بما فيها القواعد الاساسية التي تكون قابلة للتغيير والتطوير، وقد طبق الفقه الاسلامي الفضالة على التصرفات القولية والتصرفات الفعلية حيث ميز كثير من الفقهاء بين هذه التصرفات وفق ما يأتي:

**أولاً: التصرف القولي :-** هو ما يصدر عن الشخص من اقوال يتلفظ بها او ما يقوم مقامها كالكتابة والاشارة ويترتب عليها الشارع اثرأ، سواء أكانت بعوض أم بدون عوض، او بعبارة اخرى : هو كل تعبير عن الإرادة يترتب عليه انشاء حق أو تعديله أو اسقاطه<sup>(٥٣)</sup>، ويقابل هذ النوع من التصرفات في الفقه القانون التصرفات القانوني هو اعمال الارادة حين تتجه الى احداث اثر قانوني معين هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو انهاؤه<sup>(٥٤)</sup>.

**ثانياً: التصرفات الفعلية:-** هناك اختلاف بين الفقه الاسلامي حول تصرفات القولية والفعلية، اذ يرى جانب من الفقهاء ان تدخل الفضولي في شؤون غيره ينبغي ان يقتصر على التصرفات القولية التصرفات القانونية، بينما يرى الجانب الآخر عدم التفرقة بين التصرفات القولية القانونية والتصرفات المادية ، فكلهما يمكن ان يكون محلاً للفضالة في الفقه الاسلامي .

يرى اصحاب القول الاول الامام ابي حنيفة لا تلحق الا العقود وسائر التصرفات القولية دون الافعال<sup>(٥٥)</sup>، بينما يرى المالكية عكس ذلك الذين لا يفرقون بين تصرفات الفضولي القولية والفعلية بل يستوي عندهم في هذه التصرفات<sup>(٥٦)</sup>، وجاء في شرح الكبير" من فدى مال شخص من لص نحوه كمحارب وغاصب وظالم وانفق في سبيل ذلك مالاً فالأرجح انه يأخذ ما دفعه من المالك؛ لأنه سلف وإجارة ، وقيل: لا يرجع بما دفعه؛ لأنه قد دفع الفداء من عنده"<sup>(٥٧)</sup>.

والراجح من هذه الاقوال هو يمكن ان تكون تصرفات الفضولي قولية و فعلية أي تكون هذه التصرفات قانونية او عمل مادية وفق القانون والمقصود بالأعمال المادية هي التي تصدر عن الشخص ويرتب عليها القانون اثرأ بصرف النظر عن ارادة صاحبها فسواء أتجهت الارادة الى احداث هذا الاثر أم لم تتجه الى احداث اثر ما<sup>(٥٨)</sup>، فإن تصرفات الفضولي القولية والفعلية جميعها تكون موقوفة على اجازة صاحب الحق ، بينما يرى الامام ابن القيم الجوزية الحنبلي على جواز الرجوع على "من ادى عن غيره واجباً ،انه يرجع عليه به" ، ويوجد الكثير من الامثلة المتناثرة في الكتب الفقهية في مختلف ابواب كتب الفقه الاسلامي ، ولعل ما تم ذكره سابقاً يكفي للوصول الى ما قصدناه وجود اساس للفضالة في الفقه الاسلامي، ففي الغالب لم يدرس الفقهاء المسلمين المبادئ العامة بطريقة تحليلية أي الاحاطة بموضوع من جميع النواحي واستخراج الفروع الخاصة من الاصول العامة، بل بحثوا في المسائل الفرعية أولاً واستخلصوا منها مجموعة مبادئ فقهية اساسية، وهذا الاسلوب من اهم الاساليب في اصول التشريع الاسلامي الذي بني عليه علم الفقه ، وتقيد بها علم الاجتهاد في وضع المسائل التي اوجدتها تجارب الحياة العملية ، او التي استنبطها الفقهاء على سبيل الافتراض لاستقرار المعاملات بين الناس ، وهذا اكبر دليل وحجة على وجود الفضالة في الفقه الاسلامي<sup>(٥٩)</sup>.

### المطلب الثالث

#### تكييف الفضالة في القانون المدني

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الفضالة وأساس بشكل نهائي، وهناك اتجاهات متعددة، أهمها فيما يأتي بياناً في الفروع الآتية:

#### الفرع الاول

##### الفضالة شبة عقد

يرى أنصار هذه النظرية ان الفضالة تعد من اشباه العقود التي تندرج تحت هذا المصدر الاساسي من مصادر الالتزام في القانون المدني، التي تعد افعال الارادة المشروعة للإنسان ينشأ عنها التزام نحو الغير، حيث لا يوجد اتفاق سابق بين الارادات، إنما القانون هو من يقوم بانشاء علاقة بين الاطراف المعينة علاقة التزام تكون شبيها بتلك التي سنتشأ لو كان هناك عقد بينهم، وهذا اهم اخلاف بين العقد وشبة العقد؛ لأن كل منهما له مصدر خاص به في مصادر الالتزام.

