تصرفات الفضولي وآثارها في الفقه الإسلامي

دكتور

أحمد محمود كريمه

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحيـــة

الحمد لله العلي الوهاب ، والصلاة والسلام علي النبي الأواب ، حامل الكتاب ، شفيع الأمة يوم الحساب ، وآله وأصحابه وأتباعه أولي الألباب .

وبعـد ،،،،،

فإن (فقه المعاملات) له قدره وخطره وأثره ، لأنه قسيم العبادات ، وكلاهما له تعلق بأفعال المكلفين العملية ، ومما يتصل بفقه المعاملات ركن الرضا المعبر عن تمام الإرادة ، وما يترتب عليه من آثار ، وما يتصل به من أصول نظرية ، وتطبيقات عملية ،ومما يتصل بهذا تصرفات غير طرفي العقد لا بولاية ولا بوكالة ، بل بغيرهما، بما يعرف بالفضولي .

ومن باب المساهمة المتواضعة في خدمة هذا الباب من العلم كتبت بحثاً أسميته " تصرفات الفضولي وآثارها في الفقه الإسلامي " تناولت مسائله وقضاياه بدراسة فقهية مقارنة " .

خطـــة البحـــث :

تشتمل خطة البحث على افتتاحية وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة .

- **الافتتاحية** : وتتضمن أسباب ومنهج وخطة البحث .
- **التمهيد** : ويتكون من :

١-التصرفات الشرعية وأنواعها .

٢-مفهوم الفضولي .

- **الفصل الأول** :"الاتجاهات الفقهية لتصرفات الفضولي "وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : اتجاه الإجازة **وفيه مطلبان**

المطلب الأول : شروط الإجازة

المطلب الثاني : أدلة الإجازة

المبحث الثاني : اتجاه البطلان وأدلته

المبحث الثالث : الموازنة والاختيار

• **الفصل الثاني** : (تصرفات الفضولي القولية والفعلية) وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : " عقود المعاوضات والإجارات " **وفيه ثلاثة مطالب :**

المطلب الأول : عقد البيع

المطلب الثاني : الشراء

المطلب الثالث : الإجارة

المبحث الثاني : عقود التبرعات " **وفيه ثلاثة مطالب :**

المطلب الأول : الهبة .

المطلب الثاني : الوصية .

المطلب الثالث : الوقف .

المبحث الثالث : " أحكام الأسرة " **وفيه مطلبان :**

المطلب الأول : إنشاء عقد الزواج .

المطلب الثاني : طلاق الفضولي وخلعه .

المبحث الرابع : " عقود أخري " **وفيه مطلبان :**

المطلب الأول : الصلح .

المطلب الثاني : الإقراض

المطلب الثالث : تصرفات أخري

الفصل الثالث : " آثار تصرفات الفضولي " **وفيه مبحثان :**

المبحث الأول : آثار ما قبل الإجازة وبعدها

المبحث الثاني : رفض الإجازة وآثارها

• **الخاتمـــة** : وتشتمل على :

١- النتائج والتوصيات .

٢- ثبت المراجع .

٣- الفهرست .

هذا والمنهج الذي سرت عليه :

١) ذكر ما اتفق عليه الفقهاء في المسألة إن كان هناك اتفاق ، وسنده ما أمكنني إلى ذلك سبيلاً .

٢) تحرير محل الخلاف بين الفقهاء في المسألة وذكر عد المذاهب فيها حسب اتفاقهم أو اختلافهم.

٣) جمع أصحاب كل رأي في مذهب واحد مع ذكر أصحاب هذه الآراء .

٤) بيان سبب الخلاف – قدر الإمكان إن وجد .

٥) ذكر الأدلة لكل مذهب ، ومناقشتها إن وجدت لها مناقشة أو أمكن لها مناقشة ، وإتباع ذلك بما يمكن الإجابة عليه عن هذه المناقشات .

٦) اختيار الرأي الراجح لقوة دليله ، وتحقيقه مصلحة أو دفعه مفسدة .

* وقد اقتصرت على المذاهب الأربعة المشهورة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) وقد أذكر الظاهرية وبعض أئمة أهل العلم في بعض إن كان لهم رأي فيها .

* استقيت المادة العلمية من المصنفات التراثية المعتمدة ، وقد أذكر المعاصرة استئنائنا .

أدعو الله أن يتقبل هذا العمل بقبول حسن ، وأن يجزي كاتبه ، وقارئه خير جزاء في الدنيا والآخرة .

الشيخ الدكتور

أحمد محمود كريمه

تمهيـــد

بين يدي البحث وفيه مبحثان

المبحث الأول

التصرفات الشرعية وأنواعها

لما كان نطاق تصرفات الفضولي – في الفقه الإسلامي :

" التصرفات الشرعية " فيحسن بنا ذكرها إجمالاً ، وذلك فيما يلي : –

أولاً : حقيقة التصرف الشرعي

١– **لغة** : التقلب في الأمور [١]

٢– **اصطلاحاً** : ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج [٢]

التوضيح : " ما يصدر عن الشخص " يراد به الصدور الشرعي المعتبر من كون الشخص مميزاً يدرك ما يقول ويعيه حقاً ، عارفاً بما يفعل ليكون صدوره هذا معبراً عن حقيقة إرادته ، وسواء كان ذلك في صالح ذلك الشخص أم لا ، فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والإقرار بحق ، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع ، سواء أكان القول أو الفعل لمنفعة في حياة الشخص كالبيع ، أم لغير ذلك كالوصية ، ولذا قال بعده في التعريف " من قول أو فعل " وهذا التصرف يرتب عليه الشارع أثراً من النتائج المترتبة عليه كإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

ثانياً : أنواع التصرف : بالنظر في تعريف التصرف الشرعي ، وبالاستقراء في صوره ومسائله في الفقه الإسلامي ، يتبين لنا أن التصرف الشرعي على نوعين :

---

[١] لسان العرب مادة (صرف) .

[٢] بدائع الصنائع ٧ / ١٧٠ وما بعدها ، وقريب منه ما ذكرته الموسوعة الفقهية الكويتية ٧١/١٢ .

أولهما : التصرف القولي : وهو ما يصدر عن الشخص من أقوال يتلفظ بها أو ما يقوم مقامها كالكتابة والإشارة ، يرتب عليها الشارع أثراً ، سواء أكانت صادرة من الجانبين كالبيع والإبراء والإقرار بحق من الحقوق ، وسواء أكانت بعوض أم بغير عوض ، وسواء كانت تمليكية أو إسقاطية .

والتصرف القولي نوعان :

أ) عقدي : هو اتفاق أرادتين كالشركة والبيع .

ب) غير عقدي : فهو مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار ، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء [١] .

ثانيهما : التصرف الفعلي : ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية يرتب عليها الشارع نتيجة ، سواء كانت هذه الأفعال مفيدة كالاحتطاب وقبض الدين ، أو ضارة كالغصب والإتلاف [٢] .

إذا علمت هذا : فإن التصرف بنوعيه القولي والفعلي يندرج فيه جميع أنواع التصرفات سواء عبادات أو معاملات لا تخرج في واقع الأمر عن كونها أقولا وأفعالا فيكون التصرف بنوعيه المذكورين شاملاً لها [٣] .

---

١) الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي ٤/٨٣ .

٢) بدائع الصنائع ٧/١٧٠ ، المدخل د . محمد سلام مدكور ص ٥١٠ ، المدخل د . محمد مصطفى شلبي ص ٢٣٦ ، المدخل الفقهي العام د . مصطفي الزرقا ١/ ٣٠٨ ، الفضالة د / عبد المجيد مطلوب ص ٣ وما بعدها – بتصرف – .

٣) تتمة للفائدة أورد أمثلة لأنواع تصرفات المعاملات – في الجملة – :

معاوضات : مثل البيوع .

إجارات : مثل الإجارة .

تبرعات : مثل الهبة والوقف

إلتزامات : مثل الضمان والكفالة والحوالة .

توثيقات : مثل الرهن

إسقاطات : مثل الخلع والطلاق

إطلاقات : مثل الإذن للوكيل بالتصرف .

المبحث الثاني
مفهوم الفضولي

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول
المعنى اللغوي

• **الفضولي** : من يشتغل بما لا يعنيه نسبة إلى الفضول ، جمع فضل ، وهو الزيادة غير أن هذا الجمع – الفضول – غلب استعماله على ما لا خير فيه ، حتى صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى ، ومن أجل ذلك كان في النسبة إليه تلك الدلالة[1].

= إثباتات : مثل الإقرار

ولايات : مثل القضاء والإمارة

تقييدات : مثل الحجر

اعتداءات : أ) على الأموال كالغصب

ب) على الأنفس كلها بالقتل أو بعضها كالجرح :

الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٣/١٢

[1]) المصباح المنير ، معجم مقاييس اللغة ، مادة " فضل " ، التعريفات للجرجاني .

المطلب الثاني

المعني الاصطلاحي

معني " الفضولي " اصطلاحا " : ــ

تعددت تعاريف" الفضولي " لدي الفقهاء القدامى – رحمهم الله تعالى – فمن ذلك:

• " الفضولي في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ، وقيل الفضولي : من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع "[١] .

الفضولي : غلب في الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه [٢] .

• ويمكن استخلاص أهم ما فيها من أن الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي لكونه صادراً من غير ملك ولا وكالة ولا ولاية [٣] .

وعلي هذا يعرف الفضولي أنه :

" صدور تصرف ممن لا شأن له به – أصلاً – وليس له ولاية أو وكالة إصداره " [٤] .

وذلك مثل من يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه أو يؤجره وما ماثل هذا من تصرفات قولية أو فعلية [٥] .

شرح التعريف : " صدور " أي حصول وهو يتحقق بقول كصيغة عقد وهو أشهر ما في أحكام الفضولي ، أو فعل كبيع معاطاة وما أشبه ، " تصرف " مراده ما فعله شخص لا صلة له أصلاً بإنشاء أو إنهاء أو تعليق عقد لكونه لا ملك له ، ولا ولاية شرعية له ، ولا وكالة له ممن غيره ، وهذا يدل عليه في التعريف ممن لا شأن له به – أصلا – وليس له ولاية أو وكالة إصداره

---

[١] البحر الرائق ، حاشية الشلبي علي تبيين الحقائق ٤ / ١٠٣ .

[٢] فتح القدير ٥ / ٣٠٩ .

[٣] انظر : بدائع الصنائع ١٤٨/٥ ، تبيين الحقائق ١٠٣/٤ .

[٤] المحلي علي المناهج ١٦٠/٢ ، فتح القدير ٥١/٧ ، البهجة شرح التحفة ٦٨/٢ ، مغني المحتاج ١٥/٢ .

[٥] قريب مما ذكره د / عبد المجيد مطلوب : الفضالة ص ١٤ .

المطلب الثالث

ألفاظ ذات علاقة

بالاستقراء في طرفي العقد أصالة أو وكالة أو ولاية فإن ألفاظا ذات علاقة – إيجاباً أو سلباً – أهمها :

١) الولاية :

أ) لغة : النصرة والقدرة والسلطة[١] .

ب) اصطلاحا : قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف في النفس أو في المال أو فيهما معاً [٢] [٣] .

والولي : لغة من الولي ، بمعني القرب والنصرة [٤].

واصطلاحاً : الولي من يملك الولاية ، وهى تنفيذ القول على الغير [٥] .

● ويختلف معني الولي حسب اختلاف الأحوال [٦] .

والصلة بينه وبين الفضولي ، أن الولي له حق التصرف في حق المولي عليه ، بخلاف الفضولي[٧] .

٢) الوكالة : لغة : التفويض[٨]

اصطلاحا : إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة [٩]

---

١) المصباح المنير ، لسان العرب ، المفردات مادة " ولي " .

٢) رسالة الدكتور البرديسي ص ١٠ (الوكالة) .

٣) الولاية تكون في النفس والمال معاً ، وقد تكون في أحدهما ، والولاية نوعان : خاصة : وهى التي يتولى أحد الأفراد على شخص معين أو لأمر معين : كالولاية الأب .
وعامة : هي التي يتولاها الحاكم أو القاضي لمصلحة عامة : الأشباه للسيوطي ص ٨٣ ولابن نجيم ص ٩٤ .

٤) لسان العرب ، معجم مقاييس اللغة ، المفردات : مادة " ولي " .

٥) ابن عابدين ٣٩٥/٢ .

٦) فالولي في النكاح غيره في استيفاء القصاص ..... الخ .

٧) الموسوعة الفقهية ١٧١/٣٢ – بتصرف – .

٨) المصباح المنير ، المفردات مادة : " وكل " .

٩) المدخل للفقه الإسلامي د/ عبيد ص ٧٠ .

والوكيل لغة : الحافظ والكافي

اصطلاحا : تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر [١] أي في أمر قابل لتلك الوكالة .

• والصلة بينه وبين الفضولي أن كليهما يتصرف للغير ، ولكن الوكيل بالتفويض من الغير ، والفضولي بغير تفويض .

ثالثا : الملكية : لغة : حيازة الشئ والاستبداد به [٢]

اصطلاحا : اختصاص بالشئ يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي [٣]

• المالك : فاعل من الملك ، وهو شرعاً : اختصاص العمل في التصرف والمالك صاحب الملك. [٤]

وقيل : الملك قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف إلا لمانع [٥]

وعلى هذا فمالك الشئ هو القادر على التصرف فيه ابتداء ، فهو مقابل الفضولي الذي ليس له التصرف ابتداء ، وإنما تصح بعض تصرفاته بإجازة المالك عند بعض الفقهاء [٦]

---

[١] مجلة الأحكام العدلية ١٤٤٩ .

