العدد العشرون
2003

مجلة كلية الدعوة الإسلامية

مجلّة إسلاميّة - ثقافيّة - جامعة - محكمة تصدر سنويًا

1371 من وفاة الرسول ﷺ الموافق لعام 2003 مسيحي

نحو تأصيل جديد

لـ: نظرية الباعث في الفقه الإسلامي

الأستاذ: محمود سلامة الغزيلي

يعد الباعث على التعاقد من أهم الموضوعات المكونة لنظرية العقد في أي تنظيم قانوني للمعاملات المدنية، وقد أدت تلك الأهمية إلى إفراد الباعث على التعاقد بنظرية خاصة ـ ضمن نظرية العقد ـ صاغها القانون الوضعي متأخراً، بعد أن كان الفقه الإسلامي قد نص على فروعها وجزئياتها منذ قرون طويلة، وإن كان لم يؤلف بين أفرادها في نظرية عامة على النحو الذي انتهجه القانون الوضعي المعاصر.

وقد أخذ القانون المدني في أغلب الدول العربية بالنظرية اللاتينية التي تجعل من مشروعية الباعث على التعاقد ركناً من أركان العقد، فهل يعد هذا الأخذ مخالفاً للمشروعية الإسلامية العليا؟ أو أنه عودة ـ غير مقصودة ـ للأصول

الإسلامية من خلال المصدر الغربي المذكور؟ لا بد من الإشارة هنا إلى أنه لم تَخْلُ الدراسة المقارنة بين المنهج الإسلامي والمنهج الوضعي في التقنين، من بحث عن الأصول الإسلامية لهذه المسألة، غير أن ما لاحظته هو اتخاذ تلك البحوث مسلكاً بعيداً عن الصواب ـ في اعتقادي ـ يتمثل في محاولة إلباس الفقه الإسلامي لباس هذه النظرية بحذافيرها، مما أدى إلى التسرع في فهم بعض النصوص الفقهية المتعلقة بالموضوع، أو إلى التسرع في تفسير التشابه بين نصوص الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ومن أجل الوصول إلى التأصيل الأقرب للصواب في هذه القضية، ستتم دراسة الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي من خلال مدارسه الفقهية المتنوعة، على أن يسبق ذلك تعريف سريع بمنهج القانون الوضعي في الموضوع، كما أن المكانة التي وضع فيها القانون الوضعي الباعث على التعاقد بعده ركناً من أركان العقد، تحتاج إلى استجلاء موقف الفقه الإسلامي منها، مع ضرورة إيضاح سبق الفقه الإسلامي في هذا المجال من ناحيتي: الصياغة، والجدوى.

أولاً ـ الباعث على التعاقد في القانون الوضعي:

ـ مفهوم الباعث:

الباعث غير المشروع هو «الدافع الذي يحرك إرادة المنشىء للتصرف إلى تحقيق غرض غير مشروع»، وهو وسيلة احتياطية لإبطال التصرفات التي ظاهرها الجواز، ويقصد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة[1].

والخاصية الأساسية في الباعث هي انفصاله عن التصرف، فهو شيء

(1) المقصود بكون السبب غير المشروع وسيلة احتياطية لإبطال العقد: أن لا يكون هناك وسيلة أخرى لإبطال العقد، فإذا كان العقد باطلاً من الناحية الفنية فإنه لا داعي للبحث عن الباعث؛ ولكن يُبحث عن الباعث عندما يكون العقد مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، ويراد به تحقيق نتائج غير ما شرع لأجلها العقد. انظر نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (35).

خارجي عن العقد[2]، بمعنى أن التصرف يعد تامّاً بغض النظر عن البواعث الدافعة للقيام به؛ فالقرض هو عقد بين المقرض والمقترض، فيه إيجاب وقبول ومحل وعاقدان، فهو تصرف قانوني تام، بغض النظر عن الدافع المحرك لإنشاء هذا العقد فقد يكون رغبة في إعانة، أو سعيا لإتمام منزل، أو تسهيلاً للعب القمار؛ وهي دوافع منفصلة عن العقد[3] ذاته.

والتشريعات الوضعية الحديثة تنقسم في أخذها بالباعث إلى قسمين:

- قسم يعتد بالباعث على التعاقد، ويعده ركناً من أركان العقد، وهو القانون اللاتيني الفرنسي، والقوانين التابعة له، وهي أغلب قوانين البلاد العربية.
- وقسم لا يعتد بالباعث على التعاقد ما لم يكن جزءاً من التعبير عن الإرادة[4]؛ أي ما لم يذكر الباعث في صيغة العقد، وهو القانون الجرماني.

أولاً: نظرية الباعث في مدرسة القانون اللاتيني: ـ

مرت نظرية السبب أو الباعث في هذه المدرسة بمراحل مختلفة، ولم تصل إلى الاعتداد بالسبب الباعث على التعاقد إلا في المرحلة الأخيرة، حيث أطلق عليها اسم «النظرية الحديثة في السبب».

والمعروف أن أساس معظم القوانين المدنية العربية هو القانون المدني الفرنسي، وقد أخذت هذه القوانين بنظرية السبب بنفس الطريقة التي انتهجها القانون الفرنسي، فقانون نابليون نص في المواد 1131، 1132، 1133 على السبب فيما سمي بالنظرية التقليدية في السبب، تقول المادة 1131: الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع؛ وتقول المادة 1132: الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه؛ والمادة 1133: السبب يكون غير مشروع إذا حرَّمه القانون، أو إذا كان

(2) يعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: «خارج عن ماهية العقد».
(3) انظر: نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (113، 114، 120).
(4) انظر مصادر الحق (4/ 33).

مخالفاً للآداب أو للنظام العام، وهو عين ماأخذ به القانون المدني المصري في مراحله المختلفة منذ بدايات هذا القرن، ثم تبعته معظم القوانين العربية الأخرى[5]، وفي القانون المدني الليبي تقول المادة 136: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً»، ويقصد بالسبب غير المشروع: الباعث الذي يكون مخالفاً لنصوص القانون أو للنظام العام والآداب[6].

تطبيقات قضائية على الباعث غير المشروع في مختلف العقود[7]:

1 ـ بيع أو إيجار أو هبة منزل بقصد إدارته للدعارة، أو للقمار، أو إقراض مال لهذا الغرض.