لقد اخذ بهذه النظرية القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ في المادة (١٣٠٠) في باب الفرعي الثالث الذي جاء بعد التعديل بمرسوم عام ٢٠١٦ بعنوان مصادر أخرى للالتزامات وجاء فيها ان (اشباه العقود هي أفعال ارادية محضة ينتج عنها التزام على عاتق المستفيد منها دون وجه حق، وحياناً التزام على عاتق القائم بهذه الافعال تجاه الغير. أشباه العقود التي ينظمها هذا الباب الفرعي هي الفضالة ودفع غير مستحق والاثراء غير المبرر).

واساس هذا النظرية هو التقسيم الخماسي لمصادر الالتزامات في القانون المدني الفرنسي القديم ، الذي قال به الفقه الفرنسي الذي قسم مصادر الالتزامات على خمسة ( العقد ، وشبه العقد، والجريمة ، وشبه الجريمة، والقانون ) ، ويقرب بين العقد وشبه العقد على اساس تواجد الارادة في كل منهما ، و يفرق بين العقد وشبه العقد على اساس ان الارادة في الاول حقيقية بينما في الثاني الارادة مفترضة ، ويعد اصحاب هذه النظرية ان الفضالة شبة عقد؛ لأنها تقوم على اساس ارادة الفضولي المفترضة والتي تعد عمله مشروعاً تترتب عليه الالتزامات<sup>(٦٠)</sup>.

ولقد لاقت هذه النظرية نقداً شديداً ادى الى استبعادها بعد التعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومجمل هذا النقد هو ان الارادة التي هي قوام العقد تختلف في جوهرها عن الارادة التي يجب توفرها في الفضالة ، لأن في الاولى هي ارادة الالتزام نفسه ، بينما تكون الارادة في الثانية ليس الا ارادة العمل المادي المشروع الذي يتدخل به الفضولي في القيام بعمل لغيره دون قصد الزام نفسه بأي التزام ، فالأولى تصبح بعد العقد عملاً قانونياً ، بينما في الثانية فلا تصلح لعد العمل المادي الارادي عملاً قانونياً؛ لأن الارادة هي المصدر الوحيد لهذه الالتزامات<sup>(٦١)</sup>.

حيث قام المشرع الفرنسي بتعديل مصادر الالتزام في التعديل المذكور آنفاً، والذي نبذ فيه التقسيم الخماسي القديم السابق بيانه ، وتبنى تقسيماً علمياً جديداً، الذي يقوم على أساس تقسيم مصادر الالتزامات على ثلاثة مصادر، وهي كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون<sup>(٦٢)</sup>.

لذلك فإن مصطلح شبه العقد ليس هو التعبير المناسب بحسب الفقه الفرنسي المعاصر<sup>(٦٣)</sup>؛ لأنه ليست الإرادة هي من تنتج الالتزامات في شبه العقد، إنما القانون هو الذي ينشئها، لذلك لا تتحقق الفضالة عندما يباشر الفضولي شأن غيره منهياً أصلاً عن مباشرته ، لأنه في مباشرته في هذا العمل المنهي عنه يكون مدينأ بالامتناع عن القيام بالعمل ، وهذا اتجاه محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأنه "إذا كان المالك قد رفض تدخل الغير قبل التصرف ، فإنه لن يكون بوسع هذا الغير التمسك بأحكام الفضالة"<sup>(٦٤)</sup>.

ونرى من كل ما تقدم ان من الصعب تحديد الأساس القانوني للفضالة وفق هذه النظرية، وذلك لأنها لم تسلم من النقد بسبب الصفة القانونية الناشئة عن مصدر الالتزام شبه العقد الذي ليس له نظام قانوني عام يحكم شكل مصدر شبه العقد، كما هو الحال في نظرية العقد، بل ان لكل حالة من حالات شبه العقد نظام خاص بها يحكمها كما في الفضالة والكسب دون سبب والدفع غير المستحق وغيرها من الانظمة التي يمكن ان تدخل في مفهوم مصطلح شبه العقد، التي جميعها تكون تحت مفهوم واحد هو تحقيق العدالة بين الافراد.

