

الباب الأول

الباب الأول

رجوع الموفى الحال على المدين بالدعوى الشخصية فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تمهيد وتقسيم :

متى توافرت الشروط السابقة ، سواء أكانت تلك الشروط المتطلبة فى الموفى عن المدين أم فى المدين نفسه ، كان للموفى الحق فى أن يحل محل الموفى له (الدائن) فى رجوعه على المدين الموفى عنه - بما وفاه ، ويكون رجوعه على المدين فى هذه الحالة بدعوى الحالول ، والتى سوف أتناول رجوعه بها فى الباب الثانى من هذه الدراسة ، وبجانب هذه الدعوى له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه بالدعوى الشخصية ، وهذه الدعوى ترتب للموفى حقاً شخصياً فى مواجهة المدين بغض النظر عن الأساس الذى تقوم عليه ، لأن الأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى ، يحدد بناءً على علاقة الموفى بالمدين وقت الوفاء بالدين ؛ فقد يكون الموفى كفيلاً للوفاء بدين المدين وفى هذه الحالة إذا قام الكفيل بالوفاء عن المدين بالدين المكفول ، كان له الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه بالدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة ، والمسماة بدعوى الكفالة ، إذا كانت هذه الكفالة قد تمت دون معارضة المدين ، وقد يكون وكيلًا عن المدين فى الوفاء بدينه ، وذلك إذا قام الموفى بأداء الدين بأمر المدين ، وفى هذه الحالة أيضاً يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه بناءً على الدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الوكالة ، وقد يكون فضولياً فى وفائه بدين المدين ؛ وذلك إذا لم يكن مأموراً بالوفاء بالدين من قبل المدين ، ولكنه قام بالوفاء به خوفاً على المدين من اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ الجبرى ضده ، فهو يقوم بمصلحة عاجلة للمدين سواء أكان ذلك بعلمه أم بغير علمه ، ولكن دون معارضته ، وفى هذه الحالة يرجع على المدين بناءً على الدعوى الشخصية المستندة إلى الفضالة ، وقد يقوم الموفى بالوفاء بالدين الواجب على المدين رغم معارضته لهذا الوفاء ، وفى هذه الحالة لا يبقى أمام الموفى إلا الرجوع على المدين بما وفاه عنه ، بناءً على

الدعوى الشخصية المستندة إلى دعوى الإثراء بلا سبب ، وعلى ذلك سوف أتناول هذا الباب فى أربعة فصول :

الفصل الأول : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين بدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثانى : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين بدعوى الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثالث : رجوع الموفى (الفضولى) على المدين بدعوى الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الرابع : رجوع الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الأول

الفصل الأول

رجوع الموفى (الكفيل) على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

تمهيد :

إذا تحمل الكفيل بالكفالة بأمر المدين ، سواء أدى الدين بأمره أو بغير أمره أو تحمل الكفيل بالكفالة دون أمر المدين ، ولكنه أدى الدين بأمره كان له أن يرجع على المدين بما دفعه عنه ، وفاءً لدينه الواجب فى ذمته ، وإذا كان الكفيل غير مدين بحسب الأصل للدائن المكفول له ، وإنما هو قد التزم بأداء دين غيره بمقتضى عقد الكفالة ، بغرض حصول هذا الغير على ما يحتاج إليه من أموال ، فإن رجوعه على المدين بما أداه عنه ، يكون بدعوى الكفالة الشخصية ، التى تستند فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على قيام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن تنفيذًا لعقد الكفالة المبرم بين الكفيل والدائن المكفول له ، وسوف أوضح ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

متى قام الموفى (الكفيل) بالوفاء بالدين المكفول للدائن المكفول له ، بموجب عقد الكفالة ، ولم يكن متبرعا ، كان له أن يرجع على المدين (المكفول عنه) بما وفاه ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية التى تستند إلى عقد الكفالة المبرم بين الكفيل والدائن المكفول له ^(١) . وسوف أتحدث بعون الله تعالى عن هذه الدعوى فى النقاط التالية :

^(١) تتعد الكفالة عند الحنفية وبعض الشافعية بإيجاب الكفيل وقبول المكفول له ، ابن عابدين : حاشيته ٤١٦/٥ وقد جاء فيها : " وركنها إيجاب ، وقبول " فلا تتم بالكفيل وحده مالم يقبل المكفول له أو أجنبى عنه فى المجلس " ولم يجعل الثانى " أى أبو يوسف ، وقوله الثانى أى قبوله ركننا " ط دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، الكاسانى : البدائع ٣/٦ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢/٢٠٠ . وعند المالكية تتعد الكفالة بإيجاب من الكفيل وحده ، وكذلك الحال عند بعض الشافعية والحنابلة ، وأبو يوسف من الحنفية ، والزيدية ، ويراجع فى ذلك : القرافى : الذخيرة ٩/٢٠١ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢/٢٠٠ ، ابن مفلح : المبدع ٤/٢٥٢ ، الكاسانى : البدائع ٣/٦ ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٥/٧٦ .

أما الظاهرية والإمامية فإنهم يشترطون لانعقاد عقد الكفالة رضا كل من الضامن والمضمون له ، ولا عبرة برضاء المضمون عنه ، لأنه ليس طرفا فى عقد الكفالة ، يراجع فى ذلك : ابن حزم : المحلى ٨/١١ ، الطوسى : المبسوط ٢/٣٢٣ .

(١) الحالات التي يرجع فيها الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بدعوى الكفالة .

(٢) شروط رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بدعوى الكفالة .

(٣) ما يرجع به الموفى (الكفيل) على المدين عنه بدعوى الكفالة .

وسأتعرض لكل نقطة من هذه النقاط بشئ من التفصيل :

أولا : الحالات التي يرجع فيها الموفى (الكفيل) على المدين المكفول بدعوى الكفالة :

إذا قام الموفى (الكفيل) بالوفاء بالدين المكفول ، فإنه يرجع على المدين المكفول عنه بدعوى

الكفالة في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا كان الموفى قد كفل ما على المدين من دين بأمره ، ووفى بهذا الدين

للدائن المكفول له بأمر المدين أيضا ، فإنه يحق له أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة^(١)

الحالة الثانية : إذا كان الموفى قد كفل ما في ذمة المدين من دين بأمره ، ولكنه وفى هذا

الدين بغير أمره ، ففي هذه الحالة يكون للموفى (الكفيل) أن يرجع على المدين المكفول

عنه بما وفاه بدعوى الكفالة ، لأن إذن المدين للموفى في الكفالة يتضمن إذنه في الأداء ؛

إذ الكفالة توجب على الكفيل الأداء ، فصار كما لو كان إذنه له في الأداء صريحا^(٢) .

الحالة الثالثة : إذا كان الموفى قد تحمل الكفالة عن المدين المكفول عنه بغير أمره ،

ولكنه أدى ما كفله من دين للمكفول له بأمر المدين ، فإنه يكون له أن يرجع على المدين

المكفول عنه بدعوى الكفالة ، لأنه أدى الدين بأمر المدين فصار كما لو كفل عنه بأمره^(٣)

(١) البابرتى : شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣٠٤/٦ ، الشربيني : مغنى المحتاج

٤٦٠/٤ وما بعدها ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥١/٥ وما بعدها ، المقدسى : الشرح

الكبير المغنى ٢٥٢/٥ .

(٢) شيخ زاده : مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الشيخ علاء الدين الإمام : الدر المنقى شرح الملتقى بهامش

مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الشيرازى : المهذب ٣٤٢/١ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير

٢٥٢/٥ وما بعدها ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٣) الشربيني : مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، الكهوجى : زاد المحتاج ٢٣٣/٢ ، ابن قدامة : المغنى مع

الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٣ .

ثانيا : شروط رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بدعوى الكفالة :
يشترط لرجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بدعوى الكفالة أن
تتوافر عدة شروط هى :

- (١) قيام الموفى الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن المكفول له .
 - (٢) حلول أجل الدين بالنسبة للمدين المكفول عنه .
 - (٣) أن تكون كفالة الموفى لدين المدين أو أداؤه عنه ، قد تم بأمر المدين المكفول
 - (٤) ألا يكون الموفى الكفيل متبرعا بأداء الدين المكفول عن المدين .
 - (٥) أن تكون كفالة الموفى لدين المدين قد تمت لمصلحته .
- وقد تناولت هذه الشروط بوجه عام ، أى سواء أكان الموفى كفيلا أم غير كفيل ، وذلك
عند الحديث عن شروط حلول الموفى محل الموفى له ، وبالتالي فلا داعى لتكرارها ^(١) .
- ثالثا : ما يرجع به الموفى الكفيل بمقتضى دعوى الكفالة :
- من المقرر أنه إذا قام الموفى الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن المكفول له ، كان له
حق الرجوع على المدين بما وفاه ، ولكن بماذا يرجع الموفى (الكفيل) على المدين بدعوى
الكفالة ؟

يتحدد ما يرجع به الموفى (الكفيل) على المدين بمقتضى دعوى الكفالة فى العناصر التالية :

أولا : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بما أداه عنه من دين .

ثانيا : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه بما تحمله من مصروفات فى
سبيل الوفاء بالدين .

ثالثا : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول عنه ، بالتعويض عما أصابه من ضرر
وسوف أتناول هذه العناصر بشئ من التفصيل .

أولا : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين المكفول بعد وفائه بالدين المكفول :

إذا قام الموفى (الكفيل) بأداء الدين المكفول للدائن المكفول له ، فبماذا يرجع على المدين
بمقتضى دعوى الكفالة ؟

اختلف الفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ويذهب أصحاب هذا القول إلى أن الموفى الكفيل إذا قام بالوفاء

(١) من ص ٤٩ إلى ص ١٢٨ من هذا البحث .

بالدين المكفول استنادا إلى عقد الكفالة ، كان له أن يرجع على المدين بمقتضى دعوى الكفالة بما كفل لا بما أدى ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) . وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الموفى الكفيل قد ملك بالأداء ما فى ذمة المدين المكفول ، فيصير كالدائن نفسه فيرجع بنفس الدين الذى كفله ، وذلك بشرط أن يقول له اقض فلانا كذا وهى على ^(٣) ومفاد ذلك أن يتم الوفاء بناءً على اتفاق بين الكفيل والمدين ، فإذا لم يكن هناك اتفاق لا تكون ثمة كفالة ، ويكون أداء الموفى بناءً على سبب غيرها .

القول الثانى : ويرى أصحابه أن الموفى الكفيل يرجع على المدين المكفول بموجب دعوى الكفالة بمثل ما أدى .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية فى حالة ما إذا كان الموفى الكفيل مأمورا بقضاء الدين من المدين ^(٤) والمالكية فى حالة ما إذا كان ما أداه الموفى

(١) ابن عابدين : حاشيته ٤٥٠/٥ وقد جاء فيها : " لملك الدين بالأداء فكان كالتطالب " أى يرجع بما ضمن لا بما أدى لأن رجوعه بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالتطالب نفسه فيرجع بنفس الدين ، الشيخ / علاء الدين الإمام : الدر المنقى شرح المنقى بهامش مجمع الأنهر ١٣٣/٢ وقد جاء فيه مانصه : " وإن كفل بأمره رجع الكفيل عليه أى على الأصيل بما كفل جيادا كان أو زيوفا فيرجع بما أدى إن أدى بما كفل ، وإلا فبما كفل إن أدى لملكه الدين بالأداء فكان كالتطالب وكما لو ملكه بهبة أو إرث ... ولا بد من قوله عنى أو على أنه على " ، الكاسانى : بدائع الصنائع ٢٢/٦ حيث يقول : " إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسره أو زيوفا ... ويرجع عليه بالصحاح الجياد لأنه بالأداء ملك ما فى ذمة الأصيل فيرجع بما كفل وهو الصحيح الجياد " .

(٢) السبكي : تكملة المجموع ٣٢/١٤ وقد جاء فيها : " إذا ضمن عن غيره ألف درهم ... وكانت هذه الألف مكسرة فدفع إليه أى الدائن ألفا صحاحا فى موضع يثبت له فيه الرجوع على المضمون عنه ، فإنه لا يرجع عليه بالصحاح لأنه تطوع بتسليمها ، فإنه يرجع بالمكسرة " ، والنووى : روضة الطالبين ٢٦٧/٤ .

(٣) البدائع ٢٢/٦ ، روضة الطالبين ٢٦٧/٤ .

(٤) الكاسانى : البدائع ٢٢/٦ حيث يقول : " وليس هذا المأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين ، لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر ، فيرجع عليه بما أقرضه " ، ابن عابدين : حاشيته ٤٥٠/٥ حيث يقول فيها : " وهذا بخلاف المأمور بقضاء أى الدين فإنه يرجع بما

الضامن للدائن من جنس الدين المكفول ^(١) والشافعية ^(٢) .

أدى ؛ لأنه لم يملك الدين بالأداء " ، شيخ زاده : مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، شرح فتح القدير : ٣٠٦/٦ ، الهداية بهامش شرح فتح القدير فى نفس الموضع .

^(١) شرح الخرشي ٢٦/٦ وقد جاء فيه : " ورجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع ، والمشهور أن الضامن كالمسلف ، فيرجع بمثل ما أدى سواء أكان مثلياً أو مقوماً ، ولا يرجع بقيمة المقوم حيث كان من جنس الدين " ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٧٥/٢ وقد جاء فيه : " ورجع الضامن على المدين (بما أدى) عنه (ولو مقوماً) لأنه كالمسلف يرجع بمثل ما أدى حتى فى المقوم لا بقيمته حيث كان من جنس الدين " ، وللمالكية تفصيل فى كيفية رجوع الكفيل على المدين بمقتضى دعوى الكفالة حاصله : أنه إذا كان حق رب الدين تجاه المدين مثلياً رجع الكفيل على المدين بمثل ما أدى للدائن ، إذا كان ما أداه مثلياً أى من جنس الدين ، وإن كان حق الدائن قبل المدين مقوماً ، فأدى الكفيل للدائن مثلاً المقوم الذى له على المدين ففي هذه الحالة يفرق بين أمرين : الأول إذا كان الكفيل قد اشترى المقوم الذى دفعه للدائن رجع على المدين بقيمة المقوم الذى دفعه أى بثمنه شريطة ألا تكون هناك زيادة فى ثمن الشئ المقوم الذى وفى الكفيل به الدين بسبب محاباة الكفيل للبائع ، وإلا لا يكون للكفيل الحق فى أن يرجع بهذه الزيادة على المدين ، والثانى : إذا كان الكفيل لم يشتر المقوم الذى وفى به الدائن بأن كان فى ملكه فإن الكفيل يرجع على المدين بمثل المقوم بشرط أن يكون المقوم الموفى به من جنس الدين المكفول ، وفى ذلك يقول الخرشي فى شرحه ج ٦ ص ٢٦ : " أن الضامن كالمسلف ، فيرجع بمثل ما أدى سواء أكان مثلياً أو مقوماً ، ولا يرجع بقيمة المقوم حيث كان من جنس الدين ، وقيل يخير المطلوب فى دفع مثل المقوم أو قيمته ، والخلاف ما لم يشتره ، أما إن اشتراه رجع بثمنه بلا خلاف ما لم يحاب ، وإلا فلا يرجع بالزيادة " ، وراجع فى ذلك أيضاً حاشيته الدسوقي ٣٣٥/٣ وما بعدها ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي فى نفس الموضع ، التسولى : البهجة شرح تحفة الحكام ٣٦٤/١ وما بعدها ، التادوى : حلى المعاصم بهامش البهجة للتسولى ٣٦٥/١ طبعة دار الفكر بيروت لبنان ١٤١٢هـ — ١٩٩١م .

^(٢) السبكي : تكملة المجموع ٣٢/١٤ وقد جاء فيها ما نصه : " إذا ضمن عن غيره ألف درهم ... وكانت هذه الألف مكسرة فدفع إليه أى إلى الدائن ألفاً صحاحاً فى موضع يثبت فيه الرجوع على المضمون عنه ، فإنه لا يرجع عليه أى على المدين بالصحيح ، لأنه تطوع بتسليمها ، وإنما يرجع بالمكسرة " .

والظاهرية ^(١) إذا قال المدين المكفول عنه للضامن الموفى اضمن ما لهذا على ، فإذا أدبت عنى فهو دين لك على ، والزيدية ^(٢) والإمامية إذا كان ما أداه الموفى الضامن من جنس الدين المكفول ، أو أفضل منه فى الصفة ^(٣) والإباضية ^(٤) وقد استدلوأ على ذلك بأن الموفى (الكفيل) كالمقرض للمدين ، فيرجع عليه بما أقرضه ، كما أنه لم يملك الدين بالأداء وبالتالي فلا يحق له أن يرجع بما كفل ، وإنما يرجع بما أدى ^(٥) .

القول الثالث : ويرى الذاهبون إليه أن الموفى الكفيل يرجع بمقتضى دعوى الكفالة على المدين بالأقل من المبلغين المؤدى أو المكفول ومن هذا القول : المالكية إذا كان المؤدى من غير جنس الدين المكفول ^(٦) وكذا الشافعية ^(٧) .

^(١) ابن حزم : المحلى ١١١/٨ وقد جاء فيه : " ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشئ مما ضمن عنه أصلا ... إلا فى وجه واحد وهو أن يقول الذى عليه الحق اضمن عنى ما لهذا على ، فإذا أدبت عنى فهو دين لك على فهنا يرجع عليه بما أدى عنه " .

^(٢) ابن المرتضى : البحر الزخار ٧٨/٥ وقد جاء فيه : " ولو ضمن بصحاح ودفع مكسرة أو العكس رجع بما دفع حيث له الرجوع " .

^(٣) الطوسى : المبسوط ٢٣١/٢ ، وقد جاء فيه : " فإن قضاءه بأفضل فى الصفة مثل أن يكون الحق قراضة الذهب ، فقضاه صحيحا رجع بالقراضة ؛ لأن متبرع بالزيادة " .

^(٤) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ٤٨٣/٩ وقد جاء فيه : " إذا أمر رب الدين الحميل (أن يعطيه لغيره ففعل) ما أمره به (غرم) الحميل (المحمول عنه) أى أدرك على المحمول عليه ، أى يعطيه ذلك الذى وقع " .

^(٥) راجع فى ذلك البدائع ٢٢/٦ ، الكفاية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣٠٦/٦ ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، المحلى ١١١/٨ ، العناية على الهداية ٣٠٦/٦ .

^(٦) الدسوقي : حاشيته ٣٣٥/٣ حيث يقول : " فإن كان أى ما وفاه الكفيل من غير جنسه أى من غير جنس الدين المكفول ، فإنه يرجع بالأقل من الدين ، وقيمة المقوم ، لأن الموفى الضامن يرجع بالمثل فى المقومات كما لو كان الدين خمسة محابيب ودفع الضامن خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب " .

^(٧) تكملة المجموع ٣٢/١٤ وقد جاء فيها : " وإن صالح الضامن المضمون له عن الألف على ثوب ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أن الضامن يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين الثوب أو الألف ، لأنه إن كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لأنه لم يغرم غير ذلك ، وإن كانت

والحنابلة ^(١) والإمامية إذا كان المؤدى من غير جنس الدين المكفول ^(٢) وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الكفيل يرجع بمقتضى دعوى الكفالة بالأقل من المبلغين المؤدى والمكفول ؛ لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا عليه ، وإن كان المؤدى أقل ، فإنه يرجع بما غرم ^(٣) وبعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ، يتبين أن الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من أنه يحق للموفى (الكفيل) أن يرجع على المدين المكفول بمثل ما أدى عنه ، وذلك لأن الموفى (الكفيل) كالمقرض للمدين بما وفاه عنه ، فيرجع عليه بما أقرضه .

ثانيا : رجوع الموفى (الكفيل) على المدين بما تحمله من مصروفات فى سبيل الوفاء بالدين المكفول :

بالإضافة إلى حق الموفى (الكفيل) فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه للدائن المكفول له ، فإنه يرجع عليه بما أنفقه من مصروفات فى سبيل الوفاء بالدين المكفول ؛ وذلك لأن الدين المكفول يجب على المدين بحسب الأصل الوفاء به ؛ إذ هو واجب فى ذمته ، ومن يجب عليه الوفاء بالدين تجب عليه مؤنة الوفاء ، وذلك باتفاق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية ^(٤) وعلى ذلك إذا قام الموفى (الكفيل) بالوفاء بالدين المكفول ، وأنفق فى سبيل

قيمة الثوب أكثر من الألف لم يرجع بما زاد على الألف لأنه متطوع بالزيادة عليه " ، روضة الطالبين ٢٦٧/٤ .

^(١) كشف القناع ٣٧٢/٣ وقد جاء فيه : " ويرجع الضامن وكل من أدى عن غيره ديناً واجبا بنية الرجوع حيث قلنا يرجع (بأقل الأمرين مما قضى به الدين) ... أو (قدر الدين) لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا عليه فهو متبرع بأدائه ، وإن كان المقضى أقل إنما يرجع بما غرم " الانصاف ٢٠٤/٥ ، المبدع شرح المقنع ٢٥٨/٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ .

^(٢) الطوسى : المبسوط ٣٣٠/٢ وما بعدها وقد جاء فيه : " فإن قضاءه بغير جنس الحق الذى ضمنه مثل أن يكون الحق دراهم أو دنائير فأعطاه ثوبا بدلها ، فإنه يرجع عليه بأقل الأمرين من قدر الحق ، وقيمة الثوب ، فإن كان الحق أقل فقد تبرع بالزيادة ، ولا يرجع بما تبرع به ، وإن كانت القيمة أقل مما غرم فلا يرجع عليه إلا بقدر القيمة " ، الكركى : جامع المقاصد ج ٥ ص ٣٣٠ ، الحلى : المختصر النافع ص ١٦٦

^(٣) حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ ، تكملة المجموع ٣٢/١٤ ، المبدع ٢٥٨/٤ ، جامع المقاصد ٣٣/٥ ، المبسوط للطوسى ٣٣٠/٢ وما بعدها .

^(٤) شرح فتح القدير ٤٩٥/٥ حيث يقول : " وأجرة النقد على من عليه الدين " ، مجمع الأنهر ٢٠/٢ ، البحر الرائق ٣٣٠/٥ ، بلغة السالك ٧٠/٢ ، حاشية الدسوقي ١٤٤/٣ ، نهاية المحتاج ١٠١/٤ ، المحلى ٨١/٩ وقد جاء فيه : " ومن كان الآخر عنده حق من بيع أو سلم أو غير ذلك من جميع الوجوه بكيل أو وزن أو ذرع فالوزن والكيل والذرع على الذى

ذلك نفقات تتعلق به كان له أن يرجع على المدين المكفول (الموفى له) بما وفاه ، وبما أنفقه أو تحمله من مؤن أو مصروفات في سبيل الوفاء بالدين ، خاصة إذا كانت كفالتة لهذا الدين بأمر المدين ، وكانت هذه المصروفات ضرورية ولازمة للوفاء بما كفله الموفى من دين عن المدين ، مثل مصروفات انتقال الموفى (الكفيل) من مكانه إلى مكان إقامة الدائن المكفول له حتى يتمكن من الوفاء بالدين المكفول ؛ وذلك لأن الموفى (الكفيل) يقوم مقام المدين في هذه المصروفات ، فهو يوفى عنه مصروفات تلزمه ، فكان له أن يرجع بها عليه وأيضا المصروفات التي ينفقها الموفى (الكفيل) في رجوعه على المدين لاستيفاء ما وفاه عنه ^(١) .

ثالثا : حق الموفى الكفيل في الرجوع بالتعويض على المدين الموفى عنه :

إذا أصاب الموفى الكفيل ضرر من جراء قيامه بالوفاء بالدين المكفول للدائن المكفول له كما لو تأخر المدين أو امتنع عن الوفاء بالدين ، فاضطر الموفى الكفيل إلى بيع أمواله بثمن بخس من أجل الوفاء بالدين الذي كفله ، أو قام المدين بإخفاء أموال له تكفى للوفاء بالدين الذي كفله الموفى بقصد إلحاق الضرر بالموفى الكفيل ، وإجباره على بيع بعض أمواله بثمن بخس ، حتى يتمكن من الوفاء بالدين المكفول ، فهل يحق للموفى الكفيل بأن يرجع على المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر أم لا ؟

من المقرر أن الفقه الإسلامي يجيز التعويض عن الضرر ، والدليل على ذلك : القاعدة الفقهية التي تقول " الضرر يزال " ^(٢) وقد استمد الفقهاء هذه القاعدة من الحديث النبوي الشريف الذي رواه عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار " ^(١) .

عليه الحق ، ومن كان عليه دنائير أو دراهم أو شيء بصفته من سلم أو صدق أو إجارة فالنقلية على الذي عليه الحق أيضا ، كشف القناع ٢٤٧/٣ ، البحر الزخار ٣٧٠/٣ ، مفتاح الكرامة ٧٠٧/٤ ، شرح كتاب النيل ٢٨٣/٨ ، ويقول الأستاذ / علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام تعليقا على المادة ٢٨٨ من المجلة : " وكذلك إذا كان الشخص مدينا لآخر بدين غير ثمن مبيع فأراد أداء الدين فأجرة تعداد هذا الدين ووزنه تلزم المدين "

^(١) الشيخ محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامي ص ٥٠٧ ، د/ عبد الفتاح مصطفى محمد : المرجع السابق ص ٣٧٢ ، د/ محمد يوسف : المرجع السابق ص ١٧٢ .

^(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٠٥ وما بعدها ط ١ المكتبة العصرية بيروت ١٤١٨ هـ ، ١٩٨٨ م ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٣ وما بعدها ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م .

فهذا الحديث الشريف يدل على تحريم الضرر والضرار ، والضرر هو أن تلحق الأذى بالغير ابتداءً أو جزاءً ، أى على سبيل المقابلة ^(٢) .

واختلف فى الفرق بين الضرر والضرار ، قيل الضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، وقيل الضرر أن يضر الرجل أخاه ، من غير أن يعود عليه نفع ، والضرار أن يضر الرجل أخاه ابتداءً ، وقيل هما بمعنى واحد ^(٣) .

فعبارة لا ضرر تعنى منع كل اعتداء أو كل إضرار بالغير بدون وجه حق ، كما أن عبارة لا ضرار تقوى ذلك المعنى وتؤكد ^(٤) سواء أكان إلحاق الضرر بالغير فيه نفع لمن أضر بذلك الغير أم لم يكن فيه نفع له ^(٥) وإذا كان الحديث الشريف ينهى عن الضرر ويمنعه ، وتأمّر القاعدة الفقهية بإزالته ، فإن أنسب الطرق لإزالته هى التعويض أو التغريم ، وبذلك يكون الضمان أو التضمن فى الاصطلاح الفقهى هو الحكم بالتعويض ، والتعويض يكون بأخذ المال ، سواء أكان الضرر الذى أصاب المضرور (الكفيل الموفى) ضرراً مالياً ، بأن أصابته خسارة مالية بسبب بيع أمواله بثمن بخس ، عندما أخفى المدين أمواله التى تكفى لسداد ما عليه من دين قد كفله الموفى عنه ، أم كان ذلك الضرر أدبياً ، بأن أصابه ضرر أدبى أو معنوى بسبب ما خسره من مال ^(٦) بتركه تجارته أو عمله مثلاً ، وقتاً طويلاً حتى يتمكن من بيع بعض أمواله وسداد ما كفله من دين المدين ، وذلك لأن

(١) الحديث رواه ابن ماجه : سننه ٧٨٤/٣ كتاب الأحكام باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ط دار الفكر ، وقال النووى حديث حسن رواه ابن ماجه ، والدرقطنى وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك مرسلاً فى الموطأ ، نصب الراية ٣٨٤/٤ ، ورواه الإمام مالك فى موطئه عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه كتاب الأقضية باب القضاء فى الموفق رقم ٣١ ج ٢ ص ٥٧١ ، وقال أ/محمد فؤاد عبد الباقي : " وصلة ابن ماجه عن عبادة ابن الصامت كتاب الأحكام - باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره .

(٢) ابن نجيم : المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٣) الحموى : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ج ١ ص ٧٤ ط ١ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م .

(٤) ابن نجيم : المرجع والموضع السابقين .

(٥) الحموى : المرجع والموضع السابقين .

(٦) أستاذى الأستاذ الدكتور/ عبد الله النجار : الضرر الأدبى ومدى ضمانه فى الفقه الإسلامى والقانون دراسة مقارنة ص ٥ الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠ م

النفي الذى يفيد النهى عن الضرر والضرار جاء فى الحديث الشريف عاما ، فيشمل كل أنواع الضرر وصوره ، ولما كان الضرر الأدبى أحد أنواع الضرر المنهى عنه ، فإنه يدخل فى نطاق التحريم ، الذى دل عليه النص النبوى الشريف ، وإذا كان محرما كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التى تعاضدت أدلة الشرع على جواز التعويض عنها ، وبالتالي يكون الحديث الشريف دالا ضمن ما يدل عليه على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ^(١) وتقدير قيمة التعويض تقديرا عادلا يرجع فيه إلى القاضى المتخصص بالفصل فى القضايا ، بما له من ولاية عامة ، فيستطيع بماله من تلك الولاية العامة من تحديد قدر التعويض الذى يتناسب مع مقدار الضرر .

ثانيا : رجوع الموفى الكفيل على المدين المكفول بالدعوى الشخصية ، المستندة إلى عقد الكفالة فى القانون المدنى :

إذا قام الموفى (الكفيل) بالوفاء بالدين المكفول ، كان له الحق فى الرجوع على المدين بملا وفاه عنه بدعوى شخصية ، تستند إلى عقد الكفالة ذاته ، وهذه الدعوى هى دعوى الكفالة التى يجوز للكفيل أن يرفعها باسمه مباشرة على المدين ^(٢) وقد نظم المشرع الوضعى الأحكام الخاصة بهذه الدعوى فى المواد (٧٩٨ ، ٨٠٠) مدنى ، وقد نصت المادة (٧٩٨) مدنى على أنه : " ١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطالان الدين أو انقضائه ٢- فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو انقضائه " ، كما نصت المادة (٨٠٠) مدنى على ما يلى : " ١- للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعمله أو بغير علمه ٢-

(١) أستاذى الدكتور : عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٣٦٣ .

(٢) يراجع فى هذا المعنى د/ عبد الخالق حسن أحمد : الكفالة دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى ص ١٧٦ طبعة ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ بدار الهدى بالقاهرة ، د/ محمود جمال الدين زكى : التأمينات الشخصية والعينية ط ٣ ١٩٧٩م بدار الشعب بالقاهرة ص ١٢٨ ، د/ سمير كامل : التأمينات الشخصية والعينية ط ١٩٩٩م بمطبعة النسر الذهبى بالقاهرة ص ٣٧ ، د/ محمد لبيب شنب : موجز فى شرح أحكام عقد الكفالة ط ١٩٩٧م ص ٦٠ ، د/ محمد على عمران : دروس فى التأمينات المدنية ج ١ القسم الأول التأمينات الشخصية - الكفالة ص ١٠١ ط ٢٠٠٠/٢٠٠١ م .

ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعة من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده ٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية ، عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

ومن خلال هذه النصوص يتضح أنها قد حددت شروط الرجوع بدعوى الكفالة ، وما يرجع على المدين بمقتضى هذه الدعوى .

وقبل أن أبين هاتين النقطتين ، أعرض أولاً لما أثير بصدد الأساس القانونى لدعوى الكفالة الشخصية .

أولاً : الأساس القانونى الذى يقوم عليه رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين :
اختلف الفقه القانونى فى تحديد أساس الدعوى الشخصية ، التى يرجع بها الكفيل على المدين ، استناداً إلى عقد الكفالة ، والمنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى وقد أسفر هذا الخلاف عن رأيين :

الرأى الأول : ويذهب القائلون به ، وهم أصحاب نظرية الفقه التقليدى ، إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل الموفى على المدين ، تؤسس إما على دعوى الوكالة أو الفضالة فهى تؤسس على دعوى الوكالة فى الحالات التى تكون الكفالة قد عقدت برضاء المدين ، وفى هذه الحالات يعتبر المدين كأنه وكل الكفيل فى الوفاء بدينه ، وتكون هذه الوكالة صريحة إذا كان رضاء المدين بالكفالة صريحاً ، وتكون ضمنية إذا كان رضاء المدين بالكفالة غير صريح ، ويكون الأمر كذلك متى علم المدين بالكفالة ولم يعترض عليها ، والوكيل هنا لا يعزل إلا بموافقة المدين والدائن ، لأن الوكالة تمت لمصلحتهما ، وتؤسس على دعوى الفضالة إذا عقدت الكفالة ، دون أن يعلم المدين بها أو رغم معارضته ، لأنه يقوم بشأن عاجل ، وهو الوفاء بدين واجب فى ذمة المدين ، ومستحق الأداء ، وعلى ذلك إذا قام الكفيل الموفى بأداء الدين للدائن ، فإن رجوعه على المدين ، إما أن يكون طبقاً لقواعد الوكالة ، كما يرجع الوكيل على موكله فى حالة رضائه الصريح أو الضمنى بالكفالة ، وإما على أساس قواعد الفضالة ، كما يرجع الفضولى على رب العمل ، فى حالة عدم علمه بقيام الكفالة أو رغم معارضته ، وقد أيد أصحاب هذه النظرية جانب من الفقه المصرى ^(١) .

(١) د/ السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ١٠ فى التأمينات الشخصية والعينية الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٤م ص ٢٠٢ وما بعدها ، د/ محمد كامل مرسى : الموجز فى التأمينات

الرأى الثانى : ويذهب القائلون به وهم غالبية الفقهاء المصريين إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل الموفى على المدين المكفول ، لا تؤسس على دعوى الوكالة ولا على دعوى الفضالة ، ولكنها تؤسس على دعوى مستقلة ، ومتميزة عن كل من هاتين الدعويتين ، وهى دعوى الكفالة المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى ، وهذه الدعوى يرجع بها الكفيل على المدين إذا تمت الكفالة دون معارضة المدين ، سواء أكانت بعلمه أو بغير علمه أما إذا عقدت رغم معارضته سقط حق الكفيل الموفى فى الرجوع على المدين بهذه الدعوى ، وإن كان له أن يرجع عليه بدعوى الحلول أو الإثراء بلا سبب ^(١) .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بأدلة تعتبر ردا على ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، وهذه الأدلة هى :

(أ) إن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول لا يتفق مع الواقع ، ولا مع المبادئ القانونية ، سواء بالنسبة لتأسيس رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة ، على الوكالة أو على الفضالة ، ذلك لأن الوكالة صريحة كانت أو ضمنية عقد يوكل به شخص آخر فى أن يقوم بعمل قانونى لحسابه ، وبالتالي فلا بد أن تظهر رغبة الموكل والوكيل فى قيام الوكالة ، ومن الصعب القول : إن المدين حينما طلب من الكفيل أن يقوم بكفالتة ، أو

ص ٦٢ ط ١٣٥٧هـ ١٩٣٦م مطبعة فتح الله إلياس بمصر ، د/ رمضان أبو السعود : التأمينات الشخصية والعينية ص ١٩٢ طبعة ١٩٩٥م منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ أحمد محمود سعد عقد الكفالة دراسة مقارنة ص ٤٨٤ وما بعدها الطبعة الأولى ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

^(١) يراجع فى هذا د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٢٨ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٠٢ ، د/ سمير تتاغو : التأمينات الشخصية والعينية ط ١٩٧٠م الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ص ١١٣ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٧٧ ، د/ سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى ج ٣ فى العقود المسماة - المجلد الثالث ط ١٩٩٤ ص ١٧٥ وما بعدها ، د/ صابر محمد سيد : رجوع الكفيل على المدين دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى ص ٥٥ وما بعدها ط ١٤١٨هـ ١٩٩٧م الناشر مطبعة الصفا والمروة بأسوط ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٥٤م ص ١٦٨ وما بعدها ، د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٤٨١ وما بعدها .

عندما علم بكفالاته ولم يعارض ، أراد أن يوكله فى الوفاء عنه بدينه ، لأن هذا العقد قلما يرد على خاطره .

(ب) وحتى لو سلمنا بقيام الوكالة صريحة كانت أو ضمنية بين المدين والكفيل لوجب أن نسلم بكل ما يترتب عليها من آثار ، ومن هذه الآثار حق المدين فى عزل الكفيل من الوكالة فى أى وقت يشاء مادة (٧١٥) ، وبذلك يمنعه من رفع الدعوى الشخصية المبينة عليها ، وحق الكفيل أن يتنازل عن الكفالة فى أى وقت يشاء متى أخطر الدائن بذلك مادة (٧١٦) وذلك لم يقل به أحد ، لأنه من المسلم به أنه متى تمت الكفالة ، فإنه لا يستطيع المدين أن يعزل الكفيل لأن المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة ، كما لا يجوز للكفيل أن يعزل نفسه ، لأنه ملزم بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين بمقتضى عقد الكفالة ، ومن ثم لا يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالوكالة على علاقة الكفيل بالمدين .

(ج) ولأنه لا يمكن القول بأن الكفيل يعد فضوليا لمجرد قيامه بالوفاء بالدين للدائن ، متى كانت الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين أو بدون علمه ، وذلك لأنه من شروط الفضالة أن يكون الأمر الذى يتولاه الفضولى لمصلحة رب العمل عاجلا مادة (١٨٨) مدنى بل إن صفة الاستعجال تعتبر من أهم شروط الفضالة ، ومن الصعب القول : إن قيام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عن المدين يعتبر أمرا عاجلا ، كما أنه من شروط الفضالة أن يقوم الفضولى بعمل لمصلحة غيره دون أن يكون ملزما بذلك العمل أصلا مادة ١٨٨ مدنى ، والكفيل يقوم بالوفاء بالدين عن المدين بناء على التزامه بهذا الوفاء بمقتضى عقد الكفالة^(١) (د) بالإضافة إلى أن القول بتأسيس الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل الموفى على المدين ، على الوكالة أو الفضالة ، يؤدى إلى

(١) يراجع فى هذا المعنى د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ١٦٩ وما بعدها ، د/ السيد عيد نايل : أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه ص ٤٩١ بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثانى السنة الثالثة والثلاثون يوليو ١٩٩١م وهذه المجلة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ط مطبعة عين شمس ١٩٩١ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٦ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها ، د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق ص ٤٨١ وما بعدها ، د/ محمد صابر سيد : المرجع السابق ص ٥٨ وما بعدها .

كثير من الخطأ والزلل فى نواح كثيرة منها :

(١) أن المادة ٨٠٠ مدنى ، حصرت العناصر التى يرجع بها الكفيل الموفى ، بناءً على الدعوى الشخصية التى يرفعها الكفيل باسمه ، وهى دعوى الكفالة فى ١- أصل الدين ٢- وفوائده ٣- والمصروفات ، ولم تذكر من بين هذه العناصر التعويضات التى قد يطلبها الكفيل ، لجبر ما قد يصيبه من ضرر بسبب قيامه بالوفاء بالدين المكفول بدلا عن المدين ، والغالب أن سكوت المشرع الوضعى عن ذكر التعويض كعنصر من العناصر التى يرجع بها الكفيل على المدين ، بموجب الدعوى الشخصية مقصودا ، ومع ذلك فلو قلنا إن الدعوى الشخصية ، ترجع فى أساسها إلى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، لوجب أن يعطى الكفيل الحق فى التعويضات ؛ لأن هذا الحق ثابت لكل من الوكيل مادة (٧١١) مدنى ، والفضولى مادة (١٩٥) مدنى ، ويكون ذلك على عكس مقصود المشرع الوضعى ، واجتهاد مع وجود النص وهو لا يجوز ، وذلك يؤكد أن الدعوى التى يرجع بها الكفيل الموفى للحصول على حقه الشخصى ، الذى ثبت له فى ذمة المدين بناءً على الوفاء بدينه هى دعوى الكفالة ، وليست دعوى الوكالة ولا الفضالة ، ويكون رجوع الكفيل الموفى بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب قيامه بالوفاء بالدين المكفول عن المدين طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة (٢٣١) مدنى ، وليس طبقا للقواعد التى تطبق فى رجوع الوكيل على الموكل مادة (٧١١) مدنى أو فى رجوع الفضولى على رب العمل مادة (١٩٥) مدنى ^(١) .

(٢) أن دعوى الفضالة تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم كل طرف بحقه ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم ، الذى ينشأ فيه هذا الحق فلو كانت الدعوى التى تحمى حق الكفيل فى رجوعه على المدين بحقه الشخصى ، الذى ثبت له فى ذمة المدين هى دعوى الفضالة ، لوجب القول بسقوطها بمضى ثلاث سنوات من يوم قيام الكفيل

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ١٦٨ ، د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٤٨٣ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٧٨ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ١١٣ ، د/ صابر محمد سيد : المرجع السابق ص ٥٩ وما بعدها ، وقد ذكر د/ السنهورى ذلك نقلا عن الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي راجع د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٥ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٧ .

بالوفاء بالدين للدائن ، وهذا مالا يقصده المشرع الوضعي ^(١) .

هذا : وقد رد الأستاذ الدكتور/ السنهوري ، وهو من أنصار الرأي الأول على ما استدل به أصحاب الرأي الثانى بما يلى :

(١) أنه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قد قصد عندما رضى بالكفالة أن يوكل الكفيل فى الوفاء بالدين ، ولا يستطيع عزله فى أى وقت يشاء ، كما لا يستطيع الكفيل أن ينزل عن الوكالة ؛ لأن الوكالة فى هذه الحالة ليست لصالح المدين وحده ، ولكن لمصلحة الغير أيضا وهو الدائن هنا ، وبالتالي فلا بد من رضائه حتى يتم عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة مادة ٢/٧١٥ ، مادة ٢/٧١٦ مدنى .

(٢) وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين ، وفى الدين فعلا ، فما المانع من القول : إنه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل الوفاء بالدين وقد استحق فى ذمة المدين ، لا يكون شأنا عاجلا يقوم به الكفيل ؟

(٣) كما أنه ليس هناك مانع من أن تتقدم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، متى كان أساسها دعوى الفضالة ، ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء الوفاء بالدين عن المدين ؟

(٤) علاوة على أنه ليست هناك أهمية عملية كبيرة تترتب على الأخذ بنظرية دعوى الكفالة ، دون نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ؛ لأن الحلول العملية واحدة فى كلا النظريتين ^(٢) .

وبعد عرض هذا الخلاف الفقهي حول الأساس القانوني الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل الموفى على المدين ، يبدو لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثانى القائل : إن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل ليست دعوى وكالة ولا دعوى فضالة ، بل هى دعوى مستقلة عن هاتين الدعويتين ، نص عليها القانون ، وبين

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ١٦٨ ، وقد ذكر ذلك د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٢٠٥ .

^(٢) يراجع فى ذلك د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٢٠٧ وما بعدها ، د/ صابر محمد سيد : المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٤٩٢ وما بعدها ، د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٤٨٣ وما بعدها .

أحكامها ونطاق تطبيقها ، وهذه الدعوى هي دعوى الكفالة ، وذلك فى المادة ٨٠٠ مدنى التى تعتبر المصدر المباشر لهذه الدعوى ، متى تمت الكفالة بدون معارضة المدين سواء عقدت بعلمه أو بغير علمه ، وهذه المادة قد أعطت للكفيل الحق فى الرجوع بالدعوى الشخصية لا باعتباره وكيلًا أو فضوليًا ، ولكن باعتباره كفيلًا ، ومن ثم لا يجوز الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة ، فى كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل الموفى على المدين بدعوى الكفالة :

لما كان رجوع الكفيل الموفى على المدين بدعوى الكفالة ، يحقق له مزايا أكثر من تلك التى يحصل عليها إذا رجع عليه بدعوى الحلول ، حتى ولو كان الدين مضمونا بتأمينات ، لذلك فإن القانون قد تشدد فى الشروط التى يلزم توافرها لرجوع الكفيل الموفى على المدين بدعوى الكفالة ^(١) .

وهذه الشروط هي :

- (١) أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن .
- (٢) أن يكون أجل الدين قد حل بالنسبة للمدين .
- (٣) ألا يكون الكفيل متبرعا بوفائه بالدين عن المدين .
- (٤) أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ، ولمصلحته .
- (٥) ألا يكون الكفيل قد قصر فى إخطار المدين قبل الوفاء بالدين فأصيب المدين بالضرر بسبب ذلك .

ولما كانت الشروط الثلاثة الأولى ، قد سبق بيانها عند الحديث عن شروط حلول الموفى محل الموفى له ، لذلك سوف أقصر هنا على بيان الشروط التى لم يسبق الحديث عنها ، والتى تتحدد فى كون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته ، وعدم تقصير الكفيل فى إخطار المدين بالوفاء بالدين قبل قيامه بالوفاء به .

وسأوضح هذين الشرطين تباعا :

(١) د/ أحمد سلامة : دروس فى التأمينات المدنية - الكتاب الأول - الكفالة ص ٧١ ط مطابع مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر الناشر مكتبة عين شمس بالقاهرة ، د/ توفيق فرج : التأمينات الشخصية والعينية ص ٦٩ طبعة ١٩٨٤ م .

١- كون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته :

إذا عارض المدين فى إبرام الكفيل للكفالة ، ومع ذلك لم يكثرث الدائن والكفيل بمعارضته ، وأقدا على إتمام عقد الكفالة ، فإنه لا يحق للكفيل فى هذه الحالة أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (١/٨٠٠) مدنى بقولها : " للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعلمه أم بغير علمه " إلا أنه قد يفهم من هذا النص أن رجوع الكفيل الموفى على المدين بدعوى الكفالة جائز ، حتى ولو عقدت الكفالة رغم معارضة المدين على أساس أنها عقدت فى هذه الحالة بعلمه ، ولكن هذا الفهم غير سليم ، لأن المشرع الوضعى لو أراد أن يعطى للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الكفالة رغم معارضة المدين فى إتمامها ، لنص على ذلك صراحة ، كما نص على جواز انعقاد الكفالة رغم معارضة المدين مادة (٧٧٥) مدنى ، وكما نص على جواز الوفاء بالدين رغم معارضة المدين مادة (٢/٣٢٣) مدنى) ، لأن الحكمة من إعطاء الكفيل الموفى الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الكفالة ، أنه قد أسدى خدمة للمدين ، ومن ثم فهو جدير برعاية خاصة وهو مالا يمكن تصوره لو عقدت الكفالة رغم معارضة المدين ، وعلى ذلك إذا عقدت الكفالة رغم معارضة المدين ، فلا يحق للكفيل أن يرجع عليه بدعوى الكفالة ، وإن كان يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى قواعد الإثراء بلا سبب ، أو بدعوى الحلول ^(٢) .

(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٦٠ ، د/ محمد لبيب شنب : دروس فى التأمينات العينية والشخصية ط ١٩٧٤م ص ٢٦٦ ، د/ صابر محمد سيد : المرجع السابق ص ٩٩ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٣٠ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ١١٥ ، د/ عبد الرازق حسن فرج : عقد الوكالة ط ١٩٧٤م ص ٧٢ ، د/ عبد الخالق حسن أحمد : المرجع السابق ص ١٨٠ ، د/ همام محمد محمود : التأمينات الشخصية والعينية ط ١٩٨٩م بدار المعرفة الجامعية الإسكندرية ص ١٣٢ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٩٠ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة : مذكرات فى التأمينات المدنية ج ٢ ص ٥٥ ط المطبعة العالمية بالقاهرة الناشر دار النهضة العربية ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٠ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٣٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها ، د/ محمد على =

ويجب أيضا أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ، وهذا الشرط لم ينص عليه القانون صراحة ، وذلك لأن صياغة نص المادة (١/٨٠٠) مدنى سالف الذكر لا تفيد هذا الشرط ، رغم أهميته لكونه يميز دعوى الكفالة عن الدعاوى الأخرى ، التى يجوز للكفيل الموفى أن يرجع بها على المدين الموفى عنه ، ولكن فقهاء القانون المدنى قد توصلوا إلى هذا الشرط عن طريق التحليل الواقعى للكفالة ، وعن طريق القواعد العامة ، وهذان الطريقتان يفيدان أن الكفالة تتعقد فى الغالب لمصلحة المدين وحده ، أو لمصلحته ومصلحة الدائن معا ، وفى هذه الحالة تحقق الكفالة اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه ، فيقبل على التعامل معه ، ويعطيه ما يحتاج إليه من أموال ، وأنها تتعقد فى القليل النادر لمصلحة الدائن وحده ، كما إذا عقدت بعد نشأة الدين ، ودون أن يحصل الكفيل من الدائن على أية ميزة للمدين كمنحه أجلا جديدا أو قرضا جديدا ، ومن ثم إذا كان القانون لم ينص على انعقاد الكفالة لمصلحة المدين فذلك لأنه افترض هذا الشرط ؛ إذ إنه يمثل الحالة الغالبة لانعقاد الكفالة ونص المادة (١/٨٠٠) ، قد وضع لهذه الحالة الغالبة ؛ لأنها تنطوى على مصلحة المدين ، وبناء على ذلك إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة المدين والدائن معا ، كان الكفيل جديرا برعاية خاصة ، وهى أنه يحق له أن يرجع على المدين المكفول بدعوى الكفالة حيث تعود عليه هذه الدعوى بحظ أو فى من غيرها من الدعاوى ، أما إذا انعقدت لمصلحة الدائن وحده ، فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة ، وإن كان يحق له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول ^(١) .

عمران : المرجع السابق ص ١٠٥ ، د/ محمد لبيب شنب : الموجز فى شرح أحكام عقد الكفالة ص ٦٠ وما بعدها

(١) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٥٥ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٦٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٢ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٠٥ ، د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق ص ٤٩٠ وما بعدها ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٥ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٩١ هامش رقم (٥) ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٦٧ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٣٩ وما بعدها .

٢- ألا يكون الكفيل قد قصر فى إخطار المدين قبل الوفاء بالدين ، فأصيب المدين بضرر بسبب ذلك :

نصت المادة (٧٩٨) مدنى على هذا الشرط بقولها : " ١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه ٢- فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين ، أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه "

ومن خلال هذا النص يتضح أن هذا الشرط هو أهم الشروط التى يجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية (الكفالة) ؛ إذ يعتبر توافر هذا الشرط مبررا لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ؛ لأن الكفيل يرجع على المدين بما وفاه عنه ، طالما أن هذا الوفاء قد ترتب عليه إبراء ذمة المدين ، فإذا لم يترتب على هذا الوفاء إبراء لذمة المدين ، لأن ذمته قد أبرأت بسبب آخر ، غير أداء الكفيل عنه فلا يكون للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، لأن جواز ذلك يترتب عليه أن يكون وفاء الكفيل ضارا بالمدين ، مع أن الكفالة قد شرعت لمصلحته ، لذلك أوجب القانون المدنى فى المادة (٧٩٨) سالفه الذكر ، على الكفيل أن يقوم بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين ، وألزم المدين أن يعترض على هذا الإخطار فى وقت مناسب أو معقول ^(١) ولتوضيح ذلك يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : إخطار الكفيل للمدين قبل وفائه بالدين المكفول .

الفرض الثانى : عدم قيام الكفيل بإخطار المدين قبل وفائه بالدين المكفول .

وسأبين كل فرض على حدة بشئ من التفصيل :

أولا : إخطار الكفيل للمدين قبل وفائه بالدين :

أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بالوفاء بالدين ، سواء أكان قيامه

^(١) د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٦ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٦١ ،

د/ أحمد سلامة : المرجع السابق دروس فى التأمينات ص ١٦٩ ، د/ همام محمود : المرجع

السابق ص ١٣٥ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٧٣ ، د/ السنهورى : المرجع

السابق ص ٢١٠ وما بعدها ، د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٤٩٧ .

بالوفاء بالدين من تلقاء نفسه ، أم بسبب مطالبة الدائن له بالدين مطالبة قضائية ، وذلك خوفاً من أن يكون المدين قد قام بالوفاء بالدين قبل أن يوفيه الكفيل ، ومن ثم ينقضى الدين ، ويكون الوفاء الصادر من الكفيل ليست له فائدة ، أو خشية من احتمال قيام المدين بالوفاء بالدين مرة أخرى ، بعد قيام الكفيل بالوفاء به من غير أن يخطر المدين ، وأكثر من ذلك قد يكون لدى المدين وقت استحقاق الدين ، ما يؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه ، وبالتالي إذا قام الكفيل بما ألزمه به القانون ، بأن أخطر المدين بأنه سيقوم بالوفاء بالدين للدائن قبل حصول الوفاء ، فإنه ينشأ على المدين التزام آخر ، وهذا الالتزام هو وجوب الاعتراض من المدين على عزم الكفيل بالوفاء بالدين للدائن ، وكون هذا الاعتراض فى وقت مناسب يقدره القاضى ، ويكون للمدين هذا الاعتراض ، إذا كان قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين أو بطلانه ، وإذا تم إخطار الكفيل للمدين بعزمه على القيام بالوفاء قبل حصوله ، واعتراض المدين على عزم الكفيل بالوفاء بالدين ، وأخطر الكفيل بهذا الاعتراض فى وقت معقول ، فإنه يجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء بالدين للدائن ، وإذا كان الدائن قد باشر إجراءات دعوى المطالبة بالدين ضد الكفيل ، فإنه يجب على الكفيل أن يدخل المدين خصماً فى هذه الدعوى ، ليتمكن من إبداء ما لديه من دفوع فى مواجهة الدائن ، أما إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين رغم اعتراض المدين على قيامه بالوفاء فى وقت معقول ، فإنه لا يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه بالدعوى الشخصية ، فإذا لم يعترض المدين على عزم الكفيل بالوفاء بالدين فى وقت مناسب بعد إخطاره ، كان للكفيل أن يرجع عليه بما وفاه بدعوى الكفالة ، حتى ولو كان المدين قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب يمكن أن تؤثر فى وجود الدين وصحته ، لأن المدين فى هذه الحالة يعتبر مقصراً ، فى عدم معارضته لقيام الكفيل بالوفاء فى وقت معقول ، وبالتالي يجب أن يتحمل مغبة تقصيره وإهماله ^(١) .

(١) د/ أحمد سلامة : مذكرات فى التأمينات المدنية ج ٢ ص ٥٦ ، ٥٧ ، د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٤٩٧ وما بعدها ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٣١ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ٢١١ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٠٤ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٢ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٧٣ .

ثانيا : عدم قيام الكفيل بإخطار المدين قبل وفائه بالدين المكفول :

إذا لم يتم الكفيل بإخطار المدين بأنه سيقوم بالوفاء بالدين ، قبل قيامه بذلك فإنه يكون مقصرا ، لعدم قيامه بما فرضه عليه القانون ، وبالتالي يقع وفاؤه للدين فى هذه الحالة على مسؤوليته ، ومن ثم إذا اتضح أن المدين كان قد وفى الدين ، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب يمكن أن يستند إليها فى بطلان الدين أو انقضائه ، سقط حق الكفيل فى الرجوع على المدين بكل ما وفاه ، إن كان المدين قد وفى كل الدين أو كان دفعه متعلق بكل الدين ، وببعض ما وفاه ، إذا كان الدفع الذى أبداه الدين خاص بجزء من الدين ، كأن يدفع المدين بأنه قد وفى بجزء من الدين ، الذى فى ذمته للدائن ، وسقوط حق الكفيل فى الرجوع بما وفاه بالدعوى الشخصية على المدين مشروط بحدوث ضرر للمدين ، بسبب عدم إخطار الكفيل له بالوفاء بالدين قبل حصوله ، ويتحقق الضرر بالمدين بسبب عدم إخطار الكفيل له قبل وفائه بالدين ، إذا كان لدى هذا المدين سبب للاعتراض على الوفاء الحاصل من الكفيل ، كما إذا كان المدين قد قام بالوفاء بالدين قبل قيام الكفيل بالوفاء به ، أو كان لدى المدين أسباب تقضى ببطلان الدين أو انقضائه ، أما إذا لم يصب المدين بالضرر بسبب عدم إخطار الكفيل له قبل قيامه بالوفاء بالدين ، كان للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة ذاته ، ولا يتطلب المشرع الوضعى فى إخطار الكفيل والاعتراض عليه من المدين شكلا معيناً ، فيمكن تحقيقهما بورقة رسمية كإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل ، كما يجوز أن يكون شفاهة ، ويقع عبء إثبات حصول الإخطار على الكفيل ، وحصول الاعتراض على المدين ^(١) .

(١) د/ السنهاورى : المرجع السابق ص ٢١٢ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٥٧ ، د/ همام محمود : المرجع السابق ص ١٣٧ ، أحمد محمود سعد : المرجع السابق ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٦١ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٧ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ٨٤ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٤١ .

ثالثا : ما يرجع به الكفيل الموفى بدعوى الكفالة :

متى توافرت شروط رجوع الكفيل الموفى على المدين المكفول عنه ، بدعوى الكفالة ، كان له أن يرجع بما حددته المادة (٣٠٢/٨٠٠) مدنى بقولها : " ٢- يرجع أى الكفيل بأصل الدين ، وبالفوائد ، والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده ٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع " ، وطبقا لهذا النص ، يحق للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة بعدة عناصر هى :

(١) أصل الدين المكفول وفوائده .

(٢) المصروفات التى دفعها الكفيل من وقت إخبار المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده .

(٣) الفوائد .

(٤) بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى تجاوزت قيمة الفوائد القانونية ، وذلك طبقا لما تقضى به القواعد العامة .

وبيان هذه العناصر يكون على الوجه التالى :

أولا : رجوع الكفيل الموفى بأصل الدين المكفول وفوائده :

أ- أصل الدين :

ويقصد به جميع المبالغ التى وفاها الكفيل ، والتى كانت مستحقة للدائن ، وشاغلة لزمة المدين ، وعلى ذلك لو وفى الكفيل جزءاً من مبلغ الدين الذى كان يشغل ذمة المدين ، لم يكن له أن يرجع على المدين إلا بما وفاه ، وكذلك أيضا لو وفى الكفيل للدائن أكثر من مبلغ الدين الواجب فى ذمة المدين ، لا يكون له أن يرجع إلا بما وفاه ؛ لأنه متبرع بالزيادة^(١) وأصل الدين يشمل الفوائد التى استحققت عنه حتى يوم الوفاء بالدين ، سواء

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧١ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص

١٠٦ ، د/ أحمد سلامة : مذكرات فى التأمينات المدنية ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها ، د/ سمير تناعو

: المرجع السابق ص ١١٧ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٢ ، د/ السنهورى : المرجع

السابق ص ٢١٤ وما بعدها ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٥٢٧ ، د/ همام محمود :

المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٤١ .

أكانت فوائده قانونية أم اتفاقية ، طالما كانت هذه الفوائد داخلة ضمن الدين المكفول . ويشمل أصل الدين أيضا المصروفات التي تكبدها الدائن في مطالبة المدين ، واضطر الكفيل إلى دفعها للدائن ^(٢) وهذه المصروفات نصت عليها المادة (٧٨١) مدنى بقولها : " إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل " ، ويتضح من هذا النص أن المقنن المدنى قد ميز بين مصروفات المطالبة الأولى وبين المصروفات اللاحقة على المطالبة الأولى ، وذلك على النحو التالى :

١- مصروفات المطالبة الأولى :

ويقصد بها المصروفات اللازمة لمطالبة المدين بالدين ، كنفقات التتبيه على المدين بالوفاء بالدين ، ونفقات رفع الدعوى عليه ، والسبب فى تحمل الكفيل بهذه المصروفات أن المشرع الوضعى أوجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين ، قبل أن يرجع على الكفيل مادة (١/٧٨٨) مدنى ، لذلك فمن البديهي أن يلتزم الكفيل بهذه المصروفات ، دون تعليق التزامه بها على إخطاره السابق على إنفاقها ^(١) .

٢- المصروفات اللاحقة على المطالبة الأولى ، وإلى حين استيفاء الدائن لحقه :

وهذه المصروفات لا يلزم بها الكفيل إلا بعد أن يخطره الدائن بالإجراءات التى اتخذها ضد المدين ، والعلة فى ذلك ، أن الكفيل بإخطاره بإجراءات المطالبة الأولى للمدين ، وعدم قيام المدين بالوفاء بالدين ، قد يبادر هو بالوفاء بالدين المكفول عن المدين ، فيوفر المصروفات والإجراءات ، ولذلك إذا لم يخطر الدائن الكفيل بالإجراءات التى اتخذها ضد المدين فإنه يكون مقصرا ، ويتحمل مغبة تقصيره ، بعدم تحمل الكفيل لهذه المصروفات ، أما إذا قام الدائن بإخطار الكفيل بالإجراءات التى اتخذها ضد

(١) د/ همام محمود : المرجع السابق ص ٧٨ ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق

ص ٦٦ ، د/سمير تنافو : المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها ، د/ أحمد سعد :

المرجع السابق ص ٢١٤ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٣٥ وما بعدها ،

د/سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٣

المدين ، ومع ذلك لم يف الكفيل بالدين ، فإنه يكون ممتنعا عن الوفاء وبالتالي يكون مسئولا عن المصروفات التى ينفقها الدائن بعد إخطاره الكفيل ^(١) .

ثانيا : الفوائد القانونية (الربوية) :

وهذه الفوائد هى التى يستحقها الكفيل عن كل ما قام بدفعه للدائن ابتداء من يوم الدفع ، وقد نصت المادة (٨٠٠) مدنى فى فقرتها الثالثة فى هذا الصدد على أنه : " يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " ، وذلك يعد خروجاً على القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية ، لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (مادة ٢٢٦ مدنى) وبناء على ذلك ، يكون المشرع الوضعى قد سوى بين الكفيل والوكيل ، حيث إن هذا الأخير يستحق فوائد على ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة من وقت الإنفاق .

ثالثا : المصروفات :

ويقصد بهذه المصروفات ما ينفقه الدائن فى مطالبة الكفيل ، كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ، وما ينفقه الكفيل فى مطالبة المدين ، وأيضا ما ينفقه الكفيل فى سبيل الوفاء بالدين المكفول ، كمصروفات إرشاد الدائن إلى أموال المدين عندما يدفع بالتجريد ، ومصروفات العرض الحقيقى والإيداع ، إذا لجأ الكفيل إلى ذلك ، ومصروفات الدعوى التى يرفعها الدائن على الكفيل ، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، وطبقا لنص الفقرة الثانية من المادة (٨٠٠) مدنى ، لا يرجع الكفيل بشئ من هذه المصروفات متى دفعها إلا من وقت إخباره المدين بالأصلى بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده ، أما إذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده ، فإنه يتحمل المصروفات التى تتفق منه ، أو من الدائن من الوقت الذى كان يجب عليه أن يخطر فيه المدين ، بما اتخذته الدائن ضده من إجراءات ؛ لأن الكفيل فى هذه الحالة يعد مقصرا ، فيتحمل نتيجة تقصيره ، وإذا كان الأصل هو عدم تحمل المدين بشئ من هذه المصروفات ، إلا ما أنفق منها بعد

(١) د/ أحمد سعد : المرجع السابق ص ٢١٣ ، د/ همام محمود : المرجع السابق ص ٧٩ ، د/ سمير

تتاغو : المرجع السابق ص ٥٣ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٣٦ ، د/ السنهورى :

المرجع السابق ص ٨٤ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٣ ، د/ عبد الرزق فرج :

المرجع السابق ص ٢٨

إخطاره ، فإنه يستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه على الكفيل بالوفاء ، ومصروفات رفع الدعوى عليه من قبل الدائن ؛ لأن هذه المصروفات لا يعلم بها الكفيل إلا بعد إنفاقها ، فلا يتمكن من إخطار المدين بها مقدماً ^(١) .

رابعاً : التعويض عن الأضرار التي قد تجاوز قيمة الفوائد القانونية :

إذا جاوزت الأضرار التي قد تصيب الكفيل ، من جراء قيامه بالوفاء بالدين المكفول عن المدين قيمة الفوائد القانونية ، التي يلتزم المدين بدفعها للكفيل على سبيل التعويض ؛ وذلك كما إذا اضطر الكفيل إلى بيع أمواله بثمن بخس ، أو تعطلت أعماله بسبب قيامه بدفع جزء كبير من أمواله للدائن ، فمضى بخسارة كبيرة ، فهل يحق له أن يرجع على المدين بالتعويض عن هذه الأضرار التي قد تصيبه بسبب الوفاء بالدين ، وجاوزت قيمة الفوائد القانونية أم لا ؟

للإجابة على هذا التساؤل نجد أن المادة (٨٠٠) مدنى لم تنص على إعطاء الكفيل الحق فى الرجوع على المدين بالتعويض عن الأضرار ، التي أصابت الكفيل بسبب الوفاء بالدين ، وزادت عن قيمة الفوائد القانونية التي حصل الكفيل عليها من المدين ، ومع ذلك فقد كانت المادة (١١٥٣) مكرر من المشروع التمهيدى للقانون المدنى (وهى المقابلة للمادة ٨٠٠ مدنى) تنص فى فقرتها الرابعة على أنه : " ولكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض " وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة إكتفاء بالقواعد العامة مما يدل على أن المشرع الوضعى أراد أن يترك الحكم فى هذه الحالة للقواعد العامة ^(٢) وإزاء ذلك اختلف الفقه القانونى حول مدى حق الكفيل فى الرجوع على المدين بالتعويض عن الأضرار التي أصابته ، بسبب الوفاء بالدين المكفول عن المدين ، والتي تجاوز قيمة الفوائد القانونية ، وقد أسفر هذا الخلاف عن ثلاثة اتجاهات :

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٢ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٩٨ وما بعدها ، د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٤٢ ، د/ همام محمود : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق ص ٥٠٢ وما بعدها ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٥٤٧ .

الاتجاه الأول : ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه لا يحق للكفيل أن يرجع بالتعويض فى هذه الحالة ؛ لأنه لو أراد المشرع الوضعى أن يمنح الكفيل الحق فى مطالبة المدين بالتعويض ، الذى يزيد عن الفوائد القانونية لنص على ذلك فى المادة (٨٠٠) مدنى ؛ لأن هذه المادة هى التى حددت ما يرجع به الكفيل الموفى بالدعوى الشخصية على المدين ، مما يؤكد أن المشرع الوضعى قصد عدم إعطاء هذا الحق للكفيل ، وإذا كان المشرع الوضعى قد ترك هذا الأمر للقواعد العامة ، فمن وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه أن القواعد العامة لا تجيز للكفيل الرجوع على المدين بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء الوفاء بالدين المكفول ، وزادت على الفوائد القانونية ، إلا إذا أثبت الكفيل أن هذه الأضرار أصابته بسبب خطأ المدين ^(١) ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه أهمل إعمال نص المادة (٢٣١) مدنى ، الذى تضمن القاعدة العامة فى التعويض التكميلى فى حالة حدوث ضرر للدائن يجاوز مقدار الفوائد ^(٢) .

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويض ، عما أصابه من ضرر ، جاوز قيمة الفوائد القانونية ، حتى ولو كان هذا الضرر قد أصاب الكفيل بدون خطأ من المدين ، أى سواء أكان المدين حسن النية أم سيئها ، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالقياس على القواعد العامة التى طبقت فى رجوع الوكيل على الموكل ، والفضولى على رب العمل ، وهذه القواعد نصت عليها المادة (٧١١) مدنى بقولها : " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه ، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " ، والمادة (١٩٥) مدنى التى تعطى للفضولى الحق فى الرجوع على رب العمل بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب قيامه بالعمل ،

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٣٤ ، د/ محمد على إمام : التأمينات

الشخصية والعينية ص ١٤٣ الناشر سيد عبد الله وهبة ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع

السابق ص ١٧٩ وما بعدها .

(٢) د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٥٣٦ .