[٢] المعاجم اللغوية مادة " ملك " .

[٣] فتح القدير ٧٤/٥ ، الفروق للقرافي ٢٠٨/٣ وما بعدها .

[٤] بدائع الصنائع ٣٨٦/٧ وما بعدها .

[٥] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .

[٦] سيأتي تفصيل ذلك بمشيئة الله – تعالى – ، وانظر لما سبق : الموسوعة الكويتية ١٧١/٣٢ وما بعدها – بتصرف – .

الفصل الأول

تصرفات الفضولي بين الإجازة وعدمها وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

الإجـــازة

وفيه ثلاثة مطالب

تمهيـــــد

بالاستقراء في ما أورده فقهاء الشريعة في الجملة لتصرفات الفضولي يتضح أن إتجاهين بين إجازة وعدمها

المطلب الأول

إجازة تصرفاته يقيد رضا صاحب الحق وعدمه

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن تصرفات الفضولي لا تعتبر باطلة من الأصل بل متوقفة على رضاء صاحب الحق أو على إجازته بمعنى أنه إذا علم صاحب " الحق " أو " الشأن " بالتصرف الذي أجراه الفضولي وأقره صار هذا التصرف صحيحاً ونافذاً وإذا لم يجزئ فسخ التصرف واعتبر كأن لم يكن وعلى هذا يسمى تصرفه – أي الفضولي – موقوفاً لارتباط الصحة أو عدمها على الإجازة

المطلب الثاني

شروط الإجازة

بالاستقراء في الفقه الإسلامي فيمن قال بإجازة تصرف الفضولي إذا ما أقره صاحب الشأن وجد أن أهمها ما يلي :

١- صدور الإجازة ممن يملك إنشاء العقد بالاصالة أو الوكالة أو الولاية فإن صدرت عن غيرها بطلت ويتصور هذا فيما لو صدرت من غير ولي المحجور عليه أو من فضولي آخر .

٢- صدور الإجازة حال حياة صاحب الحق أو الشأن فلو مات أحد طرفي العقد الذي يمثله الفضولي ـــ دون ولاية منه ـــ ثم أجاز الطرف الثاني أو أجنبي لم يصح لصدور إيجاب فقط دون قبول أو عكسه وهذا مخل بركن أساسي من أركان العقد .

٣- صدور الإجازة حال حياة الفضولي لأنه بالإجازة سينقلب وكيلاً خاصة في عقود المعاوضات كالبيوع لرجوعها من جهة الحقوق إلى الوكيل [١] .

٤- عدم هلاك أو تلف (المعقود عليه) لتظهر فيه أثر الإجازة [٢]

٥- ألا يجد التصرف نفاذاً على الفضولي نفسه فإن وجد نفاذاً عليه ولم يمنعه من له الشأن يعتبر نافذاً على الفضولي ولا يتوقف [٣]

أن يكون لذلك التصرف مجيز وقت إنشائه فإن لم يكن كذلك وقع التصرف باطلاً من أول الأمر [٤] .

---

[١] يراد بحقوق العقد : ما يترتب عليه من التزامات وآثار شرعية .

[٢] شرح فتح القدير ٥٤/٧ .

[٣] مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف ص ١١ المدخل للدكتور عيسوي ص ٤٨٤ - بتصرف - .

[٤] بدائع الصنائع ١٤٩/٥ ، جامع الفصولين ٢٢٣/١ ، مختصر الطحاوي ص ٨٧ ، المجموع ٢٨٢/٩ المرجعان السابقان.

المطلب الثالث

أصحاب الإجازة وأدلتهم

ذهب الحنفية [١] وجمهور المالكية [٢] وقول للشافعي في القديم [٣]، وقول لأحمد [٤] ومن وافقهم من الشيعة الإمامية [٥] والزيدية[٦] والإباضية [٧] وإسحاق بن راهوية [٨] إلى القول بأن عقد الفضولي موقوف على إجازة صاحب الشأن [٩]

التوضيح : يري هؤلاء أن الملكية أو الولاية من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد وعليه :

فتصرف الفضولي منعقدة إلا أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن .

• وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من انعقاد عقد الفضولي وعدم نفاذه إلا بالإجاز بدليل الكتاب والسنة والمعقول

أولاً : دليل الكتاب : - منه : -

أ) قوله - تعالى - ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾. [١٠]

ب) قوله - تعالى - ﴿ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [١١]

---

[١] فتح القدير ٣٩/٥ ، المبسوط ١٥٣/١٢ . بدائع الصنائع ١٤٨/٥ ، البحر الرائق ١٦٠/٦ .

[٢] بداية المجتهد ١٤١/٢ حاشية الدسوقي ١٢/٣ ، الفروق ٢٤٢/٣ .

[٣] المجموع ٢١٢/٩ ، مغني المحتاج ١٥/٢ ، حاشية البيجرمي ١٨٧/٢ .

[٤] المغني ٢٠٥/٤ وما بعدها

[٥] مفتاح الكرامة ١٨٤/٤ .

[٦] المنتزع المختار ٤١/٣ .

[٧] النيل وشفاه العليل ١٣٦/٤ .

[٨] المجموع ٢٨٥/٩ .

[٩] أي صاحب الحق الذي قام الفضولي بهذا التصرف له .

[١٠] الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

[١١] الآية ٢٩ من سورة النساء .

ج) قوله – تعالى – ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [١]

وجه الدلالة : هذه الآيات عامة لم يستثن منها أن يكون العاقد فضولياً فالله تعالى شرع أعمال التجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا كان المالك أصيلاً أو غيره فيجب العمل بعمومها إلا ما خص بدليل ولا مخصص [٢]

د) قوله – تعالى – ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [٣]

وجه الدلالة : تصرف الفضولي يعد من قبيل التعاون على البر لأنه ما تصرف إلا لمصلحة أخيه ، وما سارع من غير إذنه الصريح إلا خشية فوات المصلحة وعلى هذا يكون تصرفه مشروعاً [٤]

ثانياً : السنة النبوية منها :

حديث عروة البارقي : " أن رسول الله – ﷺ – دفع إليه ديناراً ليشتري له شاة فاشتري شاتين باع أحدهما بدينار وجاء بالأخرى وبالدينار إلى رسول الله – ﷺ – فقال له " بارك الله في صفقة يمينك " [٥] .

وجه الدلالة : أن تصرف عروة – رضي الله عنه – تصرف دون أمر رسول الله – ﷺ – (ببيع الشاة المشتراه والتربح وشراء شاة أخري) فدل علي صحة التصرف ابتداء ، بدليل إقرار رسول الله – ﷺ – له ، فدل أنه أي التصرف يكون صحيحاً ينتج أثاره بالإقرار أو الإجازة ولو كان باطلاً لرده وانكر عليه ولأن

---

[١]) الآية ١٠ من سورة الجمعة .

[٢]) بدائع الصنائع ١٤٨/٥ وما بعدها .

[٣]) الآية ٢ من سورة المائدة .

[٤]) بدائع الصنائع ١٤٨/٥ وما بعدها ، الفروق ٢٤٣/٣ ، المجموع ٢٨٥/٩ .

[٥]) فتح الباري ٦٣٢/٦ .

ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فينعقد ولا ينفذ إلا بالإجازة [١] .

ثالثاً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ) الفضولي كامل الأهلية وإعمال عقده أولي من إهماله وربما كان في العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه ضرر بأحد لأن المالك له ألا يجيز العقد إن لم يجد فيه فائدته [٢] .

ب) يقاس تصرف الفضولي على وصية المدين مستغرق وبأكثر من الثلث وكبيع الرهون وكالعقد المشروط فيه الخيار وحيث إن هذه التصرفات تنعقد موقوفة لا حكم لها في الحال بل يتراخي الحكم فيها إلى حين الإجازة أو الرد ، فكذلك تصرف الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن [٣]

ج) أن تصرف الفضولي قد استوفي أركان التصرف الصحيح فمحل العقد فيه شروطه الشرعية والعاقدان عبرا تعبيراً صحيحاً عن إرادتهما ثم تلاقت هاتان الإرادتان فالعقد وقع صحيحاً إلا أنه موقوف لاحتمال عدم رضا صاحب الشأن فإذا أجاز زال الوقف وترتبت عليه أثاره [٤]

د) الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا البطلان ، واللائق بحال المسلم إيقاع تصرفاته على الوجه الجائز دون محظور ترجيحاً لجانب الصحة ما أمكن ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي موقوفاً على الإجازة يتحقق به المصلحة لكل من العاقدين الأصليين ولا ضرر على احد ولا يوجد مانع شرعي لهذا التصرف بل وجد المقتضي لثبوته وانتفي المانع فيدخل ثبوته في العمومات التي توجب رعاية

---

[١] تبيين الحقائق ١٠٣/٤ ، فتح القدير ٣٠٩/٥ ، مجمع الأنهر ٧٢/٢ العناية ٢١٦/٥ .

[٢] فتح القدير ٣١٠/٥ ، الفروق ٢٤٤/٣ .

[٣] الفقه الإسلامي وأدلته د . الزحيلي ٣٧٥/٤ .

[٤] المبسوط ١٥٤/١٣ ، الفروق ٢٣٢/٣ .

المصالح ودفع الضار والقول بانعقاد تصرف الفضولي موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة [١] .

هـ) أن القول بعدم بطلان تصرف الفضولي وانعقاد عقده ووقفه على الإجازة من قبل صاحب الشأن يعتبر من قبيل التعاون على البر ومن قبيل التسامح والتيسير على الناس في المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم [٢] .

فالقول أن تصرفات الفضولي صحيحة لأنها صادرة من له الصلاحية فتنعقد ولا تبطل ولكن يمتنع نفاذها شرعاً لمانع عدم الوكالة أو الإذن فتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول هذا المانع [٣] .

---

[١] المبسوط ١٣/١٥٤ .

[٢] بدائع الصنائع ٥/١٤٨ وما بعدها فتح القدير ٥/٣١٠ الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهـــرة ص ٣٩٧ وما بعدها .

[٣] البحر الرائق ٦/٢٨١ رد المحتار ٤/١٠٤ .

المبحث الثاني

اتجاه البطلان

يري أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الملكية والولاية شرط من شروط الانعقاد لأن المتصرف ما لم يكون مالكاً للتصرف ولا ولاية له عليه لم يوجد العقد أصلاً فيكون باطلاً ولا يترتب عليه شئ من الأحكام [١] .

قاله بعض المالكية [٢] والشافعي في الجديد [٣] وأحمد في رواية [٤] والظاهرية[٥] ومن وافقوهم كأبي ثور وابن المنذر [٦] .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

أولا : دليل الكتاب منه:

أ) قوله – تعالى – : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [٧] .

وجه الدلالة : التصرف الذي أوقعه الفضولي يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل لأنه لم يقترن به رضاء صاحب الشأن والتصرف باطل وعلى فرض حصول إجازة لاحقة فإنها لا تصحح تصرفاً باطلاً .

ب) قوله – تعالي – ﴿ وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ ﴾ [٨] .

وجه الدلالة : دل على أن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري المعقود عليه ولا أن يملك البائع الثمن [١] .

---

١) البدائع ١٤٨/٥ .
٢) الفروق ٢٤٢/٣ .
٣) نهاية المحتاج ٢٣/٣ وما بعدها المهذب ٢٦١/١ الوجيز ١٦١/١ الأشباه للسيوطي ٤٧٧ .
٤) المغني ٢٠٥/٤ وما بعدها .
٥) المحلي ٣٤٣/٨ .
٦) المجموع ٢٨٥/٩ .
٧) الآية ٢٩ من سورة النساء .
٨) الآية ١٦٤ من سورة الأنعام .

ثانيا : دليل السنة النبوية :

أ) ما روي عن حكيم بن حزام – رضي الله عنه – قال : سألت رسول الله – ﷺ – فقلت : يأتيني الرجل ليسألني من البيع ما ليس عندي أأبتاع له من السوق ثم أبيعه منه ؟ قال : ((لا تبع ما ليس عندك)) [٢] .

وجه الدلالة : نهى رسول الله – ﷺ – عن بيع الشئ غير المملوك للبائع وأن بيعه يعتبر باطلاً لأنه تصرف صدر فيه نهي من الشارع الحكيم والنهي – هنا – يقتضي البطلان [٣] فدل على بطلان تصرفات الفضولي

ب) ما روي عن عمرو بن شعيب – رضي الله عنه – يسنده أن النبي – ﷺ – قال:((لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك))[٤].

وجه الدلالة : أن تصرفات الشخص فيما لا يملكه باطلة لأنها فاقدة للشرط وهو القدرة على التسليم وللسبب فلأن جواز التصرف في العقود وحلول الملك وهو سببٍ وعلة له [٥].

ثالثا : دليل المعقول بوجوه منها :

أ) الولاية على إصدار التصرف شرط لوجود العقد شرعاً كالأهلية ، وهذه الولاية إنما تكون بالملك أو الإذن من المالك فلا يكون لتصرفه وجود في نظر الشرع ولا يترتب عليه شئ من الآثار [٦] .

ب) الحكم لا ينفصل عن سببه ، فلا معني للعقد إلا كونه مفيداً للحكم الذي وضع له ، فإذا أمتنع إفادته للحكم كان باطلاً أو غير منعقد ، فمثلاً البيع

---

[١] المحلي ٤٣٥/٨

[٢] سنن الترمذي ٤٧/٤

[٣] المجموع ٢٨٦/٩ .

