

أثر الباحث في العقود

"دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية"

رسالة الماجستير

إعداد الطالب:

عبدالمولى أبو القاسم إبراهيم أبوحليقة

رقم التسجيل: 132780295



قسم الأحوال الشخصية

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

للعام الجامعي

20-2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ قَالُوا يَا وَيْلَنَا مَنْ بَعَثَنَا مِنْ مَرْقَدِنَا هَذَا مَا وَعَدَ الرَّحْمَنُ وَصَدَقَ الْمُرْسَلُونَ ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

{ يسين : 52 }



الأهراء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار.. إلى من علمني العطاء برون انتظار.. إلى من أعمل أسمه بكل افتخار.. أرجو من الله أن يعمري في عمرك لترى شماراً قد حان قطانها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهدري بها اليوم وفي الغد، وإلى الأبر.

والري العزيز

إلى ملائتي في الحياة.. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني.. إلى بسمه الحياة وسر الوجود إلى من كان وعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب.....

أمي الحبيبة

إلى من بهم أكبر وعليهم أعتد.. إلى الشموع المتقدة التي تنير ظلمة حياتي.. إلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها.. إلى من عرفت معهم معنى الحياة حلوها ومرها.....

أخوتي الاعزاء

إلى الصرح العلمي الذي درست فيه فتعلمت منه.....

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية المالانج- اندونيسيا

إليهم جميعاً أهري خلاصة جهري وثمره عملي

الباحث

شكر وتقدير

ومن حق النعمة الذكر، وأقل جزاء للمعروف الشكر ...

فبعد شكر المولى عز وجل ، المتفضل بجليل النعم ، وعظيم الجزاء ...

يجدر بي أن أتقدم ببالغ الامتنان ، وجزيل الشكر والعرفان إلى كل من وجهني ، وعلمني ، وأخذ بيدي في سبيل إنجاز هذه الرسالة .. وأخص بذلك:

1. البرفيسور الدكتور الحاج موجيا راهرجو، عميد جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلاميه الحكوميه بمالانج.

2. البرفيسور الدكتور الحاج مهيمن، عميد كلية الدراسات العليا، والدكتور فضيل رئيس قسم الأحوال الشخصية بالجامعة.

3. مشرفي الاول ،الدكتور: عون الرفيق، الذي قوم ، وتابع ، وصوب ، بحسن إرشاده لي في كل مراحل الرسالة

4. الدكتور : منير العابدين، لقبوله الإشراف على هذه الرسالة كمشرف ثاني، والذي كان لعلمه وفضله ، وحسن توجيهاته وعونه الأثر الملموس في أن يظهر البحث بصورته النهائية.

كما أحمل الشكر والعرفان إلى كل من أمدني بالعلم ، والمعرفة ، وأسدى لي النصيح ، والتوجيه.

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساندني بدعواته الصادقة ، أو تمنياته المخلصة .

أشكرهم جميعاً وأتمنى من الله عز وجل أن يجعل ذلك في موازين حسناتهم.

(الباحث

مالانج- اندونيسيا



جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا - قسم الأحوال الشخصية

تقرير المشرفين

بعد الاطلاع على البحث التكميلي والذي هو بعنوان: اثر الباعث في العقود، المقدم من

الطالب : عبدالمولى ابوالقاسم ابراهيم ابوحليقة ، رقم التسجيل : 132780295 لنيل درجة

الماجستير ، لقد وافق المشرفان على تقديمه إلى مجلس الجامعة للمناقشة .

المشرف الثاني :

المشرف الأول :

الدكتور : منير العابدين

الدكتور : عون الرفيق

197204202002121003

197202062005011001

يعتمد

رئيس قسم الأحوال الشخصية

الدكتورة : الفضيل

(.....)



جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا - قسم الأحوال الشخصية

اعتماد لجنة المناقشة

عنوان البحث: اثر الباعث في العقود. دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة الاسلامية وبعض القوانين الوضعية.

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في قسم الشريعة والقانون

إعداد الطالب : عبد المولى ابوالقاسم ابراهيم ابوحليقة رقم التسجيل: 132780295

قد دافع الطالب عن هذا البحث أمام لجنة الجامعة وتقرر قبوله شرطاً لنيل درجة الماجستير في الأحوال الشخصية ، وذلك في يوم ، الموافق : / / 2014م

وتتكون لجنة المناقشة من السادة الأساتذة:

- 1- الدكتور : اشراق النجاح رئيساً ومناقشاً التوقيع:
- 2- الدكتور : عباس عرفان مناقشاً فقط التوقيع:
- 3- الدكتورة : منير العابدين مشرفاً ومناقشاً التوقيع:
- 4- الدكتور : عون الرفيق مشرفاً ومناقشاً التوقيع:



جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا - قسم الأحوال الشخصية

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه ، وبياناتي كالتالي:

الاسم : عبدالمولى ابوالقاسم ابراهيم ابوحليقة

رقم التسجيل : 132780295

العنوان : اثر الباعث في العقود

أُفَرِّقُ بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط لنيل درجة الماجستير في قسم الأحوال الشخصية كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج تحت عنوان:

"اثر الباعث في العقود"

حضرتها وكتبتها بنفسي وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخر ، وإذا ادعى أحد استقبالا أنها من تأليفه وتبين أنها فعلاً ليست من بحثي فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. هذا، وحررت هذا الإقرار بناء على رغبتى الخاصة ولا يجبرني أحد على ذلك.

توقيع الطالب

.....

ملخص الرسالة

اسم الطالب: عبدالمولى ابوالقاسم ابراهيم ابوحليقة

عنوان الرسالة: اثر الباعث في العقود.

المشرف الاول: د. عون الرفيق. المشرف الثاني: د. منير العابدين

تناولت هذه الرسالة دراسة نظرية الباعث واثرها في العقود، والباعث هو امر ذاتي خفي، وهو ذلك الامر النفسي المحرك للإرادة نحو هدف معين، وقد يكون الباعث مشروعاً؛ وقد يكون غير مشروع، فاذا كان مشروعاً؛ فانه يكون موافقاً لإرادة الشارع الحكيم، واذا كان الباعث غير مشروع، فانه يجب ايقافه، ويمنع صاحبه من تنفيذه. ونظرية الباعث لها ادلتها التي تقوم بها من الكتاب والسنة، ولها اثر بالغ الاهمية على جميع التصرفات والعقود، ويمكن اعمالها على مختلف العقود منعا لوقوع الضرر على الفرد والمجتمع.

وقد بحثنا نظرية الباعث في هذه الرسالة نظرياً وتطبيقاً في بعض العقود ، وقد رأينا ان الفقه الاسلامي ذو اتجاهين، احدهما اتجاه موضوعي اصحابه هم الشافعية والحنفية، والاتجاه الاخر ذاتي حمل رايته المالكية والحنابلة.

وقد اوردنا بعضاً من التطبيقات المعاصرة التي تجسد روح التطبيق لفكرة الباعث، ومن هذه التطبيقات في جانب البيوع مسألة التصرية، ومسألة العرايا، ومن الاحوال الشخصية، مسألة الطلاق في مرض الموت، وتصرف الزوجة في مالها، وكان ذلك وفق منهجية علمية كما هو متعارفاً عليه في اواسط البحث العلمي كالتالي:

الفصل الاول: الاطار العام والدراسات السابقة، وقد اشتمل هذا الفصل على مقدمة/ خلفية البحث، ومشكلة البحث، واسئلة البحث، واهداف البحث، واهمية البحث، والدراسات السابقة.

الفصل الثاني: وكان تجسيدا للاطار النظري وقد اشتمل على: مفهوم الباعث وضوابطه، والادلة على الباعث من الكتاب والسنة، والسبب في القانون الوضعي.

والفصل الثالث: وقد اوضحت فيه المنهجية المتبعة في كتابة هذه الرسالة، وقد اشتمل على نوع البحث، ومصادر البيانات، وطرق تحليلها، وهيكل البحث.

والفصل الرابع: وهو الذي يمثل الجانب العملي في هذه الرسالة، وقد اشتمل على: مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الموت، وتصرف الزوجة في مالها، وبيان كلاً منها موضعاً بعد ذلك اثر الباعث في هذه المسائل.

والفصل الخامس: جاء فيه الخاتمة واهم النتائج والتوصيات، والمصادر والمراجع.

والحمد لله الهادي الى سبيل الرشاد

الباحث

كتبه في مالانج - اندونيسيا

2014/9/10

Abstrak

Nama Mahasiswa : Abdal Maula Abul Qasim Abu Hulaiqoh

Judul : **Pengaruh Motif dalam Akad.**

Pembimbing 1: Dr. Aunur Rofiq

Pembimbing 2: Dr. Munirul Abidin

Alhamdulillahirobil ‘alamin, Shalawat serta salam semoga selalu tercurahkan kepada Nabi Muhammad SAW sebagai Rahmat bagi seluruh alam, istri Nabi SAW *ummahatul mu’minin*, keluarga Nabi SAW, para Sahabat Nabi Radliyallah anhum, dan para Tabi’in.

Penelitian ini mengkaji teori Motif dan pengaruhnya terhadap akad. Motif adalah perkara personal yang bersifat rahasia, yang merupakan urusan kejiwaan yang menggerakkan keinginan akan suatu tujuan tertentu. Motif ini ada kalanya disyariatkan dan adakalanya tidak disyariatkan. Motif yang disyariatkan adalah yang sesuai dengan keinginan *Al Syari’ Al Hakim* (Allah). Adapun Motif yang tidak disyariatkan maka wajib untuk dihentikan, dan dilarang untuk dilaksanakan.

Teori Motif ini memiliki dalil-dalil yang menjadi landasannya dari Al Qur’an dan sunnah, serta memiliki pengaruh besar terhadap seluruh akad, dan dapat diterapkan pada berbagai macam akad untuk menghindari bahaya bagi personal maupun masyarakat.

Peneliti telah mengkaji Motif dalam penelitian ini baik secara teoritis maupun aplikatif. Peneliti memandang bahwa fiqh Islam memiliki dua pandangan: pertama, pandangan tematik, mereka adalah golongan madzhab Syafi’i dan Hanafi. Kedua, pandangan personal, mereka adalah golongan madzhab Malikiyah dan hambali.

Peneliti memaparkan sebagian penerapan kontemporer yang melekat pada inti penerapan motif, diantaranya di bidang jual beli seperti masalah pemalsuan dan pengoplosan, di bidang perdata seperti masalah perceraian karena penyakit mematikan, dan tindakan istri terhadap hartanya. Semua itu sesuai dengan metode ilmiah sebagaimana yang telah disepakati dalam penelitian sebagai berikut:

Bab I : Kerangka umum dan kajian terdahulu, bab ini terdiri dari muqoddimah, latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, dan kajian terdahulu.

Bab II : Bab ini merupakan kajian teori yang terdiri dari : konsep motif, dalil-dalil tentang motif dari Al Qur’an dan Sunnah, sebab-sebab dalam hukum positifisme

Bab III : Dalam bab ini peneliti menjelaskan tentang metode yang digunakan dalam penelitian ini, yang terdiri dari jenis penelitian, sumber data, metode analisis data, dan kerangka penelitian.

Bab IV : Bab ini adalah pembahasan dalam penelitian ini, yang terdiri dari masalah pemalsuan, pengoplosan, perceraian karena penyakit mematikan, dan tindakan istri

terhadap hartanya, dan penjelasan tentang hal-hal tersebut. Kemudian tentang pengaruh motif terhadap permasalahan-permasalahan tersebut.

Bab V: Bab ini berisi penutup, hasil-hasil, saran-saran, dan referensi.

Alhamdulillahirabil ‘alamin

Malang, 10 September 2014

Peneliti



ABSTRACT

Abdal Maula Abul Qasim Abu Hulaiqoh, 2014. *The Influence of Motive in Akad or contract*. Thesis. Study Program Al-Ahwal Al-Syakhsyah, Graduate School of UIN Maulana Malik Ibrahim Malang.

Supervisor I: Dr. Aunur Rofiq. Supervisor II: Dr. H. Munirul Abidin, M.Ag

Alhamdulillahirobil 'alamin, shalawat and salam always be given to our Prophet Muhammad SAW. as a mercy to all the worlds, his wife, ummahatul mu'minin, his family, the Companions of the Prophet Radliyallah anhum, and the tabi'ins.

This study examines the motive theory and its influence on the akad or contract. Motif is a personal matter that is confidentially, which is a psychological affair that drives the desire for a particular purpose. This motif is sometimes prescribed and sometimes not prescribed. Motifs that are prescribed in accordance with the wishes of Al Syari 'Al Hakim (God). The motive is not prescribed then obliged to stop, and forbidden to be implemented.

This motif has a theory postulates that is based on the Qur'an and Sunnah, and having a major influence on the entire contract, and it can be applied to various kinds of contract to avoid danger to personal or public.

Researchers have studied motif in this study both theoretical and applicative. The researcher considers that Islamic fiqh has two views: first, thematic view, they are the ones Syafi'i and Hanafi schools. Second, personal views, they are the ones Malikiyah and Hanbali schools.

Researchers explain part of the application from contemporary which adhered to the core application of motif, including in the field of buying and selling such as counterfeiting and adulteration issues, such as problems in the field of civil divorce because of the deadly disease, and the wife actions of his property. All that according to the scientific method as agreed in the study as follows:

Chapter I: general framework and previous studies, this chapter consists of opening, background, problem statement, research objectives, benefits of the study, and previous studies.

Chapter II: This chapter is a review of the theory consisting of: the concept of motives, the arguments about the motives of the Qur'an and the Sunnah, the causes in legal positivism

Chapter III: In this chapter, the researcher describes the methods used in this study, which consists of the types of research, data sources, methods of data analysis, and research framework.

Chapter IV: This chapter is a discussion in this study, which consists of the problem of counterfeiting, adulteration, divorce because of the deadly disease, and the wife actions of his property, and an explanation of these things. Then on the influence of motives on these issues.

Chapter V: This chapter contains the cover, the results, suggestions, and references.

Malang, 10 September 2014

Resea





فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الأول: الإطار العام والدارسات السابقة.	
المقدمة.....	3
مشكلة البحث.....	10
أسئلة البحث.....	10
أهداف البحث.....	11
حدود البحث.....	12
الدراسات السابقة.....	13
تحديد مصطلحات البحث.....	17
الفصل الثاني: الإطار النظري	
المبحث الأول :- مفهوم الباعث وضوابطه.....	21
المطلب الأول :- مفهوم الباعث لغة واصطلاحا.....	21
الفرع الأول: الباعث في اللغة.....	21
الفرع الثاني: الباعث في الاصطلاح.....	23
المطلب الثاني :- ضوابط الباعث.....	27
الفرع الأول :- النزعة الموضوعية.....	28
الفرع الثاني:- النزعة الذاتية.....	29
المطلب الثالث: الادلة على الباعث من القرآن والسنة.....	30
الفرع الأول: الادلة من القرآن الكريم.....	30
الفرع الثاني: الادلة من السنة.....	32
المبحث الثاني: نظرية السبب في القانون الوضعي.....	33
المطلب الأول: النظرية التقليدية في السبب.....	34
المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب.....	37
الفصل الثالث: منهجية البحث	

39	 نوع البحث
40	 مصادر البيانات
40	 طرق جمع البيانات
41	 طرق تحليل البيانات
43	 هيكل البحث
	الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها:
48	المبحث الاول: مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الموت، وتصرف الزوجة في مالها.....
48	المطلب الاول: مسألة التصرية.....
55	المطلب الثاني: مسألة العرايا.....
65	المطلب الثالث: مسألة الطلاق في مرض الموت.....
74	المطلب الرابع: مسألة تصرف الزوجة في مالها.....
79	المبحث الثاني: اثر الباعث في مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الموت، وتصرف الزوجة في مالها.....
79	المطلب الاول: اثر الباعث في مسألة التصرية.....
86	المطلب الثاني: اثر الباعث في مسألة العرايا.....
89	المطلب الثالث: اثر الباعث في مسألة الطلاق في مرض الموت.....
92	المطلب الرابع: اثر الباعث في مسألة تصرف الزوجة في مالها.....
94	المبحث الثالث: موقف القوانين الوضعية من الباعث.....
94	المطلب الاول: موقف القانون الفرنسي.....
96	المطلب الثاني : موقف القانون المصري.....
103	المطلب الثالث: موقف القانون الليبي.....
	الفصل الخامس: الخاتمة و النتائج والتوصيات:
106	 النتائج
109	 التوصيات
111	 قائمة المصادر والمراجع

الفصل الاول

الاطار العام والدارسات السابقة

اولاً: المقدمة:

خلفية البحث:

الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونستهديه ، ونعوذ به من شرور أنفسنا ، وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ، وسيد الخلق أجمعين ، المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد بن عبدالله صلوات الله وسلامه عليه ، وعلى آله وأصحابه ، ومن اهتدى بهديه ، واتبع سنته ، وسار على نهجه إلى يوم الدين .
ويعد . . .

إن دراسة الفقه الإسلامي في شكل نظريات عامة ، هو أمر حديث نسبياً ، اعتنى به ، وألف فيه العلماء المعاصرون¹ ، ومنهم على وجه الخصوص ، أولئك الذين جمعوا في تخصصهم بين الفقه الإسلامي والدراسات القانونية ، فجاءت مؤلفاتهم على شاكلة ما هو معروف في الدراسات القانونية من تناول موضوعاتها في شكل نظريات عامة كنظرية العقد ، ونظرية الملكية ، والمسؤولية ، والإثبات وغيرها

¹ من هؤلاء العلماء وأشهر مؤلفاتهم : عبدالرزاق السنهوري ، ((مصادر الحق في الفقه الإسلامي)) ؛ مصطفى أحمد الزرقا ، ((المدخل الفقهي العام)) ؛ محمد أبو زهرة ، ((الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية)) ؛ صبحي المحمصاني ، ((النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية)) ؛ وغيرهم الكثير من المؤلفين الذين ساروا على هذا النهج.

ومن النظريات التي حظيت بالاهتمام والدراسة نظرية الباعث في الفقه الإسلامي ، وقد أفرد لهما الدكتور فتحي الدريني جزءاً من مؤلفاته منها كتابه : ((النظريات الفقهية))²، وايضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري اهتم بها وافرد جزءاً من مؤلفاته لها منه كتابه ((الوجيز في النظرية العامة للالتزام))³ والدكتور وهبة الزحيلي في كتابه ((الباعث على العقود في الفقه الإسلامي))⁴ وبما أن هذه النظرية كانت محل دراستي ، وكان الموضوع المطروح للبحث هو أثر النظرية في عدد من العقود مثل: الهدية للأمرء ، بيع السلم ، بيع العينة ، بيع العنب ممن يعصره خمراً ، إنظار المدين المعسر ، بيع المصرة .بيع العرايا ، فكل هذه العقود فيها أهمية تتجلى في علاقة هذا الموضوع بحياتنا اليومية.

ان كل افعال الانسان واعماله التي يقوم بها في حياته اليومية يوجد لها سبب باعث ودافع في داخل الانسان حمله على القيام بها قاصداً بذلك الوصول الى الأهداف والغايات التي تشبع رغباته وتلبي مصالحه.

فالباعث والدافع امر شخصي داخلي في نفس الانسان، وهو المعبر عن خلقه من خلال تصرفاته الظاهرة للآخرين، فاذا كانت تصرفاته شريفة كان خلقه حسن، واذا كانت تصرفاته سيئة كان خلقه ذميماً.

² فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، ط : 4 ، (منشورات جامعة دمشق ، 1416 - 1417 هـ / 1996 - 1997 م)
³ عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، 1953 / 1954)
⁴ وهبة الزحيلي ، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي ، ط : 1 ، (دمشق : دار المكتبي ، 1420 هـ / 2000 م)

والله سبحانه وتعالى القائم على كل نفس بما كسبت هو وحده الذي يعلم بالنفس البشرية وما تصبو اليه من افعال، ووضع لنا سبحانه وتعالى احكاما نسير عليها وسبلا واضحة للوصول الى الغايات والاهداف بطريقة شريفة ومقبولة لا تتسبب في الإيذاء للآخرين، وامرنا سبحانه وتعالى بالإخلاص في النية والعمل، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "انما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها او امرأة ينكحها، فهجرته الى ما هاجر اليه"⁵.

ففي كل يوم يعقد الشخص اكثر من عقد وبمحض ارادته التي تكون خالية من عيوب الارادة كما عرفها القانون الوضعي- الغش والتدليس والاكراه والغلط- وكل عقد من هذه العقود يحتاج الى ايجاب وقبول وعادة ما يكون هناك ايجاب مسبق وينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به.

فبيع التصرية مثلا موضوع قديم جديد ، ففعل التصرية بمعناه الذي سنعرفه بإذن الله فيما بعد ، وهو هنا - باختصار - حق وتجميع اللبن في زرع الحيوان المراد بيعه ليتغرر مشتريه بذلك ويظن أنه لبون ، أقول بأن هذا الفعل الذي نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم ، لا زال التجار يباشرونه إلى يومنا هذا ، ولا تخلو أسواقنا من الأبقار ، والأغنام ، وغيرها من الحيوانات المصرة ، بل توسعوا في

⁵ رواه مسلم في صحيحه ج 3/ ص 1516 حديث رقم: 1907

الحيل بأن ارتكبوا من الأفعال ما تشترك مع التصرية في علّة حكمها وهي ((
التدليس)) ، من ذلك أنهم يحجبون الماء عدة أيام عن الحيوان الذي يريدون بيعه
ويقدمون له العلف المخلوط بالملح حتى اليوم الذي يسبق يوم جلبه إلى السوق
فيسقونه الماء فينتفخ بطنه فيظن مشتريه بأنه سمين وهو غير ذلك ، من هنا كانت
الحاجة ملحة إلى بيان أحكام هذه الأفعال وغيرها من الأفعال التي يتخذ مرتكبيها من
الحيلة أساساً ومنطقاً لها؛ وهذا ما تحرّمه الشريعة الإسلامية الغراء.