2 ـ بيع منزل لشخص عنده وديعة لحمله على أن يسلمه الوديعة المذكورة.

3 ـ اتفاق البائع والمشتري على ذكر ثمن صوري للصفقة أقل من الثمن الحقيقي لتخفيض رسوم التسجيل.

4 ـ الهبة بقصد إيجاد علاقة غير شريفة مع امرأة، أو لاستبقائها، أو لإعادتها؛ فتبرُّع الخليل لخليلته باطل في القضائين الفرنسي والمصري.

5 ـ التبرع المقرون بشرط غير مشروع إذا كان الشرط غير المشروع هو الباعث على التبرع.

ضابط الباعث غير المشروع:

الباعث على التعاقد لا يمكن ضبطه على وجه التحديد[8]، ولذا من الواجب أن ينظر في ضابط يكون علامة على وجود باعث معين أو عدم وجوده، من أجل إبعاد التعامل عن التزعزع والقلق؛ والنقطة المتفق عليها هي أن جهل المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع، يمنع إبطال العقد بسبب هذا الباعث؛

---

(5) انظر الوسيط (1/ 514)، نظرية الباعث (123، 125، 129).

(6) الوسيط (1/ 497)، نظرية الباعث (38).

(7) انظر الوسيط (1/ 500، 517)، نظرية الباعث (121)، وجميع الوقائع المذكورة تم إبطالها بأحكام قضائية في فرنسا ومصر.

(8) يقول الشاطبي: «القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة»: الموافقات 2/ 361.

وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد من شأنه أن يجعل العقد باطلاً[9].

أما إذا كان المتعاقد الآخر عالماً بالباعث غير المشروع، فقد اختلف الشُّراح حول مدى العلم الكافي لإبطال العقد:

- فمن قائل بأن مجرد العلم من المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع كاف لإبطال العقد، ومثال ذلك أن المقترض للنقود من أجل المقامرة بها يكون صديقاً للمقرض، وقد علم المقرض بغرضه دون قصد تمكينه من المقامرة، فمن الممكن إبطال القرض بناء على الباعث غير المشروع. وهو رأي «جوسران» في المعاوضات؛ دون التبرعات.
- وهناك من يشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد، ولو لم يصل لدرجة الاتفاق معه، وصورته أن يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين.
- ورأي ثالث يشترط أن يكون الطرف الآخر متفقاً على الباعث غير المشروع مع الطرف الأول؛ وصورة ذلك أن يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقترض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، فالاتفاق وحده هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد عند هذا الرأي.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بمعيار العلم من المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع الذي دفع المتعاقد الأول للتعاقد.

ويوجد رأي غريب يقول بالاعتداد بالباعث حتى لو لم يعلمه المتعاقد الآخر، إغراقاً منه في وجوب إخضاع التعامل لقواعد الأدب[10].

ثانياً: نظرية الباعث في القانون الألماني:

ينطلق القانون الألماني من أن الباعث على التعاقد لا يلتمس خارج التعبير

---

(9) الوسيط (1/ 449، 516).

(10) انظر الوسيط (1/ 499) الهامش رقم1، نظرية الباعث (121 ـ 123، 244).

عن الإرادة؛ فليس للسبب وجود مستقل عن التعبير، فالقاضي «لا يستطيع أن يجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين، فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديداً بليغاً، فتتزعزع العلاقات بين الناس، فلا يصح ـ إذاً ـ الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير، حتى ولو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر»[11].

ثانياً ـ الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي:

الحديث على دور البواعث والمقاصد في الشريعة الإسلامية، هو حديث على البديهيات والضرويات، فجميع أعمال الإنسان وأقواله في الإسلام توزن بميزان المقصد الذي انبثقت منه؛ وقد عبر المحققون من فقهاء الشريعة الإسلامية عن ذلك في كل مناسبة، ويمكن الاستشهاد ببعض مقولاتهم التي تعد أفضل تعبير عن مكانة البواعث والمقاصد في تصرفات الإنسان ومنها العقود والالتزامات.

يقول ابن تيمية وتبعه في عبارته تلميذه ابن القيم: «قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد معتبرة في التصرفات والعقود والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادة، فيجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً، أو صحيحاً من وجه فاسداً من وجه»، «وكل من قصد بالعقد غير المقصود الذي شرع له ذلك العقد، بل أراد به شيئاً آخر أراد أن يتوسل بالعقد إليه فهو مخادع»[12].

ويقول الشاطبي: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل»[13].

وتقول المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية: «الأمور بمقاصدها، يعني

---

(11) مصادر الحق في الفقه الإسلامي (4/ 42).

(12) انظر الفتاوي الكبرى (3/ 141)، وانظر أيضاً ص366، وانظر أعلام الموقعين (3/ 84 119، وغيرها)، وانظر قواعد الأحكام (2/ 143): «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل».

(13) الموافقات (2/ 333).

أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر».

ويقول الغزي في شرحها: «إن الصور الحسية التي توجد في الخارج لأي أمر من الأمور لا تأخذ حكماً شرعياً بالاستناد إلى محسوسيتها فقط، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل على إيقاع تلك الصورة وإحداثها»[14].

أدلة الاعتداد بالباعث في العقود:

1 ـ قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[15].

2 ـ قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾[16] وقال أيضاً عن المطلقات: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾[17].

ووجه الاستدلال: أن الله سبحانه، نهى الزوج أن يستعمل حق المراجعة لزوجته لا لغرض سوى الإضرار بزوجته[18].

3 ـ قال تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[19]، ومن صور الوصية للإضرار: الوصية بالثلث، أو بما دونه لأجنبي قصداً إلى الإضرار بالورثة، فهذه الصورة مشروعة في ذاتها لكن تلبُّسها بقصد الإضرار جعلها محرمة، ومردودة عند بعض الفقهاء.

---

(14) شرح مجلة الأحكام لمحمد سعيد الغزي (1/ 8)، نقلها عنه الدريني في كتابه: التعسف في استعمال الحق، ص206.

(15) سورة المائدة، الآية: 3، وقد تكرر هذا النهي في مواضع أخرى.

(16) سورة البقرة، الآية: 229.