وقد نصت هذه المادة على أنه " ... وأن يعرض عن الضرر الذى أصابه بسبب قيامه بالعمل " (١)

إلا أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه يمكن أن يرد عليه بما يلى :

(١) إن النصوص التى تجيز للوكيل وللفضولى الرجوع بالتعويض على الموكل ورب العمل دون استلزام توافر الخطأ فى جانب الموكل ورب العمل مادة (٧١١) مدنى ، (١٩٥) مدنى تعتبر استثناء على القواعد العامة ، التى تقضى بوجوب توافر الخطأ ، حتى يمكن تعويض الضرر الناجم عن هذا الخطأ مادة (١٦٣) مدنى ، ويبرر هذا الاستثناء مجانية الوكالة ، والتفضل فى الفضالة ، وإذا كان الكفيل فى العادة متبرعا كـالوكيل أو متفضلا كالفضولى ، فإن الصفة الاستثنائية للمادة (٧١١) والمادة (١٩٥) مدنى ، تمنع قياس مسئولية المدين المكفول عنه على مسئولية الموكل أو رب العمل

(٢) إن القول برجوع الكفيل على المدين بالتعويض عن الأضرار التى تزيد على قيمة الفوائد القانونية ، والتى أصابت الكفيل ، بسبب الوفاء بالدين المكفول ، استنادا إلى نص المادة (٧١١) مدنى ، والمادة (١٩٥) مدنى يتعارض مع ما ثبت ترجيحه من أن الدعوى التى يرفعها الكفيل على المدين يطالبه فيها بحقه الشخصى ، الذى ثبت فى ذمته بمقتضى وفائه بالدين المكفول للدائن ، هى الدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة ، وليست دعوى الوكالة أو الفضالة (٢) .

الاتجاه الثالث : ويرى القائلون به أنه لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء الوفاء بالدين المكفول ، إلا إذا كان المدين هو الذى تسبب فى حدوث هذا الضرر بسوء نية ، وذلك كما لو قام المدين بتهريب أمواله ، حتى لا يستطيع الدائن أن ينفذ عليه ، مما جعل الكفيل يضطر إلى بيع أمواله بثمن بخس ليوفى بالدين المكفول ، وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة (٢٣١) مدنى ، والتى تقضى بأنه : " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكملى

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢١٨ ، د/ محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الخالق حسن : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٣٤ ، صابر محمد سيد : المرجع السابق ص ١٠٨ .

يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية" ، وبناء على هذا النص لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب الوفاء بالدين المكفول إلا بتوافر شرطين هما :

(١) أن يكون الضرر الذى أصاب الكفيل بسبب الوفاء بالدين المكفول ، يجاوز قيمة الفوائد القانونية ، التى حصل عليها الكفيل من المدين .

(٢) وأن يكون الضرر الذى أصاب الكفيل ، راجع إلى سوء نية المدين فى عدم الوفاء بدينه للدائن فى الوقت المناسب ، كأن يثبت الكفيل بأن المدين مع قدرته على الوفاء بالدين قام بإخفاء ما لديه من أموال ، مما دعا الدائن إلى التنفيذ على أموال الكفيل ، أما إذا لم يستطع الكفيل أن يثبت أن ما أصابه من ضرر كان بسوء نية المدين ، وأن هذا الضرر يجاوز قيمة الفوائد القانونية ، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر يزيد على قيمة الفوائد القانونية ، وهذا الاتجاه هو الراجح فى نظرى ، وقد فضله غالبية الفقهاء ^(١) لأنه يقوم على تطبيق نصوص القانون تطبيقاً سليماً كما أنه أقرب إلى تحقيق العدالة ^(٢) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن رأى الراجح فى فقه القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أن دعوى الكفالة تستمد أساسها من قيام الكفيل بالوفاء بالدين الذى كفله للدائن ، مستنداً فى ذلك إلى عقد الكفالة المبرم بين الكفيل ، والدائن المكفول له .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أن الموفى (الكفيل) يحق له أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة ، متى كانت الكفالة قد عقدت بدون معارضة من المدين ، ويتضح ذلك

(١) د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٣ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجعان السابقان الموجز فى عقد الكفالة ص ٦٢ وما بعدها ، ودروس فى التأمينات العينية الشخصية ص ٢٦٨ ، د/ صابر محمد سيد : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٤ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٧٦ ، د/ همام محمود : المرجع السابق ص ١٤٠ ، د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق ص ٥٠٦ ، د/ أحمد سلامة : التأمينات المدنية ٥٩/٢ ، دروس فى التأمينات المدنية ص ٧٦ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٣ ، د/ محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ٩٤

من أن الفقه الإسلامى قد حدد الحالات التى يرجع فيها الموفى (الكفيل) على المدين بدعوى الكفالة فى حالتين :

الأولى : إذا كانت الكفالة قد عقدت بأمر المدين المكفول عنه سواء أدى الكفيل الدين بأمر المدين أو بغير أمره ، لأن الإذن فى الكفالة يتضمن الإذن فى الأداء ، فصار كما لو كان الإذن فى الأداء صريحا .

الثانية : إذا كانت الكفالة قد عقدت بغير أمر المدين المكفول عنه ولكن تم الأداء من الكفيل بأمر المدين ، فكان كما لو كفل عنه بأمره .

وأن القانون المدنى قد حدد الحالات التى يرجع فيها الموفى الكفيل على المدين بدعوى الكفالة بحالة ما إذا تمت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه ولكن بدون معارضة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٨٠٠) مدنى بقولها : " للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على الكفيل ، سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعمله أم بغير علمه " .

أما بالنسبة لشروط رجوع الموفى على المدين بدعوى الكفالة ، فقد سبق الحديث عنها عند الحديث عن شروط حلول الموفى محل الموفى له ، وقد تم عقد مقارنة بين ما ذهب إليه الفقه الإسلامى والقانون المدنى واشترط القانون المدنى فى المادة (٧٩٨) على الكفيل (الموفى) أن يقوم بإخطار المدين قبل أن يقوم بالوفاء بالدين للدائن ، الهدف منه تجنب ما قد يكون لدى المدين من اعتراض على قيام الكفيل بالوفاء بالدين ، لأسباب تتعلق بالدين كانقضائه أو بطلانه ، وعلى ذلك إذا قام الموفى (الكفيل) بأداء الدين دون أن يخطر المدين ، وكان المدين قد وفى الدين ، أو كانت لديه أسباب وقت استحقاق الدين تقضى ببطالان الدين أو انقضائه فإنه لا يحق للموفى (الكفيل) أن يرجع على المدين بما وفاه ، لأن المدين لم يستفد شيئا من هذا الأداء ، وعلى الموفى الكفيل أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله ، أما إذا قام الموفى (الكفيل) بإخطار المدين قبل وفائه بالدين فإنه يجب على المدين أن يعترض على عزم الكفيل على الوفاء بالدين فإذا لم يعترض على ذلك فى وقت معقول ومناسب ، أو اعترض ولم يبلغ الكفيل بهذا الاعتراض فى هذا الوقت ، وقام الموفى (الكفيل) بالوفاء بالدين ، جاز له أن يرجع على المدين بما وفاه ، لأنه يعتبر مقصرا ، حتى ولو كان لدى المدين أسباب تقضى ببطالان الدين أو انقضائه ، وهذه الأمور التى اشترطها التقنين المدنى لا تتعارض مع الفقه الإسلامى ، لأن المال من الضرورات الخمس التى أوجبت الشريعة المحافظة عليها ، كما أن العرف له مكانته وأثره

فى الفقه الإسلامى ، لما له من تأثير فى معاملة الناس ومجريات الأمور ، وقد دلت على ذلك القاعدة الفقهية القائلة : " استعمال الناس حجة يجب العمل بها " ^(١) وبالتالى إذا تطلبت معاملة الناس ما نصت عليه المادة (٧٩٨) مدنى وجب اتباعه ما دام أنه لا يتعارض مع أصل من أصول الشريعة .

هذا : ورجوع الموفى (الكفيل) على المدين يكون بالعناصر التالية :

أصل الدين :

اتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أن أصل الدين يشمل جميع ما قام الموفى (الكفيل) بأدائه لإبراء ذمة المدين ، ولكن اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى تحديد عناصر أصل الدين ، فقد حددها الفقه الإسلامى بأنها تشمل :

(١) مبلغ الدين المكفول .

(٢) المصروفات التى أنفقها الكفيل (الموفى) فى سبيل الوفاء بالدين .

(٣) التعويض الذى يستحقه الموفى (الكفيل) لجبر ما أصابه من ضرر بينما يحددها القانون المدنى بأنها :

(١) مبلغ الدين المكفول والفوائد المستحقة عليه من وقت التزام المدين به وحتى قيام الموفى (الكفيل) بأداء الدين المكفول .

(٢) المصروفات التى أنفقها الموفى (الكفيل) فى سبيل الوفاء بالدين المكفول ، وأيضاً المصروفات التى أنفقها الدائن فى مطالبة الكفيل (الموفى) بالدين المكفول ، وأنفقه من مصروفات فى الإجراءات التى اتخذت ضد المدين متى أخطره بها الكفيل .

(٣) تعويض الكفيل (الموفى) عن الأضرار التى قد تزيد عن قيمة الفوائد القانونية .

وبالنظر إلى ما يرجع به الكفيل (الموفى) بدعوى الكفالة من عناصر الدين الذى قام بالوفاء به عن المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أنها متفقة فيما عدا الفوائد الربوية التى اعتبرها القانون المدنى من عناصر الدين ، وبالتالى يحق للكفيل الموفى أن يرجع بها على المدين متى قام بالوفاء بالدين المكفول ، فى حين لم يعتبرها الفقه الإسلامى من أصل الدين الذى قام الكفيل بالوفاء به ، ومن ثم لا يحق للكفيل (الموفى) أن يرجع بها على المدين لأنها من قبيل الربا المحرم شرعاً .

(١) أ/ سليم رستم : شرح المجلة ج ١ ص ٣٥ .

الفصل الثانی

الفصل الثانى

رجوع الموفى (الوكيل) على المدين بدعوى الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

تمهيد :

متى قام الموفى بأداء الدين الذى فى ذمة المدين لدائنه (الموفى له) ، بناءً على صدور توكيل له من المدين بذلك ، كأن يأمره بالوفاء بما عليه ، فإن الموفى يكون وكيلًا عن المدين فى هذا الوفاء ، وفيما يصاحبه من النفقات ، والمصروفات اللازمة لتنفيذ هذه الوكالة التنفيذ المعتاد ، وإذا كان الوكيل (الموفى) مأمورا من قبل الموكل (المدين) فى الوفاء بما عليه من دين ، فهل يحق له - إذا قام بتنفيذ ما وكل به أن يرجع على الموكل (المدين) بما وفاه عنه ، بالإضافة إلى النفقات والمصروفات التى قام بإنفاقها فى سبيل تنفيذ ما وكل به ، وهل يحق له أن يرجع عليه بالتعويض عن الأضرار التى قد تلحقه بصدد تنفيذه لما وكل به أم لا ؟

ولتوضيح ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى أتناول هذا الفصل فى أربعة مباحث :

المبحث الأول : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما وفاه عنه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين بأجره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما أنفقه فى سبيل تنفيذه للوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الرابع : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به بسبب تنفيذه للوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما وفاه عنه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا قام الوكيل (الموفى) بالوفاء بالدين الواجب فى ذمة موكله (المدين) من مال نفسه ، بناءً على عقد الوكالة المبرم بينهما ، بأن كان موكله لم يدفع له مالا يقضى به الدين الذى وكله فى الوفاء به ، فهل يحق للموفى (الوكيل) أن يرجع على موكله بما وفاه عنه من مال نفسه ؟

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يكون على الوجه التالى :

أولاً : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما وفاه عنه فى الفقه الإسلامى :

إذا أدى الوكيل عن المدين الدين الواجب فى ذمة موكله ، بناءً على صدور توكيل له من المدين بذلك بأن أمره بالوفاء بما عليه من دين ، ولم يكن الموكل قد دفع لوكيله (الموفى) مالا ليقضى به دينه ، الذى وكل فى الوفاء به فقضاه الوكيل (الموفى) من مال نفسه ، فإنه يحق للوكيل (الموفى) أن يرجع على موكله ، بما وفاه عنه من دين .

وقد اتفق على ذلك فقهاء المذاهب الإسلامية ، الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢)

(١) الكاسانى : البدائع ج٦ ص ٥٥ وقد جاء فيه مانصه : " إن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه مالا ليقضى دينه منه ، فقضاه من مال نفسه ، يرجع بما قضى على الموكل ... وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن ، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه ، يرجع على الموكل ، فكذا الوكيل بالشراء " ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٧ ص ٣٥ ، الشيخ النظام : الفتاوى الهندية ج٣ ص ٦٢٦ حيث يقول : " إذا وكل إنسانا بقضاء دين عليه فهو جائز ، يرجع الوكيل على الأمر بما يؤديه " ، ويقول فى ص ٦٢٨ : " المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به يرجع بمثل ما أمر به ، ولو قضى أردأ مما أمر به يرجع بمثل ما أدى " .

(٢) المكي المالكي : تهذيب الفروق ج٣ ص ٢١٩ حيث يقول : " كل من عمل عملاً أو أوصل نفعاً لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك فإن كان ... غير متبرع وهو منفعة له فله أجره مثله أو مال فله أخذه مما دفعه عنه ، كان ذلك مما يجب دفعه عنه كالدين " ، الإمام الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٨٨/٢ حيث يقول : " ولزمك أيها الموكل إذا وكلته على شراء سلعة فاشتراها لك غرم الثمن " ، والإمام القرافي : الفروق ١٨٩/٣

والشافعية ^(١) والحنابلة ^(٢) والظاهرية ^(٣) والزيدية ^(٤) والإمامية ^(٥)

(١) الإمام النووي : روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٢٧ طبعة المكتب الإسلامي ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م حيث يقول : " الوكيل كالضامن والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل إذا غرم " ، والشيخ زكريا الأنصاري : شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ج ٣ ص ٤١٧ وقد جاء فيه ما نصه : " الوكيل كالضامن والموكل كالأصيل ، فإذا غرم رجوع بما غرمه على الموكل " ، والشيخ عبد الرحمن محمد بن حسين الشهير بأعلوى : بغية المسترشدين ص ١٤٨ حيث يقول : " وكله في شراء بضاعة ، وأن يؤدي الثمن من ماله صح وصار الثمن قرضاً على الموكل يرجع به عليه " ، وجاء في نفس المرجع ص ١٤٧ ما نصه : " من قال لآخر أد ديني أو أعلف دابتي أو قال أسير فادني ففعل المأمور به لا يقصد التبرع رجوع على الأمر " ، راجع في نفس هذا المعنى الإمام الماوردي : الحاوي الكبير ج ٨ ص ٢٢٨ .

(٢) الإمام ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٤١١ حيث يقول : " وإن قال ألى الموكل للوكيل اشتري لي في ذمتك ... أو أقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لى عليك صح ؛ لأنه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه ، فإذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه ، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه " ، الإمام البهوتي : كشف القناع ج ٣ ص ٣٩٨ ، المقدسي : الكافي ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٣) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١٧ وقد جاء فيه ما نصه : " فإن قال له أقرضني كذا وكذا ، أو ادفعه إلى فلان أو زن عني فلان كذا وكذا ، أو أنفق عني في أمر كذا فما أنفقت فهو على ، أو ابتع لي كذا فهو جائز لازم ؛ لأنها وكالة وكله بما أمره به " .

(٤) ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٥ ص ٦٠ وقد جاء فيه ما نصه : " وما لزم الوكيل فعلى الأصيل " ، وجاء في ص ٦١ من نفس المرجع ما نصه : " ومن بشراء شيء إلى الذمة ، ولو بدفع الثمن ففي تعلق الثمن أقوال ، أحدهما بذمة الموكل إذا انتقل إلى ملكه فلزمه الثمن ، كلو تولى العقد والوكيل ضامن ، إذ المطالبة إليه ، فلبائع مطالبة أيهما ، ويرجع الوكيل على الأصيل - أي بعد الوفاء بالثمن للمشتري - إذا لزمه بإذنه " ، القاضي العنسي الصنعاني : التاج المذهب ج ٤ ص ١٢٦ .

(٥) الطوسي : المبسوط ج ٢ ص ٣٩٩ وقد جاء فيه ما نصه : " إذا لم يكن للموكل على الوكيل مال فأمره أن يسلف رجلاً في طعام يشتريه له ففعل ذلك صح ، وكان ما وزنه من المال قرضاً له على الأمر ، لأنه أذن له في قضاء دينه فإذا قضاه رجوع به عليه " ، وأيضاً ص ٣٩٥ من نفس المرجع ، والعلامة العاملي : مفتاح الكرامة شرح قواعد

والإباضية^(١) وقد استدلووا على ذلك بأن أمر المدين (الموكل) الوكيل (الموفى) بقضاء الدين من ماله استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه^(٢)

ثانيا : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما وفاه عنه فى القانون المدنى :

متى قام الغير بالوفاء بدين المدين ؛ فإنه يحق له أن يرجع بمقدار ما دفعه وفاء لدينه ، ويكون رجوع الموفى على المدين بدعوى الوكالة إذا تم هذا الوفاء بناء على اتفاق بين المدين والموفى على قيام الموفى بأداء الدين عن المدين باعتباره وكيلا عنه فى القيام بذلك ، أو تم بناء على أمر من المدين للموفى بأن يقوم بالوفاء بدينه باعتباره نائبا عنه أو تم بناء على تفويض من المدين للموفى فى القيام بالوفاء بدينه ، أو قام الموفى بأداء الدين عن المدين من تلقاء نفسه ثم أقره المدين ، ففي كل هذه الأحوال يكون رجوع الموفى على المدين بمقدار ما دفعه ، على أساس دعوى الوكالة المستندة إلى عقد الوكالة المبرم بينهما ، وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٤) فى فقرتها الأولى بقولها : " إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه " ، وعلى ذلك إذا وفى الوكيل الدين الذى فى ذمة الموكل (المدين) بمبلغ أقل من الدين فلا يرجع الوكيل الموفى على الموكل (المدين) إلا بمقدار ما وفى^(٣) .

العلامة ج ٦ ص ٥٥٥ حيث يقول : " ويجوز أن يؤدي الوكيل دين الموكل من ماله - أى من مال الوكيل - فيرجع الأول وهو الوكيل بالأجرة ، وهو ما أداه الوكيل للموكل " .

(١) التمينى : كتاب النيل ج ٩ ص ٥٣٦ حيث يقول : " وإن أمره - أى أمر الموكل الوكيل بشراء كذا ولم يعطه ثمنًا فمات أى الموكل أخبر الوكيل وارثه بأنه وكله على ذلك ، ويعطيه ثمنه إن اشتراه " .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٥٥ ويقول فى ذلك : " أن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع إليه الموكل مالا ليقضى دينه منه فقضاءه من مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل ، لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه " .

(٣) يراجع فى هذا المعنى : د/ حسام الأهوائى : المرجع السابق ص ٣٦٨ ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ١٧٨ ، د/ جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٠ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٥٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٥٧ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٢٢ ، د/ محمد شكرى سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام

وأيضاً إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله الخاص ؛ فإن الموكل يكون ملزماً برد ما دفعه الوكيل عنه من ماله في سبيل تنفيذ الوكالة ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٩٤٣) مدنى (إماراتى) بقولها : " إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله ، فله الرجوع به على موكله ... " وهذا أمر منطقي ومحقق للعدالة ، ذلك لأن الوكيل يقوم مقام الموكل ، وبالتالي لا يجوز أن يضار بسبب هذه الوكالة ، ولا يعتبر الوكيل متبرعاً بثمن المبيع ، الذى اشتراه للموكل ؛ لأن التبرع لا يفترض ، علاوة على أن أمر الموكل (المدين) للوكيل (الموفى) بالأداء ، بما فى ذمته من دين يعد توكيلاً ، وللوكيل أن يرجع على موكله بما دفعه عنه ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٩٥٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى بقولها : " (١) إذا أمر أحد غيره بأداء دينه من ماله ، وأداه ، اعتبر ذلك توكيلاً ، ورجع المأمور على الأمر سواء أشرط الأمر الرجوع أم لم يشترط ٢- وإذا أمره بأن يصرف عليه أو على أهله وعياله ، ويعود عليه بما صرفه بالقدر المعروف ، وإن لم يشترط الرجوع " ^(٢) ، وكذلك فإن الأصل أن يقدم الموكل لوكيله ما يكفى لتنفيذ ما وكل به من أموال ؛ ذلك لأن الوكيل إما أن يكون متبرعاً بالقيام بأعمال الوكالة ، ومن ثم لا يجوز أن يكلف فوق تبرعه بأن يمول الوكالة بماله ، وإما أن يكون أجيراً ، وبالتالي لا يطلب منه أكثر من القيام بالأعمال اللازمة لتنفيذ الوكالة ، وعلى ذلك إذا كان محلل الوكالة شراء شئ وجب على الموكل أن يقدم الثمن للوكيل ، وإذا كان محلها الوفاء بدين واجب فى ذمة الموكل ، فإنه يلتزم بأن يضع قيمة ذلك الدين تحت يد الوكيل ليوفى منه دينه ، فإذا لم يقم الموكل بذلك ، واقتضى الأمر أن ينفق الوكيل هذه المبالغ من ماله الخاص ، بأن دفع ثمن الشئ الذى اشتراه للموكل أو وفى دين الموكل من ماله ، كان من حق الوكيل بداهة أن يرجع على الموكل بما أداه عنه ^(٣) .

ص ٢٦٠ ، د/ جلال العدوى : أحكام الالتزام ص ٣١٦ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : أحكام الالتزام ج ٢ ص ١١٣ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٣٩١ .

(١) د/ محمد جبر الألفى : عقد الوكالة فى ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ص ٩٣ ط ١٤١٥/١٤١٦ هـ ١٩٩٤/١٩٩٥ م ص ٩٣ ، د/ أكثم الخولى : العقود المدنية الصلح والهبة والوكالة ص ٢٣٢ ط أولى سنة ١٩٥٧ مطبعة نهضة مصر القاهرة .

(٢) ومادة رقم (٨٦٠) مدنى أردنى ، المادة رقم (٩٢٨) مدنى عراقى .

(٣) محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٩٢ ، أ/ إبراهيم على منصور : أحكام الوكالة فى القانون المدنى الأردنى ص ٤٣ ط سنة ١٩٩٨ ، د/ محمد على عرفة : أهم العقود المدنية - الكتاب الأول

وعلى ذلك ، إذا وكل شخص غيره فى إدارة أعماله أو إدارة أرضه الزراعية ، فقام الوكيل بدفع أجور العمال ، ونفقات سفر اقتضت أعمال الإدارة أو قام بشراء آلات زراعية وأسمدة وبذور ومبيدات للحشرات ، اقتضت إدارة الأراضى الزراعية ، كان له أن يرجع بما أنفقه فى هذه الأشياء على موكله ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن فقه القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى على أنه ، إذا أدى الوكيل الدين الواجب فى ذمة المدين ، بناء على صدور توكيل له من المدين بذلك ولم يكن المدين (الموكل) قد دفع للوكيل (الموفى) ما لا يقضى به دينه ، فأداه من ماله الخاص ، فإنه يحق له أن يرجع بما وفاه على المدين (الموكل) ، ويعد فى حكم الوكالة أمر المدين للموفى بأن يقوم عنه بأداء دينه للدائنة ، وأيضاً تفويض المدين (الموفى) فى القيام بأداء الدين عنه ، وأيضاً قيام الموفى (الوكيل) بالوفاء بالدين عن المدين (الموكل) من تلقاء نفسه ، متى أقر المدين (الموكل) هذا الوفاء ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أنه إذا قام الموفى (الوكيل) بالوفاء عن المدين بدينه ، ولكن تم هذا الوفاء بمبلغ أقل من الدين ، فإن الموفى (الوكيل) لا يرجع على الموكل (المدين) ، إلا بمقدار ما أداه عنه .

فى العقود الصغيرة ص ٥٥ ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٤٥م ، د/ محى الدين إسماعيل
العقود المدنية الصغيرة ص ٢٢٤ .

^(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٧٠٩ ط سنة ١٩٨٩ دار النهضة العربية والمراجع المذكورة
بالهامش (٣) .

المبحث الثانى

رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بأجره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا كان من حق الموفى (الوكيل) أن يرجع على المدين (الموكل) بما وفاه عنه لدائنه من دين واجب فى ذمته ، فهل يحق له أن يرجع عليه بأجرته أم لا ؟

والإجابة عن هذا التساؤل تكون ببيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بأجره فى الفقه الإسلامى :

لما كانت الوكالة قد تكون بأجر وبغير أجر ، فإنه قد يكون هناك اتفاق بين المدين (الموكل) والموفى (الوكيل) على إعطاء الموفى (الوكيل) أجراً معيناً يتقاضاه ، متى قام بقضاء دين المدين أو كان معلوماً لدى الموكل (المدين) أن مثل هذا الوكيل يأخذ أجراً على ما يقوم به من أعمال الوكالة ، كان للوكيل (الموفى) الحق فى أن يرجع على المدين (الموكل) بهذا الأجر وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣)

(١) فى هذا المعنى : قاضى زاده : تكملة شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢ حيث يقول : " إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعاً إذ الوكالة عقد جائز ، لا يجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها " ، ابن عابدين : حاشيته ٧٦/٦ .

(٢) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨١ حيث يقول : " المسألة الخامسة : يجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة ، فإذا كانت بأجرة فحكمها حكم الاجارات وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل " ، والإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٧ ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشيته الدسوقي ج ٣ ص ٣٩٧ وقد جاء فيه ما نصه : " وإن وقعت أى الوكالة بأجرة كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة (أو جعل) بأن يوكله على تقاضى دينه ولم يعين قدره أو عينه ، ولا من هو عليه ... (فكهما) " .

(٣) الشيخ / سليمان البيجرى : حاشيته على شرح الخطيب ج ٣ ص ١١٤ حيث يقرر أن الوكالة إذا كانت بجعل فهي جائزة على الراجح فى المذهب ، وفى رأى المرجوح تكون لازمة فيقول : " قوله ولو بجعل الغاية للرد على القول الضعيف القائل بأنها إذا كانت بجعل تكون لازمة لأنها إجارة ، وقد صرح باشتراط القبول لفظاً فيما إذا كانت الوكالة بجعل ، وعلى كونها جعالة لا يستحق الجعل إلا بعد تمام العمل " الطبعة الأخيرة سنة ١٤٠١هـ سنة ١٩٨١م دار الفكر .

وعلى خلاف ذلك يقول الإمام النووى : روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٣٢ : " متى قلنا الوكالة جائزة أردنا الخالية عن الجعل ، فأما إذا شرط فيها جعل معلوم واجتمعت شرائط الإجارة ... فهي لازمة "

والحنابلة^(١) والزيديّة^(٢) والإماميّة^(٣) والإباضيّة^(٤) .
وقد استدلوا على ذلك بأن الوكالة إن كانت بأجرة كان حكمها حكم الإجارة ، وإن كانت
بجعل كان حكمها حكم الجعالة^(٥) .
والإجارة يستحق المستأجر الأجر فيها بعد الفراغ من تنفيذ العمل المستأجر عليه لقوله
ﷺ : " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ^(٦) .
ولكن إذا اشترط الوكيل تعجيل بعض أو كل الأجرة المتفق عليها جاز^(٧)

(١) ابن مفلح : المبدع ج ٤ ص ٣٨٥ وقد جاء فيه ما نصه : " ويجوز التوكيل بجعل أى معلوم لأنه
ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم على ذلك جعلاً ؛ ولأنه تصرف لغيره لا يلزمه
فهو كرد الأبق ، وظاهره أنه يستحق الجعل ، ويصح الجعل بالبيع مثلاً قبل قبض الثمن ، فإن كلن
الجعل مجهولاً فسدت أى الوكالة ، ويصح تصرفه بالإذن وله أجر مثله (وبغيره) أى بغير جعل
بغير خلاف نعلمه لأنه عليه الصلاة والسلام وكل أنيساً فى إقامة الحد ، وعروة فى شراء بغير
جعل " ، البهوتى : كشف القناع ٤٨٩/٣ ، المغنى مع الشرح الكبير ٣٧١/٥ وما بعدها .

(٢) ابن المرتضى : البحر الزخار ٦٠/٥ ، العنسى : التاج المذهب ١٢٧/٤ .

(٣) الطوسى : المبسوط ٣٧٨/٢ حيث يقول : " فإذا وكله فى البيع فشرط له جعلاً فباع الوكيل كان له
أن يطالب الموكل بالجعل قبل تسلم الثمن " ، العاملى : مفتاح الكرامة ٥٢٨/٧ .

(٤) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ٤٩٨/٩ حيث يقول : " ويجوز التوكيل بأجرة وبدونها ، وإذا كلنت
بدونها فمعروف من الوكيل " .

(٥) راجع فى ذلك الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٣٩٧ ، ابن
جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨١ ، النووى : روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٣٢ .

(٦) الحديث رواه ابن ماجه فى سننه عن عبد الله بن عمر ثم ذكر الحديث ج ٢ ص ٨١٧ برقم
(٢٤٤٣) ثم قال : أصله فى صحيح البخارى وغيره ، ولكن إسناده ضعيف ، البيهقى فى سننه ج
٦ ص ١٢١ ط دار المعرفة بيروت ، الهيئى : مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٠٠ ثم قال : بعد أن
ذكر الحديث عن أبى هريرة رواه أبو يعلى ، وفيه عبد الله بن جعفر والد على بن المدينى وهو
ضعيف ، ورواه الطبرانى عن جابر وفيه شرقى بن قطامى ، وهو ضعيف .

(٧) دامادا أفندى : مجمع الأنهر ٣٧١/٢ ، الموصلى : الاختيار ٥٥/٢ ط الحلبي وقد جاء فيه :
والأجرة تستحق باستيفاء المعقود عليه أو باشتراط التعجيل ، أو بتعجيلها ، لأن الأجرة لا تجب
بنفس العقد لقوله عليه الصلاة والسلام : " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ولو وجبت
بنفس العقد لما جاز تأخيرها إلا برضاه ، والنص يقتضى الوجوب بعد الفراغ لأن العرق إنما يوجد
بالعمل ، ولأن المنفعة لا يمكن استيفائها لدى العقد لأنها تحدث شيئاً فشيئاً " ، راجع أستاذى

والجعالة يستحق العامل الجعل فيها بإتمام العمل ^(١) .

وإذا تم الاتفاق بين المدين (الموكل) والموفى (الوكيل) على إعطاء الوكيل الموفى أجراً عن قيامه بالعمل محل الوكالة ، فإن الموكل يلتزم بأداء الأجر المقابل للعمل الذى قام به الوكيل ^(٢) ويشترط أن يكون هذا الأجر معلوماً ، وبالتالي إذا كانت الأجرة جزءاً من محل الوكالة فإنها لا تجوز ، وذلك لعدم معلوميتها ، ويرجع فى تحديد الأجرة فى هذه الحالة إلى أجر المثل ^(٣) .

الدكتور/ أحمد على طه ريان : رسالته : عقد الوكالة فى الشريعة الإسلامية ص ٤٩٦ مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٧٣م لنيل درجة العالمية الدكتوراه ، النجدي : حاشيته الروض المربع ٣٤٤/٥ حيث يقول : " الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله " .

^(١) يراجع فى ذلك الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦٣ ، الكهوجى : زاد المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ٤٧٤ ، الشيخ النجدي : حاشيته الروض المربع ج ٥ ص ٤٩٧ وقد جاء بالروض المربع بأعلى الحاشية المذكورة فى نفس الموضع : " فمن فعله بعد علمه بقوله أى قول صاحب العمل : من فعل كذا فله كذا (استحقه) لأن العقد استقر بتمام العمل " .
^(٢) يراجع فى ذلك المادة (١٤٦٧) من مجلة الحكام العدلية ، وقد نصت هذه المادة على أنه : " إذا اشترطت الأجرة فى الوكالة ، وأوفأها الوكيل ، استحق الأجرة " والمادة (٩٠٣) من مشرد الحيران للأستاذ / قدرى باشا وقد نصت هذه المادة على أنه : " إذا اشترطت الأجرة فى الوكالة وأوفى الوكيل العمل ، فقد استحق الأجرة المسماة ، إن وقت وقتاً أو ذكر عملاً معيناً يمكن أن يأخذ فى العمل فيه فى الحال " .

^(٣) ابن عابدين : العقود الدرية ١١٠/٢ طبعة المطبعة العامرة ١٣٠٠هـ وقد جاء فيها : " من استأجر شخصاً على غنمه يرعاها ويقوم عليها بجزء معين من صوفها وولدها ، فقام عليها مدة معلومة فإن له أجر المثل " ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ج ٧ ص ٥ وقد جاء فيها : " لا يجوز استئجار شخص لطحن حنطة وتكون أجرته نخالتها " ، تكملة المجموع ٦١١/١٣ وقد جاء فيها : " فلو قال وكلتك فى بيع هذا الثوب ، على أن جعلك عشر ثمنه ، أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة المثل " ، ابن قدامة : المغنى ١٣/٦ وقد جاء فيه : " لو استأجر راعياً لغنم بثلاث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز لأن الأجر غير معلوم " .

كما يجب أن يقوم الموفى (الوكيل) بتنفيذ ما وكل به تنفيذاً صحيحاً ، ومن ثم إذا تلف مال الموكل ، الذى بيد الوكيل ، قبل تنفيذ الوكالة ترتب على ذلك سقوط الأجرة وعدم استحقاق الوكيل لها ولكن إذا حدث التلف بعد تنفيذ الوكالة ، فإن الوكيل يستحق الأجرة المتفق عليها ، كما لو وكله ببيع دار فباعها ، ثم تلف الثمن فى يده ^(١) أما إذا نفذها تنفيذاً غير صحيح ، فإنه لا يتسحق عنها أجراً وذلك كما إذا وكل شخصاً آخر فى بيع شئ ، ويكون له أجر معلوم ، فباعه بيعاً فاسداً ، لأن مطلق الإذن بالبيع ، يقتضى ما صح منه ^(٢)

ثانياً : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بأجره فى القانون المدنى :

الأصل فى التقنين المدنى أن الوكالة تبرعية ، وفى ذلك تقول المادة (٧٠٩) فى فقرتها الأولى : " الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من حالة الوكيل " ، وهذا الأصل مستمد من القانون الرومانى ويستند إلى تقاليده ، فقد كان الأجر هو الذى يفرق بين الوكالة ، والمقاولة ، فالوكالة دائماً تبرعية فى حين المقاولة دائماً مأجورة ، لذلك فإن بعض المهن الحرة كالمحاماة والمهن الطبية كانت تحتل مكانة رفيعة ، وبالتالي إذا أخذ المحامى أو الطبيب أجراً على ما قام به من أعمال ، فإنه يكون قد حط من مكانة مهنته ، ولكن مع تطور الأحوال الاقتصادية أصبح أصحاب هذه المهن يعيشون من ممارسة مهنتهم فأجيز لهم أن يحصلوا على أتعاب تتضمن معنى التقدير والاعتراف بالجميل ^(٣) وقد انتقلت هذه التقاليد إلى القانون الفرنسى ، ومنه إلى إلى القانون المدنى المصرى القديم ، الذى نص على ذلك فى المادة (٦١٧/٥١٣) مدنى بقوله : " يعتبر التوكيل بلا مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل " ، وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد ما ذهب إليه التقنين المدنى القديم ، ونص على ذلك فى المادة (١/٧٠٩) مدنى سالف الذكر ^(٤) .

(١) روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٣٧ .

(٢) تكملة المجموع ٦١١/١٣ .

(٣) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : الوجيز فى عقد الوكالة فى القانونين المصرى والأمريكى ص ١٠٢ ط ١٩٩٧ بقويسنا ص ١٠٢ وما بعدها ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٦٦٢ وما بعدها الناشر دار النهضة العربية ١٩٨٩ م ، د/ محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٨٩ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥١ .

(٤) السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٦٣ وما بعدها ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥١ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٠٣ .

وإذا كانت الوكالة فى الأصل تبرعية ، طبقا لنص المادة (١/٧٠٩) مدنى ، إلا أن ذلك لا يمنع أن يتفق الوكيل مع الموكل على أن يتقاضى أجرا على ما يقوم به من أعمال ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحا ، وقد يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، وفى ذلك تقول المذكورة الإيضاحية للقانون المدنى : " والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر ، أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل ، كأن تكون الأعمال التى يقوم بها من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى ^(١) وبناء على ذلك ، قد يستنتج من ظروف الوكيل أن الوكالة مأجورة ، وذلك كما لو كانت تدخل فى أعمال مهنته أو حرفته ، التى يكتسب منها عيشه ، كالوكيل بالعمولة والسمسار ، والمحامى فهؤلاء وأمثالهم ممن يحترفون مهنة يكتسبون منها ، وبخاصة إذا كانت هذه المهنة تجارية ، لا يقومون بأعمالهما فى الغالب من غير أجر .

هذا : وقد أدى تطور الأوضاع الاقتصادية إلى أن انتشرت الوكالة المأجورة ، وأصبحت هى الكثرة الغالبة ، وأضحت الوكالة التبرعية هى النادرة ، وتبين أن الواقع عكس القانون ^(٢) .

وتحديد ما إذا كانت الوكالة تبرعية أو مأجورة من مسائل الواقع التى تتولى محكمة الموضوع الفصل فيها ، مستعينة فى ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها دون رقابة عليها من محكمة النقض ^(٣) ؛ إذ قد يستخلص من ظروف الدعوى أن صاحب المهنة الحرة قصد القيام بوكالة تبرعية ، لما بينه وبين الموكل من علاقة القرابة أو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) د/ محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٩٠ ، ٩١ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٦٥ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٣ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥١ ، نقض مدنى فى ١٥/٤/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٦١١ رقم ٩٩ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٦٦ وقد أشار سيادته فى هامش رقم (٣) لذات الصحيفة إلى حكم استئناف مختلط يؤيد ذلك فى ١٣/١١/١٩٢٤ مسلسل ٣٧ ص ٩ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٤ وقد أشار سيادته بهامش (١) ص ١٠٢ إلى حكم نقض يؤيد ذلك وهذا الحكم بناءً على الطعن رقم ٤٧٧ لسنة ٤٢ قضائية فى ٣١/٣/٨٣ سنة ١٩٨٣م مجموعة نادى القضاة سنة ١٩٨٩ ص ١٢٧٥ م .

الصدّاقة^(١) والأجر الذى يحصل عليه الوكيل مقابل ما قام به من أعمال لصالح الموكل يكون فى الغالب من النقود ، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الأجر نسبة مئوية ، مما يحصله الوكيل من أشياء للموكل ، أو أن يكون جزءاً من الصفقة التى يقوم الوكيل بإتمامها ، وذلك كأن يوكل فى شراء منزل لحساب الموكل مقابل شقة فى العقار ، أو حصة من العين المشتراة ، إلا أنه يلاحظ أن المحامى لا يجوز أن تكون أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه^(٢) .

ولكن هل يلزم أن ينجح الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، حتى يستحق الأجر المتفق عليه أم لا ؟ لا يلزم أن ينجح الوكيل فى تنفيذ الوكالة حتى يستحق أجره ذلك لأن التزامه فى تنفيذ الوكالة التزام ببذل عناية ، وليس بتحقيق غاية ، ومن ثم فإنه يستحق أجره بصرف النظر ، عما إذا كانت النتيجة المطلوبة قد تحققت على يديه أم لا ؟ طالما أنه بذل فى تنفيذ الوكالة العناية المطلوبة ، ولم يثبت الموكل أى خطأ أو تقصير فى جانبه أدى إلى عدم قيامه بتنفيذ الوكالة على الوجه المطلوب^(٣) .

ومع ذلك لا يوجد ما يمنع أن يتفق الموكل مع وكيله على أنه لا يستحق الأجر المتفق عليه إلا بعد أن ينجح فى تنفيذ ما وكله به ، وفى هذه الحالة يكون التزام الوكيل التزاماً بتحقيق غاية ، وليس ببذل عناية ، ويحدث ذلك فى حالة توكيل الوسطاء والسماسرة ، والممثلين التجاريين ورجال الأعمال فى عقد الصفقات على ألا يحصلوا على الأجر إلا إذا عقدوا تلك الصفقات وبمقدار ما عقده منها ، ومن ذلك أيضاً أن يتم الاتفاق بين الموكل والمحامى على ألا يستحق المحامى أجراً إلا إذا كسب القضية^(٤) .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ٦٦٧/٧ ، د/ محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٩١ ومابعداها ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٥ .

(٢) د/ محى الدين إسماعيل : العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص ٢٢١ وما بعدها طبعة سنة ١٩٩٥ القاهرة ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٠٤ ، أ/ إبراهيم على منصور : أحكام الوكالة فى القانون الأردنى ص ٤٢ ط ١٩٩٨ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى : العقود المدنية الصغيرة ص ٥٦٢ وما بعدها ، د/ أكنم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٨ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٥ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٦٨ .

(٤) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٦٨ ، د/ أكنم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٨ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٥ ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢١ ، أ/ إبراهيم على منصور : أحكام الوكالة فى القانون الأردنى ص ٤٣ ط ١٩٩٨ م .

ولكن كيف يحدد مقدار الأجر المستحق للوكيل ؟

يحدد مقدار الأجر المستحق للوكيل ؛ إذا عين الموكل والوكيل مقداره عند الاتفاق بينهما ، ولكن قد يتفق كل من الوكيل والموكل على أن الوكالة مأجورة ، ومع ذلك لا يعينا مقدار الأجر ؛ وذلك كما إذا كان الاتفاق على الأجر ضمنيا مستخلصا من مهنة الوكيل أو أى ظرف آخر ، فإن هذا الاتفاق الضمنى على كون الوكالة مأجورة ، دون تعيين لمقدار الأجر فى هذه الحالة وأمثالها ، إذا اختلف الوكيل والموكل حول تعيين مقدار الأجر ، فلين القاضى هو الذى يقوم بتعيين مقداره ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٢/٧٠٩ مدنى) بقولها : " فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

ويتضح من هذا النص ما يلى :

أولا : للقاضى سلطة تقدير أجر الوكيل :

لما كان نص المادة (١/٧٠٩) مدنى قد جاء عاما مطلقا ، فإن تقدير القاضى لأجر الوكيل يشمل التخفيض والزيادة ، عما هو متفق عليه بينه وبين الموكل ؛ ولذلك فإن تقدير القاضى لأجر الوكيل يكون على صورتين :

الصورة الأولى : زيادة أجر الوكيل ، عما هو متفق عليه بينه وبين الموكل ؛ وذلك إذا تبين بعد تنفيذ الوكالة أن هذا الأجر غير مجز بالنسبة للوكيل ؛ لأن الأعمال التى قام بها كانت على قدر كبير من الأهمية ، وأسفرت عن نتائج تفوق كثيرا ما كان ينتظره الموكل ، وقد لقى الوكيل فى سبيل إنجازها صعوبات كبيرة لم يوضع لها حساب ، وأنه قد أتمها بمهارة وذكاء ^(٢) .

الصورة الثانية : تخفيض أجر الوكيل عما هو متفق عليه ، وذلك إذا كان باهظا لا يتناسب مع ما قام به الوكيل من أعمال ، كما هو الحال إذا لم يكن العمل الذى قام به

^(١) د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥١ وما بعدها ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع

السابق ص ١٠٨ ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٣ .

^(٢) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١١٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٦٧٥ ،

مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٢ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٣ ،

د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٣ .

الوكيل على قدر كبير من الأهمية التي كان يتوقعها الموكل ، أو كان الموكل قد أحيط
بظروف اضطرته إلى قبول ما اشترطه الوكيل عليه من أجر (١) .

وهذا الحكم يعد إستثناءً على قاعدة كون العقد شريعة المتعاقدين ، وقيدا على القوة
الملزمة لعقد الوكالة ، من حيث تحديد الأجر ، والعلة في هذا الاستثناء هي صعوبة
الوقوف على ما يستلزمه تنفيذ الوكالة من عمل ، مما قد يتعذر تقديره على الموكل
والوكيل على وجه الدقة ، علاوة على أنه قد يقدر المتعاقدان الأجر المستحق للوكيل ، قبل
أن ينجز مهمته ثم يتبين بعد إنجازه للمهمة أنهما أخطئا في هذا التقدير ، لذلك أجاز
القانون للقاضي أن يصحح هذا الخطأ ، ويقوم بتقدير ما يستحقه الوكيل من أجر (٢) .

**ثانيا : إن أجر الوكيل لا يخضع لتقدير القاضي ، إذا دفع طوعا من
الموكل بعد تنفيذ الوكالة .**

عدم خضوع الأجر المتفق عليه للوكيل لرقابة القاضي بالتعديل ، مشروط بدفعه للوكيل
طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، ومن ثم لا يكفي أن يتعهد الموكل بعد تنفيذ الوكالة بدفع الأجر
للكيل ، بل يجب أن يوفيه فعلا ، والحكمة من ذلك كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون
المدنى : " أن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام به الوكيل فإذا دفع
الموكل الأجر المتفق عليه طوعا بعد ذلك وقبضه الوكيل ، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما
يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذا لتحكيم القاضي " (٣) .

وكذلك لا يكون أجر الوكيل خاضعا لتقدير القاضي ، إذا تم الاتفاق عليه بعد تنفيذ
الوكالة ، أو أقر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة بأنه مدين للوكيل بمبلغ معين أجراً له ،
إلا إذا تبين أن هناك غشا أو إكراها من جانب الوكيل أو ظروفًا تحيط بالموكل ،

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٧٥ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع

السابق ص ١١٠ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٧ ، د/ أكثم الخولى : المرجع

السابق ص ٢٣٨ ، نقض مدنى فى ١٩٦٩/١٢/٢٥ المجموعة السنة ٢٠ رقم ٢٠٦ ص ١٣٢٢

(٢) د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٦٧٤ ،

د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥١ ، نقض مدنى فى ١٩٧٠/٢/٢٦ المجموعة ٢١

السنة رقم ٥٣ ص ٣٢٩ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٢ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧

اضطرته إلى هذا الإقرار ، فإنه يجوز للموكل المطالبة بإنقاص الأجر ، ومن ثم يخضع الأجر لرقابة القاضى ^(١) .

ثالثاً : إنه يجوز الاتفاق بين الوكيل والموكل على عدم التمسك بحكم المادة (٢/٧٠٩ مدنى) قبل تنفيذ الوكالة :

بمعنى أنه لا يجوز أن يتفق الوكيل والموكل على النزول عن الحق فى تعديل الأجر من جانب الوكيل أو الموكل قبل تنفيذ الوكالة ، وذلك بأن يتنازل الوكيل عن حقه فى المطالبة بزيادة الأجر ، والموكل عن المطالبة بتخفيض الأجر ؛ لأن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا ، ما دام كان قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل ، ولكن يصح هذا الاتفاق بعد تنفيذ الوكالة ، إذ يصبح كل منهما على بينة من أمره ، وبما تم القيام به من أعمال ^(٢) .

والوكيل لا يستحق الأجر ، إلا إذا قام بتنفيذ الوكالة ، وبالتالي إذا لم يتم بتنفيذها ، فإنه لا يستحق أجره ، إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ الموكل ، وكذلك إذا نفذها تنفيذاً جزئياً ، فإنه لا يستحق إلا جزءاً من الأجر ^(٣) ومقدار الأجر المستحق فى ذمة الموكل لا ينتج أية فوائد ، إلا من وقت مطالبة الوكيل به مطالبة قضائية ، وعند ذلك تستحق هذه الفوائد بالسعر القانونى ، ومن ثم فإن أجر الوكيل لا ينتج فوائد من وقت الاتفاق على استحقاقه ، كما هو الحال بالنسبة لفوائد المصروفات التى ينفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، كما لا ينتج فوائد من وقت إعدار الموكل بأدائه ، كما هو الحال بالنسبة لما تبقى فى ذمة الوكيل من حساب للوكالة ^(٤) .

^(١) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٠٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٦٧٩ وما بعدها ، وهامش رقم (٢) الصحيفة رقم ٦٨٠ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٢ ، عكس ذلك د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٩ وما بعدها ، نقض مدنى فى ١٧/٢/١٩٧٠ المجموعة ٢٣ س رقم ص ٢٠١ .

^(٢) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١١١ ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٣ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٦٨١ .

^(٣) د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٣ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، د/ محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ٥٦٢ .

^(٤) د/ السنهورى : : المرجع السابق ص ٦٨١ .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى على أن الأصل فى الوكالة أنها تبرعية ؛ لأنها عقد إرفاق وبالتالي فالوكيل لا يستحق أى أجر عما قام به من أعمال لتنفيذ ما وكل به ، مادام لم يتفق مع الموكل على ذلك .

ولكن اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن القانون المدنى أجاز أن تكون أجرة الوكيل بنسبة معينة مما يحصله الوكيل من أشياء للموكل ، أو أن تكون أجرته جزءاً من الصفقة التى يقوم الوكيل بإتمامها ، فى حين لم يجز الفقه الإسلامى ذلك ؛ والعلة فى هذا الأمر هى عدم معلومية الأجرة ، وبالتالي يرجع فى تحديد الأجرة فى هذه الحالة لأجرة المثل .

كما اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما يلى :

إن القانون المدنى جعل التزام الوكيل فى تنفيذ ما وكل به التزاما ببذل عناية ، ومن ثم فإن الوكيل يستحق الأجر ، ولو لم ينجح فى مهمته ، متى كانت الوكالة مأجورة ، إلا إذا اتفق على أن يكون التزام الوكيل التزاما بتحقيق غاية ، كما هو الحال فى توكيل الوسطاء والسماسرة ، فى حين جعل الفقه الإسلامى التزام الوكيل التزاما بتحقيق غاية ، متى كانت الوكالة بأجر ، وبالتالي فإن الوكيل لا يستحق الأجر ، إلا إذا نفذ الوكالة تنفيذا صحيحا .

ويتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن مقدار الأجر المستحق للوكيل يمكن تحديده بناءً على الاتفاق ، الذى يتم بين الموكل والوكيل .

ولكن اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى حالة ما إذا لم يتفق الموكل مع الوكيل على تحديد الأجر المستحق لهذا الأخير ، متى قام بمحل الوكالة ، فقد جعل القانون المدنى للقاضى سلطة تقديرية فى تحديد أجر الوكيل ، فى حين جعل الفقه الإسلامى المرجع فى تحديد الأجرة فى هذه الحالة هو الرجوع إلى أجر المثل ، وذلك بناءً على ما جاء فى القاعدة الفقهية المشهورة التى تقضى بأن :

" المعروف عرفا كالمشروط شرطا " وتطبيقاتها ^(١) .

(١) /أ/ سليم رستم : شرح المجلة ج ١ ص ٣٧ .

المبحث الثالث

رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما أنفقه فى سبيل تنفيذه للوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا قام الوكيل بإنفاق بعض المصروفات اللازمة لتنفيذ ما وكل به ، كما هو الحال فى أجره نقل الشئ الذى وكل فى شرائه أو بيعه وأجرة حفظه ، إذا كان مما يحتاج إلى ذلك ، وأجرة تنقل الوكيل من مكان إلى آخر ، كما هو الحال فى الوكيل بقضاء الدين ، فقد يكون الدائن (الموفى له) فى مكان بعيد عن المكان الذى يقيم فيه الوكيل (الموفى) ، فلكى يقوم الوكيل (الموفى) بقضاء الدين الذى وكل فى الوفاء به ، فإنه يحتاج إلى أن ينتقل إلى مكان إقامة الدائن ، فهل يحق للموفى (الوكيل) أن يرجع على المدين الموكل بهذه النفقات ؟ وتوضيح ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون كالتالى :

أولا : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما أنفقه فى سبيل تنفيذه للوكالة فى الفقه الإسلامى :

من المقرر أنه متى قام الموفى (الوكيل) بإنفاق بعض المصروفات اللازمة لتنفيذ ما وكل به فعلا ، فإنه يحق له أن يرجع بها على موكله وهو المدين هنا ، وقد ذهب إلى ذلك فقهاء المذاهب الإسلامية الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣)

(١) دامادا أفندى : مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٠ وقد جاء فيه : " (والعامل) هو الذى يبعثه الإمام أى يوكله فى جباية الصدقات ، وعبر بالعامل دون الحاشر ، ليشمل الساعى والمفرق (يعطى بقدر عمله) ما يكفيه وأعوانه بالوسط مدة ذهابهم وإيابهم " ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٢ ص ٢٠٤ ، الإمام الشلبى : حاشيته على تبیین الحقائق ج ١ ص ٢٩٧ ، وأيضا الشيخ/ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ص ٢٧ ط دار الفكر العربى القاهرة ١٩٩٧ م .

(٢) المكى المالكى : تهذيب الفروق ج ٤ ص ٢١٩ وقد جاء فيه : " كل من عمل عملا أو أوصل نفعا لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك ، فإن كان متبرعا لم يرجع به ... والقول قول العامل فى عدم التبرع ، لكن شرط الغرم أن يكون المعمول له لا بد له من عمله بالاستئجار أو إنفاق المال " ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١/١٣٢ ، عبد السميع الأزهرى : جواهر الإكليل ج ١ ص ١٣٨ .

(٣) الشربينى الخطيب : مغنى المحتاج ج ١ ص ١٠٨ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٥٥ ، والشيخ زكريا الأنصارى : شرحه على المنهج بهامش حاشية الجمل ج ٤ ص ١٠٥ وقد جاء فيه ما نصه : " والعامل أى وكيل الإمام فى جمع الصدقات ، وتوزيعها يعطى أجر مثله " وهذا =

والحنابلة ^(١) والزيدية ^(٢) والإمامية ^(٣) والإباضية ^(٤) .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

١- قول الحق تبارك وتعالى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ... ﴾ ^(٥) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله سبحانه وتعالى قد جعل للعاملين على الصدقات من ساع ، وجاب ، ومفرق ، وكاتب ، وحاشر ، ولو كان كل منهم غنيا نصيبا من أموال الزكاة ، التي يוכלون على العمل فيها ، وهذا الأجر الذي يتقاضونه ليس مقابلا لما قاموا به من أعمال فقط ، ولكنه يعتبر مقابلا لما ينفقونه من نفقات ، لازمة لتنفيذ العمل الذي وكلوا عليه ^(٦) .

=

الأجر أعم من أن يكون أجر للعامل فقط ، ولكنه أجر له على العمل ، وتعويض له عما ينفقه في تنفيذه لعمله ، وفيه كفاية له ولأهله من مطعم وملبس وغير ذلك ، وراجع في ذلك أستاذي الدكتور / أحمد على طه ريان : المرجع السابق ص ٥٢٠ .

^(١) الإمام البهوتي : الروض المربع ج ١ ص ١٩٤ وقد جاء فيه ما نصه : " والنائب أمين فيما يعطاه ليحج منه ويحتسب له نفقة رجوعه وخادمه " ، النجدي : حاشية الروض المربع ج ٣ ص ٥٢٢ حيث يقول تعليقا على قول الإمام البهوتي في الروض المربع : " فيركب وينفق بالمعروف ، ويضمن ما زاد على ذلك أو على نفقة طريق أبعد من الطريق القريب ... ويرد ما فضل إلا أن يؤذن له فيه " .

^(٢) ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٢ ص ١٧٨ حيث يقول : " وللعامل وهو ما وكله الإمام في جمع الصدقات وتوزيعها ما فرض الإمام وحسب العمل كالأجير ... إذ الآية منبهة على استحقاقه الأجرة بالعمل " ^(٣) الطوسي : المبسوط ج ١ ص ٢٢٨ حيث يقول : " وإذا وكل الإمام رجلا للعماله فإنه يستحق العوض ... والعوض يكون بقدر أجرته ، ويكون من الزكوات التي وكل في جمعها " .

^(٤) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ وقد جاء فيه : " ويدرك أى الوكيل كل ما صرف ، وأجرة الدليل ، وكذلك إن اشترى عبدا أو دوابا فإنه أى الوكيل يدرك ما يؤكلهم أو يسقيهم أو يلبسهم أو يداويهم وأجرة الراعى ، وأجرة الدلالة في الطريق ، وكراء السكنى ، وكل ما صرف ، وإن حمل على مركبة أو خزن في مخزنة أو حمل في ظرفه ، فإنه يدرك أجرة ذلك ... لأنه ما لا يوجد الشيء إلا به أو يحتاج إليه فإنه بمنزلة الشيء ، فإن للوسائل حكم المقاصد " .

^(٥) سورة التوبة من الآية رقم (٦٠) .

^(٦) راجع أستاذي الأستاذ الدكتور / أحمد على طه ريان : عقد الوكالة في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٥ ، ابن كثير : تفسيره ٤/٤ ط ١ مكتبة الإيمان بالمنصورة ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م .

لذلك يقول الإمام القرطبي : " إن هؤلاء يعطون قدر عملهم من الأجرة ... كما أنهم عطلوا أنفسهم لمصلحة الفقراء فكانت كفايتهم ، وكفاية أعوانهم فى مالهم " (١) .

(٢) لما كانت النفقات التى ينفقها الوكيل على تنفيذ وكالته من مؤن حفظ وكراء حمل ، وأجرة نقل ، وكذا أجرة الدليل الذى دله على المكان الذى يريد الذهاب إليه ليوفى فيه دين الموكل (المدين) ، أو ليشتري منه أو غير ذلك من مستلزمات تنفيذ عقد الوكالة ، إذ لا يتأتى التنفيذ إلا به كانت ملزمة للموكل (المدين) ، ذلك لأنه مالا يوجد الشئ إلا به أو يحتاج إليه فإنه بمنزلة الشئ ؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد (٢) .

وفى ذلك يقول ابن أطفيش : " ويدرك أى الوكيل على الموكل كل ما صرف أى أنفق ، وأجرة الدلالة فى الطريق وكراء السكنى وكل ما صرف " (٣) .

وبناء على ذلك ، فإن ما ينفقه الوكيل فى سبيل تنفيذ وكالته ، وهى الوفاء بدين المدين من أجرة انتقال من مكان لآخر ، وأجرة حفظ لما معه من دراهم أو أشياء عينية حتى يوصلها للدائن ، ويحقق ما وكل من أجله ، وهو الوفاء بالدين لدائن المدين ، تلزم الموكل (المدين) وبالتالي يحق للوكيل (الموفى) أن يرجع بها عليه .

ثانيا : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما أنفقه من مصروفات فى سبيل تنفيذ الوكالة فى القانون المدنى :

قد يحتاج الوكيل إلى إنفاق بعض المصروفات للقيام بالأعمال اللازمة لتنفيذ ما وكل به ، وذلك كدفع تكاليف كتابة العقود ، ورسوم التسجيل ، واستخراج الرخص ، والسمسرة ، ومصروفات السفر والإقامة التى قد يتكبدها الوكيل ، وغير ذلك من النفقات ، التى قد يتطلبها تنفيذ الوكالة كالنفقات اللازمة لحفظ منقولات الموكل ، وأشياءه من الضياع أو التلف (٤) وفى ذلك تقول المادة (٧١٠ مدنى) : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى

(١) الإمام القرطبي : أحكام القرآن ج ٥ ص ٣٠١٦ طبعة دار الريان للتراث ، ابن العربى : أحكام القرآن ٩٦١/٢ ط دار الجيل بيروت .

(٢) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٥٤١ .

(٣) ابن أطفيش : المرجع والموضع السابقين .

(٤) د/ مصطفى عبد الحميد : عقد الوكالة فى القانونين المصرى والأمريكى ص ١٢٣ ط سنة ١٩٩٧ مطبعة حماده بقويسنا ص ١٢٣ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٧١٠ ، د/ محى الدين إسماعيل : العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشرعية الإسلامية والقوانين العربية

تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ... "

هذا : وقد يقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ معينة ، للإنفاق منها فى شئون الوكالة ، وفى هذه الحالة يلتزم الموكل بتقديم هذه المبالغ بموجب شرط ضمنى يستخلص من الظروف ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى : " وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة ، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها " (١) .

وقد يشترط الوكيل صراحة أن يقدم له كل المصروفات اللازمة للإنفاق منها على أعمال الوكالة ، وفى هذه الحالة يلتزم الموكل بتقديم هذه المصروفات للوكيل بموجب هذا الشرط الصريح (٢) .

فإذا لم يقر الموكل بتنفيذ التزامه ، بتقديم المبالغ التى طلبها الوكيل منه صراحة أو ضمنا للإنفاق منها على شئون الوكالة ، فإنه يحق للوكيل أن يفسخ عقد الوكالة مع المطالبة بالتعويض ، إن كان له مقتضى ، أو أن يتوقف عن القيام بأعمال الوكالة حتى يقوم الموكل بدفع المبالغ التى طلبها أو أن يتحى عن الوكالة (٣) .

ولكن قد ينفق الوكيل على أعمال الوكالة من ماله الخاص ، كما هو الحال إذا لم يطلب من الموكل المبالغ اللازمة للإنفاق على ما يقتضيه تنفيذ الوكالة ، أو لم يتفق معه على

=

إسماعيل : العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشرعية الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية سنة ١٩٩٥م ص ٢٢٤ القاهرة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٧٠٨ وما بعدها ، أ/ إبراهيم على منصور : أحكام الوكالة فى القانون المدنى الأردنى ص ٤٣ ط ١٩٩٨م ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٤ ، د/ أكثم الخولى : العقود المدنية الصلح الهبة الوكالة ص ٢٣٥ الطبعة الأولى ١٩٥٧م مطبعة نهضة مصر بالجالة القاهرة .

(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٧٠٩ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٣ ، د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٦ .

ذلك ، ففي هذه الأحوال يلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذه لما وكل به من ماله الخاص ، سواء أنجح الوكيل في تنفيذ وكالته أم لم ينجح في ذلك مادة ٧١٠ مدنى (١) وحتى يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في سبيل تنفيذ الوكالة يلزم أن يتوافر في هذه النفقات الشروط التالية :

الشرط الأول : أن تكون هذه النفقات ، يقتضيها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد . فلا يحق للوكيل أن يسترد النفقات التي لا يقتضيها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، وهذه النفقات هي التي يتجاوز بها الوكيل حدود الوكالة أو التي كان من الممكن تفاديها لو بذل في تنفيذ الوكالة العناية المطلوبة ، أما إذا كانت المصروفات التي أنفقها الوكيل لازمة لتنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يرتكب أى خطأ يترتب عليه زيادة هذه المصروفات ، فإنه يجب على الموكل أن يرد لها (٢) .

الشرط الثانى : أن تكون هذه النفقات مشروعة ، وغير مخالفة للنظام العام : فإن كانت هذه النفقات التي ينفقها الوكيل أثناء تنفيذه للوكالة غير مشروعة ومخالفة للنظام العلم ، فلا يجوز للوكيل أن يستردها من الموكل ، وذلك كما هو الحال إذا دفع الوكيل رشوة من أجل تنفيذ الوكالة أو أنفق بعض المصروفات من أجل استئجار منزل لممارسة الدعارة (٣) وأساس التزام الموكل برد المصروفات للوكيل هو عقد الوكالة ذاته ، وبالتالي إذا قام الوكيل بإنفاق بعض المصروفات المعتادة لتنفيذ الوكالة ، فإن عقد الوكالة يصبح ملزماً للجانبين ، ويكون الموكل ملزماً بأن يرد هذه النفقات التي أنفقها الوكيل فى شئون الوكالة ، متى كان تنفيذه لها تنفيذا معتاداً ، ويقع على الوكيل عبء قيامه بهذه النفقات ، وله أن

(١) د/ محمد على عرفة : أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - فى العقود الصغيرة الوكالة ، الصلح والتأمين ص ٥٤ وما بعدها ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٤٥ م ، الناشر مكتبة عبد الله وهبة ، د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٣ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٧١١ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٣ ، أ/ إبراهيم على منصور : المرجع السابق ص ٤٤ ، د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٦ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٤ وما بعدها .

(٣) د/ محمد كامل مرسى : العقود المدنية الصغيرة ص ٥٦١ الطبعة ٣ سنة ١٣٦١ هـ ١٩٤٢ م بمصر ص ٥٦١ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٧١١ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٢ ، إبراهيم على منصور : المرجع السابق ص ٤٤ .

يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ؛ لأن الإنفاق واقعة مادية ، ومتى أثبت الوكيل ذلك فللموكل أن يثبت أنه ردها للوكيل ، أو أنها أنفقت من مال له عنده ، أو أن الوكيل قد ارتكب أخطاءً تسببت عنها هذه المصروفات ^(١) .

وبالإضافة إلى التزام الموكل برد المصروفات ، التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة فإنه يلتزم أيضا بأن يرد له فوائد هذه المصروفات من وقت إنفاقها ، وتحديد الوقت الذى أنفقت فيه هذه المصروفات يقع على عاتق الوكيل ^(٢) .

وقد نصت على ذلك المادة (٧١٠ مدنى) بقولها : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق " .

وهذا يعد خروجاً على القواعد العامة ، التى تقضى بأن الفوائد لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية مادة (٢٢٦) مدنى .

هذا : ويستحق الوكيل الفوائد على المصروفات التى أنفقها من وقت الإنفاق ، سواء أكانت الوكالة بأجر أم كانت تبرعية ، لأن تقاضى الأجر لا يمنع الوكيل من تقاضى المصروفات وفوائدها ، وللوكيل أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن تقاضى الفوائد ، التى ترتبت على ما أنفق من مصروفات ، ويكون التنازل صريحاً ؛ بأن يرفض أخذ الفوائد من الموكل ، ويكون ضمناً ، إذا اقتصر الوكيل فى المطالبة على المصروفات فقط ، وتحسب الفوائد بالسعر القانونى أو الاتفاقى ، بحيث لا يزيد على نسبة ٧% لأنه الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً ، طبقاً لنص المادة (٢٢٧) مدنى ، وعلى ذلك إذا تفق الطرفان على فوائد تزيد على السعر القانونى وجب تخفيضها إليه ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر ^(٣)

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٧١٢ ، نقض مدنى فى ١٩٧٠/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٣٤ ص ٢١٣ .

^(٢) د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٦ ، د/ محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ٥٦١ ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧١٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٢ وما بعدها .

^(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧١٤ وما بعدها ، د/ أكثم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٦ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٤ وما بعدها ، د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٦ .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتبين أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا لم يقدم الموكل للوكيل أموالاً معينة ، لينفق منها على تنفيذ ما وكل به التنفيذ المعتاد ، ثم قام الوكيل بالإنفاق على تنفيذ ما وكل به من ماله الخاص ، ففي هذه الحالة يلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه ، سواء أكان ما أنفقه الوكيل عبارة عن ثمن للشئ الذى اشتراه للموكل أم عبارة عن مصاريف هذا الشئ ، كما هو الحال فى مصاريف تسجيله إذا كان عقارا أو استخراج ترخيص له ، ومصاريف السفر والتنقل اللازمة لإيصال ذلك الشئ إلى مستحقه ، ومصاريف حفظه للموكل من الضياع أو التلف .

وإذا كان القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامى فى حق الوكيل (الموفى) فى الرجوع بما أنفقه من المصروفات اللازمة لتنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، فإنه يختلف مع الفقه الإسلامى فى أنه أعطى للوكيل (الموفى) الحق فى الحصول على فوائد عن المبالغ التى أنفقها فى سبيل تنفيذه لما وكل به التنفيذ المعتاد ، فى حين اعتبرها الفقه الإسلامى من قبيل الربا المحرم شرعا ، وذلك لمخالفتها لأصول الشريعة الإسلامية ومعارضتها لها .

المبحث الرابع

رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها بسبب تنفيذ الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

قد يصيب الموفى (الوكيل) بأداء الدين عن موكله ضرر بسبب تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، دون أن يكون ذلك الضرر ناشئاً عن خطئه ، كما هو الحال إذا أنفق من ماله الخاص فى سبيل إنقاذ مال الموكل من الضياع أو التلف ، أو وكل فى شراء سيارة مثلاً ، وأثناء قيامه بتجربتها أصاب أحد الأشخاص بضرر فلزمه الضمان ، باعتباره مباشراً للضرر ، فهل يحق له أن يرجع على الموكل بالتعويض ، عما أنفقه من أموال فى سبيل إنقاذ مال الموكل ، وعما لزمه من ضمان لمن أصابه بالضرر بسبب تنفيذ الوكالة أم لا ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يلزم أن أبين ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لبيان حق الوكيل فى الرجوع على الموكل بالتعويض ، عما أنفقه من أموال فى سبيل إنقاذ ماله من التلف أو الضياع ، ورجوعه على الموكل عما لزمه من ضمان ، لمن تسبب فى ضرره ، بسبب تنفيذ الوكالة ، يلزم أن أبين كل حالة على حدة ؛ وذلك لاختلاف الحكم فى كل منهما عن الأخرى .