ومن المعلوم انه من أشرف العلوم وأعظمها علم فقه الكتاب والسنة النبوية ، إذ
به يُعرف الحلال والحرام ، وبه تستقيم عبادات الناس ومعاملاتهم ، وقد جاءت
نصوص شريعتنا كلّية عامّة ؛ لأنها خاتمة الشرائع السماوية ، وما يأتي من حوادث
متجددة، تحتاج إلى الاجتهاد في النصوص ، وإنّ فهم الفقهاء للنصوص يختلف من
فقيه لآخر، وقد نتج من هذا الفهم اختلاف الفقهاء في كثير من المسائل الفقهية ممّا
أدّى إلى نشأة المذاهب الفقهية المختلفة ، كمذاهب الأئمة الأربعة وغيرها ، وإنّ كل
مذهب من المذاهب له أدلّته ، وكتبه واستقلاله .

ومن هنا كان اهتمامنا بموضوع الباعث وأثره في العقود دراسة فقهية مقارنة ؛
لأنّ البيوع المحرّمة والتي سادت في هذا العصر قد ترتب عليها آثاراً كثيرة أضرت
بالفرد والجماعة ، والوقوف على هذا الموضوع إنّما هو وقوف على لبنة من لبنات
بناء هذا الصرح العظيم الذي هو الإسلام ذو التشريع الشامل الكامل لكل ما يسعد

الإنسانية في دينها ودنياها وآخرتها ؛ لأنه دين رب العالمين ورسالة فخر الإنسانية محمد صلى الله عليه وسلم ، والتشريع الشامل الذي ارتضاه الله للبشرية ليكون لها دستوراً ومنهاجاً .

وقد كان للشرعة الإسلامية فضل السبق في ارساء دعائم هذه النظرية قبل القانون الوضعي والذي عرفها بعد الشريعة الإسلامية بكثير تحت اسم نظرية السبب. وبما ان الباعث شيء نفسي يصعب معرفته او استخلاصه الا بقرائن دقيقة جدا تدل عليه فهو بالتالي صعب المعرفة ولا يمكن استخلاصه الا بطبيعة الحال التي عليها المتعاقدين او بالأحرى السبب الذي دفع كل من طرفي العقد او احدهما لتوقيع العقد سواء بنقل الالتزام او تحمل الاعباء.

ان الاشياء الداخلية شيء نفسي لا يمكن معرفته بسهولة، والشريعة الإسلامية الغراء وضعت لذلك قواعد يعرف بها ما اذا كان السبب الدافع الباعث الذي حمل المشتري على ان يشتري والبائع على ان يبيع سببا شريفا وباعث مقبول ام انه قصد منه الاضرار بالغير او بالمجتمع؟

ان هذا الموضوع- الباعث- له ايضا علاقة بموضوع التعسف في استعمال الحق عندما يكون الشخص متعسفا في استعمال حق شرع له اصلا ولكن القصد او الباعث كان الغرض منه الاضرار بمصلحة الغير او تمخض عنه ذلك او انتفاء

المصلحة من هذا الحق المشروع له اصلا او الاضرار بالمصلحة العامة؛ فالبيع والشراء من حيث هو شيء مشروع اصلا وحقا مكفولا لكل شخص تقتضيه طبيعة الحياة اليومية، ولكن اذا كان الباعث والسبب من هذا التعاقد غير مشروع فانه لا ينعقد العقد، ويفسخ في بعض الاحيان ويعاد المتعاقدين الى الحال التي كانوا عليها قبل العقد، نظرا لان النية او السبب الباعث الذي حمل المشتري على الشراء وابرام عقد البيع غير مشروع، ومن ذلك مثلا بيع العنب لمن يعصره خمرا فالقرينة الموجودة هنا- وهي قرينة قوية- كون المشتري خمارا معروفا بصناعة الخمر، فهنا لا يجوز في الشريعة الاسلامية البيع له لوجود قرينة الخمر، في حين يجوز بيع العنب لشخص اخر معروف بالصلاح بين الناس، وكان الغرض من شرائه للعنب الاكل مثلا ، او البيع في السوق- التجارة- فكان الباعث الذي هو امر نفسي وخارجا عن نطاق العقد له الاثر الكبير في تحديد طبيعة العقد.

ومن ذلك ايضا في بعض مسائل الاحوال الشخصية - التي ستكون محل دراستي - طلاق المريض مرض الموت وهو المرض الذي لا يرجى شفاؤه منه واقعه الفراش، فالقرينة هنا واضحة من هذا الطلاق وهي قصده حرمان الزوجة من نصيبها في الميراث فكان الجزاء له ان هذا الطلاق لا يقع معاملة له على خلاف مقصوده، وهو حرمان الزوجة من الميراث فكان الباعث هنا على الطلاق غير مشروع.

ومن المسائل ذات العلاقة بالأحوال الشخصية مسألة تصرف الزوجة في مالها حينما يكون القصد الاضرار بالزوج من هذا التصرف.

فنظرية الباعث جاءت كنتيجة لأصول التشيع الاسلامي، وكان اول ظهور لها في الفقه الاسلامي قبل القانون الوضعي بزمان، لان الشريعة الاسلامية فيها الكثير من التوجيهات الخلقية التي تعنى وتهتم بتصرفات الفرد داخل المجتمع، وهذا يدل على مدى حرص الشريعة الاسلامية الغراء على ان يكون الباعث او القصد شريفا طاهرا في جميع المعاملات والعقود.

ونجد ان الفقهاء اهتموا بالباعث ووضعوا له ضوابطه وشروطه واحكامه بشكل يختلف عن القانون الوضعي.

ولأهمية ذلك اخترت أن يكون عنوان بحثي هذا :

(اثر الباعث في العقود —————ود)

وقد اخترت من العقود مجموعة من البيوع كبيع التصرية، وبيع العرايا، ومن الاحول الشخصية اخترت عدد من المسائل التي يكون للباعث اثرا فيها من ذلك تصرف الزوجة بمالها، وطلاق المريض مرض الموت.

ثانياً: مشكلة البحث:

تدور مشكلة البحث في كيفية تحديد الباعث او السبب الذي حمل الشخص على ابرام العقد، وباعتبار ان الباعث او السبب شيء خارجي عن العقد وليس جزء منه او شرط فيه فانه يصعب تحديده ومعرفته لذلك سأبين في هذه الرسالة كيفية تحديده في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، موضحاً ماهية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مبرزاً اثر الباعث في بعض التطبيقات.

ثالثاً: أسئلة البحث:

- 1- مالمقصود بمسألة التصرية؟ ومسألة بيع العرايا؟ ومسألة الطلاق في مرض الموت؟ ومسألة تصرف الزوجة في مالها؟
- 2- ما اثر الباعث مسألة التصرية؟ ومسألة بيع العرايا؟ ومسألة الطلاق في مرض الموت؟ ومسألة تصرف الزوجة في مالها ؟
- 3- ما موقف بعض القوانين الوضعية" القانون الفرنسي، والمصري، والليبي" من الباعث.

رابعاً: أهداف البحث:

- 1- تحديد المفهوم الشرعي للنظرية الباعث و السبب والقواعد التي تحكمها .
 - 2- معرفة الباعث و السبب والقواعد التي تحكم كل منهما .
 - 3- بيان الحكم الشرعي المتمثل في اراء فقهاء المذاهب الاربعة في كيفية تحديد الباعث .
 - 4- محاولة الوقوف على التطبيقات المعاصرة لإعمال النظرية ومدى تأثيرها على العقود في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.
- خامساً: أهمية الموضوع :**

- 1- تكمن أهمية هذا البحث بموضوعه المتعلق باثر الباعث على العقود -وهو موضوع في غاية الدقة والأهمية- وبيان اراء الفقهاء وايضاح الفرق بين الحكم الشرعي والحكم القضائي فيما يخص الباعث والسبب الدافع غير المشروع وقد يحكم بصحة بعض العقود لاستيفائها اركانها وشروطها المطلوبة لا يقول بإباحتها وانما قد تكون مكروهة او محرمة ويكون العاقد اثم او عاص باعتبار ان الاحكام الشرعية تنتظر للحل والحرمة؛ في حين ان القضاء اذا وجد عيب من عيوب الارادة فانه يحكم بالبطلان ويكون لذلك اثار تختلف من عقد لآخر.

2- تعتبر دراسة هذا الموضوع في ضوء الفقه المعاصر من القضايا الفقهية

المعاصرة المقارنة بين الشريعة والقانون والتي لابد من تحليلها وبيان ماهيتها

والبحث فيها .

3- إضافة لبنة إلى بناء الصرح العلمي " جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامية

الحكومية مالانق- إندونيسيا" مساهمة في الإيضاح والبيان لأثر الباحث على

العقود والضرر الذي يترتب عنه للفرد والمجتمع.

4- إن هذه الدراسة تظهر سماحة الشريعة الإسلامية ومرونتها واتساعها لمصالح

العباد في كل وقت وحين، ومدى اهتمام ومراعاة الشريعة الإسلامية لاحول

العباد ودفع الضرر والمشقة عنهم، من خلال وضعها لقيود التي تحد من

سلطان الارادة وتمنع تعسفها .

سادساً: حدود البحث:

الحدود المكانية: تتجلى هذه الدراسة في بيان مفهوم الباحث في الشريعة الاسلامية

ومعرفة اراء ائمة المذاهب الاربعة وكيفية علاجهم لهذه النظرية، ومعرفة نظرية

السبب في القانون الفرنسي، والمصري، والليبي وكيف تناولها فقهاء القانون في

العصر الحديث ، ومدى تأثير الباحث على العقود.

لذا فإنني سوف ادرس في هذا البحث اثر الباعث في بعض العقود - بيع التصرية، بيع العرايا، وبعض مسائل الاحوال الشخصية مثل: الطلاق في مرض الموت، وتصرف الزوجة في مالها.

مستعينا بالله العظيم اولاً، مسترشدا بالكتب الفقهية والدارسات القانونية التي تعنى بهذا الموضوع، متبعاً لتوجهات المشرفين، دارساً ومحللاً لهذه المسائل وصولاً الى الهدف المنشود من هذه الدراسة المتمثل في بيان اثر الباعث في هذه المسائل.

الحدود الزمانية: العام الدراسي 2013/2014م.

سابعاً: الدراسات السابقة:

جرت العديد من الدراسات لموضوع الباعث في كتب الفقه، وبالأخص كتب الفقه المقارن إذ نجد ان هناك من افرد لها كتاباً خاصة بها تتناول مقارنتها بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.

حيث انه قديماً هناك من وضعها تحت النية والقصد كالشاطبي والغزالي وابن القيم في كتابه اعلام الموقعين.

ومن أهم الدراسات التي كتبت قريباً عن موضوع البحث:

1. كتاب "النظريات الفقهية" المؤلف: فتحي الدريني، الناشر: جامعة دمشق، الطبعة

الرابعة، 1416هـ 1996م. وقد تحدث فيه عن العديد من النظريات كان من

بينها نظرية الباعث.

وقد افرد لها عنوان خاصا بها " الباعث واثره في التصرفات والعقود " ، ووضح في البداية مدى اسبقية الفقه الاسلامي في ارساء قواعد هذه النظرية، وانه قد عرفها قبل القانون الوضعي بكثير، وقال بان لكل ارادة باعث او دافع يحركها لأحداث اثر او انشاء تصرف، وللوقاية من تعسف الارادة والحد من طغيانها وضعت الشريعة الاسلامية نظرية الباعث، ثم بعد ذلك بين في دراسته لهذه النظرية اهم الخصائص التي تختص بها وهي ان الباعث متغير وانه خفي وانه خارج نطاق التعاقد، وقد جعل قياس شرف النوايا بالباعث.

ومن اهم النتائج التي توصل اليها من خلا دراسته لنظرية الباعث انه لا خلاف بين العلماء في ان الباعث غير المشروع اذا استقر عنه التعبير في صلب العقد يبطله، اما اذا لم يتضمنه التعبير، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمنا، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء، ويتجلى هذا الخلاف بوضوح في نزعتين هما النزعة الذاتية والنزعة الموضوعية، ولكل منها مناصروها من كل المذاهب الفقهية.

2. وهبة الزحيلي ، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي ، ط : 1 ، (دمشق :

دار المكتبي ، 1420 هـ / 2000 م) وكتابه "الفقه الاسلامي وادلته" ط : إعادة

الطبعة 8 ، (دمشق : دار الفكر ، 1425 هـ / 2005 م).

3. الاعتداد بالباعث غير المشروع وأثره على العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي لمحمود عبد الرحمن محمد صديق الجامعة : جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون 1994م.تناول فيها ماهية الباعث، وموقعه من العقد

والإرادة، وصلته بالسبب، والاعتداء بالباعث غير المشروع، تكلم وشرح عن

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

والفرق بين ما أدرسه في هذا البحث والبحث هذا هو أن بحثي يتطرق الى

مدى اثر نظرية الباعث وتطبيقاتها المعاصرة في بعض العقود.

4. الباعث واثره في العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي للباحثة مصونة الخطيب

الحصري، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة دمشق 2003.

وقد اوضحت في الفصل الاول المفهوم العام للباعث، وقسمته لمبحثين،

الاول: تعريف الباعث وضابطه، والثاني: خصائص الباعث واقسامه؛ وفي

الفصل الثاني: مشروعية الباعث، وفيه اربع مباحث، الاول: مفهوم النظام

الشرعي العام، الثاني: الباعث اصل من اصول الاخلاق، الثالث: النظام العام

والآداب في القانون، الرابع: مقارنة بين النظام الشرعي العام والنظام العام

والآداب في القانون؛ وفي الفصل الثالث: مفهوم الباعث في العقود والتصرفات: وفيه ثلاث مباحث، الأول: العقد اساس لدراسة الباعث، والثاني: صيغة العقد، والثالث: مكانة الباعث في النظرية العامة للعقد؛ وفي الفصل الرابع: اثر الباعث غير المشروع في الفقه الاسلامي.

ومن اهم النتائج التي خلصت اليها الباحثة انه قد عرفت الباعث بانه: "المحرك للقوة النفسية المدركة للغاية، والمحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف".

وانه لا مانع في الشريعة والقانون من اطلاق لفظ الدافع على الباعث فهما اسمان لمسمى واحد وهو الحمل على الفعل. لا خلاف بين الفقهاء في ابطال التصرفات اذا كان الباعث غير المشروع، وانما الخلاف بينهم هو في طرق الاستدلال على الباعث.

وقد استفدت من الدراسات السابقة التي اطلعت عليها حيث انني عكفت على اختيار الموضوع زمننا لأبأس به الى ان اهتديت لهذا الموضوع؛ وازافة لهذه الدراسات اطلعت على كتب القانون التي تتحدث عن نظرية السبب في القانون الليبي والقوانين القريبة منه ومن هذه الكتب "مصادر الالتزام في القانون الليبي" لأستاذي الدكتور محمد البدوي الازهري حيث انني درست معه في مادة الالتزامات في المرحلة الجامعية الاولى بجامعة الجبل الغربي غريان واستفدت منه الكثير.

ثامناً: تحديد مصطلحات البحث

الباعث: يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر⁶.

السبب: السبب في الفقه الإسلامي:

عرفه علماء الأصول في الفقه الإسلامي بأنه: الوصف الظاهر المنضبط الذي دل الدليل السمعي على كونه مُعَرَّفًا لحكم شرعي. ولذا قيل عن عقود التملك أنها من الأسباب الشرعية التي تتيح أخذ مال الغير⁷. وقد جاء في المادة(97) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"⁸

السبب في القانون:

السبب تبرير لوجود الإرادة وركنٌ ضروري لحمايتها وحماية المجتمع"⁹ وهو: "الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من جراء التزامه"¹⁰.

العقود: جمع عقد وهو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها. ويميز بعض شراح القانون بين الاتفاق والعقد، فالاتفاق عندهم هو توافق

⁶ فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، ط : 4 ، (منشورات جامعة دمشق ، 1416 - 1417 هـ / 1996 - 1997 م) ، ص 228 .

⁷ محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، س2004، ص12.

⁸ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ، ص1، ص86.

⁹ محمد علي عبده: نظرية السبب في القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ص14

¹⁰ عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، دار الفكر ،بيروت، دون تاريخ، ص536

إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وأما العقد فهو أخص من الاتفاق عند هؤلاء فهو يقتصر على إنشاء التزام أو نقله فقط¹¹.

والسبب والباعث بمعنى واحد و في نظر القضاء هو الباعث الدافع الذي وجه إرادة المتعاقد ، فإذا كانت الإرادة بعد أن تحررت من قيود الشكل القديمة – لها القدرة على ترتيب ما تشاء من التزامات ، إلا ان هذه الإرادة لابد لها من باعث يدفعها ، وعلى القضاء أن يتحقق من مشروعية هذا الباعث لضمان عدم اتجاه الإرادة إلى تحقيق غرض يحرمه القانوني أو يتنافي مع النظام العام والآداب .

التصيرية في اصطلاح الفقهاء :

التصيرية : ((أن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن ناضبته ، فيربط صاحبها أخلاف¹² ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها ، أي يميلي ، ثم يعرضها للبيع إيهاماً بغزارة لبنها ، فإذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن ، وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة : الشاة المصرة))¹³.

¹¹ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط: 1 (القاهرة: دار نهضة مصر للطباعة والنشر، 1987) ج: 1، ص: 137.

¹² الأخلاف لضرع الناقة كالحلمات لأثناء النساء مفردها خلف بالكسر

¹³ مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ط : 2 ، (دمشق : دار القلم ، 1425 هـ / 2004 م) ج 1 : ص 464 .

العرايا :

العرية هي: عطية ثمر النخل دون الرقبة ، وكانت العرب في الجذب يتطوع أهل النخل منهم بذلك على من لا ثمر له كما كانوا يتطوعون بمنيحة الشاة أو الإبل.

ومن المهم ان اشير الى ان الباعث والسبب بمعنى واحد؛ حيث ان الباعث عرف قبل السبب ، وهو معروف عند فقهاء الشريعة الاسلامية بهذا الاسم.

والسبب هو مصطلح اطلقه فقهاء القانون الوضعي والذي عرفها بعد الشريعة الاسلامية بكثير.

الفصل الثاني

الاطار النظري

المبحث الاول :- مفهوم الباعث وضوابطه وادلته .

المطلب الأول :- مفهوم الباعث لغة واصطلاحاً .

الفرع الاول:- مفهوم الباعث في اللغة.

الفرع الثاني:- مفهوم الباعث في الاصطلاح.

المطلب الثاني :- ضوابط الباعث.

الفرع الاول :- النزعة الموضوعية .

الفرع الثاني:- النزعة الذاتية.

المطلب الثالث:- ادلة الباعث من القرآن والسنة.

الفرع الاول:- الادلة من القرآن الكريم.

الفرع الثاني الادلة من السنة النبوية .

المبحث الثاني: السبب في القانون:

المطلب الاول: النظرية التقليدية في السبب.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب.

المبحث الاول:- مفهوم الباعث وضوابطه وادلتته:

المطلب الاول: معنى الباعث والتعريف به

الفرع الاول: المعنى اللغوي للباعث :

الباعث لغةً : من بعث وهي تعنى الإرسال ، نقول بعثه وابتعثه أرسله فانبعث ، وبعثه من منامه أهبه وأيقظه¹⁴ .

والباعث في اللغة : يأتي على عدّة معاني منها ((الإرسال ، والدفع ، والإيقاظ ، ونقول : بعثه ، يبعثه بعثاً أي أرسله وحده وبعث به أرسله مع غيره ، وابتعثه بعثاً فانبعث))¹⁵ ، وبعث الله الرسول إلى عباده واتبعهُ ، ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم خير مبعوث ومبعث ، وبعثهُ من منامه ، وبعثه على الأمر ((وتواصوا بالخير وتباعثوا عليه ، وبعثهُ لكذا فانبعث له))¹⁶ .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَكِنْ كَرِهَ اللَّهُ انْبِعَاثَهُمْ فَثَبَّطَهُمْ ﴾¹⁷ ، قال القرطبي : ((انبعاثهم (أي خروجهم معك))¹⁸ .

¹⁴ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة جديدة ، تحقيق : محمود خالد ، (بيروت : مكتبة لبنان ناشرون ، 1415 / 1995) ، ص 23 .
¹⁵ محمد بن مكرم بن علي ، أبو الفضل ، جمال الدين ابن منطور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب ، 15 ج ، ط: 3 (بيروت: دار صادر، 1414 هـ) باب الباء ، مادة (بعث) ج2 / ص 116 .
¹⁶ أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، أساس البلاغة ، تحقيق: محمد باسل عيون السود ، 2 ج ، ط: 1، (بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية ، 1419 هـ - 1998 م) ج 1/ ص 44.
¹⁷ سورة التوبة ، الآية (46)
¹⁸ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، 20 ج ، ط: 2، (القاهرة: دار الكتب المصرية 1384 هـ - 1964 م) ج8 ، ص 156 .

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ ﴾¹⁹ ، قال الإمام الطبري : ((يعني بقوله : ثم بعثناكم أي ثم أحييناكم من بعد ما كنتم فيه من الموت))²⁰ . وهو من باب تسمية المفعول بالمصدر ، وبعث الجند يبعثهم بعثاً ووجههم ، وهو من ذلك أي من البعث والبعيثة وجمع البعث بعوث ، ولكن البعوث جرت علينا فصرنا بين تطويح وغرم ، وجمع البعيث بعث ، والبعث يكون بعثاً للقوم يبعثون إلى وجهة من الوجهة مثل السفر والركب ، وقولهم : كنت في بعث فلان أي في جيشه الذي بعث معه ، وبعثه على الشيء حملة على فعله ، وبعث عليهم البلاء أحله بهم))²¹ ومنه قوله تعالى : ﴿ بَعَثْنَا عَلَيْكُمْ عِبَادًا لَنَا أُولِي بَأْسٍ شَدِيدٍ ﴾²² أي أصحاب قوة في الحرب والبطش²³ .