(17) سورة البقرة، الآية: 226.

(18) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، للدريني (102)، وفي (104): حكم الرجعة بهذا الباعث.

(19) سورة النساء، الآية: 12 وانظر الفتاوي الكبرى (3/ 142)، ونظرية التعسف للدريني (109 ـ 112).

4 ـ قال رسول الله ﷺ: **«إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى»[20]، الخ الحديث.**

والمعنى: إن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، وقد نتج عن هذا الحديث ظهور قاعدة فقهية تعد أوسع القواعد وأشملها هي قاعدة «الأمور بمقاصدها»[21].

وإذا كانت النية لفظاً عاماً يجمع في ثناياه عنصرين يكونان الحركة الإرادية وهما: النية المباشرة، والنية غير المباشرة، أو ما سمي بالنية النفسية، والنية الأخلاقية، (فالنية المباشرة هي العمل، والنية غير المباشرة هي الغاية التي يتطلع إليها الإنسان من العمل)؛ فإن الحديث الشريف في نهايته يشير بوضوح إلى النية بمعنى الباعث، وهو قوله: «فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»، ففي هذا القول إشارة صريحة إلى أن المراد بالنيات: البواعث على الأعمال[22].

5 ـ قال رسول الله ﷺ: **«لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وآكل ثمنها»[23].**

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ لعن عاصرها ومعتصرها ومعلوم أنه إنما يعصر عنباً، فيصير عصيراً، ثم بعد ذلك قد يخمر وقد لا يخمر، ولكن لما كان قصده تصيير العصير خمراً استحق اللعنة، فثبت أن عصير العنب لمن يتخذه خمراً محرم، فتكون الإجارة عليه باطلة والأجرة محرمة، فعلم أن الاعتبار في العقود بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها[24].

---

(20) رواه البخاري أول الصحيح، ومسلم ومالك في الموطأ برواية محمد بن الحسن.

(21) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (9 وما بعدها).

(22) انظر دستور الأخلاق في القرآن (474).

(23) المستدرك 2/ 31.

(24) انظر: الفتاوي الكبرى (3/ 143)، إعلام الموقعين (3/ 83، 139).

6 ـ قال رسول الله ﷺ: «**من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، أو ممن يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيرة**»[25].

7 ـ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد»[26]؛ أي نهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادي الجالب للسلعة، مع أن جنس الوكالة مباح، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس[27].

8 ـ قاعدة سد ذرائع الفساد: وهي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، فالعقد الذي أقره الشارع مصلحة، ولا يجوز أن يستخدمه الإنسان للوصول إلى ما يخالف مقاصد الشارع وأحكامه، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها[28].

9 ـ قاعدة منع الحيل: وقد عرَّفها الشاطبي بأنها: تقديم عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل الحمل فيها: خرم قواعد الشريعة في الواقع»[29].

تطبيقات[30] من المذاهب المختلفة على البواعث غير المشروعة في العقود:

ـ بيع العنب أو هبته لمن يعصره خمراً، أو بيع الأقداح لمن يشرب فيها الخمر.

---

(25) رواه الطبراني في الأوسط بإسناد حسن، وأخرجه البيهقي في شعب الإيمان، انظر بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني مع شرحه سبل السلام للأمير الصنعاني 2/ 351، وانظر نيل الأوطار 5/ 174. وانظر الفتاوي الكبرى (3/ 144)، إعلام الموقعين (3/ 83)، وفي مجمع الزوائد 4/ 93: فيه عبد الكريم بن عبد الكريم، حديثه يدل على الكذب.

(26) الموطأ في البيوع، 1189.

(27) انظر: الطرق الحكمية 308، نقلاً عن التعسف في استعمال الحق للدريني، ص144.

(28) انظر الموافقات (4/ 199)، نظرية التعسف في استعمال الحق (181).

(29) انظر الموافقات (4/ 201)، نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني (202)، نظرية الباعث (198).

(30) انظر هذه الأمثلة في: مجموع الفتاوي (30/ 194)، (29/ 299)، الفتاوي الكبرى (3/ 257 162، 398)، إعلام الموقعين (3/ 151، 125، 138، 139)، المحلى (9/ 29)، المغني (4/ 223)، نيل الأوطار (5/ 187)، المعاملات أحكام وأدلة (230).

- بيع الأرض لمن يبني عليها كنيسة، أو خمارة، أو مأوى للفجور والفساد.
- بيع الخشب لمن يصنع منه صليباً، أو آلات لهو محرمة.
- بيع النحاس لمن يعمل منه ناقوساً لكنيسة.
- بيع الحرير والذهب للرجل الذي يلبسهما.
- بيع أو كراء الملابس الفاضحة أو الحلي لمن تتزين به زينة محرمة.
- بيع الأشرطة أو الأجهزة لمن يعلم أنه لا يستعملها إلا في محرم.
- بيع السلاح أو هبته أو إعارته للكفار؛ أو لأهل الفتنة؛ أو لقطاع الطرق.
- بيع بعض النصاب أو هبته أو إقراضه قبل تمام الحَوْل لإسقاط الزكاة.
- الجمع بين متفرق خشية من الزكاة.
- الهبة من المدين للدائن المقرض.
- الهبة للقاضي من أجل الحصول على محاباة.
- إقراض الغير لإقامة علاقات غير مشروعة.
- شراء الدين أو أداؤه تطوعاً، إذا كان الباعث هو الإعنات لا الإرفاق[31].

آراء المذاهب المختلفة في المسائل المذكورة:

الحنفية[32]:

يكره تحريماً بيع السلاح لأهل الفتنة، وبيع الأمرد للفاسق، وبيع المصحف للكافر، لكن البيع صحيح.

---

(31) انظر مختصر خليل مع المواق 5/ 102، الخرشي والعدوي 6/ 25، الدسوقي 3/ 334، وانظر المحلى 11/ 372.

(32) انظر البدائع (5/ 135، 232)، الدر المختار (4/ 299، 298، و3/ 432، و5/ 273)، رد المحتار في المواضع السابقة، الزيلعي (5/ 125) نقلاً عن نظرية الباعث، ص206، مختصر الطحاوي (280)، نقلاً عن مصادر الحق في الفقه الإسلامي (4/ 62)، الفتاوى الهندية (5/ 416)، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (5/ 125)، الاختيار لتعليل المختار 4/ 162.