أ- رجوع الوكيل على الموكل بالتعويض عما أنفقه من أموال فى سبيل إنقاذ ماله من التلف أو الضياع :

إذا أنفق الموفى سواء أكان وكيلاً أم لا فى سبيل إنقاذ مال غيره ، وهو المدين هنا - من الضياع أو التلف ، حتى يتمكن من الوفاء به لدائن هذا المدين فهل يحق له أن يرجع على المدين بالتعويض عما أنفقه من مال أم لا ؟

انقسم الفقهاء بصدد الإجابة عن هذا التساؤل إلى قولين :

القول الأول : يذهب أصحابه إلى عدم أحقية الموفى (الوكيل) فى الرجوع على المدين (الموكل) بالتعويض ، عما أنفقه من مال فى سبيل إنقاذ ماله إلا إذا أذن له صاحب المال وهو المدين الموكل هنا ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والشافعية إذا أذن له صاحب

(١) العقود الدرية ١٠٧/١ ط ٢ بالطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٠٠هـ وقد أعادت طباعتها بالأوفست دار المعرفة ببيروت وقد جاء فيها : " من أخرج لغيره متاعاً من الغرق فأنفق فى ذلك مالا ... لم يرجع بشئ مما أنفق إلا إذا أذن له القاضى أو صاحب المتاع أن ينفق ويرجع " =

المال فى الإنفاق أو أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يأذن له صاحب المال ^(١) والظاهرية ^(٢) وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من عدم رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بما أنفق أو بذل من جهد فى سبيل المحافظة على أموال المدين من الضياع أو التلف ، بعدم وجود الإذن فى هذه النفقات ، ممن له الولاية فيه من مالك أو قاض ، وبعدم وجود الولاية الشرعية للموفى على المدين ، فكان ما أنفقه الموفى بدون إذن أو ولاية شرعية يعد من قبيل التبرع ، وما كان من قبيل التبرع لا رجوع للموفى على المدين فيه ^(٣) .

القول الثانى : ويرى أصحابه أنه يحق للموفى (الوكيل) أن يرجع على المدين (الموكل) بالتعويض عما أنفقه من مال فى سبيل إنقاذ مال الموكل ، والمحافظة عليه من التلف أو الضياع ، وقد ذهب إلى ذلك المالكي ^(٤)

-
- ط ٢ بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٠٠هـ ، وقد أعادت طباعتها بالأوفست دار المعرفة بيروت ، حاشية ابن عابدين على الدر ج ٤ ص ٥٢٦ .
- ^(١) يراجع فى ذلك الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر : بغية المسترشدين ص ١٧٨ وقد جاء فيها ما نصه : " أعياء بغيره فتركه فقام به غيره حتى عاد لحاله ... لا يملكه ولا يرجع بشئ على ماله إلا إذا استأذن الحاكم فى الإنفاق ، أو أشهد أنه أنفق ليرجع عند قيامه بالإنفاق ، ومن أخرج متاعا غرق ، فإنه لا يملكه ولا يرجع بما أنفقه فى سبيل ذلك " ، الإمام الرملى : نهاية المحتاج ٣٢٥/٥ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٣٥٨/٢ ، ابن حجر الهيتمى : تحفة المحتاج بشرح المنهاج بهامش حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى ج ٦ ص ٣٢٨ .
- ^(٢) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٢٤٠ وقد جاء فيه ما نصه : " ومن ترك دابته بفلاة ضائعة فأخذها إنسان فقام عليها فصلحت أو عطب فى بحر أو نهر فرمى فى البحر متاعه فأخذه إنسان ... أو غاص عليه إنسان فأخذه فكل ذلك لصاحبه الأول ، ولا حق فيه لمن أخذ شيئا منه " .
- ^(٣) الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى - القسم الأول ص ٣٥ ، أستاذى الدكتور / أحمد على طه ريان : عقد الوكالة فى الشريعة الإسلامية ص ٥٣١ .

^(٤) الإمام القرافى : الفروق ج ٣ ص ١٨٩ حيث يقول : " كل من عمل لغيره عملا من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك ... فإن كان غير متبرع وهو منفعة ، فله أجرة مثله أو مال فله

والحد نايلة ^(١) والإباض ة ^(٢).

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه من جواز رجوع الموفى على المدين ، بالتعويض عما قام به من جهد أو أنفقه من أموال ، فى سبيل المحافظة على أموال المدين ، بوجود الإذن والولاية الشرعية بين المؤمنين ؛ لأن الحق سبحانه وتعالى عقد المولاة بينهم ، وجعل بعضهم أولياء بعض ، فمن أدى عن غيره واحبا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله (٣) .

الرأي الراجح :

وبعد عرض أقوال الفقهاء ودليل كل قول يبدو لى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى ، وذلك لقوله تعالى ﴿ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ﴾ ^(٤) وليس من الإحسان بل من الإساءة أن يجازى الموفى أو غيره على معروفه ببذله ماله فى سبيل تحصيل مصلحة غيره ، بإضاعة هذا المال عليه وعدم إعطائه الحق فى الرجوع على

أخذه ممن دفعه عنه بشرط أن يكون المعمول له لابد له من عمل ذلك بالاستئجار عليه أو إنفاق ذلك المال " ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، الإمام مالك : المدونة مجلد ٤ ج ١١ ص ٥٠٠ ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٩٨/٢ حيث يقول : " الأرجح فى المال المفدى من لص أو نحوه كغاصب ، ومحارب وظالم من كل مال أخذ صاحبه بغير رضاه ، ولم يمكن الوصول إليه إلا بالفداء (أخذه بالفداء) الذى يفدى به مثله عادة أن يكون لمن قام به حق الرجوع على صاحب المال ، ومقابله أى مقابل الأرجح أنه لارجوع له " ، التسولى : البهجة شرح التحفة ٥١٧/٢ ط دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ ١٩٩١ م .

(١) الإمام البهوتى : كشف القناع ٢٠٦/٤ وقد جاء فيه ما نصه : " وفى تخليص متاع الغير من بحر أو فم سبع أو فلاة ، فله أى فللعامل أجره مثله ، وإن لم يأذن له ربه أى رب المال لأنه يخشى هلاكه وتلفه على مالكه ... وكذا لو كسرت سفينة فخلص قوم الأموال من البحر ، فتجب لهم الأجرة على الملاك ؛ لأن فيه حثا وترغيبا فى إنقاذ الأموال من الهلكة " ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٤٨٧/٦ .

(٢) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ١٢ ص ٢٥٤ .

(٣) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ .

(٤) سورة الرحمن الآية رقم (٦٠) .

المدين به ، بالإضافة إلى أن الحق سبحانه وتعالى قد جعل المؤمنين والمؤمنات بعضهم أولياء بعض مصداقا لقوله تعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ (١) .
وبالتالى إذا أدى أحدهم عن غيره واجبا ، كان نائبه فيه بمنزلة وكيله (٢) علاوة على أن القول برجوع الموفى (الوكيل) أو غيره ، ممن يخلص أموال الناس من اللصوص أو إنقاذ هذه الأموال من التلف بما أنفقه وبأجرة مثله ، يحمل الناس على تخلص الأموال لأربابها وتحصيل منافعهم (٣) .

ب- رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بالتعويض عما لزمه من ضمان لمن تسبب فى ضرره بسبب تنفيذ الوكالة :

لم يتعرض الفقهاء القدامى - باستقراء ما اطلعت عليه من مصادر - لبحث مسئولية الموكل عما يصيب الوكيل من ضرر ، بسبب تنفيذه لما وكل به ، ولذلك اختلف الفقهاء المعاصرون بصدد هذا الأمر ، وأسفر هذا الخلاف عن اتجاهين :
الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن الموكل غير مسئول ، عما يصيب الوكيل من ضرر ، بسبب قيامه بتنفيذ ما وكل به (٤) .
وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالكتاب والمعقول :
أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾
(٥) وقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ (٦)
وقوله : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ (٧) .

(١) سورة التوبة الآية رقم (٧٠) .

(٢) ابن القيم : أعلام الموقعين ٨/٣ .

(٣) البهوتى : كشف القناع ٢٠٦/٤ ، الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ص ٣٨ .

(٤) الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ص ٥٨ ط ١٩٩٧م دار الفكر العربى القاهرة ،

د/ محمد رضا عبد الجبار العانى : الوكالة فى الشريعة الإسلامية والقانون ص ٨٣٧ طبعة مطبعة

العانى ببغداد ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .

(٥) سورة الأنعام من الآية رقم (١٦٤) .

(٦) سورة البقرة من الآية رقم (٢٨٦) .

(٧) سورة المدثر من الآية رقم (٣٨) .

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة :

دللت هذه الآيات على أنه لا يؤخذ أحد بفعل غيره ، وأن كل مباشر لضرر أو جريمة فعلية مغبتها ، وأن ما كسبت النفس من الخير فلها ، وما اكتسبت من الشر فعليها ، وأن كل نفس مرتبهة بكسبها مأخوذة بعملها ، لا بعمل غيرها إما خلصها أو أوبقها ^(١) وبالتالي فلا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه غيره .

وأما المعقول :

فإن الوكالة إما أن تكون تبرعا من الوكيل ، وإما أن تكون بأجرة ، فإن كان الوكيل متبرعا ، فلا تعويض له بما وقع عليه من ضرر ؛ لأنه أقدم على الوكالة بمحض إرادته ، ومن ثم لا وجه لإلزام الموكل بالتعويض ، عما يصيبه من ضرر . وإن كانت الوكالة بأجر ، فلا يحق للوكيل أن يرجع بالتعويض عما يصيبه من ضرر على موكله ؛ لأن الموكل يدفع له أجرا عما يقوم به من أعمال لتنفيذ الوكالة ، فلا يتحمل تعويضه عن الضرر الذي قد يصيبه ^(٢) .

الاتجاه الثانى :

ويذهب القائلون به إلى أن الموكل مسئول عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة وبالتالي يلزم بتعويضه عما يصيبه من ضرر ما لم يكن هذا الضرر ناتجا عن خطأ الوكيل أو تقصيره ^(٣) .

وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

أولاً : قياس الوكيل على المستأجر متى كانت الوكالة بأجر ، وذلك لأن الوكالة مع اشتراط الأجر للوكيل تكون فى حكم الإجارة ، ويعد القائم بأعمال الوكالة أجيرا ، ولما

(١) يراجع الإمام القرطبي : أحكام القرآن الكريم ج ٢ ص ١٢٣٣ ، ج ٤ ص ٢٥٩٣ ، ج ١٠ ص ٦٨٧٨ ط دار الريان للتراث ، الإمام ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٤٢٧ ، ج ١٠ ص ٦٨٧٨ ط دار الريان للتراث ، الإمام ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٤٢٧ ، ج ٣ ص ٢٣٧ ، ج ٨ ص ١٥٣ الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م ، الناشر مكتبة الإيمان بالمنصورة .

(٢) د/ محمد رضا عبد الجبار : المرجع السابق ص ٣٣٨ .

(٣) د/ محمد أحمد سراج : ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى ص ٤٢٩ ط ١٤١٤ هـ ١٩٩٣ بالمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، د/ محمود محمد حسين : مسئولية الوكيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص ٢٥٨ وما بعدها ط ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م .

كان المؤجر هو الذى يلتزم بضمان الضرر الذى يترتب على تصرف المستأجر ، متى كان هذا التصرف يعود بالنفع على المؤجر ، فكذلك الموكل ؛ لأن الوكيل بالأجر فى حكم المستأجر ، وفى ذلك يقول الإمام البغدادى : " صاحب حانوت أمر أجيرا له ليرسل له الماء فى طريق المسلمين ففعل ، وعطب به إنسان فعن أبى يوسف يضمن الأمر ... لأن منفعة الإرسال للأمر ... ولو أمر أجيرا أوسقاء برش الماء فى فناء دكانه فعطب به إنسلن ضمن الأمر لا الراش " (١) .

وعلى ذلك يضمن الموكل ما يترتب على فعل وكيله فى الوكالة المأجورة من أضرار بالغير ، ما دام أن فعله كان فى حدود الوكالة المتفق عليها بينه وبين الموكل ، أما إذا كان هذا الفعل الذى ترتب عليه الضرر بالغير فى أمر خاص بالوكيل ولا علاقة له بأعمال الوكالة المتفق عليها بينهما ، وذلك كأن يأمره الموكل بالوضوء فيتوضأ فى طريق المسلمين فأصيب أحد المارة بزلقة فى ماء الوضوء ، فإن الضمان يكون على المأمور (٢) وذلك لأنه أى المأمور (الوكيل) قد أخطأ فى تنفيذ العمل المأمور به (٣) .

ثانيا : أن الوكيل قد أصيب بالضرر بسبب تنفيذه للوكالة ؛ إذ لولا تنفيذه لأعمال الوكالة ما أصيب بالضرر ، ولا أصاب غيره وألزم بالضمان ، بالإضافة إلى أن الموكل يتحمل كل ما يترتب فى ذمة الوكيل من مصروفات وأجر له ، إذا كانت الوكالة مأجورة ، فيجب أن يتحمل ما يترتب فى ذمة الوكيل من ضمان ، وما يصيبه من أضرار (٤) وذلك لأن القاعدة فى الفقه الإسلامى أن الضرر يزال (٥) وقد استمد الفقهاء هذه القاعدة من الحديث الشريف الذى رواه عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن النبى ﷺ قال " لا ضرر ولا ضرار " (٦) وإذا كان الحديث الشريف ينهى عن الضرر ويمنعه ويأمر بإزالته ، فإن أنسب الطرق لإزالته هى التعويض ، وتعويض الوكيل هنا عما أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، أو ما لزمه من ضمان يكون بأن يتحمل الموكل عنه ذلك .

(١) مجمع الضمانات ص ١٥٩ .

(٢) البغدادى : مجمع الضمانات ص ١٥٩ ، د/ محمد سراج : المرجع السابق ص ٤٢٩ .

(٣) د/ محمد أحمد سراج : المرجع السابق ص ٢٧٩ .

(٤) د/ محمود محمد حسن : المرجع السابق ص ٥٩ وما بعدها .

(٥) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٠٥ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٨٣ .

(٦) الحديث تقدم تخريجه ص ١٣٩ من هذا البحث .

وبعد عرض الاتجاهات فى مدى مسئولية الموكل عما يصيب الوكيل من أضرار ، بسبب تنفيذه للوكالة وأدلة كل اتجاه يتضح لى - والله أعلم - أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى القائل بإلزام الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، وذلك لأن الضرر لابد من إزالته ، وأنسب الطرق لإزالته هى التعويض ، وتعويض الوكيل هنا عما أصابه بسبب تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، يكون بتحمل الموكل عنه ذلك .

ثانيا : رجوع الموفى (الوكيل) على المدين (الموكل) بالتعويض عن الأضرار التى قد تصيبه بسبب تنفيذ الوكالة فى القانون المدنى .

يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر ، دون خطأ منه أو تقصير بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، سواء أكان الوكيل مأجورا أم متبرعا ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٧١١) مدنى بقولها : " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " .

ومن خلال هذا النص يتضح أن الموكل يكون مسئولا عن كل الأضرار ، التى قد تصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، ولا يكون مسئولا عن الأضرار التى قد تنشأ عن خطأ الوكيل أو تقصيره أثناء تنفيذه لما وكل به ، وبذلك يقرر هذه النص شرطين يجب توافرها حتى تتحقق مسئولية الموكل عن الأضرار التى قد تصيب وكيله بسبب تنفيذ الوكالة ، وهذان الشرطان هما :

الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب فى وقوع الضرر .

الشرط الثانى : ألا يكون هناك خطأ أو تقصير من جانب الوكيل .

وسأتناول هذين الشرطين بشئ من التفصيل :

الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب فى وقوع الضرر :

حتى تتحقق مسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، يجب طبقا لنص المادة (٧١١) مدنى سالف الذكر أن يكون الضرر الذى أصاب الوكيل ناتجا عن تنفيذ الوكالة مع ملاحظة أنه يلزم أن يكون تنفيذ الوكيل للوكالة تنفيذا معتادا ، فإذا لم يكن تنفيذ الوكيل

^(١) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٦ ، د/ محمد جبر الألفى : المرجع

السابق ص ٩٦ ، أ/ إبراهيم على منصور ص ٤٥ .

للووكالة معتادا ، بأن ثبت وجود خطأ أو تقصير فى جانبه ثم أصيب بضرر ، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر ، وكذلك الحال إذا لم يكن تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب المباشر فى إحداث الضرر بالوكيل ، فإن الموكل لا يكون مسئولا أيضا عن تعويض الوكيل عنه ، حتى ولو كان هذا الضرر قد وقع فى مناسبة تنفيذ الوكالة ، وذلك كما لو وكل شخص غيره فى شراء سيارة وأثناء توجهه للبائع تعرض لحادث سرقة فإن الموكل لا يكون مسئولا عن هذا الضرر ، الذى أصاب الوكيل لأنه وقع بمناسبة تنفيذ الوكالة ، ولم يكن تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا هو السبب المباشر فى إحداثه ^(١) .

أما إذا أصيب الوكيل بضرر فى ماله أو بدنه بسبب تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يثبت أنه ارتكب خطأ أو تقصيرا أثناء تنفيذ الوكالة فإن الموكل يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر ، لأن تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب المباشر فى وقوع الضرر ، كما أن هذا الضرر كان من الممكن توقعه عند انعقاد الوكالة ، وبناء على ذلك إذا كان محل الوكالة شراء سيارة ، وقام الوكيل بتجربتها فأصاب أحد المارة بضرر ، ولزمه الضمان باعتباره مباشرا ، دون أن يثبت فى جانبه خطأ أو تقصير ، فإنه يرجع بما لزمه من ضمان على الموكل ؛ لأن هذا الضرر أصابه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، وليس ناشئا عن تقصيره أو خطئه ، وكذلك الحال إذا كانت الوكالة واقعة على استئجار سيارة أو سفينة للقيام برحلة برية أو بحرية فأصيب الوكيل بضرر من جراء ذلك كأن يقتل أو يجرح أو يغرق ، فإن الموكل يكون مسئولا عن تعويض الوكيل أو ورثته ؛ لأن هذا الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ^(٢) .

وأىضا إذا ضحى الوكيل بمصلحته الشخصية ، فى سبيل تحقيق مصلحة الموكل ، كأن يضيع على نفسه صفقة ؛ ليحقق للموكل ربحا أكبر ، مما خسره هو ، بسبب ضياع تلك

(١) د/ محمد على عرفة : المرجع السابق ص ٥٧ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٣ وما بعدها ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٧ ، أ/ إبراهيم على منصور : المرجع السابق ص ٤٦ ، د/ أكرم الخولى : المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د/ محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٩٦ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٢٢ ، د/ محمد جبر الألفى : المرجع السابق ص ٩٦ وما بعدها ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى ص ١٢٧ ، أ/ إبراهيم منصور ص ٤٦ .

الصفقة أو أنقذ مالا للموكل بتضحيته بماله الخاص ، فإن الموكل يكون مسئولاً عن تعويض الوكيل عن ذلك ^(١) وفي ذلك تقول المذكرة التحضيرية للقانون المدني : " وإذا أصاب الوكيل ضرراً من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولي ، ومثال ذلك أن يضحي بمصلحة شخصية له حرصاً على مصلحة الموكل " ^(٢) .

الشرط الثاني : ألا يكون هناك خطأ أو تقصير من جانب الوكيل :

يلزم لتحقيق مسؤولية الموكل عن الأضرار التي تصيب الوكيل ، بالإضافة إلى كونها قد وقعت بسبب تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ألا تكون هذه الأضرار قد أصابته بسبب خطئه أو تقصيره في تنفيذ الوكالة ، وفي ذلك تقول المادة (٧١١) مدني : " يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ، وعلى ذلك إذا ارتكب الوكيل خطأ أو تقصيراً في تنفيذ الوكالة ، كأن تجاوز حدودها فتحققت مسؤوليته تجاه من تعامل معه بسبب هذا التجاوز ، فلا يحق له أن يرجع على الموكل لتعويضه عما أصابه من ضرر ، وكذلك إذا ارتكب جريمة أثناء تنفيذ الوكالة ، وكان تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فيها ، وأصابه ضرر ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن هذا الضرر فلو دفع رشوة ليفوز بمناقصة كلفه الموكل بالدخول فيها ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يعفى الموكل من أية مسؤولية تجاه الأضرار التي قد تصيبه ^(٣) .

أما إذا لم يثبت أن الوكيل قد ارتكب خطأ أو تقصيراً في تنفيذ الوكالة ، فإن الموكل يكون مسئولاً عما أصابه من ضرر ، سواء حدث هذا الضرر بخطأ الموكل أو الغير أو بقوة قاهرة ^(٤) .

^(١) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٧ ، د/ السنهوري : المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٢ وما بعدها .

^(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٣ .

^(٣) د/ السنهوري : المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٥ ، د/ محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ٥٦٢ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٧ ، أ/ إبراهيم منصور : المرجع السابق ص ٤٦ ، د/ محمد جبر الألفي : المرجع السابق ص ٩٧ وما بعدها .

^(٤) د/ السنهوري : المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٥ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٢٨ ، د/ محمد جبر الألفي : المرجع السابق ص ٩٨ .

ويقع على الوكيل عبء إثبات أن الضرر قد لحقه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً ، فإذا أثبت الوكيل ذلك كان الموكل مسئولا عن تعويضه عما أصابه من ضرر ، وللموكل إذا أراد أن يتخلص من أداء التعويض ، أن يثبت أن إصابة الوكيل بالضرر ، كانت بسبب خطئه أو تقصيره ، وليس بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا (١) .

وإذا توافر هذان الشرطان تحققت مسؤولية الموكل عما يصيب الوكيل من ضرر ، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا سواء أكان الوكيل مأجوراً أم غير مأجور ، وسواء أنجح في مهمته أم لم ينجح فيها ، وسواء أظهر الضرر الذى أصاب الوكيل أثناء تنفيذ الوكالة أم ظهر بعد إتمامها ؛ طالما كان تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا هو السبب المباشر فى إحداث الضرر للوكيل ، وسواء أوجد مصدر آخر يمكن للوكيل أن يحصل منه على تعويضه عما أصابه من ضرر أم لا ؟ ؛ لأنه إذا وجد ذلك المصدر كان هو والموكل مسئولين عن تعويض الوكيل عن الضرر بطريق التضامن (٢) .

ومسؤولية الموكل عن تعويض الوكيل عما لحقه من أضرار بسبب تنفيذ الوكالة ، مسؤولية عقدية تستند إلى عقد الوكالة ذاته ، ومن ثم يجوز للموكل أن يشترط مقدما إعفائه منها ، كما أن التزام الموكل بالتعويض يسقط بمضى خمس عشرة سنة ، من وقت وقوع الضرر (٣) .

(١) د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ١٢٥ ، إبراهيم منصور : المرجع السابق ص ٤٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٦ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٢٧ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٦ ، إبراهيم منصور : المرجع السابق ص ٤٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٦ ، ١٢٨ ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٥ .

(٣) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٢٦ ، د/ محى الدين إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢٥ ، د/ إبراهيم منصور : المرجع السابق ص ٤٧ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٢٧ .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى والذى يذهب إلى أن الموكل مسئول عما يصيب الوكيل من ضرر ، بسبب تنفيذه لما وكل به ، ما دام أن تصرفه الذى ترتب عليه الضرر كان فى حدود الوكالة ، المتفق عليها بينه وبين الموكل .

أما إذا كان الفعل الصادر من الوكيل فى حدود تنفيذه للوكالة ، ولكنه كان فى أمر يخصه ، وليس داخلا فى أعمال الوكالة فإن القانون المدنى يتفق مع الاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى على أن الموكل لا يكون مسئولا عما يترتب على هذا الفعل من ضرر للوكيل ، لأن الوكيل يقوم بهذا التصرف الذى يترتب عليه الضمان لنفسه وليس للموكل بحكم النيابة عنه .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الموكل لا يكون مسئولا عما يترتب من ضرر على تصرفات الوكيل الخارجة عن حدود الوكالة ، وذلك كأن يكون الضرر قد نجم عن خطأ الوكيل أو تقصيره ؛ إذ على الوكيل أن يتحمل نتيجة خطئه أو إهماله .

الفصل الثالث

الفصل الثالث

رجوع الموفى الكفيل على المدين بدعوى الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

تمهيد :

لما كان الوفاء بالدين يجوز أن يكون من المدين ، فإنه يجوز أن يكون من غيره أيضا ^(١) وغير المدين إذا قام بالوفاء بالدين الواجب فى ذمة المدين ، فإنه إما أن يكون مأمورا بهذا الوفاء منه ، وفى هذه الحالة يكون وكيلًا فى هذا الوفاء عنه ، والوكيل يحق له أن يرجع على المدين (الموكل) بما وفاه عنه بدعوى الوكالة ، وقد سبق بيان ذلك ^(٢) .

وإما أن يكون غير مأمور من قبل المدين بهذا الوفاء ، أى أنه ليست له ولاية شرعية فى الوفاء بالدين عند المدين ، وهو ما يعرف بالفضولى ^(٣) وما يقوم به من تصرفات تسمى فضالة ولفظ (الفضالة) وإن كان الفقهاء القدامى لم يستعملوه ، ولم يضعوا اصطلاحا يقابل التعبير القانونى (الفضالة) ، فقد استعمل غالبيتهم

(١) الإمام البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٤٨ وما بعدها ، المطيعى : تكملة المجموع ٣٩٢/١٣ .

(٢) من ص ١٦٢ إلى ص ١٩٤ من هذا البحث .

(٣) وقد عرف الحنفية الفضولى بأنه : " من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى " ، راجع الشلبى : حاشيته على تبين الحقائق ج ٤ ص ١٠٣ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ ، وعرفه المالكية بأنه : " الذى يبيع مال غيره من غير ولاية ولا توكيل " راجع التادوى : حلى المعاصم لفكر ابن عاصم ج ٢ ص ١٢٧ ، التسولى : البهجة نفس الموضوع ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ج ٥ ص ١٨ ، وعرفه الشافعية بأنه : " البائع مال غيره بغير إذن ولا ولاية " راجع الكهوجى : زاد المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، الجمل : حاشيته على شرح المنهج ٢٣/٣ ، الشربيني : مغنى المحتاج ١٥/٢ ، وعرفه الحنابلة بأنه : " من يتصرف فى مال غيره بغير إذنه " راجع ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٠٠/٤ ، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد ص ٣٤ شرح الملدة (١٣) ، وعرفه الزيدية بأنه : " من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك ولا ولى له ولا وكيل للمشترى ولا ولى له " راجع العنسى : التاج المذهب ٣٤٨/٢ ، وعرفه الإمامية بأنه : " ما ليس مالكا ولا وليا ولا وكيلًا " راجع الحلى : قواعد العلامة ١٨٤/٤ ، وعرفه الإباضية بأنه : " من يبيع السلعة وليست فى ملكه " راجع ابن أطفيش : كتاب النيل ج ١١ ص ٥٣٧ .

تعبير (تصرفات الفضولى) ، واستعمل البعض الآخر لفظ (الفضول)^(١) ولكن بعض الفقهاء المعاصرين ، قد استعمل لفظ الفضالة ووضع لها تعريفا ساذكره عند تعريف الفضالة^(٢) .

وعلى ذلك فليس هناك ما يمنع من استعمال لفظ الفضالة للتعبير عن تدخل الشخص فى شئون غيره تدخلا ضروريا ونافعا دون إذن أو ولاية أو وصاية ، وأن الفقه الإسلامى قد عرف نوعين من الفضالة :

النوع الأول : الفضالة العادية ، وهى التى يكون محلها عملا من الأعمال التى لا تقتضيها الضرورة ، ويقابل هذا النوع فى القانون المدنى (التصرف فى ملك الغير) ؛ لأن المتصرف فى كل منهما (الفضولى) لا يملك محل التصرف وليست له ولاية عليه^(٣) ومن ثم لا يندرج تحت هذا النوع من يقوم بالوفاء بدين غيره بغير إذنه ؛ لأن قيام الموفى بالوفاء بدين المدين دون إذنه لا يعد تصرفا فى ملك غيره ، ولكن تصرف فى ملكه هو ، إذ إن الموفى أدى الدين من ماله أى من مال الموفى ، وبالتالي كان وفاؤه بدين المدين من قبيل التفضل عليه ، أى من قبيل الفضالة الضرورية أو غير العادية أو النافذة ، وهو النوع الثانى من أنواع الفضالة^(٤) .

(١) د/عبد المجيد مطلوب : الفضالة دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية ص ١٤ طبعة ١٤١٣هـ ١٩٩٣م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، وإن كان البعض يرى أن لفظ الفضالة غير موجود فى اللغة العربية ، ولذلك استبدله بلفظ التفضل ، واستعمل لفظ التفضل كعنوان على الحالات الاستثنائية التى ينفذ فيها تصرف الشخص على غيره دون سابق إذن ويقول فى هذا : " وبذلك نميز بين موضوعين يجب التمييز بينهما فى الاسم وهما الفضولى الذى يتوقف فلا ينفذ ، والتفضل : الذى ينفذ على الغير ويلزمه " ، د/مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ هامش ص ٤٣١ وما بعدها .

(٢) الشيخ / أحمد إبراهيم : أحكام التصرف عن الغير ص ٣ .

(٣) راجع د/أحمد الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ هامش ص ٤٣١ وما بعدها .

(٤) د/محمد مذكور : تصرفات الفضولى دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤١١هـ ١٩٩١م ص ٥٦ وما بعدها .

النوع الثانى : الفضالة النافذة أو الضرورية ، وهى التى يكون محلها عملا من الأعمال الضرورية أو العاجلة ، ويقابل هذا النوع فى القانون (الفضالة) ^(١) وهى محل الدراسة .

وعلى ذلك سوف أتناول هذا الفصل وهو رجوع الموفى على المدين بدعوى الفضالة فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الفضالة ، ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : أركان الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

وسأوضح هذه المباحث - بعون الله - تباعا .

(١) د/عبد الحميد مطلوب : المرجع السابق ص ١٩ ، د/محمد مذكور : المرجع السابق ص ٥٦ ،

د/جبر الألفى : الفضالة دراسة مقارنة ص ٥١ وما بعدها بحث منشور بمجلة الحقوق والشرعية

تصدرها كلية الحقوق والشرعية - جامعة الكويت - السنة الثالثة - العدد الثانى سنة ١٣٩٩هـ .

المبحث الأول

تعريف الفضالة ، ومشروعيتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني

وأتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المطلب الثاني : مشروعية الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المطلب الأول : تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

أولاً : في الفقه الإسلامي :

أ- في اللغة :

الفضالة مصدر فضل ، والفضل الزيادة ، وجمعه فضول ، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، والفضل والفضيلة خلاف النقيصة ، والإفضال الإحسان ، وكل عطية لا تلزم من يعطى يقال لها فضل ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى بالضم وفتح الفاء فيه خطأ ، فقد جاء في المصباح المنير : " وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولهذا نسب إليه على لفظه ، فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه ؛ لأنه جعل علماً على نوع من الكلام ، فنزل منزلة المفرد ، وسمى بالواحد ، اشتق منه فضالة ، مثل جهالة ، وضلالة " (١)

ب- في الاصطلاح الشرعي :

لما كان تعريف الفقهاء للفضولى بأنه : " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي " (٢) أو بأنه " الذي يتصرف للغير بغير إذنه " (٣) وكان من يتصرف في شئون غيره بدون إذن شرعي منه يسمى فضولياً ، فإن العمل الذي يقوم به يسمى فضالة ، وكانت الفضالة هي عمل الفضولى في شئون غيره بدون إذنه (٤) .

ولذلك عرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها : " وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره ، نفساً ومالاً ، بدون إذن صاحب الشأن الذي تصرف عنه ، ولا ولاية

(١) الفيومي : المصباح المنير ٤٧٥/٢ الطبعة الثالثة بدار المعارف ١٩٩٤ تحقيق د/عبد العظيم الشناوى ، الفيروزبادى : القاموس المحيط ٣١/٤ ، الرازى : مختار الصحاح ص ٥٠٦ ، المعجم الوسيط ٦٩٣/٢ ، المعجم الوجيز ص ٤٧٤ وما بعدها .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ١٦٠/٦ ، الشلبى : حاشيته ١٣/٤ .

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد ص ٣٤ شرح المادة (١٣)

(٤) د/محمد مذكور : تصرفات الفضولى دراسة مقارنة ص ٥١ وما بعدها .

شرعية ولا وصاية " (١) .

وعرفها البعض الآخر بأنها : " عبارة عن تصرف الشخص فى شئون غيره دون أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف الشرعى " (٢) .

وعرفها البعض بأنها : " عبارة عن تدخل شخص فى شئون غيره دون إذن أو ولاية أو وصاية " (٣) .

ولكنى أرى أن هذه التعريفات لا تخرج عن كونها تعريفا للعمل الذى يقوم به الفضولى ، سواء أكانت الفضالة موقوفة على الإجازة أم نافذة ، لأنها لم توضح أن تدخل الفضولى فى شئون غيره كان على سبيل الضرورة أو الاستعجال .

ولذلك يمكن تعريف الفضالة النافذة أو الضرورية ، التى لا تتوقف فى نفاذها على إجازة صاحب الشأن بأنها عبارة عن : تدخل شخص عن قصد فى شئون غيره نفسا أو مالا تدخلا اضطراريا أو نافعا ، دون إذن أو ولاية أو وصاية .

ثانيا : تعريف الفضالة فى القانون المدنى :

عرفت المادة (١٨٨) من القانون المدنى المصرى الفضالة بقولها : " الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك " .

يتضح من هذا النص أن المقصود بالفضالة أن يتولى شخص عن قصد القيام بأمر ضرورى وعاجل ، لمصلحة شخص آخر ، من غير أن يكون ملزما بهذا الأمر أصلا ، يستوى أن يكون هذا الأمر تصرفا قانونيا أو عملا ماديا ، وإذا كان تصرفا قانونيا فيستوى أن يكون ممن أعمال الإدارة أو أعمال التصرف ، ومن أمثلة ذلك قيام شخص بالوفاء بدين غيره ، تجنباً لاتخاذ الدائن لإجراءات الحجز والبيع بالطريق

(١) الشى / أحمد إبراهيم : أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ص ٢٥٥ طبعة مطبعة العلوم بشارع الخليج بالقاهرة ١٣٥٩/١٣٦٠ هـ ١٩٤٠/١٩٤١ م .

(٢) الشىخ/ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٤٢٨ ، الشىخ / عيسوى أحمد عيسوى : الفقه الإسلامى المدخل - نظرية العقد ص ٤٨٠ ، د/يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى ص ٣٨٢ .

(٣) د/عبد المجيد مطلوب : الفضالة دراسة مقارنة ص ١٤ .

الإدارى ، أو أن يقوم بتأجير عينا شائعة بينه وبين رب العمل ، أو أن يقوم ببيع محصولات زراعية لرب العمل ، حتى لا تتلف ، فالفضالة تتضمن تدخلا من الفضولى فى شئون الغير ، وذلك على خلاف الأصل ، إذ الأصل عدم جواز التدخل فى شئون الغير بغير إذنه فكان هذا التدخل استثناءً من الأصل ، أباحته حالة الضرورة التى دفعت الفضولى إلى التدخل فى شئون غيره من غير إذنه ، وهذا التدخل يقوم على التفضل وليس التطفل ؛ لأن الفضالة تقوم عندما يقوم شخص بالعناية بشئون غيره ، والعناية لا تحتل التأخير ، والذى يدفع الفضولى إلى هذا التدخل ، وجود عمل يدعو إليه واجب أخلاقى وإنسانى ^(١) .

(١) يراجع فى هذا المعنى د/عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ص ٦١٩ ، ٦٢٠ ط ١٩٨٦م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/عبد الرشيد مأمون : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٤٢٨ وما بعدها ط ١٩٩٧م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ص ٣٠٤ ط ٢ ١٩٨٩م المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة ، د/مصطفى عدوى المصادر غير الإرادية ص ٣٢٤ وما بعدها ط ٢٠٠٠م مطبعة حماده الحديثة بقويسنا ، د/توفيق فرج : النظرية العامة للالتزامات فى مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ص ٤٤٩ ط الدار الجامعية ببيروت ١٩٨٨م ، د/جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٦٠٢ ط ١٩٩٥ الناشر دار النهضة العربية ، د/حسنى عبد الدايم : مصادر الالتزام - الكتاب الثانى فى المصادر اللا إرادية ص ١٦٩ ط دار الحكمة بالمنصورة ٢٠٠١/٢٠٠٢م ، د/السيد عيد نايل : المصادر غير الإرادية للالتزام ص ٢٩٧ ط ٢٠٠٠/٢٠٠١م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج ١ مصادر الالتزام ص ٣٣٤ ط ١٩٦٨م ، د/حسام الدين الأهوانى : المصادر غير الإرادية ص ٣٧٦ وما بعدها .

ثالثا : المقارنة :

لما كانت الفضالة عبارة عن العمل الذى يتدخل به الفضولى فى شئون غيره من غير إذن أو ولاية أو وصاية ، وكان الفضولى فى الفقه الإسلامى هو المتدخل فى شئون غيره ، بدون إذن أو ولاية أو وصاية ، سواء أكان هذا التدخل ضروريا يحمل صفة الاستعجال أم لا ؟ فإنه يترتب على ذلك أن الفقه الإسلامى كما سلف القول ، يعرف نوعين من الفضالة

الأول : الفضالة العادية أو الموقوفة : وهى التى يكون محلها عملا من الأعمال التى لا تقتضيها الضرورة ، وهذا النوع يتوقف نفاذه على إجازة المالك الحقيقى للشئ محل التصرف ، ويقابل هذا النوع فى القانون المدنى بيع ملك الغير .

الثانى : الفضالة النافذة أو الضرورية : وهى التى يكون محلها عملا من الأعمال الضرورية أو العاجلة ، ويقابل هذا النوع فى القانون المدنى الفضالة بالمعنى القانونى .

ولما كان تعريف الفقه الإسلامى - السابق ذكره - للفضالة لا يخرج عن كونه تعريفا للعمل الذى يقوم به الفضولى مت دخلا به فى شئون الغير سواء أكانت هذه الفضالة موقوفة على إجازة صاحب الشأن أم كانت نافذة ، فإن التعريف الذى ذكرته للفضالة فى الفقه الإسلامى يتفق مع ماساقه لها فقه القانون المدنى من تعريف .

المطلب الثانى

مشروعية الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الوفاء بدين الغير بدون إذنه قد يكون المقصود به تحقيق مصلحة الموفى نفسه ، كما هو الحال إذا كان هذا الوفاء بدين الغير يمكنه من الحصول على حقه أو المحافظة على ماله ، وقد يؤدى إلى تحقيق مصلحة الموفى عنه ، إلا إن تحقيق مصلحة الموفى عنه ، قد لا تحتل التأخير ، ومن ثم يكون الموفى مضطرا فى القيام بهذا الوفاء ، ولا يستطيع أن يتأخر إلى أن يحصل على إذن بالوفاء بالدين من صاحب الشأن فيه ، فهل يعتبر هذا الوفاء نافذا فى حق الموفى عنه دون حاجة إلى إجازته أم لا ؟

وبيان ذلك يكون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولا : فى الفقه الإسلامى :

من المقرر فى الفقه الإسلامى أن من يقوم بعمل عن غيره ، كأن يوفى دينه أو يحصد زرعه ، متى كان فى ذلك تحقيق لمنفعة الموفى عنه ، وكان الموفى مضطرا إلى ذلك ، لتحقيق تلك المنفعة التى لا تحتل التأخير ، أو كان فى هذا العمل تحقيق لمنفعة الموفى ، أن تصرفه هذا يكون نافذا فى حق صاحب الشأن دون حاجة إلى إجازته ، وهذه الأمور تعتبر من قبيل المستثنيات ، من الأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يقضى بأن التصرف فى حق الغير بغير إذنه لا يكون نافذا فى مواجهته إلا إذا أجاز به ، وقد ذهب إلى ذلك عامة فقهاء المذاهب الإسلامية الحنفية ^(١)

(١) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٥ ، ٢٠٧ حيث يقول : " لو استعار رجل من إنسان شيئا ليرهنه بدين نفسه فرهن ، ثم إن المعير قضى دين المستعير بغير إذنه وأفتك الرهن ، أن يرجع بجميع ما قضى على المستعير ؛ لأنه مضطرا إلى قضاء الدين ، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا ، بل يكون مأمورا بقضاء الدين دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى الراهن دلالة ، كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣١٤ ، ٣١٦ ، قاضى خان : الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٦٠٠ وقد جاء فيها ما نصه : " رجلان عليهما ألف درهم لرجل فرهنا بذلك عبدا مشتركا بينهما نصفين ثم غاب أحد الراهنين ، وحضر الآخر ، وقال الحاضر منهما للمرتهن أعطيك ما على من الدين وأخذ حصتى من العبد قال : أبو حنيفة رحمه الله تعالى للمرتهن أن يمتنع عن ذلك حتى يأخذ جميع الدين ، فإن أدى الحاضر جميع الدين لم يكن متطوعا فى أداء كل الدين أى أن له أن يرجع على شريكه الغائب بما دفعه عنه إذ أنه فعل ذلك اضطرارا لتخليص حقه ...

والمالكية ^(١) سواء أكان للموفى مصلحة في الوفاء عن المدين أم ليس له مصلحة ، وسواء أكان مضطرا أم غير مضطر ، وسواء أمكن استئذان الموفى عنه أم لا طالما أدى الدين بقصد الرجوع ، الشافعية في قول ^(٢) والحنابلة سواء أكان الأداء فيه مصلحة للموفى أم لا ، وسواء أكان الموفى عنه قادرا على الوفاء بدينه أم لا ، وسواء أمكن استئذان الموفى عنه أم لا طالما أدى الموفى الدين عن المدين بقصد الرجوع ^(٣) .

=

وكان له أن يقبض كل العبد ، فإن قبض ولم يمنع من الشريك حصته من العبد فهلك العبد في يده ، فإنه يهلك بجميع الدين إلا أن يكون أكثر من قيمة العبد فيرجع على صاحبه بنصف الفضل أيضا ، ويكون نصف العبد في هذا الموضع بمنزلة الرهن في يده ، وهذا قول محمد رحمه الله .
وراجع أمثلة أخرى : الأستاذ / محمد قدرى باشا : مرشد الحيران ص ٢٦١ مادة (٩٩٢) ، الحموى : غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٨٠ ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، على حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١٠ ص ١٧٤ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، البابر تى : العناية على الهداية نفس الموضع ، شيخ زاده : مجمع الأنهر ١٠٩/٢ .
^(١) الإمام التسولى : البهجة شرح تحفة الحكام ٣٢٥/١ وقد جاء فيه ما نصه : " إذا أدى شخص خراجا على ريع لئلا يأخذه السلطان وربّه غائب ، كان له حق الرجوع على صاحبه بما أداه ؛ إذ لولا أدأؤه لأخذه السلطان " ، الإمام القرافى : الذخيرة ١٣٠/٨ وما بعدها وقد جاء فيها : " كل من عمل لغيره عملا أو أوصل إليه نفعاً من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره فعليه رد مثل ذلك المال ، وأجرة المثل فى ذلك العمل إن كان لا بد له من الاستئجار عليه أو من المال الذى لا بد له من إنفاقه ، كما لو غسل ثوبه أو حلق رأسه أو ذلك من غير استدعاء تنزيلا للسان الحال تنزيل لسان المقام ، أما ما كان يليه بيده أو يليه عبده ، أو من المال الذى سقط عنه فلا شئ عليه فيه ، والقول قول العامل أو المنفق أنه لم يتبرع " ، المكى المالكى : تهذيب الفروق ٢١٩/٣ ، القرافى : الفروق ١٨٩/٣ ، ابن الشاط : إدرار الشروق ١٩١/٣ ، الإمام مالك : المدونة ٥٠٠/١١ .

^(٢) الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤٣٦ حيث يقول : " ومن أخرج متعا ملكه عند الحسن البصرى " ، الشربينى : مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٦ ، ابن حجر : تحفة المحتاج بهامش حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى ج ٧ ص ٣٢٨ ، الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر : بغير المسترشدين فى تلخيص فتاوى بعض الأئمة المتأخرين ص ١٧٨ .

^(٣) ابن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٧ حيث يقول : " ومما يدل على أن من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع عليه به قوله تعالى ﴿ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ﴾ - الآية ٦٠ من سورة الرحمن - وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه وفق أسره

=

والظاهرية^(١) والزيدية^(٢) والإمامية^(٣) والإباضية^(٤)

هذا : وقد استدلل الفقهاء على ما ذهبوا إليه بالكتاب ، والسنة ، والمعقول .

أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾^(٥) .

منه وحل وثاقه أن يضيع عليه معروفه وإحسانه ، وأن يكون جزاؤه منه إضاعة ماله ، ومكافأته عليه بالإساءة ، وقد قال النبي ﷺ " من أسدى إليكم معروفا فكافئوه " وأى معروف فوق هذا الذى أفنك أخاه من أسر الدين ؟ وأى مكافأة أقبح من إضاعة ماله وذهابه ؟ وإذا كانت الهدية التى هى تبرع محض ، قد شرعت المكافأة عليها وهى من أخلاق المؤمنين ، فكيف يشرع جواز ترك المكافآت على ما هو أعظم من المعروف ؟ " ، ابن رجب : القواعد ص ١٤١ وما بعدها القاعدة الرابعة والسبعون ، والخامسة والسبعون .

(١) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٢٤١ وقد جاء فيه ما نصه : " أن رجلا أضل بعيرا له نضوا أى هزيلا فأخذه رجلا فأنفق عليه حتى صلح وسمن فوجده صاحبه عنده فخاصمه إلى عمر بن العزيز ف قضى له بالمنفعة ورد الدابة إلى صاحبها " .

(٢) القاضى العنسى : التاج المذهب ج ٣ ص ٢٣٤ وقد جاء فيه ما نصه : " وأما مؤن الرهن فكلها على الراهن ليس على المرتهن منها شئ ... فإن (أنفق المرتهن) على الرهن أو فعل له شيئا محتاجا إليه كإصلاح جدار مائل ونحوه (فكالشريك) فإن أنفق لغيبه المالك وحدها فى الحيوان ما يتضرر به عادة هو وقت الحاجة ، وفى غير الحيوان مسافة يريد ... رجع عليه إذا نوى الرجوع ، ويدخل ما أنفقه مع الدين فيبقى الرهن محبوسا بهما ، وإن لم يكن شئ من ذلك لم يرجع وهذا هو الصحيح فى المذهب " ، وجاء فى نفس المرجع ص ٢٣٥ ما نصه : " فإن تعذر على المستعير فك الرهن كان لمالكة فكه بأن يسلم ما رهن فيه ، ويرجع على الراهن بما سلمه إذ هو كالمأذون من جهة الحاكم بتخليص ملكه " .

(٣) العاملى : مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٣٧٨ وما بعدها حيث يقول : " ولو هرب عامل المساقاة واستأجر المالك من يقوم مكانه بالعمل رجع على العامل بما أداه من أجره لمن استأجره ولو كان ذلك بدون إذن العامل أو الحاكم ولو لم يستطع أن يشهد على هذا الاستئجار ما دام المالك قد نوى الرجوع على العامل بما أداه إذ الأصل أن الإنسان لا يتبرع بعمل عن الغير يحصل عليه فيه غرامة .

(٤) الشيخ الثمينى : كتاب النيل شفاء العليل ج ١١ ص ١٧٠ وقد جاء فيه ما نصه : " كل ما يهلك الرهن بتركة إذا فعله مرتتهنة من ماله أدركه على راهنه إذا امتنع أو غاب ، وكذا ما دواه به من مرض أو جرح أو فداء به من عدو يدركه " ، ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ج ١١ ص ١٧١ وما بعدها .

(٥) سورة التوبة من الآية رقم (٧١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

يقول ابن القيم : " إن الله سبحانه وتعالى قد عقد المولاة بين المؤمنين ، وجعل بعضهم أولياء بعض ، وبالتالي فإن من أدى عن غيره واجبا ، كان نائبه فيه بمنزله وكيله " (١) .
وأما السنة فمنها :

ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : قال رسول الله ﷺ " من استعاذ بالله فأعينوه ، ومن سأل بالله فأعطوه ، ومن أتى إليكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تجدوا ، فادعوا له حتى يعلم أن قد كافأتموه " (٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ حث المؤمنين على مكافأة من أسدى إليهم معروفا ، ولا شك أن مكافأته تكون برد مثل ما قدم من معروف أو أكثر منه ، والدليل على ذلك كما يقول ابن القيم : " إن الهدية وهى تبرع محض ، قد شرعت المكافأة عليها وهى من أخلاق المؤمنين ، وليس هناك معروف أكبر من معروف من أفنك أخاه من أسر الدين ، وليس من شك أيضا فى أن مكافأته تكون برد ماله ، وما أنفقه فى سبيل إسداء هذا المعروف عليه " (٣) .
وأما المعقول :

فإن من يؤدى واجبا عن غيره ، يعتبر مأذونا فى هذا الأداء شرعا وعقلا ، أما شرعا فلما تبين من الأدلة السابقة من الكتاب والسنة ، وأما عقلا فلأن كل عاقل يأذن فى التصرف الذى يحصل له به النفع ، ولا يوجد مثل هذا التصرف النافع ، إلا من صديق متفضل نصوح ، يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه ، فكان الإذن فى مثل هذا التصرف ثابتا دلالة ؛ لأنه تصرف

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٨ .

(٢) الحديث رواه الإمام البخارى : الأدب المفرد - باب من صنع إليه معروف فليكافئه برقم (٢١٥) ص ٥٥ الطبعة الثانية ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م بمؤسسة الكتب الثقافية بيروت ، العجلونى : كشف الخفاء ج ١ ص ٣١٢ ، أبو داود : سننه - باب الزكاة ٣١٠/٢ برقم (١٦٧٢) بلفظ من صنع .

(٣) الإمام ابن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٨ ط ١ بدار الفكر بيروت ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م ط ٢ ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .

خير لكل عباد الله ^(١) كما أن الإذن بالوفاء بالدين عن الغير ثابت دلالة ، إذا كان الموفى مضطرا في هذا الوفاء للوصول إلى حقه ، فإنه لا يصل إليه إلا بالوفاء بالدين كله ، كما في حالة ما إذا كان الدين مشتركا بين اثنين كالمشتريين لسلعة مثلا ، فلا يتمكن أحدهما من الوصول إلى حقه إلا بقضاء الدين كله ، لذلك كان مأذونا دلالة في هذا الوفاء ، ويصير كالوكيل بقضاء الدين ^(٢) بالإضافة إلى ثبوت الولاية شرعا بين المؤمنين ، وبالتالي لا يقف الوفاء بالدين على إصدار الإذن به من المدين ؛ لأن الولاية بين المؤمنين والمؤمنات تكون في الشفقة وحفظ الأموال ، وتفريج الكرب ، والمعاونة على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ^(٣) علاوة على وجوب الدين على المدين ، والزامه بالوفاء به يجعل لسان الحال ، وهو وجوب الوفاء بالدين يقوم مقام لسان المقال ، ويعتبر الموفى عنه كأنه أذن للموفى في الوفاء عنه بالدين ؛ لأن الوفاء بالدين من الأمور التي تقبل النيابة ^(٤) .

ثانيا : مشروعية الفضالة في القانون المدني المصري ، والتقنيات العربية :

أ- مشروعية الفضالة في القانون المدني المصري :

نظم التقنين المصري أحكام الفضالة في المواد من (١٨٨-١٩٧) من التقنين المدني الحالي ،

^(١) الزيلعي : تبين الحقائق ١٠٤/٤ ، العيني : البناية على الهداية ٥١٤/٧ ، الكاساني : بدائع الصنائع ٢٢٢/٥ ، المرغناني : الهداية مع شرح فتح القدير ١٩٠/٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير على الهداية ١٨٩/٥ ، الخوارزمي : الكفاية على الهداية ١٩٠/٦ وما بعدها ، البابرتي : العناية على الهداية ١٩٠/٦ ، قاضي خان : الفتاوى الخانية ٦٠٠/٣ .

^(٢) الكاساني : البدائع ٣٧٠/٥ وما بعدها ، ٢٠٥/٦ ، ٢٠٧ ، العيني : البناية ٦٠٧/٧ وما بعدها ، الزيلعي : تبين الحقائق ١٢٩/٤ ، المرغناني : الهداية مع شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، البابرتي : العناية على الهداية ٢٥٤/٦ ، الخوارزمي : الكفاية ٢٥٤/٦ ، العنسي : التاج المذهب ٢٣٤/٣ وما بعدها .

^(٣) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣ ، الشيخ على الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي القسم الأول ص ٢٧ .

^(٤) القرافي : الفروق ج ٣ ص ١٩٠ ، ابن الشاط : إدرار الشروق على أنواء الفروق بهامش الفروق ج ٣ ص ١٩١ ، المكي المالكي : تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢١٩ .

وذلك فى الفصل الرابع من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام ، تحت عنوان الإثراء بلا سبب ، مبتدأً بتقرير مبدأ الإثراء بلا سبب فى المواد من (١٨١-١٨٧) ، وبذلك يكون المقنن المدنى المصرى قد خص الفضالة فى التقنين الحالى بعشر مواد حدد فيها نطاق الفضالة ، ببيان الشروط اللازمة لقيامها ، والأحكام الخاصة بها ، واستحدث فى بعضها جديداً ، وهذا مظهر من مظاهر عناية المقنن المصرى فى القانون الجديد بالفضالة ^(١) .

وذلك على عكس ما كان عليه الحال فى القانون المدنى المصرى السابق (القديم) ، الذى لم يرد فيه بخصوص الفضالة ، سوى نص واحد غامض ، يتراوح بين الإثراء بلا سبب والفضالة ، وهو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ الذى يقضى بأنه : " من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات ، قيمة مآل إلى ذلك الشخص من منفعة " وهذا النص يخلط بين الفضالة والإثراء بلا سبب خلطاً واضحاً فهو فى صدره شرط أن يكون الفاعل قصد القيام بالفعل النافع لمصلحة شخص آخر ، وهذا الشرط من أركان الفضالة ، ولا يلزم توافره فى الإثراء على حساب الغير ، وفى عجزه قصر حكم الفعل النافع على إلزام المثرى بأقل القيمتين فقط ، قيمة الإثراء ، وقيمة الافتقار ، وهذا الحكم يختلف عن حكم الفضالة ، التى تضمن صدر النص اشتراط أحد أركانها ، وكان ذلك الخلط سبباً فى اختلاف الشراح حول تفسير هذا النص ما بين تخصيصه بالفضالة دون الإثراء أو العكس ، وما بين اعتباره شاملاً لإيهما معا ، مما أدى إلى اضطراب الفقه والقضاء مدة غير قصيرة ^(٢) ، ويقول الدكتور/ السنهورى : معلقاً على نص القانون القديم : " ونص القانون القديم مبهم ، مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحاً فى الانصراف إلى

(١) د/سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى ج ٢ المجلد الثالث الإثراء على حساب الغير الطبعة الثالثة ١٩٩٠ القاهرة ص ٢٧٢ وما بعدها ، د/عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ص ٦٢١ ط ١٩٨٦ دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/جميل الشرقاوى : مصادر الالتزام ص ٥٨٠ ط ١٩٩٥ دار النهضة العربية بالقاهرة .

(٢) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧١ وما بعدها ، د/السنهورى : الوسيط ج ٢ المجلد الثانى العمل الضار ، الإثراء بلا سبب والقانون ص ١٥٦٠ ط ٥ سنة ١٩٨٥ دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/عبد المنعم الصدة مصادر الالتزام ص ٦١٢ .

الفضالة في خصوصها ، ولا هو بتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب في عمومها ، وقد أزال نصصوص القانون الجديد هذا الإبهام ، والاضطراب " (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، معلقة على نفس النص : " لا يتضمن التقنين المصرى الحالى (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار الإثراء بلا سبب ، وقد استبدل المشرع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من المواد ، عرض فيها لتحديد نطاق الفضالة ، وآثارها تحديدا واضحا " (٢) .

ب - مشروعية الفضالة فى التقنينات العربية :

لقد نظمت معظم التشريعات العربية أحكام الفضالة ، متبعة فى ذلك التقنين المدنى المصرى ، ومن هذه التشريعات التى نظمت الفضالة التقنين المدنى السورى ، فى المواد (من ١٩١ إلى ١٩٧) وهى مطابقة للتقنين المدنى المصرى (٣) .

والتقنين المدنى الليبى ، وقد نظم هذا التقنين الفضالة فى المواد (١٩١-٢٠٠) وهى مطابقة للتقنين المدنى المصرى (٤) .

وأىضا التقنين المدنى الأردنى ، الذى نظم الفضالة فى المواد (٣٠١-٣٠٨) وهى مطابقة لنصوص القانون المدنى المصرى (٥) .

أما التقنين المدنى العراقى ، فلم يعالج الفضالة ضمن نصوصه ، وفى ذلك يقول الدكتور/عبد المجيد الحكيم : " لم يعالج القانون المدنى العراقى الفضالة ؛ لأنه لم يعتبرها

(١) د/السنهورى : المرجع السابق ج ٢ المجلد الثانى ص ١٧١٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧٠ .

(٣) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٧٢ ، ٢٧٣ ، د/السنهورى : المرجع السابق هامش (١) ص ١٧١ ، ١٧١١ ، ١٧١٢ ، ١٧٣٦ ، ١٧٣٩ ، وهامش رقم (٢) ص ١٧٤٥٤ ، ١٧٤٩ ، ١٧٥١ ، هامش رقم (١) ص ١٧٥٣ ، ١٧٥٥ ، هامش (١) ص ١٧٦٣ .

(٤) د/مصطفى عبد الحميد عياد : المصادر الا إرادية للالتزام فى القانون المدنى الليبى من ص ٢٦٦ إلى ٢٩١ طبعة ١٩٩٠ منشورات جامعة قار يونس بليليا ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧٢ وما بعدها ، د/السنهورى : المرجع السابق نفس المواضع السابقة .

(٥) د/عبد القادر الفار : مصادر الالتزام فى القانون المدنى الأردنى من ص ٢٥٧ إلى ٢٦١ ط مكتبة الثقافة بعمان الأردن ، د/منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية ص ٥١٦ ط ٢ سنة ١٩٩٢م الناشر مكتبة الثقافة بالأردن .

مصدرا للالتزام " (١) ، وإن كان مشروع التقنين العراقي الجديد قد نظم الفضالة فى المواد (٤٥٥ ، ٤٥٦) (٢) .

ومن التقنيات العربية التى نظمت الفضالة أيضا التقنين المدنى الكويتى ، وذلك فى القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ فى المادة ٢٦٩ منه (٣) .

وكذلك التقنين اللبنانى ، وقد نظم الفضالة فى المواد (١٤٩-١٦٣) وهى مطابقة فى مجملها للتقنين المدنى المصرى (٤) .

والتقنين المدنى اليمنى ، قد نظم الفضالة فى المواد (٣٢٢-٣٢٧) وهى مطابقة أيضا للتقنين المدنى المصرى (٥) .

وكذلك التقنين المدنى التونسى ، فقد نظم هذا التقنين الفضالة فى المواد (من ١١٧٩ إلى ١١٩٣) ، وهى مطابقة للتقنين المدنى المصرى .

وأىضا التقنين المدنى المغربى ، الذى نظم الفضالة فى المواد (من ٩٤٣ إلى ٩٥٧) وهى مطابقة أيضا للتقنين المدنى المصرى (٦) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق يتضح أن الفقه الإسلامى والقانون المدنى قد اتفقا على مشروعية الفضالة المتمثلة فى قيام الموفى بأداء الدين عن المدين بدون أن يأذن له المدين فى ذلك ، سواء أكان هذا الأداء محققا لمصلحة الموفى عنه التى لا

(١) د/عبد المجيد الحكيم : الموجز فى شرح القانون المدنى - الكتاب الأول - النظرية العام للالتزام ج ١ مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامى ص ٥٣٨ طبعة شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧٩ .

(٢) د/منذر الفضل : المرجع والموضع السابقين .

(٣) د/منذر الفضل : المرجع السابق ص ٥١٦ .

(٤) أ/ زهدى يكن : شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة ج ٣ ص ١٢٧ إلى ١٥١ ط بيروت ، د/السنهورى : المرجع والمواضع السابقة ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧٤ .

(٥) د/جميل الشرفاوى : النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية العربية اليمنية الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٦٢٤ ط ١٩٨٨ الناشر دار النهضة العربية ص ٦٢٤ .

(٦) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧٣ وما بعدها .

تتحمل التأخير ، أم لمصلحة الموفى ، ويكون هذا الأداء لدين المدين نافذا فى حق صاحب الشأن دون حاجة إلى إجازته ، كما يكون للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه على سبيل الفضالة ، طالما وفى عن المدين بقصد الرجوع عليه .

ولكن اختلف القانون المدنى مع ما ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامى إذ لم يجعل القانون المدنى للموفى عن المدين بدون إذنه ، الحق فى الرجوع عليه بما أداه عنه ، إلا إذا كان أدائه للدين عن المدين متوافرا فيه صفة الاستعجال ، فى حين أعطى هذا الجانب من الفقه الإسلامى للموفى المؤدى للدين عن المدين على سبيل الفضالة الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه سواء أكان مضطرا فى هذا الوفاء بأن توافرت صفة الاستعجال فى هذا الوفاء أم غير مضطر ، طالما كان الموفى مؤديا لدين المدين بقصد الرجوع عليه بما وفاه ، ولم يكن متطوعا .

المبحث الثانى أركان الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يلزم لتحقيق الفضالة النافذة أن تتوافر أركان معينه ، سواء فى التصرف الذى يقوم به الفضولى أم فى الفضولى نفسه ، وهذه الشروط هى :

- (١) أن يقوم الفضولى بشأن ضرورى ونافع لصاحب الشأن .
 - (٢) أن يقصد الفضولى فى قيامه بالشأن الضرورى مصلحة صاحب الشأن .
 - (٣) ألا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بالشأن الضرورى للغير ولا موكلا فيه ، ولا منهيأ عنه .
- وسأبين كل ركن من هذه الأركان فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

قيام الفضولي بشأن ضرورى ونافع لصاحب الشأن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ينبغى لتحقيق الفضالة أن يقوم الفضولى بشأن ضرورى أو عاجل ، لا يحتمل التأخير بالنسبة لصاحب الشأن أو رب العمل ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يكون على النحو التالى :

أولا : قيام الفضولى بشأن ضرورى ونافع لصاحب الشأن فى الفقه الإسلامى :
ولتوضيح هذا الركن فى الفقه الإسلامى أتناوله فى نقطتين :

النقطة الأولى : الشأن الذى يقوم به الفضولى .

النقطة الثانية : كون الشأن الذى قام به الفضولى ضروريا ونافعا .

النقطة الأولى : بيان الشأن الذى يقوم به الفضولى .

الشأن الذى يقوم به الفضولى لصاحب الشأن فى الفضالة النافذة أو الضرورية ، إنما هو جميع التصرفات ، سواء أكانت هذه التصرفات من قبيل التصرفات القولية أم من قبيل التصرفات الفعلية كما هو الحال فى قيام الفضولى ببيع محصولات الغير ، خوفا عليها من التلف ، وقيامه بإصلاح جدار الغير الذى أوشك على الانهيار ، ذلك لأن الفضالة تدعو إليها الحاجة ، وهى لا تفرق بين التصرف القولى ، والتصرف الفعلى ، وفى ذلك يقول ابن حسيـن المكى المالـكى : " إن كل من عمل عملا أو أوصل نفعاً لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك ، فإن كان ... غير متبرع وهو منفعة له ، فله أجره مثله أو مال فله أخذه ممن دفعه عنه ، كان ذلك مما يجب على المدفوع عنه كالدين ، أو مما لا يجب كغسل ثوب وخياطته ، ورمى التراب من الدار ونحو ذلك ^(١) .

(١) تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢١٩ الفرق الحادى والسبعون والمائة ، ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ حيث يقول : " إنما الشأن فىمن عمل فى مال غيره عملا بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه أو فعله حفظا لمال المالك واحترازا له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله ... إذا حصد زرعه فى غيبته ... فإنه يرجع عليه بالأجرة وهذا من أحسن الفقه ، فإنه إذا مرض أو حبس أو غاب أو ترك زرعه بلا حصاد لهلك وضاع ، فإذا علم من يحصده له أنه يذهب عليه عمله ونفقته ضياعا لم يقدم على ذلك ، وفى ذلك من إضاعة المال وإلحاق الضرر بالمالك ما تأباه الشريعة الكاملة ، فكانت من أعظم محاسنها أن أذنت للأجنبى فى حصاده ، والرجوع على مالكه

النقطة الثانية : كون الشأن الذى قام به الفضولى ضروريا ونافعاً .

إذا كانت القاعدة فى الفقه الإسلامى أنه لا يحوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه ^(١) وإلا كان التصرف موقوفاً على إجازة المالك الحقيقى له ، وبالتالي لا ينفذ هذا التصرف فى حقه ، إلا إذا أقره إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وهذا بناءً على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ^(٢) إلا أن هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة ، تعتبر تصرفات الفضولى فيها نافذة فى حق المتصرف فى شئونه دون حاجة إلى إذنه السلبى أو إجازته اللاحقة وهذه الاستثناءات بنيت على أساس وجود حالة من الحالات الآتية :

١- إما وجود ضرورة أدت إلى قيام الفضولى بالتصرف .

٢- وإما لأن تدخل الفضولى نافع لصاحب الشأن .

بما أنفق عليه حفظاً لماله ومال المحسن إليه ، وفى خلاف ذلك إضاعة لماليهما أو مال أحدهما " ، ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٤٣٥ مسألة رقم (١٤٦٠) حيث يقول بعد أن قرر حرمة التصوف فى مال الغير بغير إذنه : " إلا الغائب الذى يوقن بفساد شئ من ماله فساداً يتلف به قبل أن يتشاور ، فإنه يبيعه له الحاكم أو غيره أو نحو ذلك " فقد استثنى - رحمه الله - من حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه ما خيف عليه الفساد ، واعتبر أن بيع الغير له نافذاً فى حق مالكه دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة .

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٦ .

(٢) ويمثل جمهور الفقهاء الذاهبون إلى القول بأن تصرف الفضولى صحيح موقوف على إجازة المالك ، الحنفية ، والمالكية ، والشافعية فى القديم ورواية فى الجديد ، والحنابلة فى رواية ، والزيدية فى الراجح عندهم ، والإمامية فى الراجح عندهم أيضاً ، والإباضية فى أصح القولين ، راجع للحنفية : الكاسانى : البدائع ٢٢١/٥ ، مجمع الضمانات ص ٢٢٤ ، تبیین الحقائق ١٠٣/٤ ، شرح فتح القدير ١٨٨/٦ ، وراجع للمالكية أسهل المدارك ٨٧/٢ ط دار الكتب العلمية ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م ، بداية المجتهد ١٢٩/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، للشافعية راجع النووى : المنهاج بهامش مغنى المحتاج ١٥/٢ ، رحمة الأمة ص ١٣١ ، نهاية المحتاج ٤٠٢/٣ ، وللحنابلة راجع المغنى مع الشرح الكبير ٥٠٠/٤ ، الشرح الكبير مع المغنى ٢٢٣/٤ ، للزيدية راجع ابن المرتضى : البحر الزخار ٣٢٩/٣ ، القاضى العنسى : الناج المذهب ٣٤٨/٢ ، وللإمامية راجع العاظمى : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٩/٣ ، الجامع للشرائع للحلى ص ٢٤٦ ، للإباضية راجع : شرح كتاب النيل ٢٣٢/٨ .