## الفرع الثاني

### الفضالة تطبيقاً للنظرية الكسب دون سبب

يرى اصحاب هذه النظرية ان الأساس القانوني للفضالة هو انها صورة من صور الكسب دون سبب كون الفضالة تطبيقاً لهذه النظرية ، وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم،

فغالبية<sup>(٦٥)</sup> الفقهاء في مصر يعدون الفضالة تطبيقاً من تطبيقات نظرية الاثراء بلا سبب ، وان مصدر التزام الفضولي هو " العمل المادي الارادي الذي يقوم به المتدخل لحساب غيره هو الذي ينشئ الالتزامات في ذمة كل من الطرفين"<sup>(٦٦)</sup>.

اما القانون الفرنسي قبل التعديل القانون المدني لعام ٢٠١٦ كان يرجع الكسب دون سبب الى احد تطبيقات الفضالة وعدها فضالة ناقصة لتخلف شرط النية من قبل الفقه والقضاء ، لاسيما وان قانون نابليون صدر خالياً من النص على مبدأ عام للكسب دون سبب، واستمر القضاء الحكم على هذا النحو الى ان قام الفقيهان (اوبري ورو) بحملة كبيرة ضد اتجاه محكمة النقض المذكور آنفاً، مما اضطرها الى العدول عن هذا الاتجاه والى عد الكسب دون سبب مبدأ مستقلاً بذاته عن الفضالة بحكم صدر في قضية السماد الشهيرة التي تتلخص في ان احد تجار الاسمدة

قدم سماداً لأحد المزارعين ، فوضعه هذا الأخير في ارض كان يستأجرها ، ولكن حين طالب تاجر الاسمدة المزارع بثمن السماد ،ظهر ان المزارع معسراً، فحكم القضاء على مالك الارض بأن يرد لتاجر الاسمدة ما زاد في قيمة الارض بسبب وضع السماد تطبيقاً لمبدأ الكسب دون سبب المستمد من هذه الدعوى<sup>(٦٧)</sup>، وقد اصبح هذا الاستقلال محل اتفاق بين الكثير من الفقهاء واصبح التبرير نظام الكسب دون سبب متعلق بفكرة العدالة وهو التبرير السائد، وان أي تشريع يعتمد العدالة اساساً لقواعده يتمكن القضاء ان يلزم المثري بالكسب دون سبب برد الاثراء دون أساس واستناده الى قواعد اخرى ولو لم يكن في التشريع نص على قاعدة الكسب دون سبب<sup>(٦٨)</sup>.

الا ان المشرع الفرنسي تدارك هذا الامر في تعديل لسنة ٢٠١٦ ونص على مبدأ استقلال مصدر الكسب دون سبب وفق قرار محكمة النقض الفرنسية، وتم معالجته في الباب الفرعي الثالث المخصص لمصادر اخرى للالتزامات في فصل مستقل هو الفصل الثالث الذي جاء تحت عنوان الاثراء غير المبرر، وبذلك نص المشرع الفرنسي بشكل صريح في القانون المدني على ما استقر عليه الفقهاء والقضاء، الا انه سبق وان انتقدنا في الفرع الاول موقف المشرع الفرنسي عندما عرف هذه المصادر بأنها اشباه العقود في المادة (١٣٠٠) من القانون المدني.

وسبقه بذلك من التشريعات المقارنة القانون المدني المصري الذي نص على الاثراء بلا سبب في الفصل الرابع ، الا أنه وقع في تناقض آخر ألا وهو جعل الفضالة تطبيقاً لنظرية الكسب دون سبب<sup>(٦٩)</sup> ولم يجعلها مصدرًا مستقلاً كما فعل المشرع الفرنسي.

نستدل مما تقدم ان استناد أساس الفضالة الى الكسب دون سبب غير ممكن، لأنه الفضالة والكسب دون سبب نظامين مختلفين وان كان مصدر الالتزام هو العمل المادي الذي قام به للغير، وذلك لأن الفضالة يكون القصد منها هو التعاون على حفاظ مال الغير من التلف والضياع ،اي تكون نزعتها ذاتية تكون النية معتبرة فيها ، بينما في الكسب دون سبب فلا عبرة بالنية تكون نزعته موضوعية عند القيام بالعمل بال يكفي ان يفقر الشخص فيثري شخص اخر على حسابه دون سبب قانوني، رغم كل هذا التداخل بين الفضالة والكسب دون سبب لا يمكن اعتبار الفضالة تطبيقاً لنظرية الكسب دون سبب ،بل كل منهما مصدر مستقل قائم بذاته له اركان وشروط يجب توافرها حتى يمكن ان تقوم على هذا الاساس.