وهذا التحريم عند الحنفية سببه الإعانة على الإثم والعدوان، وهو يقتصر على الحالات التي تقوم فيها المعصية بعين الشيء المتعامل فيه، أما ما لا تقوم المعصية بعينه، بل بعد تغيُّره، فالتعامل فيه جائز، ولو كان الباعث غير مشروع، وهذا ينطبق على بيع العصير للخمار، وبيع الخشب لمن يصنع منه آلات اللهو، وبيع الحديد للباغي الذي يصنع منه سلاحاً لحرب المسلمين.

وهكذا يتضح أن تفريق الحنفية بين ما تقوم المعصية بعينه، وبين ما لا تقوم هو فقط من أجل الحكم بالحرمة أو عدمها؛ أما الصحة فهي أمر متفق عليه في القسمين[33].

كما يبدو أنهم لم يجعلوا للعلم اليقيني بالباعث تأثيراً في العقد[34]، كما

---

(33) فقد قالوا عن بيع القرد لأجل التمسخر به: إنه وإن كان حراماً لا يمنع بيعه، بل يكره، كبيع العصير، انظر الدر المختار (4/ 297).

(34) حاولت بعض الدراسات الحديثة في إطار بحثها عن جذور نظرية الباعث في الفقه الإسلامي أن تستخلص القاعدة العامة في الموضوع عند كل مذهب على حدة، وفي إطار تصنيفها لموقف الفقه الحنفي وصفته بأنه يعتد بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد صراحة أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد، مثل الاستئجار على النوح والملاهي، واستئجار المسلم ذمياً لبيع الخمر، وإجارة الإماء للزنا، انظر: مصادر الحق (4/ 56 ـ 61)، التعسف في استعمال الحق للدريني (212 ـ 214)، نظرية الباعث (204 ـ 207).

ولكن يبدو لي أن في هذا التناول قصوراً يتضح في النقاط التالية:

أ ـ الخلط بين محل العقد، والباعث على العقد، حيث يلاحظ أن أكثر الجزئيات المستشهد بها يختل فيها ركن المحل، مثل إجارة الأمة للزنا، والاستئجار على النوح، استأجره لينحت صنماً، استأجره ليفعل ما هو واجب عليه.

ب ـ الانطلاق من بدهية خاطئة (فيما أرى)، وهي أن الباعث غير المشروع إذا دخل في صيغة العقد وتضمنه التعبير عن الإرادة فإنه يكون مبطلاً للعقد؛ وهو جَرْي وراء إثبات المشابهة بين المذهب الحنفي والمذهب الجرماني السابق ذكره؛ أما حقيقة المذهب الحنفي فيما أرى فهي أن النص على الباعث غير المشروع في العقد لا يعني إبطال العقد، من جهتين:

* النقل الفقهي، ومن ذلك: لو آجر منزله ليتخذه بيعه أو كنيسة أو بيت نار يطيب له الأجر عند أبي حنيفة، ويكره عندهما، انظر الاختيار لتعليل المختار (4/ 162)، الفتاوى البزازية بهامش الهندية (5/ 125)، ومذهبهم في نكاح التحليل أنه جائز ويلغى الشرط: انظر التعسف في استعمال الحق للدريني (261).

* يقول الزيلعي: «النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها عن أن تكون مشروعة، وإنما =

توهم بعض الباحثين، وخلاصة الأمر أن الفقه الحنفي لا يجعل الباعث على التعاقد ركناً في العقد، لا على مفهوم المدرسة اللاتينية، ولا على مفهوم المدرسة الجرمانية، التي تشترط أن يكون الباعث مصرحاً به، ويدخل حينئذ في ركن المحل؛ وهذا خلاف ما سار عليه الكُتَّاب المحدثون في إطار مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الوضعي الحديث في هذا الموضوع.

الشافعية[35]:

يفرق الشافعية بين ما كان التسبب فيه إلى المعصية قريباً أو بعيداً، فيبطل ما كان فيه التسبب قريباً، ويصح غيره، مع ثبوت الحرمة في النوعين:

ومن النوع الأول: بيع المصحف للكافر، وبيع السلاح للحربي.

ومن النوع الثاني: بيع العنب لمن يعصره خمراً، وبيع الغلمان للمعروف بالفجور، وبيع الحديد للحربي الذي يصنع منه سلاحاً، وبيع السلاح لقاطع الطريق، ويكفي غلبة الظن بالباعث، وإن لم يعلم البائع به يقيناً؛ وفي المذهب الشافعي قول بعدم البطلان في النوع الأول، ويؤمر الكافر بالبيع.

وقد ذكر الفقهاء الشافعية مسائل النوع الثاني في قسم العقود المنهي عنها، التي لا يفسدها فعل المنهي عنها، التي لا يفسدها فعل المنهي عنه لرجوع النهي فيها إلى معنى يقترن بالبيع، لا إلى ذات البيع.

= يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب، مع بقائه سبباً له عندنا، كما إذا كان النهي لمعنى في غيره «انظر: تبيين الحقائق 4/ 63. فغاية الأمر أن يكون الباعث المنصوص عليه شرطاً، ويكون العقد منهياً عنه لمعنى في غيره منفصل عنه، وهو غير مبطل للعقد.

ج ـ عدم الأخذ في الاعتبار خصائص الفقه الحنفي في التمييز بين العقد الفاسد والباطل، والمعلوم أن العقد الفاسد عند الحنفية صحيح بأصله دون وصفه، فتترتب عليه الآثار مع الحرمة، انظر مجلة الأحكام المواد (109، 366)، ودرر الحكام (1/ 107، 390)، شرح ابن الملك على المنار 263، أصول الفقه لأبي النور زهير (1/ 63، 64).

(35) انظر منهاج الطالبين مع شرح المحلى (2/ 156، 184) وحاشيتي قليوبي وعميرة في الموضعين السابقين، الأم (3/ 65)، فتاوى ابن حجر الهيثمي (2/ 224)، زاد المحتاج للكوهجي (2/ 10، 11، 42، 41)، إحياء علوم الدين (2/ 99).