ومن هذا العرض السابق يمكن أن نستخلص المعنى اللغوي الذي هو من المعنى الإصطلاحي فهو : ذلك الأمر النفسي الذي يحرك الإرادة ، وبعثها لتحقيق تصرف معين بحيث يكون هذا التصرف المنشأ كالوسيلة بالنسبة إلى الباعث حتى إذا نفذ الباعث عن طريق التصرف كان غاية ومالاً حسيماً قائماً ، وهو ركن النظرية ، إذ ركن نظرية الباعث هو الباعث نفسه .

¹⁹ سورة البقرة ، الآية (56) .

²⁰ محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملی، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل القرآن تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، 26 ج، ط: 1، (القاهرة: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1422 هـ - 2001 م)، ج- 1 ، ص 290 .

²¹ ابن منظور ، مرجع سبق ذكره ، ج2 ، ص 116 .

²² سورة الإسراء ، الآية (5)

²³ جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (المتوفى: 864هـ) وجمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (المتوفى: 911هـ)، تفسير الجلالين ، ط: 1، (القاهرة: دار الحديث)، ص 366 .

الفرع الثاني: الباعث اصطلاحاً:

يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر²⁴.

والباعث بالمعنى المتقدم كأنه غاية المتصرف ، ووسيلته إلى تحقيقها هي التصرف نفسه ، ومن أمثلة الباعث في عقد البيع ، أن يبتغي المشتري من وراء شراء البيت مثلاً أن يتخذ نادياً لممارسة القمار ، أما السبب المباشر فهو انتقال ملكية البيت إلى المشتري ، وهذا ثابت لا يختلف باختلاف الأشخاص وهو ليس محل دراستنا ، على خلاف الباعث على التعاقد فهو أمر نفسي خفي غير ظاهر يختلف باختلاف الأشخاص ، كما أنه خارج عن نطاق التعاقد ، وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيس²⁵ .

والناظر في كتب الأصوليين والفقهاء يجد أنه لم ترد كلمة الباعث على ألسنتهم ، بمعنى القصد الدافع للمكلف إلى تحقيق غرض أو غاية معينة ، وإنما ورد لفظ القصد أو النية تعبيراً عنه ، فمثلاً نجد بعض الفقهاء يتحدثون عن ذلك في مثل قول الإمام الشاطبي : ((قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مرّ أنها

²⁴ فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، ط : 4 ، (منشورات جامعة دمشق ، 1416 - 1417 هـ / 1996 - 1997 م) ، ص 228 .

²⁵ انظر : المرجع السابق ، ص 229 .

موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع))²⁶.

كما أننا نجدهم يستخدمون كلمة " الابتغاء " في مقام التعبير عن الباعث الدافع أو المستحث على العمل كما في قوله : ((كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، وكل ما ناقضها ، فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ، أما أن العمل المناقض فظاهر فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء الفساد))²⁷.

على أن بعض الأصوليين استخدم كلمة " الباعث " ولكن في غير معنى " الدافع النفسي " للمكلف بل بمعنى " العلة " أو السبب الحامل على التشريع ولما كان هذا المعنى لا يليق بالذات العلية فسّر بمعنى تضمن " العلة " حكمة مقصودة للشارع من تحقيق مصلحة أو درء مفسدة ، مما يجعل هذه " العلة " مناسبة لترتيب الشارع الحكيم عليها ، فقد عرّف الإمام الأمدي العلة " بالباعث " حيث يقول : ((لأنّ العلة إمّا بمعنى الإمارة أو الباعث ، فإن كانت بمعنى الإمارة فغير ممتنع لا عقلاً ولا

²⁶ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ) ، الموافقات ، تحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، ج7، ط:1، (القاهرة: دار ابن عفان ، 1417هـ / 1997م)، ج2 / ص 231 .

²⁷ (المرجع السابق، ج2 / ص 333 .

شرعاً ... وأما إن كانت بمعنى الباعث فلا يمتنع أيضاً أن يكون الوصف الواحد باعثاً للشرع على حكمين مختلفين أي مناسباً لهما ...²⁸ .

ثم لا يلبث أن يفسر كلمة الباعث بما قررنا آنفاً من كونه وصفاً " مناسباً " للحكم، بمعنى أن ترتيب الحكم عليه ، يحقق مصلحة مقصودة للشارع حيث يقول: ((فلا يمتنع أيضاً من أن يكون الوصف الواحد ، باعثاً للشرع على حكمين مختلفين أي مناسباً ، وذلك كمناسبة شرب الخمر للتحريم ووجوب الحد ، وكذلك التصرف بالبيع من الأهل في المحل المرئي فإنه مناسب لصحة البيع)) (2).

وقد جرى على لسانهم أيضاً كلمة القصد والنوايا ، ولم تجر على لسانهم كلمة " الباعث " ولعل كثرة استعمالهم للنية مشتق من الحديث المشهور (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)²⁹ .

والإمام الشافعي كلمة النية بمعنى " الباعث " حيث يقول: ((أصل ما ذهب إليه أن كل عقد ، كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت لو أظهرت كانت تفسد العقد " ولا معنى للنية هنا إلا الباعث"))³⁰ ، قال ابن القيم الجوزية: ((قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أن المقاصد ،

²⁸ أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: 631هـ) ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، 4ج، لا: ط، (بيروت: المركز الاسلامي، لا يوجد تاريخ النشر) ج3 / ص 261.

²⁹ رواه مسلم في صحيحه ج 3/ ص 1517 حديث رقم: 1907. وأخرجه البخاري بسنده ولفظه ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم 1 ج 1 / ص 3 .

³⁰ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: 204هـ) ، 8ج، لا: ط ، الأم ، (بيروت: دار المعرفة، 1410هـ/1990م)، ج3 / ص 74.

و الاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية و الاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً ، طاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادات يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة³¹، وبناء على ما تقدّم يتضح لنا أنّ النية أعم مفهوماً من الباعث ، فالنية قد تعني إرادة التمييز بين العبادة والعادة في حين أن الباعث الدافع من شأنه أن يكون وراء الإرادة ، ويوجّهها لتحقيق غرض أو مصلحة ، لا للتمييز بين العبادة والعادة³² والقرائن هي التي تبين المراد منها .

غير أنّ النية إذا استعملت بمعنى الباعث الدافع كانت هي الباعث والقصد ذات معنى واحد عند الأصوليين والفقهائ وهو : الغرض البعيد غير المباشر الذي اتخذ الفعل أو التصرف وسيلة إليه ، هذا وإذا تعددت البواعث التي اتصلت بفعل معيّن فالمعتبر هو الباعث الدافع الذي له تأثير في تحقيق الغاية التي يستهدفها ؛ لأنّه العامل الرئيس في ذلك . ومن هنا يمكننا أن ندرك الصلة التي تربط الباعث بالإرادة والغاية التي تكون مآلاً للتصرف أو الفعل الذي اتخذ وسيلة إلى ذلك ، وبالتالي يمكننا أن نعرّف الباعث بأنّه : (الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر)³³ فعقد البيع مثلاً من نتائجه المباشرة

³¹ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) ، إعلام الموقعين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم ، 4 ج، ط:1، (بيروت: دار الكتب العلمية ، 1411هـ - 1991م)، ج 3 / ص 95 ، 96 .

³² عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ) ، الأشباه والنظائر ، ط:1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م)، ص 12.

³³ وهو تعرف الدكتور فتحي الدريني في كتابه النظريات الفقهية ، نظرية التعسف في استعمال الحق / ط 2 / ص 196.

انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعاً لأحد المتعاقدين ، أو لكليهما فنحو أن يبتغى المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنياً ليتخذهُ خمرًا مثلاً³⁴ .

ويمتاز الباعث بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذا نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً³⁵ .

فالباعث ذو أثر بالغ على مقاصد الشريعة توثيقاً ، أو إبطالاً حسب الأحوال، فإعمال الباعث إذاً حماية لهذه المقاصد جملةً بما تمثل مقصد الشارع من التشريع كله ، أو بعضه .

المطلب الثاني : ضوابط الباعث:

في هذا المطلب سوف اتحدث - بإذن الله تعالى - عن الضوابط التي وضعها الفقهاء للباعث، والتي من خلالها يمكننا معرفة ما إذا كان الباعث سليماً والقصد منه شريف؛ وإذا ما كان الباعث غير مشروعاً وكان القصد منه غير شريف، و تجدر الإشارة بأنه لا خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بالباعث غير المشروع ، وإعمال أثره في العقود والتصرفات بالإبطال وذلك إذا ما ورد في صلب العقد ، أما إذا لم يظهر

³⁴ وهبة الزحيلي، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله ط2 (دار المكتبي للنشر ، 2000)، ص10.
³⁵ السنهوري ، الوسيط ، مرجع سبق ذكره ، ج1 / ص 457 .

الباعث في صلب العقد فلفقهاء اتجاهاً أحدهما يغلب النظرة الموضوعية ، والثاني تبرز فيه النزعة الذاتية³⁶.

الفرع الاول: النزعة الموضوعية:

أصحاب هذا الاتجاه هم فقهاء الشافعية ، والحنفية ، ووفقاً لهذا الاتجاه أنه لا أثر للباعث على العقود والتصرفات من حيث الصحة وعدمها ، فالعقود والتصرفات عندهم صحيحة ما لم يصرح في صيغتها بالباعث غير المشروع على إبرامها ، أو يعلم ذلك من طبيعة محل العقد ، كالإستئجار على الغناء أو النوح ، أو الملاهي ، أو غيرها من المعاصي المنهي عنها شرعاً ، أما إذا لم يتضمن العقد ما يفيد ذلك - (أي عدم مشروعية الباعث على إبرامه) - من خلال صيغته أو محله ، واستوفى كافة أركانه من إيجاب ، وقبول ، ومحل مشروع ، أي أن العقد صحيح في ظاهره ، فإن أنصار هذا الاتجاه يحكمون بصحته دون نظر ولا اعتبار لنية وقصد طرفيه ، إذ أن الباعث على التعاقد عند أنصار هذا الاتجاه أمر خفي لا شأن للعباد به ، فيترك لله وحده يعاقب صاحبه ؛ لأنه آثم ديانة لا قضاءً ، وبناءً على ذلك قال فقهاء الحنفية والشافعية بصحة عقود : بيع العينة ، وبيع العنب لعاصر الخمر ، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، والطلاق في مرض الموت.

³⁶ انظر تفصيل ذلك : وهبة الزحيلي ، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي ، ط : 1 ، (دمشق : دار المكنبي ، 1420 هـ / 2000 م) ، ص 8 وما بعدها ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط : إعادة الطبعة 8 ، (دمشق : دار الفكر ، 1425 هـ / 2005 م) ، ج 1 : ص 216 وما بعدها ؛ عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 36 وما بعدها .

الفرع الثاني: النزعة الذاتية:

أنصار هذا الاتجاه ينظرون إلى القصد والباعث من العقد أو التصرف ويعتبرونه ، ووفقاً لهذا الاتجاه الذي يتزعمه فقهاء المالكية والحنابلة ، إذا تضمن التصرف باعث غير مشروع يعلم الطرف الآخر أو بإمكانه العلم به فإنه يبطل ، ومن أمثلة التصرفات التي تشتمل على باعث غير مشروع : إهداء العدو هدية لقائد الجيش ، والإهداء للحكام والموظفين فذلك مقصود به الرشوة ، وهبة المرأة مهرها لزوجها بقصد استدامة الزواج فان طلقها بعدئذ كان لها الرجوع فيما وهبت³⁷ .

مما تقدم يتبين لنا ، ((إن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات ، ولو لم تذكر في العقود ، بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر ، أو كانت الظروف تحتم علمه ؛ لأن النية روح العمل ولبه ، ويكون هذا الاتجاه آخذاً بنظرية السبب بالمعنى القانوني الحديث ، التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً ، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً ، فلا يصح العقد))³⁸.

تأسيساً على ما تقدم قال المالكية والحنابلة ببطلان العقود التي ذكرنا سابقاً بأن الشافعية والحنفية يجيزونها ، وهي : بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، وزواج التحليل ؛ لأن هذه العقود إما أن فيها إعانة على الحرام كبيع العنب للخمر ، وبيع السلاح للأعداء ، وإما أنها وسيلة لتحليل التعامل بالمحرم كبيع

³⁷ وهبة الزحيلي ، الباعث على العقود ، مرجع سبق ذكره ، ص 11

³⁸ المرجع السابق ، ص 13 .

العينة المتخذ وسيلة لتحليل التعامل بالربا³⁹. وتطبيقاً لهذه النزعة - (أي النزعة الذاتية) - جاء في تبصرة الحكام ما نصه : ((ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحربيين ويلحق بذلك بيع الخشبة لمن يعمل منها صليياً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصره خمراً))⁴⁰.

المطلب الثالث: الأدلة على الباعث من القرآن والسنة:

في هذا المطلب سأسرد الأدلة التي استدلت بها الفقهاء عل الباعث من القرآن الكريم والسنة النبوية وفق التالي:

الفرع الاول: الأدلة من القرآن الكريم:

قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ﴾⁴¹.

تتحدث الآية عن ارضاع الولد بعد انفصال الوالدين⁴² وهي تنهى كلا الزوجين ان يقصد الاضرار بالأخر، وذلك انه في هذه الرحلة قد يكون احد الزوجين متعسفا في

³⁹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سبق ذكره ، ج 1 : ص 219.

⁴⁰ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله بن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، تحقيق : جمال مرعشلي ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1422 هـ / 2001 م) ، ج 2 : ص 158 .

⁴¹ سورة البقرة: الآية 233.

⁴² القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي (المتوفى: 543هـ) ، احكام القرآن ، ج4 ، ط21 ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، 1424 هـ - 2003 م) ، ج1 ، ص204.

استعمال حقه قاصدا بذلك الاضرار بالأخر، ويقول الامام الطبري في تفسير هذه الآية الكريمة "... انعقد الاجماع على حرمة اضرار كل من الزوجين بصاحبه..."⁴³

وهناك عدة تصرفات يكمن وراءها بواعث محرمة تكون بقصد الاضرار، ويكون صاحبها متعسفا في استعماله لحقه، ومن ذلك ان تطلب الزوجة اجرة اكثر من اجرة غيرها مقابل الرضاعة فهنا يحق للزوج ان يستأجر مرضعة اخرى، وفي هذا يقول السرخسي "... ولأنها قصدت الاضرار بزوجها في التحكم وطلب الزيادة، فالباعث الصادر منها محرم، وهي في الاصل اولى من غيرها لشفقتها بابنها وحنانها، الا ان الباعث كان غير مشروع الغى حقها في الرضاعة، وان رضيت بأجرة كغيرها فليس للزوج ان يمنعها من ذلك، فيكون باعته غير مشروع لقصده الاضرار بالزوجة.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفْنَ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ * لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا...﴾⁴⁴.

نزلت هذه الآية الكريمة تتوعد المنافقين بالعذاب الشديد على فعلتهم الدميمة، وهي انهم ارادوا تفريق المسلمين، وبنوا وكرا تخريبي يستنترون فيه، ويعدون الاسلام من الخارج .

⁴³ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المبسوط، 30 ج، لا: ط، (بيروت: دار المعرفة، 1414هـ - 1993م) ج5، ص208-209.
⁴⁴ سورة التوبة: الآية 107-108.

كشفت هذه الآية بواعثهم من بناء المسجد، وأمر صلى الله عليه وسلم بهدمه وإحراقه معاملة لهم على نقيد قصدهم⁴⁵.

مع ان الرسول -صلى الله عليه وسلم- حث ورغب في بناء المساجد حيث قال: "من بنى لله مسجدا بنى الله له بيتا في الجنة"⁴⁶ نجد ان الباعث غير مشروع وكان له اثر في هذا التصرف وكانت النتيجة ابطاله وهدم المسجد.

الفرع الثاني: الادلة من السنة:

حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا، أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ"⁴⁷.

يوضح هذا الحديث بأن الانسان لا ينال من الجزاء على عمله الا بقدر ما نوى وقصد، ويكون بذلك فساد العمل وصلاحه مربوط بالباعث عليه، فاذا كان الباعث على العمل شريفا كان العمل صالحا؛ واذا كان الباعث على العمل غير مشروع كان العمل سيئا وغير صالح.

⁴⁵ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سبق ذكره، ج 8، ص 255.

⁴⁶ رواه الترمذي حديث رقم: 119.

⁴⁷ رواه مسلم في صحيحه ج 3/ ص 1517 حديث رقم: 1907. وأخرجه البخاري بسنده ولفظه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 1 ج 1 / ص 3.

وضرب صلى الله عليه وسلم لذلك مثلاً بالهجرة، ومعناها الانتقال من مكان الى آخر، والهجرة التي قصدها صلى الله عليه وسلم هي الهجرة من دار الشرك الى دار الايمان⁴⁸، فهذه الهجرة واحدة عند جميع المهاجرين؛ ولكن عند الله تختلف من شخص الى آخر حسب الباعث او القصد، فأهناك من قصد الله ورسوله؛ وهناك من قصد الزواج والتجارة.

المبحث الثاني: السبب في القانون:

في عهد الرمان كانت العقود تسودها فكرة الشككية، ولم يكن معروفا عندهم ان السبب له اثر في العقود، لن الشككية هي التي تنشئ العقود، وبالتالي لا يكون وجودا للإرادة، وبعد ذلك ظهرت عقود لا تتسم بالشككية، وانما اساسها الارادة، وبذلك تبلورة فكرة السبب.

وقد نشأة نظريتان في السبب سوف ندرسهم هنا وهما النظرية التقليدية في السبب "مطلب اول"، والنظرية الحديثة في السبب "مطلب ثان":

⁴⁸ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلمي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ) جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، 2ح، ط: 7 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1422هـ - 2001م) ص 14.

المطلب الاول: النظرية التقليدية في السبب:

مفهوم هذه النظرية يدور حول السبب القسدي، وهو الغاية المباشرة القريبة التي يقصدها الملتزم من التزامه، وتحدث انصار هذه النظرية عن السبب في العقود، وهم يفرقون بين انواع العقود، ففي العقود الملزمة لجانبين، مثل عقد البيع، يكون الالتزام نفسه هو السبب، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بالتسليم، وبهكذا يكون السبب هو التزام كلا من الطرفين⁴⁹.

وفي العقود الملزمة لجانب واحد، ينظر اصحاب هذه النظرية الى طبيعة العقود، فإذا كان العقد من العقود الرضائية، فان سبب التزام المتعاقد هو تنفيذ التزام سابق، كالاتزام بالتعويض عن الضرر.

وفي العقود العينية، فان سبب التزام المتعاقد هو استلامه الشيء محل العقد، فيكون ملتزم برد الشيء ، لأنه سبق له وان استلامه، كالعارية القرض مثلا.

اما عقود التبرع ، فان السبب يكون فيها نية المتبرع ، فيكون قصد المتبرع هو التنازل عن مال دون مقابل.

⁴⁹ محمد البدوي الازهري، مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي، ط:2 (طرابلس: منشورات الجامعة المفتوحة، 2007) ص151.

وبهذا فان خصائص السبب تكون وفقا لهذه النظرية انه داخل في العقد، وان السبب موضوعي لا يتأثر بالنيات، وانه متغير، وبذلك يشترط اصحاب هذه النظرية في السبب ان يكون موجودا، وان يكون صحيحا ومشروعا.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد ودافع عنها اصحابها، وقالوا بأنها مفيدة ويمكن بفضلها ابطال الالتزامات في عدة حالات، والتي لا يمكن لغيرها كنظرية المحل، فان السبب فيها يكون المحل المشروع، وبالتالي فانه في العقود الملزمة للجانبين مستقل، وعند استحالة احد الالتزامين كأن يكون غير مشروع يبطل وحده دون الاخر.

وظيفة السبب في النظرية التقليدية "السبب القصدي":

وجود السبب في هذه النظرية هو الذي يبرر القوة الملزمة للعقد، أي بمعنى ان العقد يجب ان يحقق فائدة للملتزم والا فانه يكون باطلا.

نقد النظرية:

تعرضت النظرية التقليدية في السبب للنقد الشديد من العديد من فقهاء القانون، وقالوا بأنها غير صحيحة، ومفاد ذلك انه في العقود الملزمة لجانبين مثلا كا عقد البيع فان الالتزام ينشأ في الوقت نفسه، وفي عقد واحد، ولا يمكن القول بأن احدهما سببا للآخر.⁵⁰

⁵⁰ نفس المرجع السابق ص 154.

اما في العقود العينية وعقود التبرع، تقول النظرية بأن السبب هو التسليم، فان لم يتم التسليم يبطل الالتزام لتخلف السبب، فكان الاول بها ان تقول بأن العقد باطل لا لتخلف السبب، بل لانعدام الانعقاد اصلا.

وفي عقود التبرع تقول النظرية ان السبب هو نية المتبرع، فاذا انعدمت نية المتبرع يبطل الالتزام، لعدم وجود التراضي، وليس لانعدام وجود الالتزام، فهي تخط بين السبب وبين التراضي.

وقيل بأنها غير مفيدة ويمكن حذفها دون خسارة في القانون، فمثلا في العقود الملزمة لجانبين يمكن الاستغناء عن فكرة السبب بفكرة الارتباط بيت الالتزامات المتقابلة.

وفي عقود التبرع والعقود العينية، فلا يمكن ان نتصور عدم وجود السبب، لان انعدام التسليم يعني انعدام العقد من اساسه.

وقد دافع اصحاب هذه النظرية عنها بالرد عن النقد الموجه اليها، وقالوا ان السبب في العقود الملزمة لجانبين، ليس الالتزام المقابل، بل هو تنفيذ الالتزام المقابل، وبذلك يكون مصير كل التزام محدد في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، بمعنى ان السبب يجب ان يظل قائما من وقت العقد الى حين تنفيذه.