[٤] سبق تخريجه .

[٥] مفتاح الكرامة ٩٨٥/٤ .

[٦] المجموع ٢٦٢/٩ ، المحلي ٤٣٧/٨ .

مزيل للملك ، وولاية زوال الملك يكون صدروها عن المالك ، ولا ملك للفضولي فاستحال انعقاد السبب .

ج) أن الفضولي الذي يتصرف من غير ولاية فيما لا يملك ليست عنده القدرة الشرعية التي يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد فكان حاله كحال من يبيع السمك في الماء والطير في الهواء والعبد الآبق والبعير الشارد من كل مما هو ليس مقدور على تسليمه ، وهو باطل إتفاقاً . فكذلك تصرفات الفضولي من غير ولاية باطلة [1] .

---

[1] المجموع ٢٨٦/٩ ، مختصر المزني ٢٠٤/٢ ، شرح الإنصاري على متن البهجة ٤٠٦/٢ .

المبحث الثالث

الموازنة بين الاتجاهين

بالنظر في الاتجاهين إتجاه الإجازة الذي يترتب عليه القول بالصحة ، والبطلان الذي يترتب عليه القول بعدم الصحة ، فانه يمكن القول أن :

١) **أسس الإجازة** [١] : أصحاب هذا الاتجاه يجعلون تصرفات الفضولي صحيحة بمعنى أن العقد ينعقد ، لكنه لا ينفذ إلا بإجازة صاحب الشأن ، فيجعلون هذا التصرف من العقود الصحيحة ابتداء لاستيفاء أركانها إلا أنها موقوفة ، فإن أجازها جازت ونفذت ، وإلا بطلت ، لأن الإجازة اللاحقة كالأذن أو الوكالة السابقة .

٢) **أسس البطلان** : بطلان تصرف الفضولي يستند إلى انعدام ركن أساسي من أركان العقد وهو الرضا الذي لا يوجد شرعاً إلا بتناقض إرادتين ينتج عنهما أثر شرعي كذلك أساس أخلاقي سلوكي وهو عدم جواز التدخل في شئون الغير دون إذن شرعي .

---

[١]) الإجازة : أ) لغة : إنفاذ التصرف وإمضاءه وجعله جائزاً نافذاً ، يقال : أجزت العقد جعلت جائزاً نافذاً : المعجمات اللغوية مادة (جوز)

إصطلاحاً : تصرف إنفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة أثاره بأثر رجعي أو بأثر حسب طبيعة التصرف الموقوف . بدائع الصنائع ١٤٩/٥ وما بعدها ، فتح القدير ٣١١/٥ . من له الحق في الإجازة ؟ صاحب الشأن نفسه الذي يملك مباشرة التصرف الموقوف بما تتحقق الإجازة ؟ بالفظ الصريح اتفاقاً ، وبالضمني وفق الحالة والعرف ، والإشارة الواضحة الكتابة المرسومة والمستبينة ، والفعل الصريح ، والسكوت المقترن بقرينة دالة على الرضا :تحفة الفهاء ٢٥٥/٢ ، البحر الرائق ٢٣١/١ ، جامع الفضولين ٢٣١/١ ، مواهب الجليل ٢٢٩/٤ ، مغني المحتاج ١١/٣ ، المغني ٥٦٦/٣ ، ابن عابدين ١٢/٤ ، إعلام الموقعين ٢١٨/١ ، الأشباه لابن نجيم ٧٨ وما بعدها ، للسيوطي ٩٧ .

وعلى هذا فالفضولي ليست له أهلية أداء تجعله له حق مباشرة العقد يضاف إلى ما سلف عدم ملكيته للمعقود عليه وقت العقد يجعل القول ببطلان تصرف وعدم تأثير الإجازة لأنها لم تصادف عقداً قائماً موقوفاً يجعله صحيحاً نافذاً .

المناقشـــــة

يناقش أصحاب القول بالبطلان بما يلي :

١) مناقشة دليل الكتاب :

أ) القول بأن تصرف الفضولي يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل غير مسلم ، لأنه تصرفه لا ينتج أثاره إلا إذا لحقته الإجازة وقيل ذلك يكون موقوفاً ، فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل فلا محل لما أستدلوا به

ب) القول بأن الفضولي – في عقود المعاوضات – لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع ولا أن يملك البائع الثمن ، غير سديد لأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج أي أثر .

٢) مناقشة دليل السنة :

أ) النهي في قوله – ﷺ – ((لا تبع ما ليس عندك)) خاص ببيع المعدوم ، كذلك فالمراد هو أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ثم يشتريه ثم يسلمه بحكم البيع السابق على دخوله في ملكه وهذا باطل لأن ((الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكمه سببه)) [١].

وعلى هذا فالحديث خاص ببيع المعدوم ، وليس معناه – كما يدعون – لا تبع ما ليس لك ولاية عليه حتى يدخل في ((الفضولي)) فيكون ما ذكروه خارجاً عن محل النزاع [٢] .

---

[١] فتح القدير ٥/٣٠٩ .

[٢] المدخل د / مذكور ص ٦٢٥ ، د / عيسوي ص ٤٨٣ ، الملكية للشيخ أبي زهرة ص ٣٩٦ .

ب) النفي الوارد في الحديث ((ولا بيع إلا فيما يملك)) ورد على تصرفات تنتج أثارها في الحال ، أما تصرفات الفضولي – كما هو معلوم – لا تنتج آثارها إلا بعد الإجازة .

٣) مناقشة دليل المعقول :

أ) القول بأن الولاية على إصدار التصرف ..... الخ ، والحكم لا ينفصل عن سببه ..... الخ :

يمكن الإجابة بما يلي : –

• الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، وتخلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد عن الإجازة ممن يم لكها شرعاً لا أن يقال ببطلانه [١] .

• أن الحكم إذا تأخر عن السبب لا يجعله لغواً ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه – كما في بيع الخيار – ينعقد فيه السبب بالإيجاب والقبول ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة ، وإجازة صاحب الشأن تجعل ((المعقود عليه)) مملوكاً للمشتري – مثلاً – من وقت العقد ، وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ . له [٢]

ب) القول بأن الفضولي الذي يتصرف بغير ولاية فيما لا يملك ليست عنده الوسيلة التي بها ينفذ العقد كمن يبيع غير المقدور على تسليمه ، قياس مع الفارق لأن بيع المقدور على تسليمه باطل لإنعدام محل العقد أما تصرفات الفضولي فيما لا يملك من غير ولاية فمحله شئ موجود ، ولما كان هذا المحل مملوكاً لغير المتصرف – وهو الفضولي – توقفت أثار العقد على إجازة المالك الحقيقي [٣] .

---

[١]) البحر الرائق ٥/٢٨١ .

[٢]) المبسوط ١٣/١٥٤ وما بعدها .

[٣]) فتح القدير ٥/٣٠٩ وما بعدها .

المختار : بمناقشة أدلة أصحاب اتجاه البطلان مطلقاً فقد أتضح رجحان قول أصحاب اتجاه القول بالإجازة أي وقوع العقد موقوفاً علي إجازة صاحب الشأن لما يلي : -

أ) قوة ما استدلوا به وسلامته عن المعارض .

ب) تحقيقه مصالح شرعية معتبرة منها :

* أن تصرف الفضولي قد يكون في حالات غير قليلة من مصلحة أحد الطرفين أو كليهما معاً وهذا أمر يحدث فعلاً في الحياة العملية فمن الخير لهذا القول بانعقاده موقوفاً على إجازة من له الإجازة [١] .

* القول بالإجازة فيه تيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم وإعانة لبعضهم البعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين والقول يوقف تصرفات الفضولي يتفق تماماً مع مبدأ " الرضائية " فلا يخرج شئ من ملك شخص جبراً عنه أو دون إجازة [٢] .

---

[١]) الفقه الإسلامي مدخل لدراسته د / محمد يوسف موسي ص ٤١٧ فقرة ٥٧٥ .

[٢]) العقد الموقوف د / محمد ذكي عبد البر ص ١٣ ، المدخل د / مـدكور ص ٦٢٥ ومـا بعـدها ، المدخل د . الحسيني ص ٤١٥ وما بعدها الفضالة د/ مطلوب . مرجع سابق .

الفصل الثاني
تصرفات الفضولي

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول
عقود [١] المعاوضات والإجارات

وفيه ثلاثة مطالب

مضي القول في أن التصرف الصادر ممن لا شأن له به أصلاً ، وليس له ولاية إصداره ، مثل من يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه أو يؤجره ، فإن هذا التصرف يسمي " فضالة " ، وفعله هو " الفضولي " . ، لذلك فإن " محل الفضالة " هي " نطاق تصرفات الفضولي " ، وهو ما أتناوله في هذا الفصل بمباحثه ومطالبه .

المطلب الأول
بيع الفضولي [٢]

اتفق الفقهاء في الجملة على أن من أركان [٣] البيع العاقدين ، وأنه يشترط [٤] أن يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة ، غير محجور عليهما أو على أحدهما إما لحق أنفسهما [٥] أو لحق الغير [٦]

---

[١] العقد لغة : يطلق على العهد والميثاق وعلى كل ما يفيد الالتزام .
واصطلاحا : ارتباط القبول بالإيجاب ارتباطاً يظهر أثره في العقود عليه .
التوضيح : الإيجاب ما صدر أولا من أحد المتعاقدين ، والقبول : ما صدر ثانياً من الآخر . ، ومعني الإيجاب الإثبات ، والقبول الرضا بما قاله الأول . ، ومجموع الإيجاب والقبول يسمي " صيغة العقد " وبارتباطهما خرج (المعقود عليه) من حاله الأول إلى حال جديدة : المفردات للأصفهاني ص ٣٤٠ طبعة الحلبي ، مختصر المعاملات لأبي الفتح ص ٤٥ وما بعدها – بتصرف يسير – .

[٢] البيع لغة : مطلق المبادلة المصباح المنير ١١٢/١ .اصطلاحا : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص:– قليوبي وعميرة ١٥٢/٢ .

[٣] الركن اصطلاحا : جزء من حقيقة الشئ وماهيته ، كالركوع في الصلاة : الحلاوي ص ٢٥٦ .

[٤] الشرط الاصطلاحي : ما يتوقف وجود الشئ على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته : المرجع السابق .

[٥] كالسفيه عند من يري التحجير عليه .

[٦] كالعبد الذي لم يؤذن له في التجارة .

• **واختلفوا في بيع الفضولي** : هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وذلك على مذهبين :

المذهب الأول : عدم جواز بيع الفضولي . ذهب إلى هذا المالكية في مشهور مذهبهم [١] ، والشافعي في القول الجديد [٢] وأحمد في رواية [٣] ومن وافقوهم [٤] .

المذهب الثاني : يجوز بيع الفضولي وينعقد موقوفاً على إجازة المالك ، ذهب إلى هذا الحنفية [٥] ومالك في رواية [٦] والشافعي في القديم [٧] وأحمد في رواية أخرى [٨] ومن وافقهم [٩]

سبب الخلاف : هل إذا ورد النهي على سبب حمل على سببه أو يعم [١٠] .

الأدلـــــة

• استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بدليل السنة والمعقول :

أولاً : دليل السنة النبوية منها : أ) ما روي عن حكيم بن حزام – رضي الله عنه – قلت يا رسول الله – ﷺ – يأتيني الرجل فيريد مني البيع ،

---

[١] بداية المجتهد ١٢٩/٢ ، الشرح الكبير للدردير ١٢/٣ ، الفروق للقرافي ٢٤٣/٣، مرادهم قبل وقوعه أو لنفسه .

[٢] المجموع ٢٥٩/٩ ، نهاية المحتاج ٣٩٠/٣ .

[٣] الإنصاف ٢٨٣/٤ ،كشاف القناع ١١/٢ وما بعدها ، المغني ١٤٥/٤ ، وهي الصحيحة لديهم.

[٤] أبو ثور وابن المنذر : المرجع السابق .

[٥] حاشية ابن عابدين ١٠٧/٥ ، بدائع الصنائع ١٤٨/٥ ، تبيين الحقائق ١٠٣/٤ ، البحر الرائق ١٦٠/٦ ، المبسوط ١٥٣/١٣ وما بعدها .

[٦] مواهب الجليل ٢٧٠/٤ ،بداية المجتهد ١٣٩/٢ طـ دار الفكر ، مرادهم بعد وقوعه او لغيره .

[٧] شرح المنهاج وحاشية البيجرمي ١٨٧/٢ ، مغني المحتاج ١٥/٢ .

[٨] الإنصاف ٢٨٣/٤ ، المغني ١٤٥/٤ .

[٩] إسحاق : المرجع السابق .

[١٠] بداية المجتهد ١٢٩/٢ .

وليس عندي ما يطلب أفأبيع منه ثم أبتاعه من السوق ؟ قال : لا تبع ما ليس عندك[١] .

ب) ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده – رضي الله عنهم – قال :

قال رسول الله – ﷺ – : " لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك " [٢] .

ج) وعنه قال : قال رسول الله – ﷺ – : " لا طلاق إلا فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك ، ولا بيع إلا فيما يملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما يملك " [٣] .