فاتضح أن للشافعية تقسيماً خاصاً في الموضوع، يجعل ما كان التسبب فيه إلى المعصية قريباً: باطلاً، مع وجود قول بصحته؛ كما يجعل ما كان التسبب فيه إلى المعصية بعيداً: صحيحاً، مع كونه منهياً عنه.

ويلاحظ أن هذا النوع الثاني يصح ولو كان حصول المعصية محققاً، وهو ما يشمل حالة التصريح بالباعث عند التعاقد[36]، وذلك خلافاً لما قرره بعض المعاصرين من أن الشافعية يعتدّون بالباعث غير المشروع إذا ورد في صيغة العقد ذاتها[37].

المالكية[38]:

اختلف المالكية في المسألة إلى ثلاثة اتجاهات:

1 ـ مشهور المذهب أنه لا أثر للباعث غير المشروع إلا في الحرمة، أما العقد فهو صحيح، لا يمكن إبطاله أو فسخه، ولكن في بعض الأحوال يمكن

---

(36) انظر شرح المحلى (2/ 184).

(37) انظر: مصادر الحق (4/ 51)، نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني (214 ـ 216)، نظرية الباعث (270).

ومما يلاحظ على الدراسات الحديثة في وصف هذا المذهب أنها لم تشر إلى تمييز الشافعية بين النوعين المذكورين أعلاه.

مع أن هذا التمييز يشير بوضوح إلى أنهم اهتموا بكون المحل مشروعاً، أكثر من اهتمامهم بمجرد البواعث، وذلك لقولهم إن السبب القريب إلى المعصية يبطل العقد، وذلك فيما يبدو لي لأنه يصبح محلاً متعاقداً عليه.

فخلص الأمر إلى أن الباعث على التعاقد فيما كان التسبب إلى المعصية فيه بعيداً: ليس ركناً في العقد عند الشافعية، ولو كان ظاهراً في التعبير عن الإرادة، فعد المذهب الشافعي شبيهاً بالمذهب الجرماني غير دقيق، أما ما كان التسبب إلى المعصية فيه قريباً، فالشافعية يبطلون العقد بذلك الباعث ولو لم يظهر في العملية التعاقدية؛ وينطبق عليه حينئذ ما سوف يأتي عند الكلام عن المذهب الحنبلي.

(38) انظر العتبية والبيان والتحصيل (4/ 173) (9/ 394) (15/ 368) (16/ 365) (18/ 613) الأحكام للشعبي (287)، الذخيرة (5/ 399)، تبصرة الحكام (2/ 141)، المعيار 2/ 165، 205، المواق (4/ 254)، الحطاب (4/ 253، 254، 263)، الشرح الكبير مع الدسوقي (3/ 7)، أقرب المسالك (2/ 5).

إجبار المتعاقد على إزالة الآثار غير المشروعة الناتجة عن العقد[39].

2 ـ القول الثاني في المذهب أن العقد فاسد، يفسخ ما دام المبيع قائماً، ويمضى بالقيمة إذا فات، ويتصدق البائع بالزائد على قيمته لو باعه على وجه جائز، وذلك بشرط علم البائع بالباعث غير المشروع، وإلا كان البيع صحيحاً اتفاقاً.

3 ـ البيع غير منعقد، فيفسخ أبداً، والمبيع باق على ملكية البائع، ولهذا فإنه يتصدق بجميع الثمن وجوباً، وذلك بشرط علم البائع بالباعث غير المشروع وإلا كان البيع صحيحاً اتفاقاً[40].

الحنابلة[41]:

يتفق الحنابلة على أن المسائل المذكورة جميعاً، حكمها البطلان مع

---

(39) وتطبيقاً لهذا المذهب أفتى ابن أبي زيد في شراء فرس يعطى رشوة لرئيس قبيلة ثالثة، حيث لم يفت بالبطلان أو الفسخ، انظر الأحكام للشعبي (264، 265).

(40) وقد سبب هذا الاختلاف الفقهي ارتباكاً واضحاً عند الكتاب المعاصرين في هذا الموضوع، حيث يلاحظ وقوعهم في نتائج تخالف الواقع، بسبب عدم مراعاة الاصطلاح الفقهي الخاص لفقهاء المذهب المالكي، ومن ذلك:

أ ـ استنباط بطلان العقد من قول الحطاب إن بيع العنب لمن يعصره خمراً غير جائز؛ ومعلوم أن عدم الجواز يعني الحرمة، وهي ليست محل الخلاف، بل الصحة أو عدمها هو محل الخلاف، انظر نظرية التعسف للدريني (221)، نظرية الباعث (213)، وتعليق السنهوري في مصادر الحق (4/ 76).

ب ـ جعل الخلاف في المسألة الواحدة مسائل مستقلة متعددة، مثلاً:

* يقول الدريني (222): إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري فالفسخ واجب، ويجيز المشتري على البيع، وهو خلط بين القولين: القول بالفسخ والقول بالصحة مع الإلزام بالبيع، إذ كيف يجتمع الفسخ مع الإجبار على البيع.

* لخص كتاب نظرية الباعث (215) المذهب المالكي بطريقة أخرى، وهي أن البائع إذا علم: يفسخ العقد، وإذا علم من الطرفين فسخ، وإذا علم من أحدهما دون الآخر يبقى العقد صحيحاً ويؤمر المشتري بالبيع، مع أن الصورة الأولى والثالثة واحدة. وإنما ظهرت هذه الأخطاء لكون الدارس للموضوع يسعى لإيجاد صيغ التوافق مع القانون الوضعي، مما يؤدي للتسرع في اتخاذ بعض الأحكام.

(41) انظر: المغني (4/ 22) الفتاوى الكبرى (3/ 143، 162، 367 ـ 373) كشاف القناع (3/ 146) نقلاً عن الدريني 219، مجموع الفتاوى (29/ 308)، أحكام أهل الذمة لابن القيم 280.

الحرمة، إذا كان البائع مثلاً على علم بالباعث غير المشروع عند المشتري، والعلم بالباعث قد يكون استناداً إلى تصريح من المشتري، أو من قرائن الأحوال والعادة، واستدلوا على قولهم بالبطلان بأدلة عديدة؛ أما إن لم يعلم البائع بالباعث غير المشروع، فالحرمة خاصة بالمشتري، ويحل للبائع ما أقدم عليه من بيع.