وان الاستحالة ليست منطقية الا اذا كان السبب هو المنشئ للالتزام ، لأنه يستحيل ان يكون الحدث منشأً للشيء وناشأً عنه في الوقت نفسه.

اما في عقود التبرع فان السبب هو نية التبرع ولا تختلط بالرضاء لان ارادة الواهب تتحلل الى عنصرين: الاول هو ارادته في ان يلتزم، والثاني ارادته ان يكون التبرع بدون مقابل وهذا هو السبب⁵¹.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء):

لم يلتفت القضاء الفرنسي الى المناقشات بين أنصار السبب وخصومه بل اختط لنفسه خطا خاصا به بسبب ما واجهه من صعوبات في تطبيق النظرية التقليدية للسبب حيث لم يستطع إبطال بعض الأنواع من العقود مثل عقد إيجار دار لجعلها دارا للقمار لان السبب القسدي المباشر موجود ومشروع. فلم يجد القضاء بدا من التحرر من النظرة الى السبب باعتباره الغرض المباشر الذي يهدف الملزم إليه من وراء التزامه فقام القضاء بالبائع الدافع الى التعاقد وهو الغرض الذي دفع المتعاقد الى التعاقد ويختلف الباعث الدافع الى التعاقد عن السبب القسدي في ثلاثة أمور:

1- إن الباعث ليس شيئا داخلا في العقد بل هو أمر خارج عنه لا يذكر فيه ولا يدل

عليه نوع العقد فيما يكون السبب القسدي أمرا داخلا في العقد يمكن معرفته من

خلال نوع العقد.

⁵¹ المرجع السابق ص 155.

2-ان البعث يختلف من شخص الى آخر ومن عقد الى آخر حتى وان كان من نفس الطائفة أما السبب القصدي فهو واحد في كل طائفة من العقود.

3-ان الباعث أمر نفسي لا يمكن معرفته إلا بالرجوع إلى نية الشخص بخلاف السبب الذي هو شيء مادي موضوعي يمكن معرفته من خلال معرفة العقد.

وعلى أية حال فان النظرية الحديثة ترى ان السبب باعتباره ركنا في العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد وهو ليس واحدا في كل العقود وعند كل الأشخاص. ففي عقد إيجار دار قد يكون سبب التعاقد بالنية الى المستأجر هو الحصول على سكن أو الحصول على مخزن وهكذا.

وبهذا فقد توصل القضاء عن طريق تطبيق هذه النظرية الى إبطال العقود التي يكون فيها الغرض البعيد الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه غير مشروع وهو ما عجز عنه في ظل النظرية التقليدية.

ولما كان الباعث أمرا شخصيا يكمن في نفس المتعاقد فقد اشترط القضاء أن الطرف الآخر الذي لم يتوفر لديه الباعث غير المشروع يجب أن يعلم به حقيقة أو افتراضا وبالتالي فلا يمكن أن يتم الاحتجاج على حسن النية بعدم مشروعية الباعث.

الفصل الثالث

منهجية البحث

ويحتوى هذا الفصل على نوع البحث، ومصادره وأدوات جمع البيانات وطرق تحليلها، وفقا لما هو متعارف عليه في منهجية البحث العلمي وطرق كتابة رسائل الماجستير، وقد اعتمدت في ذاك على مجموعة من الكتب التي تهتم بالبحث العلمي وكيفية كتابتها كتابة صحيحة وفق القواعد المتعارف عليها، ومن هذه الكتب :

كتاب "كتابة البحث العلمي" للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان⁵².

كتاب اصول البحث العلمي ومناهجه للدكتور أحمد بدر⁵³.

كتاب مناهج البحث العلمي للدكتور عبد الرحمن بدوي⁵⁴.

أ. نوع البحث:

يعد هذا البحث من البحوث المكتبية التي تعتمد على الكتب فهو دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون .

وهذا البحث نظري كتابي يرجع فيه الباحث الى استعمال المكتبة والأخذ من آراء العلماء واقوالهم فيما يتعلق بموضوع اثر الباعث في العقود ومنها -على سبيل الحصر- ما يتعلق ببيع التصرية والعرايا وطلاق المريض مرض الموت موضحا

⁵² عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، كتابة البحث العلمي ، ط:9 (الرياض: مكتبة الرشد) 1426 هـ / 2005 م

⁵³ أحمد بدر ، أصول البحث العلمي ومناهجه ، ط:6 (الكويت :وكالة المطبوعات) .

⁵⁴ عبد الرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، ط: 3 (الكويت: وكالة المطبوعات الكويت) 1977.

ومبينا في كل منها الاثر الذي يكون الباحث سببا فيها دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون مستعينا في ذلك بأراء الفقهاء والعلماء في مجالي الشريعة والقانون وصولا الى الهدف المنشود من هذه الدراسة .

ب. مصادر البيانات:

إن مصادر هذا البحث تتمركز بالدرجة الاولى على الكتب والمراجع والدوريات والمجلات والبحوث العلمية التي ألفت في هذا الموضوع خصوصاً الحديثة والمعاصرة ومن أمثلة ذلك:

القران الكريم، وكتب الحديث، ومعاجم اللغة ، وكتب الفقهاء القدامى مثل المدونة الكبرى، والمغني، والموافقات، والشرح الكبير، ومواهب الجليل لشرح مختصر حليل، وكشاف القناع؛ ومن الكتب الحديثة كتاب النظريات الفقهية، والوسيط للسنهوري، ومدونة الفقه المالكي، وغيرها من الكتب التي استعان بها الباحث في هذه الرسالة.

ج - طريقة جمع البيانات

يستخدم الباحث في جمع المعلومات لكتابة هذا البحث الأدوات الآتية:

1- الوثائق: طريقة جمع البيانات أو المنهج الذي المستخدم في عملية جمع

البيانات هي الطريقة الوثائقية، وهي طريقة عملية لجمع الحقائق والمعلومات عن طريق الوثائق الموجودة في مكان معين من الكتب، وهو منهج يتطلب

تحديد مشكلة البحث وتجميع الحقائق والمعلومات المتعلقة بالبحث⁽⁵⁵⁾، وطريقة الوثائق في هذا البحث تحتوي على الكتب التي بحث فيها عن تأثير، وما يتعلق به مما له أثر في حل مشكلة هذا البحث، وتتبع الوثائق التي لها صلة بموضوع الباحث والاثار المترتب عليه في بعض العقود، وكل الاعتماد على الكتب القديمة والحديثة في مجالي الشريعة والقانون حتى يتمكن من دراسة الموضوع دراسة فقهية مقارنة .

2- التحليل: وهذا ناتج عن الأول إذ انه يظهر في كل مرحلة من مراحل البحث، حتى يتمكن الباحث من فهم الأقوال وإدراك معانيها لمعرفة المقصود منها، لكي يتمكن الباحث من الوصول إلى نتائج هذا البحث.

د/ طريقة تحليل البيانات

يقوم الباحث بجمع مصادر البيانات من بطون كتب علماء أهل الفقه في الشريعة الإسلامية ، والقانون في هذا البحث ، ثم يقوم بتحليلها، وبناءً على نوعية البيانات التي تحصل عليها الباحث بالأسلوب الوصفي⁵⁶، حيث قام الباحث في عملية تحليل البيانات لهذا البحث بطريقة تحليل المضمون، الذي تحصل عليها الباحث من بطون الكتب المتعلقة بموضوع البحث سواء كانت القديمة والمعاصرة بوضوح، لكي يسهل فهمها للقارئ.

⁵⁵ عبدالرحمن بن عبدالله الواصل، البحث العلمي ومناهجه، ط: 2، (المملكة العربية السعودية) 1420 هـ - 1999 م، ص: 25.

⁵⁶ عبدالرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، ط: 3 (الكويت: وكالة المطبوعات الكويت) 1977. ص: 114.

المنهج المقارن:

اهتمت معظم أساليب الدراسات الوصفية بجمع البيانات و المعلومات لظاهرة ما و تفسيرها محاولة التنبؤ بمسبباتها و ما ينجر عليها من نتائج⁵⁷.

و لكن أسلوب البحث المقارن يتعدى ذلك ليشمل إجراء مقارنة بين ظواهر مختلفة مع بعضها البعض لتحديد جوانب الشبه و الاختلاف بينها ثم التعرف على أسباب أو عوامل حدوثها .

المنهج المقارن و هو المنهج الذي يستعمل المقارنة كأداة معرفية و يستعمل أساسا في الدراسات الاجتماعية ، فالمقارنة في الدراسات الإنسانية تحل محل التجربة في الدراسات العلمية .

إن علم القانون المقارن شعبة علمية حديثة ساهم في بلورتها كل من علم الانتربولوجيا و علم القانون .

وهي طريقة علمية تقوم على أساس مقارنة الأنظمة القانونية و استخراج أوجه الاختلاف و الشبه⁵⁸.

إن المنهج المقارن هو مفهوم مركب من مصطلحين هما: المنهج و المقارنة . فالمنهج يعني الطريق أو الأسلوب أما المقارنة فتعني تلك العملية التي يتم من خلالها إبراز أو تحديد أوجه الاختلاف وأوجه الائتلاف بين شيئين متماثلين أو أكثر . وهذا يعني بدوره استحالة عقد مقارنة بين شيئين متناقضين تماما . إذ نكون هنا

⁵⁷ المرجع السابق ص 145.

⁵⁸ أحمد بدر ، أصول البحث العلمي ومناهجه ، ط: 6 (الكويت: وكالة المطبوعات) ص 111.

أمام ما اصطلح على تسميته بالمقابلة وليس المقارنة. أما المقارنة كمنهج فقد تعدد العلماء والمفكرين في تعريفها⁵⁹.

ومن أهداف المنهج المقارن⁶⁰:

1. تحديد أوجه الشبه و الاختلاف : من بين السمات الأساسية للمنهج المقارن المطبق في العلوم القانونية انه يساعدنا على معرفة أوجه الشبه و الاختلاف بين النماذج الاجتماعية و النظم القانونية و يسمح بتحديد مستوى الاحتكاك و الانتفاع الحضاري.
2. تحديد المحاسن و العيوب : كذلك يسمح المنهج المقارن بمعرفة الايجابيات و السلبيات في الظواهر و النماذج المدروسة و هو ما يسمح بوضع البرامج العلمية المركزة لسد الثغرات و إثراء الجوانب الايجابية و محاسن الظواهر و النماذج
3. معرفة أسباب التطور : إن الدراسات العلمية التي توظف المنهج المقارن هي التي تمكننا من معرفة قواعد تطور المجتمعات و انتقالها من مراحل بدائية إلى مراحل متقدمة في مجال تنظيم العلاقات الاجتماعية و القانونية.

هـ/ هيكل البحث

الفصل الأول: الإطار العام والدراسات السابقة.

• المقدمة

• مشكلة البحث

⁵⁹ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، كتابة البحث العلمي ، ط: 9 (الرياض: مكتبة الرشد ، 1426 هـ / 2005 م) ص 145.

⁶⁰ المرجع السابق ص 149.

- أسئلة البحث

- أهداف البحث

- أهمية البحث

- حدود البحث

- الدراسات السابقة

- تحديد مصطلحات البحث

الفصل الثاني: الإطار النظري

- المبحث الاول :- مفهوم الباحث وضوابطه.

- المطلب الأول :- مفهوم الباحث لغة واصطلاحاً.

- الفرع الاول:- الباحث في اللغة.

- الفرع الثاني:- الباحث في الاصطلاح.

- المطلب الثاني :- ضوابط الباحث.

- الفرع الاول :- النزعة الموضوعية.

- الفرع الثاني:- النزعة الذاتية.

- المطلب الثالث: الادلة على الباحث من القرآن والسنة.

- الفرع الاول: الادلة من القرآن الكريم.

- الفرع الثاني: الادلة من السنة.

- المبحث الثاني: السبب في القانون الوضعي:
- المطلب الاول: النظرية التقليدية في السبب.
- المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب.

الفصل الثالث: منهجية البحث

- نوع البحث
- مصادر البيانات
- طرق جمع البيانات
- طرق تحليل البيانات

الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها:

- المبحث الاول: مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الوت، وتصرف الزوجة في مالها.
- المطلب الاول: مسألة التصرية.
- المطلب الثاني: مسألة العرايا.
- المطلب الثالث: مسألة الطلاق في مرض الموت.
- المطلب الرابع: مسألة تصرف الزوجة في مالها.
- المبحث الثاني: اثر الباعث في مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الوت، وتصرف الزوجة في مالها.

- المطلب الاول: اثر الباعث في مسألة التصرية.
- المطلب الثاني: اثر الباعث في مسألة العرايا.
- المطلب الثالث: اثر الباعث في مسألة الطلاق في مرض الموت.
- المطلب الرابع: اثر الباعث في مسألة تصرف الزوجة في مالها.
- المبحث الثالث: موقف القوانين الوضعية من الباعث
- المطلب الاول: موقف القانون الفرنسي
- المطلب الثاني : موقف القانون المصري
- المطلب الثالث: موقف القانون الليبي
- الفصل الخامس: الخاتمة :
- النتائج والتوصيات .
- قائمة المصادر والمراجع.

الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها:

•المبحث الاول: مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الوت، وتصرف الزوجة في مالها.

المطلب الاول: مسألة التصرية.

المطلب الثاني: مسألة العرايا.

المطلب الثالث: مسألة الطلاق في مرض الموت.

المطلب الرابع: مسألة تصرف الزوجة في مالها.

المبحث الثاني: اثر الباعث في مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الوت، وتصرف الزوجة في مالها.

المطلب الاول: اثر الباعث في مسألة التصرية.

المطلب الثاني: اثر الباعث في مسألة العرايا.

المطلب الثالث: اثر الباعث في مسألة الطلاق في مرض الموت.

المطلب الرابع: اثر الباعث في مسألة تصرف الزوجة في مالها.

المبحث الثالث: موقف القوانين الوضعية من الباعث

المطلب الاول: موقف القانون الفرنسي

المطلب الثاني : موقف القانون المصري

المطلب الثالث: موقف القانون الليبي

الفصل الرابع

المبحث الاول: مسألة التصرية، والعرايا، والطلاق في مرض الوت، وتصرف
الزوجة في مالها:

ويقتضي منا هذا البحث ان نعرف مسألة التصرية "المطلب الاول"، ومسألة
العرايا "المطلب الثاني"، ومسألة الطلاق في مرض الموت "المطلب الثالث"،
ومسألة تصرف الزوجة في مالها "المطلب الرابع"، على النحو التالي:

المطلب الاول: مسألة التصرية:

الفرع الاول: مفهوم المصرة:

يكتمل مفهوم المصرة ببيان معنى التصرية لغةً أولاً ، واصطلاحاً ثانياً:

اولاً: معنى التصرية:

اولاً: التصرية لغة : من صرى ، يقال صرى الماء واللبن والدمع صَرِيّاً حبسه في

مستقر أو إناء .

والمصرة : الشاة ، وكذلك الناقة والبقرة يُصَرَّى اللبن في ضروعهن أي يحبس

ويجمع

وصريتها تصرية إذا لم تحلبها أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها ⁶¹ .

وفي صحيح البخاري : ((أصل التصرية حبس الماء يقال من صرّيت الماء إذا حبسته)) ⁶² .

تانيا: التصرية في اصطلاح الفقهاء :

التصرية : ((أن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن ناضبته ، فيربط

صاحبها أخلاف ⁶³ ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها ، أي يمتلي ، ثم يعرضها للبيع إيهاماً بغزارة لبنها ، فإذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن ، وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة : الشاة المصرة)) ⁶⁴ .

وفي فتح الباري : ((قال الشافعي هو ربط أخلاف الناقة أو الشاة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد ثمنها لما يرى من كثرة لبنها)) ⁶⁵ .

(⁶¹) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة محققين، لا: ط، (الرياض: دار الهداية، لا تاريخ)، ج 38 : ص 419 - 420 .

(⁶²) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، ط: 3، تحقيق: مصطفى ديب البغا، بيروت: دار بن كثير، 1407 / 1987)، ج 2 : ص 755 .

(⁶³) الأخلاف لضرع الناقة كالحلمات لأثناء النساء مفردها خلف بالكسر .

(⁶⁴) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط: 2، (دمشق: دار القلم، 1425 هـ / 2004 م) ج 1 : ص 464 .

(⁶⁵) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، (بيروت: دار المعرفة، لا: ت)، ج 4 : ص 362 .

ويقال للمصرّة ((المحفلة)) ، وهي اسم مفعول من التحفيل ، والتحفيل يعني التجميع ، وكل شيء كثرته فقد حفلته ، نقول ضرع حافل أي عظيم ، واحتفل القوم إذا كثر جمعهم ⁶⁶ .

الفرع الثاني : حكم التصرية:

الدليل :

روى البخاري في صحيحه - في باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم - عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ((لا تُصَرِّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر)) ⁶⁷ .

وفي الباب أيضاً عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال : ((من اشترى شاة محفلة فردها فليرد صاعاً من تمر ، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تلقى البيوع)) ⁶⁸ .

وفيه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((لا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تتاجشوا ، ولا يبيع حاضر

(⁶⁶) المرجع السابق ، ج 4 : ص 361 .

(⁶⁷) البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، مرجع سبق ذكره ، حديث رقم 2041 ، ج 2 : ص 755 .

(⁶⁸) صحيح البخاري ، حديث رقم 2042 ، ج 2 : ص 755 .

لباد ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها
أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر))⁶⁹ .

وفي باب إن شاء رد المصرة وفي حلبتها صاع من تمر روى البخاري عن أبي
هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((من اشترى غنماً
مصراً فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر))⁷⁰ .

وفي صحيح مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال : ((لا يتلقى الركبان لبيع ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا
تتاجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو
بخير النظرين بعد أن يحلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر
((⁷¹

هذا ما أورده البخاري ومسلم في صحيحيهما من أحاديث تتعلق بالتصرية
وحكمها ، والظاهر من جميع هذه الأحاديث أن حكم التصرية هو التحريم ؛ لأن
جميع ألفاظ الأحاديث وردت بصيغة النهي ، والنهي كما هو معلوم يقتضي التحريم .

(⁶⁹ صحيح البخاري ، حديث رقم 2042 ، ج 2 : 755 .
(⁷⁰ صحيح البخاري ، حديث رقم 2044 ، ج 2 : ص 756 .
(⁷¹ مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى ، (بيروت : دار
إحياء التراث العربي ، لا : ت) ج 3 : ص 1155 ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم
النجش وتحريم التصرية ، حديث رقم 1515 .

جاء في فتح الباري - شرحاً لحديث لا تصروا الإبل والغنم - ما نصه : ((

وظاهر النهي تحريم التصرية سواء قصد التدليس أم لا . . .))⁷²

وجاء في المغني لابن قدامة : ((والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري

لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تصروا ، وقوله من غشنا فليس منا ، وروى بن

ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بيع المحفلات خلابة ولا تحل

الخلابة لمسلم . . .))⁷³ .

غير أن أراء الفقهاء اختلفت في الجزاء المترتب على التصرية على كالاتي :

جزاء التصرية :

اختلف الفقهاء في الجزاء المترتب على تصرية الحيوان بين من اعتبره عيباً

يوجب الرد ، ومن لم يعتبره كذلك فقال بعدم الرد على النحو الآتي

1- الرأي الأول :

ذهب جمهور فقهاء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، وابويوسف من

الحنفية ، إلى أن تصرية الحيوان - وهو حقن وتجميع اللبن في الضرع - عيباً يوجب

الرد للمشتري إن شاء⁷⁴ ، غير أنهم اختلفوا فيما يرده المشتري مقابل اللبن الذي

(⁷²) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 362 .

(⁷³) عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ط : 1 ، (

بيروت : دار الفكر ، 1405) ج 3 : ص 103 .

(⁷⁴) انظر : مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، (بيروت : دار صادر ، لا : ت) ، ج 10 : ص 286 - 289 ؛ محمد

بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، (القاهرة : مكتبة الشروق الدولية ، 1425 هـ /

حلبه إذا اختار الرد ، فمنهم من أخذ بظاهر الحديث وقال برد المصرة وصاعاً من تمر وبهذا قال الحنابلة ⁷⁵ ، والظاهرية ⁷⁶ ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب رد صاع من غالب قوت أهل البلد ، فجاء في المدونة ما نصه : ((أن مالكا قال لي وأرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم ومصر الحنطة هي عيشهم)) ⁷⁷ .

وذهب أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة إلى أن المشتري يردّها مع قيمة اللبن لا مع صاع من تمر ⁷⁸ .

2- الرأي الثاني :

ذهب أبو حنيفة وصاحبه محمد إلى القول بعدم رد المصرة ، وإنما يرجع المشتري على البائع بنقصان قيمتها إن كانت أنقص مما اشتراها به ، وردوا الحديث لمخالفته الكتاب ، والسنة ، والأصول من وجوه : أحدها إن ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة ، وفيما لا مثل له بالقيمة ، فإن كان اللبن من ذوات الأمثال فالواجب المثل فأما في إيجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة ، والثاني ان

(2004 م) ، ص 515 ؛ محمد بن عبدالرحمن المغربي ابو عبدالله ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط : 2 ، (بيروت : دار الفكر ، لا : ت) ، ج 4 : ص 438 - 439 ؛ عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، المغني ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 103 - 108 ؛ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد ، المحلى ، تحقيق : دار إحياء التراث العربي ، (بيروت : دار الآفاق الجديدة ، لا : ت) ، ج 9 : ص 66 - 70 .
^(75) ابن قدامة ، المغني ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 104 .
^(76) المحلى ، مرجع سبق ذكره ، ج 9 : ص 67 .
^(77) المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ، ج 10 : ص 286 .
^(78) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة ، (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر ، 1421 / 2000) ، ج 5 : ص 44 .

فيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للأصول ؛ لأن الأصل إذا قل المتلف قل الضمان ، وإذا كثر المتلف كثر الضمان ، وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر ، وهو مخالف للأصول من وجه آخر من حيث أن فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ⁷⁹ .



(⁷⁹) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، مرجع سبق ذكره ، ج 13 : ص 40 .

المطلب الثاني: مسألة بيع العرايا:

الفرع الاول: بيان معنى العرايا لغةً و اصطلاحاً:

أولاً : معنى العرايا لغةً :

العرايا هي: جمع عريه و هي النخلة المعرة ، وقيل هي التي أكل ما عليها ، وأعرأه النخلة أي وهبه ثمرها عامها ، والعريه النخلة يعريها صاحبها ، رجلاً محتاجاً فيجعل له ثمرها عاماً فيعريها أي يأتيها، وهي فعيلة بمعنى مفعولة ، وإنما أدخلت فيها الهاء؛ لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة ، و الأكلة⁽¹⁾ و لو جئت بها مع النخلة قلت نخلة عري " واستعري الناس " في كل وجه وهو من العريه أي " أكلوا الرطب "⁽²⁾ و منه قوله تعالى : ﴿ فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ وَهُوَ سَقِيمٌ ﴾⁽³⁾ قال القرطبي ((بالعراء أي تركناه بالصحراء ، و العراء المكان الخالي))⁽⁴⁾

(1) محمد الرازي ، مختار الصحاح ، مرجع سبق ذكره، باب العين ، ج1 ، ص 180 .

(2) الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مرجع سبق ذكره ، ج 39 ، ص 33 .

(3) سورة الصافات ، الآية ، 145 .

(4) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سبق ذكره، ج 15 ، ص 128 .

ثانيا: المعنى الإصطلاح :

العريّة هي: عطية ثمر النخل دون الرّقبة ، وكانت العرب في الجذب يتطوع أهل النخل منهم بذلك على من لا ثمر له كما كانوا يتطوعون بمنيحة الشاة أو الإبل⁽¹⁾ .

و قال مالك : ((العريّة أن يعري الرجل النخلة ثم يتأذى المعري بدخول المعري عليه فرخص له أن يشتريها أي رطبها منه بتمر أي يابس))⁽²⁾

وبالتالي فإن العريّة : هي هبة ثمر النخلة أو غيره ، مما شأنه اليبس ، يهبه مالكة دون أصوله ، رطباً على الأشجار ، ثم يشتريها من الموهوب له بتمر يابس يدفعه له عند الجذاد .

الفرع الثاني: أقوال العلماء في العرايا:

قبل أن نبدي في الحديث عن أقوال العلماء ، نتحدث عن أصل هذا البيع من حيث هو مباح أو محرم .

فيعتبر هذا من أنواع المزبنة التي هي " بيع الرطب في رؤوس النخل "⁽¹⁾ والتالي

لا يجوز بيع المزبنة ؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم، نهى عن المزبنة وهو بيع

الرطب بالتمر ، حيث روى البخاري عن أنس " أن النبي صلى الله عليه وسلم ، نهى

(1) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأخير (المتوفى: 1182هـ) ، سبيل السلام شرح بلوغ المرام ، (لا توجد معلومات النشر) ، ج 3 ص 51 .

(2) الصادق الغرياني ، مدونة الفقه المالكي ، (مطبعة دار الريان ، 2001) ج 3 ، ص 293 .

(1) ابن قدامه ، المعنى ، مرجع سبق ذكره، ج 4 ، ص 23 .

عن المزبنة " (2) وعليه فإن الرطب المراد الذي يجري فيه الربا و ذلك كالرطب بالتمر و العنب بالزبيب واللبن بالجبن والحنطة بالشعير أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنية ، ونحو ذلك وبه قال جمهور علماء المسلمين حيث قالوا: لا يجوز ذلك في أي حال من الأحوال ، وقال : ابن حنيفة يجوز ذلك (3) وقوله صلى الله عليه وسلم ، عندما سأل عن اشتراء الرطب بالتمر ؟ فقال : (أينقص الرطب إذا يبس ؟ ، قالوا : نعم ؛ فنهى عن ذلك) (1) فالحديث يدل على عدم جواز ذلك ، وذلك لعدم التساوي (2) .

إلا أنّ الرسول صلى الله عليه و سلم ، استثنى منه العرايا ، وهي بيع الرطب في رؤوس النخل خرصا بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب و لا ثمن معه (3) .

حيث أن النبي ، صلى الله عليه و سلم ، " رخص في العرايا : أن تباع بخرصها كيلاً" (4) إذا أصل هذا البيع غير جائز إلاّ أنّه صلى الله عليه وسلم ، رخص فيه؛ لحاجة الناس إلى أكل الرطب و لا يوجد لدى هؤلاء الناس مبلغ من المال أي ثمن

(2) أخرجه البخاري ، بسنده و لفظه ، كتاب البيوع ، باب بيع الزبيب بالزبيب و الطعام ، حديث 2062 ، ج 2 ، ص 860 .

ومسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، حديث رقم 1539 ، ج 3 ، ص 1168 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 ، ص 23 .

(4) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في التمر بالتمر ، حديث رقم 3359 ، ج 3 ، ص 251 .

(2) الصنعاني ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 50 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، مرجع السابق ، ج 4 ، ص 23 .

(4) أخرجه البخاري ، بسنده ، كتاب البيوع ، باب: تفسير العرايا ، حديث رقم 2080 ، ج 2 ، ص 765 .

هذا الرطب ؛ وذلك لشهوة الناس للرطب⁽⁵⁾ وبالتالي وقع اتفاق الجمهور على
 رخصة العرايا ، وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بقدر كيله من التمر خرساً فيما
 دون خمسة أوسق (6) إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل المتعلقة بهذا البيع،
 وذلك على النحو التالي :-

أولاً :- المذهب المالكي:

إن العريه في مذهب الإمام مالك هي : أن يهب الرجل ثمرة نخل أو نخلات من
 حائطه لرجل بعينه ثم يتأذى المعري بدخوله عليه فرخص له ، فيجوز للمعري شراؤها
 من المعري له بخرصها تمرّاً على شروط أربعة:
 الأول أن تزهي، وتقع بلفظ العريه ، لا بلفظ العطية أو الهبة و المنحة ، والثاني أن
 تكون خمسة أوسق فأقل فإذا ازدادت فلا يجوز .
 والثالث أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فإن أعطاه نقد لم يجز ، والرابع
 أن يكون التمر من صنف تمر العريه ⁽¹⁾.

فعلى مذهب مالك الرخصة في العري إنما هي في حق المعري فقط ، و
 الرخصة فيها إنما هي استثنائها من المزابنة و من صنفى الربا أي التفاضل و
 النساء ⁽²⁾.

(5) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سبق ذكره ج2، ص159

(6) الصنعاني، مرجع سبق ذكره ، ج3، ص51

(1) خليل بن إسحاق ، شرح مختصر خليل ، ج 5 ، 187 والصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج3، ص51_52.

قال مالك : (إذا باع المعري أصل حائطه دون ثمرته أو ثمرته دون أصله أو الثمرة من رجل و الأصل من آخر و جاز لمالك الثمرة شراء العريه الأولى بخرصها ثمراً إلى الجذاذ ... وإذا أعراه ما يبيس ويدخر مثل التمر والتين والعنب والجوز واللوز وشبهه جاز لمعريها أن يشتري الثمرة إذا أزهرت وحل بيعها لا قبل ذلك بخرصها يابسة إلى الجذاذ إن كانت خمسة أوسق فاقل)⁽¹⁾ .

فيتضح من ذلك أن العريه تكون في مثل اللوز و العنب و التين ولا يجوز تعجيله عند مالك و أصحابه إلا أن ينقصد البيع على التأجيل ثم يريد التعجيل و يتراضيا على ذلك فالمنصوص جوازه وإذا أجاز شراء العريه بالخرص فهو بالدنانير و الدراهم و العروض أجوز وهذا هو المشهور⁽²⁾ .

ومن الحجة له على أن الرخصة إنما هي للمعري :⁽³⁾ حديث سهل : أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً " ⁽⁴⁾ ، قالوا فقله يأكلها رطباً دليل على أن ذلك خاص بمعريها؛ لأنهم في ظاهر هذا القول أهلها . و إما أن المعري عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فإن أهل اللغة قالوا: العريه هي الهبة ، و إما اشتراطه في

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد مرجع سبق ذكره، ج 2 ص 163 .

(1) المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ج10 ، ص 259 .

(2) محمد بن يوسف ، التاج و الإكليل ، ج 4 ، ص 502 .

(3) ابن رشد ، مرجع سبق ذكره، ج 2 ، ص 164 .

(4) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع التمر على رؤوس النخل ، حديث رقم 2079 ، ج 2 ، ص 764 .

خمسة أو سق أو فيما دونها فاستدل بالحديث السابق بيانه وإنما اشتراطه أن تكون من ذلك الصنف بعينه إذا ييس فلما

روى عن زيد بن ثابت ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رخص لصاحب العريه أن يبيعها بخرصها تمرّاً : ⁽¹⁾، فهذا هو مذهب الإمام مالك .

ثانياً: مذهب الشافعية :

أما الشافعية فقد عرّفوها بأنها : (بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً) ⁽²⁾ و معنى الرخص الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة وإنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من التمر أو ما دون ذلك بتمر مثلاً وروى أن الرخصة فيها إنما هي معلقة بهذا القدر من التمر؛ لضرورة الناس أن يأكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب و لا تمر يشتري به الرطب ، ⁽³⁾ والإمام الشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع به العرية أن يكون نقداً و أن لا يتفرقا قبل القبض فإن تفرقا فسد البيع ، وأن تكون في التمر و العنب فقط ، ⁽⁴⁾ ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة أوسق ، عند مالك و الشافعي ، و الخلاف عنهما إذا كانت خمسة أو سق فروى الجواز عنهما والمنع، والأشهر عند مالك الجواز ، وبالتالي فإن

(1) أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر ، حديث رقم 1539 ، ج 3 ، ص 1169 .

(2) الشيرازي ، المذهب في الفقه الشافعي ، ج 2 ، ص 26 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 164 .

(4) الشافعي ، كتاب الأم ، ج 3 ص 54 .

الشافعي اعتمد على حديث سهل عن النبي صلى الله عليه و سلم ، أنه نهى عن المزينة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه إذن لهم فيه وقوله : " يأكلها أهلها رطباً "(1) وأهلها هم الذين عندهم رطبة لا تمر يشترونه به ، فهذا الحديث استشهد به الإمام مالك كما سبق بيانه إلا انه يمكن أن يقال أن أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان، ولذلك كانت الحجة للشافعي (2).

واحتج لمذهبه أيضا بما رواه بإسناد منقطع أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما عراياكم هذه قال فسمي رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن الرطب أتي وليس بأيديهم نقدا يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس و عندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً وإنما لم يجز تأخير نقد التمر؛ لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة (3).

فالشافعي يخالف مالكا في العرية في أربعة أمور: أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثاني أن العرية التي رخص فيها ليست هبة وإنما سميت هبة على التجوز ،

(1) أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر ، حديث رقم 1539 ج 3 ، ص 1169 .

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ص 165 .

(3) الشافعي ، الأم ، ج3 ، ص 54 - 55 .

والثالث في اشتراط النقد عند البيع، والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل ما يدّخر و يبيس (4).

ثالثاً :- مذهب الحنابلة :

فقد عَرَفوها بقولهم : (هي بيع الرطب على رؤوس النخل خرصا بمثله من التمر كيلا فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب و لا ثمن معه) (1) فالإمام أحمد بن حنبل يوافق مالكا في أن العريه عنده هي الهبة و يخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له وذلك انه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب إليه مالك (2).

وأما حجته فهي ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا و لم يخص المعري من غيره ، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند الإمام أحمد رحمه الله ، أما الإمام مالك والشافعي في قول يجوز ؛ وذلك لأن في حديث زيد وسهل أنه رخص في العرية مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة في حديث آخر رواه أبي هريرة و شك في الخمسة فاستثنى اليقين و بقى المشكوك فيه على مقتضى الإباحة ؛ولأن العريه

(4) ابن راشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سبق ذكره، ج2، ص166.

(1) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ) ، الشرح الكبير على متن المقفع ، (القاهرة: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، لا توجد معلومات النشر) ج 5 ، ص 24 .

(2) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) ، الكافي في فقه احمد بن حنبل ، ط: 1 (لبنان : دار الكتب العلمية ، 1414 هـ -

1994 م) ج 2 ، ص 65 .

(3) ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سبق ذكره، ج4، ص95.

رخصة بنيت على خلاف النص و القياس يقينا فيما دون الخمسة والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك ⁽³⁾ ووافق الشافعي الإمام احمد في أن لفظ رخص في العرية ، أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها رطباً إلا أنه لم يبيحها إلا للضرورة " ⁽¹⁾ فهذا هو مذهب الحنابلة .

رابعاً : مذهب الحنيفة :

فالإمام أبو حنيفة لم تجز عنده العرايا وكانت إن جعلت بيع نوعاً من المزايدة رأى أن انصرافها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب بإعطاء خصال تمر ، أو تسميته إياها بيعاً عنده مجازاً ⁽²⁾ ، و قد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدرهم و لا بشيء من الأشياء سوى الخرص وإن كان المشهور عنه جواز ذلك و قد قيل أن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع منها أنه لم يسمها بيعاً و قد نص الشارع على تسميتها بيعاً ، و منها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرايا استثناء من المزابنة؛ لأن المزابنة هي في البيع و كذلك من أدلتهم في المنع " عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم ، الذهب

(1) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) ، شرح فتح القدير، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي (لبنان: دار الكتب العلمية، 1424 - 2003) ج6، ص416.

(2) أين قدامه ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ، ج4 ، ص58 .

بالذهب، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء

يدا بيد ، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد⁽¹⁾

فالظاهر من الحديث منع بيع التمر بالتمر جزافاً و لا بيع شيء من ذلك متأخراً

إلا يداً بيد .

والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة التي

لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع

وهي المزابنة .

(1) أخرجه مسلم ، كتاب المسابقات ، باب بيع الطعام مثلاً بمثل ، حديث رقم 1587 ، ج 3 ، ص 1208 .

المطلب الثالث: مسألة الطلاق في مرض الموت:

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه، صحيحاً كان ،أو مريضاً ما دامت أهليته للتصرف موجودة، فإنه لا حجر عليه في ذلك.

و يعد مرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية ، وقد أخذت به تشريعات عديدة بصورة متطابقة أو متقاربة أو متباعدة ، وتختلف تشريعات أخرى عديدة عن الأخذ به ، كما برهن الفقه الإسلامي في مضماره عن أصالة تحتاج اليوم إلى من يجلوها ، فما هو مرض الموت ؟ وما هي أحكامه؟ .

تعريف مرض الموت:

هو الذي يكون الغالب فيه موت المريض، بحيث يعجز عن القيام بمصالحه خارج البيت ، ان كان رجلا، وداخل البيت ان كان امرأة، ويلحق به كل من غلب عليه احتمال الهلاك، كالمقاتل في ساحة المعركة، ومن كان على متن سفينة يخشى غرقها⁸⁰.

⁸⁰ المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره ج2، ص 82-83.

وهو ايضا: المرض الذي يؤدي الى الموت، او يخاف فيه الموت في الاكثر⁸¹.

ويلحق بمرض الموت الاعدام وما في حكمه اذا تم تنفيذه، وكذلك الحالة التي

يغلب فيها الهلاك اذا مات الشخص على تلك الحالة⁸².

لقد أجمع الفقه والاجتهاد القضائي على أن مرض الموت يجب أن تتحقق فيه ثلاثة

شروط مرض الموت:

- 1- أن يكون مرضاً يحدث فيه الموت غالباً.
 - 2- أن يولد عند المريض شعوراً بالخوف من الموت.
 - 3- أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به قبل مضي سنة على بدئه.
- فمرض الموت إذن هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، فمن اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى تاريخ الوفاة مريضاً بمرض الموت.

⁸¹ ابن قدامه المقدسي، المعني مرجع سبق ذكره، ج 7، ص 98.
⁸² ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، فصل الميم، حرف الضاد.

فمتى توافرت ضوابط مرض الموت في الفقه والاجتهاد كفى ذلك لاعتبار المريض شاعراً بدنو أجله واعتبار تصرفه بمثابة وصية لما بعد الموت.

إثبات مرض الموت:

في مرض الموت لا بد من توفر تقارير طبية تؤكد طبيعة المرض وحدثه فعلاً، أما أن المرض هو مرض مميت فلا يجوز إثباته بالبينة الشخصية بل يخضع إلى الخبرة الفنية ليتقرر معها توفر شرط تولد الخوف من الموت لدى المريض.

واختلف الفقهاء في تحديد مرض الموت⁸³:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن مرض الموت هو : المرض المخوف الذي يتصل بالموت ، ولو لم يكن الموت بسببه .

وذهب الحنفية إلى أن مرض الموت : هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن ، هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد .

فعلى هذا ، يشترط لتحقيقه أن يتوافر فيه وصفان :

⁸³ بتصرف، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية - الكويت، 45 جزء، الطبعة الثانية، (دار السلاسل - الكويت، 1427هـ) ج 37 .

الوصف الأول : أن يكون مخوفاً ، أي يغلب الهلاك منه عادةً أو يكثر .

جاء في الفتاوى الهندية : حد مرض الموت تكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه إن

كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن .

وقال النووي : المرض المخوف والمخيف : هو الذي يخاف منه الموت ، لكثرة

من يموت به ، فمن قال : مخوف قال : لأنه يخاف منه الموت.

ومن قال : مخيف لأنه يخيف من رآه. وقال التسولي : "ومراده بمرض الموت :

المرض المخوف الذي حكم أهل الطبّ بكثرة الموت به"⁸⁴ .

وقال الشافعية والحنابلة : ما أشكل أمره من الأمراض يرجع فيه إلى قول أهل

المعرفة ، وهم الأطباء ، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ، ولا يقبل إلا قول

طبيين مسلمين ثقتين بالغين ، لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا ، فلم

يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الخرقى : أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر

على طبيبين

ولو اختلف الأطباء يؤخذ بقول الأعلّم ، ثمّ بالأكثر عدداً ، ثمّ بمن يخبر بأنّه

مخوف ، لأنّه علم من غامض العلم ما خفي على غيره ، قاله الماورديّ ، ونقله ابن

الرّفعة وأقرّه .

⁸⁴ علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّسولي (المتوفى: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ط:1 (دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، 1418هـ - 1998م) ص 82.

فإن لم يتوفّر من يرجع إليه من الأطباء ، كأن مات قبل أن يراجع أحداً من الأطباء ، فإنه يمكن أن يعتبر عجز المريض عن الخروج لمصالحه خارج بيته إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل بيته إن كان من الإناث علامة تدل على كون المرض مخوفاً إن كان قادراً على رؤية تلك المصالح قبله ، أو أن تعتبر أية علامة أخرى تنبئ عن كونه مخوفاً في نظر الأطباء العارفين .

ويقصد بالعجز عن الخروج لمصالحه خارج بيته : عجزه عن إتيان المصالح القريبة العادية، فلو كان محترفاً بحرفة شاقة كالحمال والدقاق والحدّاد والنّجار ونحو ذلك ممّا لا يمكن إقامته مع أدنى عجز أو مرض ، مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق لا يكون في مرض الموت ، إذ لا يشترط في هؤلاء العجز عن العمل في حرفتهم ليعتبروا في مرض الموت ، بل عن مثل ما يعجز عنه صاحب الحرفة العادية .

الوصف الثاني: ⁸⁵ أن يتّصل المرض بالموت ، سواء وقع الموت بسببه أم بسبب

آخر خارجيّ عن المرض كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو غير ذلك

فإذا صحّ من هذا المرض تبين أنّه ليس بمرض الموت ، وتعتبر تصرفاته فيه كتصرفات الصّحيح دون فرق ، فالمريض ما دام حياً لا يجوز لورثته ولا لدائنيه

⁸⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سبق ذكره ص 37.

الاعتراض على تصرفاته لجواز أن يشفى من مرضه ، أمّا إذا انتهى المرض
المخوف بالموت فيتبيّن أنّ التّصرف وقع في مرض الموت .

طلاق الفار⁸⁶:

طلاق الفار هو: طلاق الزوج زوجته بائناً في حال مرض موته، وقد يعنون الفقهاء
له: بطلاق المريض.

وقد ذهب الفقهاء إلى صحة طلاق الزوج زوجته إذا كان مريضاً مرض موت،
كصحته من الزوج غير المريض، ما دام كامل الأهلية.

كما ذهبوا إلى إرثها منه إذا مات وهي في عدتها من طلاق رجعي، سواء أكان
بطلبها أم لا، وأنها تستأنف لذلك عدة الوفاة.

فإذا كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة، فإن كان الزوج صحيحاً عند الطلاق
غير مريض مرض الموت، لم ترث منه بالاتفاق، وتبني على عدة الطلاق، وإن كان
مريضاً مرض موت عند الطلاق، ف كذلك عند الشافعية في الجديد.

وذهب الحنفية، والحنبلية في الأصح، وهو المذهب القديم للشافعية، إلى أنها
ترث منه معاملةً له بنقيض قصده، وتعتد بأبعد الأجلين، ويعد فاراً بهذا الطلاق من
إرثها، واسمه طلاق الفرار.

⁸⁶ محمد بن علي بن محمد الحنفي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: 1088هـ) ، الدر المختار شرح
تنوير الأبصار وجامع البحار 387/3-تحقيق: 388 عبد المنعم خليل إبراهيم ط:1 (لبنان: دار الكتب العلمية ، 1423هـ-
2002م، ج 3 ص 388. والمغني مرجع سبق ذكره 79/8.