وجه الدلالة : ثبت بهذه الأحاديث عدم صحة بيع ما لا يملك لأنه لا يقدر على تسليمه وهذا من باب الغرر وهو لا يجوز [٤] ، والنهي عن بيوع الأعيان التي لا يملكها،وظاهر النهي تحريم ما لم يكن في ملك الإنسان ولا داخلاً تحت مقدرته [٥]

ثانيا : دليل المعقول بوجوه منها : ١) الولاية على عقد أو إصدار التصرف شرط لوجود العقد ، وهذه الولاية إنما تكون بالملك أو الإذن من المالك ، والفضولي ليس مالكاً ولا مأذوناً فيما يتصرف فلا يكون لتصرفه وجود، وأنه تمليك ما لا يملك [٦] وما لا يقدر علي تسليمه [٧] .

• استدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

---

[١] سنن أبي داود – كتاب البيوع باب ٦٨ ، سنن النسائي – كتاب البيوع .

[٢] المرجعان السابقان .

[٣] المرجعان السابقان .

[٤] المجموع ٩ / ٢٥٩ .

[٥] نيل الأوطار ٥/١٥٥ .

[٦] معني المحتاج ٢/١٥ .

[٧] المجموع ٩/٢٦١ .

أولاً : دليل الكتاب : قول الله – عز وجل – : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [١] .

وجه الدلالة : بيع الفضولي فيه إعانة لأخيه المسلم [٢]

ثانياً : دليل السنة :

أ) ما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي – ﷺ – أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشتري به شاتين فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعاه له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشتري التراب لربح فيه [٣] .

ب) ما روي عن حكيم بن حزام أن النبي – ﷺ – بعثه ليشتري له أضحية بدينار ، فاشتري أضحية فاربح فيها دينار ، فاشتري أخري مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله – ﷺ – فقال : ضح بالشاة وتصدق بالدينار [٤]

وجه الدلالة : أن شراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذن النبي – ﷺ – وهو عمل فضولي جائز بدليل [٥] إقرار الرسول – ﷺ – له ، ولو كان باطلاً لرده وبين ذلك لأن البيان لا يؤخر عن وقت الحاجة .

يضاف إلي ذلك : اطلاقات النصوص – المذكورة وما يماثلها – في حل البيع ، من غير تفصيل بين الأصيل والوكيل أو بقاء أو انتهاء .

ثانياً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ) عقد الفضولي له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث فإنها موقوفة على إجازة الورثة حال وقوعها .

---

[١]) الآية ٢ من سورة المائدة

[٢]) المجموع ٢٦٢/٩ ، الفروق ٢٤٤/٣

[٣]) سبق تخريجه .

[٤]) صحيح البخارى كتاب المناقب .

[٥]) بداية المجتهد ١٣٠/٢

ب) العقود والتصرفات شرعت لتحقيق الحاجة لمصلحة كل من المالك والمشتري ، والفضولي من غير ضرر ولا مانع شرعي ، فيدخل ثبوته في العمومات ، أما تحقيق ذلك فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ورواج سلعته وراحته منها ، ووصوله إلى البدل المطلوب له والمحبوب ، وإن رأي غير ذلك فله أن لا يجيز البيع فلم يدخله الضرر ، أما تحقيق ذلك للمشتري فهو وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها وارتفاع ألم فقدها إن لم يجز للفضولي البيع ، وكذلك الفضولي فإنه يكون بصون كلامه عن الإلغاء والهذر ، بل وصول الثواب له إذا نوي الخير لله – تعالى – من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم ، ومعاونته في قضاء مصالحه عملاً بقوله – تعالى – ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [١] وجه الدلالة : ولما كان هذا التصرف خيراً لكل كان الإذن في هذا البيع ثابتاً دلالة ، إذ كل عامل بأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً ، وبالعمومات فوجب اعتباره [٢].

المناقشة

يناقش أصحاب المذهب الأول بما يلي : مناقشة دليل السنة :

أ) حديث حكيم بن حزم ضعيف [٣]

يجاب : الجرح الموجه مردوذ والحديث صحيح [٤]

● على فرض الصحة فإن هذا الحديث وغيره – في هذا الجانب – محمول على أن النهي إنما على بيعه لنفسه لا لغيره ، والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده [٥]

---

[١] الآية ٢ من سورة المائدة .

[٢] شرح فتح القدير ٥٢/٧ .

[٣] نيل الأوطار ٥ /١٥٥ .

[٤] نيل الأوطار ١٥٥/٥ .

[٥] بداية المجتهد ١٣٠/٢ .

● يناقش أصحاب المذهب الثاني بما يلي :

مناقشة دليل السنة : حديث عروة وحكيم بن حزام محمولان على أنهما كانا وكيلين عن النبي – ﷺ – وكالة مطلقة .

يجاب : ليس في الحديثين ما يدل على هذه الوكالة المطلقة وهذا تخصيص دون دليل .

مناقشة دليل المعقول : قياس تصرف الفضولي على الوصية غير مسلم فالوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرور ما لا يجوز في البيع [1]

المختار : بعد عرض المذهبين بالأدلة والمناقشة فأري أن ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني – الحنفية ومن معهم – من القول بصحة بيع الفضولي إن أجازه المالك لما يلي :

أ) حديث عروة البارقي نص في المسألة .

ب) هذا القول يحقق مصالح شرعية معتبرة من رعاية اليسر وقضاء حاجات الناس ، وباب من أبواب المعروف [2] .

---

[1]) المغني ٤/١٤٥ .

[2]) فقه المعاملات أ . د / عبد الله سعيد ص ١٦ .

المطلب الثاني

شراء الفضولي

لا خلاف بعلم بين الفقهاء في أن من شروط البيع ملكية البائع للمبيع ، أو تكون له عليه سلطة من وكالة أو ولاية ، تجعله جائز التصرف فيه .

ولا خلاف في أن مالك المبيع إذا كان حاضراً عالماً ، وأجاز تصرف الفضولي ، صح البيع ، لأن الفضولي والحالة هذه صار وكيلاً عنه .

واتفق أهل العلم على عدم صحة بيع الفضولي فيما لو كان المالك للمبيع ليس من أهل التصرف كأن يكون فاقد العقل كمجنون أو ناقصه كصبي صغير – وقت عملية البيع .

واختلفوا في تصرف الفضولي فيما لو كان المالك أهل أو جائز التصرف بالشراء له وذلك على أقوال اشهرها أربعة :

القول الأول : شراء الفضولى كبيعه ، ينعقد موقوفا على إجازة من اشترى له، فان أجازه نفذ ، وان رده بطل : قال بهذا المالكيه [١] وأحمد في رواية [٢] .

القول الثاني : شراء الفضولي باطل لا يترتب عليه أي حكم أو أثر ، قال بهذا الشافعي في الجديد[٣] والحنابلة في الصحيح من المذهب[٤]

القول الثالث : يفرق بين إضافة الفضولي إلى نفسه ، وبين ما إذا أضافه إلى الذي اشتراه له ، فإن أضافة إلى نفسه جاز وكانت العين المشتراه له ، وإن أضافة إلى غيره يكون موقوناً على إجازة المشتري له ، قال بهذا الحنفية [٥] .

القول الرابع : التفصيل لحالات شراء الفضولي

---

[١] مواهب الجليل ٢٧٢/٤ ، بداية المجتهد ١٤٣/٢ ، حاشية العدوي ١٨/٥ .

[٢] الإنصاف ٢٨٣/٤ ، المغني ١٥٤/٤ ، شرح منتهي الإرادات ١٤٣/٢ وما بعدها .

[٣] المجموع ٢٦٠/٩ ، فتح العزيز ١٢٢/٨ ..

[٤] الإنصاف ٢٨٣/٤ ، نيل المآرب ٨٣/١

[٥] البحر الرائق ١٦٢/٦ ، ابن عابدين ٦/٤ .

الحالة الأولى : أن يشتري للغير بعين مال الغير : فالحكم في ذلك البطلان ، قال بهذا الحنابلة [١] وهو قول الشافعي في القديم [٢] .

الحالة الثانية : أن يشتري بمال نفسه للغير : فقد فرق الشافعي في هذه الحالة بين ما إذا سمي في العقد من اشتري له ، وبين ما إذا لم يسمه : فإن سماه نظر : فإن لم يأذن ألغيت التسمية .

الأدلـــــة

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : دليل الكتاب العزيز :

أ) قول الله – تعالى – ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [٣]

ب) قول الله – تعالى – ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٤] وقوله – تعالى – ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [٥]

وجه الدلالة : شرع الله – سبحانه وتعالى – البيع والشراء والتجارة ابتغاء الفضل ، من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الاصالة ، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك وفي الانتهاء،

---

[١] الإنصاف ٤ / ٢٨٣ ، المقنع ٨/٢ ، كشاف القناع ١٥٧/٣ .

[٢] روضة الطالبين ٣ / ٣٥٣ ، المجموع ٢٦٠/٩ ، فتح العزيز ٨ / ١٢٢ ، المحلي على المنهاج ١٦٠/٢ .

[٣] الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

[٤] الآية ٢٩ من سورة النساء .

[٥] الآية ١٠ من سورة الجمعة .

وبين وجوب الربح في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب العمل بإطلاقها ، إلا ما خص بدليل [١]

ثانيا : دليل السنة : خبر : عروة البارقي الذي أعطاه رسول الله - ﷺ - ديناراً ليشتري له به شاة فاشتري له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة ، فقال له : " بارك الله لك في صفقة يمينك " [٢]

● خبر حكيم بن حزام " أن النبي - ﷺ - أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحيها فاشتري شاتين بالدينار وباع أحداهما بدينار جاء به والشاة للرسول - ﷺ - فانثي عليه ودعا له بالبركة ..... " الحديث [٣] .

وجه الدلالة : أن النبي - ﷺ - لم يأمر في الحالتين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا البيع ، إلا أنه أجاز فدل وفي وقوعه عن الفضولي وجهان : الوقف ، والبطلان، وإن إذن له ، فهل تلغو التسمية أم لا ؟ فإن قلنا تلغو ، فهل يقع عن المباشر ، أم يبطل من أصله ؟ وجهان ، وإن قلنا : لا تغلو ، وقع العقد عن الأذن .

وإن لم يسمه وقع عن المباشر ، سواء أذن ذلك الغير أم لا [٤]

أما الحنابلة فيرون في هذه الحالة البطلان مطلقاً [٥]

● **الحالة الثالثة** : أن يشتري الفضولي لغيره في الذمة بغير إذنه ، وفي هذه الحالة ينظر :

فإن لم يسم ذلك الغير في العقد ، فالشافعي في الجديد ، قال : يقع عن المباشر، وفي القول القديم قال : يتوقف على إجازة المشتري له ، فإن أجازه نفذ في حقه ، وإن رده نفذ في حق الفضولي [٦]

---

[١] بدائع الصنائع ٥ / ١٤٩ .

[٢] سبق تخريجه .

[٣] سبق تخريجه .

[٤] روضة الطالبين ٣/٣٥٣ وما بعدها ، المجموع ٩/٢٦٠ ، فتح العزيز ٨/١٢٢ المحلي على المنهاج وحاشيتي قليوبي وعميرة ٢/١٦٠ .

[٥] القواعد لابن رجب ص ٤١٧ ، غاية المنتهي ٢/٨ ، مطالب أولي النهي ٣/١٨ .

[٦] المجموع ٩ / ٢٦٠ .

ويري الحنابلة – في صحيح المذهب – أنه يصح ويكون موقوفاً على الإجازة.

وإن سماه في العقد : فيرى الشافعية أنه كشراء بعين مال الغير ، وأما الحنابلة فلهم قولان : الصحيح أنه لا يصح هذا العقد ، والثاني : حكمه حكم ما إذا لم يسمه في العقد [١] .

• **الحالة الرابعة** : أن يضيف الشراء إلى الغير بثمن معين ، وهذه الحالة انفرد بذكرها الشافعية ولهم وجهان : أحدهما : يلغو العقد ، والثاني : يقع عن المباشر [٢] . فتحصل أن الحالات أربعة وافق الحنابلة الشافعي في ثلاث منها في القسمة لا في الحكم كما ذكر .

على أنه ينعقد إذا أجازه المشتري له ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل .

ثالثا : دليل المعقول بوجوه منها :

أ) الفضولي كامل الأهلية : فإعمال عقده أولي من إهماله .

ب) ربما كان في العقد مصلحة للمشتري ، وليس فيه ضرر بأحد لأن المشتري له ألا يجيز إن لم يرغب فيه أو لم يكن له مصلحة فيه أو فائدة [٣]

ج) إن في اعتبار هذا العقد صحيحاً موقوفاً ، صيانة لأفعال العاقل – الفضولي – عن العبث .

* استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من بطلان شراء الفضولي بالأدلة التي ذكروها في بطلان بيعه [٤].

* استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والمعقول :

أولا : دليل الكتاب : قوله – تعالي – " لها ما كسبت " [٥] .

---

[١] روضة الطالبين ٣ / ٣٥٣ وما بعدها ، فتح العزيز ١٢٢/٨ .

[٢] المحلي المنهاج ١٦٠/٢ .

[٣] فتح القدير ٣٠٩/٥ ، بدائع الصنائع ٥ / ١٤٩ .

[٤] سبق إيرادها في المطلب السابق " حكم بيع الفضولي " .

[٥] الآية الأخيرة من سورة البقرة .

وجه الدلالة : أن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره ، وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره [١] (هذا الدليل فيما لو أضاف الفضولي الشراء إلى نفسه) .