ومع ذلك فإن ابن تيمية قد نص على أن هناك من التصرفات التي باعثها غير مشروع ما يبطل فيها الحكم الذي احتيل عليه فقط، دون التصرف نفسه، مثل من يبيع النصاب فراراً من الزكاة، فالبيع صحيح في حق المشتري، لكن تجب الزكاة إبطالاً للتصرف في هذا الحكم[42].

أسباب اختلاف الفقهاء في الأخذ بنظرية الباعث:

يتفق العلماء على منع التوسل بالعقد المشروع لتحقيق أغراض غير مشروعة، لأن ذلك هدم لقواعد الشرع، ومناقضة للمقاصد التي وضع التشريع لمراعاتها، لكنهم يختلفون في درجة هذا المنع (التحريم فقط، أو البطلان أيضاً)، ويختلفون تبعاً لذلك في المناط الذي يتحقق به المنع في كل درجة من درجاته، ولا بد لوضع الآراء الفقهية في الموضوع في مجالها الصحيح من معرفة المبادىء التي تنطلق منها معالجة المسألة، ومن أهم هذه المبادىء:

1 ـ مدى تأثير النوايا في العقد:

صنف[43] الإمام ابن تيمية رحمه الله النية من حيث تأثيرها في العقد إلى عدة أقسام:

أ ـ النية الموافقة لمقتضى العقد وأحكام الشرع:

وهذه النية غير مؤثرة في العقد، فمن نوى بالشراء القنية والادخار، أو

---

(42) انظر الفتاوى الكبرى (3/ 162) ويدل ذلك على دقة البناء التشريعي لنظرية الباعث عند الفقهاء المسلمين القائلين بها، حيث يصنفون البواعث إلى مراتب ودرجات وعدم معاملتها جميعاً معاملة واحدة، وهو ما تفتقده نظرة القانون الوضعي للباعث.

(43) الفتاوي الكبرى (3/ 367، 377)، بتصرف وضم متفرقات.

الإهداء، أو البيع، لم يخرج بهذه النية عن مقتضى العقد، ولا عن أحكام الشرع.

ب ـ النية المخالفة لمقتضى العقد وأحكام الشرع:

وهذه النية مؤثرة في العقد، لأنها تمنع انعقاده صحيحاً، لعودها على الركن بالهدم، كمن قصد بعقد الشراء الفسخ، ولم يقصد الاستفادة من المعقود عليه ولو بمنفعة محرمة[44].

ج ـ النية المخالفة لأحكام الشرع، دون مخالفتها لمقتضى العقد وحقيقته:

ومثالها: من قصد بشراء شيء جائز التصرف فيه تصرفاً محرماً، والمسائل المطروحة للنقاش تعتبر النية فيها من النوع الأخير، وهي مرتبة وسطى بين السابقتين.

2 ـ مقتضى النهي الشرعي هل هو الفساد أو لا؟

لا شك في أن نية شراء العنب لعصره خمراً، وما شابه ذلك يحكم عليها بالتحريم شرعاً[45]؛ فالإقدام عليها ممنوع ومحظور.

لكن هذا النهي والتحريم هل يلقي بظلاله على عقد البيع نفسه، فيجعله فاسداً أو باطلاً أو لا؟

جمهور العلماء يرون أن النهي الذي لا يرجع إلى ذات العقد، وإنما لشيء مقارن، وغير لازم: صحيح غير فاسد؛ وهناك من يرى أن النهي يدل على فساد المنهي عنه مطلقاً، سواء كان النهي لذات المنهي عنه، أم لوصفه اللازم، أم لأمر خارج عنه[46].

---

(44) انظر مثالاً لذلك أيضاً في إعلام الموقعين (3/ 254)، وفي الدر المختار أيضاً 5/ 2: إذا أجر داراً لا ليسكنها: فالإجارة فاسدة.

(45) يقول أبو حنيفة إنه لا بأس به (الفتاوى الهندية 5/ 416)، وذلك فيما يظهر لي تبعاً لتفريقه بين ما تقوم المعصية بعينه، وما لا تقوم بعينه.

(46) انظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للحافظ العلائي 293، 303، وانظر بحثاً بعنوان: أثر المنهي عنه من حيث الصحة والفساد د. عبد السلام أبو ناجي. مجلة العلوم الإنسانية، =

وهذا أساس مهم لفهم اختلاف الآراء الفقهية في الموضوع.

نقد تأسيس الخلاف على وضوح الباعث أو خفائه:

يجعل الباحثون المعاصرون من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأخذ بركنية الباعث: أن مجال البواعث والنوايا مجال يتعذر فيه الإثبات، فهو يخضع للمؤثرات النفسية، والخفايا التي يتفرد بمعرفتها الضمير؛ وقد صعَّب هذا الأمرُ وضعَ ضابط لتعرُّف الباعث غير المشروع، فاحتكم البعض إلى الوضوح القاطع، وكأنه يجعل الاحتمال في صالح المتعاقد الذي لم يعترف بالباعث غير المشروع، ولهذا لا يقولون بكفاية القرائن، ولا بالعادة، للحكم بالبطلان[47]، وهم الحنفية والشافعية، أما الحرمة فهي ثابتة، لأنها حكم دياني بين العبد وخالقه. وهناك من اعتبر غالب الظن كافياً للحكم بوجود الباعث غير المشروع.

وهذا الأسلوب في طرح القضية، مع كونه هو المُعوَّل عليه عند من كتب في الموضوع، إلا أنه يعد تحكماً عجيباً على اجتهادات الفقه الإسلامي، ومحاولة لتصنيف الأقوال في هذا الفقه على نفس نمط اختلاف الشراح الوضعيين ومدارسهم، وهذا الأسلوب ـ كما يظهر لي ـ منتقد بشدة؛ وذلك لأن هناك فرقاً بين منهجين:

- القول بأن الباعث غير المشروع له أثر في البطلان دائماً، لكن منهج تعرّف هذا الباعث هو محل الإشكال؛ وهذا هو موقف القوانين الوضعية بمدرستيها (اللاتينية والجرمانية).
- القول بأن الباعث غير المشروع من حيث كونه منهياً عنه في الشريعة الإسلامية، هل هو مؤد للبطلان أو لا؟ بغض النظر عن مستوى ثبوته من عدمه.