واشترطوا له أن يكون بغير طلبها ولا رضاها بالبينونة، وأن تكون أهلاً للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، فإن كان الطلاق برضاها كالمخالعة لم ترث.

وكذلك عند الحنفية إذا كانت البينونة بسبب تقبيلها ابن زوجها أو غيره، فإنها لا ترث أيضاً، لأن سبب الفرقة ليس من الزوج، فلا يعد بذلك فاراً من إرثها، فإن طلبت منه الطلاق مطلقاً، أو طلبت طلاقاً رجعيّاً فطلقها بائناً واحدةً أو أكثر، ثم مات وهي في عدتها، ورثت منه، لأنها لم تطلب البينونة ولم ترض بها.

فإذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث منه، ولم تتغير عدتها لدى الجمهور، ولا يعد فاراً بطلاقها، وفي قول ثانٍ للحنبلية أنها ترث منه ما لم تتزوج من غيره، وهو خلاف الأصح عندهم.

والمالكية على توريثها منه مطلقاً، أي سواء كان بطلبها كالمخيرة والمملكة والمخالعة، أو بغير طلبها، حتى لو مات بعد عدتها وزواجها من غيره. فإن طلقها طلاقاً رجعيّاً ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكماً وهي سبب للإرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض.

وإذا طلقها طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها مات في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت.

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فاراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده، وليس في ذلك كتاب ولا سنة، وإنما كان من مواضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم.

حكم الطلاق في مرض الموت عند الفقهاء:

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة، المالكية⁸⁷، والشافعية⁸⁸، والحنابلة⁸⁹، والأحناف⁹⁰، إلى أنه من طلق زوجته في مرض الموت، فإنها ثرت منه، معاملةً له على خلاف مقصوده، وهو حرمانها من الميراث.

ووجه الدلالة عندهم في توريث الزوجة عند وقوع الطلاق في مرض الموت، أن الطلاق وحده في هذا الظرف قرينة قوية جداً على أن باعث الزوج حرمان الزوجة من الميراث، حيث أن الحياة الزوجية ستنتهي حتماً بوفاة الزوج، فلا حاجة لأنهاءها بالطلاق إلا أن يكون قصد الزوج حرمان الزوجة من الميراث.

وقد ثبت لها الإرث استحساناً⁹¹، لأن الزوج كان قاصداً إضرار زوجته، فيعاقب بخلاف مقصوده، كمعاقبة قاتل مورثه بالحرمان من الميراث.

⁸⁷ المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره ج 6، ص 34. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سبق ذكره ج 2، ص 82-

83.

⁸⁸ شرح الأحكام للابناني، (لا تتوفر معلومات النشر) ج 1، ص 375

⁸⁹ ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سبق ذكره، ج 6، ص 373.

⁹⁰ المبسوط، مرجع سبق ذكره ج 6 ص 154. بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره ج 3 ص 219

⁹¹ مغني المحتاج، مرجع سبق ذكره ج 3 ص 178. وإعلام الموقعين، مرجع سبق ذكره ج 3 ص 178.

ويعتبر من قبل التعاون على المعصية اذا مكن من تحقيق غرضه، وهو منهي عنه بقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ} ⁹².

وقد سئل ابن سيرين عن طلاق الفرار - الطلاق في مرض الموت - فقال: "من فر من كتاب الله رد اليه" ⁹³.

وروي عن عثمان - رضي الله عنه - انه ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف عندما طلقها وهو في مرض الموت، فقال له عثمان: "اذا مت ورثها واني لا اتهمك ولكن اريد السنة" ⁹⁴.

فعثمان هنا لايتهم عبد الرحمن - رضي الله عنهما - اهمالا للبائع، او نكرا بوجوده، وانما كان التوريث لان المطلق في مرض الموت متهم في الغالب، الا ان الاحكام تطبق وان كان مقام الصحابي فوق كل التهم، عملا بالسنة كما قال رضي الله عنه.

⁹² سورة المائدة: الآية: 2.

⁹³ المبسوط، مرجع سبق ذكره ج 6 ص 154.

⁹⁴ المرجع السابق، ج 6 ص 154

المطلب الرابع: مسألة تصرف الزوجة في مالها:

تصرف الزوجة بمالها رهن بشرعية الباعث قيدا يرد عليه الاصل العام ان للزوجة

التصرف بمالها كيفما تريد إلا أنه لا يجوز لها ان تتبرع بما يزيد فيه على الثلث إلا

بإذن زوجها شرعاً " ورد ذلك عن الإمام مالك والإمام أحمد".

ودليله: قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يجوز لا امرأة عطية في مال زوجها إلا أن

يأذن زوجها، إذ هو مالك عصمتها"⁹⁵.

المعيار الموضوعي في المنع هو الزيادة عن الثلث، أما اذا كان الباعث سيئاً

(الأضرار) بالأسرة بتبرعها فإنها تمنع من هذا التصرف حتى لو تبرعت بأقل من الثلث.

أن اعمال الباعث في هذه المسألة أن الذي يتبرع بما زاد عن الثلث وان كان

قاصداً للمصلحة العامة فإن في هذا التبرع احتمال اهمال مصلحة اصحاب الحقوق

الواجبة كأسرته مثلاً ولا يكفي لصحة التصرف من انتفاء قصد الضرر به ولاء بل

لابد من قصد مصلحتهم بشكل ايجابي.

⁹⁵ أخرجه ابن ماجة في صحيحه، ج 4 ص 57، حديث رقم: 7058.

الفرع الاول: تعريف الاستئذان وحكمه ومسقطاته .

اولا: تعريف الاستئذان لغة واصطلاحا.

1- الاستئذان في اللغة : طلب الإذن ، والإذن : من أذن بالشيء إذنا، بمعنى أباحه ، وعلى هذا فإن الاستئذان هو: طلب الإباحة⁹⁶.

2- التعريف الاصطلاحي:

الفقهاء يستعملون الاستئذان بهذا المعنى ، فيقولون : " الاستئذان لدخول البيوت " ويعنون به : طلب إباحة دخولها للمستأذن ، وقد ذكر القرآن الكريم في سورة النور كلمة " استئناس " في قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ }⁹⁷، وتستأذِنُوا أي تستأذِنُوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان لأن الاستئذان طلب الإذن والاستعلام طلب العلم والإذن إعلام وسواء كان السكن في البيت أو لم يكن لقوله تعالى { فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ }⁹⁸.

وهذا يدل على أن الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لأنفسهم ولأموالهم لأن الإنسان كما يتخذ البيت سترا لنفسه يتخذهُ سترا لأمواله وكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على أمواله⁹⁹.

⁹⁶ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: 817هـ) ، القاموس المحيط، ط: 8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، (لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م) ج 1، ص 1516 .

⁹⁷ سورة النور: الآية: 27.

⁹⁸ فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهمام) ، دار الفكر: 4 / 30 .

⁹⁹ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، أبو بكر مسعود بن احمد الكاساني، دار الكتاب العربي: 125/5. المنتقى شرح الموطأ ، سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الاسلامي: 284/7.

ثانيا: حكم الاستئذان:

إن الحكم التكليفي للاستئذان مرتبط ارتباطا وثيقا بالإذن ، فحيثما توقف حل التصرف على الإذن ، كان الاستئذان فيه واجبا ، كاستئذان الأجنبي لدخول بيت غير بيته ، واستئذان المرأة المتزوجة زوجها في خروجها من بيت الزوجية ، واستئذان الزوج زوجته الحرة في العزل عنها¹⁰⁰ ، ونحو ذلك . وإنما قالوا : (حل التصرف) ولم يعبروا بصحة التصرف ؛ لأن التصرف قد يقع - إذا خلا من الإذن صحيحا مع الكراهة ، كما لو صامت الزوجة نافلة بغير إذن زوجها . وقد يقع غير صحيح كما لو زوج الولي البالغة العاقلة بغير رضاها ، أو باع الصغير المميز بغير إذن وليه ، ونحو ذلك ، على الخلاف في ذلك بين الفقهاء¹⁰¹ .

ثالثا: سقوط الاستئذان ، وفيه مسألتان:

المسألة الاولى: ما لا يحتاج أصلا إلى استئذان :

تصرف الإنسان غير المحجور عليه في ملكه أو حقه تصرفا غير مضر بالغير ، لا يحتاج إلى استئذان أحد ، لأن الإذن لصاحب الملك أو صاحب الحق ، واستئذان الإنسان نفسه ضرب من العبث الذي تنتزه عنه الشريعة . فمن أراد بيع ماله ، أو أكل طعامه ، ليس بحاجة إلى استئذان ، ومن ذلك التصرف في الملكيات العامة ، كالطرق والمساجد والأبنية العامة ، لأن لكل واحد فيها حقا ، فلا يحتاج إلى استئذان لتصرفه فيها التصرف المشروع الذي لا يضر بالآخرين . ومن ذلك القيام بالفروض العينية كأداء الصلاة ، ومقاتلة الأعداء المغيربين ، ونحو ذلك¹⁰² .

المسألة الثانية: أسباب سقوط الاستئذان. وفيه :

¹⁰⁰ الكسائي، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره 2 / 334 .

¹⁰¹ ، الموسوعة الفقهية ، مرجع سبق ذكره ، ج 3 ، ص 145 .

¹⁰² تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية، ج 4 ص 15 .

1 - تعذر الإذن :

يسقط الاستئذان حال تعذر الإذن لسبب من أسباب التعذر ، كموت صاحب الإذن ، أو سفره سفرا بعيدا ، أو حبسه ومنعه من مقابلة أحد ، وكان التصرف لا يمكن تأخيرته إلى حين قدومه من السفر ، أو خروجه من الحبس ، ونحو ذلك ، ومن هنا نص الفقهاء على جواز إنفاق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته . وجواز إنفاق الورثة الكبار على الورثة الصغار الذين لا ولي لهم ، وجواز إنفاق المودع لديه على أبوي المودع من غير استئذانه ، إن كان في مكان لا يمكن فيه استطلاع رأي القاضي . ومثله إنفاق المودع لديه على الوديعة ، إن احتاجت إلى النفقة ، وجواز إنفاق المأذون له في التجارة في الطريق ، بعد موت من أذن له ، وجواز بيع الرفقة في السفر أمتعة المتوفى منهم ، لتجهيزه من ثمنها¹⁰³.

قال السرخسي :

للفرقة بيع متاع من مات منهم ، ومركبه ، وحمله إلى ورثته بعد مؤنة التجهيز ، ولا يجوز ذلك لأجنبي ؛ لأن الرفيق مأذون له في ذلك دلالة ، كما يجوز له الإحرام عنه إذا أغمي عليه ، وكذا إنفاقه عليه ، جاء في حاشية ابن عابدين : وقعت هذه المسألة لمحمد بن الحسن في سفر له : مات بعض أصحابه فباع كتبه ، وأمتعته ، ف قيل له : كيف تفعل ذلك ولست بقاض ؟ فقال : { والله يعلم المفسد من المصلح }¹⁰⁴ ولأنه لو حمل أمتعته إلى أهله لاحتاج إلى نفقة ربما تستغرق المتاع¹⁰⁵.

2- سقوط الاستئذان عن صاحب الحق ، إن كان الاستئذان يفوت حقه :

¹⁰³ علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج3 ص 158.

¹⁰⁴ سورة البقرة: الآية: 220.

¹⁰⁵ محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة، ج 11 ص 126.

فيجوز للمرأة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف ، من غير استئذان ، إذا منعها النفقة ؛ لأن ذلك حق لها وذلك :

1- لقوله تعالى : {الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ }¹⁰⁶.

وجه الدلالة:

تدل الآية على مشروعية الاقتصاص من الغير لأن الآية تدل على عموم متفق عليه إما بالمباشرة إن أمكن وإما بالقاضي¹⁰⁷.

2- لما صح عن عائشة قالت: { دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : ثم يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك } أخرجه الشيخان واللفظ لمسلم¹⁰⁸.

3 - دفع الضرر :

يسقط الاستئذان إن كان في الاستئذان ضرر ، فيجوز بيع ما يخاف عليه التلف من الأمانات من غير استئذان ، ويجوز للسلطان أن يزوج من غاب وليها ، أو حبس ومنع من الوصول إليه دفعا لضرر الانتظار ، ويجوز دخول البيت بغير استئذان إن كان ذلك الدخول يمنع من وقوع جريمة¹⁰⁹.

¹⁰⁶ سورة البقرة: الآية : ١٩٤.

¹⁰⁷ محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ج 2 ص 356 .

¹⁰⁸ محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، جامع الصحيح المختصر، ط3، تحقيق: مصطفى ديب البغا (بيروت: دار ابن كثير) 1407 - 1987 ، ج 5 ص 205..

¹⁰⁹ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) ، الاحكام السلطانية، (لبنان: دار الكتب العلمية، لا توجد معلومات تاريخ النشر) ص 306.

المبحث الثاني: اثر الباعث في مسألة التصرية، مسألة العرايا، ومسألة الطلاق في مرض الموت، ومسألة تصرف الزوجة في مالها:

هل يمكن تصور أثر للباعث في المسائل التي سبق بيان معناها وحكمها في المبحث السابق ؟ هذا ما سنبحثه بمشيئة الله في اربعة مطالب نخصص الأول لأثر الباعث في مسألة التصرية ، والثاني لأثر الباعث في مسألة العرايا، والثالث لأثر الباعث في مسألة الطلاق في مرض الموت، والرابع لأثر الباعث في مسألة تصرف الزوجة في مالها وفق الآتي:

المطلب الاول: اثر الباعث في مسألة بيع التصرية:

قبل أن نشرع في الحديث عن أثر الباعث في مسألة بيع المصرة تجدر الإشارة إلى أمر يعتبر مدخلاً للحديث في هذا الموضوع وهو : هل بالإمكان إعمال أثر الباعث غير المشروع على كل فرع من فروع الفقه تحقق فيه مناطه أم لا يمكن ذلك إلا على مسائل وردت حصراً في الفقه ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : بأن فكرة الباعث هي أصل عام استتبط من قول الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - : ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى . . .))¹¹⁰ .

(¹¹⁰) أخرجه البخاري في باب بدء الوحي ، حديث رقم 1 ، محمد بن إسماعيل ابوعبدالله البخاري الجعفي ، الجامع الصحيح ، مرجع سبق ذكره ، ج 1 : ص 3 ؛ ومسلم ، حديث رقم 1907 ، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري

ومعنى ذلك أن هذا الأصل يندرج تحته العديد من الفروع والأمثلة الفقهية التي تحقق فيها علة الباعث وهي غير المشروعية ، أي أنه إذا كان الباعث على إتيان تصرف ما أو إبرام عقد ما مخالف لقصد الشارع من ذلك التصرف أو العقد كان باطلاً ، فالحكم الشرعي المتعلق بأحكام المكلفين هو وحكمة تشريعه ، والمصلحة المتوخاة منه شرعاً ، متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر ، والدلائل على ما قلنا كثيرة ، نذكر منها حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - : ((من تعلم علماً مما يبتغي به وجه الله عز وجل لا يتعلمه إلا ليصيب به عرضاً من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة يعني ربحها))¹¹¹ ، فلما كان الباعث هنا مناقضاً لقصد الشارع استحق العقاب الوارد في الحديث .

من هنا يمكن القول أن حكم الباعث ينصرف على كل واقعة تحقق فيها مناطه باعتباره أصل عام يندرج تحته الكثير من الفروع ، ولعل هذا هو ما قصده صاحب المغني بعد أن فصل القول في حكم بيع العصير ممن يتخذه خمرًا فقال : ((وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق ،

النيسابوري ، صحيح مسلم ، مرجع سبق ذكره ، ج 3 : ص 515 ، كليهما عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(¹¹¹) أخرجه ابوداود في سننه عن أبي هريرة ، في باب طلب العلم لغير وجه الله تعالى ، حديث رقم 3664 ، سليمان بن الأشعث ابوداود السجستاني الأزدي ، سنن أبي داود ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، (دار الفكر ، لا : ب ، لا : ت) ، ج 3 : ص 323 ؛ وأخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة أيضاً بلفظه ، في باب الانتفاع بالعلم والعمل به ، حديث رقم 252 ، محمد بن يزيد ابو عبدالله القزويني ، سنن ابن ماجه ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، (بيروت : دار الفكر ، لا : ت) ، ج 1 : ص 92 .

أو في الفتنة ، وبيع الآمة للغناء ، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة ، وأشباه ذلك فهذا حرام))¹¹² .

بعد ان انتهينا إلى ان حكم الباعث يمكن ان ينصرف على كل مسألة فقهية تحقق فيها مناطه ، نبين الآن أثره في مسألة بيع المصرة ، وذلك على ضوء ما عرفنا من اتجاهات الفقهاء ومواقفهم من فكرة الباعث في المبحث الأول ، وكذلك آرائهم ومواقفهم من مسألة بيع المصرة ، غير أنه قبل ذلك لنا أن نتصور تحقق الباعث غير المشروع في بيع المصرة ، من جهة أن البائع بالفعل الذي يأتيه ، وهو التصرية بمعنى حقن اللبن وتجميعه في ضرع الشاة ، أو الناقة ، أو البقرة المراد بيعها يقصد من ذلك التدليس على المشتري ليوهمه بأنها من ذوات اللبن على خلاف الواقع فيتغرر المشتري بذلك ويشتريها ليتبين له فيما بعد نضوب لبنها ، فقصد البائع هنا مناقض لقصد الشارع من تشريع البيع ؛ لأن باعته كان سيئاً وقصده هو إتمام الصفقة دون نظر منه إلى الضرر الذي قد يصيب المشتري منها .

(¹¹²) ابن قدامة ، المغني ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 155 .

وفيما يلي نقابل بين آراء الفقهاء في كل مذهب من المذاهب الأربعة المشهورة في مسألة بيع المصرة مع اتجاهاتهم ومواقفهم من فكرة الباعث في العقود والتصرفات :

أولاً / المذهب المالكي :

عرفنا في المبحث الأول من هذه الدراسة ان المذهب المالكي ينتمي إلى المدرسة الذاتية التي تأخذ بالباعث وتعتبره في العقود والتصرفات ، وعرفنا أيضاً في المطلب الأول من هذا المبحث رأيهم في مسألة بيع المصرة ، ورأينا كيف أنهم يبطلون تصرف البائع في هذه المسألة وهو تصرية الشاة ، أو الناقة ، أو البقرة المراد بيعها ويقولون بخيار الرد للمشتري ، وهنا نلاحظ التوافق بين رأي فقهاء هذا المذهب في هذه المسألة وبين موقفهم من الباعث وأثره على العقود والتصرفات ، وفي المدونة إشارة إلى ذلك ، فقد جاء فيها بعد بيان حكم التصرية : ((فإذا باعها صاحبها - أي الشاة) - وهو يعرف حلابها كان قد غرّه))¹¹³ ، أي غرّ المشتري .

وجاء في الشرح الكبير : ((وتصرية الحيوان ولو آدمياً كآمة لرضاع أي ترك حلبها ليعظم ضرعها فيظن كثرة اللبن . . . فله الرد بذلك لأنه غرر فعلي . . ثم شبه الحكم في قوله (كتلطخ ثوب عبد بمداد) أو بيده محبرة وقلم ان يفعله

(¹¹³) المدونة ، ج 10 : ص 288 .

السيد أو أمر العبد به أو صبغ الثوب القديم ليظن أنه جديد فيرده أي ما وقع فيه
التغير من الحيوان))¹¹⁴ .

وفي هذا بيان لعدة تحريم التصرية والحكم للمشتري بخيار الرد ، وهذه العلة هي
فعل التغير الذي أتاه البائع لذلك اختلف الحكم إذا لم يأت البائع فعل التصرية أو
علم المشتري بأن الشاة مصراة ورضي بذلك ، فجاء فيه أيضاً : ((لا ان علمها)
المشتري (مصراة) فلا رد له (أو لم تُصر) ولكن (ظن كثرة اللبن) لكبر ضرعها
فتخلف ظنه فلا رد له))¹¹⁵ .

ثانياً / المذهب الحنبلي :

ما قيل في المذهب المالكي في هذا الشأن ينطبق على المذهب الحنبلي ؛ لأن
هذا المذهب ينتمي هو الآخر إلى المدرسة الذاتية والتي قلنا أنها تعتد بالبائع
وتعمل أثره في العقود والتصرفات .

جاء في كتاب المغني : ((والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري
لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تصروا ، وقوله من غشنا فليس منا وروى ابن

(¹¹⁴) أحمد الدردير ابوالبركات ، الشرح الكبير ، تحقيق : محمد عيش ، (بيروت : دار الفكر ، لا : ت) ، ج 3 : ص 115 – 116 .
(¹¹⁵) المرجع السابق ، ج 3 : ص 117 .

ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : بيع المحفلات خلافة ولا
تحل الخلافة)) ¹¹⁶ .

وجاء فيه أيضاً : ((فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالماً
بالتصريح فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار)) ¹¹⁷ .

ثالثاً / المذهب الشافعي :

الشافعية - استثناءً من مذهبهم في عدم النظر إلى الباعث غير المشروع - قالوا
بخيار الرد للمشتري في مسألة بيع المصرة وساروا في ذلك مع فقهاء المدرسة الذاتية
فيما ذهبوا إليه فاعتبروا الباعث هاهنا وأعملوا أثره في المسألة ، فجاء في روضة
الطالبين : ((هذا الخيار غير منوط بالتصريح لذاتها بل لما فيها من التلبس فيلحق
بها ما يشاركها فيه حتى لو حبس ماء القناة أو الرحي ثم أرسله عند البيع أو الإجارة
فظن المشتري كثرته ثم تبين له الحال فله الخيار ، وكذا لو حمر وجه الجارية أو
سود شعرها أو جعده أو أرسل الزنبور على وجهها فظنها المشتري سميئة ثم بان
خلافه فله الخيار)) ¹¹⁸ .