٣- وإما لثبوت الإذن من صاحب الشأن فى تدخل الفضولى دلالة .

وأتناول كل حالة من هذه الحالات بشئ من التفصيل .

أولاً : حالة الضرورة :

تتحقق حالة الضرورة التى تجعل تصرف الفضولى نافذا فى حق صاحب الشأن دون حاجة إلى إجازته ، إذا اضطر الفضولى إلى القيام بالتصرف لتمكنه من الانتفاع بأمواله الموجودة فى يد غيره ، وذلك كما إذا اشترى اثنان شيئاً فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله للبائع ، ويقبضه منه ، فإذا حضر الآخر لا يأخذ شيئاً حتى ينقد شريكه نصيبه من الثمن ؛ وذلك لأنه مضطر فى دفع حصة الغائب حتى يمكنه الحصول على ملكه ، إذ لا يمكنه الحصول عليه إلا بدفع جميع الثمن ، لأن البيع صدر إليهما من البائع صفقة واحدة ، والمضطر يرجع بما يدفع ، أو اضطر الفضولى إلى التدخل فى شئون غيره ، حتى يتمكن من الوصول إلى حقه ، والمحافظة عليه من الضياع ، وذلك كما إذا قام معير الرهن بالوفاء بدين المستعير (الراهن) بغير إذنه ، حتى يتمكن من فكك الرهن والوصول إلى ملكه ، فإنه يحق له أن يرجع على المستعير بما أداه عنه لدائنه ؛ وذلك لأنه مضطر فى هذا الوفاء للوصول إلى حقه والمحافظة على ملكه ^(١) .

وكذلك الحال يعتبر المتدخل فى شئون غيره مضطراً ، وبالتالي يرجع عليه بما أنفقه أو قضاه عنه ، إذا كان تدخله فى شئون الغير بغرض المحافظة على أمواله من التلف ، ولذلك نجد أن من أحكام الرهن أن المصاريف اللازمة لإصلاح العين المرهونة وصيانتها تقع على عاتق الراهن ، ومن ثم إذا غاب الراهن أو كان حاضراً ، ولكنه امتنع عن أداء واجبه فى الإنفاق على العين المرهونة ، فللمرتهن أن ينفق عليها ، ويحق له أن يرجع

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢٥٤ ، المرغنانى : الهداية بهامش شرح فتح القدير فى نفس الموضع ، البابرتى : العناية على الهداية ج ٦ ص ٢٥٤ ، جلال الدين الخوارزمى : الكفاية على الهداية ج ٦ ص ٢٥٤ ، الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٧٠ وما بعدها ، قاضى زاده : مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٩ ، الشيخ / محمد علاء الدين الإمام : بدر المنتقى شرح الملتقى نفس الموضع ، قاضى خان : الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٦٠٠ ، الفتاوى البزازية ج ٦ ص ٦٥ .

على الراهن بما أنفقه ؛ لأنه مضطر إلى ذلك ليحافظ على أموال الراهن من التلف ،
ويحافظ أيضا على محل الوثيقة ، حتى يتمكن من استيفاء حقه منه ^(١) .

ثانيا : حالة تدخل الفضولى النافع لصاحب الشأن :

إذا كان التصرف الذى قام به الفضولى نافعا لصاحب الشأن ، فإنه يكون نافذا فى حقه ،
ويكون التصرف نافعا لصاحب الشأن ، إذا تضمن أداء واجب من الواجبات التى يلتزم بها
، وفى ذلك يقول قاضى خان : " رجلان عليهما ألف درهم لرجل ، فرهنا بذلك عبدا
مشاركين بينهما نصفين ثم غاب أحد الراهنين ، وحضر الآخر ، وقال الحاضر منهما
للمرتهن أعطيك ما على من الدين وأخذ حصتى من العبد ، قال : أبو حنيفة - رحمه الله
تعالى - للمرتهن أن يمتنع عن ذلك حتى يأخذ جميع الدين ، فإن أدى الحاضر جميع الدين
لم يكن متطوعا فى أداء كل الدين " أى أن له أن يرجع على شريكه الغائب بما أداه عنه ،
إذ أنه فعل ذلك مضطرا لتخليص حقه ، ولمنفعة شريكه بالمحافظة على حقه ^(٢) ويقول
الإمام القرافى : " كل من أوصل إلى غيره نفعا من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره
فعليه ، رد مثل ذلك المال " ^(٣) وكذلك الحال أيضا إذا أجر شخص إبله ، وتركها فى يد
المستأجر ، فأنفق عليها يكون له مطالبة المؤجر بما أنفقه ^(٤) وكذلك أيضا إذا أدى شخص
خراجا على ريع لئلا يأخذه السلطان وربّه غائب ، كان له الحق فى الرجوع على صاحبه
بما أداه ؛ إذ لولا أدائه لأخذه السلطان ^(٥) .

(١) الإمام الدردير : الشرح الكبير ٢٥١/٣ حيث يقول : " (ورجع مرتنه) على الراهن (بنفقته) التى
أنفقها عليه حيث احتاج لنفقته كالحیوان ، وكعقار احتاج لمرمة ولو زادت النفقة على قيمة الرهن ؛
لأن غلته له ومن له الغلة عليه النفقة ... ولو لم يأذن له الراهن فى الانفاق ؛ لأنه قام عنه بواجب " ،
حاشية الدسوقي ٢٥١/٣ ، شرح الخرشي ٢٥٤/٥ ، أعلام الموقعين ٦/٣ ، الذخيرة ١٣٠/٨ ،
حاشية العدوى على شرح الخرشي ٢٥٤/٥ .

(٢) قاضى خان : الفتاوى الخانية ٦٠٠/٣ .

(٣) القرافى : الذخيرة ١٣٠/٨ ، الدردير : الشرح الكبير ٢٥١/٣ ، تهذيب الفروق ٢١٩/٣ .

(٤) الإمام مالك : المدونة ج ١١ ص ٥٠٠ ، ابن أطفيس : شرح النيل ج ١١ ص ١٧٠ .

(٥) التسولى : البهجة ٣٢٥/١ ، الرملی : نهاية المحتاج ٤٣٦/٥ ، المحلى : ٢٤١/٨ ، التاج

وكذلك أيضا من أدى عن غيره ديناً بغير إذنه ، فإنه لا يعتبر متبرعا بأدائه ، بل يثبت له حق الرجوع على المدين بما أداه ^(١) .

وكمن حصد زرع غيره فى غيبته بغير إذنه ، فإنه يرجع على المالك بالأجرة والنفقة ^(٢) . وبالنظر فى هذه النصوص يلاحظ أن التصرفات التى قام بها الفضولى تعد واجبا من الواجبات ، التى يلتزم بها رب العمل ، وأن هذه التصرفات نافعة لرب العمل ، لذلك كانت نافذة فى حقه بمجرد قيام الفضولى بها من غير حاجة إلى إجازتها من صاحب الشأن فيها .

ثالثا : حالة ثبوت الإذن دلالة :

كما يعتبر التصرف الذى قام به الفضولى نافذا فى حق صاحب الشأن ، دون التوقف على إجازته ، إذا ثبت وجود الإذن فى هذا التصرف دلالة أو ضمنا من صاحب الشأن فيه ، ويكون الإذن الضمنى لرب المال محققا ، كما يقول الإمام الكاسانى : " لو استعار رجل من إنسان شيئا ليرهنه بدين نفسه فـرهن ثم إن المعير قضى دين المستعير بغير إذنه ، وافتك الرهن أن يرجع بجميع ما قضى على المستعير ... إذ لا يمكن الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين ... فلم يكن متبرعا ، بل يكون مأمورا بقضاء الدين دلالة ، فكان له أن يرجع بما قضى الراهن دلالة ، كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه " ^(٣) ، وكما يقول القرافى : " من عمل لغيره عملا أو أوصل إليه نفعاً من مال أو غير بأمره أو بغير أمره ، أن عليه رد مثله أو أجرة المثل فى ذلك العمل ... وذلك تنزيلا للسان الحال منزلة لسان المقال ^(٤) وكذلك كما يقول ابن القيم : " من أدى عن غيره واجبا فإنه يكون مأذونا فيه ضمنا ، ويكون نائبه فيه بمنزلة وكيله " ^(٥) .

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين ٥/٣ .

(٢) المرجع السابق ٨/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٠٥/٦ ، ٣٧٠/٥ وما بعدها ، ومغنى المحتاج ١٢٦/٢ ، التاج المذهب ٢٣٤/٣ ، شرح النيل ١٧١/١١ وما بعدها .

(٤) الذخيرة ١٣٠/٨ ، إدرار الشروق ١٩١/٣ ، تهذيب الفروق ١٨٩/٣ .

(٥) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ .

ثانيا : قيام الفضولى بشأن عاجل ونافع لصاحب الشأن فى القانون المدنى :

يلزم لتحقيق الفضالة طبقا لما تقضى به المادة (١٨٨) مدنى سالفه الذكر ، أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لحساب رب العمل ، وحتى يمكن بيان هذا الركن يجب أن أبين المقصود بالشأن الذى قام به الفضولى لحساب رب العمل أولا .

ثم أوضح المقصود بكون هذا الشأن عاجلا .

أولا : المقصود بالشأن الذى قام به الفضولى لحساب رب العمل :

قد يكون المقصود بالشأن الذى يقوم به الفضولى لمصلحة رب العمل عبارة عن التعبير عن الإرادة على وجه يرتب آثارا قانونية ، وهو ما يعرف بالتصرف القانونى ، وقد يكون المقصود بهذا الشأن : اتجاه الإرادة إلى إحداث أمر ما يرتب عليه القانون آثارا قانونية معينة ^(١) وبعبارة أخرى المقصود بالشأن الذى يقوم به الفضولى لمصلحة رب العمل ، هو ما يبرمه الفضولى من تصرف قانونى أو ما يقوم به من عمل مادى ^(٢) .

وإذا كان الشأن أو العمل الذى يقوم به الفضولى لمصلحة رب العمل ، يتناول التصرف القانونى والعمل المادى فما هو العمل أو الشأن الذى يجوز للفضولى أن يتدخل به فى شئون غيره نيابة عنه بغير إذنه ؟

اختلف فقهاء القانون المدنى فى الإجابة عن هذا التساؤل .

فذهب البعض : إلى أن العمل أو الشأن الذى يقوم به الفضولى لمصلحة رب العمل يجب أن يكون تصرفا قانونيا ، ولا يجوز أن يكون من الأعمال المادية ، وقد استدلت القائلون بهذا الرأى على ما ذهبوا إليه بأن الفضولى يخضع لذات التزامات الوكيل ، مادة ١٩٣ مدنى ، بالإضافة إلى أن الفضالة إذا أقرها رب العمل انقلبت وكالة ، ولما كانت الوكالة لا تجوز إلا فى التصرفات القانونية فكذلك الفضالة ^(٣) .

(١) د/عبد الحى حجازى : موجز النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ص ٥٨٩ وما بعدها طبعة ١٩٥٥م المطبعة العالمية بالقاهرة .

(٢) د/توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام فى مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ص ٤٥٠ ط الدار الجامعية ١٩٨٨ ، د/أنور سلطان : الموجز فى مصادر الالتزام ص ٤٦٠ ط ١٩٩٥ الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، أحمد شوقى عبد الرحمن : مصادر الالتزام ص ٣٠٥ .

(٣) د/حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام المجلد الثانى المصادر غير الإرادية ص ٣٨٨ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٩٨ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٠ .

إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا في الفقه ، وتم العدول عنه تماما لأنه لم يكتب له النجاح ، والمعمول عليه الآن أنه يجوز أن يكون عمل الفضولي من قبيل الأعمال المادية ، كما يجوز أن يكون من قبيل التصرفات القانونية ، سواء أكان من أعمال الإدارة أم من أعمال التصرف ، وبذلك يمكن أن يكون محل أعمال الفضالة عملا ماديا ، كما يمكن أن يكون تصرفا قانونيا ؛ وذلك لأن أساس الفضالة هو تعويض الفضولي عما قام به من أعمال لمصلحة رب العمل ، وعدم جعل الفضالة مصدرا للإضرار بالفضولي ؛ وذلك تشجيعا للناس على التعاون وإسداء المعروف ؛ لأنه لو أسبغت الحماية القانونية على من يتفضل على الغير بتصرف قانوني دون من يتفضل بعمل مادي على ذلك الغير ، لأدى ذلك إلى الإحجام عن القيام بمثل هذه الأعمال ^(١) ، علاوة على أن نص المادة (١٨٨) مدنى قد جاء عاما ؛ إذ تنص هذه المادة على أن " الفضالة هي : أن يتولى شخص عن قصد القيلم بشأن عاجل ... " دون تحديد لنوع الشأن الذى يقوم به الفضولي ، هل هو من الأعمال المادية أم من التصرفات القانونية ؟ والعام يبقى على عمومته حتى يرد ما يخصه ، ولم يرد ذلك المخصص ، الأمر الذى يجب معه استبعاد رأى القائل بأن عمل الفضولي يقتصر على القيام بالتصرفات القانونية دون الأعمال المادية ، وترجيح رأى القائل بأن عمل الفضولي يتناول الأعمال المادية ، كما يتناول التصرفات القانونية ^(٢) .

فضلا عن أن الوكالة في القانون الرومانى كانت ترد على الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، وكذلك الحال بالنسبة للفضالة ، فلما انتهى القانون الحديث إلى قصر الوكالة على الأعمال القانونية ، دون الفضالة ومن ثم بقيت الفضالة كما كانت في القانون الرومانى ، يجوز أن ترد على الأعمال المادية ، كما يجوز أن ترد على التصرفات القانونية ^(٣) . وعلى ذلك يمكن القول : إنه يجوز أن يكون محل الفضالة القيام بالتصرفات القانونية أو الأعمال المادية .

(١) د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٠ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٨٩ .

(٢) فى هذا المعنى د/محمد السعيد رشدى : أعمال التصرف وأعمال الإدارة فى القانون الخاص ، دراسة تحليلية لسلطة الوكيل والوصى والحارس والدائن المرتهن رهن حيازة فى إدارة الأموال ص ٢٤٧ ط ١٩٨٣ م ، د/محمد وهيبه : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ص ٢٠٦ طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ١٩٣٦ م ص ٢٠٦ .

(٣) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٩٨ ، د/زهدي يكن : المرجع السابق ص ١٣١ .

أ- قيام الفضولى بالتصرفات القانونية لحساب رب العمل :

للفضولى أن يقوم بكافة التصرفات القانونية الضرورية لمصلحة رب العمل بغير إذن منه ، ومن ذلك بأن يقوم بقبول هبة موجهة من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يفى بدين عليه تفاديا لتوقيع الحجز الإدارى عليه ، أو أن يبيع محصولات زراعية مملوكة لرب العمل يخشى عليها من التلف ، أو أن يتعاقد مع مقاول على ترميم دار لجاره ، يوشك أن تسقط فى غياب ذلك الجار ، أو أن يستدعى الطبيب المعالج ، جراحا لإجراء جراحة عاجلة لطفل ، دون أن يحصل على موافقة والديه ، أو أن يبيع مواد لرب العمل سريعة التلف ، أو أن يؤجر عينا شائعة بينه وبين رب العمل ، ومن هذه الأمثلة يتبين أن التصرفات القانونية ، التى يقوم بها الفضولى لمصلحة رب العمل ، قد تكون من أعمال الإدارة ، وقد تكون من أعمال التصرف^(١) والفضولى عند إبرامه للتصرفات القانونية يجوز له أن يبرمها باسم ولحساب رب العمل ، كما يجوز له أن يباشرها باسمه هو ، ولكن بقصد إفادة رب العمل^(٢) .

فإذا باشر الفضولى الأعمال القانونية باسم رب العمل ، فإنه متى توافرت بقية أركان الفضالة اعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل ، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة ، وقد فرض المشرع هذه النيابة فرضا على رب العمل ، ولذلك فإن رب العمل هو الذى يكون طرفا فيما يبرمه الفضولى من تصرفات باسمه لا الفضولى وفى ذلك تقول المادة (١٩٥) مدنى : " يعتبر الفضولى نائب عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية

(١) د/السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٢ نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام المجلد الثانى ص ١٧١٥ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦١ ، د/محسن البيه : النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام ج ٢ المصادر غير الإرادية ص ٢٢٦ ، د/مصطفى عدوى : المصادر غير الإرادية ص ٣٢٩ ط ٢٠٠٠ م ، د/محمد لبيب شنب مصادر الالتزام ص ٥٠٩ ط ٢ ١٩٩٧ م ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ص ٣٠٥ ط ١ سنة ١٩٨٩ ، د/الصدّة : مصادر الالتزام ص ٦٢٢ ط ١٩٨٦ .

(٢) د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥١ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٠ .

الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ... " ويترتب على اعتبار الفضولى نائباً قانونياً عن رب العمل النتائج التالية :

١- إن آثار التصرف تترتب فى ذمة رب العمل مباشرة ، على أن يعرض الفضولى عما أنفقه أو تكبده فى سبيل إبرام هذا التصرف لمصلحة رب العمل ؛ ذلك لأن رب العمل لا الفضولى هو المتعاقد الحقيقى ، والفضولى ينوب عنه أو يمثله فقط ^(١) .

٢- لا يجب أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانونى باسم رب العمل ، بل يكفى أن يكون مميزاً ، أما رب العمل فيجب أن يكون أهلاً لإبرام التصرف القانونى الذى عقده الفضولى نيابة عنه ؛ لأن هذا التصرف الذى عقده الفضولى نيابة عنه يقع نافذاً مباشرة فى حقه ، وبالتالي إذا كان رب العمل ناقص الأهلية ، فلا يجوز للفضولى أن يبرم التصرف القانونى باسمه ، ويتحتم عليه أن يبرمه باسم وليه أو وصيه أو القيم عليه ، فإن لم يفعل ذلك فإن عقده غير ملزم لرب العمل إزاء العاقد الآخر ^(٢) .

٣- يتقيد التصرف القانونى الذى أبرمه الفضولى باسم رب العمل فى إثباته بالقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، التى تقضى بإثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، إذا جاوزت قيمتها عشرين جنيهاً ، أو كانت غير مقدرة ، مالم يوجد مانع مادى أو أدبى من الحصول على الدليل الكتابى أو ما يقوم مقامه ، هذا إذا كان المكلف بإثباته هو الفضولى أو من يتعاقد معه ، أما إذا كان المكلف بإثبات التصرف القانونى الذى أجراه

(١) د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٣٦ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٣ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧١٦ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٦ ، د/جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٦١٣ ط ١٩٩٥ الناشر دار النهضة العربية.

(٢) د/السنهورى : المرجع السابق ص ٦٠٤ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥٨ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٦٠٤ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٤ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤١٧ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٤٣ ، وإن كان البعض يرى أنه لا يشترط أن تتوافر فى رب العمل الأهلية اللازمة لإبرام التصرف المعقود ، لأن مصدر التزام رب العمل ليس إرادته بل القانون ، راجع د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٧١ ، د/الصدده : المرجع السابق ص ٦٣٨ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٦ .

الفضولى هو رب العمل ، فيرى بعض فقهاء القانون المدنى أنه يحق له أن يثبت ذلك التصرف القانونى بجميع طرق الإثبات ؛ لأنه أجنبى عن التصرف ، وبالتالي لا يستطيع أن يحصل على الدليل الكتابى اللازم لإثبات ذلك التصرف القانونى ؛ ولأن هذا التصرف الصادر من الفضولى باسم رب العمل ونياية عنه ، يعتبر بالنسبة له واقعة مادية ^(١) ويذهب البعض الآخر إلى أنه يجب على رب العمل إذا كان مكلفا بإثبات التصرف القانونى ، الذى قام به الفضولى باسمه ونياية عنه ، أن يلتزم بالقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، إلا إذا تعذر عليه الحصول على الدليل الكتابى اللازم لإثبات ذلك التصرف ، أو ما يقوم مقامه من الفضولى ، فإنه يجوز له أن يثبته بالبينة ، لأن نياية الفضولى عنه نياية قانونية لا اختيار له فيها بل فرضت عليه فرضا ، فلا يلام على عدم حصوله على الدليل الكتابى ^(٢) . وإذا باشر الفضولى التصرفات القانونية باسمه الشخصى لمصلحة رب العمل ، فإنه يكون هو المتعاقد الحقيقى فى هذه التصرفات ، ويترتب على ذلك ما يلى :

- (١) إن آثار هذه التصرفات تنصرف إلى ذمة الفضولى شخصيا ، على أن يؤدى حسابها إلى رب العمل ، ومن ثم إذا باع الفضولى محصولات أو عروض رب العمل ، لخشيته عليها من التلف ، فإن ثمن هذه المحصولات يدخل فى ذمة الفضولى ، ويتعين عليه أن يؤديه إلى رب العمل بعد خصم النفقات التى تكبدها فى سبيل القيام بهذا التصرف ^(٣) .
- (٢) يلزم أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة ، لمباشرة التصرف القانونى الذى قام به لمصلحة رب العمل ، ولا يكفى أن يكون مميزا ، أما بالنسبة لرب العمل فلا يجب أن يتوافر فى

(١) د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٣ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩١ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦١ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٢١ ، ويرى الدكتور/ سليمان مرقس أن العقد الذى يبرمه الفضولى باسم رب العمل يعتبر عملا قانونيا بالنسبة لرب العمل لأنه يحدث أثاره فى ذمته مباشرة ... ومن ثم إذا أراد رب العمل أن يتمسك به ، كان الأصل أنه يجب عليه أن يثبته بالكتابة كما هو شأن الموكل فيما يتعلق بالعقود التى يبرمها وكيله ، وإنما يجوز الإثبات بالبينة لوجود مانع منعه من الحصول على دليل كتابى ، لكون نائبه قد فرض عليه فرضا " هامش رقم (١) ص ٣٠٥ المرجع السابق .

(٢) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٥ .

(٣) د/عبد الودود يحيى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات القسم الأول مصادر الالتزام هامش ص ٣٣٣ ط ١٩٨٦ م الناشر دار النهضة العربية ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤١٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٣٦

حقه أية أهلية ؛ لأن مصدر التزامه بالتصرف الذى أجراه الفضولى باسمه الشخصى ونيابة عن رب العمل ، ليس إرادته بل القانون ، ولذلك فإنه إذا كان الفضولى ناقص الأهلية عند إبرام التصرف باسمه الشخص لمصلحة رب العمل ، فيكون له إبطال التصرف أو إجازته بعد زوال نقص الأهلية ، فإن أبطل التصرف الذى عقده تخلص منه ، ولم يكن له أن يرجع على رب العمل بدعوى الفضالة ، ولكن يكون له الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها فى حقه ، وإن أجازته رجع بدعوى الفضالة على رب العمل (١) .

(٣) يخضع الفضولى ومن تعاقد معه فى إثبات التصرف القانونى الذى أبرمه باسمه الشخصى للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، أما رب العمل ، فلا يخضع فى إثبات هذه التصرفات للقواعد العامة فى الإثبات ، لأنه أجنبى عنها ، ويتعذر عليه الحصول على الدليل الكتابى أو ما يقوم مقامه ، ولذلك يجوز له أن يثبت هذه التصرفات بجميع طرق الإثبات (٢) .

ب- قيام الفضولى بالأعمال المادية لمصلحة رب العمل :

لما كان محل الفضالة يشتمل على الأعمال القانونية والمادية ، بخلاف الوكالة التى يكون محلها مقصورا على الأعمال القانونية "، فإنه يترتب على ذلك جواز قيام الفضولى بالأعمال المادية ، كما جاز له القيام بالتصرفات القانونية لمصلحة رب العمل ؛ وذلك كأن يجنى محصولات لرب العمل يخشى عليها من التلف إذا تأخر الجنى ، أو يكبح جماح حصان كاد أن يلقى براكبه على الأرض ، أو يقوم بإطفاء حريق شب فى منزل جاره ،

(١) د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٧١ وما بعدها ، د/سمير تTAGO : مصادر الإثبات ص ٣٤٦ ط ١٩٩٠ مطبعة رمضان وأولاده بالإسكندرية ، د/محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ص ٣٣٩ ط ١٩٦٨ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٣٨ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٨ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، د/حسام الدين الأهوانى : : المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٦١ .

(٢) د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٣ ، د/عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٣٣ ، د/أنور سلطان المرجع السابق ص ٤٦١ ، د/محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٣٩ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٦ .

أو ينقى زراعة رب العمل من آفة أصابتها ، أو أن يقيد رهنا لمصلحة رب العمل ، أو أن يحدد قيد الرهن ، وما إلى ذلك من الأعمال المادية التى تكون من الشئون العاجلة أو الضرورية لرب العمل ^(١) .

ولا يشترط أن تكون الأعمال المادية التى يقوم بها الفضولى لمصلحة رب العمل ذات قيمة مالية ، بل يكفى أن تتطلبها مصلحة أدبية له ، كما هو الحال فى قيام الفضولى بتجهيز ميت ، وتنظيم جنازته نيابة عن صاحب الشأن فى ذلك ، أو قيام طبيب من تلقاء نفسه بعمل اللازم للحفاظ على جثة شخص توفى فى الخارج ، حتى يسهل نقلها حيث تقيم عائلته ^(٢) وهذه الأعمال المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، أيا كان المكلف بإثباتها ^(٣) .

ثانيا : المقصود بكون الشأن الذى قام به الفضولى لمصلحة رب العمل عاجلا :
يقصد بكون الشأن ، أى العمل الذى يقوم به الفضولى لرب العمل عاجلا أى ضروريا ، سواء أكان تصرفا قانونيا أم عملا ماديا ؛ وذلك بأن تكون هناك ضرورة تدفع الفضولى للقيام به لمصلحة رب العمل فورا ودون إبطاء أو انتظار ، للحصول على رأى صاحب العمل ، وقد أشارت إلى ذلك المادة (١٨٨) مدنى بقولها : " ... أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك " وعلى ذلك يجب أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى لرب العمل ضروريا ، بمعنى أن يكون من الأعمال التى لم يكن لرب العمل أن يتأخر أو يتوانى عن القيام بها لو كان حاضرا أو عالما بالواقع وحقيقة

^(١) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧١٨ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥٠٩ ، د/عبد الرشيد مأمون : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات الكتاب الأول المصادر ص ٤٢٩ وما بعدها ط ١٩٩٧ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦١ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٧ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥١ ، د/سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٣٣٧ .

^(٢) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٦ وما بعدها .

^(٣) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧١٩ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦١ ، د/أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٣٧٨ ط ١٩٨١ الناشر مكتبة عين شمس بالقاهرة ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٣٠ .

الأمر ، فقام الفضولى بها ناظرا لمصلحة رب العمل ، وخوفا من تفاقم الأضرار ، وتحمل رب العمل بخسارة مادية أو معنوية إن هو تأخر عن القيام بهذه الأعمال حتى يتمكن من الحصول على موافقة رب العمل ^(١) وذلك كأن يبيع محصولات لرب العمل مهددة بالتلف أو أن يقوم بالوفاء بدين واجب فى ذمة رب العمل ، منعاً من الحجز على ماله ، أو يتعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض داهمه ، أو أن يقوم بدفع مصروفات مدرسية لرب العمل ، حتى لا يفصل من مدرسته أو يقوم بإطفاء حريق يوشك أن يأتى على منزل رب العمل ، فهذه الأعمال القانونية والمادية ، تمثل شأنا ضروريا لرب العمل ، ما كان ليتباطأ عن القيام بها لو كان عالما بالواقع ^(٢) .

بيد أنه يلزم أن يكون العمل الضرورى الذى يتولاه الفضولى لمصلحة رب العمل مشروعاً ، ومباحاً ؛ لأنه إذا قام بعمل غير مشروع بأن كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ، فإن عمله هذا لا يعد فضالة ولا يعطى له الحق فى الرجوع بشئ على رب العمل ، كما لو قام بالتعدى على شخص إرضاءً لجاره ^(٣) .

والعبرة فى تقدير صفة الضرورة والاستعجال للعمل ، الذى قام به الفضولى بالوقت الذى تم فيه تدخله ، لا بعد ذلك ، وعلى ذلك فيكفى أن تتوافر صفة الضرورة والاستعجال فى

(١) د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٨ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٠ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٥ ، د/سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٣٧ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥٠٩ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٧ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٩ ، د/السيد عيد نايل المصادر غير الإرادية للالتزام ص ٣٠٠ ط ٢٠٠١ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، د/نعمان جمعة : دروس فى الواقعة القانونية أو المصادر غير الإرادية ص ٦٣١ ط ١٩٧٢ م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/عبد الحميد عثمان محمد : المفيد فى شرح القانون المدنى ج ٢ مصادر الالتزام ص ٦٨٦ ط ١٤١٨ هـ الناشر دار النهضة العربية ، نقض مدنى فى ١٩٧٤/١/٢٨ السنة ٢٥ ص ٢٣٨ رقم ٤١ .

(٢) نفس المراجع والمواضع المذكورة بالهامش السابق .

(٣) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٨٤ ، د/مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

العمل الذى قام به الفضولى فى وقت قيامه به ، حتى ولو زالت بعد ذلك ، كأن تغيرت الظروف وأصبح العمل الذى كان ضروريا وقت أدائه غير ضرورى ، فذلك لا يؤثر فى قيام الفضالة ، فلو أن شخصا أجرى إصلاحات ضرورية فى عقار مملوك للغير ثم هلك العقار بعد ذلك بحريق شب فيه ، أو انتقل إليه من منزل الجار ، فإن هذا الهلاك لا يؤثر فى قيام الفضالة بالنسبة لمن قام بها ، وبالتالي يحق له أن يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الشأن ، بما أنفقه فى هذه الإصلاحات (١) .

وتقدير حالة الضرورة يقوم على أساس موضوعى ، وليس بالرجوع إلى نية رب العمل ؛ لأنه يكفى أن يكون العمل فى ذاته ضروريا ، كما لا يتوقف تقدير حالة الضرورة على نية الفضولى ، ولا ما قام لديه من تصور من كون العمل الذى قام به لمصلحة رب العمل ضروريا أو غير ضرورى ، وبناءً على ذلك ، لا يجوز لرب العمل أن ينفى توافر حالة الضرورة فى العمل الذى قام به الفضولى ، لمجرد أن الفضولى لم يقم به فورا ، لأن عدم المسارعة من الفضولى بالقيام بالعمل لا يفيد فى نفي الضرورة عنه ؛ لأن حالة الضرورة قد تستمر لفترة من الزمن ، واستمرارها يزيد منها ولا ينفىها ، فالجدار الآيل للسقوط تزداد مخاطره مع الزمن ولا تقل ، وبالتالي تزداد حالة الضرورة ، فكان المعيار فى تقدير حالة الضرورة التى أدت إلى قيام الفضولى بالعمل لمصلحة صاحب الشأن هو الأساس الموضوعى ، ويجب التشدد عند تقدير حالة الضرورة التى تطلبت قيام الفضولى بالتصرف لمصلحة رب العمل ، إذا كان من قبيل أعمال التصرف دون أعمال الإدارة (٢) .

ويلزم أن يبذل الفضولى فى العمل الذى يقوم به لمصلحة رب العمل عناية الشخص العادى ، ولا يلزم أن يحقق الفضولى النتيجة المرجوة من القيام بهذا العمل ، أو أن يتمه

(١) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢١ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٩٤ وما بعدها ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٣٠ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٥ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٨٨ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٩ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥١ .

(٢) د/حسام الدين الأهوانى ص ٣٩٣ وما بعدها ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٢ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٩ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٨٧ .

بنجاح ، ولكن يكفى أن يبذل فى القيام به عناية الشخص العادى ، ولا يلزم أن يحقق الفضولى النتيجة المرجوة من القيام بهذا العمل بنجاح ولكن يكفى أن يبذل فى القيام به عناية الشخص المعتاد ؛ لأن العبرة ليست بتحقيق نتيجة العمل بل بطبيعته ؛ وضرورته ووقت القيام به بصرف النظر عن جميع نتائج المرجوة من عدمه ، إذ إن القانون قد جعل من بذل الفضولى عناية الشخص المعتاد شرطا ضروريا لتحقيق نيابته عن رب العمل ، ولترتب الالتزامات الناشئة عن هذه النيابة ، وقد نصت على ذلك المادة (١٩٥) مدنى بقولها : " يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة " ^(١) ويلزم من كون العمل الذى قام به الفضولى لمصلحة رب العمل ضروريا ، أن يكون نافعا له ؛ لأن العمل الضرورى يتضمن النافع دون العكس ^(٢) كما أنه متى كان العمل الذى قام به الفضولى ضروريا لرب العمل ، وبذل فيه الفضولى عناية الشخص العادى ، فلا يمكن أن يكون غير نافع لرب العمل ، إلا إذا أسئ التقدير فى مدى ضرورته أو أسئ تنفيذه ، وفى الحالتين لا تتوافر الفضالة ^(٣) .

أما إذا كان العمل الذى قام به الفضولى لصاحب الشأن نافعا أو مفيدا ، ولم يكن ضروريا ، فإنه لا يكون مبررا لتدخل الفضولى فى شئونه ، كما أنه لا يكفى لتحقيق الفضالة ولا لقيام نيابة الفضولى عن رب العمل نيابة قانونية ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ، وهى تشير إلى أركان الفضالة : " فليس يكفى لتبرير الفضالة أن يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا أو مفيدا ، بل لابد أن يكون ضروريا " ^(٤) .

^(١) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢١ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٨٧ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٩ وما بعدها ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٠٤ وما بعدها .

^(٢) د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٢ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٠١ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٢٨

^(٣) د/اللطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢١ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٨٨ .

^(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧١ .

وعلى ذلك لا يكفي لقيام الفضالة أن يكون العمل الذى يتولاه شخص لحساب غيره نافعا أو مفيدا ، ولو كان هذا النفع أكيد ، والإفادة محققة ، فقيام شخص بشراء قطعة أرض أو منزل لحساب شخص آخر لمجرد أنها صفقة رابحة أو طلبه الأخذ بالشفعة له ، لكون الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو إقامته بناء على أرض مملوكة لرب العمل لى يمكنه من استغلالها استغلالا مفيدا ، أو غير ذلك من الأعمال الغير ضرورية لرب العمل ، فرغم أن هذه الأعمال نافعة ومفيدة له إلا أنها ليست من الشئون العاجلة ، ومن ثم فإن من يتدخل فيها لا يكون فضوليا ، ولا يلتزم رب العمل تجاهه بشئ إلا إذا أجازها ؛ لأن الإجازة تجعل العمل نافذا فى حق المجيز وفقا للقواعد العامة ، فإذا لم يجز رب العمل تدخل الفضولى فى شئونه فى هذه الحالات وأمثالها ، فإن تدخله قد يكون خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية ^(١) ومع ذلك يرى البعض أن الفعل النافع يعد من أعمال الفضالة ولو لم يكن ضروريا ، إذا كان نافعا لرب العمل نفعا محضا ، ولم يرتب التزامات فى ذمته ؛ لأنه لا يتصور تردد رب العمل فى القيام به لو علم بفائدته له ، وكان فى وسعه أن يقوم به كقبض الدين المستحق ، إلا أن هذا رأى يتعارض مع صريح المادة ١٨٨ مدنى ، بالإضافة إلى أنه يؤدى إلى الخلط بين عدم ترتب أى التزام على عاتق رب العمل ، وبين القيام بالعمل تبرعا الذى ينفى الفضالة أصلا ^(٢) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن رأى الراجح فى فقه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن المقصود بالشأن الذى يقوم به الفضولى مت دخلا به فى شئون غيره بغير إذنه ، ويصح أن يكون محلا للفضالة النافذة أو الضرورية إنما هو جميع التصرفات سواء أكانت قولية أم فعلية (مادية) .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أنه يشترط حتى يكون التصرف (الشأن) الذى يقوم به الفضولى فى شئون غيره نافذا ، أن يكون هذا

(١) د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٤ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٠ ، د/أنور

سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٢ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٢) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٩٠ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٩٥

، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق هامش (٢) ص ٣٢٨ .

الشأن (التصرف) ضروريا أو نافعا للغير ، الذى تدخل الفضولى فى شأنه دون إذن منه ، إلا أن نفاذ التصرف الصادر من الفضولى فى حق الغير بدون أن يأذن فيه ، يعد استثناء من الأصل فى الفقه الإسلامى ؛ لأن الأصل فى هذا الفقه هو عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه ، وإلا كان التصرف موقوفا على إجازة المالك الحقيقى ، ويعد أصلا فى القانون المدنى متى توافرت شروطه ، وقد بنى هذا الاستثناء فى الفقه الإسلامى على وجود حالة من الحالات الآتية :

(١) وجود ضرورة أدت إلى قيام الفضولى بالتصرف .

(٢) كون تدخل الفضولى فى شئون غيره بغير إذنه نافعا لذلك الغير .

(٣) ثبوت الإذن من صاحب الشأن ، فى تدخل الفضولى دلالة.

فى حين لم يجعل القانون المدنى التصرف الصادر من الفضولى نافذا فى حق صاحب الشأن إلا إذا كان ذلك التصرف ضروريا ، فإذا لم يكن ضروريا ، فإنه لا يكون مبررا لتدخل الفضولى فى شئون صاحب الحق ، ولا يكفى لهذا التدخل قيام نيابة قانونية للفضولى عن صاحب الشأن ، ومن ثم إذا تدخل الفضولى فى شئون غيره بغير إذنه ، ولم يكن ذلك التدخل ضروريا ، فإنه لا يكون نافذا فى حق صاحب الشأن إلا إذا أجازره ؛ لأنه يعد من قبيل الفضالة العادية ، وفى هذا دلالة على أن الفقه الإسلامى يتسم بالمرونة ، حيث يقوم على أساس التعاون بين المسلمين على البر والتقوى إعمالا لقول الحق تبارك وتعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) وهذا التعاون مبنى على أن المؤمنين والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، وفى ذلك يقول الحق سبحانه وتعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾^(٢) وهذه الولاية بمنزلة الوكالة وبناء على ذلك ، فكل تصرف يصدر من المسلم فى حق أخيه المسلم بغرض إسداء المعروف له ، وإعانتته على ما هو خير له يكون نافذا فى حقه ، ولو كان بغير إذنه ، لوجود الولاية التى هى بمنزلة الوكالة .

(١) سورة المائدة من الآية رقم (٢) .

(٢) سورة التوبة من الآية رقم (٧١) .

المطلب الثانى

أن يقصد الفضولى فى قيامه بالشأن الضرورى مصلحة رب العمل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يجب لى تتحقق الفضالة بالإضافة إلى الركن السابق ، أن يتجه قصد الفضولى وهو يتولى شأنًا ضرورياً وعاجلاً لغيره ، إلى العمل لمصلحة ذلك الغير سواء كان ذلك القصد متمحضا لحساب ذلك الغير بصفة خاصة أم شمل ذلك القصد شأن الفضولى والغير معا ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى كالتالى :

أولا : أن يقصد الفضولى فى قيامه بالشأن الضرورى مصلحة رب العمل فى الفقه الإسلامى .

ينبغى أن تتجه نية الفضولى عند قيامه بشأن ضرورى وعاجل إلى تحقيق مصلحة رب العمل ، يستوى أن يكون ذلك القصد خالصا لحساب رب العمل أو كان شاملا لتحقيق مصلحة الفضولى ، وصاحب الشأن معا ، وعلى ذلك سوف أتناول كل حالة من هاتين الحالتين على حدة :

الحالة الأولى : تدخل الفضولى فى شئون الغير مع قصده العمل لحسابه خاصة .

يتوافر قصد الفضولى فى التصرف لمصلحة صاحب الشأن وحده ، ويكون تصرفه هذا نافذا فى حقه ، دون أن يتوقف نفاذه على صدور الإجازة من صاحب الشأن فيما يقوله الإمام القرافى : " كل من عمل لغيره عملا أو أوصل إليه نفعاً من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك " ^(١) وفيما يقوله الإمام ابن القيم : " إنما الشأن فيمن عمل فى مال غيره عملا بغير إذنه ، بأن فعله حفظا لمال المالك ، واحترازا له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله ، وكذلك إذا حصد زرع غيره فى غيبته " ^(٢) وفيما يقوله ابن القيم أيضا : " من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع عليه به " ^(٣) ومما يؤكد أن الفضولى لا بد أن يقصد مصلحة صاحب الشأن حتى يرجع عليه بما دفعه عنه قول الإمام البابر تى : " فإن

(١) القرافى : الذخيرة ١٣٠/٨ ، الفروق ١٨٩/٣ ، تهذيب الفروق ٢١٩/٣ ، وفى نفس المعنى : الرددير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٥١ ، العدوى : حاشيته على شرح الخرشي ٢٥٤/٥ .

(٢) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ ، العنسى : التاج المذهب ٢٣٤/٣ .

(٣) ابن القيم أعلام الموقعين ٨/٣ .

كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن ، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقد لأجله ^(١) .

الحالة الثانية : قصد الفضولى فى تصرفه شأنه وشأن الغير :

إذا قصد الفضولى فى تصرفه تحقيق مصلحته و مصلحة الغير ، فإن نية العمل لحساب الغير تكون متوافرة ؛ لأنه يمكن أن تستفاد تلك النية ضمنا ، إذا كان بين الشائين ارتباط بحيث لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر وذلك واضح فى قول قاضى خان : " إذا بنى صاحب العلو السفلى ، حين امتنع صاحب السفلى من البناء ، كان له أن يمنع صاحب السفلى أن يسكن فى سفله ، حتى يعطى صاحب العلو ما أنفق فى السفلى ، ويكون السفلى فى يده بمنزلة الرهن " ^(٢) يستفاد من ذلك أن هذا المتدخل فى شئون غيره قد قصد تحقيق مصلحته ، لأنه لا يمكن أن ينتفع بالعلو إلا إذا بنى السفلى ، وتحقيق مصلحة صاحب السفلى أيضا لأن بناءه للسفلى وهو ما قام به من فضالة يحقق مصلحة صاحبه ، إذ يمكنه أن ينتفع بسفله بعد أن يدفع للفضولى ما قام بإنفاقه فى بناء السفلى ، ويتضح أيضا قصد التصرف لمصلحة صاحب الشأن ضمنا ، إذا كان الفضولى يقصد القيام بشأنه وشأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر ، فيما يقوله ابن القيم : " إنما الشأن فيمن عمل فى مال غيره عملا بغير إذنه ، ليتوصل بذلك العمل إلى حقه أو فعله حفظا لمال المالك ، واحترازا له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله " ^(٣) .

ثانيا : أن يقصد الفضولى فى قيامه بالشأن الضرورى تحقيق مصلحة رب العمل فى القانون المدنى :

لا يكفى لقيام الفضالة أن يتدخل الفضولى فى شئون الغير ، بدون إذنه فى شأن عاجل على النحو المتقدم ، بل لابد أن تتصرف نيته إلى العمل لمصلحة ذلك الغير ، وبالتالي إذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضوليا حتى ولو عاد تدخله بنفع

(١) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢٥٤ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٩ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢٥٤ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣١٤ .

(٣) ابن القيم : أعلام الموقعين ٨/٣

على شخص آخر ، وذلك كما لو قام المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجوة ، مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة للمالك لا يعد فضوليا ؛ لأنه يحمل لمصلحة نفسه ، حتى ولو كان هذا التدخل ليس متمحض لمصلحته ، ولكن فيه نفع للمالك بالتبعية ^(١) وقد أشارت المادة ١٨٨ مدنى إلى ذلك بقولها : " ... أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر " ، وإذا كانت الفضالة لا تتوافر إلا إذا انصرفت نية الفضولى إلى العمل لحساب شخص آخر ، فالفضولى بالنسبة لانصراف هذه النية إلى العمل لمصلحة الغير وعدم ذلك ، إما أن يكون على بينة من انصراف نيته إلى العمل لحساب الغير ، وإما أن يكون على غير بينة من ذلك ، وأبين ذلك بشئ من التفصيل :

أ- كون الفضولى على بينة من انصراف قصده إلى العمل لحساب الغير :

إذا كان الفضولى على بينة من أن نيته قد اتجهت إلى العمل لمصلحة الغير ، فإنه يكون فضوليا ، لأن هذه النية هى التى تجعل من الفضولى متفضلا ، وتوافرها لدى الفضولى فى العمل لحساب الغير ، هو الذى يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، فالفضولى هو من ينوى القيام بالشأن العاجل أو الضرورى لمصلحة غيره ، وإذا نوى ذلك كان له الرجوع على ذلك الغير بدعوى الفضالة ، أما إذا لم ينو أن يكون القيام بالشأن العاجل لحساب ذلك الغير ، بأن قام به لمصلحة نفسه ، أو اعتقد ذلك ، فإنه لا يكون فضوليا ، ولا يرجع فى هذه الحالة على الغير بدعوى الفضالة ، حتى ولو تحققت منفعة للغير نتيجة عمله ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، متى توافرت شروطها ^(٢) .

(١) محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٣٠ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٢ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٠٦ وما بعدها ، د/عبد الرزاق فرج : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - المصادر غير الإرادية ، العمل غير المشروع ، الفعل النافع ، الإثراء بلا سبب - القانون ص ١١٤ ط ١٩٩٤ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د/حسنى عبد الدايم : مصادر الالتزام - الكتاب الثانى - المصادر غير الإرادية ص ١٧١ طبعة ٢٠٠١/٢٠٠٢ بدار الحكمة بالمنصورة وما بعدها ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٠١ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٥ ، د/سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٣٨ ، نقض مدنى فى ١٦/٢/١٩٧٧ السنة ٢٨ ص ١٧٠٣ رقم ٢٩٢ مجموعة أحكام النقض .

(٢) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٢ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٢ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٤ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د/مصطفى =

ولا يلزم لتحقيق الفضالة أن تتصرف إرادة الفضولي إلى العمل لمصلحة صاحب الشأن وحده ، بل تكون الفضالة قائمة ، ولو تولى الفضولي شأنًا لغيره أثناء قيامه بشأن نفسه ، حتى ولو كان الدافع للفضولي في القيام بالعمل مصلحته هو ، ويتحقق ذلك إذا كانت مصلحة الفضولي مرتبطة بمصلحة صاحب العمل ، بحيث لا يمكن القيام بأحدهما دون الآخر ، وفي ذلك تقول المادة (١٨٩ مدنى) : " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأنًا غيره ، لما بين الشأنيين من ارتباط ، فلم يتمكن من القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر " ، وعلى ذلك إذا كان الفضولي قد قام بعمل لمصلحة نفسه ، وأثناء توليه هذا العمل قام بشأن من شئون غيره نظرا لوجود ارتباط بين الشأنيين ، فلم يتمكن من القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر فإنه يكون فضوليا فيما قام به في شئون غيره ، ولا يمنع من قيام الفضالة أنه قد عمل لمصلحة غيره أثناء قيامه بشأن نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أن يكون قد عمل لنفسه أولا ، أو أنه ما كان ليعمل لمصلحة الغير لولا قصده تحقيق مصلحته هو ، المهم أن يكون على بينة ووعى ، ولو كان مضطرا ، أنه يعمل لمصلحة هذا الغير أثناء قيامه بالعمل لمصلحته هو ، وذلك كالشريك على الشيوع ، الذى يؤجر العين الشائعة ، ويستغلها لمصلحة نفسه ، ولمصلحة شريكه فى الشيوع ، فهو فضولى بالنسبة لشريكه ؛ لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك ، ولا يمنع من ذلك أنه عمل فى الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحته أولا ، وأنه ما كان ليعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو ^(١) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية : " بيد أن الأمر يظل

=

عدوى : المرجع السابق ص ٣٣١ ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٠٢ ، د/أحمد شوقى : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥٢ .

(١) د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٤ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٦ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د/محمد ليبب شنب : المرجع السابق ص ٥١٠ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٤ ، د/عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق ص ٦٨٧، ٦٨٦ ، د/سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٣٩ .

محصوراً في نطاق الفضالة ، ما بقيت النية المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد ، بسبب ارتباط هذين الشأنيين على نحو لا يتم له القيام بأحدهما استقلالاً عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشتاع ، عند إدارة المال الشائع " (١)

ب- كون الفضولي على غير بينة من اتجاه نيته إلى العمل لحساب الغير :

وفي هذه الحالة لا يخلو حال من يعمل لمصلحة الغير من ثلاثة فروض :

الفرض الأول : أن يعتقد أنه يعمل لمصلحة نفسه ، فإذا به يعمل لحساب غيره .

قد تتجه نية الشخص إلى العمل لمصلحته الشخصية ، فيتبين أنه يعمل لمصلحة غيره ، فلا يعتبر الشخص في هذا الفرض فضولياً ؛ لأن العبرة في توافر الفضالة أن يوجد لدى القائم بأعمالها نية القيام بالعمل لمصلحة الغير ، وفي هذه الحالة لم يتوافر عند القائم بأعمال الفضالة هذه النية وذلك القصد ، وبالتالي لا يعد فضولياً ؛ لأنه إذا انصرفت نية الشخص إلى العمل لمصلحته الخاصة ارتفعت عنه صفة الفضولي ، حتى لو اتضح له بعد ذلك أن ما قام به من عمل ، حقق مصلحة لنفسه ولغيره في وقت واحد ، وعلى ذلك إذا أجرى شخص إصلاحات ضرورية في منزل في حيازته ، يعتقد أنه يملكه وحده ثم اتضح بعد ذلك أن المنزل مملوك له ملكية شائعة مع الغير ، ففي هذه الحالة لا يجوز له الرجوع بدعوى الفضالة على الشريك المشتاع ، لأن من قام بالإصلاحات قام بها لحساب نفسه أصلاً ، ولكن يجوز له أن يرجع على شريكه بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها (٢) وقد أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى : " تطبق قواعد الإثراء بلا سبب ، عندما يقوم شخص بشأن لغيره ، معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه " (٣) وعلى ذلك يلزم أن تتجه نية الفضولي للعمل لمصلحة الغير .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧١ .

(٢) يراجع في هذا المعنى : د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٤ وما بعدها ،

د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٥ وما بعدها ، د/سمير تناعو : المرجع السابق

ص ٣٣٩ ، د/السيد عيد نايل : المصادر غير الإرادية للالتزام - المسؤولية التقصيرية - الإثراء بلا

سبب ص ٣٠٢ ط ٢٠٠٠/٢٠٠١ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة وما بعدها ، د/محمد لبيب

شنب : المرجع السابق ص ٥٠٩ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٨٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٦٨ .

الفرض الثاني : إذا كان القائم بالعمل يظن أنه يعمل لحساب الغير فإذا به يعمل لحساب نفسه :

إذا اتجهت نية الشخص إلى العمل في شأن عاجل لغيره ، ثم تبين أن ما تولاه كان من شئون نفسه ، فإن هذا الشخص لا يعتبر فضولياً ، لأن ما قام به من عمل لم يتم لحساب الغير ، وإنما تم لحساب من قام به ، ومن ثم لا يحق له أن يرجع على الغير بدعوى الفضالة لأنه لم يتفضل عليه بأى عمل ، ولا بدعوى الإثراء بلا سبب ، لعدم حصول إثراء للغير على حسابه ^(١) .

الفرض الثالث : أن يعتقد القائم بأعمال الفضالة أنه يعمل لحساب شخص معين ، فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر .

إذا اتجهت نية القائم بأعمال الفضالة إلى تحقيق مصلحة شخص معين ، ثم تبين له أنه يعمل لحساب شخص آخر ، فإنه يكون فضولياً ، لأن العبرة بقصد التفضل ، بغض النظر عن شخص المتفضل عليه ، وبالتالي يكفي أن تنصرف نية الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير ، ولا يتطلب تعيين هذا الغير ولا تحديده ؛ فإذا شب حريق في أحد المنازل فسارع شخص لإطفاء هذا الحريق ، كان فضولياً بالنسبة لمن تم العمل لمصلحته ، وإن لم يكن عالماً بشخصه ^(٢) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى : " إذا كانت تلك النية ضرورية من هذا الوجه ، فهي بمجرد كافيّة ؛ دون حاجة إلى انصرافها إلى العمل لشخص معين بذاته ، فمتى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير ، بقى قائماً بعمله ، ولو أخطأ فى شخص رب العمل ، وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق ، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات " ^(٣) .

(١) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣١١ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٤ وما بعدها ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٣١ ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٠٣ ، د/جلال العدوى : أصول الالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٤٥٢ ط ١٩٨٨ م ، د/سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٣٣٩ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٥ .

(٢) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٦ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥٠٩ ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٦ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٣١ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧١ وما بعدها .

ثالثا : المقارنة :

يتبين مما سبق أن فقه القانون المدنى يتق مع الفقه الإسلامى ، على أنه يشترط لقيام الفضالة ، أن تتصرف نية الفضولى عند قيامه بالشأن الضرورى والعاجل ، إلى تحقيق مصلحة صاحب الشأن ، حتى يكون تصرفه نافذا فى حقه ، دون أن يتوقف ذلك على صدور إجازة من صاحب الشأن ، ولكن إذا انصرفت نية الفضولى إلى تحقيق مصلحة نفسه فإنه لا يكون فضوليا ، ولا يعد ما قام به من تصرف من قبيل الفضالة .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على أنه إذا انصرفت نية الفضولى عند قيامه بأعمال الفضالة إلى العمل لحساب نفسه وحساب الغير ، بحيث لا يتمكن من القيام بالعمل لحساب نفسه ، دون القيام بالعمل لمصلحة الغير لما بين المصلحتين من ارتباط ، فإنه يكون فضوليا ، ويكون ما يقوم به من أعمال من قبيل الفضالة النافذة ، التى لا يتوقف نفاذها على إجازة صاحب الحق فيها .

المطلب الثالث

ألا يكون الفضولي ملتزماً بالقيام بالشأن الضروري للغير ، ولا موكلاً فيه ، ولا منهياً عنه في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يلزم لقيام الفضالة الضرورية أو النافذة - بالإضافة إلى توافر الركنين السابقين ، ألا يكون القائم بأعمال الفضالة ملتزماً بالقيام بالشأن الضروري للغير ، ولا موكلاً فيه ، ولا منهياً عنه ، وبيان ذلك في الفقه الإسلامي والقانون المدني يكون على النحو التالي :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

لبيان كون المتدخل في شئون غيره غير ملزم بالقيام بما تولاه من شأن ضروري للغير ، ولا موكلاً فيه ، ولا منهياً عنه ، يلزم أن أوضح ذلك في أمرين :

الأمر الأول : ألا يكون المتدخل في شأن غيره ملتزماً بالقيام به ولا موكلاً فيه .

الأمر الثاني : ألا يكون المتدخل في شأن غيره منهياً عن القيام به .

الأمر الأول : ألا يكون المتدخل في شأن غيره ملتزماً بالقيام به ولا موكلاً فيه :

وهذا أمر بدهي ، وذلك لأن المتدخل في شئون غيره (القائم بالفضالة) لو كان ملتزماً بالتصرفات التي تدخل بها في شئون الغير ، أو موكلاً من قبل هذا الغير في القيام بها ، لما كان فضولياً ؛ إذ أنه لو كان ملتزماً بالقيام بهذه التصرفات أو له سلطة القيام بها شرعاً ، لكان وكيلاً أو ولياً ولم يكن فضولياً ، لذلك كان معنى الفضولي في الاصطلاح الشرعي كمال عرفه الحنفية بأنه : " من يتصرف في شئون غيره بلا إذن شرعي " ^(١) وكما عرفه المالكية بأنه : " الذي يتصرف في متاع غيره من غير ولاية ولا توكيل " ^(٢) ، وعرفه الشافعية بأنه : " من ليس بوكيل ولا ولي ولا مالك " ^(٣) ، وعرفه الحنابلة بأنه : " من يتصرف في مال الغير بغير إذنه " ^(٤) ، وعرفه الإمامية بأنه : " ما ليس مالكا ولا ولياً ولا وكيلاً " ^(٥) .

(١) الإمام الشلبي : حاشيته على تبیین الحقائق ج ٤ ص ١٠٤ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ ، شيخ زاده : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٩٤ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٨٨ .

(٢) الإمام التسولي : البهجة ج ٢ ص ١٢٧ ، التادوي : حلى المعاصم بهامش البهجة ج ٢ ص ١٢٧ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ج ٥ ص ١٨ ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢١٢ .

(٣) الجمل : حاشيته على شرح المنهج ج ٣ ص ٣٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ ، زاد المحتاج ١٥/٢

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل شرح المادة (١٣) ص ٣٤ .

(٥) العاملی : مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ج ٤ ص ١٨٤ .

وبناء على ذلك ، فإن من يتولى شأنًا من شئون غيره دون أن تكون له سلطة القيام به من ولاية أو وكالة ، فهو شخص غير ملزم بما يقوم به ^(١) .

الأمر الثانى : ألا يكون المتدخل فى شأن غيره منهيًا عن القيام به .

لما كانت الفضالة الضرورية أو النافذة عبارة عن التصرف فى شئون الغير بغير إذنه ، فإن الغرض منها هو تحقيق منفعة ذلك الغير والمحافظة على مصلحته ، لأنها تقوم على أساس التعاون على البر والتقوى ، وقد أكد ذلك الإمام القرافى بقوله : " من مر على حباله فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه ، وحوزه لصاحبه ، فتركه حتى مات يضمنه لصاحبه عند مالك ، لأن صون مال المسلم واجب ، ومن ترك واجبا فى الصون ضمن " ^(٢) .

ولكن قد يصرح الغير (صاحب الشأن) بأنه لا يريد أن يتدخل شخص ما فى شئونه لأسباب يقدرها هو ، وبذلك يكون قد نهاه عن التدخل فى شئونه ، فإذا تدخل هذا الغير فى شئون صاحب الشأن رغم سبق نهيه عن ذلك ، فما الحكم ؟

من المقرر أنه إذا نهى صاحب الشأن شخصا ما عن التدخل فى شئونه ، ثم تدخل بعد هذا النهى ، فإنه يكون متعديا فى هذا التدخل ؛ لأنه يتدخله المنهى عنه يدلل على عدم رغبته وانصراف قصده إلى العمل على تحقيق مصلحة صاحب الشأن ^(٣) .

بالإضافة إلى أن التدخل فى شئون الغير ، بعد نهى المتدخل يتعارض مع فكرة الإذن الضمنى التى تسوغ التدخل فى شئون الغير بغير إذنه ، وبالتالي يعتبر المتدخل فى شئون غيره ، بعد نهيه عن التدخل متعديا ، وذلك كما لو بذر المزارع بذرا فسقاه آخر ، بلا إذن ، بل وبعد نهى المزارع إياه ^(٤) إلا أن نهى صاحب الشأن عن التدخل فى شئونه ، لا يكون له أثر بالنسبة لأعمال الفضالة الضرورية ، إذا ترتب على هذا

(١) د/محمد مذكور : تصرفات الفضولى دراسة مقارنة ص ١٢١

(٢) القرافى : الفروق ٢/٢٠٧ ، بن حسين المكي المالكي : تهذيب الفروق ٢/٢٠٥ .

(٣) د/محمد مذكور : تصرفات الفضولى دراسة مقارنة ص ١٢٢

(٤) الحموى : غمز عيون البصائر ٣/٢١٣ ، الزيلعى : تبیین الحقائق ٣/٦٥ ، د/محمد مذكور :

تصرفات الفضولى دراسة مقارنة ص ١٢٢ .

التدخل تحقيق مصلحة أو منفعة عامة لصاحب الشأن ، لأن المصلحة العامة تقضى بعدم الالتفات إلى النهى كما فى حالة شراء الوالد أو الولد من مال المريض ما يحتاج إليه بغير إذنه مع نهيه عن ذلك ؛ إذ لا يعتد بهذا النهى (١) .

ثانيا : ألا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بالشأن العاجل للغير ، ولا منهيا عنه فى القانون المدنى :

لكى تتحقق الفضالة بالإضافة إلى قيام الفضولى بالشأن العاجل لرب العمل ، وقصد القيام بهذا الشأن ، يتعين ألا يكون الفضولى ملتزما بما قام به من عمل لحساب صاحب الشأن ، وألا يكون الغير قد نهاء عن القيام بهذا العمل ، وقد أشارت إلى ذلك المادة (١٨٨) مدنى فى عجزها بقولها : " الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملتزما بذلك " والمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى إذ تقول فى معرض ذكرها لأركان الفضالة : " رابعا : أن يتولى الفضولى شأن الغير ، دون أن يكون ملتزما بذلك " (٢) .

ويعتبر هذا ركنا قانونيا ، لأنه يحدد الموقف القانونى للفضولى ورب العمل ، من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى ، فالفضولى لم يكن ملتزما بالقيام بالشأن العاجل قبل أن يتولاه ، ورب العمل لم يأمره بالقيام بهذا الشأن ، كما أنه لم ينهه عنه (٣) وعلى ذلك إذا كان الفضولى ملتزما بالعمل الذى قام به لحساب رب العمل ، فإنه لا يعد فضوليا ، سواء التزم بذلك العمل بمقتضى العقد ، أم بأمر المحكمة أم بنص القانون ؛ لأنه يجب أن يكون الفضولى متطوعا بما قام به من عمل لحساب صاحب الشأن ، وليس ملتزما به ، ولذلك إذا كان الفضولى ملتزما بالقيام بالعمل بناء على عقد مبرم بينه وبين صاحب الشأن ، كما هو الحال إذا قام مقاول بترميم منزل مملوك لشخص آخر ، تنفيذا لعقد المقاولة المبرم بينهما ، فإن المقاول لا يعتبر فضوليا ؛ لأنه قام بهذا العمل تنفيذا لالتزامه العقدى وليس تطوعا ولا تفضلا ، ومن ثم فلا مجال لإعمال أحكام الفضالة ، لأن حقوق والتزامات كل منهما

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣١٧ ط ١ بالمكتبة العصرية بيروت ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧٢ .

(٣) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٧ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٣٣ .

تحدد على أساس العقد ، وكذلك لا يعتبر فضوليا من يتولى شأن الغير بناء على أمر من المحكمة ، كما هو الحال بالنسبة للحارس القضائي الذى يدير العين المتنازع عليها بناء على أمر المحكمة ، وأيضا لا يعد فضوليا من يقوم بعمل أوجب عليه القانون القيام به ، كما هو الحال إذا كان وليا أو وصيا على رب العمل ، وبالتالي يقوم بإدارة شئونه ، وفقا لما ينص عليه القانون ؛ ولذلك لا يجوز للقائم بهذا الأعمال أن يرجع على رب العمل ، على أساس قواعد الفضالة ، ولكن يتعين عليه إذا أراد أن يرجع على رب العمل بما أنفقه فى سبيل القيام بهذه الأعمال ، أن يرجع عليه وفقا للقواعد المنظمة لعمل الأولياء والأوصياء ، ولكن إذا خرج الولي أو الوصى عن الحدود المكلف بها إزاء رب العمل ، وقام عن قصد بعمل لمصلحته ، فإن الفضالة تتوافر بالنسبة للأعمال التى تتطوى على تجاوز لما هو مكلف به ، ومن ثم إذا قام الوصى بالوفاء بدين على القاصر من ماله الخاص ، تجنباً لرهس عقار القاصر ، فإنه يكون فضوليا بالنسبة لهذا العمل ، وأيضا لا يعتبر المتبرع فضوليا ، إذا دفع تعويضا عن الضرر الذى أحدثه تابعه ؛ لأنه مسئول قانونا عن خطأ تابعه ، وكذلك لا يعد فضوليا من يقوم بعمل لمصلحة الغير إذا كان هذا العمل يدخل فى نطاق وظيفته ، ولكن يعد فضوليا من يقوم بعمل لمصلحة غيره ، بناء على التزامه به التزاما أدبيا أو خلقيا أو اجتماعيا ، لأن المقصود بالعمل هو الالتزام القانونى بالمعنى الدقيق ^(١) .

ولكن إذا نهى رب العمل الفضولى عن التدخل فى شئونه ، أو عن الاستمرار فى هذا التدخل ومع ذلك تدخل أو استمر فى تدخله فما الحكم ؟

لما كان الغالب فى الفضالة ألا يكون رب العمل على علم بقيام الفضولى بعمل عاجل من أعماله ، نظرا لغيابه أو بعده عن تلك الأعمال ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية

(١) يراجع فى هذا المعنى د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٢٩ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٩٨ ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٠٦ وما بعدها ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٣٢ ، د/محمد لييب شنب : المرجع السابق ص ٥١٠ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٦ ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د/حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٧٣ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٦ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٦ وما بعدها .

للقانون المدنى : " الغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولى للقيام بهذا العمل " (١) ولكن إذا كان رب العمل عالما بتدخل الغير فى شئونه ، فلا يخرج الأمر فى هذه الحالة عن أحد فروض ثلاثة :

الأول : أن يكون علم رب العمل بتدخل الغير فى شئونه ، يرجع إلى أنه هو الذى دعاه إلى القيام بالعمل لحسابه .

الثانى : أن يعلم رب العمل بتدخل الفضولى فى شئونه ، ثم ينهاه عن القيام بالعمل أو الاستمرار فيه ، ومع ذلك استمر فى تدخله فى شئون رب العمل .

الثالث : أن يعلم رب العمل بتدخل الفضولى فى شئونه ، ولكنه يقف موقفا سلبيا من هذا التدخل بمعنى أنه لم يعارضه ولم يقره .

وسأتناول هذه الفروض بشئ من التوضيح :

الفرض الأول : علم رب العمل بتدخل الفضولى فى شئونه ، بسبب طلبه منه القيام بالعمل لمصلحته .

إذا كان رب العمل هو الذى طلب من الفضولى القيام بالعمل العاجل لمصلحته ، فإن الفضولى فى هذه الحالة يكون وكىلا عنه فى القيام بهذا العمل ، وليس فضوليا ، وذلك بشرط أن يكون العمل الذى سيقوم به الفضولى من التصرفات القانونية (٢) وينطبق نفس الحكم إذا كان رب العمل لم يدعو الفضولى إلى التدخل فى شئونه ، ولكنه أقر عمله بعد القيام به ، وفى هذه الحالة يصبح الفضولى وكىلا ، وقد نصت على ذلك المادة (١٩٠) مدنى بقولها : " تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى " ، وبناء على هذا النص تتقلب الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، وذلك لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، بالإضافة إلى أن الإجازة لها أثر رجعى بالنسبة لطرفيها ، أما بالنسبة للغير فلا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) فى هذا المعنى د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٣٠ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣١٩ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٦ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥١٠ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د/عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٣٥ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٤ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦٠٦ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٢٤ .

يكون للإجازة أثر ، إلا من وقت صدورها ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية : " فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمنا ، سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات ، من بدء الفضالة ، ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير ، إلا من وقت صدورها ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى يقوم بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه ، ويراعى فى الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب " (١) .

ويستوى لترتب هذا الحكم أن يكون المتدخل فى شئونه غيره قد استوفى شروط الفضالة ، أو لم يستوف شروطها ، بأن كان يعمل لحساب نفسه مثلا ، وفى الحالتين تجعل الإجازة من المتدخل فى شئون غيره وكلا ، بشرط أن يكون العمل الذى قام به تصرفا قانونيا (٢) إلا أن بعض فقهاء القانون يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق حكم المادة (١٩٠) مدنى على الفضالة الكاملة ، أى التى استوفت جميع الشروط التى تطلبها القانون ؛ لأن الفضالة المستكملة لجميع شرائطها القانونية تتطوى بحكم القانون على نيابة ، وبالتالي تنفذ فى مواجهة رب العمل دون حاجة إلى إجازته ، ولكن ينطبق على الفضالة التى لم تستوف شروطها القانونية ، والتى يطلق عليها البعض (الفضالة الناقصة) ، وفى هذه الحالة تتقلب الفضالة الناقصة إلى وكالة ، متى كان العمل الذى قام به الفضولى تصرفا قانونيا وأجاره رب العمل ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (٣) .