ثانياً : إن أضاف الفضولي إلى غيره أو لم يجد نفاذاً على إجازة من اشتري له ، بأن كان الفضولي عبداً محجوراً أو صبياً مميزاً واستري لغيره فإن شراءه يتوقف على إجازة ذلك الغير ، إذ الشراء لم يجد نفاذاً عليه ، فيتوقف على إجازة الذي اشتري له ضرورة ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وإن أضافه – أي الفضولي – العقد إلى الذي اشتراه له ، بأن قال الفضولي للبائع : بع سلعتك هذه من فلان بكذا ، فقال : بعت ، وقال الفضولي : قبلت البيع فيه لأجل فلان ، أو قال البائع : بعت هذه السلعة من فلان بكذا ، وقبل المشتري الفضولي منه الشراء لأجل فلان ، فإن هذا العقد يكون موقوفاً على إجازة المشتري له [٢].

التوضيح : في حالة إذا لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولي بأن كان صبياً مميزاً أو عبداً غير مأذون له بالتجارة أو محجوراً عليه ، كان من الضروري أن ينعقد موقوفاً على الذي اشتري له ، فإن أجازه كانت العهدة – الحقوق – عليه لأنهم ليسوا من أهلها [٣] وأما إذا أضاف الفضولي عقد الشراء للغير ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير ، فإن أجازه نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق لعقد ، وهذا في العقود التي ترجع حقوقها للعاقد كما هو معروف في عقود الوكيل وتصرفاته [٤]

---

[١] بدائع الصنائع ٥ / ١٥٠ ، الحموي على الأشباه ١/ ٢٣٣ ، مختصر الطحاوي ص ٨٣ .

[٢] الفتاوى الخانية ٢ / ١٧٣ ، البحر الرائق ٦ / ١٦٢ ، الفتاوى الهندية ٣ / ١٥٢ .

[٣] جامع الفصولين ١ / ٣١٧ ، تبيين الحقائق ٤ / ١٠٥ وما بعدها ، بدائع الصنائع ٦ / ٢٠٢٣ .

[٤] اشترط الحنفية شروطاً لإجازة تصرف الفضولي منها :

١– أن تكون الإجازة حين وجود المتعاقدين والمالك والمبيع .

٢– أن يكون للعقد الصادر من الفضولي مجيز حين العقد (أي من كان يستطيع إصداره بنفسه)

• استدل أصحاب القول الرابع على ما ذهبوا إليه بأدلة البطلان فيما أوردوه من صقور ، وبأدلة الجواز فيما ساقوه من صور .

• استدل من قال ببطلان أي نوع من الأنواع التي ذكرت بما استدل به من قال بالبطلان [١]

• واستدل من قال بانعقاد العقد وجعله موقوفاً على الإجازة بما استدل به من قال بذلك [٢]

المناقشة

يناقش أصحاب القول الأول بما يلي :

١- **مناقشة دليل الكتاب** : لا يسلم بما قالوه من وجوب العمل بإطلاق الآيات لورود مخصص لها [٣]

يجاب : ما ادعي من أنه مخصص إنما لوقائع محددة لها سبب والنهي الوارد في هذه المخصصات إنما يحمل على سببه .

رد الجواب : النهي إذا ورد على سبب يعم .

٢- **مناقشة دليل السنة** : الأمر في الحديثين وما ماثلهما أمر وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير ، فلا شك حينئذ في جواز عقده ونفاذه على الموكل ، لا أمر عقد فضولي بمعنى الكلمة .

يجاب : لا يسلم بأن الأمر وكالة مطلقة لأن رسول الله - ﷺ - لم يأمره بالشراء ولا البيع في الشاة الثانية فكان هذا التصرف تصرف فضولي .

• يناقش أصحاب القول الثاني بما يلي :

٣- ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال : -

بدائع الصنائع ٥ / ١٤٩ ، فتح القدير ٣١١/٥ ، الهداية ٣١١/٥ ، الطحاوي ص ٨٢ وما بعدها .

[١] سبق ذكرها .

[٢] الملاحظة السالفة .

[٣] حديثا عروه وحكيم بن حزام " لا تبع ما ليس عندك " ، " لا تبع فيما لا يملك " .

أن ما قالوا به من البطلان لحديثي عروة وحكيم بن حزام – رضي الله عنهما– [١] غير مسلم لأن النهي إنما يسبب خاص وهو أن يبيع الإنسان لنفسه ما ليس عنده .

● يناقش الحنفية فيما ذهبوا إليه من التفرقة بين إضافة التصرف إلى نفسه ، وبين إضافته إلى غيره بما يلي :

● إذا كان المشتري هو الفضولي نفسه فالعقد لا يوجد شرعاً ، لأن الواحد لا يجوز له أن يتولى طرفي العقد في عقود المعاوضات [٢]

يجاب : إذا أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أو اضافه البائع إليه وقبل ذلك – ولو كان في نيته أن يكون للغير – فلا يمكن أن يكون فضولياً والعقد ينفذ في حقه فالقول بأن العقد لم يوجد بزعم أن المشتري هو الفضولي نفسه لأن طرفي العقد الذين يصدر عنهما الإيجاب والقبول قد وجد بل إن شراء الفضولي لنفسه يجعل العقد نافذاً وتنصرف آثاره إليه .

● يناقش أصحاب القول الرابع فيما قالوا به من صور حكموا عليها بالبطلان بما نوقش به من قال ذلك .

المختار : بعد عرض الأقوال بالأدلة والمناقشة فقد أتضح لي رجحان قول المالكية ومن وافقهم من أن شراء الفضولي كبيعه ، ينعقد موقوفاً على إجازة من اشتري له ، فإن أجاز نفذ ، وإن رده بطل لتحقيقه مصالح شرعية معتبرة لأنه قد يكون في حالات غير قليل من مصلحة المالك في البيع ، والمشتري له في الشراء ، فمن المصلحة القول بانعقاده موقوفاً على إجازة من له الإجازة .

---

[١] سبق إيرادهما وتخريجهما .

[٢] رد المحتار ٤/٢١٠ وما بعدها ، المدخل للدكتور مدكور ص ٥٧٥ ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف ص ٦١ وما بعدها .

المطلب الثالث

إجارة [١] الفضولي

أجمع العلماء على أن الإجارة جائزة [٢]

والأصل فيه دليل الكتاب والسنة :

١- دليل الكتاب : قوله - تعالى -: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٣] .

وقوله - تعالى - ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ ﴾ [٤]، قوله - تعالى - ﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾ ﴾ [٥] .

٣- دليل السنة : منها : خبر (أن رسول الله - ﷺ - استأجر رجلاً من بني الديل هادياً .....)) [٦] وقوله (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) ، فدل فعله وقوله وتقريره - ﷺ - علي مشروعيتها .

● وذهب جمهور الفقهاء على أن الإجازة لا تصح إلا من جائز التصرف [٧]، لأنها عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع .

---

[١] الإجازة إصطلاحاً : عقد منفعة معلومة مقصورة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم : مغني المحتاج ٣٣٢/٢ .

وقيل : تمليك المنافع بعوض : - فتح القدير ١٤٦/٧ وما بعدها .

وقيل : عقد على منفعه مباحة معلومة من عين أو موصوفة في الذمة مدة معلومة أو عمل معلوم بعوض معلوم : الروض المربع ٢٤٠/٢ . يستفاد من هذا ان الإجارة : عقد معاوضة علي تمليك منفعة بعوض: المبسوط ٧٤/١٥ ، الشرح الصغير ٥/٣ وما بعدها ، الام ٢٥٠/٣ ، المغني ٣/٦

[٢] الإجماع لابن المنذر ص ١٠١ ، مسألة رقم ٥٤٦ ، بداية المجتهد ١٦٦/٢ ، المغني ٢٥٠/٦ .

[٣] الآية ٦ من سورة الطلاق .

[٤] الآية ٢٦ من سورة القصص .

[٥] الآية ٧٧ من سورة الكهف .

[٦] فتح الباري لابن حجر ٣٤٩/٤ وما بعدها - كتاب الإجارة .

[٧] بدائع الصنائع ١٧٦/٤ ، الشرح الصغير ١٨١/٤ ، المهذب ٤٠٧/١ ، كشاف القناع ٤٧٥/٣.

• واختلفوا في حكم إجارة الفضولي لأعيان الغير ، هل هي صحيحة موقوفة على الإجازة أم أنها باطلة ، وذلك على قولين : –

• **أحدهما** : إجارة الفضولي تنعقد موقوفة على إجازة المالك أو وليه ، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت ، قال بهذا الحنفية [١] والمالكية [٢] وأحمد في رواية [٣] .

• مستند ذلك القول : أن الإجارة كالبيع فإجارة الفضولي تنعقد موقوفة على الإجازة ممن يملك المنفعة فإذا أجازها مضي العقد وكانت له الأجرة سواء استوفيت المنفعة أو بعضها أو لم تستوف ، وسواء أضيف إلى الغير الاستئجار أو إلى الفضولي نفسه [٤] .

• **الثاني** : إجارة الفضولي باطلة ، قال بهذا الشافعي في الجديد [٥]، والحنابلة على الصحيح من المذهب [٦] ذي ولاية في إبرامه فيكون باطلاً [٧] .

• يناقش : سلمنا بما قلتم ليس أنه يمكن أن تكون مصلحة للمالك أو للمستأجر فما المانع من القول بالانعقاد وعدم النفاذ إلى بإمضاء صاحب الشأن .

• المختار : بعد عرض القولين بالأدلة والمناقشة فقد أتضح لي رجحان القول بانعقادها موقوفة على صاحب الشأن أو من ينيبه أو من يكون [٨] ولياً عنه لقوة ما استدلوا به وسلامته عن المعارض .

---

[١] بدائع الصنائع ٢٥٦٢/٥ وما بعدها ، دور الحكام ٤٢٢/١ ، مجلة الأحكام العدلية مادة ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

[٢] المدونة ٣٧٦/٥ ،التاج والإكليل ٢٩٧/٥ ، منح الجليل ٥٦٤/٣ ، القوانين الفقهية ص ٣٠١.

[٣] الإنصاف ٢٨٣/٤ ، كشاف القناع ٥٥٨/٣ .

[٤] جواهر الإكليل ١٨٤/٢ ، منتهي الارادات ٣٤٠/١ .

[٥] مغني المحتاج ١٥/٢ ، المجموع ٢٥٩/٩ .

[٦] الإنصاف ٢٨٣/٤ .

[٧] المجموع ٢٥٩/٩ ، مغني المحتاج ١٥/٢ ، كشاف القناع ٥٨/٣ .

[٨] مما تجدر الإشارة إليه أن الحنفية فرقوا بين كون الفضولي في عقد الإجارة مؤجراً وبين كونه مستأجراً ، فجعلوا إجارته كبيعه ، واستئجاره كشرائه : بدائع الصنائع ٢٥٦٢/٥ وما بعدها وأقسم جعلوا للإجارة شرطين :

المبحث الثاني
عقود التبرعات

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول
هبة الفضولي [١]

• اتفق الفقهاء على أن الواهب تجوز هبته إذا كان مالكاً للموهوب ، وصحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد [٢]

• واختلفوا في حكم هبة الفضولي لمال غيره على قولين :

أحدهما : هبة الفضولي باطلة ، قاله المالكية – في المشهور [٣] والحنابلة [٤]، والشافعي – في الجديد –[٥]

مستندهم : هبة الفضولي باطلة إذ يستحيل على المرء تمليك مالاً يملك [٦]

الثاني : هبة الفضولي تنعقد صحيحة ، غير أنها تكون موقوفة على إجارة فإن ردها بطلت ، إن أجازها كانت لإجازته حكم الوكالة ، قال بهذا الحنفية [١]، والمالكية – في رواية – [٢]

اولهما : أن تكون المنافع قائمة لم يستوفها المستأجر حتى ترد إجازة المالك على منفعة موجودة .

ثانيهما : أن يضاف الاستئجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته كما في الشراء : بدائع الصنائع ٢٥٦٢/٥ ، تحفة الفقهاء ٥٢٦/٢ ، الفتاوي الهندية ٤٢٣/٢ .

[١] الهبة : لغة : الإعطاء بدون عوض سواء كان ملاً أو غير مال ، قال الله – تعالى – ((فهب لي من لدنك ولياً)) – الآية ٥ من سورة مريم – ، وقوله – تعالى – ((يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور)) – الآية ٤٩ من سورة الشوري . وإصطلاحاً : تمليك المال بلا عوض : مغني المحتاج ٢٩٦/٢، وقيل : إيصال الشئ إلي الغير بما ينفعه سواء كان مالاً او غيره : تكملة فتح القدير ١٩/٩.

[١] بداية المجتهد ٢٤٥/٢ ط . الفكر .

[٢] القوانين الفقهية ص ٣٩٧ ، الخرشي ٧٩/٧ ، حاشية الدسوقي ٨٧/٤ .

[٤] كشاف القناع ٣٥٢/٤ ، منتهي الإرادات ٢٨/٢ ، المحرر ٣٧٥/١ .

[٥] المجموع ٩ / ٢٥٩ ، معني المحتاج ١٥/٢ .

[٦] المراجع المذكورة .

مستندهم : أ) إن الهبة كالبيع ، فكما أن الهبة تصرف شرعي صادر من المواهب مضافاً إلى المحل فيعقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازه نفذ ، فلا ضرر من انعقادها موقوفة على الإجازة [٣]

ب) يلزم أن يكون الموهوب مال المواهب ، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح ، وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [٤].