(¹¹⁶) ابن قدامة ، المغني ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 : ص 103 .

(¹¹⁷) المرجع السابق ، ج 4 : ص 104 .

(¹¹⁸) محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط : 2 ، (بيروت : المكتب
الإسلامي ، 1405) ، ج 3 : ص 469 .

رابعاً / المذهب الحنفي :

أما فقهاء المذهب الحنفي فقد تمشوا مع نظرتهم واتجاههم في عدم الأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان وارداً في صيغة العقد أو تضمنته الإرادة ولو ضمناً ، لذلك نجدهم ذهبوا إلى القول بعدم ثبوت خيار الرد لمشتري المصرة باستثناء أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة الذي رأى أن المشتري يردّها مع قيمة اللبن كما أسلفنا ، بل ذهب الحنفية إلى أكثر من ذلك فأهملوا الحديث الصحيح المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم وهو قوله : ((لا تصروا الإبل والغنم . . .))¹¹⁹ لمخالفته الأصول على حد قولهم ، رغم تفضيل بعضهم عكس ذلك فقد جاء في كتاب البحر الرائق ما نصه : ((والمصرة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا ولا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي ويرجع في رواية الطحاوي لفوات وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة ولو اختيرت للفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصيرية))¹²⁰ .

(¹¹⁹) سبق تخريجه .
(¹²⁰) زين الدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط : 2 ، (بيروت : دار المعرفة ، لا : ت) ، ج 6 ص 51 .

المطلب الثاني: اثر الباعث في مسألة العرايا:

ومن خلال العرض السابق لآراء العلماء - في مسألة العرايا - يتضح رجحان الرأي القائل بجواز بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ، وذلك للضرورة والحاجة التي تلجئ الإنسان أحيانا إلى أن يكون عنده تمر قديم ولا نفوذ لديه لشراء تمر جديد ، وهو قول الجمهور ، وذلك لقوة دليلهم ، حيث أنهم احتجوا بالحديث الصحيح الوارد عن الرسول صلى الله عليه و سلم : (أنه رخص في العرايا إن تباع بخرصها كيلا) متفق عليه (1) .

أما ما ذهب إليه الحنفية من القول بعدم الجواز ، فذلك ضعيف ؛ لتعارضه مع نصوص الأحاديث الصحيحة التي استثنت هذا البيع من بيوع المزبنة ، وكذلك لاستنادهم على القياس ، والصحيح انه لا قياس مع النص .

بعد أقوال العلماء نستخلص الآتي :-

إن هذا النوع من البيع إذا تبين عدم مشروعيته أو قامت مظنته بأن أريد من

الشراء التوصل إلى أمر غير مشروع ، كأن يريد الوصول إلى بيع المزبنة

المنصوص على حرمة ، عن طريق بيع العرايا المستثنى من هذا النوع من البيوع ،

فهذا يعتبر بيعا باطلا عند من يعتد بالباعث غير المشروع " أصحاب النزعة الذاتية

(1) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: تفسير العرايا، حديث رقم 2080، ج2 ص765 ومسلم، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، حديث رقم 1539، ج3 ص1168.

" وهم المالكية حيث ذهبوا إلى اعتبار ما يؤدي إلى التصرف من المحظور في الكثير من الأقوال ، ولو لم يصل أداؤه للمفسدة في الغالب من الظن إلى الباعث غير المشروع ؛ عملا بالإحتياط والتحرز عن الفساد ؛ لأن الشريعة قامت على الأخذ بالاحتياط (1).

و بما أن هذا البيع لم يكن فيه الباعث غير المشروع فقد أجازته المالكية عملا بالنص أما الحنابلة : فهم كذلك يعتدون بالباعث غير الشرع ، إلا أنهم يشترطون علم الطرف الآخر بالباعث ، وبالتالي إذا علم الطرف الآخر أن المالك لا يريد أن يشتري منه ما وهبه له في السابق ؛ للحاجة وإنما للوصول إلى الربا فإن البيع في هذه الحالة يعتبر باطلاً ؛ لأن في تنفيذه أعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهى عنه بنص الشارع ، فكما سبق فهم يقولون بإباحة بيع العرايا.

أما الشافعية : فيأخذون بالنزعة الموضوعة " و الباعث لا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة ؛ لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه " فالبيع هنا يعتبر صحيحا ما دام أن الإيجاب و القبول تامان و بالتالي يعتبر تصرف مستكمل الأركان والشروط الشرعية .

(1) فتحي الدريني ، النظريات الفقهية، مرجع سبق ذكره ، ص 208.

(2) ابن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين ، مرجع سبق ذكره ج 3 ، ص 172 - 173 .

أما الأحناف : فهم لا يعتدون بالبائع إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، أو
 أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، و بالتالي فلا يجوز البيع العرايا عندهم ؛
 لأنه أمكن استخلاص البائع من بيعه ؛ لأنه تعين طريقا للمعصية في هذه الحالة ،
 حيث أن ذلك البيع يعتبر طريقا للوصول إلى الربا ، وبالتالي قاسوا هذا على بيع
 المزبنة ولم يجيزوه باعتبار كل منهما بيع ، هذا فيما يتعلق بالبائع غير المشروع.
 والخلاصة في ذلك أنه مما تبين عرضه - فيما سبق - فإن الفقهاء تحدثوا في
 مثل هذا النوع من البيع على النحو التالي المذهب المالكي : يرون أن كل ما يحدث
 ضررا محققا في الوقوع بحيث يعطل المنافع من أنه يحرم المعري من ما هو في
 حاجة إليه ، فهذا يمنع عندهم فضلا عن الضرر الأدبي أو المعنوي وهو تأذي
 المعري من دخول المعري له عليه فرخص له أن يشتريها أي رطباً منه بيابس⁽¹⁾ .
 أما المذهب الحنبلي : فهو يقيد حق المالك في التصرف بقدر الحاجة بما يمنع
 الإضرار الفاحشة عن غيره .

أما الأحناف : فقد ذهبوا إلى أن للمالك أن يتصرف في حقه ، و إن تضرر بذلك
 الغير هذا عند المتقدمين ، أما عند المتأخرين فإنهم نظروا إلى مآل هذا التصرف و
 ثمرته ، فوجدوه ، يتنافى ومقصد الشارع ، فهذا ليس من مقتضى العدالة إلا أننا
 نجدهم لا يقولون بجواز مثل هذا البيع .

(1) فتحي الزريني، النظريات الفقهية، ص 253 - 257 .

و الذي أراه - و الله اعلم - هو ما قال به المالكية والحنابلة بأنه إذا كان الباعث على البيع والشراء غير مشروع وفيه ضرر وتحايل فإن البيع في هذه الحالة ، يبطل أخذا بالاحتياط و سدا للذرائع ، كما أن في ذلك إعانة على المعصية والعدوان .

فالعرايا و إن كانت في صورتها من الربا إلا أنها من جملة ربا الفضل الذي هو ذريعة إلى الربا النسيئة ، ومن المعلوم أن المحرم لكونه ذريعة ووسيلة اخف مما حرم قصدا ، لذلك كان من المقرر عند أهل العلم أن ما حرم لكونه وسيلة ، يباح عند الحاجة ، أما المحرم قصدا فلا يباح إلا عند الضرورة .

المطلب الثالث: اثر الباعث في مسألة الطلاق في مرض الموت:

عرفنا من خلال دراستنا فيما سبق ان الفقهاء انقسموا في الاعمال للباعث بالنزعة الموضوعية، والنزعة الذاتية، وفي اثر الباعث في هذه المسألة نلاحظ الاتي:

الاتجاه الموضوعي:

يرى اصحاب هذا الرأي وهم الشافعية¹²¹، والحنفية¹²² بأن الزوج الذي طلق زوجته وهو في مرض الموت، اذا مات والزوجة لا تزال في العدة، فانه يحق للزوجة ان تراث منه، أما اذا مات الزوج بعد انتهاء العدة فان السبب يزول بمجرد انتهاء

¹²¹ شرح الاحكام الشرعية للابناني ، (لا تتوفر معلومات النشر) ج 1 ص 378.

¹²² مغني المحتاج ، مرجع سبق ذكره، ج3 ص 294.

العدة، لان الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة، وبذلك فان الزوجة لا يحق لها ان تراث بعد انتهاء العدة.

ونلاحظ ان فقهاء الحنفية لا يعملون بالبائع، حيث انهم يعملوا به كما يعملوا بالقواعد العامة في الميراث.

ان اصحاب هذا الرأي وهم الشافعية والحنفية يعملون بالبائع بحكم الظاهر، ولا يرون بالبائع إلا اذا تضمنته صيغة العقد أو أمكن استخلاصه من طبيعة العقد.

الاتجاه الذاتي:

حمل راية هذا الاتجاه المالكية، والحنابلة، ونلاحظ ان فقهاء الحنابلة قد توسعوا في اعمال البائع مقارنة بأصحاب الاتجاه الاول، حيث انهم قالوا بان الزوجة المطلقة من زوجها وهو مريض في مرض الموت يحق لها ان تراثه حتى بعد انتهاء العدة، وهم يشترطون في ذلك الا تتزوج الزوجة بزواج جديد، أي ان الزوجة يحق له ان تراث زوجها حتى بعد انتهاء العدة وذلك بسبب فرار الزوج من الميراث، وقصده حرمان الزوجة من الميراث اضرار بها، لذلك يحق لها ان تراث معاملة له على خلاف مقصوده عقوبة له.

ونلاحظ ان الحنابلة جعلوا زواج الزوجة من اخر سببا لانتهااء الميراث، لان

الميراث حكم من احكام الزواج، فلا يجوز الاجماع بين زواجين¹²³.

ويرى المالكية وهم اكثر توسعا في اعمال الباعث أخذاً بمبدأ سد الذرائع واعمال

للباعث على نطاق واسع جداً، بان الزوجة المطلقة من زوجها وهو في مرض الموت

يحق لها ان ترث منه حتى بعد انقضاء العدة، والزواج بزواج جديد، وذلك للاستمرار

في تطبيق فكرة الباعث، حيث ان استحقاق الزوجة للميراث كان في مرض الموت

عقوبة للزوج، ومعاملة له على خلاف مقصوده¹²⁴، لان الامام مالك - رحمه الله -

يقول بوقوع الطلاق في مرض الموت شرط ان يموت في مرضه.

ويقول الامام مالك - رحمه الله - في تعليقه لتوريث المطلقة في مرض الموت

بأن التهمة هي علة اثبات الارث اذ يقول " ان ارتد في مرض موته، لا يرثه ورثته

المسلمون، لأنه لا يهتم احد بفراره بمراثه عن ورثته في الشرك في مرض الموت"¹²⁵

¹²³ الحقوق المتعلقة بالتركة، احمد داود، ص 319.

¹²⁴ المدونة الكبرى للامام مالك مرجع سبق ذكره، ص 34.

¹²⁵ المرجع السابق، ج 6 ص 34.

المطلب الرابع: اثر الباعث في مسألة تصرف الزوجة في مالها:

ذكرنا فيما سبق ان الاصل العام ان للزوجة الحق في التصرف في مالها كيف ومتى ما تريد، لأنها تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها، الا انه منعا للتعسف في استعمال الحق، وللحد من سلطان الارادة جاءت فكرة الباعث كقيد على هذا التصرف، لان القصد كان غير مشروع وهو قصد الاضرار بالأسرة، من خلال تصرفها في مالها دون اذن زوجها.

وقد اتفق جميع الفقهاء على انه يحق للزوجة التصرف في مالها بدون اذن زوجها في حدود الثلث، ولكن اذا كان القصد هو الاضرار، فإنها تمنع من تبرعها ولو كان فيما دون الثلث، وهذا هو قول الامام مالك وفقهاء المالكية¹²⁶.

والتبرع بما هو دون الثلث موقوف على الاذن من الزوج، وبذلك يكون هناك اعمال لفكرة الباعث من جهة التبرع بأكثر من الثلث، وان كان يقصد من تبرعه هذا تحقيق مصلحة عامة، كالتبرع لدار الايتام مثلا، فان هذا التبرع فيه احتمالية اهمال الأسرة، فلا بد من قصد مصلحة الأسرة أولا، فضلا عن انتفاء الضرر عنها.

¹²⁶ الشرح الصغير، كتاب الحجر، ج 3 ص 381.

كما ان من تبرع بماله وله حق شرعي، وكان هذا التبرع يضيع حق اهل الحقوق،
 فان تبرعه يعد باطلا، فحق الدين واجب ، ونفقة الاسرة واجبة، فيحرم عليه ان يدع
 الواجب، ويصرفه فيما لا يجب¹²⁷.



¹²⁷ فتاوى ابن تيمية، ج 4 ص 304.

المبحث الثالث :موقف القوانين الوضعية من الباعث:

في القانون المدني يوجد نزعتان هما النزعة الذاتية، والنزعة الموضوعية، وقد اختلفت القوانين في الاخذ بهاتين النزعتين طبقا للأخذ بالنظرية التقليدية ،والنظرية الحديثة في السبب في القانون المدني.

المطلب الاول: موقف القانون الفرنسي:

القانون المدني الفرنسي وبما انه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب فإنه ينزع النزعة الذاتية، واما القانون الالمانى فيأخذ بالنزعة الموضوعية، ولا يعتد بالباعث الا اذا ظهر واضحا في التعبير عن الارادة ، واصل الخلاف بينهما راجع الى اعتبار الارادة الظاهرة ام الباطنة.

فالقانون المدني الفرنسي يرى بان العبرة تكون بالإرادة الباطنة لأنها اصل الارادة الظاهرة، ويجب ان تتوافر فيها شروط منها:

1-خلوها من العيب، كالغلط والاكراه والتدليس.

2-مشروعية الباعث عليها.

وقد حرص القانون الفرنسي على استقرار المعاملات، حيث انه اشترط الا تبقى

الارادة حبيسة النفس ، فلا بد من التعبير عنها، والتعرف اليها.

واختلف القانون الفرنسي في اعمال الباعث كما يلي¹²⁸:

- 1- انتفاء العلم به، واللك عند اجراء عقد قرض مثلا مع شخص لا يعرفه المقرض.
 - 2- العلم بالباعث لذى الطرف الاخر، وذلك كأن يبيع العنب لشخص معروف عنه بانه خمار، فالغالب انه سيعصره خمرأ.
 - 3- القيام بعمل يتجاوز مرحلة العلم، كالشخص المرابي يقرض شخص اخر معروف عنه انه مقامر.
 - 4- الاتفاق عل اعمال الباعث غير المشروع، كابيع العنب لشخص يعلم انه سيعصره خمر.
- وقد اشترط القانون الفرنسي العلم بالباعث ، اما اذا لم يكن الطرف الاخر يعلم بالباعث فان العقد يكون صحيحاً، على الرغم من عدم مشروعية الباعث اساساً، كالغلط دون علم الطرف الاخر.
- ومن التطبيقات في القانون الفرنسي والقانون المصري، انها ابطلا التبرع من شخص لصاحبه لغرض استمرار العلاقة بينهما، وهو قصد غير مشروع ، ولهذا كان جزؤه البطلان¹²⁹.

¹²⁸ عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سبق ذكره، ج4 ص 27.

¹²⁹ عبدالله ابراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث واثرها على التصرفات والعقود في الفقه الاسلامي، "رسالة ماجستير"، جامعة دمشق، لا يوجد تاريخ النشر، ص 172-173. "بتصرف".

المطلب الثاني: موقف القانون المصري من الباعث:

سبب العقد هو الباعث الدافع أو الأمر الجوهري الذي حمل الشخص علي قبول التعاقد والذي لولاه لما أبرم العقد فالشخص قد يتعاقد بناء علي أكثر من دافع ولا تعد هذه الدوافع كلها سبباً للعقد. ذلك أنه غالباً ما يكون من بين الدوافع التي تقف وراء إنشاء العقد دافع رئيسي حاسم لولاه لما أقدم الشخص علي التعاقد فيكون هذا الدافع هو سبب العقد باستبعاد الدوافع الأخرى الثانوية.

يشترط في الباعث شرط وحيد: أن يكون سبب العقد مشروعاً:

- 1- يجب أن يكون سبب العقد مشروعاً فإن كان غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.
- 2- ويكون سبب العقد غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام ولحسن الآداب. ومن هنا إذا كان الدافع إلي إبرام عقد إيجار الشقة هو استعمالها كمكان للدعارة أو المقامرة السرية أو إخفاء البضائع المهربة فإن سبب العقد يكون غير مشروع ويكون العقد باطلاً.

كيفية إثبات السبب غير المشروع:

- إن الاتجاه الإرادة إلي إبرام العقد يعني وجود باعث أو دافع وراء هذه الإرادة فلا يتصور أن يقصد شخص إبرام عقد بدون دافع مطلقاً فانتهاء الدافع أو الباعث علي

التعاقد يعني انتفاء الإرادة الجادة ولذلك فلا يلتزم من يدعي إبرام العقد أن يثبت سببه فيفترض أن لكل عقد سبباً وأن هذا السبب مباح ومشروع فإذا ادعي شخص أنه ليس للعقد سبب أو أن سبب العقد غير مشروع كان عليه إثبات ما يدعيه وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع طرق الإثبات.

وجوب أن يتصل الباعث غير المشروع بالتعاقد الآخر ضماناً لاستقرار المعاملات:

- قد يحدث أن يكون الطرفان علي صلة بالباعث غير مشروع ولاشك في بطلان العقد في هذه الحالات. كمن يؤجر لآخر شقة ليستعملها في الدعارة أو في القمار ويتفق معه علي أن تكون الأجر نسبة معينة من الدخل الناتج عن الدعارة أو القمار.
- غير أنه لما كان الباعث علي التعاقد هو أمر داخلي يتصل بشخص المتعاقد كما لا يمكن تبينه من بنود العقد فقد يكون مشروعاً بالنسبة لأحد المتعاقدين وغير مشروع بالنسبة للمتعاقد الآخر.

فهل يقع مثل هذا العقد باطلاً لعدم مشروعية سببه؟

العقد باطلاً إذا كان الباعث المستحث عليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب أي غير مشروع. ويبدو من القراءة السريعة للنص المتقدم أن الشرع يقرر البطلان جزاء لعدم

مشروعية الباعث ولو توافر الباعث المشروع بالنسبة لأحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر. وهو ما يؤيده بعض الفقهاء¹³⁰.

· إلا أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلي أنه لا يكفي لبطلان العقد أن يكون باعث أحد المتعاقدين غير مشروع بل يجب أن يتصل هذا الباعث بالمتعاقد الآخر وذلك محافظة علي استقرار المعاملات وتحقيقاً للعدالة والثقة وحماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يعلم وقت إبرام بوجود باعث غير مشروع لدي المتعاقد معه وهو فرض كثير الحدوث في العمل نظراً لأن الباعث علي التعاقد أمر مستكن في خفايا الضمير.

· ويمتنع علي المتعاقد شيء القصد أو الباعث أن يتمسك ببطلان العقد بحجة مخالفة السبب للناظم العام والآداب وإذا رف دعوي بذلك كانت غير مقبولة فلا يجوز للشخص أن يتمسك بفعله الشائن في ساحة القضاء فساتح المحاكم يجب ألا تدنس بادعاءات أصحابها.

· ولكن متي يتصل الباعث غير المشروع المتوافر لدي أحد المتعاقدين بالمتعاقد الآخر؟ هل يكفي مجرد العلم بالباعث غير المشروع؟ أم يجب أن يكون المتعاقد الآخر مساهماً فيه؟ أما يجب أن يكون متفقاً عليه؟

¹³⁰ شبكة المعلومات الدولية "الانترنت"، منتدى المحامين العرب، الموقع: <http://www.mohamoon.com>

· يذهب الرأي الغالب في هذا الصدد إلي الاكتفاء بأن يكون المتعاقد الآخر علي علم وقت التعاقد بوجود الباعث غير المشروع لدي المتعاقد معه أو باستطاعته أن يعلم بوجوده.

· وعلي ذلك إذا استأجر شخص شقة لإدارتها مكاناً للدعارة أو المقامرة فيكفي لبطلان عقد الإيجار أن يكون المؤجر عالماً بأن المستأجر استهدف من الاستئجار إدارة الشقة للدعارة أو المقامرة. وإذا اقترض شخص نقوداً من آخر ليستخدمها في المقامرة أو في شراء مخدرات.

· فإن عقد القرض يكون باطلاً إذا كان المقرض يعلم بأن المقرض إنما اقترض ليقامر بها اقترضه أو ليشتري به المخدرات. أما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية لا يعلم بالباعث غير المشروع الذي دفع المتعاقد معه علي الاستئجار أو الاقتراض فلا يجوز التمسك بالبطلان في مواجهته وذلك حتي لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد الذي أبرمه وهو ما يهدد استقرار المعاملات.

كيفية إثبات عدم مشروعية الباعث¹³¹:

· لما كان الباعث الدافع علي التعاقد أمر داخلي يكمن في نفس الشخص ولا يظهر من خلال عبارات العقد لذلك فقد وضع المشرع قرينة بسيطة مفادها "أن كل التزام لم

¹³¹ شبكة المعلومات الدولية "الانترنت"، موقع المجموعة الدولية على الانترنت: <http://www.arlawfirm.com>

يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

· وعلى ذلك فلا يلتزم الشخص بإثبات وجود باعث لديه أو يكون هذا الباعث مشروعاً بل إن علي من يدعي أن الباعث علي التعاقد غير مشروع إقامة الدليل علي ما يدعيه باعتباره أن الشخص لا يقدم علي التعاقد إلا إذا دفعه إلي ذلك باعث معين وأن هذا الباعث أمر نفسي كامن في النفس فإذا كان الباعث علي التعاقد غير مصرح به وهو الغالب فإنه يمكن إثبات كون هذا الباعث غير مشروع بجميع طرق الإثبات لتعلق الأمر بواقعة مادية.