### الفرع الثالث

#### القانون هو مصدر التزام الفضالة

ذهب اصحاب هذه الرأي الى ان القانون هو المصدر المباشر التي تقوم على أساسه الفضالة بأنها واقعة مادية (عمل قانوني) وليس تصرفاً قانونياً ، وعلى هذا الرأي ينكمش دور الارادة في الفضالة<sup>(٧٠)</sup>، وقال رأي آخر من الفقه (الصحيح ان القانون هو الذي رتب على واقعة قانونية معينة هي العمل المادي الصادر من الفضولي بشروطه



المعروفة بالتزامات معينة، فعين حالات خاصة بعضها يستند الى واقعة مادية وبعضها يستند الى عمل قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزمات قانونية هو مصدرها المباشر<sup>(٧١)</sup>، اذ يكون القانون هو المصدر المباشر للالتزامات، ومن ثم لابد من تحديد هذه الالتزامات القانونية بنص القانون ، فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات، اذ ان القانون هو يفرض على الفضولي ورب العمل التزمات متى توافرت شروط الفضالة.

ولقد تعرض هذا الرأي بدوره للانتقاد؛ لأن القانون لا يصح ان يكون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات، لأن الالتزامات التي يعد القانون مصدرها المباشر هي التي لا يمكن ارجاعها الى مصدر مباشر غيره من المصادر المباشرة الاخرى ، كما تم الرد على الرأي الاول ان الارادة هي المصدر المباشر للالتزامات الفضولي<sup>(٧٢)</sup>.

لذلك لا يمكن ان يكون النص القانوني هو الذي تسند اليه أساس الفضالة، وذلك لأن اصحاب هذا الرأي يفترضون ان التصرف الذي يقوم به الفضولي هو عمل مادي دون التصرف القانوني، وهذا الافتراض غير صحيح؛ إلا أنه في الواقع يمكن ان يكون تصرف الفضولي قانوني أو عمل مادي أو قد يكون التصرف ذو طبيعة مزدوجة يكون تصرفاً قانونياً وعملاً مادياً على حد سواء.

#### الفرع الرابع

##### الفضالة مصدر مستقل من مصادر الالتزام

يرى ان انصار هذا النظرية ان الفضالة تعد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام تتكون من ارادة وعمل مادي ، فهي ليست كالإرادة المنفردة تلزم صاحبها بمجرد اعلان الرغبة في القيام بعمل على سبيل الفضالة، بل لابد الى جانب ذلك ان يقوم الفضولي بتصرف مادي، اذن فهي واقعة مركبة من تصرف قانوني وعمل مادي<sup>(٧٣)</sup>، الا ان هذا الرأي لم يسلم من النقد، وذلك للسبب الاتي:(ان الارادة المنفردة لم تصل بعد لمرحلة كونها مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام ، حتى لو افترضنا ذلك فانه لا يجوز لان ارادة الفضولي لا تكون لها القدرة على انشاء الالتزام، ولو افترضنا انها من هذا النوع فأنها لا تنشئ الالتزامات الا بقيام الفضولي بالعمل المادي الذي يتدخل به في شؤون غيره)<sup>(٧٤)</sup>.

في الواقع يمكن الرد على الانتقادات المذكور آنفاً ان القوانين الوضعية في الوقت الحاضر تأخذ بالإرادة المنفردة كمصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام ، لذلك لا بد من وجود مصدر مستقل للفضالة يكون ذو طبيعة مزدوجة يتلاءم مع الواقع العملي للفضالة التي تتكون من تصرف ارادي قانوني أو عمل مادي أو كلاهما، التي اشترطت الفضالة وجود ارادة وعمل مادي لتكوين الفضالة والتي تعد في الواقع واقعة مركبة، لذلك يكون أساس الفضالة قبل اجازة تصرف فعلي ارادي انفرادي نافع لرب العمل ، اما بعد الاجازة من قبل رب العمل أو من ينوب عنه أو بأذن المحكمة فتكفيها بأنها وكالة، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة<sup>(٧٥)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم بيانه نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في مصادر الالتزام وإدخال عنوان جديد باسم (مصادر اخرى للالتزامات) وتنظيم تحت هذا الفصل الفضالة و الكسب دون سبب و المدفوع دون حق، هذه المصادر تختلف من حيث الواقعة المنشأ لها واختلاف شروطها واركائها، فضلاً عن ذلك يمكن ان يتم ادخال مصادر اخرى للالتزام في حال تم استحداثها من قبل الفقهاء او الواقع العملي وذلك لمجارات سرعة ومواكبة تطور الحياة في الوقت الحاضر.