* وهذا القول هو المختار لاتفاقه مع القواعد العامة للتصرفات الشرعية واتفاقه مع المقاصد الأساسية لعقود التبرعات [٥]

---

[١] البحر الرائق ١٦٣/٦ ، تكملة رد المختار ٤٢٤/٨ ، بدائع الصنائع ٣٦٧٩/٨ .

[٢] العدوي على الخرشي ٧٩/٧ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٣٣/٥

[٣] المراجع المذكورة .

[٤] المادة ٨٥٧ : مجلة الأحكام العدلية ، حاشية الدسوقي ٩٤/٤ .

[٥] المقاصد الاساسية للتبرعات منها : التعاون والتكافل في أمور البر والخير : فإن الفضولي في الهبة يمكن أن يكون بتصرفه هذا بمثابة الدال على الخير المرشد للبر فيصح تصرفه إبتداء ، ولا ينفذ إلا بإجازة المالك ، فلا ضرر ولا غرر .

المطلب الثاني
وصية الفضولي [١]

أجمع العلماء علي مشروعية الوصية وأنها قربة مندوبة .

• **لا خلاف** بين الفقهاء في أن الوصية أركانها أربعة : الموصي ، الموصي له ، الموصي به ، الوصية [٢]

• **واتفقوا** على أن الموصي كل مالك صحيح الملك [٣]

• **واختلفوا** في حكم وصية الفضولي من مال غيره على قولين :

أحدهما : تصح وصية الفضولي ، لكنها تكون موقوفة على إجازة المالك ، قاله الحنفية [٤] ، والشافعي في القديم [٥] والحنابلة في قول [٦] .

مستندهم : أن الوصية تصح بالمعدوم ، فأولي صحتها من الفضولي [٧]

يناقش : لا يسلم بأن الوصية بالمعدوم تصح لأنه ليس محلاً شرعياً للتعاقد .

يجاب : الوصية بالمجهول وبغير المقدور على تسليمه جائزة لأن فيها حث للناس على الخير وتشجيع لهم علي الطاعة ، وبوسع الموصي أن يعين بعد ذلك (الموصي به) إن بقي علي قيد الحياة ، أو يقوم ورثته بعد ذلك إن مات .

وقالوه أن الاعتراض لا وجه له لأن المعلوم والموجود في المعقود عليه (محل لتعاقد) إنما في عقود المعاوضات التي يأخذ كل من طرفي العقد مقابلاً لما أعطي ،

---

[١] الوصية لغة : تطلق على فعل الموصي وهو الإيصاء . إصطلاحاً : الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت : المغني ٥٥/٦ . وقيل : تمليك مضاف إلي ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو المنافع : التعريفات ص ١٧٤ وقيل : تمليك لما بعد الموت بطريق التبرع : تبيين الحقائق ١٨٢/٦ .

[٢] بداية المجتهد ٢٥٠/٢ .

[٣] المرجع السابق .

[٤] البحر الرائق ١٦٤/٦ ، مجمع الأنهر ٧٠٤/٢ .

[٥] روضة الطالبين ١١٦/٦ ، المجموع ٢٥٩/٩ .

[٦] منتهي الأرادات ٤٣٠/١ ، التنقيح المشبع ص ١٩٧ .

[٧] أحكام الوصية د / أنور دبور ص ١٠٠ وما بعدها .

أما عقود التبرعات التي لا يأخذ المعطي مقابلا لما أعطاه فلا يشترط فيها ذلك لا سيما إن كان غير معينا .

الثاني : وصية الفضولي لا تصح مطلقا ، قال بهذا المالكية [١] ، والحنابلة في الأصح [٢] ، والشافعي في الجديد [٣] .

مستندهم : أن وصية الفضولي لا تصح ، لأنه تبرع ممن لا ملك له ولا ولاية ولا نيابة ، فيكون باطلاً [٤] .

يناقش: لم لا يقال تصح وصيته وتوقف على الإجازة بدلاً من الحكم بالبطلان؟

المختار : بعد عرض القولين فقد أتضح لي رجحان القول بصحة وصية الفضولي وتكون موقوفة على الإجازة لتحقيقه مصالح شرعية معتبرة ولقوة ووجاهة هذا القول .

---

[١] الخرشي ١٦٨/٨ ، الشرح الكبير للدردير ٣٧٥/٤ ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الربـاني ٢٠٥/٢

[٢] الفروع ٣٦/٤ ، منتهى الارادات ٤٣٠/١ ، التنقيح المشبع ص ١٩٧ .

[٣] روضة الطالبين ١١٦/٦ وما بعدها ، المجموع ٢٦١/٩ .

[٤] الأنوار لأعمال الأبرار ٢٣/٢ .

المطلب الثالث

الوقف [١]

الوقف قربة جائزة بالاتفاق [٢]

اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي لما لغيره على قولين :

أحدهما : وقف الفضولي باطل سواء أجازه المالك بعد أم لا ، قال بهذا المالكية[٣] على المشهور والحنابلة [٤] والشافعي في الجديد [٥] .

الثاني : وقف الفضولي صحيح غير أنه يكون موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل . قال بهذا الحنفية [٦] وهو قول عند المالكية [٧] ورواية عن أحمد [٨]

الأدلـــــــة

- استدل أصحاب القول الأول بما استدلوا به في " حكم هبة الفضولي " [٩].
- استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بدليل المعقول ومنه :

---

[١] الوقف لغة الحبس ، وفي الاصطلاح : حبس العين عن التصرف فيها باي تصرف ناقل للملكيـة ، مع التصديق بمنفعتها على بعض الجهات أو الأفرادة الوصية وأحكامها د / أنـور دبـور ص ٢٧١ ، قانون العدل والإنصاف لقدري باشا . المادة الأولى .

[٢] رحمة الأمة ص ٣٥٤ .

[٣] الخرشي ٧٩/٧ ، حاشية الدسوقي ٤ ٨٧ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٣٣/٥ ، القـوانين الفقهية ص ٣٨٧ .

[٤] كشاف القناع ٢٧٩/٤

[٥] المجموع ٢٥٩/٩ .

[٦] البحر الرائق ٢٠٣/٥ ، أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩ ، الاسعاف في أحكـام الأوقـاف للطرابلسي ص ١٥ .

[٧] حاشية الدسوقي ٨٨/٤ ، الخرشي ٣١٠/٢ .

[٨] الإنصاف ١١/٧ وما بعدها ، المقنع ٣١٠/٢ .

[٩] أنظر المطلب الأول من هذا المبحث

أن الوقف كالبيع ، وأن الولاية بالنسبة لمن يوقف مال الغير شرط في النفاذ لا في الانعقاد وعدم توفر شرط من شروط النفاذ يترتب عليه عدم نفاذ العقد أي وقفه على الإجازة لا عدم انعقاده ومن ثم فإن وقف مال الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها [١] .

وهو المختار لوجاهته وواقعيته إذ يساهم في تيسير الإنفاق في وجوه البر ونواحي الخير وتلك مقاصد ومصالح شرعية معتبرة .

يضاف إلى ذلك : أن المالك له الخيرة في الإمضاء أو الرد فكان القول بوقف العقد إذا صدر من الفضولي أولي من القول ببطلانه بالكلية [٢] وإعمال الكلام أولى من إهماله .

---

[١] أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩ .

[٢] الوقف من الناحية الفقهية د . محمد سلام مدكور تحت عنوان : الوقف الصحيح الموقوف .

المبحث الثالث

أحكام الأسرة وفيه مطلبان

المطلب الأول

إنشاء عقد الزواج[١]

أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ومندوب إليه – في الجملة – [٢]

ولا خلاف يعلم بين الفقهاء على أن الأصل في العقد أن يتولاه شخصان أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول .

وأن عقد الزواج يصح بعبارة الشخص الواحد[٣] فيما لو كانت له ولاية .

- واختلفوا في حكم إنكاح الفضولي من غير ولاية أو نيابة على أربعة أقوال:
- **أحدها** : إنكاح الفضولي باطل لا تؤثر فيه إجازة الولي،قال بهذا الحنابلة[٤]والشافعي في الجديد [٥]
- **الثاني** : إنكاح الفضولي صحيح لكنه يتوقف على إجازة الولي فإن أجازه نفذ ، وإن ردّ بطل ، قاله أحمد في رواية عنه [٦] وأبو يوسف [٧] .

---

١) النكاح لغة : لاضم والجمع والاختلاط : المصباح المنير مادة " نكح " .
اصطلاحاً : عرفه الحنفية بأنه : ضم وجمع مخصوص : الاختيار ٨١/٣ والمالكية بأنه : عقد لحل تمتع بأنثي غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلاً : الشرح الصغير ٣٥/٢ .
و لشافعية بأنه : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته : الاقناع ٣٠/٤ .
والحنابلة بأنه : عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة : الروض المربع ٢٦٧/٢ .

٢) رحمة الأمة ص ٣٨٦ ، بداية المجتهد ٣/٢ .

٣) كجد كل من الزوجين : البدائع ١٣٣١/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٤ ، مغني المحتاج ١٦٣/٣ ، المغني ٤٤٥/٦ .

٤) الإنصاف ٦٧/٨ ، المغني ٢٨/٧ .

٥) الأم ١٢/٥ ، المجموع ٢٥٩/٩ ، مغني المحتاج ١٥/٢

٦) الإنصاف ٦٧/٨ ، المغني ٢٨/٧

٧) بدائع الصنائع ٣٣٤/٣ وما بعدها ، مجمع الأنهر ٣٤٣/١ ، رد المحتار ٩٧/٣

• **الثالث** : إذا كان المتولي لطرف النكاح شخصاً واحداً فضولياً ، وكان العقد باطلاً سواء تكلم بكلام واحد أو كلامين [١]، أما إذا لم يكن المتولي لطرفي النكاح فضولياً فيكون عقده موقوفاً على الإجازة سواء قبل فيه فضولي آخر أو أصيل أو وكيل ، قاله أبو حنيفة ومحمد بن الحسن [٢]

• **الرابع** : التفريق بين كون الولي مجبراً وبين كونه غير مجبر ، فإن كان الولي مجبراً لم يجز النكاح الواقع من الفضولي ولو أجازه الولي ، أما إذا لم يكن له الإجبار، فإما أن تكون المرأة المزوّجة ذات قدر ، أو دنيئة ، فإن كانت ذات قدر ، ما فسخه بالبين ولكنه أحب إليّ ، وقال ابن القاسم : له إجازة ذلك ، وردّه ما لم يبن بها الزوج ، وقال بعض فقهاء المالكية : إن دخل بها الزوج ، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين ، أو ولادة ولدين فأكثر ، لم يفسخ النكاح ، وإلا كان الولي مخيراً بين الفسخ والإمضاء ، وإن كانت دنيئة ، فعندهم في إنكاحه قولان :

أحدهما : أن النكاح ماض مطلقاً وهو المشهور في المذهب .

والثاني: أنها كذات القدر الشريفة، قاله المالكية على التفصيل المذكور[٣].

• توضيح : علم مما سلف أن الفضولي في عقد الزواج قد يمثل طرفاً واحداً من طرفي العقد كأن يتولى العقد عن الزوج مع الزوجة أو وكيلهما أو وليها مع فضولي آخر عنها ، أو أن يتولى العقد فضولي عن الزوجة مع الزوج أو وكيله أو وليه أو فضولي آخر عنه .

وقد يمثل الفضولي طرفي العقد كأن يكون من الجانبين ، أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب الآخر ، أو فضولياً من جانب ووليّاً من جانب آخر أو فضولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر .

---

[١] مثال ذلك : إذا كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين ، ولو كان أصيلاً أو وكيلاً أو وليّاً عن الطرف الآخر ، ما دام قد تولى العقد عن الطرفين : رد المحتار ٣/٩٧ .

[٢] حاشية ابن عابدين ٣/٩٧ ، بدائع الصنائع ٣/١٣٣٤ ، وما بعدها ، المبسوط ٥/١٥ .

[٣] الخرشي ٣/١٨٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/٤٢ ، فتاوي عليش ١/٣٩٥ ، ٤٠١ ، وانظر الموسوعة الفقهية ٣٢/١٧٤ وما بعدها.

إذا علم هذا : ففي حالة ما إذا كان الفضولي يمثل طرفاً واحداً من طرفي العقد، فإن أبا حنيفة محمد بن الحسن يريان أن العقد يكون منعقداً إلا أنه غير نافذ فلا تترتب عليه آثار الشرعية فعلاً إلا بإجازة من أقام الفضولي نفسه مقامه فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل [١] وقريب من هذا ما رآه أحمد في وراية عنه [٢] وأبو يوسف [٣] ، والمالكية فيما لو كان الولي غير مجبر وكانت المرأة دنيئة [٤] .

ومستندهم : أن تصرف الفضولي لا يختلف عن التصرفات الأخرى التي يباشرها كما في البيع والإجابرة ، فإنه تصح تصرفاته إذا أجازه المعقود له كما في الوكالة [٥] .

• إذا كان الفضولي يمثل طرفي العقد كأن يكون فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب آخر ، أو فضولياً من جانب ووليا من جانب آخر ، أو فضولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر :

• فالعقد باطل غير منعقد عند أبي حنيفة ومحمد وزخر [٦] والشافعي في الجديد [٧] والمالكية [٨] والحنابلة في إحدى الروايتين [٩]

• **ومستندهم** : أن الفضولي صار مملكاً ومملكاً وهذا لا يجوز كما أن عبارة العقاد الواحد سوي الإيجاب والعقد لا تحصل حقيقته إلا بالإيجاب والقبول فانتفي

---

[١] مجمع الأنهر ١٧٩/١ ، الفتاوي الخانية ٣٩٤/١ ، الفتاوي الخيرية ٢٧/١ .