· أما إذا كان الباعث علي التعاقد مصرحاً به كما لو كان مذكوراً في محرر أفرغ فيه العقد وادعي شخص أن الباعث المذكور في العقد ليس هو الباعث الحقيقي وأن الباعث الدافع إلي العقد باعث آخر مخالف للنظام العام والآداب أي ادعي صورية الباعث فيمكن كذلك إثبات حقيقة هذا الباعث وعدم مشروعيته بكل طرق الإثبات لأن الصورية تكون في هذه الحالة قد استخدمت وسيلة لإخفاء عدم المشروعية والتحايل علي القانون وذلك يجيز عدم التقيد بالقاعدة التي لا تجيز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة وإثبات الباعث الحقيقي غير المشروع بكل طرق الإثبات.

سبب الالتزام:

حتى ينشأ الالتزام صحيحاً لابد له من سبب وسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد إليه المدين من وراء التحمل بالالتزام. ويتميز بأنه عنصر داخلي في العقد يمكن أن يستخلص من عبارات التعاقد كما أنه موضوعي لا يتأثر بنوايا الشخص أو الدوافع الكامنة في نفسه وهو واحد في كل أنواع العقود فلا يتغير أو يتبدل باختلاف أطراف الالتزام أو محله.

وفقاً للنظرية التقليدية في السبب-والتي تنسب إلي فقهاء القانون الفرنسي القديم- فإن سبب الإلتزام هو الغرض أو القصد المباشر الذي يهدف إليه الملتزم من وراء التزامه. ويطلق علي السبب بهذا المعني السبب القصدي أو الغائي لأنه يقوم علي القصد أو الغاية من إنشاء الالتزام تمييزاً له عن السبب المنشئ للالتزام والذي هو عبارة عن المصدر الذي أنشأ الالتزام علي عاتق المدين وهو قد يكون العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو العمل النافع أو نص القانون.

وفي المقابل فإن النظرية الحديثة تري أنه لا يشترط أن يكون للالتزام سبب اكتفاء بسبب العقد الذي هو كما قدمنا الباعث الدافع أو المستحث إلي التعاقد.

أما عن موقف القانون المصري فقد نصت م136 مدني علي أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب. كان العقد جزاء لعدم وجود

سبب ومع ذلك ينكر بعض الشراح ضرورة أن يكون للالتزام سبب ويرون أن المقصود بالسبب في المادة السابقة هو سبب العقد لا سبب الالتزام وأنه يقصد بسبب العقد الباعث المستحث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد.

ولكن الرأي الراجح في الفقه يرى أن المقصود بالسبب في م 136 هو السبب القصدي أو إلغائي كما تحدده النظرية التقليدية وأن القانون المدني الجديد لم يتحول عن هذه النظرية وأنه إذا كان يعتد بالباعث علي التعاقد فليس معني ذلك أنه يستغني به عن السبب المعني التقليدي فهو لا يكتفي بوجود الباعث (سبب العقد) بل يشترط إلي جانبه توافر السبب القصدي أو إلغائي (سبب الالتزام) وإذا كانت نصوص القانون ليست صريحة في هذا الشأن إلا أن هذا هو المعني المستفاد من نص المادة 136. فهذه المادة تقرر بطلان العقد إذا لم يكن للالتزام سبب فهي إذن تشترط وجود سبب للالتزام¹³².

وسبب العقد وهو الباعث الذي دفع المتعاقد إلي قبول العقد يكون موجوداً دائماً إذ لا يتصور أن يقوم شخص بإبرام عقد دون أن يكون هناك باعث أي كان دفعه إلي ذلك وإذا حصل أن انتفي الباعث فإن ذلك يعني انتفاء الإرادة الجادة ومن شأن ذلك عدم تحقق التراضي وبالتالي عدم انعقاد العقد لا لعدم وجد الباعث وإنما لعدم تحقق التراضي.

¹³² شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" ، منتدى المحامين العرب، الموقع: <http://www.mohamoon.com>

ولذلك فلا يشترط في الباعث (سبب العقد) إلا أن يكون مشروعاً كما قدمنا. أما بالنسبة لسبب الالتزام فهو قد يوجد وقد لا يوجد ولذلك اشترط المشرع وجوده وإلا وقع العقد باطلاً.

يشترط في سبب الالتزام إذن أن يكون موجوداً فإذا تبين عدم وجوده كان العقد باطلاً. ويتخلف شرط الوجود في حالة انعدام السبب كما لو أكره شخص علي التوقيع علي عقد هبة دون أن يكون لديه نية التبرع كما يتخلف هذا الشرط في حالة السبب الموهوم أو الصوري.

المطلب الثالث موقف القانون المدني الليبي¹³³:

نظم القانون المدني الليبي السبب في المادتين 136-137 ونص المادة 137 يطابق المادة 137 من القانون المدني المصري، إلا أن نص المادة 136 من القانون المدني الليبي يختلف عن نص المادة 136 من القانون المدني المصري. تنص المادة 136 من القانون المدني المصري على: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

فأغلب فقهاء القانون المصري يرون أن نص المادة 136 أشار إلى السبب القسدي أي أن يكون موجوداً، والفقرة الثانية إشارة إلى مشروعية السبب.

¹³³ محمد البدوي الأزهرى، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره ص 160-161.

الا ان الدكتور عبد الرزاق السنهوري خالف فقهاء القانون المصري، وانتقد النظرية التقليدية، وقال بأنها غير صحيحة وعقيمة، وهو يرى ان القانون المصري يعتق النظرية الحديثة للسبب، وينتقد المادة 136 حيث انها تقول: "اذا لم يكن للالتزام سبب" أي انها نسبت السبب للالتزام، وكان الاولى بها ان تقول "اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا" وهي نفس الصياغة التي وضعها القانون الليبي في المادة 136.

فالقانون الليبي يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب أي الاتجاه الذاتي ،وانه يقترب كثيرا من القانون المصري والقانون الفرنسي.

وهذا جدول توضيحي للمقارنة بين الشريعة الاسلامية وبين القانون الوضعي فيما يتعلق بأثر الباعث في مسألة التصرية، ومسألة العرايا، ومسألة الطلاق في مرض الموت، ومسألة تصرف الزوجة في مالها، على النحو التالي:

القانون الوضعي	الشريعة الاسلامية
حكمها انها تدليس وهو عيب من عيوب الارادة يوجب الرد	التصرية: حكمها انها تغرير وهو لا يجوز و يثبت للمشتري خيار الرد
التحايل منوع في القانون لأنه مخالف للنظام العام والآداب	العرايا: حكمها انها تحايل والتحايل لا يجوز في الشريعة الاسلامية
الطلاق جائز وللزوجة الحق في التركة لان قوانين الاحوال الشخصية ترجع للشريعة الاسلامية	الطلاق في مرض الموت: يقع الطلاق وترث الزوجة معاملةً له على خلاف مقصوده
عدم أهلية المرأة المتزوجة للتعاقد بدون إذن ومساعدة زوجها. وفي القانون المصري لها اهلية ودمة مالية مستقلة	تصرف الزوجة في مالها: الاصل ان للزوجة الحق في التصرف في مالها وفي حال قصد الاضرار فانه لا يجوز الا بإذن زوجها منعاً للتعسف

المحاضرة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، وبعد ..

أولاً: النتائج:

في ختام هذه الدراسة لا بد أن نسجل بعض النتائج :

- أولاً -** تعد دراسة الباعث من اصعب الدراسات، والسبب في ذلك يرجع للباعث نفسه حيث انه امر خفي في النفس البشرية يختلف من فرد الى اخر، وهو امر خارج نطاق العقود ولهذا السبب يصعب معرفته الا بوجود قرائن تدل عليه.
- ثانياً -** فقهاء المدرسة الموضوعية - وفقاً لتصنيف نظرية الباعث وهم (الشافعية والحنفية) - يعتقدون بالباعث ويعملون أثره في العقود والتصرفات ، ولكنهم يشترطون لذلك أن يرد في صلب العقد صراحة من خلال صيغة العقد ، أو ضمناً من خلال طبيعة محل العقد ، أما فقهاء المدرسة الذاتية (المالكية والحنابلة) فقد توسعوا في الأخذ بنظرية الباعث وأعملوا أثره في العقود والتصرفات ولو لم يكن منصوباً عليه في صلب العقد ، إلا أنهم وضعوا لذلك ضابطاً يتمثل في ضرورة علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ولو بقرائن، والسبب في القانون يوجد فيه نظريتان كل واحدة منهما تأخذ احدى الاتجاهين في الشريعة، ومن هنا يتجلى لنا

بوضوح ان الباعث اسبق في الظهور في الشريعة الاسلامية من القوانين الوضعية،
وان الشريعة لها فضل السبق في ذلك.

ثالثاً- إن حكم الباعث غير المشروع ينصرف على كل واقعة تحقق فيها مناطه
باعتبار أنه أصل عام تتدرج تحته الكثير من الفروع الفقهية .

رابعاً - حكم التصرية التحريم ، وهذا ما يفيد ظاهراً الأحاديث النبوية الشريفة الواردة
بشأنها .

خامساً - يمكن أن نتصور تحقق الباعث غير المشروع في مسألة بيع المصرة من
جهة أن البائع بفعل التصرية الذي يأتيه يناقض قصد الشارع من تشريع البيع ، فهو
- (أي البائع) - يقصد التدليس على المشتري وهذا محرم شرعاً .

سادساً- سار فقهاء المالكية والحنابلة وفق مذهبهم في إعمال اثر الباعث غير
المشروع في العقود والتصرفات فقالوا بخيار الرد للمشتري في مسألة بيع المصرة
وأبطلوا تصرف البائع ، وكذلك فعل فقهاء الحنفية فساروا هم أيضاً وفق مذهبهم في
عدم الاعتداد بالباعث غير المشروع إذا لم يكن ظاهراً في صلب العقد ، فلم يثبتوا
خيار الرد للمشتري في بيع المصرة ، في حين خالف الشافعية مذهبهم وقالوا بخيار
الرد للمشتري في المسألة .

سابعاً - أن يبيع العرايا هو بيع مستثنى من الأصل و هو بيع المزابنة المنصوص على تحريمه ، حيث أنه أبيع لحاجة الناس إلى أكل الرطب ولا يوجد لديهم مبلغ من المال أي ثمن هذا الرطب، بشرط أن يكون فيما دون خمسة أو سق كما جاء في الحديث .

ثامناً - إذا كان الباعث في البيع غير مشروع فإن البيع يبطل على من يقول بالباعث في العقود، وكذلك في القانون يبطل العقد، وان كان لابد من علم الطرف الآخر.

تاسعاً - الطلاق في مرض الموت لا يقع باتفاق جميع فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة، عقوبة للزوج ومعاملة له خلاف مقصوده، لان باعته كان غير مشروع وهو الفرار من توريث الزوجة .

عاشراً - اختلف الفقهاء في الوقت الذي ينتهي فيه حق الزوجة في الميراث من الزوج الذي طلقها وهو في مرض الموت، هناك من قال بانتهاء العدة، وهناك من قال الى ان تتزوج بآخر، وهناك من قال حتى اذا تزوجت بآخر فان حقها لا يسقط استمرار لتنفيذ العقوبة على الزوج، املا للباعث وتطبيقا له.

الحادي عشر - لا يحق للزوجة التصرف في مالها بدون اذن زوجها إلا في حدود الثلث، واذا كان قصدها من هذا التصرف الاضرار بالأسرة فإنها تمنع من ذلك،

حتى فيما دون الثلث عند المالكية، لان الباعث على هذا التصرف كان غير مشروع وهو قصد الاضرار بالأسرة.

تانياً: التوصيات:

وبعد هذه الدراسة لموضوع الباعث واثره في العقود فإنه لابد لنا ان نوصي بمجموعة من التوصيات وهي كالآتي:

اولاً- يوصي الباحث بدراسة هذا الموضوع بشك اكبر واكثر تعمقا، نظرا لان هذا الموضوع يتطور ليوكب مسيرة الحياة البشرية ن فالباعث يعمل ك منظم وضابط للعقود والتصرفات.

ثانياً- قد تناولت دراستي مجموعة من المسائل في البيوع والاحوال الشخصية، وقد بدلت قصارى جهدي حتى ابينها بوضوح، فريما كان هناك جوانب عدة تتعلق بهذه المسائل فأوصي بامعان النظر فيها ودراستها بشك اكبر واكثر تركيزا.

ثالثاً- يوجد العديد من الكتب الفقهية التي لم يسعفني الوقت للاطلاع عليها والاقتباس منها، فأوصي غيري بالاطلاع عليها، والنهل من علومها، والاسترشاد بنورها.

رابعاً- اوصي بترجمة هذه الرسالة للغة الإندونيسية ، حتى يستفيد منها زملائي
الطلبة الإندونيسيين الغير ناطقين باللغة العربية، الدارسين في جامعة مولانا مالك
ابراهيم الاسلامية الحكومية بمالانق، وغيرها من الجامعات الاسلامية بإندونيسيا.

والله من وراء القصد

الباحث

في مالانج- إندونيسيا

2014/9/10

قائمة المصادر والمراجع

أولاً / القرآن الكريم

ثانياً / الكتب :

- ابن أنس ، مالك . المدونة الكبرى . بيروت : دار صادر ، لا : ت ، ج 10 .
- ابن حزم . علي بن أحمد بن سعيد . المحلى . تحقيق : دار إحياء التراث العربي . بيروت : دار الآفاق الجديدة ، لا : ت ، ج 9 .
- ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر ، 1421 / 2000 ، ج 5 .
- ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد . القاهرة : مكتبة الشروق الدولية ، 1425 هـ / 2004 م .
- ابن فرحون ، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . تحقيق : جمال مرعشلي . بيروت : دار الكتب العلمية ، 1422 هـ / 2001 م ، ج 2 .
- ابن قدامة ، عبدالله بن أحمد . المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني . ط : 1 . بيروت : دار الفكر ، 1405 ج 3 : ص 103 .
- ابن نجيم ، زين الدين ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق . ط : 2 . بيروت : دار المعرفة ، لا : ت ، ج 6 .

ابوالبركات ، أحمد الدردير . الشرح الكبير . تحقيق : محمد عlish . بيروت : دار الفكر ، لا : ت ، ج 3 .

ابوعبدالله ، محمد بن عبدالرحمن المغربي . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل . ط : 2 . بيروت : دار الفكر ، لا : ت ، ج 4 .

آبادي ، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز (المتوفى: 817هـ) .
القاموس المحيط. ط: 8. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة . لبنان:
مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. 1426 هـ - 2005 م .

الأزدي ، سليمان بن الأشعث ابوداود السجستاني . سنن أبي داود . تحقيق : محمد
محي الدين عبدالحميد . دار الفكر ، لا : ب ، لا : ت ، ج 3 .

الآمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي
(المتوفى: 631هـ) . الإحكام في أصول الأحكام. تحقق: عبد الرزاق عفيفي. 4ج.
لا: ط. بيروت: المركز الاسلامي. بدون تاريخ النشر.

ابوسليمان، عبدالوهاب ابراهيم. كتابة البحث العلمي. ط: 9. الرياض: مكتبة
الرشد. 1426هـ/2005م.

البخاري ، محمد بن إسماعيل ابوعبدالله . الجامع الصحيح المختصر . ط : 3 .
تحقيق : مصطفى ديب البغا . بيروت : دار بن كثير ، 1407 / 1987 ، ج 2 .

البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس . كشف القناع عن متن الإقناع . تحقيق :
هلال مصيلحي مصطفى هلال . بيروت : دار الفكر ، 1402 ، ج 3 .

التُّسُولي ، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن (المتوفى: 1258هـ). البهجة
في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)). تحقيق: محمد عبد القادر شاهين. ط: 1 (دار
الكتب العلمية

الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم (المتوفى:
751هـ. إعلام الموقعين. تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم . 4 ج. ط: 1. بيروت:
دار الكتب العلمية . 1411هـ - 1991م . ج .

الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَّلامِي، البغدادي،
ثم الدمشقي. (المتوفى: 795هـ) جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط -
إبراهيم باجس . 2 ح. ط: 7. بيروت : مؤسسة الرسالة. 1422هـ - 2001م .
الدريني ، فتحي . النظريات الفقهية . ط : 4 . منشورات جامعة دمشق ، 1416 -
1417 هـ / 1996 - 1997 م .

الدريني ، فتحي . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . ط : 3 .
دمشق : مؤسسة الرسالة ، 1429 هـ / 2008 م .

الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر . مختار الصحاح . طبعة جديدة .
تحقيق : محمود خالد . بيروت : مكتبة لبنان ناشرون ، 1415 / 1995

الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني . تاج العروس من جواهر القاموس . تحقيق :
مجموعة من المحققين . دار الهداية ، لا : ب ، لا : ت ، ج 35

الزرقا ، مصطفى أحمد . المدخل الفقهي العام . ط : 2 . دمشق : دار القلم ،
1425 هـ / 2004 م ، ج 1 .

الزحيلي ، وهبة . الباعث على العقود في الفقه الإسلامي . ط : 1 . دمشق : دار المكتبي ، 1420 هـ / 2000 م .

الزحيلي ، وهبة . الفقه الإسلامي وأدلته . ط : إعادة الطبعة 8 . دمشق : دار الفكر ، 1425 هـ / 2005 م ، ج 1 .

السرخسي ، شمس الدين . المبسوط . بيروت : دار المعرفة ، لا : ت ، ج 13 .

السلمي ، أبي محمد عز الدين . قواعد الأحكام في مصالح الأنام . بيروت : دار الكتب العلمية ، لا : ت ، ج 1 .

السنهوري ، عبدالرزاق . مصادر الحق في الفقه الإسلامي . بيروت : دار إحياء التراث العربي ، 1953 / 1954 ، ج 4 .

السيوطي ، عبدالرحمن بن أبي بكر . الأشباه والنظائر . ط : 1 . بيروت : دار الكتب العلمية ، 1403 .

السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) . شرح فتح القدير . تحقيق : عبد الرزاق غالب المهدي (لبنان: دار الكتب العلمية. 1424 – 2003.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي . الموافقات في أصول الفقه . تحقيق : عبدالله دراز . بيروت : دار المعرفة، لا : ت ، ج 1 .

الشافعي ، محمد بن ادريس . الأم . ط : 2 . بيروت : دار المعرفة ، ج 3

الطبري ، أبي جعفر محمد بن جرير . تاريخ الطبري . بيروت : دار الكتب العلمية ، لا : ت ، ج 2 .

الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر (المتوفى: 310هـ). جامع البيان عن تأويل القرآن تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي. 26 ج. ط: 1. القاهرة: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان . 1422 هـ - 2001 م .

العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر ابوالفضل . فتح الباري شرح صحيح البخاري . تحقيق : محب الدين الخطيب . بيروت : دار المعرفة ، لا : ت ، ج 4 .

الغرياني، الصادق. مدونة الفقه المالكي . بيروت: مطبعة دار الريان ، 2001.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين (المتوفى: 671هـ). الجامع لأحكام القرآن . تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش . 20 ج. ط: 2. القاهرة: دار الكتب المصرية 1384 هـ - 1964 م .

القزويني ، محمد بن يزيد ابوعبدالله . سنن ابن ماجه . تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . بيروت : دار الفكر ، لا : ت ، ج 1 .

الكساني ، علاء الدين . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ط : 2 . بيروت : دار الكتاب العربي ، 1982 ، ج 4 .

الكيلاني، عبدالله ابراهيم زيد. نظرية الباعث واثرها على التصرفات والعقود في الفقه الاسلامي. رسالة ماجستير. بدون معلومات النشر.

المالكي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي(المتوفى: 543هـ. احكام القران. ج. ط21. بيروت: دار الكتب العلمية، 1424 هـ - 2003 م . ج1.

المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد (المتوفى: 864هـ) وجمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (المتوفى: 911هـ). تفسير الجلالين .ط:1. القاهرة: دار الحديث. بدون تاريخ.

النووي ، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف . روضة الطالبين وعمدة المفتين . ط : 2 . بيروت : المكتب الإسلامي ، 1405 ، ج 3 .

النيسابوري ، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري . صحيح مسلم . تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي . بيروت : دار إحياء التراث العربي ، لا : ت ، ج 3 .

الازهري، محمد البدوي. مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي. منشورات الجامعة المفتوحة طرابلس.2003.

بدر، احمد. اصول البحث العلمي ومناهجه. ط:6. الكويت: وكالة المطبوعات. لا: ت.

بدوي، عبدالرحمن. مناهج البحث العلمي. ط:3. الكويت: دار المطبوعات الكويت. لا: ت .

داود، احمد. الحقوق المتعلقة بالتركة بين الشريعة والقانون. ط:2. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.

جار الله، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري (المتوفى: 538هـ).

أساس البلاغة . تحقيق: محمد باسل عيون السود . 2 ج، ط: 1. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية . 1419 هـ - 1998 م .

حسين ، أحمد فرّاج . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، 1999 .

حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب: فهمي الحسيني. دار الكتب العلمية. بيروت، دون تاريخ.

عبد، محمد علي. نظرية السبب في القانون المدني. ط:1. بيروت: منشورات الحلبي. 2004.

عزالدين، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم. المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ). سبيل السلام شرح بلوغ المرام. لا توجد معلومات النشر.

شمس الدين، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج (المتوفى: 682هـ). الشرح الكبير على متن المقفع. القاهرة: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. لا توجد معلومات النشر.

الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية - الكويت. 45 جزء، الطبعة الثانية. دار السلاسل - الكويت. 1427.

شبكة المعلومات الدولية "الانترنت":

منتدى المحامين العرب، الموقع: <http://www.mohamoon.com>

موقع المجموعة الدولية: <http://www.arlawfirm.com>