**الخاتمة:** بعد الانتهاء من موضوع (التكييف القانوني للفضالة) توصلنا الى أهم النتائج والتوصيات التالية وهي:

#### أولاً:- النتائج.

- ١- لم يعرف المشرع العراقي الفضالة في متن القانون المدني ولم يبين حالاتها الا بصورة واحدة في المادة (٢٣٩) المتعلقة بقضاء دين الغير ففي هذه الصورة يجب ان يقوم بتسديد دين الغير، ويجب ان تكون له مصلحة في دفع الدين، وان لا تكون لديه نية للتبرع.
- ٢- لم يبين المشرع العراقي في القانون المدني أساس الفضالة وتكييفها، مما أدى الى اختلاف الفقهاء حولها.

#### ثانياً:- التوصيات.

- ١- نأمل من المشرع العراقي تعريف الفضالة لتمييزها من سائر الانظمة القانونية الاخرى المشابهة لها، لذا نقترح على المشرع التعريف الآتي: (الفضالة هي ان يقوم شخص بقصد بتصرف نافع بإدارة شأن الغير، دون ان يكون ملزماً بذلك ودون علم او معارضة)؛ لكون هذا التعريف يعد جامعاً ومانعاً.
- ٢- نقترح على المشرع العراقي افراد فرع خاص بالفضالة في مصادر الالتزام كون الفضالة لها نظام خاص مستقل عن سائر الانظمة القانونية الأخرى ليكون أساساً لها، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل الفصل الرابع الى مصادر اخرى للالتزام وتقسيمه على الفرع الأول الفضالة والفرع الثاني الكسب دون سبب والفرع الثالث المدفوع دون حق.

#### الهوامش:

- (١) احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ط٢، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٧، ص٤٧٥.
- (٢) محمد بن مكرم بن علي بن منظور، لسان العرب، م٥، تحقيق عبد الله علي ومحمد احمد وهاشم محمد، دار المعارف، القاهرة، دون سنة طبع، ص٣٤٢٩.
- (٣) احمد بن محمد بن علي الفيومي، مصدر سابق، ص٤٧٥.

- (٤) صلاح الدين الهواري، منجد الطلاب الجديد، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٤٦.
- (٥) زين الدين بن ابراهيم المعروف (بأبن نجيم المصري الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧، ص ٢٤٥.
- (٦) مجلة الاحكام العدلية: هي تقنين رسمي للمذهب الحنفي، اجماع للفقهاء الحنفية.
- (٧) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الاول، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠٠٣، ص ١٠٩.
- (٨) محمد بن احمد ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، ط١، تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم، لبنان بيروت، ٢٠١٣، ص ٤١٧.
- (٩) محمد بن احمد ابن جزى الغرناطي، مصدر سابق، ص ٤١٨.
- (١٠) محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، ط١، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤، ص ٣٥١.
- (١١) يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الامام الشافعي، مج ٥، ط١، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، ٢٠٠٠، ص ٦٦.
- (١٢) موسى بن احمد الحجاوي المقدسي، الاقتناع في فقه الامام احمد بن حنبل، ج٢، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة لطباعة والنشر، لبنان، بيروت، دون سنة طبع، ص ٦٢.
- (١٣) عبدالرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي، تقارير القواعد وتحليل الفوائد (المشهور ب قواعد ابن رجب)، ج٣، ط١، تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ، ص ٤٤٣.
- (١٤) احمد ابراهيم، احكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، مطبعة العلوم، مصر، ١٩٤٠، ص ٣.
- (١٥) تنص المادة (٢٣٩) في القانون المدني العراقي على انه (اذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبره الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع).
- (١٦) قرار هيئة الاستئناف منقول في محكمة التمييز العراق الاتحادية ذي العدد ١٦١/ت ١٥٢/في تاريخ ٢٠٢٣/١/١٦ (غير منشور).
- (١٧) د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بن عنكون، ٢٠٠٣، ص ٢٦٤ - ٢٦٥.
- (١٨) المادة (١٣٠٠) من القانون المدني الفرنسي المعدل.
- (١٩) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد - ١١٠٠ الى ١٢٣١ - ٧ من قانون القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠١٨، ص ٨ وما بعدها.
- (٢٠) المادة (١٣٠١) من القانون المدني الفرنسي ترجمة د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١١.