[٢] الإنصاف ٦٨/٨ .

[٣] رد المحتار ٩٧/٣ ، بدائع الصنائع ١٣٣٤/٣ .

[٤] الخرشي ١٨٢/٣ ، وما بعدها ، فتاوي عليش ٣٩٥/١ ، ٤٠١

[٥] بدائع الصنائع ١٥١/٥ ، الهداية ٤٢٨/٢ .

[٦] مجمع الأنهر ٢٧٩/١ .

[٧] المجموع ٢٥٩/٩ وما بعدها ، مغني المحتاج ١٥/٢ .

[٨] الخرشي ١٨٢/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ .

[٩] الأنصاف ٦٧/٨ .

وجود القبول الذي هو ركن العقد [١] – بالاتفاق – ويمكن مناقشة ذلك – أي القول ببطلان العقد إذ تولاه واحد – بأن القول بأنه لا يقبل أن يكون الشخص طالباً ومطلوباً ، ومملكاً في آن واحد بأنه ثبت بالسنة والأثر صحة أن يكون العاقد واحداً فمن ذلك : –

١– ما روي عن أنس بن مالك – رضي الله عنه – أن رسول الله – ﷺ – " اعتق صفية – رضي الله عنها – وتزوجها وجعل عتقها صداقها " [٢] .

وجه الدلالة : أن رسول الله – ﷺ – تزوج صفية – رضي الله عنها – من نفسه ، وهذا يدل على صحة تولي الواحد طرفي العقد .

٢– ما روي عن عقبة بن عامر – رضي الله عنه – أن النبي – ﷺ – قال لرجل : " أترضي أن أزوجك فلانة ؟ قال : " نعم " فزوج أحدهما صاحبه [٣].

وجه الدلالة : دل الحديث على جواز تولي الشخص الواحد طرفي العقد .

٣– ما روي عن عبد الرحمن بن عوف – رضي الله عنه – أنه قال لأم حكيم بنت قارظ ((أتجعلين أمرك إلى)) قالت: " نعم " ، قال : فقد تزوجتك)) [٤]

وجه الدلالة : جواز تولي الواحد طرفي العقد .

ويمكن دفع المناقشة بأن هذه النصوص وما ماثلها إنما في " الوكالة " ، وليس فيما نحن بصدده فكان ما ذكر خارجاً عن محل النزاع .

المختار : وبعد عرض هذه الأقوال بأدلتها ومناقشتها فقد أتضح لي رجحان القول بصحة عقد الفضولي إذا كان يمثل طرفاً واحداً في العقد ولا ينفذ العقد ولا تترتب عليه آثار إلا إذا أجاز المعقود له ، أما إذا كان يمثل طرفي العقد فإنه لا يصح لعدم أمن المحاباة أو تحقيق منفعة ما له مما يؤدي إلى فقدان العقد مقاصده المعتبرة لطرفيه .

---

[١] الهداية ٢/٤٢٠ ، مجمع الأنهر ١/٢٧٩ .

[٢] البخاري – كتاب النكاح رقم ١٣ ، صحيح مسلم كتاب النكاح باب ٨٥ .

[٣] سنن أبي داود كتاب النكاح باب ٣١ .

[٤] المرجع السابق .

المطلب الثاني

طلاق [١] الفضولي وخلعه [٢]

اتفقوا على أن الطلاق حال استقامة الزوجين مكروه [٣] ، وأجمعوا على أن جد الطلاق وهزله سواء [٤] واختلفوا في طلاق الفضولي هل يقع أم لا ؟

من الفقهاء من يصح عندهم طلاق الفضولي وخلعه ، قياساً على ما سبق ، إذ كل عقد يقبل الإنابة [٥] – غالباً – ، حيث إن الشرع الحنيف أقر النيابة في الطلاق عن الزوج ، وفي الخلع لنفع الزوجة ، فإنه يمكن القول بأن الفضولي له ذلك ، ويكون طلاقه وخلعه موقوف على إجازة من له حق الإجازة [٦]

يمنع بعض الفقهاء طلاق الفضولي وخلعه لافتقار ذلك إلى نية وصدوره أصلاً ممن يملكه ، والفضولي ليس من أهل ذلك .

المختار : عدم صحة طلاق الفضولي وخلعه حفاظاً للأسر من الاضطراب والحياة الأسرية والزوجية من العبث لأن هذا الأمر يحتاط فيه فيما لا يحتاط في غيره.

---

[١] الطلاق شرعاً حل قيد النكاح : المغني ٧/٢٧٧ .

[٢] الخلع شرعاً : حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة : ابن عابدين ٢/٨٦ .

[٣] رحمة الأمة ٢/٤

[٤] الإجماع لابن المنذر ص ٨٠ م ٤٠٦ .

[٥] المجموع ٩ / ٢٨٢ .

[٦] فتح القدير ٥/٣١١ وما بعدها ، الخرشي على الخليل ٢/ ١٧٢ ، جامع الفضولين ١/٣٠٩ ، المجموع ٩ / ٢١٢ ، المغني ٦/٤٧٥ .

المبحث الرابع

عقود أخرى

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

صلح [١] الفضولي

- اتفق الفقهاء على جوازه على الإقرار [٢] .
- اتفق الفقهاء على جريان الصلح من الفضولي كجريانه ممن عليه الحق ، واختلفوا في ضمن ذلك إلى أقوال وصور وشروط كثيرة خلاصتها :
- إذا صالح وهو فضولي – بلا وكالة – عن دعوى واقعة بين شخصين فيكون الصلح صحيحاً موقوفاً على إجازة المصالح عنه ، فإن أجاز يصح الصلح ويلزمه بدله ، وإن لم يجز يبطل الصلح وتبقي الدعوى على حال [٣] هذا بشرط أن لا يضمن الفضولي بدل الصلح ، أو يضيفه إلى ماله ، أو يشير إليه ، أو يسلمه إلي العاقد الأخر الذي تصالح معه على ذلك البدل ، ففي هذه الأحوال يكون المصالح متبوعاً [٤]
- ولا خلاف بين الفقهاء – في الجملة – في ذلك [٥]

---

[١] الصلح لغة : قطع المنازعة : المصباح ، لسان العرب : مادة " صلح " .
شرعاً : معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين : الروض المربع ٢/٢٢٣ .

[٢] بداية المجتهد ٢/٢٢١ .

[٣] مجلة الأحكام العدلية المادة ١٥٤٤ .

[٤] جامع الفضولين ١/٣١٠ وما بعدها .

[٥] انظر :
مراجع الحنفية : تحفة الفقهاء ٣/٤٣٢ ، البحر الرائق ٧/٢٥٩ ، مجمع الأنهر ٢ / ٣١٤ ، تبيين الحقائق ٥/٤٠ ، رد المحتار ٤/٤٧٧ ، الفتاوي الخانية ٣/٨٦ وما بعدها ، درر الحكام لعلي حيدر ٤/١٩ وما بعدها ، شرح المجلة للأتاسي ٤/٥٤٣ ، بدائع الصنائع ٦/٥٢ الفتاوي البزازية ٦/٣٠
مراجع المالكية : المدونة ٤/٣٨٠ ، مواهب الجليل ٥/٨١

المطلب الثاني

إقراض الفضولي مال الغير

إذا قرض المستودع مال الوديعة دون إذن ، أو الشريك المضارب دون تفويض فهو فضولي فإن أجاز المودع صاحب المال أو الشريك مضي أو صح تصرفه ، وإن لم يجز ضمن الفضولي [1] .

ولا خلاف يعلم بين الفقهاء في هذا

مراجع الشافعية : نهاية المحتاج ٣٧٧/٤ وما بعدها ، أسنى المطالب ٢١٧/٢ روضة الطالبين ١٩٩/٤ وما بعدها ، المهذب ٣٤٠/١ .

مراجع الحنابلة : شرح منتهى الإرادات ٢٦٤/٢ ، كشاف القناع ٣٨٦/٣ ، المغني ٥٣١/٤ ، المبدع ٢٨٧/٤ .

[1] مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٩٢ .

المطلب الثالث

تصرفات أخرى

إذا قام الفضولي بتصرف فعلي كقبض الدين [١] ، ودفع الثمن واستلام البيع، وأخذ رهن ..... إلي غير ذلك من التصرفات الفعلية فهل تصح تلك التصرفات وتترتب عليها آثارها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

أحدهما : تدخل الفضولي في شؤون غيره الفعلية غير الصحيح ، قال بهذا أبو حنيفة [٢] وبعض المالكية [٣]

وبعض الشافعية [٤] والحنابلة [٥] .

مستندهم : القياس على الوكالة ، ذلك أن تصرفات الفضولي لا تنتج آثارها إلا إذا أقرها صاحب الشأن – عدا بعض الحالات – والإجازة تصرف في العقد فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه . فموضوع الإجازة هنا هو " عقد الفضولي ، وقد تعرض الفقهاء للحديث عليها حين قاموا ببحث العقود المختلفة – كالبيع والإجازة – وليس موضعها أو محلها التصرفات الفعلية [٦]

الثاني : الإجازة تلحق جميع التصرفات الفعلية كالقبض مثلا ، قال بهذا محمد بن الحسن [٧] وبعض المالكية [٨] وبعض الشافعية [٩] وبعض الحنابلة [١٠].

---

[١] مجلة الأحكام العدلية المادة ١٤٥٣ .

[٢] جامع الفصولين ٢٣٧/١ .

[٣] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٩٩/٢ .

[٤] المجموع ٩ / ٢٨٢ .

[٥] إعلام الموقعين ٤١٦/٤ .

[٦] الهداية ٥/ ٣١١ .

[٧] جامع الفصولين ٢٣٧/١ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٣ ، الدر المختار ٥٥٩/٢ .

[٨] المدونة ٥٤/١٤ ، الشرح الكبير ١٩٩/٢ .

[٩] المجموع ٢٨٢/٩ .

[١٠] المغني ٣٧٢/٦ .

مستندهم : عدم التفرقة بين التصرفات القولية والفعلية للفضولي فكلاهما يمكن أن يصح بالإجازة من صاحب الشأن [١].

المختار : من وجهة نظري – عدم التفرقة بين التصرفات القولية والفعلية للفضولي فحيث اشترط المجيزون في التصرفات القولية الإذن صراحة من صاحب الشأن لتحقيق " الإيجاب والقبول " وهما من أركان أي عقد ، فإن هذه الإجازة متى صحت وقبلت في القولية صحت في الفعلية ، والقول والمعطاة وما أشبه من أنماط الرضا والاختيار فإذا صدر من صاحب الشأن أصلاً صحت المعاملة – قولية أو فعلية – وإذا صدر من غيره بلا إذن سابق أو وكالة ثم أجازه صحت كذلك .

---

[١] درر الحكام ٢/٥٣١ وانظر :
نظرية الضمان للشيخ على الخفيف ص ٢٩ ، العقد الموقوف د /عبد الرازق فرج ص ١١٣ .

الفصل الثالث

آثار تصرفات الفضولي

وفيه مبحثان

المبحث الأول

آثار قبل الإجازة وبعدها

مضى وسبق القول رجحان اتجاه توقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن أو الحق فإن هذه الإجازة لها أثران :

أحدهما في بيع الفضولي : وذلك أنها تجعله نافذاً بعد أن كان موقوفاً ، والنفاذ يكون من وقت انعقاد العقد – خاصة في عقود المعاوضات التي لا تقبل التعليق على شرط غالباً – أي أن للإجازة أثر رجعي لذا فالمشتري يملك زوائد المبيع من وقت انعقاد النقد وعليه مصاريفه وتكلفته [١] [٢] .

الثاني في الفضولي نفسه : فإنها تجعله وكيلاً بذاك التصرف قبل إنشائه وكأن المجيز قد وكله فيه قبل مباشرته ولهذا يقول الفقهاء : " إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " [٣] وعليه تأخذ هذه الإجازة ما للوكالة من أحكام .

إذا علم هذا : أ) قبل صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً لا يظهر أي أثر للعقد ويكون العقد موقوفاً على الإجازة فإذا كان بيعاً لملك الغير لم يترتب عليه نقل الملكية إلى المشتري ونفس الشئ للهبة والوقف والصلح كذلك لو كان نكاحاً أو غير ذلك من شق وسائر العقود لا يترتب أي أثر من تبادل العين أو المنفعة بين طرفي العقد لعدم نفاذه .

ب) **بعد الإجازة** : فإن الفقهاء مع اتفاقهم على أن الإجازة تصرف إرادي من جانب واحد فلا حاجة لاتصال قبول بها ولا يمكن الرجوع فيها – غالباً –[٤].

---

١) البحر الرائق ٦/٢٦٥ .

٢) يكثر الفقهاء من ذكر " البيع " كمثال على تصرفات " الفضولي " .

٣) حاشية ابن القاسم ٤/٣٤٢ ، مغني المحتاج ٢/١٥ .

٤) احترازاً مما شرط فيه الرجوع كالخيار .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة التصرف " بمدة الإجازة " هل هو تصرف منشئ ؟ أم هو تصرف كاشف ؟

سبب الخلاف : القاعدة الفقهية " الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء " و " الإجازة " اللاحقة كالوكالة السابقة " [1].

فلو طبقت القاعدة على إطلاقها لأدي إلى أن التصرف " كاشف " إلا أن بعض التصرفات لا تتيح آثارها في الحال فيكون التصرف " منشئاً " .