= العدد 2 نوفمبر 1991م، الفروق (2/ 82 ـ 86)، وانظر أيضاً مبحث الصحة والفساد عند الأصوليين، يضاف إلى ذلك مذهب الحنفية في العقد الفاسد.

(47) انظر في هذا المعنى إلى قول الإمام الشاطبي «القصد لا ينضبط في نفسه، لأنه من الأمور الباطنة»، الموافقات (2/ 361).

وهذا الأخير هو الصعيد الذي ينبغي أن تصنف فيه المذاهب الفقهية الإسلامية، ولذا وقع الخطأ من الباحثين المعاصرين، من حمل أحد المنهجين على الآخر.

وخلاصة الأمر أن الفقه الإسلامي عرف نظرية الباعث في جميع المجالات، ومنها المجال العقْدي، غير أن تناوله لهذا الأمر كان في إطار خصوصيته الذاتية (التشريعية والمنهجية)، ومن غير الصحيح منهجياً أن يجعل التنظيم الإسلامي للموضوع رهيناً بالقالب الغربي الوضعي، الذي هو عاجز عن استعياب كل الخصائص الفقهية الإسلامية للموضوع.

وقد نتج عن ذلك إطلاق أوصاف غير واقعية على هذا الفقه، سبقت الإشارة إلى بعضها، ويضاف إلى ذلك نقاط أخرى مثل:

1 ـ وصف المذهبين الحنفي والشافعي بأن نظرية السبب فيهما تختفي تحت ستار من صيغة العقد، وأن نظرية السبب فيهما ضامرة، محدودة، مطاوعة للنزعة الموضوعية البارزة في الفقه الإسلامي[48].

وقد سبق القول بأن هذين المذهبين لا يعتدان بالباعث، لا لكونهما يسلتزمان ذكره في صيغة العقد، بل لقولهما بأن النهي لا يقتضي الفساد، وأن ما استهدفه المتعاقد من العقد منفك عن العقد نفسه، ولهذا يمكن أن لا يفعله، وقد كان الأنسب لمن بحث الموضوع أن يتخلى عن الإطار الألماني لهذا المنهج، حتى تتحقق الموضوعية بشكل أكبر، فالاقتراب هو في النتائج فحسب، أما في المقدمات والأُسس فالأمر مختلف.

2 ـ وصف المذهب المالكي بأنه «يعمل الباعث غير المشروع في التصرف، فيبطله إذا تبين أو قامت مظنته»، وهو حمل للمذهب على القول غير الراجح فيه.

(48) انظر مصادر الحق (4/ 51).

3 ـ وصف نظرية السبب في المذهبين: الحنبلي والمالكي بأنها تبدو «أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني»، وذلك تمشياً مع العوامل الأدبية والخلقية والدينية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي.

وفي هذا إرجاع للمسألة إلى غير أصولها المنهجية المباشرة، فالعوامل الأدبية والخلقية المذكورة لماذا لم تجعل موقف الفقه الحنفي مثل موقف الفقه الحنبلي؟ ولعل الصواب هو إرجاع هذه المسألة إلى ورود النهي عن التعاون عن الإثم والعدوان، والنهي يقتضي التحريم والفساد معاً.

كما أن الفقه الحنبلي لا يبطل العقد كله في بعض الأحيان، بل يبطل الحكم الذي احتيل عليه فقط كما سبقت الإشارة إليه.

موقف الفقه الإسلامي من ركنية الباعث:

تنطلق كل مدرسة قانونية من معطيات ومناهج ذاتية خاصة بها، وقد استقرت مدارس الفقه الإسلامي بجميع فروعها على أن أركان العقد هي: الصيغة والعاقدان والمحل، مع اختلاف بينها في عد العاقدين والمحل أركاناً أو شروطاً، ومن حيث المبدأ، فإن هذا الاستقرار ليس بمانع من الاستفادة من المناهج الحديثة في عد الباعث ركناً، لأن الجوانب التنظيمية والفنية تخضع للتطوير، والتحوير؛ غير أن جدارة هذا المنهج القانوني الوضعي بالاقتباس غير واضحة، إذ إن في الأخذ به تعطيلاً لخصوصية من خصوصيات الفقه الإسلامي، كما أن على موقف القانون الوضعي نفسه مآخذ وملاحظات:

1 ـ المفترض في الركن أن يكون داخلاً في الماهية، بحيث لا يتصور وجودها بدونه، فمثلاً كما لا يتصور وجود عقد بلا صيغة، يفترض أن لا يتصور وجود عقد بغير باعث مشروع، وهو أمر غير متحقق، إذ إن الباعث خارج عن الماهية[49].

(49) انظر كلام السنهوري: الوسيط (1/ 512)، وانظر المناداة بعد لزوم ركن السبب، بل بخطورته، في بحث بعنوان: السبب كركن للتعهد، مجلة المحاماة، السنة، 15، ص643.

والدليل على ذلك أن الاعتداد به محل خلاف بين مدارس القانون الوضعي، والركن لا يمكن أن يكون محل خلاف، لأنه ضروري لتصور الماهية، وكان يمكن للقانون عده شرطاً من شروط الصيغة أو المحل أو العاقدين.

2 ـ إن الباعث شرط سلبي وليس شرطاً وجودياً، بمعنى أن أي تعاقد يشترط ألا يكون الباعث إليه غير مشروع، والدليل على ذلك أن التصرفات تحمل على المشروعية دائماً لأنه الأصل، ولو لم يتم التعرف عليه؛ ومما يدل على ضعف موقع نظرية الباعث أنها نظرية احتياطية، أي لا يتأتى الاستناد إليها إلا بعد التأكد من سلامة الأركان الأخرى.

ولعل السبب الباعث أصبح ركناً في العقود بالوراثة عن نظرية السبب التقليدية، وقد كانت تلك النظرية مما يمكن القول بصحة ركنيتها، مع توجه كثير من أهل القانون إلى نقدها.

أما في الفقه الإسلامي[50] فلا يثور القول بركنية الباعث في المذهب الحنفي، والشافعي، ومشهور المذهب المالكي، وذلك لأن فقدانه غير مؤثر بالبطلان، كما هو المفروض في الركن؛ أما في المذهب الحنبلي فقد يقال إن الباعث غير المشروع مبطل للعقد عندهم، فهو يصلح أن يكون ركناً.