- (٢١) د. صبحي محمصاني، النظرية العامة لموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج١، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، ١٩٤٨، ص٦٣.
- (٢٢) يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج٩، مطبعة التضامن الاخوي، القاهرة، ١٣٤٤هـ - ١٣٤٨هـ، ص٢٦١-٢٦٢.
- (٢٣) منصور بن يونس بن الدريس البهوتي، كاشف القناع عن متن الاقناع، ج٢، ط١، تحقيق محمد امين الضناوي، عالم الكتب، لبنان، بيروت، ١٩٩٧، ص٤٦٩.
- (٢٤) محمد صدقي بن احمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج١٠، ط١، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣، ص٩٦٠.
- (٢٥) اخرج ابو داود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني، سنن أبي داود، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج٥، ط١، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل، حديث رقم (٣٥٠٣)، دار الرسالة العالمية، سوريا، ٢٠٠٩، ص٣٦٢.
- (٢٦) محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣٣٨.
- (٢٧) يحيى بن شرف النووي، المجموع ج٩، مصدر سابق، ص٢٦١.
- (٢٨) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٤، القسم الثاني (النظريات الفقهية)، ط٣، دار الفكر، سوريا، دمشق، ١٩٨٩، ص١٦٩.
- (٢٩) محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، ج١٣، مطبعة السعادة، مصر، دون سنة طبع، ص١٥٣ وما بعدها؛ محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد، مصدر سابق، ص١٦٤.
- (٣٠) محمد ابو الزهرة، مصدر سابق، ص٣٣٨.
- (٣١) د. صبحي محمصاني، مصدر سابق، ج١، ص٦٥.
- (٣٢) محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية، ج٧، ط١، مطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٧٠، ص٥١.
- (٣٣) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وشرح الكبير للشيخ احمد الدردير على مختصر خليل، ج٣، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ طبع، ص١٢.
- (٣٤) الحافظ بن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، ط١، تحقيق د. محمد علي البناء، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٠٩.
- (٣٥) اخرج محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب سؤال المشركين ان يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، ج٣، ط٥، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، رقم الحديث (٣٤٤٣)، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، ١٩٩٣، ص١٣٣٢.
- (٣٦) محمد ابو الزهرة، مصدر سابق، ص٣٣٩.
- (٣٧) سورة المائدة، الآية ٢.
- (٣٨) محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج٧، مصدر سابق، ص٥٢ وما بعدها.
- (٣٩) محمد بن عبد الواحد السيواسي، المصدر نفسه، ص٥٥.

- (٤٠) محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، مصدر سابق ، ج٢٤، ص١٨٢.
- (٤١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الاشباه والنظائر، ط١، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٩، ص١٣٣.
- (٤٢) ينظر نص المادة (٩١٩-٩٩٠-١٠٨٦) من مجلة الاحكام العدلية .
- (٤٣) ينظر نص المادة (١٠٢-١٠٣-١٣٥-٢٣٩) من القانون المدني العراقي.
- (٤٤) عثمان بن علي الزيلعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٥٥؛ عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ط١، ج٢، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، ١٤١٩هـ ، ص٧٤.
- (٤٥) محمد بن ابي بكر (المعروف بأبن القيم الجوزية)، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٣، ط١، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٩٥٥، ص٧ وما بعدها.
- (٤٦) سورة الرحمن: الآية (٦٠).
- (٤٧) اخرجه ابي داود سليمان بن الاشعث السجستاني، ج٣، مصدر سابق، رقم الحديث(١٦٧٢)، ص١٠٤.
- (٤٨) محمد بن ابي بكر (المعروف بأبن القيم الجوزية)، مصدر سابق، ص٨.
- (٤٩) سورة التوبة: الآية (٧١).
- (٥٠) محمد بن ابي بكر (المعروف بأبن القيم الجوزية)، مصدر سابق ، ص٨.
- (٥١) محمد بن ابي بكر (المعروف بابن القيم الجوزية)، المصدر نفسه، ص٤.
- (٥٢) الحافظ ابن رجب الحنبلي ، مصدر سابق ، (القاعدة ٧٤) ، ص١٦٦ وما بعدها .
- (٥٣) د. محمد جبر الالفي، الفضالة دراسة موازنة في الفقه الاسلامي وقوانين بلدان الشرق الاوسط (الاردن - الامارات - ايران - العراق - الكويت - مصر)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن ، عمان ، ٢٠٠٠، ص٢١.
- (٥٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ، للعام الدراسي ١٩٥٣-١٩٥٤، مصر، ص٣ وما بعدها.
- (٥٥) محمود بن اسماعيل المعروف بابن قاضي سماونه ، جامع الفصولين ، ج١، المطبعة الازهرية ، مصر ، ١٣٠٠هـ، ص٣٢٤.
- (٥٦) محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي (المعروف بابن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، دار الحديث ، القاهرة، ٢٠٠٤. ص٢٠٨.
- (٥٧) محمد بن احمد الدسوقي ، ج٢، مصدر سابق، ص١٩٩.
- (٥٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، محاضرات ، مصدر سابق، ص٣ وما بعدها.
- (٥٩) د. صبحي محمصاني، مصدر سابق، ص٨٧.
- (٦٠) د. سليمان مرقس، اصول الالتزامات، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، ١٩٦٠، ص٣٣.