فى حين ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بنص المادة (١٩٠) مدنى أن رب العمل يعتبر متبنيا للعمل الذى قام به الفضولى ، سواء أكان العمل ماديا أم قانونيا ، ويأخذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧١ .

(٢) د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٧ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٣٠ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٢٤ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٣٤ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٤ .

(٣) راجع فى عرض هذه الآراء د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٢٤ وما بعدها ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٣٠ ، د/صلاح الدين الناهى : محاضرات عن القانون المدنى العراقى - الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ص ٢١٦ من مطبوعات معهد الدراسات العربية ط سنة ١٩٥٨/١٩٥٩ م .

لحسابه ، سواء أكانت شروط الفضالة متوافرة أم غير متوافرة ، وأن حقوق والتزامات الفضولي تجاه رب العمل تكون مثل الحقوق والالتزامات التي تنشأ بين الموكل ووكيله سواء ثبت للمتدخل صفة الفضولي أم لم تثبت ، وليس المقصود بها أن الفضالة تنقلب بالإجازة إلى وكالة بمعنى الكلمة ^(١) .

الفرض الثاني : أن يعلم رب العمل بتدخل الفضولي في شئونه فنهاء عن هذا التدخل أو الاستمرار فيه ، فإن هذا المتدخل لا يعتبر فضولياً ، وبالتالي يجب عليه أن يمتنع عن التدخل في شئون رب العمل الذي نهاء عن التدخل في شئونه ، أو أن يتوقف عن هذا التدخل ، فإن لم يتوقف واستمر في هذا التدخل ، وترتب على تدخله هذا ضرر لرب العمل كان مخطئاً ، ومن ثم يلتزم بتعويضه عما أصابه من ضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، أما إذا ترتب على تدخله نفع لرب العمل فلا يجوز للفضولي أن يرجع على رب العمل بدعوى الفضالة ، ولكن له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ^(٢) هذا إذا لم يكن القصد من تدخل الفضولي في شئون رب العمل ، رغم نهيهِ له عن التدخل سد حاجة ملحة كالقيام بالوفاء بالتزام قانوني في ذمة رب العمل تقتضي المصلحة العامة الوفاء به ، وذلك كالوفاء بالنفقة الواجبة في ذمة رب العمل لمن تجب عليه نفقته أو القيام بتجهيز ميت يجب على رب العمل تجهيزه ، فمن يقوم بهذه الالتزامات عن رب العمل ، يعتبر فضولياً حتى ولو نهاء رب العمل عن القيام بها ^(٣) .

الفرض الثالث : أن يعلم رب العمل بتدخل الغير في شئونه بغير إذنه ، ثم يقف منه موقفاً سلبياً بمعنى أنه لم يعارضه ولم يقره .

(١) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها ، د/حسام الدين الأهواني : المرجع السابق

ص ٤٢٤ وما بعدها ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٧١/٢

(٢) د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٧ ، د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٦ ، د/أنور

سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٤ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٠٩ ،

د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥١١ ،

د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٥٣ ، د/محسن البية : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د/سمير

تتاغو : المرجع السابق ص ٣٤٠ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٧٥

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٧١/٢ وما بعدها ، د/السنهورى : المرجع السابق هامش رقم (١) ص

١٧٣٢ ، د/حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٤٠٢ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق

فإذا علم رب العمل بتدخل الغير فى شئونه ، ومع ذلك سكت ولم يصدر منه ما يدل على رضاه أو اعتراضه ، اعتبر المتدخل فضوليا ، وبقيت للفضالة ولايتها وتعين العمل بها ؛ لأن سكوته وعدم اعتراضه ، يعتبر دلالة على رضاه بتدخل الفضولى فى شئونه ، وهذا هو المجال الأصيل للفضالة ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى : " إذا علم - أى رب العمل - بذلك - أى التدخل - ، ولم يفصح عن موقفه عن طريق المعارضة أو الإقرار بقيت لقواعد الفضالة ولايتها ووجب تطبيقها " ^(١) ومن ذلك يتضح أن الفضالة لا تتوافر إلا فى فرضين من هذه الفروض وهما .

(١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى فى شئونه .

(٢) أو علم بتدخل الفضولى ولكنه وقف منه موقفا سلبيا ، بحيث لم يصدر منه ما يدل على الأمر به ولا النهى عنه ^(٢) .

^(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/٤٧٠ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٦٤ ، د/السنهورى

: المرجع السابق ص ١٧٣٤ ، د/محمد ليبيب شنب : المرجع السابق ص ٥١١ ، د/الصدّة :

المرجع السابق ص ٦٢٧ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٠٢ .

^(٢) د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٣٤ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٢٧ ، د/محمد ليبيب

شنب : المرجع السابق ص ٥١١ ، د/الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٠٢ .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتبين أن فقه القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يشترط أن يكون المتدخل فى شئون غيره بغير إذنه (القائم بأعمال الفضالة) ، حتى يكون فضوليا ألا يكون ملتزما بالقيام بهذه الأعمال لحساب صاحب الشأن ؛ لأنه لو كان ملتزما بالقيام بأعمال الفضالة أيا كان أساس التزامه ، فإنه لا يكون فضوليا ، ولا تكون الأعمال القائمة بها من قبيل الفضالة ، ولكنه قد يكون وكيلًا إذا كان التزامه بهذه الأعمال أساسه عقد الوكالة ، وقد يكون وليا أو وصيا إذا قام بهذه الأعمال وفقا للقواعد المنظمة لعمال الأولياء والأوصياء شرعا وقانونا ، وبالتالي لا يكون له أن يرجع على صاحب الشأن بما أنفقه من أموال وفقا لأحكام الفضالة ؛ لأنه ما قام بهذه الأعمال تطوعا وتفضلا ، ولكنه قام بها تنفيذا لما التزم به .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أنه يشترط أيضا فى المتدخل فى شئون غيره بغير إذنه (الفضولى) ، ألا يكون منهيا من صاحب الشأن عن القيام بأعمال الفضالة ؛ لأنه إذا نهاه صاحب الشأن عن القيام له بأعمال الفضالة ، ومع ذلك قام بهذه الأعمال ، فإنه يعد متعديا ، بالإضافة إلى أن تدخله فى شئون غيره بعد نهيه عن ذلك ، يتعارض مع الإذن الضمنى شرعا والنيابة المفترضة قانونا .

كما أن تدخله فى شئون غيره بعد نهيه عن ذلك ، يدل على أنه لن يعمل على تحقيق مصلحة صاحب الحق .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن نهى الفضولى عن القيام بأعمال الفضالة الضرورية أو النافذة ، لا يكون له أى أثر ، إذا ترتب على القيام بهذه الأعمال تحقيق مصلحة أو منفعة عامة .

المبحث الثالث

ما يرجع به الخوفى (الفضولى) على المدين (رب العمل) بدعوى الفضالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدينى

إذا تدخل شخص فى شئون غيره بتصرفات النافعة ، كما هو الحال فى القيام بأداء دين ، أو واجب عليه بغير إذنه ، أو كان التدخل فى شئون الغير عاجلا ، أى ضروريا للمحافظة على مال ذلك الغير ، أو لوصول المتدخل إلى حقه ، وكان المتدخل غير ملتزم بتلك التصرفات عنه ، ولم يكن ذلك الغير قد نهاه عن التدخل فى شئونه ، فإنه يكون فضوليا ، وما يقوم به من أعمال يعتبر فضالة ، ومع ذلك فقد اعتبر الفقه الإسلامى تصرفات المتدخل فى شئون غيره بصفة عاجلة أو نافعة نافذة فى حقه ^(١) .

وما ذلك إلا لأن الفقه الإسلامى ، قد اعتبر المتدخل فى شئون الغير بصفة عاجلة ، أو نافعة نائبا عن صاحب الشأن نيابة شرعية ، ومصدر هذه النيابة هو قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ ^(٢) فقد أثبت الحق سبحانه وتعالى الولاية بين المؤمنين والمؤمنات بالإيمان ^(٣) أو لوجود الإذن دلالة من صاحب الشأن ^(٤) أو لأن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال ^(٥) ، وبالتالي إذا أدى أحدهم عن وليه أو عمن أذن له دلالة أو عرفا واجبا ، كان نائبا عنه نيابة شرعية بمنزلة وكيله ^(٦) ، وإذا كان الأمر كذلك ، فهل يحق للمتدخل فى شئون غيره بغير إذنه بتصرف عاجل أو نافع أن يرجع

(١) بدائع الصنائع ٣٧١/٥ ، الذخيرة ١٣٠/٨ ، مغنى المحتاج ١٢٦/٢ ، أعلام الموقعين ٨/٣ ، المحلى ٢٤١/٨ ، التاج المذهب ٢٣٤/٢ .

(٢) سورة التوبة من الآية (٧١) .

(٣) ابن القيم : أعلام الموقعين ٨/٣ .

(٤) شرح فتح القدير ١٨٩/٦ .

(٥) تهذيب الفروق ٢١٩/٣ .

(٦) أعلام الموقعين ٨/٣ .

بدعوى الفضالة على صاحب الشأن (المدين) بما أداه وبما أنفقته عنه أم لا ؟

وهل يحق له أن يرجع على صاحب الشأن بأجره ، إذا كان العمل الذى قام به مما يستحق عليه أجر أم لا ؟
نجيب على ذلك فى مطلبين كالتالى :

المطلب الأول : رجوع الموفى (الفضولى) على المدين (رب العمل) بما أداه عنه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : رجوع الموفى (الفضولى) على المدين (رب العمل) بأجره عما قام به من عمل لمصلحته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

**رجوع الموفى (الفضولى) على المدين (رب العمل) بما أداه عنه
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .**

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

إذا أدى المتدخل فى شئون غيره دين هذا الغير بغير إذنه ، أو قام عنه بالوفاء ببعض الواجبات الضرورية أو النافعة ، للمحافظة على أموال هذا الغير ، أو لوصول المتدخل إلى حقه ، فهل يحق لهذا المتدخل أن يرجع على المدين بما أداه عنه بدعوى الفضالة أم لا؟
اختلف الفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يحق للمتدخل فى شئون غيره بغير إذنه (الموفى) أن يرجع على صاحب الشأن (المدين) ، بما أداه عنه إلا إذا كان مضطراً فى هذا الأداء ، كما إذا كان الغرض من الأداء عن المدين هو وصول المؤدى إلى حقه أو المحافظة على أموال المدين ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) والحنابلة فى رواية ^(٣) والظاهرية ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) والإباضية ^(٧) .

وقد استدلت أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه ، بأن الموفى دين غيره أو المؤدى واجبا عنه بغير إذنه ، إذا لم يكن مضطراً إلى هذا الأداء كان متبرعاً ، والمتبرع لا يرجع على غيره بما أداه عنه ، أما إذا كان مضطراً ، فإنه يرجع بما أداه ، لأن الاضطرار ينافى التبرع ^(٨) .

^(١) البابرتى : العناية على الهداية ٣٠٦/٦ حيث يقول : " وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء " ، وشيخ زاده : مجمع الأنهر ١٣٢/٢ وقد جاء فيه : " وإن أدى بلا أمره لا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه متبرع " ، مرشد الحيران ص ٥١ مادة (٢٠٥) : " ولكن إذا كان مضطراً فى الأداء فإنه يرجع بما أداه " ، راجع بدائع الصنائع ٣٧١/٥ ، شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، مجمع الأنهر ١٠٩/٢ .

^(٢) مغنى المحتاج ٢١٠/٢ حيث يقول : " ومن أدى دين غيره بلا إذن فلا رجوع له عليه لتبرعه " ، ونهاية المحتاج ٤٦٣/٤ وارجع فى حالة الاضطرار مغنى المحتاج ١٢٦/٢ ، بغية المسترشدين ص ١٧٨ .
^(٣) أعلام الموقعين ٥/٣ .

^(٤) المحلى ١١/٨ ، وارجع فى حالة الاضطرار ج ٨ ص ٢٤١ .

^(٥) البحر الزخار ٧٧/٥ ، وارجع فى حالة الاضطرار التاج المذهب ٢٣٥/٣ .

^(٦) النجفى : جواهر الكلام ١٥٣/٢٦ وارجع فى حالة الاضطرار مفتاح الكرامة ٣٧٨/٧ .

^(٧) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ٤٢٤/٩ ، الثمينى : كتاب النيل ١٧٠/١١ .

^(٨) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٨٨ وقد جاء فيه مانصه : " فن أو زرع لهما فغاب أحدهما ، وأنفق الآخر ، يكون متبرعاً بما أنفق ؛ لأن المنفق فى باب القن والزرع غير مضطر فى الإنفاق ، إذ لا يخلو أن

القول الثانى :

ويذهب القائلون به إلى أحقية المتدخل فى شئون غيره (الفضولى) فى الرجوع بما أداه على هذا الغير ، سواء أكان مضطرا فى هذا الأداء أم غير مضطر ، إلا إذا قصد التبرع بما أداه ، فإنه لا يرجع عليه به وقد ذهب إلى ذلك المالكية ^(١) والحنابلة فى الرواية المشهورة عندهم ^(٢) وفى ذلك يقول ابن القيم مستدلا ومرجحا لما ذهب إليه أصحاب القول الثانى الداهبون إلى أنه يحق للموفى أن يرجع على المدين (صاحب الشأن) بما أداه عنه بغير إذنه بدعوى الفضالة ، سواء أكان مضطرا فى هذا الأداء أم غير مضطر ، ومما يدل على أن من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع عليه به قوله تعالى : ﴿ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ﴾ ^(٣) فليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه ، وفك أسر وحل وثاقه ، أن يضيع عليه معروفه وإحسانه ، وأن يكون جزاؤه منه بإضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة ، وقد قال النبى ﷺ " من أسدى إليكم معروفا فكافئوه " ^(٤) وأى معروف فوق معروف هذا الذى افتك أخاه من أسر الدين ؟ وأى مكافأة

يكون شريكه حاضرا أو غائبا ، فلو حاضرا فالقاضى يجبره على أن ينفق فى نصيبه ، ولو غائب فيأمره القاضى فى الإنفاق ليرجع على الغائب إذ للقاضى ولاية الأمر بالإنفاق فى كل موضع له ولاية الجبر لو حاضرا ، فلما زال الاضطرار كان متبرعا فيما أنفق .

^(١) الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢٠٥/٤ حيث يقول : " إذا أنفق عليه أى على الوالد أو الولد شخص غير متبرع ، قاصدا الرجوع على من وجبت عليه أى النفقة ؛ لأنه قام عنه بواجب فيرجع بها " ، وقد جاء فى مواهب الجليل للحطاب ١٩٣/٤ ما نصه : " من أنفق على ولد رجل غائب موسر وخاف ضيعته ، فإنه يتبع الأب بما أنفقه بالمعروف ، وإن لم يستتبه فى النفقة عليهم ، لما كان نفقتهم واجبة على الأب ، كمن قضى عن رجل ديناً على أن يتبعه به كان له أن يتبعه به ، ولكن إن هو قصد التبرع بما أداه ، فلا يكون له حق الرجوع ، وقد جاء فى نفس الموضع : " من غاب أوفد فأنفق رجل على ولده فقدم أو مات فى غيبته ، وعلم أنه كان عديما لم يتبعه بما أنفق عليه ولا على ولده " .

^(٢) ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ١٤٣ القاعدة الخامسة والسبعون ، ابن القيم : أعلام الموقعين ٧/٣ ، مطالب أولى النهى ٣٠٨/٣ .

^(٣) سورة الرحمن الآية رقم (٦٠) .

^(٤) الحديث : تقدم تخريجه ص ٢٠٥ .

أقبح من إضاعة ماله عليه وذهابه ؟ وإذا كانت الهدية التى هى تبرع محض قد شرعت المكافأة عليها ، وهى من أخلاق المؤمنين ، فكيف يشرع جواز ترك المكافآت على ما هو من أعظم المعروف ؟ وقد عقد الله سبحانه وتعالى الولاية بين المؤمنين ، وجعل بعضهم أولياء بعض ، فمن أدى عنه وليه واجبا ، كان نائبه فيه بمنزلة وكيله وولى من أقامه الشرع للنظر فى مصالحه لضعفه أو عجزه ^(١) .

ومن ذلك يتضح أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى وهو أنه يحق للموفى بغير إذن المدين أو المتفضل بعمل من أعمال الفضالة أن يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الشأن (المدين) ، بما أداه عنه .

ثانيا : فى القانون المدنى :

تنص المادة (١٩٥) مدنى على أنه : " يكون رب العمل ملزما بأن يعرض الفضولى عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ... " ، ويتضح من هذا النص أن رب العمل يلتزم بتعويض الفضولى عما أداه عنه من نفقات أو ديون ، بشرط أن يكون أداء الديون أو النفقات ضروريا ، لتحقيق مصلحة رب العمل ، فإن كانت هذه النفقات نافعة له ، فلا يحق للفضولى أن يرجع بها على رب العمل ، إلا إذا كانت الظروف تقتضى إنفاقها ، بالإضافة إلى لزوم ارتباط النفقات بالضرورة ، بحيث لو كان رب العمل هو الذى يقوم بأعماله بنفسه ، لرأى أنه من المصلحة إنفاقها ، وعلى ذلك إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصا لمصلحة رب العمل ، كأن اتفق مع مقاول لترميم منزل لرب العمل ، فإن هذا الاتفاق ينشئ فى ذمة الفضولى التزامات نحو من تعاقد معه ، فإذا قام الفضولى بأداء مبالغ لهذا المقاول تنفيذا لهذه الالتزامات ، كان له أن يرجع بما أداه على رب العمل ، بالإضافة إلى الفوائد القانونية من وقت الأداء ، لأن هذه الالتزامات التى قام الفضولى بأدائها عن رب العمل تعتبر ضرورية ، وبالتالي ترد بفوائدها من وقت إنفاقها ، وكذلك أيضا الكفيل إذا كفل المدين الأصلي متطوعا لا مأمورا بالكفالة ولا منهيها عنها ، كان فضوليا بالنسبة له ، يلتزم التزاما شخصا نحو الدائن ، أن يوفى له الدين إذا لم يوفه

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٧ وما بعدها .

المدين الأصلي ، فإذا أداه الكفيل رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه ^(١) مضافا إليه المصروفات والفوائد القانونية ، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية : " أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصيا ، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصح هذا دائما أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولي ، ولكن رب العمل يلتزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه " ^(٢) والمصروفات الضرورية هي التي يكون إنفاقها واجبا لتحقيق مصلحة رب العمل وذلك كمصروفات ترميم حائط له أو شك على الانهيار ، مصروفات جنى محصول ، يخشى عليه من التلف بسبب التأخير في جنيته ، أما المصروفات النافعة ، فهي المصروفات التي تفيد رب العمل ، دون أن يكون هناك ضرورة في إنفاقها ، وذلك كمصروفات تخزين المحصول بعد جنيته ، وطلاء الحائط بعد إصلاحه ، وهذه النفقات بنوعها يلتزم رب العمل بردها للفضولي مضافا إليها فوائد محتسبة بالسعر القانوني من وقت إنفاقها ، هذا : وقد خرج المشرع الوضعي على القواعد العامة في شأن استحقاق الفضولي للفوائد القانونية عما أنفقه في سبيل إتمامه للأعمال التي قام بها لمصلحة رب العمل ؛ لأن الفوائد القانونية لا تستحق وفقا لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية ، ويجب على رب العمل أن يرد هذه النفقات ، طالما سوغتها الظروف وكانت معقولة ، وليس مبالغا فيها من قبل الفضولي ، وذلك لعدم إرهاق رب العمل وحق الفضولي في الحصول على ما أنفقه من مبالغ ، لإتمام الأعمال التي قام بها ، لمصلحة رب العمل لا يتوقف على تحقيق النتيجة المرجوة من إنفاقها ، طالما بذل الفضولي عناية الشخص المعتاد فيما قام به من أعمال ، لمصلحة رب العمل ؛ لأن التزام رب العمل برد ما أنفقه

(١) في هذا المعنى : د/حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د/السنهوري : المرجع السابق ص ١٧٥٧ وما بعدها ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، د/جلال على العدوي : المرجع السابق ص ٤٥٥ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٣٥٩ وما بعدها ، د/عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص ٣٥٠ ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٤٢ ، د/سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٤٨ وما بعدها ، د/عبد الحى حجازي : المرجع السابق ص ٦٠٩ ، د/محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٣٨ وما بعدها ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٧٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٨٣ .

الفضولى ، مع الفوائد من وقت الإنفاق ، كالتزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل فى سبيل تنفيذ الوكالة ، التنفيذ المعتاد مع الفوائد من يوم الإنفاق ، مهما كان حظ الوكيل من النجاح أو عدمه فى تنفيذها (١) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن فقه القانون المدنى يتفق مع الاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى فى أنه يحق للمتدخل فى شئون غيره بغير إذنه (الفضولى) أن يرجع بما أداه على هذا الغير ، وبما أنفقه فى سبيل القيام بأعمال الفضالة سواء أكان مضطرا فى هذا الأداء أم كان غير مضطر ، ما لم يكن متبرعا بما أداه عنه ؛ لأن الفضولى فى هذه الحالة يعد محسنا ومتفضلا على من أدى عنه ما وجب فى ذمته ، إذ أنه فك أسره وحل وثاقه ، ومن ثم لا يكون جزاء الإحسان إلا الإحسان ، ومن جزاء الإحسان أن يعطى للمتفضل الحق فى الرجوع بدعوى الفضالة على صاحب الشأن (المدين) بما أداه عنه .

كل ذلك بشرط أن يكون أداء الدين أو ما وجب فى ذمة الغير ضروريا أو نافعا لتحقيق مصلحة الغير .

ولكن اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن القانون المدنى جعل للفضولى الحق فى الرجوع على المدين بالفوائد الربوية عن المبلغ الذى أداه عنه ، فى حين لم يعط الفقه الإسلامى للفضولى الحق فى الرجوع على المدين بهذه الفوائد لأنها من قبيل الربا المحرم شرعا .

(١) فى هذا المعنى د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦١٦ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٧٠ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٣٧ ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٥٩ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن ص ٣١٧ وما بعدها ، د/نعمان جمعة : دروس فى الواقعة القانونية أو المصادر غير الإرادية ص ١٧٥ ط دار الهنا للطباعة ١٩٧٢م الناشر دار النهضة العربية ص ١٧٥ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥١٦ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٤٣٦ ، د/محسن البيه ص ١٨٥ ، نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٥٤٩ رقم ١٠١ .

هذا : وقد اتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يحق للفضولى أن يرجع على المدين بما أنفقه فى سبيل تنفيذ أعمال الفضالة من مصروفات ضرورية ، لتحقيق مصلحة صاحب الشأن ، ولكن جعل القانون المدنى للفضولى الحق فى الرجوع على صاحب الشأن (المدين) بفوائد المصروفات التى أنفقها فى سبيل القيام بأعمال الفضالة من وقت إنفاقها محتسبة بالسعر القانونى ، مخالفا فى ذلك القواعد العامة فى القانون المدنى ، والتى تقضى باستحقاق هذه الفوائد من وقت المطالبة القضائية ، فى حين لم يعط الفقه الإسلامى للفضولى الحق فى الرجوع على صاحب الشأن (المدين) بأية فوائد على ما أنفقه من مصروفات فى سبيل القيام بأعمال الفضالة ؛ لأن هذه الفوائد تعد فى نظر الفقه الإسلامى من قبيل الربا المحرم شرعا .

المطلب الثانى

رجوع الموفى (الفضولى) على المدين (رب العمل) بأجره عما قام به من عمل لمصلحته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

إذا قام الموفى بعمل من أعمال الفضالة لتحقيق مصلحة المدين ، كما إذا أدى عنه ديناً أو واجبا أو عملاً يؤدي إلى تحقيق مصلحته بغير إذنه ، وبذل فى سبيل أداء الدين أو الواجب أو القيام بالعمل الذى حقق به مصلحة الغير (المدين) جهداً يؤجر على مثله ، فهل يحق لهذا الموفى أو لمن قام بعمل من أعمال الفضالة أن يرجع على صاحب الشأن (المدين) بأجره عما بذله من مجهود فى سبيل ذلك أم لا ؟ سوف أبين ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

اختلف الفقهاء حول أحقية المؤدى لدين ، أو واجب عن غيره ، والقائم عنه بعمل من أعمال الفضالة فى الرجوع على ذلك الغير بأجره عما بذله من مجهود فى سبيل القيام بهذه التصرفات ، على قولين :

القول الأول : ويرى الذاهبون إليه أن القائم بالتصرف فضالة لمصلحة غيره لا يستحق أجراً ، عما بذله من عمل أو جهد ، إلا إذا كان مضطراً فى بذل هذا الجهد ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) والظاهرية ^(٣) والزيدية ^(٤) والإمامية ^(٥) .

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بأن القائم بأعمال الفضالة يعتبر متبرعاً بما بذله من جهد فى سبيل ما قام به من تصرفات ، لمصلحة صاحب الشأن لأنه غير مضطر للقيام بتلك التصرفات ، لأن صاحب الشأن لم يلتزم له بشئ ، حتى يرجع عليه به ، ولكن إذا كان ماقام به من تصرف ضرورياً وعاجلاً ، كان له أن يرجع على صاحب

(١) ابن عابدين : العقود الدرية ج ١ ص ١٠٧ ، ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٥٢٦ ، البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

(٢) الرملى : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٢٥ ، ابن حجر الهيتمى : تحفته المحتاج بهامش حواشى الشروانى ، ابن قاسم العبادى ج ٦ ص ٣٢٨ ، المجموع ج ١٣ ص ٣٩٢ وما بعدها .

(٣) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٢٤٠ .

(٤) الشوكانى : السيل الجرار ج ٣ ص ٢١١ .

(٥) النجفى : جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٢٦ ص ١٥٥ .

الشأن بأجرة عمله ؛ لأنه مضطر للقيام بذلك التصرف ، والاضطرار ينافى التبرع ، بالإضافة إلى أنه في حالة الاضطرار يعتبر مأذونا دلالة من صاحب الشأن في القيام بذلك التصرف (١) .

القول الثاني : ويرى أصحابه أن الموفى دين غيره بغير إذنه ، أو القائم بعمل من أعمال الفضالة لمصلحة غيره يحق له أن يرجع بأجرته عما بذله من جهد في سبيل الوفاء بللدين أو القيام بالعمل سواء أكان مضطرا في الوفاء بهذا الدين أو القيام بهذا العمل أم غير مضطر ، مالم يكن متبرعا له بذلك .
وقد ذهب إلى ذلك المالكية (٢) والحنابلة (٣) والإباضية (٤) .

وفي ذلك يقول ابن القيم مستدلا ومرجحا لما ذهب إليه أصحاب هذا القول : " إنما الشأن فيمن يعمل في مال غيره عملا بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه أو فعله ، حفظا لمال المالك ، واحترازا له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله ... وذلك كما إذا انكسرت سفينة فوق متاعه في البحر فخلصه رجل ، فإنه لصاحبه ، وله عليه أجرة مثله ، وهذا أحسن من أن يقال لا أجرة له ، فلا تطيب نفسه للتعرض للتلف والمشقة الشديدة ويذهب عمله باطلا ، أو أن يذهب مال الآخر ضائعا وكل منها فساد محض ، والمصلحة في خلافه ظاهرة ، والمؤمنون يرون قبيحا أن يذهب عمل مثل هذا ضائعا ومال هذا ضائعا ، ويرون من أحسن الحسن أن يسلم مال هذا ، وينجح سعى هذا " (٥) .

(١) الحموى : غمر عيون البصائر ٢٨٠/١ ، على حيدر : درر الحكام ١٧٤/١٠ ، قاضى خان : الفتاوى الخانية ٦٠٠/٣ ، مغنى المحتاج ١٢٦/٢ / المحلى ٢٤١/٨ ، التاج المذهب ٢٣٤/٣ ، مفتاح الكرامة ٣٧٨/٧ ، الشيخ على الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامى القسم الأول ص ٣٥ .

(٢) القرافى : الذخيرة ٣١/٨ ، تهذيب الفروق ٢١٩/٣ ، المالقى : الأحكام ص ٥١٢ طبعة دار الغرب الإسلامى ١٩٩٢م تحقيق د/الصادق الحلوى .

(٣) ابن تيمية : مجموع الفتاوى ٣٥٤/٣٠ طبعة دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي ، البهوتى : كشاف القناع ٢٠٦/٤ وما بعدها .

(٤) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ١٠ ص ١١ وقد جاء فيه ما نصه : " من عمل لأحد عملا بغير أمره أو أوصل إليه نفعاً من مال أو غيره لزمه دفع أجرته ، أو ما نابه إن كان من الأعمال التى لا بد له من الاستئجار عليها ومن المال الذى لا بد له من إنفاقه " .

(٥) الإمام ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ وما بعدها .

وبذلك يتبن رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى ، لأنه بالإضافة إلى ماسبق ، فإن القيام بالعمل عن الغير ، والوفاء عنه بدينه ، يعد من قبيل الإحسان ، وليس من جزاء المحسن بالمحافظة على مال غيره ، وإنفاذه من الهلاك ، وتحمل المشاق ، وبذل المجهود فى سبيل ذلك ، وفى سبيل الوفاء به لدائن هذا الغير ، أن يضيع عليه مجهوده ، ومعروفه لأن ذلك مما تأباه الشريعة الكاملة ، وبالتالي يكون للموفى دين غيره وللقائم بالعمل لمصلحة هذا الغير أن يرجع على صاحب الشأن بأجر المثل ، عما قام له من عمل أو بذل من مجهود (١) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

الأصل أن الفضولى لا يستحق أجرا على عمله ؛ لأنه من المبادئ المستقرة أن الخدمات التى يقدمها الفضولى لرب العمل مجانية ، ومن ثم فالأجر أو المقابل يسلب الفضالة طابعها التطوعى ، ولكن هذا الأصل يتلاشى متى كان ما قام به الفضولى من وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق مهنته ، وقد أشارت إلى ذلك المادة (١٩٥) مدنى بقولها : " لا يستحق الفضولى أجرا عن عمله ، إلا إذا كان داخل فى أعمال مهنته " ، وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أيضا فى هذا الصدد : " الأصل أن الفضولى لا يستحق أجرا عن عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولى من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن فى طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس ، يتولى ترميم عين من الأعيان ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل " (٢) .

وعلى ذلك إذا كان العمل الذى قام به الفضولى لمصلحة رب العمل يدخل فى أعمال مهنته ، فإنه يستحق عليه أجرا ، علاوة على استحقاقه للمصروفات الضرورية والنافعة ، وفوائدها من وقت إنفاقها ، أما إذا كان العمل الذى قام به الفضولى لا يدخل فى أعمال مهنته ، فلا يحق له أن يحصل على أجر عنه ، وذلك كما هو الحال إذا قام طبيب بإصلاحات فى منزل جاره ، وإن كان يحق لهذا الطبيب أن يحصل على

(١) راجع فى هذا المعنى ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٨٣ .

المصروفات الضرورية والنافعة ، التي قام بإنفاقها فى هذا الإصلاح ، ويتحدد الأجر وفقا لأعراف كل حرفة أو مهنة ، وبما يتفق مع أجر المثل ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق يتضح أن القانون المدنى يختلف مع الفقه الإسلامى فى استحقاق الفضولى لأجر عما قام به من أعمال لمصلحة صاحب الشأن (المدين) ، فقد ذهب القانون المدنى إلى أن الأصل أن الفضولى لا يستحق أى أجر عما قام به من أعمال الفضالة ؛ لأن الفضولى يعد متطوعا بما يقدمه لغيره من خدمات ، إلا أن هذا الأصل يتلاشى ؛ متى كان العمل الذى قام به الفضولى ، لمصلحة صاحب الشأن داخلا فى مهنته ، وإن كان يحق له أن يرجع بما أنفقه فى سبيل ذلك .

فى حين ذهب القول المرجوح إلى أن الفضولى لا يستحق أجرا عما قام به من عمل لمصلحة الغير (المدين) إلا إذا كان التصرف الذى قام به صاحب الشأن ضروريا ، وذلك لأن صاحب الشأن يكون مضطرا إلى قيام الفضولى بهذا التصرف ، والاضطرار ينافى التبصر .

أما القول الراجح فى الفقه الإسلامى ، فقد ذهب إلى أن الفضولى يستحق أجر المثل عما قلم به من أعمال الفضالة ، سواء أكان صاحب الشأن مضطرا إلى قيام الفضولى بها أم لا ؟ وسواء أكانت هذه الأعمال داخلة فى أعمال مهنته أم لا ؟

وهذا يدل على تفوق الشريعة الإسلامية على ما عداها ؛ إذ أنها تأبى أن يذهب مجهود أحد سدى ، أو أن يذهب مال الآخر ضائعا ، وترى أن من أحسن الحسن أن يسلم مال هذا وينجح سعى هذا .

(١) يراجع فى هذا المعنى د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٣٥ وما بعدها ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٧٠ وما بعدها ، د/سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٤٩ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٦٣٧ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٥١٧ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٩٩ وما بعدها ، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٧٦٠ وما بعدها ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٦١٦ وما بعدها ، د/عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣٤١ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٤٦ ، د/توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٦٠ ، د/أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣١٨ ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٣٢٢ وما بعدها ، د/جلال العدوى : المرجع السابق ص ٤٥٥ ، د/نعمان جمعة : دروس فى الوقعة القانونية ص ١٧٥ .

الفصل الرابع

الفصل الرابع

رجوع الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

تمهيد وتقسيم :

سبق الحديث عن رجوع الموفى على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الوكالة ، وذلك إذا كان أداء الموفى لدين المدين قد حصل بناءً على أمره . كما سبق الحديث أيضاً عن رجوع الموفى على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الفضالة ، وذلك إذا قام الموفى بأداء الدين عن المدين من تلقاء نفسه ؛ أى من غير أن يأمره المدين بذلك ، ولم يكن متبرعاً بهذا الوفاء ، ولكن كان الدافع للموفى إلى الوفاء بدين المدين هو وجود حالة ضرورة ، أو أمر عاجل لا يحتمل التأخير دعاه إلى هذا الوفاء ، كما إذا كان يريد أن يصل إلى حقه ، أو أن يحافظ على مصلحة المدين .

ولم يبق إلا أن يقوم الموفى بأداء الدين عن الغير (المدين) من تلقاء نفسه ؛ أى دون أن يأمره المدين بذلك ، ولم يكن متبرعاً عنه بهذا الوفاء أيضاً ، ولم يوجد أمر ضرورى أو عاجل دفعه إلى القيام بأداء هذا الدين عن الغير (المدين) ففى هذه الحالة لا يكون للموفى أن يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب . وسوف أتناول رجوع الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف الإثراء بلا سبب ، وموقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب .

المبحث الثانى : شروط تحقق الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المبحث الثالث : ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

وسأوضح هذه المباحث تباعاً .

المبحث الأول
تعريف الإثراء بلا سبب
وموقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب

يلزم لبيان هذا المبحث أن أعرف الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ،
وأن أوضح موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب ، وذلك
سيكون فى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب .

المطلب الأول

تعريف الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لتعريف الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى أعرفه فى اللغة ثم فى الاصطلاح الشرعى .
أ- تعريف الإثراء بلا سبب فى اللغة :

الإثراء والثراء مصدر الفعل ثرى ، يقال ثرى يثرى ثراء وإثراء ، والثراء : كثرة المال ونمائه ، قال الأصمعى : " ثرا القوم يثرون إذا كثروا ونمو ، وأثروا إذا كثرت أموالهم ، وثرا المال نفسه يثروا إذا كثر ، وثرونا القوم إذا كنا أكثر منهم " ، وقال ابن السكيت : " يقال إنه لذو ثروة ، وذو ثراء أى أنه لذو عدد وكثرة مال ، وأثرى الرجل : كثرت أمواله " .

والثروة : الكثير من المال والناس ، وفى حديث إسماعيل عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام أنه قال لأخيه إسحاق : " إنك أثريت وأمشيت ، أى كثر ثراؤك أى مالك ، وكثرت ماشيتك " (١) .

ب- فى الاصطلاح الشرعى :

لم أعتز على تعريف للإثراء بلا سبب مشروع ، يبين المراد منه عند الفقهاء القدامى - ، حسبما تيسر لى من مراجع ، ولكنهم وضعوا له تطبيقات عديدة فى كثير من أبواب الفقه ، لذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين ، وضع تعريف محدد للإثراء بلا سبب مشروع استنباطاً من هذه التطبيقات .

(١) راجع فى ذلك : ابن فارس : مجمل اللغة ١/١٥٨ ط مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠٤هـ — ١٩٨٤م تحقيق أ/ زهير الشاويش ، ابن دريد : جمهرة اللغة ١/٤٢٤ تحقيق أ/ رمزى بعلبكي ط دار العلم للملايين ١٩٨٧م ، الشيخ أحمد رضا : متن اللغة ١/٤٣١ وما بعدها ط مكتبة الحياة ١٣٧٧هـ — ١٩٥٨م ، الفيومى : المصباح المنير ج ١ ص ٨١ ، الزمخشري : أساس البلاغة ج ١ ص ٩٢ ط ٣ بالهيئة المصرية العامة لكتاب ١٩٨٥م ، القاموس المحيط ٤/٣٠٢ ط الهيئة العامة المصرية للكتاب ، ابن منظور : لسان العرب ١٤/١١٠ وما بعدها ط دار صادر بيروت ، المعجم الوسيط ١/٩٥ ، الرازى : مختار الصحاح ص ٨٣ وقد جاء فيه : " والثراء بالمد كثرة المال ... والثروة كثرة العدد ، وقال ابن السكيت يقال : إنه لذو ثروة ، وذو (ثراء) أى إنه لذو عدد وكثرة مال ، وأثرى الرجل كثرت أمواله " .

ومن ثم عرفه البعض بقوله : " الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع هو : كل من غنم شيئاً بسبب غرم غيره ، دون أن يكون لغنمه سبب شرعى غير هذا الغرم ، فيجب عليه أن يعرض من غرم بأقل القيمتين قيمة ما غنم هو وقيمة ما غرم صاحبه " (١) .
وعرفه البعض الآخر بأنه : " كل استفادة متقومة يحصل عليها المثرى بلا سبب مشروع " (٢) .

وعرفه البعض الآخر بأنه : " كل استفادة مالية تحققت فى ذمة شخص قليلة كانت أو كثيرة ، على حساب شخص آخر ، بدون سبب مشروع " (٣) .
وبالنظر إلى هذه التعريفات يمكن القول بأن التعريف الأول ، والثانى هما الأولى بالقبول ، وذلك لأن الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع لا يكون مالياً فقط بل قد يكون مالياً ، وقد يكون معنوياً بشرط أن يكون الإثراء المعنوى ، الذى هو عبارة عن حصول المثرى على منفعة من آخر متقوماً ، ومعنى تقويم المنفعة أن تكون مملوكة على وجه خاص بحيث يمكن منعها عن الغير ، ووهن الذات المستوفاة منها (٤) وبالتالى فإن الاستغلال أو التشمس بفلاة لا يعد إثراءً ، وذلك لأن الاستغلال أو التشمس لا يعد منفعة متقومة لعدم ملكيتها لأحد ، وأيضاً شم الرياحين لا يعتبر إثراءً على حساب الغير بلا سبب لأن رب الرياحين لا يمكنه منع رائحتها ، وكذلك الاستضاءة بنور مصباح خرج عن ملك ربه ، لا يعتبر إثراءً على حساب الغير ؛ لأن هذه الاستضاءة لا يحصل باستيفائها وهن لذات المصباح (٥) .

(١) الشيخ على حسب الله : الولاية على المال والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية ص ٩٨ ط ١٩٦٨ م .

(٢) د/ محمد الفقى : الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م ص ٢٢٣ .

(٣) د/ محمد يوسف : أحكام رجوع الكفيل على المدين دراسة مقارنة ص ١٧٩ .

(٤) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٣ .

(٥) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ح ٤ ص ١٩ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٦٩ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٦ وما بعدها

ومن ثم يمكن تعريف الإثراء بلا سبب مشروع بأنه : " كل منفعة متقومة يحصل عليها شخص على حساب آخر ، بدون سبب مشروع " .

ثانيا : تعريف الإثراء بلا سبب فى القانون المدنى :

الإثراء بلا سبب عبارة عن واقعة قانونية يترتب عليها انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى ، دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانونى يركز عليه كمصدر له ، وبمعنى آخر الإثراء بلا سبب عبارة عن الواقعة القانونية التى يترتب عليها إثراء شخص على حساب شخص آخر ، بدون سبب مشروع ^(١) .

وهذه الواقعة تتحقق بصرف النظر عن الإرادة ، فالإثراء بلا سبب ليس واقعة إرادية ؛ لأنه لا يعد من قبيل التصرفات القانونية ، بل هو من قبيل الوقائع القانونية أو الأعمال المادية ، وبالتالي يحصل الإثراء بلا سبب ، إذا ترتب على واقعة واحدة أن يفتقر شخص بينما يثرى شخص آخر على حسابه دون سبب مشروع ، ولذلك يعرفه البعض بقوله : " يحصل الإثراء بلا سبب عندما يترتب على نفس الواقعة أن يفتقر شخص بينما يثرى آخر من جراء ذلك الافتقار بدون سبب مشروع " ^(٢) وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى ، كما أنها لا تعد خطأ منه ، لذلك فهى واقعة مادية مشروعة ^(٣) ولذلك عرفة البعض الآخر بأنه : " كل عمل يترتب عليه حقا لمن قام به ، والتزاما على عاتق من

=

ابن المرتضى : البحر الزخار ٢٨/٤ ، الحيمى : الروض النضير ٤٠١/٣ ، ٤٠٥ ،
العالمى : مفتاح الكرامة ١٣٨/٧ .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٧١ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٠
د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣١٦ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع
السابق ص ٥٧٩ ، وأيضا مصادر الالتزام فى القانون اليمنى ص ٥٨٥ .

^(٢) د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٥٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق
ص ٣٠٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٢٥ .

^(٣) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣١٦ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع
السابق ص ٤٨٩ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٧٩ ، د/
الصدّة : المرجع السابق ص ٥٨٦ .

أفاد منه برد أقل القيمتين (الإثراء أو الافتقار) ، فالذى قام بالعمل هو المفتقر ، والذى عادت عليه فائدته هو المثرى ، وبالتالي فإن المثرى يلتزم بأن يرد إلى الأول (المفتقر) أقل القيمتين قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار ^(١) .

ويقوم الالتزام برد الإثراء الحاصل بدون سبب مشروع ، على أساس قواعد العدالة ، التى تقضى بعدم جواز إثراء شخص على حساب غيره ، دون وجه حق ، وبناءً على ذلك ، فالإثراء بلا سبب لا يستند إلى قاعدة أخرى بل هو مصدر مستقل بذاته يغاير المصادر الأخرى ، ويؤسس مثلها على فكرة العدالة ، وتأسيس الإثراء بلا سبب على مبادئ العدالة ، يحفز الأشخاص على الإقدام على القيام بالأعمال النافعة لبعضهم البعض ، لأنهم يعلمون سلفاً أن ما يفتقرونه بسبب هذه الأعمال ، يرد إليهم ممن أثرى بسببها إذ إن إثرائه هو سبب افتقار الآخر دون أن يكون هناك سبب قانونى يبرر ذلك ، وواقعة الإثراء نفسها هى التى تلقى على عاتق المثرى التزام بأن يرد إلى المفتقر قدر ما أثرى به فى حدود مالحق الأخير من خسارة لأنه إثراء بلا سبب ^(٢) وفى ذلك تقول المادة ١٧٩ مدنى : " كل شخص ولو غير مميز يثرى بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ، ، ولو زال الإثراء فيما بعد " ، والصور العملية لإثراء شخص على حساب غيره بدون سبب كثيرة منها :

أن يشغل شخص منزلاً لآخر دون أن يكون مؤجراً له ، ودون أن يؤدي مقابلاً لانتفاعه به ، سواء أكان ذلك بحسن نية ، كما إذا كان يعتقد أنه ملك له أم بسوء نية ، كما هو الحال إذا كان يعلم أنه لا حق له فى الانتفاع به ، أو أن يقوم شخص بالوفاء بدين على آخر ، أو أن يقوم شخص بإتلاف ماله فى سبيل إنقاذ مال جاره من الحريق ، أو أن يقوم طبيب بالعناية بمريض حتى يشفى ، دون أن يتقاضى أتعاباً ولم تتوافر لديه نية التبرع .

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق ص ٢٧٣ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣١٦ وما بعدها ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٨٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٧١ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٠ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٧٩ ، / عبد الناصر العطار : مصادر الالتزام ص ١٩٦ طبعة مؤسسة البستانى للطباعة ١٩٩٠م ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، ص ٣٩٢ .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن فقه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى تعريف الإثراء بلا سبب مشروع .

وهذا الاتفاق يظهر من خلال الحقائق التالية :

(١) أن الفقه الإسلامى عرف الإثراء بلا سبب بأنه : " كل من غنم شيئاً بسبب غرم غيره ، دون أن يكون لغنمه سبب شرعى " ، وكلمة شيئاً الواردة فى هذا التعريف ، تعنى أن الإثراء كما يكون مالياً يكون معنوياً ، طالما أمكن تقويم الإثراء المعنوي بالمال ، ويؤيد ذلك أيضاً ، أن البعض الآخر عرف الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى بأنه : " كل منفعة متقومة يحصل عليها شخص على حساب آخر بدون شئ مشروع " فكلمة منفعة تشمل المادية والمعنوية ، طالما أمكن تقويم هذه المنفعة بالمال

(٢) إن فقه القانون المدنى قد عرف الإثراء بلا سبب بأنه عبارة عن : " واقعة قانونية يترتب عليها انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى ، دون أن يكون لهذا الانتقال سبب مشروع " وكلمة قيمة مالية الواردة فى هذا التعريف تشمل المادية والمعنوية المقومة بالمال .

المطلب الثانى

موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب

أولاً : موقف الفقه الإسلامى من قاعدة الإثراء بلا سبب :

اختلف الباحثون المعاصرون المعنيون بالدراسات القانونية المقارنة بالفقه الإسلامى فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامى من الأخذ بقاعدة الإثراء على حساب الغير بلا سبب وتقريرها كقاعدة عامة ، وعدم أخذه بها كقاعدة عامة على قولين :

القول الأول : وقد ذهب أصحابه إلى أن قاعدة الإثراء بلا سبب ليست مقررة فى الفقه الإسلامى كقاعدة عامة ، وأن ما يذهب إليه فقهاؤها من إلزام المثرى على حساب غيره دون سبب برد ما أثرى به ما هو إلا بعض تطبيقات لهذه القاعدة ، ولا يعنى تقريرها كقاعدة عامة .

وينسب هذا رأى إلى الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى ^(١) ، الأستاذ الدكتور/ شفيق شحاته ^(٢) ، والأستاذ الدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت ^(٣) وغيرهم ^(٤) .

وقد استدلل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من أن الفقه الإسلامى لا يقر قاعدة الإثراء بلا سبب إلا فى حدود ضيقة ، وتطبيقات نادرة بما يلى :

أولاً : إن الفقه الإسلامى افترض التبرع ، وذلك كما فى حالة الوفاء بدين الغير بدون إذنه : إذ ذهب هذا الفقه إلى القول : إن من دفع دين غيره بغير أمره لا يرجع على هذا

^(١) د/ السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ١ ص ٥٨ وما بعدها حيث يقول : " والفقه الإسلامى فى ذلك يبعد عن القانون الرومانى ... ويقترب من القانون الإنجليزى فهو يعترف بالالتزام برد غير المستحق فى حدود واسعة ولا يعترف بمبدأ الإثراء بلا سبب إلا فى حدود ضيقة " ^(٢) د/ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ج ١ ص ١٨٣ ط مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر ، حيث يقول فيها : " وليس لهذه النظرية أى نظرية الإثراء بلا سبب تطبيق شامل فى الشريعة الإسلامية " .

^(٣) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج ١ ص ٥١٩ وقد جاء فيها : " إذا كانت هذه القاعدة أى قاعدة الإثراء بلا سبب - تستند إلى مبدأ العدالة فى صورة من أظهر صورة لم يكن غريباً أن تعرفها القوانين القديمة على الأقل فى بعض تطبيقاتها ، وإن كان القانون الرومانى هو أكثر القوانين اعترافاً بها " .

^(٤) د/ منير القاضى : محاضرات فى القانون المدنى العراقى ص ٤١ ط ١٩٥٣/١٩٥٤ م .

الغير (المدين) بما دفعه ، وذلك لأن هذا الوفاء بدين الغير بغير إذنه يعد تبرعا ^(١) . ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : إن القول بعدم أحقية الموفى دين غيره بغير إذنه فى الرجوع عليه بما وفى عنه ؛ لأنه يعد متبرعا بهذا الوفاء ، لم تقل به جميع المذاهب الفقهية ، فقد ذهب المالكية ^(٢) والحنابلة ^(٣) إلى أحقية الموفى لدين غيره بغير إذنه فى الرجوع على ذلك الغير ، ما دام ناويا الرجوع عليه بما أداه عنه .

الوجه الثانى : ولو سلمنا بأن من يوفى دين غيره أو يؤدي عنه واجبا بغير أمره يعد متبرعا ، بناءً على ما ذهب إليه البعض الآخر من المذاهب الفقهية الإسلامية ، فإن عدم الرد لا يعد إثراءً على حساب الغير بلا سبب مشروع ، بل إثراء بسبب مشروع هو التبرع ، لأن التبرع من أسباب التملك المشروعة ، ومن ثم فلا وجه لرجوع الموفى بما وفاه .

ثانياً : إن القول بتبرع الموفى لدين غيره بغير أمره ، والمنفق على الغير أو على ملكه بغير أمره يعد من قبيل التبرع المفترض من قبل الشرع ؛ لأنه لا يوجد فيه عنصر الرضا الواجب توافره فى عقد التبرع الحقيقى ^(٤) .

ويجاب على هذا الدليل :

بأن الشرع افترض وجود التبرع فى مثل هذه الأحوال حكماً ، والشرع سبب من أسباب التملك كغيره من الأسباب الأخرى ، وبالتالي يتوافر للإثراء سببه المشروع ، الذى يمنع المفترق من الرجوع على من تحقق الإثراء لصالحه ^(٥) .

(١) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٤٨ وما بعدها ، ابن نجيم : البحر الرائق ٢٤٤/٦ ، قاضى زاده / مجمع الأنهر ١٣٢/٢ ، الزيلعى : تبين الحقائق ١٥٥/٤ .

(٢) الحطاب : مواهب الجليل ١٠٢/٥ ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ٣٣٥/٣ .

(٣) الرحيباني : مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى ٣٠٨/٣ ، المقدسى : المبدع شرح المقنع ٢٥٧/٤ .

(٤) د/ محمد عثمان الفقى : الإثراء بلا سبب دراسة مقارنة ص ٨٣ .

(٥) د/ محمد عثمان الفقى : المرجع السابق نفس الموضع .

القول الثانى : ويذهب أصحابه إلى أن قاعدة الإثراء بلا سبب مقررة فى الفقه الإسلامى ، وأن هذا الفقه يتضمن مبدأ الالتزام ، برد الإثراء الحاصل على حساب الغير دون سبب كقاعدة عامة .

وقد ذهب إلى هذا القول الأستاذ الدكتور / صبحى المحمصانى ^(١) والأستاذ الدكتور/صلاح الدين الناهى ^(٢) وغيرهما ^(٣) .

هذا : وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه من أن الشريعة الإسلامية أخذت

^(١) د/ صبحى المحمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ج ١ ص ١٠٧ وما بعدها حيث يقول : " لست أرى فى جوهر الشريعة الإسلامية وحقيقتها ما يمنع من تبني المبدأ العام الذى أوضحنا ، وهو أنه لا يجوز أخذ مال الغير بلا سبب شرعى ، وهذا المبدأ يناسب القاعدة العامة التى تقول : لا يجوز لأحد أن يأخذ من مال أحد بلا سبب شرعى ، تلك القاعدة التى تشمل جميع الأخذ على الإطلاق فما الذى يحول دون أن تشمل أيضا هذا المبدأ من باب أولى ، وهو بلا ريب مبدأ من أحسن المبادئ وأعدلها ، وهو أيضا موافق بمعناه ومبناه للآية الكريمة ﴿ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ وأى باطل أظلم من الاكتساب على حساب الغير بلا مبرر شرعى ، والشريعة كما صدق من قال : " هى عدل كلها ، رحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها " .

^(٢) د/ صلاح الدين الناهى : محاضرات فى القانون المدنى العراقى الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ، ص ١٩ طبعة ١٩٥٨/١٩٥٩م بمطبعة الرسالة ، وهو ينكر على الدكتور المحمصانى فكرة تبني الشريعة الإسلامية لمبدأ الإثراء بلا سبب حيث يقول : " أما نحن فنعلم أن الشريعة الإسلامية لا تقر التبنى ، وليست فى حاجة إليه فى هذا المضمار لأنها أنجبت القاعدة - أى قاعدة الإثراء بلا سبب مشروع - فى عصرها الأول ، ولئن استندنا فى ذلك إلى الآيات والأحاديث والقواعد الكلية ، فلأن ذلك يدلنا على أن هذه الشريعة أنجبت هذا المبدأ فى أول أيامها " ، ويقول فى ص ٢٦ : " أن فقهاء الشريعة الإسلامية بلغوا بمبدأ الكسب دون سبب حدا من الأعمال والتعميم يدانى الوسوسة " .

^(٣) د/ سليمان مرقس : محاضرات فى الإثراء على حساب الغير فى تقنيات البلاد العربية - القسم الأول من ص ٢٠ إلى ص ٣٨ ط مطابع دار النشر للجامعات المصرية ١٩٦١م ، د/ عايش رجب الكبيسى : الإثراء على حساب الغير بلا سبب دراسة مقارنة من ص ٣١ إلى ص ٣٧ ، د/ جميل الشرقاوى : الإثراء بلا سبب على حساب الغير ص ٥١ وما بعدها ط ١٩٧١م ، د/ زهدى يكن : شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية ج ٣ ص ٧٨ وما بعدها

بمبدأ الإثراء بلا سبب ، وأقرته كقاعدة عامة ، إذ إنها تحارب كل كسب حرام وتنتهى عنه بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، ونصوص الفقهاء .

أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن الإثراء بلا سبب مشروع أكل لأموال الناس بالباطل ، أى بغير عوض مباح أو طيب نفس كالغصب ، والسرقه ، والخيانة ، والربا ، والغش ، والرشوة ، وغير ذلك من الأمور التى نهى عنها الشارع الحكيم ، وأكل أموال الناس بالباطل منهى عنه بنص الآية الكريمة ، فكان الإثراء بلا سبب مشروع منهيًا عنه ، والنهى يقتضى التحريم ^(٢) وبالتالي يجب على من أثرى على حساب غيره بلا سبب مشروع أن يرد ما أثراه لذلك الغير ^(٣) .

وأما السنة فمنها :

(١) ما روى عن عبد الرحمن ابن أبى بكرة عن أبيه أن النبى ﷺ خطب الناس فى حجة الوداع فقال : " إن دماءكم وأموالكم ، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٢) البزدوى : كشف الأسرار ج ١ ص ٢٥٧ طبعة جديدة بالأوفست بدار الكتاب الإسلامى بالقاهرة ، الشوكانى : إرشاد الفحول ٢٣٢/١ تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل ط ١ سنة ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م ، أمير بادشاه : تيسير التحرير ج ١ ص ٣٧٥ طبعة دار الفكر بيروت .

(٣) الجزائرى : أيسر التفاسير ج ١ ص ٤٦٦ ط ٣ ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م بمكتبة العلوم والحكم بالمدينة المنورة ، البغوى : تفسيره ٥٠/٢ ط دار الفكر ١٩٨٥ م ، القنوجى البخارى : فتح البيان ج ٣ ص ٩٣ طبعة المكتبة العصرية ببيروت ١٩٩٥ م ، الألوسى : روح المعانى ج ٣ ص ١٦ ط ١ بدار الكتب العلمية ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ ، أبو السعود : إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم ج ١ ص ٦٨٦ طبعة مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١ هـ ، القرطبى : أحكام القرآن ج ١ ص ٧١٣ ط دار الريان للتراث ، ابن العربى : أحكام القرآن ج ١ ص ٩٧ ، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ج ٢ ص ١٦٢ ط ١ بمكتبة الإيمان بالمنصورة ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م .

فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا فليبلغ الشاهد الغائب ... " (١) .

(٢) ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " (٢) .

(٣) ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (٣) .

(٤) ما روى عن عبد الله بن السائب بن زيد عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا ، فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه ، فليردها عليه " (٤) .

(١) الحديث رواه البخارى : صحيحه - باب حجة الوداع ج ٧ ص ٧٤ برقم (٣٨٢٨) طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء السنة - بالقاهرة ١٣٩٧هـ ، ومسلم : صحيحه ج ١١ ص ١٨٢ برقم (١٦٧٩) الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م بدار القلم بيروت ، الترمذى : سننه ج ٤ ص ٤٦١ رقم (٢١٥٩) ط ٢ ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م بمطبعة ومكتبة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر تحقيق أ/ إبراهيم عطوه عوض ، وقال أبو عيسى هذا الحديث حسن صحيح ، ورواه ابن ماجه : سننه ج ٢ ص ١٢٩٧ رقم (٣٩٣١) .

(٢) رواه مسلم : صحيحه - كتاب البر - باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه ج ١٦ ص ٣٥٦ رقم (٢٥٦٤) ، الإمام أحمد : مسنده ج ٢ ص ١٢٩٨ رقم (٣٩٣٣) .

(٣) رواه البيهقى : السنن الكبرى - كتاب الغصب ج ٦ ص ٩٧ ، الدارقطنى : سننه ج ٣ ص ٢٦ طبعة دار المعرفة بيروت ، ورواه ابن حبان : صحيحه راجع الإحسان ترتيب صحيح ابن حبان للفارسى ج ٧ ص ٥٨٧ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م ، الإمام أحمد : مسنده ج ٥ ص ٧٢ برقم (٢٠٧١٤) وقال فيه الألبانى فى إرواء الغليل صحيح ، وقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم أبى حرة الرقاشى ، أبو حميد الساعدى ، وعمرو بن يثربى ، وعبد الله بن عباس .

(٤) رواه الإمام البخارى : الأدب المفرد ص ٦٠ باب ما لا يجوز من العب والمزاح برقم (٢٤٢) ، أبو داود : سننه ج ٤ ص ٣٠٢ وما بعدها - كتاب الأدب - باب من يأخذ الشئ على المزاح برقم (٥٠٠٣) ط دار الحديث بالقاهرة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م ، الترمذى : سننه ج ٤ ص ٢٦٢ - كتاب الفتن - باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروغ مسلما برقم (٢١٦٠) ، البيهقى : سننه ج ٦ ص ٩٢ - كتاب الغصب ط دار المعرفة بيروت ، الحاكم : المستدرک ٦٣٧/٣ - كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة بيروت ، الحافظ الذهبى : التلخيص بهامش المستدرک نفس الموضع ،

٥- وما روى قتاده عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (١) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة :

أن النبي ﷺ قد حرم أخذ أموال المسلم أو أكلها أو التصرف فيها بغير حق ، ولم يحرم أعيانها ، ولا ما كان منها بالطريق الذى اعتبره الشارع الحكيم ، وبالتالى فإن الحرمة منصبة على ما أخذ أو أكل بدون سبب مشروع ، لأنه أكل لأموال الناس بالباطل ، وقد نهى عنه الشارع ، ولما كان الإثراء بلا سبب أكل لأموال الناس بغير حق فإنه يكون محرماً بنص الأحاديث الشريفة ، ومن ثم يلزم المثرى بلا سبب مشروع برد ما أثرى به على صاحبه ، ولو كان ما أثرى به يساوى قيمة العصا ؛ إذ على اليد ما أخذت بغير حق حتى تؤديه (٢) .

وأما الإجماع :

فقد انعقد على حرمة أخذ مال الغير بغير حق ، وعلى وجوب رده لصاحبه ، ولما كان الإثراء بلا سبب من قبيل أخذ مال الغير بغير حق ، فإنه يكون مجمعا على حرمة ، وعلى وجوب رد المال المأخوذ بغير حق لصاحبه (٣) .

=

وقال الألبانى فى إرواء الغليل عن هذا الحديث : حديث حسن رجاله كلهم ثقات رجال الشيخين ، راجع إرواء الغليل ٣٥٠/٥ برقم (١٥١٨) ط ٢ المكتب الإسلامى بيروت ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م ، التبريزى : مشكاة المصابيح ٨٨٩/٢ برقم (٢٩٤٨) تحقيق : محمد ناصر الدين الألبانى ط ٢ بالمكتب الإسلامى بيروت ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م .

(١) الحديث رواه أبو داود : سننه - كتاب البيوع والإجازات ج ٣ ص ٢٩٤ رقم (٣٥٦١) ، ورواه ابن ماجة : سننه - كتاب الصدقات ٨٠٢/٢ رقم (٢٤٠٠) ، الترمذى : سننه ٥٦٦/٣ برقم (١٢٦٦) وقال حديث صحيح ، رواه البيهقى : السنن الكبرى ٩٥/٦ ، رواه الحاكم : المستدرک ج ٢ ص ٤٧ كتاب البيوع وقال : حديث صحيح الإسناد على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجاه .

(٢) الشوكانى : نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٨٤ وما بعدها ، الصنعانى : سبل السلام ١١١/٣ وما بعدها

(٣) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٣ ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ٢٧٣ ، الخطاب : مواهب الجليل ٢٧٣/٥ ، الشيخ زكريا لأنصارى : شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٤٦٩/٣ ، الرملی : نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٦ ، النجدى : حاشيته

=

وأما نصوص الفقهاء :

وردت نصوص عديدة فى مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة تشهد بوجود قاعدة الإثراء بلا سبب ، كقاعدة عامة ، من هذه النصوص :

(١) ما جاء بالفتاوى الخانية ما نصه :

" رجل غصب ساجة وأدخلها فى بنائه ، فإنه يملك الساجة وعليه قيمتها ، فإن كانت قيمة الساجة والبناء سواء ، فإن اصطلاحا على شئ جاز ، وإن تنازعا يباع البناء ، ويقسم الثمن عليهما قدر مالهما ، وكذا المودع إذا خلط حنطة الوديعة ، بشعير رجل وغاب المودع كان الجواب كذلك ، وكذا لو هبت الريح بثوب إنسان ، فألقته فى صبغ آخر حتى انصبغ ، وكانت قيمة الصبغ والثوب سواء ، يباع عليهما ويقسمان الثمن ، وإن اصطلاحا على شئ جاز ، وكذا الدجاجة إذا ابتلعت لؤلؤة وقيمتها سواء ، وإن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر كان لصاحب اللؤلؤة أن يملك الدجاجة بقيمتها ، ولو أراد صاحب الدجاجة أن يعطى قيمة اللؤلؤة ، كان له ذلك ، وكذا البعير إذا ابتلع لؤلؤة وقيمة اللؤلؤة أكثر ، كان لصاحب البعير أن يعطى قيمة اللؤلؤة ، وكذا لو أدخلت دابة رجل رأسها فى قدر رجل ، ولا يمكن الإخراج إلا بالكسر ، كان لصاحب الدابة تملك القدر بقيمته ونظائرها كثيرة لصاحب أكثر المالين أن يملك الآخر بقيمته ، وإن كانت قيمتهما سواء ، يباع عليهما ويقسمان الثمن" (١)

ويتضح من هذا النص الفقهى أنه فى حالة انضمام مالين ، أو التصاق أحدهما بالآخر ، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أحدهما ، أن يكون لصاحب أكثر المالين قيمة ، أن يملك الآخر بقيمته أى أنه ملزم أن يعرض الطرف الآخر ، وأن يرد له قيمة ما أثرى به ، هذا إذا قبل صاحب الأكثر أخذ المالين ، فإن لم يقبل أخذهما صاحب الأقل ، وعرض

الروض المربع ٣٧٧/٥ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٣٠/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير ٥٣٠/٥ ، ابن حزم : المحلى ١٣٤/٨ ، التاج المذهب ٣٤٣/٣ ، المبسوط للطوسى ج ٣ ص ٥٩ ، الدمشقى : رحمة الأمة ص ١٣٤ .

(١) قاضى خان : الفتاوى الخانية ٤٤٥/٣ ، العناية على الهداية ٢٦٩/٨ ، مجمع الضمانات ص ٤٤٥ وما بعدها ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣١٦ ، تبیین الحقائق ٢٢٩/٥ ، الشيخ المهدى : الفتاوى المهدية ج ٥ ص ١٢٣ ، ١٢٦ ط ١ بالمطبعة الأزهرية المصرية ١٣٠١هـ

الآخر عن ماله ، فإن لم يقبل أحدهما بيع المالان عليهما ، وقسم الثمن بينهما ، لصاحب الأكثر قيمة ماله قبل ما طرأ عليه من زيادة ، ولصاحب الأقل قدر ما زاد في قيمة مال الأول ، المهم أن يلزم المثرى برد قيمة ما أثرى به للطرف الآخر ، لئلا يثرى على حساب غيره بلا سبب (١) .

(٢) وجاء في القوانين الفقهية من أنه : " إذا خيف على المركب الغرق جاز طرح ما فيه من المتاع أذن أربابه أو لم يأذنوا إذا رجي بذلك نجاته ، وكان المطروح بينهم على قدر أموالهم ، ولا غرم على من طرحه " (٢) .

وجاء في الذخيرة ما نصه : " كل من غسل ثوب غيره ، أو حلق رأسه ، أو أدى دينه من غير استدعاء ، وكل عمل يوصل للغير نفع من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره ، فعليه رد مثل ذلك المال في القيام بالمال ، ودفع أجرة المثل في العمل ، إن كان لابد من الاستئجار عليه ، أو لابد من إنفاق ذلك المال ، وذلك بناء على حصول الإذن عادة ، ونحن نعتمد على العوائد ، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال (٣) .

(٣) وجاء في الأشباه والنظائر : " من سلم عينا إلى شخص فجدها ، وشك في بقائها ، فلا يدرى أيسطالب بالعين أو بالقيمة ؟ فالأصح : أن له أن يدعى على الشك ، ويقول لى عنده كذا ، فإن بقي فعليه رده ، وإن تلف فقيمتة ، إن كان متقوماً أو مثله ، إن كان مثلياً (٤) .

(١) د/ سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ج ٢ المجلد الثالث ص ٣٩ .

(٢) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨٥ ، وقد فصل هذه المسألة القرافي في الفروق ٨/٤ الفرق الخامس والمائتان ، ابن الحسين المكي : تهذيب الفروق ٢٤/٤ وما بعدها .

(٣) القرافي : الذخيرة ١٣٠/٨ ، ج ٥ ص ٤٥٢ وما بعدها ط ١ دار الغرب الإسلامي بيروت ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م تحقيق د/ محمد حجي ، القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، البهجة ٣٤٧/٢ وقد جاء فيها : " وكل من أوصل إليك نفعاً من عمل أو مال وإن بغير قصد نفعك كأن حرث أرضك طائفاً أنها له ، أو لم تأمره به مما لا بد لك منه كحرثه أرضك أو سقيه إياها ، أو حصد زرعك أو طحن حبك أو حفر بئرك أو بناء دارك أو أنفق على زوجتك أو ولدك أو عبدك لزمك أجرة العمل ومثل المال الذي أنفق على زوجتك ونحوها ؛ لأنه قد قام عنك بواجب " ، الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح لكبير ج ٤ ص ٢ ، الصاوي : بلغة السالك ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٤) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٥٠٢ وقد جاء في ص ٥٠٣ من نفس المرجع : " إذا استخدم عبده المتزوج المكتسب ، فإن عليه أقل الأمرين ، من النفقة وأجرة الخدمة ، فتدعى زوجته على

ويلاحظ من هذا النص أن الفقه الإسلامى ، يحتاط ليحول دون رد الدعوى ، كما يحول دون رد الإثراء بلا سبب .

