



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

نظرية الباحث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

"دراسة مقارنة"

آيات أحمد عبد الرزاق تلاحمة

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1439هـ - 2017م

نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

" دراسة مقارنة "

آيات أحمد عبد الرزاق تلاحمة

بكالوريوس فقه وقانون جامعة الخليل - فلسطين

المشرف: الدكتور محمد خلف

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية

الدراسات العليا في جامعة القدس - أبو ديس - فلسطين

1439هـ - 2017م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
القانون الخاص

إجازة الرسالة
نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
" دراسة مقارنة "

اسم الطالبة: آيات أحمد عبد الرازق تلاحمة.

الرقم الجامعي: (21212237).

المشرف: د. محمد خلف.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ / 2017 / من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسمائهم
وتوافقهم:

التوقيع:

1. رئيس لجنة المناقشة: د. محمد خلف

التوقيع:

2. ممتحناً داخلياً: د. أنور أبو عيشة

التوقيع:

3. ممتحناً خارجياً: د. علي السرطاوي

القدس - فلسطين

1439هـ - 2017م

الإهداء

إلى الذي غرس النبتة.....فقضي قبل أن تؤتي أكلها

والذي رحمه الله

وإلى التي صبرت فأثرت.....والدتي الغالية

حفظها الله

إلى من كان لي عوناً وسنداً ومعطاءً طوال الطريق.... إلى من آثرني على نفسه

زوجي الحبيب

وإلى إبنتي الغالية مريم حفظها الله ورعاها

إلى إخوتي وأخواتي

إلى مشرف رسالتي الدكتور محمد خلف

والمشرف الدكتور أحمد عبد الجواد لهم كل الشكر

الإقرار

أقر أنا معدة هذه الرسالة البحثية أنها قدمت لجامعة القدس ضمن متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، وأنها نتيجة لأبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذا المشروع أو أي جزء منه لم يتقدم لنيل أي درجة لأي جامعة أو معهد آخر.

آيات أحمد عبد الرزاق التلاحمة

التوقيع.....

التاريخ: 17 / 11 / 2017 م

الشكر والتقدير

إن الحمد لله، الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وعلمه البيان ليفرق الحق عن الباطل، والذي بعونه وتوفيقه أنجزت هذا العمل.

أما بعد....

فإنني أتقدم بعد الشكر لله، بوافر شكري وعرفاني لكل من علمني حرفاً، وإلى أساتذتي الذين تلقيت العلم على أيديهم، أساتذة كلية الحقوق - جامعة القدس الأكارم.

وأخص بالشكر والتقدير أساتذة القانون في هذه الجامعة المعطاءة، الذين نهلنا علماً من معينهم الذي لا ينضب، والذين بفضلهم تمكنت من إتمام هذه الدراسة، وفي مقدمتهم الدكتور محمد خلف، الذي أشرف على هذه الرسالة، ولم ويبخل في تقديم النصح والإرشاد من أجل إنجاح هذه الدراسة، ووضعها في قالبها الصحيح، والذي كان له كبير الأثر في إخراجها إلى النور.

الشكر كل الشكر والتقدير لكل الأصدقاء الذين أسهموا في إتمام هذا العمل، إلى كل هؤلاء أتمنى حسن الجزاء، وخير الثواب من الله عز وجل.

وبالله التوفيق

الباحثة

الفهرس

أ.....	الإقرار
ب.....	الشكر والتقدير
ج.....	الفهرس
و.....	الملخص باللغة العربية
ح.....	الملخص باللغة الانجليزية
ي.....	المقدمة
ل.....	أهمية الدراسة
م.....	أهداف الدراسة
م.....	الدراسات السابقة
ن.....	منهجية الدراسة
ن.....	إشكالية الدراسة

1..... الفصل الأول: الإطار النظري لنظرية الباعث

1..... المبحث الأول: تعريف الباعث

1..... المطلب الأول: تعريف الباعث في اللغة والاصطلاح

3..... المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد

3..... الفرع الأول: النية

4..... الفرع الثاني: القصد

6..... المطلب الثالث: تعريف الباعث في الشريعة الإسلامية

7..... المطلب الرابع: تعريف الباعث في القانون الوضعي

7..... الفرع الأول: الباعث عند علماء القانون الجنائي

8..... الفرع الثاني: الباعث عند علماء القانون المدني

10..... المطلب الخامس: التعريف المختار للباعث

11..... المبحث الثاني: ضابط الباعث

11..... المطلب الأول: ضابط الباعث في الشريعة الإسلامية

14..... المطلب الثاني: ضابط الباعث في القانون الوضعي

17..... المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الباعث

17..... المطلب الأول: الباعث المشروع

18..... المطلب الثاني: الباعث غير المشروع

18.....	الفرع الأول: البطلان في القانون الوضعي
19.....	الفرع الثاني: البطلان في الشريعة الإسلامية
21	المبحث الرابع: شروط الباعث وخصائصه
21.....	المطلب الأول: شروط الباعث
21.....	المطلب الثاني: خصائص الباعث
22	المبحث الخامس: أقسام الباعث
22.....	المطلب الأول: أقسام الباعث في الشريعة الإسلامية
22.....	الفرع الأول: الباعث باعتبار المشروعية وعدمه
23.....	الفرع الثاني: تأثير الباعث في الحكم، وينقسم هذا القسم إلى نوعين كما يلي:
24.....	الفرع الثالث: الباعث باعتبار أثره
24.....	الفرع الرابع: الباعث باعتبار ظهوره واستتاره
25.....	المطلب الثاني: أقسام الباعث في القانون
25.....	الفرع الأول: أنواع البواعث وفقاً للهدف
26.....	الفرع الثاني: أنواع البواعث وفقاً للزمن
26.....	الفرع الثالث: تقسيم البواعث وفقاً للزاوية التي ينظر إليها علماء القانون كما يلي:
27.....	الفرع الرابع: أنواع البواعث وفقاً لعددتها
28	المبحث السادس: القواعد الخاصة بضبط الباعث
28.....	المطلب الأول: قاعدة سد الذرائع
29.....	الفرع الأول: تعريف الذريعة
30.....	الفرع الثاني: علاقة مبدأ سد الذريعة بالباعث
31.....	المطلب الثاني: قاعدة مبدأ المأل
31.....	الفرع الأول: تعريف المأل
31.....	الفرع الثاني: علاقة قاعدة مبدأ المأل بالباعث
33	الفصل الثاني: نظرية السبب
33.....	تمهيد:
34	المبحث الأول: تعريف نظرية السبب
34.....	المطلب الأول: تعريف السبب في اللغة
35.....	المطلب الثاني: السبب في الاصطلاح
36.....	المطلب الثالث: السبب في الفقه الإسلامي

36	المبحث الثاني: نظرية السبب في القانون
36	المطلب الأول: نظرية السبب في القوانين القديمة
36	الفرع الأول: السبب في العصور الأولى للقانون الروماني
37	الفرع الثاني: السبب في العصر العلمي
40	المبحث الثاني: السبب في النظريات (النظرية التقليدية ونظرية السبب في القوانين الحديثة)
40	المطلب الأول: النظرية التقليدية
40	الفرع الأول: تعريف السبب في النظرية التقليدية
41	الفرع الثاني: خصائص السبب في النظرية التقليدية
42	الفرع الثالث: شروط السبب في النظرية التقليدية
43	الفرع الرابع: نقد النظرية التقليدية في السبب
44	المطلب الثاني: نظرية السبب في القوانين الحديثة
45	المبحث الثالث: نظرية السبب في التشريعات المقارنة وعلاقتها بالباعث
48	الفصل الثالث: تطبيقات نظرية الباعث
48	المبحث الأول: تطبيقات الباعث في العقود
49	المطلب الأول: عقد الهبة
49	الفرع الأول: تعريف عقد الهبة
49	الفرع الثاني: انعقاد عقد الهبة
50	الفرع الثالث: علاقة الهبة بالباعث
52	المطلب الثاني: عقد الوصية
52	الفرع الأول: تعريف الوصية
53	الفرع الثاني: انعقاد عقد الوصية
53	الفرع الثالث: الغاية من عقد الوصية
54	الفرع الرابع: علاقة الباعث بالوصية للوارث
54	المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث في المعاملات
54	المطلب الأول: موقف الشريعة من نظرية الباعث في المعاملات
56	المطلب الثاني: موقف القانون من نظرية الباعث في المعاملات
61	الخاتمة
64	التوصيات
66	قائمة المصادر والمراجع

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، حيث تم طرح هذا الموضوع لتسليط الضوء على نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، للتعرف على نظرية الباعث وطبيعتها القانونية، والتعرف على التشريعات المقارنة التي اهتمت بنظرية الباعث، والآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الباعث من حيث تصحيح أو إبطال العقد مما يساعد في إرجاع الأفراد الفاسدة التي تسعى إلى تطبيق الفساد عند معرفتهم لما يترتب عن أعمال الباعث.

وقد قسمت الباحثة الدراسة إلى ثلاثة فصول، تناول الفصل الأول: الإطار النظري لنظرية الباعث، مدرجة تحت هذا العنوان ستة مباحث، يتناول أولهما: ماهية الباعث، الذي قسم بدوره إلى ثلاثة مطالب ليتحدث عن مفهوم الباعث لغة واصطلاحاً كمطلب أول، تعريف الباعث في الشريعة الإسلامية وعند الفقهاء كمطلب ثانٍ، أما المبحث الثاني من هذا الفصل والذي يحمل عنوان ضابط الباعث، احتوى بدوره على مطلبين، تحدث الأول: عن ضابط الباعث في الشريعة الإسلامية، أما المطلب الثاني فتناول ضابط الباعث في القانون الوضعي، أما المبحث الثالث: تحت عنوان الآثار المترتبة على الباعث، وقد احتوى على مطلبين، المطلب الأول: الباعث المشروع، والمطلب الثاني: الباعث الغير مشروع، أما المبحث الرابع: تحت عنوان شروط الباعث وخصائصه، ويحتوي مطلبين الأول: شروط الباعث، والثاني: خصائص الباعث، أما المبحث الخامس: تحت عنوان أقسام الباعث، ويحتوي مطلبين: الأول: أقسام الباعث في الشريعة الإسلامية، والمطلب الثاني: أقسام الباعث في القانون، أما المبحث السادس: تحت عنوان القواعد الخاصة بضبط الباعث: ويحتوي مطلبين: الأول قاعدة: سد الذرائع، الثاني: قاعدة المأل.

وقد حمل الفصل الثاني عنوان نظرية السبب، فقسّم هو أيضاً إلى أربعة مباحث، الأول: تعريف نظرية السبب لغة واصطلاحاً في الفقه الإسلامي، أما في المبحث الثاني من هذا الفصل، فقد تطرقت الباحثة إلى ماهية نظرية السبب في القانون، واحتوى بذلك على مطلب وهو: نظرية السبب في القوانين القديمة، وفيه فرعين الأول: السبب في العصور الأولى للقانون الروماني، والفرع الثاني: السبب في العصر العلمي، أما المبحث الثالث جاء تحت عنوان: السبب في النظريات، المطلب الأول: السبب في النظريات التقليدية من حيث تعريفه وشروطه وخصائصه، والمطلب الثاني نظرية السبب في القوانين الحديثة، أما المبحث الرابع فجاء تحت عنوان: نظرية السبب في التشريعات المقارنة وعلاقتها بالباعث.

وقد حمل الفصل الثالث عنوان: تطبيقات نظرية الباعث، ويحتوي مبحثين، المبحث الأول: تطبيقات الباعث في العقود ويشمل مطلبين الأول الهبة والثاني الوصية، المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على المعاملات وفيه مطلبين الأول: موقف الشريعة من الباعث في المعاملات، الثاني: موقف القانون من الباعث في المعاملات، وأخيراً الخاتمة والتوصيات.

The theory of Reason in the Islamic jurisprudence and positive law

Prepared by: Ayat Ahmad abed AL-razaq Talahma

Supervisor: Dr.mohamad khalaf

Abstract

The study has examined the theory of Reason in the Islamic jurisprudence and positive law, when this subject has been raised to highlight that theory, (A comparative study).to indentifies its legitimate nature. And the comparative legislation concerned with effects and contract which will enable to deter the bad individuals who seek to spread corruption. The researcher has divided this study into three chapters. The first deals with the theoretical framework of the theory of the reason, under which six subject are listed. The first examines what the induction is, which in turn is divided into three requirements to talk about the concept of the incentive in terms of language and terminology as the first requirement, and defining the incentive in the Islamic law (sharia) and for the jurist as a second demand.

The second subject of this chapter entitled as the induction control, involves two requirements. The first talks about the induction control in the Islam law. (Sharia) the second deals with the induction control in the positive law.

The third topic entitled as the effects of the induction, includes tow demands: the first: the legitimate induction. The second: the illegitimate induction. As for the fourth topic, entitled as the terms and characteristics, this involves two requirements. The first: terms of the induction. The second: trats or qualities of the induction.

The fifth subject, entitled as parts of the induction, has two demands: the first: parts of the induction in the Islamic law. The second: parts of the induction in law.

The sixth subject: under the heading of the special rules of the induction control. It includes tow demands: the first is the rule of cause-preventing. The second: the rule of money.

The second chapter is entitled as the theory of reason; it has been categorized into four topics, the first: the definition of the theory of reason in language and terminology in the Islamic jurisprudence.

In the second subject of this chapter, the researcher has touched upon the concept of the theory of reason in the ancient laws. It has two sections: the first: the reason in the early ages of the Roman law. The second: the reason in the scientific age.

As for the third topic, it came under the title of: the reason in theories. The first demand: the reason in the traditional theories. In terms of definition, terms and: a characteristic, the second one is the theory of reason in the modern laws.

The fourth subject entitled as the theory of reason in the comparative legislation and its relationship with the induction.

The third chapter came under the heading of: the applications of the theory of reason. It includes two demands: the will and gave away.

The second subject: the applications of theory of reason on transactions. This has two requirements: the first: the position of the Islamic law. For the reason in transaction. The second: the position of law for the reason in transaction.

The third entitled as: the applications of the theory of reason on the administrative decision. This involves two demands: the first is the position of the Islamic law for the reason on the administrative decision. The second: the position of law for the reason on the administrative decision. And finally: recommendations and conclusion.

نظرية الباعث

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المقدمة

أساس نظرية الباعث، نظرية السبب؛ ويؤدي السبب باعتباره قيذا على الإرادة وظيفتين أساسيتين هما؛ حماية العاقد؛ إذ تحقق هذه الوظيفة المصلحة الفردية للمتعاقدين ومجالها كل التصرفات أما الوظيفة الثانية فهي حماية المجتمع منه وتلك الوظيفة مجالها أوسع من الأولى إذ تشمل جميع العقود والتصرفات وإن كان معيارها هو الذي يتغير بتغير القانون أو الحياة الاجتماعية في مجتمع معين، تلك الوظيفة التي تقوم بها نظرية الباعث محل الدراسة.

نجد من أهم ما تتسم به الشريعة الإسلامية؛ أنها جمعت بين النظر إلى ظواهر الأعمال وإحساسها من ناحية، والنظر إلى البواعث والمقاصد التي تحمل المكلفين على القيام بتلك الأعمال والتصرفات من ناحية أخرى، فلم تكتفِ بظاهر العمل، بل جمعت ما يقوم به الإنسان من أعمال إرادية نحو أهداف يرغب في تحقيقها في شكل تصورات وطموحات قد تشغل قلبه وعقله، فلا يهدأ حتى تحقيقها بشكل كامل، ولا بد لتلك الأفعال حتى تصل إلى أهدافها المنشودة من محركات تدعوا الإنسان إلى فعلها وتحقيقها، هذه المحركات تُعرف باسم البواعث أو المقاصد

وقد جمعت نظرية الباعث بين كلاً من التعريف، والشروط، والمعايير، والوظيفة، وكيفية حكمها على كلاً من التصرفات والعقود والعبادات والمعاملات، وما تتميز به من قدرتها على تحليل الإطار النظري وكيفية الاستدلال والمقارنة بين المذاهب الفقهية لتوثق ما جاء به التشريع الإسلامي؛ إضافة إلى إلغاء كل مناقضة من جانب المكلف، بين قصده في العمل وامتنال التكليف، وبين قصد المشرع من التشريع؛ حتى يكون عمل المكلف ممثلاً صورة صادقة لكل ما يعمل، وضابط ذلك "نظرية الباعث" ووظيفتها الأساسية التي تربط كافة أشكال التشريع، هو بقاء الإسلام في أحكامه، ومقاصده وغاياته في الوجود البشري.

ولا يختلف العلماء على أن النية الباعثة على القيام بالعمل تختلف عن قيامه بالعمل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"⁽¹⁾، فمن عقد على امرأة ناويا التأقيت وكان باعته تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها أتم، وإن نوى استدامة النكاح وعفاف النفس أثيب، هذا من حيث ترتب الثواب والعقاب في الحياة الآخرة، وينطبق ذلك على كافة الأمور.

وعند عرض نظرية هل يكون في التشريعات المقارنة؛ يجب ألا تكون هذه المقارنة وفق صياغة النظرية فقط، نظراً لاختلاف طبيعة كل تشريع؛ فكل تشريع يختلف عن الآخر فإنها تختلف باختلاف البيئات والمجتمعات، لذا لا بد من البحث على أساس واحد يصلح للمقارنة ويكون نفسه في الشرائع كلها.

(1) محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري ابو عبد الله، صحيح البخاري، كتاب الايمان، باب بدء الوحي، ط1، ص2، حديث رقم: 1، دار الشعب، القاهرة، 1987م، 1407هـ، حسب ترقيم فتح الباري.

لكن قد نتساءل هل يكون للنية الباعثة أثر في التصرفات والعقود؟ وهل يكون للأحكام الصادرة نحو التصرفات والعقود نتيجة، (ظاهر القول) أي الإرادة الظاهرة، الذي أنشأها دون الالتفات إلى النية الباعثة إزاء هذا التصرف أو العقد؟ أم يكون الأساس هو النية الباطنة والقصد الخفي؟ وبالتالي هل يعد الباعث رُكناً هاماً في العمل داخلياً فيه لا ينفصل عن النية الظاهرة أم لا؟ فيكون الفعل بدون الباعث مستوفياً لكل عناصر وجوده المكونة له ويصبح الباعث في تلك الحالة ظاهرة منفصلة ليس لها أي قيمة.

وفي سياق ذلك؛ تتناول الباحثة في هذه الرسالة طرح؛ "نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي".

أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة من ناحيتين:

الأهمية النظرية

تكمن أهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية في كونها متعلقة بنظرية الباعث على الصعيد القانوني والشرعي، مما يؤدي إلى تناول الباحثة لنظرية الباعث فيما يتعلق بالعقود والتصرفات وبيان أثره في كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الأهمية العلمية

تكمن أهمية الباعث من الناحية العلمية: أنها قد تكون مصدراً تاريخياً للعديد من التشريعات المقارنة إلى أن تجمعها سمات عامة تدل على أن مصدرها واحد، لكن تختلف فيما بينها، فتكمن الأهمية العلمية في هذه الدراسة؛ في البحث عن مصدر واحد يكون أساساً لكافة التشريعات المقارنة التي اهتمت بنظرية الباعث.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى الآتي:

أولاً: التعرف على نظرية الباعث وطبيعتها القانونية.

ثانياً: التعرف على التشريعات المقارنة التي اهتمت بنظرية الباعث.

ثالثاً: بيان شمولية الفقه الإسلامي لكل الجوانب المتعلقة بنظرية الباعث، فهو ليس مقتصرًا على

جانب واحد، وغير مقتصر على الإرادة الظاهرة بل اهتم أيضاً بالبحث في النية والقصد.

رابعاً: توضيح الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الباعث من حيث تصحيح أو إبطال العقد مما يساعد

في إرجاع الإرادة الفاسدة التي تسعى إلى تطبيق الفساد عند معرفتهم لما يترتب عن أعمال الباعث.

الدراسات السابقة

لقد قمت بالإطلاع على الدراسات المتاحة المتعلقة بالموضوع، ومن هذه الدراسات ما يلي:

1. الباعث وأثره في العقود والتصرفات (لمصونة الخطيب الحسني، رسالة ماجستير، 2003م،

الجامعة الأردنية) إلا أن هذه الدراسة كانت في أثر الباعث في العقود والتصرفات ولم تنطرق إلى

نظرية الباعث ما بين الفقه والقانون.

2. نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي (للأستاذ عبد الله الكيلاني، رسالة

ماجستير في الجامعة الأردنية سنة 1989م، ولكن هذه الدراسة كسابقتها كانت في أثر الباعث في

العقود والتصرفات ولم تقارن نظرية الباعث ما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وقد استفدت من هذه الدراسات السابقة، إلا أن ما يميز هذه الدراسة (نظرية الباعث في الفقه

الإسلامي والقانون الوضعي) أنها دراسة مقارنة ما بين الشريعة الإسلامية والقانون وما بين

التشريعات التي اهتمت بالباعث.

منهجية الدراسة

للاوصول لأهداف البحث وإثبات فرضياته، اتبعت الباحثة منهجاً يعتمد على التكامل بين ثلاثة

محاور وهي:

المحور الأول: المنهج الاستقرائي

وتشمل الدراسة النظرية التي تخص مجال الدراسة عن مفهوم الباعث في كلاً من القانون

الوضعي والفقہ الإسلامي إضافة إلى بيان مفهوم السبب والنظريات التقليدية والحديثة فيه.

المحور الثاني: المنهج الوصفي

يشمل القواعد الخاصة بنظرية الباعث من خلال دراسة وتحليل تلك القواعد التي تم مراعاتها عند

ضبط نظرية الباعث.

المحور الثالث: المنهج المقارن

بيان نظرية الباعث ومقارنتها ما بين الشريعة والقانون والتشريعات التي اهتمت بالباعث.

إشكالية الدراسة

في حديث "إنما الأعمال بالنيات" نرى أن الله يحاسب الشخص على نيته سواء كانت حلال أم

حرام، وبالتالي عند الحديث عن النية نرى بأن المقصود بها هو الباعث كونها لها أهمية في الكشف

عن ماتخفيه النفوس، سواء كانت حسنة أم سيئة.

وعلى أثر ذلك نجد أن نظرية الباعث باعتبارها أحد أكثر النظريات القانونية تطبيقاً في المجال

العملي، بل هي النظرية التي لاينقطع القضاء عن تطبيقها فيما يعرض عليه وذلك عبر تجسيد نظرية

الباعث في العقود والتصرفات وفي جميع مناحي الحياة.

وبالتالي تكون دراسة الباعث هي من أشد الدراسات صعوبة، لأنها تخوض في أعماق النفس البشرية،

والصعوبة العملية لدور الباعث من الوجهة الجنائية.

وهكذا تنثير الدراسة العديد من التساؤلات على النحو الآتي:

أولاً: ما هو الباعث وشروطه وخصائصه؟

ثانياً: ما ضابط الباعث من ناحية كلاً من القانونية والشريعة الإسلامية؟

ثالثاً: ما القواعد الخاصة بضبط الباعث؟

رابعاً: ما موقف القانون من نظرية الباعث بالمقارنة مع التشريعات الأخرى والفقهاء الإسلامي؟

خامساً: ما الفرق بين نظرية السبب والباعث؟

سادساً: ما التطبيقات العملية لنظرية الباعث؟

وسيتيم الإجابة على هذه التساؤلات في هذه الدراسة من خلال ثلاثة فصول وخاتمه على النحو التالي:

الفصل الأول: تناول الإطار المنهجي للدراسة من خلال المقدمة

الفصل الأول: الإطار النظري لنظرية الباعث (ويشمل ستة مباحث)

المبحث الأول: تعريف الباعث (ويشمل أربعة مطالب)

المطلب الأول: تعريف الباعث في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد

المطلب الثالث: تعريف الباعث في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: تعريف الباعث عند الفقهاء

المطلب الرابع: تعريف الباعث في القانون (ويشمل فرعان)

الفرع الأول: الباعث عند علماء القانون الجنائي

الفرع الثاني: الباعث عند علماء القانون المدني

المطلب الخامس: التعريف المختار للبائع

المبحث الثاني: ضابط الباعث (ويشمل مطلبان)

المطلب الثاني: ضابط الباعث في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: ضابط الباعث في القانون

المبحث الثالث الآثار المترتبة على الباعث (ويشمل مطلبين)

المطلب الأول: الباعث المشروع

المطلب الرابع: الباعث غير المشروع

المبحث الرابع: شروط الباعث وخصائصه (ويشمل مطلبان)

المطلب الخامس: شروط الباعث

المطلب الثاني: خصائص الباعث

المبحث الخامس: أقسام الباعث (ويشمل مطلبان)

المطلب الثاني: أقسام الباعث في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: أقسام الباعث في القانون

المبحث السادس: القواعد الخاصة بضبط الباعث (ويشمل مطلبان)

المطلب الأول: قاعدة سد الذرائع

المطلب الثاني: قاعدة المأل

الفصل الثاني: نظرية السبب (وفيه أربعة مباحث)

المبحث الأول: تعريف نظرية السبب (وفيه ثلاثة مطالب)

المطلب الأول: تعريف السبب في اللغة

المطلب الثاني: تعريف السبب في الاصطلاح

المطلب الثاني: تعريف السبب في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: تعريف السبب في القانون (وفيه مطلب وفيه فرعين)

المطلب الأول: نظرية السبب في القوانين القديمة

الفرع الأول: السبب في العصور الأولى للقانون الروماني

الفرع الثالث: السبب في العصر العلمي

المبحث الثالث: السبب في النظريات (وفيه مطلبين)

المطلب الأول: النظرية التقليدية

الفرع الأول: تعريف السبب في النظرية التقليدية

الفرع الثالث: خصائص السبب في النظرية التقليدية

الفرع الثالث: شروط السبب في النظرية التقليدية

الفرع الرابع: نقد النظرية التقليدية في السبب

المطلب الثاني: نظرية السبب في القوانين الحديثة

المبحث الرابع: نظرية السبب في التشريعات المقارنة وعلاقتها بالباعث

الفصل الثالث: تطبيقات نظرية الباعث (ويشتمل على ثلاثة مباحث)

المبحث الأول: تطبيقات الباعث في العقود (ويشتمل على مطلبين)

المطلب الأول: الهبة

المطلب الثاني: الوصية

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث على المعاملات (وفيه مطلبين)

المطلب الثاني: وقف الشريعة من الباعث في المعاملات

المطلب الثاني: موقف القانون من الباعث في المعاملات

الخاتمة: تشمل النتائج التي تم التوصل إليها

قائمة المراجع

الفهرس

الفصل الأول

الإطار النظري لنظرية الباعث

يختلف الباعث عن الإرادة، فالباعث يتعدد بناءً على السبب الدافع القانون نحو التصرف القانوني؛ نظراً لأن الباعث هو الحافز الذي يُشجع ويدفع إرادة الفرد للقيام بعمل معين بهدف الوصول إلى أغراض معينة على عكس الإرادة؛ فهي سلوك نفسي يتجه نحو تحقيق هدف معين من خلال أداة معينة... لاسيما إذا كان الغرض غير مشروع أي في شكل نتيجة غير قانونية كانت الإرادة نحوها فعلٌ يُحدده القانون⁽¹⁾.

فالإرادة لا بد أن تكون موجودة في كافة الأشكال من الناحية الاجتماعية وفي نفس الوقت يكون دافعها الباعث؛ ليكون لديها هدف تتحرك من أجله⁽²⁾.

المبحث الأول: تعريف الباعث

تحل نظرية الباعث مكانة كبيرة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، رغم أنها في هذا الأخير يعبر عنها نظرية السبب، وعبر عنها علماء الفقه الإسلامي بتعبيرات مختلفة سيأتي ذكرها في المطلب الثالث من هذا المبحث، كما أنهم لم يسموها نظرية، وإنما هذه التسمية معاصرة، لم تكن معروفة في القدم، وفيما يلي مفهومها.

المطلب الأول: تعريف الباعث في اللغة والاصطلاح

إثارة الشيء وتوجيهه، يُقال بَعَثَهُ على الشيء أي أثاره ورغبه على عمله⁽³⁾.

ويأتي الباعث في لغة العرب بمعاني متعددة منها مايلي:

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط4، 1977م ص633.

(2) Jusserand Louis: Les mobiles dans les acts juridique paris.1980.

(3) راغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار القاسم، بيروت، ط2، 1418هـ، ص 132.

الإرسال: يقول العرب؛ بعثه بعثاً؛ أي أرسله، وبعث به: أرسله مع غيره⁽¹⁾، ومن هذا المعنى قول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا﴾⁽²⁾.

إحياء الله الموتى ونشرهم من قبورهم⁽³⁾: تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾⁽⁴⁾؛ فالباعث الذي يبعث الخلق بعد موتهم هو الله سبحانه وتعالى.

الإثارة والتهييج⁽⁵⁾: يقول العرب: بُعثت البعير فانبعث أي: أثرتُه فثار.

وبعث الناقة: أثارها فانبعثت، فكَّ رباطها فأرسلها، أو كانت باركة فهاجها، ومنه قول عائشة رضي الله عنها: "فبعثنا البعير فإذا العقد تحته"⁽⁶⁾، بمعنى؛ آثرناه فقام وانبعث.

أما الباعث في الاصطلاح: (الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر)⁽⁷⁾. فالباعث هو مثير خارجي يدفع الفرد للقيام بسلوك إرادي أو يحثه على عمله.

وتحت معظم القوانين وبشكل خاص القوانين الجنائية الفرد على تعديل سلوكه وتكييفه لما يلاءم ظروف المجتمع من خلال البواعث⁽⁸⁾.

وأستنتج مما سبق؛ بأن مفهوم الباعث واحد في كلاً من اللغة والاصطلاح؛ إذ هو إثارة خارجية تدفع الفرد نحو أداء سلوك معين.

من خصائصه الآتية:

(1) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، (باب الباء، بَعَثَهُ بَعَثًا) المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، ط5، ص 327.

(2) القرآن الكريم، سورة النحل، آية:36.

(3) محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مُرعب، دار إحياء التراث العربي، ط1، 2001م، ج2، ص 335.

(4) القرآن الكريم، سورة البقرة، آية:56.

(5) جمال الدين محمد بن مكرم أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ط23، 1414هـ، ج2، ص117. (117/2).

(6) صحيح البخاري، الحديث، كتاب فضائل الصحابة، 3469.

(7) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت ط2، 1977م، ص 207.

(8) محمد محيي الدين، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1981م.

1. ذاتي؛ بمعنى يختلف من شخص لآخر.

2. خارجي؛ بمعنى أنه خارج نطاق العقد.

المطلب الثاني: الفرق بين الباعث والنية والقصد

الفقهاء المسلمين استعملوا بعض المصطلحات كالنية والقصد، وأرادوا بها الباعث في بعض

مؤلفاتهم، مما يوحي بأنها مصطلحات مترادفة، ولكن عند التدقيق يظهر بينها بعض الفروق، وهذا ما

سأبينه فيما يلي:

الفرع الأول: النية

النية لغة: مأخوذة من نَوَيْتُ أي: عَزَمْتُ⁽¹⁾، ونوى الشيء يَنْوِيهِ نِيَّةً: قَصَدَهُ وَعَزَمَ إِلَيْهِ⁽²⁾.

النية اصطلاحاً: وردت الكثير من تعريفات للعلماء للنية اصطلاحاً وجاءت مطابقة للمعنى اللغوي،

ومن هذه التعاريف تعريف الإمام القرافي، حيث عرفها: (قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله)⁽³⁾.

كما أن هناك من العلماء من اعتبر النية مطابقة للإرادة والقصد، مثل حجة الإسلام أبو حامد الغزالي

حيث اعتبرها مصطلحات تؤدي المعنى نفسه، ثم عرف النية بأنها: (النية عبارة عن الصفة المتوسطة

وهي الإرادة وانبعاثات النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في

المال)⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، ومحمد النجار، المعجم الوسيط، (باب النون، نوى، نويت، نية) تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، عام 1399م، ص 965.

(2) أبو الحسين بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام 1979م، ج5، ص 366.

(3) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، النخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، عام 1994م، ج1، ص 240.

(4) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، وبهامشه: المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الأحياء من أخبار لأبي الفضل عبد الرحيم العراقي، دار الفكر، ج4، ص309.

كما عرفها القرافي في تعريف اخر بقوله: (هي إرادة تتعلق بإمالة الفعل إلى بعض ما يقبله لا بنفس الفعل من حيث هو) ثم عرفها وقال: (هي الإرادة الخاصة المميلة للفعل من جهة الأحكام الشرعية)⁽¹⁾. من خلال هذه التعريفات ممكن القول بأن النية هي: عمل قلبي يسبق أي تصرف يقوم به الإنسان. فالنية إذا وان كان العلماء قد استعملوها مرادفة للباعث في الكثير من المواضع، وخاصة من الناحية اللغوية، إلا انها تختلف عن الباعث من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي، كما أن الباعث حسب التعريفات السابقة هو المحرك للنية، فهذه الأخيرة هي ميل النفس وتوجيهها نحو العمل، والباعث هو الدافع المثير لهذا الميل، كما أن الباعث أكثر ما يستعمل في العقود، والمراد بالباعث موضوع البحث هو الباعث سواء كان مشروعاً أو غير مشروع، وبالتالي إذا لحق بالعقد إما يصح وإما يفسد وإما يبطل، على عكس النية فلا يخلو منها أي تصرف من تصرفات الإنسان وهي المحددة له إذا كانت خالصة لله وحده أو أشرك بها غيره، فتكون صحيحة كما قد تكون فاسدة.

الفرع الثاني: القصد

تعريف القصد: القصد لغة: استقامة الطريق⁽²⁾، والقصد: اعتماد والأتم وإتيان الشيء، وقصدتُ قَصْدَةً: نَحَوْتُ نَحْوَهُ، والقصدُ في الشيء: خلافُ الإفراط وهو ما بين الإسرافِ والتقتير⁽³⁾.

اصطلاحاً: عرف الكثير من العلماء النية بأنها القصد، كما عرف آخرون القصد تعاريف مختلفة عند تطرقهم للتفرقة بينه وبين النية ومن هذه التعاريف:

تعريف القرافي (رحمه الله) بأنه: (إرادة الفعل في حال إيجاده فقط، وإذا تقدمته بأوقات لم يسمَ قصداً، ألا ترى انه لا يصح أن تقول: قصدت أن أزورك غداً)⁽¹⁾.

(1) شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الأمنية في إدراك النية، تحقيق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1، عام 1988م، ص 119.

(2) إبراهيم مصطفى واحمد الزيات، مرجع سابق، (باب القاف، قَصَدَ، قَصَدًا)، ص 185.

(3) أبو الحسين بن فارس، مرجع سابق، ص 204.

وبهذا التعريف فرق القرافي (رحمه الله) بين النية والقصد، كما ضرب مثالا يوضح فيه هذا الفرق، حيث قال: فرق بين قصدنا لفعل الصلاة، وبين قصدنا لكون ذلك الفعل قربة أو فرضا أو نفلا أو أداء أو قضاء⁽²⁾. وقد فرق ابن القيم (رحمه الله) بين النية والقصد أيضا، وإن كان قد اعتبر النية بأنها القصد، فذكر بينهما فرقين:

أحدهما: أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره، والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يمكن أن ينوي الرجل فعل غيره.

ثانيهما: أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدر يقصده الفاعل، وأما النية، فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه، فالنية تتعلق بالمقدور عنه والمعجوز عنه، بخلاف القصد والإرادة، فإنهما لا يتعلقان بالمعجوز عنه لا من فعله ولا من فعل غيره⁽³⁾.

ويمكن القول أن بين الباعث والقصد اختلافا على الرغم من أن العلماء أطلقوا نفس المعنى على المصطلحين، حيث يختلفان في المعنى اللغوي والاصطلاحي، كما أن القصد هو العزم على فعل أو إرادة شيء معين، فالقصد بهذا هو مرحلة من مراحل الإرادة، ومثله كذلك النية والعزم، مرحلتان من مرحلتهما، بخلاف الباعث، فمثلا: شخص يفكر في أن يتزوج، فهذه نية، ثم يخطب امرأة، فهذا قصد، فيجري الترتيبات اللازمة للزواج فهذا عزم وهذه مراحل الإرادة، ولكن قد يكون هذا الزواج لأجل غاية خفية كتحليل هذه المرأة لزوجها، فهذا هو الباعث وهو خارج عن هذه المراحل⁽⁴⁾.

(1) القرافي، مرجع سابق، ص 121.

(2) القرافي، مرجع سابق، ص 119.

(3) أحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمراء، دار عالم الفوائد، ج3، 1143.

(4) مصونة الخطيب الحسني، الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، دراسة ماجستير، 2003م، دمشق.

وبالباعث يمكن أن تكشف عن النية والقصد، ولكن لا يمكن أن تكشف عن الباعث يهما. كما أن النية والقصد واحدة وغير متعددة، أما البواعث فقد تتعدد من تصرف لأخر، ومن شخص لأخر⁽¹⁾.

المطلب الثالث: تعريف الباعث في الشريعة الإسلامية

تعريف الباعث عند الفقهاء

تحدث علماء الشريعة الإسلامية عن الباعث، أو السبب كما يسميه علماء القانون، فلا عبرة عندها بظاهر العمل وصورته إذا كان مخلاً بالسلوك والخلق كما إذا كان القصد منه غير مشروع، أو إذا كانت النية تتجه إلى الإضرار بالغير، فجعلت من الباعث رقيباً وقيداً على الإرادة حتى لا تخرج في تصرفاتها عن تحقيق مقاصد الشرع، ومؤيد ذلك هو إبطال التصرف في حال كون الباعث عليه غير مشروع، وكان هذا الباعث متبدياً في ثوب مادي من التصرفات.

عرف ابن القيم الباعث في "أعلام الموقعين"؛ أنه أصل من أصول الدين، دون تسميته باسمه، وإنما تحت اسم النية فقال: "النية روح العمل وله قوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها"⁽²⁾. أما بالنسبة إلى تعريف الفقهاء المعاصرون للباعث، حيث عرفه فتحي الدريني بأنه (الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر)⁽³⁾. بمعنى أن الباعث أمر خارجي يدفع المكلف على القيام بسلوك إرادي أو القيام بعمل ما، فقد يكون الباعث مشروعاً، وقد يكون غير مشروعاً.

(1) حليلة ايت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، بيروت، عام 1986م، ط1، ص14.

(2) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزي، أعلام الموقعين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م، ج2، ص 91:92.

(3) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ / 1984م، ص433.

المطلب الرابع: تعريف الباعث في القانون الوضعي

عرف علماء القانون الباعث من حيث تعلقه بالقانون الجنائي، ولم يتناوله علماء القانون المدني إلا بشكل بسيط، وأيضاً الأنظمة الوضعية التي تهتم بتحديد معناه، وما ذلك إلا للغموض الذي يحيط بفكرة الباعث ذاتها، من خلال الاختلاف بالمصطلحات الشرعية والقانونية للباعث، فالقانون المدني عرف الباعث بالسبب، والتفصيل فيما يلي.

الفرع الأول: الباعث عند علماء القانون الجنائي

اتفقت كلمة شراح القانون فيما يتعلق بوظيفة الباعث، وعلاقته بالإرادة، وإن اختلفت نظرتهم إلى طبيعته.

منهم من عرفه على أساس طبيعته فوصفه بأنه "أساس القوة المُحرّكة للإرادة"⁽¹⁾، أو هو "القوة النفسية التي تُحث علي السلوك الإرادي الناتجة عن إدراك وتصور للغاية"⁽²⁾. ومنهم من عرفه على أساس دوره في العملية الإرادية، وهو: "المنفعة أو العاطفة التي دفعت الفاعل إلى ارتكاب الجريمة"⁽³⁾. وبرأيي التعريف الأول هو التعريف الأصح، لأنه يحدد طبيعة الباعث، أما التعريف الآخر فقد حدده بالمنفعة وهذا تعريف غير جامع.

ومع قلة استخدام لفظ الباعث في القوانين العربية، إلا أن بعضها استخدمت مصطلح الباعث، ولكن تحت مسمى آخر وهو الدافع، مثل قانون العقوبات السوري في المادة (192)، وقانون العقوبات اليمني في المادة (367)، وهو واضح أيضاً في قانون العقوبات الأردني في المادة (262)، أما القانون المصري فلم يخلو من تنظيم خاص للباعث.

(1) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات العام، القسم العام/ 421/421 فقرة (392)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1983م.

(2) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، 1406هـ، ص41.

(3) عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام/103، مطبوعات جامعة الكويت، ط2/1975م.

الفرع الثاني: الباعث عند علماء القانون المدني

رجال القانون يسمون الباعث في اصطلاحهم بـ(سبب السبب) و(السبب الدافع)، أي هو الغرض غير المباشر الذي يهدف لان يصل له المتعاقدين بعد تحقيق الغرض المباشر، وبالتالي هم جمعوا بين السبب والباعث.

يرى "عبد الحي حجازي"⁽¹⁾؛ بأن الباعث هو "وسيلة احتياطية" وأطلق عليه "السبب المصلحي"؛ حيث عرفه: "وسيلة احتياطية يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعة"، بمعنى؛ ألا يوجد وسيلة أخرى لإبطال العقد، فإذا كان العقد باطلاً من الناحية الفنية، فإنه لا داعي للبحث الباعث؛ إذ يتم البحث عن الباعث عندما يكون العقد مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، ويُراد بهذا العقد تحقيق نتائج غير مشروعة أي تحقيق نتائج غير التي شرع من أجلها ذلك العقد، يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعة⁽²⁾.

وانتقد هذا التعريف بأنه غير جامع؛ نظراً لأنه يقصر أثر هذا الباعث على العقد فقط، بينما الباعث يتضمن كل تصرفات الإنسان. وبالتالي هو بذلك لم يبين ماهية الباعث ولا طبيعته، اقتصر على وظيفته ودوره في إبطال العقد دون غيره من التصرفات.

أما "فتحي الدريني" عرفه؛ بأنه الدافع الذي يُحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر⁽³⁾.

فقد يكون الغرض غير المباشر للباعث مشروعاً أو غير مشروع كما بينا سابقاً، فإذا كان الغرض مشروعاً فلا يسأل عنه صاحبه المكلف به، أما إذا كان مخالفاً للغرض الذي شرع من أجله التصرف،

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبه بدون طبعة، بدون تاريخ، ج1، ص 138.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 138.

(3) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 434.

أي يتعدى الحدود الأخلاقية، أو يمس المصلحة العامة، يسأل المكلف به، ومن ثمّ؛ يُناقض مقاصد الشارع⁽¹⁾.

عرفته حليلة آيت حمودي بأنه: "هو وسيلة لإبطال التصرفات التي ظاهرها الجواز ويقصد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة"⁽²⁾.

بتحليل التعريف السابق يمكن أن يستنتج الباحث مايلي:

1. لا تقتصر فكرة الباعث على العقود فقط بل تشمل جميع تصرفات الأفراد.
2. إذا كانت هذه التصرفات جائزة من الناحية الفنية مستوفية لجميع أركانها، إلا أنها تبطل لأنها يقصد بها تحقيق أغراض غير معتبرة من الشارع.
3. تُثار فكرة الباعث سواء كان الغرض مشروعاً أو غير مشروع، ولكنها تثار على الأغلب إذا كان الغرض غير مشروع.

عرفه "عبد الله الكيلاني"، بأنه: "الأمر النفسي الذي يُحرك الإرادة وبيعها، لتحقيق تصرف معين"⁽³⁾.
ويأخذ على هذا التعريف بأنه ادخل ما لا يلزم، بمعنى انه ادخل فيه كل باعث يدفع بالإرادة نحو تصرف ما، سواء كان هذا الباعث مباشراً أو غير مباشر، والمراد في الحديث عن الباعث هو الباعث المستتر غير المباشر.

وعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (فالسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث)⁽⁴⁾.

(1) عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، تقديم: فتحي الدريني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، ص 27.

(2) حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، ش.م.م، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م، ص 37.

(3) نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات، مرجع ذكر سابقاً، ص 27.

(4) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 1998م.

يرى د.محمد محيي الدين عوض أن الباعث؛ هو نوع من المُنبهات الخارجية تُثير الدافع وترضيه في آن واحد....لاسيما تأثر فرد عندما يري صديقه يتعذب من آلام معينة⁽¹⁾.

وما يميز هذا التعريف بأنه ميز بين السبب القُصدي والسبب الباعث على التعاقد، وبين طبيعة الباعث فهو أمر نفسي.

نستنتج أن الباعث ورد تحت مسمى السبب في الأنظمة الوضعية، التي لم تقم بتفصيله وتحديد معناه واقتصرت على بيان دوره في إبطال الالتزام إذا لم يكن مشروعاً أو مخالفاً للنظام العام والآداب، وأنه ركن من أركان الالتزام، دون التفريق بينه وبين السبب، بل ترك ذلك لشرح القانون.

المطلب الخامس: التعريف المختار للباعث

التعريف المختار للباعث:

والباعث هو: المقصود الحقيقي، غير المباشر، المحرك لإرادة المكلف، نحو تصرف ما⁽²⁾.
(المقصود الحقيقي): أي ما هو المقصود الرئيسي لهذا المكلف من قيامه وإقدامه على تصرف ما، وبالتالي يتم إخراج كل البواعث التي قد تستفاد من ظاهر التصرف.
مثال ذلك: بيع العنب، المشتري هنا له باعثنان، الباعث الظاهر: الرغبة في الحصول على العنب، هذا ما نستفيدة من ظاهر التصرف، والباعث الحقيقي: هو اتخاذ العنب خمراً، فهو تملك العنب ليصل إلى الباعث والمقصد الحقيقي.

(غير المباشر): فهناك بواعث حقيقية مباشرة، من إقدام الشخص على التصرف، ولا يترتب عليها إي تغيير في الحكم. والمراد هو الباعث الغير مباشر، كما في هبة المرأة صداقها لزوجها، فيحق لها

⁽¹⁾ محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1981م، ص381.

⁽²⁾ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ج3، عام 2008م، ص168.

الرجوع لو طلقها بعد ذلك، فقد كان هناك باعث حقيقي غير مباشر، وهو رغبتها في استدامة الحياة الزوجية⁽¹⁾.

(المحرك لإرادة المكلف): أي بيان المحرك الرئيسي الذي حرك إرادة المكلف، بمعنى أن هذا التصرف قائم على إرادة نابعة من المتصرف، ولم يصدر نتيجة عن حدث طارئ.
(نحو تصرف ما): أي بيان لمجال عمل الباعث، وان كل التصرفات سواء القولية أو الفعلية، هي مؤثرة في الفعل، باختلاف النية والباعث، فتكون صحيحة تارة، وفسادة تارة أخرى⁽²⁾.

المبحث الثاني: ضابط الباعث

المطلب الأول: ضابط الباعث في الشريعة الإسلامية

إن فقهاء الشريعة الإسلامية، متفقون جميعاً على إبطال التصرفات التي تتخذ وسيلة لتحقيق غاية غير مشروعة، إلا أنهم اختلفوا في ضابط هذا الباعث، بل كان لكل منهم ضابط، كما يلي:

مذهب الحنفية

يرى علماء الحنفية ضابط الباعث كما يلي: لا يصح الاعتداد به إلا إذا كان مذكوراً بشكل صريح في العقد، لكن يعتدوا به إذا أمكن استنتاجه من طبيعة محل العقد⁽³⁾.

إذا لم يشمل العقد الباعث لا صراحة ولا ضمناً، فهو عقد صحيح، لأنهم أجازوا نكاح التحليل إذا لم تذكر نية التحليل أثناء العقد، وفي ذلك يقول الكاساني: "فإن تزوجت بزواج آخر، ومن نيتها التحليل فإن لم يشترط ذلك بالقول وإنما نوباً ودخل بها على هذه النية حلت للأول في قولهم سواء؛ لأن مجرد

(1) مصونة الخطيب الحسني، مرجع سابق، ص 25.

(2) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، مرجع سابق، ص 170.

(3) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ، 2003م، ج4، ص404.

النية في المعاملات غير معتبرة، فوق النكاح صحيحاً لاستجماع شرائط الصحة فتحل للأول؛ كما لو نوبا التوقيت وسائر المعاني المفسدة"⁽¹⁾.

مذهب الشافعية

لا تعترف الشافعية بالبائع؛ إذا لم يتضمن العقد صراحةً، نظراً أنهم يرون أن العقد صحيح⁽²⁾. وقد وافق مذهب الشافعية مذهب الحنفية في إجازة عقد نكاح التحليل، إذ يقول الشافعي: "وكذا لو نكحها ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر أن لايمسكها إلا قدراً يُصيبها فيحلها لزوجها، ثبت النكاح، وسواء نوى ذلك الولي معها أو نوى غيره أو لم ينوه ولاغيره"⁽³⁾. ومما سبق نستنتج بأن كلاً من الحنفية والشافعية أكدوا على النزعة الموضوعية؛ إذ لا يأخذوا في العقود لديهم بالنية أو القصد طالما العقد عندهم مستوفياً كلاً من الأركان والشروط.

مذهب المالكية

خالف مذهب المالكية لآراء كلاً من مذهبي الحنفية والشافعية؛ فهم يعتدون بالنية والقصد في العقود، فكل عقد شمل باعثاً غير مشروع فإنه باطل عندهم، حتى ولو لم يتم ذكره في العقد اكتفاء بما ظنه واحتياطاً لدرء المفسدة"⁽⁴⁾.

يقول الإمام مالك في المدونة: "لا يعجب أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة، ولا يؤجر ممن يتخذها كنيسة، ولا يبيع شأنه من المشتركين إذا علم أنهم إنما يشترونها ليذبحوها لأعيادهم، قال مالك: "ولا يكره دابته منهم إذا علم أنهم إنما استكروها ليركبوها إلى أعيادهم"⁽⁵⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق، ط1، 1967م، ص444.

(2) عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه العربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م، ج4، صص54، 55.

(3) ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1412هـ، 1990م، ج6، ص 206.

(4) عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه العربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط، 1998م، ج4، صص72:71.

(5) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، ج3، ص 435.

ولكن هناك بعض المالكية لهم رأيا آخر كما يلي:

إذ يرون بأن العقد ينعقد مع وجود الباعث غير المشروع وبذلك يكون العقد غير باطل بل واجب الفسخ وذلك عندما لم يعلم البائع بنية المشتري؛ وجبره على إخراجه من ملكه⁽¹⁾.
ويعد الرأي الراجح لديهم هو الرأي الأول وهذا ما رجحه د.فتحي الدريني إذ يقول: "ترجح أنّ المذهب المالكي يميل إلى الأخذ بالنظرية الذاتية"⁽²⁾.

مذهب الحنابلة

اعتدّ مذهب الحنابلة بالباعث؛ حتى ولم يتضمنها العقد. لاسيما إذا علم الطرف الآخر به؛ مستكفياً بأن يستنتج الباعث من القرائن وظروف الحال لكي يؤخذ به.
على سبيل المثال؛ من باع عصير عنب إلى شخص يتاجر في الخمر؛ فهذا دليل قاطع على أن المشتري قد يستخدم خمرًا⁽³⁾.

ويقول ابن قدامة؛ "فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع المشتري ذلك، إمّا بقوله، وإمّا بقرائن مختصة به تدل على ذلك. وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار، وأشباه ذلك، فهذا حرام، والعقد باطل"⁽⁴⁾.

كما ورد في كشاف القناع: "ولا يجوز بيع ما نوى به الحرام، كعنب وكعصير لمتخذها خمرًا، وكذلك بيع السلاح لأهل الفتنة إذا علم البائع نية المشتري ولو بقرائن"⁽⁵⁾.

(1) فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1997م-1417هـ، ص244.

(2) فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 244.

(3) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ص37

(4) ابن قدامة المقدسي، المعني، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتب، ط3، 1417هـ، ج6، ص319.

(5) منصور البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1997م، ج2، ص488.

ونستنتج مما سبق؛ بأن منهج كلاً من المالكية والحنابلة واحد؛ إذ اتفقوا في إعمال الباعث حتى ولو لم يتم ذكره في العقد.

ومن خلال الأقوال والآراء السابقة نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد ضابط للباعث حتى يرتكز عليه، فالشافعية والحنفية، يشترطوا لإعمال الباعث غير المشروع أن يكون منصوحاً عليه في متن العقد، أو على الأقل أن يكون مستخلص من المحل. أما الحنابلة والمالكية، يشترطوا لإعمال الباعث غير المشروع، أن يكون معلوماً من الطرف الآخر، ويوجد قرائن يفترض معها هذا العلم، أي أنهم اخذوا بالنزعة الذاتية. والمالكية بالأخص لهم رأيان في الاعتداد بالباعث، أولهما: لا ينعقد العقد بتأثير الباعث غير المشروع، ويقع باطلاً إذا علم من الطرف الآخر. ثانيهما: ينعقد العقد، لكن يفسخ إذا علم البائع بنية المشتري ويجبره على إخراجه من ملكيته. والراجح عندهم هو الرأي الأول. ورأي المالكية والحنابلة فيتم إعمال الباعث، حتى ولو لم يذكر في العقد.

المطلب الثاني: ضابط الباعث في القانون الوضعي

اختلف فقهاء القانون في ضابط الباعث إلا أنهم اتفقوا كفقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز الاعتداد بالباعث غير المشروع إذا كان مجهولاً من الطرف الآخر.

اشتراط الفقيه "كابيتان" لإعمال الباعث غير المشروع أن يكون متفقاً عليه من المتعاقدين، والاتفاق وحده في نظر كابيتان، وهو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد⁽¹⁾؛ مما يعني بأنه يجب أن يكون الباعث مشروعاً وذلك حفظاً للحرمان الأخلاقية والأهداف القانونية.

أما إذا كان الباعث غير مشروع فالالتزام باطل، ويترتب على ذلك بطلان العقد، ولو توافر التراضي، ومن هنا ألقى بفكرة السبب، بمعنى الباعث، وشرط المشروعية فيه قيد على الإرادة العقدية عندما أريد

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 448.

تحريرها من القيود الشكلية، فحل السبب محل الشكل قيماً على الإرادة. لذلك فإن نظرية السبب لا محل لها في غير الالتزامات الناشئة بالإرادة⁽¹⁾.

أما الفقيه "Bois - Juzan"، في البداية فرق بين عقد المعاوضات⁽²⁾، وعقد التبرعات فيرى في المعاوضات؛ يشترط لإعمال الباعث غير المشروع مساهمة الطرفين في تحقيق هذا الباعث، بمعنى أن لا بد أن يصدر من المتعاقد الآخر عمل إيجابي حتى يكون الباعث مشروعاً. على عكس التبرعات؛ يرى "بوجيزان" الإكتفاء بمرتبة العلم فقط؛ فهو دائماً يعتد بالباعث في التبرعات. واختلف "Josserond" عن "Bois - Juzan" كمايلي:

إذ إكتفى "Josserond" العلم بالباعث غير المشروع في المعاوضات دون التبرعات؛ نظراً لأنها تُسيطر فيها إرادة المتبرع وحده على التصرف، وبالتالي يكتفي بالوقوف عندها سواء في الهبة التي لا بد أن يتم فيها التبرع بتقابل إرادتين أم بإرادة واحدة كالوصية وعلى ذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع، سواء أكان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً⁽³⁾.

وقد نصت بعض القوانين الحديثة على وجوب علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع على الآتي:
تنص المادة "1345" من القانون المدني الإيطالي: "يكون العقد غير مشروع إذا كان المتعاقدان لم يدفعهما إلى إبرامه لا دافع غير مشروع مُشترك بينهما"⁽⁴⁾.

أما في القوانين العربية؛ لم تنص بصدد الباعث غير المشروع على هذه القاعدة، أي علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع؛ لكن يمكن القول بوجود الأخذ منها من أجل استقرار التعامل كمايلي:

(1) فواز صالح، أركان العقد، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، متاح علي الرابط التالي،

https://www.arab-ency.com/_details.law.php?full=1&nid=165317

(2) عقود المعاوضات؛ هو العقد الذي يأخذ فيه كلاً من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه، وقد تكون مبادلة مالاً بمال، وتشمل البيع بجميع أنواعه، وقد تكون مبادلة بجميع أنواعه كإجارة، وقد تكون مبادلة مال ليس بمال ولا بمنفعة. انظر: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، ط2، ص 341.

(3) Jsserand Louis: Les mobiles dans les acts juridique paris.1980.

(4) القانون المدني الايطالي، المادة "1345".

ذكر القانون المدني الأردني في تعريف السبب في المادة 165-166، اشترط بأنه لا يصح العقد إذا لم تكن هناك مصلحة مشروعة لعاقديه، وأن يكون السبب (الباعث) صحيحاً موجوداً غير مخالف للأخلاق العامة والآداب⁽¹⁾.

وما ورد في شرح المذكرة الإيضاحية للمادتين السابقتين: أن المراد بالمقصد هنا ما يعرف في القانون بالسبب وهو الباعث الدافع إلى التعاقد. وقد روي تفضيل كلمة المقصد (على السبب) لأن للسبب في أصول الفقه وفي الفقه الإسلامي معنى آخر غير المراد به عند رجال القانون فرفعاً للبس روي استعمال كلمة (مقصد) على أن يكون المراد بها ما يراد بالسبب عند رجال القانون. وبعد بيان ذلك يستوي التعبير بكلمة (السبب) أو (المقصد) وما ورد في القانون المدني الجزائري؛ على أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية⁽²⁾؛ أما إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المُدَّلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.

وعليه؛ لإعمال الباعث غير المشروع؛ يجب أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر في عقود المعاوضات، ويشترط هذا العلم في التبرعات⁽³⁾.

ما ورد في القانون المدني المصري؛ يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه، خلال ثلاث سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط والتدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه. وفي كل

(1) القانون المدني الأردني، رقم "43"، عام 1976م.

(2) القانون المدني الجزائري، المادة "85"، عام 2007م.

(3) القانون المدني الجزائري، المادة "192"، عام 2007م.

حال، لا يجوز التمسك بحق الإبطال، لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد⁽¹⁾.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الباعث

المطلب الأول: الباعث المشروع

الباعث (السبب) هو ركنا من أركان العقد، كالرضى والمحل، وبالتالي فمتى توفر الرضى توفر الباعث؛ وبالتالي لا يتطلب ذكره في متن العقد، إنما يستخلص من طبيعة العقد، ومن الظروف المحيطة به وعلى ذلك فالجزاء هنا لا يترتب لتخلف الباعث، وإنما يكون الجزاء لمخالفته أو لعدم مشروعيته.

ويعرف مخالفة الباعث؛ بأنه عدم تحقق الغاية أو الغرض الذي التزم المتعاقد من أجله، ويمكن إرجاع ذلك إلى عدد من الأسباب منه مايلي:

السبب الأول؛ عدم تحقق الباعث بسبب الغلط فيه، كمن يوصي بمال إلى شخص يظنه قريبه، ويتبين بعد ذلك أنه ليس قريبه، أو كمن يؤجر منزله ظناً أنه نقل في عمله إلى مدينة أخرى، ويتضح بعد ذلك أنه لم ينقل، وهذه الحالة تدخل في مجال نظرية الغلط، وليس نظرية الباعث⁽²⁾.

السبب الثاني؛ أن يذكر الباعث في متن العقد، ويعلق عليه وجود العقد وزواله، ففي هذه الحالة يصبح الباعث شرطاً ومجاله نظرية الشروط.

السبب الثالث؛ عدم ذكر الباعث في متن العقد؛ ففي هذه الحالة يمكن استخلاصه من طبيعة العقد أو من ظروف انعقاد العقد.

(1) المادة "140"، القانون المدني المصري، 1948م.

(2) صبحي المحمصاني، الموجبات والعقد، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، 1972م، ص 95.

على سبيل المثال؛ استدان رجلاً من زوجته ثلاثين ديناراً وأمهلته خمس سنوات، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف، فقاضته الزوجة تطلب حلول الدين وسقوط الأجل، فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس، فأفتى ابن عتاب لمصلحتها معللاً بأن هذا الإتفاق كان ملحوظاً فيه ود الزوجية فمزال الغرض أصبح الأجل بلا سبب، ومن ثم لزم أن يزول بزواله⁽¹⁾.

ونستنج مما سبق؛ أنه إذا كان الباعث على العقد باعثاً مشروعاً، ولكن تخلف تحققه، يمكن لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد إذا كان العقد لازماً؛ أما إذا كان العقد غير لازم فالعقد يكون باطلاً⁽²⁾.

المطلب الثاني: الباعث غير المشروع

يترتب على الباعث غير المشروع؛ البطلان، وهذا هو الحكم الذي تنص عليه معظم التشريعات سواء في القانون الوضعي، أو الشريعة الإسلامية؛ لكن انفرد المذهب المالكي بحكم خاص وفيما يلي ذكر كل حالة بالتفصيل:

الفرع الأول: البطلان في القانون الوضعي

هو الجزاء الذي يترتب على تخلفه ركن العقد أو أحد شروطه التأسيسية، أو شرط من شروط صحته.

ويتنوع البطلان إلى نوعين هما:

1. البطلان المطلق؛ وهو الذي يترتب على تخلف ركن العقد وبالتالي لا ينعقد العقد.
2. البطلان النسبي؛ (هو العقد المنتج لكافة آثار العقد الصحيح حتى يقضي ببطلانه)، فهو عقد صحيح منعقد، إلا أنه يكون باطلاً إذا طلب ذلك ممن شرع لصالحه البطلان، ويكون صحيحاً إذا

(1) صبحي المحمصاني، مرجع سابق، ص 96.

(2) حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 251.

أجازه، أو رفض طلبه بالإبطال⁽¹⁾. أي أنه ما كان في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم إلا بهذا الشق الذي وقع باطلاً أو موقوفاً فيبطل العقد كله.

الفرع الثاني: البطلان في الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره. ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل، ثم الفاسد، ثم الموقوف، ثم النافذ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر. فالعقد الباطل: ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض. ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث⁽²⁾.

فلا يوجد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للبطلان يتم تطبيقها على سائر العقود في أحوال معينة؛ بل أن بعض نصوص الفقه الإسلامي تُعبر عن البطلان بكلمة الفسخ⁽³⁾، وكذلك فإن الفسخ في الفقه الإسلامي ليس حقاً خالصاً للدائن مثل الحال في القانون الوضعي بل في بعض الأحيان يكون واجباً عليه باعتباره حقاً للشارع مثل الحال في العقود الفاسدة، إذ يجب على المتعاقد أن يطلب فسخه ويرفعه القاضي جبراً⁽⁴⁾.

(1) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1956.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص533.

(3) الفرق بين البطلان والفسخ: البطلان بنوعيه مطلق ونسبي يرجع إلى سبب ملابس لتكوين العقد أي مقترن به، وأقرب أسبابه وجود عيب من عيوب الإرادة، فلا يجوز أن يرجع البطلان لأي سبب لاحق لنشأة العقد، أما الفسخ فيفترض قيام العقد صحيحاً وإنتاج آثاره القانونية وترتيب التزاماته في ذمة طرفية، ثم اختلال أحد طرفيه بالتزاماته فهنا ينتج الفسخ كجزء عن هذا الإخلال. أنظر: مصادر الالتزام، كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، ص859.

(4) عثمان بن علي الزيلعي فخر الدين احمد الشلبي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، 1314هـ، ط1، ج5، ص143.

أما فقه الإمام المالكي؛ فإنه يرى هناك ثلاث أنواع من الجزاءات، تختلف بحسب ما إذا كان المتعاقد الآخر عالماً بالباعث غير المشروع أم لم يعلم به، وفيما يلي بالتفصيل:

• الجزء الأول؛ إذا كان المتعاقدان عالمين بالباعث غير المشروع فالجزاء على ذلك البطلان، فالعقد لا ينعقد ويعتبر كأن لم يكن.

• الجزء الثاني؛ إذا كان المتعاقد الآخر غير عالم بالباعث غير المشروع عند إبرام العقد ولكن تبين له ذلك بعد انعقاد العقد⁽¹⁾.

على سبيل المثال؛ استأجر شخص منزلاً لاستعماله للقمار أو الدعارة، وكان المؤجر لا يعلم ذلك، ولكن بعد انعقاد الإيجار علم بغض المستأجر، فإن الإيجار في هذه الحالة يفسخ.. وبالتالي يجب على المؤجر أن يطالب بالفسخ، ويمكن للقاضي نفسه أن يحكم بالفسخ لأن الفسخ ليس حقاً خالصاً للدائن يطالبه بل يكون أحياناً واجباً عليه باعتباره حقاً للشارع.

• الجزء الثالث؛ إذا كان المتعاقد الآخر غير عالم بالباعث غير المشروع عند إبرام العقد، لاسيما كمن يبيع السلاح لقاطع الطريق، وهو غير عالم بذلك؛ ويرى الإمام مالك في هذه الحالة، بأن يقرر إجبار المشتري على إخراج المبيع من ملكه، وهكذا يضمن مقاصد الشارع ويحول دون تحقق الغرض غير المشروع، ويضمن كذلك استقرار المعاملات وحقوق المتعاقد الذي لم يكن له علم بمقاصد المتعاقد الآخر⁽²⁾.

(1) شيخ الإسلام احمد بن عبد الحلیم ابن تیمیة، مرجع سابق، ص 417.
(2) ناصر بن علي الخليلي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، مطبعة المدينة، ط1، عام 1412 هـ، ص 364.

المبحث الرابع: شروط الباعث وخصائصه

المطلب الأول: شروط الباعث

1. علم الطرف الآخر؛ على عكس لو كان الفعل منفرداً فلا يشترط حينئذٍ بعلم الطرف الآخر، نظراً أنها تصرفات تنشأ بإرادة منفردة⁽¹⁾.
2. ألا يكون المال مناقضاً أو الأداء من جهة الصورة المادية للفعل (لغرض المشرع)، فإذا كان المال مناقضاً، فلا عبرة بالباعث لان المناقضة غير مشروعة لذاتها.
3. مشروعية الباعث مما يعني الآتي:
 - أ- الباعث لا يمكن أن يكون غير موجوداً لأنه لا يتصور أن تتجه الإرادة إلى التعاقد دون أن يكون لها باعث إلا إذا صدر التصرف من شخص عديم التمييز⁽²⁾.
 - ب- مشروعية الباعث هو الشرط الوحيد الذي يجب توفره حتى يكون العقد صحيحاً، وقد علل الفقهاء على اشتراطهم هذا الشرط بأنه موافقاً للنظام العام⁽³⁾ والآداب وهذا ما فعله المشرع الأردني⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: خصائص الباعث

1. الباعث ركناً من أركان العقد مثله مثل الرضى والمحل، حتى وإن لم يذكر في العقد، لأنه هو المحرك الدافع للإرادة للقيام بالعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.
2. أمر نفسي، وعلى ذلك فهو شيء ذاتي للملتزم، إذ يرجع إلى نواياه، وما يتأثر به من دوافع.
3. متغير لا في كل نوع من العقود فحسب بل في كل عقد على حدة⁽⁵⁾.

(1) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1379 هـ-1960م، ط1، ص 515.

(2) صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات، ج2، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1972، ص 95-96.

(3) النظام العام: عبارة عن مجموعة المصالح التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء أكانت هذه المصالح اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. الآداب: هي القواعد الخلقية التي يقوم عليها المجتمع في زمن معين وبيئة معينة.

(4) صبيح المسكوني، القانون الروماني، ط 1، مطبعة شفيق، بغداد، 1968م.

(5) حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 120.

المبحث الخامس: أقسام الباعث

المطلب الأول: أقسام الباعث في الشريعة الإسلامية

ينقسم الباعث إلى عدد من الأقسام كما يلي:

الفرع الأول: الباعث باعتبار المشروعية وعدمه؛ وينقسم هذا القسم إلى نوعين كمايلي:

1. باعث مناقض لقصد الشارع

إذ يوصف بأنه باعث غير مشروع؛ وضابطه هو كل من قصد أن يعقد عقداً ليفسخ، ليس لغرض في المعقود عليه، أو قصد منفعة محرمة بالمعقود وبالتالي فهذا قصد ما ينافي العقد أو الشرع؛ لذا أثر في العقد⁽¹⁾.

على سبيل المثال: النكاح بنية التحليل، وقد بين ابن تيمية وجه المناقضة في هذا العقد بقوله: "مثل المحلل الذي لا يقصد مقصود النكاح من الألفة والسكن التي بين الزوجين، وإنما يقصد نقيض النكاح، وهو الطلاق لتعود إلى الأول، وعليه فقصد المحلل الرد إلى الأول، وهذا على عكس ما قصده الشارع، وبالتالي يجب إبطال قصده بإبطال وسيلته"⁽²⁾.

2. باعث غير مناقض لقصد الشارع

ويوصف بأنه باعث مشروع؛ فإذا كان لمراعاته أثر في الحكم وجب إعماله، وكان داخلاً في مسائل البحث.

على سبيل المثال؛ إذا وهبت المرأة صداقها لزوجها؛ فإن الباعث لها يعرف باسم الهبة؛ وهي الرغبة في استدامة المودة في الحياة الزوجية، وهو باعث غير مناقض لمقصود الشارع، بل هو من مقاصده

(1) ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط1، 1998م، ص431.

(2) ابن تيمية، مرجع سابق، ص166.

في شرعة الهبة، فإذا لم تطلق المرأة بعد ذلك جاز لها الرجوع في هبتها، إعمالاً للبائع الذي دفعها لهبة صداقها إلى زوجها فلما انتفى الباعث انتفت الهدية فهي تدور معه وجوداً وعدمًا⁽¹⁾.
على سبيل المثال، إذا الباعث على النكاح ليس المقصود الأصلي منه وهو التنازل كما قرر الشاطبي، وإنما الباعث عليه مقاصد تبعية أخرى من طلب السكن، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمل بمال المرأة، ونحوها من المقاصد التي ليس فيها مناقضة للمقصود الشرعي الأساسي من النكاح، فالنكاح من أجل هذه البواعث سائغ بل قصد التسبب له حسن⁽²⁾.

الفرع الثاني: تأثير الباعث في الحكم، وينقسم هذا القسم إلى نوعين كما يلي:

1. باعث مؤثر في الحكم، سواء أكان تأثيره من أجل مناقضته لمقصود الشارع أم لا، وهذا النوع من الباعث يجب إعماله عند النظر إلى الوقائع⁽³⁾.
2. باعث غير مؤثر في الحكم، فلا يلتفت إليه، ولا يحمل عليه عند تقرير الأحكام على النوازل، على سبيل المثال؛ ما يُسمى بقتل الرحمة، إذا قام الطبيب بتلك الجريمة، أو الممرض مع مريضهما، فتلك البواعث وإن كانت في نفسها شريفة، إلا أن العقوبة معها للجاني لا تختلف عما كان باعته دنيئاً على القتل، كالقتل العمد العدوان.

والقاعدة العامة في تلك المسألة؛ عدم الالتفات لهذه البواعث في الجنايات الموجبة للقصاص، أو الحد متى توفرت شروطها؛ كونها عقوبات مقدرة شرعاً، شرعت لحماية الأنفس، والأموال وغيرها، فمتى ما

(1) عبد الرحمن السعدي، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، تحقيق خالد بن علي بن محمد المشيخ، بدون طبعه، بدون تاريخ، ص 186.

(2) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 2008 م ج3، ص 139.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1374هـ، ص83.

اعتدي عليها استحق المعتدي ما قدر عليه شرعا من العقوبة، ولم يكن الباعث إن وجد مسوغاً لتخفيف العقوبة؛ بالإضافة إلى إسقاطها، وللقاضي مسند شرعي في تحدي العقوبة المناسبة على اعتبار الباعث الذي حمل على الجناية مثل تنويع العقوبة الشرعية على جريمة الحرابة⁽¹⁾، إذا قال مجموعة من المحققين إلى أن العقوبات المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُ عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽²⁾.

الفرع الثالث: الباعث باعتبار أثره

القاعدة العامة، أنه متى ما كان الأثر الذي يحدثه إعمال الباعث وراء التصرف إبطال التصرف نفسه، فإن هذا الإبطال يعود على التصرف حسب الإمكان، فإن أمكن إبطال التصرف في حق جميع أطراف التصرف، ومن جميع وجوه كان هذا هو المراد، وإلا أبطل ما أمكن إبطاله ورفع من وجوه ذلك التصرف، وحق من أمكن الإبطال في حقه من أطراف التصرف⁽³⁾.

الفرع الرابع: الباعث باعتبار ظهوره واستتاره

ينقسم الباعث وفقاً لذلك إلى قسمين:

1. باعث مذكور في التصرف، على سبيل المثال: لو قال شخص لآخر: زوجتك موليتي فلانة على أن تحلها لزوجها الأول ثم تطلقها، فهذا الباعث المنصوص عليه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب اعتباره، ومن ثم إبطال العقد بسببه.

(1) حسن بن علي الشاذلي، الجنايات في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط2، ص 134.

(2) سورة المائدة، آية "33".

(3) شيخ الإسلام احمد بن عبد الحليم ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1418هـ.

2. باعث مختفي، غير مذكور في النصوص، إلا أن يتم الكشف عنه من خلال القرائن والأحوال، على سبيل المثال: بيع عصير العنب لمن يعلم من حاله اتخاذه خمراً، وهذا النوع من البواعث محل نظر واجتهاد الفقهاء⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أقسام الباعث في القانون

من خلال القراءة في الظواهر الإرادية؛ اتضح أن أنواع البواعث متعددة؛ كمايلي:

الفرع الأول: أنواع البواعث وفقاً للهدف

1. بواعث تتمثل في الهدف المباشر

وهو الباعث الذي يكون عنصراً في التصرف وركناً فيه لا ينفصل عنه.

على سبيل المثال؛ يكون غرض البائع من عقد البيع حصوله على الثمن، على عكس غرض المشتري إذ يكون غرضه؛ هو حصوله على المبيع، وهذا ما يُعرف عادة بالسبب في القانون المدني، وهذه البواعث ليست باعث بالمعنى الحقيقي؛ نظراً بأن الباعث لا يمكن أن ينفصل عن النية، وإذا نظرنا إلى المثال؛ وجدنا أن نية المتعاقد هي الباعث نفسه، إذ أن نية البائع هي الحصول على ثمن المبيع؛ ونية المشتري هي الحصول على المبيع نفسه، ومن ثم يرى "Jsserand"؛ بأن تسمية هذا النوع بالباعث يُعد تجاوزاً للقانون⁽²⁾.

2. بواعث تتمثل في الهدف غير المباشر

وهذا النوع من البواعث عكس النوع السابق؛ إذ ليس عنصراً في التصرف، بل خارج عنه، فهي بواعث فردية تختلف من شخص لآخر، بل وفي النوع الواحد من التصرفات؛ إذ التصرف بدون هذه البواعث

(1) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد، ط1، ص 677.

(2) Jusserand Louis: Les mobiles dans les acts juridiques. Paris. 1980.

يكون مستوفياً لسائر عناصره المؤسسة له والمكونة له؛ بمعنى أن الباعث ليس ركناً في التصرف؛ نظراً لأن التصرف قد استوفى عناصره الكاملة؛ لكن يصبح ظاهرة منفصلة عن كل غاية؛ إذ ليس له قيمة ولا معنى، وبالتالي لا بد من البحث عن البواعث الفردية التي تُعبر عن التصرف، وكذلك التي وُضعت من أجله.

وعند المقارنة بين النوعين من البواعث؛ نجد أن النوع الثاني هو أساس العملية المتصورة في مجموعها، وليست أساس كل التزام على حده؛ بمعنى أنها تُمثل الهدف من التصرف⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع البواعث وفقاً للزمن

1. البواعث في الماضي

تُعرف بالسبب المنشئ؛ نظراً لأنها العمليات التي تسبق التصرف، ويكون لها طابع سلبي. على سبيل المثال؛ إذا اقترض شخصاً من آخر مبلغاً من المال؛ لأن موارده المالية قد نفذت؛ فيفهم من ذلك فقط؛ بأن الظروف هي التي فرضت عليه ذلك دون معرفة الهدف⁽²⁾.

2. البواعث في المستقبل

الذي يكشف هدف العملية، ويسمى باسم الباعث الهدفي. على سبيل المثال؛ إذا قيل بأن الشخص يقترض من أجل بناء منزل؛ ففي هذه الحالة يكون الهدف الذي يسعى من أجله معروف⁽³⁾.

الفرع الثالث: تقسيم البواعث وفقاً للزاوية التي ينظر إليها علماء القانون كما يلي:

1. البواعث باعتبار الأصل والمنشأ؛ قد تكون دوافع فطرية أو مكتسبة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص240.

(2) Jsserand Louis:Les mobiles dans les acts juridique paris.1980, P:24

(3) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص246.

2. البواعث من زاوية قياس مدى قوتها وضعفها، بمعنى مدى تناسبها مع الأفعال التي أدت إليها والنتائج التي ترتبت عليها، قد تكون بواعث مهمة أو غير مهمة.
3. البواعث من حيث انسجامها مع الضمير الاجتماعي والأخلاق العامة، قد تكون إما بواعث أخلاقية، أو بواعث غير أخلاقية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أنواع البواعث وفقاً لعددتها

قد يكون الغرض من الفعل باعثاً فريداً بشكل متميز ويعرف بـ"الباعث الفريد" ويقابله "الباعث المتعدد" ويعرف بأنه: "يقوم به مجموعه من البواعث تعمل معاً في وقت واحد في تسبب الفعل، تلك البواعث تتعاون مرة وتختلف مرة أخرى إلى أن تجتمع في شكل واحد وتصبح لشكل باعث واحد ووفقاً لذلك قسم الغزالي الباعث إلى أربعة أقسام كمايلي:

1. أن يأتي الباعث وحيداً، لاسيما عندما يقدم مجموعه من الأفراد على الفرد وكلما رآهم قام من مكانه فيعمل في نفسه باعثاً الفرار منهم وعدم مشاركتهم.
2. أن يجتمع باعثن كل واحد مستقل حتى لو انفرد؛ لاسيما عندما يتعاون شخصان رجلان على حمل شيء وهو في نفس الوقت عنده القدرة أن يحمله بذاته.
3. أن لا ينفرد كل واحد ولكل قوي مجموعها على إنهاض القدرة، لاسيما في أن يتعاون شخصان ضعيفان على حمل ما لا ينفرد أحدهما به.
4. أن يكون أحد الباعثين مستقلاً لو انفرد بنفسه والآخر لا مستقل، و لكن لما انضاف إليه لم ينفك عن التأثير بالإعانة والتسهيل، لاسيما أن يعاون الضعيف الرجل القوي على حمل شيء،

(1) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية "دراسة مقارنة" بأحكام الشريعة الإسلامية، 1986م، ص 41-56.

ولو انفرد الرجل القوي لاستطاع الحمل، إلا أنه لو استقل الضعيف لم يستطع حمل الشيء بمفرده⁽¹⁾.

ومما سبق يستنتج الباحث بأن هناك أربعة أنواع للبائع يُمكن تلخيصها كما يلي:

1. الباعث الذي يكون وراء السبب المباشر، وبالتالي يكون جزءاً لا ينفصل عن التصرف الموجود معه.

2. الباعث إما يدل على الماضي والذي يمثل التصرفات السابقة للموضوع؛ وإما يدل على المستقبل والذي يعرف الهدف من وراء تصرفه.

3. باعث إما أن يكون دافعه فطري أو مكتسب كذلك قد يكون مهم أو غير مهم إضافة إلى أنه أخلاقي أم غير أخلاقي.

4. الباعث إما أن يكون مستقلاً أي يقوم به شخص واحد. أو متعدداً أي يقوم به مجموعة من الأفراد.

المبحث السادس: القواعد الخاصة بضبط الباعث

المطلب الأول: قاعدة سد الذرائع

لم يهتم علماء القانون بدراسة هذا المبدأ، واكتفوا بالإشارة إليه سواء في الماضي أم في الوقت الراهن.

(1) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، بدون طبعه، بدون تاريخ، ص، 14:15.

الفرع الأول: تعريف الذريعة

الذريعة لغة؛ هي الوسيلة والطريق إلى الشيء، ويقال تَدْرَعُ فلان بِذريعة أي تَوصل بها، والجمع

ذرائع⁽¹⁾، الذريعة: هي الوسيلة وهي السببُ إلى الشيء⁽²⁾.

أما في الاصطلاح فيوجد عدد من التعريفات كمايلي:

1. التذرع الممنوع: هو التوصل بما هو في مصلحة إلى ما هو مفسدة⁽³⁾، كشرب الخمر المفضي

إلى مفسدة السكر.

2. المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محرم⁽⁴⁾، كعقد النكاح للتحلل.

3. أمر غير ممنوع في نفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع أي أن الشارع المشرع المجتهد

هو الذي يخاف أو يتوقع أو يظن أن ذلك المباح سيفضي إلى الممنوع أي إلى المفسدة⁽⁵⁾.

4. حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع

المالك من ذلك الفعل في كثير من الصور⁽⁶⁾.

تعريف سد الذرائع في الفقه الإسلامي:

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، - بيروت، ج1 ص318.

(2) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، (باب الذال، ذَرَعُ، الذَّرِيعَةُ) دار صادر - بيروت، ج7، ص 1498.

(3) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ج 2، ص375

(4) محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، المحقق: سامي بن العربي الأثري، بدون طبعة، بدون تاريخ ص 246.

(5) القرطبي، مرجع سابق، ج2، ص 51.

(6) القرافي، مرجع سابق، مرجع سابق، ج2 ص22.

عرف القرافي _ رحمه الله _ سد الذريعة: الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة، إذا كانت النتيجة فسادا. ويقول: (اعلم أن الذريعة كما يجب سدها، يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: علاقة مبدأ سد الذريعة بالباعث

في الواقع؛ تنقسم موارد الأحكام إلى الآتي:

1. نوايا؛ وهي الطرق الواصلة إليها وحكمها واحد.
2. ووسائل؛ وسائل تؤدي إلى حلال فهي حلال، ووسائل تؤدي إلى الحرام فهي حرام⁽²⁾.

ومن ثم؛ لجعل الوسائل ذرائع، لا بد من الآتي:

1. النظر إلى المآل؛ بمعنى رؤية النتائج؛ فإذا كانت نتيجة العمل فيها منفعة عامة، كان العمل واجبا، وإن كانت نتيجته فاسدة، كان العمل فاسداً، وبالتالي لا بد من النظر إلى الباعث.
2. النظر إلى الباعث الذي يدفع الفرد إلى العمل؛ كأن يعقد عقدا يقصد به أمر محرّم؛ فإذا كانت كل الدلائل تظهر هذا الباعث، كان العقد باطلاً⁽³⁾، نظراً لأن اعتبار النية التي قام عليها دليل مادي ظاهر اقترن بإنشاء العقد، أولى من اعتبار الألفاظ المجردة، فإن النظر إلى الباعث من حيث التأنيم أولاً، ثم من حيث بطلان التصرف إن قام الدليل على ذلك.

إذ يُنظر في مبدأ سد الذرائع إلى النية والقصد مع النتيجة، أو إلى النتيجة فقط.

(1) القرافي، مرجع سابق، ج 2، ص 245.

(2) أحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله ابن القيم، أعلام الموقعين، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة، ج4، 553.

(3) محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2، 1427هـ - 2006م، ج2، ص 880.

ويتشابه الباعث مع مبدأ سد الذرائع في النوع الثاني من أقسام الذرائع وهي؛ الوسيلة الموضوعية لمباح المتوسل بها إلى فساد.

المطلب الثاني: قاعدة مبدأ المآل

في البداية؛ لم يهتم الفقهاء بدراسة هذا المبدأ بل اکتفوا بالإشارة إليه؛ إلا أن العلماء في الوقت الراهن؛ اهتموا بدراسته بشكل خاص.

الفرع الأول: تعريف المآل

لغة؛ الرجوع؛ يقال: رجعت عن فعل الشيء⁽¹⁾.

في الاصطلاح؛ تعددت التعريفات في هذا المبدأ ومن أهمها مايلي:

1. تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله؛ من حيث قصده،

والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء.

2. النظر إلى النتائج دون اعتبار لما أدت إليه الأسباب⁽²⁾.

الفرع الثاني: علاقة قاعدة مبدأ المآل بالباعث

يتداخل المآل مع الباعث ليكون معيار الحكم على الأفعال؛ إذ يحكم المآل على الأفعال كونها حلال

أم حرام؛ صالحه أم فاسدة؛ وبالنتيجة الظاهرة؛ يتم تشكيل المعيار الذاتي النفسي من خلال النظر إلى

الباعث الدافع للقيام بفعل ذلك⁽³⁾.

(1) ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، باب الألف (آل، اليه، أولاً، وآيالا، ومآلاً) تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد، دار المعارف، بدون طبعة، بدون تاريخ ج1، ص 171.

(2) بكارة بوشنتوف، نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشرعية، رسالة ماجستير، الجزائر، 2014م ص56.

(3) عبد الرحمن بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ، ص139.

كما أن رعاية الباعث تشكل مساحة معتبرة من اهتمام النظر المالي، وهذا ما يستدعي ضرورة الإحاطة بطرق ضبطه ومعرفته، حيث أن أكثر الحالات التي يخرم فيها المال المشروع لا تخرج عن القصد الفاسد، إذ أنه يؤدي إلى نتائج ضرورية، ولما كانت الأمور بمقاصدها، فإن أساس كل من نظرية الباعث والمال هو قطع المضار المتوقعة، مما يجعل الصلة بينهما ترتبط بمفهوم حفظ مقاصد الشريعة⁽¹⁾.

إضافة إلى أنهما (المال والباعث) يبينان ويوضحان مدى حرص الشارع على سلامة تصرفات المكلفين من بدايتها إلى نهايتها، وذلك بالنظر إلى البواعث والنيات التي حركت الفعل، وتستمر هذه العناية إلى نتيجة وأثار هذا الفعل. و ان لكل منهما (المال والباعث) دورا وقائيا، لأن مجال عملهما يركز على تناول ما ليس له تشخيص محسوس يوقف عليه، باعتبار أن الوظيفة الوقائية غالبا ما تستند إلى التوقع والاحتياط، وهما أمران ذاتيان⁽²⁾.

(1) عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي (عرضاً ودراسة وتحليلاً)، دار الفكر، سوريا، ط1، 1421هـ، 2000م، ص360.

(2) بكارة بوشنتوف، نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشرعية، رسالة ماجستير، الجزائر، 2014م ص56.

الفصل الثاني

نظرية السبب

تمهيد:

عرّف القانون الأردني العقد؛ بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه ثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهم بما وجب عليه للآخر"⁽¹⁾. لكن فيما بعد أضاف المشروعية فعرفه بأنه "العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله، مُضافاً إلى المحل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع و أوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مُفسد له"⁽²⁾.

نجد في التعريف السابق، ربط القانون بالمشروعية، مما يؤدي إلى إلقاء الضوء على أمر آخر في إطار نظرية العقد ألا وهو السبب.

وفي ذات الوقت اشترط القانون الأردني المشروعية كشرط عام، يتضح من خلال المحل والسبب حيث نص أنه "لايصح العقد مالم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه ويُفترض في العقود هذه المصلحة المشروعة مالم يقدّم الدليل على غير ذلك"⁽³⁾.

وفي هذا الإطار؛ لا بد من القول بأن نظرية السبب قد صاحبها جدل كبير من الناحية الشرعية⁽⁴⁾، مما جعل الآراء تتضارب إذ ظهرت النظرية التقليدية التي عرفت السبب بأنه السبب القصد؛ بمعنى الغرض المباشر القريب الذي يرمى إليه المتعاقد من وراء إلزامه فهو ذاته في النوع الواحد من العقود وبالتالي لا يصح البحث عنه خارج العقد رغبة في تفصي البواعث التي حملت المتعاقد على التعاقد.

(1) المادة "87"، القانون المدني الأردني، "43"، عام 1976م.

(2) المادة "167"، القانون المدني الأردني، "43"، عام 1976م.

(3) المادة "166"، القانون المدني الأردني، "43" عام 1976م.

(4) محاسنة محمد، مفهوم المحل والسبب في نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص 1-13.

ولابد من الإشارة؛ بأن نظرية السبب كان لها معارضين كثير إذ أشاروا بعدم فائدتها؛ نظراً لأنه يُمكن استبدالها بفكرة المحل ومن ثمَّ يمكن مسحها من القانون دون ضرر⁽¹⁾؛ لكن الفقيه كايبتان دافع عن نظرية السبب وقام بتعديلها بحيث أصبح السبب ليس هو مصدر الالتزام وإنما تنفيذه. ثم ظهرت النظرية الحديثة في السبب، وتعرف بأنها نظرية القضاء الفرنسي التي عرفت السبب؛ بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد؛ وهذا ما ركز عليه القانون المدني الأردني؛ إذ عالج إشكالية السبب من خلال التركيز على المفهوم الحديث للسبب بوصفه الباعث الدافع إلى التعاقد⁽²⁾.

وبناءً على ماتقدم، كان هذا الأمر هو الدافع الذي قادني إلى دراسة مفهوم نظرية السبب، ونظرية السبب في كلاً من النظرية التقليدية والحديثة، وتطور النظرية، ومشروعيتها وكذلك مضمونها في التشريعات المقارنة، وأخيراً العلاقة بينها وبين نظرية الباعث.

المبحث الأول: تعريف نظرية السبب

المطلب الأول: تعريف السبب في اللغة

كل شيء يُتَوَصَّلُ به إلى غَيْرِهِ، وجمعه أسباب. قال زهير بن أبي سلمى (ت627م):

وَمَنْ هَابَ أَسْبَابَ الْمَنَائَا يَنْلُوهُ وَلَوْ
رَأَى أَسْبَابَ السَّمَاءِ بِسُؤْمٍ

فالسبب هنا يُشير إلى الحيل تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ

بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُذْهِبَنَّ كَيْدَهُ مَا يَغْنِظُ﴾⁽³⁾ أي: فليمدد حبلاً في سقف السماء.

(1) المكتب الفني لنقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية، القانون المدني، ج 1، 2000م، ص 165.

(2) المادة "165"، القانون المدني الأردني، "43" عام 1976م.

(3) القرآن الكريم، سورة الحج، آية: 15.

فالسبب هنا الحبل والسماء السقف، أي فليمدد حبلاً في سقفه ثم ليقطع؛ إذ يُمد الحبل حتى ينقطع، فالسبب في كل شيء يتوصل به إلى غيره، وجعلت فلانا سبباً لي إلى فلان في حاجتي وودجاً أي وُصلة وذريعة.

وفي الحديث: "وَإِنَّ الْأَنْسَابَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تَنْقَطِعُ غَيْرَ نَسَبِي وَسَبَبِي"⁽¹⁾.

فالسبب بالزواج والنسب بالولادة⁽²⁾.

المطلب الثاني: السبب في الاصطلاح

السبب في الاصطلاح: هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه⁽³⁾، وهذا التعريف يُشير إلى أنه نسب السبب إلى الالتزام وليس إلى العقد، وبذلك سار مع أصحاب النظرية التقليدية التي وُجّهت لها انتقادات متعددة، وهو من بينهم.

وعرفه آخر؛ الهدف الذي من أجله التزم المدين⁽⁴⁾.

ونجد في هذا التعريف؛ بأن صاحبه نسب السبب إلى الالتزام ثم في البداية إلا أنه تراجع ونسبه إلى العقد في موضع آخر، إذ عرفه أنه "المصلحة التي يسعى المتعاقد إلى الحصول عليها من العقد، أو الغرض الذي يقصد الوصول إليه من طريق العقد"⁽⁵⁾.

(1) الشيباني، أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ج4، ص323، حديث رقم: 18927، مؤسسة قرطبة، القاهرة، قال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح دون قول: وإن الأنساب يوم القيامة تنقطع غير نسبي وسببي وصهري، فهو حسن بشواهد وهو إسناد ضعيف.

(2) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 1414هـ، ص79.

(3) عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1998م.

(4) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، الدار الجامعية، ط، ص202.

(5) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، المرجع السابق، ص202، ص203.

المطلب الثالث: السبب في الفقه الإسلامي

عرف الفقهاء السبب بأنه؛ "الوصف الظاهر المنضبط الذي دل الدليل السمعي على كونه مُعرِّفاً لحكم شرعي، وكونه منضبطاً أي محددًا لا يتغير، ويرتبط وجود المُسَبَّب بوجوده وعدمه، وبالتالي السبب عند الأصوليين يشمل جميع أبواب الفقه من عبادات وعقوبات ومعاملات، ولذا قيل عن عقود التمليك أنها من الأسباب الشرعية التي تتيح أخذ مال الغير⁽¹⁾."

وقد جاء في المادة: (97) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحدٍ بلا سبب شرعي"⁽²⁾.

المبحث الثاني: نظرية السبب في القانون

المطلب الأول: نظرية السبب في القوانين القديمة

نالت نظرية السبب اهتماماً كبيراً للغاية في معظم التشريعات، وفي القوانين اللاتينية؛ إلا أنه يمكن القول بأن السبب مرتبط بالعنصر المكون للإرادة ومن ثم لم يظهر إلا إذا ظهر مبدأ الرضا بأن الالتزام وليد الإرادة.

الفرع الأول: السبب في العصور الأولى للقانون الروماني

لم تكن نظرية السبب معروفة في العصور الأولى للقانون الروماني؛ بل كانت العقود مجرد شكلية إذ لا ينعقد العقد إلا بأشكال معينة وليس للإرادة أي دخل فيه، ويعرف هذا الشكل في القانون بالسبب المدني، وفي الشريعة؛ يُعرف بالسبب المنشئ أي المصدر المنشئ للالتزام، وبذلك السبب بهذا المعنى يختلف عن السبب محل الدراسة ألا وهو الباعث، وبالتالي متى توافرت الشكلية ينعقد العقد ناتجاً كافة

(1) محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2004، ص 12.
(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ، ج1، ص86.

آثاره سواء قامت إرادة المتعاقدين أم لا، أو كانت الإرادة صحيحة أم غير صحيحة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أم غرض غير مشروع نظراً أن الشكلية وحدها هي التي توجد العقد⁽¹⁾.
و لم يكن للسبب بمعنى الباعث أي أثر على تكوين العقد، سواء كان الباعث على التعاقد مشروعاً أم لا فإنه ليس له علاقة بالعقد، ومتى توافر الشكل القانوني للعقد انعقد دون النظر إلى الغاية المنشودة منه⁽²⁾.

هناك عدة تعريفات للسبب بصورة عامة (كنظرية) منها:

أن السبب تبرير لوجود الإرادة وركنٌ ضروري لحمايتها وحماية المجتمع⁽³⁾.
وعرفه السنهوري؛ بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من جراء التزامه، فقد اعتبر السنهوري أن للسبب صلة وثيقة بالإرادة، ولا يتصور وجود إرادة لا تتجه إلى السبب إلا إذا صدرت من غير وعي⁽⁴⁾.

وهكذا؛ مهما اختلفت التعريفات وكثرت فهي تصب في معنى واحد وهو أن السبب هو الدافع الذي يدفع الإرادة إلى التصرف وتحقيق الأغراض المنشودة من إنشاء الالتزام.

الفرع الثاني: السبب في العصر العلمي

يوضح الباحث في هذا الجزء مفهوم السبب في نوعين من العقود كمايلي:

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 456.

(2) حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 75_76.

(3) محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 14.

(4) عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ، ص 536.

1) العقود الشكلية (المبادلات التجارية)

تميز هذا العصر بظهور قانون الشعوب ليحكم المبادلات التجارية بين كلاً من الرومان وسائر الشعوب الإمبراطورية، وذلك لأن طبيعة المعاملات التجارية تتطلب ضرورة التحرر من قيود الشكل؛ لكن هذا القانون نزع عن كثير من العقود القيود الشكلية ولم يبق منها إلا العقد اللفظي، ومع ذلك على الرغم من أنه بقي شكلياً بمعنى ظل مُلزماً ونتاجاً كافة آثاره أياً كان شكله إلا أنه تأثر بفكرة السبب بشكل غير مباشر، وبالتالي متى انعدم سبب هذا العقد أو كان غير مشروع فالقانون أعطى للمدين دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني التي يستطيع أن يسترد ما أداه دون سبب أو بسبب غير مشروع، تلك الدعوى قد يلجأ إليها المدين فيرفعها على الدائن⁽¹⁾.

والمقصود بالسبب في هذه الحالة سالفه الذكر؛ الغرض القريب المباشر الذي يريد المتعاقد تحقيقه من العقد نظراً بأن فكرة السبب التي تأثر بها هذا العقد لم تتم على أساس متصل بالإرادة بل لاعتبارات أخرى لاسيما العدالة نظراً بأن الشكلية ضد الإرادة في القانون الروماني، فإذا طردت الشكلية الاداة فإنها تطرد في نفس الوقت السبب، وهو المعنى المتصل بالإرادة⁽²⁾.

2) العقود الغير شكلية

تتمثل العقود غير الشكلية في العقود الرضائية، وعقود التبرع، وتكون الإرادة المنفردة كافية لتكوين هذه العقود، إذا السبب فيها يكون واضحاً أكثر، إذا أصبح التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر؛ لكن أثرها يقتصر فقط على مرحلة تكوين العقد ولا يتخطى إلى مرحلة التنفيذ، على سبيل المثال؛ إذا هلك المبيع قبل البيع في عقد البيع؛ ففي هذه الحالة يسقط التزام البائع لانعدام المحل وبالتالي لايلزمه المشتري لانعدام السبب.

(1) حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 77.

(2) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ج 1، ص 459.

على العكس؛ لو تم عقد البيع؛ ففي هذه الحالة لايجوز للبائع أن يتمتع المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن نظراً بالتزام كل متعاقد مستقلاً عن الآخر.

أما في عقود التبرعات وليكن الهبة؛ فإن التزام المتبرع هو نية التبرع؛ فإذا تخلفت النية انعدم السبب، وبالتالي بطل العقد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا ارتبطت تلك الهبة بشرط وهو السبب يترتب على ذلك إذا لم يتحقق الشرط للواهب أن يسترد هبته بدعوى الاسترداد.

مما سبق نستنتج الآتي:

1. لم تكن فكرة السبب معروفة في القوانين القديمة إلا في بعض العقود التي تغلب عليها الإرادة بشكل كبير وكان السبب في هذه العقود أيضاً صغيراً للغاية مثل الوصية باعتبارها أحد عقود التبرعات؛ إذ لايتخطى أثرها مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة التنفيذ، ويعرف السبب في هذه الحالة بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الحصول عليه من التزامه.

2. لم يكن الباعث معروفاً على الإطلاق في القوانين القديمة، وبشكل خاص القانون الروماني.

المبحث الثاني: السبب في النظريات (النظرية التقليدية ونظرية السبب في القوانين الحديثة)

يُذكر بأن نشأة نظرية السبب بشكل عام قد صاحبها الكثير من الجدل الفقهي مما جعل الآراء تتضارب حوله بشكل كبير، فهناك نظريتين في السبب.

أولهما: النظرية التقليدية.

ثانيهما: النظرية الحديثة في السبب والتي تعرف أحياناً بنظرية القضاء كون القضاء الغربي هو الذي ابتدعها.

المطلب الأول: النظرية التقليدية

الفرع الأول: تعريف السبب في النظرية التقليدية

وقد عرفت السبب؛ بوصفه السبب ألقصدي أي الغرض المباشر القريب الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء إلزامه فهو ذاته في النوع الواحد من العقود ولا يصح البحث عنه خارج العقد رغبة في تقصي البواعث التي حملت المتعاقد على التعاقد، فإن هذه النظرية وجدت لها معارضين قالوا بعدم صحتها وعدم فائدتها؛ أما فيما يتعلق بعدم صحتها، فإن ذلك يظهر من استعراض السبب في فئات العقود المختلفة العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول أن سبب كل إلزام هذا الالتزام الآخر لأن في ذلك استحالة منطقية، فالالتزام يولدان في وقت واحد ومن مصدر واحد هو العقد⁽¹⁾.

أما القول بأن النظرية غير مفيدة، ذلك لأنه يمكن استبدالها بفكرة المحل وبالتالي فإنه يمكن محوها من القانون دون ضرر، ولكن جاء الفقيه كابيتان ودافع عن نظرية السبب وقام بتحويلها بحيث أصبح السبب ليس هو وجود الالتزام وإنما تنفيذه

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص 507.

لقد فرقت النظرية التقليدية بين ثلاثة أنواع من السبب كما يلي:

1. السبب الإنشائي؛ هو مصدر الالتزام وهو في طبيعته واقعة أنشأت الالتزام، وبالتالي السبب بهذا المعنى وجب استبعاده نظراً بأن طبيعته تختلف عن طبيعة البحث محل الدراسة
 2. السبب ألقصدي، ويعرف بأنه الغاية المباشرة الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من التزامه
 3. السبب الدافع؛ ويعرف بأنه الباعث الذي يدفع الملتزم للالتزام⁽¹⁾.
- إذاً يختلف السبب في العقود التبادلية عن عقود التبرعات عن العقود المُلزمة لجانب واحد عن العقود الاحتمالية كما يلي:

1. السبب في العقود التبادلية؛ المقابل الذي يطلبه الملتزم.
2. أما السبب في عقود التبرعات؛ هو نية المتبرع نفسه.
3. والسبب في العقود المُلزمة لجانب واحد؛ سبب الالتزام بالرد هو سبق استلام هذا الشيء إذا كان العقد عينياً كالوديعة والقرض التي لا تتم إلا بتسليم الشيء⁽²⁾.
4. أما السبب في العقود الاحتمالية فإن سبب الالتزام المستأمن هو تأمين المؤمن له من الحوادث التي تقع على الشيء المؤمن عليه كعقد التأمين⁽³⁾.

الفرع الثاني: خصائص السبب في النظرية التقليدية

1. السبب شيء داخلي في العقد، ويعتبر عنصراً من عناصره؛ على سبيل المثال؛ لا يمكن تصور الهبة بدون نية التبرع، أو البيع بدون التزام البائع بتسليم المبيع، أو التزام المشتري بدفع الثمن.

(1) جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م، ص25.

(2) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص489.

(3) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، دار الكتب، القاهرة، 1958، ج2، ص150.

2. يترتب على تخلف السبب في أي عقد من العقود تخلف عنصر من عناصره، ومن ثم لا يكون للعقد أي وجود.

3. السبب في النظرية التقليدية واحد في كل نوع من أنواع العقود إذ لا يتغير؛ على سبيل المثال؛ في كل عقد بيع؛ سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري هو التزام البائع بتسليم المبيع.

الفرع الثالث: شروط السبب في النظرية التقليدية

يُذكر بأن تشريع نابليون قرر ثلاثة شروط للسبب كمايلي:

1. أن يكون السبب موجوداً.

أي لا بد للالتزام من سبب، ويترتب على تخلفه بطلان العقد، والمراد بعدم وجود السبب في معنى هذا الشرط أن يتعاقد الطرفان، وهما على بينة من أن السبب غير موجود. على سبيل المثال؛ أن يكره أحد المتعاقدين على التوقيع على تعهد بدين؛ في تلك الحالة لا يوجد للالتزام سبب، يكون هذا العقد باطلاً لانعدام السبب.

2. أن يكون السبب صحيحاً.

بمعنى إذا كان السبب غير صحيحاً فلا يقوم الالتزام، ومن ثم يبطل العقد. كالوارث الذي يتعاقد مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه من الميراث، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم.

3. أن يكون السبب مشروعاً⁽¹⁾.

يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كما لو كان الشيء الذي تعهد به الملتزم غير مشروع أو خارجاً عن التعامل أو لايسمح به القانون⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المادة "1131"، تشريع نابليون.

من أهم الأمثلة التي وردت على عدم مشروعية السبب؛ بأن يتعهد الآخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود على أن يلتزم الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروعاً ولكن سببه هو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة غير مشروع فلا يقوم هذا الالتزام لا لعدم مشروعية بل لعدم مشروعية السبب⁽²⁾.

وهذه الشروط هي الشروط المذكورة في القانون المدني الأردني، وأيضاً مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث ينص المشروع: (1- يكون العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع. 2- يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام والآداب)⁽³⁾.

الفرع الرابع: نقد النظرية التقليدية في السبب

تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات منها، أنها غير صحيحة وغير مفيدة، ويمكن الاستغناء عنها، كما أن السبب يختلط بالمحل في العقود الملزمة لجانبين، وبالرضا في عقود التبرع. ويمكن القول من خلال هذه النظرية أن الباعث والسبب شيان مختلفان، كما أن هذه النظرية لم تحدد السبب بشكل واضح ودقيق، فما اعتبرته سبباً هو في حقيقة الأمر أحد أركان العقد، التي لا قيام ولا وجود للعقد بدونها، فهو يختلف باختلاف نوع العقد، ففي العقود الملزمة لجانبين التي تعتبر السبب التزام كل واحد من المتعاقدين، هو في حقيقة الأمر ركن الصيغة، وفي العقود العينية التي يعتبر السبب فيها هو التسليم، هو عبارة عن ركن المعقود عليه، وفي عقود التبرع التي سببها نية التبرع، هذا أيضاً عبارة عن شرط من الشروط المتعلقة بالعاقدين وهو الرضا⁽⁴⁾.

(1) صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2002م، ص18.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص480.

(3) المادة (137) من مشروع القانون المدني الفلسطيني "4"، عام 2012م.

(4) إسماعيل يوسف، تقديم نظرية السبب في القانون الأردني والجزائري، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير (غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2008م.

فالسبب في هذه النظرية ليس ركناً متميزاً فلا معنى ولا ضرورة له، بل هو بهذا المعنى تعبيراً عن الإرادة وليس سبباً. لكن لم تقابل تلك الانتقادات أهمية، وإن استأنفت تلك الانتقادات مرة أخرى وخاصةً الفقيه (Planiol) هاجم تلك النظرية بشكل شديد قائماً على عدد من الحجج منها مايلي:

عندما يُقال في العقود التبادلية بأن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فإن التزام كلاً من المتعاقدين سبب ونتيجة في ذات الوقت وهذا في نظره غير منطقياً لأنه من الضروري أن يكون السبب سابقاً عن المُسبب⁽¹⁾.

بالإضافة إلى وجود انتقادات أخرى تم توجيهها للنظرية التقليدية كالآتي:

أنها غير صحيحة، لا فائدة منها، غير منطقية، يمكن الاستغناء عنها، الاكتفاء بالمحل والرضا، نظرية عقيمة لا تضيف شيئاً إلى ثورة القانون.

مما سبق يستنتج الآتي:

النظرية التقليدية للسبب لا يمكن أن تقوم بذات الوظيفة التي كان يجب أن تقوم بها فكرة السبب، وبالتالي لم تستطع أن تواجه الحياة العملية، لذا كان يجب البحث عن فكرة أخرى يجب أن تقوم بدور الحماية الاجتماعية، حتى ظهرت نظرية السبب في القوانين الحديثة.

المطلب الثاني: نظرية السبب في القوانين الحديثة

عرف القضاء الفرنسي السبب بأنه؛ الباعث الدافع إلى التعاقد، إضافة إلى أنه عنصر شخصي يختلف في النوع الواحد من العقود وشرطه الوحيد هو المشروعية⁽²⁾.

إذ استعمل القضاء الفرنسي فكرة السبب لتحقيق الحماية الاجتماعية وذلك بإبطال الاتفاقات التي يكون الباعث عليها مخالفة القانون، أو النظام العام، أو حسن الآداب، لكن في نفس الوقت لا توجد أحكاماً

(1) السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص488.

(2) محكمة "Pau" الابتدائية في 18/10/1950، موسوعة دالوز في الأحكام.

ذكرت استخدام فكرة السبب لتحقيق الحماية الفردية إلا الأحكام التي صدرت في مسألة السبب غير الحقيقي أو تخلف السبب أو اختفائه بعد تكوين العقد، إلا أن هذا لا يحقق الكثير في مجال الحماية الفردية وذلك يرجع إلى أن فكرة السبب التقليدي تجعل السبب هو المقابل الذي يدفعه الملتزم الآخر ولا تشترط فيه، إلا أن يكون حقيقياً.⁽¹⁾

ويسمى السبب في هذه النظرية، بسبب السبب، والسبب المصلحي، أو السبب الدافع أو الباعث. فالسبب والباعث في هذه النظرية هما شيئاً واحداً، بل أن هذه النظرية خلطت بينهما خلطاً تاماً في جميع العقود، حيث نجد أنهم كلما عرفوا السبب إلا وذكروا معه الباعث. وقد ذكروا شرطين للسبب في هذه النظرية وهما: أن يكون السبب مشروعاً، وأن يكون الطرف الآخر على علم به، وقد اقتصر بعضهم على شرط واحد وهو أن يكون مشروعاً. والمقصود بالمشروعية هي: ألا يكون مخالفاً للآداب وللنظام العام، وأن لا يكون محظوراً قانوناً.⁽²⁾

المبحث الثالث: نظرية السبب في التشريعات المقارنة وعلاقتها بالباعث

بعض القوانين العربية اقتصر على اعتبار أن السبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدافع إلى التعاقد منها مايلي:

1. قد اعتبرت المادة "165" من القانون المدني الأردني بأن السبب؛ هو الغرض المباشر المقصود من العقد؛ إذ يجب أن يكون موجوداً وصحياً ومباحاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة⁽³⁾. وأضافت المادة "166" بأنه "لا يصح العقد ما لم تكن فيه منفعة لعاقديه ويُفترض في العقود هذه المصلحة المشروعة ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"⁽⁴⁾.

(1) حليلة ايت حمودي، مرجع سابق، ص 130.

(2) عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 165.

(3) المادة "165"، القانون المدني الأردني، رقم (43)، 1976م.

(4) المادة "166"، القانون المدني الأردني، رقم (43)، 1976م.

2. أما مشروع القانون المدني الفلسطيني: "لا ينشأ الالتزام إذا لم يكن له سبب ويبطل العقد". وهنا اشترط السبب وجعله ركن من أركان العقد⁽¹⁾.

3. القانون المدني الجزائري؛ فقد اعتبر أن السبب هو "الباعث الدافع" إلى التعاقد، نظراً بأن المشرع الجزائري لم يشترط في السبب إلا شرطاً واحداً ألا وهو المشروعية، إذ لم يشترط الوجود الذي هو شرط من شروط نظرية السبب التقليدي.

4. والمفروض أن كل عقد الهدف منه تحقيق غاية مشروعة إلى أن يثبت العكس⁽²⁾.

5. وكذلك التقنين المدني الليبي؛ إذ يرى بأنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلاً⁽³⁾.

6. والقانون التجاري الكويتي فهو يرى بأنه "إذا كان سبب التعاقد ممنوعاً قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلاً"⁽⁴⁾.

7. أما القانون المدني المصري فيرى بأنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد باطلاً"⁽⁵⁾.

إذ يشترط القانون المدني المصري للسبب شرطين:

أولهما: شرط الوجود، وهنا يكون لغواً، إذا قصد بالسبب معنى الباعث فقط، لأنه ما من إرادة منعدمة من باعث، لذا فإن وجود هذا الشرط، يشير إلى أن القانون المدني المصري مازال يأخذ بكلاً من السبب التقليدي إلى جانب السبب الحديث ألا وهو (الباعث الدافع) وإن رأي بعض القانونيين بأن القانون المدني المصري يقتصر فقط على السبب الحديث والذي يتضمن الباعث الدافع على التعاقد⁽⁶⁾.

(1) المادة "135" مشروع القانون المدني الفلسطيني "4" عام 2012م.

(2) المادة "1/98"، القانون المدني الجزائري. 2007م.

(3) المادة 136، القانون المدني الليبي، رقم (29)، عام 1969م.

(4) المادة "1/133"، القانون التجاري الكويتي.

(5) المادة "136"، القانون المدني المصري رقم "131"، 1948م.

(6) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 471.

ثانيها: شرط المشروعية.

وهناك بعض القوانين العربية تعرف السبب كما عرفتة النظرية التقليدية.

القانون المدني اللبناني فقد جاءت النصوص واضحة في التمييز بين السبب بمعنى الباعث والذي جعلته سبباً في العقد، وبين السبب بالمعنى التقليدي والذي جعلته سبباً في الالتزام⁽¹⁾.

وقد عرف المشرع اللبناني سبب الالتزام، "إن السبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير، وهو يعد جزءاً غير منفصل عن العقد، كالموجب المقابل في العقود المتبادلة، والقيام بالأداء في العقود العينية، ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً"⁽²⁾.

وهناك بعض القوانين مازالت تأخذ بالنظرية التقليدية إلى جانب النظرية الحديثة في تعريف السبب كما يلي:

القانون المدني السوري والذي شمل معنى المادة "136" من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو أن سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطل"⁽³⁾. يستنتج الباحث مما سبق الآتي:

بعض القوانين العربية اقتصر على أن السبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدافع إلى التعاقد وهي القانون الأردني، الكويتي، الجزائري. بعض القوانين العربية عرفت السبب كما عرفتة النظرية التقليدية وهو القانون المدني اللبناني. وهناك بعض القوانين العربية مازالت تأخذ بالنظريتين التقليدية والحديثة في تعريف السبب وهو القانون المدني السوري. القانون المدني المصري اقتصر فقط على معنى السبب الحديث والذي يشمل الباعث الدافع إلى التعاقد فقط.

(1) المادة "194"، القانون المدني اللبناني، رقم "51"، 1932م

(2) المادة "195"، القانون المدني اللبناني رقم "51"، 1932م.

(3) المادة "137"، القانون المدني السوري رقم "43"، 2011م.

القانون المدني اللبناني يرى بأن سبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقد من تحمل الالتزام، وعلى ذلك هو السبب كما عرفته النظرية التقليدية.

الفصل الثالث

تطبيقات نظرية الباعث

لنظرية الباعث تطبيقات كثيرة، وسيشير الباحث على أمثلة لتطبيقاته في مجالات متعددة كمايلي:

المبحث الأول: تطبيقات الباعث في العقود

تقابل عقود التبرع في تقسيمات العقود عقود المعاوضات وعقود التبرع هي العقود التي يتجرد فيها المتبرع من ماله دون مقابل ولذلك فإن نظرية السبب في هذه العقود تقوم بوظيفة واحدة فقط وهي الحماية الاجتماعية فالشرط الوحيد لنفاذ عقود التبرع في الفقه الإسلامي - وفي تحقق آثارها - خلوها مما يؤدى أغراض الشارع، من أهمها عقود الهبة، والوصية.

المطلب الأول: عقد الهبة

الفرع الأول: تعريف عقد الهبة

تُعد الهبة أداة من أدوات التكافل بين المسلمين، إذ أنها تعمل على نشر الود بين الأفراد، وتذهب الكره بينهم، إلا إذا كان لها باعث غير شريف يجعلها مرفوضة من ناحية الشريعة الإسلامية، إذا ما هو عقد الهبة، ومتى يكون باعثها غير مشروع؟.

تعريف الهبة لغة: وهبَ لك الشيء يهبه وهباً ووهباً، وأوهبَ لك الشيء: أَعَدَّهُ وَدَامَ، وَأَمَكَّنَكَ أَنْ تَأْخُذَهُ⁽¹⁾. تعريف الهبة في الاصطلاح؛ "تمليك المال بلا عوض"⁽²⁾.

الفرع الثاني: انعقاد عقد الهبة

ينعقد عقد الهبة بتوافر ركنين الإيجاب والقبول⁽³⁾ ويشترط البعض⁽⁴⁾ القبض كشرط صحة فإذا لم يقبض لم يلزم الواهب.

أما الإمام مالك فيعتبر الهبة صحيحة بالإيجاب والقبول أما القبض فلا بد منه ثبوت الملك⁽⁵⁾، وذلك أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم (لاتجوز الهبة إلا مقبوضة)⁽⁶⁾.

(1) محمد بن مكرم أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، باب الهاء (وَهَبَ، وَهَبًا وَوَهَبًا)، بيروت، ط3، 1414هـ، ج6، ص 4929.

(2) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م، ج8، ص3.

(3) يرى بعض الفقهاء ان القبول من الموهوب له ليس بركن استحسانا ووجه الاستحسان ان الهبة في الفقه عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة والقبول والقبض لثبوت الحكم لا لوجودها -الهداية ج3 ص 164.

(4) منهم الشافعي والحنفية والثوري -انظر ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 ص274.

(5) جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص459.

(6) البيهقي، أحمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، ج9، ص52، جمع الدراسات الإسلامية، حلب، دمشق، ط1، 1412هـ، غريب: أنظر: الدليعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يونس بن محمد، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ج4، ص121، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، 1997م، قال الألباني: لا أصل له مرفوعاً، أنظر: الألباني، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ج1، ص536، السعودية، ط1، 1992م.

الفرع الثالث: علاقة الهبة بالبائع

إن الغرض من الهبة كسب محبة المهدي إليه، وتوطيد العلاقات بين المسلمين، وهذا إذا كانت لشخص من عامة الناس أما إذا كانت لصاحب هيئة كالقاضي، والعمال في مجال معين، فإنها سيكون لها باعث غير مشروع، وهو التقرب من هذا المهدي إليه وقضاء المآرب، فتكون بمثابة الرشوة، كما أن للهدايا تأثير على القلوب، فتميل إلى المهدي وتزيغ عن الحق. فمتى قصد الواهب من هبته غرضاً آخر غير الأغراض التي شرعت لها الهبة كانت هبته غير مشروعة وباطلة.

وهنا، التفصيل:

1. الهدايا للقاضي لا تجوز في الفقه الإسلامي إذا لم تجر العادة بين المهدي والقاضي بالهدايا قبل ولايته لأن الهداية في هذه الحالة تحمل مظنة الجور إذ قد يكون قصد المهدي من هذه الهدية هو حمل القاضي على الحكم أصالحه وليس تأكيد أوامر المودة⁽¹⁾.
2. هدية المقترض للمقترض قبل الأداء إذا لم تجر بينهما عادة بذلك لا تجوز لأنه قد يكون الباعث عليها الربا فالقرض في الفقه الإسلامي يكون بدون فائدة فكل قرض بفائدة يعتبر ربا ولذلك فإن المقترض الذي يقدم هدية للمقترض قبل أداء مبلغ القرض وكان لا يفعل ذلك قبل القرض فإن هذه الهدية تعتبر فائدة للقرض فهي إذا ربا.

(1) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، بدون تاريخ، ص 322.

3. هدية العمال إلى الأمراء لا تجوز في الفقه الإسلامي والعمال هم الذين في جمع الصدقات أو الزكاة فيهدون إلى الحكام فهذه الهدية مظنة الإغضاء عن تقصير العامل أو ظلمه للناس.

4. الهدايا لعامل الزكاة لا تجوز في الفقه الإسلامي لأنها مظنة التعاضى عن مقدار الزكاة وهو ضرر بالمصلحة العامة وفيه ظلم لأنه يأخذ من الآخرين المقدار كاملاً ويأخذ من هذا المقدار ناقصاً. ويحق لرئيس الدولة مصادرة جميع الهدايا التي أخذها العمال أو الولاة ويقسمها بين الولاة وبين خزينة المال للدولة ومن هنا يظهر أن نظرية الباعث تلعب دوراً عظيماً ليس في مجال القانون الخاص فحسب بل حتى في مجال القانون العام أي علاقة الفرد بالدولة⁽¹⁾.

5. الهبة لمن يشفع في شفاعته عند السلطان فهذه الهبة أيضاً باطلة في الفقه الإسلامي فالباعث على هذه الهدية الرشوة وذلك لأن النصح للسلطان من المصالح العامة وكذلك إيصال الحقوق لأصحابها فلا ينبغي أن يتوصل إليها بالهدية؛ فلا يُمكن اعتبار الهدية إجراءً على هذه الشفاعة لأنها واجبة وما كان واجباً فلا أجر عليه في الشريعة الإسلامية ولذلك فإن هذه الهدية لا تفسر هنا بالأجر ولذلك فهي تفسر بالرشوة؛ إذ هي الرشوة في حقيقتها إلا أن الفقه الإسلامي لم يقتصر على إبطال الهبات التي يكون الباعث عليها غير مشروع بل يبطل كل الهبات التي تؤدي إلى غرض غير مشروع ولو كان الباعث عليها مشروعاً من ذلك.

6. هبة الأب لأحد أبنائه: لا يجوز في الفقه الإسلامي أن يهب الأب أو الجد شيئاً من ماله لأحد أبنائه دون الآخرين إذ تُكره تنزيهاً لأنها تؤدي إلى العقوق وهذا يناهض الشارع وهي إدامة المحبة بين الناس فالبطالان في هذه الحالة إذن ليس لفساد نية الواهب لأن نية الواهب في هذه الحالة لا يمكن وصفها بعدم المشروعية وإنما كان للمال غير المشروع⁽²⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ودى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، ص 106.

(2) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 322.

الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر أبان الخطبة ومنها الشبكة، تعتبر من قبيل الهبات فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني، ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر في توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج⁽¹⁾.

المطلب الثاني: عقد الوصية

الفرع الأول: تعريف الوصية

الوصية في اللغة؛ (أوصى الرجل ووصّاه أي عهد إليه. الوصية: ما أوصيت به، والوصيُّ الذي يُوصى والذي يُوصى له وهو من الأضداد، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، إذ أوصى بشيء: جعله له)⁽²⁾.

الوصية في الاصطلاح؛ (اتفقت تعاريف المذاهب الأربعة على تعريف واحد للوصية: على أنه تملك مضاف لما بعد الموت، وأضاف المالكية، تملك مضاف لما بعد الموت من خلال التبرع)⁽¹⁾. وعرفها الحنابلة: (الوصية بالمال هو التبرع به بعد الموت)⁽²⁾.

(1) نقض مصري مدني، الطعن رقم 62، لسنة 1936م، جلسة 1974 / 5 / 26، س25، ع1، ص 948، أنظر: عثمان التكروري، احمد السويطي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي)، المكتبة الاكاديمية، فلسطين، 2016م، ص23.

(2) ابن منظور، لسان العرب، باب الصاد (وصّى، أوصى، يصي) مرجع سابق، ج6، ص 4854.

الفرع الثاني: انعقاد عقد الوصية

الوصية: هي تصرف في الملكية إلى ما بعد الموت، وهي تتم بالإيجاب وحده أو القبول في وقتها بعد

موت الموصي وقد اختلف الفقهاء في القبول هل هو شرط صحة أم لا؟ كمايلي:

قال الإمام مالك بأنه شرط في صحة الوصية إذ شبهها بالهبة⁽³⁾.

أما الإمام الشافعي؛ يرى انه ليس شرطاً في صحتها على أساس أن الوصية أخت الميراث في أن كلا

منهما خلافة فكما أن الإرث يثبت في الشيء دون القبول فكذلك الوصية⁽⁴⁾ والوصية عقد غير لازم

من جهة الموصي قبل موته فله أن يرجع فيها بإرادته دون قبول من أحد لأن الموجود قبل موته مجرد

إيجاب وأنه يحتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهو في التبرع أولى كما في الهبة والصدقة، فإذا مات

الموصي مُصراً على وصيته انقلبت الوصية لازمة في حق ورثته وتنفذ في ثلث ماله دون إجازة الورثة

وتنفذ في أكثر من الثلث بإجازة الورثة⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: الغاية من عقد الوصية

يُذكر؛ بأنه شرعت الوصية لكي يتجنب الفرد بعض ما فرط فيه من واجبات سواء نحو الله أو الافراد

فله الوصية ان يتصدق ببعض ماله بعد وفاته تعويضاً لما فاته.

حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ، حَدَّثَنَا وَكَيْعٌ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَمْرٍو، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ"⁽⁶⁾.

(1) محمد بن حسين القادري، *تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، تحقيق: زكريا عُمرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ج9، ص211.

(2) محمد بن احمد بن قدامه، *مرجع ذكر سابقا*، ج3، ص153.

(3) ابن رشد، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، مرجع سابق، ج2، ص252.

(4) علي ابن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني، *الهداية في شرح بداية المبتدئ*، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ج4، ص172. انظر: الأم للشافعي، مرجع ذكر سابقا، ج5، ص149.

(5) علاء الدين أبو بكر الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، مرجع سابق، ج7 ص378.

(6) ابن ماجه محمد بن يزيد القر ويني، *سنن ابن ماجه*، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ج2، ص904، رقم: 2709، دار الفكر، بيروت، قال الألباني: حسن، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح ابن ماجه، ج2، ص112.

الفرع الرابع: علاقة الباعث بالوصية للوارث

الفقهاء كلهم متفقون على عدم جواز الوصية لأحد الورثة، لأن الشارع أعطى لكل فرد حقه، بالتالي العلاقة بين الباعث غير المشروع وبين الوصية للوارث تكمن في أن الموصي قد يكون قصده حرمان باقي الورثة أو بعضهم من حقه في التركة، ولهذا نجد أن العلماء قد اتفقوا على بطلان الوصية لأحد للورثة، لأن في هذا التصرف ظلم لبقية الورثة⁽¹⁾.

كما أن فيه تفريق بين الورثة مما قد يؤدي إلى نشر العداوة والبغضاء بينهم، وكره هؤلاء الورثة للموصي، كما قد يتسبب في عقوق الورثة للموصي إذا كان والدهم أو امهم⁽²⁾.

وإذا كان الباعث على الوصية أمرا غير مشروع أو إذا أدت الوصية في ذاتها إلى غرض غير مشروع لم تشرع، فالوصية غير المشروعة هي الوصية التي يكون الغرض منها الإعانة على المعصية أو إذا كان الغالب فيها أن تؤدي إلى ذلك أو إذا تمحضت تماما إلى المعصية فالمقياس هنا ليس النية أو الباعث فحسب ولكن المآل العلم بالباعث غير المشروع يكون في المعاوضات أما في التبرعات فلا يشترط العلم بالباعث غير المشروع كوصية الإضرار بالورثة بطلت وصيته لأن الإضرار بالورثة أمر محرم غير مشروع⁽³⁾.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الباعث في المعاملات

المطلب الأول: موقف الشريعة من نظرية الباعث في المعاملات

بيع العنب لمن يعمل بالخمير

(1) علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن، دار الفكر العربي، 1430-2009م، بدون طبعة، ص111.

(2) أبو محمد مرفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه، المعني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ، 1968م، ج6، ص385.

(3) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص321.

اختلف الفقهاء في تلك المسألة: إذ يرى الإمام أبو حنيفة لا بأس ببيعه مستنداً بقوله: "إن المعصية لا تقوم بعين العنب بل بعد تخميره على عكس بيع السلاح في أيام القتال، نظراً بأن المعصية تقوم بذاتها، ولأن العنب يتم استخدامه في أشكال مشروعة أخرى لاسيما الأكل"⁽¹⁾.

واختلف معه الصحابان (محمد وأبو يوسف) بقولهم يُكره بيع العنب لمن يعمل في الخمر مستنداً في التحليل؛ بأن في بيعه له يُساعده على المعصية مستدلين بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لعن في الخمر عشرة"⁽²⁾، ومنهم كل من ساعد عليها، وهذا الذي إليه الصحابان هو الاستحسان، على عكس قول الإمام أبي حنيفة القياس⁽³⁾.

ونستنتج مما سبق؛ بأن مذهب الحنفية قد استخدموا الباعث؛ فيما إذا ظهر الباعث لدي الطرف الثاني من قرينة الحال، ولو كانت المعصية لا تقوم بعين المبيع فيكره تنزيهاً، وقد عدلوا عن القياس، واستحسنوا تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽⁴⁾، ومن ثمَّ يجبر صاحب الباعث غير المشروع على إخراج المبيع من ملكه كما أشار إليه شلبي في كتابه⁽⁵⁾.

أما الإمام الشافعي؛ قال: "أن ما أذهب إليه، أن كل عقد صحيح في الظاهر، لا أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتابعين، وأجيزه بصحة الظاهر، إلا أن النية إذا كان لو ظهرت تفسد العقد، فهي مكروهة وهي مُستترّة"⁽⁶⁾.

ومن هنا نستنتج؛ بأن الإمام الشافعي كره التصرف الصادر عن باعث لو ظهر يُفسد العقد، ولا يفسده بُناءً على الباعث المستتر، ولو ظهر بقرينة سلوك الرجل. لاسيما بيع العنب ممن يراه بعصره خمرًا.

(1) عثمان بن علي الزيلعي فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدائق وبهامشه حاشية، الطبعة الأميرية الكبرى، 1314هـ، ج 3.

(2) الترمذي، ابو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، كتاب الأثرية، باب النهي أ يتخذ الخمر خلا، ج 3، ص 589، حديث رقم: 1295، دار احياء التراث العربي، بيروت، قال الترمذي: حديث غريب.

(3) الزيلعي، المرجع السابق، ج6، ص 29.

(4) القرآن الكريم، سورة المائدة، آية: 2

(5) الشلبي، تبين الحقائق وحاشية الشلبي، مرجع سابق، ج6، ص 29.

(6) الشافعي، مرجع سابق، ج1، ص 65.

أما الإمام الحنبلي؛ حرّم بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً ، وأنه يبيعه باطل؛ معللاً بأنه إذا كان يعلم بباعته، ثم عقد معه العقد أو كان بإمكانه أن يعلم فإنه يكون معاوناً له على الإثم والعدوان، وقد نُهي عن ذلك في كتاب الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽¹⁾.

وكذلك في السنة النبوية: "لعن في الخمر عشرة ومنهم كل من عاون عليها وساعد فيها"⁽²⁾.

ويستنتج الباحث مما سبق؛ بأن الإمام أحمد قد أعمل الباعث؛ إذا أبطل التصرف الذي يقصد به المعصية، ولم يُفرق بين قيام المعصية بعين المبيع أم بعد تغييره مثل مذهب الحنفية إذ يتم البحث في القصد لا الشيء المباع.

المطلب الثاني: موقف القانون من نظرية الباعث في المعاملات

يذكر، أن القانون المدني يتكون من نزعتين، كالتالي:

- النزعة الذاتية: وتلك التي يمثلها الاتجاه الفرنسي الذي يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب.
- النزعة المادية: الموضوعية التي يمثلها الاتجاه الألماني، فهو لا يعتد بالسبب الباعث الدافع إلا إذا ظهر في التعبير عن الإرادة.

ونجد أن الاختلاف هنا بين هل العبرة للإرادة الظاهرة أم الباطنة؟

ويرى الفقه الفرنسي بأن العبرة للإرادة الباطنة على أساس أنها أصل الإرادة الظاهرة؛ بمعنى الصيغة أو المظهر المادي المحسوس، والإرادة الظاهرة التعبير مادي عنها؛ غير أن الإرادة الباطنة لا بد من توافر شرطان لاعتبارها:

1. خلوها من العيوب؛ كالغلط، والإكراه والتدليس.

(1) القرآن الكريم، سورة المائدة، آية: 2.

(2) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وأخرون، كتاب الأثرية، باب النهي أ يتخذ الخمر خلا، ج 3، ص 589، حديث رقم: 1295، دار إحياء التراث العربي، بيروت، قال الترمذي: حديث غريب.

2. مشروعية الباعث عليها.

ومن أجل استقرار المعاملات اشترط القضاء الفرنسي؛ امكانية العلم بالباعث من أجل استقرار المعاملات من الزعزعة بدعوى عدم مشروعية الباعث على عكس الفقه الإسلامي فقد أُجبر على اخراج السلعة من ملكه منعاً له من مخالفة النظام العام⁽¹⁾.

في الامر تفصيل فقهي وقانوني:

أثر الباعث لا يظهر غالباً الا إذا كان غير مشروع، عندئذ يكون اداة لابطال العقد أو التصرف عند من يعتد به، ولا يعول على الباعث غير المشروع الا في مجال الاباحة، اي ما هو مأذون فيه ومشروع، وظابطه المنفق عليه هو علم المتعاقد الاخره.

وبما أن الباعث أمر ذاتي نفسي فهو يتصل بالارادة الباطنة أوثق صلة، وهذه الارادة تمثل جوهر التصرف، فهي الارادة التي يرجع اليها تحريك الاثار الشرعية المترتبة على العقد أو التصرف. أما الارادة الظاهرة فيرجع اليها الفضل في ابراز ما في النفس من بواعث ومقاصد، ولا بد من وجود الارادتين معا لان وجود أحدهما على انفراد لا يكون له اي تأثير في وجود العقد أو التصرف ولا في ترتيب اثاره.

ومن الفقهاء من غلب على فروعه واصوله الأخذ بالارادة الظاهرة من غير بحث في النيات الباعثة فلا أثر للباعث عندهم ما لم يدخل في دائرة التعاقد كالحنفية والشافعية، وهؤلاء قالوا بالاعتداد بالألفاظ في العقود دون النيات. ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والبواعث ولم يشترط للبحث فيها ظهورها في متن

(1) عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، دون تاريخ، ص 174.

العقد ما دام الطرف الآخر على علم بها كالمالكية والحنابلة، وهؤلاء قالوا بالاعتداد بالنية أو القصد دون اللفظ⁽¹⁾.

والقاعدة المعتمدة عند الحنفية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) لا تتعارض مع ما ذهبوا إليه بالاعتداد بالإرادة الظاهرة، لأن المراد بالقاعدة عندهم أن العبرة بالمدلول اللغوي الذي يفهم من العبارة التي أنشئ بها العقد لا بظاهر اللفظ ذاته وليس مرادهم النية الباعثة التي حركت الإرادة للتعاقد فذلك مما لا تتعرض له تلك القاعدة.

وقول الحنفية هذا الموافق لقول المالكية والحنابلة بأن العقود والمعاملات تتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ هو القول الصحيح⁽²⁾.

لقد عد القانون الباعث أو السبب ركنا في العقد إضافة إلى المحل والرضا، إما في الفقه الإسلامي فركن العقد إما أن يقتصر على الصيغة كركن وحيد كما هو الحال في الفقه الحنفي، وإما أن يضيف إليها العاقدين والمحل كما هو الحال عند الجمهور، فلا مكان للباعث ضمن أركان العقد، ويكفي شرط انعقاد عند من يعتد به كالمالكية والحنابلة فمن شروط المحل قابليته لحكم العقد، ومن هذا الشرط يمكن إبطال العقود المخالفة للنظام الشرعي العام، ويكون أساس البطلان هو تخلف المقصد الأصلي للتصرف.

فلا خلاف بين العلماء جميعا في أن النية الباعثة على العمل هي مدار حل الفعل وحرمة وهي أيضا أساس الثواب والعقاب، ولا خلاف بين المذاهب في إبطال التصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع، ولكن الخلاف بينهم هو في طرق الاستدلال على الباعث وهي ثلاث طرق: 1- أن يكون الباعث بصورة شرط مقترن بالعقد.

2- أن تدل عليه طبيعة المعقود عليه.

(1) مصونة الخطيب الحسني، الباعث وأثره في العقود وفي التصرفات في الفقه الإسلامي، مرجع سابقا، ص 260.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية، مرجع ذكر سابقا، ص 154.

3- أن تدل عليه قرائن الأحوال وملابساتها.

فإذا كان الباعث منصوصا عليه في العقد فلا خلاف بين العلماء في إعماله لأنه في تلك الحالة يعد داخلا في صيغة العقد، وهو جزء من التعبير عن الإرادة ويبطل العقد تبعا لذلك، أما إذا لم يكن منصوصا عليه في صلب العقد فقد وقع الخلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية والشافعية إلى انه لا يعتد بالباعث طالما انه متوار عن دائرة التعاقد، وذهب المالكية والحنابلة إلى الاعتراف به ما دام الطرف الثاني على علم به⁽¹⁾.

أما في القوانين المعاصرة فتوجد نظريتان أحدهما تعد بالإرادة الخفية الباطنة والأخرى تقف عند الإرادة الظاهرة فقط. (نظرية الإرادة الباطنة) مفاد هذه النظرية أنها تعتد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وبالتالي لا قيمة للألفاظ إلا إذا كانت معبرة عن مكنون النفس، كما انه ينبغي على القاضي أن يبحث دائما عن إرادة المتعاقدين الحقيقية، وأما التعبير الظاهر فهو مجرد قرينة يأخذ بها القاضي أو يدعها. وقد تأثر القانون الفرنسي بهذه النزعة شأنه شأن التشريعات اللاتينية، ولا شك أن لهذه النظرية نتائج على نظرية العقد ففي الصورية مثلا: تكون العبرة بالإرادة الحقيقية أو ما يسمى (ورقة الضد) وأيضا عند تفسير العقد فان البحث إنما يكون عن النية الحقيقية للمتعاقدين حتى ولو خالفت النصوص الظاهرة⁽²⁾.

(نظرية الإرادة الظاهرة) ترى هذه النظرية أن الأوفق هو الاعتراف بالإرادة في مظهرها المادي كما عبر عنها الأطراف، فان ذلك يدعو إلى استقرار التعامل ويشيع جوا من الثقة بين الناس، فالتعبير الذي

(1) حليلة اية حمودي، ذكر سابق، ص 160.

(2) من الفقه الفرنسي، رينو، دروس في القانون المدني، ج 2، 1973، ص 336، عن الدكتور عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام، ج 2، ص 62.

يظهر وفقاً لما تقول به هذه النظرية هو الإرادة ذاتها، وهو قرينة لا تقبل إثبات العكس، ومعظم أنصار هذه النظرية من الفقهاء الألمان وتأثر بها المشرع الألماني⁽¹⁾.

وهم لا يشترطون شكلية معينة يظهر فيها التعبير عن الإرادة فأى وسيلة تصلح لديهم، لكن ينبغي أن يصدر هذا التعبير عن إرادة مميزة حرة وبالتالي فإذا صدر التعبير من شخص مجنون أو صغير فلا يترتب عليه أي أثر.

أما موقف القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي من النظريتين:

الحقيقة أن القوانين الوضعية في مجملها لم تأخذ بإحدى النظريتين بصفة مطلقة ولكن لاعتبارات عملية فهي تأخذ بإحدى النظريتين بصفة أصلية وتعتد بالنظرية الأخرى بصفة استثنائية.

وهذا ما فعله القانون المدني الأردني إذ وقف موقفاً وسطاً بين النظريتين ذلك أنه استقى أحكامه من الفقه الإسلامي الذي نحا هذا النحو، فالأصل في الفقهاء الإسلامي والأردني أنه طالما كانت الإرادة واضحة فلا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

لكنهما لم يغفلا الإرادة الباطنة إذ العبرة في هذين الفقهاء بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة فتكون العبرة إذا بما قصده المتعاقدان حقيقة⁽²⁾.

أما القانون المدني المصري، فيمكن القول إنه يأخذ بحسب الأصل بالإرادة الباطنة متأثر في ذلك بالاتجاهات الاتينية، لكنه لم يغفل نظرية الإرادة الظاهرة حفاظاً على استقرار المعاملات⁽³⁾.

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص 96. والدكتور عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 296.

(2) وإن كان الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الظاهرة بصفة مطلقة، وهذا ما يعبر عنه حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة). كذلك المواد (91 و 214 و 239) من القانون المدني الأردني "43" عام 1976م.

(3) المواد (91 و 92 و 120 و 126 و 128) من القانون المدني المصري "131"، عام 1948م.

الخاتمة

بعد هذه الدراسة، التي حاولت توضيح نظرية الباعث في كلاً من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي مع بيان تطبيقاتها توصلت إلى عدد من النتائج من أهمها مايلي:

- إن دراسة الباعث هي من أشد الدراسات صعوبة لما فيها من غموض، وهي ذو طبيعة مزدوجة، من عنصر نفسي واخر ذهني فكري، فهو اتحاد ظواهر نفسية وذهنية، وللباعث ثلاث خصائص: فهو شيء: خارج عن نطاق التصرف، ذاتي: يقوم في نفس المتعاقد، متغير حسب ظروف العقد، وهذا ما يميزه عن القصد الذي لا يتغير بتغير الأشخاص، فهو واحد من كل المكلفين في النوع الواحد من العقود.

كذلك فإن الاهتمام بالباعث يؤدي وظيفة اجتماعية، وهي حماية المجتمع من النيات والمقاصد السيئة، لان الاعتداد به يؤدي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل مشروعة الوصول إلى نتائج غير مشروعة.

- ولا مانع في الشرع والقانون من إطلاق لفظ الدافع على الباعث فهما اسمان لمسمى واحد، وهو الحمل على الفعل، وكذلك لا ضير من إطلاق لفظ السبب على الباعث لان كليهما يرجع إلى معنى واحد وهو طريق الوصول إلى الشيء المقصود.

والباعث نوع من النية دل على ذلك معنى قوله صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات) فالنية معنيان: الأول: معنى شرعي فقهي يتعلق بصحة العمل في الظاهر وتميزه عن أشكاله، ويتخلص في القصد المقارن للفعل، وهذه هي النية المباشرة، ويطلق عليها لفظ النية أو القصد، والثاني: معنى

شرعي سلوكي ينظر إلى صحة القصد وإخلاصه في الباطن وترتب الثواب عليه، وهي نية غير مباشرة أو بعيدة وتسمى الباعث، ومعظم الفقهاء يستعملون لفظ القصد أو النية للدلالة عليه.

- وأما أثر الباعث فقد يكون مشروع وقد يكون غير مشروع، ولكنه غالباً لا يظهر إلا إذا كان غير مشروعاً، عندئذ يكون أداة لإبطال العقد أو التصرف عند من يعتد به، ولا يعول على الباعث غير المشروع إلا في مجال الإباحة، أي ما هو مأذون فيه ومشروع، وضابطه المتفق عليه هو علم المتعاقد الآخر به.

وبما أن الباعث أمر نفسي ذاتي فهو يتصل بالإرادة الباطنة أو ثقب صلة، وهذه الإرادة تمثل جوهر التصرف، فهي الإرادة الحقيقية التي يرجع إليها تحريك الآثار الشرعية المترتبة على العقد أو التصرف، أما الإرادة الظاهرة فيرجع إليها الفضل في إبراز ما في النفس من بواعث ومقاصد، ولا بد من وجود الإرادتين معاً لان وجود أحدهما على انفراد لا يكون له أي أثر في وجود العقد أو التصرف ولا في ترتيب آثاره.

- لقد عد القانون الباعث أو السبب ركناً في العقد إضافة إلى المحل والرضا، أما في الفقه الإسلامي فركن العقد إما أن يقتصر على الصيغة كركن وحيد كما هو الحال في الفقه الحنفي، وإما أن يضيف إليهما العاقدين والمحل كما هو الحال عند الجمهور، فلا مكان للباعث ضمن أركان العقد.

- ولا خلاف بين علماء القانون والشريعة في إبطال التصرفات إذا كان الباعث عليهما غير مشروع، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في طرق الاستدلال على الباعث.

- هناك علاقة بين مبدأ سد الذرائع والباعث، فهما يهدفان إلى غاية واحدة وهي التوسع في نطاق عدم المشروعية، والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال التصرفات التي يظن أنها تفضي إلى المفسدة، ويفترقان مرة أخرى فمبدأ سد الذرائع يجمع بين المعيار الموضوعي والذاتي، أما مبدأ الاعتداد بالباعث فيستند على المعيار الذاتي فقط.

الفقه الإسلامي أول من تبنى فكرة الباعث.

- السبب عند رجال القانون هو الباعث مروراً بمرحلتين: مرحلة النظرية التقليدية؛ والتي أهملت السبب واهتمت بالشكلية في العقود. ومرحلة النظرية الحديثة؛ ظهرت بعد تعرض النظرية التقليدية للنقد؛ فاهتمت بالسبب طبقته، حيث أطلق عليه اسم السبب الدافع أو الباعث، وهكذا هذا رجال القانون نحو الفقهاء في أعمال الباعث، مما يدل على أهمية الباعث التي اكتسبها الباعث في تكوين العقود.

- لم تكن فكرة السبب معروفة في القوانين القديمة إلا في بعض العقود التي تغلب عليها الإرادة بشكل كبير وكان السبب في هذه العقود أيضاً صغيراً للغاية مثل الوصية باعتبارها أحد عقود التبرعات؛ إذ لا يتخطى أثرها مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة التنفيذ، ويعرف السبب في هذه الحالة بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الحصول عليه من التزامه، وبذلك يختلف السبب عن الباعث الذي يُعرف بأن الغرض البعيد أو الغاية المرجوة من هذا العقد والتي يختلف من عقد إلى آخر.

- كلاً من الباعث وقاعدة الذرائع والمآل؛ على الرغم من أنها تختلف عن بعضها؛ إلا أنها تعتبر بمثابة معايير التي يمكن الحكم من خلالها على التصرفات.

- اختلف فقهاء الشرعية استخدام الباعث في المعاملات:
استخدم مذهب الإمام أبي حنيفة الباعث؛ فيما إذا ظهر الباعث لدى الطرف الثاني من قرينة الحال، ولو كانت المعصية لا تقوم بعين المبيع فيكره تنزيهاً، وقد عدلوا عن القياس.

أما الإمام أحمد قد أعمل الباعث؛ إذا أبطل التصرف الذي يقصد به المعصية، ولم يُفرق بين قيام المعصية بعين المبيع أم بعد تغييره مثل مذهب الحنفية إذ يتم البحث في القصد لا الشيء المباع.

والإمام الشافعي كره التصرف الصادر عن باعث لو ظهر يُفسد العقد، ولا يفسده بناءً على الباعث المستتر، ولو ظهر بقريئة سلوك الرجل. لاسيما بيع العنب ممن يراه بعصره خمراً.

- أما رأي القانون في المعاملات فقد كان كالتالي:

من أجل استقرار المعاملات اشترط القضاء الفرنسي؛ إمكانية العلم بالعث من أجل استقرار المعاملات من الزعزعة بدعوى عدم مشروعية الباعث على عكس الفقه الإسلامي فقد أُجبر على إخراج السلعة من ملكه منعاً له من مخالفة النظام العام.

التوصيات

بناء على ما تقدم، توصي الباحثة بالآتي:

- إن النظريات الحديثة في القانون الوضعي كنظرية الباعث ونظرية التعسف في استعمال الحق، الكثير منها الفقه الإسلامي كان سابقاً لها، غير أنها لم تكن بهذه الصياغة التي هي عليه اليوم، لذا يجب إظهار فضل الفقه الإسلامي في هذا المجال من خلال بحوث أكاديمية ترد هذه النظريات إلى أصولها.

- مع وجود مشروع قانون مدني فلسطيني رقم "4"، عام 2012م، فإننا جميعاً نهيب رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والمجلس التشريعي بتفعيله وتطبيقه على أرض الواقع بالنظر بأنه مطبق في قطاع غزة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: القوانين

القانون المدني الأردني رقم "43"، 1976م.

القانون المدني الجزائري، 2007م.

القانون المدني السوري رقم "43"، 2011م.

القانون المدني اللبناني رقم "51"، 1932م.

القانون المدني الليبي، رقم (29)، عام 1969م.

القانون المدني المصري رقم "131"، 1948م.

مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم "4"، 2012م.

ثالثاً: السنة النبوية

ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الوصايا،

باب، ج2، رقم: 2709، دار الفكر، بيروت، قال الألباني: حسن، انظر: الألباني، محمد

ناصر الدين، صحيح ابن ماجه، ج2.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، كتاب الأثرية،

باب النهي أ يتخذ الخمر خلا، ج 3، حديث رقم: 1295، دار إحياء التراث العربي،

بيروت، قال الترمذي: حديث غريب.

البيهقي، احمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ج9، جامع

الدراسات الإسلامية، حلب، دمشق، ط1، 1412هـ.

الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق:

محمد عوامة، ج4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1997م.

الشيبياني، احمد بن حنبل، مسند احمد، ج4، حديث رقم: 18927، مؤسسة قرطبة، القاهرة.

صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله، كتاب الإيمان، باب

بدء الوحي، ط1، حديث رقم: 1، دار الشعب، القاهرة، عدد الأجزاء: 9، د.ت.

صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب قوله صلي الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات"، 1907م.

رابعاً: المراجع والمصادر

أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ج6، 1388هـ.

-1968م.

أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، دار الحديث

- القاهرة، ج2، 2004م.

ابن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم

الكتب، ط3، ج6، 1417هـ.

ابن تميمه، بيان الدليل على بطلان التحليل، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط1، 1998م.

أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، ج4، د.ت.

إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، المحقق: مشهور بن

حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ج3، 2008م.

إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، المحقق: مشهور بن

حسن آل سلمان، دار ابن عثمان، ج2، 2008م.

إبراهيم مصطفى، احمد الزيات، حامد عبد القادر، ومحمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، 1399هـ.

أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، ج2، تحقيق: هاني الحاج، المكتبة التوفيقية الحديثة، د.ت.

أبو الحسين بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ج5، 1979م.

أحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمرا، دار عالم الفوائد، ج3، د.ت.

أحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله ابن القيم، إعلام الموقعين، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة، ج4، د.ت.

أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، - بيروت، ج1، د.ت.

الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410هـ / 1990م. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، الدار الجامعية، ط2، د.ت.

حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، ش.م.م، لبنان، بيروت، ط1، 1986م

حلمي المليجي، علم النفس المعاصر، دار النهضة العربية، بيروت، ط8، 2000م.

عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1374هـ.

حسن بن علي الشاذلي، الجنايات في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط2، د.ت.
جمال الدين محمد بن مكرم أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ط23، ج2، 1414هـ.
جميل صليبا، المعجم الفلسفي، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ج1، 1414هـ-1994م.
جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،
1969م.

جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1956م.
راغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار القاسم، بيروت، ط2، 1418هـ.
زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد،
المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، ط5، د.ت.
سليمان محمد الطحاوي، نظرية التعسف في استخدام السلطة (الانحراف بالسلطة) دراسة مقارنة، دار
الفكر العربي، ط2، 1966م.

شيخ الإسلام احمد بن عبد الحليم ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد
المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1418هـ.
شهاب الدين أبو العباس أحمد ابن إدريس القرافي، الفروق، المحقق: عمر حسن القيام، مؤسسة
الرسالة ناشرون، ط1، 1424هـ-2003م.

شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج1،
1994هـ.

شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الأمنية في إدراك النية، تحقيق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة
الحرمين، الرياض، ط1، 1988م.

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، ج8، 1412هـ - 1992م.

صبحي المحمصاني، الموجبات والعقد، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، 1972م.
صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2002م.

عثمان بن علي الزيلعي فخر الدين - أحمد الشلبي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي - المطبعة الأميرية الكبرى، ط1، ج5، 1314هـ.

علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت: لبنان، ج4، 1424هـ، 2003م.

علي ابن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ج4، د.ت.

عثمان التكروري، احمد السويطي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي)، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، ط1، 2016م.

عبد الرحمن السعدي، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، تحقيق خالد بن علي بن محمد المشيقخ، بدون طبعه، د.ت.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، دار الكتب، القاهرة، ج2، 1958م.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبه بدون طبعه، ج1، د.ت.

عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1998م.

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط8، ج4، 1999م.

عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي (عرضاً ودراسة وتحليلاً) دار الفكر، سوريا، ط1، 1421هـ/ 2000م.

عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، د.ت.

عبد الرحمن بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ.

عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، د.ت.

عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام/103، مطبوعات جامعة الكويت، ط2، 1975م.

عثمان بن علي الزبالعي فخر الدين، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية، الطبعة الأميرية الكبرى، ج2، 1314هـ.

علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن، دار الفكر العربي، 1430هـ/2009م.

علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، 1406هـ.

علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية "دراسة مقارنة" بأحكام الشريعة الإسلامية، 1986م.

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، ج1، د.ت.

فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق، ط1، 1967م.

- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1417هـ/1997م.
- فتحي الدريني، الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ/1984م.
- محاسنة محمد، مفهوم المحل والسبب في نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.
- محمد بن الطيب أبو بكر الباقلاني، تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل، تحقيق عماد الدين حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1987م.
- محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2004م.
- محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1981م.
- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2، ج2، 1427هـ / 2006م.
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج3، 1415هـ.
- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج2، 1411هـ - 1991م.
- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مُرعب، دار إحياء التراث العربي، ط1، ج2، 2001م.
- محمد بن حسين القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عُميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، ج9، 1418هـ - 1997م.
- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي بدر الدين، البحر المحيط في أصول الفقه، المحقق: عبد القادر عبد الله العاني، ط2، ج5، 1413هـ - 1992م.

محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، المحقق: سامي بن العربي الأثري، بدون طبعة، د.ت.

مصادر الالتزام، كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، د.ت.
محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات العام، القسم العام / 421 فقرة (392)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1983م.

محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط4، 1977م.
منصور البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، ج2، 1417هـ-1997م.

ناصر بن علي الخلفي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، مطبعة المدينة، ط1، 1412هـ.

وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط1، 1379هـ-1960م.
يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي أبو عمر، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد محمد أحمد، ط1، 1978م.

خامساً: الرسائل والأبحاث الجامعية

أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مقال، مجلة القانون والاقتصاد.
إسماعيل يوسف، تقديم نظرية السبب في القانون الأردني والجزائري، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير (غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2008 م.

بكاره بوشنتوف، نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، الجزائر، 1433هـ، 2014م.

عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة

ماجستير، قدم لها الأستاذ الدكتور فتحي الدريني، دون تاريخ.

مصونة الخطيب الحسني، الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير

بإشراف الدكتور وهبة الزحيلي، جامعة دمشق، 2003م.

سادساً: المراجع الأجنبية

1. Jusserand Louis: Les mobiles dans les acts juridique paris.1980, p:2

سابعاً: المواقع الإلكترونية

فواز صالح، أركان العقد، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، متاح على الرابط

التالي،

https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=165317