- (٦١) د. سليمان مرقس ، محاضرات في الاثراء على حساب الغير ، ج٣ الفضالة، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص١٩.
- (٦٢) تنص المادة (١١٠٠) من القانون المدني الفرنسي على انه (تنشأ الالتزامات عن التصرفات لقانونية أو الوقائع القانونية أو عن مجرد سلطة القانون. يمكن أن تنشأ عن التنفيذ لإرادي، او الوعد بالتنفيذ. لواجب يمليه الضمير تجاه لغير).
- (٢) نقلاً عن د. محمد عمار تركمانية غزال ، محمد عمار تركمانية غزال، اختلاف ماهية الفضالة في الانظمة القانونية وأثر ذلك على نطاق وطبيعة دعوى الفضالة (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة الثامنة، العدد٣، العدد التسلسلي ٣١، ٢٠٢٠ ، ص٤٤٤.
- (٦٤) اشار الى هذا القرار، د. محمد عمار التركمانية غزال، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
- (٦٥) د. سليمان مرقس ، محاضرات ، مصدر سابق ، ص٢٥؛ د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، مطبعة القاهرة ، مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٥٥٧؛ د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٣٤١.
- (٦٦) د. سليمان مرقس ، محاضرات، مصدر سابق ، ص٢٦.
- (٦٧) اشارت الى هذه الواقعة ذهبية حامق ، الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الاخرى، رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، ١٩٨٣ ، ص٤٥.
- (٦٨) ينظر: د. جميل الشراوي ، الاثراء بلا سبب ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٧١ ، ص٦٦.
- (٦٩) ينظر نص المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري.
- (٧٠) د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، الالتزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر، مصر، ص٦١١ و ما بعدها.
- (٧١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مج٢، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت، ٢٠٠٠ ، ص١٢٧٨.
- (٧٢) د. سليمان مرقس ، محاضرات ، مصدر سابق ، ص ٢٥.
- (٧٣) د. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي الكسب دون بسبب و الفضالة كمصدرين للالتزام، معهد الدراسات العربية العالية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨-١٩٥٩، ص٢٢٢.
- (٧٤) د. سليمان مرقس ، محاضرات، مصدر سابق ، ص٢١.
- (٧٥) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص٢٢٧.

المصادر:

اولاً: كتب اللغة العربية.

- ١- احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ط٢، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢- محمد بن مكرم بن علي بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي ومحمد احمد وهاشم محمد، دار المعارف، القاهرة، دون سنة طبع.

#### ثانياً: كتب الحديث والفقه الإسلامي.

- ١- ابو داود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني، سنن أبي داود، ط١، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل، دار الرسالة العالمية، سوريا، ٢٠٠٩.
- ٢- الحافظ بن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، ط١، تحقيق د. محمد علي البناء، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨.
- ٣- حسن بن منصور الازجندي وجمع من علماء الهند الاعلام، الفتاوى الهندية، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٤- زين الدين بن ابراهيم المعروف (بأبن نجم المصري الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧.
- ٥- زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجم، الاشباه والنظائر، ط١، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٩.
- ٦- عبدالرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي، تقارير القواعد وتحليل الفوائد (المشهور ب قواعد ابن رجب)، ط١، تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩ هـ.
- ٧- عثمان بن علي الزليعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشيلي، ج٤، ط١، المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، ١٣١٤ هـ.
- ٨- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٧-١٣٢٨ هـ.
- ٩- مجلة الاحكام العدلية: هي تقنين رسمي للمذهب الحنفي، اجماع للفقهاء الحنفية.

- ١٠- محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٩٦.
- ١١- محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل - معه حاشية العدوي، ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ، مصر ، ١٣١٧هـ.
- ١٢- محمد امين المشهور بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ط٢، شركة ومطبعة البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٦٦.
- ١٣- محمد بن ابي بكر (المعروف بأبن القيم الجوزية)، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٣، ط١، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٩٥٥.
- ١٤- محمد بن احمد ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، ط١، تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم، لبنان بيروت، ٢٠١٣.
- ١٥- محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الکتب العلمية ، ١٩٩٤.
- ١٦- محمد بن احمد السرخسي ، المبسوط، مطبعة السعادة ، مصر ، دون سنة طبع.
- ١٧- محمد بن احمد الفتوحى المعروف بابن النجار، منتهى الارادات مع حاشية ابن قائد ، ج٣، ط١، تحقيق عبدالله بن المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٩٩.
- ١٨- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، وشرح الكبير للشيخ احمد الدردير على مختصر خليل ، ج٣، دار الفكر ، بدون طبعة وبدون تاريخ طبع.
- ١٩- محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي (المعروف بابن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، دار الحديث ، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٠- محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري، ط٥، تحقيق د. مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير، دار اليمامة ، دمشق، ١٩٩٣.
- ٢١- محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الزعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، ج٤، ط٣، دار الفكر، ١٩٩٢.