وجاء فى القواعد النورانية : " إن الله تعالى حرم فى كتابه أكل أموالنا بيننا بالباطل ، وذم الأحرار والرهبان الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ، وذم اليهود على أخذهم الربا وقد نهو عنه ، وأكلهم أموال الناس بالباطل ، وهذا يعم كل ما يؤكل بالباطل فى المعاوزات والتبرعات ، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والاستحقاق " (١) .

=

السيد نفقته ، والقاضى يوجب لها ما يقتضية الحال " ، وراجع الإمام الشافعى : الرسالة ص ٣٥٥ ط ١ سنة ١٣٥٨هـ - ١٩٤٠م بمطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر ، وقد جاء فيها : " وأصل مال الرجل محرم على غيره إلا بما أبيح مما يحل بالوجه الذى أحله الله جل ثناؤه به فى كتابه أو على لسان رسوله ﷺ ، وإجماع المسلمين ، أو ما هو فى مثل معناه " ، وراجع الإمام الشيرازى : المذهب ج ١ ص ٣٢٥ وما بعدها وقد جاء فيه ما نصه : " وإن كان المبيع أرضاً فبناها أو غرسها أى المشتري المفلس فإن قال البائع : أنا أعطى قيمة الغراس والبناء وأخذه مع الأرض أو ألقه وضمن أرش النقص ثبت له الرجوع ؛ لأنه يرجع فى عين ماله من غير أضرار ، وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع ، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص ، فقد روى المزنى فيه قولين أحدهما : أنه يرجع ، و الثانى لا يرجع ، فمن أصحابنا من قال : إن كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع ، لأن الغراس والبناء تابع فلم يمنع الرجوع ، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع ، لأن الأرض صارت كالتابع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين " ، وما ذلك كله إلا لحرص الفقه الإسلامى ألا يثرى طرف على حساب آخر بلا سبب ، فإن حدث ذلك كان على المثرى أن يرد قيمة ما أثرى به للطرف الآخر المفتقر .

(١) ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية ص ١١٥ وما بعدها ط ١ بمطبعة السنة المحمدية ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م تحقيق الشيخ / محمد حامد الفقى ، ابن تيمية : مجموع الفتاوى ج ٣ ص ٣٤٨ وما بعدها ، البهوتى : كشف القناع ٤٣٠/٣ حيث يقول : " وإن صبغ المشتري الثوب أو قصره أولت السوق ثم أفلس لم يمنع الرجوع لأن العين قائمة مشاهدة ... وإن زادت قيمة الثوب أو السوق فالزيادة عن قيمة الثوب بالصبغ أو القصارة والزيادة عن قيمة السوق بالثوب للمفلس ، لأنها حصلت بفعله فى ملكه فيكون شريكا للبائع بما زاد عن قيمة الثوب والسوق ، فإن كانت القصارة بفعل المفلس أو بأجرة وفاها فهما شريكان فى الثوب فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها ؛ لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة ، وإن لم يختر بيع الثوب ، وأخذ كل واحد بقدر حقه " .

وجاء فى المحلى ما نصه : " لا يحل لأحد مال مسلم ولا مال ذمى إلا بما أباح الله عز وجل على لسان رسوله ﷺ فى القرآن أو السنة نقل ماله عنه إلى غيره أو بالوجه الذى أوجب الله تعالى أيضا ، وكذلك نقله عنه إلى غيره كالهبات الجائزة والتجارة الجائزة ، أو القضاء الواجب بالديات والتقاص ، وغير ذلك مما هو منصوص ، فمن أخذ شيئا من مال غيره أو صار إليه بغير ما ذكرنا ، فإن كان عامدا عالما بالغا مميزا فهو عاص لله عز وجل ، وإن كان غير عالم ، أو غير عامد أو غير مخاطب فلا إثم عليه إلا أنهما سواء فى الحكم فى وجوب رد ذلك إلى صاحبه (١) .

وجاء فى التاج المذهب ما نصه : " إذا انفق على الضالة ، كان له أن (يرجع بما أنفق به بنيته) ولو كان المالك حاضرا ، وكذا يرجع بأجرة الحفظ ، إذا كان لمثله أجرة ، ولا يحتاج إلى أمر الإمام ولا الحاكم ، والقول قوله فى المعتاد ؛ إذ لا يعرف إلا من جهته فإن لم ينو الرجوع لم يكن له ذلك " (٢) .

وجاء فى مفتاح الكرامة ما نصه : " اكترى رجلا دارا فيها بستان ، فزرع فى البستان وغرس نخلا ، وأشجارا وفواكه وغير ذلك ، عليه الكرى ، ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ، ويعطيها الغارس ، إن كان استأمره بذلك ، وإن لم يكن استأمره فعليه الكرى ، وله الغرس والزرع ، يقلعه ويذهب به حيث يشاء " (٣) .

وجاء فى شرح كتاب النيل ما نصه : " من عمل لأحد عملا بغير أمره ، وأوصل إليه نفعاً من مال أو غيره لزمه ، دفع أجرته أو ما نابه إن كان من الأعمال التى لا بد له من الاستئجار عليها ، أو من المال الذى لا بد من إنفاقه " (٤) .

ونصت المادة (٩٧) " من مجلة الأحكام العدلية على أنه : " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعى " .

(١) ابن حزم : المحلى ١٣٤/٨ .

(٢) الصنعانى : التاج المذهب ٤٤٧/٣ ، د ٣ ص ٧٢ .

(٣) العاملى : مفتاح الكرامة ٣٠٦/٦ ط دار إحياء التراث العربى للطباعة والنشر ، الطوسى : المبسوط ج ٢ ص ٢٥٩ طبعة المكتبة المرتضوية .

(٤) ابن أطفيس : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ١١ وما بعده ط ٣ بدار الإرشاد بجدة

ويتضح من هذه النصوص أن فقهاء المذهب الإسلامية المختلفة قد اتفقوا على أن كل من قام بعمل فيه منفعة لغيره ، أو أد عنه واجبا ، التزم هذا الغير برد قيمة ما عاد عليه من منفعة ؛ لأن هذا الغير قد أثرى على حساب صاحبه بلا سبب مشروع ، والإثراء بدون سبب مشروع نهى عنه الشريعة الغراء ، لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل ، وبذلك أستطيع أن أو أكد بكل ثقة ويقين ، أن مبدأ الإثراء بلا سبب مقرر فى الفقه الإسلامى كقاعدة عامة ، ومن ثم إذا قام الموفى بأداء الدين عن المدين ، فإنه يكون قد قام بعمل فيه منفعة للمدين إذ إنه أدى عنه واجبا ، وبالتالي يكون المدين قد أثرى على حساب الموفى ، بدون سبب مشروع ، فيلتزم برد قيمة ما أثرى به للموفى ، فإذا لم يقم المدين بذلك من تلقاء نفسه ، كان للموفى الحق فى أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب متى توافرت شروطها فى حقه .

ثانيا : موقف القانون المدنى من قاعدة الإثراء بلا سبب :

لبيان موقف القانون المدنى من الأخذ بقاعدة الإثراء على حساب الغير بدون سبب يلزم أن أتعرض لموقف القانون المدنى المصرى من الأخذ بهذه القاعدة أولا ، ثم لموقف التشريعات العربية من الأخذ بهذه القاعدة ثانيا .

أولا : موقف القانون المدنى المصرى من قاعدة الإثراء بلا سبب :

لمعرفة موقف القانون المدنى المصرى من الأخذ بهذه القاعدة يتعين أن أوضح ذلك فى التقنين المدنى المصرى القديم ، وفى التقنين المدنى المصرى الحالى كذلك :

أ- موقف التقنين المدنى المصرى القديم من الأخذ بقاعدة الإثراء بلا سبب :

لم يأخذ التقنين المدنى المصرى القديم بالإثراء ، على حساب الغير بدون سبب كقاعدة عامة ، حيث إنه لم يرد فى ثناياه نص يقرر ذلك ، ولكنه أورد نصا غامضا تكلم فى نصفه الأول عن أركان الفضالة ، وفى النصف الثانى يتكلم عن أحكام الإثراء بلا سبب ، وهذا النص هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ الذى يقول : " من فعل بالقصد شيئا تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة " ، كما ورد فى التقنين نصوص أخرى متفرقة ، فى دفع غير المستحق ، وفى المصروفات الضرورية والنافعة وفى البناء والغراس فى أرض الغير ، وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب ، وفى ذلك تقول المذكرة

الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد : " أوجز التقنين الحالى (القديم) إيجازاً مخلاً في إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع مالها من أهمية بالغة ، فلم يورد بشأن القاعدة العامة في الفضالة إلا نصاً واحداً ، تعوزه الدقة ويسوده الغموض ، وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب فمن الملاحظ أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها - على النقيض من ذلك - مكاناً في هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة في مختلف أجزاء التقنين " (١) .

وقد طبق بذلك التقنين المدني المصرى القديم ، ما أخذ به التقنين المدني الفرنسى ، وقت صدور التقنين المدني المصرى ، فقد صدر التقنين المختلط في سنة ١٨٧٥م ، والتقنين الأهلى في سنة ١٨٨٣م ، وفي هذا الوقت كان القانون المدني الفرنسى يخلط بين الفضالة ، والإثراء بغير سبب ، لذلك جاء نص المادة (٢٠٥/١٤٤) سالف الذكر يخلط هو الآخر بين الفضالة وإثراء بلا سبب خلطاً واضحاً ، متبعاً في ذلك ما كان عليه الحال في التقنين المدني الفرنسى ، فهو يتكلم في صدره عن أركان الفضالة ، وفي عجزه عن الإثراء على حساب الغير بدون سبب ، وإزاء ذلك اضطرب الفقه والقضاء في شأن هذا النص ، ومر في ذلك بثلاثة مراحل :

المرحلة الأولى : لم يتسّطع الفقه والقضاء في هذه المرحلة أن يميز بين الفضالة و الإثراء بلا سبب ، ولكنه خلط بينهما واعتبرهما شيئاً واحداً ، فقد يتكلم عن أحدهما وهو يقصد الآخر .

المرحلة الثانية : استطاع الفقه والقضاء في هذه المرحلة أن يميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، ولكنهم اختلفوا في تخصيص نص المادة ٢٠٥/١٤٤ لأى منهما ، فذهب البعض إلى أن هذا النص مقرر لقاعد الإثراء بلا سبب ولا صلة له بالفضالة ، وأن الفضالة غير منصوص عليها ، لذلك يتعين الرجوع في شأنها إلى قواعد العدالة ، وذهب البعض الآخر إلى أن نص المادة ٢٠٥/١٤٤ خاص بالفضالة ، ولا صلة له بقاعدة الإثراء على حساب الغير بدون سبب ، بالرغم مما شاب عجزه من خطأ واضطراب ، وأن مبدأ الإثراء بلا سبب يستند إلى قواعد العدالة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٣٩ .

المرحلة الثالثة : لم يقف الأمر فيها عند حد التمييز بين الفضالة و الإثراء بلا سبب ، ولكن ذهب القضاء المصرى فى هذه المرحلة إلى أن نص المادة ٢٠٥/١٤٤ يتعلق بالفضالة وأن الإثراء بلا سبب مستمد من قواعد العدالة والقانون الطبيعى وأنه هو الأصل الذى تتفرع عنه التطبيقات الأخرى بما فيها الفضالة ، ومع ذلك ظل رأى السائد فى الفقه والقضاء يجعل دعوى الإثراء احتياطية ، بحيث لا يجوز اللجوء إليها ، إلا إذا لم توجد وسيلة قانونية أخرى ، وأن الإثراء يجب أن يبقى قائما حتى وقت رفع الدعوى متأثرا فى ذلك بما أستقر عليه الأمر فى القانون الفرنسى (١) .

ب- موقف التقنين المدنى المصرى الحالى من الأخذ بقاعدة الإثراء بلا سبب :
ظل الأمر على الوضع السابق ، إلا أن جاء التقنين المدنى المصرى الحالى فأكد أن قاعدة الإثراء على حساب الغير بلا سبب قاعدة عامة مستقلة قائمة بذاتها ، كمصدر من مصادر الالتزام ، يتفرع عنها أمور أخرى ، كالفضالة ودفع غير المستحق ، وغير ذلك من التطبيقات الأخرى ، وقضى على ما كان يشوب هذا المصدر من وهن وضعف ، فى ظل التقنين السابق وحرره مما كان باقيا من قيوده المتخلفة من أعقاب الماضى ، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ، ولم يشترط أن يظل الإثراء باقيا حتى رفع الدعوى ، كما صحح الوضع الذى كان مقلوبا فنص على أن الفضالة ، ودفع غير المستحق تطبيقان لمبدأ الإثراء بلا سبب ، وبذلك أصبح مبدأ الإثراء بلا سبب هو الأصل ، وهذان التطبيقان هما اللذان يتفرعان عنه ، بعد أن كان الأمر على عكس ذلك فى ظل القانون الفرنسى ، وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب نموه فى ظل التقنين المدنى الحالى (٢) .

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها ، د/ السنهورى : : المرجع السابق ص ١٥٦٠ وما بعدها ، د/ أنور سلطان : مصادر الالتزام ص ٥٦٥ وما بعدها ط مطبعة نهضة مصر بدون تاريخ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٤ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٨٩ وما بعدها .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٦٣ وما بعدها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٤ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٢٧ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٥٦٦ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠١ وما بعدها ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٠ .

وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الصدد : " وقد بدأ المشروع (التقنين الجديد) بتقرير القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الغالبتين وهما : رد غير المستحق والفضالة " (١) .

وقد نصت المادة (١٧٩) مدنى على هذا المبدأ بقولها : " كل شخص ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد " .

ثانيا : موقف التشريعات العربية من الأخذ بقاعدة الإثراء بلا سبب :

اتبعت معظم التشريعات العربية الأخرى التقنين المدنى المصرى الحالى فى تنظيمه لمبدأ الإثراء بلا سبب ، وجعلها قاعدة عامة قائمة بذاتها كمصدر من مصادر الالتزام من هذه التشريعات :

التقنين المدنى السورى الذى نظم أحكام الإثراء بلا سبب فى الفصل الرابع من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام ، وذلك فى المواد (من ١٨٠ إلى ١٩٨) وهى مطابقة تمام التطابق لنصوص التقنين المدنى المصرى الحالى ، التى تناولت قاعدة الإثراء بلا سبب وتطبيقاتها ، ذلك لأن واضعوا التقنين المدنى السورى قد اختاروا التقنين المدنى المصرى ، ليكون أساسا يقوم عليه التقنين المدنى السورى ، وينسج على منواله لما بين القطرين الشقيقين من عادات وتقاليده متقاربة بحيث يكون تطبيقه فى سوريا سهلا ميسورا كما أن ذلك يؤدى إلى الاستفادة من اجتهادات رجال القانون فى مصر (٢) ،

وقد أخذ أيضا التقنين المدنى الليبى الصادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣م بمبدأ الإثراء بلا سبب ووضع له نظرية عامة ، وجعله مصدرا مستقلا من مصادر الالتزامات الليبى ، مثل بقية المصادر الأخرى له ، ونظمه فى المواد (من ١٨٢ إلى ٢٠٠) وقد شملت هذه المواد القاعدة العامة لنظرية الإثراء بلا سبب وتطبيقاتها مثل القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق ، والقاعدة الخاصة بأحكام الفضالة والنصوص الواردة فى التقنين المدنى الليبى بشأن الإثراء بلا سبب مطابقة تماما لنصوص التقنين المدنى المصرى فى هذا الشأن ، وقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٣٩ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٦١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق هامش رقم (١)

ص ٤٢٧ ، د/ السنهورى : المرجع السابق هامش ص ١٥٦٧ .

جاءت هذه النصوص عامة مطلقة وخالية من العيوب التي كانت سائدة في القانون المدني الفرنسي ^(١) .

وقد أخذ أيضا القانون المدني العراقي بقاعدة الإثراء بلا سبب وسماها الكسب دون سبب ، وجعلها مصدرا من مصادر الالتزامات في القانون العراقي ، وجعل دعوى الإثراء دعوى أصلية وليست احتياطية ، كما أنه لم يشترط بقاء الإثراء حتى وقت رفع الدعوى إذ إن الإثراء يقدر وقت تحققه فقط ، هذا : وقد نظم التقنين المدني العراقي قاعدة الإثراء بلا سبب في المواد (من ٢٤٣ إلى ٢٤٤) ، وقد اتبع المقنن العراقي في وضعه لهذا التقنين خطة مزج بها بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية مستمدا أحكام القوانين الوضعية من التقنين المدني المصري ، كما استمد منه ترتيبه وتبويبه ^(٢) .

كما أخذ المقنن الأردني بمبدأ الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة وسماه الكسب دون سبب ، ونظمه في المواد (من ٢٩٣ إلى ٣٠١) وقد ضمن المقنن الأردني المادة (٢٩٣) ما يعد أساسا لقاعدة الإثراء بلا سبب ، حيث تنص هذه المادة على أنه : " لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي ، فإذا أخذه فعليه رده " ، كما نظم دفع غير المستحق في المواد (من ٢٩٦ إلى ٣٠٠) والفضالة في المواد (من ٣٠١ إلى ٣٠٨) وقد جاءت نصوصه متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي ^(٣) .

وأیضا نظم التقنين المدني اللبناني الصادر في ٩ مارس ١٩٣٣م أحكام قاعدة الإثراء بلا سبب ، باعتبارها مصدرا من مصادر الالتزامات ، وذلك في الباب الثالث من الكتاب الثاني ، الذي خصصه لمصادر الالتزام وقسم هذا الباب إلى فصلين نص في الأول على

^(١) د/ مصطفى عبد الحميد عياد : المصادر اللا إرادية للإلتزام في القانون المدني الليبي ص ٢٠٧ ط ١٩٩٠م الناشر جامعة قار يونس بينغازي ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٦١ .

^(٢) د/ عبد المجيد الحكيم وآخرون : الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ج ١ مصادر الإلتزام ص ٢٨٣ ، ٢٩٠ ط ١٩٨٠م الناشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٦٢ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق هامش (١) ص ٤٢٧ ، أ/ حسن الفكهاني : التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء ج ١ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ط ١٩٨٦م .

^(٣) د/ منذر الفضل : المرجع السابق ص ٥٠٧ ، د/ عبد القادر الفار : المرجع السابق ص ٢٤٢ ، أ/ حسن الفكهاني : المرجع السابق ص ٢٢٢ ومابعدھا ط مؤسسة البستانی بالقاهرة ١٩٨٦م .

الالتزام برد الإثراء الحاصل على حسب الغير بدون سبب ، وبين شروطه ومداه ، وذلك فى المواد (من ١٤٠ إلى ١٤٢) ، وتناول فى الثانى حالة إيفاء ما لا يجب ، وذلك فى المواد (من ١٤٣ إلى ١٤٦) مبينا فى المادة (١٤٣) مبدأ الالتزام من قبض شيئا بغير حق أن يردده ، وموضحا فى المادة (من ١٤٤ إلى ١٤٥) الحالات التى يجب فيها الرد والتى لا يجب فيها ، وأحال فيما يتعلق بمدى الالتزام برد ما لا يجب على حكم الإثراء بدون سبب قانونى مادة (١٤٦) ، معتبرا ما قبض بغير حق من تطبيقات الإثراء بلا سبب ، ولكنه لم يعتبر الفضالة من تطبيقا للإثراء بلا سبب ، وإنما اعتبره مصدرا قائما بذاته من مصادر الالتزام أدخله ضمن الأعمال القانونية ، ولم يدخله ضمن الوقائع القانونية (١) وفى التقنين المدنى اليمنى ، وإن كان المقنن لم يضع الأحكام العامة لرد الإثراء الحاصل على حساب الغير بدون سبب فى الباب ، الذى خصصه للفعل النافع كمصدر للالتزام ، ولكنه نظم مباشرة ما يعتبره من تطبيقات هذا المبدأ ، كالاتزام بدفع غير المستحق فى المواد من (٣١٧ إلى ٣٢١) ، وفى التزام رب العمل بتعويض الفضولى عما أنفقه فى قيامه بالأعمال لمصلحته ، فإن هذا لايعنى أن القانون المدنى اليمنى لا يأخذ بقاعدة الإثراء بلا سبب كمبدأ عام ؛ لأنه تضمن أحكاما عديدة متناثرة فى أبوابه ، تتطوى على إلزام من يثرى على حساب الغير ، برد ما أثرى به إلى من يكون افتقاره سبب هذا الإثراء ، متى كان الإثراء بغير مبرر قانونى ، ومن هذه الأحكام نص المادة (١٠٧٩) الذى يقضى بإلزام الشركاء فى الملك بما ينفقه أحدهم فى الأعمال الضرورية ، التى لا تحتل التأخير فى الشئ المملوك على الشيوع ، وكذلك نص المادة (١١١٣) الذى يقضى بإلزام الشريك بمقابل انتفاعه بحصة شريكه فى الملك الشائع بغير إذنه ، ونص المادة (٩١٧) الذى يقضى بإلزام المودع بما ينفقه المودع لديه على الشئ المودع فى حدود المعتاد ، وغير ذلك من النصوص التى تقضى بإلزام المثرى على حساب غيره بدون سبب ، بأن يرد ما أثرى به متى كان هذا الإثراء بدون سبب قانونى ، وعلى ذلك يمكن القول بأن الزام المثرى على حساب غيره بدون سبب ، بتعويض المفتقر الذى كان افتقاره

(١) د/ صبحى المحمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ ص ٩٠ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٩ وما بعدها ، أ/ زهدى يكن : شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية ص ٧١ وما بعدها .

سبب هذا الإثراء لا يقتصر على تطبيقات هذا المبدأ ، وهى رد غير المستحق ، وتعويض الفضولى عما تكلفه فى القيام بالأعمال لمصلحة رب العمل ، اللتين نظمهما القانون اليمنى ، ولكنه مبدأ عام مقرر فى القانون المدنى اليمنى ، كما هو مقرر فى الشريعة الإسلامية التى أخذ عنها هذا القانون ^(١) .

وكذلك أيضا تناول التقنين المدنى التونسى أحكام الإثراء بلا سبب ، ودفع مالا يجب فى الكتاب الأول المخصص لمصادر الالتزام ، وفى الباب الثانى منه تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود ، وذلك فى المواد (الفصول) (من ٧١ إلى ٨١) وقد خصص فيه الفصل ٧١ ، ٧٢ لقاعدة الإثراء بلا سبب ، ثم عرض فى باقى المواد لدفع مالا يجب ، ووضح فى المواد (الفصول) (من ٧٣ إلى ٧٩) الأحوال التى يجب فيها الرد والتى لا يجب فيها ، وبين كذلك ما يجب رده فى حالتى القبض بحسن نية ، والقبض بسوء نية فى الفصل (٨٠) وعرض فى المادة (الفصل) (٨١) ما يجب أن يرده القابض حسن النية ، إذا تصرف فيما قبضه بحسن نية أيضا .

هذا : وقد جعل التقنين المدنى التونسى الإثراء بلا سبب مصدرا عاما من مصادر الالتزامات ، وإن كان التقنين المدنى التونسى لم يتخلص من فكرة التقريب بين الالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ، والالتزام الناشئ عن العقد ، وهى فكرة قديمة إلى حد أنه جعل الإثراء بلا سبب شبه عقد ^(٢) .

وقد تناول التقنين المدنى المغربى أيضا تنظيم أحكام الإثراء بلا سبب ودفع مالا يجب فى الكتاب الأول المخصص لمصادر الالتزام ، وفى الباب الثانى منه تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود ، وذلك فى الفصول (من ٦٦ إلى ٧٦) ، وقد خصص فيه الفصل رقم (٦٦ ، ٦٧) لقاعدة الإثراء بلا سبب ثم عرض فى باقى الفصول لدفع ما لا يجب ، فبين فى الفصول من (٦٨ إلى ٧٤) الأحوال التى يجب فيها رد مالا يجب والأحوال التى لا يجب فيها ذلك ، وفى الفصل (٧٥) وضح ما يجب على القابض بحسن نية رده إذا تصرف فيما قبضه

^(١) د/ جميل الشرفاوى : النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية اليمنية الكتاب الأول مصادر الالتزام ص ٥٨٧ وما بعدها ط ١٩٨٨م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٥٨٧ وما بعدها

^(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .

بحسن نية أيضا ، وهذا التقنين قد جعل الإثراء بلا سبب مصدرا عاما من مصادر الالتزام متبعا في ذلك التقنين المدني التونسي ، حيث إنه قد نقل عنه ولا يوجد بينهما من خلاف إلا في أرقام الفصول كما أنه لم يتخلص هو الآخر من الفكرة القديمة التي تقرب بين الالتزام الناشئ من العقد إلى حد أنه اعتبر الإثراء بلا سبب شبه عقد ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق لموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني من مبدأ الإثراء بلا سبب يتضح أن القانون المدني المصري والتشريعات العربية يتفقان مع الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي الذي يذهب إلى أن عدم جواز إثراء أحد على حساب غيره من غير سبب مشروع مقرر كمبدأ عام ؛ لأن هذا المبدأ يناسب القاعدة الفقهية التي تقول : " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي " وهذه القاعدة الفقهية تشمل جميع الأخذ على الإطلاق ، وبالتالي فهي تشمل هذا المبدأ خاصة أنه من أحسن المبادئ ، وأعد لها كما أنه موافق لقول الحق تبارك وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ ^(٢) وليس هناك باطل أكثر من الاكتساب على حساب الغير من غير سبب مشروع .

كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في جعل مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير من غير سبب مشروع ، مصدر ومبدأ مستقل من مبادئ الالتزام ، برد الإثراء الحاصل على حساب الغير بدون سبب مشروع ، بل إن الفقه الإسلامي قد بلغ بمبدأ الكسب على حساب الغير بدون سبب حدا من الأعمال والتعميم يداني الوسوسة في تقريره .

^(١) أ/ حسن الفكهاني : التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء جـ ١

ص ٢١٦ وما بعدها ط ١٩٨٦ بمؤسسة البستاني بالقاهرة الناشر الدار العربية للموسوعات بالقاهرة

، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .

^(٢) سورة النساء من الآية رقم (٢٩) .

المبحث الثانى

شروط تحقق الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تمهيد و تقسيم :

لما كان الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، عبارة عن غنم شخص شيئا متقوما بسبب غرم غيره ، دون أن يكون لغنمه سبب شرعى غير هذا الغرم ، وبالتالي يجب على من غنم أن يعرض من غرم بأقل القيمتين ، قيمة ما غنم هو وقيمة ما غرم صاحبه ^(١) أو عبارة عن واقعة قانونية مؤداها أن يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع - أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر ، دون مبرر مشروع ^(٢) .

ومن هذين التعريفين يتضح أنه لى يتحقق الإثراء بلا سبب يلزم أن يكون هناك إثراء لشخص وافتقار لآخر ، وأن يكون بين إثراء الأول وافتقار الثانى صلة تجمع بين الإثراء والافتقار ، وهذا هو الشرط الأول لتحقيق الإثراء بلا سبب (إثراء - افتقار - صلة بينهما) وهو ما يعرف بالشرط المادى للإثراء بلا سبب .

وأما الشرط الثانى فهو عدم وجود سبب مشروع يبرر انتقال قيمة الإثراء من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى ، وهو ما يعرف بالشرط الشرعى للإثراء بلا سبب ، فإذا توافر هذان الشرطان قامت دعوى الإثراء بلا سبب ، وكان من حق المفتقر أن يرجع على المثرى بها ، إذا لم يقم برد ما أثرى به على حسابه بلا سبب مشروع من تلقاء نفسه .

وعلى ذلك سوف أتناول هذا المبحث فى مطلبين :

المطلب الأول : الشرط المادى للإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : الشرط الشرعى للإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) الشيخ/ على حسب الله : الولاية على المال والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية ص ٩٨ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب : الوجيز فى مصادر الالتزام ص ٤٨٩ ط ٢ ١٩٩٧ م ، د/ سمير تنساغو :

مصادر الالتزام والإثبات ص ٣٠١ .

المطلب الأول

الشرط المادى للإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ينبغى لتوافر الشرط المادى للإثراء بلا سبب فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى وجود ثلاثة عناصر هى الإثراء - الافتقار - الصلة بينهما .

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

العنصر الأول : تحقق الإثراء :

مما شك فيه أنه يجب أن يتحقق الإثراء بالمعنى السابق حتى يلتزم المثرى برد ما أثرى به ، ويتضح ذلك فيما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة من أنه : إذا غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده نظرت ، فإن لم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة ، فصارت قيمة الثوب مصبوغاً عشريين ، صار الغاصب شريكاً لصاحب الثوب بالصبغ ، لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين ، فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة فى ملكهما ؛ لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره ، وما زاد فى ماله بملكه ؛ لأنه حصل بعمل عمله فى ماله ، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين ^(١) .

ومن هذا النص يتبين أن الفقه الإسلامى حريص على عدم إثراء أحد على حساب غيره بلا سبب مشروع ، ولذلك لم يبيح لصاحب الثوب فى هذا المثال أن يأخذه بعد أن صبغته الغاصب بصبغه دون أن يلزمه برد ما زاد فى قيمة الثوب ، لأن صاحب الثوب على حد تعبير صاحب الدر المختار ^(٢) مخير إن شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب بدون صبغ ، وإن شاء أخذ الثوب المصبوغ وغرم للغاصب ما زاد بالصبغ ، وما ذلك كله إلا لحرص

^(١) راجع فى ذلك : ابن عابدين : حاشيته ٤٩٥/٦ وما بعدها ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢٣٩/٢ ط دار الفكر ، الخطاب : مواهب الجليل ٢٨٧/٥ ، الشيرازى : المذهب ٣٧٢/١ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢٩٢/٢ ، البهوتى : الروض المربع بهامش حاشية النجدي ٣٩٨/٥ وما بعدها ، النجدي : حاشية الروض المربع ٣٩٨/٥ ، العنسى : التاج المذهب ٣٥٥/٣ ، ابن المرتضى : البحر الزخار ١٨٤/٤ ، العاملى : مفتاح الكرامة ٢٧٨/٦ .

^(٢) الحصفكى : الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ٤٩٥/٦ وما بعدها .

الفقه الإسلامى أن لا يثرى أحد على حساب غيره بلا سبب مشروع ، وإن أثرى الزم المثرى برد ما أثرى به على من تحقق الإثراء على حسابه من غير سبب .

هذا : وإن كان من المسلم به أن الفقه الإسلامى يشترط أن يتحقق الإثراء لطرف من جراء افتقار طرف آخر ، حتى يمكن إلزام المثرى برد ما أثرى به بلا سبب مشروع لهذا الطرف المفتقر ، إلا أن هذا الفقه قد اهتم بعنصر الافتقار أكثر من اهتمامه بعنصر الإثراء ، وجعل للمفتقر الحق فى أن يرجع على من كان سببا فى افتقاره .

ولو لم يتحقق له الإثراء من جراء هذا الافتقار ، ومما يؤكد هذا ما جاء فى الفتاوى الهندية مانصه : " رجل ابتلع درة رجل ومات ، فإن ترك ما لا يعطى الضمان من تركته ، وإن لم يدع ما لا يشق بطنه " ^(١) فرغم أن أموال التركة لم تزد بسبب ابتلاع صاحبها لدرة غيره التزمت بقيمة الدرة ، فالعبرة إذا بالافتقار لا بالإثراء .

ويقول ابن عابدين فى ذلك أيضا : " استعار منشارا فانقطع فى النشر ، فوصله بغير إذن مالكة انقطع حقه - أى حق المالك - وعلى المستعير قيمته منكسرا " ^(٢) وهذا مثال للإثراء بلا سبب كانت العبرة فيه بالافتقار ، حيث التزم المستعير بقيمة المنشار دون أن تزد بسبب كسره ذمته المالية ، ومما يؤكد أيضا أن الفقه الإسلامى يهتم بعنصر الافتقار ويجعله سببا لرجوع المفتقر على من كان سببا فى افتقاره ، ولو لم يتحقق ركن الاغتناء فى جانبه ما يقوله ابن قاضى سماوة : " لو كفن الميت متبرعا فافتقره السبع أو شرى لمسجد حصيرا فخرّب المسجد فالكفن والحصير للمتبرع لو حيا ولورثته لو ميتا " ^(٣) .

فهذا المثال من أروع الأمثلة فى دلالاته على دقه الفكر الفقهي الإسلامى ؛ لأنه يعتبر مثالا فذا لحرص فقهاء المسلمين لا على مجرد الموازنة بين ذمتين ، اغتنت إحداهما بسبب

(١) النظام : الفتاوى الهندية ١٣٣/٥ ، قاضى خان : الفتاوى الخانية ٢٤٤/٣ ، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٤٩١/٦ وقد جاء فيها : " لو ابتلع لؤلؤة فمات لا يشق بطنه ؛ لأن حرمة الأذى أعظم من حرمة المال ، وقيمتها فى تركته ، وجوزة الشافعى قياسا على الشق لإخراج الولد " ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٠٩ .

(٢) ابن عابدين : حاشيته ٤٩٨/٦ .

(٣) ابن قاضى سماوة : جامع الفصولين ٢١٦/٢ ط ١ بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ سنة ١٨٨٠م ، البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٥٢ .

افتقار الأخرى فحسب ، بل على الذمة المفتقرة إذا تحقق افتقارها بفوات الغرض الذى افتقرت من أجله وإن لم تعتن ذمة أخرى من جراء هذا الافتقار .

صور الإثراء :

يأتى الإثراء فى الفقه الإسلامى على عدة صور هى :

الصورة الأولى : الإثراء المادى .

الصورة الثانية : الإثراء المعنوى .

والإثراء المادى : هو كل منفعة مادية يحصل عليها المثرى ، ولهذا الإثراء عدة أنواع هى :

أولاً : الإثراء المادى الإيجابى .

ثانياً : الإثراء المادى السلبى .

ثالثاً : الإثراء المادى المباشر .

رابعاً : الإثراء المادى غير المباشر ^(١) .

وأتناول كل نوع من هذه الصور بشئ من التفصيل :

أولاً : الإثراء الإيجابى :

ويقصد به فى الفقه الإسلامى : زيادة العناصر الإيجابية لذمة المثرى المالية ^(٢) ويستفاد

ذلك مما ساقه الفقهاء من أمثلة ، ومن هذه الأمثلة ، ما ذهب إليه عامة الفقهاء من الحنفية

^(٣) والمالكية ^(٤) والحنابلة فى رواية ^(٥) والزيدية ^(٦)

^(١) يراجع فى هذا التقسيم د/ عايش رجب الكبيسى : الإثراء على حساب الغير بلا سبب فى الشريعة

الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون ص ٤٤٣ وما بعدها طبعة دار الصحوة ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م

ص ٤٤٣ وما بعدها .

^(٢) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٥ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٤٣

^(٣) ابن عابدين : حاشيته ٤٩٣/٦ وما بعدها ، المرغناني : الهداية بهامش تكملة شرح فتح

القدير ٢٦٩/٨ .

^(٤) بداية المجتهد ٢/٢٤٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٨٣ .

^(٥) ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ١٥٦ وقد جاء فيها : "ومنها غراس

الغاصب وبناءؤه المشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجانا وعليه الأصحاب وعنه رواية

ثانية لا يقلع بل يملك بالقيمة " .

^(٦) التاج المذهب ٣/٣٥٦ .

والإمامية ^(١) والإباضية ^(٢) : إن من غصب أرضا فبنى عليها أو غرس فيها شجرا ، خير بين أن يأمر الغاصب بنقض ما بناه ، وقلع ما غرسه ، وبين أن يترك الغرس أو البناء مع إعطاء الغاصب قيمته منقوصا أو مقلوعا ، بعد طرح أجره النقض أو القلع ، فإذا اختار صاحب الأرض أن يترك البناء أو الغرس ، فإن العناصر الإيجابية لدمته المالية تزيد بهذا التملك ، وبالتالي فإنه يلتزم بتعويض الغاصب بأن يعطيه قيمة البناء منقوصا أو الغرس مقلوعا ، بعد طرح أجره النقض أو القلع ، ذلك لئلا يثرى على حسابه من غير سبب ، وكذلك الحال إذا أعار شخص غيره أرضا للغراس أو للبناء فغرس وبنى ثم رجع ولم يشترط المعير القلع نظرت إن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع وإن نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت ، فإن اختار المستعير القلع كان له ذلك لأنه ملكه فملك نقلة وإن لم يختار القلع نظرت ، فإن بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذها مع الأرض أجبر المستعير عليه لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار ، وإن ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار ، وإن بذل المعير القيمة ليأخذها مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض ، ليأخذها مع الغراس قدم المعير ؛ لأن الغراس يتبع الأرض فى البيع فجاز أن يتبعها فى التملك ^(٣) .

ويتضح من هذا النص أن حق المعير فى الرجوع ، لا يحول دون تمسك المستعير فى المطالبة بتعويضه عما غرس أو بنى ، وما ذلك إلا لعدم إثراء طرف بزيادة العناصر الإيجابية لدمته المالية على حساب طرف آخر بغير سبب مشروع ، ولذلك يجب على من زادت عناصر دمه المالية أن يرد قيمة هذه الزيادة إلى من زادت على حسابه بغير سبب مشروع ، ومما يؤكد أن الفقه الإسلامى يحارب الإثراء على حساب الغير بلا سبب

(١) مفتاح الكرامة ٣٠٨/٦ .

(٢) شرح النيل ٥٤٠/٨ .

(٣) المذهب ٣٦٤/١ ، وفى هذا المعنى راجع البحر الرائق ٢٨٢/٧ ، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٨٢/٧ ، نتائج الأفكار ٤٧٤/٧ وما بعدها ، العناية فى نفس الموضوع ، بداية المجتهد ٢٣٦/٢ ، القواعد الفقهية لابن رجب ص ١٥٨ وما بعدها ، التاج المذهب ٢٥٨/٣ ، المبسوط للطوسى ٥٥/٣ .

مشروع ، ويلزم من زادت ذمته المالية على حساب غيره بلا سبب مشروع أن يرد قيمة هذه الزيادة .

ما ذهب إليه فقها المذاهب الإسلامية المختلفة أن من استحق أرضاً أو داراً ، وقد عمل المستحق منه فيها عملاً ، أدى إلى زيادة قيمة الأرض أو الدار بأن غرس فى الأرض أو بنى فى الدار ، ففى هذه الحالة يخير المستحق بين أن يدفع قيمة الزيادة قائمة يوم سلمها إليه ، ويأخذ ما استحقه ، وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق من أرض أو دار ، أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس ^(١)

وذلك أيضاً لعدم إثراء المستحق على حساب المستحق منه أو العكس ، بدون سبب مشروع .

ثانياً : الإثراء السلبي :

والإثراء السلبي عبارة عن نقص العناصر السلبية لذمة المثرى أو عدم زيادتها ^(٢) وعرفها آخرون بأنها عبارة عن نقص التزامات المثرى المادية ^(٣) .

ويتحقق نقصان التزامات المثرى المادية أو العناصر السلبية لذمة المثرى ، فى حالة ما إذا وفى شخص دين غيره بأمره على مذهب من اشترط ذلك ، لرجوع الموفى على المدين ^(٤) أو وفى دين غيره بغير أمره ، ناوياً الرجوع على المدين بما وفاه ^(٥) فقد أثرى

^(١) بداية المجتهد ٢/٢٤٤ ، البحر الرائق ٦/١٥٩ ، جامع الفصولين ١/٢٣٧ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٦٦ ، مواهب الجليل ٥/٣٠٠ ، مغنى المحتاج ٢/١٦٢ وما بعدها ، حواشى الشروانى والعبادى ٦/٢٤٨ ، غاية المنتهى ٢/١٠٤ ، شرح الأزهار ٢/١٣٦ .

^(٢) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٧ .

^(٣) د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٧ .

^(٤) تبين الحقائق ٤/١٥٥ ، حاشية الشلبى على تبين الحقائق ٤/١٥٥ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٦/٢٤٣ ، الرملى : نهاية المحتاج ٤/٤٦٣ ، حاشية البيجرمى ٣/١٠٠ ، البحر الزخار ٥/٧٧ ، التاج المذهب ٤/١٤٩ ، جواهر الكلام ٢٦/١٥٣ ، كتاب النيل ٩/٤٢٤ .

^(٥) المواق : التاج والإكليل ٥/١٠٤ ، الدردير : الشرح الكبير ٣/٣٣٥ ، الإنصاف ٥/٢٠٦ ، كشف القناع ٣/٣٧١ .

المدين فى هذا المثال إثراء سلبيا عن طريق انقضاء ما عليه من دين بالوفاء الصادر من الغير ، وبالتالي فإنه يلزم برد ما أثرى به للموفى .

ويتحقق عدم زيادة العناصر السلبية لذمة المثرى ، أو تفادى زيادتها فيما يقوله الإمام النظام من أن " حريقا وقع فى محلة رجل فهدم إنسان دار جاره حتى لا يحترق بيته فهو ضامن لقيمة بيت الجار " ^(١) ففى هذا النص تجد أن الهادم لبيت جاره قد أثرى بقدر ما تجنب من خسارة كانت محققة ، وهى إحراق بيته ، ومن ثم تفادى زيادة العناصر السلبية لذمته ^(٢) .

ثالثا : الإثراء المباشر :

يكون الإثراء مباشرا ، إذا تحقق بأن انتقلت قيمة الإثراء من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى دون توسط شخص أجنبى ، كأن يتم بفعل المفتقر أو بفعل المثرى أو قضاء وقدر ^(٣) . ويكون انتقال قيمة الإثراء بفعل المفتقر ، فيما يقوله الإمام الدسوقي : " لو ظن أن عليه دينا فدفعه لصاحبه ، ثم تبين أن لا دين عليه ، فإنه يسترده ممن أخذه منه " ^(٤) .

ومثال انتقال قيمة الإثراء إلى ذمة المثرى بفعله ، ما عبر عنه صاحب جامع الفصولين بقوله : " شرى بيتا وسكنه ، ثم ظهر أنه للصغير يجب أجر مثله " ^(٥) وما جاء فى الفتاوى البزازية ما نصه : " رجل استأجر نجارا يوما إلى الليل فأمره آخر أن يتخذ له دواة بدرهم فاتخذ ينقص من أجر النجار قدره ، إلا

(١) الفتاوى الهندية ١٥٢/٥ ، الفتاوى البزازية ١٧٣/٦ ، مجمع الضمانات ص ٤٥٢ .

(٢) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٣) د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٤٥٧ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٨ .

(٤) حاشية الدسوقي ٢٤٠/٣ ، شرح الخرشى ٢٤٤/٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٦ ، غمز عيون البصائر ٤٦١/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٧ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٢٣٢ .

(٥) ابن قاضى سماوه : جامع الفصولين ١٨٣/١ ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢٨٠/٥ حيث يقول : " لو غصب دجاجة ... فحضنت تحتها بيضا له من غيرها فالفراريج للغاصب ، والدجاجة لربها وله فيما حضنت كراء مثله " .

أن يجعله فى حل " (١) ويقول صاحب الروض النضير : " من استعان بمملوك لغيره ضمن ، ومن أكل طعاما لغيره ، أو ركب دابة غيره ضمن " (٢) .
ويلاحظ أن الإثراء فى هذه النصوص قد حصل بفعل المثرى وحده ، وبالتالي فإنه يلتزم برده إلى من أثرى على حسابه بدون سبب مشروع .

ومثال انتقال قيمة الإثراء إلى ذمة المثرى قضاء وقدر ، ما عبر عنه الإمام الرملى بقوله : " لو طيرت الريح ثوبا إلى مصبغة آخر ، فانصبغ فيها اشتركا فى المصبوغ " (٣) .
وما جاء فى التاج والإكليل : " لو سقط ثوب فى قدر صباغ فانصبغ الثوب ، قالوا : يكونان شريكين فيه ، هذا بقيمة ثوبه ، وهذا بقيمة صبغه " (٤) .

يتضح من هذه النصوص التى ساقها فقهاء المذاهب الإسلامية ، أن الإثراء قد انتقل فيها مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى دون تدخل شخص أجنبى ، فقد حدث الإثراء إما بفعل المفتقر أو بفعل المثرى نفسه أو بالقضاء والقدر ، وفى كل هذه الأحوال يلتزم المثرى برد قيمة ما أثرى به ، لأنه إثراء على حساب الغير ليس له سبب شرعى .

رابعا : الإثراء غير المباشر :

وهو عبارة عن انتقال قيمة الإثراء من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى بطريق غير مباشر أى بواسطة أجنبى عنها (٥) .

ومثال ذلك ما يفعله ربان السفينة عند إشرافها على الغرق من طرح بعض ما تحمله من بضائع إلى البحر لإنقاذ الباقي ، وفى ذلك يقول الإمام الدردير : " (

(١) الفتاوى البزازية ٧٣/٥ ، الفتاوى الخانية ٣٩٣/٣ ، الفتاوى الهندية ١٣٣/٥ وما بعدها وقد جاء فيها : " رجلان لكل واحد منهما مثلجة فأخذ أحدهما من مثلجة صاحبه ثلجا فوضعه فى مثلجة نفسه ، فإن كان صاحب المثلجة الأولى اتخذ موضعا ليتجمع فيه الثلج من غير أن يحتاج إلى أن يجمعه فيه كان ذلك لصاحب المثلجة الأولى ، وله أن يأخذه من مثلجة الآخذ إن لم يكن الآخذ خلطه بغيره ، فإن كان الآخذ خلطه بغيره كان للمأخوذ منه أن يأخذ قيمة المأخوذ " .

(٢) الروض النضير ٤٠١/٣ .

(٣) نهاية المحتاج ١٨٥/٥ ، حاشية الشبراملى ١٨٤/٥ ، المحلى ١٦٠/٨ ، مفتاح الكرامة ٢٧٨/٦ .

(٤) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢٨٧/٥ ، القواعد لابن رجب ص ١٦٣ وما بعدها ، المحلى ١٦٠/٨ ، مفتاح الكرامة ٢٧٨/٦ .

(٥) د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٥٩ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٩ .

وجاز إذا خيف) عليه (الغرق مابه) أى فعل ما فى طرحه منها (النجاة) من الغرق (غير آدمى) ... (وبدئ) فى الطرح (بما تَقَلُّ) كالحديد والرصاص وبدئ منه بما قل ثمنه كالحجر (أو عظم جرمة) وإن لم يتَقَلَّ كالتبن ، والكُتَان ، والقطن (ووزع) ما طرح (على مال التجارة فقط) ... (أولاً بقيمته) أى بقيمة المطروح متعلق بوزع (يوم التلف) متعلق بقيمته ، فيقال ما قيمة المطروح يوم طرحه ، فإذا قيل مائة ، وما قيمة ما لم يطرح فإذا قيل مائتان ، فصار قيمة الجميع ثلاثمائة فقد ضاع ثلث المال ، فيرجع على من لم يطرح ماله بثلاث قيمته ، ولو قيل بعكس ما تقدم رجع على من لم يطرح ماله بالثلثين ، ولو كان اثنان لأحدهما مايساوى ثلاثمائة وللثانى ما يساوى ستمائة ، وطرح من الأول ما يساوى مائة ، ومن الثانى ما يساوى مائتين ، فلا رجوع لأحدهما على الآخر ؛ لأن ما طرح ثلث الجميع وعلى كل ثلث ما بيده وقد حصل " (١) .

ويتضح من هذا النص أنه يصور الإثراء غير المباشر تصويراً دقيقاً حيث أفاد من لم تطوح أمتعتهم من طرح الربان لأمتعة الآخرين ، فلزم مشاركة أهل الأمتعة المطروحة ؛ لأن طرح البضاعة الزائدة ، قد أدى إلى نجاة السفينة وما فيها من البضائع والنفوس ، ولما كان الطرح للبضائع المطروحة سبباً فى نجاة النفوس والأموال ، فإن العدالة تقتضى ألا يتحمل أهل المطروح وحدهم الخسارة ، لأن ذلك يؤدى إلى إثراء أصحاب البضائع الناجية على حساب أصحاب البضائع المطروحة بلا سبب مشروع ، والإثراء فى هذا النص غير مباشر ، لأنه تم نتيجة فعل الربان ، وهو أجنبى عن المثرى والمفتقر (٢) .

الصورة الثانية : الإثراء المعنوى :

الإثراء المعنوى هو كل منفعة معنوية لها قيمة مالية يحصل عليها المثرى (٣) كما هو الحال فى الإجارة على تعلم صنعة ، أو علاج مريض من مرض ما ، فمثال

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢٩٠/٢ وما بعدها ، وفى هذا المعنى تهذيب الفروق ٢٤/٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٨٥ هذا : وقد قيد أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والحنابلة هذا الأمر بضرورة اتفاق من فى السفينة على إلقاء البضائع حتى يكون لكل منهم أن يرجع على الآخر ، يراجع فى ذلك الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٣ وما بعدها ، مجمع الضمانات ص ٤٥٦ ، كشف القناع ٣/٣٨٢ .

(٢) فى هذا المعنى د/ صلاح الدين الناهى : محاضرات عن الكسب دون سبب وموقف الشريعة الإسلامية منه ص ٣٢ وما بعدها .

(٣) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٢٩ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٥١ .

الإجارة على تعليم صنعة ما جاء فى الشرح الكبير : " (وجاز) لمن له رقيق أو ولد (تعليمه) أى دفعه لمن يعلمه صنعة معينة (يعمله سنة) مثلاً للمعلم ... وابتداء السنة (من) يوم (أخذه) لا من يوم العقد عند الإطلاق فإن عينا زمننا لابتداء السنة عمل به" (١) ويقول الإمام الدسوقي تعليقا على ذلك : " فإن مات المتعلم نصف السنة وزع قيمة عمله على قيمة التعليم من صعوبة وسهولة ، وينظر ما ينوب قيمة تعليمه إلى موته من قيمة العمل ، فإن حصل للمعلم من قيمة العمل قدر قيمة تعليمه فلا كلام له ، وإن زاد له شئ بأن كان قيمة تعليمه أكثر من قيمة عمله قبل موته رجع به ، فإذا كان قيمة عمله فى السنة يساوى اثنى عشر ومات فى نصفها ، والحال أن تعليمه فى النصف الأول يساوى ثمانية ، لصعوبة تعليمه فى الابتداء ، وعمله فى النصف الأول قبل موته يساوى درهمين لكونه لم يتعلم بخلاف عمله فى النصف الثانى ، فإنه يساوى عشرة لمقاربتة للتعليم فللمعلم جهة العبد ثمانية ، أجره تعليمه قبل موته ، وللعبد عند المعلم درهمان أجره عمله قبل موته فيتحصان فى درهمين ، ويرجع المعلم بستة فيكون المعلم قد استوفى ثمانية ، هى ثلثا أجره التعليم " (٢) .

ويتضح من هذا النص أن الفقه الإسلامى حريص على عدم إثراء أحد على حساب غيره بلا سبب مشروع ، ولو كان هذا الإثراء معنويا ، كما هو الحال فى تعليم الصنعة ، وبالتالي فقد أجاز الفقه الإسلامى لكل من المعلم والمتعلم إذا كان التعليم بأجرة ومات المتعلم أن يرجع كل منهما على الآخر ، متى كان هناك استفادة مادية أو معنوية ليس لها مقابل من الطرف الآخر .

(١) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٠/٤ .

(٢) الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ١٠/٤ ، وبدر المنتقى شرح المنتقى ٣٨٤/٢ وقد جاء فيه : " وجازت أى الإجارة على أمر مباح كتعليم كتابة ، ونجوم وطب وتعبير اتفاقا " وذلك لأن التلميذ والمريض يثران على حساب المعلم والطبيب إثراء معنويا يمكن تقديره بالمال ، وبالتالي يجب على المثرى أن يرد قيمة هذا الإثراء لأنه بلا سبب مشروع " ، ويراجع فى هذا المعنى نهاية المحتاج ٢٩٢/٥ وما بعدها ، ص ٢٩٧ ، الشبراملى : حاشيته ٢٩٢/٥ وما بعدها ، الروض المربع بهامش حاشية النجدي ٣٢٠/٥ وما بعدها ، حاشية النجدي نفس الموضع ، المحلى ١٩٣/٨ ، ١٩٦ ، التاج المذهب ٧٠/٣ ، مفتاح الكرامة ١٩٢/٧ ، ١٩٥ .

العنصر الثاني (الافتقار) :

والافتقار عبارة عن كل خسارة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال تلحق المفقر^(١) وهو عنصر هام وجوهري يجب توافره حتى يلتزم المثرى بتعويض المفقر عن افتقاره ؛ لأنه إذا لم يتوافر عنصر الافتقار ، فإن المثرى لا يلزم برد قيمة الإثراء حتى لو تحقق إثراؤه بالفعل ويؤكد ذلك ما جاء بالمادة (٩٠٤) من مجلة الأحكام العدلية ، حيث تنص على أنه : " عسل النحل التي اتخذت في روضة أحد مأوى هو لصاحب الروضة " (٢) .

ويقول الأستاذ/ سليم رستم في شرح مجلة الأحكام العدلية في تعليل هذا الحكم : " إن صاحب الروضة يمتلك العسل مطلقا ، وإن لم يعد الروضة لذلك لأن العسل صار من أنزالها أي من ريعها " (٣) .

ويتضح من ذلك أن صاحب الروضة قد تحقق إثراؤه بتملكه العسل ، وبالرغم من ذلك لم يلزم برد ما يقابل ذلك الإثراء لعدم تحقق عنصر الافتقار من جهة ، ولتوافر السبب الشرعي لاكتساب العسل من جهة أخرى لإباحته (٤) .

صور الافتقار :

الافتقار يأتي في الفقه على عدة صور أو عدة حالات :

الحالة الأولى : الافتقار المادي . الحالة الثانية : الافتقار المعنوي .

والافتقار المادي : هو الذي تكون الخسارة فيه مادية أو مالية ، ولهذا الافتقار المادي عدة

أنواع هي : أولا : الافتقار الإيجابي . ثانيا : الافتقار السلبي .

ثالثا : الافتقار المباشر . رابعا : الافتقار غير المباشر . (٥)

(١) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٠ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٨٧ .

(٢) على حيدر : درر الحكام - الكتاب الثامن ص ٥٠٤ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٣) د/ سليم رستم باز : شرح المجلة ج ١ ص ٥٠٠ ، د/ محمد الفقى المرجع والموضع السابقين ،

د/ صلاح الدين الناهي : محاضراته في القانون المدني العراقي ، وتناوله لموقف الشريعة

الإسلامية من الإثراء بلا سبب ص ٢٥ وما بعدها .

(٤) درر الحكام : شرح مجلة الأحكام - الكتاب الثامن ص ٥٠٥ ، سليم رستم باز : شرح المجلة ج ١ ص ٥٠٠

(٥) راجع في هذا التقسيم د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٨٩ إلى ص ٤٩٦ ، د/ محمد الفقى :

المرجع السابق ص ٢٣٢ .

وأتناول كل نوع من هذه الأنواع بشئ من التفصيل :

أولا : الافتقار الإيجابي :

يتحقق الافتقار الإيجابي بنقص العناصر الإيجابية لزمة المفتقر ^(١) .

ويدل على ذلك قول ابن عابدين : " دفع للقاضي أو لغيره سحتا ، لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه " ^(٢) .

وقول الإمام الخرشي : " من ظن أن عليه ديناً ، فدفعه لصاحبه ، ثم تبين أن لا دين عليه فإنه يسترده ممن أخذه " ^(٣) .

وقول الإمام السيوطي : " فلو أنفق على البائن طائفا حملها فبانت حائلا : استرد أى ما أنفقه " ^(٤) .

وقول ابن قدامة : " فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها إلى أربابها ، لأنه أخذها بغير حق " ^(٥) .

ويتبين من هذه النصوص الفقهية أن الدافع أو المنفق أو المهدى ، قد نقصت عناصر ذمتهم المالية الإيجابية ، وبالتالي تحقق افتقارهم الإيجابي :

ثانيا : الافتقار السلبي :

ويتحقق الافتقار السلبي بعدم زيادة العناصر الإيجابية لزمة المفتقر ^(٦) .

ويكون ذلك في حالة قيام المفتر بعمل دون أن يعرض عنه في الأحوال التي يستحق فيها التعويض عن هذا العمل ، بأن كان معروفا أنه يقوم بذلك العمل مقابل أجر معلوم ^(٧) وقد

^(١) د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٩٥ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٢ .

^(٢) حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٥ ط دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ، مجمع الضمانات ص ٤٥٨ ، نهاية المحتاج ٢٥٦/٨ ط ٢ بدار إحياء التراث العربى بيروت ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .

^(٣) شرح الخرشي ٢٤٤/٥ ، الدسوقي : حاشيته ٢٤٠/٣ ، مجمع الضمانات ص ٤٥٤ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٨٦ ، الحموى : غمز عيون البصائر ٤٦١/١ ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ١٥٧ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامى ص ٢٣٢ ..

^(٤) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ١٥٧ .

^(٥) المغنى مع الشرح الكبير ١٧٥/١١ .

^(٦) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٩٦ .

^(٧) على حيدر : درر الحكام - الكتاب الثالث ص ٥٥٣ ط دار الكتب العلمية بيروت .

نصت على ذلك المادة (٥٦٣) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " لو خدم أحدا بناء على طلبه من دون مقابلة على أجره ، فله أجر المثل إن كان ممن يخدم بالأجرة ، وإلا فلا " ^(١) ، بناءً على ذلك ، فإن من يرصد نفسه لعمل أو حرفه ، إذا لم يستحق الأجرة لفساد العقد لأى سبب كجهالة الأجرة أو عدم معلوميتها أن يعرض عنها بأجر المثل ، حتى لا يضيع عليه مجهوده ، ولا يخسر كسبه عما بذله من عمل ^(٢) وجاء فى درر الحكام ما نصه : " إذا أعطى أحد متاعا لدلال لبيعه من دون أن يقاوله على أجر ، وباع الدلال ذلك المتاع ، لزم صاحب المتاع أجر المثل ، لأن المعروف أن الدلال يبيع بالأجرة ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا " ^(٣) .

فلما كان الدلال يقوم بالعمل مقابل أجره ، يتقاضاها من صاحب العمل ، وقد جرى العرف على ذلك ، ألزم صاحب المتاع أن يدفع له أجر مثله ، رغم عدم اتفاقهما على أجر معين ، ولم يفترض أنه قام بذلك العمل على سبيل التبرع ؛ لأن العرف قد جرى على أن من تتوافر فيه صفة الدلالة ، يقوم بالعمل لقاء أجر ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا . وحرصا من الفقه الإسلامى على عدم ضياع المجهود على من بذله ، لم يشترط فى بعض الأحيان حتى يتحقق الافتقار السلبي أن يكون من يقوم بالعمل قد نصب نفسه لهذا العمل ، أو أن العرف وعادة الناس قد جريا على ذلك ، إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، ومن ذلك ما جاء فى الفتاوى الخانية من أنه : " إذا حفر الرجل قبرا فى موضع يباح له الحفر فى غير ملكه ، فدفن غيره ، لا ينبش القبر ، ولكن يضمن قيمة حفره ، ليكون جمعا بين الحقين ومراعاة لهما " ^(٤) .

(١) سليم رستم باز : شرح المجلة المجلد الأول ص ٣٠٣ ، أ/ محمد قدرى باشا : مرشدة الحيران ص ١٥٤ مادة (٦٠٨) ، درر الحكام - الكتاب الثالث ص ٥٥٣ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٥٣ وما بعدها ، جامع الفصولين ٢/٢٢٢ ، درر الحكام - الكتاب الثالث ص ٤٤٠ .

(٣) درر الحكام - الكتاب الثالث - ص ٥٥٣ ، سليم رستم باز : شرح المجلة - المجلد الأول ص ٣٠٣ .

(٤) الفتاوى الخانية ٣/٣١٤ ، مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

ومن ذلك أيضا ما جاء فى القوانين الفقهية ، من أنه : من عمل لأحد عملا بغير أمره أو أوصل نفعاً من مال أو غيره لزمه ، دفع أجرته أو ما نابه إذا كان من الأعمال التى لا بد له من الاستئجار عليها ، أو من المال الذى لا بد له من إنفاقه ^(١) ومن ذلك أيضا ما جاء فى القواعد فى الفقه الإسلامى : " من يستحق العوض عن عمل بغير شرط ، وهو نوعان ، أحدهما : أن يعمل العمل ودلالة الحال تقتضى المطالبة بالعوض ، والثانى : أن يعمل عملا فيه قيام بمصالح المسلمين العامة ، أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة ، أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح ، والمكارى ، والحجام ، والقصار ، والخياط ، والدلال ونحوهم ، ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل ، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسم له شئ نص عليه " ^(٢) .

ويتضح من هذه النصوص الفقهية أن من يقوم بهذه الأعمال يفتقر افتقارا سلبيا ؛ لأنه بذل مجهودا ، ولم تزد العناصر الإيجابية لزمته ، لذلك أقر له الفقه الإسلامى أن يعوض ، عما بذله من مجهود أدى إلى افتقاره افتقارا سلبيا .

ثالثا ، رابعا : الافتقار المباشر وغير مباشر :

لما كان الافتقار المباشر ، وغير المباشر يتفقان مع الإثراء المباشر وغير المباشر فى التعريف والأمثلة ، فإنه يجب الإحالة عليهما تجنباً للتكرار ^(٣) .

(١) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ط دار الفكر بيروت .

(٢) ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ١٤١ قاعدة رقم (٧٤) ط ٢ بدار الجيل بيروت ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، البهوتى : الروض المربع بهامش حاشية النجدى ج ٥ ص ٤٩٩ ، النجدى : حاشية الروض المربع ٤٩٩/٥ .

وراجع فى ذلك أيضا : التاج المذهب ٧٢/٣ وقد جاء فيه : " إذا أعطى شخص ثوبا لخياط ليخيطه قميصا ، أو لصباغ ليصبغه أسود ، ولم يعقد عقد إجارة ، فإنه يصح ويكون له أجر المثل ، ومثل ذلك ما إذا حمل شخص لآخر متاعا إلى مكان بدون عقد ، فإن للحمال أجره المثل وكذا لو قال لغيره أعمل لدى فسكت العامل ، وعمل ما أمره ، أو قال : لا أعمل إلا بكذا فسكت المالك وأعطاه الشئ الذى يعمل به ، فإن ذلك يجوز ويستحق أجره المثل إن عمل " ، وراجع ابن أطفيش : شرح النيل ج ١١ ص ١١ .

(٣) راجع ص ٢٩٠ ، ص ٢٩١ ، ص ٢٩٢ من هذا البحث .

الحالة الثانية : الافتقار المعنوى :

ويمكن تعريف الافتقار المعنوى بأنه ، عبارة عن الخسارة ، التى يمكن تقويمها بالمال ^(١) ويتضح ذلك فيما جاء فى أعلام الموقعين ، من أنه : " ومما ظن أنه على خلاف القياس ، ما حكم به الحلفاء الراشدون فى امرأة المفقود ، فإنه قد ثبت عن عمر بن الخطاب أنه أجل امرأته أربع سنين ، وأمرها أن تتزوج ، فقدم المفقود بعد ذلك ، فخيره عمر بين امرأته ، وبين مهرها ، فذهب الإمام أحمد إلى ذلك " ^(٢) .

هذا : وقد علل الإمام ابن القيم حكم عمر رضى الله عنه بأنه من التصرفات الموقوفة على إجازة من يملك الإجازة ، ولست بصدد مناقشة هذا التعليل ، ولكنى أعرض مسالتين أشار إليهما ابن القيم ، يمكن أن أو لاحظ كما لاحظ من سبقنى ^(٣) من خلالهما الخسارة أو الافتقار المعنوى ، الذى أصاب الزوج الأول وكيف يعوض عنه ؟ .

المسألة الأولى : كيف جاز للزوج الأول الرجوع بالمهر ؟

المسألة الثانية : على من يرجع الزوج الأول بالمهر ؟

^(١) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٤ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٩١ .
^(٢) البهوتى : الروض المربع ج ٢ ص ٤٤٩ طبعة معهد الرياض العلمى ، الناشر مكتبة التراث بالقاهرة ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ١٣٩/٩ ومابعداها ، النجدى : حاشية الروض المربع ٦٨/٧ ومابعداها وهو مذهب إليه الإباضية ، والإمامية - راجع كتاب النيل ٥٣/٧ ومابعداها وقد جاء فيه : " وإن قدم أى المفقود ، وقد تزوجت خير فيها وفى أقل الصداقين " ، الطوسى : المبسوط ج ٥ ص ٢٧٩ ومابعداها .

وذهب الحنفية ، الشافعية والظاهرية والزيدية : إلى أنه لا يفرق بين المفقود وبين امرأته حتى يأتىها بيان موته ، يراجع فى ذلك شرح فتح القدير ٣٧٢/٥ ، البحر الرائق ١٧٨/٥ ، تبیین الحقائق ٣/٣١١ ، نهاية المحتاج ١٤٨/٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٩٧ ، المحلى ١٣٣/١٠ ، الحبنى : الروض النضير ١٧٢/٤ ومابعداها .

وذهب المالكية إلى القول بأن امرأة المفقود نفوت عليه بتلذذ الثانى بها غير عالم بمجيئه أو حياته أو برجوعه ، وهى ما زالت معتدة من وفاته ، فإن تلذذ بها الثانى عالما بواحد من هذه الأمور كانت للمفقود ، يراجع فى ذلك : الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٥٠٦/١ ، جواهر الإكليل ٣٩٠/١ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ١٥١/٤ .

^(٣) د/ صلاح الدين الناهى : المرجع السابق ص ٤١ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٩٢

^٤ د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٥ .

فأما المسألة الأولى : فقد فسرها ابن القيم بما ذهب إليه من أن البضع عند الأكثرين متقوم ^(١) وبالتالي إذا فات الزوج الأول ، فقد فات عليه مال متقوم فافتقر بذلك .
وأما المسألة الثانية : فقد أجاب عنها ابن القيم أيضا بأن الفقهاء قد اختلفوا فى تحديد المثرى الذى يجب عليه رد المهر ، هل الزوجة أم الزوج الثانى ؟ وفى مقدار ما يرجع به الزوج الأول ؟ ^(٢) .

وفى ذلك يقول الإمام ابن القيم : " ولكن تنازعوا فى المهر الذى يرجع به : هل هو ما أعطاه هو ، أو ما أعطاه الثانى ، وفيه روايتان عن أحمد ، أحدهما : بما مهرها الثانى ؛ لأنها هى التى أخذته ، والصواب : أنه إنما يرجع بما مهرها هو ؛ فإنه الذى يستحقه ، وأما المهر الذى أصدقها الثانى ، فلا حق له فيه ، وإذا ضمن الثانى للأول المهر فهل يرجع به عليها ؟ فيه روايتان عن أحمد ، أحدهما : يرجع ؛ لأنها هى التى أخذته ، والثانى قد أعطاه المهر الذى عليه ، فلا يضمن مهرين ، بخلاف المرأة ، فإنها لما اختارت فراق الزوج الأول ونكاح الثانى فعليها أن ترد المهر ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ، والثانية : لا يرجع لأن المرأة تستحق المهر بما استحل من فرجها ، والأول يستحق المهر بخروج البضع عن ملكه ، فكان على الثانى " ^(٣) .

هذا : ويتفق الباحث مع ابن القيم ، فيما ذهب إليه من أن الزوج الأول يرجع على زوجته بما مهرها هو ، لا بما مهرها الثانى ، إن اختار الرجوع عليها بالمهر ؛ لأنه هو الذى افتقر به حقيقة ، وأنه إذا أدى الزوج الثانى المهر للزوج الأول ، كان له الحق أن يرجع بما أداه على الزوجة ؛ لأنها هى التى تحقق لها الإثراء بالفعل ، والخلاصة من كل ذلك أن الزوج الأول قد افتقر من جراء فراق زوجته له افتقارا معنويا له قيمة مالية ، وبالتالي يكون له أن يرجع بقيمة هذا الافتقار على من أثرى على حسابه بغير سبب مشروع .

(١) الإمام ابن القيم : إعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٦ .