والحقيقة أن الذي يصلح أن يكون ركناً هو الأصل الذي استقى منه الحنابلة هذا الحكم، وهو أن النهي يقتضي الفساد.

وقد أشار ابن قدامة إلى هذا المعنى حينما كان في معرض الرد على معارضيه، حيث استدل الشافعية بأن البيع تم بشروطه وأركانه، فقال: «قلنا: لكن وجد المانع منه»[51]، أي إن نية الباطل مانعة من إعمال البيع التام.

---

(50) أشار الشيخ علي الخفيف في إطار حديثه عن الباعث على عقد الكفالة، إلى أن جمهور الفقهاء لا يشترطون مشروعية الباعث لصحة عقد الكفالة، انظر الضمان في الفقه الإسلامي ـ القسم الثاني، ص80.

(51) المغني (4/ 284).

أما ما قيل من أن «السبب لا يعد ركناً في العقد، فالشريعة الإسلامية لا تنظر إلى السبب إلا بعد إبرام العقد، بخلاف القانون الوضعي»[52]، فهو غير مفسر للأمر، بل هو تشخيص للموقف، والسؤال هو: لماذا لا تنظر الشريعة [الفقه] إلى السبب إلا بعد إبرام العقد؟.

أثر التركيز على الباعث في الفقه الإسلامي:

على رغم من أن مجال النوايا والبواعث قلبي غامض، لا سبيل للاستدلال عليه وإثباته واقعياً، لبناء الأحكام القضائية والعملية عليه، ما قد يبدو أنه يقلل من شأن هذه البواعث، في التطبيق العملي، فإن فائدتها ملحوظة من عدة جهات:

1 ـ الصعيد العقائدي والنفسي للإنسان:

فمن مقاصد الفقه الإسلامي في تبيانه لحكم البواعث غير المشروعة وأثرها في الأعمال جميعاً ومنها العقود: أن يتبين المسلم الحكم الشرعي فيما بينه وبين ربه، وإن كان الناس لا يعلمون أنه فعل فعلاً محرماً، فإن على العبد نفسه أن يدرك أنه وقع في الحرام، لأن معاملة العبد مع ربه مبناها على المقاصد والنيات والسرائر، فمن أظهر قولاً سديداً ولم يكن قد قصد به حقيقته كان آثماً، عاصياً لربه، وإن قبل الناس منه الظاهر[53].

2 ـ على الصعيد العملي:

قد يتصور إثبات بعض المقاصد والنوايا عن طريق القرائن، حيث إن آثار النوايا تظهر في تصرفات المكلف، يقول ابن تيمية: إذا أظهر المكلف باطنه المخالف لظاهره «رتبنا الحكم على ذلك، فكنا حاكمين أيضاً بالظاهر، الدال على الباطن، لا بمجرد باطن»[54].

---

(52) انظر نظرية الباعث (152).

(53) انظر الفتاوى الكبرى (3/ 275).

(54) المرجع السابق نفسه.

3 ـ التركيز على أحكام البواعث والمقاصد، له آثار اجتماعية هامة، يقصد الشارع الحكيم إشاعتها وانتشارها، وهي التوعية والتذكير باندماج المقاصد مع الأعمال، وتقوية جانب الأحكام العملية الظاهرية، وهو ما يترتب عليه إنشاء أعراف اجتماعية أو مهنية تتفق مع المنهج الإسلامي؛ وهو ما يجعل معيار المراقبة القضائية والمهنية أكثر سمواً وارتباطاً بالمعاني الإسلامية ومقاصد الشريعة الغراء[55].

مصادر البحث:

1 ـ البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد، تحقيق د. محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1988م.

2 ـ التاج والإكليل، لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل، مكتبة النجاح ـ ليبيا.

3 ـ حاشية عميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3، 1956م.

4 ـ حاشية قليوبي على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3، 1956م.

5 ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصكفي ت: 1088هـ، مطبوع بهامش حاشيته المسماة رد المحتار.

6 ـ دستور الأخلاق في القرآن، د. محمد عبد الله دراز، تعريب وتحقيق وتعليق: عبد الصبور شاهين، دار المعرفة الجامعية ـ الإسكندرية.

(55) لقد كان الفقه الإسلامي في مفهومه المتكامل يمزج الخطاب الديانى بالخطاب العملي القضائي، وهو منهج القرآن في تبيان الأحكام للناس، فهو لا يعنى فقط بالعلاقة الظاهرية بين البشر، بل يعنى أكثر بربط هذه العلاقة برباط الإحساس بالمراقبة الإلهية، وهو لذلك يمزج في أحكامه العملية بين الحرمة والبطلان، والجواز والصحة، ودور الفقه العملي القضائي المفترض هو عدم الإيغال في التجريد من الأحكام الديانية، إلى الحد الذي يفتقد فيه الفقه الإسلامي ذاتيته، وخصوصاً في هذا العصر الذي لم تقم فيه علوم أخرى بملء الفراغ الذي كان يتركه الفقه العملي لتملأه علوم السلوك والأخلاق والرقائق الإسلامية.

7 ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عابدين، المطبعة الميمنية، ودار الطباعة العامرة بمصر، 1307هـ.

8 ـ شرح مختصر خليل، للشيخ أحمد الدردير، بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

9 ـ الفتاوي الكبرى، لابن تيمية، وهو خمسة أجزاء، وضمنه: إقامة الدليل على بطلان التحليل، والاختيارات العملية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

10 ـ القانون المدني الليبي.

11 ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، معهد البحوث والدراسات العربية التابع للجامعة العربية، ط3، 1967م.

12 ـ المغني، لابن قدامة، الناشر: زكريا علي يوسف.

13 ـ منهاج الطالبين، للنووي، مطبوع بأصل شرح المحلى، مع حاشيتي قليوبي وعميرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3، 1956م.

14 ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطَّاب، مكتبة النجاح ـ ليبيا.

15 ـ نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حليمة آيت حمودي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1986م.

16 ـ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، د. فتحي الدريني، ط3، مؤسسة الرسالة، 1981م.

17 ـ الوسيط في شرح القانون المدني. عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، ص1964م.