وقد ذهب الحنفية : إلى أن بعض التصرفات التي يباشرها الفضولي تتيح آثارها من وقف العقد ويظهر ذلك في عقود المعاوضات كالبيع والإجازة وبعضها تتيح آثارها من وقف الإجازة .

التوضيح : الإجازة كاشفة للوجه ، وإنشاء من وجه أخر [2] .

* **مستندهم** : أن ما يصدر عن الفضولي إن صح تعليقه بشرط يقتصر على وقف إجازته من صاحب الشأن ، لأنه معلق في المعنى على حصول الإجازة ، فكان حكمه حكم المعلق صريحاً من ناحية وقوعه عند تحقق الشرط وذلك كالطلاق والعتق .

وأن ما لا يصح تعليقه بشرط إن صدر عن الفضولي يستند في وقت إنشائه إذا ما أجازه صاحب الشأن .

وتطبيقاً لذلك :

أ) طلاق الفضولي وعتقه ينفذ كل منهما بأثر حال من وقت الإجازة ولا يكون له أي أثر فيما بين إنشاء التصرف وتحقيق الإجازة لأن هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط فكأنها معلقة على شرط تحقق الإجازة ويبدأ وجودها من وقت الإجازة .

---

[1]) مغني المحتاج ٢/١٥ حاشية ابن القاسم ٤/٣٤٢ .

[2]) بدائع الصنائع ٥/٢٦٤ .

* أما في عقود المعاوضات فتنتج آثارها بأثر رجعي من وقت إنشاء العقد فيكون المعقود عليه متبادلاً بين طرفي العقد لعدم صحة تعليقه بالشرط بمعنى أن هذا التصرف تحقق كاملاً من وقت انعقاده [١] .

* وقريب من هذا ما ذكره المالكية إلا أنهم لم يضعوا ضابطاً للتفرقة بين كون الإجازة " كاشفة " أو " منشئة " [٢] .

* ومثل هذا ما قاله بعض الشافعية في القول القديم [٣] .

* أما الحنابلة – في الصور التي يرونها موقوفة على الإجازة [٤] – فإنهم يرون أن الإجازة كاشفة فتتيح آثارها من وقت العقد [٥]

المختار : ما يراه الحنفية لاتساقه واتفاقه مع القاعدتين الفقهيتين [٦] من جعل التصرف في كل عقد حسب طبيعته من :

قبول الأثر الرجعي فتكون الإجازة " كاشفة " .

عدم قبول الأثر الرجعي فتكون الإجازة " منشئة " .

---

[١] البحر الرائق ١٦٥/٦ الفتاوى الهندية ١١٢/٣ .

[٢] نص المالكية على ذلك صراحة مثل " طلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كبيعه إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع " : شرح الخرشي ١٢/٤ ، الشرح الكبير للدردير ١٢/٣ .

[٣] فتح العزيز ١٢٣/٨ ، المجموع ٢٨٤/٩ .

[٤] الإنصاف ٢٨٥/٤ : وسبق ذكرها في " تصرفات الفضولي " .

[٥] المرجع السابق .

[٦] سبق ذكرهما في " سبب الخلاف " .

المبحث الثاني

رفض الإجازة وآثارها

إذا حدث " رفض الإجازة "لتصرفات الفضولي فإن أموراً يجب معرفتها أهمها:

أولاً : كيفية صدور الرفض :

يكون ذلك برد التصرف الموقوف ممن له الحق شرعاً بالاصالة أو النيابة رداً صريحاً واضحاً بأي طريق من طرق التعبير يدل على عدم الرضا وهذا محل إتفاق بين الفقهاء [١] .

ثانياً : طبيعة الرفض :

اختلف الفقهاء في " طبيعة الرفض لتصرف الفضولي " هل يوصف " بالبطلان " أو " الفسخ " أو الرد " أو "الإلغاء " وذلك على أقوال : -

الأول : القول بالبطلان ، قاله بعض الحنفية [٢] والحنابلة [٣] .

الثاني : القول بالفسخ ، قاله بعض الحنفية [٤] والمالكية [٥] .

الثالث : بالإلغاء ، قاله بعض الشافعية [٦] .

الرابع : رد العقد ، قاله مالك [٧] .

• وأكثر الأقوال شيوعاً في استعمال الفقهاء " البطلان " و " الفسخ " : فالفقهاء الذين يرون هذا التصرف فاقداً لشروط الصحة للانعقاد أو النفاذ قالوا بالبطلان أي عدم الوجود الشرعي أصلاً لهذا التصرف .

---

[١] الدر المختار ١٤٨/٤ .

[٢] المبسوط ٦٥/١١ ، البدائع ١٤٨/٥ .

[٣] المغني ٢٠٥/٤ ، ٢٩٦ .

[٤] البحر الرائق ١٦١/٦ ، الهداية وفتح القدير ٣٠٩/٥ .

[٥] المدونة ٣٨/٤ ، ٥٦ .

[٦] المجموع ٢٨٢/٩ .

[٧] المدونة ٣٨/٤ ، شرح الخرشي ١٨/٥ .

والذين لاحظوا أنه لا محل قالوا بالفسخ .

وأيا كان الأمر " بطلان " أو " فسخ " فإن ما ينبغي العلم به : –

آثار الرفض :

١– بالنسبة للطرفين الأصليين يكون العقد مفسوخاً للخلل الذي أصاب (محل العقد) وهو (انعدامه شرعاً) .

٢– بالنسبة لصاحب الشأن فالعقد غير موجود بالنسبة له ، ولا التزام أو حق عليه .

٣– بالنسبة للفضولي إن كان (محل العقد) ليس بيده ، بل بيد صاحب الشأن ، فلا التزام عليه .وإن كان محل العقد بيده فإن كانت يده يد (أمانة) وهلك المعقود عليه فلا يضمن [١] .

وإن كانت يده يد (ضمان) وهلك المعقود عليه فيضمن [٢] .

- وإن كان محل العقد بيده ولم يهلك ولم يتلف فالمالك يسترده سواء من الفضولي أو من الطرف الآخر [٣] .
- وهناك صور وتفريعات بضيق المقام عن استقصائها [٤]

---

[١] كالوديعة .

[٢] كالمغصوب .

[٣] بداية المجتهد ٢٦٦/٢ .

[٤] منها ما يتعلق بالعين أو " الأرش – التعويض " والثمن ، والهلاك والتلف بيد الفضولي أو بيد الطرف الآخر ، ولمن أراد الرجوع إلى المراجع التالية :
مجمع الضمانات للبغدادي ص ٧٤ ، المبسوط ١١/ ٥٦ ، بدائع الصنائع ١٤٣/٧ ، شرح الخرشي ١٤٦/٦ ، الشرح الكبير ٤٥٧/٣ ، الأم ٢٢٠/٣ ، القواعد لابن رجب ص ٢٢٦ ، الإنصاف ١٧١/٦ .

الخاتمـــة

وبعـــد

فقد طوقت حول أهم ما تصرفات الفضولي وآثارها في " الفقه الإسلامي المقارن " والتي تصل بالحياة العملية للمكلفين لا سيما في قسم له قدره وخطره من أقسام " الفقه " وهو " المعاملات " في أبواب مهمة ، ومسائل عديدة .

فما كان من صواب – وهو ما تصبوا إليه نفسي فالفضل لله – وحده – وإن كانت الأخرى فحسبي أني بشر أخطئ وأصيب .

وآخر دعوانا " أن الحمد لله رب العالمين " وصلي الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن أتبعه.

خادم الشريعة الإسلامية

الشيخ / أحمد محمود كريمه

النتائج

١- التصرف شرعاً : ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج .

٢- الفضولي اصطلاحا : صدور تصرف ممن لا شأن له به وليس له ولاية إصداره .

٣- يرجح اتجاه إجازة تصرفات الفضولي من صاحب الشأن أو ممن له الحق وفق شروط معتبرة ومتى حصلت الإجازة صار الفضولي وكيلاً .

٤- الإجازة على حسب طبيعة العقد إما ناشئة أو كاشفة

٥- يصح بيع الفضولي ويوقف على إجازة المالك ، كذا شراؤه ، وإجازته ، وهبته ، ووصيته ، ووقفه ، وصلحه ، وإقراضه وتصرفاته القولية والفعلية سواء في الصحة وهي موقوفة على الإجازة .

٦- يصح عقد إنكاح الفضولي إذا كان يمثل طرفاً واحداً ولا يصح إذا كان يمثل الطرفين معاً .

٧- لا يجوز طلاق الفضولي ولا خلعه

٨- إذا حدث رفض الإجازة بطل العقد وليس على المالك حق أو التزام .

٩- يسترد المالك المعقود عليه ممن هو بيده .

١٠-يضمن الفضولي إن كانت يده يد (ضمان) ولا يضمن إن كانت يده يد " أمانة "

التوصيات

أوصي بالإعلام العلمي في المؤسسات العلمية والدعوية والإعلامية بأنواعه لأهمية موضوع البحث ، وشيوعه ، واتصاله بالحياة العملية للمكلفين .

ثبت المراجع

١- القرآن الكريم .

• كتب التفسير :

٢- أحكام القرآن للجصاص . طبعة دار إحياء التراث

٣- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي . طبعة دار المعرفة

• كتب السنة النبوية :

٤- صحيح البخاري . طبعة الأميرية

٥- صحيح مسلم . طبعة الحلبي

٦- فتح الباري لابن حجر . طبعة السلفية

٧- مسند أحمد . طبعة الميمنية

٨- نيل الأوطار للشوكاني . طبعة دار الحديث

• الفقه الحنفي :

٩- بدائع الصنائع للكاساني . طبعة دار الكتب العلمية

١٠- جامع الفصولين . طبعة أولي

١١- رد المحتار . طبعة أولي

١٢- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام . دون طبعة

• الفقه المالكي :

١٣ - بداية المجتهد لابن رشد طبعة الحلبي

١٤- شرح الخرشي طبعة أولي

١٥- الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي . طبعة الحلبي

١٦- مواهب الجليل . طبعة ليبيا

• الفقه الشافعي :

١٧- المجموع للنووي . طبعة مكتبة الجمهورية العربية

١٨- المهذب للشيرازي . طبعة

الحلبي

١٩- مغني المحتاج للرملي . طبعة الحلبي

• الفقه الحنبلي :

٢٠- إعلام الموقعين لابن القيم . طبعة دار الحديث

٢١- القواعد لابن رجب . طبعة

٢٢- الإنصاف للمرداوي . طبعة الرياض

٢٣- المغني لابن قدامة . طبعة دار الحديث

• الفقه الظاهري :

٢٤- المحلي لابن حزم . طبعة دار الكتب العلمية

• مؤلفات فقهية معاصرة :

٢٥- الفضالة د . عبد المجيد مطلوب .

• المدخل للفقه الإسلامي د / محمد الحسيني حنفي .

• المدخل للفقه الإسلامي د / محمد سلام مدكور .

• المدخل للفقه الإسلامي د / محمد مصطفي شلبي .

• مختصر المعاملات الشرعية الشيخ / على الخفيف

• العقد الموقوف د / محمد زكي عبد البر .

• الموسوعة الفقهية الكويتية مجلد ٣٢ .

• الملكية الشيخ / محمد أبو زهرة .

الفهرست

الموضوع	رقم الصفحة
• الافتتاحية	٣
• تمهيد	٦
المبحث الأول : التصرفات الشرعية وأنواعها	٦
المبحث الثاني : مفهوم الفضولي	٨
المطلب الأول : المعني اللغوي	٨
المطلب الثاني : المعني الاصطلاحي	٩
المطلب الثالث : ألفاظ ذات علاقة	١٠
الفصل الأول : الاتجاهات الفقهية لتصرفات الفضولي	١٢
المبحث الأول : الإجازة	١٢
المطلب الأول : إجازة تصرفاته بقيد رضا صاحب الحق وعدمه	١٢
المطلب الثاني : شروط الإجازة	١٣
المطلب الثالث : أصحاب الإجازة وأدلتهم	١٤
المبحث الثاني : البطلان	١٨
المبحث الثالث : الموازنة بين الإجازة والبطلان والاختيار	٢١
الفصل الثاني : تصرفات الفضولي القولية والفعلية	٢٥
المبحث الأول : عقود المعاملات	٢٥
المطلب الأول : بيع الفضولي	٢٥
المطلب الثاني : شراء الفضولي	٣١
المطلب الثالث : إجارة الفضولي	٣٨
المبحث الثاني : عقود التبرعات	٤٠
المطلب الأول : عقد الهبة	٤٠

المطلب الثاني : وصية الفضولي	٤٢
المطلب الثالث : الوقف	٤٤
المبحث الثالث : أحكام الأسرة	٤٦
المطلب الأول : عقد الزواج	٤٦
المطلب الثاني : طلاق الفضولي وخلعه	٥٠
المبحث الرابع : عقود أخري	٥١
المطلب الأول : صلح الفضولي	٥١
المطلب الثاني : إقراض الفضولي مال غيره	٥٢
المطلب الثالث : تصرفات أخري	٥٣
الفصل الثالث : آثار تصرفات الفضولي	٥٥
المبحث الأول : آثار ما قبل الإجازة وبعدها	٥٥
المبحث الثاني : رفض الإجازة وآثارها	٥٨
الخاتمة :	٦٠
النتائج :	٦١
التوصيات :	٦٢
ثبت المراجع :	٦٣
الفهرست	٦٥