(٢) د/ صلاح الدين الناهى : المرجع السابق ص ٤١ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٦ ، د/ عايش رجب : المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٣) ابن القيم : المرجع السابق ج ٢ ص ٣٧ ط ١ ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥ م دار الفكر بيروت تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد .

العنصر الثالث : الصلة بين الإثراء والافتقار :

ينبغي حتى يكون للمفتقر الحق فى أن يرجع على المثرى بقيمة الإثراء الذى تحقق على حسابه بغير سبب مشروع ، بالإضافة إلى توافر الافتقار لزمة والإثراء لزمة أخرى ، أن تكون هناك صلة بين الإثراء والافتقار ، وتحقق تلك الصلة ، إذا نشأ كل منهما عن واقعة واحدة ، ويتضح ذلك مما جاء فى مجمع الضمانات (لو أدى دين غيره بأمره يرجع على الأمر) ^(١) .

وما جاء فى تهذيب الفروق : " من أوصل لغيره نفعا من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره ولم يكن متبرعا فله أخذه ممن دفعه عنه ، إذا كان ذلك مما يجب على المدفوع عنه " ^(٢) .

فإثراء المدين المدفوع عنه بانقضاء ما عليه من دين ، وافتقار الدافع للدين قد نتجا عن واقعة واحدة ، وهى واقعة الوفاء بالدين ، ويوضح ذلك أيضا ما جاء فى مجمع الضمانات : " لو وقع الحريق فى محله ، فهدم الجار بيت جاره حتى لا يحترق بيته ، يضمن قيمة بيت الجار " ^(٣) فإنثراء الهادم بنجاة بيته من الحريق ، وافتقار الجار بهدم بيته قد نتج كل منهما عن واقعة واحدة وهى واقعة الهدم ^(٤) .

ولكن إذا تعددت الوقائع أو الأسباب التى أدت إلى تحقق الإثراء والافتقار فإن الفقه الإسلامى يقضى بإضافة الحكم إلى أقرب الأسباب من حيث الزمان والمكان تطبيقا لقاعدة الأصل " إضافة الحكم إلى أقرب أسبابه " ، ويكون بذلك أقرب الأسباب الذى يضاف إليه الحكم هو السبب المنتج ، ومما يؤكد ذلك ما جاء فى حاشية ابن عابدين : " أوقد نارا فى أرض بلا إذن المالك ضمن ما أحرقت فى مكان أوقدت فيه لا ما أحرقت فى مكان آخر تعدت إليه ، وفرق بين الماء والنار ، فإنه لو أسال الماء إلى ملكه فسال إلى أرض غيره ، وأتلف شيئا ، ثمة ضمن بخلاف النار إذا طبع النار الخمود ، والتعدى يكون بفعل الريح ،

(١) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٥١ ، البيجرمى : حاشيته المسماة بتحفة الحبيب على الخطيب جـ

٣ ص ١٠٠ الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠هـ سنة ١٩٨١م بمطبعة الحلبي ، التاج المذهب ١٤٩/٤ .

(٢) ابن الحسين المكي المالكي : تهذيب الفروق ٢١٩/٣ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ١٤٣ ، البهوتى : كشف القناع ٣٧٢/٣ ، إعلام الموقعين ٧/٣ ومابعدها .

(٣) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٥٢ .

(٤) السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٥٩ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٣٩ .

ونحوه ، فلم يضاف إلى فعل الموقد فلم يضمن ، ومن طبع الماء السيلان ،
فالإتلاف يضاف إلى فعله " (١)

وكما هو واضح من هذا النص ، أنه إذا تعددت الأسباب التي أدت إلى وقوع الحكم ، فإن
الحكم يضاف إلى أقرب أسبابه وهو السبب المنتج له ، ومما يؤكد ذلك أيضا ، ما جاء في
الأشباه والنظائر للسيوطي : " قاعدة الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن ، ومن
فروعها : ١- ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيا ، وبقي زمنا بلا ألم ثم مات ، فلا
ضمان ؛ لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر ٢- ابتاع عبدا ثم ظهر أنه كان مريضا ومات
، فلا رجوع في الأصح ؛ لأن المرض يزداد فيحصل الموت بالزائد ولا يتحقق إضافته
إلى السابق " (٢) ،

وما جاء في القواعد في الفقه الإسلامي " لو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عسر
جوفها فخرج الجنين ميتا ، فهل تضمنه العاصرة ، على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو
الخطاب في خلافهما ، أحدهما : تضمنه لأنه إنما مات بجناية العصر " (٣) .

ويتضح أيضا من هذا النص أنه إذا تعددت الأسباب التي أدت إلى قيام الحكم ، فإنه
يضاف إلى أقرب الأسباب له وهو ما يسمى بالسبب المنتج ، وبناء على ذلك فإنه يلزم
حتى يرجع المفتقر على المثري ، بما أثرى على حسابه بدون سبب مشروع ، بالإضافة
إلى توافر الإثراء والافتقار أن تتوافر الصلة بينهما بمعنى أن تكون الواقعة التي ترتب
عليها كل منهما واحدة ، وإذا كانت الوقائع أو الأسباب متعددة ، وجب أن يترتب كل
منهما على أقرب الوقائع بالنسبة لهما .

ثانيا : الشرط المادي للإثراء بلا سبب في القانون المدني :

يلزم لتوافر الشرط المادي للإثراء بلا سبب على حساب الغير أن يوجد ثلاثة عناصر هي ،
إثراء المدعى عليه ، وافتقار المدعى ، والصلة بينهما .

(١) ابن عابدين : حاشيته ٣٧٥/٦ ، جامع الفصولين ١٢٣/٢ ومابعدهما ، المواق : التاج والإكليل ٢٧٨/٥ حيث
يقول : " يجب الضمان على من حفر بئرا في محل عدوان فتردت فيه بهيمة أو إنسان ، فإن راداه غيره
فعلى المردى تقديمه للمباشر على المتسبب " .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٥٩ ، وفي هذا المعنى أيضا نهاية المحتاج ١٥٢/٥ ومابعدهما ، مغنى
المحتاج ٢٧٨/٢ ، الشبراملى : حاشيته على نهاية المحتاج ١٥٣/٥ ومابعدهما .

(٣) ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ص ٩٥ وما بعدها .

وسأبين هذه العناصر بشئ من التفصيل :

العنصر الأول : تحقق إثراء المدعى عليه (المدين) .

لرجوع المفتقر بدعوى الإثراء على الغير ، الذى أثرى على حسابه بغير سبب ، يلزم أن يتحقق إثراء هذا الغير ، والإثراء هو : كل منفعة مادية أو معنوية لها قيمة مالية يحصل عليها المثرى ، فحصول المدعى عليه (المثرى) على هذه المنفعة على حساب غيره بدون سبب يعنى أنه قد أثرى ، ومن ثم يلتزم برد ما أثرى به ، ويكون هذا الإثراء هو مصدر التزامه ، فيلزم أن يتحقق حتى يقوم هذا الالتزام ، فإذا لم يتحقق الإثراء ، فإنه لا ينشأ التزام بالرد ، حتى ولو تحقق افتقار فى الجانب الآخر ، وذلك كما لو وفى شخص ديناً عن شخص آخر ، وكان هذا الدين قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء ، فإنه يكون قد حدث افتقار للموفى بقيمة الدين الذى وفاه ، ولكن لم يحدث إثراء للموفى عنه ؛ لأنه لم يكن ملتزماً بشئ ولذلك لا يستطيع الموفى أن يرجع عليه بشئ ، وإن كان يجوز له أن يرجع على الشخص الذى وفى له الدين متى توافرت شروط دفع غير المستحق ^(١) .

صور الإثراء وأنواعه :

الأصل فى الإثراء الذى يجب تحققه ، ويكون للمفتقر الحق فى المطالبة به أن يكون مادياً ، وإن جاز أن يكون معنوياً .

وهذا الإثراء المادى قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ، كما قد يكون مباشراً أو غير مباشر

أ- الإثراء المادى :

وهو كل زيادة مادية فى الجانب الإيجابى ، أو كل نقص فى الجانب السلبى للذمة المالية ، مثال الزيادة المادية فى الجانب الإيجابى ، قيام شخص بإصلاحات وترميمات فى منزل

(١) يراجع فى هذا المعنى د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٠٧ ، د/ جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٠ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٦٠ ، د/ جميل الشرقاوى ص ٥٨٤ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ عبد الحميد عثمان محمد : المفيد فى شرح القانون المدنى ج ٢ مصادر الالتزام ص ٦٤٩ الناشر دار النهضة العربية ١٤١٨هـ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠٤ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٣ ومابعدهما ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٦ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٣٠ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٤ ، د/ أحمد شوقى : المرجع السابق ص ٢٧٤ .

مملوك للمثري ، ومثال النقص في الجانب السلبي للذمة المالية للمثري ، قيام شخص بالوفاء بدين واجب عليه ، فقد حصل الموفى عنه على إثراء مادي سلبي رغم أنه لم يحصل على قيمة مالية جديدة (١) .

صور الإثراء المادي :

الإثراء المادي قد يكون إيجابيا ، وقد يكون سلبيا ، كما قد يكون مباشر ، وقد يكون غير مباشر ، وسأتعرض لكل صورة من هذه الصور بشئ من التفصيل :

(١) الإثراء الإيجابي :

وهو كل زيادة في الجانب الإيجابي لذمة المثري ، ويتحقق هذا الإثراء بأن يتكسب المثري حقا عينيا أو شخصا أو أن يزيد فيما يملك من ذلك ، ومن الأمثلة على ذلك ، قيام الحائز لعقار مرهون ببناء في هذا العقار ، فإنه يترتب على ذلك إثراء للدائن المرتهن ؛ لأن ضمانه يزيد بسبب هذا البناء ، وأيضا إذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انتهاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ، فإنه يترتب على إجراء هذه التحسينات إثراء لمالك العين المؤجرة وزيادة في الجانب الإيجابي لذمته ، وكذلك إذا قام الراسي عليه المزداد بإجراء تحسينات في العين التي رسي مزادها عليه ثم نزعته من يده ، كان في هذا إثراء وزيادة في الجانب الإيجابي لذمة من ستؤول إليه تلك العين ، ولا يقتصر تحقق الإثراء الإيجابي على زيادة الجانب الإيجابي لذمة المثري المالية فحسب ، ولكن يتحقق الإثراء الإيجابي نتيجة لمنفعة يجنيها أو عمل يستثمره ، فمثال المنفعة التي يحصل عليها المثري بقاء المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة ، بعد انتهاء عقد الإيجار ، ومثال العمل الذي يستثمره المثري لمصلحته تصميم قام به مهندس أو لحن ألفه موسيقى فينتفع به المثري دون عقد (٢) .

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٥٨٠ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٤ وما بعدها ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٠ وما بعدها ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٦ .

(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٥٧٢ وما بعدها ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٢٩ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص =

٢- الإثراء السلبي :

ويتحقق هذا الإثراء بتجنيب الشخص شخصاً آخر نفقات كان يجب عليه إنفاقها أو خسارة كانت لا محالة لاحقة به ، فمثال تجنيب المثرى لنفقات كانت واجبة عليه ، أن يقوم شخص بالوفاء بالدين الواجب على غيره ، فهنا يعتبر المثرى قد أثرى إثراءً سلبياً ؛ لأنه وإن لم يحصل على قيمة جديدة ، يمكن أن تضاف إلى ذمته المالية ، فإنه قد برأت ذمته من الدين الموفى به عنه ، أو أن يورد التاجر لزوجة شخص ما تحتاج إليه من مؤن ، فالزوج يثرى بمقدار ما ورده التاجر لزوجته ؛ لأن نفقتها واجبة عليه ، ومثال تجنيب المثرى لخسارة كانت ستلحق به حتماً أن يتلف الجار متاعاً مملوكاً له حتى يطفئ حريقاً شب في منزل جاره ، فالجار في هذا المثال قد أثرى إثراءً سلبياً على حساب من أطفأ الحريق ؛ لأنه جنبه خسارة كانت لا محالة لاحقة به ، وأيضاً ربان السفينة الذي يلقي ببعض ما تحمله السفينة حتى ينقذها من غرق محقق ، ففي هذا المثال قد أثرى صاحب السفينة من خسارة كانت محققة ، وهي غرق السفينة ^(١) .

٣- الإثراء المباشر :

يكون الإثراء مباشراً إذا انتقلت قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى دون تدخل شخص آخر سواء أتم ذلك بفعل المفتقر أم بفعل المثرى نفسه ، فمثال الانتقال بفعل المفتقر أن يدفع شخص ديناً على غيره أو أن يصلح شخص تلفاً أصاب مال جاره ، أو يقوم مستأجر بترميمات واجبة على المؤجر ، ومثال انتقال الإثراء إلى المثرى مباشرة بفعله هو أن يبني شخص على أرضه بأدوات مملوكة لغيره ، أو أن يستولى شخص على مال غيره دون وجه حق ، أو أن يستهلك المياه أو الكهرباء المملوكة لغيره ، ويكون

٣٠٧ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٣١ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع

السابق ص ٣١٩ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٤ ومابعداها ، د/ السيد عيد نايل

: المرجع السابق ص ٢٦٧ ومابعداها ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٢٨ .

(١) الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ ، د/ عبد الحى حجازى ص ٥٦١ ، د/ السنهورى : المرجع

السابق ص ١٥٧٥ ومابعداها ، د/ السيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٨ ، د/ أحمد شوقى عبد

الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٣٩ .

الإثراء مباشرا أيضا ، إذا كان انتقله إلى المثرى قد تم بقوة قاهرة أو بفعل الطبيعة ، كما هو الحال فى طرح البحر ؛ حيث ينقل جزءاً من الأرض من مالكةا إلى مالك آخر مجاور أو مقابل للأول ^(١) .

٤- الإثراء غير المباشر :

ويكون الإثراء غير مباشر ، إذا انتقلت قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى عن طريق تدخل شخص أجنبى عنهما ، وقد يكون تدخل الشخص الأجنبى بنقل الإثراء من المفتقر إلى المثرى ، بواسطة التصرف القانونى ، كما هو الحال إذا اشترى شخص سيارة من آخر ، ثم دفعها إلى ميكانيكى لإصلاحها وبعد ذلك يفسخ عقد البيع ، فيكون للميكانيكى وهو المفتقر أن يرجع بمصروفات الإصلاح على البائع ، وهو المثرى ، ويكون المشتري هنا هو الأجنبى الذى تدخل لنقل الإثراء من المفتقر إلى المثرى ، والتصرف القانونى ، هو عقد المقاوله الذى أبرمه المشتري مع الميكانيكى لإصلاح السيارة ، وغنى عن البيان أن الميكانيكى يستطيع فى هذا المثال أن يرجع على المشتري الذى تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد الذى تم بينهما ^(٢) .

بيد أنه يلاحظ إذا كان التصرف القانونى الذى تدخل به الأجنبى وأحدث به ذلك الإثراء غير المباشر هو الذى يخول المثرى حقا فى هذا الإثراء ، فإن الإثراء لا يكون من غير سبب بل يكون له سبب مشروع ، ولا تنطبق عليه قاعدة الإثراء على حساب الغير ، ومثال ذلك أن يكون عقد الإجارة يلزم المستأجر بإجراء ترميمات معينة فى العين المؤجرة أو يرخص له بإقامة منشآت معينة بها ، على أن تصبح هذه المنشآت ملك المؤجر عند انتهاء عقد الإجارة ، فيتعاقد المستأجر

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٥ ، ٧٦ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٧٧ ، د/ السيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٨ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٢٨ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٥ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٣٩ .

(٢) د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٥ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٢ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٧٨ .

على إجراء هذه الترميمات ، أو على إقامة هذه المنشآت المذكورة مع مقاول ، ثم ينتهى عقد الإجارة أو يفسخ دون أن يدفع المستأجر للمقاول استحقاقاته فلا يكون للمقاول فى هذه الحالة مطالبة المالك بدعوى الإثراء بلا سبب ؛ لأن إثراء المالك بقيمة الترميمات أو المنشآت له سبب مشروع هو عقد الإيجار الذى يخوله الحق فى الترميمات أو فى ملكية المنشآت المذكورة ^(١) كما قد يكون تدخل الشخص الأجنبى لنقل الإثراء من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى عن طريق العمل المادى ، وذلك كأن يبنى مقاول منزلا بأدوات مملوكة لشخص آخر أو أن تقوم فرقة الإطفاء بإتلاف مال مملوك لشخص فى سبيل إطفاء حريق مشتعل فى منزل شخص آخر ، فهنا افتقر صاحب المال المتلف وأثرى صاحب المنزل ، وقد تحقق الإثراء عن طريق تدخل شخص أجنبى بعمل ^(٢) مادى هو البناء الذى قام به المقاول ، والإطفاء الذى قام به رجال الإطفاء .

ب- الإثراء المعنوى :

هو كل فائدة معنوية يحصل عليها الشخص ، ويمكن تقويمها بالنقود ، ويعتبر من قبيل الإثراء المعنوى ، الإثراء العقلى ، والصحة ، والأدبى ، وعلى ذلك إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروسا خصوصية دون أن يكون هناك عقد مع والده ، فإن التلميذ يكون قد أثرى إثراء عقليا ، وكذلك إذا قام محامى بالدفاع عن متهم وحصل على حكم ببراءته ، فإن المتهم يكون قد أثرى إثراء أدبيا ، وأيضا الطبيب الذى يتفانى فى علاج المريض ، فإن هذا المريض يثرى إثراء صحيا ، وبالتالي يلتزم كل من التلميذ ، والمتهم ، والمريض برد قيمة هذا الإثراء ، مادام لم يكن هناك عقدا أو اتفاق بين المثرى والمفتقر ، فإن كان بينهما اتفاق نظمت

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٧ ، د/ السنهورى : المرجع السابق هامش رقم (٢) لصحيفة رقم ١٥٧٩ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٥ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٧٨ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٥ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٥ .

العلاقة بمقتضاه ، وكان الإثراء مما يمكن تقديره بالمال سواء فى ذاته أو من ناحية الافتقار الذى يقابله ، وهذا ما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى (١) .

العنصر الثانى : تحقق افتقار المدعى (الدائن) :

لا يكفى لتحقيق الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، أن يتحقق إثراء فى جانب المدعى عليه (المدين) ولكن لابد أن يلحق المدعى (الدائن) افتقار أو خسارة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال ، وأن يكون هناك رابطة أو سببيه مباشرة بين إثراء المدين ، وافتقار الدائن .

١ - افتقار الدائن (المدعى) .

المقصود بالافتقار هو كل خسارة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال يتكبدها الدائن ، أو منفعة تفوته ، ويتحقق بها إثراء الغير ، ويتمثل ذلك فى خروج مال من ذمة المفقر ، كما إذا فقد حقا عينيا أو شخصا أوفى نقصان لقيمة مال مملوك له أو فى إنفاقه لماله بما يحقق مصلحة للغير أو فى بذله لجهد أو ضياعه لوقت معين يستحق على بذله أو ضياعه أجرا (٢) وتحقيق افتقار المدعى بهذا المعنى شرطا جوهريا لإعمال قاعدة الإثراء بلا سبب ، ومن ثم يجب أن يتحقق الافتقار حتى يلتزم المثرى بتعويض المفقر وإلا لا ينشأ أى التزام على المثرى ؛ لأن التزام المثرى بتعويض المفقر يكون فى حدود أقل القيمتين ، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار ، وقد تبين أن الافتقار معدوم ولم يحدث لأى شخص فلا

(١) د/ جميل الشرقاوى : المصادر ص ٥٨٥ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧١ ، ٧٢ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٠ ، د/ السيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٧ ، د/سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ .

(٢) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٥ ، د/ السيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/نعمان جمعة : المرجع السابق ص ٢٣٥ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٣ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٧ ، د/محسن عبد حميد البيه : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق ص ٦٥٢ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٠٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ .

يلتزم المثرى بأى شئ ، وعلى ذلك إذا قام مشتري العقار المرهون بدفع الثمن إلى الدائن المرتهن لهذا العقار ، ولم يدفعه للبائع ، فإنه يترتب على ذلك إثراء المدين الراهن (البائع) بقدر ما نقص من دينه قبل الدائن المرتهن ، ومع ذلك لا يحق للمشتري الذى وفى الدين أن يرجع على الراهن (البائع) بما وفاه ؛ لأنه لم يفتقر بهذا الوفاء شيئا ، فهو كان ملزم بدفع ذات المبلغ لدائنه وهو البائع ، وبدلا من أن يدفعه له قام بدفعه لدائن دائنه وهو المرتهن للعقار ، وأيضا إذ أقام بعض الزارعين سدا بغرض وقاية أرضه من الفيضان ، فلا يجوز لمن أقام السد أن يرجع على الجار ، بحجة أنه قد أثرى بسبب ارتفاع قيمة أرضه من جراء إقامة ذلك السد ؛ لأنه وإن كان الجار قد أثرى حقيقة إلا أن من أقام السد قد استفاد منه دون أن يترتب على إثراء الجار واستفادته أى افتقار أو خسارة لمن أقام السد ، وأيضا إذا أقام شخص حديقة فى منزله يطل عليها منزل الجار ، وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سببا فى رفع قيمة منزل هذا الجار ، فالجار فى هذا المثال قد أثرى ، ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر لأنه أنشأ هذه الحديقة لمنفعته ، وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، فيكون قد أخذ مقابل ما أنفقه فى إنشاء الحديقة ، ولم يخسر شيئا ، ولذلك لا يحق له أن يرجع على جاره بشئ ^(١) ويرى البعض أنه من الأفضل أن يقال أن ما يحصل عليه المنتفعين فى الأمثلة السابقة ليس إثراء يتمثل فى زيادة حق أو نقص دين ، إنما هو مصلحة لا استقرار لها فى ذمتهم ؛ لأن إيقائها يتوقف على رغبة من أوجدها ، ولذلك إذا أزالها لا يحق لهم أن يعترضوا على عمله بحجة أنه قد أصابهم نقص لحقوقهم ، وبالتالي يمكن القول بأنه لا مطالبة برد الإثراء هنا ؛ لأنه لم يتحقق إثراء لهم كقيمة مستقرة فى ذمتهم تستند إلى حق ^(٢) .

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٥

، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٣

، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٠ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص

٥٨٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق

ص ١٣٥ ومابعدا ، د/ حسنى عبد الدائم : المرجع السابق ص ١٣٤ ، د/ عبد الودود يحيى :

المرجع السابق ص ٣٠٦ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٦ .

ويذهب البعض الآخر : إلى أن عدم جواز رجوع المفتقر فى الأمثلة السابقة على المثرى يرجع إلى أن الافتقار فى هذه الأمثلة له سبب ، وهو المنفعة التى حصل عليها المفتقر ، ووجود سبب للإثراء والافتقار يمنع من إعمال قاعدة الإثراء ^(١) ورغم وجاهة ما ذهبوا إليه ، إلا أنه لا يوجد فى الأمثلة المذكورة افتقار بالمعنى اللازم لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ؛ لأن النفقات التى أنفقها المفتقر تقابل لديه هو نفسه إثراء مناسب لها ، ولو حصل الغير من هذه النفقات على فائدة ، وننتهى من هذا إلى أنه لا بد من أن يتحقق عنصر الافتقار ، حتى يمكن تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب ، وإلا فلا محل للقول بإعمالها ^(٢) وإذا كان الافتقار عبارة عن نقص فى قيمة مجموع محتويات الذمة المالية ، فإنه لا يشترط أن يكون هذا النقص نتيجة فعل إرادى من المفتقر ، كما يتبادر إلى الذهن من لفظى الافتقار والمفتقر ؛ لأن العبرة بنقص الذمة المالية ، أيا كان سبب هذا النقص ^(٣) .

صور الافتقار :

الافتقار الذى يجب تحققه ، حتى يمكن الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب يأتى كالإثراء على عدة صور ، فقد يكون ماديا ، وقد يكون معنويا ، والمادى قد يكون إيجابيا ، وقد يكون سلبيا ، وقد يكون مباشرا ، وقد يكون غير مباشر . وسأوضح كل صورة من هذه الصور بكلمة موجزة .

الافتقار المادى : هو كل خسارة مالية تلحق ذمة المفتقر ، وذلك كضياع حق عينى منقول أو عقار ، أو عدم زيادة ذمة المفتقر المالية ، أو بتحميلها التزامات وأعباء مالية ؛ فالافتقار المادى يكون بنقصان الجانب الإيجابى للذمة المالية للمفتقر أو بعدم زيادة هذا

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٤ هامش رقم (١) .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٤ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٦ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٥ ومابعداها ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٧ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣٠٦ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٢٩ ومابعداها .

(٣) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨١ هامش رقم (٢٩) مكرر .

الجانب ، وبزيادة الواجبات المالية ، ويتحقق هذا النقصان بخروج مال من أموال المفتقر ، ودخوله في أموال المثرى ، كما لو وفى بدين على المثرى أو أصلح عينا مملوكة له ، وأيضا إذا أنقص من ذمته مالا لتحقيق منفعة غيره كما لو هدم شخص منزله ، أو جزءا منه لإنقاذ مال المثرى من سقوط أو حريق ^(١) .

والافتقار المادى بهذا المعنى يأتى على عدة صور ، فقد يكون إيجابيا ، وقد يكون سلبيا كما قد يكون مباشرا ، وقد يكون غير مباشر .

الافتقار الإيجابى :

والافتقار الإيجابى عبارة عن نقص الجانب الإيجابى لذمة المفتقر أو عدم زيادة هذا الجانب ، وزيادة الالتزامات المالية ، وقد يقع هذا الافتقار بفعل المفتقر وذلك كأن يخرج المفتقر حقا من ذمته ، ويدخله فى ذمة المثرى ، سواء أكان هذا الحق عينا أم شخصا ، كما لو رمم عينا مملوكة للمثرى أو وفى دينا عنه ، وقد يقع بفعل المثرى ، وذلك كأن يغصب المثرى مالا أو عقارا لغيره ، وبكل ذلك يتحقق نقص الجانب الإيجابى لذمة المفتقر ، ويتحقق عدم زيادة الجانب الإيجابى له ، إذا أدى للمثرى خدمات يؤجر عليها عادة دون أن يحصل على مقابل جهده ، وذلك كالوسيط الذى يبذل جهده للاهتمام إلى المبيع الذى يلائم المشتري ، ويمكنه من عقد صفقة رابحة دون أن يحصل منه على مقابل جهده ، وتزداد الالتزامات المالية للمفتقر ، إذا ضحى بجز من ماله لتحقيق منفعة غيره (وهو المثرى هنا) ، كما إذا انفق الراسى عليه المزايدات نفقات معينة على العين ، التى رسل عليه مزاودها ، ثم آلت العين إلى غيره ، ففى كل هذه الحالات يكون هناك افتقارا إيجابيا فى جانب المفتقر ^(٢) .

(١) د/ عايش الكبيسى : الإثراء على حساب الغير بلا سبب ص ٤٩٣ ، وقد أشار سيادته إلى د/جميل الشرقاوى : الإثراء بلا سبب ص ٧٩ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٥ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٦ ، د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٤٩٣ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٢ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٩٥ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٣ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٠٩ ، د/ محسن عبد الحميد البيه : المرجع السابق ص ١٩٥ .

الافتقار السلبي :

والافتقار السلبي عبارة عن فوات كسب مشروع ، كان من حق المفتقر أن يحصل عليه ، ويتحقق ذلك إذا فات على المفتقر منفعة كان من حقه الحصول عليها ، كأن يؤدي المفتقر عملاً آخر ، دون أن يتقاضى عنه أجراً ، أو أن يستغل الغير أرضه بغير عقد إيجار ، وبدون دفع أجره ، على أنه يشترط في الجهد الذي يبذله من يدعى الافتقار بقيمته ، أن يكون مما يؤدي عنه مقابل عادة ، وذلك كجهد المحامي والطبيب ، والوسيط التجاري ، أما إذا لم يكن كذلك كنصيحة رجل الدين ، أو وساطته في الصلح بين زوجين ، فإنه لا يعد افتقاراً ، وأيضاً ما ينشره الناقد من نقد يمتدح فيه عملاً أدبياً أو فنياً ، أو علمياً ، فلا يعد الجهد المبذول من أحدهما افتقاراً ، حتى ولو ترتب عليه إثراء الشخص الآخر ، كأن زاد عدد النسخ المباعة من المؤلف الذي امتدحه ، أو زاد الإقبال على المسرحية التي امتدح الناقد عملها الأدبي أو الفني ، ولا يحق لمن قام بذلك أن يرجع على المثرى ، مهما كان جهده لأنه لم يفتقر ^(١) .

وكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبي إثراء إيجابى ، خاصة في الحالات التي يقدم فيها المفتقر عملاً أو منفعة للمثرى ، وقد يقابل الإثراء السلبي افتقاراً إيجابياً فمن يدفع دين غيره ، ويمتنع عن أخذ أجره عمله يفتقر افتقاراً سلبياً ، ويثرى الآخر إثراء إيجابياً ^(٢) .

الافتقار المباشر والافتقار الغير مباشر :

الافتقار المباشر ، والافتقار الغير مباشر لا يختلف عن الإثراء المباشر ، والإثراء الغير مباشر ، وذلك لأن انتقال القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى مباشرة دون تدخل شخص أجنبى بينهما ، سواء أكان بفعل المفتقر أم بفعل المثرى أم بقوة قاهرة يعد افتقاراً مباشراً أو إثراء مباشراً أيضاً ، إذ كل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر ، في حين يقابل الافتقار الغير مباشر إثراء غير مباشر ، وذلك إذا انتقلت القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٢ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٦ ، د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٤٩٦ ، د/ محمد الفقى : الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق ص ٢٠٣ ، د/ جميل الشرفاوى : الإثراء بلا سبب على حساب الغير ص ٨١ ، د/ صلاح الدين الناهى : محاضرات عن القانون المدنى العراقى - الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ص ١٠٠ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٦ ومابعدها ، د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٤٩٦ .

ذمة المثرى عن طريق توسط شخص أجنبى بينهما ، سواء أكان تدخله بعمل مادي أم بتصرف قانونى ، وقد سبق سرد أمثلة على ذلك فلا داعى لتكرارها (١) .

الاقتتار المعنوى :

الاقتتار المعنوى : هو كل خسارة معنوية تلحق المفتقر ، ويمكن تقويمها بالمال ، وقد ذكر بعض الفقه أنه لم تعرض على القضاء مطالبة برد إثراء ، تحقق نتيجة لاقتتار أدبى ، ومن الأمثلة التى ذكرها الفقه القانونى للاقتتار المعنوى حالة الشخص الذى نفع متجرا بصلاته التجارية الواسعة ، فهو لم يفتقر افتقارا ماديا ، بل معنويا ، وكذلك الشخص المنافس لآخر فى أعمال تجارية ثم يعلن أنه لا يجيد فهم المسائل كمنافسه ، فأدى ذلك إلى إقبال الناس على أسهم الآخر ، فارتفع سعرها ، فكان إعلانة تضحية ، تعد صورة من صور الاقتتار المعنوى ، الذى تحقق به فى نفس الوقت إثراء مادي ومعنوى للغير .

هذا : وقد ضرب الدكتور/ السنهورى للاقتتار مثلا آخر يقول فيه : " وهذا هو الشأن فى افتتار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيتوصل إلى اختراع يفيد المصنع " ، ومثل له الأستاذ الدكتور سليمان مرقس ، بالوسيط الذى يبذل جهدا لاهتداء المشتري إلى المبيع الذى يلائمه ، ويمكنه من عقد صفقة رابحة ، فهذا الوسيط يفتقر افتقارا معنويا ، وبالتالى يلتزم المشتري (المثرى) بتعويضه عن هذا الاقتتار (٢) بيد أن البعض يرى أن بذل المجهود الفكرى يعد افتقارا ماديا ، وليس معنويا ، شأنه شأن منفعة المغصوب ، إذ العمل منفعة الإنسان ، وكذلك يعتبر مؤدى الخدمة لغيره مفتقرا افتقارا ماديا ، إذا لم يتقاضى عنها أجر ، متى كان القائم بها يؤجر عليها عادة (٣) ولكن هل يشترط لرجوع المفتقر على المثرى ماديا أو معنويا ألا يكون الاقتتار راجعا إلى خطئه أم لا ؟

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٦ ومابعداها ، د/ الكبيسى : المرجع السابق ص ٤٩٦ ومابعداها ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٠٣ .

(٢) يراجع فى هذا المعنى د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٢ ، د/ الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٠٠ ومابعداها ، د/ محمد الفقى : الإثراء بلا سبب لمصدر الالتزام بين النظرية والتطبيق ص ٢٤٠ وهى رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

(٣) د/ صلاح الدين الناهى : محاضرات عن القانون المدنى العراقى - الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ص ١٠١ طبعة مطبعة الرسالة ١٩٥٩م ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق

انقسم الفقه القانونى بصدد الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين :

الرأى الأول : يذهب إلى أنه يشترط لرجوع المفتقر بدعوى الإثراء ألا يكون الافتقار راجعا إلى خطئه ، غير أن هذا الرأى يؤخذ عليه مجافاته لقواعد العدالة ، التى تقوم عليها قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذ العدالة تقضى بعدم جواز إثراء شخص على حساب غيره بلا سبب مشروع ، حتى ولو كان هذا الإثراء قد تحقق نتيجة إهمال أو خطأ المفتقر .

الرأى الثانى : ويرى القائلون به أنه لا يلزم لرجوع المفتقر بدعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون الافتقار قد حدث بخطأ منه ، وذلك لأن قواعد العدالة التى تستند إليها قاعدة الإثراء تقضى بتعويض المفتقر ، سواء اقترن افتقاره بخطأ منه أو لم يقترن ، وأن تعويض المفتقر فى حدود إثراء المثرى واجب ، لتحقيق التعادل بين الذمتين سواء أصاحب الافتقار إهمال أم لا ؟ يؤيد ذلك أيضا أن التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء بلا سبب لم تخل من أن يكون المفتقر فيها مخطئا بل وسيئ النية ، ومن ذلك أن من بنى أو غرس فى أرض غيره لا يحرم من التعويض ولو كان سيئ النية ، كما تقضى المادة (٩٢٤) مدنى ، وكذلك لم يميز التشريع المدنى فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية ، وسيئها ، فكل منهما يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على ناقص الأهلية ، متى طلب إبطال العقد ، مادة (١٤٢) مدنى ^(١) .

العنصر الثالث : الصلة بين الإثراء والافتقار :

لا يكفى لرجوع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ، أن يتحقق الإثراء فى ذمة والافتقار فى ذمة أخرى ، بل يجب أن تكون هناك صلة أو علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار ، ولكن متى تتحقق الصلة أو الرابطة المباشرة بين الإثراء والافتقار ، حتى يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ؟

ص ٨٢ ، د/ جميل الشرقاوى : الإثراء بلا سبب على حساب الغير ص ٨٠ وما بعدها طبعة ١٩٧١م الناشر دار النهضة العربية .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٩ هامش رقم (٢) ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٠ وما بعدها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤٠ .

اختلف الفقه القانوني في الإجابة عن هذا التساؤل على اتجاهين :
الاتجاه الأول : يرى أن السببية أو الصلة المباشرة بين الإثراء والافتقار تتوافر ، إذا كان الافتقار هو السبب المباشر والمنشئ للإثراء ، بمعنى أن يكون الإثراء مترتباً على الافتقار ونتيجة له ^(١) .

الاتجاه الثاني : ويذهب القائلون به إلى أن الصلة بين الإثراء والافتقار لا تتحقق إلا إذا كان كل منهما ناشئاً عن واقعة قانونية واحدة ، وذلك كما هو الحال في وفاء شخص بدين على غيره ، فإن افتقار الموفى وإثراء الموفى عنه قد نتج عن واقعة قانونية واحدة ، هي واقعة الوفاء ^(٢) .

والواقع أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني هو الأولى بالقبول ، وذلك لأن كل من الإثراء والافتقار ، أثر مترتب على واقعة قانونية واحدة ، وهذه الواقعة هي السبب المنشئ لهما ، وليس الافتقار هو السبب المنشئ للإثراء ، ويؤكد ذلك أن القائلين بأن الافتقار هو السبب المنشئ للإثراء لم يثبتوا على رأيهم ، ولكنهم قالوا بعد أن ذكروا رأيهم السابق ، أن الصلة بين الإثراء والافتقار لا تقوم إلا إذا كان كل منهما نتيجة مترتبة على واقعة قانونية واحدة أي سبب واحد منشئ لهما ^(٣) .

^(١) في هذا المعنى د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/ احمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٦ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د/ السيد عيد نليل : المرجع السابق ص ٢٧١ ، د/ عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق ص ٦٥٣ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٦٢ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٠ .

^(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣١ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٧ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٦ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣٠٧ .

^(٣) في هذا المعنى د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٧ ، د/ عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق ص ٦٥٣ ، د/ السيد نليل : المرجع السابق ص ٢٧١ .

ويوضح ذلك أنه إذا أدى شخص خدمة لآخر ، ولم يحصل على مقابل هذه الخدمة ، فإنه يترتب على ذلك افتقار الشخص الأول ، وإثراء الآخر ، والعمل المكون للخدمة هو الذى أدى إلى إثراء الشخص الآخر ، وهذا العمل هو مصدر الإثراء ، وفى نفس الوقت هو مصدر أو سبب الافتقار .

وبناء على ذلك ، فإن الصلة لا تقوم بين الإثراء والافتقار فقط ، بل تقوم بين كل منهما من ناحية ، وبين الواقعة القانونية (العمل المكون للخدمة) من ناحية أخرى ^(١) وهذا التحليل ينطبق على جميع الأمثلة ، وبالتالي لا يمكن القول بأن الافتقار سبب منشئ للإثراء ، ويكون السبب الذى يترتب عليه الحق فى إقامة دعوى الإثراء بلا سبب هو الواقعة القانونية ، التى يترتب عليها كل من افتقار إحدى ذمتين وإثراء أخرى ، وتنشأ بذلك صلة بين كل من الافتقار والإثراء ؛ إذ كل منهما نتيجة لواقعة قانونية واحدة وصلت بينهما ، ولذلك أمكن أن يوجد افتقار لا يترتب عليه إثراء ، وإثراء لا يعقبه افتقار ، فلو كان كل منهما علة فى الآخر ، لما أمكن أن يوجد أحدهما دون الآخر ^(٢) .

بيان الصلة بين الإثراء والافتقار :

لإيضاح الصلة بين الإثراء و الافتقار ، يلزم تحديد الواقعة المنشئة لكل منهما ، والواقع أن تبين هذه الصلة لا يثير أية صعوبة فى كل صور الإثراء المباشر ، ذلك لأن الإثراء متى ثبت أن حدوثه ، كان نتيجة لواقعة ترتب عليها إثراء شخص وافتقار آخر بحيث ما كانت هذه الواقعة تؤدى إلى إثراء الأول لولا ما ترتب عليها من افتقار الثانى ، فإنه يلزم تعويض ذلك الشخص الآخر بأقل القيمتين ، سواء أكان حدوث كل من الإثراء و الافتقار ، راجعا إلى فعل المثرى كبنائه فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره ، أو إلى فعل المفتقر ، كما لو بنى بأدواته فى أرض غيره ، أو بفعل الطبيعة ، كما إذا اقتطع النهر جزءاً من أرض مملوكة لشخص ، وألحقها بأرض مملوكة لآخر ، وأيضا لا يثير توضيح الصلة بين الإثراء و الافتقار صعوبة فى أحوال الإثراء غير المباشر الذى يتحقق بعمل مادي من الغير ، كما لو قام شخص باستخدام أدوات مملوكة لغيره فى إقامة بناء على أرض

(١) د/ صلاح الدين الناهى : المرجع السابق ص ١٠٣ ، د/ عايش رجب الكبيسى : المرجع السابق

ص ٥٠٨ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢١٤ ومابعدها .

(٢) المراجع السابقة نفس المواضع .

مملوكة لشخص ثالث ، فواقعة إقامة البناء ، هي التي أحدثت في نفس الوقت افتقار مالك الأدوات ، وإثراء مالك الأرض ^(١) .

أما إذا كان الإثراء غير المباشر ، بتصريف قانوني ، فإن تبين الصلة بين الإثراء و الافتقار ، يمكن أن يكون غير واضح ، ذلك لأنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالركن الثاني من أركان الالتزام برد الإثراء ، وهو انعدام سبب الإثراء ، ففي مثال الإثراء غير المباشر الذي يتم بتدخل الغير بتصريف قانوني ، وهو أن يشتري شخص سيارة من آخر ، ثم يدفعها إلى ميكانيكي لإصلاحها ، ثم يفسخ عقد بيع السيارة ، دون أن يحصل الميكانيكي على مقابل إصلاحها ، فإن الصلة بين إثراء المالك وافتقار الميكانيكي ، لا تقوم إلا إذا لم تكن علاقة المشتري بمالك السيارة تجعل لإثراء المالك سببا ، أي تجعل له حقا في هذا الإثراء ^(٢) .

وتوافر السببية بين الإثراء و الافتقار يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، متى أقام قضائه على أسباب مقنعة ^(٣) .

هذا : إذا كانت الواقعة التي أنشأت الإثراء و الافتقار واحدة ، أو كان سبب الإثراء و الافتقار واحدا ، ولكن إذا تعددت الوقائع ، التي ترتب عليها كل من الإثراء و الافتقار فما هي الواقعة التي تعتبر سببا في الإثراء و الافتقار ، إذا وجد هذا التعدد ؟
اختلف الفقه في ذلك على رأيين :

الرأى الأول : ويذهب القائلون به إلى أن تحديد السبب الذي أدى إلى الإثراء و الافتقار إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى ذلك ، يكون باستخدام فكرة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية ، والاعتداد بأوسع النظريات ، وهي نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٧ ومابعداها ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول مصادر الالتزام ص ٥٨٧ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣١ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى : المصادر ص ٥٨٧ ، د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٣) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٨ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣١ .

، وتعنى هذه النظرية أن كل الأسباب التى ساهمت فى إحداث نتيجة معينة على درجة واحدة من الأهمية فى تحقيق هذه النتيجة ، لذلك يكفى أن يكون لأى سبب منها دور فى إحداث هذه النتيجة ، ليقوم بينها وبينه علاقة سببية ، بشرط أن يثبت أنه لولا الافتقار الذى ترتب على الواقعة التى أنشأت الإثراء ما حدث هذا الإثراء ^(١) إلا إن بعض الفقه يذهب إلى أن هذه النظرية غير دقيقة ، ويفضل الأخذ بنظرية السبب المنتج ^(٢) .

الرأى الثانى : ويرى القائلون به أنه إذا تعددت الوقائع أو الأسباب ، التى أدت إلى الإثراء و الافتقار ، فإنه يمكن تحديد السبب الذى أدى إلى الإثراء و الافتقار ، باستخدام فكرة السببية بين الخطأ والضرر فى المسؤولية التقصيرية ، ولكن ليس على أساس نظرية تعادل الأسباب ، ولكن على أساس نظرية السبب المنتج ، وهذه النظرية تعنى أنه إذا تعددت الأسباب التى أدت إلى إحداث نتيجة معينة ، لزم أن يحدد من بينها ما يعد سببا فى حدوثها ، وتعيينه بكل دقة ، فإذا تحدد السبب على هذا النحو ، قامت بينه وبين النتيجة التى يراد تحديد سببها علاقة سببية ، وبناءً على ذلك ، فلتحديد سبب الإثراء و الافتقار يجب أن تحصر الوقائع والظروف ، التى قد تؤدى إلى حدوثها ، ثم يختار من بين هذه الوقائع أو الظروف الواقعة ، التى يغلب أن تكون هى السبب الذى ترتب عليه الافتقار ، وتكون الواقعة هى بذاتها الواقعة التى أنشأت الإثراء أيضا ^(٣) .

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٨٥ ومابعداها ، د/ جميل الشرقاوى : الإثراء بلا سبب ص ٨٦ ومابعداها ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢١٩ ، د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٠٦ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى : الإثراء بلا سبب ص ٨٦ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢١٩ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٨٨ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٠ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ احمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٦ ، د/ مصطفى الجمال : النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٤٨٩ ط ١٩٨٥ ، د/ جلال العدوى : أصول الالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٤٤٢ .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه عامة فقهاء المذاهب الإسلامية ، فى أنه يجب حتى يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ، أن يتحقق إثراء الغير على حسابه ، ويتحقق إثراء الغير ، بحصوله على منفعة من المفتقر لها قيمة مالية سواء أكانت هذه المنفعة مادية أم معنوية .

هذا : وقد اختلف الفقه الإسلامى مع فقه القانون المدنى فى أن الفقه الإسلامى قد جعل للمفتقر الحق فى الرجوع ، على من كان سببا فى افتقاره ، ولو لم يتحقق له الإثراء بسبب هذا الافتقار ، فى حين لم يجعل القانون المدنى للمفتقر الحق فى الرجوع ، على من كان سببا فى افتقاره ، إذا لم يتحقق له الإثراء من جراء هذا الافتقار وماذهب إليه الفقه الإسلامى فى هذه الحالة هو الأولى بالقبول لأنه لا يضيع مال فى الإسلام .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الإثراء يأتى على عدة صور ، ولذا فقد يكون الإثراء فى كل منهما ماديا ، وقد يكون معنويا ، والإثراء المادى قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبيا ، كما قد يكون مباشرا وقد يكون غير مباشر . كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن الإثراء المادى عبارة عما يحصل عليه الغير من منفعة مادية بحيث تؤدى هذه المنفعة المادية إلى زيادة فى الجانب الإيجابى لدمته المالية ، ونقص فى الجانب السلبى لهذه الذمة . كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن الإثراء الإيجابى عبارة عن زيادة العناصر الإيجابية لذمة المثرى ، وذلك واضح مما ساقه الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، من أمثلة فى هذا الشأن ، تدل على أنه إذا أثرى شخص بأن زادت العناصر الإيجابية لدمته المالية ، على حساب آخر بدون سبب مشروع ، سواء أكانت هذه الزيادة مادية أم معنوية ، فإنه يلتزم بررد قيمة هذه الزيادة إلى من زادت على حسابه من غير سبب .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن الإثراء السلبى عبارة عن زيادة العناصر السلبية لذمة المثرى .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أن الإثراء المباشر يتحقق بانتقال قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى دون تدخل شخص أجنبى ، وقد يتم هذا الإثراء بفعل المفتقر أو بفعل المثرى أو قضاء وقدر ، فإذا تحقق الإثراء على هذا النحو ، فإن المثرى يلتزم برد قيمة ما أثرى به للمفتقر ؛ لأنه إثراء على حساب الغير بدون سبب شرعى ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن الإثراء المباشر يتحقق بانتقال قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى بطريق غير مباشر ، أى بتدخل شخص أجنبى عن المثرى والمفتقر .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يلزم حتى يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى ، بما أثرى به على حسابه من غير سبب مشروع ، أن يتحقق هذا الافتقار بالفعل ، والافتقار يتحقق إذا لحق شخص خسارة مادية أو معنوية ، يمكن تقويمها بالمال وترتب على لحوق هذه الخسارة إثراء شخص آخر ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أن تحقق عنصر الافتقار ، يعد شرطاً جوهرياً للالتزام المثرى برد ما أثرى به للمفتقر ، فإذا لم يتحقق عنصر الافتقار ، فإن المثرى لا يلتزم برد قيمة ما أثرى به ، حتى ولو تحقق الإثراء بالفعل .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على أن الافتقار يأتى على عدة صور ؛ فالافتقار إما أن يكون مادياً ، وإما أن يكون معنوياً ، والافتقار المادى قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ، كما قد يكون مباشراً ، وقد يكون غير مباشر ، والافتقار المادى عبارة عن أية خسارة مالية تلحق ذمة المفتقر ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على أن الافتقار الإيجابى يتحقق ، بنقص العناصر الإيجابية لذمة المفتقر ، وأن الافتقار السلبى يتحقق ، بعدم زيادة العناصر الإيجابية لذمة المفتقر كأن يفوت عليه كسب مشروع كان من حقه الحصول عليه ، أو أن يقوم بعمل دون أن يعرض عنه فى الأحوال التى يستحق فيها التعويض عن هذا العمل ، وأن الافتقار المباشر يتحقق بانتقال قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى ، دون تدخل شخص أجنبى عنهما .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الافتقار المعنوى عبارة عن الخسارة المعنوية التى تلحق المفقّر ويمكن تقويمها بالمال ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على ضرورة أن تكون هناك صلة بين الإثراء والافتقار ، حتى يحق للمفقّر أن يرجع على المثرى بقيمة الإثراء ، الذى تحقق على حسابه من غير سبب مشروع .

وتتحقق هذه الصلة إذا نشأ الإثراء لشخص والافتقار لآخر عن واقعة واحدة ، فإذا تعددت الأسباب أو الوقائع التى ترتب عليها الإثراء والافتقار ، فإن جانباً من فقه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أنه إذا تعددت الأسباب أو الوقائع التى أدت إلى تحقق الإثراء والافتقار فإن السبب الذى أدى إلى تحققهما هو السبب أو الواقعة المنتجة لهما ، وهذا السبب أو الواقعة هو أقرب الأسباب إلى الحكم (وهو تحقق الإثراء والافتقار) ، وهذا السبب يجب أن يتحدد ويتعين بكل دقة من بين الأسباب أو الوقائع التى أدت إلى حدوث الإثراء والافتقار ، فإذا تحدد السبب على هذا النحو ، قامت بينه وبين الإثراء والافتقار صلة وعلاقة سببية .

المطلب الثانى

الشرط الشرعى (انعدام سبب الإثراء والافتقار)

يلزم حتى يكون للمفتقر الحق فى الرجوع على المثرى بما أثرى به على حسابه ، بالإضافة إلى تحقق الإثراء ، والافتقار ، والصلة بينهما ألا يكون لهذا الإثراء سبب مشروع سواء أكان شرعيا أم قانونيا فإن كان له سبب مشروع شرعيا أو قانونيا ، فلا يجوز للمفتقر أن يرجع على المثرى بما أثرى به لأن له سببا مشروعيا .

وسأبين ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولا : فى الفقه الإسلامى :

وأتناول الشرط الشرعى وهو انعدام سبب الإثراء و الافتقار فى الفقه الإسلامى فى النقاط الآتية :

أولا : تعريف السبب .

ثانيا : الفرق بين السبب والعلة .

ثالثا : أنواع السبب ، ومشروعيته .

رابعا : ترتب المسبب على السبب .

خامسا : المعنى المقصود بالسبب بالنسبة للإثراء .

أولا : تعريف السبب :

أ- تعريف السبب فى اللغة :

السبب فى اللغة : عبارة عن كل ما يتوصل به إلى غيره أو إلى مقصود ، كالطريق والحبل والذريعة ، سواء أكان هذا التوصل حقيقة كالطريق ، والحبل أم مجازا كالمودة والقرابة ^(١) .

(١) يراجع فى ذلك : مختار الصحاح ص ٢٨١ ، المعجم الوجيز ص ٢٩٩ ، القاموس المحيط ج ١

ص ٨٠ ومابعدا ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٤١٠ وقد جاء فيه : " (السبب) الحبل ، والسبب كل

شئ يتوصل به إلى غيره ، وفى التنزيل العزيز ﴿ وآتيناه من كل شئ سببا فاتبع سببا ﴾ أية رقم ٨٤ ،

٨٥ من سورة الكهف ، والسبب القرابة والمودة ، ويقال : مالى إليك سبب أى طريق ... ، والسبب فى

الشرع ما يوصل إلى الشئ ولا يؤثر فيه كالوقت للصلاة والجمع أسباب ، وأسباب السماء مراقبيها أو

نواحيها ، وفى التنزيل العزيز ﴿ لعلى أبلغ الأسباب * أسباب السماوات ﴾ من الآيات رقم ٣٦ ، ٣٧

من سورة غافر ، ويقال تقطعت بهم الأسباب : أعيتهم الحيل " .

ب- تعريف السبب في الشرع :

عرفه الآمدي بأنه : كل وصف ظاهر دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي ^(١) .
وعرفه الشوكاني بأنه : جعل وصف ظاهر منضبط مناطا لوجود حكم ، أى يستلزم وجوده وجوده ^(٢) .

وعرفه الشاطبي بقوله : " إن المراد بالسبب ما وضع شرعا لحكم ما لحكمة يقتضيها ذلك الحكم " ^(٣) .

وعرفه التفتازاني بأنه : " ما يكون طريقا إلى الحكم من غير تأثير " ^(٤) .

وعرفه القرافي بأنه : " ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم لذاته ، فالوقت سبب لوجوب الصلاة ، وعقد البيع سبب لثبوت الملك ، والنكاح سبب للمهر ، وللتوارث بين الزوجين ، وحل المعاشرة بينهما ، وإتلاف مال الغير وأخذه بغير حق سبب للضمان " ^(٥) .

وهذه التعاريف تدل على أن السبب علامة على الحكم الشرعي ومعرف له من غير أن يكون له تأثير فيه ، ويقول صاحب كتاب طريق الوصول مؤكدا ذلك : " السبب ما يكون مفضيا إلى الحكم من غير تأثير " ^(٦) وكما يقول الغزالي : " إن السبب ما يوجد عنده الحكم لا به " ^(٧) .

(١) الإحكام فى أصول الأحكام ٩١/١ الطبعة الأولى لدار الفكر ١٤١٨هـ-١٩٩٧م .

(٢) إرشاد الفحول ج١ ص ٥٢ الطبعة الأولى لدار السلام ١٤١٨هـ-١٩٩٨م .

(٣) التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح ج٢ ص ٢٨٥ الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ١٤١٦هـ-١٩٩٦م .

(٤) الشاطبي : الموافقات ج١ ص ١٨٥ طبعة دار الفكر .

(٥) القرافي : شرح تنقيح الفصول ص ٨١ تحقيق أ/ طه عبد الرؤوف سعد طبعة المكتبة الأزهرية للتراث ١٤١٤هـ-١٩٩٣م ، الفروق ٦١/١ وما بعدها ، تهذيب الفروق ٦٠/١ .

(٦) الأستاذ الشيخ سليمان عبد الفتاح : طريق الوصول إلى تنقيح الأصول ج٤ ص ١٩٨ مطبعة العلوم ١٣٦٠هـ-١٩٤١م ، الموافقات ١٣٦/١ .

(٧) الإمام الغزالي : المستطفى ٩٤/١ ، الزركشى : البحر المحيط ٣٠٦/١ طبعة دار الصفوة الطبعة الثانية ١٤١٣هـ-١٩٩٢م .

ثانيا : الفرق بين السبب والعلة :

إذا كانت العلة فى اصطلاح الأصوليين عبارة عن : وصف أضاف الشارع الحكم إليه ، وأناطه به ، ونصبه علامة عليه ^(١) .

وكان السبب فى اصطلاحهم عبارة عن : جعل وصف ظاهر منضبط ، مناطا لوجود حكم أى يستلزم وجود وجوده " ^(٢) .

فإن وجود كل منهما يعتبر علامة على وجود الحكم ، كما أن عدمهما أمانة على عدم الحكم ، وإذا كان الأمر كذلك ، فهل هما مترادفان أم مختلفان ومتباينان ؟
اختلف الأصوليون فى الإجابة عن هذا التساؤل على قولين :

القول الأول : يرى أصحابه أن السبب والعلة بمعنى واحد ، فهما مترادفان لا فرق بينهما فكل سبب علة ، وكل علة سبب ، وفى ذلك يقول المحلى : " المعبر عنه هنا بالسبب هو المعبر عنه فى القياس بالعلة ، كالزنى لوجوب الحد ، والزوال لوجوب الظهر ، والإسكار لحرمة الخمر " ^(٣) سواء كان بينه وبين الحكم مناسبة أو لم تكن بينهما مناسبة ^(٤) .

القول الثانى : ويرى الذاهبون إليه - وهم جمهور الأصوليين - إلى أن السبب والعلة متغايران ؛ وذلك لأن السبب اسم عام يطلق على كل ما يدل على الحكم ويوصل إليه ، سواء أكان بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة (تدركها عقولنا) أم لم تكن بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة (لا تدركها عقولنا) ^(٥) فإن كان بينهما مناسبة ظاهرة ، سمى علة كما يسمى سببا ، وإن لم تكن بينهما مناسبة ظاهرة سمى سببا فقط ، ولا يسمى علة ، فبينهما عموم وخصوص مطلق ، إذ السبب أعم من العلة مطلقا ، حيث إن كل سبب علة ،

(١) الغزالي : المستصفى ٢/٢٢٩ .

(٢) الشوكاني : إرشاد الفحول ج ١ ص ٥٢ .

(٣) المحلى : شرحه على جمع الجوامع ١/١٣٤ ، السبكي : جمع الجوامع نفس الموضع طبعة مطبعة مصطفى محمد بمصر ١٣٥٨هـ .

(٤) د/ عبد العزيز بن على ربيعة : السبب عن الأصوليين ج ١ ص ١٧٧ طبعة ١٣٩٩هـ —

١٩٨٠م ، الشيخ/ محمد زكريا البرديسى : أصول الفقه ص ١٠٠ ط ٣ دار النهضة

العربية ١٣٨٩هـ — ١٩٦٩م ، الشيخ محمد أبو زهرة : أصول الفقه ص ٥٤ ط

١٤١٧هـ — ١٩٩٧م بدار الفكر العربى بالقاهرة .

(٥) البخارى : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ج ٤ ص ١٧٠ .

وليس كل علة سببا ، فالسفر لقصر الرباعية علة وسبب ، أما غروب الشمس لإيجاب فريضة المغرب ، وزوالها لإيجاب فريضة الظهر سبب لا علة ^(١) .

ويقرب البعض بين وجهة نظر الاتجاهين بقوله : وفي الحقيقة أن الاختلاف اصطلاحى لفظى ، والحقائق فى جملتها متحدة ، فالذين يعتبرون العلة داخلية فى معنى السبب يقسمون السبب إلى قسمين :

القسم الأول : سبب غير مناسب للحكم .

القسم الثانى : سبب مناسب للحكم ، وبهذا التقسيم تلتقى الحقائق وتجتمع ^(٢) .

ثالثا : أنواع السبب ومشروعيته :

أ- أنواع السبب :

يتنوع السبب من حيث هو إلى نوعين :

النوع الأول : سبب هو فعل للمكلف ، ويدخل تحت مقدوره ، وفى استطاعته القيام به ، يرتب الشارع عليه حكمه ، سواء أكان الحكم المترتب عليه تكليفيا كالسفر بالنسبة لإباحة الفطر ، فإن السفر من فعل المكلف وهو داخل فى مقدوره ، ويترتب عليه إباحة الفطر ، والإباحة حكم تكليفى أم كان الحكم الذى رتبته الشارع على السبب ، الذى هو فعل للمكلف ، وفى مقدوره وضعيا ، وذلك كالبيع ، فهو من فعل الملكلف وداخل تحت مقدوره واستطاعته ، ويترتب عليه ملك العين المبيعة للمشتري ، وملك الثمن للبائع ، والملك حكم وضعى أى من وضع الشارع وجعله ^(٣) .

هذا : ويلاحظ أن السبب إذا كان مطلوبا أو مأذونا فيه ، فإن المسبب وهو الأثر المترتب عليه يكون حقا من الحقوق ؛ فعقد البيع تترتب عليه حقوق لكل من البائع والمشتري ،

^(١) د/ عبد العزيز بن على : السبب عند الأصوليين ج ١ ص ١٧٤ ، د/ بدران أبو العنين : أصول الفقه الإسلامى ص ٢٨٦ ، الشيخ/ محمد أبو زهرة : أصول الفقه ص ٥٤ ، الشيخ البرديسى : أصول الفقه ص ١٠٠ ، د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود السريتى : أصول الفقه الإسلامى ص ٤٥١ طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

^(٢) الشيخ / محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٤ .

^(٣) الإمام الشاطبى : الموافقات ج ١ ص ١٢٨ ومابعداها ، د/ محمد فراج ، د/ عبد الودود السريتى : أصول الفقه الإسلامى ص ٤٥١ ، الشيخ البرديسى : المرجع السابق ص ١٠٠ ، الشيخ أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٢ .

وعقد النكاح تترتب عليه حقوق لكل من الزوجين ، وإذا كان السبب منهيًا عنه بأن طلب الكف عنه ، فإن الأثر المترتب عليه يكون في أغلب الأحوال عقوبة أو ضمانا ، فالسرقة يترتب عليها حدها ، والزنى يترتب عليه حده ، والغش يجب فيه التعزير ، وإتلاف مال الغير سبب للضمان ^(١) .

النوع الثاني :

سبب ليس من فعل المكلف ، ولا يدخل تحت مقدوره ، وهو السبب الذي جعله الشارع أمارة على وجود الحكم ، وترتبه عليه سواء أكان هذا الحكم المترتب عليه تكليفيا كزوال الشمس ، فإنه سبب لوجوب صلاة الظهر ، وغروبها سبب لوجوب صلاة المغرب ، أم كان الحكم المترتب عليه وضعيا ؛ وذلك كالموت ، فإنه سبب لانتقال ملكية المورث إلى الورثة ، وكالبلوغ ، فإنه سبب في سقوط الولاية الثابتة على الصغير ^(٢) .

ب- مشروعية السبب :

بجانب تنوع السبب من حيث هو سبب من فعل المكلف ، وداخل تحت مقدوره ، وإلى سبب ليس من فعل المكلف ولا يدخل تحت مقدوره ، سواء أكان الحكم المترتب عليهما حكما تكليفيا أم وضعيا يتنوع السبب من حيث المشروعية وعدمها إلى سبب مشروع ، وسبب ممنوع ؛ فالسبب المشروع : هو ما يؤدي إلى المصلحة أصلا ، وإن أدى إلى المفسدة تبعا ^(٣) وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي : " الأسباب المشروعة أسباب للمصالح لا للمفاسد " ^(٤) ويقول بعض الباحثين المعاصرين : " الأسباب المشروعة أسباب للمصالح وإن اتصل بها مفسدة من المفاسد " ^(٥) .

(١) الشيخ / محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٢ .

(٢) الشاطبي : الموافقات ج ١ ص ١٢٩ ط دار الفكر ، الشيخ زكريا البرديسي : المرجع السابق ص ١٠١ ، د/ محمد فراج ، د/ عبد الودود السريتي : المرجع السابق ص ٤٥٢ ، الشيخ محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٢ ، د/ بدران أبو العنين : أصول الفقه الإسلامي ص ٢٨٧ .

(٣) الشيخ محمد زكريا البرديسي : أصول الفقه ص ١٠١ ، د/ بدران أبو العنين : أصول الفقه الإسلامي ص ٢٢٨ ، د/ عبد العزيز بن علي الربيع : السبب عند الأصوليين ج ١ ص ٣٤٩ .

(٤) الشاطبي : الموافقات ٦٧/١ .

(٥) محمد سلام مذكور : مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٣٩ ط ٢ ١٣٨٤ هـ دار النهضة العربية

ومن أمثلة ذلك ، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ؛ فإنه سبب مشروع لكونه يؤدي إلى مصلحة ، هي إقامة الدين وإظهار شعائر الإسلام ، وإخماد الباطل على أى وجه كان ، وإن أدى بطريق التبعية إلى مفسدة كإتلاف مال أو نفس ، أو نيل من عرض ، لكنه ليس بسبب في الوضع الشرعى لهذه المفسدة ، وإنما أدى إليها فى الطريق (١) .

والسبب الممنوع هو : ما يؤدي إلى المفسدة أصلا ، وإن أدى إلى المصلحة تبعا (٢) وفى ذلك يقول الشاطبى : " الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح " (٣) ومن أمثلته النكاح الفاسد فإنه يؤدي إلى المفاسد باعتبار الأصل ، وقد يرتب مصلحة وهي حقوق الولد بأبيه ، وثبوت الميراث (٤) .

ويعلق البعض على هذا التقسيم بقوله : " وهذا التقسيم فى الواقع لا يتعلق به فائدة كبيرة ؛ ذلك أن السبب فى تعريفه بأنه : " كل وصف ظاهر منضبط ، دل الدليل السمعى على كونه معرفا لحكم شرعى " لا يدخل فيه السبب الممنوع ، فالنكاح الفاسد بذاته ليس سببا ، وإنما النكاح هو السبب الشرعى الذى دل الدليل السمعى على أنه معرف لحل المعاشرة الزوجية ، أما الفساد فى النكاح فهو وصف يعترى السبب ، وثبوت النسب ليس مترتبا على هذا النكاح فحسب ، وإنما ألحق النكاح الفاسد بالنكاح ، فى ثبوت النسب احتياطا للولد ، وليس بالنكاح الفاسد بالذات فهو ليس سببا ، فالسبب الممنوع لا يصح أن يقال عنه إنه سبب لأنه بذاته ليس سببا لشيء فهو لم يشرع أصلا ، ولا يصح أن يكون سببا لما هو مشروع ، وإذا ترتب عليه شيء فهو لأمر آخر خلاف ذاته ، باعتباره نكاحا فاسدا " (٥) .

رابعاً : ترتب المسبب على سببه :

إذا تحقق السبب بأن توافرت شروطه ، وانتفت موانعه ، سواء أكان من فعل المكلف أم ليس من فعله ، فإن مسببه يترتب عليه ، ويرتبط به ، سواء أكان مسببه حكما تكليفيا

(١) الشاطبى : الموافقات ج ١ ص ١٦٧ .

(٢) البرديسى : المرجع السابق ص ١٠١ ، د/ بدران أبو العنين : المرجع السابق ص ٢٢٨ ،

د/جمال الدين محمود : سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ١٣١ ط ١

بمطبعة دار الاتحاد العربى ١٩٦٩م

(٣) الشاطبى : الموافقات ١/١٦٧ .

(٤) البرديسى : : المرجع السابق نفس الموضع .

(٥) د/ جمال الدين محمود : المرجع السابق ص ١٣١ ومابعدا .

كوجوب إقامة الصلاة أم حكما وضعيا ، كإثبات ملك أو حل أو إزالتهما ؛ وذلك لأن المسبب لا يتخلف عن سببه شرعا ، سواء أقصد من باشر السبب ترتيب المسبب عليه أم لم يقصد ، بل يترتب المسبب على سببه ، ولو قصد المكلف ، الذى باشر السبب عدم ترتيبه عليه ، وذلك لأن ترتب المسبب على السبب بحكم الشارع ووضعه ولا دخل للمكلف فيه ، وبالتالي فليس لقصد المكلف أى أثر فى ترتيب المسبب على سببه ، ولذلك فإن من يعقد على امرأة عقدا شرعيا حل له الاستمتاع بها ، سواء أقصد بهذا العقد استباحتها أم لم يقصد ذلك ، بل يحل له الاستمتاع بها ، ولو قصد عدم استباحتها بهذا العقد ، لأن ترتب المسبب على سببه يكون بحكم الشارع ، ولا دخل لقصد المكلف فى ذلك ، ويقع قصده عبثا ، ويترتب المسبب على سببه ^(١) .

وكذلك الحال إذا غصب المكلف عينا ، ترتب على ذلك السبب مسببه وهو وجوب رد العين المغصوبة ، وعدم حل الانتفاع بها ، ولو قصد الغاصب عدم ترتب هذه المسببات بأن قصد تملك العين وحل الانتفاع بها ؛ لأن هذا الترتب من وضع الشارع ولا دخل لإرادة المكلف فيه ، وهكذا فى كل الأحكام الشرعية فالمسبب يترتب على سببه ، سواء أقصد المكلف ذلك أم لا ؟ ^(٢) .

أما إذا تحقق السبب ولم تتوافر شروطه بأن وجدت موانعه ، فإنه لا يترتب عليه مسببه ، وذلك كاختلاف الدين فإنه مانع من التوارث ، وإن كان سبب الإرث وهو القرابة أو الزوجية متحققا ^(٣) .

(١) الشاطبى : الموافقات ١٥٠/١ وما بعدها ، المستصفى ٩٥/١ ، د/عبد العزيز بن على الربيع : السبب عند الأصوليين ٢٢٨/٢ وما بعدها ، الشيخ على حسب الله : أصول التشريع الإسلامى ص ٣٩١ ، العاملى : القواعد والفوائد - القسم الأول ص ٥٤ ط النجف الأشرف ١٩٨٠م ، الشيخ/محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٣ ، د/أحمد فراج ، د/عبد الودود السريتى : المرجع السابق ص ٤٥٣ ، العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦ وما بعدها ، تهذيب الفروق ١٧٧/٣ .

(٢) الموافقات ج ١ ص ١٥٤ ، أبو زهرة : المرجع السابق ص ٥٣ .

(٣) الموافقات ج ١ ص ١٥٣ ، الشيخ على حسب الله : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، العاملى : القواعد والفوائد القسم الأول ص ٣٩ .

خامسا : المعنى المقصود بالسبب بالنسبة للإثراء :

إذا وجد السبب ، بأن توافرت شروطه ، وانتفت موانعه ، سواء أكان من فعل المكلّف أم لا ، فإنه يكون عبارة عن واقعة أو أمر اعتباري يترتب عليه حكما شرعيا ، فإذا كان ذلك الحكم الشرعي يفرض التزاما ، فإن هذه الواقعة تعتبر المصدر المنشئ لذلك الالتزام ، وبذلك فإن السبب يكون مصدرا منشئا للالتزام كالعقد وغيره من التصرفات ^(١) وهذا ما ذكره الفقهاء والأصوليون في كتبهم كثيرا ، فقد جاء في البحر الرائق ما نصه : " العقد سبب للتملك ، والتملك " ^(٢) فعقد البيع سبب منشئ لحكم شرعي وهو تملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبائع ، وعقد الإجارة سبب منشئ لحكم شرعي ، وهو تملك المنفعة للمستأجر ، والأجرة للمؤجر ، ويؤكد ذلك أيضا ما جاء في الدر المختار : " وسببها - أي السبب المنشئ للدعوى - تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات " ^(٣) وما جاء في رد المحتار : " لا يجوز لأحد من المسلمين أن يأخذ مال أحد بغير سبب شرعي " ^(٤) ويعنى بالسبب الشرعي السبب المسوغ لأخذ المال أو المصدر المنشئ له ، وبناء على ذلك ، إذا أخذ شخص مالا على أنه دائن به ، وتبين أنه غير دائن لمن أخذ منه المال ، وجب عليه رد ما أخذه ^(٥) وجاء في الفروق ما نصه : " إن سبب الوجوب متى وجد سالما من المعارض ، ترتب عليه الوجوب " ^(٦) وضرب أمثلة لذلك منها أن رؤية الهلال سبب لوجوب الصيام ، والحيض سبب لإسقاط الصلاة عن الحائض ^(٧) ، وعلى ذلك فقد أنشأ السبب حكما شرعيا وهو الصوم ، وأسقط التزاما وهو الصلاة في حالة الحيض .

(١) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٨٠ ، ٢٨٢ ، د/ محمود محمد شعبان : السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ١٠٨ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٤ م .

(٢) البحر الرائق ٢٧٧/٥ ، شرح فتح القدير ٤٥٥/٥ .

(٣) الدر المختار بهامش رد المحتار ٩٤/٦ .

(٤) رد المحتار ٢٢٩/٤ .

(٥) د/ محمود محمد شعبان : المرجع السابق ص ١١٠ .

(٦) الفروق ١٣٨/٢ .

(٧) الفروق ١٣٩/٢ .

وكذلك فالعقود تعتبر أسبابا ومصدرا منشئا للالتزامات المترتبة عليها ، وفى ذلك يقول القرافى : " العقود أسباب لاشتغالها على تحصيل حكمتها فى مسبباتها بطريق المناسبة " (١) وجاء فى تهذيب الفروق : " الأصل فى الأعواض وجوبها بالعقود فإنها أسبابها " (٢) . وجاء فى المستصفى : " أن كل سبب منصوب لحكم ، إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صح ، وإذا تخلف عنه مقصودة يقال أنه بطل " (٣) وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى " ... الشهادة باستحقاق الشفعة ، يجب ذكر سببها من شفعة أو جوار ، ولو شهد بانتقال هذا الملك عن مالكة إلى زيد ، فالراجح أنها لا تسمع إلا ببيان السبب " (٤) . وجاء فى روضة الناظر : " أما العقود فكل ما كان سببا لحكم ، إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح ، وإلا فهو باطل " (٥) ، وجاء فى القواعد فى الفقه الإسلامى : " فإن سبب الشفعة الملك " (٦) .

ويتضح من هذه النصوص أن الفقهاء عندما يعبرون بلفظ السبب ، يقصدون به السبب المنشئ كالعقد ونحوه من التصرفات ، التى تفيد الملك أو تنقله أو تزيله ، إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بغير سبب شرعى (٧) وبذلك يكون السبب هو المصدر المنشئ للإثراء ، والافتقار ، سواء أكان ذلك السبب عقدا أم إرادة منفردة أم فعلا نافعا أم فعلا ضارا أم الشرع ذاته ، فعقد البيع سبب لإثراء البائع بالثمن أو افتقاره بالمبيع ، وفى نفس الوقت سبب لإثراء المشتري بالمبيع ، وافتقاره بالثمن ، وهكذا فى كل العقود الملزمة للجانبين ، وفى العقود الملزمة لجانب واحد فتكون كذلك سببا للإثراء والافتقار ، كما فى الهبة ، فإنها سبب لافتقار الواهب ، وإثراء الموهوب له ، كما أن الإرادة المنفردة تعد

(١) الفروق ١٧٧/٣ .

(٢) تهذيب الفروق ١٧٧/٣ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٨٢ .

(٣) الغزالي : المستصفى ج ١ ص ٩٥ .

(٤) السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٤٩٤ .

(٥) ابن قدامة : روضة الناظر وجنة المناظر ص ١٢٧ ومابعداها ، الشيخ عبد القادر بدران الرومى الدمشقى : نزهة خاطر العاطر شرح روضة الناظر فى نفس الموضع الطبعة الثالثة بمكتبة الكليات الأزهرية ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

(٦) ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٦ .

(٧) مجلة الأحكام العدلية مادة (٩٧) .

سببا للإثراء والافتقار أيضا ، كما فى حالة إبراء المدين من دينه ، فقد أثرى المدين بهذا الإبراء وافتقر الدائن ، والفعل النافع فإنه سبب للإثراء والافتقار أيضا وذلك كما فى حالة الوفاء بدين الغير بأمره ، فالوفاء بدين الغير بأمره ، يؤدي إلى افتقار الموفى ، وإثراء الموفى عنه ليرجع الموفى عليه بما دفعه (١) .

ومثل ذلك فى الفعل الضار ، كما فى تعويض التلف ؛ فإثراء المضرور وافتقار الضار سببهما الفعل الضار ، والشرع أيضا سبب للإثراء كما هو الحال فى النفقة على الزوجة ، فافتقار المنفق ، وإثراء المنفق عليها سببها إلزام الشرع ، وصلة الزوجية (٢) .
والمراد بالسبب المنشئ للإثراء ، أو الافتقار السبب المباشر ، وليس السبب الذى أوجبهما ؛ إذ الإيجاب مسألة تخص الشرع الذى يوجب الإثراء ، وكذا الافتقار عند تحقق سببهما ، فإضافتهما إلى سببهما المباشر أليق وأقرب من إضافتهما إلى الشرع ، وذلك لأن الشرع حاكم لا منشئ (٣) .

وعلى ذلك إذا وجد للإثراء ، وكذا الافتقار سبب مباشر يبررهما ، كان الإثراء والافتقار مشروعين ، أما إذا انعدم ذلك السبب ، كان الإثراء غير مشروع ، ويجب على المثرى أن يرد ما أثرى به ، لمن أثرى على حسابه بدون سبب ، فإذا قام شخص بوفاء دين المدين ، دون أن يأمره المدين بذلك ، فإن المدين يكون قد أثرى على حساب الموفى بلا سبب ، وبالتالي يجب على المدين أن يعرض الموفى عن افتقاره ، بسبب قيامه بالوفاء بدين هذا المدين ، وإبراء ذمته منه ، إذ إن المدين فى هذه الحالة قد أثرى على حساب الموفى بغير سبب ، فوجب عليه أن يرد قيمة ما أثرى به إلى من تحقق الإثراء على حسابه بدون سبب مشروع .

(١) الشيخ/ مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ٣ ص ٨٥ ، د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٨٣ ، د/ عايش رجب الكبيسى : الإثراء على حساب الغير بلا سبب فى الشريعة الإسلامية ص ٢٢٨ ط دار الصحوة ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م ، د/ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) د/ محمد الفقى : المرجع السابق ص ٢٨٥ ، د/ عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٤٢ .

(٣) الأستاذ / مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ٣ ص ٨٧ طبعة دار الفكر بيروت ، د/ محمد الفقى : المرجع والموضع السابقين ، د/ عايش رجب الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٢٨ .

ثانيا : الشرط الشرعى (انعدام سبب الإثراء والافتقار) فى القانون المدنى :

لا يكفى أن يتحقق الإثراء والافتقار والصلة بينهما ، لرجوع المفتقر على المثرى بأقل القيمتين قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار ، ولكن يجب ألا يكون لهذا الإثراء سند أو سبب مشروع قانونا ، فإن كان له هذا السبب فلا يجوز للمفتقر أن يرجع على المثرى بشئ ، وكان للمثرى الحق فى أن يحتفظ بما أثرى به ، وإذا كان الأمر كذلك ، فما هو المقصود بالسبب الذى يجب عدم توافره ، حتى يجوز للمفتقر أن يرجع على المثرى بدعوى الإثراء؟

المقصود بالسبب فى الإثراء :

اختلف الفقهاء فى تحديد المقصود بالسبب الواجب عدم توافره حتى يجوز للمفتقر الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، فذهب البعض إلى القول بأن : " الإثراء يكون بلا سبب إذا كان غير عادل ، أى مجافى للأخلاق ، ويكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء ، دون أن يرد منه شيئا للمفتقر ، والقاضى هو الذى يقدر ذلك ، ولكن يؤخذ على هذا رأى أنه يجرّد قاعدة الإثراء بلا سبب من أسباب الثبات والاستقرار لأنه أسندها إلى معنى غامض وغير محدد ، وهو المعنى العام للعدالة ^(١) .

وذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بالسبب هنا هو : العوض أو البديل أو المقابل ، فإذا كان للإثراء عوض أو مقابل أو بديل ، فإنه لا يسترد ويكون للمثرى طالما حصل المفتقر على العوض أو المقابل ، أن يحتفظ بالإثراء ولا يلتزم برده للمفتقر ^(٢) .

وذهب البعض إلى أن المقصود بالسبب فى هذا المجال هو السبب القصدى اللازم توافره فى العقود ، أو فى إرادة الالتزام بوجه عام ، إلا أن هذا المعنى إذا كان يكفى ليكون الإثراء بسبب قانونى فى الحالات التى يستند فيها الإثراء أو الافتقار إلى تصرف قانونى ، فإنه لا يكفى لذلك فى غير هذه الحالات وهى التى يستند فيها الإثراء أو الافتقار إلى العمل غير المشروع أو الواقعة الطبيعية التى يرتب عليها القانون أثارا معينة ^(٣) .

(١) د/ السنهاورى : المرجع السابق ص ١٠٩٠ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د/ سمير

تناغو : المرجع السابق ص ٣١٠ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٩٠ وما بعدها ، د/ السنهاورى : المرجع السابق ص ١٥٩١ وما بعدها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٩ .

(٣) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٩١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٩ .

ويذهب الرأى السائد فقها إلى أن المقصود بالسبب فى مجال الإثراء : المصدر أو السند القانونى ، الذى يكسب المثرى الإثراء ويجعل له الحق فى استبقائه والاحتفاظ به ، وعلى ذلك فالسبب له معنى قانونى بحت ، وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى الحق فى كسب الإثراء الذى تحقق له على حساب الغير ، وهذا الحق قد يكون مصدره العقد ، وقد يكون مصدره حكم من أحكام القانون ^(١) .

سبب الإثراء و الافتقار عقد :

إذا كان العقد هو سبب الإثراء و الافتقار ، فلا يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى بالتعويض لأنه لا محل لتطبيق قواعد الإثراء بلا سبب بين طرفين مرتبطين بعقد ملزم للجانبين ، حيث يكون للإثراء و الافتقار سبب هو العقد ، ومن ثم لا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب فى حق طرفين بينهما رابطة عقدية ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته ، هذا إذا كان العقد الملزم للجانبين مبرما بين المثرى والمفتقر ، وفى ذلك تقول محكمة النقض فى أحد أحكامها : " إنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب ، والذى من تطبيقاته رد غير المستحق ، بل يكون العقد وحده هو مناط تطبيق حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون للإثراء الحادث أو للافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبرره " ومن الأمثلة على ذلك أن يؤجر شخص منزلا لآخر ، ويتفق فى العقد على أن يسمح المؤجر للمستأجر بعمل تحسينات على نفقته ، على أن تكون تلك التحسينات التى يجريها المستأجر ملكا للمؤجر ، عند انتهاء عقد الإجارة ، وعلى ذلك إذا قام المستأجر بإجراء هذه التحسينات ، بناء على هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤١ ، د/عبد الوود يحى : المرجع السابق ص ٣٠٨

، د/السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٩٣ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص

٣٢٢ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٢

، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٧ ومابعدها ، د/السيد عيد نايل : المرجع السابق

ص ٢٧٢ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/محمد لبيب شنب : المرجع

السابق ص ٤٩٤ ، سمير تنّاغو : المرجع السابق ص ٣١٠ ، د/أحمد شوقى عبد الرحمن :

المرجع السابق ص ٢٧٦ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٧ ، نقض مدنى فى

١٩٨١/٢/٢٥ لسنة ٣٢ صفحة ٦٤١ رقم ١٢٤ بمجموعة أحكام النقض .

العقد فافتقر بقدر ما أنفق فيها وترتب على ذلك أن أثرى المؤجر بقدر ما زاد فى قيمة العين المؤجرة ، فلا يجوز للمستأجر أن يطالبه بالتعويض عن هذا الإثراء ؛ لأنه إثراء له ما يبرره وهو عقد الإيجار المبرم بين المثرى والمفتقر ^(١) .

إلا أن ذلك لا يعنى أنه يشترط حتى يكون العقد سببا للإثراء ، أن يكون قائما بين المثرى والمفتقر ، بل يكفى أن يكون العقد مبرما بين المثرى والغير ، دون أن يكون المفتقر طرفا فيه ، ومع ذلك يكون هذا العقد سببا قانونيا للإثراء ، يترتب عليه منع رجوع المثرى على المفتقر ، وذلك كما هو الحال فى المستأجر ، الذى يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ، ثم يتركها للمؤجر بعد نهاية عقد الإيجار حسب ما هو متفق عليه فى هذا العقد ، فيكون عقد الإيجار مانعا من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب ، كما فى المثال المتقدم بل يكون مانعا أيضا لرجوع المقاول الذى تعاقد معه المستأجر للقيام بهذه التحسينات ، مع أن المقاول لم يكن طرفا فى عقد الإيجار الذى كان سببا قانونيا لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات ، فالمثرى فى هذا المثال هو المؤجر ، والمفتقر هو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المثرى وهو المؤجر وشخص آخر غير المفتقر وهو المستأجر ^(٢) ولكن إذا كان عقد الإيجار لا يتضمن نصا يخول المثرى (المؤجر) حقا فى تملك المنشآت التى يقيمها المستأجر دون مقابل ، ففى هذه الحالة لا يصلح عقد الإيجار سببا ، يسوغ إثراء المؤجر ، لا لأنه معقود مع شخص آخر غير المفتقر ، بل لأنه لا يخول المؤجر حق تملك المنشآت دون مقابل ، ومن ثم يكون إثراء المؤجر بغير سبب ، مما يسوغ للمقاول الحق فى الرجوع عليه ، بدعوى الإثراء بلا سبب ، شريطة أن يثبت المقاول أن افتقاره كان بدون سبب أيضا ، وذلك يكون فى

(١) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٢ وما بعدها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٠ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٣ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠١ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٥ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣١١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ١٩٨ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٩٨ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٩٨ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤٢ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٠ .

حالة عجز المفاوض عن الحصول على الأداء ، الذى التزم به المستأجر نحوه ، كأن يكون المستأجر قد أعسر ؛ بحيث أصبحت تعهداته لا قيمة لها ^(١) .

هذا : ويشترط الفقهاء فى العقد المبرم بين المثرى والغير ، حتى يكون سببا مسوغا للإثراء ، أن يكون معاوضة لا تبرعا ، وأن لا يكون مشوبا بقصد الإضرار بالمفتقر ، وأن يكون المثرى قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط ، فلا يعتبر هذا العقد سببا مسوغا للإثراء ^(٢) ولا يقتصر حتى يكون العقد سببا للإثراء والافتقار أن يكون مبرما بين المثرى والمفتقر أو بين المثرى والغير ، بل يكون العقد سببا للإثراء حتى ولو كان معقودا بين المفتقر وشخص آخر غير المثرى ، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ، ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقدا أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل وهو غير المثرى ^(٣) وهذا الحكم لا يخالف قاعدة نسبية أثر العقد أو اقتصار أثره على طرفيه ؛ لأن المقصود من هذه القاعدة أن العقد - كعمل قانونى - ينشئ التزامات فى ذمة طرفيه أو أحدهما ، أما بالنسبة إلى تلك المراكز القانونية ، التى ينشئها العقد بين طرفيه فواجبه الاحترام من الكافة ، ويمكن الاحتجاج بالعقد فى شأنها على الكافة لا باعتباره عملا قانونيا ، بل باعتباره واقعة قانونية أنشأت مراكز يقرها القانون ويفرض احترامها ^(٤) .

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠٢ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٥٩٩ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣١١ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/ أحمد شوقى : المرجع السابق ص ٢٧٧ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق هامش رقم (٧٥) الصحيفة رقم ١٠٢ ، د/ عايش رجب الكبيسى : الإثراء على حساب الغير بلا سبب ص ٥٥٩ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٠١ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤٢ ومابعدهما ، د/ حسام الدين الأهوانى ص ٣٢٥ .

(٤) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق هامش رقم (٧٤) ص ١٠١ ومابعدهما ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٤٣ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٦٦ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣١ .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، وكذلك التصرفات القانونية التى تصدر من جانب واحد كالهبة والإبراء ، قد يترتب عليها إثراء فى جانب واقتقار فى جانب آخر ، ولكن هذا الإثراء وذلك الاقتقار يكون لهما سبب مشروع وهو العقد والإرادة ، ومن ثم لا يسرى عليهما قاعدة الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، ولا يجوز للواهب أو المبرئ أن يرجع على الموهوب له أو على المدين ، الذى أبرأه بدعوى الإثراء على حساب الغير بلا سبب ؛ لأن كلا من عقد الهبة ، والإبراء سبب قانونى للإثراء والاقتقار ^(١) ويجب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء والاقتقار سواء أكان ملزما لجانب واحد أم للجانبين ، والذى يترتب عليه امتناع الرد عقدا صحيحا ، فإذا كان باطلا فليس هناك ما يمنع من رفع دعوى الإثراء ؛ لأن العقد باطل لا يصلح سببا للإثراء ^(٢) .

سبب الإثراء حكم من أحكام القانون :

لما كان العقد يعد سببا للإثراء والاقتقار على الوجه السابق ، فإن حكم القانون أنصوصه تعتبر سببا مبررا للإثراء والاقتقار ، وبالتالي يكون حكم القانون مصدرا قانونيا لكسب الإثراء على حساب الغير ، ومانعا للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ؛ لأنه قد أثرى بسبب قانونى ، ومن هذا القبيل العمل غير المشروع أو الفعل الضار ، فإنه يعتبر سببا قانونيا يمنع الرجوع بدعوى الإثراء ، ومن ثم لا يلتزم من أخذ تعويضا عن ضرر أصابه ، برد هذا التعويض ؛ لأنه قد كسبه بسبب قانونى هو العمل غير المشروع ، وذلك كما إذا أتلّف شخص بخطئه سيارة شخص آخر ، وألزم بإصلاحها لتعويضه عن أضرارها ، وبعد الإصلاح وجد أن السيارة قد زادت قيمتها عما كانت عليه قبل الإتلاف ، فإنه لا يستطيع أن يطالب مالك السيارة برد ما زاد فى قيمتها ، على أساس الإثراء بلا سبب ؛ لأن ما حصل عليه المالك من إثراء نتيجة إصلاح التلف بما فى ذلك زيادة القيمة

(١) د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٣ ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/عايش الكبيسى : المرجع السابق ص ٥٥٦ .

(٢) د/عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٦٧ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٨ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، نقض مدنى فى ١٩٦٧/٣/٣٠ لسنة ١٨ رقم (١١٢) ص ٧٢٥ مجموعة أحكام النقض .

له سبب ، وهو التزام المخطئ بالتعويض على أساس الفعل الضار ^(١) وأيضا يعتبر التقادم سببا قانونيا لاكتساب الحقوق وإسقاطها ، وبالتالي فمن اكتسب حقا عينيا أصليا أو سقط عنه التزام بالتقادم ، لا يجوز الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن إثراءه من اكتسابه للحق العيني أو من سقوط التزامه له سبب قانوني وهو التقادم ، وعلى ذلك إذا تمسك مدين بتقادم دينه ، ففضى له ببراءة ذمته ، فلا يجوز للدائن أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب ؛ لأن إثراء المدين الذى انقضى دينه دون وفاء له سبب قانوني ، وهو حكم القانون الذى يجعل الديون تسقط بالتقادم ، وكذلك الحال إذا وضع شخص يده على مال غيره ، وسكت صاحب المال ، فلم يطالب برد هذا المال حتى سقطت دعواه بالتقادم ، فلا يجوز له أن يطالب واضع اليد بهذا المال على أساس الإثراء بلا سبب ؛ لأن إثراءه له سبب وهو التقادم المكسب ^(٢) ومن هذا القبيل أيضا إنفاق الزوج على زوجته ، والأب على أولاده ، فإن إثراء الزوجة والأولاد له سبب قانوني ، وهو صلة الزوجية والقرابة وما يرتبه القانون عليهما من حقوق وواجبات ، ومن ثم لا يجوز للزوج أو الأب أن يرجع بالتعويض على الزوجة أو الأولاد على أساس الإثراء بلا سبب ؛ لأن الإثراء فى هذه الحالة له سبب ، وهو حكم القانون الذى يقرر وجوب النفقة على الزوجة والأبناء ^(٣) وكذلك أيضا قوة الشئ المقضى به ، تعتبر سببا قانونيا للإثراء والافتقار ، وبالتالي إذا استبعد أحد دائئى التفليس بحكم حاز قوة الشئ المقضى به ؛ لأنه لم يتقدم فى الميعاد

(١) د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩١ ، د/ أنور سلطان ص ٤٣٤ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٠١ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٥ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٧ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٠٢ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٣٤٢ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٠ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩١ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٤ .

(٣) د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٣ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٠٥ ، د/ عبد الحميد عثمان : المرجع السابق ص ٦٥٦

القانونى ، فلا رجوع له بدعوى الإثراء على السندىك أو على أحد الدائنين ، وأيضا انعدام الدليل الكتابى ؛ حيث لا يجوز الإثبات بالبينة ، فإنه يكون سببا يسوغ للمدين الاحتفاظ بالدين ، ويمنع من الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهكذا لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء بلا سبب ، كلما توافر حكم من أحكام القانون ، يصلح لأن يكون سببا وسندا ومصدرا للإثراء ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن فقه القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى ، فى أنه يلزم حتى يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى بقيمة ما أثراه على حساب غيره ، بالإضافة إلى تحقق الإثراء والافتقار ، وتوافر الصلة بينهما ، أن يكون ذلك الإثراء بغير سبب مشروع ، فلن كان لذلك الإثراء سبب مشروع فلا يحق للمفتقر أن يرجع على المثرى بشئ ن ويكون له الحق فى الاحتفاظ بما أثرى به .

كما يتفق رأى السائد فى فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن المقصود بالسبب فى مجال الإثراء المصدر المنشئ للالتزام ، وهذا السبب يعد السند الشرعى والقانونى الذى يكسب المثرى قيمة الإثراء ، ويجعل له الحق فى الاحتفاظ به ، وهذا السبب قد يكون مصدره عقد من عقود المعاوضة ، سواء أكان هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين أم الملزمة لجانب واحد ، وقد يكون مصدره الإرادة المنفردة أو الفعل النافع ، أو الضار ، كما قد يكون مصدره حكم الشرع أو القانون أو قضاء القاضى .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٠٢ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩١ ، د/ جميل

الشرقاوى : المرجع السابق هامش رقم (٢) ص ٥٨٩ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق

ص ١٠٦ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٤ .

المبحث الثالث

ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

لتحديد ما يرجع به الموفى (المفتقر) على المدين (المثرى) بدعوى الإثراء بلا سبب ، متى قام الموفى بأداء دين المدين بغير إذنه ، يلزم أن أبين أولا : ما يرجع به المفتقر على المثرى على حسابه بلا سبب مشروع ثم أوضح ما يرجع به الموفى (المفتقر) على المدين (المثرى) ، تطبيقا على ما أمكن تحديده لرجوع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ؛ لأن المدين الموفى عنه قد أثرى على حساب الموفى بغير سبب ، فكان ما يرجع به الموفى على المدين من تطبيقات الرجوع بهذه الدعوى ، وبيان ذلك سوف يكون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولا : فى الفقه الإسلامى :

لما كان تحديد ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب يعد تطبيقا لرجوع المفتقر على المثرى بهذه الدعوى أتناول أولا : ما يرجع به المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ثم أتناول ما يرجع به الموفى على المدين الموفى عنه بهذه الدعوى .

أولا : ما يرجع به المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب :

بالنظر فى النصوص الفقهية الواردة فى كتب الفقه الإسلامى ، التى تناولت الإثراء بلا سبب ، يتبين أن رجوع المفتقر على المثرى على حسابه بلا سبب مشروع فى الفقه الإسلامى ، يختلف بحسب ما إذا كان المفتقر حسن النية وقت تحقق الإثراء على حسابه أم سيئها ، بغض النظر عن نية المثرى سواء أكانت حسنة أم سيئة .

وعلى ذلك فإن رجوع المفتقر على المثرى فى الفقه الإسلامى ، يفرق فيه بين حالتين :

الحالة الأولى : حسن نية المفتقر وقت تحقق الإثراء على حسابه .

الحالة الثانية : سوء نية المفتقر وقت تحقق الإثراء على حسابه .

وبيان كل حالة من هذه الحالات سيكون على حدة .

الحالة الأولى : حسن نية المفتقر وقت تحقق الإثراء على حسابه .

إذا كان المفتقر حسن النية وقت تحقق الإثراء على حسابه ، فإن فقهاء المذاهب الإسلامية قد اتفقوا على إلزام المثرى برد قيمة الإثراء وقت تحققه ، سواء أكان هذا الإثراء قد حدث

قضاء وقدر (١) أم وقع بفعل أجنبي (٢) أم بفعل المثرى (٣) أم بفعل المفتقر (٤) ويؤكد ذلك ما جاء في الشرح الكبير : " (وإن غرس) ذو الشبهة (أو بنى) وقام عليه المستحق (قيل

(١) يراجع في الإثراء الحادث قضاء وقدر مع توافر حسن نية المفتقر ، البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٤٥ وقد جاء فيه : " لو هبت ريح بثوب إنسان فألقته في صبغ آخر حتى انصبغ ، وكانت قيمة الثوب والصبغ سواء يباع عليهما ويقتسمان الثمن " ، وفي هذا المعنى الفتاوى الهندية : ١٣٣/٥ ، الفتاوى الخانية ٢٤٢/٣ ، الهداية بهامش نتائج الأفكار ٢٧٠/٨ وما بعدها ، البابرتى : العناية على الهداية ٢٦٩/٨ ، وفي فقه الملكية راجع المواق : التاج والإكليل ٢٨٧/٥ حيث يقول : " لو سقط ثوبا في قدر صباغ فانصبغ الثوب ، قالوا يكونان شريكين فيه هذا بقيمة ثوبه ، وهذا بقيمة صبغه " ، وفي هذا المعنى راجع نهاية المحتاج ١٨٥/٥ ، الشبراملى : حاشيته ١٨٤/٥ ، ابن قدامة : الكافي ٤٠١/٢ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ١٦٣ وما بعدها ، المحلى ١٦٠/٨ ، التاج المذهب ٣٥١/٣ ، مفتاح الكرامة ٢٧٨/٦ .

(٢) يراجع في الإثراء الواقع بفعل أجنبي مع توافر حسن نية المفتقر ، قاضى خان : الفتاوى الخانية ٣١٤/٣ وقد جاء فيه ما نصه : " إذا حفر الرجل قبراً في موضع يباح له الحفر في غير ملكه ، فدفن غيره لا ينبش القبر ، ولكن يضمن قيمة حفره ليكون جمعا بين الحقيقين ومراعاة لهما " ، الفتاوى الهندية ١٣٦/٥ وما بعدها ، مجمع الضمانات ص ٤٤٩ ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨٥ حيث يقول : " إذا خيف على المركب الغرق جاز طرح ما فيه من المتاع أذن أربابه أو لم يأذنوا إذا رجا بذلك نجاته ، وكان المطروح بينهم على قدر أموالهم ولا غرم على من طرحه " ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ٢ ص ٢٩٠ .

(٣) يراجع في الإثراء الحاصل بفعل المثرى مع حسن نية المفتقر : جامع الفصولين ١٨٣/١ ، الفتاوى البزازية ١٧٣/٥ وقد جاء فيها : " وقع حريق في محلة فهدم الرجل بيت جاره حتى لا يحترق فهو ضامن لقيمة بيت الجار " ، الفتاوى الهندية ١٥٢/٥ ، البغدادى : مجمع الضمانات ص ٤٥٢ ، المواق : التاج والإكليل ٢٨٠/٥ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤٤٧/٣ ، الرملى : نهاية المحتاج ١٨٤/٥ وقد جاء فيه : " وإن زادت قيمة الثوب المغصوب بسبب صبغه اشتراكا فيه أى الثوب هذا بثوبه وهذا بصبغه أثلاثا ، ثلثاه للمغصوب منه ، وثلثه للغاصب ، أما إذا ارتفع سعر أحدهما فقط بارتفاعه فالزيادة لصاحبه " ، ومغنى المحتاج ٢٩٢/٢ ، أسنى المطالب ٣٥٧/٢ وما بعدها طبعة دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٥٤/٥ ، الروض النضير ٤٠١/٣ .

(٤) يراجع فى ذلك : مجمع الضمانات ص ٢٨٨ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٨٦ ، حاشية الدسوقي ٢٤٠/٣ ، شرح الخرشي ٢٤٤/٥ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ١٧٥ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٣٣٢ وقد جاء فى كل هذه المراجع ما نصه : " لو ظن أن عليه ديناً فدفعه لصاحبه ثم تبين أن لا دين عليه ، فإنه يسترده ممن أخذه " .

للمالك أعطه قيمته قائما) منفردا عن الأرض (فإن أبى) المالك (فله) أى الغارس أو البانى (دفع قيمة الأرض) بغير غرس وبناء (فإن أبى فشريكان بالقيمة) هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة غرسه " (١) .

فالغارس أو البانى فى هذا النص هو الذى أفقد نفسه ببناؤه أو غراسه إلا إنه لما كان ذو شبهة فى هذا البناء أو الغراس ؛ إذ إنه بنى أو غرس فى هذه الأرض على أنها ملكه ، فكان حسن النية ، ولم يكن متعديا ، لذلك التزم مستحق الأرض (المثرى) برد قيمة الإثراء له ، وهى قيمة البناء أو الغراس قائما ، وكذلك الحال فى الأمثال السابقة .

الحالة الثانية : سوء نية المفتقر وقت تحقق الإثراء على حسابه :

إذا كان المفتقر سيئ النية ، وقت تحقق الإثراء على حسابه ، فإن المثرى لا يلتزم إلا برد قيمة الافتقار ، أو برد قيمة الشئ الذى افتقر به منقوضا لا قائما ، وتحقق سوء نية المفتقر ، إذا وقع الإثراء بفعله وكان متعديا بهذا الفعل ، الذى أدى إلى افتقاره ، وإثراء غيره على حسابه بلا سبب مشروع ، وبالتالي إذا كان إثراء الغير بلا سبب يرجع إلى سوء نية المفتقر ، فإن فقهاء المذاهب الإسلامية قد اتفقوا على أن المثرى إما أن يلتزم برد قيمة الشئ ، الذى أثرى به على حساب المفتقر بلا سبب ، منقوضا لا قائما بعد إسقاط كلفة نقضه ، إذا لم يتولاها المفتقر بنفسه أو بخدمه ، وإما أن يلتزم برد قيمة الافتقار ، وفى ذلك يقول الإمام الدردير فى الشرح الكبير : " (و) خير المالك (فى بنائه) أى بناء الغاصب أو فى غرسه (فى أخذه) أى البناء وكذا الغرس (ودفع قيمة نقضه) بضم النون بمعنى منقوضه أى قيمته منقوضا إن كان له قيمة بعد الهدم ، لا مالا قيمة له كجص وجير وحمرة (بعد سقوطها) أى إسقاط أجره (كلفة لم يتولاها) الغاصب بنفسه أو خدمه أى شأنه ، أنه لا يتولى الهدم وتسوية الأرض وردها لما كانت قبل الغصب ، فيقال كم يساوى نقض هذا البناء لو نقض؟ فإذا قيل عشرة قيل وما أجره من يتولى الهدم والتسوية ، فإذا قيل أربعة غرم المالك ستة ، فإذا كان شأنه أى الغاصب أن يتولى ذلك بنفسه أو

(١) الدردير : الشرح الكبير ٤٦٦/٣ ، جامع الفصولين ٢١٧/١ ، المذهب ٣٢٥/١ ومابعدهما ، مغنى المحتاج ٢٧١/٢ ، أسنى المطالب ٣٣٢/٢ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٢/٥ ومابعدهما ، المقدسى : الشرح الكبير مطبوع مع مغنى ابن قدامة ٥٢٢/٥ ومابعدهما ، التاج المذهب ٥١/٥ ، البحر الزخار ١٧/٥ ومابعدهما ، العاملى : مفتاح الكرامة ٣٠٦/٦ .

خدمه غرم المالك له جميع العشرة أو أن يأمره بهدمه أو قلعه إن كان شجرا ،
وبتسوية أرضه " (١) وقد استند الفقهاء فى تقريرهم لهذا الحكم ، إلى :

١- ما روى عن هشام ابن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : " ليس لعرق ظالم حق " (٢) .

(١) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٥٤ ، الإمام الخرشي : شرح
الخرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ١٤٣ ، العدوى : حاشيته على شرح الخرشي ج ٦ ص
١٤٣ ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨٣ ، ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٣
ومابعدا ، وفى هذا المعنى يراجع قاضى زاده : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤٦٢
وقد جاء فيه مانصه : " ومن بنى فى أرض غيره أو غرس فيها شجرا (أمر) البانى والغارس
(بالقلع) فى ظاهر الرواية (والرد) أى رد الأرض إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام " ليس
لعرق ظالم حق " أى لذى عرق ظالم ، وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال
صام نهاره ، وقام ليله ، هذا إن كانت الأرض لا تنقص بالقلع " وإن كانت تنقص بالقلع فللمالك أن
يضمن له " أى للغاصب (قيمتها) أى قيمة البناء والغرس (مأمورا بقلعها) لأن فيه دفع الضرر عنهما
، وإنما يضمن قيمته مقلوعا لأنه مستحق القلع ثم بين طريقة معرفة قيمتها بقوله : " فتقوم الأرض
بلا شجر أو بناء " بمائة مثلا " وتقوم مع أحدهما " بمائة وعشرة حال كونه " مستحق القلع " فحينئذ
ينقص أجرة القلع ، وهى درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) " ، وراجع
الإمام الزيلعى : تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٩ ، الخورازمى : الكفاية على الهداية بهامش نتائج
الأفكار ٢٧٠/٨ ، الكهوجى : زاد المحتاج ج ٢ ص ٣٢٠ ط ١ ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م بمطبعة
الشئون الدينية بدولة قطر ، الشيخ زكريا الأنصارى : شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ج ٣
ص ٤٩١ ، أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٥٦ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ج ٢
ص ٣٨٣ ومابعدا ، البهوتى : الروض المربع شرح زاد المستتقع بهامش حاشية النجدي ٣٨٣/٥
ومابعدا ، الشيخ النجدي : حاشية الروض المربع فى نفس الموضع ، ابن رجب : القواعد فى الفقه
الإسلامى ص ١٥٦ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٥٣٦ ومابعدا ، الكافى
فى فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٣٩٨ ، المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى لابن قدامة ج ٥
ص ٥٤٣ ، القاضى العنسى الصنعانى : التاج المذهب ج ٣ ص ٣٥٦ ، ابن المرتضى : البحر
الزخار ج ٥ ص ١٨٤ ، العاملى : مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٣٠٧ ومابعدا .

(٢) جزء حديث تمامه : " من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق " وقد أخرجه الإمام
مالك : الموطأ باب القضاء فى عمارة الموات ج ٢ ص ٥٧٠ ط ٤ دار الحديث ١٤١٩ هـ
١٩٩٩ م تحقيق أ/ فؤاد عبد الباقي ، أبو داود فى سننه - كتاب الخراج والإمارة والفئ - باب إحياء

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ حكم بأنه ليس لمن غرس أو بنى فى أرض غيره بغير إذنه حق ؛ لأنه ظالم لصاحب الأرض بغرسه أو بنائه فيها بغير إذنه ، ولذلك فإنه يؤمر بقلع الغرس ، وإزالة البناء لتفريغ الأرض منه ، لأنه شغل ملك غيره بملك لا حرمة له فى نفسه (١) .

٢- وإلى ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، فله نفقته ، وليس له من الزرع شئ " (٢) .

وجه الدلالة من هذا النص الشريف :

أن رسول الله ﷺ قضى للزارع فى أرض الغير بغير إذنه بالنفقة التى أنفقها على ما زرعه ولصاحب الأرض بالزرع ، وذلك جمعا بين الحقين من غير ضرر ، أو إهدار لأحدهما (٣) .

الموات جـ ٣ ص ١٧٥ برقم (٣٠٧٣) طبعة دار الحديث بالقاهرة ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ، البيهقى : السنن الكبرى - كتاب الغصب - ليس لعرق ظالم حق جـ ٦ ص ٩٩ ط دار المعرفة - بيروت ، الترمذى : فى سننه كتاب الأحكام باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات جـ ٣ ص ٦٥٣ برقم (١٣٧٨) ، قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلا ، والعرق الظالم الغاصب الذى يأخذ ما ليس له ط ٣ بمطبعة الحلبي وأولاده بمصر ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م .

(١) قاضى زاده : مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ابن رشد : بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤١ ، الرملى : نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٨٣ ، ابن قدامة : الكافى فى فقه الإمام أحمد جـ ٢ ص ٣٩٨ .

(٢) الحديث أخرجه الإمام أبو داود : سننه جـ ٣ ص ٦٩٣ برقم (٣٤٠٣) كتاب البيوع باب من زرع فى الأرض بغير إذن صاحبها ، البيهقى : السنن الكبرى - كتاب المزارعة - باب من زرع فى أرض غيره بغير إذنه جـ ٦ ص ١٣٦ ، ابن ماجه : سننه جـ ٢ ص ٨٢٤ كتاب الرهون باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم برقم (٢٤٦٦) قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب ... سألت عنه محمد بن إسماعيل (البخارى) فقال هو حديث حسن ، الهندى : كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال جـ ١٥ ص ٥٣٠ برقم (٤٢٠٤٩) كتاب المزارعة طه مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م .

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ٢/٢٤٢ ، ابن قدامة : الكافى ٢/٣٩٩ .

وقت تقدير الإثراء :

يتضح من النصوص الفقهية المتقدم ذكرها أن قيمة الإثراء تقدر وقت حدوثه ، وبالتالي إذا كان المثرى غاصبا فإنه يضمن ما أثرى به بمجرد غصبه ، ولا أثر لهلاكه بعد ذلك ، ومن ثم إذا تغيرت ذاته بنقص أو غيره فعلى الغاصب قيمة ما أثرى به يوم الغصب (١) .

ثانيا : ما يرجع به الموفى (المفتقر) على المدين (المثرى) بدعوى الإثراء بلا سبب :

بناء على ما تقدم فى رجوع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب بعد تحقق شروطها ، إذا قام الموفى بأداء دين المدين لدائنه ، وكان هذا الأداء بغير إذن المدين ، فإن الموفى يكون قد افتقر من جراء قيامه بهذا الأداء ، ويكون المدين قد تحقق له الإثراء من جراء ذلك إثر أسليا عن طريق انقضاء ما عليه من دين لدائنه بالوفاء الصادر من الغير ، وبالتالي يلتزم المدين (المثرى) برد قيمة ما أثرى به للموفى (المفتقر) أو مثله إن كان مثليا ؛ لأن الموفى (المفتقر) هنا حسن النية ؛ إذ إنه لم يقصد من القيام بالوفاء بدين المدين ضرره أو عنته ، فإن كان سيئ النية وقصد بوفائه هذا الدين عن المدين إضراره أو إعنائه ألزم الدائن برد ما استوفاه من الموفى ، ولا يكون للموفى على المدين أية مطالبة (٢) .

ثانيا : ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب فى القانون المدنى :

إذا كان تحديد ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، يعد تطبيقا لرجوع المفتقر على المثرى بهذه الدعوى ، فإنه يلزم أن أبين أولا : ما يرجع به المفتقر بصفة عامة على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ، ثم أوضح ما يرجع به الموفى (المفتقر) على المدين الموفى عنه (المثرى) بهذه الدعوى .

أولا : ما يرجع به المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب :

إذا تحققت شروط الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، أصبح للمفتقر الحق فى الرجوع

(١) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٨٢ ، ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٠ ، ابن قدامة :

الكافى فى فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٤٠٣ .

(٢) يراجع الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٣٣٤ ، الإمام الدسوقى :

حاشيته على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٥ ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج —

٢ ص ١٥٧ ط الحلبي .

على المثرى بدعوى الإثراء ، ليحصل على تعويض ما لحقه من خسارة ، وأضحى المثرى ملتزماً بذلك تجاه المفتقر ، وفى ذلك تقول المادة (١٧٩) مدنى : " كل شخص ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص ، عما لحقه من خسارة " .

ومن هذا النص يتضح أن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر ، ولو كان هذا المثرى غير مميز ، ومن ثم لا يوجد فى قواعد الإثراء ما يستلزم اشتراط أهلية المثرى ، لأن الأهلية شرط لصحة اتجاه الإرادة نحو إلزام صاحبها ولما كان التزام المثرى ينشأ دون إرادة إذ هو ينشأ بناء على واقعة مادية هو واقعة الإثراء ، فلا محل لتطلب أهلية ما فى المثرى ، وينطبق ذلك على المفتقر أيضاً ، لأن الإثراء و الافتقار ينشآن بناءً على واقعة مادية واحدة ^(١) .

هذا : والتزام عديم الأهلية برد الإثراء يكون فى حدود ما عاد عليه من منفعة أو فائدة ، بسبب الإثراء مادة (٢/١٤٢) مدنى ^(٢) .

أما كامل الأهلية ، فإنه يلتزم طبقاً لنص المادة (١٧٩) مدنى سالف الذكر ، أن يرد للمفتقر ، أقل القيمتين قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار ، وعلى ذلك إذا كانت قيمة الافتقار خمسمائة جنيه ، وقيمة الإثراء ألف جنيه فإن المثرى لا يلتزم إلا برد الخمسمائة جنيه ، وإذا كانت قيمة الافتقار ألف جنيه وقيمة الإثراء خمسمائة جنيه ، فإن المثرى لا يلتزم إلا برد الخمسمائة جنيه للمفتقر لأنه أقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى : " ويلتزم المثرى بتعويض الدائن (المفتقر) عما

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٤٩ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٩ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٩٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٦ ، د/ عبد الحميد عثمان : المرجع السابق ص ٦٦٢ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٩ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٤٠ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣١٣ .

^(٢) تنص المادة (١٤٢) مدنى على أنه : " ١- فى حالى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل ٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " .

افتقر به ، ولكن بقدر ما أثرى ، فهو يلتزم برد أقل القيمتين قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن (المفتقر) (١) .

وفى ذلك أيضا تقول محكمة النقض فى أحد أحكامها : " إن مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب المنصوص عليه فى المادة (١٧٩) من القانون المدنى أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن (المفتقر) عما افتقر به ، ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء و الافتقار " (٢) .

ويرجع تقدير التعويض بأقل القيمتين قيمة الإثراء ، وقيمة الافتقار إلى أن المفتقر لا يجوز له أن يتقاضى أكثر مما افتقر أو خسر ، حتى ولو كان إثراء المثرى يزيد على هذا المقدار ؛ لأن حصوله على أكثر من خسارته أو افتقاره يجعله مثرى على حساب الغير بلا سبب مشروع ، كما لا يجوز أن يزيد هذا التعويض عن مقدار الإثراء الذى عاد على المثرى ، حتى ولو كان الافتقار يجاوز هذا المقدار ؛ لأن المثرى لا يحاسب على خطأ ارتكبه حتى يلتزم بتعويض كامل الخسارة ، وإنما يحاسب بسبب واقعة مادية أدت إلى حصوله على كسب ، لذلك فإن التزامه بالتعويض لا يجوز أن يتعدى ما ناله من إثراء فعلا ، ويخصم من قيمة التعويض الذى يرجع به المفتقر على المثرى ، ما تكلفه هذا الأخير من نفقات لجلب هذا الإثراء لنفسه ، والالتزام المثرى برد أقل القيمتين لا ينظر فيه إلى حسن النية أو سوءها ، سواء أكان من ناحية المثرى أم كان من ناحية المفتقر لأنه التزم يقوم على واقعة مادية ، لا تتأثر بحسن أو سوء النية وهى واقعة الإثراء (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤٢ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٢٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٢١ صفحة ٤٥٠ رقم ٧٢ .

(٣) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٦ ومابعداها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٨ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٥ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٨٣ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٤٧ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٦٩ ، د/ عبد الحميد عثمان : المرجع السابق ص ٦٦١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠١ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣١٤ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٥ .

بيد أنه يلاحظ أن هناك بعض التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء بلا سبب لم تلتزم حدود هذه القاعدة ، ومن هذه التطبيقات البناء فى أرض الغير مادة (٩٢٤ ، ٩٢٥) مدنى ، المصروفات النافعة مادة (٢/٩٨٠) مدنى والتي التزم فيها المشرع أن يكون التعويض هو أقل القيمتين ، إذا كان المفتقر حسن النية ، فالبانى فى أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء فى الأرض ، فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هى قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هى قيمة الإثراء) وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة فى ملك الغير بحسن نية ، أما إذا بنى الشفيع فى العقار المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة فى الشفعة) كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له ، إما المبلغ الذى أنفقه (وهذه هى قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (وهذه هى قيمة الإثراء) ، ولما كان المشتري هنا هو الذى يختار ، فهو سيختار أعلى قيمتى الافتقار و الإثراء بطبيعة الحال ، وفى هذا خروج على القاعدة ، يضاف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيئ النية فى حالة البناء فى أرض الغير وفى حالة المصروفات النافعة وفى حالة الشفيع إذا بنى بعد إعلان الرغبة فى الشفعة فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المثرى بالتعويض ، فإنه يدفع فى الحالتين الأولين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض ، وفى الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل ، وهذا يعنى أن هذه التطبيقات التشريعية لم تشملها قاعدة الإثراء بلا سبب التى لا تفرق بين حسن النية أو سوءها فى الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ومن ثم يطبق عليها النصوص التى وردت فيها حتى ولو خالفت القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ويعنى أيضا أن هذه القاعدة فى حاجة إلى تطوير حتى تشمل جميع تطبيقاتها " (١) .

ولكن كيف يقدر الإثراء و الافتقار اللذان يرجع المفتقر بالأقل من قيمتهما على المثرى ، وما هو الوقت الذى يتم فيه ذلك ؟

للإجابة على هذا التساؤل أتناول أولا : كيفية تقدير الإثراء والافتقار ، وأوضح ثانيا : الوقت الذى يتم فيه تقدير كل منهما .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق هامش رقم (٢) لصفحة ١٦٤٦ ومابعدا .

أولا : كيفية تقدير الإثراء و الافتقار :

أ- كيفية تقدير الإثراء :

يقدر الإثراء تقدير موضوعيا أى تقديرا يتم وفق القيمة التى يمثلها هذا الإثراء بالنسبة للشخص العادى ، وعلى ذلك إذا كان الإثراء مبلغا من النقود دخل فى ذمة المثرى ، فإن إثراءه يقدر بالقدر العددي لهذا المبلغ النقدي سواء ارتفع سعر النقد أم انخفض ، ولا يستحق المفتقر عليه فوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، أى من تاريخ المطالبة القضائية مادة (١٣٤) مدنى ، مع ملاحظة أن المثرى إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها فإنه لا يرد من هذا المبلغ إلا ما أنفقه فى منفعته ، مادة (٢/١٤٢) مدنى ، وإذا كان الإثراء عبارة عن تحسينات استحدثتها المفتقر فى مال المثرى كأعمال الترميمات والإصلاحات فيقدر الإثراء بما زاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وقت استحداثها ، وإذا كان الإثراء عبارة عن منفعة حصل عليها المثرى كما لو سكن منزلا للمفتقر من غير عقد أو استهلك نورا أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية ، فإن الإثراء يقدر عن طريق تقويم المنفعة التى حصل عليها المثرى ، ويكون ذلك بأجر المثل للمنزل أو بثمن النور أو الماء بالسعر المحدد لهما ، بصرف النظر عن حسن أو سوء نية المثرى ، وإذا كان الإثراء فى صورة خدمة أو عمل قدمه المفتقر إلى المثرى كما لو قام سمسار بالتقريب بين البائع والمشتري ولكن الصفقة لم تتم على يديه أو وضع مهندس تصميمًا انتفع به رب العمل ، فإن الإثراء يقدر بقيمة الفائدة التى عادت على المثرى من وراء تلك الخدمة أو ذلك العمل ، وفى جميع هذه الصور يكون الإثراء إيجابيا ، وأما إذا كان الإثراء سلبيا ، كما لو وفى شخص دين على آخر ، فإن الإثراء يقدر بقيمة ما نقص من ديون المثرى ، ومن ثم يكون للمفتقر الحق فى الرجوع عليه بقيمة ما أثرى به وهو مقدار الدين الذى وفاه ^(١) .

(١) فى هذا المعنى د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٩ وما بعدها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٨ وما بعدها ، د/ احمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٨٣ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٤٨ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٩ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ مصطفى الجمال : المرجع السابق ص ٤٩٤ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٤ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٢٠ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٥٩٢ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٤٨ وما بعدها ، د/ عبد الحميد عثمان : المرجع السابق ص ٦٦٢ وما بعدها .

ب- كيفية تقدير الافتقار :

يقدر الافتقار بنفس طريقة تقدير الإثراء ، وبالتالي إذا كان الافتقار نقداً كان مقدار الافتقار هو نفس مقدار الإثراء ، ذلك لأن المقدار الذى أثر به المثرى ودخل فى ذمته ؟، هو نفس المقدار الذى خرج من ذمة المفتقر وافتقر به ، ومن ثم يكون التعويض هو المبلغ الذى خرج من ذمة المفتقر ، وفوائده من وقت المطالبة القضائية ، وإذا كان الافتقار فى صورة تحسينات قام بها المفتقر ، فإن الافتقار يقدر بما أنفقه المفتقر ومن ثم يقدر ما يعطى للمفتقر من تعويض على أساس أقل القيمتين ، ما زاد فى مال المثرى وما أنفقه المفتقر فى إجراءات هذه التحسينات ، وإذا كان الافتقار عبارة عن منفعة حصل عليها المثرى ، فإن قدر الافتقار يكون هو قدر الإثراء ، ومن ثم يكون التعويض الذى يحصل عليه المفتقر هو أجر المنفعة التى حصل عليها المثرى ، وإذا كان الافتقار فى صورة خدمة أو عمل أداه المفتقر لصالح المثرى فإنه يقدر بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل ، إذا كان المفتقر يحترف الخدمة أو العمل الذى أداه ، أما إذا كان المفتقر لا يحترف هذه الخدمة أو ذلك العمل فإن الافتقار يقدر بما تحمله المفتقر من نفقات ، وما فاتته من ربح بسبب أدائه للخدمة أو العمل ، وما بذله من مجهود فى ذلك ، ويكون التعويض هو الأقل من قيمتى الافتقار و الإثراء ^(١) .

ثانيا : وقت تقدير الإثراء و الافتقار :**أ- وقت تقدير الإثراء :**

العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حدوثه لا بوقت رفع دعوى الإثراء ، ولا بوقت صدور حكم فيها وذلك وفقاً لصريح نص المادة (١٧٩) مدنى ، والذى يقضى بأن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وذلك لأن التزام المثرى مصدره واقعة الإثراء فيجب الرجوع إلى وقت تحقق هذه الواقعة لتقدير حدود هذا الالتزام ، وعلى ذلك فإنه

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٥١ ، ١٦٥٢ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٦٠٠ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، د/ جميل الشرفاوى : المرجع السابق ص ٥٩٣ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٨٥ ، د/ عبد الحميد عثمان : المرجع السابق ص ٦٦٣ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٤٠ وما بعدها ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٤٠٦ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٥ .

يكفى لقيام حق المفتقر فى المطالبة بالتعويض عن افتقاره أن يحدث الإثراء ولا يؤثر فى هذا الحق بعد ذلك أن يزول هذا الإثراء أو يبقى مستمرا حتى وقت رفع الدعوى والحكم فيها .

وبناء على ذلك ، إذا قام المفتقر بترميمات فى منزل المثرى فإن حقه فى المطالبة بالتعويض يقوم ولا يؤثر فى التزام المثرى بتعويضه ما يحدث للمنزل قبل رفع الدعوى من تهدم أو زوال ^(١) .

ب- وقت تقدير الافتقار :

اختلف فقهاء القانون فى تحديد الوقت الذى تقدر فيه قيمة الافتقار وذلك على رأيين :
الرأى الأول : ويذهب أصحابه إلى أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كالإثراء بل يقدر وقت صدور الحكم ، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه ، بأن الافتقار فى دعوى الإثراء يقابل الضرر فى المسؤولية التقصيرية ، ولذلك فهو لا يقدر وقت تحققه كالإثراء ، بل يقدر وقت صدور الحكم كما هو الأمر فى الضرر ، وبناء على ذلك ، فلو فرض أن المفتقر وهو ينقذ مال جاره من الحريق أصيب بحروق ثم اشتدت الإصابة ، وتحولت بعد ذلك إلى عاهة مستديمة ، فلا شك أن القاضى يدخل ذلك فى حسابه عند تقدير الافتقار ، وكذلك لو خفت الإصابة وقلت نتائجها عما كانت وقت حدوثها ، فإن القاضى يقدر الافتقار ، مراعىا ما طرأ على الإصابة من تحسن ، وهذا هو المتبع فى تقدير الضرر فى المسؤولية التقصيرية ، ويعلل أيضا هذا الرأى ما ذهبوا إليه بأن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديرا نهائيا وقت وقوعه ، لأنه يدخل فى مال المثرى ، ويصبح جزءا منه ، ولا أهمية لما يطرأ عليه بعد ذلك من زيادة أو نقص لأنه دخل بصفة نهائية فى ملك المثرى الذى يتحمل بعد ذلك ما يطرأ عليه من تغيير ، وبالتالي تكون العبرة فى تقدير الإثراء بوقت تحققه ، أما الافتقار فهو كالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديرا نهائيا إلا وقت صدور الحكم ؛

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٦٣٠ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٩٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣١٥ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٣٥ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٧ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٢ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٧ ، د/ نعمان جمعة : المرجع السابق ص ١٣٩ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٧٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٦ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٤٨ .

لأنه يخرج من مال المفتقر على وجه غير محقق ، ولا يستطيع أن يعرف على وجه الدقة مقدار ماخرج من مال المفتقر ما دام أن الافتقار قابلاً للتغير إلا في الوقت الذي ينقطع فيه تغييره ويصبح قيمة ثابتة ومستقرة ، وآخر وقت لذلك هو وقت صدور الحكم ^(١) .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي حيث قضت في أحد أحكامها بأنه : " لما كان مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب المنصوص عليه في المادة (١٧٩) من القانون المدني أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يرد أقل قيمته الإثراء و الافتقار ، وكان تقدير قيمة الزيادة في مال المثرى بسبب ما استحدثه من بناء في أرضه يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذي يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم " ^(٢) .

الرأي الثاني : ويذهب القائلون به إلى أن تقدير قيمة الافتقار يجب أن تحدد وقت وقوعه أسوة بالإثراء ، لأنه الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام بالتعويض ، وهذا يتفق مع القواعد العامة ، إذ إن التزام المثرى مصدره واقعة الإثراء وشروط تحققه حدوث الافتقار لشخص و الإثراء لآخر بدون سبب قانوني ، وبالتالي فهو يوجد ويتعين محله من وقت تحقق واقعتي الإثراء و الافتقار ، ولا محل للقياس على الضرر الناجم عن العمل غير المشروع ، لأنه يغلب أن يكون إصابة تلحق جسم المضرور ، وكثيراً ما تتغير على عكس الحال في الإثراء بلا سبب ؛ حيث يكون الافتقار في الغالب خسارة في مال المفتقر ، وليس إصابة تلحق جسمه ، وهذا الطابع الغالب للافتقار ، يجعلنا في غير حاجة للخروج على القواعد العامة ، بالإضافة إلى أنه لا محل للتفرقة بين الإثراء و الافتقار لأنه إذا كان الإثراء يحسب على المثرى منذ دخوله في ذمته ، وتكون زيادته له ونقصه عليه ، فكذلك الأمر بالنسبة للافتقار ، لذلك فيجب أن تتحدد قيمته وقت حصوله ، ولا تتأثر بما يطرأ

(١) د/ السنهاوري : المرجع السابق ص ١٦٥٢ ومابعدهما ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٢ ومابعدهما ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٨٥ ، د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣١٥ ومابعدهما ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥٧٠ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٣٢٥ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٥٤٨ رقم (١٠١) ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٤٣٤ ومابعدهما

عليه بعد ذلك من زيادة أو نقص (١) .

علاوة على أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ليس إلا نتيجة لبس وقع فى شأن تكييف الالتزام ، الذى يترتب على الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، قد عبر عنه القانون بأنه التزام بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة فى حدود ما أثرى به المثرى ، فقربه كثيراً من الالتزام بالتعويض الذى ينشأ عن الفعل الضار ، فى حين أنه يختلف عنه فى مصدره وطبيعته ؛ لأنه لا ينشأ عن الضرر والافتقار إنما ينشأ عن الإثراء على حساب الغير ويجب أن يعتبر التزاماً ببرد الإثراء الذى حصله المثرى على حساب غيره بلا سبب لا التزاماً بتعويض الضرر الذى أصاب المفتقر ، وبالتالي لا يكون ثمة محل لقياس حكم تقدير الافتقار فى دعوى الإثراء ، على حكم تقدير الضرر فى دعوى المسؤولية ، بل يكون قياسه على حكم تقدير الإثراء أولى ، أى تقديره باعتبار وقت حدوثه (٢) .

ورغم وجاهة ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى ، إلا أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول هو الراجح من وجهة نظرى ، وذلك للأسباب التى ساقها البعض وهى :

(١) إن تقدير الافتقار وقت صدور الحكم ، هو تقدير له بقيمته وقت تحققه ، ووقت تحققه هو وقت اكتمال صورته واستقراره ، أى تحديد مقدار الخسارة التى حلت بالمفتقر تحديداً نهائياً ، وهذا يحقق استقرار الافتقار فى وقت تحققه كالإثراء .

(٢) إن الاعتراض على تشبيه الافتقار فى الإثراء بلا سبب بالضرر فى المسؤولية التقصيرية ليس له مبرر ، إذ إن كل منهما خسارة ، وليس هناك لبس فى ذلك بين المسؤولية و الإثراء ، لأن أنصار الرأى الأول يقيمون تشبيه الافتقار بالضرر من حيث وقت تقديره على التقريب بينهما ، مع الوعى الكامل بالفرق بين النظامين ، بالإضافة إلى أن اتباع قاعدة تقدير الضرر فى تقدير الافتقار ، ليس له أى أثر على النتائج العملية ، فى

(١) د/ الصدة : المرجع السابق ص ٦٠١ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٨٦ ، د/

سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٣٧ ومابعدهما ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٦ ،

د/ جميل الشرقاوى : المصادر ص ٥٩٣ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٢٩ ، د/

مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣١١ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٤ .

الالتزام برد الإثراء ؛ لأن قيمة الإثراء تعتبر عاملاً أساسياً في تحديد مقدار ما يلتزم المثرى برده ، أما في المسؤولية التقصيرية ، فمقدار الضرر وحده هو أساس تحديد الالتزام بالتعويض .

(٣) إن اعتبار وقت صدور الحكم في تقدير قيمة الافتقار ، لا يؤدي إلى تغيير النتائج العملية ، وحتى لو أدى إلى ذلك ، فلن يجافى العدالة مادام التزام المثرى برد الإثراء ، لا يزيد على إثرائه في كل الأحوال ^(١) .

ثانياً : ما يرجع به الموفى (المفتقر) على المدين الموفى عنه (المثرى) بدعوى الإثراء بلا سبب :

بناءً على ما تقدم ، إذا قام شخص بالوفاء بدين على غيره ، فإن هذا الشخص الموفى يكون قد افتقر من جراء قيامه بهذا الوفاء افتقاراً إيجابياً ، لأن الافتقار الإيجابي يتحقق بخروج أى حق من ذمة المفتقر ، كما لو وفى المفتقر ديناً على غيره ، ويكون الموفى عنه وهو المدين قد أثرى إثراءً سلبياً ، ويتحقق الإثراء السلبى بنقص ديون المثرى أو بعدم نقص حقوقه ، كما أن هذا الإثراء أو ذلك الافتقار تحققت بينهما صلة أو رابطة لأنهما ترتبا على واقعة واحدة هي واقعة الوفاء التي أحدثت الافتقار وحققت الإثراء ، ووجدت الصلة بينهما عن طريق وحدة هذه الواقعة ، بالإضافة إلى أن الموفى (المفتقر) لم يكن ملزماً بالوفاء بهذا الدين عن المدين ، لذا كان إثراء المدين الموفى عنه من غير سبب قانونى ، ومن ثم إذا كان وفاء الغير عن المدين تتحقق فيه شروط دعوى الإثراء بلا سبب (المادية والقانونية) فإنه يكون للمفتقر الموفى الحق فى أن يرجع على المدين الموفى عنه (المثرى) بالأقل من قيمتى الإثراء و الافتقار ، وقيمة الافتقار هنا هي المقدار الذى خرج من ذمة المفتقر ، وقيمة الإثراء هنا أيضاً تقدر بقيمة ما نقص من ديون المدين (المثرى) ، وهذه القيمة هي مقدار الدين الذى دفعه عنه المفتقر ، وبالتالي يكون قدر الافتقار مساوياً لقدر الإثراء ، ولذا يكون من حق الموفى (المفتقر) أن يرجع على المدين (المثرى) بقيمة الإثراء وهي قدر الدين الذى وفاه عنه بدعوى الإثراء بلا سبب ، بالإضافة إلى استحقاق المفتقر للفوائد من وقت المطالبة القضائية ، هذا : مع ملاحظة أنه إذا كان غير

(١) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٠٤ ومابعداها .

كامل الأهلية ، فلا يرد مما وفاه له المفتقر من دين عن المدين (المثرى) ما يكون قد أضاعه في غير منفعة ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدني لم يتفق مع الفقه الإسلامي بالنسبة لما يرجع به المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء بلا سبب ، فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أن ما يرجع به المفتقر على المثرى بهذه الدعوى ، يحدد على أساس حسن نية المفتقر أو سوءها ، وقت تحقق الإثراء على حسابه بغير سبب ، ومن ثم إذا كان المفتقر حسن النية وقت تحقق الإثراء على حسابه ، فإن له أن يلزم المثرى برد قيمة الإثراء وقت تحققه ، سواء أحدث هذا الإثراء قضاءً وقدرًا أم حدث بفعل المثرى أم بفعل المفتقر أم بفعل شخص أجنبي ، أما إذا كان المفتقر سيئ النية وقت تحقق الإثراء على حسابه ، فإن المثرى لا يلزم إلا برد قيمة الافتقار أو برد قيمة الشيء الذي افتقر به منقوضاً لا قائماً ، وسوء نية المفتقر تتحقق ، إذا وقع الإثراء بفعله وكان متعدياً بهذا الفعل الذي أدى إلى افتقاره ، وإثراء غيره على حسابه من غير سبب مشروع .

في حين ذهب القانون المدني إلى أن المفتقر يرجع على المثرى بأقل القيمتين قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار ؛ لأنه لا يجوز للمفتقر أن يتقاضى أكثر مما خسر ، حتى ولو كان إثراء المثرى يزيد على هذا المقدار ، إذ حصوله على أكثر من افتقاره ، يعد إثراء على حساب الغير بدون سبب .

ولكن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي هو الأولى بالقبول ؛ لأنه لا يستوى حسن النية وسئنها والمتعدي بفعله وغير المتعدي .

ومع ذلك فإن القانون المدني لم يسر على هذه القاعدة إلى النهاية ، فقد اعتد هذا القانون بحسن نية المفتقر وسوءها ، وخرج على قاعدة رجوع المفتقر على

(١) في هذا المعنى يراجع د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥٨٧ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠ ، د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٥٧٥ ، ١٥٥٨ ، ١٥٨٧ ، ١٥٩٣ ، ١٦٤٦ ، ١٦٥١ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٤٠ ، د/ جميل الشرفاوى : المصادر ص ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، د/ السيد عيد نايل : المرجع السابق ص ٢٦٨ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٤ .

المثري بأقل القيمتين ، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار في العديد من حالات الإثراء بلا سبب ، من هذه الحالات بناء الشفيع في العقار المشفوع بحسن نية أى قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، ففي هذه الحالة حكم القانون بأن الشفيع يكون ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري إما أن يدفع للمشتري المبلغ الذى أنفقه في البناء أو مقدار ما زاد في العقار بسبب البناء ، ولما كان الاختيار بين هذين الأمرين للمشتري ، فإنه سيختار أعلى القيمتين ، فإذا كان الشفيع سيئ النية كما إذا بنى أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ففي هذه الحالة يكون المثري وهو المشتري ملزماً بأن يعطيه قيمة أدوات البناء وأجرة العمل .

هذا : وقد اتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أن العبرة في تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت حدوثه ، وليس بوقت المطالبة به ، ولا بوقت الحكم به ، وعلى ذلك فإن المثري يظل ملتزماً بما أثري به بمجرد إثرائه حتى يردده على المفتقر أو يرد قيمته ، ولذلك إذا تغيرت ذات الشيء محل الإثراء بنقص أو غيره فإن المثري يبقى ملتزماً برد قيمته للمفتقر وقت تحقق الإثراء .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على أنه يحق لمن وفى دن غيره بغير إذنه أن يرجع على المدين بما وفاه عنه بدعوى الإثراء بلا سبب ؛ لأن الموفى قد افتقر من جراء قيامه بهذا الوفاء ، والمدين قد أثري من جراء قيام الموفى بأداء هذا الدين إثراءً سلبياً بسبب انقضاء ما عليه من دين لدائنه بالوفاء الصادر من الغير ، ولذلك يلتزم المدين (المثري) برد قيمة ما أثري به للمفتقر (الموفى) أو مثله إن كان مثلياً .

ولكن اختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى في أن القانون المدنى قد ذهب إلى أنه يحق للموفى أن يتقاضى فوائد على المبلغ الذى وفاه عن المدين على أن تحسب هذه الفوائد من وقت مطالبة المدين ، بما وفاه مطالبة قضائية ، في حين يذهب الفقه الإسلامى إلى عدم استحقاق الموفى لهذه الفوائد ؛ لأنها من قبيل الربا المحرم شرعاً .