- ٢٢- محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٧٠.
- ٢٣- محمد صدقي بن احمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ط١، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٣.
- ٢٤- محمود بن اسماعيل المعروف بابن قاضي سماونه ، جامع الفصولين، المطبعة الازهرية ، مصر ، ١٣٠٠هـ.
- ٢٥- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كاشف القناع عن متن الاقناع، ط١، تحقيق محمد امين الضناوي ، عالم الكتب ، لبنان ، بيروت ، ١٩٩٧.
- ٢٦- موسى بن احمد الحجاوي المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة لطباعة والنشر ، لبنان، بيروت، دون سنة طبع.
- ٢٧- موفق الدين بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني، ج٦، ط٣، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب لطباعة والنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الرياض، ١٩٩٧.
- ٢٨- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته، القسم الثاني (النظريات الفقهية)، ط٣، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ١٩٨٩.
- ٢٩- يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الامام الشافعي، ط١، تحقيق قاسم محمد النوري ، دار المناهج ، جدة، ٢٠٠٠.
- ٣٠- يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، مطبعة التضامن الاخوي، القاهرة ، ١٣٤٤هـ- ١٣٤٨هـ.

#### ثانياً: الكتب القانونية.

- ١- الأستاذ احمد ابراهيم، احكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، مطبعة العلوم، مصر ، ١٩٤٠.
- ٢- الدكتور احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ط ٢، مطبعة القاهرة ، مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤.
- ٣- الدكتور جميل الشرقاوي ، الاثراء بلا سبب ، دار النهضة العربية ، مصر، ١٩٧١.

- ٤- الدكتور سليمان مرقس، اصول الالتزامات، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، ١٩٦٠.
- ٥- الدكتور سليمان مرقس، محاضرات في الاثراء على حساب الغير ، ج٣ الفضالة، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦.
- ٦- الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
- ٧- الدكتور صبحي محمصاني، النظرية العامة لموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج١، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت ، ١٩٤٨.
- ٨- الدكتور صلاح الدين الهواري، منجد الطلاب الجديد، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٩- الدكتور صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي الكسب دون بسبب و الفضالة كمصدرين للالتزام، معهد الدراسات العربية العالية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨-١٩٥٩.
- ١٠- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، محاضرات أقيت على طلبة الدراسات العليا ، للعام الدراسي ١٩٥٣-١٩٥٤، مصر.
- ١١- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مج٢، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت، ٢٠٠٠.
- ١٢- الدكتور عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، الالتزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر، مصر.
- ١٣- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمي الحسيني ، المجلد الاول ، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ،المملكة العربية السعودية ،الرياض ، ٢٠٠٣.
- ١٤- الدكتور علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بن عنكون ، ٢٠٠٣.
- ١٥- الدكتور محمد جبر الالفي، الفضالة دراسة موازنة في الفقه الاسلامي وقوانين بلدان الشرق الاوسط (الاردن - الامارات - ايران - العراق - الكويت - مصر)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن ، عمان ، ٢٠٠٠.
- ١٦- الدكتور محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، المواد -١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ من قانون القانون المدني الفرنسي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، بيروت ، ٢٠١٨.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح والبحوث.

- ١- ذهبية حامق ، الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الاخرى، رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، ١٩٨٣.
- ٢- الدكتور عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٨.
- ٣- الدكتور محمد عمار تركمانية غزال، اختلاف ماهية الفضالة في الانظمة القانونية وأثر ذلك على نطاق وطبيعة دعوى الفضالة (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة الثامنة، العدد ٣، العدد التسلسلي ٣١، ٢٠٢٠.

#### رابعاً: القرارات غير منشورة.

- ١- قرار هيئة الاستئناف منقول في محكمة التمييز العراق الاتحادية ذي العدد ١٦٦ / ت ١٥٢ / في تاريخ ٢٠٢٣/١/١٦ (غير منشور).

#### خامساً: القوانين.

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل لسنة ٢٠١٦.
- ٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
- ٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٥- القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥.