International Islamic
University- Islamabad
Faculty of Shariah
&Law

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد- باكستان
كلية الشريعة والقانون

بحث تكميلي مقدم

لنيل درجة الماجستير في قسم الشريعة

EXAMINATION BRANCH
IIUI
3847
02-07-14

بعنوان

الباعث واثره فى الفقه الاسلامى

(دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)

تحت أشراف

الدكتور احمد محمد ابو سعده

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون

إعداد الطالب

دلاور خان

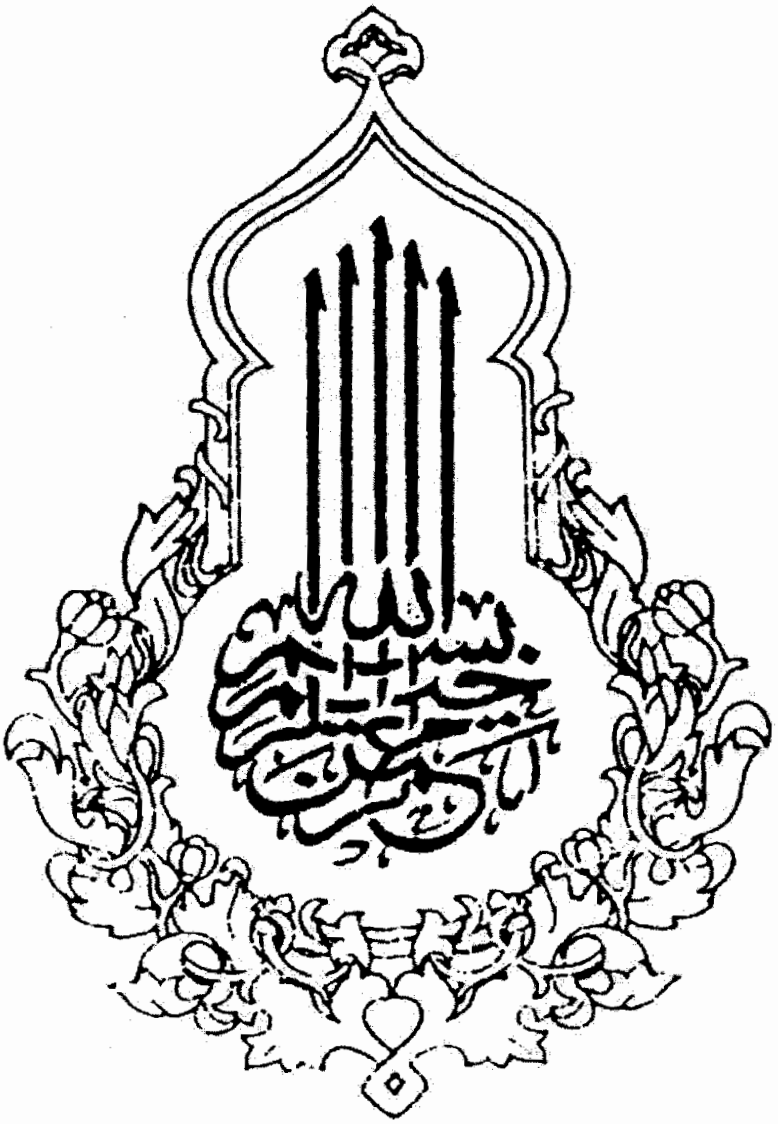
رقم التسجيل : 07-FSL/MSIJ/S09

العام الدراسي: 2013م

Faculty of Shariah & Law IIUI
661
30-06-14

TH-1۴۸۵۹ ثبت

M.A
297.14
حل ب


بسم الله الرحمن الرحيم

أجريت مناقشة البحث الذي قدمه :

الطالب/ **دلاور خان**

بعنوان:

الباعث واثره فى الفقه الاسلامى

(دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)

أسماء أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعاتهم :

الرقم	المناقشون	الاسم	التوقيع
1	المناقش الخارجي	فضيلة الدكتور صاحب الأسلام الأستاذ المشارك الجامعة بشاور	
2	المناقش الداخلي	فضيلة الدكتور حافظ محمد انور الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام اباد	
3	المشرف على البحث	فضيلة الدكتور أحمد محمد أبو سعدة الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام اباد	

ومنح الطالب درجة ___

الإهداء

انطلاقا من قوله تعالى

" وبالوالدين إحسانا "

أهدي هذه الباكورة الطيبة

إلى والدي الكريمين

اللّذين لم يألوا جهدا في سبيل

تنشئتى وتربيتي تربية

إسلامية حسنة

فجزاهما الله أحسن الجزاء.

كلمة الشكر

الحمد لله الذي لا احصى ثناءه مهما بالغت فيه و أشكر على نعمه الظاهرة وأصلى و أسلم على رسوله المصطفى الداعى الى العلم النافع ثم العمل به ، و لولا توفيق الله و عونه ما اكملت هذا البحث و الحمد لله على ما هدى و أرشد.

أتقدم بجزيل الشكر و عظيم الإمتنان إلى مشرفى و أستاذي فضيلة الدكتور أحمد محمد أبو سعده جزاه الله احسن الجزاء على قبوله الإشراف على هذه البحث و على ملاحظاته و توجيهاته السديدة القيمة و تصويباته الدقيقة و النصائحه الطيبة الذ ى بذل لى جهده و قته و خبرته الواسعة أثناء كتابة هذا البحث.

و كدلك أتوجه بالشكر و عظيم الإمتنان إلى أستاذ الدكتور عصمت الله الذي ساعدنى خلال هذا البحث كما اتقدم بجزيل الشكر و خالص الإ منتان إلى إدارة (الجامعة الإسلامية العالمية إسلام اباد بباكستان) و لا سيما عميد كلية الشريعة و القانون و بالأخص رئيس قسم الشريعة و أجزل الشكر لجميع اساتذتى الكرام الأفاضل في كلية الشريعة و القانون . و أتوجه أيضاً بخالص شكري و تقديري إلى كل الزملاء الفاضل الذين لم يدخروا وسعاً في التعاون والمشاركة في تكميل هذا البحث و أحمد الله على كل حالٍ و أصلي و أسلمُ على نبينا محمد و على اله و الصحابه اجمعين.

المقدمة:

الحمد لله القوي القادر، الولي الناصر، الباطن الظاهر، الأول الآخر الذي منَّ علينا بأصول الدين و تفضل علينا بتيسير الوصول إلى أسرارها ومطالبها العليا؛والصلاة والسلام على من حث أمته على إصلاح المقاصد والنيات بقوله:" إن الله لا ينظر إلى أجسامكم و لا إلى صوركم ولكن ينظر إلى قلوبكم " صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

أما بعد

فإن مما امتازت به شريعة الإسلام هو نظرها إلى أعمال المكلفين و تصرفاتهم فإنها جمعت بين النظر إلى ظواهر الأعمال و محسوسها من جهة، والنظر إلى البواعث والمقاصد التى تحمل المكلفين غلى القيام بتلك الأعمال والتصرفات من جهة أخرى.فلم تكتف بظاهرالعمل حتى جمعت معه ما يقوم بقلب العبد من باعث و مقصد يحركه للعمل.

فإنه من المقرر عند الفقهاء أن اعمال المكلفين و تصرفاتهم تختلف أحكامها بناء على اختلاف بواعث المكلفين و مقاصدهم من أعمالهم؛ غير أن هذه البواعث و المقاصد قد تكون ظاهرة مقارنة بصيغة العقدأو التصرف وقد تخلو صيغة العقد أوالتصرف منها فتبقى مستترة فى نفس المكلف لكنها يمكن أن تعرف وتكشف بالقرائن وملابسات الأحوال فإذا أمكن ذلك فهل تلحق البواعث و المقاصد الظاهرة المنصوص عليها من حيث الإعمال و التأثير بالحكم أم أن حقها الإغفال والإهمال ويحمل العقد والتصرف على ظاهره و يكون وجود تلك البواعث فى حكم العدم؟

هذا ما أردت الإسهام فى تجليته فى هذا البحث من خلال بيان حقيقة الباعث وأثره على الأحكام الفقهية و القانونيية من حيث إعماله و إهماله وأهمية ذلك للمكلف بعامة وللمفتي والقاضي بخاصة و ما يترتب على ذلك من آثار. فبينت كل ذلك – حسب علمى واستطاعتى – فى البحث بعنوان " الباعث وأثره في الفقه الإسلامي".

سبب اختيارالموضوع:

أن البواعث تؤثر على الأحكام من حيث الحل و الحرمة والصحة والفساد. فإن من الواجب على الفقيه أثناء تقريره للحكم الشرعي على أية واقعة تعرض له أن يولي البواعث والمقاصد وراء الواقعة عناية خاصة وهذا لا يمكن بدون إدراك حقيقة الباعث وفهمه ومعرفة تأثيره على الأحكام. و رغبتي لإطلاع على هذه الحقيقة كانت الدافع لى إلى إختيار هذا الموضوع . و مع ذلك أن هذا الموضوع له علاقة وثيقة بالجانبين ــ فقهي وأصولي ــ. و أيضاً اريد معرفة على من كتب وما كتب في هذا الموضوع، فلذا أخترت هذا الموضوع.

مشكلة البحث:

ومشكلة البحث الأساسية هي:

1- ما هي حقيقة الباعث عند الأصوليين والقانونيين وما هي العلاقة بين الباعث وبين النية والقصد عند أهل العلم؟

2- إلى كم نوع قسمه العلماء وعلى أي أساس ؟

3- هل للباعث أثر فيما يصدرعن الإنسان من تصرف قولي أو فعلي أم لا ؟

فرضية البحث:

1- الباعث له أثر على الاحكام .

2- الباعث ليس له أثر على الاحكام .

3- الباعث له أثر على بعض الاحكام دون البعض .

أهداف البحث :

1- التعرف على حقيقة الباعث عند الأصوليين و القانونيين.

2 - معرفة أنواع الباعث عند أهل العلم وبيان منهج العلماء في إعمال الباعث وإهماله.

3- الوقوف على أثر الباعث على الأحكام الفقهية والقانونية.

الدراسات السابقة :

بعد البحث الجاد و سؤال أهل الاختصاص والاطلاع فقد ظهرت لى بان الكتب والبحوث العلمية . على حسب علمى المتوا ضع . قليلة سواء من العلماء المتقد مين او المتاخرين. فمعظم العلماء قد موا دراساتهم حول هذاالموضوع ضمن موضوع مقا صد الشرعية واما العلماء المعاصرون بشكل عام فقد تكلموا عن الباعث كما وجدت بعض الكتب والبحوث للعلماء المعاصرين مثلا

1- الباعث على العقود فى الفقه الإسلامي. للدكتور وهبة الزحيلى .

2- نظرية الباعث واثرها فى العقود. لعبدالله بن ابرهيم بن ذيد الكيلانى

3- السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الإسلامي للدكتورمحمود مُحَمَّد شعبان

4- مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهورى

وبامعان النظر فى محتويات الكتب و البحوث المذ كورة ، قد اعثرت ان الباحثين لم يتعرض للكتابة عن الباعث و أثره فى الفقه الاسلامى فلذا انى احسرت بحاجة ملحة الى القيام به وبالتالى اراه مفيدا جدا نظرا الى ان للباعث ميزة خاصة من حيث التاثير فى الاحكام الفقهية. فبذالك اردت ان اقوم بهذا العمل ليكون مفيدا لكل من يرغب فى هذا المجال وهذا هو المقصود من كتابة البحث. و ارجو أن يكون هذا البحث متميزا عن غيره لأنه تتضمن دراسة مقارنة عن نظرية الباعث ببيان معناه عند أهل اللغة والفقه والقانون معا واضافة الى بيان مناهج الفقهاء فى إعماله و إهماله. وما توفيقى الا بالله وهو حسبى ونعم الوكيل.

منهج البحث :

اعتمدت في إعداد هذاالبحث المنهج الاستقرائي والاستنتاجي، و ذلك بمحاولة تتبع ماكتب حول هذاالموضوع قديما و حديثا سواء ماكان منصوصا عليه أو مستنتجا من كلام أهل العلم مع مراعاة ما هومتبع في البحوث العلمية من عزو الآيات إلى سورها و تخريج الأحاديث و الأقوال بالرجوع الى المراجع المعتبرة.

والله سبحانه المسؤول وحده أن يجعل فيماكتبت الخير والنفع لي و لطلبة العلم وأستغفرالله عما وقع مني فيه زلل أو تقصير، و صلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه.

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة و ثلاثة فصول وخاتمة

المقدمة:

تشتمل المقدمة على التعريف بالبحث وأهمية الموضوع وأسباب اختياره وبيان مشكلة البحث و فرضية البحث و أهدافه والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطته.

الفصل الأول : الفصل الأول: مفهوم الباعث واساسه وأهميته وأقسامه وعلاقته بالنية والقصد

المبحث الأول: مفهوم الباعث

المطلب الأول: مفهوم الباعث لغةً و اصطلاحاً

المبحث الثانى: اساس نظرية الباعث وأهميته

المطلب الأول: اساس نظرية الباعث فى الفقه الاسلامى

المطلب الأول: اساس نظرية الباعث فى الفقه الاسلامى

المطلب الثاني: اساس نظرية الباعث فى القا نون الو ضعى

المطلب الثالث: أهمية الباعث فى الفقه الإسلامي

المبحث الثالث :علاقة الباعث بالنية و القصد

المطلب الأول: مفهوم النية والقصد

المطلب الثانى: علاقة الباعث بالنية والقصد وأهميتهما للعمل

المبحث الرابع: أقسام الباعث باعتبارات مختلفة

المطلب الأول: أقسام الباعث باعتبارالمشروعية و عدمها

المطلب الثانى: أقسام الباعث بإعتبار تأثيره في الحكم

المطلب الثالث: أقسام الباعث باعتبار أثره

المطلب الرابع: أقسام الباعث باعتباره ظهوره وإستتاره

المطلب الخامس: أقسام الباعث بإعتبار غاية ومقصد من التصرف

المبحث الخامس: طرق الكشف عن الباعث

المطلب الاول: طرق الكشف عن الباعث عند الفقهاء

المطلب الثانى:طرق الكشف عن الباعث عند القانونيين

الفصل الثانى: مناهج الفقهاء فى إعمال الباعث و إهماله

المبحث الاول: منهج إعمال الباعث و ادلته

المطلب الاول: حقيقة منهج اعمال الباعث عندالفقهاء

المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على اعمال الباعث

المبحث الثا نى: منهج إهمال الباعث وادلته

المطلب الأول: حقيقة منهج اهمال الباعث عند الفقهاء

المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على اهمال الباعث

المبحث الثا نى: منهج إهمال الباعث وادلته

المطلب الأول:حقيقة منهج اهمال الباعث عند الفقهاء

المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على اهمال الباعث

المطلب الثالث: الاعتراضات الواردة على القول بإهمال الباعث و الاجابة عنها

الفصل الثالث: التطبيقات لإعمال الباعث وإهماله و اثره على الاحكام و المقارنة بين نظرية الاسلامي و القانون الوضعى

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية والقانونية لإعمال الباعث وإهماله

المطلب الاول: التطبيقات الفقهيّة لاعمال الباعث

المطلب الثانى: الاعتراضات الواردة على القول باعمال الباعث و الاجابة عنها

المطلب الثالث: التطبيقات فى القانون الوضعى لاعمال الباعث

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية لاهمال الباعث

المبحث الثانى: أثر الباعث ومراعاته فى الأحكام

المطلب الأول: اهمية اعمال الباعث ومراعاته

المطلب الثانى:أثرالباعث غير المشروع على الأحكام فى الفقه الاسلامى

المطلب الثالث: أثر الباعث غير المشروع على احكام فى القانون الوضعى

المطلب الرابع: المقارنة بين نظرية الباعث الفقهية وبين نظرية الباعث القانونية

الخاتمة

النتائج

الفهارس العلمية

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

تمهيد: أهمية الباعث فى الفقه الإسلامي ومنزلته

قبل الدخول فى تفاصيل البحث و جزيئاته: يحسن بيان اهمية الباعث و منزلته فى الفقه الاسلامى.

ان للبواعث و المقاصد أهمية كبرى عند النظر فى تصرفات المكلفين، و معاملاتهم، وتتضح هذا الأهمية من خلال الأوجة الآتية:

الوجه الاول: إن البواعث و المقاصد تجعل الشيء الواحد حلالا أ و حراما، و صحيحا أو فاسدا بإختلاف القصد و الباعث على ذلك الأمر، سواء كان ذلك الشيء عقدا أم غيره من التصرفات، قال ابن القيم"فعصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، و عصره بأن يكون خلا أو دبسا جائز، و صورة الفعل واحدة، و كذا السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه من الأعانة على الإثم و العدوان، و إذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به فى سبيل الله فهو طاعة، و قربة "[1] و كذا الشأن فى سائر الأمور.

قال ابن القيم ايضاً: "الفرق بين الهدية و الرشوة و إن اشتبها فى الصورة: القصد، فإن الراشى قصده بالرشوة: التوصل إلى إبطال حق، أوٍ تحقيق باطل، فهذا الراشى الملعون على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن رشا لدفع الظلم عن نفسه ، اختص المرتشى وحده باللعنة ، و أما المهدى فقصده استجلاب المودة، و المعرفة و الإحسان، فإن قصده المكافأة فهو معاوض ، و إن قصد الربح فهو مستكثر"[2] فمقصد المكلف فى الفعل يحدد فى كثير من الامور الحكم الذى يترتب على ذلك الفعل [3].

وعلى هذا فصورة التصرف المشاهدة ليست وحدها التى تصف التصرف ، بل لا بد مع ذلك من النظر إلى الباعث وراء ذلك التصرف ، كما نص على ذلك الغزى بقوله: "إن الصورة الحسية التى توجد فى

---

[1] - إبن القيم: محمد بن أبى بكر المعروف بإبن القيم ،إعلام الموقعين عن رب العالمين،تحقيق آل سلمان دار ابن الجوزى ،السعودى ، الطبعة الأولى ، 1423هـ ج4/520، وانظر: ابن تيمية ، شيخ السلام احمد بن عبد الحليم بن تيمية ،بيان الدليل على بطلا ن التحليل ،تحقيق حمدى عبد المجيد السلفى ، المكتب الاسلامى بيروت، الطبعة الولى(1418)ص58.

[2] - إبن القيم :محمد بن أبى بكر المعروف بإبن القيم: الروح،تحقيق د.بسام على سلامة العموش، دار ابن تيمية، الرياض،الطبعة الثانية(1412هـ) ج2/715.

[3] -الكيلانى:الدكتور عبد الرحمن بن ابراهيم الكيلانى،قواعد المقاصد عند الامام الشاطبى، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، (1412هـ)،ص424.

الخارج لأى أمر من الأمور ، لا تاخذ حكمها شرعيا بالاستناد إلى محسوسيتهافقط ، بل الانضمام للمقصود و الغرض الذى هو الحامل على إيقاع تلك الصورة "[1]

الوجه الثانى: هو ان قبول الاعمال عند الله عز و جل ، و ترتب الثواب عليها على ما يقوم بقلب العبد من صلاح المقصد ، و سلامة الباعث ، فكلما أحسن العبد مقصده ، و صحح باعثه على العمل ، كان ذلك سببا لقبول عمله ، و مضاعفةأجره و ثوابه ، و فى مقابل ذلك حبوط العمل ، و حرمان الاجر نتيجة كل عمل حمل العبد عليه باعث سيء ، و دفعه إليه مقصد دنيء. لهذا تكا ثرت النصوص القرآنية فى الحث على الإهتمام بتصحيح المقاصد ، و البواعث أنثاء قيام المكلف الأفعال ، و ذلك بأن يكون باعثه على ذلك:إبتغاء مرضات الله ، و طلب ثوابه. قال الله تعالى: " (من كان يريد حرث الأخرة نزد له فى حرثه و من كان يريد حرث الدنيا نؤته منها و ما له فى الأخرة من نصيب) "[2].

قال ابن كثير فى تاويل هذه الاية "و حاصله أن المتصدق إذا تصدق لوجه الله فقد وقع اجره على الله ، ولا عليه فى نفس الأمر لمن أصاب البر أوفاجر أو مستحق أو غيره ، وهو مثاب على قصده "[3]

قال القرطبى عند حديث أثر الباعث فى العبادات " فان لم يخلص فى عباداته هو الذى يخلصها من شوائب الشرك و الرياء ، و ذلك لا يتأتى له إلا بأن يكون الباعث له على عملها قصد التقرب إلى الله تعالى

و ابتغاء ما عنده. فأما إذا كان الباعث عليها غير ذلك من أعراض الدنيا ، فلا يكون عبادة ، بل يكون مصيبة موبقة لصاحبها "[4]

الوجه الثالث: إن مقاصد الشرعية الخاصة من شرع الأحكام ، لا يمكن تحقيقها إلا إذا صحت مقاصد المكلفين ، و بواعثهم عند تطبيق الأحكام نفسها ، و أما إذا اقترن بالتطبيق بواعث سيئة ، و مقاصد فاسدة من قبل المكلف ، فإن ما اراده الشارع من مقاصد ، من شرعه لذلك الحكم ، لا يمكن

---

[1] – الغزى، محمد سعيد بن مراد الغزى، الادلة الأصلية شرح على مجلة الأحكام العد لية، دمشق(1924م)ج8/1

[2] – الشورى:20

[3] – ابن كثير، الامام الحافظ ابو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير ابن كثير دار إحياء الكتب العربية، ج324/1

[4] – القرطبي،الحافظ ابو العباس احمد بن عمر القرطبي ، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم ، تحقيق محيي الدين مستو وآخرين.دار ابن كثير دمشق ،الطبعة الأولى،(1401م) ج52/3

تحقيقها، فالرجعة مثلا إنما شرعها الله عز وجل من أجل إعادة الحياة الزوجية الى وضعها السليم, حيث يتحقق الصلاح المنشود فى قوله تعالى: و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا "1

وهذا المقصد الشرعى لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان باعث الزوج على الرجعة الرغبة فى الإصلاح. 2

و بهذه الوجوه الثلاثة و نحوها يتجلى ما للبواعث و المقاصد من الأهمية، و المكانة، التى تجعل من المتعين على المفتين، و القضاء مراعاة مقاصد المكلفين و بواعثهم ، فيما يعرض عليهم من مسائل و أقضية ، حتى لا يترتب على إغفالها تصحيح ما هو فاسد ، أو إفساد ما هو صحيح أو إثبات حق أو نفية ، أو الألزام بما لا يلزم، و فى هذا من الفساد ما فيه.

---

[1] - البقرة: 228

[2] - انظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص86 3و384

• الفصل الأول

مفهوم الباعث و علاقته بالنية و القصد و أقسامه و طرق الكشف عنه

ففيه اربعة مباحث وهى...

- **المبحث الأول**: مفهوم الباعث و اهميته
- **المبحث الثانى**: علاقة الباعث بالنية والقصد
- **المبحث الثا لث**: أقسام الباعث باعتبارات مختلفة .
- **المبحث الرابع**: طرق الكشف عن الباعث

المبحث الأول: مفهوم الباعث

المطلب الأول: مفهوم الباعث لغةً و اصطلاحا

ففيه ثلاثة فروع ...

الفرع الأول: مفهوم الباعث لغة

الفرع الثانى: مفهوم الباعث فى اصطلاح الفقهاء

الفرع الثالث: مفهوم الباعث فى اصطلاح القانونيين

المطلب الأول: مفهوم الباعث لغة و اصطلاحا

ففيه ثلاثة فروع وهى...

الفرع الأول: مفهوم الباعث لغةً

الباعث:اسم فاعل من بعث يبعث بعثا فهو باعث.و هذهالمادة ترد فى لغة العرب علي وجوه متعددة منها :

1- الإرسال. تقول العرب: بعثه يبعثه بعثا:أرسله, وبعث به: أرسله مع غيره [1] و من هذا المعنى قول الله تعا لى: (ولقد بعثنا فى كل أمة رسولا).[2]

2- إحياء الله الموتى ونشرهم من قبورهم. [3] و من هذا المعنى قول الله تعا لى: (ثم بعثناكم من بعد موتكم لعلكم تشكرون).[4] والله سبحانه تعالى هو الباعث الذى يبعث الخلق فيحييهم بعد موتهم.[5]

3- الإثارة والتهيج. تقول العرب بعثت البعير فانبعث أى أثرته فثار.وبعث الناقة:أثرها فانبعثت ،حل عقالهافارسلها. [6]

و منه قول أم المؤمنين عائشه فبعثنا البعير فإذا العقد تحته. [7] أى: هيجناه وأقمناه فانبعث[8]

---

[1]- انظر: الزبيدى محمد مرتضى الزبيدى :تاج العروس من جواهر القاموس،المطبعة الخيرية.مصر(1302ه) ج602/1 و الجوهرى إسماعيل بن حماد الجوهرى الصحاح..تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،دار العلم للملايين،بيروت,الطبعه الثانية (1399ه) ج273/1

[2]- النحل.(36)

[3]- انظر: الأزهرى، ابو منصورمحمد بن أحمد الأزهرى: تهذيب اللغة ،تحقيق عبدالسلام وغيره،دارالكتب بيروت،مصر،ج335/2 و الزبيدى: تاج العروس ،مرجع سابق، ج1/ 602

[4]- البقرة(56)

[5]- انظر :الغصن، الدكتورعبدالله الغصن:أسماءالله الحسنى ،دارالوطن.الرياض.الطبعة الأولى(1417ه) ص214

[6]- انظر: الزبيدى، تاج العروس، مرجع سابق،ج602/1. و الأزهرى :الصحاح،ج1/ 273

[7]- القشيرى،الإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى: صحيح مسلم،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى،المكتبه الإسلامية تركيا.الطبعة الأولى(1374ه) ج1 /279

[8]- المدينى لأبى موسى محمد بن أبى بكر المدينى،المجموع المغيث فى غريبى القرآن والحديث.تحقيق عبدالكريم العزباوى،جامعه ام القرى،(1410ه) ج17/1

4- الحمل على الفعل والتحريص عليه والترغيب فيه: تقول العرب: بعثه على الشيء: حمله على فعله, وبعثته على الأمر: حركته إليه,وبعثته: حرضته فانبعث, وبعثه على الأمر: دعا إليه فهو باعث والجمع بواعث, وبعثه على الشيء : إذا أرغبته أن يفعل الشيء. [1] وهذان الوجهان الأخيران من وجوه استعمال مادة (بعث) هما أقرب الوجوه للمعنى الاصطلا حي .

الفرع الثاني: مفهوم الباعث في اصطلاح الفقهاء

لم يرد لهذا المصطلح — بهذا الفظ - ذكر واسع في كتب الفقهاء المتقدمين او المتاخرين ، فمعظم الفقهاء قدموا دراساتهم حول هذا الموضوع ضمن موضوع مقاصد الشرعية و أماالتصريح به فلم اجده إلا في مواضع يسيرة على حسب علمي و اطلاعي. من الفقهاء المتقدمين الذي استعمل هذا المصطلح في معناه المراد هو القرافي ، أنه يتكلم عن الباعث ضمن بحث البيوع التي أفسد تها البواعث السيئة إذ يقول:...فإن تلك الأغراض الفاسدة هي الباعث على العقد.[2]

و أما استعمال هذا المصطلح في الحديث عن الإخلاص في الأعمال و الصدق في النية، و القصد، فقد أكثر المتقدمون من ذلك ، و من هؤلاء الغزالي حيث تحدث عن أقسام البواعث من حيث أثرها في إنهاض القدرة على العمل فقال".... إلا أن انتهاض القدرة للعمل قد يكون بباعث واحد و قد يكون بباعثين اجتمعا في فعل واحد... فإن العمل تابع للباعث عليه فيكتسب الحكم منه"[3]

و للباعث في اصطلاح الفقهاء المعاصرين تعريفات. و أهم منها فيما يلي:

1- عرف الدكتور فتحي الدريني الباعث بأنه:" الدافع الذي يحرك إرادة المنشيء للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر"[4]

---

[1]- انظر:ابن دريد ابو بكرمحمد بن دريد: جمهرةاللغة ، دائرة المعارف العثمانية الهند,الطبعة الأولى(1351ه) ج201/1 والبستاني لبطرس البستاني،محيط المحيط،مكتبه لبنان. بيروت,ص 45

والمدني:المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث،مرجع سابق،ج172/1.

[2]- القرافي :أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق،تحقيق ،عمرحسن القيام،مؤسسة الرسالة،بيروت،الطبعة الاولى(1424ه) ج411/3

[3]- الغزالي :أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء العلوم الدين، دار المعرفة بيروت,(1400ه)،ج 4/ 365،366

[4]- الدريني: الدكتور فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة.بيروت،الطبعة الثانية(1401ه)، ص207,208.

2- ذهب الأستاذ عبدالله الكيلانى الى أن الباعث هو" الامر النفسى الذى يحرك الإرادة و بيعثها، لتحقيق تصرف معين" [1]

3- قال الدكتور سانو فى كتابه معجم مصطلحات أصول الفقه بأن الباعث هو"اسم من أسماء العلة الشرعية و إنما سميت العلة باعثا ، لأنها هى الباعث على تشريع الحكم إيجابا أو ندبا أو كراهة أو تحريما [2]"

وقال الدكتور السنهورى : فان الباعث هو " الذى دفع الملتزم الى أن يرتب فى ذمته الالتزام " [3].

التعريف المختار للباعث

بعد عرض هذه التعريفات للباعث و التفكير فيها و الطواف فى كتب أهل العلم فى بيان معنى الباعث يمكن القول بان الباعث فى اصطلاح الفقهاء هو المقصود الحقيقى ، غير المباشر ، المحرك لإرادة المكلف ، نحو تصرف ما. و الذى يؤخذ من هذا التعريف أن الباعث يطلق على أمور اتية: المقصود الحقيقى، غير المباشر، المحرك لإرادة المكلف، نحو تصرف ما.

اولها: المقصود الحقيقى: و هو بيان لأهم وصف للباعث ، مؤثر فى الحكم، و هو كونه المقصد الرئيس للمكلف وراء ما اقدم عليه من تصرف ، و ذلك لإخراج ما قد يوجد من بواعث أخرى تستفاد من ظاهر التصرف. و توضيح ذلك فى المثال الآتى: بيع العنب لمن يعلم أنه يتخذه عصير خمر، فالمشترى فى هذه الصورة له باعثان و مقصدان على الشراء، فالمقصد الظاهر: الرغبة فى تملك العنب و هو مستفاد من ظاهر التصرف، و المقصد الآخر: اتخاذ العنب خمرا و هو المقصد الحقيقى من الشراء، و ان لم يعلم الا بالقرائن. فمقصد التملك لم يرد الا لكونه وسيلة للتوصل الى المقصود الحقيقى.

و اطلق المقصود الحقيقى المحرك للارادة ـ فى التعريف ـ ليعم ما كان مقصودا مشروعا، و ما كان مقصودا غير مشروع.

---

[1] - الكيلانى: عبدالله بن إبراهيم بن ذيد الكيلانى،نظرية الباعث وأثرها فى العقود والتصرفات،مطابع وزارة الأوقاف.الأردن، ص206,207.

[2] - سانو:الدكتور قطب مصطفى سانو،معجم مصطلحات أصول الفقه ،دار الفكر المعاصر،بيروت و دار الفكر،دمشق,2000م ،ص102.

[3] -السنهورى :د/ عبدالرزاق السنهورى ،مصادر الحق ,دار احياء التراث العربى بيروت لبنان جز16/4

ثانيها: غير المباشر: فهو وصف آخر للباعث و قد قيد الباعث بوصف "غير المباشر" ليخرج من الباعث البواعث المباشرة و الحقيقية التى ليست المقصود فى البحث ، لأن هناك بواعث حقيقية للمكلف وراء أقدامه على أى تصرف ، و لا يترتب على وجودها أثر فى تغير الحكم على ذلك التصرف ، لأنها بواعث مباشرة لذلك التصرف، و بعد وقوع التصرف تكون غايات مقصودة له، و أثرا من أثار الشرعية. و الحديث ليس عن هذهالبواعث و إنما عن البواعث غير المباشر.

فالرجعة — مثلا- من مقاصدها الحقيقة المباشرة: الرغبة فى إستئناف الحياة الزوجية، فاذا وجد هذا الباعث الحقيقى فلا اثر له فى تغيير الحكم، لانه الاصل، لكن لو كان الباعث الحقيقى للرجل على الرجعة: الرغبة فى الاضرار بالمرأة بتطويل العدة عليها، فهنا يكون للباعث اثر فى الحكم على الرجعة،

من حيث الصحة و عدمها من جهة، و من حيث استمرار المرأة فى العدة السابقة أو استئنافها من جهة اخرى. لان هذا الباعث و هو الرغبة فى الاضرار بالمرأة مع كونه حقيقا فهو غير مباشر.

و قد يخطر بذهن القارى فى هذا الموضوع، ان الباعث الحقيقى غير المباشر فى هذا المثال انما كان له اثر فى الحكم لكونه مناقضا لمقصود الشارع، و كل ما كان مناقضا لمقصود الشارع فهو باطل. و لكن الأمر ليس كذلك بل التأثير فى الحكم للباعث الحقيقى غير المباشركما يكون للباعث المناقض لمقصود الشارع، يكون كذلك للباعث الحقيقى غير المباشر وان لم يكن مناقضا لمقصود الشارع.و مثال ذلك هبة المرأة صداقها لزوجها اذا سألها ذلك،لأن الباعث لها على الهبة لم يكن مجرد تبرعها بالمال للزوج ، و انما كان وراء ذلك باعث حقيقى غير مباشر ألا و هو: رغبتها فى استدامة الحياة الزوجية، كما هو ترى باعث غير مناقض لمقصود الشارع.

ثالثها: المحرك لإرادة المكلف: و هو بيان للدور الرئيسى الذى يقوم به الباعث فى تحريك إرادة المكلف ، و انبعاثه نحو التصرف، و أنه المحرك الأول للإرادة، و الدافع لها نحو تحقيق العمل، و لم يكن مجرد نتيجة طارئة للتصرف حدثت بعد إيقاعه، و من ثم فإن من الضرورى عند النظر فى النتائج لتصرف ما ، التفريق بين ما كان منها ناشئا عن التصرف دون قصد لها إبتداء ، فلا يكون لها تأثير فى الحكم و بين ما كان منها مقصودا للمكلف ابتداء و باعثا له نحو التصرف فينبغى أن يكون لها تأثير في الحكم. و توضيح ذلك فى المثال الآتى:تحليل المطلقة البائن لزوجها، يفرق فيه بين ما كانت هذه النتيجة التى حدثت بعد

زواج المرأة من رجل آخر، حصلت من غير قصد لها ابتداءً فتحل المرأة لزوجها الاول و بين ما اذاكانت هذه النتيجة مقصودة فى العقد ابتداء بالمواطأة، أو النية فلا تحل المرأة بهذا النكاح لزوجها الأول، و ان اتفقت الصورة فى الحالتين ظاهرا [1].

رابعها : نحو تصرف ما: فهو بيان لمجال عمل الباعث و أنه التصرفات القولية منهاوالفعلية و العقدية و غير العقدية كما أشار اليه ابن القيم فى معرض كلامه عن تاثير القصود حيث قال: قد تظاهرت أدلة الشرع، و قواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، و أنها تؤثر فى صحة العقد ، و فساده، وحله، وحرمته، بل أبلغ من ذلك ، و هى إنما تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا ، و تحريما ، فيصير حلالا تارة، و حراما تارة بإختلاف النية و القصد، كما يصير صحيحا تارة، و فاسدا تارة بإختلافها[2] .

الفرع الثالث:مفهوم الباعث فى اصطلاح القانونيين

قد وردت عدة تعريفات للباعث فى اصطلاح القانونيين ، و هذه التعريفات متقاربة بعضها ببعض فى المعنى مع اختلاف العبارة و أهم منها كما يلى.

1- جاء تعريف الباعث فى بليك لاء دكشنرى : الباعث هو السبب الذى يحرك الارادة و يؤدى الى العمل[3]

2- عرفه ديود.ايم.والكر بقوله :الباعث هو الذى يتحرك أو يدفع أى شخص لمسار عمل معين أو ينظر له باعتباره الهدف النهائى أو تسعى الى تحقيقه من خلال هذا الاجراء[4]

3- قال اسد حكيم : هو عبارة عن التسبب أوالسبب الذى يحرض على العمل أو الذى يحرك أو يحدد الإختيار و يؤدى الى العمل[1]

---

[1] -انظر: ابن تيمية ، شيخ السلام احمد بن عبد الحليم بن تيمية ،بيان الدليل على بطلا ن التحليل ،تحقيق حمدى عبد المجيد السلفى ، المكتب الاسلامى بيروت ، الطبعة الولى(1418)ص382،381

[2]- إبن القيم : إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4/ 520

[3]-Black, Henry, campbelld Black, Black Law Dictionary,West Publishing Company, 4th Edtion (1951) Page No.1164

[4]-Walker, David M.Walker, The Oxford Companion To Law, Publishd by Claren Don, Press Oxford,(1980) Page No.858

4- عرفه صا حب اللغة القانونيّية: بأنه غاية من وراء مسار العمل.[2]

5- أما الأستاذ الدكتور عوض يقول بأنه "هو مثير خارجى يحرك الدوافع داخل الفرد ، مما يجعله يقوم بسلوك ارادى" [3]

6- و هناك تعريف أخر للباعث بأنه : موقف خارجى مادى أو اجتماعى يستجيب له الدوافع فيؤدى إلى أشباعه [4]. و سمى الباعث باعثا لأنه يبعث الانسان على الحركة للحصول عليه حتى يشبع الدافع[5].

7- ذهب بعض شراح القانون الى أن الباعث: فهو شيء خارجى عن العقد و شخصى و متغير لكل عقد.[6]

و بعد ذكره هذه التعريفات يمكن ان نقول بأن الباعث عند القانونيين هو مثير خارجى يحرك الدافع و يساعده لكى يقوم بسلوك ارادى معين فى الخارج. وهناك تطابق بين المعنى اللغوى و المعنى الاصطلاحى للباعث فهو فى اللغة بمعنى الإثارة و التيهيج. و أن الباعث وحده لا يستطيع التأثيرعلى الفرد إلا إذا وجد لديه دافع يستطيع إثارته وتهييجه. فالفرد الذى يشاهد إحدى محارمه فى وضع شائن وهو موقف خارجى يطلق عليه الباعث ، فلا يستطيع التاثيرعلى الفرد ما لم يكن لديه دافع يستجيب له و هو دافع الغيرة. و أن الباعث يتميز بما يلى:

1- أنه قوة خارج الفرد.

2- أنه موقف خارجى مادى أو اجتماعى أو غيره.

---

[1]-Hakim, Mian Asad Hakim, Law dictionary, Publishd by Mansoor Book House, Lahor, 1st Edtion(1999) Page No.475

[2]-Dictionary Of law, Oxford New York,Oxford University Press 2nd Edition (1994) Page No. 258

[3]- عوض:الاستاذ الدكتور محمد محى الدين عوض ،القانون الجنائى ،مبادئه الاساسية ونظرياته العامة ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى القاهرة 1981م, ص351

[4]- المليجى:حلمى المليجى، علم النفس المعاصره،دار النهضة العربية،بيروت،الطبعه الثامنه,2000م،ص120

[5]- المليجى:علم النفس المعاصر ،مرجع سابق،ص112

[6]- السنهورى ,مصادر الحق جز16/4

3- الباعث يرضى الدافع و يشبعه فى آن واحد.

و قد ذكر الدكتور السنهورى ثلاثة خصائص للباعث وهى

1 - هو شيء خارجى عن العقد. (اى لا يقع فى نطاق التصرف أو العقد بل يقوم فى نفس المتعاقد فهو ليس ركنا فى التصرف أو العقد داخلا فى ماهيته ولا شرطا يتوقف عليه وجوده، لذا يجب عند اثارته لدى القضاء أن يبحث عنه القاضى خارج العقد ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد)

2 - هو شيء ذاتى للملتزم.(اى يقوم فى نفس المتعاقد، يرجع النية ما يثيرها من الهامات وخوطر ويمكن أن يوصف نوع من النية الخفية)

3 - هو شيء متغير لا فى كل نوع من العقود بل فى كل عقد بالذات [1]. (الباعث أمر متغير فهو يتغير حسب ظروف العقد و يختلف لا بالنسبة لكل نوع من انواع العقود بل فى كل عقد على حدة)

[1] -السنهورى ,مصادر الحق جز16/4

المبحث الثانى :علاقة الباعث بالنية و القصد

ففيه مطلبان وهما..

المطلب الأول: مفهوم النية والقصد

وفيه ثلاثة فروع وهى..

الفر ع الأول: مفهوم النية لغة واصطلاحا

الفر ع الثانى: مفهوم القصد لغة واصطلاحا

الفر ع الثالث: المقارنه بين نوى و قصد

المطلب الثانى: علاقة الباعث بالنية والقصد وأهميتهما للعمل

ففيه فرعان وهما..

الفرع الاول: علاقة الباعث بالنية والقصد

الفرع الثانى: أهمية النية و القصد للعمل

المطلب الأول: مفهوم النية والقصد

و فيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: مفهوم النية لغة واصطلاحا

اولا: مفهوم النية لغة

النية فى اللغة مصدر نوى، والاسم النية، بتشديد الياء، و قال اهل اللغة النوى التحول من دار الى دار، هذا هو الاصل ثم حمل عليه الباب كله. [1] يقال نوى الشئى ينويه نواة ونية اى قصد وعزم عليه، ويقال للمسافر نواك الله اى صحبك فى سفرك وحفظك و نواك الله بالخير اى اوصله اليك. نوى فلان من مكان الى اخر اى تحول . [2]

قال صاحب لسان العرب: نوى الشيء نية وانتواه : قصده واعتقده والنية : الوجه الذى يذهب فيه والنية والنوى الوجه الذى ينويه المسافر من قرب أو بعد. وعلى ذلك فان النية يعبر بها عن نوع من الأرادة ويعبر بها عن نفس المراد كقول العرب هذه نيتى يعنى هذا البقعة هى التى نويت اتيانها. ويقولون: نية قريبة أو بعيدة : أى البقعة التى نوى قصدها [3]

والنية : الأمر يقال نوى الأمر ينويه اذا قصد له [4]

وبناء على ما سبق فان النية فى كلام العرب تأتى بم عنيين: معنى القصد ومعنى المنوى التى يقصدها الشخص و هى نفسها الباعث الذى يدفع الشخص للقيام بعمل ما.

---

[1] – ابن فارس، ابو الحسين احمد بن فارس،معجم مقاييس اللغة،مكتبة الخا نجى، القاهرة، طبعة ثا لثة (1402 ه) ج 366/5

[2] – فيروز آبادى ،القاموس المحيط،298/4

[3] – ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على بن أحمد، لسان العرب،دار لسان العرب، بيروت، ج 751/3

[4] – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 366/5

ثانيا: مفهوم النية اصطلاحا

ان التعريف الاصطلاحى عادة يكون أخص من المعنى اللغوى و قد سبق بيان مفهوم اللغوى للفظ نوى و أنه تاتى على معان متعدد و المعنى الاصطلاحى.و النية ياتى على واحد من هذه المعانى.

قال السيوطى : " النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضرر حالا او مآلا و الشرع خصصه بالارادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضاء الله تعالى و امتثال حكمه. "[1]

قال الغزالى: "النية انبعاث النفس وتوجهها وميله الى ما ظهر لها ان فيه غرضها ا ما عاجلا واما اجلا والميل اذا لم يكن اقراعه واكتسابه بمجرد الارادة والنية اجابة الباعث. "[2] .

قال المحاسبى" النية ارادة العبد ان يعمل بمعنى من المعانى اذا اراد ان يعمل ذلك العمل لذلك المعنى فتلك الارادة نية اما لله عزوجل و اما لغيره " [3]

قال النووى: "النية عزم القلب على عمل فرض أو غيره" [4]

قال الزركشى: "حقيقة النية هو ربط القصد بمقصود معين والمشهور أنها مطلق القصد الى الفعل"[5].

وقال علاء الدين الحصكفى: النية الارادة المرجحة لاحد المتساويين [6].

---

[1] – السيوطى: جلال الدين السيوطى ،الاشباه والنظائر ،دار الكتب العلمية بيروت ،طبعة اولى (1399ه) ص30.

[2] – الغزالى: محمد بن محمد الغزالى، احياء علوم الدين ، مكتبة محمد على صبيح، القاهرة ، ج362/4

[3] – المحاسبى:ابن عبدالله الحارث بن الاسد المحاسبى ، الرعاية لحقوق الله ،دار الكتاب العربى بمصر.ص205

[4] – النووى :محى الدين النووى ،المجموع شرح التهذيب،مطبعة العاصمة القاهرة .ج360/1

[5] – المنثور فى ترتيب القواعد ج284/2

[6] – الحصكفى، علاء الدين الحصكفى، الدر المختار معى حاشية ابن عابدين ج430/1

الفرع الثانى: مفهوم القصد لغة واصطلاحا

القصد لغة: اتيان الشيء قصدته وقصدت له و قصدت اليه بمعنى ، و قصدت قصده نحوت نحوه [1] المقصد بالفتح موضع القصد و المقصد بالكسر يقال الى مقصدى وجهتى [2] . القصد الاعتماد و الام [3] ويقال قصده وقصدله وقصداليه . [4] فيظهر من ايضاح ما سبق بأن القصد فى اللغة اذ يرجع الى اصل التوجه و أما فى الاصطلاح و هو... الارادة ناحية الفعل مثال ذلك أن يطلق شخص الرصاص على آخر بقصد اصباته فاصابه بالفعل فيكون الفاعل قد اراد من فعل الاطلاق و قصد الاصابة. [5]

وقال الدكتور حامدى فالقصد "هو الغاية والهدف التى يريدها المتصرف من تصرفاته القولية والفعلية وكذا الغاية والهدف التى يريدها الشارع من تشريع الاحكام التكليفية ". [6]

الفر ع الثالث: المقارنه بين نوى و قصد

فى هذا الفرع أبين قوة الارتباط فى المعنى بين لفة نوى و قصد وذلك ان بينهما اشتراكا و اتحادا فى المعنى أكثر من غيرها وان كانت هذان اللفظان ينفرد بعضها عن بعض بمعان خاصة ومن خلال ذلك يتبين ما بينهما من العموم والخصوص فهذان اللفظان بعضها اعم فى المعنى الذى تتحد فيه من وجه دون وجه. وبيان ذلك كما يلى:

اولا: هذان اللفظان يتحدان فى أنها يدلان على تعين العمل والتوجه.

ثانيا: هذان اللفظان يستعملان احيانا فى اللغة بمعنى واحد وذلك ان لف ظ النية فى كلام العرب من جنس لفظة القصد. كقول العرب هذه نيتى يعنى هذه البقعة هى التى نويت اتيانها ويقولون :نية قريبة أو بعيدة اى البقعة التى نويت قصدها .قال الغزالى:"و النية والقصد والارادة عبارات متواردة على معنى واحد... وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران علم وعمل والعم يقدمه لأنه اصله وشرطه والعمل يتبعه

---

[1] -الجوهرى، الصحاح، ج524/2

[2] – مصطفى، ابرهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط ،دار الدعوة، استنبول،تركى. (1989م) ج738/2

[3] – ابن منظور،لسان العرب ،ج96/9

[4] –فيروز ابادى،مجد الدين محمد بن يعقوب فيروزابادى، القاموس المحيط ،المكتبة التجارية الكبرى بمصر .ج327/1

[5] – محمصانى، صبحى محمصانى، فلسفة التشريع فى الاسلام، مطبعة الكتاب بيروت (1952) ص256

[6] – حامدى ،الدكتور عبدالكيم حامدى، المدخل الى مقاصد القران ، مكتبة الرشد ناشرون ، الرياض.
الطبعة الأولى(1428هـ 2007م) ص21

لأنه ثمرته و فرعه و ذلك لأن كل عمل أعنى كل حركة و سكون اختيارى فانه لا يتم الا بثلاثة امور : علم و ارادة و قدرة لأنه لا يريد الانسان ما لا يعلمه فلابد و أن يعلم و لا يعمل ما لم يرد فلا بد من ارادة... فالنية عبارة عن الصفةالمتوسطة ....و هى الارادة و انبعاث النفس بحكم الرغبة و الميل الى ما هو موافق للغرض اما فى الحال و اما فى المآل ... فالمحرك الاول هو الغرض المطلوب و هو الباعث و الغرض الباعث هو القصد المنوى والانبعاث و هو القصد و النية و انتهاض القدرة لخدمة الارادة بتحريك الاعضاء و هو العمل.[1]

[1] – انظر: الغزالى :احياء علوم الدين ج353/4و 316 مع تصرف يسير

المطلب الثاني: علاقة الباعث بالنية و القصد و أهميتهما للعمل

ففيه فرعان وهما...

الفرع الاول: علاقة الباعث بالنية والقصد

فالنية والقصد ان كانتا مختلفتان لفظاً و معناً و وضوحا وخفاء الا أنهما مشتركتان فى بعض من الامور الداخلية و بناء على هذا فمعظم الفقهاء يستعملونهما بمعنى واحد فى كثير من الفروع الفقهية على أساس أن النية تتحرك ببواعث و قل وجودها بدون الباعث يحركها، فالرابطة قوية بينهما، و يعبر الفقهاء عنهما بلفظ النية أو بلفظ القصد و يرى الفقهاء أن النية والقصد تردان كلا هما على معنى واحد [1] الا أن البعض منهم يرى أن النية أخص من القصد. [2] و النية روح العمل و هى قوامه ولبه و هى كالروح للجسد. [3] كما قال الله تعالى فى كتابه المجيد :" (لن ينال الله لحومها و لا دماؤها و لكن يناله التقوى منكم)" [4] و قد تطلق النية و يراد بها القصد الى التصرف الذى يراد ايقاعه، و من ذلك قول الفقهاء – مثلا- النية شرط لصحة الوضو. فالمراد بالنية هنا القصد الى الوضوء. وقد تطلق النية و يراد بها: المقصد المنوى للانسان الذى يراد تحقيقه من ذلك التصرف و مقصد المكلف من اى عمل هو : "ما يتغياه المكلف – اى يجعله غاية له- و يضمر فى نيته و يسير نحوه فى عمله " [5] والنية و القصد بهذا المعنى تعنى الباعث الى عمل ما. و من ذلك قول الشاطبى : "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده – أى نيته ـ من العمل موافقا لقصده فى التشريع" [6]. و الى هذين المعنيين فى استعمال النية يشير ابن تيمية بقوله:" و لفظ النية يرادبها النوع من المصدر و يراد بها المنوى و استعمالها فى هذا لعله أغلب فى كلام العرب " [7] وقوله " و النية يعبر بها عن نوع من ارادة و يعبر بها عن نفس المراد " [8]

---

[1] – الغزالى: احياء علوم الدين،ج324/4

[2] – انظر : ابن عابدين،محمود أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشى، حاشية ابن عابدين على الدر المسماة رد المحتار على الدرر المختار، مطبعة الحلبى الطبعة الثانية،(1324هـ)ج413/1

[3] – شعبان: السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى، ص185

[4] – سورة الحج:37

[5] – الكيلا نى:قواعد المقاصد عند الامام الشاطبى ص45

[6] – الشا طبى: الموافقات ج23/3

[7] –ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ج255/18, 251

[8] – المصدر السابق ج255/18

فالعلاقة بين المعنيين تظهر فى ادراك أن المكلف اذا قصد تصرفا من التصرفات، فلا بد أن يكون وراء قصده لذلك التصرف باعث حركه اليه و غاية دفعتة الى فعله "اذ كل متحرك بالارادة لا بد له من مراد"[1]. و على هذا فعلاقة الباعث بالنية بمعناها الأول الذى هو القصد الى التصرف علاقة سببية الى حد ما. فالباعث هو المحرك للقصد والنية الى ذلك التصرف ومن خلال الباعث يمكن الحكم على النية والقصد بالحسن أو السوء. و يبين الغزالى هذه الحقيقة بقوله : " فالنية عبارة عن الصفة المتوستطة و هى الارادة انبعاث النفس بحكم الرغبة و الميل الى ما هو موافق للغرض اما فى الحال و اما فى المآل. فالمحرك الاول هو الغرض المطلوب و هو الباعث و الغرض الباعث هو القصد المنوى و الانبعاث و هو القصد و النية و انتهاض القدرة لخدمة الارادة بتحريك الاعضاء و هو العمل.[2]

و على هذا فالنية على العمل تتقدم القصد الى العمل من حيث العلم والقصد ولكنها من حيث الوجود تعقبه وتاتى بعده و قد فر ق ذلك ابن تيمية فى معرض ذكره لشبه مجيزى نكاح التحليل فقال:" المقاصد فى الاقوال و الافعال هى عللها التى هى غاياتها و نهاياتها و هذه العلل التى هى الغايات هى متقدمة فى العلم و القصد متأخرة فى الوجود و الحصول و لهذا يقال :اول الفكرة آخر العمل و أول البغية آخر الدرك"[3].

و من الامثلة التى توضح ذلك: عقد النكاح فان الرجل فيه قاصد نكاح المرأة والعقد عليها ولكن غايته من ذلك النكاح و الباعث الذى حركه اليه يختلف من شخص لآخر فقد يكون باعثه على ذلك الطمع فى مالها او الرغبة فى جمالها وقد يكون باعثه تحصيل السكن و المودة و الاستمتاع المشروع و قد يكون باعثه السعى لتحليلها لمن بانت منه فهذ هالبواعث هى التى كانت تقف وراء قصد الرجل للنكاح وهى من حيث العلم بها و قصدها متقدمة على قصد العقد على المرأة و لكنها متأخرة عنه من حيث الحصول و الوجود بل هى أثر من آثاره .

---

[1] - ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ج255/18

[2] - الغزالى احياء علوم الدين ج353/4

[3] - ابن تيمية بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص 165

الفرع الثانى: أهمية النية والقصد للعمل

ان النية و القصد عمل القلب ازاء العمل الذى يعتبر عمل الجوارح. و لها اهمية كبرى عند النظر الى تصرف المكلف و عمله، لأن النية و القصد تلعب دورا اساسيا فى الحكم على التصرف و العمل و هو المعيار الذى يحدد لنا الثواب و العقاب فى التصرفات و الاعمال التى نقوم بها كما يكون – فى الغالب – ميزانا للصحة و البطلان.

يقول ابن القيم " القصد روح العقد، و مصححه، و مبطله، فاعتبار القصود فى العقود أولى ممن اعتبار الالفاظ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها، و مقاصد العقود هى التى تراد لأجلها فاذا الغيت و اعتبرت الالفاظ التى لا تراد لنفسها كان هذا الغاء لما يجب اعتباره و اعتبارا لما قد يسوغ الغاءه و كيف يقدم اعتبار اللفظ الذى قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه بل قد يقطع بذلك على المعنى الذى قد ظهر بل قد يتعين أنه المراد.[1]

قد تواترت الأحاديث النبوية على أهمية النية و القصد بالنسبة للعمل فقد يثاب الانسان على نيته بالرغم من أنه من لم يتمكن من العمل لمانع و تصادق العزم فى الاتفاق و هو مملق يكتب كانه أنفق و أعنى بالنية الباعث على العمل[2]. و لعل من أبرز النصوص التى تدل على أهمية النية و القصد فى السنة النبوية هى كما ياتى

1 – قول النبى عليه الصلاة والسلام "الأعمال بالنيات و لكل امرى ما نوى. "[3]

2 – قول النبى عليه الصلاة والسلام "يحشر الناس على نياتهم."[4]

3 – قول النبى عليه الصلاة والسلام "ان الله لا ينظر الى صوركم و اموالكم ولكن ينظر الى قلوبكم و أعمالكم . "[5]

الاحاديث التى سبقت فى النية والقصد كلها تدور حول أساس واحد و هو أن النية تؤثر فى العمل و يتغير حكم العمل حسب النية والمقصد فاذا كان الباعث على العمل هو ابتغاء وجه الله تعالى ويتفق مع

---

[1] – ابن القيم :اعلام الموقعين ج 105/3

[2] – انظر: الدهلوى، الشاه ولى الله احمد عبد الرحيم الدهلوى، حجة الله البالغة، ج84/2

[3] – البخارى: الامام محمد بن اسماعيل البخارى، صحيح البخارى، دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطبعة الأولى(1420هـ) رقم الحديث54،ص13

[4] –ابن ماجه: سنن ،ابن ماجه،دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطبعة الأولى(1419هـ) رقم الحديث4230 ص616

[5] – الامام مسلم: .صحيح مسلم. دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطعة الأولى(1419هـ) رقم الحديث 6543 ص1124

مقصود الشارع كان العمل صحيحا وعكسه كان باطلا. و القواعد الشرعية(ايضا) تقتضى أنه لا يترتب الأحكام الشرعية فى العبادات و المعاملات الا على النيات و القصود و ما ليس بمنوى و لا مقصود فهو غير معتد به و لا مؤاخذ بسببه و هذا أمر لا يكاد يجهله أحد من الشرع. [1]

فالصلاة و هى عبادة اذا كان الباعث عليها ابتغاء وجه الله تعالى كانت ثوابا و مغفرة و ان قصد بها الرياء و التظاهر كانت نقمة وعذابا لقوله تعالى: فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون الماعون. [2] و قاعدة الأمور بمقاصدها تطبق كذلك فى مجال العقود و الأفعال المادية فالاعتبار فى العقود فى الأفعال بحقائقها و مقاصدها دون ظواهر ألفاها و أفعالها. ومن لم يراع القصود فى العقود مع واهرها لا يلزم أن يلعن عاصر الخمر و معتصرها. ومن المعلوم أن العاصر انما عصر عنبا ولكن لما نيته هى انما تحصيل الخمر لم ينفعه ظاهر عصره. و لم يعصمه من اللعنة لباطن قصده و مراده.[3] والعمل لا بد ان يكون صادرا عن ارادة أى اختيار ذلك العمل. و الارادة تتجه بدورها نحو الفعل لتحقيق الغاية المقصود و هو ما يعبر عنه النية أو القصد. و النية معتبرة فى التصرفات و المعاملات و العبادات ذلك أن الحديث النبوى قد جاء بلفظ الأعمال و هو لفظ عام يندرج تحته سائر الأفعال و الأقوال، عبادة كانت أو معاملة.[4]

---

[1] – القرافى: تهذيب الفروق، ج1،3

[2] – سورة الماعون:4و5,6

[3] – ابن القيم: اعلام الموقعين، ج107/3

[4] – ابن القيم: اعلام الموقعين، ج108/3

المبحث الثالث:أقسام الباعث باعتبارات مختلفة

وفيه خمسة مطالب...

المطلب الأول: أقسام الباعث باعتبارالمشروعية و عدمها

المطلب الثانى: أقسام الباعث بإعتبار تاثيره فى الحكم

المطلب الثالث: أقسام الباعث بإعتبار أثره

المطلب الرابع: أقسام الباعث باعتبار ظهوره واستتاره

المطلب الخامس: أقسام الباعث باعتباره غاية و مقصدا من التصرف

المطلب الأول: أقسام الباعث باعتبار المشروعية و عدمها

ينقسم الباعث بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: باعث مناقض لقصد الشارع: فهو بهذا الوصف باعث غير مشروع، ضابطه: كل من قصد أن يعقد- عقدا- ليفسخ ، لا لغرض فى المقعود عليه أو قصد منفعة محرمة با لمعقود و عليه فهذا قصد ما ينافى العقد أو الشر ع، فلهذا أثر فى العقد[1].

و مثال هذا النوع من البواعث:الرجعة بقصد الإضرار، فإن الله عز وجل إنما اباح الرجعة لمن قصدالإصلاح كما فى قوله تعالى: وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادو إصلاحا [2]. فمتى ما قصد المراجع بالمراجعة الإضرار بالزوجة ، بإطالة مدة العدة عليها وذلك"بأن يطلقها ثم يمهلها حتى تشارف انقضاءالعدة، ثم يرتجعها ثم يطلقها قبل الجماع او بعده ، و يمهلها حتى تشارف انقضاء العدة ، ثم يرتجعها، ثم يطلقها فتصير العدة تسعة أشهر"[3]. فقد نا قض الشرع فى ذلك، لأنه لم يرد ما اراد الله من الإصلاح، بل أراد المضارة.

القسم الثاني: باعث غير مناقض لقصد الشارع : فهو بهذا الوصف باعث مشروع ، فإ ن كان لمراعاته أثر فى الحكم وجب إعماله. و مثال على ذلك: هبة المرأة صداقها لزوجها إذا سألها ذلك، إذ الباعث لها على الهبة، إنما هو الرغبة فى إستدامة المودة فى الحياة الزوجية، و هو باعث غير مناقض لقصد الشارع، بل هو من مقاصده فى شرعه الهبة ، فإذا ما طلقت المرأة بعد ذلك جاز لها الرجوع فى هبتها إعمالا للباعث الذى دفعها لهبة صداقها الى زوجها فلما انتفى الباعث انتفت الهدية فهى تدور معه وجودا وعدما. لهذا قرر الفقهاء قاعدة فى هذاالباب و نصها: " الأسباب و الدواعى, للعقود والتبرعات معتبرة " فإذا عقد العاقد عقدا أو تبرع بشئ و هنا داع و حامل حمله على ذلك اعتبرنا ذلك الذى حمله.لأن الأعمال بالنيات والأمور بمقاصدها"[4]

---

[1]- ابن تيمية، بيان الدليل على بطلا ن التحليل, ص431

[2]- البقرة:228

[3]-ابن تيمية ، بيان الدليل على بطلا ن التحليل , ص381

[4]- السعدى، عبد الرحمن بن ناصر السعدى، القواعد والاصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النلفعة، مكتبة السنة. القاهرة الطبعة الأولى، (1423هـ)ص176

المطلب الثاني: أقسام الباعث بإعتبار تاثيره فى الحكم

ينقسم الباعث بهذا الاعتبار الى قسمين:

القسم الاول: باعث موثر فى الحكم، سواء أكان تاثيره من أجل مناقضته لمقصود الشارع أم لا.

القسم الثاني: باعث غير مؤثر فى الحكم، فلا يلتفت اليه، ولا يعول عليه عند تقرير الأحكام عى النوازل. و مثال ذلك : ما يسمى بقتل الرحمة [1]، اذا اقدم عليه الطبيب، أو الممرض مع مريضها و مثله السرقة من أجل الصدقة بالمال المسروق.

فهذا البواعث و ان كانت فى نفسها شريفة، الا أن العقوبة معها للجانى لا تختلف عمن كان باعثه دنيئا عل القتل أو السرقة كالقتل العمد العدوان، والسرقة بقصد تملك أموال الآخرين. والقاعدة العامة فى هذا الباب: عدم الالتفات لهذا البواعث فى الجنايات الموجبة للقصاص، أو الحد متى توفرت شروطها، لأنها عقوبات مقدرة شرعا، شرعت لحماية الأنفس والأموال والأغراض المعصومة، متى ما اعتدى عليها استحق المعتدى ما قدر عليه شرعا من العقوبة، و لم يكن الباعث الشريف –ان وجد– مسوغا لتخفيف العقوبة، فضلا عن اسقاطها.

و أم تلك الجنايات الموجبة للتعزير ، فامام القاضى نظر فسيح فى اختيار العقوبة التعزيرية المناسبة تشديدا و تخفيفا، حسبما يؤدى اليه اجتهاده فى النظر الى الظروف و الأحوال التى احتفت بارتكابها الجناية ومنها:الباعث الدافع على الاقدام على تلك الجناية [2] .

---

[1] – قتل الرحمة لا تختلف عقوبته عن القتل بباعث العدوان فى الفقه الاسلامى و اما الامر فى القوانيين الوضعية ليس كذلك. (انظر للتفصيل النووى:روضة الطالبين وعمدة المفتين ج146/9 و الشرقى: على حسن عبدالله الشرقى:الباعث وأثره فى المسؤلية الجناية ص1569)

[2] – انظر:عودة، عبدالقادر عودة، التشريع الجنائى مقارنا بالقانون الوضعى.دار الكتب العربى. بيروت، (1374هـ)ج413/1،411

المطلب الثالث: أقسام الباعث بإعتبار أثره

ذكرت فيما سبق أن هناك البواعث مناقض لقصد الشارع و البواعث غير مناقض لقصد الشارع , وفى هذا المطلب ساذكر أقسام الباعث المؤثر فى الحكم من حيث نوع ومجال تأثيره فى الحكم.

القاعدة العامة أنه متى كان الأثر الذى يحدثه إعمال الباعث وراء التصرف إبطال التصرف نفسه ، فإن هذا الإبطال يعود على التصرف حسب الإمكان ، فلان امكن إبطال التصرف فى حق جميع أطراف التصرف، و من جميع وجوهه كان هذا هو المراد و إلا أبطل ما امكن إبطاله و رفعه من وجوه ذلك التصرف, و حق من أمكن الإبطال فى حقه من أطراف التصرف.

و من ثم فإن الباعث المؤثر فى التصرف على وجه الإبطال له ينقسم الى عدة أقسام كما هى فى الفروع التا لية :

الفرع الأول: ينقسم الباعث من حيث إبطال التصرف فى أطراف التصرف إلى قسمين

القسم الاول: باعث يترتب على إعماله بطلان التصرف فى حق جميع أطراف التصرف. و مثال ذلك: لو وهب إنسان ماله إضرارا بورثته الأخر ، و علم الموهوب له بقصد الواهب ، فإن الهبة فى حق الواهب باطلة، و آثم على قصده ذلك ، وهى كذلك فى حق الموهوب له العا لم بقصد الواهب باطلة كذلك ظاهرا و باطنا، فلا يحق له التصرف فيما وهب له بأى نوع من أنواع التصرف ، بل يجب عليه رد المال إلى مستحقه،الذى كان يجب أن يؤول إليه لو لا هذا الهبة البا طلة.[1]

القسم الثانى: باعث يترتب على إعماله إبطال التصرف فى حق احد طرفى التصرف دون الآخر ، كما يقول شيخ الاسلام عند حديثه عن شراء العصير لاتخاذه خمرا :" فإن اشتراءه بهذا النية حرام باطل، ثم إن علم البائع بذلك ،كان بيعه حراما باطلا فى حقه أيضا...وإن لم يعلم البائع بقصدالمشترى ،كان البيع بالنسبة إلى البائع حلالا وبالنسبة إلى المشترى حراما[2].

---

[1]- انظر: ابن تيمية ،بيان الدليل على بطلا ن التحليل ، ص270

[2]-ابن تيمية ، بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص417

الفرع الثاني: ينقسم الباعث من حيث إبطال التصرف من جميع وجوه التصرف أو من وجه دون آخر إلى قسمين:

القسم الاول: باعث يترتب على إعماله إبطال التصرف من جميع وجوهه ، و مثاله : ما لو تواطآ على التحليل فإن النكاح بهذا الباعث باطل من جميع الوجوه ، فلا يصح معه العقد ، و لا يحصل به توارث، و لا تحل به المرأة لمطلقها الأول.[1]

القسم الثاني: باعث يترتب على إعماله إبطال التصرف من وجه دون وجه . و مثاله :طلاق الفار، فإن الطلاق يترتب عليه أمران :زوال ملك البضع ، و المنع من الميراث ، و إعمال الباعث هنا يقتصر على احد الامرين دون الآخر.

قال ابن تيمية "...لكن من التصرف ما يمكن إبطاله كالعقود التى قد تواطأ المتعاقدان عليها ، ومنها مايمكن إبطاله بالنسبة إلى الحكم الذى يراد تحقيقه من خلال المقصد السيء مثل من يبيع النصاب فرارا من الزكاة أو يطلق زوجته فرارا من الإرث ، فإن البيع صحيح فى حق المشترى ، و كذلك الطلاق واقع ، لكن تجب الزكاة و يثبت الإرث إبطالا للتصرف فى هذا الحكم و إن صح فى حكم آخر" [2].

الفرع الثالث: ينقسم الباعث من حيث أثره فى رفع الحكم وعدمه إلى قسمين

القسم الاول: باعث يترتب على إعماله رفع حكم التصرف و فسخه بعد وقوعه ، و مثال ذلك البيع مع البواعث غير الشرعية ، المتواطىء عليها من قبل طرفى العقد أو التى علمها البائع من حال المشترى [3]. فإن عقد البيع فى هذه الحالة يفسخ ، و من ثم يرد المبيع على البائع ، و الثمن على المشترى، منه نكاح التحليل فإنه يجب فسخه و رفعه وإن تم العقد، بل و لو دخل بالمرأة.

---

[1]- انظر: المصدر السابق ص270

[2]- انظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص117-116 بتصرف يسير

[3]- انظر: ابن قدامة ،ابو محمد عبدالله أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى ، المغنى ، تحقيق عبدالله التركى ، و عبد الفتاح الحلو ، دار هجر للطباعة والنشر (1406هـ)ج319/6 ، وابن تيمية، بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص270-274

القسم الثاني: باعث لا يترتب على إعماله رفع حكم التصرف و لا فسخه. و مثال هذا النوع من البواعث طلاق الفار فإن هذا الطلاق إذا وقع انحل به عقد النكاح ولم يمكن رفعه بعد وقوعه ، وإن كان صاحبه باعث سيء لكننا "نقطع عنه حكمه و المقصود رفعه,و هو الارث "[1] و كذا الهبة والعطية إذ قصد بها الأضرار بالورثة، ولم تتجاوز الثلث، ويعلم الموهوب له بقصد الواهب.

و قد أشار ابن تيمية إلى ذلك بقوله "إن كان المتعجل به مما لا يمكن إبطاله كالقتل قطعنا عنه حكمه ، و كذلك مما لا يمكن رفعه كالطلاق فى المرض ، فإنا نقطع عنه حكمه والمقصود رفعه ، و هو الارث و نحوه ، و أما النكاح فإنه عقد قابل للإبطال فيبطل "[2].

---

[1] – ابن تيمية، بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص290

[2] – المصدر السابق ص290

المطلب الرابع: أقسام الباعث باعتبار ظهوره واستتاره

ينقسم الباعث بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الاول: باعث منصوص عليه فى التصرف ، ومثاله لو قال شخص لأخر: زوجتك موليتى فلانه على أن تحللها لزوجها الأول ثم تطلقها.

القسم الثانى: باعث مستتر، غير منصوص عليه فى التصرف، لكن أمكن الكشف عنه إما من خلال القرائن و الأحوال، وذلك كبيع السلاح لمن يعلم منه ا ستعماله فى إزهاق النفس المعصومة ، أو أمكن الكشف عنه من خلال محل العقد، و هذا القسم من البواعث محل نظر و اجتهاد بين اهل العلم ما بين معمل لها و مهمل [1] .

[1] -انظر:الشافعى،الامام محمد بن ادريس الشافعى، الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزى عبدالمطلب، دار الوفاء المنصورة مصر، الطبعةالأولى،(1422هـ) وابن قدامة، المغنى، ج317,319/6

المطلب الخامس: أقسام الباعث باعتبار غاية و مقصد من التصرف

ينقسم الباعث بهذا الاعتبار إلى قسمين.

القسم الأول: الباعث النوعى وهو "المقصد الاصلى الذى شرع العقد من أجله" [1] فإذا ما كان باعث المكلف على تصرف ما المقصود الاصلى الذى شرع التصرف من أجله ، فقد وافق مقصود الشارع و كان تصرفه ذلك صحيحا ، كما قال الشاطبى "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقا لقصده فى التشريع "[2] .

فالمقصود الاصلى من البيع: نقل ملكية المبيع إلى المشترى بعوض .

والمقصود من الهبة: تمليك العين الموهوبة للموهوب له بلا عوض .

والمقصود من النكاح: الاستمتاع بملك البضع و الصلة والعشرة والصحبة على سبيل الدوام .

والمقصود من الرجعة : الرغبة فى استمرار الحياة الزوجية :[3]

القسم الثانى: الباعث الشخصى ، وهو المقصد الشخصى الذى اوقع المكلف التصرف,وأجرى العمل من أجل تحقيقه ، والوصول إليه سواء أكان هذا المقصد حسنا أم سيئا ،مناقضا لمقصود الشارع أم لا. فالمقصود الشرعى من النكاح الاستمتاع بملك البضع ، والصلة والعشرة ، والصحبة على الدوام ،ولكن قد تكون هناك بواعث شخصية وراء إقدام المكلف على هذا الفعل ، وإن لم تكن مناقضة لمقصود الشارع ، بل هى مما يمدح ويجوز قصده من توابع المقصد الر ئسي و مكملاته كما لو كان باعثه على النكاح الرغبة فى مال المرأة ، مصاهرة أهلها ، أو الرغبة فى قيامها على أولاده و أخواته ، قال شيخ الاسلام "وقد يفعل الرجل الشئى لا لمقاصده الأصلية بل لمقاصده تابعة له, ويكون ذلك حسنا ،كمن ينكح المرأة لمصاهرة أهلها، كفعل عمر رضى الله عنه لما خطب أم كلثوم ابنه على رضى الله عنهما ، أو لأن تخدمه

---

[1] – الزرقا: الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهى العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى (1413هـ) ج400/1

[2] – الشاطبى: ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبى ، الموافقات ،تحقيق آل سلمان ،دار ابن عفان ،السعودية ، الطبعة الأولى (1417هـ)ج23/3

[3] – انظر: ابن تيمية ، بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص 385,407 ، و الزرقا: المدخل الفقهى العام ، ج401/1، و ابن القيم :محمد بن ابى بكر ابن القيم الجوزية ، إغاثة اللهفان فى مصايد الشيطان ، تحقيق محمد عفيفى، المكتب الاسلامى بيروت ، الطبعة الأولى (1407هـ) ج420/1

فى منزله،أو لتقوم على بنات أو أخوات له ، كفعل جابر بن عبدالله رضى الله عنهما لما عدل عن البكر إلى الثيب، و إن لم تكن هذه التوابع من اللوازم الشرعية بل من التوابع العرفية "[1]

فهذا البواعث و إن لم تكن المقصود الشرعى الأصلى من النكاح، لكنا بالنسبة للمكلف قد تكون باعثه الرئيس، و مقصوده الأصلى من النكاح ، إلا أنها فى النهاية ليست مما يناقض المقصود الشرعى الأصلى من النكاح، و من ثم لم يكن لها تأثير فى التصرف [2] .

[1]- ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ،ص166

[2]- انظر : المصدر السابق ص171، و إبن القيم : إعلام الموقعين ،ج 4/ 534 و الشاطبى ،الموافقات،ج139/3

المبحث الرابع: طرق الكشف عن الباعث

المطلب الاول: طرق الكشف عن الباعث عند الفقهاء

ففيه خمسة فروع وهى...

الفرع الاول: طريق الإقرار

الفرع الثانى:طريق التواطؤ على الباعث

الفرع الثالث: طريق العرف والعادة

الفرع الرابع: طريق محل العقد

الفرع الخامس:طريق دلالة الحال

المطلب الثانى: طرق الكشف عن الباعث عند القانونيين

المطلب الاول: طرق الكشف عن الباعث عند الفقهاء

الفرع الاول: طريق الإقرار

و هو من اقوى الطرق فى الدالالة على الباعث المستتر وقت اجراء العقد أو القيام بالتصرف ، ومثال ذلك فاذا أقر الزوج أو الولى بأنه عقد على المرأة بغرض التحليل ،كان ذلك العقد عقد تحليل وان لم ينص فيه على التحليل كما قال ابن تيمية "... فلا نحكم على عقد أنه عقد تحليل حتى يثبت ذلك... بإقرار الزوج" [1] و أيضا قال ابن تيمية عند حديثه عن الوصية " و لو اعترف الموصى إنما أوصيت ضر اراء لم يجز إعانته على إمضاء هذه الوصية ووجب ردها " [2]

الفرع الثانى: طريق التواطؤ على الباعث

فإذا تواطأ أطراف العقد ، أو التصرف،كلهم، أوبعضهم، على الباعث الذى حمل على التصرف ، وجب حمل العقد فى الحكم على ذلك الباعث الذى حصل التواطؤ عليه. ومثال ذلك لو تواطأ المطلق مع المرأة أو وليها أو أحدهم مع المحلل على التحليل ، فإن هذا التصرف وإن جرى على الظاهر مكتمل على شروطه ولم يقترن به بما يبطله ، فإن ذلك لا يعنى صحته متى ما شهدت البينة على تواطؤ أطراف التصرف على ذلك الباعث الذى لو نص عليه فى العقدلأفسده وأبطله "بل مشارك هذا التصرف للتصرف المحرم صورة و معنى و إلحاقه به لاشتركهما فى القصد والحقيقة أولى من إلحاقه بالحلال المأذون فيه،بمشاركته له فى مجردالصورة " [3] و وجه هذا أن الشروط المتقدمة على العقد بمنزلة الشروط المقارنة له على الصحيح من أقوال أهل العلم فإن كانت صحيحة وجب الوفاء بها ، وإن كانت مناقضة لمقصود الشارع أثرت فى العقد فأبطلته .[4]

قال ابن تيمية:" و كذلك ان كان نكاحا تواطآ عليه كان نكاحا فاسدا، له حكم الأنكحة الفاسد،و كذلكِ اذ توطآ على بيع أو هبة لتصحيح نكاح فاسد، مثل ان تريد مواقعة مملوكها فتواطىء رجلا على

---

[1] – ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص431 وأيضا 417 وابن قدامة: المغنى،ج319/6

[2] – ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص87 و انظر: المغنى319/6

[3] – إبن القيم: إعلام الموقعين ،ج 4/ 552مع تصرف فى الفاظ.

[4] –انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليلص365,366,392

أن تهبه العبد فيزوجها به، ثم يهبها اياه لينفسخ النكاح، فان هذا البيع و الهبة فاسدان فى جميع الأحكام"[1]

قال شيخ الاسلام: "و كذلك إن كان نكاحا تواطآ عليه كان نكاحا فاسدا ، له حكم الأنكحة الفاسدة، و كذلك إذ تواطآ على بيع أو هبة لإسقاط الزكاة، أو على هبة لتصحيح نكاح فاسد،

أو وقف فاسد، مثل أن تريد موافعة مملوكها فتواطئى رجلا أن تهبه العبد فيزوجهابه ، ثم يهبها إياه لينفسخ النكاح، فإن هذا البيع و الهبة فاسدان فى جميع الأحكام "[2]

قال ابن القيم: "فإذا اشترط قبل العقد أن النكاح نكاح تحليل أو متعة أو شغار و تعاهدا على ذلك و تواطآ عليه، ثم عقدا على ما اتفقا عليه و سكتا عن إعادة الشرط فى صلب العقد ، اعتمادا على ما تقدم ذكره و التزامه، لم يخرج العقد بذلك عن كونه لاعقد تحليل، و متعة و شغار، حقيقة "[3]

و على هذا فإذا تواطآ المتعاقدان قبل العقد على قصدهما منه ، و باعثهما عليه، ثم أجريا العقد بعد ذلك خاليا عن ذكر القصد ، لم يكن ذلك مبطلا ، و لا ملغيا لما تواطآ عليه ، و لو صح ذلك لما عجز "المتعاقدان اللذان يريدان عقدا حرمه الله و رسوله لوصف، أن يشترطا قبل العقد إرادة ذلك الوصف ، و أنه هو المقصود، ثم يسكتان عن ذكره فى صلب العقد، ليتم لهما غرضهما"[4]

الفرع الثالث: طريق العرف والعادة

دلا لة العرف و العادة على مقصد المتعا قدين و باعثهما على التصرف تظهر فى أمثلة كثيرة و منها : ما جرى التعارف عليه عند بعض الناس من قيام المقترض بإهداء المقرض هدية قبل الوفاء ، و قصده من ذلك: تأخير الاقتضاء و تأجيله، و إن لم يكن قد نص على ذلك أو تكلم به أثناء العقد "فإن العرف المطرد على حال جار مجرى الشرط بالمقال" [5] و ذلك لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، و الشرط

---

[1] - ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص270.

[2] -ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص270. و إبن القيم: إعلام الموقعين،ج 4/55،552.

[3] - إبن القيم : إعلام الموقعين ، ج 4/ 551

[4] - المصدر السابق: ج4/551

[5] - ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص431.

العرفي كالشرط اللفظي، فالعرف في هذه المسألة هو الذي دل على الباعث الذي من أجله قام المقترض بإهداء المقرض.

فالعادة و العرف لهما أثر كبير في الدلالة على الباعث في سأئر العقود و التصرفات.

قال القرافي: "من علم من عادته تعمد الفساد حمل عقده عليه والإ مضى" [1] و على هذا فإذا جرى من العرف والعادة بأن بيع عين ما ، أو إجارتها، أو إعارتها، أو نحو ذلك من التصرفات إنما يكون من أجل مقصد مناقض للشرع، أو باعث سيء فينبغي إبطال هذا التصرف و إن كان في ظاهره تصرفا صحيحا ، و في الاجتهادات الفقيهة أمثلة على ذلك ، ففي حكم بيع القرد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة في ذلك، فبينما عللت راوية الجواز بأن القرد وإن لم ينتفع بذاته فيمكن الانتفاع بجلده, و صحح محققو المذهب رواية عدم الجواز معللين ذلك بأن القرد لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ، و إنما العادة أنه يشترى من أجل اللهو به، و ذلك حرام فكان بيعه حراما.[2]

ففي هذا الفرع الفقهي استدل على الباعث على شراء القرد بالعادة الجارية ، فمنع من بيعه إعمالا لهذا الباعث و إن لم ينص عليه في العقد.

في الشريعة " أ ضعاف أضعاف هذه المسا ئل مما جرى العمل فيه على العرف ، و العادة، و نزل ذلك منزلة النطق الصريح اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال" 3

و من ثم فإن من مجالات إعمال قاعدة العرف والعادة: الكشف عن البواعث ، و المقاصد التي تبنى عليها الأحكام .

قال الكاساني "العرف إنما يعتبر في معاملات الناس فيكون دلالة على عرضهم" [4]

---

[1] - القراق: القروق، ج411/3

[2] -انظر: الكاساني،ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي،بيروت،الطبعة الثانية،القاهرة،(1418هـ)ج143/5

[3] - ابن القيم: محمد بن ابي بكر المعروف بان القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،تحقيق د.محمد جميل غازي،دار المدني،جدة،ص27.

[4] - الكاساني: بدائع الصنائع،ج262,263/1

الفرع الرابع: طريق محل العقد

يراد بهذا الطريق بيان أن مما يكشف عن قصد العاقد و باعثه على التصرف : محل العقد نفسه ، فقد يكون قرينة كاشفة عن الباعث الذى حمل على التصرف. و لهذا لما سئل ابن عمر رضى الله عنهما عن بيع عصير العنب قال لا يصلح. فقال السائل: إن عصرته ثم شربته مكانى قال: لا بأس. قال فما بال بيعه حرام، وشربه حلال؟ فقال له ابن عمر: ما ادرى ا جئت تستفتينى أم جئت تمارينى "[1]

و من أمثلة هذا الطريق الدال على الباعث : بيع الجارية العدة للغناء, والكبش المتخذ للنطاح,والديك المتخذ للهراش، فإذا بيعت هذه الأعيان بأكثر من قيمتها مجردة عن هذه الأوصاف, فتكون الزيادة فى القيمة دليلا على الباع على شرائها ، و هى كون الجارية مغنية ، والكبش والديك مقاتلا, و هذه من المقاصد المنهى شرعا عن القصد إليها, واستعمال الانسان أو الحيوان والطير فيها. و قد سئل الإمام أحمد عن رجل مات وخلف جارية مغنية ، وولدا يتيما, وقد احتاج إلى بيعها. قال: بيعها على أنها ساذجة. فقيل له فإنها تساوى ثلاثين ألف دراهم, فإذا بيعت ساذجة تساوى عشرين دينارا. قال لا تباع إلا على أنها ساذجة.2

الفرع الخامس: طريق دلالة الحال

هذا من الطرق القوية التى يكشف بها عن الباعث المستتر وراء أعمال المتصرفين. ومن الشواهد على هذا الطريق: منعه صلى الله عليه وآله وسلم العمال من قبول ما يهدى لهم من الهدايا أثناء القيام بعملهم. كما فى حديث ابن اللتبية لما استعمله النبى صلى الله صلى عليه وآله وسلم على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم و هذا لى أهدى لى . فقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على منبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: " أما بعد فإنى استعمل الرجل منكم على العمل مما ولانى الله, فياتى فيقول : هذا لكم وهذا أهديت لى, أفلا جلس فى بيت أبيه وأمه حتى تأتى هديته إن كان صادقا. والله لا ياخذ أحد منكم

---

[1]- انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص423.

[2]- ابن قدامة: المغنى،ج319/6،وانظر: الكاسانى:بدائع الصنائع،ج 169/5،
والنووى:ابو ذكريا يحيى بن شرف النووى،المجوع شرح المهذب،دار الفكر،ج154,155/9

شيئا بغير حقه إلا لقى الله تعالى يحمله يوم القيا مة, فلا أعرفن أحدا منكم لقى الله يحمل بعيرا له رغاء, أو بقرة لها خوار, أو شاة تيعر "ثم رفع يده حتى رؤى إبطيه يقول: "اللهم بلغت".1

فدلالة الحال تقتضى أن الهدية لم تعط العامل على الصدقة لذاته ، وإن كان الظاهر من الهدية طلب مودة المعطى و كرامته، و إنما اعطيت له الهدية نظرا لولاتيه ، فالولاية هى التى دعت الناس ، و حملتهم على تقديم الهدية للعامل ، سعيا إلى تحقيق جملة من المقاصد: إما ليكرمهم أو يخفف عنهم ، أو يقدمهم على غيرهم، أو نحو ذلك من المنافع والمكاسب ، و جميعها غير مشروط ولامتلفظ به ، و دليل هذا: أن العامل لو نزعت عنه تلك الولاية لما أهدى إليه شيء كما قال النبى صلى عليه وآله وسلم "أفلا جلس فى بيت أبيه و أمه حتى تأتى هديته إن كان صادقا "[2]

فإذا تقرر أن الهدية إنما قدمت للعامل من أجل ولايته على الصدقة لا لذاته، و الولاية إنما هى حق لأهل الصدقات، فيترتب على ذلك أن ما أخذ من ا لم ال والهدايا بسبب الولاية حق لأهل الصدقات لا للعامل.

هذه أهم طرق الكشف عن البلعث وراء العقود، و التصرفات التى لم ينص أثناء إجرائها على الغرض ، والمقصود منها ، و هى كما ترى طرق تتفاوت فى القوة ، فقد يكون إفضاء الطريق إلى الباعث غير المنصوص عليه فى العقد و دلالته عليه قويا ظاهرا ، لا يحتاج ال مزيد بحث و تدقيق ، بل قد يصل إلى درجة اليقين، وقد يكون دلالة الطريق عل الباعث دقيقة تحتاج إلى مزيد انتباه وتيقظ ، وقد يكون بين ذلك.

---

[1]- البخارى: الامام محمد بن إسماعيل البخارى،صحيح البخارى،مطبوع مع فتح البارى، المكتبه الاسلامية تركيا،الطبعة الأولى،ج11/532 (6636)

[2]-انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص232,233.

المطلب الثانى: طرق الكشف عن الباعث عند القانونيين

الغرض غير المباشر اذا كان من الممكن أن يظهر فى العقد فان الأمر سيكون سهلا و يكون دور القاضى هو مجرد التحقق من الشروط المدرجة فى التصرف بالاثبات هنا. وأما اذا لم يكن الغرض غير المباشر واردا فى محتوى التصرف فهل يمكن التدليل على البواعث؟ و هى غالبا ما تكون مستقرة فى اعماق الضمير والوجدان لا يعلمها الطرف الآخر عن واقعة أجنبية عن التصرف. و هل يكون مشروعا للقاضى أن يغزو الضمير الداخلى للأفراد؟ و ما مدى مشروعية هذا الغزو.

ولما كان الغرض غير المباشر متغير و شخصى و خارجى عن العقد أو التصرف. فان مسألة الأثبات ستكون صعبة نظرا لصعوبة اثبات الوقائع الخارجة عن طبيعة العقد و من ثم يكون الاثبات باللجوء الى نظام الاثبات بالأدلة الخارجية. وهو ما يطلق عليه نظام انتقال الاثبات والمسائل التى يثيرها الاثبات للباعث على التعاقد تثير مسائل أولية أخرى هى مدى مشروعية الاعتداد بالأغراض غير المباشر.وما هو وصف الغرض المباشر الذى يمكن الاعتداد به؟ و هل يكفى مجرد العلم بالغرض غير المشروع أم يتعين أن يكون مرغوبا فيه من الطرفين؟

موقف شراح القانون الوضعى:

وتبدو صعوبة اثبات الباعث فى أن له خصائص ذاتية تستعصى بطبيعتها مع الاثبات وهذه الخصائص هى، التنوع والاختلاف بشكل غير محدودة تقريبا. واذا كانت هذه هى خصائص الباعث فما هو مدى الاخذبالبواعث البعيدة والأغراض غير المباشرة و هل يمكن الأخذ بذلك فى كل العقود من الناحية العملية.فبالنسبة لمنكرى الباعث فانه ينكر دور الباعث ولا يقر غرض من أغراض الأرادة. وبالنسبة للنظرية التقليدية فانها تقر الغرض المباشر[1].

أما النظريات ذات المدلول الواسع فانها تعتد باكبر قدر ممكن من الأغراض غير المباشرة مهما كانت بعيدة عن دائرة التعاقد. وهذه هى السمة الاساسية لفكرة السبب بمعنى الباعث. وعلى ذلك فانه بالنسبة للشراح الذين ينكرون دور السبب.وأما بالنسبة للفقه التقليدى فانه يمكن الحكم بالبطلان الا فى ضوء تخلف الغرض المباشر للألتزام أو عدم صحته.أما بالنسبة للفقه الحديث الذى ينظر الى السبب

[1] – بسيونى: د.عادل بسيونى، مبدأ سلطان الارادة بين الشريعة الاسلامية والقونين الوضعية، دار النهضة بمصر (1977م) ص216

بالمفهوم الواسع بأنه الباعث الدافع الى التعاقد فانه يكفى للحكم بالبطلان أن يكون أحد الأغراض غير المباشرة غير صحيح أو غير مشروع.ودور الباعث غير مشروع يكون على أوسع نطاق من أجل بطلان التصرفات التى يستهدف منها غايات غير مشروعة الباعث غير الصحيح يقوم بوظيفة الحماية الفردية فى التصرف القانونى سواء ضد الغير أو حماية الفرد من نفسه نتيجة وجود خبرته وعدم احتياطه.[1]

وبالتالى يتمتع الفرد بحماية أكثر فى ظل هذا الفقه اذ أن عدم صحة الباعث أو عدم مطابقةلحقيقة الأشياء تكون سببا فى ببطلان التصرف على عكس ما قرره الفقه التقليدى.

اثبات الباعث عند بوناسكو: يفرق بوناسكو بين حالات الباعث و يجعل لكل حالة من الحالات طريقة معينة فى الاثبات، فبالنسبة للغرض المباشر للالتزام أو السبب بالمعنى الضيق فانه لا صعوبة فى الاثبات و ذلك باعتبار أن الغرض مجرد و موضوعى و يتضمنه العقد.و بذلك يمكن اثباته عن طريق العقد ذاته.

و أمابالنسبة لاثبات الباعث فان الغرض البعيد له خصائص تختلف عن الغرض المباشر تمثل فى أنه ذاتى و خارج من نطاق العقد و شخصى و هنا تبدو الصعوبة فى الإثبات و يقرر بوناسكو أن عدم صحة او عدم مشروعية السبب يكن التدليل عليها بحرية سواء بطريقة الإثبات الداخلى أو بطريقة الإثبات الخارجى وفى حلة عدم الصحة فان من يتمسك به عليه أن يثبت وجود الدافع أو المواجه الذى جعله يقوم بابرام العقد. و عليه أن يثبت أن هذا الدافع كان يعلم به المتعاقد الآخر. و وجود الباعث و علم الطرف الآخر به مسئلة نفسية يصعب إثباتهما الأمر الذى يمكن معه الاكتفاء باثبات واقعة جانبية بشرط أن تكون هذه الواقعة محل اعتبار و يمكن الاعتماد عليها طبيعا و ليس منطقيا فحسب اذ أن الظاهرة النفسية لا يمكن اثباتها مباشرة ومن ثم يجب أن تكون هذه الواقعة مرتبطة و قريبة حتى يمكن للقاضى أن يستنتج منها بطريقة محورة حقيقية الوقائع المراد اثباتها والتى لا يمكن اثباتها مباشرة.[2]

إثبات الباعث عند جوسران: يختلف الإثبات فى مجال المعاوضات عن التبرعات عند جوسران . فيرى جوسران أنه يكتفى بالعلم فى المعاوضات دون التبرعات وذلك لأن التبرعات يسطير فيها ارادة

---

[1] - انظر شعبان: الدكتور محمود محمد شعبان،السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى، مطبعه الاخلاص 3 رمضان بجوار معسكر الجيش شارع الجيش/ امبابه ، ص353الى356 مع تصرف.

[2] - شعبان: السسب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى، ص358،357

المبترع وحده على التصرف،فيكتفى بالوقوف عندها. [1] بالنسبة للمعاوضات أنه يجوز للقاضى أن يبحث عن السبب الباعث غير المشروع خارج التصرف ذاته و ذلك ابتغاء الوصول الى الارادة المشتركة للمتعاقدين و يجب ألا يخشى من سلطة القاضى فى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين و من ثم يتعين السماح بالاثبات بكافة طرق الاثبات المختلفة.

أما فى التبرعات. فان الأمر فى رأيه مختلف حيث يطلب الأمر فحصا رقيقا يدور حول البواعث الفردية للمتصرف أى البحث عما يجوش داخل ارادة المتبرع الفردية. و لذلك فانه لا يجب التوسع فى الاثبات و ذلك لأن الضمانات الفردية للمتبرع تصبح أولى با لرعاية و يتمثل هذه الضمانات على وجه التحديد فى قيود لصالح الاثبات. [2] و اما بوجيزان فذهب الى أنه لا بد من المساهمة اى أن يسهم الفريقان فى تحقيق الغرض الذى يرمى اليه الباعث أى لا بد أن يكون من الطرف الآخر عمل إيجابى. [3]

---

[1] - السنهورى: الوسيط، ج457/1

[2] - شعبان: السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى، ص359

[3] - انظر الدريني: نظرية التعسف فى استعمال الحق، ص 211،212

• الفصل الثانى

مناهج إعمال الباعث و إهماله

وفيه مبحثان وهى ..

- **المبحث الأول**: منهج إعمال الباعث وأدلته
- **المبحث الثانى**: منهج إهمال الباعث وأدلتة

المبحث الأول: منهج إعمال الباعث و أدلته

ففيه أربعة مطالب وهى...

المطلب الأول: حقيقة منهج إعمال الباعث عندالفقهاء

المطلب الثانى: مااستدل به من القرآن و السنة على إعمال الباعث

ففيه فرعان...

الفرع الأول: أدلته من القران

الفرع الثا ني: أدلته من السنة

المطلب الثالث: الإعتراضات الواردة على القول بإعمال الباعث والإجابة عنها

المطلب الرابع: نظرية الباعث فى القا نون الو ضعى

المطلب الأول:حقيقة منهج إعمال الباعث عندالفقهاء

و هو منهج يعتمد النظر الى البواعث، و إعمالها وإن لم ينص عليها، متى ما أمكن الكشف عنها والعلم بها من خلال القرائن والدلائل ونحو ذلك من الأمور الكاشفة عن البواعث وهو الغالب فى التطبيقات الفقهية فى المذهبين المالكى والحنبلى و بعض التطبيقات فى المذهب الظاهرى ومن أمثلة ذلك:

1 - بطلان نكاح التحليل اعتبارا بنية التحليل و قصده وإن لم يشترط ذلك فى العقد.[1]

2 - بطلان نكاح المريض مرض الموت لكونه متهما بقصد الضرار بالورثة و ذلك بادخاله وارثا عليهم.[2]

3 - توريث المطلقة البائن فى مرض الموت المخوف مراعاة لقصد المطلق فى حرمانها من الإرث، حتى وان مات بعد إنتهاء العدة. بل و لو تزوجت واحدا أو اكثر عند المالكية.[3]

4 - تحريم البيع ما يقصد به الحرام: كعصير العنب المتّخذة خمرا، وسلاح فى فتنة، و مأكول ومشموم لمن يشرب عليهما المسكر، ولو لم يعلم هذا القصد إلا بالقرائن، بل و بطلان هذا التصرف عند الحنابلة، و وجوب اخراج المبيع من ملك المشترى عند المالكية.

5 - تحريم إجارة الدار لمن يبيع الخمر فيهان او لمن يتخذها كنيسة، او معبدا للمجوسن بل و بطلانها عند الحنابلة، و فسخها عند المالكية.

قال الدردير: " و كذا يمنع بيع كل شيء علم أن المشترى قصد به أمرا لا يجوز كبيع جارية لأهل الفساد و قال الدسوقى محشيا على ذلك أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة والخشبة لمن يتخذها صليبا والعنب لمن يعصر خمرا والنحاس لمن يتخذه ناقوسا وكذا يمنع أن يباع للحربين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سراج، و كل ما يتقون به فى الحرب من نحاس أو خباء أو ماعون "[4]

وقال ابن قدامة: " و هكذا الحكم فى كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح لاهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة وبيع الأمة للغناء أو اجارته كذلك أو اجارة داره لبيع الخمر فيها

---

[1]- انظر: الدسوقى، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ، ج258/2و ابن قدامة: المغنى ج51/10

[2]- انظر:الدسوقى الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج276/2

[3] - انظر:الدسوقى الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج 353/2 و ابن قدامة: المغنى

[4]- الدسوقى: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج7/3

أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار أو اشباء ذلك فهذا حرام والعقد باطل ... فيكون بيع ذلك كله باطلا."[1]

وقال ابن حزم:" ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو مفسوخ أبدا... وهكذا فى كل شيء."[2]

[1]- ابن قدامة: المغنى ج319/2

[2]- ابن حزم: المحلى ج29،30/9

المطلب الثاني: ما استدل به من القرآن والسنة على اعمال الباعث

الفرع الأول: الادلة من القرآن

من الادلة التي استدل بها المالكية و الحنابلة ومن وافقهم (الظاهرية) من الاعتداد بالبواعث و إعمالها من كتاب الله و سنة رسوله والتطبيقات الفقهية أكثر من ان تحصر [1]

فمن دلائل الكتاب العزيز على ذلك ما يلي:

1- قوله تعالى :" (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الاخر و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا) " [2]

وقوله تعالى : "(ولا تمسكو هن ضرارا لتعتدوا)" [3]

وجه الاستدلال: قال ابن القيم رحمه الله مبنيا وجه الدلالة من هاتين الأتين : "و ذلك نص فى أن الرجعة إنما ملكها الله تعا لى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار و من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه أثم بذلك " [4]

2-قوله تعالى"(من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار)"[5]

وجه الاستدلال:قال شيخ الاسلام "فان الله سبحانه إنما قدم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها،فاذا وصى ضرارا كان ذلك حراما و كان للورثة إبطاله وحرم على الموصى له أخذه بدون رضا هم"[6]

قال ابن القيم" فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصى الضرار فإن قصده فللورثة إبطاله و عدم تنفيذها "[7]

---

[1] -انظر:إبن القيم: إعلام الموقعين، ج500/4 ،وابن القيم الجوزية،إغاثة اللهفان ج559/1والشاطبي:الموافقات ج7/3

[2] - البقرة :228

[3] - البقرة :231

[4] - إبن القيم:إعلام الموقعين ج500/4، وانظر: ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص86

[5] - النساء 12

[6] - ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص86

[7] - إبن القيم:إعلام الموقعين ج500/4

و انت رأيت فى هذا التوجيه القرانى كيف كان للقصد أثره فى اباحة الوصية، أو تحريمها، بل وفى انفاذها أو ابطالها، فمتى كان القصد الموصى بوصية الإضرار بالورثة بحرمانهم من الإرث، أو إحاق النقص بحقوقهم فى التركة، وثبت هذاالقصد باقراره مثلا،كان ذلك منه اثما وصار للقول بابطال وصية وجه معتبر، وحظ قوى من النظر.[1]

3- وقوله تعالى "ويسئلونك عن اليتمى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطو هم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح "[2] كان سبب نزول هذه الأية الكريمة تحرج الصحابة بعد نزول قوله تعالى " (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن) "[3] من مخالطة اليتامى فى مطاعمهم و مشاربهم ومراكبهم حتى شق عليهم ذلك فانزل الله تعالى" (قل إصلاح لهم خير وإن تخالطو هم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح)"

ففى قوله تعالى " (والله يعلم المفسد من المصلح) " إشارة إلى أن العبرة ليست بمخالطة اليتامى فى أموالهم و مطاعمهم و مشاربهم وإنما العبرة بالباعث على ذلك والدافع اليه أ هو الرغبة فى الاصلاح أوالإفساد ؟

يقول ابن جرير الطبرى رحمه الله بعد كلام طويل له في تأويل فى هذه الاية "... فإنه يعلم من خا لط منكم يتيمه فشاركه في مطعمه ومشربه ومسكنه وخدمه ورعاته فى حال مخالطته إياه ، ما الذى يقصد بمخالطته إياه ،و إفساد ماله و أكله بالباطل أم إصلاحه و تثميره ؟ لأنه لا يخفى عليه من شئ ويعلم أيكم المريد إصلاح ماله من المريد إفساده"[4]

و لهذا عد بعض أهل العلم قوله تعالى " (والله يعلم المفسد من المصلح)" أصلاً لإعمال المقاصد و البواعث فى تقرير الأحكام قال السيوطى رحمه الله قوله تعالى" (والله يعلم المفسد من المصلح) "أصل لقاعدة الأمور بمقاصدها ،فرب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع بإعتبار مقصد أخر"[5]

---

[1] - انظر: ابن رجب الحنبلى، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن ابن الحنبلى، جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرناؤوط و ابراهيم باجس،مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الاولى(1411هـ) ج 213/2

[2] - البقرة 220

[3] - الاسراء34

[4] - الطبرى: ابوجعفرمحمد بن جرير الطبرى، تفسير الطبرى، تحقيق د.عبدالله التركى،هجر للنشر والتوزيع ،مصر. الطبعة الآولى (1422) ج679/3

[5] -السيوطى: جلال الدين السيوطى،الآكليل فى استنباط التنزيل،تحقيق د.عامر العراقى.دار الآندلس الخضراء ، السعودية . الطبعة الآولى (1422هـ) ج396/1

الفرع الثا ني: الأدلة من السنة

قد دلت الأحاديث الكثيرة على ما للباعث والمقصد من أثر فى التصرفات و مشروعية اعمال الباعث بما يتناسب شانه من الاحكام و منها :

1 - قوله صلى الله عليه وسلم" إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى "[1]

وجه الاستدلال: وجه الإستدلال بهذا الحديث هو أن هذا الحديث أصل فى إعمال مقاصد المكلفين حيث أفادت الجملة الاولى فى الحديث أن العمل الاختيارى للعامل لا يقع الا بالنية كما أفادت الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وقصده وأن العبرة ليست بالصورة الظاهرة للعمل فحسب و إنما كذلك بالباعث عليه والداعى إلى فعله [2] لهذا فى آخر الحديث تفصيل و تمثيل لهذاالمعنى فقال صلى الله عليه وآله وسلم ـ فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته الى الله و رسوله و من كانت هجرته لدنيا يصيبها، أو امرة ينكحها فهجرته إلى ما ها هجر إليه ـ و كأنه صلى الله عليه وآله وسلم بهذا التمثيل يقول ـ سائر الأعمال على حذو هذا المثال [3]

1 - وقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما روى عنه "صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم "[4]

وجه الاستدلال: وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم حيث فرق فى حكم أكل الصيد للمحرم إذا صاده الحلال بين ما إذا صاده الحلال للمحرم، و بين ما إذا صاده الحلال لنفسه أواصطياده مطلقا. فحرمه على المحرم فى الصورة الأولى و أباحه له فى الصورة الثانية مع أن الفعل واحد و إنما أثر القصد و الباعث على الصيد فى تغير الحكم.

قال ابن القيم رحمه الله معقبا على ذلك" فانظر كيف أثر القصد فى التحريم و لم برفعه ظاهر الفعل "[5]

[5]" و قال شيخ الاسلام فعلم بذلك مؤثر فى تحريم العين التى تباح بدون القصد و إذا كان فى الافعال الحسية ففى الاقوال و العقود الأولى[1].

---

[1] - البخارى: الامام محمد بن إسماعيل البخارى، صحيح البخارى،مطبوع مع فتح البارى،المكتبه الاسلتمية،تركيا ،الطبعة اللأولى, ج15/1

[2] -انظر: ابن رجب الحنبلى، جامع العلوم والحكم ج64,65/1، وإبن القيم:إعلام الموقعين، ج522/4

[3] - ابن رجب الحنبلى، جامع العلوم والحكم, ج72/1

[4] - السجستانى،الحافظ ابو داود سليمان بن الأشعث السجستانى،سنن لابى داؤد و علق عليه محى الدين عبد الحميد، دار الفكر.ج171/2

[5] - إبن القيم: إعلام الموقعين ،ج504/4

2 - و قوله صلى اله عليه وسلم وقد سئل عن الرجل يقاتل شجاعة و يقتل حمية و يقاتل رياء أى ذلك فى سبيل الله ؟ من قاتل لتكون كلمةالله العليا فهو فى سبيل الله[2].

و أتاه أعرابى فقال ـ الرجل يقاتل للمغنم و الرجل يقاتل للذكر و الرجل يقاتل ليرى مكانه، فمن فى سبيل الله ؟ فقال صلى الله عليه وسلم من قاتل لتكون كلمةالله العليا فهو فى سبيل الله[3].

وجه الاستدلال: عند تأمل هذاالحديث نلحظ أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن عمل واحد و هو قتال العدو، لكن هذا العمل و إن ا تحدت صورته الظاهرة إلا أن البواعث عليه متعددة، فاختلف حكمه باختلاف الباعث عليه ولهذا جا السؤال عنه أى ذلك فى سبيل الله و من مفهوم ذلك أن من كان باعثه على القتال حمية وعصبية أو رياء وسمعة أو غنيمة دنيوية، فليس ذلك فى سبيل الله. فهذا الآ يا ت القرانية و الاحاديث النبوية و غيرها ما فى مما فى معناه ولم يذكر أدلة واضحة و براهين ناصعة على أن البواعث والمقاصد لهاأعظم الأثر فى تغير الأحكام فى التصرفات و العقود وإن اتحدت صورة الفعل و هيئة الظاهرة .

قال ابن القيم فهذا النصوص و أضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرهاوأحكام الشريعة تقتضى ذلك أيضا [4].

قال الشاطبى: أن الأعمال بالنيات و المقاصد معتبرة فى التصرفات من العبادات و العادات و الأدلة على هذا المعنى لا ترحصر . [5]

---

[1] - ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص 92

[2] - البخارى: الامام محمد بن إسماعيل البخارى:صحيح البخارى،،مطبوع مع فتح البارى, المكتبه الاسلتمية , تركيا , الطبعة الأولى, ج450/13

[3] - البخارى: صحيح البخارى, مطبوع مع فتح البارى .ج35/6

[4] - إبن القيم: إعلام الموقعين , ج504/4

[5] - الشاطبى: الموافقات ج7/3

المطلب الثالث:الإعتراضات الواردة على القول بإعمال الباعث والإجابة عنها

الكلام فى هذا المطلب عن الاعتراضات الواردة على القول بإعمال الباعث والإجابة عنها و التفصيل كما ياتى بالتالى .

الإعتراض الأول :ما جاء فى السنة من صحة نكاح الهازل و طلاقه ورجعته كما فى قوله عليه الصلوة والسلام : "ثلاث جدهن جد و هزلهن جد: النكاح و الطلاق و الرجعة: [1] حيث" جعل النبى الهازل بالنكاح و الطلاق و الرجعة كالجاد بها مع أنه لم يقصد حقائق هذه الامور " [2] فدل ذلك على أن الاحكام انما ترتب على أسبابها الظاهرة دون مقاصدها و فى ذلك للقول بأن البواعث و المقاصد معتبرة فى العقود و التصرفات .

وهذه الشبهة قد تبدو فى اول الامر ظاهرة القوة فى نقض ما ذهب اليه المالكية و الحنابلة من اعتبار البواعث والقصود فى التصرفات والعقود. ولكنها فى الحقيقة

كما ذهب اليه ابن تيمية بقوله "تحقق ما مهدناه من اعتبار المقاصد "[3]

والجواب عن هذا الاعتراض عن وجوه

الوجه الاول: فان غاية ما ذهب اليه الملكية والحنابلة أن القصود معتبرة فى التصرفات والعقود ومؤثرة فى احكامها و لم يقولوا: ان عدم القصد مؤثر كذلك. فالهازل لم يوجد منه القصد الى موجب العقد كما لم يوجد منه قصد مخالف لموجب العقد و فرق بين عدم قصد الحكم و بين وجود قصد ضده " [4] فلا يلزم من معاملة الهازل بظاهر لفظه لعدم قصده شيئا معاملة من قصد خلاف ما تلفظ به أو قصد مناقضة الشارع فيا تلف به المعاملة نفسها.

---

[1]- ابن ماجه: سنن ابن ماجه، رقم الحديث 2039ص 657

[2]- ابن القيم: اعلام الموقعين، ج4/512, 513

[3]- ابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص111

[4]- انظر: ايضا ص 111

الوجه الثانى : و تكملة للوجه الاول أن الهازل قاصد للقول مريد له مع علمه بمعناه و موجبه و قصداللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمها [1]

قال الشاطبي: " ان القاصد لايقاع السبب غير قاصد للمسبب لا ينفعه عدم قصده له عن وقوعه عليه و الهازل كذلك لأنه قاصد لايقاع السبب بلا شك و هو فى المسبب أما غير قاصد له بنفى و لا اثبات و اما قاصد أن لايقع و على كل تقدير فيلزمه المسبب شاء أم أبى "[2]

الوجه الثالث: أن الهازل لو نص فى اللفظ على لفظه كما لو قال: طلقتك هازلا أو قال الولى زوجتك هازلا لم يمنع ذلك وقوع الطلاق و النكاح و لو قال الولى: زوجتك على أن تحلها للأول بالطلاق بعد الدخول لم يصح النكاح وعد لفه بشرط التحليل أثناء العقد مانعا من صحته لمقارنة العقد هذا الشرط الفاسد. فاذا افتراق الحكم فى حال التلف بين الهازل اذا عبر عن هزله لفظ و بين من له قصد مناقض للشرع اذا نص على قصده فى العقد فأولى أن يختلف الحكم فيما اذا لم يعبر عن ذلك بل قصداه بقلبيهما دون التلفظ به. و سر الفرق كما اشار اليه ابن تيميه بقوله هذا " أن الهازل معه عدم قصد مقتضى اللفظ و العدم لو أهره لم يكن شرطا فالهازل عقد عقدا ناقصا فكمله الشارع و المحلل زاد على العقد الشرعى ما أوجب عدمه."[3]

الوجه الرابع: أن تصحيح نكاح الهازل - عند التامل _ يعد حجة قوية لاعتبار المقاصد و البواعث ذلك أن الهازل غرضه من الكلام التفكه و التلهى و التمضمض بمثل هذا الكلام من غير لزوم حكمه له فلما كان قصده ذلك أفسد الشارع عليه غرضه و لم يرتب غرضه من التلهى و اللعب على مجرد لفظه بل ألزمه بمقتضى اللفظ من نكاح و طلاق و رجعة و أثبته فى حقه كما أفسد الشارع فى نكاح التحليل غرض المحلل عليه لإفساد العقد و لم يرتب أثره عليه فلم يعده مبيحا لرجوع المرأة الى زوجها الأول. ففى كلا صورتين لم يقف الشارع عند مجرد اللف و انما تجاوزه الى النر الى الباعث عليه فتبين بهذا —كما قرر ابن تيمية —أن اعتبار الشارع المقاصد هو الذى أوجب صحة نكاح الهازل كما أوجب فساد نكاح المحلل.[4]

---

[1]- انظر ابن القيم: اعلام الموقعين، ج539/4 وابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص100

[2]- الشاطبي: الموافقات، ج21/3. وابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص100

[3]- ابن تيميه: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص112

[4]- ايضا ص101, 102

الاعتراض الثانى: و مما اعترض به على ما ذهب اليه المالكية و الحنابلة من اعمال الباعث و ان لم ينص عليه العقد أنه يترتب على القول باعمال البواعث والمقاصد و بخاصة عقود المعاوضات المالية تزعزع التعامل بين المتعاقدين لأن الباعث قد يكون مستترا فى نفس المشترى و لا علم للبائع به و من ثم فلا يبعد أن يتذرع من يرغب فى ابطال العقد من المشترين بوجود باعث غير مشروع.

الجواب عن هذا الاعتراض أن الفقهاء القائلين باعتبار المقاصد و البواعث و ان لم ينص عليها فى العقد قد تنبهوا الى هذا الاشكال فاشترطو لاعمال الباعث وسيلة لابطال العقد : علم الطرف الآخر بالباعث من خلال القرائن أو نحو ذلك من الدلائل أما اذا لم يعلم الطرف الآخر به فان العقد فى حق البائع صحيح و الاثم على صاحب النية السيئة.

قال ابن عبد البر: " و لا يباع شيء من العنب و التين و الزبيب ممن يتخذ شيئا من ذلك خمرا مسلما كان أو ذميا اذا كان البائع مسلما و عرف المتاع ببعض ذلك أو يتنبذه و اشتهر به "[1]

قال ابن قدامة: " ان بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرم اذا ثبت هذا فانما يحرم البيع و يبطل اذا علم البائع قصد المشترى ذلك اما بقوله و اما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فاما ان كان المر محتملا مثل ان يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل و الخمر معا و لم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر فالبيع جائز "[2]

قال ابن حزم: "و لا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو منسوخ أبدا كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمرا وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدمس بها... فان لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لأنه لم يعن على اثم فان عصى المشترى الله تعالى بعد ذلك فعليه "[3]. و لهذا فلا وجه للقول بتزعزع المعاملات و عدم استقرارها عند اعمال الباعث و اعتباره ما دام ان ذلك مشروط بعلم الطرف الآخر به.

---

[1]- ابن عبد البر:ابو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر المالكى،ا لكافى فى فقه اهل المدينة، تحقيق د. محمد احمد احيد، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى ج677/2

[2]- ابن قدامة: المغنى، ج319،31/6 ،و انظر:ابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص417

[3]- ابن حزم: المحلى، ج29,30/9

المطلب الثاني: نظرية الباعث فى القا نون الو ضعى

ففيه فرعان وهما...

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن نظرية الباعث فى القانون الوضعى

يذكر معظم علماء القانون الوضعى الباعث ضمن موضوع السبب. و يرون أن نظرية الباعث قد بدأت فى القانون فى القرن الثالث عشر [1] و ان اول من صاغ فكرة السبب الباعث بشكلها المنطقى هم رجال الكنسى، حين جعلوا السبب ركنا فى الالتزام يؤثر فى صحة العقد والعمل وبطلانه وفسروا السبب بالباعث.[2] و يرى اكثر شراح القانون الوضعى بأن العقود الرضائية التى تلعب الأرادة دورا هاما فى ارتقاء نظرية الباعث فى القانون الوضعى. و لقد بدأ تأثير القانون الكنسى فى مجال العقود منذ القرن السادس. فقد كان رجال الدين المسيحين يفكرون بعقلية رجل الدين حيث يتطلبون من الشخص أن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الدين[3]. و ان فى القانون الوضعى توجد نظريتان للسبب. النظرية الأولى فهى النظرية التقليدية ومفهو م السبب فيها " أنه الغرض المباشر من العقد ولا تعتد هذه النظرية بالنيات و المقاصد و البواعث و انما تقصر السبب على الغرض القريب من العقد و تتخذ من القواعد القانون الرومانى أساس لها.[4] و فى هذه النظرية تعتد بالارادة الظاهرة وحدها دون الباطنة و تتخذ من مبدأ استقرار التعامل أساسا لها و لا تعتد بالنية و القصد [5]. و استعمال السبب فى هذا المعنى فهو ليس مطلوب و مراد هنا فى هذا البحث.

و أما النظرية الثانية فهى النظرية الحديثة وهذه النظرية تعتبر الباعث أو الدافع الى التعاقد و هو السبب وهى من مبتدعات قضاء المصرى و الفرنسى و قد ذهبت القضاء مذهبا جرئيا هيمن به على البواعث التى تدفع الناس الى التعاقد حتى اذا وجدها مخالفة للنظام العام و حسن الاداب اعتبرها باطلة بطلانا مطلقا[6].

---

[1] – انظر: بسيونى، عادل مصطفى بسيونى، مبداء سلطان الارادة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الغربية،ص220

[2] – انظر:حجازى، عبد الحيى حجازى. النظرية العامة للالتزام ج 368/1

[3] – انظر: حجازى، عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام ، المطبعة العالمية (1960م)ح131/1

[4] –شعبان: السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى، ص (ج)

[5] – السنهورى: الدكتور عبد الرزاق،الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد،دار النهضة العربية (1983) ص585

[6] – القاضى: الدكتور مختار القاضى،اصول الالتزامات فى القانون المدنى، ملتزمة الطبع والنشر لجنة البيان العربى ،القاهرة ص72

الفرع الثاني: منهج إعمال الباعث فى القانون الوضعى

فى النظرية الحديثة يستعمل السبب بمعنى الباعث " فهو شيء خارجى عن العقد و لا يذكر فى العقد بحكم الضرورة و اللزوم و لا يستخلص حتما و هو شى ذاتى خاص بالملتزم اذ يرجع الى نواياه و ما يتأثر به من دوافع و هو شى متغير لا فى كل نوع من العقود فحسب بل فى كل عقد على حدة "[1]. و ان فكرة السبب الباعث على التعاقد نشأت فى ظل القانون الكنسى ولقيت تحت هذا الظل تقدما كبيرا لحماية المقاصد الشرعية التى لا ينبغى أن يحيد عنها العبد فى معاملاته الدنيوية .[2] واعتبر شراح القانون الوضعى ان القانون الكنسى هو الأساس لنظرية السبب الباعث ولقد تأسس بنيان النظرية على حدة مبادى أخلاقية واشار اليها القانون الوضعى على أنها من وضع رجال الكنيسة و تمثلت هذه المبادى فى أن النكول عن الوعد اثم الاخلال به خطيئة لانه كذب و الكذب خطيئة دينية و من لا يؤيد قوله فعله يعتبر كاذبا و يستمد الالتزام قوته بالقسم على الانجيل[3].

فان شراح القانون الوضعى ربطوا بين قواعد الأخلاق و ما تستوجبه من الاعتداد بالنوايا و القصود و ربطوا بينها و بين القانون الكنسى متخذين من القانون الكنسى أساسا للنظرية الحديثية للسبب.[4]

و يقوم اساس هذه النظرية على أساس الأخذ بنية العاقد و قصده و ما يهجس فى خلال نفسيته من دوافع و بواعث تجعله يقدم على ابرام العقد و يترتب على تقيم هذه البواعث الحكم بصحة العقد أو بطلانه فى ضو سلامة النوايا والمقاصد أو سوءها.

قال الدكتور السنهورى "اصحاب هذه النظرية لا يقفون عند ظواهر النصوص و العبارات الواردة فى العقد أو التصرف. و انما يجعلون للدوافع و البواعث تأثيرا مباشرا على حكم العقد على اساس أن الارادة الحقيقية هى الارادة الباطنة و ليست الارادة الظاهرة فالدوافع و البواعث تتحرك دائما نحو اهداف و غايات يرمى العاقد الى ما كانت موافقة أو مخالفالحقيقتها من وراء ابرام عقده أو تصرفه[5].

---

[1] – السنهورى:الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية العقد، ص603

[2] –القاضى: الدكتور مختار القاضى،نظرية السبب فى الالتزمات المدنية،ملتزم الطبع والنشرن دار الضياء، مصر، الطبعة الأولى(1962) ص24

[3] – شعبان: السبب الباعث، ص220

[4] – شعبان: السبب الباعث ،ص 216

[5] – السنهورى: الوسيط فى شرح القانون، نظرية العقد، دار النهضة العربية، (1983م)،ص 584

و الظروف التى نشأت فيها نظرية الباعث فى القانون الوضعى تتمثل لافى أنها كانت فى باية لأمرها مجرد حلول قضائية استوجبتها الضرورات العملية فكان الغرض منها حماية المجتجع من الا تفاقات التى يبرمها الأفراد فيما بينهم و تكون غير مشروعة اعمالا لمبدأ سلطان الارادة و الذى يعنى أن للارادة مطلق الحرية فى ابرام ما تشاء من عقود أو تجربة من تصرفات سواء أكانت موافقة أو مخالفة للقواعد الأساسية.

هذه النظرية كانت من صنع القضاء الفرنسى فى القرن التاسع عشر و الذى ابطل الاتفاقات غير المشروعة و حد بذلك من الغلو فى اطلاق الأخذ بمبدأ سلطان الارادة. و ترك شراح القانون فى جدلهم الذى لا يهدأ بين أنصار النظرية الحديثة الذى رجعوا أساسها الى قواعد القانون الكنسى. [1]

[1] - انظر: شعبان، السبب الباعث، ص (د)

المبحث الثا نى: منهج إهمال الباعث وأدلته

المطلب الأول: حقيقة إهمال الباعث عند الفقهاء

المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على إهمال الباعث

ففيه فرعان

الفرع الأول:الأدلة من القران

الفرع الثانى: الأدلة من السنة

المطلب الثالث:الإعتراضات الواردة على القول بإهمال الباعث و الإجابة عنها

المطلب الأول: حقيقة منهج إهمال الباعث عند الفقهاء

هو منهج يقوم على اهدار البواعث، و إهمالها ما لم تظهر صراحة فى التصرف و عليه فلا عبرة بالقرائن والملابسات المصاحبة للتصرف الدالة على البواعث الخفية وراءه. و هذا هو الاتجاه الغالب فى التطبيقات الفقهية فى المذهب الحنفى والمذهب الشافعى على وجه الخصوص.

قال الطحاوى: "و من كان له عصير فلا بأس عليه بيعه وليس عليه أن يقصد بذالك الى من يأ منه أن يتخذه خمرا دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشترى فيها"[1].

وقال المرغينانى : " و من آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به. و هذا عند ابى حنيفة. "[2]

و قال الكاسانى: "لا تجوز اجارة الاماء للزنى، لأنها اجارة على المعصية" [3]

وقال الكاسانى ايضا:"فان تزوجت بزوج آخر و من نيتها التحليل، فان لم يشترطا ذلك بالقول، و انما نويا ودخل بها على هذه النية حلت للأول فى قولهم جميعا، لان مجرد النية فى المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحا، لاستجماع شرائط الصحة، فتحل للأول كما لو نويا التوقيت، وسائر المعانى الفاسدة"[4]

فهذه الأمثلة المنقولة فى المذهب الحنفى ظاهرة الدلالة على اهمال النيات، و عدم الاحتفال بالبواعث والمقاصد، ما دام التصرف ظاهرا مستكملا شروط الصحة، وأن وجود البواعث السيئة لا يؤثر فى صحة التصرف. و اكد هذا المعنى الخصاف عند حديثه عن من وهب شيئا من ماله قبل انتهاء الحول فرارا من الزكاة أو راجع زوجته بقصد الاضرار و غير ذلك من التصرفات التى يقف وراءها بواعث سيئة

---

[1] - الطحاوى: ابو جعفر أحمد بن محمد الطحاوى، مختصر الطحاوى، تحقيق ابو الوفا الأفغانى،دار احياء العلوم ،الطبعة الأولى (1406ه)، ص 280

[2] - المرغينانى: برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانانى، الهداية شرح البداية،ارادة القران والعلوم الاسلامية. باكستان. الطبعة الأولى (1417ه)، ج227/7، 228

[3] - الكاسانى: البدائع ج190/4

[4] - الكاسانى: البدائع ج187/3

فقال:" فليس يبطل من أحكام الله تعالى التى أحلها نية نواها رجل كرهناها له، و ليس عندنا فيما كرهنا من ذلك أثر ولا سنة"[1]

و أما المذهب الشافعى فالأمر فيه لا يحتاج الى ذكر مسائل للتدليل على مذهبهم فى اهمال البواعث واهدارها حيث جأت نقول صحيحة صريحة عن الامام الشافعى نفسه فى تقرير هذا الأصل، و اليك منها بعض النصوص لأهميتها فى تجلية هذه الحقيقة.

النص الاول: فقال الامام الشافعى:" أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم ابطله بتهمة، و لا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، و أكره لهما النية، اذا كانت النية لو اظهرت كانت تفسد البيع. و كما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به، و لا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما،لانه قد لا يقتل به، و لا افسد عليه هذا البيع."[2]

النص الثانى: ذكر الامام الشافعى فى كتابه الأم عند ذكر نكاح المحلل[3] و نكاح المتعة . قال رحمه الله : "و كذالك لو نكحها و نيته و نيتها، أو أحدهما دون الآخر ألا يمسكها الا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها، ثبت النكاح .و سواء نوى ذلك الولى معهما أو نوى غيره ، والولى فى هذا لا معنى له يفسد شيئا ما لم يقع النكاح بشرط فاسد "[4]

النص الثالث: من كتاب ابطال الاستسحان من الأم. قال رحمه الله تعالى: "و هذا يدل على أنه لا يفسد عقد أبدا الا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه، و لا تأخره، و لا بتوهم و لا بالأغلب. و كذلك كل شيء لا نفسده الأ بعقده. و لا نفسد البيوع بأن يقول: هذه ذريعة وهذه نية سوء، و لو جاز ان نبطل من البيوع بأن يقال: متى خاف أن تكون ذريعة الى الذى لا يحل كان أن يكون اليقين فى البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن..."[5]

---

[1] - الخصاف: ابو بكر أحمد بن عمرو الخصاف، الحيل، طبع بمصر(1314هـ) ص 8.

[2] - الشافعى: الأم ج152/4

[3] -نكاح التحليل له صورتان: 1- النكاح بشرط التحليل: فهو حرام عند الجمهور و مكروها تحريما عند الحنفية و الاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام" لعن الله المحلل والمحلل له" وقوله عليه الصلوة والسلام" ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالو بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له" و قد صرح الشافعية و ابو يوسف بفساد هذا النكاح و عدم وقوع التحليل به و ذهب ابو حنيفة و زفر الى أن يقع به التحليل .

2- النكاح بقصد التحليل: فقد اتفق الحنفية والشافعية على أن هذا الزواج صحيح و يقع به التحليل مع الكراهة لأن مجرد النية فى المعاملات غير معتبر . (انظر للتفصيل: بدائع الصنائع ج 187/3 شرح فتح القديرج177/3، و حاشية ابن عابدين ج/835)

[4] - الشافعى: الأم ج206/6

[5] - الشافعى: الأم ج66/9

فهذا النقول الصريحة عن الامام الشافعى واضحة الدلالة فيما ذهب اليه من عدم الاعتداد بالبواعث و المقاصد ما لم ينص عليها فى العقد و أن العبرة فى صحة التصرف انما هى فى توفر شروطه الظاهرة و عدم اقترانه بما يفسده من الشروط. و أما انطوت عليه نيات المتعاقدين واستتر وراء تصرفات المكلفين من المقاصد و البواعث السيئة فامره الله تعالى مهما قويت القرائن عنها. و لهذا عد النووى هذا القول مذهب الشافعية حيث قال فى كلامه عن البيع التلجئة [1]: "و الصحيح صحته، لأن اعتبار عندنا بظاهر العقود لا بما ينويه العاقدان، و لهذا يصح بيع العينة[2]، و نكاح من قصد التحليل"[3]

و فى ذلك يقول السبكى: " فاذا لم يكن الرجوع الى المقاصد الخفية جائزا اتفاقا فالأولى الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية وعدم الاحكام بامر آخر "[4]

1- التلجئة لغة : ألجأه إلى كذا ، أضطره إليه والتلجئة : الأكراه ، وقيل أن يلجئك أن تأتي أمرا ظاهرا خلاف باطنهوأما في الإصطلاح المراد به : أن يخاف المرء أن يأخذ الظالم [1] ملكه فيواطيء رجلا على إظهار شرائه منه ولا يريد بيعا حقيقا ليحتمي بذلك

[2] - فالعينة بكسر العين معناها في اللغة: السلف، يقال: اعتان الرجل: إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة أو اشترى بنسيئة.وقيل: لهذا البيع عينة، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها (أي من البائع)، عينا أي نقداً حاضراً.

ويرى الكمال بن الهمام من الحنفية أنه سمي بيع العينة لأنه من العين المسترجعة، واستحسن الدسوقي من المالكية أن يقال: إنما سميت عينة، لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل بدفع قليل في كثير. أما في الاصطلاح : وهي بيع العين بثمن زائد نسيئة ليبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل ليقضي دينه.

[3] - النووى: المجموع ج261/9.

[4] - السبكى: ابو الحسن على عبد الكافى السبكى، تكملة المجموع ، دار الفكر بيروت .ج155/10

المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على إهمال الباعث

وفيه فرعان

تمهيد: عمدة ما استدل به على إهمال البواعث ما قرره الشافعى من أن الأصل حمل كلام المكلفين و سائر عقودهم و تصرفاتهم على ظاهرها ، و اما المقاصد والبواعث فأمور باطنية لا يعلمها الا الله عز و جل و من ثم فلا يسوغ تعليق ا لأحكام عليها. قال الإمام الشافعى "الأحكام على الظاهر والله المغيب ومن حكم على الناس بالازكان [1] جعل لنفسه ما خطر الله و رسوله ." [2] و قد أبدى الامام الشافعى وأعاد فى تقرير هذا الأصل، و الاستدلال له من الكتاب والسنة، و من هذه الأدلة التى ذكرها ما يلى:

الفرع الأول: الادلة من القران

1 - أن الله سبحانه ذكر المنافقين و بين لرسوله صلى الله عليه وسلم فيما انزل عليه حالهم، وكفرهم، وأنهم انما أظهروا الأيمان وقاية لهم من القتل فقال الله تعالى : "اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله والله يعلم انك لرسوله والله يشهد ان المنافقين لكذبون . اتخذوا ايمانهم جنة فصدو عن سبيل الله ." [3] بل أخبر الله تعالى أنهم من أهل النار فقال تعالى: " ان المنافقين فى الدرك آلأسفل من النار" [4]

ان سبحانه تعالى بين فى الأية لرسوله حال المنافقين وكفرهم و مع ذلك لم يحكم (النبى)عليهم بحكم الكفر مع الدلالة التى لا اقوى منها . و قال الشاقعى " لو كان لاحد أن ياخذ بباطن عليه دلالة كان ذلك لرسول الله" . [5]

---

[1] -الازكان مصدر زكن أزكنه ازكانا: علمه وفهمه وتفرسه وظنه. القاموس المحيط ج4/ 231مادة زكن- وعلى هذا فالازكان العلم بالشيء على سبيل الظن.

[2] - الشافعى: الأم، ج245/5

[3] - المنافقون .1,2

[4] - النساء.145

[5] - الشافعى: الأم، ج245/5

الفرع الثانى:الأدلة من السنة

1-حديث عويمر العجلاني و ملاعنته امرأته وانفاذه حكم اللعان مع أن أحدهما كاذب لا محالة . ففي هذا الحديث قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "انظروا فان جاءت به أسحم أدعج العينين عظيم الأليتين خدلج الساقين فلا أحسب عويمرا الا صدق عليها وان جاءت به أحمير كأنه وحرة فلا احسب عويمرا الا قد كذب عليها فجاءت به على العنت الذى نعت به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تصديق عويمر "[1]

فعلم النبي صلى الله عليهوسلم صدق عويمر و كذب زوجته ومع ذلك لم يقم عليها ولا على من رماها زوجها به الحد مع قيام البينة على ذلك. و فى هذا اعظم دليل على اهمال البواعث وان دلت عليها أعظم القرئن والدلائل بل " لا يجوز فى شيء من الأحكام بين العباد أن يحكم فيه الا بالظاهر، لا بالدلائل"[2]

2-قول النبي صلى الله عليه وسلم " انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحق أخيه شيئا بقوله فانما أقطع له قطعة من النار فلا ياخذ ها "[3]

فأخبر هم صلى الله عليه وسلم أنه يقضى بالظاهر وأن الحلال والحرام عند الله على الباطن [4]

و فى هذا اشارة واضحة لأمته بأن احكام الدنيا لا تعلق لها البواعث والمقاصد، فتصرفات العباد كلها من العقود والحدود و غيرها مبنية على الظاهر وأما أمور الآخرة من الثواب والعقاب فمردها الى الباطن .

---

[1] -البخارى: ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخارى،صحيح البخارى، دار السلام للنشر والتوزيع الرياض طبعة ثانية(1419هـ) رقم الحديث4745 ، ص827

[2] - الشافعى: الأم، ج64/9

[3] - البخارى: صحيح البخارى، رقم الحديث2680 ، ص436

[4] - الشافعى: الأم ،ج246/5

المطلب الثالث:الإعتراضات الواردة على القول بإهمال الباعث و الإجابة عنها

سبق ما استدل به الشافعي من أدلة على إهمال البواعث وعدم الاعتداد بها الا أنها مع وجاهتها وقوتها يمكن الإجابة عنها بجوابين: أحدها مجمل، و الثاني مفصل. أوضحها غاية الايضاح ابن القيم واشار الى ذلك ابن تيمية ايضا.

اولا:الجواب المجمل

فلا شك أن الاصل في العقود وسائر التصرفات حملها على الظاهرها، سواء ظهر لنا مطابقة المقصد للفظ كما لو قال-مثلا- نكحت، ومقصده النكاح المشروع حيث اجتمع المقصد والدلالة القولية او لم تظهر لنا مطابقة المقصد للفظ بأن قال:نكحت والإحتمال قائم بارادة النكاح المشروع أو ارادة التحليل ولا دلالة على واحد من الأمرين الا أن لفظ النكاح موضوع للنكاح الشرعي وقد اتى العقد بهذااللفظ اختيارا. ففي هاتين الحالتين يجب حمل كلام المتكلم على ظاهره . وعليه يحمل الأصل الذي قرره الفقهاء و أما الحمل على الظاهر حكما بعد ظهور مقصود يخالف ذلك الظاهر كما لو قال: نكحت، وبان لنا بالقرائن أن مقصده من ذلك التحليل، فهذا الذي تأباه النصوص الشرعية الدالة على اعتبار المقاصد، و وجوب مراعاتها

فقال ابن القيم : " وانما التراع في الحمل على الظاهر حكما بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما اظهره فهذا هو الذي فيه التراع و هو : هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وان ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفاف اليها و مراعاة جانبها"[1]

وقال ابن تيمية: " انا انما نقبل من الرجل ظاهره و علانيته اذا لم يظهر لنا أن باطنه مخالف لظاهره فأما اذا ظهر ذلك رتبنا الحكم على ذلك وكنا حاكمين أيضا بالظاهر الدال على الباطن لا بمجرد باطن فاذا رأينا تيسا من التيوس معروفا بكثرة التحليل وهو سقاط الناس دينا، و خلقا، و دينا. قد زوج فتاة الحي التي ينتخب لها الأكفاء بصداق أقل من ثلاثة دراهم أو بصداق يبلغ ألوفا مؤلفة، لا يصدق مثلها قريبا منه، ثم عجل بالطلاق، أو بالخلع، وربما استعطاف قلبه والاحسان اليه، علم قطعا وجود التحليل، ومن

---

[1] - ابن القيم: اعلام الموقعين، ج519,520/4

شك فى ذلك فهو مصاب فى عقله، وكذلك مثل هذا فى البيع وغيره" [1] و على هذا فاجراء الأحكام على الظاهر " لا ينبغى أن يحمل على اطلاقه وفى كل الظروف والأحوال بل لا بد من التفريق بين الوضع السليم الخالى عن كل شائبة و اللاخر الفاسد الذى تحف به القرائن الدالة على فساده" [2]

ثانيا: الجواب المفصل

اما الجواب المفصل على أدلة اهمال الباعث فكما يلى:

أولا: الاستدلال بحال المنافقين و معاملة النبى صلى الله عليه وسلم لهم معاملة المسلمين، مع قيام الدلالة التى لا أقوى منها على كفرهم، الاستدلال بذلك على العمل بالظاهر و اطراح الباطن الذى قامت عليه الدلائل، يجاب عنه "بأن الله تعالى لم يجر أحكام الدنيا على عمله فى عباده وانما أجراها على الأسباب التى نصبها أدلة عليها و ان علم سبحانه و أنهم مبطلون فيها مظهرون لخلاف ما يبطنون بل أمر رسوله صلى الله عليه و سلم بأن يقبل ممن أسلم الأسلام و يكف عن قتاله و لم يأمر بأن ينقب عن قلوبهم، و أما أحكام الآخرة فيجريها الله على ما فى القلوب " [3]

ثانيا: و أما الاستدلال بلعان عويمر العجلانى امرأته و عدم التفات النبى صلى الله عليه وسلم للدلالة القوية على صدق عويمر و كذب امرأته و انفاذه الحكم على الظاهر و كفه عن المرأة، و من رميت به، عملا منه صلى الله عليه وسلم بالظاهر و ترك الباطن الذى علم صدقه . فيجاب عنه بأنه اجتمع هنا دليلان : حكم اللعان الذى أنزله الله فى كتابه — وهو الاقوى- و الشبه الحاصل بين الغلام، و من اتهمت المرأة به، فكان العمل بالدليل الأقوى واجبا.[4]

و هذا كما لو تعارض دليل الفراش و دليل الشبهة. فانا نعمل دليل الفراش ولا نلتفت الى الشبهة بالنص و الاجماع فاين فى هذا ما يبطل المقاصد والنيات و القرائن التى لا معارض لها؟ و هل يلزم من بطلان الحكم بجميع القرائن ... و أما انفاذه صلى الله عليه وسلم للحكم و هو يعلم أن أحدهما

---

[1] - ابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص 283،282

[2] - البرهانى: محمد بن هشام البرهانى،سد الذرائع فى الشريعة الاسلامية،مطبعة الريحانى،بيروت.الطبعة الأولى 01406هـ) ص713

[3] - ابن القيم: اعلام الموقعين، ج 543,544/4

[4] - انظر: ايضا

كاذب فليس فى الممكن شرعا غير هذا، و هذا شأن عامة المتداعيين، لا بد أن يكون أحدهما محقا و لآخر مبطلا و ينفذ حكم الله عليهما تارة باثبات حق المحق و ابطال باطل المبطل و تارة بغير ذلك اذا لم يكن مع المحق دليل"[1]

ثالثا : و أما الإستدلال بحديث " انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض... [2] الحديث، فيجاب عنه بأن هذا فيما اذا لم يقم دليل على أن الباطن خلاف الظاهر ، أما اذا قام الدليل القوى على ذلك ، فلا يلتفت الى ظاهر قد أن علم أن الباطن بخلافه وذلك كما لو أقر اقرار علم أنه كاذب فيه مثل أن يقول لمن هو أسن منه: هذا ابنى، فانه لا يثبت إقرار نسب و لا ميراث اتفاقا " [3]

رابعا: و أما الإستدلال ببعض المسائل التى صحت فيها العقود حملا لها على ظاهرها مع وجود مقاصد باطنية لو ظهرت فى العقود لأفسدتها و ذلك مثل من اشترى سيفا ناويا به قتل معصوم.

فالجواب عنه و أمثاله أننا لا نسلم أن الشراء بهذه النية حلال بل هو فى حق المشترى حرام باطل و اذا علم البائع بقصده السيء كان البيع فى حقه حراما وباطلا أيضا أما اذا لم يعلم البائع بمقصد المشترى فان البيع يكون فى حقه حلالا وفى حق المشترى حراما. ونظير ذلك شراء العصير لجعله خمرا و تزوج المرأة ليكريها للزنا ونحو ذلك،فان هذه التصرفات جميعها فى حق من قصد به مقاصد السوء حرام و باطله أيضا وكذا اذا علم البائع والولى أو المرأة بهذا المقصد حرم البيع والنكاح فى حقهم بطل.[4]

---

[1]- ابن القيم :اعلام الموقعين، ج 543/4

[2]- قد سبق تخريجه

[3]- ابن القيم:اعلام الموقعين، ج 548/4

[4]- انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص 416، 419

• الفصل الثالث

التطبيقات لإعمال الباعث وإهماله وأثره على الأحكام والمقارنة بين نظرية الاسلامى والقانون الوضعى

و فيه مبحثان وهما...

- **المبحث الأول**: التطبيقات الفقهية والقانونية لإعمال الباعث وإهماله
- **المبحث الثا ني**: أثر إعمال الباعث ومراعاته فى الأحكام الفقهية و القانونية

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية والقانونية لإعمال الباعث وإهماله

ففيه ثلاثة مطالب وهى ...

المطلب الأول :التطبيقات الفقهية لإعمال الباعث

المطلب الثا نى: التطبيقات القانونية لأعمال الباعث

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية لإهمال الباعث

المطلب الاول: التطبيقات الفقهيّة لأعمال الباعث

و من بعض التطبيقات الفقهية التي اخذت من ا لأدلة التي ساقها ابن تيمية للدلالة على تأثير البواعث والمقاصد فى الأحكام بعض المسائل الفقهية هى كما يلى[1]

1 - ان الله سبحانه تعالى قد حرم أن يدفع الرجل الى غيره مالا ربويا بمثله على وجه البيع ، الا ان يتقابضا، وجوز على وجه القرض, وقد اشتركا فى الصورة الظاهرة حيث يقبض الآخذ فى الصورتين دراهم ثم يعطى مثلها بعد العقد و بعد التفرق، ولكن اختلف الباعث فى الحالتين اختلف حكمها.

ففى الحالة الاولى: مقصود البائع المعاوضة و الربح ، و معلوم أن العاقل لا يبيع درهما بدرهم يساويه من كل جهة نسية، لأنه لا غرض له فى هذا ، وانما يفعل ذلك لإختلاف صفة الدرهمين مثلا ، كأن يكون أحدهما أرفع سبكة أو أجود فضة، فمنع التفرق فى هذا المعاملة، لما فى ذلك فى الربا.

وأما فى الحالة الثانية: فان مقصود المقرض الارفاق بالمقترض ، ونفعه، فليس له غرض الا أن يرجع اليه مثل ماله جنسا ونوعا وقدرا.

فلما اختلف الباعث والمقصد فى الحالتين اختلف حكمه ما، ولم يكن اتحاد الصورة الظاهرة موجبا لاتحاد الحكم.

2 - ومما يزيد المسألة السابقة وضوحا: أنه لو باع رجل آخر درهما بدرهمين لكان ربا محرما ، ولو باعه درهما بدرهم و وهبه درهما آخر هبة مطلقة ، لا تعلق لها بالبيع ظاهرا ولا باطنا ، كان ذلك جائزا.و الصورة فى الحالتين واحدة و انما فرق بينهما المقصد و الباعث و لهذا لو كان الباعث له الهدية شراء الآخر الدراهم منه لم تصح هذا المعاملة لتعلق الهدية بالمعاوضة فصارت ربا و الا لأمكن كل مرب اذا اراد بيع الف بألف وخمسمئة أن يقول بعتك ألفا بألف، و وهبتك خمس مئة، و لم يبق لتحريم الربا فائدة .

فاختلف حكم التصرف بل و اسمه باختلاف الباعث عليه.

فان كان الباعث عليه: طلب الاجر من الله كان صدقة مشروعة

و ان كان الباعث عليه: تكريم المهدي له كان هدية مشروعة.

و ان كان الباعث عليه: له تعلق بالمعاوضة نفسها كان ربا محرما.

---

[1] انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل،ص94,95 وعنه ابن القيم:فى اعلام الموقعين ج505,506/4

فلم يكن اتحاد الصورة فى هذا الاحوال موجبا لاتحاد الحكم مع اختلاف البواعث والمقاصد بل لما اختلفت: اختلفت الأسماء والأحكام.

قال ابن تيمية: " فلو لا مقاصد العباد ونياتهم لما اختلفت هذه الأحكام" [1] ومن ثم "فكيف يمكن أحدا أن يلغى القصود فى العقود، ولا يجعل لها اعتبارا"[2]

[1]- ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل ص95

[2]- ابن القيم: اعلام الموقعين ج506/4

المطلب الثالث: التطبيقات فى القانون الوضعى لإعمال الباعث

و من بعض التطبيقات القانونية التي ضرب شراح القانون الوضعية للباعث هى كما يلى.

1 - فقد مثل علماء القانون الوضعي باعتبار لاعمال الباعث مثالا شائعا فيتمثل فى قيام شخص بشراء منزل بغية اعداده لمباشرة الدعارة. و التزم المشترى بدفع الثمن. فان المشترى قد قصد بذلك الحصول على ملكية البيع و هو الغرض الاول ظاهرا و هو غرض مشروع و لا غبار عليه فى ذلك ولكن لما التوقف عند هذا الغرض الذى يتوصل الى الغرض الأخير و هو الغرض الأصلى فى هذ العقد و هو حصول ملكية المنزل لتحقيق غرض اصلى و هو استعماله لمباشرة الدعارة و هذا الغرض الأخير يعتبر منافيا للأداب. فيكون عقد البيع باطلا اعمالا للباعث.و كذلك لم يقتصر ابطال العقد اذا كان الباعث غير مشروع على العقود المزمة للجانبين بل امتد الى العقود العينية. فعقد القرض متى كان الباعث على ابرامه هو تمكين المقترض من المقامرة أو تمكينه للبغاء أو لأقامة علاقة غير شريفة مع امرأة.[1]

2 - لقد طبق علماء القانون الوضعى الباعث على العقود التبرع أيضاً فاعتبر تبرع الرجل لخليلته باطلا اعمالا للباعث متى كان ذلك من أجل علاقة جنسية غير مشروعة أو لاستمرارها أو لوصلها بعد قطع. أما اذا كان الباعث على البترع هو تعويض المرأة عما لحقها من أذى بسبب تلك العلاقة فالتبرع يقع صحيحا بحسبان أنه وفاء بالتزام طبيعى. و يعتبر هذا باعثا مشروعا فى القانون الوضعى.[2]

3-قد ذكر شراح القانون الوضعى فى بيان عقد العارية، فان كان الباعث غير مشروع كانت العارية باطلة فمثال ذلك أن يعير شخص آخر سلاحا ليرتكب به جريمة قتل أو أدوات ليسطو بها على منزل فيسرقه أو مفروشات ليؤثث بها منزلا للدعارة أو ناديا للقمار.[3]

ان فى القانون الوضعى يعتبر باطلا أيضا عقد القرض الذى يقصد المقترض منه أن يتمكن من الاستمرار فى المقامرة و يكون المقترض عالما بهذا القصد.[1]

---

[1]- انظر: شعبان ، السبب الباعث ص41

[2]- انظر: المصدر السابق ص 41

[3]- انظر: مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدنى ، منشأة المعارف بالأسكندرية، ج4 ص666

4-كذلك تبطل التبرعات المقترنة بشرط متى كان الشرط غير مشروع و كان هذا الشرط هو الباعث للتبرع و مثال ذلك أن يتبرع شخص لامرأة بمبلغ من المال و يشترط عليها عدم الزواج.[2]

5-فى القانون الوضعى يعتبر باطلا أيضا عقد الاجار الذى يقصد منه المستاجر استعمال العين المؤجرة مكانا للدعارة.[3]

---

[1]- الوكيل: الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى العقد، منشأة المعارف بالاسكندرية ،مصر، طبعة أولى، ص126

[2]- الذنون: د/ حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة المعارف ، مصر(1368هـ-1949ع) ج139/1

[3]- الوكيل: دروس فى العقد،ص162

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية لاهمال الباعث

و مما استدل به ا لشافعي على ما قرره من حمل تصرفات المكلفين على ظاهرها دون مقاصدها و بواعثها، مهما دلت القرائن عليها ، بعض المسائل الفقهية والأحكام الشرعية التي يرى الشافعي أنها محل اتفاق بين الفقهاء و التي صحت فيها العقود حملا لها على ظاهرها مع وجود مقاصد باطنية لو ظهرت في العقود لأفسدتها، و منها:

1 - لو" ان رجلا اشترى سيفا ، ونوى بشرائه ان يقتل به ، كان الشراء حلالا و كانت النية غير جائزة، ولم يبطل به البيع فكذلك لو باع البائع سيفا من رجل يراه أنه يقتل رجلا كان هذا هكذا"[1]. فكما أن العقد لا يفسد بالمال الذى يؤدى اليه فكذلك لا يفسد بالنية والباعث.[2]

2 - "لو اشترى فرسا و هو يراه عقوقا[3]، فقال هو: والله ما اشتريتها بمئة الا لعقاقها و ما تسوى لو لا العقاق خمسين و قال البائع ما اردت فيها الا العقاق لم يفسد البيع بهذ ه النية اذا انعقدت صفقة البيع على الفرس و لم يشترط فيها العقاق و لو اشترط فيها العقاق فسد البيع لأنه بيع ما لا يدرى: أيكون أو لا يكون"[4]

3 - "لو أن رجلا نكح امرأة و تواطآ قبل العقد ألا يثبتا على النكاح أكثر من ليلة لم يحرم النكاح بهذهالنية لأن ظاهر العقد كان صحيحا فان شاء الزوج حبسها وان شاء طلقها"[5]

فهذه المسائل وأمثالها أهملت فيها البواعث والمقاصد و أجريت هذه العقود على ظاهرها و لم تؤثر تلك في البواعث في الأحكام شيئا

قال الشافعي :"فاذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الاسلام على أن العقود انما تثبت بظاهر عقدها لا يفسد نية العاقدين كانت العقود اذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى ألا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها ثم سيما اذا كان توهما ضعيفا والله تعالى اعلم"[1]

---

[1]- انظر: الشافعي: الأم، ج67/9 66

[2]- انظر: ابو زهرة ،ابن حنبل، ص377

[3] - فرس عقوق على وزن صبور،حامل أو حائل ضدا، كما في القاموس ج266/3، والمراد هنا الفرس الحامل

[4]- الشافعي: الأم، ج67/9

[5]- انظر: الشافعي: الأم، ج677/9

المبحث الثانى: أثر الباعث ومراعاته فى الأحكام

وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: أهمية إعمال الباعث ومراتاعه

المطلب الثانى: أثر الباعث غير المشروع على الأحكام فى الفقه الإسلامى

المطلب الثالث: أثر الباعث غير المشروع على الأحكام فى القانون الوضعى

المطلب الرابع: المقارنة بين نظرية الباعث الفقهية و بين نظرية الباعث القانونية

[1]- انظر:الشافعى:الأم، ج66/9

المطلب الأول: أهمية إعمال الباعث ومراعاته

تتجلى أهمية النظر الى بواعث المكلفين وراء تصرفاتهم و معاملاتهم واعمال تلك البواعث عند تقرير الأحكام من وجوه عدة منها ما يلى:

الوجه الاول: ان فى اعمال الباعث و اعتباره عند الحكم على التصرفات ، والعقود تحقيقا ، وتوثيقا لمقاصد الشرعية ، وحماية لها بل ليس من المبالغة أن يقال: ان مقاصد الشريعة تتحقق بتصحيح مقاصدالمكلفين و النظر اليها عند تقرير الأحكام ، وبدون ذلك تظل مقاصد الشريعة أمورا مثالية فى ذهن الفقية من غير أن تلامس واقع المكلفين [1]

ولهذا فان المكلف مأمور بأن يتحرى فى تصرفاته كلها عدم مناقضة قصد الشارع لئلا يعود تصرفه ذلك على مقصود الشارع من شرعه للحكم بالبطلان فاذا ما إنحراف المكلف بقصده و إرادته عن هذا التوجيه و رام بأفعاله مقاصد وبواعث مناقضة لمقصود الشارع أمكن الفقيه حينئذ استثمار قاعدة اعمال المقاصد و البواعث للوقوف أمام هذا الإنحراف وابطال ذلك التصرف حماية منه لمقصود الشارع.

مثال ذلك: الزكاة شرعهاالله عزوجل تطهيرا للمزكى من رذيلة الشح والبخل وسدا لخلة الفقراء والمساكين. و الهبة شرعهاالله ارفاقا واحسانا الى الموهوب له و توسعة عليه وتحقيق المودة و الألفة بينه و بين الواهب. فاذا كان الباعث للمكلف على الهبة الهروب من الزكاة حتى اذا كان فى حول آخر استوهبها له فاننا اذ أهملنا النظرالى الباعث فى هذه المسألة و صححنا الهبة ترتب على ذلك هدم لمقصود الشارع من ايجاب الزكاة و تقوية لوصف الشخ والبخل- الذى يراد تطهيرا المزكى منه - و تضيق على الفقراء و المساكين.

و أما اذا أعملنا الباعث و جعلناه مؤثرا فى الحكم و أبطلنا الهبة بناء على ذلك — فى حق الواهب — و لم نجعلها مانعا من وجوب الزكاة فى المال فاننا بذلك نحمى مقصود الشارع من ايجاب الزكاة.

و هذا بخلاف ما لو كان مقصود الواهب التمليك الحقيقى للموهوب له تصح حينئذ فى حق الواهب لما فيها من الارفاق و التوسعة على الموهوب له و تطهير نفس الواهب من رزيله الشح والبخل فلم تكن

---

[1] -انظر عمر: الدكتور عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند الأمام العز بن عبد السلام، دار النفائس، الأردن.الطبعة الأولى (1418هـ)، ص303، و الكيلاني :قواعد المقاصد عند الامام الشاطبي، ص96

الهبة بذلك هروبا من الزكاة " فتأمل كيف كان القصد المشروع فى العمل لا يهدم قصدا شرعيا و القصد غير المشروع هادم للقصد الشرعى"[1] و لا يتم ذلك كله الا بالنظر الى البواعث و المقاصد و اعمالها.

الوجه الثانى: فى مراعاة البواعث و اعمالها عند الحكم على التصرفات و العقود تحقيق لمصلحة الفرد و المجتمع و فى اهمالها نقيض ذلك. و بيان هذا أننا لو أغفلنا البواعث المناقضة لمقصود الشارع بدعوى عدم ظهورها صراحة فى التصرف و بناء على ذلك صححنا التصرفات التى تلوثت بتلك البواعث لحصل ذلك فساد عريض يلحق الأفراد والمجتمعات. لكن بمراعاتنا فى الحكم على التصرف – صحة و بطلانا – البواعث الحاملة على فعله و ان لم يكن منصوصا عليها مع توفر الشروط و الأركان , فبذلك يحمى المجتمع و أفراده من المفاسد الناجمة عن تلك البواعث و المقاصد من ورائه.

فاستئجار امرأة مثلا لمجرد الخدمة المنزلية عقد صحيح من الناحية الشكلية والمصلحية و ذلك لتوفرشروط صحة العقد و أركانه و عدم تضمنه مايخل بمصلحة المجتمع. فاذا كان الباعث على استئجارها الزنا بها أو الاستمتاع بغنائها أو غير ذلك من البواعث التى يخفيها المستاجر ودلت القرائن عليه فاننا حينئذ بين امرين :

أحدهما: عدم الالتفات الى هذا البواعث واهمالها و من ثم تصحيح العقد بناء على توفر شروطه و أركانه الظاهرة و فى ذلك تعريض لمصلحة المجتمع و الأفراد للخطر.

الأمر الآخر: مراعاة تلك البواعث و اعمالها وذلك بابطال العقد و ان كان مستكملا لشروطه و أركانه الظاهرة نظرا لما يخفيه من بواعث مناقضة لمقصود الشارع و فى ذلك من المصلحة و الخير للمجتمع و الافراد ما لا يخفى.

الوجه الثالث: و مما يدل على أهمية اعمال الباعث و مراعاته فى الحكم على التصرفات أنه يحول بين ذوى البواعث السئية و المقاصد المناقضة للشرع و بين الوصول الى مآربهم و أغراضهم المخالفة للشرع و التى يستحل بها الحرام و يسقط بها الواجب وتحصل بها المضارة،

---

[1] – ا الشاطبى: الموافقات، ج122/3 وانظر:ابن القيم، اعلام الموقعين، ج102,103/5

قال ابن تيمية رحمه الله : "و اذا ثبت ... أن المقاصد معتبرة فى التصرفات من العقود وغيرها فان هذا بحتث قاعدة الحيل لأن المحتال هو الذى لا يقصد بالتصرف مقصوده الذى جعل لأجله بل يقصد به أما إستحلال محرم أو اسقاط واجب أو نحو بذلك مثل المحلل الذى لا يقصد مقصود النكاح من الألفة والسكن التى بين الزوجين و انما يقصد نقيض النكاح وهو الطلاق لتعود الى الأول "[1]

فاذا نظرنا الى الباعث على النكاح و هو التحليل وأبطلنا العقد مراعاة له سددنا بذلك باب الحيلة المحرمة و أما اذا أهملنا النظر الى الباعث وصححنا العقد بناء على توفر شروطه الظاهرة فلا تسل حينئذ عن الشرور و المفاسد الناشئة عن اغفال النظر الى البواعث و الاكتفاء بالصورة الظاهرة للتصرف.

و بما تقدم من الوجوه يظهر بجلا ء ما لاعمال البواعث ومراعاة المقاصد من أهمية كبرى لا غنى للفقية والمفتى عن اعتبارها. و لا شك فيه ان تنزيل ا لأحكام الشرعية على الوقائع والنوازل بعد امعان النظرفى البواعث و المقاصد منها لهو الفقه الحى الذى يدخل القلوب بغير استئذان كما عبر عن ذلك ابن القيم رحمه الله[2]

---

[1] – ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل، ص116

[2] – انظر ابن القيم: اعلام الموقعين، ج448/4

المطلب الثانى:أثر الباعث غير المشروع على الأحكام فى الفقه الاسلامى

فالاصل أن يكون الباعث من اجراء العقد(التعاقد) تحقيق مصلحة مشروعة، فاذا كان الباعث على التعاقد مخالفا لاصل شرعى بطل العقد وان كان غير مخالف صحح العقد. [1] قد اشار الأمام الشاطبى الى ذلك بقوله : كل من ابتغى فى تكاليف الشرعية غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة. وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل — المقدمة الكبرى –فمن يبتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل — النتيجة–. [2] هذا و ما قد تقدم فى المطلب الاول ذكر بعض الوجوه الدالة على أهمية اعمال الباعث و منزلته و مما يزيد هذه الأهمية قوة و وضوحا بيان الأثار المرتبة على اعمال الباعث واعتباره و قبل الشروع فى بيان هذه الأثار يحسن التنيه على امرين.

الأمرالأول: ان الحديث عن هذه الأثار انما هو فى البواعث المستترة التى امكن الكشف عن البواعث عنها و الوقوف عليها بأحد مسلك الكشف عن البواعث. و اما البواعث المنصوص عليها صراحة فى العقد أو التصرف فالحديث عنها ليس هذا موضعه و هو محل اتفاق فى الجملة .

الأمرالثانى: ان هذه الأثار عند من ينظر اعمال البواعث والمقاصد من المالكية. اذا تمهد ذلك، فان من الاثار المترتبة على النظر الى البواعث واعمالها عند تقرير الأحكام على العقود و التصرفات حرمة التوسل بالفعل. اذا كان الباعث عليه مقصد مناقض لمقصود الشارع. واذا كان الفقهاء مختلفين فى صحة الفعل قضاء فانهم غير مختلفين فى عدم صحته ديانة فيما بين العبد و ربه. و مما يترتب على القول بتحريم الفعل الذى يتوصل به الى أغراض غير شرعيه.

تعريض صاحبه للاثم و العقوبة الأخروية. فمن قصد بالرجعة المضارة ففعله ذلك حرام و قد عرض نفسه للاثم و العقوبة و كذا ان قصد بالنكاح التحليل أو قصد بالطلاق حرمان المرأة من الارث أو قصد بالهبة الفرار من الزكاة و نحو ذلك من التصرفات العقدية و غير العقدية التى يكون الباعث عليها تحقيق أغراض غير مشروعة. و بين الامام الشافعى هذه الحقيقة بالفاظ "ان الله عز وجل حكم على عباده حكمين حكما فيما بينهم وبينه و حكما فيما بينهم فى دنياهم فحكم على عباده بينهم وبينه ان اثابهم و

---

[1]– سلطان: الدكتور انور سلطان،مصادر الالتزام فى القانون المدنى الاردنى،الجامعة الاردنية، عمان، طبعة أولى(2002م)ص4

[2]– الشاطبى: الموافقات ج333/2

عاقبهم على ما أسروا كما فعل بهم فيما اعلنوا ... و ابان لرسله وخلقه أن احكام خلقه فى الدنيا على ما اظهروا ".[1]

وقال الشافعى فى موضع آخر : " و أبان الله عز و جل لخلقه أنه تولى الحكم فيما اثابهم و عاقبهم عليه على ما علم من سرائرهم وافقت سرائرهم علانيتهم أو خالفتها " [2] و اذا كان تحريم الفعل يتوصل به الى مقاصد غير شرعية قدرا مشتركا بين الفقهاء فان أقل ما ينشاءعن ذلك " ألا نعين أحدا بنوع من انواع الاعانة على عقد يغلب على الظن أنه يتوصل به الى ما يناقض الشرع و يناهضه كالتحليل مثلا و ان لم نحكم بأنه تحليل كما لا يجوز أن نعين على عمل يغلب على الظن أنه يتوسل به على قتل معصوم أو وط محرم أو تصرف محرم بل ينبغى الاحتراز من الاعانة على ما يخاف أن يكون تحليلا أو موصل الى فعل محرم و ان يغلب ذلك على القلب " [3]

ثبت فيما سبق أن الفقها ء قد ذهبوا الى اعمال الباعث و مراعاته ومن ثم منعوا من التصرفات التى يقارنها باعث سيء أو مقصد غير مشروع ، فاذا ما وقعت هذه التصرفات فان هناك بعض المويدات لهذا المنع. واتخذها الفقهاء على تفاوت بينهم فى تعميمها على التصرفات التى يقارنها باعث سيء الا أنه ليس هناك قاعدة مطردة فى ذلك عندهم . فبينما نراهم يبطلون النكاح بنيةالتحليل نراهم فى الوقت ذاته يصححون الرجعة مع قصد الاضرار . [4] مع هذا كله يمكن استخلاص بعض المؤيدات لهذا المنع من التصرفات التى يقارنها بواعث غير مشروعة كما يلى.

المؤيد الأول : هو بطلان التصرف الذى صاحبه باعث غير مشروع ومن ثم فلا يترتب عليه فوائد وآثاره :من حصول الملك و استباحه فروج وانتفاع بالمطلوب " [5] فى حق المشترى والناكح مثلا كما هو الحال فى نكاح التحليل وبيع العينة.

---

[1]- الشافعى: الأم، ج82/9

[2]- المصدر السابق، ج57/9، 58

[3]- انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل،ص431 ،432

[4]- انظر الدسوقى: محمد بن احمد بن عرفه الدسوقى المالكى ،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى،دار الفكر بيروت. ج 49/2،500

[5]- الشاطبى: الموافقات ج453/1 ,

ولا فى حق البائع فى تملك الثمن و الانتفاع به بل يجب عليه أن يرده على مالكه وأخذ سلعته التى باعها متى ما أمكن ذلك , فان تعذر رد الثمن على مالكه وجب على الب ائع التصدق بالثمن والتخلص منه بالطرق الشرعية كما هو الحال فى كل حرام تعذر رده على صاحبه [1]

قال ابن تيمية مقررا البطلان فى التصرفات التى قارنتها البواعث السيئة "وقوله سبحانه : ولا تتخذوا ايات الله هزوا [2]

البطلان فى التصرفات التى تصاحبها البواعث والمقاصد غر الشرعية قاعدة أغلبية عند الحنابلة فى كل ما قصد به الحرام من البيوع والاجارات كما أن ذلك قول فى مذهب المالكية وهو مذهب ابن حزم .

قال ابن قدامة: " وهكذا الحكم فى كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة وبيع الأمة للغناء أو اجارتها كذالك أو اجارة داره لبيع الخمر فيها ..... فهذا حرام والعقد باطل " [3]

وقال ابن حزم: "ولا يحل بيع شئى ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو مفسوح ابدا كبيع كل شئ ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمرا ... وهكذا فى كل شئ "[4]

فابطال هذه التصرفات والتى حملت المكلف على فعلها بواعث سيئة تحقيق لقوله تعالى : "ولا تعاونوا على الاثم والعدوان"[5] ذلك لان فى القول بتصحيحها " تنفيذا للمحرم و اسقاطا للواجب و اعانة على معصيةالله و مناقضة لدينه وشرعه فاعانته(المكلف) على ذلك اعانته على الاثم والعدوان ولا سبيل الى الخروج من ذلك الا بابطال تلك التصرف كما قرر الشاطبى هذا البطلان بدليل منطقى فقال رحمه الله : "كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل فمن ابتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل " [6]فمناقضة قصد الشارع علة بطلان ذلك التصرف وهذه المناقضة كما تقع فى العبادات فيما اذا كان قصد المكلف بها الرياء تقع كذلك فى

---

[1]- انظر ابن تيمية: بيان الدليل على بطلا ن التحليل،ص424

[2]- البقرة 231

[3]- ابن قدامة: المغنى ج 319/6

[4]- ابن حزم :ابو محمد على أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى .دار الفكر بيروت،ج29,30/9

[5] - المائدة 2

[6]- الشاطبى: الموافقات ج 27/3

المعاملات فيم اذا استعمل المكلف الفعل المشروع ليحقق من خلاله مصلحة غير مشروعة كمن تزوج امراة ليحلها لزوجها الأول أو طلق امرأته طلاقا باتا فى مرض موته ليحرمها من الميراث ونحو ذلك من المسائل وان كان الظاهر من التصرف موافقته لأصل المشروعية. وقد نبه الشاطبى على ذلك بقوله : " اذا كان الامر فى ظاهره و باطنه على أصل المشروعية فلا اشكال وان كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها وانما قصد بها امور اخرى هى معانيها وهى المصالح التى شرعت لأجلها فالذى عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات "[1] و ان كان الظاهر موافقا.

غير أن مما يحسن التنبيه عليه فى هذا الموضع أن البطلان الناتج عن الباعث غير المشروع قد يكون فى حق طرفى التصرف، و قد يكون فى جانب أحدهما دون الآخر، والعبرة فى ذلك بالعلم بالباعث. فاذا كان طرفا التصرف عالمين به، بطل ذلك التصرف فى حقهما جميعا. و أما اذا كان الطرف الآخر للتصرف جاهلا بالباعث غير المشروع فيصح التصرف فى حقه دون الآخر.

و بهذا يظهر جليا أن الصورة الظاهرة لا تكفى وحدها للحكم بصحة التصرف أو بطلانه بل لا بد من النظر الى المقصد والباعث من وراء ذلك التصرف بل فقيه النفس من ينظر الى المقاصد والبواعث لا من يقتصر على ظواهر القول أو الفعل. وفى هذا يقول ابن القيم : " وهذا كله يدل على أن صورة العقود غير كافية فى حلها وحصول أحكامها الا اذا لم يقصد بها قصدا فاسدا و كل ما لو شرطه فى العقد كان حراما فاسدا فقصده حرام فاسد.و اشتراطه اعلان و اظهار للفساد وقصده نيته غش وخداع ومكر . فقد يكون أشد فسادا من الاشتراط ظاهرا من هذه الجهة والاشتراط الظاهر أشد فسادا من جهة اعلان المحرم و اظهاره ."[2]

المؤيد الثانى :تصحيح العقد اذا وقع لكن بجبر المشترى على اخراج المبيع من م لكه أما بيع أو هبة أو نحو ذلك كما هو مشهور مذهب المالكية .

قال الخرشى : " ويلحق بمنع بيعه–اى العبد المسلم– للكافر بيع آلة الحرب للحربى والدار لمن يتخذها كنيسة والخشبة امن يتخذ ها صليبا والعنب لمن يعصره خمرا والنخاس لمن يتخذه ناقوسا وكل شئ يعلم

---

[1]- ايضا ج120,121/3

[2]- ابن القيم:اعلام الموقعين ج90/5

ان المشترى قصد بشرائه امرا لا يجوز كبيع الجارية لأهل الفساد الذين لا غيرة لهم أو يطعمونها من حرام والمملوك ممن يعلم منه الفساد والحكم . الجبر على الاخراج فى الجميع كما قال المؤلف بقوله (واجبر) من غير فسخ على مذهب المدونة (اخراجه) أى اخراج ما ذكره من ملكه " [1] ووجه تصحيح العقد المقترن بهذه البواعث و المقاصد عند المالكية : سلامة الثمن والمثمن من تطرق الفساد اليهما و أما وجه الاجبار على البيع فلأن فى استدامة ملك المشترى للمبيع مع وجود تلك البواعث وسيلة للوقوع فى المحظور فأجبر على إخراجه من ملكه منعا لتلك المفسدة الناشئة من الباعث غير المشروع. [2]

---

[1] - الخرشي: محمد الخرشي المالكي ،شرح الخرشي على مختصر خليل ،دار صادر بيروت. ج10,11/5

[2] - انظر ابن نصر: القا ضى عبد الوهاب بن على بن نصر، الاشراف على مسائل الخلاف . تحقيق الحبيب بن طاهر. دار ابن حزم،بيروت. الطعة الأولى (1420 هـ) ج566/2

المطلب الثالث: أثر الباعث غير المشروع على احكام فى القانون الوضعى

تحتل نظرية السبب الباعث مكا نا هاما فى الدراسات القانونية. و قد ذهبت القضاء مذهبا جريئا هيمن به على البواعث التى تفع الناس الى التعاقد حتى اذا وجدها مخالفة للنظام العام وحسن اللآداب اعتبرها باطلة بطلانا مطلقا و هم ذهبوا الى ان للباعث له اثر على الاحكام . وان نظرية السبب كما وضعها فقهاء القانون الكنسى ... سلطة كبيرة فيما يتعلق بالحكم على العقود ، اذ للقاضى بموجبها أن يبحث فيما يتعلق بكل عقد عن الدافع الى انعقاده، فاذا وجد هذا الدافع غير مشروع أى مخالفا للنظام العام أو الآداب قضى ببطلان العقد. [1] و كذلك قال الدكتور زكى "فاذا كان الباعث الدافع الى التعاقد مخالفا للنظام العام أو الآداب وقع العقد باطلا لعدم مشروعية السبب، متى كان هذا الباعث الدافع معلوما من العاقد الآخر. [2] و على ان القضاء اذ يا خذ بالباعث الدافع يشترط علم الطرف الثانى به فاذا لم يكن هذا الباعث معلوما فان القضاء لا يبطل العقد ولكن ليس معنى هذا ان القضاء يشترط لاثبات هذا العلم طرقا خاصة بل انه يجيز فيه كافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن. ولقد طبق القضاء نظريته هذه تطبيقات عديدة اسوق هنا بعض الأمثلة عليها:

(1) فبالنسبة للعقود الملزمة للجانبين يبطل القضاء العقد متى كان الدافع الذى دفع المتعاقدين لابرام العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب. فهو يبطل تأجير منزل لاعداده محلا للبغاء او للمقامرة . فاذا راينا وجدنا بان القضاء لم يتوصل الى ابطال هذه العقود الا بعد البحث الدقيق فى الباعث الذى دفع الى التعاقد و ان تبين له ان هذا الباعث غير مشروع.

(2) و فى التبرعات يبطل القضاء تبرع الرجل لخليلته متى كان الباعث على هذا التبرع غير مشروع كأن كان الباعث عليه ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استمرار مثل هذه العلاقة أو استمرار مثل هذه العلاقة أو اعادتها بعد انقطاع. أما اذا كان الباعث على هذا التبرع تعويض الخليلة عما أصابها من ضرر نتيجة لهذه المعاشرة غير المشروعة فان التبرع يعتبر صحيحا اذ أنه وفاه لالتزام طبيعى . [3]

(3) فاذا كان الباعث غير مشروع كانت العارية باطلة مثال ذلك أن يعير شخص شخصا آخر سلاما ليرتكب به جريمة قتل أو ادوات ليسطو بها على منزل فيسرقه أو مفروشات ليؤثث بها منزلا للدعارة أو ناديا للقمار [4]

---

[1] – سلطان: الدكتور انور سلطان، النظرية العامة للالتزام ،دار المعارف بمصر ،(1962) ص 248،249

[2] – زكى: الدكتور محمود جمال الدين زكى ،دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، دار و مطابع الشعب (1964) ص307

[3] – انظر الذنون: الدكتور حسن على الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة المعارف بغداد ن (1368هـ-1949م) ص 138،139

[4] - انظر: السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ج1521/2

المطلب الرابع: المقارنة بين نظرية الباعث الفقهية وبين نظرية الباعث القانونية ففيه فرعان

الفرع الأول : المقارنة بين مفهوم الباعث عند الفقهاء ومفهوم الباعث عند القانونيين

قد اتضح لنا من تعريف الباعث للأصوليين أمور شتى

منها

1-ان الباعث مقصود حقيقى.

2-و انه غير مباشر .

3-وانه محرك لارادة المكلف .

4-نحو تصرف ما .

و أما الأمور التى اطلعت عليها من خلال تعريف للقانونيين فهى

1-ان الباعث هو سبب .

2- هو امر خارجى عن أصل العقد .

3- انه عام من ان يكون ماديا او شخصيا أو اجتماعيا .

4- انه متغير لكل عقد .

5- انه يقتضى الدافع لكى يشجع الدافع ثم يودى الى نهاية العمل .

نعتمد ما ننظر لهذا التعريفات كلها فظهر لنا ان تعريفات عند الأصوليين واضحة وصريحة بدون أي تعقد كما ان التعريفات عند القانونيين ليست واضحة يدل على ابهام فالامر مختلط مع ان المراد واضح باختلاف الألفاظ . مثلا فى تعريفات الاصوليين ان الباعث مقصود حقيقى فهذا الامر لا بدمن ان يذكر فى التعريف لانه يمكن ان تكون هناك بواعث شتى اكثر من باعث واحد ولكن الباعث الحقيقى لا بد ان يكون واحدا والا فالغاية والعاقبة تكون عير ما يراد و هذا لا يذكر فى التعريف عند القانونيين . وكذلك لا نجد فى تعريف القانونيين ان الباعث غير مباشر بل ذكر فيه أنه امر خارجى فهذا يدل على ذلك . فظهر لنا ان تعريف للقانونيين بدون اية ملاحظة .

كما يوجد فى تعريف للقانونيين ان التصرف هو متعين و اما تعريفه للأصوليين متصف بتصرف غير معين حيث قيل: نحو تصرف ما . فهذا يمكن التطابق بينهما حيث ان التصرف معين و مختلف باعتبار الحال .

اما المعالجة لتعريف القانونيين ان التصرف فهو غير مانع و هو سبب مع ان هناك فرق لطيف بينهما . فالتعريف عند الاصوليين ادق منه عند القانونيين . كما نجد فيه انه عام من ان يكون ماديا او شخصيا

او اجتماعيا فهذا ممكن وشى اضيف على التعريف للاصوليين فهو تحليل ذائد لو لم يذكر كما وقع الفرق فلا باس بذكره .كذلك ذكر انه متغير لكل عقد فلا شك ان عقب كل امر مختلف محرك مختلف و كذلك امر واحد ولكن المحرك الاصلى يختلف باختلاف الاحوال والمناسبات فالامر طبعي .

هناك امر أخر ينبغى ان يعالج وهو أمر الدافع يقتضيه الباعث . فالباعث خارج عن اصل العقد والدافع داخل العقد .بعد معالجة هذه التعريفات ممكن تقول:ان تعريف الاصوليين فهو أدق من تعرف القانونيين.

الفرع الثاني: المقارنة بين أساس نظرية الباعث عند الأصوليين والقانونيين

استعرضنا فيم سبق الاساس الذى تقوم عليه نظرية الباعث فى القانون الوضعى فعرفنا أنه توجد نظريتان للباعث فى القانون الوضعى. الأولى و هى نظرية التقليدية و هذه النظرية لا يعتد بالباعث لان هذا النظرية تعتد بالارادة الظاهرة وحدها دون الباطنة و أما النظرية الثانية وهى نظرية الباعث بمعنى الباعث الى التعاقد و لقد تأسس بنيان هذه النظرية على عدة مبادى أخلاقية و تمثلت هذه المبادىء فى ان النكول عن الوعد اثم و الاخلال به خطئية لانه كذب والكذب خطئية دينية، ومن لا يؤيد قوله فعله يعتبر كاذبا.و لم يبدأ هذا فى القانون الوضعى الا فى القرن السادس عشر [1] و أما الشريعة الاسلامية أرسيت هذه المبادى و القواعد فى نظامها فى القرن السابع للميلادى. و لقد وردت ايات كثيرة فى القران الكريم تحث على الصدق و الوفاء بالوعد و الامتناع عن الكذب، فقال تعالى: " ياأيها الذين امنوا اتقو الله وكونو مع الصادقين "[2] و يقول تعالى " فنجعل لعنة الله على الكاذبين " [3]

فالوفا بالوعد والعهد قررهما القران الكريم منذ أرسى الاسلام دعائمه الاولى حتى اليوم، فقال الله تعالى " و أوفو بالعهد ان العهد كان مسؤلا " [4]

ان ارجاع شراح القانون الوضعى اساس نظرية الباعث الى قواعد القانون الكنسى لا يتفق مع مبادى هذا القانون ، فالقول ان القانون الكنسى يمنع عن الكذب ويجعل الاخلال بالوعد خطئية دينية ، هذان المبدان وان صلحا لجعل الوفاء بالوعد أساس للتعاقد الا ان هذا البمدأ لا يصلح أساسا مباشرة لنظرية الباعث . فالباعث معناه النية والقصد ولا يوجد بين قواعد القانون الوضعى التى أشار اليها شراح القانون الوضعى لم يشير بطريقة مباشرة الى أن النوايا و القصود يجب أن تتفق مع النظام العام والاداب وأنه اذا أمكن استنتاج نظرية الباعث من قواعد القانون الكنسى فهو استنتاج غير مباشر فضلا عن أن قواعد القانون الكنسى كانت فى مجال ألاخلاق فقط دون القواعد القانونية والعقود أما الشرعية الاسلامية فان أساس نظرية الباعث واضح جلى و سبق أن عرفنا الايات القرانية التى تتحدث عن أساس هذه النظرية فى القران الكريم و الأحاديث النبوية. ولا ينقسم الباعث فى الفقه الاسلامى الى نظريتين كما يرى شراح القانون الوضعى . و فى القانون الوضعى هدف نظرية الباعث فهو حماية الفرد و ذلك بوضع معيار مادية منضبطة و المنع من ابرام العقود بعض العقود و ذلك بالموازنة بين حقوق العاقد و التزامه فى العقد و أما هدف نظرية الباعث فى الفقه الاسلامى وهو حماية مقاصد الشارع.

---

[1] – انظر بسيونى: عادل مصطفى بسيونى، مبداء سلطان الارادة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الغربية،ص220

[2] – سورة التوبة. 119

[3] – سورة ال عمران.61

[4] – سورة الاسراء.34

الخاتمة

أ حمد الله سبحانه و تعالى الذى وفق و أعان على اكمال هذا البحث و انجازه على هذا الوجه، و أسأله سبحانه ان يجعله من الاعمال الصالحة المتقبلة لديه.

و هذه خلاصة بأبرز ما تضمنه البحث:

قد افتتحت البحث بمقدمة، وبينت فيها ما امتازت به هذه الشريعة فى نظرها الى اعمال المكلفين صحة واجزاء،من جمعها بين النظر الى صورة العمل المحسوس والباعث الذى دفع الى فعله. وذكرت فيها ما تفرق عند أهل العلم من تاثير للمقاصد والبواعث فى اعمال المكلفين وتصرفاتهم. و اشرت الى ذلك بان هذا التاثير فى التصرفات لا خلاف فيه اذا كانت البواعث ظاهرة مصاحبة للتصرف وانما المشكلة تكمن فى تلك البواعث المستترة. فهل يكون لهذه البواعث المستترة اثرها فى الحكم على التصرفات كما يكون للبواعث الظاهرة أم لا ؟

و بعد المقدمة دلفت منها الى بيان أسباب اختيار الموضوع و مشكلة البحث و فرضيته و اهدافه و الدراسات السابقة له و منهج البحث الذى سلكت عليه فى اثناء اعداد هذا البحث و خطته. و ذكرت فى الخطة بان هذا البحث مشتمل على تمهيد و ثلاثة فصول.

و أما فى التمهيد قد تناولت فيه بيان اهمية الباعث فى الفقه الاسلامى و ذكرت اهم الوجوه التى تدل على اهمية الباعث و مكانته فى الفقه الاسلامى ومنها:

1-تاثير البواعث فى اكساب التصرف وصف الحل او الحرمة و وصف الصحة و الفساد و نحو ذلك

2-توقف قبول الاعمال و الاثابة أو العقاب عليها عند الله عز وجل على بواعث المكلفين و مقاصدهم من فعلها.

3-الارتباط الوثبق بين مقاصد الشريعة و مقاصد المكلف و بواعثه سلبا و ايجابا، فلا يتحقق مقاصد الشريعة الخاصة الا مع مقاصد المكلف و بواعثه السليمة.

الفصل الاول: فتناوت فيه تعريف الباعث و علاقته بالنية والقصد و أقسامه و ذكرت ان الباعث فى اللغة يطلق على عدة معان و اقربها الى المعنى الاصطلاحى الاثارة و التهييج، و الحمل على الفعل و التحريص عليه.

و اما التعريف الاصطلاحى للباعث، اولا قد ذكرت فيه عدة تعريفات للفقهاء و بعد ايراد التعريفات المتعددة ذكرت الذى ظهرت لى بان الباعث فى اصطلاح الفقهاء هو المقصود الحقيقى، غير المباشر، المحرك لارادة المكلف نحو تصرف ما. و ثانيا قد بدأت فى بيان التعريف الاصطلاحى للباعث عند القانونيين و اوردت عدة تعريفات ثم بينت ما هو المراد عندهم من الباعث و هو مثير خارجى يحرك الدافع و يساعده لكى يقوم بسلوك ارادى معين فى الخارج .

و فى علاقة الباعث بالنية والقصد بينت ما هومفهوم النية لغة و اصطلاحا ؟ و مما لهما علاقة بالباعث .

و اما المبحث الرابع فذكرت فيه اقسام الباعث باعتبارات مختلفة من اهمها:

اولا: اقسام الباعث من حيث المناقضة لقصد الشارع الى بواعث مناقضة لقصد الشارع و بواعث غير مناقضة.

ثانيا: اقسام الباعث من حيث تأثيره فى الحكم الى بواعث مؤثرة فى الحكم فيجب الالتفات اليها، و بواعث غير مؤثرة فلا يلتفت اليها.

ثالثا: اقسام الباعث باعتبار ظهوره و استتاره

رابعا: اقسام الباعث باعتباره غاية و مقصدا من التصرف

و اما المبحث الخامس فذكرت فيه اهم طرق الكشف عند الفقهاء و القانونيين التى يستعين بها الفقيه و اهل القانون فى الاستدلال على بواعث المكلفين و مقاصدهم المؤثرة فى الحكم و اهم طرق الكشف عند الفقهاء هى كما يلى باختصار:

طريق الاقرار بالباعث المؤثر فى الحكم بعد وقوع التصرف .

طريق التواطؤ على الباعث من قبل أطراف التصرف أو بعضهم .

طريق العادة والعرف بأن عقدا أو تصرفا ما انما يتم من أجل باعث أو مقصد معين .

طريق محل العقد نفسه من حيث كونه ثمنا أو مثمنا. فيدل على الباعث وراء ذلك العقد .

طريق دلالة الحال المصاحبة للتصرف. ثم ذكرت الطرق التى يستعمل عند اهل القانون الوضعى لكشف الباعث بان تكون شروط التصرف مدرجة أو العكس من ذلك و بينت موقف شراح القانون الوضعى ايضا فى ذلك.

و أما الفصل الثانى الى بيان منهج اعمال الباعث و ادلته من القران والسنة، وما هى حقيقة هذا المنهج عند الفقهاء. وثانيا الى بيان منهج اهمال الباعث و شواهده من القران والسنة و ما حقيقة منهج اهمال الباعث واهداره فى الفقه الاسلامى. و تبين من خلال البحث بان فى الفقه الاسلامى منهجين فى التعامل مع البواعث والمقاصد.

المنهج الاول: منهج يقوم على النظر الى البواعث، و ضرورة اعمالها و ان كانت مستترة، خلت منها صيغة التصرف و العقد متى ما امكن الكشف عنها.

المنهج الثانى: منهج يقوم على اهمال الباعث و اهداره ما لم تظهر صراحة فى العقد او التصرف.

و قد تبين ان لكلا المنهجين دلائله التى استند اليها و شواهد التى نصر بها و من خلال ذلك ظهر ان القول باعمال الباعث هو القول الأقرب الى الصواب كما نبه على ذلك ابن تيمية و ابن القيم. و انه لا تعارض بين القول بان القصود و البواعث معتبرة فى التصرفات و القول بتصحيح بعض تصرفات الهازل

فى النكاح و الطلاق و الرجعة، مع انه لم يقصد حقائق الامور، بل ان اعتبار الشارع للمقاصد، هو الذى أوجب صحة تلك التصرفات من الهازل حيث عامله الشارع بنقيض قصده من التلهى والهزل بتلك الألفاظ، فجعلها لازمة فى حقه.

و ان القول باعمال الباعث لا يلزم منه تعريض المعاملات بين الناس لعدم الاستقرار بحجة احتمال ادعاء احد طرفى العقد وجود الباعث المناقض للشرع ليجعل منه ذريعة لابطال العقد و ذلك لان من شروط القول بابطال العقد بالباعث المناقض للشرع علم الطرف الآخر به و كما ذكرت بانه ليس من لازم فى اهمال البواعث المستترة تجويز البواعث السيئة ما دامت مستترة. وكما أنه ليس من لازم فهو اهمال البواعث المستترة طرد ذلك فى الفقه الاسلامى. و تكلمت ايضا عن نظرية الباعث فى القانون الوضعى و ذكرت فيه لمحة تاريخية بنسبة اساس نظرية الباعث فى القانون الوضعى و بينت بان اكثر علماء القانون الوضعى هم تكلموا حول موضوع الباعث ضمن موضوع السبب. و ذكرت بان فى القانون الوضغى توجد نظريتان لسبب.النظرية الاولى فهى النظرية التقليدية و مفهوم السبب فيها :انه الغرض المباشر من العقد و لا تعتد هذه النظرية بالنيات والمقاصد و البواعث . و اما النظرية الثانية فهى النظرية الحديثة و مفهوم السبب فيها: فهو شئ خارجى عن العقد و لا يذكر فى العقد بحكم الضروة و اللزوم ولا يستخلص حتما و هو شيء ذاتى خاص بالملتزم اذ يرجع الى نوايا وما يتاثر به من دوافع و هو شئ متغير لا فى كل نوع من العقود فحسب بل فى كل عقد على حدة. و فى هذه النظرية يستعمل السبب بمعنى الباعث. و تكلمت ايضا عن نشاة فكرة السبب الباعث باجمال.و بعد ذكر اساس نظرية الباعث. واما فى الفصل الثالث قد جئت بالتطبيقات لاعمال الباعث واهماله واثر الباعث على الاحكام واخيرا قارنت بين نظريتين للباعث أى نظرية الاسلامى و نظرية القانون الوضعى.و بعدملاحظة التطبيقات لاعمال الباعث ومراعاتها مما يظهر لنا :

1 - تحريم التوسل بالأفعال-وان كانت مشروعة- للوصول الى غايات، مناقضة لمقاصد الشرع .
2 - بطلان التصرفات التى صاحبتها بواعث مناقض للشارع فى الفقه الاسلامى و فى القانون الوضعى .

و مما لاحظت اثناء كتابة لهذا البحث بالنسبة للمقارنة بين الفقه والقانون فقد وصلت الى أن نظرية الباعث فى الفقه الاسلامى اكثر وضوحا و صراحة من نظرية الباعث فى القانون باعتبار المفهوم والاساس خصوصا وباعتبارمن جهات اخرى عموما .

هذا ما وفقنى الله تعالى تقديمة نحو هذا البحث المتواضع ، فانى لا ادعى والكمال لله وحده. والنقص من طبيعة الانسان و أتمنى ان ياتى هذا البحث المتواضع بالنفع على القراء ولكل طالب للعلم و اسال الله ان يمن علينا بحسن الختام و أن يوفقنا لما فيه الخير و استغفرالله من كل ذنب و عليه توكلت وهو رب العرش العظيم .

النتائج

توصلت الدارسة الى مجموعة من النتائج يمكن تلحيصها على النحو التالى:

1-ان مفهوم الباعث لم تلق اهتماما بالغا .

2-الاهتمام بالباعث يحقق العدالة و الاصلاح.

3-ان دراسة الباعث هى من اشد الدراسات صعوبة لانها تخوض فى أعماق البشرية .

4-التعويل على النيات المضمرة فى مجال الاباحة هو أمر حديث عهد من الناحية الوضعية.

5-اعتبار الباعث فى المعاملات والتصرفات أمرا سليما فى حالات كثيرة مع الاختلاف فى مفهومه بين الفقه الاسلامى.

6- ان اعمال الباعث و اهماله له أثر فى الأحكام قضاء و ديانة .

7-توجد الارتباط الوثيق بين مقاصد الشريعة و بواعث المكلف سلبا و ايجابا .

8-ان الباعث معتبر فى التصرفات والعادات كما هى معتبر فى التقربات والعبادات فى الفقه الاسلامى.

9-الباعث غير الشروع يبطل التصرفات والعقود كما صرح فى الفقه الاسلامى و كذلك الامر فى القانون الوضعى.

فهرس الآيات القرآنية				
رقم المسلسل	الاية	السورة	رقم الاية	رقم صفحة المقالة
1	ثم بعثناكم من بعد موتكم لعلكم تشكرون	البقرة	56	6
2	ويسئلونك عن اليتمى قل إصلاح لهم خير ..	البقرة	220	45
3	والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ...	البقرة	228	44
4	ولا تمسكو هن ضرارا لتعتدوا.....	البقرة	231	44
5	فنجعل لعنة الله على الكاذبين	آل عمران	61	82
6	من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار	النساء	12	44
7	ياأيها الذين امنوا اتقو الله وكونوا مع الصادقين	التوبة	119	82
8	ولقد بعثنا فى كل أمة رسولا	النحل	36	6
9	ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن	الاسراء	34	45
10	و أوفو بالعهد ان العهد كان مسؤلا	الاسراء	34	82
11	لن ينال الله لحومها ولا دماؤها و لكن يناله التقوى منكم	الحج	37	18
12	من كان يريد حرث الأخرة نزد له فى حرثه ...	الشورى	20	2
13	إذا جاءك المنافقون قالو نشهد انك ...	منافقون	1	58
14	وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين	البينة	56	6
15	فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون و يمنعون الماعون	الماعون	456	21

فهرس الأحاديث

رقم المسلسل	الحديث	رقم صفحة المقالة
1	الأعمال بالنيات و لكل امرى ما نوى	20
2	ان الله لا ينظر الى صوركم و اموالكم ولكن ينظر الى قلوبكم و أعمالكم.	20
3	انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض....	59
4	إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى	46
5	أما بعد فإنى استعمل الرجل منكم على العمل	36
6	انظروا فان جاءت به أسحم أدعج العينين عظيم الأليتين خدلج الساقين	59
7	يحشر الناس على نياتهم	20
8	من قاتل لتكون كلمة الله العليا فهو فى سبيل الله	47
9	فمن كانت هجرته الى الله و رسوله فهجرته الى الله و رسوله...	46
10	صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم	46
11	قول أم المؤمنين عأئشه فبعثنا البعير فإذا العقد تحته	6
12	ثلاث جد جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة	48

فهرس المصادروالمراجع

القران الكريم وعلومه

1 – القران

2 – **تفسير ابن كثير**.الامام الحافظ ابو الفداء إسماعيل بن كثير،دار إحياء الكتب العربية

3 – **تفسير الطبرى**. ابو جعفر محمد بن جرير الطبرى ،تحقيق د. عبدالله التركى،هجر للنشر والتوزيع، مصر. الطعبة الآولى (1422هـ)

4 – **فى ظلال القران**. سيد قطب ،دار العربية للنشر والتوزيع، بيروت لبنان

5 – **المدخل الى مقاصد القران**.الدكتور عبدالكريم حامدى،مكتبة الرشد ناشرون الرياض.

كتب الحديث

1 – **سنن ابن ماجه**.ابن ماجه. دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطعة الأولى(1420هـ)

2 – **سنن لابى داؤد**.الحافظ ابو داودسليمان بن الأشعث السجستانى و علق عليه محيى الدين عبد الحميد،دار الفكر.

3 – **صحيح البخارى** .الإمام محمد بن اسماعيل البخارى ، دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطبعةالأولى(1420هـ

4 – **صحيح البخارى مطبوع مع فتح البارى** .الامام محمد بن إسماعيل البخارى ، المكتبه الاسلتمية تركيا،الطبعة اللأولى

5 – **صحيح مسلم** .الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى،المكتبه الإسلامية تركيا.الطبعة الأولى(1374هـ)

6 – **صحيح مسلم**. الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى. دار السلام للنشر والتوزيع الرياض.الطبعة الأولى(1419هـ)

7 – **فتح المبين لشرح الأربعين مع حاشية الشيخ حسن المدابغى** .احمد بن حجر الهيثمى،دار الكتب العلمية بيروت (1978م)

8 - **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم** .الحافظ ابو العباس احمد بن عمر القرطبي،تحقيق محيي الدين مستو وآخرين.دار ابن كثير دمشق,الطبعة الأولى,(1401هـ)

كتب الفقه

الفقه الحنفي

1 - **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع** .ابو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى،دار الكتاب العربى. بيروت،الطبعة الثانية،القاهرة،(1418هـ)

2 - **حاشية ابن عابدين على الدر المسماة رد المختار على الدرر المختار** . محمود أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشى، مطبعة الحلبى الطبعة الثانية

3 - **مختصر الطحاوى**.ابو جعفر أحمد بن محمد الطحاوى ،تحقيق ابو الوفا الأفغانى ،دار احياء العلوم،الطبعة الأولى (1406هـ)

4 - **الهداية شرخ البداية**.برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى،إدارة ا لقران والعلوم الاسلامية،باكستان،الطبعة الأولى (1417هـ)

الفقه المالكى

1 - **شرح الخرشى على مختصر خليل** .محمد الخرشى المالكى،,دار صادر بيروت.

2 - **الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى** .محمد بن احمد بن عرفه الدسوقى المالكى , دار الفكر بيروت

3 - **الكافى فى فقه اهل المدينة** .ابو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر المالكى، تحقيق د. محمد احمد احيد، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى.

الفقه الشافعى

1 - **الآكليل فى استنباط التنزيل** . جلال الدين السيوطى ،تحقيق د.عامر العرابى ،دار الآندلس الخضراء ،السعودية ، الطعبة الأولى(1422هـ)

2 - **الأم**.الامام محمد بن ادريس الشافعى ،تحقيق وتخريج،رفعت فوزى عبدالمطلب،دار الوفاء المنصورة مصر,الطبعةالأولى،(1422هـ)

3 - **تكملة المجموع الأولى**. أبو الحسن على عبد الكافى السبكى، دار الفكر بيروت .

4 - **المجموع شرح التهذيب**. محى الدين النووى ، ،مطبعة العاصمة القاهرة

5 - **المجموع شرح المهذب**. أبو زكريا يحيى بن شرف النووى، دار الفكر.

الفقه الحنبلى

1 - **إعلام الموقعين عن رب العالمين** .محمد بن أبى بكر المعروف بإبن القيم: تحقيق آل سلمان دار ابن الجوزى, السعودية. الطبعة الأولى.1423هـ

2 - **إغاثة اللهفان فى مصايد الشيطان** . محمد بن ابى بكر ابن القيم الجوزية،تحقيق محمد عفيفى ،المكتب الاسلامى، بيروت،الطبعة الأولى (1407هـ)

3 - **بيان الدليل على بطلا ن التحليل** .شيخ السلام احمد بن عبد الحليم بن تيمية ،تحقيق حمدى عبد المجيد السلفى، المكتب الاسلامى بيروت, الطبعة الأولى(1418)

4 - **جامع العلوم والحكم** . الحافظ ابو الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى ، تحقيق شعيب الآرناؤوط وابرهيم باجس مطبوعة مؤسسة الرسالة.بيروت.الطبعة الأولى(1411هـ)

5 - **الروح**.محمد بن أبى بكر المعروف بإبن القيم ،تحقيق د.بسام على سلامة العموش، دار ابن تيمية, الرياض،الطبعة الثانية(1412هـ)

6 - **الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية** . محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم،تحقيق د.محمد جميل غاذى،دار المدنى،جدة.

7 - **مجموع الفتاوى**. شيخ الاسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن ابن محمد بن قاسم ، الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين .

8 - **المغنى**. ابو محمد عبدالله أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى ، تحقيق عبدالله التركى ،و عبد الفتاح الحلو،دار هجر للطباعة والنشر الطبعة الاولى.(1406هـ)

الفقه الظاهرى

1 – **المحلى**. ابو محمد على أحمد بن سعيد بن حزم .دار الفكر بيروت.

كتب الفقه المقارن:

1 – **الاشراف على مسائل الخلاف** .القا ضى عبد الوهاب بن على بن نصر ،تحقيق الحبيب بن طاهر،دار ابن حزم بيروت،الطعة الأولى (1420 ه)

2 – **التشريع الجنائى مقارنا بالقانون الوضعى** . عبدالقادر عودة،.دار الكتب العربى. بيروت، (1374ه)

3 – **السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى** . الدكتور محمود محمد شعبان،مطبعه الاخلاص 3 رمضان بجوار معسكر الجيش شارع الجيش/ امبابه

4 – **فلسفة التشريع فى الاسلام**. د/ صبحى محمصانى، مطبعة الكتاب بيروت (1952)

5 – **القانون الجنائى ،مبادئه الأساسية ونظرياته العامة** . ا لأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى القاهرة 1981م

6 – **مبداء سلطان الارادة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الغربية** .د.عادل مصطفى بسيونى، ،مؤسسئة الرسالة،بيروت

7 – **نظرية الباعث وأثرها فى العقود والتصرفات** .عبدالله بن إبراهيم بن ذيد الكيلانى، مطابع وزارة الأوقاف.الأردن،

8 – **نظرية التعسف فى استعمال الحق** . الدكتور فتحى الدرينى، مؤسسئة الرسالة.بيروت،الطبعة الثانية،1401ه

كتب القواعد والأصول

1 – **الأشباء والنظائر** .جلال الدين السيوطى ،دار الكتب العلمية بيروت ،طبعة اولى (1399ه)

2 – **الأشباء والنظائر**. زين الدين بن ابراهيم المعروف بـابن نجيم الحنفى ، دار الكتب العلمية، بيروت

3 - **سد الذرائع فى الشريعة الاسلامية**.محمد بن هشام البرهانى،مطبعة الريحانى بيروت .الطبعة الأولى 1406هـ

4 - **الفروق**.ابو العباس أحمد بن إدريس القرافى ،تحقيق، عمرحسن، القيام، مؤسسئة الرسالة،بيروت،الطبعة الاولى(1424هـ)

5 - **قواعد المقاصد عند الامام الشاطبى** . الدكتور عبد الرحمن بن ابراهيم الكيلانى, دار الفكر, دمشق, الطبعة الأولى(1412هـ)

6 - **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة**. عبد الرحمن بن ناصر السعدى، مكتبة االسنة. القاهرة،الطبعة الأولى، (1423هـ)

7 - **المدخل الفقهى العام** .الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا،دار القلم ،دمشق،الطبعة الأولى (1413هـ)

8 - **معجم مصطلحات أصول الفقه** .الدكتور قطب مصطفى سانو، ،دار الفكر المعاصر،بيروت و دار الفكر،دمشق,2000م

9 - **مقاصد الشريعة عند ا لإمام العز بن عبد السلام** .الدكتور عمر بن صالح بن عمر، دار النفائس الأردن،الطبعة الأولى،(1418هـ)

10 - **الموافقات فى أصول الشريعة**.أبو اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبى،تحقيق آل سلمان ، دار ابن عفان،السعودية ،الطبعة الأولى (1417هـ)

الكتب القانونية

1 - **ألأدلة الأصلية شرح على مجلة الأحكام العد لية** .محمد سعيد بن مراد الغزى،دمشق(1924م)

2 - **دروس فى العقد**.الدكتور شمس الدين الوكيل، منشأة المعارف بالاسكندرية ،مصر، طبعة أولى،

3 - **مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدنى**. منشأة المعارف بالاسكندرية

4 - **نظرية السبب فى الالتزمات المدنية** .الدكتور مختار القاضى، ملتزم الطبع والنشر دار الضياء، مصر، الطبعة الأولى(1962م)

5 - **النظرية العامة للالتزام**. د/ حسن على الذنون،مطبعة المعارف،مصر(1368هـ-1949ع)

6 - **مصادرالالتزام فى القانون المدنى الاردنى**. الدكتور انور سلطان،الجامعة الاردنيّة عمان، طبعة أولى(2002م)

7 - **مصادر الحق**، د/ عبدالرواق السنهوري دار أحياء التراث العربي بيروت لبنان

8 - **الوسيط في شرح القانون**، د/ عبدالرواق السنهوري دار النهضة العربية 1983م

الكتب فى موضوعات متنوعة

1 - **إحياء العلوم الدين**. أبو حامد محمد بن محمد الغزالى، دار المعرفة بيروت,1400هـ

2 - **أسماءالله الحسنى** .الدكتورعبدالله الغصن ،دارالوطن.الرياض.الطبعة الأولى(1417هـ)

3 - **حجة الله البالغة**.الشاه ولى الله احمد بن عبد الرحيم الدهلوى،دار المعرفة، بيروت،

4 - **الرعاية لحقوق الله**. ابن عبدالله الحارث بن الأسد المحاسبى ،.دار الكتاب العربى بمصر.

5 - **علم النفس المعاصرة**.حلمى المليجى، دار النهضة العربية،بيروت،الطبعه الثامنه,2000م

كتب المعاجم

1 - **تاج العروس من جواهر القاموس** . سيد محمد مرتضى الزبيدى ، المطبعة الخيرية.مصر(1302هـ)

2 - **تهذيب اللغة** . ابو منصورمحمد بن أحمد الأزهرى ، تحقيق عبدالسلام وغيره ،دارالكتب بيروت،مصر.

3 - **جمهرةاللغة**. ابو بكرمحمد بن دريد: دئرة المعارف العثمانية الهند,الطبعة الأولى(1351هـ)

4 - **لسان العرب**. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على بن أحمد ،دار الكتب العلمية ،بيروت

5 - **الصحاح**. إسماعيل بن حماد الجوهرى ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ،دار العلم للملايين،بيروت,الطبعه الثانية (1399هـ)

6 – **معجم مقاييس اللغة**. ابو الحسين احمد بن فارس ، ،مكتبة الخا نجى القاهرة ،طبعة ثا لثة (1402)

7 – **القاموس المحيط** . مجد الدين محمد بن يعقوب فيروز آبادى ،المكتبة التجارية الكبرى بمصر **محيط المحيط**. المعلم بطرس البستانى، ،مكتبه لبنان.بيروت.

8 – **المعجم الوسيط**. ابرهيم مصطفى، و أحمد حسن، و حامد عبد القادر، و محمد على النجار،دار الدعوة استبنول تركى،1989م

9 – **المجموع المغيث فى غريبى القرآن والحديث**. ابو موسى محمد بن أبى بكر المدينى، .تحقيق عبدالكريم العزباوى،جامعه ام القرى،(1410ه)

المراجع باللغة الانجليزية

1- **Black Law Dictionary**:Black,Henry campbelld Black,West Publishing Company, 4th Edtion (1951)

2- **The Oxford Companion To Law**: Walker, David M.Walker, Publishd by Claren Don, Press Oxford,(1980)

3- **Law dictionary**: Hakim, Mian Asad Hakim, Publishd by Mansoor Book House, Lahor, 1st Edtion(1999)

4-**Dictionary Of law**: Oxford New York,Oxford University Press 2nd Edition (1994)

رقم المسلسل		رقم الصحفة
1	**الفصل الأول: مفهوم الباعث واساسه وأهميته وأقسامه وعلاقته بالنية والقصد**	1
2	المبحث الأول: مفهوم الباعث	2
3	المطلب الأول: مفهوم الباعث لغةً واصطلاحاً	3
4	الفرع الأول: مفهوم الباعث لغة	3
5	الفرع الثانى: مفهوم الباعث فى اصطلاح الفقهاء	4
6	الفرع الثا لث: مفهوم الباعث فى اصطلاح القانونيين	7
7	المبحث الثانى: اساس نظرية الباعث وأهميته	10
8	المطلب الأول:اساس نظرية الباعث فى الفقه الاسلامى	11
9	الفرع الاول: الباعث فى ضوء النصوص القرانية	11
10	الفرع الثانى: الباعث فى السنة النبوية	13
11	المطلب الثاني: اساس نظرية الباعث فى القا نون الو ضعى	14
12	المطلب الثالث: أهمية الباعث فى الفقه الإسلامي	16
13	المبحث الثالث: علاقة الباعث بالنية والقصد	19
14	المطلب الأول: مفهوم النية والقصد	20
15	الفرع الأول: مفهوم النية لغة واصطلاحا	20
16	الفرع الثانى: مفهوم القصد لغة واصطلاحا	22
17	الفر ع الثالث: المقارنه بين نوى و قصد	22
18	المطلب الثانى:علاقة الباعث بالنية والقصدوأهميتهما للعمل	24
19	الفرع الاول: علاقة الباعث بالنية والقصد	24
20	الفرع الثانى: أهمية النية والقصد للعمل	26
21	المبحث الرابع: أقسام الباعث باعتبارات مختلفة	28
22	المطلب الأول: أقسام الباعث باعتبار المشروعية و عدمها	29
23	المطلب الثانى: أقسام الباعث بإعتبار تاثيره فى الحكم	30
24	المطلب الثالث: أقسام الباعث بإعتبار أثره	31
25	الفرع الأول: ينقسم الباعث من حيث إبطال التصرف فى أطراف التصرف	31
26	الفرع الثانى: ينقسم الباعث من حيث إبطال التصرف من جميع وجوه التصرف أو من وجه	32

	دون	
27	الفرع الثالث: ينقسم الباعث من حيث أثره فى رفع الحكم وعدمه	32
28	المطلب الرابع: أقسام الباعث باعتبار ظهوره واستتاره	34
29	المطلب الخامس: أقسام الباعث باعتباره غاية و مقصدا من التصرف	35
30	المبحث الخامس: طرق الكشف عن الباعث	37
31	المطلب الاول: طرق الكشف عن الباعث عند الفقهاء	38
32	الفرع الاول: طريق الإقرار	38
33	الفرع الثانى: طريق التواطؤ على الباعث	38
34	الفرع الثالث: طريق العرف والعادة	39
35	الفرع الرابع: طريق محل العقد	40
36	الفرع الخامس: طريق دلالة الحال	41
37	المطلب الثانى: طرق الكشف عن الباعث عند القانونيين	43
38	**الفصل الثانى: مناهج الفقهاء فى إعمال الباعث و إهماله**	46
39	المبحث الاول: منهج إعمال الباعث و ادلته	47
40	المطلب الاول: حقيقة منهج اعمال الباعث عندالفقهاء	48
41	المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على اعمال الباعث	50
42	الفرع الأول: الادلة من القران	50
43	الفرع الثا ني: الادلة من السنة	52
44	المبحث الثا نى: منهج إهمال الباعث وادلته	54
45	المطلب الأول:حقيقة منهج اهمال الباعث عند الفقهاء	55
46	المطلب الثانى: ما استدل به من القرآن والسنة على اهمال الباعث	58
47	الفرع الأول: الادلة من القران	58
48	الفرع الثانى:الادلة من السنة	59
49	المطلب الثالث: الاعتراضات الواردة على القول بإهمال الباعث و الاجابة عنها	60
50	**الفصل الثالث: التطبيقات لإعمال الباعث وإهماله و اثره على الاحكام و المقارنة بين نظرية الاسلامى و القانون الوضعى**	63
51	المبحث الأول: التطبيقات الفقهية والقانونية لإعمال الباعث وإهماله	64
52	المطلب الاول: التطبيقات الفقهيّة لاعمال الباعث	65

53	المطلب الثانى: الاعتراضات الواردة على القول باعمال الباعث و الاجابة عنها	67
54	المطلب الثالث: التطبيقات فى القانون الوضعى لاعمال الباعث	70
55	المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية لاهمال الباعث	72
56	المبحث الثانى: أثر الباعث ومراعاته فى الأحكام	73
57	المطلب الأول: اهمية اعمال الباعث ومراعاته	74
58	المطلب الثانى:أثرالباعث غير المشروع على الأحكام فى الفقه الاسلامى	77
59	المطلب الثالث: أثر الباعث غير المشروع على احكام فى القانون الوضعى	82
60	المطلب الرابع: المقارنة بين نظرية الباعث الفقهية وبين نظرية الباعث القانونية	83
61	الفرع الأول: المقارنة بين مفهوم الباعث عند الفقهاء وبين عند القانونيين	83
62	الفرع الثانى: المقارنة بين اساس نظرية الباعث عند الاصوليين والقانونيين	85
63	الخاتمة	87
64	النتائج	91
65	فهرس الآيات القرآنية	92
66	فهرس الأحاديث	94
67	فهرس المصادر والمراجع	95
68	فهرس الموضوعات	103